《法理学导论》教学大纲

舒国滢　编写

目　录

前　言.....9
引　论.....10
第一节　法　学.....10
一、法学的概念.....10
二、法学的性质.....10
三、法学的研究对象.....10
第二节　法学思维与法学方法.....10
一、法学思维.....10
二、法学方法.....11
第三节　法理学.....11
一、法理学一词的演变及含义.....11
二、法理学体系.....11
三、法理学在法学体系中的作用与地位.....11
四、学习法理学的意义.....12
本章思考题.....12
本章推荐阅读书目.....12
第一编　法学的基本概念.....13
第一章　法.....13
第一节　法的名称.....13
一、中国历史上的法的名称.....13
二、西方历史上的法的名称.....13
第二节　法概念的争议.....13
一、应然法与实然法.....13
二、自然法与实在法.....13
三、“国法”及其外延.....14
第三节　法的特征.....14
一、法的规范性.....14
二、法的国家意志性.....14
三、法的国家强制性.....14
四、法的普遍性.....14
五、法的程序性.....14
六、法的可诉性.....15
第四节　法的作用.....15
一、法的作用的含义.....15
二、法的规范作用.....15
三、法的社会作用.....15
四、法的作用的局限性.....16
本章思考题.....16
本章推荐阅读书目.....16
第二章　法的内容与形式.....17

第一节　法的内容与形式的概念……17
一、法的内容和形式的含义……17
二、法的内容和形式的关系……17
第二节　法律权利与法律义务……17
一、权利和义务的概念……17
二、权利和义务的分类……18
三、权利和义务的相互联系……18
第三节　法的成文形式与不成文形式……18
一、历史上各种法的表现形式……18
二、成文法与不成文法……18
三、法的形式与法的传统……18
第四节　法　系……18
一、法系的概念……18
二、民法法系……18
三、普通法法系……19
四、民法法系与普通法法系之比较……19
本章思考题……19
本章推荐阅读书目……19
第三章　法的渊源与法的分类……20
第一节　法的渊源的概念……20
一、法的渊源释义……20
二、法的渊源与法的形式的区别……20
三、法的渊源的种类……20
第二节　正式法源……20
一、正式法源的含义……20
二、当代中国的正式法源……20
三、正式法源的一般效力原则……21
第三节　非正式法源……21
一、非正式法源的含义和种类……21
二、当代中国的非正式法源……21
第四节　法的分类……21
一、法的分类的概念……21
二、法的一般分类……21
三、法的特殊分类……21
本章思考题……22
本章推荐阅读书目……22
第四章　法的效力……23
第一节　法的效力概述……23
一、法的效力的意义……23
二、法的效力的概念……23
三、法的效力范围……23
四、法的效力的层次……23
第二节　法的时间效力……23

一、法的生效时间.....23
二、法的失效时间.....24
三、法律溯及力.....24
第三节　法的空间效力.....24
一、法的域内效力.....24
二、法的域外效力.....24
第四节　法的对人效力.....24
一、对人效力的原则.....24
二、我国法律的对人效力.....25
本章思考题.....25
本章推荐阅读书目.....25
第五章　法律规范.....26
第一节　法律规则.....26
一、法律规范与法律规则的概念辨析.....26
二、法律规则的逻辑结构.....26
三、法律规则与法律条文的关系.....26
四、法律规则的分类.....26
第二节　法律原则.....27
一、法律原则的含义.....27
二、法律原则的分类.....27
三、法律原则与法律规则的区别.....27
四、法律原则的功能.....27
五、法律原则的适用条件和方式.....27
本章思考题.....27
本章推荐阅读书目.....28
第六章　法律体系.....29
第一节　法律体系与法律部门的概念.....29
一、法律体系的概念.....29
二、法律部门的概念.....29
第二节　当代中国的法律体系.....30
一、当代中国的主要法律部门.....30
二、“一国两制”与当代中国法律体系问题.....30
本章思考题.....30
本章推荐阅读书目.....30
第七章　法律行为与法律意识.....31
第一节　法律行为.....31
一、法律行为的涵义与特征.....31
二、法律行为的结构.....31
三、法律行为的分类.....31
第二节　法律意识.....32
一、法律意识的涵义、结构及形成.....32
二、法律意识的分类.....32
三、法律意识的功能.....32

本章思考题.....32
本章推荐阅读书目.....33
第八章　法律关系.....34
第一节　法律关系的概念.....34
一、法律关系的定义与特征.....34
二、法律关系的种类.....34
第二节　法律关系主体.....34
一、法律关系主体的概念和种类.....34
二、法律关系主体构成的资格.....34
第三节　法律关系的内容.....35
一、法律关系主体的法律权利和法律义务.....35
二、权利行使和义务履行之界限.....35
第四节　法律关系客体.....35
一、法律关系客体的概念.....35
二、法律关系客体的种类.....35
第五节　法律事实.....35
一、法律事实的概念.....35
二、法律事实的种类.....35
本章思考题.....36
本章推荐阅读书目.....36
第九章　法律责任与法律制裁.....37
第一节　法律责任的概念.....37
一、法律责任的含义.....37
二、法律责任的特点.....37
第二节　法律责任的分类与竞合.....37
一、法律责任的分类.....37
二、法律责任的竞合.....37
第三节　法律责任的归结和免除.....37
一、一般法律责任的构成.....37
二、法律责任的归结原则.....38
三、法律责任的免除.....38
第四节　法律制裁.....38
一、法律制裁的概念.....38
二、法律制裁的种类.....38
本章思考题.....38
本章推荐阅读书目.....39
第二编　法的运行.....40
第十章　立　法.....40
第一节　立法与立法体制.....40
一、立法的含义与特征.....40
二、立法体制.....40
三、立法原则.....40
第二节　立法程序.....41

一、立法程序的含义与特点.....41
二、当代中国制定法律的程序.....41
第三节　规范性文件的系统化.....41
一、规范性文件与非规范性文件.....41
二、规范性文件系统化的含义与意义.....41
三、规范性文件系统化的形式.....41
本章思考题.....42
本章推荐阅读书目.....42
第十一章　法的实施.....43
第一节　执　法.....43
一、执法的含义与特征.....43
二、当代中国的执法主体.....43
三、执法的基本原则.....43
第二节　司　法.....43
一、司法的含义与特征.....43
二、司法的基本原则.....44
第三节　守　法.....44
一、守法的含义.....44
二、守法的构成要素.....44
三、普遍守法的条件.....44
第四节　法律监督.....44
一、法律监督的含义.....44
二、法律监督的构成要素.....44
三、法律监督的分类.....45
四、当代中国的法律监督体系.....45
本章思考题.....45
本章推荐阅读书目.....45
第十二章　法律推理.....47
第一节　法律推理概述.....47
第二节　演绎法律推理.....47
第三节　类比法律推理.....47
第四节　法律推理的价值.....48
一、法律推理与法治.....48
二、法律中的逻辑与经验.....48
本章思考题.....48
本章推荐阅读书目.....48
第十三章　法律解释.....50
第一节　法律解释的概念.....50
一、法律解释的含义与必要性.....50
二、法律解释的特点.....50
三、法律解释的历史发展.....50
第二节　法律解释的目标与方法.....50
一、法律解释的目标.....50

二、法律解释的方法.....51
第三节　当代中国的法律解释体制.....51
一、正式解释与非正式解释.....51
二、当代中国法律解释体制的法律规定.....51
三、全国人大常委会的解释.....51
四、国家最高司法机关的解释.....51
五、国家最高行政机关的解释.....52
六、地方性国家机关的解释.....52
本章思考题.....52
本章推荐阅读书目.....52
第十四章　法的实现与法律秩序.....53
第一节　法的实现.....53
一、法的实现的概念.....53
二、法的实现与法的实施的区别.....53
三、法的实现与法的效果的区别.....53
第二节　影响法的实现的因素.....53
一、影响法的实现的内部因素.....53
二、影响法的实现的外部因素.....53
第三节　法律秩序.....54
一、法律秩序的概念.....54
二、法律秩序的形成.....54
三、法律秩序的意义.....54
本章思考题.....54
本章推荐阅读书目.....54
第三编　社会中的法.....55
第十五章　法的产生与演进.....55
第一节　法的产生.....55
一、法产生之前的社会制度.....55
二、法产生的历史过程.....55
三、法产生的基本标志及其与氏族习惯的区别.....55
四、法产生的一般规律.....55
第二节　法的演进.....56
一、法的历史类型的概念.....56
二、法的四种历史类型.....56
第三节　法的继承和法的移植.....56
一、法的继承.....56
二、法的移植.....56
本章推荐阅读书目.....57
第十六章　法与其他社会现象.....58
第一节　法与经济.....58
一、法与生产关系.....58
二、法与生产力.....58
三、中国社会主义法与经济的关系.....58

四、法与市场经济.....58
第二节　法与政治.....58
第三节　法与科学技术.....58
第四节　法与文化.....59
本章思考题.....59
本章推荐阅读书目.....59
第十七章　法与其他社会规范.....60
第一节　法与道德.....60
一、道德的概念及其与法的联系和区别.....60
二、社会主义法与道德的关系.....60
第二节　法与宗教.....60
一、宗教与法的区别.....60
二、法与宗教的关系.....60
三、中国社会主义法有关“宗教信仰自由”的规定.....61
第三节　法与习惯.....61
一、习惯与法的区别.....61
二、法与习惯的关系.....61
第四节　法与政策.....61
一、政策与法的区别.....61
二、中国社会主义法与共产党政策的关系.....61
本章思考题.....61
本章推荐阅读书目.....62
第十八章　法制与法治.....63
第一节　法　制.....63
一、法制的含义.....63
二、当代中国法制的基本要求.....63
第二节　法治的概念.....63
一、法治的含义.....63
二、法制与法治的区别.....63
第三节　法治国家的构成要素.....64
一、法治国家的形式要素.....64
二、法治的制度要素.....64
三、法治的价值要素.....64
四、法治的观念要素.....64
第四节　法治国家的实现途径.....64
一、法治发展道路的实证分析.....64
二、法治发展道路的价值设计问题.....64
本章思考题.....65
本章推荐阅读书目.....65

前　言

《法理学导论》乃为大学法科一年级学生所编写的教材。自 2006 年起，我校法理学课程分两段教学：为大学一年级法科学生开设“法理学导论”，为大学三年级学生开设“法理学原理”；其间也穿插向所有本科生开放的“法理学研讨班”课程。为适应这一教学安排，法理学的本科教材就分为两本：一本是《法理学导论》，另一本是《法理学原理》。本人勉为其难，承担第一本教材的主编，负责组稿、撰稿和全书统稿之任。

近年中国大陆一些高校法律院系开始尝试法理学的分段教学，且已有相应的教科书刊行。总体看来，这些教材的编写尚处在探索阶段，未形成一定之规。本教材亦属尝试之作，我们在安排其结构体例时曾考虑如下因素：一，作为法学的入门教材，其重在为法科学生提供入门的法学知识、为学生进一步学习法学专业课程打下基础，重在培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力；二，参照执行教育部《法理学教学指导纲要》的要求，吸纳融合其知识点；三，参考历年国家司法考试大纲有关法理学部分的内容；四，以法理学界达成的基本共识为基础，适当体现吾校教学与研究的特色；五，本教材与《法理学原理》在内容结构和理论深度上有适当分工，有关法本体论、法价值论和法学方法论中更深层次的理论问题，交由后者来处理。

“法理学导论”作为法理学课程的初级部分，其主要目的在于为法科学生提供入门的法学知识、为学生进一步学习法学专业课程打下基础，重在培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力，初步培养学生的法律世界观和法律价值观。基于这一考虑，本课程讲授的内容分为三方面的知识：（1）“法学的基本概念”（法，法律规范，法的渊源，法律体系、权利与义务、法律责任、法律关系）；（2）“法的运行”（诸如立法、执法、守法、法律监督、法的实现等）；（3）“社会中的法”（法的产生与演进、法与其他社会现象、法与其他社会规范、法制与法治）。这也是本教材的基本结构。

本大纲在结构上分为四个部分：（ 1 ）本章学习目的；（2）本章内容（包括本章主要知识点，学时分配）；（3）本章思考题；（4）本章推荐阅读书目。

“法理学导论”计划授课总课时为 36 学时。

引　论

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法学的性质、特征

2．了解法理学研究的对象和意义

3．熟悉法学思维的基本特点

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法　学

一、法学的概念

所谓法学，就是研究法律现象的知识体系，是以特定的概念、原理来探求法律问题之答案的学问。

从历史上看，作为实践知识的法学只是在特定的历史条件下才得以产生的。在中国，先秦时期就有所谓“刑名法术之学”，其后有专事注释法律的“律学”兴盛。

西方“法学”一词，来源于拉丁文　jurisprudentia。据考证，这个概念自公元前 3 世纪开始就已经出现。西方“法学”的兴起离不开立法和司法的发展，且与“职业法律家阶层”的出现不无关联。19 世纪末，西方法学的概念经由日本引入中国，对中国的法律文化和法律学问的发展产生了重要影响。

二、法学的性质

1．法学的研究总是指向法律现象或法律问题的。

2．法学具有务实性。

3．法学是反映人的经验理性的学问，是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。

4．法学是职业性知识体系，它所使用的语言是冷静的、刚硬的、简洁的、合逻辑的的，是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言。

5．法学不同于自然科学，在于它研究的是一种“价值性事实”，即反映人类的价值观、价值倾向和价值意义的社会事实。

三、法学的研究对象

（一）法律制度问题。

（二）社会现实或社会生活关系问题。

（三）法律制度与社会现实相互如何对应问题。

第二节　法学思维与法学方法

一、法学思维

法学思维是法学者在研究法律现象时所持的思考立场、态度、观点、价值和方法。法学思维具

有以下特点：

（一）法学思维是实践思维。

（二）法学思维是以实在法（法律）为起点的思维。

（三）法学思维是问题思维。

（四）法学思维是论证的思维、说理的思维。

（五）法学思维是评价性思维。

二、法学方法

从狭义上讲，法学方法，主要是指法律适用的方法。

法学方法的主要任务是指导法官和其他法律从业者如何“发现法律”，即从有效的法律中去获得法，以为其所面临的法律问题或纠纷找到裁判的根据。

以事实的认定和法律规范的寻找为中心，法学方法论所研究的主要问题包括：（1）法条的理论；（2）案件事实的形成及其法律判断；（3）法律的解释；（4）法官从事法的续造之方法；（5）法学概念及其体系的形成。这其中又包括法律解释的方法、法律推理的方法、法律论证的方法、体系建构的方法等等。

第三节　法理学

一、法理学一词的演变及含义

在我国，“法理学”作为学科的名称也几经变更。

法理学研究的对象主要是法和法学的一般原理（哲理）、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些法律制度运行的机制。因而，就制度层面言，法理学是一门研究所有法律制度中的一般问题、原理、原则和制度的学问。它是对每一法学学科中带有共同性、根本性的问题和原理作横断面的考察。具体而言，法理学研究的主要问题包括：

1）什么是“法”？“法”以什么形式存在？我们在哪里去找到或者能够找到“法”？

2）法为什么有效？它为什么具有强制性？

3）我们如何看待法的本质和价值？

4）法有什么作用？它要达到什么目的？法是可有可无的吗？

5）法是为谁服务的？法与道德、正义、政治、社会实践或者与赤裸裸的暴力之间有什么联系？法在多大程度上体现公正或者能够体现公正？

6）谁（有权）创制法？法是怎样适用和发展的？我们为什么应当遵守法律？

二、法理学体系

法理学的体系由以下部分构成：（1） 法本体论（法概念论），研究法的概念、本质、作用、效力等；（2）法价值论，研究法的价值、价值冲突及其解决的原则等；（3）法认识论，研究法学知识形成的条件、法的主观性和客观性、法学认识的局限等；（4）法学方法论，重点研究法律适用中的技术和方法，如法律解释、法律推理、法律论证等。

三、法理学在法学体系中的作用与地位

（一）法学体系

法学体系是由法学各个分支学科构成的有机联系的统一整体。包括：

1．理论法学。

2．法律史学。

3．国内应用法学。

4．外国法学和比较法学。

5．国际法学。

6．法学的交叉学科（边缘法学）。

（二）法理学的地位

在整个法学体系中，法理学居于一种非常独特的地位。强化法理学的基础地位，深化法理学的研究，对于建立一国法学体系是至关重要的。

法理学与法学其他学科的结合，反过来对于法理学自身的发展也同样有十分重要的影响。

四、学习法理学的意义

1．人类精神的演化和科学的进步离不开思辩的哲学。

2．法理学不仅为人们提供学习法律的人门知识，而且更重要的是培养法律和法学工作者的见识和境界。

3．法理学重在训练人们的法律思维方式和能力。

本章思考题

在某个学术研讨会上，甲、乙、丙三位学者分别就“法理学”一词作了不同的解释：甲说：“法理学就是法哲学，研究法律中的哲学问题，比如法律原则、概念、制度、方法等。”乙说：“法理学是研究社会现实问题的学问，相当于法社会学。”丙说：“法理学是研究刑法、民法、宪法、诉讼法等等法律部门如何适用问题的学问。”

你认为上述哪一种或哪些观点有道理？为什么？

本章推荐阅读书目

1．（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。

2．舒国滢：《从方法论看抽象法学理论的发展》，载《浙江社会科学》2004 年第 5 期。

3．林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社 2002 年版。

4．何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版。

5．舒国滢：《在历史丛林里穿行的中国法理学》，载《政法论坛》2005 年第 1 期。

第一编　法学的基本概念

第一章　法

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法概念的意义。

2．了解有关法概念的争议。

3．系统掌握法的形式特征，以便有效区分法与其他社会规范。

4．熟悉法的作用。

本章内容

讲课时数：3 学时

第一节　法的名称

一、中国历史上的法的名称

在汉语中，“法”一词的演变经过了一个较长的历史过程。

在哲理意义上，汉语的“法”，与“理”、“常”通用，指“道理”、“天理”或常行的范型和标准。清末民初，由于受日本的影响，国法意义上的“法”，则逐渐由“法律”一词代替。

二、西方历史上的法的名称

在欧洲大陆国家，同样也有表示哲理意义上的“法”与国法（人定法）意义上的“法”（法律）之不同名词。这一传统源于拉丁文。

“法”的语义不确定，必然会产生五花八门的“法”的概念。

第二节　法概念的争议

一、应然法与实然法

“应然法”，就是“应该是怎么样的法”，即根据其自身的特性而应达到某种理想或理念状态的法。所谓“实然法”，就是“实际上是怎么样的法”，即在现实中实际存在、实际发生效力、对人们的行为实际产生作用的法，有时也被称为“实际的法”。

二、自然法与实在法

“自然法”是英文 Natural　Law 的对译。按照西方学者的理解，自然法观念的起源，可以归结为人类心灵固有的活动，它促使人类心灵形成一种永恒不变的正义观念。

“实在法”是英文 Positive　Law 的对译，它也常常被译为“实证法”。法律实证主义认为，法是人类社会的产物，是有意识创造出来的行为准则。因此，只有实在法才是严格意义上的法律，是实际存在的、具有实际效力并可以精确分析的法律，也只有实在法才是法理学研究的对象。这种主张被称为“恶法亦法”。

三、“国法”及其外延

我们所要研究的法的概念，笼统地讲，乃是指“国法”（国家的法律）。其外延包括：（1）国家专门机关（立法机关）制定的“法”（成文法）；（2）法院或法官在判决中创制的规则（判例法）；（3）国家通过一定方式认可的习惯法（不成文法）；（4）其它执行国法职能的法（如教会法）。

第三节　法的特征

一、法的规范性

所谓法的规范性，是指法所具有的规定人们的行为模式并以此指引人们行为的性质。它表现在：法律规范规定了人们的一般行为模式和法律后果、从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括三种：（1）人们可以怎样行为（可为模式）；（2）人们不得怎样行为（勿为模式）；（3）人们应当或必须怎样行为（应为模式）。

相对于其他社会规范的规范性而言，法的规范性是特殊的。

二、法的国家意志性

法作为特殊的社会规范，其所体现的不是所有的人的意志，而是国家的意志。

一切法的产生，大体上通过制定和认可这两种途径。

体现国家意志的法具有统一性和权威性。

法是实现国家意志的重要手段。没有法，国家也就不成其为国家。

但国家意志并不总是通过法来表达的。国家意志的表现形式是多方面的，它可以表现为法，也可以在政治（政策）、伦理等领域得以体现。

法通过“国家制定或认可”表达国家意志，这是法与其他社会规范的区别之一。

三、法的国家强制性

法不同于其它社会规范，它具有特殊的强制性，即国家强制性。

法之所以必须由国家强制力保证实施，取决于下面两个原因：其一，法不能始终为人们自愿地遵守，需要通过国家强制力强迫遵行。其二，法不能自行实施，需要国家专门机关予以适用。

法具有国家强制性，但这种强制性又不能理解为纯粹赤裸裸暴力强迫的属性，它必须具有道德上的正当性。

四、法的普遍性

法的普遍性，是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。具体而言，它包含两方面的内容：其一，法的效力对象的广泛性；其二，法的效力的重复性。

法的普遍性与法的规范性密切相关。

任何社会规范都有普遍适用的特点。但比较而言，法与其他社会规范普遍适用的范围有所不同。

法有普遍性，并不等于法具有绝对性和无限性。

五、法的程序性

法是一个程序制度化的体系或制度化解决问题的程序。

法治发展的程度，事实上取决于一个国家法律制度程序化的程度及对法律程序的遵守和服从的状态。一个没有程序或不严格遵守和服从程序的国家，就不会是一个法治国家。

相对来说，其他社会规范就不具有严格的程序性，至少它们的程序性不像法的程序性表现得明显和严格。

六、法的可诉性

“可诉性”（justiciability）是现代国家法律的一个重要特征。它包括两个方面：（1）可争讼性。（2）可裁判性（可适用性）。

道德、宗教规范、政策等等不具有直接的法律效力，也不具有直接的可诉性。

法是一种特殊的社会规范，即具有规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性、程序性与可诉性的社会规范或行为规范。从结构上看，法这种社会规范又是一个由各具体的法律规范（规则和原则）所构成的相互联系的整体（体系），其内容规定的主要是人们相互交往的行为模式，即人们的法律权利和法律义务。法通过权利与义务的规定来调整一定的社会关系，维护一定的社会秩序。

第四节　法的作用

一、法的作用的含义

法的作用是指法作为一种特殊的社会规范对人们的行为和社会生活所产生的影响和结果。

法的作用的实质是国家意志和国家权力运行的表现。

二、法的规范作用

法的规范作用是法自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响。

（一）指引作用。法的指引作用表现为：法律作为一种行为规范，为人们提供某种行为模式，指引人们可以这样行为，必须这样行为或不得这样行为，从而对行为者本人的行为产生影响。有两种方式：（1）有选择性的指引。（2）确定性的指引。

（二）评价作用。法的评价作用表现在：法律对人们的行为是否合法或违法及其程度，具有判断、衡量的作用。法的评价作用同其指引作用是分不开的。

（三）预测作用。法律的预测作用表现在：人们可以根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果。它分为两种情况：（1）对如何行为的预测。（2）对行为后果的预测。

（四）教育作用。法的教育作用表现在：通过法律的实施，法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。主要是通过以下方式来实现的：（1）反面教育。（2）正面教育。

（五）强制作用。法的强制作用表现在：法为保障自己得以充分实现，运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。

三、法的社会作用

法的社会作用是法为实现一定的社会目的和任务而发挥的作用。

（一）维护社会秩序与和平。

（二）推进社会变迁。

（三）保障社会整合。

（四）控制和解决社会纠纷和争端。

（五）促进社会价值目标的实现。

四、法的作用的局限性

在法律社会中，法的作用是不容低估的：法以其独特的方式对人类生活发生着重要的影响。

但是，法律的作用不是万能的，而是具有一定的局限性。这种局限性主要体现在以下几个方面：（1）法的作用的范围不是无限的。（2）法律只是调整法律所能调整的社会关系的一种方法。（3）法律与事实之间的对应难题也不是法律所能够完全解决的。（4）法律自身的缺陷也影响其发挥作用。

总之，在认识法的作用时，必须注意“两点论”：对法的作用既不能夸大，也不能忽视；既认识到法不是无用的，又要认识到法不是万能的；既要反对“法律无用论”，又要防止“法律万能论”。

本章思考题

1．分析

案情：张某在开车上班途中，发现赵某被汽车撞伤，倒在地上。张某将张某扶进自己的汽车，闯过六个红灯，将赵某送到医院。后张某由于违反交通管理条例的规定被交通警察罚款 200 元。

问题分析：

（1）交通警察对张某罚款 200 元，体现了自然法理论的基本立场，还是法律实证主义的基本立场？

（2）假如你为张某的行为辩护，那么应当站在什么样的法学立场上？

2．思考

案情：英国某法院曾审理一件颇为棘手的刑事案。一名叫乔治的年轻人设法进入某皇家空军机场，坐在机场跑道上观看天上的飞机，被警察带走并于几天后被送上法庭。乔治的辩护律师为其辩到：《官方机密条例规定》：“不得在禁区附近妨碍皇家军队成员的行动”。虽然军用机场是个“禁区”，乔治也妨碍了皇家军队成员的行动，但是，他不是在“禁区附近”而是在“禁区里”做的事。条例只规定了“在……附近”，没有规定“在……里”，所以依据这条规定是不能处罚乔治的。律师还提醒法官注意，英国是个法治国家，法无明文规定不为罪。法官在对此案进行裁决时甚感为难。

根据上述案情，分析以下问题：

（1） 认为法的作用有局限性吗？

（2）如果法有局限性，那么结合本案，请分别列出哪些情节能够说明这一点？

本章推荐阅读书目

1．季卫东：《程序比较论》，载《比较法研究》1993 年第 1 期。

2．（德）魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版。

3．（英）约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2001 年版。

4．付子堂：《法律功能论》，中国政法大学出版社 1999 年版。

第二章　法的内容与形式

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解权利与义务的概念及其相互关系。

2．熟悉成文法与不成文法。

3．了解有关两大法系的知识。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法的内容与形式的概念

一、法的内容和形式的含义

所谓“法的内容”，就是指构成法的内在要素，即法律规范及其构成要素。所谓“法的形式”，就是法的内容的表现方式，是法的内容要素的外在结构和组织形态。

二、法的内容和形式的关系

在法的内容和形式的相互关系中，法的内容是主要的、决定的方面。内容决定和支配形式，有什么样的法的内容，就有什么样的法的形式。

法的形式并不是完全消极、被动的，它对其内容具有相对的独立性，而且能动地反作用于法的内容，影响、制约着法的内容的发展变化。

由于法的内在矛盾和各种条件的影响，法的内容与形式的关系可能呈现出复杂性。

第二节　法律权利与法律义务

一、权利和义务的概念

（一）研究权利和义务概念的重要性

权利和义务是法的核心内容和要素，是贯穿于法的各个领域、环节、法律部门和整个法的运动过程的法律现象。

（二）权利的概念

所谓法律权利，是指由国家通过法律加以许可的自由意志支配的行为范围。

一个完整的法律权利的结构，实际上是三个权利要素——自由权、请求权和诉权的统一。

（三）义务的概念

义务是国家通过法律规定，对法律主体的行为的一种约束手段，是法律规定人们应当作出和不得作出某种行为的界限。义务在结构上包括两个部分：第一，义务人必须根据权利的内容作出一定的行为，这在法学上被称为“作为义务”或“积极义务”。第二，义务人不得作出一定行为的义务，被称为“不作为义务”或“消极义务”。

（四）权力的概念

在现代汉语词汇和法律规定中，权利和权力，特别是公民权利和国家权力是有严格区分的。

所谓权力，就是国家机关代表国家或公共利益以国家的强制力为支持而从事一定的行为并对一

定的人或物产生实际影响的能力。

二、权利和义务的分类

（一）基本权利和义务与普通权利和义务。
（二）一般权利和义务与特殊权利和义务。
（三）第一性权利和义务与第二性权利和义务。
（四）行动权利和消极义务与接受权利和积极义务。
（五）个体权利和义务、集体权利和义务。

三、权利和义务的相互联系

1．从结构上看，二者是紧密联系、不可分割的。
2．从数量上看，二者的总量是相等的。
3．从产生和发展看，二者经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。
4．从价值上看，权利和义务代表了不同的法律精神。

第三节　法的成文形式与不成文形式

一、历史上各种法的表现形式

在历史，法的形式大体上可以分为习惯法、判例法、制定法等。

二、成文法与不成文法

1．成文法与不成文法的概念
2．成文法相对于不成文法的优点及其影响
3．不成文法相对于成文法的优点及其影响

三、法的形式与法的传统

传统之于法，就不仅具有经验意义上的历史价值，而且就是现实法的组成部分。

第四节　法　系

一、法系的概念

法系是指具有某种共性或共同历史传统的法律的总称，也即根据这种共性或历史传统来划分法的类别，凡属于具有某种共性或传统的法律就构成一个法系。

二、民法法系

民法法系，是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它首先产生于欧洲大陆，以民法为典型，以法典化的成文法为主要形式。

属于民法法系的国家和地区除了法国、德国及拉丁和日耳曼语系各国外，还包括日本、埃及、阿尔及利亚、埃塞俄比亚等，中美洲的一些国家和国民党统治时期的旧中国也属于这一法系。

三、普通法法系

普通法法系，是以英国自中世纪以来的法律，特别是它的普通法为基础而发展起来的法律的总称。

普通法法系的范围，除英国（不包括苏格兰）、美国外，主要是曾是英国殖民地、附属国和地区，如印度、巴基斯坦、新加坡、缅甸、加拿大、澳大利亚、马来亚、新西兰以及非洲的个别国家、地区。

四、民法法系与普通法法系之比较

首先，法的渊源不同。

其次，法典编纂的不同。

第三，在适用法律的技术方面不同。

第四，法的分类不同。

第五，诉讼制度不同。

本章思考题

1．根据本章内容，试总结大陆法系和英美法系的主要区别。

2．以下事例与英美国家的判例法制度有何相似之处？二者之间有无不同？该人民法院采取这种做法，对审判工作有何益处、有何不足？

2002 年 8 月上旬，郑州市中原区人民法院审理一起盗窃案时，承办法官发现，该案与该院不久前审结的另一起盗窃案相比，无论是被告人采取的犯罪手段、盗窃金额还是悔罪表现，都非常相似，便比照此先例做出基本一致的判决。

据报导，从 2002 年上半年以来，中原区法院不仅在刑事审判方面，在民事、行政审判方面，也都大胆地尝试过“先例判决”制度。这在郑州引起了不小的社会震动。

本章推荐阅读书目

1．（德）茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版。

2．（法）勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版。

3．（日）大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社 1999 年版。

4．（美）约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社 1984 年版。

5．沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

6．封丽霞：《法典编纂论——一个比较法的视角》，清华大学出版社 2002 年版。

第三章　法的渊源与法的分类

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法的渊源的概念；

2．掌握不同类型的法的渊源所具有的实践意义；

3．熟悉法的基本类别。

本章内容

讲课时数：3 学时

第一节　法的渊源的概念

一、法的渊源释义

所谓法律渊源，就是指被承认具有法的效力、法的权威性或具有法律意义并作为法官审理案件之依据的规范或准则来源，如制定法（成文法）、判例法、习惯法、法理等等。

法的渊源又可分为两种。一种是有约束力的渊源。另一种是虽无约束力但却可以有参考作用，即说服力意义上的渊源。

法的渊源理论具有重要的价值和功用。

二、法的渊源与法的形式的区别

法的形式主要指法所实际存在的方式或形态。在此意义上，法官在其判决中所寻找的“正式法源”，其实也就是法（国法）的形式。但不能就此说，法的形式和正式法源是可以相互代替的，它们具有不同的意义和不同的认识角度，归属不同的概念框架和范畴。

三、法的渊源的种类

现代国家法的渊源主要包括：①立法。②国家机关的决策、决定或阐释。③司法机关的判例和法律解释。④国家和有关社会组织的政策。⑤习惯。⑥道德规范、正义观念、宗教规则。⑦理论学说（特别是法律学说）。⑧乡规民约、社团规章以及其他民间合约性规则。⑨外国法。⑩国际法。

第二节　正式法源

一、正式法源的含义

所谓正式法源，是那些具有明文规定的法律效力并且直接作为法官审理案件之依据的规范来源，如宪法、法律、法规等，主要为制定法，即不同国家机关根据具体职权和程序制定的各种规范性文件。

二、当代中国的正式法源

（一）宪法

（二）法律

（三）行政法规

（四）地方性法规
（五）民族自治法规
（六）经济特区法规
（七）特别行政区的规范性文件
（八）国际条约

三、正式法源的一般效力原则

（一）法律位阶的适用顺序
（二）法律位阶的冲突规则
（三）国际条约在国内的适用问题

第三节　非正式法源

一、非正式法源的含义和种类

非正式法律渊源则指那些不具有明文规定的法律效力、但却具有法律意义并可能构成法官审理案件之依据的准则来源。

（一）权威法学理论
（二）公平、正义等公认的社会价值观念
（三）公共政策

二、当代中国的非正式法源

（一）习惯
（二）判例
（三）政策

第四节　法的分类

一、法的分类的概念

法的分类是指从不同的角度，按照不同的标准，将法律规范分为若干不同的种类。
法的分类要遵循一定的标准，根据不同的标准，可以有不同的分类。

二、法的一般分类

（一）国内法和国际法
（二）根本法和普通法
（三）一般法和特别法
（四）实体法和程序法

三、法的特殊分类

（一）公法和私法
（二）普通法和衡平法
（三）联邦法和联邦成员法

本章思考题

1．讨论

2002 年，某省人大制定了一个有关本省未婚女性可以通过试管婴儿的方式生育后代的地方性法规，同时，国务院卫生部向全国医院系统下发了有关禁止通过试管婴儿的方式生育后代的规定。假设某女 A 要求 B 医院为其实施通过试管婴儿生育后代的某些医学措施，B 医院拒不接受，后诉至 C 法院。

问题讨论：C 法院的法官 D 如何对此案做出判决？为什么？

2．分析

假设某家族存在如下习惯——“未按时参加家族祭祀祖先的活动者，视为藐视祖先，因而剥夺其继承权”，假设家族成员 A 因为未能按时参加当年的祭祀活动而被剥夺了遗产继承权。后 A 诉至法院。他所持的理由有二：其一，A 本身既缺乏劳动收入、又缺乏生活来源；其二，我国《继承法》13 条第 2 款规定：“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。”

问题分析：如果你是一个法官，对于这个案件如何处理，请说明理由。

本章推荐阅读书目

1．（德）魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版。

2． 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版。

第四章　法的效力

本章学习目的
通过本章的学习，学生应该能够：
1．掌握法的效力的概念
2．了解法的效力的范围
3．熟悉法的溯及力的相关理论。
本章内容
讲课时数：1 学时

第一节　法的效力概述

一、法的效力的意义

法的效力是法律发挥指导人们行为、确立社会秩序的先决条件。

二、法的效力的概念

所谓法的效力，是指法律对法律主体的约束力或拘束力。其通常包含广狭二义。
具有法的效力的法律必须是现行法。

三、法的效力范围

所谓法的效力范围，是指规范性法律文件或者制定法在什么时间、何种空间以及对于何种对象有效，从而产生行为拘束的后果。具体分为如下三个部分：其一，法的时间效力范围。其二，法的空间效力范围。其三，法的对人效力范围。

四、法的效力的层次

（一）法的应然效力。
（二）法的事实效力（法的实效）。
（三）法的道德效力。

第二节　法的时间效力

法的时间效力，是指法何时开始生效、何时终止效力，以及法对于其生效前的事件或者行为是否具有溯及力的问题。

一、法的生效时间

（一）法律自公布之日起生效
（二）其他类型的生效时间
1．法律本身规定具体的生效时间
2．参照其他法律确定本法律的生效日期
3．自法律试行之日起生效
4．自法律文件到达之日起生效

二、法的失效时间

（一）明示的废止
（二）默示的废止

三、法律溯及力

（一）法律溯及力的概念与原则

法律溯及力，又称法律溯及既往的效力，是指新的法律颁布后，对其生效以前所发生的事件和行为是否适用的问题。如果适用，新的法律就具有溯及力；如果不适用，新的法律就没有溯及力。一般说来，法律溯及力有两种情况：对于法律生效之前的时间和行为不适用该法的，称为“不溯及既往”原则；与此相适应，如果法律追究生效之前的事件和行为，则称为“溯及既往”原则。

法律溯及力的原则有四：

1．从新原则。
2．从旧原则。
3．从新兼从轻原则。
4．从旧兼从轻原则。

（二）通行标准

当今，绝大多数国家采用有条件地否定法不溯及既往原则，而是采用“从旧兼从轻”的原则。具体而言，这项原则包括以下内容：

1．绝对禁止溯及既往。

2．可以溯及既往（1）：如果是法律以外的其他法律，如果经过立法者的衡量，有溯及既往的必要时，则可以加以规定。

3．可以溯及既往（2）：如果法律授予利益时，不论法律属于何种类别，都可以溯及既往。

第三节　法的空间效力

法的空间效力是指法生效的地域范围，即在什么空间范围内可以发挥其效力。

一、法的域内效力

（一）在全国范围内生效。
（二）在局部地区生效。

二、法的域外效力

第四节　法的对人效力

法的对人效力，是指一个国家的法律对哪些人有效的问题。

一、对人效力的原则

1．“属人主义”原则。
2．“属地主义”原则。
3．“保护主义”。
4．“折衷主义”。

二、我国法律的对人效力

1．对中国公民的效力

2．对外国公民的效力

本章思考题

1．讨论

赖昌星犯走私罪，最后逃往加拿大。请学生们依据法对人效力的四个原则，讨论在不同原则支持之下，赖昌星是否应当受到我国法律的约束。

2．分析

材料：1948 年联合国《世界人权宣言》第十一条第二款规定：“ 任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”1966 年联合国《公民权利和政治权利国际公约》第十五条规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重於犯罪时适用的规定。如果在犯罪之後依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”

问题：请对上述规定从法理学上进行分析，并解释说明其理论依据。

本章推荐阅读书目

1．张根大：《论法律效力》，载《法学研究》1998 年第 2 期。

2．谢晖：《论法律效力》，载《江苏社会科学》2003 年第 5 期。

3．郭曰君：《论法的溯及力的几个问题》，载《中国社会科学院研究生院学报》，2004 第 1 期。

第五章　法律规范

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法律原则与法律规则的区别、法律部门的划分标准；

2．了解法律规则的结构和分类、法律规则的功能；

3．了解法律原则的适用条件。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法律规则

一、法律规范与法律规则的概念辨析

法律规范是国家制定或认可的关于人们的行为或活动的命令、允许和禁止的一种规范。法律规范可以分为法律规则和法律原则。

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

二、法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构是指，法律规则在逻辑意义上是由哪些要素组成的以及它们之间的相互关系。

任何法律规则在逻辑意义上是由假定、行为模式和法律后果等三个要素组成的。

（一）假定

（二）行为模式

（三）法律后果

三、法律规则与法律条文的关系

法律规则属于法律规范，法律条文表述为规范性陈述或语句。前者属于意义的范畴，后者属于表达的范畴。

法律规则是法律条文所表达的意义或内容，法律条文是法律规则的表达形式或载体。

法律规则与法律条文的关系有以下几类：

1．一个法律规则是由同一个规范性法律文件中的数个法律条文来表达的。

2．一个法律规则是由不同规范性法律文件中的不同法律条文来表达的。

3．同一个法律条文表达了不同法律规则的要素。

4．一个法律条文仅表达了某个法律规则的某个要素或若干个要素。

四、法律规则的分类

（一）授权性规则和义务性规则

（二）强行性规则和任意性规则

（三）确定性规则、委任性规则和准用性规则。

第二节　法律原则

一、法律原则的含义

法律原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的原理或价值准则的一种法律规范。

法律原则作为一种规范的独特性质是它要求其所规定的内容在相关的法律和事实的可能范围内得到最大程度的实现，因此，它是最佳化的命令。法律原则具有重量或重要性面向。

法律原则是立法者将其选择确定的基本价值规范化或法律化，体现了法律的主旨和精神品格，反映了一个社会的根本价值和社会发展趋势。

在用语上，法律原则与法律原理（Doctrines　of　Law）是有一定区别的：前者是法律规范之一，属于正式的法的渊源。

二、法律原则的分类

（一）公理性原则和政策性原则
（二）基本原则和具体原则
（三）实体性原则和程序性原则

三、法律原则与法律规则的区别

（一）在性质上的不同。
（二）在适用范围上的不同。
（三）在初始性特征上的不同。
（四）规则的冲突与原则的竞争的解决方式不同。

四、法律原则的功能

（一）指导功能。
（二）评价功能。
（三）裁判功能。

五、法律原则的适用条件和方式

（一）法律原则的适用条件
1．穷尽法律规则，方得适用法律原则
2．除非为了实现个案正义，否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则
（二）法律原则的适用方式

