

憲法・人權法・行政法・
刑法總論・刑法罪行分論・
民法總論・物權法・侵權行為法・合同法・
婚姻家庭法・知識產權法・
公司法・證券法・票據法・銀行法・
保險法・破產法・海商法・
財政法・稅法・反不正當競爭法・
消費者權益保護法與產品質量法・
勞動法・環境保護法・民事訴訟法・
刑事訴訟法・行政訴訟法・仲裁法・國際法・
國際經濟法・國際私法

新編 中國法

主編 朱國斌 林來梵 徐孟洲



香港城市大學出版社

新編中國法

新編中國法

主編

朱國斌

林來梵

徐孟洲



香 港 城 市 大 學 出 版 社

©2007 香港城市大學

本書版權受香港及國際知識版權法例保護。除獲香港城市大學書面允許外，不得在任何地區，以任何方式，任何媒介或網絡，任何文字翻印、仿製、數碼化或轉載、播送本書文字或圖表。

國際統一書號：978-962-937-092-3

出版

香港城市大學出版社

香港九龍達之路

香港城市大學

網址：www.cityu.edu.hk/upress

電郵：upress@cityu.edu.hk

©2007 City University of Hong Kong

A New Introduction to Chinese Law

(in traditional Chinese characters)

ISBN: 978-962-937-092-3

Published by

City University of Hong Kong Press

Tat Chee Avenue

Kowloon, Hong Kong

Website: www.cityu.edu.hk/upress

E-mail: upress@cityu.edu.hk

Printed in Hong Kong

目錄

序一	萬鄂湘	xxv
序二	梁愛詩	xxvii
序三	王利明	xxix

導論：中華人民共和國法制及其發展	朱國斌	1

第一篇 憲法行政法篇

第一章	中國憲法與政治制度	朱國斌	11
第二章	人權法	林來梵	33
第三章	行政法	楊建順	51

第二篇 刑事法律篇

第四章	刑法總論	王俊民	83
第五章	刑法罪行分論	王俊民	105

第三篇 民商事法律篇

第六章	民法總論	陳旭琴	133
第七章	物權法	陳旭琴	155
第八章	侵權行為法	陳旭琴	177
第九章	合同法	陳旭琴	187
第十章	知識產權法	郭禾	203
第十一章	婚姻家庭法	趙宇紅	215
第十二章	公司法	史際春、李文華	235
第十三章	證券法	徐孟洲、何勤	263
第十四章	票據法	徐孟洲、武濤	285
第十五章	銀行法	徐孟洲、武濤	305
第十六章	保險法	徐孟洲、何勤	327
第十七章	破產法	史際春、李文華	349
第十八章	海商法	張香蘭	363

第四篇 經濟法律篇

第十九章	財政法	徐孟洲、何勤	381
第二十章	稅法	徐孟洲	395
第二十一章	反不正當競爭法	史際春、李文華	413
第二十二章	消費者權益保護法與產品質量法	徐孟洲、何勤	429

第二十三章 勞動法	許建宇	443
第二十四章 環境保護法	趙宇紅	453
第五篇 程序法律篇		
第二十五章 民事訴訟法	徐孟洲、武濤	467
第二十六章 刑事訴訟法	甄貞	495
第二十七章 行政訴訟法	羅傑	517
第二十八章 仲裁法	徐孟洲、武濤	541
第六篇 國際法律篇		
第二十九章 國際法	陳道麗	555
第三十章 國際經濟法	朱國華、沈吉利	575
第三十一章 國際私法	劉曉紅	601
主編後記	朱國斌	621
編者及作者		625

導論：中華人民共和國法制及其發展	1

第一章 中國憲法與政治制度

1. 憲法概念與中國憲法	12
1.1 憲法詞義的演變與憲法概念的表述	12
1.2 憲法是國家的根本法	13
1.3 憲法的淵源	14
1.4 憲法的基本原則	17
1.5 當代中國的憲法及其發展	21
2. 當代中國的根本政治制度	27
2.1 國家政權組織形式	27
2.2 人民代表大會制度是當代中國的根本政治制度	29

第二章 人權法

1. 人權與法的一般概說	34
1.1 人權與公民的基本權利	34
1.2 公民的基本權利的內容與界限	36
2. 憲法中所確認的權利	38
2.1 人權的類型	38
2.2 現行憲法所規定的權利	40
3. 憲法權利的保障制度	45
3.1 保障的模式	45
3.2 中國的現行模式	46
4. 前景與希望	48
4.1 《立法法》中的“准憲法訴願”制度的確立	49
4.2 憲法監督制度的改善趨勢	49

第三章 行政法

1. 行政與行政法	52
1.1 權力分立與行政觀念的確立	52
1.2 行政	52
1.3 行政法	52
2. 行政法律關係主體	53
2.1 行政法律關係主體概述	53
2.2 行政主體	53
2.3 國家行政機關	54
2.4 接受授權的組織及接受委託的組織和個人	55
2.5 國家公務員	56
3. 行政行為	56
3.1 行政行為概述	56
3.2 行政立法	58
3.3 行政許可	60

3.4	行政徵收和徵用	62
3.5	行政給付	64
3.6	行政處罰	65
3.7	行政強制執行	67
3.8	行政裁決	68
3.9	行政獎勵	69
3.10	行政規劃	70
3.11	行政合同	71
3.12	行政指導	73
4.	行政救濟	74
4.1	行政復議	74
4.2	行政賠償	76
4.3	行政補償	77

第四章 刑法總論

1.	刑法的概念和創制	84
1.1	刑法的概念	84
1.2	刑法的創制	84
2.	刑法的體系和解釋	84
2.1	刑法的體系	84
2.2	刑法的解釋	85
3.	刑法的基本原則	86
3.1	罪刑法定原則	86
3.2	刑法面前人人平等原則	86
3.3	罪責刑相適應原則	86
4.	刑法的效力範圍	87
4.1	刑法的空間效力	87
4.2	刑法的時間效力	88
5.	犯罪與犯罪的構成	88
5.1	犯罪概念與犯罪構成	88
5.2	犯罪客體	89
5.3	犯罪客觀方面	89
5.4	犯罪的主體	90
5.5	犯罪主觀方面	91
5.6	不可抗力和意外事件	92
5.7	犯罪形態	92
5.8	正當防衛與緊急避險	95
6.	刑罰概說	97
6.1	刑罰的概念	97
6.2	刑罰的目的	98
6.3	刑罰的體系和種類	98

7. 時效	103
7.1 時效的概念和種類	103
7.2 追訴時效的期限	103
7.3 追訴時效的計算	103
7.4 赦免	104

第五章 刑法罪行分論

1. 危害國家安全罪	106
1.1 危害國家安全罪概念及特徵	106
1.2 危害國家安全罪的主要犯罪	106
2. 危害公共安全罪	108
2.1 危害公共安全罪的概念及特徵	108
2.2 危害公共安全罪的主要犯罪	108
3. 破壞社會主義市場經濟秩序罪	111
3.1 破壞社會主義市場經濟秩序罪概念及特徵	111
3.2 破壞社會主義市場經濟秩序罪的主要犯罪	114
4. 侵犯公民人身權利、民主權利罪	114
4.1 侵犯公民人身權利、民主權利罪概念及特徵	114
4.2 侵犯公民人身權利、民主權利罪的主要犯罪	114
5. 侵犯財產罪	117
5.1 侵犯財產罪概念及特徵	117
5.2 侵犯財產罪的主要犯罪	117
6. 妨害社會管理秩序罪	119
6.1 妨害社會管理秩序罪概述	119
6.2 妨害社會管理罪的主要犯罪	120
7. 危害國防利益罪	122
7.1 危害國防利益罪概念及特徵	122
7.2 危害國防利益罪的主要犯罪	122
8. 貪污賄賂罪	123
8.1 貪污賄賂罪概念及特徵	123
8.2 貪污賄賂罪的主要犯罪	123
9. 瀆職罪	127
9.1 瀆職罪概念及特徵	127
9.2 瀆職罪的主要犯罪	127
10. 軍人違反職責罪	129
10.1 軍人違反職責罪概念及特徵	129
10.2 軍人違反職責罪的主要犯罪	129

第六章 民法總論

1. 民法概述	134
1.1 民法概念與調整對象	134

1.2	民法基本原則	135
1.3	民事法律關係	136
2.	民事主體	137
2.1	民事主體概述	137
2.2	自然人	138
2.3	法人	140
2.4	合夥	142
3.	法律行為與代理	144
3.1	法律行為	144
3.2	代理	148
4.	訴訟時效與期限	151
4.1	訴訟時效	151
4.2	期限	153

第七章 物權法

1.	物權法概述	156
1.1	物權的法律特徵	156
1.2	物權的效力的實質	156
1.3	物權變動	158
2.	所有權	159
2.1	所有權一般問題	159
2.2	不動產所有權和動產所有權	160
2.3	共有	163
3.	用益物權	164
3.1	土地承包經營權	164
3.2	建設用地使用權	167
3.3	宅基地使用權	168
3.4	地役權	168
4.	擔保物權	169
4.1	擔保物權概述	169
4.2	抵押權	170
4.3	質權	172
4.4	留置權	173
5.	佔有	174

第八章 侵權行為法

1.	侵權行為概述	178
1.1	侵權行為的概念和分類	178
1.2	侵權責任的歸責原則	179
2.	一般侵權行為	180
3.	特殊侵權行為	182
3.1	職務侵權行為	182

3.2	產品缺陷致人損害的侵權行為	183
3.3	高度危險致人損害的侵權行為	184
3.4	環境污染致人損害的侵權行為	185
3.5	地面施工致人損害的侵權行為	185
3.6	建築物以及其他工作物致人損害的侵權責任	185
3.7	動物致人損害的侵權行為	186
3.8	被監護人致人損害的侵權行為	186
4.	侵權責任形式	186

第九章 合同法

1.	合同概述	188
1.1	合同的概念與特徵	188
1.2	合同的分類	188
1.3	合同自由原則	190
2.	合同訂立和締約過失責任	190
2.1	合同訂立：要約和承諾	190
2.2	締約過失責任	192
3.	合同債權保障	194
3.1	代位權	194
3.2	撤銷權	194
3.3	保證	195
3.4	定金	197
4.	合同變更和解除	197
4.1	合同變更	197
4.2	合同解除	199
5.	合同履行和違約責任	199
5.1	合同履行	199
5.2	違約責任	200

第十章 知識產權法

1.	知識產權法的產生及歷史	204
1.1	知識產權法產生的基礎	204
1.2	中國知識產權法的歷史	204
2.	知識產權法的現狀及未來	205
2.1	立法	205
2.2	執法	206
2.3	執法不利的原因	207

第十一章 婚姻家庭法

1.	婚姻制度的基本原則	216
1.1	婚姻自由	216
1.2	一夫一妻	216

1.3	男女平等	217
1.4	保護婦女、兒童和老人的合法權益	217
2.	對結婚行為法律規定的概述	218
2.1	法定婚齡	218
2.2	禁止結婚的情形	218
2.3	結婚登記制度	219
2.4	無效婚姻和可撤銷婚姻	219
3.	對家庭關係法律規定的概述	220
3.1	夫妻財產制度	220
3.2	家庭成員之間的權利義務	221
4.	對離婚法律規定的概述	222
4.1	離婚自由及限制	223
4.2	子女的撫養教育	224
4.3	財產的分割	225
4.4	離婚損害賠償制度	226
5.	對收養法律規定的概述	226
5.1	收養的定義	226
5.2	收養的原則	227
5.3	合法的收養關係	227
5.4	收養的效力	228
5.5	收養關係的解除	230
6.	對繼承的法律規定的概述	230

第十二章 公司法

1.	公司與公司法	236
1.1	公司概述	236
1.2	中國公司法的意義和適用範圍	241
1.3	公司的權利能力、行為能力、責任能力和訴訟能力	241
1.4	公司資本及其立法原則	243
1.5	公司董事、監事、高級管理人員的任職資格及義務	246
2.	有限責任公司制度	247
2.1	有限公司的設立	247
2.2	有限公司股東的出資及轉讓	249
2.3	有限公司的組織結構	251
3.	股份有限公司制度	254
3.1	股份有限公司的設立	254
3.2	股份和股票	256
3.3	股份公司的組織機構	260
3.4	上市公司的有關問題	261

第十三章 證券法

1.	證券法概述	264

1.1	證券的概念、特徵和種類	264
1.2	證券法的概念、適用範圍及基本原則	265
2.	證券發行制度	266
2.1	股票發行制度	266
2.2	債券的發行	269
3.	證券交易制度	271
3.1	股票交易制度	271
3.2	債券交易制度	272
3.3	上市公司的持續資訊公開制度	273
3.4	限制和禁止的證券交易行為	274
3.5	上市公司收購	277
4.	證券機構	278
4.1	證券交易所	278
4.2	證券公司	278
4.3	證券登記結算機構	279
4.4	證券交易服務機構	280
4.5	證券業協會	280
4.6	證券監督管理機構	281
5.	法律責任	281
5.1	違反證券發行規定的法律責任	281
5.2	違反證券交易規定的法律責任	282
5.3	違反證券機構管理、人員管理的法律責任	282
5.4	證券機構的法律責任	283
5.5	仲介機構的法律責任	284

第十四章 票據法

1.	票據法概說	286
1.1	票據的概念	286
1.2	票據的法律性質與特徵	286
1.3	票據的種類	287
1.4	票據法的概念	287
1.5	中國票據法立法概況	287
2.	票據法律關係	288
2.1	票據法律關係的概念	288
2.2	非票據關係的概念	289
2.3	票據的基礎關係	289
3.	票據行為	290
3.1	票據行為的概念	290
3.2	票據行為的法律特徵	290
3.3	票據行為的種類	291
4.	票據權利	292

4.1	票據權利的概念	292
4.2	票據權利的法律特徵	292
4.3	票據權利的種類	293
4.4	票據權利的取得、行使和保全	293
4.5	票據補救	294
4.6	票據的偽造和變造	294
4.7	票據抗辯	295
5.	匯票、本票和支票	295
5.1	匯票	295
5.2	本票	300
5.3	支票	301
6.	涉外票據的法律適用和票據法律責任	302
6.1	涉外票據的法律適用	302
6.2	票據法律責任	302

第十五章 銀行法

1.	銀行法概述	306
1.1	銀行法的概念和地位	306
1.2	銀行經營管理體制概述	306
1.3	銀行法律關係	306
2.	中央銀行法	307
2.1	中央銀行的性質、地位、職責和組織機構	307
2.2	人民幣及其發行制度	310
3.	商業銀行法	310
3.1	商業銀行的概念、地位和經營範圍	310
3.2	商業銀行的組織和財務會計制度	312
3.3	商業銀行的設立、變更、接管和終止	313
3.4	商業銀行存款業務的基本規則	316
3.5	商業銀行貸款和其他業務的基本規則	316
3.6	監督管理和法律責任	317
4.	政策性銀行法	318
4.1	政策性銀行法概述	318
4.2	政策性銀行法簡介	319
5.	非銀行金融機構管理法	321
5.1	非銀行金融機構管理法概述	321
5.2	非銀行金融機構的設立、變更和終止	322
5.3	非銀行金融機構法律	324

第十六章 保險法

1.	保險法概述	328
1.1	保險的概念和特徵	328
1.2	保險法的概念、內容和現狀	329

1.3	保險法的基本原則	330
2.	保險合同	331
2.1	保險合同的概念和特徵	331
2.2	保險合同的種類	332
2.3	保險合同的要素	333
2.4	保險合同的成立、變更、終止及履行	335
3.	保險公司	339
3.1	保險公司的組織形式	339
3.2	保險公司的設立、變更和終止	340
3.3	保險公司保險經營規則	341
3.4	保險代理人和保險經紀人	343
4.	保險業的監督管理	343
4.1	保險業監督管理機構及其主要職責	343
4.2	保險業監管的方式	345
5.	法律責任	345
5.1	投保人、被保險人或者受益人的法律責任	346
5.2	保險公司及其工作人員的法律責任	346
5.3	保險代理人和保險經紀人的法律責任	347
5.4	保險監督管理機構及其工作人員的法律責任	347

第十七章 破產法

1.	破產法概述	350
1.1	破產的概念和中國破產法的適用範圍	350
1.2	破產法的立法目的	350
1.3	《企業破產法》的基本原則及其制度設計	351
2.	破產和解與重整程序	354
2.1	破產和解與重整的一般原理	354
2.2	中國破產法上的重整制度	355
2.3	中國破產法上的和解制度	356
3.	破產清算程序	357
3.1	破產申請	357
3.2	破產宣告	358
3.3	債權人會議	358
3.4	債務人財產/破產債權制度	359
3.5	破產財產及其分配	359
3.6	破產程序的終結	360
4.	前景與展望	361
4.1	關於破產法適用的範圍問題	361
4.2	關於破產程序的目標模式問題	361
4.3	增加國際破產方面的規定	361
4.4	對破產失權和破產複權問題給予明確規定	362

第十八章 海商法

1. 中國海商立法概說	364
2. 船舶法律制度	364
2.1 船舶的概念	364
2.2 船舶國籍和登記	365
2.3 船舶物權	366
3. 海上貨物運輸合同	367
3.1 提單性質與功能	368
3.2 承運人的義務	369
3.3 承運人的責任期間和免責事由	369
3.4 承運人賠償限額	369
3.5 航次租船合同	370
4. 船舶碰撞	370
4.1 船舶碰撞的概念和分類	370
4.2 船舶碰撞的司法管轄	371
4.3 船舶碰撞財產損害賠償原則	372
5. 海難救助	372
5.1 海難救助的分類	373
5.2 海難救助合同	373
5.3 海難救助款項	374
6. 共同海損	374
6.1 共同海損的犧牲和費用	375
6.2 共同海損的理算	375
7. 海事賠償責任限制	376
7.1 海事賠償責任限制主體	376
7.2 限制性債權	376
7.3 非限制性債權	377
7.4 責任限額的確定和賠償順序	377

第十九章 財政法

1. 預算法	382
1.1 預算和預算法的概念	382
1.2 預算管理體制和預算管理職權	382
1.3 預算收支範圍	383
1.4 預(決)算管理程序規定	383
1.5 對預算決算的監督	384
2. 國債法	385
2.1 國債的概念和特徵	385
2.2 國債法的概念、特徵及主要內容	385
2.3 中國國債立法的概況	386
3. 政府採購法	387
3.1 政府採購法概述	387

3.2	政府採購方式和程序	387
3.3	政府採購合同	388
3.4	監督檢查和法律責任	388
4.	國有資產管理法	389
4.1	國有資產管理法概述	389
4.2	國有資產評估制度	390
4.3	國有資產產權登記制度	391
4.4	產權交易制度	393

第二十章 稅法

1.	稅法概述	396
1.1	稅收與稅法	396
1.2	稅法的構成要素	396
1.3	稅法的發展	398
2.	現行實體稅法結構體系	399
2.1	流轉稅法	399
2.2	所得稅法	403
2.3	財產稅法	407
2.4	行為稅法	407
2.5	其他實體稅法	408
3.	稅收徵收管理法律制度	409
3.1	稅務管理	409
3.2	稅款徵收	410
3.3	稅務檢查	411

第二十一章 反不正當競爭法

1.	概述	414
2.	各種不正當競爭行為及其法律責任	415
2.1	市場混淆行為及其法律責任	415
2.2	虛假表示與虛假宣傳行為	419
2.3	商業賄賂行為	420
2.4	侵犯商業秘密行為及其法律責任	423
2.5	不當有獎銷售行為及其法律責任	424
2.6	商業誹謗行為及其法律責任	425
2.7	通謀招投標行為及其法律責任	427
3.	對中國反不正當競爭制度的展望	428

第二十二章 消費者權益保護法與產品質量法

1.	消費者權益保護法	430
1.1	概述	430
1.2	消費者權利	431
1.3	經營者義務	433

1.4 爭議的處理機制和法律責任	434
2. 產品質量法	436
2.1 產品質量法概述	436
2.2 產品質量的監督與管理	436
2.3 生產者、銷售者的產品質量義務	439
2.4 產品責任和違反產品質量法的法律責任	440

第二十三章 勞動法

1. 勞動法基礎理論	444
1.1 勞動法的概念和地位	444
1.2 勞動法的宗旨和調整方法	444
1.3 中國《勞動法》的適用範圍	446
2. 勞動法的內容體系	447
2.1 勞動關係協調法律制度	447
2.2 勞動基準 (work standards) 法律制度	448
2.3 勞動保障法律制度	448
2.4 勞動執法制度	449
3. 勞動合同立法展望	450
3.1 概說	450
3.2 勞動合同的訂立	450
3.3 勞動合同的解除和終止	451
3.4 勞動合同的違約責任	452

第二十四章 環境保護法

1. 環境法的框架的概述	454
1.1 《憲法》	454
1.2 環境保護基本法	454
1.3 環境保護單行法	455
1.4 環境標準	455
2. 環境法的基本原則	456
2.1 協調發展原則	456
2.2 預防為主原則	456
2.3 污染者付費原則	456
2.4 公眾參與原則	457
3. 環境法的主要制度	457
3.1 環境影響評價制度	457
3.2 “三同時”制度	458
3.3 許可證制度	459
3.4 排污收費制度	459
3.5 限期治理制度	460
3.6 環境事故報告制度	460
4. 中國與國際環境法	461

第二十五章 民事訴訟法

1. 民事訴訟法的基本原理	468
1.1 民事訴訟	468
1.2 民事訴訟法	469
1.3 民事訴訟法律關係	470
1.4 民事訴訟模式理論	471
2. 民事訴訟法的基本原則與制度	472
2.1 民事訴訟法的基本原則	472
2.2 民事審判的基本制度	473
2.3 主管與管轄	474
2.4 訴訟參加人	475
2.5 民事訴訟證據	476
2.6 期間、送達	477
3. 民事訴訟法的審判程序	478
3.1 第一審普通程序	478
3.2 簡易程序	481
3.3 第二審程序	482
3.4 特別程序	483
3.5 審判監督程序	485
3.6 督促程序	486
3.7 公示催告程序	486
3.8 企業法人破產還債程序	487
4. 民事訴訟法的執行情序	487
4.1 執行和執行情序	487
4.2 執行的原則	488
4.3 執行情序的一般規定	489
4.4 執行的申請與移送	489
4.5 執行措施	490
4.6 執行中止與執行終結	490
5. 涉外民事訴訟程序的特別規定	491
5.1 涉外民事訴訟程序的概念和一般原則	491
5.2 涉外民事訴訟管轄	492
5.3 涉外民事訴訟的送達	492
5.4 司法協助	492

第二十六章 刑事訴訟法

1. 刑事訴訟法在中國	496
1.1 《中華人民共和國刑事訴訟法》的制定和修改	496
1.2 刑事訴訟法地位的上升，兼論程序的價值	496
1.3 刑事訴訟法之功能	498

2. 刑事訴訟體制與制度	498
2.1 中國的“刑事訴訟”	498
2.2 刑事訴訟體制	499
2.3 國刑事訴訟之“未經法院依法判決，不得確定任何人有罪” 的原則	500
2.4 辯護制度	501
2.5 證據制度	503
2.6 刑事訴訟之附帶民事訴訟	504
2.7 刑事訴訟程序	505
3. 刑事訴訟之未來	514
3.1 更新訴訟觀念	514
3.2 提高執法者的業務素質和執法水平	514
3.3 健全配套制度，完善現行制度	515

第二十七章 行政訴訟法

1. 行政訴訟法概述	518
1.1 行政訴訟的概念和特徵	518
1.2 中國行政訴訟制度的歷史發展	519
1.3 行政訴訟法的淵源	520
1.4 行政訴訟法的效力範圍	520
1.5 行政訴訟的特有原則	521
2. 行政訴訟的受案範圍與管轄	522
2.1 行政訴訟的受案範圍	522
2.2 行政訴訟管轄	525
3. 行政訴訟參加人	527
3.1 原告、被告和共同訴訟人	527
3.2 第三人	528
3.3 訴訟代理人	529
4. 行政訴訟證據	529
4.1 行政訴訟證據概述	530
4.2 行政訴訟的舉證責任	530
5. 行政訴訟程序	532
5.1 起訴與受理	533
5.2 第一審程序	533
5.3 第二審程序	534
5.4 審判監督程序	535
5.5 執行政序	536
6. 行政訴訟法律適用與裁判	537
6.1 行政訴訟的法律適用	538
6.2 行政裁判	539

第二十八章 仲裁法

1. 仲裁制度的基本理論	542
1.1 仲裁和仲裁法	542
1.2 仲裁的法律性質	543
1.3 仲裁機構	544
2. 仲裁協議	546
2.1 仲裁協議的概念	546
2.2 仲裁協定的內容	546
2.3 仲裁協議的效力	547
3. 仲裁程序與執行	548
3.1 仲裁程序	548
3.2 申請撤銷仲裁裁決	550
3.3 仲裁的執行	551
4. 涉外仲裁的特別規定	552
4.1 涉外仲裁的概念	552
4.2 涉外仲裁機構	552
4.3 對涉外仲裁裁決的執行	552

第二十九章 國際法

1. 國際法的概念與淵源	556
1.1 國際法的概念	556
1.2 國際法的法律性質	556
1.3 國際法的淵源	557
2. 中國與國際法	559
2.1 古代中國與國際法	559
2.2 近代中國與國際法	560
2.3 現代中國與國際法	560
3. 國際法與國內法	563
3.1 學說	563
3.2 國際法與國內法關係的實踐	567
4. 條約在中國的適用	568
4.1 條約在中國的適用方式	568
4.2 條約在中國國內法中的地位	570

第三十章 國際經濟法

1. 國際經濟法概述	576
1.1 國際經濟法的概念	576
1.2 國際經濟法的調整對象	576
1.3 國際經濟法的範圍	576
1.4 國際經濟法的基本原則	576
1.5 國際經濟法的體系	577

2. 國際貨物貿易法	578
2.1 《聯合國國際貨物銷售合同公約》	578
2.2 國際貿易慣例	583
2.3 國際貨物運輸法	587
2.4 國際貨物運輸保險法	588
3. 國際服務貿易法	589
3.1 國際服務貿易的概念和特點	589
3.2 《服務貿易總協定》	590
4. 國際技術貿易法	590
4.1 國際技術貿易的概念和特點	590
4.2 國際技術轉讓的主要形式	591
4.3 技術貿易中限制性商業條款	591
5. 國際投資法	592
5.1 資本輸入外國投資法	592
5.2 資本輸出國海外投資法	593
5.3 保護投資的國際法規範	594
6. 國際金融法及其他分支	596
6.1 國際金融法	596
6.2 國際稅法	596
6.3 國際經濟組織法	597
6.4 國際商事仲裁法	598

第三十一章 國際私法

1. 國際私法的概念和性質	602
1.1 國際私法的概念	602
1.2 國際私法的性質	602
2. 國際私法的調整對象及範圍	603
2.1 國際私法的調整對象	603
2.2 國際私法的範圍	603
3. 國際私法的淵源	604
3.1 國內法淵源	604
3.2 國際淵源	605
4. 中國國際私法立法的演進及發展	606
5. 衝突規範及准據法選擇	607
5.1 法律衝突的概念及產生原因	607
5.2 衝突規範	608
5.3 准據法	608
6. 國際私法的基本制度	609
6.1 識別	609
6.2 公共秩序保留	609
6.3 反致	610

6.4	法律規避.....	610
6.5	外國法內容的查明.....	610
7.	涉外民商事爭議解決方式.....	611
7.1	國際民事訴訟程序.....	611
7.2	國際商事仲裁程序.....	613
8.	涉外民商事問題的法律適用.....	616
8.1	涉外合同之債的法律適用.....	616
8.2	涉外侵權之債的法律適用.....	617
8.3	涉外婚姻關係的法律適用.....	618
8.4	涉外繼承關係的法律適用.....	618
主編後記		621
編者及作者		625

序一

香港城市大學朱國斌教授邀請我為他主編《新編中國法》作序，我感到非常榮幸，並欣然應允。

隨着中國加入世界貿易組織過渡期的完成和全球經貿一體化進程的加快，中國法越來越受到全世界的矚目，並逐步為之所瞭解。港澳台同胞和海外華人出於來內地投資、經商、公幹或生活等各種需要，境外和海外學生出於學習和進修提升的需要，都希望有更廣泛的途徑全面和客觀地瞭解中國法律知識和追隨其法律發展，而《新編中國法》就是一個很好的選擇之一。

《新編中國法》全書共分六篇三十一章節，內容囊括了憲法、行政法、民法、刑法、商法、訴訟法以及國際法等各法律部門。各章節分別由近二十餘位相關專業知識豐富和學術造詣專精的香港和內地學者執筆，系統而權威地介紹和評述了中國各部門法的主要內容和觀點。理論性與實踐性結合，專著性和通俗性兼備，是一本難以多得的關於中國法的“小百科全書”。

值得一提的是，本書採用了開放式的寫作方法，並在傳統法學科目體例的基礎上，又增加了如人權法、環境保護法、區際衝突法等較新科目和內容，與時俱進，符合法律國際化和全球化潮流。本書語言簡潔流暢，觀點辯證鮮明，內容專業務實，寫作直奔主題，避免了國內不少同類法學著作觀點千篇一律和文字空泛臃腫的缺陷，令人有充實、務實和紮實的感覺。

本書的問世，不僅可以使港、澳、台地區以及其他華人地區想要系統學習和研究中國法的學生和學者獲益，而且也可以使想要從多種角度更全面更客觀地瞭解中國法的內地相關專業的學生和學者受益。同時，本書本身就是香港和內地學者學術合作的範例，它的出版有利於進一步加強香港和內地學術界的深入交流和合作，從而促進更多的香港同胞學習中國法，瞭解中國法，運用中國法。

作為本書主編之一的朱國斌教授，能夠從其繁忙的大學行政事務中抽出寶貴時間從事研究和寫作，並堅持不懈，終有大成，值得嘉許。可以看出，他從撰寫有關章節到審閱書稿，為著作能早日出版問世付出了辛勤的努力。在這裏，我熱切期待該著作早日面世，並衷心祝願朱教授在以後的日子裏出版更多更好的著作。

萬鄂湘

中華人民共和國最高人民法院副院長、大法官
武漢大學法學院教授

二零零七年元月二十六日

於北京最高人民法院

序二

香港城市大學法律學院朱國斌博士及一批法律界的朋友，正在籌備出版一本名為「新編中國法」的書，內容十分豐富，包括憲法行政法、刑事法、民商事法、經濟法、程序法、國際法等，都是和我們權益有最大關係的法律。作者都是我所尊敬的一群法律學者，也是城市大學法律學院特別是中國法律的墾荒者。多年來他們充實了香港對中國法律研究的智庫，也成功地創造了城市大學法律學院獨特的圖騰。

香港回歸祖國剛有十年的經歷。在這個過程，我們理解到「一國兩制」的成功，不但靠維護一制的不變，而是利用「一國兩制」的優勢，去發揮香港的核心價值。因此，了解國情，認識國家和內地的制度，有助於「一國兩制」的落實，有利於香港的經濟、政治、文化和社會的發展。由一群熟識香港情況的內地法律學者，寫作有關內地的法律，更能讓我們明白兩地法律制度的異同。使香港市民、法律從業員和法律學生能對內地法律有個普遍的認識，加強兩地在各方面更緊密關係的合作。

我祝願這本書出版發行成功，並希望各位作者繼續為香港提供高質素的法律知識。

梁愛詩

全國人民代表大會常務委員會香港特別行政區
基本法委員會副主任

香港特別行政區政府律政司前司長

二零零七年五月

序三

由於歷史的原因，大陸、台灣、香港和澳門時至今日已形成各具特色的法律體系。在過去很長一段時間裏，生活於不同法域之下的普通民眾缺乏學習和瞭解其所生活的法域之外的法律制度的動機和條件，因而對其他地方的法律制度缺乏瞭解。然而，自1978年祖國大陸施行“改革開放”政策以來，特別是隨着中央政府通過“一國兩制”方式解決香港、澳門回歸以後，香港、澳門、台灣和祖國大陸的來往和交流日益頻繁，在此背景下，中國大陸的法律制度及法治狀況引起港澳台地區以及其他海外華人地區的民眾的關注和興趣是理所當然的事。因此，編寫適合於港澳台地區及其他華人地區讀者學習和瞭解中國大陸法律制度的專著或教材，就成為法學界、實務界既現實又迫切的任務。

朱國斌博士、林來梵教授和徐孟洲教授合作主編的這本《新編中國法》正是順應這一潮流的合宜之作。本書共分六編，分別對應中國大陸現行六大部門法即憲法與行政法、刑法、民商法、經濟法、訴訟（程序）法和國際法；每編下分章介紹該部門法內的重要法律，前後共三十一章，涵蓋了中國大陸現行所有重要法律，內容可謂豐富與全面。本書各章均由對某一部門法有專門研究的知名學者執筆，準確地介紹中國大陸各有關部門法律立法的新進展和法學研究的新成果，內容可謂新穎、闡述清晰。此外，本書的作者們顯然充分考慮到港澳台及其他海外華人地區讀者的實際情況，沒有重點論述那些艱深晦澀的理論，而側重於翔實、確切地闡述內地重要法律的基本內容及其適用問題。在表達上，本書力求做到簡明扼要和通俗易懂，因而可讀性很強。

我相信，本書以其豐富、翔實、準確、新穎之內容足以成為港澳台及其他華人地區各界學習瞭解中國大陸法律制度的基本讀本；相信它也必將為增強“兩岸三地”及其他海外華人地區之間的理解、互信和交流，以及法律合作作出貢獻。在此，我向讀者隆重推介《新編中國法》。

是為序。

王利明

中國人民大學法學院教授、院長
全國人大代表大會法律委員會委員
二零零七年一月二十九日
於中國人民大學

導論：中華人民共和國 法制及其發展

朱國斌

1. 第一階段——	
法制的初創時期（1949–1957）	2
2. 第二階段——	
法制的挫折時期（1958–1976）	4
3. 第三階段——	
法制的恢復與發展時期（1977至今）	4
3.1 立法規範公共權力和保障公民權利	5
3.2 立法規範市場經濟活動	6
4. 中國法制發展的展望	7

自中華人民共和國於1949年10月1日成立至今，中國的法制經歷了一條曲折艱難的發展道路。這一曲折歷程大體上可以分為三個階段：建國初期艱難的法制初創階段；“反右”及“文化大革命”期間的法制挫折階段；和“撥亂反正”後的法制恢復與發展階段。在第三階段，特別是90年代以後，伴隨着思想禁區的進一步打破，中國迎來了法制快速發展階段，並相繼制定或修訂了許多重要法律，其中包括了憲法；有中國特色的社會主義法律體系逐步確立並健全，為蘊涵着民主、憲政、法治和人權保障等普世價值及符合市場經濟發展規律的法律制度的進一步發展完善奠定了基礎。

1. 第一階段——法制的初創時期（1949–1957）

以馬克思主義作為指導思想的中國共產黨，經過三十多年的暴力革命，於1949年最終取得革命勝利，並開始了新中國的建設歷程。與人類歷史上的經歷大體相似，建國之初，統治者或統治階級需要頒行一系列法律來確認新的社會關係和恢復社會秩序。正是在這個意義上，從1949年起，中華人民共和國開始了其法制初創期。

建國之初，就法制建設而言，首先遇到的問題就是如何處理國民黨主政時期業已制定的比較完備的六法全書體系。對此，中共中央於1949年2月發佈了《關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區的司法原則的指示》。該《指示》稱：“國民黨全部法律只能是保護地主與買辦官僚資產階級反動統治的工具，是鎮壓與束縛廣大人民群眾的武器”，因此，“無產階級領導下的工農聯盟為主體的人民民主專政的政權下，國民黨的六法全書應該廢除，人民的司法工作不能再以國民黨的六法全書為依據，而應該以人民的新的法律作為依據。在人民的新的法律還沒有系統地發佈以前，應該以共產黨政策以及人民政府與人民解放軍已發佈的各種綱領、法律、條例、決議之規定；無綱領、法律、命令、條例、決議規定者，從新民主主義的政策。”那麼，新的法律應如何制定呢？華北人民政府在1949年3月頒佈《廢除國民黨的六法全書及其他一切反動的法律》的訓令中指出，首先，“各級人民政府，特別是司法工作者，要和對國民黨的統治階級的痛恨一樣，以蔑視與批判態度對待國民黨六法全書及歐、美、日等資本主義國家一切反人民的法律”，並在這個基礎上，“用革命精神來學習馬列主義、毛澤東思想的國家觀、法律觀，學習新民主主義的政策、綱領、法律、命令、條例、決議，來搜集與研究人民自己的統治經驗，製作出新的比較完備的法律來”。為什麼對舊中國法制及資本主義法律持這樣一種徹底的否定態度呢？從以上兩個文件的表述來看，是因為當時的法律制定者片面地理解馬克思主義法律觀。¹客觀地說，資產階級法律對於無產階級領導的國家來說還是具有借鑒意義的，特別是49年後的中國還處於從新民主主義過渡到社會主義的漫長階段，²還存在資產階級生產關係的情況。其他國家的歷史也證明了同一民族的法律文化傳統具有繼承性是客觀存在的；甚至，作為人類政治文明共同發展的結晶的法律文化和一些基本的法律原則，在不同國家之間也具有可借鑒性，如英美法等國家資產階級革命成功後，在相當長的時間裏繼續沿用封建制下的法律或宗主國的法律；東歐國家於上世紀90年代轉型後仍沿用社會主義時期制定的部分法律，都是很好的例證。

在這種極端強調法律的階級性的觀念支配下，中華人民共和國推倒了舊中國的一切法律，並繼續在這一觀念支配下開始了曲折的法制建設征程。在建國之初，最重要的法律自然是能為新國家的制度設計和新政權的合法性提供正當性的憲法。憲法通常應由特定的制憲機關制定，並由經選舉產生的全國人民代表大會審議通過。但由於當時不具備全國範圍內進行選舉並產生全國人民代表大會的條件，所以，中國共產黨於1949年9月29日召開了具有廣泛社會基礎和民意基礎的中國人民政治協商會議，由當時所有進步的各民主黨派、無黨派民主人士參加。這次會議表決通過了具有臨時憲法性質的《中國人民政治協商會議共同綱領》。此後，根據《共同綱領》，新中國建立了中央國家機關和地方各級人民政府，開展了全國範圍內的法制建設，先後制定了一系列重要法律，如中央人民政府委員會於1949年12月通過了《省市縣各界人民代表會議組織通則》；政務院也於1950年11月和12月通過了《大城市、縣屬區、鄉（行政村）各界人民代表會議組織通則》；1950年起，為鞏固政權，國家先後制定頒佈了《懲治反革命條例》、《管制反革命分子暫行條例》、《懲治土匪暫行條例》、《懲治貪污條例》等許多重要的法律和法規。這些法律法規對於建立人民民主專政的國家機構，恢復被戰爭破壞的國民經濟，保衛新生的人民政權，保障人民權利，發揮了重要作用，也為新中國的法制建設奠定了基礎。

然而，這一切終歸歸屬過渡，因為依據毛澤東思想，這一階段的中國還處於新民主主義革命階段，它最終要過渡到社會主義階段。³ 這就意味着《共同綱領》最終要為社會主義憲法所取代。至於，什麼時候制定正式憲法，當時執政者的初步考慮是當中國基本進入社會主義以後。但在諮詢史達林的意見後，中國共產黨決定盡快制定憲法，⁴ 於是便召開第一屆全國人民代表大會，緊鑼密鼓地制定和通過新憲法的工作。1953年1月13日，中央人民政府委員會第20次會議通過了《關於召開全國人民代表大會及地方各級人民代表大會的決議》，決定於1953年召開由人民普選產生的鄉、縣、省（市）各級人民代表大會，然後，在此基礎上召開全國人民代表大會。另一方面，為了進行憲法起草工作，1953年1月，中央人民政府委員會決定成立由毛澤東親自擔任主席的憲法起草委員會，以及中共中央內部成立了由毛澤東直接領導的憲法起草小組。憲法起草完後，憲法草案還提交全民進行為期兩個月的討論，最終於1954年9月20日，由第一屆全國人民代表大會通過。以新憲法為依據，中國開始了社會主義政治體制和法制制度的建設。

在第一屆全國人民代表大會期間，制定了一批重要的法律，如《全國人民代表大會組織法》、《國務院組織法》、《法院組織法》、《檢察院組織法》、《地方各級人民代表大會和地方各級人民委員會組織法》。依據憲法和上述組織法，中華人民共和國建立了由國家權力機關、國家行政機關、國家審判機關和國家檢察機關組成的國家機構系統，其中，國家權力機關居於首要地位，其他國家機關由它產生、受它監督、對它負責。此外，為維護和建構秩序的需要，全國人民代表大會及其常務委員會先後制定了《逮捕拘留條例》、《治安管理處罰條例》、《人民警察條例》、《國家行政機關工作人員的獎懲暫行規定》等八十多個法律、法令和有關法律問題的決定；同時，還着手起草刑法、民法、刑事訴訟法、民事訴訟法等法律。總括而言，以頒佈新憲法為契機，在最初幾年裏中國法制建設取得比較大的發展。但是，由於這部憲法制定於中國由新民主主義社會向社會主義社會的過渡時期，它不可避免地包含有體現新民主主義社會的經濟、政治方面的特點。這為此後同經過社會主義改造後的社會現實發生衝突埋下伏筆，再加上受前文提到的強烈的階級鬥爭思維模式的影響，1954年憲法及以此為依託建立起來的法制，終將受到嚴峻考驗與挑戰。

2. 第二階段——法制的挫折時期（1958–1976）

隨着疾風驟雨式社會主義改造於1956年完成，中國從此由新民主主義階段大踏步進入了社會主義階段。這使得1954年憲法的若干規定與變化了的社會現實相脫節。這本來應通過憲法解釋或憲法修正案的方式進行相應的調整，但是，中國當時的最高領導人和決策者卻採用制定新的黨的政策方式作出相關調整。這使得憲法中的部分條款實際上成為空文。黨的政策凌駕於法律之上的現象開始盛行。更糟糕的是，這時黨的政策出現偏差。毛澤東在1957年10月召開了黨的第八屆中央委員擴大的第三次全體會議，會上提出了“當前中國社會的主要矛盾是無產階級和資產階級的矛盾，社會主義道路和資本主義道路的矛盾”的論斷，人為地把階級矛盾擴大化和絕對化。從這時起，法律就可悲地淪為僅僅服務於階級鬥爭的權宜性工具，法律虛無主義開始蔓延和盛行。⁵ 在這種思想意識的支配下，全國人大及其常委會正在進行的刑法、民法、刑事訴訟法、民事訴訟法等基本法律的起草工作也因此停頓，從而使中國法制建設的正常進程受到嚴重干擾。

隨着1957年“反右”運動的擴大化，憲法中的許多重要法制原則也成了批判物件，如法律面前人人平等原則被批判為“抹殺法律的階級性，同反革命講平等”；檢察機關的法律監督職能被認為是“將專政矛頭對準人民內部，對準國家機關和幹部，而不是對準反革命和刑事犯罪”；司法機關獨立審判和檢察是“不服從黨的領導，向黨鬧獨立，是凌駕於黨政領導之上”；被告人有權獲得辯護原則是“替壞人說話，敵我不分，為階級敵人開脫、掩護”等等。自1966年文化大革命發生以後，1954年憲法實際上已經被不宜而廢，憲法中規定的許多重要制度得不到遵守，憲法中規定的公民基本權利遭肆意踐踏，如作為人民行使國家權力的全國人民代表大會和地方各級人民代表大會的正常活動幾乎被全面終止（全國人大除1975年1月通過了一部充滿濃厚“左傾”色彩的《憲法》外，未制定任何法律）；沒有任何憲法依據的“革命委員會”竟然取代了作為行政機關的地方各級人民委員會；民粹式的群眾批鬥會取代了人民法院和人民檢察院正常的司法活動；以及“大鳴、大放、大辯論、大字報”等所謂的“大民主”運動任意侵害公民受憲法保護的基本權利和自由等等。

總而言之，在這一時期，法制建設不但沒有任何發展，而且已經建立起來的法律制度也幾被破壞殆盡。

3. 第三階段——法制的恢復與發展時期（1977至今）

“反右”運動和“文化大革命”運動造成社會激烈動盪，與之相伴隨的是法制秩序蕩然無存，公民的生命、自由、財產等基本權利失去應有保障。1977年，“文化大革命”基本結束後，國人開始深刻反思過去和思考未來的方向。其中，恢復民主法制成為當時社會的普遍共識。鄧小平在1978年12月13日的中共中央工作會議閉幕會上，就法制建設方面經驗教訓深刻總結到：“為了保障人民民主，必須加強法制。必須使民主制度化、法律化，使這種制度和法律不因領導人的改變而改變，不因領導人的看法和注意力的改變而改變。”⁶ 當時的國家領導人葉劍英在1978年12

月中國共產黨第十一屆三中全會上也強調：“中國的法制從建國以來沒有很好健全起來。‘文革’的教訓使我們從反面懂得，一個國家非有法制和制度不可。”⁷ 受這種相對寬鬆的氣氛所鼓舞，沉寂很久的法學界也開始活躍起來，開始勇於打破過去的法學禁區，展開了關於法的階級性與繼承性、法治與人治、法律與政策等一系列關鍵問題的大討論。對過去存在的“法律虛無主義”、“人治”觀念、片面強調法的階級性等“左傾”觀念進行深刻的檢討和批判。這些都為此後二十多年社會主義法制快速發展提供了理論支援。

自此，二十多年來，國家在法制建設方面所取得的主要成就，除表現在恢復過往行之有效的基本法律和法制之外，特別集中表現在如下兩大方面：

3.1 立法規範公共權力和保障公民權利

過去二十多年動盪的原因，從法律角度看，主要是公共權力缺乏憲法、行政法、刑法等公法的有效約束。在吸取以往經驗教訓的基礎上，國家必須加強規範公共權力方面的立法。

3.1.1 立憲與修憲——從根本上開始

憲法是規範公權力的最重要和最核心的法律，是國家的根本大法。“文化大革命”後，國家制定了兩部憲法，即1978年憲法和1982年憲法。

1978年憲法制定於“文革”剛結束不久，執政黨和國家的指導思想還未能夠被徹底撥亂反正，因而這部憲法雖然相較於極“左”的1975憲法來說，有不少進步的地方，比如，恢復設置檢察院、擴充了公民基本權利的範圍等。但是，在憲法理念與基本內容上，該憲法仍存在嚴重的缺陷，如仍以“無產階級專政下的繼續革命理論”作為指導思想；在經濟制度方面仍沿用1975憲法的規定等。由於上述缺失，1978年憲法註定是服務於這一特定歷史時期的過渡性憲法。

在1978年中國共產黨第十一屆三中全會上，中共理論上糾正了長期存在的“以階級鬥爭為綱”的極左路線，對中國社會的主要矛盾進行了重新認識和判斷，提出當時階段的主要矛盾不是階級鬥爭，而是人民群眾日益增長的物質生活和文化生活需求與生產力水平之間的矛盾。因此，全會作出了將黨和國家的工作重心轉移到社會主義現代化建設上來的重大戰略決策。這一歷史性的決策引發了中國此後政治、經濟、社會和文化等方面的深刻變化。因而，制定一部新憲法以取代已不合時宜的1978年憲法便成為必要。在此大背景下，1982年第五屆全國人大第五次會議審議通過了新憲法，即現行1982年憲法。據內地學者考證，1982年憲法是以1954年憲法為藍本，在認真總結五四憲法以來社會主義發展的經驗教訓，特別是“文化大革命”的深刻教訓基礎上進行的，所以是一部制定比較完善的憲法。

1982年憲法在結構上與1954年憲法大體一致，即包括序言、總綱、公民基本權利和義務、國家機構和國旗國徽首都。為了體現公民權利的重要性，該憲法把“公民權利與義務”一章提到“國家機構”一章之前。在內容方面，相較於此前的幾部憲法，有了較大的發展。試舉幾個重大變化為例：在總綱中將1978年憲法中“無產階級專政”改為“人民民主專政”，增加了有關“民主集中制原則”的具體內容，增加了社會主義法制的內容；在公民基本權利和義務一章中，相較於1978年憲法，增加了“公民在法律面前一律平等”、“公民的人格尊嚴不受侵犯”、“公民的通信自由和通信秘密受法律的保護”、公民有“取得賠償的權利”等，刪除了關於公民必須擁護中國共

產黨領導、擁護社會主義制度義務的規定；在國家機構方面，增加了關於人民法院、檢察院依照法律規定獨立行使審判權、檢察權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉的規定，和公檢法三機關之間在辦理刑事案件時的分工負責、互相配合、互相制約的關係的規定，還增加了國家領導人任期的規定。

為了適應發展變化了的社會現實，1982年憲法到目前為止已經歷了四次修改：(1) 1988年七屆全國人大一次會議通過了涉及兩項內容的第一個憲法修正案，其中最重要的內容就是明確規定了私營經濟在社會主義所有制結構中的地位，肯定其積極作用，在一定程度上解決了私營經濟的合法性問題；(2) 1993年八屆全國人大一次會議通過的第二個憲法修正案為“市場經濟”正名，將原來“國家在社會主義公有制基礎上實行計劃經濟”等內容修改為“國家實行社會主義市場經濟”、“國家加強經濟立法，完善宏觀調控”，第一次表明中國實行社會主義市場經濟；(3) 1999年九屆全國人大二次會議通過了涉及六項內容的第三個憲法修正案，其中意義最為重大的是將“依法治國，建設社會主義法治國家”作為一項憲法原則寫進憲法；(4) 2004年十屆全國人大二次會議通過了第四個憲法修正案，把“國家尊重和保障人權”、“合法的私有財產不受侵犯”寫入憲法，並把原來“戒嚴”的提法修正為“緊急狀態”。從上述四次修憲的內容來看，中華人民共和國憲法正向憲政文明和法治文明方向邁進。當然，我們必須清醒地意識到，制定得再美好的憲法如果僅停留在紙面上，那它的意義將是非常有限的。所以，對於現行1982年憲法來說，最關鍵的問題是建立一套行之有效的行憲體制，讓中華人民共和國的每一個公民都能在現實生活中，切實感受到憲法中宣示的價值和享受到憲法賦予並保障的各項權利。

3.1.2 制定行政法和完善刑法——規範和控制行政權力、保障人權和公民權

在1982年憲法頒佈後，旨在控制龐大行政權力或平衡行政權與行政相對人權的行政法，獲得全面且重大的發展。一系列重要的法律和法規，如《行政處罰法》、《行政訴訟法》、《國家賠償法》、《國家公務員法》、《行政許可法》等，都相繼制定出來。它們大大提高了行政法治化的程度，並且也保障了公民的合法權益。

另外一個與規範國家公權力和保障人權密切相關的法律是刑事法律。近二十多年來，刑事法律也得到較大的發展。在1996年《刑事訴訟法》(修正版)中，不少具有人權保障意義的條款都寫入訴訟程序中，如規定“未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪”、“法庭對於證據不足，不能認定被告有罪的，應當作出證據不足，指控罪名不能成立的無罪判決”；⁸ 取消了公安機關採取收容審查的手段；修改了逮捕拘留條件，強調逮捕要有證據；將律師參與訴訟的時間提前等等。1997年《刑法》(修改版)明確規定了罪刑法定、禁止類推、罪刑相當等具有普遍價值的基本刑事法律原則，並取消了“反革命罪”的規定等等。

3.2 立法規範市場經濟活動

自從1978年十一屆三中全會確立國家的工作重心轉移到經濟建設領域，特別是1993年11月召開的中國共產黨十四屆三中全會又明確提出建立適應社會主義市場經濟的法律體系的任務後，規範經濟活動的立法就蓬勃發展起來。中國立法機關制定了數以百計的適用於社會主義市場經濟的法律法規，其中有確立市場主體資格的法律，如《民法通則》、《公司法》、《中外合

資企業法》等；有維護市場秩序、規範市場行為的法律，如《合同法》、《票據法》、《證券法》、《反不正當競爭法》、《消費者權益保護法》、《企業破產法》等；此外，還有一批與市場經濟密切相關的法律，如侵權責任法、稅收基本法、反壟斷法、反傾銷和反補貼法、保障措施的社會保險法、社會救濟法等正在討論與制定中。

此外，還有關於公民個人生活層面的法律也逐漸得到了完備，如《民法通則》、《婚姻法》《繼承法》等。

4. 中國法制發展的展望

中國法制發展的方向在哪裏？發展目標是什麼？這基本上要從中國法制建設所處的時代背景和歷史背景加以考察才能得出正確的判斷。就時代背景而言，民主、憲政和法治已為絕大多數國家普遍認可，儘管實現這些的具體形式有所差異；就歷史背景而言，中國自清末遭遇西方，在內外壓力下宣佈立憲以來，憲政一直被視為一種改變中國命運，達致強國富民的良方而為無數中國人執着追尋。然而，將清末立憲以來的憲政實踐與經典的憲政要義，如有限政府、權力制約、法治和人權保障等相比較，我們仍然會說自清末以來，一百多年的中國歷史大多數時候還是處於一種“有憲法而無憲政”的狀態。所以，從這個意義上說，憲政仍舊是中國法制建設未竟的事業，是中國法制發展的方向和目標。

為了不至於偏離這個方向和更好地實現這個目標，在總結中華人民共和國過去五十多年的經驗教訓基礎，我們認為以下兩點至為重要：第一，要繼續勇於突破傳統法學理論上的一些禁錮和桎梏，特別是正確處理好法律與意識形態的關係；第二，要正確處理法律的民族性與趨同化的關係。就第二點而言，一方面，立法必須從本國實際出發，結合本國的特殊國情；另一方面，立法也應當注重借鑒、吸收和移植國外立法的有益經驗和具有普世意義的文明成果。在中國加入世貿組織、經濟全球化、人權保護國際化趨勢的大環境下，中國立法更應處理好上述關係。如此，法律法制才會不斷進步，法治水準才會不斷提高，國家才會日趨繁榮昌盛，人民生活才會更加幸福。

註釋

1. 關於馬克主義法律觀的分析，參見郭道暉著：《當代中國立法》，北京：中國民主法制出版社1998年版，第23–26頁。
2. 當時毛澤東等領導人估計，向社會主義轉變至少需要二三十年時間。參見《毛澤東傳》（上），北京：中央文獻出版社2003年版，第239頁。
3. 毛澤東認為新民主主義革命的性質是“新式的資產階級民主主義革命，還不是無產階級社會主義的革命，但早已成了無產階級社會主義的世界革命的一部分”，“這個革命的第一步、第一階段，決不是也不能建立中國資產階級專政的資本主義的社會，而是要建立以中國無產階級為首領的中國各個革命階級聯合專政的新民主主義社會，以完結其第一階段。然後，再使之發展到第二階段，以建立中國社會主義的社會。”參見：《毛澤東選集》第二卷，第671–672頁。
4. 參見韓大元著：《1954年憲法與新中國憲政》，長沙：湖南人民出版社2004年版，第53–56頁。
5. 當時國家的主要領導人的講話充份反映出這一種意識形態，參見項淳一：“黨的領導與法制建設”，《中國法學》1991年第4期。
6. 《鄧小平文選》（第2卷），人民出版社1994年版，第146頁。
7. 《共和國重大事件和決策內幕》（下），經濟日報出版社1997年版，第943頁。
8. 《中華人民共和國刑事訴訟法》第12條和第162條。

憲法行政法篇



1. 中國憲法與政治制度

朱國斌

1. 憲法概念與中國憲法.....	12
1.1 憲法詞義的演變與憲法概念的表述.....	12
1.2 憲法是國家的根本法.....	13
1.3 憲法的淵源.....	14
1.4 憲法的基本原則.....	17
1.5 當代中國的憲法及其發展.....	21
2. 當代中國的根本政治制度.....	27
2.1 國家政權組織形式.....	27
2.2 人民代表大會制度是當代中國的 根本政治制度.....	29

1. 憲法概念與中國憲法

1.1 憲法詞義的演變與憲法概念的表述

1.1.1 憲法詞義的演變

“憲法”一詞，在中國古籍和古代立法文件中存在過。如《尚書》中的“監於先王成憲，其永無愆”；《國語》中的“賞善罰奸，國之憲法”；《定法篇》中的“法者，憲令著於官府，刑罰必於民心”；《史記》中的“懷王使屈平造為憲令”；《唐書》中的“永垂憲則，貽範後昆”等。在此，“憲”字的含義與法的含義是相通的，泛指典章制度和法令；憲或憲法並不具有近代憲法的意義。正如《現代漢語詞典》規定，“憲”即“法令”的意思。¹

中國古代“憲法”一詞並不具有近代憲法的意義。亞洲國家採用憲法這一用語也是英語 Constitution 和 Constitutional Law 的對譯。Constitution 一詞在江戶時代末已傳到日本，以後就有各種譯法。而在日本正式文件中最早出現憲法一詞則是在明治15年3月。從時間上考察，在亞洲，日本是最早翻譯並正式啟用“憲法”一詞的國家。其後，包括中國和韓國在內的其他亞洲國家沿用了這種譯法，直至今日。²

在中國，憲法的近代意義是由近代改良主義運動和立憲運動賦予的。19世紀80年代，改良主義思想家鄭觀應在《盛世危言》一書中首先使用了“憲法”一詞。³此後，參與戊戌變法的維新派人士也要求清廷制定憲法，施行憲政。1908年，清政府為敷衍民意，正式頒佈了《欽定憲法大綱》。

1.1.2 關於憲法概念的表述

一定國家的法都是由憲法、民法、刑法、訴訟法、行政法、國際法等許多具體的部門法所組成的。法只是一個統稱，憲法是其中的法律部門之一。作為法，憲法具有其他法所具有的共同特徵，即共性。根據中國大陸憲法學家的論述，這種共性一般是指——所有法“都是代表統治階級意志，都是具有國家強制力的行為規範，都是階級統治的重要工具。”⁴這是極具代表意義的“法即工具”論的典型表述。

關於憲法的概念，不同國家、不同時代或不同學派的憲法學家對它進行了不同的定義。在此僅舉幾例：

其一，著名法學辭典《布萊克法律辭典》(Black's Law Dictionary) 定義憲法 (Constitution) 為“一國的根本法和組織法，用以確立該國政府的構成、特徵和組織，同時用以規定主權的範圍和主權行使的方式。”⁵

其二，加拿大學者柯里認為：“憲法決定和規定最高的國家機關的設立。它規定這些機關與公民之間、國家與個人之間的相互關係。”⁶

其三，正如英國學者奧·菲力普斯 (O. Hood Phillips) 和保羅·傑克遜 (Paul Jackson) 所言，“憲法” (Constitution) 經常在抽象和具體意義上使用。“抽象地講，一國憲法就是法律、習慣和慣例的系統 (system)，它規定國家機構的組成和權力，調整不同國家機構之間以及國家機構與公民之間的關係。具體而言，憲法就是權威性地規定最重要憲法法律內容的文件。”⁷

社會主義國家的學者以馬克思主義為理論指導，他們對憲法概念的表述更注重階級分析的角度。僅舉兩例予以說明：其一，如吳家麟教授認為：“憲法是統治階級意志和利益的集中表現。”這是從階級本質的角度說明憲法是集中表現統治階級意志的國家意志。“從階級觀點來看，憲法無非是階級力量實際對比關係的表現。”⁸其二，從政治內容上講，“憲法是統治階級把在革命鬥爭中提出的民主思想和原則上升為國家意志，形成制度和法律……憲法是民主制度化、法律化的基本形式，是對客觀上已經形成的民主事實的法律確認。”⁹

關於“什麼是憲法”這個問題，中國改革開放後最早的教科書，即吳家麟教授主編的《憲法學》，對此有如下總結：“憲法是國家的根本大法，是民主制度的法律化，是階級力量對比的表現。說憲法是國家的根本大法，這是從法律特徵方面着眼的；說憲法是民主制度的法律化，這是從政治內容方面着眼的；說憲法是階級力量對比的表現，這是從階級實質方面着眼的。”¹⁰縱觀此後出版的各種憲法學著作和教科書，中國學者也基本上認同了以上定義。儘管有人認為“把‘憲法是民主制度的法律化’作為憲法概念的組成部分，並把它作為憲法的政治內容，同憲法的實質——憲法是階級力量對比的表現——並列起來，就顯得重複，因為憲法的階級實質中包含了它的政治內容”。¹¹然而，吳教授的上述闡述在憲法學基本理論中仍佔有中心地位。

對憲法概念的認識和探討仍在深化之中。何華輝教授提出“合理的憲法概念應該是：憲法是集中表現統治階級意志的國家根本法。”¹²對此，韓大元教授認為，該定義“正確地概括了中國憲法學者對憲法的基本認識。僅就憲法概念的表述而言，這一定義更接近客觀事實，有一定的代表性。”¹³其他憲法學者也對此發表了不同的看法，對認識憲法概念及其屬性具有重要意義。¹⁴

然而，“憲法到底是什麼？”簡言之，憲法是一種組織法，它組織國家及其政府，界定政府與人民之間的關係，規定公民的基本的權利與義務，它是從內容到形式都凌駕於其他任何法律之上的國家基本法。

1.2 憲法是國家的根本法

鑒於憲法的特殊法律地位和由此而產生的特殊法律效力，憲法又不同於一般的法律部門。因此，《中國大百科全書·法學》定義如下：憲法是“國家的根本大法。具有最高法律效力的法，是據以制定其他法的法律基礎。”¹⁵

中國現行憲法，即1982年憲法在《序言》指出：“本憲法以法律的形式確認了中國各族人民奮鬥的成果，規定了國家的根本制度和根本任務，是國家的根本法，具有最高的法律效力。”

我們可以從如下幾方面理解憲法作為國家根本法的意義。

第一，憲法是國家組織法，它規定了國家的根本制度和國家生活的基本原則——這就從內容上把憲法和其他法律予以區別開來。事實上，一般法律只分別調整國家生活的某一方面問題，或只對某一特定物件作法律規定；而憲法調整的是國家生活的根本問題或全局性問題，這包括一個國家的社會、經濟制度，國家制度的基本原則，政府的組成及權力的分配和制約以及公民的基本權利和義務。作為根本法，例如，中國憲法《序言》宣佈了國家的根本任務，國家遵循的總的指導思想，以及內政外交的基本方針、政策；第一章《總綱》規定了中國的國家制度、經濟和社會制度；第二章規定了公民的基本權利和義務；第三章規定了國家機構的組織、任務、職權及行

使權力的原則和方式；第四章規定了國旗、國歌、國徽和首都。

第二，憲法是國家立法活動的法律基礎，具有最高的法律效力——法律效力是指法的約束力和強制力。憲法法律效力的最高性一般表現為：其一，憲法衍生其他一般法律，因而是“母法”；其二，其具有的約束力居於一切法律之上。一般法律都不能違反憲法規定，違憲的法律是無效的法律。為此，中國憲法亦規定了有關憲法監督制度的內容。

第三，制憲和修憲均需遵循嚴格的程序和滿足特定的要求——由於憲法在內容上所規定的是國家和社會生活中最根本性的問題，在形式上又被賦予了最高的法律效力，因此世界上絕大多數國家在制憲和修憲程序上的要求比一般法律更為嚴格。嚴格的制憲和修憲程序是保證憲法的穩定和作為國家根本法的尊嚴的必然要求。強調這一特徵對中國憲政發展尤具重要意義。眾所周知，自49年建國以來，中國共頒行四個憲法和一個憲法性文件，即《中華人民共和國政治協商會議共同綱領》。其中，第二個憲法（1975年）和第三個憲法（1978年）之間只間隔短短三年，這給人留下政局不穩、頻繁制憲的印象。

在憲法制定方面，各國憲法對制憲機關有不同的規定和限制。前蘇聯和東歐國家以及中國均規定憲法由最高國家權力機關、同時也是立法機關制定和通過。至於修改憲法，無論在修正案的提出方面，還是在表決程序方面，其要求均比通過或修改普通法律嚴謹、嚴肅得多，當然也複雜得多。一般而言，通過一項憲法修正案，必須獲得立法機關全體成員2/3或3/4的多數通過方能有效，而一般法律的修改往往只需半數通過即可。

在中國制憲修憲同樣必須遵守一定的程序。在正常情況下，執政黨中國共產黨中央委員會（簡稱中共中央）首先會向全國人民代表大會（簡稱全國人大）提出修憲建議。然後，由全國人大組織憲法修改委員會制定憲法草案，再由全國人大常務委員會（簡稱常委會）決定公佈憲法修改案，交由全民討論。在此基礎上，又對草案進行正式的提煉修改，並由常委會通過草案，再正式提交給全國人大討論。最後，全國人大進行逐章逐條審議討論，以無記名投票形式表決，通過後由大會主席團公佈。在今日中國，由執政黨提出修憲倡議具有某種正當性（Legitimacy），但以黨直接取代作為最高國家權力機關的全國人大來制憲或修憲（如75和78制度情形）則與現行憲法精神不相吻合。

1.3 憲法的淵源

中外法學家一般從法的效力淵源來劃分法的不同表現形式，如制定法、判例法、以及習慣法和法理。在中國法理學界，對法的淵源的理解，一般是指效力意義上淵源，主要是各種制定法（包括憲法、法律、行政法規等）。¹⁶

張慶福教授在其所主編的《憲法學基本理論》中指出，憲法的淵源就是指憲法的表現形式。不同的學者可以以不同的角度推論出不同的含義來，如同對待法的淵源一樣。根據張教授的看法，“我們通常所說的憲法的淵源是從構成憲法的材料的表現形式的角度說的，即構成憲法的材料有哪些，它們都是以甚麼形式表現出來的。”¹⁷

事實上，作為憲法學研究物件的憲法（Constitutional Law）並不只是指憲法典（Constitution）這種最基本的法律文件，它還包括憲法性法律、憲法判例、憲法慣例和條約等內容。憲法的淵源是多樣的；在不成文憲法國家如英國，儘管不存在憲法典這種基本文件，但它仍具有議會法律和習慣、判例法等多種淵源，法理甚至也是其淵源之一。

1.3.1 憲法典及其修正案

憲法典是成文憲法國家憲法的直接和基本淵源。在1954年中國第一部憲法頒佈以前，存在過一部起臨時憲法作用的文件，即《中國人民政治協商會議共同綱領》。鑒於該《綱領》的頒佈旨在規定國家的根本制度，確立國家機構及其權力劃分關係，以及規定公民的基本權利與義務，它事實上起着憲法的作用。因此，它也應是當時中國憲法的淵源。美國憲法頒佈之前存在的《邦聯條例》也是這種性質的文件。

憲法修正案同憲法典具有同等的法律效力，也是憲法的基本淵源。由於大多成文憲法具有“剛性”的特點，使得這些成文憲法國家不得不對其進行修正；這一方面可以避免重新制憲，另一方面也可以保證憲法不落後於時代。憲法修正案作為憲法典的有機組成部分自然直接構成憲法的淵源。中國現行憲法即1982年憲法已有四次修正案，並且，隨着中國的改革不斷地觸及到政治或經濟體制及其結構，中國立法機關在未來仍然會對憲法進行不斷修正的，如果它不準備重新制憲的話。

1.3.2 法律

法律，在此主要是指憲法性法律。根據中國憲法，全國人大及其常委會行使立法權。具體來講，全國人大作為最高國家權力機關和立法機關有權制定和修改刑事、民事、國家機構和其他的基本法律，全國人大常委會制定除基本法律之外的其他法律。但是，並不是它們制定的全部法律都是憲法的淵源。只有那些涉及到國家的根本政治制度、政府組成及其權力劃分、國家機關組織及其運行，以及公民的權利與義務的法律才構成憲法的淵源。而這種法律一般被稱之為憲法性法律。這些法律包括：《全國人民代表大會組織法》、《國務院組織法》、《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》、《人民法院組織法》、《人民檢察院組織法》、《立法法》、《全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法》、《全國人民代表大會和地方各級人民代表大會代表法》、《國旗法》、《國徽法》、《國籍法》、《集會遊行示威法》、《民族區域自治法》、《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》等。

除這些法律之外，全國人大及其常委會通過的有關決議因其涉及到該法律範疇的內容，所以也應構成憲法的淵源。現舉數例如下：《關於中華人民共和國國歌的決議》、《中國人民解放軍選舉全國人民代表大會和地方各級人民代表大會代表的辦法》、《關於縣級以下人民代表大會代表直接選舉的若干規定》、《關於國家安全機關行使公安機關的偵查、拘留、預審和執行逮捕的職權的規定》、《關於設立海南省的決定》和《關於授權深圳市人民代表大會及其常務委員會和深圳市人民政府分別制定法規和規章在深圳經濟特區實施的決定》等。

1.3.3 行政法規

從法律層次上講，行政法規的地位僅次於憲法和法律。根據憲法，國務院，即中央人民政府，有權規定行政措施，制定行政法規，發佈決定和命令。在行政法規中，那些根據憲法對有關國家行政制度和公民的政治權利和自由作出規定的文件也是憲法的淵源之一。這類行政法規儘管數量不多，但也十分重要，如中共中央、國務院《關於實行行政社分開建立鄉政府的通知》、國務院《關於行政區劃管理的規定》。中共中央和國務院聯合發佈的文件，“既是黨的政策，又是國家的行政法規，因而具有法律效力。”¹⁸

根據社會主義法的淵源的理論，國務院所屬各部、各委員會在自己許可權內發佈的規範性命令、指示和規章，只要它們涉及到憲法的內容，均屬於憲法的淵源的範疇。¹⁹

1.3.4 地方性法規

關於地方性法規的制定，憲法規定了兩種情形：其一，“省、直轄市的人民代表大會及其常務委員會，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規，報全國人民代表大會常務委員會備案。”（第100條）在這類法規中，如選舉法實施細則、關於遊行示威的規定以及關於制定地方性法規程序的規定等等，是關於憲法實施的重要規定和措施。

其二，憲法授權民族自治地方的人民代表大會可以根據憲法制定自治條例和單行條例。“自治區的自治條例和單行條例，報全國人民代表大會常務委員會批准後生效。自治區、自治縣的自治條例和單行條例，報省或者自治區的人民代表大會常務委員會批准後生效，並報全國人民代表大會常務委員會備案。”（第116條）這些條例往往涉及民族地區政權建設和自治制度以及公民權利，因此也是憲法的淵源。

1.3.5 國際條約

國際條約是指國際法主體之間締結的雙邊或多邊條約、協議和其他具有條約、協議性質的法律文件。它能否成為一國的國內法和憲法的淵源，取決於該國立法認可與否。有些國家的憲法對此有專門規定，比如法國憲法第55條則明確規定：“依法批准或者認可的條約或者協議，自公佈後即具有高於各種法律的效力。”²⁰ 中國現行憲法沒有規定國際條約和協定在法律體系中的層次和地位。儘管國際條約和協議不屬於中國國內法的範疇，但就其通過法定程序具有與國內法同樣的約束力這一意義而論，也屬於中國法的淵源之一。對此，中國法理學者和憲法學者均無異議。

就國際條約和協定內容所及範圍而言，其中有些涉及到國家主權和保護人權和公民權利。這些文件應屬於憲法的淵源的範疇。這包括：《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》、《中華人民共和國政府和葡萄牙共和國政府關於澳門問題的聯合聲明》、《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇和處罰公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》、《防止及懲治滅絕種族罪公約》和《消除一切形式種族歧視國際公約》等。

1.3.6 憲法慣例

對中國到底有沒有憲法慣例，和承認或不承認慣例的作用，及其作為憲法淵源之一的地位，憲法學界似乎很少加以正式探討，在教科書中也極少論及，因而很難說對此已經有了一致的認識。張慶福教授認為，中國有少數憲法慣例，並且這種慣例實際上在發生作用。²¹ 綜合考察中國的憲政歷程，我們就會發現，由中共中央向全國人大或其常委會提出制定新憲法或修改憲法的建議就是一種慣例。此外，以憲法修正案的形式來進行憲法修改，由全國人大主席團發佈公告公佈憲法性修正案，出席全國政協的委員列席全國人大會議等，也都是在中國憲法在發展中逐漸形成的慣例。²² 從憲法學研究的層面講，應承認這種慣例的存在及其作用，這對全面認識憲法制度有重要啟發作用。但是，中國憲法慣例（如果有的話）的穩定性不足，這也是事實。

1.3.7 憲法判例

判例法是普通法國家法律實踐的重要內容和特徵之一。判例法並不是指對某個具體案件的整個判決，而是指某一判決中所包含的某種法律原則或規則。而這種原則或規則，“對其他法院（或甚至對本院）以後的審判來說，具有作為一種前例的約束力（binding effect）或說服力（persuasive effect）。”²³ 相對於由議會形式立法機關制定的“議會法”來說，判例法則是“法官創造的法”（judge-made law）；其形成基礎是“遵從先例”（stare decisis）的原則，其前提是先例具有約束力。

在通行判例法的國家，自然就存在憲法判例，並且構成該國憲法的重要淵源。若某上級法院裁決某法律或法令違憲，那麼下級法院就不能再援引該法律文件，這一法律或法令事實上等於廢止了。由法官創造的這一判例，因其涉及到憲法內容，該判例就屬於憲法的淵源的範疇。

在中國，由於憲法監督很不健全，憲法訴訟制度尚未建立，因而憲法實施50多年來，至今尚未有憲法判例。因此，目前談論憲法判例在中國是否是憲法的淵源之一還為時尚早。儘管在刑法、民法及經濟法審判實踐中，最高人民法院和最高人民檢察院的司法解釋和有關判決對下級司法機關具有約束力，但它們從整體上是否可視為中國法的淵源之一，這有待法律實踐界和理論界達成共識。²⁴

1.4 憲法的基本原則

憲法的基本原則就是在制定和實施憲法時由始至終遵循的理論依據或精神。在探討憲法的基本原則時，中國學者一般先從普遍意義的角度論述憲法原則，而在闡述某一具體的憲法原則時，則將它區分為兩種類型，即資本主義憲法原則和社會主義憲法原則分別加以說明。事實上，政治制度的根本差別決定了兩種類型憲法原則的區別存在的客觀基礎。例如，除必須遵循人民主權或主權在民、人權保障和法治這些原則外，中國憲法從根本上體現了堅持“四項基本原則”這一總的指導思想和基本原則，四項基本原則也因此被載入現行憲法序言之中了。

中國學者一般將憲法原則歸納為人民主權原則、基本人權原則、法治原則、分權制衡和民主集中制原則等。此外，還有學者提出了“保護財產原則”。²⁵ 這已經體現在2004年的憲法修正案中。

1.4.1 人民主權原則

人民主權原則，亦即主權在民原則，中心意思就是國家權力來源於人民，屬於人民。

18世紀的法國啟蒙思想家盧梭（Jean-Jacques Rousseau）針對“君權神授”、“朕即國家”的理論，與其他思想家一道提出了人民主權理論。這一理論學說主張，以社會契約方式建立的家，其最高權力屬於人民；人民行使國家主權稱為人民主權。在他看來，人民主權是公意的運用和體現，是國家的靈魂，集體的生命。這種公意永遠代表大多數人民的意志和利益。盧梭認為，人民主權具有以下原則性內容：²⁶（1）主權是不可轉讓的，同為主權是公意的運用；（2）主權是不可分割的，因為代表主權的意志是一個整體；（3）主權是不能代表的，同為主權“只能是同一個意志，或者是另一個意志，而絕不能有甚麼中間的東西。因此人民的議員就不是、也不可能是

人民的代表，他們只不過是人民的辦事員罷了。”²⁷；(4) 主權是絕對的、至高無上的和不可侵犯的。

人民主權學說推動了資產階級革命，並最終成為資產階級立國立憲的基礎。這一原則最早於1776年美國《獨立宣言》和1789年法國《人權和公民權利宣言》（簡稱《人權宣言》）的階級基礎。而法國1791年的憲法則直接以《人權宣言》為其序言。《人權宣言》第2條寫道：“全部主權的本源根本上存在於國民之中。任何國體、任何個人都不得行使主權所未明確授予的權力。”²⁸ 社會主義國家建立之後，其憲法也明確採用了人民主權原則。如蘇聯1936年憲法第3條規定：“蘇聯全部權力屬於城鄉勞動者，由勞動者代表蘇維埃行使之。”²⁹ 中國憲法第2條規定：“中華人民共和國的一切權力屬於人民。人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會。”

比較兩種類型的憲法，不難發現社會主義國家並未直接使用“人民主權”的字眼，但都明確指出一切權力屬於人民或勞動人民。這一切權力自然就包括國家的最高權力。除此之外，社會主義國家一般都規定了行使國家權力的機關或是人民代表大會（如中國），或是人民會議（如朝鮮），或是人民政權代表大會（如古巴）。憲法還明確，人民可以通過各種形式和途徑管理國家事務，實現人民當家自主的願望。

1.4.2 人權保障原則

人權（Human Rights），“就是作為一個人應當享有的權利。”³⁰ 康士頓（Maurice Cranston）在《甚麼是人權？》一書中表示人權乃屬於道德權利的一種。他認為“人權是在任何時候都屬於所有人的東西，人權不是購買得來的，又不是通過契約的關係而產生的，亦不是由職位、角色或權力而有的；只要是人，就擁有人權。”³¹ 這種認識非常接近傳統的自然權利的觀點：人之擁有權利乃自然而然的。

人權思想最初起源於17世紀英國哲學家洛克（John Locke）的自然權利學說和18世紀法國思想家盧梭的天賦人權說。兩位思想家的思想是對資產階級革命的理論概括或思想啟蒙。英國《權利法案》、美國《獨立宣言》和法國《人權宣言》就是當時資產階級革命運動中能反映第一代人權思想的代表作。

洛克的自然權利說，就是把當時人們認為應當享有的基本人權理論化的結果。這些自然權利包括：人的生命、自由和財產。人的生命是上帝賦予的，不僅不可以侵犯他人的生命，也無權自毀其生命。而自由是保護生命、追求財富的前提，同時自由是其餘一切的基礎。財產則是個人勞動的結果，因而是身體的外延，同時也為維持生命所必需，他人當然不能侵犯。除此之外，人權的基本內容還包括為保障這些基本權利而衍生出來的人權，如對政府的同意權以及政府違反信用時的革命權等。盧梭認為，按照自然法的原則，人們要在完全平等的基礎上自願結合，建立國家，制定法律，以便保證每個人的天賦權利——自由、生命和財產。

西方資本主義國家的憲法關於人權保障的內容也是在不斷發展之中，其範圍不斷得到擴大。最初的憲法着重公民的政治權利、人身權利和財產權利的保護，而現在的憲法又增加了公民的社會經濟權利和教育科學文化方面的權利。此外，憲法關於人權保障的程度提高了。

社會主義國家的憲法同樣關注人權的保障。但是，這些憲法一般沒有直接使用“人權”一詞，而往往以“公民的權利和自由”來表示。僅舉中國憲法為例。憲法第2章“公民的基本權利和義務”不僅規定了公民可以享有的政治權利和自由、信仰自由、人身自由、人格權、通訊自由、男

女平等權等，而且還規定了公民的勞動權、休息權和從國家和社會獲取物質幫助的權利等經濟社會權利，和其他廣泛的表現在教育科學文化方面的權利。現行憲法對公民權利的規定是比較全面的，這反映了中國民主憲政的發展達到了一個新的高度。2004年的中國憲法修正案，首次將“人權”概念引入憲法，明確規定“國家尊重和保障人權”。這是中國民主憲政和人權發展的一個重要里程碑。

1.4.3 法治原則

法治 (Rule of Law)，即“以法治國”，或被解釋為“依法治國”，相對於“人治”而言，指的是一種治理國家的理論、原則和方法。其核心思想是要依法治理國家，法律面前人人平等，反對任何組織和個人享有法律之外的特權。³²

法治理論的提出也是資產階級政治法律思想家的貢獻。在實踐中，它表現為反對封建專制制度的產物，同人權原則和分權原則密切相關。“法律面前人人平等”、“法律至上”等口號正是用來號召人民反對封建制度，限制國王權力，保護人民的生命、財產和自由的有力工具。法治原則在各有關資本主義國家憲法中得到了充分體現。憲法是國家的最高法律，法律面前人人平等，保障公民的憲法權利和自由，司法獨立，被告有辯護的權利等內容均在憲法中得到了肯定。法治原則的適用其根本目的在於保障人權，即保障人的政治和人身權利，以免受到非法的侵犯；同時，法治也是制約權力、限制政府濫用權力的有力保證。

法治原則在中國現行憲法條款中也得到體現。1999年憲法修正案第十三條規定在憲法條文第五條增加一款，作為第一款。它規定：“中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家。”這一規定具有劃時代的意義，它標誌着中國走向法治時代的到來。此外，憲法中眾多條款直接規定了如何維護法制的統一和憲法的尊嚴，如何保障公民的政治權利和自由的實現，以及法律面前人人平等。鑒於歷史和國情等原因，中國在加強社會主義法制建設時，必須重視對法治思想的認識和實踐。“法制”和“法治”畢竟有重大區別。正如張慶福教授總結道：“法治是治理國家的理論、原則和方法，法制則是法律及其制度的總和……法制要通過法治的活動才能實現。”³³何華輝教授亦認為，法制“是靜態的。只有當它由靜態變為動態的時候，即只有它所包含的法律和法律制度付諸實施的時候”，才能發揮它的作用。“而這種由靜態到動態的過程，也就是法制的運用的過程，即實行法治的過程。”³⁴

1.4.4 分權制衡原則與民主集中制原則

分權制衡與民主集中制都是規定國家組織及其活動方式的原則。兩種不同類型的憲法分別遵循不同的權力分配和國家組織原則，憲法性質的不同使這兩種憲法原則具有對應性。在總統制和內閣制國家，分權制衡的表現形式並不一致，但分權精神卻貫徹在國家權力劃分及統治方式之中。在社會主義國家，民主集中制具體表現為“議行合一”的國家制度。

1.4.4.1 分權制衡原則

分權制衡包括分權和制衡兩方面意義：分權是指把國家權力劃分為立法、行政、司法三個部分，並由三個國家機關獨立行使；制衡則是指這三個國家機關在行使權力的過程中保持一種互相制約、互相平衡的關係。分權制衡原則在西方資本主義國家的憲法和政體中集中表現為“三權分立”。

分權原則是根據分權思想學說發展起來的。分權思想源於古希臘的亞里斯多德，他曾把政府權力分為討論、執行、司法三要素。而近代分權學說則是由洛克倡導，由孟德斯鳩（Baron de Montesquieu）加以發展和完成的。孟德斯鳩在其《論法的精神》一書中則將國家權力劃分為三權，即立法、行政、司法。他主張，這三權分別由三個不同國家機關行使，使三權互相牽制和約束，保持三種國家權力的平衡，旨在限制政府權力，保障人民權利。在洛克的理論基礎上，孟德斯鳩發展了分權理論，三權分立理論至此形成。孟德斯鳩的三權分立學說為資產階級政治制度的建立奠定了基礎，對法國《人權宣言》和第一部憲法以及美國憲法產生了直接的影響。

“三權分立”在現代國家憲法中主要表現為三種形式：

- (1) 三權均衡牽制的美國式——就分權而言，美國憲法第1-3條分別對立法、行政、司法權之劃分作了明示。就互相制衡而言，據美國憲法和慣例，國會有權要求總統條陳政策，以備審議；批准總統對外締結的條約；建議、批准總統的人事任命；有權通過彈劾撤換總統；有權建議、批准總統對聯邦最高法院法官的任命，彈劾、撤換法官並撤換其職務；有權宣告、懲治叛國罪；參議院對彈劾案有審制權。另據憲法，總統有法律公佈權，若不同意有關法律，有要求復議法律權；副總統兼任參議院議長；有權提名並任命聯邦最高法院法官；有特赦權。此外，聯邦最高法院有權解釋法律，宣佈國會通過的法律因違憲而無效；在總統受彈劾審查時，首席法官擔任審判庭主席。這種分權制衡制為南美等推行總統制的國家所效法。
- (2) 以議會立法權為重心的英國式——經過資產階級和封建貴族的長期權力鬥爭，在英國最後形成君主立憲制下的責任內閣政體。在憲政運作過程中，立法權勝過行政權，下議院強於上議院，王權式微，行政實權轉移到內閣。從法律形式上講，立法權是三權的中心，權力重心因而在議會。在這種權力架構之下，內閣由下議院多數黨的領袖組織，內閣職員對下議院負連帶責任；如果下議院對內閣不信任，不是內閣總辭職，就是內閣解散下議院。君權是虛權，君主是國家的象徵。司法權獨立行使。現在，計有日本、聯邦德國和意大利等國均採用這種分權模式，但後二者並無國君，但有總統。
- (3) 以總統行政權為重心的法國式——鑒於在第四共和國推行議會制期間，內閣頻繁更迭，導致政局不穩，經濟乏力，人心浮動，第五共和國憲法在政治強人戴高樂主持下，確立了具有議會制特點的強總統制立憲政體。就其議會制特點而言，國民議會由直選產生，參議院由間接選舉產生，政府必須對議會負責。在國民議會通過一項彈劾案或當它不同意政府的施政綱領或總政策聲明時，總理必須向總統提出政府辭職。政府成員必須出席議會會議，並回答議員的質詢。因總統亦由全民普選產生，他享有的權力極大。共和國總統監督憲法的遵守；他以仲裁人的地位保證國家權力的正常行使和國家的連續性；他任命總理，主持內閣會議；他公佈法律，並可要求議會對法律或法律條文進行重議；他可以要求將有關涉及國家權力組織的法案草案提交公民投票複決；他可以在與總理及兩院議長磋商後解散國民議會；他簽署內閣會議決定的所有法令和命令；他有赦免權。此外，他還擁有廣泛的人事任命權。這種分權模式對前蘇聯東歐社會主義國家極具吸引力，如俄羅斯實行的正是這種強總統制。

1.4.4.2 民主集中制

民主集中制是社會主義國家國家組織的一項基本原則。它是一種民主和集中相結合的制度，是在民主基礎上的集中，在集中指導下的民主。與分權制衡對應，民主集中制（有學者也稱“議行合一”制）是社會主義國家機關的組織與活動原則。

從理論的歷史淵源來說，1847年6月由馬克思、恩格斯主持通過的《共產主義者同盟章程》，體現了民主集中制原則。1919年3月在列寧倡議下建立的第三國際在其章程中正式使用了民主集中制這一概念。章程第5條規定：“共產國際及其支部是按民主集中制建立起來的，民主集中制的其本原則是：（1）黨的各級領導機關，無論基層機關或最高機關都由選舉產生……；（2）黨的機關定期向自己的選舉人報告工作；（3）上級黨機關的決議，下級必須服從，保持嚴格的黨的紀律，共產國際及其機關以及黨的中央機關的決議必須立即執行。”³⁵ 自此以後，凡是遵循馬列主義的共產黨和工人黨都以民主集中制為組織原則。

按照中國憲法學家的理解，“社會主義國家的國家機構實行的民主集中制，從民主的角度說，發揚民主的過程是由多數人決定問題的過程；從集中的角度說，實行集中的過程也是匯集多數人的意見的過程。民主與集中的運用方式和進行程序雖然有所不同，但它們的實質都是尊重多數人的意見……民主集中制實質上就是社會主義的民主制。”³⁶ 從邏輯和理論上推導，民主集中制似乎是一種很民主的制度。但是，如果在實踐中不能正確把握民主和集中的關係和尺度，以及避免集中程度的過度膨脹，那麼結果則可能是完全不民主。必須承認，在現實生活中，民主集中制的理論和實踐之間有在着很大差距，這種差距直接影響到如何真正匯集和尊重“多數人的意見”，而不是多數服從少數（幾個人、一個小集團或少數地方利益的代表）。

中國憲法第3條對民主集中制及其內容作了集中規定和具體化，表述如下：“中華人民共和國的國家機構實行民主集中制的原則。”該原則具體體現為：（1）“全國人民代表大會和地方各級人民代表大會都由民主選舉產生，對人民負責，受人民監督。”（2）“國家行政機關、審判機關、檢察機關都由人民代表大會產生，對它負責，受它監督。”（3）“中央和地方的國家機構職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性的原則。”

與實行分權制衡原則的國家憲政體制比較，可以看出中國和其他社會主義國家的憲法制度具有如下特色：（1）人民主權的組織形式是各級人民代表大會；（2）不實行三權分立體制；（3）在人民代表機關下面設立“一府兩院”（即政府、法院和檢察院）。“一府兩院”是前者的執行機關，並對前者負責。若將人民代表機關比作西方的議會的話，那麼社會主義國家實行的應該說是議會制，體現的是“議會至上主義”；（4）黨的組織和活動，國家權力及其機關的組織與活動遵循同一原則，黨國兩系統並立。

1.5 當代中國的憲法及其發展

中國的憲政運動始於清末的洋務運動和立憲改革。一百多年來，共出現了代表三種不同階級和政治勢力的三種不同性質的憲法。它們是：清政府和北洋軍閥政府的封建性質的憲法、國民黨政府資產階級性質的民主共和國憲法，以及人民政府社會主義性質的人民民主共和國憲法。中華人民共和國自1949年成立迄今共有一部臨時憲法，即1949年的《中國人民政治協商會議共同綱領》，和四部正式憲法，即1954年、1975年、1978年和1982年憲法。

1.5.1 《中國人民政治協商會議共同綱領》

1.5.1.1 制定背景

至1949年秋，中國革命已進入了一個根本性的歷史轉折時期，中國人民在中國共產黨的領導

下，即將取得反對帝國主義、封建主義和官僚資本主義的人民革命的決定性勝利。但由於當時解放戰爭尚在進行，反動勢力還很猖獗，各項社會改革尚未開展，社會秩序還不夠安定，遭受長期戰爭破壞的國民經濟尚未恢復，人民群眾的組織程度和覺悟程度尚未達到應有的水平，因此，還不能立即召開由普選產生的全國人民代表大會來制定一部正式憲法。上述特定的歷史條件決定了制定正式國家憲法的條件還未成熟，然而立國建國又急需一部憲法性國家組織法，以規範和統一全國人民和各政黨的行動，並指示當時各項重大任務的進行。在這種背景下，中國共產黨邀請各民黨派、人民團體、人民解放軍、各地區、各民族以及國外華僑等各方面的代表635人，組成了中國人民政治協商會議，在普選的全國人民代表大會召開以前，代表全國人民行使全國人民代表大會的職權。1949年9月29日，中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過了《中國人民政治協商會議共同綱領》（以下簡稱《共同綱領》）。

1.5.1.2 主要內容

《共同綱領》包括序言和總綱、政權機關、軍事制度、經濟政策、文化教育政策和外交政策等七章，共60條。它包括以下四方面重要內容：

- (1) 確認國家性質和任務《共同綱領》——“序言”規定：“中國人民民主專政是中國工人階級、農民階級、小資產階級、民族資產階級及其他愛國民主分子的人民民主統一戰線的政權，而以工農聯盟為基礎，以工人階級為領導。”在“總綱”部分，《共同綱領》規定：“中華人民共和國為新民主主義即人民民主主義的國家，實行工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的、團結各民主階級和國內各民族的人民民主專政，反對帝國主義、封建主義和官僚資本主義，為中國的獨立、民主、和平、統一和富強而奮鬥”。
- (2) 確認政權組織和原則——《共同綱領》規定：國家的基本政治制度是人民代表大會制。“中華人民共和國的國家政權屬於人民。人民行使國家政權的機關為各級人民代表大會和各級人民政府。各級人民代表大會由人民用普選方法產生之。”各級政權機關一律實行民主集中制。“在普選的全國人民代表大會召開以前，由中國人民政治協商會議的全體會議執行全國人民代表大會的職權，制定中華人民共和國中央人民政府組織法，選舉中華人民共和國中央人民政府委員會，並付之以行使國家權力的職權”；“在普選的地方人民代表大會召開以前，由地方各界人民代表會議逐步代行人民代表大會的職權”；還規定，在全國人民代表大會召開之後，中國人民政治協商會議作為統一戰線的組織形式而存在，可以就有關國家建設事業的根本大計及其他重要措施，向全國人大或中央人民政府提出建議。
- (3) 賦予人民權利和義務——《共同綱領》規定人民享有選舉權和被選舉權；享有思想、言論、出版、集會、結社、通訊、人身、居住、遷徙、宗教信仰、示威遊行的自由及男女平等權利；同時還規定國民有保衛祖國、遵守法律、愛護公共財產、應徵公役兵役和繳納賦稅的義務。
- (4) 規定國家的大政方針——這包括新中國成立後將要實行的經濟政策、文教政策、民族政策、外交政策和軍事制度。

1.5.2 五四憲法

1.5.2.1 制定背景

在《共同綱領》實施後的幾年裏，中國的革命和建設事業取得了飛速發展，國家面貌煥然一新。這主要表現在：第一，土地改革在全國絕大部分地區已經完成，封建剝削制度已經基本被消滅；第二，抗美援朝運動已經取得了最後勝利，鞏固了新生的中華人民共和國的政權基礎；第三，通過鎮壓反革命和“三反”、“五反”運動，極大地提高了人民群眾的覺悟，加強了人民民主專政政權的建設；第四，普選工作已經在全國範圍內展開。除個別地區外，各地已普遍召開了普選產生的地方各級人民代表大會，實現了地方基層政權的民主化；第五，遭受戰爭破壞的國民經濟已經得到基本恢復，根據過渡時期的總路線，對農業、手工業和資本主義工商業的社會主義改造又取得了很大的成就，全國進入了有計劃的經濟建設時期。而1949年制定的《共同綱領》的許多規定和政策都已不能適應國家繼續向前發展的需要了。於是，制憲被提到了執政黨和中央政府的議事日程上了。

1953年1月，中央人民政府委員會第22次會議決定成立以毛澤東為首的憲法起草委員會。1954年3月，毛澤東向憲法起草委員會提交了中共中央擬定的憲法草案初稿，作為起草憲法的基礎。經徵求各方面的意見和反覆修改，並交付全國人民進行了兩個多月的討論。1954年9月由中央人民政府委員會第34次會議決定，將憲法起草委員會擬定的憲法草案提交全國人民代表大會進行審議。第一屆全國人民代表大會第一次全議於1954年9月20日通過了1954年《中華人民共和國憲法》，這是中國第一部社會主義憲法，或簡稱為“五四憲法”。

1.5.2.2 主要內容

五四憲法包括序言和總綱，國家機構，公民的基本權利和義務，國旗、國徽、首都等四章，共106條。

五四憲法全面確立了社會主義原則和人民民主原則。這表現在：第一，它確認了中國的國家制度，規定中國國體是工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主國家，規定中國政體實行民主集中制的人民代表大會制度，規定在實行單一制結構形式下的民族區域自治制度等；第二，它確立了國家機構的設置，規定各級人民代表大會為國家權力機關，國務院和地方各級人民委員會是國家權力機關的執行機關，是行政機關，人民法院是國家的審判機關，人民檢察院是國家的法律監督機關；第三，它確認了中國社會主義過渡時期的經濟制度，規定中國的生產資料所有制包括國家所有制即全民所有制、合作社所有制即勞動群眾集體所有制、個體勞動者所有制和資本家所有制等四種形式，規定國營經濟在國民經濟中佔領導地位，國家保證優先發展國營經濟；第四，它確認了過渡到社會主義的方法和步驟，規定要依靠國家機關和社會力量，通過社會主義工業化和社會主義改造，逐步消滅剝削制度，建立社會主義社會；第五，它確認了公民在法律上的一律平等，賦予了公民廣泛的權利和自由。這包括平等權、政治自由權、人身自由權和社會經濟文化權等方面。

五四憲法作為中國第一部社會主義憲法，無論是它的指導思想、基本原則、主要內容還是結構形式，都受到了人們的普遍稱讚。“其制定和實施對於鞏固人民民主專政政權，促進社會主義經濟發展，團結全國各族人民進行社會主義革命和建設，都發揮了積極的推動和保障作用，並為我國以後幾部憲法的修改確立了基本模式。”³⁷ 但由於極左路線的影響，從20世紀50年代起，這部憲法的實施便遭到了人為的破壞。在“文化大革命”中，它更被束之高閣，難以發揮作用。

1.5.3 七五憲法

1.5.3.1 修憲背景

到1956年，中國已經基本上完成了對農業、手工業和資本主義工商業的社會主義改造，社會主義工業化已經有了初步基礎，人民民主政權也得到了空前鞏固。五四憲法的部分條款已經不能反映當時社會生活的變化，需要進行相應的修改。然而，中國社會主義建設中開始出現了一系列“左”的錯誤，即使五四憲法本身那些有效的內容已被束之高閣。“文化大革命”開始之後，極左勢力剝奪了一部分國家權力。為了鞏固奪取的權力，反映新的意識形態，進一步推行各項極左的政策，他們也需要利用國家根本法。因此，1975年1月17日，第四屆全國人民代表大會第一次會議對五四憲法進行全面改造，通過了七五憲法。

1.5.3.2 主要內容

七五憲法之結構繼承了五四憲法，仍為序言加四章，但篇幅則大為減少，共30條。從文本上來說，有些憲法條文以口號標語，甚至毛澤東語錄為條文。

七五憲法在內容上打上了深深的時代烙印。這表現在：第一，憲法的指導思想是堅持以階級鬥爭為綱，“階級鬥爭必須年年講、月月講、天天講”這條基本路線，堅持無產階級專政下的繼續革命，從而為階級鬥爭擴大化、否定經濟建設為國家工作重點提供了理論上和法律上的依據；第二，確認了“無產階級文化大革命的偉大勝利”，規定了“無產階級必須在上層建築其中各個文化領域對資產階級實行全面專政”，以便“堅持無產階級專政下的繼續革命”；第三，確認了“文化大革命”中國家機構的混亂狀態，打亂了國家機關間的合理分工和正常活動。憲法明文規定人民代表大會以工農兵為主體，從而實際上否認了人民民主統一戰線在國家政治生活中的重要作用；取消了國家主席的建制；取消了國家的法律監督機關，即人民檢察院，規定檢察機關的職權由各級公安機關行使；取消了对民族自治地方自治機關自治權的規定；取消了人民法院依法獨立審判、公開審判、辯護制度等重要原則；第四，縮小了公民享有基本權利和自由的範圍。憲法取消了1954年憲法中的“中華人民共和國公民在法律上一律平等”，刪掉了國家為公民享受經濟、政治、文化等方面的權利自由，提供物質保障的規定。在權利與義務的關係上，憲法強調的是義務，把公民履行的義務寫在公民權利自由之前。

七五憲法是在文化大革命的政治環境中產生的，是特殊歷史條件下的產物。“因此，它帶有濃厚的‘文革’色彩，具有嚴重的缺陷和錯誤。”“它以極不得體的結構形式規定了極不合理的內容，不論是立憲技術還是立憲的內容，都是一個嚴重的倒退。”³⁸

1.5.4 七八憲法

1.5.4.1 修憲背景

1976年10月，“四人幫”所代表的極左勢力得到了粉碎。1977年8月，中共第十一次全國代表大會召開，宣佈“文化大革命”結束。國家進入了一個撥亂反正的新時期。為了從制度上清理極左勢力的影響，清理憲法中的極左因素，恢復被破壞了的政治與法律秩序，適應新形勢下國家發展的需要，中共決定修改七五憲法。

1978年3月5日，第五屆全國人民代表大會第一次會議通過修改七五憲法，頒佈了七八憲法。七八憲法除序言外，仍設四章，共60條。

1.5.4.2 主要內容

七八憲法從內容上看，也像一份政治綱領性文件，反映了執政黨和國家在新時期的奮鬥目標和發展戰略，如它提出在20世紀內將中國建設成為農業、工業、國防和科學技術現代化的偉大社會主義強國。除此之外，七八憲法恢復了五四憲法的一些基本原則和某些制度。如它恢復了檢察機關的設置，取消了公安機關行使檢察權的規定，增添了公民的一些權利和自由。

七八憲法仍然是一部局限性明顯、缺陷很多的憲法文件。如它仍然肯定了“文化大革命”的“成就”，堅持“以階級鬥爭為綱”的指導思想和“無產階級專政下的繼續革命”的理論。憲法內容方面也存在着內在的矛盾和對立。從人民代表大會制度建設方面來講，它並沒有恢復五四憲法中規定的制度。正因為如此，七八憲法在公佈後不久分別於1979年7月和1980年9月得到兩次修正。事實發展證明，上述修正仍然不能夠跟上時代進步的步伐。

1.5.5 八二憲法

1.5.5.1 修憲背景

1978年12月，中共第十一屆三中全會召開，宣告了“文化大革命”的結束，提出了從1979年起將國家的工作重點由“以階級鬥爭為綱”轉移 to 社會主義現代化建設上來。鑒於七八憲法是在新舊時代交替時期制定的，它的不適應性立即顯現，並且是不能夠以憲法修正案的形式來彌補的。為此，五屆全國人大第三次會議於1980年9月接受中共中央的修憲建議，成立修憲委員會，啟動了為新時代制憲的工程。

經過兩年多的起草、修改、諮詢和全國大討論，新憲法於1982年12月4日由五屆全國人大第五次會議表決通過，此即於今仍然行之有效的八二憲法，或稱現行憲法。

1.5.5.2 憲政體制的重建

八二憲法由序言及總綱，公民的基本權利和義務，國家機構，國旗、國徽、首都等四章構成，共138條。八二憲法“是歷史經驗總結和現實形勢發展的產物，是新中國第一部憲法的繼承和發展，並且是建國以來最好的一部憲法。”³⁹

八二憲法所貫徹的總的指導思想是堅持四項基本原則（見序言部分），即堅持中國共產黨的領導，堅持人民民主專政，堅持社會主義道路和堅持馬列主義、毛澤東思想。它確定了今後國家的根本任務是建設社會主義現代化，倡導經濟體制改革。它高度重視社會主義物質文明和精神文明的建設。它規定要發揮社會主義民主，健全社會主義法制，為此要加強人民代表大會制度的建議，維護社會主義法制的統一和尊嚴。

在制度建設方面，八二憲法完善了國家政治制度，合理設置了國家機構。這主要表現在：第一，擴大全國人大常委會的職權與組織，即享有立法權，增設專門委員會，以及規定常委會委員不擔任其他國家機關的職務，以加強人民代表大會制度；第二，為健全國家領導體制而恢復國家主席的建制；第三，設立中央軍事委員會領導全國武裝力量，以確立軍隊在國家體制中的地位；第四，實行行政首長負責制，以提高工作效率；第五，為加強地方政權建設，規定縣級以上各級人大設立常委會、省級人大及其常設機關享有地方性法規的制定權；第六，恢復設立鄉政權，改變農村人民公社的政社合一體制，並把群眾性自治組織的城市居民委員會和農村村民委員會的地位和作用列入憲法之中；第七，規定部分國家領導人的限任制，即連續任職不得超過兩屆，以廢除領導職務的終身制。

此外，憲法還規定，一切國家機關和武裝力量、各政黨必須在憲法和法律的範圍內活動，並負有維護憲法尊嚴，保證憲法實施的職責，一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究。憲法特別強調：“任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權”。（第5條）

1.5.5.3 八二憲法的四次部分修正

自中國實行改革開放以來，發展的步伐十分迅速，改革層出不窮，新制度經實踐後不斷予以確立。為此，現行憲法不得不在改革完成之後予以修正。憲法的三次部分修改是以修正案的形式完成的。1988年憲法修正案共2條，1993年修正案共9條，1999年修正案共6條，2004年修正案共14條。茲簡述各修正案主要內容如下：

1988年憲法修正案增加規定允許私營經濟的合法存在，認定“私營經濟是社會主義公有制經濟的補充”，還規定土地使用權可以合法地轉讓。

1993年憲法修正案記錄了經濟體制改革的成果和重大理論的發展，如序言增加“我國正處於社會主義初級階段”的內容；序言增加“中國共產黨領導的多黨合作和政治協商制度將長期存在和發展”。修正案還將“國營經濟”改為“國有經濟”，“國營企業”改為“國有企業”，將計劃經濟改為“社會主義市場經濟”。此外，將縣級以下（包括縣級）人民代表大會的任期由三年改為五年。

1999年憲法修正案以中共十五大通過的政治報告為依據，對憲法進行部分修改。修正案的重要內容包括：堅持“鄧小平理論”載入憲法序言，提出“我國將長期處於社會主義初級階段”；增加規定“中華人民共和國實行依法治國，建議社會主義法治國家”；認定“個體經濟、私營經濟等非公有制經濟”是社會主義市場經濟的重要組成部分；還在憲法中刪去了“反革命的活動”的字眼，取而代之以“危害國家安全的犯罪活動”。

2004年憲法修正案反映了中國特色社會主義建設事業的最新發展，內容主要包括：將“三個代表”思想寫入憲法序言，增加“推動物質文明、政治文明和精神文明協調發展”的內容，在統一戰線的表述中增加“社會主義事業的建設者”，完善土地徵用制度，進一步明確國家對發展非公有制經濟的方針，完善對私有財產保護的規定，增加建立健全社會保障制度的規定，增加尊重和保障人權的規定，完善全國人民代表大會組成的規定，作出關於緊急狀態的規定，規定國家主席進行國事活動的職權，修改鄉鎮政權任期的規定，增加對國歌的規定等等。

八二憲法的上述四次部分修改，既是客觀形勢發展和制度創新的需要，也是憲法活力和生命力賴以維繫的必要措施。從另一方面來看，它也反映了社會快速發展之下現行憲法的相對不穩定性。頻頻的修改也說明現行憲法某些規定的過分細緻的特點，以及憲法的政治綱領性質和政策化傾向。

2. 當代中國的根本政治制度

2.1 國家政權組織形式

2.1.1 國體與政體概念

國家政權組織形式，有政治學者稱之為國家的管理形式（治理形式）⁴⁰，就是通常所說的政體。政體，一般指國家政權的構成形式，主要是指最高國家權力機關的組織形式。它表現為最高國家權力機關的組成，以及它與其他國家機關、公民的關係。

講到政體，必須區分它與國體的關係。所謂國體，是指“社會各階級在國家中的地位”，⁴¹即哪個階級處於統治地位，哪個階級處於被統治地位。而統治階級在國家中的地位直接決定着國家的階級屬性，體現國家的階級本質和階級利益內容。從這個定義上講，政體與國體的關係是形式和內容的關係；其中，國體決定政體的組織形式，並且通過一定的政體來反映和實現國體的內容。

中國1982年憲法對中國國體的規定是：“中華人民共和國是工人階級領導的、以工農聯盟為基礎的人民民主專政的社會主義國家。”（第1條）。這表明中國的國家性質是社會主義的，從國家政權的政治屬性和階級本質來說，是人民民主專政的。這一關於國體的規定一直沒有改變。但是，根據改革開放以來中國社會的深刻變化，中共在其十六大報告中特別指出：“在社會變革中出現的民營科技企業的創業人員和技術人員、受聘於外資企業的管理技術人員、個體戶、私營企業主、仲介組織的從業人員、自由職業人員等等社會階層，都是中國特色社會主義事業的建設者。”這個社會階層按照傳統觀點應屬於“小資產階級”和“資產階級”的範疇，但隨着中國特色社會主義事業的發展，他們已經成為“社會主義事業的建設者”。據此，2004年的憲法修正案將“社會主義事業的建設者”列入作為人民民主專政階級基礎的統一戰線之中，反映了統一戰線中各階級、階層的地位和關係的變化，即現階段的統一戰線已經和過去的工農聯盟、勞動人民與民族資產階級的聯盟組成的統一戰線有了根本的不同。這表明中國人民民主專政的聯盟範圍更加廣泛和擴大，也標誌着中國國體也在一定範圍、一定程度上的發展變化。

政體作為實現國家權力的一種形式，它是形成與表現國家意志的特殊方式，或者說是表現國家權力的政治體制。古代學者亞里斯多德在總結希臘的城邦政體時，把政體分為君主政體、貴族政體和共和政體。中世紀天主教神學家阿奎那分政體為君主政體、貴族政體、寡頭政體和暴君政體。近代學者洛克在《政府論》中把政體分為民主政體、寡頭政體和君主政體三種，其中君主政體及又可分為世襲君主政體和選任君主政體。

法國啟蒙思想家孟德斯鳩和盧梭完善了關於政體類型的研究和劃分。孟德斯鳩在《論法的精神》中區分政體為共和政體、君主政體和專制政體三種。他認為，所謂共和政體，其性質就是全體人民或某些家族握有最高的權力；君主政體的性質是君主握有最高權力，但他依據一定的法律行使這一權力；專制政體的性質是一個單獨的個人依據他的意志和反覆無常的愛好在那裏治國。而盧梭在《社會契約論》中，則分政體為民主制政體、貴族制政體、君主制政體和混合制政體四種。

2.1.2 君主政體與共和政體

政治學者將古往今來的政體形式加以總結，認為政體從總體上可分為君主政體和共和政體兩種。君主政體一般由君主掌握最高國家權力，實行長子世襲、終身任職制。共和政體一般由若干人共同執掌最高國家權力，這些掌權者由選舉產生，並有一定任職期限。

2.1.2.1 君主政體

按照君主的實際許可權和君主政體的組織方式，君主制可以分為專制君主制和立憲君主制。在專制君主政體形式之下，君主擁有絕對的至上權力，君主的意旨就是國家的法律，君主及其行為不受任何人或機關的限制、制約或監督。自秦以降，中國歷朝統治者都是專制君主；法國路易十四的“朕即國家”就是專制君主政體。從歷史上講，這是封建制國家常見的一種政體。

而立憲君主制之於專制君主制則是一種進步，出現在資產階級革命之後，是一種資產階級與封建勢力相互妥協的產物。根據君主憲法地位和實際許可權的不同，這種政體又被進一步分為二元君主制和議會君主制。在二元君主制之下，君主的權力雖然受到憲法和議會在一定程度的限制，但國家權力的真正中心依然是君主，因為首相和部分議員都是由君主任命的，內閣不對議會而只對君主負責；君主還有權解散議會、否決議會決議等。目前實行二元君主制的國家已經很少了，只有尼泊爾、摩洛哥、約旦等少數幾個封建勢力影響仍然強大的國家。在議會君主制政體之下，議會是國家最高權力中心、掌握立法權，議會權力至上；政府由議會中佔多數席位的政黨或政黨聯盟組成，對議會負責；君主權力受憲法和議會的實際制約，對議會、內閣和政府都沒有實際的控制力，君主作為國家元首只具有國家象徵意義，其職權主要是禮儀性和程序性的，如公佈國家法令、出席國家儀式等，所謂“統而不治”、“臨朝不臨政”。現代國家中的英國、日本和西班牙等國都是這種政體。

2.1.2.2 共和政體

共和政體也往往被再分為貴族共和政體和民主共和政體。貴族共和政體是一種歷史性政體形式，它只存在於公元前奴隸社會時期的古希臘雅典共和國和古羅馬共和國時期。在這種政體形式下，最高國家權力由奴隸主貴族擔任的執政官掌握，執政官由民選產生，並實行限任制。由貴族組成元老院，掌握國家立法、行政、外交、軍事等實際權力。儘管執政官可以解散民眾大會，但該大會無立法權，只有對公共事務的表決權。這種共和只限於貴族和自由民，不包括奴隸在內。

民主共和政體在共和範圍形式上包括全體公民在內，最高國家權力由多人執掌和行使，掌權者由選舉產生，實行限任制。這是目前西方國家普遍採用的一種形式。按不同國家機關的設置和許可權的劃分，又可將它分為議會共和政體和總統共和政體。在議會共和政體之下，議會由選民選舉產生，是國家最高權力之源，在國家政治生活中佔主導地位；政府即內閣，由議會產生並對議會負責，議會可以通過不信任案迫使政府辭職，政府也可以解散議會；由選舉產生的總統只是“虛位元首”而無實權。這有如印度、奧地利和意大利的情況。在總統共和政體之下，總統和議會分別由選舉產生，有特定任職期，內閣由總統產生並對總統負責，總統即是國家元首又是政府首腦，他與議會的關係是分權和制衡的關係，即議會不能通過不信任案彈劾總統，總統也無權解散議會。總統共和制的典型是美國，還有法國。此外，政治學者經常從民主共和制中分離出委員會制政體來，如瑞士。在這種政體之下，有聯邦議會和聯邦委員會，後者由前者選舉的數名委員組成，集體行使國家行政權。議會和委員會的關係是：議會無權使委員會成員辭職，委員會也無權否決議會議案或解散議會；議會和委員會均實行任期制。

2.1.2.3 人民民主共和政體

無產階級國家一般採用人民民主共和政體。從無產階級取得政權、建立政權的發展歷史來看，具有典型意義的政體形式有巴黎公社政權形式、蘇維埃政權形式和人民代表大會政權形式。

1871年出現的巴黎公社政權組織形式是一種集立法、行政、司法權力於一身的政體形式，被認為是無產階級建立自己國家的第一次嘗試。因其存在時間太短（只有幾個月），所以政體形式並未完全形成。在它存在的短暫時期內，這一政體具體表現了以下特點：

- (1) 直接選舉制，即國家的一切管理人員均由選舉產生，並向選民負責；
- (2) 國家管理人員輪換制，使全體公民都可以輪流擔任公職；
- (3) 公社委員會是最高機關，統一行使立法、行政權；
- (4) 國家武裝力量由武裝的全體人民取代，法官、員警也由公民選舉產生，並可隨時撤換。⁴²

蘇維埃政體形式是列寧在巴黎公社經驗基礎上，結合俄國革命的具體歷史情況發展起來的蘇聯國家政體形式。其特點表現為：

- (1) 蘇維埃代表大會是國家最高權力機關，其成員由選舉產生，最高主席團為其常設機構；
- (2) 蘇維埃由兩院，即聯邦院和民族院組成，二者享有平等的權力地位；
- (3) 蘇維埃擁有立法權；
- (4) 部長會議（即中央政府）、最高法院和檢察機關由最高蘇維埃產生並向它負責；
- (5) 地方蘇維埃是地方最高權力機關，其他機關由它產生並向它負責。⁴³

人民代表大會政體形式是中國人民在中國共產黨領導之下，在蘇維埃政體基礎之上，結合中國的革命和建國實踐發展起來的一種政體形式。

2.2 人民代表大會制度是當代中國的根本政治制度

人民代表大會政體形式是一種人民民主共和政體。在中國，它始於第一次國內革命戰爭時期，如1927年以後，在中國共產黨控制的地區紛紛建立的工農民主政府和蘇維埃政府。在第二次國內革命戰爭、抗日戰爭和解放戰爭時期，這種政權組織形式從形式到內容方面都得到不斷發展，如1931年11月在江西瑞金召開的中華蘇維埃第一次全國代表大會，以及其產生的中華蘇維埃共和國，便是該政體的一次全面實驗。新中國成立之後，1954年憲法確立人民代表大會制度是中國的根本制度，並為以後歷次憲法所肯定。

根據中國憲法的規定和國家政權建設的實踐，人民代表大會政體形式主要表現有如下特點：

- (1) 國家的一切權力屬於人民——中國憲法第二條規定，“中華人民共和國的一切權力屬於人民”。這是人民代表大會政體的實質。權力屬於人民是指權力屬於人民全體。鑒於國家權力統一不可以分割，所以不能把每個個體的公民單獨地看作是權力的所有者和行使者，每個公民都來行使國家權力也是不可能的事情，人民只能作為一個總體成為國家權力的所有者。權力屬於人民，也是主權在民或人民主權這一民主憲政原則的集中體現。

- (2) 各級人民代表大會是人民行使國家權力的機關——人民行使國家權力不等於每個人直接簡單地行使國家權力。於是，人民透過一種由他們選舉產生的中間人，即人民意志和利益的代表，組成代表機關，並以人民的名義管理國家，即行使國家權力。在中國，憲法將這種代表機關規定為全國人民代表大會和地方各級人民代表大會。根據現行憲法第97條及《全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法》的規定，縣級和縣級以下人民代表大會由直接選舉產生，以充份體現人民管理國家的權力和意志。在區域選舉的制度下，人民代表應是本選區或本地域的民意代表；在採取職業選舉或按階層選舉這種選舉團形式的制度下，人民代表則代表本行業或本階層的集體意志和利益。人民代表大會作為國家立法機關，它所通過的法律直接體現人民的意志和利益。
- (3) 各國家機關由人民代表大會產生——具體而言，國家行政機關和司法機關由人民代表大會產生，向它負責，並接受它的監督。人民代表大會行使的權力一部分體現為憲法規定的各項職權（見第62、67、99-101、104條），另一部分則體現為經憲法授權給其他國家機關行使的職權，而由人民代表大會組織和監督它的行使。人民代表大會直接行使的立法權、決策權、任免權和監督權是國家權力屬於人民的直接體現和集中表達。任免權和監督權界定了它與其他國家機關的關係，也體現了國家權力來源於人民的根本特點。
- (4) 人民代表大會制度實行民主集中制——正如第一節所述，民主集中制是中國憲法的原則之一，也是一切國家機關的組織原則。從理論上講，民主集中制本質上是人民內部不同利益之間的一種政治協調原則。一方面，它承認人民內部利益的多元性，另一方面，它又確認人民利益在整體上的一致性。多元性與一致性的統一是建立民主集中制的理論前提。換言之，民主集中制的實現包括兩個過程，一是利益和要求的表達，二是對不同利益和要求的協調。協調的前提就是各種不同利益和要求在根本上的一致性。憲法對各級人民代表大會組織形式和運作過程、各級人民代表大會及其常務委員會之間的關係以及上下級人民代表大會之間的關係作了體現民主集中制原則的各種規定，這包括法案的形成和法律的制定與實施過程中的下級服從上級、少數服從多數的做法。

人民代表大會制度就是建立在這四方面內容或四個環節的基礎之上的，它所體現的這種政體既明顯不同於西方國家推行的各種民主共和政體，也有別於前蘇聯的蘇維埃政體形式。這種政體首先直接表達了中國國家的性質，即人民民主專政的國家；其次，它體現了人民主權之下國家的統一和權力的統一；最後，它保證在統一即集中的前提下，廣泛實行民主的程序。人民代表大會行使國家權力意味着人民意志的實現；由人民代表大會作為統一的國家權力機關意味着人民意志的統一。一切其他國家機關由人民代表大會產生，並對它負責和接受它的監督，從理論上說，這既可以保證國家管理的高效率，又可以體現主權在民或人民主權這一根本憲政原則。

根據中國的憲政實踐，人民代表大會制度一直處在不斷的改進和完善之中，如縣和縣以下各級人民代表大會實行直接選舉制就是一例。任何一種制度都有生命；也只有在不斷修正、改進、完善之中，人民代表大會制度方得以生存、發展和壯大。

註釋

1. 《現代漢語詞典》，北京：商務印書館2002年增補本，第1369頁。
2. 詳見徐秀義、韓大元著：《憲法學原理》（上），北京：中國人民公安大學出版社1993年版，第51–52頁。
3. 吳家麟主編：《憲法學》，北京：群眾出版社1983年版，第21頁。
4. 魏定仁主編：《憲法學》，北京：北京大學出版社1989年版，第12頁。
5. Bryan A Garner (2004). *Black's Law Dictionary*, 8th edition. St. Paul, Minn.: West Group, p. 330.
6. 柯里：《民主政府與政治》，1954年版，第85頁。轉引自何華輝著：《比較憲法學》，武漢：武漢大學出版社1988年版，第11頁。
7. O. Hood Phillips and Paul Jackson (1997). *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 7th Edition. London: Sweet & Maxwell Ltd, p. 5.
8. 吳家麟，同註3，第37頁。
9. 許崇德、王向明、宋仁著：《中國憲法教程》（修訂本），北京：人民法院出版社1991年第2版，第16頁。
10. 吳家麟，同註3，第46頁。
11. 何華輝，同註6，第15頁。
12. 同上，第17頁。
13. 徐秀義、韓大元主編：《現代憲法學基本原理》，北京：中國人民公安大學出版社2001年版，第22頁。
14. 同上，第22–23頁。
15. 《中國大百科全書•法學》，北京：中國大百科全書出版社1984版，第638頁。
16. 參見沈宗靈主編：《法理學》，北京：高等教育出版社1994年版，第303–304頁；《法學基礎理論》，北京：北京大學出版社1994年第2版，第47頁。
17. 張慶福主編：《憲法學基本理論》，北京：社會科學文獻出版社1994年版，第80頁。
18. 同上，第91頁。
19. 參見沈宗靈：《法學基礎理論》，同註16，第340頁。
20. 戴學正等編：《中外憲法選編》（下冊），北京：華夏出版社1994年版，第74頁。
21. 參見張慶福，同註17，第92–93頁。
22. 參見徐秀義、韓大元，同註13，第306–309頁；張慶福，同註17，第92–93頁。
23. 沈宗靈著：《比較法總論》，北京：北京大學出版社1987年版，第244頁。
24. 關於司法解釋的法律效力問題，參見郭克強、陶凱元：“中國的司法解釋及其與普通法國家判例的比較”，載《中國法與比較法研究》第2卷（1995）第2期，第142–151頁，香港。
25. 參閱張慶福，同註17，第142–144頁。
26. 參閱王哲著：《西方政治法律學說史》，北京：北京大學出版社1988年版，第296–298頁。
27. 〔法〕盧梭著，何兆武譯：《社會契約論》，北京：商務印書館1980年修訂第2版，第125頁。
28. Didier Maus (ed.) (1988). *Les Grands Textes de la Pratique Institutionnelle de la Ve Republique*, 4e edition. Paris: La Documentation Francaise, p. 306.
29. 《中外憲法選編》（上冊），同註20，第258頁。

30. 張慶福，同註17，第134頁。
31. M. Cranston (1973). *What are Human Rights?* 2nd edition. London: The Bodley Head. 轉引自葉保強著：《人權的理念與實踐》，香港：天地圖書有限公司1991年版，第14頁。
32. 中國學術界對“法治國家”的認識得到了進一步的深化。參見劉海華、李步雲、李林主編：《依法治國，建設社會主義法治國家》，北京：中國法制出版社1996年版。又參見程燎原著：《從法制到法治》，北京：法律出版社1999年版。
33. 張慶福，同註17，第141頁。
34. 何華輝，同註6，第83頁。
35. 《共產主義運動國際章程彙編》，第91頁。轉引自何華輝，同註6，第97頁。另外參見范平、姚恒編著：《中國共產黨章程研究》（修訂本），北京：中共中央黨校出版社1993年第2版，第136–140頁。
36. 何華輝，同註6，第99頁。
37. 許崇德主編：《憲法》，北京：中國人民大學出版社1999年版，第70頁。
38. 殷嘯虎著：《新中國憲政之路（1949–1999）》，上海：上海交通大學出版社2000年版，第123、126頁。
39. 周葉中主編：《憲法》，北京：高等教育出版社和北京大學出版社2000年版，第79頁。
40. 王子琳主編：《國家學說概論》（修訂本），長春：吉林大學出版社1987年第2版，第75頁。
41. 毛澤東著：《毛澤東選集》（合訂一卷本），北京：人民出版社1964年版，第637頁。
42. 參見劉政等主編：《人民代表大會制度詞典》，北京：中國檢察出版社1992年版，第70頁。
43. 參見“蘇維埃”各詞條。同上，第70–72頁。

2. 人權法

林來梵

1. 人權與法的一般概說.....	34
1.1 人權與公民的基本權利.....	34
1.2 公民的基本權利的內容與界限.....	36
2. 憲法中所確認的權利.....	38
2.1 人權的類型.....	38
2.2 現行憲法所規定的權利.....	40
3. 憲法權利的保障制度.....	45
3.1 保障的模式.....	45
3.2 中國的現行模式.....	46
4. 前景與希望.....	48
4.1 《立法法》中的“准憲法訴願”制度的 確立.....	49
4.2 憲法監督制度的改善趨勢.....	49

1. 人權與法的一般概說

1.1 人權與公民的基本權利

在中國法的體系中，並無單行的《人權法案》(Bill of Rights) 或相對獨立的《人權宣言》(Declaration of Human Rights)，更無單獨存在的、作為國內法的《人權法》(Law of Human Rights) 這一規範性文件。然而，實質意義的“人權法”則是存在的，而且與世界上大部分立憲國家一樣，主要是由一部至少在名義上被確認為具有最高法律效力的成文憲法典來規定的，為此，憲法即可視為其“人權法”的一個重要的法律淵源。

新中國成立至今，更迭了四部憲法。但自1954年第一部憲法開始，迄1982年現行憲法為止，歷部憲法中的有關章目，均不採用“人權”的用語，而沿襲“公民的基本權利”這一表述。應該承認，這種概念之間的替代或轉換，並非中國所僅有，也可見之於世界上其他立憲國家的成文憲法之中，如德國基本法(1949年)第一章即題為《基本權》，而日本現行憲法(1946年)第三章亦題為《國民的權利及義務》。縱觀世界各國，中國憲法、包括其現行憲法在第二章標題上所採用的“公民的基本權利和義務”這一表述，與上述兩國的憲法最為近似。然而，德、日兩國的憲法均在其各自的條文中，確認了近代以來在各國立憲主義的主流傳統中所形成的人權觀念，唯中國憲法則不然。

第一條

- (一) 人的尊嚴不可侵犯。尊重和保護人的尊嚴是一切國家權力的義務。
- (二) 為此，德國人民認同不可侵犯的和不可轉讓的人權是世界上各個人類共同社會、和平以及正義的基礎。
- (三) 下列基本權利，作為可直接適用的法，使立法、行政和司法機關承擔義務。

《德意志聯邦共和國基本法》(1949年)

第十一條

本憲法所保障的國民的基本人權，作為不可侵犯的永久權利，賦予現在的和將來的國民。

第九十七條

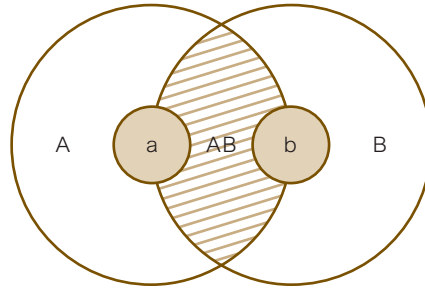
本憲法對日本國民所保障的基本人權，是人類為爭取自由經過長年努力的成果，此等權利已於過去歷經無數的考驗，被確信為現在及將來國民之不可侵犯的永久權利。

《日本國憲法》(1946年)

中國憲法之所以沿用“公民的基本權利”這一用語，是因為從制定第一部憲法開始，曾長期將“人權”的概念視為“資產階級的”、“欺騙性的東西”以加以摒棄。時至20世紀80年代初，才開始在法學研究中出現部分學者對“人權”概念的積極評價，而在1991年11月中國政府面向國際社會發佈第一份的《人權白皮書》中，“人權”這一術語終於得到徹底的正名。此後，這一概念被廣泛地使用於法學論述之中，其相關的觀念也逐漸滲透於法治意識之內，許多學者更透過憲法中“公民的基本權利”這一個概念，來吸收西方的“人權”概念的要素，從而使得二者在邊緣部分上次第形成了某種交叉的關係，而且該交叉部分也在日漸擴展。時至2004年現行憲法第4次修

正，該憲法增設了第33條第3款，其中明定“國家尊重和保障人權”，被稱為所謂的“人權入憲”。

儘管這樣，在面對中國法的實在法層面時，尤其是在力圖客觀地描述中國現行憲政制度時，如果不大力發揮法解釋學的功能，“人權”與“公民的基本權利”這兩個術語，至少在目前的情形下，還仍然難以成為一對可以簡單地互換的概念，而且似乎也不可能立刻完成這種互換。這是因為，這兩個概念的交叉部分雖然還將繼續擴展，但其各自的核心部分卻一時難以真正達至重疊的境界。這一點，將在本章的論述中逐步闡釋。在此，姑且將二者在不斷擴展其交叉部分之後最終所可能達到的終極形態，以圖式表示如下：



說明：A 表示西方的人權概念，B 表示中國的“公民的基本權利”概念，a、b 各表示它們的核心內涵，而AB則表示A與B目前所達至的重疊部分。

之所以如此，乃是因為：上述兩個概念的核心，在終極的意義上存在互相排斥的性質。這主要體現於以下幾個方面：

第一，在人權概念的核心中，人權的享有主體，首先乃是具有普遍意義的“人”，即在近代市民社會中所形成的、或近代西方市民革命通過打碎前近代封建身份等級制度所解放出來的“人之一般”，而所謂的“人民”、“國民”或“公民”等主體，均只是“人”的亞型或展開形態；與此不同，在“公民的基本權利”這一概念的核心中，“基本權利”的享有主體則是“公民”（citizen），即一種作為公共體的政治國家所接納的成員，現行憲法中有關持有國籍乃是擁有公民資格的法律要件的規定（第33條第1款），其實就是對公民的“定義”。這種主體超越和兢克了“市民”的型態，但卻長期“浸泡”在東亞社會所特有的“公的優位”傳統之中，而這種傳統基本上傾向於不僅鄙薄和排斥“個人”或“私”的觀念，而且鄙薄和排斥“個人”或“私”的實體。

人權法學概念中的“天下為公”傾向

在當今中國人權法的觀念裏，西方的“人”（man or human）與“市民的”（civil）這些概念的真正內涵，尚未得到廣泛徹底的理解。國際人權公約中的International Covenant on Civil and Political Rights，其中的 Civil and Political Rights，本含有“市民性的和政治性（或公民性）的權利”之意，但在其《公民權利和政治權利國際公約》的譯名之中，該原意難以得到完全體現。

在中國人權法（憲法）的視角下，西方的Civil Rights 與 Rights of Citizen 一樣被翻譯和詮釋為“公民權”，甚至連“人權”（Human Rights）亦被理解為廣義的“公民權利”；日本憲法中的“國民”一詞，在其正式的英譯文本中實為people，但根據中國的通說，“國民”與“公民”的含義相同。

第二，在人權概念的核心中，人權是其享有主體對抗國家權力的、不可剝奪的固有（或自然）權利，由此形成了“個人vs國家的二元對抗”秩序（這點可在前述德國基本法第一條中得到理解）；而在“公民的基本權利”這種概念中，由於“公的優位”觀念的影響，不僅難以確立公民對抗國家而獲得權利的觀念，甚至可能形成“基本權利是由國家授予公民的”、或“是由憲法規定而成立的”、為此國家可有基於公共利益的考慮而輕易地限制乃至褫奪公民的基本權利之類的取向。

第三，在人權概念的核心中，人權具有固有性、不可侵犯性和普遍性；而“公民的基本權利”這一概念，則傾向於主張、認同甚或強調基本權利的法定性、受制約性和特殊性。

什麼是人權？……西方世界的所謂“人權”和我們講的人權是兩回事，觀點不同。

鄧小平向“大陸與台灣”學術研討會主席團全體成員的談話

1985年6月6日

1.2 公民的基本權利的內容與界限

從學理上說，如果不認同人權的固有性、不可侵犯性以及普遍性等特性，人權的內容就無法自我成立（self-evident），而有待於從權利的外部對其範圍加以界定。為此，在中國人權法（或憲法）下，有關公民基本權利的界限原理，遂成為一個至關重要的理論。而中國憲法本身的規定也體現了這種取向。在其第二章有關公民的基本權利的規範體系中，現行憲法作出如下明確的規定：

第三十三條第四款

任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務。

第五十一條

中華人民共和國公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利。

現行憲法中有關公民基本權利的“箝夾條款”

饒有趣味的是：中國現行憲法第二章集中規定了公民的基本權利和義務，在此規範體系中，各種基本權利乃規定在第33條–第50條，而上述第33條第4款以及第51條這兩個有關對基本權利的一般性制約條款，恰好在直觀上形成了對那一系列權利條款的箝夾之勢，微妙地象徵了中國人權法（或憲法）中有關公民基本權利及其界限的觀念、理論及其規範結構。在此意義上，可姑且將這兩個條款稱之為公民基本權利的“箝夾條款”。而類似如此嚴格的條款，在其他西方立憲國家的成文憲法中是難以見到的。

然而，在中國憲法理論中，有關通說一般不用“基本權利的界限”這類較具法學意義的表述，而代之以“公民權利的相對性”這種更具哲學色彩的、邏各斯中心的（logocentric）、並在一定程度上是不確定的說法。¹ 根據這一理論，公民的基本權利的相對性主要表現在兩個方面。而這

兩個方面，正是對前述的現行憲法第33條第3款以及第51條這兩個“箝夾條款”的詮釋。

第一方面：公民的自由和權利不是毫無限制的（與第51條對應）

較早提出此一觀點的一位學者，其論證的依據和步驟可概括如下：²

- (1) 斷然指出：“世界上從來沒有絕對的自由”；
- (2) 援引列寧的一句話：“人們生活在社會卻要離開社會而自由，這是不可能的”；
- (3) 援引洛克的一句話：“哪裏沒有法律，哪裏就不能有自由，但是正如人們告訴我們的，自由並非人人愛怎麼樣，就怎麼樣的那種自由”；
- (4) 舉出數例說明：資本主義國家的憲法對公民權利所作出的限制規定；
- (5) 從三方面說明中國憲法和法律對有關公民權利作出限制性規定的必要性或理由；
 - (1) 從哲理的角度來看；(2) 從法理的角度來看；(3) 法律是有階級性的。
- (6) 援引劉少奇在1952年《關於憲法草案的報告》中所說的話來說明個人權利和集體利益之間的關係，即“妨害公共利益的所謂‘自由’當然要受到限制和禁止”。

個案分析

國家主席劉少奇被迫害致死案

案情

“公民的自由和權利不是毫無限制的”這一觀點及其相應的制度裝置，至少在1954年憲法制定期間就確立了。劉少奇參與主持了該次制憲，並提出了上述的人權制約理論。

但在文革期間，當“造反派”揪鬥時為國家主席的劉少奇，事後曾在辦公室舉起那部憲法的單行本對自己的秘書說，我是國家主席，我也是公民，我的權利受憲法保護，為何不讓我說話！其後劉更遭到肆意的訓斥、辱罵、限制發言、被逼自證其罪、揪鬥、隔離、關押、毆打，終被迫害致死。據載，死前曾被縛於床架，以防其自殺，致使他痛苦不堪，乃失聲痛哭，喪失作為人的一切尊嚴。

反思

當今中國學者多舉劉案闡明人權保障之重要，然公民權利可被輕易“限制和禁止”的觀念和制度框架，恰恰是劉自己在參與主持制定54憲法時親手定的，為此，劉個人命運的悲劇因素便具有較大的複雜性。在當今中國，人們往往只看到劉在文革時期作為國家主席而被輕易地褫奪一切權力和權利的悲劇，而仍不易看到作為一個“人”、即一般的權利主體的劉的悲劇；往往只看到劉的這個極端的、個別的悲劇，而仍不易看到西方社會所極力鼓吹的人權不可侵犯性的全部意涵。

第二方面：權利和義務不可分離（與第33條第4款對應）

對此，中國法根據馬克思唯物辯證法的一般原理推斷：基本權利與基本義務的關係也是一個“對立統一”的辨證關係，二者不可分離，甚至具有“一致性”。這一理論的表述，直接昇華為有關公民的基本權利與義務的一項基本原則。現行憲法第33條第4款，即被認為反映了其中的基本觀點。³

其實，1982年現行憲法的修改草案甚至曾一度將“公民的權利和義務不可分離”這一理論性的表述直接寫入該條第2款（原草案第32條2款）。當時，法學界泰斗張友漁先生還專門撰寫〈論公民的權利和義務不可分離〉一文，闡述該草案條款的意涵及其理論依據。⁴ 現行憲法的文本雖然刪除了草案中的這一條款，但經過張老先生這篇力作的論證，“公民的權利和義務不可分離”的觀點遂在中國憲法理論上演為通說。

上述“權利相對性”的觀念及規範，⁵ 在學理上不可避免地存在着較大的爭議性，因為，它至少具有以下四個重要的傾向。

- (1) 在對人權或基本權利的界定上，採取“以界限確定內容”的取向，而非將權利的內容看成是固有的、自然的（natural）、第一性的東西；
- (2) 在認定權利的界限時，採取一概性的、籠統的方法，而非根據權利的不同類別和類型，力圖認識各個不同權利的具體結構（如：有無界限、界限何在）；

人權界限的相對性

與其說人權是有界限的，因而是相對的，倒不如說那種界限自身才是“相對的”。這種界限的相對性表現在：從純粹法學的觀點來看，某些人權具有界限，而某些人權並不具有界限。如思想和良心的自由等權利即然。

人權界限的具體性

即使某些人權具有界限，那種界限也具有具體性，即不同的人權界限具有不同的、相對確定的性質、內容和結構，不能一概而論。

由上述兩點可以推斷，如果從這一理論出發，不僅各個權利的具體內容（應受保護的範圍）具有明顯的不確定性（uncertainty），而且“公共利益”（即憲法第51條中的“國家的、社會的、集體的利益”）的具體內容也具有同樣的性質，為此難以就各個具體的權利，確立起判定限制該權利的公共權力行為的合憲性基準，其結果是，必須在極大的程度上克服對各種權利進行限制的隨意性、擴大化或濫用危險。

總而言之，“權利相對性”這一話語，浸淫着“公的優位”傳統，為此在一定程度上支撐了“義務本位”、“國家中心主義”等中國人權法的總體取向。

2. 憲法中所確認的權利

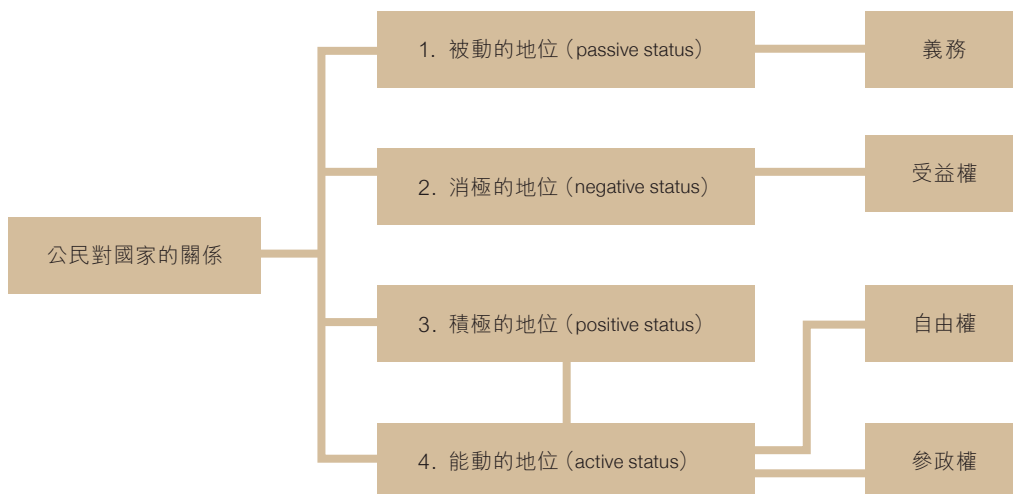
2.1 人權的類型

2.1.1 人權的學理分類

人權種類繁多、複雜多樣。因之，依照其特性將所有人權縷分成為幾種具有相同或相近特性的類型，對於全面把握人權體系的整體結構，確切認識憲法保障的各種權利，就具有十分重要的意義。

對人權學理分類的較早嘗試，可見之於德國19世紀國法學（憲法學）集大成者耶利內克（Georg Jellinek, 1851—1911）的名著《公權論》。耶利內克認為：公民對國家分別存在四種不同的關係，由此相應地派生出四種不同的公權、義務。第一種是人民對國家的被動地位（passive status），由此派生出人民的義務；第二種是人民對國家的消極地位（negative status），由此派生

出人民的自由權，即一種可以排除國家干涉的消極權利，如人身自由、精神自由和經濟自由；第三種是人民對國家的積極地位（positive status），由此派生出人民的受益權，如訴訟權、請願權等權利；第四種則是人民對國家的能動地位（active status），由此派生出人民的參政權，如選舉權和被選舉權等政治權利。以圖式表示如下：



耶氏的上述分類，成為傳統憲法學中的一個經典。然而，這一分類雖然具有一定均稱嚴整的邏輯結構，卻被認為不能完全概括和反映現代憲法所保障的諸如由生活保障權、勞動保障權、環境權等一系列人權所構成的社會權利（又稱社會權）。

晚近出現的重要分類中，有一種“二分法”。首先由當代英國哲學家柏林（Berlin）在其著名的論文〈兩種自由概念〉中，明確地把自由分為“消極自由”（negative Liberty）和“積極自由”（positive liberty）兩種類型，⁶此後，在人權法或憲法學領域中便廣泛出現了“消極權利”（negative right）和“積極權利”（positive right）的分類法。其中的消極權利，乃指要求國家權力作出相應不作為的權利，自由權即屬於這一類型；而積極權利則指要求國家權力作出相應作為的權利，參政權和社會權即然。

當代日本著名憲法學家蘆部信喜（Nobuyoshi Ashibe）比較重視“二分法”，但同時認為20世紀人權發展的潮流是“從自由權到社會權”，即在傳統的自由權之外，社會權逐漸登場，並同時得到保障。為此，他曾將自由分為Freedom from State、Freedom to State以及Freedom by State三種類型。根據這種分類，自由權屬於Freedom from State，參政權屬於Freedom to State，而社會權則屬於Freedom by State。⁷

這三個術語、尤其是其中的Freedom from State是很難譯成中文的。中國學者很容易將Freedom from State理解成“從國家那裏來的自由”，肇源於其自身的“國家授予自由權利”的觀念。然而，根據原意，它恰恰指的是“從國家的干涉中保護出來的自由”或可排除國家權力干涉的自由。為此，上述三個術語可分別相應形象性地譯為“防禦國家的自由”、“接近國家的自由”和“依靠國家的自由”。

上述的這種翻譯的困難和誤譯的可能性，說明了中國傳統文化，以及在這種文化影響下當代中國人權觀念的問題。

此外，尚有當代法國學者首先提出的、並為許多人權法學者所接受的所謂“三代人權分類法”。據其學說，人權可有三代之分，其中，第一代人權即近代西方市民革命中所確立的權利，主要包括近代憲法中的人身自由、精神自由和經濟自由（在憲法學中統稱“三大自由”）；第二代人權即在19世紀末20世紀初社會主義運動中所提倡的權利，主要是社會權；而第三代人權則是二戰之後反對殖民主義壓迫的民族解放運動中所提倡的各種權利，包括各個國家或民族的生存權、發展權和民族自決權等所謂的“集體權利”。⁸

2.1.2 中國憲法權利的類型

中國憲法學更重視那種依照憲法本身所確立的權利體系對基本權利所進行的分類，即注釋憲法學意義上的權利分類方法。以往較有代表性的有十大分類法，⁹即把中國公民的基本權利分為：平等權；政治權利和自由；宗教信仰自由；人身自由；批評、建議、申訴、控告、檢舉權和取得賠償權；社會經濟權利；文化教育權利和自由；婦女的權利和自由；有關婚姻、家庭、老人、婦女和兒童的權利；華僑、歸僑和僑眷的權利。

晚近出現了一種新的分類模式，可稱之為“整合性分類模式”。¹⁰該模式與上述的方法不盡相同，其特點是一方面既重視吸收學理分類的優點和長處，另一方面又盡量照顧中國現行憲法中有關公民基本權利規定的體裁，力圖確立一個具有內在邏輯性、整合性以及自我完結性的分類體系。根據這種方法，中國公民的基本權利可分為以下六種：平等權；政治權利；精神、文化活動的自由；人身的自由與人格的尊嚴；社會經濟權利；獲得權利救濟的權利。其中，“平等權”定位於一種概括性的權利，以引領其他五種基本權利；“政治權利”則是作為國家一切權力歸屬主體的具體承擔者的公民的基本權利；“精神、文化活動的自由”以及“人身的自由與人格的尊嚴”側重於概括自由權，即所謂的第一代人權；與此不同，“社會經濟權利”則側重於概括社會權，即所謂的第二代人權；而“獲得權利救濟的權利”，則是以上各種權利獲得救濟所必需的程序性的權利，其作為一個獨立的權利類型的意義，在於可為整個權利保障體系提供一種相對自足的、自我完結的內在契機。

2.2 現行憲法所規定的權利

2.2.1 憲法中的基本權利體系

人權往往是為憲法所確認的權利，以此獲取法律意義上的正當性、有效性和真實性，並成為“客觀的權利”（objektives Recht〔德〕）。而憲法確認人權的外化形式，就是採用憲法規範來規定和表述各個人權的內容。不過，這並不意味着：人權直接淵源於憲法規範，沒有憲法的規定，就沒有人權。

然而，如前所述，在中國人權法中，則長期存在着一種觀念，即公民的基本權利是由國家通過憲法明文的規定授予公民的。反過來說，只有憲法規定的權利，才可算是真正的基本權利，才有必要予以保護。有鑒於此，核對中國現行憲法中所規定的諸種基本權利，就成為一項較為重要的課業。在此，應用上述人權分類的一些學理，將中國現行憲法中所規定的各種權利，以圖表的形式整理如下。值得說明的是，由於中國人權法中尚存在着前述的那種“權利和義務不可分離”的觀念，為此有必要將憲法中所規定的基本義務也納入圖表。

分類目錄			各種具體權利、義務的名稱	條文出處 (條款)
基本權利	一般主體的 基本權利	平等權	法律面前人人平等	33.2
		政治權利	參加國家管理的權利	2.3, 16.2, 17.2, 111
			選舉權、被選舉權	34
			表達自由：言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由	35
			監督權：對任何國家機關和工作人員有提出批評和建議的權利、檢舉的權利	27.2, 41.1
		精神、文化活動的自由	宗教信仰自由	36
			文化活動的自由	47
			通訊的秘密和自由	40
		人身自由與人格尊嚴	人身自由	37
			人格尊嚴不受侵犯的權利	38
			住宅不受侵犯的權利	39
		社會經濟權利	合法的財產權	13
			繼承權	13.2
			勞動權	42
			休息權	43
			生存權：獲得物質幫助的權利	44, 45
			受教育權	46
		獲得權利救濟的權利	提起申訴、控告的權利	41.1
			國家賠償請求權	41.3
		特定主體的憲法權利	民族平等、少數民族合法權利保障	4
			保護婦女、男女平等	48
			保護婚姻、家庭、母親、兒童	49
			保護華僑和僑屬	50
基本義務	一般主體的義務	道義性義務	維護國家統一、民族團結	52
			遵守憲法、法律，保守國家秘密，愛護公共財產，遵守勞動紀律，遵守公共秩序，尊重社會公德	53
			維護祖國的安全、榮譽和利益	54
			保衛祖國、抵抗侵略	55.1
		規範性義務	依法服兵役、參加民兵組織	55.2
			依法納稅	56
			勞動的義務（兼為權利）	42
			受教育的義務（兼為權利）	46
		特定主體的義務	夫妻雙方實行計劃生育的義務	49.2
			父母撫養教育未成年子女的義務	49.3
			成年子女贍養扶助父母的義務	49.3

2.2.2 體系分析

根據上表，在該體系中，權利的種類尚較豐富、齊備，基本上接近現代西方人權保障以及國際人權標準中的類目。這也是中國學者確信其具有“高度而廣泛”特性的依據，而政府之所以能在1997年10月與1998年10月先後斷然簽署了《經濟、社會和文化權利國際公約》（簡稱“社會權公約”）和《公民權利和政治權利國際公約》（簡稱“自由權公約”），在很大程度上正是基於這種確信。

當然，較之於現代西方人權保障以及國際人權標準中的類目，該體系還是缺落了一些權利類型，主要有以下八項：

- (1) 個人的尊嚴、人格的獨立和自由以及追求幸福的權利（德國基本法第1條、第2條；日本憲法第13條；自由權公約第16條；美國獨立宣言；）——該種自由權利是西方人權體系的起點和核心，並被視為一種“概括性的人權”，¹¹ 其內涵遠遠超過中國現行憲法第38條中所規定的“人格的尊嚴”。

美國《獨立宣言》有如下幾行文字，對世界各國的人權觀念影響至深：

We hold these truths to be self-evident: That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness.

戰後日本憲法第13條中所宣明的“生命、自由及追求幸福的權利”，顯然沿襲了上述名句。以拘謹聞名的日本人將pursuit of happiness這一權利譯為“幸福追求權”，但如根據美國文化的精神，此術語似乎在中文語感上也可譯為“追求快樂的權利”。

- (2) 思想與良心的自由（德國基本法第4條；法國1789年人權宣言第11條；日本憲法第19條；自由權公約第18條）——1949年《中國人民政治協商會議共同綱領》（建國初期臨時憲法）第5條曾規定“思想的自由權”，並冠於言論、出版、集會等自由權之首，此後為歷部憲法所刪除。
- (3) 新聞自由（美國第1條憲法修正案；德國基本法第5條；香港基本法第27條）——該自由屬於表現自由（freedom of expression）的一種具體類型，但基於其特殊性質和重要地位，有些國家的憲法性文件對此作出了強調規定。《共同綱領》第49條也曾規定“保護報導真實新聞的自由”，但此後歷部憲法均予刪除。
- (4) 免受酷刑、強制奴役和勞動的自由（美國憲法第8、第13條修正案；德國基本法第12、102條；日本憲法第18條、36條；自由權公約第6、7、8條）——這些自由也涉及到中國憲法中“人格尊嚴不受侵犯”之權利的內容，但後者無法全部概括前者。正因如此，中國現行的勞教制度以及死刑執行狀況經常受到國際社會的非難。
- (5) 居住、遷徙、擇業以及出入境的自由（德國基本法第11條、12條；自由權公約第12條；日本憲法第22條；香港基本法第31、33條）——《共同綱領》第5條以及54憲法第90條第2款也曾規定過“居住、遷徙的自由”，後被其他各部憲法所刪除。
- (6) 罷工自由（社會權公約第8條；日本憲法第28條；香港基本法第27條等）——75憲法第28條以及78憲法第45條曾規定罷工的自由，但82年現行憲法予以刪除。
- (7) 和平請願權（美國第1條憲法修正案；日本憲法第16條；德國基本法第17條）——該權利是各國傳統的憲法權利之一，在當今更逐漸演化成一項重要的、具有嶄新內涵和積

極功能的民主權利。民國時期的各部中國憲法大多規定此權利，新中國歷部憲法均不納入，而代之以“監督權”。但後者的內涵顯然不能全部概括前者。

- (8) 接受公正審訊的權利（美國憲法第5、第14修正案；日本憲法第31、32、34、38條；德國基本法第101、104條；自由權公約第14條）——該項權利反映了普通法中“正當法律程序”（due process of law）的觀念，其內容十分豐富，當中包括接受獨立、公正的法院的公開的、快速的審訊，無罪推定，接受告知、辯護的保障，沉默權，上訴權，不被雙重加罪等法律程序上的權利。現行憲法對這些權利幾乎沒有加以確認，而任由普通法律（如刑事訴訟法等）規定，其中，有些權利確實已被納入普通法律，有些權利則沒有，另有一些權利所涉及的法律觀念則與西方不同，如“法院的獨立”即然。¹²

其次，有些權利雖然得到憲法的規定或確認，但較之於世界其他各國的一般情形或標準，其內涵本身卻較為狹窄。如公民的選舉權即是一個顯例。

個案分析

步雲鄉鄉長直選違憲案

案情

1998年12月31日，四川省遂寧市步雲鄉舉行由普通選民直接選舉鄉長的活動，六千多名鄉民參加投票，投票率近百分之五十五，三名候選人參選，其中譚曉秋以過半數的3,130票當選，於1999年1月4日上任。據悉，四川省人大常委會對此作出決定：宣佈該次選舉“違反憲法”，但基於譚曉秋本是上級組織部門培養的幹部等理由，“承認選舉結果有效”。全國人大常委會亦對此作出答覆：該次選舉違反現行選舉法，同時“不符憲法”。（香港《亞洲週刊》1999年2月8日-2月14日）

分析

- (1) 現行憲法第34條規定公民享有選舉權和被選舉權。根據其他國家的一般情形，該權利可包括有權參加全國各級代議機關的選舉以及地方各級行政長官的選舉，在一些先進立憲國家，甚至還包括有權參加全國最高行政長官的選舉。但根據中國現行憲法、選舉法、組織法等法律法規的規定，中國公民的選舉權主要只包括有權參加縣級人大代表的選舉、鄉級人大代表的選舉、以及村民或居民委員會的選舉。
- (2) 據報導稱，該次選舉實乃建國以來第一次鄉長直選。但根據憲法第101條第1款的規定，鄉級人民政府的鄉長、副鄉長、鎮長、副鎮長，均由同級人民代表大會產生；《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》第9條第2款第3項亦沿襲了這一規定。為此，該次選舉的確明顯違反現行憲法以及有關法律的規定。
- (3) 饒有趣味的是，在日本等國家，圍繞有關選舉的憲法訴訟，時有沿用“情事裁決的法理”；本案中，省人大常委會一方面宣佈該次選舉本身違憲，另一方面又基於一定理由追認選舉結果有效，其裁定方法居然與之相似。
- (4) 在此值得一提的是，1999年1月至4月，根據上級指示，深圳市龍崗區大鵬鎮作為試點，舉行了“兩票三輪制”的鎮長選舉，其方法是：先由全鎮普通群眾投票推選出鎮長的初步候選人，再由鎮中共黨委從中篩選若干人推薦給鎮人大主席團，最後由鎮人大根據主席團提名的候選人正式選舉產生鎮長。該種方法亦突破了現行選舉制度的框架，但由於沒有明顯抵觸法律、憲法條文，選舉及結果均得到默認，並被學者譽為“中國基層民主發展的最新突破”的一個典範。

《中國基層民主發展的最新突破》

社會科學文獻出版社2000年版，黃衛平編

此外，如參照上述的這些權利狀況，並從體系本身的條文結構上加以透析，還可以看出：中國現行的基本權利體系，至少存在着以下四個重要的傾向：

- (1) 對處於弱勢的主體的權利，作出了較為細密的規定——這些主體包括少數民族、婦女、老人、兒童以及殘疾人，等等。這是中國基本權利體系最值得評價的優點。
- (2) 重視社會權或第二代人權，忽視自由權或第一代人權——這從上述的權利缺落狀況中也可窺之一斑。在八項缺落權利中，屬於社會權的權利與屬於自由權的權利的比例為1:7。這種從傳統自由權向社會權的大幅度傾斜結構，一方面當然直接體現了社會主義憲法的本來立場，另一方面，從比較憲法學或人權法學的觀點來看，因為社會權保障的條款多具有“綱領性條款”（program clause）的性質，故而國家對之所承擔的義務較輕；而自由權則具有強烈的對抗國家的性質，與前述的“國家中心主義”觀念相齟齬，為此自然不易為現行的權利體系所接受。
- (3) 從條文序列看，政治權利被置於較為重要的位置（幾乎冠於所有權利條款之首）——這似乎體現了對“人民的當家作主的權利”的重視，但與“國家中心主義”也有一致之處。¹³ 因為，政治權利畢竟是一種“接近國家的自由”（freedom to state），為此較之於“依靠國家的自由”（freedom by state）或“防禦國家的自由”（freedom from state），現行體系必然更傾向於對其作出積極的評價。進言之，在中國權利體系中，其實存在着這樣一個被預定的價值序列：圍繞着state這一中心，首先是freedom to state，其次是freedom by state，最後才是freedom from state。

政治權利的這種重要地位，一向為中國人權理論所認肯。張友漁先生就曾經把選舉權和被選舉權斷定為“人民所享有的最重要、最根本的權利”。時至91年政府發佈《人權白皮書》時，“生存權”才被定位為“首要人權”。

生存權的概念肇源於1919年德國的魏瑪憲法，二戰後為日本等國的憲法學界所借鏡，指的是任何人均享有的“在健康和文化意義上之最低限度的生活”、或“值得作為人的生活”的那種權利，乃個人可針對自國政府所要求的一項社會權，屬於典型的freedom by state。

而《白皮書》中所闡明的“生存權”，則具有多重複合的內涵：（1）“溫飽問題”含義上的生命權；（2）但又不是這種單純的個人權利，而指一個民族、國家的權利，乃屬於第三代人權中的“生存權”，為此具有“反對帝國主義”，“維護國家主權”的語意，即一種“freedom of state from other states”。

值得注意的是：中國現行憲法中本無這種作為“首要人權”的“生存權”的有關規定，包括生命權的條款；其所定立的“獲得物質幫助的權利”（第44、45條），也只會納入西方意義上的那個“生存權”的範疇之中。

- (4) 擁有繁多、龐雜的義務條款；整個體系真正地體現了上述的“權利相對性”的觀念或原理。

3. 憲法權利的保障制度

3.1 保障的模式

從理論上說，某種權利一旦為憲法所規定或認可，即可成為“憲法權利”。然而在憲法上規定某種權利，不如在實際上保障這種權利來得更加重要。這是因為：無論憲法對基本權利的規定如何詳盡，其體系如何完美，一旦不予保障，則可能是“畫餅充饑”、“望梅止渴”。質言之，憲法權利的實效性，並非取決於權利的憲法規定本身，而是取決於對其實際的保障。反之，某些國家的憲法性文件對權利的規定可能並不詳盡，但在具體的保障過程中，卻擴張了權利的內涵，豐富了權利的類型，如美國對其憲法檔中有關“正當法律程序”（due process of law）概念的發展，即是一個眾所周知的顯例；某些國家甚至沒有成文憲法，但通過其優良的憲政和法治傳統，照樣可在極大的程度上實現對人權的保障，如英國即然。

當然，對憲法權利進行保障的效果，客觀上還受到保障模式的影響。綜觀世界各國，對憲法權利的保障，主要存在以下三種模式：¹⁴

- (1) 絕對保障的模式——依據這種模式，對憲法所規定的權利，其他法律規範性文件不能加以任意的限制、褫奪，或規定例外的情形。如美國憲法第1條修正案規定：“聯邦議會不得制定建立國教或禁止宗教自由的法律以及對言論和出版的自由、或對人民和平集會和向政府請願訴求冤情救濟的權利進行限制的法律”，就體現了這種模式的精神。

在實際操作中，採取該模式的，一般都實行具有實效性的違憲審查制度，通過其機制的作用，排除了其他法律規範性文件對憲法權利所可能加諸的、逾越了該權利自身的內在制約之限度的、並為憲法所不能接受的那些制約；同時，這種制度本身就是一種憲法上的權利救濟制度。誠如“無救濟即無權利”一語所言，在實踐中，該制度已成為保障憲法權利的一種最重要的、最有實效性的制度。

由於絕對保障模式是直接依據憲法規定並通過憲法自身的制度而實現權利保障的，所以又被稱之為“依據憲法的保障”模式。

- (2) 相對保障的模式——該模式允許其他法規對憲法所規定的權利加以直接有效的限制，或客觀上允許這種可能性的方式。

採取這種模式，一般也是憲法自身的一種選擇。所以有些憲法本身就規定或默示對某些憲法權利可以予以限制。如規定某種憲法權利“其內容由法律規定”、“在法律的限制之內”或“在法律的範圍內”予以保障、“其例外依法律規定”以及“非依法律不得限制”等等，都表明憲法自身選擇了相對保障的模式。由此可見，該模式存在兩種具體的取向。(1) 憲法權利的具體內容和保障方式均由普通法律加以規定；(2) 對憲法權利的限制必須通過普通法律的認可。這兩個取向既可互相分離，又可互相結合。不過，無論情形如何，由於該模式乃通過普通法律而非憲法自身來實現對憲法權利之保障的，為此又被稱之為“依據法律的保障”模式。它是一種早期的保障模式，其弱點是有可能導致如下情形：憲法規定了許多權利，但普通法律則可能對其作出任意的限制，乃至實際上取消殆盡。

- (3) 折衷型的保障模式——即一種居於上述二者之間的模式。表現在：一方面憲法本身對某些憲法權利的保障委之以普通法律，但另一方面卻存在具有實效性的違憲審查制度。當代德國所實行保障模式，即被認為屬於此類。

3.2 中國的現行模式

中國現行憲法雖然基本上沒有在明文中規定對某種基本權利的具體內容和保障方式由普通法律加以規定，也沒有明文規定、或默示性地規定普通法律可以限制某種基本權利，但在具體的法律制度層面上以及實踐中，則傾向於採用上述第二種模式，即相對保障的模式。具體表現在：

- (1) 在現行的制度下，公民的基本權利的具體內容和保障方式均只有通過普通法律加以具體規定才能實現；
- (2) 不存在具有實效性的違憲審查制度或憲法上的權利救濟途徑，只存在普通法律上的權利救濟制度；
- (3) 在目前的情況下，普通法律上所存在的這種救濟制度，只適用於部分情形下的部分憲法權利，而非所有情形下的所有憲法權利。

誠然，由於憲法的規定非常簡約、抽象，各項憲法權利的內容就有待於具體的界定，但由“誰”來界定、“如何”界定，則涉及至關重要的憲法問題。在中國現行的法律體制下，根據憲法的規定，全國人大常委會可行使憲法解釋權（第67條），但在實踐中，該機關不經常行使這一許可權，通常也不可能對公民的各項基本權利的具體內容和保障方式進行逐一的具體解釋。本來，這在一定程度上可以通過全國人大及其常委會行使憲法實施監督權（又稱“憲法監督權”）加以實現（第62條、第67條），但實際上，二者對該項許可權的行使在技術上存在着較大的困難，也未形成一種慣常的制度。同時，由於在中國憲法下不存在司法機關的違憲審查制度，憲法本身被認為不具有直接的司法適用效力，所以也不存在由普通法院通過具體的訴訟來解釋各種憲法權利的可能性。在基本上排除了上述的三種途徑之後，剩餘的最後一個選擇，也只能是憲法權利交給普通法律去具體界定和保障了。權利相對保障的模式，正是由此而生。

最高人民法院曾在1955年的《關於在刑事判決中不宜引用憲法作論罪科刑的依據的覆函》中訂明，各級法院的判決不得直接援引憲法條文作為刑事判決的依據；又同樣在1986年的《關於人民法院製作法律文書應如何引用法律規範性文件的批覆》中，將憲法條文排除在判決依據之列。根據這兩個具有法律效力的司法解釋，通說一般認為，憲法條文（包括其權利條款）並無司法適用效力。

時至2001年，中國發生了著名的“齊玉苓案”。在該案中，當事人齊玉苓被他人領取了入學的錄取通知書，後者冒用其姓名成功就讀，齊發現後，以侵害其姓名權和受教育權為由，將冒用其姓名者以及有關的學校和單位訴至法院。

針對此案，最高人民法院於2001年發佈《關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆》中稱：“陳曉琪等以侵犯姓名權的手段，侵犯了齊玉苓依據憲法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任”（最高人民法院2001年8月13日公佈了法釋[2001]25號）但這一司法判斷，實際上是以憲法去保護某種民事權利，或曰將某種民事權利簡單地認定為憲法權利來加以保護，為此一度在學術界與司法界聚訟紛紜，終究自然無法改變憲法權利相對保障的模式。

這種相對保障模式在中國的運作情形是：普通法律往往先界定憲法所規定的某種權利，然後再保障其剩餘的那一部分合法的內容。例如，憲法第35條規定公民享有言論和出版的自由，目前，就此尚無相關的人大立法，但已有國務院於1997年發佈的一個行政法規，即《出版管理條例》，其中第25條規定：任何出版物不得含有下列內容：反對憲法確定的基本原則的；危害國家的統一、主權和領土完整的；危害國家的安全、榮譽和利益的；煽動民族分裂，侵害少數民族風俗習慣，破壞民族團結的；洩露國家秘密的；宣揚淫穢、迷信或者渲染暴力，危害社會公德和民族優秀文化傳統的；侮辱或者誹謗他人的；法律、法規規定禁止的其他內容。

根據上述規定，憲法中所定立的出版自由（包括相關的言論自由），至少並不包括、或曰必須排除以上八項禁止性的內容。至於該《條例》中的這些限制，是否符合憲法第35條以及其他相關條款的規範意涵，理論上可以由、也只能由全國人大及其常委會通過行使其憲法監督權加以判斷；而如果該類限制出自全國人大或其常委會所制定的法律，則意味着後者可能須對其自身的立法是否違憲的問題，進行自我判斷，而這在理論上又被廣泛理解為是存在悖論的。為此，在實踐中，迄今尚未出現過某一部法律或法規被全國人大或其常委會斷定為違憲的個案。

現行的憲法監督制度，顯示了其對全國人大及其常委會所通過的普通法律的一種無限信賴。這與中國尚未完成近代立憲主義的課題不無關係。蓋近代憲法時期（一戰、尤其二戰之前），各國大多存在議會中心主義，並堅信議會可以代表民意，而進入現代憲法時期以後，隨着議會功能衰退、委任立法增多，議會中心主義遂走向頹勢，違憲審查制度也因而在各國興起，並得到推廣。

但自近代以來，中國從未真正實現過“議會中心主義”，為此促成了人們對人大權力進一步強化的憧憬以及對人大立法本身的信賴。其實，人們將日益清楚地發現：一旦消除現實中“黨的領導”對人大權力的制衡，而又沒有實現及時的制度創新，現行的人大制度，並非完全沒有走向“議會專制主義”的可能。

個案分析

所謂的“第一例憲法訴訟案”

案情

1998年12月北京市舉行區、縣人大代表選舉。此前，北京民族飯店的職工接受了選民登記，其選民資格由此獲得確認，選民名單亦被公佈，但隨後該飯店與34名職工解除了僱傭合同，該批人士遂未在原單位領取參加投票所需的選民證，最終亦無參加選舉，其中王春立等16人便以民族飯店侵犯其憲法和選舉法所規定的選舉權為由，於1999年1月先後入稟北京西城區人民法院和第一中級人民法院，要求被告承擔法律責任，並賠償經濟損失200萬圓人民幣；而兩級法院則均以“不屬法院受案範圍”為由，裁定不予立案受理。

該案曾在北京法律界引起較大反響。法律專家普遍認為法院理應受理此案；有學者稱，若此案被法院受理，即可在中國開憲法訴訟之先河，更有人直接稱之為“第一例憲法訴訟案”。（《中國律師》1999年7月）

分析

- (1) 本案涉及選舉權救濟問題。關於選舉權的救濟，中國現行法只規定了有關選民資格的申訴和訴訟制度（《選舉法》第28條）以及對破壞選舉的制裁制度（同法第52條）。其中，有關選民資格的訴訟被納入《民事訴訟法》的程序，該法第164條規定：“公民不服選舉委員會對選民資格的申訴所作的處理決定，可以在選舉日的五日以前向選區所在地基層人民法院起訴”。

- (2) 本案顯然不符該類選民資格案件的成立要件，而屬於一般性的政治權利侵權案件。但根據現行《行政訴訟法》的規定，該類案件不被列入法院受理行政訴訟的受案範圍之內（第11、12條）。為此，法院對本案不予受理符合現行法，問題在於現行法體系本身，缺少了權利救濟的必要途徑。
- (3) 本案未進入司法審查的實質性程序階段，不能算為“憲法訴訟案”。如果嚴格根據現行法的有關規定，法院亦無違憲審查權，甚至無權進行憲法判斷。這可能也構成法院不受理本案的一種潛在的考慮。
- (4) 在由司法機關行使違憲審查權的其他國家的制度下，由於選舉立法本身就比較完備，而且存在“憲法判斷的回避”規則（如美國的Brandeis Rule），本案很可能只成為一個涉及普通法律的案件，除非根據某一部普通法律（如選舉法）的規定，案中的原告人居然失去選舉權，遂入稟違憲法院，主張該法律違反憲法，這才可能形成典型的憲法訴訟案。人們對本案所寄託的期待（包括當事人要求鉅額經濟賠償），在側面上顯示了對真正的憲法訴訟制度的陌生感。

4. 前景與希望

隨着改革開放的縱深發展以及市場經濟的逐漸形成，中國人的權利意識已在日益提高，憲法權利的保障也逐漸得到民間和政府的重視，從而使人權法的進一步完善獲得了契機。

根據以上的分析，這種完善的前景主要應在以下三個方面：

第一方面：憲法權利體系本身的進一步完善——目前中國政府已簽署了兩個《國際人權公約》，權利體系本身的進一步完善必然被提到議事日程，而且有望在次第趨於同國際人權體系的標準“接軌”。

第二方面：憲法權利的保障制度的改善——這一方面，也是加入《國際人權公約》之後中國所必然面臨的課題，為此同樣在一定程度上存在比較樂觀的前景。而就可預測的未來而言，有兩種（見4.1及4.2章節）具體的動向值得關注。

第三方面：“個”與“人”的觀念的最終確立、個人人格主體性的完成——這將是一個長期的、恒久的、艱苦卓絕的課題。因為中國已經並非完全缺乏權利的體系以及該體系不斷趨於完善的方向和動力，而是缺乏其所必須依託的那種成熟的“個”與“人”的觀念以及相應的個人人格主體。具體地說，無論從縱向的歷史還是從橫向的現實來看，在中國的有關人權觀念這一意義上的“本土資源”裏，¹⁵一向繁衍的只是“一盤散沙”（孫中山語）似的、卻僅以家族為核心凝聚起來的那種“帝力於我何有哉”（《帝王世家》）式的、前近代性質的“民”，然而到了新中國卻在陡然之間被“編入”一個強大的國家結構之中，成為“埋沒”於國家秩序之內的“公民”。在此二者之間，就缺落了一種成熟的“中間形態”上的人格主體，即那種自覺的、自律的、具有獨立人格的權利主體。在中國，要實現“公民的基本權利”與“人權”這兩個概念之間的徹底互換，在很大程度上就有待於這種人格主體性在市民社會中的自然形成與徹底確立。

目前，締造“市民社會”（civil society）已成為中國思想界，包括法學界、尤其是民法學界中許多學者的共識；1999年新《合同法》更拋棄過去合同立法中所使用的“公民”（citizen）的概念，改用“自然人”（natural person）這一術語。

4.1 《立法法》中的“准憲法訴願”制度的確立

根據2000年全國人大制定的《立法法》第90條第2款規定，普通公民、社會團體及企業事業組織認為行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例同憲法或者法律相抵觸的，可向全國人大常委會以書面形式提出審查的建議。該制度在一定層面上類似於德國的“憲法訴願”（Verfassungsbeschwerde）制度，倘若在實踐中得到活用，將可能間接地發展成為憲法權利救濟的一個制度。

但因《立法法》設置該制度的直接意圖並非在於提供憲法權利的救濟途徑，而在於解決法律規範性文件之間的衝突，維護立法秩序，且在提訴的物件範圍、審查方式等方面均有局限性，為此與德國的制度相比，只能算得是一種“准憲法訴願”制度。

德國聯邦憲法法院在對各種法律規範性文件擁有抽象違憲審查權的同時，還具有審查憲法訴願的許可權。根據《聯邦憲法法院法》，如個人認為法律、判決或其他公共權力的行為侵犯了其憲法權利，在窮盡了其他一切法律上的爭訴途徑之後，可向聯邦憲法法院提起訴願。如果說抽象違憲審查制度的本質在於維護憲法秩序，那麼憲法訴願的目的則在於直接維護憲法權利。

當然，《立法法》所設立的該制度，在誕生之後一直沒有取得引人注目的績效，直至2003年中，轟動全國的“孫志剛事件”發生，才一度打破了悶局。該案的受害人孫志剛，時為一位被收容人員，在收容所裏被毆致死，由於死者個人身世較為特殊等原因，事件發生後，舉國輿論鼎沸，三位被媒體強調擁有博士學位的普通公民依據《立法法》第90條，直接“上書”全國人大常委會，建議審查《城市流浪乞討人員收容遣送辦法》是否違憲，力圖啟動違憲審查的機制，但這個程序沒有在受理機關那裏得到完成，而一個多月之後，國務院宣佈廢止20多年前所制定的該《辦法》。

不過，2004年，在全國人大常委會法工委的麾下，一個冠名為“法規審查備案室”的專門機構被設立。目前，據確切資訊透露，已經制定了其內部的一系列有關運行規則，但一時尚未公開。

4.2 憲法監督制度的改善趨勢

這一趨勢早在82年憲法制度期間就開始形成，迄今已出現了以下4種主張：

- (1) 在全國人大內設立專門的“憲法監督委員會”或“憲法委員會”，專門負責違憲審查；
- (2) 實行美國式的具體違憲審查制度；
- (3) 實行德國式的抽象違憲審查制度；
- (4) 兼採各類模式的特長，建立複合式的違憲審查制度。

在以上四種主張中，其中的第(1)種居於主流地位。這是四種方案中最為保守的一個，但符合現行的憲政體制。儘管這一主張尚未被付諸立法，但憲法監督制度的改善，正在日益成為法律界中的一個熱點問題。¹⁶

註釋

1. 參見許崇德編：《中國憲法》（修訂本），北京：中國人民大學出版社1996年版，第403頁以下（吳傑撰寫部分）。另外，有的中國大陸學者對“人權相對性”的定義更加廣泛，認為其包括了人權的歷史的局限性、權利和義務的相對性、人權的民族性以及人權的階級性四個方面，參見孫哲：《新人權論》，台北：五南圖書出版公司（中華民國84年版），第40頁以下。
2. 許崇德，前引書，第403–406頁。
3. 同上，第406頁。
4. 張友漁：《憲政論叢》（下冊），北京：群眾出版社1986年版，第212頁以下。
5. 有關不同見解或對通說的針對性觀點，可參見許崇德編：《憲法》，北京：中國人民大學出版社1999年版，第149–151頁（林來梵撰寫部分）。
6. See Berlin (1969), *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. 129.
7. 蘆部信喜：《憲法判例解讀》，日本：岩波書店1987年版，第53–59頁。
8. See Stephen P. Marks (1985). “Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980S?” in Richard Falk & others, eds., *International Law: A Contemporary Perspective*, pp. 501–513, 1985.
9. 吳家麟編：《憲法學》，北京：群眾出版社1983年版，第364–386頁。
10. 林來梵：《從憲法規範到規範憲法》，北京：法律出版社2001年版，第92頁。
11. 山下健次編：《概說憲法》，日本：有斐閣1989年版，第49頁以下。
12. Laifan Lin, “Judicial Independence in Japan: A Re-investigation for China,” *Columbia Journal of Asian Law* (Vol. 13) Fall 1999, No. 2.
13. 對中國憲法中政治權利的研究，可參見 Andrew J. Nathan, “Political Rights in Chinese Constitutions”, R. Randle Edwards, Louis Henkin and Andrew J. Nathan, *Human Rights in Contemporary China*, Columbia University Press (1986), pp. 77–124.
14. 人權保障的三種模式，是由精通美國憲法和熟悉德國憲法理論的日本憲法學家蘆部信喜教授概括出來的。參見蘆部信喜：《憲法學》（2）（人權總論），日本：有斐閣1994年版，第179頁以下。
15. 有關完善和改進憲法監督制度的各種學說的討論，主要可參見胡錦光：《中國憲法問題研究》，北京：新華出版社1998年版，第196頁以下。
16. 近年，中國學者蘇力根據吉爾茨 (Clifford Geertz) 有關“地方性知識”的觀點，認為法律也是一種“地方性知識”，中國的法治“不可能靠‘變法’或移植來建立，而必須從本土資源中演化創造出來”。該觀點引起了關注和爭議。參見蘇力：《法治及其本土資源》，北京：中國政法大學出版社1996年版，第17頁。有關其“本土資源”論，參見同上書，第3頁以下。有關近代意義上的人格主體及其與市民社會之間的關係，所論者不計其數，然在一定程度上針對東方社會的研究，可見諸現代日本著名法學家川島武宜的有關學說。川島武宜：《現代化與法》（中譯本），王志安等人譯，北京：中國政法大學出版社1994年版，第3頁以下。

3. 行政法

楊建順

1. 行政與行政法.....	52
1.1 權力分立與行政觀念的確立.....	52
1.2 行政.....	52
1.3 行政法.....	52
2. 行政法律關係主體.....	53
2.1 行政法律關係主體概述.....	53
2.2 行政主體.....	53
2.3 國家行政機關.....	54
2.4 接受授權的組織及接受委託的組織和個人.....	55
2.5 國家公務員.....	56
3. 行政行為.....	56
3.1 行政行為概述.....	56
3.2 行政立法.....	58
3.3 行政許可.....	60
3.4 行政徵收和徵用.....	62
3.5 行政給付.....	64
3.6 行政處罰.....	65
3.7 行政強制執行.....	67
3.8 行政裁決.....	68
3.9 行政獎勵.....	69
3.10 行政規劃.....	70
3.11 行政合同.....	71
3.12 行政指導.....	73
4. 行政救濟.....	74
4.1 行政復議.....	74
4.2 行政賠償.....	76
4.3 行政補償.....	77

1. 行政與行政法

1.1 權力分立與行政觀念的確立

行政法是有關行政的法。行政法上的行政，是指近代意義上的憲法產生、確立了民主政治以後的公共行政，是以憲政制度為背景的公共行政。¹ 在這種意義上的行政，是相對於立法和司法的、具有獨特內涵和外延的一個概念。

近代意義上的行政法是憲政制度、民主政治和權力分立的必然要求，也是不斷追求對權力與制約這對相互依存的矛盾之相對平衡的結果。隨着人類社會的發展和進步，人們逐漸認識到：沒有權力便無須制約；有權力而無制約，則權力就會失控，帶來災難。社會的穩定在很大程度上依靠權力制約機制自身的調節功能來保持平衡。三權分立制度的確立為行政法的建立和發展提供了最根本的前提。在三權分立的前提下，行政職能得以相對獨立於國家其他職能而存在，遵循其自身規律而發展。在行政權力、行政活動的發展過程中，近代意義上的行政法適應其自身特點和規律，為調整和完善行政制度而產生、發展。

1.2 行政

中國大陸行政法學界對於行政的定義，一般採取政府事務組織、管理說——即行政是指國家行政機關等行政主體，為了實現國家或者社會公共利益，依法行使公權力，執行國家意志，推行國家政務，組織、管理國家與社會公共事務的過程及活動。這種理解包含如下四層意思：行政是組織、管理國家與社會公共事務的過程及活動；組織、管理的主體是國家行政機關等行政主體；組織、管理的實施是國家職能的體現，是依法進行的，是對國家意志的執行，是國家政務的推行；行政的目的是實現國家或者社會公共利益。

1.3 行政法

行政法是調整行政關係的法規範和法原則的總稱。行政關係主要包括四種類型：² 行政管理關係；行政法制監督關係；行政救濟關係；內部行政關係。

中國大陸的行政法（學），主要是在參考和借鑒大陸法系行政法（學）的基礎上創立和發展起來的。近年來，受英美行政程序法思想的影響，所謂“重實體，輕程序”的傳統受到一定程度的修正，呈現出實體和程序並重的價值取向。反映在行政法（學）體系的架構上，呈現出兩大法系的制度和觀念相融合的趨勢。中國大陸的行政法（學），主要由行政組織法、行政行為法、行政程序法和行政救濟法四大部分所構成。雖然近年不少著述（包括本書）將“行政訴訟法”與“行政法”並列架構，但是需要強調指出，行政訴訟法依然是行政救濟法的重要組成部分。鑒於本書將行政法與行政訴訟法分列專章論述，故本章將不述及行政訴訟法。

2. 行政法律關係主體

2.1 行政法律關係主體概述

行政法律關係主體，指行政法律關係中權利的享受者和義務的承擔者，包括行政主體和行政相對人。

行政主體是行政法律關係主體中的一方特殊主體，它是在任何行政法律關係中都存在的一方主體。行政法律關係主體不僅包括行政主體，而且還包括行政相對人一方。無論是國家機關，還是公民、法人或其他組織，以及外國人、無國籍人和外國組織，都可以作為行政法律關係主體參加行政法律關係，享受一定的權利、承擔相應的義務。

2.2 行政主體

2.2.1 行政主體的概念

行政主體，是指依法享有行政權，能以自己的名義行使行政權，並能獨立地承擔因此而產生的相應法律責任的行政組織。也有學者認為行政主體是享有國家權力的，能以自己的名義從事行政管理活動，並能獨立地承擔由此產生的法律責任的組織。表述上雖稍有差異，但是在本質上是一致的，一般都將行政主體界定為依法承擔行政權的單個行政機關，以及法律法規授權的組織。

2.2.2 行政主體的特徵

- (1) 行政主體是享有國家行政權的組織——享有國家行政權的國家行政機關是最重要的行政主體，一定的行政機構和其他社會組織，依照法定授權，也可以成為行政主體。
- (2) 行政主體是能夠以自己的名義行使行政權的組織——“以自己的名義行使行政權”，是指在法律範圍內依照自己的判斷作出決定，發佈命令，並以自己的職責保障這些決定和命令的實施，獨立採取行政行為等。
- (3) 行政主體是能獨立承擔法律責任的組織——要成為行政主體，必須是享有行政權、並以自己的名義去實施行政權，同時還必須能夠獨立參加行政復議和行政訴訟活動，獨立地承擔因實施行政權而產生的法律責任。

2.2.3 行政主體的法律地位

行政主體的法律地位，是行政主體在行政法律關係中所享有的權利和承擔的義務的綜合體現。

行政職權是行政主體所享有的行政權的具體表現，行政優先權是行政主體有效行使行政權的條件保障，行政職責是行政主體履行法定義務的具體表現，而行政權限是衡量行政職權是否有效、合法的重要標尺。因此，對於行政主體的法律地位，一般可以從行政主體的行政職權、行政優先權、行政職責和行政權限四個方面來理解。

- (1) 行政職權——是國家行政權的轉化形式，是行政主體實施國家行政管理活動的資格及其權能。行政職權大致包括如下內容：行政立法權、行政決策權、行政決定權、行政管理命令權、行政執行權、行政處罰權（行政制裁權）、行政強制執行權和行政司法權（包括行政調解權、行政仲裁權、行政裁決權和行政復議權）等。
- (2) 行政優益權——指國家為確保行政主體有效地行使職權，切實地履行職責，圓滿地實現公共利益的目標，而以法律、法規等形式賦予行政主體享有各種職務上或物質上優益條件的資格。職務上的優益條件稱為行政優先權，即行政權與其他社會組織及公民個人的權利在同一領域或同一範圍內相遇時，行政權具有優先行使和實現的效力。行政優先權的內容主要包括：先行處置權、獲得社會協助權和行政行為的推定有效。物質上的優益條件，如財政經費、辦公條件、交通工具等，稱為行政受益權。
- (3) 行政職責——指行政主體在行使國家賦予的行政職權，實施國家行政管理活動的過程中，所必須承擔的法定義務。因此行政職責不能放棄和違反，否則會引起對法律責任的追究。行政職責的核心是“依法行政”，其主要內容包括依法履行職務、遵守權限規定、符合法定目的和遵循法定程序等。
- (4) 行政權限——指法律規定的行政主體行使職權所不能逾越的範圍或界限。行政權限分為縱橫兩大類。縱向行政權限是指有隸屬關係的上下級行政主體之間權力行使範圍的劃分。橫向許可權是指無隸屬關係的行政主體之間權力行使範圍的劃分。這種許可權又可分為區域管轄許可權和公務管轄許可權。行政權限大多由法律（尤其是組織法）明文規定。在沒有明文法律依據條件下，可以由行政法原理推定確立。行政主體行使職權超越該“限度”，便構成行政越權，視為無效。

2.3 國家行政機關

2.3.1 國家行政機關的概念

國家行政機關，又稱國家行政管理機關，是指國家根據其統治意志，為實現對國家政治、經濟、社會和文化等諸領域的有效管理，而按照憲法和有關組織法的規定設立的，依法享有並運用國家行政權，負責對國家各項行政事務進行組織、管理、監督和指揮的國家機關。

對行政機關的界定應當從設置的目的、工作性質和組織形態三個方面着手。行政機關是指為實現行政目的而依法設置的，承擔行政事務並能獨立進行管理的基本組織體。

2.3.2 具有行政主體資格的國家行政機關

中國大陸行政體制是一個有縱向和橫向之分、縱橫交錯、關係複雜卻羅列有致的完整系統。中央行政機關和地方行政機關共同構成國家行政體制的基礎系統。

- (1) 中央行政機關——所轄區域及事務範圍涉及全國的行政機關，稱為中央行政機關。具有行政主體資格的中央行政機關包括：國務院，國務院的組成部門，國務院直屬機構，國務院的辦事機構，國務院部委管理的國家局。其中國務院的直屬機構和國務院各部、委員會管理的國家局是基於特別授權而獲得行政主體資格的。此外，國務院設

有辦公廳和若干辦事機構，主要職能是協助總理辦理專門事項。因此，國務院辦公和辦事機構一般不享有對外管理的獨立權限，因而不具有行政主體資格。

- (2) 地方國家行政機關——其活動範圍僅限於國家一定行政區域範圍內，其管轄事項僅限於地方性行政事務的行政機關，稱為地方行政機關，亦稱地方人民政府。地方各級人民政府分為省（自治區、直轄市）、市（自治州、直轄市的區）、縣、鄉（鎮）四級。地方各級人民政府工作部門中的絕大多數享有對外管理的職權，在法定範圍內可以獨立進行管理，因此具有行政主體資格。派出機關及其工作部門原則上不具有行政主體資格，但法律法規有明確授權的除外。在鄉（鎮）人民政府系統中，只有鄉（鎮）人民政府具有行政主體資格，除法律規範授權的情形外，其他任何內部機構或派出機構都不具有行政主體資格。

2.4 接受授權的組織及接受委託的組織和個人

2.4.1 行政機構

- (1) 行政機構的概念——具有行政主體資格的各級人民政府及其職能部門，可以根據行政管理的需要設置若干辦公和辦事機構，以協助行政主體處理和具體辦理各項行政事務和機關內部事務。行政機構不能以自己的名義獨立對外行使行政權。但是，行政機構可以接受法律、法規的授權，或者接受行政機關的依法授權，成為行政主體。
- (2) 行政機構成為行政主體的具體類型——行政機構成為行政主體的情形有如下三種類型：其一是依照法律、法規的授權規定而直接設立的專門行政機構具有行政主體資格；其二是行政機關的內部機構在得到法定授權的情況下可以成為行政主體；其三是政府職能部門的派出機構，其自身原則上沒有獨立的法律地位，當獲得法定授權時，便可以取得行政主體資格。

2.4.2 其他社會組織

隨着現代行政事務的增加和行政範圍的擴展，行政組織系統以外的社會組織逐漸參與行政活動，成為承擔國家行政活動、實現行政目的的一支生力軍。經法律、法規直接授予行政職權，其他社會組織便獲得行政主體資格，使行政主體的範圍得以擴大。

根據法律、法規的規定，可以通過行政授權，成為行政主體的其他社會組織大致有以下四種類型：

- (1) 行政性公司；
- (2) 根據授權從事一定行政職能活動的事業單位；
- (3) 根據授權從事一定行政職能的企業單位；
- (4) 被授予一定行政職權的社會團體、群眾性組織及其他社會組織，如工會、婦聯、村民委員會、居民委員會等。

2.4.3 接受委託的組織和個人

其他社會組織可以通過行政授權成為行政主體，也可以通過行政委託成為被委託組織，但更多的情形是在行政管理活動中，以被管理者的資格處於行政相對人的地位。

一般說來，個人不可能成為行政主體，行政主體只能是國家行政機關或接受授權的組織。

2.5 國家公務員

2.5.1 公務員的概念和範圍

根據《公務員法》（2005年）的規定，中國公務員“是指依法履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利的工作人員”（第2條）。

根據該規定，公務員包括行政系統的公務員、政黨系統的公務員、權力機關系統的公務員、政治協商會議系統的公務員、審判機關系統的公務員、檢察機關系統的公務員和法律、法規授權的具有公共事務管理職能的事業單位系統的公務員等。行政法學上在行政法律關係中所探討的公務員，一般僅限於行政系統的公務員。

2.5.2 公務員法律關係

公務員法律關係，是指一般公民經過一定的法定程序成為公務員，基於其所擔任的行政職務而與國家之間構成的權利義務關係。

國家賦予公務員以一定的職權，公務員代表國家、以國家的名義實施行政權；國家規定公務員以一定的職責，公務員必須依法履行職責，否則，國家可以追究其法律責任。

公務員的職務行為所引起的一切法律後果，都歸屬於行政機關。行政機關對公務員的過錯行為承擔責任，支付行政賠償費用後，再根據公務員的故意或過錯程度，決定是否行使求償權以追究公務員的個人責任。

為保障公務員以行政機關的名義，並按行政機關的意志從事公務活動，行政機關可以在法律範圍內規定公務員的紀律，並實施監督和獎懲權。

3. 行政行為

3.1 行政行為概述

3.1.1 行政行為的概念

在中國大陸，《行政訴訟法》（1989年）首次以立法的形式採用“具體行政行為”的概念，使“行政行為”一詞成為制定法上的法律術語。然而，關於行政行為的概念，學界尚未達成一致。

較為通行的觀點認為，行政行為是國家行政機關（和法律、法規授權的組織）依法實施行政管理，直接或間接產生法律效果的行為，這與法國行政法所稱“功能意義的行政行為”相似，也是法國行政法所用行政行為的含義。這一定義包含如下幾層意思：行政行為是行政主體的行為（主體要素）；行政行為是行使行政職權的行為（職權、職責要素）；行政行為是具有行政法律意義，對外產生行政法律效果的行為（法律效果要素）；行政行為的目的在於實現國家行政管理目標（目的要素）。

3.1.2 行政行為的特徵

- （1）法律從屬性——行政行為是執行法律的行為。因而，任何行政行為都必須有法律根據，依法行政是民主和法治的基本要求。
- （2）裁量性——由於立法技術的局限性和現代國家行政管理的專業性、技術性及其適應性、多變性等原因，行政主體擁有相當廣泛的裁量權，使得行政行為具有較強的裁量性。
- （3）單方意志性——行政主體實施行政行為，無需與行政相對人協商，不必徵得行政相對人的同意，而是根據法律規定的標準和條件，自行決定是否作出某種行為，並可以直接實施該行為。
- （4）效力先定性——行政行為一經作出，在沒有被有權機關宣佈撤銷或變更之前，對行政主體和行政相對人以及其他國家機關都具有拘束力，要否定其效力，需要經過有權機關依職權和法定程序審查認定。
- （5）強制性——行政行為是行政主體代表國家、以國家名義實施的行為，故以國家強制力作為其實施的保障。

3.1.3 行政行為的法律效力

- （1）拘束力——是指行政行為具有法律規定的或行政機關決定的法律效果，當事人即行政機關和行政相對人都必須尊重並遵守之。
- （2）公定力——是指行政行為即使被認為是違法的，在有權機關予以撤銷或變更之前，行政相對人及其他人都不能以任何藉口否認其存在，都必須姑且視其為有效行政行為的效力。
- （3）執行力——行政行為的執行力，是指行政行為生效後，行政主體依法有權採取一定手段，使行政行為的內容得以實現的效力。當行政相對人不履行其應該履行的法定義務時，行政機關可依法強制其實現該義務的履行。這種效力也稱為行政行為的自行執行力。³
- （4）不可爭力——即拒絕爭議的效力，指一旦超過行政行為提起復議和訴訟的期限，行政相對人等便不得就該行政行為提起爭議。這種效力是以爭訟期限的超過為前提的，而不是行政行為成立之初便具有的。
- （5）不可變更力——亦稱自縛力，指有權行政機關一旦作出判斷，自己便不能推翻該判斷的效力。

3.1.4 行政行為的無效、撤銷、變更與消滅

對於無效的行政行為，相對人沒有必須服從的義務，並且，請求權利救濟，可不受時效限制。中國大陸目前尚未制定統一的行政程序法，對無效行政行為的條件和法律後果尚無統一的法律規定。從理論上說，在如下幾種情形下行政行為無效：

- (1) 具有特別重大且明顯的違法情形的行政行為；
- (2) 行政主體不明確或明顯超越相應行政主體職權的行政行為；
- (3) 行政主體受脅迫所作出的行政行為；
- (4) 其實施將導致犯罪的行政行為；
- (5) 沒有可能實施的行政行為。

以行為成立當初存在瑕疵為理由，取消有瑕疵的行政行為的效力，使其從成立時起就喪失效力，從而恢復到其未作出之前的狀態的法律制度，稱為行政行為的撤銷。撤銷的效力以溯及既往為原則。但如果所撤銷的行為是賦予公民某種權利，或溯及既往會對公共利益產生重大影響時，應根據公共利益考慮是否要溯及既往。撤銷又分為爭訟撤銷和依職權撤銷兩種。有瑕疵的行政行為，尤其是侵益行政行為，行政機關可依職權予以撤銷。

行政行為的變更是對已經生效的行政行為的部分內容加以改變，而並非將全部行政行為撤銷或廢止。變更的意義在於其只向後失去效力，而不向前失去效力，即不具備溯及力。

行政行為的廢止，也稱為行政行為的撤回，是指行政機關根據事後情況變化，面向未來解除成立時並無瑕疵的行政行為的效力。在某些特定的情況下，考慮到公共利益的需要，也有將違法或不當的行政行為應該撤銷而作廢止處理的。一般說來，無論法律上有無明文規定，只要公共利益上必要，原則上可以自由地撤回行政行為（撤回自由的原則）。但是，為了維護既成法律秩序，不能不對撤回權加以一定的限制。

行政行為的消滅，又稱行政行為的終止，指行政行為的內容和目的已得以充分實現，即行政上的義務主體，按照行政行為的規定，在適當的時間、適當的地點，以適當的方法和方式完成了一定的作為或不作為義務，行政行為便告自然消滅。

3.2 行政立法

3.2.1 行政立法的概念和特徵

行政立法，是指特定的國家行政機關依照法定權限和程序，制定、修改和廢止有關行政管理方面的行政法規和規章等規範性文件的活動。⁴

與權力機關的立法活動及具體行政行為相比，行政立法具有自己的鮮明特徵。

- (1) 行政立法的主體是特定的國家行政機關。
- (2) 行政立法是從屬性立法。
- (3) 行政立法具有很強的適應性和針對性。針對社會經濟生活中的一般事務的行政立法，對於其效力範圍內的人和事具有普遍約束力，對於同一類型的人和事可以多次反覆適用。
- (4) 行政立法具有多樣性和靈活性。

3.2.2 行政立法的分類

- (1) 職權立法和授權立法——職權立法，是指行政機關依照憲法和組織法規定的職權進行的立法活動。授權立法，是指行政機關依照法律、法規授權或者依照國家權力機關或上級行政機關的專門授權決議而進行的立法活動。授權立法有如下三種形式：其一是權力機關通過法律條款明確授權行政機關，制定某法的實施辦法或實施細則；其二是上級行政機關對下級行政機關的授權（法規授權或行政授權）；其三是權力機關通過專門授權決議，授予行政機關本應由其自身行使的一定的立法權。
- (2) 執行性立法、補充性立法和自主性立法——執行性立法，是指以執行法律、法規或上級機關發佈的規範性文件而進行的行政立法活動。補充性立法，是指為補充現有法律規範或其他規範性文件的內容而進行的行政立法活動。自主性立法，也稱為創制性立法，是行政機關為履行法律賦予的行政職權，而對管理內容創制一定行為規則的行政立法活動。
- (3) 中央行政立法和地方行政立法——中央行政立法，是指國務院及其所屬部、委、直屬機構制定行政法規、規章和其他規範性文件的活動。中央行政立法調整全國範圍內的普遍性問題和由中央作出統一規定的重大問題。地方行政立法，是指擁有行政立法權的地方人民政府，依法制定本行政區域範圍內有效的地方性規章和其他規範性文件的活動。

3.2.3 行政立法的主體

- (1) 國務院——國務院是最高國家權力機關的執行機關，是最高行政機關，依照憲法和法律的授權以及最高權力機關的特別授權，擁有廣泛的行政立法權，是最重要的行政立法主體。其行政立法權的內容主要包括：制定行政法規；依照最高權力機關授權，制定某些具有法律效力的暫行規定和條例；對規章的批准權和撤銷權。
- (2) 國務院各部委、直屬機構——根據憲法和《國務院組織法》規定，國務院各部委有權根據法律、行政法規及國務院決定，在本部門的權限內制定規章，發佈命令、指示。目前，憲法和組織法沒有授予國務院直屬機構行政立法權，但是，依據其他法律，國務院直屬機構也有可能成為行政立法主體。
- (3) 特定的地方人民政府——省、自治區、直轄市人民政府、省、自治區人民政府所在地的市人民政府和經國務院批准的較大的市人民政府以及深圳、廈門、汕頭、珠海等某些經濟開發區的市人民政府，有權根據法律和法規制定地方性規章，即享有行政立法權，是行政立法主體。

3.2.4 行政立法的基本原則

- (1) 依法立法的原則——首先，必須依據憲法和組織法規定的權限立法。其次，必須依據法律、法規關於相應問題的規定立法。再次，必須依據法律、法規規定的程序立法。
- (2) 民主立法的原則——指應盡可能通過各種方式聽取和尊重各方面的意見，保證民眾廣泛地參與行政立法。

- (3) 效率原則——此原則要求行政立法機關應盡可能地，以最低的成本制定出最高質量的行政法律規範。
- (4) 加強管理與增進權益相協調的原則——行政立法要正確處理好維護行政權力和保障公民權益的關係，在社會協調與發展、穩定與繁榮、社會公平與行政效率之間取得平衡。
- (5) 協調統一原則——這是立法主體並存，多項立法領域結合的必然要求。各個立法主體必須在自己立法權限範圍內活動，不得越權立法。且應及時掌握因客觀情況變化而引起立法滯後狀況，及時對行政法律規範進行廢、改、立，使之適應客觀形勢。

3.2.5 行政立法的程序

行政立法的程序，是指享有行政立法權的行政機關依照憲法、法律、法規的規定，制定、修改和廢止行政法規、規章及其他規範性文件的方式和步驟。

目前中國尚未制定統一的行政立法程序法，根據《行政法規制定程序條例》、《規章制定程序條例》、及現行行政立法的實踐，行政立法程序一般包括：

- (1) 編制立法規劃；
- (2) 起草；
- (3) 徵求意見；
- (4) 與有關的行政法規、規章及其他規範性文件的協調和銜接；
- (5) 政府法制機構的審查；
- (6) 立法主體機關的審議通過；
- (7) 行政首長的簽署和上級部門的審批；
- (8) 發佈和備案。

3.3 行政許可

3.3.1 行政許可的概念和特徵

行政許可，是行政主體根據行政相對人的申請，依法賦予特定的行政相對人從事法律一般禁止事項的權利和資格的行政行為。這一概念包括兩層含義：一，是國家行政機關對一般禁止的解除；二，是管理相對人獲得了從事某種活動的資格或權利。

行政許可是依申請的行政行為，其存在的前提是法律的一般禁止。許可是對禁止的解除，沒有法律的一般禁止，便不存在行政許可。行政許可是賦予行政相對人某種權利和資格的行政行為。

3.3.2 行政許可的種類

目前，在中國大陸學術界，人們根據不同的基準，對行政許可予以各種不同的分類。比較通行的分類有：一般許可和特別許可；排他性許可和非排他性許可；獨立證書許可和附文件許可；權利性行政許可和附義務的行政許可等等。

在行政許可立法的過程中，人們傾向於根據行政許可的規制屬性進行分類。⁵ 一般將行政許可分為特許、普通許可、資格資質認可、核准和登記五種類型。這樣分類，更加有利於行政許可的合理化，並且與政府職能的轉變相適應。

- (1) 特許適用於自然資源的開發利用；有限公共資源的配置；壟斷行業的市場准入和法定經營活動；法律、行政法規規定的其他事項。
- (2) 資格資質認可適用於為公眾提供服務、與公共利益有直接關係，且具有特殊信譽或者特殊技能要求的自然人、法人或者其他組織的資格、資質的認定。
- (3) 核准適用於直接關係公共安全和自然人生命財產安全的重大設備、設施的設計、建造、運營，以及直接關係自然人人身健康、生命財產安全的特定產品、物品的檢驗和檢疫等事項。
- (4) 登記適用於法人和其他組織設立、變更、終止等認定以及民事權屬等其他民事關係的確認，特定事實的確認等。
- (5) 普通許可，則適用於上述事項以外的所有可以設定行政許可的事項。⁶

3.3.3 行政許可制度的基本原則

- (1) 合法性原則——行政許可制度的建立須有法律依據，其運行過程不得違背法律，其糾紛的解決必須依照法律進行。
- (2) 公開、公正、平等、民主的原則——行政許可特別注重平等性，必須實行一視同仁，特別是對於一般許可來說，必須平等地對待所有許可申請人。而要做到平等許可，除在實體法中具體規定有關許可要件外，還必須從程序上加以明確的規定，不得與申請人私下接觸，不得接受申請人的財物或者其他利益。有關機關應當公開辦事程序，防止密室許可。必要時，應按照法律規定組織聽證。
- (3) 效率的原則——行政機關必須嚴格遵守法律規定的期限，及時審理、及時裁斷、及時頒發許可證或執照、及時通知相對人不予許可的事宜及其理由，並及時對有關行政許可的糾紛作出處理決定，表現為較強的期限性。
- (4) 適應形勢發展需要的原則——行政許可制度必須隨着國家政治或經濟等方面的客觀情況的變化，隨時進行相應的調整或變更，以配合形勢發展的需要。行政機關因公共利益需要調整和變更行政許可，而對私人造成損失的，應當依法給予補償。
- (5) 監督負責的原則——行政機關應當建立健全的行政許可的監督制度，加強對行政許可實施情況等的監督檢查。

3.3.4 行政許可的程序

行政許可的一般程序是：

- (1) 提出申請——行政許可是應申請的行政行為。因此，要獲得行政許可，當事人必須按照法定的程序和要求，以書面形式向行政許可機關提出申請。
- (2) 有關行政許可的事項、依據、條件、程序、期限、費用及申請行政許可所需的材料和申請書示範文本的公示。
- (3) 對申請進行要件審查與受理和不受理的處理。
- (4) 對申請事項是否符合行政許可的條件予以實質的核實、審查。

- (5) 作出准予許可或不予許可的決定。
- (6) 頒發和送達行政許可證件——基於核實、審查的結果，對符合行政許可條件的，行政機關應予以行政許可，發給行政許可申請人行政許可證書。
- (7) 作出不予許可的決定——基於核實、審查的結果，對不符合行政許可條件的，行政機關應當依法作出不予許可的決定，書面說明理由、依據，並告知申請人有關權利救濟的途徑。

行政許可的特別程序有：

- (1) 對特許事項和有數量限制的普通許可事項，行政機關應當通過公開招標、拍賣等方式，按照擇優原則作出行政許可決定。
- (2) 對需要全國統一條件、標準的個人資格認可事項，行政機關應當通過全國統一考試的方式，根據考試成績和其他法定條件擇優作出行政許可決定。
- (3) 資格考試公開舉行，實行全國統一大綱、統一命題、統一組織的辦法。
- (4) 對需要全國統一條件、標準的法人或者其他組織的資格、資質認可事項，行政機關應當依照法律、法規或者國務院部門規章的規定，對相關事項進行考核後作出行政許可決定。
- (5) 直接關係到公共安全和自然人生命財產安全的重大設備、設施的設計、建造、營運等，應當按照法定標準進行檢驗、驗收。
- (6) 對民事權屬等特定民事關係、特定事實的確認，根據申請材料可以作出判斷的，應當場予以登記；需要進一步核查的，應在法定期間內決定是否予以登記。

有下列情形之一的，行政機關作出行政許可決定前，應當告知申請人或者利害關係人有要求聽證的權利；申請人或者利害關係人要求聽證的，行政機關應當組織聽證：未採用公開招標、拍賣方式進行的特許事項；直接關係申請人、利害關係人重大利益或者社會公共利益的重大許可事項等。

3.4 行政徵收和徵用

3.4.1 行政徵收

行政徵收，是指行政主體憑藉國家行政權，依法向行政相對人強制地無償地徵集一定數額金錢或實物的行政行為。

行政徵收的特徵包括：

- (1) 強制性——行政徵收機關實施行政徵收行為，實質上是履行國家賦予的徵收權，這種權力具有強制他人服從的效力。
- (2) 無償性——行政徵收必須是無償的，是財產的單向流轉，無需向被徵收主體償付任何報酬，否則便不能真正滿足國家的需要。
- (3) 法定性——行政徵收項目、行政徵收金額、行政徵收機關、行政徵收相對人、行政徵收程序都應當有法律上的明確依據。只要沒有法律根據，任何擅自決定徵收的行為，都是侵害相對人的合法權益的侵權行為，都為國法所不容。

- (4) 主體特定性——即行政機關和法律法規授權的組織，這是一切行政行為的首要標誌。

目前，中國大陸行政徵收制度主要由稅和費組成。⁷ 稅，亦稱稅收，是國家稅收機關憑藉其行政權力，依法強制地、無償地取得財政收入的一種手段。按照徵稅對象的不同，可分為流轉稅、資源稅、收益（所得）稅，財產稅和行為稅五種。按照稅收支配權的不同，可分為中央稅、地方稅和中央地方共用稅。稅收只能由國家特定的行政機關——稅務機關及海關負責徵收。稅收一經徵收入庫，就為國家所有，處於國家整體支配之中，通過國家預算支出，統一用於社會各方面的需要，在整個國家活動中體現出“取之於民，用之於民”的宗旨。

費，即各種社會費用，是一定行政機關憑藉國家行政權所確立的地位，為行政相對人提供一定的公益服務，或授予國家資源和資金的使用權而收取的代價。各種社會公益費用，由從事該方面服務的行政機關負責徵收，遵循專款專用、列收列支、收支平衡的原則，以收取部門提供一定的專門公益服務為前提，而用於其自身開支，或者將此項收費專門用於特定的社會公益事業，以直接為被徵收人提供更好的公益服務。行政收費之所以存在，最根本的理由在於：特別支出由特別收入來滿足，因此要特別注意這種特別支出是針對特定人的，財政經費不足並非由特定人引起的，不應以行政收費的形式彌補。

行政徵收的程序：

- (1) 行政徵收事項的登記——凡從事國家行政機關依法應實施行政徵收的有關活動，無論是公民個人，還是法人或其他組織，都應向行政徵收主體進行徵收事項的登記。
- (2) 繳納鑒定——是行政徵收機關依據有關法律和繳納主體的實際情況，對繳納主體應繳納款項的種類、比率、繳納環節、徵收依據、繳納方式等進行的鑒定。
- (3) 繳納申報——是繳納主體履行繳納義務的必經手續，繳納主體應按有關法律、法規的規定，按期向行政徵收機關進行繳納申報。
- (4) 款項徵收——即各級行政徵收機關依法向繳納主體徵收各種稅和各種社會費用，將應收款項及時、足額地收齊，把已收款項及時解交入庫。