本章思考题

1．分析

案情：1994 年黄永彬与张学英相识，于 1996 年底公开以夫妻名义租房同居。2001 年 2 月，黄永彬被确诊为肝癌晚期，住院治疗期间，张学英不顾他人的嘲笑和挖苦，俨然以妻子身份陪侍在黄的病床前。2001 年 4 月，黄立下公证遗嘱，将其去世后的住房补贴、公积金和原住房售价的一半赠给张学英。黄去世后，由于其妻蒋伦芳拒绝执行该遗嘱，张学英诉至法院。最后法院以原告与被告丈夫间的婚外情为由，认定被告丈夫的遗赠财产给原告的协议违背我国《民法通则》第 7 条关于

“民事活动应当尊重社会公德”的法律原则（该原则在民法上被称之为“善良风俗”原则），宣告该遗赠协议无效。

结合上述案情，分析以下问题：

（1）该案中法院法律原则的适用出于何种考虑？是为了防止个案的不公正，还是为了弥补法律漏洞？

（2）你是否认为如果判决黄的遗嘱有效会产生极端不公正的结果？

（3）法官在适用法律原则时应慎重考虑哪些因素？

2．思考

法律规则有哪些分类？这些分类有什么意义　？

本章推荐阅读书目

1．（美）罗纳德•德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998 年版。

2．（德）卡尔•拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。

3．徐国栋：《民法基本原则解释－－成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社 1992 年版。

4．舒国滢：《法律原则适用的困境－－方法论视角的四个追问》，载《苏州大学学报》2005 年第 1 期。

第六章　法律体系

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．理解法律体系的概念

2．了解法律部门划分的标准

3．熟悉中国现行法律部门。

本章内容

讲课时数：1 学时

第一节　法律体系与法律部门的概念

一、法律体系的概念

（一）法律体系的含义和特征

所谓法律体系是指由根据一定的标准或原则将一国制定和认可的现行全部法律规范划分成若干的法律部门所形成的有机联系的整体。

法律体系通常具有以下特征：

1．法律体系是由一国的法律规范所构成的体系。

2．法律体系是一国现行法律规范所构成的体系。

3．法律体系是由一定组织结构（法律部门）所构成的体系。

4．法律体系是一个有机联系的整体。

（二）法律体系与相关概念的区别

1．法律体系和法系

2．法律体系和法学体系

（三）法律体系的形成和研究意义

1．法律体系形成的特征

2．法律体系研究的现实意义

二、法律部门的概念

（一）法律部门的含义和特点

所谓法律部门，亦称部门法，是指根据一定的标准或原则对一国现行的全部法律规范进行划分所形成的同类法律规范的总称。通常具有相同的调整对象或者兼具相同的调整方法的法律规范构成一个法律部门。构成法律体系的法律部门通常具有以下特点：

1．法律部门是同类法律规范构成的整体。

2．法律部门具有相对独立性。

3．法律部门之间具有协调统一性。

4．法律部门类别具有相对稳定性。

5．法律部门具有开放性。

（二）法律部门的划分标准

概括起来主要有三种观点：一是多重标准说。认为法律部门的划分既要考虑法律的调整对象，又要考虑法律的调整方法，还要兼顾与此相关的其他因素。二是主辅标准说。认为划分法律部门以

法律的调整对象为主要标准，以法律调整方法为辅助标准。三是惟一标准说。认为法律部门的划分只以法律的调整对象为标准，不需要考虑其他因素。目前学界普遍采用主辅标准说。

第二节　当代中国的法律体系

一、当代中国的主要法律部门

（一）宪法及宪法相关法部门
（二）民法商法部门
（三）行政法部门
（四）经济法部门
（五）社会法部门
（六）刑法部门
（七）诉讼与非诉讼程序法部门

二、“一国两制”与当代中国法律体系问题

1．“一国两制”下的法律状况打破了当代中国单一性质的法律体系格局

2．“一国两制”下的法律状况导致法律体系内部产生更多冲突，法律体系的统一性和协调机理受到挑战

本章思考题

1．以下法律规范属于何种法律部门？为什么？

（1）根据我国《收养法》第 15 条第 1 款的规定，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。

（2）根据我国《公司法》第 72 条第 1 款的规定，有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

（3）根据我国《香港特别行政区基本法》第 13 条第 1 款的规定，中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。

（4）根据我国《劳动法》第 73 条第 1 款的规定，劳动者在退休、患病、负伤、因工伤残或者患职业病、失业、生育等情形下，依法享受社会保险待遇。

2．结合本章内容分析法律体系的特征以及法律部门的划分原理。

本章推荐阅读书目

1．（英）约瑟夫·拉兹：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社 2003 年版。

2．（俄）B.B.拉扎列夫主编：《法与国家的一般理论》，王哲等译，法律出版社 1999 年版。

3．黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版。

4．孙国华主编：《中国特色社会主义法律体系前沿问题研究》，中国民主法制出版社 2005 年版。

5．文正邦：《关于“一国两制”的法哲学思考》，载《现代法学》1997 年第 3 期。

第七章　法律行为与法律意识

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．理解法律行为的概念

2．了解法律行为的种类

3．了解法律意识的分类。

本章内容

讲课时数：1 学时

第一节　法律行为

一、法律行为的涵义与特征

所谓法律行为，就是人们所实施的、能够发生法律上效力、产生一定法的效果的行为。法律行为具有下列特点：

1．法律行为是具有社会意义的行为

2．法律行为具有法律性

3．法律行为是能够为人们的意志所控制的行为，具有意志性

二、法律行为的结构

（一）法律行为的内在方面

1．动机

2．目的

3．认知能力

（二）法律行为的外在方面

1．行动（行为）

2．手段

3．结果

三、法律行为的分类

1．个人行为与集体行为、国家行为

2．单方行为与多方行为

3．自主行为与代理行为

4．合法行为与违法行为

5．公法行为与私法行为

6．积极行为与消极行为

7．主行为与从行为

8．（意思）表示行为与非表示行为

9．要式行为与非要式行为

10．完全行为与不完全行为

第二节　法律意识

一、法律意识的涵义、结构及形成

法律意识是人们关于整个法律现象（特别是现行法）的观点、感觉、态度、信念和思想的总称。

法律意识的构成要素有：（1）法律观点；（2）法律感觉；（3）法律态度；（4）法律信念；（5）法律思想。

从认识过程看，法律意识在结构上又可以分为法律心理和法律思想这两个认识阶段或认识层次。

二、法律意识的分类

1．个人法律意识、群体法律意识和社会法律意识
2．传统法律意识、现代法律意识和后现代法律意识
3．法律职业者的法律意识和非法律职业者的法律意识
4．占统治地位的法律意识和不占统治地位的法律意识

三、法律意识的功能

1．认识和评价功能
2．调整和指导功能
3．传播和教育功能

本章思考题

1．思考

思考并判断以下说法是否正确，并说明理由。

（1）“法律行为的可控性是指法律行为可以受到法律的控制，而不受个人意志的影响。”

（2）“法律行为是以需要为机制的，由行为人的需要所推动或引发的，是一种对象性的实践活动，体现了一定的社会价值。”

（3）“不管行为者主观意图如何，其行使权利、履行义务或违反义务的行为，必然伴随着他人的相应行为。”

2．分析

案情：1988 年 1 月 7 日，原告张某与被告辛某在河北省廊坊市安次区新开路街道办事处协议离婚。协议约定：婚生男孩小辛（1985 年 6 月生）归女方抚养，男方每月付抚育费 25 元，每月男方可看望孩子，并能接回北京（即男方家）住几天；双方如有一方再婚，孩子归没再婚一方抚养；双方都再婚，按原协议办。1989 年 1 月，张某再婚后，辛某几次去接孩子未成。1990 年 1 月 9 日，辛某从张某之母家，强行将孩子接回北京。张某以侵害抚养权、监护权为由，向住所地法院起诉。

问题分析：法院是否应当判决被告侵害了原告的监护权，构成侵权行为？为什么？

（提示：本案的关键争点是对原告张某行为之性质的认定）

3．讨论

案情：当事人于某、王某、孟某系上下楼层的邻居，其中于某居 2 层，王某居 4 层，孟某居 6 层。1988 年 4 月 30 日早上，王某发现自己家的厕所和下水道堵塞，大便池返水，当即告知 5．6．7 层等几户邻居停用厕所和下水道，同时到楼房管理单位找维修工修理，但正值“五一”节休假，维修工均未上班，无法进行修理。5 月 3 日晚，王某回家，见从厕所返出的水已将自己家的地板淹满，

其中于某的 2 层和 3 层居民屋子也被水淹。王某再次上楼制止各邻居用水，发现孟某正在用水，当即予以制止。于某家因被水淹，电视机、墙壁、地板遭受不同程度的损坏，检修电视机花费 110 元，粉刷墙壁花费 50 元，维修地板花费 20 元，共计 180 元。于某以孟某、王某为被告，提出损害赔偿之诉。

案件争点：对本案王某、孟某的行为是否具有违法性，即是否构成违法行为，有三种不同意见：（1）王某、孟某的行为具有违法性，构成违法行为的要件；（2）王某、孟某的行为不具有违法性，不构成违法行为的要件；（3）王某的行为不具有违法性，孟某的行为具有违法性。

问题讨论：对本案中王某、孟某的行为是否构成违法行为，谈谈你的看法和理由。

本章推荐阅读书目

1．张文显主编：《法理学》，法律出版社 1999 年版。
2．张文显主编：《法理学》，北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版。
3．魏振瀛主编：《民法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版。
4．董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 1994 年版。
5．王利明：《法律行为制度的若干问题探讨》，载《中国法学》2003 年第 5 期。

第八章　法律关系

本章学习目的
通过本章的学习，学生应该能够：
1．掌握法律关系的性质、特征；
2．了解法律关系的构成因素（主体、客体和内容）；
3．熟悉法律关系产生、变更和消灭的条件。
本章内容
讲课时数：2 学时

第一节　法律关系的概念

一、法律关系的定义与特征

所谓法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。
法律关系具有如下特征：
（一）法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系，具有合法性
（二）法律关系是体现意志性的特种社会关系
（三）法律关系是特定法律关系主体之间的权利和义务关系

二、法律关系的种类

（一）纵向（隶属）的法律关系和横向（平权）的法律关系
（二）单向（单务）法律关系、双向（双边）法律关系和多向（多边）法律关系
（三）第一性法律关系（主法律关系）和第二性法律关系（从法律关系）

第二节　法律关系主体

一、法律关系主体的概念和种类

法律关系主体是法律关系的参加者，即在法律关系中一定权利的享有者和一定义务的承担者。
在中国，根据各种法律的规定，能够参与法律关系的主体包括以下几类：
（一）公民（自然人）
（二）机构和组织（法人）
（三）国家。

二、法律关系主体构成的资格

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

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

世界各国的法律，一般都把本国公民划分为完全行为能力人、限制行为能力人　和无行为能力人。

法人组织也具有行为能力，但与公民的行为能力不同。法人的行为能力和权利能力却是同时产生和同时消灭的。法人一经依法成立，就同时具有权利能力和行为能力，法人一经依法撤销，其权利能力和行为能力就同时消灭。

第三节　法律关系的内容

一、法律关系主体的法律权利和法律义务

法律关系的内容就是法律关系主体之间的法律权利和法律义务。它是法律规范所规定的法律权利与法律义务在实际的社会生活中的具体落实。

二、权利行使和义务履行之界限

就法律关系主体之权利行使本身来讲，它在现实法律生活中总是表现为权利人的外在的行为，因而有一个适度的范围和限度。超出了这个限度，就不为法律所保护，甚至可能构成“越权”或“滥用权利”。

如同权利行使是有限度的一样，法律关系主体之义务的履行也是有限度的。要求义务人作出超出“义务”范围的行为，同样是法律所禁止的。

第四节　法律关系客体

一、法律关系客体的概念

法律关系客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象。

法律关系客体是一定利益的法律形式。任何外在的客体，一旦它承载某种利益价值，就可能会成为法律关系客体。

二、法律关系客体的种类

（一）物

（二）人身

（三）精神产品

（四）行为结果。

第五节　法律事实

一、法律事实的概念

所谓法律事实，就是具有法律关联性的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。

二、法律事实的种类

（一）法律事件

（二）法律行为。

在研究法律事实问题时，我们还应当看到这样两种复杂的现象：（1）同一个法律事实（事件

或者行为）可以引起多种法律关系的产生、变更和消灭。（2）两个或两个以上的法律事实引起同一个法律关系的产生、变更或消灭。在法学上，人们常常把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体，称为“事实构成”。

本章思考题

案情：韩先生某日持所购京剧票去北京某剧院观看“新新京剧团”排演的现代京剧《智取威虎山》，不料该剧团在外地演出，因路途遥远未能及时返京，致使在京的演出不能如期举行。该剧院被迫安排了一场交响乐，韩先生以剧院违约为由向法院提起诉讼。法院认定剧院违约事实成立，判令剧院赔偿韩先生票款及路费等人民币 250 元。剧院又向法院提起诉讼，告“新新京剧团”违约，要求赔偿损失。

根据上述案情，分析以下问题：

（1）上面哪些人、单位或机构之间的关系构成法律关系?

（2）这些法律关系指向的客体是哪些?

（3）这个案例中，法律关系产生、变更的法律事实有哪些?

（4）在上面的法律关系中，哪是第一性的法律关系（主法律关系），哪是第二性的法律关系（从法律关系）?

本章推荐阅读书目

1．王勇飞、王启富主编：《中国法理纵论》，中国政法大学出版社 1996 年版。

2．王勇飞、张贵成主编：《中国法理学研究综述与评价》，中国政法大学出版社 1992 年版。

3．（苏联）尼·格·亚历山大洛夫：《苏维埃社会中的法制和法律关系》，宗生、孙国华译，中国人民大学出版社 1958 年版。

4．舒国滢：《“人”的法律意义》，载《法律学习与研究》，1990 年第 2 期。

第九章　法律责任与法律制裁

本章学习目的

1．理解法律责任的涵义；

2．分清法律责任的种类；

4．掌握归责与免责的概念，以及归责的基本原则、免责的基本情形。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法律责任的概念

一、法律责任的含义

所谓法律责任就是行为主体因为违法行为或违约行为，即没有履行法定义务或约定义务，或主体虽未违反法律义务、但仅仅因由于法律规定而应承担某种不利的法律后果。

法律责任产生原因有三种，一是违法行为；二是违约行为；三是仅仅因为法律特别规定。

二、法律责任的特点

法律责任作为社会责任的一种，与其他社会责任相比，其特点在于：一是法律责任的法定性。二是法律责任的国家强制性。

第二节　法律责任的分类与竞合

一、法律责任的分类

（一）民事责任、刑事责任、行政责任和违宪责任

（二）过错责任与无过错责任

（三）职务责任和个人责任

二、法律责任的竞合

法律责任竞合是指由于某种法律事实的出现，导致多种法律责任的并存或相互冲突。

法律责任竞合来自于法律规范竞合。实质上责任竞合也是规范竞合的表现形态。

对于发生在不同法律部门之间的责任竞合，不同责任并存，可以同时追究。对于发生在同一法律部门的责任竞合，不同责任的并存与冲突如侵权责任与违约责任，由受害人任选一种。

第三节　法律责任的归结和免除

法律责任的归结，是指对因违法行为所引起的的法律责任，进行判断、认定、追究及减免的活动。

一、一般法律责任的构成

（一）违法行为

（二）损害事实
（三）因果关系
（四）过错

二、法律责任的归结原则

（一）责任法定原则
（二）责任相称原则
（三）责任自负原则

三、法律责任的免除

法律责任的免除是指由于出现某种法律上规定的条件或法律上允许的条件，部分免除或全部免除行为人的法律责任。

法定的免责条件包括：（1）时效免责。（2）人道主义免责。（3）不可抗力、正当防卫、紧急避险免责。

私法的意定免责条件包括：（1）自愿协议。（2）受害人放弃。（3）有效补救。

公法的免责条件中有不可抗力、正当防卫、紧急避险和超过时效，此外还有自首或立功等。

第四节　法律制裁

一、法律制裁的概念

法律制裁是指特定国家机关按照法定权限和程序，对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。

二、法律制裁的种类

（一）民事制裁
（二）刑事制裁
（三）行政制裁
（四）违宪制裁

本章思考题

1．讨论

根据我国 1997 年 10 月 1 日起生效实施的《刑法》（又被称为新刑法）第 270 条的规定，将为他人保管的财物或者他人的遗忘物、埋藏物占为己有，数额较大且拒不交还的行为构成侵占罪，可以处以一定的刑罚。但是，在 1997 年 10 月 1 日之前，在我国具有法律效力的刑事法律是 1979 年 7 月 1 日通过的《刑法》（又被称为旧刑法）。旧刑法并未设置侵占罪。某甲于 1997 年 2 月 28 日拾得他人遗忘的手提包，手提包内有巨款。在失主某乙向其讨要时，某甲却拒不归还。

问题讨论：法院是否可以对某甲追究侵占罪的法律责任？为什么？

2．以下案例中出现的法律责任是一种什么性质的法律责任？这种法律责任具有何种特征？

2000 年 1 月 21 日，武汉市中级人民法院和武昌区人民法院联合执行组 5 名法官，依法搜查、查封了河南省汝州市人民代表大会常务委员会财务室，督促该人大常委会尽快履行偿付欠款的义务。该人大常委会是一家企业的组建挂靠单位。由于这家企业对外欠款，无力偿还，根据有关法律规定，法院认为应由该企业的挂靠单位——汝州市人大常委会——承担偿付义务。但是，该人大常

委会一直表示自己亦无力偿还。为了执行判决，法院采取了搜查、查封的行动。此后，该人大常委会表示，将积极履行自己的义务。

本章推荐阅读书目

1．王勇飞、王启富主编：《中国法理纵论》，中国政法大学出版社 1996 年版。
2．张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版。

第二编　法的运行

第十章　立　法

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握立法的原则；

2．熟悉我国立法的体制和程序；

3．了解法律汇编和法律编纂的知识。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　立法与立法体制

一、立法的含义与特征

立法是有权机关依照法定权限和程序制定法律的活动。既包括创制新法和立法认可，还包括对规范性法律文件的补充、修改和废止。立法具有如下特征：

（一）立法是有权立法的国家机关进行的活动

（二）立法是依法定程序进行的活动

（三）立法是有权立法的国家机关创制、补充、修改、认可或废止法律、法规的活动

二、立法体制

（一）立法体制的含义

立法体制是有关立法权限的划分所形成的结构和制度。

从立法体制的类型看，既有一元立法体制，也有二元或多元立法体制；既有单一立法体制，也有复合立法体制；既有一级立法体制，也有二级立法体制；既有民主立法体制，也有专制立法体制等等。

（二）我国现行立法体制

我国现行立法体制可以简略地概括为“一元二级多层次多分支”的结构体系。

三、立法原则

1．位阶原则。

2．明确性原则。

3．稳定性原则。

4．一致性原则。

5．公开性原则。

第二节　立法程序

一、立法程序的含义与特点

立法程序是指有权立法的机关在进行立法活动时必须遵守的法定次序、步骤和方法。立法程序主要有以下三方面含义：

1．它是有关立法活动次序、步骤和方法的规定。

2．它是所有的立法主体在进行立法时必须遵循的。

3．它的内容是由法律明确规定的。

二、当代中国制定法律的程序

（一）立法议案的提出

（二）法律案的审议

（三）法律案的表决和通过

（四）法律的公布

第三节　规范性文件的系统化

一、规范性文件与非规范性文件

规范性文件是规范性法律文件的简称，指有权制定法律规范的国家机关所发布的、具有普遍约束力的法律文件。它是法的正式渊源。

非规范性法律文件，简称非规范性文件，主要指国家机关在适用法的过程中发布的个别性文件，如判决、裁定、行政决定等。

二、规范性文件系统化的含义与意义

规范性文件系统化是指对已制定的规范性法律文件进行系统的整理、分类或加工，使之有序排列，便于实施的活动。

规范性文件系统化的意义主要有三个：（1）可以使不同机关在不同时期发布的各种规范性文件按一定标准分类集中。（2）可以及时发现并消除不同时期创制的规范性法律文件之间存在的矛盾和冲突。（3）有助于总结立法工作中的经验教训，不断提高立法水平。

三、规范性文件系统化的形式

（一）法律清理

法律清理是指有权立法的国家机关对一定时期和范围内的规范性法律文件予以审查、整理并确认其法的效力的活动。

（二）法律汇编

法律汇编是指将规范性法律文件按照一定的标准进行排列并汇辑成册的活动。它是对正在生效的法律的汇编，不能改变规范性法律文件的内容，因此不是立法活动，仅是一项技术性整理和归类活动。

（三）法律编纂

法律编纂是指对属于某一部门法或某类法律的全部规范性法律文件加以整理、修改、补充，删

除其矛盾、冲突、重叠的部分，增加适宜的内容，从而产生出一部新的、完备的法律。法律编纂是国家的一项重要立法活动。

本章思考题

1．思考

目前立法的一个明显的趋势就是向着专业化和正规化的方向发展。立法越来越重视法律专家的作用，在很多法律制定的过程中，都聘请了有法学家组成的起草小组，从而使中国立法越来越带有“法学家法”的色彩。在中国立法向着专业化和正规化发展的同时，普通百姓如何参与立法，立法如何反映广大人民群众的利益，已经成为一个重要的问题。

问题思考：请你结合立法的民主原则，思考如何促进立法的公众参与，使得立法能够更好地反映公共利益。

2．请阅读《中华人民共和国立法法》，比较全国人大和全国人大常委会在立法程序上有哪些不同？

本章推荐阅读书目

1．周旺生：《立法论》，北京大学出版社 1994 年版。

2．李步云主编：《立法学研究》，湖南人民出版社 1998 年版。

第十一章　法的实施

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握执法和司法的原则；

2．熟悉我国守法的范围；

3．了解法律监督的含义和种类。

本章内容

讲课时数：3 学时

法的实施是指法在社会生活中的运用和实现的活动与过程，具体来说是指通过执法、司法、守法和法律监督等途径，把法律规范具体作用于社会生活，使法作用于社会关系的活动。

法的实施的实质，就是将法律规范中规定的权利义务关系转化为现实生活中的权利义务关系，使法从抽象的行为模式变成人们的具体行为。

第一节　执　法

一、执法的含义与特征

（一）执法的含义

执法，又称法的执行，是指国家机关及其公职人员依照法定职权和程序，贯彻执行法律的活动。执法有广义和狭义之分。狭义的执法，则专指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权，履行职责，实施法律的活动称为“行政执法”。

（二）执法的特征

1．执法主体的特定性

2．执法内容的广泛性

3．执法活动具有主动性和单方面性

二、当代中国的执法主体

1．各级政府（包括国务院和地方各级人民政府）

2．各级人民政府中的职能部门

3．法律、法规授权的社会组织和行政机关委托的组织

三、执法的基本原则

（一）合法性原则

（二）合理性原则

（三）效率原则

第二节　司　法

一、司法的含义与特征

（一）司法的含义

司法，又称为法的适用，是指国家司法机关依据法定职权和程序，具体应用法律处理案件的专门活动。司法与行政执法一样，是法的实施的一种重要方式。

（二）司法的特征

1．主体特定性

2．程序法定性

3．判断的权威性

二、司法的基本原则

（一）平等原则

（二）合法原则

（三）司法独立原则

（四）司法责任原则

第三节　守　法

一、守法的含义

守法，又称法的遵守，是指国家机关、社会组织和公民个人依照法律规定，正确行使权利，切实履行义务的活动。

二、守法的构成要素

（一）守法主体

（二）守法范围

（三）守法内容

1．行使法律权利

2．履行法律义务

三、普遍守法的条件

（一）良好的法律品质

（二）良好的法律意识

（三）良好的法制环境

（四）良好的社会环境

第四节　法律监督

一、法律监督的含义

法律监督，通常有狭义和广义两种理解。狭义上的法律监督，是指专门国家机关依照法定职权和程序对法律实施所进行的监督。广义上的法律监督是指一切国家机关、社会组织和公民，对各种法律活动的合法性所进行的监督。

二、法律监督的构成要素

1．法律监督的主体

2．法律监督的客体
3．法律监督的内容

三、法律监督的分类

（一）国家监督和社会监督。
（二）系统内部监督和系统间监督。
（三）事前监督，事中（日常）监督和事后监督。

四、当代中国的法律监督体系

（一）国家监督
1．国家权力机关的监督
（1）合宪性和合法性监督。
（2）工作监督。
2．国家行政机关的监督
（1）一般行政监督。
（2）专门行政监督。
3．国家司法机关的监督
（1）检察机关的监督。
（2）审判机关的监督。
（二）社会监督
1．执政党的监督
2．其他社会组织的监督
3．社会舆论的监督
4．人民群众的监督

本章思考题

1．讨论
结合中国当前的情况，应该如何处理好司法与传媒之间的关系？
2．分析
案情：某市为加强道路交通管理，规范日益混乱的交通秩序，决定出台一项新举措，由交通管理部门向市民发布通告，凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料，送经交通管理部门确认后，被采用并在当地电视台播出的，一律奖励人民币 200—300 元。此举使许多市民踊跃参与，积极举报违章车辆，当地的交通秩序一时间明显好转，市民满意。新闻报道后，省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时，也发生了一些意想不到的事：有违章驾车者去往不愿被别人知道的地方，电视台将车辆及背景播出后，引起家庭关系、同事关系紧张，甚至影响了当事人此后的正常生活的；有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害，把电视台、交管部门告上法庭的；有违章司机被单位开除，认为是交管部门超范围行使权力引起的；有抢拍者被违章车辆故意撞伤后，向交通管理部门索赔的；甚至有利用偷拍照片向驾车人索要高额“保密费”的，等等。报刊将上述新闻披露后，某市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。
问题分析：请你结合执法的原则谈谈对某市治理交通秩序新举措合法性、合理性的认识。

本章推荐阅读书目

1．孙笑侠：《法律对行政的控制－－现代行政法的法理解释》，山东人民出版社 1999 年版。

2．贺卫方：《司法的理念和制度》，中国政法大学出版社 1998 年版。
3．陈瑞华：《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》，载《法学研究》2000 第 5 期。
4．国务院：《全面推进依法行政实施纲要》（2004 年 3 月 22 日印发）

第十二章　法律推理

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法律推理的概念和基本特征；

2．熟练运用司法三段论；

3．掌握类比推理在判例法中的应用；

4．了解法律推理的价值和局限性。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法律推理概述

我们可以把推理分为必然性推理和或然性推理。

法律推理包括三方面：法律规范推理、事实推理和司法判决推理。

法律推理主要采取两种形式，一种是演绎法律推理，另一种是类比法律推理。

第二节　演绎法律推理

演绎法律推理与从成文法（制定法）出发的推理最为密切。

法律适用过程实际上是逻辑上的三段论推理：两个命题作为前提，而且这两个前提借助于一个共同词项联结起来，从而推出另一个命题。

司法三段论并非表面上那么简单，而是一项谨严、精致、艰难的法律思维过程。一方面须从法律规范去认定事实，另一方面亦须从案件事实去探求法律规范，剖析规范所规定的构成要件，来回穿梭于二者之间，必须达到完全确信

司法三段论并非自足的、自我支持的法律论证模式。实际上，司法三段论经常被塞进一个由外部推理和内部推理织就的复杂网络中。

第三节　类比法律推理

类比推理是这样一种非演绎推理：根据两个或两个以上事物在某些属性上相同，从而推出它们在其它属性上也相同。

类比推理的根本特点在于它的前提不蕴涵它的结论，从真的前提并不必然推出真的结论。

在遵循先例的英美法系，司法判决的法律推理采用的是类比法律推理。

类比法律推理的过程包括三个步骤：寻找判例；发现事实上的相同点和不同点；判断重要程度。

法律推理有以下共同特征：

一、法律推理是一种寻求正当性证明的活动。

二、法律推理必须遵循推理规则。

第四节　法律推理的价值

一、法律推理与法治

首先，法律推理的逻辑推导功能是法治原则的要求。
其次，法律推理的逻辑推导功能使得社会和当事人对法律问题的预测成为可能。
再次，法律推理或者法律论证为司法实践中的法律问题提供必要而充分的理由。
最后，法律推理为立法、司法提供正当性证明。

二、法律中的逻辑与经验

法律概念部分是实体法规则强加的，它不能构成形式系统要求的人工符号体系。
另一方面，我们也不因严格的法律形式主义存在不足而否认法律推理在法律适用中的价值。
法律的生命不是逻辑，而是由逻辑构造的经验。

本章思考题

1．分析

案情：1994 年 6 月 30 日晚，被告人宋福祥酒后回到自己家中，因琐事与其妻李霞发生争吵厮打。李霞说：“三天两头吵，活着还不如死了。”被告人宋福祥说：“那你就死去。”后李霞在寻找准备自缢用的凳子时，宋福祥喊来邻居叶宛生对李霞进行规劝。叶宛生走后，二人又发生吵骂厮打。在李霞寻找自缢用的绳索时，宋福祥采取放任态度不管不问不加劝阻，致使李霞于当晚在其家门框上上吊自缢身亡。经技术鉴定：李霞系机械性窒息死亡（自缢）。一审法院经审理认为：被告人宋福祥目睹其妻李霞寻找工具准备自缢，应当预见李霞会发生自缢的后果而放任这种后果的发生，在家中只有夫妻二人这样的特定环境中，被告人宋福祥负有特定的义务，其放任李霞自缢身亡的行为，已构成故意杀人罪（不作为）。被告人不服一审判决，提起上诉，二审法院审理后维持原判决。

根据案情，分析下列问题：

（1）案件的争点是什么？

（2）与本案相关的法律条文有哪些？

（3）宋福祥的行为是否与法律规范中“不作为方式”的通常含义相同？

（4）根据该案的讨论总结出司法三段论的逻辑结构以及实际法律适用中的复杂性。

2．讨论

案件 1：A 为马的所有者→B 盗窃→C 善意购买，A 起诉 C 以便要回马。

案件 2：A 为马的所有者→B 欺诈，A 起诉 B 以便要回马。

案件 3：A 为马的所有者→B 欺诈→C 善意购买，A 起诉 C 以便要回马。

案件 4：A 为马的所有者→B 欺诈→C 善意购买→D 购买，并且 D 曾听说此欺诈。A 起诉 D 以便要回马。

将上述 4 个案件在课堂中提出来组织辩论，让学生先判断案件 1 和案件 2 的判决以及法律的目的，然后教师做出总结。重点讨论基于案件 1 和案件 2 的判决，案件 3 和案件 4 应该怎么判决？可能有争论，此时可以分成两派进行辩论。最后，总结出类比法律推理的步骤。

本章推荐阅读书目

1. M.Copi & Carl Cohn, Introduction to logic, tenth edition, Prentice Hall, 1998.
2．谷振诣：《论证与分析》，人民出版社 2000 年版。

3．（美）伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版。

4．（德）阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版。

5．（美）伯顿主编：《法律的道路及其影响》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社 2005 年版。

6．王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版。

第十三章　法律解释

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法律解释的概念

2．了解法律解释的目标

3．熟悉我国法律解释体制

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法律解释的概念

一、法律解释的含义与必要性

法律解释是指一定的人、组织以及国家机关对法律法规的内容所作的必要的说明。

首先，法律解释是从法律制定到法律实施之间的桥梁。

其次，通过法律解释可以改正、弥补立法的不足。

再次，通过法律解释可以使人们取得对法律规定的统一认识。

最后，通过法律解释可以解决法律的稳定性与社会生活发展的内在矛盾。

二、法律解释的特点

1．法律解释的对象是法律规定及其附随情况，即法律解释的对象是特定的。

2．法律解释具有实践性。

3．法律解释的过程不能以否认或者怀疑解释的前提——法律规范为条件。

4．法律解释具有目的性。

5．所有的解释活动都要受到“解释学循环”的制约。

三、法律解释的历史发展

中国古代就有法律解释。

在西方，罗马的五大法学家（保罗、盖尤斯、莫德斯蒂努斯、乌尔比安、帕比尼安）对法律的解释被君主批准为具有法律约束力。11 世纪未期兴起注释法学家和后注释法学家，促进了法律解释学的发展。

17-18 世纪之后，严格了法律解释的主体、解释原则和范围，使得法律解释在现代具有了更理性化和系统化的色彩。

第二节　法律解释的目标与方法

一、法律解释的目标

（一）主观说

主观说认为，法律解释的目标应当是探求历史上的立法者事实上的意思，即立法者在制定法律时的意图和目的。它又被称为法律解释的原意说。

（二）客观说

客观说认为，法律自从颁布时起，就脱离了原有的立法机关成为一个独立的客观存在物，因此具有了自身的含义，法律解释的目标就是探求这个内在于法律的意旨。它又被称为文本说。

二、法律解释的方法

（一）文义解释

文义解释，也称语法解释、文法解释、文理解释。这是指从法律条文所运用的语言的含义来说明法律规定的内容。

文义解释根据解释尺度的不同，被分为三种：

1．字面解释。

2．限制解释。

3．扩大解释。

（二）历史解释

历史解释是指通过研究有关立法的历史资料或从新旧法律的对比中了解法律的含义。

（三）体系解释

体系解释，是指将被解释的法律条文放在整部法律中乃至整个法律体系中，联系此法条与其他法条的相互关系来解释法律。

（四）目的解释

目的解释是指从制定某一法律的目的来解释法律。

第三节　当代中国的法律解释体制

一、正式解释与非正式解释

所谓正式解释，通常也叫法定解释，是指由特定的国家机关、官员或其他有解释权的人对法律做出的具有法律约束力的解答和说明。分为立法解释、司法解释和行政解释三种。

非正式解释，是指未经法律明确授权的机关、团体、组织或个人对法律做出的不具有法律约束力的解释。通常分为两种：第一种是学理解释。第二种是任意解释。

二、当代中国法律解释体制的法律规定

法律解释体制，是指正式解释的权限划分体制。

目前中国关于法律解释的体制主要是在1982年宪法的有关规定以及1981年全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》的基础上建立的。2000年3月15日第九届全国人民大表大会第三次会议通过的《中华人民共和国立法法》以专门的章节对“法律解释”的职权和程序做出了规定。

三、全国人大常委会的解释

我国宪法规定，全国人民代表大会常务委员会是法定的具有解释权的机关。全国人民代表大会常务委员会所进行的解释也叫立法解释。

全国人民代表大会常务委员会的解释主要包括对宪法的解释和对法律的解释两部分。

四、国家最高司法机关的解释

（一）司法解释的分类

1．审判解释

审判解释是由最高人民法院对人民法院在审判过程中具体应用法律问题所作的解释。

2．检察解释

检察解释是指由最高人民检察院对人民检察机关在检察工作中具体应用法律问题所进行的解释。

（二）司法解释的作用

1．对那些由于法律本身的规定比较概括、原则而使理解和执行法律有困难的问题，给予明确、具体的解释，使其更具有可操作性。

2．通过司法解释来解决因为社会生活发展给法律带来的空白或矛盾，以使法律能够适应已经发生变化了的社会情况。

3．司法解释可以解决法律适用中的疑问。

4．对各级各类人民法院之间如何依据法律规定相互配合审理案件、确定管辖以及有关操作规范问题进行解释。

5．司法解释是通过对案件的规范化的指导，可以弥补立法不足。

五、国家最高行政机关的解释

国家最高行政机关的解释也叫行政解释，是指由国务院及其主管部门对有关法律和法规的解释。行政解释的适用包括两种情况：其一是对不属于审判和检察工作中的其他法律如何具体应用的问题所作的解释；其二是国务院及其主管部门在行使职权时对自己所制定的法规所进行的解释。

有权进行行政解释的机关包括：制定行政法规的国务院以及制定行政规章的各部委。

六、地方性国家机关的解释

地方性国家机关的法律解释主要包括两种情形：第一种，是对于属于地方性法规条文本身需要进一步明确界定或作补充规定的，由制定该法规的地方性国家权力机关的常设机关进行解释或做出规定。第二种，是对属于地方性法规如何具体应用的问题，由地方性国家行政机关进行解释。

本章思考题

1．思考

我国的法律解释体制中的立法解释、司法解释与行政解释，分别体现了法律解释的主观说与客观说中的哪种观念？为什么？

2．分析

假设某国有关国家公园的立法中规定：“公园内不得行驶机动车”，如果公园发生火灾，那么机动车能否开进公园内救火？请运用本章所学到的知识加以分析。

本章推荐阅读书目

1．（德）魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版。

2．（德）卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版。

3． 梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社 1998 年版。

第十四章　法的实现与法律秩序

第一节　法的实现

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解法的实现的概念

2．熟悉法的实现与法的实施、法的效果的区别

3．了解法律秩序的概念

本章内容

讲课时数：1 学时

一、法的实现的概念

法的实现是指通过执法、司法、守法和法律监督的过程，实现法律规范所设定的权利和义务，达到合目的性的结果。

法的实现大体经过以下几个阶段：法律规范－法律事实－法律关系－权利义务的实现。

二、法的实现与法的实施的区别

（一）法的实施强调过程，法的实现强调结果

（二）法的实施是手段，法的实现是目的

三、法的实现与法的效果的区别

法的效果，也称为法的实施效果，即法通过实施而在社会生活中产生的实际影响效果。法的效果与法的实现的区别在于：

（一）法的效果强调法在社会生活中产生的实际影响状态，而这种状态不一定符合法律规范设定的目标；法的实现强调法对社会调整的合目的性结果。

（二）从评价的角度看，法的效果可能是正值也可能是负值；法的实现必须是正值

第二节　影响法的实现的因素

一、影响法的实现的内部因素

（一）法律规范自身的因素

（二）司法和执法主体的因素

（三）法律调整中的利益因素

二、影响法的实现的外部因素

1．经济因素

2．政治因素

3．文化与科学技术因素

第三节　法律秩序

一、法律秩序的概念

法律秩序是通过法律规范和法的实现而建立起来的一种有条不紊的社会关系状态。
法律秩序是法的实现的结果，是社会诸多因素综合运动的结果。

二、法律秩序的形成

法律秩序既有自然演进的也有人为建构的，是两者共同作用的结果。

三、法律秩序的意义

法律秩序是法的基本价值之一，也是法的其他价值的基础。

本章思考题

1．思考
法的实现与法的实施有何区别与联系？
2．分析
分析法律秩序的静态与动态结构。

本章推荐阅读书目

1．王勇飞、王启富主编：《中国法理纵论》，中国政法大学出版社 1996 年版。
2．王勇飞、张贵成主编：《中国法理学研究综述与评价》，中国政法大学出版社 1992 年版。
3．（苏联）尼·格·亚历山大洛夫：《苏维埃社会中的法制和法律关系》，宗生、孙国华译，中国人民大学出版社 1958 年版。

第三编　社会中的法

第十五章　法的产生与演进

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解原始社会的社会组织和社会规范，法的演进所面临的时代问题及未来演进趋势；

2．熟悉法律产生的原因、过程和标志，法的历史类型；

3．掌握法的继承与移植的概念。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法的产生

一、法产生之前的社会制度

与原始社会的经济基础相适应，原始社会的主要社会组织是氏族，氏族社会经历了母系和父系两个发展阶段，母系氏族是氏族组织的典型形态。

原始社会的社会规范主要是习惯，或称习惯法或原始法。

原始习惯是原始人在长期的社会生产和生活中经过不断重复和积累而形成的、共同信奉的行为标准和生活惯例。

二、法产生的历史过程

法的产生是社会基本矛盾发展的必然结果。

奴隶制的形成，私有制家庭的出现，以及贫富分化的加剧，彻底改变了整个社会生活的基础以及产品分配和交换的规则，彻底改变了人们的社会关系。由此产生了由特殊的公共权力强制确立社会成员的权利和义务的必要性，国家和法就这样产生了。

三、法产生的基本标志及其与氏族习惯的区别

（一）国家的产生。

（二）诉讼与审判的出现。

（三）权利与义务的分离。

法与原有的氏族习惯有着根本的不同：

第一，两者体现的意志不同。

第二，两者产生方式不同。

第三，两者实施的方式不同。

第四，两者适用的范围不同。

第五，两者的根本目的不同。

四、法产生的一般规律

第一、法律是在私有制和阶级逐渐形成的社会背景下孕育、萌芽，并与国家相伴发展和确立起

来的。

第二、法律的形成过程是一个行为调整方式从个别调整发展为一般调整的过程。变成为经常性的、反复使用的、针对同类行为的共同规则。这就使人们相对地摆脱了偶然性和任意性的左右。

第三、法律的形成经历了由习惯演变成习惯法、再发展成为成文法的长期过程。

第四、法律、道德和宗教等社会规范从混钝一体逐渐分化为各自相对独立的规范系统。

第二节　法的演进

一、法的历史类型的概念

法律的历史类型，是指按照法的阶级本质和它所赖以建立的经济基础对法律所作的一种基本分类。凡是建立在同一经济基础之上、体现同一阶级本质的法律，就属于同一历史类型。历史上存在过奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

法的历史类型更替的根本原因不能从法律本身去理解，而必须从社会矛盾的基本运动中寻找。

法律历史类型的更替既不是自发实现的，必须通过社会革命才确实现。

二、法的四种历史类型

（一）奴隶制法

（二）封建制法

（三）资本主义法

（四）社会主义法

第三节　法的继承和法的移植

一、法的继承

所谓法的继承一般是指新法对历史上存在过的旧法的承接和继受。

二、法的移植

所谓法律移植，是指一个国家或地区对其他国家或地区法律的借鉴和吸收。

本章思考题

1．思考

思考并判断以下说法是否正确，并说明理由。

（1）“法是在私有制和阶级逐渐形成的过程中逐步孕育、萌芽，并与国家相伴随而发展和确立起来的。”

（2）“法的历史类型更替的根本原因在于社会基本矛盾运动，其前提是生产关系的根本变革，是法的社会阶级属性的质变。”

（3）“前资本主义法是指奴隶制和封建制的法律制度，其以维护人身依赖关系为特征，是等级的法和特权的法。”

2．分析

从法的历史类型更替以及各自的基本特征的角度，分析法国《人权宣言》第 6 条规定“法律对于所有的人，无论保护或处罚都是一律的。在法律面前，所有的公民都是平等的”。

3．讨论

在法律发展的资源问题上，法学界存在法律移植论和本土资源论两种理论倾向。法律移植论认为，中国传统法律文化建立在自然经济、专制制度和宗法家族文化的基础之上，因而不可能为发展与市场经济、民主政治、精神文明相适应的现代化法制提供充分的制度资源。主张借鉴或移植国外的法律制度，充分利用外来资源，解决本土资源不足的问题。本土资源论者认为，中国的法治只能从中国的本土资源中演化创造出来，不可能靠“变法”或移植来建立。

问题讨论：请学生对上述两种观点加以评述，并谈谈各自的看法。

本章推荐阅读书目

1．张文显主编：《法理学》，法律出版社 1999 年版。
2．张文显主编：《法理学》，北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版。
3．郝铁川著：《当代中国与法制现代化》，浙江人民出版社 1999 年版。
4．王勇飞、张贵成主编：《中国法理学研究综述与评价》，中国政法大学出版社 1992 年版。

第十六章　法与其他社会现象

本章学习目的
通过本章的学习，学生应该能够：
1．了解法与生产关系、生产力之间的关系；
2．了解法与政治的关系；
3．了解科学技术对法的影响；
4.了解法与文化的关系。
本章内容
讲课时数：1 学时

第一节　法与经济

一、法与生产关系

（一）经济基础对法具有决定作用
（二）法对经济基础具有反作用

二、法与生产力

法律通过促进科学技术的发展，推广科学技术成果等方式，直接作用于生产力。

三、中国社会主义法与经济的关系

（一）经济对社会主义法的决定作用
（二）社会主义法对经济的服务作用

四、法与市场经济

（一）市场经济需要法律的保障
（二）法在实现市场经济宏观调控中的作用

第二节　法与政治

一、法与政治的共同点与不同点
二、政治对法的影响、制约作用
三、法对政治的确认、调整和影响作用

第三节　法与科学技术

一、科技对法律的影响
二、法律对科技的限制

第四节　法与文化

一、文化对法的指导和影响

二、法对文化的促进和制约

三、中国传统法律文化对中国现代法治构建的作用

本章思考题

1．思考

经济如何影响法律，法律又是如何影响经济的。

2．讨论

问题：网络技术的发展为我们开放了另一个世界，同时也带来了许多新问题。请学生们讨论网络技术的发展给法律带来了哪些挑战，法律应当如何应对？

本章推荐阅读书目

1．范健、张中秋、杨春福：《法理学——法的历史、理论与运行》，南京大学出版社 1995 年版。

2．张乃根：《法经济学——经济学视野中的法律现象》，中国政法大学出版社 2003 年版。

3．（美）罗伯特·D 考特，托马斯·S 尤纶：《法和经济学》，上海财经大学出版社 2002 年版。

4．（美）道格拉斯·拜尔等：《法律的博弈分析》，法律出版社 2004 年版。

5．（美）理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社 1997 年版。

6．（英）哈耶克：《法律、立法与自由》，中国大百科全书出版社 2000 年版。

7．何勤华等：《法治的追求》，北京大学出版社 2005 年版。

第十七章　法与其他社会规范

本章学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．掌握法与道德的异同；

2．了解法与政策的异同和法与政策的关系；

3．了解法与习惯的关系；

4．熟悉中国传统法律文化的当代意义，宗教的含义，法律与宗教的异同，政教合一国家与政教分离国家中法与宗教的关系。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法与道德

一、道德的概念及其与法的联系和区别

法与道德的区别在于：

1．产生方式不同。

2．表现形式不同。

3．调整范围不同。

4．内容结构不同。

5．实施方式不同。

二、社会主义法与道德的关系

社会主义法对道德的促进，表现在：

1．社会主义以法律规范的形式把社会主义道德的某些原则和要求加以确认，使之具有法的属性。

2．社会主义法是进行社会主义道德教育的重要方式。

社会主义道德对法的促进，表现在：

1．社会主义道德是社会主义法律制定的价值导引。

2．社会主义道德对法的实施有促进作用。

社会主义道德可弥补社会主义法在调整社会关系方面的不足。

第二节　法与宗教

一、宗教与法的区别

宗教与法律规范的区别在于：（1）产生方式不同。（2）实施方式不同。（3）适用原则不同。

二、法与宗教的关系

（一）政教合一国家的模式

（二）政教分离国家的模式

三、中国社会主义法有关“宗教信仰自由”的规定

每个公民既有信仰宗教的自由，也有不信仰宗教的自由；有信仰这种宗教的自由，也有信仰那种宗教的自由。

第三节　法与习惯

一、习惯与法的区别

法与习惯在形成方式方面，在实施方式上均有差别。

二、法与习惯的关系

法对习惯的肯定。
法对习惯的否定。
法与习惯共存。

第四节　法与政策

一、政策与法的区别

两者制定机关不同；两者表现形式不同；两者实施方式不同；二者的稳定性程度不同。

二、中国社会主义法与共产党政策的关系

（一）共产党政策对社会主义法的指导
1．党的政策对社会主义立法的指导。
2．党的政策对社会主义法律实施的指导。
3．在特定情况下即当国家没有制定出相应的法律规范时，政策直接起法律的作用。
（二）社会主法对共产党政策的制约
宪法和法律，是在党的政策的指导下制定的，体现了政策精神和内容，党在宪法和法律范围内活动，既有助于社会主义法治建设，树立法的权威，也有助于加强和改善党的领导。

本章思考题

1．思考
“见死不救”能否为罪？为什么？
2．讨论
案情：　1949 年 7 月 27 日德国班贝格上诉法院对一个告密者案件的判决。案件的大体内容是：被告是一个妇女，1944 年，为了陷害其当时正在服役的丈夫，向纳粹当局密告后者休假在家时曾讲过有损希特勒的话。结果根据 1934 年纳粹政府的法令（规定发表不利于第三帝国的言论是非法的），其夫被判死刑，但未被执行。纳粹政权结束后，该妇女在联邦德国法院被控犯有 1871 年刑法典规定的非法剥夺他人自由的罪行。以后上诉法院的终审判决是：被告犯有罪行，纵然其丈夫是按照纳粹政府的一项法令被判刑的，但该法令本身“违反了一切正直人的正当良知和正义感”。
问题：根据法与道德关系的原理讨论该案件判决的理由。

本章推荐阅读书目

1．舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社 2001 年版。

2．刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆 1999 年版。

3．武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社 1994 年版。

4．伯尔曼：《法律与宗教》，三联书店 1991 年版。

5．刘海年、刘瀚、李步云、李林主编：《依法治国与精神文明建设》，中国法制出版社 1997 年版。

第十八章　法制与法治

本章学习目的

通过本章的学习，你应该能够：

1．掌握法制与法治的概念；

2．了解法治的原则；

3．熟悉法治国家形成的条件和实现的途径。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　法　制

一、法制的含义

静态意义上的法制，即将法制理解为法律制度的简称。

动态意义上的法制，即将法制理解为由立法、执法、司法、守法、对法律实施的监督等各个环节构成的一个系统。

二、当代中国法制的基本要求

第一，有法可依。

第二，有法必依。

第三，执法必严。

第四、违法必究。

第二节　法治的概念

一、法治的含义

最早提出法治定义的是古希腊思想家亚里士多德。

1959 年在印度召开的国际法学家会议通过了《德里宣言》，总结了与会各国法学家对“法治”的一般看法，将“法治”概括为 3 条原则。

二、法制与法治的区别

法制与法治之间的区别可以从以下三方面理解：

第一、法治与静态意义上的法制的区别。

第二、法治与动态意义上的法制的区别。

第三，法制的产生和发展与国家直接相联系，而法治则直接与某种形式的民主相联系。

第三节　法治国家的构成要素

一、法治国家的形式要素

1．法要具有一般性、公开性、明确性、可诉性。
2．法的体系要结构严谨、内部和谐、内容完备。
3．政府行政行为应具有合法性、程序性。
4．司法权具有独立性、中立性、程序性。
5．法律职业的专门化及职业共同体自治。
6．公民和社会组织等严格守法，积极利用法律追求和实现其权利和自由。

二、法治的制度要素

1．民主的、科学的立法制度。
2．国家行政权力受约束和监督的法律机制。
3．保障司法独立和公正的各项制度。
4．保障公民权利和自由的制度体系。
5．国家权力恰当配置的内部互相制约制度。

三、法治的价值要素

1．法律至上与党的领导、人民民主的三位一体。
2．依法治国之法要真正体现广大人民群众的共同意志，要在人民的长远根本利益与目前利益、个人利益与集体利益、局部利益与整体利益之间作出恰当判断、衡量和协调。
3．法治要能够有效约束国家权力，使国家权力真正为人民服务，而不是成为压制人民的工具。
4．充分尊重、保障和促进人权。
5．秩序、效率与实质社会公正的三位一体化。

四、法治的观念要素

1．社会公众形成一种法律具有至上性、权威性的法律情感。
2．社会公众有法律参与的热情，并确立相应的权利义务观念和责任观念。
3．国家公职人员严肃执法意识。

第四节　法治国家的实现途径

一、法治发展道路的实证分析

二、法治发展道路的价值设计问题

1．处理好政府推动与社会参与的关系，通过自下而上和自上而下的双向互动，为推进法治化进程提供强大动力
2．处理好法律移植与立足于本国国情的关系，使本土法治的具体性与普遍性相统一
3．把观念更新与制度创新相结合，通过制度与观念的互动加快推进法治化进程

本章思考题

1．思考

目前在建设法治国家的过程中，还存在如下一些观念或困惑：

（1）“法治、法治，最终还是要靠人来治理，岂不是仍离不开人治吗？”

（2）“法治不是万能的，法律手段难道能代替其他一切手段吗？”

（3）“推行法治会不会削弱党的领导，强调法律权威会不会损害党的权威？”

针对上述观点或困惑，请你谈谈自己的看法。

2．分析

1997 年前后，中共中央将“依法治国，建设社会主义法制国家”改为“依法治国，建设社会主义法治国家”。请从理论上分析这一改动的理由。

本章推荐阅读书目

1．张文显主编：《法理学》，法律出版社 1999 年版。

2．刘海年、李步云、李林主编：《依法治国建设社会主义法治国家》，中国法制出版社 1996 年版。

3．蒋立山：《中国法治道路初探》（上、下），载《中外法学》1998 第 3 期、第 4 期。

《中国法制史》教学大纲

马志冰　编写

目　录

前　言……232
第一章　中国法的起源与夏商法律制度……233
第一节　中国法的起源……233
一、法的起源的一般原理……233
二、中国法的起源的有关理论……233
三、中国法的起源的历史途径……233
第二节　夏商法律制度……233
一、“天讨”、“天罚”的法律思想……233
二、法律形式……234
三、法律内容……234
四、司法制度……234
复习与思考题……235
拓展阅读书目……235
第二章　西周法律制度……236
第一节　立法概况……236
一、“明德慎罚”的法律思想……236
二、制礼作刑的立法活动……236
三、法律形式及礼刑关系……236
第二节　法律内容及其特点……237
一、刑事法律内容……237
二、民事法律内容……237
三、行政法律内容……238
第三节　司法制度……238
一、司法机关体系……238
二、诉讼审判制度……238
复习与思考题……239
拓展阅读书目……239
第三章　春秋战国法律制度……240
第一节　法律思想的争鸣……240
一、春秋时期的社会变动……240
二、法律思想的争鸣……240
第二节　春秋时期成文法的公布……241
一、成文法的制定与公布……241
二、公布成文法的争论与意义……241
第三节　战国时期的法制改革……241
一、魏国李悝的《法经》……241
二、秦国商鞅的法制改革……241
第四节　战国时期司法制度的变化……241
一、君主专制中央集权制司法体制的逐步形成……241

复习与思考题……242
拓展阅读书目……242
第四章　秦朝法律制度……243
第一节　立法概况……243
一、法制指导思想与主要立法活动……243
二、云梦睡虎地秦简……243
三、主要法律形式……243
第二节　法律内容及其特点……243
一、刑事法律内容……243
二、民事法律内容……244
三、经济法律内容……244
四、行政法律内容……244
五、秦律的主要特点……244
第三节　司法制度……245
一、司法机关体系……245
二、诉讼审判制度……245
复习与思考题……245
拓展阅读书目……245
第五章　汉朝法律制度……246
第一节　立法概况……246
一、法制指导思想……246
二、主要立法活动……246
三、法律形式……246
第二节　法律内容及其特点……246
一、刑事法律内容……246
二、民事法律内容……247
三、经济法律内容……247
四、行政法律内容……247
第三节　司法制度……248
一、司法机关体系……248
二、诉讼审判制度……248
三、《春秋》决狱与秋冬行刑……248
复习与思考题……248
拓展阅读书目……248
第六章　三国两晋南北朝法律制度……249
第一节　立法概况……249
一、法制指导思想……249
二、主要立法活动……249
三、法律形式的发展……249
第二节　法律内容的发展变化……250
一、魏晋北朝的律学成就……250
二、刑罚制度的重大变化……250

三、官僚特权的法律化.....250
四、罪刑标准的进一步儒家化.....250
第三节　司法制度.....250
一、司法机关的新变化.....250
二、诉讼审判制度的新特点.....251
复习与思考题.....251
拓展阅读书目.....251
第七章　隋唐五代法律制度.....252
第一节　隋朝法制概况.....252
一、立法概况.....252
二、法律内容.....252
三、司法制度.....252
第二节　唐朝立法概况.....253
一、法制指导思想.....253
二、主要立法活动.....253
三、法律形式.....253
第三节　唐律的内容、特点与地位.....253
一、唐律的基本结构.....253
二、刑事法律内容.....253
三、民事法律内容.....254
四、经济法律内容.....254
五、行政法律内容.....255
六、唐律的特点、地位与影响.....255
第四节　唐朝司法制度.....255
一、司法机关体系.....255
二、诉讼审判制度.....255
三、监狱制度.....256
第五节　五代法制概况.....256
一、立法活动及主要特点.....256
二、法制内容的主要特点.....256
复习与思考题.....256
拓展阅读书目.....256
第八章　宋辽金元法律制度.....258
第一节　宋朝立法概况.....258
一、法制指导思想.....258
二、主要立法活动.....258
第二节　宋朝法律内容.....258
一、刑事法律内容.....258
二、民事法律内容.....259
三、经济法律内容.....259
四、行政法律内容.....259
第三节　宋朝司法制度.....259

一、司法机关体系.....259
二、诉讼审判制度.....259
第四节　辽金法制概况.....260
一、立法概况.....260
二、法律特点.....260
三、司法制度.....260
第五节　元朝法律制度.....260
一、立法概况.....260
二、法律内容的主要特点.....261
三、司法制度的变化.....261
复习与思考题.....261
拓展阅读书目.....261
第九章　明朝法律制度.....263
第一节　立法概况.....263
一、明初法制指导思想.....263
二、主要立法活动.....263
第二节　法律内容与主要特点.....263
一、刑事法律内容.....263
二、民事法律内容.....264
三、经济法律内容.....264
四、行政法律内容.....264
第三节　司法制度.....264
一、司法机关体系.....264
二、会审制度.....264
三、“厂卫”制度.....264
四、监狱制度.....264
复习与思考题.....265
拓展阅读书目.....265
第十章　清朝法律制度.....266
第一节　清朝前期的法律制度.....266
一、立法概况.....266
二、法律内容及其特点.....266
三、司法制度.....267
第二节　清末法律制度的转型.....267
一、预备立宪.....267
二、修律活动.....267
三、司法制度的变化.....268
复习与思考题.....268
拓展阅读书目.....268
第十一章　中华民国法律制度（上）.....269
第一节　南京临时政府法律制度.....269
一、《中华民国临时政府组织大纲》.....269

二、《中华民国临时约法》 269
三、其他政令法规 269
第二节　北洋政府法律制度 270
一、立法特点 270
二、主要宪法性文件 270
三、其他法律法规 270
四、司法制度 271
复习与思考题 271
拓展阅读书目 271
第十二章　中华民国法律制度（下） 272
第一节　南京国民政府立法概况 272
一、立法思想 272
二、立法活动 272
三、法律体系 272
四、立法特点 272
第二节　南京国民政府法律内容及其特点 273
一、宪法性法律 273
二、刑法 273
三、民商法 274
四、行政法 274
第三节　南京国民政府司法制度 274
一、司法机关体系 274
二、诉讼审判制度 274
复习与思考题 274
拓展阅读书目 275
第十三章　革命根据地法律制度 276
第一节　立法概况 276
一、立法指导思想与立法原则 276
二、主要立法活动 276
第二节　宪法性文件 276
一、工农民主政权的宪法性文件 276
二、抗日民主政权的施政纲领 276
三、解放区人民政权的宪法性文件 277
第三节　土地立法 277
一、工农民主政权的土地立法 277
二、抗日民主政权的土地立法 277
三、解放区人民政权的土地立法 278
第四节　其他立法 278
一、刑事立法 278
二、劳动立法 278
三、婚姻立法 279
第五节　司法制度 279

一、司法机关体制.....279
二、诉讼审判制度.....279
三、人民调解制度.....280
四、解放区新民主主义司法原则.....280
复习与思考题.....280
拓展阅读书目.....280

前　言

中国法制史是人文社会科学领域的专门学科，具有法学和历史学的交叉学科性质。它既是法学的一门综合性专业基础学科，又是历史学的一个重要分支学科。中国法制史是高等法学教育的十四门专业核心课程之一，是系统学习中国法制历史的专门课程。

中国法制史的编写目的，是为了使法学专业的学生全面了解中国法律制度发生、发展的历史源流、基本规律及经验教训，提高学生的法学理论素养，完善其法学知识结构，从而加深对于法学理论与各部门法学的理解，为建设有中国特色的民主法治事业打下良好基础。

中国法制史作为高等法学教育的一门专业主干核心课程，主要是以中国历史上的刑事、民事、经济、行政、诉讼、监狱等各类律令法规制度及近代以来的立宪制度为基本线索，通过其立法、执法、司法、守法等重要法制活动，既横向学习掌握各个时期、各种类型的的法律制度或法制结构的主要内容、典型特征及社会作用，又纵向研究探讨这些法律制度与法制秩序发生、发展、演变的的历史源流、客观规律及其经验教训，从而深入了解我国法制文明的历史与国情，正确分析对待中国传统法律文化，批判继承祖国丰富的法学遗产，提高法学理论素养，完善法学知识结构，为有中国特色的现代民主法制建设服务。

《中国法制史》教学大纲（共 54 学时）

第一章　中国法的起源与夏商法律制度

（约前 30 世纪—前 11 世纪）

本章教学目的和基本要求：中国法的起源，经历了夏代以前数百年的孕育过程和历史途径。夏政权的建立，标志着中国古代早期法制的正式形成。商代是中国古代早期法制的初步发展阶段，其基本内容已得到文献记载和考古出土文物的证实。本章教学目的和基本要求主要是了解和掌握以下两方面内容：一是中国法的起源的基本途径和主要特点；二是夏商法律制度的基本内容。本章的学习难点是运用法学理论和具体史料，正确分析、理解中国法的起源的基本途径及主要特点；学习重点主要包括：一、中国法的起源的基本途径；二、“天讨”、“天罚”的法律思想；三、《禹刑》、《汤刑》等习惯法及主要法律形式；四、夏商时期的刑名、罪名及刑法适用制度；五、夏商司法制度的突出特征。

学时分配：3 学时

第一节　中国法的起源

一、法的起源的一般原理

法是一个历史范畴，它不是从来就有的，而是人类社会发展到一定历史阶段的产物。人类社会早期相当长的一个历史时期是没有法的，人们是依赖法律以外的其他手段调整社会关系、解决纠纷或争端、处理矛盾与冲突的。

二、中国法的起源的有关理论

中国历史上的许多思想家、政治家曾经提出或阐述过法的起源的有关理论。

三、中国法的起源的历史途径

（一）刑“始于兵”

1．“师出以律”。

2．“兵狱同制”。

3．“大刑用甲兵”。

（二）礼源于祭祀

1．祭祀崇拜与原始禁忌是礼的重要历史渊源之一。

2．礼由原始习惯逐步改造为习惯法。

（三）犯罪与刑罚的出现

1．五刑。苗民制五刑说、皋陶制五刑说及舜刑“四凶”等有关记载。

2．象刑的传说及记载。

第二节　夏商法律制度

一、“天讨”、“天罚”的法律思想

（一）“有夏服天命”与“行天之罚”

（二）“有殷受天命”与“致天之罚”

二、法律形式

（一）习惯法

1．“殷因于夏礼”，有所“损益”。

2．“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑”。

（二）王命

1．《甘誓》与《汤誓》。

2．常法与故事。

（1）“以常旧服，正法度”。

（2）“罚蔽殷彝，用其义刑义杀”。

三、法律内容

（一）刑罚体系

1．五刑及其他刑罚。

2．“刑名从商”。

（二）刑罚适用制度

1．夏代以前的刑罚适用制度。

“眚灾肆赦，怙终贼刑”。

2．夏代的刑罚适用制度。

“与其杀不辜，宁失不经”。

3．商代的刑罚适用制度。

“殷罚有伦”。

（三）主要罪名

1．夏代的主要罪名。

“不孝”、“弗用命”、“昏、墨、贼”等。

2．商代的主要罪名。

“不孝”、“不从誓言”、“乱政”、“疑众”、“巫风”等。

（四）行政管理体制

1．商代将势力范围分为“内服”和“外服”两部分，“外服”以外为各地方国。

2．商代政权由王族、子族、卿族、臣族等各级宗族组织构成。

四、司法制度

（一）司法制度的基本特征

1．军事、行政、司法职能不分。

2．“天讨”、“天罚”、“神判”的神明裁判特色。

（二）司法审判体制

1．夏王、商王拥有最高司法审判权。

2．分别设置士、士师、司寇等司法审判官员。

3．各级宗主贵族掌握本家族、宗族内部的司法裁决权。

4．监狱的产生。

（1）监狱的产生。

（2）圜土是当时监狱的通称。

（3）夏台、羑里也曾作为临时的软禁或关押场所。

复习与思考题

1．结合法学理论与历史资料阐释中国法的起源的基本途径与主要特点。

2．夏商刑罚制度的基本内容与主要特点。

3．夏商司法制度的基本特征。

拓展阅读书目

1．《尚书》的《吕刑》、《舜典》、《甘誓》、《汤誓》、《盘庚》等篇，《十三经注疏》本，中华书局影印本 1980 年版；

2．《左传》昭公六年，杨伯峻：《春秋左传注》，中华书局 1981 年版；

3．《史记》的《五帝本纪》、《夏本纪》、《殷本纪》等篇，中华书局点校本 1959 年版；

4．《汉书·刑法志》，中华书局点校本 1962 年版；

5．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；

6．张晋藩总主编：《中国法制通史》第一卷“夏商周”，法律出版社 1999 年版；

7．李学勤主编：《中国古代文明与国家形成研究》，云南人民出版社 1997 年版；

8．王震中：《中国文明起源的比较研究》，陕西人民出版社 1994 年版。

第二章　西周法律制度

（前 11 世纪—前 771 年）

本章教学目的和基本要求：西周是继夏商之后中国古代早期法制发展的成熟完备阶段。在夏商以来“天讨”、“天罚”、“神判”的神权法思想的基础上，西周形成了“以德配天”、“明德慎罚”和“刑罚世轻世重”的政治法律思想，建立起一套以“礼治”、“德治”为特色的礼刑并用的礼法体系，并对后世的法制发展产生了重要的影响。本章是《中国法制史》的重点内容之一，涉及的知识点较多，其教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下四个方面的内容：一是“以德配天”、“明德慎罚”和“刑罚世轻世重”思想的形成及其影响；二是周礼、《吕刑》的基本内容及礼与刑的关系；三是刑事、民事法律的主要内容；四是司法体制与诉讼审判制度的突出特点。本章的学习难点是正确理解“明德慎罚”法律思想的形成及礼与刑的关系；学习重点主要包括：一、“明德慎罚”法律思想的形成；二、周礼、“九刑”、《吕刑》及礼刑关系；三、基本刑罚体系与刑法适用制度；四、买卖、借贷契约及婚姻制度；五、司法机关与诉讼审判制度。

学时分配：3 学时

第一节　立法概况

一、“明德慎罚”的法律思想

（一）继承夏商时期的天命神权思想

“受天明命”与“行天之罚”。

（二）提出“明德慎罚”的新思想

1．“以德配天”与“敬天保民”。

2．“明德慎罚”与“刑兹无赦”。

3．“刑罚世轻世重”及“刑新国用轻典，刑平国用中典，刑乱国用重典”。

二、制礼作刑的立法活动

（一）周公制礼

1．周公“制礼作乐”。

2．“周礼”的内容、性质、分类、功能、原则等。

（二）吕侯作刑

1．“周有乱政，而作九刑”。

2．吕侯制定《吕刑》。

3．《吕刑》的基本内容。

三、法律形式及礼刑关系

（一）法律形式

1．诰、誓、训、命等王命。

2．礼刑结合的习惯法。

3．“遗训”与“殷彝”。

（二）礼刑关系

1．礼与刑的关系是互相联系、互为补充、相辅相成、密不可分的。

2．礼与刑的功能和作用各有侧重。
（1）“礼者禁于将然之前，刑者禁于已然之后”。
（2）“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也”。
3．礼与刑的适用对象有所不同。
“礼不下庶人，刑不上大夫”。

第二节　法律内容及其特点

一、刑事法律内容

（一）刑罚体系
1．死刑与肉刑。
墨、劓、刖、宫、大辟。
2．赎刑。
3．“圜土之制”。
4．“嘉石之制”。
5．其他酷刑。
（二）刑罚适用制度
1．“三赦之法”。
2．“三宥之法”。
3．疑罪从轻惟赦制度。
4．同罪异罚制度。

二、民事法律内容

（一）所有权
1．所有权的规定及其变化。
（1）宗法分封制；土地王有制；“田里不鬻”。
（2）西周中期土地交换、交易、赠予、赔偿等现象的出现。
2．所有权的法律保护。
（1）“有亡荒阅”。
（2）“无敢寇攘，逾垣墙，窃马牛，诱臣妾，汝则有常刑”。
（二）契约。
1．买卖契约。
“听卖买以质剂”。
2．借贷契约。
“听称责以傅别”。
3．不付利息的赊贷契约。
“听取予以书契”。
4．契约的管理。
“司约掌邦国及万民之约剂”。
（三）婚姻制度
1．婚姻制度的原则。
（1）一夫一妻制。

（2）一妻多妾制。
（3）妻贵妾贱制。
2．婚姻关系的成立。
（1）婚姻必须遵从“父母之命，媒妁之言”的原则。
（2）婚姻必须履行“六礼”聘娶程序。
3．婚姻制度的限制。
“同姓不婚”等。
4．婚姻关系的解除。
“七出三不去”。
（四）家庭继承制度
1．家庭关系。
（1）男尊女卑等原则。
（2）父权与夫权支配制。
2．继承制度。
宗祧、爵位、权力、身份、财产等基本实行嫡长子继承制。

三、行政法律内容

（一）行政管理体制。
1．周王为同姓宗族的大宗和天下的共主，拥有各项大权。
2．周王之下设卿士寮、太史寮等政务机关。
3．地方由受封诸侯统治管理。
（二）职官管理制度
1．宗法分封制与世卿世禄制。
2．学校教育与人才培养。
3．各级贵族及各地诸侯的考核奖惩。

第三节　司法制度

一、司法机关体系

（一）周王拥有最高司法审判权
（二）司法机关的设置
大司寇、小司寇、士师、司刑等。
（三）各级宗主贵族也拥有司法裁决权

二、诉讼审判制度

（一）告诉与受理
1．“狱”与“讼”的区分。
2．“束矢”与“钧金”。
（二）“五听”审讯方式
（三）证据制度
1．口供与“盟诅”。
2．物证与书证。

3．证人证言。

（四）判决

1．依据法律或有关规定定罪量刑。

2．适用法律类推。

（五）法官责任制度

1．禁止出现“五过之疵”。

2．禁止任用奸佞断案决狱。

复习与思考题

1．西周“明德慎罚”法律思想的形成及对法律制度的影响。

2．周礼的内容、作用、原则及礼与刑的关系。

3．西周的刑事法律内容。

4．西周的婚姻家庭制度。

5．西周的司法审判制度。

拓展阅读书目

1．《尚书》的《吕刑》、《大诰》、《康诰》、《酒诰》、《召诰》等篇，《十三经注疏》本，中华书局影印本 1980 年版；

2．《周礼·秋官·大司寇》，《十三经注疏》本，中华书局影印本 1980 年版；

3．《礼记》，《十三经注疏》本，中华书局影印本 1980 年版；

4．《史记·周本纪》，中华书局点校本 1959 年版；

5．《汉书·刑法志》，中华书局点校本 1962 年版；

6．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；

7．王国维：《殷周制度论》，见《观堂集林》卷十，中华书局 1959 年版；

8．王国维：《释礼》，见《观堂集林》卷六，中华书局 1959 年版；

9．胡留元　冯卓慧：《长安文物与古代法制》，法律出版社 1989 年版；

10．张晋藩总主编：《中国法制通史》第一卷“夏商周”，法律出版社 1999 年版。

第三章　春秋战国法律制度

（前 770—前 221 年）

本章教学目的和基本要求：春秋战国时期是中国历史上的一个社会大变革时代。随着整个社会基础及社会结构的剧烈变动，各主要诸侯国相继进行了变法改革，夏商西周以来的法律思想与法律制度发生了巨大变化。本章教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下三个方面的内容：一是儒、道、墨、法等各家法律思想的争鸣，特别是法家“法治”、“重刑”思想理论的逐步确立；二是春秋时期成文法的制定、公布及其意义；三是李悝主持制定《法经》及商鞅主持法制改革的内容与影响。本章的学习难点是全面了解春秋战国时期各家法律思想的争论及其对法制变革的影响；学习重点主要包括：一、春秋时期成文法的公布及其意义；二、法家“法治”、“重刑”法制指导思想的内容与影响；三、李悝《法经》与商鞅法制改革的内容及影响。

学时分配：3 学时

第一节　法律思想的争鸣

一、春秋时期的社会变动

（一）“礼崩乐坏”

周室衰微，“大国争霸”，“礼乐征伐自诸侯出”。

（二）各诸侯国的田制与税制改革

1．齐国“相地而衰征”。

2．晋国“作爰田”。

3．鲁国“初税亩”。

4．楚国“书土田”。

（三）军功授田制的萌芽

二、法律思想的争鸣

（一）儒家法律思想

孔子与孟子的“礼治”、“德治”、“人治”等法律思想。

（二）道家法律思想

老子与庄子的“无为”、“法自然”等法律思想。

（三）墨家法律思想

墨子的“兼爱”、“非攻”、“尚贤”、“尚同”、“非乐”、“非儒”等法律思想。

（四）法家法律思想

商鞅、韩非等人的“法治”、“重刑”思想。

1．“事断于法”，“刑无等级”。

2．“重刑轻罪”，“以刑去刑”。

3．公布法律，“明白易知”。

第二节　春秋时期成文法的公布

一、成文法的制定与公布

（一）成文法的制定
1．楚国“仆区之法”、“茆门之法”。
2．晋国“被庐之法”、“常法”、“刑书”。
3．宋国“刑器”。
（二）成文法的公布
1．郑国子产“铸刑书”。
2．晋国赵鞅、荀寅“铸刑鼎”。
3．邓析“作竹刑”。

二、公布成文法的争论与意义

（一）公布成文法的争论
1．晋国叔向反对郑国子产“铸刑书”。
2．鲁国孔子反对晋国“铸刑鼎”。
（二）公布成文法的意义

第三节　战国时期的法制改革

一、魏国李悝的《法经》

（一）魏国李悝主持的变法改革及《法经》的编撰
（二）《法经》的体例结构、篇章内容、基本特征、历史地位

二、秦国商鞅的法制改革

（一）厉行“法治”、“重刑”原则
（二）废除世卿世禄制，实行军功赐爵制
（三）废止宗法分封制，建立国君集权制
（四）“为田开阡陌封疆”，改革田制与税制
（五）创立什伍连坐制，实施奖励告奸法
（六）革除族居私斗旧俗，发展个体小农经济

第四节　战国时期司法制度的变化

一、君主专制中央集权制司法体制的逐步形成

1．国君控制最高司法审判权。
2．中央设置常设司法机关。
3．地方由郡县长官兼理司法审判事务。
4．县以下建立乡、里、聚、邑等基层组织，并且实行什伍连坐等制度，严密控制地方民众。

复习与思考题

1．春秋战国时期儒、道、墨、法各家的法律思想。
2．春秋时期各国制定、公布成文法的重要活动及其法制意义。
3．李悝《法经》的内容、特征与地位。
4．商鞅法制改革的主要内容。

拓展阅读书目

1．任继愈：《老子新译》，上海古籍出版社 1985 年版；
2．杨伯峻：《论语译注》，中华书局 1980 年版；
3．杨伯峻：《孟子译注》，中华书局 1960 年版；
4．王焕镳：《墨子校释》，浙江文艺出版社 1984 年版；
5．陈鼓应：《庄子今注今译》，中华书局 1999 年版；
6．高亨：《商君书注译》，中华书局 1974 年版；
7．陈奇猷：《韩非子集释》，中华书局 1962 年版；
8．《左传》的昭公六年、昭公二十九年等篇，杨伯峻：《春秋左传注》，中华书局 1981 年版；
9．《史记》的《秦本纪》、《商君列传》等篇，中华书局点校本 1959 年版；
10．《汉书·刑法志》，中华书局点校本 1962 年版；
11．《晋书·刑法志》，中华书局点校本 1974 年版；
12．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；
13．张晋藩总主编：《中国法制通史》第一卷“夏商周”、第二卷“战国·秦汉”，法律出版社 1999 年版。

第四章　秦朝法律制度

（前 221—前 206 年）

本章教学目的和基本要求：秦朝是中国历史上第一个君主专制中央集权制的多民族统一国家。它继承战国时期秦国商鞅变法改革的巨大成就，吸收并发展先秦法家思想集大成者韩非关于“法”、“术”、“势”相结合的国家学说与法制理论，建立起一套高度集权和极端专制的国家体制及法制体系，对后世产生了深远的影响。本章是《中国法制史》的重点内容之一，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下三个方面的内容：一是秦朝的法制指导思想与主要法律形式，特别是云梦睡虎地秦简所反映的重要法律内容；二是秦政权的刑事法律内容、婚姻制度及秦律的基本特征；三是秦朝的行政、司法体系与诉讼审判制度。本章的学习难点在于理解和掌握秦朝法制指导思想对秦朝法制的重要影响；学习重点主要包括：一、云梦睡虎地秦简的法律内容及秦政权的法律形式；二、秦律中的刑事、民事、行政立法内容及主要特点；三、司法体制、诉讼程序与审判制度。

学时分配：3 学时

第一节　立法概况

一、法制指导思想与主要立法活动

（一）法制指导思想

1．以商鞅、韩非的“法治”、“重刑”理论及“法”、“术”、“势”相结合的专制国家理论为法制指导思想。

2．建立“天下已定，法令出一”；“海内为郡县，法令由一统”；“事皆决于法”，“皆决于上”的法制原则。

（二）主要立法活动

1．确立命、令、制、诏的最高法律形式。

2．将秦律推广于原秦国以外的其余六国。

3．推行一系列统一法度和统一思想的立法活动。

二、云梦睡虎地秦简

（一）云梦睡虎地秦简的发现与出土

（二）云梦睡虎地秦简的法律内容

《秦律十八种》、《秦律杂抄》、《效律》、《法律答问》、《封诊式》等。

三、主要法律形式

律；令；程；式；课；法律答问；廷行事。

第二节　法律内容及其特点

一、刑事法律内容

（一）刑罚体系

死刑；肉刑；劳役刑；耻辱刑；身份刑；财产刑；流放刑等。

（二）刑法适用制度

1．以身高确定刑事责任年龄。

2．区分故意犯罪与过失犯罪。

3．累犯、共同犯罪、集团犯罪、教唆未成年人犯罪加重刑罚。

4．自首、消除犯罪后果减免刑罚。

5．诬告反坐。

6．犯罪连坐。

（三）主要罪名

1．危害专制皇权罪。

2．妨害社会秩序罪。

3．破坏经济秩序罪。

4．侵犯官私财产罪。

5．破坏婚姻家庭罪。

6．官吏失职渎职罪。

二、民事法律内容

（一）所有权的规定

1．“为田开阡陌封疆”，改革土地所有权制度。

2．“使黔首自实田”，承认土地私有制度。

3．“盗徙封，赎耐”，保护土地所有权制度。

（二）婚姻制度

禁止“弃妻不书”、“去夫亡”和“娶人亡妻”，维护夫妻关系和个体家庭的稳定。

（三）家庭关系

惩罚“不孝”罪，严禁“擅杀子”行为。

三、经济法律内容

（一）自然资源的保护利用

（二）农业生产的督课管理

（三）畜牧生产的管理考核

（四）官营手工业的严密控制

（五）市场贸易的监督管理

（六）货币的保管使用

四、行政法律内容

（一）创立皇帝制度及其相关制度

（二）中央设三公诸卿制

（三）地方实行郡县制

（四）县下设乡、亭、里

（五）行政法律规范的颁行

五、秦律的主要特点

（一）革除旧法，残存旧制

（二）重法轻礼，厉行“法治”

（三）重刑轻罪，刑罚严酷
（四）内容丰富，体系繁杂

第三节　司法制度

一、司法机关体系

（一）皇帝控制最高司法审判权
（二）中央置廷尉为常设司法机关
（三）地方实行郡县行政机关兼理司法制度
（四）乡设啬夫、游徼受理辞讼、维护治安

二、诉讼审判制度

（一）告诉与受理
1．诉讼形式的区分。
2．“公室告”与“非公室告”。
（二）调查取证与查封财产
1．“爰书”、“封守”。
2．法医检验与司法鉴定。
（三）审讯与判决
1．“治狱”与“讯狱”。
2．“读鞫”；“乞鞫”。

复习与思考题

1．云梦睡虎地秦简的法律内容及秦政权的法律形式。
2．秦政权的刑事法律内容。
3．秦政权的婚姻家庭制度。
4．秦朝的行政管理体制。
5．秦律的基本特征。
6．秦朝的司法机关体系与诉讼审判制度。