3.4.2 行政徵用

行政徵用，主要是對勞動群眾集體所有的土地進行的徵用。集體土地的徵用，是指國家為公共利益的需要，強制地將屬於集體經濟組織所有的土地收歸國有的制度。

行政徵用的特徵有：

- (1) 強制性——在國家為公共利益需要徵用集體土地時，國家可以不問土地所有者是否願意而徵用之。
- (2) 一定的補償性——徵用集體土地，用地單位應當按照法律的規定，按照被徵用土地的原用途給予補償。但是，這種補償不是等價的，更不是土地的價格。
- (3) 土地權屬的變更性——土地被徵用後，由原來的集體所有變為國家所有。
- (4) 法定性——對集體土地的徵用，必須嚴格按照《土地管理法》和有關法律、法規的規定進行。

實施徵用土地的行為，徵用者必須根據法律規定的審批許可權和審批程序，辦理徵用土地的有關手續。只有符合法律規定的徵用行為，才發生法律上的效力，發生土地所有權的變更。

3.5 行政給付

行政給付即行政物質幫助，是指行政主體在公民年老、疾病或喪失勞動能力等情況或其他特殊情況下，依照有關法律、法規規定，賦予其一定的物質權益或與物質有關的權益的具體行政行為。⁸

行政給付有如下特徵：

- (1) 行政給付是行政主體依法向行政相對人給付金錢或實物的行政行為——行政給付是給予和付出金錢或實物，完全是無償地用之於民。
- (2) 行政給付的對象是特定的行政相對人，即個人、組織。
- (3) 行政給付是一種依申請的行政行為——除了自然災害的救濟等緊急狀態下由行政機關主動實施以外，對絕大多數行政給付來說，給付對象的申請是其必不可少的程序。
- (4) 行政給付是依據法律、行政法規、規章乃至政策實施的行政行為——行政給付的特點決定了其依據的較為寬泛性。

行政給付的內容是賦予被幫助人一定的物質利益或與物質利益有關的權益。對於行政機關來說，提供物質幫助是一種法律上的職責和義務，而對於給付對象來說，獲得物質幫助是一種法律上的權益。物質上的權益表現為給付相對人一定數量的金錢或實物。與物質相關權益的表現形式很多，如讓相對人免費入學受教育、給予相對人享受公費醫療待遇等。

行政給付的形式包括：

- (1) 撫恤金——這是最為常見的行政給付形式。它包括：犧牲、病故人員撫恤金；殘疾撫恤金；烈軍屬、復原退伍軍人生活補助費；退伍軍人安置費等。
- (2) 特定人員離退休金——此項行政給付主要包括：由民政部門管理的軍隊離休幹部的離休金、生活補助費、副食品價格補貼以及取暖補貼、護理費、喪葬費、遺屬生活困難補助等；由民政部門管理的軍隊退休幹部、無軍籍退休職工和由民政部門發放退休金的地方退休人員的退休金、副食品價格補貼以及取暖補貼、護理費、喪葬費、遺屬生活困難補助費等；由民政部門發放退職金的退職人員生活費、副食品價格補貼。
- (3) 社會救濟、福利金——此項行政給付主要包括：農村社會救濟；城鎮社會救濟；精簡退職老弱病殘職工救濟；社會福利金等。
- (4) 自然災害救濟金——此項行政給付主要包括生活救濟費和安置搶救轉移費等。

行政給付應堅持公平、公正的原則，對符合條件的公民一律平等地實施，不允許有差別對待。除了一次性或臨時性發放的行政給付外，大多數行政給付是定期性的，應當進行連續的、穩定的供給。有時因情況發生了變化，可以改變有關基準，但對行政方面的改定權應設置適當的限制。

行政給付程序：

- (1) 定期性發放的行政給付——通常應當由給付對象本人或所在組織、單位提出申請，主管行政機關依法對其進行審查、評定等級。在有些情況下，還需要通過技術專家或專門部門的鑒定，以確定標準，然後再定期（按月或按年）發給。
- (2) 一次性發放的行政給付——通常由給付對象提出申請，主管行政機關予以審查核實，然後按照法律、法規或規章所確定的標準一次性發給。
- (3) 臨時性發放的行政給付——有的由給付對象提出申請，有的則由有關基層組織確定給付對象，或者經有關基層組織發給給付對象。

3.6 行政處罰

3.6.1 行政處罰的概念和特徵

行政處罰，是指行政機關或法定授權的組織、行政機關委託組織依法對違反行政管理秩序、尚未構成犯罪的個人或組織予以制裁的行政行為。

行政處罰具有如下特徵：

- (1) 行政處罰的主體是行政主體，實施行政處罰必須依據法定權限。除非法律另有規定，行政處罰權只能由行政主體行使。
- (2) 行政處罰是針對有違反行政法律規範行為（違反行政管理秩序的行為）的行政相對人的制裁。
- (3) 行政處罰的追究行政法律責任——行政處罰是對違反行政管理秩序、尚未構成犯罪的行為人的制裁，這與違反刑事、民事法律規範而承擔刑事、民事責任不同。
- (4) 行政處罰的目的既是為了有效實施行政管理，維護公共利益和社會秩序，保護公民、法人或其他組織的合法權益，同時也是對違法者予以懲戒和教育，使其以後不再犯。
- (5) 行政處罰是對於違反行政法律規範、尚未構成犯罪的行政相對人的制裁。

3.6.2 行政處罰的種類

- (1) 警告——是行政主體對較輕的違法行為人予以譴責和告誡的處罰形式。警告的目的在於通過對違法行為人予以精神上的懲戒，申明其有違法行為，以使其不再違法。
- (2) 罰款——是指有行政處罰權的行政主體，依法強制違反行政法律規範的行為人，在一定期限內向國家繳納一定數額的金錢的處罰方式。罰款的數額應由具體的行政法律規範規定，一般是規定最高額和最低額，並規定加重和減輕的限額。《行政處罰法》對較大數額的罰款規定了聽證程序。
- (3) 沒收——包括沒收違法所得、沒收非法財物，是指有處罰權的行政主體依法將違法行為人的違法所得和非法財物收歸國有的處罰形式。違法所得是指違法行為人從事非法經營等獲得的利益。非法財物，是指違法者用於從事違法活動的違法工具、物品和違禁品等。
- (4) 責令停產停業——是對違反行政法律規範的工商企業和工商個體戶，責令其停止生產、停止營業的一種處罰形式。《行政處罰法》對責令停產停業規定了聽證程序。
- (5) 暫扣或者吊銷許可證、執照——暫扣許可證、執照的特點在於暫時中止持證人從事某種活動的資格，待其符合一定條件後，再發還證件，允許其重新享有該權利和資格。吊銷許可證、執照的特點在於撤銷相對人的憑證，終止其繼續從事該憑證所允許活動的資格。《行政處罰法》對吊銷許可證或者執照規定了聽證程序。
- (6) 行政拘留——又稱治安拘留，是公安機關依法對違反行政法律規範（特別是治安管理法律規範）的人，在短期內限制其人身自由的一種處罰。行政拘留的期限為1日以上15日以下。除縣級以上的公安機關外，其他任何行政機關都沒有決定行政拘留的權力。

3.6.3 行政處罰的原則

- (1) 處罰法定的原則——行政處罰自始至終都應該嚴格貫徹處罰法定的原則。包括：處罰設定權法定；處罰主體及其職權法定；被處罰行為法定；處罰的種類、內容和程序法定。沒有法定依據或者不遵守法定程序的，行政處罰無效。
- (2) 處罰公正、公開的原則——處罰公正的原則，亦稱合理處罰的原則，是處罰法定原則的必要補充。行政處罰必須公平、公正，沒有偏私，設定和實施行政處罰必須以事實為依據，與違法行為的事實、性質、情節以及社會危害程度相當。行政處罰必須堅持和貫徹處罰公開的原則：對違法行為給予行政處罰的規定必須公佈；未經公佈的，不得作為行政處罰的依據；處罰程序必須公開。
- (3) 處罰與教育相結合的原則——實施行政處罰，糾正違法行為，應當堅持處罰與教育相結合，教育公民、法人或者其他組織自覺守法。
- (4) 保障相對人權利的原則——《行政處罰法》不僅在總則中確立了保障相對人權利的原則，而且其有關行政處罰的設定、實施及其程序的規定，亦體現着這一指導思想。如，相對人對行政機關所給予的行政處罰，享有陳述權、申辯權；對行政處罰不服的，有權依法申請行政復議或者提起行政訴訟；因行政處罰受到損害的，有權提出賠償要求。
- (5) 職能分離的原則——行政處罰的設定機關和實施機關相分離；行政處罰的調查、檢查人員和行政處罰的決定人員相分離；作出罰款決定的機關和收繳罰款的機構相分離；由非本案調查人員擔任聽證主持人。
- (6) 一事不再罰的原則——對當事人的同一個違法行為，不得給予兩次以上罰款的行政處罰；違法行為構成犯罪的，行政機關必須將案件移送司法機關，依法追究刑事責任，行政機關不再予以人身自由的處罰；違法行為構成犯罪，人民法院判處拘役或者有期徒刑時，行政機關已經給予當事人行政拘留的，應當依法折抵相應刑期；人民法院判處罰金時，行政機關已經給予當事人罰款處罰的，應當折抵相應罰金。
- (7) 法律責任不能替代原則——公民、法人或其他組織因受到行政處罰，其違法行為對他人造成損害的，應當依法承擔民事責任。違法行為構成犯罪，應當依法追究刑事責任，不得以行政處罰代替刑事處罰。

3.6.4 行政處罰的決定程序

行政處罰決定程序，包括簡易程序（或稱當場處罰程序）、一般程序（或稱為普通程序）和聽證程序。

簡易程序，也稱當場處罰程序，是指國家行政機關或者法律授權的組織對符合法定條件的行政處罰事項，當場作出行政處罰決定的處罰程序。適用簡易程序必須符合一定的條件：違法事實確鑿；有法定依據；較小數額罰款或者警告的行政處罰。⁹簡易程序包括如下內容：表明身份；確認違法事實，說明處罰理由和依據；製作行政處罰決定書；行政處罰決定書的交付；備案。

一般程序，或稱為普通程序，是指除法律特別規定應當適用簡易程序和聽證程序以外，行政處罰通常所應適用的程序。一般程序包括如下步驟：立案；調查；決定；製作並送達擬作出處罰決定的通知書；說明理由並告知權利；當事人陳述和申辯；正式裁決；行政處罰決定書的送達。

在行政處罰程序中，行政機關為了查明案件事實、公正合理地實施行政處罰，在作出責令停產停業、吊銷許可證或者執照、較大額罰款等行政處罰決定之前，應當事人要求，須公開舉行有利害關係人參加的聽證會，在質證和辯論的基礎上作出處罰決定。聽證應當根據《行政處罰法》第42條規定的程序來組織。聽證程序只是一般程序中的一種特殊的調查處理程序，並不包含行政處罰程序的全過程。聽證程序完畢以後，只是完成了調查取證，仍應按照一般程序的有關規定作出處罰決定。

3.7 行政強制執行

3.7.1 行政強制執行的概念和特徵

行政強制執行，是指公民、法人或者其他組織不履行行政機關所作行政處理決定中規定的義務，有關國家機關依法強制其履行義務或達到與履行義務相同狀態的行為。

行政強制執行的特徵有：

- (1) 行政相對人不履行應履行的義務，是適用行政強制執行的前提條件。
- (2) 行政強制執行的主體是行政機關或人民法院——由誰適用行政強制執行的問題，必須依據法律規定。中國關於行政強制權的歸屬，已由長期時間形成制度，大致可以歸納為：“以申請人民法院強制執行為原則，以行政機關自行強制執行為例外的基本制度。”
- (3) 行政強制執行的目的是實現義務的履行。
- (4) 行政強制執行的對象具有廣泛性和法定性——行政強制執行可以針對一切阻礙行政行為執行的對象，以及應執行的一切對象進行。行政強制執行的具體實施方式，必須由法律、法規明確規定，執行機關必須嚴格按照法定形式實施，不得任意創新或更改。
- (5) 在行政強制執行中原則上不得進行執行和解。

3.7.2 行政強制執行的種類

- (1) 直接強制——指義務主體逾期拒不履行其應履行的義務時，行政強制執行機關對其人身或財產施以強制力，以達到與義務主體履行義務相同狀態的行政強制措施。直接強制可分為人身強力和財產強制二種。法律對直接強制的適用條件和程序作了非常嚴格的規定，一般不到必要時，不得採取直接強制執行。
- (2) 間接強制——指通過間接手段迫使義務人履行其應當履行的義務，或者達到與履行義務相同狀態的行政強制措施。間接強制又分為代執行和執行罰二種。

代執行，指義務人不履行法定義務，而該義務又可由他人代為時，行政強制執行機關或第三人代替履行法律直接規定的或者行政行為所確立的相對人的作為義務，並向義務人徵收必要費用的強制執行措施。

執行罰，亦稱強制金，指行政強制執行機關對拒不履行不作為義務，或不可為他人代履行的作為義務的義務主體，予以新的金錢給付義務，以迫使其履行的強制執行措施。義務人不履行法定義務，而該義務又不能由他人代為時履行時，有執行權的機關可通過使不履行義務的法定人承擔新的持續不斷的給付義務，促使其履行義務。

3.7.3 行政強制執行的原則¹⁰

- (1) 行政強制執行法定的原則——行政強制執行必須嚴格依照法律的規定進行。首先，執行機關必須合法；其次，執行活動必須有法律依據；再次，必須依照法定程序進行。
- (2) 說服教育和強制相結合的原則——在採取行政強制執行措施前，必須告誡當事人，通過說服教育工作，賦予當事人依法自覺履行法定義務的機會。
- (3) 及時準確、手段正當的原則——在法律、法規規定了時限時，行政強制執行必須在法定期限內進行，不得逾期；當法律、法規沒有就時限作出規定時，執行機關應該在不使相對人隱藏、轉移、變賣、毀損強制執行標的物或不使其拒不履行的行為發展成為違法犯罪行為的適當期限內，採取強制執行措施。行政強制執行必須準確，證據確鑿，執行手段合理、公平、適當，以取得最佳社會效果。
- (4) 執行標準的有限的原則——對財產和金錢給付義務的強制執行，應該有一定的範圍和限度。行政強制執行不得超出被執行人應當履行義務的範圍；應當保留被執行人及其所扶養家屬的生活必需費用和生活必需品，以不影響被執行人及其所扶養家屬的最低生活標準為限。
- (5) 強制與預防相結合的原則——在日常的行政活動中，應加強調查研究，分析預測，堵塞或減少拒不履行法定義務的行為。
- (6) 保護當事人合法權益的原則。
- (7) 協助執行的原則——在行政強制執行中，若執行標的物不由被執行人佔有或持有，而由案外的有關單位或者個人佔有、持有或者保存時，執行機關應當通知有關單位或者個人協助執行，有關單位或者個人有義務按照通知精神協助執行。

3.8 行政裁決

3.8.1 行政裁決的概念、特徵和原則

行政裁決，是指依法由行政機關依照法律授權，對當事人之間發生的、與行政管理活動密切相關的、與合同無關的民事糾紛進行審查，並作出裁決的方式。

行政裁決的特徵有：

- (1) 當事人之間發生了一定的民事糾紛，是行政裁決的前提，且該民事糾紛是與行政管理活動密切相關的。
- (2) 行政裁決的主體是法律、法規授權的行政機關。
- (3) 行政裁決是行政機關行使行政裁決權的活動，具有裁決效力，拘束當事人。
- (4) 行政裁決通常以協商或調解為前置程序，這是行政裁決和行政復議的一個重要區別。

行政裁決的原則有：

- (1) 公平、平等、合法的原則——行政機關運用行政裁決權，必須堅持和貫徹公平、平等的原則，正確地運用法律，並公開裁決程序。
- (2) 簡便、迅速的原則——行政機關行使行政裁決權，必須在程序上考慮行政效率和實現行政職能，在確保糾紛得以公正解決的前提下，盡可能地採取簡單、迅速、靈活的裁決程序。

3.8.2 行政裁決的種類及其範圍

- (1) 權屬糾紛的裁決——權屬糾紛，是指雙方當事人因某一財產的所有權或使用權的歸屬產生爭議，包括草原、土地、水、灘塗及礦產等自然資源的權屬爭議，雙方當事人可依法向有關行政機關請求確認，並作出裁決。此外，權屬爭議或糾紛也可能產生於房產等非自然資源方面。對這方面的糾紛，有關行政機關都可以依法作出裁決。
- (2) 侵權糾紛的裁決——侵權糾紛是由於一方當事人的合法權益受到他方的侵犯而產生的糾紛。產生侵權糾紛時，當事人可以請求行政機關予以裁決。例如，對侵犯商標權、專利權所引起的糾紛，分別由工商行政管理部門、專利管理機關進行裁決。
- (3) 損害賠償糾紛的裁決——損害賠償糾紛是一方當事人的權益受到侵害後，要求侵害者給予損害賠償所引起的糾紛。產生損害賠償糾紛時，權益受到損害者可以依法要求有關行政機關作出裁決，確認賠償責任和賠償金額，使其受到侵害的權益得到恢復或賠償。

損害賠償糾紛與權屬糾紛和侵權糾紛既有聯繫又有區別。首先，權屬關係的確定是侵權事實得以確定的基礎，侵權事實的確認又為損害賠償請求提供了依據。環環相連，不可分割。其次，三種糾紛各自的着眼點不同，分別強調了一個連續過程的不同階段。由於各自的爭議標的不同，行政裁決的目的便不完全相同，但在保護當事人的合法權益，並服務於行政管理這一點上，三種行政裁決的目的則是相一致的。

3.9 行政獎勵

行政獎勵，是指行政主體為了表彰先進、激勵後進，充分調動和激發人們的積極性和創造性，依照法定條件，對為國家、人民和社會做出突出貢獻，或模範地遵紀守法的行政管理相對人，給予物質或精神的獎勵的具體行政行為。

行政獎勵的特徵有：

- (1) 實行政獎勵的主體是國家行政機關，或法律法規授權的其他社會組織。
- (2) 行政獎勵的目的在於表彰先進，激勵和推動後進，調動和激發廣大人民群眾的積極性和創造性。
- (3) 行政獎勵的對象是對國家、人民和社會作出突出貢獻或模範地遵紀守法的集體和個人，其範圍相當廣泛。
- (4) 行政獎勵的內容包括物質的和精神的獎勵。這兩種獎勵，既可單獨進行，又可合併進行。

行政獎勵的基本原則包括：

- (1) 依法獎勵、實事求是的原則。
- (2) 獎勵與行為相當的原則。
- (3) 精神獎勵和物質獎勵相結合的原則——精神獎勵和物質獎勵可以分別獨立實施，也可以合併實施。但是，實踐中堅持的是以精神獎勵為主，以物質獎勵為輔的方針。
- (4) 公正、平等的原則——行政獎勵必須以實際功績和貢獻為評獎的唯一依據，必須有一套體現民主、公正和平等的評獎機制。

- (5) 及時性、時效性和穩定性原則——只有貫徹及時性和時效性的原則，才能夠激發受獎者奮發向上、不斷進取的熱情，從而更好地推動後進。同樣，對於法定的行政獎勵，應予以真正意義上的制度化，連續不斷地給予符合條件者以獎勵，即堅持獎勵制度的穩定性原則。

行政獎勵必須符合法定條件。具體說來，必須做到：

- (1) 符合法定的獎勵條件和標準；
- (2) 符合法定的獎勵形式；
- (3) 符合法定的獎勵權限；
- (4) 符合法定的獎勵程序——實施行政獎勵行為，一般應遵循以下程序：獎勵的提出、審批、公佈、授獎和存檔。

行政獎勵的內容和形式可從以下三個方面綜合考慮：

- (1) 精神方面的權益，如授予“勞動模範”等榮譽稱號、給予表揚、通令嘉獎、記功，發給獎狀、榮譽證書、獎章等。
- (2) 物質方面的權益，即發給獎金或各種各樣的獎品。
- (3) 職權方面的權益，即予以晉級或晉職。

3.10 行政規劃

行政規劃，也稱行政計劃，是指行政主體在實施公共事業及其他活動之前，首先綜合地提示有關行政目標，事前制定出規劃藍圖，以作為具體的行政目標，並進一步制定為實現該綜合性目標所必須的各項政策性大綱的活動。

行政規劃的特徵有：

- (1) 綜合性——行政規劃的目標設定和手段具有較強的綜合性。
- (2) 法定性——當規劃具有規制私人行為那樣的外部效果時，需要有法律的根據。反過來說，具有法律根據的行政規劃才具有對外部的規制效果。因為行政規劃是根據具體情況架構和作為行政目標的發展藍圖，所以，由實體法對行政規劃內容加以完全的制約是不可能的。因此，需要通過法律、法規來確立相應的程序制度。
- (3) 廣泛的裁量性——一般情況下，法律只規定總體目標或者策劃制定時應該考慮的要素，而將具體內容的形成委任給規劃的策劃制定權者。

行政規劃的領域非常廣泛，其內容和形式多種多樣，其分類也是多種多樣的。根據對象事項，可以分為：經濟規劃、產業規劃、社會規劃、開發規劃、土地規劃、資源保護規劃、城市體系規劃、教育發展規劃、國防工業規劃、生態建設規劃、科技發展規劃、防災規劃、扶貧規劃、事業規劃、財政規劃、人事規劃等。根據其對象的範圍，可以分為綜合規劃（或總體規劃）和特定規劃（或專項規劃、詳細規劃）。根據其時間長短，可以分為長期規劃（或長遠規劃、遠景規劃）、中期規劃、短期規劃（包括年度規劃）。根據其內容的具體性，可以分為目標規劃（如基本規劃、規劃綱要）和實施規劃（如事業規劃、管理規劃、處分規劃等）。根據其有無法律上的根據，可以分為法制上的規劃和事實上的規劃。根據其是否具有法律上的拘束力，可以分為非拘束性規劃（或指導性規劃）和拘束性規劃（或政府組織落實的規劃）。前者僅為行政機關指示判斷準則，

後者對行政機關的判斷及行為具有拘束力，有的甚至對行政組織外部的利害關係人也具有拘束力等等。

從前述分類可以看出，行政規劃千姿百態，其作用和屬性也各不相同。因此，確立行政規劃的原則也不宜一概而論。不過，着眼於行政規劃所普遍具有的科學、合理地實施行政以及調整和綜合功能，可以為行政規劃確立一般的原則，大致包括：(1) 調查研究、依法、科學規劃的原則；

(2) 集思廣益，注重民主參與的原則；(3) 專家設計，綜合協調的原則；(4) 長遠目標和近期目標相結合的原則；(5) 整體統一與尊重特殊需要相結合的原則；(6) 堅持既定目標與根據形勢發展及時進行調整和完善的原則。

3.11 行政合同

3.11.1 行政合同的概念和特徵

行政機關為實現行政目的，與行政相對人之間基於相反方向的意思一致而締結的契約，稱為行政合同，或稱為行政契約。

行政合同的特徵有：

- (1) 行政合同的當事人中必須有一方是行政主體。
- (2) 行政合同的目的是實施行政管理。
- (3) 行政合同是雙方意思表示一致。
- (4) 行政主體享有行政優益權，如對履行合同的監督權、因公共利益單方面變更權、為公共利益解除合同權以及制裁權。

在中國大陸，行政合同還只是學術概念，《合同法》中也沒有對相關制度予以規定。但是，在實踐中，各個法律領域分別確立了具有上述特徵的合同方式，並被普遍遵行。這種新型的行政管理手段，具有與傳統權力手段不同的作用。其主要形態有：

- (1) 國有土地有償出讓合同；
- (2) 全民所有制工業企業承包、租賃合同；
- (3) 糧食定購合同；
- (4) 公共工程承包合同；
- (5) 政府採購合同（又稱公共採購合同）；
- (6) BOT方式政府特許經營合同；
- (7) 人事聘用合同；
- (8) 農村土地承包經營合同；
- (9) 科研合同以及
- (10) 計劃生育合同等。

3.11.2 行政合同中行政機關的權利和義務

行政合同中行政機關的權利有：

- (1) 選擇合同相對一方的權利——行政機關在決定締結行政合同時，可以根據實際情況和要求，選擇適當的合同相對一方。一般說來，只要沒有法律上的明確根據和正當的

理由，任何組織和個人都不得拒絕行政機關的選擇。

- (2) 對合同的履行具有監督、指揮權。
- (3) 單方面變更或解除合同的權利。
- (4) 對不履行或不適當履行合同義務的相對人有制裁權。

行政合同中行政機關的義務有：

- (1) 依法締結合同的義務。
- (2) 依法履行合同的義務。
- (3) 按照合同規定給予合同相對一方當事人以優惠或照顧的義務。
- (4) 給予相對一方當事人以損失補償的義務。
- (5) 按照合同規定支付價金的義務。

在行政合同中，相對一方當事人享有如下權利：

- (1) 取得報酬權——相對人的報酬通常是在合同中規定的，有時由法律或法規直接規定之。行政合同的報酬條款不能由行政機關單方面變更。
- (2) 損失補償請求權和損害賠償請求權——相對人由於行政機關的過失受到損害時，有權請求賠償。由於行政機關根據公共利益的需要單方面變更或終止合同而給相對人造成損失時，相對人有權請求補償。無論合同中有無相關規定，相對人都可以提起補償請求。
- (3) 因不可預見的困難造成損失時的補償請求權。

在行政合同中，相對一方當事人的義務主要表現在按照合同規定的條件和期限認真履行合同；接受行政機關的監督、指揮以及依法實施的制裁。

3.11.3 行政合同的原則

一般說來，締結行政合同需要堅持以下原則：

- (1) 有法律根據或明確的法律授權；
- (2) 不超越行政權限；
- (3) 出於行政需要；
- (4) 內容合法；
- (5) 競爭原則和公開原則；
- (6) 書面主義的原則。

在履行行政合同時需要堅持以下原則：

- (1) 實際履行的原則——行政合同所確定的內容必須獲得實現，只要公共利益需要，而當事人又有能力履行的，就必須實際地履行，不允許任意變更標的或用違約金和賠償損失的方法代替合同的履行。
- (2) 自己履行的原則——行政合同非常重視當事人的個人因素，合同締結以後，只要沒有取得行政主體的同意，當事人就不得自行更換，也不得委託給其他人代為履行。
- (3) 全面、適當、及時履行的原則。

3.12 行政指導

行政指導，是指國家行政機關在其所管轄事務的範圍內，對於特定的人、企業、社會團體等，運用非強制性手段，獲得相對人的同意或協助，指導行政相對人採取或不採取某種行為，以實現一定行政目的的行為。

行政指導通常採用說服、教育、示範、勸告、建議、協商、政策指導、提供經費幫助、提供知識、技術幫助等非強制性手段和方法。

從行政指導的作用看來，一般可以分為助成性行政指導、規制性行政指導和調整性行政指導三大類：

- (1) 助成性行政指導——是為相對人即公民、法人和其他組織出主意的行政指導，故又稱為出主意的行政指導。關於助成性行政指導，當相對人提出申請，要求給予助成性行政指導時，必須一律公平對待。
- (2) 規制性行政指導——是指為了維持和增進公共利益，對違反公共利益的行為加以規範和制約的行政指導。規制性行政指導又可分為獨立行政指導和附帶行政指導二種。
- (3) 調整性行政指導——是以調整相互對立的當事人之間的利害關係為目的的行政指導。此種行政指導，以行政機關在法律上對當事人某方或雙方有一定的權限為基礎。

行政指導的特徵包括：

- (1) 行政指導的非強制性，即相對人對行政指導服從的任意性——行政管理相對人對於行政指導，沒有必須服從的義務。
- (2) 行政指導的事實行為性——行政指導採取指導、勸告、建議及其他不具有法律強制力的手段，行政機關和相對人之間不產生任何法律意義上的權利義務關係，不發生任何法律效果。
- (3) 行政指導的能動性——行政指導是行政機關指導相對人採取或者不採取某種行為的活動，行政指導具有積極的能動作用，可以基於相對人的申請作出，也可以由行政機關根據形勢的需要能動地實施。
- (4) 行政機關的優越性——行政指導關係中，行政機關處於比相對人優越的地位。行政指導關係的形成，均依賴於信息、知識和覺悟等，而相對人在這方面明顯處於劣勢。

關於行政指導是否需要法律根據的問題，學術界尚不存在定論。一般說來，原則上要求行政指導有法律根據，至於法定外的行政指導，只要其內容不違反法令，並且不是採取實質上等於強制的不正當手段，就應該充分予以承認。

行政指導的進行，必須符合下列條件：

- (1) 行政指導必須是屬於該行政機關的組織法上的權限事項。
- (2) 行政指導也要服從法律優先的原則，不得與法律明文規定及法律的一般原則相抵觸。
- (3) 法定外的行政指導只能是對相對人可以任意放棄或處分的利益進行限制，不得對人身自由及精神自由加以法定外限制。
- (4) 當行政指導的要件由法律規定時，行政指導的權限自身受法律制約，不得違反該要件。

4. 行政救濟

4.1 行政復議

4.1.1 行政復議的概念

行政復議，是指公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為侵犯了其合法權益，依法向該行政機關的上一級行政機關或者法律、法規規定的特定的行政機關提出復議申請，由受理申請的行政機關依照法定程序對引起爭議的具體行政行為依法進行審查並作出決定的活動。

4.1.2 行政復議的特徵

- (1) 行政復議是一種依申請的行政行為，是行政相對人行使行政復議請求權的表現。
- (2) 行政復議是特定行政機關——行政復議機關解決行政爭議的活動。
- (3) 行政復議是由上級行政機關對下級行政機關進行層級監督的一種較為規範的活動。
- (4) 行政復議必須依照法定的程序和要求進行——行政相對人要按照法律、法規規定的要求提出復議申請，依法行使有關的權利，履行相關的義務；復議機關要依法受理復議申請，依法進行調查取證，充分聽取相對人的意見，並在法定的期限內作出行政復議決定。

4.1.3 行政復議的受案範圍

- (1) 行政復議是對具體行政行為是否合法和合理進行復核、審查的活動。
- (2) 行政復議有條件地審查特定的抽象行政行為——申請人對具體行政行為提出行政復議申請時，可以對該具體行政行為所依據的規章以下的規定一併向行政復議機關提出審查申請。
- (3) 享有行政復議申請權的必須是認為其合法權益受到具體行政行為侵犯的行政相對人。
- (4) 由行政復議機關作出的行政復議決定為終局裁決的，有關的行政復議申請人不得再享有其他法律所提供的權利救濟途徑。
- (5) 不服行政機關作出的行政處分或其他人事處理決定的，依照有關法律、行政法規的規定提出申訴，不屬於行政復議的受案範圍。

4.1.4 行政復議的原則

- (1) 合法的原則——履行復議職責的主體應當合法；審理復議案件的依據應當合法；審理復議案件的程序應當合法，符合有關法律規範所確立的步驟要求、形式要求、順序要求和時限要求。
- (2) 公正的原則——行政復議必須公正，應當公平地對待當事人各方，保護申請人公民、

法人或者其他組織的合法權益。為此，行政復議必須建立切實可行的回避制度，並且將行政復議決定建立在全面調查取證的基礎之上。

- (3) 公開的原則——行政復議機關在進行行政復議時，要始終堅持公開的原則。行政復議法律規範應該公開；行政復議的過程應該公開；行政復議決定應該公開；行政復議法律救濟途徑的公開。
- (4) 及時的原則——行政復議必須保證效率，遵循及時原則。行政復議機關應當及時受理復議申請，及時進行復議，及時作出復議決定，及時處理復議當事人不履行復議裁決的情況。
- (5) 便民的原則——行政復議機關應當隨時考慮行政管理相對人行使復議申請權如何更加便利，即在盡量節省費用、時間、精力的情況下，保證公民、法人和其他組織充分行使行政復議申請權。例如：可以口頭申請復議，復議機關轉送復議申請，管轄上的自由選擇制，採取書面審理主義，以及復議申請人不交費用等。
- (6) 一級復議原則——除非法律另有規定，對引起爭議的具體行政行為只經一級行政復議機關復議即可結案。
- (7) 不適用調解原則——行政復議機關在審理行政爭議時，不得採取居間調和，促使爭議雙方達成協定的方式結案，而必須以裁決的方式結案。

4.1.5 行政復議機關和行政復議機構

履行行政復議職責的行政機關是行政復議機關。行政復議機關負責法制工作的機構具體辦理行政復議事項，履行下列職責：受理行政復議申請；向有關組織和人員調查取證，查閱文件和資料；審查申請行政復議的具體行政行為是否合法與適當，擬訂行政復議決定；處理或者轉送對《行政復議法》第7條所列有關規定的審查申請；對行政機關違反行政復議法規定的行為依照規定的權限和程序提出處理建議；辦理因不服行政復議決定提起行政訴訟的應訴事項；法律、法規規定的其他職責。

4.1.6 行政復議與行政訴訟的關係

行政訴訟和行政復議同屬於行政救濟手段，都是解決行政爭議的法律制度，因而，正確處理二者關係，做好二者的相互銜接，具有極其重要的意義。

對屬於人民法院受案範圍的行政案件，公民、法人或者其他組織可以先向上一級行政機關或者法律、法規規定的行政機關申請復議，對復議不服的，再向人民法院提起訴訟；也可以直接向人民法院提起訴訟。法律、法規規定應當先向行政機關申請復議，對復議不服再向人民法院提起訴訟的，依照法律、法規的規定。人民法院不受理公民、法人或者其他組織對法律規定由行政機關最終裁決的具體行政行為的起訴，不受理法律規定了復議前置而未經復議的起訴。

公民、法人或者其他組織向行政機關申請復議的，復議機關應當在收到申請書之日起60日內作出決定。法律、法規另有規定的除外。申請人不服復議決定的，可以在收到復議決定書之日起15日內向人民法院提起訴訟。法律另有規定的除外。

4.2 行政賠償

4.2.1 行政賠償的概念和特徵

行政賠償，是指國家行政機關及其工作人員違法行使職權，侵犯公民、法人或其他組織合法權益並造成損害，由國家承擔賠償責任的制度。《行政訴訟法》中雖有“侵權賠償責任”一章，卻沒有使用“行政賠償”這一術語。《國家賠償法》設立了“行政賠償”專章，使“行政賠償”這一概念第一次成為法律術語。從此，中國大陸的行政賠償形成了較為完整的法律制度。依照《國家賠償法》的規定，國家承擔賠償責任的範圍是行政賠償和刑事賠償。行政賠償是國家賠償的一個重要組成部分，和刑事賠償共同構成了國家賠償制度。

行政賠償的特徵：

- (1) 主體特徵——只有國家行政機關及其工作人員的行為才能引起行政賠償責任。
- (2) 行為特徵——導致行政賠償責任的行為，必須是違法行政的行為，而且是執行職務的行為。
- (3) 結果特徵——國家是否承擔行政賠償責任，要看該行為是否造成特定人的損害。包括損害的範圍、對象、損害行為與損害結果之間的因果關係。
- (4) 法律特徵——構成行政賠償責任還必須滿足“有法律規定”這一要件，否則，國家也可能不承擔賠償責任。

4.2.2 行政賠償範圍

國家賠償僅限於對人身自由權、生命健康權和財產權的侵害予以賠償。對人身自由權的損害賠償包括：違法拘留或者違法採取限制公民人身自由的行政強制措施的；非法拘禁或者以其他方法非法剝奪公民人身自由的；以毆打等暴力行為或者唆使他人以毆打等暴力行為造成公民身體傷害或者死亡的；違法使用武器、警械造成公民身體傷害或者死亡的；造成公民身體傷害或者死亡的其他違法行為。對財產權的損害賠償包括：違法實施罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰的；違法對財產採取查封、扣押、凍結等行政強制措施的；違反國家規定徵收財物、攤派費用的；造成財產損害的其他違法行為。

下列方面不屬於行政賠償的範圍：

- (1) 政治權利。
- (2) 除人身自由權、生命健康權和財產權以外的民事權利。
- (3) 除實體權利以外的程序方面的權利——但是，如果因損害程序上的權利而造成人身自由、生命健康或財產方面的損害，則國家應該給予賠償。
- (4) 精神損害——行政賠償僅限於對物質損害（直接損害）的賠償，而對精神損害則不予物質賠償。不過，一般認為，在行政賠償中確立精神賠償，是十分必要的。

4.2.3 行政賠償請求人和行政賠償義務機關

行政賠償請求人，是指認為自己的合法權益受到行政主體違法行政侵害的公民、法人和其他組織。其中，公民作為請求人的，公民死亡後的資格轉移僅限於繼承人和其他有扶養關係的親屬；而在破產程序中的法人、被行政機關吊銷許可證或執照的法人、被行政機關撤銷、變更、註銷的法人，都依然享有行政賠償請求人的資格。

行政賠償義務機關，即具體履行出庭應訴、向受害人支付賠償金等國家賠償義務的機關。負有法定的行政賠償責任的行政機關為賠償義務機關。《國家賠償法》對此作了詳盡的規定：

- (1) 行政機關及其工作人員行使行政職權侵犯了行政管理相對人合法權益造成損害的，該行政機關是賠償義務機關；
- (2) 兩個以上行政機關共同行使行政職權時侵犯了相對人的合法權益造成損害的，共同行使職權的行政機關是賠償義務機關；
- (3) 法律、法規授權的組織在行使授予的行政權力時侵犯了相對人的合法權益造成損害的，被授權的組織是賠償義務機關；
- (4) 受行政機關委託的組織或個人在行使受委託的行政權力時侵犯了相對人的合法權益造成損害的，委託的行政機關是賠償義務機關；
- (5) 賠償義務機關被撤銷的，繼續行使其職權的行政機關是賠償義務機關；沒有繼續行使其職權的行政機關，撤銷該賠償義務機關的行政機關是賠償義務機關。

4.2.4 行政賠償方式和程序

行政賠償的方式以金錢賠償為主，輔之以返還財產、恢復原狀、消除影響、恢復名譽、賠禮道歉並非行政賠償的方式，而是承擔行政侵權責任的一些方式。

行政賠償須由請求人提出申請，受理後才能進入實體審理程序。所以，告訴是行政賠償的前提。

行政賠償程序有兩種模式：其一是一併提出模式；其二是單獨提出模式。一併提出模式，是指賠償請求人在行政復議或行政訴訟中，隨同復議請求或訴訟請求一起提出行政賠償請求。單獨提出模式，是指賠償請求人只是提出單獨的賠償請求。單獨提出賠償請求應當遵循“先行向行政賠償義務機關提出”的程序。行政機關先行處理，是單獨提起行政侵權賠償訴訟的必經程序。未經行政機關先行處理，則人民法院不予受理。

賠償義務機關對依法確認有屬於法定賠償範圍的情形之一的，應當給予賠償。為了得到行政機關的“依法確認”，申請人應當先向有關行政機關遞交《申請確認書》，申請確認其具體行政行為或非具體行政行為的行為違法侵權。

行政賠償義務機關在對受害人進行賠償之後，要求有故意或重大過失的公務員、受委託的組織或個人承擔部分或全部賠償費用（行政追償）。

4.3 行政補償

行政補償，是指行政主體（主要是國家行政機關）管理國家和社會公共事務過程中的合法行為，使本不應承擔法律責任的公民、法人或者其他組織的合法權益遭受特別損失，國家基於當事人事前的協商一致，以公平合理為原則，根據法律、法規的規定，從經濟上、生活上或者工作安置上等諸方面對其所受損失予以適當補償的過程或者制度。

行政補償的特徵有：

- (1) 其前提是存在因行政主體的合法行為引起的損失。

- (2) 其對象是公民、法人或者其他組織的合法權益所遭受的特別損失。
- (3) 其程序是協商前置，是以當事人事前的協商一致為前提的。
- (4) 其原則是公平合理的原則，補償的範圍一般由法律、法規加以規定。
- (5) 其方式是多種多樣的，除經濟補償外，還可以從生產、生活和就業等方面加以妥善的安置；
- (6) 其資金來源是受益者負擔。儘管行政補償的義務主體是行政主體，但實際補償都由受益的機關、企事業單位及其他社會組織或者個人具體承擔。
- (7) 其性質是行政主體公法上的義務。

行政補償的原則包括：¹¹

- (1) 公平合理、妥善安置、扶持發展的原則——對公民、法人或者其他組織的合法權益所受到的特別損失予以盡可能的補償，並且還應該對其生產、生活以及就業等予以妥善安排，扶持安置承受單位發展生產。
- (2) 補償直接損失的原則——所謂直接損失，是指與以公共利益為目的的行為之間有直接的因果關係的損失。間接損失，不能計算在損失補償費用內。
- (3) 補償物質損失的原則——原則上只補償物質損失，不包括精神上和感情上的損失。不過，一般認為，對精神上的損失予以補償，是十分必要的。
- (4) 補償實際損失的原則——實際損失，是指已經發生或將來一定發生的損失，不包括將來可能發生的不確定的損失。

在中國大陸，雖然尚未建立起統一的行政補償法律制度，但是，在諸多領域已經分別建立了行政補償制度，其中較為重要的制度有：土地徵用補償制度、城市房屋拆遷補償制度、公用徵調補償制度以及執行治安職務損失補償制度等。各個領域的行政補償制度，經過長期的實踐，積累了大量豐富的經驗，為中國制定和完善統一的行政補償法律制度，奠定了堅實的基礎。

註釋

1. 憲政意義上的公共行政具有如下特徵：以國家機關職能分工為前提；具有從屬性，即行政機關從屬於權力機關，行政活動從屬於法律。
2. 參見姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社，1999年版，第7頁。
3. 當然，有時法律規定行政機關應申請人民法院強制執行。這實質上是對行政行為自行執行力的限制，同時也是行政行為自行執行力的延伸。
4. 這是狹義上的行政立法概念。從廣義上說，行政立法是指國家權力機關和行政機關依法定權限和程序，制定、修改和廢止有關國家行政管理的一切規範性文件的活動。
5. 參見《行政許可法（徵求意見稿）》第13條至第18條。
6. 參見《行政許可法》第12條。
7. 此外，還有農村義務工、勞動積累工的形式。參見《防洪法》第52條的規定。

8. 行政給付在廣義上包括供給行政、社會保障行政、財政資助行政。
9. 所謂較小數額的罰款，是指對公民處以50元以下、對法人或者其他組織處以1,000元以下罰款。
10. 參見楊海坤著：《行政訴訟法學》，北京：中央廣播電視大學出版社，1994年版，第328–330頁；王連昌主編：《行政法學》，北京：中國政法大學出版社，1994年版，第234–235頁。
11. 參見林准、馬原主編：《中國國家賠償制度》，北京：人民法院出版社，1992年7月，第137–139頁。

刑事法律篇



4. 刑法總論

王俊民

1. 刑法的概念和創制	84
1.1 刑法的概念	84
1.2 刑法的創制	84
2. 刑法的體系和解釋	84
2.1 刑法的體系	84
2.2 刑法的解釋	85
3. 刑法的基本原則	86
3.1 罪刑法定原則	86
3.2 刑法面前人人平等原則	86
3.3 罪責刑相適應原則	86
4. 刑法的效力範圍	87
4.1 刑法的空間效力	87
4.2 刑法的時間效力	88
5. 犯罪與犯罪的構成	88
5.1 犯罪概念與犯罪構成	88
5.2 犯罪客體	89
5.3 犯罪客觀方面	89
5.4 犯罪的主體	90
5.5 犯罪主觀方面	91
5.6 不可抗力和意外事件	92
5.7 犯罪形態	92
5.8 正當防衛與緊急避險	95
6. 刑罰概說	97
6.1 刑罰的概念	97
6.2 刑罰的目的	98
6.3 刑罰的體系和種類	98
7. 時效	103
7.1 時效的概念和種類	103
7.2 追訴時效的期限	103
7.3 追訴時效的計算	103
7.4 赦免	104

1. 刑法的概念和創制

1.1 刑法的概念

刑法是規定犯罪、刑事責任和刑罰的法律。¹ 從不同國家的語言來看，對刑法概念的表述是有差異的，如英美法系國家用的Criminal law，可譯為“犯罪法”；德法等國家的Strafrecht Penal，可譯為“刑罰法”或“刑法”。² 表述雖不同，但涵義則基本一致，可統稱其為刑法。

在中國古代，刑法是法律的代名詞，是法律的唯一形式，所謂“法者，刑也”³，“刑，常也，法也”⁴。其含義就是說法律即為刑法。

1.2 刑法的創制

中華人民共和國（以下簡稱“中國”）刑法典的起草準備工作始於1950年，至1979年正式通過時先後作出38個稿本。⁵ 1979年刑法的頒佈，是中國法制建設的里程碑。為了適應形勢發展和懲治犯罪的需要，1979年刑法典頒行以後，又不斷的被修改和完善，至1995年，全國人大常委會共通過並頒佈24個單行刑法。⁶ 並於1982年提出修改刑法典，經歷15年的時間，經歷了醞釀準備，初步修改，重點修改，全面系統修改和立法審議通過等五個階段，於1997年3月14日通過了修訂的《中華人民共和國刑法》，並於同年10月1日起施行。新刑法的實施，順應了時代的要求，大大推動了中國刑事法治乃至整個法治建設的進程。

2. 刑法的體系和解釋

2.1 刑法的體系

刑法的體系，即刑法的組成和結構。中國《刑法》總體上分為總則、分則、和附則三個部分。總則和分則各為一編，在編之下，再根據相關的內容和法律規則的性質，依次分為章、節、條、款、項等層次。

第一編總則，分設5章，即刑法的任務、基本原則和適用範圍；犯罪；刑法；刑罰的具體運用；其他規定。第二編為刑法分則，分設10章，即危害國家安全罪，危害公共安全罪，破壞社會主義市場經濟秩序罪，侵犯公民人身權利、民主權利罪，侵犯財產罪，妨害社會管理秩序罪，危害國防利益罪，貪污賄賂罪，瀆職罪，軍人違反職責罪。第三部分是附則，中國刑法附則只有一個條文，即第452條。

刑法的總則與分則共同構成了刑法的主體內容，因而關係密切。總則是關於犯罪、刑事責任、和刑罰的一般原理的規範體系，其內容是認定犯罪、確定刑事責任和實用刑法必須遵循的共

同規則。刑法分則是關於具體犯罪和具體法定刑的規範體系，其內容是規定定罪量刑的具體標準。總則和分則是一般與特殊、抽象與具體的關係。總則指導分則，分則具體體現刑法總則所確定的原理和原則，二者相輔相成。

刑法的規範，以法律條文的形式出現，並以統一的順序號碼編排。這樣既保證了刑法規範的系統化，又便於查找和引用。條文之下可以分設款、項。如果某條文之下有數款，均以另起一行來表示，分別是第一款、第二款……在款之下，如果用（一）、（二）、（三）等基數號碼引導的，就是項。分別是第（一）項、第（二）項、第（三）項……。

2.2 刑法的解釋

刑法的解釋，是指對刑法規範含義的闡明。由於每個刑法條文都具有高度的抽象性，因此要想正確適用刑法，就必須對其真實含義進行解釋，只有這樣才能正確把握立法的意圖，正確處理刑事案件。依據不同的標準，刑法的解釋可以進行不同的分類。

2.2.1 根據解釋的效力，分為立法解釋、司法解釋和學理解釋

- （1）立法解釋——指立法機關對刑法條文的確切含義所作的解釋。該解釋與刑法的條文具有同等的法律效力。包括四種情形，一是刑法典中條文解釋其他條文，如第93條對國家工作人員的解釋；二是立法機關對立法草案所作的說明與解釋；三是其他法律對刑法規範所作的解釋；四是刑法實施過程中，司法機關對刑法條文的解釋產生歧義時，由立法機關作出最終解釋，但這在中國還未發生過。
- （2）司法解釋——是最高司法機關對如何具體應用刑法的問題所作的解釋。在中國，有權進行司法解釋的只限於最高人民法院和最高人民檢察院，司法解釋不得與刑法規範、立法解釋相抵觸。
- （3）學理解釋——是國家宣傳機構、教學科研單位以及專家學者從理論上對刑法所作的解釋。學理解釋不具有法律效力，不能作為處理案件的依據，但他有助於對刑法規範含義的正確理解，對於司法實踐和立法工作都具有參考價值。

由於立法解釋和司法解釋都具有法律約束力，因而又被稱為有權解釋；而學理解釋不具有法律約束力，因而又被稱為無權解釋。

2.2.2 根據解釋的方法，分為文理解釋和論理解釋

- （1）文理解釋——對刑法條文的字義進行解釋。只要是針對刑法條文中使用的單詞、概念、術語，根據語言結構規則，從文理上所作的解釋。
- （2）論理解釋——按照立法的精神，聯繫立法和司法的實際情況，從邏輯上對刑法規範所作的解釋。他可分為擴大解釋和限制解釋。擴大解釋，就是將刑法條文的含義作擴大的解釋；而限制解釋，就是將刑法條文的含義作限制範圍的解釋。

3. 刑法的基本原則

刑法的基本原則，是指貫穿於刑法全部內容的，為刑法所特有的，指導刑事立法和刑事司法的基本準則。刑法的基本原則是刑法的靈魂與核心，是刑法內在精神的體現。中國刑法明文確定了三個基本原則，即：罪刑法定，法律面前人人平等，罪責刑相適應。刑法基本原則的條文化，對於刑法的立法以及司法適用，具有十分重要的意義。

3.1 罪刑法定原則

罪刑法定原則的基本含義是“法無明文不為罪，法無明文不受罰”。還衍生了四個原則：排斥習慣法、否定絕對不定期刑、禁止事後法和禁止有罪類推。中國刑法第三條規定：“法律明文規定為犯罪行為的，依照法律定罪處刑；法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得定罪處刑。”依該原則的要求，在刑事司法活動中，司法人員應嚴格依法辦事，對於法律明文規定為犯罪行為的，應當依照法律規定準確定罪量刑，注意區分此罪與彼罪的界限；對於法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得依照行為後生效的法律定罪量刑，也不允許類推適用，對行為人追究刑事責任。

3.2 刑法面前人人平等原則

中國刑法第四條明確規定：“對任何人犯罪，在適用法律上一律平等。不允許任何人有超越法律的特權。”刑法面前人人平等，可以廣義的理解為包括立法平等和司法平等兩個方面，但這裏主要是司法平等。根據刑法面前人人平等原則，任何人犯罪，都應當受到法律的追究；同樣情節的犯罪人，在定罪處刑時應當平等；任何人不得享有超越法律規定的特權，不得因為犯罪人的特殊身份、地位不同而在定罪處罰上有所區別。要反對長期影響中國的封建特權思想，真正做到司法公正。

3.3 罪責刑相適應原則

罪責刑相適應的原則的基本含義是：犯罪的社會危害性程度的大小，是決定其刑事責任大小和刑罰輕重的依據。從立法上說，就是要罪刑相稱，即重罪重刑，輕罪輕刑；從司法上說，就是要罰當其罪，即重罪重判，輕罪輕判。同時也要考慮到犯罪人的個人情況以及人身危險性。因此，罪責刑相適應原則又稱為罪刑相適應原則或者罪刑均衡原則。中國刑法第五條規定：“刑罰的輕重，應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應。”這就是罪責刑相適應原則的立法表述，也是對該原則含義的揭示。

4. 刑法的效力範圍

刑法的效力範圍也就是刑法的適用範圍，包括刑法的空間效力和刑法的時間效力兩個方面。刑法的效力範圍，具體解決刑法在什麼地方和什麼時間對什麼人具有法律效力，應當適用刑法的問題。

4.1 刑法的空間效力

刑法的空間效力，是指刑法在什麼地方有效力和對什麼人有效力。

4.1.1 屬地管轄

刑法第6條第1款規定：“凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法。”具體包括中國的領陸、領水和領空。同時，根據國際條約和慣例，中國的船舶和航空器、中國駐外使領館都屬於中國領土的延伸，在上述兩種地方犯罪，同樣適用中國刑法。對於何為“在中國領域內犯罪”，刑法第6條第3款規定：“犯罪的行為或者結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，就認為是在中華人民共和國領域內犯罪。”對於何為“法律特別規定”，刑法11條作了回答：“享有外交特權和豁免權的外國人的刑事責任，通過外交途徑解決”；第90條規定“自治地方不能全部適用本法規定的，可以由自治區或者省的國家權力機關根據當地民族的政治、經濟、文化的特點和本法規定的基本原則，制定變通或補充規定，報請全國人民代表大會常務委員會批准施行”。對於作為特別行政區的香港和澳門，根據各自基本法的規定，適用各自的刑事法律。鑒於台灣的現實狀況，中國大陸的刑法典目前還無法在台適用。

4.1.2 屬人管轄

刑法第7條規定：“中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑罰為3年以下有期徒刑的，可以不予追究。”“中華人民共和國國家工作人員和軍人在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法。”

根據這一規定，中國公民在領域外犯罪的，無論按照當地的法律是否認為是犯罪或者是否受處罰，亦無論所犯罪行是輕是重，以及何種罪行，更不論其所犯罪行侵犯的是何國、何國公民的利益，原則上都適用中國刑法。只是按照中國刑法的規定，如果中國公民所犯之罪的法定最高刑罰為3年以下的，才可以不予追究。此外，刑法第10條規定，中國公民在中國領域外犯罪，依照中國刑法應當負刑事責任的，雖然經過外國審判，仍然可以依照中國刑法追究。但是，在外國已經受過刑罰的，可以免除或者減輕處罰。

4.1.3 保護管轄

刑法第8條規定：“外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪，而按本法規定的最低刑罰為3年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地的法律不受

處罰的除外。”前述規定表明，外國人在中國領域外犯罪，中國刑法亦有一定的管轄權，但這種管轄權受到一定條件的限制。該條規定亦適用於在中國領域外對中國或者中國公民犯罪的外國人。

4.1.4 普遍管轄

刑法第9條規定：“對於中華人民共和國締結或者參加的國際條約所規定的罪行，中華人民共和國在所承擔條約義務的範圍內行使刑事管轄權的，適用本法。”據此，只要屬於中國締結或參加的條約所規定的罪行，不論罪行發生於何地，罪犯屬於何國或無國籍，亦不論其罪行直接針對何國或其公民，只要罪犯處於中國的實際控制之下，中國便有權亦有義務在所承擔條約義務範圍內對其進行管轄，並適用中國的刑法。普遍管轄原則的確立，表明中國在懲治國際罪行、反對恐怖主義等方面履行國際義務的嚴正立場。

4.2 刑法的時間效力

刑法的時間效力，是指刑法的生效時間、失效時間，以及對刑法生效前所發生的行為是否具有溯及力的問題。

刑法的生效、失效時間易於把握，這裏只談一下溯及力問題。所謂刑法的溯及力，是指刑法生效以後，對其生效以前未經審判或者判決尚未確定的行為是否適用的問題。

刑法第12條對溯及力的問題採用了從舊兼從輕的原則，即對刑法生效前的行為原則上不適用（從舊），但如行為時的法律認為有罪而新法不認為有罪的，或者二者均認為有罪但新法罪輕的，適用新法（從輕）。

刑法第12條第2款規定：“本法施行以前，依照當時的法律已經作出的生效判決，繼續有效。”據此，只要判決已確定的，即使按新法該行為不為犯罪或處罰較輕，也不再更改判決，這是維護刑事判決嚴肅性與穩定性的需要。

5. 犯罪與犯罪的構成

5.1 犯罪概念與犯罪構成

5.1.1 犯罪的概念

刑法第13條規定：“一切危害國家主權、領土完整和安全，分裂國家、顛覆人民民主專政的政權和推翻社會主義制度，破壞社會秩序和經濟秩序，侵犯國有財產或者勞動群眾集體所有的財產，侵犯公民私人所有的財產，侵犯公民的人身權利、民主權利和其他權利，以及其他危害社會的行為，依照法律應當受到刑罰處罰的，都是犯罪，但是情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪。”這一定義是認定犯罪、劃分罪與非罪界限的基本依據。

5.1.2 犯罪的構成

犯罪構成，是指刑法所規定的，決定某一行為的社會危害性及其程度而為該行為構成犯罪所必需的一切主觀和客觀要件的總和。犯罪的構成和犯罪概念是兩個既有密切聯繫又有區別的概念。犯罪概念是犯罪構成的基礎，犯罪構成是犯罪概念的具體化，犯罪概念回答了什麼是犯罪，犯罪構成解決的是成立犯罪的具體標準、規格問題，是分清罪與非罪、此罪與彼罪界限的具體標準。

5.2 犯罪客體

犯罪客體，是指刑法所保護而為犯罪行為所侵犯的社會主義社會關係。犯罪客體是行為構成犯罪的必備要件之一。某種行為，如果沒有或者不可能危害任何一種刑法所保護的社會關係，就不可能構成犯罪。為更深刻地分析犯罪客體的作用和意義，通常將犯罪客體分為三種：一般客體、同類客體、直接客體。⁷

- (1) 犯罪的一般客體——指一切犯罪所共同侵犯的客體，亦即刑法所保護的社會主義社會關係的整體。犯罪的一般客體體現了一切犯罪的共性。
- (2) 犯罪的同類客體——指某一類犯罪所共同侵犯的客體，亦即刑法所保護的社會關係的某一部分或某一方面。中國刑法將犯罪分為十類，其主要依據即是犯罪的同類客體。
- (3) 犯罪的直接客體——指某一具體犯罪所直接侵犯的具體的社會關係。研究犯罪的直接客體，對於區分各種具體犯罪的界限，量刑中決定刑法的輕重，均具有重要的意義。例如被告人文某，先後四次攜帶鉗子等作案工具偷剪正在使用中的軍用、民用通訊電線共9千米，於欲再次行竊時被抓獲。對於此案，檢察機關以盜竊罪起訴，一審法院則以破壞通訊設施罪判決。剖析文某犯罪的直接客體，不難發現，其盜竊通訊電線所侵犯的乃是通訊之公共安全，而非屬於盜竊罪直接客體性質之公私財物的所有權，因而法院的定性是正確的。準確的把握了犯罪所侵犯的社會關係的性質。⁸

5.3 犯罪客觀方面

5.3.1 犯罪客觀方面概述

所謂犯罪客觀方面，是指刑法規定的犯罪活動的客觀外在表現。犯罪客觀方面的內容包括危害行為、危害結果、犯罪的時間、地點、方法等客觀事實。危害行為是一切犯罪的必備要件，危害結果等其他客觀事實則是選擇要件。

5.3.2 危害行為

犯罪首先是一種危害行為，犯罪的社會危害性正是首先由危害行為來反映的，沒有危害行為就不可能存在犯罪。危害行為在犯罪構成中處於核心地位。

危害行為的客觀表現雖然是多樣的，但理論上概括為作為和不作為兩種。作為的實施方式，既可以利用自己的身體實施，如拳打腳踢傷人；也可以利用工具、動物、自然力或利用他人實施，

如利用電腦犯罪、唆使惡犬咬人、醫生令不知情的護士為病人注射毒藥等。不作為指消極的行為，即應當履行某種特定義務而不去履行。比如，扳道員的責任就是按照規定扳道岔，假如沒有履行這一職責而使火車脫軌，就應當負責任；登山運動隊嚮導不認真履行自己的職責，在運動員登山時不予引路，致使隊員傷亡重大的，亦應負責任。

5.3.3 危害結果

所謂危害結果，是指危害行為對犯罪客體造成的實際損害。不同的犯罪中危害結果有着不同的意義。刑法規定的犯罪，多數要求有實際的危害結果，就其中的過失犯罪而言，如果沒有實際的危害結果則不成立犯罪，但也有的並不要求發生實際的危害結果，只要實施了刑法分則條文規定的某種行為（如侮辱罪、誹謗罪），或者實施了具有發生某種嚴重後果之危險的行為（如破壞交通工具罪、破壞交通設施罪），即構成犯罪。犯罪結果是區分罪與非罪、此罪與彼罪的重要標準之一，同時，危害結果對於區分犯罪形態、影響量刑亦有着重要的影響。

5.3.4 危害行為與危害結果之間的因果關係

所謂刑法意義上的因果關係，是指危害行為與危害結果之間的引起與被引起的關係。該種因果關係的特殊性表現為原因與結果的限定性，即原因只限定為危害行為，結果只限定為危害結果。危害行為是危害結果發生的原因，危害結果是危害行為造成的結果。因此，只有危害行為與危害結果之間存在效果意義上的因果關係，行為人才對危害結果承擔刑事責任。

5.4 犯罪的主體

犯罪主體是指實施了刑法所禁止的危害社會的行為並應承擔刑事責任的人。長期以來，中國刑法一直只將自然人作為犯罪主體，1997年刑法在總則第二章第四節以兩個條文規定了單位犯罪負刑事責任的範圍和對單位犯罪所採取的雙罰制，既對單位判處罰金，又對責任人員判處刑罰之原則，並進而在分則中具體規定了單位犯罪的罪種，實現了總則與分則相結合規定單位犯罪的立法模式。

自然人的刑事責任因年齡的不同而作區分，刑法第17條規定，不滿14周歲的人實施危害社會的行為，完全不須負刑事責任。年齡的起算從年滿14周歲之日起第二日計算。已滿14周歲不滿16周歲的人，犯故意殺人、故意傷害致人重傷或者死亡；強姦、搶劫、販賣毒品、放火、爆炸、投毒罪的，應當負刑事責任，犯除上述八種罪行以外的罪的，不以犯罪論處。故已滿14周歲不滿16周歲為相對刑事責任年齡。已滿16周歲的人犯罪，應當負刑事責任。對於已滿14周歲不滿18周歲的人犯罪，應當從輕或者減輕處罰。這是對未成年人從寬處罰的原則。

刑法除對刑事責任年齡作出規定外，還規定了刑事責任能力，即辨認和控制自己行為的能力。一個人只有具備刑事責任能力，法律才要求他對自己的行為負責任。刑法第18規定，精神病人在不能辨認或者控制自己行為的時候造成危害結果的，不負刑事責任，但是應當責令他的家屬或者監護人嚴加看管和醫療；在必要的時候，由政府強制醫療。間歇性精神病人在精神正常的時候犯罪，應當負刑事責任。尚未完全喪失辨認或者控制自己行為能力的精神病人犯罪的，應當負刑事責任，但可以從輕或者減輕處罰。醉酒的人犯罪，應當負刑事責任。又聾又啞的人犯罪，可

以從輕、減輕或者免除處罰。這些規定，一方面考慮到危害的性質，另一方面也考慮到人道的要求。

5.5 犯罪主觀方面

犯罪主觀方面，是指犯罪主體對自己行為及其危害結果所持的心理態度。犯罪主觀方面在區分罪與非罪、此罪與彼罪的界限以及量刑方面均具有重要作用。

5.5.1 犯罪故意

刑法第14條規定，犯罪的故意是指明知自己的行為會發生危害社會的結果，並且希望或者放任這種結果發生的一種心理態度。可分兩種：

- (1) 直接故意——指行為人明知自己的行為必然發生或者可能發生危害社會的結果，並且希望這種結果發生的心理態度。只要行為人對結果持希望態度，就是直接故意。例如，持槍近距離射擊他人頭部，必然發生死亡結果；舉槍在較遠距離射擊他人頭部，可能發生死亡結果。如果持槍人持希望的態度，均是直接故意。
- (2) 間接故意——指行為人明知自己的行為可能發生危害社會的結果，並且放任這種結果發生的態度。例如某人在茂密的森林草叢間吸煙，隨意將未滅的煙頭扔在枯草上，他認識到這可能引起大火燒毀森林，卻抱着無所謂的態度離去，該行為若造成危害結果，即是間接故意。

5.5.2 犯罪的過失

刑法第15條規定，犯罪過失是指應當預見自己的行為可能發生危害社會的結果，因為疏忽大意而沒有預見，或者已經預見而輕信能夠避免，以致發生這種結果的心理態度。過失也有兩種類型。

- (1) 疏忽大意的過失，即行為人應當預見自己的行為可能發生危害社會的結果，因為疏忽大意而沒有預見，以致發生這種結果的心理態度。應當預見是前提，沒有預見是事實，疏忽大意是原因。如某電影放映員與一趕車農民拉着電影膠片到農村放電影，時值隆冬，趕車人到達地點後即進屋內烤火，順手將電影膠片搬到爐火旁，放映員沒把膠片放好，就外出了，結果膠片受熱起火引燃了房屋。就趕車人來說，他不懂膠片方面的技術知識，所以難以預見其無意行為會造成什麼結果，但對放映員來說，他應該預見而沒有預見到該結果，故應承擔疏忽大意過失之責任。
- (2) 過於自信的過失，即行為人預見到自己的行為可能發生危害社會的結果，但輕信能夠避免，以致發生這種結果的心理態度。此類過失之成立，已經預見是事實，輕信能夠避免是行為人在已經預見到結果可能發生的同時還實施其行為的原因。例如，一個有經驗的汽車司機正驅車行駛，途中見前方有其好友某甲，司機為了和某甲開玩笑、嚇唬一下甲，有意將汽車緊貼甲身邊駛過。他預見到此種行為可能撞上甲，但他自恃技術高超，不致有危險，結果不小心將甲撞死。該司機對甲的死亡負過失致人死亡罪的刑事責任。

5.6 不可抗力和意外事件

刑法第16條規定，行為在客觀上雖然造成了損害結果，但不是出於故意或者過失，而是由於不能抗拒或者不能預見的原因所引起的，不是犯罪。中國刑法稱之為不可抗力和意外事件。例如，一農民趕馬車在公路上走，馬由於汽車鳴笛而受驚，儘管農民採取了各種措施仍沒能阻止馬車軋死人。此即為不可抗力，農民對此不負刑事責任。

5.7 犯罪形態

犯罪的形態，從縱向而言，有故意犯罪發展過程中的各種停止形態；從橫向而言，有共同犯罪形態，以及一罪與數罪形態。

5.7.1 故意犯罪過程中的停止形態

故意犯罪過程中的停止形態，是指在故意犯罪形成過程中，因主客觀原因而停下來各種形態。包括：

- (1) 犯罪既遂形態——指行為人故意實施的行為已經具備了構成某種犯罪的全部要件。犯罪既遂是唯一的犯罪完成形態。犯罪既遂主要有四種不同的類型：結果犯，指不僅具有犯罪構成客觀要件的行為，而且必須發生法定的犯罪結果。如故意殺人罪的犯罪結果就是他人的死亡，只有發生該結果才算既遂，因行為人意志以外的原因未發生死亡結果的為未遂。行為犯，即以法定的犯罪行為的完成作為既遂標誌的犯罪。這類犯罪並不要求造成物質性的、有形的犯罪結果，而是以行為的完成為標誌。危險犯，指行為人實施的危害行為造成法律規定的發生某種危害結果的危險狀態作為既遂標誌的犯罪。舉動犯，是指按照法律規定，行為人一經着手實行犯罪行為即告犯罪完成和完全符合犯罪構成要件。如傳授犯罪方法罪。
- (2) 犯罪預備形態——刑法第22條規定，為了犯罪，準備工具、製造條件的，是犯罪預備。由此可見，犯罪預備，從性質上講，一方面就是為犯罪的實行和完成創造便利條件的行為。另一方面，行為人並未着手犯罪的實行行為。即起限是行為人必須已經開始實施犯罪的預備行為；終限是行為人着手犯罪實行行為之前。
- (3) 犯罪未遂形態——刑法的23條規定，已經着手實行犯罪，由於犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。從該定義可以看出，犯罪未遂首先是指行為人開始實施分則中具體犯罪構成要件的行為。行為人在着手實行犯罪以後“未得逞”，即未達到既遂階段便停止下來。然而該停止的形成並非出於當事人的自願，而是由於犯罪分子意志以外的原因所致。
- (4) 犯罪中止形態——刑法第24條規定，在犯罪過程中，自動放棄犯罪或者自動有效地防止犯罪結果的發生的，是犯罪中止。構成犯罪中止，必須具備以下要件，一是時空性，即必須是在犯罪處於運動過程中而未形成任何停止狀態的情況下停止犯罪，這是犯罪中止成立的前提；二是自動性，即行為人必須是自動放棄犯罪；三是徹底性，指行為人徹底放棄了原來的犯罪。

5.7.2 共同犯罪形態

刑法第25條規定，兩人以上共同故意犯罪，構成故意犯罪。此處的兩人，可以是兩個自然人、兩個法人或自然人和法人的組合構成。共同犯罪的客觀要件，是指各犯罪人必須具有共同犯罪的行為，該行為可以是共同的作為、共同的不作為、作為與不作為的組合。共同犯罪的主觀要件，是指各共同犯罪人必須有共同的犯罪故意。所謂犯罪故意，是指各犯罪人通過意思聯絡，認識到他們的共同犯罪行為會發生危害社會的結果，並決意參加共同犯罪，希望或放任這種結果發生的心理狀態。

在認定共同犯罪時應注意下列情形：同時犯不是共同犯罪，各犯罪人沒有意思聯絡而在同時針對同一目標實施了同一犯罪行為，對於這種犯罪現象，應當以單獨犯罪分別論處。同時實施犯罪而故意內容不同，不構成共同犯罪，例如，甲、乙同時侵犯丙，甲出於傷害的故意，乙則出於殺人的故意，如果造成了死亡的結果，對甲、乙應分別定傷害罪和殺人罪。超出共同故意以外的犯罪，不構成共同犯罪。例如，甲、乙共同盜竊，竊取財物後，甲又強姦了婦女，甲、乙不構成強姦婦女罪的共犯。

根據在共同犯罪過程中的分工和結構形式，可以將共同犯罪分為任意共同犯罪和必要共同犯罪、事前有通謀的共同犯罪和事前無通謀的共同犯罪、簡單共同犯罪和複雜共同犯罪、一般共同犯罪和特殊共同犯罪等情形。在定罪量刑時，應根據其惡性程度和共同犯罪性質的不同，以及各共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用的不同予以綜合考慮，做到罰當其罪。

刑法第26條規定，主犯是指組織、領導犯罪集團進行犯罪活動或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪人，對於主犯，應當按照其所參與或者組織、指揮的全部犯罪處罰。從犯是指在共同犯罪中起次要作用或者輔助作用的犯罪人。對於從犯應當從輕、減輕或者免除處罰。脅從犯是指被脅迫參加共同犯罪的犯罪人，應注意的是如果行為人的身體完全受到外在的暴力強制，完全喪失了選擇行動的自由，則不構成脅從犯。對於脅從犯，應當按照其犯罪情節減輕或者免除處罰。教唆犯是指故意唆使他人犯罪的犯罪人，本人並不親自實行犯罪而故意唆使他人產生犯罪意圖並實行犯罪。對於教唆犯，應當按照其在共同犯罪中所起的作用處罰，教唆不滿18周歲的人犯罪的，應當從重處罰。教唆不滿14周歲的人或精神病患者實施危害社會行為的，對教唆者應當按單獨犯論處。這種情況在中國刑法理論上稱為間接正犯。

5.7.3 一罪與數罪形態

一罪與數罪，又稱罪數，是指犯罪的單數或者複數，它解決的是如何依法區分一罪與數罪的問題。中國刑法規定了數罪並罰制度，因此正確區分罪數事關重大。正確的區分一罪與數罪，只能以犯罪構成作為標準。根據犯罪構成理論，任何犯罪的成立，都必須是主觀和客觀要件的統一，因此，確認一罪與數罪，不能孤立地強調某一方面而忽視另一方面，而應從整體上來進行考慮。所以，凡是符合一個具體犯罪構成要件的就是一罪，凡是符合兩個以上具體犯罪構成要件的就是數罪。又具體分為實質的一罪、法定的一罪、處斷的一罪。

5.7.3.1 實質的一罪

- (1) 想像競合犯——指實施了一個行為而觸犯了數個罪名的犯罪形態。其特徵為：行為人只實施了一個行為，可以是故意或過失，該一個行為同時觸犯了數個罪名。⁹ 想像競合

犯雖然在形式上是數罪，但畢竟行為人只實施了一個犯罪行為，因而實質上是一罪。如，某甲意圖殺害某乙，晚上趁乙在文娛室和其他人圍看電視時，向乙扔去一顆炸彈，結果不但炸死了乙，而且還重傷了丙丁，炸壞了彩電，本案中，甲基於一個犯罪行為，觸犯了數個罪名：爆炸罪、故意殺人罪、故意傷害罪、故意毀壞財物罪，但只能作為一罪處理。通說認為，應當按照行為人所觸犯的數個罪名中法定刑中最重的一罪定罪量刑。¹⁰

- (2) 結果加重犯——指實施基本犯罪構成要件的行為，由於發生了法律規定的基本犯罪構成要件結果以外的加重結果，刑法對其規定了加重法定刑的犯罪形態。可以簡單的圖解為：結果加重犯=基本犯罪構成+加重結果。該行為客觀方面表現為實施了基本犯罪行為，發生了法定的加重結果，且基本犯罪行為與加重結果之間具有因果關係。須注意的是在基本犯為危險犯的場合，也可以成立結果加重犯。如非法拘禁致人重傷、死亡的場合，並不要求非法拘禁行為先成立結果犯。主觀方面表現為對基本犯罪行為和加重結果均有犯意。
- (3) 繼續犯——指犯罪既遂後，犯罪行為和不法狀態在一定時間內處於繼續狀態的犯罪形態。特徵在於：必須是只實行了一個犯罪行為；必須是在犯罪既遂以後，犯罪行為處於繼續狀態。例如，非法拘禁他人的行為一經成立，就是既遂，但在解除非法拘禁前，犯罪行為一直處於持續狀態。必須是犯罪行為和不法狀態同時繼續，如盜竊犯既遂後繼續佔有他人財物的，只是狀態犯而非繼續犯。犯罪行為必須持續一定的時間。如果行為一經實行即告終止，則繼續犯不成立。對於繼續犯，應當按照刑法分則規定的法定刑處罰。繼續時間的長短，是量刑的重要情節。

5.7.3.2 法定的一罪

- (1) 結合犯——指兩個以上獨立而罪名不同的犯罪行為，根據刑法分則的規定結合而成一種新罪的犯罪形態。其特徵是：必須是數個獨立的具體犯罪的結合，即數個行為均為刑法上規定的不同罪名的犯罪，如果是一個行為觸犯了數個罪名，則屬於想像競合犯，而不是結合犯。必須是數個獨立的具體犯罪結合成為一個新罪。數罪的結合是基於刑法分則的規定。至於結合的方式，有學者認為應是明示的結合，有認為可以是默示的結合。¹¹ 法律對此無明文規定。對於結合犯，應當按刑法分則條文規定的法定刑處罰，不得數罪並罰。
- (2) 慣犯——指以某種犯罪為常業，或者以犯罪所得為主要生活來源或揮霍來源，在較長時間內反覆實施同一或幾種犯罪，已養成犯罪惡習的犯罪人及其犯罪形態。現行刑法慣犯只有一種，即常業慣犯，如賭博罪的常業犯。其特徵為：在客觀上反覆實施一種或幾種犯罪行為，作案次數多，持續時間長，且多以犯罪為常業，或形成了犯罪的惡習。主觀上具有反覆犯罪的故意，主觀惡性深，較難改造。慣犯是本來的數罪，刑法上將其規定為一罪。因此，對慣犯直接按刑法分則的規定處罰，不實行同種數罪並罰。

5.7.3.3 處斷的一罪

- (1) 連續犯——指基於同一的或概括的犯罪故意，連續實施數個獨立構成犯罪的行為，觸犯同一罪名的犯罪形態。構成連續犯應具備下列條件：首先，必須具有連續實施的數個獨立的犯罪行為，這裏強調的是行為的連續，如某甲欲殺某乙、某丙，殺乙時被抓獲

判刑。刑滿釋放後，甲又將丙殺死，雖然是繼續以前的犯罪，但因前一行為已被判刑，後一行為只是單獨犯罪，不是連續犯。其次，必須基於同一的或概括的犯罪故意，即內容上和形式上完全或基本相同。再次，數個行為必須觸犯的是同一罪名。對於連續犯，應當按一罪從重處罰。

- (2) 牽連犯——指以實施某一犯罪為目的，其犯罪的方法或結果行為又觸犯其他罪名的犯罪形態。特徵：必須具有兩個以上性質不同的犯罪行為。如為了殺人而盜槍，盜竊後把人殺死，就是兩個行為，一個構成故意殺人罪，一個構成盜竊槍支罪。數個行為之間具有牽連關係，表現為：目的行為與方法行為的牽連，為了詐騙財物（目的行為）而偽造國家機關公文（方法行為），構成詐騙罪與偽造國家機關公文罪的牽連；目的行為與結果行為的牽連，如為了竊取財物（目的行為）盜掘古墓葬，盜掘後為湮滅罪跡又毀壞部分文物（結果行為），構成盜掘古墓葬罪與故意毀壞文物罪的牽連；複雜牽連，即在三個以上的犯罪行為中分別具有手段和目的、原因與結果的牽連關係，如為盜槍而侵入他人住宅是目的和手段（方法）的牽連，盜槍與私藏槍支是目的與原因（結果）的牽連。認定牽連關係應當堅持主客觀相統一的原則，只有當犯罪人對數個犯罪行為之間的關係有認識，在這種認識支配下實施了事實上具有目的與方法或結果行為之牽連關係的行為者，才能認為具有牽連關係。對於牽連犯，應當採取吸收原則，按法定刑最重的一罪論處，而不實行數罪並罰。
- (3) 吸收犯——指數個犯罪行為因一個被另一個吸收，因而失去獨立存在的意義，而僅按吸收的罪處斷犯罪形態。特徵：必須是數個犯罪行為，如果只有一個犯罪行為，就不存在成立吸收犯的前提。數行為之間必須具有吸收關係，一是重行為吸收輕行為，如非法製造槍支後予以私藏的，以非法製造槍支罪論處，私藏槍支的行為被吸收；主行為吸收從行為，教唆他人殺人，又向他人提供殺人工具，只以殺人罪的教唆犯論處，幫助行為即被吸收；實行行為吸收非實行行為（包括預備行為、幫助行為、教唆行為）。對於吸收犯，按吸收之罪處斷。

5.8 正當防衛與緊急避險

正當行為，亦稱排除犯罪性的行為，是指外觀上似乎構成犯罪，而實際上沒有社會危害性，因而不認為是犯罪的行為。¹²

5.8.1 正當防衛

5.8.1.1 正當防衛的概念和條件

刑法第30條規定，正當防衛，是指為了使國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利免受正在進行的不法侵害，而對不法侵害者所實施的制止不法侵害行為的、不明顯超過必要限度且不對不法侵害人造成重大損害的行為。¹³ 正當防衛成立必須具備下列條件：

首先，目的必須是為了保護合法利益。正當防衛之所以是正當合法行為，首先在於他的目的不是危害社會，而是為了保護國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利，即目的的正當性。因此，相互鬥毆和防衛挑撥，都不是正當防衛，構成犯罪，屬於故意犯罪。

其次，要有不法侵害行為的實際發生。所謂不法侵害，是指對法律所保護的國家、公共利益、本人或者他人的人身、財產和其他權利的侵害。不法侵害行為的實際發生，是正當防衛存在的前提條件，這也是正當防衛必要性的體現。它要求不法侵害必須是客觀實際發生的，而不是行為人主觀想像的。對客觀上並未發生而是行為人主觀想像的不法侵害實施防衛，造成他人傷亡的行為，是假想防衛，不是正當防衛。若行為人對損害結果的發生，主觀上存在過失，構成犯罪的，以過失犯罪論處；主觀上不存在過失，而是由於不能預見的原因引起的，屬於意外事件，依法不負刑事責任。

再次，不法侵害行為必須正在進行，且不能實行提前防衛和事後防衛。所謂不法侵害正在進行，是指不法侵害已經開始，尚未結束。“已經開始”，表現為已經逼近侵害物件、已經着手實行侵害、已經威脅到被害人的安全。例如，一個人正要舉槍殺某甲，即表明某甲之人身安全已受到威脅，對舉槍人即可進行防衛。對於犯罪預備行為一般不能實行正當防衛。但是，當預備行為本身又構成另一犯罪（如為殺人而盜槍），即可以進行正當防衛。

另外，必須針對不法侵害行為人本人實施。每個人應當、也只能對自己的行為負責。因此只有針對不法侵害行為人本人實施的防衛行為，才能是正當防衛。對實踐中出現的加害人為第三人的情形，應分別處理：第一，明知第三人不是不法侵害行為人而加害的，構成犯罪，以故意犯罪論處。第二，誤以為第三人是非法侵害行為人而加害的，屬於假象防衛——主觀上存在過失，構成犯罪的，以過失犯罪論處；主觀上不存在過失，而是由於不能預見的原因引起的，屬於意外事件，依法不負刑事責任。對於行為人利用動物或自然力進行犯罪的，可以認為是行為人的工具，而對之進行防衛。

最後，防衛行為不能明顯超過必要的限度致造成重大損害。如何理解正當防衛的必要限度？筆者認為，是指防衛行為足以有效地制止不法侵害所需要的限度。它可以小於、等於不法侵害的強度，也可以大於不法侵害的強度，但結合不法侵害的強度、緩急和防衛行為所要保護的合法權益的性質等進行綜合分析，防衛行為的強度不應過於懸殊地大於不法侵害。¹⁴ 刑法20條第2款規定，即使防衛行為超過必要限度，但不是“明顯”的超過，或者雖然明顯超過必要限度，但並沒有對不法侵害人造成重大損害的，均屬於正當防衛，而非防衛過當。另外20條第3款規定：“對正在進行行兇、殺人、搶劫、強姦、綁架以及其他嚴重危及人身安全的暴力犯罪，採取防衛行為，造成不法侵害人傷亡的，不屬於防衛過當，不負刑事責任。”這一規定可以稱為對暴力犯罪的無限防衛權，旨在鼓勵公民同具有嚴重社會危害性的暴力犯罪行為作鬥爭。

5.8.1.2 防衛過當及其刑事責任

防衛過當，是指防衛行為明顯超過必要限度，對不法侵害者造成了重大損害的行為。對於防衛過當的性質，筆者認為，在防衛過當的場合，行為人對於過當行為及其結果，主觀上不可能出於直接故意，因為正當防衛的目的與犯罪的目的，在一個人的頭腦中不可能同時並存。但主觀上存在間接故意和過失，則是可能的。

對於防衛過當的量刑，刑法第20條第3款規定，應當減輕或者免除處罰。這是因為，防衛過當雖然在本質上是犯罪行為，但它畢竟是以合法的防衛行為為前提的，只是由於防衛明顯超過必要的限度，才使防衛由正當變為過當。在處罰時，應綜合考慮行為人的防衛目的、過當程度、罪過形式、防衛行為所保護權益的性質等因素。

5.8.2 緊急避險

5.8.2.1 緊急避險的概念和特徵

刑法第21條規定，緊急避險，是指為了使法律所保護的權益免遭正在發生的危險，在迫不得已的情況下，所採用的損害另一較小的合法權益而保全較大的合法權益的行為。成立緊急避險，必須具備下列條件：首先，目的必須是為了保護合法利益。其次，必須有實際的危險發生。再次，必須是正在發生的危險。另外，必須是在不得已的情況下實施。另外，避險的物件，只能是第三者的合法權益。若是對不法侵害者的反擊保護合法權益，則是正當防衛而非緊急避險。最後，緊急避險行為所引起的損害必須小於所避免的損害。

除上述六個條件之外，根據刑法第21條第3款的規定，緊急避險的成立還有例外的限制，即為了避免本人所遭受的危險，不適用於職務上、業務上負有特定責任的人。因為這一類人本身負有同特定危險作鬥爭的義務，不允許他們以緊急避險為由臨陣脫逃。例如，消防隊員負有救火義務，他們不能以害怕燒傷為由，而逃避救火的義務。

5.8.2.2 避險過當及其刑事責任

避險過當，是指避險行為超過必要限度造成不應有的損害的行為。刑法規定，避險過當應負刑事責任。成立避險過當，一是行為人在客觀上實施了超過必要限度的避險行為，造成了合法權益不應有的損害；二是行為人主觀上對避險過當行為負有罪過。避險過當的罪過既可以是間接故意，也可以是過失，但不可能是直接故意。¹⁵

由於避險過當是以緊急避險為前提的，因而其目的仍然是為了保護合法權益免遭侵害，只是由於事出緊急，行為人對於避險的限度往往難以準確把握，所以才造成了不應有的損害，行為人的主觀惡性是較小的。因此刑法21條第二款規定，對於避險過當，應當減輕或者免除處罰。

6. 刑罰概說

6.1 刑罰的概念

刑罰，是刑法中明文規定的由國家審判機關依法對犯罪人所適用的限制或剝奪其某種權益的最嚴厲的法律制裁方法。刑罰作為一種法律的強制方法，特徵為：第一，刑罰只能適用於犯罪分子，而不能適用於只有一般違法行為的人，也不能適用於犯罪嫌疑人或者被告人。第二，刑罰是法律責任的承擔刑事中最為嚴厲的一種。它不僅可以完全剝奪犯罪分子的財產、政治權利和人身自由，而且還可以剝奪其生命。第三，刑罰只能由人民法院代表國家依照法定程序適用，其任何機關、團體和個人無權決定刑罰的適用。

6.2 刑罰的目的

刑罰的目的，是指國家制定刑法、適用刑罰和執行刑罰所希望達到的效果。刑法理論認為，刑罰的目的是通過懲罰與教育相結合，改造罪犯，預防犯罪。由於預防物件之不同，故又把刑罰的目的區分為特殊預防和一般預防。¹⁶

所謂特殊預防，是指防止犯罪人重新犯罪。刑罰是防止犯罪人重新犯罪的最重要的預防手段之一，但非唯一手段。刑法規定的各種刑種，除了死刑是剝奪人的生命外，其他大多數刑種或是通過剝奪或限制犯罪人自由，或是通過剝奪罪犯財產或一定資格來實現對犯罪人的特殊預防，使其棄舊圖新、改惡遷善。同時，對於極少數罪大惡極、不堪改造的犯罪分子適用和執行死刑，永遠剝奪其犯罪的能力，亦是一種最簡單、最有效的特殊預防方法，但以死刑為代價最為昂貴的特殊預防方法，在不得已情況下才能用之。

所謂一般預防，就是警戒社會不穩定分子，防止他們走上犯罪道路。國家通過公佈刑法、適用刑罰，不僅直接懲罰了犯罪分子，預防其重新犯罪，而且對社會上不穩定分子也起到了警戒和抑制作用，使他們不敢輕舉妄動、以身試法，這就是用刑罰的威力震懾有可能犯罪的人，促使他們及早醒悟，消除犯罪意念，不重蹈犯罪分子的覆轍，從而預防了犯罪的發生。

6.3 刑罰的體系和種類

所謂刑罰的體系，是指刑法所規定的各種刑罰方法構成的統一體。根據中國刑法的有關規定，刑罰分為主刑和附加刑兩類。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑和死刑五種。附加刑包括罰金、剝奪政治權利和沒收財產三種，對外國人還可以獨立適用或附加適用驅逐出境。

6.3.1 主刑

主刑是對犯罪分子適用的主要刑罰方法，其特點是只能獨立適用，而不能附加適用，對於一個犯罪分子，只能適用一個主刑，而不能同時判處兩個主刑。

- (1) 管制——指對罪犯不予關押，但限制其一定自由，交由公安機關和群眾監督改造的刑罰方法，是最輕的主刑。它適用於罪行較輕的犯罪分子。根據刑罰第39條的規定，被判處管制的犯罪分子，在執行期間，應當遵守下列規定：遵守法律、行政法規，服從監督；未經執行機關批准，不得行使言論、出版、集會、結社、遊行、示威自由的權利；按照執行機關規定報告自己的活動情況；遵守執行機關關於會客的規定；離開所居住的市、縣或者遷居，應當報經執行機關批准。對於被判處管制的犯罪分子，在勞動中應當同工同酬。管制的期限，為三個月以上二年以下。數罪並罰時最高不得超過三年。管制的刑期，從判決執行之日起計算；判決執行以前先行羈押的，羈押一日折抵刑期二日。被判處管制的犯罪分子，由公安機關執行。被判處管制的犯罪分子，管制期滿，執行機關應即向本人和其所在單位或者居住地的群眾宣佈解除管制。如果原來附加剝奪政治權利的，還應當同時宣佈恢復政治權利。
- (2) 拘役——剝奪罪犯的短期的人身自由，就近關押並強制實行勞動改造的刑罰方法。它是介於管制與有期徒刑之間的一種較輕的刑罰，只適用於罪行較輕、但仍需短期關押改造的犯罪分子。拘役的期限，為一個月以上六個月以下。數罪並罰時不得超過一年。

被判處拘役的犯罪分子，由公安機關就近執行。在執行期間，被判處拘役的犯罪分子每月可以回家一天至兩天；參加勞動的，可以酌量發給報酬。拘役的刑期，從判決執行之日起計算；判決執行以前先行羈押的，羈押一日折抵刑期一日。

- (3) 有期徒刑——剝奪犯罪分子一定期限的人身自由，關押並強制勞動改造的刑罰方法，是刑法適用範圍最廣泛的一種刑罰，在刑罰體系中佔有極為重要的地位。根據刑法規定，有期徒刑的期限，為六個月以上15年以下。數罪並罰時最高不能超過20年。有期徒刑的刑期，從判決執行之日起計算；判決執行以前先行羈押的，羈押一日折抵刑期一日。被判處有期徒刑的犯罪分子，在監獄或者其他執行場所執行；凡有勞動能力的，都應當參加勞動，接受教育和改造。
- (4) 無期徒刑——剝奪犯罪分子終身自由，關押並強制勞動改造的刑罰方法，是僅次於死刑的一種嚴厲的刑罰。被判處無期徒刑的犯罪分子，在監獄或者其他執行場所執行；凡有勞動能力的，都應當參加勞動，接受教育和改造。
- (5) 死刑——剝奪犯罪分子生命的刑罰方法，刑罰對死刑的適用條件作了嚴格的限制。在適用範圍上，死刑只適用於罪行極其嚴重的犯罪分子。在適用對象上，犯罪時候不滿18周歲的人和審判的時候懷孕的婦女，不適用死刑。在核准程序上，死刑除依法由最高人民法院判決的以外，都應當報請最高人民法院核准。死刑緩期執行的，可以由高級人民法院判決或者核准。在執行制度上，對於應當判處死刑的犯罪分子，如果不是必須立即執行的，可以判處死刑同時宣告緩期二年執行。死刑的緩刑執行制度，為盡可能地減少死刑的實際執行提供了條件。為保證死緩制度的正確執行，刑法規定，死刑緩期執行的，可以由高級人民法院判決或者核准。

6.3.2 附加刑

附加刑，是補充主刑適用的刑罰方法。它既能獨立適用又能附加適用。

- (1) 罰金——法院判處犯罪的自然人或者單位向國家繳納一定數額金錢的刑罰方法。對於罰金的數額，法律並未具體規定。判處罰金，應當根據犯罪情節決定罰金的數額。不過對於某些經濟犯罪，分則中規定了一定的罰金比例。罰金在判決指定的期限內一次或者分期繳納。期滿不繳納的，強制繳納。對於不能全部繳納罰金的，人民法院在任何時候發現被執行人有可以執行的財產，應當隨時追繳。如果由於遭遇不能抗拒的災禍，致繳納確實有困難的，可以酌情減少或者免除。
- (2) 剝奪政治權利——剝奪犯罪分子參加國家管理和政治活動權利的刑罰。根據刑法規定是指剝奪下列政治權利：選舉權和被選舉權；言論、出版、集會、結社、遊行、示威自由的權利；擔任國家機關職務的權利；擔任國有公司、企業、事業單位和人民團體領導職務的權利。剝奪政治權利可以單獨適用也可以附加適用。對於危害國家安全的犯罪分子應當附加剝奪政治權利；對於故意殺人、強姦、放火、爆炸、投毒、搶劫等嚴重破壞社會秩序的犯罪分子，可以附加剝奪政治權利。對於被判處死刑、無期徒刑的犯罪分子，應當剝奪政治權利終身。剝奪政治權利的期限因主刑期限的長短而有所不同並隨主刑執行的情況而作適當變動。
- (3) 沒收財產——將犯罪分子個人所有財產的一部分或者全部強制無償地收歸國有的刑罰方法。沒收財產是沒收犯罪分子個人所有財產的一部分或者全部。沒收全部財產的，應當對犯罪分子個人及其扶養的家屬保留必需的生活費用。在判處沒收財產的時

候，不得沒收屬於犯罪分子家屬所有或者應有的財產。沒收財產以前犯罪分子所負的正當債務，需要以沒收的財產償還的，經債權人請求，應當償還。

- (4) 驅逐出境——強迫犯罪的外國人離開中國國（邊）境的刑罰方法。對於犯罪的外國人，可以獨立適用或者附加適用驅逐出境。驅逐出境只適用於犯罪的外國人，不適用於犯罪的本國人，不具有普遍適用的性質。

6.3.3 刑罰裁量

6.3.3.1 刑罰裁量的概念

刑罰裁量，通稱量刑，是指法院依據刑事法律，在認定行為人的行為構成犯罪的基礎上，確定對該犯罪人是否判處刑罰、判處何種刑罰以及判處多重的刑罰，並決定刑罰是否立即執行的刑事司法活動。

6.3.3.2 刑罰裁量的原則

對於犯罪分子決定刑罰的時候，應當根據犯罪的事實、犯罪的性質、情節和對於社會的危害程度，依照本法的有關規定判處。依此規定，中國刑罰的裁量原則會概括為：“以犯罪事實為依據，以刑法為準繩。”

根據不同的標準，可以對刑罰的裁量情節作以下不同層次的分類：一是法定情節與酌定情節，前者是刑法明文規定在量刑時應當予以考慮的情節；後者是刑法未作明文規定，僅是根據刑事立法的精神和有關刑事政策，由審判經驗中總結出來的，在刑罰裁量時應當靈活掌握、酌情適用的情節。包括犯罪動機、手段、時間、地點、侵害的對象、損害的結果等。二是從寬情節與從嚴情節，前者是指對犯罪人的量刑結果具有從寬作用或者會使犯罪人受到從寬處罰的情節，從嚴情節，是指對犯罪人的量刑結果具有從嚴作用或者會使犯罪人受到從嚴處罰的情節。三是應當情節和可以情節，前者是指在量刑時必須要考慮的情節，審判人員無自由斟酌的權利；後者是許可性或授權性規定，審判人員有權根據案件的具體情況決定其是否對量刑產生影響。四是單功能情節與多功能情節，前者對量刑的影響僅有一種可能性或只具有單一功能的情節，後者是對聯繫的影響具有兩種以上可能性或者具有兩種以上功能的量刑情節。例如對於累犯，應當從重處罰，此種情況便屬於前者；對於未遂犯，可以比照既遂犯以從輕或者減輕處罰，此種情況屬於後者。

6.3.3.3 刑罰裁量制度

- (1) 累犯——累犯是指因犯罪而受到過一定的刑罰處罰，在刑罰執行完畢或者赦免以後，於法定期限內又犯一定之罪的罪犯。刑法規定了一般累犯和特殊累犯兩種。
- 被判處有期徒刑以上刑罰的犯罪分子，刑罰執行完畢或者赦免以後，在五年以內再犯應當判處有期徒刑以上刑罰之罪的，是累犯。其構成要件為：前罪與後罪都是故意犯罪；前罪被判處有期徒刑以上刑罰，後罪亦應當被判處有期徒刑以上刑罰；後罪發生在前罪的刑罰執行完畢或者赦免後五年之內。
- 刑法規定特別的累犯是，危害國家安全的犯罪分子在刑罰執行完畢或者赦免以後，在任何時候再犯危害國家安全罪的，都以累犯論處。其構成要件是：前罪與後罪必須均

為危害國家安全罪；前罪被判處的刑法和後罪所判處的刑法的種類及其輕重不受限制；前罪的刑罰執行完畢或者赦免以後任何時候再犯危害國家安全罪，都構成危害國家安全罪的累犯。對於累犯，應當從重處罰。

- (2) 自首與立功——自首，是指犯罪分子在犯罪以後，自動投案，如實供述自己的罪行的行為。所謂自動投案，是指犯罪事實或者犯罪嫌疑人未被司法機關發覺，或雖被發覺，但犯罪嫌疑人尚未受到訊問、未被採取強制措施時主動、直接向公安機關、人民檢察院、人民法院投案。被採取強制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如實供述司法機關還未掌握的本人其他罪行的，以自首論。但犯罪嫌疑人自動投案後又逃跑的，不能認定為自首。所謂如實供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自動投案後，如實交待自己的主要犯罪事實，犯數罪只供述其中一罪的，只對其供述的一罪以自首論。對於自首的犯罪分子，可以從輕或者減輕處罰。其中，犯罪較輕的，可以免除處罰。據此，對於自首犯應分別不同的情況予以從寬處罰。

立功，是指犯罪分子有揭發他人犯罪行為，查證屬實，或者提供重要線索，從而得以偵破其他案件等表現的情形。犯罪分子有揭發他人犯罪行為，查證屬實的，或者提供重要線索，從而得以偵破其他案件等立功表現的，可以從輕或者減輕處罰；有重大立功表現的，可以減輕或者免除處罰。犯罪後自首又有重大立功表現的，應當減輕或者免除處罰。

立功與自首沒有必然的聯繫。換言之，有些犯罪人有立功表現，但未必是自首犯。

- (3) 數罪並罰——數罪並罰，是指法院對一行為人在法定時間界限內所犯數罪分別定罪量刑後，按照法定的並罰原則及刑期計算方法決定其應執行的刑罰的制度。

刑法確立了以限制加重原則為主，以吸收原則和並科原則為補充的數罪並罰的基本原則。判決宣告的數個主刑除死刑和無期徒刑外，應當在總和刑期以下、數刑中最高刑期以上，酌情決定執行的刑期，但是管制最高不能超過三年，拘役最高不能超過一年，有期徒刑最高不能超過20年。無期徒刑和死刑採取吸收原則，其中的附加刑仍須執行。這是針對判決宣告前一人犯數罪的並罰規則。

對於判決宣告以後，刑罰執行完畢以前，發現被判刑的犯罪分子在判決宣告以前還有其他罪沒有判決的，應當對新發現的罪作出判決，把前後兩個判決所判處的刑罰，依照本法第69條的規定，決定執行的刑罰。已經執行的刑期，應當計算在新判決決定的刑期以內。即前一判決已經執行的刑期，應當從前後兩個判決所判處的刑罰合併而決定執行的刑期中扣除。此種計算刑期的方法被稱為“先並後減”。

判決宣告以後，刑罰執行完畢以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，應當對新犯的罪作出判決，把前罪沒有執行的刑罰和後罪所判處的刑罰，依照本法第69條的規定，決定執行的刑罰。即先應從前罪判決決定執行的刑罰中減去已經執行的刑罰，然後將前罪未執行的刑罰與後罪所判處的刑罰並罰，故這種計算刑期的方法被稱為“先減後並”。

- (4) 緩刑——緩刑是法院在對犯罪人判處刑罰後，又附條件的不執行原判刑罰的一種刑罰制度。對於被判處拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根據犯罪分子的犯罪情節和悔罪表現，可以規定一定的考驗期，暫緩其刑罰的執行。若被判刑的犯罪人在考驗期內不再犯新罪，原判刑罰就不再執行。緩刑不是刑種，而是刑罰具體運用的一種制度。

緩刑的適用應同時具備以下條件：犯罪人被判處拘役、三年以下有期徒刑的刑罰，因為此類犯罪分子惡性程度較輕，社會危害性較小。根據犯罪分子的犯罪情節和悔罪表現，認為適用緩刑確實不致再危害社會的，這是適用緩刑的實質條件。最後，犯罪人必須不是累犯。由於累犯主觀惡性較深，有再犯之虞，適用緩刑難以防範其再犯新罪。

對於不同的刑罰，規定了不同考驗期間，拘役的緩刑考驗期限為原判刑期以上一年以下，但是不能少於二個月。有期徒刑的緩刑考驗期限為原判刑期以上五年以下，但是不能少於一年。緩刑考驗期限，從判決確定之日起計算。

被宣告緩刑的犯罪分子，應當遵守下列規定：遵守法律、行政法規，服從監督；按照考察機關的規定報告自己的活動情況；遵守考察機關關於會客的規定；離開所居住的市、縣或者遷居，應當報經考察機關批准。

緩刑考驗的結果，被宣告緩刑的犯罪分子，在緩刑考驗期限內，沒有再犯新罪也沒有其他違反法律規定的情形的，緩刑考驗期滿，原判的刑罰就不再執行，並公開予以宣告。如果在緩刑考驗期限內犯新罪或者發現判決宣告以前還有其他罪沒有判決的，應當撤銷緩刑，對新犯的罪或者新發現的罪作出判決，把前罪和後罪所判處的刑罰，依刑法規定數罪並罰。如果被宣告緩刑的犯罪分子，在緩刑考驗期限內，違反法律、行政法規或者國務院公安部門有關緩刑的監督管理規定，情節嚴重的，應當撤銷緩刑，執行原判刑罰。

6.3.4 刑罰執行與刑罰消滅

- (1) 減刑——對被判處管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑的犯罪分子，由於其在執行期間，如果認真遵守監規，接受教育改造，確有悔改表現，或者有立功表現，而適當減輕其原判刑罰的制度。根據刑法的規定，適用減刑應符合下列條件：犯罪人被判處的刑罰為管制、拘役、有期徒刑、無期徒刑。犯罪人在執行期間，確有悔改或者有立功表現。減刑須有一定的限度，減刑以後實際執行的刑期，判處管制、拘役、有期徒刑的，不能少於原判刑期的二分之一；判處無期徒刑的，不能少於十年。減刑須遵守一定的程序，對於犯罪分子的減刑，由執行機關向中級以上人民法院提出減刑建議書。人民法院應當組成合議庭進行審理，對確有悔改或者立功事實的，裁定予以減刑。非經法定程序不得減刑。
- (2) 假釋——對被判處有期徒刑、無期徒刑的罪犯，在執行一定的刑期之後，確有悔改表現，不致再危害社會，而附條件的將其予以提前釋放的制度。根據刑法及相關解釋的規定，假釋的適用應當符合下列條件：適用的物件只能是被判處有期徒刑、無期徒刑的罪犯。必須是已經執行了一定時期的刑罰，被判處有期徒刑的犯罪分子，執行原判刑期二分之一以上，被判處無期徒刑的犯罪分子，實際執行十年以上，才可適用假釋。必須認真遵守監規，接受教育改造，確有悔改表現，不致再危害社會的。必須不是累犯也不是因殺人、爆炸、搶劫、強姦、綁架等暴力性犯罪被判處十年以上有期徒刑、無期徒刑的犯罪分子。必須遵守法定的程序，該程序與減刑適用相同的程序。

對於假釋，法律規定一定期間的考驗期，有期徒刑的假釋考驗期限，為沒有執行完畢的刑期；無期徒刑的假釋考驗期限為十年。假釋考驗期限，從假釋之日起計算。

被假釋的犯罪分子，在假釋考驗期限內，由公安機關予以監督，如果沒有違反法律、法規行為，規定的情形的，假釋考驗期滿，就認為原判刑罰已經執行完畢，並公開予以宣告。

被假釋的犯罪分子，在假釋考驗期限內犯新罪，應當撤銷假釋，把前罪沒有執行的刑罰和後罪所判處的刑罰依刑法第71條的規定實行數罪並罰。

在假釋考驗期限內，發現被假釋的犯罪分子在判決宣告以前還有其他罪沒有判決的，應當撤銷假釋，依照刑法第70條的規定實行數罪並罰。

被假釋的犯罪分子，在假釋考驗期限內，有違反法律、行政法規或者國務院公安部門有關假釋的監督管理規定的行為，尚未構成新的犯罪的，應當依照法定程序撤銷假釋，收監執行未執行完畢的刑罰。被假釋犯罪人的附加刑仍須執行。

7. 時效

7.1 時效的概念和種類

刑法的時效，是指刑法規定的關於刑事追訴權和刑法執行權在一定時期內有效的制度。時效分為追訴時效和行刑時效兩種，追訴時效，是指依法對犯罪人追究刑事責任的有效期限。行刑時效，是指法律規定對被判處刑法的犯罪人執行刑罰的有效期限。中國刑法未規定行刑時效。

7.2 追訴時效的期限

刑法規定，犯罪經過下列期限不再追訴：法定最高刑罰為不滿五年有期徒刑的，經過五年；法定最高刑罰為五年以上不滿十年有期徒刑的，經過十年；法定最高刑罰為十年以上有期徒刑的，經過十五年；法定最高刑罰為無期徒刑、死刑的，經過二十年。如果二十年以後認為必須追訴的，須報請最高人民檢察院核准。

7.3 追訴時效的計算

關於追訴時效的計算，刑法規定，追訴期限從犯罪之日起計算；犯罪行為有連續或者繼續狀態的，從犯罪行為終了之日起計算。所謂犯罪之日，應理解為犯罪成立之日。對行為犯應從犯罪行為事實之日起計算；對結果犯應從犯罪結果發生之日起計算；對結果加重犯應從嚴重後果發生之日起計算。在人民檢察院、公安機關、國家安全機關立案偵查或者在人民法院受理案件以後，逃避偵查或者審判的，不受追訴期限的限制。被害人在追訴期限內提出控告，人民法院、人民檢察院、公安機關應當立案而不予立案的，不受追訴期限的限制。這在刑法理論上稱為時效延長。

7.4 赦免

赦免，是指國家元首或者國家最高權力機關，以命令形式免除或者減輕犯罪人罪責或刑罰的一種制度。分為大赦和特赦兩種。大赦，是指國家對不特定多數犯罪人的赦免。其效力及於罪與刑兩方面，即對其先前行為不再認為是犯罪。特赦是指國家對特定的犯罪人的赦免，這種赦免只赦其刑，不赦其罪。中國刑法所規定的赦免，指的僅是特赦。

註釋

1. 參見高銘暄：《刑法學原理》（第一卷），北京：中國人民大學出版社1993年版，第415頁。
2. 參見韓忠諫：《刑法原理》，台灣1981年版，第1-2頁。
3. 《說文解字》。
4. 《爾雅·釋詁》。
5. 參見高銘暄主編：《中華人民共和國刑法的孕育和誕生》，北京：法律出版社1981年版，第4頁。
6. 參見高銘暄主編：《刑法原理與實務》，北京：高等教育出版社1996年版，第3頁。
7. 參見高銘暄主編：《刑法學》，北京：中央廣播電視大學出版社1993年版，第111頁。
8. 參見趙秉志主編：《刑法案例評析》，北京：法律出版社1996年8月版，第23-24頁。
9. 參見高銘暄主編：《新中國刑法學研究綜述》，鄭州：河南人民出版社1986年版，第380-381頁。
10. 參見高銘暄主編：《刑法學原理》（第二卷），北京：中國人民大學出版社1993年版，第531-536頁。
11. 參見董偉著：《犯罪形態通論》，北京：法律出版社1994年版，第327頁。
12. 參見趙秉志、郝興旺、顏茂昆、肖中華：《中國刑法修改若干問題研究》，載《法學研究》1996年第5期，北京。
13. 參見趙秉志主編：《新刑法教程》，北京：中國人民大學出版社1997年版，第250頁。
14. 參見趙秉志、吳振興主編：《刑法學通論》，北京：高等教育出版社1993年版第276-279頁。
15. 參見趙秉志、鮑遂獻著：《現代刑法學》，長沙：湖南師範大學出版社1995年版，第186-187頁。
16. 參見高銘暄主編：《刑法學原理》（第3卷），北京：中國人民大學出版社1994年版，第61頁。

5. 刑法罪行分論

王俊民

1.	危害國家安全罪	106
1.1	危害國家安全罪概念及特徵	106
1.2	危害國家安全罪的主要犯罪	106
2.	危害公共安全罪	108
2.1	危害公共安全罪的概念及特徵	108
2.2	危害公共安全罪的主要犯罪	108
3.	破壞社會主義市場經濟秩序罪	111
3.1	破壞社會主義市場經濟秩序罪概念及特徵	111
3.2	破壞社會主義市場經濟秩序罪的主要犯罪	114
4.	侵犯公民人身權利、民主權利罪	114
4.1	侵犯公民人身權利、民主權利罪概念及特徵	114
4.2	侵犯公民人身權利、民主權利罪的主要犯罪	114
5.	侵犯財產罪	117
5.1	侵犯財產罪概念及特徵	117
5.2	侵犯財產罪的主要犯罪	117
6.	妨害社會管理秩序罪	119
6.1	妨害社會管理秩序罪概述	119
6.2	妨害社會管理罪的主要犯罪	120
7.	危害國防利益罪	122
7.1	危害國防利益罪概念及特徵	122
7.2	危害國防利益罪的主要犯罪	122
8.	貪污賄賂罪	123
8.1	貪污賄賂罪概念及特徵	123
8.2	貪污賄賂罪的主要犯罪	123
9.	瀆職罪	127
9.1	瀆職罪概念及特徵	127
9.2	瀆職罪的主要犯罪	127
10.	軍人違反職責罪	129
10.1	軍人違反職責罪概念及特徵	129
10.2	軍人違反職責罪的主要犯罪	129

1. 危害國家安全罪

1.1 危害國家安全罪概念及特徵

危害國家安全罪，是指危害中華人民共和國國家利益和安全的行為。這是刑法規定的危害最為嚴重的一類犯罪。危害國家安全罪的特徵：首先，這類犯罪所侵犯的客體是人民民主專政的政權和社會主義制度。對國家政權和社會制度的侵害，事實上侵害的是國家安全。其次，這類犯罪的客觀方面，表現為實施了危害國家安全的各種犯罪行為。只有危害國家安全的思想活動，並沒有事實這種行為，不構成該罪。再次，危害國家安全罪的行為，不一定要要求都要有危害結果，有的只要有着手策劃的犯罪行為，就構成犯罪既遂。另外，這類犯罪的主體多為一般主體，也有少數是特殊主體。不論是中國人、外國人或無國籍人，只要達到法定年齡，具有責任能力，都可以成為這類犯罪的主體，但也有些特殊的主體，如背叛國家罪的主體必須是具有中國國籍的公民等。這類犯罪的主觀方面出自直接故意，過失不能構成該類犯罪。

1.2 危害國家安全罪的主要犯罪

刑法第102條至第112條規定危害國家安全罪的具體罪名共有12個，分別是背叛國家罪，分裂國家罪，煽動分裂國家罪，武裝叛亂、暴亂罪，顛覆國家政權罪，煽動顛覆國家政權罪資助危害國家安全罪活動罪，投敵叛變罪，叛逃罪，間諜罪，為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報罪，資敵罪等。擇其中數罪，簡介如下：

1.2.1 背叛國家罪

背叛國家罪，是指勾結外國，危害中華人民共和國的主權、領土完整和安全，出賣國家利益的行為。該罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體只能是中國公民，外國人、無國籍人不能單獨構成本罪，但可以成為本罪的共犯。一般來說，只有擔任國家重要公職或者掌握國家主要權力的人，才有可能實施危害國家安全的行為，當然不排除在特殊情況下普通公民也可以實施該行為。
- (2) 主觀方面只能出於故意，並且具有危害國家主權、領土完整和安全的犯罪目的。至於出於什麼動機，並不影響本罪的成立。
- (3) 本罪侵犯的是國家主權、領土完整和安全。這是本罪被列在危害國家安全罪之首的依據。
- (4) 客觀方面表現為各種勾結外國、危害國家主權、領土完整和安全的行為。該行為包括與外國簽訂喪權辱國的條約，勾結外國對外國發動戰爭，挑起國際爭端，割讓國家領土等。

犯該罪的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對國家和人民危害特別嚴重、情節特別惡劣的，可以判處死刑。對犯罪人應當附加剝奪政治權利，並可以處沒收財產。

1.2.2 間諜罪

間諜罪，是指參加間諜組織或者接受間諜組織及其代理人的任務，或者為敵人指示轟擊目標危害國家安全的行為。主要特徵是：

- (1) 本罪侵犯的客體是國家安全——這裏的國家安全，是狹義的，即與本罪行為有關的安全。
- (2) 本罪的客觀方面是必須實施了間諜行為——所謂間諜行為，一是參加間諜組織或者接受間諜組織及其代理人的間諜活動任務；二是為敵人指示轟擊目標。
- (3) 本罪的主體是一般主體，可以是中國公民，也可以是外國人或無國籍人。
- (4) 本罪的主觀方面只能是出於故意。

犯該罪的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑；情節較輕的，處三年以上十年以下有期徒刑；對國家和人民危害特別嚴重、情節特別惡劣的，可以判處死刑。對犯罪人應當附加剝奪政治權利，並可以處沒收財產。

1.2.3 為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報罪

該罪是指為境外的機構、組織、人員竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報的行為。本罪的特徵是：

- (1) 客觀方面，表現為具有為境外的機構、組織、人員竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報的行為。
- (2) 本罪的對象，是國家秘密或者情報。無論是哪級國家秘密，都可成為本罪的對象。
- (3) 本罪的主體，必須是境外機構、組織、個人和與其相勾結的境內組織、個人。
- (4) 本罪的主觀方面，必須是故意犯罪，以及明知是國家秘密或情報而故意为境外機構、組織和個人竊取、刺探、收買或非法提供。至於行為人出於何種目的和動機，在所不論。

該罪與間諜罪的區別在於：間諜罪必須是為境外敵對勢力提供情報；而為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報罪則不要求必須是為境外敵對勢力提供國家秘密或情報，如為境外某財團提供屬於國家秘密的經濟情報，危害國家安全的，也可以構成本罪。例如，被告人吳某，為新華通訊社編輯，1992年3月，被告人與前來北京採訪七屆人大會議新聞的香港記者梁某相識。梁某唆使吳某搜集中共十四大報告稿。吳某於同年10月4日上午，利用工作之便，將江總書記的講話（絕密件）送審稿私自錄音一份非法提供給梁。該案中被告人吳某犯的是為境外竊取、刺探、收買、非法提供國家秘密、情報罪，而不是間諜罪。

犯該罪的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑；情節較輕的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。

2. 危害公共安全罪

2.1 危害公共安全罪的概念及特徵

危害公共安全罪，是指故意或者過失地實施危害或足以危害不特定多數人的生命、健康或者重大公私財產安全的行為。危害公共安全罪侵犯的客體是社會的公共安全。所謂公共安全，是指不特定多數人的生命、健康和最重大公私財產的安全。客觀方面表現為實施危害公共安全的行為，既包括已經造成實際的損害結果，也包括雖未造成實際的損害結果，但卻足以危害不特定多數人的生命、健康和重大公私財產的安全。犯罪的主體多為一般主體，少數是特殊主體。這類犯罪的客觀方面，既有故意，也有過失。

2.2 危害公共安全罪的主要犯罪

刑法第114條至第139條規定的危害公共安全罪，共包括七個方面的犯罪，有42個罪名。放火罪，決水罪，爆炸罪，投毒罪，以危險方法危害公共安全罪，失火罪，過失決水罪，過失爆炸罪，過失投毒罪，過失以危險方法危害公共安全罪，破壞交通工具罪，破壞交通設施罪，破壞電力設備罪，破壞易燃易爆設備罪，過失損壞交通工具罪，過失損壞交通設施罪，過失損壞電力設備罪，過失損壞易燃易爆設備罪，組織、領導、參加恐怖組織罪，劫持航空器罪，劫持船隻、汽車罪，暴力危及飛行安全罪，破壞廣播電視設施、公用電信設施罪，過失損壞廣播電視設施、公用電信設施罪，非法製造、買賣、運輸、郵寄、儲存槍枝、彈藥、爆炸物罪，非法買賣、運輸核材料罪，違規製造、銷售槍枝罪，盜竊、搶奪槍枝、彈藥、爆炸物罪，搶劫槍枝、彈藥、爆炸物罪，非法持有、私藏槍枝、彈藥罪，非法出租、出借槍枝罪，丟失槍枝不報罪，非法攜帶槍枝、彈藥、管制刀具、危險物品危及公共安全罪，重大飛行事故罪，鐵路運營安全事故罪，交通肇事罪，重大責任事故罪，重大勞動安全事故罪，危險物品肇事罪，工程重大安全事故罪，教育設施重大安全事故罪，消防責任事故罪等。擇其中數罪簡介如下：

2.2.1 放火罪

放火罪，是指故意放火，燒毀公私財物，嚴重危害公共安全的犯罪行為。放火罪有以下特徵：

- (1) 侵犯的客體，是社會公共安全。
- (2) 客觀方面，表現為行為人實施了危害公共安全或足以危害公共安全的放火行為。放火的行為，既可以是作為，又可以是不作為。侵犯的對象，是公私財物。
- (3) 主觀方面，只能由故意構成，即行為人明知自己的放火行為會危及公共安全，並且希望或放任這種結果的發生。
- (4) 主體，是一般主體，由於該罪對社會危害很大，所以刑法規定，已滿14周歲不滿16周歲的人犯該罪的，應當負刑事責任。

在認定該罪時，要注意區分放火罪與故意殺人罪、故意傷害罪的界限，如果行為人以放火為手段殺害或傷害特定的人，不足以造成火災、危及公共安全的，則構成故意殺人或故意傷害罪；如果在殺人之後為消滅罪跡而放火，則應按兩個罪處理。要注意區分放火罪與故意毀壞公私財物罪的界限，如果行為人以放火為手段毀壞公私財物，沒有造成重大損失，也不可能危及公共安全的，應以故意毀壞財物罪論處；如果行為人放火燒毀公私財物，造成重大損失或者危害公共安全的，應以放火罪論處。

根據刑法第114條規定，放火危害公共安全，尚未造成嚴重後果的，處三年以上十年以下有期徒刑，按照刑法第115條的規定，致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。

2.2.2 投毒罪

投毒罪，是指故意投放毒物，危害公共安全的行為。本罪的特徵是：

- (1) 侵犯的客體，是不特定多數人的生命安全和禽、畜等財產安全。
- (2) 客觀方面，行為人實施了投放毒物，危害公共安全的行為。投毒的場所很多，如在供公眾飲用的水源、食品、牧畜飼料中投放毒物等。
- (3) 主體是一般主體。
- (4) 主觀方面，多由故意構成，具體表現在明知自己的行為會造成不特定的多數人死亡、傷害，或者使公私財產遭受重大損失，並且希望或放任這種後果的發生。

在認定該罪時，要區分投毒罪與故意殺人罪的界限，如果行為人採用投毒手段殺害特定的個人，而不危及公共安全的，構成故意殺人罪。如已危害了公共安全，則構成投毒罪。例如，某甲蓄謀殺害某乙，將砒霜投到某乙的飯碗裏，這是故意殺人罪。但是，如果某甲為了殺害某乙將砒霜投放到單位食堂的飯菜鍋內，已危及公共安全，則應以投毒罪論處。要正確區分投毒罪的既遂與未遂，有人認為，投毒尚未造成重傷、死亡或者重大公私財產損失後果的，就是未遂，否則就是既遂。¹筆者認為，刑法第114條規定“其他危險方法”，如果已造成致人重傷、死亡或公私財產重大損失的嚴重後果，則應依照刑法第115條的規定定罪處罰。

根據刑法第115條規定，投毒危害公共安全，尚未造成嚴重後果的，處三年以上十年以下有期徒刑；致人重傷、死亡或者使公私財產遭受重大損失的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。

2.2.3 組織、領導、參加恐怖組織罪

組織、領導、參加恐怖組織罪，是指以進行恐怖活動為目的，組織、領導、參加恐怖組織的行為。該罪的特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體，凡是年滿16周歲的人，均可構成該罪。
- (2) 主觀方面出於直接故意，本罪只能由故意構成，而且具有明確的犯罪目的。
- (3) 客觀方面表現為組織、領導、參加恐怖組織的行為，而不需要參加恐怖組織後必須進行恐怖活動。
- (4) 客體是危害正常的社會秩序和公民的人身安全。

根據刑法第120條規定，組織、領導、參加恐怖組織的，處三年以上十年以下有期徒刑；其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯本罪並實施殺人、爆炸、綁架等犯罪的，依照數罪並罰的規定處罰。

2.2.4 劫持航空器罪

劫持航空器罪，是指以暴力、脅迫或者其他方法，非法劫持或控制正在使用中的航空器的行為。該罪的特徵是：

- (1) 客體是民用航空運輸的安全和公民的人身及財產權利。犯罪的物件是正在使用中的航空器。
- (2) 客觀方面表現為以暴力、脅迫或者其他方法劫持民用航空器的行為。
- (3) 犯罪主體是一般主體。
- (4) 主觀方面只能是故意。

根據刑法第121條規定，是指以暴力、脅迫或者其他方法，非法劫持或控制正在使用中的航空器的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑；致人重傷、死亡或者使航空器遭受嚴重破壞的，處死刑。

2.2.5 重大責任事故罪

重大責任事故罪，是指工廠、礦山、林場、建築企業或者其他企業、事業單位的職工，由於不服管理、違反規章制度，或者強令工人違章冒險作業，因而發生重大傷亡事故或者造成其他嚴重後果的行為。該罪有如下特徵：

- (1) 侵犯的客體，是廠礦企業、事業單位的生產安全。只有在發生了重大傷亡事故，造成嚴重後果時，才構成該罪。
- (2) 客觀方面，表現為在生產作業過程中不服管理、違反規章制度，或者強令工人違章冒險作業，因而發生重大傷亡事故或者造成其他嚴重後果的行為。重大傷亡，是指死亡1人以上或者重傷3人以上，嚴重後果，既包括重大人身傷亡，也包括重大經濟損失，一般掌握在5萬元以上。
- (3) 該罪的主體，是工廠、礦山、林場、建築企業或者其他企業、事業單位的職工，是特殊主體。
- (4) 主觀方面，只能是過失。即對事故的後果表現為過於自信和疏忽大意的過失。

根據刑法第134條規定，犯該罪的處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別惡劣的，處三年以上七年以下有期徒刑。處理重大責任事故案件，還應注意有關附屬刑法的規定，如《食品衛生法》第41條規定，構成犯罪的，要以重大責任事故罪追究刑事責任。

3. 破壞社會主義市場經濟秩序罪

3.1 破壞社會主義市場經濟秩序罪概念及特徵

破壞社會主義市場經濟秩序罪，是指違反國家有關社會主義市場經濟管理法規，破壞市場經濟秩序，危害國計民生，使社會主義市場經濟遭到嚴重損害的行為。該類犯罪的主要特徵是：

- (1) 同類客體是社會主義市場經濟秩序，即國家通過法律確立和維護的市場經濟運作協調的、有序的狀態。
- (2) 客觀方面表現為違反國家經濟管理法規，破壞社會主義市場經濟秩序的行為。這類犯罪大多數都是以作為的方式實施，但也有少數犯罪是以不作為的方式進行的。如偷稅罪等。
- (3) 犯罪主體絕大多數既可以是自然人也可以是單位；少數犯罪只能由自然人或者單位構成。
- (4) 主觀方面絕大多數都是故意犯罪，且具有非法牟利的犯罪目的；只有個別具體犯罪是過失犯罪。

3.2 破壞社會主義市場經濟秩序罪的主要犯罪

刑法第140條到231條規定的破壞社會主義市場經濟秩序罪，共有八種類型犯罪。分別是：生產、銷售偽劣商品罪這一類犯罪具體包括9個罪名；走私罪這一類犯罪具體包括10個罪名；妨害公司、企業管理秩序罪這一類犯罪具體包括12個罪名；破壞金融管理秩序罪這一類犯罪具體包括24個罪名；金融詐騙罪這一類犯罪具體包括8個罪名；危害稅收徵管罪這一類犯罪具體包括12個罪名；侵犯知識產權罪這一類犯罪具體包括7個罪名；擾亂生產秩序罪這一類犯罪具體包括12個罪名。擇其中數罪簡介如下：

3.2.1 生產、銷售偽劣產品罪

生產、銷售偽劣產品罪，是指違反產品品質管制法規和工商管理法規，生產者、銷售者在產品中摻雜、摻假，以假充真，以次充好或者以不合格產品冒充合格產品，銷售金額較大的行為。本罪的特徵是：

- (1) 客體是國家對產品品質的管理制度和消費者的合法權益。
- (2) 客觀方面表現為違反產品品質管制法規和工商管理法規，生產、銷售偽劣產品的行為。
- (3) 本罪的主體是偽劣產品的生產者或者銷售者，既可以是個人，又可以是單位。
- (4) 主觀方面只能是出於故意，並以營利為目的，過失不能構成本罪。

根據刑法第140條規定，犯該罪，銷售金額5萬元以上不滿20萬元的，處二年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金；銷售金額20萬元以上不滿50萬元的，處二年以上七年以下有期徒刑，並處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金；銷售金額50萬

元以上不滿200萬元的，處七年以上有期徒刑，並處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金；銷售金額200萬元以上的，處15年有期徒刑或者無期徒刑，並處銷售金額百分之五十以上二倍以下罰金或者沒收財產。單位犯該罪，實行雙罰制。

3.2.2 走私普通貨物、物品罪

走私普通貨物、物品罪，是指違反海關犯規，逃避海關監管，運輸、攜帶、郵寄國家限制進出口或者一般應納稅貨物、物品進出境，偷逃應納稅額在5萬元以上的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪侵犯的客體是國家對進出口貨物、物品的管理制度。走私對象是刑法第151、152、347條規定以外的普通貨物、物品。
- (2) 客觀方面的行為形式表現為繞關走私、瞞關走私，間接走私行為以及後續走私行為。
- (3) 主觀方面是故意，一般具有牟利的目的，刑法對後續行為構成本罪的，要求必須是以牟利為目的，否則不能認定為該罪。
- (4) 犯罪主體是一般主體，自然人和法人均可以構成本罪。

根據刑法第153條規定，犯該罪走私貨物、物品偷逃應繳稅額在50萬元以上的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處偷逃應繳稅額一倍以上五倍以下罰金或者沒收財產；情節特別嚴重的，依照本法第151條第四款的規定處罰。偷逃應繳稅額在15萬元以上不滿50萬元的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處偷逃應繳稅額一倍以上五倍以下罰金；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處偷逃應繳稅額一倍以上五倍以下罰金或者沒收財產。偷逃應繳稅額在5萬元以上不滿15萬元的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處偷逃應繳稅額一倍以上五倍以下罰金。單位犯該罪的，對單位判處罰金，並對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑。對多次走私未經處理的，按照累計走私貨物、物品的偷逃應繳稅額處罰。

3.2.3 公司、企業人員受賄罪

公司、企業人員受賄罪，是指公司、企業人員利用職務上的便利，索取他人財物或者非法收受他人財物，為他人牟取利益，數額較大的行為。本罪的特徵是：

- (1) 犯罪的客體是公司、企業人員的廉潔制度，公司、企業人員不得利用職權收受他人賄賂，或者牟取其他非法收入。
- (2) 客觀方面表現為利用職務上的便利，索取他人財物或者非法收受他人財物，為他人牟取利益，數額較大的行為。對於公司、企業人員在間接往來中，違反國家規定，收受各種名義的回扣、手續費，歸個人所有的行為，以本罪論處。
- (3) 犯罪的主體是公司、企業中從事公務的不具有國家公務員身份的工作人員，包括公司企業的董事、監事和職工。
- (4) 主觀方面只能是故意。

根據刑法第163條規定，犯該罪的，處五年以下有期徒刑或者拘役；數額巨大的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財產。刑法第184條還規定國有公司、企業中從事公務的人員和國有公司、企業委派到非國有公司、企業從事公務的人員實施了本罪行為的，依照受賄罪定罪處罰。

3.2.4 偷稅罪

偷稅罪，是指納稅人採取偽造、變造、隱匿、擅自銷毀帳簿、記帳憑證，在帳簿上多列支出或者不列、少列收入，經稅務機關通知申報而拒不申報或者進行虛假的納稅申報的手段，不繳或者少繳應納稅款，數額較大或者有其他嚴重情節的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的客體是國家的稅收徵管制度。
- (2) 客觀方面表現為偷稅數額較大或者有其他嚴重情節的行為。所謂數額較大，是指偷稅數額佔其應納稅額的百分之十以上且在1萬元以上。所謂情節嚴重，是指因偷稅被稅務機關給予2次行政處罰又偷稅的情況。
- (3) 犯罪的主體是特殊的主體，即只能是納稅人和扣繳義務人，包括個人和單位。
- (4) 主觀方面只能是出於故意，而且具有偷逃應納稅款的目的。

根據刑法第201條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處偷稅數額一倍以上五倍以下罰金；偷稅數額佔應納稅額的百分之三十以上並且偷稅數額在10萬元以上的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處偷稅數額一倍以上五倍以下罰金。扣繳義務人採取前款所列手段，不繳或者少繳已扣、已收稅款，數額佔應繳稅額的百分之十以上並且數額在1萬元以上的，依照前款的規定處罰。對多次犯有前兩款行為，未經處理的，按照累計數額計算。對單位犯該罪的，實行雙罰制。犯該罪，被判處罰金的，在執行前，應當先由稅務機關追繳稅款。

3.2.5 侵犯著作權罪

侵犯著作權罪，是指以營利為目的，違反著作權法的規定，侵犯他人著作權，違法所得數額較大或者有其他嚴重情節的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的客體是國家對著作權的管理制度和他人的著作權。
- (2) 客觀方面表現為侵犯他人著作權違法所得數額較大的行為，包括以下幾種情形：未經著作權人許可，複製發行其文字作品、音樂、電影、電視、錄影作品、電腦軟體及其他作品的；出版他人享有專有出版權的圖書的；未經錄音錄影製作者許可，複製發行其製作的錄音錄影的；製作、出售假冒他人署名的美術作品的。
- (3) 犯罪的主體是一般主體，自然人和單位均可構成本罪。
- (4) 主觀方面只能出於故意，並且以營利為目的。

根據刑法第217條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。

3.2.6 合同詐騙罪

合同詐騙罪，是指以非法佔有為目的，在簽訂、履行合同過程中，騙取對方當事人的財物，數額較大的行為。本罪的特徵是：

- (1) 客觀方面表現為利用合同的形式進行詐騙的行為，具體包括以下幾種情形：以虛構的單位或者冒用他人名義簽訂合同的；以偽造、變造、作廢的票據或者其他虛假的產權證明作擔保的；沒有實際履行能力，以先履行小額合同或者部分履行合同的方法，誘騙對方當事人繼續簽訂和履行合同的；收受對方當事人給付的貨物、貨款、預付款或者擔保財產後逃匿的；以其他方法騙取對方當事人財物的。

- (2) 主觀方面只能是出於故意，並且具有非法佔有的目的。
- (3) 犯罪的主體是一般主體。自然人和單位均可構成本罪。

根據刑法第224條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；數額巨大或者有其他嚴重情節的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；數額特別巨大或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產。

4. 侵犯公民人身權利、民主權利罪

4.1 侵犯公民人身權利、民主權利罪概念及特徵

侵犯公民人身權利、民主權利罪，是指故意或者過失地實施侵犯公民人身權利、民主權利以及與人身有關的其他權利的行為。該類犯罪共同的特徵是：

- (1) 同類客體是公民的人身權利、民主權利以及與人身有關的其他權利。
- (2) 客觀上表現為侵犯公民人身權利、民主權利以及與人身有關的其他權利的行為。多數只能以作為的形式構成，也有少數既可以作為，又可以以不作為的形式構成。
- (3) 犯罪的主體只能是自然人，多數是一般主體，少數是特殊主體，這類犯罪中不存在單位犯罪。
- (4) 主觀方面大多數是出於故意，個別是出於過失。除了過失致人死亡罪和過失致人重傷罪外，其他各種犯罪都是故意犯罪。

4.2 侵犯公民人身權利、民主權利罪的主要犯罪

刑法分則第四章從第232條至262條用31個條文規定了該類犯罪，根據侵犯公民人身權利、民主權利罪侵犯的直接客體以及相互間的聯繫，該類罪名共分為七種類型37個罪名。

- (1) 侵犯生命健康的犯罪，包括故意殺人、過失致人死亡、故意傷害罪、過失致人重傷罪。
- (2) 侵犯婦女、兒童身心健康的犯罪，包括強姦罪、姦淫幼女罪、強制猥褻、侮辱婦女罪、猥褻兒童罪。
- (3) 侵犯人身自由的犯罪，包括非法拘禁罪、綁架罪、拐賣婦女、兒童罪、收買被拐賣的婦女、兒童罪、聚眾阻礙解救婦女、兒童罪、強迫職工勞動罪、非法搜查罪、非法侵入住宅罪。
- (4) 侵犯名譽的犯罪，包括侮辱罪、誹謗罪。
- (5) 侵犯民主權利的犯罪，包括非法剝奪公民宗教信仰自由罪，侵犯少數民族風俗習慣罪、侵犯通訊自由罪，私自開拆、隱匿、毀棄郵件、電報罪，報復陷害罪，破壞選舉罪。
- (6) 妨害婚姻家庭權利的犯罪，包括暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪，破壞軍婚罪、虐待罪、遺棄罪、拐騙兒童罪。

- (7) 其他犯罪，包括誣告陷害罪、刑訊逼供罪、暴力取證罪、虐待被監管人員罪、煽動民族仇恨、民族歧視罪，出版歧視、侮辱少數民族作品罪，打擊報復會計、統計人員罪。擇其中數罪簡介如下：

4.2.1 故意殺人罪

故意殺人罪，是指故意非法剝奪他人生命的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體，凡是年滿14周歲並具有刑事責任能力的人，都可以成為本罪的犯罪主體。
- (2) 主觀上只能是出於故意，直接故意和間接故意均可構成本罪，犯罪動機不影響本罪的成立。
- (3) 客觀上表現為非法剝奪他人生命的行為，犯罪方法的不同不影響本罪的成立，但如果危害公共安全的，應以危害公共安全罪論處。
- (4) 犯罪的客體是他人的生命權利。犯罪的物件是他人，即從母體脫離獨立呼吸至心跳停止之間的他人。

根據刑法第232條規定，犯該罪的，處死刑、無期徒刑或者十年以上有期徒刑；情節較輕的，處三年以上十年以下有期徒刑。

4.2.2 故意傷害罪

故意傷害罪，是指故意非法損害他人身體健康的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體，但是年滿14周歲不滿16周歲的人，只對故意傷害致人死亡或者重傷負刑事責任。
- (2) 主觀上只能是出於故意。
- (3) 客觀上表現為非法損害他人健康的行為，並且造成輕傷以上的危害結果。低於輕傷的，不構成本罪。故意傷害罪致人死亡與故意殺人既遂的區別在於：前者出於傷害的故意，對死亡結果的發生出於過失；而後者出於殺人的故意，對死亡的結果持希望或者放任的態度。

根據刑法第234條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制；致人重傷的，處三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特別殘忍手段致人重傷造成嚴重殘疾的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。

4.2.3 強姦罪

強姦罪，是指以暴力、脅迫或者其他手段，違背婦女意志，強行與婦女性交的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的客體是婦女不可侵犯的性自由，即按照婦女自己的意志決定正當性交的權利。犯罪從對象是年滿14周歲不滿18周歲的少女和18周歲以上的成年婦女。
- (2) 客觀上表現為違背婦女的意志，採用暴力、脅迫或者其他手段，違背婦女意志，強行與婦女性交的行為。

- (3) 主體是男子，但婦女也可以成為強姦婦女罪的共犯，即幫助或者教唆犯。
- (4) 主觀上只能是出於故意，並具有姦淫的目的。須注意的是，強姦後變為通姦的，一般不以強姦論處；通姦後變為強姦的，仍以強姦論處。

根據刑法第236條規定，犯該罪的，處三年以上十年以下有期徒刑。有下列情形之一的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑：強姦婦女、姦淫幼女情節惡劣的；強姦婦女、姦淫幼女多人的；在公共場所當眾強姦婦女的；二人以上輪姦的；致使被害人重傷、死亡或者造成其他嚴重後果的。

4.2.4 綁架罪

綁架罪，是指以勒索財物為目的綁架他人的，或者綁架他人作為人質的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 主觀上只能是出於故意，並且具有勒索財物的目的。
- (2) 客觀上表現為使用暴力、脅迫或者其他方法，綁架他人的行為。所謂綁架，是指將他人劫持為人質，使其喪失行動自由，並且向其親友勒索財物的行為。
- (3) 犯罪的客體是複雜客體，既侵犯同人的的人身權利又侵犯他人的財產權利。

根據刑法第239條規定，犯該罪的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產；致使被綁架人死亡或者殺害被綁架人的，處死刑，並處沒收財產。

4.2.5 拐賣婦女兒童罪

拐賣婦女兒童罪，是指以出賣牟利為目的，拐騙、綁架、接送、收買、中轉婦女、兒童的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體，凡年滿16周歲並具有刑事責任能力的自然人，都可以成為本罪的主體。
- (2) 主觀上只能是出於故意，並且具有出賣牟利的目的。
- (3) 客觀上表現為實施拐騙、綁架、接送、收買、中轉婦女、兒童的行為。
- (4) 犯罪的客體是婦女、兒童的人身自由權利。侵犯的對象僅限於婦女和兒童。在認定該罪時應注意區分與拐騙兒童罪的不同，前者是以出賣牟利為目的，後者是以收養或者役使為目的。

根據刑法第240條規定，犯該罪的，處五年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；有下列情形之一的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產；情節特別嚴重的，處死刑，並處沒收財產：拐賣婦女、兒童集團的首要分子；拐賣婦女、兒童三人以上的；姦淫被拐賣的婦女的；誘騙、強迫被拐賣的婦女賣淫或者將被拐賣的婦女賣給他人迫使其賣淫的；以出賣為目的，使用暴力、脅迫或者麻醉方法綁架婦女、兒童的；以出賣為目的，偷盜嬰幼兒的；造成被拐賣的婦女、兒童或者其親屬重傷、死亡或者其他嚴重後果的；將婦女、兒童賣往境外的。

4.2.6 重婚罪

重婚罪，是指有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而與之結婚的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的侵犯的客體是外國的一夫一妻的婚姻制度。
- (2) 客觀方面表現為兩種情況，一種是指有配偶的人在婚姻關係沒有依法解除的情況下又與他人結婚的行為；另一種是本人無配偶，但者明知對方有配偶而與之結婚的行為。
- (3) 主觀上只能是出於故意。

根據刑法第258條規定，犯該罪的，處二年以下有期徒刑或者拘役。

5. 侵犯財產罪

5.1 侵犯財產罪概念及特徵

侵犯財產罪，是指用各種手段非法佔有公私財物或者故意毀壞公私財物的行為，這類犯罪在形式犯罪中佔有非常重要的地位，尤其是搶劫、盜竊、詐騙等犯罪，都是常見的傳統犯罪，歷來是刑法打擊的重點。侵犯財產這一類犯罪的共同特徵是：

- (1) 客體是公私財產所有權。
- (2) 客觀方面，表現為行為人實施了非法佔有公私財物或毀壞公私財物的行為。
- (3) 主觀方面都出於故意，犯罪的目的有以下三種：一是非法佔有為目的，這不僅是指行為人意圖把公私財物非法的轉到自己的手中，用於自己享受，也包括經過行為人轉給第三人任意支配使用。二是挪用公私財物歸個人使用或移作他用為目的。三是以毀壞財物為目的，並不非法佔有財物。
- (4) 主體多數為一般主體，也有特殊主體構成的犯罪。

5.2 侵犯財產罪的主要犯罪

該罪規定在刑法分則的第五章中，共12個罪名。

5.2.1 搶劫罪

搶劫罪，是指以非法佔有為目的，當場使用暴力、脅迫或者其他方法，強行劫取公私財物的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪客體是複雜客體，即公私財產所有權和公民人身權利，使得搶劫罪成為侵犯財產罪中性質最為嚴重的犯罪。

- (2) 客觀方面表現為使用暴力、脅迫或者其他方法公然奪取或迫使被害人當場交出財物。
- (3) 主觀方面只能出於故意，而且以非法佔有為目的。
- (4) 主體是已滿14周歲的有責任能力的自然人。

刑法規定對犯盜竊、詐騙、搶奪罪，為窩藏贓物、抗拒抓捕或者毀滅罪證而當場使用暴力或者以暴力相威脅的，依照搶劫罪的規定定罪處罰。這是由盜竊、詐騙、搶奪向搶劫罪轉化的一種特殊情況。根據刑法第289條的規定，聚眾“打、砸、搶”毀壞或者搶走公私財物的，也按照該罪定罪處罰。

根據刑法第263條規定，犯本罪的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；有下列情形之一的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑，並處罰金或者沒收財產：入戶搶劫的；在公共交通工具上搶劫的；搶劫銀行或者其他金融機構的；多次搶劫或者搶劫數額巨大的；搶劫致人重傷、死亡的；冒充軍警人員搶劫的；持槍搶劫的；搶劫軍用物資或者搶險、救災、救濟物資的。

5.2.2 盜竊罪

盜竊罪，是指以非法佔有為目的，秘密竊取公私財物數額較大或者多次盜竊的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 客觀方面表現為秘密竊取公私財物數額較大或者多次盜竊的行為。犯罪的方法是秘密竊取，這是盜竊罪有別於其他侵犯財產罪的主要標誌。
- (2) 主觀方面只能出於故意，並且具有非法佔有公私財物的犯罪目的。
- (3) 犯罪的客體是公私財產的所有權。犯罪的對象是公私財物，包括有形財物和無形財物。以牟利為目的，盜接他人通信線路、複製他人電信碼號或者明知是盜接、複製的電信設備、設施而使用的，依盜竊罪定罪處罰。
- (4) 本罪的主體是一般主體，即年滿16周歲有責任能力的自然人。

根據刑法第264條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；數額巨大（5千至2萬元以上）或者有其他嚴重情節的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；數額特別巨大（3萬至10萬元以上）或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產；有下列情形之一的，處無期徒刑或者死刑，並處沒收財產：盜竊金融機構，數額特別巨大的；盜竊珍貴文物，情節嚴重的。

5.2.3 詐騙罪

詐騙罪，是指以非法佔有為目的，用虛構事實或者隱瞞事實真相的方法，騙取數額較大的公私財物的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 客觀方面表現為用虛構事實或者隱瞞事實真相的方法，騙取數額較大的公私財物的行為。所謂詐騙，是指用欺騙方法使被害人陷入錯誤認識，信以為真的情況下取得公私財物。
- (2) 本罪侵犯的客體，是國家、集體、個人的合法財產權利。騙取其他利益的，如利用迷信謠言騙姦婦女的，不能以詐騙罪定罪。

- (3) 主體是一般主體，以企事業單位名義進行詐騙的，應追究企事業單位主管人員、直接責任人員的詐騙罪責任。
- (4) 本罪的主觀方面，是故意犯罪，其目的是非法佔有他人的財物。

在認定詐騙罪時，要注意區分以借貸為幌子的詐騙罪與借貸未按期償還行為的界限；區分以代人購物為名的詐騙罪與代人購物拖欠貨款行為的界限；區分以簽訂合同的方法詐騙財物與經濟合同糾紛的界限；區分詐騙罪與其他具有欺詐特點犯罪的界限。

根據刑法第266條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處或者單處罰金；數額巨大（3萬元以上）或者有其他嚴重情節的，處三年以上十年以下有期徒刑，並處罰金；數額特別巨大（20萬元以上）或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處罰金或者沒收財產。

5.2.4 侵佔罪

侵佔罪，是指以非法佔有為目的，將代為保管的他人財物非法佔為己有或者他人的遺忘物或者埋藏物非法佔為己有，數額較大，拒不退還或者拒不交出的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的客體是公私財物的所有權，犯罪的物件是為他人保管的財物、他人的遺忘物或埋藏物。
- (2) 客觀方面表現為將代為保管的他人財物非法佔為己有或者他人的遺忘物或者埋藏物非法佔為己有，數額較大，拒不退還或者拒不交出的行為。包括兩種情形：一是將代為保管的他人財物非法佔為己有，拒不退還；二是將拾得的他人遺忘物或者埋藏物非法佔為己有，拒不交出。
- (3) 主觀方面只能是出於故意，並且具有非法佔有他人財物的目的。
- (4) 本罪的主體為一般主體，凡年滿16周歲，具有刑事責任能力的人，均可構成本罪。

根據刑法第270條規定，犯該罪的，處二年以下有期徒刑、拘役或者罰金；數額巨大或者有其他嚴重情節的，處二年以上五年以下有期徒刑，並處罰金。侵佔罪，告訴才處理。

6. 妨害社會管理秩序罪

6.1 妨害社會管理秩序罪概述

妨害社會管理秩序罪，是指妨害國家對社會的管理活動，破壞社會秩序，情節嚴重的行為。這種犯罪的主要特徵是：

- (1) 這類犯罪所侵犯的同類客體是國家法律法規所確立的社會管理秩序。
- (2) 這類犯罪的客觀方面表現為具有違反社會管理法規，妨害社會管理活動的各種行為。

- (3) 這類犯罪的主體，多數為一般主體，少數為特殊主體，既可以是自然人，也可以是單位。
- (4) 這類犯罪的主觀方面，大多數是故意，有的還要求具有營利的目的。少數犯罪的主觀方面只能是過失。該罪吸收了眾多的單行法律規範，內容相當龐雜，分九大類，120個罪名，規定在刑法的第六章中。

6.2 妨害社會管理罪的主要犯罪

6.2.1 妨害公務罪

妨害公務罪，以暴力、威脅方法阻礙國家機關工作人員依法執行職務的，以暴力、威脅方法阻礙全國人民代表大會和地方各級人民代表大會代表依法執行代表職務，在自然災害和突發事件中，以暴力、威脅方法阻礙紅十字會工作人員依法履行職責的，或者故意阻礙國家安全機關、公安機關依法執行國家安全工作任務，未使用暴力、威脅方法，造成嚴重後果的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 主體為一般主體，即任何具有刑事責任能力的自然人。
- (2) 主觀方面是出於故意，即行為人明知被侵犯的物件是正在依法執行職務，為了某種目的而故意阻礙其執行職務的。沒有這個故意而是不明真相，無意中妨害了公務的執行，不構成本罪。
- (3) 客觀方面表現為具有妨害公務的行為。有以下兩種情形：一是以暴力、脅迫方法阻礙國家機關工作人員、人大代表、紅十字工作人員依法執行職務履行職責的行為。二是故意阻礙國家安全機關、公安機關依法執行國家安全工作任務，未使用暴力、脅迫方法，造成嚴重後果的行為。
- (4) 客體是國家機關、人民代表大會、紅十字會等正常的公務活動。侵害的物件是特定的，即只能是正在依法執行職務的上述人員。

根據刑法第277條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罰金。

6.2.2 招搖撞騙罪

招搖撞騙罪，是指為了謀取非法利益，假冒國家工作人員的身份或職稱，進行招搖撞騙的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 客體主要是國家機關的威信及其正常活動。這是同單純侵犯財產關係的詐騙罪不同的特點之一。
- (2) 客觀方面表現為冒充國家工作人員或人民警察招搖撞騙的行為。
- (3) 主體是一般主體。
- (4) 主觀方面是故意犯罪，其目的就是用上述方法騙取財物或其他非法利益。

根據刑法第279條規定，犯本罪的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；情節嚴重的，處三年以上十年以下有期徒刑。冒充人民警察招搖撞騙的，依照前款的規定從重處罰。

6.2.3 窩藏、包庇罪

窩藏、包庇罪，是指明知是犯罪分子而為其提供隱藏處所、財物，幫助其逃匿，或者作虛假證明包庇的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 侵犯的客體，是公安、司法機關的正常活動。被窩藏、包庇的對象，必須是已經實施犯罪的人，包括犯罪後畏罪潛逃的和越獄脫逃的犯罪人。
- (2) 客觀方面，具有窩藏或包庇犯罪人的行為。窩藏，是為犯罪人提供隱藏處所或幫助其隱匿躲藏。包庇是向司法機關提供虛假證明，幫助犯罪人消滅罪證、湮滅罪跡，使其逃避法律制裁。
- (3) 主觀方面，只能由故意構成，即明知是犯罪人而故意加以窩藏或包庇。
- (4) 主體是一般主體。

根據刑法第310條規定，犯本罪的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情節嚴重的，處三年以上十年以下有期徒刑。

6.2.4 醫療事故罪

醫療事故罪，是指醫務人員由於嚴重不負責任，造成就診人死亡或者嚴重損害就診人身體健康的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，即醫務人員——具有相關執業資格的醫務人員。
- (2) 主觀方面只能是出於過失。即發生醫療事故完全違背了行為人的主觀意志。
- (3) 客觀方面表現為嚴重不負責任，造成就診人死亡或嚴重損害就診人身體健康的行為。
- (4) 犯罪的客體是國家正常的醫療秩序和公民的健康、生命權。

根據刑法第335條規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑或者拘役。

6.2.5 走私、販賣、運輸、製造毒品罪

走私、販賣、運輸、製造毒品罪，是指明知是毒品而故意實施走私、販賣、運輸、製造的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體，自然人和單位都可以構成本罪。由於毒品犯罪的危害性，刑法規定已滿14周歲不滿16周歲的人實施販賣毒品罪的，應當負刑事責任。
- (2) 主觀方面只能是出於故意。也就是說，行為人明知是毒品而進行走私等活動的。實踐中一般行為人具有營利目的。
- (3) 客觀方面表現為走私、販賣、運輸、製造毒品的行為。須注意的是，本罪是選擇性罪名，只要是實施其中一種行為的，就構成犯罪，並且應當按照具體的行為內容單獨定罪。如果行為人同時實施了上述兩種以上行為的，也只定一個罪名，而不進行數罪並罰。
- (4) 犯罪的客體是國家對毒品的管制。

犯該罪的，根據刑法第347條規定，走私、販賣、運輸、製造鴉片不滿200克、海洛因或者甲基苯丙胺不滿10克或者其他少量毒品的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制，並處罰金；走私、販賣、運輸、製造鴉片200克以上不滿一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不滿50克或者其他毒品數量較大的，處七年以上有期徒刑，並處罰金。具有下列嚴重情形之一的，處15年有期徒刑、無期徒刑或者死刑，並沒收財產：走私、販賣、運輸、製造鴉片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺50克以上或者其他毒品數量大的；走私、販賣、運輸、製造毒品集團的首要分子；武裝掩護走私、販賣、運輸、製造毒品的；以暴力抗拒檢查、拘留、逮捕，情節嚴重的；參與有組織的國際販毒活動。利用、教唆未成年人走私、販賣、運輸、製造毒品或者向未成年人出售毒品的，從重處罰。對單位犯上述罪的，對單位判處罰金。對多次走私、販賣、運輸、製造毒品，未經處理的，毒品數量累計計算。

7. 危害國防利益罪

7.1 危害國防利益罪概念及特徵

危害國防利益罪，是指故意或者過失實施的危害國防利益，應受刑罰處罰的行為。這類罪的主要特徵是：

- (1) 客體是國家的國防利益。
- (2) 客觀方面表現為，行為人實施了危害國防利益的行為。
- (3) 主體多數是一般主體，少數是特殊主體。
- (4) 主觀方面大多數犯罪是故意，也有個別犯罪既可以由故意，又可以由過失構成。

該類犯罪共有14個條文，21個具體罪名，規定在刑法的第368至381條中。

7.2 危害國防利益罪的主要犯罪

7.2.1 阻礙軍人執行職務罪

阻礙軍人執行職務罪，是指以暴力、威脅方法阻礙軍人依法執行軍事職務的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 主觀方面出於故意。無論動機如何，都不影響定罪。
- (2) 本罪的主體為一般主體。
- (3) 客觀方面表現為以暴力、威脅方法阻礙軍人依法執行職務的行為。
- (4) 犯罪的客體是軍人依法執行職務的活動。犯罪的物件是正在依法執行職務的軍人。軍人執行職務是指軍人根據擔任的職務依法履行職責的活動。

根據刑法第368條的規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罰金。

7.2.2 破壞武器裝備、軍事設施、軍事通訊罪

破壞武器裝備、軍事設施、軍事通訊罪，是指以貪利、發洩私憤為目的，破壞武器裝備、軍事設施、軍事通訊的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 本罪侵犯的客體是國家防務的戰鬥力和軍事通訊能力。侵害的對象是武器裝備和通訊設施。
- (2) 本罪的客觀方面表現為，破壞武器裝備、軍事設施、軍事通訊的行為。
- (3) 本罪的主觀方面是故意，即明知是武器裝備、軍事設施、軍事通訊而進行破壞。

根據刑法第369條的規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制；破壞重要武器裝備、軍事設施、軍事通訊的，處三年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。戰時從重處罰。

8. 貪污賄賂罪

8.1 貪污賄賂罪概念及特徵

貪污賄賂罪，是指國家工作人員利用職務上的便利，非法佔有、使用公私財物，玷污國家工作人員職務廉潔性的行為。貪污賄賂這一類犯罪的共同特徵是：

- (1) 該類犯罪的主體是特殊主體，即國家工作人員。國家工作人員是指國家機關中從事公務的人員。國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員和國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務的人員，以國家工作人員論。本章罪只有行賄罪、介紹賄賂罪可以由一般主體構成。
- (2) 該類犯罪的主觀方面只能是出於故意。犯罪的目的有的是為了非法佔有、獲取公私財物，有的是為了暫時使用公共資金。
- (3) 該類犯罪的客觀方面表現為，行為人利用職務上的便利，非法佔有、使用公私財物的行為。該類犯罪一是與一定的職務或職責密不可分；一是都要獲取一定的經濟利益。
- (4) 該類犯罪的同類客體是國家工作人員職務行為的廉潔性和公私財物的所有權。

該類犯罪規定在刑法第382至396條中，共15個條文，具體規定了12個罪名。

8.2 貪污賄賂罪的主要犯罪

8.2.1 貪污罪

貪污罪，是指國家工作人員利用職務上的便利，侵吞、竊取、騙取或者以其他手段非法佔有公共財物數額較大的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，即國家工作人員。關於國家工作人員的界定，在本章第一節概述中已經作了說明。刑法第382條第三款規定，與前兩款所列人員勾結，夥同貪污的，以共犯論處。即不具有貪污罪主體身份的人員與具有貪污罪主體身份的人員相互勾結，利用具有貪污罪主體身份人員的職務便利，共同非法佔有公共財物的，構成貪污罪的共犯。
- (2) 該罪的主觀方面只能是出於故意，並且具有非法佔有公共財物的目的。非法佔有公共財物，是貪污罪區別與挪用公款罪的重要特徵。
- (3) 客觀方面表現為行為人實施了利用職務上的便利，侵吞、竊取、騙取或者以其他手段非法佔有公共財物數額較大的行為。客觀要件主要包括兩個方面：一是利用職務上的便利；二是非法佔有公共財物。所謂侵吞，是指行為人利用職務上的便利，將自己經手、管理的公共財產私自佔為己有；竊取，是指行為人利用職務上的便利，採用秘密的方法，將自己依法將自己經手、管理的公共財產私自佔為己有，即監守自盜；所謂騙取，是指行為人利用職務上的便利，採用虛構事實或者隱瞞真相的方法，將他人經手、管理的公共財產私自佔為己有，具體表現為：偽造單據、塗改帳目、虛報費用、假報支出、冒領財物等。
- (4) 該罪侵犯的客體是複雜的客體，即國家工作人員職務行為的廉潔性和公共財物的所有權。本法所稱公共財產，是指下列財產：國有財產；勞動群眾集體所有的財產；用於扶貧和其他公益事業的社會捐助或者專項基金的財產。國家機關、國有公司、企業、集體企業和人民團體管理、使用或者運輸中的私人財產，以公共財產論。

在認定貪污罪時，應注意區分其與盜竊罪、詐騙罪的界限，三種罪的目的都是非法佔有財物，在具體手段上有盜竊或騙取，區別在於，其一，犯罪的主體是一般主體還是特殊主體；其二，侵犯物件是公共財物還是一切公私財物；其三，犯罪手段與利用職務上的便利是否有關。

根據刑法第383條的規定，犯該罪的，根據情節輕重，分別依照下列規定處罰：

- (1) 個人貪污數額在10萬元以上的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，可以並處沒收財產；情節特別嚴重的，處死刑，並處沒收財產。
- (2) 個人貪污數額在5萬元以上不滿10萬元的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財產；情節特別嚴重的，處無期徒刑，並處沒收財產。
- (3) 個人貪污數額在5千元以上不滿5萬元的，處一年以上七年以下有期徒刑；情節嚴重的，處七年以上十年以下有期徒刑。個人貪污數額在5千元以上不滿1萬元，犯罪後有悔改表現、積極退贓的，可以減輕處罰或者免予刑事處罰，由其所在單位或者上級主管機關給予行政處分。
- (4) 個人貪污數額不滿5千元，情節較重的，處二年以下有期徒刑或者拘役；情節較輕的，由其所在單位或者上級主管機關酌情給予行政處分。對多次貪污未經處理的，按照累計貪污數額處罰。

8.2.2 挪用公款罪

挪用公款罪，是指國家工作人員利用職務上的便利，挪用公款歸個人使用，進行非法活動的，或者挪用公款數額較大、進行營利活動的，或者挪用公款數額較大、超過三個月未還的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，即國家工作人員。所謂國家工作人員，是指國家機關中從事公務的人員。國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員和國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務的人員，以國家工作人員論。
- (2) 主觀方面只能出於故意，並以暫時非法使用公款為目的，即行為人明知是公款而違反財經制度擅自使用。故意的內容僅限於暫時使用，而不是永久佔有。
- (3) 客觀方面表現為實施了利用職務上的便利，挪用公款歸個人使用的行為。該罪的構成有以下三種情況：其一，挪用公款歸個人使用進行非法活動的，不論挪用數額大小、時間長短，都構成挪用公款罪。如犯罪分子挪用公款進行走私、賭博、販毒、嫖娼、販賣淫穢物品等違法活動，就屬於這種情況。其二，挪用公款進行營利活動，必須是數額較大才構成本罪。所謂營利活動，是指以挪用的公款獲取利潤的行為，包括將公款用於生產、經營和投資，也包括將公款私存獲取利息。其三，挪用公款數額較大，但不是用於非法或營利活動，只有在超過3個月未還時，才構成本罪。
- (4) 該罪侵犯的客體是國家工作人員職務行為的廉潔性、國家的財經管理制度以及公共財產的所有權。

挪用公款罪和貪污罪都是利用職務上的便利，侵犯公共財產所有權的職務犯罪。二者的主要區別在於：一是犯罪的目的不同，挪用公款罪以暫時非法使用公款為目的，貪污罪是以永久非法佔有為目的。二是犯罪的客體不同，挪用公款罪侵犯的是公款所有權中的佔有權、使用權、收益權，但不侵害公款的處分權，即所有人並不喪失公款；貪污罪侵犯公共財產的所有權的全部權能，給公共財產造成無法彌補的損失。三是行為的內容不同，挪用公款罪表現為擅自私用公款，而貪污罪表現為以侵吞、竊取、騙取的手段非法佔有公共財物。四是犯罪的物件不同，挪用公款罪的犯罪對象僅限於公款，而貪污罪的犯罪對象則是公共財物，既包括公款，又包括公物。

根據刑法第384條的規定，犯本罪的，處五年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處五年以上有期徒刑。挪用公款數額巨大不退還的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑。挪用用於救災、搶險、防汛、優撫、扶貧、移民、救濟款物歸個人使用的，從重處罰。

8.2.3 受賄罪

受賄罪，是指國家工作人員利用職務上的便利，索取他人財物的，或者非法收受他人財物，為他人謀取利益的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪主體是特殊主體，即國家工作人員。
- (2) 主觀方面只能是出於故意，並且具有非法佔有公私財物的目的。間接故意或者過失均不構成受賄罪。
- (3) 客觀方面表現為行為人利用職務上的便利，索取他人財物的，或者非法收受他人財物，為他人謀取利益的行為。利用職務便利是構成受賄罪的必備要件。所謂利用職務上的便利，是指行為人利用職權或者與職務有關的便利條件。所謂職權，是指本人職務範圍內的權力。所謂與職務有關，是指雖不直接利用職權，但利用了本人的職權或單位形成的便利條件。這裏包括直接利用職務或者間接利用職務。
- (4) 犯罪的客體是複雜的客體，除侵犯了國家機關正常活動外，還侵犯了公私財產所有權。

受賄罪與貪污罪的共同之處在於，犯罪主體都是國家工作人員；主觀方面都是故意，都具有貪利的動機；客觀方面都是利用職務上的便利。二者的區別在於：其一，犯罪目的不同，貪污罪是為了非法佔有自己主管、經營、經手的公共財物；而受賄罪是為了非法取得他人或者單位賄賂的財物。其二，行為內容不同，貪污罪是使用侵吞、盜竊、騙取等方法，非法佔有自己主管、經營、經手的公共財物；而受賄罪則是用為他人謀取利益的方法，非法收受他人所賄賂的財物，或是利用職權向他人索取財物。其三，犯罪的物件不同，貪污罪的犯罪物件是公共財物；而受賄罪的犯罪物件既包括公共財物，也包括公民個人所有的財物。

根據刑法第386條的規定，犯該罪的，依據不同的情況分別予以處罰：

- (1) 受賄數額在10萬元以上的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，可以並處沒收財產；情節特別嚴重的，處死刑，並處沒收財產。
- (2) 受賄數額在5萬元以上不滿10萬元的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財產；情節特別嚴重的，處無期徒刑，並處沒收財產。
- (3) 受賄數額在5千元以上不滿5萬元的，處一年以上七年以下有期徒刑；情節嚴重的，處七年以上十年以下有期徒刑。受賄數額在5千元以上不滿1萬元，犯罪後有悔改表現、積極退贓的，可以減輕處罰或者免予刑事處罰，由其所在單位或者上級主管機關給予行政處分。
- (4) 受賄數額不滿5千元，情節較重的，處兩年以下有期徒刑或者拘役；情節較輕的，由其所在單位或者上級主管機關酌情給予行政處分。

8.2.4 行賄罪

行賄罪，是指為了謀取不正當利益，給予國家工作人員財物的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是一般主體。但是僅限於自然人個人，單位行賄的，不構成本罪，而以單位行賄罪論處。
- (2) 主觀方面只能是出於故意，行賄人對其行為及結果均有明確的認識，意圖以較小的利益作賄賂，謀取較大的不正當利益。
- (3) 客觀方面表現為行為人實施了給予國家工作人員以數額較大財物的行為。不論以何種方式，只要是行賄人為謀取非法利益主動給予國家工作人員財物的，就構成行賄罪。但是因被勒索給予國家工作人員以財物，沒有獲得不正當利益的，不是行賄。
- (4) 犯罪客體是國家機關正常的管理活動。行賄的對象必須是國家工作人員。

根據刑法第390條的規定，犯該罪的，處五年以下有期徒刑或者拘役；因行賄謀取不正當利益，情節嚴重的，或者使國家利益遭受重大損失的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，可以並處沒收財產。行賄人在被追訴前主動交待行賄行為的，可以減輕處罰或者免除處罰。

9. 瀆職罪

9.1 瀆職罪概念及特徵

瀆職罪，是指國家機關工作人員利用職務上的便利或者不盡職責，侵害國家機關正常活動，致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的行為。這類犯罪的共同特徵是：

- (1) 這一類犯罪的主體是特殊主體，即國家機關工作人員。但是有的犯罪也可以由非國家機關工作人員構成，如洩漏國家秘密罪。所謂國家機關工作人員，是指在國家機關中依法從事公務的人員。無論它是常任職還是臨時職，有報酬還是無報酬、編內職還是編外職。
- (2) 該類犯罪主觀方面多數出於故意，少數出於過失。
- (3) 該類犯罪在客觀方面表現為，利用職務上的便利，違法亂紀、濫用職權、徇私舞弊或者對工作嚴重不負責任，不履行或者不正確履行職務上承擔的義務，給公共財產、國家和人民的利益造成重大危害後果的行為。可以是作為，也可以是不作為。一是利用職務之便；二是怠忽職守和濫用職權造成嚴重後果。
- (4) 該類犯罪的同類客體是國家機關的正常活動。

該類罪名規定在刑法第397至419條中，共23個條文，具體規定了33個罪名。

9.2 瀆職罪的主要犯罪

9.2.1 濫用職權罪

濫用職權罪，是指國家機關工作人員違背職權，超越職權範圍或者違反法定程序，導致公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，即國家機關工作人員，所謂國家機關工作人員，是指國家立法、司法、行政機關的以及軍事機關工作人員。
- (2) 犯罪的主觀方面出於故意。行為人明知其行為違反職權，明知其行為不符合法律、法規規定的範圍，或者明知其行為違反法定程序而加以實施，對於危害後果，持希望的態度。至於動機如何，不影響定罪。
- (3) 客觀方面表現為國家機關工作人員違背職權，超越職權範圍或者違反法定程序，致使公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的行為。
- (4) 犯罪的客體是國家機關的正常活動。

根據刑法第397條的規定，犯該罪的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。

9.2.2 怠忽職守罪

怠忽職守罪，是指國家機關工作人員嚴重不負責任，不履行或不正確履行職責，導致公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，即國家機關工作人員，所謂國家機關工作人員，是指國家立法、司法、行政機關的以及軍事機關工作人員。國家工作人員以外的工作人員實施了怠忽職守行為的，應分別按有關條文定罪。
- (2) 犯罪的主觀方面是過失或間接故意。
- (3) 客觀方面表現為國家機關工作人員對工作嚴重不負責任，不履行或不正確履行職責，導致公共財產、國家和人民利益遭受重大損失的行為。該罪既可以由作為構成，也可以由不作為構成。
- (4) 本罪侵犯的客體是國家機關的正常活動。

怠忽職守罪與重大責任事故罪的主要區別在於：其一，犯罪的主體不同，怠忽職守罪只能由國家工作人員構成；而重大責任事故罪可以是主管、指揮生產的國家工作人員，也可以是直接從事生產、科研的職工。其二，犯罪的客體不同，怠忽職守罪侵犯的是國家機關的正常活動，而重大責任事故罪侵犯的是公共安全。其三，發生的場合不同，怠忽職守罪發生在國家機關工作人員行使職責、履行公務的行政管理過程中，而重大責任事故罪只能發生在生產、作業過程中。

犯該罪的，根據刑法第397條的規定，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。

9.2.3 徇私枉法罪

徇私枉法罪，是指司法工作人員故意違背事實和法律，對應當依法追究的案件而不追究，對不應當追究的案件而加以追究，或者作出枉法裁判的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是特殊主體，由司法工作人員構成，所謂司法工作人員，是指負有偵查、檢察、審判、監督職責的人員。
- (2) 主觀方面只能是出於故意，過失不構成本罪。
- (3) 客觀方面表現為行為人對明知是無罪的人而使他受追訴、對明知是有罪的人而故意包庇不使他受追訴，或者在刑事審判活動中故意違背事實和法律作枉法裁判的行為。
- (4) 犯罪的客體是國家機關的正常活動和司法機關的威信，同時還侵犯了公民的合法權益。

根據刑法第399條的規定，犯該罪的，處五年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑。

10. 軍人違反職責罪

10.1 軍人違反職責罪概念及特徵

軍人違反職責罪，是指軍人違反職責，危害國家軍事利益，依照法律應當受刑罰處罰的行為。軍人違反職責罪的共同特徵是：

- (1) 該類犯罪的主體是特殊主體，即軍人，包括現役軍人和執行軍事任務的預備役人員及其他人員。現役軍人，是指中國人民解放軍和中國人民武裝員警部隊的現役軍官、警官、文職幹部，士兵及具有軍籍的學員。所謂預備役人員，是指當年經過兵役登記未服現役的人員和經預備役登記的人員。所謂執行軍事任務的預備役人員，是指被徵召，參加作戰、支前、軍事訓練或者參加執行其他軍事任務的預備役人員。所謂執行軍事任務的其他人員，是指執行作戰、支前、戰場救護等軍事任務的軍內職員和工人等。
- (2) 該類犯罪的主觀方面多數出於故意，少數出於過失。本章罪還規定某些罪以特定目的為構成要件，如自傷身體罪，必須以逃避軍事義務為目的。
- (3) 該類犯罪客觀方面表現為軍人違反職責，危害國家軍事利益，依照法律應當受刑罰處罰的行為。
- (4) 該類犯罪的同類客體是國家軍事利益。所謂國家軍事利益，是指有關武裝力量作戰、訓練、物質保障、軍事機密管理秩序等方面的利益。

該類罪名規定在刑法第420至451條中，共32個條文，具體規定了31個罪名。

10.2 軍人違反職責罪的主要犯罪

10.2.1 戰時違抗命令罪

戰時違抗命令罪，是指軍人在戰爭時期，對上級的命令、指示故意違抗，拒不執行，對作戰造成危害的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是解放軍、武裝員警部隊的官兵、文職幹部和具有軍籍的學員以及執行軍事任務的預備役人員和其他人員。
- (2) 主觀方面只能出於故意，行為人明知戰時違抗命令會造成破壞指揮秩序影響作戰任務完成的後果，而故意違抗命令。
- (3) 客觀方面表現為在戰時違抗命令罪，對上級的命令、指示故意違抗，拒不執行，對作戰造成危害的行為。執行戒嚴任務或者處置突發性暴力事件時，以戰時論。
- (4) 犯罪的客體是軍事作戰指揮秩序。

根據刑法第421條的規定，犯該罪的，對作戰造成危害的，處三年以上十年以下有期徒刑；致使戰鬥、戰役遭受重大損失的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。

10.2.2 故意洩漏軍事秘密罪

故意洩漏軍事秘密罪，是指違反保守國家秘密法規，故意洩漏軍事秘密，情節嚴重的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 主觀方面出於故意，即明知自己的行為會使軍事秘密洩漏給他人而仍然實施該行為。
- (2) 客觀方面表現為行為人具有違反保守國家秘密法規，洩漏國家軍事秘密的行為。所謂國家軍事秘密，是指關係國防和軍隊的安全與利益，一定時間內只限一定範圍的人員知悉的事項。
- (3) 犯罪的客體是國家軍事保密制度。

犯該罪的，根據刑法第432條的規定，處五年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處五年以上十年以下有期徒刑。戰時犯前款罪的，處五年以上十年以下有期徒刑；情節特別嚴重的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑。

10.2.3 武器裝備肇事罪

武器裝備肇事罪，是指軍人違反武器裝備使用規定，情節嚴重，因而發生責任事故，致人重傷、死亡或者造成其他嚴重後果的行為。本罪的主要特徵是：

- (1) 犯罪的主體是軍人。主要是武器裝備的使用人員，其他人員違反武器裝備使用規定的，也構成本罪的主體。
- (2) 主觀方面只能出於過失，行為人違反武器裝備使用規定可能是故意的，但對引起重大責任事故，致人重傷、死亡或者造成其他嚴重後果在主觀上應為過失。
- (3) 客觀方面表現為違反武器裝備使用規定，情節嚴重，因而發生責任事故，致人重傷、死亡或者造成其他嚴重後果的行為。所謂武器裝備，是指用於實施和保障作戰行動的武器、武器系統和軍事技術器材。所謂責任事故，是指因行為人違反規定，主觀上有過失而造成的事故。
- (4) 犯罪的客體是武裝力量、武器裝備管理使用制度。

犯該罪的，根據刑法第436條的規定，處三年以下有期徒刑或者拘役；後果特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。

註釋

1. 參見楊春洗、楊敦先主編：《中國刑法論》，北京：北京大學出版社1994年版，第305頁。

民商事法律篇



6. 民法總論

陳旭琴

1.	民法概述.....	134
1.1	民法概念與調整對象.....	134
1.2	民法基本原則.....	135
1.3	民事法律關係.....	136
2.	民事主體.....	137
2.1	民事主體概述.....	137
2.2	自然人.....	138
2.3	法人.....	140
2.4	合夥.....	142
3.	法律行為與代理.....	144
3.1	法律行為.....	144
3.2	代理.....	148
4.	訴訟時效與期限.....	151
4.1	訴訟時效.....	151
4.2	期限.....	153

1. 民法概述

1.1 民法概念與調整對象

1.1.1 民法概念

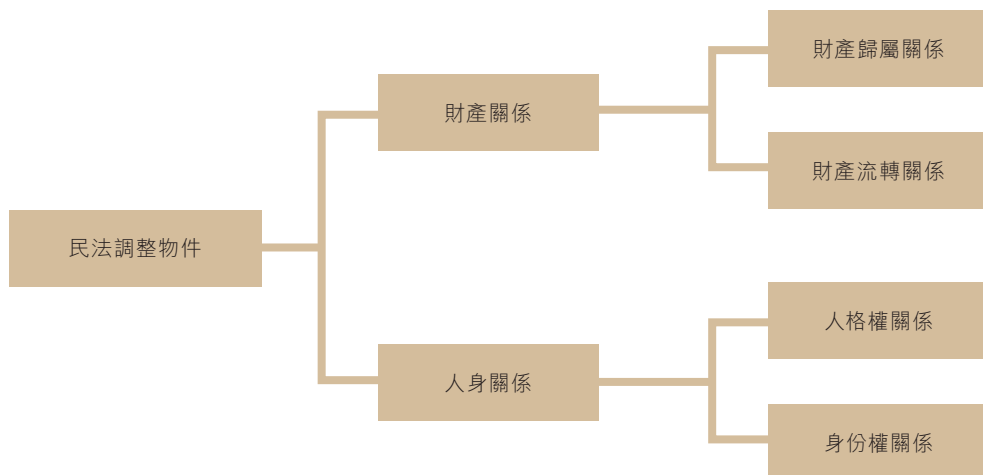
民法是調整平等主體的自然人之間、法人之間以及自然人與法人之間的財產關係與人身關係的法律規範的總稱。

一般而言，民法有形式意義的民法和實質意義的民法二種含義。前者指的是按編章節條款項編纂而成的民法典，如《法國民法典》，《德國民法典》等；後者指的是廣義的民事立法，如《中華人民共和國民法通則》（以下簡稱《民法通則》），《中華人民共和國合同法》等。雖然至今中國尚未頒佈民法典，但已經頒行了大量的民事法規，除上述2部法律之外，還有《中華人民共和國繼承法》、《中國人民共和國城市房地產管理法》等等。

民法的本質可以從三個方面理解：首先，無論從歷史的發展還是社會現實看，民法是商品經濟的產物，凡存在商品生產和商品交換的社會，就會有與之相適應的民法，民法是規範商品經濟關係的基本法律。其次，民法是規定民事主體權利的基本法律。現代社會中權利包括政治權利和民事權利，民法就是規定和保障民事主體的民事權利的基本法律；並且從根本上講，民事主體的民事權利是無法一一枚舉的，故民法只是按類別對民事主體的權利加以規定。此外，只要民事法規不禁止，民事主體都有權去做，正所謂在民法領域裏“法無禁止即合法”。這就為民事主體行使民事權利、發揮自身的主觀能動性提供了廣闊的空間。第三，民法是“市民法”，從詞源講，民法來源於古羅馬的“市民法”，更重要的是，民法是調整市民社會關係的基本法律。按照馬克思的理解，市民社會即經濟關係，故市民一詞不同於以往我們所熟悉的公民，其根本區別在於市民具有自利性，且這種自利性必須為民法所確認和保護。故在民法上始終強調權利義務相一致，以權利義務為手段來調整民事主體之間的關係。

1.1.2 民法調整對象

作為一個部門法，民法要對某一部分社會關係進行調整，通常而言，民法所調整的社會關係包括：



1.2 民法基本原則

民法基本原則是民法所調整的那部分社會關係的本質的具體體現，其效力貫徹於民法始終，是民事立法和司法實踐的準則。根據《民法通則》的規定，民法基本原則主要有：

- (1) 平等原則——《民法通則》第3條規定：“當事人在民事活動中的地位平等。”平等原則集中地反映了民法所調整的社會關係的本質特徵，是民法區別於其他部門法的主要標誌。
- (2) 自願原則——《民法通則》第4條規定：“民事活動應當遵循自願……原則。”自願即民事主體的意志自由，要求尊重民事主體的自由意志，不受任何非法干預。
- (3) 誠實信用原則——《民法通則》第4條規定：“民事活動應當遵循……誠實信用原則。”這一原則要求民事主體進行民事活動時要誠實、善意，最終達到自身利益與他人利益、個體利益與社會利益的平衡。
- (4) 權利不得濫用原則——《民法通則》第7條規定：“民事活動應當尊重社會公德，不得損害社會公共利益，破壞國家經濟計畫，擾亂社會經濟秩序。”該原則要求民事主體在行使民事權利履行民事義務過程中，不得超越權利存在的合理界限，要實現個人利益與社會利益的平衡。

嚴格而言，《瑞士民法典》是民法立法史上第一次以立法形式確立了民法的基本原則，此後為意大利、奧地利、荷蘭等國家所模仿，中國民法通則也不例外。那麼，民法基本原則的確立在國家究竟有何重要意義呢？其中特別要強調的是，以基本原則的靈活性彌補成文法的局限性，這點在中國特殊的歷史背景下顯得尤為突出。眾所周知，民事立法在中國一直未得到應有的重視，直至1986年才第一次頒佈了《民法通則》，全部條文有156條。如此簡單的法律條文顯然無法規範紛繁複雜、變動不居的社會關係，此時基本原則起着重要作用，使法官得以對具體案件進行處理。

1993年3月30日中午，李女士與同學王某在天津市和平影院看電影，散場時拾得公事包一隻，內有現金、存摺、汽車附加費、個人圖章等，價值約80萬人民幣。失主朱某在向派出所報案的同時，先後在《今晚報》和《天津日報》刊登啟事，其中有“……一周內有知情送還者酬謝1萬5千元……”等內容。4月15日，李女士的丈夫等人與朱某交收時發生爭執，被帶到派出所。朱某取回遺失物並拒付酬金。派出所就酬金一事進行調解未果。李女士向天津市和平區法院起訴，要求支付許諾的酬金。

和平區法院受理此案後，經公開審理，於1994年6月16日作出判決，駁回原告李女士的訴訟請求。判決書認為，原告拾包後，應當按包內之物提供的線索，尋找失主，而不應坐等啟事，這是違反社會主義公德的。

李女士不服判決上訴至天津市中級人民法院，該案後在中院法官調解下結案，李女士獲賠8千元。

該案所涉法律關係是拾得遺失物和懸賞廣告，《民法通則》對前者作了規定，拾得遺失物要歸還失主；但對懸賞廣告並無規定。一審法官以李女士行為違反社會主義公德為由，否定其對懸賞廣告中酬金的權利。這是以民法基本原則作為判案依據的典型。

1.3 民事法律關係

1.3.1 民事法律關係概念與特徵

如上所述，民法是對平等主體之間的人身關係和財產關係進行規範的法律，而民事法律關係正是民法對這種社會關係進行調整的結果。平等主體之間的人身關係和財產關係一經民法調整便上升為民事法律關係，即以民事權利和民事義務為內容、符合民事法律規範的社會關係。民事法律關係的形成，實際上是民法對社會關係進行調整，使社會關係秩序化的目的實現的過程。

民事法律關係的特徵在於：

- (1) 民事法律關係主體地位的平等，以此區別於其他法律關係；
- (2) 民事法律關係以民事權利和民事義務為內容，且權利義務一般是對等的；
- (3) 民事法律關係的實現具有強制性，但強制性的保障措施更多地體現為補償性，而非懲罰性。

民事法律關係的發生、變更和消滅要基於一定的客觀事實，理論上把這些能夠引起民事法律關係發生、變更和消滅的客觀事實稱為民事法律事實，它包括事件和行為。前者是指與當事人的意志無關的客觀現象，如地震、戰爭等；後者是指為當事人意志所控制的人的行為，如簽訂合同等。

1.3.2 民事法律關係要素

民事法律關係由以下三個要素構成：

- (1) 民事法律關係的主體——民事法律關係是人與人之間的關係，所以必須有人作為主體。民事法律關係主體指參加具體的民事法律關係並享有民事權利、承擔民事義務的當事人，包括自然人、法人及合夥組織，在特定情況下，國家也可以作為特殊的民事主體出現，如國債關係。
- (2) 民事法律關係的內容——即民事主體享有的民事權利和承擔的民事義務。民事權利是民法為保障民事主體實現其人身利益或財產利益而允許其行為的可能性。民事權利可以根據不同的標準分為人身權和財產權，絕對權和相對權，支配權和請求權等等。民事義務是民法為實現民事主體的權利而要求其他民事主體行為的必要性。民事義務可表現為積極義務（積極作為）和消極義務（消極不作為），同時民事義務還表現為“義務群”，包括主義務、從義務及附隨義務。
- (3) 民事法律關係的客體——即民事權利和民事義務所共同指向的物件，一般包括物、行為和智力成果，以及人身利益。¹ 其中，行為是指權利人行使權利及義務人履行義務的活動，如運輸合同中承運人的運送行為；智力成果是人類運用腦力勞動創造的精神財富，如著作、發明、設計等；人身利益可以理解為與人身不可分離的非物質利益。

這裏需要對民法上的“物”作必要解釋。在民法上，物作為最主要的民事法律關係客體，指的是那些能滿足人的需要、能為人所控制和支配、具有稀缺性和合法性的一切自然物和勞動創造物。民法理論根據不同的標準將物予以分類，它們主要有：

- (1) 動產與不動產——其分類標準是物能否移動以及移動是否損害物的價值。前者是指能夠移動且不損害其價值或用途的物；後者是指不能移動或移動會損害其用途或價值的物，主要有土地、房屋及其他地上定着物，如橋樑、高架道路等等。
- (2) 流通物與限制流通物——其分類標準是物在民事流轉中是否受限制以及受限制的程度。前者是指依法允許在民事主體之間自由流轉的物；後者是指法律限制或禁止其流通的物，主要有專屬國家所有的財產，如礦藏、河流等，以及非專屬國家所有、但對其流通性作某些限制的財產，如土地、槍枝彈藥、毒品、文物、黃色淫穢物品等等。
- (3) 特定物與種類物——其分類標準是是否具有獨立的、其他物不可替代的特徵。前者是指具有自身不可替代的特徵的物；後者是指具有共同特徵、能以品種、規格、質量或度量衡加以確定的物。²
- (4) 主物與從物——二者在物理上相互獨立，而在經濟用途上必須結合使用才能發揮其效用，其中起主要作用的是主物，起輔助配合作用的是從物。如鎖與鑰匙、琴與弓等關係。
- (5) 原物與孳息——二者在物理上相互獨立，但一物因另一物使用而產生，其中能產生他物的為原物，因他物的使用而獲得的是孳息。孳息有天然孳息和法定孳息之分。前者是指依物的自然屬性而產生的收益物，如果樹結出的果實，母牛生出的小牛等；後者是指依法律關係而產生的收益物，如租賃關係中的租金、借貸關係中的利息等。

除了一般物之外，民法中的物還包括貨幣、有價證券等特殊的物。

2. 民事主體

2.1 民事主體概述

民事主體是指依照法律規定能夠參與民事法律關係並享有民事權利或承擔民事義務的人。在現代社會，民事主體具有廣泛性和平等性，如1804年《法國民法典》第8條所規定的：“一切法國人均享有民事權利。”民事主體的平等性是民事主體參與民事活動的前提，儘管他們在社會中的身份各有不同，但參與民事活動、建立民事法律關係的資格卻是平等的。民事活動是人類各項活動中最為基礎、最為普遍的活動，這就決定了民事主體的廣泛性，除自然人、法人之外，非法人組織、特殊團體，乃至於國家均可作為民事主體。

人作為民事主體包含着兩方面問題：一是民事權利能力，即人格，指法律賦予的享有民事權利、承擔民事義務的資格。民事權利能力是人參與民事活動、享有民事權利或承擔民事義務的前提，是人取得民事權利的資格，民事主體的平等性也正體現在民事權利能力平等上；二是民事行為能力，指民事主體能以自己的獨立行為參與民事法律關係從而取得民事權利、承擔民事義務的資格。民事權利能力和民事行為能力共同構成民事主體的資格條件，其中民事權利能力是人作為民事主體的前提，而民事行為能力是民事主體取得並實現民事權利的基礎。

2.2 自然人

2.2.1 自然人的民事權利能力

自然人指因出生而獲得生命的人類個體。自然人是最重要的民事主體，《民法通則》明確規定了自然人的民事主體地位，即賦予自然人以法律上的人格。

在中國，自然人的民事主體資格（民事權利能力）始於出生，終於死亡。所謂出生指胎兒活着離開母體，出生是自然人取得民事主體資格的事實標記。民法上的死亡包括自然死亡和擬制死亡，其中自然死亡是指自然人生命的終結，一般以心跳、呼吸等生命體徵的消失為標準，近年來開始有“腦死亡”之說。

如果涉及胎兒利益，中國法律採取了個別保護原則，即在個別情況下視胎兒為出生，對其利益加以保護。中國《繼承法》第28條規定：“遺產分割時，應保留胎兒的繼承份額。胎兒出生時是死體的，保留的份額按照法定繼承辦理。”

2.2.2 自然人的民事行為能力

自然人的民事行為能力因其意思能力（包括對行為性質的認識能力、對行為後果的判斷能力）的不同而有所區別。一般情況下，自然人的意思能力是隨着年齡的增長而逐步發育成熟的，所以，年齡就成為劃分自然人民事行為能力的基本標準；自然人的精神性疾病對其意思能力會有影響，故精神性疾病成為劃分自然人民事行為能力的輔助標準。據此，《民法通則》對自然人的民事行為能力進行了規定，如表所示：

無民事行為能力人	10周歲以下的未成年人
	完全不能辨認自己行為的精神病人
限制民事行為能力人	10周歲以上的未成年人
	不能完全辨認自己行為的精神病人
完全民事行為能力人	18周歲以上的自然人
	16周歲以上不滿18周歲的自然人以自己的勞動收入為主要生活來源的

關於自然人民事行為能力問題，應注意以下幾點：

- （1）該制度的本質在於將自然人所能從事的行為的範圍進行劃分，此處所涉行為並非指一般行為，而是具有法律意義、將導致民法權利義務關係產生、變更與消滅的行為。對於限制民事行為能力人和無民事行為能力人而言，法律上並不禁止他們從事具體行為。根據《民法通則》規定，除了純獲利益行為之外，限制民事行為能力人還可從事與其年齡、智力、精神狀況相適應的法律行為，其他行為應由其監護人代理或同意後進行。無民事行為能力人一般不能從事民事法律行為，而由其監護人代理，但這並不排除其根據日常生活習慣從事一些與其年齡、智力相適應的民事活動，如購買文具用品、零食等。
- （2）民事行為能力制度目的包括兩方面：就無民事行為能力人和限制民事行為能力人而言，因其民事行為能力的全部或部分欠缺，他人與之進行的任何法律行為均不發生法

律效力，從而使其合法權益免遭侵害；就完全民事行為能力人而言，他有權按自己的意願從事任何法律行為，並對該行為的後果承擔法律責任，這就有利於培養其獨立意識和責任意識，成為合格的社會人。

- (3) 精神病人由於其心智喪失，不具有認識能力和判斷能力，無法保護自己的合法權利，故法律根據其能力喪失程度的不同，規定不能完全辨認自己行為後果的為限制民事行為能力人，完全不能辨認自己行為後果的屬無民事行為能力人。要注意的是，由於判斷精神病人是否具有辨認自己行為的能力比較困難，故《民法通則》規定，要經利害關係人申請，由人民法院根據司法精神病學鑑定或參照醫院所作的診療、鑑定宣告其為限制民事行為能力人或無民事行為能力人。
- (4) 民事行為能力與責任能力是兩個既有聯繫又有區別的概念，責任能力是指行為人對民事違法行為承擔民事責任的能力，也稱侵權民事行為能力。按《民法通則》第133條的規定，無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔民事責任。在通常情況下民事行為能力與民事責任能力相一致，例如，完全民事行為能力人有民事責任能力；有時二者又不一致，例如，限制民事行為能力人在一定範圍內有民事行為能力，但並不具有民事責任能力。

根據《民法通則》的規定，對於限制民事行為能力和無民事行為能力的自然人要設定監護人，監護人的職責是保護被監護人的人身和財產權益。

2.2.3 宣告失蹤和宣告死亡

宣告失蹤是指自然人離開自己的住所，下落不明滿2年，經利害關係人申請，由人民法院按法定程序宣告其為失蹤人的法律制度。在現實生活中，自然人因各種原因離開自己的住所地，長期下落不明的情況時有發生，造成圍繞他而建立起來的法律關係長期處於不確定的狀態，不利於社會關係的穩定。宣告失蹤制度通過為失蹤人確定財產代管人，管理失蹤人的財產，代行各種義務，從而使法律關係趨於穩定。一旦失蹤人出現，或有人確知其下落，其本人或利害關係人可以申請撤銷宣告。

宣告死亡是指自然人下落不明達法定期限，經利害關係人申請，人民法院宣告其死亡的法律制度。根據《民法通則》規定，宣告死亡的失蹤人失蹤要達法定期限，該期限有二種：一是4年，從失蹤人自然人下落不明事實的次日起算，戰爭期間則從戰爭結束之日起算；一是2年，適用於意外事故，從事故發生之日起算。另外，根據《民事訴訟法》第167條規定，因意外事故下落不明，經有關機關證明該失蹤人不可能生存的，利害關係人申請宣告死亡的，不受2年期限限制。

人民法院一旦按法定程序宣告失蹤人死亡，在法律上就發生與自然死亡相同的效力，宣告死亡人的民事主體資格消滅，其原先參加的民事法律關係歸於消滅，婚姻關係自然終止，其個人合法財產轉為遺產開始繼承。但宣告死亡畢竟不同於自然死亡，它只是從立法技術上對某種事實所作的一種推定，並不必然意味着某一自然人生命的終結，故《民法通則》第24條第2款規定：“有民事行為能力人在被宣告死亡期間實施的民法法律行為有效。”一旦被宣告死亡人生還，或有人確知其下落，他本人或利害關係人可向人民法院申請撤銷死亡宣告；被撤銷死亡宣告的人有權要求發還被繼承的財產。

2.3 法人

2.3.1 法人概念和特徵

《民法通則》第36條規定：“法人是具有民事權利能力和民事行為能力，依法獨立享有民事權利和承擔民事義務的組織。”據此，法人有三個特徵：

- (1) 法人是按照一定宗旨和條件組織起來的社會組織，該社會組織或由多個自然人組成，即所謂社團法人，或由一定數量的財產依一定目的而集合，即所謂財團法人。
- (2) 法人是具有民事權利能力和民事行為能力的社會組織，這就意味着並非所有的社會組織都是法人，只有那些具有主體資格的社會組織，才能以法人名義進行民事活動。
- (3) 法人是依法獨立享有民事權利和承擔民事義務的社會組織，這使得法人與非法人組織有了根本區別。所謂“獨立”包含三層意思：一是指組織上的獨立，法人的主體資格與其成員的主體資格相互獨立，其個別成員的退出或死亡並不影響法人的存續；二是指財產上的獨立，法人所有的財產獨立於法人出資人的其他財產，獨立於法人成員的財產；三是指責任上的獨立，如果法人違反民事義務，侵害他人權利，由法人以其全部財產獨立承擔民事責任；法人出資人一般僅在出資額內承擔責任。

2.3.2 法人成立條件

在中國，法人的成立要具備下列條件：

- (1) 依法成立——這就要求法人的成立從其宗旨到程序都必須合乎法律規定。
- (2) 要有必要的財產或經費——依照《公司法》第23條規定，有限責任公司的註冊資本不得低於下列最低限額：以生產經營為主的公司或以商品批發為主的公司為人民幣50萬元；以商業零售為主的公司人民幣30萬元；科技開發、諮詢、服務性公司人民幣10萬元。《公司法》第78條規定：股份有限公司註冊資本的最低限額為人民幣1,000萬元。《商業銀行法》第13條規定，設立商業銀行的註冊資本最低限額為10億人民幣；城市合作商業銀行的註冊資本最低為1億人民幣；農村合作商業銀行的註冊資本最低為5,000萬人民幣。
- (3) 有自己的名稱、組織機構和場所——法人的名稱是一法人區別於他法人的標誌。就企業法人而言，根據《企業名稱登記管理規定》，企業的名稱應依次由字號（商號）、行業或者經營特點、組織形式組成，並在企業名稱前冠以企業所在地省或市或縣行政區域名稱。作為機關法人、事業單位法人和社會團體法人，其名稱應與其活動範圍、活動內容等相適應。其名稱有的是由國家直接命名而無須登記，有的則要根據活動的性質命名並在相關部門進行登記。

法人作為一種社會組織必須有自己的組織機構，它的目的、宗旨以及具體的行為都由組織機構來完成。以公司法人為例，其組織機構包括：意思機構，也稱權力機構，指法人藉以形成自己意思的機構，如股東大會；執行機構，指具體執行意思機關所形成的意思，對內進行管理、對外進行民事活動的機構，如董事會；代表機構，也稱法定代表人，指代表法人對外進行民事活動和訴訟活動的機構，如董事長、廠長；監察機構，指對法人執行機關的活動進行監督的機構，如監事會。

法人要有場所，作為自己的活動基地。要注意的是，法人的場所與法人的住所不同，一個法人只有一個住所，其場所卻可以有多個，法人以其主要辦事機構所在地為其住所。法人的住所及其變更需要到工商管理部門進行登記。

2.3.3 法人的民事權利能力和民事行為能力

與自然人不同，作為民事主體的法人，其民事權利能力和民事行為能力同時產生於法人成立、同時終止於法人消滅，有民事權利能力就有民事行為能力。

法人民事權利能力和民事行為能力還要受相應限制，比如受自然性質的限制，法人不具有以自然人生命存在為前提的某些民事權利能力和民事行為能力，法人就其目的之外的行為也無民事權利能力和民事行為能力；當法人處於清算階段時，其民事權利能力和民事行為能力僅限於清算範圍內，無權從事超出清算範圍的行為。

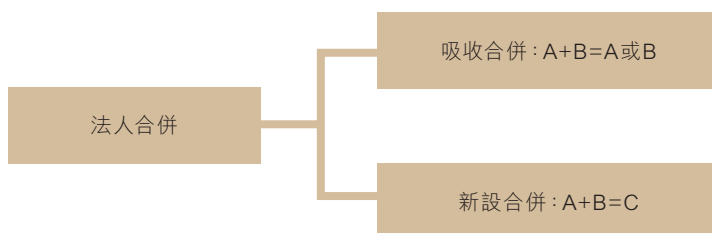
2.3.4 法人設立、變更和終止

法人設立是法人資格取得的前提階段，法人發起人為創辦法人組織、並使其具有民事主體資格所從事的一系列準備行為稱為法人設立。根據中國法律規定，法人設立的方式主要有：

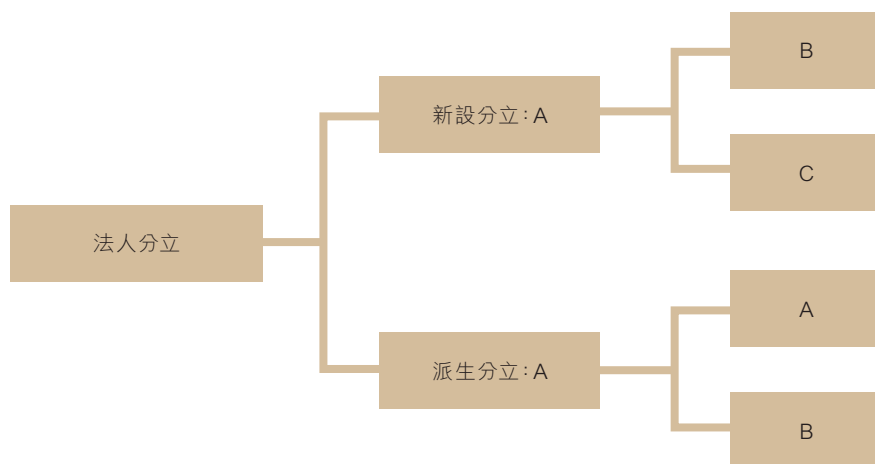
- (1) 命令設立——指政府以行政命令方式設立法人，主要適用於國家機關和全民所有制事業單位。
- (2) 發起設立——指由發起人一次性認足法人成立所需資金而設立法人，主要適用於私營企業法人、有限責任公司和一些股份有限公司法人。
- (3) 募集設立——指法人發起人繳足一部分資金，其餘資金向社會公開募集從而設立法人，主要適用於股份有限公司。
- (4) 捐助設立——指由法人或自然人募足法人所需資金從而設立法人，主要適用於基金會法人。

法人經過設立階段並依法成立即具有民事主體資格。法人在其存續過程中，為適應情勢的變化，勢必要作出相應的變更，諸如法人宗旨變更、資金的增減、業務範圍的變更等，並須依法辦理變更登記。這裏要指出的是法人組織上的分立與合併。

法人合併是指兩個以上的法人合併為一個法人，以其結果不同，有吸收合併和新設合併之分，如圖所示：



法人分立是指一個法人分成兩個以上的法人，依其結果不同，有設立分立和派生分立之分，如圖所示：



無論是法人合併還是分立，都將涉及與第三人債權債務問題。當法人發生吸收合併時，被合併法人的全部債權債務由合併後的法人承擔；當法人發生新設合併或法人分立時，均應得到相關債權人同意或向債權人提供擔保，否則不得進行相應行為。

根據中國法律規定，法人可因以下原因終止：

- (1) 依法被撤銷；
- (2) 自行解散；
- (3) 依法被宣告破產；
- (4) 其他原因，如國家政策調整，發生不可抗力等。法人終止要經過清算階段，依法成立清算組織，了結現存事務，收取債權，清償債務，移交剩餘財產，最後向原登記機關辦理註銷登記並公告，從而使法人歸於消滅。

2.4 合夥

2.4.1 合夥概念與特徵

此處的合夥是指依法設立、由各合夥人訂立合夥協議，共同出資、合夥經營、共用收益、共擔風險，並對合夥債務承擔無限連帶責任的營利性非法人組織，它有自己的名稱，有自己能支配的財產，並有相應的管理人，這就排除了非營利性合夥和臨時合夥。根據《民法通則》和《合夥企業法》的規定，合夥成立的條件有：合夥人達到法定人數，有書面的合夥協議，各合夥人實際繳付出資，合夥有名稱、場所，經登記機關登記領取營業執照。

合夥作為一種組織，在團體性上與企業法人有相同之處，合夥在人格、財產、利益和民事責任方面都具有相對獨立性，但合夥畢竟不是企業法人，兩者存在諸多不同：

- (1) 企業法人存在的基礎是法人章程，合夥存在的基礎是合夥協定，各合夥人必須在自願基礎上簽訂協定，明確他們之間的權利義務關係。

- (2) 法人享有獨立的財產所有權——合夥組織沒有自己獨立財產，其財產歸合夥人共有，由合夥人共同管理和使用。至於共有的類型則因合夥財產來源不同而有所區別。合夥財產包括兩部分：一是全體合夥人的出資，二是合夥組織存續期間以合夥名義所得財產。一般認為合夥人出資由全體合夥人按出資比例共有，即按份共有；合夥組織成立後因生產經營而積累的財產則由全體合夥人共同共有。
- (3) 法人的出資人對法人債務承擔有限責任——合夥企業對其債務，首先以其全部財產進行清償，當合夥財產不足清償時，由合夥人承擔無限連帶責任，可見，合夥人的責任是一種補充責任。
- (4) 法人的經營活動一般由法人機關決定和從事，無須其全體成員共同決定；合夥的經營活動一般要由合夥人共同決定，共同經營。

2.4.2 合夥事務的執行

合夥的經營和日常事務管理可由全體合夥人共同進行，也可由合夥人推薦一個或幾個合夥人作為合夥事務執行人承擔經營和管理事務。合夥事務執行人在履行職責時，要依法享有權利和承擔義務，具體權利包括：

- (1) 有權要求合夥組織支付其因執行合夥事務所墊付的必要費用；
- (2) 有權要求合夥組織償付其因執行合夥事務所遭受的不可歸責於己的損害；
- (3) 如有報酬約定的，則有報酬請求權。

具體義務包括：

- (1) 注意義務——要求其在執行合夥事務時要盡量做到與處理自己事務一樣的注意；
- (2) 忠實義務——要求其忠於職守，並及時報告事務進展情況，交付所得利益；
- (3) 競業禁止義務——要求包括執行人在內的全體合夥人都不得經營與合夥業務相競爭的事業。

2.4.3 入夥、退夥和解夥

合夥組織在其存續期間，可能發生入夥和退夥。所謂入夥是指第三人加入到合夥組織成為合夥人的行為。根據法律規定，第三人要入夥要徵得全體合夥人同意，並要與全體合夥人在平等基礎上訂立入夥協議。新合夥人在無特別約定情況下，與原合夥人享有同等權利，承擔同等義務，對入夥前的債務要承擔無限連帶責任。

所謂退夥，是指合夥人退出合夥組織的行為。《合夥企業法》依退夥原因不同，將之分為三類：

- (1) 法定退夥——即基於法律的直接規定而退夥。具體事由有：合夥人死亡或被依法宣告死亡；合夥人喪失民事行為能力；合夥人喪失償債能力；合夥人被法院強制執行其在合夥組織中的全部財產份額。
- (2) 強制退夥——即因某合夥人不履行法定或約定義務，其他合夥人一致決定強迫其退夥。具體事由包括：未履行出資義務；因故意或重大過失給合夥造成損失；執行合夥事務時有不正當行為；以及其他合夥協議約定的其他事由。

- (3) 自願退夥——即合夥人按約定或單方面向其他合夥人聲明退夥。其具體事由包括：合夥協議約定的退夥事由出現；經全體合夥人同意退夥；發生合夥人難以繼續參加合夥事務的事由；其他合夥人嚴重違反協議約定的義務。

根據《合夥企業法》第57條的規定，合夥組織出現下列情形之一的，即應解散：

- (1) 合夥協議約定的經營期限屆滿，合夥人不願繼續經營；
- (2) 合夥協議約定的解散事由出現；
- (3) 全體合夥人決定解散；
- (4) 合夥人不足法定人數；
- (5) 合夥協定約定的合夥目的已經實現或無法實現；
- (6) 合夥企業被依法吊銷營業執照；
- (7) 出現法律、行政法規規定的合夥企業解散的其他事由。合夥組織一旦解散，要經過財產清算，並依法辦理註銷登記。

3. 法律行為與代理

3.1 法律行為

3.1.1 法律行為概念與特徵

法律行為是民事主體設立、變更、終止民事權利和民事義務的合法行為，是引起法律關係發生、變更和消滅的重要的法律事實。

它有下列特徵：

- (1) 法律行為是一種表意行為——行為人在主觀上具有導致一定法律效果發生的意圖，如買賣行為。與表意行為相對的是非表意行為，包括事實行為和侵權行為。行為人主觀上並無產生法律效果的意圖，只是行為在客觀上引起某種法律效果的發生。
- (2) 法律行為以意思表示為基本要素——所謂意思表示指行為人將其期望發生某種法律效果的內在意思以一定的方式表達於外部。因為法律行為不過是民事主體個人願望的法律表達方式，所以，意思表示就成為法律行為不可或缺的最基本的要素。
- (3) 法律行為從本質上講是一種合法行為——行為人的主觀意圖之所以能產生他所預期的法律效果，能得到國家法律的確認和保護，正因為這種意圖本身及其表達方式的合法性。

3.1.2 法律行為的分類

法律行為實際上是現實生活中無數具體行為的理論抽象，我們可以根據不同標準將其進行分類，以加深對其理解。

- (1) 依是否以當事人單方意思表示即可成立，有單方法律行為與雙方法律行為之分。前者指依據一方當事人的意思表示就可成立的法律行為，如遺囑；後者指需各方當事人意思表示一致才可成立的法律行為，如合同。

- (2) 依當事人取得權利是否支付代價，有有償法律行為與無償法律行為之分。前者指當事人享有某項權利而必須償付相應代價的法律行為，如買賣行為；後者指當事人享有權利無須償付相應代價的法律行為，如贈與。
- (3) 依法律行為的成立是否以交付標的物為前提，有諾成法律行為與實踐法律行為之分。前者指僅以當事人意思表示即可成立的法律行為，如租賃合同；後者指在當事人意思表示之外還要交付標的物的才能成立的法律行為，如贈與。
- (4) 依法律行為成立是否需採用特定形式，有要式法律行為與不要式法律行為之分。前者指依法律規定，必須採取一定形式或履行特定程序才可成立的法律行為；後者指法律不要求採用特定形式，由當事人自由選擇的法律行為。
- (5) 依法律行為的內容，有財產行為與身份行為之分。前者指導致財產關係發生、變更和終止的法律行為；後者指導致身份關係發生、變更和終止的法律行為，如結婚、收養等。

3.1.3 法律行為的有效

法律行為的實質在於法律確認並保護行為人的意思表示，這就要求行為人的意思表示要合乎法律的要求，即法律行為的成立要具備一定條件，其中實質條件有三：(1) 行為人要具備相應的民事行為能力；(2) 行為人意思表示要真實；(3) 不違反法律或社會公共利益、公共道德。任何法律行為均要符合此三條實質條件，否則不能產生行為人預期的法律效果。

此外，行為人進行的是要式法律行為時，其行為形式還要符合法律的要求。一般而言，法律行為的形式有明示和默示兩種，其中明示形式有口頭形式和書面形式，默示形式包括行為推定和單純沉默。

這裏需要對意思表示要件專門討論。

一般而言，意思表示由目的意思、效果意思和表示行為三者構成。所謂目的意思是指表意人就民事法律行為具體內容所具有的意思，如同合同中的標的、質量數量等均屬目的意思範圍。所謂效果意思是指表意人欲使其表示內容在法律上發生效力的意思，如買方期望獲得標的物的所有權，賣方期望獲得價金等。表示行為則指表意人將內心意思以一定方式表現於外部、並足以使他人理解的行為。其中效果意思以目的意思為前提，二者均存在於表意人內心，須通過表示行為為他人所知曉，故表示行為是手段。