拓展阅读书目

1．《史记》的《秦始皇本纪》、《商君列传》、《李斯列传》等篇，中华书局点校本 1959 年版；
2．《汉书·刑法志》，中华书局点校本 1962 年版；
3．睡虎地秦墓竹简整理小组编：《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1990 年版或 1978 年版；
4．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；
5．张晋藩总主编：《中国法制通史》第二卷“战国·秦汉”，法律出版社 1999 年版。

第五章　汉朝法律制度

（前 206—220 年）

本章教学目的和基本要求：汉朝是继战国秦朝之后法制指导思想发生重大变化的转折时期，也是秦朝开创的君主专制集权制的国家政治体制与法制体系初步定型和进一步发展的重要时期。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，涉及的知识点较多，其教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下五个方面的内容：一是法制指导思想的重大变化，特别是“德主刑辅”法制指导思想的确立；二是重要立法活动与基本法律形式；三是文帝、景帝时期的刑制改革；四是汉律的主要内容与儒家化倾向；五是春秋决狱与秋冬行刑制度。本章的学习难点，一是理解法制指导思想的重大变化及其社会根源；二是理解儒家伦理道德开始法律化与法律制度开始儒家化的过程及表现。本章的学习重点主要包括：一、“德主刑辅”法制指导思想的确立及对法律制度的影响；二、西汉前期的立法活动及主要法律形式；三、文帝、景帝时期的刑制改革及刑名、罪名、刑法适用制度的变化；四、民事、经济、行政法律内容；五、录囚、春秋决狱与秋冬行刑制度。

学时分配：6 学时

第一节　立法概况

一、法制指导思想

（一）汉初黄老“无为”与“宽省刑罚”的法制指导思想

（二）武帝以后“春秋大一统”和“德主刑辅”的法制指导思想

二、主要立法活动

（一）西汉初期的立法活动

高祖时期的“约法三章”、《九章律》、《傍章》等。

（二）西汉中期的立法活动

武帝时期的《越宫律》、《朝律》及加强中央集权的立法。

（三）东汉时期的立法活动

光武帝时期的“解王莽之繁密，还汉世之轻法”等。

三、法律形式

律；令；科；比。

第二节　法律内容及其特点

一、刑事法律内容

（一）刑罚制度的改革与变化

1．文帝、景帝时期的刑制改革。

2．刑罚体系的变化。

（二）刑法适用制度的发展变化

1．官僚贵族犯罪的上请制度。

2．矜老恤弱的悯囚制度。
3．亲亲得相首匿的相隐制度。
4．三纲五常的法律化等。
（三）罪名的主要变化
1．侵犯皇帝人身、权力及尊严的犯罪。
2．危害专制主义中央集权的犯罪。
3．官吏失职渎职的犯罪。
4．危害生命财产安全及社会秩序的犯罪。

二、民事法律内容

（一）民事权利主体与行为能力的规定
（二）所有权的规定
（三）债与契约的规定
（四）婚姻与家庭制度
（五）继承制度
1．宗祧继承实行嫡长子制。
2．财产继承实行诸子均分制。

三、经济法律内容

（一）农业立法
鼓励垦荒，发展生产，不违农时。
（二）赋税立法
田租；算赋与口赋；财产税。
（三）课役立法
“更卒”与“屯戍”之法。
（四）金融立法
钱币制造与管理。
（五）商业立法
1．重农抑商之法。
2．盐铁专卖法。
3．均输平准法。

四、行政法律内容

（一）国家行政机构
1．中央设三公九卿制。
2．西汉中期以后尚书台阁开始出现。
3．地方实行郡县两级制和王国与郡并行的制度。
（二）职官管理制度
1．官吏的选拔与任用。
2．职官的考核、监督与奖惩。
3．职官的休假与退休。
（三）行政监察制度
1．御史台的设置及其职责。

2．十三州部刺史的设立。

第三节　司法制度

一、司法机关体系

（一）中央司法机关
（二）地方司法机关

二、诉讼审判制度

（一）“告劾”
（二）“鞫狱”与“传复”
（三）“读鞫”与“乞鞫”
（四）“奏报”与“奏谳”
（五）“录囚”

三、《春秋》决狱与秋冬行刑

（一）《春秋》决狱
（二）秋冬行刑

复习与思考题

1．汉朝法制指导思想的重大变化及其原因。
2．文景时期刑制改革的主要内容和历史意义。
3．汉朝法律制度开始儒家化的主要表现。
4．录囚制度及其影响。
5．春秋决狱评述。

拓展阅读书目

1．《汉书》的《刑法志》、《食货志》等篇，中华书局点校本 1962 年版；
2．《晋书·刑法志》，中华书局点校本 1974 年版；
3．张家山汉墓竹简[二四七号墓]整理小组编：《张家山汉墓竹简[二四七号墓]》，文物出版社 2001 年版；
4．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；
5．程树德：《九朝律考》，中华书局 2003 年版；
6．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；
7．张晋藩总主编：《中国法制通史》第二卷“战国·秦汉”，法律出版社 1999 年版。

第六章　三国两晋南北朝法律制度

（220—589 年）

本章教学目的和基本要求：三国两晋南北朝时期是一个长期分裂、割据、战乱的动荡时代，但特定的社会形势和历史条件也使秦汉时期那种大一统的君主专制中央集权统治相对削弱，从而为这一时期的法律思想与法制变革提供了承前启后的发展空间，同时也为隋唐时期法制建设的进一步成熟和完善奠定了基础。本章教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下三个方面的内容：一是各个时期的立法成就及法律形式的发展变化；二是律学理论的完善和进步；三是法律内容与司法制度的新变化。本章的学习难点是深入理解这一时期律学理论的重要发展和法律制度的进一步儒家化；学习重点主要包括：一、曹魏《新律》、西晋《泰始律》、北齐《齐律》等立法所反映的律学成就；二、律、令、科、比、格、式的演变；三、刑罚体系的发展变化；四、官僚贵族特权的法律化与罪刑标准的儒家化；五、大理寺、律博士及中央司法行政机关的出现。

学时分配：3 学时

第一节　立法概况

一、法制指导思想

（一）汉末三国时期

曹操的“治定之化，以礼为首；拨乱之政，以刑为先”。

（二）两晋南北朝时期

“峻礼教之防”，引礼入律，法律进一步儒家化。

二、主要立法活动

（一）汉末三国时期的立法活动

1．曹操《甲子科》。

2．蜀汉《蜀科》。

3．孙吴“科条”与“科令”。

4．曹魏《新律》的立法成就。

（二）两晋南朝的立法活动

1．西晋《泰始律》的立法成就。

2．南朝的《永明律》、《梁律》与《陈律》。

（三）北朝各代的立法活动

1．北魏《后魏律》。

2．东魏《麟趾格》。

3．西魏《大统式》。

4．北周《大律》。

5．北齐《齐律》的立法成就。

三、法律形式的发展

（一）律与令的界定与区分

（二）科、格、式的发展变化

第二节　法律内容的发展变化

一、魏晋北朝的律学成就

（一）法典编纂技术的成熟完善
1．形成十二篇的法典体例。
2．创立《名例律》的法典篇目。
3．完善法典立法技术，精简律令章句条目。
（二）法律注释取得突出成就
1．认识并阐释法典总则的性质、内容与地位。
2．了解和辨析各种罪名的概念与区别。
（三）刑事理论进一步发展
1．注重分析犯罪心理与动机，探索犯罪根源。
2．提出刑罚适用的变通原则。
3．刘颂提出“律法断罪”原则。

二、刑罚制度的重大变化

（一）族刑连坐范围不断缩小
（二）宫刑与斩右趾等肉刑制度最终废止
（三）流刑正式成为法定减死之刑
（四）五刑体系逐步形成

三、官僚特权的法律化

（一）“八议”制度正式入律
（二）“官当”制度逐步确立
（三）“九品官人法”开始出现
（四）“品官占田制”不断施行

四、罪刑标准的进一步儒家化

（一）“峻礼教之防，准五服以制罪”
（二）“存留养亲”制度
（三）“重罪十条”规定

第三节　司法制度

一、司法机关的新变化

（一）大理寺与律博士的出现
（二）中央司法行政机关的的形成
（三）地方司法机关的变化

二、诉讼审判制度的新特点

（一）诉讼制度的新特点

1．诉讼权的限制。

2．上诉制度的变化。

3．“登闻鼓”直诉制度的建立。

（二）审判制度的新特点

1．皇帝直接参与或干预司法审判活动。

2．督邮案验制度的出现。

3．死刑复核复奏制度的建立。

4．刑讯逼供制度的盛行。

复习与思考题

1．曹魏《新律》、西晋《泰始律》及北朝《齐律》的立法成就。

2．魏晋北朝律学发展的主要成就。

3．三国两晋南北朝刑罚体系与刑法适用制度的发展变化。

4．三国两晋南北朝法律制度进一步儒家化的表现。

拓展阅读书目

1．《晋书·刑法志》，中华书局点校本 1974 年版；

2．《魏书·刑罚志》，中华书局点校本 1974 年版；

3．《隋书·刑法志》，中华书局点校本 1973 年版；

4．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；

5．程树德：《九朝律考》，中华书局 2003 年版；

6．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；

7．张晋藩总主编：《中国法制通史》第三卷“魏晋南北朝”，法律出版社 1999 年版。

第七章　隋唐五代法律制度

（581—960 年）

本章教学目的和基本要求：隋唐时期是中国传统社会发展的鼎盛时期，也是中国传统法律制度发展的成熟完备阶段。唐律与《唐六典》作为中华法系的代表作和集大成者，其立法成就达到了中国历史上的颠峰，对后世的宋元明清各代以及朝鲜、日本、越南等亚洲邻国的立法产生了重要的影响。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下五个方面的内容：一是隋朝初年确立的法制指导思想与《开皇律》的立法成就及其对唐朝立法的直接影响；二是唐朝礼法合一的法制指导思想、重要立法活动及法律形式；三是唐律的篇目、内容、特点、地位、影响；四是《唐六典》的制定、内容与影响；五是唐朝司法审判制度的重要发展。本章的学习难点是通过唐律及唐朝的法制建设，全面、深入地了解中国传统法制及中华法系的基本内容与典型特征。学习重点主要包括：一、《开皇律》、《唐律疏议》、《唐六典》的体例、内容、影响及地位；二、唐律关于“五刑”、“十恶”及刑法适用制度的规定；三、唐朝婚姻制度的发展变化；四、司法体制与诉讼审判制度的发展变化。

学时分配：8 学时

第一节　隋朝法制概况

一、立法概况

（一）隋初的法制指导思想

“导德齐礼”；“专任法令”；“取适于时”；“务在宽平”。

（二）主要立法活动

1．《开皇律》的制定与修订。

2．《大业律》的制定及变化。

二、法律内容

（一）《开皇律》的篇章结构与主要内容

1．篇章体例结构基本定型。

2．新五刑制度正式法定化。

3．公罪与私罪的区分。

4．官僚贵族特权制度系统化。

5．“十恶”制度正式确立。

（二）《大业律》的的篇章结构及主要变化

三、司法制度

（一）司法机关体系

1．大理寺、刑部、御史台三法司的形成及职责分工。

2．地方行政机关兼理司法审判工作。

3．律博士、律生及明法官的置废。

（二）诉讼审判制度

1．上诉直诉制度的施行。

2．死刑三复奏制度的形成。
3．录囚制度的广泛应用。

第二节　唐朝立法概况

一、法制指导思想

（一）“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”
（二）立法宽简、稳定、划一。

二、主要立法活动

（一）唐律的制定与修订
1．高祖时期的“五十三条新格”与《武德律》。
2．太宗时期的《贞观律》。
3．高宗时期《永徽律疏》。
4．玄宗时期《开元律疏》。
（二）《唐六典》
1．“六典”名称的由来。
2．《唐六典》的编纂及其基本内容。

三、法律形式

律；令；格；式。

第三节　唐律的内容、特点与地位

一、唐律的基本结构

《唐律疏议》十二篇的体例结构及基本内容。

二、刑事法律内容

（一）五刑制度
笞刑五等，杖刑五等，徒刑三等，流刑三等，死刑二等，共二十等。
（二）刑法适用制度
1．区分公罪与私罪。
2．官僚贵族适用特权法。
3．老幼废疾减免刑罚。
4．自首减免刑罚。
5．同居相隐规定。
6．共犯区分首从。
7．并合论罪。
8．更犯加重处罚。
9．断罪无正条适用类推。
10．“化外人”案件的处理。

（三）主要罪名

1．“十恶”重罪的规定。

2．危害人身安全与公共安全罪。

3．侵犯官私财产罪。

4．官员违制、擅权、失职、渎职、贪赃等罪。

三、民事法律内容

（一）所有权

1．土地所有权。

2．其他财产所有权。

3．“宿藏物”与“阑遗物”的处置。

（二）债及契约

1．买卖契约。

2．借贷契约。

（三）婚姻制度

1．婚姻关系的成立。

（1）尊长拥有主婚权。

（2）以婚书与聘财为婚姻成立要件。

2．婚姻关系的限制。

（1）禁止“有妻更娶”。

（2）禁止同姓、近亲、外姻尊卑、良贱之间通婚。

（3）禁止娶犯罪逃亡妇女为妻。

（4）禁止监临主守官员娶被监临之女为妻。

3．婚姻关系的解除。

（1）“和离”。

（2）“断离”。“七出三不去”；“义绝”。

（四）家庭制度

1．严惩“不孝”行为。

2．夫妻之间同罪异罚。

（五）继承制度

1．宗祧继承。

2．财产继承。

四、经济法律内容

（一）土地立法

1．均田制。

2．禁止“占田过限”。

（二）赋税徭役立法

1．唐朝前期的租庸调法。

2．唐朝后期的两税法。

（三）工商贸易立法

1．手工业管理法。

2．禁榷专卖法。

3．市场管理法。
4．互市制度。
5．市舶制度。

五、行政法律内容

（一）国家行政体制
1．以三省六部制为核心的中央行政管理体制。
2．以州县两级制为主体的地方行政管理体制。
3．唐朝中期以后的节度使及藩镇。
（二）职官管理制度
1．科举取士制度与官吏任用制度。
2．“四善二十七最”的考核制度与官吏奖惩制度。
3．官吏休假与“致仕”制度。
（三）行政监察制度
1．御史台及其台院、殿院、察院的设置与职能。
2．谏官制度的建立。

六、唐律的特点、地位与影响

（一）唐律的主要特点
“一准乎礼”；科条简要；宽简适中；用刑持平。
（二）唐律的地位与影响
1．中华法系的代表作。
2．对后世的宋元明清各代及朝鲜、日本、越南等亚洲邻国的影响。

第四节　唐朝司法制度

一、司法机关体系

（一）中央司法机关
1．大理寺、刑部、御史台三法司的职责分工。
2．“三司推事”与“三司使”。
（二）地方行政机关兼理司法。
1．京兆尹及其少尹、法曹参军的司法职能。
2．州刺史及其法曹参军或司法参军的司法职能。
3．县令及其司法佐、史等的司法职能。
4．乡官、里正、坊正、村正等的司法职能。

二、诉讼审判制度

（一）起诉
1．逐级告诉，禁止越诉。
2．“邀车驾”及“登闻鼓”等直诉制度。
3．诉讼制度的限制。
（二）审判

1．刑讯制度的法律规定。
2．法官回避制度。
3．证据制度。
4．上诉及复审制度。
5．死刑复奏制度。
（三）刑罚执行制度
（四）管辖制度
1．级别管辖的规定。
2．地区管辖的规定。

三、监狱制度

（一）监狱的设置及其组织系统
（二）狱政管理制度的有关规定

第五节　五代法制概况

一、立法活动及主要特点

（一）主要立法活动
1．后梁的《大梁新定格式律令》等。
2．后唐的《同光刑律统类》等。
3．后晋的《天福杂敕》等。
4．后周的《大周刑统》等。
（二）重要立法特点
以编敕和刑统的立法形式为主。

二、法制内容的主要特点

重典治世；加重科刑；复活肉刑。

复习与思考题

1．《开皇律》的立法成就及对唐律的影响。
2．唐律的篇章体例结构及各篇的基本内容。
3．《唐律疏议·名例》篇的主要内容。
4．唐朝婚姻制度的主要变化。
5．唐朝的行政法律内容。
6．唐律的特点、地位及影响。
7．《唐六典》的基本内容及影响。
8．唐朝司法审判制度的发展变化。

拓展阅读书目

1．《隋书·刑法志》，中华书局点校本 1973 年版；
2．《旧唐书·刑法志》，中华书局点校本 1975 年版；
3．《新唐书·刑法志》，中华书局点校本 1975 年版；

4．刘俊文：《唐律疏议笺解》，中华书局 1996 年版；
5．《唐六典》，中华书局 1984 年版；
6．[日]仁井田陞著　栗劲等编译：《唐令拾遗》，长春出版社 1989 年版；
7．[唐]吴兢：《贞观政要》，上海古籍出版社 1979 年版；
8．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；
9．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；
10．张晋藩总主编：《中国法制通史》第四卷“隋唐”，法律出版社 1999 年版。

第八章　宋辽金元法律制度

（960—1368 年）

本章教学目的和基本要求：宋辽金元时期是一个民族关系与社会矛盾比较复杂的时代，汉族、契丹、党项、女真、蒙古等各族统治者为了建立政权，争夺土地和民众，进行了频繁的战争。在长期的政治、经济、军事、文化等交往过程中，它们也发生了相互之间的影响和交融。在继承唐朝法制建设成就的基础上，不仅两宋时期的法律制度出现了一些新的发展变化，而且辽、金、元等少数民族政权在部分地保留本民族传统习惯的同时，也受到唐、宋社会与法制的强烈影响，从而推动了其社会和法制的发展及各族人民的大融合。本章教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下两个方面的内容：一是宋朝立法活动、法律内容及司法制度的重要变化；二是元朝立法活动、法律内容与司法制度的突出特点。本章的学习难点，一是与唐朝法制相比，宋朝法制出现的重要变化及其原因；二是与唐宋法制相比，元朝法制所具有的突出特点及其原因。学习重点主要包括：一、宋朝的各类立法活动；二、宋朝刑罚制度的变化与重典惩治盗贼的规定；三、宋朝租佃关系的变化与典卖制度、财产继承制度的规定；四、宋朝经济立法的主要内容；五、宋朝的司法制度；六、元朝的重要立法活动；七、元朝法律内容的典型特征；八、元朝司法机关的多元化。

学时分配：3 学时

第一节　宋朝立法概况

一、法制指导思想

（一）加强控制，集权君主

（二）崇文抑武，强调慎法

（三）义利并举，重视经济

二、主要立法活动

（一）《宋刑统》的刻印颁行

（二）编敕与条法事类的盛行

（三）编例与特别法规的出现

第二节　宋朝法律内容

一、刑事法律内容

（一）刑罚制度的变化

1．“折杖法”的规定。

2．刺配、凌迟、“决重杖一顿处死”等野蛮酷刑的滥用。

（二）重典惩治盗贼的刑事原则

1．仁宗时期的《窝藏重法》。

2．英宗时期的《重法》。

3．神宗时期的《盗贼重法》。

4．哲宗时期的《妻孥编管法》。

二、民事法律内容

（一）租佃关系的变化
（二）典卖制度的法律规定
（三）继承制度的发展

三、经济法律内容

（一）禁榷立法
（二）货币立法
（三）市易法
（四）市舶条法
（五）会计审计立法

四、行政法律内容

（一）行政管理体制
1．中央的中书省、枢密院、三司等管理体制。
2．地方的路、府、州、县管理体制。
（二）职官管理制度
1．科举考试制度。
2．官职差遣制度。
3．职官考课制度。
4．行政监察制度。

第三节　宋朝司法制度

一、司法机关体系

（一）中央司法体制
1．大理寺、刑部、御史台三法司的职责分工。
2．宋初审刑院的置废。
（二）地方司法体制
1．各路提点刑狱司的设置及其职能。
2．府、州、县三级行政机关兼理司法。

二、诉讼审判制度

（一）诉讼时效与审判时限
1．关于民事诉讼审判时限的“务限法”。
2．关于刑事诉讼审判时限的“听狱之限”。
（二）“御笔手诏”与“御笔断罪”
（三）勘验检验制度及宋慈《洗冤录》
（四）鞫谳分司制度
（五）翻异别勘制度
（六）“理雪”与“驳议”

第四节　辽金法制概况

一、立法概况

（一）辽代立法概况
1．“以国制治契丹，以汉制待汉人”法制原则。
2．《重熙条制》与《咸雍条制》的制定。
（二）金代立法概况
1．“兼采隋唐之制，参辽宋之法”的法制原则。
2．《皇统制》、《大定重修条制》和《泰和律义》的制定。

二、法律特点

（一）维护奴隶制残余
（二）保留野蛮酷刑
（三）实施民族压迫

三、司法制度

（一）辽代司法体制
1．契丹国时期置夷离毕院为北面官。
2．辽代置大理寺、御史台等为南面官。
（二）金代司法体制
1．中央置刑部、大理寺、御史台等司法机关。
2．地方各路置提刑司，路下设府、州、县，由行政机关兼理司法。

第五节　元朝法律制度

一、立法概况

（一）法制指导思想
1.“祖述变通”，“附会汉法”。
2.“因俗而治”，蒙汉异法。
（二）蒙古国时期的立法活动
1．“札撒”及《大札撒》。
2．《条画五章》及《条令》。
3．参用金《泰和律》。
4．《新立条格》。
（三）元朝立法活动
1．世祖时期的《至元新格》。
2．仁宗时期的《风宪宏纲》。
3．英宗时期的《大元通制》及《元典章》的编辑。
4．顺帝时期的《至正条格》。

二、法律内容的主要特点

（一）确立各民族不平等的法律地位

1．“四等人”的法律地位。

2．科举取士与官职任用的不平等。

3．定罪量刑的不平等。

4．限制汉人的行动及人身自由。

（二）保留蒙古人的传统旧制

1．维护和扩大奴隶制残余。

2．维护主奴之间、良贱之间不平等的法律地位。

3．保留传统的婚姻习俗。

4．改变唐宋时期的五刑体制。

5．保留和沿用部分野蛮酷刑。

（三）维护宗教僧侣的特权地位

1．政治特权。

2．经济特权。

3．司法特权。

三、司法制度的变化

（一）中央司法机关的变化

1．废除大理寺，增置大宗正府，刑部兼理司法审判职能。

2．御史台职能的强化。

3．宣政院与枢密院兼掌部分司法管辖权。

（二）地方司法机关的变化

1．行省、路、府、州、县行政机关兼理司法审判职能。

2．军户案件的司法管辖。

3．地方监察体制的变化

行御史台及二十二道、提刑按察司、肃政廉访司的设置。

复习与思考题

1．《宋刑统》的立法特色。

2．宋朝的编敕与编例。

3．宋朝重典惩治盗贼的立法内容。

4．宋朝租佃契约与典卖制度的基本内容。

5．宋朝司法制度的主要变化。

6．以《大元通制》和《元典章》为例，总结元朝的立法特点。

7．元朝法律内容的突出特点。

8．元朝司法与监察制度的主要特征。

拓展阅读书目

1．《宋史》的《刑法志》、《食货志》等篇，中华书局点校本 1976 年版；

2．《辽史·刑法志》，中华书局点校本 1974 年版；

3．《金史·刑志》，中华书局点校本 1975 年版；

4．《元史·刑法志》，中华书局点校本 1976 年版；

5．薛梅卿点校：《宋刑统》，法律出版社 1999 年版；

6．《元典章》，台湾故宫博物院影印本 1976 年版；

7．郭成伟点校：《大元通制条格》，法律出版社 2000 年版；

8．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；

9．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；

10．中国社会科学院历史研究所宋辽金元研究室点校：《名公书判清明集》，中华书局点校本 1987 年版；

11．张晋藩总主编：《中国法制通史》第五卷“宋”、第六卷“元”，法律出版社 1999 年版。

第九章　明朝法律制度

（1368—1644 年）

本章教学目的和基本要求：明朝是在元末农民战争推翻元朝黑暗统治后建立起来的，以朱元璋为代表的明初统治者，为了改变元末朝廷黯弱、纲纪败坏的社会状况，吸取元朝灭亡的历史教训，确立了明刑弼教、重典治国的法制指导思想，建立起一套极端专制集权的统治政策和法制体系。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下三个方面的内容：一是明初确立的法制指导思想与主要立法活动；二是明律的主要内容及特点；三是司法审判制度的发展变化。本章的学习难点是理解掌握明刑弼教、重典治国的法制指导思想对专制集权的统治政策和法律制度的直接影响；其学习重点主要包括：一、明初的法制指导思想及《大明律》、明《大诰》、《问刑条例》、《明会典》的制定；二、“重其重罪，轻其轻罪”及重典治民、重典治吏的刑法适用制度；三、工商禁榷制度与行政法律内容的发展变化；四、司法体制的变化及会审制度、“厂卫”制度、监狱制度。

学时分配：3 学时

第一节　立法概况

一、明初法制指导思想

（一）肃正纲纪，重典治国

（二）明礼导民，明刑弼教

（三）法贵简当，使人易晓

二、主要立法活动

（一）《大明律》的制定

（二）明《大诰》的编辑与颁布

（三）《问刑条例》及律例合编体例的出现

（四）《明会典》的编纂

第二节　法律内容与主要特点

一、刑事法律内容

（一）刑罚制度的变化

1．“重其重罪，轻其轻罪”的刑事原则。

2．凌迟、充军、枷号等酷刑的使用。

（二）重典整饬吏治的刑事原则

1．严禁奸党交结。

2．严治官吏赃罪

3．严惩失职渎职。

4．严设廷杖酷刑。

（三）加强思想文化专制控制

二、民事法律内容

（一）所有权
1．土地所有权。
2．财产所有权。
（二）契约制度
1．借贷契约。
2．租佃契约。
3．典卖契约。
（三）婚姻、家庭、继承制度

三、经济法律内容

（一）土地立法
（二）工商禁榷制度
（三）财政金融制度

四、行政法律内容

（一）行政管理体制
（二）职官管理制度
（三）行政监察制度

第三节　司法制度

一、司法机关体系

（一）中央司法机关
刑部、大理寺、都察院三法司职责分工的变化。
（二）地方司法体制
1．省、府（直隶州）、县（州）三级行政机关兼理司法。
2．申明亭制度。
（三）军户案件的管辖

二、会审制度

（一）三司会审与九卿圆审
（二）朝审、大审与热审

三、“厂卫”制度

（一）锦衣卫
（二）东厂、西厂与内行厂

四、监狱制度

（一）“监”的设置
（二）提牢制度

复习与思考题

1．明初确立的法制指导思想及主要立法活动。
2．明朝刑事法律制度的主要内容及其特点。
3．明朝司法体制的变化与会审制度的建立。
4．明朝“厂卫”干预司法的表现与评价。

拓展阅读书目

1．《明史·刑法志》，中华书局点校本 1977 年版；
2．怀效锋点校：《大明律》，法律出版社 1999 年版；
3．《明大诰》，江苏人民出版社 1985 年版；
4．[清]薛允升著　怀效锋　李鸣点校：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年版；
5．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；
6．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；
7．张晋藩总主编：《中国法制通史》第七卷“明”，法律出版社 1999 年版。

第十章　清朝法律制度

（1644—1911 年）

本章教学目的和基本要求：清朝是中国历史上最后一个君主专制王朝，也是中国传统法制开始向近代法制过渡的转型时代。自 1840 年鸦片战争爆发时起，历经半个多世纪的社会变革和改良运动，特别是通过清末的预备立宪运动和修订法律活动，到 1911 年辛亥革命推翻清朝政权时止，汉、唐、宋、明以来延续二千多年的君主专制主义中央集权制度及其中华法系逐步退出中华帝国的历史舞台，代之而起的是由孙中山开创的中华民国制度以及直接移植于日本的以西方大陆法系为主体的近代法律体系。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，涉及的知识点较多，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下六个方面的内容：一是清朝前期的法制指导思想和重要立法活动；二是清朝法律维护专制集权统治和满族贵族特权的内容特点；三是清朝前期司法体制与会审制度的变化；四是清末预备立宪运动的背景、原则、内容等；五是清末修律活动的原因、宗旨、目的、内容等；六是清末司法主权的丧失及司法体制与诉讼审判制度的改革。本章的学习难点：一是正确理解清朝前期法制的基本特点；二是全面了解清末政治制度与法制体系的重大变革。其学习重点主要包括：一、清朝前期的法制指导思想与重要立法活动；二、清朝前期的司法体制与会审制度；三、清末预备立宪与修律活动的背景、原则、内容；四、外国在华领事裁判权制度与租界内会审公廨制度的建立及影响；五、清末司法体制与诉讼审判制度的改革。

学时分配：8 学时

第一节　清朝前期的法律制度

一、立法概况

（一）法制指导思想

1．“参汉酌金”，“准依明律治罪”。

2．“详绎明律，参以国制”。

（二）入关前的立法概况

《禁单身行路令》；《离主条例》；《盛京定例》。

（三）入关后的立法活动

1．大清律的反复修订。

2．各部院则例的产生。

3．《大清会典》的制定。

4．少数民族地区的单行法规。

二、法律内容及其特点

（一）刑事法律内容的变化

1．改变五刑制度。

2．增加法外酷刑。

3．调整刑法适用制度。

4．推行重刑高压政策。

（二）旗人法律特权的维护

1．保障满族贵族的统治地位。

2．保护旗地旗产等经济利益。
3．维护满人的司法特权。
（三）经济法律内容
1．赋役立法。
2．工商立法。
3．海外贸易立法。
（四）行政法律内容
1．行政管理体制。
2．职官管理法规。

三、司法制度

（一）司法机关体系
1．中央三法司的设置及职能。
2．地方省、府、县的司法管辖。
3．管辖旗人或少数民族案件的特殊司法机构。
（二）会审制度
1．三司会审与九卿会审。
2．秋审、朝审与热审。
（三）监狱提牢制度
1．提牢厅的设置及其职能。
2．《提牢备考》的编辑。

第二节　清末法律制度的转型

一、预备立宪

（一）预备立宪的背景与原则
1．预备立宪的背景与五大臣出洋考察宪政。
2．颁布“仿行宪政”上谕，钦定“大权统于朝政，庶政公诸舆论”的立宪原则。
（二）预备立宪的主要活动
1．颁布《钦定宪法大纲》与《宪法重大信条十九条》。
2．设立咨议局与资政院。
3．改革官制与改组内阁。

二、修律活动

（一）修律的原因、宗旨与目的
1．“参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”。
2．“凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革”。
（二）修律的主要内容
1．《大清现行刑律》的产生与《钦定大清刑律》的制定。
2．《大清民律草案》的起草。
3．单行商事法规与《大清商律草案》的制定。
4．法院组织法与诉讼法的制定。

5.《大清监狱律草案》的制定。

三、司法制度的变化

（一）司法主权的丧失

1．外国在华领事裁判权制度的建立。

2．租界内会审公廨制度的建立。

（二）司法机关体系的改良

1．改刑部为法部，建立新型司法行政机关。

2．改大理寺为大理院，地方设三级审判厅，拟行四审级制

3．各级审判机关内附设检察机关，实行审检合署制。

（三）诉讼审判制度的改革

1．确立司法独立原则。

2．区分民事与刑事诉讼案件。

3．建立律师制度。

（四）监狱管理制度的改良

1．改革监狱管理机构。

2．建立新式“模范监狱”。

复习与思考题

1．清朝前期的法制指导思想与重要立法活动。

2．清律加强中央集权统治、维护满族特权地位的主要内容与立法特点。

3．清朝前期司法体制的主要特色。

4．清朝的秋审与朝审制度。

5．清末预备立宪的背景、内容与评价。

6．清末修律活动的背景、内容与评价。

7．清末司法制度的变化。

拓展阅读书目

1．《清史稿·刑法志》，中华书局点校本；

2．田涛　郑秦点校：《大清律例》，法律出版社 1999 年版；

3．《大清会典》，中华书局 1987 年版；

4．《大清法规大全》，清末石印本；

5．[清]沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版；

6．瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版；

7．张晋藩总主编：《中国法制通史》第八卷“清”、第九卷“清末·中华民国”，法律出版社 1999 年版。

第十一章　中华民国法律制度（上）

（1912—1928 年）

本章教学目的和基本要求：孙中山领导的辛亥革命，推翻了在中国延续了两千多年的君主专制集权制度，建立起中华民国南京临时政府，成为中国历史上第一个也是唯一一个资产阶级民主共和国。它虽然仅仅存在三个月的时间，但它所取得的法制建设成就，在中国法制发展史上占有重要地位。而随后建立起来的北洋政府，则是一个打着中华民国旗帜的军阀专制独裁政权。但是，由于它直接继承了清末变法修律的成果，因而客观上推动了中国近代法制体系的初步发展和基本形成。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下六个方面的内容：一是《中华民国临时政府组织大纲》与《中华民国临时约法》；二是南京临时政府的其他政令法规；三是北洋政府的立法特点；四是《中华民国约法》与《中华民国宪法》；五是北洋政府的其他法律法规；六是北洋政府的司法制度。本章的学习难点：一是正确理解和评价南京临时政府法制建设的性质；二是正确理解和评价北洋政府立宪活动与法制体系的性质。其学习重点主要包括：一、南京临时政府与北洋政府的制宪活动；二、北洋政府的法制体系与立法特点。

学时分配：4 学时

第一节　南京临时政府法律制度

一、《中华民国临时政府组织大纲》

（一）《中华民国临时政府组织大纲》的产生

1．武昌起义的爆发。

2．各省都督府代表联合会的召开。

3．《中华民国临时政府组织大纲》的起草与公布。

（二）《中华民国临时政府组织大纲》的主要内容

1．实行总统制和三权分立的政府体制。

2．采取一院制的议会制度。

3．临时中央审判所行使司法审判权。

（三）《中华民国临时政府组织大纲》的意义与局限

二、《中华民国临时约法》

（一）《中华民国临时约法》的制定背景

（二）《中华民国临时约法》的主要内容

1．确立民主共和的国家制度和“主权在民”的宪法原则。

2．改总统制为责任内阁制，实行三权分立的政治体制。

3．吸收资产阶级宪法中的民主自由原则。

（三）《中华民国临时约法》的性质与评价

三、其他政令法规

（一）保护私有财产，发展民族资本主义

（二）保障民权，革除社会陋习

1．取消良贱差别，禁止买卖人口和贩卖华工。

2．禁烟禁赌，限期剪辫，劝禁缠足。
3．改革官厅称呼，发展文化教育。
（三）推行司法改革
1．禁止刑讯，废止体罚。
2．采用公开审判制度和辩护制度。
3．试行律师制度。

第二节　北洋政府法律制度

一、立法特点

（一）频繁进行制宪活动
（二）大量援用清末法律
（三）广泛利用判例与解释例
（四）大量制订特别法
（五）基本形成中国近代法律体系

二、主要宪法性文件

（一）《中华民国约法》
1．《中华民国国会组织法》的制定与国会的成立。
2．“天坛宪草”的起草与国会的解散。
3．《中华民国约法》的产生。
4．《中华民国约法》的主要内容。
（二）1923 年《中华民国宪法》
1．1923 年《中华民国宪法》的产生。
2．《中华民国宪法》的内容特点。
（1）强调共和国体，反对复辟帝制。
（2）采用责任内阁制，缩小大总统个人权力。
（3）实行地方自治制度，适度分配权力。

三、其他法律法规

（一）刑事立法
1．《中华民国暂行新刑律》及《暂行新刑律施行细则》、《暂行新刑律补充条例》的实施。
2．两部“刑法修正案”。
3．刑事特别法及其特点。
（1）限制人民的民主自由权利。
（2）加强刑事镇压的恐怖性。
（3）复活部分旧的刑罚。
（二）民商立法
1．《大清现行刑律》之“民事有效部分”的适用。
2．《第二部民律草案》的制定。
3．单行商事法规的制颁。

四、司法制度

（一）司法机关体系

1．普通法院系统。

2．兼理司法衙门。

3．特别法院系统。

4．平政院的置废。

（二）诉讼审判制度

1．形式上的四级三审制。

2．军人直接干预司法。

3．实行审检分立制度。

4．大量援用判例和解释例。

复习与思考题

1．南京临时政府宪法性文件的内容、特点及其评价。

2．南京临时政府政令法规的主要内容。

3．北洋政府的立法特点。

4．北洋政府的主要立宪活动。

5．北洋政府刑事立法与民商立法的主要内容及其特点。

6．北洋政府司法制度的主要特点。

拓展阅读书目

1．谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社 2000 年版。

2．直隶高等审判厅编：《华洋诉讼判决录》，中国政法大学出版社 1997 年版；

3．张晋藩总主编：《中国法制通史》第九卷“清末·中华民国”，法律出版社 1999 年版。

第十二章　中华民国法律制度（下）

（1927—1949 年）

本章教学目的和基本要求：中华民国南京国民政府是蒋介石背叛革命后，以继承孙中山“遗教”相标榜，建立起来的一个代表地主、买办、官僚资产阶级利益的专制独裁政权。从 1927 年至 1949 年，在三个不同的革命历史时期，以《六法全书》为主体的南京国民政府的各种立法虽然有所调整，但其强化国民党一党专政和蒋介石个人独裁统治的根本性质始终没有改变。不过，它继承、发展和进一步完善清末及北洋政府的法律体系，将中国法律制度近代化的历程推向了一个新的高峰。这是应该给予充分注意和恰当评价的。本章是《中国法制史》课程的重点内容之一，教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下四个方面的内容：一是南京国民政府的立法思想、法律体系与立法特点；二是南京国民政府的立宪活动及其本质特征；三是南京国民政府的刑事立法与民商事立法；四是南京国民政府的司法制度。本章的学习难点在于正确认识、理解和评价南京国民政府的“制宪”活动及其法制建设；学习重点主要包括：一、南京国民政府的立法思想、法律体系与立法特点；二、南京国民政府的“制宪”活动及其本质特征；三、南京国民政府刑事立法与民商事立法的内容特点；四是南京国民政府司法制度基本特征。

学时分配：4 学时

第一节　南京国民政府立法概况

一、立法思想

（一）从“以党治国”原则到“一党专政”原则
（二）从“权能分治”理论到“五权宪法”理论
（三）从“建国三时期”学说到“训政保姆论”

二、立法活动

（一）南京国民政府法制体系的形成时期
（二）南京国民政府法制体系的发展时期
（三）南京国民政府法制体系的解体时期。

三、法律体系

（一）以《六法全书》为代表的成文法
（二）判例、解释例及司法机关认可的习惯和法理
（三）国民党中央决议及蒋介石手令

四、立法特点

（一）立法权受制于国民党中央
（二）以孙中山“遗教”为根本立法原则
（三）外来法与本土法融合，法律体系庞杂详备
（四）特别法多于普通法，法律效力高于普通法

第二节　南京国民政府法律内容及其特点

一、宪法性法律

（一）1928 年《训政纲领》

1．《训政纲领》的制定。

2．《训政纲领》的主要内容。

（二）1931 年《中华民国训政时期约法》

1．《中华民国训政时期约法》的制定。

2．《中华民国训政时期约法》的主要内容。

（1）确立国民党一党专政的国家制度。

（2）实行五院制的政府组织形式。

（3）规定了公民的民主自由权利。

（4）规定了南京国民政府的经济制度。

（三）1936 年《中华民国宪法草案》（“五五宪草”）

1．“五五宪草”的制定。

2．“五五宪草”的基本内容。

（1）改行总统制。

（2）取消“训政纲要”一章，增加“国民大会”专章。

（3）更加强调中央集权制度。

（四）1947 年《中华民国宪法》

1.《中华民国宪法》的制定。

（1）1945 年国共两党重庆谈判及“双十协定”的签订。

（2）1946 年旧政协开幕及通过一系列协议。

（3）伪“国民大会”的召开及“宪法草案”的通过。

2.《中华民国宪法》的主要内容。

（1）虚伪的民主共和的国家性质。

（2）不伦不类的政权组织形式。

（3）限制性地规定人民的自由权利。

（4）形式上规定中央与地方分权。

（5）巩固和发展官僚垄断资本。

（6）“尊重条约”的外交政策。

二、刑法

（一）《中华民国刑法》的制定和修改

1．1928 年“旧刑法典”的制定。

2．1935 年“新刑法典”的修订。

3．主要篇章结构与内容特点。

（二）刑事特别法的内容特点

1．补充和扩大刑法典关于犯罪的内容与范围。

2．实行重刑主义的刑法原则。

3．滥用军事审判与军法审判形式。

4．对共产党人和革命群众实行保安处分制度。

三、民商法

（一）民商合一立法体系的建立
（二）《中华民国民法》的制定与颁布
（三）《中华民国民法》的内容特点
1．采取社会本位主义原则。
2．修改幅度较大。
3．肯定习惯的法律效力。
4．保留部分传统婚姻家庭制度。
（四）单行商事法规的颁布
1．1929 年的《保险法》、《票据法》、《公司法》。
2．1930 年的《交易所法》。
3．1931 年的《海商法》。
4．1935 年的《中央银行法》、《破产法》。