我們將目的意思和效果意思稱為內心意思，通過行為表示的意思稱為表示意思。一般情況下表意人的內心意思與表示意思是一致的，但在實踐中由於各種主觀或客觀的原因，二者往往出現不一致。如因表意人主觀原因引起的不一致，理論上稱之為意思與表示不一致；如因其他原因造成的，理論上稱之為意思表示不自由。現分述如下。

意思表示不一致包括五種情況：

- (1) 虛假表示——即表意人將真實意思保留在心中，所作的表示意思並不反映其內心意思，且不希望表示意思發生法律效力。為保護相對人利益和交易安全，表示意思原則上有效，表意人應受其表示行為約束。
- (2) 偽裝表示——即表意人與相對人通謀所作的表示不表示內心真意的表示行為。法律一般認為偽裝表示無效，但不得對抗善意第三人。

- (3) 隱藏行為——即表意人以一個虛假的意思表示掩蓋另一個真實的意思表示，且期望被掩蓋的意思表示發生法律效力。對此處理的原則是，虛假的意思表示無效，被掩蓋的真實意思則視其是否合法而定。
- (4) 誤解——這包括兩種情況：一是表意人因其認識上的缺陷所作的，不能反映其內心真意的表示；二是相對人理解和表示錯誤。在司法實踐中，一般的誤解不具有法律意義，只有重大誤解，即行為人對行為的性質、對方當事人、標的物品種、質量、數量等有錯誤認識，並因此造成較大損失的情況，才屬於意思與表示不一致，具有法律意義。
- (5) 誤傳——即由於第三人非故意的傳達錯誤而使表意人的意思表示發生錯誤，此時應由委託傳達的一方承擔責任。

意思表示不自由包括三種情況：

- (1) 欺詐——即相對人故意隱瞞真實情況或編造虛假情況，使表意人陷入錯誤認識，並因此作出違背其真意的表示。在內心意思與表示意思不一致這點上，欺詐與誤解一致；但造成不一致的原因不同，誤解是因本人的認識有誤所致，而欺詐是因他人積極行為（編造虛假情況或隱瞞真實情況）所致。
- (2) 脅迫——包括威脅與強迫，前者是指相對人以未來的不法損害相恐嚇而使表意人陷入恐懼，並因此作出違背真意的表示。後者是指相對人對表意人實施身體強制，使其處於無法反抗的境地而作出的違背真意的表示。
- (3) 乘人之危——是指相對人利用表意人處於急迫需要或危難處境，迫使其違背真意，接受明顯不公平的條件。

3.1.4 法律行為的效力

一般而言，法律行為符合上述四個條件就能發生當事人所預期的法律效力；在實踐中，當事人進行的民事活動往往欠缺上述要件中的一個或幾個，因此就無法如期發生法律效力。理論上將欠缺要件的行為稱為民事行為，並按法律規定，依其效力狀態不同分為無效民事行為、可撤銷、可變更民事行為以及效力未定民事行為。

無效民事行為，包括：

- (1) 行為人欠缺民事行為能力所實施的民事行為，如無民事行為能力的自然人實施了依法不能實施的民事行為；法人實施了與其民事行為能力不相應的民事行為。
- (2) 表意人在意思表示不自由情況下實施的民事行為。對此《民法通則》第58條規定毫無例外的無效，但《合同法》對此進行修正，根據該法第52條的規定：一方以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立的合同，只有損害國家利益時才無效。
- (3) 惡意串通、損害國家、集體或第三人利益的民事行為。
- (4) 以合法形式掩蓋非法目的的民事行為。
- (5) 損害社會公共利益的民事行為。
- (6) 違反法律、法規強制性規定的民事行為。

可撤銷、可變更的民事行為，包括：

- (1) 因重大誤解所為的民事行為。
- (2) 顯失公平的民事行為。
- (3) 因欺詐、脅迫或乘人之危所為，不損害國家利益的民事行為。

民事行為被確認無效或被撤銷後，當事人因該行為而獲得的利益應返還給對方；有過錯的一方應賠償對方因此所受的損失，雙方均有過錯的，各自承擔相應的責任；雙方惡意串通，損害國家、集體或第三人利益的，應追繳雙方所得財產，收歸國家、集體或返還給第三人。

效力未定的民事行為，是指該行為成立時其效力處於不確定狀態，有待於權利人的同意或拒絕以確定其效力的民事行為。根據《民法通則》和《合同法》的規定，效力未定的民事行為包括：

- (1) 限制民事行為能力的自然人實施的依法不能獨立實施的民事行為，由其法定代理人酌情追認或拒絕，從而使之有效或無效。《合同法》第47條規定：“限制民事行為能力人訂立的合同，經法定代理人追認後，該合同有效。”
- (2) 行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後仍以被代理人名義訂立的合同，被代理人有權酌情追認或拒絕；未經追認的，對被代理人不發生法律效力。當然，善意相對人也享有撤銷權，其撤銷的意思一經通知對方，合同即歸於無效。
- (3) 無處分權人擅自進行處分行為，一般不發生法律效力，但權利人有權酌情追認，使之變為有效。
- (4) 當事人所實施的民事行為，如須經其債權人同意，未經同意該行為無效；債權人同意則可使之有效。

一般而言，法律行為於依法成立時發生法律效力。但實踐生活中當事人可能因各種原因不希望其即時生效，故法律規定，可通過設定條件或附加期限使法律行為效力受到一定限制。

- (1) 條件——即把將來不確定的事實的發生或不發生作為法律行為生效或失效的前提。根據條件成就與否與效力的關係，可將其分為延緩條件和解除條件；根據客觀事實成就與否而分，可以有肯定條件和否定條件。相互關係如圖所示：

條件種類		成就	不成就
延緩條件	肯定條件	法律行為生效	法律行為無效
	否定條件	法律行為生效	法律行為無效
解除條件	肯定條件	法律行為失效	法律行為繼續有效
	否定條件	法律行為失效	法律行為繼續有效

條件根本特點在於它的不確定性，即所附條件究竟在未來能否成就是當事人無法確定，當事人不能採取任何行為促成或阻撓條件的成就與不成就。《合同法》第45條第2款規定：“當事人為自己的利益不正當地阻止條件成就的，視為條件已成就；不正當地促成條件成就的，視為條件不成就。”

- (2) 期限——即以一定期限的到來作為法律行為效力開始或終止的前提。其中，以期限到來作為法律行為生效的稱始期，以期限到來作為法律行為失效的稱終期。

3.2 代理

3.2.1 代理概念與特徵

代理是指代理人在代理許可權內以被代理人的名義同第三人進行民事活動，並由被代理人承擔相應的法律後果。代理關係主要涉及三方當事人，其中，為他人利益實施代理行為的人是代理人，在民事活動中出名且承擔相應法律後果的是被代理人，代理人與之為民事活動的人是第三人。

代理制度的意義在於擴大民事主體的活動範圍，使之不受時間和空間的局限；同時也可彌補民事主體知識結構和能力的不足，更好地行使權利。在現代社會生活中，代理適用範圍很廣，包括各種民事法律行為、某些財政、行政行為、還有民事訴訟和行政訴訟行為，都可以適用代理制度。但是，法律規定不得代理的行為不適用代理制度，其中包括：具有人身性質的民事法律行為不能適用代理，例如，立遺囑、結婚等都應由當事人親自進行，不得代理；違法行為不能適用代理，代理人知道代理事項違法仍然進行代理的，或者被代理人知道代理人所為代理行為違法而不反對的，由代理人和被代理人承擔連帶責任。當事人也可事先約定由本人親自施行，不能適用代理。

代理具有下列法律特徵：

- (1) 代理人是以被代理人名義同第三人進行民事活動，其法律後果直接由被代理人承擔，在理論上被稱為顯名代理。與之相對的還有隱名代理，或稱間接代理，即代理人以自己名義進行民事法律行為，其行為後果間接地由被代理人承擔。《民法通則》所採取的是顯名代理。
- (2) 代理人所進行的代理行為體現的是代理人獨立的意思表示，由此代理與所謂的“使者”不同，後者只是傳達他人的意思。
- (3) 代理人是在代理許可權內獨立為意思表示，一旦超出代理許可權，將構成無權代理。
- (4) 代理人所為代理行為的法律後果由被代理人承擔，這正是代理制度存在的價值所在，代理人在代理許可權內進行的代理行為，在法律上視為被代理人自己的行為，所產生的法律後果，不論是積極的還是消極的，均由被代理人承擔。

3.2.2 代理權的取得

代理許可權即代理人以被代理人名義對外從事代理活動的根據，也是被代理人承擔代理行為法律後果的根據。代理許可權產生於下列三種途徑：

- (1) 被代理人的委託授權——被代理人可以口頭或書面形式將代理權授予代理人，這種代理稱委託代理。授予代理權的行為是單方法律行為，其具體內容由被代理人決定，也可依法律行為的性質而定，通常包括代理事項、代理許可權和代理期限。被代理人的授權必須明確，如書面授權不明時，被代理人向第三人承擔民事責任，代理人負連帶責任。
- (2) 法律直接規定——法律為了保護處於特定情況下民事主體的利益，為了維護交易安全，直接規定無民事行為能力或限制民事行為能力人的監護人為法定代理人，這種代理稱法定代理。

- (3) 有關機關的指定——依法對被代理人的合法權益負有保護義務的組織，如法院以及未成年人所在地的居委會、村委會等，有權為未成年人指定代理人，這種代理稱指定代理。

3.2.3 代理權的行使

代理人行使代理權要注意三點：

- (1) 代理人要在代理許可權範圍內行使代理權，不得擅自超越、變更或擴大代理許可權，由此所為的行為，非經追認不對被代理人發生效力。但被代理人如知情的且不作否認表示的，則視為同意。
- (2) 一般情況下代理人要親自實施代理行為，不得任意將代理事項轉托他人。在委託代理中，代理人為被代理人利益需要轉托他人代理的，應當事先徵得被代理人同意。事先沒有徵得同意的，也應在事後及時告知，如被代理人仍不同意的，則由代理人對轉托行為負責。但是為保護代理人利益，在緊急情況下發生的轉托除外。如代理人突遭事故，無法辦理代理事項，而當地通訊聯絡中斷，無法及時取得被代理人同意，如不及時轉托他人，將損害被代理人利益。此外，代理人要及時報告代理事務進展，保守被代理人的秘密，轉移代理行為所取得的利益。

原告李二嬌的丈夫張亞羅，50年代向深圳南頭信用合作社投資認購股份二股（1元一股）。1987年深圳市發展銀行成立時，將上述二股轉為股票180股。1990年分紅、擴股時，180股又增至288股。原認股人張亞羅於1988年去世，288股的股票由原告持有。以前，張亞羅曾委託被告張士輝到證券公司領取股息，辦理擴股等手續。1990年4月，原告將股票交由被告，委託其代領股息。1990年4月25日，被告通過證券公司以每股3.56元的價格，將張亞羅名下的288股股票，過戶到其妹妹、第三人張士琴的名下。事後，被告扣除稅款和手續費後，托其母吳圓友將過戶股票的股息及賣股票款890元交給原告。同年8月25日，原告將票據交給女婿看後，發現288股發展銀行的股票已被被告過戶到張士琴的名下。原告向被告索要股票，被告予以拒絕，遂於1991年4月向法院提起訴訟。

南山區人民法院認為：代理人在代理許可權內，以被代理人的名義實施民事法律行為。代理人超越代理權的行為，只有經過被代理人的追認，被代理人才承擔民事責任。未經追認的行為，由行為人承擔民事責任。原告李二嬌只委託被告張士輝代理其領取股息，但張士輝卻擅自將李二嬌的股票低價出賣並過戶給第三人張士琴，其行為違反了《中華人民共和國民法通則》第六十六條的規定，超越代理權，應當承擔民事責任。在審理過程中，李二嬌自願放棄訟爭股票1991年派發的紅股，只要求張士輝購還發展銀行288股股票。張士輝表示同意，應予准許。據此，該院於1991年9月12日經調解，原告與被告達成如下協定：

一、被告張士輝於1991年9月14日前用原告李二嬌的身份證和姓名購買深圳發展銀行股票288股給李二嬌，所需股金及手續費用，由張士輝承擔。二、原告李二嬌將被告張士輝1990年4月交與的890元當庭退還被告。

（摘自《中華人民共和國最高人民法院公報一九九三年第一期》）

- (3) 為了避免代理人在代理過程中損害被代理人利益，法律還特別規定了禁止代理權濫用，其中包括三種情況：一是禁止代理人在代理許可權內與自己為法律行為，二是禁止一個代理人同時代理雙方當事人為法律行為，三是禁止代理人與第三人惡意串通損害被代理人利益。根據《民法通則》第58條規定，代理人與第三人惡意串通所為的行為無效，其行為後果與被代理人無關，如損害被代理人利益的，由代理人和第三人承擔連帶責任。

3.2.4 無權代理與表見代理

從理論上講，無權代理的概念有廣義和狹義之分，是指代理人沒有代理權，但以本人名義與第三人進行民事活動情形，它包括了狹義的無權代理和表見代理兩種情形。狹義的無權代理是指行為人沒有代理權且沒有令第三人信其有代理權的事實或理由，而以本人名義與第三人從事民事活動的情形，此處討論的無權代理指的就是狹義的無權代理。表見代理則指的是行為人雖無代理權，但客觀上存在使第三人信其有代理權的事實或理由，從而與第三人進行民事活動，其後果由被代理人承擔的情形。

根據《民法通則》規定，無權代理主要有三種：

- (1) 代理人自始沒有取得代理權，而以他人名義進行民事活動。
- (2) 代理人雖有代理權，但其實施的代理行為超越了代理許可權，故超越部分為無權代理。
- (3) 代理人原本享有的代理權已終止，仍以被代理人名義進行民事活動。無權代理的效力處於不確定的狀態，其最終確定取決於本人行使追認權或第三人行使撤銷權。根據《民法通則》第66條規定，對於無權代理行為，只有經過本人追認，即事後對無權代理行為予以承認，才能對本人發生效力。本人的追認屬於單方法律行為，由其單獨向行為人或第三人作出意思表示即可，其形式可以是明示，也可以是默示。已經追認，無權代理行為就轉化為有權代理，且對本人自始發生法律效力。當然，被代理人如果知道他人以其名義進行民事活動又不作否認的，視為同意，並承擔法律後果；第三人如果知道行為人無權代理仍與之進行民事活動，並給他人造成損害的，則與行為人負連帶賠償責任。

中國《民法通則》當時並未對表見代理加以規定，有關表見代理的條款首次見諸《合同法》。該法第49條規定：“行為人沒有代理權、超越代理權或者代理權終止後以被代理人名義訂立合同，相對人有理由相信行為人有代理權的，該代理行為有效。”表見代理實質是無權代理，之所以強制由被代理人承擔法律後果，其理由有二：就相對人方面看，只要相對人出於善意無過失，相信行為人所具有的授權表象，與之進行民事行為，該行為即受法律保護，由此降低了相對人的交易風險，有效維護了相對人合法利益，從而保護交易安全和迅捷。就被代理人方面看，表見代理實際上是對代理制度所追求的價值的修正。代理制度原本注重尊重本人意思，維護本人利益。但如果毫無例外地只考慮本人利益，難免對相對人有失公平，同時客觀上可能縱容被代理人，使其疏於對代理人進行監督，不能以應有的謹慎態度維護自己的權利。法律規定由被代理人承擔行為後果，對被代理人的懈怠疏忽（如將有證明代理許可權存在意義的文件交與他人，公開場合隨意表示授權等）進行否定性評價，故該制度仍有其公正之處。當然，被代理人對善意第三人承擔責任後，仍可向行為人進行追償。

一般認為，表見代理除要符合一般代理的要件（諸如無權代理人以本人名義進行民事活動，所從事的行為符合法律行為有效要件等）之外，還要具備特別條件：

- (1) 代理人沒有代理權。
- (2) 客觀上存在使相對人信其有代理權的事實或理由，這些事實或理由應以代理人與被代理人存在某種事實上或法律上的聯繫為基礎，這也是使被代理人承擔法律後果的基礎。一般認為，代理人持有被代理人發給的證明文件，如蓋有單位公章的介紹信、蓋有合同專用章的空白合同書；或者本人曾向相對人作出授予其代理權的表示；或者代理人和被代理人之間存在某種特殊關係，如夫妻關係、僱傭關係等。這些在司法實踐中都有可能被認定構成表見代理的客觀事實或理由。同時，如果盜用他人介紹信等證明文件訂立合同的，一般不認定為表見代理。如果是借用他人合同書等證明文件訂立合同的，也不屬表見代理，由出借人和借用人共同承擔連帶責任。
- (3) 須相對人主觀上是善意，即相對人不知代理人就所為行為無代理權，而且對此主觀上不存在過失。反之，相對人明知代理人無代理權，或因過失而不知的，則不構成表見代理。至於善意與否的舉證責任由被代理人承擔。

4. 訴訟時效與期限

4.1 訴訟時效

4.1.1 訴訟時效的概念與特徵

訴訟時效是指權利人在法定期間內不行使權利，就喪失請求法院保護其民事權利的法律制度。訴訟時效的法律特徵在於：

- (1) 訴訟時效以權利人不行使法定權利的事實狀態的存在為前提；
- (2) 訴訟時效屆滿的法律後果是致使權利人勝訴權的消滅，其實體權利仍然存在。《民法總則》第138條規定：“超過訴訟時效期間，當事人自願履行的，不受訴訟時效限制。”可見，權利人喪失的只是依訴訟程序強制義務人履行義務的權利，而實體權利本身並不消滅，只是失去了國家強制力的保護。
- (3) 訴訟時效具有強制性和普遍性，其內容必須由法律作出統一規定，民事主體必須一體遵循；當事人不得就訴訟時效的提前終止、延長或提前放棄時效利益作出協議。

4.1.2 訴訟時效的種類

根據時效期間不同，訴訟時效有普通訴訟時效、特別訴訟時效兩種。

- (1) 普通訴訟時效由民事基本法統一規定，訴訟時效期間為2年，普遍適用於法律沒有作出特殊規定的各種民事法律關係。
- (2) 特別訴訟時效是由民事基本法或特別法專門規定一種訴訟時效，僅適用於某些民事法律關係，其時效期間短於或長於普通訴訟時效期間。

- (i) 短期訴訟時效——即時效期間不足兩年的訴訟時效。如《民法通則》第136條規定四種情況其訴訟時效期間為一年：一是身體受到傷害要求賠償的；二是出售質量不合格的商品未聲明的；三是延付或拒付租金的；四是寄存財物被丟失或者毀損的。
- (ii) 長期訴訟時效——即時效期間在2年至20年之間的訴訟時效。如《合同法》第129條規定，因國際貨物買賣合同和技術進出口合同爭議提起訴訟或者申請仲裁的期限是4年。
- (iii) 最長訴訟時效——也稱最長保護期限，是指訴訟時效期間為20年的訴訟時效。《民法通則》第137條規定：“……從權利被侵害之日起超過20年的，人民法院不予保護。”最長訴訟時效與其他訴訟時效區別在於：
 - (a) 最長訴訟時效期間是從權利被侵害時開始計算；其他訴訟時效期間是從權利人知道或者應當知道權利被侵害時開始計算。
 - (b) 最長訴訟時效不存在中止、中斷和延長問題；其他訴訟時效則可適用中止、中斷和延長規定。

4.1.3 訴訟時效的中止、中斷和延長

所謂訴訟時效的中止是指，在訴訟時效進行的最後6個月內，因法定事由的發生致使權利人不能行使請求權，故暫時停止訴訟時效期間的計算，待阻礙時效進行的法定事由消除後，繼續進行訴訟時效期間計算。根據《民法通則》第139條的規定，中止的事由為不可抗力和其他障礙。此處的其他障礙為概括性規定，一般理解包括：權利人不具備完全民事行為能力而無法定代理人或法定代理人喪失民事行為能力，權利人死亡，繼承人或遺產管理人尚未確定，以及其他構成行使權利的障礙的情況。可見導致訴訟時效中止的事由都是當事人無法控制的客觀事實，此時權利人不行使權利並非其本人懈怠，如仍使其承擔與怠於行使權利者同樣的不利後果，顯然有失公平，故有暫時中止的必要。

訴訟時效中斷是指，在訴訟時效進行期間，因法定事由的發生，使已經過的時效期間統歸無效，待時效中斷的事由消滅後，訴訟時效期間重新計算。根據《民法通則》第140條規定，導致訴訟時效中斷的法定事由包括：權利人提起訴訟，權利人以其他各種非訴訟方式向義務人及其保證人、代理人等主張權利，義務人承認權利人權利的存在願意履行義務。可見中斷事由為權利的主張和義務的承認，這就使趨於不確定的法律關係重新得以確定，如此，訴訟時效就失去適用的理由，故有中斷的必要。

在實踐中，訴訟時效的中止和中斷容易混淆，故將二者區別以圖表示：

類別	法定事由	發生時間	法律後果
訴訟時效中止	客觀事由：不可抗力；其他障礙（權利人死亡，繼承人未定；權利人民事行為能力缺陷，代理人未定；當事人有特定倫理關係）	時效期間進行的最後六個月內	時效期間暫停計算，法定事由消除後繼續計算
訴訟時效中斷	主觀事由：權利人提起訴訟或仲裁；權利人以其他方式向義務人提出請求；義務人同意履行義務	時效期間中任何階段	已經過的時效期間統歸無效，訴訟時效重新計算

訴訟時效的延長是指，權利人在訴訟時效期間內未能行使權利確有正當原因的，而這些原因又不包括在中止、中斷事由之內，嚴格適用訴訟時效將有失公平，故由法院根據具體情況延長訴訟時效。訴訟時效的延長是對訴訟時效中止和中斷規定的補充，是以法官自由裁量權來彌補立法時列舉規定的不足。

4.2 期限

期限是指民事法律關係發生、變更和消滅的時間，有期間和期日之分。期間是指從某一特定的時間點到另一特定時間點所經過的時間，即某一特定時段或區間，如2000年1月1日到2001年1月1日就是一個期間。期間是以時間的動態的某一階段作為表示時間的一種形式。期日是指不可分割的一定時間，是以靜態的某一特定的時間點作為表示時間的形式。如2004年3月3日就是期日。

期間和期日的確定可以由法律規定，也可以由當事人約定；期間和期日一經確定就具有法律約束力，當事人不得擅自變更。期限確定方式一般有：規定一定期日，如×年×月×日，×年某月月底，×年年底等等；規定一定的期間，如2003年1月1日到6月30日，2004年2月1日起三個月內等等；規定以未來某一特定時刻為準，如工程竣工之日，貨物交付之日等等；規定以當事人提出請求的時間為準，如債權人向債務人要求履行債務之日等。

中國《民法通則》第154條、155條對期間、期日的計算作了相應規定。

註釋

1. 參見魏振瀛：《民法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社2000年版，第33頁。
2. 參見魏振瀛，同上書，第123頁。

7. 物權法

陳旭琴

1.	物權法概述	156
1.1	物權的法律特徵	156
1.2	物權的效力的實質	156
1.3	物權變動	158
2.	所有權	159
2.1	所有權一般問題	159
2.2	不動產所有權和動產所有權	160
2.3	共有	163
3.	用益物權	164
3.1	土地承包經營權	164
3.2	建設用地使用權	167
3.3	宅基地使用權	168
3.4	地役權	168
4.	擔保物權	169
4.1	擔保物權概述	169
4.2	抵押權	170
4.3	質權	172
4.4	留置權	173
5.	佔有	174

1. 物權法概述

1.1 物權的法律特徵

民法調整對象之一是平等主體之間的財產關係，財產關係包括財產佔有關係和財產流轉關係，物權正是民法調整財產佔有關係的結果，是民事主體依法對特定的物進行管理、支配並享有物上利益的民事權利。民事主體對財產的佔有是其從事生產活動的物質基礎，財產的佔有關係直接決定着財產交換關係和分配關係，故在財產權利體系中，物權是作為其他財產權的前提和歸宿而存在的。同時，財產的佔有也是民事主體自身生存和發展的基礎，故在民事主體的權利體系中，物權是最基本的權利。

物權作為一種財產權，其法律特徵如下：

- (1) 從權利內容上講，物權是支配權——權利人根據自己意志以自己的行為對物直接進行支配，其間無須他人行為或意思的介入。不同類型物權之支配範圍有所不同，例如所有權人可依其權利對所有物進行總括的、全面的支配；用益物權則可使權利人就物的使用價值進行支配；擔保物權可使權利人就物的交換價值取得支配權。
- (2) 從權利效力上講，物權是絕對權——從物權法律關係角度分析，物權也是一種民事法律關係，權利主體，即物權人是特定的，而義務主體則表現為除物權人以外所有的不特定人，除物權人之外的所有民事主體都對物權人的物權負有不干涉、不侵害的義務。
- (3) 從權利的目的上講，權利人通過對物的支配而取得物上利益——物的利益有三方面：一是歸屬利益，二是使用價值，三是交換價值。與此相對應，物權體系就有：所有權、用益物權和擔保物權。所有權人享受物的歸屬上的利益，從而可對物進行總括的、全面的支配；用益物權人享有物的使用價值，他可自己直接使用物以滿足需要，也可讓他人使用物從而得到收益；擔保物權人的利益體現在取得擔保物的交換價值。

1.2 物權的效力的實質

法律為了確保物權實現，根據物權的絕對權、支配權特徵，賦予物權某些功能。一般認為，物權的效力包括物權的排他效力、優先效力和物上請求權。

- (1) 物權的排他效力是以物權的支配權特徵為前提的，故凡物權的內容表現為權利人對物的直接佔有的，則相互之間就具有排他性——比如所有權之間的排他性最強，一個物上只能有一個所有權；用益物權以對物的佔有使用為內容，故一個物上只能有一個用益物權；擔保物權中，質權和留置權都以權利人對物的佔有為前提，故相互之間也有排他性。
- (2) 當幾個利益相互衝突的物權同時存在於一個物上時，就會發生孰先孰後的問題。這就是物權的優先效力——一般而言，具有較強效力的物權排斥具有較弱效力的物權。物權優先效力可從兩方面分析：一方面，就物權和債權關係而言，物權優先於債權，有擔保物權的債權又優先於普通債權。

但是，另一方面，在法律另有規定情況下，債權也可優先於物權。例如，不動產的承租人享有租賃權，當該不動產的所有權人發生變更時，承租人的租賃權就可對抗該不動產新的所有人，即學理上所謂“買賣不破租賃”。

個案分析

案例

陳××與張××簽訂了房屋買賣合同，由張××向陳××購買樓房一套，張××先行支付訂金1萬元，餘款的一半待合同簽訂後一週內支付，另一半待房屋交付時付清。4天後陳××電告張××不同意賣房，並於雙方協議過程中將房屋賣予周××，同時辦理了房產變更手續。張××事後多次要求陳××支付雙倍定金2萬元未果，向法院起訴。法院依法判其勝訴。

分析

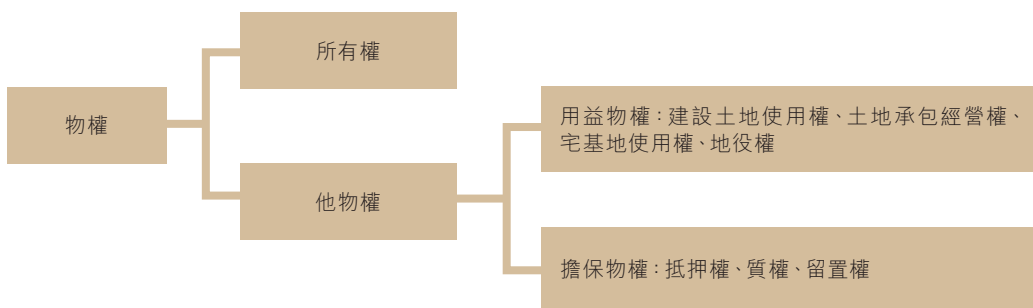
從該案中可知，在爭房屋上存在兩個權利：張××的債權和周××的所有權。理論上張××有權請求賣方交付房屋並轉移所有權，但是，另一買方周××與賣方依法簽訂購房合同，並辦理房產變更手續，就取得了房屋所有權，故張××的債權無法與之對抗，只能要求賣方承擔違約責任。

- (3) 物權相互間的優先效力——當一個物上同時並存兩個以上物權時，其先後順序根據不同種類物權的排他性強弱的不同，並依物權成立的時間先後而定。但是，當所有權與他物權並存時，他物權效力優先於所有權。

如果說排他效力和優先效力是物權的積極功能的話，那麼，物權請求權就是一項消極功能，只有在物權受到他人妨害時，權利人才有行使此項權利的必要。根據《物權法》第三章之規定，物權請求權包括停止侵害、排除妨害、消除危險、返還原物以及賠償損害等方式。物權受到侵害的，權利人可以通過和解、調解、仲裁、訴訟等途徑解決。

因為物權是絕對權，無法通過特定當事人之間的民事法律關係予以明確，故須通過法律形式將特定社會中存在的物權類型以及每一類型的物權所包括的內容加以規定，從而使社會全體成員知曉並一體遵行，最終保護交易安全和迅捷。這在民法學上稱為物權法定主義。由此，《物權法》第5條明確規定：“物權的種類和內容，有法律規定。”，當事人不得創設物權的種類，不得變更具體物權的內容。

民法物權體系如圖所示：



1.3 物權變動

物權變動是物權基於一定法律事實而設立、變更、轉讓和消滅的總稱，物權產生和消滅就是物權人取得物權和喪失物權；物權變更和轉讓則指某一物權的內容、標的或權利人發生了變化。能引起物權變動的法律事實包括當事人實施的法律行為以及法律行為之外的其他一些情形，如繼承、添附、取得時效的完成、徵收等等。

如前所述，物權是權利人對物進行直接支配的權利，為了確保其權利實現，法律要賦予物權以排他效力、優先效力和物上請求權效力。這就要求具體物權的產生、變更、轉讓和消滅應以一定的可以讓一般第三人從外部查知的方式表現出來，從而減少糾紛，保證交易的安全，此即所謂物權公示原則。並且，當事人基於對公示的信任，實施了法律行為，即使公示的權利和真實權利不符，也不能影響物權變動，此即所謂物權公信原則。如果說，物權法定主義為物權交易安全創造了前提，那麼，物權公示公信原則則從動態的角度保證了物權交易過程的安全。物權公示原則使得一般第三人進行物權交易時，不必顧慮他人主張的未經公示的物權，從而免遭不測損害；另一方面，物權公信原則使得行為人避免在物權交易過程中對已經公示的物權進行逐一調查，他可以信賴所公示的物權狀態與物權人進行交易，不必擔心其實際權利狀況，從而確保交易的迅捷和安全。

物權公示方式因物是動產或不動產而異，根據《物權法》第6條規定，動產物權以交付為其公示方式，不動產物權以登記為其公示方式。《物權法》第23條規定：“動產物權的設立和轉讓，自交付時發生效力，但法律另有規定的除外。”交付一般指現實交付，即一方將物直接交給另一方佔有。同時現實生活中也存在許多非現實交付的情形，有簡易交付、佔有改定、指示交付、擬制交付等，對此，《物權法》第25條、26條、27條做了相應規定。

登記作為不動產物權公示方式，是指將物權變動的具體事項等載於特定國家機關的簿冊上。《物權法》第9條規定：“不動產物權的設立、變更、轉讓和消滅，經依法登記，發生效力；未經登記，不發生效力，但法律另有規定的除外。”其效力自物權變動記載於登記簿時發生效力。需要指出的是，《物權法》糾正了以往認識上的一個錯誤，即將物權效力和債權效力相混淆，在法律上體現為《擔保法》的有關規定中，比如該法第41條規定：“當事人以本法第四十二條規定的財產抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效。”《物權法》對此予以糾正，該法第15條特別規定：“當事人之間訂立有關設立、變更、轉讓和消滅不動產物權的合同，除法律另有規定或者合同另有約定外，自合同成立時生效；未辦理物權登記的，不影響合同效力。”

《物權法》除了規定不動產物權變動的登記外，還規定了異議登記和預告登記。所謂異議登記是指，即當不動產權利人、利害關係人認為不動產登記簿所記載的事項有錯誤，依法向有關登記機關申請予以更正，而不動產登記簿上記載的權利人不同意更正時，利害關係人可向登記機關申請異議登記。登記機構一旦予以異議登記，申請人要在登記之日起15日之內提起訴訟，逾期不起訴的，異議登記失效。所謂預購登記是指，當事人簽訂買賣房屋或者其他不動產物權的協定，為保障將來實現物權，按照約定向登記機構申請對該協議予以登記。登記機構一旦登記，如未經預告登記的權利人同意，處分該不動產的，不發生物權效力。

2. 所有權

2.1 所有權一般問題

所有權是所有人依法對所有物進行獨佔性的全面支配並排除他人干涉的權利。對所有權的概念應從以下幾點把握：

- (1) 所有權是獨佔權，所有人獨佔其所有物並獨立支配物的價值與使用價值；
- (2) 在物權體系中，所有權是原權利，而用益物權和擔保物權都是從所有權派生而來的，是所有權與權能分離的結果。
- (3) 從所有權對物的支配看，它是最完全的權利，所有人可以根據自己的需要，對所有物進行佔有、使用、收益和處分；
- (4) 所有權具有彈性力、回歸力，所有人可以根據自己的利益需要，在所有物上設定他物權，從而使所有權處於不圓滿的狀態；一旦他物權消滅，所有權的限制即行消滅，所有權重新歸於圓滿。

根據《物權法》規定，所有權有國家所有權、集體所有權、私人所有權之分。各種所有權受國家法律平等保護，任何單位和個人都不得加以侵犯，國家保障一切市場主體的平等法律地位和發展權利。國家所有權的主體是中華人民共和國，並由國務院代表國家行使所有權。其客體基本上屬於關係到國民經濟整體發展、國家安全、國計民生、民族歷史文化等方面的物，包括自然資源、公共事業、教育衛生、軍事體育、文化古跡等等。當然隨着中國經濟體制改革深入，國家所有權的客體範圍在逐步縮小，其他主體可參與的領域卻越來越廣。

集體所有權是集體組織對其所有的財產享有的佔有、使用、收益和處分的權利。其主體主要是農村集體組織，其客體主要是土地、森林、山嶺、草原、荒地、灘塗等自然資源，還有教育、科學、文化、衛生、體育等設施，以及其他動產和不動產。

私人個人所有權是公民個人對其所有的財產享有的佔有、使用、收益和處分的權利。根據《物權法》規定，私人對其合法的收入、房屋、生活用品、生產工具、原材料等動產和不動產享有所有權。私人的合法儲蓄、投資及其收益受法律保護。隨着中國社會的發展，私人能享有的財產範圍正變得越來越廣。

此外，《物權法》還規定了企業法人對其不動產和動產依照法律、行政法規以及企業章程享有佔有、使用、收益和處分的權利。企業法人之外的其他法人、社會團體依法所有的不動產和動產，受法律保護。

所有權設定目的是滿足所有人對物的需要，所有人可以採取各種措施與手段支配其所有物，這就是所有權的權能問題。根據《物權法》規定，所有權的權能包括積極權能和消極權能兩類。其中，所有權積極權能如下：

- (1) 佔有權能——指所有人有權將所有物置於自己的實際控制、管領之下，這是所有的基礎；佔有權能通常由所有人行使，也可以讓渡給非所有人；當非所有人實際佔有所有物時，視其有否佔有權而區分的有合法佔有和非法佔有，在非法佔有時，視佔有人主觀心態又有善意佔有和惡意佔有之分。
- (2) 使用權能——指所有人有權按物的物理性能和用途對物加以利用以滿足自己的生產和生活需要。使用權能通常由所有人享有，當然，非所有人也可以根據法律規定或與所有人的約定，有償或無償地取得使用權能。

- (3) 收益權能——指所有人基於原物的所有權有權收取由原物而生的孳息，包括由原物按自然規律派生出來的天然孳息，以及根據法律關係由原物產生的租金、利息等法定孳息；收益權能同樣可以和所有權分離而由第三人享有。
- (4) 處分權能——指所有人依法對物進行事實上的處分或法律上的處分，從而決定物的命運的權利。處分權能是所有權極為重要的權能，一般只能由所有人享有，除非法律特別規定或所有人有委託，非所有人無權對他人所有物進行處分。

所有權的消極權能指當所有權遇有他人非法干涉與妨害時，所有人有權根據其受干涉、妨害的具體情況，請求排除妨害、消除危險、返還原物、恢復原狀、賠償損失。

所有權是一種民事權利，它可因一定的法律事實的發生而取得，也可因一定法律事實的發生而消滅。在理論上，所有權取得的方式有兩種：一是原始取得，即不以原所有人的權利和意志為根據而取得物的所有權，包括生產、孳息、添附、時效取得、善意取得，以及國家強制國有化、徵收、沒收等；二是繼受取得，即根據原所有人的意志接受其轉移的所有權，包括買賣、互易、贈與、繼承以及遺贈等。

所有權的消滅與取得是兩個密切聯繫的問題，上述除取得孳息所有權外，其他情況下取得所有權的同時均引起原所有人所有權的消滅，也就是說，在這些情況下，所有權的取得與消滅實際上是同一問題的兩個不同側面。此外，對所有物的事實上的處分行為，以及拋棄所有權的行為都會導致所有權消滅。

2.2 不動產所有權和動產所有權

民法根據所有權客體而將所有權分動產所有權和不動產所有權加以規定。不動產所有權又分土地所有權和房屋所有權。

土地因其物理上的特殊性、資源上的不可再生性，對一個國家的發展具有根本意義。根據法律規定，在中國，城市市區的土地屬於國家所有，農村和城市郊區的土地，除法律規定屬於國家所有以外，屬於集體所有。所有權人在行使土地所有權時，要受到各種限制，主要有：

- (1) 所有權人行使所有權以人力所能支配並滿足所有人的需要為要件，其支配的範圍以法律所保護的利益為限。對於此範圍之外的諸如地上通航飛行、地下開鑿隧道等，所有權人均不得以妨害所有權為由請求排除。
- (2) 所有權人行使所有權要受到法律限制，比如相鄰關係、地役權的限制。
- (3) 所有權人行使所有權還要受到社會公共利益的的限制，比如國防、電信、交通、名勝古跡等等。對此《物權法》規定了徵收和徵用兩種情形。徵收土地、房屋等不動產時，應該對被徵收人給予合理補償，徵收農村集體土地的補償款包括土地補償費、安置補助費、地上附着物補償費和青苗補償費，同時還要安排被徵地農民的社會保障費用，保障其生活、維護其合法權益。徵收房屋及其他不動產的，應當依法給予拆遷補償；徵收個人住宅的，還應當保障被徵收人的居住條件。因搶險、救災等緊急需要，可依法徵用單位和個人的不動產或者動產。被徵用的財產使用後，應當返還給被徵用人，如有毀損、滅失，應當給予補償。

房屋所有權是所有人獨佔性地支配其房屋的權利。隨着中國房改的深入，房屋的商品化日趨普遍，個人所有的房屋佔絕大多數，另外還有少量的房屋屬於國家所有或單位所有。但是，房屋商品化趨勢主要集中在座落於城市、縣城、建制鎮和工礦區，即所謂的城鎮房屋。座落於農村（包

括未設建制的村鎮)的房屋普遍沒有進行商品化,甚至在中國廣大的農村還未完全建立房屋產權登記制度。

隨着建築技術的發展、城市人口的激增,公寓房在房屋中佔絕大多數。公寓房因其結構上的特殊性——不同所有人按縱向和橫向將建築物區分成不同空間,各自有其一部分,其所有權也與一般房屋所有權有所不同,民法理論上將此稱為建築物區分所有權。《物權法》第70條規定:

“業主對建築物內的住宅、經營性用房等專有部分享有所有權,對專有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的權利。”其中,業主對建築物內的住宅、經營性用房,由上下左右隔斷圍成的獨立房屋所享有的權利稱專有部分所有權。公寓式房屋決定了一套房屋與同一建築物的其他房屋在結構安全、管線安設等方面有着密切聯繫,彼此可謂“牽一髮而動全身”,故所有人就其專有部分行使所有權時,不得違反其他區分所有人的共同利益,不得危及建築物的安全。權利人對專有部分以外的建築物的其他部分如電梯、走廊、大門等等建築物公用部分,以及住宅區內的道路、其他公共設施等所享有的權利稱為共有權。共有部分由各區分所有人共有,但各共有人不得分割,不得單獨轉讓;應按其原來目的加以使用,並承擔修繕等費用。針對實踐中爭議較大的社區道路、綠地、車位等問題,《物權法》做了相應規定。據此,除了屬於城鎮公共道路、公共綠地,以及明示屬於個人的綠地外,建築區劃內的道路、綠地,屬於業主共有。建築區劃內,規劃用於停放汽車的車位、車庫的歸屬,由當事人通過出售、附贈或者出租等方式加以約定,但是佔用業主共有的道路或者其他場地用於停放汽車的車位,屬於業主共有。

不動產因其地理位置特殊性,相互毗鄰的不動產的所有權人或使用權人在對其不動產佔有、使用、收益和處分時,可能因各自利益不同而發生衝突。依照法律規定,各權利人相互間應當給予對方一定的便利或接受一定的限制,此即所謂不動產的相鄰關係,即兩個以上相互毗鄰不動產的所有權人或使用權人,在行使各自權利時發生的權利義務關係。按《民法通則》和《物權法》的有關規定,不動產的相鄰各方,應當按照有利生產、方便生活、團結互助、公平合理的精神,正確處理相鄰關係。相鄰關係主要有相鄰截水、排水、通行、通風、採光、日照等關係,相鄰土地利用關係,相鄰建築物排放污染物、噪音、光、輻射物質關係,相鄰土地、建築物挖掘、建造、鋪設管道的相鄰關係。對於相鄰關係的處理,國家法律有明確規定的,按照法律規定;法律沒有規定的,按照當地習慣處理。

個案分析

案例

原告北京市民王×起訴稱,其個人住宅與北京超市發連鎖股份有限公司魏公村店在同幢住宅樓,結構相連。其房屋窗戶底邊與超市屋頂基本在一個平面,在原告窗前形成平台,周圍建有約1米高的護牆。2003年12月,該超市在商店上方豎立了一塊長約20米、高約2米的廣告牌,超過原有護牆高度60公分。原告認為超市此舉直接侵害其眺望權。國豪物業公司作為小區物業管理人,未能依法盡保護責任。故原告將兩被告訴至法院,請求判令將廣告牌縮小尺寸,不能超過現有護牆高度,並拆除連鎖店前搭建的設施、設備。

分析

法院審理認為,不動產的相鄰各方應該按照有利生產、方便生活、公平合理的精神,正確處理相鄰關係。被告北京超市發連鎖股份有限公司豎立的廣告牌高度超過矮牆高度,對原告通過北側窗戶向外觀望的視野有所妨礙,被告國豪物業公司沒有實施妨礙原告的行為,據此判決超市發公司在判決生效後十日內將該廣告牌降低至與屋頂上方所建矮牆高度相同,費用自行承擔,並駁回原告其他訴訟請求。

與不動產所有權相比，法律對動產所有權的內容及權利行使限制較少，法律上的問題主要集中在動產所有權取得方面。動產所有權如果是按合同等法律行為而取得，則在合同法中有具體規定；如依繼承、遺贈等方法取得，則由繼承法加以規定。此處所討論的動產所有權取得方式主要是指其原始取得方式，包括善意取得、拾得遺失物、發現埋藏物、孳息等方式，分述如下。

善意取得是指無處分權人將財產轉讓給善意的受讓人，該受讓人因此而取得財產所有權。善意取得涉及三方當事人：所有人或權利人、無處分權人和受讓人。

傳統民法認為，因為生活、生產的需要，也因動產本身所具有的很強的流通性，動產的所有權與佔有分離現象非常普遍。這種分離可能是基於所有人的意思，如借用關係中出借人將所有物交給借用人佔有、使用；也可能不基於所有人的意思，如所有人不慎遺失，被小偷竊取等。一旦動產脫離所有人而為他人佔有時，所有人就可能面臨風險——佔有人將動產擅自轉讓他人。依據前述的物權公示公信原則，受讓人基於對佔有人的佔有這一權利外觀的信任，無須就其是否為所有人進行調查，從而受讓該動產。此時，法律必須在保護所有人、還是受讓人之間作出選擇。現代各國民法毫無例外地選擇後者，即通過善意取得制度保護第三人利益，從而保護交易安全。故善意取得制度最初適用於動產。隨着社會發展，不動產善意取得問題被提到議事日程，《物權法》根據實踐需要，突破了傳統民法認為善意取得制度只適用於動產的觀念，規定善意取得不僅適用於動產，同樣也適用於不動產以及其他物權，只要合乎該法第106條規定的條件，受讓人即可取得該不動產或者動產的所有權。

《物權法》對善意取得做出了明確規定。根據該法規定，善意取得要符合四個要件：

- (1) 無處分權人所進行的轉讓行為是無權處分行為——當處分人所為的處分行為有法律規定或合同約定時，受讓人當然取得所有權。只有當佔有人無處分權時，才有必要由法律來權衡利弊，規定受讓人依法取得所有權。
- (2) 受讓人受讓財產時必須是善意的，即他對於處分人無處分權的情形主觀上不知情，且不應該知情——如果受讓人明知處分人無處分權仍與之進行交易，則屬故意；如果受讓人根據交易的具體情形，包括交易的時間、地點、價格等，按一個正常人的理智分析，應該知道是無處分權，仍與之進行交易，則屬過失。凡故意或過失所進行的交易均不受法律保護，不構成善意取得。受讓人主觀上是否存在故意或過失，由原所有人或其他主張權利的舉證。
- (3) 受讓人是以合理價格取得該財產的，這意味着受讓人如果無償取得財產，不構成善意取得。交易行為除了買賣之外，還包括償還債務、出資等行為。
- (4) 受讓人已依法取得受讓財產的權利，即動產業已交付，不動產已經依法予以登記。

關於遺失物是否適用善意取得，《物權法》原則上持一種較為靈活的態度，根據該法第107條規定，首先，所有權認或者其他權利人有權追回遺失物。如果該遺失物通過轉讓被第三人佔有的，權利人可以選擇：或者向無處分權認請求損害賠償，向受讓人請求返還原物。但是，如果向第三人請求返還原物的，要受相應限制：一是返還原物的請求必須在知道或者應當知道該第三人之日起二年內提出；二是如果第三人是通過拍賣或者向具有經營資格的經營者購得該遺失物的，權利人應當向該第三人支付其所付的費用。當然，權利人一旦支付了相應費用，有權向無處分權認追償。

拾得遺失物是指拾得人拾得他人遺失之物並予以佔有的行為。拾得遺失物在法律上是一種事實行為，它將在拾得人和失主之間產生權利和義務關係。根據中國《物權法》規定，拾得人的義務主要有二項：

- (1) 拾得人拾得遺失物，如果知道失主的，應當歸還失主；如果不知道的，可自行尋找失主並通知失主領取遺失物，也可將遺失物送交公安等有關部門；有關部門收到遺失物，如果知道失主的，應及時通知其人領取；不知道失主的，應當及時發佈招領公告。
- (2) 拾得人應當妥善保管遺失物，因故意或重大過失致使遺失物毀損滅失的，拾得人要承擔相應的民事責任。失主的主要義務是，當其領回遺失物時，應當向拾得人或者有關部門支付其相應的費用，包括遺失物的保管費、尋找失主的費用等。

此外，《物權法》還規定，如果失主用懸賞的方式尋找遺失物的，領取遺失物時，應當履行該懸賞廣告中的承諾。拾得人如果侵佔遺失物拒不歸還的，無權請求保管遺失物等支出的費用，也無權請求權利人按照承諾履行義務。遺失物招領公告發佈後六個月之內無人認領的，該遺失物歸國家所有。

埋藏物一般是指埋藏於土地中、不容易被他人發現、且所有人不明的物，如果是隱藏在其他隱蔽場所，比如夾牆、天花板等處的物則稱為隱藏物。根據《物權法》的規定，可參照拾得遺失物的有關規定處理。如果文物保護法等法律另有規定的，依照其規定。

此外，《物權法》還特別規定從物和孳息所有權取得。所謂從物是與主物相對而言的，雖然主物和從物分別是兩個獨立的物，但在功能上從物輔助主物而發揮作用，故民法原理上有“從物隨主物”的原則，對此，《物權法》第115條規定：“主物轉讓的，從物隨主物轉讓，但當事人另有約定的除外。”所謂孳息是相對於原物而言的，孳息分為天然孳息和法定孳息，關於孳息所有權歸屬，《物權法》第116條規定：“天然孳息，由所有權人取得；既有所有權人又有用益物權人的，由用益物權人取得。當事人另有約定的，按照約定。法定孳息，當事人有約定的，按照約定取得；沒有約定的或者約定不明確的，按照交易習慣取得。”

2.3 共有

所有權主體如果是兩個或兩個以上的，就形成共有關係。共有是指兩個或兩個以上的民事主體對一物共同享有一個所有權的現象。共有現象在現代社會非常普遍，其產生的原因主要有二：一是基於法律的直接規定，如《婚姻法》規定，夫妻關係存續期間所得財產歸夫妻共同共有；二是基於當事人的意思，如合夥人共同出資，形成合夥財產的共有關係。《物權法》將共有分為兩種：按份共有和共同共有。

在按份共有關係中，各共有人對共有物按照份額享有所有權，該份額一般由共有人自行約定。共有人對共有物有佔有、使用、收益和處分的權利，但如何行使這些權利則應由全體共有人協商一致；各共有人意見如不一致，如果行為屬於對共有物的處分以及對共有物的重大修繕，應當經過佔共有份額三分之二以上的共有人或者全體共有人同意，其他行為法律並無明確要求，一般以擁有共有份額一半以上的共有人的意見為準；但所做的行為不得損害其他共有人權益，否則要依法承擔民事責任。共有物的日常維護和修繕以及改良費用由各共有人按比例分擔；因改良行為所增價值也按比例分享。因共有物產生債權債務的，在對外關係上，各共有人享有連帶債權，承擔連帶債務，但是法律另有規定或第三人知道共有人不具有連帶債權債務關係的除外；在對內關係上，除共有人另有約定外，共有人按照各自份額享有債權、承擔債務，先行承擔賠償義務的共有人有權就超出其份額部分向其他共有人行使代為求償權。共有人如要處分其共有份

額時，其他共有人在同等條件下享有優先購買權。共有人可以隨時請求分割共有物，共有人為維持共有關係，可以事先約定對共有物進行分割，該約定應當得到遵守；但是如果共有人有重大理由需要分割共有物的，可以請求分割。因分割共有物對其他共有人造成損害的，應當給予賠償。

在共同共有關係中，各共有人就共有物不按比例地平等地享有所有權。共同共有的形成一般是基於各共有人之間存在某種共同關係，而共同共有的財產正是為了這種共同關係的持續而存在的。一旦這種基礎關係消滅，則共同共有關係也歸於消滅。共同共有與按份共有不同，共有人不得隨時請求分割共有物，只有在共同關係消滅時，才發生共有物分割問題。因共有物產生債權債務關係，由共同共有人共同享有和承擔。從類型上看，共同共有主要有夫妻共同共有和家庭共同共有。按照《婚姻法》第17條的規定，夫妻在婚姻關係存續期間，雙方的工資、獎金、生產、經營收益、知識產權的收益，以及繼承或受贈的財產歸夫妻共同共有，但法律另有規定或當事人另有約定除外。夫妻雙方對共有財產有平等的佔有、使用、收益、處分的權利。對家中價值較大的財產或家庭重要物品的處分應由雙方協商一致，一方無權擅自處分；但日常生活中的小額財產的處分行為，應認定相互間有代理權。家庭共有就是家庭成員在家庭共同生活關係存續期間所得的財產，其財產來源主要是家庭成員在家庭共同生活期間的共同勞動收入、家庭成員交給家庭的財產以及家庭成員共同積累、購置、受贈的財產。每一個家庭成員對於家庭共有財產都享有平等的權利，其佔有、使用、收益和處分應由全體家庭成員平等協商一致。

3. 用益物權

用益物權屬於他物權，是權利人對他人所有的不動產，在一定範圍內進行佔有、使用、收益及處分的權利。據此，用益物權具有三個特徵：

- (1) 用益物權是他物權，其權利內容受到法律或所有權人的限制，以使用和收益為主。
- (2) 用益物權是獨立的物權，該權利儘管是由所有權派生的，但獨立於所有權，權利人在設定的權利範圍和權利期限內，可依據其用益物權對抗物的所有權。
- (3) 用益物權是不動產物權，其標的物僅限於不動產。用益物權的行使以對物的佔有為前提，以對物的使用價值的支配為基本內容，同時也包含對物上權利的依法處分。

《物權法》根據中國的經濟現狀，規定了土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權和地役權等四種用益物權。

3.1 土地承包經營權

土地承包經營權是指承包人通過承包合同，承包集體或國家所有的土地或森林、山嶺、草原、灘塗以及水面，自主從事種植業、林業、畜牧業、漁業以及其他農業生產經營項目的權利。這是在中國經濟體制改革過程中出現的一種新型的用益物權，其中所涉土地主要是農村集體所有的土地。除《物權法》之外，《土地管理法》、《農村土地承包法》等法律都對此進行規定。農村集體所有土地一般由本集體經濟組織的成員（村民）承包；如要由其他單位或個人承包的，則

必須要經村民會議三分之二以上成員或者三分之二以上村民代表同意，並報鄉（鎮）人民政府批准。土地承包經營權自土地承包經營權合同生效時取得，並由縣級以上地方人民政府向承包人發放土地承包經營權證、林權證或者草原使用權證。

承包期限因土地用途不同而有所區別：耕地承包期為30年，草地承包期為30年至50年，林地承包期為30年至70年，如果涉及特殊林木的林地承包期可以經國務院林業行政主管部門的批准加以延長；承包期屆滿，由土地承包經營權人按照國家有關規定繼續承包。

承包人的權利主要包括：

- (1) 佔有權——承包權人有權佔有承包的土地以及森林、山嶺、草原、荒地、灘塗和水面，並獨立使用以進行生產經營活動，排除包括土地發包人在內的所有人的不法干涉。
- (2) 收益權——承包權人有權取得承包經營的收益。
- (3) 處分權——承包權人有權與他人訂立書面合同，轉讓、轉包、出租、互換承包經營權，並報發包人備案，其中轉讓行為應當經發包人同意。如果轉讓、互換的當事人要求登記的，應當向原登記機構申請變更登記，未經登記，不得對抗善意第三人。要指出的是，如果是通過招標、拍賣、公開協商等方式承包荒山、荒灘、荒溝、荒丘等荒地的，依照相關法律和國務院的有關規定，其土地承包經營權可以轉讓、入股、抵押或者以其他方式流轉。
- (4) 承包期內，承包地被徵收的，土地承包經營權人有權依法獲得補償，有關補償問題參見前述土地徵收中相關內容。

承包人的義務主要包括：

- (1) 按承包合同規定，根據用途合理使用承包的土地、森林等，提高土地地力，不掠奪性經營，並接受發包人的必要監督；
- (2) 承包人按承包合同約定繳納承包費；
- (3) 承包人獨立承擔經營風險，除不可抗力原因之外，承包費原則上不得以生產經營過程中的其他風險要求減免。
- (4) 承包人按土地用途使用承包地，未經依法批准，不得將承包地用於建窯、建墳、建房等非農建設。

發包人的義務主要是在承包期內，不得調整承包地，不得收回承包地，如果因實際情況確實需要調整或收回的，應當按照農村土地承包法等法律規定辦理。

在實踐中侵犯土地承包權經營的行為主要是作為集體經濟組織的村，還有政府行政部門也經營侵犯承包人的承包經營權。

個案分析

案例及分析

承包人：周金英；發包人：文昌市新橋鎮昌美村委會牛嶺經濟社

1984年，依文昌市人民政府關於農村第一輪土地承包工作的決定，在文昌市工作隊的主持下，上訴人牛嶺經濟社將其20畝土地範圍內300株橡膠以投標形式發包給該村村民。被上訴人周金英中標。此後，雙方簽訂了《聯產承包責任制合同書》，但未簽名蓋章。同年6月28日，文昌市人民政府給周金英頒發了文府證字第37186號《文昌縣土地使用證》，其中載明橡膠的承包期限自1985年1月起，但未寫明截止時間。簽約後，周金

英依約履行了合同的全部義務，且無改變土地用途，僅在該地上補種了336株橡膠，當時，牛嶺經濟社對周金英的上述行為並無異議。由於雙方未約定橡膠承包截止時間，雙方發生爭議，新橋鎮人民政府於1998年12月11日作出《關於承包土地、橡膠合同糾紛的處理決定》。其內容為：一、周金英承包牛嶺經濟社20畝坡地及該地範圍內300株橡膠的期限於1998年12月31日終止；二、20畝坡地重新發包。年限29年（從1999年1月1日起至2027年12月31日止）；三、土地承包金每年每畝50元，年承包金在當年12月份交完；原300株橡膠樹每株折價8元為承包者所有，如承包者不接受，經濟社可自行處理。土地上的附屬物在一個月內自行處理。五、在同等條件下，原承包戶有優先權。六、如對決定不服，可在一個月內提出異議。

1999年5月27日，新橋鎮人民政府作出關於撤銷原處理決定的通知。當年8月12日，新橋鎮農村承包合同仲裁委員會以（1999）新裁字第1號對該承包合同作出裁定，其主要內容為：

- 一、雙方已依約履行了合同的義務，依法確認該合同有效；
- 二、確認該合同為專業承包合同；
- 三、完善該合同；
- 四、確定土地、橡膠承包合同期限為30年，即1985年1月至2014年12月31日止；
- 五、承包金從每年每畝2元調整到50元，自完善合同之日起執行。
- 六、合同期滿後，集體橡膠樹為集體處理，附屬物期滿後一個月內自行處理，逾期不處理歸集體所有。該裁定書於製作當天向雙方公佈，周金英當場接收，牛嶺經濟社則拒收。

其後，牛嶺經濟社向原審法院起訴，原審法院判決：一、原、被告雙方所簽訂之橡膠樹承包合同為專業性承包合同，該合同合法有效。二、原合同期限（含土地）延長至30年。即自1998年1月起至2014年12月31日止；三、承包金從原來的每畝2元調整至每畝50元，自完善合同之日起交付。

牛嶺經濟社不服判決，提出上訴。上訴法院認為，在第一輪土地承包中，被上訴人周金英經過上訴人牛嶺經濟社公開招標後而中標，承包了被上訴人20畝土地及其範圍內的300株橡膠的經營權，文昌市人民政府頒發了文府字第37186號《文昌縣土地使用權證》，確認了被上訴人擁有上述土地使用權。在第二輪土地承包過程中，政府尚未依法撤銷周金英之土地使用權。原審法院根據土地的具體使用情況及從有利於發展生產的原則出發，判決該地由周金英繼續承包使用正確。在確定土地承包經營權歸周金英的前提下，由牛嶺經濟社與周金英簽訂土地承包合同，承包期限應依據《中華人民共和國土地管理法》第14條及第二輪土地承包的有關規定，承包期限應為30年（從1999年6月至2029年6月止）。承包金應隨著社會經濟的不斷發展及人民生活水準的逐步提高，而從原每畝2元提高到50元。年承包金當年12月支付。上訴人以原合同無效為由上訴請求收回土地及賠償損失，理由不當，不予支持。根據《中華人民共和國土地管理法》第14條第一款之規定，判決如下：

- 一、撤銷文昌市人民法院（1999）文民初字第206號民事判決；
- 二、上訴人牛嶺經濟社20畝土地及其橡膠由被上訴人周金英承包經營，期限從1999年6月起至2029年6月止，承包金為每畝50元，承期金於當年12月前支付（1999年承包金於本判決生效後十日內支付）。雙方以上述內容為主要條款訂立合同，其他合同條款由雙方協商完善。

3.2 建設用地使用權

建設用地使用權是指自然人或法人依照法律規定或合同約定，以建造建築物或其他工作物為目的，佔有、使用、收益國家所有的土地的權利。該權利可以在土地的地表、地上或者地下分別設立，並應依法向登記機構申請登記，建設用地使用權自登記時設立。

依照《物權法》、《土地管理法》、《國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》等法律和行政法規的規定，土地使用權創設方式分無償劃撥和有償出讓兩種。

無償劃撥取得使用權的土地主要包括：

- (1) 國家機關用地和軍事用地；
- (2) 城市基礎設施用地和公益事業用地、國家重點扶持的能源、交通、水利等基礎設施用地；
- (3) 鄉（鎮）村建設用地。無償劃撥創設的土地使用權的內容一般僅限於使用，其權利一般無期限限制，除因法律規定的原因而消滅外，可以無期限存在。

土地使用權出讓是國家以土地所有人身份將土地使用權在一定期限內讓與給自然人或法人，並收受土地出讓金的行為。出讓方式包括招標出讓、拍賣出讓和掛牌出讓，出讓方和受讓方應當訂立書面的建設用地使用權出讓合同。

有償出讓的土地使用權的內容包括佔有使用權、收益權和處分權，權利人應當合理利用土地，不得擅自改變土地用途，如需要改變的，應當依法經有關行政主管部門批准。權利人依法有權將建設用地使用權轉讓、出資、互換、贈與或抵押，此等處分行為的效力及於地上建築物、構築物及其附屬設施。權利人處分權利時應訂立書面合同，處分後的權利不得超過原權利剩餘的存續期限，並要向登記機構申請變更登記。

有償出讓的土地使用權，按其用途不同分別有其最高期限：

- (1) 居住用地70年；
- (2) 工業用地50年；
- (3) 教育、科技、文化、衛生、體育用地50年；
- (4) 商業、旅遊、娛樂用地40年；
- (5) 綜合或者其他用地50年。

在此，要特別提出兩點：（1）根據《物權法》規定，在建設用地使用權期屆滿前，因公共利益需要提前收回該土地的，應當對該土地上的房屋及其他不動產給予補償，並退還相應的出讓金。（2）建設用地是使用權期間屆滿的，其法律後果如何，1990年的《中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》和《物權法》規定有所不同。根據1990年的《中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》的規定，土地使用權期滿，土地使用權及其地上建築物、其他附着物所有權由國家無償取得；土地使用者應當交還土地使用證，並依照規定辦理註銷登記。土地使用權期滿，土地使用者可以申請續期，並依法重新簽訂合同，支付土地使用權出讓金，並辦理登記。該規定出台後專家和社會公眾質疑頗多，對此，《物權法》將分為住宅用地和非住宅用地，做了不同規定：住宅用地使用權期間屆滿的，自動續期而無須權利人提出申請。非建設用地使用權期屆滿後的續期，依照法律規定辦理，此處的法律應當是指《中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》，由此，第一，非建設用地使用權期間屆滿，建設用地使

用權消滅；第二，至於該土地上的房屋及其他不動產的歸屬，《物權法》規定不同於上述條例規定，根據《物權法》規定，當事人在出讓合同中對土地上的房屋及其他不動產有約定的，按照約定辦理；沒有約定或者約定不明確的，依照法律、行政法規的規定辦理。

3.3 宅基地使用權

宅基地使用權是指權利人依法取得的、在農村集體所有的土地自主建造住房及其附屬設施的權利。為了更好地把握宅基地使用權，要注意以下幾點：一是權利主體。宅基地使用權主體限於農村集體經濟組織內部的成員，且以戶為單位。二是取得程序。宅基地使用權是通過審批無償取得，《土地管理法》第62條規定：“農村村民住宅用地，經鄉（鎮）人民政府審核，由縣級人民政府批准；其中，涉及佔用農用地的，依照本法第44條的規定辦理審批手續。”三是土地面積。根據《土地管理法》規定，農村村民一戶只能擁有一處宅基地，其宅基地的面積不得超過省、自治區、直轄市規定的標準；至於具體面積則由各縣根據當地情況而定，如：《桐鄉市農村村民建房用地管理辦法》第10條規定：“農村村民一戶只能擁有一處宅基地，每戶宅基地面積標準如下：

（一）生活用房用地面積按每人30平方米計算，每戶最高不得超過120平方米。（二）生產用房用地面積按每人10平方米計算，每戶最高不得超過40平方米。”四是權利內容。宅基地使用權人的權利主要是利用土地建造房屋及其附屬設施。法律對宅基地使用權作了相當嚴格的限制：其一，宅基地使用權人未經批准，不得改變宅基地用途；其二，宅基地使用權人不得處分宅基地，包括轉讓、出租、抵押。如《土地管理法》62條規定：“農村村民出賣、出租住房後，再申請宅基地的，不予批准。”《擔保法》將宅基地歸入不得抵押財產之列。《物權法（草案）》曾試圖對此有所突破，但最終未能成功。《物權法》第153條規定：“宅基地使用權的取得、行使和轉讓，適用土地管理法等法律和國家有關規定。”

3.4 地役權

地役權是指為自己土地便利而利用他人土地的權利，其中需要便利的自己土地稱需役地，提供便利的他人土地稱供役地。地役權除適用於不同所有權人的土地之外，還適用於不同使用權人的土地，如土地使用權、承包權、承租權、採礦權等。地役權與相鄰權不同：相鄰權是由法律強制規定而產生，是不動產所有權或用益物權本身應該承擔的一種社會義務。故此，其調整一般是最主要、最基本的關係，調整範圍也非常有限，一般以能滿足權利人最低需要為限。地役權一般是由雙方當事人協商約定而設定，是對不動產所有權或用益物權的外部限制，其適用範圍廣，實踐中很多地役權都是有償設定的。

地役權人有權按地役權設定目的，對供役地進行佔有、使用；同時承擔相應義務，其主要義務如選擇以對供役地損害最小的方式行使權利，按合同約定支付費用，對在供役地上的設施經常維護修繕，避免對供役地造成損害，對供役地的損害按約定進行賠償，目的完成後要使供役地恢復原狀。根據《物權法》規定，如果地役權人違反法律規定或者合同約定，濫用地役權，地役權消滅；有償利用供役地並約定了付款期，該期屆滿後經兩次催告，地役權人仍未支付費用的，地役權消滅。

地役權取得可以通過當事人雙方簽訂合同，也可基於其他行為，如遺贈、繼承、讓與等，地役權自此等行為有效成立時發生。當事人要求登記的，可以向登記機構申請地役權登記，登記的地役權可以對抗善意第三人。導致地役權消滅的原因主要有土地滅失、權利存續期屆滿、地役權人拋棄地役權、設定地役權目的客觀上不能實現等。

4. 擔保物權

4.1 擔保物權概述

擔保物權是為擔保債務的履行，在特定財產上設立的，並以該財產的交換價值優先受償的他物權。擔保物權的特徵在於：

- (1) 擔保物權存在的目的是確保債務履行，故擔保物權具有從屬性，即以主債權的成立為前提，隨主債權的轉移而轉移，隨主債權的消滅而消滅，主債權債務合同無效，擔保合同也無效。
- (2) 擔保物權是在債務人或第三人的特定財產上設定的，根據一物一權原則，哪怕從物理上擔保物是由數個物構成的，但從法律上看它們被視為一個不可分割的物，這就決定了擔保物權具有不可分性，債權人可以就擔保物的全部價值擔保其債權實現，而不論債權的價值和擔保物的價值之間比例如何懸殊。
- (3) 擔保物權以權利人對擔保物的價值支配為內容，故這就決定了擔保物權具有物上代位性，當擔保物因故部分或全部滅失，只要其價值仍在，如有賣得的價款、賠償金、保險金等替代位物存在，權利人仍可以此價值實現債權。

擔保物權的效力範圍分為兩個方面：

- (1) 擔保物權所擔保的債權範圍——根據《物權法》、《擔保法》規定，在擔保合同沒有約定情況下，債權範圍包括主債權及利息、違約金、損害賠償金、保管擔保財產和實現擔保物權的費用。
- (2) 擔保物範圍——除擔保合同另有約定外，擔保物權效力及於擔保物的原物及從物、從權利、孳息，以及賠償金，就孳息中的法定孳息而言，抵押權人要通知清償法定孳息的義務人，否則就該法定孳息無權收取。

擔保物權的實現方法一般包括：

- (1) 拍賣——債權人在債權已屆清償期而未受清償時，可以依一定的程序拍賣抵押物，其價金在扣除拍賣費用後，用以清償所擔保的債權，剩餘部分交給債務人或第三人。
- (2) 折價——當債權履行期屆滿而未清償時，債權人與債務人或第三人協商，由債權人取得擔保物的所有權，該擔保物的價款可以雙方協商確定，也可委託評估機構進行評估確定。如擔保物價款高於所擔保的債權，則由債權人將高出的部分返還給債務人或第三人；如擔保物價款低於所擔保的債權，則不足部分作為一般債權由債務人清償。
- (3) 變賣——當擔保物因故不能進行拍賣，而債權人又不願取得其所有權時，可以用一般的買賣方法，將擔保物出賣，以所得價金優先受償。要指出的是，因數個抵押權可能

同時並存在一個抵押物上，當其中一個抵押權人與抵押人協商實現抵押權時，其協議結果不得損害其他債權人利益，協商結果一旦損害其他債權人利益，後者有權向法院請求撤銷該協議，並應在知道或者應當知道撤銷事由之日起一年內提起訴訟。

在市場經濟條件下，擔保物權對於保障債權人債權實現、進而保障交易秩序和社會經濟秩序有很重要的意義。一般情況下，債務人是以其全部的財產擔保其債務履行的，債權人有權在債權期限屆滿時，請求法院依一定程序變賣、拍賣債務人的財產，以價款清償債權，或以債務人的財產抵債。但是，債務人的財產處於變動的狀態，並隨時有可能減少，如債務人又與其他債權人發生債務關係，債務人將財產轉讓給他人等等，而按法律規定，不同債權人之間的債權是平等的，債權不能對抗物權，從而使得債權人的債權隨時面臨無法實現的危險。債的擔保制度為債權人提供了法律上的保障，其中有人擔保、金錢擔保和物上擔保。物上擔保即擔保物權，包括抵押權、質權和留置權。

4.2 抵押權

抵押權是指債權人對債務人或第三人提供的不轉移佔有而作為履行債務擔保的財產，在債務人到期不履行債務時，得就其價值優先受償的權利。為了確保公平，抵押權人在債務履行期屆滿前，不得與抵押人約定債務人未履行債務時抵押財產轉歸債權人所有。

根據法律規定，債務人或第三人對作為抵押物的財產要享有處分權，抵押物主要有：

- (1) 建築物和其他土地附着物；
- (2) 建設用地使用權；
- (3) 以招標、拍賣、公開協商等方式取得的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地承包經營權；
- (4) 生產設備、原材料、半成品、產品；
- (5) 正在建造的建築物、船舶、航空器；
- (6) 交通運輸工具；
- (7) 法律、行政法規未禁止抵押的其他財產。其中，如果以建設用地使用權抵押或者以建築物抵押的，該建設用地上的建築物或者該建築物佔有範圍內的建設用地使用權一併抵押；但是如果在建設用地使用權抵押後，該土地上新增的建築物就不屬於抵押財產，只是在抵押權實現時，應當將該新增建築物和建設用地使用權一併處分，而抵押權人僅對建設用地使用權所得價款有優先受償權，對該新增建築物所得價款並無優先受償權。

同時，法律還規定了以下財產不得抵押：

- (1) 土地所有權；
- (2) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權（法律另有規定的除外）；
- (3) 學校、幼稚園、醫院等以公益為目的的事業單位和社會團體的教育設施、醫療設施和其他社會公益設施；
- (4) 所有權、使用權不明或有爭議的財產；
- (5) 依法被查封、扣押、監管的財產；
- (6) 法律、行政法規規定不得抵押的其他財產。

抵押權依抵押合同而設立，合同當事人的一方是債權人，即抵押權人；另一方是債務人或第三人，即抵押人。其合同一般包括被擔保的債權的種類和數額、債務人履行債務的期限、有關抵押物質量、數量和權屬情況、擔保範圍，以及當事人認為應予規定的其他事項。要注意，當事人在抵押合同中不得約定，在債務履行期屆滿，而債務人未履行債務，抵押物歸抵押權人所有。抵押合同可以單獨訂立，也可以作為主合同的一個部分而訂立。

抵押權作為物權的一種，要依法進行公示，即要到有關機關辦理抵押物登記。該登記的效力因抵押物的不同而異。根據《物權法》的規定，以上述抵押物中（1）至（3）項規定的財產以及第（5）項規定的正在建造的建築物進行抵押的，應當辦理抵押物登記，抵押權自登記時設立，不登記抵押權不發生法律效力。如以上述抵押物中的第四項、第五項規定的財產抵押的，抵押權自抵押合同生效時設立；當事人可以申請登記，登記的效力在於公示，即不登記仍可產生抵押權，但該抵押權不具有公示效力，不得對抗善意第三人。需要指出的是，當企業、個體工商戶、農業生產經營者以其現有的以及將有的生產設備、原材料、半成品、產品抵押的，抵押權不得對抗正常經營活動中已經支付合理價款並取得抵押財產的買受人。

抵押人作為抵押物的所有權人依法具有對抵押物的佔有、使用、收益和處分權，但其權利行使時依法要受到相應限制：

- （1）當債務履行期屆滿，債務人不履行債務，致使抵押物被法院依法扣押時，自扣押之日起，抵押物的孳息不再由抵押人收取，而是由抵押權人依法收取。
- （2）抵押人依法可就抵押物價值的剩餘部分再次設定抵押權。
- （3）抵押人經抵押權人同意可以轉讓抵押物，但應將所得價款向抵押權人提前清償債務或者提存。
- （4）為了保證債權實現，還可以對抵押物採取保全措施，當抵押人的行為足以損害抵押物的價值時，抵押權人有權要求其停止行為，恢復抵押物的價值；如不能恢復，則另行提供與減少的價值相當的擔保；如抵押人不恢復抵押財產的價值也不提供相應的擔保，抵押權人有權要求債務人提前清償債務。

抵押權人的權利主要是優先受償權，當數個抵押權同時並存於一個抵押物上時，如果數個抵押權均已登記的，以登記的先後順序確定清償順序；如果登記順序相同的，按照債權比例清償；數個抵押權中有未登記的，已登記的抵押權優先於未登記的抵押權；數個抵押權均未登記的，按照債權比例清償。

除上述一般抵押權之外，法律還規定有最高額抵押權，所謂最高額抵押是指抵押人與抵押權人協議，在最高債權額度範圍內，以抵押物對一定期間連續發生的債權提供擔保。其中，最高額是雙方當事人預先約定的，並不是實際擔保的債權額，因而在實行抵押權時，抵押權人的債權確定就成為關鍵問題，對此，《物權法》規定了債權確定的時間：

- （1）約定的債權確定期屆滿；
- （2）沒有約定債權確定期或者約定不明確，抵押權人或者抵押人自最高額抵押權設立之日起滿二年後請求確定債權；
- （3）新的債權不可能發生；
- （4）抵押財產被查封、扣押；
- （5）債務人、抵押人被宣告破產或者被撤銷；
- （6）法律規定債權確定的其他情形。如果確定的債權數額超過最高額，即以該最高額為抵押權所擔保的數額，超過部分為一般債權；如果確定的債權額低於預定的最高額，則

就實際發生的債權額為抵押權所擔保的數額。在最高額抵押權設立前已經存在的債權，經當事人同意的，也可轉入最高額抵押擔保的債權範圍。在最高額抵押擔保的債權確定前，抵押權人和抵押人可以通過協商變更債權確定的時間、債權範圍以及最高債權額，但變更的內容不得對其他抵押權人產生不利影響。

4.3 質權

質權是債權人對債務人或第三人轉移佔有而供擔保的動產或權利，得就其價值優先受償的權利。為確保出質人合法利益，法律特別規定，質權人在債務履行期屆滿前，不得與出質人約定債務人未履行債務時，質押財產為債權人所有。根據質物的不同，質權有動產質權和權利質權兩種。

動產質權以動產為標的物，當事人要依法訂立書面的質權合同，其中一方是享有債權的質權人，另一方則是提供質物的出質人，他既可以是債務人，也可以是第三人。質權自出質人交付質押財產時設立。

根據法律規定，質權人權利和義務主要包括：

- (1) 佔有質物，並收取質物所生孳息，但質權合同約定孳息除出質人收取的外；所收取的孳息應當先沖抵收取孳息的費用。
- (2) 保全質權，因不可歸責於質權人的原因，質物有損或其價值有明顯減少的可能，並足以危及債權實現時，質權人有權要求出質人提供相應擔保；如出質人不提供，質權人可拍賣或變賣質物，並與出質人協議，以所得價款提前清償債務，或進行提存。
- (3) 優先受償權。
- (4) 質權人負有妥善保管質押財產的義務，因保管不善致使財產毀損、滅失的，應當承擔賠償責任。
- (5) 除合同另有約定外，質權人不得擅自使用、處分質押財產，為此給出質人造成損害的，應當承擔賠償責任。

出質人的權利主要有：

- (1) 當質物因質權人保管不善發生損害時，有權要求質權人賠償；當質權人的行為可致質押財產毀損、滅失，出質人還可以要求將質押財產提存，或者提前清償債務以便取回抵押財產；
- (2) 債務一旦清償，出質人有權要求質權人返還質物；
- (3) 出質人如為債務人之外的第三人，則因代為清償或因質權行使而喪失質物所有權時，有權向債務人追償。

權利質權以民事權利為標的。能夠作為權利質權標的的權利，首先必須是財產權，而人格權、身份權不能作為權利質權的標的。其次，該財產權必須依法可進行轉讓，由此某些與權利人人身相聯繫的財產權，如贍養費、請求權、勞動報酬請求權等，因其不可讓與而不能成為權利質權的標的。第三，該財產權僅局限於動產權利，不動產權利，如典權、地上權等，不能設定權利質權。出質人應當和質權人訂立書面合同。

根據《擔保法》規定，作為權利質權標的的權利及其具體設質程序如下：

- (1) 以匯票、本票、支票、債券、存款單、倉單、提單等債權設定質權的，出質人應在質權合同規定的期限內，將此權利憑證交付質權人，質權自權利憑證交付之日成立；如果沒有權利憑證的，質權自有關部門辦理出質登記時設立。如果權利憑證上所載的票據兌現期或提貨期先於所擔保的債務履行期的，質權人可以在規定期限內兌現或提貨，並與出質人協商將兌現的價款或提取的貨物用於提前清償所擔保的債權，也可約定由第三人提存。
- (2) 以依法可讓與的股份、基金份額設定質權的，要向證券機構辦理質權登記，質權自登記之日起設立。如果是以其他股權出質的，質權自工商行政管理部門辦理出質登記時設立。經質權人同意，出質人可以轉讓出質後的基金份額、股權，所得價款應當向質權人提前清償債務或者予以提存。
- (3) 以知識產權中的財產權設質的，要向各知識產權主管部門登記，質權自登記之日起設立。知識產權中的財產權出質後，出質人在質權人同意的情況下，可以轉讓或者許可他人使用，所得價款應當向質權人提前清償債務或者予以提存。
- (4) 以應收帳款出質的，當事人要到信貸徵信機構辦理出質登記，質權自登記時設立。經質權人同意，出質人可以轉讓該應收帳款收取權，所得的價款應當向質權人提前清償債務或者予以提存。

4.4 留置權

留置權是債權人按照合同約定佔有債務人的財產，當債務人不按時履行債務時，得留置該財產以擔保債權實現的權利。留置權的特點在於它的法定性，即留置權的產生、其適用條件、適用範圍均由法律直接規定，根據《擔保法》，留置權僅適用於運輸合同、加工承攬合同和保管合同。其使用條件包括積極條件和消極條件兩方面。

積極條件有：

- (1) 債權人合法佔有債務人的動產，其佔有包括債權人的直接佔有，也包括債權人通過他人而實施的間接佔有。故此，行為人如違法佔有他人動產，如基於侵佔、盜竊等，哪怕為所佔動產支出必要費用，也不適用留置權。
- (2) 債權已屆清償期。留置權的目的在於擔保債的履行，只有債務已屆清償期，而債務人仍不履行債務的，才有必要適用留置權。
- (3) 債權人所享有的債權與其留置物之間存在牽連關係。至於牽連關係在法律上如何界定，各國做法不一。從中國的立法和司法實踐看，一般將牽連關係理解為債權與動產佔有取得基於同一合同關係而發生，如加工人的債權與其所佔有的留置物是基於同一加工合同。與其他國家相比，中國對留置權適用的這一要求較為嚴格。理論界有一種看法，認為為了進一步滿足社會發展的需要，有必要將留置權適用條件適當放寬。

《物權法》第231條規定：“債權人留置的動產，應當與債權屬於同一法律關係，但企業之間留置的除外。”

消極條件有：

- (1) 債權人主張留置權不能違反社會公共利益或善良風俗，如留置他人的身份證明、學歷證明，留置他人待用的喪葬物品等，均屬違法。
- (2) 債權人所實施的留置不得與其義務相抵觸。

債權人留置財產後，有義務妥善保管，如因保管不善致使留置財產毀損、滅失的，應當承擔賠償責任；債權人對留置財產所生孳息有權收取，所收的孳息應當先沖抵收取孳息的費用。債權人依法留置債務人財產後，應當與債務人約定債務履行期，如果沒有約定或者約定不明確的，留置權人應當給債務人兩個月以上的履行債務的寬限期，但鮮活易腐爛等不易保管的動產除外。約定的期間或法定的二個月寬限期屆滿，債務人仍不履行債務的，債權人可以依法拍賣、變賣留置物以所得價款清償債務，也可以與債務人協商以留置物作價抵債。其中超過部分返還給債務人，不足部分由債務人清償。如果留置的動產在留置前已經設立抵押權或者質權，留置權人享有優先受償的權利。如果債務人與債權人協商另行提供擔保，或者留置權人對留置物喪失佔有的，留置權消滅。

5. 佔有

佔有是對物在事實上的佔領、控制，可以從行為人對物在空間和時間的支配來判斷行為人對物的佔有狀態。在空間上，佔有人使物處於他的力量作用範圍之內，如將動產置於其家中，對房屋的居住、在土地上進行耕作等。在時間上，行為人對物的佔有持續一段時間，而不僅僅是短暫的接觸。

從理論上講，佔有可依其狀態不同而進行分類：

- (1) 以佔有人主觀上是否具備所有人的意思，分為自主佔有和他主佔有——自主佔有是指佔有人以所有人的意思對物進行佔有；他主佔有則相反。其分類意義主要在於，通過取得時效和先佔而取得動產所有權時，該佔有必須是自主佔有；同時佔有人就佔有物的毀損滅失所承擔的賠償責任也因自主佔有和他主佔有而不同。
- (2) 以佔有人是否在事實上對物實施佔有，分為直接佔有和間接佔有——直接佔有是指佔有人對物進行事實上的佔領和控制；間接佔有是指佔有人基於一定法律關係，將佔有讓渡給他人（直接佔有人），而自己享有返還請求權。
- (3) 以佔有是否根據本權所生，分為有權佔有和無權佔有——有權佔有是指基於本權而產生的佔有，反之則為無權佔有。如留置權人對留置物的佔有就是有權佔有。
- (4) 以無權佔有人實施佔有時的主觀心理狀態不同，分為善意佔有和惡意佔有——善意佔有時佔有人不知其佔有為無權佔有且無過失；惡意佔有是指佔有人實施佔有時明知或應知其為無權佔有。其分類意義在於法律對善意佔有和惡意佔有不同保護程度；取得時效和善意取得中的佔有就是善意佔有。《物權法》對其中的善意佔有和惡意佔有進行了規定。

關於佔有在法律上的性質，始終存在兩種不同看法，有認為佔有是單純的事實，如德國民法；也有認為佔有是權利，如日本民法。不論持何種觀點，其共同之處在於，都承認佔有的效力，並都對佔有給予法律上的保護。

佔有的效力主要表現為兩方面：

- (1) 佔有的推定——一是事實的推定，根據佔有的事實，推定佔有人所有的意思，善意、和平、公開佔有，免除佔有人對此的舉證責任；當佔有人在前後兩個時期實施佔有並有證據時，推定為連續佔有。二是權利推定，受權利推定的佔有人，無須就該權利承擔舉證責任，只有相對人提出反證時，佔有人才需要舉證。權利推定一般是為了佔有人的利益。要注意的是，權利推定屬於消極性的，這就意味着佔有人不得利用此推定作為其行使權利的積極證明。
- (2) 佔有人與返還請求權人的關係——當權利人請求返還時，佔有人的返還義務因其佔有是善意抑或惡意有所不同：善意佔有人不必返還因佔有物的使用而獲取的孳息；惡意佔有人在返還佔有物時則必須返還佔有物的孳息，甚至有國家法律規定，孳息實物如果消滅，則須按其價值返還。當佔有物因佔有人的原因毀損滅失時，佔有人的賠償責任因其佔有為善意抑或惡意而不同：善意佔有人只須在現有利益範圍內負賠償義務；惡意佔有人則須對佔有物的毀損滅失給權利人造成的全部損失負賠償責任。當佔有人在佔有期間對佔有物支出了必要費用時，佔有人就該費用要求權利人返還的範圍因善意抑或惡意而不同：善意佔有人有權請求權利人返還他所支出的必要費用，如佔有人已經取得了佔有物的孳息，則該費用可從孳息中扣除；惡意佔有人則無權要求返還必要費用。

佔有是一種既成事實，它關係到社會安定和穩定，故法律應禁止對佔有進行肆意非法侵害，佔有人可通過自力或公力保護自己的佔有。當佔有受到侵害時，如果侵害人在法律上沒有比佔有人更強的權利時，佔有人有權採取自力救濟以排除侵害，並取回佔有物。當然，佔有人也可通過訴訟，請求法院保護其佔有，包括返還佔有物和排除佔有妨害、消除危險以及損害賠償。

8. 侵權行為法

陳旭琴

1.	侵權行為概述	178
1.1	侵權行為的概念和分類	178
1.2	侵權責任的歸責原則	179
2.	一般侵權行為	180
3.	特殊侵權行為	182
3.1	職務侵權行為	182
3.2	產品缺陷致人損害的侵權行為	183
3.3	高度危險致人損害的侵權行為	184
3.4	環境污染致人損害的侵權行為	185
3.5	地面施工致人損害的侵權行為	185
3.6	建築物以及其他工作物致人損害的 侵權責任	185
3.7	動物致人損害的侵權行為	186
3.8	被監護人致人損害的侵權行為	186
4.	侵權責任形式	186

1. 侵權行為概述

1.1 侵權行為的概念和分類

根據《民法通則》第106條之規定，侵權行為是指行為人由於過錯侵害他人的財產和人身，依法應承擔民事責任的行為；行為人雖無過錯，但法律特別規定應對受害人承擔民事責任的其他致害行為，也屬侵權行為。

侵權行為是一種違反社會公共行為規範、從而為社會所不容忍的行為。人類社會一直致力於控制侵權行為這一人類社會最基本的衝突形式，其規範形式在不同歷史時期各有不同：有氏族社會的血親復仇和親屬代償制度，也有奴隸社會和中世紀盛行的各種嚴酷懲罰措施，直到近現代，各國民法都以複雜的法律條文對其進行詳細的規範。

從理論上講，侵權行為與犯罪行為、與違約行為的界限是明確的。犯罪行為是對社會秩序和公共利益的侵犯，刑罰則是對其行為的懲罰；而侵權行為是對其他民事主體權利的侵犯，民事責任則是對受害人的事後救濟。但是，這並不說侵權行為與犯罪行為互不聯繫甚至相互排斥，相反，二者之間存在聯繫。首先，行為人的一個行為可能同時構成侵權行為和犯罪行為，此時在對行為人提起公訴的同時，受害人可同時提起附帶民事訴訟。其次，當代侵權行為法理論和實踐方面出現了侵權行為法和犯罪行為在目的和功能方面的趨同現象，例如侵權行為法的民事責任方面出現了懲罰性賠償。

侵權行為與違約行為同屬於民事違法行為範疇，但是，從理論上講，侵權行為所侵害的是受害人法定權利，該權利是一般人所享有的普遍的權利；而違約行為所侵害的是受害人約定權利，即受害人和加害人通過合同所設定的權利。這種理論上的區分導致了立法上的二元制，即侵權行為法和合同法的區分。當然，實踐中要對二者進行截然區分經常是困難的，常常出現二者競合的現象，並且對於如何解決還沒有取得統一認識。

侵權行為根據不同標準可將其區分：

- (1) 一般侵權行為和特殊侵權行為——前者適用一般的責任條款，以過錯責任原則為基本歸責原則；後者是法律特別規定由當事人的特殊行為或特別原因致人損害的行為。
- (2) 積極侵權行為和消極侵權行為——前者是以一定的作為致人損害，如傷害身體、侵佔財產、侮辱人格等；後者是以一定的不作為致人損害，如施工工人不設置危險標誌和採取安全措施致人損害。
- (3) 單獨侵權行為和共同侵權行為——前者是一人單獨實施的侵權行為；後者是兩人以上共同實施的侵權行為，造成他人損害的，由共同侵權人承擔連帶責任。共同侵權行為又有共同加害行為和共同危險行為之分。兩個或兩個以上行為基於共同故意或過失，造成他人損害的，應承擔連帶賠償責任。如果行為人中有無行為能力人或限制行為能力人，在他人的教唆和幫助下實施侵權行為的，教唆、幫助無行為能力人實施侵權行為的人為侵權人，並承擔民事責任；教唆幫助限制行為能力人實施侵權行為的人，為共同侵權人，應承擔主要侵權責任。

1.2 侵權責任的歸責原則

所謂歸責原則是用以確定行為人承擔侵權責任的依據，體現了法律的價值取向，還關係到侵權責任的構成要件、舉證責任的內容、賠償的範圍以及責任承擔的方式。民事責任的歸責原則大致可分兩類：一是客觀歸責原則，也稱加害責任原則，只要客觀上存在特定損害結果或致害原因存在，就要承擔民事責任，而不問行為人的主觀意志。古代侵權行為法中通行客觀歸責原則，現代侵權行為法則以在法律有特別規定時採用。二是主觀歸責原則，據此，只有行為人主觀上存在過錯才承擔民事責任，即有過錯有責任，無過錯則無責任。這是現代侵權行為法通行的歸責原則。

根據《民法通則》的規定，侵權責任歸責原則有三種：

- (1) 過錯責任原則——《民法通則》第106條第2款規定：“公民、法人由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應當承擔民事責任。”過錯責任原則體現的是理性自由法律追求——民事主體能按共同的行為規則自覺作出合理的選擇並通過自己的行為達到預期的結果。過錯責任原則的邏輯前提是民事主體可以通過自己的主觀努力避免不法行為和損害結果的出現，所以一旦出現不法行為和損害結果，首先要看行為人主觀上是否存在過錯。由於過錯是對行為人主觀心理狀態的法律描述，其本身又是一個不斷發展的概念，在很多時候很難確定行為人是否具有過錯，為了保護受害人的合法權益，法律規定了過錯推定，即行為人的行為推定其主觀過錯，而無須受害人舉證證明過錯。由此，行為人如要免責，必須舉證證明其主觀上沒有過錯，否則就應承擔過錯責任。

個案分析

趙女士在某小區辦完事後下樓，至大門口時，因未能充分注意，以致失足摔倒。經醫院拍片檢查，診斷為左股骨頸骨折。為了查明事故原因，趙女士的丈夫特地去現場調查，測得該台階高出地面0.248米，高於《民用建築設計通則JGJ37-87》的有關規定。趙女士認為，房地產公司已構成侵權，應當承擔民事侵權責任。去年8月，趙女士將該房產公司告上法庭，要求賠償醫療費和傷疾補償金等共計1,173萬元。

法庭上，房地產公司辯稱，趙女士作為一成年人，經過門廳緩衝，理應對門口踏步高度作出合理判斷，但未盡到謹慎之責，疏忽大意，導致判斷失誤發生事故，存在明顯過錯。堅持不同意趙女士的訴請。法院認為，該樓門廳台階與樓外地面的高差不符合標準，存在安全隱患，是造成摔倒受傷的間接原因，故對趙女士摔倒的損害後果存有一定的過錯。趙女士作為完全民事行為能力人，應當能夠判斷台階的高度並採取相應的措施走下台階，趙女士自身的行為是導致其摔倒的主要原因，其本人存在主要過錯。據此，法院判決趙女士獲賠醫療費和二期手術護理費等損失共計16,692元。

- (2) 無過錯責任原則——《民法通則》第106條第3款規定：行為人“沒有過錯，但法律規定應當承擔民事責任的，應當承擔民事責任。”據此，行為人承擔侵權責任不問其主觀過錯，只要行為給受害人造成損害，就應承擔侵權責任。無過錯責任原則只有在法律有明文規定情況下才可適用。現代無過錯責任原則的確立與現代大工業生產方式密切相關，其目的在於為大量出現的工業事故受害人提供有力的法律援助，從而實現社會公平。

- (3) 公平責任原則——《民法通則》第132條規定：“當事人對造成損害都沒有過錯的，可以根據實際情況，由當事人分擔民事責任。”這是基於公平觀念來確定責任歸屬，由審判人員根據受害人受損程度、當事人受益情況、當事人經濟狀況等綜合因素加以權衡，最終確定各自應承擔的責任。其適用前提是當事人雙方均無過錯，如一方存在過錯，則適用過錯責任原則來處理；同時，法律也未規定適用無過錯責任原則。其適用範圍一般限於財產損害，目的在於平衡各方當事人間的財產狀況和財產損失，最終達到相對公平的結果。根據《民法通則》規定，適用公平責任原則情況有三：一是該法第133條規定的無行為能力人和限制行為能力人致人損害，如果監護人能證明其已盡到監護職責而沒有過錯，就可減輕其民事責任；如果加害人本人有財產的，則可從其財產中支付賠償費用，不足部分才由監護人適當賠償。二是該法第128條規定的正當防衛，如果防衛超過必要限度，給他人造成不應有損失的，應當適當承擔民事責任。三是該法第128條規定的緊急避險，如果險情是自然原因所致，緊急避險人不承擔民事責任或承擔適當的民事責任；但是，如果避險人措施不當或超過必要限度，給他人造成不應有損害的，則避險人應承擔適當的民事責任。

2. 一般侵權行為

一般侵權行為是指行為人基於過錯而造成他人的財產損失或人身損害，並應由行為人自己承擔責任的民事違法行為。《民法通則》第117條、118條、119條、120條所規定的都屬於一般侵權行為。侵權行為可以由一個行為人單獨實施，這是侵權行為中最常見的、最普遍的現象；也可能由二個或二個以上行為人共同實施，所謂的共同侵權行為。共同侵權行為包括共同加害行為和共同危險行為。前者是指二個或二個以上行為人基於共同的故意或過失，侵害他人財產權或人身權的行為；後者是指二個或二個以上行為人共同實施了有侵害他人權利危險的行為，並已造成實際損害，但根據客觀情況，無法判明該損害是由何人行為所致，為了保護受害人，一般由全體行為人承擔連帶賠償責任，除非行為人能證明自己不是真正的加害人。

確定某一行為是否是侵權行為，一般從行為是否具有違法性、是否存在損害事實、違法行為與損害事實之間是否存在因果關係、行為人主觀上是否有過錯等四方面加以確定。

- (1) 行為的違法性——嚴格而言是指行為違反法律強制性規定，但是民事違法有時也包括違反公共道德、公共利益，甚至只要行為侵權民事主體的合法權利和利益，儘管並不違反法律明文規定，同樣可以認定其行為具有違法性。不過，一旦存在違法阻卻事由時，就應排除其違法性。一般認為該違法阻卻事由包括依法執行職務行為、正當防衛、緊急避險以及受害人同意等情形。
- (2) 損害事實——指因某一行為或事件對他人的財產或者人身造成不利影響，可表現為三種情形：一是財產損失，即因侵害他人財產權、人身權而造成受害人經濟方面的損失，包括財產的直接損失和間接損失，前者是指現有財產的喪失，後者是指可得利益的喪失。二是人身傷害，即民事主體的生命、身體和健康權利受到侵害。三是精神損害，是指民事主體因其人格權和身份權受到侵害從而導致精神上的傷害，如痛苦、恐懼、悲傷、羞辱等。

- (3) 致害行為與損害事實之間存在因果關係——一般而言，因果關係是客觀存在的，但違法行為和損害事實之間是否存在因果關係則視乎法官依據一定的規則和理論，根據證據進行綜合分析加以認定，具有一定的主觀性。受害人應舉證證明自己所受損害是因行為人違法行為所致，但是，在某些特殊情況下，為保護受害人利益，可採取舉證責任倒置，也就是所謂的過錯推定，即法律直接規定只有在行為人證明自己沒有過錯的情況下，才不承擔責任；換言之，如果行為人無法舉證證明損害並非其行為所致，就應承擔侵權責任。

個案分析

甲與乙兩家為鄰居關係，且菜地相鄰。2003年4月18日早飯後，甲與乙在村西邊菜地為地界不清而發生口角、吵罵，繼而發展為互相廝打，甲將乙面部多處抓傷，後經同村人勸解，雙方各自回家。不久，乙喝農藥中毒睡倒在自家樓門外邊，後因搶救無效死亡。乙之子女為此支付醫療、喪葬等費用3,000元。後乙之子女起訴甲於某人民法院要求賠償醫療等費用3,000元，死亡慰撫金10,000元。

人民法院在審理後認為乙面部多處被甲抓傷，人格受到侮辱氣憤之下喝藥而死，其死亡原因與甲的侵權行為相關聯，甲的侵權行為是導致其服毒死亡的重要原因，甲對乙死亡有一定的過錯，應承擔相應的民事賠償責任。判決甲於判決生效後十日內賠償乙之子女醫療等費用3,000元，支付死亡賠償金6,000元。甲不服，以乙的死亡不是其造成的，故不應賠償，並向檢察機關申訴。

檢察院認為，乙的死亡與甲沒有法律上的因果關係。甲與乙為地界不清而發生口角、吵罵，繼而發展到互相廝打，甲將乙面部抓成輕微傷，乙回到家中後，自己喝下農藥，因搶救無效而死亡。從表明上看，甲的行為與乙死亡之間有一定聯繫，但二者之間不具有法律上的因果關係。某一事實僅於現實情形下發生該項結果，還不足以判斷有因果關係，必須在通常情況下，依社會一般的觀念也認為有發生該項結果的可能性時，才能認為有因果關係。在本案中，甲將乙面部抓成輕微傷的行為，依照一般社會經驗判斷，不具有引起乙死亡的可能性。因此，甲的行為對乙死亡結果的發生而言，只是一般條件，不是死亡原因，該行為與死亡結果之間不具有法律上的因果關係。對於乙的死亡，甲主觀上沒有過錯，甲的行為與乙死亡的結果之間也沒有法律上的因果關係，原審判決以甲有過錯且其行為是乙死亡的重要原因為由判決甲承擔賠償責任，顯屬錯誤，因此應提請抗訴。上級法院在審查後採納了該意見。同時認為，甲將乙抓成輕微傷的行為，客觀上對乙死亡會產生一定影響，甲雖不負賠償責任，但根據公平原則，本着人道主義精神，考慮由甲給予乙的親屬適當的補償為宜。

- (4) 行為人主觀上有過錯——過錯是指行為人存在應受法律和道德非難的心理狀態並由此作出可受譴責的行為。過錯包括故意和過失兩種形態，故意是指雖然行為人已經預見到自己的行為可能給他人帶來不利後果，卻仍希望或者放任該後果發生，並由此作為或不作為。

過失是指行為人應當預見自己的行為會給他人造成損害，而由於疏忽沒有預見，或者雖然預見但輕信能夠避免，從而沒有採取相應措施。過失的實質在於行為人未盡相應的注意義務，而不同情況決定行為人所應盡的注意義務也所有不同。過失由此可分為三種——重大過失、一般過失和最輕過失。重大過失是指行為人行為時欠缺普通人基本的注意，此時行為人心理狀態基本等同故意中的放任狀態，最應受譴責。一般過失是指行為人行為時違反“善良管理人”的注意義務，此注意義務是抽象的、客觀的，以

市民社會中一個理性的人應當做的為標準。最輕過失則是以專業人員應當盡到的注意為標準，如醫生、律師、駕駛員等均屬專業人員，對他人所從事的专业行為就要以此專業標準予以衡量，而不宜以一般的注意義務加以衡量。

個案分析

2004年4月24日，僱主李某僱用繆某和朱某等人從事建築施工工作。同日，繆某和李某等人乘坐朱某駕駛的拖拉機，從工地返回家中。當拖拉機途經繆某家門口時，在車輛未減速慢行的情況下，繆某冒失強行下車，倒地後不慎被車輪碾壓。拖拉機行駛至李某家門口停下後，李某和朱某才發覺繆某不見了，急忙返回尋找。繆某在送往醫院搶救途中死亡。

繆某妻子等親屬將李某和朱某告上法庭，要求兩被告承擔損害賠償責任。一審判決，由僱主李某承擔百分之六十的賠償責任，僱員朱某承擔連帶責任，受害人繆某自身承擔百分之四十責任。受害者繆某妻子不服，認為應由僱主李某和朱某承擔全部賠償責任，提出上訴。

杭州市中級人民法院審理後認為，受害人繆某受僱於僱主李某，在收工返回途中被拖拉機軋死。依據法律，應認定為僱員在從事僱用活動中遭受人身損害，僱主李某應當承擔無過錯賠償責任，僱員朱某駕駛拖拉機載客未盡安全義務，應承擔連帶賠償責任。但受害人繆某自身對損害的發生亦具有重大過失行為，繆某作為成年人，具備正常成年人在相同情況下所擁有的一般辨別能力和危險常識，明知在車輛未減速行使時下車具有危險性，仍冒失強行下車，顯然缺乏一個普通人的安全注意義務，已構成重大過失。依據《民法通則》，適用過失相抵原則，由僱主李某承擔百分之六十的賠償責任，僱員朱某承擔連帶責任，受害人繆某自身承擔百分之四十責任。

一般侵權行為可根據其侵害物件分為二類：一是侵害財產權的行為，包括侵害他人物權、知識產權以及其他財產利益，至於侵害債權是否構成侵權行為，現行法律並無明文規定。二是侵害人身權的行為，包括侵害他人生命權、身體權、健康權的行為，侵害他人姓名權（名稱權）、肖像權、名譽權、榮譽權的行為，侵害他人自由權、隱私權的行為等等。

3. 特殊侵權行為

3.1 職務侵權行為

《民法通則》第121條規定：“國家機關或者國家機關工作人員在執行職務中，侵犯公民、法人的合法權益造成損害的，應當承擔民事責任。”確定職務侵權行為一般從以下幾方面考慮：一是行為主體限於國家機關或國家機關工作人員。國家機關通常解釋為行使國家職能的國家行政機關、審判機關、檢察機關以及軍事、員警機關等。國家機關工作人員則指一切在國家機關中依法從事公務的人員。二是行為發生的時間，職務侵權行為要求發生在執行職務過程中，如果不是在執行職務過程中發生的行為或行為本身與所執行的職務無關，則不適用職務侵權行為的規定。三是過錯方面，一般職務侵權適用過錯責任歸責原則，但是，考慮加害人和受害人的實際情

況，可採用過錯推定這種特殊方式予以適用。也就是說，如果行為人不能證明其實施的行為存在正當理由，則依法追究其侵權責任。甚至如果職務行為所固有的危險致人損害時，還可以採用無過錯責任歸責原則，當然如果存在不可抗力、受害人故意或重大過失等免責事由，則可免除職務侵權責任。四是職務侵權行為以積極作為居多，當法律規定某機關有特定義務的，不履行該義務即消極不作為也將構成侵權。

3.2 產品缺陷致人損害的侵權行為

《民法通則》第122條規定：“因產品質量不合格造成他人財產、人身損害的，產品製造者、銷售者應當承擔民事責任。運輸者、倉儲者對此負有責任的，產品製造者、銷售者有權要求賠償損失。”此規定即所謂的產品責任。產品責任的承擔不要求產品提供方主觀上存在過錯，該責任適用無過錯責任歸責原則。由此，確定產品責任一般考慮以下幾方面：一是產品和缺陷的含義。按《中國產品質量法》的規定，產品是指經過加工、製作，用於銷售的，並已進入流通領域的產品，由此就排除了未經加工的農產品、未進入流通領域的產品。產品缺陷是指產品存在危及人身、財產安全的不合理的危險。缺陷可以根據法定的國家標準以及行業標準來判斷，也可按一般的消費者有權期待的安全性來判斷。產品缺陷可存在於產品的設計、生產以及包裝等環節。二是人身、財產受害的事實。三是產品缺陷和受害事實之間存在因果關係，即產品缺陷是損害發生的原因，而損害是產品缺陷的後果。受害人只須證明產品存在缺陷、該缺陷產品導致其損害，產品的製造者或銷售者就應承擔責任。

中國法律在確立產品質量責任同時，還沒有考慮產品責任的免責事由，如消費者非正常使用產品或錯誤使用產品、產品所致危險屬依生產當時的科技水平無法預見、過期產品等，為保護企業生產的正常發展，基於公平理念，立法應當考慮產品責任的免責事由。

個案分析

1995年3月8日下午7時許，原告賈國宇與家人及鄰居在被告春海餐廳聚餐，春海餐廳提供給他們使用的爐具為被告廚房用具廠生產的YSQ-A“眾樂”牌卡式爐，提供的燃氣為氣霧劑公司生產的罐裝“白旋風”牌邊爐石油氣。賈國宇等人使用完第一罐，換置第二罐繼續使用約10分鐘時，使用中的氣罐發生爆炸，致賈國宇面部、雙手燒傷。送往中國人民解放軍第262醫院治療，診斷為：面部、雙手背部深2度燒傷，面積為8%。

賈國宇向北京市海澱區人民法院提起訴訟稱：“事故發生使我面部及雙手嚴重燒傷。現我容貌被毀，手指變形，留下殘疾，不僅影響學業，而且給我的身體、精神均造成了極大痛苦。要求氣霧劑公司、廚房用具廠和春海餐廳共同賠償醫療費、治療輔助費、護理費、營養費、交通費、學習費等37,711.63元，賠償部分喪失勞動能力的今後生活補助費51,840元、未來教育費2萬元、恢復治療費30萬元，手術整容費60萬元及精神損害賠償金65萬元。共計1,659,551.63元。”

海澱區人民法院認為：氣霧劑公司生產的“白旋風”牌邊爐石油氣氣罐沒有根據氣罐承壓能力科學地、安全地按比例成分裝填氣體，充裝使用方法的中英文標注不一致，內容互相矛盾，屬於不合格產品。上述質量問題是造成此次事故的基本原因，氣霧劑公司無可推卸地應當承擔相當於百分之七十的主要責任。“眾樂”牌卡式爐與燃氣瓶連接部位存在漏氣可能，使用時安裝不慎可能性更大，存在危及人身、財產安全的不合理危險，且不符合堅固耐用不漏氣的行業生產標準，質量存在缺陷。在爐記憶體有小火釀成事故的因果關係中，漏氣環節是一個不可缺少的過錯誘因。因此，廚房用具廠也負有

30%的責任。現沒有證據證明春海餐廳提供服務中存在過錯，賈國宇要求該餐廳賠償損失的訴訟請求，不予支持。春海餐廳為賈國宇墊付醫藥費一節，應另案處理。

人身損害賠償應依法按照實際損失確定。實際損失除物質方面的以外，也包括精神損失，即實際存在的無形的精神壓力與痛苦，通常表現為人格形象與人體特徵形象的毀損所帶來的不應有的內心卑屈與羞慚。事故發生時，賈國宇尚未成年，但身心發育正常。燒傷造成的片狀疤痕對其容貌產生了明顯影響，並使之勞動能力部分受限，嚴重地妨礙了其學習、生活和健康。除肉體痛苦外，無可置疑地給其精神造成了終身悔憾與痛苦，甚至可能導致其心理情感、思想行為的變異，其精神損害是顯而易見的，必須給予撫慰與補償。補償精神損失終究是法律意義上的，相對的，賠償額度要考慮當前社會普遍生活水準。喪失的部分勞動能力應根據喪失比率，參照當地人均生活費標準，按社會平均壽命年限合理計賠。據此，賈國宇要求賠償的額度中，其中736,293.80元缺乏事實和法律依據，特別是精神賠償65萬元的訴訟請求明顯過高，不能全額支持。

綜上所述，依據《中華人民共和國產品質量法》第32條，《中華人民共和國消費者權益保護法》第41條之規定，於1997年3月15日判決如下：

- 一、 氣霧劑公司和廚房用具廠共同賠償賈國宇治療費6,247.20元、營養品費3,809.48元、護理費7,051.50元、交通費4,293.90元、殘疾者生活自助費3,559.35元、殘疾者生活補助費78,296.40元、今後治療費7萬元、殘疾賠償金10萬元。上述賠償共計273,257.83元，於本判決生效後30日內執行。
- 二、 駁回賈國宇關於賠償醫療和精神損失等費用過高部分的訴訟請求。
- 三、 駁回賈國宇要求春海餐廳賠償的訴訟請求。

3.3 高度危險致人損害的侵權行為

《民法通則》第123條規定：“從事高空、高壓、易燃、易爆、劇毒、放射性、高速運輸工具等對周圍環境有高度危險的作業造成他人損害的，應當承擔民事責任；如果能夠證明損害是由受害人故意造成的，不承擔民事責任。”確定高度危險致人損害的民事責任要考慮以下幾方面：第一，何為高度危險作業？高度危險作業可以理解為行為人所從事的、對周圍人們的人身和財產可能造成難以避免的損害的活動。《民法通則》規定了七種高度危險作業，此外，如果符合對周圍環境有高度危險性質的其他作業，也應適用此條規定。第二，高危作業民事責任適用無過錯責任原則，其目的方面是為了促進高度危險作業人努力改進技術、健全安全保障措施、提高工作人員責任心，減少、防止損害發生；另一方面也是為了保護受害人。第三，高度危險作業民事責任的免責事由。根據《民法通則》第123條規定，其免責事由是受害人故意，也就是說，如果能證明損害是受害人故意所致，作業人就不承擔民事責任。據此，受害人只要能夠證明加害人從事的是高度危險作業人，自己受有損害，損害與作業之間存在因果關係，加害人就應依法承擔賠償責任。

1999年8月30日，瀋陽市出台的行人與機動車道路交通事故處理辦法規定，行人橫穿馬路不走人行橫道，與機動車發生交通事故，如果機動車無違章，行人負全部責任。隨後，一些省市也有類似的規定出台。從此中國大陸開始流行所謂“撞了白撞”。這樣一種規定顯然是違反了《民法通則》上述的規定，2003年10月28日通過的《中華人民共和國道路交通安全法》對此也予以否定。

3.4 環境污染致人損害的侵權行為

《民法通則》第124條規定：“違反國家保護環境防止污染的規定，污染環境造成他人損害的，應當依法承擔民事責任。”確定環境污染民事責任要考慮以下幾方面：一是加害人有污染環境的行為，即加害人存在排放廢氣、廢水、廢渣、粉塵、垃圾、放射性物質、有毒物質等有害物，或者製造噪音、震動、惡臭等行為；二是該行為必須違反國家保護環境防止污染的有關規定，如果沒有違反國家有關環境保護方面的法律規定，即使所從事的行為造成污染環境，也不承擔民事責任。環境保護方面的法律主要規定了必要的環保行為規則和排污標準，要求行為人在此規則和標準範圍內從事，違反規則、超出標準的行為將被追究法律責任，如果給他人造成人身、財產損害的，要承擔損害賠償責任。而一般的行為，如人們日常生活中的燒煤、燒柴行為、上路機動車排放的尾氣等，雖然也會給環境帶到污染，但並不構成侵權。三是受害人受到損害，人身損害和財產損失，且該損害與污染行為存在因果關係。要注意的是，相對於一般的民事賠償案件中的因果關係而言，環境污染侵權行為的因果關係比較複雜，一方面前因和後果之間鏈條環節比較複雜，中間往往有其他環節加入；另一方面經常還要借用環境檢測、分析化驗、鑑定等學科技術手段來證明因果關係，由此就給受害人舉證造成很大困難。四是免責事由。加害人能夠證明污染是因戰爭行為、不可抗拒的自然災害造成的，則不承擔民事責任；如果能夠證明是由第三人故意或過失所引起的，由第三人承擔民事責任。

3.5 地面施工致人損害的侵權行為

《民法通則》第125條規定：“在公共場所、道旁或者通道上挖坑、修繕安裝地下設施等，沒有設置明顯標誌和採取安全措施造成他人損害的，施工人應當承擔民事責任。”確定地面施工致人損害民事責任要考慮以下幾方面：一是特定的從事施工的單位或個人在公眾經常活動、通行的公共場所、道路等特點場所，從事挖坑、開溝等施工行為。二是施工人沒有設置明顯標準、沒有採取相應的安全措施，或者雖然採取一些措施，但該措施並未達到足以保障他人安全的程度，或者疏於維護，致使設置損壞，從而導致他人損害。三是受害人存在人身或財產損害。四是該損害與施工人行為之間存在因果關係。

3.6 建築物以及其他工作物致人損害的侵權責任

《民法通則》第126條規定：“建築物或者其他設施以及建築物上的擱置物、懸掛物發生倒塌、脫落、墜落造成他人損害的，它的所有人或者管理人應當承擔民事責任，但能夠證明自己沒有過錯的除外。”注意的是：第一，建築物致人損害的民事責任採用的過錯推定的歸責方式，體現了法律對受害人和加害人之間維持的一種利益平衡。第二，責任人包括建築物的所有人、使用人和管理人。第三，免責事由包括不可抗力、受害人過錯以及第三人過錯。

3.7 動物致人損害的侵權行為

《民法通則》第127條規定：“飼養的動物造成他人損害的，動物飼養人或者管理人應當承擔民事責任；由於受害人的過錯造成損害的，動物飼養人或者管理人不承擔民事責任。由於第三人的過錯造成損害的，第三人承擔民事責任。”應注意的是：第一，動物對人而言，屬於危險物，其飼養人雖然謹慎管束，但仍難免發生損害，故法律規定其飼養人或者管理人應承擔無過錯責任。第二，損害須由動物本能行為所致，而非人為駕馭。

3.8 被監護人致人損害的侵權行為

根據《民法通則》第133條的規定，無民事行為能力人、限制民事行為能力人造成他人損害的，由監護人承擔民事責任。監護人盡了監護責任的，可以適當減輕他的民事責任。如果行為人有自己的財產，可從其財產中支付賠償費用，不足部分由監護人適當賠償。但是單位作為監護人的除外。另外，在幼稚園、學校生活、學習的無民事行為能力人或者在精神病院治療的精神病人，其行為致人損害的，如幼稚園、學校和醫院有過錯的，應適當承擔賠償責任。

4. 侵權責任形式

侵權責任是加害人因其違法行為造成他人損害，依法所應承擔的法律後果。其責任方式以財產責任為主，但不僅限於財產責任，還包括停止侵害、排除妨害、消除危險、返還財產、恢復原狀、消除影響、恢復名譽以及賠禮道歉等方式。其中損害賠償是最重要的一種責任方式。侵權行為所造成的損失不同，所產生的賠償責任也不盡相同。主要有三類：

- (1) 侵權行為造成受害人財產權利損失，應賠償受害人直接損失和間接損失。
- (2) 侵權行為造成受害人人身傷害或死亡的，應侵害他人生命權、身體權、健康權，要賠償醫藥費、護理費、誤工費、交通費、營養費等；如果致人死亡的，還要賠償死亡補償金、死者生前扶養人的扶養費，以及治療費用、喪葬費等；如致人傷殘的，還要賠償傷殘補助費等費用。
- (3) 侵權行為造成受害人精神損害的，應依法承擔賠償責任。

9. 合同法

陳旭琴

1.	合同概述	188
1.1	合同的概念與特徵	188
1.2	合同的分類	188
1.3	合同自由原則	190
2.	合同訂立和締約過失責任	190
2.1	合同訂立：要約和承諾	190
2.2	締約過失責任	192
3.	合同債權保障	194
3.1	代位權	194
3.2	撤銷權	194
3.3	保證	195
3.4	定金	197
4.	合同變更和解除	197
4.1	合同變更	197
4.2	合同解除	199
5.	合同履行和違約責任	199
5.1	合同履行	199
5.2	違約責任	200

1. 合同概述

1.1 合同的概念與特徵

《中華人民共和國合同法》（以下簡稱《合同法》）第2條規定：“本法所稱合同是平等主體的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協定。”此概念與大陸法系民法關於合同概念基本相同，但異於英美法系的合同概念。如《法國民法典》第1101條規定：“合同為一種合意，依此合意，一人或數人負擔給付、作為或不作為的債務。”而根據《美國合同法重述》，其合同是一個允諾或一系列允諾，違反該允諾將由法律給予救濟，履行該允諾是法律所確認的義務。

根據上述《合同法》第2條的規定，合同具有四個特徵：

- (1) 合同是一種民事法律行為，意思表示是其核心要素，合同法正是賦予當事人的意思表示以法律效果。
- (2) 合同是雙方以上當事人的意思表示一致的民事法律行為，由此使得合同行為區別於單方民事法律行為。
- (3) 合同的目的是在於設立、變更、終止當事人之間的民事權利和義務關係。
- (4) 合同是當事人各方在平等和自願基礎上實施的民事法律行為。

1.2 合同的分類

中國《合同法》從總則和分則兩部分對合同關係作了具體規定。其中規定的典型合同有15種。根據合同的法律效果可將其分類如下：

轉移財產所有權的合同	買賣合同
	贈與合同
	供用電水熱氣合同
轉移財產使用權合同	租賃合同
	借貸合同
	融資租賃合同
合同	承攬合同
	完成工作交付成果合同
	建設工程合同
提供服務合同	保管合同
	運輸合同
	倉儲合同
	委託合同
	行紀合同
	居間合同
技術合同	技術開發合同
	技術轉讓
	技術服務合同

此外，理論上還可以依不同標準，對全部合同進行類型化，從而有助於更好地把握同一類型合同的共同特徵。其主要分類如下：

- (1) 以給付義務是否由雙方當事人互負，合同分為單務合同和雙務合同。在前者，合同當事人互負對待給付義務，一方負給付義務的目的在於取得對方的對待給付，典型合同如買賣、租賃等。在後者，只有合同一方當事人負給付義務，他人並不負對待給付的義務，典型合同如贈與、借用等。

合同作此分類的主要意義有：

- (i) 按《合同法》第66條、67條、68條的規定，雙務合同可適用同時履行抗辯權、先履行抗辯權和不安抗辯權，而單務合同則否。
 - (ii) 雙務合同中的意外風險負擔或由債權人負擔，或由物主負擔，或由債務人負擔。以《合同法》所規定的買賣合同風險負擔為例，該法142條規定：“標的物毀損、滅失的風險，在標的物交付之前由出賣人承擔，交付之後由買受人承擔，但法律另有規定或者當事人另有約定的除外。”而在單務合同中，意外風險均由債務人負擔。
 - (iii) 在雙務合同中，當事人一方違約時，他方若已履行合同，則可請求違約方承擔強制實際履行和其他違約責任，條件具備時還可解除合同並且解除還可溯及既往。違反單務合同並不發生這樣的後果。
- (2) 以當事人獲得合同利益是否要付出相應代價，合同分為有償合同和無償合同。在前者，當事人享有合同利益必須向對方償付相應的代價，如買賣、租賃等。在後者，當事人享有合同利益則不需向對方償付相應代價，如贈與、使用借貸等。

合同作此分類主要意義有：

- (i) 有償合同中當事人的注意義務較之無償合同當事人要輕，從而有償合同的當事人所應承擔的責任也較之無償合同當事人要重。如出租人和出借人的注意義務和責任就有明顯區別。出租人就其一般過失給承租人造成損失要給予賠償，而出借人僅就其重大過失所致損失承擔賠償責任，且可以酌情減輕責任。
 - (ii) 有償合同和無償合同對當事人資格要求有所不同，有償合同原則上要求當事人具有完全行為能力，限制行為能力人和無行為能力人要有代理人協助或代為訂立。無償合同中作為純獲利益一方，法律並不對行為能力作要求。
- (3) 以合同的成立是否要完成交付標的物等給付，合同分為諾成性合同和實踐性合同。在前者，只要各方當事人意思表示一致，合同即可成立，如買賣、保險等。在後者，除當事人意思表示一致外，尚須交付標的物或完成其他給付，合同才能成立，如借用、普通保管等。
 - (4) 以合同成立是否要採用法律特別要求的形式，合同分為要式合同和不要式合同。在前者，法律要求當事人必須按法律特別要求的形式訂立合同，否則合同不成立。在後者，法律不要求合同必須具備某種特定形式。
 - (5) 以法律是否作出規定並賦予一個特定名稱，合同分為有名合同和無名合同。在前者，法律對這類合同賦予特定名稱並進行相應規定，《合同法》就規定了買賣、租賃、贈與等15個典型合同。在後者，法律未對之作出規定，其成立、生效及糾紛的解決，可參照合同法一般規定以及與之最相類似的有名合同來處理。

1.3 合同自由原則

合同自由是合同法中最重要的一項原則，按照該原則，一個人是否訂立合同、與何人確立合同關係、具體的權利義務如何，完全取決於合同當事人的自由意志。合同只要不違反法律、道德和社會公共秩序，就依法有效成立，並具有拘束力，合同成為當事人之間的“法律”。法律對合同採取最小干預的態度，即確保合同當事人進行充分自由的意思表示，如當事人行為能力的要求，對不實陳述、不當影響或違法的干預。

合同自由原則與19世紀以後的西歐經濟、政治緊密聯繫。進入19世紀，資本主義經濟已經成為當時的主導經濟，不僅不再需要依靠行政權力而僅憑其自身的經濟關係就可保障剩餘價值的獲取，而且隨着資本主義商品關係的發展，還要求進一步擺脫一切束縛和限制，實現充分的自由競爭。在政治哲學方面，18世紀開始西歐強調人類自由的政治哲學，據此，每個人應有完全的自由，以自己的方式追求自己的利益。凡此種種在法律上的反映就是合同自由原則，該原則可以說是個人經濟自由和意志自由在合同法上的最高體現。

然而到了20世紀，合同自由原則受到了限制。這種限制一方面來自日益廣泛適用的格式合同，使得接受方失去了選擇的自由。另一方面來自於國家的行政立法，國家逐漸開始干預經濟，制定大批經濟行政法律規範，從而大大限制了合同自由。

2. 合同訂立和締約過失責任

2.1 合同訂立——要約和承諾

作為一種協議，合同的訂立實際上是雙方或多方當事人經過協商達成一致的意思表示。民法理論上把當事人這種協商的過程分為要約和承諾兩個階段。

要約也稱訂約提議，是指一方當事人就訂立合同的主要條款向另一方提出建議的意思表示。提出要約的一方為要約人，對方為受要約人。根據《合同法》第14條規定，要約的內容應包含二個方面：

- (1) 內容具體確定——因為要約的目的在於受要約人承諾，從而建立合同關係，故要約的內容必須具體確定，要包含合同的主要條款，以便受要約人能了解其要約人真實意思並作出承諾與否的決定。
- (2) 表明經受要約人承諾，要約人即受該要約約束——要約的目的是締結合同，要約人必須向受要約人明確表示，要約一經承諾，合同即告成立。

與要約相似的是要約邀請，即當事人一方邀請對方向自己發出要約的意思表示，如普通商業廣告、商品價目表、招標公告、招股說明書等都是要約邀請。但是，基於現實生活的複雜性，《合同法》第15條第2款明確規定：“商業廣告的內容符合要約規定的，視為要約。”另外，投標、拍賣、自動售貨機，以及商品標價陳列等均屬要約。

要約一經到達受要約人，就發生法律效力。此外，根據《合同法》第16條的規定，如果採用資

料電文形式訂立合同，收件人指定特定系統接受資料電文的，該資料電文進入該特定系統的時間，視為到達時間；未指定特定系統的，該資料電文進入收件人的任何系統的首次時間，視為到達時間。要約的法律效力可從兩方面分析：就要約人而言，他將受要約的拘束。要約一經發出，不得隨意撤回或撤銷。當然，如果禁止撤回或撤銷要約，就構成干涉當事人意思自治。故《合同法》規定，要約人要按法定程序撤回或撤銷要約。要約撤銷通知必須先於或同時與要約到達受要約人，才可發生撤回效力；要約已經到達受要約人，要約人如果撤銷該要約的，撤銷通知應當於受要約人發出承諾前到達受要約人，否則不發生撤銷效力。而且，《合同法》第19條還規定要約人在兩種情形下，不得撤銷要約：一是要約中規定了承諾期間或者以其他形式明示要約不可撤銷；二是受要約人有理由相信該要約是不可撤銷，且已為履行合同作了準備工作。就受要約人而言，要約須到達受要約人，使其取得承諾的權利。受要約人可根據自己各種情形綜合判斷，作出承諾與否的決定。

個案分析

甲廠為生產需要向乙廠紡織廠發傳真，要求該廠在一月內為甲廠發一批原料，並載明所要原料的品種、型號、價格、數量，以及交貨時間、地點和交貨方式等內容。

傳真發出後的第十天，丙廠獲知此消息特送來樣品，其同類產品的價格比甲廠報價低百分之二十五。於是甲廠馬上與丙廠簽訂買賣合同。次日甲廠收到乙廠同意按所給條件供貨的傳真。為避免重複購貨，甲廠趕緊給乙廠發傳真，聲明已經購貨，不再向乙廠購貨。三日後乙廠仍將貨送至甲廠。根據新《合同法》的規定，我認為甲廠與乙廠之間的合同關係是成立的。首先，甲廠給乙廠的傳真符合要約的特徵；其次，甲廠發出要約後，沒有使要約不發生法律效力或者使要約失效的事由，即甲廠既沒有依法撤回要約，也沒有為事後撤銷要約；再者，乙廠的承諾在要約有效期間內作出。故乙廠一經作出承諾，甲廠與乙廠間的合同關係即告成立。

要約人的效力並非永久，在下列情況下，要約就失去拘束力：

- (1) 受要約人拒絕要約；
- (2) 要約人依法撤回或撤銷要約；
- (3) 要約規定的承諾期限屆滿，或受要約人在合理期限內未作承諾；
- (4) 受要約人對要約內容進行實質性變更；
- (5) 當未來的合同需要約人或受要約人親自履行的，則其中一人死亡或喪失行為能力，要約失效。

承諾是受要約人對要約的完全接受。承諾首先應該在承諾期限內發出，如承諾因故遲到，要約人應及時通知對方，否則視為按時到達。如果要約人在要約中對承諾期限有規定的，承諾應在該期限內發出；如果沒有規定的，則視要約方式而有所不同：在對話式要約中，受要約人應即時做出承諾；在非對話式要約中，受要約人應在合理期限內作出承諾。方式承諾的內容應與要約內容一致，如對要約內容作出實質性變更的，視為新要約。所謂實質性變更是指關於合同標的、數量、質量、價款或報酬、履行期限、地點和方式、違約責任和爭議解決方法等方面的變更。此外，非實質性變更，除非要約人及時表示反對或者事先明確表示不得變更，則該承諾有效，合同以承諾的內容為準。承諾生效時合同成立，而承諾生效時間按不同情況而定：如果受要約人要將承諾的通知送達要約人，承諾通知到達要約人時發生法律效力，雙方合同關係成立；如承諾不需要

通知的，受要約人可根據交易習慣或要約要求作出承諾的行為，該行為作出的時間為承諾生效時間；如採用資料電文訂立合同的，資料電文進入受件人所指定的特定系統的時間為承諾生效的時間。

合同的訂立可採用不同的形式，有書面形式，也有口頭形式，如法律有特別規定，或當事人有特別約定的，合同形式應符合該規定或約定。這裏要特別提出的是格式合同，即在實踐中當事人為了重複使用而預先擬訂的，並在訂立合同時無須與對方協商的合同條款。格式合同的出現有其積極的方面，但其弊端也顯而易見，主要表現在制訂格式合同的一方當事人往往利用其優勢，在其所擬訂的合同中加入側重保護自己的利益，減輕或免除自己的責任，忽視相對方的利益，或加重相對方的責任的條款，即所謂的免責條款。為此，《合同法》第39條第1款規定：“採用格式條款訂立合同的，提供格式條款的一方應當遵循公平原則確定當事人之間的權利和義務，並採取合理的方式提請對方注意免除或限制其責任的條款，按照對方的要求，對該條款予以說明。”按照《合同法》第40條、第53條的規定：二類免責條款無效：一是提供格式條款一方涉及免除自己責任、加重對方責任、排除對方主要權利的，該條款無效。二是格式條款涉及免除自己因故意造成對方人身傷害的責任、免除自己因故意或重大過失造成對方財產損失的責任的，該條款無效。

在中國大陸，格式合同中的所謂免責條款被媒體統稱為“霸王條款”。有媒體調查，超過三成的消費者曾遇到霸王條款；消費者認為最易出現霸王條款的前幾個行業是：“房屋租賃和買賣”、“旅遊服務”、“通訊和電訊服務”和“物業管理”。目前很多地方對“霸王條款”開展“圍剿”。如重慶市工商等四委辦局組成的聯合檢查組已會同市通訊管理局，對該市通訊行業26種格式合同提出了書面整改意見。這26種格式合同分屬電訊、移動、聯通、網通和鐵通等運營企業。

2.2 締約過失責任

《合同法》第42條規定：“當事人在訂立合同過程中有下列情形之一，給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任：

- (1) 假借訂立合同，惡意進行磋商；
- (2) 故意隱瞞與訂立合同有關的重要事實或者提供虛假情況；
- (3) 有其他違背誠實信用原則的行為。第43條規定：“當事人在訂立合同過程中知悉的商業秘密，無論合同是否成立，不得洩露或者不正當地使用。洩露或者不正當地使用該商業秘密給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任。”

在傳統的合同法中，合同當事人之間的權利義務關係開始於合同成立之後，終止於合同履行完畢。如果合同關係不存在或時候被確認不成立，當事人之間當然沒有權利義務關係，即使合同不成立或被撤銷是因締約一方的過錯所致，且實際上已經給他方造成損失，也無法在法律上給予救濟。為此，《合同法》仿效大陸法系民法典的做法，作出了上述法律規定，一般認為此規定首次在中國大陸創立了締約過失責任制度。

根據上述法律規定，締約過失責任是指在合同締結過程中，一方當事人因過錯違反基於誠實信用原則所產生的先合同義務，造成他方當事人的損害，因此所應承擔的賠償責任。締約過失責任應從四方面理解：

- (1) 締約過失責任發生在合同締結過程中，當事人已經為訂立合同開始接觸、磋商，雙方為此進入特定的權利義務關係中。

- (2) 一方違反以誠信原則為基礎的先合同義務——根據《合同法》第42條規定，先合同義務主要有五項：一是通知義務，即當事人一方應在締約過程中將與合同訂立有關的資訊，如時間、地點及有關變化情況及時通知他方，便於他方及時掌握資訊作出正確選擇。二是告知義務，即當事人一方應將與合同訂立相關的重要事項如實告知對方，不得故意隱瞞，更不得提供虛假情況。三是協力義務，即締約當事人應竭力促成合同成立，不得假借訂立合同，惡意進行磋商。不得因新的交易夥伴出現、新的商機出現而隨意拒簽合同。四是保護義務，即提供談判場所的締約一方，如商場等，應就自己所提供的場所及各種設施的安全負責，保護對方的人身或財產安全。五是保密義務，即當事人對在訂立合同過程中獲知的商業秘密，不得洩露或者不正當使用。
- (3) 違反先合同義務給對方造成損害——該損害一般表現為締約相對人因相信合同有效成立而遭受的損害，即所謂“信賴利益”的損害。包括為訂立合同而支出的必要費用，也包括因此而失去的商機損失。同時也包括因違反保護義務給相對人造成的人身傷害。
- (4) 違反先合同義務方主觀上有過錯——締約過失責任的賠償範圍因損害不同而有所區別：如果因締約過失致使合同不成立、或被宣告無效或撤銷，應賠償受害人的信賴利益損失。如果因締約過失致使受害人人身遭受損害，應賠償由此蒙受的實際財產損失，一般不包括精神損害。如果因未盡通知、告知義務，致使財產遭受損失，應賠償實際損失。

個案分析

判例

1999年11月，原告張××為發展波爾山羊養殖，決定大規模引種當時被全國15個省市畜牧專家肯定的皇竹草，而該植物的最大缺點是在零度以下不能自然越冬，故必須建一個溫室大棚以便在當年12月前把種苗全部移入。因資金緊缺，原告於2001年10月向被告××銀行城口支行申請30萬元貸款。申請中寫明，錢將用於建立一個溫室大棚，使皇竹種苗安全過冬。此後，原告在將皇竹草的種植承包給其他村民的同時，焦急地等待貸款批准。

被告並未給予答覆。同年12月11日，原告向被告遞交了一份緊急報告，特別說明：一定要在合理的期限內給予是否放貸的明確答覆；如果貸款不成，則可及時通過其他渠道解決資金。此後，原告又多次到被告處催要貸款，被告雖然一直承諾加緊辦理，但是始終未給予明確答覆。眼看寒冬即將來臨，原告無奈地準備建造一個簡易溫室大棚。12月24日，大棚終於開始動工興建。誰知第二天晚上下了一場大雪，皇竹草種苗全部凍死，原告遭受了巨大的經濟損失。據統計，直接經濟損失至少為200萬元，間接經濟損失達400多萬元。至此被告仍未有明確答覆。一直到了2002年2月，原告才從他人處得知被告作出了不予貸款的決定。原告認為，被告未能及時給予貸款與否的答覆，使其錯失其他融資機會，對其所受損失有一定的過錯和責任，為此提出訴訟。2003年1月，張××以××銀行城口支行應承擔締約過失責任為由，將其告上法庭，要求賠償損失612萬元。

2003年12月，××市第二中級人民法院認為，被告沒有違反《合同法》的規定，不負有締約過失責任；原告的損失與被告拒發貸款之間沒有法律上的因果關係，駁回訴訟請求。原告不服，提出上訴。××市高級法院審理後認為，被告應特別注意到這一次貸款的特殊性和緊迫性，有義務在相應的時間內給予答覆。但是，直接導致損害後果發生是雙方的責任導致的。被告應承擔一部分責任而不是完全的責任。2005年1月28日，××市高院作出終審判決：被告賠償原告80萬元。

3. 合同債權保障

合同債權保障包括債權保全和債權擔保兩種形式。債權保全制度直接針對的是合同債務人的一般財產。債權的實現有賴於債務人的一般財產，而債務人的一般財產始終處於變動之中，其一般財產的增加與減少直接影響到債權人債權的實現；而債權的特徵決定了債權人無權支配債務人的財產。為了防止債務人財產發生不當減少，維持其財產的正常狀況，確保債務的清償，防止其財產減少，《合同法》規定了債權保全制度。該制度擴張了債權人的權利，保障其債權的實現。債權保全包括代位權和撤銷權。債權擔保則分為物的擔保和人的擔保，物的擔保是債務人或第三人以其特定的財產作為履行債務的擔保，其所設定的權利性質上屬於物權；而人的擔保屬信用擔保，包括保證和定金兩種。因抵押權、質押權和留置權已在物權部分討論，故此處僅涉及保證和定金制度。

3.1 代位權

代位權是指債務人享有對第三人的權利而又不積極行使，致使其財產應能增加而未能增加，危害債權實現的，債權人有權向法院請求以自己的名義代替債務人行使該權利。《合同法》第73條規定：“因債務人怠於行使其到期債權，對債權人造成損害的，債權人可以向人民法院請求以自己的名義代位行使債務人的債權，但該債權專屬於債務人自身的除外。”據此，代位權的行使要具備四個條件：

- (1) 債務人須享有對第三人的權利——該第三人稱為“次債務人”。至於權利類型，依《合同法》規定，僅指到期債權。為使代位權制度目的得以完全實現，實踐中應擴大到以財產利益為內容的其他權利，如物上請求權、撤銷權、申請強制執行等；
- (2) 該權利須非屬於債務人自己行使的專屬性權利——所謂專屬性權利按最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（一）》的規定，是指基於扶養關係、撫養關係、贍養關係、繼承關係產生的給付請求權和勞動報酬、退休金、養老金、撫恤金、安置費、人壽保險、人身傷害賠償請求權等權利；
- (3) 須債務人怠於行使權利——比如不履行其對債權人的到期債務，又不以訴訟方式或者仲裁方式向其債務人主張其享有的具有金錢給付內容的到期債權，致使債權人的到期債權未能實現，並且還有導致權利喪失的可能；
- (4) 債權人的債權已屆清償期，且有保全的必要——債權人以自己的名義通過訴訟方式行使代位權，其權利的行使要以債權為限，如果所請求數額超過債務人所負債務額或者超過次債務人對債務人所負債務額的，對超出部分人民法院不予支援。

3.2 撤銷權

撤銷權是指因債務人的行為有害債權的實現，債權人有權依訴訟程序，申請法院予以撤銷的權利。《合同法》第74條規定：“因債務人放棄其到期債權或者無償轉讓財產，對債權人造成

損害的，債權人可以請求人民法院撤銷債務人的行為。債務人以明顯不合理的低價轉讓財產，對債權人造成損害的並且受讓人知道該情形的，債權人也可以請求人民法院撤銷債務人的行為。”據此，撤銷權的行使條件包括主觀和客觀兩方面，並且因收益人的行為有償或無償而不同。當收益人的行為是無償的，只需具備客觀方面的條件即可；當收益人的行為是有償的，則還須具備主觀條件。

客觀要件是指債務人實施了有害債權的行為，按《合同法》的規定，該行為包括放棄到期債權，無償轉讓財產，以明顯不合理低價轉讓財產等。此外，按最高人民法院的司法解釋規定，債務人有延展其到期債權，以致不能清償其債務，或者債務人放棄未到期債權，又無其他財產清償到期債務，可能影響債權人實現其債權，債務人以自己的財產設定擔保，對債權人造成損害的，均可提起撤銷權訴訟。還要說明的是，債務人的行為必須以財產為標的，如結婚、收養、放棄繼承等行為均不屬於財產行為，即使這些行為直接影響債務人財產，甚至造成債權人債權難以實現的，均不得請求撤銷。

主觀要件針對的是債務人與受益人實施有償轉讓行為。根據《合同法》第74條規定，就債務人而言，其以明顯不合理低價轉讓財產時，是明知或應知其行為將對債權人造成損害；就受益人而言，他應該明知債務人對外欠債，無力償還，所為的轉讓行為將損害債權人的債權實現。至於他們相互之間是否惡意串通在所不問。

債權人行使撤銷權應通過訴訟途徑，且以其享有的債權為限。債務人行為一旦被撤銷，就自始失去法律約束力，尚未履行的義務終止履行，已經履行的應恢復原狀。行使撤銷權所獲得的利益作為債務人的全體債權人的共同擔保，撤銷權人無優先有償的權利。

3.3 保證

保證是指保證人和債權人約定，當債務人不履行債務時，由保證人按照約定履行債務或者承擔民事責任。《擔保法》第13條規定：“保證人與債權人應當以書面形式訂立保證合同。”保證人應當由具備代為清償能力的法人、自然人以及其他組織充任。債權人一旦要求保證人承擔保證責任時，保證人享有主債務人對債權人所享有的一切抗辯權。保證人承擔保證責任後，有權向主債務人代位求償。

特別要指出的是，《擔保法》對保證人作了排除性規定：

- (1) 國家機關原則上不能做保證人。這是因為國家機關的經費來源於財政撥款，應用於與其宗旨相符合的國家活動。但是，經國務院批准為使用外國政府或者國際經濟組織貸款進行轉貸擔保的除外。
- (2) 學校、幼稚園、醫院等以公益為目的的事業單位、社會團體不得為保證人。
- (3) 企業法人的分支機構、職能部門因其主體資格、清償能力等方面的原因，不得充任保證人。但是，企業法人的分支機構有法人書面授權的，可以在授權範圍內提供保證。

根據《擔保法》規定，保證人的保證責任方式分一般保證和連帶責任保證兩種。

- (1) 一般保證中，當事人在保證合同中約定，債務人不能履行債務時，由保證人承擔保證責任。一般保證人地位較優越，其承擔的是補充責任，依法享有先訴抗辯權，即他在主債務糾紛未經審判或者仲裁，並就主債務人財產依法強制執行仍不能履行債務前，

對債權人可以拒絕承擔保證責任。但是，保證人的先訴抗辯權在三種情形下不得行使：一是在保證合同成立之後，債務人住所變更，致使債權人要求其履行發生重大困難。二是人民法院受理主債務人破產案件，中止執执行程序，導致債權無法從主債務人處得到實現。三是保證人以書面形式放棄先訴抗辯權。

- (2) 在連帶責任保證中，一旦債務到期未清償，債權人就可以同時或先後向債務人或保證人提出清償全部或部分債務的請求，此時保證人的責任與債務人的責任是一樣的，沒有先後順序之分。

保證期限是保證責任存續期間，關係到保證人是否承擔保證責任，也是確定保證債務與訴訟時效關係的依據。當事人應在保證合同中明確列明。如未約定，依《擔保法》規定，在一般保證中，保證期間為主債務履行期屆滿之日起六個月，在此期間，債權人未對債務人提起訴訟或者申請仲裁，保證人免除保證責任。在連帶保證責任中，債權人有權自主債務履行期屆滿之日起六個月內要求保證人承擔保證責任，在此期間未要求保證人承擔保證責任的，保證人免除保證責任。

保證責任因以下原因而消滅：

- (1) 債權人和債務人惡意串通，騙取保證人提供保證的，保證人不承擔保證責任。
- (2) 債權人採取欺詐、脅迫等手段，使保證人在違背真實意思的情況下提供保證的，保證人不承擔保證責任。
- (3) 在保證合同有約定不得轉讓債權情況下，債權人轉讓其債權，保證責任免除。
- (4) 保證期間，債權人同意債務人轉讓債務，但未經保證人同意的，保證人不承擔保證責任。
- (5) 債權人和債務人事後協定變更主債權債務內容或延長債務履行期限，但未經保證人同意，就變更部分或延長期間的債務，保證人不承擔保證責任。
- (6) 在同一債權既有物的擔保又有保證時，債權人放棄物的擔保時，保證人在債權人放棄權利的範圍下免除保證責任。

個案分析

判例

中國銀行天津市分行與天津億利達毛紡織廠於1997年3月簽訂“貸款合同”，銀行向毛紡廠貸款400萬元，期限6個月。銀行同時與天津億利達有限公司簽訂“保證合同”，億利達公司承擔貸款的連帶責任保證，保證期為貸款合同到期後的6個月。銀行依約放貸，毛紡廠到期後未償還貸款本息。但在合同保證期間，銀行並未就此提起訴訟。

一審法院審理認為，毛紡廠沒有按期歸還銀行貸款本息，億利達公司沒有履行保證責任，應負民事責任。因此判決毛紡廠償付本息，億利達公司承擔連帶責任。二審法院審理後認為，在約定保證期間，銀行沒有要求億利達公司承擔保證責任，因此億利達公司不再承擔原保證合同中約定的保證責任。

3.4 定金

定金則是指合同雙方當事人為了確保債務的履行，由其中一方在應給付數額內預先交付另一方一定數額金錢的擔保形式。定金的成立不僅要有雙方的合意，還須實際交付定。這意味着，即使雙方約定了定金條款，但並未實際交付，該條款就不成立。定金不得超過應給付金額的百分之二十。定金的擔保作用主要體現在，給付定金的一方不履行債務時，無權要求返還定金；接受定金一方不履行債務時，應當雙倍返還定金。這是最常見的違約定金。此外，還有解約定金，即以定金為保留合同解除權的代價，交付定金的當事人可以放棄定金以解除合同，而接受定金的當事人可以雙倍返還定金來解除合同。立約定金，即合同訂立之前，為保證正式締約，當事人先交付定金，交付定金一方拒絕立約的，喪失定金；接受定金一方拒絕立約的，則雙倍返還定金。這一定金形式主要存在於民間。

4. 合同變更和解除

合同是當事人基於特定情勢，為了自身或他人利益，通過自由的意思表示而達成的協議。合同一經合法成立，就發生法律效力，雙方當事人均應履行合同義務，不得擅自變更合同內容，更不得隨意解除合同。但是，為了尊重合同當事人意思，為了適應複雜多變的社會需要，在一定情況下，法律允許在一定條件下變更或解除合同。

4.1 合同變更

合同的變更包括其內容變更和主體變更，其中內容的變更是在當事人不變的情況下，由雙方協定對原合同權利義務予以變更，其實質是訂立一個新的合同，故可以按合同訂立規則加以處理。合同主體變更是由新的合同債權人或債務人替代原合同債權人或債務人，而其內容不變。因合同的關係是特定當事人之間的權利義務關係，其主體變更將會影響到合同權利的實現、義務的履行、甚至合同存在的目的等方面，故法律要對之加以特別規定。合同主體變更有合同債權人變更和合同債務人變更兩種情形，前者稱債權讓與，後者稱債務承擔。

債權讓與是指不改變合同的關係的內容，合同債權人將其權利轉移給第三人享有。根據債權讓與的基本理論以及《合同法》的規定，合同權利讓與要具備三個條件：

- (1) 讓與的是合法有效合同債權，這是讓與的前提——讓與人應就所讓與的合同債權承擔瑕疵擔保責任。
- (2) 所讓與的合同權利必須具有可讓與性，這是讓與行為本質要求。合同權利讓與的本質是交易，現代社會中的絕大多數合同權利都是可以交易的，但是，作為特定當事人之間的權利義務關係，畢竟不能完全脫離個人色彩。法律基於社會政策和保護公共利益的考慮，總是要限制某些合同權利的讓與。《合同法》第79條明確規定了三類債權

不得讓與：一是根據合同性質不得讓與的合同債權，其中包括基於個人信任關係而發生的債權，如僱傭、委託、租賃等，都是建立在較強的人身信任關係之上，一般不得讓與；專為特定債權人利益而存在的債權；以及不作為債權。二是按照當事人之間約定不得讓與的債權。三是依照法律規定不得讓與的債權，如最高額抵押所擔保的債權就不得轉讓。

(3) 讓與人和受讓人須依法達成轉讓協定。

符合上述三個條件，債權讓與即在讓與人和受讓人之間發生效力，因讓與本身不具有公示性，故該讓與行為還不能對合同債務人發生效力。對此，《合同法》第80條第1款規定：“債權人轉讓權利的，應當通知債務人。未經通知，該轉讓對債務人不發生效力。”該通知應在債務履行期屆滿之前發出，並於到達債務人時生效。通知一旦到達債務人，對債務人發生法律效力，新債權人取代原債權人地位，而債務人則可以其對抗原債權人的一切權利對抗新債權人。其中包括債權不成立、已經消滅以及無效的抗辯權、履行期尚未屆滿的抗辯權、雙務合同中的各項抗辯權，以及訴訟時效屆滿的抗辯權等。同時，債務人如對原債權人享有債權，還可對受讓人主張抵銷。

債務承擔是指在不改變債的內容的情況下，合同權利人、義務人通過與第三人訂立的協定，將全部或部分合同債務轉移給第三人承擔，根據承擔後原債務人是否免除責任，分為免責型債務承擔和並存型債務承擔。前者的結果是第三人取代原債務人地位而承擔全部或部分債務，原債務人就轉讓的債務部分不再承擔責任。後者的結果是債務人並不脫離債的關係，而由第三人加入到債的關係中與原債務人共同承擔債務。其條件有四項：

- (1) 須存在合法有效債務，債務自始無效或者轉讓時已經消滅，則承擔行為自然無從談起。
- (2) 所轉讓的債務具有可轉讓性，不能轉讓的債務主要有：根據合同性質不可轉讓的債務，如基於某種特定技術要求履行的債務，基於信任關係履行的債務等，因其與特定債務人的人身有密切聯繫，須債務人親自履行，故不得轉讓。當事人約定不能轉讓的債務不得轉讓。還有不作為債務因其只能由特定債務人承擔，也不得轉讓。
- (3) 第三人應與債務人就債務的移轉達成合意。
- (4) 免責型的債務承擔須經債權人同意。因為債的關係一般是建立在債權人對債務人的資訊了解和信任基礎之上的，如果債務人將其債務轉讓給第三人，當然應事先徵得債權人意見，以便債權人對該第三人資訊進行調查，並決定同意與否，由此才能保證債權人債權實現。至於並存型的債務承擔，因第三人的加入成為債務人，其結果不僅不會影響債權人的利益，而且還增加立債權實現的可能性，故無須徵得債權人同意。但是債務人應將情況通知債權人。

除上述債權讓與和債務承擔外，還有一種債的主體變更情況，即債的概括承受，它可因企業合併而發生，也可因當事人協定而發生。《合同法》第88條規定：“當事人一方經對方同意，可以將自己在合同中的權利和義務一併轉讓給第三人。”

4.2 合同解除

合同解除分為協定解除和單方解除，協定解除是合同雙方當事人在合同有效成立後，通過協商一致，終止該合同的效力。單方解除又有法定解除和約定解除之分。其中約定解除是由合同雙方當事人在合同中約定某些解除條件，一旦條件成就，享有解除權的一方即可單方解除合同。法定解除則指由法律規定合同解除條件，條件一旦成就，享有解除權的一方即可以單方意思表示解除合同。按照《合同法》第94條對合同解除條件作出了規定：

- (1) 因不可抗力致使不能實現合同目的；
- (2) 在履行期限屆滿之前，當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行主要債務；
- (3) 當事人一方遲延履行主要債務，經催告後在合理期限內仍未履行；
- (4) 當事人一方遲延履行債務或者有其他違約行為致使合同不能實現合同目的；
- (5) 法律規定的其他情形。

5. 合同履行和違約責任

5.1 合同履行

合同的履行直接關係到合同當事人目的之完成，這就要求合同當事人要依照合同約定，全面地適當地履行自己所負的義務。在履行過程中要遵循以下原則：

- (1) 適當履行原則——該原則要求當事人按照合同約定的標的及其數量、質量，由適當的主體在適當的履行期限、履行地點，以適當的方式，全面履行其合同義務。
- (2) 協作履行原則——這是誠實信用原則在合同領域的適用，主要針對的是債權人，要求債權人在債務人履行義務時，按時受領給付，積極創造條件，提供必要方便；當債務人因故不履行時，要及時採取措施，減少或避免損失。
- (3) 情勢變更原則——即合同依法成立後，因不可歸責於雙方當事人的原因，發生不可預見的情勢變更，致使合同成立的基礎動搖或喪失，如果繼續維持合同效力，將明顯失公平，則允許當事人變更或解除合同。這是誠實信用原則在合同領域的又一體現。儘管中國《合同法》未明確規定該原則，但這並不影響該原則存在的合理性。

合同履行中還應特別注意雙務合同履行中的抗辯權。所謂雙務合同相對於單務合同而言，是指合同當事人雙方互負給付義務，且兩個義務之間具有對待給付關係，即一方的給付義務以另一方的給付義務為前提。根據《合同法》規定，雙務合同抗辯權包括同時履行抗辯權、先履行抗辯權和不安抗辯權三種。

- (1) 同時履行抗辯權——《合同法》第66條規定：“當事人互負債務，沒有先後履行順序的，應當同時履行。一方在對方履行之前有權拒絕其履行要求。一方在對方履行債務不符合約定時，有權拒絕其相應要的履行要求。”要注意兩點：

- (i) 雙方所負債務均已屆清償期，且存在履行的可能性；
 - (ii) 不履行或不完全履行的債務首先應該是合同的主債務，至於債務人不履行從債務能否適用同時履行抗辯權，可視該從債務是否與合同的目的有密切關係。如果該從債務的不履行直接影響合同目的實現，債權人可主張同時履行抗辯權。
- (2) 先履行抗辯權——《合同法》第67條規定：“當事人互負債務，有先後履行順序，先履行一方未履行的，後履行一方有權拒絕其履行要求。先履行一方履行債務不符合約定的，後履行一方有權拒絕其相應的履行要求。”先履行抗辯權一經行使，後履行一方的履行義務即告中止；在先履行一方採取立即補救措施，變違約為適當履行時，先履行一方就應繼續履行自己的義務。
- (3) 證據證明對方有下列情形之一的，可以中止履行：
- (i) 經營狀況嚴重惡化；
 - (ii) 轉移財產、抽逃資金，以逃避債務；
 - (iii) 喪失商業信譽；
 - (iv) 有喪失或者可能喪失履行債務能力的其他情形。不安抗辯權保護的是先履行一方當事人的利益。但這種保護是有條件的，只有在後履行一方有不能為對待給付的現實危險，直接危害先履行一方的債權實現時，才能行使。而且先履行一方對後履行一方喪失或可能喪失履行能力的情況負舉證責任；如果沒有確切證據證明的情況下，就中止履行的，應當承擔違約責任。先履行一方一旦行使不安抗辯權，應當及時通知後履行一方，並給其提供適當擔保的期限。後履行一方在期限內提供了適當的擔保，先履行一方即應恢復履行。如後履行一方未能在期限恢復履行能力，並且又不能提供適當擔保的，先履行一方即可解除合同。

5.2 違約責任

合同當事人不履行合同義務依法應承擔違約責任。違約行為是合同當事人違反合同義務的行為。其基本形態有：

- (1) 不履行，包括不能履行和拒絕履行——前者是指客觀上已不存在履行的可能性，後者是在可能履行的情況下，債務人拒不履行。
- (2) 遲延履行——即合同履行期屆滿，當事人能夠履行而不按時履行，包括債務人履行遲延、債權人受領遲延。
- (3) 不完全履行——債務人沒有按照合同規定履行債務，包括給付瑕疵和加害給付兩種。前者是指債務人給付在標的物的數量和質量、履行的地點和方式不符合要求。後者是指因給付瑕疵造成債權人的人身或財產損害。
- (4) 預期違約——《合同法》第108條規定：“當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行合同義務的，對方可以在履行期限屆滿之前要求其承擔違約責任。”其中在合同履行期到來前明確表示不履行的稱明示預期違約，以自己行為表明將來不履行合同的稱默示預期違約。預期違約發生後，相對方有兩種選擇：或者解除合同，並要求賠

償損失；或者堅持合同效力，等待履行期屆至，追究違約方實際違約責任。但是，此時如果發生不可抗力或其他可免除違約方責任的事由，相對方將無法獲得法律救濟——既不能追究預期違約責任，也不能追究實際違約責任。

關於違約方主觀上是否要有過錯，《合同法》第107條規定：“當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。”其中並未要求違約方主觀上要有過錯問題。同時還應該注意到，《合同法》同時在多處提到違約方的過錯和相對方的過錯，並可以對方過錯減輕或免除自己責任，在很多情況下，違約方過錯還是承擔違約責任的前提，比如，第191條關於贈與人的賠償責任、第406條關於委託合同中受託人的賠償責任，425條關於居間人的賠償責任等，都要求有故意或重大過失。《合同法》除在總則部分規定不可抗力作為所有合同的免責事由之外，還在每一個具體合同中都規定了不同的免責事由，其中很多是相對方的故意行為或過失。所以，嚴格而言，《合同法》並非完全採取無過錯責任。

違約責任的責任方式有繼續履行、賠償損失、違約金以及其他補救措施。對於賠償損失，《合同法》第113條規定：“當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定，給對方造成損失的，損失賠償額應當相當於因違約所造成的損失，包括合同履行後可以獲得的利益，但不得超過違反合同一方訂立合同時預見到或者應當預見到的因違反合同可能造成的損失。”《合同法》第114條規定了違約金：“當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金。”同時還規定：“約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少。”同條第3款規定：“當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務。”

10. 知識產權法

郭禾

1.	知識產權法的產生及歷史.....	204
1.1	知識產權法產生的基礎.....	204
1.2	中國知識產權法的歷史.....	204
2.	知識產權法的現狀及未來.....	205
2.1	立法.....	205
2.2	執法.....	206
2.3	執法不利的原因.....	207

1. 知識產權法的產生及歷史

1.1 知識產權法產生的基礎

關於知識產權這一概念，有學者認為產生於16世紀。¹但真正在法律上承認知識產權，形成知識產權的國際保護環境，則是最近一百多年來的事情。²這期間許多國家都曾制訂過有關保護知識產權的法律，但與確認和保護有體財產權的民商法相比，知識產權法律制度的產生時間卻大大地落後了。究其原因，主要在於民商法中的許多規則是伴隨着商品、私有制和市場經濟的形成而產生的。商品交換規則形成和成熟的過程，也正是民商法形成和發展的過程。正如恩格斯所指出的：“民法準則只是以法律形式表現了社會經濟生活條件”。³由此可以推測，民法或民商法的歷史可謂源遠流長。商品交換的存在必然以所有權的存在為前提；商品交換的實現必然要求誠實信用、平等有償的行為規則。這正是民商法產生的基礎。商品的出現、市場交換行為的出現客觀上形成了有關交易的習慣，當這些習慣被以法律的形式確定之後，便成為了我們現在所稱的民法。

應當說，任何法律作為一種行為規則，都是在社會的發展進步提出了相應的需求之後，才逐漸形成和產生的法律規範。知識產權作為一種民事權利或者私權，⁴其產生除了需要前述民事權利賴以存在所必須具備的共同條件之外，如商品經濟的存在等，還需要有其特別的條件，即科學技術的相對發達。

這是因為在科學技術尚不發達的時期，人類社會中最有價值的財產主要是體力勞動創造的有體財產，它對人類生存起了決定作用。換言之，人類社會的競爭還是以體力競爭為主。⁵在這樣的時期，無體財產在社會財富中所佔份量非常微小，自然不可能在全社會範圍內產生對作為無體財產之一的智力成果的保護要求，因而也不會有知識產權法。舉例而言，在舊石器時代，人類使用的生產工具大多如同用石頭敲擊而成砍砸器⁶之類。靠這樣的生產工具固然在一定程度上可以提高勞動生產率，但仍然十分有限。體力的強弱仍然是決定勞動生產率高低的主要因素。當然，這並不否定在特定場合下，偶爾也有某些看似微小的發明在重大事件中可能起到決定性的作用。比如，據《莊子》記載：宋人有不龜手之藥，其祖輩以漂絲為業，收入不過數金。有遊人願以百金購買其藥方，宋人允。買者遊說吳王，派其兵與越人在冬日水戰。吳國士兵因有該藥護手不生凍瘡，結果打得越人大敗。

當科學技術發展到相當水平，市場競爭開始由體力型向智力型轉化，人們才逐漸認識到這種無體財產的價值，才試圖用法定權利的方式來肯定這種無形財產的價值。在此基礎上發展起來的法律，即是現在所稱的知識產權法。專利法明顯地是在工業技術較為發達之後才產生的；而著作權法也是在印刷技術逐漸普及之後才制訂的。⁷此前所形成的一整套民商法規範，雖然其原則同樣適用知識產權規範，但其出發點顯然是基於保護有體物的物權，因此在一些具體問題上是有所差異的。

1.2 中國知識產權法的歷史

在中國近代，由於各種外來壓力，確曾產生過一些以保護知識產權為內容的相關法律。如：1882年李鴻章在呈送光緒的奏摺中稱：“查泰西通例，凡新創為本國未有者，例得以若干年限。

該局（上海機器織布局）用機器織布，本事屬創舉，自應酬定十年以內只准華商搭辦，不准另立設局。”光緒批准賜予十年專利。⁸另外，清朝末年還於1898年頒佈《振興工藝給獎章程》、1910年頒佈《大清著作權律》等。然而，這其中的一部分是以不平等條約的形式體現出來的。比如，中國最早的有關商標的法律文獻是在1902年《中英續訂商約》、1903年《中美商約》等中體現的，⁹然後才有1904年頒佈的作為國內法的《商標註冊試辦章程》。¹⁰

民國時期，也曾頒佈過一系列保護知識產權的法律。1944年專利法是中國第一部以專利法命名的法律，雖然這部法律在1949年生效時，因國民黨敗退台灣而沒有實際在大陸地區實施，但其內容的全面性和立法技術的先進性是不可否認的。另外，國民政府早在1928年便制訂了著作權法。此前，1923年北洋政府頒佈《商標法》；南京政府成立後又頒《全國註冊局註冊條例》，要求原在北洋政府註冊的商標必須補行註冊；至1930年，重新頒佈《商標法》。¹¹儘管有關史料證明在商業貿易中，中國很早就有了具備現代意義的商標，¹²但中國的商標法規以及其他知識產權法產生的歷史並不算長。

新中國成立初期，國家曾頒佈了一些保護知識產權的規定。如政務院頒佈的《保障發明權與專利權暫行條例》。但在社會主義改造運動結束後，隨着“又紅又專”、反“白專道路”等口號的提出，以及“反右”運動的到來，該條例並未得到認真貫徹執行。到1963年該條例被正式廢止為止，依照該條例僅授予過六項發明權、四項專利權。¹³可以說，在1985年4月1日¹⁴之前，中國大陸一直沒有真正的全面實施過專利制度。¹⁵至於其他有關知識產權也沒有得到應有的保護。改革開放後，知識產權保護的問題首先在1979年7月7日訂立的《中美貿易關係協定》中予以確認。¹⁶在同年訂立的《中美高能物理協議》中，也有實質相同的知識產權保護條款。隨後，國家相繼頒佈了一系列的保護知識產權的法律或法規，如：《商標法》、《專利法》、《民法通則》、《合同法》¹⁷、《著作權法》、《反不正當競爭法》以及有關實施條例或細則等。縱觀中國知識產權立法的進程，其相關立法與有關國際法有着十分密切的關係。近二十年來中國參加了許多知識產權國際公約以及與一系列國家訂立的雙邊條約。中國先後參加了《保護工業產權巴黎公約》、《保護文學藝術作品伯爾尼公約》、《世界版權公約》、《專利合作條約》、《商標國際註冊馬德里協議》等等。有學者甚至提出，知識產權法在法律部門的歸類上屬於國際法的觀點。¹⁸客觀地講，由於知識產權制度在各國都是一個新型的制度，尚處於發展時期，因此在很大程度上受國際環境的影響和制約，這一特點同樣反映在中國的知識產權制度的發展過程中。

2. 知識產權法的現狀及未來

中國現行的有關知識產權的法律、法規或文件，都是在改革開放後制訂的。中國大約花了十餘年的時間，建立了一套比較完整的知識產權法律體系。從立法的整體水平看，已達到發達國家的立法水平。這在知識產權制度的發展歷史上，確實尚沒有一個國家在這樣短暫的時間裏從無到有建立起如此完備的法律體系。正如一些國際人士所說，中國已經步入知識產權立法的世界領先水平國家行列。¹⁹另一方面，中國目前的執法雖然取得了不少的成績和進步，但狀況並不樂觀。下面分別從立法和執法兩個方面予以介紹。

2.1 立法

2.1.1 專利法

中國的《專利法》是1984年由全國人大常委會通過，於1985年4月開始實施。該法從1979年開始醞釀起草，經過各方面專家的努力，終於得以完成。在專利法起草過程中，還曾因為意識形態問題，即專利法是“姓資”還是“姓社”的問題，導致專利法起草工作一度擱淺。從深層次看，這實際上反映了幾十年僵硬的計劃經濟同市場經濟在觀念上的衝突。這種觀念和意識上的衝突，在日後中國的知識產權法的實施中體現為執法力度大打折扣。

客觀地說，1984年專利法是當時中國法律中與國際公約和國際通行做法最為接近的一部法律。之所以在改革開放初期的環境下能做到這一點，實因為專利法這一領域過於專業化，在當時只有學者敢於問津；²⁰ 又因為此前中國尚未有相關規定，故而參照國際公約便成為理所當然。中國專利法從制訂到現在，經過兩次修訂：1992年9月4日第七屆全國人民代表大會常務委員會第二十七次會議對其第一次修正，2000年8月25日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十七次會議對其進行了第二次修正。現行的《專利法》在整體設計上滿足了世界知識產權組織《保護工業產權巴黎公約》（以下簡稱巴黎公約）和世界貿易組織的《與貿易有關的知識產權協定》（以下簡稱TRIPs協定）的相關要求。該法結合中國國情在一部法律中解決了有關發明、實用新型和外觀設計的保護問題。在有關專利申請、審查及批准程序與條件等方面也參照國際通行做法。在保護範圍方面，經過1992年首次修訂已與國際上發達國家相當。在權利效力方面，專利權效力延及產品，分別增加了進口權、許諾銷售權等，並引入了與英美法中與臨時禁止令相似的保全措施。發明專利保護期由15年改為20年，實用新型和外觀設計專利保護期由5年改為10年。這些修改使中國專利法在整體上達到了國際發達國家的通行水平。

2.1.2 商標法

在中國的知識產權制度中，商標法是最早制訂並生效的法律。早在改革開放初期的1983年，商標法就已開始實施。中國商標法的基本原則與國際公約的要求沒有任何衝突，在整體上有效地保護了國內外商標權人的商標專用權。在總結經驗的基礎上，全國人大常委會曾在刑法典之外，專門制訂《關於懲治假冒註冊商標犯罪的補充規定》²¹，以加強商標保護力度。1993年全國人大常委會通過商標法修正案，更進一步完善了商標審查程序，擴大了受保護商標的範圍，不僅保護用於產品的商標，而且對服務商標也允許註冊。2001年10月27日，第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議對其進行了第二次修正。²² 經修改後的商標法完全符合國際通行慣例，商標保護水平與發達國家不相上下。此外，中國商標法還專門規定了有關行政執法的程序。即縣級以上工商行政管理部門有權對侵犯商標權以及其他一些違反商標法的行為予以處罰。作為法律的補充，國家工商總局還發佈了一系列保護商標權的規定，其中包括關於馳名商標認定的管理辦法等。²³ 這些規定在整體上形成了中國的商標保護體系。

2.1.3 著作權法

中國現行著作權法是在1991年生效的，2001年10月對其進行了一次修正，其保護範圍涵蓋了文字、口述、音樂、戲劇、舞蹈、曲藝、美術、攝影、電影、電視、錄影、圖形等各類作品。不僅如

此，還包括了一些國際上新近被列入著作權法保護物件的作品類型，如：電腦軟件、民間文學作品等。由此已可看出，中國著作權法立法的起點是比較高的。1992年，中國作為一個發展中國家，加入了《保護文學藝術作品伯爾尼公約》和《世界版權公約》。國務院還專門為此頒佈了《實施國際著作權條約的規定》。這一行為本身說明了中國政府保護知識產權的態度和決心。根據該規定，外國作品可以依據國際著作權公約在中國受到相應的保護。1994年全國人大常委會又專門通過了《關於懲治侵犯著作權犯罪的決定》，²⁴ 從而使著作權受到更為嚴格的保護。由於中國已經加入了世界上兩大著作權公約，因此中國的著作權保護水平顯然不低於公約所要求的水平。從這種意義上講，中國著作權法在立法上的水平已經達到國際通行標準。

當然，現行立法在某些方面還存在着一些問題。其中最為引人注目的問題便是依照現行立法和有關規定，外國人在中國所享有的著作權保護水平高於中國國民。雖然這完全是因為參加國際公約的修法程序滯後所導致的立法技術問題，但在一個具有高度民族自尊的國家出現這種情況，且持續近十年之久而沒有造成任何影響，不是沒有原因的。這種現象直接反映了這個國家的百姓、乃至高層領導對於知識產權在觀念上的生疏和漠視。當然，這些問題在即將完成的修法中將隨同其他的一些立法技術問題一併修訂。²⁵

2.1.4 反不正當競爭法

中國的《反不正當競爭法》，以綜合手段對違背誠實信用和公平原則的市場行為予以制裁，其中與知識產權相關的問題主要包括對利用他人商業信譽、侵犯他人商業秘密的行為等的制裁。《反不正當競爭法》明確規定了各種不正當競爭行為的具體形式及其制裁措施；並明確了有關行政機關可以對不正當競爭行為進行處理。該法中對商業秘密的範圍、構成要件均給出了較為清楚的界定，並以列舉的方式給出了侵犯商業秘密行為的一些表現形式。該法自1993年底實施以來，對於規範市場起到了不可估量的作用。當然，該法仍然存在着一些問題。比如，在調整主體方面限定在經營者的範圍。這種限定顯然過於狹窄，不利於現實中一些問題的解決。另外，該法對一些問題的規定仍顯原則，比如對商業秘密保護的保護措施尚不夠具體等。這些都有待修法時解決。

總而言之，中國的知識產權立法在總體上並不比西方發達國家落後。當然，由於新技術的產生和進步，網路環境導致現行立法有捉襟見肘的感覺。比如網路技術發展所導致的著作權案件、功能變數名稱與商標衝突的案件在中國也是層出不窮。但在這一領域西方也同樣面臨着立法的滯後。因而不得不借助一些法律原則來解決糾紛。

2.2 執法

在執法方面中國也有一套行之有效的制度和相對健全的執法機構。在中國，不僅可以通過國際上通行的司法渠道解決知識產權糾紛，而且還可以通過行政機關處理這方面的問題。當然，中國的執法工作尚存在不少問題，國際上一些人士也認為：中國的知識產權立法已經很充分了，但是在執法方面確非常欠缺。²⁶ 另一方面，許多在西方沒有解決的問題同樣也在中國得到反映。比如，美國的電話號碼簿著作權案件曾引起世界各國的關注。在中國，同樣有圖書發行商名錄、廣播電視節目表等性質相同的著作權案件。這些案件在中國圓滿解決，說明中國已經擁有了具有相當執法水平的法官。

2.2.1 司法渠道

依照中國的有關法律，人民法院有權管轄的知識產權案件包括：侵權糾紛、合同糾紛、權屬糾紛以及一些行政糾紛。司法渠道是糾紛解決的最終渠道。因此司法人員的道德水平高低和法律修養深淺、司法程序完備與否等對整個知識產權制度的實施有着極為重要的意義。十多年來，人民法院依照有關法律、法規處理了大量的知識產權糾紛，絕大多數案件都得到了公正的處理。據統計，僅1991年至1996年的六年期間，全國法院共受理專利糾紛案件4,138宗，其中審結案3,687宗。²⁷ 目前全國各級法院已設立數十個專門的知識產權審判庭²⁸；已審理了一批在全國乃至世界上有廣泛影響的案件，比如：王永民訴東南公司侵犯五筆字型專利權案、美國迪士尼公司訴北京出版社及新華書店北京發行所侵犯著作權案、中國社科院語言所及商務印書館訴海南出版社及王同億侵犯著作權案、荷蘭宜家公司訴北京國網有限公司功能變數名稱註冊案等。

應當指出，由於知識產權案件是一類新型案件，執法工作尚有不盡人意之處。比如，由於審判人員數量不足導致案件超審限；因缺乏經驗造成個別案件事實認定或法律適用有誤。這些問題都有待於在實踐中解決。

2.2.2 行政渠道

在中國，除了通過司法程序解決知識產權糾紛外，還可依法通過行政渠道解決有關知識產權的糾紛。這其中包括專利、商標、著作權、不正當競爭等方面的糾紛。這也是中國知識產權制度的特色之一。

涉及到專利權的糾紛，無論是侵權糾紛，還是專利權、專利申請權歸屬糾紛等，當事人一方均可依法請求省、直轄市、自治區、計劃單列市、沿海開放城市人民政府管理專利工作的部門處理。管理專利工作的部門作出決定後，當事人對決定不服的，還可向法院起訴。僅就管理專利工作的部門處理專利糾紛的職能而言，它是有執法權的行政機關。

中國《著作權法》第七條規定：“國務院著作權行政管理部門主管全國的著作權管理工作；各省、自治區、直轄市人民政府的著作權行政管理部門主管本行政區域的著作權管理工作。”

《著作權法實施條例》具體規定了國家版權局的職責，其中之一是“查處在全國有重大影響的著作權侵權案件”。相應地，地方政府的著作權行政管理部門也有權查處本轄區內發生的侵犯著作權的案件。比如，北京市版權局就曾因中國檢察出版社在1992年出版的《知識產權法律大全》侵犯他人著作權分別對主編和出版社進行了處罰。對於版權局處罰決定不服的，也可依法向有管轄權的人民法院起訴。

國家工商總局商標局是全國商標的註冊和管理部門，²⁹ 對於違反商標法的有關行為可以作出撤銷註冊商標等決定。此外，地方工商行政管理機關還有權處罰違反商標管理有關規定和侵犯他人商標專用權的行為。³⁰ 自商標法施行以來，國家工商總局商標局以及地方工商行政管理機關先後處理了一大批侵犯商標權的案件。如國家工商總局商標局曾專門就汕頭古饒新美化工廠侵犯日本花王株式會社商標權一案，指示地方工商局進行處理。³¹ 僅在1995年第四次市場專項治理活動中，全國工商行政管理系統就查處商標侵權、假冒註冊商標案件14,776起，罰款4,096.6萬元，責令賠償經濟損失310.26萬元，移送司法機關追究刑事責任197人。³²

對於市場中的不正當競爭行為，依照《反不正當競爭法》，縣級以上工商行政管理機關有權監督檢查，並對違法行為進行處罰。《反不正當競爭法》具體規定了各種不正當競爭行為所應當受到的處罰，包括罰款數額的範圍。

近年來，通過行政執法手段解決的知識產權糾紛逐年增多，包括許多外國大公司也傾向於選擇行政執法途徑。究其原因主要在於兩個方面：第一，行政執法程序簡單、實用，處理迅速，且節省費用和人力；第二，政府在中國大多數老百姓心目中的權威並不低於法院，由政府出面制止侵權等違法行為見效快。

2.3 執法不利的原因

從表面上看，中國執法不利的直接原因在於執法隊伍的素質和現行的司法體制。但是，如果真正了解中國的現狀，便會發現知識產權法律觀念和意識淡薄，是目前中國知識產權法律得不到完滿實施的最為重要的障礙。在存在這種障礙的情況下，出現這樣或者那樣的一些問題，則是完全正常的。現將有關原因具體分析如下：

首先，中國現行知識產權法在立法方面的動力並非完全來自內部，其中存在着相當大的外部原因。由於這種外部原因的作用，使得中國知識產權法在立法的水平方面超越了現實社會的需求。因此這種超越現實需求的法律自然無法得到全面實施。

理想狀態下，現實生活中的每一部法律都應當是當時社會大多數民眾的意願，即法律應當是民意的反映。當社會產生了某種需求之後，需要通過法律來肯定這種需求，於是立法機構就應當通過立法程序將這種需求通過法律加以確認。這便是國家的立法機構就是公民的代議機構的原因。在這樣的情況下制訂出來的法律才能得到很好地實施。因為民眾心目中對於這樣的法律是認可的。這種認可立法的心理基礎便是通常所稱的法律意識或者法律觀念。換句話說，法律懲罰的對象永遠應當是極少數人。

今天的中國現實社會不能說沒有保護知識產權的需求，但是，是否如同現在西方國家那樣對於知識產權保護有相同程度的需求，更具體地講是否在保護水平方面也完全相同？這一點應當取決於中國的科學技術的發展狀況。在科學技術不甚發達的國家和地區，是不可能具有保護知識產權的需求的。這從知識產權法在現代西方發達國家的發展歷史中也完全可以得到證實。

在18世紀，農業技術仍然是社會生活中最為重要的技術，這種主要是靠試錯法積累起來的經驗性質的農業技術³³是難以用法律的方式來保護的。直到18世紀末才由紐可門、瓦特等人發明並改進了蒸汽機，³⁴並使這一“18世紀機械工程最矚目的成就”³⁵得以廣泛應用；生產硫酸和城的工業化方法也是在這一時期完成的。³⁶這些技術的發展為後來工業化社會的形成奠定了堅實的技術基礎。儘管在個別領域工業化技術有所突破，但從總體上講當時的科學技術仍不甚發達。在這樣的狀況下不可能產生全面保護知識產權的法律。據著名的科學史專家亞布拉罕·沃爾夫（Abraham Wolf）考證，在18世紀中期，曾有大量以促進工業技術和貿易發展為目的的協會。它們通過授予獎金或獎品的方式來鼓勵技術開發。³⁷雖然這些協會大多沒有能夠長期維持，³⁸但這種鼓勵技術開發的形式如此盛行的事實本身，就說明當時已經建立的以專利方式鼓勵和保護技術發明的法律制度，如英國的《壟斷法案》等未必完全居於主導地位。直到進入20世紀，現代專利法才真正在世界範圍內居於保護技術發明的最主要的法律的地位。³⁹

事實上，當技術尚處於不發達時期，充分利用每一項技術或者充分實現每項技術的價值是第一重要的問題。正如亞布拉罕·沃爾夫所說“人必須在他能夠認識之前先生活”，“他必須在能夠理解無數事物之前先利用它們”。⁴⁰而以知識產權法的方式對其加以保護必然導致技術的使用受到限制。這就如同在沒有剩餘食品的原始社會不可能產生商品，因而也就沒有私有財產一樣。

只有當知識產品有了“剩餘”，即足以維持社會正常的進步速度之後，才可能談及知識產權，即對知識特定表現形式的壟斷。

中國的經濟發展極不平衡，許多地方尚存在着生存問題。在任何國家或地區，人們都不可能在這種前提下奢談知識產權。在最近二十年，中國經濟在總體上取得了巨大的進步。不論是人民的生活水平，還是技術發展水平都較過去有極大的進步。但是，中國畢竟還屬於發展中國家，總體技術水平遠不及發達國家。因此，客觀上其知識產權保護水平的要求，必然應當低於發達國家。儘管各方面原因導致中國知識產權立法水平異乎尋常的高，法律的實施畢竟需要有其社會基礎。徒法不可自行。當社會的需求與法律規定出現較大差距時，這種差距必然會導致該社會中人們的總體行為服從於社會需求，而不是強制性的規範。即使利用國家強制手段在專制、高壓的下實施，這種狀況也不可能長期維持。據此，中國現今的知識產權執法相對軟弱是完全正常的。

其次，中國國民的整體文化水平和受教育水平，以及科學技術在國民中的普及程度決定了知識產權法在中國這片土壤中的根基尚淺。在最近的幾十年時間裏，中國雖然開展了一系列的“掃盲運動”，但國民的整體文化水平仍然很低，仍然存在大量的文盲。在這樣的社會環境下，知識產權肯定屬於陽春白雪。曲高和寡則是自然的事情。在西方，知識產權制度的產生也是完全建立在國民的總體文化水平和受教育水平相對提高的基礎上的。在18世紀，從科學技術知識的普及程度和範圍上看，知識開始在學術界以外的廣闊領域以空前的速度傳播；尤其在法國大革命之後，勞工的免費職業教育開始在巴黎和倫敦萌生。⁴¹ 這為知識產權法的產生提供了群眾基礎。如果一個社會或者國家只有極少數人具備從事發明創造的知識水平，那麼也不可能萌生出全社會範圍的保護發明創造的要求。即使國家通過強權制訂了相應的法律，由於絕大部分公眾根本沒有這樣的需求，這種法律也無法得到遵守。知識的普及為全民範圍內的發明創造活動提供了可能，只有在此基礎上才可能制訂出真正反映民意的、並且能夠為大多數民眾自覺遵守的相應的法律。再者，現代知識產權法律制度在中國屬於舶來品，因此其在中國的消化必然需要相當的時間，國民的知識產權意識不可能在短期內提高。中國沒有西方的文藝復興時期，沒有經過資本主義高度發展時期。這必然導致在中國的土壤裏生長的苗與西方土壤中的樹不盡相同。現代法律制度移植到中國的時間也僅一百年左右。作為上層建築的法律，要想在一百年的時間裏在中國這片土壤中完全本土化顯然是不可能的。事實上，中國的執法問題不是僅限於知識產權領域，而是整個法律領域普遍存在的問題。這一現象本身就說明知識產權的執法問題並非僅僅因為知識產權制度本身必然，而涉及國民的整體法律意識。而法律意識的提高和轉變絕非一日之功。這其中涉及國民對整個法律制度的認識。

國民知識產權法律意識低下不僅反映在對外國知識產權的保護問題上，而且也包括如何保護和捍衛其自身的利益問題。中國的許多馳名商標在國外被他人搶註、中國的一些傳統工藝技術訣竅，如景泰藍工藝被日本人竊取等等事例均是這種意識低下的表現。如前所述，中國自1992年參加伯爾尼公約之後，出現了在著作權保護方面的超國民待遇，即外國人在中國所享有的著作權保護水平遠高於法律對中國人自己的保護水平。如果國人有着較高的知識產權意識，這種因為立法技術而導致的問題是不可能長期存在下去直至目前的，這便說明中國人現在的知識產權法律意識還非常淡漠。

最後，知識產權理論研究與其他法律學科相比，應該說在世界各國尚處於嬰幼兒時期。比如，關於知識產權的概念和範圍到現在，無論在學術界，還是實務界都莫衷一是。⁴² 但由於現實社會的迫切需求，使其在實用規範方面的發展速度非常驚人。如果把法律規範的制訂和法學理

論的研究比作整個法律制度的兩條腿，那麼知識產權法法律規範這條腿的生長速度，則大大地超過了法學理論研究的這條腿。這種“一腿長，一腿短”的狀況必然造成知識產權制度發展行走在不平坦的道路上。反映在執法方面則直接影響執法的力度。

所有以上的原因歸納到一點，便是法律意識或觀念的淡漠必然造成中國現在知識產權執法狀況不佳。儘管一些發達國家通過各種手段試圖影響中國的法律制度，但一項制度的完全本土化是不可能短時間內完成的。這需要長期的努力才可能讓百姓接受一種觀念。另一方面，當中國的科學技術發展到一定程度，保護知識產權便會成為一種內在需求。在這樣的需求推動下，中國的知識產權制度便會自然地被國民接受。當然，我們不能否認長期的普法工作的作用，但更為重要的還是培育法律的社會基礎。中國經濟在近年來一直保持高速發展，如果這種勢頭能夠長期保持下去，則中國的知識產權制度也就完全有希望不僅在立法方面與發達國家相當，而且在執法水平上也具有同樣水平。

註釋

1. 佟柔著：《民法原理》，北京：法律出版社1985年版，第383頁。
2. 目前在國際上最有影響，也是歷史最長的兩個國際知識產權保護公約《保護工業產權巴黎公約》和《保護文學藝術作品伯爾尼公約》都是在19世紀後半葉建立的。
3. 《馬克思恩格斯選集》第4卷，北京：人民出版社1972年版，第248頁。
4. 在世界貿易組織的《與貿易有關的知識產權協定》序言中，要求其所有成員“承認知識產權為私權”。
5. 這裏所稱的“以體力競爭為主”的情況並不否認人類成為世界的主宰或萬物之靈的根本原因是因為人類所獨具的意識能力，即學習、思想、創造的能力。具體地講，人類作為一個整體在體力上顯然不及若干獸類，人類主宰世界靠的是人類的智力。但就人類社會中的競爭而言，從歷史或宏觀的角度看，早期還主要依靠體力，或者說體力在這種競爭中所起的作用還非常大。
6. 辭海編輯委員會編：《辭海》（縮印本），上海：上海辭書出版社1980年版，第1638頁。
7. 中國在明、清時代，也曾有一些相當先進的技術。但終因中國的社會體制不同於西方，未能造就在經濟上獨立的市民階層，而僅靠依附於皇權的士大夫階層是不可能實現變法。經濟上、政治上依附於皇權，必然導致其人格上不獨立。因此，僅僅依靠士大夫階層是難以確立以平等、自由、等價等思想為基礎的現代民法，從而更不可能產生以民法思想為基礎的完整的知識產權法律體系。
8. 轉引自湯宗舜著：《專利法教程》，北京：法律出版社1988年版，第21頁。
9. 有關具體資料詳見《辛丑和約訂立以後的商約談判》（中華書局1994年出版）一書中中英（馬凱）商約談判、中美商約談判、中日商約談判、中葡商約談判、中德、中意商約談判內容；另參見沈關生著：《我國商標法制的理論與實踐》，北京：人民法院出版社1993年版，第28頁；張序九編：《商標法教程》，北京：法律出版社1986年版，第29頁。
10. 中華人民共和國國家工商行政管理局教材編審委員會編：《商標管理》，北京：新華出版社1990年版，第9頁。
11. 何孝元著：《工業所有權之研究》，台北：三民書局1969年版，第128—129頁。有關清末及民國時期的商標法規，詳見李茂堂著：《商標法之理論與實務》，台北：立信印刷公司1978年版，第381—463頁。
12. 在北京的中國歷史博物館裏保存着北宋時期刻在銅牌上的濟南功夫針鋪的“白兔”商標。銅牌上端寫有“濟南劉家功夫針鋪”，中心圖案為一白兔，兩邊寫有：“認門前白兔兒為記”。在銅牌下端還有一段廣告詞：“收買上等鋼條，造功夫細針，不誤宅院使用。客轉與販，別有加饒，請記白。”從該銅牌上的

內容至少可以推知，在中國古代已有商標使用。但由於法律制度不發達，商標糾紛更多的是通過民間渠道，如行會協調等辦法予以解決。即使有個別訟案告到衙門，也只能作個案處理，因為當時的朝廷沒有專門的商標法。

13. 文希凱等著：《專利法》，北京：中國科學技術出版社1993年版，第26–27頁。
14. 這是中國專利法的生效日。
15. 清朝末年所頒佈的《振興工藝給獎章程》從性質上講仍然屬於一種王權，而非真正意義上的人權。北洋政府在立法規範上基本沿襲了大清帝國在這方面的規定，但並沒有予以認真實施。國民黨政府在抗戰前夕頒佈的專利法應當是中國第一部專利法，但該法生效時的1949年，國民黨政府已經無力顧及該法的實施了，故該法實際並未在大陸實施。
16. 中國人民大學知識產權中心編：《知識產權法規彙編》1990年版，第73頁。
17. 在1999年10月1日《中華人民共和國合同法》開始施行之後，《技術合同法》廢止。（見《合同法》第428條）。但有關內容已經被新合同法所吸收（見《合同法》第十八章）。
18. 鄭成思主編：《知識產權法教程》，北京：法律出版社1993年版，第16頁。
19. 國務院新聞辦公室《中國知識產權保護狀況》（1994年6月16日發佈）。
20. 中國專利法的起草小組成員均為法律及專業的教授和研究員。
21. 這一規定的內容被1997年10月1日生效的新刑法所吸收。
22. 見1993年2月22日第七屆全國人民代表大會常務委員會第三十次會議《關於修改〈中華人民共和國商標法〉的決定》。
23. 應當說明的是，依照這一規定所認定的馳名商標不同於巴黎公約所稱的馳名商標。巴黎公約中所稱的馳名商標並不限於註冊商標；而根據這一規定所認定的馳名商標必須是註冊商標。但這並不排斥中國依照巴黎公約保護那些雖未註冊但已經馳名的商標。
24. 這一規定的內容已被1997年10月1日生效的新刑法所吸收。
25. 在修法的草案中，已經將這一問題解決。同時還就其他的一些問題進行了修訂，如作品的網路傳輸權、發行權與出租權的關係等等。
26. *AIPPI Year Book*, 1997/II, P. 158.
27. 程永順：“對中國大陸法院審判專利侵權糾紛案件適用的基本原則分析”，發表於第四屆海峽兩岸專利商標著作權侵權問題研討會，昆明，1997年。
28. 據不完全統計，設立知識產權審判庭的人民法院有：最高人民法院、北京市高級人民法院、北京市第一中級人民法院、北京市第二中級人民法院、北京市海澱區人民法院、北京市朝陽區人民法院、上海市高級人民法院、上海市第一中級人民法院、上海市第二中級人民法院、上海市浦東新區人民法院、廣東省高級人民法院、深圳市中級人民法院、廣州市中級人民法院、汕頭市中級人民法院、珠海市中級人民法院、福建省高級人民法院、廈門市中級人民法院、海南省高級人民法院、江蘇省高級人民法院、四川省高級人民法院等。
29. 商標法第二條規定：“國務院工商行政管理部门商標局主管全國商標註冊和管理工作。”
30. 見商標法第六章、第七章；商標法實施細則第五章、第六章。
31. 見1989年4月20日《國家工商行政管理局商標局關於查處侵犯KAO花王商標專用權案件的函》。
32. 中華人民共和國國家工商行政管理局商標局《中國商標工作年度報告1995》第12頁。
33. 亞•臥爾夫著：《十八世紀科學、技術和哲學史》，北京：商務印書館1995年版，第586頁。
34. 同上書，第731–753頁。
35. 同上書，第730頁。

36. 同上書，第768–775頁。
37. 同上書，第584頁。
38. 但英國皇家藝術學會 (Royal Society of Arts) 是個例外。該學會籌備於1754年，1755年正式成立。之後發展非常順利，從未依賴政府，其資金完全來自其會員或民間捐贈。其名稱中的“皇家”一詞是在20世紀授予的。
39. 應當看到，19世紀歐洲諸多國家廢止專利法的實施，或者否決專利法的議案；以及在兩次世界大戰中分別造就了蘇聯和東方社會主義國家集團，都曾一度將專利制度打入另冊，轉而實施發明人證書制度的事實，已足以說明在思想觀念上專利法的基礎尚不夠深厚。究其原因，還是因為現代知識產權法的作用並未得到廣泛的認可。
40. 亞•臥爾夫著，同前註，第582頁。
41. 同上書，第13–14頁。
42. 可以說，到目前為止知識產權法若作為一個獨立的學科尚沒有形成自己的完整構架，許多基礎性的重大理論課題尚無定論。比如，關於知識產權的定義，國內外學術界對此都有不同看法。就國內而言，具有代表性的大體上有這樣幾種觀點：(1) 知識產權是智力成果的創造人或工商業活動中的標記所有人依法所享有的權利的統稱（見劉春田：“簡論知識產權”，載《知識產權研究》第一卷，北京：方正出版社1996年版，第45頁。）；(2) 知識產權是指人們可以就其智力創造的成果所依法享有的專有權利（鄭成思著：《知識產權法教程》，北京：法律出版社1993年版，第1頁；鄭成思：“再論知識產權的概念”，載《知識產權研究》第二卷，北京：方正出版社1996年版，第1頁。）；(3) 知識產權是一種人們就其創造的非物質財產——智力成果和工商信譽——所依法享有的權利（王春燕：“也論知識產權的屬性”，載《中國法學》1996年第3期，第94頁）。英國著名知識產權專家、劍橋大學教授Cornish認為，“知識產權很少用來描述商標以及類似的市場經營手段；只是現在已為國際上所接受。”“按早期大陸法的用法，知識產權是指對作者的作品的保護。”（見 W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 3.）事實上，關於知識產權的定義，不僅在學術界有不同的看法，就是在世界上有關知識產權的國際組織中也眾說紛紜。這從各個國際組織在各自的知識產權條約中對知識產權範圍所作的限定即可看出。無論是世界知識產權組織，還是世界貿易組織，都在有關國際公約中對知識產權的範圍作出了具體限定。《成立世界知識產權組織公約》第二條第八項規定：“知識產權包括有關下列各項的權利：(1) 文學、藝術和科學作品；(2) 表演藝術家的表演及唱片和廣播節目；(3) 人類一切活動領域的發明；(4) 科學發現；(5) 工業設計；(6) 商標、服務標記以及廠商名稱和標記；(7) 反不正當競爭；以及在工業、科學、文學或藝術領域內因智力活動而產生的一切權利。”學術界和各國立法對於該條約所規定的知識產權範圍存在各種不同理解或解釋，但對於其中科學發現的看法確是一致的，即科學發現不能以授予壟斷權的方式加以保護。於是有人認為科學發現根本不屬於知識產權，當然這僅指財產權而言。世界貿易組織在《與貿易有關的知識產權協定》在第一條第二項中規定：“知識產權一詞是指在第二部分1–7節所涉的知識產權。”第二部分1–7節分別規定了：(1) 著作權和鄰接權；(2) 商標；(3) 地理標誌；(4) 工業設計；(5) 專利；(6) 積體電路布圖設計；(7) 未公開的資訊的保護。很顯然，這一條約與《成立世界知識產權組織公約》所規定的內容有所不同。在《保護工業產權巴黎公約》中，還專門對工業產權的範圍作了界定，在內容上也與前述條約有一定差異。

11. 婚姻家庭法

趙宇紅

1.	婚姻制度的基本原則.....	216
1.1	婚姻自由.....	216
1.2	一夫一妻.....	216
1.3	男女平等.....	217
1.4	保護婦女、兒童和老人的合法權益.....	217
2.	對結婚行為法律規定的概述.....	218
2.1	法定婚齡.....	218
2.2	禁止結婚的情形.....	218
2.3	結婚登記制度.....	219
2.4	無效婚姻和可撤銷婚姻.....	219
3.	對家庭關係法律規定的概述.....	220
3.1	夫妻財產制度.....	220
3.2	家庭成員之間的權利義務.....	221
4.	對離婚法律規定的概述.....	222
4.1	離婚自由及限制.....	223
4.2	子女的撫養教育.....	224
4.3	財產的分割.....	225
4.4	離婚損害賠償制度.....	226
5.	對收養法律規定的概述.....	226
5.1	收養的定義.....	226
5.2	收養的原則.....	227
5.3	合法的收養關係.....	227
5.4	收養的效力.....	228
5.5	收養關係的解除.....	230
6.	對繼承的法律規定的概述.....	230

西方國家視婚姻為契約，中國婚姻法沒有明確給婚姻下定義。一般認為，婚姻是存在於特定男女之間的一種人身關係，它不是合同關係，是由符合國家法定條件的男女，在自願基礎上、經過國家法定機關登記認可，而形成的一種以性的結合為基礎的人身關係。

婚姻法是民法的重要組成部分，有廣義和狹義之分。廣義的婚姻法除了調整婚姻關係外，還調整因婚姻產生的家庭關係，包括父母子女和其他家庭成員間的權利義務。狹義的婚姻法則只是調整婚姻關係。中國的《婚姻法》調整的除婚姻關係外，還包括家庭關係。

中華人民共和國第一部《婚姻法》於1950年通過，2001年最新修訂的《婚姻法》¹是在1980年《婚姻法》的二十多年實踐基礎上，針對現今社會中出現的新的社會問題，對調整婚姻家庭關係的法律再次進行補充和完善。

1. 婚姻制度的基本原則

中國《婚姻法》所規定的婚姻制度的基本原則是：婚姻自由、一夫一妻、男女平等，保護婦女、兒童和老人的合法權益等。²

1.1 婚姻自由

婚姻自由早在1950年制定的《婚姻法》中就確立下來，結婚必須男女雙方完全自願，不允許任何一方對他方加以強迫或者任何第三者加以干涉。婚姻自由的原則既包含結婚自由，也體現在離婚自由。

1.2 一夫一妻

1950年的《婚姻法》明確規定了一夫一妻制原則，最近一次的《婚姻法》修改主要針對當前出現的破壞一夫一妻制的行為，如重婚、包二奶等現象進行法律上的調整。《婚姻法》第3條明確禁止重婚，禁止有配偶者與他人同居。

重婚是指已婚男女與他人結婚，是破壞國家婚姻制度的犯罪行為。《刑法》³第258條規定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而與之結婚的，處二年以下有期徒刑或者拘役。”重婚罪中的結婚是指男女雙方到婚姻登記機關進行登記，如採用欺騙手段，使用偽造的未婚證明等來騙取婚姻登記。不過，最高人民法院於1994年國務院《婚姻登記管理條例》⁴發佈後作出司法解釋，規定“有配偶的人與他人以夫妻名義同居生活的，或者明知他人有配偶而與之以夫妻名義同居生活的，按重婚罪定罪處罰。”⁵重婚罪具有故意的犯意，如果一方隱瞞真相，使無配偶的一方上當受騙而與之結婚，受騙的一方並不構成重婚。⁶

有配偶者與他人同居的，符合《刑法》重婚罪構成要件的，依照《刑法》處理，不構成重婚罪的，依照相關法律規定和黨紀、政紀處理，包括在離婚時給無過錯方以賠償等，以保障無過錯方的利益。

1.3 男女平等

在婚姻法中，男女平等主要表現在以下幾個方面：第一、結婚必須是男女雙方完全自願，任何一方特別是男方不得用暴力、金錢、社會地位等來強迫女子同意結婚，即男女有平等的同意或者不同意結婚的權利。第二、夫妻在家庭中的地位平等，夫妻雙方都有使用自己姓名的權利。夫妻有互相忠實，互相尊重的義務。第三、夫妻對於家庭財產有平等的使用權和所有權。第四、夫妻有互相繼承遺產的權利。

男女平等是婚姻自由、一夫一妻的基本要求，只有實現男女平等，才能談得上婚姻自由和一夫一妻。

1.4 保護婦女、兒童和老人的合法權益

為了保護婦女、兒童和老人的利益，《婚姻法》特別規定“禁止家庭暴力。禁止家庭成員間的虐待和遺棄。”⁷ 家庭暴力是近年來才引起社會關注的問題，主要表現為家庭成員一方對其他成員（往往是婦女、兒童和老人）實施毆打、捆綁、禁閉、體罰等打擊和強制手段，對孱弱的一方進行肉體、精神和性方面的傷害和摧殘。全國婦聯1997年對15個省市的信訪統計表明，因家庭暴力引起的信訪量已佔婚姻家庭信訪總量的34.5%。而廣東省婦聯1999年對廣州等11個市的1,589個家庭進行抽樣調查發現，有29.2%的家庭存在程度不同的家庭暴力現象，其中有79.4%的家庭存在丈夫對妻子施暴。⁸ 因家庭暴力導致離婚和人身傷害案件增多，甚至發生毀容、殘肢、燒妻、殺夫等惡性案件。

《婚姻法》增加了針對家庭暴力和虐待的救濟措施，特別規定了居民委員會、村民委員會和公安機關積極介入的義務。如果家庭暴力或虐待的受害人提出請求，居民委員會、村民委員會以及當事人所在單位應當予以勸阻和調解。對於正在實施的家庭暴力，如果受害人提出請求，居民委員會和村民委員會應當勸阻，而公安機關應當制止。另外，公安機關還應當根據受害人的請求，依照治安管理處罰的法律規定對施暴者予以行政處罰。⁹

家庭暴力在中國《刑法》中並無專門規定，不過第234條關於傷害罪的規定可以適用，即故意傷害他人身體的，處三年以下有期徒刑、拘役或者管制。致人重傷的，處三年以上十年以下有期徒刑，致人死亡或者以特別殘忍的手段致人重傷造成嚴重殘疾的，處十年以上有期徒刑、無期徒刑或者死刑。

虐待家庭成員是指以打罵、限制人身自由、強迫過度勞作、有病不給醫治等方式，從肉體、精神和性等方面對家庭成員進行折磨、迫害和摧殘的行為。與家庭暴力不同的是，家庭暴力可以是經常發生的，也可以是偶爾出現的嚴重毆打行為，而虐待行為是持續和經常性行為。虐待罪只有行為人經常地、持續地實施迫害、摧殘被虐待人的身體和精神健康的行為，情節惡劣的才構成虐待罪。如果只是偶爾打罵、凍餓、強迫過度勞作等，則不能構成虐待罪。《刑法》規定，虐待家庭成員，情節惡劣的，處二年以下有期徒刑、拘役或管制。而虐待家庭成員，致使被害人重傷、死亡的，處二年以上七年以下有期徒刑（第260條第1款）。因為虐待罪發生在家庭內部，《刑法》將其列為自訴案件，即被害人不告不理，告訴的才處理（第260條第2款）。當然，如果虐待家庭成員致使被害人重傷或死亡，嚴重侵害了公民的生命健康權，公安機關則要主動立案偵察，檢查機關要向人民法院提起告訴，受害人的監護人、近親屬也可以提出起訴。

遺棄是指家庭成員中有扶養義務的人，對於年老、年幼、患病或者其他沒有獨立生活能力的成員，拒絕履行扶養義務的行為。遺棄罪在實踐中多見的是遺棄女嬰或者殘疾嬰兒。中國的《刑法》第261條明確規定了遺棄家庭成員罪，對年老、年幼、患病或者其他沒有獨立生活能力的家庭成員，有扶養義務而拒絕扶養，後果惡劣的，要追究其刑事責任，刑罰是五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

2. 對結婚行為法律規定的概述

結婚是指男女雙方按照法律規定的條件和程序，確立夫妻關係的法律行為。結婚有廣義和狹義之分，狹義的結婚，僅指夫妻關係的確立；廣義的結婚，包括婚姻的成立和訂立婚約兩個方面。¹⁰

2.1 法定婚齡

結婚需達到法定婚齡，即男不得早於22周歲，女不得早於20周歲。法定婚齡是法律所確認為准予結婚的最低年齡，只有男女雙方都達到法定婚齡，才能夠依法結合為夫妻。如果男女雙方或其中任何一方的年齡在法定婚齡以下，則雙方締結的婚姻無效。法律之所以規定准予結婚的最低年齡，是因為男女結為夫妻後，就要承擔起對對方、對子女、對家庭以及對社會的責任，只有男女雙方在生理、心理上發育到一定的程度，才有能力承擔因婚姻而產生的各種責任。國家更通過給予晚婚者更長的婚假、晚育的子女較多的補貼等措施來鼓勵晚婚晚育。

2.2 禁止結婚的情形

出於科學和倫理的考慮，《婚姻法》第7條規定了禁止直系血親和三代以內的旁系血親結婚。直系血親是指與自己有直接血統關係的人，從自己的角度來看，包括自己的高祖父母、外高祖父母、曾祖父母、外曾祖父母、祖父母、外祖父母、父母、子女、孫子女、外孫子女、曾孫子女、外曾孫子女等都是自己的直系血親。旁系血親是指除直系血親以外在血統上和自己出於同源的人，例如自己的叔伯、姑母、兄弟姐妹等。所謂三代，是指從己身往上數，己身為一代，父母為一代，祖父母、外祖父母位一代，共為三代。三代以內的旁系血親，即是出自同一祖父母、外祖父母的血親。具體說來，三代以內的旁系血親包括自己同父母的兄弟姐妹、同父異母或同母異父的兄弟姐妹、堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹以及伯、叔、姑、舅、姨、外甥、外甥女、侄子和侄女。

另外，《婚姻法》也禁止患有醫學上認為不應當結婚的疾病的當事人結婚，但是並未明確規定哪些疾病屬於醫學上認為不應當結婚的疾病。而為了明確禁止、限制結婚和生育的疾病，衛生部在1986年頒佈了《異常情況的分類指導標準》（試行），規定婚配雙方均患有重症智力低下的，不許結婚；¹¹ 性病、癲癇病未治癒者，精神分裂症、躁狂抑鬱症和其他精神病發病期間，各種法定報告傳染病規定的隔離期，暫緩結婚。¹²

2.3 結婚登記制度

在結婚程序上，中國實行的是結婚登記制度。法律規定“要求結婚的男女雙方必須親自到婚姻登記機關進行結婚登記。”¹³ 對於男女雙方的結婚登記申請，婚姻登記機關應當進行審查，符合《婚姻法》規定的各項條件的，予以登記，並發給當事人結婚證。當事人從取得結婚證時起，即確定了夫妻關係。舉辦婚禮不是法律對夫妻關係確立所要求的條件。雖然法律要求結婚登記，但是沒有明確規定不依法登記結婚而以夫妻名義同居的“婚姻”為無效婚姻，主要原因是在中國農村沒有辦理結婚登記而僅進行結婚儀式的“夫妻”為數不少，沒有辦理結婚登記的原因又複雜多樣，例如未符合結婚條件、登記費用過高以及登記不便等等，如果一概而論，簡單認定為無效婚姻，會給家庭和社會帶來不必要的震盪和衝擊。因此，《婚姻法》僅規定“未辦理結婚登記的，應當補辦登記。”¹⁴

2.4 無效婚姻和可撤銷婚姻

《婚姻法》在1980年頒佈時沒有對無效婚姻作明文規定，在20多年的實踐中出現了不少違反《婚姻法》基本原則（如婚姻自由和一夫一妻制）的情況，為了避免和減少違法婚姻，維護《婚姻法》的嚴肅性和權威性，新《婚姻法》明文規定了違反婚姻實質要件的為無效婚姻，具體來講，有以下四種情況：重婚、有禁止結婚的親屬關係、婚前患有醫學上認為不應當結婚的疾病並且婚後尚未治癒、未達到法定年齡。¹⁵

可撤銷婚姻包括當事人受到脅迫而結婚的，其締結婚姻關係的行為並不是出於其真實的意思表示，這樣的婚姻違反了婚姻自由和男女雙方完全自願的原則，典型的例子是拐賣婦女成婚。法律賦予受脅迫方撤銷婚姻的請求權，使受脅迫的一方可以根據自己的意願選擇是否繼續維持與對方的婚姻。可撤銷婚姻不同於無效婚姻，受脅迫婚姻並非當然無效，受脅迫的一方在與另一方共同生活期間，可能會產生感情並願意與其共同生活，這種情況下的婚姻仍然是有效的婚姻。撤銷婚姻的請求可以向婚姻登記機關提出，也可以向人民法院提出，由受脅迫的一方從保護其利益出發來決定。但是，受脅迫的一方撤銷婚姻的請求應當自結婚登記日起一年內提出。被非法限制人身自由的當事人請求撤銷婚姻的，應當自恢復人身自由之日起一年內提出。

無效婚姻或被撤銷的婚姻自始無效。當事人不具有夫妻的權利和義務。同居期間所得的財產，由當事人協議處理；協議不成時，由人民法院根據照顧無過錯方的原則判決。對重婚導致的婚姻無效的財產處理，不得侵害合法婚姻當事人的財產權益。但是，當事人與子女的關係並不因婚姻無效或婚姻被撤銷而消滅。

特別值得一提的是關於重婚導致婚姻無效時的財產分配。無論是由當事人協議處理重婚當事人同居期間所得的財產，還是由人民法院對其進行判決，都必須以不侵害合法婚姻當事人的財產權益為前提。因為重婚者的第一個婚姻是合法有效的婚姻，其後的婚姻才是無效婚姻。第一個婚姻中的男女雙方依法共有婚姻關係存續期間所得的工資、獎金、從事生產、經營的收益、知識產權的收益、除遺囑或贈與合同中確定只歸一方的財產而繼承或接受贈與的財產以及其他應當歸共同所有的財產。簡單說來，有配偶又與他人結婚的人，其財產應當屬於第一個婚姻中夫妻共同財產的，第一個婚姻關係中的另一方對該共同財產依法享有權利。即使為保護重婚關係中受欺騙一方的利益，要將重婚者的一部分財產分給重婚關係中受欺騙的一方，首先也應當依法將

重婚者的財產作為第一個婚姻中夫妻的共同財產，進行分割，而不是將重婚者所有的財產都作為重婚當事人同居期間所得的財產。分割後依法屬於重婚者的那一部分財產，才屬於重婚當事人同居期間所得的財產，分割後屬於重婚者合法配偶的財產，則不屬於重婚當事人同居期間所得的財產。¹⁶

3. 對家庭關係法律規定的概述

中國的《婚姻法》明確規定夫妻在家庭中地位平等。夫妻雙方都有使用自己姓名的權利。夫妻雙方都有參加生產、工作、學習和社會活動的自由，一方不得對他方加以限制或干涉。

3.1 夫妻財產制度

《婚姻法》第17、18和19條詳細規定了夫妻財產制度（又稱婚姻財產制度），是關於夫妻婚前財產和婚後所得財產的歸屬、管理、使用、收益、處分等權利，以及債務的清償、婚姻解除時財產的分割等方面的法律制度。中國採納了夫妻財產雙軌制，即法定財產制和約定財產制兼而有之。婚姻當事人之間未訂立關於財產的約定，或者其約定不明確，或者其約定無效時，適用法定夫妻財產制，這說明約定財產制的法律效力高於法定夫妻財產制。

中國實行的法定夫妻財產制為婚後所得共同財產制，即在婚姻關係存續期間，夫妻雙方的一切收入和以此收入所購置的財產，除夫妻個人特有財產及另有約定的以外，均歸夫妻共同所有。所謂“婚姻關係存續期間”，是指從取得結婚證確立夫妻關係時起，至配偶一方死亡或者離婚為止。在夫妻分居期間或者離婚判決尚未生效期間，仍然視為婚姻關係存續期間。《婚姻法》所規定的夫妻共同財產的範圍相當廣泛，包括：

- (1) 工資、獎金；
- (2) 生產、經營的收益；
- (3) 知識產權的收益；
- (4) 繼承或贈與所得的財產，除遺囑或贈與合同中確定只歸一方的財產外；
- (5) 其他應當歸共同所有的財產。所謂婚後“所得”，是指財產權利的取得，而非對財產的實際佔有。如果婚前便已取得了某種財產權利，如繼承已經開始，即使該項財產在婚後才實際佔有，如遺產於婚後分割，該遺產也不能列入共同財產的範圍。如果婚姻關係存續期間取得了財產權利，即使婚姻關係終止前並未實際佔有，該項財產也屬於夫妻共同財產。¹⁷

夫妻對共同所有的財產，有平等的處理權。即夫妻在行使處理權時，應當平等協商，取得一致意見，特別是對夫妻共有財產作較大變動時，如出賣、贈與等，更應徵得他方的同意。另外，夫妻在財產上的義務也是平等的，對於共同生活的消費，包括贍養、撫養等，應以共同財產負擔。對共同生活所欠之債，應承擔連帶責任，債權人可向夫妻任何一方追償。

那麼，何為夫妻一方的財產呢？《婚姻法》第18條規定如下：

- (1) 一方的婚前財產；
- (2) 一方因身體受到傷害獲得的醫療費、殘疾人生活補助費等費用；
- (3) 遺囑或贈與合同中確定只歸夫或妻一方的財產；
- (4) 一方專用的生活用品，如衣物、書籍等；
- (5) 以及其他應當歸一方的財產，如各類比賽的獎盃、獎牌等。

中國的《婚姻法》在規定法定夫妻財產制，即夫妻共同財產制和夫妻個人特有財產制的同時，允許雙方通過財產約定來改變法定夫妻財產制的效力。¹⁸ 即夫妻可以將約定婚姻關係存續期間所得的財產以及婚前財產歸各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。約定應當採用書面形式。沒有約定或約定不明確的，適用法定夫妻財產制度。該約定對夫妻雙方都有約束力，但是，如果夫妻對婚姻關係存續期間所得的財產約定歸各自所有，夫或妻一方對外所負的債務，而第三人知道該約定的，以夫或妻一方所有的財產清償。這一規定以“第三人知曉”為前提條件，主要是為了保護夫妻的債權人利益，從而維護交易安全。

夫妻雙方就財產作約定時，有以下幾個方面需要注意：

- (1) 約定的時間——夫妻可以在婚前或婚姻關係存續期間對夫妻財產進行約定。
- (2) 約定的標的和內容——約定財產制的標的可以是夫妻共同所得的財產，也可以是一方的婚前財產或婚後所得財產。約定的內容包括財產所有權的歸屬，財產的管理、使用、收益、處分，家庭生活費用的負擔、債務的清償責任、婚姻關係終止時財產的清算及分割等。
- (3) 約定的條件和形式——夫妻雙方對財產的約定必須平等、自願、合法，不得利用約定規避法律和損害第三人合法權益。約定的形式必須是書面形式，最好採用登記、公證、見證等必要的具有法律效力的形式。
- (4) 約定的效力——約定損害公共利益或第三人合法利益的，可由人民法院宣佈無效；訂約時違背平等自願原則的，受損害方可請求人民法院或仲裁機構變更或請求撤銷。夫妻雙方在婚姻關係存續期間的財產，有約定的，按約定處理，沒有約定或約定無效時，適用法定財產制。

3.2 家庭成員之間的權利義務

夫妻有互相扶養的義務。一方不履行扶養義務，需要扶養的一方有要求對方付給扶養費的權利。

父母對子女有撫養教育的義務，子女對父母有贍養扶助的義務。父母不履行撫養義務時，未成年的或不能獨立生活的子女有要求父母付給撫養費的權利。子女不履行贍養義務時，無勞動能力的或生活困難的父母，有要求子女付給贍養費的權利。

撫養義務是父母雙方對未成年子女的哺育、照料，為其提供必要的生活條件，從而使其生存權得以有基本保障並能健康成長的義務。父母對未成年子女的撫養義務是無條件的，除法律另有規定（如依法將子女送養他人），該義務是不能免除的。即使父母離婚，對未成年子女仍然要履行撫養義務。¹⁹ 父母對成年子女的撫養則是有條件的，對於尚未獨立生活的成年子女，有下列情形之一的，父母又有給付能力的仍然應負擔必要的撫育費：

- (1) 子女喪失勞動能力或雖未完全喪失勞動能力，但其收入不足以維持其生活的；
- (2) 子女尚在校就讀的；
- (3) 子女確無獨立生活能力和條件的。²⁰

《婚姻法》對非婚生的父母子女關係也有明確規定，即非婚生子女享有與婚生子女同等的權利，任何人不得加以危害和歧視。不直接撫養非婚生子女的生父或生母，應當承擔子女的生活費和教育費，直至子女能獨立生活為止。關於付給非婚生子女撫育費的數額和負擔方式，應由當事人協商，協商不成時，由人民法院根據生父和生母的經濟收入，以及子女的實際需要來確定。

贍養是指子女在物質上、經濟上為父母提供必要的生活費用和條件。扶助是指子女給予父母精神上的安慰和生活上的照料。贍養扶助的義務主體一般指的是成年子女。²¹ 父母可以直接向子女索要贍養費，也可以請求有關組織，說服子女給付，還可以通過訴訟程序，向人民法院提起訴訟追索贍養費。另外，子女對父母的贍養義務不因父母的婚姻關係變化而終止。

《婚姻法》還規定了繼父母子女之間的法律關係，即繼父或繼母和受其撫養教育的繼子女之間的權利和義務，適用《婚姻法》對父母子女關係的規定。

父母有保護和教育未成年子女的權利和義務，在未成年子女對國家、集體或他人造成損害時，父母有承擔民事責任的義務。根據《民法通則》的規定，公民由於過錯侵害國家的、集體的財產，侵害他人財產、人身的，應當承擔民事責任；沒有過錯，但法律規定應當承擔民事責任的，應當承擔民事責任。由於未成年子女屬於無民事行為能力人或限制民事行為能力人，他們對國家、集體或他人造成損害時，自己沒有承擔民事責任的能力，必須由父母代其承擔民事責任。父母對未成年子女承擔民事責任的前提條件是，未成年子女對國家、集體或他人造成損害。關於承擔民事責任的主要方式，《民法通則》第134條作了明確規定，其中賠償經濟損失是最主要的和最普遍適用的一種承擔民事責任的方式。

除了夫妻關係、父母子女關係，《婚姻法》還特別提到了祖孫之間、兄弟姐妹之間的扶養關係。有負擔能力的祖父母、外祖父母，對於父母已經死亡或父母無力撫養的未成年的孫子女、外孫子女，有撫養的義務。有負擔能力的孫子女、外孫子女，對於父母已經死亡或父母無力贍養的祖父母、外祖父母，有贍養的義務。而有負擔能力的兄、姐，對於父母已經死亡或父母無力撫養的未成年的弟、妹，有扶養的義務。由兄、姐扶養長大的有負擔能力的弟、妹，對於缺乏勞動能力又缺乏生活來源的兄、姐，有扶養的義務。

4. 對離婚法律規定的概述

據統計，1990年中國有34萬對夫妻離婚，到1999年則高達120萬對，近20年來離婚率增長了近3倍。²² 面對持續上升的離婚率，法律如何調整？中國的新《婚姻法》仍然堅持了離婚自由這一基本原則。

4.1 離婚自由及限制

當夫妻雙方自願要求離婚，國家會尊重有完全行為能力的成年人對自己利益的判斷和對自己權益的處置，他人不得非法干預。在程序上，雙方必須到婚姻登記機關申請離婚。婚姻登記機關在城市是街道辦事處或者市轄區、不設區的市人民政府的民政部門，在農村是鄉、民族鄉、鎮的人民政府。婚姻登記機關的任務是：查明雙方是否確實是自願離婚，有無受脅迫、受欺詐的情況。這裏所說的“自願”要求雙方必須是有完全民事行為能力的人，一方或雙方是限制民事行為能力和沒有民事行為能力的人，不能通過登記離婚，而需要通過法定代理在人民法院進行離婚訴訟。另外，婚姻登記機關還要查明雙方對子女、財產問題是否有適當的處理和安排。如果雙方不能就子女和財產達成協定，也不能給予離婚登記，而應當去法院訴訟離婚。只有一方要求離婚的，不能給予離婚登記。登記機關自受理申請之日起一個月內，對符合條件的，予以離婚登記並發給離婚證，註銷結婚證。

當一方要求解除婚姻關係而另一方不同意，雙方爭執不下時，只能由第三方或國家公權力解決。《婚姻法》第32條第1款規定“男女一方要求離婚的，可由有關部門進行調解或直接向人民法院提出離婚訴訟。”這裏的有關部門可以是民政部門，也可以是當事人居住地的居委會、村委會，也可以是當事人的工作單位等有關組織。但這裏的調解並非法律規定的必經程序，因為要求離婚的一方可以直接向人民法院提出離婚訴訟。第32條第2款規定“人民法院審理離婚案件，應當進行調解；如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚。”此處的法院調解則是審理離婚案件的必經程序。婚姻關係的解除畢竟是個人和家庭生活中的大事，家庭破裂的影響並不僅局限於家庭之內，往往會帶來深遠的社會影響，如單親家庭中青少年成長問題等等，必須採取十分慎重的態度。若人民法院判明夫妻感情確已破裂，調解無效，應准予離婚。第32條第3款還特別列項，規定有下列情形之一，調解無效的，應准予離婚：

- (1) 重婚或有配偶者與他人同居的；
- (2) 實施家庭暴力或虐待、遺棄家庭成員的；
- (3) 有賭博、吸毒等惡習，屢教不改的；
- (4) 因感情不和分居滿二年的；
- (5) 其他導致夫妻感情破裂的情形。

從以上討論的協議離婚和訴訟離婚不難看出《婚姻法》對離婚自由原則的堅持，不過離婚自由還是有特定的限制，主要表現在以下兩個方面：

- (1) 現役軍人的配偶要求離婚，必須徵得軍人的同意，但是軍人一方有重大過錯的除外。
中國對軍婚實行特殊的保護是由軍婚的特殊情況所致。軍隊擔負着保衛國防、抗擊侵略的重任，相當多的軍人值守在邊防、海防線上，長期不能與家人團聚。因此對軍婚給予特殊的保護和格外的珍惜，使軍人安心在軍隊服役。沒有後顧之憂，是國防建設和穩定軍隊的需要。
- (2) 女方在懷孕期間、分娩後一年內或中止妊娠後六個月內，男方不得提出離婚。女方提出離婚的，或人民法院認為確有必要受理男方離婚請求的，不在此限。這一限制主要是出於保護女方、保護嬰兒以及社會公平的原則。婦女在懷孕期間、分娩後一年或中止妊娠六個月內是身體付出最多，心理最脆弱和生理上最困難的時刻，也是最需要丈夫給予情感上、物質上支持、體諒、關心和照顧的一段非常時期，丈夫應當履行夫妻

間相互扶助的義務。另外，懷孕期和分娩期也是胎兒、嬰兒生長的關鍵時期。母親身體和心理的健康直接影響下一代的生長發育。因此法律對妻子和母親的特殊保護是必要的。當然，這種對離婚權利的限制也不是絕對的，主要有兩種例外情況：一是女方提出離婚，二是人民法院認為確有必要受理男方離婚訴訟請求的，這裏一般指女方有重大過錯嚴重傷害夫妻感情的情況，例如女方與他人婚外同居導致懷孕分娩等情況。

4.2 子女的撫養教育

離婚對於夫妻來說可能是傷害，也可能是解脫，是另一段新生活的開始，而離婚事件中最無辜、最受傷害而又最無力承受打擊的莫過於子女，特別是未成年子女。法律要尊重離婚自由的原則，法院無法維持感情破裂的婚姻，他們所能夠做到的是確保離婚對子女的成長造成盡可能較小的衝擊，即對子女的撫養教育作出妥善的安排。

《婚姻法》明文規定父母與子女間的關係，不因父母離婚而消除。離婚後，父母對於子女仍有撫養和教育的權利和義務。對子女的撫養本身既是權利又是義務，離婚時不僅要確定由誰來直接撫養子女，還要確定不直接撫養子女的一方支付撫育費的義務。

對於撫養權的確認，《婚姻法》第36條第3款只作了原則性規定，即哺乳期內的子女以隨哺乳的母親撫養為原則。哺乳期一般理解為嬰兒從出生到兩周歲需餵養母乳的這段時間，這一規定是出於嬰幼兒成長的自然生理需要而確定的。對於哺乳期後的子女，如果雙方就撫養權問題發生爭執無法達成協定時，由人民法院根據子女的權益和雙方的具體情況判決。法院首先考慮的是子女的利益，即由誰撫養對子女的成長更為有利。法院要從雙方的品德性情、教育背景、健康狀況、家庭及親友環境、撫養能力和撫養條件等各個方面作出綜合判斷。當子女有一定的判斷和表達能力時，法院還要聽取子女的意見。對於在離婚訴訟中如何判決子女撫養問題，最高人民法院1993年11月在《最高人民法院關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》中提出了具體指引，主要有以下幾個方面：

- (1) 兩周歲以下的子女，一般隨母方生活；
- (2) 父母雙方協議兩周歲以下子女隨父方生活，並對子女健康成長無不利影響的，可予准許；
- (3) 對於兩周歲以上的未成年子女，父母雙方均要求直接撫養，一方有下列情形之一的，可予優先考慮：
 - (i) 已做絕育手術或因其他原因喪失生育能力的；
 - (ii) 子女隨其生活時間較長，改變生活環境對子女健康成長明顯不利的；
 - (iii) 無其他子女，而另一方有其他子女的；
 - (iv) 子女隨其生活，對子女成長有利，而另一方患有久治不愈的傳染性疾病或其他嚴重疾病，或者有其他不利於子女身心健康的情形，不宜與子女共同生活的。
- (4) 父母雙方對十周歲以上的未成年子女隨父或隨母生活發生爭執的，應考慮該子女的意見。²³

離婚後，一方撫養子女，另一方應當負擔必要的生活費和教育費的一部分或全部，負擔費用的多少和期限的長短，由雙方協議；協議不成時，由人民法院判決。²⁴ 最高人民法院在上述《若

干具體意見》中指出，子女撫育費的數額可根據子女的實際需要、父母雙方的負擔能力和當地的實際生活水平確定。有固定收入的，撫育費一般可按其月總收入的百分之二十至百分之三十的比例給付。負擔兩個以上子女撫育費的，比例可適當提高，但一般不得超過月總收入的百分之五十。無固定收入的，撫育費的數額可依據當年總收入或同行業平均收入，參照上述比例確定。有特殊情況的，可適當提高或降低上述比例。²⁵ 撫育費的給付期限，一般至子女18周歲為止。²⁶ 但尚未獨立生活的成年子女有下列情形之一，父母又有給付能力的，仍應負擔必要的撫育費：

- (1) 喪失勞動能力或雖未完全喪失勞動能力，但其收入不足以維持生活；
- (2) 尚在校就讀的；
- (3) 確無獨立生活能力和條件的。²⁷

關於子女生活費和教育費的協議或判決，不妨礙子女在必要時向父母任何一方提出超過協議或判決原定數額的合理要求。最高人民法院在《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》中將這一規定具體化，即子女要求增加撫育費有下列情況之一，父或母有給付能力的，應予支援：

- (1) 原定撫育費數額不足以維持當地實際生活水平的；
- (2) 因子女患病、上學等致使實際需要已超過原定數額的；
- (3) 有其他正當理由應當增加的。²⁸ 這些規定都體現了在離婚訴訟中要充份保障子女的合法權益的精神。

新《婚姻法》還增加了關於“探望權”的規定，明確指出“不直接撫養子女的父或母，有探望子女的權利，另一方有協助的義務。”²⁹ 離婚後，不直接撫養子女的父或母要行使對子女的教育和撫養權，很重要的方面就是要通過探望子女來進行的。通過探望，才能切身感受子女各方面的成長情況，把關愛和親情帶給他們。而子女需要來自父母雙方面的愛，這也是子女生來具有的權利。法律之所以明確規定“協助的義務”是因為長期以來的實踐中出現不少因探望子女發生的爭執，如直接撫養子女的一方長期不許另一方探望子女。這裏的“協助”包括為對方探望提供便利、在商量好的時間、地點接送孩子、及時告知孩子等。一方違背協助義務，嚴重侵害另一方探望權的，另一方可起訴要求變更子女的直接撫養權，法院查明屬實的，應予以支持。具體行使探望權的方式和時間則由當事人協商，協商不成的，由人民法院判決。值得指出的是，探望權也不是一項絕對的權利，即當父或母探望子女不利於子女身心健康時，人民法院可依法中止探望權，待中止的事由消失後再恢復探望的權利。例如，要求探望的一方吸毒、賭博等或有身體健康、精神健康方面的問題，會給孩子帶來身心危害，或有劫持、脅迫孩子的可能等等，直接撫養孩子的一方可以申請中止探望權並負有舉證責任，由法院做出審查和判決。

4.3 財產的分割

除了子女的撫養教育，離婚中另一不可避免的程序便是財產的分割。家庭財產一般分成兩部分，一部分是夫妻個人財產，一部分是夫妻共同財產。

對於夫妻共同財產，法律規定，由雙方協定處理，協定不成時，由人民法院根據財產的具體情況，以照顧子女和女方權益為原則進行判決。法院判決之所以要堅持照顧女方和子女權益的原則，是因為在中國現階段，婦女在多數情況下還是較弱勢的一方。無論是從習慣勢力和傳統因

素的影響造成的障礙上，還是從婦女的體力支出、生理特點上講，離婚後婦女的謀生能力要較男性低，她們需要更多的幫助。

在中國現階段，對於大多數家庭來講，房屋是財產權的重要內容。隨着住房制度的改革，公有住房多以成本價優惠賣給職工，二手房所有權交易將要進入市場，隨後住房的三級市場即房屋使用權交易的市場也將開放，公有住房的承租權已成為夫妻財產權的重要組成部分。離婚時，這一財產權利如何分割？最高人民法院1996年2月發佈了《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，規定夫妻共同居住的公房，具有下列情況之一的，離婚後雙方均可承租：

- (1) 婚前由一方承租的公房，婚姻關係存續5年以上的；
- (2) 婚前一方承租的本單位的房屋，離婚時，雙方均為本單位職工的；
- (3) 一方婚前借款投資建房取得公房承租權，婚後夫妻共同償還借款的；
- (4) 婚後一方或雙方申請取得公房承租權的；
- (5) 婚前一方承租的公房，婚後因該承租房屋拆遷而取得房屋承租權的；
- (6) 夫妻雙方單位投資聯建或聯合購置的共有房屋的；
- (7) 一方將其承租的本單位的房屋，交回本單位或交給另一方單位後，另一方單位另給調換房屋的；
- (8) 婚前雙方均租有公房，婚後合併調換房屋的；
- (9) 其他應當認定為夫妻雙方均可承租的情形。³⁰ 對於上述夫妻雙方均可承租的公房，應依照照顧直接撫養子女的一方、同等條件下照顧女方、照顧殘疾或生活困難的一方、照顧無過錯一方的原則處理。³¹

對夫妻雙方均可承租的公房而由一方承租的，承租方對另一方可給予適當的經濟補償。³² 夫妻雙方均可承租的公房，如果面積較大能夠間隔分室居住使用的，可由雙方分別租住。³³

離婚時，一方對另一方婚前承租的公房無權承租而確有困難解決住房的，人民法院可調解或判決其暫時居住，暫住期限一般不超過兩年，暫住期間，暫住方應交納與房屋租金等額的使用費及其他必要的費用。³⁴ 無承租權的一方另行租房經濟上確有困難的，如承租公房一方有負擔能力，應給予一次性經濟幫助。³⁵

對夫妻共同出資而取得“部分產權”的房屋，人民法院可參照上述有關規定，予以妥善處理，但分得房屋“部分產權”的一方，一般應按所得房屋產權的比例，依照離婚時當地政府有關部門公佈的同類住房標準價，給予對方一半價值的補償。³⁶ 對夫妻雙方均爭房屋“部分產權”的，如雙方同意或者雙方經濟、住房條件基本相同，可採取競價方式解決。³⁷

《婚姻法》還明確規定實行約定財產制的夫妻，離婚時付家庭義務較多的一方有權請求補償：“夫妻書面約定婚姻關係存續期間所得的財產歸各自所有，一方因撫育子女、照料老人、協助另一方工作等付出較多義務的，離婚時有權向另一方請求補償，另一方應當予以補償。”³⁸ 在中國市場經濟體制下，越來越多人成為有產者，擁有可觀的資產。為了排除財富在婚姻關係中的影響，也為了在婚姻關係中有更多的自由度，越來越多夫妻傾向於對婚姻存續期間的財產和婚前財產實行約定制。但是，如果夫妻關於婚姻存續期間所得的財產歸各自所有的約定在離婚時導致財產分配的顯失公平，法律就要進行必要的干預，允許一方向另一方請求補償。

為了盡量減輕離婚帶給弱勢一方的衝擊，《婚姻法》明確規定了離婚時對生活困難一方提供幫助的義務：如果離婚時一方生活困難，另一方應從其住房等個人財產中給予適當的幫助。具體辦法由雙方協定，協定不成時由人民法院判決。³⁹ 婚姻關係中的一方可能因為年老、疾病、殘

障、失業等原因，生活處於很困難的境地，法律所規定的幫助是一次性的，法院的判決也不應超出一方的負擔能力。

離婚時，一方隱藏、轉移、變賣、毀損夫妻共同財產，或偽造債務企圖侵佔另一方財產的，分割夫妻共同財產時，對隱藏、轉移、變賣、毀損夫妻共同財產或偽造債務的一方可以少分或不分。離婚後發現有上述行為的，受害一方可以向人民法院提起訴訟，請求再次分割夫妻共同財產。

4.4 離婚損害賠償制度

關於婚姻過錯損害賠償的規定是新《婚姻法》增加的內容，如果離婚是由以下四種情形之一導致的，無過錯的一方有權請求損害賠償：

- (1) 重婚；
- (2) 有配偶者與他人同居；
- (3) 實施家庭暴力的；
- (4) 虐待、遺棄家庭成員的。⁴⁰ 由於一方過錯導致離婚的，無過錯方受到損害是肯定的，損害包括物質經濟和精神方面的，因此賠償的內容也包括精神損害的賠償。如何貫徹這一新的立法規定，有待法院在實踐中不斷摸索，形成系統的有章可循的作法。

5. 對收養法律規定的概述

5.1 收養的定義

收養是指公民依法領養他人子女為自己的子女，在收養人和被收養人之間建立擬制的父母子女關係的民事法律行為。在收養法律關係中，領養他人子女的人為收養人，即養父母；被他人收養的人為被收養人，即養子女；將未成年子女或孤兒送給他人收養的生父母、其他監護人和社會福利機構為送養人。中國於1991年制定了《收養法》，對於確立收養制度、保護合法的收養關係具有重要意義；1998年對《收養法》進行了修正。⁴¹

收養制度是社會親屬制度不可缺少的組成部分。一方面，收養可以使父母雙亡的孤兒，或因某種原因無法與父母共同生活的子女，重新得到家庭的溫暖，在養父母的撫養照顧下，健康成長。另一方面，收養可以使無子女的家庭通過收養子女建立起父母子女擬制血親關係，得到精神上的安慰，在他們年老體衰時得到養子女的贍養和扶助。

國家保護合法的收養關係。養父母和養子女間的權利和義務，適用《婚姻法》對父母子女關係的有關規定。

5.2 收養的原則

收養必須遵循以下原則：

- (1) 有利於被收養的未成年人的撫養、成長的原則；
- (2) 保障被收養人和收養人的合法權益；
- (3) 平等自願的原則；
- (4) 不得違背社會公德的原則。另外，收養不得違背國家的計劃生育政策。父母為逃避計劃生育，而將子女送給他人收養，是違反本原則的行為。

5.3 合法的收養關係

合法的收養關係必須符合法定的條件，《收養法》對被收養人、收養人和送養人都有嚴格的規定。

被收養人的條件主要有：

- (1) 應是年齡未滿14周歲的未成年人——但是收養三代以內的同輩旁系血親的子女、繼父母經子女的生父母的同意收養繼子女的，不受被收養人不滿14周歲的限制。無配偶的男性收養女性的，收養人和被收養人的年齡應當相差40周歲以上。
- (2) 應是失去父母的孤兒，或者查找不到生父母的棄嬰和兒童，或是生父母有特殊困難無力撫養的子女——收養三代以內同輩旁系血親的子女、繼父母經子女的生父母的同意收養繼子女的，可以不受生父母須有特殊困難無力撫養子女的限制。
- (3) 收養年滿10周歲以上的未成年人的，應徵得被收養人的同意——年滿10周歲的未成年人，屬於限制民事行為能力人，徵求、尊重其本人的意願，即體現收養關係成立的雙方自願原則，又有助於建立和睦的養父母子女關係。

收養人的條件主要有：

- (1) 收養人必須無子女，且只能收養一名子女——這是基於中國的計劃生育政策作出的具體規定。但是，收養孤兒、殘疾兒童和社會福利機構撫養的查找不到生父母的棄嬰和兒童，不受收養人無子女和只能收養一名子女的限制。華僑收養三代以內同輩旁系血親的子女、繼父母經子女的生父母的同意收養繼子女的，也可以不受收養人須無子女的限制。
- (2) 收養人必須年滿30周歲。
- (3) 收養人必須有撫養教育被收養人的能力。
- (4) 收養人未患有在醫學上認為不應當收養子女的疾病。
- (5) 有配偶者收養子女，須夫妻共同收養——如果允許夫妻單方收養，另一方從感情上、物質上不接納被收養人，不僅對養子女成長不利，還可能影響夫妻和睦。
- (6) 收養人必須是自願收養。收養的意願必須是收養人的真實意思表示。受到欺詐、脅迫等做出的收養行為可被依法宣告無效。

送養人根據中國的《收養法》規定可以是未成年人的生父母、其他監護人以及社會福利機構。

- (1) 未成年人的生父母作為送養人，應當是有特殊困難無力撫養子女——一般情況下，父母不得將子女送養他人。生父母送養子女，必須雙方共同送養，如果父母離婚，一方要求送養的，必須經另一方同意。配偶一方死亡，另一方要求送養子女的，死亡一方的父母有優先撫養的權利。送養前須先徵求死亡一方父母的意見，如果他們願意並有能力撫養孫子女或外孫子女，另一方就不得送養。
- (2) 監護人作為送養人的條件是：如果未成年人的父母已經死亡，監護人要徵得撫養義務人的同意才能送養；如果未成年人的父母均不具備完全民事行為能力，監護人不得送養，但父母對該未成年人有嚴重危害可能的，允許監護人將其送養。
- (3) 社會福利機構作為送養人——如果公民自願收養由社會福利機構撫養的棄嬰，該社會福利機構則為送養人。

《收養法》1998年修改後，將收養程序簡化，要求收養向縣級以上人民政府民政部門登記，收養關係自登記之日起成立。收養關係當事人各方或一方要求辦理工證的，應當辦理收養公證。

5.4 收養的效力

收養關係依法成立後，產生以下四個方面的效力：

第一，養父母與養子女之間形成法律擬制的父母子女關係，即收養的擬制效力——擬制效力是指收養依法建立新的親屬關係及其權利義務的效力，也稱作收養的積極效力。《婚姻法》第26條第1款和《收養法》第23條第1款都規定了養父母與養子女間的權利義務關係適用法律關於父母子女關係的規定。

第二，養子女與養父母的近親屬之間形成相應的擬制血親關係——根據《收養法》第26條第1款的規定，收養的擬制效力不僅涉及養子女與養父母，也涉及養子女與養父母的近親屬。養子女與養父母的近親屬之間的權利義務，適用法律關於子女與父母的近親屬關係的規定。例如，養子女與養父母的父母之間形成擬制的養祖孫關係，養子女與養父母的子女之間形成養兄弟姐妹關係，養子女與養父母的兄弟姐妹之間形成擬制的旁系血親關係。養兄弟姐妹、養祖父母、養外祖父母為第二順序的法定繼承人；養孫子女、養外孫子女可以代位繼承其養祖父母、養外祖父母的遺產。

第三，養子女與生父母的權利義務關係消除，即收養的解消效力——解消效力是指收養依法終止原有的親屬關係及其權利義務的效力，也稱作收養的消極效力。《婚姻法》第26條第2款和《收養法》第23條第2款都規定養子女和生父母間的權利和義務因收養關係的成立而消除。養子女與生父母之間的法定權利義務關係消除，但是血緣聯繫是客觀存在的。《婚姻法》有關禁止直系血親結婚的規定，對養子女與生父母仍然適用。

第四，養子女與生父母的近親屬的權利義務關係也消除——收養的解消效力不僅涉及養子女與生父母，也涉及養子女與生父母的近親屬。子女被他人收養後，與生父母的父母不再具有祖孫間的權利義務關係；與生父母的其他子女間，不再具有兄弟姐妹間的權利義務關係。但是，《婚姻法》有關禁止直系血親和三代以內旁系血親結婚的規定，對養子女與生父母的近親屬仍然適用。

5.5 收養關係的解除

收養人在被收養人成年以前不得解除收養關係，但是收養人、送養人雙方達成協定的除外。養子女年滿10周歲的要徵得養子女本人同意。收養人不履行撫養教育的義務，甚至有虐待、遺棄等侵害未成年養子女合法權益行為的，送養人有權要求解除收養關係，送養人與收養人無法達成協定的，可向人民法院起訴。養父母與成年養子女關係惡化，無法共同生活的，可以協定解除收養關係，無法達成協定的，可向人民法院起訴。協定解除收養關係的要向民政部門辦理登記。收養關係解除後，養子女與養父母及其他近親屬間的權利義務即行消除，與生父母及其他近親屬的權利義務關係自行恢復，但成年養子女與生父母及其他近親屬的權利義務關係是否恢復，可以協商確定。收養關係解除後，經養父母撫養的成年養子女對缺乏勞動能力又缺乏生活來源的養父母，有義務給付生活費。因養子女成年後虐待、遺棄養父母而解除收養關係的，養父母有權要求養子女補償收養期間支出的生活費和教育費。生父母要求解除收養關係的，養父母有權要求生父母適當補償收養期間支出的生活費和教育費，但因養父母虐待、遺棄養子女而解除收養關係的除外。

6. 對繼承的法律規定的概述

《婚姻法》第24條規定，夫妻有相互繼承遺產的權利。父母和子女有相互繼承遺產的權利。本條所說繼承，指的是財產繼承，即財產所有人死亡或被宣告死亡時，按照法律的規定將死者遺留下來的財產轉移給他人所有的一種繼承方式。遺留財產的死者稱為被繼承人，被繼承人死亡時遺留的個人合法財產和財產權利叫遺產，依照法律規定有權繼承遺產的人為繼承人，繼承人依法取得遺產的權利稱為繼承權。

《中華人民共和國繼承法》於1985年4月10日第六屆全國人民代表大會第三次會議通過，主要目的是保護公民的私有財產的繼承權。財產所有人死亡後，其遺產轉移的方式有：法定繼承、遺囑繼承和遺贈、遺贈扶養協議、無人繼承又無人受遺贈的遺產處理四種。前兩種為財產繼承的方式，後兩種是單純的遺產轉移的方式，財產繼承是死者財產轉移的基本方式。就其法律效力來說，以遺贈扶養協議的法律效力為最高，其次是遺囑繼承和遺贈，再次才是法定繼承。法定繼承只有在沒有遺贈扶養協議和沒有遺囑繼承、遺贈的情況下才能發生。最後才是無人繼承而又無人受遺贈的遺產處理（通常只能收歸國家或集體組織所有）。

所謂“遺產”，就是公民死亡時遺留下來的、可以依法轉移給他人的個人合法財產。作為一種特殊的財產，遺產只存在於由繼承開始後到遺產處理結束前這段時間內。根據《繼承法》的規定，中國法定遺產的範圍主要包括以下七項具體內容：

- (1) 公民的收入；
- (2) 公民的房屋；
- (3) 公民的林木、牲畜和家禽；
- (4) 公民的文物、圖書數據；

- (5) 法律允許公民所有的生產資料；
- (6) 公民的著作權、專利權中的財產權利；
- (7) 公民的其他合法財產。⁴²

夫妻間的相互繼承權，因結婚而產生，因離婚而消除。男女雙方具有合法的夫妻身份是取得繼承權的前提條件，如果在繼承開始前雙方已經離婚或婚姻關係被宣告無效，繼承權即已喪失或不產生繼承權。夫妻間相互繼承權具有以下特點：

- (1) 夫妻互為第一順序繼承人，享有平等的繼承權——夫妻一方去世後，任何人不得侵犯或限制他方對死者遺產的繼承權。
- (2) 夫妻相互繼承時，應劃清個人財產與共有財產的區別——即夫妻相互繼承遺產時，如果家庭中還有與夫或妻處於同一順序繼承人的，應先對夫妻共同財產進行分割，然後再繼承。防止將夫妻共同財產作為遺產繼承，侵犯生存一方的合法權益。
- (3) 夫妻登記結婚後尚未同居或同居時間很短，配偶一方死亡的，生存一方享有繼承權。
- (4) 夫妻在訴訟離婚過程中或離婚尚未生效時，夫妻一方死亡的，他方仍有權以配偶身份繼承遺產。

父母和子女互為第一順序的法定繼承人。父母包括生父母、養父母和有撫養關係的繼父母，子女包括婚生子女、非婚生子女和有撫養關係的繼子女。第二順序的法定繼承人包括兄弟姐妹、祖父母和外祖父母。繼承開始後，由第一順序繼承人繼承，第二順序繼承人不繼承。沒有第一順序繼承人的，由第二順序繼承人繼承。被繼承人的子女先於被繼承人死亡的，由被繼承人的子女的晚輩直系血親代位繼承，由代位繼承人繼承他的父親或者母親有權繼承的遺產份額。另外，喪偶兒媳對公、婆，喪偶女婿對岳父、岳母盡了主要贍養義務的，也作為第一順序繼承人。同一順序繼承人繼承遺產的份額，一般應當均等。對於生活有特殊困難的缺乏勞動能力的繼承人，分配遺產時應當予以照顧。對被繼承人盡了主要撫養義務或者與被繼承人共同生活的繼承人，分配遺產可以多分。而有扶養能力和扶養義務的繼承人，若不盡扶養義務的，分配遺產則應當不分或少分。

中國的婚姻家庭法在實踐中不斷完善，它所確立的婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保護婦女、兒童和老人的合法權益的原則在新的《婚姻法》中再一次被肯定。而針對社會發展中出現的新的問題如重婚、家庭暴力、離異家庭子女的撫養教育等，新《婚姻法》也試圖以新的規則來調整。雖然法律不是萬能的，《婚姻法》也不是解決所有婚姻家庭問題的靈丹妙藥，但是有效的婚姻家庭法律制度應當能夠將損害和傷害降至最低，盡可能保護婚姻家庭破裂時無過錯的一方，特別是無辜的子女的合法權益不受侵害。中國的新《婚姻法》能否達到這一目標，只有時間才能作出準確的回答。

註釋

1. 《中華人民共和國婚姻法》於1980年9月10日由第五屆全國人民代表大會第三次會議通過。根據2001年4月28日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十一次會議《關於修改〈中華人民共和國婚姻法〉的決定》修正。
2. 《婚姻法》第2條。
3. 《中華人民共和國刑法》於1979年7月1日第五屆全國人民代表大會第二次會議通過。1997年3月14日第八屆全國人民代表大會第五次會議修訂。1997年3月14日中華人民共和國主席令第八十三號公佈，自1997年10月1日起施行。
4. 國務院於1994年2月1日頒佈《婚姻登記管理條例》。
5. 最高人民法院關於《婚姻登記管理條例》施行後發生的以夫妻名義非法同居的重婚案件是否以重婚罪定罪處罰的批復（1994年12月14日）。
6. 全國人大常委會法工委研究室編：《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，北京：中國物價出版社2001年年版，第150頁。
7. 《婚姻法》第3條第2款。
8. 《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，同前註，第19–20頁。
9. 《婚姻法》第43條。
10. 《婚姻法》第5條。
11. 衛生部《異常情況的分類指導標準》（試行）（1986年）第一條。
12. 衛生部《異常情況的分類指導標準》（試行）（1986年）第二條。
13. 《婚姻法》第8條。
14. 《婚姻法》第8條。
15. 《婚姻法》第10條。
16. 《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，同前註，第46–47頁。
17. 《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，第63頁。
18. 中國1950年的《婚姻法》沒有規定約定夫妻財產制度，主要原因是當時婦女沒有普遍參加工作，經濟地位低於男性，約定財產制不利於保護婦女的合法權益。1980年的《婚姻法》包含了約定財產制，以適應社會發展的需要，便於涉外婚姻，涉港澳台婚姻及再婚夫妻更靈活便利地處理安排婚姻財產。
19. 根據《未成年人保護法》規定，未成年人是指年齡未滿18周歲的人。
20. 《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，第75頁。
21. 中國《憲法》第49條第3款明確規定：“成年子女有贍養扶助父母的義務。”
22. 《中華人民共和國婚姻法條文釋義及實用指南》，第110頁。
23. 最高人民法院《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》（1993年），第5條。
24. 《婚姻法》第37條第1款。
25. 《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》，第7條。
26. 《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》，第11條。
27. 《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》，第12條。

28. 《關於人民法院審理離婚案件處理子女撫養問題的若干具體意見》，第18條。
29. 《婚姻法》第38條第1款。
30. 最高人民法院《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》（1996年），第2條。
31. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第3條。
32. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第4條。
33. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第5條。
34. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第6條。
35. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第7條。
36. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第9條。
37. 《關於審理離婚案件中公房使用、承租若干問題的解答》，第10條。
38. 《婚姻法》第40條。
39. 《婚姻法》第42條。
40. 《婚姻法》第46條。
41. 《全國人民代表大會常務委員會關於修改〈中華人民共和國收養法〉的決定》由中華人民共和國第九屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議於1998年11月4日通過，自1999年4月1日起施行。
42. 《繼承法》第3條。

12. 公司法

史際春、李文華

1.	公司與公司法	236
1.1	公司概述	236
1.2	中國公司法的意義和適用範圍	241
1.3	公司的權利能力、行為能力、 責任能力和訴訟能力	241
1.4	公司資本及其立法原則	243
1.5	公司董事、監事、高級管理人員的 任職資格及義務	246
2.	有限責任公司制度	247
2.1	有限公司的設立	247
2.2	有限公司股東的出資及轉讓	249
2.3	有限公司的組織結構	251
3.	股份有限公司制度	254
3.1	股份有限公司的設立	254
3.2	股份和股票	256
3.3	股份公司的組織機構	260
3.4	上市公司的有關問題	261

1. 公司與公司法

1.1 公司概述

1.1.1 公司的本質特徵

“公司”(company or corporation)在中文裏雖然是一個外來語，其文義卻十分貼切，意為眾人共同從事或主持其事務。而公司的本質或最基本的含義，正是指不同利益主體為實現共同目的及從事共同事業之自由結社。這種主要以經濟為目的的結社，在現代受到法律的調整和嚴格規範。

- (1) 公司是一種團體或組織——公司一般是由兩個或兩個以上具有不同利益的主體聯合而成的。中國1993年《中華人民共和國公司法》規定的公司的組織形式只有有限責任公司(可以簡稱有限公司)和股份有限公司(可以簡稱股份公司)，這兩種公司的股東都必須是2個或2個以上(在有限責任公司是2個或2個以上，在股份有限公司則是5個或5個以上)。例外是國有獨資公司和實踐中允許一個外商投資設立的有限責任公司。這一特徵使公司與獨資企業相區別。但是，為了維護公司存續的穩定性，現代各國對公司成立後只有一名股東的“一人公司”採取了更為寬容的態度，不同程度的承認了“一人公司”的存在。故2005年10月27日修訂、並自2006年1月1日起施行的《公司法》規定有限責任公司的股東是50個以下，並專設一節“一人有限責任公司的特別規定”，而股份有限責任公司的股東是2人以上200人以下，即股份公司還是不允許設立一人公司，這也與世界上大多數國家和地區的法例相一致。

根據大陸法系的一般原理及法律實踐，作為一種組織體，公司的人格和財產在不同程度上同其成員(即社員)的人格和財產相分離。就股份有限公司和有限責任公司而言，其人格和財產同其成員的人格和財產在形式上和原則上是比較徹底地分離的；而就無限公司、兩合公司和股份兩合公司而言，這種分離是不徹底的，在公司資產不足以清償債務時，無限責任股東須承擔清償責任。中國的公司法接受了大陸法系的一般原理，但《公司法》中僅規定了有限公司和股份公司這兩種形式。相當於無限公司的普通商事合夥在《中華人民共和國民法通則》(簡稱《民法通則》)和《中華人民共和國合夥企業法》(簡稱《合夥企業法》)等法律中都有規定，但不把它視為公司，沒有用無限責任公司的稱謂或名稱。對於股份兩合公司和兩合公司則沒有全國性的法律規定，2006年8月27日修訂並於2007年6月1日開始施行的《中華人民共和國合夥企業法》、北京和深圳等一些地方在地方性法規中規定了相當於兩合公司的有限合夥。

公司的團體性或組織性賦予了公司一種“永續性”，即公司成員的變更不影響公司的存在和活動，它的存續不受自然人生命的限制。

第二十五條 風險投資機構可以採取有限合夥形式

有限合夥的合夥人由有限合夥人和普通合夥人組成。投資人為有限合夥人，以其出資額為限承擔有限責任；資金管理者為普通合夥人，承擔無限責任。

有限合夥的合夥人應當簽訂書面合同。合夥人的出資比例、分配關係、經營管理許可權以及其他權利義務關係，由合夥人在合同中約定。

有限合夥的所得稅由合夥人分別繳納。屬於自然人的合夥人，其投資所得繳納個人所得稅；屬於法人的合夥人，其投資所得繳納企業所得稅。

《北京市中關村科技園區條例》（2000）

- （2）公司必須依法設立——公司設立的立法原則有任意主義、特許主義、準則主義和許可主義等。依據《公司法》的規定，有限責任公司和股份有限公司的設立原則上都採取準則主義，法律和行政法規另有規定的除外。

第六條

設立公司，應當依法向公司登記機關申請設立登記。符合本法規定的設立條件的，由公司登記機關分別登記為有限責任公司或者股份有限公司；不符合本法規定的設立條件的，不得登記為有限責任公司或者股份有限公司。法律、行政法規規定設立公司必須報經批准的，應當在公司登記前依法辦理批准手續。

《公司法》（2006）

1.1.2 公司概念的泛化

公司法上所稱“公司”，一般是指普通公司、依法須進行工商登記的“註冊公司”，但由於公司固有的團體性、實踐中公司通常為一般市場經營主體作為法律組織形式而廣泛應用，致使公司概念出現了泛化。在法律上和實踐中，往往引申其基本含義而使用公司的稱謂，中外皆然。

首先，由公司的團體性或組織性，將“公司”引申為某種組織機構的組織。如單純的國有企業，包括政策性、公益性的組織，如英美和香港特別行政區的法定機構不乏以“公司”相稱者，中國也有長江三峽工程開發總公司、專門處理四大國有商業銀行的不良債務的資產管理公司等政策性機構。

其次，由多數公司的企業性或經營性，將“公司”引申為企業的同義語。在市場經濟發達的國家和地區，一般合夥（普通合夥）、有限合夥、隱名合夥、合作社等各種企業，都可以稱為“公司”，無論在大陸法系或英美法系地區，都是如此。但在中國內地，法律上尚不允許合夥和個人獨資企業在名稱登記中使用公司的稱謂。

最後，由於“商”的泛化，從事文教、醫療、體育、科研、廣播電視、出版等行業的組織也可以採取公司的形式，中國也已出現了足球俱樂部公司、演藝公司、文化公司、出版公司等。

鑒於公司概念的複雜性，法律和著作都是無法對其作精確定義的。通常所稱公司，是指依據形式意義上的公司法設立和運作的企業，即本書涉及的公司法的基本內容。

1.1.3 公司的種類

依據不同的標準，可以將公司分成不同的種類。目前在中國的公司法領域，理論和實踐意義都很強的分類主要有：以公司適用法律的性質和範圍為標準的分類、以資本結構和股東對公司及其債務承擔責任的方式為標準的分類、以公司組織關係為標準的分類、以公司股本來源和性質為標準的分類等。

- (1) 以公司適用法律的性質和範圍為標準的分類——這是對公司的最基本分類。據此標準，可以將公司分為依據“公司法”及其相關法規設立的公司和依據特別法或行政命令設立的公司。後者屬於特殊企業或法定機構的範疇，可謂經濟法或公法上的公司。這類公司在世界上普遍存在，其數量雖在公司中不佔多數，但往往具有重要地位。它們經政府授權，從事政策性經營活動或兼顧營利，並承擔一定的管理職能。在中國，由國務院決定設立的集團公司或總公司、投資公司、資產管理公司和其他一些公司，承擔着一定的政策性或管理的職能，或者從事能源、交通、郵政、金融、投資、航空航天、軍工等關係國計民生的重要活動。這類公司首先受其設立的特別法、行業管理的規範等法律、法規的調整，在特別法、行業管理規範沒有規定的範圍內，可以適用普通公司法的規定。
- (2) 以資本結構和股東對公司及其債務承擔責任的方式為標準的分類——這種分類形成了中國公司法和大陸法系民商法上的基本公司法律形態。依此標準，公司可以分為有限責任公司、股份有限公司、無限公司、兩合公司和股份兩合公司。

中國《公司法》規定了前兩種公司，其第三條對有限公司和股份公司作了定義。有限公司的基本特點有：第一，有限公司由數額不多且相對穩定的若干特定股東組成。有限公司是兼具資合與人合的公司，股東的特定化、穩定化也是客觀需要。根據《公司法》第24條的規定，有限公司的股東人數一般應在50個以下。第二，有限公司的籌資和經營具有封閉性和非開放性。這是有限公司最基本的特點。有限公司不得向社會公開募集資金，不得發行股票（但在符合發行債券的條件時可以發行債券），股東出資的轉讓須受法律和公司章程的限制。

股份公司在股東以其出資為限對公司債務承擔責任這一點上，與有限公司是一樣的。與有限公司相比，股份公司的最大特點就是籌資和經營的開放性。股份公司的人數較多，沒有上限（但設立股份公司時發起人的人數應在2人以上200人以下），可以發行股票和公司債券，公司資本分為等額的股份，可以自由轉讓，上市公司的股份還可以在交易所流通。也正是由於股份公司的開放性，法律對股份公司的設立條件和監管的規定，要比有限公司和其他公司嚴格得多。

如前所述，無限公司、兩合公司和股份兩合公司在《公司法》中都沒有規定，但責任形式等相當於無限公司的普通合夥和責任形式等相當於兩合公司的有限合夥，在中國的民商事法律中已有規定，不過它們並不受《公司法》調整。至於股份兩合公司，則因其無限責任股東責任重、信用差等固有缺陷而在世界範圍內不受重視，中國目前在法律上和實踐中都沒有接納它。

第三條

公司是企業法人，有獨立的法人財產，享有法人財產權。公司以其全部財產對公司的債務承擔責任。有限責任公司的股東以其認繳的出資額為限對公司承擔責任。股份有限公司的股東以其認購的股份為限對公司承擔責任。

《公司法》（2006）

第一百五十四條

本法所稱公司債券，是指公司依照法定程序發行、約定在一定期限還本付息的有價證券。公司發行公司債券應當符合《中華人民共和國證券法》規定的發行條件。

《公司法》（2006）

- (3) 以公司組織關係為標準的分類——公司的組織關係有外部和內部之分，外部組織關係是指不同公司之間在組織上的相互聯繫，內部組織關係是指某一公司內部的隸屬關係。《公司法》對這兩種標準均有涉及。

- (i) 母公司、子公司和關聯企業——母公司和子公司是《公司法》涉及的按公司外部組織關係的分類。在不同公司之間的控制與被控制、依附與被依附的關係中，處於控制和被依附地位的公司是母公司，處於被控制和依附地位的則是子公司。母公司或控制公司，與子公司或附屬公司之間雖然有控制與被控制的組織關係，但依國際慣例和中國的《公司法》，它們在參與外部的交易和管理關係時，都具有法人資格。所以，子公司有獨立的名稱、章程和組織機構，有法定的資本，以自己的名義對外交往，並以公司的資產對公司債務承擔有限責任。子公司再設立或控制的更低層次的公司相對於母公司來說，則為孫公司、曾孫公司等。所以，更準確地說，母公司和子公司的關係應為“控制公司”和“附屬（或‘從屬’）公司”的關係。母公司或控制公司為子公司或附屬公司規定經營方針，甚至對其具體的經營和交易活動作出指示，子公司或附屬公司鑒於其組織上的隸屬關係必須遵守或服從。

母子公司還涉及更大的關聯企業概念。同屬於一個母公司的各個層次的公司與母公司之間及其相互之間，或者連鎖控制的若干公司之間，都屬於關聯企業的範疇。由於母公司、子公司和關聯企業都是法人，為了防止這些公司利用其法人資格，相互勾結從事不當交易、不當經營行為或不當輸送利益，損害他人利益及社會經濟秩序，法律上須對其相互間的關係加以控制和調整，即形成有關關聯企業和關聯交易制度。

關聯企業和關聯交易的信用可靠、穩定，交易成本低，它的出現，是社會化市場經濟導致企業組織管理關係發展的必然，是在平等民事主體的財產關係中不斷引入組織管理關係的過程。然而，關聯企業在法律上都是獨立的實體，其固有的弊端也不容忽視，關聯企業往往利用關聯交易，人為地製造盈虧，轉移利益和風險，逃避債務和稅收、金融、競爭、工商管理法等法規。中國在市場化改革中，關聯交易也得到迅速發展，為此已在公司法、會計法規、證券法、稅法、刑法等中逐漸引進關聯企業、關係人制度，對關聯企業、關係人和關聯交易及其控制作了某些法律規定，如：關聯方認定、公司收購控制、關聯企業披露、

關聯企業報表合併、關聯交易披露及由獨立董事批准、對轉讓定價 (transfer pricing) 的控制等。

第二十一條

公司的控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害公司利益。違反前款規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。

《公司法》(2006)

- (ii) 總公司和分公司——這是從公司內部組織關係上進行劃分，分“公司”其實只是公司的分支機構，並非真正意義上的公司。

總公司又稱“本公司”，是相對於其分支機構而言，有權管轄公司的全部內部組織，如各個分部門、分公司、科室、工廠、門市部等的總機構。

分公司也需依法設立及登記，但其作為公司的一種分支機構，不具有法人資格，設立比較方便、程序簡單。其特徵是：第一，分公司沒有獨立的名稱，須以總公司的名義進行活動；第二，分公司沒有自己的章程和獨立於總公司的組織機構，它代表或代理總公司在一定的範圍內開展活動；第三，分公司沒有獨立的財產，其從事活動的財產是由總公司撥付的，依法列入總公司的資產負債表；第四，分公司在經營活動中產生的債權債務關係由總公司承擔，並由總公司以其全部財產對該債務負清償責任。

分公司的這些特點，使之可以依託總公司的實力和信用進行活動，從而易於獲得交易相對人和社會的信任。銀行和保險公司等社會對其信用度要求較高的企業，通常即採取設立分公司、而非設立子公司的方式來拓展業務和活動空間。

- (4) 以公司股本來源和性質為標準的分類——以公司股本來源和性質為標準進行分類，公司可以分為國有公司、合作制或集體所有制公司、私營公司和外商投資公司。國有公司中國有資產或股份的管理和經營，既要適用《公司法》，更要遵守有關國有資產管理的法律、法規。依據《公司法》，自然人可以設立私營或民營的有限公司，私營或民營的法人也可以設立有限公司，該法也不禁止自然人和私營、民營的法人作發起人設立股份公司或由其控制股份公司。外商投資公司既包括依據《中華人民共和國中外合資經營企業法》、《中華人民共和國中外合作經營企業法》、《中華人民共和國外資企業法》等三個外商投資企業法和《公司法》設立的有限公司，也包括外國股東在其中佔到一定比例、依據《公司法》和《關於設立外商投資股份有限公司若干問題的暫行規定》而設立的股份有限公司。從外商投資的角度來看，外商投資公司可以分為中外合資經營公司、中外合作經營公司和外資公司；從公司的法律形式來看，則有有限公司和股份公司兩種。外商投資公司是依據中國法律在中國境內設立的中國公司，而非外國公司。值得注意的是，在企業登記管理上，中國固然已經將港澳台商投資企業與外商投資企業並列，單獨化為一類，但鑒於港澳台商投資屬於境外投資，二者在法律適用上仍然是相同的。

1.2 中國公司法的意義和適用範圍

中國《公司法》的頒佈和施行，對於在市場經濟的大旗下，建立現代企業制度、轉換政府職能、鼓勵和規範私營經濟的發展都起了很大的作用，也有利於維護經濟活動當事人的權益和社會經濟秩序，以及培育健康的市場經濟文化。它對於實行了幾十年計劃經濟體制的、尤其是有着幾千年輕視商業和商人傳統、從未真正得到商品經濟的洗禮的中國來說，無疑是有着深遠意義的。

中國《公司法》頒佈於1993年12月29日，施行於1994年7月1日，並於1999年12月25日首次作了修改。2005年10月27日，第十屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議對《公司法》進行了第三次修訂，自2006年1月1日起施行。

從《公司法》所適用的主體類型來看，需要注意的是，外商投資設立的公司應優先適用《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《外資企業法》等三個外商投資企業法及其他相關法規（如《關於設立外商投資股份有限公司若干問題的暫行規定》等），只有這些法律法規中未作規定的事項，才適用《公司法》的規定。《公司法》與外商投資企業法之間的這種“一般法”與“特別法”的關係，在中國仍須對涉外經濟合作和貿易加以一定管制、對外商投資須給予優待或加以控制的情況下，仍會維持一個時期。

1.3 公司的權利能力、行為能力、責任能力和訴訟能力

1.3.1 公司的權利能力

公司的權利能力是公司作為法律上的主體，從事法律所允許的活動，享有權利（或權力）和承擔義務的資格。在市場經濟條件下，公司的權利能力主要表現為依自己的意思從事市場經營和流轉活動的能力。但無論在中國或外國，公用事業公司、國有控股公司或國有資產經營公司，依法或經授權也可擁有經濟管理方面的能力或職能。同時，公司在接受政府管理、在勞動和社會保障等關係中，也享有行政法和勞動法等方面的權利能力。

因此，公司權利能力的範圍，包括從事所允許的經營和流轉活動、經授權的管理活動，依法取得及行使所有權、經營管理權、債權、知識產權、廠商名譽權等。當然，公司享有的所有權只是形式上的，實質上它是為股東取得和行使所有權。

長期以來，中國是以公司、企業的經營範圍來確定其權利能力，這樣做不利於交易安全，且與國際上的發展趨勢不符。為此，儘管1993年的《公司法》原則上仍以經營範圍來界定公司的權利能力，但後出台的《中華人民共和國合同法》（簡稱《合同法》）、最高人民法院的司法解釋和2005年修訂的《公司法》對其作了變通、有所放鬆：2005年修訂的《公司法》刪去了1993年《公司法》第11條第3款中“公司應當在登記的經營範圍內從事經營活動”的規定。

1.3.2 公司的行為能力

公司的行為能力，是指作為法人的公司在法律上有獨立的意思能力，可以根據自己的意思從事活動，取得權利（或權力）及承擔義務，並就其活動承擔法律上的後果。根據中國關於法人和

公司的一般法律規定和原理，公司的獨立資格是法律賦予的，故其行為能力和權利能力的範圍是吻合的，二者在發生和消滅的時間也是一致的。

有限公司和股份公司作為法人，其行為能力的基本特點，是必須通過公司的機關及其授權人員的職務行為，來為公司取得、行使權利（或權力）及設定、履行義務。根據中國的公司法，能夠代表公司的機關，主要是公司的董事會和法定代表人，其代表權是法定的，不需要另行特別授權。監事會在一定條件下也可以代表公司進行活動。公司的經理、個別董事或監事，以及其他管理人員或僱員，則可以在公司授權的範圍內從事活動，其行為從性質上說屬於職務代理。

第四十三條

企業法人對它的法定代表人和其他工作人員的經營活動，承擔民事責任。

《民法通則》（1986）

1.3.3 公司的責任能力和訴訟能力

公司承擔其機關或其他人員從事職務活動或以公司名義從事活動的結果，意味着公司既要承受其利益，也要承受法律制裁的不利後果，即依法承擔民事責任、行政責任、刑事責任或其他責任。因此，公司的行為能力，從法律責任的角度看，表現為民事責任能力、行政責任能力、刑事責任能力和訴訟能力。

公司的民事責任能力，是指公司承擔違約責任、侵權責任和不履行法定義務所應承擔的民事責任的能力。如公司就其產品質量承擔違約或侵權的損害賠償責任，因不履行法定的議事方式而對其股東承擔損害賠償責任，因違法募股或發行債券而向認購人返還所認募資金及其利息等等。

公司的行政責任能力，是指公司違反法律的規定而應受行政處罰的能力。《公司法》中有許多關於公司應承擔行政責任的規定，其責任形式有罰款、撤銷公司登記、責令停止違法行為、吊銷營業執照等。

關於公司的刑事責任能力或稱犯罪能力，在學理上頗有爭議，各國法律的規定也不盡相同。英國、美國各州的刑法一般都規定法人或公司可以犯罪，並可對犯罪的法人或公司處以刑罰；而大陸法系的國家和地區，如法國、德國和中國台灣地區，法律上一般不認為公司或法人可以犯罪，但學說上也提出了法人或公司有犯罪能力的主張。

中國法學界對法人犯罪問題也有爭議。我們認為，公司不僅僅是具有合法主體資格的法人，同時它也是一種客觀存在的組織，實際上可能進行各種活動，所參與的法律關係則不限於正常法律關係，也可能參加各種法律責任關係。當其行為觸犯刑律時，即構成犯罪，理應承擔相應的刑事責任。而作為法律賦予一定權利能力和行為能力的法人，公司的行為如超出法人的目的範圍，其法人地位或資格便不復存在，也就是說法人是不可能犯罪的。在中國的立法上，現已明確指出公司具有犯罪能力，公司法和刑法對公司非法募集資金、違反財務會計制度等罪的犯罪構成和處罰做了規定。

公司犯罪的特點，一是只能對其處以罰金刑，不能處以自由刑和生命刑；二是要同時追究造成犯罪的直接主管人員和其他責任人員的刑事責任。

與公司的民事、行政和刑事責任能力相對應，公司可以作為民事訴訟的當事人，充當原告或被告；也可以作為行政訴訟的原告和刑事訴訟的被告。

1.4 公司資本及其立法原則

1.4.1 中國公司法上的資本及相關概念

資本對於作為典型資合企業的公司來說，既是其存在和運作的基礎、對債權人的基本擔保，又是股東對公司享有權益的基礎和表現形式。公司的資本，包括代表着股東權益的股本、公積金和其他未分配的盈餘。中國公司法上通常所說的資本，是指公司的註冊資本，又稱法定資本金，有時也指公司的資本金。需要注意的是，英美法系國家和地區對註冊資本沒有最低限額，股東不必實際繳付註冊資金、公司即可成立，股東對公司債務所負的間接責任也與註冊資本額無關，所以，英美法上的授權資本或註冊資本沒有什麼實際作用，在這個意義上它是名義資本。英美公司法中有發行資本 (issued capital) 的概念，這是指公司實際已向股東發行、並由股東認購的股份票面金額。該資本具有實質意義，股東以之為限對公司負責、也即對公司債務或公司的債權人間接承擔責任，在這個意義上，它相當於中國和大陸法系國家的註冊資本或法定資本。

根據《公司法》第26條和第81條規定，公司的註冊資本，對有限公司和發起設立的股份公司而言，是在公司登記機關登記的全體股東認繳的出資額或認購的股本總額；對募集設立的股份公司而言，是指在公司登記機關登記的實收股本總額；而《合營企業法實施條例》第18條第1款規定，中外合資經營企業的註冊資本，是在登記機關登記的合營各方認繳的出資額之和。可見，公司的註冊資本與股東實際繳付的出資或股本或公司的實有資本金可能是不一致的。這涉及到法定資本制與授權資本制的問題，容後再述。

第二十六條

有限責任公司的註冊資本為在公司登記機關登記的全體股東認繳的出資額。公司全體股東的首次出資額不得低於註冊資本的百分之二十，也不得低於法定的註冊資本最低限額，其餘部分由股東自公司成立之日起兩年內繳足；其中，投資公司可以在五年內繳足。有限責任公司註冊資本的最低限額為人民幣3萬元。法律、行政法規對有限責任公司註冊資本的最低限額有較高規定的，從其規定。

第八十一條

股份有限公司採取發起設立方式設立的，註冊資本為在公司登記機關登記的全體發起人認購的股本總額。公司全體發起人的首次出資額不得低於註冊資本的百分之二十，其餘部分由發起人自公司成立之日起兩年內繳足；其中，投資公司可以在五年內繳足。在繳足前，不得向他人募集股份。

股份有限公司採取募集方式設立的，註冊資本為在公司登記機關的實收股本總額。股份有限公司註冊資本最低限額為人民幣500萬元。法律、行政法規對股份有限公司註冊最低資本有較高規定的，從其規定。

《公司法》(2006)

第十八條

合營企業的註冊資本，是指為設立合營企業在登記管理機構登記的資本總額，應為合營各方認繳的出資額之和。

《中外合資經營企業法實施條例》(2001)

除了註冊資本外，中國還有一些與資本相關的概念。

資本金和股本——股東實際繳付的出資或股本，構成公司的資本金，又稱股本。在股票溢價發行或股東未實際繳付所認繳的出資或股本即進行公司登記的情況下，股東實際繳付的出資金額或股款，與公司的註冊資本或資本金是不一致的。由於股東依法以其認繳的出資額或認購的股份對公司承擔責任及享有相應的權益，所以在股東認繳的出資或認購的股份實際上未繳足或未繳付的情況下，如果註冊資本及股東的出資比例沒有變更，則直至公司終止，該股東仍應在其認繳的範圍內對公司承擔責任，補足其未繳付的出資或股本，如公司解散進行清算的，清算組應向股東收取其已認繳而未繳的出資或股金。

投資總額——按照《合營企業法實施條例》的規定，投資總額是指股東和合營公司投入公司的基本建設資金和流動資金的總和。投資總額中包括公司的借款，所以投資總額不得低於註冊資本。根據國家工商局1987年發佈的《關於中外合資經營企業註冊資本與投資總額比例的暫行規定》，為了保證企業的正常經營，維護債權人的利益和社會交易安全，合營公司的註冊資本與投資總額應當保持適當的比例，原則上是投資總額小的，註冊資本在其中所佔比重應當大一些，投資總額大的，其比重則可以小一些。

投入公司的資金被運用後，就形成為公司的各種資產。

資產——公司的資產，是指公司資本與負債之和，包括固定資產、流動資產和遞延資產。固定資產包括建築物、設備、運輸工具、長期投資、長期債權、知識產權和其他權利；流動資產包括現金、有價證券、存款、庫存品和短期債權；遞延資產是指有待逐年攤銷的費用，會計上將其列為資產。

淨資產——公司的淨資產，是指公司全部資產減去負債後的淨額。淨資產屬於公司股東的實際權益或所有者權益，也是反映公司經營狀況的重要指標，包括資本金、資本公積金、盈餘公積金和未分配的利潤等。

1.4.2 資本三原則

為使公司擁有、維持其得以運作及從事活動的必要資本，公司法上形成了一系列相關規定，大陸法系的學理上將其概括為公司資本“三原則”。一般來說，資本三原則基本上適用於股份有限公司和有限公司這兩種較為典型的資合公司。

- (1) **資本確定原則和授權資本制**——資本確定原則，又稱法定資本制，是指設立公司時，不僅應在公司章程中記載註冊資本額，而且所記載的金額應全部收足，公司才能成立的原則。其目的，在於防止空殼公司或皮包公司的設立，使公司在成立之初就有必要的營運資金，並擔保債務的履行。根據中國1993年《公司法》第78條、第84條第3款、第90條和第93條的規定，設立有限公司和股份公司，均應在繳足出資或股款、並經法定的驗資機構驗資後，才能向公司登記機關申請設立登記；但如前所述，2005年修訂的《公司法》僅對募集設立的股份公司實行嚴格的法定資本制。

由大陸法系確立的這一原則的弊端在於，公司章程中規定的資本額在實踐中往往不容易、也不必在公司成立時全部認足繳清，嚴格貫徹該原則，可能導致籌資過程中資金閒置及公司不能及時成立的不利後果，影響經濟效率；況且，公司成立時的資產不等於公司實際資產，公司的償債能力也不應取決於公司帳面資產，公司資本或淨資產對應的可能是收不回的債權、滯銷商品等。中國原來對內資企業實施資本確定原則的實踐證明，由於設立公司的門檻高且實行資本確定原則的成本過大，使得該原則實際

上被當事人規避了，而其規避也是有成本的，結果是該原則的優點並未充分發揮，卻增加了設立公司的成本。

授權資本制，又稱資本授權原則，是指公司只要在章程中記載註冊資本額和設立時發行的股本或股份額，股東不必認足或繳足全部註冊資本，公司即可成立的原則。未發行或未繳足部分的股本，允許公司或股東於公司成立後發行或繳足。

授權資本制是英美法系國家實行的原則。改革開放之初借鑒香港的做法制定的《中外合資經營企業法》，即借鑒了英美法系的做法，在股東出資方面採取了授權資本制。授權資本制的好處在於成立公司的成本很低，相對來說股東的風險也較小，因此成立公司是非常容易的事情，鼓勵了投資；其弊端也正是因此而引起的：因為註冊資本僅僅是名義上的，則為註冊空殼公司或皮包公司提供了方便，可能會影響社會交易的安全。

鑒於資本確定原則和授權資本制各自的弊端，德國、日本等大陸法系國家修正資本確定原則，實行了折衷授權資本制，即在公司章程中規定註冊資本額或公司發行股份的總數，或同時規定第一次發行的股本或股份數，在認足、繳足一定比例的股本後，公司即可成立；第一次認繳、繳付的股本與授權股本總額的差額，可以根據實際需要於公司成立後逐漸補足的原則和制度。這一原則，既放鬆了對公司設立的資本要求，又可保證公司於成立時實際擁有必要的資本，值得借鑒。雖然迄今中國還沒有完全採納這種制度，但如前所述，2005年修訂的《公司法》已經更接近這種制度了。

- (2) 資本維持原則——資本維持原則，又稱“資本充實原則”或“資本約束原則”，是指法律要求公司成立後儘量維持與其註冊資本或發行資本相當的資產。其宗旨，在於保護債權人的利益和社會交易的安全。

《公司法》第15條規定，公司可以向其他企業投資，但是除法律另有規定外，不得成為對所投資企業的債務承擔連帶責任的出資人；第36條規定，公司在成立後，股東不得抽逃出資；第92條規定，股份公司的發起人和認股人在繳付了認購股份的出資後，除公司不能成立外，不得抽回其股本；第128條規定，股票發行的價格不得低於票面金額；第143條第1款規定，公司一般不得收購本公司的股份；第167條規定，公司應當依法提取法定公積金，在未以公積金或當年利潤彌補虧損之前，不得向股東分配利潤等等。這些規定都體現了資本維持的原則。大陸法系和英美法系都實行資本維持原則。

- (3) 資本不變原則——資本不變原則，是指公司的註冊資本或資本金確定以後，非依法定程序，不得任意減少或增加。公司隨意減少資本，固然會損害債權人和社會的利益；而公司不必要地任意增加資本，減少了可供向股東分配的利潤，則會損害股東的利益。

這也是各國公司法通行的原則。根據《公司法》第38條、第100條的規定，公司註冊資本的變動，須經股東（大）會表決並由公司登記機關進行變更登記。

1.5 公司董事、監事、高級管理人員的任職資格及義務

1.5.1 公司董事、監事、高級管理人員的任職資格

隨着市場化改革的深化，中國公司的經營管理人員的選任正日益脫離黨政機關的直接操作和直接控制，因此在法律上規定公司董事、監事和高級管理人員的任職資格，就愈益顯示出其必要性。

《公司法》第147條、第70條和第118條第3款對董事、監事和高級管理人員的任職資格作了規定。

第一百四十七條

有下列情形之一的，不得擔任公司的董事、監事、高級管理人員：

- （一）無民事行為能力或者限制民事行為能力；
- （二）因犯有貪污、賄賂、侵佔財產、挪用財產罪或者破壞社會經濟秩序罪，被判處刑罰，執行期滿未逾五年，或者因犯罪被剝奪政治權利，執行期滿未逾五年；
- （三）擔任因經營不善破產清算的公司、企業的董事或者廠長、經理，並對該公司、企業的破產負有個人責任的，自該公司、企業破產清算完結之日起未逾三年；
- （四）擔任因違法被吊銷營業執照的公司、企業的法定代表人，並負有個人責任的，自該公司、企業被吊銷營業執照之日起未逾三年；
- （五）個人所負數額較大的債務到期未清償。

公司違反前款規定選舉、委派董事、監事或者聘任高級管理人員的，該選舉、委派或者聘任無效。董事、監事、高級管理人員在任職期間出現本條第1款所列情形的，公司應當解除其職務。

第七十條

國有獨資公司的董事長、副董事長、董事、高級管理人員，未經國有資產監督管理機構的同意，不得在其他有限責任公司、股份有限公司或者其他經營組織兼職。

第一百一十八條

……

董事、高級管理人員不得兼任監事。

《公司法》（2006）

1.5.2 董事、監事和高級管理人員的義務

公司法學說把董事的義務概括為忠實和善良管理兩個方面。英美法和大陸法關於董事義務具有不同的基礎。英美法根據信託法原理，認為董事和公司高級職員的義務來源於其受託人的地位，屬於信託義務（fiduciary duty）；而大陸法系則根據委任原理，認為董事相當於委託代理人，應承擔受託人的義務。大陸法的相應理論和實踐容易導致偏離“所有者支配”之現代企業制度精髓，令企業為內部人控制而喪失動力、活力和進取精神，因此大陸法系近來也向英美法系看齊而採取了一系列企業改革措施。

《公司法》將董事、監事和高級管理人員的義務一併規定，蘊涵着大陸法系的委任原理；但在實踐操作中，則受香港和美國的影響，基本上接受了董事在對具體股東負責的基礎上從事公司決策、慣例的英美法的理念和做法，這樣有利於在企業公司中引入不同利益主體較量基礎上的合作和制約監督。當然，毋庸置疑的是，由於中國受市場經濟的薰陶尚少，公司董事對股東、高級管理人員對董事會的信託義務遠未達到英美法公司的境界，改革仍任重道遠。

中國1993年《公司法》具體規定了董事、監事和經理的忠實義務，2005年修訂後，則將董事、監事和高級管理人員對公司的義務規定為忠實義務和勤勉義務。2005年修訂的《公司法》在第148條第2款和第149條集中規定了董事、監事和高級管理人員的忠實義務。

所謂善良管理義務（即中國《公司法》規定的勤勉義務），是指董事等應當在職務行為中像一個具有相當學識和經驗的人那樣善意、謹慎地處理事務。這是衡量董事等是否盡職及在履行職務中有無過錯的客觀、抽象的標準，而不問行為人的具體能力、條件及其處理事務時通常的注意程度如何。《公司法》第151條的規定可以看作勤勉義務的一個要求。

第一百五十一條

股東會或者股東大會要求董事、監事、高級管理人員列席會議的，董事、監事、高級管理人員應當列席並接受股東的質詢。董事、高級管理人員應當如實向監事會或者不設監事會的有限責任公司的監事提供有關情況和資料，不得妨礙監事會或者監事行使職權。

《公司法》（2006）

2. 有限責任公司制度

有限責任公司的設立簡單、運作方便，又具備法人企業的各種要素，因而成為現代企業的主要形式之一。作為中國改革開放標誌的中外合資經營企業、中外合作經營企業和外資企業等多採取有限公司的形式。有限公司也是中國國有企業在現代企業建設中實行股份制改革的首選公司形式，自然人投資經營的有限公司在中國也日益普遍。

有限公司和股份公司在股東及其地位、權利義務，設立和出資，組織機構，運作機制等方面具有諸多共性，難以截然區分。因此，本部分的內容除為有限公司所特有或文中特別指明者外，對於股份公司也是適用的。

2.1 有限公司的設立

2.1.1 有限公司設立的條件

《公司法》第23條對有限公司設立的條件作了規定。

第二十三條

設立有限責任公司，應當具備下列條件：

- (一) 股東符合法定人數；
- (二) 股東出資達到法定資本最低限額；
- (三) 股東共同制定公司章程；
- (四) 有公司名稱，建立符合有限責任公司要求的組織機構；
- (五) 有公司住所。

《公司法》(2006)

根據《公司法》第24條的規定，有限公司的股東一般是50人以下。另外，《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《外資企業法》沒有對股東人數作硬性規定。設立有限公司時，不但股東人數要合乎要求，而且欲成為股東者還要具備法定資格。

就自然人股東而言，一般應具有民事權利能力和完全民事行為能力；但在發生繼承的情況下，無民事行為能力人和限制行為能力人也可以做股東，並由其法定代理人代為行使股東權。另外，自然人作為公司股東者，不得違反法律、法規和黨紀政紀有關禁止黨政幹部或其子女經商辦企業的規定。

關於法人或團體，除法律法規和中共中央、國務院明令禁止不得開辦公司的以外，皆可成為公司股東。國家作為有限公司或股份公司的股東時，須由具體的主體來行使對國有資產的所有權和國有股份的股權或所有權，故《公司法》規定是由國務院或者地方人民政府授權本級人民政府國有資產監督管理機構履行出資人職責，其投資來源則為國家財政撥款或者以政府名義或財政名義籌集的資金。外國的公司、組織或機構以及個人依法也可成為中國公司的股東。

股東的出資數額要達到法定資本最低限額，這是設立有限公司的第二個條件。對此《公司法》第26條作了規定（見本章第一節所引用）。

所謂法律、行政法規對有限責任公司註冊資本的最低限額另有特別規定的，如根據《中華人民共和國商業銀行法》的規定，商業銀行無論採取何種公司形式，包括有限責任公司和股份有限公司，其註冊資本最低限額為10億元；《中華人民共和國保險法》則規定，設立保險公司（國有獨資有限公司或股份公司）的，其註冊資本最低限額為人民幣2億元等等。

設立有限公司的第三個條件是股東共同制定公司章程。章程被稱為公司的“小憲法”，是關於股東之間的權利義務關係、公司機關及其運作等諸多問題的規定，對股東、公司、董事、監事等以至高級管理人員都有約束力。公司章程中所應包含的內容，由《公司法》第25條作了規定。

第二十五條 有限責任公司章程應當載明下列事項：

- (一) 公司名稱和住所；
- (二) 公司經營範圍；
- (三) 公司註冊資本；
- (四) 股東的姓名或者名稱；
- (五) 股東的出資方式、出資額和出資時間；
- (六) 公司的機構及其產生辦法、職權、議事規則；
- (七) 公司法定代表人；
- (八) 股東會會議認為需要規定的其他事項。

股東應當在公司章程上簽名、蓋章。

《公司法》(2006)

“有公司名稱，建立符合有限責任公司要求的組織機構”，是《公司法》對設立有限公司的另一個要求。公司的名稱是表明公司的主體地位和法律人格的標誌，而公司的名稱權則既是人格權（含有名譽權、榮譽權等內容），同時又是知識產權。公司的名稱要經過登記主管機關登記註冊後方可使用，在規定的範圍內（一般是登記主管機關所管轄的行政區域內，並同時須是在所登記的行業範圍內）享有專用權。

有限公司的組織機構包括股東會、董事會、監事會等，但由於有限公司的具體形式、股東人數、經營規模、資本來源不同，法律、法規要求其建立的組織機構也不盡一致。那些股東人數較少和規模較小的有限公司，可以只設一名執行董事而不設董事會，也可以只設一至二名監事而不設監事會。又如，國有獨資公司的股東是單一的，故不設股東會；而中外合資、中外合作和外資的有限公司則依法不設股東會和監事會。

2.1.2 有限公司設立的程序

有限公司的設立程序較為簡單，其基本程序為訂立股東協議、制訂公司章程、須申報政府主管部門批准的則履行報批手續、股東認繳及繳付出資、申請設立登記等。

設立公司的第一步，是訂立股東協議，即股東就擬設公司的主要事宜達成協議。在《中外合資經營企業法》和《中外合作經營企業法》中，股東協議被稱為中外合資經營企業合同和中外合作經營企業合同。單一股東的有限公司如國有獨資公司和外商獨資有限公司的設立，不存在訂立股東協議的問題。股東協議成立後，由全體股東制訂並簽署公司章程。

設立有限公司原則上不需要事先報政府審批，法律、行政法規規定必須報經審批的，則在公司申請設立登記前應依法辦理審批手續。如設立外商投資的有限公司的，必須經商務部門審批，批准後發給批准證書。

《公司法》第28條規定：“股東應當按期足額繳納公司章程中規定的各自所認繳的出資額。股東以貨幣出資的，應當將貨幣出資足額存入有限責任公司在銀行開設的帳戶；以非貨幣財產出資的，應當依法辦理其財產權的轉移手續。股東不按照前款規定繳納出資的，除應當向公司足額繳納外，還應當向已按期足額繳納出資的股東承擔違約責任。”中國對外商投資的有限責任公司在繳付出資方面實行授權資本制，公司設立時，股東不必繳納或足額繳納其認繳的出資。認繳和繳付出資之後，要由股東等選舉或確定公司的機關，辦理公司設立登記。

2.2 有限公司股東的出資及轉讓

2.2.1 有限公司股東的出資義務及其履行

《公司法》對有限公司股東的出資比例沒有明確規定，而《中外合資經營企業法》則規定，在合營企業的註冊資本中，外國合營者的投資比例一般不低於百分之二十五，否則該公司不得享受外商投資企業的優惠待遇，以盡可能吸引外商投資。根據國際上通行的做法，各國一般要根據其市場開放或准入的程度及相應的政策法規，在諸如電信、銀行、保險、運輸等對國民經濟影響較大的行業，限制外國資本在公司、企業中的份額，對此中國也不例外。如根據1996年國務院批准、原對外貿易經濟合作部發佈的《關於設立中外合資對外貿易公司試點暫行辦法》第3條的規定，合資外貿有限公司的註冊資本中，中方所佔比例不得低於百分之五十一，而且法定代表人應由中方委派。股東的出資形式，既可以是貨幣，也可以是實物、工業產權、非專利技術、土地使用權等。

《公司法》對有限責任公司和股份有限公司均要求在公司設立時，股東應當按其承諾的比例（募集設立的股份公司須是全額）繳納各自所認繳的出資額或股款。《中外合資企業法》及相關法律、法規，也允許外商投資有限責任公司的股東在公司成立後一次或分期繳清所認繳的出資，即：合營企業合同約定一次繳納出資的，合營各方應當在營業執照簽發之日起6個月內繳清出資；合同約定分期繳納出資的，合營各方的第一期出資，都不得低於所認繳出資額的百分之十五，並且應當在營業執照簽發之日起3個月內繳清；對通過收購內資企業設立外商投資企業的外方投資者，應自外商投資企業營業執照頒發之日起3個月內支付全部購買金；對特殊情況需延長支付者，經審批機關批准後，應自營業執照頒發之日起6個月內支付購買總金額的百分之六十以上，在1年內付清全部購買金，並按實際繳付的出資額的比例分配收益。控股股東在付清全部購買金之前，不得取得企業的決策權，不得將其在企業中的權益、資產以合併報表的方式納入該投資者的財務報表。合營各方如到期未繳納出資，合營企業自動解散，合營企業批准證書自動失效；合營一方未按期繳納出資的，則構成違約，守約方應當催告違約方在1個月內繳付或繳清出資，並有權請求違約方賠償因此而造成的損失。《公司法》第28條也規定，股東不按規定足額繳納所認繳的出資的，除應當向公司足額繳納外，還應當向已按期足額繳納出資的股東承擔違約責任。有限責任公司成立後，如果發現作為出資的實物、工業產權、非專利技術、土地使用權的實際份額顯著低於公司章程所定價額的，應當由交付該出資的股東補交其差額，公司設立時的其他股東，對此應負資本填補的連帶責任。

原對外貿易經濟合作部、國家工商局1997年發佈《〈中外合資經營企業合營各方出資的若干規定〉的補充規定》，按國際慣例進一步作出規定，中外合資、合作和外商獨資有限公司的股東應按合同規定的比例和期限同步繳付認繳的出資額，因特殊情況不能同步繳付的，應報原審批機構批准，並按實際繳付的出資額比例分配收益。控股（包括相對控股）股東在其實際繳付的出資額未達到其認繳的全部出資額之前，不能取得企業的決策權，不得將其在企業中的權益、資產以合併報表的方式納入該投資者的財務報表。

有限公司成立後，應當向股東簽發出資證明書。出資證明書是確定並記載股東與公司這兩個主體之間發生投資與被投資關係的憑證及法律形式，一方面它證明公司設立人已經履行了繳付所認繳出資的義務，已經成為該有限公司的股東；另一方面，股東依據出資證明書記載的事項享有相應的權利，並承擔相應的義務和責任。

2.2.2 有限公司股東出資的轉讓

大陸法系國家的法律對有限公司股東出資的轉讓都有限制，而英美法系對非開放公司也有同樣限制。通常而言，法律對向其他股東轉讓出資的限制較鬆，而向非股東轉讓出資則限制較嚴。

與1993年《公司法》第35條的規定相比，2006年《公司法》第三章“有限責任公司的股權轉讓”的規定更為具體和具有更強的操作性。

第七十二條 有限責任公司的股東之間可以相互轉讓其全部或者部分股權

股東向股東以外的人轉讓股權，應當經其他股東過半數同意。股東應就其股權轉讓事項書面通知其他股東徵求同意，其他股東自接到書面通知之日起滿30日未答覆的，視為同意轉讓。其他股東半數以上不同意轉讓的，不同意的股東應當購買該轉讓的股權；不購買的，視為同意轉讓。經股東同意轉讓的股權，在同等條件下，其他股東有優先購買權。兩個以上股東主張行使優先購買權的，協商確定各自的購買比例；協商不成的，按照轉讓時各自的出資比例行使優先購買權。公司章程對股權轉讓另有規定的，從其規定。

《公司法》（2006）

2.3 有限公司的組織結構

2.3.1 有限公司的股東會

有限公司的股東會是依照公司法和公司章程的規定，由全體股東組成的、對公司經營管理、各種涉及股東和公司利益的事宜擁有最高決策權的公司權力機構。

公司股東依法享有的權利在法學上被分為共益權和自益權。所謂共益權，是指參加公司決策和管理的權利；而自益權是指股東依據其出資而在經濟上享有的權利。其中，共益權包括：參加股東會並根據出資份額享有表決權，了解公司經營狀況和財務狀況，選舉和被選舉為董事會成員、監事會成員，及依法律和公司章程應該享有的其他共益權。股東的自益權包括：依法獲取股利，依據法律和公司章程轉讓出資，優先購買其他股東轉讓的出資，優先認購公司新增的註冊資本，公司終止後依法分得公司剩餘財產，依法律和公司章程應該享有的其他自益權。

有限公司股東在享受上述權利的同時也要承擔如下義務：足額繳納其所認繳的出資，依其出資額對公司的債務負責並承擔風險，公司辦理登記後不得抽回投資等。

由全體股東組成的股東會是有限公司的機關之一，並作為整體享有相應的權力。《公司法》第38條對股東會的職權作了列舉式規定。

第三十八條 股東會行使下列職權：

- （一） 決定公司的經營方針和投資計劃；
- （二） 選舉和更換非由職工代表擔任的董事、監事，決定有關董事、監事的報酬事項；
- （三） 審議批准董事會的報告；
- （四） 審議批准監事會或者監事的報告；
- （五） 審議批准公司的年度財務預算方案、決算方案；
- （六） 審議批准公司的利潤分配方案和彌補虧損方案；
- （七） 對公司增加或者減少註冊資本作出決議；
- （八） 對發行公司債券作出決議；
- （九） 對公司合併、分立、解散、清算或者變更公司形式作出決議；
- （十） 修改公司章程；
- （十一） 公司章程規定的其他職權。

對前款所列事項股東以書面形式一致表示同意的，可以不召開股東會會議，直接作出決定，並由全體股東在決定文件上簽名、蓋章。

《公司法》（2006）

股東會的會議分為定期會議和臨時會議，二者的許可權並無不同。股東會會議的表決方式和程序，除公司法另有規定的以外，由公司章程規定。但根據《公司法》第44條第2款的規定，以下事項必須有代表三分之二以上表決權的股東同意才能作出決議：

- (1) 公司增加或者減少註冊資本；
- (2) 公司分立；
- (3) 公司合併；
- (4) 公司解散；
- (5) 公司變更形式；
- (6) 修改公司章程；章程中規定的這些事項的表決方式，不得低於法律規定的三分之二以上表決權的多數通過，但可高於這一比例。實踐中有許多有限公司的章程規定，對這些事項必須由全體股東一致同意，方可作出決議。

2.3.2 有限公司的董事會

董事會是公司的經營決策機關。董事會是由股東會選舉產生的董事和由其他方式產生的董事組成的領導集體，向股東會負責。董事會執行股東會決議，負責公司的日常經營決策。

董事既可以由股東擔任，也可由非股東擔任，既可以是自然人，也可以是法人。法人擔任董事時，必須指定一名具有完全民事行為能力的自然人作為其代表或代理人參加董事會。董事會的成員為3人至13人，並且兩個以上的國有企業或者其他兩個以上的國有投資主體投資設立的有限責任公司，其董事會成員中應當有公司職工代表。董事會中的職工代表由公司職工民主選舉產生。董事會設董事長一人，可以設副董事長。董事長、副董事長的產生辦法由公司章程規定。公司法定代表人依照公司章程的規定，由董事長、執行董事或者經理擔任，並依法登記。公司法定代表人變更，應當辦理變更登記。規模較小和股東人數較少的有限公司可以不設董事會而只設一名執行董事，在此情況下，則董事會的職權由執行董事享有。

第四十七條 董事會對股東會負責，行使下列職權：

- (一) 負責召集股東會會議，並向股東會報告工作；
- (二) 執行股東會的決議；
- (三) 決定公司的經營計劃和投資方案；
- (四) 制訂公司的年度財務預算方案、決算方案；
- (五) 制訂公司的利潤分配方案和彌補虧損方案；
- (六) 制訂公司增加或者減少註冊資本以及發行公司債券的方案；
- (七) 制訂公司合併、分立、變更公司形式、解散的方案；
- (八) 決定公司內部管理機構的設置；
- (九) 決定聘任或者解聘公司經理及其報酬事項，並根據經理的提名決定聘任或者解聘公司副經理、財務負責人及其報酬事項；
- (十) 制定公司的基本管理制度。
- (十一) 公司章程規定的其他職權。

《公司法》(2006)

《公司法》第47條對董事會的職權作了列舉式規定。

《公司法》對於股東會、董事會、監事會和經理等公司機關的職權作列舉性規定是有缺陷的，因為列舉式的規定無法窮盡各機構的各種職權、職責，在公有制下普遍缺乏所有者利益的激勵和制約（即所謂“老闆不到位”）的情況下，這樣只能使權力向內部人轉移，而不像在私有制主導的情況下，列舉不明即意味着由所有者也即董事會或大股東決定。

另外，根據《中外合資經營企業法》的規定和實踐中的做法，中外合資經營、中外合作經營和外資的有限公司不設股東會，而由董事會作為公司的權力機關，此時董事會具有權力機關和經營決策機關的雙重性質。

董事會會議由董事長召集和主持；董事長不能履行職務或者不履行職務的，由副董事長主持；副董事長不能履行職務或者不履行職務的，由半數以上董事共同推舉一名董事主持。有限責任公司不設董事會的，股東會會議由執行董事召集和主持。董事會的議事方式和表決程序，除公司法有規定的以外，由公司章程規定。董事會應當對所議事項的決定作成會議記錄，出席會議的董事應當在會議記錄上簽名。

2.3.3 有限公司的經理

依發達國家的通行做法，公司法中對經理不作規定，因為經理只是僱員或公司任意設置的輔助業務執行機關，而董事會是公司的常設業務執行機構，它既負責作出經營決策又負責實際的經營管理活動。中國《公司法》規定有限公司可以設經理，是把經理作為公司機關來對待的。這樣做，有利於明確經理與董事（尤其是董事長）和董事會的關係，是由中國在公有制條件下，董事、經理之間不存在天然的老闆與僱員之間的關係，他們實質上都是公有主體或公有財產的“委託代理人”的情況決定的。

經理的職權由《公司法》第50條作了規定。

第五十條 有限責任公司可以設經理，由董事會決定聘任或者解聘。經理對董事會負責，行使下列職權：

- （一）主持公司的生產經營管理工作，組織實施董事會決議；
- （二）組織實施公司年度經營計劃和投資方案；
- （三）擬訂公司內部管理機構設置方案；
- （四）擬訂公司的基本管理制度；
- （五）制定公司的具體規章；
- （六）提請聘任或者解聘公司副經理、財務負責人；
- （七）決定聘任或者解聘除應由董事會決定聘任或者解聘以外的負責管理人員；
- （八）董事會授予的其他職權。

公司章程對經理職權另有規定的，從其規定。經理列席董事會會議。

《公司法》（2006）

2.3.4 有限公司的監事會

從外國的情況來看，法律上一般不把監事會或其他形式的內部監察機關規定為有限公司的必備機關，而是授權股東在章程中自行決定是否設監察機關；英美法系的公司則一律不設專門

的監督機關。在此意義上，把監事會作為有限公司的常設、必備機關也是具有“中國特色”的，這與《公司法》最初主要是為國有企業改革而出台、服務的歷史背景有關。

依據《公司法》，監事會是依法由股東會選舉或以其他方式產生監事會會員、負責對公司董事及其附屬機關的活動實行監督的機構。監事會是公司的常設機構，代表股東和職工行使監督職能。規模較小和股東人數較少的公司可以只設1至2名監事而不設監事會。監事會的職權既包括財務監督，也包括經營監督，《公司法》對此做了具體規定。

第五十四條 監事會、不設監事會的公司監事行使下列職權：

- (一) 檢查公司財務；
- (二) 對董事、高級管理人員執行公司職務的行為進行監督，對違反法律、行政法規、公司章程或者股東會決議的董事、高級管理人員提出罷免的建議；
- (三) 當董事、高級管理人員的行為損害公司的利益時，要求董事、高級管理人員予以糾正；
- (四) 提議召開臨時股東會會議，在董事會不履行本法規定的召集和主持股東會會議職責時召集和主持股東會會議；
- (五) 向股東會會議提出提案；
- (六) 依照本法第152條的規定，對董事、高級管理人員提起訴訟；
- (七) 公司章程規定的其他職權。

《公司法》（2006）

3. 股份有限公司制度

一般而言，與有限責任公司相比，股份有限公司具有更強的資合性和社會性，中國的許多大中型國有企業在改革開放中組建為股份有限公司，其中的一些在國內外上市，成為國民經濟的中堅力量。在公司設立、股本設置及其轉讓方面，股份公司較之有限公司也更具技術性且較為複雜。

3.1 股份有限公司的設立

3.1.1 股份有限公司的設立條件

《公司法》第77條規定了股份有限公司的設立條件。

第七十七條 設立股份有限公司，應當具備下列條件：

- (一) 發起人符合法定人數；
- (二) 發起人認購和募集的股本達到法定資本最低限額；
- (三) 股份發行、籌辦事項符合法律規定；
- (四) 發起人制訂公司章程，採用募集方式設立的經創立大會通過；
- (五) 有公司名稱，建立符合股份有限公司要求的組織機構；
- (六) 有公司住所。

《公司法》（2006）

就人的條件而言，根據《公司法》第79條的規定，設立股份公司，應當有2人以上200人以下為發起人，其中須有過半數的發起人在中國境內有住所。

發起人是設立中的公司機關，其對外代表設立中的公司，對內履行公司設立行為。發起人可以是自然人，也可以是法人。所謂在中國境內有住所，就中國公民而言，是指其戶籍所在地或者經常居住地在中國境內；就外國公民而言，是指其經常居住地在中國境內；就法人而言，是指其依據中華人民共和國的法律在中國境內登記成立。

就資本條件而言，中國公司法也採用了大陸法系國家對公司資本規定最低限額的一般做法。

《公司法》第81條規定，股份有限公司採取發起設立方式設立的，註冊資本為在公司登記機關登記的全體發起人認購的股本總額。公司全體發起人的首次出資額不得低於註冊資本的百分之二十，其餘部分由發起人自公司成立之日起兩年內繳足；其中，投資公司可以在五年內繳足。在繳足前，不得向他人募集股份；股份有限公司採取募集方式設立的，註冊資本為在公司登記機關登記的實收股本總額；股份有限公司註冊資本的最低限額為人民幣500萬元。法律、行政法規對股份有限公司註冊資本的最低限額有較高規定的，從其規定。

股份發行、籌辦事項符合法律規定，是股份公司設立須具備的第三個條件。如發起人應依法籌劃公司發行股份事宜並依法認購公司發行的股份；募集設立的公司，其章程要經過創立大會通過；有公司名稱，建立符合股份有限公司要求的組織機構等。

3.1.2 股份有限公司的設立程序

股份公司的設立方式包括發起設立和募集設立。發起設立是指由發起人購買所發行的全部股份的設立方式；募集設立是指由發起人購買所發行的部分股份、其餘股份向社會公開發行的設立方式。發起設立的程序與有限公司的設立方式基本相同，而募集設立的程序則較為複雜。

發起設立的程序包括：

- (1) 由發起人訂立發起人協議，其性質和內容與設立有限公司的股東協議基本相同。
- (2) 發起人共同制訂公司章程。
- (3) 國有企業作為發起人的，與其根據《公司法》設立有限公司一樣，必須依法界定產權，進行國有資產評估。
- (4) 發起人以書面形式認繳公司章程規定發行的全部股份。
- (5) 發起人繳納其依據股東協議所應繳納的股款。
- (6) 發起人選舉董事和監事，組成董事會和監事會。
- (7) 申請設立登記。與有限公司一樣，股份公司的公司營業執照簽發日期為其成立日期。

募集設立程序的前三步與發起設立的前三步是一樣的，所不同的是後面的步驟，即：

- (1) 由發起人和社會公眾分別認購法律和公司章程規定的股份——根據《公司法》第85條的規定，以募集設立方式設立股份有限公司的，發起人認購的股份不得少於公司股份總數的百分之三十五；但是，法律、行政法規另有規定的，從其規定。公開募集股份必須先經國務院證券管理部門核准，然後制訂公開招股說明書，並由證券承銷機構承銷發行的股份。
- (2) 發起人和社會公眾繳納所認購的全部股份——發行股份的股款繳足後，必須經法定的驗資機構驗資並出具證明。

- (3) 發起人應當在發行股份的股款繳足、由法定的驗資機構驗資並出具證明後的30日內召開公司創立大會——創立大會由全體認股人組成，相當於擬設公司的第一次“股東大會”。創立大會的任務是討論與公司設立有關的重大事項，包括決定公司最終是否登記設立等。創立大會的職權由《公司法》第91條作了具體規定。發行的股份超過招股說明書規定的截止期限尚未募足的，或者發行股份的股款繳足後，發起人在30日內未召開創立大會的，認股人可以按照所繳股款並加算銀行同期存款利息，要求發起人返還。
- (4) 申請設立登記。

第九十一條

發起人應當在創立大會召開15日前將會議日期通知各認股人或者予以公告。創立大會應有代表股份總數二分之一以上的認股人出席，方可舉行。

創立大會行使下列職權：

- (一) 審議發起人關於公司籌辦情況的報告；
- (二) 通過公司章程；
- (三) 選舉董事會成員；
- (四) 選舉監事會成員；
- (五) 對公司的設立費用進行審核；
- (六) 對發起人用於抵作股款的財產的作價進行審核；
- (七) 發生不可抗力或者經營條件發生重大變化直接影響公司設立的，可以作出不設立公司的決議。

創立大會對前款所列事項作出決議，必須經出席會議的認股人所持表決權的半數以上通過。

《公司法》（2006）

股份公司成立後，應當進行公告。採取募集方式設立的，應當將募集股份情況報國務院證券管理部門備案。

3.2 股份和股票

3.2.1 股份和股票的分類

股份是股份公司的基本構成單位，公司的股份總數乘以每股金額，即構成公司股本總額；同時股東以其所持股份數來確定其在公司中權利義務的大小，因此股份又是股東權或股東地位的表現形式。股票是股份公司簽發的證明股東所持股份的憑證，是股份的表現形式，是資本證券化的一種形式。

股票是股份的表現形式，因此股票的類型與股份的類型是一致的。根據不同的標準，股份和股票可以被分為不同的類型。在發達國家，股票和股份的設置最大限度地聽由當事人意思自治；而在中國企業改制、證券市場乃至整個經濟體制都是由政府主導的情況下，股份和股票的種類也是由法律和政府直接規定的。

- (1) 記名股和不記名股——在股票上記載股東姓名或者名稱的股份是記名股；否則是不記名股。《公司法》第130條對記名股和不記名股作了具體規定。

第一百三十條

公司發行的股票，可以為記名股票，也可以為無記名股票。公司向發起人、法人發行的股票，應當為記名股票，並應當記載該發起人、法人的名稱或者姓名，不得另立戶名或者以代表人姓名記名。

《公司法》（2006）

- (2) 額面股和無額面股——額面股是規定每股股份的金額或在股票上標明金額的股份，無額面股是指不規定每股金額或者在股票上不標明金額的股份。《公司法》目前僅規定了額面股，迄今也不允許發行無額面股。
- (3) 普通股和特別股——普通股是股份公司發行的標準股份或股票。持有普通股的股東，根據法律或公司章程的一般規定享有權利，承擔義務，不享有或承擔特別的權利義務。特別股是其所代表的權利義務大於或小於普通股的股份或股票，包括後配股和優先股兩類，在公司利潤和剩餘財產分配方面或劣後於普通股股東，或優先於普通股股東，優先股股東通常不具有對公司事務的表決權。

中國的《公司法》沒有具體規定優先股和後配股。但《公司法》第132條的規定為股份公司設置這兩種股份提供了可能。

第一百三十二條

國務院可以對公司發行本法規定的股票以外的其他種類的股票，另行作出規定。

《公司法》（2006）

- (4) 國家股、法人股、個人股和外資股——國家股是指有權代表國家投資的部門或機構向公司出資或依法取得的股份，由國務院授權的部門或者機構，或者根據國務院的決定由地方政府授權的部門或者機構持有，並委派股權代表。
- 法人股是指具有法人資格的企事業單位和社會團體向公司出資或依法取得的股份。國家股和國有法人股統稱為國有股。之所以區分國有股和非國有股，是因為固然國有股與其他類型的股份應該同股同權、同股同利，但由於國有股涉及國有資產管理以及國有企業在公有制條件下實行公司制時國家與企業的關係問題，故需專門管理。對於國有股的管理、流通和經營責任問題，中國目前尚處於探討之中。
- 個人股包括兩種，一種是社會公眾股；另一種是本公司內部職工股。內部職工股的股權憑證為股權證而非股票，只限在公司內部職工之間轉讓，不得向本公司以外的人轉讓，不得上市流通。社會公眾個人股和法人股作為人民幣普通股，依法在證券交易所交易和流通、限於境內自然人和法人買賣的，稱為A股。

外資股是指外國和港澳台地區的企業、其他組織或個人向准許外商投資的公司投資而形成的股份。其中又分為人民幣特種股和境外上市外資股兩種。人民幣特種股又稱B股，是指以人民幣標明股票面值，在境內發行或上市，供外國和港澳台地區的投資者、境內居民個人和定居國外的中國公民以外幣認購和進行交易的股份或股票。B股原不允許境內居民購買，2001年經國務院批准，允許境內居民個人以合法持有的外匯從事B股交易，但仍不允許境內機構投資者參與交易。境外上市外資股是指經批准可以向境外特定或非特定的投資者募股的公司，在境外發行並可在境外上市，以人民幣標明面值，以外幣認購和買賣的股份或股票，包括但不限於H股（在香港上市的股票）、N股（在紐約上市的股票）、S股（在新加坡上市的股票）等。

3.2.2 股份和股票的發行

股份或股票的發行分為兩種情況：一種是經批准擬設立的股份公司初次發行股份或股票，為了公司成立而籌措股本，這是股份公司設立的必要條件和必經程序；另一種是已經成立的股份公司，為了增加公司的資本或股本而發行新股。

股票或股份發行的原則，被概括為“三公”原則，即公開、公平、公正原則。

第一百二十七條

股份的發行，實行公平、公正的原則，同種類的每一股份應當具有同等權利。同次發行的同種類股票，每股的發行條件和價格應當相同；任何單位或者個人所認購的股份，每股應當支付相同價額。

《公司法》（2006）

公開原則是指公司發行股份或股票時，應當將有關發行情況和公司的基本情況向社會公開，以保護投資者和社會公眾的利益。同股同權、同股同利是公平原則的要求，而“同次發行的股票，每股的發行條件和價格應當相同。任何單位或者個人所認購的股份，每股應當支付相同價額”的規定也是公平原則應包含的意義。公正原則是指在股份或股票的發行中禁止內幕交易、欺詐等不公正行為，發行人和證券監督管理部門對投資者要一視同仁，公平對待。

2001年原對外貿易經濟合作部發佈了《對外貿易經濟合作部辦公廳關於外商投資股份有限公司有關問題的通知》，允許按規定的條件和程序設立或改制、符合外商投資產業政策的外商投資股份有限公司申請發行A股或B股，並允許上市。這也可以說是公平、公正原則的一個體現。

股份或股票發行的價格，可以按照票面金額，也可以超過票面金額，但不得低於票面金額，這是資本確定原則和資本維持原則所決定的。

公司發行新股，主要是為了增加資本，擴大公司資本的總量和規模。發行新股必須具備的條件，由《公司法》第135條作了規定。此外，證券監督管理部門和證券交易所還對新股發行作了種種具體規定，茲不贅述。

第一百三十五條

公司經國務院證券監督管理機構核准公開發行新股時，必須公告新股招股說明書和財務會計報告，並製作認股書。

本法第八十八條、第八十九條的規定適用於公司公開發行新股。

《公司法》（2006）

3.2.3 股份和股票的轉讓

股份或股票的轉讓一般不受限制，這是股份公司作為典型的資合公司和開放性公司的重要特點。但是股份的轉讓必須依法進行。具體而言，記名股票由股東以背書方式或者法律、行政法規規定的其他方式轉讓，並由公司將受讓人的姓名或者名稱及住所記載於股東名冊。股東大會召開前30日內或者公司決定分配股利的基準日前5日內，不得進行前款規定的股東名冊的變更登記。而無記名股票的轉讓，由股東在依法設立的證券交易場所將該股票交付給受讓人後即發生轉讓的效力。

除此以外，《公司法》等法律法規為了維持公司的正常運作，維持公司、股東、公眾和債權人的利益，特對股份公司的發起人、股東、董事、監事、高級管理人員及公司本身轉讓或買賣股份，作了一些特殊規定。

第一百四十二條

發起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年內不得轉讓。公司公開發行股份前已發行的股份，自公司股票在證券交易所上市交易之日起一年內不得轉讓。

公司董事、監事、高級管理人員應當向公司申報所持有的本公司的股份及其變動情況，在任職期間每年轉讓的股份不得超過其所持有本公司股份總數的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年內不得轉讓。上述人員離職後半年內，不得轉讓其所持有的本公司股份。公司章程可以對公司董事、監事、高級管理人員轉讓其所持有的本公司股份作出其他限制性規定。

第一百四十三條

公司不得收購本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：

- （一） 減少公司註冊資本；
- （二） 與持有本公司股份的其他公司合併；
- （三） 將股份獎勵給本公司職工；
- （四） 股東因對股東大會作出的公司合併、分立決議持異議，要求公司收購其股份的。

公司因前款第（一）項至第（三）項的原因收購本公司股份的，應當經股東大會決議。公司依照前款規定收購本公司股份後，屬於第（一）項情形的，應當自收購之日起十日內註銷；屬於第（二）項、第（四）項情形的，應當在六個月內轉讓或者註銷。

公司依照第一款第（三）項規定收購的本公司股份，不得超過本公司已發行股份總額的百分之五；用於收購的資金應當從公司的稅後利潤中支出；所收購的股份應當在一年內轉讓給職工。

公司不得接受本公司的股票作為質押權的標的。

《公司法》（2006）

3.3 股份公司的組織機構

3.3.1 股東大會

- (1) 股份公司的股東——股份公司的資合性是最為典型的，它不重視股東個人的信用，除法律另有規定外，其股份可以自由轉讓與買賣，因而股東的流動性很強，公司及其股東大會實際上被股東地位較為穩定的少數大股東所控制，廣大小股東尤其是公眾個人股東沒有條件、也沒有興趣出席公司的股東大會，難以在會上表達自己的意見及影響公司的決策，他們只關心自益權及相關的查閱、質詢權和訴權，以實現和維護自己的利益。

股份公司股東權利與有限公司的權利一樣，不外乎共益權和自益權，但由於大股東依據資本民主原則可以根據法律的實體和程序要求實現對公司的控制，故小股東的合法權益被肆意侵害的情況時有發生，如大股東與公司進行關聯交易而損害小股東利益、大股東拒不召開股東會、限制或阻礙小股東知悉公司經營狀況等。因此，在股份公司中，小股東利益的保護問題是一個很重要的問題。中國《公司法》關於小股東保護的指導思想和規定尚不如人意，仍然有待改善。

- (2) 股東大會的職權——與有限公司的股東會一樣，股份公司的股東大會是公司的權力機關。根據《公司法》第規定，股份公司股東大會的職權與有限公司股東會的職權相同。

股東大會的普通決議只須經出席會議的股東所持表決權的半數以上通過；而股東大會關於公司合併、分立或者解散公司等的特別決議，必須經出席會議的股東所持表決權的三分之二以上通過。《公司法》為大股東控制公司提供方便，對股東大會有效召開的法定人數未作規定，這樣似乎有利於公司經營和運作的穩定，但顯然不符合加強小股東保護的世界性趨勢，也不適應中國在企業改革中通過股東的合作、制約而健全股份公司法人治理結構的改革要求，應予以修正。

3.3.2 董事會

直至晚近出現保護小股東的趨勢，現代股份公司發展的主流是所謂“董事會中心主義”，也即強化大股東對公司的控制。中國《公司法》規定董事會為公司的執行和經營決策機構，對股東大會負責，但由於董事會為大股東所控制，事實上也是董事會中心主義；而在通過加強小股東保護來抑制董事會中心主義的弊端方面，中國的情況目前還不如人意。

《公司法》沒有規定法人不可以擔任股份公司的董事，實踐中確有法人董事——董事單位的概念，當然具體出席董事會的仍是代表或代理該法人董事的自然人。

根據《公司法》第109條的規定，股份公司董事會的職權與有限公司董事會的職權相同。

3.3.3 經理

《公司法》第114條規定，經理由董事會聘任或者解聘，對董事會負責。該條規定的股份公司經理的職權，與該法第50條規定的有限公司經理的職權相同。經理列席董事會會議。

3.3.4 監事會

從國際立法例來看，英美法系的公司都不設監事會，而由外部董事、由政府 and 法院監督實施的會計審計、作為法定代理人獨立承擔責任的公司秘書這三件“法寶”來最大程度地行使對董事和經理的監督。大陸法系一般都規定監事會是股份公司的必備機關。大陸法系的公司監事會的設置，分為監事會與董事會並列的二元制（如日本）和由監事會產生董事會的二級制（如德國）兩種。從實踐效果看，二級制的效果要比二元制好，因為在二級制下，股東在公司中的利益只有一個中心，即監事會。監事會握有董事會的人事大權，並有權就公司經營和財政狀況等各種事項進行全面監督，同時它又不插手公司的經營管理。

而在二元制的公司監察制度下，由於董事會在公司的經營決策和管理、人事中起主導作用，與之平行的監事會很難對它起到監督作用。中國的情況也是如此。為此中國先後採取在上市公司中設董事會秘書、獨立董事、強調外部董事的作用、對國有資產控股的公司外派監事會等措施，以完善股份公司的監督制度。

根據《公司法》第118至第120條的規定，股份公司的監事會在組成、任期、職權等方面與有限公司的監事會相同。

3.4 上市公司的有關問題

3.4.1 上市公司應當具備的條件和上市程序

上市公司，是指其股票在證券交易所上市交易的股份有限公司。原《公司法》關於公司上市條件、程序的規定已經被轉入2005年10月27日修訂，並於2006年1月1日起施行的《證券法》中。《證券法》等其他法律法規和證券交易所都對公司上市的條件作了細化和具體化，股份公司需要上市的，還要遵守相關的具體規定。

第一百二十二條

上市公司在一年內購買、出售重大資產或者擔保金額超過公司資產總額百分之三十的，應當由股東大會作出決議，並經出席會議的股東所持表決權的三分之二以上通過。

第一百二十三條

上市公司設立獨立董事，具體辦法由國務院規定。

第一百二十四條

上市公司設董事會秘書，負責公司股東大會和董事會會議的籌備、文件保管以及公司股東資料的管理，辦理資訊披露事務等事宜。

第一百二十五條

上市公司董事與董事會會議決議事項所涉及的企業有關聯關係的，不得對該項決議行使表決權，也不得代理其他董事行使表決權。該董事會會議由過半數的無關聯關係董事出席即可舉行，董事會會議所作決議須經無關聯關係董事過半數通過。出席董事會的無關聯關係董事人數不足三人的，應將該事項提交上市公司股東大會審議。

《公司法》（2006）

3.4.2 上市公司組織機構的特別規定

為了加強對涉及眾多中小股東利益的上市公司的監管，《公司法》專設一節規定了上市公司的組織機構問題。《公司法》要求上市公司設董事會秘書作為公司機關之一，由其負責公司股東大會和董事會會議的籌備、文件保管以及公司股東資料的管理，辦理資訊披露事務等事宜。《公司法》還要求上市公司設獨立董事，具體辦法由國務院規定。《公司法》第125條還規定了關聯董事表決迴避制，這也是對上市公司董事忠實義務的特別規定。

第一百二十五條

上市公司董事與董事會會議決議事項所涉及的企業有關聯關係的，不得對該項決議行使表決權，也不得代理其他董事行使表決權。該董事會會議由過半數的無關聯關係董事出席即可舉行，董事會會議所作決議須經無關聯關係董事過半數通過。出席董事會的無關聯關係董事人數不足三人的，應將該事項提交上市公司股東大會審議。

《公司法》（2006）

13. 證券法

徐孟洲、何勤

1.	證券法概述	264
1.1	證券的概念、特徵和種類	264
1.2	證券法的概念、適用範圍及基本原則	265
2.	證券發行制度	266
2.1	股票發行制度	266
2.2	債券的發行	269
3.	證券交易制度	271
3.1	股票交易制度	271
3.2	債券交易制度	272
3.3	上市公司的持續資訊公開制度	273
3.4	限制和禁止的證券交易行為	274
3.5	上市公司收購	277
4.	證券機構	278
4.1	證券交易所	278
4.2	證券公司	278
4.3	證券登記結算機構	279
4.4	證券交易服務機構	280
4.5	證券業協會	280
4.6	證券監督管理機構	281
5.	法律責任	281
5.1	違反證券發行規定的法律責任	281
5.2	違反證券交易規定的法律責任	282
5.3	違反證券機構管理、人員管理的法律責任	282
5.4	證券機構的法律責任	283
5.5	仲介機構的法律責任	284

1. 證券法概述

1.1 證券的概念、特徵和種類

1.1.1 證券的概念和特徵

證券是以證明或設定權利為目的所作成的書面憑證。證券有廣義和狹義之分。廣義的證券是證明持券人享有一定的經濟權益的書面憑證，包括資本證券、貨幣證券和商品證券。資本證券是證明持有人享有一定的所有權或債權的書面憑證，它表明持券人對一定的本金帶來的收益享有請求權，如股票、債券等；貨幣證券是證明持券人享有一定貨幣請求權的書面憑證，如銀行卡、匯票、本票、支票等；商品證券是證明持券人享有一定商品請求權的書面憑證，如貨單、貨運單、棧單等。狹義的證券是指具有一定票面金額，證明持券人享有一定的所有權和債權的書面憑證以及具有等同於書面效力的憑證。狹義的證券專指資本證券，這也是證券法規範的和本章所要研究的證券。

證券法研究的狹義證券，具有三方面的法律特徵：

- (1) 證券是一種投資憑證——證券是投資者權利的載體，投資者的權利是通過證券記載，並憑藉證券獲取相應收益的。
- (2) 證券是一種權益憑證——證券體現一定的權利，如股票體現的是股權，而債券則代表着債權。
- (3) 證券是一種可轉讓的權利憑證——即證券具有流通性，其持有者可以隨時將證券轉讓出售，以實現自身權利。

1.1.2 證券的種類

按照不同的標準，可以對證券作多種分類。而中國目前證券市場上發行和流通的證券主要有以下幾類：

- (1) 股票——股票是股份有限公司簽發的證明股東所持股份的憑證。股票具有權利性、非返還性、風險性和流通性等特點。目前，中國境內發行的或者境外發行但涉及境內主體或權益的股票按照投資主體的不同，可分為國家股、法人股、內部職工股和社會公眾個人股。
- (2) 債券——債券是政府、金融機構、公司企業等單位依照法定程序發行的、約定在一定期限還本付息的有價證券。債券是一種債權憑證、是一種到期還本付息的有價證券，它具有風險性小和流通性強的特點。債券按發行主體不同可分為三大類：
 - (i) 企業、公司債券，是指一般企業和公司發行的債券。在中國，企業債券和公司債券分別有特定的含義：公司債券是指依據《公司法》第五章的規定發行的，發行主體是股份有限公司、國有獨資公司和兩個以上的國有企業或者其他兩個以上的國有投資主體投資設立的有限責任公司，審批機關是國務院證券監督管理機構。企業債券則是指根據1993年8月2日國務院發佈的《企業債券管理條例》發行的，發行主體是企業法人，審批機關是人民銀行和計委。
 - (ii) 金融債券，是指銀行和非銀行金融機構為籌集資金補償流動資金的不足而發行的債券。

- (iii) 政府債券，是指政府或政府授權的代理機構基於財政或其他目的而發行的債券。包括國庫券、財政債券、建設公債、特種國債、保值公債等。
- (3) 基金券——或稱基金受益憑證，是證券投資信託基金發給投資者，用以記載投資者所持基金單位數的憑證。投資者按其所持基金券在基金中所佔的比例來分享基金盈利、分擔基金虧損。與股票、債券相比，基金券的特點是：
 - (i) 基金券是一種無面額證券；
 - (ii) 基金券的持有人一般不直接參加對基金的管理，基金的具體業務活動由經理公司承擔，亦即“專家理財”；
 - (iii) 通常認為，基金券的市場價格波動風險較股票低，但是比債券尤其是政府債券高。

1.2 證券法的概念、適用範圍及基本原則

1.2.1 證券法的概念及適用範圍

證券法是調整證券發行、交易，以及國家對證券市場監管過程中，所發生的社會關係的法律規範的總稱。證券法也可以有廣義和狹義之分，但是與前述證券的廣義和狹義並不對應。廣義的證券法是指一切有關調整證券發行、交易及其證券監督管理關係的法律規範的總稱。而狹義的證券法是指證券法典，在中國是指1998年12月29日第九屆全國人大常委會第六次會議通過的《中華人民共和國證券法》（以下簡稱《證券法》），該法於2005年10月27日經第十屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議進行了最新修訂，並於2006年1月1日起實施。廣義可以包括《中華人民共和國證券法》，《中華人民共和國公司法》相關規範、《中華人民共和國刑法》相關規範、以及相應的行政法規和部門規章等。

按《證券法》第2條的規定，《證券法》適用於在中國境內的股票、公司債券以及國務院依法認定的其他證券的發行和交易。《證券法》未規定的，適用公司法和其他法律、行政法規的規定。政府債券、證券投資基金份額的上市交易，適用本法；其他法律、行政法規有特別規定的，適用其規定。證券衍生品種發行、交易的管理辦法，由國務院依照本法的原则規定。

1.2.2 證券法的基本原則

證券法的基本原則是證券法的基本精神的體現，是證券發行、交易及其監管活動必須遵循的根本準則。它貫穿於證券立法、執法和司法活動過程的始終。按照《證券法》的規定，中國證券法的基本原則可以歸納為以下六項：

- (1) 公開、公平、公正原則——公開原則是證券發行和交易制度的核心，它要求證券發行者必須依法將與證券有關的一切真實情況予以公開，以供投資者投資決策時參考。只有以公開為基礎，才能實現公平和公正。公平原則是指在證券發行和交易活動中，發行人、投資人、證券商和證券專業服務機構的法律地位完全平等，其合法權益受到同等保護。公正原則是指證券監管機關和司法機構在履行職責時，應當依法行使職責，對一切主體給予公正的待遇。

- (2) 自願有償、誠實信用的原則——是指證券發行與交易活動的當事人應當遵守市場活動規則，自願有償、誠實信用，實事求是的履行自己所承擔的義務，不得有任何證券欺詐行為。
- (3) 合法原則——《證券法》第五條規定“證券發行、交易活動，必須遵守法律、行政法規；禁止欺詐、內幕交易和操縱證券交易市場的行為”。這體現了證券發行、交易活動必須依法進行的原則。
- (4) 分業經營、分業管理的原則——分業經營、分業管理的原則是中國金融法的基本原則，也是中國證券法的基本原則。《證券法》第六條明確規定：“證券業和銀行業、信託業、保險業分業經營、分業管理。證券公司與銀行、信託、保險業務機構分別設立。國家另有規定的除外”。
- (5) 保護投資者合法權益的原則——證券市場的發展必須依靠社會公眾的支持，投資者的熱情和信心是證券市場穩健發展的重要保證。因此，保護投資者合法權益應成為中國證券法的基本原則。中國《證券法》第一條“立法宗旨”將保護投資者合法權益放在首要位置，並在整部法律中規定了資訊披露、禁止證券欺詐行為等制度和規範，都體現了保護投資者合法權益的原則。
- (6) 國家集中統一監管與行業自律相結合的原則。

2. 證券發行制度

2.1 股票發行制度

2.1.1 股票的概念、特徵和種類

股票是股份有限公司簽發的，證明股東所持股份的憑證。它具有以下特徵：

- (1) 它是一種所有權憑證，用以證明持有股票的股東享有發行該股票的股份有限公司一定數額或一定比例的股份。
- (2) 它是股東分取股息或紅利的憑證，是表明股東權利的有價證券，股東享有的權利除取得股息和紅利以外，還有參與重大決策、選舉董事、監事等權利。
- (3) 股東的收益受簽發該股票的股份有限公司經營狀況影響較大，並且股東無權退股，不能定期收回投資，風險較大。隨着現代科技的發展，各國股票尤其是採用集中交易的股票紛紛採用電子憑證形式即無紙化股票，從而大大提高了交易效率。

按照股東所享有的股東權益和風險大小的不同，股票可以分為普通股、優先股、混合股；按照票面上是否記載股東姓名劃分，股票可以分為記名股票和無記名股票；按照票面上是否載明金額劃分，股票可分為面額股票和無面額股票（中國目前沒有，日本、韓國有）；按照股票的表現形式不同，股票可分為簿記式股票和實物券式股票。前者是指股票發行人按照監管機構規定製作的、記載股東權益的書面名冊；後者是指股票發行人根據監管機構規定印製的書面股票。

2.1.2 股票發行的概念和種類

通過對外募集股份進行融資有多種方式，股票的公開發行是其中一種。股票的公開發行，是指股份有限公司或其承銷機構，以同一條件向特定或不特定的公眾招募或出售股票的行為。股票發行是股份發行的表現形式。

股票發行人必須是具有股票發行資格的股份有限公司，包括已成立的股份有限公司和經核准擬設立的股份有限公司。

股票發行一般有兩種：一是為設立新公司而首次發行股票，即設立發行；二是為擴大已有的公司規模而發行新股，即增資發行。對不同種類的股票發行，法律規定了不同的發行條件。

2.1.3 股票發行的條件

- (1) 首次發行股票的條件——首次發行，是指發起人通過發行公司股票來籌措經營資本，成立股份有限公司，或者發起設立後首次對外公開發行股票融資。首次發行除應具備《公司法》規定的條件外，根據《股票發行與交易管理暫行條例》第八條的規定，設立股份有限公司申請公開發行股票，還須符合下列條件：
 - (i) 股份有限公司的生產經營符合國家產業政策；
 - (ii) 發行的普通股限於一種，同股同權；
 - (iii) 發起人認購的股本數額不少於公司擬發行的股本總額的百分之三十五；
 - (iv) 在公司擬發行的股本總額中，發起人認購的部分不少於人民幣3,000萬元，但是國家另有規定的除外；
 - (v) 向社會公眾發行的部分不少於公司擬發行股本總額的百分之二十五，其中公司職工認購的股本數額不得超過擬向社會公眾發行的股本總額的百分之十；公司擬發行的股本總額超過4億元的，按規定可降低向社會公眾發行的比例，但最低不得少於公司擬發行股本總額的百分之十（《公司法》變更為百分之十五）；
 - (vi) 發起人在近3年內沒有重大違法行為；
 - (vii) 證券委規定的其他條件。
- (2) 已上市公司增資發行股票的條件。股份有限公司增資發行新股，必須符合的條件包括：
 - (i) 前一次發行的股份已經募足，並間隔一年以上；
 - (ii) 公司在最近3年內連續盈利，並可向股東支付股利；
 - (iii) 公司在最近3年內財務會計文件無虛假記載，從前一次公開發行股票至本次申請期間沒有重大違法行為；
 - (iv) 公司逾期利潤率可達同期銀行存款利率；
 - (v) 前一次公開發行股票所得資金的使用與其招股說明書相符，並且資金使用效益良好。公司以當年利潤分派新股，不受(ii)項規定的限制。上市公司申請發行新股，還應當符合2001年3月28日中國證監會發佈的《上市公司新股發行管理辦法》以及2002年7月25日發佈《關於上市公司增發新股有關條件的通知》規定的新股發行條件。

2.1.4 股票發行的程序

由於股票發行方式不同，發行程序也不盡一致。依《證券法》第二章規定，大體有以下步驟：

- (1) 申請——公開發行股票，必須依照公司法規定的條件，報經國務院證券監督管理機構核准。發行人必須向國務院證券監督管理機構提交公司法規定的申請文件和國務院證券監督管理機構規定的有關文件。發行人向國務院證券監督管理機構提交的股票發行申請文件，必須真實、準確、完整。為股票發行出具有關文件的專業機構和人員，必須嚴格履行法定職責，保證其所出具文件的真實性、準確性和完整性。

- (2) 審核——國務院證券監督管理機構設發行審核委員會，依法審核股票發行申請。發行審核委員會由國務院證券監督管理機構的專業人員和所聘請的該機構外的有關專家組成，以投票方式對股票發行申請進行表決，達到三分之二多數票為通過，否則為不通過。

國務院證券監督管理機構依照法定條件負責核准股票發行申請。核准程序應當公開，依法接受監督。參與核准股票發行申請的人員，不得與發行申請單位有利害關係；不得接受發行申請單位的饋贈；不得持有所核准的發行申請的股票；不得私下與發行申請單位進行接觸。

國務院證券監督管理機構應當自受理股票發行申請文件之日起3個月內作出決定；不予核准的，應當作出說明。

- (3) 公開信息——股票發行申請經核准，發行人應當依照法律、行政法規的規定，在股票公開發行前，公告公開發行募集文件，並將該文件置備於指定場所供公眾查閱。發行股票的資訊依法公開前，任何知情人不得公開或者洩露該資訊。發行人不得在公告公開發行募集文件之前發行股票。

- (4) 核准決定的撤銷——國務院證券監督管理機構對已作出的核准股票發行的決定，發現不符合法律、行政法規規定的，應當予以撤銷。尚未發行股票的，停止發行；已經發行的，股票持有人可以按照發行價並加算銀行同期存款利息，要求發行人返還。

- (5) 簽訂股票承銷協定——公開發行股票由發行人依法自主選擇證券公司承銷。承銷包括代銷和包銷兩種方式。代銷是指證券公司代發行人發售證券，在承銷期結束時，將未售出的證券全部退還給發行人的承銷方式。包銷是指證券公司將發行人的證券按照協定全部購入或者在承銷期結束時，將售後剩餘證券全部自行購入的承銷方式。證券公司承銷股票，應當同發行人簽訂代銷或者包銷協議，載明當事人名稱、住所及法定代表人姓名，承銷方式、承銷股票的種類、數量、金額及發行價格，承銷的期限及起止日期，承銷的付款方式及日期，承銷的費用和結算辦法，違約責任等事項，並應當對股票發行募集文件的真實性、準確性、完整性進行核查。

向社會公開發行的股票票面總值超過人民幣5,000萬元的，應當由承銷團承銷。承銷團應當由主承銷和參與承銷的證券公司組成。股票的代銷、包銷期最長不得超過90日。證券公司在代銷、包銷期內，對所代銷、包銷的股票應當保證先行出售給認購人，證券公司不得為本公司事先預留所代銷的股票和預先購入並留存所包銷的股票。

- (6) 備案——證券公司包銷股票的，應當在包銷期滿後的15日內，將包銷情況報國務院證券監督管理機構備案。證券公司代銷股票的，應當在代銷期滿後的15日內，與發行人共同將證券代銷情況報國務院證券監督管理機構備案。

2.2 債券的發行

2.2.1 債券的概念、特徵和種類

債券是發行人依照法定程序發行的，約定在一定期限內還本付息的有價證券。它具有以下法律特徵：

- (1) 它是一種債權憑證，證明債券持有人與發行該債券的企業之間存在債權債務關係。
- (2) 它是債務人還本付息的憑證，債券應注明本金、利率以及還本付息期限，憑藉債券，持有人可按期收回本金和固定利息。
- (3) 債券持有人的利息收益在正常情況下不受發行企業經營狀況的影響，故債券持有人收益固定，市場風險較小。

債券根據發行人的不同，可分為公司（企業）債券、政府債券（公債券）和金融債券（本質上仍是企業債券）三大類。公司債券可分為記名債券、無記名債券；可轉換為股票的轉換公司債券與非轉換公司債券；有擔保公司債券與無擔保公司債券等等。

2.2.2 債券發行的條件

債券的發行分為政府債券發行和企業債券發行。《證券法》對政府債券的發行不予規範。因此，本章僅對有關公司和企業債券發行的規定進行介紹。如前所述，公司債券和企業債券分別有特定含義。

- (1) 公司債券的發行條件——按照《公司法》的規定，公司債券發行的主體限於股份有限公司、國有獨資公司和兩個以上的國有企業或者其他兩個以上國有投資主體投資設立的有限責任公司。這些公司發行債券的條件和所受限制包括：

《證券法》第16條規定，發行公司債券，必須符合下列條件：

- (i) 股份有限公司的淨資產額不低於人民幣3,000萬元，有限責任公司的淨資產額不低於人民幣6,000萬元；
- (ii) 累計債券總額不超過公司淨資產額的百分之四十；
- (iii) 最近3年平均可分配利潤足以支付公司債券1年的利息；
- (iv) 籌集的資金投向符合國家產業政策；
- (v) 債券利率不得超過國務院限定的利率水平；
- (vi) 國務院規定的其他條件。發行公司債券募集的資金，必須用於審批機關批准的用途，不得用於彌補虧損和非生產性支出。該條還規定：上市公司發行可轉換為股票的公司債券時，除應具備上述發行公司債券的條件外，還應當符合本法關於公開發行股票的條件，並報國務院證券監督管理機構核准。

《證券法》第18條規定了禁止性條件，即凡有下列情形之一的，不得再次發行公司債券：

- (i) 前一次發行的公司債券尚未募足的；
- (ii) 對已發行的公司債券或者其債務有違約或者遲延支付本息的事實，且仍處於繼續狀態的。

- (2) 企業債券發行的條件——按照《企業債券管理條例》規定，在中國境內，只有具有法人資格的企業才能發行債券。該法第12條規定，發行企業債券必須符合下列條件：
- (1) 企業規模達到國家規定的要求；
 - (2) 企業財務會計制度符合國家規定；
 - (3) 具有償債能力；
 - (4) 企業經濟效益良好、發行企業債券前連續3年盈利；
 - (5) 所籌資金用途符合國家產業政策。目前中國滬、深兩個交易所交易的債券品種均為企業債券。

2.2.3 債券發行的程序

- (1) 申請——發行公司債券，必須依照公司法規定的條件，報經國務院授權的部門或者國務院證券監督管理機構審批。發行人必須向國務院授權的部門或者國務院證券監督管理機構提交公司法規定的申請文件，以及國務院授權的部門或者國務院證券監督管理機構規定的有關文件。發行人提交的發行申請文件和專業機構、人員為發行人出具的文件，必須真實、準確、完整。
- (2) 審批——《證券法》第22條國務院證券監督管理機構依照法定條件負責核准股票發行申請；核准程序應當公開，依法接受監督。第23條規定，國務院證券監督管理機構設發行審核委員會，依法審核股票發行申請。
- (3) 公開信息——企業的申請被批准後，應當公佈經批准的發行章程和其他有關資料。企業發行債券必須給予投資者或潛在的投資者關於企業經營狀況、償債能力、還本付息方式等情況的真實、準確、完整的介紹。這是企業債券能否發行成功的必要條件。
- (4) 債券審批決定的撤銷、承銷協議的簽定、備案。參見股票發行程序中的相關論述。

2.2.4 債券發行管理

國務院1993年4月11日發佈的《關於堅決制止亂集資和加強債券發行管理的通知》規定：嚴格控制各項債券的年度發行規模，國家下達的債券發行計劃指標為年度債券發行的最高限額，各地區和部門必須嚴格執行，未經國家計委和國務院證券委同意，不得擅自突破規模，也不得隨意調整計劃內的各項指標。另外，要優先保證國庫券和用於國家重點建設債券的發行。

《企業債券管理條例》還規定：企業發行債券的總面額不得大於該企業的自有資產淨值；企業債券利率不得高於銀行同期居民儲蓄定期存款利率的百分之四十；企業發行債券所籌資金應當按照批准的用途，用於本企業的生產經營；發行企業債券所籌資金不得用於房地產買賣、股票買賣和期貨交易等與本企業生產經營無關的風險性投資；任何單位不得以財政預算撥款、銀行貸款和法律規定其他不能用於購買債券的資金購買企業債券；辦理儲蓄業務的機構不得將所吸收的儲蓄存款用於購買企業債券，等等。

3. 證券交易制度

3.1 股票交易制度

3.1.1 股票交易的概念和條件

根據中國目前的立法精神和實踐狀況，股票交易僅指經國務院證券管理部門核准的上市公司所發行的股票在證券交易所上市交易的活動。上市是指股票在證券交易所掛牌買賣。上市公司是指所發行的股票經國務院證券管理部門核准在證券交易所上市交易的股份有限公司。

按照《公司法》第154條和《股票發行與交易管理暫行條例》第30條的規定，股份有限公司申請其股票在證券交易所上市交易，應符合下列條件：

- (1) 股票經國務院證券管理部門批准已向社會公開發行；
- (2) 公司股本總額不少於人民幣5,000萬元；
- (3) 開業時間在3年以上，最近3年連續盈利；原國有企業依法改建而設立的，或者本法實施後新組建成立的，其主要發起人為國有大中型企業的，可連續計算；
- (4) 持有股票面值達人民幣1,000元以上的股東人數不少於1,000人，向社會公開發行的股份達公司股份總額的百分之二十五以上；公司股本總額超過人民幣4億元的，其向社會公開發行股份的比例為百分之十五以上；
- (5) 公司在最近3年內無重大違法行為，財務會計報告無虛假記載；
- (6) 國務院規定的其他條件。

3.1.2 股票交易的程序

- (1) 申請與核准——股份有限公司申請其股票上市交易，必須報經國務院證券監督管理機構核准。由於證券法的規定，中國目前股票發行的核准和上市的核准均由中國證監會核准，發行的核准和上市的核准是一體進行的，核准發行同時核准上市申請。向國務院證券監督管理機構提出股票發行上市申請時，應當提交下列文件：
 - (i) 上市公告書；
 - (ii) 申請上市的股東大會決議；
 - (iii) 公司章程；
 - (iv) 公司營業執照；
 - (v) 經法定驗證機構驗證的公司最近3年的或者公司成立以來的財務會計報告；
 - (vi) 法律意見書和證券公司的推薦書；
 - (vii) 最近一次的招股說明書等。

國務院證券監督管理機構可以授權證券交易所依照法定條件和法定程序核准股票上市申請。

- (2) 向證券交易所提出申請，安排上市——股票上市交易申請經國務院證券監督管理機構核准後，其發行人應當向證券交易所提交核准文件和其他有關文件，申請上市。證券交易所應當自接到該股票發行人提交的文件之日起6個月內安排該股票上市。

- (3) 上市公告——股票上市交易申請經證券交易所同意後，上市公司應當在上市交易的5日前公告經核准的股票上市的有關文件，並將該文件置備於指定場所供公眾查閱。上市公司除公告上述規定的上市申請文件外，還應當公告下列事項：
- (i) 股票獲准在證券交易所交易的日期；
 - (ii) 持有公司股份最多的前10名股東的名單和持股數額；
 - (iii) 董事、監事、經理及有關高級管理人員的姓名及其持有本公司股票和債券的情況。

3.1.3 股票交易的暫停和終止

上市公司喪失公司法規定的上市條件的，其股票依法暫停上市或者終止上市。對此，《證券法》第55、56條作了以下明確規定：

上市公司有下列情形之一的，由證券交易所決定暫停其股票上市：

- (1) 公司股本總額、股權分佈等發生變化，不再具備上市條件；
- (2) 公司不按規定公開其財務狀況，或者對財務會計報告作虛假記載；
- (3) 公司有重大違法行為；
- (4) 公司最近三年連續虧損；
- (5) 證券交易所上市規則規定的其他情形

上市公司有上述(2)、(3)項情形之一，經查實後果嚴重的，或有上述(1)、(4)項情形之一，在限期內未能消除，不具備上市條件的，由證券交易所決定終止其股票上市。公司決議解散、被行政主管部門依法責令關閉或者被宣告破產的，由證券交易所決定終止其股票上市。

3.2 債券交易制度

3.2.1 債券交易的概念和條件

債券交易是指經國務院證券監督管理機構核准的公司所發行的債券在證券交易所上市交易的活動。

《證券法》第57條規定，公司申請其公司債券上市交易必須符合下列條件：

- (1) 公司債券的期限為1年以上；
- (2) 公司債券實際發行額不少於人民幣5,000萬元；
- (3) 公司申請其債券上市時仍符合法定的公司債券發行條件。

3.2.2 債券交易的程序

- (1) 申請與核准——公司申請其發行的公司債券上市交易，必須報經證券交易所核准。向國務院證券監督管理機構提出公司債券上市交易申請時，應當提交下列文件：
- (i) 上市報告書；
 - (ii) 申請上市的董事會決議；

- (iii) 公司章程；
 - (iv) 公司營業執照；
 - (v) 公司債券募集辦法；
 - (vi) 公司債券的實際發行數額。
- (2) 向證券交易所提出申請，安排上市——公司債券上市交易申請經證券交易所核准後，其發行人應當向證券交易所提交核准文件和前述規定的有關文件。證券交易所應當自接到該債券發行人提交的法律規定的文件之日起3個月內，安排該債券上市交易。
- (3) 上市公告——公司債券上市交易申請經證券交易所同意後，發行人應當在公司債券上市交易5日前公告公司債券上市報告、核准文件及有關上市申請文件，並將其申請文件置備於指定場所供公眾查閱。

3.2.3 債券交易的暫停和終止

公司債券上市交易後，公司有下列情形之一的，由證券交易所決定暫停其公司債券上市交易：

- (1) 公司有重大違法行為；
- (2) 公司情況發生重大變化不符合公司債券上市條件；
- (3) 公司債券所募集資金不按照審批機關批准的用途使用；
- (4) 未按照公司債券募集辦法履行義務；
- (5) 公司最近2年連續虧損。

公司有上述第(1)項、第(4)項所列情形之一經查實後果嚴重的，或者有上述第(2)項、第(3)項、第(5)項所列情形之一，在限期內未能消除的，由證券交易所決定終止該公司債券上市。公司解散、依法被責令關閉或者被宣告破產的，由證券交易所終止其公司債券上市。

3.3 上市公司的持續資訊公開制度

資訊公開制度是指證券發行人及其他證券市場主體，依照法律規定的方式，將與證券發行和交易有關的重大資訊予以公開的一種法律制度。其作用在於保證投資者獲得真實、充分的證券市場訊息，在公平的基礎上作出投資決策，有利於監督發行人，促使其改善生產經營管理，提高經濟效益，並有利於加強證券市場的監管，減少內幕交易等違法行為的發生。《證券法》第63–72條對持續資訊公開作了規定，其主要規定包括：

- (1) 經國務院證券監督管理機構核准依法發行股票，或者經國務院授權的部門批准依法發行公司債券，依照公司法的規定，應當公告招股說明書、公司債券募集辦法。依法發行新股或者公司債券的，還應當公告財務會計報告。
- (2) 發行人、上市公司依法披露的資訊，必須真實、準確、完整，不得有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏。
- (3) 上市公司和公司債券上市交易的公司，應當在每一會計年度的上半年結束之日起2個月內，向國務院證券監督管理機構和證券交易所提交記載以下內容的中期報告，並予公告：
 - (i) 公司財務會計報告和經營情況；

- (ii) 涉及公司的重大訴訟事項；
 - (iii) 已發行的股票、公司債券變動情況；
 - (iv) 提交股東大會審議的重要事項；
 - (v) 國務院證券監督管理機構規定的其他事項。
- (4) 上市公司和公司債券上市交易的公司，應當在每一會計年度結束之日起4個月內，向國務院證券監督管理機構和證券交易所提交記載以下內容的年度報告，並予公告：
- (i) 公司概況；
 - (ii) 公司財務會計報告和經營情況；
 - (iii) 董事、監事、高級管理人員簡介及其持股情況；
 - (iv) 已發行的股票、公司債券情況，包括持有公司股份最多的前十名股東名單和持股數額；
 - (v) 公司的實際控制人；
 - (vi) 國務院證券監督管理機構規定的其他事項。
- (5) 發生可能對上市公司股票交易價格產生較大影響、而投資者尚未得知的重大事件時，上市公司應當立即將有關該重大事件的情況向國務院證券監督管理機構和證券交易所提交臨時報告，並予公告，說明事件的實質。
- 法律對上述所稱重大事件作出了明確的規定，包括：
- (i) 公司的經營方針和經營範圍的重大變化；
 - (ii) 公司的重大投資行為和重大的購置財產的決定等11類事項。
- (6) 發行人、承銷的證券公司公告招股說明書、公司債券募集辦法、財務會計報告、上市報告文件、年度報告、中期報告、臨時報告，存在虛假記載、誤導性陳述或者有重大遺漏，致使投資者在證券交易中遭受損失的，發行人、上市公司應當承擔賠償責任；發行人、上市公司的董事、監事、高級管理人員和其他直接責任人員以及保薦人、承銷的證券公司，應當與發行人、上市公司承擔連帶賠償責任，但是能夠證明自己沒有過錯的除外；發行人、上市公司的控股股東、實際控制人有過錯的，應當與發行人、上市公司承擔連帶賠償責任。

3.4 限制和禁止的證券交易行為

3.4.1 一般規定

《證券法》及相關法律法規規定證券交易當事人應當作為和不作為的一般事項，包括：

- (1) 證券交易當事人依法買賣的證券，必須是依法發行並交付的證券。非依法發行的證券，不得買賣。依法發行的證券，法律對其轉讓期限有限制性規定的，在限定的期限內，不得買賣。
- (2) 依法公開發行的股票、公司債券及其他證券，應當在依法設立的證券交易所上市交易或者在國務院批准的其他證券交易場所轉讓。
- (3) 證券交易以現貨進行交易，證券公司不得從事向客戶融資或者融券的證券交易活動。

- (4) 證券交易所、證券公司、證券登記結算機構從業人員、證券監督管理機構工作人員和法律、行政法規禁止參與股票交易的其他人員，在任期或者法定限內，不得直接或者以化名、借他人名義持有、買賣股票，也不得收受他人贈送的股票。任何人在成為前款所列人員時，其原已持有的股票，必須依法轉讓。
- (5) 為股票發行出具審計報告、資產評估報告或者法律意見書等文件的專業機構和人員，在該股票承銷期內和期滿後6個月內，不得買賣該種股票。除上述規定外，為上市公司出具審計報告、資產評估報告或者法律意見書等文件的專業機構和人員，自接受上市公司委託之日起至上述文件公開後5日內，不得買賣該種股票。
- (6) 持有一個股份有限公司已發行的股份百分之五的股東，應當在其持股數額達到該比例之日起3日內向該公司報告，公司必須在接到報告之日起3日內向國務院證券監督管理機構報告；屬於上市公司的，應當同時向證券交易所報告。上述股東，將其所持有的該公司的股票在買入後6個月內賣出，或者在賣出後6個月內又買入，由此所得收益歸該公司所有，公司董事會應當收回該股東所得收益。但是，證券公司因包銷購入售後剩餘股票而持有百分之五以上股份的，賣出該股票時不受6個月時間限制。公司董事會不按照上述規定執行的，其他股東有權要求董事會執行；致使公司遭受損害的，負有責任的董事依法承擔連帶賠償責任。
- (7) 在證券交易中，禁止法人以個人名義開立帳戶，買賣證券；禁止任何人挪用公款買賣證券；國有企業和國有資產控股的企業，不得炒作上市交易的股票。證券交易所、證券公司、證券登記結算機構、證券交易服務機構、社會仲介機構及其從業人員對證券交易中發現的禁止的交易行為，應當及時向證券監督管理機構報告。

3.4.2 禁止內幕交易的行為

內幕交易是指知悉證券交易內幕資訊的知情人員，利用內幕資訊進行證券交易的活動。

內幕資訊則是指證券交易活動中，涉及公司的經營、財務或者對該公司證券的市場價格有重大影響的尚未公開的資訊。內幕資訊包括：

- (1) 法律規定上市公司必須公開的、可能對股票價格產生較大影響、而投資者尚未得知的重大事件；
- (2) 公司分配股利或者增資的計劃；
- (3) 公司股權結構的重大變化；
- (4) 公司債務擔保的重大變更；
- (5) 公司營業用主要資產的抵押、出售或者報廢一次超過該資產的百分之三十；
- (6) 公司的董事、監事、經理、副經理或者其他高級管理人員的行為可能依法承擔重大損害賠償責任；
- (7) 上市公司收購的有關方案；
- (8) 國務院證券監督管理機構認定的對證券交易價格有顯著影響的其他重要資訊。

證券法第74條明確規定，下列人員為知悉證券交易內幕資訊的知情人員：

- (1) 發行股票或者公司債券的公司董事、監事、經理、副經理及有關的高級管理人員；
- (2) 持有公司5%以上股份的股東；
- (3) 發行股票公司的控股公司的高級管理人員；

- (4) 由於所任公司職務可以獲取公司有關證券交易資訊的人員；
- (5) 證券監督管理機構工作人員以及由於法定的職責對證券交易進行管理的其他人員；
- (6) 由於法定職責而參與證券交易的社會仲介機構或者證券登記結算機構、證券交易服務機構的有關人員；
- (7) 國務院證券監督管理機構規定的其他人員。

知悉證券交易內幕資訊的知情人員或者非法獲取內幕資訊的其他人員，不得買入或者賣出所持有的該公司的證券，或者洩露該資訊或者建議他人買賣該證券。

3.4.3 禁止操縱證券市場的行為

操縱證券市場，是指以獲取利益或者減少損失為目的，利用手中掌握的資金等優勢影響證券市場價格，製造證券市場假象，誘導或者致使投資者在不了解事實真相的情況下作出證券投資決定，擾亂證券市場秩序的行為。

操縱市場的行為包括：

- (1) 通過單獨或者合謀，集中資金優勢、持股優勢或者利用資訊優勢聯合或者連續買賣，操縱證券交易價格；
- (2) 與他人串通，以事先約定的時間、價格和方式相互進行證券交易或者相互買賣並不持有的證券，影響證券交易價格或者證券交易量；
- (3) 以自己為交易對象，進行不轉移所有權的自買自賣，影響證券交易價格或者證券交易量；
- (4) 以其他方法操縱證券交易價格。

3.4.4 禁止虛假陳述和資訊誤導的行為

證券法第78條規定：禁止國家工作人員、新聞傳播媒介從業人員和有關人員編造並傳播虛假資訊，嚴重影響證券交易。禁止證券交易所、證券公司、證券登記結算機構、證券交易服務機構、社會仲介機構及其從業人員、證券業協會、證券監督管理機構及其工作人員，在證券交易活動中作出虛假陳述或者資訊誤導。各種傳播媒介傳播證券交易資訊必須真實、客觀，禁止誤導。

3.4.5 禁止欺詐客戶的行為

欺詐客戶，是指代理人在證券交易及相關活動中，違背被代理人真實意思以進行代理的行為，以及誘導客戶進行不必要的證券交易的行為。證券法第79條規定，在證券交易中，禁止證券公司及其從業人員從事下列損害客戶利益的欺詐行為：

- (1) 違背客戶的委託為其買賣證券；
- (2) 不在規定時間內向客戶提供交易的書面確認文件；
- (3) 挪用客戶所委託買賣的證券或者客戶帳戶上的資金；
- (4) 未經客戶委託，私自買賣客戶帳戶上的證券，或者假借客戶的名義買賣證券；
- (5) 為牟取佣金收入，誘使客戶進行不必要的證券買賣；
- (6) 利用傳播媒介或者通過其他方式提供、傳播虛假或者誤導投資者的資訊；
- (7) 其他違背客戶真實意思表示，損害客戶利益的行為。

3.5 上市公司收購

3.5.1 上市公司收購的概念和方式

上市公司的收購，是指投資者為取得某一上市公司的控股權或實施對某一上市公司的兼併，依法定程序公開購入該公司發行在外的部分或全部股份的行為。實施收購行為的投資者稱為收購人，作為收購目標的上市公司稱為被收購公司。

證券法第85條規定了兩種上市公司收購的方式，即要約收購和協議收購。採取要約收購方式的，收購人必須遵守證券法規定的程序和規則，在收購要約期限內，不得採取要約規定以外的形式和超出要約的條件買賣被收購公司的股票。

採取協議收購方式的，收購人可以依照法律、行政法規的規定同被收購公司的股東以協定方式進行股權轉讓。以協定方式收購上市公司時，達成協議後，收購人必須在3日內將該收購協議向國務院證券監督管理機構及證券交易所作出書面報告，並予公告。在未作出公告前不得履行收購協議。

3.5.2 上市公司收購的程序和規則

- (1) 報告和公告持股情況——通過證券交易所的證券交易，投資者持有一個上市公司已發行的股份的百分之五時，應當在該事實發生之日起3日內，向國務院證券監督管理機構、證券交易所作出書面報告，通知該上市公司，並予以公告；在上述規定的期限內，不得再行買賣該上市公司的股票。

投資者持有一個上市公司已發行的股份的百分之五後，通過證券交易所的證券交易，其所持該上市公司已發行的股份比例每增加或者減少百分之五，應當依照前款規定進行報告和公告。在報告期限內和作出報告、公告後2日內，不得再行買賣該上市公司的股票。

- (2) 收購要約——通過證券交易所的證券交易，投資者持有一個上市公司已發行的股份的百分之三十時，繼續進行收購的，應當依法向該上市公司所有股東發出收購要約。依照規定發出收購要約，收購人必須事先向國務院證券監督管理機構報送上市公司收購報告書，並應將公司收購報告書同時提交證券交易所。收購人在依照規定報送上市公司收購報告書之日起15日後，公告其收購要約。

收購要約的期限不得少於30日，並不得超過60日。在收購要約的有效期限內，收購人不得撤回其收購要約；收購人需要變更收購要約中事項的，必須事先向國務院證券監督管理機構及證券交易所提出報告，經獲准後，予以公告。

- (3) 終止上市交易和應當收購——收購要約的期限屆滿，收購人持有的被收購公司的股份數達到該公司已發行的股份總數的百分之七十五以上的，該上市公司的股票應當在證券交易所終止上市交易。

收購要約的期限屆滿，收購人持有的被收購公司的股份數達到該公司已發行的股份總數的百分之九十以上的，其餘仍持有被收購公司股票股東，有權向收購人以收購要約的同等條件出售其股票，收購人應當收購。

- (4) 報告和公告收購情況——收購上市公司的行為結束後，收購人應當在15日內將收購情況報告國務院證券監督管理機構和證券交易所，並予公告。

3.5.3 上市公司收購的法律後果

- (1) 在上市公司收購中，收購人對所持有的被收購的上市公司的股票，在收購行為完成後的12個月內不得轉讓；
- (2) 收購行為完成後，被收購公司不再具有公司法規定的條件的，應當依法變更其企業形式；
- (3) 通過要約收購或者協定收購方式取得被收購公司股票並將該公司撤銷的，屬於公司合併、被撤銷公司的原有股票，由收購人依法更換。

4. 證券機構

4.1 證券交易所

證券交易所是提供證券集中競價交易場所的不以營利為目的的法人。證券交易所所有公司制和會員制之分。中國的證券交易所是不以營利為目的，僅為證券的集中和有組織的交易提供場所、設施，並履行相關職責，實行自律性管理的會員制的事業法人。目前，中國有兩家證券交易所，即1990年12月設立的上海證券交易所和1991年7月設立的深圳證券交易所。證券交易所的設立和解散，由國務院決定。

依據《證券法》的規定，證券交易所的職能包括為組織公平的集中競價交易提供保障，及時公佈證券交易行情，並按交易日製作證券市場行情表，予以公佈；依照法律、行政法規的規定，辦理股票、公司債券的暫停上市、恢復上市或者終止上市的事務等七個方面。

中國證券交易所的競價交易規則包括以下內容：

- (1) 進入證券交易所參與集中競價交易的，必須是具有證券交易所會員資格的證券公司；
- (2) 投資者應當在證券公司開立證券交易帳戶，以書面、電話以及其他方式，委託為其開戶的證券公司代其買賣證券；
- (3) 證券公司根據投資者的委託，按照時間優先的規則提出交易申報，參與證券交易所場內的集中競價交易；
- (4) 證券登記結算機構根據成交結果，按照清算交割規則，進行證券和資金的清算交割，辦理證券的登記過戶手續。

4.2 證券公司

證券公司是指依法成立、經營證券業務以及相關業務的機構。中國《證券法》所稱證券公司，是指依照《公司法》和《證券法》的規定批准從事證券經營業務的有限責任公司和股份有限公司。證券公司是證券市場的重要主體。

中國證券公司包括兩類：一類是綜合類證券公司，另一類是經紀類證券公司。綜合類證券公司是依法可以經營證券承銷、自營和經紀等業務的有限責任公司和股份有限公司。綜合類證券公司可以經營下列證券業務：(1) 證券經紀業務；(2) 證券自營業務；(3) 證券承銷業務；(4) 經國務院證券監督管理機構核定的其他證券業務。

經紀類證券公司是依法專門從事證券經紀業務的有限責任公司和股份有限公司。經紀類證券公司只允許專門從事證券經紀業務。

設立證券公司，必須經國務院證券監督管理機構審查批准。未經國務院證券監督管理機構批准，不得經營證券業務。國家對兩類證券公司實行分類管理，並由國務院證券管理機構按照其分類頒發業務許可證。

證券公司的機構設置，證券公司董事、監事或者經理以及從業人員任職資格以及業務經營都需要遵守《公司法》、《證券法》等的規定，不得從事法律禁止的行為。

4.3 證券登記結算機構

證券登記結算機構是為證券交易提供集中登記、託管與結算服務的、不以營利為目的的法人。

設立證券登記結算機構，必須經國務院證券監督管理機構批准，並應具備下列條件：

- (1) 自有資金不少於人民幣2億元；
- (2) 具有證券登記、託管和結算服務所必須的場所和設施；
- (3) 主要管理人員和業務人員必須具有證券從業資格；
- (4) 國務院證券監督管理機構規定的其他條件。證券登記結算機構的名稱中應當標明證券登記結算字樣。

證券登記結算機構履行下列職能：

- (1) 證券帳戶、結算帳戶的設立；
- (2) 證券的託管和過戶；
- (3) 證券持有人名冊登記；
- (4) 證券交易所上市證券交易的清算和交收；
- (5) 受發行人的委託派發證券權益；
- (6) 辦理與上述業務有關的查詢；
- (7) 國務院證券監督管理機構批准的其他業務。

證券登記結算機構的責任包括：

- (1) 應當向證券發行人提供證券持有人名冊及其有關資料；
- (2) 應當根據證券登記結算的結果，確認證券持有人持有證券的事實，提供證券持有人登記資料；
- (3) 應當保證證券持有人名冊和登記過戶記錄真實、準確、完整，不得偽造、篡改、毀壞；
- (4) 應當採取下列措施保證業務的正常運作：
 - (i) 具有必備的服務設備和完善的資料安全保護措施；
 - (ii) 建立健全的業務、財務和安全防範等管理制度；
 - (iii) 建立完善的風險管理系統。

4.4 證券交易服務機構

證券交易服務機構是指從事證券投資諮詢、資訊評估，為證券發行和上市交易提供專業性服務的機構。包括證券投資諮詢機構和資信評估機構等。

證券投資諮詢機構可以專門設立或單獨設立，也可以由證券公司兼設。其業務主要是接受委託對證券投資技巧、法律問題、上市公司情況等提供研究報告和建議；為證券發行人、承銷商設計有關方案，提供諮詢服務；接受委託起草有關證券業務資料、文件等。

證券投資資訊評估機構主要是對證券投資進行研究、統計、諮詢、質量評估，包括對公司發行證券評定資訊等級，為投資者提供有關資訊方面的諮詢等。

《證券法》第170、171條規定：專業的證券投資諮詢機構、資訊評估機構的業務人員，必須具備證券專業知識和具備從事證券業務2年以上經驗。同時，證券投資諮詢機構的從業人員不得從事下列行為：

- (1) 代理委託人從事證券投資；
- (2) 與委託人約定分享證券投資收益或者分擔證券投資損失；
- (3) 買賣本諮詢機構提供服務的上市公司股票；
- (4) 利用傳播媒介或者通過其他方式提供、傳播虛假或者誤導投資者的資訊；
- (5) 法律、行政法規禁止的其他行為。

另外，為證券的發行、上市或者證券交易活動出具審計報告、資產評估報告或者法律意見書等文件的專業機構和人員，必須按照執業規則規定的工作程序出具報告，對其所出具報告內容的真實性、準確性和完整性進行核查和驗證，並就其負有責任的部分承擔連帶責任。

4.5 證券業協會

證券業協會是證券業的自律性組織，是社會團體法人。證券公司應當加入證券業協會。1991年8月28日，中國成立了中國證券業協會。它是中國證券發展史上第一個全國性的證券行業自律管理組織，是證券經營機構依法自行組織的自律性會員組織，具有獨立的社團法人資格。

證券業協會的權力機構是全體會員組成的會員大會。證券業協會設理事會，理事會成員依章程規定選舉產生。

中國的證券業協會履行下列職責：

- (1) 協助證券監督管理機構教育和組織會員執行證券法律、行政法規；
- (2) 依法維護會員的合法權益，向證券監督管理機構反映會員的建議和要求；
- (3) 收集整理證券資訊，為會員提供服務；
- (4) 制定會員應遵守的規則，組織會員單位的從業人員的業務培訓，開展會員間的業務交流；
- (5) 對會員之間、會員與客戶之間發生的糾紛進行調解；
- (6) 組織會員就證券業的發展、運作及有關內容進行研究；
- (7) 監督、檢查會員行為，對違反法律、行政法規或者協會章程的，按照規定給予紀律處分；
- (8) 國務院證券監督管理機構賦予的其他職責。

4.6 證券監督管理機構

按《證券法》規定，中國依法對證券市場實行監督管理的機構是國務院證券監督管理機構。目前是中國證券監督管理委員會。

《證券法》規定：國務院證券監督管理機構在對證券市場實施監督管理中履行下列職責：

- (1) 依法制定有關證券市場監督管理的規章、規則，並依法行使審批或者核准權；
- (2) 依法對證券的發行、交易、登記、託管、結算，進行監督管理；
- (3) 依法對證券發行人、上市公司、證券交易所、證券公司、證券登記結算機構、證券投資基金管理機構、證券投資諮詢機構、資訊評估機構以及從事證券業務的律師事務所、會計師事務所、資產評估機構的證券業務活動，進行監督管理；
- (4) 依法制定從事證券業務人員的資格標準和行為準則，並監督實施；
- (5) 依法監督檢查證券發行和交易的資訊公開情況；
- (6) 依法對證券業協會的活動進行指導和監督；
- (7) 依法對違反證券市場監督管理法律、行政法規的行為進行查處；
- (8) 法律、行政法規規定的其他職責。

5. 法律責任

5.1 違反證券發行規定的法律責任

發行人違反證券發行規定將導致以下法律責任：

- (1) 未經法定機關核准或審批，擅自發行證券的，或者製作虛假的發行文件發行證券的，責令停止發行，退還所募資金和加算銀行同期存款利息，並處以非法所募資金金額百分之以上百分之五以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以3萬元以上30萬元以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (2) 證券公司承銷或者代理買賣未經核准或者審批而擅自發行證券的，由證券監督管理機構予以取締，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以3萬元以上30萬元以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (3) 依照《證券法》第193條規定，發行人、上市公司或者其他資訊披露義務人未按照規定披露資訊，或者所披露的資訊有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏的，由證券監督管理機構責令改正，給予警告，處以3萬元以上30萬元以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以3萬元以上30萬元以下的罰款。發行人、上市公司或者其他資訊披露義務人未按照規定報送有關報告，或者報送的報告有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏的，由證券監督管理機構責令改正，處以30萬元以上60萬元以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以3萬元以上30萬元以下的罰款。

5.2 違反證券交易規定的法律責任

證券交易主體違反證券交易規定的法律責任包括以下幾種：

- (1) 證券交易內幕資訊的知情人員或者非法獲取證券交易內幕資訊的人員，在涉及證券發行、交易或者其他對證券的價格有重大影響的資訊尚未公開前，買入或者賣出該證券，或者洩露該資訊或者建議他人買賣該證券的，責令依法處理非法獲得的證券，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下或者非法買賣的證券等值以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。證券監督管理機構工作人員進行內幕交易的，從重處罰。
- (2) 違反《證券法》的規定，操縱證券交易價格，或者製造證券交易的虛假價格或者證券交易量，獲取不正當利益或者轉嫁風險的，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (3) 違反《證券法》規定，挪用公款買賣證券的，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當依法給予行政處分。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (4) 編造並且傳播影響證券交易的虛假資訊，擾亂證券交易市場的，處以3萬元以上20萬元以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (5) 證券交易所、證券公司、證券登記結算機構、證券交易服務機構、社會仲介機構及其從業人員，或者證券業協會、證券監督管理機構及其工作人員，在證券交易活動中作出虛假陳述或者資訊誤導的，責令改正，處以3萬元以上20萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當依法給予行政處分。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (6) 違反《證券法》規定，法人以個人名義設立帳戶買賣證券的，責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款；其直接負責的主管人員和其他直接責任人員屬於國家工作人員的，依法給予行政處分。

5.3 違反證券機構管理、人員管理的法律責任

違反證券機構管理、人員管理的法律責任包括：

- (1) 非法開設證券交易場所的，由證券監督管理機構予以取締，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。沒有違法所得的，處以10萬元以上50萬元以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以3萬元以上30萬元以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (2) 未經批准並領取業務許可證，擅自設立證券公司經營證券業務的，由證券監督管理機構予以取締，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。沒有違法所得的，處以3萬元以上10萬元以下的罰款。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (3) 法律、行政法規規定禁止參與股票交易的人員，直接或者以化名、借他人名義持有、買賣股票的，責令依法處理。非法持有的股票，沒收違法所得，並處以所買賣股票等值以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當依法給予行政處分。

- (4) 證券交易所、證券公司、證券登記結算機構、證券交易服務機構的從業人員、證券業協會或者證券監督管理機構的工作人員，故意提供虛假資料，偽造、變造或者銷毀交易記錄，誘騙投資者買賣證券的，取消從業資格，並處以3萬元以上5萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當依法給予行政處分。構成犯罪的，依法追究刑事責任。

5.4 證券機構的法律責任

證券機構的違反法律規定，需要承擔以下法律責任：

- (1) 綜合類證券公司違反本法規定，假借他人名義或者以個人名義從事自營業務的，責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款；情節嚴重的，停止其自營業務。
- (2) 證券公司違背客戶的委託買賣證券、辦理交易事項以及其他違背客戶真實意思表示，辦理交易以外的其他事項，給客戶造成損失的，依法承擔賠償責任，並處以1萬元以上10萬元以下的罰款。
- (3) 證券公司、證券登記結算機構及其從業人員，未經客戶的委託，買賣、挪用、出借客戶帳戶上的證券或者將客戶的證券用於質押的，或者挪用客戶帳戶上的資金的，責令改正，沒收違法所得，處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款，並責令關閉或者吊銷責任人員的從業資格證書。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (4) 證券公司經辦經紀業務，接受客戶的全權委託買賣證券的，或者對客戶買賣證券的收益或者賠償證券買賣的損失作出承諾的，責令改正，處以5萬元以上20萬元以下的罰款。
- (5) 證券公司及其從業人員違反規定，私下接受客戶委託買賣證券，證券公司未經批准經營非上市掛牌證券交易的，責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。
- (6) 證券公司成立後，無正當理由超過3個月未開始營業的，或者開業後自行停業連續3個月以上的，由公司登記機關吊銷其公司營業執照。
- (7) 證券公司違反《證券法》規定，超出業務許可範圍經營證券業務的，責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。情節嚴重的，責令關閉。證券公司同時經營證券經紀業務和證券自營業務，不依法分開辦理，混合操作的，責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款；情節嚴重的，由證券監督管理機構撤銷原核定的證券業務。
- (8) 提交虛假證明文件或者採取其他欺詐手段隱瞞重要事實騙取證券業務許可的，或者證券公司在證券交易中有嚴重違法行為，不再具備經營資格的，由證券監督管理機構取消其證券業務許可，並責令關閉。
- (9) 未經證券監督管理機構批准，擅自設立證券登記結算機構或者證券交易服務機構的，由證券監督管理機構予以取締，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。證券登記結算機構和證券交易服務機構違反《證券法》規定或者證券監督管理機構統一制定的業務規則的，由證券監督管理機構責令改正，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款。情節嚴重的，責令關閉。

- (10) 證券監督管理機構的工作人員和發行審核委員會的組成人員，不履行本法規定的職責，徇私舞弊、怠忽職守或者故意刁難有關當事人的，依法給予行政處分。構成犯罪的，依法追究刑事責任。

5.5 仲介機構的法律責任

仲介機構違反證券法需要承擔的責任包括以下幾種：

- (1) 為證券的發行、上市或者證券交易活動出具審計報告、資產評估報告或者法律意見書等文件的專業機構，就其所應負責的內容弄虛作假的，沒收違法所得，並處以違法所得1倍以上5倍以下的罰款，並由有關主管部門責令該機構停業，吊銷直接責任人員的資格證書。造成損失的，承擔連帶賠償責任。構成犯罪的，依法追究刑事責任。
- (2) 為股票的發行或者上市出具審計報告、資產評估報告或者法律意見書等文件的專業機構和人員，違反《證券法》的規定買賣股票的，責令依法處理非法獲得的股票，沒收違法所得，並處以所買賣的股票等值以下的罰款。

14. 票據法

徐孟洲、武濤

1. 票據法概說	286
1.1 票據的概念	286
1.2 票據的法律性質與特徵	286
1.3 票據的種類	287
1.4 票據法的概念	287
1.5 中國票據法立法概況	287
2. 票據法律關係	288
2.1 票據法律關係的概念	288
2.2 非票據關係的概念	289
2.3 票據的基礎關係	289
3. 票據行為	290
3.1 票據行為的概念	290
3.2 票據行為的法律特徵	290
3.3 票據行為的種類	291
4. 票據權利	292
4.1 票據權利的概念	292
4.2 票據權利的法律特徵	292
4.3 票據權利的種類	293
4.4 票據權利的取得、行使和保全	293
4.5 票據補救	294
4.6 票據的偽造和變造	294
4.7 票據抗辯	295
5. 匯票、本票和支票	295
5.1 匯票	295
5.2 本票	300
5.3 支票	301
6. 涉外票據的法律適用和票據法律責任	302
6.1 涉外票據的法律適用	302
6.2 票據法律責任	303

1. 票據法概說

1.1 票據的概念

票據作為一種有價證券，有廣義、狹義兩種理解。廣義的票據是指商業活動中一切與權利結合在一起的有價憑證，如提單、運貨單、倉庫棧單、匯票、本票、支票等有價證券。狹義的票據僅指貨幣證券，即指出票人依票據法規定的法定條件，簽章於票券上而發行的，並由其無條件支付或委託他人無條件支付一定金額為目的的有價證券。這種貨幣證券不是指貨幣本身，而是指依法對貨幣有索取權的一種有價證券。本章所講的票據，僅指狹義的票據，包括匯票、本票和支票。

1.2 票據的法律性質與特徵

從狹義上理解的票據，具有以下性質或法律特徵：

- (1) 票據是有價證券——它與一定的財產權利或價值結合在一起，票據持有人的權利融合於證券本身，兩者有着不可分離的聯繫。票據權利隨票據的製作而發生，隨票據的出讓而轉移，佔有票據即佔有票據的價值。若票據丟失，則無法行使票據權利。
- (2) 票據是設權證券——這是指票據權利之發生必須作成票據。票據一經製作，票據上的權利便隨之確立。因此，它不是證明已經存在的權利，而是創設權利，是一種設權證券。
- (3) 票據是貨幣證券——它給付的標的是一定數額的貨幣，而不是貨幣以外的其他財產或利益。但票據不是貨幣，它只是一種可以代替現金進行支付的工具。
- (4) 票據是要式證券——它的製作應當符合法律規定的必要的形式，並以準確的文字加以記載，否則票據無效。
- (5) 票據是無因證券——票據具有無因性，這就是說，當票據設立或作成後具有獨立的票據權利義務關係，而與產生或轉讓其票據的原因關係相分離。票據的持票人向票據債務人行使票據權利時，無需說明其取得票據的原因。
- (6) 票據是流通證券——這說明票據具有流通性，票據在到期前，可以通過背書方式轉讓流通。
- (7) 票據是文義證券——這是指票據上權利義務必須按照票據上記載的文義為準，有關的債權人或債務人均不得以其他舉證來變更票據上文字記載的意義。
- (8) 票據是提示證券——票據債權人以佔有票據為必要條件，票據持有人行使票據權利，請求票據債務人履行票據債務時，必須提示票據，以證明其佔有票據的事實。
- (9) 票據是返還證券——票據債權人因持有票據而享有票據上的權利，當持票人在向票據債務人提示付款並收到票據金額的全部給付時，必須將此票據交還給付款人，以示票據上債權債務關係的消滅。如果票據債權人不繳還票據，票據債務人可以拒付票據金額而不負票據責任。

1.3 票據的種類

票據的分類，各國法律規定差異較大。按法國和德國的法律規定，票據僅分為匯票與本票，對支票進行單獨立法；日本票據的早期立法規定，票據包括匯票、本票和支票，而現行的日本票據法，不包括支票；英美法系國家則認為支票是匯票中的一種，票據只分為匯票與本票兩種。在中國，歷來把支票作為票據的一種。《中華人民共和國票據法》（以下簡稱《票據法》）將現行流通的票據分為匯票、本票和支票三種。

- （1）匯票——匯票是出票人簽發的，委託付款人在見票時或者在指定日期無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據。在中國，匯票分為銀行匯票和商業匯票。
- （2）本票——本票是出票人簽發的，承諾自己在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據。《票據法》所稱的本票，是指銀行本票。
- （3）支票——支票是出票人簽發的，委託辦理支票存款業務的銀行或其他金融機構於見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的票據。

1.4 票據法的概念

票據法是指國家為調整票據關係和確認票據行為而制定的法律規範的總稱。票據法要規定票據的種類、形式、內容和票據當事人的權利、義務等。由於票據是結算中的主要的非現金支付工具，具有替代貨幣的流通作用，從這種意義上說，票據法是金融法體系中的一項法律制度。

由於各國票據法的立法技術和採用的體例不同，從而形成了票據立法的不同體系。最有影響的是三大票據立法體系，即法國體系、德國體系和英美體系。

1.5 中國票據法立法概況

隨着中國經濟體制改革和社會主義市場經濟的建立，融資方式和結算方式的多樣化、快捷、安全的票據已成為中國資金流通和銀行結算的重要手段，匯票、銀行本票和支票大量運用於企業之間、企業和個人之間的經濟往來。為了保護票據流通的暢通與安全，需要票據管理的規範化和法制化，所以需要制定《票據法》。

因此，中國於1981年試辦票據承兌貼現業務，把原來企業之間因賒銷或約期付款所產生的“掛帳信用”改為票據信用。1984年中國人民銀行在試辦取得經驗的基礎上，制定了《商業匯票、貼現暫行辦法》為商業匯票的簽發、承兌和貼現規定了各有關當事人的權利、義務。1986年1月，國務院頒發的《銀行管理暫行條例》規定，專業銀行“辦理票據承兌和貼現，以合法的商業行為簽發的票據為限”。1988年8月國務院批准了中國人民銀行改革銀行結算制度。中國人民銀行於1988年12月19日頒佈《銀行結算辦法》。自1989年4月1日起施行。這個辦法全面地規定了銀行匯票、商業匯票、銀行本票、支票，規定個人可以使用支票等票據法的內容，成為中國比較系統的票據法規。1995年5月10日第八屆人大常委會第十三次會議通過了《中華人民共和國票據法》。該法共7章111條，從1996年1月1日起施行。2004年8月28日，第十屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議對其進行了修正。中國《票據法》的規定，為全面規範票據行為，調整票據經濟關係，保障票據活動當事人權益，維護市場經濟秩序提供了可靠的法律保證。

小知識

唐代憲宗時期（公元806—826），出現所謂“飛錢”的一種票券。商人在京城（長安、今西安）將售貨所得錢款，交付地方（各道）駐京的進奏院及各軍各使等機關，或交給在各地方設有聯號的富商，由進奏院或者商號發給半聯票券，另半聯寄往各道有關院、號。商人回到地方後，“合券”取錢。這種票券，當時被稱為飛錢。飛錢本身不是錢而只是一種用以取錢的工具，以為輸送現金之用。這種飛錢類似今天的匯票。

以後到宋代，又有所謂“便錢”和“交子”。宋太祖開寶三年（公元970年），由政府設立稱為“便錢務”的一種機關。商人向“便錢務”交納錢款，“便錢務”便發給一種票券，商人持券到各地方政府取款。當時中央政府並通令地方政府對於持券前來取款的商人，應當日付款，不得停滯，違者科罰。這種“便錢”類似於今天見票即付的匯票。“交子”首先出現在宋真宗（公元998年以後）的蜀地（今四川省），先是地方富戶聯合設立“交子鋪”，發行稱為“交子”的票券，供人異地運送現款之用。以後因私人辦理不善，遂收歸官辦。政府設置“交子務”專辦此事，其發行的“交子”稱為官交子。這種交子與今天的匯票、本票類似。不過這些制度以後沒有健全地發展，反而弊端叢生，中國的票據制度未能建立。

明朝末年（17世紀），山西地區商品經濟發達，商人設立“票號”（又名票莊、匯兌莊），在各地設立分號，經營匯兌業務以及存放款業務。類似匯票、本票的票券（習慣上有多種名稱。如彙券、匯兌票、匯兌信、彙條、莊票、期票）大為流行。這種票號以後演變成爲錢莊。以19世紀中葉為營業最盛期。清朝末年，西方的銀行制度進入中國，錢莊才逐漸衰落。西方銀行帶來了西方的票據制度。中國固有的票據制度遂為外國的票據制度所取代。民國十八年（1929年），當時的國民政府制定票據法，確定“匯票”、“本票”、“支票”三種名稱，完全使用西方國家的制度。中國習慣上固有的各種票據消失。

由此可見，中國固有的票據很早即已發生，只因商品經濟時起時落，完善的票據制度始終未能建立，加以法制不完備，所以終為西方票據制度所代替。

2. 票據法律關係

2.1 票據法律關係的概念

票據法律關係是指票據當事人在票據的簽發和流通轉讓等過程中，根據相應的票據法律規範所形成的權利、義務關係。當事人依法實施票據行為時，在各當事人之間就形成票據法律關係。票據法律關係一般簡稱票據關係。

票據法律關係由主體、客體和內容構成。

- （1）票據法律關係的主體——指票據法律關係的參加者，也就是指在票據的簽發和流通轉讓過程中，通過實施法律行為，取得一定權利，承擔一定義務的當事人。票據法律關係當事人必須通過實施法律行為，才能取得主體資格。票據法律關係的主體是特定的，它主要包括：出票人、收款人、付款人、持票人、承兌人、背書人、保證人、參加人等。在這些票據法律關係的主體中，他們既可以是個人、也可能是法人，還可能是國家。個人主體包括公民、外國人和無國籍人。法人主體包括：經濟組織、社會團體組

織和經濟聯合體。在特殊情況下，國家也可以作為票據法律關係的主體，例如，一國政府接受別國政府的捐款，往往通過交付票據來完成。這樣，捐贈者可能就是簽發票據的人，接受捐贈者可能就是收款人，只不過是在兩個國家之間進行的。因此，國家也可以成為票據法律關係的主體。

- (2) 票據法律關係的客體——指參加票據法律關係的主體享受權利、承擔義務所共同指向的對象。票據法律關係的客體的內容主要表現為一定數額的貨幣。當事人簽發票據的主要目的是為了完成結算過程，是一方把一定數額的貨幣在一定期限內依法交付另一方。票據的背後代表的是一定數額的貨幣，而不是其他商品。
- (3) 票據法律關係的內容——是主體依法所享有的票據權利和應承擔的票據義務的總和。票據權利是權利主體所享有的請求義務主體支付票據金額的權利，包括付款請求權和追索權。票據義務是義務主體必須履行的滿足權利主體依票據而享有的權利要求的責任，如付款義務、承兌義務、擔保付款義務等。票據義務表現為一種票據債務。票據法律關係內容，概括起來分為兩類；一類是第一層內容，包括付款請求權和付款義務；另一類是第二層內容，包括追索權與償付義務。

2.2 非票據關係的概念

票據法上的非票據關係，是指由票據法規定，與票據行為有聯繫，但非票據行為本身所產生的法律關係。票據法之所以要設立這樣一種關係，目的是為了保護票據債權人的利益，當其在某種原因下而喪失票據上的權利時，法律作出一些規定給予債權人以補救。票據法上的非票據關係與票據關係的不同，主要在於前者直接由法律規定而發生，後者由當事人之票據行為所引起，前者權利的行使不以持有票據為必要，而後者則以持有票據為前提。

票據法上的非票據關係包括：

- (1) 因時效期滿或欠缺手續而喪失票據上權利的持票人，對出票人或承兌人行使利益償還請求權的關係；
- (2) 對於因惡意或重大過失而取得票據者，正當權利人向其行使票據返還請求權的關係；
- (3) 匯票持票人行使發給匯票複本請求權，複本持票人行使交還複本請求權，謄本持票人請求交還原本請求權，以及付款人行使交出票據請求權而發生的關係。

2.3 票據的基礎關係

票據法律關係是一種形式關係，即僅由出票人依法發出票據，收款人取得票據而形成。而票據的基礎關係，並不是票據法律關係的一種，它是作為產生票據法律關係的事實和前提條件而存在於票據法律關係之外的一種關係，它是產生票據法律關係的基礎，故稱之為票據的基礎關係。

票據的基礎關係，一般包括三類：一是原因性票據基礎關係。它是指票據當事人之間接受某種票據的原因所生的基礎關係。也就是說，某種票據關係之所以出現，在經濟上和法律上必定有着客觀的原因。例如，一對票據當事人之間存在一種購銷合同關係，那麼購貨人收到貨物後，它應依合同付款給供貨人，如果他們的結算採取票據方式，這種購銷關係必定產生票據關係。購銷關係是票

據關係產生的原因。二是資金性票據基礎關係，簡稱資金關係。它是指匯票或支票的出票人與付款人之間的基礎關係。例如，付款人（如銀行）處存有出票人（存款人）的資金時，出票人因某項支出開出一張支票，這樣就會在付款人與存款人之間產生票據關係。三是票據預約。它是以授受票據以及票據的有關事項為內容的民事或經濟合同。票據當事人間先有原因關係存在，然後在發出票據之前，還就票據的種類、金額、到期日、付款地等事項達成協定，這種協定就是一種票據預約，它本身不是票據關係，僅僅是為票據使用的要求不同而產生的基礎關係。在票據當事人間，首先要有原因關係，其次訂有票據預約，然後才有根據預約發出票據之後而產生的票據關係。

3. 票據行為

3.1 票據行為的概念

票據行為是產生、變更、消滅票據上權利義務關係的法律事實。票據行為大致可以分為主票據行為（基本票據行為）和從票據行為。主票據行為是指能夠引起票據法律關係發生的行為，如出票；從票據行為又稱附屬票據行為，是指能夠引起票據法律關係變更、消滅的行為，如背書、承兌、付款等。不同的票據，所涉及的具體票據行為是不同的，有些是匯票、本票和支票共有的，如出票、背書、付款等，有些是某一種票據獨有的，如承兌是匯票獨有的行為，保付是支票獨有的行為。

3.2 票據行為的法律特徵

- (1) 票據行為是一種要式行為——票據行為是一種嚴格的書面行為，應當依據票據法的規定，在規定部位記載某一行為的全部要件，該行為才能產生法律效力。在其他部位完成的記載或缺乏有效要件的記載，都會影響該行為的效力。票據行為的要式性有利於票據的安全流通。
- (2) 票據行為是一種獨立行為——在同一票據上，常有多種票據行為。以匯票為例，有出票、承兌，票據的流通過程中又會產生多次的背書，還可能存在保證、參加，匯票退出流通時要有付款。眾多的票據行為涉及眾多票據關係人的權利義務，如因其中一人的所為無效而影響整個票據的效力，必將妨礙票據的流通和社會交易的安全。因此許多國家的票據法都規定，票據行為之間互不依賴，分別獨立，某一行為的無效，不影響其他行為的效力。
- (3) 票據行為是一種無因行為——票據行為只要要式具備，便產生法律效力。票據行為人必須依照行為時的文義負票據責任，而不管產生票據行為的基礎關係如何，即使基礎關係已無效或存在其他缺陷，也不會對票據關係產生任何影響。如甲經過背書將匯票轉讓給乙，轉讓票據權利的原因是甲購買了商品，甲在背書完成之後發現乙提供的商品質量與原來雙方的約定不符，此時甲乙的購銷糾紛另行解決，甲對乙的票據責任是不能解除的。

3.3 票據行為的種類

票據行為可分為主票據行為和從票據行為。

- (1) 主票據行為——主票據行為又稱基本票據行為，它是製作票據的原始行為，是各種票據所共有的。主票據行為僅指出票行為（也稱開票行為），它是指出票人簽發票據並將其交付給收款人的票據行為，出票包括簽發票據與交付票據兩個行為。出票是創設票據權利的行為，是從票據行為有效成立的前提。只有主票據行為依法成立，票據才能有效。
- (2) 從票據行為——從票據行為又稱附屬票據行為。有主票據行為，才可能有從票據行為。從票據行為主要包括下列行為：

- (i) 背書——背書是指在票據背面或者粘單上記載有關事項並簽章的票據行為。執票人通過背書可以將票據權利轉讓給他人或者將一定的票據權利授予他人行使。背書是票據轉讓的常用方式。

被背書人受讓票據後，可以再依背書將票據讓與他人，所以被背書人可以再次背書。這時被背書人就成為新的一次背書行為的背書人。第一次背書中的被背書人是第二次背書中的背書人。第二次背書中的被背書人又成為第三次背書中的背書人。這樣票據由甲到乙，再由乙到丙，到丁，就構成票據的流通。如下表：

	背書人	被背書人
第一次背書	甲	乙
第二次背書	乙	丙
第三次背書	丙	丁

在這種情形下，票據就在甲—乙—丙—丁之間流通。每次背書既然都記載在票據上，要查究起來比較容易。這就是背書交付方法優越於單純交付方法的地方。

- (ii) 提示——提示是持票人為了取得票款而向付款人出示票據、主張請求權的票據行為。分為承兌提示和付款提示兩種情況，都應在約定的期限內進行，否則持票人即喪失追索權，也就是票據被拒付後，持票人向背書人或出票人追索的權利喪失，但仍保留付款請求權。付款請求權也應在法定期限內提出，時效一過付款請求權也喪失。
- (iii) 承兌——承兌是指票據的付款人承諾在匯票到期日支付匯票金額的票據行為。票據承兌僅產生於匯票關係中，本票關係和支票關係不存在承兌行為。
- (iv) 付款——付款是指票據的持有人於付款到期日，向付款人或承兌人提示票據，要求其支付票款的行為。經過付款行為，票據上的一切債權、債務即告結束，票據法律關係消滅。
- (v) 退票——退票又稱拒付，是指持票人進行承兌提示或付款提示時，遭到拒絕的一種票據行為。如付款人避而不見、破產或死亡，使付款和承兌不能實現，也視為退票。

- (vi) 追索——追索是指持票人在遭到拒付時，依法向其前手（出票人、背書人等）行使追索權的行為。
- (vii) 保證——保證是指為了提高票據債務人的履約能力，票據債權人要求債務人對票據責任提供擔保的行為。

4. 票據權利

4.1 票據權利的概念

票據權利是指持票人向票據債務人請求支付票據金額的權利。票據權利是一種證券權利，是體現在票據上的權利。票據是金錢債權證券，所以票據權利就是金錢債權，即請求支付一定數額貨幣的權利。匯票、本票、支票上的權利都是一種支付金錢的請求權。

4.2 票據權利的法律特徵

- (1) 它是為直接達到支付票據金額而設立的權利——包括付款請求權與追索權兩種：付款請求權是持票人向匯票的承兌人、本票的出票人及支票的保付人提示票據請求支付票據金額的權利。追索權又稱償還請求權，指當持票人行使票據權利，遭到拒付款或拒絕承兌，或者在到期日屆滿時，票款有落空之虞的情形發生時，持票人向償還義務人請求償還票款的權利。付款請求權又稱票據的第一次請求權，而追索權一般是在行使付款請求權後才使用的權利，故稱為票據的第二次請求權。
票據法上的其他權利，如付款人的交出票據請求權、利益償還請求權、匯票持票人的發行複本請求權等等。由於他們不是票據所固有的權利，而只是為維護票據的信用和實現票據權利而發生的，是一種輔助性的權利，本身不是票據權利，故稱為票據法上的權利。
- (2) 必須是依票據才能行使的權利——由於票據行為具有無因性、要式性和獨立性，因而由此產生的票據權利，就比一般債權效力更強。這種權利一經產生，就同作為證券的票據本身合而為一，不可分離。只有取得票據，才能取得票據權利，所以票據權利必須是依據票據才能行使的債權。
- (3) 票據權利是一種只對票據行為的關係人行使的權利——票據權利可隨着票據的轉移而轉移，但是票據權利只能對票據行為的關係人行使，如對出票人、背書人、承兌人、參加承兌人、保證人、付款人等行使。這一特點有利於保護票據權利人，使取得票據的人有安全感，以便利票據的流通，鞏固票據制度。

4.3 票據權利的種類

- (1) 付款請求權——指票據的債權人依法要求票據的債務人按票據上所記載的金額付款的權利。付款請求權的權利主體主要是持票人。當持票人依法行使付款請求權時，票據的債務人必須履行付款義務，否則就會受到債權人的追索。當然，持票人在行使付款請求權時，必須按照法律規定的時間要求，向票據的債務人作付款提示等。
- (2) 追索權——指持有票據的債權人在票據債務人不履行或不能履行票據義務時，依法向其請求償還票據金額等權利，即所謂票據權利的第二次請求權。追索權的權利主體主要是持票人。持票人行使追索權的時機，是有明確規定的，一般情況下，權利主體只有在下列情況下行使追索權。
 - (i) 當票據簽發後，在法定期限內，持票人向承兌人（或付款人）作提示承兌；而承兌人（或付款人）拒絕承兌時，訂票人可依法向其行使追索權。
 - (ii) 票據已經到期，在法定期限內，持票人向票據付款人或承兌人作付款提示，而遭其拒絕時，持票人可依法行使追索權。
 - (iii) 票據雖未到期，但持票人已得知票據的付款人或承兌人已經被宣告破產，或因其他原因，實質上已無款可付。持票人在向法院提出訴訟保全後，可依法向所有票據債務人行使追索權。
 - (iv) 當承兌人或付款人死亡、逃匿時，持票人也可以向票據的其他債務人行使追索權。

4.4 票據權利的取得、行使和保全

4.4.1 票據權利的取得

票據權利的取得應當依據一定的法律事實，採取合法的方式。

根據中國《票據法》的規定，票據的取得，必須給付對價，即應當給付票據雙方當事人認可的相對應的對價。如果因稅收、繼承、贈與可以依法無償取得票據的，不受給付對價的限制。但是，所享有的票據權利不得優於其前手的權利。

《票據法》還規定，以欺詐、偷盜或者脅迫等手段取得票據的，或者明知有前列情形，出於惡意取得票據的，不得享有票據權利。持票人因重大過失取得不符合票據法規定的票據的，也不得享有票據權利。

4.4.2 票據權利的行使和消滅

票據權利的行使，是指票據債權人請求票據債務人履行其債務的行為。票據權利的行使，應當在票據當事人的營業場所和營業時間內進行。票據當事人無營業場所的，應當在其住所進行。

《票據法》規定，票據權利在下列期限內不行使而消滅：

- (1) 持票人對票據的出票人和承兌人的權利，自票據到期日起2年。見票即付的匯票、本票，自出票日起2年；
- (2) 持票人對支票出票人的權利，自出票日起6個月；

- (3) 持票人對前手的追索權，自被拒絕承兌或者被拒絕付款之日起6個月；
- (4) 持票人對前手的再追索權，自清償日或者被提出訴訟之日起3個月。

4.4.3 票據權利的保全

票據權利的保全，是指票據債權人為了防止其票據權利喪失，依票據法規定所為的行為。例如，為防止付款請求權與追索權因時效而喪失，採取中斷時效的行為；為防止追索權喪失，採取作出拒絕證書的方式。《票據法》規定，保全票據權利，應當在票據當事人的營業場所和營業時間內進行，票據當事人無營業場所的，應當在其住所進行。票據權利的保全是一種臨時性的強制保護措施，申請保全要十分慎重。

4.5 票據補救

票據當事人一般不能保證自己作出的所有票據行為都適當、合法，況且某些適當、合法的行為隨時間的推移會失去其效力。因此，當事人一旦發現已作出的行為不當或違法時，應主動及時地補救。各國採取的補救辦法有兩類；一是通過公示催告宣告票據無效；二是通過訴訟。中國《民事訴訟法》規定，票據持有人因票據喪失可以向票據支付地的基層人民法院申請公示催告。所謂公示催告，是指執票人在喪失票據後申請法院宣告票據無效而使票據權利與票據分離的一種制度。

《票據法》對票據補救也作出了規定。如《票據法》第15條規定，票據喪失，失票人可以及時通知票據的付款人掛失止付。但是，未記載付款人或者無法確定付款人及其代理付款人的票據除外。收到掛失止付通知的付款人，應當暫停支付。失票人應當在通知掛失止付後3日內，也可以在票據喪失後，依法向人民法院申請公示催告，或者向人民法院提起訴訟。

4.6 票據的偽造和變造

《票據法》規定，票據上的記載事項應當真實，不得偽造、變造。偽造、變造票據上的簽章和其他記載事項的，應當承擔法律責任。票據偽造，包括偽造票據本身和偽造票據上的簽名。偽造的簽名或偽造的票據都是無效的。

所謂變造是指無權而擅自變更票據文義的行為，即改變簽名以外的票據上的其他記載事項的行為。票據變造的前提是該票據在變造前須為形式上有效的票據，而在變造後仍須為形式上有效的票據。

我們知道票據行為具有獨立性的特點，某一行為無效，不影響其他行為的效力。所以《票據法》規定，票據上如有偽造、變造簽章，不影響票據上其他真實簽章的效力。同時還規定了責任問題：票據上其他記載事項被變造的，在變造之前簽章的人，對原記載事項負責；在變造之後簽章的人，對變造之後記載的事項負責；不能辨別是在票據被變造之前或者之後簽章的，視同在變造前簽章。

4.7 票據抗辯

票據抗辯是指票據債務人根據票據法規定對票據債權人拒絕履行義務的行為。票據法賦予債務人行使抗辯的權利，一方面是為了保護真正的債權人的利益，另一方面，也是為了保證債務人能夠確實地、合法地履行義務。所以，各國票據法都對票據抗辯問題作出了相應的規定。《票據法》也明確規定：“票據債務人可以對不履行約定義務的與自己有直接債權債務關係的持票人，進行抗辯。”

由於票據是流通證券，為了保證票據的正常流通轉讓，防止抗辯的隨意提出，票據法不僅規定了債務人必須依法進行抗辯，而且對票據債務人行使抗辯權作出了嚴格的限制。例如《票據法》規定，票據債務人不得以自己與出票人或者與持票人的前手之間的抗辯事由，對抗持票人。當然，持票人明確知道存在抗辯事由而取得票據的情況除外。

5. 匯票、本票和支票

5.1 匯票

5.1.1 匯票的概念和特徵

匯票是出票人簽發的，委託付款人在見票時或者在指定日期無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的一種票據。

根據上述定義，匯票與其他票據相比，具有以下特徵：

- (1) 匯票關係的基本當事人有三方——這三方當事人是指出票人、付款人和收款人。一般而言，匯票的出票人與付款人不是同一人，這一點與本票中的出票人與付款人為同一人不同。另外，匯票對付款人是否是銀行或其他金融機構，沒有特定的限制性要求，而支票的付款人必須是能夠辦理支票存款業務的銀行或者其他金融機構。這一點是匯票與支票相區別的重要特徵之一。
- (2) 匯票的出票人必須與付款人具有真實的委託付款關係——匯票是委託支付證券，是出票人委託付款人支付的票據，這與本票的自付證券性質不同。因此，《票據法》規定匯票的出票人必須與付款人具有真實的委託付款關係。
- (3) 匯票必須經過承兌——承兌是匯票獨有的法律特徵，這一點使它不同於本票和支票。承兌是指付款人承諾在匯票到期日支付匯票金額的一種票據行為。
- (4) 匯票除了有見票即付的情況外，還有定日付款、出票後定期付款和見票後定期付款的情況，而本票和支票在付款期限的規定上一般只有見票時付款的情況。

5.1.2 匯票的種類

各種匯票的基本特徵是相同的，但依不同標準劃分，又可將匯票分為若干種類：

- (1) 以匯票簽發人身份來劃分，可分為商業匯票和銀行匯票——商業匯票，指在商業交易活動中所普遍使用的一種商業票據。一般由銷貨人向購貨人或其委託的銀行開出，令其在匯票到期日無條件向銷貨人或其指定的人支付一定票面金額的書面憑證。商業匯票必須經過付款人（通常為購貨人）或其委託的銀行承兌，承兌後的匯票稱為承兌匯票。承兌匯票又可分為商業承兌匯票和銀行承兌匯票兩種。

銀行匯票，指匯款人將款項交存銀行後，由銀行簽發給匯款人持往異地辦理轉帳結算或支取現金的票據。

- (2) 依到期日的記載方法劃分，可分為即期匯票與遠期匯票——即期匯票，即見票即付的匯票。遠期匯票，是必須到約定日期才能請求付款的匯票。遠期匯票又可以分為以下三種：一是定日匯票，即以某一確定日為到期日的匯票。二是計期匯票，即以出票日後一定期間為到期日的匯票。三是見票定期匯票，即以見票後定期付款的匯票。

- (3) 依記載權利人的方式劃分，有記名匯票、指示匯票、無記名匯票等——記名匯票，也稱抬頭匯票，即出票人載明收款人的姓名或商號的匯票。這種匯票生效的條件是：出票人須在制票後將票據交付票載的收款人，以後的受讓人則必須以背書的連續性證明其權利，以防假偽。

指示匯票，與記名匯票一樣，該種匯票記載受讓人的姓名和商號，並且附加“或其指定人”字樣。指示匯票可依背書交付轉讓，出票人不能對持票人的背書轉讓進行限制。

無記名匯票，在匯票上不記載收款人的姓名和商號，或只記載“付來人”字樣，但持票人可以記載自己或他人為收款人，使之轉化為記名匯票。無記名匯票只能依交付轉讓，當其轉讓為記名匯票時，也可以背書轉讓。

- (4) 依票據關係人的不同劃分，可分為一般匯票和變式匯票——一般匯票，指出票人、付款人與收款人分別為三個獨立的行為主體時，即三者的身份不發生任何重疊時的匯票。

變式匯票，指匯票的出票人、付款人及收款人中有一個兼任數個票據當事人身份的匯票，各國票據法均規定了變式匯票的形式。

- (5) 以匯票流通的地域劃分，可分為國內匯票和國際匯票——國內匯票，指出票地、付款地及流通領域均在同一國境內的匯票。

國際匯票，指發行與流通跨越兩國或兩國以上的匯票。如出票地、付款地不在同一國；或出票人、付款人不在同一國等。

- (6) 根據匯票的付款要求的不同，可以分為光票和跟單匯票——光票，凡匯票在付款時不需要附帶任何單據的稱為光票。光票多在異地交易中使用，賣方以買方為付款人簽發的，當持票人向付款人提示付款時，只須提交匯票本身即可付款。

跟單匯票，凡匯票後隨附一些單據的匯票稱為跟單匯票。它與光票的主要區別是，跟單匯票到期付款時不僅需要提示，還需要憑隨附的各種單據，如發票、提單、稅票或保險單等才能付款。

5.1.3 匯票的主票據行為

出票是一種主票據行為。出票是創立票據的行為，匯票上的權利義務均以開出票據而產生，所以出票被稱為主票據行為或基本票據行為。中國《票據法》對匯票的主票據行為進行了明確的規範。

第二十二條

匯票必須記載下列事項：

- (一) 表明“匯票”的字樣；
- (二) 無條件支付的委託；
- (三) 確定的金額；
- (四) 付款人名稱；
- (五) 收款人名稱；
- (六) 出票日期；
- (七) 出票人簽章。

匯票上未記載前款規定事項之一的，匯票無效。

第二十三條

匯票上記載付款日期、付款地、出票地等事項的，應當清楚、明確。

匯票上未記載付款日期的，為見票即付。

匯票上未記載付款地的，付款人的營業場所、住所或者經常居住地為付款地。

匯票上未記載出票地的，出票人的營業場所、住所或者經常居住地為出票地。

第二十五條

付款日期可以按照下列形式之一記載：

- (一) 見票即付；
- (二) 定日付款；
- (三) 出票後定期付款；
- (四) 見票後定期付款。

前款規定的付款日期為匯票到期日。

《票據法》(2004)

匯票上可以記載法定事項以外的其他出票事項，但是該記載事項不具有匯票上的效力。

匯票的出票人必須與付款人具有真實的委託付款關係，並且具有支付匯票金額的可靠資金來源。不得簽發無對價的匯票用以騙取銀行或者其他票據當事人的資金。出票人簽發匯票後，即承擔保證該匯票承兌或者付款的責任，出票人在匯票得不到承兌或付款時，應當依法向持票人清償法律規定的金額和費用。

5.1.4 匯票的從票據行為

- (1) 背書——匯票上的背書是指在匯票背面或者粘單上記載有關事項並簽章的票據行為。持票人可以將匯票權利轉讓給他人或者將一定的匯票權利授予他人行使。但匯票上記載有“不得轉讓”字樣的匯票不得轉讓。持票人轉讓匯票權利的，應當通過背書並交付匯票。背書由背書人簽章並記載背書日期。背書未記載日期的，視為在匯票到期日前背書。背書必須記載背書人名稱。

匯票以背書方式轉讓的，其背書應當連續。所謂背書連續，是指在票據轉讓中，轉讓匯票的背書人與受讓匯票的被背書人在匯票上簽章依次前後銜接。以背書轉讓的匯票，後手應當對其直接前手背書的真實性負責。背書不得附有條件。背書時附有條件

的，所附條件不具有匯票上的效力。將匯票金額的一部分轉讓的背書或者將匯票金額分別轉讓給二人以上的背書無效。

背書人在匯票上記載“不得轉讓”字樣，其後手再背書轉讓的，原背書人對後手的被背書人不承擔保證責任。背書記載“委託收款”字樣的，被背書人有權代背書人行使被委託的匯票權利。但是，被背書人不得再以背書轉讓匯票權利。匯票可以設定質押；質押時應當以背書記載“質押”字樣。被背書人依法實現其質權時，可以行使匯票權利。

匯票被拒絕承兌、被拒絕付款或者超過付款提示期限的，不得背書轉讓；背書轉讓的，背書人應當承擔匯票責任。背書人以背書轉讓匯票後，即承擔保證其後手所持匯票承兌和付款的責任。背書人在匯票得不到承兌或者付款時，應當依法向持票人清償法律規定的金額和費用。

- (2) 承兌——承兌是指匯票付款人承諾在匯票到期日支付匯票金額的票據行為。付款人承兌匯票後，作為匯票承兌人，便成為匯票的主債務人，應當承擔到期付款的責任。提示承兌是持票人向付款人出示匯票，並要求付款人承諾付款的行為。《票據法》規定，定日付款或者出票後定期付款的匯票；持票人應當在匯票到期日前向付款人提示承兌。見票後定期付款的匯票，持票人應當自出票日起1個月內向付款人提示承兌。見票即付的匯票無需提示承兌。應當提示承兌的匯票，如果未按照規定期限提示承兌的，持票人喪失對其前手的追索權。

付款人對向其提示承兌的匯票，應當自收到提示承兌的匯票之日起3日內承兌或者拒絕承兌。付款人收到持票人提示承兌的匯票時，應當向持票人簽發收到匯票的回單。回單上應當記明匯票提示停兌日期並簽章。付款人承兌匯票的，應當在匯票正面記載“承兌”字樣和承兌日期並簽章；見票後定期付款的匯票，應當在承兌時記載付款日期，匯票上未記載承兌日期的，以自收到提示承兌的匯票之日起的第三天為承兌日期。付款人承兌匯票，不得附有條件，承兌附有條件的，視為拒絕承兌。

- (3) 保證——保證是為擔保票據債務的履行所為的從票據行為。匯票的債務可以由保證人承擔保證責任。保證人應當由匯票債務人以外的人擔當。

匯票保證的記載方式與記載事項，保證人必須在匯票或者粘單上記載以下事項：A、表示“保證”的字樣；B、保證人名稱和住所；C、被保證人的名稱；D、保證日期；E、保證人簽章。保證人在匯票或粘單上未記載被保證人的名稱一項的，已承兌的匯票，承兌人為被保證人；未承兌的匯票，出票人為被保證人。保證人在匯票或粘單上未記載保證日期一項的，出票日期為保證日期。

保證不得附有條件，附有條件的，不影響對匯票的保證責任。保證人對合法取得匯票的持票人所享有的匯票權利，承擔保證責任。但是，被保證人的債務因匯票記載事項欠缺而無效的除外，被保證的匯票，保證人應當與被保證人對持票人承擔連帶責任，匯票到期後得不到付款的，持票人有權向保證人請求付款，保證人應當足額付款。保證人為2人以上的，保證人之間承擔連帶責任。保證人清償匯票債務後，可以行使持票人對被保證人及其前手的追索權。

- (4) 付款——付款是指匯票的承兌人或付款人無條件履行付款義務，消滅票據的債權債務關係的票據行為。《票據法》對匯票付款的方法與程序作出了明確的規定。

匯票持票人應當按照以下期限提示付款：A、見票即付的匯票，自出票日起1個月內向

付款人提示付款；B、定日付款，出票後定期付款或者見票後定期付款的匯票，自到期日起10日內向承兌人提示付款。持票人未按照上述規定期限提示付款的，在作出說明後，承兌人或者付款人仍應當繼續對持票人承擔付款責任。通過委託收款銀行或者通過票據交換系統向付款人提示付款的，視同持票人提示付款。

持票人依照上述規定提示付款的，付款人必須在當日足額付款。開票人獲得付款的，應當在匯票上簽收，並將匯票交給付款人。持票人委託銀行收款的，受委託的銀行將代收的匯票金額轉入持票人帳戶，視同簽收。持票人委託的收款銀行的責任，限於按照匯票上記載事項將匯票金額轉入持票人帳戶。付款人委託的付款銀行的責任，限於按照匯票上記載事項從付款人帳戶支付匯票金額。

付款人及其代理付款人付款時，應當審查匯票背書的連續，並審查提示付款人的合法身份證明或者有效證件。付款人及其代理人以惡意或者有重大過失付款的，應當自行承擔責任。對定日付款、出票後定期付款或者見票後定期付款的匯票，付款人在到期日前付款的，由付款人自行承擔所產生的責任。

匯票金額為外幣的，按照付款日的市場匯價，以人民幣支付。匯票當事人對匯票支付的貨幣種類另有約定的，從其約定。付款人依法足額付款後，全體匯票債務人的責任解除。

- (5) 參加——參加是指為保護票據的信譽，或某一特定債務人的利益，防止持票人的期前追索，由原票據關係當事人以外的第三人介入（有些國家或地區的票據法規定允許原當事人），承擔其票據義務的行為。參加分為參加承兌和參加付款兩種行為。《票據法》未加以規定。
- (6) 追索權的行使——追索權是一種票據權利，它是指持票人因票據到期不獲付款或到期前不獲承兌，或有其他法定原因時，持票人在票據保全或行使匯票上權利的行為後，對於背書人、出票人及其他票據債務人請求償還票據金額、利息及費用的一種權利。《票據法》對匯票的追索權行使問題作出了單獨一節的明確的規定。

第六節 追索權

第六十一條 匯票到期被拒絕付款的，持票人可以對背書人、出票人以及匯票的其他債務人行使追索權。

匯票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索權：

- (一) 匯票被拒絕承兌的；
- (二) 承兌人或者付款人死亡、逃匿的；
- (三) 承兌人或者付款人被依法宣告破產的或者因違法被責令終止業務活動的。

《票據法》（2004）

5.2 本票

5.2.1 本票的概念

本票是出票人簽發的，承諾自己在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的一種票據。本票具有一般票據所共同具有的性質。但是本票又具有不同於匯票與支票的一些特點。例如，本票是出票人自己承諾支付款項的票據，而與由出票人委託他人支付款項的匯票與支票不同；本票出票時當事人只有出票人和收款人，出票人即為付款人，所以本票無需記載付款人的名稱，而匯票、支票當事人一般有出票人、付款人和收款人三方；本票是自付證券，其出票人始終是主債務人，他必須對本票債務承擔絕對的償付義務。因而，本票無需承兌，這一點也與匯票不同。

5.2.2 本票的法定事項

本票是一種要式證券，因此，《票據法》對本票上記載的事項作出了明確的規定，本票必須記載以下法定事項：

- (1) 表明“本票”的字樣；
- (2) 無條件支付的承諾；
- (3) 確定的金額；
- (4) 收款人名稱；
- (5) 出票日期；
- (6) 出票人簽章。