四、行政法

无统一的行政法典，分门别类汇编各类行政法规。

第三节　南京国民政府司法制度

一、司法机关体系

（一）普通法院系统
（二）兼理司法法院
（三）特种刑事法庭
（四）军事审判机关

二、诉讼审判制度

（一）主要诉讼法
1．刑事诉讼法。
2．民事诉讼法。
3．特别诉讼法规。
（二）诉讼审判制度的特点
1．采用秘密侦查、审判制度。
2．采取“自由心证”的诉讼证据原则。
3．扩大军事、军法审判范围。
4．利用特务机关法外司法。

复习与思考题

1．南京国民政府的立法思想、法律体系与立法特点。
2．南京国民政府的“制宪”活动及其本质。
3．南京国民政府刑事、民事立法的主要内容及其特点。

4．南京国民政府的司法体制及诉讼审判制度的特点。

拓展阅读书目

1．《六法全书》，各种版本。
2．谢振民：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社 2000 年版。
3．张晋藩总主编：《中国法制通史》第九卷“清末·中华民国”，法律出版社 1999 年版。

第十三章　革命根据地法律制度

（1927—1949 年）

本章教学目的和基本要求：1927 年至 1949 年，在第二次国内革命战争、抗日战争、第三次国内革命战争等三个不同的历史时期，中国共产党领导各革命根据地先后建立了工农民主政权、抗日民主政权、解放区人民政权，制定了代表人民意志和利益的新民主主义法律制度，不仅保证了新民主主义革命的胜利，而且也取得了一定的法制建设的经验和教训，为中华人民共和国的建立奠定了基础。本章的教学目的和基本要求主要是学习和掌握以下三个方面的内容：一是重要的立宪活动；二是土地立法和婚姻、劳动立法；三是司法制度及其特点。本章的学习难点在于全面了解和深刻认识革命根据地立法的新民主主义性质及其经验教训；其学习重点主要包括：一、各个不同时期立宪活动的基本内容与主要特点；二、土地立法的基本内容与经验教训；三、司法制度的主要特点；四、人民调解制度。

学时分配：3 学时

第一节　立法概况

一、立法指导思想与立法原则

（一）马克思主义、毛泽东思想是人民民主政权的立法指导思想

（二）党的纲领、路线、方针、政策是人民民主政权的立法原则

二、主要立法活动

（一）工农民主政权时期的主要立法活动

（二）抗日民主政权时期的主要立法活动

（三）解放区人民政权时期的主要立法活动

第二节　宪法性文件

一、工农民主政权的宪法性文件

（一）1931 年《中华苏维埃共和国宪法大纲》的制定

（二）《中华苏维埃共和国宪法大纲》的基本内容

1．规定了中华苏维埃共和国宪法的任务。

2．规定了中华苏维埃共和国的国体和政体。

3．规定了保障工农劳苦民众经济利益的各项政策。

4．规定了工农劳苦民众的权利和自由。

5．确定了民族平等和民族自决的原则。

6．规定了反对帝国主义和实行无产阶级国际主义的对外政策原则。

（三）《中华苏维埃共和国宪法大纲》的意义与局限

二、抗日民主政权的施政纲领

（一）1937 年《抗日救国十大纲领》的基本精神

（二）1939 年《陕甘宁边区施政纲领》的基本内容

1．贯彻抗日民族统一战线的总方针。

2．规定了民主政治制度。

3．规定了有利于团结抗战的经济政策原则。

4．规定了抗日锄奸政策。

5．规定了加强抗日人民武装建设、发展经济文教事业、贯彻男女平等及民族平等等政策原则。

三、解放区人民政权的宪法性文件

（一）1946 年《陕甘宁边区宪法原则》

1．《陕甘宁边区宪法原则》的制定

（1）1945 年重庆谈判与“双十协定”的签订。

（2）1946 年政协会议的召开及其协议的通过。

2．《陕甘宁边区宪法原则》的基本内容

（1）确定人民代表会议制度为政权基本制度。

（2）规定人民享有广泛的民主权利。

（3）规定实行民族区域自治原则。

（4）规定司法机关独立行使司法权的原则。

（5）规定“耕者有其田”的原则。

（二）1947 年《中国人民解放军宣言》的基本内容

1．号召推翻帝国主义、封建主义、官僚资本主义三座大山，建立人民民主政权。

2．宣布党的新民主主义三大经济纲领。

3．公布战争罪犯。

4．规定了各解放区的主要工作。

（三）1948 年《华北人民政府施政方针》的基本内容

1．确定了解放区的基本任务。

2．确立各级人民代表会议制度及人民政府体制。

3．规定了华北人民政府的基本方针、政策。

第三节　土地立法

一、工农民主政权的土地立法

（一）早期苏区土地立法

1．1928 年《井冈山土地法》。

2．1929 年《兴国土地法》。

（二）1931 年《中华苏维埃共和国土地法》的基本内容

1．规定了没收土地的对象和范围。

2．规定了分配土地财产的对象、原则和方法。

二、抗日民主政权的土地立法

1944 年《陕甘宁边区地权条例》、《陕甘宁边区土地租佃条例》的基本内容。

1．规定了土地所有权制度。

2．规定了减租交租、减息交息政策。

三、解放区人民政权的土地立法

（一）“五四指示”

1946 年 5 月 4 日，中共中央发出《关于土地问题的指示》（“五四指示”），将减租减息政策改变为消灭封建土地制度，实行“耕者有其田”政策。

（二）1947 年《中国土地法大纲》

1．《中国土地法大纲》的制定。

2．《中国土地法大纲》的基本内容。

（1）规定了废除封建及半封建兴剥削的土地制度和实行“耕者有其田”的原则。

（2）规定了没收或征收土地财产的对象和范围。

（3）规定了土地财产的分配原则和方法。

（4）规定了保护工商业者财产并允许其合法营业的政策。

（5）规定了改革土地制度的执行机关和实施《中国土地法大纲》的保障措施。

第四节　其他立法

一、刑事立法

（一）立法概况

1．第二次国内革命战争时期，主要是发动工农民众，开展武装斗争，实行土地革命，推翻国民党反动派统治，建立和巩固人民政权。

2．抗日战争时期，主要是打击和惩治投靠日本帝国主义的汉奸卖国贼以及破坏抗日根据地坚壁清野政策的盗匪。

3．第三次国内革命战争时期，主要是摧毁国民党反动统治，肃清土匪恶霸等反动社会基础，建立和巩固人民民主政权。

（二）刑法原则

1．罪刑相适应原则。

2．罪责自负原则。

3．惩罚和教育改造相结合原则。

（三）主要刑罚

二、劳动立法

（一）立法概况

1．早期苏区劳动立法。

2．1931 年和 1933 年《中华苏维埃共和国劳动法》。

（二）立法特点

1．废除对工人的封建剥削和其他非法剥削。

2．规定工人的工作时间和工资待遇。

3．保护女工、青工和童工的特殊利益。

4．实行劳动保护和社会保险制度。

5．工人有组织工会的权利。

三、婚姻立法

（一）立法概况

1．早期苏区婚姻立法。

2．1931 年《中华苏维埃共和国婚姻条例》。

3．1934 年《中华苏维埃共和国婚姻法》。

4．1939 年《陕甘宁边区婚姻条例》。

5．1946 年《陕甘宁边区婚姻条例》。

（二）立法特点

1．确定新婚姻制度的基本原则。

2．规定婚姻成立、解除的条件和程序。

第五节　司法制度

一、司法机关体制

（一）工农民主政权的司法机关

政治保卫局；肃反委员会；中央临时最高法庭；各省、区、县裁判部（科）；军事裁判所；检察机关；司法行政机关。

（二）抗日民主政权的司法机关

边区高等法院；高等法院分庭；县、市司法处或司法科；检察机关。

（三）解放区人民政权的司法机关

1．设立大行政区、省、县三级人民法院。

2．土地改革地区设立人民法庭。

3．新解放的军事管制城市设立军事法庭或特别法庭。

二、诉讼审判制度

（一）诉讼基本原则

1．司法机关统一行使审判权的原则。

2．法律面前人人平等的原则。

3．禁止肉刑、严禁逼供信、重证据而不轻信口供的原则。

4．依靠和便利群众的原则。

5．少数民族使用本民族语言文字进行诉讼的原则。

（二）主要审判制度

1．人民陪审员制度。

2．公开审判制度。

3．审判人员回避制度。

4．辩护制度。

5．审判合议制度。

6．两审或三审终审制度。

7．复核及审判监督制度。

三、人民调解制度

（一）调解的形式

1．民间自行调解。

2．群众团体调解。

3．基层政府调解。

4．司法机关调解。

（二）调解的基本原则

1．双方当事人自愿的原则。

2．调解必须依法进行的原则。

3．调解不是法定必经程序。

（三）调解的范围

主要是民事案件（法律另有规定者除外）及轻微刑事案件。

（四）调解的纪律

四、解放区新民主主义司法原则

1949 年中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，宣布废除国民党的六法全书，实行新民主主义司法原则。

复习与思考题

1．《中华苏维埃共和国宪法大纲》的内容、意义及缺陷。

2．《陕甘宁边区宪法原则》的制定背景及主要内容。

3．革命根据地土地立法的主要内容及经验教训。

4．革命根据地刑事立法的基本原则。

5．革命根据地婚姻立法的基本原则。

6．革命根据地审判制度的主要特征。

7．革命根据地的人民调解制度。

拓展阅读书目

1．《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》（全四卷），中国社会科学出版社 1981 年版；

2．张晋藩总主编：《中国法制通史》第十卷“新民主主义政权”，法律出版社 1999 年版；

3．张希坡　韩延龙主编：《中国革命法制史》，中国社会科学出版社 1987 年（上册）、1992 年（下册）版。

《宪法学》教学大纲

姚国建　编写

目　录

前　言.....73
第一章　宪法基本理论（上）.....74
第一节　宪法的概念.....74
一、宪法的界定.....74
二、宪法的特征.....74
三、宪法的渊源.....74
第二节　宪法的分类.....74
一、宪法的分类的概念.....74
二、宪法的传统分类.....74
三、新型分类.....74
四、马克思主义的宪法分类.....75
第三节　宪法的基本原则.....75
一、宪法基本原则.....75
二、人民主权原则.....75
三、基本人权原则.....75
四、法治原则.....75
五、权力分立与制衡原则.....75
第四节　宪法与宪政.....76
一、宪政的概念.....76
二、宪政的要素.....76
三、宪政的历史发展.....76
四、宪法与宪政的比较.....77
复习与思考题.....77
拓展阅读书目.....77
第二章　宪法基本理论（下）.....78
第一节　宪法的创制与修改.....78
一、宪法的制定.....78
二、宪法的修改.....78
第二节　宪法解释与宪法实施.....78
一、宪法的实施.....78
二、宪法的解释.....78
三、违宪审查、.....79
第三节　宪法惯例.....79
复习与思考题.....79
拓展阅读书目.....79
第三章　宪法的历史.....81
第一节　宪法的产生.....81
一、宪法的产生.....81
二、各主要国家宪法的产生与发展.....81
第二节　宪法的发展.....81

一、近代宪法向现代宪法的发展 81
二、宪法的发展趋势 81
第三节　1949 年以前中国宪法的产生和发展 82
一、宪政问题在中国历史上的提出 82
二、中国宪政思想的萌芽及发展 82
三、1949 年以前的立宪运动实践 82
第四节　中华人民共和国宪法的制定和修改 82
一、《中国人民政治协商会议共同纲领》 82
二、1954 年宪法 82
三、1975 年宪法 82
四、1978 年宪法 82
五、1982 年宪法 82
六、对 1982 年宪法的修正 82
复习与思考题 82
拓展阅读书目 83
第四章　国家性质 84
第一节　阶级性质 84
一、国家性质 84
二、我国的国家性质 84
第二节　经济制度 84
一、经济制度的概念 84
二、经济制度与宪法 84
三、我国宪法确立的经济制度 84
四、对我国宪法经济规范的评价 84
第三节　“三个文明”的协调发展 85
一、“三个文明”的含义及其相互关系 85
二、推动三个文明协调发展 85
三、建设社会主义政治文明 85
四、建设社会主义精神文明 85
复习与思考题 85
拓展阅读书目 85
第五章　国家形式 86
第一节　政权组织形式 86
一、政权组织形式的概念 86
二、政体理论的演进及其实践 86
三、我国的政权组织形式是人民代表大会制度 86
四、人民代表大会制度的改革与完善 86
第二节　国家结构形式 86
一、国家结构形式概述 86
二、国家结构形式的类型 87
三、我国的国家结构形式 87
四、我国单一制下的地方分权 87
第三节　国家标志 88

一、国家标志的含义.....88
二、国旗.....88
三、国徽.....88
四、国歌.....88
五、首都.....88
复习与思考题.....88
拓展阅读书目.....88
第六章　选举制度.....90
第一节　选举制度一般原理.....90
一、代议制民主与选举制度.....90
二、选举、选举法、选举制度的概念.....90
三、选民权利的范围.....90
第二节　我国的选举制度.....91
一、我国选举制度的基本原则.....91
二、我国选举制度的组织和程序.....91
三、我国选举权的物质保障和法律保障.....91
复习与思考题.....91
拓展阅读书目.....92
第七章　公民的基本权利和义务（上）.....93
第一节　几个重要的相关概念.....93
第二节　宪政下的基本权利与国家权力.....93
第三节　基本权利的保障.....93
复习与思考题.....93
拓展阅读书目.....93
第八章　公民的基本权利和义务（下）.....95
第一节　平等权.....95
一、平等权的历史渊源.....95
二、公民平等权的含义与特征.....95
三、平等权的范围.....95
四、平等权的相对性.....95
第二节　政治权利.....95
一、政治权利的概念和范围.....95
二、选举权与被选举权.....95
三、言论自由.....95
四、出版自由.....96
五、集会、游行、示威自由.....96
六、结社自由.....96
第三节　宗教信仰自由.....96
一、宗教信仰自由的含义.....96
二、保护宗教信仰自由的意义.....96
三、我国公民的宗教信仰自由及其保障.....96
第四节　人身权利.....96
一、人身权利的含义.....96

二、我国公民的人身权利的主要内容及其法律保护 96
三、公民人身权限制的条件 97
第五节　监督权 97
一、监督权的宪法规定和基本特征 97
二、监督权的内容 97
第六节　社会经济权利 97
一、社会经济权利的概念与特征 97
二、劳动权 98
三、休息权 98
四、财产权 98
五、退休人员的生活保障权 98
六、物质帮助权 98
第七节　文化教育权利 98
一、文化教育权利的概念与基本特征 98
二、受教育权 98
三、文化权利 99
第八节　特定主体权利的保护 99
第九节　我国公民的基本义务 99
思考题 99
拓展阅读书目 100
第九章　国家机构（上） 101
第一节　国家机构概述 101
一、国家机构概念 101
二、我国国家机构的设置 101
三、我国国家机构的活动原则 101
第二节　最高国家权力机关及其常设机关 101
一、全国人民代表大会 101
二、全国人民代表大会常务委员会 102
第三节　国家元首 102
一、国家元首的概念 102
二、国家元首的模式 102
三、我国国家元首制度的沿革 102
四、我国国家主席的选任与补缺 102
五、国家主席的职权 102
第四节　最高国家行政机关 102
一、国务院的性质和地位 102
二、国务院的组成和任期 103
三、国务院的领导制度（总理负责制　会议制度） 103
四、国务院的职权 103
五、国务院下设机构 103
第五节　最高国家军事机关 103
一、中央军事委员会的性质和地位 103
二、中央军事委员会的组成和任期 103

三、中央军事委员会的职权和领导体制 103
复习与思考题 103
拓展阅读书目 104
第十章　国家机构（下） 105
第一节　地方各级人民代表大会和地方各级人民政府 105
一、地方各级人民代表大会 105
二、县级以上人民代表大会常务委员会 105
三、地方各级人民政府 105
第二节　民族自治地方的自治机关 106
一、自治机关的性质和地位（民族自治地方的人民代表大会和人民政府） 106
二、自治机关的组成和任期 106
三、自治机关的职权（职权的双重性制定自治条例和单行条例变通执行和停止执行 106
第三节　特别行政区的国家机关 106
一、特别行政区行政长官 106
二、特别行政区行政机关 106
三、特别行政区立法会 107
四、特别行政区司法机关 107
第四节　国家审判机关和国家检察机关 107
一、人民法院 107
二、人民检察院 107
三、人民法院、人民检察院和公安机关的相互关系 108
第五节　基层群众性自治组织 108
一、基层群众性自治组织概述 108
二、居民委员会 108
三、村民委员会 108
复习与思考题 108
拓展阅读书目 108
第十一章　政党制度 110
第一节　政党制度的一般原理 110
一、政党 110
二、政党制度 110
三、政党在宪法和法律上的地位 110
第二节　我国的政党制度 111
一、我国政党的概况 111
二、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度 111
三、我国政党制度的特点 111
四、爱国统一战线与人民政协 111
复习与思考题 111
拓展阅读书目 111

前　言

宪法学是一门主干课程，是法科学生的必修课，51 课时。内容包括四个部分，即宪法基本理论、宪法制度、国家机构、公民的基本权利。要求学生理解、应用和掌握三个基本，即有关宪法的基本原理、基本概念和基本知识。

本课程提供的学习材料有三部分，即宪法教材、宪法规范、宪法案例。本课程的讲授方法主要有逻辑分析和实证分析。本课程的目的在于培养学生的宪法思维方式，主要是宪法问题意识，即通过现象发现宪法问题，透过问题提炼观点，运用材料论证观点。本课程为其他法学专业课的学习打下基础，但并不排除其本身就是一门法学专业课。

本大纲按照宪法学的知识结构框架编写，目的是确保宪法学教学的规范化，也为学生的学习提供基本依据。通过以本大纲为依据的教学，使学生了解和掌握宪法学的基本理论、基本知识和基本方法，认识宪法产生和发展的一般规律，领会和掌握我国宪法的基本精神和具体内容。

第一章　宪法基本理论（上）

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括宪法的概念、分类、基本原则以及宪法与宪政的关系。重点是宪法的概念、宪法基本原则。难点是宪法与宪政的关系。

基本要求是通过对宪法基本理论的介绍，使学生对宪法的概念、分类等基本问题有一初步认识，并对宪政的价值和精神进行初步的体悟，同时也为以下各章的学习奠定基础。

学时分配：6 学时

第一节　宪法的概念

一、宪法的界定

1．实质意义上的宪法：从法律规范的内容来界定，范围较广。
2．形式意义上的宪法：根据宪法作为法律的形式特征来界定，仅指成文法典。

二、宪法的特征

1．形式特征。
2．实质特征

三、宪法的渊源

1．成文宪法典
2．宪法性法律
3．宪法判例

第二节　宪法的分类

一、宪法的分类的概念

二、宪法的传统分类

1．成文宪法与不成文宪法
2．刚性宪法与柔性宪法
3．钦定宪法　民定宪法　协定宪法

三、新型分类

1．原生宪法与派生宪法
2．纲领性宪法、确认性宪法与中立性宪法
3．政治自由主义宪法、君主立宪主义宪法、社会改良主义宪法与独立民族主义宪法
4．规范性宪法、名义性宪法与语义性宪法
5．联邦宪法与州宪法

四、马克思主义的宪法分类

马克思主义的主要宪法分类观点
社会主义类型宪法与资本主义类型宪法的区别

第三节　宪法的基本原则

一、宪法基本原则

1．法律原则与宪法原则
2．宪法基本原则的概念和特点
3．宪法基本原则种类和内在联系

二、人民主权原则

1．人民主权原则的含义
2．人民主权原则的制度体现
（1）议会至上和议会主权
（2）在各国宪法中的体现

三、基本人权原则

1．人权理论的历史发展
2．基本人权原则的宪法体现与制度保障

四、法治原则

1．法治的含义。
（1）宪法是国家的最高法律
（2）一切国家机关及官员都必须依法治理国家
（3）宪法和法律必须符合正义，是良法
（4）法律面前人人平等，反对任何组织和个人享有法律之外的特权，保障公民的权利和自由
（5）司法独立，只服从于宪法和法律
2．法治理论的历史发展

五、权力分立与制衡原则

1．权力分立与制衡学说的历史发展
2．权力分立与制衡原则在各国宪法中的体现
（1）美国：三权分立，相互制约
（2）英国：议会至上
（3）法国：行政权优位
（4）中国：民主集中制，分工监督

第四节　宪法与宪政

一、宪政的概念

（一）偏重于民主的宪政界定

1．代表性观点

2．民主国家不一定是宪政国家

3．民主政治与宪政有一定关联性，却不能揭示宪政的本质内涵和特征

（二）不同于民主的宪政认识

1．宪政的本质特征。宪政的本质特征是限政.

2．限政的方式

（1）一是使一切权力来源于宪法和法律；

（2）是政治权力内部的分权与制衡和权利对权力的制约。

（三）宪政和民主的关系

1．宪政与民主的不同

（1）民主在历史时序上先于宪政，但宪政在逻辑上先于民主。

（2）民主规定谁拥有权力，涉及的是权力的归属，宪政规定取得与运用权力的方式，强调国家权力的限制和防范。

（3）宪政是专制的天敌，民主则未必是，有时可能导致“多数暴政”。

2．寻求民主与宪政的平衡

（1）给人民提供了广泛的政治参与、公平的政治交流和结合、定期的自由选举等权利和机会。

（2）对政府设置了规则化、制度化的限制。

（3）设立不同形式的两院制，使决策过程更为慎重和受到制约。

（4）实行司法审查，由法官宣布违宪的法律和政令无效

二、宪政的要素

1．宪法必须是“良法”，具有正当性。

2．以宪法和法律为最高权威。

3．以人权和人的自由为本位。

4．以宪法和法制约束权力为重心。

5．以司法审查为保障。

三、宪政的历史发展

（一）宪政主义的历史溯源

（二）现代宪政主义的发展

1．宪政主义与现代积极意义的自由和积极国家的紧张关系

2．宪政主义的国际化

（三）中国宪政的实践状况

1．宪法被视为一种国家建设机制

2．宪法对国家权力部门之间的关系强调协调而忽略制衡

3．宪法的设计使权力机关能够克制公民权利而公民权利无法克制权力机关

四、宪法与宪政的比较

（一）宪法与宪政的关系。

宪法是宪政的前提，宪政则是宪法的生命，宪法指导宪政实践，宪政实践完善宪法。

（二）宪法与依法治国。

宪法是法治的前提条件和法律依据，良性宪法是依宪治国的基础，实际也就是依法治国的基础。宪法的产生是近代法治确立的标志，宪法的内容是实现法治的直接法律依据，宪法至上是法律至上的核心。

复习与思考题

1．为什么说宪法是国家的根本法？
2．宪法的特征是什么？
3．试从理论与制度的层面分析人民主权原则在东西方的不同体现。
4．简述宪法的构成要素。
5．比较刚性宪法与柔性宪法。
6．简述基本人权原则。
7．试述权力分立与制衡原则在我国宪法中的体现。
8．简述宪法与宪政的关系。

拓展阅读书目

著作：
1．焦洪昌：《宪法学》，北京大学出版社 2004 年版。
2．许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
3．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
4．莫纪宏：《宪法学》，社会科学文献出版社 2004 年版。
5．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。
6．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版。
7．徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学 2001 年版。
8．[日]美浓部达吉：《宪法学原理》，中国政法大学出版社 2003 年版。
9．[法]狄骥：《宪法学教程》，辽海、春风文艺出版社 1999 年版。
10．[荷]亨利·范·马尔赛文等，《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社 1994 年版。
论文：
1．张文显、信春鹰：“民主+宪政=理想的政制”,载《比较法研究》1990 年第 1 期。
2．刘军宁：“共和·民主·宪政”，载《市场经济与公共秩序》，三联书店 1997 年版。
3．陈端洪：“宪政初论”，载《比较法研究》1992 年第 4 期。
4．莫纪宏：“宪政是宪法逻辑运动的状态”，载《法律科学》2000 年第 5 期。
法律文本：
1．《中华人民共和国宪法》（1982 年）
2．《美利坚合众国宪法》
3．《独立宣言》
4．《日本国宪法》（1946 年）
5．《法兰西共和国宪法》（1958 年）

第二章　宪法基本理论（下）

教学目的与基本要求：

本章的知识点：宪法制定、宪法修改、宪法解释、宪法实施、宪法惯例。重点是宪法解释和宪法实施。难点是宪法解释。

基本要求：使学生对从制宪到实施宪法这一完整的过程中涉及到的基本理论问题有一完整的把握。

学时分配：3 学时

第一节　宪法的创制与修改

一、宪法的制定

（一）制宪权的性质和归属

（二）制宪权的限制

1．自然法层面——受自然条件和自我意识的限制

2．实在法层面——不受限制

（三）制宪权行使的程序

（四）我国 1954 年宪法的制定

二、宪法的修改

（一）宪法修改的原因分析

1．客观上的原因

2．主观上的原因

（二）宪法修改权的限制

1．修改内容上的限制

2．修改时间上的限制

3．特殊情况下修改宪法的限制

4．修改程序上的限制

（三）宪法修改的程序

第二节　宪法解释与宪法实施

一、宪法的实施

二、宪法的解释

（一）宪法解释的必要性

（二）宪法解释模式

1．立法机关解释模式

2．司法机关解释模式

3．专门机关解释模式

（三）宪法解释的功能

1．弥补宪法的缺陷

2．使宪法能与时俱进，不断适应社会的变迁

（四）宪法解释的原则

1．统一性原则

2．利益衡量原则

3．稳定性原则

三、违宪审查、

（一）违宪审查的含义

违宪审查是指在宪法实施过程中，享有违宪审查权的国家机关通过法定程序，以特定方式审查和裁决某项立法或某种行为是否合宪的制度。

（二）违宪审查模式

1．立法机关审查模式

2．司法机关审查模式

3．专门机关审查模式

（三）我国的违宪审查制度

我国宪法明确规定，全国人民代表大会及其常务委员会监督宪法的实施。

第三节　宪法惯例

宪法惯例的含义

宪法惯例的效力

一、宪法惯例的作用

二、我国的宪法惯例

复习与思考题

1．制宪权理论对我国宪法的制定有什么启示？

2．试述对宪法修改权的限制。

3．宪法解释在我国应如何发挥其应有的作用？

4．我国有违宪审查制度吗？如果有，应如何完善?

5．我国有哪些宪法惯例？

拓展阅读书目

著作：

1．林纪东：《宪法之解释》，《法学丛刊》杂志社 1985 年版。

2．范进学：《宪法解释的理论建构》，山东人民出版社 2004 年版。

3．[韩]权宁星：《宪法学原理》，法文社 1990 年版。

4．[法]西耶斯：《第三等级是什么》，商务印书馆 1991 年版。

5．汉密尔顿等：《联邦党人文集》，商务印书馆 1980 年版。

论文：

1．苗连营：“关于制宪权的形而下思考”，载《上海交通大学学报》2003 年第 2 期。

2．蔡定剑：“中国宪法司法化路径探索”，载《法学研究》2005 年第 5 期。

法律文本：

1. 《中华人民共和国宪法》（1982 年）

2. 《中华人民共和国立法法》

3. 《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》（十届全国人大常委会第四十次委员长会议通过）

第三章　宪法的历史

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：宪法产生和发展的条件、外国宪法的产生和发展的历史、中国宪法的产生和发展历史。重点是宪法产生与发展的条件和中国宪法的发展。难点是宪法产生与发展的条件。

基本要求是通过对宪法产生与发展的理论以及各主要国家宪法发展的事实的讲授使学生对世界宪法发展的历史脉络有完整和准确的掌握。

学时分配：4 学时

第一节　宪法的产生

一、宪法的产生

二、各主要国家宪法的产生与发展

（一）英国宪法

1．英国宪法是在不断限制王权的过程中产生的

2．英国宪法的组成

3．英国宪法的特点

（二）美国宪法

1．美国宪法的诞生

2．美国宪法的内容

3．美国宪法的思想渊源

（三）法国宪法

1．三级会议

2．人权宣言

3．1791 年宪法

第二节　宪法的发展

一、近代宪法向现代宪法的发展

1．立宪主义在世界的兴起

2．社会主义宪法的产生

二、宪法的发展趋势

1．各国宪法越来越强调对人权的保障，不断扩大公民权利范围

2．行政权力的扩大是宪法发展的必然

3．各国越来越重视建立违宪审查制度来维护宪法的最高权威

4．宪法领域从国内法扩展到国际法

第三节　1949 年以前中国宪法的产生和发展

一、宪政问题在中国历史上的提出

二、中国宪政思想的萌芽及发展

1．宪政思想在中国的产生
2．宪政思想在中国的发展

三、1949 年以前的立宪运动实践

1．清朝立宪运动
2．从南京临时政府到北京政府时期的立宪运动
3。南京国民政府的立宪运动
4．人民革命根据地的宪法性文件

第四节　中华人民共和国宪法的制定和修改

一、《中国人民政治协商会议共同纲领》

二、1954 年宪法

三、1975 年宪法

四、1978 年宪法

五、1982 年宪法

六、对 1982 年宪法的修正

1．1988 年对 1982 年宪法的修正
2．1993 年对 1982 年宪法的修正
3．1999 年对 1982 年宪法的修正
4．2004 年对 1982 年宪法的修正

复习与思考题

1．简述英国宪法形成之特点。
2．美国建国以及美国宪法产生过程中的历史性文件有哪些？
3．法国人权宣言有着怎样的历史地位?
4．宪法在当今世界有哪些发展趋势？
5．宪法从西方传入中国经历了怎样的语境转换？
6．我国 1982 年宪法经历了哪几次修正？
7．对比 1954 年宪法与 1982 年宪法，谈谈 1982 年宪法有哪些新发展。

拓展阅读书目

著作：

1．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版。

2．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。

3．季卫东：《宪政新论》，北京大学出版社 2002 年版。

4．张学仁、陈宁生：《二十世纪之中国宪政》，2002 年版。

5．王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社 2002 年版。

6．林达：《历史深处的忧虑》，三联书店 1997 年版。

7．萨尔沃·马斯泰罗：《欧洲民主史》，社会科学文献出版社 1998 年版。

论文：

1．王人博：“宪政之累”，载《现代法学》1997 年第 4 期。

2．王人博：“宪政语境”，载《法学研究》2001 年第 2 期。

法律文本：

1．《中华人民共和国宪法》（1954 年、1982 年）

2．《人权与公民权宣言》

3．《中华民国宪法》（1947 年）

4．《中国人民政治协商会议共同纲领》

第四章　国家性质

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：国家性质的内涵、国家性质的决定因素、我国的国家性质、经济制度的内涵、我国的经济制度、社会主义政治文明和精神文明的内涵、“三个文明”的关系。重点是我国的国家性质、经济制度。难点是“三个文明”的相互关系。

基本要求：通过本章的学习，正确认识我国的国家性质，掌握以公有制为核心的经济制度决定了我国的国家性质，了解社会主义政治文明和精神文明建设体现并影响我国的国家性质。

学时分配：4 学时

第一节　阶级性质

一、国家性质

（一）国家性质的内涵

（二）国家性质与宪法

1．对国家阶级性质的规定是宪法的重要内容

2．世界各国宪法对国家阶级性质的规定

二、我国的国家性质

（一）人民民主专政及其特点

（二）人民民主专政的阶级结构

1．工人阶级是我国的领导阶级

2．工农联盟是我国政权的阶级基础

3．知识分子也是国家的依靠力量

4．爱国统一战线是扩大国家政权的社会基础

第二节　经济制度

一、经济制度的概念

二、经济制度与宪法

1．宪法赖以存在的经济基础

2．宪法对经济制度的规范

三、我国宪法确立的经济制度

1．所有制形式

2．分配制度

四、对我国宪法经济规范的评价

第三节　“三个文明”的协调发展

一、“三个文明”的含义及其相互关系

1．物质文明为政治文明和精神文明提供物质基础
2．政治文明为物质文明、精神文明提供制度保障
3．精神文明为物质文明、政治文明提供精神动力和智力支持

二、推动三个文明协调发展

1．树立全面、协调和可持续的科学发展观
2．正确处理改革、发展和稳定之间的关系
3．推动“三个文明”建设

三、建设社会主义政治文明

四、建设社会主义精神文明

1．宪法与精神文明
2．精神文明建设的内容

复习与思考题

1．人民民主专政有哪些特点？
2．宪法是否应该规定经济制度，如果回答是肯定的，那么应该规定哪些内容？
3．2004 年宪法修正案加入了对“政治文明”的规定，有什么进步意义？

拓展阅读书目

著作：
1．韩大元：《亚洲立宪主义研究》，中国人民公安大学出版社 1996 年版。
2．林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社 2001 年版。
3．[荷]亨利·范·马尔赛文等，《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社 1994 年版。
论文：
1．韩大元：“试论宪法文化”，载张庆福主编：《宪政论丛》第 2 卷，法律出版社 1999 年版。
2．张千帆：“宪法不应该规定什么”，载《华东政法学院学报》2005 年第三期。
法律文本：
1．《中华人民共和国宪法》（1982 年，1988．1993．1999．2004 年修正案）
2．魏玛宪法（1919）

第五章　国家形式

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括内容提要：政权组织形式的概念及其类型、我国的政权组织形式、国家结构形式的概念及类型、我国的国家结构形式、国家标志的含义及内容

基本要求：通过本章的学习能够理解关于国家形式，即国家政权组织形式、国家结构形式和国家标志的一般原理，并能够运用该一般原理分析我国的人民代表大会制度、我国的单一制的国家结构形式以及我国的国旗、国徽和国歌。

学时分配：4 学时

第一节　政权组织形式

一、政权组织形式的概念

政权组织形式解决的是同级各类国家机关（尤指中央国家机关）的设置和相互之间的权力划分关系

二、政体理论的演进及其实践

1．古代政体理论及实践

2．近现代社会政体理论的发展及实践

英国的洛克——首次提出分权学说。法国的孟德斯鸠——创立立法、行政、司法三权分立和制衡的理论。

三、我国的政权组织形式是人民代表大会制度

1．人民代表大会制度的概念和内涵

2．人民代表大会制度是我国的根本政治制度）

四、人民代表大会制度的改革与完善

1．改善党对人大的领导，确立人大对党的监督

2．充分有效行使人大职权，强化人大监督权

3．提高人大代表的参政议政能力

4．加强人大自身建设

第二节　国家结构形式

一、国家结构形式概述

（一）国家结构形式的概念

国家结构形式是国家采取何种原则和方式来划分国家内部区域，对国家机构体系进行纵向权力配置并规范其运用的国家形式。

（二）影响国家结构形式的因素

二、国家结构形式的类型

1．单一制。单一制是指由若干个不具有独立性的行政区域单位或自治单位组成的单一主权国家所采取的国家结构形式。

2．联邦制。联邦制是指由两个或多个成员国（邦、州、共和国）组成的统一的联盟国家所采取的国家结构形式。

三、我国的国家结构形式

1．单一制国家结构形式是我国的必然选择

2．我国单一制国家结构形式的特点

（1）坚持中央统一领导下，充分发挥地方积极性、主动性的原则。

（2）在普通的行政区域，国家可以在不同地区实行差别政策。

（3）民族自治地方。

（4）特别行政区。

四、我国单一制下的地方分权

1．我国的行政区划

（1）行政区划的概念。行政区划是指国家根据行政管理和经济发展的需要，把国家领土划分为大小不同、层次不等的行政单位，在此基础上设立相应的地方国家机关，在中央领导下，实行分级管理的制度。

2．我国行政区域设立、变更的法律制度

3．我国的民族区域自治制度

（1）民族区域自治的概念

民族区域自治制度是指在国家的统一领导下，以少数民族聚居区为基础，建立相应的自治地方，设立自治机关，行使自治权，使实行区域自治的民族的人民实现当家做主管理本民族内部地方性事务的权利。

（2）民族自治地方

我国的民族自治地方分为自治区、自治州、自治县三级。民族乡不是民族自治地方。

4．我国的特别行政区制度

（1）设立特别行政区的依据——一国两制

（2）特别行政区的法律地位

特别行政区是国家不可分离的部分，特别行政区享有高度自治权。

（3） 特别行政区的政治体制

①司法独立

②行政主导

③行政与立法既制衡又配合

（4）特别行政区的法律制度

①基本法和在特别行政区实施的全国性法律

②被采用的原有法律

③特别行政区立法机关制定的法律

第三节　国家标志

一、国家标志的含义

国旗、国徽、国歌、首都等均是国家的标志，是主权国家的象征，也属于国家的外在表现形式。

二、国旗

1．国旗的图案及含义
2．国旗的升挂及使用

三、国徽

1．国徽的图案及含义
2．国徽的悬挂和使用

四、国歌

五、首都

复习与思考题

1．下列有关我国人民代表大会制度的论述正确的是：
A．人民代表大会制度是我国的根本政治制度
B．人民代表大会制度的内涵之一是人民代表大会是国家的最高权力机关，是全权性的机关
C．人民代表大会制度要求其他国家机关由人民代表大会产生，并和人民代表大会相互监督
D．人民代表大会的全权性要求人民代表大会行使国家所有权力
2．简述议会制的特征
3．论述如何完善我国的人民代表大会制度。
4．试比较单一制和联邦制。
5．简述设立特别行政区的依据。
6．说明特别行政区的法律地位。
7．我国行政区域设立和变更的程序

拓展阅读书目

著作：
1．何华辉主编：《人民代表大会制度的理论和实践》，武汉大学出版社 1992 年版。
2．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
3．焦洪昌：《宪法学》，北京大学出版社 2004 年版。
4．许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
5．莫纪宏：《宪法学》，社会科学文献出版社 2004 年版。
6．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。
7．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版。
8．徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学 2001 年版。
论文：

1．陈弘毅：《论香港特别行政区法院的违宪审查权》，载《中外法学》1998 年第 5 期

法律文本：

1．《中华人民共和国宪法》（1982 年）
2．《美利坚合众国宪法》
3．《独立宣言》
4．《日本国宪法》（1946 年）
5．《法兰西共和国宪法》（1958 年）
6．《中华人民共和国香港特别行政区基本法》
7．《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》
8．《中华人民共和国民族区域自治法》

第六章　选举制度

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：选举、选举法、选举制度的含义、选举制度与政党制度的关系、选举制度的原则、选举程序。重点是我国选举制度的原则和选举程序。难点是选举程序。

基本要求：理解、掌握关于选举制度的一般原理，包括选举、选举法和选举制度的一般理论问题；要求了解我国选举制度的历史发展、选举制度的基本原则，并掌握我国选举制度的组织和程序，理解我国的选举权的物质保障和法律保障。

学时分配：4 学时

第一节　选举制度一般原理

一、代议制民主与选举制度

1．选举是实现民主政治的关键一环

2．民主制度的缺陷和选举程序的补救

3．选举至上主义的谬误——自由民主与选举民主的分野

二、选举、选举法、选举制度的概念

1．选举与竞选

近现代意义上的选举是指公民根据自己的意志，按照法定的原则和形式，选出一定的公民担任国家代表机关代表或国家公职人员的行为。竞选是选举的应有之义，非竞争不能选举。

2．选举法的概念

选举法有广义与狭义之分。前者包括宪法中关于公民选举和自由的规定，关于国家机关及其组成的规定，以及国家立法机关和最高行政机关就选举有关事项制定的一切规范性文件，有的国家还包括一些传统习惯等。后者仅指立法机关就选举原则、组织、程序和方式方法制定的法律。

3．选举制度的概念

选举制度是关于选举国家代议机关的代表和某些国家公职人员的各项制度的总称。

三、选民权利的范围

1．限制选举和普及选举

就选民的选举资格来说，选举分限制选举和普及选举两种。所谓限制选举，是指除年龄、国籍、无精神病、未受刑事处分等条件以外，还设有其他的资格限制，因而没有选举权的选举。

2．平等选权制和复数选权制

平等选权是指在选举法中规定一切选民的选举权都一律平等。换言之，即一切选民都只能投一票，且一切选民所投的选举票效力相等。也即一人一票，一票一值，每票同值。复数选权，又称复值选权，是指对于具有特殊资格的选民，给予投数票之权，而普通选民则仅能投一个票，一些特殊选民所投选举票的效力大于普通选民的选举票。