本票上未記載上述法定事項之一的，本票無效。同時要求本票上記載付款地、出票地等事項的，應當清楚、明確。本票上未記載付款地的，以出票人的營業場所為付款地；本票上未記載出票地的，以出票人的營業場所為出票地。

5.2.3 本票行為規範

本票行為包括出票、背書、保證、付款和追索行為。本票的出票行為是本票出票人簽發票據並將其交付給收款人的一種主要票據行為。《票據法》規定，本票的出票人必須具有支付本票金額的可靠資金來源，並保證支付，本票出票人的資格必須由中國人民銀行依法審定。本票的出票人在持票人提示見票時，必須承擔付款的責任。本票自出票日起，付款期限最長不得超過2個月。本票的持票人未按規定期限提示見票的，喪失對出票人以外的前手的追索權。

本票的出票行為，除遵循上述規定外，適用《票據法》第24條關於匯票的規定。本票的背書、保證、付款行為和追索權的行使，除適用《票據法》對本票的規定外，還適用《票據法》關於匯票的規定。

5.3 支票

5.3.1 支票的概念和特徵

支票是出票人簽發的，委託辦理支票存款業務的銀行，或者其他金融機構在見票時無條件支付確定的金額給收款人或者持票人的一種票據。支票與匯票、本票相比，具有以下特徵：

- (1) 支票的付款人僅限於辦理支票存款業務的銀行或者其他金融機構——這與匯票相比是有明顯區別的。匯票的付款人不僅限於金融機構，其他具有支付匯票金額的可靠資金來源的任何企業都可以充當匯票關係的付款人。
- (2) 支票不必經過承兌，不存在承兌行為，而匯票在出票時或出票後必須經過承兌。
- (3) 支票存在着委託付款關係，而本票不存在委託付款關係，這一點是支票與本票的重要區別。
- (4) 支票必須見票即付——見票即付是支票的唯一付款形式。這與匯票所具有的定日、定期付款形式的多樣性不同。

支票可以支取現金，也可以用於轉帳。由出票人簽發委託其開戶銀行支付一定數額現金給收款人的支票，稱為現金支票。轉帳支票是指由出票人簽發給收款人的憑以辦理轉帳結算的支票。

5.3.2 支票的法定事項

支票具有要式性，因此，中國《票據法》對支票必須記載的事項作出了明確的規定，規定的這些事項，我們稱為支票的法定事項，其內容包括以下幾點：

- (1) 表明“支票”的字樣；
- (2) 無條件支付的委託；
- (3) 確定的金額；
- (4) 付款人名稱；
- (5) 出票日期；
- (6) 出票人簽章。

支票上未記載上述規定事項之一的，其支票無效。

對於支票上的記載事項，《票據法》還作了說明性的規定。例如，支票上的金額可以由出票人授權補記，未補記前的支票，不得使用；支票上未記載收款人名稱的，經出票人授權，可以補記；支票上未記載付款地的，付款人的營業場所為付款地；支票上未記載出票地的，出票人的營業場所、住所或者經常居住地為出票地；出票人可以在支票上記載自己為收款人。

5.3.3 支票行為規範

支票的票據行為一般包括出票、背書、付款和追索。支票當事人的這些票據行為除遵循《票據法》總則和對匯票的有關規定外，還必須遵循以下規定：

- (1) 開立支票存款帳戶，申請人必須使用其本名，並提交證明其身份的合法證件。支票存款帳戶的開立和支票的領用，應當有可靠的資訊，並存入一定的資金。開立支票存款帳戶，申請人應當預留其本名的簽名式樣和印鑑。

- (2) 支票可以支取現金，也可以轉帳。用以轉帳時，應當在支票正面注明。支票中專門用於支取現金的，可以另行製作現金支票，現金支票只能用於支取現金。支票中專門用於轉帳的，可以另行製作轉帳支票，轉帳支票只能用於轉帳，不得支取現金。
- (3) 支票的出票人所簽發的支票金額不得超過其付款時在付款人處實有的存款金額。出票人簽發的支票金額超過其付款時在付款人處實有的存款金額的，為空頭支票。《票據法》禁止簽發空頭支票。支票的出票人不得簽發與其預留本名的簽名式樣或者印鑑不符的支票。
- (4) 出票人必須按照簽發的支票金額承擔保證向該持票人付款的責任。出票人在付款處的存款是以支付支票金額時，付款人應當在當日足額付款。
- (5) 支票限於見票即付，不得另行記載付款日期。另行記載付款日期的，該記載無效。支票的持票人應當自出票日起10日內提示付款；異地使用的支票，其提示付款的期限按照中國人民銀行的規定辦理。超過提示付款期限的，付款人可以不予付款；付款人不予付款的，出票人仍應當對持票人承擔票據責任。
- (6) 付款人依法支付支票金額的，對出票人不再承擔受委託付款的責任，對持票人不再承擔付款的責任。但是，付款人以惡意或者有重大過失付款的除外。

6. 涉外票據的法律適用和票據法律責任

6.1 涉外票據的法律適用

6.1.1 涉外票據的概念

涉外票據，簡而言之，是指具有涉外關係性質的票據。按照中國《票據法》的規定，所謂涉外票據，是指出票、背書、承兌、保證、付款等行為中，既有發生在中華人民共和國境內，又有發生在中華人民共和國境外的票據。由於涉外票據具有涉外因素的性質，因此，它與一般票據的法律適用原則和規定有所不同。《票據法》基於這種不同性質，對涉外票據的法律適用問題，作出了專章規定。

6.1.2 涉外票據的法律適用原則

- (1) 中華人民共和國締結或者參加的國際條約同《中華人民共和國票據法》有不同規定的，適用國際條約的規定。但是，中國聲明保留的條款除外。《票據法》和中國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。
- (2) 票據債務人的民事行為能力，適應其本國法律——票據債務人的民事行為能力，依照其本國法律為無民事行為能力或者為限制民事行為能力而依照行為地法律為完全民事行為能力的，適用行為地所在國的法律。
- (3) 匯票、本票出票時的記載專案，適用出票地所在國的法律——支票出票時的記載專案，適用出票地法律，經當事人協議，也可以適用付款地法律。

- (4) 票據的背書、承兌、付款和保證行為，適用行為地法律。
- (5) 票據追索權的行使期限，適用出票地法律——票據的提示期限、有關拒絕證明方式、出具拒絕證明的期限，適用付款地法律。
- (6) 票據喪失時，失票人請求保全票據權利的程序，適用付款地法律。

6.2 票據法律責任

票據法律責任，是指違反票據法規範而應承擔的法律責任。《票據法》對違反票據法規定的行為規定了三種法律責任：刑事責任、行政責任和經濟民事責任。

6.2.1 票據的刑事責任範圍

進行下列票據欺詐行為之一的，可以依法追究其刑事責任：

- (1) 偽造、變造票據的；
- (2) 故意使用偽造、變造的票據的；
- (3) 簽發空頭支票或者故意簽發與其預留的本名簽字式樣或者印鑑不符的支票，騙取財物的；
- (4) 簽發無可靠資金來源的匯票、本票，騙取資金的；
- (5) 匯票、本票的出票人在出票時作虛假記載，騙取財物的；
- (6) 冒用他人的票據，或者故意使用過期或者作廢的票據，騙取財物的；
- (7) 付款人同出票人、持票人惡意串通，實施前6項所列行為之一的。
- (8) 金融機構工作人員在票據業務中怠忽職守，對違反票據法規定的票據於以承兌、付款或者保證的，並且造成重大損失，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

6.2.2 票據的行政責任範圍

- (1) 進行上述七項票據欺詐行為之一，而情節輕微，不構成犯罪的，依照國家有關規定給予行政處罰。
- (2) 金融機構工作人員在票據業務中怠忽職守，對違反票據法規定的票據予以承兌、付款或者保證的，並未構成犯罪的給予行政處分。
- (3) 票據的付款人對見票即付或者到期的票據，故意壓票、拖延支付的，由金融行政管理部門對直接責任人員給予處分。

6.2.3 票據的經濟民事責任範圍

- (1) 金融機構工作人員在票據業務中怠忽職守，對違反票據法規定的票據予以承兌、付款或者保證，並給當事人造成損失的，由該金融機構和直接責任人員依法承擔經濟賠償責任。
- (2) 票據的付款人故意壓票、拖延支付，給持票人造成損失的，依法承擔經濟賠償責任。
- (3) 依照票據法規定承擔上述賠償責任以外的其他違反票據法的行為，給他人造成損失的，應當依法承擔民事責任。

15. 銀行法

徐孟洲、武濤

1.	銀行法概述	306
1.1	銀行法的概念和地位	306
1.2	銀行經營管理體制概述	306
1.3	銀行法律關係	306
2.	中央銀行法	307
2.1	中央銀行的性質、地位、職責和 組織機構	307
2.2	人民幣及其發行制度	310
3.	商業銀行法	310
3.1	商業銀行的概念、地位和經營範圍	310
3.2	商業銀行的組織和財務會計制度	312
3.3	商業銀行的設立、變更、接管和終止	313
3.4	商業銀行存款業務的基本規則	316
3.5	商業銀行貸款和其他業務的基本規則	316
3.6	監督管理和法律責任	317
4.	政策性銀行法	318
4.1	政策性銀行法概述	318
4.2	政策性銀行法簡介	319
5.	非銀行金融機構管理法	321
5.1	非銀行金融機構管理法概述	321
5.2	非銀行金融機構的設立、變更和終止	322
5.3	非銀行金融機構法律	324

1. 銀行法概述

1.1 銀行法的概念和地位

銀行是一種專門經營存款、貸款、匯兌、結算等業務，充當信用仲介和支付仲介的金融機構。¹ 在舊中國，銀行常被稱為銀樓或錢莊。

所謂銀行法，是指由國家制定或認可的用以確定銀行的性質、地位和職責許可權，並調整其在金融活動中形成的銀行監督管理關係和銀行業務關係的法律規範的總稱。銀行法在金融法體系中居於核心地位。

1.2 銀行經營管理體制概述

銀行經營管理體制，大體上分成兩類，一類是以美國、日本為代表的商業銀行和投資銀行分業經營管理體制；另一類是以德國等歐洲國家為代表的綜合性銀行經營管理體制或稱混業經營體制。分業經營管理最大的優勢在於對風險的制度控制，特別是對系統風險的防範，強調穩定。綜合性銀行最大的優勢在於它有利於降低業務成本，增加利潤，從而提高了銀行的效益和競爭力。但是，綜合性銀行體制同時也弱化了對系統風險的防範，容易引起風險在整個金融業的傳播和擴散。另外，銀行數額巨大的資金進入證券市場，還易於造成虛假繁榮的經濟泡沫。

中國銀行經營管理體制是從“大一統”的單一制銀行體制向分業經營管理方式發展的，1995年《商業銀行法》的頒佈，進一步明確規定商業銀行主要從事存貸業務，而將保險、證券等業務排除在外。現階段，由於受到監管水平較低、管理經驗不足等局限，中國仍堅持實行分業經營管理的銀行體制，《商業銀行法》確立的分業經營、分業監管的原則在近期內將不會修改。中國銀行業監督管理委員會自2003年4月28日起正式履行職責，根據授權，統一監督管理銀行、金融資產管理公司、信託投資公司以及其他存款類金融機構，維護銀行業的合法、穩健運行。

1.3 銀行法律關係

銀行法律關係包括銀行管理法律關係和銀行業務法律關係。

銀行管理法律關係——指由銀行法所調整的在銀行管理活動過程中形成的具有權利義務內容的社會關係。銀行管理法律關係可分為銀行外部管理關係和內部管理關係。銀行外部管理關係原來是指中央銀行對各商業銀行及其他金融機構的管理活動中形成的具有權利義務內容的社會關係，由於銀行業監督管理委員會（以下簡稱銀監會）已經成立，所以銀行的外部管理關係則主要指銀監會對各商業銀行及其他金融機構的管理活動中形成的具有權利義務內容的社會關係；內部管理關係是指在各銀行內部的組織管理活動中形成的具有權利義務內容的社會關係。

銀行業務法律關係——指由銀行法律規範所調整的在銀行業務活動過程中形成的具有權利義務內容的社會關係。銀行業務法律關係的一方是銀行，另一方是其服務的對象，包括自然人、法人（包括銀行）和國家。

2. 中央銀行法

2.1 中央銀行的性質、地位、職責和組織機構

2.1.1 中國人民銀行的性質和地位

中國人民銀行屬於政府領導和管理國家金融業的國家機關。國家賦予它的職能和主要任務是制定和實施貨幣政策，它不對企業、個人直接辦理存貸業務。這是中國人民銀行在性質上的主要體現。但是，中國人民銀行作為政府的綜合經濟部門，又與一般政府機關不同，它是政府的銀行和銀行的銀行，同時仍要履行銀行的某些業務。例如，向商業銀行提供貸款，為金融機構之間提供清算服務，在公開市場上買賣國債和其他政府債券及外匯等業務。但是，中國人民銀行經營這些業務是為了執行貨幣政策，是實施宏觀經濟調控的經濟手段，並不影響中國人民銀行的國家機關的基本性質。

《中國人民銀行法》第2條規定：“中國人民銀行是中華人民共和國的中央銀行。中國人民銀行在國務院領導下，制定和執行貨幣政策，防範和化解金融風險，維護金融穩定。”這就從法律上確立了中國人民銀行的中央銀行地位，明確中國人民銀行的兩大政府職能，即制定和實施貨幣政策，對全國金融業實施監督管理。

2003年根據國務院提請十屆全國人大一次會議審議的國務院機構改革方案，設立中國銀行監督管理委員會。銀監會將整合中國人民銀行對銀行、資產管理公司及其他存款類金融機構的監管職能和中央金融工委的相關職能。

作為國務院直屬的正部級事業單位，銀監會將根據授權，統一監督管理銀行、資產管理公司、信託投資公司及其他存款類金融機構。其主要職責是：擬定有關銀行業監管的政策法規，負責市場准入和運行監督，依法查處違法違規行為等。

中國人民銀行作為中央銀行的特殊法律地位，決定了它制定、執行政策，履行職責，開展業務的獨立性。因此，《中國人民銀行法》第7條明確規定：“中國人民銀行在國務院領導下依法獨立執行貨幣政策，履行職責，開展業務，不受地方政府、各級政府部門、社會團體和個人的干涉。”這樣，就從法律上保障了中國人民銀行在強化中央銀行的地位、完善中央銀行宏觀調控體系和依法維護金融秩序中的獨立性，有利於加強中國人民銀行對全國金融業的監督管理，創造良好的金融發展環境。

2.1.2 中國人民銀行的職責

按照現行《中國人民銀行法》的規定，中國人民銀行主要行使三大職能：貨幣政策的制定與實施、貨幣發行與貨幣流通的調節、對金融業和金融機構的監督管理。

為了保證這些職能的實現，《中國人民銀行法》第4條規定了中國人民銀行的13項具體職責：

- (1) 發佈與履行其職責有關的命令和規章；
- (2) 依法制定和執行貨幣政策；
- (3) 發行人民幣，管理人民幣流通；
- (4) 監督管理銀行間同業拆借市場和銀行間債券市場；
- (5) 實施外匯管理，監督管理銀行間外匯市場；

- (6) 監督管理黃金市場；
- (7) 持有、管理、經營國家外匯儲備、黃金儲備；
- (8) 經理國庫；
- (9) 維護支付、清算系統的正常運行；
- (10) 指導、部署金融業反洗錢工作，負責反洗錢的資金監測；
- (11) 負責金融業的統計、調查、分析和預測；
- (12) 作為國家的中央銀行，從事有關的國際金融活動；
- (13) 國務院規定的其他職責。

中國人民銀行為執行貨幣政策，還可以依照《中國人民銀行法》第4章的有關規定，從事金融業務活動。

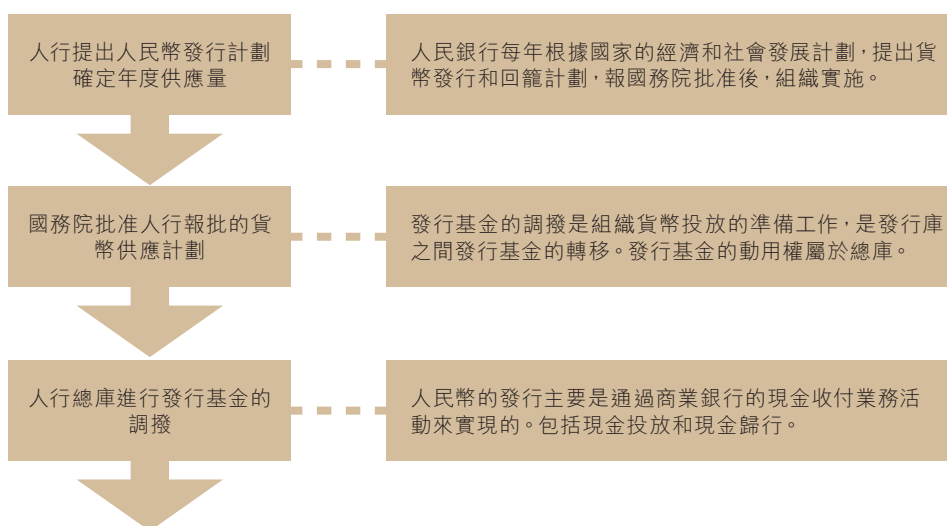
由於中國銀監會已經成立，因此《中國人民銀行法》也將進行相應的修改，對金融業和金融機構的監督管理的內容及其相關規定都將進行調整，改由銀監會行使。

2.1.3 中央銀行的法定業務

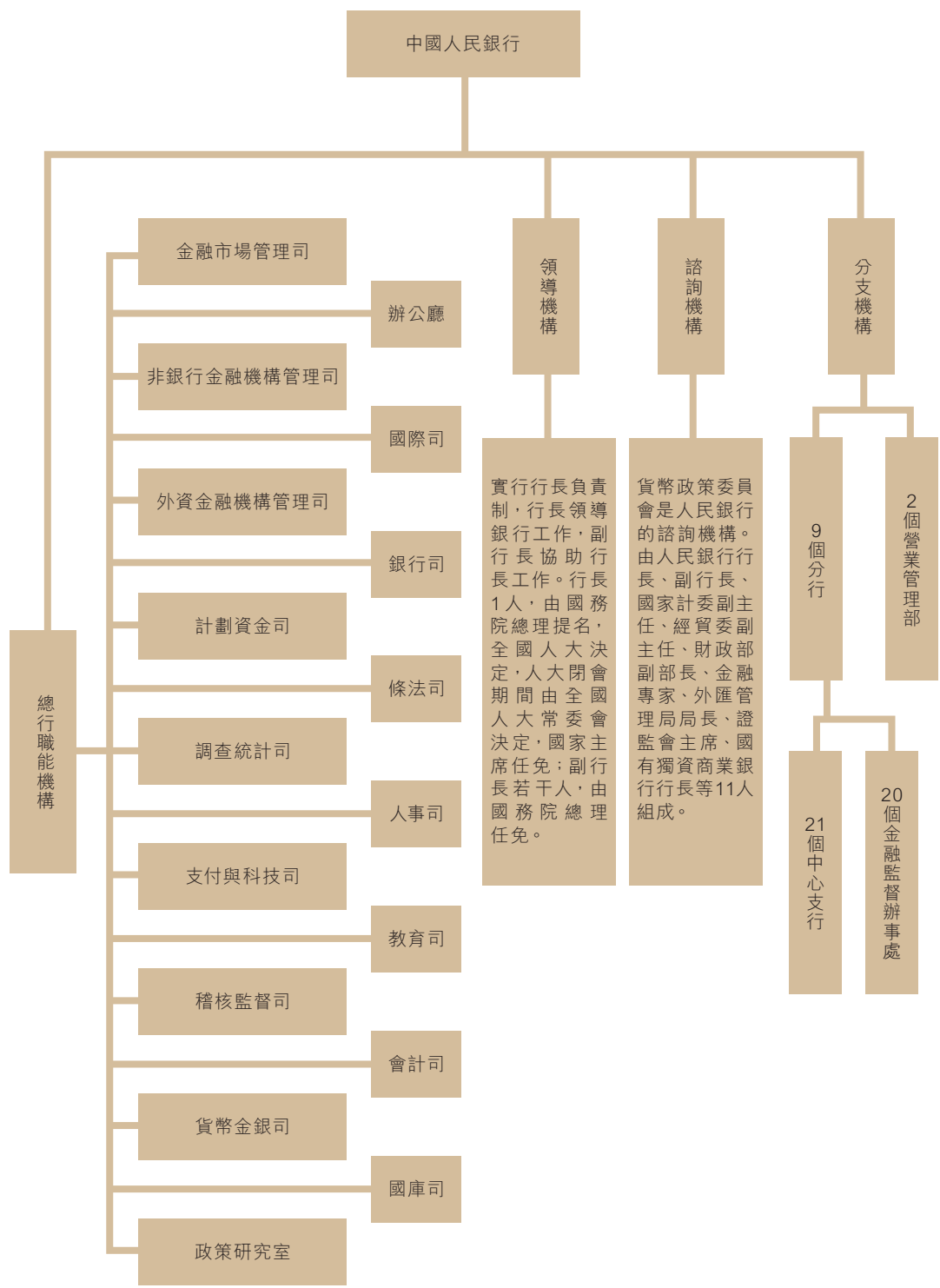
中央銀行的業務，是中央銀行職責的具體化。中央銀行業務一般由中央銀行法確定，即稱為中央銀行的法定業務。根據《中國人民銀行法》的規定，中國中央銀行法定業務的具體範圍包括以下內容：規定和集中存款準備金、確定中央銀行基準利率、辦理商業銀行再貼現、向商業銀行提供貸款、在公開市場上買賣國債和其他政府債券及外匯、經理國庫，以及清算服務。

2.1.4 中國人民銀行的組織機構

銀行組織機構是實現銀行的政策目標和職責的基本保障。按照《中國人民銀行法》的規定，中國人民銀行的組織機構包括總行職能機構、領導機構、分支機構和諮詢機構。中國人民銀行實行行長負責制。



人民幣發行程式圖



中國人民銀行組織機構圖

中國人民銀行根據履行職責的需要設置分支機構，作為中國人民銀行的派出機構。分支機構根據中國人民銀行的授權，負責本轄區的金融監督管理及承辦有關業務。

為了保證國家貨幣政策的準確性、可行性和操作性，《中國人民銀行法》規定，在中國人民銀行設立貨幣政策委員會，作為其制定和執行貨幣政策的諮詢機構。

2.2 人民幣及其發行制度

貨幣發行是中央銀行的主要職責。

中國的法定貨幣是人民幣。人民幣具有無限清償能力，以人民幣支付中國境內的一切公共和私人債務，任何單位和個人不得拒收。人民幣的單位為元，人民幣輔幣單位為角、分。人民幣由中國人民銀行統一印製、發行。中國人民銀行對人民幣發行的管理是通過劃分發行庫和業務庫予以組織實施的。發行庫即發行基金保管庫。發行基金是人民銀行保管的尚未進入流通的人民幣票券，它還不是貨幣。

中國人民銀行發行新版人民幣，應當將發行時間、面額、圖案、式樣、規格予以公告。法律嚴格禁止偽造、變造人民幣；禁止出售、購買偽造、變造的人民幣；禁止運輸、持有、使用偽造、變造的人民幣；禁止故意毀損人民幣；禁止在宣傳品、出版物或者其他商品上非法使用人民幣圖樣。任何單位和個人不得印製、發售代幣票券，以代替人民幣在市場上流通。殘缺、污損的人民幣，按照中國人民銀行的規定兌換，並由中國人民銀行負責收回、銷毀。

3. 商業銀行法

3.1 商業銀行的概念、地位和經營範圍

3.1.1 商業銀行的概念及體系

商業銀行，就是以經營存款、放款為主要業務，並以盈利性、安全性和流動性為主要經營原則的信用機構。

目前，中國商業銀行體系中，除中國銀行、農業銀行、工商銀行、建設銀行四大國有獨資商業銀行外，還有交通銀行、中信實業銀行、光大銀行、華夏銀行、招商銀行、福建興業銀行、廣東發展銀行、深圳發展銀行、上海浦東發展銀行、民生銀行等。

第二條

本法所稱的商業銀行是指依照本法和《中華人民共和國公司法》設立的吸收公眾存款、發放貸款、辦理結算等業務的企業法人。

《商業銀行法》

3.1.2 商業銀行的法律性質

商業銀行不是國家機關，而是企業法人。它具有《民法通則》賦予一般企業法人的法律地位和權利義務。由於商業銀行依照《公司法》和《商業銀行法》設立，所以它具有一般公司企業法人的基本特點但是又有很大的區別。

第一，設立的法律依據和條件不完全相同——一般公司的設立只需依據《公司法》設立，而商業銀行還需要符合《商業銀行法》規定的設立條件，並且需要經中國人民銀行審查批准。

第二，經營範圍不同——公司經營的是一般商品，而商業銀行經營的是特殊商品，即充當一般等價物的貨幣。

第三，經營方式不同——一般公司的經營方式，都是將商品的所有權和使用權通過交易同時轉讓出去，而商業銀行經營貨幣時只轉讓貨幣的使用權，保留貨幣的所有權。

第四，經營收益來源不同——一般公司企業的收益主要來源於經營商品的價值增值，而商業銀行收益主要來源於經營貨幣所獲取的利息。

由此可見，商業銀行是特殊的公司企業法人。同時，由於商業銀行以效益性、安全性、流動性為經營原則，它與同是銀行的政策性銀行也是不同的。政策性銀行不經營商業性信貸業務，不以盈利為目標，實行保本經營的原則。

3.1.3 商業銀行的經營範圍

隨着社會主義市場經濟的發展，中國商業銀行經營的業務範圍大大超過了以往的專業銀行的範圍，對此，《商業銀行法》就商業銀行的經營業務以下專門列舉。

各商業銀行可以經營上述業務的一部分，也可以經營其全部業務。經營業務的範圍由該商業銀行的章程規定，並報中國人民銀行批准。未經中國人民銀行批准，任何單位和個人不得從事吸收公眾存款等商業銀行業務。

第三條 商業銀行可以經營下列部分或者全部業務：

- (一) 吸收公眾存款；
- (二) 發放短期、中期和長期貸款；
- (三) 辦理國內外結算；
- (四) 辦理票據貼現；
- (五) 發行金融債券；
- (六) 代理發行、代理兌付、承銷政府債券；
- (七) 買賣政府債券；
- (八) 從事同業拆借；
- (九) 買賣、代理買賣外匯；
- (十) 提供信用證服務及擔保；
- (十一) 代理收付款項及代理保險業務；
- (十二) 提供保管箱服務；
- (十三) 經中國人民銀行批准的其他業務。

經營範圍由商業銀行章程規定，報國務院銀行業監督管理機構批准。

3.2 商業銀行的組織和財務會計制度

3.2.1 商業銀行的組織形式

中國商業銀行的組織形式為公司。在中國，有三種公司形式，即有限責任公司、國有獨資公司和股份有限公司。與此相適應，中國商業銀行組織形式也應當有三種，即有限責任制商業銀行、國有獨資商業銀行和股份制商業銀行。由於商業銀行的組織形式適用公司法的規定，因此也可以設立分支機構，同時，根據《商業銀行法》的規定，商業銀行的分支機構不具有法人資格，在總行授權範圍內依法開展業務，其民事責任由總行負擔。中國商業銀行採取的是分支行制。

有限責任商業銀行是指兩個以上股東共同出資，股東以其出資額為限對銀行承擔責任，銀行以其全部資產對外承擔責任的商業銀行。有限責任商業銀行具有有限責任公司的基本特徵，兼有人合、資合性質。其特點是設立程序簡單，具有非公開性。

國有獨資商業銀行是指由國家單獨投資設立的商業銀行，它是有限責任商業銀行的特殊形態。國家是國有獨資商業銀行的唯一投資主體，不設股東會，由國家授權投資機構或者國家授權部門授權董事會行使股東會部分職權，決定銀行重大事項；但有關銀行合併、分立、解散、增減資本和發行公司債券，則必須由國家授權投資的機構或者國家授權部門決定。董事也由國家授權投資機構或者國家授權的部門按照董事會的任期委派或者更換。國有獨資商業銀行設立監事會。國家實施監督管理。國有獨資商業銀行的資本轉讓依照法律、行政法規的規定，由國家授權投資機構或國家授權的部門辦理審批和財產權轉移手續。

小知識

目前，已經在國內證券市場上市的股份制商業銀行有：中國銀行、工商銀行、中信銀行、深圳發展銀行、上海浦東發展銀行、民生銀行等；即將上市的有華夏銀行、招商銀行等；已經在香港證券市場上市的有工商銀行、中信銀行、中國銀行、建設銀行、招商銀行、交通銀行、光大集團下屬的光大、中銀控股等。

股份制商業銀行是指全部資產分為等額股份，採取發起設立或以公開募集設立的商業銀行。股份制商業銀行的股東以其所持股份為限對銀行承擔責任，銀行以其全部資產對外承擔責任。股份制商業銀行的股東不得低於法定最低人數。股份制商業銀行的股票經批准可以依法上市和自由轉讓。

3.2.2 商業銀行的財務會計制度

商業銀行應當依照法律和國家統一的會計制度及中國人民銀行的有關規定，建立、健全本行的財務會計制度；應當按照國家有關規定，真實記錄並全面反映其業務活動和財務狀況，編制年度財務會計報告，及時向中國人民銀行和財政部門報送會計報表。商業銀行不得在法定的會計帳冊外另立會計帳冊。

商業銀行應當於每一會計年度終了3個月內，按照中國人民銀行的規定，公佈其上一年度的經營業績和審計報告。商業銀行應當按照國家有關規定，提取呆帳準備金，沖銷呆帳。中國會計

年度規定為自西曆1月1日起至12月31日止，商業銀行也必須執行國家規定的這一統一的會計年度制度。

3.3 商業銀行的設立、變更、接管和終止

3.3.1 商業銀行的設立

《商業銀行法》第11條規定，設立商業銀行，應當經國務院銀行業監督管理機構審查批准。非經國務院銀行業監督管理機構批准，任何單位和個人不得從事吸收公眾存款等商業銀行業務，任何單位不得在名稱中使用“銀行”。

在中國設立商業銀行，應當具備以下法定條件：應當有符合《商業銀行法》和《公司法》規定的章程；必須有符合《商業銀行法》規定的註冊資本最低限額；有具備任職專業知識和業務工作經驗的董事長（行長）、高級管理人員；有健全的組織機構和管理制度；有符合要求的營業場所、安全防範措施和與業務有關的其他設施。

中國關於商業銀行註冊資本最低限額的規定

設立商業銀行的註冊資本最低限額為10億元人民幣。城市合作商業銀行的註冊資本最低限額為1億元人民幣，農村合作商業銀行的註冊資本最低限額為5千萬元人民幣。註冊資本應當是實繳資本。國務院銀行業監督管理機構根據經濟發展可以調整註冊資本最低限額，但不得少於上述規定的限額。

設立商業銀行時，申請人應當向國務院銀行業監督管理機構提交有關文件、資料。經批准設立的商業銀行，由國務院銀行業監督管理機構頒發經營許可證，並憑該許可證到工商行政管理部門辦理登記，領取營業執照。

商業銀行根據業務需要可以在中國境內外設立分支機構。設立分支機構必須經國務院銀行業監督管理機構審查批准，在境內的分支機構，不按行政區劃設立。設立分支機構，應當按照規定撥付與其經營規模相適應的營運資金額。但撥付各分支機構營運資金額的總和，不得超過總行資本金總額的60%。設立分支機構，申請人也應當向國務院銀行業監督管理機構提交有關文件、資料；由國務院銀行業監督管理機構審批並頒發營業許可證，再向工商行政管理部門辦理登記，領取營業執照。

經批准設立的商業銀行及其分支機構，由國務院銀行業監督管理機構予以公告，自取得營業執照之日起無正當理由超過6個月未開業的，或者開業後自行停止連續6個月以上的，由國務院銀行業監督管理機構吊銷其經營許可證，並予以公告。

中國立法對登記採取實質審查主義，即登記機關對申請登記的銀行所提交的文件，不僅審查具體形式是否符合要求，還要審查其內容是否真實、可靠、合法。登記主管機關從形式和內容兩個方面審查後，至遲應自發出《登記受理通知書》之日起30日內作出核准登記或者不予登記的決定。不予登記的，應自作出決定之日起15日內通知申請人。核准登記的，則自核准登記之日起15日內通知申請人，發給《企業法人營業執照》，並登記如下事項：名稱、住所、法定代表人、註

冊資本、企業類型、經營範圍、營業期限、有限商業銀行股東或者商業銀行發起人的姓名或者名稱。新設立的銀行，由國務院銀行業監督管理機構予以公告。

3.3.2 商業銀行的變更

商業銀行的名稱首先有“銀行”字樣，以表明它可以依法從事銀行業務。商業銀行變更名稱必須報經國務院銀行業監督管理機構批准。

公司法明確規定了公司的註冊資本一經確定，不得隨意變更的原則。但是商業銀行為擴大經營規模，就必須增加投入，增加註冊資本額。為此，商業銀行法一方面強調了資本不變的原則，另一方面又規定，商業銀行無論增加或減少註冊資本，必須事先向國務院銀行業監督管理機構申請，由國務院銀行業監督管理機構審批後才能實施，這樣就兼顧了兩方面的利益。

商業銀行的經營場所是章程、經營許可證和營業執照必須載明的重要事項。變更營業場所必須依法由國務院銀行業監督管理機構審批。

商業銀行的業務範圍在其設立時，已經國務院銀行業監督管理機構核定。如因商業銀行的組織形式的變化和社會經濟發展的客觀需要作出調整，必須報經國務院銀行業監督管理機構核准，以便使國務院銀行業監督管理機構根據經濟發展需要和銀行業競爭狀態，根據商業銀行的註冊資本、信譽等級、員工素質、股本構成、經營規模、經營宗旨、資金效益等因素，進行綜合平衡。

股東的變更，不論是採取有限責任公司形式還是股份有限公司形式的商業銀行，凡持股5%以上的大股東轉讓出資，都受到了嚴格的法律和章程的限制。

商業銀行的章程是由全體股東同意後，經國務院銀行業監督管理機構批准生效的記載商業銀行重大事項的法律文書，是約束商業銀行及其內部管理者、投資者的行為準則。商業銀行修改章程必須嚴格依法向國務院銀行業監督管理機構履行報批手續。

商業銀行的變更包括分立和合併，由於各類商業銀行情況不同，需要變更的事項更是名目繁多，從加強監督管理的目的出發，《商業銀行法》規定，商業銀行變更名稱，變更註冊資本，變更總行或者分支機構所在地，調整業務範圍，變更持有資本總額或者股份總額百分之五以上的股東，修改章程，以及國務院銀行業監督管理機構規定的其他變更事項的，都應當經國務院銀行業監督管理機構批准；更換董事長（行長）、總經理時，應當報經國務院銀行業監督管理機構審查其任職條件。商業銀行就前六項以外的其他事項進行變更時，仍須上報國務院銀行業監督管理機構批准，確保法律的嚴密性。商業銀行分支機構變更事項的，應當同時依照《中華人民共和國公司登記管理條例》，向工商行政管理部門辦理變更登記手續。商業銀行的分立、合併，適用《公司法》的規定，並應當經國務院銀行業監督管理機構審查批准。

3.3.3 商業銀行的接管

商業銀行的接管，是國務院銀行業監督管理機構依法定的條件和程序全面控制被接管商業銀行的業務活動，以保證商業銀行經營安全性、合法性的一項預防性拯救措施。

商業銀行的接管由國務院銀行業監督管理機構組織實施。對商業銀行進行接管的目的是使被接管者能夠在接管期限內，扭虧為盈，度過經營危機，以保護存款人利益。

商業銀行的接管原因主要有兩種：一種是該商業銀行經營不好，已經發生信用危機，嚴重影響存款人的利益；另一種是商業銀行可能發生信用危機，將嚴重影響存款人的利益。

國務院銀行業監督管理機構決定接管後，要提前書面通知將被接管的銀行。國務院銀行業監督管理機構對商業銀行的接管，自接管決定實施之日起開始。也就是說，作出接管決定書時，還不意味着已對其進行接管。從接管執行之日起，商業銀行的經營管理權就應當由接管機關行使。在接管期間，由接管機關行使最高領導權，負責處理被接管銀行的一切業務往來，被接管的銀行一切須服從接管機關的指揮，並盡力提供合作和工作便利。接管通常預先宣佈一定期限，接管期限的長短應當根據被接管銀行的實際情況和接管的方案，由國務院銀行業監督管理機構確定。在國務院銀行業監督管理機構確定的期限結束後，一般會出現兩種結果：一種是商業銀行的經營狀況出現轉機，恢復了正常的經營能力，達到了接管的預期目的；另一種情況是未能達到接管時在接管方案中提出的要求，而仍有恢復正常經營能力的可能。在這種情況下，國務院銀行業監督管理機構可決定接管延期。接管期限最長不得超過兩年。

接管的終止，是指國務院銀行業監督管理機構結束對商業銀行的接管。《商業銀行法》規定，有下列情形之一的，國務院銀行業監督管理機構的接管終止：接管決定規定的期限已滿或延期已滿；接管期限內即已恢復正常經營能力；接管期限未滿前該商業銀行已被合併或者被依法宣告破產。

3.3.4 商業銀行的終止

終止，是指商業銀行法人資格的喪失，即民事權利和民事行為能力的喪失，包括商業銀行經營活動的停止。對接管期限屆滿而仍不能恢復正常經營能力的商業銀行，國務院銀行業監督管理機構可決定終止接管，而由人民法院按照法律規定的程序依法宣告其破產。依照破產法的規定，商業銀行終止的方式有：解散、被撤銷或被宣告破產。

依據法律規定，商業銀行出現終止事由後，應依法組成清算組。清算組在清算期間行使下列職權：

- (1) 清理銀行財產，分別編制資產負債表和財務清單；
- (2) 通知或者公告債權人；
- (3) 處理與清算有關的銀行未了結的業務；
- (4) 清繳所欠稅款；
- (5) 清理債權、債務；
- (6) 處理商業銀行清償債務後的剩餘財產；
- (7) 代表商業銀行參與民事訴訟活動。

清算組應當在10日內通知債務人和已知的債權人，並發出公告。債權人應當在收到通知後30日內，未收到通知則應自公告之日起3個月內，向清算組申報其債權。逾期末申報的，被視為放棄債權。債權人申報其債權時，應當說明債權的有關事項，並提供證明材料，清算組應對債權進行登記。在進行清算後，由清算組繳回經營許可證，並按國務院銀行業監督管理機構的通知書，清算組負責人簽署註銷登記申請書、法院破產裁定或商業銀行依法作出的決議、行政機關責令關閉的文件、清算報告、營業執照等有關文件，向工商行政管理機關辦理註銷登記手續。工商行政管理機關註銷登記後，商業銀行即終止。商業銀行終止，由國務院銀行業監督管理機構在指定的報紙上予以公告。

3.4 商業銀行存款業務的基本規則

存款是企業、機關、團體或個人根據可以收回的原則，把貨幣資金存入銀行或其他信用機構並獲取存款利息的一種信用活動形式。吸收公眾存款是商業銀行最基本的業務。保護存款人的合法權益是商業銀行法的立法宗旨之一。為規範商業銀行吸收公眾存款的行為，保護存款人合法權益，中國《商業銀行法》等法律、行政法規，對存款人的保護作出了明確的規定，商業銀行與客戶的業務往來，應當遵循平等、自願、公平和誠實信用的原則。商業銀行應當保障存款人的合法權益不受任何單位和個人的侵犯。

關於商業銀行存款業務的具體規定

第一，商業銀行辦理個人儲蓄存款業務，應當遵循存款自願、取款自由、存款有息、為存款人保密的原則。對個人儲蓄存款，商業銀行有權拒絕任何單位或者個人查詢，但法律另有規定的除外。

第二，對單位存款，除法律、行政法規另有規定的外，商業銀行有權拒絕任何單位或者個人查詢；有權拒絕任何單位或者個人凍結、扣劃，但法律另有規定的除外。

第三，商業銀行應當按照中國人民銀行規定的存款利率的上下限，確定存款利率，並予以公告。

第四，商業銀行應當按照中國人民銀行的規定，向中國人民銀行交存存款準備金，留足備付金。

第五，商業銀行應當保證存款本金和利息的支付，不得拖延、拒絕支付本金和利息。

3.5 商業銀行貸款和其他業務的基本規則

貸款，是指銀行向客戶轉讓貨幣資金的使用權，並按約定的期限和利息等條件加以回收的一種信用活動形式。貸款業務是商業銀行的主要經營業務。

《商業銀行法》規定，商業銀行貸款，應當對借款人的借款用途、償還能力、還款方式等情況進行嚴格審查，並且必須實行審貸分離、分級審批的制度。借款人應當向貸款銀行提供擔保，商業銀行應當對保證人的償還能力，抵押物、質物的權屬和價值以及實現抵押權、質權的可行性進行嚴格審查。經商業銀行審查、評估，確認借款人資信良好，確能償還貸款的，也可以不要求其提供擔保。商業銀行貸款，還應當與借款人訂立書面合同；應當按照中國人民銀行規定的貸款利率的上下限，確定貸款利率。

《商業銀行法》關於商業銀行貸款的資產負債的比例的規定：

- (1) 資本充足率不得低於百分之八；
- (2) 貸款餘額與存款餘額的比例不得超過百分之七十五；
- (3) 流動性資產餘額與流動性負債餘額的比例不得低於百分之二十五；
- (4) 對同一借款人的貸款餘額與商業銀行資本餘額的比例不得超過百分之十；
- (5) 中國人民銀行對資產負債比例管理的其他規定。

為了實現商業銀行的效益性、安全性、流動性三結合的經營原則，提高經濟效益，減少風險，國家要求商業銀行資產與負債之間保持合理的比例，實行資產負債比例管理的制度。

為了保證商業銀行貸款業務的順利開展，保障存貸雙方的權益，提高信貸質量，維護貸款秩序，預防違法行為的發生，《商業銀行法》明確規範或禁止貸款銀行、借款人和其他有關人的以下貸款和其他業務行為：

- (1) 商業銀行不得向關係人發放信用貸款；向關係人發放擔保貸款的條件不得優於其他借款人同類貸款的條件。所謂關係人是指本商業銀行的董事、監事、管理人員、信貸業務人員及其近親屬，以及包括這些關係人所投資或者擔任高級管理職務的公司、企業和其他經濟組織。
- (2) 任何單位和個人不得強令商業銀行發放貸款或者提供擔保。
- (3) 借款人應當按期歸還貸款的本金和利息。
- (4) 商業銀行在中國境內不得從事信託投資和證券經營業務，不得投資於非自用不動產。商業銀行在中國境內不得向非銀行金融機構和企業投資，但國家另有規定的除外。
- (5) 商業銀行辦理票據承兌、匯兌、委託收款等結算業務，應當按照規定的期限兌現，收付入帳，不得壓單、壓票或者違反規定退票。有關兌現、收付入帳期限的規定應當公佈。
- (6) 商業銀行發佈金融債券或者到境外借款，應當依照法律、行政法規的規定報經批准。
- (7) 同業拆借，應當遵守中國人民銀行規定期限，拆借的期限最長不得超過4個月。禁止利用拆入資金發放固定資產貸款或者用於投資。
- (8) 商業銀行不得違反規定提高或者降低利率以及採用其他不正當手段，吸收存款，發放貸款。
- (9) 企業事業單位可以自主選擇一家商業銀行的營業場所，開立一個辦理日常轉帳結算和現金收付的基本帳戶，不得開立兩個以上基本帳戶。任何單位和個人不得將單位的資金以個人名義開立帳戶存儲。
- (10) 商業銀行的營業時間應當方便客戶，並予以公告。
- (11) 商業銀行的工作人員應當遵守法律、行政法規和其他各項業務管理的規定，不得違反《商業銀行法》和其他法律、法規的規定，進行收受賄賂和其他非法行為。

3.6 監督管理和法律責任

3.6.1 監督管理

《商業銀行法》在其總則中規定，商業銀行依法接受國務院銀行業監督管理機構的監督管理。對監督管理的具體要求，《商業銀行法》第6章作出了專章規定，其內容如下：

- (1) 商業銀行應當按照有關規定，制定本行的業務規則，建立、健全本行的業務管理、現金管理和安全防範制度。
- (2) 商業銀行必須建立、健全本行對存款、貸款、結算、呆帳等各項情況的稽核、檢查制度；商業銀行對分支機構應當進行經常性的稽核和檢查監督。

- (3) 商業銀行應當按照規定向國務院銀行業監督管理機構、中國人民銀行報送資產負債表、損益表以及其他財務會計報表和資料。
- (4) 中國人民銀行有權依照《商業銀行法》第3章、第4章、第5章的規定，對商業銀行的存款、貸款、結算、呆帳等情況進行檢查監督。檢查監督時，檢查監督人員應當出示合法的證件。商業銀行應當按照國務院銀行業監督管理機構的要求，提供財務會計資料、業務合同和有關經營管理方面的其他資訊。
- (5) 商業銀行應當依法接受審計機關的審計監督。

3.6.2 法律責任

《商業銀行法》第8章對商業銀行及其工作人員和借款人等違反《商業銀行法》和其他有關法律、行政法規的行為，分別規定了應當承擔的法律責任。

商業銀行對存款人或者其他客戶造成財產損害的，應當承擔支付遲延履行的利息以及其他民事責任；商業銀行有未經批准發行金融債券、到境外借款、未經批准買賣政府債券、外匯、拒絕人民銀行稽核、檢查監督等行為的，由人民銀行責令改正，沒收違法所得，並處以罰款，情節特別嚴重或逾期不改正的，人民銀行可以責令其停業整頓或者吊銷其經營許可證，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

商業銀行工作人員利用職務上的便利，貪污、挪用、侵佔本行或客戶資金的，索取、收受賄賂或者違反國家規定授受回扣、手續費等的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人依法追究刑事責任，未構成犯罪的給予紀律處分。

4. 政策性銀行法

4.1 政策性銀行法概述

政策性銀行是指由國家創立、參股或保證的，專門為貫徹或配合國家經濟政策或產業政策，不以盈利為目的，在特定的領域內，直接或者間接地從事政策性融資活動的專門金融機構。簡單地說，就是承擔政策性銀行業務的銀行。

政策性銀行法是規定政策性銀行的設立宗旨、經營目標、業務範圍、組織結構等內容，調整和規範其行為的法律規範的總稱。它通常是以一行一法的單獨立法形式，就某一特定政策性銀行的設立的宗旨、銀行的職能、業務範圍、資金來源及運用、銀行的外部關係、機構設置等作出特別規定，以保障其正常的運行。

中國政策性銀行設立的目的是在於，確保國家調整經濟結構政策的落實，使商業銀行業務和政策性銀行業務徹底分離。其主要承擔的任務是社會整體效益好，但自身經濟效益不高、無力承受正常貸款利息的專案的貸款，或者是一些資金需求量大、還款週期長，商業銀行不願意承擔的貸款。政策性銀行本質上是一種政策性很強的特殊金融機構。它不以盈利為目的，而追求社會整體效益。根據1993年12月25日國務院發佈的《關於金融體制改革的決定》，自1994年開始，中

國實行金融體制的全面改革，其中一項極為重要的措施就是相繼組建了三家政策性銀行，即國家開發銀行、中國農業發展銀行和中國進出口銀行。

4.2 政策性銀行法簡介

4.2.1 國家開發銀行法

國家開發銀行成立於1994年3月17日，是一家以國家重點建設為主要融資對象的政策性投資開發銀行，主要辦理國家重點建設（包括基本建設和技術改造）的政策性貸款及貼息業務。國家開發銀行是直屬國務院領導的政策性金融機構，在金融業務上接受中國人民銀行的指導和監督。國家開發銀行在北京設立總部，根據精幹、高效的原則設置若干職能部門，在行長領導下進行工作。但不設分支機構，隨業務的發展，經批准可以在國內外設置必要的辦事機構。國家開發銀行對國家政策性貸款業務的撥付業務，優先委託中國建設銀行辦理，並對其委託的有關業務進行監督。

按照有關規定，國家開發銀行經營和辦理下列業務：

- (1) 管理和運用國家核拔的預算內經營性建設基金和貼息資金；
- (2) 向國內金融機構發行金融債券和向社會發行財政擔保建設債券；
- (3) 辦理有關的外國政府和國際金融組織貸款的轉貸，經國家批准在國外發行債券，根據國家利用外資計劃籌借國際商業貸款等；
- (4) 向國家基礎設施、基礎產業和支柱產業的大中型基本建設和技術改造等政策性專案及其配套工程發放政策性貸款；
- (5) 辦理建設專案貸款評審、諮詢和擔保等業務。為重點建設項目物色國內外合資夥伴，提供投資機會和投資資訊；
- (6) 經批准的其他業務。

國家開發銀行在辦理上述政策性金融業務時，要實行獨立核算，自主、保本經營，責權利統一，建立投資約束和風險責任機制。

國家開發銀行在金融業務上接受中國人民銀行的指導和監督。同時，要設立國家開發銀行監事會，由國家計委、財政部、中國人民銀行、審計署、商務部等部門各出一位負責人以及國務院指定的其他人員組成。監事會主席由成員單位定期輪換擔任，任期為三年。監事會受國務院委託，履行以下職責：監督國家開發銀行執行國家方針政策的情況；監督國家開發銀行資金使用方向和資產經營狀況；提出國家開發銀行行長的任免建議。但監事會不干預國家開發銀行的具體業務。

國家開發銀行的資金來源

國家開發銀行的資金來源主要有：(1) 財政部撥付的資本金和重點建設基金；(2) 國家開發銀行對社會發行的國家擔保債券和對金融機構發行的金融債券，其發行額度由國家計委和人民銀行確定；(3) 中國建設銀行吸收存款的一部分；(4) 郵政儲蓄存款除按餘額10%留存存款備付金外，主要用來購買國家開發銀行發行的金融債券。國家開發銀行的註冊資本為500億元人民幣，由財政部核撥，人民銀行對國家開發銀行不提供資金。

4.2.2 中國農業發展銀行法

中國農業發展銀行是一家以承擔國家糧棉油儲備、農副產品收購、農業開發等方面的政策性貸款為主要業務的政策性銀行。中國農業發展銀行法是調整農業發展銀行內、外部關係，規範其行為的法律規範的總稱，包括《中國農業發展銀行章程》等法律法規。

《中國農業發展銀行章程》規定：中國農業發展銀行是直屬國務院領導的政策性金融機構，是獨立的法人組織，實行獨立核算，自主、保本經營，企業化管理。其主要任務是：按照國家的法律、法規和方針、政策，以國家信用為基礎，籌集農業政策性信貸資金，承擔國家規定的農業政策性金融業務，代理財政性支農資金的撥付，為農業和農村經濟服務。

中國農業發展銀行的註冊資本為200億元人民幣。其資本金從現在的中國農業銀行資本金中撥出一部分解決，中國農業發展銀行接管原屬中國農業銀行和中國工商銀行的農業政策性貸款（債權），並接受相應的人民銀行的貸款（債務）。

按照《中國農業發展銀行章程》第7條規定，中國農業發展銀行的業務範圍如下：

- (1) 辦理由國務院確定、中國人民銀行安排資金並由財政部予以貼息的糧食、棉花、油料、豬肉、食糖等主要農副產品的國家專項儲備貸款；
- (2) 辦理糧、棉、油、肉等農副產品的收購貸款及糧油調銷、批發貸款；辦理承擔國家糧、油等產品政策性加工任務企業的貸款和棉麻系統棉花初加工企業的貸款；
- (3) 辦理國務院確定的扶貧貼息貸款、老少邊窮地區發展經濟、貸款、貧困縣縣辦工業貸款、農業綜合開發貸款以及其他財政貼息的農業方面的貸款；
- (4) 辦理國家確定的小型農、林、牧、水利基本建設和技術改造貸款；
- (5) 辦理中央和省級政府的財政支農資金的代理撥付，為各級政府設立的糧食風險基金開立專戶並代理撥付；
- (6) 發行金融債券；
- (7) 辦理業務範圍內開戶企事業單位元的存款；
- (8) 辦理開戶企事業單位的結算；
- (9) 境外籌資；
- (10) 國務院和中國人民銀行批准的其他業務。

中國農業發展銀行在業務上接受中國人民銀行的指導與監督。同時，要設立中國農業發展銀行監事會。監事會由中國人民銀行、國家計委、財政部、農業部、商務部等有關部門選派人員組成，報國務院批准。監事會不干預中國農業發展銀行的具體業務。

中國農業發展銀行的資金來源

中國農業發展銀行的資金來源主要是：(1) 對金融機構發行的金融債券；(2) 財政支農資金；(3) 使用農業政策性貸款企業的存款；(4) 對因季節性等原因出現先支後收的臨時性需要，人民銀行可視情況對中國農業發展銀行總行發放少量短期貸款。

4.2.3 中國進出口銀行法

中國進出口銀行法是調整進出口銀行內、外部關係，規範其行為的法律規範的總稱。包括《中國進出口銀行章程》等法律規範。

《中國進出口銀行章程》規定：中國進出口銀行是直屬國務院領導的政策性金融機構，具有法人資格，實行自主、保本經營，企業化管理。在業務上接受財政部、對外貿易經濟合作部、中國人民銀行的指導和監督。其任務主要是為機電產品和成套設備等資本性貨物進出口提供政策性金融支持。

中國進出口銀行的註冊資本為33.8億元人民幣，其資本金由財政部核撥，資金來源主要是財政專項資金和對金融機構發行的金融債券，人民銀行不提供資金。

中國進出口銀行本部設在北京，不設營業性分支機構，信貸業務由中國銀行或其他商業銀行代理，但可在個別大城市設派出機構（辦事處或代辦處），負責調查統計，監督代理業務等事宜。

中國進出口銀行的主要業務範圍有：

- (1) 為機電產品和成套設備等資本性貨物進出口提供賣方信貸、買方信貸；
- (2) 與機電產品出口信貸有關的外國政府貸款、混合貸款、出口信貸的轉貸，以及中國政府對外國政府貸款、混合貸款的轉貸；
- (3) 國際銀行間的貸款，組織或參加國際、國內銀團貸款；
- (4) 出口信用保險、出口信貸擔保、進出口保險和保理業務；
- (5) 在境內發行金融債券和在境外發行有價證券（不含股票）；
- (6) 經批准的外匯經營業務；
- (7) 參加國際進出口銀行組織及政策性金融保險組織；
- (8) 進出口業務諮詢和項目評審，為對外經濟技術合作和貿易提供服務；
- (9) 經國家批准和委託辦理的其他業務。如為中國銀行的成套機電產品出口信貸辦理貼息及出口信用擔保。

中國進出口銀行實行獨立核算、企業化管理，依法納稅；按國家有關規定自主決定人員聘用和辭退；根據國家有關法規和政策，按國務院發佈的行員工資制度決定職工的報酬。中國進出口銀行按國家有關規定向政府有關部門報送會計報表，並接受財政部、審計署的監督。同時，要建立銀行內部稽核制度，在行長領導下對銀行財務收支進行審計。

5. 非銀行金融機構管理法

5.1 非銀行金融機構管理法概述

非銀行金融機構，是指依法定程序設立的經營信託投資、融資租賃、證券承銷以及各類經紀、保險金融業務，而未被冠以銀行之名的金融機構。非銀行金融機構屬於廣義的銀行。按照不同的標準，對非銀行金融機構有多種分類：可以按所有制性質劃分為國有非銀行金融機構、集體所有制非銀行金融機構和混合所有制非銀行金融機構；可以按業務範圍劃分為合作性非銀行金融機構、信託投資機構、證券經營機構、財務公司、保險公司、金融租賃公司、郵政儲蓄機構、典當行；可以按組織體制分為全國性非銀行金融機構和區域性非銀行金融機構等。

非銀行金融機構雖無銀行之名，但仍經營金融業務，其本質上是金融機構。因此，受《金融機構管理規定》（以下簡稱《管理規定》）的調整。² 按照《管理規定》，人民銀行對金融機構實行許可證制度，非銀行金融機構開展金融業務，也必須取得相應的許可證，並接受人民銀行及其分支機構的監督和管理。

按照《管理規定》，非銀行金融機構的資本金和營運資金來源應當是投資者有權支配的自有資金，不得以借入資金、債權作為資本金；非銀行金融機構設立的分支機構一律不得具有法人地位，總公司從自己的資本金或公積金中撥付規定數額的營運資金，但累積撥付總額不得超過總公司資本金的百分之六十。

非銀行金融機構的檢查制度

按照《管理規定》的規定，人民銀行及其分支機構有權隨時對非銀行金融機構進行日常檢查，並實行行業年度檢查制度。對全國性的非銀行金融機構總公司的年檢和日常檢查，由人民銀行總行負責組織實施或授權當地的人民銀行分行實施；人民銀行分行負責對本轄區內的非銀行金融機構進行年檢和日常檢查。履行檢查職責時，人民銀行工作人員必須持有人民銀行總行統一頒發的金融檢查證。

5.2 非銀行金融機構的設立、變更和終止

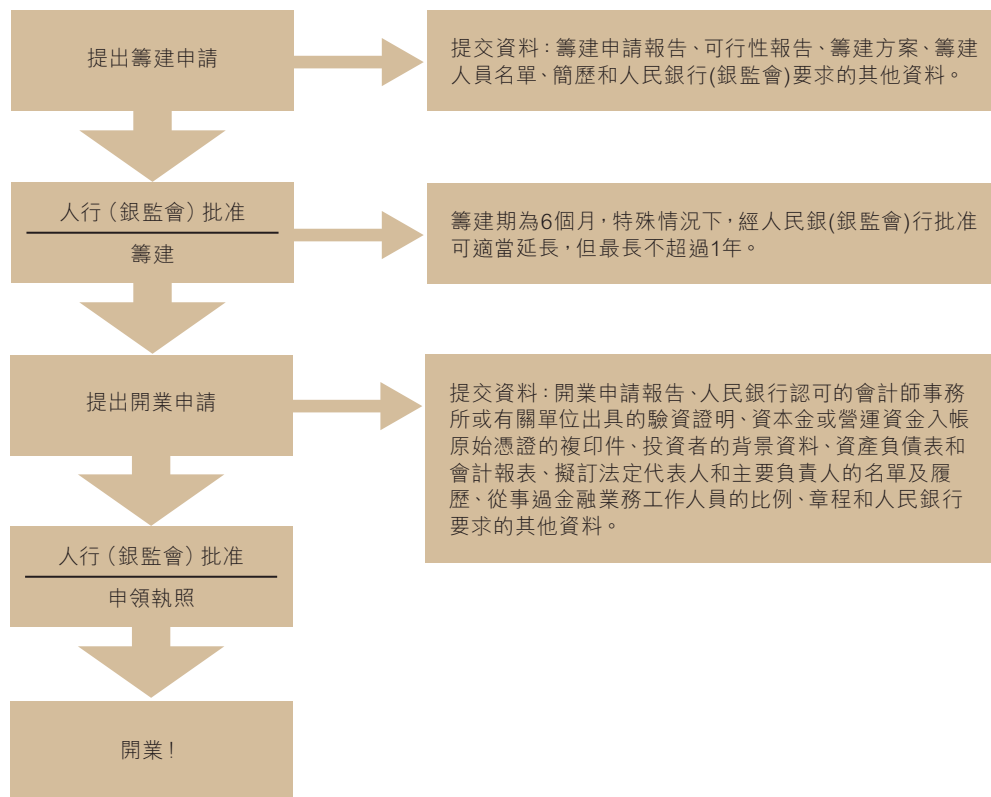
5.2.1 非銀行金融機構的設立

非銀行金融機構的設立必須符合國民經濟發展的需要和金融業發展的需要，遵循分業經營、分業管理的原則和經濟核算原則，努力使金融機構佈局合理，形成公平競爭。設立非銀行金融機構應同時具備下列條件：資本金和營運資金條件、人員條件、設施條件。均須符合人民銀行有關規定。

小知識

根據《管理規定》的規定，全國性的非銀行金融機構，由人民銀行總行（以後是銀監會）審批；非全國性的具有法人資格的各類金融性公司、城市信用合作社、聯合社、保險公司及其他金融性公司的分公司、區域性金融機構跨省區設立的分支機構、規定第三條未列入的試辦性金融機構等，由當地人民銀行省、自治區、直轄市、計劃單列市分行審核同意後，報人民銀行總行批准；設立城市信用合作社由當地人民銀行分行在總行下達的指標內負責審核、批准，同時抄報總行備案；設立前述以外的非銀行金融機構，由當地人民銀行分行或其授權的下級人民銀行組織審核、批准。

非銀行金融機構的設立程序包括籌建和開業兩個階段。具體流程如下圖所示：



設立非銀行金融機構程序圖

5.2.2 非銀行金融機構的變更

非銀行金融機構的變更，是指非銀行金融機構的名稱或其他重大事項發生的改變，根據《管理規定》非銀行金融機構的下列事項發生變更，應當事先報請人民銀行（以後是銀監會）批准，辦理變更手續：

- (1) 增減註冊資本或營運資金數額，調整股權機構及股本方式，轉讓股權；
- (2) 改制為有限責任公司或股份有限公司；
- (3) 調整業務範圍；
- (4) 更換法定代表人或主要負責人；
- (5) 更改名稱；
- (6) 機構分設、合併；
- (7) 修改章程；
- (8) 變更營業地址；
- (9) 人民銀行認定須報經批准的其他事項。

非銀行金融機構變更申請的答覆期為60天，逾期末獲批准的，90天內不得提出同樣的申請。非銀行金融機構變更事項的審批程序和許可權，參照其設立的有關規定；營業地址和法定

代表人及主要負責人的變更，可以由原審批機關授權下一級人民銀行組織審批，到原審批機關辦理變更手續。

5.2.3 非銀行金融機構的終止

非銀行金融機構的終止，是指非銀行金融機構因發生了法定事由而喪失其金融主體資格，包括被責令關閉和自願申請終止。

非銀行金融機構有下列情形之一，人民銀行（以後是銀監會）可責令其關閉並撤銷許可證：

- (1) 嚴重違反國家法律、法規和政策；
- (2) 領取《金融機構法人許可證》或《金融機構營業許可證》後90天內未開業；
- (3) 已喪失本規定第8條要求具備的條件；
- (4) 已連續停業6個月或累計停業1年；
- (5) 被其他金融機構兼併或收購；
- (6) 連續3年虧損額佔資本金的百分之十或虧損額已佔資本金的百分之十五以上；
- (7) 年檢不合格經整改無效或連續2年年檢不合格；
- (8) 在申請設立過程中，提供虛假材料或有不正當行為；
- (9) 人民銀行認為其他應予關閉的情況。

自願申請終止，是指非銀行金融機構申請歇業、破產、解散。自願申請終止應當按其設立時的申報程序報經人民銀行批准。

非銀行金融機構的終止，應在人民銀行（以後是銀監會）和有關部門的監督下，依法進行清算。清算後，繳回《金融機構法人許可證》或《金融機構營業許可證》，然後，持人民銀行通知書，向工商行政管理部門辦理註銷登記手續，並在人民銀行指定的報紙上公告。

5.3 非銀行金融機構法律

5.3.1 農村信用合作社及聯合社法

農村信用合作社，是指經人民銀行批准設立，由社員入股組成的，由社員民主管理，主要為社員提供金融服務的農村合作制金融機構。它具有獨立的企業法人資格，簡稱“農村信用社”。其中，社員包括村民、信用社職工和農村各類具有法人資格的經濟組織。

農村信用社的設立應具備下列條件：

- (1) 有符合規定的章程；
- (2) 社員不少於500個；
- (3) 註冊資本一般不少於100萬元人民幣；
- (4) 法定代表人和其他主要負責人符合人民銀行規定的任職資格條件；
- (5) 從業人員中有百分之六十以上具有金融及相關專業大中專學歷或從事過1年以上的金融工作；
- (6) 有健全的組織機構和規章制度；
- (7) 有符合人民銀行和當地消防部門要求的營業場所和防盜、報警、通訊、消防等設施；
- (8) 人民銀行要求的其他條件。

農村信用社的註冊資本是社員繳納的股本金和農村信用社公積金轉增的資本總額。所有社員必須以貨幣資金入股，單個社員持股比例最高不得超過信用社股本資金總額的百分之二，社員持有的股份可以轉讓和退股，並應當辦理相應的手續。

農村信用社的業務範圍主要包括：辦理存貸款、票據貼現、國內結算業務，個人儲蓄業務，代理其他銀行的金融業務、收付款項及受託代辦保險業務，買賣政府債券業務，代理發行、兑付、承銷政府債券業務，提供保險箱業務，有縣聯社統一辦理資金融通調劑業務以及人民銀行批准的其他業務。

農村信用社已經或可能出現信用危機，嚴重影響存款人利益時，人民銀行可對其實行接管，並予以整頓。接管期限一般不超過12個月，接管期限屆滿，人民銀行可以視情況決定是否延長期限，但最長不得超過2年。

農村信用社因解散、被撤銷或被宣告破產而終止。

農村信用社縣級聯合社，是指經人民銀行批准設立，由所在縣（市）的農村信用社入股組成，主要為當地農村信用社服務，進行管理、監督和協調的聯合經濟組織。農村信用社縣級聯合社簡稱“縣聯社”，是獨立的企業法人。《農村信用合作社縣級聯合社管理規定》對縣聯社的設立、變更、終止、組織機構、基本職責等方面也有具體的規定。

小知識：中國農村信用合作社法簡史

中國最早的農村信用合作社是1923年在河北香河設立的。1951年，人民銀行發佈了《農村信用合作社章程準則草案》，積極試辦農村信用合作社。1958年人民公社化以後，農村信用合作社的發展幾經反覆，直至1977年國務院發佈《關於整頓和加強銀行工作的幾項規定》才確定了信用社的法律性質和地位：信用社是集體金融組織，是國家銀行在農村的基層機構。1996年，國務院發佈《關於農村金融體制改革的決定》，整頓農村信用合作社，使5萬多家農村信用合作社順利與中國農業銀行脫鉤。1997年人民銀行先後發佈了《農村信用合作社管理規定》、《農村信用合作社縣級聯合社管理規定》和《農村信用合作社資產負債比例管理暫行辦法》1998年，人民銀行又發佈了《農村信用合作社機構管理暫行辦法》。

5.3.2 城市信用合作社及聯社法

城市信用合作社，是指由城市居民、個體工商戶和中小企業法人出資，在城市市區設立的，主要為其社員提供服務的合作制金融機構，簡稱城市信用社。城市信用合作社具有獨立企業法人資格。

城市信用合作社實行社員民主管理，社員具有平等表決權、選舉權和被選舉權，採用一人一票的平等原則。城市信用合作社依法接受人民銀行的監督管理和聯社的行業歸口管理，遵循自主經營、自負盈虧、互利互助、自我約束、自我積累的原則開展各項業務活動。

城市信用社的設立應經人民銀行批准，設立條件與農村信用社的設立條件基本相似，但是，關於社員人數、資格等規定有所不同。城市信用社要有50個以上的社員，且其中的企業法人不少於10個。城市信用社的發起人不得少於20人，其中，企業法人不得少於5人，發起人認購的股份金額不得低於股份總額的百分之四十，其餘部分由城市居民、個體工商戶和企業法人認購。城市信用社的設立包括籌建和開業兩個階段，籌建階段包括籌建申請、募集股份、召開創立大會等；開業階段包括開業申請、申領執照等。

城市信用社設社員大會、理事會和監事會，行使相應的職權。城市信用社實行的是理事會領導下的主任負責制。理事長是法定代表人，主任主持信用社的日常工作，主任或副主任不得由理事長兼任。《城市信用合作社管理辦法》還規定，城市信用社不得設立分社、儲蓄所、代辦所等分支機構。城市信用社執行國家規定的財務會計制度，其公共積累歸社員所有。

經人民銀行批准，城市信用社可在其所在地經營下列人民幣業務：

- (1) 吸收社員存款；
- (2) 吸收人民銀行規定限額以下的非社員的公眾存款；
- (3) 發放貸款；
- (4) 辦理結算業務；
- (5) 辦理票據貼現；
- (6) 代收代付款項及受託代辦保險業務；
- (7) 經批准的其他業務。

城市信用合作社聯合社，簡稱聯社，是指由市區內的城市信用社出資設立的，經人民銀行授權，對其社員及聯社所在地地級城市轄區內的其他城市信用合作社實行行業歸口監督、管理、協調的管理經營的城市信用社聯合組織。聯社具有獨立法人資格。《城市信用合作社聯合社管理辦法》對聯社的組織機構、財務管理、業務範圍、接管與終止等方面也作了具體規定。

小知識：中國城市信用社法簡史

中國第一家城市信用社於1979年在河南漯河成立。不過，它還不是嚴格意義上的合作制信用組織。1988年，人民銀行發佈了《城市信用合作社管理規定》，1996年又發佈了《城市信用合作社聯合社管理規定》，對於城市信用社及聯社予以規範。到1996年底，中國的城市信用社及聯社共有4,600多家，並有100多個城市在城市信用社及聯社的基礎上組建了城市商業銀行。

為了進一步規範城市信用社及聯社的組織和行為，人民銀行於1997年和1998年又先後發佈了《城市信用合作社管理辦法》和《城市信用合作社聯合社管理辦法》、《企業集團財務公司管理暫行辦法》、《中華人民共和國外資金融機構管理條例》、《典當行管理暫行辦法》等法律規範。

其他非銀行金融機構法還有郵政儲蓄機構法、財務公司法、典當行法等，具體包括《信貸資金管理暫行辦法》、《企業集團財務公司管理暫行辦法》、《中華人民共和國外資金融機構管理條例》、《典當行管理暫行辦法》等法律規範。另外，隨着金融工具的不斷創新，新的金融組織大量湧現，非銀行金融機構的隊伍將日益龐大，只要是按照法定要求成立的經營金融業務且無“銀行”之名的金融機構都屬於非銀行金融機構，由相關的非銀行金融機構法調整。但由於各類非銀行金融機構的經營各有側重，業務範圍不同，所以難以通過統一的立法加以規範，一般採取單獨立法的形式。因此，未來的非銀行金融機構法將會更加豐富多彩。

註釋

1. 參見戴相龍、黃達主編：《中華金融詞庫》，北京：中國金融出版社1998年版，第76頁。
2. 《金融機構管理規定》是中國人民銀行於1994年8月5日頒佈的。

16. 保險法

徐孟洲、何勤

1. 保險法概述.....	328
1.1 保險的概念和特徵.....	328
1.2 保險法的概念、內容和現狀.....	329
1.3 保險法的基本原則.....	330
2. 保險合同.....	331
2.1 保險合同的概念和特徵.....	331
2.2 保險合同的種類.....	332
2.3 保險合同的要素.....	333
2.4 保險合同的成立、變更、終止及履行.....	335
3. 保險公司.....	339
3.1 保險公司的組織形式.....	339
3.2 保險公司的設立、變更和終止.....	340
3.3 保險公司保險經營規則.....	341
3.4 保險代理人和保險經紀人.....	343
4. 保險業的監督管理.....	343
4.1 保險業監督管理機構及其主要職責.....	343
4.2 保險業監管的方式.....	345
5. 法律責任.....	345
5.1 投保人、被保險人或者受益人的 法律責任.....	346
5.2 保險公司及其工作人員的法律責任.....	346
5.3 保險代理人和保險經紀人的法律責任.....	347
5.4 保險監督管理機構及其工作人員的 法律責任.....	347

1. 保險法概述

1.1 保險的概念和特徵

保險法概念是建立在保險概念之基礎上，因此，如何界定“保險”是界定“保險法”概念的關鍵。各國學者對保險的定義有諸多的說法，歸納起來可以大致分為三派，即“損失說”、“非損失說”和“二元說”。

1.1.1 損失說

損失說又稱損害說，該學說主要從損失補償的角度來分析保險機制，強調沒有風險就沒有保險，保險的意義就在於“填補損害”和“分擔損失”，有損失才有保險的必要。該說又可分為損失賠償說、損失分擔說、危險轉移說。

1.1.2 非損失說

由於損失說大都是圍繞損失來解釋保險，未能把人壽保險包括在內，因而有一定的局限性，學者們在從其他方面對保險進行研究後提出了非損失說。非損失說又稱非損害說，包括保險技術說、欲望滿足說、相互金融機構說。

1.1.3 二元說

二元說認為財產保險和人身保險不能作統一解釋，保險合同分為兩類，一類是損失賠償的合同，如財產保險；另一類是以給付一定金額為目的的合同，如人身保險。該說認為，人壽保險是一種保險，亦是一種儲蓄和投資，但損失補償是不能說明其性質的。

綜合各種學說，保險是指為確保經濟生活的安定，運用多數單位和眾多個人的集合力量，根據合理計算，共同建立基金，對因特定危險事故所造成之經濟損失給予補償，或對人身約定事件之出現所造成的經濟損失實行給付之經濟保障制度。

中國大陸保險法所言之保險以商業保險為限，是指投保人根據合同約定，向保險人支付保險費，保險人對於合同約定的可能發生的事故因其發生所造成的財產損失承擔賠償保險金責任，或者當被保險人死亡、傷殘、疾病或者達到合同約定的年齡、期限時承擔給付保險金責任的商業保險行為。

依據中國保險法之定義，保險具有以下特徵：

- (1) 保險是一種合同關係，救濟、社會保險不是合同關係，因而不是保險法之調整對象。
- (2) 保險合同是有約束力的合同，它受國家法律的保護，當約定的保險事故發生後，保險人須按照保險合同的規定賠償或給予保險金，此乃保險人之法定義務。通常保險人支付貨幣來履行其賠償或給付義務。
- (3) 保險合同所約定之事故或事件之發生具有不確定性。
- (4) 事故的發生是保險合同的當事人無法預測、無法控制的。
- (5) 保險人在保險事故發生後承擔給付金錢或其他類似補償的義務。
- (6) 保險業務應通過保險單的形式經營。

1.2 保險法的概念、內容和現狀

1.2.1 保險法的概念

保險法乃調整保險關係的法律規範之總稱。它不僅規範保險合同關係，而且為保險業務活動提供行為準則。

形式意義上的保險法，專指保險法律和法規，是以保險法命名的法律和法規。實質意義的保險法，是指一切調整保險關係的法律規範的總和，其範圍包括實質意義上的保險法，也包括其他法律法規之中有關保險的規定，例如《中外合資經營企業法》對合資保險問題的規定就屬於實質意義上的保險法。

1.2.2 保險法的內容

保險法的內容包括保險合同法、保險業法、保險特別法和社會保險法。

- (1) 保險合同法——又稱為保險契約法，是保險法的核心內容，它是關於保險關係雙方當事人權利義務的法律。
- (2) 保險業法——又稱保險組織法、保險業監督法，即對保險業進行監督和管理的法律，其內容是有關保險組織的設立、經營、管理、監督、破產、解散和清算等的規定。保險業不是純粹以營利為目的的事業，它對一般的民眾有較大的利害關係，會影響到國民經濟的發展，因此必須對其加以監督和管理，以維護公共利益。
- (3) 保險特別法——這是相對於保險合同法而言的一類特殊保險法，指保險合同法之外，具有商法性質，規範某一險種保險關係的法律法規。各國關於海上保險的各種規定即可視為保險特別法。這些法律法規不會超出保險合同法的原則性規定，但是更為具體，是各類保險經營活動的直接依據。
- (4) 社會保險法——一般是指勞動保險法，它是規定以保險方法補償勞動者因偶然事故而減少或喪失勞動能力，或喪失勞動機會時所受經濟損失的法律法規。包括關於年老、傷殘、生育、疾病等方面的內容。由於社會保險往往為國家經營，具有非營利性和強制性，中國大陸保險法只是針對一般的商業保險，不涉及社會保險的內容。

1.2.3 中國保險法的歷史和現狀

1981年12月31日公佈的《經濟合同法》（1993年9月2日修正，現已失效。）對保險合同作了原則規定，這是新中國成立之後第一個真正意義上的保險法律。1983年9月1日，國務院發佈了《財產保險合同條例》，共5章23條。該條例總結了中國保險工作的經驗，對國際慣例也有所參考，適應了經濟發展的需要。《財產保險合同條例》作為《經濟合同法》中有關財產保險合同規定的實施細則，雖然不夠完善，但是它的公佈和實施，為中國保險基本法的制定奠定了基礎。

1984年2月27日，國務院發佈〔1984〕27號文件，對農民個人或聯戶購置機動車船和拖拉機經營運輸業作了若干規定。許多省市也頒佈了機動車輛強制保險條例及公路旅客意外傷害保險條例。1985年3月3日，國務院又發佈了《保險企業管理暫行條例》（現已失效），共6章24條。該條例規定了保險企業的設立、保險準備金等問題，旨在用法律的手段加強國家對保險企業的管理，維護被保險人的利益，發揮保險經濟補償的作用，促進保險業的發展。此外，在其他法律法

規中也有關於保險關係的相應規定。例如《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《全民所有制小型工業企業租賃經營暫行條例》、《涉外經濟合同法》（現已失效）、《禁止向企業攤派暫行條例》、《城鄉個體工商戶管理暫行條例》、《國營企業成本管理條例》、《廣東省經濟特區條例》、《國務院關於管理外國企業常駐代表機構的暫行規定》、《國營工業、交通運輸企業成本管理實施細則》、《私營企業暫行條例》、《印花稅暫行條例》、《國內航空運輸旅客身體損害賠償暫行規定》及航空、公路、水路、鐵路等貨物運輸合同的實施細則等等。

1992年11月7日，第七屆全國人民代表大會通過了《海商法》，首次以法律形式對保險合同作出了規定，為中國海上保險事業的順利發展和海上保險糾紛的正確處理，提供了依據。

1995年6月30日，第八屆全國人民代表大會通過了《保險法》。《保險法》採用了保險業法、保險合同法為一體的立法模式，是中國建國以來的第一部保險基本法，也是一部比較完整、有系統的保險法律。《保險法》於1995年10月1日起施行，分為8章152條，對保險法的適用範圍、保險活動應當遵守的原則、保險合同、保險公司、保險經營規則、保險業的監督管理、保險代理人 and 保險經紀人以及法律責任等作了明確規定。它的頒佈和實施，為規範各種保險活動，保護保險活動當事人的合法權益，加強對保險業的監督和管理，促進保險業的健康發展，提供了法律依據和法律保障。2002年10月28日，第九屆全國人民代表大會常務委員會第三十次會議通過了《關於修改〈中華人民共和國保險法〉的決定》，對該《保險法》進行修正。修正後的保險法分為8章，總條文為158條，對保險活動應當遵守的原則、保險業監管機構、保險合同、保險人業務範圍和經營規則，以及保險代理人、保險經紀人、法律責任等內容進行了補充、修改和完善，使其更適應社會主義市場經濟條件下保險業發展的需求。

1996年2月2日，中國人民銀行公佈了《保險代理人管理暫行規定》，¹ 共8章67條，對保險代理人的定義、資格、種類和管理等作了具體規定。同年7月29日，中國人民銀行又公佈了《保險管理暫行規定》，² 共11章90條，對《保險法》中的有關保險業監督管理的規定加以具體化。隨着中國經濟建設的進一步發展，保險業在國民經濟中的地位越來越重要，保險法律也必將進一步繁榮和完善。

1.3 保險法的基本原則

- (1) 保險合法原則——遵守法律的原則既是普通民事活動的一項基本原則，也是從事保險活動應當遵守的最基本的原則。保險合法原則要求保險活動不僅應當遵守法律，而且要遵守行政法規。
- (2) 保險自願原則——保險自願，是指保險活動的參加人是出於自身利益和意願參加保險活動，而不是基於任何形式的強制、脅迫。自願原則是保險活動得以正常、合法進行的基點。
- (3) 保險誠實信用原則——誠實信用是進行市場交易的最低道德原則，它要求當事人在進行民事活動時，在不損害他人利益和社會公益的前提下追求自己的利益。依照誠實信用原則，保險的當事人在訂立保險合同乃至履行保險合同的過程中，應當尊重他人的利益、尊重國家和社會的利益，積極主動地行使權利和取得利益，不得採取欺詐、脅迫等不誠實、不守信的行為。

第四條

從事保險活動必須遵守法律、行政法規，尊重社會公德，遵循自願原則。

第五條

保險活動當事人行使權利、履行義務應當遵循誠實信用原則。

《中華人民共和國保險法》(2002)

2. 保險合同

2.1 保險合同的概念和特徵

保險合同是投保人與保險人約定保險權利義務關係的協定。

保險合同是合同的一種，具有合同的基本特徵，但其與保險活動之密切聯繫又決定了它具有自身的特點：

- (1) 保險合同是雙務有償合同——保險合同的當事人按照合同的約定互負義務，投保人按約定向保險人交納保險費；保險人在合同約定的保險事故發生時或者在保險期限屆滿時，向投保人（或被保險人、受益人）支付賠償金或者保險金，故保險合同是雙務合同。而投保人交納的保險費就是將一定範圍內的危險轉移給保險人的代價，故保險合同是有償合同。
- (2) 保險合同是要式合同——即保險合同是需要採取特定的方式，通常是書面形式才能成立的合同。中國大陸《保險法》第12條明文規定保險合同應當採用書面形式，包括保險單和其他書面協議。
- (3) 保險合同是附合合同——附合合同亦稱標準合同或格式合同，它指一方當事人對另一方提出的條件只限於表示服從、接受或拒絕而成立的合同。在現代保險業中，保險人有能力和條件備製供投保人選擇的格式保險單和保險條款，並將保險條款印在保險單的背面，以此為保險合同的內容。保險人在申請保險時，只能決定是否接受保險人出具的保險條款而沒有擬訂或充分磋商保險條款的自由。所以保險合同具有典型的附合合同的特徵。
- (4) 保險合同是射幸合同——射幸合同是一種碰運氣的機會性合同，當事人的義務履行取決於機會的發生或者不發生，保險合同的投保人交付保險費的義務是確定的，但保險人僅在特定的不可預料的保險事故發生時，負給付保險金的義務。在保險合同有效期內，若發生保險事故，則被保險人或者受益人可以取得成百上千倍於保險費的保險金；若保險事故不發生，則保險人喪失所交之保險費。可見，保險人同意承保、投保人願意支付保險費在於危險是否發生具有不確定性，決定當事人分擔損失的只是機會。

2.2 保險合同的種類

2.2.1 財產保險合同和人身保險合同

這是按照保險標的的不同作的分類，也是《保險法》規定的主要險別的合同。

- (1) 財產保險合同——即通常所言之損失保險合同，它是指以財產及其有關利益為保險標的的保險合同。根據《保險法》的規定，財產保險合同的主體以下的權利和義務：財產保險合同的被保險人應當遵守國家有關消防、安全、生產操作、勞動保護等方面的規定，維護保險標的安全；在合同有效期內，保險標的危險程度增加的，被保險人按照合同約定應當及時通知保險人；保險事故發生時，被保險人有責任盡力採取必要的措施，防止或者減少損失。

財產保險合同的保險人可以根據合同的約定，對保險標的安全狀況進行檢查，及時向投保人、被保險人提出消除不安全因素和隱患的書面建議；為維護保險標的安全，經被保險人同意，可以採取安全預防措施；在據以確定保險費率的有關情況發生變化，保險標的危險程度明顯減少或者保險標的的保險價值明顯減少的情況下，除合同另有約定外，保險人應當降低保險費，並按日計算退還相應的保險費；保險人、被保險人為查明和確定保險事故的性質、原因和保險標的的損失程度所支付的必要的、合理的費用，由保險人承擔。

- (2) 人身保險合同——以人的壽命和身體為保險標的的保險合同。根據《保險法》規定，投保人、被保險人和受益人的主要權利義務有：投保人應如實申報被保險人的年齡；投保人不得為無民事行為能力人投保以死亡為給付保險金條件的人身保險，保險人也不得承保，父母為其未成年子女投保的人身保險除外；投保人於合同成立後，可以向保險人一次支付全部保險費，也可以按照合同約定分期支付保險費；被保險人或者投保人可以指定一人或者數人為受益人。

人身保險合同的保險人的主要權利義務有：保險人對人身保險的保險費，不得用訴訟方式要求投保人支付；被保險人死亡後，沒有指定受益人、受益人先於被保險人死亡而又沒有其他受益人、受益人依法喪失受益權或者放棄受益權而又沒有其他受益人的情況下，保險金作為被保險人的遺產，由保險人向被保險人的繼承人給付。投保人、受益人故意造成被保險人死亡、傷殘或者疾病的；以死亡為給付保險金條件的合同成立未滿兩年，被保險人自殺的；被保險人故意犯罪導致其自身傷殘或者死亡的，保險人不承擔給付保險金的責任。

2.2.2 定值保險合同和不定值保險合同

這是根據保險合同中是否事先確定保險價值進行的分類。

- (1) 定值保險合同——又稱“定價保險合同”，是指當事人雙方事先確定保險標的的價值並載明於保險單中的一種保險合同。定值保險合同的保險人應當以保險合同中約定的保險價值進行賠償，而不論實際的損失如何，也不必對保險標的重新估價。如是部分損失，只是按損失比例進行賠償即可。除非保險人能證明投保人有欺詐行為，保險人不得以保險標的的實際價值與事先約定的保險價值不符而拒不履行保險合同。

- (2) 不定值合同——指當事人沒有事先確定保險標的價值的一種保險合同。這種保險合同，僅記載保險金額，而將保險標的的實際價值留待危險發生需要確定保險賠償的限度時才去估算。保險標的在保險合同中所載的實際價值是不確定的，故其保險賠償價值也是不固定的。在實踐中，除了海上保險則極少採用不定值保險合同外，不定值保險合同被大多數財產保險所採用。

2.2.3 補償性保險合同和給付性保險合同

- (1) 補償性保險合同——又稱“評價保險合同”，是指危險事故發生後，由保險人評定被保險人的實際損失從而支付賠償金的一種保險合同。這種保險合同設立的目的是在於使被保險人遭受災害和意外事故時獲得經濟補償。大多數財產保險合同都屬於補償性保險合同。
- (2) 給付性保險合同——又稱“非補償合同”，是指不以補償為目的而僅給付一定的保險金額的保險合同。大多數的人身保險合同都屬於給付性的保險合同，因為人身是無法用金錢來衡量的，也難以賠償。

2.2.4 特定危險保險合同和一切危險保險合同

- (1) 特定危險保險合同——就一種或多種危險事故而保險的合同。在一個危險保險合同中明確列出承保一種危險的，稱為單一危險的保險合同；明確列出承保多種危險的，稱為多種危險的保險合同。不論承保多少危險，只要明列承保危險的名稱的，都屬於特定危險保險合同。
- (2) 一切危險保險合同——又稱“綜合保險合同”，是指除列舉的不保危險即“除外責任”外，承保其他危險所致損失的合同。

2.3 保險合同的要素

2.3.1 保險合同的主體

保險合同的主體是指與保險合同有直接或間接關係的人，包括當事人和關係人。

保險合同的當事人是指訂立保險合同而享有保險權利和承擔保險義務的人，他與保險合同發生直接的關係，一般指投保人和保險人。

投保人是指與保險人訂立保險合同，並按照保險合同負有支付保險費義務的人。他必須具有權利能力和行為能力，並對保險標的具有利益關係，他可以為自己的利益投保，也可以為他人的利益投保。

保險人是指與投保人訂立保險合同，並承擔賠償或者給付保險金責任的保險公司。

保險合同的關係人是指與保險合同發生間接關係的人，包括被保險人和受益人。被保險人是受保險合同保障的人。對被保險人的資格沒有法律上的限制，而是在保險合同中設有約定的條件。被保險人和保險人的關係通常有同屬一人和分屬兩人兩種情況。受益人是指保險合同中由被保險人指定的在約定的保險事故發生後，享有保險金請求權的人。受益人一般屬於人身保險範疇的特定關係人。

2.3.2 保險合同的客體

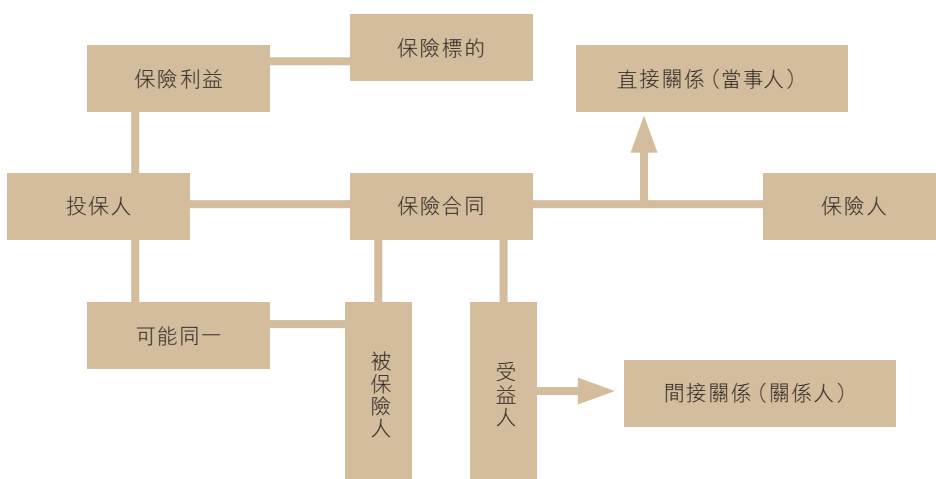
保險合同的客體是指投保人（被保險人）對保險標的所具有的法律所承認的經濟利益或利害關係等，即具有的保險利益。保險標的是指作為保險對象的財產及其有關利益或者人的壽命和身體。

在保險合同中，保險標的是保險利益的載體，而保險利益是保險合同成立的要件，直接關係到保險合同的有效性，保險利益的喪失將使保險合同失去了客體而失效。由於各類保險所承保的保險標的不同，所以承保的危險責任不同，對保險利益有不同的要求。如在財產保險合同中，凡是因財產發生危險事故而可能遭受損失的人，均為對該項財產具有一定的保險利益，包括財產所有人、經營管理人或對某項財產有直接利害關係的人。而在人身保險合同中，凡一方的繼續生存對他方具有現實的或預期的經濟利益的，即認為具有保險利益，包括本人、配偶、子女、父母、與投保人有撫養或贍養關係的家庭其他成員和近親屬等。

2.3.3 保險合同的內容

保險合同的內容是指保險雙方當事人確定的各自的權利義務，它表現為保險合同的具體條款。《保險法》第19條規定，保險合同應當包括下列事項：

- (1) 保險人名稱和住所；
- (2) 投保人、被保險人名稱和住所，以及人身保險的受益人的名稱和住所；
- (3) 保險標的；
- (4) 保險責任和責任免除——保險責任是指保險單上載明的危險發生造成保險標的損失或約定人身保險事故發生（或約定期滿）時，保險人所承擔的賠償或給付責任。保險責任條款也稱危險條款，保險事故範圍因保險種類不同而有所不同，但保險事故範圍與保險責任範圍一致。責任免除是指依法或依合同的規定，保險人可以不再賠償責任。
- (5) 保險期間和保險責任開始時間——保險期間即保險合同的有效期間。只有在保險期間



保險合同主體、客體關係圖

發生保險事故或出現保險事件，保險人才承擔賠償或給付責任。保險責任開始時間即保險人開始履行保險責任的時間。

- (6) 保險價值——保險價值即對保險標的所有保險利益在經濟上用貨幣估計的價值額。它的確定有不同的方法，如依市價決定、依當事人約定或依法律確定。人身保險合同中沒有保險價值的問題。
- (7) 保險金額——保險金額簡稱“保額”，指雙方當事人在合同中約定，並在保險單中載明的保險人應當賠償的貨幣額。它是保險人在保險事故發生時應當承擔的損失補償或給付的最高限額，同時也是計算保險費的標準，與當事人的責任和義務有直接關係。
- (8) 保險費以及支付辦法——保險費是保險人承擔保險責任的對價，即投保人為請求保險人對其保險標的承擔保險責任而向保險人支付的費用。它的多少取決於保險金額的大小和保險費率的高低。
- (9) 保險金賠償或者給付辦法；
- (10) 違約責任和爭議處理；
- (11) 訂立合同的時間。

除上述內容外，《保險法》第20條規定：投保人和保險人可以就與保險有關的其他事項作出約定。

2.4 保險合同的成立、變更、終止及履行

2.4.1 保險合同的成立及生效

《保險法》第13條規定：投保人提出保險要求，經保險人同意承保，並就合同的條款達成協議，保險合同成立。據此，保險合同成立與否，取決於雙方當事人是否就合同的條款達成一致意見，即雙方是否就保險事項形成合意。因此，保險合同在法理上屬於諾成性合同的一種。從外部表現形式上看，保險合同的成立包括投保和承保兩個步驟。

投保，即投保人提出保險請求，這是訂立保險合同的前提條件，它是投保人請求與保險人訂立保險合同的意思表示，實質為保險要約，具有和訂立其他合同的要約相同的法律性質。投保為投保人單方的意思表示，非經保險人接受，不產生保險的效力。它表現為投保人向保險人索取保險單，並依其所列事項逐一填寫而將之呈交保險人的行為。

承保是保險人承諾投保人的保險要約的行為。同意承保是保險人對投保人的保險要求作出的同意訂立保險合同的意思表示，其實質為保險承諾。

經過投保和承保，投保人與保險人之間就成立了保險合同。又根據《合同法》第44條規定：“依法成立的合同，自成立時生效。法律、行政法規規定應當辦理批准登記等手續生效的，依照其規定。”而保險合同不屬於法律、行政法規規定應當辦理批准、登記手續的合同。因此，一般情況下，保險合同成立也就生效了，除非當事人另外約定了合同的生效條件或生效期限。約定了生效條件或生效期限的合同，自條件成就時或期限到來時生效（《合同法》第45、46條）。

保險合同生效後投保人負有繳納保險費的義務，被保險人或受益人才能享有在保險事故發生後請求支付保險金或補償損失的權利。在中國大陸的司法實踐中，對於投保人未繳保費又在

發生保險事故後要求保險人承擔保險責任的案件，法院的判決多是讓被保險人在出險後交付保險費，讓保險人承擔賠償責任，其依據就在於交納保險費並非保險合同生效的要件（除非雙方作了特殊約定），保險合同成立並生效後，雙方當事人就應當各自履行義務。

保險合同生效並不意味着保險人開始承擔保險責任。《保險法》第14條規定：“……保險人按照約定的時間開始承擔保險責任。”保險責任期間是保險合同不可缺少的條款，因為只有在保險期間內發生保險事故或出現承保事件，保險人才承擔賠償或給付責任。當然，當事人也可以作出特殊約定，將保費的交付時間作為保險責任開始的時間。這就是保險合同的附條件生效。因此，合同期限與保險責任期限（保險期限）並非同一概念。

綜合而言，當事人可以約定將保險費的交付作為合同生效的條件，對於繳付保費之前即合同生效之前發生的事故，保險人不承擔保險責任；當事人也可以約定將保險費的交付作為保險責任開始的標誌，對於繳付保費之前即保險責任期間之外發生的事故，保險人不承擔保險責任。這是對合同當事人“意思自治”的尊重。如果當事人均未約定，保險費的繳納僅僅是投保人在合同成立後的一項義務，與保險合同的成立、生效、保險責任的開始沒有必然聯繫。明確這一點，對於解決實踐問題至關重要。

2.4.2 訂立保險合同的形式

《保險法》規定保險合同可採用書面形式或者非書面形式。

保險合同的書面形式包括：保險單、保險憑證、暫保單、投保單以及其他書面形式。保險單簡稱“保單”，是保險合同訂立後，由保險人向投保人簽發的保險合同的正式書面憑證，是保險合同的法定形式。保險憑證又稱“小保單”，是內容和格式簡化了的保險單。暫保單又叫“臨時保單”，是保險人或者其代理人在同意承擔風險而又不能立即出具保險單或者保險單證時，臨時向投保人簽發的保險憑證。它在某些情況下使用，在有效期限內於保險單作交付之前，具有與保險單相同的效力。投保單又稱“要保書”，是投保人向保險人提出訂立保險合同的書面要約。它通常由保險人事先按統一格式印刷而成，一般不印刷保險條款。投保人和保險人不以上述四種方式訂立保險合同的，可以採取其他書面形式訂立，如投保人和保險人約定特殊事項的保險，並經公證的保險協定。

保險合同也可以採用非書面形式。保險法第13條規定：投保人提出保險請求，經保險人同意承保，並就合同的條款達成協議，保險合同成立。保險人應當及時向投保人簽發保險單或其他保險憑證，並在保險單或其他保險憑證中載明當事人雙方約定的合同內容。根據上述規定的邏輯結構可以認為，在中國，保險合同的成立，不以書面形式為要件，只要投保人和保險人雙方意思表示一致，合同即可成立。

2.4.3 保險人的說明義務和投保人的告知義務

在訂立保險合同時，保險人是否履行了對保險條款的說明義務以及投保人是否履行了如實告知義務，都對雙方的權利有重要影響。

在保險人方面，根據《保險法》第17條和第18條，其應當向投保人說明保險合同的條款內容，尤其是其中關於保險人責任免除條款，未明確說明的，該條款不產生效力。責任免除條款簡稱免責條款，它是保險人不負賠償責任或給付保險金責任的條款，其目的在於對保險責任作出限制。免責條款主要表現為以下幾種形式：

- (1) 除外責任條款——中國大陸各保險公司提供的格式合同中的免責條款基本上是這種類型，其列舉出保險人不負賠償責任的事故或損失範圍，如規定：“自燃、磨損、……造成保險車輛損失的，保險人不負責賠償”；
- (2) 免賠額（免賠率）條款——即保險人對保險標的損失免除一定限額（一定比例）的責任，如在免賠額條款中規定免賠額為1,000元，則對於1,900元的損失，保險人只賠償900元；在免賠率條款中若規定免賠率是5%，則對於1,000元的損失，保險人之賠償其中的950元；
- (3) 被保險人違反一定義務時，保險人有權拒賠。

法律規定保險人負有說明義務的立法依據在於保險合同是一種書面的格式化合同。這種格式合同是由保險人一方提出的，投保人只能概括地表示接受而訂立，並不能對其中的條款與保險人進行協商。為了防止保險人利用保險合同的專業性、技術性，通過格式條款，尤其是免責條款來侵犯被保險人、受益人的利益，《保險法》要求保險人對於保險合同中的條款有說明義務，對於其中的免責條款有“明確說明”的義務。

保險合同中免責條款的“明確說明”，不同於其他合同締約前的告知，也不同於保險合同中普通條款的一般說明。保險法強調對免責條款必須“明確說明”，就意味着免責條款不僅要像其他條款那樣印製在保險單上，而且保險人還應將免責條款的含義清晰、明白、確定地向投保人解釋清楚。尤其是對於免責條款所採用的保險業專業用詞，保險人須作出詳細的解釋。因為這些術語具有特定的內涵和外延，甚至不同行業的專家對相同的術語都會有不同的理解，如果不加以明確說明，投保人往往會忽視其免責條款，或不能全面準確了解其含義，也就無法判斷是否要選擇附加險，以最大限度地防範風險，減小損失。

至於對免責條款明確說明的方式是口頭的還是書面的，法律沒有明確規定。在訴訟中，按照誰主張，誰舉證的原則，保險人需要證明自己已履行了明確說明義務，否則應承擔對其不利的判決結果。從審判實踐看，除投保人承認外，保險人以口頭方式明確說明免責條款的，應提供口頭向投保人明確說明的筆錄、音像資料等；保險人主張以書面方式明確說明的，保險人應提供投保人閱後簽字的對免責條款進行了明確說明的內容。

在投保人方面，《保險法》第17條規定：投保人應對保險人就保險標的或者被保險人的有關情況提出的詢問如實告知。投保人故意隱瞞事實，不履行如實告知義務的，或者因過失未履行如實告知義務，足以影響保險人決定是否同意承保或者提高保險費率的，保險人有權解除保險合同。投保人故意不履行如實告知義務的，保險人對於保險合同解除前發生的保險事故，不承擔賠償或者給付保險金的責任，並且不退還保險費。投保人因過失未履行如實告知義務，對保險事故的發生有嚴重影響的，保險人對於保險合同解除前發生的保險事故，不承擔賠償或者給付保險金的責任，但可以退還保險費。

2.4.4 保險合同的變更

保險合同的變更是指在保險合同存續期間，其主體、內容、效力上的變化。

保險合同主體的變更包括合同當事人和關係人的變更：其中保險人的變更必須經保險管理機關批准，才能將保險合同轉移給其他保險人。如果轉移保險合同一經批准，該保險人不得再訂立同類保險合同。保險人如因破產清算或者管理機關依法全部或部分吊銷其營業許可證時，管理機關可以作出強制轉移保險合同的決定。變更保險合同中的被保險人必須經保險人的審核同

意。保險合同中受益人的變更由被保險人指定，所以被保險人可以隨時變更受益人，保險人在收到被保險人的書面通知時在保險單上批註。此外，即使合同中指定了受益人，被保險人仍可以以其他合同或者遺囑的方式處理保險合同的利益。

在保險合同的有效期內，保險合同雙方當事人協商同意，可以變更包括保險標的、保險期限、保險金額等在內的保險合同的內容。

保險合同效力的變更是指保險合同全部或者部分無效。

變更保險合同的，應當由保險人在保險單或者其他保險憑證上批註或者附貼批單，或者由投保人和保險人訂立變更的書面協議。

2.4.5 保險合同的履行

保險合同一經成立，投保人和保險人就必須履行相應的義務。投保人應按約定交付保費，保險人按照約定的時間開始承擔保險責任。這是雙方最基本的責任和義務。

在發生了保險事故之後就開始了索賠和理賠。索賠是被保險人在保險標的遭受損失後，按照保險單有關條款的規定，向保險人要求賠償損失的行為。理賠則是保險人在接到賠償請求後，根據保險合同的約定，對保險財產的損失或人身傷害進行調查並處理有關賠償責任的工作。

索賠和理賠應當遵循發出出險通知、提供索賠單證、核定賠償的程序進行，並遵守有關索賠時效的法律規定。保險人進行理賠須遵循三個原則，即補償原則、代位原則和分攤原則。

小知識

“補償原則”是指當保險事故發生時，保險人給予被保險人的經濟賠償恰好填補被保險人遭受保險事故的經濟損失，被保險人對於發生在保險責任範圍內的損失，有權按照保險合同的約定，獲得全面、充分的賠償。

“代位原則”是指在財產保險人賠償被保險人的損失後，如第三人應對保險事故的發生或保險標的的損失負有責任，則保險人有權在保險賠償範圍內向第三人追償，而被保險人應將保險標的有關權利轉讓給保險人。

“分攤原則”是指如果投保人向兩個或兩個以上的保險人就同一保險標的的同一保險利益投保同一危險的時候，當保險事故發生後，被保險人獲得的保險賠償不能超過其實際損失，應由有關保險人分攤其損失。代位原則和分攤原則不適用於人身保險。

2.4.6 保險合同的終止

保險合同的終止是指保險合同確定的當事人之間權利和義務關係的結束。保險合同的終止有以下幾種情況：

- (1) 自然終止——凡保險合同訂明的保險期屆滿，保險責任自然宣佈終止。
- (2) 解除合同——在保險合同自然終止前，一方或雙方依據法律或合同約定而提出解除合

同同樣導致合同的終止。《保險法》規定，除法律另有規定或者保險合同另有約定外，保險合同成立後，投保人可以解除保險合同，而保險人不得解除保險合同。

- (3) 義務履行完畢而終止——保險人根據保險合同的規定，在發生了保險事故或出現保險事件後，已經賠償或給付全部保險金以後，保險合同即告終止。

但在下列情況下保險人有權解除合同：一是被保險人或者受益人在未發生保險事故的情況下，謊稱發生了保險事故，向保險人提出賠償或者給付保險金的請求的；二是投保人、被保險人或者受益人故意製造保險事故的；三是財產保險合同的投保人、被保險人未按照約定履行其對保險標的安全應盡的責任的或者在合同有效期內保險標的危險程度增加的；四是人身保險合同的投保人申報的被保險人年齡不真實，並且其真實年齡不符合合同約定的年齡限制的。

3. 保險公司

3.1 保險公司的組織形式

根據《保險法》第70條：保險公司應當採取下列組織形式：(1) 股份有限公司；(2) 國有獨資公司。

小知識

截止到2002年8月底，中國大陸登記註冊的保險公司共有54家，包括中國人民保險公司、中國人壽保險公司、中國再保險公司、中國保險(控股)股份有限公司、中國出口信用保險公司、中華聯合財產保險公司、中國太平洋保險(集團)股份有限公司、中國太平洋財產保險股份有限公司、中國太平洋人壽保險股份有限公司、中國平安保險(集團)股份有限公司、中國平安財產保險股份有限公司、中國平安人壽保險股份有限公司、新華人壽保險股份有限公司、泰康人壽保險股份有限公司、華泰財產保險股份有限公司等內資保險公司和美國友邦保險有限公司北京分公司、美亞保險公司上海分公司、東京海上火災保險株式會社上海分公司等外資保險公司。

3.1.1 股份有限保險公司

股份有限保險公司是指依照《公司法》的規定設立的、全部資本分為等額股份的經營保險業的企業法人。股份有限保險公司作為股份有限公司，具有股份有限公司所具有的一般特徵；但由於保險企業是經營風險的特殊行業，國家對股份有限保險公司的成立規定了更為嚴格的條件，如金融監督管理機構在審批時一般要求股份有限保險公司的發起人數在10人以上；《保險法》要求股份有限保險公司的資本金最少為人民幣2億元等。

3.1.2 國有獨資保險公司

國有獨資保險公司是指有國家授權投資的機構或國家授權的部門單獨投資設立的有限責任保險公司。它的特點主要是投資主體具有單一性、公司不設股東會、公司的財產權利受限制性。

3.2 保險公司的設立、變更和終止

3.2.1 保險公司的設立

在中國大陸申請設立保險公司，應當向保險監管機構提交下列文件、資料：

- (1) 設立申請書，申請書應當載明擬設立的保險公司的名稱、註冊資本、業務範圍等；
- (2) 可行性研究報告；
- (3) 保險監督管理機構規定的其他文件、資料。

設立保險公司的申請經初步審查合格後，申請人應當依照本法和公司法的規定進行保險公司的籌建。

經過籌建，具備下列條件的，可向保險監督管理機構提交正式申請表和有關文件、資料，申請核發保險業務許可證：

- (1) 有符合保險法和公司法規定的章程；
- (2) 有符合保險法規定的註冊資本最低限額；
- (3) 有具備任職專業知識和業務工作經驗的高級管理人員；
- (4) 有健全的組織機構和管理制度；
- (5) 有符合要求的營業場所和與業務有關的其他設施。其中其註冊資本的最低限額為人民幣2億元，並且必須為實繳貨幣資本。保險監督管理機構根據保險公司業務範圍、經營規模，可以在2億元之上調整其註冊資本的最低限額。

正式申請批准設立保險公司需要提交以下文件、資料：

- (1) 保險公司的章程；
- (2) 股東名冊及其股份或者出資人及其出資額；
- (3) 持有公司股份百分之十以上的股東資訊證明和有關資料；
- (4) 法定驗資機構出具的驗資證明；
- (5) 擬任職的高級管理人員的簡歷和資格證明；
- (6) 經營方針和計劃；
- (7) 營業場所和與業務有關的其他設施的資料；
- (8) 保險監督管理機構規定的其他文件、資料。

保險監督管理機構自收到設立保險公司的正式申請文件之日起六個月內，應當作出批准或者不批准的決定。經批准設立的保險公司，由批准部門頒發經營保險業務許可證，並憑經營保險業務許可證向工商行政管理機關辦理登記，領取營業執照。

3.2.2 保險公司的變更

經保險監督管理機構批准設立的保險公司，不得任意變更。《保險法》第81條規定，保險公司有下列變更事項之一的，須經保險監督管理機構批准：

- (1) 變更名稱；
- (2) 變更註冊資本；
- (3) 變更公司或者分支機構的營業場所；
- (4) 調整業務範圍；
- (5) 公司分立或者合併；
- (6) 修改公司章程；
- (7) 變更出資人或者持有公司股份百分之十以上的股東；
- (8) 保險監督管理機構規定的其他變更事項。

此外，保險公司更換董事長、總經理，應當報經保險監督管理機構審查其任職資格。

3.2.3 保險公司的終止

根據《保險法》的規定，保險公司終止的主要原因有：

- (1) 保險公司依法解散——保險公司因分立、合併或者公司章程規定的解散事由出現，經保險監督管理機構批准後解散。經營人壽保險業務的保險公司除分立、合併外，不得解散。
- (2) 保險公司依法被撤銷——保險公司違反法律、行政法規，被保險監督管理機構吊銷經營保險業務許可證的，依法被撤銷。
- (3) 保險公司依法被宣告破產——保險公司不能支付到期債務，經保險監督管理機構同意，由人民法院依法宣告破產。

保險公司無論以何種原因何種形式終止，都應成立清算組織，對公司財產進行清算，並按照法定順序清償債務。保險公司依法終止其業務活動，應當註銷其經營保險業務許可證。

3.3 保險公司保險經營規則

3.3.1 保險公司的業務範圍

《保險法》對保險公司的業務範圍有以下規定：

- (1) 保險人可以經營財產保險業務，包括財產損失保險、責任保險、信用保險等保險業務。
- (2) 保險人可以經營人身保險業務，包括人壽保險、健康保險、意外傷害保險等保險業務。
- (3) 同一保險人不得同時兼營財產保險業務和人身保險業務；但是，經營財產保險業務的保險公司經保險監督管理機構核定，可以經營短期健康保險業務和意外傷害保險業

務；保險公司不得兼營本法及其他法律、行政法規規定以外的業務。

- (4) 經保險監督管理機構核定，保險公司可以經營財產保險業務和人身保險業務的再保險業務：包括分出保險和分入保險。分出保險是指保險公司將自己直接承保的業務部分轉讓給其他保險公司承保的保險業務。分入保險是指保險公司接受其他保險公司承保的部分業務而開展的保險業務。
- (5) 保險公司的業務範圍由保險監督管理機構核定。保險公司只能在被核定的業務範圍內從事保險經營活動。

3.3.2 保險公司的經營規則

根據《保險法》第4章的規定，保險公司應當遵守以下經營規則：

- (1) 提取保證金、各項責任準備金、未決賠款準備金和公積金——保險公司成立後應當按照其註冊資本總額的百分之二十提取保證金，存入保險監督管理機構指定的銀行，除保險公司清算時用於清償債務外，不得動用；保險公司應當根據保障被保險人利益、保證償付能力的原則，提取各項責任準備金；保險公司應當按照已經提出的保險賠償或者給付金額，以及已經發生保險事故但尚未提出的保險賠償或者給付金額，提取未決賠款準備金；公積金又稱為公司的儲備資金，是指公司為增強自身的資產實力、擴大經營規模以及預防虧損，依照法律和公司章程的規定，從公司每年的稅後利潤中提取的積累資金。保險公司應當依照有關法律、行政法規及國家財務會計制度的規定提取公積金。
- (2) 提存保險保障基金——為了保障被保險人的利益，支持保險公司穩健經營，保險公司應當按照保險監督管理機構的規定提存保險保障基金。保險保障基金應當集中管理，統籌使用。保險保障基金管理使用的具體辦法由保險監督管理機構制定。
- (3) 保險公司應當具有並保持與其業務規模相適應的最低償付能力——償付能力是指保險公司對其所承擔的保險責任所具有的經濟補償或者支付能力。保險公司的實際資產減去實際負債的差額不得低於保險監督管理機構規定的數額；低於規定數額的，應當增加資本金，補足差額；經營財產保險業務的保險公司當年自留保險費不得超過其實有資本金加公積金總和的四倍。
- (4) 風險控制和強制辦理再保險——保險公司對每一危險單位，即對一次保險事故可能造成的最大損失範圍所承擔的責任，不得超過其實有資本金加公積金總和的百分之十；超過的部分，應當辦理再保險。保險公司對危險單位的計算辦法和巨災風險安排計劃，應當報經保險監督管理機構核准。保險公司需要辦理再保險分出業務的，應當優先向中國境內的保險公司辦理。保險監督管理機構有權限制或者禁止保險公司向中國境外的保險公司辦理再保險分出業務或者接受中國境外再保險分入業務。
- (5) 保險公司的資金運用規則——保險公司的資金運用必須穩健，遵循安全性原則，並保證資產的保值增值。保險公司的資金運用，限於在銀行存款、買賣政府債券、金融債券和國務院規定的其他資金運用形式。保險公司的資金不得用於設立證券經營機構，不得用於設立保險業以外的企業。保險公司運用的資金和具體項目的資金佔其資金總額的具體比例，由保險監督管理機構規定。
- (6) 保險公司及其工作人員應該遵守的活動規則——保險公司及其工作人員在保險業務活動中不得有下列行為：（一）欺騙投保人、被保險人或者受益人；（二）對投保人隱

瞞與保險合同有關的重要情況；(三) 阻礙投保人履行本法規定的如實告知義務，或者誘導其不履行本法規定的如實告知義務；(四) 承諾向投保人、被保險人或者受益人給予保險合同規定以外的保險費回扣或者其他利益。

3.4 保險代理人和保險經紀人

3.4.1 保險代理人和保險經紀人的地位及從業資格

保險代理人是根據保險人的委託，向保險人收取代理手續費，並在保險人授權的範圍內代為辦理保險業務的單位或者個人。保險經紀人是基於投保人的利益，為投保人與保險人訂立保險合同提供仲介服務，並依法收取佣金的單位。保險代理人和保險經紀人都是保險公司的輔助人，他們依照保險法的規定，按照保險人的委託代辦保險業務或者為投保人的利益提供仲介服務。他們從事的保險輔助業務是保險業務的重要組成部分。

保險代理人、保險經紀人從業必須具備保險監督管理機構規定的資格條件，並取得保險監督管理機構頒發的經營保險代理業務許可證或者經紀業務許可證，向工商行政管理機關辦理登記，領取營業執照，並繳存保證金或者投保職業責任保險。保險代理人、保險經紀人應當有自己的經營場所，設立專門帳簿記載保險代理業務或者經紀業務的收支情況，並接受保險監督管理機構的監督。

3.4.2 保險代理人責任承擔及權利限制

保險代理人根據保險人的授權代為辦理保險業務，由保險人承擔責任。保險代理人為保險人代為辦理保險業務，有超越代理許可權行為，投保人有理由相信其有代理權，並已訂立保險合同的，保險人應當承擔保險責任，但是保險人可以依法追究越權的保險代理人的責任；保險經紀人在辦理保險業務中因自己的過錯，給投保人、被保險人造成損失的，由保險經紀人承擔賠償責任。

保險代理人、保險經紀人辦理保險業務時，應當遵循誠實信用的原則，堅持保險自願和公平，不得利用行政權力、職務或者職業便利以及其他不正當手段強迫、引誘或者限制投保人訂立保險合同。否則有關人員（如保險人或保險經紀人）要承擔相應的法律責任。

4. 保險業的監督管理

4.1 保險業監督管理機構及其主要職責

保險業的監督管理，是指國家保險業主管機關按照國務院規定的職權，依照保險法對保險企業的設立、經營以及保險市場等進行監督管理的一種制度。根據中國大陸現行法律法規規定，中國大陸對保險業實施監督管理的部門是國務院保險監督管理機構，即中國保險監督管理委員會。

會（以下簡稱“中國保監會”）。中國保監會於1998年11月18日成立，是全國商業保險的主管部門，為國務院直屬正部級事業單位，根據國務院授權履行行政管理職能，依照法律、法規統一監督管理全國保險市場。

第九條

國務院保險監督管理機構依照本法負責對保險業實施監督管理。

《中華人民共和國保險法》(2002)

中國保監會的主要職責包括：

- (1) 研究和擬定保險業的方針政策、發展戰略和行業規劃；起草保險業的法律、法規；制定保險業的規章。
- (2) 依法對全國保險市場實行集中統一的監督管理；對中國保險監督管理委員會的派出機構實行垂直領導。
- (3) 審批保險公司及其分支機構、中外合資保險公司、境外保險機構代表處的設立；審批保險代理人、保險經紀人、保險公估行等保險機構的設立；審批境內保險機構在境外設立機構；審批境內非保險機構在境外設立保險機構；審批保險機構的合併、分立、變更、接管、解散和指定接受；參與、組織保險公司、保險機構的破產、清算。
- (4) 審查、認定各類保險機構高級管理人員的任職資格；制定保險從業人員的基本資格標準。
- (5) 制定主要保險險種的基本條款和費率，對保險公司上報的其他保險條款和費率審核備案。
- (6) 按照國家統一規定的財務、會計制度，擬定商業保險公司的財務會計實施管理辦法並組織實施和監督；依法監管保險公司的償付能力和經營狀況；負責保險保障基金和保證金的管理。
- (7) 會同有關部門研究起草制定保險資金運用政策，制定有關規章制度，依法對保險公司的資金運用進行監管。
- (8) 依法對保險機構及其從業人員的違法、違規行為以及非保險機構經營保險業務或變相經營保險業務進行調查、處罰。
- (9) 依法監管再保險業務。
- (10) 依法對境內保險及非保險機構在境外設立的保險機構進行監管。
- (11) 建立保險風險評價、預警和監控體系，跟蹤分析、監測、預測保險市場運行態勢，負責保險統計，發佈保險資訊。
- (12) 會同有關部門審核律師事務所、會計師事務所、審計師事務所及其他評估、鑒定、諮詢機構從事與保險相關業務的資格，並監管其有關業務活動。
- (13) 集中統一管理保險行業的對外交往和國際合作事務。
- (14) 受理有關保險業的信訪和投訴。
- (15) 歸口管理保險行業協會和保險學會等行業社團組織。
- (16) 承辦國務院交辦的其他事項。

4.2 保險業監管的方式

根據《保險法》第5章規定，保險監督管理機構監督保險業的主要方式包括：

- (1) 檢查和查詢——中國保監會有權檢查保險公司的業務狀況、財務狀況及資金運用狀況，有權要求保險公司在規定的期限內提供有關的書面報告和資料；有權查詢保險公司在金融機構的存款。
- (2) 責令改正——對於保險公司不符合法律規定的行為，中國保監會將責令該保險公司採取下列措施限期改正：
 - (i) 依法提取或者結轉各項準備金；
 - (ii) 依法辦理再保險；
 - (iii) 糾正違法運用資金的行為；
 - (iv) 調整負責人及有關管理人員。
- (3) 依法整頓——中國保監會作出限期改正的決定後，保險公司在限期內未予改正的，由中國保監會決定選派保險專業人員和指定該保險公司的有關人員，組成整頓組織，對該保險公司進行整頓。整頓組織在整頓過程中，有權監督該保險公司的日常業務。該保險公司的負責人及有關管理人員，應當在整頓組織的監督下行使自己的職權。被整頓的保險公司經整頓已糾正其違反本法規定的行為，恢復正常經營狀況的，由整頓組織提出報告，經中國保監會批准，整頓結束。
- (4) 依法接管——保險公司違反《保險法》規定，損害社會公共利益，可能嚴重危及或者已經危及保險公司的償付能力的，中國保監會可以對該保險公司實行接管。接管期限屆滿，被接管的保險公司已恢復正常經營能力的，中國保監會可以決定接管終止。接管組織認為被接管的保險公司的財產已不足以清償所負債務的，經中國保監會批准，依法向人民法院申請宣告該保險公司破產。
- (5) 建立法定報告制度——保險公司應當於每一會計年度終了後三個月內，將上一年度的營業報告、財務會計報告及有關報表報送中國保監會，並依法公佈。保險公司應當於每月月底前將上一月的營業統計報表報送中國保監會。保險公司必須聘用經中國保監會認可的精算專業人員，建立精算報告制度。保險公司的營業報告、財務會計報告、精算報告及其他有關報表、文件和資料必須如實記錄保險業務事項，不得有虛假記載、誤導性陳述和重大遺漏。

5. 法律責任

法律責任是2002年《保險法》修改的重點之一，該部分修改的條文多達十二條。通過修改，《保險法》加強了保險公司及其工作人員的法律責任，而且實現了《保險法》中的法律責任與《刑法》等其他部門法中的有關保險法律責任的有機銜接。

5.1 投保人、被保險人或者受益人的法律責任

投保人、被保險人或者受益人有下列行為之一，進行保險欺詐活動，構成犯罪的，依法追究刑事責任：

- (1) 投保人故意虛構保險標的，騙取保險金的；
- (2) 未發生保險事故而謊稱發生保險事故，騙取保險金的；
- (3) 故意造成財產損失的保險事故，騙取保險金的；
- (4) 故意造成被保險人死亡、傷殘或者疾病等人身保險事故，騙取保險金的；
- (5) 偽造、變造與保險事故有關的證明、資料和其他證據，或者指使、唆使、收買他人提供虛假證明、資料或者其他證據，編造虛假的事實原因或者誇大損失程度，騙取保險金的。

有以上行為之一，情節輕微，尚不構成犯罪的，依照國家有關規定給予行政處罰。

5.2 保險公司及其工作人員的法律責任

- (1) 對保險公司及其工作人員在保險業務中的違法行為，確定三個級別的法律責任：構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，由保險監督管理機構對保險公司和有違法行為的工作人員處以罰款，並根據情況責令其改正；對於情節嚴重的，限制保險公司業務範圍或者責令停止接受新業務。這些違法行為主要是指：保險公司及其工作人員隱瞞與保險合同有關的重要情況，欺騙投保人、被保險人或者受益人，或者拒不履行保險合同約定的賠償或者給付保險金的義務；阻礙投保人履行如實告知義務，或者誘導其不履行如實告知義務，或者承諾向投保人、被保險人或者受益人給予非法的保險費回扣或者其他利益；故意編造未曾發生的保險事故進行虛假理賠，騙取保險金。
- (2) 保險公司違反《保險法》規定從事以下行為，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，由保險監管機構根據情況採取取締，責令改正，責令退還收取的保險費，沒收違法所得，罰款，責令停業整頓，限制業務範圍，責令停止接受新業務或者吊銷經營保險業務許可證等處罰措施，違法行為如下：

擅自設立保險公司或者非法從事商業保險業務活動的；超出核定的業務範圍從事保險業務或者兼營保險法及其他法律、行政法規規定以外的業務；未經批准，擅自變更保險公司的名稱、章程、註冊資本、公司或者分支機構的營業場所等事項的；未按照規定提存保證金或者違反規定動用保證金的；未按照規定提取或者結轉各項責任準備金或者未按照規定提取未決賠款準備金的；未按照規定提取保險保障基金、公積金的；未按照規定辦理再保險分出業務的；違反規定運用保險公司資金的；未經批准設立分支機構或者代表機構的；未經批准分立、合併的；未按照規定將應當報送審批的險種的保險條款和保險費率報送審批的；提供虛假的報告、報表、文件和資料的；拒絕或者妨礙依法檢查監督的；超額承保，情節嚴重的；為無民事行為能力人承保以死亡為給付保險金條件的保險的。

- (3) 對違反本法規定尚未構成犯罪的行為負有直接責任的保險公司高級管理人員和其他直接責任人員，保險監督管理機構可以區別不同情況予以警告，責令予以撤換，處以2萬元以上10萬元以下的罰款。

5.3 保險代理人和保險經紀人的法律責任

保險代理人或者保險經紀人在其業務中欺騙保險人、投保人、被保險人或者受益人，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，由保險監督管理機構責令改正，並處以5萬元以上30萬元以下的罰款；情節嚴重的，吊銷經營保險代理業務許可證或者經紀業務許可證。

違反《保險法》規定，未取得經營保險代理業務許可證或者經紀業務許可證，非法從事保險代理業務或者經紀業務活動的，由保險監督管理機構予以取締；構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，由保險監督管理機構沒收違法所得，並處以違法所得一倍以上五倍以下的罰款，沒有違法所得或者違法所得不足10萬元的，處以10萬元以上50萬元以下的罰款。

5.4 保險監督管理機構及其工作人員的法律責任

保險監督管理機構及其工作人員對不符合《保險法》規定條件的設立保險公司的申請予以批准，或者對不符合保險代理人、保險經紀人條件的申請予以批准，或者有濫用職權、怠忽職守的其他行為，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，依法給予行政處分。

註釋

1. 該法規已被《中國人民銀行關於公佈廢止和需要修改的金融規章目錄（第五批）的通知》（發佈日期：1998年7月30日，實施日期：1998年7月30日）廢止。
2. 該法規已被《關於公佈停止執行保險規章及規範性文件目錄（第一批）的通知》（發佈日期：2000年1月5日，實施日期：2000年1月5日）廢止。

17. 破產法

史際春、李文華

1.	破產法概述.....	350
1.1	破產的概念和中國破產法的適用範圍.....	350
1.2	破產法的立法目的.....	350
1.3	《企業破產法》的基本原則及其制度設計.....	351
2.	破產和解與重整程序.....	354
2.1	破產和解與重整的一般原理.....	354
2.2	中國破產法上的重整制度.....	355
2.3	中國破產法上的和解制度.....	356
3.	破產清算程序.....	357
3.1	破產申請.....	357
3.2	破產宣告.....	358
3.3	債權人會議.....	358
3.4	債務人財產/破產債權制度.....	359
3.5	破產財產及其分配.....	359
3.6	破產程序的終結.....	360
4.	前景與展望.....	361
4.1	關於破產法適用的範圍問題.....	361
4.2	關於破產程序的目標模式問題.....	361
4.3	增加國際破產方面的規定.....	361
4.4	對破產失權和破產複權問題給予明確規定.....	362

1. 破產法概說

1.1 破產的概念和中國破產法的適用範圍

中國破產法的主要淵源是《中華人民共和國企業破產法》（簡稱《企業破產法》）和《中華人民共和國民事訴訟法》（簡稱《民事訴訟法》）。兩個法中都沒有給“破產”下一個定義。“破產”一詞可在經濟、法律、政治等多個層面上使用。經濟意義上的破產是指債務人或生產經營者處於一種特殊狀態，不能清償到期債務或無力維持簡單再生產，不得已傾其所有償還債務、慘淡經營甚至流離失所的窘迫狀態，有如舊中國廣大農村農民處於“破產”境地。更廣義的社會政治意義上的破產，指處於謀事未竟、一敗塗地的狀況，如種族主義破產、專制主義破產等。而法律意義上的破產，是指依法將債務人的財產分配給債權人，並免除其不能清償部分的債務的制度。

經濟和社會政治意義上的破產自然是古已有之，而在中國，法律意義上的破產是引進西方法律制度和法律文化的產物，始於清政府1906年頒佈的《破產律》。新中國建立以後，長時間內破產被看成是資本主義社會的怪現象，社會主義計劃經濟不允許這種“怪現象”出現。加上中國自古以來就蔑視敗家潦倒者，傳統上把破產視為忌諱的非正常現象，因此直到1986年頒佈《企業破產法》（試行），中國才在改革開放這個新的歷史條件下初步確立破產法律制度。但該法僅適用於國有企業，其他所有制的企業破產問題並未解決。1991年頒佈的《民事訴訟法》在其第19章“企業法人破產還債程序”中，對各種所有制的企業法人破產問題做了簡要規定，但規定非法人企業和個人仍不得破產。2006年8月27日，十屆全國人大常委會第二十三次會議以高票表決通過了新的《企業破產法》。該法於2007年6月1日起施行，1986年的《企業破產法》（試行）同時廢止。這部備受關注的法律從起草到出台，經歷十餘年，期間經過全國人大常委會三次審議，終於“破繭而出”，從立法上確立了企業破產制度的真正意義。

1.2 破產法的立法目的

從歷史上看，破產法的立法目的經歷了三個發展階段，即債權保護模式（以債權人利益為保障中心和立法本位）、債務救濟模式（以債務人利益為保障中心和立法本位）和社會本位模式（以社會公共利益為保障中心和立法本位）。

	救濟方式	破產是否有罪	有無自由財產及複權制度的制度	破產是否免責	破產程序的外延
債權保護模式	債權人自力救濟主義	實行破產有罪原則	無	實行破產不免責主義	破產清算
債務救濟模式	法院公力進行主義	實行破產無罪原則	有	實行破產免責主義	破產清算和破產和解
社會本位模式	法院公力進行主義	實行破產無罪原則	有	實行破產免責主義	破產清算、破產和解和破產整頓

《民事訴訟法》未規定破產制度的目的，《企業破產法》則在其第1條中對中國破產法的立法目的作出了規定。

第一條

為規範企業破產程序，公平清理債權債務，保護債權人和債務人的合法權益，維護社會主義市場經濟秩序，制定本法。

《企業破產法》（2006）

從這條規定來看，中國破產法可以被定位為社會本位模式的、兼具“促進法”與“繁榮法”功能的法律。其主要原因：一是社會化的發展，導致企業破產往往涉及社會公共利益，轉軌時期的破產法還承擔着社會保障的特有功能；二是中國實行社會主義制度，加上幾千年來重“公益”、輕私權的傳統，則採納社會本位的模式也就在情理之中。

1.3 《企業破產法》的基本原則及其制度設計

破產法產生於古羅馬，古時的破產法實行債權人自力救濟，即由債權人依其實力佔有、管理債務人的財產，並實行變價分配的立法原則。¹ 現代破產法都採用公力救濟主義，即由法院代表國家對破產案件進行管轄和處理，中國亦屬此例。

第三條

破產案件由債務人住所地人民法院管轄。

第四條

破產案件審理程序，本法沒有規定的，適用民事訴訟法的有關規定。

《企業破產法》（2006）

個案分析

部分債權人不同意宣告北京市興業農工商公司申請破產案

案情

1992年，北京市興業公司（為村辦集體所有制企業）因資不抵債、無力清償到期債務，向北京市通縣法院申請破產。在債權人會議上，部分債權人不同意對興業公司進行破產清算，但債權人會議最終未能與興業公司達成和解協議。最後，法院宣告興業公司破產。

分析

由於破產實行公力救濟主義，故部分債權人不同意債務人破產而又不能促成債權人會議與債務人達成破產和解協定，並且債務人、債權人等破產整頓/重整申請權人亦未提出破產整頓/重整申請的，法院應依職權宣告債務人破產，而不應因債權人的反對而不宣告債務人破產。從破產法保護模式的變遷來看，破產法已經不但早已經成為債務人的救濟法，更要立足於社會利益的考慮，所以法院做出宣告興業公司破產的裁定是合乎破產法及其發展趨勢的。

1.3.1 企業破產法實行破產無罪原則和相對的破產不處罰主義

近代破產無罪原則取代了自古羅馬肇始之破產有罪原則，中國的破產法也貫徹破產無罪原則，但破產無罪並不是指對破產人不處罰。法律上要求破產人傾其所有來償還債務，並令其終身或破產後的若干年內不得擔任公職或從事某些經濟、民事活動，這就是對破產人的一種懲罰（破產失權制度）。同時，利用破產實施危害社會的行為也可能構成犯罪，這與破產本身不是犯罪是兩個問題。

第三十一條

人民法院受理破產申請前一年內，涉及債務人財產的下列行為，管理人有權請求人民法院予以撤銷：

- （一）無償轉讓財產的；
- （二）以明顯不合理的價格進行交易的；
- （三）對沒有財產擔保的債務提供財產擔保的；
- （四）對未到期的債務提前清償的；
- （五）放棄債權的。

第三十二條

人民法院受理破產申請前六個月內，債務人有本法第二條第一款規定的情形，仍對個別債權人進行清償的，管理人有權請求人民法院予以撤銷。但是，個別清償使債務人財產受益的除外。

第三十三條

涉及債務人財產的下列行為無效：

- （一）為逃避債務而隱匿、轉移財產的；
- （二）虛構債務或者承認不真實的債務的。

第三十四條

因本法第三十一條、第三十二條或者第三十三條規定的行為而取得的債務人的財產，管理人有權追回。

第一百二十八條

債務人有本法第三十一條、第三十二條、第三十三條規定的行為，損害債權人利益的，債務人的法定代表人和其他直接責任人員依法承擔賠償責任。

《企業破產法》（2006）

無償轉讓財產、非正常壓價出售財產、對原來沒有財產擔保的債務提供財產擔保、對未到期的債務提前清償以及放棄自己的債權的行為，在公司、企業正常運作中本屬處分自己權利的行為（在國有企業還要符合國有資產管理的有關規定），只要不違反國家的稅收等法律法規都有效。但如果這些行為發生在法院受理破產案件前一年至破產宣告之日期間，則有損害債權人、企業職工、國家（稅收利益）等利害關係人利益的可能，並因此違背了保障債權人合法權益、誠信、公平受償和保護社會利益等破產法中所應遵循的原則，故法律規定在這種情況下，管理人有權

向法院申請追回財產，並將其併入破產財產。這就是破產法上的撤銷權（它來自於民法上的撤銷權）。因為撤銷權限制了債務人對其權利的處置，故從某種意義上來說，也是對債務人的處罰。

由於目前中國還沒有個人破產制度（但呼籲建立此制度的人越來越多），能夠依法破產的只能是企業法人，而法人破產後其法律人格即喪失，無所謂再對其進行處罰問題，自由財產制度也無適用餘地，而失權、複權制度則只能適用於準破產人。《企業破產法》第128條正是規定了對破產企業的法定代表人和其他直接責任人員這些準破產人的處罰——承擔賠償責任，構成犯罪的，依法追究刑事責任（2006年6月29日施行的《中華人民共和國刑法修正案（六）》專門增加了“虛假破產罪”）。此外在《企業破產法》和《公司法》等法規中也有一些相關規定。

第一百四十七條

有下列情形之一的，不得擔任公司的董事、監事、經理：

……（三）擔任因經營不善破產清算的公司、企業的董事或者廠長、經理，並對該公司、企業的破產負有個人責任的，自該公司、企業破產清算完結之日起未逾三年；

公司違反前款規定選舉、委派董事、監事或者聘任經理的，該選舉、委派或者聘任無效。

《公司法》（2006）

第一百二十五條

企業董事、監事或者高級管理人員違反忠實義務、勤勉義務，致使所在企業破產的，依法承擔民事責任。

有前款規定情形的人員，自破產程序終結之日起三年內不得擔任任何企業的董事、監事、高級管理人員。

《企業破產法》（2006）

第四條

有下列情形之一的，不得擔任企業法定代表人，企業登記機關不予核准登記：

……（五）擔任因經營不善破產清算的企業的法定代表人或者董事、經理，並對該企業的破產負有個人責任，自該企業破產清算完結之日起未逾三年的。

《企業法人法定代表人登記管理規定》（1999）

1.3.2 企業破產法實行破產免責原則

中國破產法採現代破產法的通例，實行破產免責原則。溯其源頭，破產免責本適用於個人破產，而中國目前依法准予破產的只有企業法人，其破產後人格消滅，承擔的有限責任終結，實際上免除的是股東的責任。從企業破產的角度來講，債務人破產後免除其股東繼續清償剩餘債務的責任，是與有限公司、股份公司和其他法人企業的有限責任制度聯繫在一起的。但是，新的《企業破產法》第123條規定，自破產程序依照本法第43條第4款或者第120條的規定終結之日起二年內，有下列情形之一的，債權人可以請求人民法院按照破產財產分配方案進行追加分配：

- (1) 發現有依照本法第31條、第32條、第33條、第36條規定應當追回的財產的；
- (2) 發現破產人有應當供分配的其他財產的——有前款規定情形，但財產數量不足以支付分配費用的，不再進行追加分配，由人民法院將其上交國庫。另外，第124條規定，破產人的保證人和其他連帶債務人，在破產程序終結後，對債權人依照破產清算程序未受清償的債權，依法繼續承擔清償責任。

2. 破產和解與重整程序

如同所有的法律概念一樣，“破產”一詞的含義自該概念產生之後也發生了很多變化。從程序和程序法的角度來說，具有革命意義的變化至少有兩次，第一次是從破產僅指破產清算程序，到破產和解程序產生並被納入破產程序；第二次革命就是破產重整程序併入破產程序，從而形成破產清算、破產和解和破產重整“三足鼎立”、有機統一的格局。破產程序上的日漸豐富，是實體破產法適應社會生活需要的結果。

中國的破產法規定的破產程序，包括破產重整、破產清算和破產和解程序，從這個意義上來說它是很現代的；但同時它又存在着很多的不足。下面的內容就從這三個大的破產程序入手，來對中國的破產法進行評價。由於破產法是程序法和實體法的統一，故破產法的實體內容亦在其中，並實際上佔有主要內容的地位。1986年的《企業破產法》（試行）將破產整頓與破產和解混成了一個程序，這是違反法理和國際慣例的，因此在新修改的2006年《企業破產法》中對這一問題予以了糾正，在第八章“重整”和第九章“和解”分別做了規定。

2.1 破產和解與重整的一般原理

破產和解，是指在債務人出現破產原因時，由債務人與債權人達成和解協定（該協定要經法院審查和認可），從而使債務人暫不進入破產清算程序的一種解決方案。破產和解一經形成，則在法律上有如下意義：一是債務人與債權人之間的法律關係發生變更，即和解協定的內容代替了和解以前的法律關係的內容；二是破產程序由此中止。在和解期間，破產宣告、破產清算等活動一概暫停。破產程序外的民事訴訟程序不得開始或繼續；三是債務人不履行和解協議，或者有法律所禁止的行為，或者出現經濟狀況繼續惡化的情況（具體標準由和解協議規定）時，和解協議歸於失效，中止了的破產程序因此而恢復，和解協議因此而失效。可見，破產和解實際上是在法院的參與下，債權人給予債務人一定的時間和條件（條件的具體內容要由債權人與債務人協商確定）使其扭轉經營不善的狀況，從而恢復經營能力和還債能力的制度。破產和解制度改變了過去那種一具備破產清算條件並由有權人申請後，就必然進入破產清算程序而沒有任何挽救機會的情況，既給了債務人“重生”的機會，也有利於債權人在債務人通過和解重生了後，根據環節協定的規定實現自己的債權。

破產重整，是一種比破產和解還要“年輕”的破產制度，它又稱“重組”（reorganization）、“恢復”（rehabilitation）或者“更生”。該制度的具體含義是，經由利害關係人的申請，在法院

的主持和參與下，對具有重整原因和重整能力的債務人進行生產經營上的整頓和債權債務關係的清理，以擺脫財務困境，重獲經營能力的特殊法律程序。重整制度的出現，是社會化的必然結果。現代社會中，公司尤其是股份公司的影響滲透到社會生活的各方面，“富可敵國”的公司甚至可以左右國家的經濟命脈和政治生活。在這種情況下，如果任由達到破產條件的公司破產的話，在很多時候其破壞性將是非常巨大的。對這種情況，破產和解程序已經難以自如應對，因為一般來講，和解程序既不能深入企業內部解決經營管理、治理結構方面的問題，也很難從企業外邊解決市場行銷、從容面對殘酷競爭的問題。而破產重整制度則能夠较好地避免破產和解制度的上述弊端。從某種意義上來說，重整制度實際上是對企業的一種重塑。從全球範圍看，破產法發展的方向更加注重企業法人，特別是上市公司這樣的大型公司，通過和解或重整的方式獲得新生。中國新的《企業破產法》中重整制度的引入填補了中國市場經濟法律的一個空白，重整制度及程序代表了現代國際破產法發展的主要潮流。

2.2 中國破產法上的重整制度

2.2.1 重整的申請和重整期間

新的《企業破產法》第70條對重整的申請人資格做了規定：債務人或者債權人都可以直接向法院申請對債務人進行重整；債權人申請對債務人進行破產清算的，在法院受理破產申請後、宣告債務人破產前，債務人或者出資額佔債務人註冊資本十分之一以上的出資人，可以向法院申請重整。法院在收到重整申請後，經審查認為申請符合法律規定的，應當裁定債務人重整，並予以公告。

重整期間自法院裁定債務人重整之日起開始，到重整程序終止。在重整期間，經債務人申請和法院批准，債務人可以在管理人的監督下自行管理財產和營業事務。根據第78條的規定：在重整期間，有下列情形之一的，經管理人或者利害關係人請求，人民法院應當裁定終止重整程序，並宣告債務人破產：

- (1) 債務人的經營狀況和財產狀況繼續惡化，缺乏挽救的可能性；
- (2) 債務人有欺詐、惡意減少債務人財產或者其他顯著不利於債權人的行為；
- (3) 由於債務人的行為致使管理人無法執行職務。

2.2.2 重整計劃的制定和批准

債務人或者管理人應當自法院裁定債務人重整之日起六個月內，同時向法院和債權人會議提交重整計劃草案。但經債務人或者管理人請求，且理由正當的，法院可以裁定延期三個月。如果債務人或者管理人未按期提出重整計劃草案的，法院應當裁定終止重整程序，並宣告債務人破產。

重整計劃草案由實際上管理財產和營業事務的債務人或管理人製作，其內容應當包括：債務人的經營方案、債權分類、債權調整方案、債權受償方案、重整計劃的執行期限、重整計劃執行的監督期限，以及有利於債務人重整的其他方案等等。

根據《企業破產法》第82條的規定，下列各類債權的債權人參加討論重整計劃草案的債權人會議，依照下列債權分類，分組對重整計劃草案進行表決：

- (1) 對債務人的特定財產享有擔保權的債權；
- (2) 債務人所欠職工的工資和醫療、傷殘補助、撫恤費用，所欠的應當劃入職工個人帳戶的基本養老保險、基本醫療保險費用，以及法律、行政法規規定應當支付給職工的補償金；
- (3) 債務人所欠稅款；
- (4) 普通債權。

出席會議的同一表決組的債權人過半數同意重整計劃草案，並且其所代表的債權額佔該組債權總額的三分之二以上的，即為該組通過重整計劃草案。各表決組均通過重整計劃草案時，重整計劃即為通過。自重整計劃通過之日起十日內，債務人或者管理人應當向人民法院提出批准重整計劃的申請。法院經審查認為符合本法規定的，應當自收到申請之日起30日內裁定批准，終止重整程序，並予以公告。重整計劃草案未獲得通過，或者已通過的重整計劃未獲得批准的，法院應當裁定終止重整程序，並宣告債務人破產。

2.2.3 重整計劃的執行

重整計劃由債務人負責執行。人民法院裁定批准重整計劃後，已接管財產和營業事務的管理人應當向債務人移交財產和營業事務，但在重整計劃規定的監督期內，債務人應當向管理人報告重整計劃執行情況和債務人財務狀況，由管理人監督重整計劃的執行。監督期屆滿時，管理人應當向人民法院提交監督報告。

根據《企業破產法》第92條的規定，經人民法院裁定批准的重整計劃，對債務人和全體債權人均有約束力。債權人未依照本法規定申報債權的，在重整計劃執行期間不得行使權利；在重整計劃執行完畢後，可以按照重整計劃規定的同類債權的清償條件行使權利。債權人對債務人的保證人和其他連帶債務人所享有的權利，不受重整計劃的影響。

債務人不能執行或者不執行重整計劃的，人民法院經管理人或者利害關係人請求，應當裁定終止重整計劃的執行，並宣告債務人破產。人民法院裁定終止重整計劃執行的，債權人在重整計劃中作出的債權調整的承諾失去效力。債權人因執行重整計劃所受的清償仍然有效，債權未受清償的部分作為破產債權。按照重整計劃減免的債務，自重整計劃執行完畢時起，債務人不再承擔清償責任。

2.3 中國破產法上的和解制度

《企業破產法》第九章規定了和解制度。根據規定，債務人可以直接向人民法院申請和解，也可以在法院受理破產申請後、宣告債務人破產前提出申請。法院經審查認為和解申請符合本法規定的，應當裁定和解，予以公告，並召集債權人會議討論和解協議草案。

債權人會議通過和解協議的決議，由出席會議的有表決權的債權人過半數同意，並且其所代表的債權額佔無財產擔保債權總額的三分之二以上。和解協議獲得的，由法院裁定認可，終止和解程序；未獲得通過，或者已經債權人會議通過的和解協議未獲得法院認可的，由法院裁定終止和解程序，並宣告債務人破產。同樣，經法院裁定認可的和解協議，對債務人和全體和解債權人均有約束力。

債務人應當按照和解協議規定的條件清償債務。但如果債務人不能執行或者不執行和解協議，法院經和解債權人請求，應當裁定終止和解協議的執行，並宣告債務人破產。

一個企業到底在什麼情況下破產清算？什麼情況下重整？

新通過的企業破產法對這個有明確的規定，第2條對破產原因、重整原因有規定，企業不能到期償還債務，並且缺乏清償能力的，這種情況下應破產清算。重整是新設立的一個制度，有明顯喪失清償能力可能的可以申請重整。法院判定是破產清算，還是重整，一個是根據申請目的，到底是申請破產清算，還是申請重整，法院會根據法律規定的破產原因和重整原因作出判斷。申請的是破產清算，又符合法律規定的破產清算的原因，法院就裁定破產清算。申請的是重整，又符合法律規定的重整原則，那麼就判進行重整。

【全國人大常委會法工委副主任安建答記者問】

3. 破產清算程序

3.1 破產申請

現代法治確認了破產糾紛的私權性質，破產程序啟動上的法院職權主義讓位於當事人申請主義，即由債權人、債務人等利害關係人申請債務人破產，而由法院裁定是否對其進行破產宣告。中國破產法採取的也是申請主義。

3.1.1 破產申請

《企業破產法》第7條規定債務人、債權人和依法負有清算責任的人都有權向法院提出破產申請；根據《民事訴訟法》第199條的規定，債權人和債務人（不需經過他人同意）就可以申請債務人破產。而《公司法》第188條規定：“清算組在清理公司財產、編制資產負債表和財產清單後，發現公司財產不足清償債務的，應當依法向人民法院申請宣告破產。公司經人民法院裁定宣告破產後，清算組應當將清算事務移交給人民法院。”

第七條

債務人有本法第二條規定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破產清算申請。

債務人不能清償到期債務，債權人可以向人民法院提出對債務人進行重整或者破產清算的申請。

企業法人已解散但未清算或者未清算完畢，資產不足以清償債務的，依法負有清算責任的人應當向人民法院申請破產清算。

《企業破產法》（2006）

3.1.2 破產申請的受理

債權人提出破產申請的，人民法院應當自收到申請之日起五日內通知債務人。人民法院受理破產申請的，應當自裁定作出之日起五日內送達申請人。債權人提出申請的，人民法院應當自裁定作出之日起五日內送達債務人。

法院受理破產申請後，即產生一定的法律後果，主要包括：有關債務人財產的保全措施應當解除，執行程序應當中止；已經開始而尚未終結的有關債務人的民事訴訟或者仲裁應當中止——在管理人接管債務人的財產後，該訴訟或者仲裁繼續進行；債務人對個別債權人的債務清償無效，但是債務人正常生產經營所必需的除外；債務人的債務人或者財產持有人應當向管理人清償債務或者交付財產，債務人的債務人或者財產持有人故意違反規定向債務人清償債務或者交付財產，使債權人受到損失的，不免除其清償債務或者交付財產的義務。另外，破產申請被受理後，有關債務人的民事訴訟，只能向受理破產申請的人民法院提起。

如果破產申請不具備法律所規定的條件，法院可以駁回破產申請。《企業破產法》第12條規定：“人民法院裁定不受理破產申請的，應當自裁定作出之日起五日內送達申請人並說明理由。申請人對裁定不服的，可以自裁定送達之日起十日內向上一級人民法院提起上訴。人民法院受理破產申請後至破產宣告前，經審查發現債務人不符合本法第二條規定情形的，可以裁定駁回申請。申請人對裁定不服的，可以自裁定送達之日起十日內向上一級人民法院提起上訴。”

3.2 破產宣告

法院在審查是否宣告債務人（即被申請破產的人）破產時，是從以下兩個方面入手的：一是形式要件的審查，具體包括法院對該案件有無管轄權、破產申請是否是以書面形式進行、申請人是否有申請權以及申請人是否有訴訟能力；二是實質要件的審查，具體包括債務人有無破產能力、是否存在着無法克服的破產原因。

《企業破產法》第十章第一節規定了破產宣告程序：人民法院依照本法規定宣告債務人破產的，應當自裁定作出之日起五日內送達債務人和管理人，自裁定作出之日起十日內通知已知債權人，並予以公告。破產宣告前，有下列情形之一的，人民法院應當裁定終結破產程序，並予以公告：

- (1) 第三人為債務人提供足額擔保或者為債務人清償全部到期債務的；
- (2) 債務人已清償全部到期債務的。

企業被宣告破產以後，根據《企業破產法》第109條的規定：對破產人的特定財產享有擔保權的權利人，對該特定財產享有優先受償的權利。享有該條規定權利的債權人行使優先受償權利未能完全受償的，其未受償的債權作為普通債權；放棄優先受償權利的，其債權作為普通債權。

3.3 債權人會議

新《企業破產法》第七章專門規定了債權人會議制度。根據規定，依法申報債權的債權人為債權人會議的成員，有權參加債權人會議，享有表決權；債權尚未確定的債權人，除人民法院能夠為其行使表決權而臨時確定債權額的外，不得行使表決權。

第61條規定了債權人會議的職權，包括：核查債權；申請人民法院更換管理人，審查管理人的費用和報酬；監督管理人；選任和更換債權人委員會成員；決定繼續或者停止債務人的營業；通過重整計劃；通過和解協議；通過債務人財產的管理方案；通過破產財產的變價方案；通過破產財產的分配方案；人民法院認為應當由債權人會議行使的其他職權。

另外，第七章第二節還專門規定了債權人委員會。根據規定，債權人會議可以決定設立債權人委員會。債權人委員會由債權人會議選任的債權人代表和一名債務人的職工代表或者工會代表組成。債權人委員會成員不得超過九人。債權人委員會成員應當經人民法院書面決定認可。債權人委員會行使下列職權：監督債務人財產的管理和處分；監督破產財產分配；提議召開債權人會議；債權人會議委託的其他職權等等。

3.4 債務人財產/破產債權制度

關於破產債權的含義和範圍，存在着兩種立法例。一是從廣義上界定破產債權，認為破產債權泛指一切要求付款的權利，如美國破產法；二是從狹義界定破產債權，認為破產債權是基於破產宣告前的原因對破產人所產生並具有強制執行性質的對人財產請求權，要經過破產程序申報、確認，並由破產財產公平清償，² 中國大陸和台灣地區、日本等採此種做法。《企業破產法》第30條規定，破產申請受理時屬於債務人的全部財產，以及破產申請受理後至破產程序終結前債務人取得的財產，為債務人財產。

根據1986年《企業破產法》（試行）第30條第1款的規定，有財產擔保的債權不屬於破產債權。這種權利在大陸法系被包含在別除權之內。依據新《企業破產法》第31條的規定，在受理破產案件前一年至破產宣告之日的期間內，破產企業對原來沒有財產擔保的債務提供財產擔保的，管理人有權請求人民法院予以撤銷。

3.5 破產財產及其分配

破產財產，是指破產宣告後能夠依破產程序分配給債權人的債務人的財產的總稱，在其他大陸法系國家和地區稱為破產財團。

3.5.1 破產財產範圍的界定

就破產財產而言，最重要的問題是確定破產財產的範圍。《企業破產法》第30條規定，破產申請受理時屬於債務人的全部財產，以及破產申請受理後至破產程序終結前債務人取得的財產，為債務人財產。

《企業破產法》第五章專門規定了“破產費用和共益債務”。根據第41條的規定，人民法院受理破產申請後發生的下列費用，為破產費用：破產案件的訴訟費用；管理、變價和分配債務人財產的費用；管理人執行職務的費用、報酬和聘用工作人員的費用。第42條規定，人民法院受理破產申請後發生的下列債務，為共益債務：因管理人或者債務人請求對方當事人履行雙方均未履行完畢的合同所產生的債務；債務人財產受無因管理所產生的債務；因債務人不當得利所產生的債務；為債務人繼續營業而應支付的勞動報酬和社會保險費用以及由此產生的其他債務；

管理人或者相關人員執行職務致人損害所產生的債務；債務人財產致人損害所產生的債務。

破產費用和共益債務由債務人財產隨時清償。債務人財產不足以清償所有破產費用和共益債務的，先行清償破產費用。債務人財產不足以清償所有破產費用或者共益債務的，按照比例清償。債務人財產不足以清償破產費用的，管理人應當提請人民法院終結破產程序。人民法院應當自收到請求之日起十五日內裁定終結破產程序，並予以公告。

3.5.2 破產財產的分配

破產財產的分配方案，由管理人擬訂後，提交債權人會議討論。債權人會議通過破產財產分配方案後，由管理人將該方案提請人民法院裁定認可。破產財產分配方案經人民法院裁定認可後，由管理人執行。

破產財產應該優先支付破產費用和共益債務，剩餘的則按《企業破產法》第113條的規定清償。

第一百一十三條

破產財產在優先清償破產費用和共益債務後，依照下列順序清償：

- （一）破產人所欠職工的工資和醫療、傷殘補助、撫恤費用，所欠的應當劃入職工個人帳戶的基本養老保險、基本醫療保險費用，以及法律、行政法規規定應當支付給職工的補償金；
- （二）破產人欠繳的除前項規定以外的社會保險費用和破產人所欠稅款；
- （三）普通破產債權。

破產財產不足清償同一順序的清償要求的，按照比例分配。

第一百一十四條

破產財產的分配應當以貨幣分配方式進行。但是，債權人會議另有決議的除外。

《企業破產法》（2006）

從清償順序來看，破產費用、職工的工資債權、社會保險費用、國家的稅款都是優先於普通債權得到清償的。破產職工權益和擔保人權益誰先清償的問題一爭就是幾年。新企業破產法採取了折衷的辦法。在新企業破產法實施後，該法公佈以前出現的破產，破產人將優先清償職工的工資和其他福利。破產人無擔保財產不足清償職工工資的，要從有擔保的財產中清償。在新企業破產法公佈後，破產人將優先清償企業擔保人，職工工資和其他福利僅能從未擔保財產中清償。³

3.6 破產程序的終結

管理人在最後分配完結後，或者發現破產人無財產可供分配的，應當請求法院裁定終結破產程序。法院應當自收到管理人終結破產程序的請求之日起15日內，作出是否終結破產程序的

裁定。裁定終結的，應當予以公告。管理人應當自破產程序終結之日起10日內，持人民法院終結破產程序的裁定，向破產人的原登記機關辦理註銷登記。

4. 前景與展望

鑒於企業改革在轉軌時期遭遇的複雜局面，中國破產法的修訂工作備嘗艱辛。

4.1 關於破產法適用的範圍問題

破產法產生之初，尚無成形的法人制度，其適用物件是自然人；個人獨資企業和合夥企業要承擔無限責任，這兩類企業的破產也屬於自然人破產的範疇。為了保證國內外不同主體之間競爭的公平，更好地維護債權人和債務人的合法權益，也為了彌補民事訴訟中強制執行制度的不足，中國應該建立自然人破產制度和非法人企業破產制度。然而，對此也有很多不同意見，比如，許多專家指出，個人破產制度的建立，面臨着相當的障礙和欠缺。個人破產需要有完善的物權制度，這樣才能界定破產財產和破產債權的範圍，然而中國現在的物權制度還不甚完備；此外，由於中國個人信用體制不健全，立法部門擔心可能會有人利用破產程序逃避債務。⁴

4.2 關於破產程序的目標模式問題

在破產程序的目標模式選擇過程中，為了使債權人的權利受到公平的保護，不應拘泥於現有的“社會本位模式”，而應針對中國破產法實施中出現的忽略債權人利益的現狀，在現有規定的基礎上向債權人作應有的傾斜（如建立最低清償比例制度等）。中國破產法制訂之時，恰逢社會本位模式成為破產程序目標模式的“新寵”，加之中國社會本身的原因，以至破產法過於忽略債權人的利益，對債權人有失公平。在2006年修改破產法時，終於完善了對有擔保債權人的權益保護，即該法既在第132條規定了“新老劃斷”的制度安排從而對職工債權有所兼顧，又在第109條規定：“對破產人的特定財產享有擔保權的權利人，對該特定財產享有優先受償的權利。”

4.3 增加國際破產方面的規定

中國已經加入世貿組織，其經濟也日益成為世界經濟的一部分。在此種背景下，國際性公司在其註冊國被宣告破產的，它的其他國家的債權人是否可以將其債權列入該破產公司的破產債權？如果可以的話，是否與破產公司所在國的債權人享有同等的權利？對於外國法院的破產宣告，本國法院應否承認？依什麼程序和標準承認？這些國際破產方面的問題，都需要在破產法中

做具體規定，以使相應的法律問題有章可循。《企業破產法》已經部分回答了這些問題。該法第5條規定：“依照本法開始的破產程序，對債務人在中華人民共和國領域外的財產發生效力。對外國法院作出的發生法律效力的破產案件的判決、裁定，涉及債務人在中華人民共和國領域內的財產，申請或者請求人民法院承認和執行的，人民法院依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則進行審查，認為不違反中華人民共和國法律的基本原則，不損害國家主權、安全 and 社會公共利益，不損害中華人民共和國領域內債權人的合法權益的，裁定承認和執行。”

4.4 對破產失權和破產複權問題給予明確規定

在確立破產無罪原則的同時，破產法也要對破產失權和複權等作出規定，以盡可能避免利用破產逃債、犯罪等現象的發生，降低當事人濫用破產制度的道德風險。希望中國在經濟蓬勃發展，日益現代化、法治化的過程中，能夠及早擁有更加完善的破產法，並使之在經濟生活、社會生活以至於人們的觀念的層次上發揮應有的作用。

註釋

1. 陳榮宗：《破產法》，第14頁，（台）三民書局1986年版。
2. 前揭陳榮宗：《破產法》，第290頁。
3. 全國人大財經委員會副主任委員賈志傑講話。參見 http://news.xinhuanet.com/legal/2006-08/28/content_5014615.htm。具體見《企業破產法》第132條的規定。
4. http://news.xinhuanet.com/misc/2006-08/27/content_5013609.htm

18. 海商法

張香蘭

1.	中國海商立法概說.....	364
2.	船舶法律制度.....	364
2.1	船舶的概念.....	364
2.2	船舶國籍和登記.....	365
2.3	船舶物權.....	366
3.	海上貨物運輸合同.....	367
3.1	提單性質與功能.....	368
3.2	承運人的義務.....	369
3.3	承運人的責任期間和免責事由.....	369
3.4	承運人賠償限額.....	369
3.5	航次租船合同.....	370
4.	船舶碰撞.....	370
4.1	船舶碰撞的概念和分類.....	370
4.2	船舶碰撞的司法管轄.....	371
4.3	船舶碰撞財產損害賠償原則.....	372
5.	海難救助.....	372
5.1	海難救助的分類.....	373
5.2	海難救助合同.....	373
5.3	海難救助款項.....	374
6.	共同海損.....	374
6.1	共同海損的犧牲和費用.....	375
6.2	共同海損的理算.....	375
7.	海事賠償責任限制.....	376
7.1	海事賠償責任限制主體.....	376
7.2	限制性債權.....	376
7.3	非限制性債權.....	377
7.4	責任限額的確定和賠償順序.....	377

1. 中國海商立法概說

中國海事海商立法起始於清末，但第一部付諸實施的海商法則是南京國民政府1929年公佈的《海商法》，這部法律經1962年修改後至今仍在台灣地區適用。1949年中華人民共和國成立後，廢除了一切舊法，國民政府頒行的《海商法》亦不例外。為發展遠洋運輸事業，促進對外貿易，擺脫與國際市場的隔絕狀態，新中國政府1952年成立了海商法起草委員會，着手制訂新的海商法，並於1963年完成了第一稿起草工作。但其後由於政治運動頻繁，中國海商法立法工作被迫中斷，直到改革開放後才得以再次提上議事日程。從1981年至1992年，《海商法》草案數易其稿，終於在1992年11月7日由全國人大常委會通過，並從1993年7月1日起施行。

中國《海商法》共15章，278條，對船舶、船員、海上貨物運輸、旅客運輸、船舶租用、海上拖航、海難救助、船舶碰撞、共同海損、海事賠償責任、涉外海事關係的法律適用等都作了較詳細的規定。中國《海商法》在制定中主要以目前通行的國際海事公約為基礎，盡可能參照國際公約，沒有公約的依照事實上起國際行為規範作用的民間規則，沒有這種規則的，參考具有廣泛影響的標準合同，只要同中國公共秩序、善良風俗和強行法沒有抵觸，就嚴格按國際標準制定規範。¹ 因此《海商法》具有較強的國際性，這在國內各民商事法律法規中是非常突出的。

應指出的是，《海商法》關於貨物運輸的規定僅適用於國際海上運輸。國內水上貨物運輸，包括沿海運輸和內河運輸，由交通部1995年頒佈的《國內水路貨物運輸規則》（2000年修訂）調整。這種國際、國內水運分別規範的作法，主要是考慮到國內運輸路途較短、不使用提單，而是使用無物權憑證效力的貨運單，同時也是為加強內河和沿岸水運的市場管理。

為加強海事司法，1980年後中國建立起相對獨立的海事司法體系，在大連、天津、青島、上海、武漢、寧波、廈門、廣州、海口、北海十個城市設立了海事法院作為海事海商案件的第一審法院，並以其所在省（直轄市）的高級人民法院作為上訴或重大案件的第一審法院，最高人民法院則作為終審法院。另外還設立了中國海事仲裁委員會，以適應當事人運用司法途徑解決海事爭議的需要。

2. 船舶法律制度

2.1 船舶的概念

海商法是調整海上運輸關係和船舶關係的法律，船舶是海事海商法律關係的重要客體，因此，國際公約和各國海商法均首先對船舶加以界定。一般而言，海商法中的船舶概念在外延上小於一般意義上的船舶，屬於狹義的船舶。中國《海商法》第3條第1款規定：“本法所稱船舶，是指海船和其他海上移動裝置，但是用於軍事的、政府公務的船舶和20總噸以下的小型船舶除外。”其第2款又規定：“前款所稱船舶，包括船舶屬具。”

美國《1916年船舶法》對“船舶”所下定義為一廣義概念

“所謂船舶，指一切航水器及其他人造機具，不論其型式如何，及建造中所完成的階段如何，也不論其在儲備中或已經下水，只要是被用為或可能用為水上航行之物，均可稱為船舶。”

中國《海商法》明確將下列幾種船舶排除在外：

- (1) 非海船——海船是指在設計和性能上能在海上航行並且作為海船在中國海上安全監督機關進行登記的船舶。非海船是指不具備海上航行能力或雖具備海上航行能力但作為內河船登記的船舶，² 這類船舶除非發生碰撞和海難救助關係，否則不適用《海商法》。
- (2) 軍用和政府公務用船舶——軍用船舶指從事軍事性活動的船舶，包括軍事編制的船舶和非軍事編制但用於軍事活動的船舶。軍用和公務用船舶為國家所有，其航行活動不是為營利，且涉及國家財產豁免問題，因此不適用《海商法》。
- (3) 20總噸以下的小型船舶——這類船舶由於噸位較小，在海上航行風險很大，為保證海上航行安全，同時也為推動航海業發展，中國《海商法》參照一些國家的做法，將之排除在外。

航運業中關於船舶噸位有五種表示方法，即船舶總載重噸、載貨噸、船舶空載排水量、淨噸位和總噸位。總噸位指全船所有圍蔽空間以100立方英尺為一個噸位加起來的丈量總數。

2.2 船舶國籍和登記

2.2.1 船舶國籍

船舶國籍是指船舶所有人按照一國船舶登記規則進行登記，取得該國簽發的登記證書，懸掛該國國旗航行，使船舶隸屬於登記國的一種法律身份。它表明船舶與國家之間的一種固定的法律關係。

1982年《聯合國海洋法公約》第七部分規定，各國有權擁有懸掛本國國旗的商船隊，船隊船舶有權使用公海，進入並使用公海的船舶必須擁有特定國籍，無國籍船不受國際法保護。由此可見，國籍是船舶從事國際航運的必要條件。

各主權國家有權確定賦予船舶本國國籍的條件。有些國家強調所有權須全部為本國人所有，才能取得本國國籍，同時對本國船僱用的船員國籍也有限制。另一些國家則對船舶入籍要求非常寬鬆，基本沒有限制。其他國家則介於前兩者之間，採取折衷主義。中國對船舶國籍的立法，基本屬於第一類。國務院1994年6月公佈的《船舶登記條例》規定，取得中國國籍的船舶應當是：

- (1) 在中國境內有住所或主要營業地的中國公民的船舶。
- (2) 依據中國法律設立的主要營業地在中國境內的企業法人的船舶。但是，在該法人的註冊資本中有外商出資的，中方投資人的出資額不得低於百分之五十。
- (3) 中國政府的公務船舶和事業法人的船舶。
- (4) 中華人民共和國港務監督機構認為應當登記的其他船舶。

該條例同時規定，中國籍船舶上的船員應當由中國公民擔任，確需僱用外籍船員的，應當報國務院交通主管部門批准。

2.2.2 船舶登記

船舶登記主要有以下幾種：

- (1) 船舶物權登記——將在下文中述及。
- (2) 光船租賃登記——光船租賃登記是為了確定承租人根據光船出租合同所取得的使用經營權，並滿足光船租賃人希望改變原船舶國籍的要求。中國的《船舶登記條例》規定，船舶以光船條件出租境外時，出租人應當到船籍港船舶登記機關申請辦理光船租賃登記，並辦理船舶國籍的中止或者註銷登記。船籍港船舶登記機關應當封存原船舶國籍證書，發給中止或者註銷船舶國籍證明書。以光船條件從境外租進船舶，承租人應當首先確定船籍港，並持光船租賃合同，有效的船舶技術證書以及原船籍港登記機關出具的中止或註銷船舶國籍證明書辦理光船租賃登記。
- (3) 船舶變更和註銷登記——中國《船舶登記條例》規定，船舶名稱、所有權人名稱、船籍港、船舶共有情況、船舶抵押合同等發生變更，有關當事人應持相關文書、證明文件到船籍港登記機關辦理變更登記。如果船舶所有權發生轉移、船舶滅失、失蹤、抵押合同解除、光船租賃關係終止，則當事人應持相關文件辦理註銷登記。

2.3 船舶物權

2.3.1 船舶所有權

根據《海商法》第7條，船舶所有權，是指“船舶所有人依法對其船舶享有佔有、使用、收益和處分的權利。”中國是生產資料公有制國家，船舶大多屬於國有，為實現國有船舶所有權和經營權的分離，《海商法》第8條規定，國有船舶由國家授予具有法人資格的全民所有制企業經營管理，該法人在法律上視為船舶所有人。（應進一步闡述所有權人與經營權人的區別）

船舶所有權的取得、轉讓和消滅，應當向船舶登記機關登記，未經登記不得對抗第三人，即對合同外第三人產生法律拘束力。船舶所有權的轉讓必須簽訂書面合同。

如果船舶由兩個以上的法人或自然人共有也必須向船舶登記機關登記，否則不能對抗第三人。

2.3.2 船舶抵押權

根據《海商法》，船舶抵押權可由船舶所有人或其授權的人以書面合同形式設定。抵押權應

由抵押人和抵押權人共同向船舶登記機關辦理抵押登記，未經登記不能對抗第三人。如船舶為若干人共有，則設定抵押須得持有三分之二以上份額的共有人的同意。

船舶抵押權的標的有兩種，一是船舶，包括建造中的船舶，雖未辦理船舶登記，但可持船舶建造合同進行抵押登記。二是抵押船舶的保險賠款，對船舶滅失所得賠償，抵押權人可優先受償。

同一船舶上設定兩個以上抵押權的，抵押權人按登記的先後順序受償，如為同一日登記，則按同一順序按債權比例受償。

2.3.3 船舶留置權

根據《海商法》第25條，船舶留置權的權利主體為造船人和修船人，在合同另一方不履行時，可留置所佔有的船舶以保證其債權的實現。另外，根據第188條，救助人在未就救助報酬獲得滿意的擔保前，可禁止被救助人將被救船舶移走，這實際上也承認救助人可享有留置權。

2.3.4 船舶優先權

根據《海商法》的規定，船舶優先權的義務人為船舶所有人、光船承租人、船舶經營人，下列海事請求具有船舶優先權：

- (1) 船長、船員的工資、勞動報酬、遣返費、社會保險費用的給付請求；
- (2) 船舶營運中發生的人身傷亡賠償請求；
- (3) 港航稅費的繳付請求；
- (4) 海難救助款項的給付請求；
- (5) 船舶侵權產生的財產賠償請求。

以上五項海事請求在受償時，按法定順序受償，但第(3)項海事請求，後於第(1)到(3)項發生的，先於第(1)到(3)項受償。第(1)、(2)、(3)、(5)項中有兩個以上海事請求的，不分先後，按比例同時受償。第(3)項中有兩個以上海事請求的，後發生的先受償。

船舶優先權不因船舶所有權的轉移而消滅，海事請求權轉移，其船舶優先權也隨之轉移。優先權的行使須通過法院扣押產生優先權的船舶來行使。具有船舶優先權的海事請求自優先權產生之日起滿一年不行使，或船舶經法院強制出售，或船舶滅失的，則船舶優先權消滅。

船舶優先權、抵押權、留置權三項船舶擔保物權如發生競合，根據《海商法》，優先權先於留置權，留置權先於抵押權受償。

3. 海上貨物運輸合同

海上貨物運輸合同的概念：指承運人收取運費，負責將托運人托運的貨物經海路由一港運至另一港的合同。

海上貨物運輸可分為班輪運輸和租船運輸，租船運輸又包括航次租船、定期租船和光船租船。

中國《海商法》第四章關於海上貨物運輸合同的規定，基本上以《海牙—維斯比規則》為基礎，吸收了《漢堡規則》中比較成熟和合理的內容。具體而言，關於適航、管理貨物、禁止不合理繞航及承運人負責等採納了《海牙—維斯比規則》的規定，而承運人責任期間、遲延交付、托運人責任、實際承運人等則參照《漢堡規則》。

3.1 提單性質與功能

提單是班輪運輸中最核心的運輸單證。根據《海商法》第71條的規定，提單是指用以證明海上貨物運輸合同和貨物已經由承運人接收或裝船，以及承運人保證據以交付貨物的單證。《海商法》明確指出提單具有合同證明、收貨憑證和交貨憑證三項功能，但未具體指明其是否能代表所有權，即是否具有物權憑證性質。對此中國學者之間是存在爭論的，有的學者認為提單上權利的性質為債權，也有學者認為提單上的權利既有物權性，又有債權性，應稱之為權利憑證以概括周全，³但大多數學者還是傾向於提單為所有權或物權憑證的觀點。在中國的海事司法實踐中，也大都將提單認定為貨物所有權的代表。

個案分析

“強河”輪無正本提單交貨糾紛案

案例

德國美最時洋行向中國深圳華盛公司出售一批鋁箔，由“強河”輪承運，實際承運人為招商局貨櫃航運有限公司。提單記載：托運人美最時洋行，通知人華盛公司，收貨人憑指示，裝貨港漢堡，目的港深圳。貨物抵港後，招商局貨櫃公司向深圳寶吉公司交付貨物，但未收回正本提單。後發現，寶吉公司並無正本提單，提單仍為美最時洋行持有。美最時洋行起訴招商局貨櫃公司，請求賠償損失。

海事法院審理認為，招商局貨櫃公司無正本提單放貨，侵害了美最時洋行作為提單持有人的貨物所有權，判決招商局貨櫃公司賠償美最時洋行因此遭受的損失。

提單的法律特徵：

- (1) 收據作用；
- (2) 書面證明；
- (3) 交貨憑證——提單雖然是合同的證明，但其本身並不等於運輸合同。《海商法》第78條規定，承運人與提單持有人之間的權利義務關係，應當依據提單的規定予以確定。這是因為，提單具有可流通性，提單的後來持有人不可能瞭解承運人與托運人之間的其他合同內容，他與承運人之間的關係應以提單內容為限。

提單的分類：

- (1) 已裝船提單和收貨待運提單；
- (2) 記名提單、不記名提單和指示提單；
- (3) 清潔提單和不清潔提單。

3.2 承運人的義務

根據《海商法》，承運人有以下幾項義務：

- (1) 在船舶開航前和開航當時，謹慎處理，使船舶適航的義務。“適航”指船舶應在設計、結構、狀態和設備等方面經受得住航程中的一般風險，應配備足夠的合格的船員和齊全的設備並有足夠的供給品，此外船舶還應適宜載貨。
- (2) 妥善、謹慎地裝載、搬移、積載、運輸、保管、照料和卸載所運貨物的義務。
- (3) 按照約定的或習慣的或地理上的航線運輸貨物到卸貨港的義務。但船舶在海上的救助或企圖救助人命或者財產而產生的繞航或其他合理繞航，不屬於違反承運人義務。
- (4) 在約定時間內在卸貨港交貨的義務。《漢堡規則》對於遲延交貨除約定時間外，還有合理時間的限制，而中國《海商法》對“合理時間”未予考慮，這有利於保護承運人利益而不利於托運人。《海商法》同時規定，承運人未能在約定時間界滿60日內交付貨物的，收貨人可以認為貨物已滅失，從而採取法律措施維護自己的利益。

3.3 承運人的責任期間和免責事由

承運人的責任期間，對集裝箱貨物為從裝運港收貨時起到卸貨港交貨時止，對非集裝箱貨物則是從裝船時起到卸船時止。對責任期間內貨物的滅失或損壞，如屬下列原因之一造成的，承運人可免於賠償責任：

- (1) 船長、船員、引航員或者承運人的其他受雇人在駕駛船舶或者管理船舶中的過失；
- (2) 火災，但是由於承運人本人的過失所造成的除外；
- (3) 天災，海上或者其他可航水域的危險或者意外事故；
- (4) 戰爭或者武裝衝突；
- (5) 政府或者主管部門的行為、檢疫限制或者司法扣押；
- (6) 罷工、停工或者勞動受到限制；
- (7) 在海上救助或者企圖救助人命或財產的；
- (8) 托運人、貨物所有人或其代理人的行為；
- (9) 貨物的自然特性或固有缺陷；
- (10) 貨物包裝不良或標誌欠缺、不清；
- (11) 經謹慎處理仍未發現的船舶潛在缺陷；
- (12) 非由於承運人或承運人的受僱人、代理人的過失造成的其他原因。

承運人援引以上免責事由時除第(2)項外均應負舉證責任。

3.4 承運人賠償限額

承運人對貨物滅失或損壞的賠償限額為每件666.67特別提款權，或每公斤2特別提款權。如果貨物滅失或損壞是由於承運人或其受僱人、代理人的故意或明知可能造成損失而輕率地作為或不作為造成的，則不得援引以上單位責任限制權利。

托運人的責任：

- (1) 支付運費；
- (2) 包裝貨物、申報貨物資料；
- (3) 辦理貨物運輸手續；
- (4) 托運危險品的責任。

3.5 航次租船合同

航次租船合同情況下，出租人仍承擔使船舶適航以及不得繞航的義務。《海商法》另規定，除以上兩項義務外，出租人與承租人之間的關係按雙方約定確定，如無約定則適用《海商法》第四章有關班輪合同當事人權利義務的規定。

在航次租船情況下仍有可能簽發提單，如提單持有人不是承租人，則承運人與提單持有人的權利義務關係適用提單約定。但提單載明適用航次租船合同的，則適用航次租船合同。

出租人應按合同提供約定的船舶，如不符約定，承租人有權拒絕或解除合同，並請求賠償損失。承租人應按約定提供貨物，更換貨物應徵得出租人同意，否則出租人有權拒絕或解除合同，並請求賠償損失。

承租人可將租用的船舶轉租，原合同約定的權利義務關係不受轉租影響。

4. 船舶碰撞

在國際海事領域，規範船舶碰撞的主要是1910年《統一船舶碰撞若干法律規定的國際公約》，其締約國包括了主要的航運大國，中國1994年3月5日正式加入該公約。《海商法》的立法也主要以該公約為參照。

4.1 船舶碰撞的概念和分類

《海商法》第165條規定：“船舶碰撞，是指船舶在海上或者與海相通的可航水域發生接觸造成損害的事故。”此處所指碰撞僅限於船舶之間的直接接觸，間接碰撞和浪損等並未涵蓋。

“間接碰撞”指過失船導致他船與另外一船或多船相互間碰撞造成的損害。

“浪損”指因過失船航行速度過快掀起波浪導致他船遭受損害。

但第170條又規定，船舶因操縱不當或者不遵守航行規章，雖然實際上沒有同其他船舶發生碰撞，但是使其他船舶以及船上人員、貨物或財產受到損失的，應適用有關船舶碰撞的規定。這就使得間接碰撞和浪損也被視為碰撞，從而適用碰撞的規定確定當事人之間的關係。這與1910年碰撞公約的做法是一致的。應注意，此處的“船舶”不包括軍用和政府公務用船舶。

對碰撞的分類，最常見的是從責任方劃分，可分為單方責任碰撞，雙方責任碰撞和雙方無責任碰撞三類。

單方責任碰撞是指一方過失造成的船舶碰撞，對此各國均規定由過失方單獨負責，《海商法》第160條也做了同樣的規定。

雙方責任碰撞指雙方互有過失造成的船舶碰撞，對此種情況下雙方應如何承擔責任，有兩種作法：一種是“平分過失原則”，即只要雙方均有過失，每方都承擔百分之五十的碰撞責任，這是英美國家特別是美國的作法。另一種是按雙方的過失比例來承擔責任，即“過失比例原則”。這是1910年公約確立的重要原則，中國《海商法》也如是規定。如果過失程度相當或無法確定的，則平均承擔責任。對碰撞造成的財產損失（包括第三人的財產損失）以及對方船員人身傷亡損失，應按各自的過失比例承擔，不負連帶責任；對造成的第三人的人身傷亡，則應負連帶責任，一方有義務先全額賠付，再向另一方追償。

雙方無責任碰撞是指不存在人為過失因素，完全由於客觀原因或原因不明造成的碰撞。《海商法》第167條規定，對此情況，碰撞各方互相不負賠償責任。

個案分析

“諾華契”輪與“騰達”輪碰撞糾紛案

案例

“騰達”輪以9節航速進入湛江港；“諾華契”輪駛出湛江港，本應沿主航道右側行駛，但由於對航道不熟，遂沿左側行駛。兩輪相距一海里時，“諾華契”輪左轉避讓，“騰達”輪右轉避讓，兩輪相撞。

海事法院審理認為，“諾華契”輪不按規定航線行駛，兩輪對遇時違反避碰規則左轉避讓，應對碰撞事故負主要責任。“騰達”輪進港航速過高，在發現“諾華契”輪左轉時仍盲目右轉避讓，違反避碰規則中的背離規則，應對碰撞事故負次要責任。雙方責任劃分比例為，“諾華契”輪百分之六十，“騰達”輪百分之四十。

4.2 船舶碰撞的司法管轄

從各國司法實踐來看，均存在擴大本國法院管轄範圍的趨向，以保護本國航運發展，中國對船舶碰撞的管轄權也是相當廣泛的。根據《民事訴訟法》和《海事訴訟特別程序法》，被告住所地、碰撞發生地、船舶碰撞後最先到達地、加害船舶被扣留地的中國法院均有權受理船舶碰撞案件。

各國法律在管轄問題上，均有擴大本國司法管轄權的傾向。如法國法規定，只要受損一方為法國船，法國法院即有權管轄；而意大利法則規定，即使碰撞船舶均為外國船，只要距碰撞地點最近的港口是意大利港口，意大利法院便有權管轄。

4.3 船舶碰撞財產損害賠償原則

根據《民法通則》和最高人民法院1995年發佈的《關於審理船舶碰撞和觸碰案件財產損害賠償的規定》的司法解釋，確定船舶碰撞財產損害賠償應遵循以下原則：

- (1) 恢復原狀——依照《民法通則》第117條第2款“損壞國家、集體的財產或他人的財產應當恢復原狀”的規定和司法解釋第2條“賠償應當盡量達到恢復原狀”的規定，恢復原狀是確定賠償標準的基本原則。此處“恢復原狀”是指碰撞責任方通過經濟賠償或修復受損財產，使受害方受到損害的財產價值或經濟狀況盡可能恢復到未受損害時應有的狀況。
- (2) 賠償實際損失——實際損失是指依碰撞發生時的客觀環境及碰撞事故發生的直接與延續後果，被合理地認為是碰撞所造成的直接或間接損失。直接損失是由船舶碰撞所直接造成的損失，間接損失則是指碰撞事故發生後致使受害方不能在正常情況下應當獲得的正常利益，或在正常情況下不應支付的額外費用。
- (3) 不合理擴大的損失不賠償——這一損失是指在船舶碰撞事故發生後，無過失受害方未採取合理措施防止或減少損失以致發生或進一步擴大的損失。船舶碰撞財產損害賠償的基本作用是保護無過失受害方，要求過失加害方予以賠償。但為防止受害方為多獲賠償而為非善意行為，法律要求無過失受害方負有採取一切合理措施減少過失方對其造成的損失的義務。這體現了對加害方和受害方合理利益同樣保護的公平性。

船舶碰撞案件的訴訟時效：有關船舶碰撞的請求權，時效期間為2年，自碰撞事故發生之日起計算。互有過失的船舶碰撞中，對第三人的人身傷亡，一船連帶支付的賠償超過其過失比例的，有權向其他過失方追償。這種追償請求權的時效期間為1年，自當事人連帶支付損壞賠償之日起計算。

5. 海難救助

海難救助是海商法中特有的制度，按中國《海商法》它是指在海上或與海相通的可航水域對遇險船舶和其他財產進行的救助。目前較有影響也是最能體現海難救助制度新發展的公約是1989年《國際救助公約》，中國也是該公約的締約國，《海商法》有關救助的規定與該公約基本一致。此外國內法涉及救助的還有《海上交通安全法》、《對外籍船舶管理規則》等，中國還參加了《1974年海上人命安全公約》和《1979年國際海上搜尋救助公約》。中國海事仲裁委員會參考有關公約和各國海難救助合同格式，制訂了“無效果無報酬”的海難救助合同格式供救助雙方採用。

5.1 海難救助的分類

海難救助按其原因可分為兩類：

- (1) 行政救助——又可稱為“強制救助”，指一國行政主管機關在必要時採取強制性措施對遇險船舶、貨物或其他財產進行救助，這種救助是依據行政法規定而作出的。《海上交通安全法》第31條規定，船舶設施發生事故，對交通安全造成或可能造成危害時，主管機關有權採取必要的強制性處置措施。第40條規定，主管機關有權強制打撈清除影響航行安全的沉沒物、漂浮物，而由其所有人、經營人承擔全部費用。
- (2) 民事救助——這是指依照《海商法》進行的救助，救助雙方處於平等地位，按是否訂立救助合同又可分“純救助”（pure salvage）和“合同救助”（assigned salvage）。前者指救助人在他船或人命遇險時自願實施救助。

5.2 海難救助合同

5.2.1 救助合同的訂立

《海商法》第175條規定：“救助方和被救助方就海難救助達成協議，救助合同成立。”救助合同通常採用救助人印製或國際上著名的救助合同標準格式。但《海商法》並未強制性要求救助合同一定要採用書面形式，而在《海商法》制訂的80年代和90年代初期，中國立法機關還是傾向於合同須採書面形式，這在《經濟合同法》中有明確規定，《海商法》之所以背離當時對合同形式的一般規定，對救助合同形式未加限制，在於救助的情況緊急特殊。

對於合同訂立者資格，《海商法》第175條規定，“遇險船舶的船長有權代表船舶所有人訂立救助合同，遇險船舶的船長或船舶所有人有權代表財產所有人訂立救助合同。”此處的船舶所有人不僅指所有權人，還包括經營人和光船承租人。對於救助方的合同訂立者，海商法無明文規定，但可從被救助方合同訂立者的規定以及船長負有救助的法定義務規定中推斷出救助船舶船長有權代表船舶所有人訂立救助合同，實踐中也是如此。

5.2.2 救助合同的變更

海難救助合同通常是在危險中訂立的，因此考慮到有可能存在乘人之危的情況，可能會出現合同雙方權益過度不平衡的狀況，《海商法》第176條規定，如果（1）合同在不正當的或者危險情況的影響下訂立，合同條款顯失公平的或（2）根據合同支付的救助款項明顯過高或者過低於實際提供的救助服務的，當事人可請求法院或仲裁機構變更救助合同。

5.2.3 救助合同當事人的主要義務

救助方有以下法定義務：

- （1）以應有的謹慎進行救助；
- （2）以應有的謹慎防止或減少環境污染；
- （3）在合理需要情況下，尋求其他救助方援助；

- (4) 當被救助方合理地要求其他救助方參與救助作業時，接受此種要求，但要求不合理的，原救助方報酬金額不受影響；
- (5) 在安全地點移交獲救財產。

被救助方則有下列義務：

- (1) 與救助方通力合作；
- (2) 以應有的謹慎防止或者減少環境污染；
- (3) 當獲救船舶、財產被送至安全地點時，及時接受救助方提出的合理的移交要求；
- (4) 擔保與支付救助款項。

5.3 海難救助款項

這包括救助報酬和特別補償兩類。

救助報酬的取得須以救助有效果為前提，即“無效果無報酬”原則。《海商法》第180條規定，救助報酬不得超過船舶和其他財產的獲救價值。但“無效果無報酬”原則不適用於單純的人命救助和減少與防止海上環境損害的救助。

個案分析

“南寶石”輪救助報酬糾紛案

案例

廣州救撈局所屬的“德躍”輪對“南寶石”輪進行了救助，“南寶石”輪船東未對救助款項提供擔保。海事法院審理認為，船載貨物的獲救價值經評估為零，貨主無需承擔救助報酬，船舶拍賣價款不抵救助報酬，根據海商法關於救助報酬不得超過船舶獲救價值的規定，以拍賣船舶價款扣除有關費用後的餘款確定救助報酬。

特別補償制度是為鼓勵救助人從事防止和減少海上環境損害的救助而設計的新制度，中國《海商法》中也規定了該制度。根據《海商法》第182條，當救助方對構成環境損害的船貨進行了救助，但未能取得防止或減少損害的效果時，特別補償的金額等於救助費用。如救助有效果，特別補償應增加，但增加部分最多不超過救助費用的一倍。

6. 共同海損

共同海損，是指在同一海上航程中，船舶、貨物和其他財產遭遇共同危險，為了共同安全，有意地合理地採取措施所直接造成的特殊犧牲、支付的特殊費用。由以上定義可見，構成共同海損應具備以下條件：

- (1) 犧牲和費用發生於同一航程中；
- (2) 船貨遭遇共同危險；
- (3) 犧牲和費用是特殊的；
- (4) 共同海損措施是有意而合理的；
- (5) 犧牲和費用是共同海損措施的直接後果。

6.1 共同海損的犧牲和費用

6.1.1 共同海損的犧牲

其中船舶犧牲包括撲滅船上火災、切除殘損物、有意擱淺、船機損壞、屬具、船用材料和物料損壞所引起的犧牲。

貨物犧牲則包括拋棄貨物、貨物濕損、其他共同海損措施引起的貨物損失。

此外貨物由於共同海損措施受損時，船方因此所損失的到付運費也視為共同海損犧牲。

共同海損與單獨海損的區別在於，前者是為了大家的利益有意作出的，而後者是海上事故直接造成的；前者應由大家來分攤，而後者應由受損者自行承擔。

共同海損的成立要件有：

- (1) 必須有共同的、真實的危險；
- (2) 必須是有意地採取合理、有效的措施；
- (3) 損失必須是直接、特殊的。

6.1.2 共同海損的犧牲和費用

共同海損的犧牲包括船舶的犧牲、貨物的犧牲以及運費的犧牲；共同海損的費用包括救助費用、避難港費用和代替費用等。

《海商法》規定，提出共同海損分攤請求的一方應負舉證責任，證明其損失應列入共同海損。

6.2 共同海損的理算

共同海損分攤金額按以下公式計算：

$$(1) \text{ 共同海損損失率} = \frac{\text{共同海損損失總金額}}{\text{共同海損分攤價值總額}}$$

$$(2) \text{ 受益方各自應分攤的損失金額} = \text{受益方各自的分攤價值} \times \text{共同海損損失率}$$

理算適用合同約定的理算規則，沒有約定的適用《海商法》的規定。

未申報的貨物或謊報的貨物，應當參加共同海損分攤，但其遭受的特殊犧牲不列入共同海損。不正當地以低於貨物實際價值作為申報價值的，按實際價值分攤共同海損，但在發生共同海損犧牲時，按申報價值計算犧牲金額。

為了確保共同海損的分攤，經利益關係人要求，各分攤方應提供共同海損擔保，保證金交理算師以保管人名義存入銀行。

共同海損分攤請求權的時效：根據中國海商法，有關共同海損分攤的請求權，時效期間為1年，自理算結束之日起計算。

7. 海事賠償責任限制

海事賠償責任限制制度是指發生海難事故，給他人造成財產損失或人身傷亡時，依法將賠償責任人的賠償責任限制在一定限度之內的賠償制度。

海事賠償責任的限制方式經歷了委付制、執行制、船價制、金額制等幾個發展階段，現在已多採用金額制。1976年《海事賠償責任限制公約》和中國《海商法》均採用金額制。中國有關海事賠償責任限制的法規除《海商法》外，還有《關於不滿300總噸船舶及沿海運輸、沿海作業船舶海事賠償限額的規定》、《中華人民共和國港口間海上旅客運輸賠償限額規定》。

7.1 海事賠償責任限制主體

責任限制主體最初僅限於船舶所有人，後範圍漸次擴大到承租人、經理人、營運人及其僱員。在“東城丸號”事件發生後，責任限制主體又擴大到救助入等。中國《海商法》第204、205、206條對責任限制主體作了明確規定：

- (1) 船舶所有人、承租人、經營人和救助入，其中承租人包括航次租船、定期租船、光船租賃及以其他合法方式租賃的承租人。經營人是指承運人、多式聯運人、經紀人等。
- (2) 在受僱傭和受委託的範圍內執行職務的船長、船員，或船舶所有人、救助入的其他受僱人、代理人。
- (3) 對海事賠償請求承擔責任的保險人。

海事賠償責任限制的條件：責任主體並非在任何情況下都能享受海事賠償責任限制，經證明，引起賠償請求的損失是由於責任人的故意或者明知可能造成損失而輕率地作為或者不作為造成的，責任人無權請求責任限制。

7.2 限制性債權

《海商法》第207條規定，不論賠償責任的基礎有何不同，責任人均可限制賠償責任。這表明該賠償責任可以是基於違約產生的，也可以是基於侵權產生的。《海商法》具體列舉了下列幾項限制性債權：

- (1) 在船上發生的或與船舶營運、救助作業直接相關的人身傷亡或者財產的滅失、損壞，

包括對港口工程、港池、航道和助航設施造成的損壞，以及由此引起的相應損失的賠償請求。

- (2) 海上貨物運輸因遲延交付或旅客及其行李運輸因遲延到達造成損失的賠償請求。
- (3) 與船舶營運或者救助作業直接相關的，侵犯非合同權利的行為造成的其他損失的賠償請求。
- (4) 責任人以外的其他人，為避免或減少責任人可以限制賠償責任的損失而採取措施的賠償請求以及因此造成進一步損失的賠償請求。

《海商法》第209條另規定，如證明引起賠償請求的損失是由於責任人的故意或明知可能造成損失而輕率地作為或者不作為造成的，責任人無權享受責任限制。對此舉證的責任由受害方負擔。

7.3 非限制性債權

即責任人不能按《海商法》享有責任限制的海事請求，第208條規定為下列幾項：

- (1) 對救助款項或共同海損分攤的請求。
- (2) 中國參加的國際油污損害民事責任公約規定的油污損害賠償請求。
- (3) 中國參加的國際核能損害責任限制公約規定的核能損害賠償請求。
- (4) 核動力船舶造成的核能損害的賠償請求。
- (5) 船舶所有人或救助人的受僱人提出的賠償請求，根據調整勞務合同的法律，船舶所有人或救助人對該賠償請求無權限制賠償責任，或該法律作了高於《海商法》規定的賠償限額的規定。

7.4 責任限額的確定和賠償順序

《海商法》採取金額制，按船舶總噸位大小計算責任限額。

(1)	船舶總噸位	責任限額 (SDR)	種類	人身傷亡	非人身傷亡	數額性質
	300~500			333,000	167,000	限額基數
	501~3,000			500	167	每噸增加數
	3,001~30,000			333		
	30,001~70,000			250	125	
	70,000以上			167	83	

- (2) 《海商法》同時規定，如依照人身傷亡賠償請求的規定限額，不足以支付全部人身傷亡賠償請求的，其差額應與非人身傷亡的賠償請求並列，從非人身傷亡的賠償數額中按比例受償。

- (3) 在不影響人身傷亡賠償請求的情況下，就港口工程、港池、航道和助航設施的損害提出的賠償請求，應當較非人身傷亡的賠償請求優先受償。

註釋

1. 郭日齊：“中國《海商法》立法特點簡介”，載《〈海商法〉學習必讀》，北京：人民交通出版社1993年版，第29頁。
2. 司玉琢主編：《海商法問答》，北京：人民交通出版社1993年版，第8頁。
3. 趙德銘：“提單作為權利憑證的物權屬性”，載《民商法論叢》第7卷，第108頁以下。

經濟法律篇



19. 財政法

徐孟洲、何勤

1.	預算法	382
1.1	預算和預算法的概念	382
1.2	預算管理體制和預算管理職權	382
1.3	預算收支範圍	383
1.4	預（決）算管理程序規定	383
1.5	對預算決算的監督	384
2.	國債法	385
2.1	國債的概念和特徵	385
2.2	國債法的概念、特徵及主要內容	385
2.3	中國國債立法的概況	386
3.	政府採購法	387
3.1	政府採購法概述	387
3.2	政府採購方式和程序	387
3.3	政府採購合同	388
3.4	監督檢查和法律責任	388
4.	國有資產管理法	389
4.1	國有資產管理法概述	389
4.2	國有資產評估制度	390
4.3	國有資產產權登記制度	391
4.4	產權交易制度	393

1. 預算法

1.1 預算和預算法的概念

預算是經法定程序批准的國家各級人民政府和實行預算管理的各部門、各單位一定期間的財政或財會收支計劃。有國家預算和單位預算。國家預算由中央預算和地方預算組成。單位預算是指實行預算管理的國家機關、社會團體、全民所有制事業單位的經費預算和全民所有制企業的財務收支計劃中與預算有關的部分。國家預算是國家基本的財政收支計劃，是國民經濟計劃的重要組成部分。

預算法是調整預算關係的法律規範的總稱，是財政法的重要組成部分。所謂預算關係是指在國家預算收入、支出和進行預算管理過程中產生的經濟關係。

中華人民共和國預算法的歷史

1951年8月19日中央人民政府政務院頒佈了《預算決算暫行條例》，這是新中國建國後的第一個預算管理法規。1991年9月6日國務院發佈了《國家預算法》。這個條例反映了中國財政體制改革的成果。為了適應社會主義市場經濟體制的發展和財政改革的需要，1994年3月22日第八屆全國人民代表大會第二次會議通過了《中華人民共和國預算法》(以下簡稱《預算法》)，該法分11章，共有79條，它全面規定了預算管理的基本內容。

目前，《預算法》是國家組織預算收支、管理預算工作的主要法律依據，是中國規範預算活動的基本法。1995年11月22日，《中華人民共和國預算法實施條例》頒佈，對《預算法》的許多概括規定加以明確，使得預算法管理有了更具操作性的規範。

1.2 預算管理體制和預算管理職權

預算管理體制，是國家在中央與地方、地方各級政權之間劃分預算收支範圍和管理職權的一項根本制度，它是財政管理體制的中心環節。

中國實行一級政府一級預算、收支平衡、中央和地方分稅制的原則。依此原則建立國家預算管理體制。國家預算由中央、省、自治區、直轄市，設區的市、自治州，縣、自治縣、不設區的市、市轄區，鄉、民族鄉、鎮五級預算組成。只有在不具備設立預算條件的鄉、民族鄉、鎮，經省、自治區、直轄市政府確定，可以暫不設立預算。

確定和支配國家預算的權利以及對於國家預算的編制、審查、批准、執行、調整、監督權利，稱為預算管理職權，或預算權。預算管理職權具有以下特徵：

- (1) 預算權發生於國家預算收支管理領域。體現國家的財政分配關係，是國家財政權的主要組成部分。
- (2) 預算權的主體只能是國家權力機關、國家行政機關和列入部門預算的其他國家機關。社會團體和其他組織、任何公民或非預算單位都不得享有預算權。
- (3) 預算權是一種經濟權利，而不是一種純粹的行政權，它具有經濟內容。

- (4) 預算權的確定具有嚴格的法律規定性，不能由當事人約定。
- (5) 預算權與預算年度緊密相聯繫，具有嚴格的週期性。如中國預算年度自西曆1月1日起，至12月31日止。
- (6) 預算權所體現的利益歸於國家、歸於全體人民。

預算權按照主體的層次不同，可以分為中央預算權和地方預算權兩類。中央預算權是指中央權力機關、中央行政機關和其他中央機關部門（含直屬單位）享有的預算權。地方預算權是指地方各級權力機關、行政機關及其各部門預算單位享有的預算權。

1.3 預算收支範圍

預算必然涉及到預算的收入範圍和支出範圍。《預算法》對此有明確的規定。

預算收支範圍，是國家財力在中央與地方之間進行分配的具體形式。劃分預算收支範圍是預算管理體制的重要內容。預算由預算收入和預算支出組成。《預算法》規定的預算收支範圍為法定預算收支範圍，不得隨意改變。

法定預算收入具體包括：稅收收入；依照規定應當上繳的國有資產收益；專項收入；其他收入。

法定預算支出包括：經濟建設支出；教育、科學、文化、衛生、體育等事業發展支出；國家管理費用支出；國防支出；各項補貼支出；其他支出。

《預算法》規定，預算收入劃分為中央預算收入、地方預算收入、中央和地方預算共用收入。預算支出劃分為中央預算支出和地方預算支出。中央預算與地方預算有關收入和支出專案的劃分、地方向中央上繳收入、中央對地方返還或者給予補助的具體辦法，由國務院規定，報全國人民代表大會常務委員會備案。預算收入應當統籌安排使用；確需設立專用基金項目的，須經國務院批准。上級政府不得在預算之外調用下級政府預算的資金。下級政府不得擠佔或者截留屬於上級政府預算的資金。

1.4 預（決）算管理程序規定

- (1) 預算編制——指各級政府、各部門、各預算單位制訂籌集和分配預算資金年度計劃的預算活動。中國實行複式預算編制，即按經常性預算和建設性預算編制。中央預算和地方各級政府預算，應當參考上一年度預算執行情況和本年度收支預測進行編制。國家預算採取自上而下和自下而上相結合的辦法編制。
- (2) 預算審查和批准——各級預算編制草案形成後，經各級人民政府審定提交各級人民代表大會審查和批准。各級人民政府按規定向全國或本級人大常委會備案。國務院和縣級以上地方各級政府對下一級政府報送備案的預算，認為有同法律法規相抵觸或者其他不適當之處，有需要撤銷批准預算的決議的，應當提請本級人民代表大會常務委員會審議該決議。各級政府預算經本級人民代表大會批准後，本級財政部門應及時向本級、各部門批復預算。
- (3) 預算的執行——預算年度開始後，各級政府預算在本級人民代表大會批准前，本級政

府可以按照上一年同期的預算支出數額安排支出；預算經批准後，按照批准的預算執行。各級預算由本級政府組織執行，具體工作由本級政府財政部門負責。

- (4) 預算調整——在一般情況下，是不允許對預算隨意追加支出或追減收入的，但是，在預算年度內，遇有重大事件發生、方針政策調整或者經濟情況變化，對預算執行產生較大影響時，可以依法進行預算調整。
- (5) 決算——決算是指對年度預算收支執行結果的會計報告，是預算執行的總結，是國家管理預算活動的最後一道程序。決算必須按照規定編制決算草案，提請國家權力機關審查和批准後方可生效。根據《預算法》，決算草案由各級政府、各部門、各單位，在每一預算年度終了後按照國務院規定的時間編制。各部門對所屬各單位的決算草案，應當審核並匯集制本部門的決算草案，在規定的期限內報本級政府財政部門審核。各級政府財政部門對本級各部門決算草案審核後發現有不符合法律、行政法規規定的，有權糾正。

1.5 對預算決算的監督

為了加強對預算活動的管理，切實貫徹預算法制，保障預算工作的順利進行，《預算法》專章規定了對中央和地方預算、決算進行監督的規範。

《預算法》規定，全國人大及其常委會對中央和地方預算、決算進行監督。縣級以上地方各級人大及其常委會對本級和下級政府預算、決算進行監督。鄉、民族鄉、鎮人民代表大會對本級預算、決算進行監督。各級人民代表大會和縣級以上人大常委會有權就預算、決算中的重大事項或者特定問題組織調查，有關的政府、部門、單位和個人應當如實反映情況和提供必要的材料。各級人大和縣級以上各級人大常委會舉行會議時，人大代表或者常委會組成人員，依照法律規定程序就預算、決算中的有關問題提出詢問或者質詢，受詢問或受質詢的有關政府或者財政部門必須及時給予答覆。

各級政府應當在每一預算年度內至少兩次向本級人大或者人大常委會作預算執行情況的報告。各級政府監督下級政府的預算執行，下級政府應當定期向上一級政府報告預算執行的情況。各級政府財政部門負責監督檢查本級各部門及其所屬各單位預算的執行，並向本級政府和上一級政府財政部門報告預算執行情況。各級政府審計部門對本級各部門、各單位和下級政府的預算執行、決算實行審計監督。

凡是違反《預算法》的規定或業經批准生效的預算的，負有直接責任的人，都要依法承擔一定的法律責任。根據《預算法》的規定，承擔預算法律責任有以下三種情形：

- (1) 各級政府未經依法批准擅自變更預算，使經批准的收支平衡的預算的總支出超過了總收入，或者使經批准的預算中舉借債務的數額增加的，對負有直接責任的主管人員和其他直接責任人員追究行政責任。
- (2) 違反法律、行政法規的規定，擅自動用國庫庫款或者擅自以其他方式支配國庫的庫款的，由政府財政部門責令退還或者追回國庫庫款，並由上級機關給予負有直接責任的主管人員和其他直接責任人員行政處分。
- (3) 隱瞞預算收入或者將不應當在預算內支出的款項轉為預算內支出的，由上一級政府或者本級政府財政部門責令糾正，並由上級機關給予負有直接責任的主管人員和其他直接責任人員行政處分。

2. 國債法

2.1 國債的概念和特徵

國債是中央政府舉借的債，即中央政府通過在國內外發行債券（或向外國借款）的方法，來募集一部分財政資金，以滿足其行使職能的需要。因為國家發行外債涉及到外匯資金問題，因此，狹義的國債不包括國家外債，而僅指中央政府對國內發行的政府債券。國債是債的一種特殊形式，同一般的債權債務關係相比有以下特點：

- (1) 主體的特殊性——國債的債權人既可以是國內外的公民、法人或其他組織，也可以是某一國家或地區政府以及國際組織；但是債務人只能是國家。
- (2) 國債法律關係具有一定隸屬性——儘管國債法律關係與其他財政法律關係相比屬於平等型法律關係，但是其發生、變更和消滅較大地體現了國家單方面的意志，具有一定的隸屬性，尤其是在內債法律關係中體現得更為明顯。
- (3) 債權擔保的特殊性——國債以國家信用和國家財力為擔保，一般無需其他形式的擔保，債權實現具有較強的保證。一般而言，國債到期就能得到國家財政的足額償付，基本沒有什麼風險。

國債是國家按照有償原則籌集財政資金的一種形式，同時也是實現宏觀調控和財政政策的一個重要手段。近幾年中國對內發行的國債有以下三種：

- (1) 記賬式國債——指通過證券交易系統來發行與流通的國債；
- (2) 無記名國債——指實物國債，不記名也不掛失，一般可上市流通；
- (3) 憑證式國債——指財政部委託商業銀行發行的儲蓄國債，它可以記名，可掛失，但不能上市流通。

2.2 國債法的概念、特徵及主要內容

和國債的概念相對應，國債法的概念也有廣義和狹義之分。廣義的國債法是指調整國家內債和國家外債的所有法律規範的總稱。狹義的國債法是指規範國家在發行、使用、兌付、流通政府債券過程中發生的社會關係的法律規範的總稱，調整的是國家內債法律關係。由於外債還涉及國家外匯管理問題，因此，筆者認為國家外債應該納入到外債管理法的體系之中，在此不作介紹。下文的國債和國債法如無特殊說明，均指狹義概念。

根據上述定義，國債法的調整物件是以國家為一方主體的債權、債務關係。國債法的主要特徵表現為以下三點：

- (1) 國債法具有公法與私法的雙重屬性；
- (2) 國債法具有財政政策性；
- (3) 國債法具有宏觀調控性；因此，從國債法的上述特徵看，它是財政法的重要內容，屬於經濟法體系中宏觀調控法的主要制度之一。

狹義國債法的主要內容包括以下幾方面：

- (1) 國債發行制度——國債發行，指國家通過一定的渠道和方式將國家債券轉移到最初的投資者手中的行為，它是國債產生的主要形態。簡單的說，國債發行就是國債售出或被個人和企業認購的過程。國債發行制度中規定國債的發行條件、發行方式、發行價格等內容。國務院1992年3月18日頒佈的《國庫券條例》第2條規定，國庫券的發行對象是：居民個人、個體工商戶、企業、事業單位、機關、社會團體和其他組織。國家確定每年需要發行的債券種類、數額和期限後，由財政部代表中央政府發行。國庫券發行採取承購包銷、認購等方式。（《國庫券條例》第5條）承購包銷，是指銀行及其仲介機構承擔購買全部國債券的發行任務和發行風險，然後再通過各自的銷售網站轉售的方式。
- (2) 國債流通制度——國債流通即國債的轉讓。國債的轉讓屬於二級市場中的國債買賣，它是投資人與仲介人之間或者投資人相互之間，轉讓已發行的政府債券，是國債交易的第二個階段，被稱為國債流通市場，也被稱為國債二級市場。在國債券到期前，持有者不能要求債務人清償自己所持有的債權。如果持有者由於種種原因，在到期前需要資金時，只可以在證券市場上向第三者出售轉讓。轉讓完成後，債券的所有權也隨之轉移。國債的轉讓導致國債法律關係主體的變更。《國庫券條例》第9條規定：國庫券可以轉讓，但是應當在國家批准的交易場所辦理。國庫券可以用於抵押，但是不得作為貨幣流通。中國大陸辦理國債轉讓業務的仲介機構主要有兩大類：一是財政系統的財政證券公司、國債服務部；二是金融系統的信託投資公司、證券公司等。
- (3) 國債兌付制度——國債兌付，也即國債的償還。每年國庫券的發行數額、利率、償還期等，經國務院確定後，由財政部予以公告。國庫券按期償還本金，國庫券利息在償還本金時一次付給，不計複利。
- (4) 國債管理制度——國債管理制度包括對國債籌集資金的使用管理、國債發行規模的控制、國債結構的管理等內容。《國庫券條例》第10條規定，發行國庫券籌集的資金，由國務院統一安排使用。國庫券的利息收入享受免稅待遇。

2.3 中國國債立法的概況

新中國剛成立時，中央人民政府為了恢復國民經濟、解決財政支出的困難，選擇了發行國債券來彌補財政虧空。1949年12月2日在中央人民政府委員會第四次會議上通過了《關於發行人民勝利建設公債的決定》，這是新中國成立後的第一項國債立法文件。

1953年，中國開始實行第一個五年計劃，進入計劃經濟的時期。在當時國家財力相當薄弱的情況下，開展大規模經濟建設，就需要大量的資金，從而加劇了財政收支的矛盾。在此情況下，中央政府在1953年12月制定了《1954年國家經濟建設公債條例》，此後全國人大常委會連續五年頒佈了五項《國家經濟建設公債條例》。1958年至1980年長達20多年的時間裏，由於受到以“既無內債，又無外債”為榮的思想支配，中國沒有發行國債，國債立法也處於“空白”時期。

1981年，中國改革開放已經開始。為了支持經濟體制改革，確保當時預算收支平衡，國務院決定發行國庫券和借用地方財力來彌補預算赤字。因此，國務院於同年1月16日頒佈的《中華人民共和國國庫券條例》中確定的國債發行對象主要是國有企事業單位。此後，在每年國庫券發行之前，國務院要發佈該年度的《國庫券條例》。但每年發佈一個條例，不僅損害了法律的穩定

性，也使人們對國債發行產生了多變與短期化的不良印象。所以，1992年3月18日國務院發佈的《國庫券條例》以調整國債關係的基本法規形式出現，將國庫券發行、轉讓等問題只作了原則規定，以保持國債立法的穩定性。此後，國務院和有關主管部門發佈了一系列國債方面的立法，例如，1992年12月17日國務院《關於進一步加強證券市場宏觀管理的通知》、1993年12月31日由財政部、中國人民銀行、中國證監會聯合發佈的《中華人民共和國國債一級自營商管理辦法（試行）》，1997年4月10日財政部制定公佈的《中華人民共和國國債託管管理暫行辦法》等。

3. 政府採購法

3.1 政府採購法概述

對政府採購行為進行法律規範，不僅是提高公共資金使用效益和克服腐敗現象的需要，而且是兌現對世貿成員國開放國內政府採購市場的承諾的需要。2002年6月29日中華人民共和國第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十八次會議通過了《中華人民共和國政府採購法》（以下簡稱《政府採購法》），並於2003年1月1日實施。此後，財政部於2003年2月18日發佈了《關於開展2003年度政府採購招標業務代理機構登記備案工作的通知》，同年3月3日發佈了《2003年政府採購工作計劃要點》，4月28日發佈了《關於進一步做好中央單位2003年政府採購工作有關問題的通知》。從地方立法來看，在《政府採購法》通過前後，河南省、安徽省、貴州省、雲南省、廣州市、大慶市等地方政府都出台了本地區關於政府採購的地方法規、地方規章或地方政府規範性文件。

《政府採購法》第2條規定：政府採購，是指各級國家機關、事業單位和團體組織，使用財政性資金採購依法制定的集中採購目錄以內的，或者採購限額標準以上的貨物、工程和服務的行為。其中，採購，是指以合同方式有償取得貨物、工程和服務的行為，包括購買、租賃、委託、僱用等。

《政府採購法》適用於在中華人民共和國境內進行的政府採購。但是，政府採購工程進行招標投標的，適用招標投標法。中國政府採購所遵循的原則包括：公開透明原則、公平競爭原則、公正原則和誠實信用原則。除了法律明確規定的例外情形，政府採購應當採購本國貨物、工程和服務。政府採購涉及到採購人（指依法應進行政府採購的國家機關、事業單位、團體組織）、供應商和採購代理機構等當事人的權利義務關係，《政府採購法》對此分別作了規定。

3.2 政府採購方式和程序

政府採購實行集中採購和分散採購相結合。集中採購的範圍由省級以上人民政府公佈的集中採購目錄確定。屬於中央預算的政府採購專案，其集中採購目錄由國務院確定並公佈；屬於地方預算的政府採購專案，其集中採購目錄由省、自治區、直轄市人民政府或者其授權的機構確定並公佈。納入集中採購目錄的政府採購專案，應當實行集中採購。

政府採購採用以下方式：公開招標；邀請招標；競爭性談判；單一來源採購；詢價；國務院政府採購監督管理部門認定的其他採購方式。公開招標應作為政府採購的主要採購方式。《政府採購法》對何種情形應該採用何種採購方式作出了具體規定。例如，對於只能從唯一供應商處採購的，或者發生了不可預見的緊急情況不能從其他供應商處採購的情形，可以採取單一來源採購。

政府採購的程序，首先是採購資金的確定，根據《政府採購法》第33條規定：負有編制預算職責的部門在編制下一財政年度部門預算時，應當將該財政年度政府採購的專案及資金預算列出，報本級財政部門匯總。部門預算的審批，按預算管理許可權和程序進行。

對於公開招標和邀請招標而言，其程序基本包括：發佈招標公告或發出投標邀請書，審查投標人資格，編制招標文件，投標，開標，評標，中標等幾個階段。

對於競爭性談判方式而言，其程序基本包括：由採購人的代表和有關專家成立談判小組；制定談判文件；確定邀請參加談判的供應商名單，並向其提供談判文件；談判小組所有成員集中與單一供應商分別進行談判；確定成交供應商，並將結果通知所有參加談判的未成交的供應商等。

對於單一來源方式而言，採購人與供應商應當遵循本法規定的原則，在保證採購專案質量和雙方商定合理價格的基礎上進行採購。

對於採取詢價方式而言，其基本程序包括：成立詢價小組；確定被詢價的供應商名單；詢價，即要求被詢價的供應商一次報出不得更改的價格；確定成交供應商並將結果通知所有被詢價的未成交的供應商。

3.3 政府採購合同

政府採購合同，也被稱為政府商事合同，因其一方當事人為政府，因此其不僅具有合同的一般特性，而且具有自己的特性。法律對政府採購合同作出的特殊規定包括：

- (1) 形式特定——《政府採購法》明確限定合同形式為書面形式。
- (2) 內容特定——《政府採購法》要求國務院政府採購監督管理部門應當會同國務院有關部門，規定政府採購合同必須具備的條款。
- (3) 合同實行備案制度——政府採購項目的採購合同自簽訂之日起七個工作日內，採購人應當將合同副本報同級政府採購監督管理部門和有關部門備案。
- (4) 合同效力確定性——政府採購合同的雙方當事人不得擅自變更、中止或者終止合同。政府採購合同繼續履行將損害國家利益和社會公共利益的，雙方當事人應當變更、中止或者終止合同。有過錯的一方應當承擔賠償責任，雙方都有過錯的，各自承擔相應的責任。

3.4 監督檢查和法律責任

對政府採購的監督是一種最廣泛的監督，它包括：

- (1) 廣義的社會監督——除了涉及商業秘密的除外，政府採購的資訊應當在政府採購監督管理部門指定的媒體上及時向社會公開發佈，接受社會的廣泛監督。

- (2) 供應商通過質疑和投訴進行監督——供應商對政府採購活動事項有疑問，認為採購文件、採購過程和中標、成交結果使自己的權益受到損害的，可以向採購人或採購代理機構提出詢問或質疑，採購人應當答覆，但答覆的內容不得涉及商業秘密。質疑供應商對答覆不滿意或者沒有得到及時答覆的，可以向同級政府採購監督管理部門投訴。對於投訴處理結果還可以依法申請行政復議或者向人民法院提起行政訴訟。
- (3) 政府採購監督管理部門的監督檢查——《政府採購法》對監管部門的職責、監督重點、工作方式等作出了具體的規定。

《政府採購法》第八章規定了違反《政府採購法》的法律責任。從責任主體上，包括採購人、採購代理機構、採購人或代理機構中直接負責的主管人員和其他直接責任人員、政府採購監督管理部門的工作人員、供應商。從責任形式上，包括：

- (1) 政府採購當事人有違法行為給他人造成損失的，應依照有關民事法律規定承擔民事責任；
- (2) 行政責任，各責任主體違反《政府採購法》規定的，將根據情況承擔限期改正、警告、罰款、沒收違法所得、通報批評、被列入不良行為記錄名單、吊銷營業執照，取消代理採購資格等處罰（處分）；
- (3) 對於構成犯罪的行為應當追究刑事責任。

4. 國有資產管理法

4.1 國有資產管理法概述

在中國，國有資產是指屬於以國家為代表的全民所有的財產。從廣義上理解，國有資產可以分為三類：即國有自然資源、經營性國有資產、非經營性國有資產。狹義的國有資產僅指經營性的國有資產。本節取狹義的國有資產概念來介紹中國的國有資產管理法律制度。

國有資產管理法是調整國有資產管理關係的法律規範的總稱。國有資產管理關係一般包括：國有資產產權界定、登記關係，國有資產清產核資關係，國有資產評估關係，國有資產流轉管理關係和國有資產監管關係等。

國有資產管理法從調整物件的性質上看，調整的是經濟管理關係而不是平等主體之間的財產關係；從調整目標看，是從社會宏觀經濟發展需要出發，着眼於國家整體利益和社會利益；從調整內容看，它是關於國有資產的開發、利用、監管和保護等方面的行為規範，而不僅僅是產權交換的問題。因此，我們認為國有資產管理法是一種新型的財產法，是經濟法體系中的重要組成部分，而不屬於民法的範疇。

中國國有資產管理法的體系包括六方面的內容，即國有資產管理體制、國有資產界定與登記制度、清產核資制度、國有資產報告制度、產權交易制度和國有企業財產監督管理制度等。下文重點介紹國有資產評估制度、登記制度和交易制度。

4.2 國有資產評估制度

4.2.1 國有資產評估的概念、原則和依據

國有資產評估是指國有資產評估機構根據國家的政策和特定目的，遵循一定的原則和法定程序，採用科學的方法，對國有資產現時價格進行評定和估算。

國有資產評估是一項複雜的工作，涉及到許多方面的利益，其應該遵循的基本原則一般包括：真實性原則，科學性原則，公平性原則，獨立性原則，可行性原則。

目前中國國有資產評估工作已經被納入法制軌道，國有資產評估的主要依據是1991年國務院發佈的《國有資產評估管理辦法》和1992年7月18日原國有資產管理局發佈的《國有資產評估管理辦法實施細則》。

4.2.2 國有資產評估的適用範圍

國有資產評估的適用範圍是指：哪些國有資產在何種情形下需要進行國有資產評估。可以進行評估的國有資產包括固定資產、流動資產、無形資產和其他資產。根據《國有資產評估管理辦法》，國有資產評估分為應當評估事項和可以評估事項兩大類：

- (1) 應當評估的事項——在中國境內的國有資產佔有單位有下列情形之一的，除經國有資產管理部門批准可以不予評估的外，應當進行資產評估：
 - (i) 資產拍賣、轉讓；
 - (ii) 企業兼併、出售、聯營、股份經營；
 - (iii) 與外國公司、企業和其他經濟組織或者個人開辦中外合資經營企業或者中外合作經營企業；
 - (iv) 企業清算；
 - (v) 依照國家有關規定需要進行資產評估的其他情形。
- (2) 可以評估的事項——國有資產佔有單位有下列情形之一，當事人認為需要的，可以進行資產評估：
 - (i) 資產抵押及其他擔保；
 - (ii) 企業租賃；
 - (iii) 需要進行資產評估的其他情形。

對境外國有資產、有關國有自然資源的有償使用或開採，以及全國或者特定行業的大範圍國有資產評估，由國務院決定。

4.2.3 國有資產的評估方法

國有資產評估，根據資產原值、淨值、新舊程度、重置成本、獲利能力等因素和《國有資產評估管理辦法》規定的資產評估方法評定。資產評估機構進行資產評估時，應根據不同的評估目的和物件，選用法定的一種或幾種方法進行評定估算。選用幾種方法評估，應對各種方法評出的結果進行比較和調整，得出合理的資產重估價值。國有資產評估的法定方法包括：

- (1) 收益現值法——將評估對象剩餘壽命期間每年（或每月）的預期收益，用適當的折現

率折現，累加得出評估基準日的現值，以此估算資產價值的方法。

- (2) 重置成本法——在現時條件下，被評估資產全新狀態的重置成本減去該項資產的實體性貶值、功能性貶值和經濟性貶值，估算資產價值的方法。實體性貶值是由於使用磨損和自然損耗造成的貶值。功能性貶值是由於技術相對落後造成的貶值。經濟性貶值是由於外部經濟環境變化引起的貶值。
- (3) 現行市價法——通過市場調查，選擇一個或幾個與評估物件相同或類似的資產作為比較物件，分析比較物件的成交價格和交易條件，進行對比調整，估算出資產價值的方法。
- (4) 清算價格法——適用於依照中華人民共和國企業破產法規定，經人民法院宣告破產的企業的資產評估。用清算價格法進行資產評估的，應當根據企業清算時其資產可變現的價值，評定重估價值。

4.2.4 國有資產的評估程序

國有資產評估的法定工作程序主要有：申請立項，資產清查，評定估算，驗證確認四個階段。

- (1) 申請立項——是整個國有資產評估工作的開始階段，它包括三個步驟。第一，申請：一般情況下，依法需要進行資產評估的佔有單位，經其主管部門審查同意後，應當向同級國有資產管理行政主管部門提交資產評估立項申請書，並附財產目錄和有關會計報表等資料。第二，立項：國有資產管理行政主管部門應當自收到資產評估立項申請書之日起十日內進行審核，並作出是否准予資產評估立項的決定，通知申請單位及其主管部門。經國有資產管理行政主管部門授權或委託，佔有單位的主管部門可以審批資產評估立項申請。第三，委託：申請單位收到准予資產評估立項通知書後，可以委託資產評估機構評估資產。
- (2) 資產清查——指按評估的範圍對待評估資產的實有數量、質量情況所進行的實地盤點，並作出清查報告的過程。這是資產評估的前期準備，一般由委託單位完成。
- (3) 評定估算——受國有資產佔有單位委託的資產評估機構，根據評估的特定目的和掌握的材料，選取適當的標準，運用科學的方法，對資產的價值進行具體的評定和計算，從而得出資產評估結果，並向委託單位提出資產評估結果報告書的過程。這是資產評估工作的中心環節。
- (4) 驗證確認——指國有資產管理部門接到有關單位要求確認資產評估報告後，組織審核、驗證、協商、確認資產評估結果，並向各有關單位下達確認通知書的過程。評估報告經過確認後，便具有法律效力。

4.3 國有資產產權登記制度

4.3.1 國有資產產權登記的概念、依據和一般程序

國有資產產權登記，是指國有資產管理部門代表國家和政府對行政事業資產和佔有國有資產的企業進行登記，依法確認國家對國有資產的所有權和企業的經營權，行政事業單位的佔有、

使用權以及相關權利的法律行為。

國有資產產權登記工作在改革開放以後逐步受到重視。1992年5月11日，原國家國有資產管理局、財政部、國家工商行政管理局聯合發佈了《國有資產產權登記管理試行辦法》，經國務院批准，於1992年在全國範圍內開展國有資產產權登記工作。1992年6月10日，原國家國有資產管理局發佈了《國有資產產權登記管理試行辦法實施細則》。在此基礎上，通過總結實踐，國務院於1996年1月25日制定發佈了《企業國有資產產權登記管理辦法》，財政部於1996年9月10日發佈了《企業國有資產產權登記管理辦法實施細則》（於2000年4月6日被財政部進行修訂，以下簡稱《實施細則》），原國家資產管理局和財政部於1995年2月15日聯合發佈了《行政事業單位國有資產管理辦法》，原國有資產管理局於1996年9月11日發佈了《境外國有資產產權登記管理暫行辦法實施細則》。這些法規、規章是目前國有資產產權登記工作的主要法律依據。

產權登記的一般程序包括：申請受理、填報審查、審核認定、核發證書四個步驟。

- (1) 申請受理——辦理產權登記的行政事業單位和企業，向有管轄權的國有資產管理部門申報產權登記，經其受理後，填寫《國有資產產權登記表》。
- (2) 填報審查——申報產權登記的行政事業單位和企業將填好的《國有資產產權登記表》報主管部門審查，並由主管部門簽署意見。
- (3) 審核認定——《國有資產產權登記表》經主管部門簽署意見後，申辦產權登記的行政事業單位和企業將此表提交國有資產管理部門，並同時提交有關的文件、證件、資料。由國有資產管理部門予以審核認定，並辦理有關手續。
- (4) 核發證書——國有資產管理部門對審查合格的行政事業單位和佔有國有資產的企業核發《國有資產產權登記證》。

鑒於本節採取的是狹義的國有資產概念，行政事業單位的國有資產登記不屬於重點內容，在此不作贅述。

4.3.2 企業國有資產產權登記

企業國有資產產權登記，是指國有資產管理部門代表政府對佔有國有資產的各類企業的資產、負債、所有者權益等產權狀況進行登記，依法確認產權歸屬關係的法律行為。根據《實施細則》，國有企業、國有獨資公司、國家授權投資的機構、設置國有股權的有限責任公司和股份有限公司、以及其他形式佔有、使用國有資產的企業，已取得或申請取得法人資格的（以下統稱企業），應當按規定申辦企業國有資產產權登記（以下簡稱產權登記）。

企業國有資產產權登記的主要內容有：

- (1) 出資人名稱、住所、出資金額及法定代表人。
- (2) 企業名稱、住所及法定代表人。
- (3) 企業的資產、負債及所有者權益。
- (4) 企業實收資本、國有資本。
- (5) 企業投資情況。
- (6) 國務院國有資產管理部門規定的其他事項。

企業國有資產產權登記的種類包括：

- (1) 佔有產權登記——佔有登記包括兩種情況，對於《實施細則》生效前已經成立的企業

法人來說，其應當在細則實施後向產權登記機關申辦佔有產權登記。產權登記機關核准企業佔有登記後，向企業核發產權登記證。對於申請取得法人資格的企業而言，其應當於申請辦理工商註冊登記前30日內，向財政（國有資產管理）部門辦理產權登記。財政（國有資產管理）部門審定的產權登記表，是企業辦理工商註冊登記的資訊證明文件，也是國家投資的原始法律憑證。

- (2) 變動產權登記——企業發生下列情形之一的，應當申辦變動產權登記：企業名稱、住所或法定代表人改變的；企業組織形式發生變動的；企業國有資本額發生增減變動的；企業國有資本出資人發生變動的；產權登記機關規定的其他變動情形。企業發生以上變動的，應當自工商行政管理部門核准變動登記後30日內，向原產權登記機關申辦變動產權登記。
- (3) 註銷產權登記——企業發生下列情形之一的，應當向原產權登記機關申辦註銷產權登記：企業解散、被依法撤銷或被依法宣告破產；企業轉讓全部國有產權或改制後不再設置國有股權的；產權登記機關規定的其他情形。
- (4) 產權登記年度檢查——企業應當於每個西曆年度完結後90日內，辦理工商年檢登記之前，向原產權登記機關申辦產權登記年度檢查。

4.4 產權交易制度

產權交易是指交易雙方當事人，依照法律的規定和合同的約定，通過購買、出售、兼併、拍賣等方式，將一方當事人所享有的產權轉讓給另一方當事人，而且是被交易企業喪失法人資格或改變法人實體的法律行為。

隨着中國社會主義市場經濟體制的逐步完善以及企業改革的不斷深化，企業產權交易已成為一種正常的市場活動。其不僅包括國有企業產權主體之間的交易，而且存在國有企業產權主體和集體、私營個體等非國有企業產權主體之間的產權交易，以及集體、私營個體等非國有企業產權主體之間的交易。規範和調整這些產權交易關係的法律規範的總和就是產權交易制度。它包括：1989年1月19日原國家體改委、財政部、國家國有資產管理局聯合發佈的《關於出售國有小型企業產權的暫行辦法》，同年2月19日又發佈了《關於企業兼併暫行辦法》，1994年2月22日，國務院辦公廳發出了《關於加強國有企業產權交易管理的通知》，1995年5月12日，原國家國有資產管理局發出了《關於加強企業國有產權轉讓監督工作的通知》等規範性文件，各地方政府也在法律法規授權範圍內發佈了本地區關於企業產權交易的規範性文件。例如，深圳市人民政府2003年2月10日發佈了《深圳市國有集體企業產權交易辦法》。這些規範，為國有企業產權交易的審批許可權、交易程序、交易的資產評估等提供了依據。

根據以上規定，企業中的國有資產產權的轉讓、出售、兼併、拍賣，必須經過由批准許可權的國家機構進行審批。企業產權交易的收入，歸該企業的產權所有者所有。如果是全民所有制企業，一般先用於安置企業職工並償還債務，結餘部分納入地方預算管理，專項用於支援結構調整或補充需要扶持的國有企業資本金。各級國有資產管理部門要加強對企業國有產權交易的監督管理，防止損害國家利益，造成國有資產流失的行為。

20. 稅法

徐孟洲

1.	稅法概述	396
1.1	稅收與稅法	396
1.2	稅法的構成要素	396
1.3	稅法的發展	398
2.	現行實體稅法結構體系	399
2.1	流轉稅法	399
2.2	所得稅法	403
2.3	財產稅法	407
2.4	行為稅法	407
2.5	其他實體稅法	408
3.	稅收徵收管理法律制度	409
3.1	稅務管理	409
3.2	稅款徵收	410
3.3	稅務檢查	411

1. 稅法概述

1.1 稅收與稅法

稅收是國家為了實現其職能，憑藉國家在政治上的權力，按照法律規定的標準，對社會組織和個人強制地、無償地取得財政收入的一種特殊分配活動。它體現出國家與納稅人之間形成的特定的分配關係。在市場經濟環境下，稅收不僅是國家取得財政收入的主要手段之一，而且也是國家對經濟生活進行宏觀調控的一種重要經濟槓杆。國家的存在和居民獨立財產的存在成為一國進行稅收活動的根本依據。

稅收活動必須有法可依。現實生活中的所有稅收活動，都是根據相關的稅收法律規範來進行的。例如一個公司在設立時，要到稅務機關辦理有關申報納稅的手續，在一個財務年度結束後，要按一定的步驟辦理納稅事項，這些都是稅收程序法所規定的；公司在納稅時，基於公司的經濟活動，可能要繳納不同稅種的稅，如企業所得稅、增值稅、關稅等，而這又是稅收實體法所規定的。此外，稅務機關的各種稅收監督、管理行為也要依照法律的規定來進行。所以，我們所說的稅法是由國家制定的，調整在稅收活動中所發生的社會關係的法律規範的總稱，它是國家向社會組織和個人徵稅的法律依據。中國稅法調整的社會關係包括兩大類：第一類是稅收分配關係，它包括國家與納稅人之間、中央政府與地方政府之間以及中國政府與外國政府之間的稅收分配關係；第二類是稅收管理關係，這是一種國家徵稅機關（目前在中國包括稅務機關、財政機關和海關）行使徵稅權，指導納稅人和其他稅務當事人正確履行納稅義務，並對稅收活動進行組織、管理、監督、檢查等一系列相互關係的活動。

稅收的三性

稅收在形式上具有強制性、無償性和固定性三大特徵。稅收的強制性是指國家以社會管理者的身份依據直接體現國家意志的法律對徵納稅雙方的稅收行為加以約束的特徵；稅收的強制性集中體現為徵稅主體必須依法行使徵稅權力，而納稅主體則在法定義務的範圍內必須履行納稅義務；稅收的無償性是指國家徵稅時對具體納稅人既不需要直接償還，也不需要付出任何形成的直接報酬或代價。

1.2 稅法的構成要素

稅法構成是稅收法律規範的內部構成。稅法，作為一種法律規範，在邏輯上是由條件（假定）、行為模式（處理）和法律後果（制裁）三部分構成的。中國稅法的構成要素包括以下八個方面：

- （1）稅法主體——即稅法規定的享受權利（力）和承擔義務的當事人。稅法主體這一提法，糾正了以往只將納稅人作為稅法構成要素主體，而忽視徵稅主體的不全面觀點，明確了稅法主體既包括納稅主體，即根據稅法規定的直接負有納稅義務的單位和個人；也包括了徵稅主體，即代表國家行使稅收管理權的稅務機關、財政機關和海關。

- (2) 課稅客體——又稱徵稅物件，是指稅法確定的產生納稅義務的標的或依據，也就是在稅法中具體指明的要進行徵稅的事物或行為。

《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》第一條規定，“中華人民共和國境內的外商投資企業生產、經營所得和其他所得應當繳納所得稅。”其中，外商投資企業生產、經營所得和其他所得就是這稅種的課稅客體。

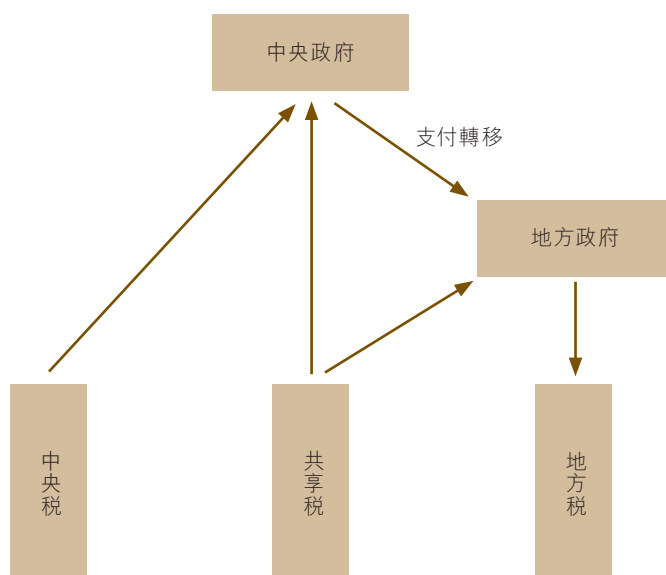
- (3) 稅率——稅率是指徵稅客體數額與應納稅額之間的比例，它是計算稅額的尺度。稅率有基本的表現形式：
- (i) 比例稅率——這是指對同一課稅客體或同一稅目，不論數額大小，均按同一比例計徵的稅率。例如，中國企業所得稅統一按應稅所得的百分之三十三計徵。
 - (ii) 累進稅率——這是一種隨課稅客體數額增大而提高的稅率。目前中國現行稅法中採用超額累進稅率和超率累計稅率兩種形式。超額累進稅率是根據課稅客體數額的不同級距規定不同的稅率，對同一納稅人按照不同等級稅率徵稅。如中國的個人所得稅對工資、薪金所得就採用九級超額累進稅率。超率累進稅率是把課稅客體一定數額作為一個計稅基數，以這個基數為一倍，按不同超倍數額採用不同的累計稅率計徵。
 - (iii) 定額稅率——一般對於大宗貨物等按量計徵的稅種，使用直接固定稅額的稅率形式，所以定額稅率又稱固定稅率。如中國的《資源稅條例》中規定對於原油按原油的不同產區確定不同的稅率，最高稅率每噸24元，以下依次遞減為12元、8元。
- (4) 納稅環節——一種稅必須確定該課稅客體在生產和流轉的哪個環節或哪幾個環節進行徵稅，否則這個稅種就形同虛設。因此，納稅環節是指在商品生產和流轉過程中應當交納稅款的環節。
- (5) 納稅期限——這是指納稅主體應當繳納稅款的時間限制。如果納稅主體不按照規定的時間繳納稅款，將受到加收滯納金等處罰。
- (6) 納稅地點——這是指納稅主體申報繳納稅款的場所。在中國，納稅地點大致可以分為以下幾種情況：
- (i) 固定業戶向其機構所在地主管稅務機關申報納稅；
 - (ii) 固定業戶到外地經營的，應視不同情況（主要是對於經營時間長短的考慮），向經營業地稅務機關或者向機構所在地主管稅務機關申報納稅；
 - (iii) 非固定戶或臨時經營者，向經營地主管稅務機關申報納稅；
 - (iv) 進口貨物向報關地海關納稅。
- (7) 加減徵稅、減稅免稅——這是根據國家政策對某些納稅主體給予鼓勵、照顧或限制的一種特殊措施，是保證國家財政收入和納稅人經濟利益的合理調節。
- (8) 法律責任——這是稅法規定的納稅主體和徵稅工作人員違反稅法規範應當承擔的法律後果，也就是對納稅主體和徵稅工作人員違反稅法的行為所採取的懲罰措施。2001年4月新修訂的《稅收徵管法》第五章中，明確規定了納稅人和徵稅工作人員違反稅法的行為的處罰措施。

1.3 稅法的發展

新中國建立以後，中國實行社會主義稅法制度。這一制度是在革命根據地時期稅收法律制度的基礎上建立和發展起來的。1978年改革開放以來，國家對社會主義稅法制度的全面改革不斷深入。中國1994年稅制全面改革，稱為新稅制改革。這次新稅制改革是在1984年工商稅制改革以來取得積極成果的基礎上進行的，是中國計劃經濟向市場經濟轉變在稅收領域的集中體現。這次稅制改革的目標是建立以流轉稅為主體，實行流轉稅與所得稅相結合，以其他稅種為輔助的稅收體系。

這次稅制改革是全面性的改革，其涉及中國原有的流傳稅制、所得稅制、資源和財產稅制和目的行為稅制，涉及大小稅種38個。1993年是中國稅收的立法年，國務院於1993年12月13日發佈了《增值稅暫行條例》、《營業稅暫行條例》、《消費稅暫行條例》、《企業所得稅暫行條例》、《土地增值稅暫行條例》、《資源稅暫行條例》。隨後，財政部於12月25日又公佈了這六個暫行條例的實施細則及若干具體問題的規定。同年12月23日，財政部還頒佈了《發票管理辦法》及其實施細則。全國人大常委會又於1993年12月29日發佈了《關於外商投資企業和外國企業適用增值稅、營業稅等稅收暫行條例的決定》，這些法規目前仍都有效。

這次改革在稅收結構上有了巨大變革。在改革前，中國的工商流轉稅主要有產品稅、增值稅、營業稅和工商統一稅四種，另外還有城市維護建設稅、集市交易稅和牲畜交易稅。改革後，形成以增值稅為主體的增值稅、消費稅、營業稅三稅並立，雙層次調節的新工商流轉稅制調整模式。在生產流通環節徵收增值稅，在此基礎上，再選擇少數消費品徵收一道工業環節的消費稅，對提供一般勞務服務、轉讓無形資產和銷售不動產仍維持徵收營業稅。取消了已過時的市集交易稅和牲畜交易稅兩個小稅種。原來徵收產品稅的農、林、牧、水產品，改為徵收農業特產稅和屠宰稅。在企業所得稅方面合併了原國營企業所得稅、集體企業所得稅和私營企業所得稅，為統一的內資企業所得稅，同時取消國營企業調節稅。在個人所得稅方面重新修訂了個人所得稅法，廢止了原個人收入調節稅和城鄉個體工戶所得稅條例。



這次改革是在進行了分稅制的財政體制改革的基礎上進行的。在分稅制的改革中，通過劃分中央政府和地方政府的事權，以明確各級政府的職能，並以此為財政支出劃分的依據，將維護國家權益、實施宏觀調控所必需的稅種劃分為中央稅，將同經濟發展直接相關的稅種設定為中央與地方共用稅，將與地方利益關係密切、稅源分散、需要發揮地方組織收入積極性、便於地方徵管的稅種作為地方稅。建立了相應的轉移支付制度，以平衡中央與各地方的財政收支平衡。

2001年，中國加入世貿，世貿規則中有關財政稅法方面的規則對中國稅法產生巨大影響。中國將從稅制結構調整，進一步降低關稅，國際稅收一體化等方面對現行的稅收制度進行改革。

2. 現行實體稅法結構體系

實體稅法，亦稱稅收實體法，是指主要規定國家徵稅和納稅主體納稅的實體權利和義務的法律、法規的總稱。中國現行實體稅法結構體系包括流轉稅法、所得稅法、財產稅法、行為稅法和其他實體稅法。

2.1 流轉稅法

調整以流轉額為徵稅物件的稅收關係的法律、法規的總稱，我們稱之為流轉稅法。所謂流轉額，是指在商品流轉中商品銷售收入額和經營活動所取得的勞務或業務收入額。以流轉額作為徵稅物件的一類稅收稱之為流轉稅，如增值稅、消費稅、營業稅、關稅等。凡為規範流轉稅而制訂的法律、法規，均屬於流轉稅法。中國流轉稅法內容較多，下面僅就幾項主要的有代表性的流轉稅法作以簡要闡述。

2.1.1 增值稅法

增值稅是以商品生產流通和勞務服務各個環節的增值額為徵稅對象的一種稅。所謂增值額，從理論上講是指商品的價值中由活勞動新創造的價值（ $V+M$ ），由工資、利潤、利息和租金等增值因素組成。但在制訂稅法時，並不一定嚴格按照理論增值額來規定，而是按照法定增值額來確定扣除專案。法定增值額是指按照法律規定計算出的增值額。中國於1993年12月13日發佈的《中華人民共和國增值稅暫行條例》（以下簡稱《增值稅暫行條例》）規定，納稅人外購固定資產的進項稅額不能扣除，因此這個增值額實際是法定增值額，包括了商品價值中的折舊部分。規範和調整增值稅關係的法律規範是增值稅法。1993年發佈的《增值稅暫行條例》和《增值稅暫行條例實施細則》是中國增值稅法的主要法律規範性文件。這兩個規範性文件對增值稅的內容作了明確的規定。

- （1）納稅主體——凡在中華人民共和國境內銷售貨物或者提供加工、修理修配勞務以及進口貨物的單位和個人，為增值稅的納稅義務人（即納稅主體）。中國增值稅納稅人分為一般納稅人和小規模納稅人。其中小規模納稅人是指經營規模較小、會計核算不健全

的納稅人。對於一般納稅人按照規定的稅率計算納稅，並可憑增值稅發票進行稅款的抵扣；而對於小規模納稅人按照簡易辦法，即按照銷售額和規定的徵收稅率計稅，連同銷售價格款一併向買方收取（不進行稅款的抵扣），然後上繳稅務機關。

- (2) 徵稅物件和徵稅範圍——在中國，貨物和加工、修理修配勞務的法定增值額為增值稅的徵稅物件。根據《增值稅暫行條例》規定，在中國境內銷售貨物、進口貨物以及銷售應稅勞務，均應繳納增值稅。因此，增值稅的徵稅範圍不僅涉及生產環節銷售貨物的領域，而且在流通環節銷售貨物也需繳納增值稅。
- (3) 稅率——現行增值稅法規定了百分之十七、百分之十三和零稅率三檔稅率。其中百分之十七為基本稅率，百分之十三為低稅率，對出口產品實行零稅率。對於小規模納稅人銷售貨物或者提供應稅勞務，按照百分之六交納增值稅，從1998年7月1日起對於從事商業的小規模納稅人按照百分之四徵收增值稅。

目前中國適用百分之十三的增值稅低稅率的，主要是納稅人銷售或者進口以下貨物：

糧食、食用植物油；

自來水、冷暖氣、煤氣、液化氣、天然氣、居民用煤炭製品；

圖書、報紙、雜誌；

飼料、化肥、農藥、農膜、農機；

農業產品；

其他經簡單加工的糧食製品；

金屬礦採選產品和非金屬礦採選產品（原油、井礦鹽、人造原油仍按百分之十七徵收）；

農用水泵，農用柴油機。

- (4) 應納稅額的計算公式——應納稅額=當期銷項稅額—當期進項稅額。因當期銷項稅額小於當期進項稅額不足抵扣時，其不足部分可以結轉下期繼續抵扣。
- (5) 納稅期限——增值稅的納稅期限分別為1日、3日、5日、10日、15日或者一個月。納稅人的具體納稅期限，由主管稅務機關根據納稅人應納稅額的大小分別核定；不能按照期限納稅的，可以按次納稅。納稅人進口貨物，自海關填發稅款繳納證的次日起7日內繳納。
- (6) 納稅地點——增值稅納稅地點：固定業戶向其機構所在地主管稅務機關申報納稅；固定業戶到外地經營的，向機構所在地主管稅務機關申報納稅；未持有其機構所在地主管稅務機關核發的外出經營活動稅收管理證明的，到外縣（市）銷售貨物或應稅勞務的，向銷售地稅務主管機關申報納稅；非固定戶或者臨時經營者，向經營地主管稅務機關申報納稅；進口貨物，由進口人或其代理人向報關地海關納稅。

中國對增值稅實行國際上通行的“扣稅法”，即憑進項發票注明的稅款進行抵扣。現行增值稅的扣稅憑證包括增值稅專用發票、海關完稅憑證、購進免稅農產品取得的經主管稅務機關批准使用的收購憑證和普通發票、收購廢舊物資取得的經主管稅務機關批准使用的收購憑證、支付運輸費用取得的結算單據（普通發票）。

2.1.2 消費稅法

消費稅是以應稅消費品的流轉額為徵稅物件的一種稅。國務院於1993年12月13日發佈了《中

華人民共和國消費稅暫行條例》(以下簡稱《消費稅暫行條例》),財政部於同年12月25日制定了《消費稅暫行條例實施細則》。這兩個法律規範性文件,對中國消費稅法的主要內容作出了明確的規定。

- (1) 納稅人——消費稅的納稅人是指在中國境內生產、委託加工和進口《消費稅暫行條例》規定的消費品的單位和個人,不分經濟性質和所具有的國籍,也不分所處的地區,均是消費稅的納稅人。但金銀首飾的納稅人是在中國境內從事金銀首飾商業零售業務或委託加工業務、受託代銷金銀首飾的單位和個人。
- (2) 徵稅客體和稅目——消費稅徵稅客體是生產、委託加工和進口的應稅消費品的流轉額。稅目是徵稅客體的具體專案。現行的消費稅共設有11個稅目,16個子目,共23個徵稅專案,如煙、酒、化妝品、護膚護髮品、貴重首飾及珠寶玉石、鞭炮焰火、汽油、柴油、汽車輪胎、摩托車和小汽車。
- (3) 稅率——消費稅稅率採用比例稅率和定額稅率。比例稅率共設置25個不同檔次的稅率,最低稅率為3%(汽缸容量在2,400以下的四輪驅動越野車),最高為50%(甲類捲煙,包括各類進口捲煙)。對黃酒(240元/噸)、啤酒(220元/噸)、汽油(無鉛汽油0.2元/升,含鉛汽油0.28元/升)、柴油(0.1元/升)等實行定額稅率。
- (4) 應納稅額的計算公式——納稅人自銷產品的計稅公式:實行從價定率辦法計算的應納稅額=銷售額×稅率;實行從量定額辦法計算的應納稅額=銷售數量×單位稅額;自產自用應稅消費品的應納稅額=按納稅人生產的同類消費品的銷售價確定的銷售額×稅率(或銷售數量×單位稅額);進口應稅消費品的應納稅額=組成計稅價格×稅率。
- (5) 納稅環節——消費稅的納稅環節是結合納稅義務發生和計稅依據等相關的規定,從有利於徵納雙方具體實施而確定的。對生產的應稅消費品的納稅環節確定在銷售環節;對自產自用品的,除用於連續生產外,用於其他方面的應稅消費品,確定在移送環節;委託加工應稅消費品確定在由受託方在向委託方交貨時代收代繳稅款;進口的應稅產品確定在報送進口環節,由海關代繳;納稅人零售的金銀首飾(含以舊換新),於零售時納稅,用於饋贈、贊助、集資、廣告、樣品、職工福利、獎勵等方面的金銀首飾,於移送時納稅,帶料加工、翻新改制的金銀首飾於受託方交貨時納稅。
- (6) 納稅期限——消費稅的納稅期限,由稅務主管機關根據納稅人應納稅額的大小,分別核定為1日、3日、5日、10日、15日或者一個月。納稅人不能按照固定期限納稅的,可以按照每次取得的銷售收入或銷售數量計算。進口應稅消費品,自海關填發稅款繳納證的次日起7日內繳納稅款。
- (7) 納稅地點——消費稅的納稅地點,基本上是按納稅人的所在地確定的,和納稅環節是一致的。

2.1.3 營業稅法

營業稅是以工商營利單位和個人商品銷售收入額、提供勞務發生的營業額為徵稅物件的一種稅。中國的營業稅主要是針對提供應稅勞務的單位和個人(第三產業)徵收,作為中央與地方的共用稅,其收入的大部分歸地方,成為中國地方財政收入的主要來源。目前調整營業稅的主要法律、法規是國務院於1993年12月13日發佈《中華人民共和國營業稅暫行條例》(以下簡稱《營業稅暫行條例》),以及該條例的實施細則。

- (1) 納稅人——凡在中國境內提供《營業稅暫行條例》規定的應稅勞務、轉讓無形資產或

銷售不動產的單位和個人，為營業稅的納稅人。

- (2) 稅目和稅率——營業稅的稅目共設九個專案：交通運輸業、建築業、金融、保險業、郵電通訊業、文體業、娛樂業、服務業、轉讓無形資產和銷售不動產。營業稅的稅率為比例稅率，檔次較少，全部九個徵稅專案只有四個稅率檔次，其中娛樂業實行百分之五至百分之二十的幅度稅率，納稅人的由各省、自治區、直轄市人民政府根據當地的實際情況在稅法規定的幅度內決定；金融保險業稅率為百分之八；轉讓無形資產、銷售不動產和服務行業的稅率為百分之五；交通運輸業、建築業、郵電通訊業、文體業的稅率為百分之三。
- (3) 應納稅額計算公式——營業稅的計稅依據為提供勞務或銷售商品的全部收入，其計算公式為：應納稅額=銷售額×稅率。
- (4) 納稅義務發生時間——營業稅的納稅義務發生時間，為納稅人收訖營業收入款項或者取得營業收入款項憑據的當天。
- (5) 營業稅的納稅期限為5日、10日、15日或者一個月。不能按照固定期限納稅的，可以按次納稅。
- (6) 納稅地點——提供勞務的向應稅勞務發生地主管稅務機關申報納稅。從事運輸業務的向其機構所在地主管稅務機關申報納稅。轉讓土地的向土地所在地稅務機關納稅，轉讓其他無形資產的向其機構所在地稅務機關納稅。銷售不動產的向不動產所在地稅務機關納稅。

小知識

不是所有提供勞務的納稅人都要繳納營業稅，提供加工和修理修配這兩項勞務的納稅人，要繳納增值稅，而不是營業稅。

同樣，不是所有銷售貨物的納稅人都要繳納增值稅，銷售無形資產和不動產這兩項，納稅人就要繳納營業稅，而不是增值稅。

2.1.4 關稅法

關稅法是調整關稅徵納關係的法律規範的總稱。所謂關稅是指對進出關境或國境的貨物或物品徵收的一種稅，屬於流轉稅的範疇。目前，調整關稅徵納關係的主要法律、法規有：1987年1月22日頒佈並於2000年7月8日修改的《中華人民共和國海關法》，1985年由國務院發佈的，1992年修改的《中華人民共和國進出口關稅條例》及不斷調整修訂的《中華人民共和國海關進出口稅則》等。

- (1) 納稅人——進口貨物的收貨人、出口貨物的發貨人和進出境物品的所有人為關稅的納稅人。接受貨物人或發貨人委託辦理有關手續的代理人，應當按照稅法規定承擔繳納稅款的責任。
- (2) 納稅對象——關稅的徵稅對象是進出境貨物或物品的流轉額。
- (3) 稅目及稅率——進出口貨物的稅目和稅率是由《海關進出口稅則》規定的。

關稅稅率分為進口稅率和出口稅率。進口稅率採用複式稅率，又分為普通稅率和優惠稅率兩種。對於原產於與中國未簽定有關關稅互惠協定的國家或地區的進口貨物，按

照普通稅率徵收；對於原產於與中國簽定了有關關稅互惠協定的國家或地區的進口貨物，按照優惠稅率徵收；為了靈活運用和有效發揮兩種稅率制度的調節作用，對按照普通稅率徵稅的進口貨物，經國務院關稅稅則委員會特別批准，也可以按照優惠稅率徵收。近年來，為了適應對外經濟貿易合作的需要，中國的進口關稅水平正逐步降低，算術平均稅率從1992年的百分之四十三點二降至1997年的百分之十七，1999年又進一步降至百分之十六點八，中國加入世貿後，依據關稅減讓承諾繼續降低關稅，目前調整後關稅算術平均總水平已經下降至百分之十一。

出口稅率主要是對於國內緊缺、限制出口的原材料進行徵收。1999年，中國的出口關稅徵收貨物的稅號共有36個，稅率從百分之二十到百分之五十不等，共有5個差別稅率。因為品種有限，出口貨物的稅率不分普通稅率和優惠稅率，對未訂有出口稅率的貨物不徵收出口關稅。

另外，國務院關稅稅則委員會可以根據國家經貿政策的需要制訂關稅的暫定稅率。這種稅率一般按照年度制訂，並隨時可以根據需要恢復按照法定稅率徵收。

- (4) 關稅的計算——從價稅的貨物或物品的應納稅額=應稅進出口貨物或物品的數量×單位完稅價格×適用稅率。從量稅的貨物應納稅額=應稅進出口貨物數量×關稅單位稅額。
- (5) 特別關稅——這是指一國為了保護國內產業不受重大危害和歧視性待遇，增強關稅的保護作用，在徵收一般關稅之外又加徵的一種臨時進口附加稅。一般是針對特定國家進行的，主要包括：反侵銷稅、反補貼稅和報復關稅。在中國，1992年修訂發佈的《進出口關稅稅則》第6條第3款明文規定：任何國家或地區對其進口的原產於中國的貨物徵收歧視性關稅或給予其他歧視性待遇，海關對於原產於該國或地區的進口貨物可以徵收特別關稅。1997年3月，國務院發佈實施的《中華人民共和國反傾銷和反補貼條例》，就反傾銷稅和反補貼稅的徵收作了立法規定。中國加入WTO之後，國務院於2001年11月26日公佈了新的《反傾銷條例》、同年11月26日公佈了新的《反傾銷條例》，這兩個條例於2004年3月31日進行了修訂。

為了統一稅制，公平負稅，改善中國的投資環境，全國人大常委會於1993年底通過了《關於外商投資企業和外國企業使用增值稅、消費稅、營業稅等稅收暫行條例的決定》。其中規定，外商投資企業和外國企業自1994年1月1日起適用國務院發佈的《增值稅條例》、《消費稅條例》、《營業稅條例》。

2.2 所得稅法

所得稅是指以納稅人的所得或收益額為徵稅對象的一種稅。所得稅法就是指調整所得稅稅收關係的法律規範的總稱。目前中國制定的所得稅法法規主要有《中華人民共和國個人所得稅法》（以下簡稱《個人所得稅法》）、《中華人民共和國企業所得稅暫行條例》（以下簡稱《企業所得稅暫行條例》）、《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》（以下簡稱《外商投資企業和外國企業所得稅法》）。

2.2.1 企業所得稅法

企業所得稅是對企業純收益徵收的一種稅。根據1993年12月13日國務院發佈的《企業所得稅暫行條例》的規定，中國企業所得稅法的主要內容是：

- (1) 納稅人——除外商投資企業和外國企業外，凡在中國境內實行獨立經濟核算的企業或者組織，為企業所得稅的納稅人。
- (2) 徵稅對象——企業所得稅的稅對象是生產、經營所得和其他所得。生產、經營所得是指從事物質生產、交通運輸、商品流通、勞務服務，以及經國務院稅務主管部門確認的其他營利事業取得的所得；其他所得是指股息、利息、租金、轉讓各類資產收益、特許權使用費以及營業外收益等所得。
- (3) 稅率——企業所得稅採用百分之三十三的比例稅率。其中百分之三十為中央稅，由企業繳納到當地的國稅局；百分之三為地方稅，由企業繳納到當地的地稅局。中國的企業所得稅除了百分之三十三的基本稅率外還設置了兩檔優惠稅率，對規模較小、利潤較少的企業適用。具體規定是：對於全年應納稅所得額在3萬（包括3萬）以下的企業，暫按照百分之十八的稅率徵收；對於全年應納稅所得額在3萬元以上10萬元以下的（包括10萬），暫按百分之二十七的稅率徵收。
- (4) 應納稅額計算——企業所得稅應納稅額=應納稅所得額×稅率。而應納稅所得額=收入總額－稅收准予扣除項目金額。
- (5) 繳納企業所得稅，按年計算，分月或者分季預繳——月份或者季度終了後15日內預繳，年度終了後4個月內匯算清繳，多退少補。納稅人應當在月份或者季度終了後15日內，向其所在地主管稅務機關報送會計報表和預繳所得稅申報表；年度終了後45日內，向其所在地主管稅務機關報送會計決算報表和所得稅申報表。

2.2.2 個人所得稅法

個人所得稅是一種對個人純收入徵收的稅。中國的個人所得稅法律制度是在改革開放以後逐步建立的。1980年9月10日五屆全國人大三次會議通過了《中華人民共和國個人所得稅法》，同年12月14日財政部頒佈《個人所得稅施行細則》。1993年10月31日八屆全國人大常委會第四次會議通過了關於修改《個人所得稅法》的決定，將中國一度同時存在的《個人收入調節稅暫行條例》和《城鄉個體工商業戶所得稅暫行條例》修改併入《個人所得稅法》，統一了中國個人所得稅法制度。2005年10月27日，第十屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議對《個人所得稅法》進行了最新的修訂，自2006年1月1日起施行。現根據新修正的《個人所得稅法》，將其基本內容介紹如下：

- (1) 納稅人——中國個人所得稅的納稅人有居民和非居民。居民是指在中國境內有住所，或者無住所而在境內居住滿1年的個人。非居民是指在中國境內無住所，又不居住或者無住所而在境內居住不滿一年的個人。
- (2) 納稅對象——個人所得稅的徵稅對象是納稅人從中國境內和境外取得的所得，從中國境內取得的所得，是指來源於中國境內的所得。按《個人所得稅法》規定，應納稅所得共有11項：工資、薪金所得；個體工商戶的生產、經營所得；對企事業單位的承包經營、承租經營所得；勞務報酬所得；稿酬所得；特許權使用費所得；利息、股息、紅利所得；財產租賃所得；財產轉讓所得；偶然所得；經國務院財政部門確定徵稅的其他所得。

- (3) 稅率——個人所得稅分別設置超額累進稅率和比例稅率兩種。工資、薪金所得，適用超額累進稅率，稅率為百分之五至百分之四十五；個體工商戶的生產、經營所得和對企事業單位的承包經營、承租所得，適用百分之五至百分之三十五的超額累進稅率；稿酬所得，適用比例稅率，稅率為百分之二十，並按應納稅額減徵百分之三十；勞務報酬所得、特許權使用費所得、利息、股息、紅利所得、財產租賃所得、財產轉讓所得、偶然所得和其他所得，均適用百分之二十的比例稅率。《個人所得稅法》還對應納稅所得額和稅額的計算，對申報納稅、減免稅等內容作出了規定；最後，該法還規定對儲蓄存款利息所得徵收個人所得稅的開徵時間和徵收辦法授權，由國務院規定。

算一算

某作家寫了一部小說，出版社在出版前預付給該作家4,000元稿酬，出書後又付給該作家7,000元稿酬。由於該書上市後十分暢銷，出版社又加印了一次，之後又付給該作家4,000元稿酬，那麼該作家應該如何繳納個人所得稅呢？

中國稅法規定對於稿酬所得，含稅級距不超過20,000元的，按照百分之二十徵收個人所得稅，每次不超過4,000元的，減除800元，4,000元以上的，減除百分之二十的費用，其餘的為應納稅所得。所以出版社第一次預付給作家的稿酬，應先就預付部分交納個人所得稅。

$$(4,000 - 800) \times 20\% \times (1 - 30\%) = 3,200 \times 14\% = 448 \text{元}$$

出書後出版社第二次付給作家稿酬時，應綜合兩筆收入為一次計算稅額，然後扣除已繳納的稅款，就餘額作為本次的扣除額。

$$(4,000 + 7,000) \times (1 - 20\%) \times 20\% \times (1 - 30\%) = 1,232 \text{元}$$

$$1,232 - 448 = 784 \text{元}$$

所以出版社第二次付給作家稿酬時，只須繳納784元的稅款就可以了。

出版社第三次付給作家稿酬時，應綜合這三筆收入為一次計算稅額，然後扣除前兩次已繳納的稅款，就餘額作為本次的扣除額。

$$(4,000 + 7,000 + 4,000) \times (1 - 20\%) \times 20\% \times (1 - 30\%) \\ = 15,000 \times 80\% \times 20\% \times 70\% = 1,680 \text{元}$$

$$1,680 - 784 - 448 = 448 \text{元}$$

2.2.3 外商投資企業和外國企業所得稅法

外商投資企業和外國企業所得稅，是指國家對外商投資企業和外國企業的所得額按照預定的標準、程序徵收的一種稅。

1980年9月經五屆人大三次會議審議，通過並頒佈了《中華人民共和國中外合資企業所得稅法》，之後又於1981年12月，經五屆人大四次會議審議，通過並頒佈了《中華人民共和國外國企業所得稅法》，開始對合資企業和外國企業開徵所得稅。這是在總結中國稅收實踐經驗的基礎上，參照國際慣例，結合中國經濟發展的實際情況制定的，對中國社會主義建設和發展對外經濟往來起到了積極作用。但是，隨着對外開放的進一步貫徹和中國外資經濟的進一步發展，這兩部稅法在某些方面與實際情況已不相適應。為此，1991年4月，經七屆人大四次會議通過，頒佈了《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》，並於該法實施之日起同時廢止《中外合

資企業所得稅法》和《外國企業所得稅法》。同年7月，國務院頒佈了《〈中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法〉實施細則》。《中外合資企業和外國企業所得稅法》及其實施細則的頒佈，是以不增加稅負、不減少稅收優惠為原則，在根據改革開放10年的經驗的基礎上，借鑒國際慣例和國外先進做法，對外商投資企業所得稅稅收制度的合理補充和完善，進一步體現了中國鼓勵外商進行投資的方針政策，同時又突出了產業導向，為完善中國的投資環境起到了積極的作用。

外商投資企業和外國企業所得稅法的基本內容有：

- (1) 納稅人——外商投資企業和外國企業所得稅的納稅義務人是各類外商投資企業和外國企業。外商投資企業是指在中國境內設立的中外合資經營企業、中外合作經營企業和外商獨資經營企業。對不組成法人的中外合作經營企業，中國合作者應按內資企業所得稅的有關規定申報納稅，外方合作者應按外商投資企業和外國企業所得稅法申報納稅。不組成企業法人的中外合資經營企業也可以向當地稅務機關申請，經批准後可依照稅法統一納稅。在中國負有納稅義務的外國企業是指在中國設立機構、場所從事生產經營的，或雖未設立機構、場所，但有來源於中國境內所得的外國公司、企業和其他經濟組織。
- (2) 納稅對象——外商投資企業和外國企業所得稅是以外商投資企業和外國企業所得為納稅對象。其中生產經營所得是指從事製造業、採掘業、交通運輸業、建築安裝業、農業、林業、畜牧業、漁業、水利業、商業、金融業、服務業、勘探開採作業以及其他行業的生產、經營所得；而其他所得是指利潤（股息）、利息、租金、轉讓財產收益、提供或轉讓專利權、專有技術、商標權、著作權收以及其他經營外收益等。
- (3) 稅率——外商投資企業和外國企業在中國境內設立的從事生產、經營的機構、場所取得的所得，按照比例稅率徵收，稅率為百分之三十，另外還有應納稅所得額的百分之三的地方所得稅。兩項合計，總體負擔率為百分之三十三。未在中國境內設立機構、場所，但有來源於中國境內所得的外國企業，除國家另有規定的以外，按照百分之二十的稅率徵收預提所得稅。
- (4) 應納稅所得額的確定——外商投資企業和外國企業的應納稅所得額是指納稅人在一個納稅年度的收入總額減除成本、費用、稅金和損失後的餘額。在確定應納稅所得額時，首先要確定收入總額。根據權責發生制的原則，收入總額是指企業在納稅年度各項收入的總和。具體包括：生產、經營收入；財產轉讓收入；利息收入；租賃收入；特許權使用費收入以及其他收入。
- (5) 應納稅所得額的計算——根據《實施細則》第10條，由於企業的經營專案的不同，分製造業、商業、服務業和其他行業對應納稅的所得額進行計算。
- (6) 應納稅額的徵收——外商投資企業所得稅按年計算，分季預繳。季度完結後15日內預繳；年度完結後5個月內匯算清繳，多退少補。外商投資企業法規定分季預繳所得稅時，應當按季度的實際利潤額預繳；季度實際利潤額計算有困難的，可以按上一年度應納稅所得額的百分之二十五或經當地稅務機關認可的方法分季預繳所得稅。
- (7) 優惠政策——中國對設立在中國境內、符合中國的產業政策和投資導向的外商投資企業和外國企業給予在所得稅方面的稅收優惠。例如：《外商投資企業和外國企業所得稅法》規定，對於經營期在10年以上的生產性外商投資企業，從其獲利的年度起，給予2年的免稅、3年減半徵收企業所得稅的優惠，即“二免三減”的待遇，但屬於石油、

天然氣、稀有金屬、貴重金屬等資源開發專案的，由國務院另行規定。設在經濟特區內的外商投資企業和在經濟特區內設立機構、場所從事生產、經營的外國企業以及設在經濟技術開發區內的外商投資企業，減按百分之十五的稅率徵收企業所得稅。設在沿海經濟技術開發區，和經濟特區經濟技術開發區所在城市的老市區的生產性外商投資企業，減按百分之二十四徵收企業所得稅；設在沿海經濟技術開發區和經濟特區經濟技術開發區所在城市的老市區或者國務院規定的其他地區的外商投資企業，屬於能源、交通、港口、碼頭或國家鼓勵的其他項目，可減按百分之十五的稅率徵收企業所得稅。

- (8) 國際雙重徵稅的避免和稅收饒讓制度——這兩項制度是涉外稅法中的主要制度。國際雙重徵稅的避免是指兩個或兩個以上的國家，向同一跨國納稅人的同一跨國所得進行的重複徵稅。為了避免這種現象的發生，一般是通過兩國政府之間訂立雙邊稅收協定的方式來解決，也有採取一國政府的稅法規定給予單方面照顧的辦法來解決。中國採取的做法是訂立雙邊稅收協定的方式解決雙重徵稅的現象。稅收饒讓是指居住國對居住在非居住國得到的減免優惠的那一部分少繳的所得稅款，特准給予饒讓（讓利），不再按本國規定的稅率予以補徵。這是對非居住國為吸引外資給予的稅收優惠的落實。因為根據稅收饒讓辦法，資本輸出國作為居住國，不僅對本國居民已繳納的非居住國稅款給予抵免，而且對非居住國採取的優惠措施規定的減免，也提供饒讓，不致使投資者享受的優惠政策落空。對於稅收饒讓一般也是通過雙邊談判的方式，在雙邊稅收協定中加以解決的。

2.3 財產稅法

財產稅是指以國家規定的納稅人的某些特定財產數量或價值額為徵稅物件的一類稅。調整財產稅關係的法律規範的總稱，稱為財產稅法。中國現行財產稅法規主要有1986年9月15日國務院發佈的《房產稅暫行條例》、《車船使用稅暫行條例》和《契稅暫行條例》。其中，房產稅是指以房產為徵稅對象，按照房產的計稅餘值或房產的租金收入為計稅依據，向房產的所有人或使用人徵收的一種財產稅。其納稅人是房屋產權的所有人，從價稅率為百分之一點二，從租稅率為百分之十二。契稅是以財產所有權發生轉移變動的不動產為徵稅對象，向產權承受人徵收的一種財產稅。其納稅人是在中國境內轉移土地、房屋權屬的單位和個人，設百分之三到百分之五的幅度稅率，依不同情況而定。車船使用稅是指國家對行駛於中國境內公共道路的車輛和航行於境內的河流、湖泊或領海的船舶依法徵收的一種稅。其納稅人是在中國境內擁有並獨立使用車輛、船舶的單位和個人，在車輛徵稅中，除載貨汽車按淨噸位計徵外，其餘的均按輛計徵；在船舶徵稅中，機動船舶按淨噸位計徵，非機動船按載重噸位計徵。現行財產稅種較少，徵稅面也較窄。隨着經濟的發展，改革的深化，中國在財產稅方面將會有較大的改觀，並將開設遺產稅和贈與稅。

2.4 行為稅法

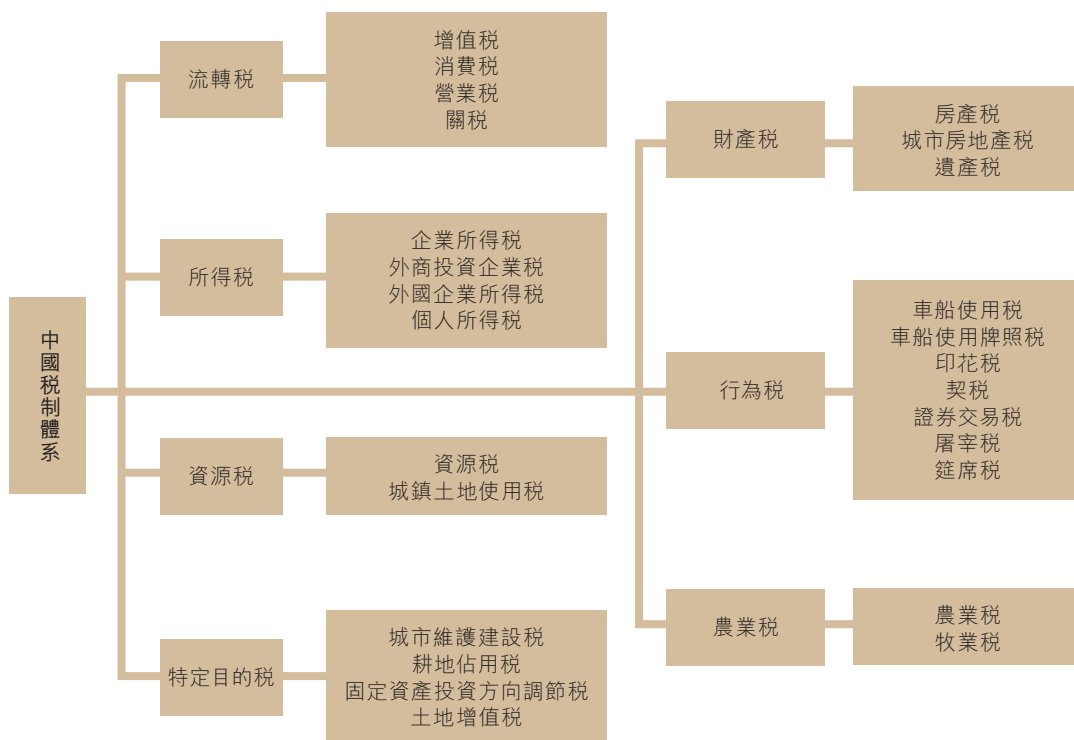
行為稅是以某種特定行為的發生，對行為人加以課稅為目的的一種稅。中國現行的行為稅法規主要有《印花稅暫行條例》、《固定資產投資方向調節稅暫行條例》、《車船使用稅暫行條例》、《屠宰稅暫行條例》等。

固定資產投資方向調節稅，是指對在中國境內從事固定資產投資的單位和個人就其固定資產投資額所徵收的一種稅。根據國家的產業政策和專案的經濟規模，該稅實行差別比例稅率，即百分之零、百分之五、百分之十、百分之十五、百分之三十，共五個檔次。印花稅是指對經濟活動和經濟交往中書立、領受具有法律效力的憑證的行為徵收的一種稅。筵席稅是對中國境內的飯店、酒店、賓館、招待所以及其他飲食經營場所舉辦筵席的單位和個人，就其筵席支付的金額按次從價徵收的一種稅，其稅率為百分之十五到百分之二十，起徵點為200元至500元。屠宰稅是對豬、羊、菜、牛等法定的幾種牲畜在發生屠宰的行為時，向屠宰、收購的單位和個人徵收的一種稅，一般稅率為百分之三。

在中國整個稅法體系中，行為稅法是不可缺少的組成部分。它對某些特定行為課稅，用以規範、引導、控制和管理經濟行為、消費行為等，達到調節和保護經濟關係的目的。

2.5 其他實體稅法

中國現行實體稅法共有24種，其分類方法有所不同，我們採用以徵稅對象為標準進行分類，大致可以劃分為上述四大類，除此之外，我們將一些未納入四大類稅法中的稅法稱為其他實體稅法。例如，資源稅法、土地使用稅法、農業稅法、城市維護建設稅法等。這些稅法也是中國統一稅法體系中的重要組成部分。



註：遺產稅、證券交易稅尚未立法開徵

3. 稅收徵收管理法律制度

中國稅收徵收管理法律制度，是指規定國家稅務機關進行稅收徵收管理和納稅人納稅程序方面的法律、法規的總稱，其主要內容包括稅務登記、納稅鑑定、納稅申報、稅款徵收、帳務和票證管理、稅務審查、法律責任等。《中華人民共和國稅收徵收管理法》（以下簡稱《稅收徵管法》）自92年實施以來，對於加強稅收管理，保障國家稅收收入，保護納稅人的合法權益，調整徵納關係，促進稅收徵管的法制化、科學化、規範化發揮了十分重要的作用。但是，由於稅收徵管工作遇到的一些新問題在《稅收徵管法》中還沒有有關規定，稅務機關的徵稅行為和執法措施還不夠完善、規範，對納稅人和扣繳義務人的合法權利需要進一步的明確和保護，同時為了與新制訂、修訂的其他法律相銜接，2001年4月28日第九屆全國人大常委會第21次會議對《中華人民共和國稅收徵收管理法》進行了再次修訂，並於2001年5月1日正式實行。《稅收徵管法》對依法由稅務機關徵收的各種稅收的徵收管理均適用，但農業稅、牧業稅、耕地佔用稅、契稅的徵收管理辦法由國務院另行制訂；關稅及海關代徵稅收的徵收管理，依照法律、法規的有關規定執行。新頒佈的《稅收徵管法》主要有以下內容：

3.1 稅務管理

3.1.1 稅務登記

稅務登記是納稅人向稅務機關辦理書面登記的法定手續。稅務登記是納稅人應當履行的義務。凡是稅法規定應當納稅的納稅義務人，都必須在領取營業執照之日起30日內，持有關證件向當地稅務機關申請辦理稅務登記，稅務機關應當自收到申報資料起30日內審核並發給稅務登記證。工商行政管理機關應當將辦理註冊登記、核發營業執照的情況定期向稅務機關通報。納稅人如發生轉業、改組、分設、合併、聯營、遷移、歇業、停業、破產以及其他需要改變稅務登記的情形時，應當在有關部門批准或者宣告之日起30日內，向主管稅務機關申報辦理變更登記、重新登記或者註銷稅務登記。從事生產、經營的納稅人應當按照國家有關規定，持稅務登記證，在銀行或者其他金融機構開立基本存款帳戶和其他存款帳戶，並將全部帳號向稅務機關報告。銀行或者其他金融機構應當在從事生產、經營的納稅人的帳戶中登錄稅務登記證件號碼，並在稅務登記證件中登錄從事生產、經營的納稅人的帳戶帳號。

稅務機關對稅務登記實行定期驗證和換證制度。納稅人領取的稅務登記證件，不得轉借、塗改、損毀、買賣或者偽造。納稅人遺失稅務登記證的，應當書面報告主管稅務機關並公開申明作廢。

3.1.2 帳簿、憑證管理

帳簿、憑證是納稅人進行生產、經營活動必不可少的原始憑證，也是稅務機關進行稅務監督的主要依據。納稅人必須按照國家財務會計法規和稅務機關的要求，建立健全財務會計制度，配備人員辦理納稅事項，並按規定完整地保存帳簿、記帳憑證、繳款書完稅憑證等納稅資料。納

稅人的財務會計制度或者財務會計處理辦法和會計核算軟體應當保送稅務機關備案。發票由稅務機關統、印製和管理，未經縣級或縣級以上稅務機關批准，任何單位、個人都不得自行印製、出售或承印發票。單位、個人在購銷商品、提供或者接受經營服務以及從事其他經營活動中，應當按照規定開具、使用、取得發票。

3.1.3 納稅申報

納稅申報是納稅人履行納稅義務的法定手續，也是基層稅務機關辦理徵收業務、核定應收稅款、開具納稅憑證的主要依據。納稅人必須依法進行申報，向主管稅務機關如實報送納稅申請表、財務會計報表和有關納稅資料。納稅人、扣繳義務人可以直接到稅務機關辦理納稅申報或者報送代扣代繳、代收代繳稅款報告表，也可以按照規定採取郵寄、資料電文或者其他方式辦理上述申報、報送事項。遇有特別情況不能按期辦理納稅申報時，必須報告主管稅務機關，酌情延期申報，並由主管稅務機關重新核定納稅額，延期辦理納稅申報的，應當在納稅期內按照上期實際繳納的稅額或者稅務機關核定的稅額預繳稅款，並在核定的延期內辦理稅款結算。

3.2 稅款徵收

稅款徵收是稅務機關按照稅法規定將納稅人應納的稅款收繳入庫。它是徵收管理的歸宿，是體現依法辦事、依率計徵政策，保證國家財政收入及時足額入庫的關鍵環節。稅款徵收的法定方式主要有查帳徵收、查定徵收、查驗徵收、一定期定額徵收以及代徵、代扣、代繳等。稅款徵收的管理形式，可以採取駐廠管理、行業管理、分片管理、巡迴管理等。

根據新《稅收徵管法》的規定，稅務機關、稅務人員以及經稅務機關依照法律、法規委託的單位和個人是進行稅款徵收的部門和工作人員，其他任何單位和個人不得進行稅款徵收活動。稅款徵收應當依照有關法律、法規進行，不得違反法律、法規的規定開徵、停徵、多徵、少徵、提前徵收、延緩徵收或者攤派稅收。納稅人未按照規定定期繳納稅款、扣繳義務人未按照規定解繳稅款的，稅務機關除責令限期繳納外，從滯納稅款之日起，按日加收滯納稅款萬分之五的滯納金。

企業或者外國企業在中國境內設立生產經營的機構、場所與其關聯企業之間的業務往來，應當按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用；不能按照獨立企業之間的業務往來收取或支付價款、費用的，而減少其應納稅的收入或者所得額的，稅務機關有權進行合理調整。

主管稅務機關有證據認為生產、經營的納稅人有逃避納稅義務的，可以在規定的納稅期前，責令限期繳納應納稅款；在期限內發現納稅人有明顯的轉移、隱匿其應納稅的商品、貨物以及其他財產或者應納稅的收入的跡象的，稅務機關可以責成納稅人提供納稅擔保，以保證其履行納稅義務。納稅擔保包括人的擔保（即提供納稅擔保人）和財產擔保（即納稅人以其擁有的未置抵押權的財產作為納稅擔保）。如果納稅人不能提供納稅擔保，稅務機關可以採取相應的稅收保全措施，即書面通知納稅人的開戶銀行或其他金融機構凍結納稅人的金額相當於應納稅款的存款；扣押、查封納稅人的價值相當於應納稅款的商品、貨物或者其他財產。在限期期滿仍未繳納稅款的，稅務機關可以書面通知納稅人的開戶銀行或其他金融機構從其凍結的存款中扣繳稅

款，或者依法拍賣或者變賣所扣押、查封的商品、貨物或者其他財產，以拍賣、變賣所得抵繳稅款。當然，納稅人在限期內繳納稅款的，稅務機關應當立即解除稅收保全措施，未立即解除的，使納稅人的合法利益遭受損失的，稅務機關應當承擔賠償責任。採取納稅擔保和稅收保全措施的權力不能由法定稅務機關以外的單位和個人行使。

納稅人超過應納稅額繳納的稅款，稅務機關發現後應當立即退還，納稅人自結算繳納稅款之日起三年內發現的，可以向稅務機關要求退還多繳的稅款並加算銀行同期存款利息，稅務機關查實後應當立即退還。因稅務機關的責任，致使納稅人、扣繳義務人未繳或少繳稅款的，稅務機關在三年內可以要求納稅人、扣繳義務人補繳稅款，但是不得加收滯納金；因納稅人、扣繳義務人計算等失誤，未繳或少繳稅款的，稅務機關在三年內可以追徵稅款、滯納金；有特殊情況的，追徵期可延長到五年。對於偷稅、抗稅、騙稅的，稅務機關追徵其未繳或少繳的稅款、滯納金或者騙取的稅款，則不受以上條款的限制。

稅務機關徵收稅款，稅收優於無擔保的債權，法律另有規定的除外；納稅人欠繳的稅款發生在納稅人以其財產設定抵押、質押或者納稅人的財產被留置之前的，稅收應當先於抵押權、質押權留置權的執行。納稅人欠繳稅款，同時又被行政機關處以罰款、沒收違法所得的，納稅優先於罰款、沒收違法所得。

納稅人有合併、分立情形的，應當向稅務機關報告，並依法繳清稅款。納稅人合併時未繳清稅款的應當由合併後的納稅人繼續履行納稅義務；納稅人分立時未繳清稅款的，分立後的納稅人對未履行的納稅義務承擔連帶責任。

3.3 稅務檢查

稅務檢查是稅務機關依法對納稅人履行納稅義務和代徵人履行代徵、代扣代繳稅款義務的情況進行的監督檢查。稅務機關派出的人員進行稅務檢查時，應當出示稅務檢查證和稅務檢查通知書，並有責任為被檢查人保守秘密；為出示稅務檢查證和稅務檢查通知書的，被檢查人有權拒絕檢查。

稅務機關有權對納稅人、扣繳義務人的帳簿、記帳憑證、報表和其他有關資料進行檢查；有權到納稅人的生產經營場所和貨物存放地檢查納稅人的財產狀況，檢查扣繳義務人與代扣代繳、代收代繳稅款的有關情況；有權責成納稅人、扣繳義務人提供與納稅或代扣代繳、代收代繳稅款有關的材料；有權詢問納稅人、扣繳義務人與納稅或代扣代繳、代收代繳稅款的有關文件、材料；有權到車站、碼頭、機場、郵政企業及其分支機構檢查納稅人托運、郵寄應納稅商品、貨物或者其他財產的有關單據、憑證和有關材料；有權查詢納稅人、扣繳義務人的銀行或其他金融機構的存款帳戶。

納稅人必須接受稅務機關的檢查，據實報告情況和提供有關材料，並為查驗盤點實物提供方便，不得隱瞞、阻撓、刁難檢查人員的工作。稅務機關依法進行稅務檢查時，有權向有關單位和個人調查納稅人、扣繳義務人和其他當事人與納稅或代扣代繳有關的情況，有關單位和個人有義務向稅務機關如實提供有關資料及證明材料。通過稅務檢查，可以了解稅法實施情況，發現違反稅法和財務會計法規的問題，有利於嚴肅稅收紀律，糾正錯漏，有利於端正納稅人的行為。

21. 反不正當競爭法

史際春、李文華

1. 概述.....	414
2. 各種不正當競爭行為及其法律責任.....	415
2.1 市場混淆行為及其法律責任.....	415
2.2 虛假表示與虛假宣傳行為.....	419
2.3 商業賄賂行為.....	420
2.4 侵犯商業秘密行為及其法律責任.....	423
2.5 不當有獎銷售行為及其法律責任.....	424
2.6 商業誹謗行為及其法律責任.....	425
2.7 通謀招投標行為及其法律責任.....	427
3. 對中國反不正當競爭制度的展望.....	428

1. 概述

市場經濟的精髓在於競爭。市場主體在競爭中追逐利益，令產品的價格不斷降低，服務的質量不斷提高，在優勝劣汰中資源能在不同部門間得到最佳的配置。顯然競爭也有利於維護和增進消費者的利益，這也是競爭法與消費者保護法相銜接之處。

有競爭，就必然有反競爭的行為，包括不正當競爭行為和限制競爭行為。調整不正當競爭行為的是反不正當競爭法，調整限制競爭行為的則是反壟斷法，二者合稱為競爭法。《中華人民共和國反不正當競爭法》（簡稱《反不正當競爭法》）已於1993頒佈實施，《反壟斷法》則正在研擬制訂中。但這並不表明中國目前沒有反壟斷法。《反不正當競爭法》中規定了反公用事業濫用優勢地位（第6條）、政府濫用行政權力和市場封鎖（第7條）、低於成本價銷售（第11條）、搭售和附加其他不合理條件（第12條）、通謀招投標行為（第15條）等5種壟斷及限制競爭行為；《中華人民共和國價格法》（簡稱《價格法》）中則對典型的價格卡特爾作了規定，禁止廠商相互串通、操縱市場價格（第14條第1項）。

競爭法上所講的競爭，是指兩個或以上的市場主體以比較有利的價格、數量、質量或者其他條件爭取交易機會的行為。《反不正當競爭法》第2條對不正當競爭下了定義，它是指經營者違反本法規定，損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序的行為；這裏的“經營者”，是指從事商品經營或者營利性服務的法人、其他經濟組織和個人。

個案分析

李某無照經營、虛假表示案

案情

1995年10月份以來，東莊市居民李某通過其夫楊某與廣西荔浦縣華興食品廠宋某協議籌辦固體飲料廠。協定稱由宋某方提供技術配方，許可李某方使用其廠名、廠址，由李某投資設廠，利益共用。之後，李某從宋某處購買了標有“廣西荔浦縣華興食品廠，廠址：新坪工業區”等字樣的8種固體飲料標誌10萬個，在東莊市租賃民房一間作為生產車間，在未辦理營業執照、衛生許可證的情況下進行生產，並且其產品的實際配方與標識上的“配料說明”並不相符。

處理結果

李某未辦理工商營業執照、衛生許可證就從事固體飲料的生產銷售，其行為違反了國務院《城鄉個體工商戶管理暫行條例》第7條的規定，構成無照經營的違法行為，在無照經營期間，又偽造產地生產固體飲料，對其產品作引人誤解的虛假表示，違反了《反不正當競爭法》第5條第4項的規定，構成不正當競爭行為。據此，作出如下處罰：責令停止生產和銷售；責令銷毀現存產品標識和包裝物；處以20,000元罰款，上繳財政。

分析

從競爭法的理論和實踐看，從行為的角度界定經營者（即只要是從事市場活動和競爭行為的都是經營者），比從主體資格的角度界定經營者（即只有具有合法經營資格的才是經營者，才能構成不正當競爭行為的主體）更有利於維護公平的競爭秩序。

按照國際上的發展趨勢，如歐盟和美國，凡參與市場活動、從事或參與市場競爭的主體，無論是企業、政府或個人，均適用競爭法。因此，對於《反不正當競爭法》將適用的主體界定為“經營者”，需要根據形勢的發展和個案情況作擴大的解釋，否則將難以有效地規制不正當競爭和壟斷行為。實際上，《反不正當競爭法》已規定了政府可以作為該法適用的主體，並規定了侵犯商業秘密、商業賄賂、商業誹謗等行為，亦不排除不具有經營者資格的自然人可以作為行為主體。所以，一些著作認為“經營者”只能是具有合法經營資格的法人、其他經濟組織和個人（指不僅要經過工商登記註冊，而且必須是合法經營），¹ 不具有合法經營資格的主體不受《反不正當競爭法》的約束的說法是不妥當的。參與立法的一些專家已對此作了合理的解釋，如擁有商業秘密的企業職工，包括在職的、離退休的以及調離原單位的，都可能成為商業秘密的侵權人。企業職工並不屬於按照主體資格界定的“經營者”的範疇；沒有經營資格的主體，如無執照的個人、“法人”（指沒有法人執照但以法人名義從事經濟活動者）、“其他經濟組織”（指沒有營業執照但以其他經濟組織名義從事經濟活動者）等實施了不正當競爭行為時，也應適用《反不正當競爭法》。

2. 各種不正當競爭行為及其法律責任

除了前面提到的6種壟斷及限制競爭行為以外，《反不正當競爭法》規定了6種不正當競爭行為，即市場混淆行為、虛假表示與虛假宣傳行為、商業賄賂行為、侵犯商業秘密行為、不當有獎銷售行為、商業誹謗行為。

2.1 市場混淆行為及其法律責任

2.1.1 市場混淆行為概說

市場混淆行為，又稱商業混同行為，指經營者採用假冒或者模仿之類的不正當手段，使其商品與他人的商品相混淆，導致或者足以導致購買者誤認的不正當競爭行為。這裏說的商品是廣義的，即既包括有形的商品，也包括服務。

從主體上來講，混淆行為涉及到三方當事人，即混淆行為人（仿冒人）、被混淆人以及購買者；從客體上來講，被混淆的客體是他人商品的標識，包括商標、商號、姓名、名稱、商品容器、包裝、裝潢、企業的標章等。混淆是意圖，是為了與他人的企業、行為或者商品發生混淆；從後果上來說，該行為在客觀上造成或者可能（足以）造成混淆人的商品與被混淆人的商品的混淆。

市場混淆行為是一種古老、傳統但又最廣泛採用的不正當競爭方式。中國在法律上對市場混淆行為從不姑息，儘管實際效果不甚理想，在《反不正當競爭法》頒佈以前，就有《投機倒把行政處罰暫行條例》、《投機倒把行政處罰暫行條例實施細則》、《商標法》、《產品質量法》等法律、法規對其作了規定。

第五條

經營者不得採用下列不正當手段從事市場交易，損害競爭對手：

- (一) 假冒他人的註冊商標；
- (二) 擅自使用知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，或者使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，造成和他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品；
- (三) 擅自使用他人的企業名稱或者姓名，引人誤認為是他人的商品；
- (四) 在商品上偽造或者冒用認證標誌、名優標誌等質量標誌，偽造產地，對商品質量作引人誤解的虛假表示。

《反不正當競爭法》（1993）

《反不正當競爭法》第5條第（1）、（2）、（3）項就是對市場混淆行為的規定，第（4）項是對虛假表示與虛假宣傳的規定。

2.1.2 假冒他人註冊商標的行為

《反不正當競爭法》第5條第（1）項的規定與《商標法》的有關規定相銜接，只不過《反不正當競爭法》是從規範競爭秩序、促進正當競爭的角度進行規範，《商標法》的目的則是保護註冊商標。

第五十二條

有下列行為之一的，均屬侵犯註冊商標專用權：

- (一) 未經商標註冊人的許可，在同一種商品或者類似商品上使用與其註冊商標相同或者近似的商標的；
- (二) 銷售侵犯註冊商標專用權的商品的；
- (三) 偽造、擅自製造他人註冊商標標識或者銷售偽造、擅自製造的註冊商標標識的；
- (四) 未經商標註冊人同意，更換其註冊商標並將該更換商標的商品又投入市場的；
- (五) 給他人的註冊商標專用權造成其他損害的。

《商標法》（2001）

“假冒註冊商標”的行為是否專指《商標法》第52條第（1）項規定的行為，抑或包括該條規定的所有行為？學術界持這兩種觀點的人都有，執法實踐一般都是採取第二種理解，北京、上海、河南、四川等地的反不正當競爭條例或者實施辦法中，也是按照第二種理解進行規定的。²鑒於行政執法的高效性，以及更全面維護競爭秩序的必要性，我們認為這樣更為恰當。

2.1.3 假冒知名商品特有的名稱、包裝和裝潢的行為

個案分析

上海市天府之國美食世界有限責任公司（簡稱“天府之國公司”）營業、服務標誌被仿冒不正當競爭案

案情

天府之國公司於1993年10月開業，專營川菜、火鍋，是上海市旅遊定點餐廳，《新民晚報》、《新聞報》、香港《大公報》先後對其經營情況做過報導。上海紅磨坊俱樂部有限公司（簡稱“紅磨坊公司”）在招聘了天府之國的原8名員工後，在1993年12月30日開設火鍋廳。紅磨坊公司購買了印有天府之國公司服務標記的服務單對外營業，並在營業場所外顯著位置掛出“紅磨坊二樓火鍋廳特聘‘天府之國’特級火鍋師主廚，歡迎品嚐”的橫幅。紅磨坊公司使用天府之國的火鍋單和打出上述橫幅持續一周多時間，服務員穿着天府之國公司的工作制服達月餘，火鍋廳的負責人還私下要求天府之國公司的工作人員為其拉客。天府之國公司的營業額從1993年12月的102萬元下降到了1994年1月的77萬元，而紅磨坊公司的營業額從1993年的6萬元上升到了1994年的14萬元。

判決結果

上海市靜安區法院經審理後判決如下：（1）紅磨坊公司應該於判決生效之日起20日內在上海市一家市級報刊以1/16版面刊登啟事，向原告天府之國賠禮道歉，消除影響；（2）紅磨坊公司應於判決生效後10日內賠償天府之國損失費3萬元。

分析

第一，《反不正當競爭法》在這裏所規定的“知名商品”的界定問題，實踐中和理論上把握得寬嚴不一，一般認為只要在一定地域的相關市場上有一定的知名度即可；

第二，仿冒知名商品名稱的（如本案中紅磨坊公司使用天府之國公司火鍋單的行為），同時適用《民法通則》關於名稱權的規定；

第三，知名商品的服務和營業標誌雖然與有形商品的包裝和裝潢的具體含義不一樣，但同樣是反不正當競爭法的保護對象。

2.1.4 擅自使用他人企業名稱或姓名的行為

第二十六條

公民在法律允許的範圍內，依法經核准登記，從事工商業經營的，為個體工商戶。個體工商戶可以起字號。

第三十三條

個人合夥可以起字號，依法經核准登記，在核准登記的經營範圍內從事經營。

第九十九條

公民享有姓名權、有權決定、使用和依照規定改變自己的姓名，禁止他人干涉、盜用、假冒。

法人、個體工商戶、個人合夥享有名稱權。企業法人、個體工商戶、個人合夥有權使用、依法轉讓自己的名稱。

《民法通則》（1986）

姓名權和名稱權是自然人、法人和非法人組織的人身權內容之一，受民法的一般保護；同時，《反不正當競爭法》也將擅自使用他人企業名稱或姓名進行不正當競爭的行為規定為違法行為。

從《反不正當競爭法》第5條第(3)項的條文看，這種行為包括混淆、仿冒他人企業名稱或姓名的行為；而被擅自使用的企業名稱或姓名則不要求“知名”。而從更有效地規制競爭及交易秩序出發，用故意混淆、仿冒他人企業名稱或姓名的手段從事不正當競爭，如以TOSHBIA、TOBISH來仿冒、混淆TOSHIBA，顯然是良好的商業道德所不能容許的。中國是一個分地域、多層次的大市場，許多中小企業僅在狹小的地域性市場中從事活動，也無知名度可言，事實上中國的企業登記也是分地域管轄的，中小企業尤其是非法人企業如同自然人一樣，重名的很多，使用不知名企業的名稱則不存在不正當競爭問題。

所以，《反不正當競爭法》應當對此條加以修改完善，將擅自使用他人企業名稱和姓名的行為，像商品的名稱、包裝和裝潢一樣，加上“知名”和“近似、混淆”的限制。

2.1.5 市場混淆行為的法律責任

經營者實施不正當競爭行為（包括但不限於市場混淆行為），可能承擔民事法律責任、行政法律責任和刑事法律責任。《反不正當競爭法》第20條對違法經營者的民事責任作了規定，經營者實施任何不正當競爭行為而承擔民事責任的，都要依照該條和《民法通則》關於民事責任的規定處理。

第二十條

經營者違反本法規定，給被侵害的經營者造成損害的，應當承擔損害賠償責任，被侵害的經營者的損失難以計算的，賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利潤；並應當承擔被侵害的經營者，因調查該經營者侵害其合法權益的不正當競爭行為所支付的合理費用。

經營者的合法權益受到不正當競爭行為損害的，可以向人民法院提起訴訟。

《反不正當競爭法》（1993）

實施不正當競爭行為的經營者所應該承擔的民事責任主要是損害賠償責任，其賠償依據首先是受害的經營者的損失；如果受害的經營者的損失難以計算，則賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利潤。這樣規定是符合國際慣例的。尤其值得一提的是，由實施不正當競爭行為的經營者“承擔被侵害的經營者因調查該經營者侵害其合法權益的不正當競爭行為所支付的合理費用”的規定，在中國關於損害賠償範圍的規定方面是一個突破。

對於當事人民事責任的承擔，行政機關可以進行調解，但不具有法律強制力。調解不成、當事人也不能自行承擔責任的，受害的經營者可以向法院提起訴訟。

在行政責任和刑事責任方面，針對不同類型的市場混淆行為，《反不正當競爭法》作了不同的規定。

第二十一條

經營者假冒他人的註冊商標，擅自使用他人的企業名稱或者姓名，偽造或者冒用認證標誌、名優標誌等質量標誌，偽造產地，對商品質量作引人誤解的虛假表示的，依照《中華人民共和國商標法》、《中華人民共和國產品質量法》的規定處罰。

經營者擅自使用知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，或者使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，造成和他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，沒收違法所得，可以根據情節處以違法所得一倍以上三倍以下的罰款；情節嚴重的可以吊銷營業執照；銷售偽劣商品，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

《反不正當競爭法》（1993）

2.2 虛假表示與虛假宣傳行為

2.2.1 對虛假表示與虛假宣傳行為的界定

商品宣傳的根本目的，是為了獲取競爭優勢，而對商品作虛假的或者引人誤解的宣傳，則屬於不正當競爭行為。虛假宣傳的行為不但損害了公平、有序、效能的競爭，而且也損害了消費者的合法權益。因此，除《反不正當競爭法》外，虛假表示與虛假宣傳行為也受消費者權益保護法、產品質量法、廣告法、合同法等法律的調整，當然各自調整的角度有所不同。

第九條

經營者不得利用廣告或者其他方法，對商品的質量、製作成分、性能、用途、生產者、有效期限、產地等作引人誤解的虛假宣傳。

廣告的經營者不得在明知或者應知的情況下，代理、設計、製作、發佈虛假廣告。

《反不正當競爭法》（1993）

《反不正當競爭法》第5條第（4）項規定的是虛假表示的不正當競爭行為，而第9條規定的是虛假宣傳的不正當競爭行為。這兩種行為在本質上是一樣的，都是對產品質量作引人誤解的虛假表示，只不過方法和載體略有不同：第5條第（4）項規定的是“在商品上”，而第9條規定的是通過廣告或者其他方法進行宣傳，也屬於虛假表示。因此，根據相同性質的行為應當作相同歸納和規定的邏輯規則和相同的行為產生相同的法律後果的公平原則，將這兩種行為規定在一起比較合乎立法規範。

所謂“其他方法”是一種“兜底”式規定，即只要是對其產品和服務作虛假表示而並非是“在商品上”或者是利用廣告的，都可以歸結為“其他方法”，如經營者指使營業員或者其他人冒充顧客誘導消費者購物、利用新聞報導作引人誤解的商品宣傳等。

2.2.2 實施虛假表示與虛假宣傳行為所應承擔的法律責任

第二十四條

經營者利用廣告或者其他方法，對商品作引人誤解的虛假宣傳的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，消除影響，可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。

廣告的經營者，在明知或者應知的情況下，代理、設計、製作、發佈虛假廣告的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，沒收違法所得，並依法處以罰款。

《反不正當競爭法》（1993）

除了該條規定外，前引《反不正當競爭法》第21條規定了對偽造或者冒用認證標誌、名優標誌等質量標誌，偽造產地，對商品質量作引人誤解的虛假表示的處罰。如果經營者因虛假表示、虛假宣傳而對他人造成損害的，受害者可以根據《反不正當競爭法》第20條和《民法通則》等法律法規請求該經營者承擔民事責任。

2.3 商業賄賂行為

商業賄賂，是經營者為銷售或購買商品而採用財物，或者其他手段賄賂對方單位或者個人的行為。《反不正當競爭法》第8條對商業賄賂作了具體規定。

第八條

經營者不得採用財物或者其他手段進行賄賂以銷售或者購買商品。在帳外暗中給予對方單位或者個人回扣的，以行賄論處；對方單位或者個人在帳外暗中收受回扣的，以受賄論處。

經營者銷售或者購買商品，可以以明示方式給對方折扣，可以給中間人佣金。

經營者給對方折扣、給中間人佣金的，必須如實入帳。接受折扣、佣金的經營者必須如實入帳。

《反不正當競爭法》（1993）

2.3.1 商業賄賂的要件

商業賄賂的主體，包括行賄人和受賄人，其中行賄的主體是經營者，行賄行為的具體實施往往是由經營者的僱員在執行職務時完成的；而受賄人則不僅包括與行賄人直接進行交易的單位和個人，還包括能夠對交易施加影響的單位和個人（如中間人、交易對方的控股公司等第三人）。如果個人接受賄賂後將其交給單位並由單位最終收受，則屬單位受賄；如果個人接受賄賂後中飽私囊，未將其交給單位，則是個人受賄。

商業賄賂的目的是為了銷售或購買商品，這是其與一般賄賂的不同之處。商業賄賂的手段，包括給予財物和採取其他手段。財物除了現金和實物外，也包括經營者為銷售或者購買商品，

假借促銷費、宣傳費、贊助費、科研費、勞務費、諮詢費、佣金等名義，或者以報銷各種費用等方式，給予對方單位或者個人的財物。“其他手段”是指提供國內外各種名義的旅遊、考察等給付財物以外的其他利益等。

個案分析

某地區醫院以受贈為名收受轎車案

案情

某地區醫院（簡稱醫院）於1995年3月與某醫藥站（簡稱醫藥站）簽訂了一份藥品購銷合同，在藥品購銷合同的基礎上又簽訂了一份“贈車協議”。該贈車協議規定，藥品購銷合同全面生效後1個月，醫藥站購買一輛價值15萬元的桑塔納轎車給醫院使用；醫院若在14個月內從醫藥站採購藥品總值達120萬元，桑塔納轎車的所有權就轉讓給醫院。1995年5月，醫藥站按照贈車協議的約定將桑塔納轎車交給醫院使用；至1996年6月藥品購銷合同和贈車協議都如約履行，轎車歸醫院所有。

認定和處罰

某地區工商局認為，醫院的行為已經構成收受商業賄賂的行為，根據《反不正當競爭法》第22條的規定，對醫院作出如下處罰：沒收涉案桑塔納轎車，處以罰款6萬元。

分析

從表面上來看，本案中的贈車協議是一項附條件、附期限的贈與協議，並無特殊之處；但結合藥品購銷合同和贈與協定的內容來看，可知該贈與合同具有商業賄賂的性質，違法而無效。它破壞了正常的競爭秩序，觸犯了《反不正當競爭法》，因而要由工商局給予當事人以行政處罰。

2.3.2 回扣、折扣、佣金及附贈

回扣，是指經營者銷售商品時在帳外暗中以現金、實物或者其他方式退給對方單位或者個人的一定比例的價款。“帳外暗中”是指未在依法設立的反映生產經營活動或者行政事業經費收支的財務帳上，按照財務會計制度的規定明確如實記載，包括不記入財務帳、轉入其他財務帳或者做假帳等。回扣是商業賄賂的一種形式，給予回扣的，以行賄論處；收受回扣的，以受賄論處。

《反不正當競爭法》把回扣與折扣區別開來。折扣，即商品購銷中的讓利，是指經營者在銷售商品時，以明示並如實入帳的方式給予對方的價格優惠，包括支付價款時對價款總額按一定比例即時予以扣除，以及支付價款總額後再按一定比例予以退還兩種形式。“明示和入帳”是指根據合同約定的金額和支付方式，在依法設立的反映生產經營活動或者行政事業經費收支的財務帳上，按照財務會計制度的規定明確如實記載。所以，回扣與折扣的根本區別，在於返還給對方的優惠是否記載於應該記載的帳上。《反不正當競爭法》把佣金也歸入合法的範疇。佣金是經營者在市場交易中給予為其提供服務的中間人的勞務報酬。佣金的給予和收受只要是明示和入帳的，就是合法的；如果佣金的給予的收受是帳外暗中的，則要看是否符合商業賄賂的要件，符合的按商業賄賂處理，不符合則按照其他法律法規處理。

個案分析

某珠寶工藝廠支付“回扣”案

案情

1996年9月1日至11日，某珠寶工藝廠在帳外暗中，按照銷售收入的19%向某旅遊團隊司陪人員支付若干“回扣”。

處理結果

工商行政管理機關根據《反不正當競爭法》第8條和第22條的規定，責令停止違法行為，悉數沒收非法支付的“回扣”，並對某珠寶工藝廠處以2萬元罰款。

分析

本案的定性應該是一般的商業賄賂行為（其形式是給予第三人以非法的佣金），而不是給予和收受回扣的行為。只有作為交易雙方的單位和個人之間才可能發生回扣問題，而買賣珠寶的行為發生在遊客和珠寶工藝廠之間，“回扣”是給了作為第三人的旅遊團隊司陪人員。

附贈，是指經營者在商品交易中，附帶地向交易對方無償地提供一定數量的現金或物品的行為。附贈在《反不正當競爭法》中沒有明確規定。鑒於附贈越來越成為一種不當的商業行為，許多國家都禁止過度的附贈，中國國家工商局頒佈的《關於禁止商業賄賂行為的暫行規定》也將附贈納入商業賄賂行為中。

第八條

經營者在商品交易中不得向對方單位或者其個人附贈現金或者物品。但按照商業慣例贈送小額廣告禮品的除外。

違反前款規定的，視為商業賄賂行為。

《關於禁止商業賄賂行為的暫行規定》（1996）

回扣與附贈的區別也是明顯的。首先，回扣是商品總價款的一部分；而附贈則是經營者在收了商品的價款之後，另外贈與對方一定的金錢或物品。其次，回扣是一律禁止的，而按照商業慣例贈送小額廣告禮品等則是允許的。

2.3.3 商業賄賂的法律責任

第二十二條

經營者採用財物或者其他手段進行賄賂以銷售或者購買商品，構成犯罪的，依法追究刑事責任；不構成犯罪的，監督檢查部門可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款，有違法所得的，予以沒收。

《反不正當競爭法》（1993）

當然，除了承擔刑事責任或者行政責任以外，經營者也可能要根據《反不正當競爭法》第20條和《民法通則》的有關規定承擔民事責任。

2.4 侵犯商業秘密行為及其法律責任

2.4.1 商業秘密概說

《反不正當競爭法》第10條第1款第(3)項給商業秘密下了定義。

第十條

經營者不得採用下列手段侵犯商業秘密：

以盜竊、利誘、脅迫或者其他不正當手段獲取權利人的商業秘密；

披露、使用或者允許他人使用以前項手段獲取的權利人的商業秘密；

違反約定或者違反權利人有關保守商業秘密的要求，披露、使用或者允許他人使用其所掌握的商業秘密；

第三人明知或者應知前款所列違法行為，獲取、使用或者披露他人的商業秘密，視為侵犯商業秘密；

本條所稱的商業秘密，是指不為公眾所知悉、能為權利人帶來經濟利益、具有實用性並經權利人採取保密措施的技術資訊和經營資訊。

《反不正當競爭法》(1993)

根據該定義，商業秘密是一種無形的財產權，其構成要件包括4個方面：

- (1) 商業秘密要具有新穎性和相對秘密性——即“不為公眾所知悉”，新穎性要求技術資訊或經營資訊與公共領域通行的技術資訊或經營資訊存在着差異。這種差異性的要求不高，只要與公眾所知悉的資訊有最低限度的不同性即可。而相對秘密性，則是指商業秘密可以為一定限度的必須知道的人（或者說負有保密義務的人，如經營者的負責實施商業秘密的僱員，按照技術合同、協作協定、保密協定等負有保密義務的人等）所知悉，但並沒有在本行業內被眾所周知。
- (2) 商業秘密要有價值——即商業秘密能為權利人帶來經濟利益，只要繼續擁有商業秘密比失去該商業秘密對權利人更有利即可。
- (3) 商業秘密要有實用性——指商業秘密可以在工商各業的實際經營中應用，這與專利法上的實用性含義是一樣的。價值性強調的是商業秘密可以使權利人保持一定的競爭優勢，而實用性強調的是商業秘密的客觀上的可實際應用性。
- (4) 商業秘密要有秘密性——它不但是相對秘密的，而且權利人要對其採取一定的保密措施，如與業務上必須知曉該秘密的員工簽訂保密協議，對該秘密的存放、使用、轉移個環節採取了有效的控制措施等。

2.4.2 侵犯商業秘密行為的種類

侵犯商業秘密有不同的表現形式。

第一是以不正當手段獲取商業秘密，即《反不正當競爭法》第10條第1款第(1)項規定的“以盜竊、利誘、脅迫或者其他不正當手段獲取權利人的商業秘密”的行為。這種行為的特點是獲取行為本身就是違法的，非法獲取人對其非法獲取的商業秘密是否披露、使用，都不影響該行為的違法性。

第二是對不正當取得的商業秘密予以披露等。如果商業秘密的非法獲取人對非法獲取的商業秘密予以披露、使用或者允許他人使用的，即構成侵犯商業秘密的行為。

第三是來源正當但使用等不正當的行為。即違反約定或者違反權利人有關保守商業秘密的要求，披露、使用或者允許他人使用其所掌握的商業秘密的行為。

第四是具有惡意或者重大過失的第三人獲取、使用或披露商業秘密的行為，即《反不正當競爭法》第10條第2款規定的“第三人明知或者應知前款所列違法行為，獲取、使用或者披露他人的商業秘密”的行為。

2.4.3 侵犯商業秘密所應承擔的法律責任

侵犯商業秘密的人，除了要按照《反不正當競爭法》第20條和《民法通則》的有關規定承擔民事責任外，執法機關還要根據《反不正當競爭法》第25條的規定對其進行處罰。

第二十五條

違反本法第十條規定侵犯商業秘密的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。

《反不正當競爭法》(1993)

2.5 不當有獎銷售行為及其法律責任

2.5.1 不當有獎銷售行為

有獎銷售，是指經營者銷售商品或者提供服務，附帶性地向購買者提供物品、金錢或者其他經濟上的利益的行為，形式包括獎勵所有購買者的附贈式有獎銷售，和獎勵部分購買者的抽獎式有獎銷售。其中附贈式有獎銷售與商業賄賂中的附贈在本質上是一致的。法律並非禁止一切有獎銷售行為，而只是禁止其中的不正當有獎銷售行為。

第十三條

經營者不得從事下列有獎銷售：

採用謊稱有獎或者故意讓內定人員中獎的欺騙方式進行有獎銷售；

利用有獎銷售的手段推銷質次價高的商品；

抽獎式的有獎銷售，最高獎的金額超過五千元。

《反不正當競爭法》(1993)

經政府依法批准的有關募捐及其他彩票發售活動，適用其他的法律、法規。

經營者利用有獎銷售的手段推銷的商品是否屬於《反不正當競爭法》第13條第(2)項規定的“質次價高”的情況，由工商行政管理機關根據同期市場同類商品的價格、質量和購買者的投訴進行認定，必要時會同有關部門認定。

《反不正當競爭法》第13條第(3)項規定，“抽獎式的有獎銷售，最高獎的金額超過5千元。”對於以非現金的物品或者其他經濟利益作獎勵的，按照同期市場同類商品或者服務的正常價格折算其金額。

2.5.2 不當有獎銷售的法律責任

實施不正當有獎銷售行為的經營者，除了要按照《反不正當競爭法》第20條和《民法通則》的有關規定承擔民事責任外，執法機關還要根據《反不正當競爭法》第26條的規定對其進行處罰。

第二十六條

經營者違反本法第十三條規定進行有獎銷售的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，可以根據情節處以一萬元以上十萬元以下的罰款。

《反不正當競爭法》(1993)

2.6 商業誹謗行為及其法律責任

2.6.1 商業誹謗行為

第十四條

經營者不得捏造、散佈虛偽事實，損害競爭對手的商業信譽、商品聲譽。

《反不正當競爭法》(1993)

商業誹謗行為，就是捏造、散佈虛偽事實，損害競爭對手的商業信譽、商品聲譽的行為。

從主觀上看，捏造“虛偽事實”(不實之事)在主觀上必為故意，而散佈“虛偽事實”，主觀上可以是故意或過失。如果散佈的是真實之事，則不構成商業誹謗行為。捏造虛偽事實和散佈虛偽事實，可以是不同人所為，此時單獨成立兩種行為，可以分別處罰；也可以是同一人所為，則只能按“一事”處理，一併處罰。

從結果上來看，商業誹謗行為須已經或者可能給被誹謗者的商業信譽造成損害。這裏的被誹謗者，依照《反不正當競爭法》第14條的規定，應該是實施商業誹謗行為的經營者的競爭對手。如果被誹謗者不是其競爭對手，則可能構成一般的名譽侵權，而不構成《反不正當競爭法》上的誹謗行為。

個案分析**西安日化公司訴西安市韓森寨商品供應站不正當競爭案****案情**

1994年1月22日，西安市韓森寨商品供應站（簡稱“韓森寨供應站”）在消費者導報上刊登一則由西安時代廣告促銷有限公司（簡稱“時代廣告公司”）代理策劃的廣告來推銷自己的商品。在介紹了韓森寨供應站經銷的幾種產品的優點之後，廣告詞接着寫到：“韓森寨供應站提醒您，不要使用有色洗衣粉，我們的國貨在世界同類產品中一直名列前茅。”

西安日化公司（簡稱“日化公司”）生產的山丹丹牌洗衣粉為粉紅色，曾多次獲獎，並於1992年7月9日由輕工業部洗滌用品質量檢測中心天津站確認達到標準。其1991年至1993年的每年產量都在20,000噸以上，但1994年的銷售量下降到了15,902噸，比前三年平均銷售量減少4,707.943噸。據此，日化公司將韓森寨供應站、時代廣告公司和消費者導報社起訴到西安市新城區法院，訴稱“不要使用有色洗衣粉”的廣告損害了其商品信譽，造成山丹丹牌洗衣粉銷量減少，要求三被告立即停止侵害，並在原刊登廣告的報紙上賠禮道歉，賠償損失1,169,657元。三被告共同答辯稱，廣告中的“有色洗衣粉”不同於原告的山丹丹牌染色洗衣粉，請求法院不予受理。

處理結果

西安市新城區法院認為：三被告的行為侵害了日化公司的商業信譽，應向原告賠禮道歉，但原告所主張的損失部分則證據不足，不予確認。判決後原被告雙方都不服，上訴到西安市中級法院，該院經過審理認為：韓森寨供應站在廣告使用的“不要使用有色洗衣粉”的廣告警示語足以使消費者、其他經營者對山丹丹洗衣粉的商品信譽產生誤解，客觀上起到了誤導消費者的作用，確屬一種不正當競爭行為，應對由此引起的糾紛負主要過錯責任，除在同一刊物上刊登向日化公司賠禮道歉的聲明為山丹丹牌洗衣粉消除影響外，還需適當賠償日化公司因不正當競爭行為而受到的損失（之所以說是“適當賠償”，是因為法院認為山丹丹牌洗衣粉銷售量下降不能排除其他因素的影響）40萬元。時代廣告公司和消費者導報社作為廣告的經營者和發佈者，應知其所代理策劃和發佈的廣告可能造成誤導消費者的消極後果確仍予代理和發佈，對糾紛的釀成亦有一定的過錯，應與韓森寨供應站一起於同一刊物上刊登向日化公司賠禮道歉的聲明（聲明內容由法院審定）。

分析

儘管被告的廣告語“不要使用有色洗衣粉”泛指勿用有色洗衣粉，並非專指山丹丹牌的粉紅色洗衣粉，而且對有色洗衣粉也沒有直接使用不實的誹謗性語言，但該廣告警示語足以使消費者對有色洗衣粉的質量、性能產生誤解、懷疑，在這種意義上是可以構成對包括山丹丹牌洗衣粉在內的有色洗衣粉的誹謗的。因此，法院認定韓森寨供應站的行為屬於商業誹謗行為是正確的。

2.6.2 商業誹謗行為的法律責任

《反不正當競爭法》沒有規定商業誹謗行為的行政責任，因此對商業誹謗行為，受害人只能根據《反不正當競爭法》第14條和《民法總則》等規定尋求停止侵害、賠禮道歉、消除影響、賠償損失等民事救濟。

另外，1997年修訂的《中華人民共和國刑法》（簡稱《刑法》）規定了損害他人商業信譽、商品聲譽罪，商業誹謗給他人造成重大損失或者有其他嚴重情節的，應當依法承擔刑事責任。

第二百二十一條

捏造並散佈虛偽事實，損害他人的商業信譽、商品聲譽，給他人造成重大損失或者有其他嚴重情節的，處二年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。

《刑法》（1997）

2.7 通謀招投標行為及其法律責任

2.7.1 通謀招投標行為

通謀招投標屬於反壟斷法調整的橫向聯合行為的範疇，與價格卡特爾屬同一性質和類型，對於市場經濟具有很大的危害性，不僅有損公平競爭，還涉及公共採購、反腐敗等重要方面。

招標有廣義和狹義之分。廣義的招標是指包括招標、投標、評標、開標和定標全部程序在內的招標投標方法的總稱；狹義的招標是指招標人為購買商品或者讓他人完成一定的工作，通過發佈招標通告或者投標邀請書，公佈特定的標準和條件，公開或者書面邀請投標人投標，從中選擇招標人的單方行為。

《反不正當競爭法》規定的通謀招標投標，包括招標人與投標人串通投標，投標人與投標人之間串通投標兩種情況。《招標投標法》則對《反不正當競爭法》的規定作了細化。

第十五條

投標者不得串通投標，抬高標價或者壓低標價。投標者和招標者不得相互勾結，以排擠競爭對手的公平競爭。

《反不正當競爭法》（1993）

第二十二條

招標人不得向他人透露已獲取招標檔的潛在投標人的名稱、數量以及可能影響公平競爭的有關招標投標的其他情況。招標人設有標底的，標底必須保密。

第三十二條

投標人不得相互串通投標報價，不得排擠其他投標人的公平競爭，損害招標人或者其他投標人的合法權益。投標人不得與招標人串通投標，損害國家利益、社會公共利益或者他人的合法權益。禁止投標人以向招標人或者評標委員會成員行賄的手段謀取中標。

《招標投標法》（1999）

2.7.2 通謀招投標行為的法律責任

通謀招投標行為的法律責任包括民事責任、行政責任和刑事責任，在《反不正當競爭法》第27條和《招標投標法》第53條中均有規定。由於兩法的宗旨和目的不同，從規範競爭的角度調整適用前者，從公共採購、公共建設和反腐敗的角度調整則適用後者。另外，1997年修訂的《刑法》對通謀招投標罪的犯罪構成及刑事責任作了規定。

第二十七條

投標者串通投標，抬高標價或者壓低標價；投標者和招標者相互勾結，以排擠競爭對手的公平競爭的，其中標無效。監督檢查部門可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。

《反不正當競爭法》（1993）

第五十三條

投標人相互串通投標或者與招標人串通投標的，投標人以向招標人或者評標委員會成員行賄的手段謀取中標的，中標無效，處中標專案金額千分之五以上千分之十以下的罰款，對單位直接負責的主管人員和其他直接責任人員處單位罰款數額百分之五以上百分之十以下的罰款；有違法所得的，並處沒收違法所得；情節嚴重的，取消其一年至二年內參加依法必須進行招標的項目的投標資格並予以公告，直至由工商行政管理機關吊銷營業執照；構成犯罪的，依法追究刑事責任。給他人造成損失的，依法承擔賠償責任。

《招標投標法》（1999）

第二百二十三條

投標人相互串通投標報價，損害招標人或者其他投標人利益，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金。

《刑法》（1997）

3. 對中國反不正當競爭制度的展望

不正當競爭和限制競爭暨壟斷是性質不同的兩種行為，中國應仿效多數發達國家對其分別立法，對此法學界和立法部門已達成共識。隨着市場的不斷成熟和產業升級，擬議中的反壟斷法應當盡快出台。為此應當把《反不正當競爭法》和《價格法》等中規定的限制競爭暨壟斷行為納入《反壟斷法》中，同時對《反不正當競爭法》和《價格法》作相應的修改。

其次，有關反不正當競爭的制度，也應適應實踐的發展加以修改完善。一些缺漏的內容需要補充，如傳銷。一些針對性很強的規章和水平比較高的地方立法，如國家工商局頒佈的《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》、《關於禁止有獎銷售活動中不正當競爭行為的若干規定》、《關於解決商標與企業名稱中若干問題的意見》等中的許多內容，可以將其吸收到《反不正當競爭法》中來。

註釋

1. 參見鄭成思主編：《知識產權研究》，中國方正出版社1991年版，第108頁；邵建東：《中國競爭法》，江西人民出版社，1994年版，第36頁；陳有西著：《反不正當競爭法適用概論》，人民法院出版社1994年版，第66頁；種明釗主編：《競爭法》，法律出版社1997年版，第167頁。
2. 參見孔祥俊：《反不正當競爭法的適用與完善》，法律出版社1998年版，第128–132頁。

22. 消費者權益保護法 與產品質量法

徐孟洲、何勤

1.	消費者權益保護法.....	430
1.1	概述.....	430
1.2	消費者權利.....	431
1.3	經營者義務.....	433
1.4	爭議的處理機制和法律責任.....	434
2.	產品質量法.....	436
2.1	產品質量法概述.....	436
2.2	產品質量的監督與管理.....	436
2.3	生產者、銷售者的產品質量義務.....	439
2.4	產品責任和違反產品質量法的 法律責任.....	440

1. 消費者權益保護法

1.1 概述

1.1.1 消費者權益保護法的概念和調整範圍

如前所述，消費者權益保護法概念有廣義、狹義之分。廣義的消費者權益保護法是指有關保護消費者權益的法律、法規，實際上是指保護消費者權益法律體系。它包括：消費者權益保護法的基本法、安全保障法、標準和計量監督法、標示監督法、價格監督法、消費合同法、競爭監督法等。但這些內容是理論上的歸納，實踐中所指的消費者權益保護法一般針對《中華人民共和國消費者權益保護法》（以下簡稱《消費者權益保護法》）而言，本章也主要介紹處於上述消費者權益保護法律體系基本法地位的《消費者權益保護法》。

《消費者權益保護法》第2條規定：消費者為生活消費需要購買、使用商品或者接受服務，其權益受本法保護；本法未作規定的，受其他有關法律、法規保護。第3條規定：經營者為消費者提供其生產、銷售的商品或者提供服務，應當遵守本法；本法未作出規定的，應當遵守其他有關法律、法規。第54條規定：農民購買、使用直接用於農業生產的生產資料，參照本法執行。

對於“消費者”的範圍，中國大陸學者的觀點不同。有的認為，消費者是指為個人生活消費需要購買、使用商品和接受服務的自然人。其主要理由在於“國際標準化組織消費者政策委員會將消費者定義為：為了個人目的購買或者使用商品和接受服務個體社會成員。分散的、單個的自然人在市場中處於弱者地位，需要法律的特殊保護，所以從事消費活動的社會組織、企事業單位不屬於消費者保護法意義上的‘消費者’”。¹ 也有的學者認為，法律沒有明確指出消費者為個人，所以“可以理解為：消費者主要是個人，但也包括購買生活消費品，以滿足本單位個人成員消費需要的組織。”²

農民購買、使用直接用於農業生產的生產資料時，參照消費者權益保護法執行。立法者的考慮在於，農民購買直接用於農業生產的生產資料，雖然不是為個人生活消費，但是其作為經營者的向對方，其弱者地位是不言而喻的，而消費者保護法的宗旨就在於保護作為經營者對立面的特殊群體。因此，消費者權益保護法將農民納入保護對象。

經營者為消費者提供其生產、銷售的商品或者服務，適用消費者權益保護法。消費者權益保護法以保護消費者利益為核心，在處理經營者與消費者的關係時，經營者首先應當遵守該法的有關規定，該法未作規定的，應當遵守其他法律、行政法規的規定。

1.1.2 中國消費者權益保護立法

消費者權益保護法的產生源於消費者保護運動。從世界範圍來看，最初的消費者權益保護法出現在壟斷資本主義時期。由於消費者問題日益嚴重所帶來的社會不安以及消費者運動的壓力，資本主義各國意識到需要在交換、消費領域保護消費者應有的合法權益，因此頒佈了許多含有保護消費者規範的法律及法規，這些法律法規屬於廣義的消費者權益保護法的範疇。狹義的消費者權益保護法，即消費者權益保護法典，最早的是日本1986年制定的《保護消費者基本法》。

而中國大陸正式頒發消費者權益保護法典之前，也有廣義的消費者權益保護法存在，例如：

憲法、民法通則、產品質量法、反不正當競爭法等法律中都有保護和規範消費者應有的人身、財產安全等方面的權利的內容。從內地範圍看，最早的地方法規是1987年福建省人民代表大會常務委員會通過的《福建省保護消費者權益條例》。1993年10月31日，八屆全國人民代表大會常務委員會第四次會議通過了中國大陸的第一部有關消費者權益保護的基本法——《中華人民共和國消費者權益保護法》（以下簡稱《消費者權益保護法》）。該法共8章55條，自1994年1月1日起實施，各章的順序為：總則，消費者的權利，經營者的義務，國家對消費者合法權益的保護，消費者組織，爭議的解決，法律責任，附則。

在《消費者權益保護法》通過之後，1995年2月25日，中國國家工商行政管理局發佈了《關於實施〈消費者權益保護法〉的若干意見》。中國各地方人民代表大會常務委員會也結合各地方的特點，頒佈了各地實施《消費者權益保護法》的具體辦法，例如，福建省人大常委會1994年7月18日頒佈了《福建省實施〈中華人民共和國消費者權益保護法〉辦法》，之後北京市、浙江省、山東省、天津市、內蒙古自治區、新疆維吾爾族自治區、江蘇省、遼寧省、深圳市、青海省、江西省、甘肅省、海南省、廣東省、吉林省的地方人大常委會也相繼頒佈了本地區的實施辦法，有的省市還於近期對這些實施辦法進行了修訂。

1.1.3 消費者權益保護法的立法宗旨和原則

《消費者權益保護法》第1條規定：為保護消費者的合法權益，維護社會經濟秩序，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。此即為消費者權益保護法的立法宗旨。

而消費者權益保護法的基本原則是有關消費者權益保護法的立法、執法和法理研究的指導思想，也是其宗旨的集中化、具體化的體現，它包括以下幾點：

- (1) 特別保護原則——即國家對在經濟上處於弱者地位的消費者給予特別保護的原則。例如在《消費者權益保護法》中對消費者只規定權利，對於經營者只規定了義務；在消費者受到損害的求償案件中，採用嚴格責任原則、無過錯原則追究經營者的責任。
- (2) 國家支持原則——國家對消費者的支持包括：法律支持，行政支持和經濟支持。這在《消費者權益保護法》中體現為第5條：國家保護消費者的合法權益不受侵害。國家採取措施，保障消費者依法行使權利，維護消費者的合法權益。
- (3) 社會監督原則——《消費者權益保護法》第6條規定：保護消費者的合法權益是全社會的共同責任。國家鼓勵、支援一切組織和個人對損害消費者合法權益的行為進行社會監督。因此，不僅受害的消費者個人，而且所有的個人和組織，都可以對消費問題進行揭發、控告；消費者組織對此負有更大的責任，大眾傳播媒介也應當做好維護消費者合法權益的宣傳，對損害消費者合法權益的行為進行輿論監督。
- (4) 公平、誠實信用原則——《消費者權益保護法》第4條規定：經營者與消費者進行交易，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則。

1.2 消費者權利

根據傳統法學的觀點，“權利”概念中包含了利益，權利和義務都是一定利益的體現。因此“消費者權利”這個概念所隱含的核心內容仍然是消費者的利益，它是指消費者為了滿足生活消費需要，依法為或不為一定行為，以及要求經營者和其他有關主體為或不為一定行為的法律許可。

消費者權利的基本性質是生存權、發展權和其他基本人權，是包含財產權和人身權等多種民事經濟權利在內容的綜合權利。消費者權利的內容（種類）由各國的社會、經濟發展水平、文化水平和法制水平所決定。在某種意義上，對消費者權利的保護，就是對經營者的一種制約，因此需要在兩者的利益之間取得很好的平衡。中國的消費者權益保護法為消費者規定了以下9種權利：

- (1) 安全保障權——即消費者在購買、使用商品和接受服務時享有人身、財產安全不受損害的權利。消費者有權要求經營者提供的商品和服務，符合保障人身、財產安全的要求。
- (2) 知悉真情權——即消費者享有知悉其購買、使用的商品或者接受的服務的真實情況的權利。“真情”即商品或服務的真實情況，包括商品的價格、產地、生產者、用途、性能、規格、等級、主要成份、生產日期、有效期限、檢驗合格證明、使用方法說明書、售後服務，或者服務的內容、規格、費用等有關情況。對於消費需要知悉而經營者沒有提供的情況，消費者可以要求經營者提供。現實中的主要問題是商品情況標識不全，或者標識和說明有欺騙性，以及商品標識不科學、不通俗。
- (3) 自主選擇權——即消費者享有自主選擇商品或者服務的權利。這種自主選擇權包括：自主選擇提供商品或者服務的經營者；自主選擇商品品種或者服務方式；自主決定購買或者不購買任何一種商品、接受或者不接受任何一項服務。消費者在自主選擇商品或者服務時，有權進行比較、鑑別和挑選。經營者不得以任何方式干涉消費者行使自主選擇權。現實中的主要問題是經營者搭售、強賣，甚至謾罵消費者，干涉消費者的自主選擇權。
- (4) 公平交易權——消費者的公平交易權體現為兩方面，第一是獲得公平的交易條件，即消費者在購買商品或者接受服務時，有權獲得質量保障、價格合理、計量正確等公平交易條件；第二是不得強制交易，即消費者有權按照真實意願從事交易活動，拒絕經營者的強制交易行為。
- (5) 獲取賠償權——獲取賠償權也被稱為消費者的求償權，它是指消費者因購買、使用商品或者接受服務時受到人身、財產損害的，享有依法獲得賠償的權利。享有求償權的主體包括：商品的購買者、使用者；服務的接受者；消費者之外因某種原因在事故現場而受到損害的第三人。求償的內容包括：財產損失賠償和人身損害賠償。財產損害包括直接損失和可得利益的損失；人身損害賠償又包括健康、生命損害賠償和精神損害賠償。
- (6) 結社權——消費者享有依法成立維護自身合法權益的社會團體的權利。這種社會團體是非政治性的，主要是指消費者協會。中國消費者協會和各地方消費者協議已經建立，實踐證明，它們對於推動中國消費者運動的健康發展，加強政府和消費者的聯繫，解決經營者與消費者的矛盾，充分維護消費者權益起到了積極的作用。
- (7) 獲得相關知識權——消費者享有獲得有關消費和消費者權益保護方面的知識的權利。獲取相關知識的途徑包括：接受教育和自我教育。
- (8) 受尊重權——消費者在購買、使用商品和接受服務時，享有人格尊嚴、民族風俗習慣得到尊重的權利。這是為了加強對消費者精神權利的保護，也體現了黨和國家的民族政策。
- (9) 監督批評權——消費者享有對商品和服務以及保護消費者權益工作進行監督的權利。

利。監督權是以上各項權利的必然延伸，也是實現以上權利的切實保障。監督權的對象包括：經營者侵害消費者權益的行為，以及國家機關及其工作人員在保護消費者權益工作中的違法失職行為。監督的方式包括：檢舉、控告、批評及建議。

1.3 經營者義務

《消費者權益保護法》沒有對經營者的概念作出界定。概括地說，經營者是指以營利為目的，從事商品生產、銷售和商業性服務的法人、其他經濟組織和個人。經營者的義務是指經營者依法必須為或不為一定行為，以滿足和實現消費者的生活消費需要的責任。這種義務主要是經營者和消費者之間的一種商事主體間的義務，但也包含着經營者對國家、對社會承擔的義務。

在消費法律關係中，消費者的權利必然與經營者的義務相對應。為了有效地保護消費者的權益，《消費者權益保護法》專門對經營者規定了以下十項義務：

- (1) 依法定或約定履行義務——經營者向消費者提供商品或者服務，應當依照《中華人民共和國產品質量法》和其他有關法律、法規的規定履行義務。雙方有約定的，應當按照約定履行義務，但雙方的約定不得違背法律、法規的規定。
- (2) 接受監督的義務——經營者應當聽取消費者對其提供的商品或者服務的意見，接受消費者的監督。
- (3) 保證商品和服務安全的義務——經營者應當保證其提供的商品或者服務符合保障人身、財產安全的要求，並做到：第一，對可能危及人身、財產安全的商品和服務，應當向消費者作出真實的說明和明確的警示，並說明和標明正確使用商品或者接受服務的方法以及防止危害發生的方法；第二，經營者發現其提供的商品或者服務存在嚴重缺陷，即使正確使用商品或者接受服務仍然可能對人身、財產安全造成危害的，應當立即向有關行政部門報告和告知消費者，並採取防止危害發生的措施。
- (4) 不作虛假宣傳的義務——經營者應當向消費者提供有關商品或者服務的真實資訊，不得作引人誤解的虛假宣傳。真實的資訊是消費者自主選擇的前提和基礎，因此，經營者對消費者就其提供的商品或者服務的質量和使用方法等問題提出的詢問，應當作為真實、明確的答覆。另外，商店提供商品應當明碼標價，即明確單位數量的價格。
- (5) 標明真實名稱和標記的義務——經營者應當標明其真實名稱和標記。租賃他人櫃檯或者場地的經營者，應當標明其真實名稱和標記。只有如此，才能在發生糾紛時準確區分承租方和出租方，確定承擔責任者。
- (6) 出具憑證或單據的義務——經營者提供商品或者服務，應當按照國家有關規定或者商業慣例向消費者出具購貨憑證或者服務單據；消費者索取購貨憑證或者服務單據的，經營者必須出具。
- (7) 保證質量的義務——經營者保證商品或服務質量的義務體現為兩方面：第一，經營者應當保證在正常使用商品或者接受服務的情況下，其提供的商品或者服務應當具有的質量、性能、用途和有效期限；但消費者在購買該商品或者接受該服務前已經知道其存在瑕疵的除外。第二，經營者以廣告、產品說明、實物樣品或者其他方式表明商品或者服務的質量狀況的，應當保證其提供的商品或者服務的實際質量與表明的質量狀況相符。

- (8) 承擔“三包”和其他責任的義務——“三包”是指包修理、包更換、包退貨，這是中國政府對涉及大多數消費者利益及關係人身、財產安全的商品要求經營者承擔實行的法定義務。中國政府於1986年、1995年兩次發佈了要求實行“三包”的商品目錄，對商品的保修期等作出了具體規定，同時鼓勵銷售者和生產者制定更嚴格的“三包”實施細則。《消費者權益保護法》要求經營者提供商品或者服務，按照國家規定或者與消費者的約定，承擔包修、包換、包退或者其他責任的，應當按照國家規定或者約定履行，不得故意拖延或者無理拒絕。
- (9) 不得單方作出對消費者不利規定的義務——經營者不得以格式合同、通知、聲明、店堂告示等方式作出對消費者不公平、不合理的規定，或者減輕、免除其損害消費者合法權益應當承擔的民事責任。格式合同、通知、聲明、店堂告示等含有前款所列內容的，其內容無效。
- (10) 不得侵犯消費者人格的義務——經營者不得對消費者進行侮辱、誹謗，不得搜查消費者的身體及其攜帶的物品，不得侵犯消費者的人身自由。

1.4 爭議的處理機制和法律責任

1.4.1 爭議解決的途徑和賠償責任主體的確定

消費者和經營者發生消費者權益爭議的，可以通過以下途徑解決：

- (1) 與經營者協商和解；
- (2) 請求消費者協會調解；
- (3) 向有關行政部門申訴；
- (4) 根據與經營者達成的仲裁協定提請仲裁機構仲裁；
- (5) 向人民法院提起訴訟。

幾種解決途徑之間沒有先後順序的區別，消費者可以自由選擇任何一種途徑。除了仲裁和訴訟不能並用之外，消費者可以先後選擇各種途徑，並將訴訟作為其他途徑不能解決問題時的最終解決途徑。

在確定消費者賠償的責任主體上，法律有以下特殊規定：

- (1) 銷售者具有先行賠付義務——消費者在購買、使用商品時，其合法權益受到損害的，可以向銷售者要求賠償。銷售者賠償後，屬於生產者的責任或者屬於向銷售者提供商品的其他銷售者的責任的，銷售者有權向生產者或者其他銷售者追償。
- (2) 生產者與銷售者之間承擔連帶責任——消費者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、財產損害的，可以向銷售者要求賠償，也可以向生產者要求賠償。屬於生產者責任的，銷售者賠償後，有權向生產者追償。屬於銷售者責任的，生產者賠償後，有權向銷售者追償。
- (3) 營業執照持有人和租借人的賠償責任——使用他人營業執照的違法經營者提供商品或者服務，損害消費者合法權益的，消費者可以向其要求賠償，也可以向營業執照的持有人要求賠償。

- (4) 展銷會舉辦者、櫃枱出租者的特殊責任——消費者在展銷會、租賃櫃枱購買商品或者接受服務，其合法權益受到損害的，可以向銷售者或者服務者要求賠償。展銷會結束或者櫃枱租賃期滿後，也可以向展銷會的舉辦者、櫃枱的出租者要求賠償。展銷會的舉辦者、櫃枱的出租者賠償後，有權向銷售者或者服務者追償。
- (5) 虛假廣告主和廣告經營者的責任——消費者因經營者利用虛假廣告提供商品或者服務，其合法權益受到損害的，可以向經營者要求賠償。廣告的經營者發佈虛假廣告的，消費者可以請求行政主管部門予以懲處。廣告的經營者不能提供經營者的真實名稱和地址的，應當承擔賠償責任。

1.4.2 法律責任

當消費者的權益因經營者的原因無法行使或者受到損害時，消費者權益保護法規定對違法者進行制裁。《消費者權益保護法》第7章對侵害消費者合法權益的行為區分不同情況，規定了經營者應當分別或者同時承擔的民事責任、行政責任和刑事責任。

- (1) 民事責任——經營者承擔民事責任的形式包括修理、充作、更換、退貨（對於依法經有關行政部門認定為不合格的商品，經營者不得以修理、更換為由不予退貨以及造成其他財產損壞的商品），補足商品數量、退還貨款和服務費用，支付致人受傷或死亡所產生的費用，賠償損失，停止侵害、恢復名譽、消除影響、賠禮道歉。在預收款情況下，經營者還應承擔預付款的利息、消費者必須支付的合理費用。

《消費者權益保護法》對於欺詐行為還特別規定了懲罰性賠償責任。該法第49條規定：經營者提供商品或者服務有欺詐行為的，應當按照消費者的要求增加賠償其受到的損失，增加賠償的金額為消費者購買商品的價款或者接受服務的費用的一倍。這是中國大陸第一個使用懲罰性賠償的法例，其目的在於懲罰性地制止損害消費者的欺詐行為，鼓勵消費者同欺詐行為和假貨作鬥爭。

- (2) 行政責任——《消費者權益保護法》第50條規定了經營者應負行政責任的九種情形。行政責任的責任形式包括：責令改正，警告，沒收違法所得，罰款，責令停業整頓、吊銷營業執照。經營者對行政處罰決定不服的，可以自收到處罰決定之日起15日內向上一級機關申請復議，對復議決定不服的，可以自收到復議決定書之日起15日內向人民法院提起訴訟；也可以直接向人民法院提起訴訟。

《消費者權益保護法》還規定了國家機關工作人員的行政責任，即國家機關工作人員有怠忽職守或者包庇經營者侵害消費者合法權益的行為的，由其所在單位或者上級機關給予行政處分。

- (3) 刑事責任——違反消費者權益保護法，構成犯罪的行為，依法追究刑事責任。這些行為包括：經營者提供商品或者服務，造成消費者或者其他受害人受傷、殘疾、死亡的；以暴力、威脅等方法阻礙有關行政部門工作人員依法執行職務的；國家機關工作人員怠忽職守或者包庇經營者侵害消費者合法權益，情節嚴重的。

2. 產品質量法

2.1 產品質量法概述

產品質量法，是調整產品質量監督管理關係和產品質量責任關係的法律規範的總稱。廣義的產品質量法包括所有調整產品質量以及產品責任關係的法律、法規。狹義的產品質量法，專指《中華人民共和國產品質量法》（以下簡稱《產品質量法》）。

在中國境內從事產品生產、銷售活動的企業、組織和個人（包括外國人）均必須遵守產品質量法。

產品質量法調整的法律關係有三類：

- （1）產品質量監督管理關係——即各級技術質量監督部門、工商行政管理部門在產品質量的監督檢查、行使行政懲罰權時與市場經營主體之間所發生的法律關係。
- （2）產品質量責任關係——即因產品質量問題引起的消費者與生產者、銷售者之間的法律關係，包括因產品缺陷導致的人身、財產損害引起的賠償法律關係。
- （3）產品質量檢驗、認證關係——即因仲介服務所產生的仲介機構與市場經營主體之間的法律關係，以及因產品質量核對總和認證不實損害消費者利益而產生的法律關係。

《產品質量法》所稱的“產品”，是指經過加工、製作，用於銷售的產品；而不包括未經加工的天然形成的產品，如原礦、原煤、石油、天然氣等；初級農產品，如農、林、牧、漁等產品；建築物、工程等不動產；軍工產品。但是經過加工、製作，用於銷售的建設工程使用的建築材料、建築構配件和設備，不動產中的動產，以及軍工企業生產的民用產品，適用《產品質量法》。

在《產品質量法》頒佈之前，中國大陸也有一系列關於產品質量的法律、法規，例如1980年3月10日原國家經委頒佈了《工業企業全面品質管制暫行辦法》；原國家經委、原農牧漁業部、國家工商行政管理局聯合發出《關於加強鄉鎮企業工業產品品質管制工作的意見》；1986年7月4日，國務院發佈了《關於加強工業企業管理若干問題的決定》；1986年4月5日國務院發佈了《工業產品質量責任條例》；1989年6月27日國務院辦公廳轉發了國家技術監督局《關於嚴厲打擊在商品中參雜使假的通知》。這些法律法規是頒佈《產品質量法》以及建立完善的產品質量法律制度的基礎。《中華人民共和國產品質量法》於1993年2月22日由第七屆全國人民代表大會常務委員會第三十次會議通過，並於2000年7月8日由第九屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議進行了修正。《產品質量法》頒佈後，1993年8月3日，國家技術監督局頒佈了《〈產品質量法〉條文釋義》（以下簡稱《釋義》，該《釋義》於同年9月1日生效實施）。從全國範圍來看，山東、安徽、湖北三省的地方人民代表大會制定了本地區的《產品質量法》實施辦法。

2.2 產品質量的監督與管理

2.2.1 產品質量的管理監督機構和體制

國家對產品質量的監督管理，以法律手段、經濟手段為主，以行政手段為輔；以間接管理為主，直接管理為輔。這意味着不僅國家是產品質量的監督管理機構，企業也是產品質量的監督和

管理單位。同時社會監督，包括社會輿論、社會組織和用戶、消費者的監督也對產品質量的監督管理發揮着重要的作用。

《產品質量法》第8條規定了中國的產品品質管制監督機構，即國務院產品質量監督部門（即國家技術監督局）主管全國產品質量監督工作。國務院有關部門在各自的職責範圍內負責產品質量監督工作。縣級以上地方產品質量監督部門主管本行政區域內的產品質量監督工作。縣級以上地方人民政府有關部門在各自的職責範圍內負責產品質量監督工作。法律對產品質量的監督部門另有規定的，依照有關法律的規定執行。

2.2.2 產品品質管制制度

2.2.2.1 政府宏觀管理制度

修訂後的《產品質量法》強化了政府宏觀管理產品質量的職能。要求各級政府：

- (1) 加強對產品質量工作的統籌規劃和組織領導，引導、督促生產者、銷售者加強產品品質管制，提高產品質量；組織各有關部門依法採取措施，制止產品生產、銷售中違反本法規定的行為，保障該法的施行。
- (2) 鼓勵推行科學的品質管制方法，採用先進的科學技術，鼓勵企業產品質量達到並且超過行業標準、國家標準和國際標準。對產品品質管制先進和產品質量達到國際先進水平、成績顯著的單位和個人給予獎勵。
- (3) 運用法律手段，強化個人責任。各級人民政府工作人員和其他國家機關工作人員不得濫用職權、怠忽職守或者徇私舞弊，包庇、放縱本地區、本系統發生的產品生產、銷售中違反本法規定的行為，或者阻撓、干預依法對產品生產、銷售中違反本法規定的行為進行查處。各級地方人民政府和其他國家機關有包庇、放縱產品生產、銷售中違反本法規定的行為的，依法追究其主要負責人的法律責任。

2.2.2.2 標準化制度

《產品質量法》規定，對於可能危及人體健康和人身、財產安全的工業產品，必須符合保障人體健康和人身、財產安全的國家標準、行業標準；未制定國家標準、行業標準的，必須符合保障人體健康和人身、財產安全的要求。

2.2.2.3 認證制度

認證制度包括企業質量體系認證制度和產品質量認證制度。

企業質量體系認證，是指根據國家品質管制和質量保證標準，由國務院產品質量監督部門認可的或者國務院產品質量監督部門授權的部門認可的認證機構，對自願申請認證的企業的質量體系，進行檢查、確認、頒發企業質量體系認證證書，以證明企業質量體系和質量保證能力符合相應標準要求的活動。

產品質量認證，是指國家參照國際先進的產品標準和技術要求，由國務院產品質量監督部門認可的或者國務院產品質量監督部門授權的部門認可的認證機構，對自願申請產品質量認證的企業進行認證，並對認證合格的企業某一產品頒發產品質量認證證書的活動。企業對通過認證的產品，可以在產品或者其包裝上使用產品質量認證標誌。

產品質量的管理制度，還包括生產許可證制度和計量制度等內容。因其不是《產品質量法》的重點內容，在此不贅。

2.2.3 產品質量監督制度

2.2.3.1 產品質量的行政監督

政府質量監督部門和有關部門（包括衛生行政部門、勞動部門、商品檢驗部門、工商行政管理部門等）根據法律規定，對特定的產品質量進行監督管理。

縣級以上產品質量監督部門和工商行政管理部門根據已經取得的違法嫌疑證據或者舉報，對涉嫌違反本法規定的行為進行查處時，可以行使現場檢查權、調查權、查閱複製權、查封、扣押權。

政府行政監督的主要內容包括：產品質量抽查制度、產品質量檢驗制度和質量狀況資訊發佈制度。

產品質量抽查制度，是指國家通過對可能危及人體健康和人身、財產安全的產品，影響國計民生的重要工業產品以及消費者、有關組織反映有質量問題的產品進行抽查，監督產品質量的制度。抽查的樣品在市場上或者企業成品倉庫內的待銷產品中隨機抽取。國家監督抽查的產品，地方不得另行重複抽查；上級監督抽查的產品，下級不得另行重複抽查。

產品檢驗制度，是指國家產品質量監督部門根據監督抽查的需要，可以對產品進行檢驗。檢驗抽取樣品的數量不得超過檢驗的合理需要，並不得向被檢查人收取檢驗費用。監督抽查所需檢驗費用按照國務院規定列明。

質量狀況資訊發佈制度，是指國務院和省、自治區、直轄市人民政府的產品質量監督部門，定期發佈其監督抽查的產品的質量狀況公告的制度。這是《產品質量法》對政府部門作出強制性要求。

《產質量量法》

第十五條規定：生產者、銷售者對抽查檢驗的結果有異議的，可以自收到檢驗結果之日起十五日內向實施監督抽查的產質量監督部門或者其上級產品質量監督部門申請複檢，由受理複檢的產品質量監督部門作出複檢結論。第十六條規定：對依法進行的產品質量監督檢查，生產者、銷售者不得拒絕。

2.2.3.2 產品質量的社會監督

產品質量的社會監督包括：用戶、消費者的監督；社會組織的監督，社會組織主要是指消費者協會，也包括行業組織或學會；社會輿論監督，主要是指新聞媒介的監督。

社會監督的途徑多種多樣，例如消費者可以就產品質量問題，向產品的生產者、銷售者查詢；向產品質量監督部門、工商行政管理部門及有關部門申訴。消費者組織就產品質量問題建議有關部門負責處理，支援消費者對因產品質量造成的損害向人民法院起訴等。

2.2.3.3 產品質量的企業監督

企業監督是指企業內部自檢和互檢，包括：勞動者自檢、生產過程互檢、專職檢驗。

2.3 生產者、銷售者的產品質量義務

2.3.1 生產者的產品質量義務

生產者的產品質量義務包括：

- (1) 產品內在質量符合法定要求的義務——即產品不存在危及人身、財產安全的不合理的危險，有保障人體健康和人身、財產安全的國家標準、行業標準的，應當符合該標準；具備產品應當具備的使用性能，但是，對產品存在使用性能的瑕疵作出說明的除外；符合在產品或者其包裝上注明採用的產品標準，符合以產品說明、實物樣品等方式表明的質量狀況。
- (2) 產品包裝及識別符合法定要求的義務——對於普通商品而言，應該有產品質量檢驗合格證明；有中文標明的產品名稱、生產廠廠名和廠址；根據需要用中文標明產品規格、等級、所含主要成份的名稱和含量；需要事先讓消費者知曉的，應當在外包裝上標明，或者預先向消費者提供有關資料；限期使用的產品，應當在顯著位置清晰地標明生產日期和安全使用期或者失效日期；使用不當，容易造成產品本身損壞或者可能危及人身、財產安全的產品，應當有警示標誌或者中文警示說明。（裸裝的食品和其他根據產品的特點難以附加標識的裸裝產品，可以不附加產品標識。）
對於特殊商品（包括易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蝕性、有放射性等危險物品，以及儲運中不能倒置和其他有特殊要求的產品）而言，其包裝質量必須符合相應要求，依照國家有關規定作出警示標誌或者中文警示說明，標明儲運注意事項。
- (3) 不得違反法律禁止性規定的義務——法律禁止的行為包括：不得生產國家命令淘汰的產品；不得偽造產地，不得偽造或者冒用他人的廠名、廠址；不得偽造或者冒用認證標誌等質量標誌；生產產品，不得摻雜、摻假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格產品冒充合格產品。

2.3.2 銷售者的產品質量義務

銷售者的產品質量義務包括：

- (1) 進貨驗收義務——即銷售者應當建立並執行進貨檢查驗收制度，驗明產品合格證明和其他標識。
- (2) 保持產品質量的義務——即銷售者應當採取措施，保持銷售產品的質量。
- (3) 銷售商品標誌符合法定要求——銷售者銷售的產品的標識應當符合產品質量法第27條的規定（共5項），即與生產者一樣，負有產品包裝及識別符合法定要求的義務。
- (4) 不得違反法律禁止性規定的義務——法律禁止的行為包括：銷售者不得銷售國家命令淘汰並停止銷售的產品和失效、變質的產品；不得偽造產地，不得偽造或者冒用他人的廠名、廠址；不得偽造或者冒用認證標誌等質量標誌；銷售產品，不得摻雜、摻假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格產品冒充合格產品。

2.4 產品責任和違反產品質量法的法律責任

2.4.1 產品責任

產品責任，又稱產品缺陷責任，是指因產品缺陷導致的受害人人身、財產損害而發生的特殊侵權責任，屬於民事責任的一種。產品責任的主體是生產者和銷售者，只能發生在產品銷售後的消費、使用過程中。

生產者的產品責任是一種嚴格責任。《產品質量法》第41條規定，因產品存在缺陷造成人身、缺陷產品以外的其他財產（以下簡稱他人財產）損害的，生產者應當承擔賠償責任。這就是說，無論生產者出於何種主觀心理狀態，都應當承擔賠償責任，而不以其主觀過錯為承擔責任的依據。此處的“缺陷”作為一個特定的法律概念，是指產品存在危及人身、他人財產安全的不合理的危險；產品有保障人體健康和人身、財產安全的國家標準、行業標準的，是指不符合該標準。（《產品質量法》第46條）產品質量法同時規定了生產者的法定免責條件，即生產者能夠證明有下列情形之一的，不承擔賠償責任：

- （1）未將產品投入流通的；
- （2）產品投入流通時，引起損害的缺陷尚不存在的；
- （3）將產品投入流通時的科學技術水平尚不能發現缺陷的存在的。

銷售者的產品責任是一種過錯責任。《產品質量法》第42條規定，由於銷售者的過錯使產品存在缺陷，造成人身、他人財產損害的，銷售者應當承擔賠償責任。如果銷售者能證明自己沒有過錯，則不必承擔賠償責任。但是法律同時規定，銷售者不能指明缺陷產品的生產者也不能指明缺陷產品的供貨者的，銷售者應當承擔賠償責任。因此，銷售者的過錯是一種推定過錯，銷售者負有舉證責任，否則不能免除賠償責任。

生產者和銷售者之間對於產品責任是一種連帶責任關係，消費者可以向生產者要求賠償，也可以向銷售者要求賠償；屬於產品的生產者的責任，產品的銷售者賠償的，產品的銷售者有權向產品的生產者追償。屬於產品的銷售者的責任，產品的生產者賠償的，產品的生產者有權向產品的銷售者追償。賠償範圍包括缺陷產品造成人身傷害所產生的各種費用和賠償金，其範圍和消費者權益保護法的規定一致，例如醫療費、殘疾賠償金等；以及缺陷產品造成的財產損害，具體責任形式包括恢復原狀、折價賠償和賠償損失。

產品責任的訴訟時效期間為二年，自當事人知道或者應當知道其權益受到損害時起計算。產品責任的請求權，即受害人要求侵害人給與賠償的權利，這是一種實體權利，該請求權在造成損害的缺陷產品交付最初消費者滿十年喪失；但是，尚未超過明示的安全使用期的除外。

2.4.2 違反產品質量法的法律責任

- （1）瑕疵產品的民事責任——瑕疵產品是指產品不具備應當具備的使用性能而事先未作說明，或者不符合在產品或者其包裝上注明採用的產品標準，或者不符合以產品說明、實物樣品等方式表明的質量狀況。對於瑕疵產品，由銷售者先行負責，即負責修理、更換、退貨；給購買產品的消費者造成損失的，還應賠償損失。銷售者承擔責任之後，如果責任屬於生產者或者向銷售者提供產品的其他銷售者（即供貨者）的，銷售者有權向他們追償。

銷售者未盡上述責任的，由產品質量監督部門或者工商行政管理部門責令改正。生產者之間、銷售者之間、生產者與銷售者之間訂立的買賣合同、承攬合同對於責任承擔有不同約定的，合同當事人按照合同約定執行。

- (2) 生產者、銷售者及其他相關人員的行政責任——《產品質量法》第五章規定，生產者、銷售者具有生產、銷售不符合保障人體健康和人身、財產安全的國家標準、行業標準的產品等七種情形的，將受到產品質量監督部門或工商行政管理部門給與的行政處罰，處罰形式包括警告，責令停止生產、銷售，沒收產品，沒收違法所得，罰款，責令停業整頓，吊銷營業執照。行政處罰機關有權決定處罰的種類及單處還是並處。

對於知道或者應當知道屬於法律禁止生產、銷售的產品而為其提供運輸、保管、倉儲等便利條件的，或者為以假充真的產品提供制假生產技術的行為人，沒收其收入，並處罰款。

對於服務業的經營者將禁止銷售的產品用於經營性服務的，責令其停止使用；對知道或者應當知道所使用的產品屬於本法規定禁止銷售的產品的，按照違法使用的產品（包括已使用和尚未使用的產品）的貨值金額，依照對銷售者的處罰規定處罰。

各級人民政府工作人員和其他國家機關工作人員具有包庇、放縱行為、通風報訊、幫助違法當事人逃避查處行為、或阻撓、干預查處行為，不構成犯罪的給與行政處分。

產品質量監督部門違規抽查檢驗，或違規向社會推薦產品或參與產品經營活動的，根據情況責令改正，消除影響，沒收所得，罰款；對相關責任人員給與行政處分。產品質量監督部門或者工商行政管理部門的工作人員濫用職權、怠忽職守、徇私舞弊，不構成犯罪的，給予行政處分。

- (3) 社會團體、社會仲介機構的法律責任——產品質量檢驗機構、認證機構因偽造檢驗結果或者出示虛假證明等行為，行政機關根據情況責令其改正，處以罰款，沒收違法所得，取消或撤銷其檢驗資格、認證資格；造成損失的，承擔相應的賠償責任或與產品的生產者、銷售者承擔連帶責任。

社會團體、社會仲介機構對產品質量作出承諾、保證，而該產品又不符合其承諾、保證的質量要求，給消費者造成損失的，與產品的生產者、銷售者承擔連帶責任。

- (4) 刑事責任——違反產品質量法，情節嚴重，構成犯罪的，將承擔刑事責任。責任主體包括生產者、銷售者、國家工作人員，以及以暴力、威脅方法阻礙產品質量監督部門或者工商行政管理部門的工作人員依法執行職務的行為人。

註釋

1. 司法部國家司法考試中心編：《國家司法考試輔導用書》，北京：法律出版社2003年版，第263頁。
2. 潘靜成、劉文華主編：《經濟法》，北京：中國人民大學出版社1999年版，第224頁。

23. 勞動法

許建宇

1.	勞動法基礎理論.....	444
1.1	勞動法的概念和地位.....	444
1.2	勞動法的宗旨和調整方法.....	444
1.3	中國《勞動法》的適用範圍.....	446
2.	勞動法的內容體系.....	447
2.1	勞動關係協調法律制度.....	447
2.2	勞動基準（work standards）法律制度.....	448
2.3	勞動保障法律制度.....	448
2.4	勞動執法制度.....	449
3.	勞動合同立法展望.....	450
3.1	概說.....	450
3.2	勞動合同的訂立.....	450
3.3	勞動合同的解除和終止.....	451
3.4	勞動合同的違約責任.....	452

1. 勞動法基礎理論

1.1 勞動法的概念和地位

勞動法上所稱的“勞動”，並非泛指所有的勞動現象，而是特指勞動者基於合同約定或法律規定的義務所從事的一種職業性的有償勞動。勞動法（labor law），是指調整特定的勞動關係以及與勞動關係有密切聯繫的其他社會關係的法律規範的總稱。

所謂特定的勞動關係，是指勞動者（僱員）在運用勞動能力，實現勞動過程中與用人單位（僱主）之間所產生的社會關係。其主要特徵有：

- （1）雙方主體特定，即一方是勞動者（僱員），另一方是用人單位（僱主）。
- （2）它既有平等性，又有從屬性——就訂立勞動合同的關係而言，勞動者與用人單位的法律地位是平等的；但勞動合同在履行過程中，勞動者又從屬於用人單位，須受用人單位的指揮和管理。“從屬性勞動”這一特徵是勞動關係區別於相關概念（如勞務關係及其他民事關係）的主要標誌。¹
- （3）它既有財產性，又有人身性——就財產性來說，勞動關係反映了勞動力客體的市場交易關係；而人身性則主要表現為勞動力直接依附於人體，不能轉讓與繼承，勞動行為必須“親自履行”。

所謂與勞動關係有密切聯繫的其他社會關係，又稱勞動附隨關係，主要包括作為勞動關係必要前提的社會關係（如就業過程中的社會關係），隨着勞動關係而附帶產生的社會關係（如在職培訓關係、勞動保障監察關係），以及作為勞動關係直接後果的社會關係（如養老、失業等社會保險關係）等，它們也由勞動法統一調整。

勞動法是一個體系完整的“法規群”，從法律淵源來看，它包括了與調整上述社會關係有關的憲法規範、作為勞動基本法的“勞動法典”、單行勞動法律、行政法規、行政規章、地方性法規等等，還包括經中國立法機關批准的國際勞工公約。1994年7月5日第八屆全國人民代表大會常務委員會第八次會議通過了《中華人民共和國勞動法》（以下簡稱《勞動法》），並自1995年1月1日起施行。這是中國目前最為重要的一部勞動基本法。

關於勞動法的地位問題，法學界普遍認為勞動法有自己獨特的調整物件和調整方法，有其完整的內容體系，並有其相對獨立的執法機構和救濟程序（如勞動爭議仲裁制度），因此它是中國法律體系中一個獨立的法律部門。

1.2 勞動法的宗旨和調整方法

1.2.1 勞動法的“維權”宗旨

中國《勞動法》第1條明確規定：“為了保護勞動者的合法權益，調整勞動關係，建立和維護適應社會主義市場經濟的勞動制度，促進經濟發展和社會進步，根據憲法，制定本法。”可見，保護勞動者的合法權益是勞動法首要的宗旨。勞動法確立“維權”宗旨的理由在於：

- (1) 保障公民的基本人權，特別是保障公民的生存權與人格權。無論是國際勞工組織（ILO）近年來先後提出的“核心勞工標準”和“體面勞動”（decent work）的新議題和戰略目標，抑或是“公司社會責任”（corporate social responsibility）制度在各國的確立等等，無不說明勞動法與人權保護之間存在着緊密的關聯性。
- (2) 保護勞動者這一弱勢群體的利益，實現勞動關係的實質平等和公平，體現“社會正義”的理念。簡言之，勞動法是以勞動權為本位的法，“它對勞動者是權利本位，對用人單位則是義務本位”，² 本質上是勞動權保障法而非單純的行政管理法，更非用人單位內部勞動管理法。

關於《中華人民共和國勞動合同法》立法目的的爭論

在當前《中華人民共和國勞動合同法》（以下簡稱《勞動合同法》）（草案）起草過程中，關於該法立法目的的表述有“單保護”表述和“雙保護”表述兩種主張，即《勞動合同法》是應該堅持勞動法的“維權”傳統，以單向保護勞動者的合法權益為目的，還是應該像民事合同法那樣，以保護雙方當事人的合法權益為宗旨？這些不同的表述，實際上體現了不同的法律理念。（參見王全興：〈我國勞動合同立法的基本取向〉，《中國勞動》2005年第7期。）

勞動法學者大都認為，《勞動合同法》應當恪守勞動法保護弱者、“傾斜立法”的特色，採“單保護”表述。僱主的合法權益應當通過企業法、公司法、物權法等其他立法給予保障。

1.2.2 勞動權的內涵及類型

勞動權是指勞動者個人或團體所享有的，以就業權、結社權（團結權）為核心的，因勞動而產生或與勞動有密切聯繫的各項權利的總稱，是屬於社會權範疇的一類權利。³

就個別（個人）勞動權而言，其內容包括勞動者享有的平等就業和選擇職業的權利、取得勞動報酬的權利、休息休假的權利、獲得勞動安全衛生保護的權利、接受職業技能培訓的權利、享受社會保險和福利的權利、提請勞動爭議處理的權利以及法律規定的其他勞動權利。

就集體勞動權而言，其內容包括結社權（團結權）、平等協商與集體談判權（團體交涉權）、爭議權（主要是罷工權）、參與權等四項權利，除結社權（即勞動者依法組織和參加工會的权利）外，通常是由工會組織統一代表勞動者集體來行使的。目前，罷工權立法是中國集體勞動權立法中的唯一缺項，因此，“為適應勞動爭議法律調整的需要，我國應該加緊罷工權的立法。”⁴

1.2.3 勞動法的調整方法

為保障勞動者的上述權利，勞動法採用了勞動關係協調的合同化和勞動條件的基準化相結合的調整方法。⁵ “合同化”是指用私法性質為主的勞動合同和集體合同規範調整個別勞動關係和集體勞動關係，強調當事人意思自治。“基準化”是指國家通過發佈公法性質為主的勞動基準（最低勞動標準）以及其他強制性規範對勞動者一方實施優先保護和“傾斜”保護，用公權限制完全的意思自治。這兩種方法結合使用的目的，是為了實現社會公共利益的最大化，保護勞動者這一弱勢群體。

可見，勞動法在法律屬性上已非純粹的公法或私法，而是屬於公法、私法結合之“第三法域”——社會法的範疇。⁶這也就意味着，勞動者可以通過勞動合同（微觀層次）、集體合同（中觀層次）和勞動基準法（宏觀層次）等多種公法、私法手段及相應的法律途徑，以獲得充分的救濟，從而保障勞動權的實現。⁷

集體合同應成為調整勞動關係的主要手段

在勞動合同、集體合同、勞動基準法三個層次所構成的勞動關係法律調整機制中，究竟應以哪一個層次作為調整勞動關係的主要手段呢？

長期以來，中國勞動立法的重心主要放在勞動基準法、勞動合同兩頭，而較少關注處於中間環節的集體合同所具有的承上啟下作用。而如今越來越多的勞動法學者認為：中國勞動關係的調整機制應汲取“協約自治模式”中的合理因素，把立法調控的重心從兩頭轉向中間，充分發揮集體協商制度在確保勞動權行使中的作用，以解決原先在這方面存在的勞動基準法過“高”、集體合同過“空”、勞動合同過“死”的問題。

1.3 中國《勞動法》的適用範圍

中國《勞動法》第2條規定的適用範圍為：在中華人民共和國境內的企業、個體經濟組織（以下統稱用人單位）和與之形成勞動關係的勞動者，適用本法。國家機關、事業組織、社會團體和與之建立勞動合同關係的勞動者，依照本法執行。可見，公務員和比照實行公務員制度的事業組織和社會團體的工作人員，以及農村勞動者（鄉鎮企業職工和進城務工、經商的農民除外）、現役軍人和家庭保姆等不適用中國《勞動法》。

由於中國《勞動法》是10多年前頒行的，所以上述規定存在着較多的局限性。例如該法沒有調整靈活就業形式（如非正規用工、鐘點工形式）中的勞動關係、民間個人之間的僱傭關係、非法用工關係、學生勤工儉學的關係、退休人員再次就業的關係、雙重或多重勞動關係等。該法對涉外勞動關係的調整，也基本上處於空白狀態。⁸

目前，這種“勞動法統一調整模式”已經初露端倪。如《上海市勞動合同條例》（上海市人民代表大會常務委員會2001年11月15日通過）把“非全日制勞動合同的特別規定”作為該《條例》第五章的內容。而《工傷保險條例》（國務院2003年4月27日公佈）第63條則規定：“無營業執照或者未經依法登記、備案的單位以及被依法吊銷營業執照或者撤銷登記、備案的單位的職工受到事故傷害或者患職業病的，由該單位向傷殘職工或者死亡職工的直系親屬給予一次性賠償，賠償標準不得低於本條例規定的工傷保險待遇……”本條規定表明，原先被視為民事關係的那種因單位非法用工與職工所形成的僱傭關係，開始被納入勞動法的調整範疇。當前在《勞動合同法》起草過程中，擴大該法的適用範圍也已成爲社會各界的共識，例如從勞動合同主體上看，“用人單位”應包括實行企業化管理的事業單位、民辦非企業單位（如民辦學校、民辦醫院等）等；從種類上看，勞動合同應包括非全日制勞動合同、勞動力派遣形式的勞動合同等新的類型。

個案分析

陳維禮訴賴國發僱傭合同糾紛案

案情

陳維禮與賴國發經口頭約定，由陳跟隨賴經營的運沙車，為其做一些幫手的工作。在一次卸沙倒車時，陳的左腿被三角架夾斷，經鑑定，為五級傷殘。由於雙方對解決賠償損失一事未果，陳遂提起訴訟。賴辯稱：本案是勞動爭議，依法應先進行勞動爭議仲裁。一審法院認為：被告賴國發沒有工商行政管理部门頒發的個體工商戶營業執照，不是依法成立的個體工商戶，故不能作為勞動法律關係的主體。本案不是勞動法律關係，而是僱傭法律關係，屬人民法院主管範圍，勞動仲裁不是本案的必經程序。故對賴的辯稱不予支援。本案二審法院亦持同樣的看法。（資料來源：《中華人民共和國最高人民法院公報》2001年第1期。）

分析

指導該案判決的基本思路可稱為“二分法”，即勞動關係適用勞動法，其他僱傭關係則適用民法。在《最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋》

（2003年12月4日通過，法釋【2003】20號）第11條、第12條規定中，我們也可以看到類似的觀念與做法。筆者認為，這種做法作為一種彌補立法“漏洞”的暫時性應急手段，的確有其一定的合理性和價值，但這一模式並不應成為一種長遠的制度性設計。

（參見許建宇：〈僱傭關係的定位及其法律調整模式〉，《浙江大學學報（人文社會科學版）》2002年第2期。）正確的做法是應當盡快完善中國《勞動法》，並在即將出台的《勞動合同法》中對上述問題作出明確、具體的規定，填補現有立法的空白，使《勞動合同法》能全面覆蓋到勞動合同（包括僱傭合同）的各項內容和制度。

2. 勞動法的內容體系

2.1 勞動關係協調法律制度

勞動關係協調法律制度的主要內容包括：勞動合同制度、集體合同制度、用人單位內部勞動規則制度、工會和職工民主管理制度等。其中，最為重要的是兩種合同制度，它們反映了社會主義市場經濟體制對勞動用工制度改革所提出的新要求。

勞動合同（employment contract）是勞動者與用人單位確立勞動關係、明確雙方權利和義務的協議。中國《勞動法》第17條規定，訂立和變更勞動合同，應當遵循平等自願、協商一致的原則，不得違反法律、行政法規的規定。例如中國禁止用人單位向勞動者收取“入廠抵押金”或其他形式的履約保證金。集體合同（collective contract）是企業職工一方（一般是工會或職工推舉的代表）與企業就勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利等事項，在集體協商的基礎上所簽訂的合同。兩種合同的主要區別是：勞動合同確立的是勞動者個人的勞動條件，而集體合同確立的是勞動者集體的勞動條件；集體合同的效力高於勞動合同，職工個人與企業訂立的勞動合同中勞動條件和勞動報酬等標準不得低於集體合同的規定。《中華人民共和國工會法

(修正案)》(2001年10月27日全國人民代表大會常務委員會通過)第34條則特別規定了國際通行的“三方性原則”，即各級人民政府勞動行政部門應當會同同級工會和企業方面代表，建立勞動關係三方協商機制，共同研究解決勞動關係方面的重大問題。

2.2 勞動基準 (work standards) 法律制度

勞動基準法律制度的主要內容包括：工作時間和休息休假制度、工資制度、勞動安全衛生制度、女職工和未成年工特殊勞動保護制度等。它們的基本功能是，通過強制實施各種法定的最低勞動標準，來保障勞動者及其家庭的基本生存條件，防止用人單位憑藉其優勢地位損害勞動者的權益。

例如在工資方面，中國《勞動法》第五章“工資”規定了最低工資保障制度和工資支付保障制度(如工資支付形式、在法定休假日和婚喪假期間的工資支付保障等)。在工時方面，該法規定了標準工時制度(每日“八小時工作制”、每週“五天工作制”)，並對延長工時(加班加點)的做法給予多項限制，同時規定了法定休假期間、帶薪年休假等制度。在勞動保護方面，《中華人民共和國安全生產法》(2002年6月29日全國人民代表大會常務委員會通過)第4條明確賦予了生產經營單位確保安全生產的法定職責，並規定若訂立免除或者減輕這一責任的協議(俗稱“生死合同”)的，該協議無效(第89條)。《中華人民共和國職業病防治法》(2001年10月27日全國人民代表大會常務委員會通過)第30條還確立了用人單位與勞動者訂立勞動合同(含聘用合同)時或協商變更原勞動合同相關條款時，應當依法向勞動者履行如實告知職業病危害的義務。在特殊保護方面，《勞動法》第七章規定了女職工在“四期”(經期、孕期、產期、哺乳期)所享有的特殊保護待遇，以及未成年工禁忌從事的勞動範圍等。

2.3 勞動保障法律制度

勞動保障法律制度的主要內容包括：勞動就業制度、職業培訓制度、社會保險制度、職工福利制度等。

在就業方面，中國《勞動法》規定了國家有促進就業的職責，並禁止就業歧視以及用人單位招用童工的行為。在職業培訓方面，《中華人民共和國職業教育法》(1996年5月15日全國人民代表大會常務委員會通過)明確規定了職業教育的目標和方針、職業教育體系、職業教育的實施、職業教育的保障條件等問題。在社會保險(social insurance)方面，中國設置了養老保險、醫療保險、工傷保險、失業保險、生育保險共五個險種；社會保險基金在來源上，除了在工傷保險、生育保險中勞動者個人不繳費以外，普遍實行三方合理分擔(即社會統籌)的做法，即由用人單位與勞動者共同繳納，國家財政予以適當補貼並承擔“兜底”責任；在保險體制上，實行多層次保險形式相結合，包括國家建立的基本社會保險(即強制保險)、用人單位根據本單位實際情況為勞動者建立的補充保險、勞動者個人進行的儲蓄性保險三個層次；在保險待遇上，強調社會保險水平應當與社會經濟發展水平和社會承受能力相適應。在職工福利方面，《勞動法》規定通過國家發展社會福利事業與用人單位改善集體福利兩個層面，來提高勞動者的福利待遇。

個案分析

張連起、張國莉訴張學珍損害賠償糾紛案

案情

天津市塘沽區張學珍、徐廣秋開辦的新村青年服務站，於1985年6月招僱張國勝（男，21歲）為臨時工，招工登記表中注明“工傷一概不負責任”的內容。次年11月17日，該站在天津城廠拆除舊廠房時，因房樑斷落，造成張國勝左踝關節挫傷，引起局部組織感染壞死，導致因膿毒性敗血症而死亡。張國勝生前為治傷用去醫療費14,151.15元。為此，張國勝的父母張連起、焦容蘭向僱主張學珍等索賠。張等則以“工傷一概不負責任”為由拒絕承擔民事責任。張連起、張國莉（張連起之女）遂向法院起訴。

最高人民法院針對此案所作的《關於僱工合同應當嚴格執行勞動保護法規問題的批復》〔(88)民他字第1號〕指出：“經研究認為，對勞動者實行勞動保護，在我國憲法中已有明文規定，這是勞動者所享有的權利，受國家法律保護，任何個人和組織都不得任意侵犯。張學珍、徐廣秋身為僱主，對僱員理應依法給予勞動保護，但他們卻在招工登記表中注明‘工傷一概不負責任’。這是違反憲法和有關勞動保護法規的，也嚴重違反了社會主義公德，對這種行為應認定無效。”據此，雙方當事人在塘沽區人民法院的主持下達成了調解協定，由被告賠償原告18,000元，並承擔鑑定費120元。（資料來源：《中華人民共和國最高人民法院公報》1988年第4期、1989年第1期。）

分析

本案中最高人民法院於近20年前所作的這則《批復》，在法學界曾引起學者高度的關注並廣受好評。從勞動法的角度分析，該《批復》敏銳地看到了僱員勞動保護權所具有的基本人權屬性以及勞動保護、（工傷）社會保險法規所具有的勞動基準法性質，並由此對僱工合同約定的“生死條款”效力予以否定，其所蘊含的法律理念在今天看來仍是極為先進的。

2.4 勞動執法制度

勞動執法制度的主要內容包括：勞動爭議處理制度；勞動監督制度；法律責任制度等。

勞動爭議（employment disputes）是指勞動者個人或團體與用人單位之間因勞動合同、集體合同或執行勞動法律、法規而發生的爭議。中國《勞動法》第10章規定，一般的勞動爭議可以通過協商、依法申請調解、仲裁、提起訴訟等四種程序予以解決。其中，用人單位勞動爭議調解委員會的調解程序為任意程序，而勞動爭議仲裁委員會的仲裁程序則為訴訟前的必經程序（即實行“仲裁前置”）。提出仲裁要求的一方應當自勞動爭議發生之日起60日內向勞動爭議仲裁委員會提出書面申請。只有對仲裁裁決不服，勞動爭議當事人才可以向人民法院提起訴訟。在監督檢查方面，勞動法規定了以勞動保障行政部門依法進行的“勞動保障監察”（labor and social security inspection）為主要手段的多種監督檢查方式。在法律責任方面，《勞動法》規定了相關行為人違反勞動法時應當承擔的民事責任、行政責任和刑事責任。

2004年度中國勞動保障監察概況

勞動保障監察機構在全國範圍內重點組織開展了農民工權益保護、禁止使用童工等專項檢查活動，全年主動檢查用人單位115萬戶，年檢用人單位100萬戶，查處群眾舉報投訴案件25萬件，責令用人單位為1,103萬勞動者補簽勞動合同，補發871萬勞動者被拖欠的工資，督促用人單位補繳社會保險費41億元，取締非法職業仲介機構7,470戶。（參見中國勞動和社會保障部、國家統計局：《2004年度勞動和社會保障事業發展統計公報》第五部分。）

3. 勞動合同立法展望

3.1 概說

勞動合同（勞動契約）在歷史上起源於民事合同，關於其性質，學界曾有過“身份契約說”、“租賃契約說”、“勞動加工說”等觀點。漸至近世，學界始放棄上述理論主張，而奉“特種契約說”為通說：“此說認為勞動契約係民法中所有典型契約以外的一種，已形成一種獨立契約”。⁹

中國自1986年開始在原國營企業新招人員中實行勞動合同制度。1994年《勞動法》頒佈後，中國逐步取消了在計劃經濟時期普遍實行的原“固定工”制度，轉而全面推行勞動合同制度。《勞動法》及其配套規章對勞動合同制度的內容作了較為全面、具體的規定，但歷經逾10年的施行，不少問題也漸漸突現。目前，《勞動合同法》的制定已被列入中國的立法規劃。本節試就中國勞動合同立法中涉及的若干主要問題作一簡要介紹、分析與展望。

3.2 勞動合同的訂立

這一領域涉及諸多勞動合同制度中的熱點問題，主要包括：

- (1) 形式要件——《勞動法》第19條要求“勞動合同應當以書面形式訂立”，實踐證明這一規定過於苛刻，學界普遍建議宜適當放寬此項要求，並對廣泛存在的“事實勞動關係”的準確涵義、效力及其法律適用等問題作出規定；同時，還應當有條件地承認雙重或多重勞動關係的合法性。

事實勞動關係的認定

由於中國《勞動法》對勞動合同的形式要件規定過嚴，導致實踐中事實勞動關係大量出現，對此現象如何進行法律規制一直是立法上的一個薄弱環節。

最近，這種局面開始有所改觀。《關於確立勞動關係有關事項的通知》（勞動和社會保障部2005年5月25日頒佈）第1條規定：“用人單位招用勞動者未訂立書面勞動合同，但同時具備下列情形的，勞動關係成立。（一）用人單位和勞動者符合法律、法規規定的主體資格；（二）用人單位依法制定的各項勞動規章制度適用於勞動者，勞動者受用人單位的勞動管理，從事用人單位安排的有報酬的勞動；（三）勞動者提供的勞動是用人單位業務的組成部分。”這一文件為我們認定事實勞動關係提供了較為明確的依據。

- (2) 締約過失責任——很多人建議把“誠實信用”原則明定為訂立勞動合同應當遵循的原則，以此確立當事人在締約階段的“先合同義務”，如用人單位在訂約前對勞動者即負有應當告知與訂立和履行勞動合同直接相關的情況的義務，增設當事人違反該義務時所應當承擔的締約過失責任。
- (3) 勞動合同期限——一種意見是維持現有的將勞動合同按期限分為有固定期限、無固定期限和以完成一定的工作為期限這三類的做法，並將無固定期限的勞動合同作為勞動合同的常態來設計，以增強社會勞動關係的整體穩定性。另一種意見是把勞動合同

只分為定期勞動合同、不定期勞動合同兩類，並以此確定當事人在這兩類合同中不同的權利和義務，如勞動者在不定期勞動合同中才享有辭職權，而在定期勞動合同中則不享有該權利。

- (4) “有利解釋”規則——學界普遍建議增設該項規則，其意是指：雙方當事人對合同內容的理解不一致的，應當按照通常理解予以解釋。對合同內容有兩種以上解釋的，應當採納最有利於勞動者的解釋。換言之，“當合同意思仍然不清時，對合同條款的解釋必須有利於承擔義務一方，也就是有利於僱員。”¹⁰
- (5) 勞動合同的效力——由於勞動合同的履行具有持續性的特點，僱工已經付出的勞動力無法返還，難以適用無效民事合同的一般處理方式，因此有的學者認為，應當考慮取消無效勞動合同制度，以勞動合同解除制度等取代之。還有一種看法是繼續保留無效勞動合同制度，但應酌加修正，如調整現有的認定無效勞動合同的具體標準，考慮增設可撤銷勞動合同類型等。
- (6) 商業秘密保護及競業限制——競業限制（又稱競業禁止）涉及勞動者就業權與用人單位經營權的對立與協調，立法上應堅持“合理限制”原則和“經濟補償”原則，以防止對勞動者的就業權造成過多的限制和損害。例如，競業限制範圍應當以能夠與用人單位形成實際競爭關係的地域為限，競業限制期限一般不得超過2至3年，競業限制經濟補償的數額不得少於勞動者在該用人單位的年工資收入。

3.3 勞動合同的解除和終止

立法上的難點，在於如何恰當地確立用人單位的解僱權與對勞動者的“解僱保護”制度。解僱保護制度具體體現在解僱原因、解僱通知期和解僱經濟補償金三個方面。¹¹ 中國現行《勞動法》在此領域存在的主要問題是：

- (1) 法律關於解僱原因的規定，內容過於原則、籠統，極易造成用人單位解僱權的濫用——例如，由於法律對企業規章制度的有效條件缺乏明確規定，導致企業動輒以勞動者某些行為“嚴重違反勞動紀律或者用人單位規章制度”為由，隨意辭退勞動者。關於解僱通知期“一刀切”的規定（即一律提前30日以書面形式預告）也過於刻板，難以適應各種具體情形的不同需要。
- (2) 勞動合同的解除與終止兩種制度之間沒有實現合理的銜接——例如，用人單位依法解除勞動合同的，應當依照國家有關規定給予勞動者經濟補償；而勞動合同期滿即行終止的，用人單位就無須支付經濟補償金。用人單位為了規避此種經濟補償義務，便紛紛選擇與勞動者訂立短期勞動合同，致使現實生活中勞動合同的短期化問題日趨嚴重，弊端叢生。

被迫辭職與“推定解僱”

小梅去年中專畢業後應聘到某超市擔任收銀員，雙方簽訂了為期1年的勞動合同，今年7月份到期。然而4月的一天，超市部門負責人找她談話，表示超市將進行人員調整，暗示她主動辭職。遭到小梅拒絕後，人事部將她調至倉庫負責搬運貨物。由於不能承受如此繁重的工作，在堅持了將近1個月後，小梅終於無奈地向超市提出了辭職。

（資料來源：《中國勞動》2005年第7期。）

依照中國《勞動法》的規定，勞動者單方提出解除勞動合同不能領取經濟補償金。實踐中，上述手段已經成為一些用人單位規避法律義務屢試不爽的“殺手鐮”。針對這一立法缺陷，已有多位學者建議：中國應建立“推定解僱”（或稱“擬制解僱”）的理論和制度，即把僱員由於僱主方面的不當行為或影響所致的被迫辭職也視為解僱，從而使職工獲得被解僱職工應有的權利或利益。

3.4 勞動合同的違約責任

關於勞動合同的違約金問題，多數人的意見是：違約金方式只應“有限適用”而不宜任意約定，其性質應以補償性為主、懲罰性為輔。《上海市勞動合同條例》第17條規定：“勞動合同對勞動者的違約行為設定違約金的，僅限於下列情形：

- (1) 違反服務期約定的；
- (2) 違反保守商業秘密約定的。違約金數額應當遵循公平、合理的原則約定。”目前來看，該條款規定在同類的地方性立法中顯得最為完善，可資國家在制定《勞動合同法》時參考。

註釋

1. 有學者指出：“從屬勞動”具體的解釋，應採“人格從屬性與經濟從屬性之複合”的標準，其中，以人格從屬性作為主要判斷標準，以經濟從屬性作為輔助判斷標準。參見呂琳：《勞工損害賠償法律制度研究》，北京：中國政法大學出版社2005年版，第25頁。
2. 王全興：《勞動法》（第二版），北京：法律出版社2004年版，第45頁。
3. 許建宇：〈勞動權的界定〉，《浙江社會科學》2005年第2期。
4. 常凱著：《勞權論——當代中國勞動關係的法律調整研究》，北京：中國勞動社會保障出版社2004年版，第291頁。該書中“勞權”（workers rights）一詞大體相當於本書所稱“勞動權”。
5. 參見王昌碩主編：《勞動法教程》，北京：中國政法大學出版社1995年版，第64—65頁。
6. “社會法是國家為保障社會利益，通過加強對社會生活干預而產生的一種立法”。參見董保華等：《社會法原論》，北京：中國政法大學出版社2001年版，第11頁。
7. 勞動關係調整的法模式是：勞動基準法調整全部勞動關係，集體合同調整集體勞動關係，勞動合同調整個別勞動關係。參見董保華著：《勞動關係調整的法律機制》，上海：上海交通大學出版社2000年版，第127—129頁。
8. 有學者建議通過“國際勞動私法”來解決這類問題。參見周長征：《勞動法原理》，北京：科學出版社2004年版，第66—69頁。筆者傾向於在中國《勞動法》中設立“涉外勞動關係的法律適用”專章的做法。
9. 黃越欽：《勞動法新論》，北京：中國政法大學出版社2003年版，第86—87頁。
10. 【加】A. E. 奧斯特、L. 夏萊特著、王南譯：《僱用合同》，北京：中國對外翻譯出版公司1995年版，第138頁。
11. 董保華主編：《勞動合同研究》，北京：中國勞動社會保障出版社2005年版，第241頁。

24. 環境保護法

趙宇紅

1.	環境法的框架的概述.....	454
1.1	《憲法》.....	454
1.2	環境保護基本法.....	454
1.3	環境保護單行法.....	455
1.4	環境標準.....	455
2.	環境法的基本原則.....	456
2.1	協調發展原則.....	456
2.2	預防為主原則.....	456
2.3	污染者付費原則.....	456
2.4	公眾參與原則.....	457
3.	環境法的主要制度.....	457
3.1	環境影響評價制度.....	457
3.2	“三同時”制度.....	458
3.3	許可證制度.....	459
3.4	排污收費制度.....	459
3.5	限期治理制度.....	460
3.6	環境事故報告制度.....	460
4.	中國與國際環境法.....	461

1. 環境法的框架的概述

環境問題的產生與人類社會的發展幾乎是同步的，人類對環境的利用與自然環境的演變之間存在着矛盾。人類社會早期的環境問題主要是因人類聚居、人口增加所引起的局部地區生物資源，特別是作為食物的野生動植物資源的減少。而伴隨着人類農牧業發展和城市建立的是森林砍伐和草場破壞，即區域性的環境破壞。中國西北部黃河流域曾經是森林茂密的沃野，隨着毀林開荒，水土嚴重流失，造成生態環境惡化。自從人類進入工業社會以來，又增添了廢水、廢氣、固體廢物和雜訊等環境污染問題。發展到本世紀70年代，環境問題開始引起全球矚目，最為關切的問題包括酸雨、臭氧層破壞、溫室效應、突發性環境污染事故和大規模的生態破壞等。

1972年聯合國人類環境會議發表《聯合國人類環境宣言》，引起各國對環境保護工作的普遍重視。1987年世界環境與發展委員會在其代表作《我們共同的未來》中提出了可持續發展的觀點，其根本理念是為了確保人類的可持續生存和發展，必須把環境保護與社會經濟活動全面、有機地結合起來，並按照生態持續性、經濟持續性和社會持續性的基本原則來組織和規範人類的一切活動。其核心思想是既滿足當代人的需要，又不對後代人滿足其需要的能力構成危害。

《我們共同的未來》強調了人類的發展權利、環境權利和保護環境的義務的統一，當代人和後代人發展機會的平等，環境保護是發展進程的重要組成部分，以及放棄傳統的發展方式。

中國參加了聯合國1972年的人類環境會議，並在該會議的影響下，於1973年8月召開了第一次全國環境保護會議，制定了中國第一個綜合性的環境保護行政法規《關於保護和改善環境的若干規定》。1978年中國《憲法》首次將環境保護工作列入國家根本大法，1979年中國通過《環境保護法》（試行），經過十年的實踐和探索，於1989年頒佈新的《中華人民共和國環境保護法》¹（以下簡稱《環境保護法》）。

1.1 《憲法》

中國現行《憲法》（1982）確定了國家保護環境、防治污染和自然資源破壞的根本原則。如第26條規定：“國家保護和改善生活環境和生態環境，防治污染和其他公害。”第9條明確指出：“國家保障自然資源的合理利用，保護珍貴的動物和植物。禁止任何組織或者個人利用任何手段侵佔或者破壞自然資源。”《憲法》的原則性規定為環境保護立法和自然資源立法奠定了基礎。

1.2 環境保護基本法

1989年頒佈的《環境保護法》對環境保護的所有問題作出了比較全面的規定。它的立法宗旨在於保護和改善生活環境和生態環境，防治污染和其他公害，保障人體健康，促進社會主義現代化建設的發展。環境保護的物件是那些直接或間接地影響人類生存和發展的環境要素的總體，包括大氣、水、海洋、土地、礦藏、森林、草原、野生生物、自然遺跡、人文遺跡、自然保護區、風景名勝區、城市和鄉村等。《環境保護法》確立了環境保護的基本原則和要求，如環境與發展相協調的原則，以防為主、防治結合、綜合治理的原則，以及環境影響評價制度、“三同時”制度和排污收費制度等。

1.3 環境保護單行法

環境保護單行法是以《憲法》和《環境保護法》為依據，針對特定的保護對象或特定的污染防治對象而制定的單項法律、法規、部門規章、地方法規和規章，主要包含污染防治法和自然資源保護法。

污染防治法是傳統的環境保護法中最重要的規範，中國污染防治單行法包括大氣污染防治、水污染防治、雜訊控制、廢物處置、農藥及其他有毒物品的控制與管理，也包括其他公害如震動、惡臭、放射性、電磁輻射、熱污染、地面沉降等防治單行法。比較重要的單行法主要有：《大氣污染防治法》²、《水污染防治法》³、《固體廢物污染環境防治法》⁴、《環境雜訊污染防治法》⁵，以及《海洋環境保護法》⁶。

自然資源保護法以保護某一環境要素為主要內容，包括對自然資源的管理和防治對該類自然資源污染和破壞的法律規範。中國在這一方面比較重要的法律有：《水法》⁷、《水土保持法》⁸、《土地管理法》⁹、《漁業法》¹⁰、《礦產資源法》¹¹、《森林法》¹²、《草原法》¹³和《野生動物保護法》¹⁴。

1.4 環境標準

另外，中國環境法框架中一個相當重要的組成部分是關於環境標準的部門規章和地方規章。環境標準是國家為了維護環境質量，控制污染，保護公眾健康、社會財富和生態平衡而制定的各種技術指標和規範的總稱，是環境保護法體系的重要組成部分。一般來說，國家立法機關通過的環境保護法律僅作出原則性的規定，對於具體的操作性規定則授權給國務院制訂，國務院則將制訂和頒佈各種環境標準的權力授權給國家環保部門。這樣一來，國家級的環境標準由國家環保局組織制訂，目前已頒佈了300多項各類國家環境保護標準。地方環境標準由省級環保部門組織制訂，報同級人民政府審批、頒佈和廢止。地方環境標準可高於但不得低於國家環境標準。

從內容來看，中國的環境標準分為三類：

- (1) 環境質量標準——這是對一定區域環境中在限定時間內各種污染物的最高允許濃度所作的綜合規定，是為保障公眾生命健康和實現國家環境政策要求而確定的環境質量目標，也是環境管理、評價和制定污染物排放標準的主要依據之一。中國已制定的標準如《生活飲用水衛生標準》、《大氣環境質量標準》、《漁業水質標準》及《海水水質標準》等等。
- (2) 污染物排放標準——這類標準是為了實現環境質量標準，結合技術、經濟條件及環境特點而制訂的，規定污染源容許排放的污染物的最高限額。其目的是為了控制污染物的排放量，保護公眾的健康和生態的良性循環，同時也要顧及到目前的工藝水平和技術水平，在經濟上合理、技術上可行的情況下，力圖達到環境質量標準這一目標。這類標準包括《造紙工業水污染物排放標準》、《甜菜製糖工業水污染物排放標準》、《鋼鐵工業水污染物排放標準》、《水泥工業污染物排放標準》、及《鍋爐煙塵排放標準》等等。
- (3) 方法標準——這類標準是為確定環境質量標準、污染物排放標準以及其他環境保護工作而制訂的各種有指導意義的符號、指南、導則以及關於抽樣、分析、試驗、監測的

方法。它是制訂環境質量標準和污染物排放標準時所依據的工作規範，是制訂和執行環境標準的基礎。中國已制定的方法標準包括《制定地方水污染物排放標準的技術原則與方法》、《制定地方大氣污染物排放標準的技術原則與方法》、《汽油車怠速污染物測量方法》、《柴油車自由加速煙度測量方法》、《鍋爐煙塵測試方法》及《大氣飄塵深度測定方法》等等。

2. 環境法的基本原則

2.1 協調發展原則

協調發展原則是指環境保護要與經濟建設和社會發展統籌規劃、協調發展，實現經濟效益、社會效益和環境效益的統一。這項原則在中國環境立法和環境政策中均有明文規定。《環境保護法》第4條規定：“國家制定的環境保護規劃必須納入國民經濟和社會發展計劃，國家採取有利於環境保護的經濟技術政策和措施，使環境保護工作同經濟建設和社會發展相協調。”而國務院在《關於進一步加強環境保護工作的決定》¹⁵中指出：“國務院各有關部門要做好國民經濟和社會發展計劃中環境保護方面的綜合平衡工作，制定有利於環境保護的經濟、技術政策及能源政策……使環境保護工作同經濟建設和社會發展相協調。”¹⁶

2.2 預防為主原則

預防為主原則是指國家在環境保護工作中積極採取預防措施，以防止環境問題的產生和惡化，或者把環境污染和破壞控制在能夠維持生態平衡、保護人體健康和經濟社會持續發展的限度內，對已造成的環境污染和破壞進行積極治理的原則。中國環境保護立法中關於環境影響評價制度、“三同時”制度、排污許可證制度、限期治理制度、排污收費制度等都體現了預防為主的原則。傳統的環境保護法僅限於對環境污染或破壞造成的損害予以事後消極補救，預防為主原則是對傳統環境保護法律規範的重大發展，而且污染損害造成後再進行治理，往往比採取預防措施要付出更高的代價。

2.3 污染者付費原則

污染者付費原則是通過市場運作使得環境污染和破壞的成本內部化，即誰污染誰治理，誰開發誰保護。中國早在1979年的《環境保護法》（試行）中就規定了“誰污染誰治理”的原則。到80年代後期，中國實行自然資源有償使用制度，反映了“利用者補償”的原則。國務院在1996年發佈的《關於環境保護若干問題的決定》中對污染者付費原則進行了一次更加完整的表述：“污染者付費、利用者補償、開發者保護、破壞者恢復。”¹⁷

2.4 公眾參與原則

公眾參與原則是現代環境立法中一項必不可少的原則，在中國仍然處於發展階段，公民參與環境立法、環境執法的法律基礎和運作管道都十分有限。《環境保護法》第6條規定：“一切單位和個人都有保護環境的義務，並有權對污染和破壞環境的單位和個人進行檢舉和控告。”《水污染防治法》和《環境雜訊污染防治法》等單行環境法律中，關於環境影響評價制度的規定體現了公眾參與原則在中國環境立法中的重要突破，即要求建設專案考慮所在地受影響單位和居民的意見。¹⁸

3. 環境法的主要制度

3.1 環境影響評價制度

環境影響評價是指在環境的開發、利用之前，對該開發或建設專案的選址、設計、施工和建成後將對周圍環境可能產生的影響、擬採取的防範措施和最終不可避免的影響所進行的調查、預測和評價，並制訂防止和減少環境損害的最佳方案。環境影響評價制度則是關於環境影響評價的範圍、內容、程序和法律後果等的法律規則。

中國1979年的《環境保護法》（試行）就已經規定了環境影響評價制度，1981年的《基本建設專案環境保護管理辦法》對環境影響評價的範圍、內容、程序等作出了具體的規定，1989年的《環境保護法》再一次以法律的形式確立了環境影響評價制度，¹⁹ 1998年國務院發佈的《建設專案環境保護管理條例》²⁰ 進一步擴大了評價的範圍，在中國確立了完整的環境影響評價制度。另外，在《海洋環境保護法》、《大氣污染防治法》和《水污染防治法》等單行環境保護法律中也都對環境影響評價制度作出規定。

環境影響評價的範圍在中國不斷擴大，目前，一切對環境有影響的工業、交通、水利、農林、商業、衛生、文教、科研、旅遊、市政等基本建設項目、技術改造專案、區域開發建設專案及引進的建設專案（包括“三資企業”的建設項目），都必須編制環境影響報告書或填報環境影響報告表。²¹

環境影響評價的內容包括如下六個方面：²²

- (1) 建設專案的基本情況——包括建設項目的地點、建設規模、產品方案和主要工藝方法、主要原料、燃料、用水量和來源、各種廢物的排放量和排放方式、廢棄物回收利用和處理方案、佔地面積和土地利用情況、發展規劃等。
- (2) 建設專案周圍地區的環境狀況調查——包括地質水文情況、氣象情況、自然資源情況、人文環境情況等。
- (3) 建設專案對周圍地區的環境影響的分析和預測。
- (4) 環境監測制度建議。
- (5) 環境影響經濟損益分析。

- (6) 環境影響評價結論——主要包括專案對環境質量的影響，建設規模、性質、選址是否合理、是否符合環保要求，採取的防治措施在經濟上是否合理、技術上是否可行，以及是否需要再作進一步評價。

環境影響評價的程序大體上包括以下三個階段：

- (1) 確定評價形式——由各級環境保護主管部門確定待評價的開發建設專案是編制環境影響報告書還是填寫環境影響報告表。大中型開發建設專案要編制環境影響報告書，小型開發建設專案應填寫環境影響報告表，但是對環境影響較大的小型開發建設專案也需要編制環境影響報告書，而對環境影響較小的大中型開發建設專案也可以只填寫環境影響報告表。
- (2) 編寫評價報告——編制環境影響報告書或填寫環境影響報告表應委託有評價資格的評價單位承擔評價工作，按照經環境保護行政主管部門審查通過的建設專案環境影響評價大綱及其審查意見和要求，編寫環境影響報告書。如果是填寫環境影響報告表，則應由建設單位或委託有環境影響評價資格的單位填寫。
- (3) 審批評價報告——環境影響報告書（表）完成後，應先由建設單位建設項目主管部門進行預審，然後由有審批權的環境保護行政主管部門審批。

不依法進行環境影響評價，或環境影響報告書（表）未經批准就擅自施工的，除責令其停工、補辦審批手續外，還要對建設單位及其負責人處以罰款。²³

3.2 “三同時”制度

“三同時”制度是指一切可能對環境有影響的建設專案，其環境保護設施必須與主體工程同時設計、同時施工、同時投產使用的制度。“三同時”制度是控制新污染源的產生、貫徹實施預防為主原則的重要途徑。它最早出現於1973年國務院批准的《關於保護和改善環境的若干規定（試行）》中，是作為環境管理的行政規定，1979年試行的《環境保護法》將其確定為環境法的一項主要制度，此後的環境保護法律和法規亦都體現了“三同時”制度。

“三同時”制度的適用範圍最初僅限於新建、改建和擴建的企業，後來範圍不斷擴大，根據1998年發佈的《建設專案環境保護管理條例》，“三同時”制度適用於以下開發建設專案：新建、擴建、改建項目，技術改造項目，一切可能對環境造成污染和破壞的工程建設專案，以及確有經濟效益的綜合利用項目。

建設項目在初步設計階段未經環境保護行政主管部門審查批准，即擅自施工的，除責令其停止施工、補辦審批手續外，對建設單位及其負責人可處以罰款；²⁴ 建設項目的環境保護設施沒有建成或者沒有達到國家規定的要求，投入生產或使用的，由批准該建設專案環境影響報告書的環境保護行政主管部門責令停止生產或者使用，可並處罰款；²⁵ 因違反“三同時”制度而造成環境污染破壞和其他公害的，除承擔賠償責任外，環境保護行政主管部門還可對其給予行政處罰。²⁶

3.3 許可證制度

環境法中的許可證制度是指從事可能造成不良環境影響的活動，要經過政府主管部門許可才能從事開發、建設或者經營等經濟活動。環境管理中使用的許可證主要有兩類：

- (1) 防止環境污染許可證，如排污許可證，海洋傾廢許可證，危險廢物收集、貯存、處置許可證，放射性同位素與射線裝置的生產、使用、銷售許可證，化學危險物品生產、經營許可證，廢物進口許可證等；
- (2) 防止環境破壞許可證，如林木採伐許可證，採礦許可證，漁業捕撈許可證、取水許可證，野生動物特許獵捕證，狩獵證，馴養繁殖許可證等。許可證制度是環境管理機關進行環境保護監督管理的重要手段，它可對各種可能危害環境的活動進行有效的控制，必要時通過對持證人規定限制條件和特殊要求，來進行嚴格的行政監督和管理。

3.4 排污收費制度

排污收費制度是指國家環境管理機關根據法律規定，對污染物排放者徵收費用的法律制度。排污收費屬於國家強制徵收，作為環境保護專項資金使用。²⁷ 這項制度的意義在於：

- (1) 體現了經濟手段在環境保護中的作用，通過將環境污染和破壞的成本內部化，使環境保護與排污者的經濟利益直接聯繫起來；
- (2) 有利於促使排污者進行技術改造，開展綜合利用，促進對污染源的治理；
- (3) 為治理污染提供了資金來源。

排污收費制度最早出現在1979年的《環境保護法》（試行），1982年國務院頒佈了《徵收排污費暫行辦法》，對徵收排污費的目的、範圍、標準、費用的管理等作出了具體規定，標誌着中國排污收費制度的正式建立。此後的《水污染防治法》、《放射環境管理辦法》²⁸ 等法律、法規也都有這項制度的規定。

根據《徵收排污費暫行辦法》等有關規定，中國目前徵收排污費的污染物包括污水、廢氣、固體廢物、雜訊、放射性等五大類。收費標準分為廢氣、廢水、廢渣三項，按照污染物的種類、危害程度、排放的濃度和數量等標準進行分類，收費標準逐項提高。出現以下情況時可以加收排污費：

- (1) 繳納排污費後仍未達到排放標準的，從開徵第三年起，每年提高徵收標準百分之五；
- (2) 對1979年9月13日以後新建的建設專案，排污超標的，加倍收費；
- (3) 對有污染物處理設施不運行或擅自拆除，排污超標的，加倍收費；
- (4) 對經限期治理而逾期未完成治理任務的，加倍收費。²⁹

徵收的排污費由環境保護行政主管部門會同財政部門按照“專款專用，先收後用，量入為出，不得超支挪用”的原則統籌安排使用，³⁰ 具體用於三個方面：

- (1) 補助重點排污單位治理污染源；
- (2) 用於區域性綜合污染治理；
- (3) 補助環境保護部門監測設備的購置，環境保護的宣傳教育、技術培訓等，但是不得用於環境保護部門自身的行政經費以及非義務性開支。³¹

目前排污收費制度的主要問題是：

- (1) 收費標準偏低，相當於污染治理費用的百分之十至十五，更遠遠低於污染物的正常處理費用，造成企業樂於繳費而不積極治理污染的後果。³²
- (2) 收費制度的懲罰性力度不夠，目前除了《水污染防治法》對水污染物實行排污收費、超標排污徵收超標排污費這樣的“雙收費”制度外，總體上實行的是單項的超標排污收費制度，即僅對超過濃度標準排放污染物者徵收排污費。
- (3) 目前中國的排污收費仍然停留在以濃度為基礎的收費制度，這就在客觀上造成企業密集地區排污總量無法控制的局面，由此有必要以污染物的“總量控制”取代目前的“濃度控制”制度。

3.5 限期治理制度

限期治理制度是指國家執法機關對污染嚴重的專案、行業和區域作出決定，限定其在一定期限內完成環境治理任務，達到治理目標的環境法律制度。這是中國所特有的一項環境法律制度，它與環境事故報告制度同屬於環境保護的補救措施。限期治理制度最早在1973年第一次全國環境保護會議上提出，1979年頒佈的《環境保護法》（試行）將其確認為一項環境法律制度，迄今為止，中國主要的環境保護法律法規中大都規定了限期治理的內容。

限期治理的內容指的是在規定期限內的治理目標，對於具體的污染源的限期治理，其目標是達到排放標準；對於行業污染的限期治理，可以要求分期分批逐步做到所有的污染源都達標排放；對於區域環境污染的限期治理，則要求通過治理達到適用於該地區的環境質量標準。

目前中國法律規定的限期治理的對象主要有兩類：

- (1) 位於特別保護區域內的超標排污的污染源——如風景名勝區、自然保護區和其他需要特別保護的區域，這些區域內污染物排放超標的，要限期治理。
- (2) 造成嚴重污染的污染源——如污染物的排放對人體健康有嚴重影響和危害、嚴重擾民、經濟效益小於環境危害所造成的損失，或有條件治理而不治理等情況。此外，中國對一些污染嚴重的江河湖泊進行重點治理，規定了較為嚴格的限期治理措施，如國家對淮河實行排污總量控制，淮河流域單位只要超標排污，即被強制限期治理。

限期治理的決定權在各級人民政府。中央或者省、自治區、直轄市人民政府決定其直接管轄的企業事業單位的限期治理；市、縣或者縣以下人民政府管轄的企業事業單位的限期治理，由市、縣人民政府決定。³³對於小型企業、事業單位的環境雜訊污染限期防治，可由縣級以上人民政府授權其環境保護行政主管部門決定。³⁴

違反限期治理制度的行為主要指經限期治理未完成治理任務的情況，其法律後果首先是依照國家規定加收超標排污費，其次是根據所造成的危害後果可被處以罰款，或者責令停業、關閉。³⁵

3.6 環境事故報告制度

環境事故報告制度是指因發生事故或者其他突然事件，使環境受到或者可能受到嚴重污染或破壞，事故或事件的當事人必須立即採取措施處理，及時向可能受到環境污染與破壞危害的

公眾通報，並向當地環境保護行政主管部門報告，接受調查處理的法律制度。環境污染與破壞事故一般都具有突發性、蔓延性和危害性極大等特點，隨着一些高危產業規模的擴大，環境污染與破壞事故的範圍更廣、危害更深。

環境污染事故報告制度的重要意義主要表現在兩個方面：第一、可以協助政府和環境保護監督管理部門及時掌握環境污染與破壞事故的情況，查明事故原因、確定危害程度，便於採取有效措施，防止事故的蔓延和擴大。第二、可以使受到環境污染和破壞威脅的公眾盡快採取防範措施，避免或減少損失，最大限度地降低事故的危害程度。

中國在1982年頒佈的《海洋環境保護法》中首次規定了環境事故報告制度，³⁶ 1989年的《環境保護法》亦採納了這項主要制度，³⁷《水污染防治法》³⁸ 和《大氣污染防治法》³⁹ 中都有環境事故報告制度的規定。這項制度的主要內容包括報告和處理兩個方面：

- (1) 造成環境污染與破壞事故的單位，必須在事故發生後48小時內，向當地環境保護部門報告，事故查清後，還應向其作出書面報告，並附有關證明文件。
- (2) 當事人和人民政府對事故作出的應對措施，即採取的一系列控制、消除、疏散、自救、調查、處置等措施，以及環境保護行政主管部門在收到事故報告並查清其性質和危害之後，對違法者給予行政處罰。

4. 中國與國際環境法

環境問題自古就有，只是大規模的環境惡化發生在工業革命以後。二次世界大戰以前，人類在發展中遇到的國際環境問題主要表現在兩個方面：

- (1) 生態破壞——生態破壞是國際環境問題的首要表現，由於人類的毀林開墾、圍湖造田、亂挖濫採、超載放牧與捕撈、不合理的灌溉等行為，引起了土地的荒漠化、鹽鹼化、水土流失、植被的破壞、淡水資源和野生動植物資源的減少以及一些病蟲害的橫行等。當生態破壞的範圍不斷擴大、時間延續愈發持久、問題發生愈見頻繁，已超出了自然界的自淨和自救能力，便出現了生態危機。
- (2) 環境污染——18世紀末，西方國家的工業革命從紡織業開始，以建立煤炭、鋼鐵、化工等重工業而告完成。煤的大規模使用產生大量煙塵、二氧化硫和其他污染物質，而冶煉業生產排放的有害物質更對各地區的環境造成嚴重污染。化學工業的迅速發展使生產中分離出的氯化氫、硫化氫等排入大氣，不僅污染空氣、侵蝕衣物和損毀建築物，而且使樹木枯黃、莊稼受害、河魚中毒等等。此外，水泥工業的粉塵，造紙工業的廢液，以及燃料、炸藥、石油、酸鹼精製等生產過程中的物料流失等，也給環境帶來污染。

二次世界大戰以後，由於現代科學技術的迅速發展，國際環境問題有了新的變化，局部地區的生態破壞和環境污染逐步升級，演變為全球性的問題，於是人們不得不面對全球性的氣候變暖、臭氧層的破壞、生物多樣性的銳減、有毒化學品的污染及越境轉移、酸雨現象日趨嚴重等一系列的問題。而解決這些問題亦需要多國聯手合作，國際環境法便應運而生。

國際環境法的淵源主要有：

- (1) 公約——即由世界上多個國家締結並對這些國家具有普遍拘束力的國際環境保護條約。國際公約是國際環境法最主要的淵源。主要的國際環境公約有《保護臭氧層維也納公約》、《聯合國氣候變化框架公約》、《防止因傾棄廢物及其他物質污染海洋公約》、《瀕危野生動植物物種國際貿易公約》、《聯合國生物多樣性公約》及《控制危險廢物越境轉移及其處置巴塞爾公約》等等。
- (2) 雙邊或多邊的條約——即由兩個或以上的國家締結的條約，它只對締約國具有法律拘束力，如《中日關於保護候鳥及其棲息環境協議》。
- (3) 國際會議與國際組織的重要宣言、決議、大綱——它們雖然沒有法律拘束力，但是反映或體現着國際環境法的原則、規則和制度，已被國際社會普遍承認為國際環境法的又一淵源。這類宣言、決議和綱領主要有《聯合國人類環境宣言》、《里約環境與發展宣言》、《21世紀議程》、《世界自然資源保護大綱》等等。
- (4) 國際習慣法。
- (5) 重要的國際環境標準、準則和建議。

到目前為止，中國參加的重要的環境保護國際條約有：《聯合國海洋法公約》、《控制危險廢物越境轉移及其處置巴塞爾公約》、《保護臭氧層維也納公約》、《聯合國氣候變化框架公約》、《聯合國生物多樣性公約》及《南極條約環境保護議定書》等。中國的《憲法》規定，全國人民代表大會常務委員會決定國際條約和重要國際協議的批准和廢除。⁴⁰由此可以推定，經過中國批准和加入的國際條約、公約和議定書，與國內法律具有相同的法律效力。另外，中國《環境保護法》第46條明確規定，如遇國際條約與國內法有不同規定時，應優先適用國際條約的規定，但中國聲明保留的條款除外。

不可否認，中國局部地區的環境污染和生態破壞伴隨着經濟發展和工業化進程已達到令人擔憂的地步，但是我們也看到近三十年來，現代環境法在中國的迅速發展以及中國政府在國際環境舞台上的積極參與。作為世界上最大的發展中國家，面對21世紀全球經濟一體化和貿易自由化的衝擊，以及中國西部大開發政策的推進，如何利用環境法律和政策來防治環境污染，提高環境質量，保護自然資源，維持生態平衡，從而達到可持續發展的目標，並對全球環境保護作出貢獻，已經成為當今中國舉足輕重的研究課題和政策焦點。

註釋

1. 《中華人民共和國環境保護法》於1989年12月26日經第七屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議通過，1989年12月26日中華人民共和國主席令第二十二號公佈，自公佈之日起施行。
2. 《大氣污染防治法》於2000年4月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十五次會議通過。
3. 《水污染防治法》於1984年5月11日第六屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議通過。根據1996年5月15日第八屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議《關於修改〈中華人民共和國水污染防治法〉的決定》修正。
4. 《固體廢物污染環境防治法》於1995年10月30日第八屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議通過，2004年12月29日第十屆全國人民代表大會常務委員會第十三次會議修訂。
5. 《環境雜訊污染防治法》於1996年10月29日第八屆全國人民代表大會常務委員會第二十二次會議通過。
6. 《海洋環境保護法》於1982年8月23日第五屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過，1999年12月25日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十三次會議修訂。
7. 《中華人民共和國水法》於1988年1月21日第六屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過，於2002年8月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十九次會議修訂通過。
8. 《中華人民共和國水土保持法》於1991年6月29日第七屆全國人民代表大會常務委員會第二十次會議通過。
9. 《土地管理法》於1986年6月25日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議通過，根據1988年12月29日第七屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議《關於修改〈中華人民共和國土地管理法〉的決定》修正，1998年8月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第四次會議修訂。
10. 《中華人民共和國漁業法》於1986年1月20日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十四次會議通過，根據2000年10月31日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議《關於修改〈中華人民共和國漁業法〉的決定》修正。
11. 《中華人民共和國礦產資源法》於1986年3月19日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十五次會議通過，根據1996年8月29日第八屆全國人民代表大會常務委員會第二十一次會議《關於修改〈中華人民共和國礦產資源法〉的決定》修正。
12. 《中華人民共和國森林法》於1984年9月20日第六屆全國人民代表大會常務委員會第七次會議通過，根據1998年4月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二次會議《關於修改〈中華人民共和國森林法〉的決定》修正。
13. 《中華人民共和國草原法》於1985年6月18日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議通過，2002年12月28日第九屆全國人民代表大會常務委員會第三十一次會議修訂。
14. 《中華人民共和國野生動物保護法》於1986年11月8日第七屆全國人民代表大會常務委員會第四次會議通過。
15. 國務院《關於進一步加強環境保護工作的決定》於1990年12月5日頒佈實施。
16. 國務院《關於進一步加強環境保護工作的決定》第八節。
17. 國務院《關於環境保護若干問題的決定》第七節。
18. 《水污染防治法》第13條第4款和《環境雜訊污染防治法》第13條第2款都規定了“環境影響報告書中，應當有該建設專案所在地單位和居民的意見。”
19. 《環境保護法》第13條。
20. 《建設專案環境保護管理條例》於1998年11月18日國務院第十次常務會議通過。