3．地域代表制与职业代表制

地域代表制是指按选民的居住地区划分选区或以区、县、乡等行政区域为单位，并根据区域人口比例选举代表（议员）的制度。职业代表制是指按职业团体而不是按地区选举产生一定数额的代表（议员）的制度。

第二节　我国的选举制度

一、我国选举制度的基本原则

1．选举权的普遍性原则

指选举权享有主体的普遍性。

2．选举权的平等性原则

一个选民在一次选举中只能在一个地方享有一次投票权。每票等值。

3．直接选举和间接选举并用原则

县级和乡级人大代表实行直接选举，市级、省级和全国人大代表实行间接选举。

4．秘密投票原则

无记名投票原则。

5．差额选举原则

二、我国选举制度的组织和程序

1．选举的组织机构

全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常委会主持本级人民代表大会代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会，主持本级人民代表大会代表的选举。

2．选区划分

除军人代表采职业代表制外，其他一贯实行地域代表制。选区按地域划分，在具体划分方法上，规定可以按居住状况划分，也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分。

3．选民登记

4．代表候选人的提出

5．投票和选举结果的确认

6．代表的补选和罢免

三、我国选举权的物质保障和法律保障

1．物质保障

2．法律保障

复习与思考题

1．下列有关我国选举制度基本原则的论述正确的是：

A．选举权的普遍性原则要求我国公民只要年满 18 周岁，都拥有选举权和被选举权

B．选举权的平等性原则要求在各级人民代表大会中，每一代表所代表的人口数都是相等的

C．直接选举和间接选举并用原则表明并非我国各级人大代表都是选民直接选举产生的

D．秘密投票原则要求如果选民是文盲就不能参加投票，因为其如果委托别人代写，就违背了秘密投票原则

2．下列有关我国选举的保障制度的论述正确的是：

A．我国各级人大代表的选举经费由中央人民政府负担

B．我国选举中的各种争议都可以向人民法院起诉

C．利用暴力破坏选举的应承担刑事责任

D．我国公民选举权只能由人民法院依照法律规定才可以剥夺

3．简要说明平等选权制与复数选权制。

4．试比较地域代表制与职业代表制。

5．试说明我国选举制度中的直接选举与间接选举并用的原则。

6．试论述我国选举制度的选举程序。

拓展阅读书目

著作：

1．焦洪昌：《选举权的法律保障》，北京大学出版社 2005 年版

2．史卫民、雷兢璇：《直接选举：制度与过程》，中国社会科学出版社 1999 年版

3．许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版。

4．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。

5．莫纪宏：《宪法学》，社会科学文献出版社 2004 年版。

6．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。

7．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版。

8．徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国人民公安大学 2001 年版。

9．[荷]亨利·范·马尔赛文等，《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社 1994 年版。

10．李步云：《宪法比较研究》，法律出版社 1998 年版

论文：

1．关太兵：《选举权的实现与竞争性选举》，载《法商研究》1998 年第 3 期

2．陈宏光：《论选举权的享有、限制与剥夺及其救济》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2001 年第 3 期

3．李惠宗：《从政党平等原则论单一制选区两票制》，载《法治与现代行政法学》，元照出版公司 2004 年版

法律文本：

1．《中华人民共和国宪法》（1982 年）

2．《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》

第七章　公民的基本权利和义务（上）

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：基本权利理论中的基本概念，基本权利和国家权力的关系以及基本权利的政治保障、立法保障以司法保障

基本要求：理解基本权利和义务、公民与国民、公民和人民、基本权利和人权等相关的基本概念，掌握宪政下的基本权利和国家权力的基本关系，理解宪法层面的基本权利的保障问题。

学时分配：4 学时

第一节　几个重要的相关概念

一、公民与国民

二、公民与人民

三、基本权利与人权

四、变化中的中国宪法有关规定

第二节　宪政下的基本权利与国家权力

一、宪政与基本权利

二、基本权利与国家权力

第三节　基本权利的保障

一、政治保障的重要性

二、立法上的保障

三、司法的价值

复习与思考题

1．根据我国有关法律的规定，下列哪些人士具有中国国籍？

A．张某出生在中国香港特别行政区，父亲为意大利人，母亲为中国人

B．李某出生于美国，其父母是在美国攻读博士学位的中国籍留学生

C．钱某出生于中国，其父母是无国籍人，定居于中国

D．赵某出生于中国香港特别行政区，其父母是具有香港特别行政区永久性居民身份的英国公民

2．简述基本权利及其特征

3．试比较公民、国民和人民三个概念

4．简述 1982 年宪法对关于“公民权利”的内容规定的特点。

拓展阅读书目

著作：

1．夏勇：《人权概念的起源》，中国政法大学出版社 1992 年版。

2．王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社 2003 年版

3．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
4．[法]狄骥：《宪法学教程》，辽海、春风文艺出版社 1999 年版。
5．[美]列奥·斯特劳斯：《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店 2003 年版。
6．徐显明：《人权研究》，山东人民出版社 2001 年版。
论文：
1．白桂梅：《新一代人权》，载中国社会科学院法学研究所编：《当代人权》
2．徐显明：《“基本权利”析》，载《中国法学》1991 年第 6 期
法律文本：
1．《中华人民共和国宪法》（1954 年、1975 年、1978 年、1982 年）
2．《美利坚合众国宪法》
3．《独立宣言》
4．《日本国宪法》（1946 年）
5．《法兰西共和国宪法》（1958 年）

第八章　公民的基本权利和义务（下）

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：平等权、政治权利、宗教信仰自由、人身权利、监督权、社会经济权利、文化教育权利、特定主体的权利。

基本要求：本章要求掌握公民的基本权利的具体形态，主要包括平等权、政治权利、宗教信仰自由、人身权利、监督权、社会经济权利、文化教育权利、特定主体的权利保护等，同时要求了解我国公民的基本义务的具体形态。

学时分配：6 学时

第一节　平等权

一、平等权的历史渊源

二、公民平等权的含义与特征

三、平等权的范围

平等权的范围是指公民在立法、司法和守法上的平等，还是仅指公民在司法、守法上的平等，不包括立法的平等范围，这是法学界存有争议的问题。

四、平等权的相对性

平等权不是一个绝对的概念，而是一个具体的、相对的概念。平等本身也处于一个发展过程之中。

第二节　政治权利

一、政治权利的概念和范围

政治权利亦称为参政权。它是指依照宪法规定，公民参加政治生活的民主权利和在政治上享有的表达个人见解和意愿的自由权。

二、选举权与被选举权

1．概念

选举权是指公民享有选举国家权力（立法）机关的代表和其他国家公职人员的权利。被选举权是指公民享有被选举为国家权力（立法）机关代表或其他国家公职人员的权利。

2．选举权的性质

宪法学上关于选举权是公民的权利还是公民的职务，主要有三种学说。（1）固有权利说。（2）社会职务说。（3）二元说。

三、言论自由

言论自由是指公民享有宪法赋予的通过口头、书面及电影、戏剧、音乐、广播、电视等方式发

表自己意见的自由权利。

四、出版自由

出版自由是言论自由的扩充表现，是广义的言论自由。它主要是指公民有在宪法和法律规定的范围内，通过出版物表达自己的意见和思想的权利。

五、集会、游行、示威自由

集会是指聚集于露天公共场所，发表意见、表示意愿的活动。游行是指在公共道路、露天公共场所列队行进、表达共同意愿的活动。示威是指在露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式，表达要求、抗议或者支持、声援等共同意思的活动。

六、结社自由

公民的结社自由是指公民为了一定的宗旨而依照法律规定的手续组织某种社会团体的自由。结社可分为以营利为目的的结社和不以营利为目的的结社。

第三节　宗教信仰自由

一、宗教信仰自由的含义

在我国，宗教信仰自由是公民个人的权利，信与不信宗教由公民个人选择，任何国家机关、社会团体和个人都不得强制公民信仰宗教或不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。

二、保护宗教信仰自由的意义

三、我国公民的宗教信仰自由及其保障

国家保护正常的宗教活动。

正常的宗教活动应当在宗教场所进行。宗教活动不得妨碍社会秩序、生产秩序和工作秩序，不得干预国家行政、司法、学校教育和社会公共教育。

第四节　人身权利

一、人身权利的含义

公民的人身权利是指公民的人身自由和与人身有关的其他权利和自由受法律保护，不得非法侵犯的权利。其范围包括：公民的人身自由不受侵犯；公民的人格尊严受法律保护；公民的住宅不受侵犯和公民的通信自由和通信秘密受法律保护

二、我国公民的人身权利的主要内容及其法律保护

1．公民的人身自由不受侵犯

公民的人身和行动不受任何非法搜查、拘禁、逮捕、剥夺、限制和侵害。

2．公民的人格尊严受法律保护

人格尊严是指与人身有密切联系的名誉、姓名、肖像等不容侵犯的权利，它是公民作为权利主

体维护其尊严的重要方面。

3．公民的住宅不受非法侵犯

禁止非法搜查或非法侵入公民的住宅。

4．公民的通信自由和通信秘密受法律保护

通信自由是指公民有根据自己的意愿自由进行通信不受他人干涉的自由。通信秘密是指公民通信的内容受国家法律保护，任何人不得非法私拆、毁弃、偷阅他人的信件。公民的通信包括书信、电话、电报等进行通信的各种手段。

三、公民人身权限制的条件

国家机关只有在符合下列三项条件下，才能限制公民的人身权：

第一，作出限制行为的机关必须是合法的国家机关。

第二，必须具有法律规定的原因。

第三，必须遵循合法的程序。

第五节　监督权

一、监督权的宪法规定和基本特征

二、监督权的内容

（一）批评建议权

批评权是公民对于国家机关及其工作人员的缺点和错误，有权提出要求克服改正的意见。建议权则是指公民对国家机关的工作，有权提出自己的主张和建议。

（二）申诉权

申诉权是指公民对国家机关作出的决定不服，可向有关国家机关提出请求，要求重新处理的权利。申诉分为诉讼上的申诉和非诉讼的申诉两类。

（三）控告检举权

控告检举权是指公民对违法失职的国家机关及其工作人员的侵权行为提出指控，请求有关机关对违法失职者给予制裁的权利。

（四）取得赔偿权

取得赔偿权是指国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民的合法权益造成损害时，受害人有取得国家赔偿的权利。

第六节　社会经济权利

一、社会经济权利的概念与特征

社会经济权利是指公民依照宪法所享有的经济物质利益方面的权利。它是公民参加国家政治生活，实现其他权利的物质保障。

在我国，根据宪法之规定，我国公民的社会经济权利主要包括：劳动权、劳动者的休息权、财产权、退休人员的生活保障权和物质帮助权。

二、劳动权

劳动权是指一切有劳动能力的公民，有获得工作和取得劳动报酬的权利。劳动权主要包括劳动就业权和取得报酬权。

三、休息权

休息权是指劳动者休息和休养的权利，它是劳动者获得生存的必要条件。休息权作为劳动者享有的基本权利，与劳动权形成完整的统一体，没有休息权，劳动权无法得到实现。

四、财产权

1．财产权的正当性

财产权的概念界分了其与其他基本权利的界限，而财产权的正当性论证则是为财产权的基本权利定位提供价值支撑，可资源、效率和人权三个角度来进行论证

2．宪法意义上的财产权

从宪法学角度来审视财产权的时候，必然需要从宪法所特有的国家与公民的维度界定和分析财产权的效力。

3．财产权的现代转型

西方的财产权观念由近代向现代发生了深刻的转型，对于自然权利视界下的财产权概念进行了适度的修正和整合，体现了财产权社会化的趋势。

4．财产权的保障模式

西方国家宪法对于财产权的保障有两种模式：

一为宪法明确确认财产权的基本权利地位，并防止公权力的不当侵害。

一为宪法未明确确认财产权的基本权利地位，但以正当程序或征收补偿等程序性条款实质性控制公权力的不当侵害。这一点以美国最为典型。

5．我国的财产权保障。　（1）宪法确认　（2）规范保护（3）制度保护。经济制度、政治制度、宪法救济。

五、退休人员的生活保障权

六、物质帮助权

物质帮助权是公民享有的物质帮助的权利，指公民在特定情况下，不能以自己的劳动获得物质生活资料，或以获得的劳动报酬不能完全满足自己的生活需要时，享有由国家和社会给予金钱或实物帮助的权利。

第七节　文化教育权利

一、文化教育权利的概念与基本特征

文化教育权利是公民按照宪法规定，在文化与教育领域享有的权利与自由。

二、受教育权

受教育权是公民在教育领域享有的重要权利，是公民接受文化、科学等方面教育训练的权利。从广义上讲，受教育权包括每个人按照其能力平等地接受教育的权利，同时也包括要求提供教育机

会的请求权。从狭义上讲，受教育权是指公民享有的平等的教育权。

三、文化权利

根据我国宪法的规定，公民的文化权利包括三个方面的内容，即从事科学研究的权利、文艺创作的权利与从事其他文化活动的权利。

第八节　特定主体权利的保护

一、妇女的权利保护
二、儿童、老人的权利保护
三、华侨、归侨和侨眷的权利保护
四、我国境内外国人权利的保护

第九节　我国公民的基本义务

一、维护国家统一和民族团结
二、遵守宪法和法律
三、维护国家安全、荣誉和利益
四、依法服兵役和参加民兵组织
五、依法纳税

思考题

1．根据我国现行宪法的规定，下列各项权利是我国公民的社会经济文化权利内容的有：
A．罢工权
B．生存权
C．受教育权
D．劳动者的休息权
2．以下对有关我国公民宗教信仰自由的论述正确的有：
A．我国公民有宗教信仰自由，可以信仰或不信仰宗教，但如果信仰了某一宗教，就不可改信其他宗教
B．我国公民的宗教信仰自由意味着公民可以在学校宣传上帝，动员学生信仰天主教
C．我国公民是社会主义国家，不鼓励公民信仰宗教，但也不强迫信仰宗教的公民放弃宗教
D．我国的宗教团体与宗教事务不受外国势力的支配
3．下列有关对我国公民平等权的理解，哪些是正确的？
A．我国公民的平等权只包括司法平等和守法平等，但不包括立法上的平等
B．公民的平等权要求任何人不得享有法律以外的特权
C．任何公民的合法权益平等地受到国家法律保护
D．我国法律对妇女和儿童的特殊保护违背了宪法有关公民在法律面前一律平等的规定
4．简述公民平等权的涵义和特征。
5．试分析公民选举权的性质。
6．世界各国对公民的言论自由进行限制的主要方式是什么？
7．简述社会经济权利的基本特征。
8．简述公民受教育权的基本特征。

9．试分析我国 2004 年宪法修正案对公民财产权保护的进步性。
10．简述宗教信仰自由的主要涵义。
11．简述人身权利的主要内容。
12．国家机关限制公民人身权利的条件是什么？
13．简述监督权的主要特征。

拓展阅读书目

著作：
1．林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版
2．甄树青：《论表达自由》，社会科学文献出版社，2002 年版
3．谢鹏程：《公民的基本权利》，中国社会科学出版社 1999 年版
4．许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
5．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
6．莫纪宏：《宪法学》，社会科学文献出版社 2004 年版。
7．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。
8．刘剑文、杨汉平编：《私有财产法律保护》，法律出版社 2000 年版。
9．法治斌：《人权保障与释宪机制》，（台湾）月旦出版公司 1993 年版。
10．中华人民共和国国务院新闻办公室：《中国的人权状况》，中央文献出版社 1991 年版。
论文：
1．林来梵：《论私人财产权的宪法保障》，载《法学》1999 年第 3 期。
2．焦洪昌：《关于“公民在法律面前一律平等”的再认识》，载《中国法学》2002 年第 6 期。
3．王振耀：《中国的村民自治与民主化发展道路》，载《战略与管理》2000 年第 2 期。
法律文本：
1．《中华人民共和国宪法》（1954 年、1975 年、1978 年、1982 年）
2．《中华人民共和国义务教育法》
3．《立法法》
4．《世界人权宣言》
5．《中华人民共和国集会游行示威法》
6．《经济、社会和文化权利国际公约》

第九章　国家机构（上）

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：国家机构的概念、我国国家机关的组成体系、最高国家权力机关、国家元首、最高国家行政机关和军事机关的设置和权限

基本要求：通过本章的学习，学生应当明确具有中国特色的国家机构建设制度，把握我国的基本政治制度如何在国家机构的职权划分中得以体现。

学时分配：6 学时

第一节　国家机构概述

一、国家机构概念

二、我国国家机构的设置

三、我国国家机构的活动原则

1．民主集中制原则
2．法治原则
3．联系群众，为人民服务原则
4．责任制原则
5．精简、效率的原则

第二节　最高国家权力机关及其常设机关

一、全国人民代表大会

（一）性质和地位

全国人民代表大会在性质上是最高国家权力机关，是行使国家立法权的机关。

（二）组成和任期

（三）职权

1．修改宪法,监督宪法实施。
2．制定和修改基本法律。
3．选举、决定和罢免中央国家机关的领导人。
4．决定国家重大问题。
5．最高监督权。
6．其他应当由它行使的职权。

（四）会议制度和工作程序

（五）各专门委员会

（六）全国人大代表

1．代表的地位和选任
2．代表的权利

3．代表的义务

二、全国人民代表大会常务委员会

（一）性质和地位

全国人大常委会是全国人大的常设机关，是全国人大闭会期间经常性行使国家权力的机关，是国家最高权力机关的组成部分，也是行使国家立法权的机关。

（二）组成和任期

（三）职权

1．根据宪法规定的范围行使立法权。

2．宪法和法律解释权。

3．监督权。

4．重大事项决定权。

5．人事任免权。

6．全国人大授予的其他职权。

（四）会议制度和工作程序

第三节　国家元首

一、国家元首的概念

二、国家元首的模式

1．一元首脑制——美国总统

2．双元首脑制——法国模式

3．双元首脑制——德国模式

三、我国国家元首制度的沿革

四、我国国家主席的选任与补缺

五、国家主席的职权

1．公布法律，发布命令权。

2．人事任免权。

3．外交权。

4．荣典权

第四节　最高国家行政机关

一、国务院的性质和地位

（中央人民政府　最高国家权力机关的执行机关　最高国家行政机关）

二、国务院的组成和任期

（总理　副总理　国务委员　各部部长　各委员会主任　秘书长　审计长　连续任职的限制）

三、国务院的领导制度（总理负责制　会议制度）

四、国务院的职权

1．执行宪法和法律，执行全国人大及其常委会的决定。
2．制定行政法规和行政措施，发布行政决定和命令。
3．提出议案权，即向全国人大及其常委会会议提出议案。
4．对所属部、委和地方各级行政机关的领导权及管理权。
5．组织、领导和管理全国各项行政工作。
6．全国人大及其常委会授予的其他职权。

五、国务院下设机构

国务院办公厅　国务院组成部门　国务院直属特设机构　国务院直属机构　国务院办事机构　国务院直属事业单位

第五节　最高国家军事机关

一、中央军事委员会的性质和地位

最高国家军事机关

二、中央军事委员会的组成和任期

主席　副主席　委员

三、中央军事委员会的职权和领导体制

领导全国武装力量。主席负责制

复习与思考题

1．试述民主集中制原则在我国国家机构活动中的体现。
2．根据《立法法》的规定，哪些事项只能制定法律？为什么？
3．我国宪法明确规定连续任职不得超过两届的国家领导人员有哪些？
4．全国人民代表大会有哪些主要职权？
5．全国人大常委会有哪些主要职权？
6．我国国家主席的职权有那些？如何行使？
7．国务院总理负责制的基本内容有哪些？
8．根据《立法法》的规定，全国人民代表大会及其常委会有权授权国务院对只能制定法律的事项制定行政法规，但哪些事项除外？为什么？
9．中央军事委员会的性质和职权是什么？

拓展阅读书目

1．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版。
2．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 2003 年版。
3．胡锦光、韩大元：《中国宪法》，法律出版社 2004 年版。
4．许崇德：《宪法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
5．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
6．周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社 2000 年版。
7．[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾男译，中国法制出版社 2001 年版。
8．张千帆：《西方宪政体系》，中国政法大学出版社 2000 年版。

法律文本：

1．《中华人民共和国宪法》
2．《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》
3．《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》
4．《立法法》
5．《行政法规制定程序条例》
6．《规章制定程序条例》
7．《法规规章备案条例》
8．《中华人民共和国国防法》

第十章　国家机构（下）

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括：地方各级人大及其常委会的性质、组成、任期和职权、民族自治地方的自治机关、特别行政区的国家机关、国家审判机关和检察机关、基层群众自治组织。

基本要求：本章承接上一章的内容，对我国国家机构中的各种类型的地方国家机关、国家审判机关和国家检察机关以及基层群众性自治组织进行了介绍，要求学生能够获得对于我国国家机构的较为完整的认知。

学时分配：6 学时

第一节　地方各级人民代表大会和地方各级人民政府

一、地方各级人民代表大会

（一）性质和地位

地方各级人民代表大会是地方各级国家权力机关。

（二）组成和任期

（三）职权

1．地方性法规制定权。

2．重大事务决定权。

3．监督权。

4．选举和罢免权。

5．其他职权。

（四）会议制度和工作程序

（五）地方人大专门委员会

（六）地方人大代表

二、县级以上人民代表大会常务委员会

（一）性质和地位

县级以上地方各级人大常务委员会是本级人民代表大会的常设机关，是在本级人大闭会期间经常行使地方国家权力的机关，它从属于同级人民代表大会，向同级人民代表大会负责并报告工作。

（二）组成和任期

（三）职权

1．地方性法规制定权。

2．重大事务决定权。

3．监督权。

4．任免权。

5．其他职权。

（四）会议制度和工作程序

三、地方各级人民政府

（一）性质和地位

地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关。

（二）组成和任期

（三）职权

1．规章制定权

2．执行本级人民代表大会或常委会的决议，执行上级国家行政机关的决定和命令，执行国民经济、社会发展计划和预算

3．规定行政措施，发布决定和命令

4．管理本行政区域内的行政事务

（四）领导制度

（五）所属工作部门及派出机构

第二节　民族自治地方的自治机关

一、自治机关的性质和地位（民族自治地方的人民代表大会和人民政府）

二、自治机关的组成和任期

三、自治机关的职权（职权的双重性　制定自治条例和单行条例　变通执行和停止执行

1．制定自治条例和单行条例。

2．对上级国家机关的决议、决定、命令和指示的变通执行和停止执行，但需报经该上级国家机关批准。

3．自主管理地方财政。

4．自主安排和管理地方经济建设事业。

5．自主管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育等事业。

6．组织本地方的公安部队。

7．使用和发展当地通用的一种或几种语言文字。

第三节　特别行政区的国家机关

一、特别行政区行政长官

1．性质和地位

2．任职资格

3．产生和任期

4．职权

二、特别行政区行政机关

1．性质和组成

2．政府主要官员的任免

3．特别行政区政府的职权

三、特别行政区立法会

1．性质和地位
2．产生和任期
3．职权

四、特别行政区司法机关

1．港澳司法体制的区别
2．香港特别行政区的司法机关
3．澳门特别行政区的司法机关

第四节　国家审判机关和国家检察机关

一、人民法院

（一）性质和任务
（二）组成、　任期和领导体制
（三）组织系统和审级制度
1．组织系统
2．审级制度
（四）人民法院的审判工作原则
1．公民在适用法律上一律平等的原则
2．依法独立审判原则
3．公开审判原则
4．被告有权获得辩护的原则
5．各民族公民有使用本民族语言、文字进行诉讼的权利
6．合议制原则
7．回避原则

二、人民检察院

（一）性质和任务
（二）组成、　任期和领导体制
（三）组织系统和领导体制
1．组织系统
2．领导体制
（四）职权
1．法纪监督
2．侦查监督
3．支持公诉和审判监督
4．监所监督
（五）工作原则
1．公民在适用法律上一律平等原则
2．依法独立行使检察权的原则

3．实事求是，群众路线，重证据、不轻信口供的原则
4．使用本民族语言文字进行诉讼的原则

三、人民法院、人民检察院和公安机关的相互关系

办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效的执行法律

第五节　基层群众性自治组织

一、基层群众性自治组织概述

1．含义和特征
2．同基层政权的关系

二、居民委员会

1．设置
2．任务
3．组织

三、村民委员会

1．设置
2．任务
3．组织

复习与思考题

1．县级以上地方各级人大的主要职权有哪些？
2．县级以上地方各级人大常委会的组成可以分为哪两种情况？
2．县级以上地方各级人民政府有哪些派出机关？
3．民族自治机关行使哪些自治权？
4．简述民族自治条例、单行条例的批准和备案程序。
5．简述特别行政区基本法的解释权限和程序。
6．人民法院与人民检察院的领导体制有何不同？为什么？
7．简述基层群众性自治组织同基层政权之间的关系。

拓展阅读书目

1．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
2．周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社 2000 年版。
3．韩大元、林来梵、郑贤君：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社 2004 年版。
4．[日]阿部照哉等编：《宪法》，周宗宪译，中国政法大学出版社 2006 年版。
5．肖蔚云主编：《一国两制与香港基本法律制度》，北京大学出版社 1990 版。
6．肖蔚云主编：《一国两制与澳门基本法》，北京大学出版社 1993 版。
7．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 版。
8．肖蔚云：《论澳门基本法》，北京大学出版社 2003 版。
9．吴宗金、张晓辉：《中国民族法学》，法律出版社 2004 年版。

10．徐勇：《中国农村村民自治》，华中师范大学出版社 1997 年版。

法律文本

1．《中华人民共和国宪法》
2．《中华人民共和国民族区域自治法》
3．《中华人民共和国香港特别行政区基本法》
4．《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》
5．《中华人民共和国法官法》
6．《中华人民共和国检察官法》
7．《中华人民共和国城市居民委员会组织法》
8．《中华人民共和国村民委员会组织法》

第十一章　政党制度

教学目的与基本要求：

本章的知识点内容提要：政党的含义与特征、政党制度含义与特征、政党在宪法和法律上的地位、我国的政党制度

基本要求：通过本章的学习能够根据政党制度的一般原理，分析和理解我国的中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、爱国统一战线与人民政协。

学时分配：4 学时

第一节　政党制度的一般原理

一、政党

1．政党的起源

最早的政党产生于英国资产阶级革命时期，是议会斗争的产物。辉格党（Whig）和托利党（Tory）是最古老的两个政党。

近现代意义的政党是代议政治的产物，但是议会制并不是所有类型政党产生的温床。较晚产生的无产阶级政党、民族主义政党为从根本上改变现存制度、争取民族独立，不经由选举和议会斗争，而是发动暴力革命和武装抵抗实现目标。

2．政党的特征

3．政党的分类

（1）按照意识形态的标准，分为左、中、右，或左派、中间派、保守派。

（2）以是否掌握政权，将政党分为执政党、在野党，还有介于二者之间的参政党。

（3）根据是否得到法律承认，分为合法政党、非法政党。

（4）以政党的本质属性即阶级性为标准，将政党划分为资产阶级政党和无产阶级政党，以及这两者之间的小资产阶级的政党。

4．政党的意义和功能

二、政党制度

1．政党制度的概念

政党制度由政党参与政治的全部内容所构成，是有关政党的组织与活动、政党的政治地位、不同政党之间以及政党与国家政权之间相互关系的行为规则等法律和惯例的总和。

2．政党制度的分类

（1）一党制

（2）两党制

（3）多党制

（4）社会主义国家的政党制度

三、政党在宪法和法律上的地位

1．政党法律地位的存在形式

在大多数国家，对政党的组织、活动和在政治制度中的地位是通过宪法惯例调整的，没有系统、明文的宪法规定，如在美国有关总统候选人的提名，在英国内阁的组成方式，以及在社会主义国家

工人阶级政党作为执政党具有领导地位。

2．政党法律规定的主要内容

资本主义国家宪法、法律关于政党制度的主要规定有：（1）自由组织政党的权利。（2）政党组织和活动的限制。（3）政党的政治功能。

我国及其他一些实行共产党领导的多党合作制的社会主义国家，在宪法中规定共产党的领导地位，民主党派具有合法地位，与共产党实行多党合作和政治协商。

3．政党与国家机关的关系

政党的功能之一是组织和控制政府，因此政党与国家机关有非常紧密的关系。但是党政关系在政党制度和政党状况不同的国家有不同的特点，紧密程度也不同。

第二节　我国的政党制度

一、我国政党的概况

1．1949 年以前我国的政党实践

2．我国的民主党派

二、中国共产党领导的多党合作和政治协商制度

1．我国宪法关于政党制度的规定

2．多党合作和政治协商的含义

3．多党合作和政治协商的内容和方式

（1）中国共产党同民主党派之间进行合作与协商。

（2）在人民代表大会中发挥民主党派成员、无党派人士的作用。

（3）在各级人民政府中共产党员同民主党派成员、无党派人士合作共事。

（4）在人民政协中发挥民主党派的作用。

三、我国政党制度的特点

四、爱国统一战线与人民政协

1．爱国统一战线

2．人民政协

（1）人民政协的组织和活动

（2）人民政协的职能

复习与思考题

1．简述政党的特征。

2．主要资本主义国家宪法和法律关于政党制度规定的主要内容是什么？

3．我国宪法关于政党制度的规定？

4．我国政党制度的特点有哪些？

5．简述多党合作和政治协商的方式。

拓展阅读书目

著作：

1．罗豪才、吴撷英：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社 1983 年版。
2．焦洪昌：《宪法学》，北京大学出版社 2004 年版。
3．周淑真：《政党和政党制度比较研究》，人民出版社 2001 年版。
4．张千帆：《宪法学导论》，法律出版社 2004 年版。
5．吴江：《民主与政党》，中央党校出版社 1991 年版。
6．周淑真：《政党和政党制度比较研究》，人民出版社 2001 年版。
7．王人博：《中国近代的宪政思潮》，法律出版社 2003 年版。
论文：
朱维群：《我国社会多样性发展与统一战线》，载《民主与科学》，2001 年第 3 期

《民法学原理一（民法总论）》
教学大纲

王卫国　编写

目　录

编写说明.....4
一、课程性质.....4
二、课程的目的和任务.....4
三、课程的学习方法.....4
四、考核方式.....4
绪　论.....5
一、学习目的和要求.....5
二、本章主要内容.....5
第一章　民法的意义.....6
一、民法与民法学.....6
二、民法的体系.....6
三、民法的本质、地位和作用.....7
四、民法的渊源.....7
五、民法的适用范围.....7
本章思考题.....7
第二章　民法的基本原则.....8
一、概念、演变及作用.....8
二、内容.....8
本章思考题.....8
第三章　民事法律关系.....9
一、学习目的和要求.....9
二、本章主要内容.....9
第一节　民事法律关系的要素.....9
一、民事法律关系的概念与特征.....9
二、民事法律关系的要素.....9
三、民事法律关系的发生、变更和终止.....9
第二节　民事权利的概念及分类.....9
一、民事权利的概念.....10
二、民事权利的分类.....10
三、民事权利的行使与保护.....10
第三节　民事法律关系的客体.....11
一、学习目的和要求.....11
二、本章主要内容.....11
本章思考题.....12
第四章　自然人.....13
一、学习目的和要求.....13
二、本章主要内容.....13
第一节　自然人的概念.....13
一、自然人的概念.....13
二、自然人的住所.....13
第二节　自然人的民事权利能力.....13
一、自然人民事权利能力的概念与特征.....13
二、自然人民事权利能力的开始与终止.....14
三、宣告死亡.....14
四、确认死亡.....14
第三节　自然人的民事行为能力.....14
一、自然人民事行为能力的概念与特征.....14

二、自然人民事行为能力的类型.....15
三、宣告失踪.....15
第四节　监护.....15
一、监护的概念.....15
二、监护的设立.....16
三、监护人.....16
四、监护人的职责.....16
第五节　个体工商户和农村承包经营户.....16
第六节　个人合伙.....16
一、个人合伙的概念与特征.....16
二、入伙与退伙.....16
三、个人合伙的债务承担.....16
本章思考题.....17
第五章　人身权.....18
一、学习目的与要求.....18
二、本章主要内容.....18
第一节　人身权概述.....18
一、人身权的概念与特征.....18
二、人身权的分类.....18
第二节　人格权的种类.....18
一、生命健康权.....18
二、身体权.....18
三、姓名权（名称权）.....18
四、肖像权.....19
五、名誉权.....19
六、隐私权.....19
七、自由权.....19
第三节　身份权的种类.....19
本章思考题.....19
第六章　法人.....20
一、学习目的和要求.....20
二、本章主要内容.....20
第一节　法人的概念.....20
一、法人的概念、特征及本质.....20
二、法人的分类.....20
三、法人的成立条件.....21
四、法人的机关与住所.....21
第二节　法人的民事权利能力.....21
一、法人的民事权利能力的概念.....21
二、法人的民事权利能力的内容.....21
第三节　法人的民事行为能力.....21
一、法人的民事行为能力的概念.....21
二、法人的民事行为能力的内容.....21
第四节　法人的变更和终止.....21
一、法人的变更.....22
二、法人的终止.....22
三、法人的民事责任.....22
本章思考题.....22
第七章　法律行为.....23
一、学习目的和要求.....23

二、本章主要内容.....23
第一节　法律行为概述.....23
一、法律行为的概念与法律特征.....23
二、法律行为的形式.....23
三、法律行为的分类.....23
第二节　法律行为的成立与生效.....24
一、法律行为的成立要件.....24
二、法律行为的一般生效要件.....24
三、法律行为的特别生效要件.....25
第三节　无效行为和可变更、可撤销行为.....25
一、无效法律行为.....25
二、可撤销法律行为.....25
三、法律行为被确认无效或被撤销的法律后果.....26
第四节　效力未定法律行为.....26
本章思考题.....26
第八章　代理.....27
一、学习目的和要求.....27
二、本章主要内容.....27
第一节　代理概述.....27
一、代理的概念与特征.....27
二、代理的类型.....27
三、代理与相关概念的区别.....28
第二节　代理权的行使.....28
一、代理权的行使.....28
二、复代理.....28
第三节　无权代理.....28
一、狭义无权代理.....28
二、表见代理.....29
第四节　代理关系的消灭.....29
本章思考题.....29
第九章　时效.....30
一、学习目的和要求.....30
二、本章主要内容.....30
第一节　时效概述.....30
一、时效的概念.....30
二、时效的类型.....30
三、时效的制度价值.....30
第二节　取得时效.....30
第三节　诉讼时效.....30
一、诉讼时效的意义.....31
二、诉讼时效与除斥期间的区别.....31
三、诉讼时效的类型.....31
四、诉讼时效的计算.....31
五、诉讼时效完成的效力.....31
第四节　期间和期日.....32
本章思考题.....32

编写说明

本大纲主要是为了配合《民法学原理一·总论》的教学而编写。大纲由王卫国教授主编，编写人员为王卫国、姚新华、刘心稳、刘智慧、朱庆育和寇广萍。中国政法大学民法研究所的全体教师参与了民法教学大纲的讨论。

一、课程性质

本课程为法学专业本科阶段的专业必修课。

该课程以讲授民法的基本理论和基本制度为核心内容，讲求理论性和应用性的结合，既体现民法学本身的科学性、系统性和逻辑性，又密切联系我国法制建设的实际，来阐明民法的一系列问题 。

二、课程的目的和任务

通过本课程的讲解和学生的学习，要实现下列目的：

1．能够让学生领会民法的精神，比较准确地理解和掌握的民法基本概念的内涵与外延，较为系统地了解民法的基本原理、具体的各项法律制度及其相应的规范。

2．能够理解各种基本民事权利的得、丧、变更，具备在具体社会关系中识别各种民事法律关系的能力，并力求准确地表述基本民事权利义务的内容。

3．具备在实践中灵活地运用自己所学过的民法理论来分析和解决现实生活中的具体法律问题的能力。

三、课程的学习方法

明确学习民法学应当坚持理论联系实际的科学方法，并运用经济学、社会学、法哲学、伦理学 、比较法学的研究方法分析民事法律制度和民事法律现象。

四、考核方式

1．本课程为必修课，实行闭卷考试。

2．考试成绩为：平时成绩+期末考试卷面成绩。（平时成绩可以占到总成绩的 30%）

绪　论

一、学习目的和要求

本部分不仅要让学生掌握民法体系逻辑、特点、沿革以及体系的具体架构等，而且需要特别向学生说明分学期教学中民法课程之间的关系。在教学过程中，不仅要让学生掌握具体的知识点，而且要使学生能够体会民法学是从“一般到具体”的，“一般”从何而来？“具体”又如何？

二、本章主要内容

通过对绪论的学习，要掌握民法的概念和本质，掌握民法的渊源，理解民法的适用与解释方法，明确民法的体系和学习方法，理解民法的调整对象、适用范围，了解民法的历史沿革，知悉新中国的民事立法，把握民法的基本原则的概念和内涵。注意领会公法和私法的划分。

第一章　民法的意义

一、民法与民法学

（一）民法的定义

民法是调整平等的民事主体在从事民事活动过程中发生的财产关系和人身关系的法律规范。

1、民法的语源

2、民法的文化源

3、民法的含义

（二）民法的调整对象

1．平等主体之间的财产关系

财产关系是人们在社会财富的生产、分配、交换和消费中形成的以经济利益为内容的社会关系，主要包括静态财产关系和动态财产关系。社会生活中的财产关系并不都是由民法调整。民法所调整的财产关系具有主体地位平等的特点。民法所调整的平等主体之间的财产关系，是民事主体在从事民事活动过程中所发生的以财产归属和财产流转为主要内容的权利和义务关系。

2．平等主体之间的人身关系

人身关系是在社会生活中形成的具有人身属性、与主体的人身不可分离、不是以经济利益而是以特定精神利益为内容的社会关系，包括人格权关系和身份权关系。人们在社会生活中会发生的人身关系多种多样，但并非所有人身关系均由民法调整。民法也仅调整平等主体之间的人身关系。民法所调整的平等主体之间的人身关系，是民事主体之间发生的以人格关系和身份关系为内容的权利义务关系。

（三）实质意义上的民法与形式意义上的民法

1．实质意义上的民法

实质意义上的民法是指作为实体部门法的民法，是调整私人之间法律关系的法律规范的总和。

2．形式意义上的民法

形式意义上的民法是指命名为民法典的特定制定法。民法典是按照一定的科学体例把涉及私人之间关系的规范和制度体系化地编纂在一起的立法文件。

二、民法的体系

（一）民法的体系逻辑

了解民法总则和民法分则的关系。

把握民法学的基本内容主要包括民法总论、物权、债权、知识产权、人身权、继承权和民事责任制度。

由于知识产权和继承权分别在《知识产权法》和《亲属法与继承法》课程中讲授，故在本门课程中不做专门讲解。此外，鉴于另有《合同法》和《侵权行为法》两门课程单开，所以本课程中对相关部分只从体系结构角度予以讲解，具体内容在相应课程中讲解。

（二）民法的历史沿革

1．西方民法的历史沿革

2．中国民法的历史沿革

了解新中国民事立法是与新中国的社会经济制度和社会文明同时进行的；新中国的民事立法正在走向系统化、法典化、科学化。

三、民法的本质、地位和作用

（一）民法的本质

1．公法和私法的划分

2．公法与私法的融合

（二）民法与其它法的关系

1．民法与商法

2．民法与经济法

3．民法与行政法

4．民法与刑法

5．民法与劳动法

四、民法的渊源

（一）民法的渊源的概念

在不同的法系，民法规范的表现形式有所不同。

（二）民法的渊源的种类

1．制定法

【讨论问题】宪法是否可以作为民法渊源？

2．非制定法

【讨论问题】法理、习惯及判例等是否可以作为我国民法的渊源？

五、民法的适用范围

（一）时间上的适用范围

由于实在法的时间性问题，民法的效力也要受到时间的限制。

（二）空间上的适用范围

民法的效力会受到空间的限制，或者说是受到地域范围的限制。

（三）对人的适用范围

对于一国法律的效力适用于哪些范围的人，各国或者地区的立法采两大主义：属人主义和属地主义。属人主义是指凡一国国籍的人不问其在何处，均适用国籍国法律；属地主义是指凡居住或置身于该国领域内，即不问其国籍如何均受该国法律调整。多数国家或地区基于国际交往的实际，一般都在坚持一个标准的基础上，进行必要的变通。

本章思考题

1．什么是民法？民法的调整对象是什么？

2．民法与其它部门法的关系如何？

3．民法的渊源有哪些？

4．什么是民商合一和民商分立？

5．公法和私法的划分意义如何？

6．了解民法的历史沿革。

7．民法的适用范围如何？

第二章　民法的基本原则

在讲授本章时，首先要他们了解民法基本原则的意义及其在民法体系中的地位，其次要让让学生知道有那些基本原则以及它们各自的内容和价值。

一、概念、演变及作用

民法基本原则是指在价值观上支撑民法基本理念，在体系上贯穿民法全体，在内在逻辑上相互支撑，以至构建起民法核心内容的一个有机整体。这些基本原则是立法者为了实现法律的目的而积极追求的信条。

在大陆法系民法里，作为柔化立法的刚性、补充成文法局限性的工具，基本原则是一项必不可少的设计。在立法技术上，基本原则就成为法律体系中的必备设置，它以一些原则、抽象，甚至是模糊的概念（如公平）作为法律的直接规定，并以其巨大的包容面和解释上的弹性，给案件的处理以方法和依据。

二、内容

应领会各项基本原则的意义、内容、表现等。

【讨论】下列原则哪些可以作为民法的基本原则？

（一）私权神圣原则

旨在突出民事权利“非依法律规定、非经法定程序”不得剥夺刚性特征，而且有些人身权任何情况下不能被剥夺，如名誉、尊严、肖像等，以此隐指私权的基本人权属性。

（二）意思自治原则

意思自治原则，是指当事人可以在法律规定的范围内，根据自己的意愿设定、变更、消灭民事法律关系。该原则从本质上看就是传统民法中的意思自治原则。

（三）平等原则

是对传统民法中“人格平等原则”的宣示。

（四）公平原则

公平原则，是指从社会正义的角度，以社会公认的价值观、是非观为基础，以利益均衡作为价值判断标准来调整民事主体之间的物质利益，确定其民事权利和民事责任。

（五）诚实信用原则

该原则民法中具有“帝王条款”的地位。

（六）禁止滥用权利的原则

（七）公序良俗原则

本章思考题

1．什么是民法的基本原则？

2．民法基本原则在民法中的地位和功能如何？

3．民法的基本原则有哪些？各原则有哪些主要表现？

第三章　民事法律关系

本章课时：6 课时

一、学习目的和要求

要求结合民法的调整对象和民事法律关系的特点，深刻理解民事法律关系的基本理论。

二、本章主要内容

通过本章的学习，要认识民事法律关系的概念、特征和本质，明确民事法律关系的三要素，掌握民事法律关系发生、变更和终止的原因，掌握民事法律事实的概念、分类及构成。要理解民事权利的概念及分类、民事权利的保护方法。要了解民事义务的概念。了解民事权利的客体。

第一节　民事法律关系的要素

一、民事法律关系的概念与特征

民事法律关系是由民法所调整的具有民事权利义务内容的社会关系。

（一）是受民法调整的法律关系

（二）是人与人之间的法律关系

（三）是以权利义务为内容的法律关系

（四）是平等主体之间的法律关系

二、民事法律关系的要素

理解民事法律关系的主体范围和不同种类。明确民事法律关系的客体的多样性和性质的统一性。把握民事法律关系内容的构成。

（一）民事法律关系的主体

民事法律关系的主体是指参与民事法律关系、享受民事权利和承担民事义务的人。

（二）民事法律关系的客体

民事法律关系的客体与民事法律关系的主体相对应，是指民事主体之间得以形成民事法律关系内容的目标性事物。

（三）民事法律关系的内容

民事法律关系的内容是指民事法律关系中的主体所享有的权利和承担的义务。

三、民事法律关系的发生、变更和终止

认识民事法律事实对民事法律关系的重要意义。了解引起民事法律关系发生、变更和终止的原因，既包括事件和行为，还有赖于法律规定或合同约定的存在。

第二节　民事权利的概念及分类

本节是本章的重点内容。要着重领会各种类型的划分标准、意义及适用。

一、民事权利的概念

民事权利是指民事法律关系中的主体依法律规定或合同约定，根据自己的意愿实现一定利益的可能性。

二、民事权利的分类

（一）财产权与人身权

财产权是以财产利益为内容或直接体现为财产利益的民事权利。人身权是指以权利主体的人身利益为客体的民事权利。

（二）支配权、请求权、形成权与抗辩权

1．支配权

支配权是指权利主体对于作为权利客体的事物进行直接支配并享受其利益的权利。

2．请求权

请求权是指能够请求他人为一定行为（包括作为和不作为）的权利。

3．形成权

形成权是指权利人完全凭借单方的意思表示就能使既存的法律关系发生变动（包括发生、变更和消灭）的权利。

4．抗辩权

抗辩权是指权利人用以能够对抗请求权效力的权利，是对抗请求权的一种拒绝权。

（三）绝对权与相对权

1．绝对权

绝对权也称对世权，可以相对于每一个人产生效力，即任何一个人都必须尊重此项权利。

2．相对权

相对权又称对人权，是指能够请求特定人为一定行为或不为一定行为的权利。

（四）主权利与从权利

这是依权利是否能独立存在或依相互关联的几项民事权利的地位为标准进行的划分。

主权利是指相互关联的几项民事权利中不依赖其他权利而独立存在的权利；从权利是指须以主权利存在为前提的权利。二者为主导和从属的关系。

（五）原权利与救济权

这是依权利效力目的为标准进行的划分。救济权是因基础权利受到侵害或者有被侵害的危险时产生的援助基础权利的权利。基础权利即属于原权。

（六）既得权与期待权

这是依是否已经完全具备权利的成立要件为标准进行的划分。

既得权是指已经具备权利取得的全部要件，从而被当事人实际享有的权利。期待权是指仅具备权利取得的部分要件，须等到其余要件具备时才能实际发生的权利。

三、民事权利的行使与保护

（一）民事权利的行使

民事权利的行使，是指权利的享有者为实现自己的权利而依照权利的内容和范围实施的一定行为。

（二）民事权利的保护

1．公力救济

公力救济是指当义务主体不履行义务或者侵犯他人权利时，权利主体依法请求国家机关强制义

务人承担相应的民事责任的程序。

2．私力救济

自力救济是指权利人依靠自己的力量强制他人，从而捍卫受到侵犯的权利的保护程序。

（1）自卫行为

自卫行为是指当民事权利受到侵害或存在受到侵害的现实危险时，权利人为防止损害的发生或扩大而采取必要的措施。

（2）自助行为

自助行为是指民事主体在自己的权利受到侵害来不及请求公力救济时采取的对他人的人身自由予以拘束或对他人的财产予以扣押或毁损的行为。

四、民事权利的得丧变更

（一）民事法律事实的概念与分类

民事法律事实的种类多种多样，理论上根据其是否与民事主体的意志有关而将其分为自然事实和人的行为。

1．自然事实

自然事实是指与民事主体的意志无关的、能够引起民事法律关系变动的客观现象，包括状态和事件。

2．人的行为

人的行为是指通过人的作为或不作为而造成的事实状态，是与人的意志有关的客观现象。

（二）民事法律事实的构成

民事法律事实构成，是指能够引起民事法律关系发生、变更和消灭的几个客观现象的总和。

第三节　民事法律关系的客体

一、学习目的和要求

要求结合各类民事法律关系的特点，加深对民事权利客体的认识和理解。

二、本章主要内容

通过本章的学习，掌握物、行为、人格利益和智力成果在不同民事法律关系中对民事主体实现民事权利的作用与影响，了解物、行为、人格利益和智力成果的基本类型。

（一）物

作为民事权利客体的物是指除人身以外的独立存在并能为民事主体所支配的有体物。

（二）行为

给付的性质是以交付标的物为内容的行为。

（三）人格利益

人格利益是形成人格权的客体。

（四）智力成果

智力成果的性质是民事主体在科学技术和文学艺术领域创造出的劳动成果。

本章思考题

1．什么是民事法律关系？其构成要素有哪些？
2．什么是民事权利？可以作何分类？
3．民事权利和民事义务的关系如何？
4．民事法律关系的客体有哪些？

第四章　自然人

本章课时：6 课时

一、学习目的和要求

1．讲授民事主体部分时，要向学生交代人法的来历、人法在民法体系中的地位、“人”在民法中的位置等。

2．讲授民事主体部分时，要向学生讲解人格的概念，区分权利主体意义上的人与自然生命体意义上的人的区别，以及作为主体资格意义上的人格与天赋人权意义上的人格，进而明确自然人人格与法人人格的区别。

二、本章主要内容

通过本章的学习，认识自然人的民事法律地位，了解自然人的概念与住所。掌握自然人民事权利能力的概念与特征、开始与终止。掌握自然人民事行为能力的概念、特征及类型。了解宣告失踪的条件与法律后果，掌握宣告死亡的条件与法律后果。掌握监护的概念与设立、监护人及其职责。了解个体工商户、农村承包经营户的法律特征及其财产责任的承担规则。掌握个人合伙的概念、特征、入伙与退伙以及个人合伙的债务承担。

第一节　自然人的概念

应区别公民与自然人；明确自然人在民法上的地位。要求着重掌握自然人的民事权利能力和民事行为能力的基本理论，深刻理解个体工商户、农村承包经营户与个人合伙的民事责任承担。

一、自然人的概念

公民是具有一个国家的国籍，按照该国法律享有民事权利和承担民事义务的自然人。自然人做为法律上的概念，与法人的概念相对称。

在承认公法和私法划分的国家或地区的法律中，自然人属于私法范畴，而公民被认为是属于公法范畴。

二、自然人的住所

明确自然人的住所在民法上有重要意义。住所与住址、籍贯、居所等概念不同。

第二节　自然人的民事权利能力

应认识自然人的民事权利能力的概念和法律特征。掌握法律关于自然人民事权利能力的开始和终止的基本法律规定。掌握宣告死亡制度。

一、自然人民事权利能力的概念与特征

自然人的民事权利能力是指自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。自然人的民事权

利能力与自然人的具体民事权利不同。

（一）民事权利能力具有平等性

这里平等内涵是指机会平等，即自然人有同样的参与民事活动的机会。

（二）自然人只能在法律赋予其能够享有民事权利和承担民事义务的范围内进行民事活动，否则不能获得其预期的法律后果

（三）民事权利能力作为一种法律资格，原则上既不能转让和放弃，也不能被剥夺

二、自然人民事权利能力的开始与终止

（一）自然人民事权利能力的开始

自然人民事权利能力的开始在世界上大多数国家或地区都规定为始于出生。

（二）自然人民事权利能力的终止

自然人民事权利能力因死亡而终止。死亡因其方式不同可分为自然死亡、宣告死亡和确认死亡 。

三、宣告死亡

理解宣告死亡与自然人民事权利能力的关系。掌握法律关于宣告死亡的法定条件和法定程序的基本规定。明确宣告死亡所引起的直接法律后果。掌握撤销死亡宣告的各项法律要求。

（一）宣告死亡的条件

宣告死亡又称推定死亡，是指自然人失踪达一定期间后，由利害关系人申请，法院宣告该自然人死亡，以便结束以其生前住所地为中心的民事法律关系的制度。

1．自然人须处于持续下落不明状态并达到一定期间

2．必须由利害关系人向法院提出申请

3．法院发出公告

4．法院作出宣告

（二）宣告死亡的法律后果

被宣告死亡的自然人，在其原来的住所地、居所地等活动范围内于民事领域与自然死亡产生同样的法律后果。

（三）死亡宣告的撤销

被宣告死亡的自然人重新出现，就证明了宣告死亡这种推定是不能成立的，因此应撤销死亡宣告。由于自然人被宣告死亡后，在被宣告死亡人的人身及财产关系方面已经发生了重大变化，因此，撤销死亡宣告后的问题需要妥善处理。

四、确认死亡

确认死亡方式存在于我国实践中，发生和自然死亡相同的法律后果。

第三节　自然人的民事行为能力

了解公民的民事行为能力的概念和法律特征。明确公民民事行为能力的不同类型及其内容。掌握关于公民民事行为能力变动的法律宣告规则。掌握宣告失踪制度。

一、自然人民事行为能力的概念与特征

自然人的民事行为能力，是指自然人通过自己的行为来引起民事法律关系发生、变更和消灭的

能力。

二、自然人民事行为能力的类型

（一）完全民事行为能力

完全民事行为能力是指法律赋予达到一定年龄和精神状态正常的自然人以自己的独立行为进行民事活动，从而取得民事权利、履行民事义务和承担民事责任的资格。

（二）限制民事行为能力

限制民事行为能力是指法律赋予达到一定年龄但尚未成年或虽已成年但精神有疾病，不能完全辨认自己的行为及后果的自然人从事与自己的年龄、精神状况相适应的民事活动的资格。

（三）无民事行为能力

无民事行为能力是指法律没有赋予自然人以自己的行为来取得民事权利和承担民事义务的资格。

三、宣告失踪

理解宣告失踪与自然人民事行为能力的关系。掌握法律关于宣告失踪的法定条件和法定程序的基本规定。明确宣告失踪所引起的直接法律后果。掌握撤销失踪宣告的各项法律要求。比较宣告失踪与宣告死亡。

（一）宣告失踪的条件

宣告失踪，是指法院根据利害关系人的申请，依法宣告下落不明满一定期限的自然人为失踪人，以确定其财产关系的一种制度。

1．必须处于持续下落不明的状态

2．下落不明必须达到一定期限

3．须由该自然人的利害关系人向法院申请

4．须经法院依法宣告

（二）宣告失踪的法律后果

自然人被宣告失踪后，直接发生失踪人的财产被代管及民事权利义务被代为履行的法律后果。

（三）失踪宣告的撤销

宣告失踪是对自然人失踪事实的确认，一旦被宣告失踪的自然人重新出现或者有人知道了其确切下落，则说明法院对失踪事实的推定已经被新的事实推翻。在这种情况下，法律上继续认定其失踪就丧失了事实根据。所以，法院应当根据利害关系人或者被宣告失踪人的申请撤销对他的失踪宣告。

第四节　监护

理解监护的概念和特殊的社会功能。明确设定监护人的法律规定和监护人的法定职责。掌握监护关系终止的法律要求。

一、监护的概念

监护是指对无民事行为能力人、限制民事行为能力人的人身、财产及其他合法权益进行保护的法律制度。承担监护职责的人称为监护人，被监护的无民事行为能力人或限制民事行为能力人称为被监护人。

二、监护的设立

（一）法定监护

法定监护是指法律直接规定无民事行为能力人和限制民事行为能力人的监护人，不问其是否愿意，都应依法律规定履行监护职责。

（二）指定监护

指定监护是指在对担任监护人有争议的情形下，法院或有关单位为无民事行为能力人和限制民事行为能力人指定监护人的制度。

（三）委任监护

三、监护人

（一）未成年人的监护人

（二）精神病人的监护人

四、监护人的职责

监护人的职责包括监护人依法承担的监护义务以及因不履行义务而承担的责任。

第五节　个体工商户和农村承包经营户

应明确个体工商户和农村承包经营户的概念和法律特征。掌握法律关于个体工商户和农村承包经营户的民事责任承担的基本规则。

第六节　个人合伙

应理解个人合伙的概念和法律特征。明确关于个人合伙的成立、入伙和退伙的法律规定。掌握法律对个人合伙的内部财产关系、个人合伙的经营以及个人合伙的对外财产关系的基本规定。

一、个人合伙的概念与特征

个人合伙是指以两个以上自然人之间的协议为基础，共同出资，共同经营，共享营利，共担风险而组成的合伙。

二、入伙与退伙

入伙与退伙是合伙组织在经营过程中常出现的合伙人变更的情况。入伙是指在合伙组织成立后，非合伙人申请加入合伙并被合伙人接纳的行为。退伙是指已经取得合伙人身份的人退出合伙关系，从而丧失合伙人资格的行为。

三、个人合伙的债务承担

个人合伙对外承担连带责任。

本章思考题

1．什么是自然人？与公民的区别如何？
2．试比较民事权利能力与民事行为能力。
3．宣告失踪与宣告死亡的关系如何？
4．什么是宣告死亡？其法定构成要件是什么？撤销死亡宣告的后果如何？
5．比较自然人民事权利能力和民事权利的区别。
6．什么是监护？其制度价值如何？
7．简述合伙组织成立的条件。
8．个人合伙的责任承担方式如何？

第五章　人身权

本章课时：3 课时

一、学习目的与要求

通过本章的学习，认识和理解人身权的性质和法律特征，掌握人格权的主要类型和不同人格权的基本内容，了解身份权的法律要求。

二、本章主要内容

鉴于《侵权行为法》课程会讲授侵害人身权的类型及赔偿，所以本章中只需掌握人格权和身份权的法律特征和类型。

第一节　人身权概述

应着重领会了解人身权的概念和法律特征、掌握人身权的基本类型。

一、人身权的概念与特征

人身权是民事主体依法享有的与其人身有着密切联系的没有直接财产内容的法定民事权利。

二、人身权的分类

（一）人格权
人格权是指民事主体为维护自身独立人格所必备的，以人格利益为客体的权利。
（二）身份权

第二节　人格权的种类

应全面掌握生命权、健康权、身体权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、隐私权和人身自由权的基本内容；把握对人格权进行法律保护的基本规则。

一、生命健康权

生命权是指自然人维持生命和维护生命安全利益的权利。健康权是指自然人保持身体机能正常和维护健康利益的权利。

二、身体权

身体权是指自然人保持其身体组织完整并支配其肢体、器官和其他身体组织的权利。

三、姓名权（名称权）

姓名权是指自然人享有的决定、变更和使用其姓名的权利。

四、肖像权

肖像权是指自然人对自己的肖像享有再现、使用并排斥他人侵害的权利。

五、名誉权

名誉权是指民事主体就自己获得的社会评价受有利益并排除他人侵害的权利。

六、隐私权

隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人生活信息依法受到保护，不受他人侵扰、知悉、使用和公开的权利。

七、自由权

自由权是指民事主体享有的维护其行动和思想自主，并不受他人或者其他组织非法剥夺、限制的权利。

第三节　身份权的种类

了解亲属权、配偶权、荣誉权的法律特征，掌握法律对身份权的基本内容的规定，把握对身份权给予法律保护的基本方法。

本章思考题

1．什么是人身权？可以作何分类？
2．了解人格权的类型。
3．了解身份权的类型。

第六章　法人

本章课时：6 课时

一、学习目的和要求

要求结合社会生活实际加深对法人的民事法律地位的认识，把握法律关于法人的成立、变更和终止的基本规则。

二、本章主要内容

通过本章的学习，认识法人的民事法律地位，掌握法人的概念、特征及成立条件，理解我国现行立法和学理对法人的分类。明确法人与自然人在民事权利能力和民事行为能力方面的差别，理解法人的民事责任能力。掌握法人成立、变更和终止的基本法律规则。

第一节　法人的概念

应着重领会法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织。明确法人的法律特征和法人的基本分类。

一、法人的概念、特征及本质

（一）法人的起源及发展

（二）法人的概念

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织。

（三）法人的本质

要讲解关于法人本质的各种学说。

二、法人的分类

（一）我国现行立法对法人的分类

（二）学理上对法人的分类

1、社团法人与财团法人

这是根据法人成立的基础为标准对法人所作的划分。

社团法人是以人的集合为成立基础，由两个以上的成员组成，根据法律取得独立的人格。

财团法人是以捐赠财产为成立基础，是为一定的目的而存在的财产集合体。

2、公法人与私法人

这是以法人设立的法律依据为标准对法人所作的划分。

正如公法和私法的区分标准一样，关于公法人和私法人的区分标准也存在各种学说。

3、公益法人与营利法人

这是根据法人活动的目的为标准对法人所作的划分。

营利法人设立的宗旨是为了从事商业活动、取得利润且将利润在成员中进行分配。

公益法人也称非营利法人，是指为公益、慈善、教育等目的而组建的法人，任何情况下都不得

将利益在成员中进行分配。

三、法人的成立条件

应了解不同类型法人的不同设立程序。

（一）法人的设立

（二）法人成立的实体条件

（三）法人成立的程序条件

四、法人的机关与住所

法人的机关也称法人的组织机构，是对内管理法人事务、对外代表法人进行活动的机构。

法人的住所在法律上具有重要意义，如决定债务履行地、决定登记管辖、决定诉讼管辖，决定法律文书送达的处所，决定涉外民事关系的准据法等。

第二节　法人的民事权利能力

应对比法人与自然人在民事权利能力方面的差异，把握法人民事权利能力的法律特征。

一、法人的民事权利能力的概念

法人的民事权利能力是指法人享有民事权利和承担民事义务的资格。

二、法人的民事权利能力的内容

对于法人的民事权利能力的内容，我国民法学界在阐述中多将之与自然人的权利能力相比较。

第三节　法人的民事行为能力

应对比法人与公民在民事行为能力方面的差异，把握法人民事行为能力的特点。应明确法人民事行为能力方面所受的限制。

一、法人的民事行为能力的概念

法人的民事行为能力是指法人在法律规定的范围内以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的资格。

二、法人的民事行为能力的内容

与自然人的民事行为能力相比，法人的民事行为能力具有独特特点。

第四节　法人的变更和终止

应把握法律关于法人成立、变更和终止的基本法律规定。掌握法人在民事活动中应当承担的独立民事责任。

一、法人的变更

法人的变更是指法人在其存续期间和活动过程中所发生的组织机构、活动宗旨以及业务范围等方面的变化。

（一）组织机构的变更

（二）其他重大事项的变更

二、法人的终止

法人的终止是指法人资格的消灭，即法人作为民事主体的资格丧失，法人的民事权利能力和民事行为能力不复存在。

（一）依法被撤销

（二）法人自行解散

（三）依法被宣告破产

（四）其他原因

三、法人的民事责任

（一）含义

（二）法人格否认

本章思考题

1．什么是法人？法律特征如何？

2．法人的民事权利能力有哪些特点？与法人的民事行为能力关系如何？

3．比较法人的民事行为能力和自然人的民事行为能力。

4．比较社团法人和财团法人。

5．企业法人的成立条件有哪些？

6．法人终止的程序如何？

第七章　法律行为

本章课时：15 课时

一、学习目的和要求

要求结合社会生活实际和法律调整的特点，加深理解法律行为的基本理论。

二、本章主要内容

通过本章的学习，认识和理解法律行为概念、特征和本质，明确法律行为的的形式和成立、生效条件，掌握法律行为的分类。了解附条件和附期限的法律行为，掌握无效行为和可变更、可撤销行为的概念、特征和法律后果。

第一节　法律行为概述

应领会法律行为的概念、认识法律行为的法律特征、理解法律行为的类型。

一、法律行为的概念与法律特征

法律行为是指以意思表示为要素，并因意思表示而发生私法效果的行为。

（一）法律行为是民事主体以达到一定民事法律效果为目的的行为

（二）法律行为以意思表示为核心要素

（三）法律行为是具有不同价值判断的行为

二、法律行为的形式

法律行为的形式，实际上是指作为法律行为核心要素的意思表示的形式。

三、法律行为的分类

关键在于掌握不同类型的意义，如成立、生效、效果等方面的不同。

（一）单方行为、双方行为和多方行为

这是依法律行为是以当事人一方还是多方的意思表示构成为标准进行的划分。区分的意义主要在于认识法律行为的意思表示构成特点。

1．单方行为

2．双方行为

3．多方行为

（二）要式行为和不要式行为

这是依法律行为的成立是否应依法律规定具备一定的方式为标准进行的划分。区分的意义主要在于认识要式法律行为的要求及作用。

1．要式行为

2．不要式行为

（三）有偿行为和无偿行为

这是依当事人之间是否进行对等给付为标准进行的划分。区分的意义主要体现在债法中：法律

对于无偿法律行为的义务人负有的谨慎义务要求较低。

1．有偿行为

2．无偿行为

（四）诺成行为和实践行为

这是依法律行为的成立要件不同为标准进行的划分。区分的意义主要在于认识践成法律行为成立的复杂性。

1．诺成行为

2．实践行为

（五）主行为和从行为

这是依法律行为之间的相互依从关系为标准进行的划分。区分的意义主要在于：除非法律另有规定或当事人另有约定，从法律行为随着主法律行为的成立和无效而成立或无效。

1．主行为

2．从行为

（六）负担行为和处分行为

1．负担行为

2．处分行为

（七）有因行为和无因行为

1．有因行为

2．无因行为

第二节　法律行为的成立与生效

掌握法律行为的有效实质条件是行为人合格、意思表示真实、行为内容合法。把握法律行为的形式条件对要式行为与不要式行为的不同的法律要求。了解法律对附条件的法律行为所附条件的未来性、或然性、意定性、合法性和特定目的性的要求。把握延续条件、解除条件、肯定条件和否定条件的具体内容，明确法律对附期限的法律行为所附期限的未来性、意定性和特定目的性的要求。了解始期和终期、确定期限和不确定期限的基本内容。

一、法律行为的成立要件

（一）一般成立要件

1．行为主体

法律行为的成立须具备行为主体。

2．行为标的

法律行为必须具备行为标的。

3．意思表示

（1）意思表示的构成

（2）意思表示的解释

（二）特殊成立要件

二、法律行为的一般生效要件

（一）主体合格

（二）内容合法、妥当、确定、可能
（三）意思表示无瑕疵

三、法律行为的特别生效要件

（一）附条件法律行为
1．附条件法律行为的概念
当事人以将来可能发生也可能不发生的事实作为法律行为生效与否的附款，该附款就叫条件。
2．所附条件的特征
3．所附条件的类型
（二）附期限法律行为
1．附期限法律行为的概念
附期限法律行为是指当事人约定将某一特定期限的到来作为决定该法律行为效力的附款。
2．所附期限的特征
3．所附期限的类型
（三）其他特别生效要件

第三节　无效行为和可变更、可撤销行为

掌握无效法律行为其本质是因欠缺法律行为的有效要件而不产生法律效力的行为。理解无效法律行为的特点和无效法律行为的发生情形。了解可变更、可撤销行为其本质是欠缺法律行为的某些要件而请求法院或仲裁机构依法变更或撤销的行为。理解可变更、可撤销行为发生情形。把握无效法律行为和可变更、可撤销法律行为的法律后果。

一、无效法律行为

（一）无效法律行为的概念与特征
无效法律行为是指已经成立，但缺少法律行为的有效要件，致使行为人设立、变更或终止民事法律关系的意思表示从成立时起就不能产生预期法律后果的法律行为。
（二）无效法律行为的情形
1、行为人不具有相应的行为能力所实施的法律行为
2、意思表示不真实的法律行为
3、违反法律、行政法规或社会公共利益的法律行为

二、可撤销法律行为

（一）可撤销法律行为的概念与特征
又称“相对无效的法律行为”，是指由于意思表示有瑕疵，依照法律的规定，可由当事人请求法院或仲裁机构予以变更或撤销的法律行为。这种法律行为从表面上看具备了法律行为的有效要件，但由于意思表示有瑕疵，所以赋予一方当事人撤销权，可以自主决定是否使该法律行为的效力归于无效。
（二）可撤销法律行为的情形
1．基于重大误解所实施的法律行为
2．法律行为发生时显失公平

3．一方以欺诈、胁迫手段订立的未损害国家利益的合同

4．乘人之危订立的合同

三、法律行为被确认无效或被撤销的法律后果

第四节　效力未定法律行为

应掌握效力未定法律行为的本质、理解效力未定法律行为的特点和发生情形。

（一）效力未定法律行为的概念与特征

效力待定的法律行为是指法律行为虽已成立，但是否生效尚不确定，有待享有形成权的第三人作出追认或拒绝的意思表示来使之有效或无效的法律行为。

（二）效力未定行为的情形

1．当事人行为能力有欠缺的法律行为

2．无处分权人订立的处分他人财产的法律行为

3．无权代理人以他人名义从事的法律行为

本章思考题

1．什么是法律行为？其法律特征如何？可以作何分类？

2．试述法律行为的成立要件和生效要件。

3．简述附条件法律行为所附条件的特点。

4．比较可撤销行为、无效行为和效力未定行为。

5．比较诺成性法律行为与实践性法律行为。

第八章　代理

本章课时：5 课时

一、学习目的和要求

要求结合社会生活实际，加深认识代理制度的作用，通晓调整代理关系的法律规范。

二、本章主要内容

通过本章的学习，认识和理解代理的概念、本质和法律特征，掌握代理的类型。掌握法律上对代理权的设定和代理权行使的法律限制。理解复代理的概念与特征。明确狭义无权代理的概念、发生原因及其法律后果，掌握表见代理的概念、成立要件及法律后果。把握代理关系消灭的法律规则 。

第一节　代理概述

应理解代理的概念、认识代理行为的法律特征、了解代理的类型。

一、代理的概念与特征

代理是代理人以被代理人的名义，在代理权限内与第三人为法律行为，其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。

（一）须在代理权限内进行

（二）须以被代理人的名义进行

（三）是以被代理人的名义为法律行为

（四）在代理权限内的代理行为后果直接归属于被代理人

二、代理的类型

（一）委托代理、法定代理与指定代理

1．委托代理

2．法定代理

3．指定代理

（二）显名代理与隐名代理

1．显名代理

2．隐名代理

（三）直接代理与间接代理

1．直接代理

2．间接代理

（四）单独代理和共同代理

1．单独代理

2．共同代理

三、代理与相关概念的区别

第二节　代理权的行使

应理解代理权的本质和作用、掌握法定代理权的基本法律要求、明确行使代理权的法律规则、了解滥用代理权的法律后果。

一、代理权的行使

代理权的行使是指代理人在代理权限范围内，依被代理人的名义独立、依法有效地实施法律行为，以达到被代理人所希望的或者客观上符合被代理人利益的法律效果。

（一）代理人的义务

（二）代理权行使的限制

二、复代理

（一）复代理的概念

复代理与本代理相对而言。

本代理是基于委托人的直接授权或法律的直接规定而产生的代理，又称原代理。复代理又称再代理、转代理或转委托，是指委托代理人为完成代理行为，将代理事项一部分或全部转托给他人代理的法律行为。

（二）复代理的特征

1．复代理是以原代理关系的存在为前提，且原代理人不因复代理人的产生而消灭

2．复代理人是被代理人的代理人，而不是原代理人的代理人

3．除非被代理人有明确授权，原代理人只能以自己的名义而不是以被代理人的名义选任复代理人，同时，原代理人对复代理人有监督及解除委托权。

4．复代理权不得超过原代理权的范围。

第三节　无权代理

应明确无权代理是在没有代理权的情况下以他人的名义实施的民事行为、了解无权代理发生原因、掌握无权代理的法律后果、掌握表见代理制度。

一、狭义无权代理

（一）无权代理的概念

无权代理是指代理行为具备代理的形式要件，但缺乏代理权又不足以使第三人相信其有代理权的一种效力未定的法律行为。

（二）狭义无权代理的情形

1．行为人自始就没有代理权

2．行为人超越代理权

3．狭义无权代理的法律后果

（三）无权代理中的追认权、催告权和撤销权

（四）无权代理法律后果

二、表见代理

（一）表见代理的概念

表现代理是指行为人虽无代理权，但相对人客观上有充分理由相信其具有代理权而与其为法律行为，该法律行为的后果直接由被代理人承担。

（二）表见代理的成立要件

1．须代理人不具有代理权而以本人的名义为代理行为

2．客观上存在使第三人相信表现代理人有代理权的事实

3．相对人（第三人）善意、无过失

4．除不具备代理权要件外，需具备代理法律行为的其他有效要件

（三）表见代理的参见类型

1．授权表示型表现代理

2．权限逾越型表现代理

3．权限延续型表现代理

（四）表见代理的法律后果

1．第三人有权以表现代理要求被代理人承受行为的后果

2．第三人也可以主张狭义无权代理

第四节　代理关系的消灭

应把握委托代理终止的原因、明确法定代理和法定代理终止的法律规则、理解代理关系消灭的法律后果。

一、委托代理关系消灭的原因

二、法定代理、指定代理关系终止的原因

三、代理关系消灭的法律后果

本章思考题

1．什么是代理？代理的制度价值如何？

2．委托合同与委托授权的关系如何？

3．比较无权代理与表现代理。

4．引起委托代理、法定代理和指定代理消灭的原因有哪些？

5．什么是复代理？其法律效力如何？

6．无权代理与滥用代理权的关系如何？

第九章　时效

本章课时：3 课时

一、学习目的和要求

要求结合民事权利的保护方法，加深对时效制度特殊作用的理解，通晓时效制度的基本法律规则。

二、本章主要内容

通过本章的学习，认识和理解时效制度的概念、本质和法律特征，明确取得时效的效力和适用范围，掌握诉讼时效的特征、适用和基本分类，了解诉讼时效的起算以及中止、中断和延长的规定，把握除斥期间以及期间和期日的法律规定，理解诉讼时效与除斥期间的区别。

第一节　时效概述

应着重理解时效的概念、理解时效的分类和基本法律特征。

一、时效的概念

从法律事实的角度看，时效是指能够引起相应法律后果的事实状态的存续期间。从法律制度的层面看，时效是指一定的事实状态持续经过一定的期间即发生一定法律后果的法律制度。

二、时效的类型

（一）诉讼时效

诉讼时效是指权利人不行使权利持续达到一定时间，即消灭其请求法院强制义务人履行义务的法律制度。

（二）取得时效

取得时效是指无权利人以行使所有权或其他财产权利的意思公然、和平地继续占有他人的动产或不动产，持续达到一定时间，即可取得对该财产的所有权或其他权利的法律制度。

三、时效的制度价值

第二节　取得时效

应理解取得时效的概念、了解取得时效的法律特征和适用范围。

第三节　诉讼时效

明确诉讼时效的概念和特征。了解诉讼时效的适用范围。掌握法律对普通诉讼时效、特殊诉讼时效和最长诉讼时效的基本规定。把握诉讼时效期间的起算和诉讼时效期间中止、中断、延长的法

律规则。理解除斥期间的性质是法律规定的某种民事权利存在的不变期间，权利人在此期间内不行使相应的民事权利将导致该项民事权利削灭。了解除斥期间的法律特征和适用范围。

一、诉讼时效的意义

诉讼时效是指权利人不行使权利持续达到一定时间，即消灭其请求法院强制义务人履行义务的法律制度。

二、诉讼时效与除斥期间的区别

（一）法律后果不同
（二）法院是否可主要进行援用不同
（三）计算方式不同
（四）起算点不同
（五）制度价值不同
（六）权利客体不同
（七）强制性程度不同

三、诉讼时效的类型

（一）普通诉讼时效
普通诉讼时效是指由民事基本法统一规定，普遍适用于法律没有作特殊规定时效规定的各种民事法律关系的诉讼时效。
（二）特殊诉讼时效
特殊诉讼时效是指法律规定仅适用于某些特定的民事法律关系的诉讼时效。
（三）最长容忍时效
最长容忍时效是指法律规定最长诉讼时效。

四、诉讼时效的计算

（一）诉讼时效的起算
1．一般标准
2．特别标准
（二）诉讼时效的中止
在诉讼时效的最后 6 个月内，因不可抗力或其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。诉讼时效期间中止后，暂时停止计算诉讼时效期间，以前经过的诉讼时效期间继续有效，等到妨碍当事人行使请求权的法定原因消除后，再继续计算诉讼时效期间。
（三）诉讼时效的中断
诉讼时效因提起诉讼，当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。
（四）诉讼时效的延长
诉讼时效的延长是指诉讼时效期间届满后，有特殊情况的人民法院可以同意在法定的诉讼时效期间外，另外延长诉讼时效期间。

五、诉讼时效完成的效力

第四节　期间和期日

认识期间和期日在民事法律关系发生、变更和终止方面的作用。掌握法律关于期间和期日的不同计算方法的基本规则。

本章思考题

1．什么诉讼时效？其制度价值如何？
2．了解诉讼时效的客体及适用范围。
3．简述诉讼时效和取得时效的构成要件。
4．诉讼时效的中止和诉讼时效的中断的区别如何？
5．诉讼时效和除斥期间的关系如何？

《刑法学总论》教学大纲

潘　勤　编写

目　录

前　言.....535
第一章　绪　论.....536
第一节　刑法概述.....536
一、刑法的概念、渊源和分类.....536
二、刑法的根据、任务和功能.....536
三、刑法的体系、规范和解释.....537
第二节　刑法的基本原则.....537
一、罪刑法定原则.....537
二、法律面前人人平等原则.....538
三、罪刑相当原则.....538
第三节　刑法的适用范围.....538
一、刑法的空间效力.....538
二、刑法的时间效力.....539
本章思考题.....539
本章实践性教学活动安排.....539
第二章　犯罪与犯罪构成.....540
第一节　犯罪概念.....540
一、犯罪的概念.....540
二、犯罪的特征.....540
三、犯罪的分类.....540
第二节　犯罪构成概述.....540
一、犯罪构成的概念与特征.....540
二、犯罪概念与犯罪构成的关系.....541
三、犯罪构成的分类.....541
四、犯罪构成的意义.....541
第三节　犯罪客体.....541
一、犯罪客体的概念.....541
二、犯罪客体的分类.....541
第四节　犯罪客观方面.....541
一、客观方面概念.....541
二、危害行为.....541
三、行为对象.....542
四、危害结果.....542
五、犯罪的时间、地点和方法.....542
六、刑法上的因果关系.....542
第五节　犯罪主体.....543
一、自然人主体.....543
二、单位主体.....543
三、一般主体与特殊主体.....543
第六节　犯罪主观方面.....543

一、犯罪故意……543
二、犯罪过失……544
三、犯罪目的与动机……544
四、无罪过事件……544
本章思考题……544
本章实践教学安排……545
第三章　正当化事由……546
第一节　正当化事由概述……546
一、德日刑法中的“违法阻却事由”……546
二、英美刑法中的“合法辩护”理由……546
第二节　我国刑法中的正当防卫（重点）……546
一、正当防卫的概念与性质……546
二、正当防卫的构成……546
三、防卫过当的刑事责任……547
四、无过当防卫……547
第三节　紧急避险……548
一、紧急避险概念……548
二、紧急避险的构成……548
三、避险过当的刑事责任……548
本章思考题……548
本章实践性活动安排……548
第四章　未完成罪……549
第一节　犯罪预备……549
一、犯罪预备的概念和特征……549
二、犯罪预备的认定……549
三、犯罪预备的刑事责任……549
第二节　犯罪未遂……549
一、犯罪未遂的概念和特征……549
二、犯罪未遂的种类……550
三、犯罪未遂的刑事责任……550
第三节　犯罪中止……550
一、犯罪中止的概念和特征……550
二、犯罪中止的种类……551
三、犯罪中止的刑事责任……551
本章思考题……551
本章实践性活动安排……551
第五章　共同犯罪……552
第一节　共同犯罪概述……552
一、共同犯罪的条件……552
二、共同犯罪的形式……552
第二节　共同犯罪人的种类及其刑事责任……553
一、共同犯罪人分类概述……553
二、主犯……553

三、从犯.....553
四、胁从犯.....554
五、教唆犯.....554
本章思考题.....554
本章实践性活动安排.....554
第六章　罪　数.....555
第一节　罪数概述.....555
一、罪数的概念及区分罪数的意义.....555
二、区分罪数的标准.....555
三、罪数的类型.....555
第二节　实质的一罪.....556
一、继续犯.....556
二、想象竞合犯.....556
三、结果加重犯.....556
第三节　法定的一罪.....557
一、结合犯.....557
二、惯犯.....557
第四节　处断的一罪.....557
一、连续犯.....557
二、吸收犯.....558
三、牵连犯.....558
本章思考题.....558
本章实践性活动安排.....559
第七章　刑罚概说.....560
第一节　刑罚的概念.....560
一、刑罚概念、本质和特征.....560
二、刑罚权及其根据.....560
三、刑罚与其他法律制裁的关系.....560
第二节　刑罚的目的.....560
一、刑罚目的的概念.....560
二、刑罚目的的内容和关系.....560
第三节　刑罚的功能.....561
一、刑罚功能的概念.....561
二、刑罚功能的内容.....561
本章思考题.....561
本章实践性活动安排.....561
第八章　刑罚的体系.....562
第一节　刑罚的体系概述.....562
一、刑罚的体系概念和特点.....562
二、我国刑法确立刑罚体系的思想基础.....562
第二节　主刑.....562
一、管制刑.....562
二、拘役刑.....563