21. 《建設專案環境保護管理條例》第2條規定“在中華人民共和國領域和中華人民共和國管轄的其他海域內建設對環境有影響的建設專案，適用本法。”
22. 《建設項目環境保護管理條例》第8條。
23. 《建設項目環境保護管理條例》第24及25條。
24. 《建設項目環境保護管理條例》第25條。
25. 《建設項目環境保護管理條例》第28條。
26. 《環境保護法》第38條。
27. 《環境保護法》第28條。
28. 《放射環境管理辦法》由國家環保局於1990年5月28日頒佈。
29. 《徵收排污費暫行辦法》第6條。
30. 《徵收排污費暫行辦法》第9條。
31. 《徵收排污費暫行辦法》第10條。
32. 周珂著：《環境法》，北京：中國人民大學出版社2000年版，第46頁。
33. 《環境保護法》第29條。
34. 《環境雜訊污染防治法》第17條。
35. 《環境保護法》第39條。
36. 《海洋環境保護法》第17條。
37. 《環境保護法》第31、32條。
38. 《水污染防治法》第28條。
39. 《大氣污染防治法》第20條。
40. 《憲法》第67條第14項。

程序法律篇



25. 民事訴訟法

徐孟洲、武濤

1. 民事訴訟法的基本原理	468
1.1 民事訴訟	468
1.2 民事訴訟法	469
1.3 民事訴訟法律關係	470
1.4 民事訴訟模式理論	471
2. 民事訴訟法的基本原則與制度	472
2.1 民事訴訟法的基本原則	472
2.2 民事審判的基本制度	473
2.3 主管與管轄	474
2.4 訴訟參加人	475
2.5 民事訴訟證據	476
2.6 期間、送達	477
3. 民事訴訟法的審判程序	478
3.1 第一審普通程序	478
3.2 簡易程序	481
3.3 第二審程序	482
3.4 特別程序	483
3.5 審判監督程序	485
3.6 督促程序	486
3.7 公示催告程序	486
3.8 企業法人破產還債程序	487
4. 民事訴訟法的執执行程序	487
4.1 執行和執执行程序	487
4.2 執行的原則	488
4.3 執执行程序的一般規定	489
4.4 執行的申請與移送	489
4.5 執行措施	490
4.6 執行中止與執行終結	490
5. 涉外民事訴訟程序的特別規定	491
5.1 涉外民事訴訟程序的概念和一般原則	491
5.2 涉外民事訴訟管轄	492
5.3 涉外民事訴訟的送達	492
5.4 司法協助	492

1. 民事訴訟法的基本原理

1.1 民事訴訟

1.1.1 民事訴訟的概念

民事糾紛是非常常見的糾紛，也是現代文明社會最主要的糾紛。民事糾紛，又稱為民事爭議，是指平等主體之間發生的，以民事權利義務為內容的社會與法律糾紛，例如房屋產權糾紛、買賣合同糾紛以及專利權糾紛等等。而在現實社會中，民事糾紛的解決機制則主要包括和解、調解、仲裁和民事訴訟，其中民事訴訟是解決民事糾紛最有效的最終方法和手段。

民事訴訟是指人民法院、當事人和其他訴訟參與人，在審理民事案件的過程中，所進行的各種訴訟活動，以及由這些活動所產生的各種訴訟關係的總和。

1.1.2 民事訴訟的特點

與和解、調解、仲裁這些民事糾紛解決機制比較而言，民事訴訟具有以下幾個主要的特點：

- (1) 民事訴訟的主體是由法院、當事人、訴訟參與人、檢察院等構成的，其中法院和當事人是基本的訴訟主體，缺少任何一個都不構成民事訴訟。
- (2) 民事訴訟的內容是各民事訴訟主體的訴訟活動以及由此而產生的訴訟法律關係。
- (3) 民事訴訟所要解決的是民事糾紛，保護民事法律權益，維護民事法律秩序。
- (4) 民事訴訟都是要由若干個訴訟程序與訴訟階段組成的。民事訴訟程序主要包括審判程序和執行程序兩個部分，其中審判程序又分為普通一審程序、簡易程序、第二審程序、審判監督程序和特別程序等等。
- (5) 民事訴訟還具有公權性、強制性以及程序性的特點。

1.1.3 民事訴訟的目的

民事訴訟的目的是民事訴訟法學的一個基本理論問題，是指國家設立民事訴訟制度所期望達到的目標與結果。

在國外，民事訴訟目的是一個獨立的研究課題。德國和日本在這一領域形成了完整的學說體系。國外關於民事訴訟目的的理論主要包括：私權保護說、維護私法秩序說、糾紛解決說、程序保障說、權利保障說等等。

在中國，民事訴訟法學界對於民事訴訟目的的研究起步較晚，目前在理論界有代表性的觀點主要有以下幾種：

- (1) 多元說——認為民事訴訟的目的具有多重性和多層次性。中國現階段民事訴訟的目的包括實現權利保障、解決民事糾紛和維護社會秩序三個層次。
- (2) 秩序保障說——主張鑒於訴訟秩序本身在民事訴訟中的核心地位，民事訴訟目的應該是秩序保障。
- (3) 糾紛解決說——認為解決糾紛是民事訴訟的目的。民事訴訟制度的實際指向應該是內含着被擾亂了的權利義務關係的民事糾紛，這才是民事訴訟制度的目的所在。

- (4) 利益保障說——認為民事訴訟制度的目的是利益的提出、尋求、確認和實現，即利益的保障。

1.2 民事訴訟法

1.2.1 民事訴訟法的概念

民事訴訟法，是指國家制定的規範法院和訴訟參與人的各種訴訟活動，以及由此產生的各種訴訟關係的法律規範的總稱。

民事訴訟法有狹義和廣義之分，狹義的民事訴訟法是指民事訴訟法典，即中國1991年4月9日第七屆全國人民代表大會第四次會議通過的《中華人民共和國民事訴訟法》（以下簡稱《民事訴訟法》）。廣義的民事訴訟法，不僅包括民事訴訟法典，而且還包括憲法、其他法律、法規當中關於民事訴訟的規範，以及最高人民法院在適用民事訴訟法的過程中作出的司法解釋。

1.2.2 民事訴訟法的基本任務

中國民事訴訟法的基本任務是：

- (1) 保護當事人行使訴訟權利；
- (2) 保證人民法院公正及時審判案件；
- (3) 保護當事人的合法權益；
- (4) 教育公民自覺遵守法律；
- (5) 維護社會秩序和經濟秩序。

第二條

中華人民共和國民事訴訟法的任務，是保護當事人行使訴訟權利，保證人民法院查明事實，分清是非，正確適用法律，及時審理民事案件，確認民事權利義務關係，制裁民事違法行為，保護當事人的合法權益，教育公民自覺遵守法律，維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業順利進行。

《民事訴訟法》（1991年）

1.2.3 民事訴訟法的效力

民事訴訟法的效力，是指民事訴訟法對什麼人、什麼事、在什麼空間時候和什麼時間空間適用和發生作用，主要包括對人的效力、對事的效力、空間效力和時間效力。

- (1) 對人的效力——根據《民事訴訟法》的規定，凡在中國領域內進行民事訴訟的當事人，都應該按照中國民事訴訟法的規定進行訴訟活動。具體說，這些人包括：中國公民、法人和其他組織；居住在中國境內的外國人、無國籍人以及外國企業和組織；不在中國境內居住但要求在中國進行民事訴訟的外國人、無國籍人以及外國企業和組織；享有外交特權和豁免權，但是根據國際慣例和中國有關規定其民事案件應該受中國法院管轄的外國人。

- (2) 對事的效力——依據《民事訴訟法》的規定，適用民事訴訟法審理的案件主要有以下幾類：因民法、婚姻法、收養法、繼承法等民事實體法調整的平等主體之間的財產關係和人身關係發生的民事案件；因經濟法、勞動法調整的社會關係發生的爭議，法律規定適用民事訴訟程序審理的案件；適用特別程序審理的選民資格案件和宣告公民失蹤、死亡等的非訟案件；按照督促程序解決的債務案件；按照公示催告程序解決的宣告票據和有關事項無效的案件。
- (3) 空間效力——按照《民事訴訟法》的規定，中國《民事訴訟法》生效的空間範圍，是整個中國領域包括中國的領土、領海、領空以及領土的自然延伸部分。
- (4) 時間效力——《民事訴訟法》生效後，無論是審理生效前受理的案件，還是審理生效後受理的案件，均適用新法（即《民事訴訟法》）。但是新法生效前對已受理案件適用舊法所進行的程序依然有效。

1.3 民事訴訟法律關係

1.3.1 民事訴訟法律關係的概念

民事訴訟法律關係是指受民事訴訟法律、法規調整的人民法院、當事人及其他訴訟參與人之間存在的以訴訟權利和義務為內容的具體社會關係。

民事訴訟法律規範的存在，是特定的社會關係轉化為民事訴訟法律關係的前提和條件；民事訴訟法律關係的實現，是民事訴訟法律規範在社會現實生活中的體現。

1.3.2 民事訴訟法律關係的特徵

民事訴訟法律關係具有以下幾個主要特徵：

- (1) 是由審判法律關係和爭訟法律關係構成的特殊的社會關係——所謂審判法律關係是指在人民法院與當事人及其他訴訟參與人之間形成的，由民事訴訟法、法院組織法等法律調整的以審判權利和審判義務為內容的法律關係。而所謂爭訟法律關係是指在當事人與其他訴訟參與人之間形成的，由《民事訴訟法》、《律師法》及其他訴訟法規調整的以訴訟權利和訴訟義務為內容的法律關係。
- (2) 體現了法院審判權和當事人訴訟權利的有機結合——只有強調法院審判權與當事人訴訟權利並重，才能增強當事人的訴訟主體地位，保證民事訴訟的目的得以實現。
- (3) 是多個訴訟法律關係主體之間形成的，多種社會關係——民事訴訟法律關係的主軸是以人民法院為中心的審判法律關係和以當事人為中心的爭訟法律關係的結合。在這兩個主軸之下，各個訴訟法律關係主體之間還展開了多種訴訟法律關係，比如說人民法院與證人之間、當事人與代理人之間的關係等等。

1.3.3 民事訴訟法律關係的主體

所謂民事法律關係的主體，是指在民事訴訟中享有訴訟權利、承擔訴訟義務的國家機關、公民、法人和其他組織。

根據中國《民事訴訟法》的規定，民事訴訟法律關係的主體包括人民法院、人民檢察院、訴訟參與人和其他訴訟參與人。

- (1) 人民法院——人民法院是行使國家審判權的機關，在訴訟中依法享有訴訟權利和承擔訴訟義務，依照法定的程序和方式進行訴訟行為。
- (2) 人民檢察院——人民檢察院作為國家的監督機關，根據《民事訴訟法》第185條賦予的抗訴權，通過提出抗訴，派出檢察員參加訴訟的方式，與人民法院形成審判法律關係。
- (3) 當事人——包括原告、被告、共同訴訟人。第三人和訴訟代表人，在訴訟過程中享有廣泛的訴訟權利，同時承擔相應的訴訟義務。
- (4) 訴訟代理人——訴訟代理人基於法律規定、法院指定以及與當事人之間形成的訴訟上的代理關係參加訴訟，分為法定代理人、指定代理人 and 委託代理人。
- (5) 其他訴訟參與人——《民事訴訟法》沒有作明確的規定，這裏應該包括證人、鑑定人、翻譯人員、勘驗人員以及協助執行人員等。

1.3.4 民事訴訟法律關係的內容

民事訴訟法律關係的內容，是指民事訴訟法律關係主體在訴訟法律關係中享有的訴訟權利和應當承擔的訴訟義務。分別包括人民法院的訴訟權利和訴訟義務、人民檢察院的訴訟權利和訴訟義務、當事人的訴訟權利和訴訟義務、訴訟代理人的訴訟權利和訴訟義務，以及其他訴訟參與人的訴訟權利和訴訟義務。

1.3.5 民事訴訟法律關係的客體

民事訴訟法律關係的客體，是指民事訴訟法律關係主體的訴訟權利和訴訟義務所指向的物件。

人民法院和當事人之間的訴訟權利義務所指向的對象，是案件的客觀事實和實體權利請求；人民法院和人民檢察院之間的訴訟權利義務所指向的對象是人民法院生效裁判認定的事實和適用的法律；人民法院和其他訴訟參與人之間的訴訟權利和訴訟義務所指向的物件是案件的客觀事實；當事人之間的訴訟權利義務所指向的對象是訴訟理由和訴訟請求；當事人和其他訴訟參與人之間的訴訟權利義務所指向的對象是案件客觀事實。

1.4 民事訴訟模式理論

1.4.1 民事訴訟模式的概念

民事訴訟模式是指支援民事訴訟制度和程序運作所形成的結構中各種基本要素及其關係的抽象形式。

在當今世界各國地民事訴訟中，主要存在着當事人主義模式和職權主義模式，兩種模式共同存在，相互作用，相互影響。

1.4.2 當事人主義模式

所謂當事人主義，在英美法系中稱為“Adversary System”，在大陸法系中直接稱為當事人主義，是指在民事糾紛的解決過程中，訴訟請求的確定，訴訟資料、證據的收集和證明主要由當事人負責的民事訴訟模式。

在當事人主義的訴訟模式下，民事訴訟程序的啟動、繼續依賴於當事人，法院或者法官不能主動依職權啟動或者推進民事訴訟程序；法院或法官裁判所依賴的證據資料只能依賴於當事人，作為法院判斷的對象的主張只能來源於當事人，法院或法官不能在當事人指明的證據範圍以外，主動收集證據。

1.4.3 職權主義模式

職權主義模式是指法院在訴訟程序過程中，對訴訟程序的進行、訴訟資料證據的收集等擁有主導權的民事訴訟模式。

作為民事訴訟的基本模式，職權主義是當事人主義的對立物，因此職權主義的基本含義就是當事人主義基本含義的對立面和相反面。

2. 民事訴訟法的基本原則與制度

2.1 民事訴訟法的基本原則

2.1.1 民事訴訟法基本原則的概念和作用

民事訴訟法的基本原則，是指在民事訴訟過程中起指導作用的準則，也是人民法院、當事人和其他訴訟參與人進行民事訴訟活動必須遵循的準則。

民事訴訟法的基本原則具有概括性、指導性的特點，是對民事訴訟法中的根本問題所作的規定，反映了民事訴訟法的基本原理、內在規律和特有價值，是制定、適用、解釋民事訴訟法的依據。

2.1.2 當事人訴訟權利平等原則

當事人訴訟權利平等原則，是指當事人在民事訴訟中平等地享有和行使訴訟權利，以及人民法院在審理民事案件過程中應當保障當事人平等地享有和行使訴訟權利。

第八條

民事訴訟當事人有平等的訴訟權利。人民法院審理民事案件，應當保障和便利當事人行使訴訟權利，對當事人在適用法律上一律平等。

《民事訴訟法》（1991年）

2.1.3 辯論原則

辯論原則是指民事訴訟的當事人有權就所爭議的事實和法律問題，在法院的主持下進行辯論，說明和論證自己主張的真實性和合法性，反駁對方當事人的意見和主張。

第十二條

人民法院審理民事案件時，當事人有權進行辯論。

《民事訴訟法》（1991年）

2.1.4 處分原則

處分原則就是指當事人在法律規定的範圍內處置自己的民事權利，以及民事訴訟權利的自由受法律的保護。訴訟當事人有權在法律所允許的範圍內自由處分自己的民事權利和民事訴訟權利。

第十三條

當事人有權在法律規定範圍內處分自己的民事權利和民事訴訟權利。

《民事訴訟法》（1991年）

2.1.5 同等和對等原則

同等原則是指一國公民、組織在他國進行民事訴訟時，與他國公民、組織享有同等的訴訟權利和承擔同等的訴訟義務。同等原則是國際法中的國民待遇原則在民事訴訟中的體現。對等原則是指一國法院在民事訴訟中對他國的公民、組織的訴訟權利加以限制的，他國法院對該國的公民、組織的民事訴訟權利給以同樣的限制。

第五條

外國人、無國籍人、外國企業和組織在人民法院起訴、應訴，同中華人民共和國公民、法人和其他組織有同等的訴訟權利義務。

外國法院對中華人民共和國公民、法人和其他組織的民事訴訟權利加以限制的，中華人民共和國人民法院對該國公民、法人和組織的民事訴訟權利，實行對等原則。

《民事訴訟法》（1991年）

2.2 民事審判的基本制度

2.2.1 民事審判的基本制度

民事審判的基本制度是指法院審判民事案件所必須遵循的基本操作規程。審判活動不同於其他一般的社會活動，它必須具有體現審判規律，反映審判目的的一系列特點，而這些特點主要是通過民事審判的基本制度表現出來。

中國審判的基本制度主要包括合議制度、迴避制度、公開審判制度和兩審終審制度。

2.2.2 合議制度

合議制度是指有三名以上的審判人員組成合議庭，代表法院行使審判權，對案件進行審理並作出裁判的制度。

合議制度是相對於獨任制度而言的。獨任制度是指僅由一名審判員獨立地對案件進行審理並作出裁判的制度，一般僅適用於一些法律規定的簡易程序。合議制和獨任制是中國審判組織的兩種形式。

民事訴訟法規定，人民法院審理民事案件以實行合議制度為原則，以實行獨任制度為例外。

2.2.3 迴避制度

民事訴訟中的迴避制度，是指在民事訴訟中，審判人員以及其他可能影響案件公正審理的有關人員，在遇到法律規定的情形必須退出該案訴訟程序的制度。

通過迴避制度，可以把可能影響案件公正審理的審判人員和其他有關人員排除出審判的過程，以消除當事人的疑慮，確保審判過程和審判結果的公正合法。

2.2.4 公開審判制度

公開審判制度是指人民法院在審理民事案件時，應當將其審判活動與過程向社會公開的制度。

公開審判制度的內容包括以下幾個方面：

- (1) 人民法院應當在案件開庭審理前公告當事人的姓名、案由和開庭審理的時間、地點；
- (2) 在開庭審理期間，除了法律規定的情形以外，公民可以旁聽案件的審理；
- (3) 允許新聞記者對案件進行採訪報導；
- (4) 人民法院對所有案件的判決都應該公開宣告。

2.2.5 兩審終審制度

兩審終審制度，是指民事案件經過兩級人民法院審理就告終結的制度。

中國的法院分為基層法院、中級法院、高級法院和最高法院四級。在這四級法院中，除了最高法院受理的第一審案件實行一審終審外，其餘三級法院均實行兩審終審制度。

2.3 主管與管轄

2.3.1 主管

主管一般是指國家機關的職權範圍，法院在民事訴訟中的主管，是指法院受理民事案件的許可權範圍以及法院與其他國家機關、社會團體之間關於解決民事糾紛的分工。

中國《民事訴訟法》第3條規定，“人民法院受理公民之間、法人之間、其他組織之間以及他們相互之間因財產關係和人身關係提起的民事訴訟，適用本法的規定。”根據這個標準，中國法院主管的民事案件主要包括以下幾類：

- (1) 民法調整的財產關係和人身關係發生糾紛的案件——如財產所有權、用益物權、擔保物權、債權、著作權、專利權、商標權、人格權和身份權等糾紛所發生的案件。
- (2) 婚姻法調整的婚姻家庭關係發生糾紛的案件——如離婚、收養、贍養、扶養、撫養等案件。
- (3) 商法調整的商事關係發生糾紛的案件——如票據案件、海商案件以及企業破產案件等等。
- (4) 經濟法調整的部分經濟關係發生糾紛的案件——如不正當競爭行為引起的損害賠償案件、違反產質量法所引起的產品責任案件等等。
- (5) 勞動法調整的部分勞動關係發生糾紛的勞動爭議案件——如因企業開除、辭退職工而發生的案件等等。
- (6) 根據法律規定，由法院適用民事訴訟法解決的其他案件——如選民資格案件、認定公民無民事行為能力或限制行為能力的案件等等。

2.3.2 管轄

民事訴訟中的管轄，是指各級人民法院之間和同級人民法院之間受理第一審民事案件的分工和許可權。主管和管轄有着密切的關係，主管是確定管轄的前提和基礎，管轄則是主管的進一步落實。

管轄恒定，是指確定案件的管轄權，以起訴時為標準，起訴時享有管轄權的法院不因確定管轄的事實在訴訟過程中發生變化而影響其管轄權。

在中國的民事訴訟當中，主要有級別管轄、地域管轄和專屬管轄這幾種管轄劃分制度：

- (1) 級別管轄——指按照一定的標準，劃分上下級人民法院之間受理第一審民事案件的分工和許可權。中國民事訴訟法是根據案件的性質、繁簡程度和案件影響的大小來確定級別管轄的。
- (2) 地域管轄——指按照各法院的轄區和民事訴訟案件的隸屬關係來劃分訴訟管轄。
- (3) 專屬管轄——指法律規定某些特殊類型的案件由特定的法院管轄。

2.4 訴訟參加人

2.4.1 當事人

民事訴訟中的當事人是指因民事權利義務發生糾紛，以自己的名義進行訴訟，並且受法院裁判拘束的人。當事人有廣義和狹義之分，狹義的當事人僅指只原告和被告，廣義的當事人則包括原告和被告、共同訴訟人、第三人。

原告是指為了保護自己的或者受其管理的他人的民事權益，以自己的名義向法院提起訴訟，從而引起民事訴訟的人。被告是指被原告訴稱侵犯其民事權益或與其發生民事權益爭議，而由法院通知應訴的人。

共同訴訟是指當事人一方或雙方為兩人以上（包括兩人）的訴訟。共同訴訟是將多數當事人納入同一訴訟程序進行訴訟，屬於訴訟主體的合併。與共同訴訟相聯繫的是訴訟代表人的概念。訴訟代表人是指由人數眾多的一方當事人推選出來，代表該方當事人進行訴訟的人。

民事訴訟中的第三人是指對他人之間的訴訟標的有獨立的請求權，或者雖然沒有獨立的請求權，但是同案件的處理結果有法律上的利害關係，而參加他人之間正在進行的訴訟的人。其中有獨立請求權的第三人是指對他人之間的訴訟標的，主張獨立的請求權，從而參加到他人之間正在進行的訴訟的人。無獨立請求權第三人是指不主張獨立的請求權，只是因為與正在進行的訴訟的判決結果具有法律上的利害關係而參加到訴訟中來的人。

2.4.2 訴訟代理人

民事訴訟代理人是指根據法律或者當事人的委託，代當事人進行民事訴訟的人，簡稱訴訟代理人。訴訟代理人具有以下幾項特徵：

- (1) 訴訟代理人以被代理人的名義進行訴訟活動；
- (2) 訴訟代理人必須具有訴訟行為能力；
- (3) 訴訟代理的法律後果由被代理人承擔；
- (4) 訴訟代理人在同一案件中只能代理一方當事人進行訴訟。

根據代理權發生的原因不同，可以將訴訟代理人分為法定訴訟代理人、指定訴訟代理人 and 委託訴訟代理人三種：

- (1) 法定訴訟代理人——指根據法律規定代理無訴訟能力的當事人進行民事訴訟活動的人，法律賦予法定代理人的許可權，稱為法定訴訟代理權；
- (2) 指定訴訟代理人——指在無訴訟行為能力當事人沒有法定代理人，或者其法定代理人不能行使代理權的情況下，由法院依職權為該當事人指定而為該當事人進行訴訟的人；
- (3) 委託訴訟代理人——根據當事人、法定代表人、法定代理人、訴訟代表人等的委託，代為進行民事訴訟的人。當事人等的委託授權是委託訴訟代理人許可權的來源。

2.5 民事訴訟證據

2.5.1 民事訴訟證據的概念

民事訴訟證據是指能夠證明民事案件真實情況的各種客觀事實，也是法院認定並裁判有爭議的案件事實的依據。

2.5.2 民事訴訟證據的特徵

民事訴訟證據的特徵為客觀性、關聯性和合法性。

- (1) 客觀性——指民事訴訟證據必須是客觀存在的真實情況，而不是猜測、虛構的主觀之物，所以客觀性又稱為可觀真實性；

- (2) 關聯性——指民事訴訟證據必須與被證明物件之間存在着內在的聯繫，能夠證明其證明物件的一部分或者全部；
- (3) 合法性——指證據形式、證明方法必須符合法律規定的特定形式，對證據材料的收集、調查和審查必須符合法定的程序，否則不能作為法院定案的依據。

2.5.3 民事訴訟證據的分類

民事訴訟證據的分類是指在證據理論上按照不同的標準，對證據所做的分類。中國的民事訴訟證據在理論上可以分為本證和反證、直接證據和間接證據、原始證據和傳來證據。

- (1) 本證和反證——這是依據證據和證明責任的關係為標準所做的分類。本證是指能夠證明當事人一方所主張事實的證據；反證是指能夠證明當事人一方所主張的事實不存在的證據。
- (2) 直接證據和間接證據——這是按照證據和證明物件之間的關係為標準所作的分類。直接證據是指能夠單獨、直接證明案件主要事實的證據；間接證據是指不能夠單獨、直接證明案件的事實，但是和其他證據聯繫起來能夠共同證明和確定案件事實的證據。
- (3) 原始證據和傳來證據——這是以證據的來源為標準所作的分類。原始證據是指直接來源於案件客觀事實的證據；傳來證據是指經過中間環節間接、輾轉得來的證據。

2.5.4 民事訴訟證據的種類

民事訴訟證據的種類是指民事訴訟法對證據類型所作的劃分。根據中國《民事訴訟法》的規定，中國的民事訴訟證據的種類包括書證、物證、視聽資料、證人證言、當事人陳述、鑑定結論和勘驗筆錄七種。這也是中國民事訴訟證據的法定形式。

2.6 期間、送達

2.6.1 期間

期間又稱為訴訟期間，是指人民法院、當事人和其他訴訟參與人有效實施訴訟行為的期限和日期。在民事訴訟中，無論是人民法院的審判行為還是當事人和其他訴訟參與人的訴訟行為，都必須遵守一定的時間要求，否則，便不發生相應的法律效力。

根據期間是由法律明文規定，還是由人民法院指定，期間分為法定期間和指定期間：

- (1) 法定期間——指有法律明文加以規定的訴訟期間。即《民事訴訟法》及其他有關民事訴訟的法律規範明確規定訴訟主體實施某項訴訟行為的有效時間。對於法定期間，無論人民法院還是當事人都無權加以變更，如管轄異議期間、終結訴訟的期間以及上訴期間等等。
- (2) 指定期間——指人民法院根據案件的具體情況依職權指定期間，如人民法院在訴訟中指定當事人補正起訴狀的期間。

訴訟期間以時、日、月、年計算。期間開始的時和日不計算在期間之內。民事訴訟法中以日計算的，期間均從次日起計算；以小時計算的，開始的小時不計算在內。屆滿的最後一日是節假日的，以節假日後的第一天為期間屆滿的日期。期間不包括在途時間，訴訟文書在期滿前交郵的，不算過期。

2.6.2 送達

送達是指在民事訴訟中，人民法院按照法定程序和方式將訴訟文書送交給當事人和其他訴訟參與人的行為。

送達作為一種強制性的訴訟行為，具有以下特徵：

- (1) 送達是法院向當事人及其他訴訟參與人實施的訴訟行為；
- (2) 送達是法院在訴訟過程中實施的行為；
- (3) 送達的內容是各種訴訟文書；
- (4) 送達必須嚴格按照法定的程序和方式進行。

根據中國《民事訴訟法》的規定，人民法院送達訴訟文書的方式有以下幾種：

- (1) 直接送達——指人民法院派專人將訴訟文書直接交給受送達人；
- (2) 留置送達——指在受送達人或者其同住的成年家屬拒絕接受訴訟文書時，送達人依法將訴訟文書留在受送達人的住所即視為送達的送達方式；
- (3) 委託送達——指人民法院直接送達訴訟文書有困難的，委託受送達人所在地法院代為送交訴訟文書的送達方式；
- (4) 郵寄送達——指人民法院通過郵局將訴訟文書掛號寄交受送達人的送達方式；
- (5) 轉交送達——指人民法院將訴訟文書送交受送達人所在單位代收後，再由該單位轉交給受送達人的送達方式；
- (6) 公告送達——指人民法院以張貼公告、登報等方式，將需要送達的訴訟文書公之於眾，經過法定期間，即視為送達的送達方式。

3. 民事訴訟法的審判程序

3.1 第一審普通程序

3.1.1 普通程序的概念與特點

普通程序是中國民事訴訟法規定的人民法院審理第一審民事案件通常所適用的程序，也是民事案件的當事人進行第一審民事訴訟通常所遵循的程序。

普通程序與其他訴訟程序相比，具有以下幾個主要特點：

- (1) 普通程序具有程序的完整性，表現在程序體系完整，具體內容完整；

- (2) 普通程序具有相對的獨立性，是不需要依賴於簡易程序、第二審程序、審判監督程序的獨立的訴訟程序；
- (3) 普通程序具有廣泛的適用性。

3.1.2 起訴與受理

起訴是指公民、法人或者其他組織，認為自己所享有的或者依法由自己管理、支配的民事權益受到侵害，或者與他人發生民事權益的爭議，以自己的名義請求人民法院通過審判給予司法保護的訴訟行為。

第一百零八條

起訴必須符合下列條件：

原告是與本案有直接利害關係的公民、法人或其他組織；

有明確的被告；

有具體的訴訟請求和事實、理由；

屬於人民法院受理民事訴訟的範圍和受訴人民法院管轄。

《民事訴訟法》（1991年）

受理是指受訴人民法院通過對原告起訴的審查，認為符合法定條件，決定立案審理，從而引起訴訟程序開始進行的職權行為。受理程序包括審查起訴和立案兩個具體環節。案件一經人民法院立案，就意味着法院受理原告的起訴，並宣告訴訟程序的開始。

3.1.3 審理前的準備

審理前的準備，又稱為審前準備程序，是指人民法院和當事人在受理起訴後至開庭審理前，依法所進行的一系列訴訟活動。審前準備程序的意義在於使當事人做好法庭辯論的充分準備和充分發揮庭審的功能。

根據中國《民事訴訟法》的規定，審理前的準備階段有以下幾項工作內容：

- (1) 在法定期限內將起訴狀副本發送被告，限期被告提出答辯狀並在法定期限內將答辯狀副本發送原告；
- (2) 向當事人告知有關的訴訟權利義務和合議庭的組成人員；
- (3) 認真審核訴訟材料，調查收集必要的證據；
- (4) 追加當事人。

3.1.4 開庭審理

開庭審理是指受訴人民法院在完成審理前的準備後，於確定的日期，在雙方當事人及其他訴訟參與人的參加下，依照法定的形式和程序，在法庭上對民事案件進行實體審理的訴訟活動過程。

開庭審理的任務是：通過法庭調查和辯論，審查核實證據，查明案件事實，分清是非責任，正確使用法律，確認當事人之間的權利義務關係，制裁民事違法行為，保護當事人的合法權益。

開庭審理包括開庭準備階段、法庭調查階段、法庭辯論階段和評議與宣判階段等。

開庭準備是開庭審理的最初階段，具體工作包括查明當事人和其他訴訟參與人是否到庭，宣佈法庭紀律，核對當事人，宣佈案由，宣佈審判人員、書記員名單，告知當事人有關的訴訟權利義務，詢問當事人是否提出迴避申請等等。

法庭調查是開庭審理的中心環節，主要任務是通過當事人陳述和證人作證，出示書證、物證和視聽資料，宣讀鑑定結論和勘驗筆錄，來查明案件事實、審查核實證據。

法庭辯論是指在合議庭的主持下，各方當事人根據法庭調查已經查明的事實和證據闡明自己的觀點，相互進行嚴詞辯論的訴訟活動。

評議和宣判是由合議庭的人員在法庭調查和法庭辯論的基礎上，認定案件事實，確定適用的法律，最後宣告案件的審理結果，這是開庭審理的最後階段。

3.1.5 訴訟中止和終結

訴訟中止是指在訴訟進行過程中，因出現法定事由而使本案訴訟活動難以繼續進行，受訴法院裁定暫時停止本案訴訟程序的制度。

第一百三十六條

有下列情形之一的，應當中止訴訟：

- 一方當事人死亡，需要等待繼承人表明是否參加訴訟的；
- 一方當事人喪失訴訟行為能力，尚未確定法定代理人的；
- 作為一方當事人的法人或者其他組織終止，尚未確定權利義務的承受人的；
- 一方當事人因不可抗拒的事由，不能參加訴訟的；
- 本案必須以另一案件的審理結果為依據，而另一案尚未審結的；
- 其他應當中止的情形。

《民事訴訟法》（1991年）

訴訟終結是指在訴訟進行過程中，由於一方當事人死亡，致使本案訴訟程序無法繼續進行或者無需繼續進行時，由受訴人民法院裁定結束本案訴訟程序的制度。廣義的訴訟終結還包括因法院作出確定判決、當事人撤訴、達成調解協定等事由而導致訴訟終結。

第一百三十七條

有下列情形之一的，法院應當裁定終結訴訟：

- 原告死亡，沒有繼承人或者繼承人放棄訴訟權利的；
- 被告死亡，沒有遺產，也沒有義務繼承人的；
- 離婚案件一方當事人死亡的；
- 追索贍養費、扶養費、撫育費以及解除收養關係案件的一方當事人死亡的。

《民事訴訟法》（1991年）

3.1.6 民事判決和裁定

民事判決是指人民法院對民事案件依法定程序審理後，對案件的實體問題依法作出的具有法律效力的結論性判定。

民事判決書的內容主要包括：

- (1) 案由、訴訟請求、爭議的事實和理由；
- (2) 判決認定的事實、理由和適用的法律依據；
- (3) 判決結果和訴訟費用的負擔；
- (4) 上訴期間和上訴的法院。

根據民事判決的具體內容，民事判決可以分為給付判決、確認判決和變更判決。

民事裁定是指人民法院在審理民事案件的過程中，對有關訴訟程序上的事項作出的判定。

依照中國《民事訴訟法》的規定，裁定主要適用於解決下列事項：

- (1) 不與受理；
- (2) 對管轄權有異議的；
- (3) 駁回起訴；
- (4) 財產保全和先予執行；
- (5) 准許或不准許撤訴；
- (6) 中止或者終結訴訟；
- (7) 補正判決書的筆誤；
- (8) 中止或者終結執行；
- (9) 不予執行仲裁裁決；
- (10) 不予執行公證機關賦予強制執行效力的債權文書；
- (11) 其他需要裁定解決的事項，如宣告破產、延期審理等。

3.2 簡易程序

3.2.1 簡易程序的概念

簡易程序在中國的民事訴訟法中，是指基層人民法院及其派出的法庭審理簡單民事案件和簡單經濟糾紛案件所適用的程序。簡易程序是與普通程序並存的獨立的民事第一審程序之一。

3.2.2 簡易程序的特點

簡易程序主要有以下幾個特點：

- (1) 起訴方式簡便——對簡單的民事案件，原告可以口頭起訴也可以書面起訴，不附加任何條件和限制。
- (2) 受理程序簡便——適用簡易程序審理的案件，雙方當事人可以同時到基層人民法院或者其派出法庭，請求解決糾紛；審判人員經過審查，認為符合起訴條件的可以當即受理案件，也可以另定日期審理。

- (3) 傳喚當事人、證人的方式簡便——適用簡易程序的案件，可以用簡便的方式隨時傳喚當事人、證人，即可以採用打電話、捎便條、帶口信等方式進行傳喚，並且傳喚不受普通程序三日前的限制，可以隨時傳喚。
- (4) 實行獨任制——對簡單的民事案件，只由審判員一人獨任審理，書記員一人擔任記錄。
- (5) 開庭審理程序簡便——審判人員可以根據案件的具體情況，簡化案件審理的方式和步驟，不受普通程序中關於開庭審理階段和順序的限制。
- (6) 審理期限簡短——適用簡易程序的民事案件，人民法院應當在立案之日的起3個月內審結。

3.2.3 簡易程序的適用範圍

適用簡易程序的法院是基層人民法院及其派出法庭，中級以上法院審理任何案件都不適用簡易程序；適用簡易程序的案件必須是事實清楚，權利義務關係明確，爭議不大的簡單民事案件。

3.3 第二審程序

3.3.1 第二審程序的概念

第二審程序是指由於民事訴訟的當事人不服地方各級人民法院作出的未發生法律效力的第一審裁判，而在法定期間內向上一級人民法院提起上訴而引起的訴訟程序，是第二審級的人民法院審理上訴案件所適用的訴訟程序。

3.3.2 上訴的概念和條件

上訴是指當事人不服地方各級人民法院依據第一審程序所作出的尚未發生既判力的判決、裁定，依法請求上一級人民法院予以審理，以求撤銷或變更該判決、裁定，保護其合法民事權益的訴訟行為。

根據中國《民事訴訟法》的規定，當事人行使上訴權，發動第二審程序，必須具備下列條件：

- (1) 上訴人與被上訴人必須合格；
- (2) 當事人所不服的一審判決、裁定，必須是法律明文規定可以上訴的判決和裁定；
- (3) 上訴必須在法定期限內提起；
- (4) 上訴只能向一審法院的直接上級法院提起，不得越級上訴；
- (5) 上訴時必須遞交符合法律要求的上訴狀。

3.3.3 第二審案件的程序

第二審案件的程序主要包括上訴的提起、上訴的受理、上訴案件的審理、上訴的撤回和上訴案件的裁判。

當事人對一審法院的裁判不服，既可以通過原審人民法院提出，也可以首先直接要向該法院的上級法院遞交上訴狀，提出上訴。

當事人提交上訴狀後，人民法院應當按照下列程序受理：

- (1) 審查是否符合法定的上訴條件；
- (2) 原審法院在收到答辯狀的次日起五日內將副本送達上訴人；
- (3) 原審人民法院收到上訴狀、答辯狀，應當在五日内連同全部案卷和證據，報保送第二審人民法院。

上訴案件的審理程序與第一審程序大致相同，民事訴訟法對第二審程序有專門規定的，適用專門規定。

在第二審人民法院受理上訴後至作出裁判之前，上訴人可以申請撤回上訴。

對於上訴案件，第二審法院經過審理，應該根據實際情況作出維持原判、依法改判和發回重審的裁判結果。

第一百五十三條

第二審人民法院對上訴案件，經過審理，按照下列情形，分別處理：

原判決認定事實清楚，適用法律正確的，判決駁回上訴，維持原判決；

原判決適用法律錯誤，依法改判；

原判決認定事實錯誤，或者原判決認定事實不清，證據不足，裁定撤銷原判決，發回原審人民法院重審，或者查清事實後改判；

原判決違反法定程序，可能影響案件正確裁判的，裁定撤銷原判決，發回原審人民法院重審。

當事人對重審案件的判決、裁定，可以上訴。

《民事訴訟法》（1991年）

3.4 特別程序

3.4.1 特別程序的概念和適用範圍

特別程序是指人民法院審理特殊類型民事案件所適用的特殊審判程序。它是與第一審程序中的普通程序和簡易程序並存而規定的一種審判程序。與普通程序和簡易程序相比，特別程序具有一審終局制度、審理期限較短以及免交案件受理費等特點。

根據中國《民事訴訟法》的規定，適用特別程序進行審理的案件主要有兩類：一類是選民資格案件，另一類是非訟案件。中國的非訟案件包括宣告公民失蹤，宣告公民死亡，認定公民無民事行為能力、限制行為能力案件和認定財產無主的案件。

3.4.2 選民資格案件

選民資格案件，是指公民對選舉委員會公佈的選民資格名單有不同意見，向選舉委員會申訴後，對選舉委員會就申訴所作的決定不服，而向人民法院提起訴訟的案件。

選民資格案件，由選區所在地的基層人民法院管轄。人民法院審理選民資格案件，只能由審判員組成合議庭進行審理，不能實行獨任制和陪審制。人民法院在受理的選民資格案件之後，必須在選舉日之前審結。

3.4.3 宣告公民失蹤案件

宣告公民失蹤案件，是指公民離開自己的住所下落不明，經過法律規定的期限仍然無音訊，經利害關係人申請，人民法院宣告該公民為失蹤人的案件。

申請人民法院宣告公民失蹤，必須具備以下條件：

- (1) 必須有公民下落不明滿2年的事實；
- (2) 必須是與下落不明的公民有利害關係的人向人民法院提出申請；
- (3) 必須採用書面方式提出申請。

宣告公民失蹤的案件，由有下落不明的人的住所地基層人民法院管轄。

3.4.4 宣告公民死亡案件

宣告公民死亡案件是指公民下落不明滿法定期限，人民法院根據利害關係人的申請，依法宣告該公民死亡的案件。

宣告公民死亡的案件必須滿足公民失蹤後生死不明、該生死不明的狀態達到法定的期限的條件。

宣告公民死亡的案件，由下落不明人的住所地的基層人民法院管轄。

3.4.5 認定公民無民事行為能力、限制行為能力案件

認定公民無民事行為、限制行為能力的案件是指人民法院根據利害關係人的申請，對不能正確辨認自己行為或者不能完全辨認自己行為的精神病人，按照法定的程序，認定並且宣告該公民無民事行為能力或者限制民事行為能力的案件。

認定公民無民事行為能力、限制行為能力案件由有該公民住所地的基層人民法院管轄。

3.4.6 認定財產無主案件

認定財產無主案件是指人民法院根據公民、法人或者其他組織的申請，依照法律規定的程序將某項歸屬不明的財產認定為無主財產，並將它判歸為國家或者集體所有的案件。

認定財產無主的案件，應當由財產所在地的基層人民法院管轄。

3.5 審判監督程序

3.5.1 審判監督程序的概念和特點

審判監督程序是指對判決、裁定和調解協定已經發生法律效力的案件提起再審的程序以及人民法院依法對這些案件進行再審的程序。審判監督程序又稱為再審程序。

審判監督程序的特點包括：

- (1) 是一種非通常的訴訟程序；
- (2) 是一種事後的救濟程序；
- (3) 有特殊的提起方式。

3.5.2 再審的發動程序

根據發動再審程序的機關不同，發動再審的程序分為人民法院依職權提起再審、人民檢察院提起抗訴和當事人申請再審三種程序。

人民法院依職權提起再審的實質性條件只有一個，就是發現已經發生既判力的判決、裁定確有錯誤。

人民檢察院提起抗訴的情形是：

- (1) 原判決、裁定認定事實的主要證據不足；
- (2) 原判決、裁定適用的法律確有錯誤；
- (3) 人民法院違反法定程序，可能影響案件的正確判決、裁定的；
- (4) 審判人員在審理該案件時有貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁判行為的。

當事人申請再審則必須同時符合形式條件和實質條件。形式條件是：

- (1) 提起再審的主體必須是原審案件中的當事人；
- (2) 提起再審的物件，必須是已經發生既判力的判決、裁定或調解協議；
- (3) 提起再審的期限，是在判決、裁定或調解協定發生既判力後的兩年。實質條件即法定事由是由包括：
 - (1) 有新的證據足以推翻原判決和裁定的；
 - (2) 原判決、裁定認定事實的主要證據不足；
 - (3) 原判決、裁定適用的法律確有錯誤；
 - (4) 人民法院違反法定程序，可能影響案件的正確判決、裁定的；
 - (5) 審判人員在審理該案件時有貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁判行為的；
 - (6) 有證據證明調解違反自願原則的；
 - (7) 有證據證明調解協定內容違反法律的。

3.5.3 再審案件的審判程序

根據中國《民事訴訟法》的規定，人民法院在審理再審案件時應當遵循下列程序：

- (1) 裁定中止原判決、裁定的執行；
- (2) 另行組成合議庭；

- (3) 人民法院按照審判監督程序再審的案件，發生既判力效力的判決、裁定由第一審人民法院作出的，適用第一審程序；發生既判力效力的判決、裁定由第二審人民法院作出的，適用第二審程序；上級人民法院提審案件的，適用第二審程序。

3.6 督促程序

3.6.1 督促程序的概念

督促程序是指是對於債權人提出的以給付一定數量的金錢、有價證券為標的財產請求，基層人民法院根據債權人的單方面申請，不經過開庭審理，以該債權人的主張為內容，直接向債務人發出支付命令的非訟程序。因此，從功能上說，督促程序是債權人以債務人對他提出的財產請求不提出異議為假定前提，通過人民法院催促債務人清償債務的簡快程序。

3.6.2 督促程序的適用條件

督促程序並不能適用於所有民事案件，根據中國《民事訴訟法》的規定，債權人提出適用督促程序的民事案件必須符合以下法定條件。根據中國《民事訴訟法》的規定，這些條件包括：

- (1) 必須以金錢、有價證券為標的物的給付之訴；
- (2) 債權人和債務人沒有其他債務糾紛；
- (3) 支付令能夠送達債務人。

3.7 公示催告程序

3.7.1 公示催告程序的概念

公示催告程序是指在票據持有人的票據被盜、遺失或者滅失的情況下，人民法院根據當事人的申請，以公告的方式催告利害關係人在一定期間內申報權利，如果逾期無人申報，根據申請人的申請，依法作出除權判決的程序。

3.7.2 公示催告程序的適用範圍

根據中國《民事訴訟法》的規定，公示催告程序的適用範圍主要包括兩大類，即按照規定可以背書轉讓的票據被盜、遺失或者滅失的，以及以後根據法律的規定可以申請公示催告的其他事項。

3.7.3 申請公示催告的條件

當事人申請公示催告，必須符合以下條件：

- (1) 申請人必須是享有申請權的票據持有人，即票據被盜、遺失或者滅失前的最後持有人；

- (2) 具有明確、合法的申請形式和理由；
- (3) 必須向有管轄權的人民法院，即票據支付地的地基層人民法院申請。

3.7.4 公示催告程序的構成

公示催告程序是非常簡便的非訟程序，法院不傳喚對方當事人，不開庭審理，只根據申請人提出的事實、證據進行形式審查和書面審理。

公示催告程序主要包括以下幾個階段：

- (1) 當事人申請；
- (2) 法院對申請進行審查和受理；
- (3) 發出停止支付的命令；
- (4) 發出公示催告的公告；
- (5) 申報權利；
- (6) 作出除權判決；
- (7) 對利害關係人的法律救濟；
- (8) 公示催告程序的終結。

3.8 企業法人破產還債程序

企業破產還債程序是指企業法人因嚴重虧損，無力清償到期債務，債權人或者債務人向人民法院申請宣告破產還債，經法院審理受理，宣告企業法人破產，並將債務人的財產公平分給債權人的民事特別審理程序。

關於企業破產的立法，目前中國的主要法律依據是1986年人大常委會通過的《中華人民共和國企業破產法（試行）》。1991年中國的《民事訴訟法》第十九章增加了“企業破產還債程序”，其意義在於擴大了適用破產程序的範圍，將原來僅適用於公有制企業擴大到適用於所有的企業法人，並對其中的若干規定進行了修正，體現了中國在企業法人破產還債程序立法方面的進步。

4. 民事訴訟法的執行程序

4.1 執行和執行程序

4.1.1 執行的概念與特徵

執行是指人民法院的執行組織依照法律規定的程序，運用國家的強制力量，在負有義務的一方當事人拒不履行義務時，強制其履行義務，實現生效法律文書內容的一種訴訟活動。

執行具有以下特徵：

- (1) 執行只能由人民法院進行；
- (2) 人民法院進行執行活動必須以生效的法律文書為根據；
- (3) 人民法院的執行活動具有強制性；
- (4) 人民法院的執行活動必須依照法定程序進行。

4.1.2 執行程序的概念和特徵

執行程序是指人民法院在申請執行人、被執行人以及協助執行人的參加下，進行執行活動，實現權利人權利的民事訴訟法上的程序活動。

執行程序具有以下特徵：

- (1) 執行程序是以司法執行權為基礎的法定程序；
- (2) 執行程序是與強制性措施合為一體的法定程序；
- (3) 執行程序是以通過國家強制力迫使義務人履行義務為目的的訴訟程序；
- (4) 執行程序是可以實現對某些違法行為進行法律制裁的法定程序。

4.2 執行的原則

執行的原則是指對執行的整個過程起着指導性作用的準則，是人民法院進行執行活動和當事人以及有關單位與個人在執行過程中進行有關活動的基本行為規則。

4.2.1 依法執行的原則

依法執行原則是指執行應當按照民事訴訟法和有關法律的規定進行。它是中國法治原則在民事執行過程中的具體要求和體現。具體而言，首先，執行必須以生效的法律文書為根據；其次，執行程序必須依照法定方式開始；再次，執行必須依照法定的程序和方式進行。

4.2.2 執行標的有限原則

執行標的有限原則是指執行活動必須針對法律允許的物件進行。執行的標的限於財產或行為，而不包括人身。而且對財產的執行也有一定的範圍。

4.2.3 當事人申請執行與人民法院依職權主動執行相結合原則

執行的申請原則上以當事人申請為主，對於一些涉及國家和社會重大利益的案件等，人民法院可以不經當事人申請而依照職權主動提起執行程序。

4.2.4 法院執行與協助執行相結合的原則

法院執行與協助執行相結合的原則是指人民法院在進行執行中必要時可以取得有關單位和個人的協助，確保執行的順利進行和完成。

4.3 執行程序的一般規定

4.3.1 執行機構

執行機構是指人民法院內部設置的負責執行工作、實現執行任務的專門職能機構。根據民事訴訟法的規定，基層人民法院和中級人民法院根據需要，可以設立執行機構（執行庭）來具體實施執行程序。

4.3.2 執行依據

執行依據是指能夠據以執行的法律文書，主要包括人民法院製作的具有執行內容的法律文書、其他機關製作的具有執行內容的法律文書和人民法院製作的承認並執行外國法院判決、裁定或者外國仲裁機構裁決的裁定書。

4.3.3 執行管轄

執行管轄是指劃分人民法院辦理執行案件的許可權和分工，即據以執行的法律文書具體由哪一個法院執行。

根據中國《民事訴訟法》的規定，法律規定由人民法院製作的具有財產內容的民事判決、裁定、調解書和刑事判決、裁定中的財產部分，由第一審人民法院執行；發生法律效力的支付令由製作支付令的人民法院負責執行；法律規定的由人民法院執行的其他法律文書如仲裁裁決書和公證債權文書等，由被執行人住所地或者被執行人財產所在地人民法院執行。

4.4 執行的申請與移送

執行的申請和移送是執行開始的兩種方式，執行程序可因當事人的申請而開始，也可以由審判員移送給執行員而開始。

4.4.1 申請執行

申請執行是指當事人向人民法院提交申請執行書和執行根據而開始的執行。

當事人向人民法院申請執行，必須符合下列條件：

- (1) 據以申請執行的法律文書已經發生法律效力，並且具有執行內容；
- (2) 法律文書規定的履行義務期限已經屆滿，義務人仍未履行義務；
- (3) 必須在法律規定的申請執行的期限內提出執行申請；
- (4) 必須向有管轄權的人民法院提出申請。

4.4.2 移送執行

移送執行是指人民法院的裁判發生法律效力後，由審理該案的審判人員將案件交付給執行人員執行，而直接開始執行程序的行為。

根據中國《民事訴訟法》的規定，移送執行的案件主要有判決、裁定具有交付贍養費、撫育費、扶養費、醫藥費等內容的案件；具有財產執行內容的刑事判決書、裁定書；審判人員認為涉及國家、集體或者公民重大利益的案件。

4.5 執行措施

執行措施是指人民法院依照法定程序強制執行生效法律文書的方法和手段。根據中國《民事訴訟法》的規定，執行措施主要包括以下幾種：

- (1) 查詢、凍結、劃撥被執行人的存款；
- (2) 扣留、提取被執行人的收入；
- (3) 查封、扣押、拍賣、變賣被執行人的財產；
- (4) 搜查被執行人的財產；
- (5) 強制被執行人交付法律文書指定的財物或票證；
- (6) 強制被執行人遷出房屋或退出土地；
- (7) 強制被執行人履行法律文書指定的行為；
- (8) 辦理財產權證照轉移手續；
- (9) 強制被執行人支付遲延履行期間債務利息及遲延履行金。

4.6 執行中止與執行終結

4.6.1 執行中止

執行中止是指在執行過程中，由於某種特殊情況的發生而暫時停止執执行程序，等到該情況消除後再恢復執程序的制度。

第二百三十四條

有下列情形之一的，人民法院可以裁定中止執行：

申請人表示可以延期執行；

案外人對執行標的提出確有理由的異議；

作為一方當事人的公民死亡，需要等待繼承人繼承權利承擔義務；

作為一方當事人的法人或者其他組織終止，尚未確定權利義務承受人；

人民法院認為應當中止執行的其他情形。

中止的情形消失後，恢復執行。

《民事訴訟法》（1991年）

4.6.2 執行終結

執行終結是指在執行過程中，由於發生了某些特殊情況，執执行程序不可能或者沒有必要繼續進行，從而結束執程序的制度。

第二百三十五條

有下列情形之一的，人民法院應當裁定終結執行：
申請人撤銷申請的；
據以執行的法律文書被撤銷的；
作為被執行人的公民死亡，無遺產可供執行，又無義務承擔人的；
追索贍養費、扶養費、撫育費案件的權利人死亡的；
作為被執行人的公民因生活困難無力償還借款，無收入來源，又喪事勞動能力的；
人民法院認為應當終結執行的其他情形。

《民事訴訟法》（1991年）

5. 涉外民事訴訟程序的特別規定

5.1 涉外民事訴訟程序的概念和一般原則

5.1.1 涉外民事訴訟程序

涉外民事訴訟程序是指人民法院審理具有涉外因素的民事案件所適用的程序。

涉外因素包括下列三種情況：

- （1）訴訟當事人一方或雙方是外國人、外國企業或組織；
- （2）訴訟當事人之間民事法律關係的設立、變更、終止的法律事實發生在外國；
- （3）訴訟當事人爭議的訴訟標的物在外國。

5.1.2 涉外民事訴訟程序的一般原則

涉外民事訴訟程序應當遵循如下原則：

- （1）適用中國民事訴訟法的原則——人民法院審理涉外民事案件，只能適用中國民事訴訟法。
- （2）信守國際條約的原則——人民法院審理涉外民事案件，應當遵守中國締結或者參與的國際公約。
- （3）尊重外交特權與豁免的原則——對享有外交特權和豁免權的外國人、外國組織以及國際組織提起民事訴訟，應當依照中國締結或參加的國際公約以及中國有關外交特權與豁免的規定辦理。
- （4）委託中國律師代理訴訟的原則——外國人、無國籍人、外國企業和組織在人民法院起訴、應訴，需要委託律師代理訴訟的，必須委託中華人民共和國的律師。
- （5）適用中國通用語言文字的原則——人民法院審理涉外民事案件，應當使用中國通用的語言、文字，當事人要求提供翻譯的，可以提供，費用由當事人承擔。

5.2 涉外民事訴訟管轄

涉外民事訴訟管轄關係，是指一國法院對具有涉外因素的民事案件享有的審判權力或許可權。根據中國《民事訴訟法》的規定，中國的涉外民事訴訟管轄主要有以下幾種種類：

- (1) 因合同糾紛或者其他財產權益糾紛，對在中華人民共和國領域內沒有住所的被告提起的訴訟，如果合同在中華人民共和國領域內簽定或者履行，或者訴訟標的物在中華人民共和國領域內，或者被告在中華人民共和國領域內有可供扣押的財產，或者被告在中華人民共和國領域內設有代表機構，可以由合同簽定地、合同履行地、訴訟標的物所在地、可供扣押財產所在地、侵權行為地或者代表機構住所地人民法院管轄。
- (2) 涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。選擇中華人民共和國人民法院管轄的，不得違反本法關於級別管轄和專屬管轄的規定。
- (3) 涉外民事訴訟的被告對人民法院管轄不提出異議，並應訴答辯的，視為承認該人民法院為有管轄權的法院。
- (4) 因在中華人民共和國履行中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同發生的糾紛提起的訴訟，由中華人民共和國人民法院管轄。

5.3 涉外民事訴訟的送達

在涉外民事訴訟中，如果當事人在中國領域內居住，訴訟文書和法律文書的送達方式，適用中國民事訴訟法的一般規定；如果當事人在中國領域內沒有住所，則按照涉外民事訴訟程序的特別規定送達。

根據中國《民事訴訟法》的規定，人民法院對在中國領域內沒有住所的當事人送達訴訟文書，可以採取以下七種方式：

- (1) 依照國際條約規定的方式送達；
- (2) 通過外交途徑送達；
- (3) 委託中國駐受送達人所在國的使領館代為送達；
- (4) 向有權接受送達的訴訟代理人送達；
- (5) 向代表機構或者分支機構、業務代辦人送達；
- (6) 郵寄送達；
- (7) 公告送達。

5.4 司法協助

5.4.1 司法協助的概念

司法協助是指不同國家的法院之間，根據本國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則，彼此互相協助，為對方代為一定訴訟行為的制度。

司法協助分為兩種，一種是一般的司法協助，即代為送達文書和調查取證；另一種是特殊的司法協助，即對外國法院裁判和仲裁裁決的承認和執行。

5.4.2 一般司法協助

一般司法協助是指一國法院和外國法院可以互相請求，代為送達文書和調查取證。一般司法協助的內容主要包括：代為送達訴訟文書；代為取證；代為提供有關法律資料。

中國人民法院與外國法院之間司法協助，主要有兩種途徑：一種是依照中國締結或者參加的國際條約所規定的途徑進行；第二種是在沒有條約關係的情況下通過外交途徑進行。

外國駐中國使領館可以向該國公民送達訴訟文書和調查取證，但不得違反中國法律，並不得採取強制措施。外國法院委託中國法院協助的事項不得有損於中華人民共和國的主權、安全或者社會公共利益。

5.4.3 特殊司法協助

特殊司法協助是指國家與國家之間的法院在一定的前提下相互承認並執行對方生效的法律文書的制度。

外國法院的裁判，需要在中國承認和執行的，可以通過兩種途徑提出：一是直接由當事人向中國有管轄權的中級人民法院提出申請；二是由外國法院按照中國與外國間的條約關係或者互惠關係向中國人民法院提出申請。中國人民法院接到申請後，應當按照中國締結或者參加的國際條約或者按照互惠原則進行審查。外國法院的判決在承認其效力後需要執行的，人民法院發出執行令，依照中國《民事訴訟法》規定的執行程序予以執行。

外國仲裁裁決需要中國法院承認與執行的，由當事人直接向被執行人住所地或者財產所在地的中級人民法院提出申請，人民法院按照中國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則進行辦理。

26. 刑事訴訟法

甄貞

1.	刑事訴訟法在中國.....	496
1.1	《中華人民共和國刑事訴訟法》的 制定和修改.....	496
1.2	刑事訴訟法地位的上升，兼論程序的 價值.....	496
1.3	刑事訴訟法之功能.....	498
2.	刑事訴訟體制與制度.....	498
2.1	中國的“刑事訴訟”.....	498
2.2	刑事訴訟體制.....	499
2.3	刑事訴訟之“未經法院依法判決， 不得確定任何人有罪”的原則.....	500
2.4	辯護制度.....	501
2.5	證據制度.....	503
2.6	刑事訴訟之附帶民事訴訟.....	504
2.7	刑事訴訟程序.....	505
3.	刑事訴訟之未來.....	514
3.1	更新訴訟觀念.....	514
3.2	提高執法者的業務素質和執法水平.....	514
3.3	健全配套制度，完善現行制度.....	515

1. 刑事訴訟法在中國

1.1 《中華人民共和國刑事訴訟法》的制定和修改

刑事訴訟法是一個國家的基本法律之一，所以中國在建國後不久即着手制定刑事訴訟法，早在1954年全國人大法工委就擬出了《中華人民共和國刑事訴訟條例（草案）》。然而其後由於種種政治運動，致使中國刑事訴訟法始終未能出台。直至1979年刑事訴訟法的制定才重新提上立法日程，並於1979年7月1日正式通過，同年7月7日公佈，1980年1月1日起施行。總體而言，這部刑事訴訟法是與當時國家的政治、經濟和文化狀況相適應的。

然而隨着中國改革開放的不斷深入和社會經濟的發展，國家各方面的狀況都發生了一些變化，刑事犯罪也呈現出新的特點，司法實踐中出現了一些急待解決的問題，修改刑事訴訟法的呼聲越來越高。因此，在1996年3月17日，八屆人大四次會議通過了《全國人民代表大會關於修改〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的決定》，並於1997年1月1日起施行。這次修訂對原刑事訴訟法進行了重大的補充修改，為刑事訴訟制度的法制化、民主化和科學化奠定了基礎。此次修訂的重大成果主要體現在以下幾方面：

- (1) 吸收了無罪推定的合理內容，規定未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪。
- (2) 完善了刑事辯護制度，律師介入刑事訴訟的時間為大前提。
- (3) 加強了對被害人合法權益的保護，賦予了被害人當事人的訴訟地位。
- (4) 兼顧懲罰犯罪和保障人權的訴訟目標，對刑事強制措施進行了較大修改。
- (5) 改革了庭審方式，吸收了對抗制訴訟的合理格局。
- (6) 增加了刑事審判簡易程序。並且，這次修訂的重大成果不僅僅體現在刑事訴訟制度的完善上，更為重要的是此次修訂反映了中國訴訟觀念上的可喜變化，如對程序的獨立價值的認識和重視以及訴訟目的觀的變化。下文將做具體闡述。

1.2 刑事訴訟法地位的上升，兼論程序的價值

要實現法治僅僅有立法是遠遠不夠的，制定法在社會生活和司法實踐中實際發揮作用還需要許多其他因素的協調配合，如法制觀念的確立和良好的司法、執法環境。因此，在1979年的刑事訴訟法頒佈實施之後的相當長的時間裏，儘管有了刑事訴訟立法，但由於中國長期以來的“重實體，輕程序”、“重結果，輕過程”的法律傳統，很多人認為只要保證實體公正，程序上存在一些問題無關緊要。這種觀念在立法和司法實務中均有所體現，程序違法現象仍然比較嚴重。

之所以會產生這樣的現象，其思想根源在於對刑事訴訟程序價值的認識。按照中國傳統法學理論的理解，刑事訴訟法是刑法的從法、助法，程序法的價值即在於保障實體法的實現。按此邏輯，實行刑事訴訟法是為了保證刑法的貫徹實施，而刑法的目的在於懲罰犯罪，維護社會秩序，因此，只要達到了懲罰犯罪的目的，實體法也就得到了實現，至於是否嚴格按照程序辦事就顯得不太重要了。

然而，隨着中國法制建設和理論研究的不斷深入，人們逐漸認識到了程序的重要性，程序的獨立價值逐步得到了人們的認可。儘管人們對程序的工具性價值和自身價值何者優先，二者關係如何的問題尚存在爭論，但程序的價值包括工具性價值和自身價值，或稱為外在價值和內在價值兩方面的觀點則得到了大多數學者的認同，並有學者對刑事訴訟價值作了細緻的研究。

第一百九十一條

第二審人民法院發現第一審人民法院的審理有下列違反法律規定的訴訟程序的情形之一的，應當裁定撤銷原判，發回原審人民法院重新審判：

- (一) 違反本法有關公開審判的規定的；
- (二) 違反迴避制度的；
- (三) 剝奪或者限制了當事人的法定訴訟權利，可能影響公正審判的；
- (四) 審判組織的組成不合法的；
- (五) 其他違反法律規定的訴訟程序，可能影響公正審判的。

《中華人民共和國刑事訴訟法》（1996年）

說明：違反法定程序並不構成發回重審的充分條件，必須是屬於法定情形或者達到足以影響案件公正審判的，才必須發回重審。

參考資料：據1998年12月8日《中國青年報》載：“截至1998年10月底，全國各級法院共復查各類案件441萬餘件，其中查出屬程序性問題的73,143件，屬實體性問題12,045件，已改判的9,395件。”從中可以看出存在程序性問題案件的數量竟是實體性問題的6倍多，這不能不說是一個觸目驚心的數字。之所以出現這種情況，不能排除“實體錯誤不犯，程序錯誤無關緊要”的思想對司法實踐的影響。

有學者對刑事訴訟價值作了層次性劃分，將其內有價值擺在首位，並且設定了程序公正的最低限度標準：

- (1) 程序參與原則；
- (2) 中立原則；
- (3) 程序對等原則；
- (4) 程序理性原則；
- (5) 程序自治原則；
- (6) 程序及時和終結原則。

同時，這一觀點認為刑事訴訟的工具性價值為其外在價值。刑事訴訟程序保障公正結果的形成主要體現在：

- (1) 程序保證裁判結果的合法性和權威性；
- (2) 程序確保裁判結果合乎理性的要求；
- (3) 程序保證刑事實體法的規定從抽象走向現實，使刑事實體法包含的價值目標得到實現；
- (4) 程序確保刑事實體正義目標得到適當的選擇。

最後，這種觀點將刑事訴訟程序的經濟效益性作為程序的次級價值，並為此設定了刑事訴訟程序經濟性的標準：

- (1) 刑事訴訟程序的設立應保證訴訟活動迅速進行；
- (2) 在不妨礙公正審判的前提下，刑事訴訟程序應儘量簡化；
- (3) 刑事訴訟程序應保證司法資源的合理配置。

《刑事審判原理論》，陳瑞華著，北京：北京大學出版社1997年版。

1.3 刑事訴訟法之功能

訴訟觀念的另一方面的重要變化體現在對刑事訴訟法功能的認識上。與中國傳統觀念對刑事訴訟法價值的理解相適應，既然刑事訴訟法的價值在於保障實體法的實現，而刑法的功能在於懲罰犯罪，保障社會秩序，那麼刑事訴訟法的功能也就是保證懲罰犯罪的順利實現。基於此目的，刑事訴訟程序的設計更注重打擊犯罪的力度和效率，1979年的刑事訴訟法採取了職權主義訴訟模式的理論根基即在此。

然而，經過幾十年的司法實踐，人們逐漸認識到了刑事訴訟法的獨立價值，發現了“刑事訴訟對裁判結論具有獨立自主的決定權”，從而認識到“刑事訴訟的最大功能，就是從動態的角度為國家剝奪公民的基本權益施加了一系列程序方面的限制”，“國家制定刑事訴訟法的主要目的在於為個人與國家追訴機構進行理性的對抗提供平等的機會和基本的保障”。¹也就是說，作為規定刑事訴訟程序的刑事訴訟法，既應當有打擊犯罪，保護社會秩序的功能，也應當有保障無罪的人不受刑事追究的功能；既應當有保證司法機關及其司法人員依法行使司法權的功能，也應當有避免因國家司法權的濫用而使當事人，尤其是使犯罪嫌疑人、被告人的合法權益受到侵害的功能。因而，人權保障是刑事訴訟法的主要功能之一。

基於這種觀念，刑事訴訟法在進行修改時，確立了一系列保障人權的原則和制度。中國刑事訴訟法中保障人權的原則主要有：

- (1) 未經人民法院依法判決，對任何人都不得確定有罪的原則；
- (2) 犯罪嫌疑人、被告人享有辯護權的原則；
- (3) 保障犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利。

保障人權的刑事訴訟制度主要有：

- (1) 辯護制度；
- (2) 未成年犯罪嫌疑人、被告人權利保障制度；
- (3) 證據制度。

中國刑事訴訟法中，人權保障功能是以刑事訴訟法任務的形式表現出來的。《刑事訴訟法》第2條規定：“中華人民共和國刑事訴訟法的任務，是保證準確、及時地查明犯罪事實，正確應用法律，懲罰犯罪分子，保障無罪的人不受刑事追究，教育公民自覺遵守法律，積極同犯罪行為作鬥爭，以維護社會主義法制，保護公民的人身權利、財產權利、民主權利和其他權利，保障社會主義建設事業的順利進行。”

2. 刑事訴訟體制與制度

2.1 中國的“刑事訴訟”

“訴訟”的一般含義是特定的國家機關，在糾紛雙方主體的參加下，以國家公權力解決社會糾紛的一種機制。刑事訴訟和訴訟在邏輯上是從屬關係。但是，刑事訴訟具有不同於其他訴訟形

式的顯著特點，這就是刑事訴訟的概念在外延上明顯廣於其他類型的訴訟的原因。這是因為，刑事案件在進入審判程序之前，往往要經歷複雜的偵查和檢控程序。這些帶有追訴性質的活動儘管並非典型意義的“訴訟”活動，卻是刑事訴訟的必經環節。西方國家對刑事訴訟的理解通常採取審判中心主義，因此將這些活動視為審判前程序，把刑事訴訟以審判為中心劃分為審前程序、審判程序和司法救濟程序三大基本訴訟階段。中國對刑事訴訟的理解則要廣泛得多，認為刑事訴訟既包括法院的審判活動，又包括檢察機關的公訴活動和偵查機關的偵查活動。

基於上述理解，中國刑事訴訟分為五個獨立的訴訟階段，即立案階段、偵查階段、起訴階段、審判階段和執行階段。其中偵查階段和起訴階段與國外的審前程序大致相當，審判階段則包括了審判程序和司法救濟程序的內容。執行階段雖然是各國處理刑事案件都不可缺少的環節，但其他國家一般不把它當作訴訟程序的內容。立案則是中國刑事訴訟特有的一個訴訟階段。具體內容見程序部分。

2.2 刑事訴訟體制

2.2.1 刑事訴訟中的司法機關及其相互關係

關於刑事訴訟中的“司法機關”的範圍，中國學者有不同的觀點。有的學者認為，司法機關是指“行使國家司法權的國家機關”，“通常是指行使審判權的人民法院和行使檢察權的人民檢察院。從廣義上理解，除人民法院和人民檢察院以外，還包括對刑事案件行使偵查權的公安機關、國家安全機關以及對罪犯行使勞動改造權的勞動改造機關（現在通稱監獄）”。² 另一些學者則將公安機關排除在司法機關之外，在談到刑事訴訟中的國家機關時，稱“公安司法機關”，將公安機關與司法機關並列。³

我們認為，儘管公安機關、國家安全機關和監獄，屬於行政機關，體制上隸屬於各級人民政府，但他們參加刑事訴訟時，享有法律賦予的國家司法權，因此，當它們參加刑事訴訟依法行使國家司法權時，性質上就屬於司法機關。

因此，中國刑事訴訟中的司法機關，有法院、檢察院、公安機關、國家安全機關和監獄。此外，對於現役軍人實施的犯罪行為，由軍隊內部的保衛部門負責偵查，由軍隊的檢察院提起公訴，由軍事法院審判。因此，軍隊內部的保衛部門也是司法機關。這樣，在中國，參加刑事訴訟的國家機關有六個，根據它們在刑事訴訟中所起的作用，我們可以將它們分為三種：第一，行使審判權的法院；第二，行使公訴權的檢察院；第三，行使偵查權的公安機關、國家安全機關、監獄和軍隊內部的保衛部門。檢察院在行使公訴權的同時，也對部分刑事案件行使偵查權，因此，行使偵查權的機關，也應該包括檢察院。

中國刑事訴訟法就司法機關在刑事訴訟中的關係，專門作了規定。《刑事訴訟法》第7條規定的“公、檢、法三機關在刑事訴訟中分工負責、互相配合、互相制約”的原則，就是規範司法機關相互關係的原則。其中，分工負責是指公安機關、檢察機關和法院根據法律規定的職權，各負其責，各盡其職，嚴格按照分工進行刑事訴訟活動，不允許互相代替，也不允許超越各自的職責許可權；互相配合是指公安機關、檢察機關和法院在辦理刑事案件時，在各負其責的基礎上，通力協作，互相支持，共同完成查明案件事實、懲罰犯罪分子、保障無罪的人不受刑事追究的任務；互相制約是指公安機關、檢察機關和法院三者的工作互為條件，並且可以依照法律規定的職權和程序，對其他機關作出的有關決定提出異議，要求其糾正錯誤，或者重新作出決定。公、檢、

法三機關分工負責，互相配合，互相制約，是一個有機的統一體。分工負責是互相配合、互相制約的基礎和前提，沒有分工，就談不上配合和制約。互相配合、互相制約是相輔相成、辯證統一的兩個方面。互相配合便於協調工作，互相制約有利於避免和糾正錯誤，二者不可偏廢。

2.2.2 “司法獨立”的獨特內涵

在明確了司法機關的範圍的基礎上，我們再來看一看中國刑事訴訟中司法獨立的內涵。由於國家體制的不同，中國的司法獨立與西方的司法獨立有着明顯的差異。西方的司法獨立是建立在其“三權分立”理念的基礎上的。所謂“司法”的獨立，是相對於立法權和行政權的司法權的獨立。中國國家機構的設置則是以人民代表大會為國家最高權力機關，其他國家機關由它產生，向它負責。因此，司法權與立法權並不是平行的概念，司法機關儘管獨立於立法機關，但只是相對獨立，它要受立法機關的監督並向它負責。其次，按照中國的財政體制，中國地方法院的財政撥款是由各地政府劃撥的，因此，法院往往依賴於當地政府的財政供給，由此造成了法院在事實上受當地政府的牽制。所以，在中國，要正確貫徹司法獨立的精神，至少要處理好如下三方面的關係：

- (1) 司法機關與執政黨的關係——執政黨的領導應是政治路線、方針的領導，它對司法活動的領導方式應是通過將黨的意志上升為國家意志，用法律、法規的形式加以確認，從而在司法活動中得以貫徹，而不是對具體司法活動、個別案件審判的參與。因此人民法院在審判案件的過程中，只要嚴格依法辦事，使法律真正得以貫徹執行，也就使國家意志、從而使黨的意志得以實現，而無需也不應該就具體案件向黨委請示報告，執行黨委批示。
- (2) 司法機關與人民代表大會的關係——人民代表大會是國家權力機關，司法機關應接受人大的監督，這是理所當然的。但是這種監督應尊重司法活動本身的規律和特點。司法活動本身是一項極為複雜且專業性極強的活動，它客觀上要求司法機關獨立辦案，不受任何干擾，如果人大過問具體案件，難免會影響司法公正。因此人大的監督應主要是工作監督，對司法活動中可能存在的司法不公和司法腐敗進行監督，而不應干預個別案件的裁判。
- (3) 司法機關與當地政府的關係——人民法院和當地政府都是由人民代表大會產生，並向人民代表大會負責並報告工作的工作機構，二者應是平行的，只是職能不同而已。人民法院行使審判權，而地方政府行使行政權。因此應改革現行的財政和人事制度，理順人民法院與當地政府的關係，使人民法院真正擺脫地方政府的干擾，這樣才能徹底破除司法實踐中的地方保護主義。

2.3 刑事訴訟之“未經法院依法判決，不得確定任何人有罪”的原則

在古今中外的刑事訴訟史上，關於犯罪嫌疑人、被告人地位的認識，有“有罪推定”和“無罪推定”兩種理論。“有罪推定”是一種封建的、專制的理論觀點，早已為歷史所拋棄。而“無罪推定”雖然有其合理因素和進步意義，但由於它把犯罪嫌疑人、被告人硬性推定為無罪，難以為司法實踐所接受。並且既然推定犯罪嫌疑人、被告人是無罪的人，在刑事訴訟中又要對其採取強制

措施，這種衝突和矛盾也無法得到合理解釋。因此，中國刑事訴訟法雖然在原則上接受了無罪推定的理論，但又有所發展。刑事訴訟法修改時增加規定了“未經法院依法判決，對任何人都不得確定有罪”的刑事訴訟基本原則。這一原則，既最大限度地吸收了“無罪推定”理論的合理因素和進步意義，又避免了“無罪推定”理論本身不可克服的矛盾，是實事求是哲學觀的體現。

這項原則的基本含義包括以下兩點：

- (1) 只有人民法院才有權確定被告人有罪——在刑事訴訟中，公安機關和檢察機關行使偵查權和檢察權，屬於控訴一方，與辯方（犯罪嫌疑人、被告人及其辯護人）相對抗，法院代表國家行使審判權，居中裁判。在這種情況下，確定被告人（犯罪嫌疑人）有罪的任務，只能由法院來最後完成，否則就會使被告人（犯罪嫌疑人）處於極為不利的地位，其合法權益就無法得到保護。需要注意的是，公安機關、檢察機關在刑事訴訟中也經常作出各種各樣的決定，比如立案決定，拘留、逮捕決定，提起公訴的決定等，這些決定往往建立在公安、檢察機關認為犯罪嫌疑人的行為構成犯罪的基礎上。但是，應當明確，這裏的“認為犯罪嫌疑人有罪”，不是最終確定犯罪嫌疑人有罪，而只是一種暫時的認定。確定犯罪嫌疑人、被告人是否有罪，只能取決於法院的最終裁判，法院可以否決公安、檢察機關的“認定”。即使犯罪嫌疑人、被告人真的有罪，在法院依法判決其有罪之前，公安、檢察機關的“認定”的效力也只能是確定其犯罪嫌疑人、被告人的法律地位，而不是確定其罪犯的法律地位。
- (2) 在法院確定被告人有罪的判決、裁定生效之前，不能把被告人當作罪犯看待——在刑事訴訟中，犯罪嫌疑人、被告人是被追究刑事責任的對象。因為有一定的證據證明他們犯了罪，所以被懷疑是犯罪人，根據訴訟需要，要限制或暫時剝奪他們一定的人身自由權。但是，由於還未經生效判決、裁定確定他們是有罪的人，又不能把他們當作罪犯看待，所以要依法賦予他們一系列訴訟權利——以辯護為核心的訴訟權利，以便讓他們反駁錯誤的控訴；同時，國家還應保護其合法權益不受侵犯。在刑事訴訟中不把犯罪嫌疑人、被告人當作罪犯看待，不僅要允許他們充分行使訴訟權利，而且應由控訴方承擔證明犯罪嫌疑人、被告人有罪的責任。在沒有確實、充分的證據證明被告人有罪的情況下，法院只能作出被告人無罪的判決。犯罪嫌疑人、被告人在一般情況下沒有證明自己有罪或無罪的責任，但有說明自己無罪、罪輕的權利。

2.4 辯護制度

辯護是犯罪嫌疑人、被告人及其辯護人為了反駁控訴，根據事實和法律，提出有利於犯罪嫌疑人、被告人的證據材料，論證犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者應當減輕、免除處罰的訴訟活動。辯護制度則是指一國法律中關於保障犯罪嫌疑人、被告人辯護權的所有法律制度。中國刑事訴訟法將犯罪嫌疑人、被告人有權獲得辯護作為刑事訴訟的基本原則之一，並規定了較為完善的辯護制度。

中國刑事訴訟中的辯護根據辯護權產生依據的不同，可以分為自行辯護、委託辯護和指定辯護。自行辯護，是指犯罪嫌疑人、被告人為自己所作的申辯活動，這種辯護直接根源於刑事訴訟法授予犯罪嫌疑人、被告人的辯護權。自行辯護的辯護主體是犯罪嫌疑人、被告人本人，其辯護的主觀願望最為強烈，只要有機會和條件，他們都要盡其所能地進行申辯。因此，自行辯護是一種最為主動的辯護。同時，自行辯護延續的時間最長，一個公民只要被確定為犯罪嫌疑人後，

在偵查人員第一次訊問時，就有權為自己辯護，並且這種辯護活動可以持續到刑事訴訟活動結束。委託辯護是指由犯罪嫌疑人、被告人或其法定代理人委託可以充當辯護人的公民或律師為其進行的辯護活動。指定辯護是指由法院指定的辯護人為被告人進行的辯護活動。根據中國刑事訴訟法第34條的規定，法院為被告人指定辯護人，有三種法定情形：

- (1) 公訴人出庭公訴的案件，被告人因經濟困難或者其他原因沒有委託辯護人的，法院可以指定律師為其提供辯護；
- (2) 被告人是盲、聾、啞或者未成年人而沒有委託辯護人的，法院應當指定律師為其提供辯護；
- (3) 被告人可能被判處死刑而沒有委託辯護人的，法院應當指定律師為其提供辯護。

此外，最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第37條規定被告人沒有委託辯護人而具有下列情形之一的，人民法院可以為其指定辯護人：

- (1) 符合當地政府規定的經濟困難標準的；
- (2) 本人確無經濟來源，其家庭經濟狀況無法查明的；
- (3) 本人確無經濟來源，其家屬經多次勸說仍不願為其承擔辯護律師費用的；
- (4) 共同犯罪案件中，其他被告人已委託辯護人的；
- (5) 具有外國國籍的；
- (6) 案件有重大社會影響的；
- (7) 人民法院認為起訴意見和移送的案件證據材料可能影響正確定罪量刑的。中國刑事訴訟法規定的指定辯護，其實質是免費為一些特殊的被告人提供辯護律師。根據中國刑事訴訟法的規定，指定辯護只存在於審判階段。在偵查和審查起訴階段，公安機關和檢察院沒有義務為犯罪嫌疑人指定辯護人。

中國刑事訴訟中的辯護根據訴訟階段的不同，可以分為偵查階段的辯護、審查起訴階段的辯護、一審程序中的辯護、二審程序中的辯護和再審程序中的辯護。根據中國刑事訴訟法的規定：“公訴案件自案件移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人有權隨時委託辯護人。自訴案件的被告人有權隨時委託辯護人。”因此，公訴案件自移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人、被告人既可以自己行使辯護權，也可以委託他人代為辯護，不存在任何問題。但是，對於在偵查階段是否允許委託辯護，則存在不同理解。根據《關於修改〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的決定》第41條的規定：“犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，可以聘請律師為其提供法律諮詢、代理申訴、控告。”這一規定表明在中國刑事訴訟中，律師介入的時間已經提前到偵查階段，這是中國刑事訴訟法修訂的一大成果。但是這一階段律師為犯罪嫌疑人提供的法律服務的性質、律師的訴訟地位如何，則尚待明確。

這一階段，律師為犯罪嫌疑人提供法律服務的內容主要有：

- (1) 解答法律諮詢；
- (2) 代理申訴、控告；
- (3) 代替犯罪嫌疑人申請取保候審。因此，從律師為犯罪嫌疑人提供的服務內容看，它與辯護的確是不同的。⁴但是，律師在偵查階段為犯罪嫌疑人提供法律服務的效果，與辯護沒有本質的差別，都是為了維護犯罪嫌疑人的合法權益。律師提供的法律諮詢等服務，為犯罪嫌疑人的自行辯護提供了武器和後盾，加強了辯護方的力量，是對偵查機關的制約。因此，律師提供的這種服務，是一種“准辯護”，或者說是辯護的輔助活動。

2.5 證據制度

2.5.1 刑事證據的概念

關於什麼是刑事訴訟證據，《刑事訴訟法》第42條規定：“證明案件真實情況的一切事實，都是證據。證據有下列七種：

- (1) 物證、書證；
- (2) 證人證言；
- (3) 被害人陳述；
- (4) 被告人供述和辯解；
- (5) 鑑定結論；
- (6) 勘驗、檢查筆錄；
- (7) 視聽資料。

以上證據必須經過查證屬實，才能作為定案的根據。”第43條規定：“審判人員、檢察人員、偵查人員必須依照法定程序，收集能夠證實犯罪嫌疑人、被告人有罪或者無罪、犯罪情節輕重的各種證據。”根據這些規定，刑事訴訟中的證據，是指審判人員、檢察人員、偵查人員依照法定程序收集和審查屬實的，用以確定或者否定犯罪事實，證明犯罪嫌疑人、被告人是否有罪和罪責輕重的一切事實。簡單地用一句話來說，刑事訴訟中的證據，就是證明案件真實情況的一切事實。由此可以看出，中國法學界對訴訟證據的理解最有特色的地方在於把證據當作一種事實。

從這種觀念出發，刑事訴訟證據必須具備三個基本屬性：

- (1) 客觀性——證據必須是客觀存在的事實。客觀性指證據是在社會中實際發生，或者是實際存在的事實，而不是主觀推測、主觀想像或者是人們捏造的東西。
- (2) 相關性——證據必須是能夠證明案件真實情況的，和刑事案件具有客觀的必然的聯繫的事實。
- (3) 合法性，也叫證據的許可性——證據是證明案件事實的根據，所以，證據本身必須絕對真實可靠。合法性是指證據只能由偵查人員、檢察人員、審判人員依照法定程序進行收集、固定、保全和審查認定。這三個因素是互相聯繫，缺一不可的。客觀性和相關性是講刑事證據的內容，合法性是講刑事證據的形式。刑事證據的內容需要通過訴訟程序來審查認定，合法性是刑事證據真實性與相關性的法律保證。客觀性、相關性和合法性正確說明了刑事證據的基本屬性，表明了刑事證據的內容和形式的統一。

2.5.2 刑事證據制度

證據制度是訴訟制度的重要組成部分，是有關證據問題的法律規範的總和，其基本內容是關於證據概念、證據的來源和種類、收集、審查判斷和運用證據的相關規範。關於中國刑事證據制度的概括有多種觀點，如依法求實的證據制度、法定確信證據制度、以證求實證據制度和鞠實主義證據制度等，但是佔據通說地位的觀點是將現行證據制度概括為實事求是的證據制度。

實事求是的證據制度主要有以下幾個特點：

- (1) 證據是能夠證明案件真實情況的事實，證據材料必須經過查證屬實才能作為定案根據；
- (2) 重證據，不輕信口供；

- (3) 合法收集證據，嚴禁以刑訊逼供等非法手段收集證據；
- (4) 司法人員全面收集證據，由控方負證明責任，犯罪嫌疑人必須如實陳述；
- (5) 公安機關提請批准逮捕書、人民檢察院起訴書、人民法院判決書，必須忠於事實真相。

中國1979年刑事訴訟法規定的實事求是證據制度，主要體現在以下幾方面：

- (1) 堅持辯證唯物主義觀點，規定了證據是客觀事實，堅持以事實定案的觀點；
- (2) 堅持合法收集、審查、運用證據的觀點，規定了嚴禁非法收集證據及其法律後果；
- (3) 堅持了重證據，重調查研究的原則，規定只有被告人供述，沒有其他證據的，不能認定被告人有罪和處以刑罰；沒有被告人供述，但證據確實充分的，可以認定被告人有罪和處以刑罰。

1996年刑事訴訟法對實事求是證據制度作了一些修改補充，主要內容是：

- (1) 把視聽資料規定為證據形式之一；
- (2) 規定了司法機關應當保障證人及其近親屬的安全；
- (3) 規定了證據不足，不能認定被告人有罪的，應當作出證據不足、指控的犯罪不能成立的無罪判決。這些規定進一步完善了中國實事求是的證據制度。

中國現行的實事求是證據制度，通俗易懂，便於人們理解和運用，在歷史上發揮了積極的作用。但是，這種證據制度也有它的不足之處。因為實事求是是中國共產黨的思想路線，是中國各行各業各項工作普遍適用的指導原則，再用實事求是來概括證據制度難以反映訴訟證據制度的基本內容和特徵。因此，研究並正確界定中國刑事證據制度，是中國訴訟法學的一項緊迫的任務。

2.6 刑事訴訟之附帶民事訴訟

附帶民事訴訟是刑事訴訟中的一項重要制度，是指人民法院、人民檢察院在當事人及其他訴訟參與人的參加下，在依法追究被告人刑事責任的同時，附帶解決由於被告人的犯罪行為而使被害人遭受物質損失的賠償問題所進行的訴訟活動。其基本目的在於：在刑事訴訟進行的過程中一併解決因犯罪行為引起的物質損失賠償問題，保障國家、集體以及公民個人的合法財產，同時節約訴訟成本，提高訴訟的效率。

附帶民事訴訟的成立必須具備以下條件：

- (1) 附帶民事訴訟的提起必須以刑事案件成立為前提；
- (2) 必須是犯罪行為給被害人造成了物質損失；
- (3) 被害人的物質損失必須是被告人的犯罪行為直接造成的；
- (4) 附帶民事訴訟必須是在刑事訴訟過程中提起。

附帶民事訴訟本質上是一種民事訴訟，但是它是由犯罪行為引起的，是在刑事訴訟過程中提起並且同刑事案件一併解決的，其成立與解決都依附於刑事訴訟，和刑事訴訟緊密聯繫，不可分割，是一種依附於刑事訴訟的特殊的民事訴訟。因此其程序上具有民事訴訟的一些特點。

- (1) 附帶民事訴訟的提起程序——附帶民事訴訟的起訴條件是：第一，提起附帶民事訴訟的原告人、法定代理人必須是因犯罪行為而遭受物質損失的被害人、已死亡被害人

的近親屬、無行為能力或者限制行為能力被害人的法定代理人；第二，有明確的被告人；第三，有請求賠償的具體要求和事實根據；第四，被害人的物質損失是由被告人的犯罪行為造成的；第五，屬於人民法院受理附帶民事訴訟的範圍。附帶民事訴訟應當在刑事案件立案以後，第一審判決宣告以前提起。有權提起附帶民事訴訟的人在第一審判決宣告以前沒有提起的，不得再提起附帶民事訴訟，但可以在刑事判決生效後另行提起民事訴訟。

- (2) 附帶民事訴訟的審理程序——審理附帶民事訴訟案件，除人民檢察院提起的以外，可以調解。調解應當在自願合法的基礎上進行。經調解達成協定的，審判人員應當及時製作調解書。調解書經雙方當事人簽收後即發生法律效力。調解達成協議並當庭執行完畢的，可以不製作調解書，但應當記入筆錄，經雙方當事人、審判人員、書記員簽名或者蓋章即發生法律效力。經調解無法達成協定或者調解書簽收前當事人反悔的，附帶民事訴訟應當同刑事訴訟一併判決。

2.7 刑事訴訟程序

2.7.1 刑事訴訟程序概述

中國的刑事訴訟程序分為立案、偵查、起訴、審判和執行五個階段。

立案階段是中國刑事訴訟中特有的一個階段。中國刑事訴訟中的立案是指公安機關、人民檢察院和人民法院對報案、控告、舉報和犯罪嫌疑人自首的材料進行審查，根據事實和法律，決定是否作為刑事案件進行偵查和審判的訴訟活動。中國的刑事訴訟是從立案開始的，立案是刑事訴訟開始的法定訴訟形式，是刑事訴訟過程中獨立的訴訟階段。立案程序包括三方面的內容：發現立案材料或對立案材料的接受；對立案材料的審查和處理；人民檢察院對不立案的監督。將立案作為訴訟程序的一個獨立階段，只有經過立案這一法定程序，案件才能進入刑事訴訟，有利於保障公民的合法權益不受侵犯。同時，立案是準確評價社會治安形勢，分析研究犯罪的動向、特點和規律，總結工作經驗，採取相應的措施的重要依據。

偵查是特定的司法機關為證實犯罪和查獲犯罪人而依法採取的專門調查工作和採取的有關強制性措施。偵查的主體是特定的司法機關。公安機關是行使國家偵查權的專門機關。國家安全機關辦理危害國家安全的刑事案件，行使與公安機關相同的職權。軍隊保衛部門對軍隊內部發生的刑事案件行使偵查權。偵查也是人民檢察院的一項專門職權，貪污賄賂犯罪，國家機關工作人員的瀆職犯罪，國家機關工作人員利用職權實施的非法拘禁、刑訊逼供、報復陷害、非法搜查的侵犯公民人身權利的犯罪以及侵犯公民民主權利的犯罪，由人民檢察院立案偵查。除上述機關以外，其他任何機關、團體、企事業單位和個人，都沒有偵查權。中國刑事訴訟法規定的偵查措施有訊問犯罪嫌疑人，詢問證人，勘驗、檢查，搜查，扣押物證、書證，鑑定，通緝等。偵查機關對自己立案偵查的案件，經過一系列的偵查活動，根據已經查明的事實、證據和有關的法律規定，足以認定犯罪嫌疑人是否有罪和應否對其追究刑事責任時，可以決定結束偵查，並對案件作出處理或提出處理意見。

起訴制度是刑事訴訟中的一項重要制度，指檢察機關或者被害人以及其他依法有權請求法院確認刑事責任是否存在和適用刑罰權對犯罪進行懲罰的團體或個人，以書面或口頭方式對犯罪人提出指控，要求法院對犯罪事實進行確認並追究犯罪人刑事責任的行為。刑事起訴分為兩

種，即自訴和公訴。提起公訴是偵查終結後的一個獨立的訴訟階段。人民檢察院對公安機關偵查終結移送審查起訴和人民檢察院自行偵查終結的案件，經過審查，認為犯罪事實已經查清，證據確實、充分，依法應當追究刑事責任的，應當作出起訴決定，並向人民法院提起公訴。不起訴是人民檢察院審查起訴的另一種處理結果。不起訴分為法定不起訴和酌定不起訴兩類。法定不起訴是指犯罪嫌疑人具有法律規定不追究刑事責任的情形時，人民檢察院應當作出不起訴的決定。法定不起訴的情形是：

- (1) 犯罪嫌疑人實施的行為情節顯著輕微，危害不大，不認為是犯罪的；
- (2) 犯罪嫌疑人的犯罪已過追訴時效期限的；
- (3) 犯罪嫌疑人的犯罪經特赦令免除刑罰的；
- (4) 依照刑法告訴才處理的犯罪，沒有告訴或者撤回告訴的；
- (5) 犯罪嫌疑人、被告人死亡的；
- (6) 其他法律規定免予刑事責任的——酌定不起訴有兩種情形，一種是對於犯罪情節輕微，依照刑法規定不需要判處刑罰或者免除刑罰的，人民檢察院可以作出不起訴決定；另一種是對於補充偵查的案件，人民檢察院仍然認為證據不足，不符合起訴條件的，可以作出不起訴決定。不起訴實質上是人民檢察院對依法不應追究犯罪嫌疑人刑事責任，或者不需要追究或無法追究犯罪嫌疑人刑事責任的案件，依法作出的一種終止訴訟的決定。

中國刑事訴訟的審判階段包括第一審程序、第二審程序、死刑覆核程序和審判監督程序。中國實行兩審終審制度，第一審程序和第二審程序是一個案件的通常審判程序。死刑覆核程序是中國刑事訴訟中一個頗具特色的制度，是享有死刑覆核權的法院對判處被告人死刑的案件進行審查核准的一種特別審判程序。死刑覆核程序是本着慎重採用死刑的立場，為保證死刑判決的正確性，防止錯殺，控制死刑的適用而設立的一項制度。審判監督程序是刑事訴訟中的特殊程序，是法律規定的一種審判監督方式，目的在於糾正已生效的錯誤裁判。

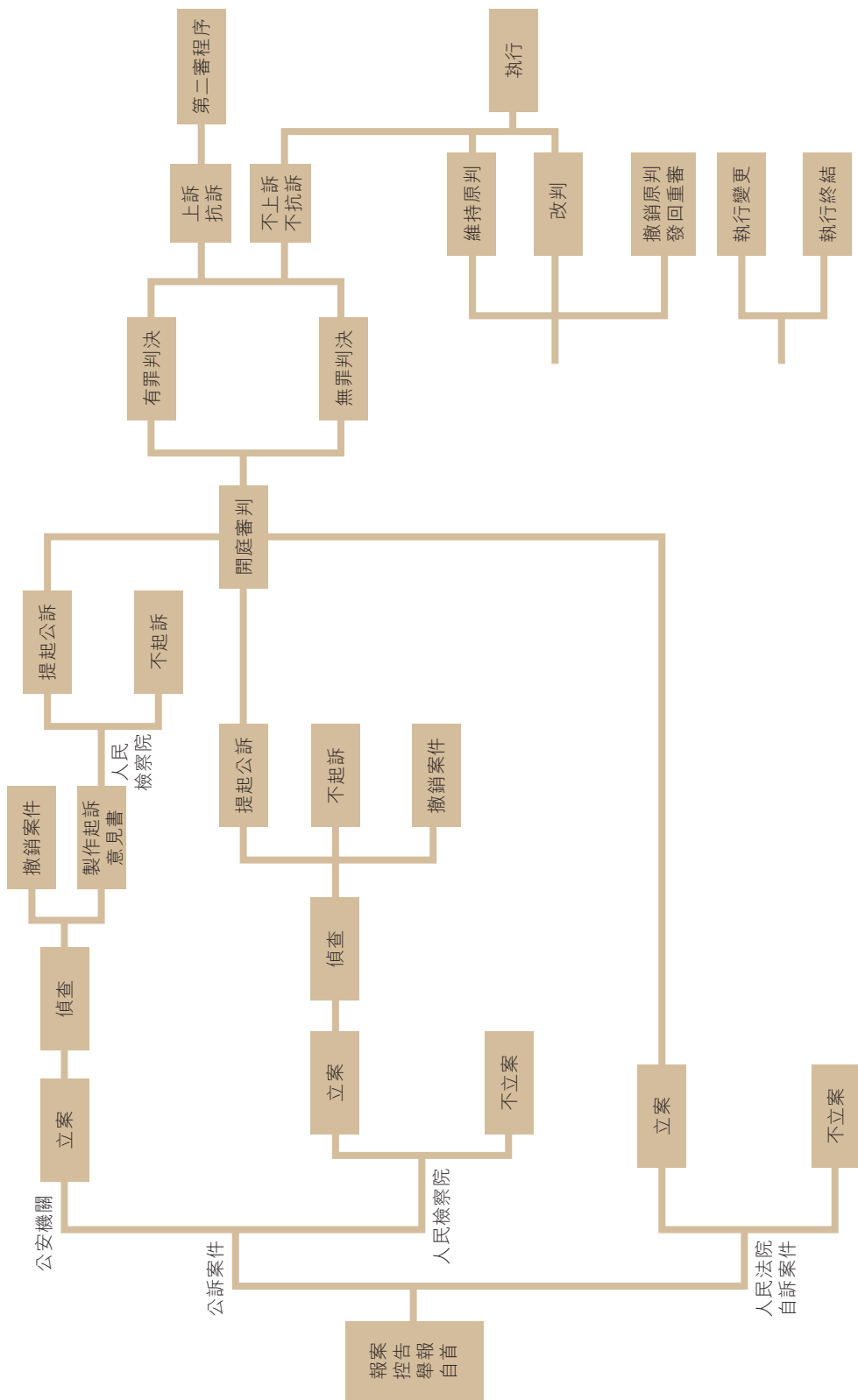
執行是中國刑事訴訟的最後階段，其內容是將人民法院已經發生法律效力的判決、裁定付諸實施。執行是刑事訴訟的重要內容，但並非整個執行過程中的各種活動，都屬於刑事訴訟的範疇。屬於刑事訴訟的執行活動包括兩個方面：

- (1) 將生效判決、裁定所確定的內容付諸實施而進行的活動；
- (2) 解決執行過程中的刑罰變更等問題所進行的活動。監獄及公安機關對罪犯進行的監管、教育、組織勞動生產等活動，是一種司法行政管理工作，不屬於刑事訴訟的範圍。

2.7.2 庭審模式

中國刑事訴訟法修改的一個重要成果是對庭審方式進行了重大變革。中國新的審判程序吸收了對抗制訴訟的一些合理要素，使得法庭審判中控辯雙方的對抗程度增強，法官在庭審中的主導性降低。中國新的刑事審判模式的特點主要體現在以下幾個方面：

- (1) 將原刑事訴訟法規定的審判人員在開庭前對案件進行的“實體性審查”修改為帶有較強形式化色彩的“程序性審查”，以防止審判人員“先入為主”，影響審判公正；
- (2) 弱化了法官在庭審中的權力，增強了控辯雙方的對抗性。明確規定了公訴人、自訴人、辯護人在法庭上的舉證責任，法庭中法官的主要責任是主持審判，維護控辯雙方公平對抗。



中國刑事訴訟程序流程图

- (3) 擴大了合議庭的職權，改變了過去合議庭負責審理，而由院長或審判委員會負責裁判的現象。但是中國新的審判程序並沒有走向徹底的對抗制，中國的法官在審判程序中仍然佔據着較強的主導地位，最突出的表現是法官享有獨立的調查權。因此，中國新的審判模式可以說是吸收了對抗式程序的因素同時又保留了職權主義特徵的一種混合式審判模式。

但是，中國新的審判程序在實施中也暴露出了一些問題。

- (1) 未採取徹底的“起訴書一本主義”，庭前移送主要證據的複印件或照片，可能導致法官預斷；
- (2) 規定了庭審中由控辯雙方舉證、質證，卻無庭前證據展示制度，容易誘發庭上的證據突襲；
- (3) 庭審過程中，證人出庭作證率極低，使雙方當事人當庭舉證、質證成為空話，對抗和辯論失去了證據的依託，也僅成為一種形式；
- (4) 被告人不享有沉默權，而有“如實供述”的義務，實際上使被告成為“控方證人”，導致訴訟結構嚴重失衡；
- (5) 法庭審理結束後很少進行“當庭宣判”，很多法院都進行“庭後閱卷”，致使法庭審判過程流於形式，法外因素對裁判的干預和影響也由此發生。針對這些問題，中國的學者提出了許多完善方案，本文將在第三部分“中國刑事訴訟之未來”中予以介紹。

2.7.3 簡易程序

簡易程序是相對於普通程序而言的，是通過對普通程序的一些環節、步驟加以不同程度的簡化，從而使案件得到快速處理的特別程序。簡易程序是刑事訴訟在公正和效益兩項基本價值之間進行協調的結果。中國在1996年修改刑事訴訟法時正式確立了簡易程序制度。

據統計，1997年全國基層人民法院審結的一審刑事案件有30餘萬件，其中按照簡易程序審結的案件為10萬餘件，約佔結案總數的三分之一左右。

1997年上半年，北京市第二中級人民法院所轄的九個基層法院審結刑事案件1,763件，判處三年以下有期徒刑、拘役、管制等輕微刑罰的有876件，適用簡易程序審結的有227件，適用簡易程序審結的案件佔刑事結案數的百分之十四點五，佔判處三年有期徒刑以下刑罰案件的百分之二十五點九。

這表明，簡易程序在基層人民法院的刑事審判中已佔有舉足輕重的地位。

耿景儀《刑事簡易程序的適用及問題研究》

適用簡易程序的刑事案件類型主要集中在盜竊、傷害、銷贓等非暴力犯罪和非公職人員犯罪案件上。北京市高級人民法院曾對九個基層法院適用簡易程序的情況進行過隨機調查。結果發現，這些法院1997年上半年適用簡易程序最多的是盜竊案件，共103件，佔百分之四十五點四；故意傷害案件56件，佔百分之二十四點七；私藏槍支案件16件，佔百分之七；銷贓案件9件，佔百分之四；其他各種案件43件，佔總數的百分之十八點九。

陳瑞華《刑事訴訟的前沿問題》

根據1996年刑事訴訟法第174條的規定，簡易程序適用於以下三類案件：(1) 依法可能判處3年以下有期徒刑、拘役、管制、單處罰金的公訴案件，事實清楚、證據充分，人民檢察院建議或者同意適用簡易程序的案件；(2) 告訴才處理的案件；(3) 被害人起訴的有證據證明的輕微刑事案件。

與普通程序相比，簡易程序的“簡易”之處在於：

- (1) 審判組織的簡化，由審判員一人獨任審判。
- (2) 出庭支持公訴的環節簡化，人民檢察院可以不派員出席法庭。
- (3) 審判過程的簡化，不受刑事訴訟法關於訊問被告人、詢問證人、鑑定人、出示證據、法庭辯論程序規定的限制。
- (4) 審判期限的縮短，人民法院應當在受理後20日內審結。

北京市九所基層法院1997年上半年適用簡易程序的案件，公訴人不出庭的有189件，佔全部適用簡易程序案件總數的97.4%，公訴人只在五個案件中出席了法庭審判。

耿景儀《刑事簡易程序的適用及問題研究》

據調查，北京市基層法院運用簡易程序審理案件的過程大都不超過30分鐘。而且，絕大多數審判都以當庭宣判而告結束。法院從案件受理到宣判所花費的時間不僅一般沒有超過刑事訴訟法規定的20天最高期限，而且有不少案件在15天之內即告審結。運用簡易程序審判的案件，被告人提出上訴的為數極少。這標誌着簡易程序的運用對於提高訴訟效益，減少案件積壓，縮短案件結案週期，都發揮了積極的作用。

陳瑞華《刑事訴訟的前沿問題》

但是，中國刑事訴訟簡易程序的運作也存在着一些問題。⁵ 首先，簡易程序的啟動不考慮被告人的意願，完全由法院和檢察院依職權決定。簡易程序的運用意味着程序的書面化、間接化和快速化，被告人往往無法完全行使其在普通程序中所享有的訴訟權利。被告人作為與案件裁判結果有着直接利害關係的當事人，對於自己將要按照什麼樣的程序接受審判，卻沒有任何的決定權和選擇權，而只能被動地接受法院和檢察機關為自己安排的程序模式，消極地放棄自己本應享有的訴訟權利。這顯然使被告人的實體權益面臨威脅。其次，檢察機關有權自行決定不派員出席法庭審判，法官事實上不得不同時充當裁判者和公訴人這兩個相互矛盾的訴訟角色，其中立性和超然性勢必受到消極的影響，顯示出簡易審判的高度職權主義特徵。

2.7.4 死刑覆核程序

中國法律一貫對死刑的使用採取非常慎重的態度，從實體法上嚴格控制死刑的適用範圍，從程序法上對判處被告人死刑的案件，在普通審判程序之外，規定了一個特別的審查核准程序——死刑覆核程序。死刑覆核程序是指最高人民法院或高級人民法院（含中國人民解放軍軍事法院）對判處被告人死刑的案件進行審查核准的一種特別審判程序。

2.7.4.1 行使死刑核准權的人民法院

中國的死刑按照執行期限的不同分為死刑立即執行和死刑緩期執行兩種。死刑的執行期限不同，享有核准權的法院也不同。中國刑事訴訟法第199條規定：“死刑由最高人民法院核准。”

人民法院組織法第13條規定：“死刑案件除由最高人民法院判決的以外，應當報請最高人民法院核准。殺人、強姦、搶劫、爆炸以及其他嚴重危害公共安全和社會治安判處死刑的案件的核准權，最高人民法院在必要的時候，得授權省、自治區、直轄市的高級人民法院行使。”上述規定說明，死刑由最高人民法院判決或者核准，最高人民法院擁有死刑核准權，但在必要時最高人民法院可以依法授權高級人民法院核准部分死刑案件。第201條規定：“中級人民法院判處死刑緩期二年執行的案件，由高級人民法院核准。”這一規定說明，對判處死刑緩期執行案件（以下簡稱死緩）行使核准權的是各省、自治區、直轄市的高級人民法院和解放軍軍事法院。

2.7.4.2 覆核的程序

死刑覆核程序從作出死刑判決、裁定的人民法院上報覆核開始，包括報請覆核和覆核兩個階段。

由於最高人民法院和經其授權的高級人民法院對死刑案件都有核准權，所以，不同類型死刑案件的報請覆核程序不同。

- (1) 判處死刑的危害國家安全案件和貪污等嚴重經濟犯罪案件——由於其死刑覆核權在最高人民法院，所以，若判決是由中級人民法院作出的一審判決，上訴期滿被告人不上訴、人民檢察院不抗訴的，則應當由高級人民法院覆核後，報請最高人民法院核准；若判決是由高級人民法院作出的一審判決，上訴期滿被告人不上訴、人民檢察院不抗訴的，以及高級人民法院作出的二審判決，都應當報請最高人民法院核准。
- (2) 判處死刑的殺人、強姦、搶劫、爆炸以及其他嚴重危害公共安全和社會治安的案件——這類案件的死刑核准權在高級人民法院，所以，中級人民法院判處死刑後，被告人不上訴、人民檢察院不抗訴的，在上訴、抗訴期滿後3日內，報請高級人民法院核准。
- (3) 判處死刑的數罪並罰案件——被告人因兩個以上的罪被判處死刑立即執行的，如果其中有一個罪的死刑是應當報請最高人民法院核准的，就要將該案報請最高人民法院核准。
- (4) 判處死刑的毒品犯罪案件——判處死刑的毒品犯罪案件的覆核權在最高人民法院，但是1991至1997年間，最高人民法院曾分別授權雲南省、廣東省、廣西壯族自治區、甘肅省、四川省高級人民法院行使其管轄範圍內的非涉外毒品案件的死刑核准權。因此，除上述各省外，各地中級以上人民法院判處的該類案件，都要逐級報請最高人民法院予以核准。
- (5) 共同犯罪案件——遇有判處死刑、有期徒刑的共同犯罪案件，下級人民法院在上報覆核時，應全案上報。共同犯罪案件中，部分被告人被判處死刑的罪中，有應當報請最高人民法院核准的，必須將全案報請最高人民法院核准。
- (6) 判處死刑立即執行的所有涉外案件一律報最高人民法院核准。
- (7) 涉港、澳、台死刑案件一審宣判前報最高人民法院內核。
- (8) 高級人民法院根據抗訴，二審改判死刑的，一律報最高人民法院核准。
- (9) 按照第二審程序再審的案件，認為必須判處被告人死刑立即執行的，直接改判後，應當報請最高人民法院核准。

中級人民法院判處死刑緩期二年執行的第一審案件，被告人不上訴、人民檢察院不抗訴的，應當報請高級人民法院核准。

2.7.4.3 審查核准的組織和方式

中國刑事訴訟法第202條規定，最高人民法院覆核死刑案件，高級人民法院覆核死刑緩期執行的案件，應當由審判員3人組成合議庭進行。並且根據相關司法解釋，凡是曾經參加過本案的偵查、起訴、辯護及審判工作的人員，均不得參加合議庭。覆核的方式是閱卷與訊問被告人相結合，高級人民法院覆核死刑、死緩案件，必須提審被告人。

個案分析

成克傑受賄案

案情

被告人成克傑，原為第九屆全國人民代表大會常務委員會副委員長，曾任中共廣西壯族自治區委員會副書記、廣西壯族自治區人民政府主席，因涉嫌受賄2000年4月25日被逮捕。成克傑在擔任中共廣西壯族自治區委員會副書記、廣西壯族自治區人民政府主席期間，利用職務上的便利，採取幫助他人承接工程、從銀行貸款解決建設資金，提升他人職務等手段為請托人謀取利益，並以此為條件收受他人財物，受賄數額高達人民幣41,090,373元。該案由北京市人民檢察院第一分院提起公訴，北京市第一中級人民法院經審理判決被告人成克傑死刑，剝奪政治權利終身，並處沒收個人全部財產。宣判後，成克傑不服，提出上訴。北京市高級人民法院經審理裁定駁回上訴、維持原判，並報請最高人民法院核准。最高人民法院組成合議庭進行了覆核，經覆核核准了北京市高級人民法院維持一審死刑判決的裁定。

分析

死刑覆核程序是中國刑事訴訟中判處死刑案件必經的一個階段。即使該案性質嚴重、社會影響極其惡劣，如本案，也不例外。在死刑覆核程序中，由最高人民法院或經最高人民法院授權的高級人民法院對案件一審、二審裁決認定的事實是否清楚，證據是否確實、充分；適用法律是否正確；被告人犯罪的情節、後果和危害程度，有無法定、酌定從輕、減輕或者從重處罰的情節；是否必須判處死刑立即執行；一、二審審判程序是否合法等問題進行全面審查，以求保證死刑判決的正確性，防止錯殺，控制死刑的適用。由此體現了中國刑事訴訟中對適用死刑的慎重態度。

2.7.5 審判監督程序

審判監督程序即再審程序，是指人民法院、人民檢察院發現已發生法律效力的刑事判決、裁定在認定事實或適用法律上確有錯誤時，採取提交原審法院再審、提審或抗訴的方式，使案件得以重新審理，糾正錯誤判決或裁定的一種訴訟程序。從本質上說，審判監督程序是一種補救性程序，它是對已經發生法律效力的確有錯誤的判決、裁定的糾正，因此，可以將其視為“非常救濟程序”。作為一種特殊審判程序，審判監督程序具有顯著的特點：

- (1) 審理對象為已生效的判決、裁定；
- (2) 提起程序的主體法定；
- (3) 提起程序的理由是生效判決、裁定確有錯誤；
- (4) 審判監督程序的提起不再是無期限限制的。最新的司法解釋對申訴的期限已有規定，一般為刑罰執行完畢2年內；
- (5) 再審案件的法院不受審級的限制；

- (6) 再審量刑不受限制；
- (7) 再審判決、裁定的效力取決於再審的審級。

2.7.5.1 提起審判監督程序的主體

根據中國刑事訴訟法第205條的規定，有權提起審判監督程序的主體是各級人民法院院長及其審判委員會、最高人民法院和上級人民法院、最高人民檢察院和上級人民檢察院。

- (1) 各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的裁決，發現確有錯誤的，必須提交審判委員會處理；
- (2) 最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的裁決，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的裁決，發現確有錯誤，有權提審或者指令下級人民法院再審；
- (3) 最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的裁決，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的裁決，發現確有錯誤，有權按照審判監督程序向同級人民法院提出抗訴。

這裏應注意的是，根據中國刑事訴訟法的規定，當事人及其法定代理人、近親屬，對已經發生法律效力的判決、裁定，可以向人民法院或人民檢察院申訴。但是，這種申訴並不會必然啟動審判監督程序，充其量只不過是法院、檢察院發現錯誤裁判的材料來源之一。因此，當事人只是申請再審的主體，而不是提起審判監督程序的主體。

2.7.5.2 提起審判監督程序的理由

中國刑事訴訟法對提起審判監督程序的理由只作了原則性規定，即“已經發生法律效力的判決和裁定，在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤”，至於如何確定“確有錯誤”，則並未做具體規定。一般說來，主要情形有：⁶

- (1) 對犯罪事實未能查清或作了錯誤認定；
- (2) 藉以認定事實的證據不確實、不充分；
- (3) 適用實體法律規範錯誤，即定罪、量刑上有錯誤；
- (4) 適用程序法錯誤，即原審人民法院審理時違反了法定訴訟程序；
- (5) 審判人員在審理該案件時，有貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁判行為。

2.7.5.3 提起審判監督程序的方式

提起審判監督程序的方式有四種，即決定再審、指令再審、決定提審和提出抗訴。決定再審是由原審人民法院另行組成合議庭，對案件重新審理。指令再審是最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決、裁定，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決、裁定，如果發現確有錯誤，可以指令下級人民法院再審。決定提審是由原審人民法院的上級人民法院直接組成合議庭，調取原審案卷和材料，對案件進行審理。抗訴是人民檢察院發現原審裁判確有錯誤，提請同級人民法院重新審理予以糾正的一種審判監督行為。

2.7.5.4 審判監督程序的審理程序

人民法院按照審判監督程序重新審判的案件，應當另行組成合議庭進行。如果原審是第一審案件，應當依照第一審程序進行審判，所做的判決、裁定，可以上訴、抗訴；如果原來是第二

審案件，或者是上級人民法院提審的案件，應當依照第二審程序進行審判，所做的判決、裁定，是終審的判決、裁定。

個案分析

許友流氓案

案情

原審被告人許友，男，某運輸公司工人。許友與譚小琳是情侶，二人長期同居在一起。一日因生活小事發生爭執，二人爭吵過程中，許友將譚小琳的衣服撕爛剝光，致使譚小琳當眾出醜。事後，許向譚道歉，二人和好並繼續同居。事隔一年之後，許與譚又因生活瑣事發生爭吵，許將譚打傷。譚因此向縣人民法院提起民事訴訟，要求許友賠償醫藥費及其他損失，並解除她與許友的同居關係。縣人民法院受理了譚的起訴，經審查認為，許友撕光譚小琳的衣褲，當眾侮辱的行為已觸犯刑法，遂轉為刑事訴訟，以譚小琳為自訴人，經審理認定許友犯流氓罪（1979年刑法中的罪名），判處有期徒刑4年。宣判後許友未上訴。三年後，許友假釋出獄，向原審法院、省高級人民法院提出申訴。理由是：原審法院對他以自訴案件立案，但是開庭前沒有給他送達起訴書，沒有讓他委託辯護人，開庭審理時，原告譚小琳沒有出庭，沒有進行法庭調查、法庭辯論等程序，僅僅對他進行了審問，即以流氓罪定案，違反訴訟程序。省高級人民法院對該案進行審查後認為原審判決在適用法律上確有錯誤，並嚴重違反法定程序，遂決定提審該案。經過審理認為，許友的申訴理由屬實，原審以自訴案件判決許友構成流氓罪，違反了訴訟程序，在審理的具體程序上也有許多錯誤，應依法糾正。許友的行為雖然符合侮辱罪的構成要件，但原告人當時僅是提起民事訴訟，並未要求追究刑事責任，不應以侮辱罪對許友處刑，應當撤銷原判，改判無罪。

分析

本案涉及如下法律問題：

- (1) 原審法院違反了刑事案件立案管轄的規定。流氓罪屬於公訴案件，應經公安機關立案偵查，由人民檢察院提起公訴，人民法院才能進行審理。原審法院將譚小琳提起的民事訴訟轉為刑事自訴案件直接受理，並以譚為原告人，卻對許友以流氓罪定罪量刑，混淆了刑事公訴案件和自訴案件的立案管轄。
- (2) 原審法院將該案作為自訴案件進行審理，應有自訴人出庭行使控訴職能，但是庭審時原告並未出庭，甚至整個訴訟過程原告都未參與，造成實際上由法院一家自控自審，混淆了控訴職能和審判職能。
- (3) 原審法院未告知被告人享有辯護權，庭審階段又未按法庭調查、法庭辯論的法定程序進行，侵犯了被告人的辯護權，同時也嚴重違反了法定庭審程序。
- (4) 許友的行為雖然符合侮辱罪的犯罪構成要件，但侮辱罪屬自訴案件，且原告人譚小琳並未要求追究被告人的刑事責任，按照“不告不理”的訴訟基本原則，法院也不能以侮辱罪對被告人定罪量刑。

故，省高級人民法院撤銷原判，宣告被告人許友無罪的判決是正確的。

反思

本案是原審法院嚴重違反訴訟程序，導致案件完全錯判的典型。中國刑事訴訟歷來把實體真實作為追求的最高目標，而忽視程序公正，但是由於漠視程序的價值，最終導致實體公正也無法實現。由此可以清晰地看到，訴訟程序對於裁判結論具有獨立自主的決定權，從而突顯出訴訟程序的獨立價值。

3. 刑事訴訟之未來

中國刑事訴訟法經過幾十年的發展和1996年的修訂，已經有了長足的進步，訴訟民主和人權保障的觀念也逐步深入人心，當然同時也還存在着一些問題，大致說來，目前尚需從以下方面努力：

3.1 更新訴訟觀念

一個國家的法律文化對其司法實踐有着決定性的影響，同樣的法律制度，在有着不同法律文化的國家，可能發揮完全不同的功能，這就要求我們必須重視訴訟觀念對司法制度和司法實踐的影響。如果社會上的司法觀念與訴訟法律制度相衝突，那麼，刑事訴訟法的貫徹就會遇到很大的障礙和阻力，因此，樹立一套與現代刑事訴訟相協調、相配套的司法觀念極為重要。當前，我們迫切需要更新的訴訟觀念主要有：

- (1) 更新單一懲罰犯罪的觀念，樹立懲罰犯罪與保障人權並重的訴訟觀念；
- (2) 更新重實體、輕程序的傳統觀念，轉變重案件實體真實、輕程序公正的錯誤觀念，注重程序運作中的公開性、平等性、對抗性、民主性、公正性等特點的有效發揮，樹立尋求實體真實與堅持程序公正相統一的新觀念；
- (3) 克服特權思想，排除以權壓法、以言代法的干擾，樹立司法獨立的觀念；
- (4) 革除疑罪從有、疑罪從掛、有罪推定的被告有罪論觀念，樹立無罪推定、疑罪從無的新觀念；
- (5) 克服將被告人作為被追究的物件的錯誤觀念，確立控辯平衡對抗的新觀念；
- (6) 革除“審者不判、判者不審、先判後審、上判下審”等庭審走過場的弊端，樹立職能定位、職責對等的審級監督新觀念；
- (7) 轉變重司法權力、輕訴訟權利的執法觀念，樹立司法權力必須在有效的監督制約機制才能正確行使的新觀念。
- (8) 樹立注重刑事訴訟的社會效益的訴訟經濟觀念。⁷

3.2 提高執法者的業務素質和執法水平

“徒法不足以自行”。任何法律制度都要靠人去實施、去執行，因此執法者的素質和執法水平直接關係着法律實施的質量。刑事訴訟法修改的成果，如偵查中律師的提前介入、由控方承擔證明被告人有罪的舉證責任、控辯式的庭審方式等等，都需要有高素質的司法人員才能適應。隨着中國法學教育的發展和全民素質的提高，完全有可能逐步提高司法人員的整體素質和執法水平。目前，中國司法系統進行的人事制度改革，如主審法官制和主訴檢察官制度，正是這方面的有益探索。

3.3 健全配套制度，完善現行制度

目前，新刑事訴訟法在實施中面臨的問題，一方面確實有整個國家的法律觀念和司法體制的原因，但另一方面，我們也不得不承認有些程序在制度本身的設計上就存在問題，如法律之間存在衝突，有些程序沒有配套措施，某些制度缺乏保障性條款等。中國刑事訴訟中急待建立和完善的制度主要有：

3.3.1 取消被告人負有“如實供述”的義務的規定，賦予被告人沉默權

關於這一問題，中國法學界的意見並不一致。有人主張沉默權的確立是司法走向文明的標誌，所以應該全面引進、盡快建立沉默權制度；也有人認為就中國目前的社會狀況和司法形勢而言，並不適合引進沉默權制度。但是總的說來，沉默權的確立是現代刑事訴訟發展的一個趨勢，同時也可以根據中國目前的情況予以一定的限制。因此，有些學者提出的採用一般規定和特殊案件除外的方法對沉默權作出規定，也有人主張按照訴訟階段來確定被告人是否享有沉默權。這些方案都不失為可行的方法。

著名刑事訴訟法學家周國均教授主張可以規定，犯罪嫌疑人有拒絕強迫自證其罪權或者沉默權，但是，洗錢罪、黑社會性質犯罪、巨額財產來源不明罪除外。

周國均《拒絕強迫自證其罪與沈默權》

也有的學者提出，在我國(指中國—引者注)確立“有限沉默權的模式”，即在普遍確立沉默權的同時，具體作出某些限制，具體說來是訴訟階段立法模式，從起訴階段起賦予被追訴者沉默權。

3.3.2 設立證據開示(展示)制度

目前，中國法學界對於設立證據開示制度的必要性已無異議，爭論點集中在證據開示的義務方、證據開示的時間、地點和開示的內容上。大致說來，多數人傾向於控辯雙方都應將自己準備在庭審中使用的全部證據予以開示。至於開示的時間和地點則應由法院予以確定，但至少應在開庭一周之前。

3.3.3 完善證人出庭作證制度

中國刑事訴訟法中關於證人出庭作證制度的規定僅限於規定證人有作證的義務，至於證人履行義務的保障和補償以及不履行義務時的應對措施，都沒有完善的制度與之配套，故完善證人出庭作證制度也是中國刑事訴訟法的一項迫切的任務。主要應從以下幾個方面進行：

- (1) 對書面證言的運用予以嚴格限制，明確證人必須出庭作證的義務和不履行義務的法律責任；

- (2) 明確證人拒絕作證權的適用範圍和情形，規定近親屬和一些特定職業的人員享有拒絕證權，賦予證人在法庭上的言論以刑事責任豁免權；
- (3) 建構完善的證人人身保護制度，包括對證人人身安全的即時保護和證人身份保密措施；
- (4) 明確規定證人享有經濟補償權。

3.3.4 完善法庭質證、認證制度

控辯雙方的當庭舉證、質證是庭審活動的基礎，法庭質證主要是通過對控辯雙方提出的證據進行質詢、辯駁的方式，因此完善庭審質證制度，首先應設立健全的交叉詢問規則，並且應適時認證，建立舉證、質證、認證一體的證據制度。

總而言之，中國刑事訴訟制度的完善有賴於整個司法體制的改革和各項具體制度的健全。中國刑事訴訟制度的改革，應着眼於刑事訴訟整體構造的重新構建，將先前的“以偵查為中心”的訴訟構造改造為“以裁判為中心”的訴訟構造。在這一過程中，既應立足於本國實際，又應借鑒外國的先進經驗，不僅應借鑒英美法的優秀法律制度，而且要重視大陸法的成功經驗，並且在此基礎上有所創新，最終建立適合中國國情的刑事訴訟法律制度。

註釋

1. 參見陳瑞華著：《刑事訴訟的前沿問題》，北京：中國人民大學出版社2000年版。
2. 參見楊春洗、高銘暄、馬克昌、余叔通主編：《刑事法學大辭書》，南京：南京大學出版社1990年版，第467頁。
3. 參見樊崇義主編：《刑事訴訟法學》，北京：中國政法大學出版社1995年版，第44頁。
4. 中國大陸學者中有人認為，律師在偵查階段為犯罪嫌疑人提供的法律服務，就是辯護。
5. 參見陳瑞華著：《刑事訴訟的前沿問題》，北京：中國人民大學出版社2000年版。
6. 參見陳衛東著：《刑事審判監督程序研究》，北京：法律出版社2001年版。
7. 參見甄貞著：“促進新刑事訴訟法正確實施之建言”，載《法學家》1998年第2期。

27. 行政訴訟法

羅傑

1.	行政訴訟法概述.....	518
1.1	行政訴訟的概念和特徵.....	518
1.2	中國行政訴訟制度的歷史發展.....	519
1.3	行政訴訟法的淵源.....	520
1.4	行政訴訟法的效力範圍.....	520
1.5	行政訴訟的特有原則.....	521
2.	行政訴訟的受案範圍與管轄.....	522
2.1	行政訴訟的受案範圍.....	522
2.2	行政訴訟管轄.....	525
3.	行政訴訟參加人.....	527
3.1	原告、被告和共同訴訟人.....	527
3.2	第三人.....	528
3.3	訴訟代理人.....	529
4.	行政訴訟證據.....	529
4.1	行政訴訟證據概述.....	530
4.2	行政訴訟的舉證責任.....	530
5.	行政訴訟程序.....	532
5.1	起訴與受理.....	533
5.2	第一審程序.....	533
5.3	第二審程序.....	534
5.4	審判監督程序.....	535
5.5	執行程序.....	536
6.	行政訴訟法律適用與裁判.....	537
6.1	行政訴訟的法律適用.....	538
6.2	行政裁判.....	539

行政權的擴張是近代國家權力發展的重要特點，行政權的運用關係到社會公共利益和公民的個人利益，直接影響着人們的生活。因而在依法賦予行政機關更多的職權、職責的同時，採取科學合理的方法，增強對行政的監督和責任追究，以及對行政相對人的救濟，實現依法行政已成為當今社會普遍奉行的行使行政權力的基本準則。

行政訴訟主要解決行政機關做出的行政行為的合法性問題，其原告只能是公民、法人或者其他組織，而被告只能是行政機關或者法律法規授權的組織。這一法律制度是為公民、法人或者其他組織，在認為行政機關或者法律法規授權的組織所做出的行政行為侵犯自己的合法權益時，提供的法律上的救濟手段和訴訟，故在中國又稱“民告官”。作為一項法律制度，行政訴訟在中國產生較晚。同時，因為具體的國情不同，中國的行政訴訟制度與其他國家的行政訴訟制度也有較大的差異。

1. 行政訴訟法概述

1.1 行政訴訟的概念和特徵

1.1.1 行政訴訟的概念

行政訴訟作為一種解決行政爭議的法律制度，始於法國的行政法院制度，後來逐漸被英美法系國家所承認和接受。儘管各國行政訴訟的含義和範圍不盡相同，但是都包括如下含義：司法機關經公民、法人或其他組織申請，依法監督行政機關行政行為合法性及合理性的活動，是行政法上的救濟手段之一。

在中國，行政訴訟是指公民、法人或者其他組織認為行政機關或法律法規授權的組織做出的具體行政行為侵犯其合法權益，依法定程序向法院起訴，法院在當事人及其他訴訟參與人的參加下，對具體行政行為的合法性進行審查並作出裁決的制度的活動。

行政訴訟法則是指有關調整法院和當事人及其他訴訟參與人在審理行政案件過程中，所進行的各種訴訟活動以及所形成的各種訴訟關係的法律規範的總和。簡言之，行政訴訟法就是調整行政訴訟法律關係的法律規範的總和。

1.1.2 行政訴訟的特徵

中國的行政訴訟具有如下特徵：

- (1) 行政案件由法院受理和審理——在英美法系國家，普通法院審理行政案件，同時普通法院內部也不設行政審判庭；在大陸法系國家，是由專門成立的行政法院審理行政案件。而在中國，法院組織只設立一套法院系統，根據《中華人民共和國行政訴訟法》（以下簡稱《行政訴訟法》）第3條的規定，法院行使對行政案件的審判權，法院在其內部設立行政審判庭，專門審理行政案件。同時，根據最高人民法院的司法解釋，專門法院、法院的派出法庭不受理和審理行政案件。

- (2) 行政訴訟的原告是作為行政相對人的公民、法人或其他組織，即合法權益受到侵犯的行政相對人——特殊情況下，某一行政機關處於行政管理相對方的地位時，也可以做原告。行政訴訟是因行政實體法律關係當事人之間的爭議引起的。行政相對人在行政實體法律關係中處於被管理的地位，當合法權益受到侵犯時，法律就賦予他們一行政訴訟的起訴權。
- (3) 行政訴訟的被告是行使行政職權，作出被訴具體行政行為的國家機關或法律法規授權的組織——行政主體依法享有行政職權，也有義務接受司法的監督。這裏需要有三點加以明確：第一、行政相對人提起訴訟只能以作為行政主體的行政機關或法律法規授權的組織為被告，而不能以公務員或行政機關委託的組織、個人為被告。第二、行政機關或法律法規授權的組織只有在行使行政職權與行政相對人發生爭議時，才能成為行政訴訟的被告。
- (4) 法院審理的行政案件只限於就行政機關做出的具體行政行為的合法性發生的爭議——行政機關做出的抽象行政行為及絕大多數的行政行為的合理性不具有可訴性，除行政處罰顯示公正的情況下，其不是法院直接審理的物件，不能通過行政訴訟的方式解決。
- (5) 行政複議不是行政訴訟的前置階段或者必經程序——在其他國家，通常情況下，行政複議是行政訴訟的必經階段或者前置程序，而且行政複議分為兩級，即原複議和再複議，只有經過兩級複議後，當事人才能向法院提起行政訴訟。而依據《中華人民共和國行政複議法》（以下簡稱《行政複議法》）的規定，除法律、法規規定向法院起訴之前必須經過行政複議者外，是否經過行政複議，由公民、法人或者其他組織自行選擇。
- (6) 行政案件的審理方式原則上為開庭審理——依據《行政訴訟法》的規定，法院在審理一審案件時必須開庭審理。

1.2 中國行政訴訟制度的歷史發展

中國第一個規定行政訴訟制度的法律是孫中山領導的南京臨時政府1912年3月11日公佈的《中華民國臨時約法》。該法規定：“人民對官吏違法損害其權利之行為，有陳述於平政院之權。”還規定：“法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟，但關於行政訴訟，及其他特別訴訟，另以法律定之”。從此，中國開始正式承認行政訴訟。1914年，北洋政府公佈了《平政院編制令》和《行政訴訟條例》，在中國歷史上正式建立了行政訴訟制度。

1932年11月，南京國民政府公佈《行政法院組織法》、《行政訴訟法》，正式設置行政法院。前者規定，行政法院與最高人民法院平列，同隸屬於司法院。後者規定，凡提起行政訴訟，一律須經過再訴願，逾越許可權和濫用權力的行政處分以違法論。

1949年，《中國人民政治協商會議共同綱領》第19條規定：“人民和人民團體有權向人民監督機關或人民司法機關控告任何國家機關和任何公務人員的違法失職行為。”此後，一些單行法規對行政訴訟程序作出規定。如1950年勞動部《關於勞動爭議解決程序的規定》中規定，對勞動行政機關的仲裁不服，勞動爭議當事人可以提請法院處理。

1982年頒佈的《民事訴訟法（試行）》第3條第2款規定：“法律規定由法院審理的行政案件，適用本法規定。”1983年在法院內設立經濟審判庭，受理經濟行政案件。1986年9月頒佈的

《治安管理處罰條例》規定，公民對公安機關及其工作人員的行政違法行為，可以向法院起訴。確立了中國治安行政訴訟制度。此後，各級地方法院陸續建立了行政審判庭。

1989年4月，全國人大審議通過了《行政訴訟法》，於1990年10月施行。這是新中國法律史上第一部獨立的行政訴訟法典。它是中國行政訴訟制度最終確立並走向成熟的標誌。

1.3 行政訴訟法的淵源

中國行政訴訟法的淵源主要有：

- (1) 《中華人民共和國行政訴訟法》——1989年4月4日由七屆全國人大二次會議通過，並於1990年10月1日起施行。共11章75條。
- (2) 單行法律、法規中有關行政訴訟問題的規定——根據《行政訴訟法》第11條第2款、第37條、第38條的規定，法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例中有關行政訴訟的規定，也屬於行政訴訟法的一部分。
- (3) 《民事訴訟法》中可以適用於行政訴訟法的規定——最高人民法院在2000年所作的《關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》（以下簡稱《若干解釋》）第97條規定：“法院審理行政案件，除依照行政訴訟法和本解釋外，可以參照民事訴訟的有關規定。”《民事訴訟法》的這些規定即是行政訴訟法的一部分。
- (4) 最高人民法院和最高人民檢察院關於審理行政案件的司法解釋——如1991年最高人民法院制定的《關於貫徹〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的意見（試行）》，2000年最高人民法院制定的《關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》，2002年最高人民法院制定的《關於行政訴訟證據若干問題的規定》（以下簡稱《證據規定》），最高人民檢察院於1990年制定了《關於執行行政訴訟法第64條的暫行規定》等。
- (5) 國際條約和行政協定中有關行政訴訟的規定——在涉外行政訴訟中，要適用中國參加的國際條約和行政協議（中國聲明保留的條款除外）。

1.4 行政訴訟法的效力範圍

行政訴訟法的效力範圍是指行政訴訟在怎樣的空間和時間範圍內，對哪些人具有適用的效力。具體包括：

- (1) 空間效力——即行政訴訟法所適用的地域範圍。原則上，中國行政訴訟法適用於中國國家主權所及的一切空間領域，包括中國的領土、領海、領空以及領土延伸的所有空間。但有兩點例外：一是在香港和澳門特別行政區不適用；二是地方性法規、自治條例和單行條例中有關行政訴訟的規定只能在制定主體所轄的行政區域範圍內有效。
- (2) 時間效力——即行政訴訟法的生效、失效時間以及對該法生效前發生的行政案件是否具有溯及力。根據《中華人民共和國立法法》第84條的規定，行政訴訟法原則上不溯及既往，但為保護公民、法人或其他組織的合法權益，行政訴訟法有明確規定時，則可例外。

- (3) 對人的效力——即行政訴訟法對哪些人有效，對哪些人無效。中國行政訴訟法原則上採取屬地主義原則。如《行政訴訟法》第70、71條規定，外國人、無國籍人、外國組織在中華人民共和國進行行政訴訟的，適用本法，他們同中華人民共和國的公民、組織有同等的訴訟權利和義務。但屬地原則也有兩個例外：一是如果法律有例外規定，中國的行政訴訟法對外國人、無國籍人或外國組織就不具有法律效力；二是對等原則的例外，根據《行政訴訟法》第71條第2款的規定，如外國法院對中華人民共和國公民、組織的行政訴訟權利加以限制的，中國法院對該國公民、組織的行政訴訟權利，實行對等原則。此時中國的行政訴訟法對這些外國公民、組織就不具有完全的效力。

1.5 行政訴訟的特有原則

- (1) 當事人選擇複議原則——指對屬於法院受案範圍的行政案件，在法律、法規沒有明確規定必須經過複議的情況下，當事人對具體行政行為不服時，既可以先向上一級行政機關或者法律規定的特定機關申請複議，對複議決定不服，再向法院起訴，也可以不經複議直接向法院起訴。即複議原則上不是進行行政訴訟的必經程序，是否經過複議，由當事人自己選擇。
- (2) 審查具體行政行為合法性原則——抽象行政行為和具體行政行為都有可能對公民、法人或者其他組織的合法權益構成侵害，但考慮到抽象行政行為對相對人權益的影響、中國的政治體制和法院地位，《行政訴訟法》第2條規定：“公民、法人或者其他組織認為行政機關和行政機關工作人員的具體行政行為侵犯其合法權益，有權依照本法向法院提起訴訟。”據此，具體行政行為是行政訴訟中的起訴對象，而抽象行政行為不是行政訴訟的起訴對象。
- (3) 具體行政行為不因訴訟而停止執行原則——這一原則的基本內涵是，具體行政行為作出以後，即具有拘束力、確定力和執行力，不論是否發生爭議，當事人是否提起了行政訴訟，原具體行政行為只要沒有被有權機關依法撤銷或變更之前，就仍將繼續具有法律效力，當事人仍要按照具體行政行為所規定的內容履行自己的義務，否則，行政機關或者行政機關通過法院有權對當事人採取強制措施，迫使當事人履行義務。行政訴訟法同時也考慮到在某些特殊情況下，具體行政行為應當停止執行，否則將可能造成難以彌補的損失。《行政訴訟法》第44條規定，在以下3種情況下，具體行政行為要停止執行：
- (i) 被告認為需要停止執行的；
 - (ii) 原告在提起行政訴訟的同時，申請法院停止執行具體行政行為，法院認為該具體行政行為的執行將會造成難以彌補的損失，並且停止執行不損害社會公共利益的，裁定停止執行；
 - (iii) 法律、法規規定停止執行的。
- (4) 不適用調解原則——指法院審理行政案件，既不能把調解作為行政訴訟過程中的一個必經階段，也不能把調解作為結案的一種方式。但必須指出的是在行政訴訟過程中，也有不適用該原則的例外。根據法律的規定，這種例外情況是：公民法人或其他組織因行政機關的侵權行為造成損害而提起賠償的訴訟，人民法院可就雙方當事人所爭議的賠償問題進行調解。

- (5) 司法變更權有限原則——指法院對被訴具體行政行為經過審理後，認為該具體行政行為違法而改變該具體行政行為的權力。法院享有司法變更權，但其司法變更權又受到限制：
- (i) 法院可以行使變更權的領域僅限於行政處罰，對於除此以外的具體行政行為，法院經過審理認為違法也不能行使變更權；
 - (ii) 只有在行政處罰顯失公正的情況下，法院才可以予以變更；
 - (iii) 在行政處罰顯失公正的情況下，法院“可以”變更，而不是必須變更，是否變更由法院視具體情況而定。
- (6) 被告負主要舉證責任原則——該原則的含義是：在行政訴訟中，被告行政機關負有證明具體行政行為合法的責任，如果不能舉證則要承擔敗訴的不利後果。《行政訴訟法》第32條規定：“被告對做出的具體行政行為負有舉證責任，應當提出作出該具體行政行為的證據和所依據的規範性文件。”

2. 行政訴訟的受案範圍與管轄

2.1 行政訴訟的受案範圍

2.1.1 行政訴訟受案範圍的概念

行政訴訟受案範圍，又稱“法院主管範圍”、“行政審判權範圍”、“可訴行為範圍”、“司法審查範圍”等，是指法院受理一定範圍行政訴訟案件的許可權，即確定法院與其他國家機關在解決行政爭議案件上的分工。行政訴訟受案範圍要由法律做出明確規定，這是行政訴訟的特點，也是行政訴訟和民事訴訟的重要區別之一。民事訴訟中，只要符合民事訴訟法規定的起訴條件，無論是什麼性質的民事糾紛，爭議的標的額大小，法院都應該受理。而行政訴訟則不同，不是所有的行政爭議都可以向法院起訴，可以向法院起訴的行政案件的範圍，要由行政訴訟法律做出明確規定。

2.1.2 行政訴訟受案範圍的確立標準

行政訴訟以行政爭議為處理對象，而行政爭議的範圍和種類極其廣泛，法院不可能受理並審理所有的行政爭議。《行政訴訟法》在規定法院的受案範圍時主要考慮了兩方面的因素：一是盡可能擴大法院的受案範圍以給當事人的合法權益提供更有力的司法保護；二是法院在中國政權體制中的地位、法院的審判力量、法院與行政機關的關係及目前的行政訴訟意識。

根據《行政訴訟法》的規定，行政訴訟受案範圍的設定標準有下列三項：

- (1) 具體行政行為標準——指法院只受理因行政機關的具體行政行為引起的爭議案件。具體行政行為和抽象行政行為的劃分是行政法學上的一種分類。當行政訴訟法將其採用作為確定行政訴訟受案範圍的標準時，具體行政行為和抽象行政行為的劃分就

已不再是單純學理上的概念。根據行政訴訟法的規定，行政訴訟的標的是具體行政行為，抽象行政行為則被排除在受案範圍之外。

在最高人民法院《關於〈行政訴訟法〉若干問題的意見》（試行）中，最高人民法院曾經試圖通過對具體行政行為作明確界定來明確行政訴訟受案範圍，在訴訟實踐中，逐漸發現這種界定方式有明顯不足。因此，在《若干解釋》中改變思路，明確界定行政訴訟不予受理的案件，其餘的行為均屬於行政訴訟受案範圍。其中抽象行政行為就是不予受理的案件中最先排除的事項。

- (2) 人身權、財產權標準——《行政訴訟法》第11條第1款前7項首先列舉了七類可訴的具體行政行為，這些行為原則上符合具體行政行為的一般特徵並被認為侵犯了行政相對人的人身權、財產權。進而該條第1款第8項規定，行政相對人認為行政機關的具體行政行為侵犯其他人身權、財產權的，也屬於行政訴訟的受案範圍。

原則上講，只有具體行政行為侵犯到行政相對人的人身權、財產權時才具有可訴性，但人身權、財產權標準也存在例外。依《行政訴訟法》第11條第2款的規定，只要法律、行政法規、地方性法規、自治條例、單行條例有明確規定，行政相對人因人身權、財產權以外的其他權益受具體行政行為侵害，而提起的訴訟也屬於法院的受案範圍。

- (3) 法律上利害關係標準——《若干解釋》第12條規定：與具體行政行為有法律上利害關係的行政相對人對該行為不服的，可以依法提起行政訴訟。依照該條的規定，行政相對人與具體行政行為是否存在法律上利害關係為行政訴訟受案範圍的又一重大標準。所謂法律上利害關係，是指具體行政行為的作出直接影響到行政相對人法律上的權利義務關係。當事人的合法權益受到具體行政行為的侵害時，該受到侵害的權益必須屬於法律所要保護的權益範圍之列，才能稱得上與該具體行政行為有法律上的利害關係。

對於何為法律上的利害關係，實踐當中難以界定。針對這種情況，《若干解釋》第13條列舉了一些情形。該條規定：“有下列情形之一的，行政相對人可以依法提起行政訴訟：

- (i) 被訴的具體行政行為涉及其相鄰權或者公平競爭權的；
- (ii) 與被訴的行政複議決定有法律上利害關係或者在複議程序中被追加為第三人的；
- (iii) 要求主管行政機關依法追究加害人法律責任的；
- (iv) 與撤銷或變更具體行政行為有法律上利害關係的。”

2.1.3 行政訴訟受案範圍的確定方式

行政訴訟受案範圍的確定方式決定着受案範圍的寬窄。由於各國的法律制度、歷史傳統及行政審判制度的發達程度不同，所採取的確定方式也有所不同。歸納起來，主要有3種：列舉式、概括式與結合式。《行政訴訟法》根據中國的具體情況，在確定法院的受案範圍時，採用了結合式，但又具有中國的特色：

- (1) 總的概括規定——《行政訴訟法》第2條規定：“公民、法人或者其他組織認為行政機關和行政機關工作人員的具體行政行為侵犯其合法權益，有權依照本法向法院提起訴訟”。據此，法院受案範圍為因具體行政行為發生的爭議，排除了因抽象行政行為發生的行政爭議的可訴性。

- (2) 肯定式分類列舉——《行政訴訟法》第11條第1款第1項至第8項列舉了8類因具體行政行為合法性發生的爭議。這一規定又進一步限定了受案範圍為明確列舉的8類具體行政行為，是否合法而發生的爭議，排除了除此之外的其他具體行政行為合法性發生的爭議的可訴性。
- (3) 肯定式個別列舉——《行政訴訟法》第11條第2款規定，法院除受理《行政訴訟法》規定的8類行政案件外，還受理法律、法規規定可以提起訴訟的其他行政案件。這一規定在將來不修改《行政訴訟法》的前提下，通過單行法律、法規列舉的方式逐漸擴大法院的受案範圍提供了法律依據。
- (4) 否定式分類列舉——《行政訴訟法》第12條列舉了因4類事項發生的爭議不屬於法院的受案範圍之內。這種否定式列舉有兩種情況：一是進一步確定抽象行政行為不屬於法院的受案範圍；二是在肯定式分類列舉中排除對某些事項的司法審查，如內部行政行為、國家行為及法律規定由行政機關最終裁決的行為。

2.1.4 法院受理的行政案件

法院受理公民、法人或者其他組織對具體行政行為不服提起的9類訴訟，同時對9類行政爭議案件不予受理。

行政訴訟中受理的案件	1、對拘留、罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰不服的；
	2、對限制人身自由或對財產的查封、扣押、凍結等行政強制措施不服的；
	3、認為行政機關侵犯法律規定的經營自主權的；
	4、認為符合法定條件申請行政機關頒發許可證和執照，行政機關拒絕頒發或者答覆的；
	5、申請行政機關履行保護人身權、財產權的法定職責，行政機關拒絕履行或者答覆的；
	6、認為行政機關沒有依法發給撫恤金的；
	7、認為行政機關違法要求履行義務的；
	8、認為行政機關侵犯其人身權、財產權的；
	9、除前款規定外，法院受理法律、法規規定可以提起訴訟的其他行政案件。
行政訴訟中拒絕受理的案件	1、國防、外交等國家行為；
	2、公安、國家安全機關依照刑事訴訟法的明確授權實施的行為；
	3、不具強制力的行政指導行為；
	4、行政法規、規章或者行政機關制定、發佈的具有普遍約束力的決定、命令；
	5、駁回當事人對行政行為提起申訴的重複處理行為；
	6、對公民、法人或其他組織的權利義務不產生實際影響的行為；
	7、調解行為及法定的仲裁行為；
	8、行政機關對行政機關工作人員的獎懲、任免等決定；
	9、法律規定由行政機關最終裁決的具體行政行為。

個案分析

對行政強制措施不服，當事人可以提起行政訴訟

案情

1993年5月3日，原告李某代表湖南長沙市某公司與廣東省清遠市某公司簽訂了一份工礦產品代銷合同，長沙公司先後付給清遠公司貨款34,800元，並退回部分不合格產品，餘款因產品質量、市場銷售難等因素一直未清結。1999年4月2日，清遠某公司以李某涉嫌合同詐騙為由向廣東省清遠市公安局報案。同年5月5日，清遠市公安局將李某從長沙市抓至清遠市實施監視居住，並以收繳贓款名義令李某親屬交納退贓款32,100元。同年5月29日，李某向長沙市天心區法院提起行政訴訟，要求撤銷清遠市公安局非法限制人身自由和收取退贓款行政行為，賠償經濟損失26,000元。

分析

本案涉及對行政強制措施不服，是否可以提起行政訴訟的問題。行政機關採取的行政強制措施可能對當事人的人身權和財產權造成侵害，因此，《行政訴訟法》第11條第1款第2項規定，公民、法人或其他組織對行政強制措施不服，可以向人民法院提起行政訴訟。最終長沙市天心區法院作出判決，撤銷廣東省清遠市公安局對原告李某實施的限制人身自由和以收繳贓款名義收取現金的具體行政行為，由被告退還原告李某所交現金。

《人民法院案例選》（2000年第4輯），第307—315頁。

2.2 行政訴訟管轄

行政訴訟管轄是指上下級法院之間和同級法院之間受理第一審行政案件的分工和許可權。從受理和審理的角度，它解決的是法院內部的分工和許可權；從起訴的角度，它解決的是公民、法人或者其他組織認為屬於法院受案範圍的具體行政行為侵犯了自己的合法權益時，向哪一級哪一個法院起訴的問題。

行政訴訟管轄分為級別管轄、地域管轄和裁定管轄三類，其中級別管轄和地域管轄是由法律明確規定的，又合稱為“法定管轄”。

2.2.1 級別管轄

中國大陸一共設有四級法院，即最高人民法院、高級人民法院、中級人民法院和基層人民法院。因此，首先需要根據行政案件的各種因素，在上下級法院之間對案件的管轄權作出分配。級別管轄就是從縱向上解決哪些第一審行政案件應由哪一級法院受理和審理的問題。《行政訴訟法》關於級別管轄的規定是：

- (1) 基層法院管轄的案件——基層法院管轄除上級法院管轄的第一審行政案件以外的其他第一審行政案件，一般來說行政案件都由基層法院管轄。這是因為在多數情況下基層法院既是原告和被告所在地，又是行政機關和行政爭議的發生地。如此規定便於法院和行政機關參加訴訟，也有利於法院及時公正地處理行政爭議。
- (2) 中級法院管轄的案件——根據《行政訴訟法》第24條的規定，中級法院管轄下列第一審行政案件：確定發明專利權的案件和海關處理的案件；對國務院各部門或者省一級政府所作出的具體行政行為提起訴訟的案件；本轄區重大、複雜的案件。

- (3) 高級法院管轄的案件——高級法院管轄本轄區內重大、複雜的第一審行政案件。
- (4) 最高人民法院管轄的案件——最高人民法院管轄全國範圍內重大、複雜的第一審行政案件。

2.2.2 地域管轄

地域管轄，又稱“區域管轄”、“土地管轄”，是指同級法院之間受理第一審行政案件的分工和許可權。它是在級別管轄確定的前提下，深化管轄權。其主要根據法院的轄區與當事人所在地或者與訴訟標的所在地的關係，確定第一審行政案件的管轄。《行政訴訟法》所確定的地域管轄分為一般地域管轄和特殊地域管轄。

- (1) 地域管轄——又稱“區域管轄”、“土地管轄”，是指同級法院之間受理第一審行政案件的分工和許可權。它是在級別管轄確定的前提下，對管轄權的深化。其主要根據法院的轄區與當事人所在地或者與訴訟標的所在地的關係確定第一審行政案件的管轄。《行政訴訟法》所確定的地域管轄分為一般地域管轄和特殊地域管轄。
- (2) 特殊地域管轄——又稱“特別管轄”，是指根據具體行政行為的特殊性或者標的物所在地來確定管轄的法院。又分為：
 - (i) 共同管轄——即兩個或者兩個以上的法院對同一行政案件都有管轄權。這種情況下，原告可以選擇兩個或者兩個以上有管轄權的法院中的一個起訴。如果原告同時向兩個或以上有管轄權的法院起訴的，由最先收到起訴狀的法院管轄。
 - (ii) 專屬管轄——即因不動產提起的行政訴訟，由不動產所在地法院管轄。在此情況下，確定管轄的其他標準均不適用。如縣級人民政府對因土地的使用權或者所有權發生的爭議進行裁決，當事人一方對該裁決不服，申請行政複議，行政複議機關改變了原裁決，另一方當事人不服，向法院起訴。按照共同管轄的規定，當事人既可以向複議機關所在地法院，也可以向原裁決機關所在地法院，提起行政訴訟。但因為該案件涉及土地這一不動產，因此，當事人只能向不動產所在地法院起訴，而不能到複議機關所在地法院起訴。

個案分析

經海關處理的案件由中級人民法院管轄

案情

1994年4月28日，原告洋浦偉圖公司與七星公司在海口簽訂了一份易貨貿易合同書，約定由七星公司向原告出售870輛俄羅斯產“拉達”牌汽車，換取原告19,000套中國產“海南”牌汽車輪胎。合同簽訂後，同年8月6日，七星公司按合同約定將870輛“拉達”牌汽車運抵洋浦港。原告收到七星公司交付的兩份提單後，提取了350輛“拉達”汽車。1996年3月25日，被告海口海關認為原告變相走私進口車輛，決定將剩餘的520輛小汽車扣留立案調查。1998年9月10日，被告做出(1998)瓊關達字第40號處罰決定書，沒收520輛小汽車。原告不服，向海關總署申請複議，海關總署做出複議決定：駁回申請人請求，維持海口海關處罰決定。

分析

本案涉及海關處理的案件是否由中級人民法院管轄的問題。《行政訴訟法》第14條第1項規定，海關處理的案件由中級人民法院管轄。由於海關處理的案件一般較為複雜，具有一定的專業性、政策性，而且往往帶有涉外因素，可能產生較大的影響。因此，法律規定對這類案件由審判水平和審判條件都優於基層人民法院的中級人民法院管轄。本案中，被告海口海關對原告洋浦偉圖公司進行了行政處罰，原告不服，提起訴訟。根據行政訴訟法的規定，此案應由海口市中级人民法院管轄。最終海口市中级人民法院依法判決撤銷了被告的行政處罰行為。

《中國審判案例要覽》（2001年商事審判暨行政審判案例卷），第647-654頁。

2.2.3 裁定管轄

裁定管轄是指法院在某些特殊情況下，以裁定的方式確定行政案件的管轄法院。裁定管轄是法定管轄的補充。裁定管轄分為：

- (1) 移送管轄——指某一法院受理行政案件後，發現本法院對該案件沒有管轄權，將案件移送給有管轄權的法院審理。
- (2) 指定管轄——指上級法院以裁定的方式指定某一下級法院管轄某一行政案件。

2.2.4 管轄權異議

管轄權異議，是指當事人向受理案件的法院提出該院沒有管轄權的主張。管轄問題的複雜性會使當事人之間和法院之間產生有關管轄權的爭議，為了確定案件管轄，保證行政訴訟案件的公正審理，使當事人有機會向法院表達關於管轄權問題的不同意見，行政訴訟法還賦予了訴訟當事人在對案件的管轄權有不同意見時可以向受案法院提出異議的權利，也即管轄異議權。

3. 行政訴訟參加人

行政訴訟參加人是行政訴訟程序的發動者和整個過程的參加者，他們與行政訴訟的標的有着直接的利益關係。在行政訴訟中，原告只能由公民、法人或者其他組織充當；被告只能由行政機關或者法律、法規授權的組織充當，在具體案件中，需要根據一定的標準確定被告；在一些案件中，除原告和被告以外，還可能有第三人；法院在審理具體案件時，有時必須或者可以將兩個或以上訴訟主體的案件合併審理，從而形成共同訴訟人的情形。

3.1 原告、被告和共同訴訟人

3.1.1 原告

行政訴訟的原告是指認為行政機關的具體行政行為侵犯其合法權益，而依法以自己的名義向法院起訴的公民、法人或者其他組織。原告具有以下法律特徵是：認為行政機關的具體行政行為侵犯其合法權益；以自己的名義向法院起訴；法院的裁判拘束。

根據《行政訴訟法》第2條和第70條的規定，行政訴訟中的原告包括：中國公民、法人或者其他組織；在中國參加行政訴訟的外國人、無國籍人、外國組織。

3.1.2 被告

行政訴訟被告是指原告認為侵犯其合法權益，並向法院提起訴訟的具體行政行為，而由法院通知應訴的行政機關或者法律、法規授權組織。被告具有以下法律特徵：被告只能是行使行政管理權、作出具體行政行為的行政機關或法律、法規授權的組織；作出的具體行政行為被原告指控侵害其合法權益；以自己的名義應訴，並受法院裁判拘束。

3.1.3 共同訴訟人

在通常情況下，一宗行政案件中只有一個原告和一個被告。但在特殊情況下，也會發生某些行政案件的原告是兩個以上的公民、法人或者其他組織，或者被告是兩個以上的行政機關，或者原告、被告雙方均為兩個以上主體的情況。《行政訴訟法》第26條規定：“當事人一方或者雙方為二人以上，因同一具體行政行為發生的行政案件，或者因同樣的具體行政行為發生的行政案件，法院認為可以合併審理的，為共同訴訟。”因此，共同訴訟就是指當事人一方或者雙方為兩個以上主體，因同一具體行政行為發生的行政案件，或者因同樣具體行政行為發生的行政案件，法院認為可以合併審理的訴訟。

所謂共同訴訟人是指在共同訴訟案件的當事人。原告一方是兩個或者兩個以上的主體，稱為共同原告；被告一方是兩個或者兩個以上主體的，稱為共同被告。

3.2 第三人

3.2.1 行政訴訟第三人的概念和特徵

行政訴訟中的第三人是指與提起訴訟的具體行政行為有利害關係的公民、法人、其他組織及行政機關。行政訴訟第三人具有以下特徵：

- (1) 第三人同被訴訟的具體行政行為有利害關係，而且法院的判決也必然會影響其權益。
- (2) 第三人在法律上有獨立的訴訟地位——第三人參加訴訟是為了維護自己的合法權益，可以提出既不同於原告又不同於被告的獨立主張。
- (3) 第三人在訴訟期間參加訴訟——行政訴訟第三人必須是在訴訟開始後和法院裁判前參加訴訟。
- (4) 經本人申請或法院通知參加訴訟——第三人參加訴訟有兩種方式：一種是第三人主動向法院提出申請，經法院同意後參加訴訟；另一種是法院通知其作為第三人參加訴訟。按照《若干解釋》第24條的規定，法院通知沒有起訴的第三人參加訴訟，是法院必須履行的法定職責。

3.2.2 第三人的種類

從行政審判實踐來看，第三人的種類主要有以下兩大類：一類是具有原告資格而未提起訴訟的第三人。這類第三人在行政法律關係中基本上處於相對人或相關人的地位，他們具有原告的資格，只是沒有提起行政訴訟成為原告而已。《若干解釋》第24條所稱的“利害關係人”就是指這種類型的第三人。另一類是其他第三人。這類第三人是指在行政法律關係中基本處於行政主體地位的訴訟參加人。

3.3 訴訟代理人

3.3.1 訴訟代理人的概念與特徵

根據法律規定、當事人或法定代理人的委託及法院的指定，以被代理人的名義進行訴訟行為的，稱為訴訟代理；行使訴訟代理權的人，稱為訴訟代理人。訴訟代理人具有以下特徵：只能以被代理人的名義進行訴訟活動；參加訴訟的目的在於維護被代理人的合法權益；在代理許可權範圍內所實施的訴訟行為，其法律後果由被代理人承擔。

3.3.2 訴訟代理人的種類

在行政訴訟中，根據訴訟代理人代理許可權的來源，可將訴訟代理人分為法定代理人、委託代理人 and 指定代理人。

法定代理是指根據法律的直接規定而產生的代理；法定代理人是指根據法律的直接規定行使訴訟代理權的人。《行政訴訟法》第28條規定：“沒有訴訟行為能力的公民，由其法定代理人代為訴訟。”可見，法定代理是專為無訴訟行為能力的公民進行訴訟而設立的一種代理制度。

委託代理是指根據當事人、法定代理人的委託而產生的訴訟代理；被當事人、法定代理人委託代為進行訴訟行為的人是委託代理人。律師、社會團體、提起訴訟的公民的近親屬或者所在單位推薦的人，以及經法院許可的其他公民，可以受委託為訴訟代理人。

指定代理人是指受法院的指定而代理當事人進行訴訟活動的人。

4. 行政訴訟證據

任何訴訟都是由兩個環節構成的，一是查明案件的事實，二是正確適用法律，而查明案件事實離不開證據。證據是指用以證明案件事實的一切材料和事實，行政訴訟證據就是指在行政訴訟中用以證明案件事實情況的一切材料和事實。行政訴訟證據與其他訴訟證據在基本規則上是相同的，但由於行政訴訟自身的特殊性，行政訴訟證據在形式、舉證責任、證據的收集和採用上都有自己的特點。

4.1 行政訴訟證據概述

4.1.1 行政訴訟證據的概念與特點

行政訴訟證據是指在行政訴訟中用以證明案件事實情況的一切材料和事實。受行政訴訟性質決定，其證據制度具有如下特點：

- (1) 行政訴訟證據所要證明的最終事實是被訴具體行政行為是否合法。
- (2) 行政訴訟被告必須自始至終地承擔證明被訴具體行政行為合法的法定舉證責任。
- (3) 行政訴訟被告在訴訟過程中，不得自行向證人和原告收集證據，作為被告代理人的律師也不得自行向原告和證人收集證據。
- (4) 法院在行政訴訟中有收集證據的權力，而無收集證據的義務，其主要任務是審查判斷證據。

4.1.2 行政訴訟證據的種類

根據《行政訴訟法》第31條的規定，行政訴訟證據分為七個種類。

- (1) 書證——指以文字、符號、圖案等形式記載的，能夠表達人的思想和行為的、能證明案件事實的物品。例如各種文件、書信、委託書、證明書等。
- (2) 物證——指以其本身固有的形態、品質、規格等證明案件事實的物品或痕跡，例如被檢查扣押的偽劣商品，從事違法活動使用的工具器材等。
- (3) 視聽資料——指用以證明案件事實，利用錄音、錄影等設備取得的音響圖像材料和利用電腦等設備取得和存儲的資料材料。例如錄音帶、錄影片、電影底片、電話錄音等。
- (4) 證人證言——指證人就其所了解的案件事實向法院或當事人所作的陳述。
- (5) 當事人的陳述——指訴訟當事人在訴訟過程中就案件的有關事實向法院所作的說明。
- (6) 鑑定結論——指鑑定人運用其專門知識，或者同時利用專門材料和設備對有關案件事實的專門技術性問題，分析鑑別所作出的科學判斷和結論。例如醫學鑑定、審計鑑定、交通事故鑑定和其他鑑定。
- (7) 勘驗筆錄、現場筆錄——勘驗筆錄是指行政機關工作人員或者法院審判人員，對與行政案件有關的現場或者物品進行勘察、檢驗、測量、繪圖、拍照等所作的記錄。現場筆錄是指行政機關工作人員，在行政管理過程中對與行政案件有關的現場情況及其處理所作的書面記錄。

4.2 行政訴訟的舉證責任

4.2.1 行政訴訟舉證責任的負擔原則

舉證責任，又稱“證明責任”，是指當事人雙方必須就自己舉證的事實加以證明，否則便承擔敗訴風險及不利訴訟後果的訴訟法律責任。舉證責任包括兩方面的內容：一是由誰負責提供證

據證明特定的案件事實，即舉證責任的分配；二是不能履行舉證責任時可能引起何種法律後果。

在訴訟過程中，舉證責任通常採用“誰主張，誰舉證”原則來確定承擔者，即哪一方當事人提出了訴訟主張，就由其提供證據證明自己的主張能夠成立，否則法院不予承認。《行政訴訟法》第32條規定：“被告對作出的具體行政行為負有舉證責任，應當提供作出該具體行政行為的證據和所依據的規範性文件。”《證據規定》也對原告承擔某些舉證責任作出了明確規定。可見，《行政訴訟法》確定的是主要由被告行政機關負舉證責任，原告在特殊情況下也承擔某些舉證責任的原則。其基本根據是：

- (1) 法院審理行政案件是對具體行政行為的合法性進行審查，而被訴具體行政行為又是由行政機關作出的，因而由行政機關舉證證明其所作出的具體行政行為合法，符合自然公正原則，也符合“誰主張，誰舉證”的原則。
- (2) 依據法治原則，行政機關必須依法行政，由此產生對行政機關的兩項基本要求：一是根據正當法律程序的要求，行政機關必須在有充分事實根據的基礎上，才能對當事人作出具體行政行為，即“先取證，後決定”；二是行政機關必須根據明確的法律規定，才能對當事人作出具體行政行為。當公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為侵犯自己的合法權益，向法院起訴後，行政機關應當有責任證明其所作出的具體行政行為是有充分的事實根據和法律根據的。
- (3) 被告行政機關的舉證能力比原告強，行政機關是在某一領域的專門管理部門，技術手段先進，人員素質高，特別是在環境保護、食品衛生、發明專利等專業性很強的行政案件中，行政機關的舉證能力顯然強於原告。
- (4) 與原告相比較，被告行政機關對其作出的具體行政行為的根據更為了解。

4.2.2 行政訴訟證據的來源

行政訴訟證據來源於三個方面：一是被告舉證；二是原告舉證；三是法院依職權收集和保全證據。由於被告行政機關主要負擔舉證責任，因此行政機關舉證是行政訴訟證據的主要來源。

- (1) 被告舉證——被告舉證的事項包括：提供當事人行為違法的事實根據和法律根據；提供被訴具體行政行為合法性具有充分確實根據的證據；提供被訴具體行政行為符合法定程序和要件的證據；提供被訴具體行政行為合法性的規範性文件依據；認為原告起訴超過法定期限的，提供必要的證據等。

被告舉證的期限：根據《行政訴訟法》第32條和第43條的規定，被告行政機關應當在收到起訴狀副本之日起10日內提交答辯狀，並提供作出具體行政行為時的證據、依據；被告不提供或者無正當理由逾期提供的，應當認定該具體行政行為沒有證據、依據。同時，《證據規定》第1條第2款也規定：“被告因不可抗力或者客觀上不能控制的其他正當原因，不能在前款規定的期限內提供證據的，應當在收到起訴狀副本之日起10日內向法院提出延期提供證據的書面申請。法院准許延期提供的，被告應當在正當事由消除後10日內提供證據。逾期提供的，視為被訴具體行政行為沒有相應的證據”。被告對行政訴訟證據的收集：《證據規定》第3條規定：“在訴訟過程中，被告及其訴訟代理人不得自行向原告和證人收集證據”。這一規定意味着被告及其代理人在訴訟過程中自行向原告和證人收集的證據，以及被告在作出具體行政行為之後至原告起訴

法院受理之前自行向原告和證人收集的證據，無論該證據是否合法、客觀，法院均不承認其證據效力。但同時也有例外情況，即《證據規定》第2條規定：“原告或者第三人提出其在行政程序中沒有提出的反駁理由或者證據的，經法院准許，被告可以在第一審程序中補充相應的證據”。

- (2) 原告舉證——原告承擔舉證責任的事項包括：提供其符合起訴條件的相應的證據材料；在起訴被告不作為的案件中，提供其在行政程序中曾經提出申請的證據材料；在一併提起的行政賠償訴訟中，證明因受被訴行為侵害而造成損失的事實；其他應當由原告承擔舉證責任的事項。

原告舉證的期限：原告或者第三人應當在開庭審理前或者法院指定的交換證據之日提供證據。因正當事由申請延期提供證據的，經法院准許，可以在法庭調查中提供。逾期提供證據的，視為放棄舉證權利。

- (3) 法院依職權收集和保全證據——在訴訟過程中，當事人負有舉證責任，如果當事人提供的證據不足，法院有權要求補充證據。法院只在特殊情況下，依職權向有關行政機關以及其他組織、公民調取證據。根據《證據規定》的規定，需要由法院收集和調查的證據，主要有兩類：

一類是涉及國家利益、公共利益或者他人合法權益的事實認定的，涉及依職權追加當事人、中止訴訟、終結訴訟、迴避等程序的；

另外一類是原告或者第三人及其訴訟代理人提供了確切線索，但無法自行收集而申請法院調取的證據；包括由國家有關部門保存而須由法院調取的證據材料，涉及國家秘密、商業秘密、個人隱私的證據材料，因客觀原因不能自行收集的其他證據材料等。

- (4) 證據保全——《行政訴訟法》第36條規定：“在證據可能滅失或者以後難以取得的情況下，訴訟參加人可以向法院申請保全證據，法院也可以主動採取保全措施。”所謂證據保全，就是法院在證據可能滅失或者以後難以取得的情況下，採取製作筆錄、繪圖、拍照、錄音、錄影、提取並保管有關證據等措施，使證據的證明價值保存下來的一種訴訟行為。

5. 行政訴訟程序

行政訴訟程序主要有起訴與受理、第一審程序、第二審程序、審判監督程序、執行程序構成。行政訴訟是法院解決行政爭議的司法活動，其活動的基本原則是“不告不理”或者稱“告了才處理”，因此行政訴訟只有原告起訴，法院才能受理，並進而進行審理。行政訴訟的審理程序有自身的特點，它圍繞着行政主體的具體行政行為的合法性進行審理活動。

5.1 起訴與受理

5.1.1 起訴

在行政訴訟中，起訴是指公民、法人或者其他組織認為自己的合法權益受到行政機關具體行政行為的侵害，而向法院提出訴訟請求，要求法院通過行使審判權，依法保護自己合法權益的訴訟行為。起訴是原告行使起訴權的單方訴訟行為。行政訴訟中的起訴有兩種類型：一類是直接向法院起訴。法律、法規沒有明確規定必須經過複議的，公民、法人或者其他組織對具體行政行為不服時，沒有選擇複議而直接向法院起訴；另外一類是經複議後向法院起訴。

起訴的條件有：原告必須是認為具體行政行為侵犯其合法權益的公民、法人或者其他組織；有明確的被告；有具體的訴訟請求和事實根據；屬於法院的受案範圍和受訴法院管轄。

5.1.2 受理

受理是指原告起訴後，經受訴法院審查，認為符合起訴條件，決定立案審理的行為。

法院應當組成合議庭對原告的起訴進行審查，經過審查認為起訴符合法定受理條件的，應當在7日內立案，並通知原告；認為不符合起訴條件的，應當7日內作出裁定，通知原告不予受理。7日內不能決定是否受理的，應當先予受理；受理後審查不符合起訴條件的，裁定駁回起訴。原告對不予受理和駁回起訴的裁定不服，可以在接到裁定之日起10日內向上一級法院提起上訴。

理論上，只要符合行政訴訟法關於起訴條件規定的，法院都應當受理。

5.2 第一審程序

5.2.1 組成合議庭

法院審理行政案件一律實行合議制，合議庭是實現合議制審判制度的基本組織形式。合議庭有兩種組織形式：一是由審判員組成合議庭；二是由審判員與陪審員組成合議庭。陪審員參加審理案件的，是合議庭的組成人員，具有與審判員同等的權利。合議庭的人數必須是三人以上的單數。

5.2.2 開庭審理

開庭審理是指在當事人和其他訴訟參與人共同參加下，合議庭在審判法庭上按照一定程序主持審理行政案件的整個過程。在行政訴訟的第一審程序中，法院不得進行書面審理，應當一律實行開庭審理。

- (1) 開庭前準備階段——開庭前準備事項主要有：召開合議庭準備會議；傳喚、通知當事人和其他訴訟參與人；在開庭3日前，公告審理的案件。
- (2) 出庭情況審查階段——出庭情況審查階段的主要內容有：查明當事人和其他訴訟參與人是否到庭；由書記員宣佈法庭紀律；訴訟參加人和其他訴訟參與人入席；審判長、審判員（陪審員）入席；審判長宣佈開庭；宣佈案由、告知當事人的訴訟權利和義務。

- (3) 法庭調查階段——法庭調查的內容包括：原告宣讀起訴狀，被告宣讀答辯狀；當事人陳述和詢問當事人；詢問證人、審查證人證言材料；詢問鑑定人、勘驗人，審查鑑定結論、勘驗筆錄；審查書證、物證及視聽資料。
- (4) 法庭辯論階段——法庭辯論的順序是：先由原告及其訴訟代理人發言，再由被告及其訴訟代理人答辯，然後雙方相互辯論。第三人參加訴訟的，應在原被告發言後再發言。
- 法庭辯論由審判長主持，任何人發言須經審判長許可。辯論時，當事人重複陳述、陳述與案件無關的內容，甚至侮辱、攻擊謾罵對方的，審判長有權制止。辯論中提出與案件有關的新的事實、證據，由合議庭決定停止辯論，恢復法庭調查。
- 當審判長認為應該查明的事實已辯論清楚，即可宣佈結束辯論。審判長在按順序徵詢原、被告的最後的意見後，宣佈休庭，合議庭進行評議。
- (5) 合議庭評議階段——在評議時，合議庭成員可以平等地表明自己對案件的處理意見。合議庭成員意見不一致時，適用少數服從多數的原則，按多數意見作出裁決。評議過程製成評議筆錄，評議中不同意見必須如實筆錄，由合議庭全體成員簽名。
- (6) 公開宣判階段——行政案件無論是否公開審理，都應當公開宣判。能夠當庭宣判的，由審判長在休庭結束，恢復開庭後當庭宣判，並在一定期限內向當事人發送判決書。不能當庭宣判，應當定期宣判。
- (7) 閉庭——由審判長宣佈閉庭。

行政訴訟中第一審 開庭審理程序	1、開庭前準備；
	2、出庭情況審查；
	3、法庭調查；
	4、法庭辯論；
	5、合議庭評議；
	6、公開宣判；
	7、閉庭。

5.3 第二審程序

第二審程序是指上一級法院依照法律規定，根據當事人在法定期限內提起的上訴，對下一級法院作出的尚未生效的行政判決或者裁定進行重新審理的程序。第二審程序是根據當事人的上訴而發生，故又稱“上訴審程序”；中國實行兩審終審制，故第二審程序又稱“終審程序”。

5.3.1 上訴的提起和受理

上訴是指當事人不服第一審法院所作出的未生效的行政裁判，在法定期限內聲明不服，提出上訴狀請求上一級法院對行政案件進行第二次審理，並撤銷或者改變第一審裁判的上訴行

為。上訴是法律賦予當事人的一項訴訟權利，既不可剝奪，也不可限制。無論第一審裁判是否正確，當事人都可提起上訴。只要依法提起上訴，就必然引起第二審程序。

上訴由不服第一審法院未生效裁判的當事人，在法定上訴期限內向原審法院的上一級法院提出。上訴狀應當通過原審法院提出，並按照對方當事人的人數提出副本，當事人直接向第二審法院上訴的，第二審法院應當在5日內將上訴狀發回原審法院。原審法院或者第二審法院收到上訴狀後，應當立即通知對方當事人。上訴人上訴超過法定期限的，應由第一審法院裁定駁回上訴。

5.3.2 上訴的撤回

在二審法院受理上訴至作出二審裁判之前，上訴人認為自己的上訴理由不充分，或者接受一審裁判等，可以向二審法院申請撤回上訴。撤回上訴應當遞交撤訴狀。撤回上訴是否准許，應由二審法院裁定。

5.3.3 上訴案件的審理

第二審與第一審審理的是同一訴訟案件，訴訟當事人沒有改變，只是稱謂發生了變化。當事人雙方的訴訟主張與第一審也有密切聯繫，上訴人不僅要求撤銷或者變更第一審裁判，而且要求第二審法院確認自己的合法權益。第一審是第二審的基礎，第二審是第一審的繼續。兩者所適用的程序基本相同，但第二審程序也有自己的特點：

- (1) 審判組織形式——在審判組織形式上，二審法院審理上訴案件一律由審判員組成合議庭，合議庭成員必須是三人以上的單數。
- (2) 審理的方式——二審法院審理上訴案件，有開庭審理和書面審理兩種方式。二審法院對上訴案件，認為事實清楚的，可以實行書面審理。
- (3) 審查的內容——二審法院對上訴案件的審理，必須全面審查一審法院認定的事實是否清楚，適用的法律、法規是否正確，有無違反法定程序等，不受上訴範圍的限制。同時，應當對原審法院的裁判和被訴具體行政行為是否合法進行全面審查。
- (4) 在二審法院審理過程中，被告不得改變被訴具體行政行為。
- (5) 當事人在二審期間提出行政賠償請求的，二審法院可以進行調解；調解不成的，應當告知當事人另行起訴。

5.4 審判監督程序

審判監督程序是指法院發現已經發生法律效力的判決、裁定違反法律、法規規定，依法對案件再次進行審理的程序。審判監督程序不是必經的審理程序，不具有審級的性質，是第一審、第二審以外的一種監督程序。審判監督程序包括再審程序和提審程序兩種程序。

5.4.1 審判監督程序的提起

- (1) 審判監督程序提起的原因——根據《行政訴訟法》第63條的規定，提起審判監督程序的原因是已經生效的判決、裁定“違反法律、法規規定”。有下列情形之一的，屬於“違反法律、法規規定”：

- (i) 原判決、裁定認定的事實主要證據不足；
 - (ii) 原判決、裁定適用法律、法規確有錯誤；
 - (iii) 違反法定程序，可能影響案件正確裁判；
 - (ii) 其他違反法律、法規的情形。
- (2) 審判監督程序的提起程序——因提起審判監督程序的主體不同，分別適用以下幾種提起程序：
- (i) 法院院長通過審判委員會決定再審——法院院長對本院已經發生法律效力的判決、裁定，發現違反法律、法規規定，認為需要再審的，應當提交審判委員會決定是否再審。
 - (ii) 上級法院提審或者指令再審——上級法院對下級法院有審判監督權，因此，上級法院對下級法院已經發生法律效力的判決、裁定，發現違反法律、法規規定的，有權提審或者指令下級法院再審。
 - (iii) 人民檢察院抗訴——檢察機關為法律監督機關，因而最高人民檢察院對地方各級法院的生效裁判、上級人民檢察院對下級法院的生效裁判，如果發現違反法律、法規的，有權提出抗訴。對人民檢察院按照審判監督程序提出抗訴的案件，法院應當再審。法院開庭審理抗訴案件時，應當通知人民檢察院派員出庭。
 - (iv) 當事人申請再審——應當在判決、裁定發生法律效力後兩年內提出，對已經發生法律效力的行政賠償調解書，提出證據證明調解違反自願原則或者調解協定的內容違反法律規定的，也可以在兩年內申請再審。

5.4.2 再審案件的審理程序

- (1) 裁定中止原裁判的執行——法院按照審判監督程序決定再審的案件，必須以裁定的形式中止原判決、裁定的執行。裁定由院長署名，加蓋法院印章。
- (2) 重新組成合議庭——原合議庭成員應自行迴避，不再參與該案件的審理，以免先入為主，影響案件的公正審理。
- (3) 分別適用第一、第二審程序——法院按照審判監督程序再審的案件，發生法律效力的判決、裁定是由第一審法院作出的，按照第一審程序審理，所作的判決、裁定，當事人可以上訴；發生法律效力的判決、裁定是由第二審法院作出的，按照第二審程序審理，所作的判決、裁定是發生法律效力的判決、裁定；上級法院按照審判監督程序提審的，按照第二審程序審理，所作的判決、裁定是發生法律效力的判決、裁定。

5.5 執行程序

5.5.1 執行的概念和種類

執行是指法院按照法定程序，對已經生效的法律文書，在負有義務的一方當事人拒絕履行義務時，強制其履行義務，保證生效法律文書的內容得到實現的活動。行政案件的執行具有司法執行的一般特徵，又具有自己的一些特點。

行政案件的執行分為三種類型：

- (1) 公民、法人或者其他組織一方拒絕履行法院的生效裁判，行政機關向法院申請強制執行；
- (2) 行政機關拒絕履行法院的生效裁判，公民、法人或者其他組織申請法院強制執行；
- (3) 公民、法人或者其他組織拒不履行具體行政行為，又不在規定的期限內起訴的，作出該具體行政行為的行政機關依法向法院申請強制執行。

5.5.2 執行政程序的提起

執行政程序的提起方式有兩類：

- (1) 申請執行——對發生法律效力的行政判決書、行政裁定書、行政賠償判決書和行政賠償調解書，負有義務的一方當事人拒絕履行的，對方當事人可以依法申請法院執行。執行申請必須在法定期限內提出。申請人是公民的，申請執行生效的行政判決書、行政裁定書、行政賠償判決書和行政賠償調解書的期限為1年，申請人是行政機關、法人或者其他組織的為180日。
- (2) 移送執行——移送執行是指法院的審判人員依職權主動將發生法律效力的法律文書交付執行人員予以執行的訴訟行為。案件是否需要移送執行，由該案的審判人員根據法律規定，結合案件的實際情況而定。

5.5.3 強制執行措施的適用

《行政訴訟法》根據當事人的不同情況，規定了不同的執行措施。

- (1) 對公民、法人或者其他組織的執行措施——主要有：劃撥或者轉交、扣留、提取被執行人的存款或者勞動收入；查封、扣押、凍結、變賣被執行人的財產；強制遷出房屋、強制拆除違章建築或者強制退出土地。
- (2) 對被告行政機關適用的執行措施——主要有：對應當歸還的罰款或者應當給付的賠償金，通知銀行從該行政機關的帳戶內劃撥；在規定期限內不履行的，從期滿之日起，對該行政機關按日處50元至100元的罰款；向該行政機關的上一級行政機關或者監察、人事機關提出司法建議，接受司法建議的機關，根據有關規定處理，並將處理情況告知法院；拒不履行判決、裁定，情節嚴重構成犯罪的，依法追究主管人員和直接責任人員的刑事責任。

6. 行政訴訟法律適用與裁判

法院在審理行政訴訟中的具體行政行為合法性時，除要根據事實外，還需要依據相應的法律規範來作出判斷。作為行政訴訟審理的依據，法院在適用法律規範時有其特殊性。行政訴訟中法院的裁判形式有判決、裁定和決定等。

6.1 行政訴訟的法律適用

6.1.1 訴訟程序法律規範的適用

法院在審理行政案件時，首先應當適用程序性法律規範。程序性法律規範包括：

- (1) 《行政訴訟法》的規定——1989年由全國人大制定的《行政訴訟法》，對行政訴訟程序的基本法律規範作了規定，是法院審理行政案件的基本程序規範依據。
- (2) 司法機關對行政訴訟法的司法解釋——司法機關在適用行政訴訟法過程中，對行政訴訟法所作的司法解釋也是法院審理行政案件時的基本程序規範依據。
- (3) 單行法律法規中關於行政複議和行政訴訟的程序規定——《行政複議法》和《行政訴訟法》對單行法律法規中關於行政複議和行政訴訟的程序規定，明確肯定其作為特別規定在行政訴訟中的適用性。
- (4) 《民事訴訟法》中的程序性規範——《若干解釋》第97條明確規定：“法院審理行政案件，除依照行政訴訟法和本解釋外，可以參照民事訴訟法的有關規定”。

6.1.2 實體法律規範的適用

實體法律規範的適用是指法院在行政訴訟中應當適用哪些法律規範作為審判依據來判決被訴具體行政行為是否合法。根據《行政訴訟法》的規定，法院審理行政案件的實體法依據有：

- (1) 法律——包括全國人大制定的基本法律和全國人大常委會制定的基本法律以外的其他法律。
- (2) 行政法規——即由國務院根據《憲法》、法律制定的各種規範性法律檔的總稱，其名稱有條例、規定、辦法。
- (3) 地方性法規——即由省、自治區、直轄市人大和人大常委會，省、自治區人民政府所在地的市的人大和人大常委會，國務院批准的較大的市的人大和人大常委會，在不與憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，制定的各種規範性文件的總稱。地方性法規僅適用於制定該地方性法規的國家權力機關管轄範圍內發生的行政案件，被告行政機關與審理法院不在同一地區的，法院審理行政案件適用地方性法規時，應當以作出具體行政行為的行政機關依法所適用的地方性法規為依據。
- (4) 自治條例和單行條例——自治區、自治州、自治縣的人大依據本民族的政治、經濟、文化特點，制定的各種規範性文件的總稱。它是民族自治地方行使自治權的重要表現。法院審理發生在制定該自治條例和單行條例的民族自治地方的行政案件應當作為審理依據。
- (5) 參照規章——根據行政訴訟法的規定，法院在審理行政案件時參照規章。

6.1.3 法律規範衝突及其適用規則

法院在在適用法律規範的過程中，有時會出現同時有幾個法律規範均適用於該具體行政行為，而幾個法律規範之間卻不相一致的情形，即法律規範之間發生某種衝突。實踐中，法律規範之間發生的衝突主要有兩類。

- (1) 同等級的法律規範之間的衝突——中國法律體系的層級主要是憲法、法律、行政法

規、地方性法規、規章。這種衝突如行政法規、地方性法規、規章與法律之間的衝突，地方性法規、規章與行政法規之間的衝突，地方政府的規章與地方性法規之間的衝突。

這類法律規範衝突的適用規則是，因下一位元階法律規範的法律效力低於上一位元階法律規範，在下一位元階法律規範與上一位元階法律規範之間發生衝突時，下一位元階法律規範無效，法院應當適用上一位元階法律規範。但也有例外，即自治條例和單行條例與法律、行政法規發生衝突時，應當適用自治條例和單行條例。

- (2) 相同等級的法律規範之間的衝突——分為兩種情況：一是同一機關制定的法律規範之間的衝突，如法律之間、行政法規之間、地方性法規之間、規章之間、自治條例和單行條例之間的衝突；二是不同機關制定的法律規範之間的衝突，如部門規章之間的衝突、部門規章與地方政府規章之間的衝突、部門規章與地方性法規之間的衝突。

法院適用這些衝突的法律規範時的基本規則是：

- (i) 適用同一機關制定的相互衝突的法律規範的規則是：第一，在分為一般法和特別法、一般條款和特別條款的情況下，當特別法與一般法之間、一般條款與特別條款之間發生衝突時，以“特別法優於一般法、特別條款優於一般條款”的原理處理，法院應當適用特別法特別條款；第二，特別法、特別條款之間或者一般法一般條款之間發生衝突時，以“新法優於舊法”（後法優於前法）的原理處理，法院適用新法。
- (ii) 適用不同機關制定的相互衝突的法律規範的規則是：第一，在兩個以上規章互相衝突時，送請或者報請有權機關進行解釋或者裁決；第二，國務院部委制定、發佈的規章與地方性法規之間不一致的，根據《中華人民共和國立法法》的規定，適用地方性法規。

6.2 行政裁判

6.2.1 判決

行政案件的判決是指法院根據事實，依據法律、法規，參照規章，對具體行政行為的合法性作出的實體裁判。分為一審判決和二審判決。

- (1) 一審判決——一審法院經過審理，根據不同情況可以作出六種類型的判決，即維持判決、撤銷判決、限期履行判決、變更判決、確認判決和駁回原告訴訟請求判決。
- (2) 二審判決——二審法院審理上訴行政案件後，根據不同情況，可以作出維持判決和依法改判兩種類型的判決。

6.2.2 裁定

行政案件的裁定是指在行政訴訟過程中，法院針對行政訴訟程序問題作出的裁決。裁定與判決具有同等的法律效力。

裁定適用於下列範圍：不予受理，駁回起訴，管轄異議，終結訴訟，中止訴訟，移送或者指定管轄，訴訟期間停止具體行政行為的執行，或者駁回停止執行的申請，財產保全，先行執行，准許

或者不准許撤訴，補正裁判文書中的筆誤，中止或者終結執行，提審、指令再審或者發回重審，准許或者不准許執行行政機關的具體行政行為，其他需要裁定的事項。對於前三項裁定，當事人不服時，有權在接到裁定書之次日起10日內向上一級法院提起上訴。不准上訴的裁定，一經送達即發生法律效力。

6.2.3 決定

行政案件的決定是法院在訴訟期間，對訴訟中遇到的特殊事項作出的裁決。決定是對法院各種命令的總稱。決定在行政訴訟中主要調整法院自身與訴訟參與人或者其他人之間的關係，或者處理與案件程序有關而與當事人無直接關係的事項。決定與裁定一樣，可以採用書面形式，也可以採用口頭形式。口頭決定應記入筆錄。

決定適用於下列範圍：指定管轄，管轄權的轉移，是否迴避，確定第三人，指定法定代理人，許可律師以外的當事人和其他訴訟代理人查閱庭審材料，指定鑑定，確定不公開審理，處理妨礙訴訟行為，案件的移送，強制執行生效的判決和裁定，確定訴訟費用的承擔，其他次要的程序問題或者法院在行政審判過程中發生的內部問題。

28. 仲裁法

徐孟洲、武濤

1.	仲裁制度的基本理論.....	542
1.1	仲裁和仲裁法.....	542
1.2	仲裁的法律性質.....	543
1.3	仲裁機構.....	544
2.	仲裁協議.....	546
2.1	仲裁協議的概念.....	546
2.2	仲裁協定的內容.....	546
2.3	仲裁協議的效力.....	547
3.	仲裁程序與執行.....	548
3.1	仲裁程序.....	548
3.2	申請撤銷仲裁裁決.....	550
3.3	仲裁的執行.....	551
4.	涉外仲裁的特別規定.....	552
4.1	涉外仲裁的概念.....	552
4.2	涉外仲裁機構.....	552
4.3	對涉外仲裁裁決的執行.....	552

1. 仲裁制度的基本理論

1.1 仲裁和仲裁法

1.1.1 仲裁的概念

仲裁是指發生爭議的雙方當事人，根據爭議發生之前或者爭議發生之後雙方所達成的協議，自願將該爭議提交給第三方進行裁決的爭議解決制度。這裏所說的仲裁是平等主體之間自願將爭議（既包括已發生的爭議，也包括可能發生的爭議）提交給第三方進行公平裁斷，是一種司法訴訟程序之外的“糾紛解決替代模式”（Alternative Dispute Settlement）。

從仲裁的概念可以看出，仲裁包括以下幾個要點：

- (1) 仲裁只能發生在平等主體之間；
- (2) 仲裁必須以爭議雙方當事人自願為原則；
- (3) 仲裁以爭議雙方當事人在爭議發生之前或者爭議發生之後訂立的仲裁協定為依據；
- (4) 爭議雙方當事人都必須遵守仲裁裁決。

1.1.2 仲裁的類型

根據不同的分類標準，仲裁可以分為不同的類型：

- (1) 機構仲裁和臨時仲裁——這是從仲裁是否具有常設的固定仲裁機構進行的劃分。機構仲裁，又稱為常設仲裁，是指有固定的機構、仲裁規則、提供仲裁員名單以供當事人選定進行仲裁的仲裁類型。臨時仲裁又稱為個別仲裁，是指沒有固定的機構，僅由爭議雙方當事人根據仲裁協定，將糾紛提交給由雙方當事人選擇的仲裁員所組成的仲裁庭進行裁決的仲裁類型。
- (2) 國內仲裁和涉外仲裁——這是根據仲裁案件是否具有涉外因素所進行的劃分。國內仲裁是指仲裁機構、仲裁案件的當事人及所爭議案件事實均在中國的仲裁。涉外仲裁是指所處理的糾紛具有涉外因素。所謂涉外因素是指：爭議的主體（包括法人和自然人）屬於不同的國家；爭議的標的物在外國或者跨越國界；爭議的法律關係的產生、變更或消滅在國外。
- (3) 友好仲裁和依法仲裁——這是從仲裁所依據的實體規範進行的劃分。友好仲裁，又叫做友誼仲裁，是指當事人協商不依據嚴格的法律規定而依據公平和善意原則，以及商業慣例所進行的仲裁。這種仲裁方式的採用取決於當事人的授權及法律是否允許。依法仲裁是指依照法律進行仲裁，是普遍適用的仲裁方式。

中國的仲裁從類型上屬於機構仲裁和依法仲裁，根據案件所涉及的要素，既有國內仲裁又有涉外仲裁。根據《中華人民共和國仲裁法》的規定，當事人在訂立仲裁協議時，應當選定具體的仲裁委員會，對仲裁委員會沒有約定或者約定不明確的，可以補充協定，達不成補充協定的，仲裁協定無效。另外，仲裁法還規定，仲裁應當根據事實，符合法律規定，公平合理地解決糾紛。這說明中國的仲裁類型屬於機構仲裁和依法仲裁。

1.1.3 仲裁法的概念

仲裁法是調整中國仲裁關係的法律規範的總稱。仲裁法有廣義和狹義之分。狹義的仲裁法是指以仲裁法命名的，是國家最高權力機關制定頒佈的關於仲裁的專門法律。如1994年8月31日第八屆全國人民代表大會常務委員會第九次會議通過的《中華人民共和國仲裁法》（以下簡稱《仲裁法》）即為狹義的仲裁法。廣義的仲裁法則除了包括狹義的仲裁法以外，還包括所有涉及仲裁制度的相關法律規範。

1.1.4 仲裁法的適用範圍

仲裁法的適用範圍有兩個層面的含義：一個是指仲裁法作為基本法律制度在空間、時間以及對什麼人適用的效力範圍；另一個則是指仲裁作為一種特殊的法律制度和解決糾紛的方式，它可以解決哪些糾紛，不可以解決哪些糾紛，也就是它所具有的特殊的對事的適用範圍。這裏所說的適用範圍就是指仲裁的特殊適用範圍。

中國《仲裁法》對仲裁的適用範圍作了明確的規定。根據法律規定，在國內要適用仲裁來解決爭議和糾紛，必須滿足以下幾個範圍要求：

- （1）糾紛的當事人只能是具有平等主體地位的公民、法人和其他組織；
- （2）適用仲裁的糾紛必須是財產糾紛，主要包括合同糾紛和其他財產權益糾紛，而不能是其他糾紛；
- （3）糾紛屬於當事人有權處理的事項範圍，當然這也是當事人意思自治的前提要求。

第二條

平等主體的公民、法人和其他組織之間發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，可以仲裁。

《仲裁法》（1995年）

《仲裁法》還從反面規定了不適用仲裁的情形，《仲裁法》第3條規定，婚姻、收養、監護、扶養、繼承糾紛以及依法應當由行政機關處理的行政爭議不適用仲裁的規定。另外，《仲裁法》第77條規定，勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛的仲裁，另行規定。也就是說，勞動爭議和農業集體經濟組織內部的農業承包合同糾紛的仲裁，也不屬於《仲裁法》所規定的仲裁範圍，而由其他法律規定。

1.2 仲裁的法律性質

關於仲裁的法律性質，目前理論界至要有四種理論，分別是司法權理論、契約理論、自治理論和混合理論。

- （1）司法權理論（Jurisdictional Theory）——司法權理論主張，在仲裁員的審理行為、仲裁協議的有效性、仲裁員的權力和執行仲裁裁決這些方面，它們的權威性都依賴於執行仲裁裁決的國家的法律。除非國家的國內法許可當事人作為合格的實體提交仲裁，授

權仲裁員審理和裁決有關的爭議，並執行仲裁裁決，否則仲裁是毫無意義，沒有任何效力的。既然這種權威性和效果來自執行裁決的法院地國的法律，那麼這權威性和效果就是國家承認的結果，而不是當事人的權利。

- (2) 契約理論 (Contractual Theory) —— 契約理論認為，仲裁來自當事人的協議，其繼續進行也取決於當事人的協議，當事人自己決定仲裁組織，選擇仲裁員，選擇仲裁的時間、地點，並決定仲裁所遵守的程序，而且當事人有義務接受具有契約效力的約束力的裁決。這種理論否認國家對仲裁的影響，認為仲裁裁決具有契約性質，它認為仲裁最根本的實質在於：仲裁是由當事人的意志和合意創立的。因為合同的訂立，將合同爭議提交仲裁以及接受和履行仲裁員作出的裁決均出於當事人間的自願和合意。
- (3) 自治理論 (Autonomous Theory) —— 自治理論承認仲裁的非國家化的事實，承認在支配仲裁方面，當事人有無限制的意思自治權。在仲裁中，當事人有權選擇支配他們關係的法律：國內法，國際商法，有關的貿易習慣和慣例，甚至是一般的衡平原則。
- (4) 混合理論 (Mixed or Hybrid Theory) —— 混合理論認為，仲裁不能超越所有法律制度之外，必須有某種法律去決定仲裁協議的有效性和裁決的可強制執行性。因此主張仲裁是一種混合司法制度，來自於當事人之間的協議，並在私法中得到其司法權的效力。

根據中國《仲裁法》的規定以及仲裁制度在中國具體操作的實際，本書採混合理論說。這是因為根據中國《仲裁法》的規定，進行仲裁必須以爭議雙方當事人在爭議發生之前或者之後訂立合法有效的仲裁協議為前提。也就是說當事人有權利通過協定的方式選擇仲裁的方式解決糾紛，從而排除了法院的審判權。但是另一方面中國的仲裁屬於依法仲裁，法律對仲裁所依據的實體法和程序法都有明確的規定。也就是說當事人雖然有權利選擇仲裁方式，但卻必須遵守相關實體法以及程序法上的規定。因此中國的仲裁屬於一種兼有當事人意思自治和國家司法管轄的混合制度。

第四條

當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協定，沒有仲裁協定，一方申請仲裁的，仲裁委員會不予受理。

《仲裁法》（1995年）

1.3 仲裁機構

1.3.1 仲裁委員會

1.3.1.1 仲裁委員會的設立

仲裁委員會是中國最重要的仲裁機構。《仲裁法》第10條第1款規定，“仲裁委員會可以在直轄市和省、自治區人民政府所在地的市設立，也可以根據需要在其他設區的市設立，不按行政區劃層層設立。”

仲裁委員會只能在直轄市、省會城市及其他較大的市設立，而不像人民法院那樣根據行政區劃層層設立，這一方面是由仲裁委員會與人民法院在職能上的區別決定的，另一方面，也是由

仲裁案件的實際需要決定的。而且依法可以設立仲裁委員會的市只能組建一個統一的仲裁委員會，而不能按照不同專業再行設立專業仲裁委員會或者專業仲裁庭。

仲裁委員會由可以設立仲裁委員會的直轄市和省、自治區人民政府所在地的市以及其他設區的市的人民政府組織有關部門和商會統一組建，並且應當經省、自治區、直轄市的司法行政部門登記。

1.3.1.2 仲裁委員會應當具備的條件

《仲裁法》第11條對仲裁委員會應當具備的條件作了明確的規定：

- (1) 仲裁委員會要有自己的名稱、住所和章程——仲裁委員會的名稱是指仲裁委員會的名字與稱號，是區別於其他仲裁委員會的標誌。在中國，仲裁委員會的名稱一般在仲裁委員會前冠以仲裁委員會所在市的地名，如北京仲裁委員會。仲裁委員會的住所則是指其主要辦事機構所在地。仲裁委員會的章程則是指規範該仲裁委員會的設立、組成、人員及其職能的準則。仲裁委員會必須根據《仲裁法》的規定具體制定本委員會的章程。
- (2) 仲裁委員會要有必要的財產——這是指仲裁委員會應當具有其開展業務活動所必要的物質條件，包括場所、設施以及獨立的經費等。
- (3) 仲裁委員會要有自己的組成人員——根據《仲裁法》第12條的規定，仲裁委員會由主任一人，副主任二至四人和委員七至十一人組成。仲裁委員會的主任、副主任和委員由法律、經濟貿易專家和有實際工作經驗的人員擔任。仲裁委員會的組成人員中，法律、經濟貿易專家不得少於三分之二。
- (4) 仲裁委員會要有自己聘任的仲裁員——根據《仲裁法》第13條規定，“仲裁委員會應當從公道正派的人員中聘任仲裁員。”由於仲裁委員會的工作量大，專業性強，因此僅僅依靠仲裁委員會的組成人員是不夠的，還必須聘任仲裁員。仲裁員應當符合下列條件之一：
 - (i) 從事仲裁工作滿八年的；
 - (ii) 從事律師工作滿八年的；
 - (iii) 曾任審判員滿八年的；
 - (iv) 從事法律研究、教學工作並且具有高級職稱的；
 - (v) 具有法律知識、從事經濟貿易等專業工作並具有高級職稱或者具有同等專業水平的。

1.3.1.3 仲裁委員會的地位

仲裁委員獨立於行政機關，與行政機關沒有隸屬關係。仲裁委員會的許可權職能是由《仲裁法》及其他相關法律法規直接規定的，因此仲裁委員會與其他行政機關沒有隸屬關係，這也是由仲裁委員會所擔當的社會角色所決定的。

另外，不同的仲裁委員會之間也沒有隸屬關係，而是由各個仲裁委員會獨立完成各自工作。

第十四條

仲裁委員會獨立於行政機關，與行政機關沒有隸屬關係。仲裁委員會之間也沒有隸屬關係。

《仲裁法》（1995年）

1.3.2 仲裁協會

中國仲裁協會是社會團體法人。仲裁協會的設立應當向民政部門申請登記。中國仲裁協會經民政部門登記後成立，並且取得社會團體法人的資格。

中國仲裁協會是仲裁委員會的自律性組織或者稱為自治組織。中國仲裁協會由全國會員大會制定協會的章程，並根據章程對仲裁委員會及其組成人員、仲裁員的違紀行為進行監督。在業務指導方面，中國仲裁協會有權依照《仲裁法》和民事訴訟法的有關規定制訂仲裁規則。

2. 仲裁協議

2.1 仲裁協議的概念

仲裁協議在整個仲裁制度當中處於至關重要的位置，可以說仲裁協議是整個仲裁制度得以運行的前提和基石。仲裁協議又稱為仲裁契約（Arbitration agreement），是當事人約定將已發生或者將來可能發生的糾紛和爭議提交第三人（仲裁員）予以解決，並服從仲裁員裁決的協議。簡單的說，仲裁協定就是指雙方當事人自願將他們之間的爭議（包括已經發生的和將來可能發生的）提交仲裁解決的協議。

在實踐中，仲裁協議的成立主要有兩種方式：一種方式是當事人在簽訂合同時，為了避免日後因合同的解釋或履行發生爭議，為能夠迅速解決可能發生的爭端，預先在合同內訂立仲裁條款（Arbitral clause），約定將來如發生合同糾紛，將爭端交付仲裁解決。另一種則是不在訂立合同時訂立仲裁條款，而是在發生合同糾紛之後，由爭議雙方當事人達成協議，雙方自願將爭議交由仲裁解決。合同中的仲裁條款和發生糾紛之後簽訂的將爭議交付仲裁的協定統稱為仲裁協定。

2.2 仲裁協定的內容

仲裁協議也可以被看作是一份獨立的合同，但是作為合同，仲裁協議又具有其特殊性。因此，仲裁協定必須具備法定必備的內容才是一份完整有效的仲裁協議。中國《仲裁法》第16條第二款規定，“仲裁協定應當具有下列內容：

- （1）請求仲裁的意思表示；
- （2）仲裁事項；
- （3）選定的仲裁委員會。”

請求仲裁的意思表示是仲裁協定的首要內容，是指雙方當事人共同、自願將已經發生或者可能發生的爭議交由仲裁解決的合意。當事人應當在仲裁協議中明確將爭議提交仲裁解決的意思表示。

仲裁事項是當事人提交仲裁的具體爭議事項，是仲裁庭審理和裁決糾紛的範圍。當事人應當對仲裁事項作出具體、明確的規定，否則超出仲裁事項範圍的仲裁裁決，經一方當事人的申請，法院可以不予執行或者撤銷。

仲裁委員會是受理仲裁案件的機構。由於《仲裁法》沒有關於各仲裁委員會管轄範圍的規定，因此，由哪一個仲裁委員會受理案件並進行裁決就成為仲裁協議中當事人必須約定的重要內容。

2.3 仲裁協議的效力

仲裁協定的效力是指仲裁協議所具有的法律約束力，包括對雙方當事人、對仲裁機構的約束力以及對人民法院的約束力。

2.3.1 仲裁協議的法律約束力

仲裁協議經雙方當事人合法簽訂，具備各項有效要件，就會產生如下法律約束力：

- (1) 訴權不發生，雙方當事人只能選擇仲裁的方式來解決糾紛——發生糾紛之後，當事人只能通過向仲裁協議中所確定的仲裁機構申請仲裁，而喪失了就該糾紛向人民法院提起訴訟的權利。
- (2) 產生仲裁員的裁判權——仲裁機構因此取得仲裁管轄權並根據仲裁協定中的仲裁事項確定仲裁的範圍。同時，排除了人民法院對仲裁事項的司法管轄權。

2.3.2 仲裁協議的獨立性

仲裁協議的獨立性，也稱為仲裁條款的可分割性或可分離性。仲裁協議無論是作為主合同的條款還是單獨的合同都可以與主合同的其他內容分離並且獨立存在，主合同的變更、解除、終止或者無效，不影響仲裁協議的效力。

第十九條

仲裁協議獨立存在，合同的變更、解除、終止或者無效，不影響仲裁協議的效力。

仲裁庭有確認合同的效力。

《仲裁法》（1995年）

2.3.3 仲裁協議的無效

仲裁協定的無效是指仲裁協議由於沒有具有法律規定的要件，或者違反了法律關於仲裁協議的強制性規定，而自始不發生法律約束力的情形。

《仲裁法》第17條規定：“有下列情形之一的，仲裁協議無效：

- (1) 約定的仲裁事項超出法律規定的仲裁範圍的；
- (2) 無民事行為能力人或者限制民事行為能力人訂立的仲裁協議；
- (3) 一方採取脅迫手段，迫使對方訂立仲裁協議的。”

另外，《仲裁法》第18條規定，“仲裁協議對仲裁事項或者仲裁委員會沒有約定或者約定不明確的，當事人可以補充協議；達不成補充協定的，仲裁協定無效。”

3. 仲裁程序與執行

3.1 仲裁程序

3.1.1 仲裁的申請

申請仲裁是指平等主體的公民、法人和其他組織就他們之間所發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，根據他們所簽訂的仲裁協議，提請所選定的仲裁機構進行仲裁審理和裁決的行為。

《仲裁法》第21條規定，“當事人申請仲裁應當符合下列條件：

- (1) 有仲裁協議；
- (2) 有具體的仲裁請求和事實、理由；
- (3) 屬於仲裁委員會的受理範圍。”

當事人申請仲裁應當向仲裁委員會遞交仲裁協議、仲裁申請書及副本。仲裁申請書應當載明下列事項：

- (1) 當事人的姓名、性別、年齡、職業、工作單位和住所，法人或者其他組織的名稱、住所和法定代表人或者主要負責人的姓名、職務；
- (2) 仲裁請求和所根據的事實、理由；
- (3) 證據和證據來源、證人姓名和住所。

3.1.2 仲裁的審查與受理

當事人向仲裁委員會申請仲裁後，仲裁委員會要對當事人的申請是否符合申請仲裁的條件進行審查，並且決定是否受理。

仲裁委員會收到仲裁申請書之日起五日內，經審查認為符合受理條件的，應當受理，並通知當事人；認為不符合受理條件的，應當書面通知當事人不予受理，並說明理由。

仲裁委員會受理仲裁申請後，應當在仲裁規則規定的期限內將仲裁規則和仲裁員名冊送達申請人，並將仲裁申請書副本和仲裁規則、仲裁員名冊送達被申請人。

3.1.3 仲裁中的財產保全

仲裁中的財產保全是指仲裁機構在受理當事人仲裁申請後，對案件作出仲裁裁決前，為保證將來仲裁裁決得以實現，而由法院對當事人的財產或爭執標的物採取強制措施的制度。

《仲裁法》第28條規定“一方當事人因另一方當事人的行為或者其他原因，可能使裁決不能執行或者難以執行，可以申請財產保全。當事人申請財產保全的，仲裁委員會應當將當事人的申

請依照民事訴訟法的有關規定提交人民法院。申請有錯誤的，申請人應當賠償被申請人因財產保全所遭受的損失。”

3.1.4 仲裁庭的組成

仲裁庭是指由當事人選定或者仲裁委員會主任指定的仲裁員組成的，對當事人申請仲裁的案件依仲裁程序進行審理並作出裁決的組織形式。

《仲裁法》規定，仲裁庭可以由三名仲裁員或者一名仲裁定員組成。由三名仲裁員組成的，設首席仲裁員。當事人約定由三名仲裁員組成仲裁庭的，應當各自選定或各自委託仲裁委員會主任指定一名仲裁員，第三名仲裁員由當事人共同選定或者共同委託仲裁委員會主任指定。第三名仲裁員是首席仲裁員。當事人約定由一名仲裁員成立仲裁庭的，應當由當事人共同選定或者共同委託仲裁委員會主任指定。

當事人沒有在仲裁規則規定的期限內約定仲裁庭的組成方式或者選定仲裁員的，由仲裁委員會主任指定。

3.1.5 仲裁的開庭與審理

《仲裁法》第39條規定仲裁應當開庭進行。當事人協定不開庭的，仲裁庭可以根據仲裁申請書、答辯書以及其他材料作出裁決。也就是說，仲裁的審理方式可以分為開庭審理和書面審理兩種。

所謂開庭審理是指在仲裁庭的主持下，在雙方當事人和其他仲裁參與人的參加下，按照法定程序，對案件進行審理並作出裁決的方式。而所謂書面審理則是指在雙方當事人及其他仲裁參與人不到庭參加審理的情況下，仲裁庭根據當事人提供的仲裁申請書、答辯書及其他書面材料作出裁決的方式。開庭審理是仲裁的主要審理方式，而書面審理則是仲裁審理的補充方式。

仲裁審理是仲裁程序的中心環節，其主要任務是審查、核實證據，查明案件事實，分清是非曲直，正確適用法律，從而確認當事人之間的權利義務關係，解決當事人之間的糾紛。

3.1.6 仲裁審理的結果

根據《仲裁法》的規定，仲裁審理的結果主要有：和解、調解與裁決三種。

- (1) 仲裁和解——指仲裁當事人通過協商，自行解決已提交仲裁的爭議事項的行為。《仲裁法》第49條規定，“當事人申請仲裁後，可以自行和解。達成和解協定的，可以請求仲裁庭根據和解協定作出裁決書，也可以撤回仲裁申請。”當事人達成和解協定，撤回仲裁申請後反悔的，可以根據原仲裁協定再申請仲裁。
- (2) 仲裁調解——指在仲裁庭主持下，仲裁當事人在自願協商、互諒互讓基礎上達成協定，從而解決糾紛的方式。《仲裁法》規定，仲裁庭在作出裁決前，可以先行調解，當事人自願調解的，仲裁庭應當調解。調解不成的，應當及時作出裁決。調解達成協定的，仲裁庭應當製作調解書或者根據協定的結果製作裁決書。調解書與裁決書具有同等法律效力。
- (3) 仲裁裁決——指仲裁庭對當事人之間所爭議的事項進行審理後所作出的具有終局權威性的判定。仲裁裁決的作出，是對當事人雙方權利義務關係的最終確定。仲裁裁決

以裁決書的形式作出。裁決書應當寫明仲裁請求，爭議事實，裁決理由、裁決結果、仲裁費用的負擔和裁決日期。

根據不同的情況，仲裁裁決可以分為以下幾種類型：

- (1) 先行裁決——《仲裁法》第55條規定，仲裁庭仲裁糾紛時，其中一部分事實已經清楚，可以就該部分先行裁決。
- (2) 缺席裁決——《仲裁法》第42條第2款規定，被申請人經書面通知，無正當理由不到庭或者未經仲裁庭許可中途退庭的，可以缺席裁決。
- (3) 合意裁決——合意裁決是指仲裁庭根據雙方當事人達成協定的內容作出的仲裁裁決。包括根據當事人自行和解達成的協議而作出的仲裁裁決，也包括根據仲裁庭調解雙方達成的協議而作出的仲裁裁決。
- (4) 最終裁決——這是一般意義上的仲裁裁決，是指仲裁庭在正常情況下，查明事實，分清責任之後，對當事人的權利義務關係所作的終局性的判定。

3.2 申請撤銷仲裁裁決

3.2.1 申請撤銷仲裁裁決的概念和意義

所謂申請撤銷仲裁裁決是指對符合法定應予撤銷情形的仲裁裁決，經當事人提出申請，人民法院組成合議庭進行審查核實，並裁定撤銷仲裁裁決的監督機制。

《仲裁法》規定，仲裁實行一裁終局制，仲裁裁決一經作出，即行發生法律效力，當事人不得再就同糾紛和爭議行使任何形式的起訴或上訴。由於受到各種因素的影響，有些仲裁裁決不可避免地會出現一些偏差與錯誤，《仲裁法》設置申請撤銷仲裁裁決這種程序監督機制，對保證仲裁裁決的正確性具有重要意義。

3.2.2 申請撤銷仲裁裁決的條件

根據《仲裁法》的規定，申請撤銷仲裁裁決必須符合下列幾個條件：

- (1) 提出撤銷仲裁裁決申請的主體只能是仲裁當事人，包括仲裁申請人和被申請人。
- (2) 必須向有管轄權的人民法院提出撤銷仲裁裁決的申請。當事人申請撤銷仲裁裁決，只能向仲裁委員會所在地的中級人民法院提出。
- (3) 必須在法定的期限內提出撤銷仲裁裁決的申請。當事人申請撤銷仲裁裁決的，應當自收到裁決書之日起6個月內提出。
- (4) 必須有證據證明仲裁裁決有法律規定的應予撤銷的情形。

3.2.3 申請撤銷仲裁裁決的理由

根據《仲裁法》的規定，有下列情形之一的，當事人可以申請撤銷仲裁裁決。

- (1) 沒有仲裁協議；
- (2) 仲裁的事項不屬於仲裁協議的範圍或者仲裁委員會無權仲裁；
- (3) 仲裁庭的組成或仲裁的程序違反法定程序；

- (4) 仲裁裁決所依據的證據是偽造的；
- (5) 對方當事人隱瞞了足以影響公正裁決的證據；
- (6) 仲裁員在仲裁該案時有索賄受賄，徇私舞弊，枉法裁決的行為。另外，人民法院如果認定仲裁裁決違背社會公共利益的，應當裁定撤銷。

3.3 仲裁的執行

3.3.1 仲裁裁決的執行

所謂仲裁裁決的執行，即仲裁裁決的強制執行，是指人民法院經當事人申請，採取強制措施將仲裁裁決書中的內容付諸實現的程序。

第六十二條

當事人應當履行裁決。一方當事人不履行的，另一方當事人可以依照民事訴訟法的有關規定向人民法院申請執行。受申請的人民法院應當執行。

《仲裁法》（1995年）

3.3.2 仲裁裁決的不予執行

人民法院接到當事人的執行申請後，應當及時按照仲裁裁決予以執行。但是，如果被申請執行人有證據證明仲裁裁決有法定不應執行的情形的，可以請求人民法院不予執行該仲裁裁決，人民法院組成合議庭審查核實後，裁定不予執行。

根據《仲裁法》和《民事訴訟法》的規定，對於國內仲裁而言，不予執行仲裁裁決的情形主要有：

- (1) 當事人在合同中沒有仲裁條款或者事後沒有達成書面仲裁協定的；
- (2) 裁決的事項不屬於仲裁協議的範圍或者仲裁機構無權仲裁的；
- (3) 仲裁庭的組成或者仲裁的程序違反法定程序的；
- (4) 認定事實的主要證據不足的；
- (5) 適用法律確有錯誤的；
- (6) 仲裁員在仲裁該案時有索賄受賄、徇私舞弊、枉法裁決行為的。

3.3.3 仲裁裁決執行的特殊情形

在執行程序開始後，可能會出現某些特殊的情況，從而影響仲裁程序的正常進行，並且導致仲裁裁決的中止執行、終結執行和恢復執行等仲裁裁決執行的特殊情形的出現。

第六十四條

一方當事人申請執行裁決，另一方當事人申請撤銷裁決的，人民法應當裁定中止執行。人民法院裁定撤銷裁決的，應當裁定終結執行。撤銷裁決的申請被裁定駁回的，人民法院應當裁定恢復執行。

《仲裁法》（1995年）

4. 涉外仲裁的特別規定

4.1 涉外仲裁的概念

涉外仲裁是指當事人依據仲裁協議將涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的糾紛提交仲裁機構進行審理並作出裁決的制度。

涉外仲裁與國內仲裁的區別在於涉外仲裁的糾紛具有涉外因素，屬於涉外糾紛案件，是解決涉外經濟貿易、運輸和海事中發生的糾紛的一種方式。《仲裁法》第65條規定，“涉外經濟貿易，運輸和海事中發生的糾紛的仲裁，適用本章規定。”也就是說，涉外經濟貿易，運輸、海事中發生的糾紛的仲裁，屬於涉外仲裁，適用中國《仲裁法》第七章涉外仲裁的特別規定。

4.2 涉外仲裁機構

根據《仲裁法》的規定，涉外仲裁委員會可以由中國國際商會組織設立。涉外仲裁委員會由主任一人、副主任若干人和委員若干人組成。涉外仲裁委員會的主任、副主任和委員可以由中國國際商會聘任。涉外仲裁委員會可以從具有法律、經濟貿易、科學技術等專門知識的外籍人士中聘任仲裁員。

中國國際經濟貿易仲裁委員會和海事仲裁委員會是中國的常設涉外仲裁機構，也是受理涉外仲裁案件的具有典型性、代表性的仲裁機構。

4.3 對涉外仲裁裁決的執行

對涉外仲裁裁決的執行有兩種情形，即涉外仲裁裁決在中國的執行和涉外仲裁裁決在外國的執行。

4.3.1 涉外仲裁裁決在中國的執行

根據《仲裁法》和《民事訴訟法》的有關規定，對中國的涉外仲裁機構作出的仲裁裁決一方當事人不履行的，對方當事人可以向被申請人住所地或者財產所在地的中級人民法院申請執行。申請人向人民法院申請執行中國涉外仲裁機構的仲裁裁決，須提出書面申請，並附裁決書正本。如果申請人為外國一方當事人，其申請書須用中文本提出。

4.3.2 中國涉外仲裁機構的仲裁裁決在外國的承認和執行

依據《仲裁法》第72條的規定，中國涉外仲裁委員會作出的發生法律效力的仲裁裁決，當事人請求執行的，如果被執行人或者其財產不在中華人民共和國領域內，應當由當事人直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行。

由於中國已經加入了《紐約公約》，因此當事人可以依照公約的規定或者依照中國締結或參加的其他國際條約，直接向該法院申請承認和執行中國涉外仲裁機構作出的裁決。

國際法律篇



29. 國際法

陳道麗

1.	國際法的概念與淵源.....	556
1.1	國際法的概念.....	556
1.2	國際法的法律性質.....	556
1.3	國際法的淵源.....	557
2.	中國與國際法.....	559
2.1	古代中國與國際法.....	559
2.2	近代中國與國際法.....	560
2.3	現代中國與國際法.....	560
3.	國際法與國內法.....	563
3.1	學說.....	563
3.2	國際法與國內法關係的實踐.....	567
4.	條約在中國的適用.....	568
4.1	條約在中國的適用方式.....	568
4.2	條約在中國國內法中的地位.....	570

1. 國際法的概念與淵源

1.1 國際法的概念

有國家，有社會，就有法。國內社會如此，國際社會也是如此。當世界從分散走向整體，形成國際社會，國際法就開始萌芽。獨立並存的主權國家以及主要由主權國家組成的國際社會，是國際法形成和發展的最重要的社會基礎。¹ 同國際社會一樣，國際法是不斷發展的，國際法的概念也不是一成不變的。

傳統的國際法學者一般都認為國際法是規定各國間之行為的法。

國際法，或萬國公法，是一些規則的總體的名稱，這些規則，按照通常的定義，規定各國在其相互往來中的行為。這些規則被稱為法。

凱爾森：《國際法原理》1952年英文版，第1頁

萬國法或國際法是一個名稱，用以指各國認為在它們彼此交往中有法律拘束力的習慣和條約規則的總體。

奧本海：《國際法》第8版（中文版），上卷第一分冊，第3頁

國際法是在國際交往過程中形成出來的，表現這些國家統治階級的意志，在國際關係上對各國家俱有法律拘束力的行為規範，包括原則、規則和制度的總體。

周鯨生：《國際法》（上冊），商務印書館1981年第1版，第3頁

隨着國際社會的發展，國際關係的參與者已不僅限於國家。將國際法的調整關係限制在各國間之行為上，不再適應國際社會的現實和國際法發展的需要，因此，權威國際法著作《奧本海國際法》第9版指出“國際法是對國家在它們彼此往來中有法律拘束力的規則的總體”的同時，強調這些規則主要是支配國家的關係；但是，主權國家不是國際法的唯一主體。國際組織，以及在某種程度範圍內的個人，可以成為國際法所給予權力和設定義務的主體。² 中國著名的國際法學者梁西先生也認為國際法是在國際交往中形成的，用以調整國際關係（主要是國家間關係）的，有法律拘束力的各種原則、規則和制度的總稱。³

1.2 國際法的法律性質

幾乎在國際法形成的同時，國際法“否定論”就出現了，即對國際法的法律性質進行質疑，認為國際法不是真正的法。在很大程度上，這是定義的問題。關於“法律”是什麼的不同定義，可以對於任何特定的規則的總體是否可以正當地視為“法律”的問題有不同的回答。⁴ 人們總是習慣於從自身所熟悉的國內法來衡量國際法的法律性質。

國際社會的特點決定了建立在它基礎之上的國際法是不成熟的法律體系。迄今為止的國際社會是一個“屬於國家的，由國家創造的，也許是——仍然是——以國家為目的的體制”。⁵ 在這個社會內，各國享有主權，未經它們同意不承擔任何國際法上的義務。國際社會的這種高度分權

的特點決定了國際法從制定到實施都必須建立在國際法的主要參與者——國家之間的平等協作的基礎上。在國際社會中沒有一個最高立法機關可以制定法律並把其強加在國家身上，也沒有一個處於國家之上的具有統一強制管轄權國際司法機關來適用和解釋國際法，更沒有一個具有強制管轄權的這樣的行政機關對違法者進行強制制裁。但是這些都只是國際法還不成熟的表現，而不能成為否定國際法的法律性質的證據。

實際上，各國在其國際交往中從未否定國際法的存在。它們享有國際法上的權利，承擔國際法上的義務。有些國家還在本國的憲法中明確承認國際法的效力。即使發生了國際違法事件，或者有了國際爭端，相關國家當事國並不以否定國際法效力為解決方式，而是試圖證明其行為的國際合法性。

……創造適當環境，俾克維持正義，尊重由條約與國際法其他淵源而起之義務，久而弗懈……

《聯合國憲章》序言

凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行。

1969年《維也納條約法公約》第26條

條約在締結時與一般國際法強制規律抵觸者無效。就適用本公約而言，一般國際法強制規律指國家之國際社會全體接受並公認為不許損益，且僅有以後具有同等性質之一般國際法規律始得更改之規律。

1969年《維也納條約法公約》第52條

1.3 國際法的淵源

國際法的淵源一般指國際法規則作為有效的法律規則存在和表現的方式。

國際法的淵源可以分為形式淵源和實質淵源。實質淵源是指在國際法規則產生過程中影響這種規則的內容的一些因素，如法律意識、正義觀念、連帶關係、國際互賴、社會輿論、階級關係等等。形式淵源是指國際法規則由以產生或出現的一些外部形式或程序，如條約、國際習慣、一般法律原則。⁶ 國際法學者主要關注對後者的研究，這也是本節所討論的國際法淵源的範疇。

國際法淵源的外延不能僅靠學術推論，而必須要從國際法的實踐中去尋找。許多學者在論述國際法淵源時都會引用《國際法院規約》第38條的規定：

(1) 法院對於陳述各項爭端，應依國際法裁判之，裁判時應適用：

- (i) 不論普通或特別協約，確立訴訟當事國明白承認之規條者；
- (ii) 國際習慣，作為通例之證明而經接受為法律者；
- (iii) 一般法律原則為文明各國所承認者；
- (iv) 在第59條規定之下，司法判例及各國權威最高之公法學家學說，作為確立法律原則之補助資料者。

(2) 前項規定不妨礙法院經當事國同意以“公允及善良”原則裁判案件之權。⁷

雖然該條文並未明確指出這些是國際法的淵源，但是這個條文通常被學者認為不僅明示了國際法院應適用的法律，而且也是國際法淵源的一種權威性的列舉。《國際法院規約》是《聯合

國憲章》的組成部分，它反映了國際社會對國際法淵源的認定上的一般通行慣例。雖然國際法學者對國際法淵源的內容上存有少數不同見解，但都一致肯定國際條約和國際習慣是國際法的主要的和通常的淵源。

1.3.1 國際條約

條約是指具有締約能力的兩個或兩個以上的國際法主體，依國際法締約的，旨在依照國際法產生、變更或廢止相互間的權利義務關係的書面協定。根據條約的內容，條約可以分為“契約性條約”和“造法性條約”，根據締約方的數目，條約可以分為雙邊條約和多邊條約。現在也有學者認為契約性條約和造法性條約的劃分並沒有太大意義，因為任何條約訂立出來都是為了創造、變更或廢除權利義務，而且國際社會到目前為止還不存在一個立法機構具有能夠像國際法那樣的，少數立法者制定由全體社會成員遵守的法律的權利。雖然條約是一個自身效力和形式都來自習慣的一個淵源，⁸但是由於它的確定性和能夠及時滿足國際關係發展的需要，它是現代國際法的主要淵源，也是國際法主體參與國際關係和進行國際交往的主要工具。⁹

1.3.2 國際習慣

根據《國際法院規約》的規定，習慣的產生有賴於兩個重要的條件：“通例”和法律確信，也就是說，它不僅要求有各國在國際關係上就某一事項長期重複類似的行為，而且有關的各國必須感覺到它們是在遵從一個法律上的義務——行為的時常發生或甚至具有習慣性，這點本身還不夠。¹⁰正是由於法律確信的存在是習慣區別於禮讓之類的國際慣例。一般來說，國際習慣的形成是一個漫長的過程，但是隨着現代交通和通訊的飛速發展和越來越頻繁的國際交往的需要，國際習慣的形成有大大縮短的趨勢。習慣雖然是國際法最古老的淵源，但是即使在條約大量出現的現代國際社會，它仍然有其重要性，仍然是國際法形成和發展的一個重要的形式。

1969年北海大陸架案（聯邦德國訴丹麥、荷蘭）

1966年以聯邦德國為一方，以丹麥、荷蘭為另一方，就它們之間在北海的大陸架劃界問題發生了爭端。丹麥和荷蘭堅持應採用1958年《大陸架公約》第6條規定的等距離原則劃出。它們認為雖然德國不是該公約的締約國，但是德國有義務接收這一原則，因為該方法的適用不僅僅是一項條約義務，而且是習慣法的一項規則。而德國的主張正好相反。它認為等距離原則不是國際習慣法，適用這一原則劃分它們之間的大陸架是很不公平的。

1967年2月，聯邦德國同丹麥和荷蘭協議將該案提交國際法院解決。法院經過審查駁回了丹麥和荷蘭等距離原則是國際習慣的主張。法院認為，確立一個國際習慣法規則，“不僅這些有關的行為必須構成一個確立的慣性，而且這些行為必須具有這樣的性質，或者必須是這樣實行的，從而證明存在着一個確信，認為由於有一個法律規則要求實行這種慣行，所以這種慣行是必須實行的。這種確信的必要，即這個主觀因素的存在，正是隱含在法律的或必要的確信這個概念中。所以，有關的各國必須感覺到它們是在遵從一個法律上的義務。……行為的時常發生或甚至具有習慣性，這點本身還不夠。存在着很多國際行為，例如在儀式和禮節的範圍內，這些行為幾乎是一定不變地實行的，然而它們的動因只是禮儀、便利或傳統的考慮，而不是任何法律上義務的意識。”

中國政法大學國際法教研室編：《國際公法案例評析》，中國政法大學出版社1995年版

1.3.3 一般法律原則

“一般法律原則”則由於其概念的模糊，分歧較大。有人認為它也是國際法的主要淵源；¹¹ 有的人雖不認為它是國際法的主要淵源，但是認為它是國際法的淵源；¹² 還有的學者主張它很難成為一種獨立的嚴格法律意義上的國際法淵源。¹³ 但是，即使是持最後一種觀點的學者也不否認它的意義：它可以彌補國際法的空白。至於第59條規定的國際判例和學說，國際法學界一般不認為它們是國際法淵源，但認可了它們作為“補助資料”的地位。

國際法是發展的，國際法淵源也是發展的。制定於1945年的《國際法院規約》並不能詳盡無遺地列舉現代國際法的淵源。在現代國際法中，一些重要的國際組織的決議，特別是聯合國大會的決議，是否能夠成為國際法淵源的問題已經引起了學術界的廣泛關注。這一問題至今仍沒有定論。它的出現以及發展關係着國際社會是否能夠擁有一個立法機關以制定重要的國際法規則。就當今的國際社會而言，國際組織決議很難成為一個真正的國際法淵源。但是我們已經看到國際組織決議中一部分屬於國際組織對內部事項做出規定的，有拘束力的決議和一部分技術領域的“准立法”的國際組織決議的出現，和國際組織決議在推動條約的締結和證明國際習慣的產生上的作用。

2. 中國與國際法

2.1 古代中國與國際法

古代中國有沒有國際法，不僅是中國學者感興趣的問題，也是為國外學者所關注的。1881年，一個美國的漢學者丁韋良在柏林宣讀了一篇報告。在報告中他宣稱中國古代有國際法。但是這種說法並未得到大多數學者的贊同。

在中國的春秋戰國時代，的確存在着一些類似國際法制度的萌芽。春秋時期周王室逐漸衰微，諸侯的勢力越來越強大。它們之間有合縱連橫，也有戰爭殺伐。諸侯們遵循所謂“禮、信、敬、義”等原則進行交往。在這一過程中逐漸產生了一些慣例，這些慣例涉及戰爭、外交、會議、盟約等諸多方面。但是，它們始終不是真正的國家，而是處在一個國家內的諸侯國，無論它們的交往多麼密切，始終也無法形成真正意義上的國際社會，因此，它們所遵循的這些慣例並不是國際法規則，充其量也只能是類似國際法制度的萌芽。

公元前221年秦始皇統一中國，建立了中國歷史上第一個統一的中央集權的帝國。此後中國歷史上雖然出現過短暫的分裂，但統一始終是歷史長河的主流。大一統的古代中國，西面是高原、山脈，東面是茫茫大海，北面是苦寒的西伯利亞高原。地理環境局限了它與西方世界的交往。儘管它也有絲綢之路，儘管也有過鄭和下西洋的壯舉，但它與歐洲的聯繫從來無法以“密切”二字來形容。在古代，與中國鄰近的朝鮮、越南、緬甸等國雖然與它有較為密切的交往，但是實力相差懸殊。在它們之間的交往過程中，它始終視自己為天朝，而視與其交往的國家是夷狄，這個龐大的帝國相信：“普天之下，莫非王土；率土之濱，莫非王臣”。它們之間是藩屬關係，而不是平等的國家之間的交往。朝貢制度的存在是藩屬關係的最好證明。當然也存在特例。1689年，在雅

克薩戰役以後，中國和俄國進行了平等的談判，並簽訂了中國歷史上第一個邊界條約《尼布楚條約》。但是這一條約的簽署只是康熙皇帝穩定邊疆的策略，並不能改變中國古代不存在國際法的事實。

2.2 近代中國與國際法

中國的國際法學者普遍認為國際法是在近代從西方輸入到中國來的。

在鴉片戰爭前夕，為知己知彼，林則徐曾經命人將瑞士人滑達爾（E. Vattel）所著的《國際法》一書中有關戰爭、封鎖、扣船等章節譯成中文。這是中國最早的國際法譯著，但是並不完整。第一個全面系統地將國際法輸入到中國的人是時任京師同文館總教習的丁韞良。他翻譯了惠頓的《國際法原理》（*Element of International Law*），譯成中文，名為《萬國公法》。由清廷的總理衙門出版（1848年），並將其分發到沿海各重要的通商口岸。1864年清王朝運用國際法處理了普魯士軍艦事件。這被看作中國“第一次適用國際法使一件可能成為嚴重事件的外交糾紛得到順利解決”。¹⁴

1864年普丹戰爭爆發。普魯士公使乘坐一艘軍艦來到中國，在中國水域拿捕了三艘丹麥商船。清總理衙門提出抗議，認為進行拿捕的水域是中國的內洋（領水），普魯士侵犯了中國的權利。總理衙門的官員們聲稱：“中國所轄各洋，例有專條，各國和約內均明此例。歸國（普魯士）和約內，載有中國洋面字樣，較各國知之尤切。”最後普魯士釋放了兩艘丹麥商船，並對其賠償1,500元。

王鐵崖：“中國與國際法—歷史與當代”，載《中國國際法年刊》（1991年）

1899年和1907年，中國派代表參加了海牙和會，並簽署了有關的公約及宣言。1920年中國還加入了國際聯盟，但是近代中國還遠遠不能說是真正運用了國際法。最根本的原因就是19世紀中葉的中國是一個積窮積弱的國家。國家的大門為外國的炮艦轟開，主權不再完整，這樣的國家無法依靠國際法抵抗侵略，侵略者也不會真正的依據國際法來與它進行交往。從1842年《南京條約》簽署開始，西方列強對中國的武力打擊和強迫中國簽訂不平等條約的狀況持續了百多年。中國對外關係適用的不是國際法原則和規則，而是不平等條約。¹⁵

第二次世界大戰期間，中國（Republic of China，中華民國）先後與英國和美國簽訂了取消領事裁判權的條約，此後與中國簽訂條約廢棄領事裁判權的還有比利時、荷蘭、盧森堡等國家。中國還於1945年參與創建了聯合國，並成為聯合國安全理事會的五個常任理事國之一。但是這些並沒有改變當時中國在國際法律秩序中所處的地位——不平等，直到1949年10月中華人民共和國（People's Republic of China）成立。

2.3 現代中國與國際法

中華人民共和國的成立使中國的對外關係進入了一個嶄新的時代，它完整的主權使它在國際法律秩序中贏得平等和尊重的基礎。

對於中華民國時期國民黨政府與外國簽訂的不平等條約，1949年通過的《中國人民政治協商會共同綱領》規定：“中國人民共和國中央人民政府應加以審查，分別予以承認和廢除、或修改、或重訂。”

新中國對於國際法是尊重並切實履行的。中國不僅對國際法的發展做出了貢獻，還積極運用國際法來處理國際關係中所面臨的問題，譬如中國運用國際法成功地收回了對香港和澳門的主權。回歸後的香港和澳門是中國的特別行政區，雖然不具備國際法主體的資格，但是享有高度的自治權。它們為其他國家處理類似問題提供了先例。

《聯合國憲章》是現代國際法的重要文件，新中國一貫支持憲章的宗旨和原則。早在1945年4月25日，中國共產黨就派董必武加入中國代表團，參加了聯合國憲章的制憲會議。在新中國成立後的二十多年裏，她在聯合國的席位長期遭到在台灣的中華民國政府的佔領。1971年，第26屆聯大終於以壓倒多數票通過了關於“恢復中華人民共和國在聯合國組織中的一切權利”並“逐出蔣方代表”的第2758號決議。中華人民共和國合法代表權在聯合國的恢復，使聯合國更具普遍性，國際法的普遍性也加強了。作為聯合國安全理事會的常任理事國，中國的國際影響日益加深，對國際法的發展做出了重要的貢獻。

和平共處五項原則就是新中國對國際法所作的重要貢獻之一。1953年年底，周恩來總理提出了互相尊重主權和領土完整、互不侵犯、互不干涉內政、平等互利、和平共處五項原則。在次年訪問印度和緬甸時，同上述兩國正式倡議將這五項原則作為國際關係的基本準則。50多年來，和平共處五項原則得到國際社會的普遍贊同。¹⁶ 這一原則不僅為發展中國家所承認，一些發達國家也在其與中國建立外交關係的聯合公報中承認了這五項原則。1955年4月在印尼萬隆舉行的亞非會議的最後公報宣佈了著名的“萬隆十項原則”。這十項原則有的與五項原則相同，有的是五項原則的具體化。其後，1970年聯合國大會通過的《關於各國依聯合國憲章建立友好關係及合作之國際法原則之宣言》（簡稱《國際法原則宣言》）所列舉的七項國際法原則與和平共處五項原則是基本一致的。這些都證明和平共處五項原則是國際法的基本原則。

《國際法原則宣言》所規定的國際法的七項原則是：

- （一） 不使用武力威脅或武力；
- （二） 和平解決國際爭端；
- （三） 不干涉任何國家內政；
- （四） 各國依照憲章彼此合作；
- （五） 各民族權利平等與自決；
- （六） 各國主權平等；
- （七） 善意履行憲章義務。

中國除了對國際法的基本原則做出了重大貢獻外，還積極參與國際法各部門的發展，中國的實踐大大地豐富國際法。

在國際人權法方面，中國一貫重視人權，積極支援國際人權立法。從1980年起，中國已經先後簽署和加入了多個國際人權公約，即：《防止及懲治滅絕種族罪公約》、《禁止並懲治種族隔離罪行國際公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》、《消除一切形式種族歧視公約》、《關於難民地位的議定書》、《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》、《兒童權利公約》和《男女同工同酬公約》，此外還簽署了《公民及政治權利公約》，簽署並批准了《經

濟、社會、文化權利國際公約》。中國嚴肅認真履行自己在國際人權上所承擔的義務。在保護婦女的權益方面，中國憲法規定，婦女在政治、經濟、文化、社會和家庭生活各方面，享有與男子平等的權利。1992年，中國還制定了《中華人民共和國婦女權益保障法》。在保護兒童權利方面，中國憲法第46條規定，國家培養青少年、兒童在德、智、體等方面全面發展。第49條規定，兒童受國家保護；父母有撫養教育未成年子女的義務；禁止虐待兒童。1992年1月1日，《中華人民共和國未成年人保護法》開始實施，標誌着中國保護兒童的立法進一步完善。

在反對國際恐怖主義方面，中國政府一貫主張，各國應在打擊國際恐怖主義上加緊國際合作，嚴格履行自己所承擔的義務，並強調，打擊國際恐怖主義應尊重包括國家主權、領土完整和不干涉內政等原則在內的公認的國際法原則。中國已經參加了所有的已生效的反對恐怖主義的國際公約。近年來，中國還參與了《制止核恐怖主義行為國際公約》、《制止恐怖主義爆炸的國際公約》和《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》起草的全過程。中國已於2001年9月正式加入《制止恐怖主義爆炸的國際公約》、簽署《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》，並於2005年9月14日簽署《制止核恐怖主義行為國際公約》。此外，中國還制定了國內立法以履行國際義務，加強打擊恐怖主義的力度。中國刑法、民用航空法都對打擊恐怖主義行為作了明確具體的規定。中國政府還通過國際刑警組織，在反恐怖主義活動和偵察、通緝、逮捕國際恐怖分子方面同其他國家進行了大量的國際合作。

在國際爭端法方面，中國一向奉行和平外交的政策，主張和平解決國際爭端。在和平解決爭端的方式上面，中國主張以協商談判為主。20世紀50年代，為了滿足全世界愛好和平的人民和國家的願望，中國堅決主張以和平談判的方式解決朝鮮問題。中國還在1954年的日內瓦會議和亞非會議上重申了這一主張。1954年中國還採用這一方式與印度達成了《關於中國西藏地方和印度的交通和通商的協議》，解決了英國在印度殖民時期遺留下來的問題。中國還用同樣的方式解決了其與緬甸、尼泊爾、巴基斯坦等鄰國的邊界問題。香港和澳門的問題也是中國通過與英國和葡萄牙的談判解決的。對於國際爭端的仲裁和司法解決方法，中國雖然一直比較謹慎，但是中國已經向國際仲裁法院派出仲裁員。中國的倪征燠和史久鏞還先後當選為國際法院的法官，為國際爭端的司法解決做出了貢獻。1993年聯合國前南斯拉夫國際刑事庭成立後，中國先後有李浩培、王鐵崖及劉大群出任法官。在國際海洋法庭中，中國的趙理海和許光建先後擔任法官。

在國際刑法方面，中國促進了國際刑法的發展，根據國際刑法懲治國際犯罪，並積極參與國際刑事司法合作。中國加入了一些預防和懲治國際犯罪的公約，並積極參與制定新的預防和懲治國際犯罪的公約，推動新的國際刑法原則、規則的形成。¹⁷ 除此以外，中國還參加了遠東國際軍事法庭對日本戰犯的國際審判。在中國的國內法院也有根據國際刑法審判戰爭罪、毒品罪、危害航空安全罪等國際罪行的案例。在國際刑事司法合作上，中國除了簽署或加入一系列包括這方面條款的多邊條約（如《聯合國關於禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》）外，還與一些國家締結了關於刑事司法合作的雙邊協定。截至2005年底，中國已與48個國家簽訂了72項司法協助條約和合作協定，與24個國家簽訂了引渡條約。

在國際海洋法方面，中國積極參與國際海洋法的制定。1971年中國恢復了在聯合國的合法席位後，次年起，中國參加了海底委員會的工作，以後又參與了第三次海洋法會議的全過程。中國簽署了1982年的《聯合國海洋法公約》（1996年6月7日交存批准書）。中國積極支持該公約所規定的國際海底開發制度。中國已經在國際海底管理局登記，並於1991年3月由聯合國授予深海採礦先驅投資的資格，批准中國具有在太平洋大約15萬平方公里的國際海域開發多金屬結核資源的專署權和在商業性開採時有海底採礦的優先權。¹⁸ 除了這個公約外，中國還參加了一系列有

關海洋的國際公約，如：1966年《船舶載重線公約》、1969年《國際船舶噸位丈量公約》、1969年《國際油污損害民事責任公約》、1972年《國際海上避碰規則公約》、1974年《國際海上任命安全公約》等。中國還與鄰國就海域劃界和雙邊漁業事務展開了談判。2000年中越簽署了《中華人民共和國和越南社會主義共和國關於兩國在北部灣領海、專屬經濟區和大陸架的劃界協議》、《中華人民共和國政府和越南社會主義共和國政府北部灣漁業合作協定》。中國還於2000年8月與韓國簽署了《中華人民共和國政府和大韓民國政府漁業協議》（2001年6月30日生效）。中國還頒佈了自己的海洋法，特別是1992年2月25日頒佈的《中華人民共和國領海及毗連區法》對保護中國的領土主權具有重要的意義。

國際經濟法是國際法的一個重要分支。二次世界大戰以後隨着國際經濟的飛速發展，調整國際經濟關係領域的法律原則，規則和制度也逐漸發展起來。中國作為最大的第三世界國家一直與發展中國家一道謀求建立國際經濟新秩序。現時中國還從本國的國情出發，建立社會主義的市場經濟，並使本國的涉外經濟法規向國際經濟法的要求靠攏。近年來，中國在參與國際經濟法方面的重大舉措，就是於2001年底加入了世界貿易組織。世界貿易組織是1947年關貿總協議的繼續和發展，是國際經濟領域內最大的全球性組織。在這個組織框架內達成的國際經濟法律涉及貨物貿易、服務貿易、與貿易有關的投資、與貿易有關的知識產權等諸多領域。中國的加入不僅給自己的發展創造了良好的機遇，而且極大地增強了世界貿易組織法律體系的普遍性。為履行自己在世界貿易組織內承擔的義務，中國在加入前就已經開始對於世界貿易組織規則不符的國內法進行修改，或重訂。

3. 國際法與國內法

3.1 學說

國際法與中國法的關係歸根到柢是國際法與國內法的關係。兩者關係問題的實質是“各自的法律效力如何”？或者說，在兩者發生抵觸時“何者處於優先地位？”¹⁹ 國際法與國內法的關係是國際法上的一個重要而又複雜的問題。不同時期，國際實踐與國際法學者都會給這個問題注入新的內容。

國際法與國內法的關係問題一直是國際法學界所關注的重大理論問題。對這個問題的論述頗多，其中最具有代表性的是“一元論”和“二元論”兩個極端對立的學說。

3.1.1 一元論

現代法律一元論的概念起源於15至17世紀的歐洲法律學者的著作。這一時期以封建主義的滅亡和導致現代國家的興起的領土合併的過程為顯著特徵。在此期間，著名的西班牙學者弗蘭西斯科·維多利亞（Francisco de Vitoria）提出了後來發展成為現代法律一元論的學說，他的理論觀點既沒有區分法律和道德權威，也沒有區分國際法和國內法。現代國際法之父，荷蘭法學家格勞秀斯（Hugo Grotius）通過提出世俗的自然法的觀點從而論證了現代形式的法律一元論，並使其區別於神的意志。他沒有從國際法中區分出國內法，而且他還認為國際法是約束所有人類的普遍的法則，所以他的著作被認為是構成了現代法律一元論的主要理論基礎。²⁰

一元論主張國際法與國內法同屬於一個法律體系，由於不同學說所強調的隸屬不同而存在國內法優先說和國際法優先說之分，在國際法形成獨立體系以前的自然法理論，是一種法律一元論。它認為國際法與國內法都從屬於自然法，是一個法律體系。但19世紀末期以耶利內克為代表的德國學者提出的國內法優先說則有不同，他們主張國際法和國內法從整體上構成一個統一的法律體系，但是以國內法的效力為優先；同國內法相比，國際法是次一級的法律。他們認為，國家的所有對外活動，都是以其國內法為依據的，因此，國際法的效力來自國內法。在整個法律體系中，國際法處於國內法的下位，並從屬於國內法。他們甚至把國際法理解為“對外的國家法”。²¹

一元論中的國際法優先說早已有之，但其較系統的理論，則是在進入20世紀以後才逐步形成的。它以世界思潮為背景，曾在歐美國學界盛行，在第二次世界大戰後得到了廣泛的傳播，其代表人物是奧地利法學家凱爾遜（H. Kelsen）和維也納大學教授菲爾法羅斯。主張一元論的國際法學者將全部法律看作有約束性的法律規則組成的單一體，而不區分哪些規則是國家必須遵守的，哪些又是個人或非國家實體應遵守的。在他們看來，法律科學看作是一個統一的領域，而關鍵在於國際法是否是真正的法律。一旦國際法是具有真正法律性質的規則體系這一假設得以成立，依凱爾遜及其他一元論者的意見，就無法否認：兩種體系都是屬於法律科學整體的組成部分。因此，任何非一元論者，尤其是二元論者，必然等於否認國際法的真正法律性質。依一元論的觀點，國際法與國內法都是約束全人類包括集體和個人的普遍法律規範整體的一部分。²² 國際法優先說認為國際法與國內法是一個法律體系，在此體系中，國際法處於金字塔的最高位，各國的國內法從屬於國際法，均處於低位。其實質是國際法的效力應高於國內法（憲法）的效力。他們否認國家意志創造法律，而主張法律的統一性，認為整個法律體系有層次之分，國內法的效力是國際法賦予的，而國際法的效力則來自一個不以人們意志為轉移的最高的“原始規範”。但是，這一學說始終無法實證這個原始規範自身的效力根據，最後只能勉強地把它們歸結到“法律良知”等一些抽象的概念中去。顯然，國際法優先說帶有很深的古典自然法學說的色彩。²³

這種主張國際法優先的一元論與國際法效力的問題主張客觀主義的立場相一致。依據這種見解，國際法與國內法並非不同的法律體系，而是一個法律體系，具有相互滲透的關係。這種法律關係最終以個人為對象，法律淵源來自高於國家意志的客觀因素。國際法與國內法的組織及構成只是發展程度的差距。這些差距隨着國際法的發展會逐漸消失。

簡言之，按照法律一元論，兩個法律體系是一個單一的法律結構的一部分。各國國內法律體系是從國際法律體系中派生出來的。既然國際法可以被視為在本質上與國內法同為一個法律秩序的一部分，而且是高於國內法的，那麼它就可以被認為納入國內法，而且國際法在國內法院直接適用也就不存在任何理論上的障礙。而且在國際法與國內法發生衝突時，絕大多數一元論者都主張國際法毫無疑問應處於優先的地位。因此，在一個純粹的一元論的法律體制內，立法機關要受到國際法的要求的限制，同樣，行政機關有責任在國家領土範圍內使國際法得到忠實執行，而且，國內法院也要在其判決中適用國際法。

3.1.2 二元論

二元論被稱作為國際法和國內法“平行說”或“對立說”的基礎來源於18世紀晚期的法律實證主義者的著作。二元論在19世紀末20世紀初發展成為一種成熟的理論。在19世紀末和20世紀初以德國法學家特利佩爾（Heinrich Triepel）為代表。實證主義主張法律的約束力不僅僅來源於市民社會中佔支配地位的政治權威。按照實證主義者的觀點，無論一個法律秩序受道德秩序的影響多麼大，法律總是要執行主權者的權威性命令並因此而明顯區別於道德原則。在18世紀晚

期，實證主義逐漸取代了自然法理論。在完成了作為法國大革命的理论武器的使命之後，自然主義就成為了在19世紀席捲歐洲的反革命理論家的攻擊目標。當時的知識界深受物理學對觀察和艱苦的試驗的信心的影響，自然主義被認為國際投機而不符合這些嚴格的專家們。在這一時期，傑瑞米·本特海姆 (Jeremy Bentham) 在其所著的《道德和立法原則導論》(Introduction to Morals and Legislation) 一書中將國際法定義為是“涉及主權者之間的事務的法律”，並且認為國家是國際法的唯一主體。²⁴

二元論在19世紀末20世紀初發展成為一種成熟的理論。在此期間，二元論的一位主要闡述者，現代實在法學派的學者特利佩爾出版了他的主要著作。他認為在本質上國際法與國內法是完全不同的。按照它的理論，國際法與國內法之間有兩個基本差別：(1) 國內法的主體是個人，而國際法的主體是國家；(2) 它們的法源不同，國內法的法律根源是國家本身的意志，而國際法的法律淵源是各國的共同意志。²⁵ 而另一位實在法學派的學者安齊洛蒂 (Anzilotti)，則是按照決定國際法與國內法各自體系的基本原則來區分國際法與國內法。在他看來，國內法取決於國家立法必須遵守的基本原則或規範，而國際法則為約定必須信守原則所決定。這樣，兩個體系就完全分開了。安齊洛蒂進而主張，兩種體系的差別如此之大，以至兩者間可以發生關係卻不可能發生衝突。²⁶

除實在法學派的學者外，二元論還得到了某些非實在法學派學者的贊同，也受到國內法院許多法官的支持。他們以經驗為根據，首先看到了認為兩種體系的正式法律根源不同，即：一方面，國際法的絕大部分由習慣法與條約的規則組成，而另一方面，國內法主要由判例法與國家立法機關通過的法規組成。²⁷

因此，在二元論學者看來，國際法與國內法的關係，不是一種從屬關係，而是一種獨立的，平行存在的法律體系關係。它們的基礎不同，性質不同，各有自己的效力範圍，國際法適用於國際，國內法適用於國內，分別形成兩種完全獨立的法律體系，兩者處於平等的地位，而不是隸屬或包容的關係。

二元論者視國際法為創造國家間的權利和義務的法律。在二元論的體系內，一個國家負有履行國家間的相互義務的責任，但是由各國決定履行那些義務的方法或形式。而且，如果一個二元論國家的國際義務涉及其境內的人、事或利益時，履行那些義務就要求將其轉變成為國內法，這是因為，國際法規則在一個國家內的運用是通過將它們併入國內法的方法實現的。換句話說，它們之所以具有約束力是因為它們是國內法而不是國際法。國內法不能在國內直接使用，若要使國際法適用於國內，必須通過某種國家行為（法律程序）將其轉化為國內法。換言之，國際法與國內法是兩個完全獨立的體系。由於是獨立的體系，國際法本身不會成為國家內部法律的一部分：在特殊情況下，國際法規則可以在國內適用，而它們之所以能適用，是因為它們為國家內部法律所採納，並作為該國內法的一部分而不是作為國際法而適用。二元論的觀點避免了關於一種法律體系是否優越於另一種法律體系的爭論，因為它們沒有共同的適用領域。²⁸

二元論以國家主權和國家意志為基礎，不承認作為國際法根據的支配因素，在論述其在形式上的對立時，卻忽視了這兩者在實質上的聯繫，有其片面性，²⁹ 無法說明國際法如何拘束國家的問題。

3.1.3 小結

儘管以上兩種學說都有重要的學術價值，但是當代很少有國內法律體系能夠被劃分為是純粹的一元主義或二元主義。菲茨摩里斯爵士 (Sir Gerald Fitzmaurice) 在50年代中期提出了著名的“菲茨摩里斯折衷”論 (Fitzmaurice Compromise)。³⁰ 他承認國際法與國內法在許多領域內都是獨立發生作用的，並且各自在其他範圍內都具有最高的效力，然而在它們之間也有着共同適用的範圍並且有可能發生衝突，菲茨摩里斯斷言，這種衝突不是兩種法律制度之間的衝突而只是義務之間的衝突。

在純粹的一元論體系中，立法機關不必通過法規和憲法規定表明其對國際法的接受，因為國際法是自動成為國內法律體系的一部分。然而，這種情況在各國的條約實踐中很少發生。以德國為例，該國被認為容納國際法的程度非常高並且常常被作為當代一元論的一個例子，根據德國基本法的規定，條約規定在國內法領域具有拘束力與條約在國際法領域中生效都是通過統一程序。條約不必經立法轉化直接在國內適用。但是在德國的條約實踐中，那些規定德國和其他國家間的政治關係或是涉及立法事項的條約，在國內法院適用之前必須取得聯邦立法機關的同意。這種同意必須是以聯邦法律的形式表示。³¹ 這種轉化立法具有授權行政機關批准同意和賦予條約規定以國內法律效力的雙重功能。再以美國為例，《美國憲法》第6條規定了條約與憲法和依據憲法制定的法律都是美國的最高法律，但是憲法並沒有對條約做出自動執行的條約和非自動執行的條約的區別，美國最高法院在最初適用條約時都是將其視為國內法而直接適用，並不考慮條約是否是自動執行的，但是1828年馬歇爾大法官 (Marshall CJ) 在 *Foster & Elam v. Nielsen* 一案中對條約做出了自動執行和非自動執行的區分，自此之後，美國的條約實踐一直遵循這種做法。

這種對純粹的一元論的背離可能是由於現代法律體制的極端複雜性，國際法和國內法為保持基本原則的一致性，必須要由最終實施國際法或國內法的國內機構精確地描述其相互之間的關係。

類似的理論界限上的模糊也同樣發生在一些表面上信奉二元論的國家。某些國際規則對涉及國家內部關係的行為具有非常大的普遍意義，因此，儘管缺乏國內的實施法規，二元論國家也經常宣佈其願意遵守這些規則。而且，即使是在這些國家，也並不是所有的條約都需要轉化成國內法。例如在英國，只有當國會制定通過“實施法案”將條約規定納入國內法之後，條約才能成為英國國內法的一部分。但是在英國的條約實踐中，對那些涉及戰爭行為或是領土割讓的條約就不需要制定立法法案，此外對於那些相對而言不十分重要的、不需要批准的，並且也不試圖改變國內法的行政協定也不需要制定實施法案對其予以轉化。加拿大也是一個信奉二元論的國家，但是在加拿大的條約實施中，防衛協定和和平條約因為不影響國內法而僅對聯邦政府在加拿大的外交事務中的行為具有約束力，不需要立法予以轉化。此外，一些條約規定，諸如像“關稅和貿易總協議” (GATT) 中關於政府採購的協議，聯邦政府在適用時僅僅要求聯邦官員採取行政行動即可，所以也就不需要立法機關通過立法轉化。³²

因此，這些學說上的不同，未為國家實踐或在這種情況下適用的國際法規則所解決。國際法的發展，如個人作為國際法主體的不斷增長的作用、條約中劃一的國內法規定以及像歐共體那樣的法律秩序的出現，都傾向於使國際法和國內法之間的區別不像以前那麼清楚而且是更加複雜了，在那時，國際法的領域僅限於國家之間的關係；而且，學說上的爭論大部分是沒有實際結果的，因為所引起的主要問題是各國如何在它們的內部法律秩序的框架內適用國際法規則？以

及國際法規則和國內法規則的衝突如何解決？這些問題不是參照學說來答覆的，而是要看各種國內法律和國際法的規則是怎麼規定的。³³

3.2 國際法與國內法關係的實踐

在原則上，除了發生國內法與國際法相衝突以至國家應負國際責任外，國際法在國內的效力是國內法的問題，即由各國按照自己的法律加以處理的問題。³⁴ 但是無論其方式和程序為何，它們總是“按照國際法的要求使在國內具有效力。”³⁵ 為了陳述和比較的方便，筆者將從條約和習慣兩個方面來論述各國在此問題上的實踐。

3.2.1 條約與國內法

如何使條約在國內具有法律效力，不同的國家有不同的做法。有的國家是通過立法機關將條約轉化為國內法。這種方式包括根據條約的規定制訂新的國內法和修改已有的國內法兩種形式。例如英國，如果條約影響私人權利，或者一般地只有修改普通法或制定法以履行條約義務，並必須由國會通過一個予以實施的法案。通常的做法是，國會在條約批准前有核准的機會，如果又需要改動法律，在條約批准前就要通過必要的立法，這樣，條約就成為國內法了。再如美國將條約分為自動執行條約和非自動執行條約，後者必須經過國內立法轉化才在國內有效力。有的國家是將條約視為國內法的一部分適用的。如美國，自動執行條約就無需經過特別立法就在美國國內有效。在奧地利法律上有效的條約，如果具有自動執行的性質，將由奧地利法院直接適用。

如果條約與國內法的規定相抵觸，何者處於優先，各國的做法是不一樣的。有的國家規定條約優先，例如法國憲法第55條規定，條約在正式批准或核准時，應予以公佈，從而有優於法律的權威，即使法律制定在條約之後，但以互惠為條件。³⁶ 有的國家規定國內法優先。在英國如果條約與制定法相抵觸，制定法對於英國法院仍然是有效力的。但是如果有疑議時，則會推定國內法與國際法不相抵觸。還有的國家規定條約與國際法在國內具有相等的效力，適用後法優於前法的原則處理兩者間的衝突。例如美國在自動執行條約與聯邦法律相抵觸時就採用這一原則。但是這種方式很可能會以國內法規避其應付的國際法律義務。雖然條約在國內的適用是一國國內法規定的事項，但是國家必須誠實地履行其所負的國際法律義務，如果不履行條約義務，就要負責。

3.2.2 習慣與國內法

習慣在國內的適用情況也是因國家而異的。大體上，也可以分為併入和轉化兩種方式。英國採用的就是併入的方式，它認為所有公認的或至少為其所承認的習慣是英國法律的一部分。瑞士法院也可以適用習慣而不需要任何明示採納或轉化。也有國家採用轉化的方式，例如在盧森堡，除非習慣被納入其法律中，盧森堡法院是不會適用的。

如果習慣與國內法發生衝突，也有幾種不同的做法。有的國家認為習慣優於國內法，例如德國認為習慣構成聯邦法律的一部分並優於法律。也有的國家認為國內法優先，例如在比利時習慣法規則就不優於比利時的國內法。

4. 條約在中國的適用

條約是國際法的主要淵源。中國十分重視條約在國際交往中的作用。隨着中國經濟飛速發展，條約在國內的適用問題，及中國如何在國內履行條約義務的問題，日益突出。條約在國內的適用指的是條約當事國通過其國內立法、司法和行政等部門對在國際上生效並且得到其國內法接受的條約的執行或實施。具體而言，當事國對條約的執行就是解決條約在當事國國內法中發生實際效力的問題，其核心就是條約在國內法中的地位以及條約與國內法的相互關係。³⁷

4.1 條約在中國的適用方式

中國憲法對條約的國內執行問題並未做出相應的規定。1990年《中華人民共和國締結條約程序法》也沒有就此問題做出具體規定，只有一些國內法律法規對條約在國內的執行做出規定。

在中國，根據《憲法》的規定，締約權與立法權主要由中國的最高權力機關——全國人民代表大會及其常務委員會行使：全國人大制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律；全國人大常委會制定和修改除應當由全國人大制定的法律以外的其他的法律，同時決定同國外締結的條約和重要協議的批准和廢除。從1982年通過憲法以來的立法實踐來看，大部分法律都是由全國人大常委會進行審議通過的，即使由全國人大審議通過的，也先由全國人大常委會進行審議，然後再送全國人大審議通過。³⁸ 因此，中國的締約權與立法權在很大程度上是一致的。此外，全國人大常務委員會還有權解釋憲法和法律。這些為條約在國內的適用創造了必要的前提。

1990年全國人大常委會制訂的《中華人民共和國締結條約程序法》更是在法律程序上保證了這種實施方式的可行性。該法列舉了必須要由全國人大常委會決定批准的條約和協議，其中之一就是“同中華人民共和國法律有不同規定的條約、協議”。據此，無論是以中華人民共和國的名義，抑或是以中華人民共和國政府部門的名義締結條約，只要是與中國的現行法律有不同的規定都必須由全國人大常委會決定是否批准。這在理論上使中國的國內法幾乎不可能與締結生效後的條約規定發生衝突。因此，也可以說，依據中國《憲法》和《締結條約程序法》的規定，全國人大常委會在決定批准條約時，就有充分的可能決定條約的適用方式。

在中國的具體實踐中，一些部門法規定直接適用條約。如在民事法律中，最早有明確規定直接適用條約的是1982年《民事訴訟法（試行）》，該法第189條規定：“中華人民共和國締結或參加的國際條約同本法有不同規定的，適用該國際條約的規定。但中華人民共和國聲明保留的條款除外。”修訂後的1991年《民事訴訟法》的第238條以完全相同的措辭對此做出了規定。在全國人大及其常委會制定的法律中，凡是在法律條文中規定了條約適用問題的，基本上都是採用了與上述規定幾乎是完全相同的措辭。

除《民事訴訟法》之外，其他規定有條約適用問題的法律具有如下所述：《中華人民共和國民法通則》、《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法》、《中華人民共和國外國企業所得稅法》、《中華人民共和國專利法》、《中華人民共和國商標法》、《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法》、《中華人民共和國繼承法》、《中華人民共和國外國人入境出境管理法》、《中華人民共和國漁業法》、《中華人民共和國外交特權與豁免條例》、《中華人民共和國郵政法》、《中華人民共和國衛生檢疫法》、《中華人民共和國海關法》、《中華人民共和國野生動物保護法》、《中華人民共和國環境保護法》、《中華人民共和國著作權法》、《中華人民共和國領

事特權與豁免條例》、《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》、《中華人民共和國進出境動植物檢疫法》、《中華人民共和國專利法》、《中華人民共和國海商法》、《中華人民共和國紅十字會法》、《中華人民共和國對外貿易法》、《中華人民共和國體育法》、《中華人民共和國民用航空法》、《中華人民共和國固體廢物環境防治法》、《中華人民共和國刑法》、《中華人民共和國種子法》、《中華人民共和國刑事訴訟法》、《中華人民共和國行政訴訟法》和《中華人民共和國海事訴訟特別程序法》等一系列法律法規都規定了條約在國內的適用問題。

除上述全國人大和全國人大常委會制訂的法律有關於條約適用問題的規定之外，中國的許多行政法規中也有關於條約適用問題的規定。不過與上述法律中關於條約適用的規定略有不同的是，這些行政法規規定在相關事項上適用中國參加的特定條約的規定，例如，國務院於1998年修訂後的《中華人民共和國海上國際集裝箱運輸管理規定》的第12條規定：“用於海上國際集裝箱運輸的集裝箱，應當符合國際集裝箱標準化組織規定技術標準和有關國際集裝箱公約的規定。”海關總署於1986年制定頒佈的《中華人民共和國海關總署關於外國駐中國使館和使館人員進出境物品的規定》的第10條規定：“聯合國及其專門機構和其他國際組織駐中國代表機構運進運出公務用品和郵袋，代表機構的代表，行政技術人員、服務人員和與其共同生活的配偶及未成年子女運進運出自用物品，海關根據中國已加入的有關國際公約和中國與有關國際組織簽訂的協定辦理。”或是規定特定事項以特定法律辦理，但遇中國參加的國際條約另有規定的應遵從條約，或國內法規定未盡事宜，應依有關條約辦理。例如1996年國務院制定的《中華人民共和國民用航空安全保衛條例》第2條和《中華人民共和國紅十字標誌使用辦法》第23條即是如此規定的。

除此以外，最高人民法院的司法解釋中也有一些是規定條約的直接適用問題的。例如，《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的意見》的第112條第1款規定，人民法院對在中華人民共和國領域內沒有住所的當事人送達訴訟文書，可以依照受送達人所在國與中華人民共和國締結或者共同參加的國際條約中規定的方式送達。

案例

在1998年“美國聯合企業有限公司與中國山東省對外貿易總公司煙台分公司購銷合同糾紛案”中，中國山東省對外貿易總公司煙台公司因與美國聯合企業有限公司發生合同糾紛而訴至山東省高級人民法院。

山東省高級人民法院依照《聯合國國際貨物銷售合同公約》第53條及有關法律規定，判決美國聯合企業有限公司應向煙台公司支付貨款和滯納金。聯合公司不服判決，向最高人民法院上訴稱：原審法院對此案沒有管轄權，該案所涉及的合同簽訂地在美國，合同履行地、合同標的物均不在中國，聯合公司在中國無代表機構，無可供扣押的財產，亦不存在侵權行為地問題，因此，該案糾紛應在美國法院提起訴訟。原審判決認定事實和適用法律均有錯誤，本案產品質量問題發生在美國，因原審法院剝奪聯合公司回美國收集證據的權利，導致認定事實錯誤，按與合同最密切聯繫原則，本案應適用美國法，原審法院片面援引《聯合國國際貨物銷售合同公約》屬適用法律錯誤。請求撤銷原審判決。

最高人民法院在民事判決書中確認：“本案雙方當事人未約定解決本案合同爭議所使用的法律，由於聯合公司是在美國註冊的公司，中國和美國均是《聯合國國際貨物銷售公約》的締約國，應適用該公約的有關規定審理本案。原審判決適用法律是正確的。聯合公司上訴稱原審判決適用《聯合國國際貨物銷售合同公約》屬適用法律錯誤沒有法律依據，本院不予支持。”

資料來源：www.chinalawinfo.com/freelaw

上述法律法規及司法實踐都證明，中國的確存在可以直接在中國適用的條約。但是我們也看到這些直接適用的法律法規是有限的。這種有限性不僅體現在並不是中國所有的法律法規都作了這些規定，而且也體現在除《中華人民共和國商標法》、《中華人民共和國海上國際集裝箱運輸管理規定》等極少數法律法規之外，絕大多數都是將條約的適用問題規定在“涉外法律關係的適用”部分，而且最高人民法院關於條約適用問題所作的司法解釋更是一律指涉外法律關係而言。這也就是說除上述兩個法律外，其他做出此種規定的法律法規所涉及的條約在中國國內的直接適用僅限於涉外案件。中國公民個人或法人在非涉外案件中不能夠援引條約的規定以主張自己的權利，中國國內法院在非涉外法律關係中也不適用中國締結或參加的條約。

條約在中國的適用除上述直接適用的情況外，還存在通過立法將條約規定轉化為國內法的適用方式。這種適用方式就是通過全國人大或全國人大常委會將條約的規定制訂為國內法，實際上就是以國內法律法規的形式表現出來。

如果國內法中缺少條約所要求的內容，就制訂新的國內法，將條約納入其中。之所以如此，是因為一些條約本身就有締約國應採取必要措施予以實施的規定，另一些則是因為條約的規定只是原則性的，這就需要締約國在其國內適用該條約時，制訂相應的法律法規予以補充和具體化之後才能予以適用。例如，中國在1980年批准了《聯合國消除對婦女一切形式歧視公約》，該公約就要求各締約國根據本國的情況制訂相關法律以保障條約所規定的婦女的權益，因此在1992年中國制定了《中華人民共和國婦女權益保障法》，將條約的規定轉化為國內法的內容。

此外，在適用條約時，如果國內法中缺少國際法規則所要求的內容，還採取對國內法律法規進行修改補充的方式，即在加入某些條約之後，根據條約的規定，修改相應的國內法律法規。例如，中國在1986年加入《保護世界文化和自然遺產公約》後，全國人大常委會在其1991年制定頒佈的《全國人民代表大會常務委員會關於懲治盜掘古文化遺址古墓葬犯罪的補充規定》中，對中國《刑法》條款作了補充規定，可見中國對條約在國內的適用問題採用的是“併入”（直接適用）和轉化適用相結合的方式。

4.2 條約在中國國內法中的地位

條約在國內法中的地位以及條約與國內法的相互關係，是條約當事國對條約的執行的核心問題。關於這一問題，中國在《憲法》和《中華人民共和國締結條約程序法》中都沒有做出明確的規定。

中國當代的法律淵源是以憲法為核心的，另外還有各種不同層次或範疇的成文法，其中主要有憲法、法律、行政法規和中央軍委的規範性文件、地方性法規、民族自治地方的自治條例和單行條例、特別行政區規範性文件、經濟特區規範性文件以及有關國際條約和慣例。上述各種制定法分屬於不同層次或不同範疇。國際條約和國際慣例本屬於國際法範疇，但其中有的在國內同樣具有拘束力這一特點上，也成為法的淵源之一。³⁹ 其他制定法屬於國內法範疇。國內制定法又分屬於不同層次，它們的法律地位和效力是不同的。憲法的效力和地位是最高的，中央一級的法律法規高於地方性法規，法律高於行政法規等等。它們形成一個不同層次的金字塔結構。⁴⁰ 由此可見在中國的國內法中，憲法的法律地位和效力毫無疑問高於條約，所以關於條約在中國國內法中的地位的問題，實際上是指條約與中國除《憲法》之外的其他國內法律法規相比之外其法律地位如何。

《憲法》第67條規定全國人大常委會有權“決定同外國締結的條約和重要協議的批准和廢除”。第81條規定“中華人民共和國主席根據全國人民代表大會常務委員會的決定……批准和廢除同外國締結的條約和重要協議”。第89條規定國務院行使的職權中就包括“管理對外事務，同外國締結條約和協議”。而根據《憲法》第67條的規定，全國人大常委會行使的職權中就包括“制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律之外的其他的法律”，第80條又規定“中華人民共和國主席根據全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會的決定公佈法律。”上述條款中所指的“條約”顯然是狹義的條約而非泛指一切國際法主體的意思表示，它通常需要經過繁瑣的程序。由此可以看出，《憲法》中所指的條約和重要協議的締結和法律（指全國人大常委會制定的法律）的制訂的程序基本上是相同的。因此，根據《憲法》的上述規定，可以推論出，需要由全國人大常委會批准的條約和重要協議，在國內法中與全國人大和全國人大常委會制定的法律具有相同的法律效力和地位。

除需由全國人大常委會決定的條約和重大協定外，根據1990年的《締結條約程序法》，中國還存在由國務院批准的協議和其他具有條約性質的文件。這類協議和其他具有條約性質的文件的生效只需經過國務院的批准即可，而無須全國人大常委會的批准。根據《憲法》，國務院是中國的最高行政機關，有權“根據憲法和法律，規定行政措施，制定行政法規，發佈決定和命令”，那麼其核准的協議和具有條約性質的文件應該具有與國務院制定的行政法規相同的法律效力和地位。但是這種行政法規的法律地位和效力是次於憲法和法律的。⁴¹ 所以全國人大和全國人大常委會通過的法律的法律效力高於國務院制定的行政法規，而國務院核准的協議和其他具有條約性質的文件的法律效力又等同於行政法規，所以其法律效力也必然低於全國人大和全國人大常委會制定的法律。

根據1990年《締結條約程序法》還有一類協定無需全國人大常委會批准或國務院核准。該法第5條第3款規定，“以中華人民共和國政府部門名義談判和簽署屬於本部門職權範圍內事項的協議，由本部門決定或者本部門同外交部會商後決定；涉及重大問題或者涉及國務院其他有關部門職權範圍的，由本部門或者本部門同國務院其他有關部門會商後，報國務院決定。協議的中方草案由本部門審核決定，必要時同外交部會商。”此類協議在國內法中與國務院各部和各委員會制定頒佈的政令和規章具有相同的法律效力和地位。

條約在國內法中的適用對於中國是一個十分重要的問題。對於這個問題，儘管已經有很多學者作過探討，但是由於《憲法》中沒有明確規定，造成了實踐上的混亂。這是我們在以後的立法中需要修改的。特別是中國已經於2001年年底加入了世界貿易組織，如何在中國適用相關協定，也是與條約在國內法中的適用這個問題憂戚相關。

註釋

1. 梁西主編：《國際法》，武漢：武漢大學出版社2000年修訂第2版，第8頁。
2. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》第一卷第一分冊，北京：中國大百科全書出版社1995年版，第3頁。
3. 梁西主編：《國際法》，同前註，第3頁。
4. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》，同前註，第6頁。
5. See L. Henkin, *International Law: Politics and Values* (1995), p. 17.
6. 李浩培著：《國際法的概念與淵源》，貴陽：貴州人民出版社1994年版，第52頁。
7. 王鐵崖 田如萱編：《國際法資料選編》，北京：法律出版社1986年版，第1029頁。《國際法院規約》第59條的規定是：法院制裁判斷對於當事國及本案外，無拘束力。
8. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》，同前註，第19頁。
9. 萬鄂湘等著：《國際條約法》，武漢：武漢大學出版社1998年版，第1頁。
10. 李浩培著：《國際法的概念與淵源》，同前註，第93頁。
11. 同上，第53頁。
12. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》，同前註，第23頁。
13. 梁西主編：《國際法》，同前註，第48頁。
14. 王鐵崖：“中國與國際法——歷史與當代”，載《中國國際法年刊》1991年卷，第28頁。
15. 同上，第39頁。
16. 唐家曙著：《新中國外交的光輝歷程》<http://gb.chinabroadcast.cn/3821/2005/04/06/145@506131.htm>。
17. 邵沙平著：《國際刑法教程》，武漢大學出版社1993年版，第47頁。
18. 參見1992年5月15日《人民日報》。
19. 梁西主編：《國際法》，同前註，第15頁。
20. Thomas M. Franck and Gregory H. Fox, *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Inc., 1996, pp. 73–74.
21. 梁西主編：《國際法》，同前註，第15頁。
22. I. A. Shearer, *Starke's International Law*, (11th Edition), Butterworths, 1994, pp. 63–64.
23. 梁西主編：《國際法》，同前註，第15–17頁。
24. Thomas M. Franck and Gregory H. Fox, *op. cit.*, pp. 74–75.
25. 【英】J. G. 斯塔克著，趙維田譯：《國際法導論》，北京：法律出版社1984年版，第67頁。
26. Jerry Makarczyk, “Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century,” *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International Law, 1996, p. 336.
27. 同上。
28. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》第一卷第一分冊，同前註，第64頁。
29. 李進榮主編：《國際法》，北京：法律出版社2002年版，第15頁。
30. Rebecca M. M. Wallace, *International Law*, Sweet & Maxwell, 1986, p. 32.

31. Thomas M. Franck and Gregory H. Fox, *op. cit.*, 1996, pp. 78–79.
32. Ibid.
33. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》第一卷第一分冊，同前註，第68頁。
34. 王鐵崖主編：《國際法》，法律出版社1995年版，第30頁。
35. 【英】詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》第一卷第一分冊，同前註，第33頁。
36. 同上，第37頁。
37. 萬鄂湘等著：《國際條約法》，同前註，第186頁。
38. 沈宗靈主編：《法理學》，北京：法律出版社1994年版，第308–309頁。
39. 同上，第307頁。
40. 同上。
41. 許崇德主編：《中國憲法》（修訂本），北京：中國人民大學出版社1996年版，第195–196頁。

30. 國際經濟法

朱國華、沈吉利

1. 國際經濟法概述.....	576
1.1 國際經濟法的概念.....	576
1.2 國際經濟法的調整對象.....	576
1.3 國際經濟法的範圍.....	576
1.4 國際經濟法的基本原則.....	576
1.5 國際經濟法的體系.....	577
2. 國際貨物貿易法.....	578
2.1 《聯合國國際貨物銷售合同公約》.....	578
2.2 國際貿易慣例.....	583
2.3 國際貨物運輸法.....	587
2.4 國際貨物運輸保險法.....	588
3. 國際服務貿易法.....	589
3.1 國際服務貿易的概念和特點.....	589
3.2 《服務貿易總協定》.....	590
4. 國際技術貿易法.....	590
4.1 國際技術貿易的概念和特點.....	590
4.2 國際技術轉讓的主要形式.....	591
4.3 技術貿易中限制性商業條款.....	591
5. 國際投資法.....	592
5.1 資本輸入國外國投資法.....	592
5.2 資本輸出國海外投資法.....	593
5.3 保護投資的國際法規範.....	594
6. 國際金融法及其他分支.....	596
6.1 國際金融法.....	596
6.2 國際稅法.....	596
6.3 國際經濟組織法.....	597
6.4 國際商事仲裁法.....	598

1. 國際經濟法概述

1.1 國際經濟法的概念

國際經濟法是調整從事跨國經濟交往的個人、法人、國家以及國際組織間經濟關係的法律規範，是國際社會中經濟關係和經濟組織的國際法和國內法規範的總稱，是一個新興的、獨立的法律部門。¹

1.2 國際經濟法的調整對象

國際經濟法是調整國際經濟關係的。國際經濟關係是人們在物質資料生產過程中在國際經濟領域中結成的相互關係。具體說來，就是在國際投資、國際貿易、國際金融和稅收等國際經濟活動中形成的關係。

國際經濟關係不僅包含有當事人之間以等價有償為基礎的橫向經濟關係，而且含有國家對法人和自然人的國際經濟交易活動進行調節和管制的縱向經濟關係；它具有多層次性和立體性的特點。

1.3 國際經濟法的範圍

調整國際經濟關係的法律規範包含以下四個層次：第一層次，涉及私人國際經濟交往的民商事法律規範，包括合同法、保險法等。這類法律規範通常是統一適用於國內與涉外經濟關係的，因此，原則上屬於國內法，只有那些專門調整涉外經濟關係的法律，如統一合同法以前的《涉外經濟合同法》，才會被歸入國際經濟法。第二層次，國家政府管理對外經濟交往的法律規範，如關稅法、進出口管制法、反傾銷法、外商投資法以及涉外稅法等。第三層次，國際商業慣例，指的是那些為國際公約或國內法所認可的具有法律約束力的國際慣例，但不包括那些根本不具有法律約束力的通例。第四層次，調整國家間經濟關係的國際法規範，包含了相關的多邊條約、雙邊條約和國際慣例等。²

1.4 國際經濟法的基本原則

國際經濟法的基本原則是指被國際社會普遍接受的、調整國際經濟關係的、貫穿於整個國際經濟法律中的根本準則與指導思想。它具有如下特點：

- (1) 為國際社會共同認可與普遍接受的準則，體現各國的共同意志；
- (2) 貫穿於國際經濟法的各個領域、各個方面的具體制度中；
- (3) 對國際經濟領域的立法、司法、法理研究和法律漏洞補充起着指導作用——國際經濟法基本原則具有普遍意義，適用於一切國際經濟領域，並構成國際經濟法的基礎。國

際經濟法基本原則對促進國際經濟新秩序的建立，保障國際經濟貿易發展具有十分重要的意義。

一般認為，國際經濟法的基本原則有國家主權原則、公平互利原則和國際合作以謀發展的原則。

- (1) 國家主權原則在國際經濟領域表現為國家對自然資源的永久主權即國家經濟主權——國家經濟主權是國家主權不可分割的部分，是國際經濟新秩序的基礎。依照聯合國《各國經濟權利義務憲章》，國家經濟主權是指國家在經濟上享有獨立自主的權利，“每個國家對其全部財富、自然資源和經濟活動享有充分的永久主權，包括擁有權、使用權和處置權在內，並得自由行使此項主權。”³ 具體而言包括：國家對其自然資源擁有永久主權；國家有權對其境內的外國投資以及跨國公司的活動進行管理和監督；國家有權將外國財產收歸國有或徵用。
- (2) 公平互利原則——是國際經濟關係中的基本原則，依照《各國經濟權利義務憲章》，是指“所有國家在法律上一律平等，並作為國際社會的平等成員，有權充分有效地參加解決世界經濟、金融和貨幣問題作出國際決定的過程，並公平分享由此產生的利益。”所謂公平不僅要求形式上的平等而且要求實質上的平等。互利是指要照顧到各方的利益。公平互利合二而一，是一個統一體，其中互利是核心和基礎。公平互利原則要求國家間的平等互利，同時也要求私人間的平等互利。關稅及貿易總協定規定的對發展中國家的普惠制，就是向實質公平互利方向邁出的重要一步。
- (3) 國際合作以謀發展原則——依照《各國經濟權利義務憲章》，國際合作以謀發展是“所有國家的一致目標和共同義務，每個國家都應對發展中國家的努力給予合作，提供有利的外在條件，給予符合其發展和發展目標的積極協助，要嚴格尊重各國的主權平等，不附帶任何有損它們主權的條件，以加速它們的經濟和社會發展。”該原則要求必須首先促進發展中國家的經濟發展並尊重發展中國家的發展權；同時為了促進所有國家特別是發展中國家的經濟發展，必須加強國際合作。

1.5 國際經濟法的體系

國際經濟法包括以下幾個主要的分支：國際貿易法、國際投資法、國際金融法、國際稅法、國際經濟組織法和國際經濟爭端解決法等。如進一步細分，國際貿易法還可以分為國際貨物買賣法、國際技術貿易法、國際服務貿易法、國際海商法、國際產品責任法、國際反托拉斯法等。

- (1) 國際貿易法——是調整國際貿易關係以及與國際貿易有關的其他經濟關係的法律規範的總稱。與國際貿易有關的經濟關係包括貨物的買賣、運輸、保險、支付、結算等。國際貿易關係可發生於國家、國際組織、自然人和法人之間，因此，它所包含的規範包括國際貿易的條約和國際慣例，也包括國家的貿易管制法等國內法規範。
- (2) 國際投資法——是調整國際私人直接投資關係的法律規範的總稱。國際直接投資關係包括外國私人直接投資關係、海外投資保險關係以及國家間為保護投資而產生的擔保條約關係。故此，國際投資法包括資本輸入國的外國投資法、資本輸出國的海外投資保險法和雙邊以及多邊的投資條約。

- (3) 國際金融法——是調整國際貨幣金融關係的法律規範的總和。國際金融關係包括國際金融交易（如貸款、融資、證券交易）關係、國際結算與支付關係、金融管理關係、國際貨幣體制等。其法律規範包括有關國際法和國內法的規範，如國際貨幣基金協定、銀行法、證券法、外匯管理法等。
- (4) 國際稅法——是調整國際稅收關係的法律規範的總稱。國際稅收關係既包括國家間的稅收分配關係，也包括國家同跨國納稅人的稅收徵納關係。國際稅法的法律規範包括國際稅收條約和國家的涉外稅法。
- (5) 國際經濟組織法——指有關國際經濟組織各自具有的有關組織、政策、活動等規範性文件或法律制度的總稱。國際經濟組織既有全球性的也有區域性的，還有專業性的。目前最重要的國際經濟組織是國際貨幣基金組織、世界貿易組織和世界銀行。
- (6) 國際經濟爭端解決法——主要是國際商事仲裁法以及世界貿易組織的爭端解決機制。

2. 國際貨物貿易法

國際貨物貿易法是調整跨越國界的貨物貿易關係，以及與貨物貿易有關的各種關係的法律規範的總和，主要涉及國際貨物買賣、國際貨物運輸、國際貨物運輸保險、國際支付與結算等方面的法律。國際貨物貿易法的主要法律淵源是國際公約和國際貿易慣例。

2.1 《聯合國國際貨物銷售合同公約》

調整國際貨物貿易最重要的國際公約是《聯合國國際貨物銷售合同公約》，該公約於1980年在維也納外交會議上通過，1988年正式生效。公約適用於締約國中營業地分處不同國家的當事人之間的貨物買賣，或國際法規則導致適用某一締約國的法律的貨物買賣。同時公約允許各締約方對此規定做出保留。中國於1986年批准加入了該公約，但對其第1條第1款b項和第11條的規定做出了兩項保留，即國際貨物買賣合同應採用書面形式和當雙方當事人的營業地分處在公約不同的締約國時，公約才適用。公約內容包括國際貨物買賣合同的訂立、買賣雙方的義務、違約補救以及風險轉移等內容。

2.1.1 國際貨物買賣合同的訂立

2.1.1.1 要約

要約，是一方當事人為訂立合同而向特定的人所作的意思表示。提出要約的一方稱為要約人，實踐中也稱發盤方，接受要約的一方則稱為受要約人，或受盤人。要約應符合三個條件：

- (1) 要約應向一個或一個以上特定的人發出——因此為了邀請對方向自己訂貨而發出的商品目錄單、報價單及一般的商業廣告，由於是向不特定的人發出的，不構成要約，只是一種要約邀請。

- (2) 要約的內容必須十分確定，一經對方接受，合同即告成立——要約至少包含三項基本交易條件：貨物的名稱、貨物的數量或確定數量的方法和價格或確定價格的方法。缺少特定內容的和附加條件的表示都不是要約，而只是要約邀請。⁴
- (3) 要約人有受要約約束的意思，並且要約能夠送達受要約人——要約送達受要約人時生效。要約人在要約發出後，未到達受要約人之前可以將要約撤回。要約人在要約送達受要約人後取消要約的行為稱為要約的撤銷。要約一般情況也可以撤銷，但若要約中明確載明承諾的期限，或以其他方式表示該要約是不可撤銷的，或受要約人有理由相信該項要約是不可撤銷的並已本着此項依賴行事，則要約不得被撤銷。⁵

2.1.1.2 承諾

承諾是受要約人對要約的內容表示無條件接受的意思表示。要約一經承諾，合同即告成立。有效的承諾也須具備三個條件：

- (1) 承諾須由受要約人做出——要約本身是向特定的人做出，因此除受要約人以外的其他人無權承諾。承諾的作出可以聲明或行為表示，但緘默或不作為本身不等於承諾。
- (2) 承諾應在要約有效期內做出——對於規定了有效期限的要約，應在規定的期限內做出承諾；對於未規定期限的要約，應在合理的期限內做出承諾。
- (3) 承諾須與要約的內容一致，至少應不在實質上變更要約的條件。否則就不是承諾，而是反要約。

2.1.2 國際貨物買賣合同買賣雙方的義務

2.1.2.1 賣方的義務

- (1) 交付貨物——賣方的主要義務，即賣方應按照合同規定的時間和地點交付貨物。在國際貨物買賣中，存在着兩種交貨方式：一種是實際交貨，即賣方把貨物連同代表貨物所有權的單據一直交給買方；另一種是象徵性交貨，即賣方僅把代表貨物所有權的單證（提單、發票等）交給買方，完成所有權的轉移即完成交貨。如果買賣合同對交貨地點有具體規定，則賣方應按合同規定的地點交貨。如果買賣合同對交貨地點沒有具體規定，賣方應按照不同情況交貨：如果買賣合同涉及到貨物的運輸而又沒有規定具體的交貨地點，則賣方應將貨物交給第一承運人，以運交買方；如果貨物是特定貨物或從特定存貨中提取的或尚待製造或生產的未特定化的貨物，而雙方當事人在訂立合同時已經知道這些貨物，是在某一特定地點或將在某一特定地點製造或生產，賣方在該地點把貨物交給買方處置；如果雙方沒有在其他特定地點交貨的約定，則賣方應在其訂立合同時的營業地履行交貨義務。

對於交貨日期，如果合同規定有交貨日期，或從合同可以確定交貨日期，則應在該日期交貨；如果合同規定有一段時間，或從合同可以確定一段時間，除非情況表示應由買方選定一個日期外，應在該段時間內任何時候交貨；其他情況下應在合同訂立後的一段合理時間內交貨，如果賣方在規定日期前交貨，則買方有收取貨物或拒收貨物的選擇權。

- (2) 質量擔保——賣方交付的貨物必須符合合同規定的數量、質量和規格，並需按照合同所規定的方式包裝或裝箱。如合同對上述事項未做出明確規定，則貨物應適用於同一

規格貨物的通常使用目的；適用於特定目的；與樣品或樣式相符；按照同類貨物通用的方式將貨物裝箱或包裝，或按照足以保全和保護貨物方式裝箱或包裝。

- (3) 權利擔保——賣方應保證對其所出售的貨物享有合法的權益，沒有侵犯任何第三人的權利，並且任何第三人都不會就該項貨物向買方主張任何權利。權利擔保主要包括所有權擔保和知識產權擔保兩方面。根據公約的規定，賣方對所交付的貨物應享有完全的所有權，包括向買方保證他確實有權出售該貨物；擔保貨物上不存在任何未向買方透露的他人的權利，如抵押權、留置權等；保證貨物沒有侵犯任何第三人的工業產權和知識產權。
- (4) 交付單據——在國際貿易中單據的交付對買方十分重要，尤其是在象徵性交貨的情況下，單據可能決定買方能否及時提貨、轉售或辦理相關的海關手續。如果賣方有義務移交與貨物有關的單據，他必須按照合同規定的時間、地點和方式移交這些單據。賣方交付單據的義務，通常會在合同或信用證中加以規定。

2.1.2.2 買方的義務

- (1) 支付貨款——買方應根據合同和公約的規定履行支付貨款的義務，包括根據合同或任何法律和規章規定的步驟和手續，在約定的時間和地點支付貨款。
公約規定，如果雙方當事人未在合同中具體約定付款的時間，則買方應在賣方將貨物或單據置於買方控制下時付款；在買賣合同涉及運輸時，必須在收到銀行的付款通知時付款；在買方沒有機會檢驗貨物以前，沒有義務付款，但是如果買方這種檢驗貨物的機會與雙方約定的交貨或付款程序相抵觸，則買方喪失在付款前檢驗貨物的權利，如在CIF條件下，買方只有在付款贖單後才能提貨並對其進行檢驗，此時不能以檢驗作為付款的條件。
付款的地點也首先依照當事人在合同中的約定，此外，以賣方營業地為支付地；如憑移交貨物或單據付款，則以移交貨物或單據的地點為支付地。
- (2) 接受貨物——根據公約的規定，買方接收貨物的義務包括兩個方面：採取一切理應採取的行動以便賣方能提交貨物以及自己接收貨物。⁷

2.1.3 違約補救

一方當事人違反合同，另一方當事人有權採取補救措施。按照當事人違約的程度，可以將違約分為根本違約和一般違約；按照違約的時間，可以將違約分為預期違約和實際違約。違約的類型不同，當事人所採取的補救方法亦不同。根據補救方法行使的對象可將其分為債權的救濟方法和物權的救濟方法，前者如實際履行、宣告合同無效、損害賠償、減價等，後者如停止交貨、留置等。公約規定的救濟方法以債權救濟方法為主，分別對買賣雙方違約的救濟方法進行了規定。

2.1.3.1 賣方違反合同時適用於買方的救濟方法

賣方違反合同主要有不交貨、延遲交貨、交付貨物與合同規定不符等幾種情況。公約並未就每一種違約情況規定相應的救濟方法，而是從總的方面對賣方違約時買方可以採取的救濟方法做出規定，主要有以下幾種：

- (1) 要求實際履行——如果賣方不履行合同義務，買方可以要求其履行合同或公約中規定

的義務，例如賣方不交貨，買方可以要求他交貨。但是如果買方已經採取了與這一要求相抵觸的其他救濟方法，就不能再採取這種救濟方法。

- (2) 交付替代物——如果賣方交付的貨物與合同規定不符構成根本違約，買方有權要求賣方另外再交一批符合合同要求的貨物，以替代原來那批貨物。
- (3) 修理——修理是賣方對所交付的與合同不符的貨物進行修補、調整或替換有瑕疵的部分。如果貨物與合同不符，買方可以要求賣方通過修理對不符合合同做出補救，除非買方考慮了所有情況之後認為這樣做是不合理的。買方要求修理的要求應當與貨物不符的通知同時提出，或在該通知提出後的一段合理的時間內提出。
- (4) 減價——如果貨物與合同不符，則無論貨款是否已付，買方都有權要求減價，但賣方對不符的貨物進行補交、修理、替換後，或者買方拒絕賣方的上述要求後，買方不得要求減低價格。
- (5) 宣告合同無效——如果賣方完全不交付貨物或不按照合同規定交付貨物等於根本違反合同，買方可以宣告合同無效。如果賣方只交付了一部分貨物或交付的貨物中只有一部分相符，則有關實際履行、交付替代物、修理、減價等補救方法仍適用於未交付的部分和不符合合同規定部分的貨物。所謂根本違反合同是指一方違約的結果使另一方遭受損害，以至於實際上剝奪了受害方根據合同有權期待的利益，但如果違約方並不預知，並且一個同等資格、通情達理的人處於相同情況時也沒有理由預知會發生這種結果的除外。根本違約的效果是賦予受害方宣告合同無效的權益。

2.1.3.2 買方違反合同時適用於賣方的補救辦法

- (1) 要求履行義務——買方違反合同主要有拒付貨款、遲延付款、拒收貨物時，賣方可以要求買方實際履行其合同義務，除非賣方已經採取了與這些要求相抵觸的救濟方法。
- (2) 宣告合同無效——買方不履行其在合同或公約中的義務構成根本違約，或賣方已經給買方規定了一段合理的額外時間讓賣方履行義務，但買方並未履行其義務或聲明他將不在規定的時間內履行其義務，則賣方可以宣告合同無效。

2.1.3.3 適用於買賣雙方的一般規定

公約還規定了適用於買賣雙方的一般規則，主要有中止合同、損害賠償、支付：

- (1) 預期違反合同和分批交貨合同——預期違反合同是指在合同訂立後，履行期到來前，一方當事人通過聲明或行為表明其將不履行合同或不能履行合同。根據公約規定，如果訂立合同後一方履行義務的能力或信用有嚴重缺陷，顯然將不履行其大部分重要義務，或一方在準備履行合同或履行合同中的行為表明他將不履行其主要的義務，另一方當事人可以中止履行義務。

對於分批交付的貨物，如果一方當事人不履行對任何一批貨物的義務，僅對該批貨物構成違約，則另一方當事人可以宣告合同對該批貨物無效，而不能宣告整個合同無效；如果一方當事人不履行對任何一批貨物的義務，使另一方當事人有充分理由斷定對今後各批貨物將會發生根本違約，該另一當事人可以在一段合理的時間內宣告合同今後無效；如果各批貨物是互相依存的，不能單獨用於雙方當事人在訂立合同時所設想的目的，則買方在宣告合同對任何一批貨物的交付為無效時，可以同時宣告合同對已交付的或今後交付的各批貨物均為無效。

- (2) 損害賠償——損害賠償是公約的違約補救制度中運用最廣泛的一種補救方法，當一方違約時，另一方有權要求賠償損失，並且此種損害賠償請求權不因其他救濟方法的採取而喪失。

一方當事人違反合同應負責的損害賠償額，應與另一方當事人因他違反合同而遭受的包括利潤在內的損失額相等。但這種損害賠償不得超過違反合同一方在訂立合同時，依照他當時已知或理應知道的事實和情況，對違反合同預料到或理應預料到的可能損失。

損害賠償有兩種計算方法：第一種方法是，如果合同被宣告無效，而在宣告無效後的一段合理時間內，買方已經以合理的方式購買了替代物，或者賣方已經以合理的方式把貨物轉賣，則要求損害賠償的一方可以取得合同價格和替代貨物交易價格之間的差額以及其他損害賠償。第二種方法是，如果合同被宣告無效，而貨物又有時價，要求損害賠償的一方，如果未進行上述的購買或轉賣，則可以取得合同規定的價格和宣告合同無效時的時價之間的差額以及其他損害賠償。但是如果要求損害賠償的一方在接受貨物後宣告合同無效，則應適用接收貨物時的時價，而非宣告合同無效時的時價。時價指原應交付貨物地點的現行價格，如果該地點沒有時價，則指另一替代地點的價格，但應適當考慮貨物運費的差額。

但聲稱另一方違約的當事人，必須根據情況採取合理的措施，以減輕由於另一方違約而引起的損失，包括利潤方面的損失。否則違約方可以要求從損害賠償中扣除原本可以減輕的損失數額。

- (3) 支付利息——如果一方當事人沒有支付價款或任何其他拖欠的款項，則另一方當事人有權要求對這些款項收取利息。
- (4) 免責——在國際貨物買賣中，當事人並非對所有的違約行為都要承擔違約責任，常見的免責事項有因一方違約而導致的對方的不能履約和不可抗力。不可抗力是最主要的免責事由，它是指非當事人所能控制的障礙，且對於這種障礙當事人沒有理由預期他在訂立合同時能考慮到或能避免或能克服。不履行義務的一方必須將障礙及對其履行義務能力的影響及時通知另一方。

2.1.4 貨物風險轉移

在國際貨物買賣中，貨物風險是指貨物可能遭受的各種意外損失，如火災、盜竊、沉船、查封等。風險轉移直接關係着買賣雙方的基本義務，決定由哪一方承擔貨物損失；其關鍵是貨物風險從何時起由賣方轉移至買方。在確定風險轉移的時間上，公約將風險轉移與貨物的所有權轉移區分開來，採取以交貨時間確定風險轉移的原則。

- (1) 合同中有運輸條款的貨物買賣的風險轉移——如果合同涉及貨物運輸，合同的運輸條款規定賣方有義務在某一特定地點交貨，則自貨物在該地點交付給承運人時起，風險轉移至買方；如果合同沒有指明交貨地點，則自貨物按照合同交付給第一承運人以運交買方時起，風險轉移至買方。
- (2) 對於在運輸中銷售的貨物的風險轉移——賣方將貨物裝船後再尋找適當的買主出售，即在運輸途中進行的貨物買賣，又稱為“海上路貨”(floating cargo)。此類貨物的風險原則上自合同成立之時起轉移。但是，如果情況表明有需要，則從貨物交付給簽發載有運輸合同單據的承運人時起，風險就轉移至買方。

- (3) 其他情況下貨物的風險轉移——由買方自行安排運輸時，賣方在其營業地把貨物交給買方處置時，即由買方自備運輸工具到賣方的營業地提貨時，從買方收受貨物時起，或者如果買方不在適當的時間內收受貨物，則從貨物已交給他處置而他違反合同不受領貨物時起，風險轉移至買方；賣方在營業地之外的地點交貨時，則當交貨時間一到而買方知道貨物已在該地點交由他處置時起，風險轉移至買方。

但是無論在何種情況下，在貨物特定化之前，即在貨物上加上標誌、或以裝運單據、或以向買方發出通知或其他方式，將貨物清楚地確定在合同項下之前，風險不發生轉移。但若當事人已在合同中約定風險轉移的時間，以約定為優先。

貨物風險自交貨時轉移的原則，是以賣方不違約為前提的。如果貨物的損失是因賣方根本違約所致，以上原則不影響買方向賣方提出索賠，採取因此種違反合同而可以採取的各種補救辦法。

2.2 國際貿易慣例

國際貿易慣例是指在國際貿易交往中經過長期反覆使用而逐漸形成，並被國際貿易參加者普遍接受和認可的習慣做法或通例。作為國際貿易法的重要淵源之一，國際貿易慣例不是法律，不具有普遍的約束力。但是各國法律一般都允許國際貿易雙方當事人選擇適用國際貿易慣例，一旦當事人在合同中選擇適用某項慣例，該慣例對當事人就具有了法律上的約束力。

2.2.1 《2000年國際貿易術語解釋通則》

國際貿易術語是在國際貿易長期實踐中形成的，用以表明在不同的交貨條件下，國際貨物買賣雙方在交易中的費用、責任及風險劃分的以英文縮寫表示的專門用語。國際貿易術語是國際貿易慣例的一種，目前通行的有關貿易術語的國際慣例是《2000年國際貿易術語解釋通則》（簡稱2000年通則）。

2000年通則規定了13種貿易術語，並按照賣方承擔的費用、責任和風險由小到大的順序排列，即從賣方責任最小的工廠交貨（EXW）到賣方責任最大的目的地交稅後交貨（DDP）。這13種貿易術語按照其特點可以分為以下四組。

- (1) E組（啟運合同）——E組中只有一個貿易術語，即EXW，全稱是Ex works (named place)，意為工廠交貨（指定地點）。在EXW條件下，賣方義務最小，僅限於將貨物在約定地點（通常是賣方所在地）交給買方處置即可，約定地點一般指賣方的工廠倉庫等，故又稱“內陸交貨合同”。貨物風險自交貨之時起轉移，由買方負責投保。EXW適用於各種運輸方式。

依該術語，賣方的義務包括：

- (i) 交貨，即在其所在地（一般為工廠或倉庫）將貨物交給買方；
- (ii) 承擔交貨前的風險和費用。買方義務包括：
 - (a) 承擔在所在地受領貨物後的全部費用和風險；
 - (b) 辦理貨物出口清關手續。
 - (c) 自備運輸工具將貨物運到預期的目的地。

- (2) F組（主要運費未付）（裝運合同）——F組共有三個術語，即FCA，全稱Free Carrier...named place，意為“貨交承運人（指定地點）”；FAS，全稱Free Alongside Ship...named port of shipment，意為“船邊交貨（指定裝運港）”；FOB，全稱Free on Board...named port of shipment，意為“船上交貨（指定裝運港）”。在F組術語中，賣方均在貨物的裝運地或啟運地或出口地完成其在買賣合同中的交貨義務，而運費則主要由負責辦理貨物運輸的買方來負擔，因此對於賣方來說就是“主要運費未付”。

F組中賣方的義務包括：

- (i) 交貨，即在出口國承運人所在地或港口將貨物交給承運人；
- (ii) 辦理出口清關手續；
- (iii) 向買方提供與貨物有關的單證或相等的電子單證。買方的義務是：
 - (a) 辦理貨物的運輸和保險；
 - (b) 辦理貨物的進口清關手續。

在風險和費用的劃分上，三種術語是不相同的。在FCA情況下，以貨交承運人的時間和地點為界限；FAS項下，以裝運港船邊為界限；FOB項下，以裝運港船舷為界限。在適用的運輸方式上，FCA適用於各種運輸方式，FAS和FOB只適用於海運和內河運輸。

- (3) C組（主要運費已付）（裝運合同）。C組由四個貿易術語組成，即CFR，全稱Cost and Freight...named port of destination，意為“成本加運費（指定目的港）”；CIF，全稱Cost Insurance and Freight...named port of destination，意為“成本加保險費加運費（指定目的港）”；CPT，Carriage Paid to...named place of destination，意思是“運費付至（指定目的地）”；CIP，全稱Carriage and Insurance Paid to...named place of destination，意為“運費加保險費付至（指定目的地）”。

C組四個術語的共同特徵是賣方需訂立貨物運輸合同並支付運費，因此稱為“主要運費已付”，但由於交貨義務仍是在賣方一邊的裝運地完成的，故C組術語仍屬於裝運合同。

C組中賣方的義務是：

- (i) 負責貨物運輸並負擔運費，在CIF和CIP中賣方還應當負責辦理貨物的保險並支付保費；
- (ii) 負責提供與貨物有關的單據或相等的電子單證；
- (iii) 辦理出口清關手續。買方的義務包括：
 - (a) 在CFR和CPT術語下辦理保險並支付保費；
 - (b) 辦理進口手續。

在風險的劃分上，四種術語可分為兩類：在CFR和CIF情況下，貨物風險在裝運港船舷轉移；在CPT和CIP情況下，貨物風險在貨交第一承運人時轉移。在運輸方式上，CFR和CIF僅適用於海運和內河運輸，而CPT和CIP則適用於各種運輸方式。

- (4) D組（到貨合同）。D組由五個貿易術語組成，即，DAF，全稱Delivered at Frontier...named place，意為“邊境交貨（指定地點）”；DES，全稱Delivered Ex Ship...named port of destination，意為“目的港船上交貨（指定目的港）”；DEQ，全稱Delivered Ex Quay...named port of destination，意為“目的港碼頭交貨（指定目的港）”；DDU，全稱Delivered Duty Unpaid...named place of destination，意為“未完稅交

貨(指定目的地)”;DDP,全稱Delivered Duty Paid...named place of destination,意為“完稅交貨(指定目的地)”。

D組的特點是賣方需承擔把貨物交至目的地所需的全部風險和費用。由於賣方是在目的地,如邊境、港口、進口國內地等履行其交貨義務,因此該組術語又被稱為到貨合同。

在雙方的義務劃分上,賣方的義務包括:

- (i) 將貨物運至約定地點或目的地交貨;
- (ii) 承擔交貨以前的風險和費用;
- (iii) 負責辦理貨物出口手續,在DDP情況下賣方還應辦理進口手續。買方的義務是:
 - (a) 承擔貨物在目的地交付後的風險和費用;
 - (b) 除DDP外,買方還應辦理進口手續。

在風險的轉移上,D組的五個術語均為在貨物交付時風險轉移。在適用的運輸方式上,DES和DEQ適用於海運和內河運輸;DDU和DDP適用於各種運輸方式;DAF適用於陸地邊界交貨的各種運輸方式。

2.2.2 幾種主要貿易術語

FOB、CIF和CFR是國際貿易中最常用的三種貿易術語,主要於適用海上運輸的國際貨物買賣合同。隨着目前國際多式聯運的不斷發展,適合於各種運輸方式的FCA、CPT和CIP術語的作用也越來越重要。下面將從這幾個貿易術語各自的主要特點方面對其加以闡述。

- (1) FCA(貨交承運人)——FCA術語是指賣方只要將貨物在指定地點交給買方指定的承運人,並辦理了出口清關手續,即完成交貨。該術語適用於各種運輸方式,包括多式聯運。“承運人”是指在運輸合同中承諾通過鐵路、公路、空運、海運、內河運輸或聯合的方式履行運輸或由他人履行運輸的任何人。
 - (i) 交貨——交貨地點的選擇對於賣方裝貨和卸貨的義務會產生影響,若賣方在其所在地交貨,則賣方應負責裝貨;若賣方在任何其他地點交貨,則賣方可以在自己的運輸工具上完成交貨,而不負責卸貨。
 - (ii) 風險轉移——貨物風險在交貨時轉移。但如果買方未按照約定指定承運人或其他人,或者被指定的承運人或其他人未在約定的時間接管貨物,或者買方未按照規定通知賣方被指定人的名稱,則自約定的交貨日期或期限屆滿之日起,風險轉移至買方。但應以該項貨物已正式劃歸合同項下,即清楚地劃出或以其他方式確定為合同項下之貨物為限。
 - (iii) 雙方義務——賣方義務:提供符合合同規定的貨物和單證;辦理出口手續;在指定的地點和約定的時間將貨物交給買方指定的承運人或其他人;負擔交貨以前的風險和費用。買方義務:支付貨款;辦理進口手續;訂立運輸合同並承擔運費;承擔貨物交付後的風險和費用,包括保險費用。
- (2) FOB(船上交貨)——根據2000年通則的規定,FOB是當貨物在指定的裝運港越過船舷時,賣方即完成交貨。這意味着買方必須從該點起承擔貨物滅失或毀損的一切風險。FOB術語要求賣方辦理貨物出口清關手續。該術語僅適用於海運或內河運輸,如

當事人無意越過船舷交貨，則應使用FCA術語。FOB術語後標出的是裝貨港名稱，如FOB倫敦，即是該批貨物的裝貨港是倫敦。

- (i) 交貨——賣方必須在約定的日期或期限內，在指定的裝運港，按照該港的習慣方式將貨物交至買方指定的船上。
 - (ii) 風險轉移——貨物的風險自貨物在裝運港越過船舷時起由賣方轉移至買方，但如果買方未給予賣方有關船名、裝船地和要求交貨時間的充分通知，或者買方指定的船隻未按照約定時間到達、或未接受貨物、或比買方預告通知賣方的裝貨時間提早停止裝貨，則自約定的交貨日期或交貨期限屆滿之日起，貨物風險轉移至買方。但應以該項貨物已正式劃歸合同項下，即清楚地劃出或以其他方式確定為合同項下之貨物為限。
 - (iii) 雙方義務——賣方義務：提供符合合同規定的貨物及單證；辦理出口手續；在裝運港將貨物裝上買方指定的船舶並通知買方；承擔貨物在裝運港越過船舷之前的風險和費用。買方義務：支付貨款並接受賣方提供的單證；辦理進口手續；租船或訂艙並將船名和裝貨地點及時間給予賣方充分的通知；承擔貨物在裝運港越過船舷後的風險和費用。
- (3) CIF（成本、保險費加運費）和CFR（成本加運費）——CIF術語是指當貨物在裝運港越過船舷時賣方即完成交貨。賣方必須支付將貨物運至指定的目的港所需的運費及費用，但交貨後貨物滅失或毀損的風險及由於各種事件造成的任何額外費用即由賣方轉移到買方。另外，在CIF條件下，賣方還必須為買方辦理貨物在運輸途中滅失或損壞的海上運輸保險。應當注意，CIF術語只要求賣方投保最低限度的保險險別，在無明確的相反協議時，賣方應按照《協會貨物保險條款》或其他類似條款中的最低險別投保。如果可能的話，應買方的要求並由買方承擔費用，賣方應加投戰爭、罷工、暴亂險。最低保險金額應為合同規定的價款另加10%，即110%，並應採用合同規定的幣種。CIF術語適用於海運及內河運輸。與FOB不同，該術語後面標明的是卸貨港的名稱，如CIF漢堡，表明該批貨物的卸貨港是漢堡。
- (i) 交貨——賣方必須在約定的日期或期限內在裝運港將貨物交至買方指定的船上。同時還應辦理貨物出口清關手續。
 - (ii) 風險轉移——貨物在裝運港越過船舷後，風險就轉移至買方。如果買方未按照約定在有權決定裝運貨物的時間和/或目的港的情況下及時通知賣方，則買方必須自約定的裝運日期或裝運期限屆滿之日起，承擔貨物滅失或損壞的一切風險，但應以該項貨物已正式劃歸合同項下，即清楚地劃出或以其他方式確定為合同項下之貨物為限。
 - (iii) 雙方義務——賣方義務：提供符合合同規定的貨物和單證；辦理出口許可證及其他貨物出口手續；訂立運輸合同，將貨物運至指定目的港並支付運費；辦理貨物的保險並支付保險費；承擔貨物在裝運港越過船舷之前的風險和費用。買方義務：支付貨款並接受賣方提供的單證；取得進口許可證並辦理進口手續；承擔在裝運港貨物越過船舷後的風險和除運費及保險費以外的其他費用。

CFR術語是指貨物在裝運港越過船舷時賣方即完成交貨，賣方需支付將貨物運至指定目的港所需的運費。貨物風險自貨物在裝運港越過船舷時轉移至買方。該術語適用

於海運或內河運輸。與CIF術語相比，CFR術語在價格構成中少了保險費，即除了保險由買方辦理外，其他的雙方義務與CIF術語基本相同。應當注意的是在CFR條件下，賣方負責裝船 而由買方負責投保，因此賣方裝船後應給買方以充分通知，否則造成買方漏保而引起的貨物損失應由賣方承擔。

- (4) CPT（運費付至）和CIP（運費和保險費付至）——CPT術語指賣方向其指定的承運人交貨，且必須支付將貨物運至目的地的運費。貨物風險在貨物交給第一承運人時轉移至買方。適用於各種運輸方式，包括多式聯運。

- (i) 交貨——賣方向自己指定的承運人交貨，在有後續接運承運人的情況下，則需向第一承運人交貨。
- (ii) 風險轉移——以貨交第一承運人作為風險轉移的界限。
- (iii) 雙方義務——賣方義務：提供符合合同規定的貨物和單證；辦理出口手續；訂立運輸合同並承擔運費；將貨物交付第一承運人並承擔交貨前的風險和費用。買方義務：支付貨款；辦理進口手續；承擔貨物交給第一承運人後的風險和費用，包括保險費。

CIP與CPT的區別是在價格構成中，CIP還包括了保險費，即由賣方投保並支付保費。其他內容則與CPT基本相同，也是在交貨第一承運人時完成交貨，貨物風險也是自貨物交給第一承運人時轉移。CIP術語也適用於各種運輸方式。

2.3 國際貨物運輸法

國際貨物運輸是指採用一種或多種運輸工具，把貨物從一國的某一地點運至另一國某一地點的運輸。國際貨物運輸是隨着國際貨物買賣的出現及發展而產生和發展的，它是實現國際貨物買賣的必要手段。國際貨物運輸的種類很多，包括海上運輸、江河運輸、航空運輸、鐵路運輸、公路運輸、管道運輸、郵政運輸、多式聯運等。各種運輸方式涉及到不同的法律關係，要由不同的法律去調整。本節只涉及國際海上貨物運輸的法律關係。

國際海上貨物運輸是指承運人將托運貨物，從一國的某一港口經海道運至另一國某一港口並交付收貨人的運輸方式，可分為班輪運輸和租船運輸兩大類。班輪運輸是由承運人以固定的航線、固定的航期、沿途停靠固定的港口和固定的運費率將托運人的件雜貨運往目的地的運輸，又稱作提單運輸。租船運輸是指承租人在一定時間內租用船舶的全部或部分艙位進行的運輸。

2.3.1 提單

提單是指海上貨物運輸中的承運人在接受承運的貨物後簽發給托運人，證明雙方已訂立運輸合同，並保證在目的港按其所載明的條件交付貨物的一種書面憑證。提單是班輪運輸中最重要單據，具有以下法律意義：

- (1) 提單是承運人和托運人之間訂有運輸合同的憑證——在班輪運輸中，當承運人與托運人之間事先已訂有運輸合同時，提單是雙方訂有運輸合同的證明；如果事先沒有訂立運輸合同，提單則是雙方訂立的運輸合同；當托運人通過背書把提單轉讓給第三者，則不論承運人與托運人之間是否訂有運輸合同，提單就是受讓人與承運人之間的運輸合同。

- (2) 提單是承運人收到托運貨物的憑證。
- (3) 提單是代表貨物所有權的憑證——提單就是貨物的象徵，一般情況下，誰佔有提單，誰就有權要承運人交付提單項下的貨物。

提單的種類繁多，按貨物是否已裝船，可分為已裝船提單和備運提單；按對貨物外表有無不良批註，可分為清潔提單和不清潔提單；按收貨人抬頭方式不同，可分為記名提單，不記名提單和指示提單；按運輸方式的不同，可分為直達提單、轉船提單和聯運提單。

目前，調整提單運輸的國際公約主要是《海牙規則》、《維斯比規則》和《漢堡規則》。

2.3.2 租船合同

租船合同是指船舶出租人與承租人之間訂立的關於租賃船舶的海上運輸合同。租船合同不受國際條約的限制，其內容可由出租人與承租人雙方自行商定，但對於《海牙規則》的締約國來說，租船合同項下簽發的提單仍應適用《海牙規則》的有關規定。

按船舶出租方式不同，租船合同可以分為航次租船合同、定期租船合同和光船租船合同三種。航次租船合同是指出租人按約定的一個或幾個航次，將船舶租給承租人，裝運約定的貨物，由承租人支付約定運費的租船合同。根據合同，在租用期間，船舶的經營管理仍由出租人負責，出租人保留船舶所有權和佔有權，並由出租人僱用船長和船員。定期租船合同是指出租人在一定的期限內將船舶出租給承租人，供其按約定的用途使用船舶進行運輸，並收取約定運費的租船合同。按照合同，在租用期間，船舶的經營管理及其費用由承租人負責；但出租人仍保留船舶的所有權和佔有權，並負責保持船舶的工作效能以及支付船長與船員的工資和給養。光船租船合同是指出租人只提供空船給承租人使用，並收取約定租金的租船合同。按照這種合同，在租用期間，出租人保留船舶的所有權，而將船舶的佔有權轉移給承租人，由承租人僱用船長、船員來管理船舶。從法律性質上說，光船租船合同不是運輸合同，而屬於財產租賃合同。

2.4 國際貨物運輸保險法

國際貨物運輸保險是指投保人根據合同約定向保險人支付保險費，保險人對於所承保的貨物在國際運輸過程中，可能發生的保險責任範圍內的事故，所造成的財產損失承擔賠償保險責任的一種商業保險行為。根據運輸方式的不同，國際貨物運輸保險可以分為國際海上貨物運輸保險、國際陸上貨物運輸保險、國際航空貨物運輸保險等等。

2.4.1 國際貨物運輸保險合同

國際貨物運輸保險合同是指投保人與保險人，對於國際間運輸的貨物約定保險權利義務關係的協定。投保人是指與保險人訂立保險合同，並按照保險合同負有支付保險費義務的人。保險人是指與投保人訂立保險合同，並承擔賠償或者給付保險金責任的保險公司。保險合同還會涉及到被保險人，即受保險合同保障，享有保險金請求權的人。投保人可以為被保險人。

投保人對保險標的應當具有保險利益，否則，保險合同無效。所謂保險利益，是指投保人對保險標的具有的法律上承認的利益，即他將因該保險標的物發生滅失或損害即遭受損失，或因其安全到達而獲得應享有的利益。

投保人提出保險要求，經保險人同意承保，並就合同條款達成協議，保險合同成立。保險人應當及時向投保人簽發保險單或其他保險憑證，並在保險單或者其他保險憑證中載明當事人雙方約定的合同內容。

2.4.2 索賠與訴訟

保險標的物因意外事故遭受損失時，被保險人能否向保險人取得賠償，完全取決於導致保險標的物損失的事故是否在保險合同的承保範圍內。事故在承保範圍內，保險人才對損失承擔賠償責任。保險金額由投保人與保險人約定。保險金額不得超過保險價值；超過保險價值的部分無效。

被保險人向保險人要求保險賠償的請求權，時效為兩年，自其知道保險事故發生之日起算。通常，索賠時效也是訴訟時效。

3. 國際服務貿易法

3.1 國際服務貿易的概念和特點

國際服務貿易是指從一國境內向任何其他國家境內，或在一國境內向任何其他國家的服務消費者，或一國的服務提供者通過在任何其他國家境內的商業存在，或一國的服務提供者通過在任何其他國家境內的一國自然人存在的服務提供。即國際服務貿易包括跨境提供、越境消費、商業存在和自然人移動四種方式。

與國際貨物貿易相比，國際服務貿易具有以下特點：

- (1) 國際服務貿易標的物的非實物性——有別於貨物具有實物性，服務是一種由活勞動形式提供的特殊使用價值的活動。服務貿易不表現為物與貨幣的交換，而是勞動與貨幣的交換。
- (2) 服務具有不可貯存性——服務是一個過程，其生產與消費一般是同時發生的。服務一般不能脫離勞動過程而獨立存在，生產也就不復存在，服務是不能貯存的。所以，服務的生產和出口過程，一般來說也就是服務的消費和進口過程。
- (3) 國際服務貿易難以由各國海關做出進出口統計——由於服務貿易標的物的非實物性和服務的不可貯存性，各國海關不可能像對貨物貿易那樣，對服務貿易做出進出口統計。
- (4) 國際服務貿易需要生產要素的跨國界移動——國際服務貿易不論採取形式，都伴隨資本、人員、資訊等生產要素的跨國界移動，並且這種生產要素的移動是服務貿易實現的重要條件，融於服務貿易過程之中；而國際貨物貿易則是貨物（生產要素的實物產品）的跨國界移動。
- (5) 國際服務貿易標的物的使用權和所有權常常分離——在國際貨物貿易中，標的物的使用權和所有權一般是統一的，交易過程一旦結束，貨物的使用權和所有權同時轉讓。

- (6) 國際服務貿易主要通過國家立法進行管理——國際貨物貿易主要通過海關監督和徵收關稅來進行管理。而國際服務貿易由於本身的特點，對它的管理只能通過國家立法和制定有關行政法規來進行。

3.2 《服務貿易總協定》

調整國際服務貿易的國際法規，主要是世界貿易組織一籃子文件中的《服務貿易總協定》(GATS)。GATS首次創立了有關服務貿易規則和原則的多邊框架，為服務貿易逐步自由化奠定了基礎。

GATS規範國際服務貿易的基本原則主要有：

- (1) 最惠國待遇——GATS規定，每一成員給予任何成員方的服務或服務提供者的待遇，應立即無條件地以不低於前述待遇給予其他任何成員方相同的服務或服務提供者。
- (2) 透明度——除非在緊急情況下，每一成員方應迅速公佈與服務貿易有關的法律、法規、行政命令及簽署的國際協定等。
- (3) 發展中國家的更多參與——不同成員方通過對承擔特定義務的協商，發達國家應在引進商業技術、改善銷售渠道和資訊網路以及提高服務出口質量方面進行協助，促使發展中國家成員方在世界貿易中的更多參與；發達國家成員方應在世界貿易組織協定生效後兩年內建立聯繫點，以便發展中國家的服務提供者獲取有關市場進入的資料。以上三原則是成員方的一般義務，成員方必須遵守。
- (4) 市場准入——GATS要求每一成員方給予其他成員方的服務和服務提供者的待遇，應不低於根據其承擔義務計劃中所同意和規定的期限、限制和條件；在作出市場准入承擔義務的服務部門裏，除了其承擔義務安排表中已確定者外，不應維持或採用限制服務提供者數量、服務交易或資產總金額等各種措施。
- (5) 國民待遇——每一成員方應在其承諾義務的部門中，依照所承諾的條件和資格，給予其他成員方的服務和服務提供者不低於給予本國相同的服務和服務提供者的待遇，但其給予方式並不要求完全一致。市場准入和國民待遇都屬於特定義務，需要各成員方經過談判達成具體承諾來加以貫徹，因此使各成員方可以根據各自的國情和經濟發展水平，通過自主磋商，決定該國服務貿易逐步自由化的進程。

4. 國際技術貿易法

4.1 國際技術貿易的概念和特點

國際技術轉讓是位於一國的技术提供者將技術轉移給位於另一國受讓者的國際經濟活動。國際技術轉讓包括商業性的技術轉讓和非商業性的技術轉讓。非商業性的技術轉讓是指通過政府援助、技術情報交換、學術交流和技術考察等形式進行的技術轉讓；商業性的技術轉讓是指技術的有償轉讓，也稱為國際技術貿易，是國際技術轉讓的主要形式。

國際技術貿易是一種特殊標的的貿易，與一般貨物貿易相比，它具有以下特點：

- (1) 在所有權轉移方面，技術貿易並非一種“買斷”的交易，一般貨物貿易則是貨物標的一旦售出，便失去了對該標的所有權。
- (2) 技術貿易標的為專利、商標、電腦軟件和專有技術等無形商品，一般貨物貿易的標的則為有形商品。
- (3) 國際技術貿易的基本形式複雜多樣，且合同期限較長，普遍來說為10至30年，有的長達50至99年。而一般貨物貿易僅有期貨、現貨兩種形式，合同期限也不長。
- (4) 國際技術貿易一般受知識產權法保護和反不正當競爭方面法律調整，並非直接由國際貨物買賣法調整。
- (5) 國家對國際技術貿易尤其是尖端技術的貿易實行嚴厲管制。

4.2 國際技術轉讓的主要形式

- (1) 技術許可貿易——是指技術所有人作為許可方向被許可方授予某項權利，允許其按照雙方約定的條件使用許可方擁有的技術製造、銷售該技術下的產品，並由被許可方支付一定的報酬。
- (2) 技術轉讓貿易——即技術所有人將技術的所有權轉讓給他人。
- (3) 技術顧問諮詢——是技術顧問諮詢方對委託方提出的技術課題，以自己的專業知識，向委託方提供解決問題的方案，如項目的可行性研究、技術方案的設計和審核、招標任務書的擬定、生產工藝或產品的改進、設備的購買、工程項目的監督指導等。
- (4) 技術服務與協助——由於技術的合作中，許多情況下技術知識很難用書面資料表達出來，必須通過言傳、示範等方式來實現，所以需要必要的技術服務與協助。如轉讓方為受讓方培訓人員、幫助調試設備、指導生產、講授技術等。
- (5) 國際BOT方式——BOT (build-operate-transfer)，即建設—經營—轉讓，它是指建設方承擔一個既定的工業專案或基礎設施的建設，完工後，建設放在一個固定的期限內運營設施，並且被允許在該期限內收回他對項目的投資、運營與維修費，以及一些合理的服務費、租金等其他費用；然後，建設方在規定的期限屆滿後將該專案交給專案方的政府。國際BOT方式是綜合利用技術貿易、貨物貿易、國際投資等的國際經濟合作方式。

4.3 技術貿易中限制性商業條款

限制性商業條款是指技術提供方對受讓方在技術使用、改進、產品的銷售等方面，施加的以限制競爭、限制貿易為目的的不合理條款。發展中國家一般都管制較嚴，規定包含限制性商業條款的合同無效。國際公認的限制性商業行為主要有三項：

- (1) 非法搭售；
- (2) 限制在銷售價格及生產銷售產品；
- (3) 限制出口。

5. 國際投資法

國際投資法是調整國際私人直接投資關係的法律規範的總和，既包括國內法的內容，即資本輸入國的外國投資法和資本輸出國的海外投資法，也包括國際法規範，即國際條約和聯合國大會的規範性決議、國際慣例及國際法的其他輔助淵源。

5.1 資本輸入國外國投資法

外資法是指資本輸入國制訂的關於調整外國私人直接投資關係的法律規範的總稱，主要包括關於外國投資的範圍、形式、條件、投資者的權利和義務、對外資的保護、鼓勵和管制等方面的法律內容。

5.1.1 外資進入的條件

- (1) 投資範圍與投資比例——外國外資法一般都明確規定外國投資範圍，將其行業分為禁止外資進入、限制外資進入、允許外資進入和鼓勵外資進入四種形式，並以出資比例的規定來明確外國投資的參與程度。外國投資者必須在這些限定的條件和範圍內進行投資。
- (2) 外國投資的審查與批准——審批制度是資本輸入國管制外國投資進入的重要手段，一般規定審批機構、審批範圍、審批標準等。

5.1.2 對外資經營活動的管理

外國投資者在東道國的投資經營活動，涉及到人、財、物、產、供、銷等各個方面。由於各國的經濟體制和經濟發展水平不同，發達國家對外國投資企業的經營一般採取國民待遇，即給予外國投資企業與當地企業同樣的待遇，使其在同等的條件下進行各種經營活動。發展中國家對此一般有着某些限制，如要求利用當地物資、產品出口，僱用當地人員等。計劃經濟國家則必需使外國投資企業與計劃經濟相協調，保證外國投資企業的正常的經營條件，使其享有足夠的經營自主權。

5.1.3 對外資的保護與鼓勵

為了吸引和利用外資，發展本國經濟，各國外資法均對外國投資的安全與利益給予保護，甚至給予各種鼓勵和優惠。這些保護與鼓勵措施主要有：關於國有化與補償方面的保證，關於外國投資、利潤及原本匯出的保證，以及稅收優惠與其他優惠。

對外資的鼓勵是外國投資法的重點，如對重點吸引外資產業給予稅收優惠和其他優惠，建立經濟特區等。稅收優惠是一國依法給予的稅收減免和從低稅率徵稅。而經濟特區則是一個國家或地區所劃出的一定範圍的區域，對該區域的對外經濟活動採取更為開放的特殊政策，提供更為優惠的措施，實行特殊的管理辦法，以吸引外資和技術，擴大外貿，促進本地區和本國的經濟發展。

5.2 資本輸出國海外投資法

5.2.1 海外投資的鼓勵措施

包括對稅法方面的優惠措施（主要有稅收抵免、稅收豁免、稅收饒讓）、投資情報及促進投資的措施，以及政府對投資者的資金和技術的援助措施（投資前調查和對投資項目的資助，對海外投資企業技術人員和發展中國家派來的政府後備練習生的培訓並提供政府津貼）。而最為顯著的投資鼓勵和保護措施是資本輸出國設置的海外投資保險制度。

5.2.2 海外投資的管理措施

資本國必須對海外投資實行一些管制性措施，以確保本國私人海外投資對本國的國際收支平衡和經濟發展有利。包括要求海外投資企業公開情報、防止海外投資企業逃避稅（通常採用“正常交易”原則來確定關聯企業間交易的價格或防止利用避稅港逃避稅收）、反壟斷管理、外匯管理以及進出口管制法等規定的措施。

5.2.3 海外投資保險制度

海外投資保險制度是資本輸出國政府對本國海外投資者在國外可能遇到的政治風險，提供保證或保險，投資者向本國投資保險機構申請保險後，若承保的政治風險發生，致使投資者遭受損失，則由國內保險機構補償其損失的制度。海外投資保險制度的性質是一種政府保證。

- (1) 保險人——依據各國立法與實踐，負責實施海外投資保險業務的有政府機構、政府公司或公營公司等。
- (2) 保險範圍——目前各國的投資保險範圍主要限於政治風險，主要包括徵收險（由於東道國政府實行徵收或國有化措施，致使投保者的投資財產受到部分或全部損失，則由承保人負責賠償）、外匯險（包括禁兌險和轉移險，對外匯不能自由兌換或/和不能自由轉移負責賠償）、戰爭與內亂險（由於戰爭、革命、暴動或內亂的結果致使投資者在東道國的投保財產受到損害，而由承保人負責賠償）。
- (3) 保險對象——指可作為保險對象的合格的投資。包括投資合格（符合投資者本國和東道國的利益，一般只限於新的海外投資）、投資的東道國合格（如美國規定，東道國必須是國民收入較低的發展中國家，且事先已與美國政府訂有雙邊投資保證協定）。
- (4) 投保人——合格的投保者包括本國國民、本國公司、合夥或其他社團以及一些國家允許的外國公司、合夥或社團（如美國法律規定，依外國法設立的外國公司、合夥、社團，其資產的全部或至少95%為美國公民、公司、合夥或社團所有者，才可作為合格投保人）。
- (5) 投保程序——根據各國規定，合格投資者要取得政府的投資保險，必須按法定程序，向承保機構申請，經審查合格後，才訂立保險合同。投資者申請投資險或保證時，首先應按規定提交投資保險申請書及必要資料。承保機構在收到投保申請後，要對投資者及其投資是否合格進行審查，如審查所投保的投資是否有利於本國的經濟發展、是否已經東道國批准或對東道國發展有利、投資的形式及投資所在東道國是否合格，等等。經審查確認申請合格，可簽訂投資保險合同。

- (6) 賠償與救濟——當約定的保險事故發生後，被保險人有權獲得保險人所支付的保險金。保險人在支付保險金後，代位取得被保險人基於保險事故對東道國所享有的索賠權及其他權益（即代位求償權），向東道國索賠。

5.3 保護投資的國際法規範

5.3.1 雙邊投資條約

國家間有關國際投資的權利義務的國際條約有雙邊條約和多邊條約。雙邊投資條約是資本輸出國與資本輸入國之間簽訂的，旨在鼓勵、保護及促進兩國間私人直接投資活動的雙邊協定與條約之總稱。在保護與促進私人直接投資活動方面，它是迄今為止最為行之有效的國際法制。但雙邊投資條約只對締約國雙方有拘束力，構成締約國之間的“特殊國際法”，不具有普遍拘束力。

在國際實踐中，雙邊投資協定主要有友好通商航海條約、聯邦德國式的投資保證協定和美國式的促進與保護投資協定三種類型，其中以後者最為流行。與聯邦德國式投資協定所不同的是，美國式投資條約的保護要求更高，條件也較為苛刻。從投資保證協定和促進與保護投資協定的內容來看，前者所保護的對象是單方面的，即它是資本輸出國為尋求其國民的海外投資在資本輸入國得到有力保護而謀求與資本輸入國簽訂的雙邊協定，並且這類協定多與資本輸出國的國內海外投資保險制度相結合，着重規定資本輸入國承認資本輸出國的海外投資保險制度的合法性及享有的權利，如代位求償權、以主權地位根據國際法提出某項要求的權利，因而，它以程序性規定為主；而後者的保護對象則是相互的投資，而且內容具體詳明，既有確立法律保護的實體性規定，又有保障實體權利實施的程序性規定，為外國投資者提供了較為全面的保護，已成為雙邊投資協定中的主體條約類型。雙邊促進與保護投資協定的內容主要包括受保護的投資者和投資、關於外國投資的待遇（包括公平、公正待遇、最惠國待遇和國民待遇三種標準）、關於政治風險的保證等。

5.3.2 《多邊投資擔保機構公約》

關於國際投資的多邊條約有區域性多邊條約和世界性多邊公約之分。區域性多邊條約是區域性國家組織旨在協調成員國外國投資法律而簽訂的多邊條約，其中最為典型的是拉丁美洲安第斯條約組織制定的《安第斯共同市場外國投資規則》。區域性多邊條約構成該區域成員國間的“特殊國際法”。關於國際投資的世界性多邊公約與協定主要有：1965年通過的《解決國家與他國國民間投資爭端公約》、1985年通過的《多邊投資擔保機構公約》和1995年世界貿易組織體制下的《與貿易有關的投資措施協定》與《服務貿易總協定》。這些多邊投資公約與協定對締約國成員具有普遍約束力。

《多邊投資擔保機構公約》是於1985年10月在漢城召開的世界銀行年會正式通過的，並向世界銀行各成員國和瑞士開放簽字，1988年4月12日公約生效。中國於1988年4月30日批准了該公約，為多邊投資擔保機構的創始會員國。

多邊投資擔保機構是基於《多邊投資擔保機構公約》於1988年成立的、具有完全的法律人格的國際組織。目標是鼓勵生產性投資在會員國之間，尤其是向發展中國家會員國的流動，以補

充國際復興開發銀行、國際金融公司和其他國際開發金融機構的活動。多邊投資擔保機構擁有股份資本，並以自己的能力發放擔保。依《多邊投資擔保機構公約》第5條的規定，多邊投資擔保機構的法定資本10億特別提款權，分為10萬股，每股票面價值為一萬特別提款權，供會員國認購。與世界銀行和國際金融公司的結構相仿，多邊投資擔保機構有三級結構，即由理事會、董事會和總裁及工作人員組成。多邊投資擔保機構的投票制度採用世界銀行所採用的加權投票制。多邊投資擔保機構為實現其宗旨所開展的業務，包括投資擔保業務和投資促進業務兩大類，其中以投資擔保業務為主。

多邊投資擔保機構的承保範圍只限於非商業風險。作為對資本輸出國海外投資保險制度的一種創新和發展，公約不僅規定應擔保三種公認的非商業風險，即貨幣匯兌險、徵收或類似措施險、戰爭與內亂險，而且在這些傳統的承保險別之外，增設了一個獨立的險種——違約險。

《多邊投資擔保機構公約》對承保的對象——合格投資作了明確要求。據此，一項投資要成為合格投資，必須在投資形式、投資時間、投資資產和投資的東道國等方面符合一定的條件和標準。

《多邊投資擔保機構公約》並從投資者類型、投資者的國籍、投資者的所有權以及投資者的經營方式等方面對作為機構受保人的投資者的合格性作了限定，只要自然人是東道國以外一會員國的國民，法人在一會員國註冊並在該會員國設有主要業務點，或其多數股份為一會員國或幾個會員國或其國民所有，在上述任何情況下，該會員國不得是東道國，法人不論是否為私人所有，均應在商業基礎上經營，都有資格取得機構的擔保。一旦多邊投資擔保機構承保的各種非商業風險發生，投資者有權依擔保合同約定的條件向機構索賠；機構則在支付或同意支付保險金之後，取得向有關東道國索賠的代位求償權。

多邊投資擔保機構不僅具有向發展中國家的投資提供擔保的職能，而且還負有促進投資的義務。

5.3.3 《與貿易有關的投資措施協定》和《服務貿易總協定》

《與貿易有關的投資措施協議》適用於與貨物貿易有關的投資措施。但該協定並非涉及所有的投資措施，而僅從國際投資與國際貿易的關係着手，關注那些可能會“對貿易產生限制或不利影響”的投資措施。該協議將關於國民待遇和數量限制問題作為其核心內容。同時考慮到發展中國家成員方，尤其是那些最不發達國家成員方在貿易、開發和財政方面的特殊需要，就發展中國家成員方在投資措施方面履行國民待遇義務和一般取消數量限制義務作了例外規定。

《服務貿易總協定》雖是針對成員方為影響服務貿易所採取的各項措施而制定的，但它的許多規定直接涉及服務貿易領域的直接投資問題，《服務貿易總協定》所規定的“商業存在”就是指通過外國直接投資而設立、收購或維持的各種商業機構，如公司、合夥、分支機構及代表處等。《服務貿易總協定》的有關原則和制度適用於成員影響服務業投資的各項措施，特別是關於市場准入和國民待遇的規定。

6. 國際金融法及其他分支

6.1 國際金融法

國際金融法是調整國際間貨幣金融關係的法律規範的總和。國際金融關係涉及的範圍很廣，包括有關國際匯兌、國際結算、國際金融機構、國際借貸、國際證券、國際融資擔保等方面關係。這些跨越一國範圍的金融關係需要國際金融法來加以調整。

國際金融法的主體是指參與國際貨幣金融活動的當事人，既包括一般的法人和自然人，也包括國家及其有關政府機構和國際金融組織。國際金融法的客體主要是各國中央銀行發行的法定貨幣，以及充當各種支付手段和流通手段的票據、黃金和特別提款權等國際間普遍接受的金融資產。其中，貨幣是國際金融法最直接的客體，作為國際金融法客體的貨幣一般要求為自由兌換貨幣。

國際金融法的淵源，是指調整有關國際匯兌、國際結算、國際借貸等方面關係的法律規範的具體表現形式。主要包括國際金融條約（如《1930年統一匯票公約》、《國際貨幣基金協定》、《亞洲開發銀行協定》等）、國際金融慣例（如國際商會編纂的《跟單信用證統一慣例》世界銀行的《貸款協定和擔保協定通則》等）和各國涉外金融法規。

6.2 國際稅法

國際稅法是指調整國家間稅收分配關係以及國家與國際（跨國）納稅人間稅收徵納關係的法律規範的總稱。

國際稅法的主體是國家和國際（跨國）納稅人。在國際（跨國）納稅人間稅收徵納關係中，國家是徵稅主體，只享有權利，不承擔義務，國際（跨國）納稅人既享有權利，又承擔納稅等義務。國際稅法的客體是國際（跨國）納稅人的跨國所得。它既包括本國居民來源於國外的所得，也包括非本國居民在資本國境內的所得。國際稅法的調整對象是國家間的稅收分配關係和國家與國際（跨國）納稅人間稅收徵納關係。

國際稅法主要調整以下事項：

- （1）稅收管轄權與國際重複徵稅——稅收管轄權是一個國家的稅收主權，但是，如果有關國家對納稅人的跨國所得實行不同的稅收管轄權，就會造成國際重複徵稅。因此，如何協調有關國家的稅收管轄權的形式範圍，劃分徵稅權，如何防止、減少和消除國際重複徵稅是國際稅法研究的基本內容。
- （2）國際避稅和逃稅——不同國家的稅收負擔水平高低和稅收管理嚴密程度的差異，誘發了國際逃稅和避稅的發生。因此，各國需要採取相應的反避稅、反逃稅措施和相互提供稅收情報來防止、制止其發生。
- （3）國際稅收協定——國際稅收協定是指有關國家對涉及相互之間稅收分配關係的各種問題，通過政府談判所締結的書面協議。

6.3 國際經濟組織法

國際經濟組織法是指調整國際經濟組織成員方相互之間，以及國際經濟組織與各成員方之間的權利義務關係的法律規範的總稱。其淵源主要是國際經濟組織的基本文件等成文法，如有關的條約、協定、盟約、憲章等，也包括有關的國際習慣法。

國際經濟組織是國際經濟活動重要的參與者和管理者。國際經濟組織有狹義和廣義之分。狹義的國際經濟組織是為了實現特定的宗旨和共同的經濟目標，通過國際條約建立的具有常設組織機構和經濟職能的國家聯合。廣義的國際經濟組織除了國家政府間的經濟組織外，還包括國際非政府間經濟組織，即由若干國家的民間團體所組成。本節所述的是狹義的國際經濟組織，按其規模、宗旨、職能等不同，國際經濟組織一般可分為世界性國際經濟組織、區域性國際經濟組織和專業性國際經濟組織三種類型。國際經濟組織具有以下特點：

- (1) 國際經濟組織是以國際條約為基礎建立起來的——如世界貿易組織建立的依據是《馬拉喀什建立世界貿易組織協定》，國際貨幣基金組織建立的依據是《國際貨幣基金協定》。這些國際條約是國際經濟組織的基本文件，其內容一般包括該組織的宗旨、原則、組織結構、職權範圍、活動程序等等。
- (2) 國際經濟組織是國家之間的組織，而不是凌駕於國家之上的組織——國際經濟組織的所有權力都是由其成員國通過締結條約授予的，它不能違反國家經濟主權。
- (3) 國際經濟組織的成員一般是國家——特殊情況下，也包括非主權的單獨關稅區，如世界貿易組織裏的香港、澳門以及台灣。
- (4) 國際經濟組織的最基本原則是國家主權平等原則——在國際經濟組織內部，各成員國無論大小、強弱，法律地位一律平等。

國際經濟組織必須具有一定的法律地位才能有效地展開國際經濟交往活動，而這種法律地位的前提是必須具備一定的法律人格。多數國際經濟組織都在其基本文件中明確規定，該組織具有國際法律人格或法律人格，具有簽約、取得和處置財產以及進行訴訟的權利，有些組織及其官員還享受有履行其職能時所必要的特權和豁免權。由此，確立了該組織在其成員國的法律地位。根據國際公法和國際私法的一般原則，國際經濟組織的這種法律地位也得到了廣大非成員國和私人的普遍承認。在國際經濟交往中，國際經濟組織之間，國際經濟組織與非成員國或法人已簽訂了大量有關協議或合同。

國際經濟組織的組織結構包括權力機構、執行機構和行政機構。權力機構是由國際經濟組織全體成員方組成的決策機構。其主要職能有制訂方針政策、審核預算、選舉執行機構成員、提出及通過決議、決定接納新成員等。權力機構可以有三種形式：會員大會型、理事會型和股東會議型。成員較多的世界性國際經濟組織往往採用會員大會型，區域性或成員較少的國際經濟組織大多採用理事會型，有些國際金融組織則採取股東會議型。執行機構成員一般由權力機構選舉產生，有的按專業範圍或地理分佈情況劃分選區產生執行機構成員。其主要職能是執行權力機構的決議，提出建議、計劃和工作方案並付諸實施。許多國際經濟組織的執行機構在權力機構閉會期間行使權力機構的大部分職權。執行機構一般稱為理事會，也有稱為委員會或董事會的。行政機構是國際經濟組織的日常工作機構，一般稱為秘書處，有的也稱作執行局等。其主要職責是承擔各常設機關的協調任務和處理各項日常事務，包括同各成員方聯繫、執行組織決議、對外代表組織、登記條約、製作與分發檔等，它是現代國際經濟組織的核心。國際經濟組織的基

本文件一般都規定，行政機構工作人員只對國際經濟組織負責，不代表任何成員方，各成員方應尊重行政機構人員職責的國際性質。

國際經濟組織的表決制度主要有以下三種：一國一票制（是國家主權平等的表現。在組織宗旨，或與成員方有重大利害關係的問題，或所作建議屬於建議性的表決中，通常採用一國一票制。根據所作決議與成員方利害關係的程度，一國一票制可採用多數通過或一致通過的表決方式）、集團表決制（將表決權平均分配給各個按一定利益關係結成的集團，決議的通過要求分別獲得每個集團成員的多數贊成票，即所謂“並行多數”。這種表決制實質上是要通過分解表決的方法來維持關係各方的利益平衡。早期的集團主要是根據職能性質形成的，近年來則更多出於政治上的考慮）、加權表決制（根據特定國際組織成員方責任、貢獻、利害等標準分配給各成員方不等量投票的表決制度。這已成為目前業務型國際經濟組織較為普遍採用的一種表決制度。加權表決制通常採用基本投票權加加權投票權的方法，如國際貨幣基金組織規定每個成員方擁有250票基本投票權，再按每10萬特別提款權份額增加1票投票權）。

6.4 國際商事仲裁法

仲裁是雙方當事人通過協議將爭議提交第三者，由該第三者對爭議的是非曲直進行評斷並做出裁決的一種解決爭議的方法。國際經濟交往以及海事關係中所發生的各種爭議主要是通過國際商事仲裁解決的，規範這一問題的即是國際商事仲裁法。

國際上通過第三者解決國際商事爭議的方式主要有四種：斡旋、調解、仲裁和訴訟。與其他三種爭議解決方式相比，國際商事仲裁具有如下特點：

- (1) 管轄權的非強制性——用仲裁解決爭議的最根本的特點是仲裁的管轄權是非強制性的，它是建立在雙方當事人之間協議的基礎上。仲裁員進行裁決的管轄權是由雙方當事人提交仲裁的合意所授予的，而不是國家法律授予的。
- (2) 自治性——與訴訟程序的嚴格固定相比，仲裁中的雙方當事人享有多方面的選擇自由，比如可以指定仲裁員，決定仲裁地，設計仲裁程序，選擇解決爭議的法律，限定仲裁事項的範圍和仲裁員裁決救濟的形式等。這些可以由當事人控制或自治的因素，成為人們對國際商事仲裁感興趣的重要原因。
- (3) 專業性——國際經濟爭議往往涉及到很多專門性或技術性問題，需要有專門知識才能解決。因此，仲裁員一般由產業界、貿易界、科技界的專家或知名人士充當，以準確判定問題，迅速解決爭議。
- (4) 執行裁決的強制性——雖然國際商事仲裁機構是一種民間組織，但各國立法和司法實踐都明確承認仲裁機構根據爭議雙方當事人簽訂的仲裁協議所做出的裁決的法律效力，並賦予仲裁裁決和法院判決同等的強制執行效力。如果一方當事人不按照約定自覺地履行仲裁裁決，另一方當事人可依執行地國家的法律規定申請強制執行。
- (5) 靈活性——仲裁審理爭議的方式比較靈活，它可以和調解結合起來，由於仲裁具有自治性特點，可以避免許多繁瑣的程序，加之可選擇具有某一領域專業知識的專家或學者作仲裁員，就加快了解決爭議的速度。

註釋

1. 余勁松主編：《國際經濟法問題專論》，武漢：武漢大學出版社2003年版，第5頁。
2. 同上書，第9頁。
3. 《各國經濟權利義務憲章》第1條、第2條。參見楊澤偉著：《新國際經濟秩序研究——政治與法律分析》，武漢：武漢大學出版社1998年版，第36頁。
4. 《聯合國國際貨物銷售合同公約》第14條。
5. 《聯合國國際貨物銷售合同公約》第16條。
6. 《聯合國國際貨物銷售合同公約》第18條。
7. 《聯合國國際貨物銷售合同公約》第60條。

31. 國際私法

劉曉紅

1.	國際私法的概念和性質	602
1.1	國際私法的概念	602
1.2	國際私法的性質	602
2.	國際私法的調整對象及範圍	603
2.1	國際私法的調整對象	603
2.2	國際私法的範圍	603
3.	國際私法的淵源	604
3.1	國內法淵源	604
3.2	國際淵源	605
4.	中國國際私法立法的演進及發展	606
5.	衝突規範及准據法選擇	607
5.1	法律衝突的概念及產生原因	607
5.2	衝突規範	608
5.3	准據法	608
6.	國際私法的基本制度	609
6.1	識別	609
6.2	公共秩序保留	609
6.3	反致	610
6.4	法律規避	610
6.5	外國法內容的查明	610
7.	涉外民商事爭議解決方式	611
7.1	國際民事訴訟程序	611
7.2	國際商事仲裁程序	613
8.	涉外民商事問題的法律適用	616
8.1	涉外合同之債的法律適用	616
8.2	涉外侵權之債的法律適用	617
8.3	涉外婚姻關係的法律適用	618
8.4	涉外繼承關係的法律適用	618

回顧人類社會發展的歷史長河，糾紛似乎是人類發展的孿生兄弟，不管社會發展到什麼階段，也不管在什麼領域，都存在着糾紛。在當今強調法治的社會氛圍中，各種紛繁複雜的社會現象和社會問題，均毫無例外的被納入一定的法律調整範疇。無疑法律職能的加強和其社會地位的提升應是人類社會進步的標誌之一。而超越一國界限的國際民商事法律糾紛，則應由特殊的法律部門——國際私法來調整。因此，早在公元13、14世紀，羅馬法佔統治地位的意大利就誕生了這一新的法律部門——國際私法。經過各國數百年的法律實踐證明，國際私法在調整紛繁複雜的國際民商事法律關係中，發揮着其獨特而重要的作用。隨着國際新的民商秩序的建立，特別是經濟全球化趨勢的加強和國際民商事交往的進一步發展，國際私法作為調整涉外民商事糾紛的基本法必將發揮越來越重要的作用。這是時代賦予國際私法的一個歷史性機遇。

1. 國際私法的概念和性質

1.1 國際私法的概念

國際私法作為一個法律部門或分支，是人類社會發展到一定階段的產物，是隨着國際民商事交往日益頻繁而發展起來的。儘管古今中外對國際私法名稱有着不同的稱謂，在中國，用“國際私法”（Private International Law）這名稱來稱呼這法律部門或法律學科已約定俗成。¹

根據中國學者對國際私法的普遍認識，對國際私法可作如下定義：國際私法主要是以涉外民事關係為調整對象，以解決法律衝突為中心任務，以衝突法為最基本的規範，同時包括規定外國人民事法律地位的規範，避免或消除法律衝突的實體規範，以及國際民事訴訟與仲裁程序範圍在內的一個獨立的法律部門。²

1.2 國際私法的性質

自19世紀以來，各國學者對國際私法性質問題便有着激烈的爭論，至今仍是見智見仁，莫衷一是。從整個國際範圍來看，其爭論主要集中在以下兩個焦點問題上。

1.2.1 國際私法是國際法抑或國內法

從歷史上來看，針對國內外學者對該問題回答的不同觀點可分為：普遍主義—國際主義學派（Universalism—Internationalism）、特殊主義—國家主義學派（Particularist—Nationalist）及二元論或綜合論學派（Comparative School）。

普遍主義—國際主義學派於19世紀後半期流行於世界各國，主要代表人物包括德國學者薩維尼（Savigny）、巴爾（Von Bar）和弗蘭根斯坦（Frankenstein）、法國學者魏斯（Weiss）和畢耶（Pillet）、意大利學者孟西尼（Mancini）以及荷蘭學者傑特（Jitta）等。該學派認為國際法分為國際公法和國際私法兩個平行的部門，因而國際私法是國際法。

特殊主義—國家主義學派流行於20世紀以後，其主要代表人物包括德國的卡恩（Kahn）、沃爾夫（Wolff）、法國的巴丁（E. Bartin）、巴狄福（Batiffol）、英國的戴賽（Dicey）、威希爾（Cheshire）及美國的比爾（Beale）、庫克（Cook）等。該學派主張每個國家均可制訂本國的國際私法，因而各國國際私法是本國國內法的一個分支。

持二元論觀點的主要是德國的齊特爾曼（Zitelmann）及原捷克斯洛伐克的貝斯特里斯基（R. Bystricky）等學者，他們認為國際私法是介於國際公法與國內民法之間的一個獨立的法律部門。

中國國際私法學者對該問題也存在爭論，但目前國際私法是以國際法為主，兼具國內法雙重性質的獨立法律部門，³ 是中國較普遍接受的觀點。

1.2.2 國際私法是實體法抑或程序法

儘管在該問題上存在程序法學派和實體法學派等不同理論派別，但鑒於國際私法本身所包含的法律規範的多樣性和複雜性，對該問題的回答不能簡單地一概而論。由於國際私法除了包含有解決法律適用的衝突法外，還包括統一實體法及解決涉外民商事爭議的程序法，因此，我們可以認為：國際私法兼具實體法和程序法的性質。

2. 國際私法的調整對象及範圍

2.1 國際私法的調整對象

中國國際私法理論界對國際私法調整對象的一般概述為：具有涉外因素的民商事法律關係（Civil and commercial legal relations involving foreign elements）。該調整對象應具有以下兩個特點：

- （1）該民商事法律關係中具有一個或以上的涉外因素⁴——主要是指法律關係的主體、客體以及內容三要素中至少有一個具有涉外因素，這種涉外因素是國際私法所調整的涉外民商事法律關係，與各國國內民法所調整的民商事法律關係的根本區別點。
- （2）該涉外民商事法律關係是廣義上的民商事法律關係——通常意義上的民事法律關係是指平等主體相互之間的財產關係和人身關係，包括：物權關係、知識產權關係、債權關係、婚姻家庭關係及繼承關係等。而有些實行“民商分立”的國家則將公司、票據、海商、保險和破產等法律關係納入商法調整範圍，不屬於一般民事法律關係。作為調整涉外民商事法律關係基本法的國際私法，則應將上述所有法律關係納入其調整範疇。

2.2 國際私法的範圍

國際私法的範圍主要是指國際私法中包含哪些法律規範。關於該問題的認識，中外國際私

法學者同樣存在較大分歧。主要存在傳統英美國際私法學派所主張的“小私法”觀點及大陸法系國際私法學派所主張的“大私法”觀點，前者認為國際私法即為衝突法（The Conflict of Laws）的等同語，其範圍主要包含衝突規範及少量的國際民事訴訟程序和仲裁規範及外國人民事法律地位規範；後者則認為除上述規範外，國際私法主要還應包括統一實體規範。造成上述對國際私法範圍不同認識的原因，是學者採用了“按照法律規範的同一性”及“法律調整對象同一性”不同的劃分標準。

國際私法範圍問題不僅涉及國際私法學如何準確界定自己研究領域，而且涉及與國際公法、國際經濟法這些相近學科的關係。目前，儘管在中國理論界“大”、“中”、“小”國際私法的三種主張均有存在，但佔主流地位的是以中國著名法學家、武漢大學教授韓德培先生提出的“一機兩翼”論觀點。⁵ 根據該觀點，國際私法範圍主要應包括外國人的民商事法律地位規範、衝突規範、國際統一實體法規範和國際民商事爭議解決規範（主要指國際民事訴訟程序與國際商事仲裁規範）。

中國著名國際私法學家韓德培教授所提出的“一機兩翼”的理論，形象與科學地勾畫出國際私法的範圍。韓德培教授將國際私法描繪成一架飛機，其內涵是飛機的機身，其外延是飛機的兩翼。內涵包括衝突法、統一實體法以及國內法中直接適用於涉外民事法律關係的實體法。兩翼之一是國籍及外國人民事法律地位的制度，這是處理涉外民事法律關係的前提；另一翼是解決法律衝突時採用的國際民事訴訟及仲裁程序規範，包括有關管轄權、司法協助、外國判決與裁決承認與執行的規範。最新出版的幾部國際私法統編教材字數最多的達八十多萬，其內容幾乎涵蓋了整個國際民商、經濟領域所有的法律問題。

3. 國際私法的淵源

在此討論的國際私法淵源是指國際私法的表現形式，國際私法調整物件的廣泛性和複雜性決定了國際私法淵源具有兩重性，即除了國內立法和判例這兩個主要國內淵源外，還存在國際條約和國際慣例這兩個國際淵源。中國國際私法理論和實踐普遍認為國際私法淵源包含以下種類。

3.1 國內法淵源

- (1) 國內立法——國際私法規範最早是在國內立法中出現的，無論在過去還是在現在，國內立法應被視為國際私法最主要的淵源。在成文法國家，國際私法規範大都規定在國內立法中，即使在普通法系國家，國際私法規範在其國內立法中也多有體現。外國人民事法律地位規範、衝突規範和國際民事訴訟程序規範，均可見於各國憲法、民法、商法、民事訴訟法、仲裁法以及其他單行法規中。以國際私法中最主要的衝突規範為例，最早在國內法中規定衝突規範的是1756年《巴伐利亞法典》，以後又有1794

年的《普魯士法典》及對國際私法產生重大影響的1804年《法國民法典》（《拿破崙法典》）。迄今為止，世界上大多數國家主要以以下四種立法方式在國內法中規定衝突規範：

- (i) 散見式——將國際私法規分別分散規定在民法典或其他法典中，如《法國民法典》；或在個別單行法規中就該法規所涉問題規定衝突規範，如1882年《英國票據法》和1984年《英國商船法》；
 - (ii) 專篇式——在民法典中列入專章或專篇比較系統地規定衝突規範，如1966年《葡萄牙民法典》、1986年中國《民法通則》（第八章）、1995年《越南民法典》（第七篇）、1999年《白俄羅斯民法典》（第七篇）等；
 - (iii) 法典式——以專門法典或單行法規的形式制定系統的國際私法規。最早採用該種立法方式的是1896年《德國民法施行法》和1898年《日本法例》，該種方式是目前和今後各國國際私法立法的主要趨勢和方法，目前已有1978年《奧地利聯邦國際私法法規》、1987年《瑞士聯邦國際私法法規》、1995年《意大利國際私法制度改革法》等。
- (2) 國內判例——所謂判例是指法院可以援引作為審理同類案件依據的判決。在普通法系國家，權威的法院作為先例對下級法院具有約束力，起着法律的作用，故判例也成為其國際私法淵源。而在有系統成文國際私法立法的大陸法系國家，判例也被視作國際私法的一種淵源，對成文立法起着補充作用。中國不承認判例可以作為法的淵源，因此判例不能作為國際私法的淵源，但是，鑒於國際私法所調整的涉外民商事法律關係的複雜性及中國現階段國際私法立法的空缺，我們應重視判例的研究並將其恰當運用於司法實踐。中國《最高人民法院公報》上刊載的國際私法案例，是了解中國國際私法的一個重要途徑。
- (3) 司法解釋——在中國，司法解釋是指國家最高司法機關根據法律的授權，就司法實踐中具體應用法律的問題所作的解釋。事實上，作為針對應用法律並對司法實踐加以總結和昇華的中國最高人民法院的司法解釋，由於其對法院的審判活動具有約束力，可以認為其已經成為中國法律的一種淵源。⁶特別是在中國有關國際私法立法尚不系統、全面、具體和明確的情況下，大量的最高人民法院的司法解釋可以起到補充作用。然而，需注意的是，司法解釋只是起到輔助作用，並不能作為國際私法的主要淵源，因為，如果過分依賴司法解釋則會造成國際私法立法上的惰性，不利於中國國際私法制度的發展。

3.2 國際淵源

- (1) 國際條約——國際條約乃國家之間所締結並受國際法支配的國際書面協定。作為國際私法淵源的國際條約既包含統一實體法條約也包括統一衝突法條約。自19世紀中葉開始，人們便致力於通過締結國際條約進行統一衝突法的國際立法工作，為此，國際上最重要的專門從事國際私法統一活動的政府間國際組織——“海牙國際私法協會”（The Hague Conference on Private International Law）發揮了重要作用。稍後，在國際統一私法協會、聯合國國際貿易法委員會等國際組織的努力下，國際社會更大力

着手制訂統一實體法，用以調整和解決國際經濟民事交往過程中衍生的法律衝突問題。

中國政府於1987年7月3日加入海牙國際私法會議，正式成為該組織成員國。根據“條約必須信守”（*Pacta sunt servenda*）的原則，即所謂的“國際條約優先原則”，中國在一些調整涉外民商事關係的立法中規定，中國締結或參加的國際條約同中華人民共和國法律有不同規定的，除中國聲明保留之外，應適用國際條約的規定。⁷這實際上是把國際條約置於優於國內法的地位。

- (2) 國際慣例——國際慣例又稱為國際習慣，是指在國際交往中，經過長期反覆的實踐，逐步形成，具有確定內容，為世人所共知的不成文的行為規則。國際私法領域中的國際慣例包括強制性國際慣例和任意性國際慣例兩種，其中以具有任意性質的國際貿易慣例居多。

1986年《中華人民共和國民法通則》142條第3款規定：“中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或者參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例”。即所謂的“國際慣例補缺原則”。這表明在處理涉外民商事糾紛時，中國法律允許在一定條件下適用國際慣例，當然，其適用的前提是缺乏國內法律和有關國際條約規定的情況下，這在中國有關法律規定缺失的情況時能起到一定的彌補作用。

4. 中國國際私法立法的演進及發展

早在公元7世紀中葉，中國唐朝《永徽律》中已有了類似現今的衝突規範的規定，其條文為“諸化外人，同類自相犯者，各依本俗法；異類相犯者，以法律論。”這種集屬人主義與屬地主義於一體的規則，反映了唐朝在民商事交往上的發達及實力。然而，遺憾的是，中國長達二千年閉關自守的封建專制，束縛了對外經濟、文化交往的發展，這使中國國際私法立法自唐朝以後一直停滯不前，宋、元、明朝，國際私法領域一般均沿用舊制，直至清末，仍不見有專門的國際私法立法。

自中華民國建立後，1918年8月5日，中國北洋政府頒佈了《法律適用條例》，這是中國歷史上第一個國際私法立法。該條例共有7章27條，在規定內容和體系方面與1898年《日本法例》相似，具有大陸法系色彩。1927年8月12日，南京國民政府令暫准援用。⁸然而，西方國家當時在中國實行的領事裁判權使得該條例的空間適用範圍受到較大限制。

1949年中華人民共和國成立以後，直至1978年中國實行改革開放政策前，基於中國涉外民事交往的停滯狀態，中國的國際私法立法未得到重視，該階段除中國同外國締結的少數領事條約含有一些衝突規範，以及外交部、民政部及最高人民法院一些零星規定外，中國的國際私法立法完全是空白。

1978年以後，中國國際私法立法取得了很大進展。在國際立法方面，中國積極參與有關國際組織所開展的國際私法統一活動，並參加或締結了一些國際私法條約。在國內立法方面，就國際私法中的外國人民事法律地位規範及國際民事訴訟程序規範而言，在中國的《憲法》、《中外

合資經營企業法》、《專利法》、《商標法》、《公司法》及《民事訴訟法》和《海事訴訟特別程序法》等法律中均有規定。而就衝突規範而言，中國已經形成了以1986年《中華人民共和國民法通則》第8章內容為主幹，以其他相關法律中的衝突規範為補充的較為全面的衝突法立法體系。這些衝突規範包括：《海商法》第14章（第268–276條）、《票據法》第5章（第95–102條）、《民用航空法》第14章（第184–190條）以及《合同法》第126條。

5. 衝突規範及准據法選擇

5.1 法律衝突的概念及產生原因

5.1.1 法律衝突的概念

法律衝突是法律領域的一種普遍現象，從廣義上講法律衝突既可能發生在各個領域或各種法律中，也可能發生在法律的不同層次和結構中。因此，法律衝突的表現形式有多種，如法律空間效力上的衝突（conflict of laws in space or interspatial conflict of laws），該種衝突包括國際法律衝突（international conflict of laws）和區際法律衝突（interregional conflict of laws）、時際法律衝突（intertemporal conflict of laws）以及人際法律衝突（interpersonal conflict of laws）。

國際私法上所研究的法律衝突是指解決同一問題的不同國家（或地區）的法律，由於各自內容的差異而導致互相在效力上的抵觸，是法律適用上的衝突。

5.1.2 法律衝突產生的原因

國際私法上法律衝突的產生是由下列原因共同作用的結果：

- （1）在同一個涉外法律關係中各國民商事法律對同一個問題的規定不同，這是法律衝突產生的前提條件或基礎條件；
- （2）一個國家法律的域內效力與另一個國家法律的域外效力同時出現在一個涉外民事關係中，便產生了不同國家法律的域內與域外效力的衝突，這是法律衝突產生的客觀基礎；
- （3）受理案件的法院國在一定條件下承認外國民商事法律在國內的域外效力，這是法律衝突產生的根本原因。

5.1.3 法律衝突的調整方法

從國際私法的理論和實踐來看，法律衝突的調整方法主要有以下兩種：

- （1）間接調整方法——衝突法的方法——該種方法就是通過制訂國內或國際的衝突規範來確定各種不同性質的涉外民商事法律關係應適用何國法律，從而解決民商事法律衝突。衝突規範作為一種法律適用規範無疑是調整法律適用衝突的有效方法，然而，由

於衝突規範只是一種間接規範，與實體規範相比較，它不直接規範當事人的權利義務，因此，只能起到間接調整作用。

- (2) 直接調整方法——統一實體法的方法——該種調整方法是指有關國家以雙邊或多邊國際條約，或者通過國際慣例來直接對當事人的實體權利義務加以調整，從而避免或消除法律衝突。

作為一種新的手段或方法，統一實體法的調整方法較之衝突法調整方法而言，是前進了一步，但鑒於統一實體法在其作用領域及範圍等方面的局限性，統一實體法規範並沒有取代衝突規範的作用。

5.2 衝突規範

5.2.1 衝突規範的概念和特點

衝突規範 (conflict rules)，又稱“法律選擇規範” (choice of law rules) 或法律適用規範 (rules of application of law)，還有學者稱之為國際私法規範 (rules of private international law)。所謂衝突規範是指明某種涉外民商事法律關係應適用任何國實體法的法律規範的總稱。例如中國《民法通則》第144條規定的“不動產的所有權，適用不動產所在地法律”，就是一條衝突規範。

衝突規範與一般法律規範相比，具有如下特點：衝突規範是一種間接規範，它只有與其所指引的實體規範相結合，最終才能確定當事人的權利與義務；衝突規範不能直接構成當事人作為或不作為的準則，因而缺乏預見性和明確性。

5.2.2 衝突規範的結構和類型

衝突規範具有非常特殊的結構，其法律規範由“範圍”、“系屬”及“關聯詞”三部分組成。“範圍”是衝突規範所要調整的某種法律關係，“系屬”是指明某種法律關係所適用的法律，“關聯詞”則是起到從語法結構上把“範圍”和“系屬”聯繫起來的作用。如在“侵權依侵權行為地法”這條衝突規範中，“侵權”是其範圍，“侵權行為地法”是其系屬，而“依”則是關聯詞。

根據衝突規範關於系屬規定的不同，可將其分為四種不同類型，即單邊衝突規範、雙邊衝突規範、重疊適用的衝突規範和選擇適用的衝突規範。

5.3 准據法

所謂准據法 (Lex causae, applicable law) 是指經衝突規範指引，來確定國際民商事關係當事人的權利義務關係的特定的實體法規範。

對一國的立法者而言，通常使用下列准據法選擇方法來指導本國衝突規範的制定，這些方法包括：根據法律的性質確定准據法的選擇；根據法律關係的性質確定准據法的選擇；根據最密切聯繫原則確定准據法的選擇；根據規則選擇確定准據法的選擇；根據利益分析確定准據法的選擇；根據當事人的協定確定准據法的選擇；根據有利於判決在國外的承認和執行來確定准據法的選擇；根據分割方法來確定准據法的選擇等。

對一國的司法者而言，在具體確定涉外民商事案件准據法過程中還應特別考慮下列一些複雜問題，包括：（1）准據法所屬國存在區際法律衝突。中國最高人民法院1988年《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第192條對該問題作了專門規定：“依法應當使用的外國法律，如果該外國不同地區實施不同的法律的，依據該國法律關於調整國內法律衝突的規定，確定應適用的法律。該國法律未作規定的，直接適用與該民事關係有密切聯繫的地區的法律。”（2）准據法所屬國存在時際衝突。在國際私法上該問題一般應由准據法國的法律對新法是否有溯及力以及溯及的範圍和條件等作出明確規定。

6. 國際私法的基本制度

6.1 識別

識別（characterization），又叫定性（qualification）或歸類（classification），是指在適用衝突規範時，依據一定的法律觀念，對有關的事實或問題進行分析，將其歸入一定法律範疇，並對有關的衝突規範的範圍或對象進行解釋，從而確定何種法律規範適用於何種事實或問題的過程。

在國際私法的理論和實踐中，對依據何種法律識別有如下幾種不同主張：法院地法說、准據法說、分析法學與比較法說以及個案識別說等。

中國學者普遍認為，依何種標準識別不能一概而論，一國法院在處理涉外民商事案件時，從有利於促進國際民商事交往出發，主要應該依據法院地法進行識別，⁹ 同時，也應該適當考慮依據與有關案件有最密切聯繫的法律進行識別。目前，中國國際私法立法中尚未對識別問題作出明確規定。

6.2 公共秩序保留

公共秩序保留（reservation of public order）是指在一國依內國衝突規範的指定應對某一涉外民商事法律關係適用外國法時，如其適用與法院地國的公共秩序相抵觸，便可排除該外國法的適用的制度。公共秩序保留制度的直接作用就是排除本應適用的外國法在內國的適用，而其實質在於維護本國國家及其人民的利益。因此，人們將公共秩序保留制度稱為國際私法中的“安全閥”（safety valve）。

公共秩序保留作為國際私法上的一項制度，已被各國立法或司法實踐所肯定。各國規定公共秩序保留的立法方式可分為三種：直接限制的立法方式、間接限制的立法方式及合併限制的立法方式。中國在立法上已有比較完備的關於公共秩序保留制度的規定。中國《民法通則》第150條便是一條通則性的公共秩序條款：“依照本章規定適用外國法律或者國際慣例的，不能違背中華人民共和國的社會公共利益。”該規定表明：中國採取了直接限制的立法方式，而且，中國的公共秩序保留條款不僅指向外國法律，還指向了國際慣例，這是中國所特有的。然而，對該條中“國際慣例”的界定尚待明確。

6.3 反致

反致 (renvoi) 是國際私法上特有的制度，有廣義與狹義之分。廣義的反致是一個總括性概念，包括直接反致（狹義反致）、轉致和間接反致等。

直接反致 (remission) 是指對於某一涉外民事案件，法院按照其衝突規範本應適用外國法，而該外國法中的衝突規範卻指定應適用法院地法，法院結果適用了法院地國的實體法。

轉致 (transmission) 是指對於某一涉外民事案件，甲國法院按照其衝突規範本應適用乙國法，而乙國的衝突規範指定適用丙國法，甲國法院因此適用了丙國實體法。

間接反致 (indirect remission) 是指對於某一涉外民事案件，甲國法院依自己的衝突規範應適用乙國法，依乙國的衝突規範又應適用丙國法，而依丙國的衝突規範卻應適用甲國法，甲國法院因此適用自己的實體法作為准據法。

在國際私法理論上學者們對反致制度存在的合理性有着不同的觀點，中國學者普遍認為法律選擇的過程並不是機械地運用衝突規範的過程，不能不顧及所選外國實體法適用的結果。反致作為限制外國法適用的制度，符合現代國際私法的價值觀念，因而在國際私法上應賦予其一定地位。¹⁰

在國際私法立法及實踐上各國也存在不同的態度。從目前情況來看，世界上大多數國家採用反致制度，但在接受反致制度的程度及作法上各有差異。中國在目前的立法中沒有對反致問題作明確的規定。但在司法解釋方面，《最高人民法院關於適用〈涉外經濟合同法〉若干問題的解答》第二部分第6條表明，中國法院處理涉外經濟合同爭議而適用法律時，不採用反致和轉致。這與各國在合同領域不採用反致的普遍做法是一致的。據《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第178條第2項可知，中國法院審理涉外民事案件依照《民法通則》第8章規定的衝突規範確定應該適用的法律時，也不採用反致與轉致。

6.4 法律規避

法律規避 (evasion of law)，是指涉外民商事法律關係的當事人出於利己動機，故意改變構成法院地國衝突規範連結點的具體事實，以避開本應適用的對其不利的法律，從而使對其有利的法律得以適用的一種行為。

在國際私法上關於法律規避的效力問題學者們有不同觀點，有的認為所有法律行為均無效，而有的僅否定規避內國法的效力。在實踐中，大多數國家都認為法律規避是非法的，不承認其效力。中國立法對法律規避未作明文規定，但1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第194條規定：“當事人規避中國強制性或者禁止性法律規範的行為，不發生適用外國法律的效力。”而對於規避外國強行法的後果，中國立法未作規定。

6.5 外國法內容的查明

外國法內容的查明 (proof of foreign law)，又稱為外國法內容的確定，是指一國法院根據本國衝突規範指引應適用外國法時，如何查明該外國法的存在和內容。各國基於對外國法性質的

不同認識，採用了三種不同的外國法查明方法：當事人舉證證明；法官依職權查明；法官依職權查明，但當事人亦負有協助的義務。而對當外國法不能查明時法律適用問題的處理，各國也是採取了不同的學說和實踐，其方法包括：推定外國法與內國法相同；以內國法為代替；駁回請求；適用相近的法律。在外國法適用錯誤的情況下，對是否允許當事人上訴各國規定不一。

根據中國法律規定，當依據中國衝突規範的指定，應當適用的法律為外國法時，人民法院有責任查明外國法的內容，當事人也有舉證責任。中國最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第193條規定，對於應當適用的外國法律，可通過下列途徑查明：

- （1）由當事人提供；
- （2）由與中國訂立司法協助協定的締約對方的中央機關提供；
- （3）由中國駐該國使領館提供；
- （4）由該國駐中國使領館提供；
- （5）由中外法律專家提供。對於通過各種途徑仍不能查明時，中國實踐中的做法是由中國法院適用中國的法律代替外國法。此外，中國在實踐中主張，對於中國法院在審理涉外民商事案件時發生的適用外國法的錯誤，無論是適用內國衝突規範的錯誤，還是適用外國法本身的錯誤，當事人均可對之提起上訴，要求加以糾正。

7. 涉外民商事爭議解決方式

7.1 國際民事訴訟程序

國際民事訴訟程序亦稱為涉外民事訴訟程序，是指一國法院審理國際民事案件和當事人及其他訴訟參與人進行此種訴訟行為時所應遵循的專用的特殊程序。涉外民事案件管轄權和民事判決的域外承認與執行是國際民事訴訟程序中最為重要的兩方面問題。

7.1.1 涉外民事案件管轄權

涉外民事案件管轄權，是指一國法院或具有審判權的其他司法機關受理、審判具有涉外因素的民商事案件的許可權。管轄權問題是國際民事訴訟程序中最重要問題之一。作為國際民事訴訟程序重要規範之一，涉外民事案件管轄權規範除在少數國際條約中加以規定外，大多數管轄權規範都是在各國國內法中加以規定的。縱觀目前國際社會的立法和司法實踐，各國主要依據以下幾方面的原則來解決國際民事案件的管轄權問題，包括：屬地管轄原則、屬人管轄原則、專屬管轄原則和協議管轄原則。在這些原則的基礎上，各國從其本國的政治經濟利益出發，又形成了各種不同的涉外民事案件管轄權制度。

中國涉及國際民事案件管轄權的有關立法包括國際立法和國內立法。國際立法主要是指中國所參加的一些涉及民事案件管轄權的國際條約，而國內立法主要是根據在1991年《中華人民共和國民事訴訟法》（下簡稱《民事訴訟法》）規定及中國最高人民法院就有關管轄權問題上所作的司法解釋，可以認為中國的涉外民事管轄權制度包括下列具體方面：

- (1) 一般管轄——是指以被告住所地作為確定管轄權的原則，《民事訴訟法》第22條對此作了規定。第22條規定，對公民提起的民事訴訟，由被告住所地人民法院管轄；被告住所地與經常居住地不一致的，由經常居住地人民法院管轄。
- 對法人或者其他組織提起的民事訴訟，由被告住所地人民法院管轄。
- 同一訴訟的幾個被告住所地、經常居住地在兩個以上人民法院轄區的，各該人民法院都有管轄權。
- (2) 特殊管轄——主要是指在被告不在中國境內的情況下，中國《民事訴訟法》所設立的特殊的管轄原則，如《民事訴訟法》第23條及第243條的規定。第23條規定下列民事訴訟，由原告住所地人民法院管轄；原告住所地與經常居住地不一致的，由原告經常居住地人民法院管轄：
- (i) 對不在中華人民共和國領域內居住的人提起的有關身份關係的訴訟；
 - (ii) 對下落不明或者宣告失蹤的人提起的有關身份關係的訴訟；
 - (iii) 對被勞動教養的人提起的訴訟；
 - (iv) 對被監禁的人提起的訴訟。第243條規定因合同糾紛或者其他財產權益糾紛，對在中華人民共和國領域內沒有住所的被告提起的訴訟，如果合同在中華人民共和國領域內簽訂或者履行，或者訴訟標的物在中華人民共和國領域內，或者被告在中華人民共和國領域內有可供扣押的財產，或者被告在中華人民共和國領域內沒有代表機構，可以由合同簽訂地、合同履行地、訴訟標的物所在地、可供扣押財產所在地、侵權行為地或者代表機構住所地人民法院管轄。
- (3) 專屬管轄——《民事訴訟法》在第34條和第246條明確規定了應由中國人民法院專屬管轄的案件，包括：不動產、繼承、港口作業糾紛及在中國境內履行中外合資經營企業等三類特殊合同糾紛。第34條規定下列案件，由本條規定的人民法院專屬管轄：
- (i) 因不動產糾紛提起的訴訟，由不動產所在地人民法院管轄；
 - (ii) 因港口作業中發生糾紛而提起的訴訟，由港口所在地人民法院管轄；
 - (iii) 因繼承遺產糾紛提起的訴訟，由被繼承人死亡時住所地或者主要遺產所在地人民法院管轄。第246條規定因在中華人民共和國履行中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同發生糾紛提起的訴訟，由中華人民共和國人民法院管轄。
- (4) 協議管轄——《民事訴訟法》第244條規定涉外合同及其他財產權益當事人可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。第244條規定涉外合同或者涉外財產權益糾紛的當事人，可以用書面協議選擇與爭議有實際聯繫的地點的法院管轄。選擇中華人民共和國人民法院管轄的，不得違反本法關於級別管轄和專屬管轄的規定。

7.1.2 法院判決的域外承認與執行

國際民事訴訟中法院判決的承認與執行是國際民事訴訟的最後關鍵性階段，是有關司法程序的實質所在。承認與執行外國法院判決，是指一國法院依據本國立法或有關國際條約，承認外國法院的民商事判決在內國的域外效力，並在必要時依法予以強制執行。原則上一國法院的判決只能在判決國境內生效，而不具有域外效力。作為例外，世界各國基於各種考慮，在一定條件下

相互承認外國法院判決在內國具有與內國法院判決同等的法律效力，並在必要時按內國有關規定予以強制執行。各國對承認執行外國法院判決的條件均有明確規定，而在承認與執行外國法院判決的具體程序上形成了以法國、德國等大陸法系國家為代表的執行令程序及以英、美為代表的登記程序和重新起訴程序。

中國《民事訴訟法》第266條、第267條和第268條的三項原則規定構成了中國人民法院和外國法院相互承認和執行判決的制度。

- (1) 根據第266條規定，人民法院作出的發生法律效力的判決、裁定，如果被執行人或者其財產不在中華人民共和國領域內，當事人請求執行的，可以由當事人直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行，也可以由人民法院依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約的規定，或者按照互惠原則，請求外國法院承認和執行。

中華人民共和國涉外仲裁機構作出的發生法律效力的仲裁裁決，當事人請求執行的，如果被執行人或者其財產不在中華人民共和國領域內，應當由當事人直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行。

- (2) 根據第267條規定，外國法院作出的發生法律效力的判決、裁定，需要中華人民共和國人民法院承認和執行的，可以由當事人直接向中華人民共和國有管轄權的中級人民法院申請承認和執行，也可以由外國法院依照該國與中華人民共和國締結或者參加的國際條約的規定，或者按照互惠原則，請求人民法院承認和執行。

- (3) 根據第268條規定，人民法院對申請或者請求承認和執行的外國法院作出的發生法律效力的判決、裁定，依照中華人民共和國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則進行審查後，認為不違反中華人民共和國法律的基本原則或者國家主權、安全、社會公共利益的，裁定承認其效力，需要執行的，發出執行令，依照本法的有關規定執行。違反中華人民共和國法律的基本原則或者國家主權、安全、社會公共利益的，不予承認和執行。

- (4) 在承認與執行外國法院判決的具體程序方面，中國法院目前所採用的是大陸法系的執行令程序。中國法院在收到有關承認與執行外國法院判決的書面請求後，應當依據中國現行的民事訴訟法有關規定審查，認為不違反中國法律的基本原則或者國家主權、安全、社會公共利益的，裁定承認其效力，需要執行的發給執行令，由執行機關予以強制執行。

中國人民法院的判決需要在域外承認及執行的，可以由當事人直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行，也可以由人民法院依照中國締結或參加的國際條約規定，或者按照互惠原則，請求外國法院承認和執行。

7.2 國際商事仲裁程序

國際商事仲裁程序是與國際民事訴訟程序並行的另一種國際民商事爭議的解決途徑。基於仲裁自身的特點和優勢，仲裁已發展成為當代解決國際商事糾紛的一種重要方式，並已建立起一套相當完善的法律制度。

7.2.1 中國國際商事仲裁法律規制

中國關於國際商事仲裁的法律規制主要由國際條約、國內立法及司法解釋三個方面構成。

- (1) 在國際條約方面主要是指中國於1986年加入的1958年《關於承認和執行外國仲裁裁決公約》（《紐約公約》）和1990年簽署並於1992年批准的1965年《解決國家與他國國民間投資爭議的公約》（《華盛頓公約》）。
- (2) 在國內立法方面主要有國家立法機關制定的《中華人民共和國仲裁法》（以下簡稱《仲裁法》）和1991年《民事訴訟法》。
- (3) 在司法解釋方面主要包括最高人民法院1987年發佈的《關於執行中國加入的〈承認及執行外國仲裁裁決公約〉的通知》和1992年發佈的《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》以及最高人民法院關於實施《仲裁法》的一系列司法解釋。

中國的國際商事仲裁制度基本上與國際商事仲裁立法和實踐接軌，體現了商事仲裁制度的基本原則，包括：當事人自願仲裁原則、獨立仲裁原則和一裁終局原則。

7.2.2 中國涉外商事仲裁機構

中國國際經濟貿易仲裁委員會和中國海事仲裁委員會是中國國際貿易促進會（中國國際商會）屬下的兩個重要的受理涉外民商事和海事爭議的常設仲裁機構。

中國國際經濟貿易仲裁委員會（China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC），亦稱中國國際商會仲裁院（The Court of Arbitration of China Chamber of International Commerce, 簡稱CCOIC Court of Arbitration），成立於1956年，總部設在北京，在深圳和上海設有分會。該機構現行仲裁規則於2000年10月1日起施行。經過若干年的仲裁實踐，中國國際經濟貿易仲裁委員會已經發展成為世界上最重要的常設仲裁機構之一，按照現行仲裁規則，它不僅受理涉外案件也受理國內案件，按受理的國際商事爭議案件的數量而言，它已超過國際商會仲裁院而處於世界第一位。¹¹ 中國國際經濟貿易仲裁委員會已經在國際上贏得了一定的聲譽和地位。中國國際經濟貿易仲裁委員會還於2000年12月成立了功能變數名稱爭議解決中心，並制定了《中國國際經濟貿易仲裁委員會功能變數名稱爭議解決程序規則（施行）》，從2001年1月1日起正式受理功能變數名稱爭議。此外，隨着中國經濟的迅速發展，金融爭議與日俱增。為滿足快速公正地解決金融爭議的社會需要，中國國際經濟貿易仲裁委員會還專門制定了《金融爭議仲裁規則》，並於2003年5月8日起實施。

中國海事仲裁委員會（China Maritime Arbitration Commission, 簡稱CMAC）也是中國重要的涉外商事仲裁機構之一。海事仲裁委員會的受案範圍包括：關於海上船舶互相救助、海上船舶和內河船舶互相救助的報酬的爭議；關於海上船舶碰撞、海上船舶和內河船舶碰撞或者海上船舶損壞港口建築物或設備所發生的爭議以及關於海上船舶租賃業務、海上船舶代理業務和根據運輸合同、提單或者其他運輸文件辦理的海上運輸業務以及海上保險等所發生的爭議以及雙方當事人協定要求仲裁的其他海事案件。目前，海事仲裁委員會適用的是2001年1月1日起施行的新的《中國海事仲裁委員會仲裁規則》。

7.2.3 中國涉外商事仲裁裁決和外國仲裁裁決在中國的承認和執行

《民事訴訟法》第259條規定和《仲裁法》第71條規定了受理涉外仲裁裁決執行申請的管轄法院為申請人住所地或者財產所在地的中級人民法院，而《民事訴訟法》第260條規定了涉外仲裁裁決具體申請執行程序。

外國仲裁裁決在中國的申請承認和執行，按照《民事訴訟法》第269條的規定辦理。該條規定：“國外仲裁機構的裁決，需要中國法院承認和執行的，應當由當事人直接向被執行人住所地或者其財產所在地的中級法院申請，法院應當依照中國締結或者參加的國際條約，或者按照互惠原則辦理。”而外國仲裁裁決一旦在中國獲得執行的許可，一律適用中國法院判決的同樣強制方式予以執行。在執行過程中，雙方當事人也可以自行達成和解協定。由於《紐約公約》的締約國至今已多達126個，¹² 因此在中國申請承認和執行的外國仲裁裁決絕大多數都屬於公約項下的裁決。按照《紐約公約》第5條的規定，外國仲裁裁決僅在有限的程序缺陷條件下可以由受理申請的法院裁定拒絕承認和執行。¹³

為了嚴格執行中國《民事訴訟法》和中國參加的《紐約公約》的規定，保障訴訟和仲裁活動依法進行，1995年8月28日，最高人民法院發佈了《關於人民法院處理與涉外仲裁及外國仲裁事項有關問題的通知》，¹⁴ 決定對人民法院受理具有仲裁協議的涉外經濟糾紛案、不予執行涉外仲裁裁決以及拒絕承認和執行外國仲裁裁決等問題建立“預先報告制度”。

7.2.4 中國仲裁機構作出的裁決在國外的承認和執行

對於中國仲裁機構作出的仲裁裁決在國外的承認和執行，《仲裁法》第72條和《民事訴訟法》第266條第2款都明確規定，如果一方當事人申請執行涉外仲裁機構作出的已發生法律效力的仲裁裁決，若被執行人或其財產不在中華人民共和國境內，他應直接向有管轄權的外國法院申請承認和執行。中國作為目前《紐約公約》的126個締約國之一，涉外仲裁機構作出的仲裁裁決無需根據司法協助條約，就可在以上締約國內得到承認和執行，一般不存在法律上的障礙。

7.2.5 中國內地與香港、澳門和台灣地區仲裁裁決的相互承認與執行

在香港回歸之前，香港與內地相互承認及執行仲裁裁決的法律基礎是《紐約公約》，並以各自的仲裁法律規定為依據。自香港成為中國的一個特別行政區以後，內地法院承認和執行香港的仲裁裁決的程序既不能適用《紐約公約》，也不能完全等同於執行國內其他地區作成之仲裁裁決，而應考慮到其特殊性。為此，最高人民法院與香港特別行政區代表於1999年6月正式簽署了《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的安排》，以此作為兩地相互承認和執行仲裁裁決的法律依據。

內地與澳門特別行政區之間尚無相互承認與執行仲裁裁決的先例，而兩地的法律都未涉及到這一問題。澳門回歸中國以後，一方面，中國政府將《紐約公約》在互惠保留的前提下擴展適用於澳門特區。這樣，外國裁決在澳門的承認與執行以及澳門裁決在外國的承認與執行依照《紐約公約》進行。另一方面，澳門與內地間仲裁裁決的相互執行問題，可參照內地與香港間仲裁裁決相互執行的方法辦理，由內地與澳門特區間作出一個有關相互執行仲裁裁決的安排，以此作為兩地間仲裁裁決區際司法協助的法律依據。在安排出台之前，《澳門涉外商事仲裁法》，對中國內地所作出的商事仲裁裁決的承認或執行仍依照該上述《澳門涉外商事仲裁法》第35條及第36條的規定，¹⁵ 可以在對等情況下在澳門地區獲得承認和執行。

台灣1992年頒佈的《台灣地區與大陸地區人民關係條例》第74條中規定：“在大陸地區作成之民事確定裁判，民事仲裁判斷，不違背台灣公共秩序或善良風俗者，得申請法院裁定認可……前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容得為執行名義。”然而，該條適用的前提條件是內地法院要先對台灣的商事仲裁裁決予以承認和執行。這條規定對兩岸仲裁的承認與執行，在一定意義上是一個突破。而就台灣的“民商事仲裁裁決”在內地的承認和執行來看，內地在此方面尚缺乏明確的法律規定，1998年5月26日，最高人民法院發佈了《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定》（以下簡稱“規定”），該規定不僅允許內地人民法院認可台灣民事判決，也同樣適用於在內地法院申請承認和執行台灣仲裁機構在台灣所作仲裁裁決。¹⁶ 該規定為台灣的商事仲裁裁決在內地的執行提供了法律依據。

8. 涉外民商事問題的法律適用

8.1 涉外合同之債的法律適用

中國關於涉外合同之債法律適用的法律規定主要體現在下列法律法規中：1986年《民法通則》（第145條），1999年《合同法》（第126條），1992年《海商法》（第268條、第269條、第276條），1995年《民用航空法》（第184條、第188條、第190條）以及《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》中有關司法解釋。根據這些法律規定，可以歸納出中國有關涉外合同法律適用的主要內容如下：

- （1）當事人意思自治原則——世界上大多數國家在其國際私法立法中，將當事人意思自治原則確定為合同之債法律適用的重要原則。合同當事人意思自治原則也是中國涉外合同法律適用的首要原則。《民法通則》145條及《合同法》第126條第1款均規定：涉外合同的當事人可以選擇處理合同爭議所適用的法律。此外《海商法》和《民用航空法》也有類似規定。根據有關規定，在意思自治原則的具體適用上，對於法律選擇的方式，必須是明示選擇；在法律選擇的時間上是從訂立合同時起直到人民法院開庭審理以前。此外，對於中國法律規定必須適用中國法的三類合同，包括在中華人民共和國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同結合中外合作勘探開發自然資源三類合同，當事人不得選擇其應適用的法律。
- （2）最密切聯繫原則——中國法律規定，在合同當事人未作法律選擇或選擇無效的情況下，應適用與合同有最密切聯繫的國家的法律，表明該原則是中國在合同法律適用上對意思自治原則的補充原則。由於最密切聯繫原則是一個靈活開放性衝突規則，為了給法院提供判斷最密切聯繫的標準，或限制法院在判斷最密切聯繫點時的主觀任意性，中國採納世界上大多數國家的做法，主要採用“特徵履行規則”對國際貨物買賣合同等具體合同應適用的法律作了規定。特徵履行規則又稱特徵給付說，指以合同的特殊性質決定合同的最密切聯繫地，並以此確定合同准據法的指導原則。特徵履行規則是在最密切聯繫說的基礎之上的。

- (3) 國際條約優先原則——中國一貫堅持國際法上的“條約必須信守”原則，並將該原則運用於涉外合同法律適用領域。《民法通則》第142條規定“中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定。但是，中華人民共和國聲明保留的條款除外。”此外，《海商法》第268條第1款和《民用航空法》第184條第1款也均作了國際條約優先適用於國內法的相同規定。
- (4) 國際慣例補缺原則——《民法通則》第142條第2款對國際慣例的適用也作了規定，即“中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或參加的國際條約未作規定的，可以適用國際慣例”。《海商法》第268條和《民用航空法》第184條第2款也作了類似規定。採用該原則對於彌補中國現行立法的不足具有積極意義。但是，根據立法精神，適用國際慣例必須以中國法律以及中國締結或者參加的國際條約對於合同當事人爭議的問題未作規定為條件。同時，適用國際慣例也不得違反中國法律的基本原則和海上公共利益。

8.2 涉外侵權之債的法律適用

中國關於涉外侵權之債的法律適用的法律規定主要體現在下列法律中：1986年《民法通則》（第146條），1992年《海商法》（第273條和第275條）以及1995年《民用航空法》（第189條）。根據這些規定可以概括出中國涉外侵權之債的法律適用有以下原則：

- (1) 侵權行為地法原則——《民法通則》第146條首先規定：“侵權行為的損害賠償適用侵權行為地法”。這是中國處理涉外侵權行為之債法律適用問題的一般原則，也是為各國普遍採用的一項原則。《海商法》和《民用航空法》對該兩項法律調整領域中的特殊侵權行為的法律適用也都分別規定了以侵權行為地法為首要原則。對於侵權行為地的確定問題，中國的司法解釋認為侵權行為地包括指侵權行為實施地和侵權行為結果發生地。
- (2) 當事人共同屬人原則——所謂當事人共同屬人原則是指侵權行為當事人中的侵權行為人和受害人具有共同國籍或其住所地或慣常居所地位於同一個國家時，侵權行為適用當事人共同本國法、共同住所地法或共同慣常居所地法。《民法通則》第146條肯定了此項原則。但需指出的是，根據該《民法通則》第146條的規定，當事人具有共同屬人法時，既可適用其共同屬人法，也可適用侵權行為地法。
- (3) 雙重可訴原則——所謂雙重可訴原則是指對於一項侵權行為的認定需要重疊適用侵權行為地法和法院地法。中國法也要求對發生在國外的侵權行為重疊適用侵權行為地法和法院地法。《民法通則》第146條第2款規定：“中華人民共和國法律不認為中華人民共和國領域外發生的行為是侵權行為的，不作侵權行為處理”。
- (4) 法院地法原則——《民法通則》並未將法院地法原則作為侵權行為法律適用的獨立原則，但在《海商法》和《民用航空法》中，該原則被作為一項獨立的侵權行為法律適用原則確定下來。如《海商法》第273條第2款規定：“船舶在公海上發生碰撞的損害賠償，適用受理案件的法院所在地法”。《民用航空法》第189條也有類似規定。
- (5) 船旗國法原則——《海商法》中首次確立了獨立的船旗國法原則。該法第273條第3款規定：“同一國籍的船舶，不論碰撞發生於何地，碰撞船舶之間的損害賠償適用船旗國法律”。在該種情況下適用船旗國法，是國際上的通行做法。

8.3 涉外婚姻關係的法律適用

涉外婚姻關係具體包括結婚和離婚兩方面的法律問題，與其他國家的做法一樣，《民法通則》對涉外結婚和涉外離婚兩方面應適用的法律分別作了規定。

在涉外結婚方面，根據《民法通則》第147條的規定，中華人民共和國公民和外國人結婚適用婚姻締結地法。據此規定，中國公民和外國人在中國境內結婚，適用中國法，中國公民和外國人在中國境外結婚適用婚姻舉行地國家的法律。該規定沒有區別結婚的實質要件和形式要件，可認為既適用於實質要件也適用於形式要件。至於中國公民之間在國外締結的婚姻及外國人之間在中國境內締結的婚姻應適用的法律，中國法律未作明確規定，在司法實踐中一般參照《民法通則》第147條的規定適用婚姻締結地法。

在涉外離婚方面，《民法通則》第147條規定：中華人民共和國公民和外國人離婚，適用受理案件的法院所在地的法律。根據該條規定，中國公民和外國人在中國申請離婚，應按照中國婚姻法的規定辦理；由外國法院受理的中國公民和外國人的離婚案件，按該外國的法律規定辦理。由此可見，中國在涉外離婚的法律適用方面，已過渡到雙邊的法院地法主義，這與世界上多數國家在該問題上的規定基本一致。

8.4 涉外繼承關係的法律適用

在涉外繼承關係上，各國國際私法立法普遍對涉外法定繼承、涉外遺囑繼承和涉外無人繼承問題分別予以規定，採用不同的法律適用原則。中國也是採納了此種立法方法。

在涉外法定繼承的法律適用方面，中國立法採用的是“區別制”，即將遺產劃分為不動產和動產，分別適用不同的衝突規則。《中華人民共和國繼承法》第36條及《民法通則》第149條均有相應規定。如《民法通則》第149條規定“遺產的法定繼承，動產適用被繼承人死亡時住所地法律，不動產適用不動產所在地法律。”此外，《繼承法》第36條第3款和《民法通則》第142條第2款還規定，如中國締結或者參加的條約、協定對此有不同規定的，則適用條約、協定的規定。

在遺囑繼承法律適用方面，包括立遺囑能力、遺囑方式及遺囑的實質有效性問題上，中國現行立法未單獨規定其法律適用。

關於涉外無人繼承財產的法律適用方面，《繼承法》和《民法通則》均未明確加以規定。而1988年最高人民法院《關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第191條作了解釋性規定：“在中國境內死亡的外國人，遺留在中國境內的財產，如果無人繼承又無人受遺贈的，依照中國法律處理，兩國締結或者參加的國際條約另有規定的除外。”據此規定，外國人在中國境內的遺產依中國法即遺產所在地法處理。

註釋

1. 參見韓德培主編：《國際私法新論》，武漢：武漢大學出版社1997年版，第19頁。
2. 參見李雙元主編：《國際私法學》，北京：北京大學出版社2000年版，第14頁。
3. 參見黃進主編：《國際私法》，北京：法律出版社1999年版，第37頁；李雙元等著：《中國國際私法通論》，北京：法律出版社2003年第2版，第28頁。
4. 見 1988年4月2日發佈的《最高人民法院關於貫徹執行〈中華人民共和國民法通則〉若干問題的意見（試行）》第178條。
5. 參見劉衛翔等：《中國國際私法立法理論與實踐》，武漢：武漢大學出版社1995年版，第40頁。
6. 參見王景榮：“論中國最高人民法院的司法解釋”，載於《中國法律》，1995年第3期。
7. 此類規定可見於《民法通則》第142條第2款，《繼承法》第36條第3款以及《民事訴訟法》第189條等法條中。
8. 1953年6月，台灣在對該條例進行修訂的基礎上，公佈了“涉外民事法律適用法”，目前仍在台灣適用。
9. 黃進著：《中國國際私法》，北京：法律出版社1998年版，第112頁。
10. 參見韓德培主編：《國際私法新論》，武漢：武漢大學出版社1997年版，第187頁；李雙元等著：《中國國際私法通論》，法律出版社2003年第2版，第164頁。
11. 參見曹建明、陳治東主編：《國際經濟法概論》，北京：法律出版社1995年版，第553頁。
12. 截至2003年2月27日，《紐約公約》締約國已達126個。資料來源於國際互聯網，網址為：www.jurisint.org/pub
13. 詳見《紐約公約》第5條之規定。
14. 法發【1995】18號。
15. 參見米健、李麗如主編：《澳門論學：澳門回歸一周年紀念文集（第1輯）》，北京：法律出版社2001年版，第491頁。
16. 參見最高人民法院《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定》第19條。

編輯緣起

大約還在2000年至2001年之間，林來梵教授（當時他還服務於香港城市大學中國法與比較法研究中心）和我就醞釀為閱讀繁體字的讀者編輯一本中國法著作，希望它是這樣的一種能夠適合香港和海內外其他華人地區的廣大讀者瞭解中國法主要內容的、且兼具專著性和教學用書特點的單行本讀物。

在我們所草擬的大綱中，我們提出了編輯該書的動因和目的：

1. 中國可望在近期加入世貿，並對外開放服務貿易領域，恰好為樓市自趨於低迷以來，陡然陷入困境的香港法律實務界進軍內地謀求發展，帶來“柳暗花明又一村”的勃然生機；
2. 愈來愈多的法律界人士想掌握中國法知識，更有不少人在本港大學報讀中國法課程。此外，在大陸投資的本港人士多為有教養的人士，亦想瞭解中國現行的法律知識及運作情況；
3. 目前在本港出版的中國法書籍較少，其中有些叢書冊數頗豐、內容龐雜；另一方面，香港人亦可在內地以低廉的價格購得中國法讀物，但那類書籍之寫作方法別異於香港，且太多空話和套話，讀者看起來比較費勁。

我們希望本書能夠達到如下要求，或曰體現如下特點：

1. 系統地囊括憲法、行政法、民法、刑法、商法、訴訟法以及國際法等中國法各分支學科的內容。一冊在手，即可概知中國法之全貌；
2. 與其他類似單行本讀物不同，特別介紹地產法、人權法、區際衝突法等嶄新的學科內容；
3. 在具體內容上，做到面與點的結合，即，既要勾勒出各個部門法律制度的全部內容，又突出分析重點、難點以及要點；同時力求做到理論分析與實際運用的結合，但是既不限定於艱深晦澀的理論空談，又不僅僅滿足於一鱗半爪的案例分析；
4. 採取通融、開放式的描述結構和寫作方法，便於將來隨着新法律的頒布或舊法律的修訂，有可能對本書進行改寫再版；
5. 在文字上，斷然摒棄習見於中國法讀物中的那些大話、空話、假話和套話，做到開門見山，直擊主題，並追求文筆清新、文意通達、文趣盎然。

於是，在2000年底，來梵兄和我向選定的作者發出了如下的邀請信：

“為滿足港、澳、台、新以及其他華人地區日益增長的學習瞭解中國法之迫切需求，尤其是為適應各大學中國法教學之日常需要，我等商同香港城市大學出版社，擬在香港編纂出版一部能夠反映當今中國法律之全貌

的權威性著作《新編中國法》。該書將聘請一批學術造詣精深，並能代表相關專業最高水準之本港或內地學者，出任各章節的作者。編者希望能夠以書會友，增進相互瞭解與互信，並為將來之合作奠定基礎。”

編輯過程

編輯如此厚度和分量的、連接如此多作者的集體著作，其困難性是可想而知的。實際上，整個寫作過程拖得很長，直到2005年底才收齊全部稿件。其中的主要原因記錄如下：首先，各位作者都是教學和科研兩頭並進的忙人，能夠得到他們的應承就是我們的榮幸，但是要求他們按時交稿實在有點勉為其難；其次，我的合作者來梵兄去浙江大學法學院高就，並且要立即燒他那“三把火”，對本書的關照時間自然就少了；第三，本人於2004年初應邀出任城市大學對外聯絡合作處處長，學術行政雙肩挑，開始既不習慣，又無暇顧及聯絡作者和編輯事宜。

在此期間，我有幸邀得中國人民大學法學院徐孟洲教授加盟，出任共同主編。孟洲兄不僅親自撰稿，而且還帶來了幾位新銳作者，從而促成了本書的全部撰寫。

當全部手稿堆在我的案頭上時，我頓時感到了一種責任感，或者說問責性（accountability）。我必須對另外兩位遠在內地的朋友問責，對其他十六位作者問責。面對書稿，我很是興奮；在問責性和興奮心情的驅使下，我認真啟動了手稿的編輯進程。

我要面對的現實是：要審讀的章節達三十一章之多；其中部分內容隨着新法的頒佈已經過時了；各位作者的寫作體例和風格各有差異；時間較緊、不能久拖不決，等。時不我待。我於是聘請了城市大學法律學院研究生王超、石世峰、周凌宇、陳佳敏、朱俊君、薛媛等同學作兼職研究助理，幫助我統一體例和更新法律資料，前後歷時半年餘。

自2006年6月始，我又用了三個月來完成主編應該完成的全部任務。9月初，我終於可以將全部書稿送交給香港城市大學出版社了。

致謝與致意

我不知道我們當時提出的目標是否過高，這有待於認真且熱心的讀者來評議。可以肯定的是，來梵兄和我，以及後來的孟洲兄，都希望本書既能滿足市場的需要，又能表現自己的特點。在此，我代表其他兩位主編誠懇邀請讀者提出批評意見，並希望有機會回應和修正。

儘管我們三位主編天各一方，但我們對重大問題都有商有量，以求達成共識，保證本書的質量。我本人要感謝來梵兄和孟洲兄，沒有他們，就沒有這本書擺在你們面前。我特

別珍惜這種來之不易的合作經驗。當然，由於我承擔着全書作者的協調和後期的編輯工作，編輯方面的責任應由我來負。若本書在編輯方面存在疏忽和不足之處，我也請讀者諒解。

我要感謝我的多位研究助理，沒有他們，本書的出版問世肯定不會這麼快。特別要提及王超同學及其貢獻；他既有效率，學術上又嚴肅認真。

最後，我要感謝香港城市大學出版社鄺子器社長，它既有出版家的專業眼光和視野，又有無限的耐心。另外，出版社陳家揚總編輯的認真態度和敬業精神值得欽佩，有了他和同事們的專業編輯和包裝，本書才是真正拿到“出生證”了。

在本書編輯付梓之際，我有幸邀到內地和香港法律/法學界權威人士萬鄂湘教授（中華人民共和國最高人民法院副院長、大法官、武漢大學法學院教授）、梁愛詩女士（全國人民代表大會常務委員會香港特別行政區基本法委員會副主任、香港特別行政區政府律政司前司長）和王利明教授（中國人民大學法學院教授、院長、全國人民代表大會法律委員會委員）為本書作序。我在此謹代表我的兩位主編同仁對他們的支持和厚愛表示最誠摯的感謝。

尊敬的讀者，假如本書能為你們帶來任何知識、有益的資訊或專業方面的見解，那將是我們極大的榮幸。

朱國斌

二零零七年六月二十二日

於香港城市大學

編者及作者

主編

朱國斌 法學博士（法國）、研究導師資格文憑（Habilitation；法國，公法方向）；現職香港城市大學法律學院副教授，香港城市大學對外聯絡合作處處長；曾任職於中國人民大學、法國艾克斯—馬賽第三大學；兼任內地七所重點大學或法學院客座（兼職）教授/研究員；香港法律教育基金信託人，湖北省青年聯合會第十一屆委員會委員；法國比較法學會會士，國際憲法學會會士和國際比較法學院副院士；研究興趣和授課範圍包括：香港基本法、中國憲法與行政法、中國法律制度、公法導論等；獨著、主編和合著共14種，包括《中國憲法與政治制度》、《探尋憲政之路——從現代化的視角檢討中國20世紀上半葉的憲政實踐》、*La Réforme de la Fonction Publique et Son Évolution en Droit Chinois*、*Le Statut de Hong Kong: Autonomie ou Intégration*、*The Basic Law of the HKSAR: From Theory to Practice*，譯著4種，著作章節20餘種，專業學術刊物論文60餘篇，報紙與政策性雜誌文章70餘篇。

林來梵 法學博士（日本），浙江大學法學院教授、博士研究生導師；中國法學會憲法學研究會副會長，中國政協浙江省委員會委員，國務院特殊津貼專家；曾在香港城市大學任職；兼任國內外多家大學和研究機構的兼職教授、客座教授或客座研究員；主要研究領域為憲法學與法學理論，著有《從憲法規範到規範憲法》等多部著作。

徐孟洲 法學博士，中國人民大學法學院教授，博士研究生導師；中國法學會財稅法學研究會副會長、中國商業法研究會副會長；北京市地石律師事務所律師、天津仲裁委仲裁員、廣州市仲裁委仲裁員；研究領域涉及經濟法、財稅法、金融法、競爭法等。

作者（以寫作章節前後為序）

楊建順 法學博士（日本），中國人民大學法學院教授，博士研究生導師；中國人民大學憲政與行政法治研究中心副主任、學術委員會主席，中國人民大學比較行政法研究所所長，中國法學會行政法學研究會副會長，北京市法學會行政法學會副會長；主要研究領域為行政法學、行政訴訟法學、比較行政法學、比較行政訴訟法學、公務員法等。

王俊民 法學博士，華東政法大學教授，博士研究生導師。

陳旭琴 法學碩士，浙江大學副教授，兼職律師；教授中國民法，科研專注於羅馬法和民法物權法。

郭禾 法學博士，中國人民大學法學院教授，博士研究生導師；中國知識產權研究會理事，中國版權協會理事，中國法學會知識產權法研究會理事；中國國際貿易促進委員會功能變數名稱爭議解決中心專家，北京地石律師事務所律師。

趙宇紅 法學博士（香港），香港中文大學法律學院助理教授。

史際春 法學博士，中國人民大學法學院教授，博士研究生導師。

李文華 法學博士，博士後研究；北京交通大學法律系講師，教學研究領域涉及經濟法、合同法、公司法等。

何勤 法學碩士；中國證監會法律部；研究領域涉及經濟法、民法、金融法、證券法等。

武濤 法學碩士；北京市第一中級人民法院法官；研究領域涉及經濟法、民法、金融法、證券法等。

張香蘭 法學博士，武漢大學國際法研究所教授，博士研究生導師；武漢大學國際法研究所副所長。

許建宇 法學碩士，浙江大學法學院法律系副教授，碩士生導師；中國勞動法學研究會理事、學術委員會委員，中國法學會財稅法學研究會理事；主要從事勞動和社會保障法學、經濟法學的研究。

甄貞 法學博士，北京市人民檢察院副檢察長；兼任中國人民大學法學院教授，博士生導師；中國法學會北京法學研究會訴訟法學分會會長，中國法學會法學教育研究會診所法律教育專業委員會主任；研究領域為中外刑事訴訟法學、中國司法制度與司法改革、法學教育與改革。

羅傑 法學博士，博士後研究；現任職於國家食品藥品監督管理局政策法規司，從事食品、藥品監管法律工作。

陳道麗 法學博士，現任職於交通銀行。

朱國華 法學碩士、經濟學博士，同濟大學法政學院副教授，上海錦天城律師事務所律師；國家知識產權戰略專家，上海市經濟法研究會副會長，上海市科技法知識產權法研究會副會長兼秘書長；主要研究領域為經濟法與國際經濟法、科技法與知識產權法及行業協會法等。

沈吉利 法學博士，上海政法學院法學院講師；上海法學會商法研究會學術秘書，WTO上海研究中心研究成員，中國國際商務與法律研究中心研究成員；研究領域為國際經濟法、WTO和商法。

劉曉紅 法學博士，華東政法大學教授，博士研究生導師；華東政法大學國際交流處處長；中國國際私法學會常務理事，上海市經委重要產業損害調查專家組成員，上海仲裁委仲裁員及上海—羅納•阿爾卑斯國際調解中心調解員；教學與科研領域為國際法與國際私法

中國古代「憲法」一詞並不具有近代憲法的意義。在中國，憲法的近代意義是由近代改良主義運動和立憲運動賦予的。一向以來，中國的法制均按其傳統及獨特的國情需要而發展。

改革開放以來，隨着中國官方及民間與國際間的交流與日俱增，法制進一步得到發展，「依法治國」亦成為中國官方的治國理念。本書詳細闡釋了中國法制近年來在各個範疇的發展，全書分為六個篇章，包括憲法行政法篇、刑事法律篇、民商事法律篇、經濟法律篇、程序法律篇及國際法律篇，加深各界人士對中國法律的了解。

本書由一批學術造詣精深，並能代表相關專業最高水準的內地及香港學者撰寫，是一部能夠反映當今中國法律全貌之權威性著作。

本書的問世，不僅可以使港、澳、台地區以及其他華人地區想要系統學習和研究中國法的學生和學者獲益，而且也可以使想要從多種角度更全面更客觀地了解中國法的內地相關專業的學生和學者受益。

萬鄂湘

中華人民共和國最高人民法院副院長、大法官
武漢大學法學院教授

由一群熟識香港情況的內地法律學者，寫作有關內地的法律，更能讓我們明白兩地法律制度的異同。使香港市民、法律從業員和法律學生能對內地法律有個普遍的認識，加強兩地在各方面更緊密關係的合作。

梁愛詩

全國人民代表大會常務委員會香港特別行政區基本法委員會副主任
香港特別行政區政府律政司前司長

本書以其豐富、翔實、準確、新穎之內容足以成為港澳台及其他華人地區各界學習了解中國大陸法律制度的基本讀本；相信它也必將為增強“兩岸三地”及其他海外華人地區之間的理解、互信和交流，以及法律合作作出貢獻。在此，我向讀者隆重推介《新編中國法》。

王利明

中國人民大學法學院教授、院長
全國人大代表大會法律委員會委員

儘管香港特區法律制度與內地有別，但隨着兩地互動頻仍，又作為中華人民共和國一員，香港的學生、企業人員、專業人士、以至一般市民，均有必要多了解內地法律與法制。《新編中國法》一書，涵蓋憲法、行政法、刑事、民事、商事、經濟法等不同範疇，實乃不可多得的參考專書，有助廣大讀者掌握多年來中國法制的建設與發展。

張炳良

香港特別行政區行政會議成員、香港城市大學公共及社會行政學系教授

本書很全面和系統地介紹不斷迅速發展的我國法律制度的最新面貌，內容由淺入深，特別適合一般讀者。本書的編者和作者都是有關法律部門的專家學者，故本書是有意認識中國法律的朋友的一部可靠的讀本。

陳弘毅

全國人民代表大會常務委員會基本法委員會委員、香港大學法律學院教授

群賢匯集，議論精深。用此語形容朱國斌博士編著的此部中國法論著甚為恰當。它不僅全面地介紹了中國法制現狀和最新的發展，而且對其現有的問題也有深入的分析。讀者不僅可以從中準確地把握中國法律體系的全貌和進程，而且可以了解正逐步形成自身特色的中國法治。因此它堪稱研究中國法的一部難得佳作。

王晨光

清華大學法學院教授、院長

《新編中國法》內容全面翔實，材料新穎豐富，是學習中國法的好教材。

凌兵

香港中文大學法律學院教授、副院長



Published and Printed in Hong Kong