三、有期徒刑.....563
四、无期徒刑.....563
五、死刑.....564
第三节　附加刑.....564
一、罚金.....564
二、剥夺政治权利.....565
三、没收财产.....565
四、驱逐出境.....566
第四节　非刑罚处罚.....566
一、非刑罚处罚的概念.....566
二、非刑罚处罚方法的种类.....566
本章思考题.....566
本章实践性活动安排.....566
第九章　刑罚的裁量.....567
第一节　量刑概述.....567
一、量刑的概念.....567
二、量刑原则.....567
第二节　刑罚裁量情节.....567
一、量刑情节概念.....567
二、累犯.....568
三、自首.....568
第三节　量刑制度.....569
一、数罪并罚.....569
二、缓刑制度.....569
本章思考题.....570
本章实践性安排活动.....570
第十章　刑罚的执行与消灭.....571
第一节　概　述.....571
一、刑罚的执行.....571
二、刑罚的消灭.....571
第二节　减　刑.....571
一、减刑的概念.....571
二、减刑的条件.....572
三、减刑的限度与幅度.....572
四、减刑的程序与减刑后的刑期计算.....572
第三节　假　释.....572
一、假释的概念.....572
二、假释的适用条件.....572
三、假释的考验期与假释的撤消.....573
第四节　时　效.....573
一、时效概述.....573
二、追诉时效的期限.....573
三、追诉时效的计算.....574

第五节　赦　免.....574
一、赦免的概念.....574
二、我国特赦制度的特点.....574
本章思考题.....575
本章实践性活动安排.....575

前　言

刑法学是一门应用型学科，具有很强的操作性；同时又是一门理论基础相当深厚、研究较为成熟的法学学科。编写本教学大纲的目的，就在于让学生对什么是刑法、什么是刑法学、刑法学研究的范围、对象、方法等有一个基本的了解，以便在学习中有目的、有针对性地把握刑法学的相关问题。

刑法法典有总则和分则之分，刑法学则分为总论和分论两部分。刑法学总论讲述的是关于犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理、原则等规范及相关的理论、学说。本学科以《中华人民共和国刑法》及其他刑事法律规范为研究对象，以犯罪及其构成要件为核心内容，在此基础上研究刑罚及刑罚的适用、刑事责任及刑事责任的承担、消灭等问题。本学科既有很深的理论研究性又有相当的实践操作性，教学中，教师力求以刑法学的基本概念、基本理论为着眼点，及时介绍本学科最新的研究动态，同时结合司法实践中的相关案例进行讲解。通过本课程的学习，使学生具备扎实的刑法理论功底，同时培养学生解决实际问题的能力。

本大纲依据由曲新久、陈兴良、张明楷、王平、张凌、李芳晓等撰写的《刑法学》（中国政法大学出版社 2006 年修订版）而编就。

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：

通过本章的学习，首先，初步了解刑法的概念和渊源、刑法的根据和功能、刑法的体系和解释；其次，了解刑法基本原则的沿革和含义，深刻理解我国刑法基本原则的基本内容和基本要求，与英美法系、大陆法系刑法基本原则的联系与区别；第三，通过本章的学习，了解刑法效力范围的概念、原则，明确我国刑法在空间效力和时间效力上的范围和遵循的原则，对我国刑事管辖权的具体适用有一个基本的把握。

学时分配：6 学时

第一节　刑法概述

一、刑法的概念、渊源和分类

（一）刑法的概念与特征

刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。特征有：

1．独立性：刑法以特有的方式独立地保护、调整特定的社会关系；

2．广泛性：刑法保护的社会关系涉及社会生活的方方面面；

3．严厉性：在所有的法律制裁方面，刑罚是最严厉的制裁手段；

4．最后性：刑法是整个法律规范体系有效性的最后保障；刑法应谦抑、保守。

（二）刑法的渊源

1．刑法典。即经过法定程序制订、颁布并业已生效的成文法典。

2．单行刑法。指立法机关以决定、规定、补充规定、条例等形式颁布的、规定某一类或者某一种犯罪及其刑罚或者刑法特殊事项的法律。

3．附属刑法。指规定在民法、经济法、行政法等非刑事法律中的刑法规范。

4．国际刑法。国际条约中规定的保障人权的刑法规范。

（三）刑法的分类

1．广义刑法与刑法狭义的概念。

广义刑法，指包括刑法典、单行刑法、附属刑法、国际刑法再内的所有的关于犯罪与刑罚的法律规范的总称。

狭义刑法，即指刑法典本身。

2．普通刑法与特殊刑法概念。

普通刑法，指在一国范围内普遍适用的刑法规范的总称。

特殊刑法，指适用与特别的人、特别时间、特别地域或者特定事项的刑法。

3．形式刑法与实质刑法的概念。

形式刑法，指从名称或形式上就可以知道属于刑法范围的法律，如刑法典、单行刑法。

实质刑法，指从名称上看不出是刑法但其内容规定有犯罪、刑罚的法律，如附属刑法。

二、刑法的根据、任务和功能

（一）刑法的根据：刑法第一条。

（二）刑法的任务：刑法第一条。

（三）刑法的功能：（重点）

1．社会保护功能：惩罚犯罪，保护个人、公共利益；

2．人权保障功能：保障无罪者不受冤枉、有罪者得到公正的裁决。

三、刑法的体系、规范和解释

（一）刑法体系

刑法的组织与结构。有广义与狭义之分。

（二）刑法规范

规定犯罪行为及对其处罚的法律规范。有禁止性规范和命令性规范。

（三）刑法解释（重点）

按解释的效力分为：

1．立法解释：由立法机关所作的解释；

（1）刑法或者相关法律中的解释性规定；

（2）立法机关制定刑法时在“法律的起草说明”中所作的解释；

（3）刑法施行过程中立法机关的专门解释。

2．司法解释：由最高司法机关就具体应用刑法所作的解释；

3．学理解释：由其他机关、团体或者个人对刑法所作的学术性、知识性解释。

按解释的方法分为：

1．文理解释：根据刑法文本的字义、语法结构所作的阐明其含义的解释。

2．论理解释：按照立法精神和刑事政策，从逻辑上对刑法条文所作的解释，包括扩张解释和限制解释。扩张解释，指扩大刑法条文的字面含义；限制解释，指缩小刑法条文的字面含义。

第二节　刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

（一）罪刑法定原则沿革与涵义

1．罪刑法定原则沿革：

（1）新兴资产阶级反对封建司法专制的产物，是对罪刑擅断的彻底否定；

（2）我国 97 年刑法第三条规定。“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”，是为积极罪刑法定原则。“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”，是为消极罪刑法定原则。

2．该原则主要派生原则：

（1）禁止类推，即不得类推适用不利于被告人的刑法规定。

（2）禁止事后法，即刑法没有溯及力。但新法不认为是犯罪或者处刑较轻的，则具有溯及力。

（3）禁止习惯法，即刑法一般应以成文法（制定法）为依据，习惯与判例都不得作为渊源（英美法除外）。

（4）禁止不定期刑，即立法者不得规定、司法者不得适用绝对不定刑和绝对不定期刑

（5）明确性原则，即刑法关于犯罪、刑罚及其相互关系的规定应该清楚明确。

（二）罪刑法定原则的基础与功能

1．理论基础：自然法、三权分立和心理强制说；

在我国，民主是该原则的基础。

2．功能：社会保护和人权保障。

二、法律面前人人平等原则

我国宪法的规定；刑法第四条明文规定。

三、罪刑相当原则

（一）罪刑相当原则的沿革与现状

1．古代刑法的“同态复仇”。

2．现代意义上的罪刑相当原则。

3．罪刑相当原则与刑罚个别化的关系。

（二）我国刑法上的罪刑相当原则的涵义

刑法第五条规定：重重轻轻及刑事责任程度。

第三节　刑法的适用范围

一、刑法的空间效力

（一）空间效力的概念及原则

1．属地原则：又称领土原则，即以地域为一国行使刑事管辖权的依据。

2．属人原则：又称国籍原则，即以人的国籍为行使刑事管辖权的依据。

3．保护原则：又称安全原则，即以保护一国的利益为行使刑事管辖权的依据。

4．世界性原则：又称普遍管辖原则。即以保护全人类的整体利益为行使刑事管辖权的依据。该原则的论据是所谓犯罪世界性说。

5．永久居住地或营业地原则

（二）我国刑法对地域的效力

1．刑法第 6 条第 1 款规定：“凡在　中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法”。

刑法第 6 条第 2 款的规定：“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法”。

刑法第 6 条第 3 款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”。行为地、结果地择一原则。

2．两种例外情况：

（1）刑法第 11 条规定：享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题；

（2）香港、澳门特别行政区的刑事管辖权问题。

（三）我国刑法对人的效力

1．刑法对我国公民的效力。

刑法第 7 条第 1 款规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按照本法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究。”

刑法第 7 条第 2 款规定：“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”

2．刑法对外国人的效力

刑法第 8 条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”

刑法第 9 条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共

和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”

（四）我国刑法对单位的效力

1．单位国籍的特殊性。

2．我国刑法对单位效力的双重性。

（五）我国刑法对外国刑事判决的效力

刑法第 10 条规定：不承认但量刑从宽。

二、刑法的时间效力

（一）刑法的生效时间：

1．公布即施行；

2．公布一段时间后施行。

（二）刑法的失效时间：

1．立法宣布；

2．自然失效。

（三）刑法溯及力概念与原则

刑法溯及既往的效力：对其生效前未经审判或判决未确定的行为的效力。

1．从旧原则：新法对颁布前的行为一律没有溯及力。

2．从新原则：新法对其颁布前的、未经审判或者判决未确定的行为一律适用。

3．从新兼从轻原则：新法原则上溯及既往，但旧法不认为是犯罪或者处刑较轻的，则按照旧法处理。

4．从旧兼从轻原则：新法原则上不溯及既往，但新法不认为是犯罪或者处刑较轻的，则适用新法。世界各国普遍采用从旧兼从轻原则。

5．我国刑法 12 条规定：从旧兼从轻原则

本章思考题

1．简述刑法的概念和基本特征。

2．论述罪刑法定原则的基本涵义及司法实践中如何贯彻该原则。

3．论述罪刑相适应原则及与刑罚个别化的关系。

4．简述我国刑法对空间效力的规定。

5．简述刑法上的刑事管辖原则。

6．简述我国刑法对时间效力的规定。

7．简述从旧兼从轻原则的含义。

本章实践性教学活动安排

1．在上述思考题中任选两题作为课后作业。

2．随堂案例讨论一学时。

第二章　犯罪与犯罪构成

本章教学目的和教学要求：

通过本章的学习，对刑法中的犯罪概念有一个基本了解，能用犯罪概念的基本原理分析、理解我国刑法中的犯罪概念及特征；掌握犯罪构成的概念及意义、犯罪构成的基本要件及各要件的基本要素，能用犯罪构成原理分析罪与非罪、此罪与彼罪的界限。（9 学时）

第一节　犯罪概念

一、犯罪的概念

犯罪的形式概念；犯罪的实质概念；形式概念与实质概念的结合；我国刑法 13 条规定了我国刑法中的犯罪概念。

二、犯罪的特征

1．特征概述：

三特征、两特征之争。

2．特征：

犯罪是危害社会的行为，即具有一定的社会危害性。“但书”规定。

犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有依法应受刑罚惩罚性。“免予刑罚处罚”的涵义。

三、犯罪的分类

（一）重罪与轻罪。以法定刑轻重为标准区分。我国刑法上无此分类。

（二）自然犯与法定犯。

自然犯，指明显违背人伦道德的传统型犯罪；稳定性强。

法定犯，指基于公共管理的目的，为适应社会形式的需要而规定的犯罪。变动性强。

（三）身份犯与非身份犯

身份犯，指以特殊身份为犯罪构成主体要件或者加重、减轻刑罚处罚事由的犯罪。反之，则为非身份犯，

（四）亲告罪与非亲告罪

亲告罪，即由被害人告诉才处理的犯罪。

非亲告罪则只能由检察机关依法提起公诉。

第二节　犯罪构成概述

一、犯罪构成的概念与特征

（一）法定性：是刑法规定的。

（二）整体性：是四个要件的有机整体。

（三）主客观统一性：是主客观要件的统一。

二、犯罪概念与犯罪构成的关系

犯罪概念是犯罪的高度概括，犯罪构成则是对犯罪概念的具体阐释。

三、犯罪构成的分类

（一）基本的犯罪构成与修正的犯罪构成
（二）基本的犯罪构成与特殊的犯罪构成
（三）简单的犯罪构成与复杂的犯罪构成

四、犯罪构成的意义

区分罪与非罪
区分此罪与彼罪
区分重罪与轻罪

第三节　犯罪客体

一、犯罪客体的概念

刑法保护的、犯罪行为所侵害的、社会利益。

二、犯罪客体的分类

一般客体：一切犯罪所侵害的、刑法保护的社会利益。
同类客体：一类犯罪所侵害的、刑法保护的社会利益。
直接客体：某一种具体犯罪所侵害的、刑法保护的社会利益。
1．简单客体：单一客体。
2．复杂客体：两个以上客体。

第四节　犯罪客观方面

一、客观方面概念

成立犯罪所需要的客观事实特征；犯罪的外在表现。

二、危害行为

（一）作为：积极实施刑法禁止的行为。
1．自身的作为；
2．利用物质性工具的作为；
3．利用他人的作为；
4．利用自然力的作为。
（二）不作为：能履行而不履行法律、法规要求或期待的行为。
不作为的条件：
1．行为人负有某种作为的义务；义务来源于：
（1）法律、法规明文规定的特定义务；

（2）职务、职业要求履行的义务；
（3）法律行为引起的义务；
（4）先行行为引起的义务。（重点）
2．行为人有履行义务的实际可能而未履行
3．行为人的不作为行为侵犯了刑法保护的客体
不作为的种类：
1．纯正不作为：行为人以不作为方式实施了刑法上规定的不作为犯罪。
2．不纯正不作为：行为人以不作为方式实施了刑法上规定的作为犯罪。
（三）持有
持有是否第三种危害行为方式，刑法理论上有不同看法。我国现行刑法规定有持有类犯罪。

三、行为对象

犯罪对象。危害行为所侵犯的或直接指向的具体人、物或者信息。
1．研究行为对象的意义
2．行为对象与犯罪客体的关系
联系：都是犯罪构成的要件。
区别：
（1）具体与抽象；
（2）在犯罪构成中的地位不同：低层次、高层次；
（3）属性不同，受侵害性质也不同。

四、危害结果

危害行为对刑法保护的社会利益造成的实际损害。广义与狭义。刑法研究狭义危害结果。存在于结果犯中。

五、犯罪的时间、地点和方法

犯罪构成所要求的时间、地点、方法，对定罪有意义。

六、刑法上的因果关系

危害行为与危害结果之间的一种引起与被引起的关系。
（一）因果关系概述
1．英美法系的因果关系理论
2．大陆法系的因果关系理论
3．我国刑法上的因果关系理论
（二）分析刑法上的因果关系要注意的问题
1．因果关系的客观性
2．因果关系的相对性
3．因果关系的时间序列性
4．因果关系的复杂性
5．不作为犯罪中的因果关系问题
6．因果关系与刑事责任

第五节　犯罪主体

实施危害行为、应承当刑事责任的自然人和单位。

一、自然人主体

（一）刑事责任年龄的划分

刑法规定自然人主体承当刑事责任的年龄。

1．绝对无刑事责任年龄：未满 14 周岁的人。

2．完全有刑事责任年龄：刑法 17 条第一款：已满 16 周岁的人。

3．相对有（无）刑事责任年龄：刑法 17 条第二款：已满 14 不满 16 周岁的人对部分严重犯罪负刑事责任。

4．减轻刑事责任年龄：刑法 17 条第三款：对已满 14 不满 18 周岁的人犯罪的量刑应当从轻或者减轻。

（二）刑事责任能力

刑法规定自然人具备的辨认自己行为的性质并加以控制的能力。包括辨认能力和控制能力。

1．精神病人的责任能力。

（1）间歇性精神病人的责任能力；

（2）尚未完全丧失辨认或控制能力的人责任能力。

2．醉酒人的责任能力

3．又聋又哑或者盲人的责任能力

二、单位主体

实施了危害社会的、依法应受刑罚处罚的公司、企业、事业单位、机关、团体。

（一）单位犯罪的范围

五种依法成立并有经营、管理权能的合法组织。

（二）单位犯罪的特征

1．由单位实施。

2．由刑法规定。

3．以单位名义实施。

4．为单位谋利（合法或非法）。

（四）单位犯罪的刑事责任

刑法 31 条：处罚单位和责任人员；分则有规定依分则。

三、一般主体与特殊主体

第六节　犯罪主观方面

犯罪主体对自己实施的犯罪行为及其危害结果的心理态度。

一、犯罪故意

（一）故意的概念

1．有关论说

2．我国刑法 14 条规定，包括认识因素和意志因素。

（1）认识因素：明知行为的危害结果。

（2）意志因素：希望或放任结果发生。

（二）犯罪故意的类型

1．直接故意：明知行为会发生危害结果，希望其发生的心理态度。

2．间接故意：明知行为可能发生危害结果，放任其发生的心理态度。

（三）认识错误

行为人故意实施危害行为过程中主观认识与客观实际不符的情况。

1．法律认识上的错误。

2．事实认识上的错误。

（1）对象错误；

（2）打击错误；

（3）手段错误；

（4）因果关系错误。

二、犯罪过失

（一）犯罪过失概念

1．有关论说

2．我国刑法第 15 条的规定。

（二）犯罪过失的种类

1．疏忽大意的过失。

2．过于自信的过失。

三、犯罪目的与动机

犯罪目的，指犯罪主体主观上通过危害行为所希望达到某种危害结果的心理状态。犯罪目的只存在于直接故意犯罪中。

犯罪动机，指刺激犯罪主体实施危害行为以达到犯罪目的的内心起因。一般而言，动机在前目的在后。

四、无罪过事件

（一）意外事件：

1．客观上造成了危害结果；

2．主观上无故意或者过失；

3．由于不能预见的原因。

（二）不可抗力事件：

1．客观上造成了危害结果；

2．主观上无故意或者过失；

3．由于不能抗拒的原因。

本章思考题

1．论述我国刑法的犯罪概念及特征

2．简述犯罪构成的概念及特征

3．简述我国刑法有关刑事责任能力的规定。

4．论述刑法上不作为犯罪的概念及条件
5．简述我国刑法上的单位犯罪及特征
6．简述间接故意犯罪与自信过失犯罪的区别
7．简意外事件与疏忽大意过失的区别
8．简述对象认识错误的处理原则

本章实践教学安排

1．论文习作三篇，两千字以上。
2．案例讨论课两学时。

第三章　正当化事由

本章教学目的和教学要求

通过本章的学习，着重理解正当化事由的概念、特征和种类；理解正当防卫成立的条件及防卫过当的刑事责任；理解紧急避险成立的条件及避险过当的刑事责任。其次，适当介绍大陆法系、英美法系主要国家有关正当化事由的规定，对中外刑法就相关的问题作一些比较性解析，使学生对这一问题有更深入的了解。（3 学时）

第一节　正当化事由概述

正当化事由是指行为在形式上符合犯罪构成要件，但在实质上不具有法益侵害性，因而不构成犯罪的情况。我国刑法理论上也称之为“排除犯罪性的事由”、“排除社会危害性的行为”。各国刑法上都规定“正当防卫”和“紧急避险”属于正当化事由，也有些国家将“依法令或业务之行为”、“依法律、公务或职业上义务所为”规定为正当化事由的情况。西方刑法理论一般将之分为两大类，即“法定事由”和“超法规事由”。

一、德日刑法中的“违法阻却事由”

二、英美刑法中的“合法辩护”理由

第二节　我国刑法中的正当防卫（重点）

一、正当防卫的概念与性质

我国刑法第 20 条第一款规定。

（一）关于正当防卫的目的正当性和行为防卫性

目的正当性：正当防卫的目的是为使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产等合法权利免受正在进行的不法侵害的危害。

行为防卫性：防卫人对正在进行不法侵害的违法犯罪分子的人身或者财产采取防卫手段是出于保护国家、公共利益和其他合法利益的需要。

（二）关于正当防卫的防卫意图和防卫行为

防卫意图；主观上，防卫人意识到有不法侵害行为发生，为使国家、公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受其害而实施防卫。

防卫行为：客观上，允许防卫人对不法侵害人造成一定程度的人身或者财产损失。

（三）关于正当防卫的社会政治评价和法律评价

正当防卫没有主观恶性，也没有客观危害性，不具备犯罪构成，是排除社会危害性和阻却刑事违法性的行为。

二、正当防卫的构成

指符合正当防卫的法律规定所应具备的条件。

（一）防卫意图

1．防卫人认识到国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产等合法权利正在受到不法侵害。

2．是为了制止正在进行的不法侵害。下列情况不属于具备防卫意图：

（1）偶然防卫：行为人出于一定的犯罪故意实施行为，但该行为在客观上发生了防卫效果的情形。

（2）防卫挑拨：故意挑逗对方先行实施不法侵害而借机加害于对方的情形。

（3）互相斗殴：非基于保护国家、社会公共利益和公民个人合法利益而实施的相互侵害的行为。

（二）防卫起因

引起正当防卫的原因。有不法侵害行为的发生。

1．侵害行为具有社会危害性。

2．侵害行为具有紧迫性。

（三）防卫对象

1．针对不法侵害者本人。

2．特定情况下可以针对不法侵害者的财产。

3．不得对无辜的第三者进行防卫。

（四）防卫时间

对正在进行的不法侵害实施防卫。

1．开始时间。一般以不法侵害行为的着手为判断依据。

2．终止时间。

（1）不法侵害已经终止；

（2）不法侵害确已自动终止；

（3）不法侵害人已经被制服或者已经丧失侵害能力。

3．防卫不适时

（1）事前防卫；

（2）事后防卫

（五）防卫限度

是与防卫过当区别的关键。理论观点：

（1）基本相适应说；

（2）客观需要说；

（3）折衷说。

司法实务中要注意：

1．不法侵害的强度。

2．不法侵害的缓急。

3．不法侵害的权益。

三、防卫过当的刑事责任

刑法 20 条第二款规定：应当减轻或者免除处罚。

四、无过当防卫

刑法 20 条第三款规定。是一种特殊防卫。也有学者称“无限防卫”。注意这种特殊防卫权的行使必须符合法律规定。

第三节　紧急避险

一、紧急避险概念

刑法 21 条第一款规定。保护合法利益；危险；不得已；损害较轻的合法利益。

二、紧急避险的构成

（一）避险意图

行为人避险的目的是为了使国家、公共利益本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险的威胁。

（二）避险起因

有危险发生。包括：

1．人的危害社会的行为；

2．自然力；

3．动物的侵害。

（三）避险客体

损害一种合法权益保全另一种合法权益，是无辜第三者的权益。

（四）避险时间

危险正在发生。注意避险不适时。

（五）避险的实施

必须是出于不得已，即没有他法可以避免危险的侵害。

（六）避险限度

不能超过必要限度。保护利益和损害利益大小的比较。

三、避险过当的刑事责任

刑法 21 条第二款规定，应当减轻或者免除处罚。

本章思考题

1．论述正当防卫的概念与特征

2．论述紧急避险的概念与特征

3．简述正当防卫与紧急避险的异同

本章实践性活动安排

1．上述思考题选作一题

2．课堂讨论一学时

第四章　未完成罪

本章学习目的和教学要求

通过本章的学习，了解未完成罪的概念和特征；未完成罪的范围；了解未完成罪负刑事责任的根据；理解和掌握犯罪预备形态、犯罪未遂形态和犯罪中止形态的特征及处罚原则。（6 学时）

第一节　犯罪预备

一、犯罪预备的概念和特征

刑法第 22 条第一款规定。

（一）已经实施犯罪的预备行为

指犯罪人在犯意支配之下已经开始为犯罪的实行行为准备工具、制造条件。

1．主观上有为犯罪实行行为作准备的目的。

2．客观上有准备工具、制造条件的行为。

（二）尚未着手实行犯罪。

与犯罪未遂区别的关键。刑法分则条文对各种不同的犯罪着手有不同的具体要求。犯罪预备行为是着手实行犯罪前的行为。

3．犯罪分子意志以外的原因导致犯罪未能着手实行。

包括自身原因和其他原因。

二、犯罪预备的认定

1．犯罪预备与犯意表示的区别

犯意表示：行为人在实施犯罪前将自己的犯罪意图以口头或书面的形式表示出来。注意与煽动行为、教唆行为的区别。

2．犯罪预备行为与实行行为的区别

实行行为由刑法分则条文规定，以着手为标志。

三、犯罪预备的刑事责任

刑法第 22 条第二款规定。可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。

第二节　犯罪未遂

一、犯罪未遂的概念和特征

刑法第 23 条第一款规定。

（一）行为人已经着手实行犯罪

非实行行为的着手：教唆行为、帮助行为；实行行为的着手：行为人已经开始实施刑法分则条文所规定的具体犯罪构成客观方面的行为。不同犯罪其着手也不同。着重研究实行行为的着手。实践中一般考虑：

1．着手实行犯罪的行为是否已经接触了直接客体；

2．着手实行犯罪的行为是否可以直接造成危害结果；

3．着手实行犯罪的行为是否是刑法分则条文所规定的具体犯罪客观方面的行为。

与犯罪预备的区别；为着手实行犯罪作准备。

（二）犯罪未得逞

相对于既遂而言。既遂以刑法分则条文规定的犯罪构成的全部要件完备为依据。未得逞则指：

1．在结果犯的情况下，法定的危害结果未发生；

2．在行为犯的情况下，法定的危害行为未实施完毕；

3．在危险犯的情况下，法定的危险状态未造成。

（三）犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因

指违背行为人本意的原因。一般包括：

1．行为人本人之外的原因：

（1）被害人的发现、逃避、反抗等。

（2）第三者的出现、制止、抓获，司法机关采取行动等；

（3）自然力的破坏；

（4）物质障碍；

（5）特定的时间、地点等对犯罪行为的完成带来的不利影响。

2．行为人自身方面的原因：

（1）行为人因缺乏实施某种犯罪的能力、常识、技巧；

（2）行为人在实施某种犯罪时因身体欠佳或力量不够；

（3）行为人在实施某种犯罪时主观认识发生错误等。

二、犯罪未遂的种类

（一）以行为是否实行终了为标准，分为：

1．实行终了的未遂：行为人已将其认为实现犯罪意图所必要的全部行为实行完毕，但由于意志以外的原因而未得逞的未遂。

2．未实行终了的未遂：行为人未将其认为实现犯罪意图所必要的全部行为实行完毕，因而未发生预期的危害结果。

（二）以行为实际上能否达到既遂状态为标准，分为：

1．能犯未遂：行为人有实际可能完成犯罪达到犯罪既遂，但由于其意志以外的原因未能得逞。

2．不能犯未遂：因行为人发生事实认识错误而致不能完成犯罪，达到既遂状态。又有工具不能犯未遂和对象不能犯未遂之分。

三、犯罪未遂的刑事责任

刑法第 23 条第二款规定。可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

第三节　犯罪中止

一、犯罪中止的概念和特征

刑法第 24 条第一款规定。

（一）犯罪中止的及时性。

犯罪中止必须发生在犯罪过程中。

1．犯罪预备过程中的中止；

2．犯罪行为着手以后的中止；

3．犯罪行为完成以后达到既遂前的中止。

问题：放弃重复侵害是否为中止？

（二）犯罪中止的自动性

行为人自认为有可能将危害行为进行下去，但自愿、主动地中止犯罪。

注意行为人的主观认识和主观意志。

注意与犯罪未遂、犯罪预备的区别。

（三）犯罪中止的有效性

行为人有效地防止了危害结果的发生，犯罪中止才成立。主要存在于危害行为已经着手或者着手行为已经完成但尚未达到既遂的情况中。行为人必须设法使危害结果不发生。

二、犯罪中止的种类

（一）根据犯罪中止的时间，分为

1．预备阶段的中止；

2．着手实行阶段的中止。

（二）根据对成立中止犯罪的要求，分为

1．积极中止：在危害行为已经实行终了危害结果尚未出现的情况下有效防止危害结果的发生。特殊中止，强调中止的有效性。

2．消极中止：在危害行为未实行终了的情况下自动停止犯罪。一般中止，强调中止的彻底性。

三、犯罪中止的刑事责任

刑法第 24 条第二款规定。没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

本章思考题

1．简述犯罪预备的概念与特征

2．论述犯罪未遂的概念及特征，与犯罪预备、犯罪中止和犯罪既遂的主要区别。

3．论述我国刑法对犯罪预备的处罚原则及处罚根据。

本章实践性活动安排

1．上述思考题任选一题

2．安排法院旁听一次

第五章　共同犯罪

本章学习目的和学习要求

通过本章的学习，了解我国刑法关于共同犯罪的立法规定；理解共同犯罪的概念和构成要件；理解共同犯罪的形式；掌握共同犯罪人的种类及其刑事责任。（6 学时）

第一节　共同犯罪概述

共同犯罪是一种特殊的犯罪形态，是由两个或者两个以上的人联合实施的犯罪。共同犯罪往往事先谋划，共同犯罪人各有分工，相互配合，相互联络，为实施一种或者多种犯罪而共同行动。各共同犯罪人的行为可以是共同的实行行为，也可以是有实行行为，有教唆、帮助、组织行为，但各共同犯罪人的目的都是为完成同一的犯罪。

一、共同犯罪的条件

1．共同犯罪的客观条件—共同犯罪行为

指各个共同犯罪人在参加共同犯罪时，不论分工、参与程度、甚至参与时间如何不同，所有共同犯罪人的行为都是互相联系、缺一不可的；各个共同犯罪人的行为与所发生的危害结果之间都有刑法上的因果联系。这些共同犯罪人的共同行为是犯罪危害结果发生的共同原因。共同犯罪的共同行为总体上说有三种形式：一是共同作为；二是一部分人作为一部分人不作为；三是共同的不作为。具体讲，共同犯罪的共同行为包括：

（1）犯罪的实行行为

指直接实施刑法分则条文规定的行为。在共同犯罪的情况下，实行行为可以是共同犯罪人共同实施，也可以是其中一人或两人是实行犯，其他人是非实行犯。

（2）犯罪的组织行为

指组织犯所实施的指挥、策划、领导犯罪的行为。刑法总则对此作了规定。实施这些行为的行为人在共同犯罪中一般是主犯。注意与刑法分则把某些组织行为直接规定为犯罪的情况区分。刑法将这些组织行为单独规定，表明这些条文处罚的是作为实行行为的组织犯，一般是首要分子，与总则规定的组织不同。

（3）犯罪的教唆行为

指能够促使他人产生犯罪意图、从而可能实施犯罪行为的行为。教唆行为可以是劝说、利诱、请求、挑拨、刺激甚至威胁。教唆方式可以是口头的也可以是书面的，甚至肢体动作等。

（4）犯罪的帮助行为

指在共同犯罪中为其他共同犯罪人实行犯罪提供帮助、创造条件的人。分为起辅助作用的或者次要作用的帮助犯。

2．共同犯罪的主观条件—共同犯罪故意

与单独的个人犯罪一样，共同犯罪的故意也要符合认识因素和意志因素两个方面要素。但共同犯罪的认识因素是指各个共同犯罪人不仅认识到自己是在故意地实施某种犯罪，也认识到其他犯罪人在共同配合完成同一犯罪。共同犯罪的意志因素是指各个共同犯罪人都希望或者放任某种危害结果的发生，也可以表现为有人希望、有人放任危害结果的发生。

二、共同犯罪的形式

1．结伙犯罪　指两人以上结帮成伙、没有一定的组织形式的共同犯罪。临时纠合，实施完特

定的犯罪后就散伙。有事前无通谋的结伙犯罪和事前有通谋的犯罪之分。

2．聚众犯罪　指刑法规定聚众形式为构成犯罪必要要件的犯罪。聚集多人实施一定犯罪。

3．犯罪集团　指三人以上为多次实施某一种或者多种犯罪而建立起来的犯罪组织。特点：组织严密、成员固定、有一定的组织形式甚至组织纲领，有进行一种或多种犯罪的计划。社会危害大。

第二节　共同犯罪人的种类及其刑事责任

一、共同犯罪人分类概述

两种分类法：其一，依据犯罪人在共同犯罪中的分工不同将共同犯罪人分为正犯与从犯。从犯又分为教唆从犯和帮助从犯；或者将共同犯罪人分为正犯、教唆犯和从犯三类；或者将共同犯罪人分为实行犯、教唆犯、帮助犯三类，或者实行犯、组织犯、教唆犯和帮助犯四类。

其二，依据犯罪人在共同犯罪中的作用将共同犯罪人分为首犯与从犯两类。

我国刑法对共同犯罪人的分类既考虑犯罪人在共同犯罪中作用又考虑到各自的分工，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。

二、主犯

（一）主犯的概念

刑法 26 条第一款规定。

1．在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子，是首要分子，也是组织犯；

2．在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子，是首要分子，也是组织犯。

3．其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子，包括起主要作用的实行犯、教唆犯等。

（二）主犯的认定

司法实务中对主犯的认定一定要注意具体分析各共同犯罪人参加犯罪活动的情况，分清所起作用的大小，地位主次等，从而确定共同犯罪中的主犯。

（三）主犯的刑事责任

刑法第 26 条第三款、第四款。

1．对组织、领导犯罪犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；

2．对其他的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

三、从犯

（一）从犯的概念

刑法第 27 条第一款。根据在共同犯罪中的作用，从犯可分为：

1．起次要作用的从犯，即次要的实行犯，相对于主要的实行犯而言。指直接参加了犯罪构成客观方面所要求的具体行为，但在共同犯罪中所起的作用属于次要的犯罪分子。一般指受主犯的指使实施了某种犯罪行为，但没有达到罪行重大或者情节特别严重的程度的犯罪人。

2．起辅助作用的从犯，即帮助犯。一般指没有直接参加犯罪的实行行为，但在犯罪的准备阶段或者在犯罪的实行阶段以各种不同的方式帮助实行犯准备犯罪工具、创造犯罪条件，促成犯罪结果得以实现的犯罪人。

（二）从犯的认定

在对从犯的认定中，要考虑犯罪人在共同犯罪中的地位、实际参加的程度、所犯罪行的轻重以及对促成危害结果的实现所起作用的大小等方面综合考虑。

（三）从犯的刑事责任

刑法第第 27 条第二款。我国刑法对从犯处罚的规定体现了从犯刑事责任的相对独立性。

四、胁从犯

（一）胁从犯的概念

刑法第 28 条第一款规定。指被胁迫参加犯罪的人。

我国刑法规定胁从犯体现了我国刑法共同犯罪人分类的独特性，是对犯罪人区别对待的刑事政策的具体化。

所谓被胁迫参加犯罪，是指行为人参与犯罪是非自愿的，是受到了各种精神威逼和强制。但在意志因素上，行为人并没有完全丧失意志自由，可以选择不参与。如果行为人受到裹胁或者诱骗而参与犯罪则不为胁从犯。

（二）胁从犯的认定

在对胁从犯的认定中要注意：

1．行为人受胁迫的程度；

2．行为人在共同犯罪中所起的作用。次于从犯；非自愿、不积极。

（三）胁从犯的刑事责任

刑法第 28 条规定，对胁从犯应当按照其犯罪情节减轻或者免除处罚。

五、教唆犯

（一）教唆犯的概念

刑法第 29 条第一款规定。

指唆使他人实施犯罪的人。唆使，挑起他人的犯罪意念，自己不亲自实施犯罪行为。一般采用劝说、利诱、授意、怂恿、收买甚至威胁等方法。具有较大的社会危害性。

刑法理论上教唆犯从属性说、独立性说。

（二）教唆犯的认定

在对教唆犯的认定中要注意：

1．将教唆行为与灌输某种思想意识区别。

2．将教唆行为与以教唆方式实施的特定犯罪区别。后者刑法有明确规定，是独立的犯罪，非共同犯罪中的教唆行为。

（三）教唆犯的刑事责任

刑法第 29 条规定。

1．按照教唆者在共同犯罪中的作用处罚，一般原则。起主要作用的是主犯；起次要作用的是从犯。

2．教唆不满 18 周岁的人犯罪，应当从重处罚；

3．被教唆者未犯所教唆之罪，对教唆犯可以从轻或者减轻处罚。教唆未遂。

本章思考题

1．简述我国刑法关于共同犯罪的概念和特征。

2．简述犯罪集团的概念与特征。

3．简述我国刑法关于共同犯罪人的分类与处罚规定。

4．论述教唆犯的特征及其认定。

本章实践性活动安排

1．写小论文一篇

2．开一次模拟法庭

第六章　罪　数

本章教学目的和教学要求

通过本章的学习，了解罪数的概念、罪数形态的判断标准及区分罪数的意义、结合案例运用罪数判断标准的理论判定具体的罪数问题。掌握各罪数形态的概念和特征及区别。明确各罪数形态的处罚原则。（6 学时）

第一节　罪数概述

一、罪数的概念及区分罪数的意义

罪数，即犯罪的数量。研究罪数就是研究行为人的犯罪数量，是一罪还是数罪。刑法规定是高度概括的，司法实践中危害社会的行为则是错综复杂的，定罪时常常要遇到行为是一罪还是数罪的问题，而定罪准确与否直接影响到对行为人的量刑，因而正确区分一罪与数罪在刑法理论与实践中有着极其重要的意义。

罪数问题基本包括：什么是一罪，什么是数罪；区分一罪数罪的标准是什么；对各种形态不同的一罪和数罪应当如何认定和处罚；对各种形态不同的一罪和数罪应当适用刑事诉讼程序等问题。

区分罪数的意义：

1．利于正确定罪。只有正确划分及认定一罪与数罪，才能对行为人的危害行为准确定罪。

2．利于正确量刑。确定罪数与刑罚适用的轻重有直接的关系。根据罪刑法定原则和我国刑法有关规定，一罪只能一罚（刑），数罪才能数罚（刑）。因此，准确认定罪数，可以避免不合理地加重或者减轻行为人刑事责任的情况。

3．利于贯彻刑法一系列重要制度。某些罪数形态的确定与我国刑法的效力范围、追溯时效等制度准确适用关系密切。

二、区分罪数的标准

（一）罪数区分标准学说

1．行为标准说。认为，犯罪的本质是行为，犯罪客体受到侵害也是由行为造成的，犯意不构成罪。因而，区分一罪与数罪应以行为的单、复数为标准。

2．法益标准说。认为，犯罪的本质是对刑法所保护的客体的侵害或者可能侵害。因而，区分一罪与数罪应以侵害客体的单、复数为标准。

3．意思标准说。认为，刑事责任的根据为犯意，行为和结果不过是犯意的体现，犯意才是犯罪的本质。因而，区分罪数应以犯意的单、复数为标准。

4．构成要件标准说（通说）。认为，犯罪构成要件是决定罪数的标准，即犯罪事实一次符合犯罪构成要件的为一罪，两次或两次以上符合的为数罪。

三、罪数的类型

（一）一罪的类型

刑法理论上将一罪分为实质的一罪、法定的一罪、处断的一罪。

实质的一罪：指形式上是数罪，但行为人基于特定的罪过心理，实施了一个危害行为，侵犯一种法益（复杂客体的情况下可能是两个或者两个以上法益），符合一个犯罪构成，实质上构成一罪的情况。包括继续犯、想象竞合犯、结果加重犯。

法定的一罪：指行为人基于多个罪过，实施了多个危害行为，侵犯多种法益，因为某种特定的理由，立法者将其规定为一罪的情况。包括结合犯、惯犯。

处断的一罪：指立法者将实质上的数罪在科刑上当作一罪的情况。因而又被成为科刑上的一罪、裁断上的一罪。包括牵连犯、连续犯、吸收犯。

（二）数罪的类型

1．同种数罪：指行为人出于数个相同的犯意，实施数个性质相同的行为，触犯相同罪名的独立数罪形态。

2．异种数罪：指行为人出于数个不同的罪过，实施数个性质不同的行为，触犯数个法益，数行为之间不存在连续、吸收、牵连等关系的数个犯罪的情况。

第二节　实质的一罪

一、继续犯

又称持续犯，指行为人出于同一罪过针对同一犯罪构成内的法益，在犯罪已经既遂后的一段时间内，危害行为和不法状态一直处于持续中的犯罪形态。

（一）继续犯的基本特征

1．危害行为和不法状态在犯罪既遂后的一段时间内一直处于持续状态。

2．危害行为需出于一个犯罪故意。

3．危害行为侵害了同一犯罪构成内的法益。

比如刑法第 238 条的非法拘禁罪。

（二）继续犯的处罚原则

不论持续时间长短，都按一罪定罪处罚。

正确认定继续犯对于计算追诉权时效以及在新旧法律交替时如何适用法律都有意义。

二、想象竞合犯

指行为人实施一个行为，触犯数个罪名的犯罪形态。也被称为观念的竞合犯、想象的数罪、想象的并合罪等。

（一）想象竞合犯的基本特征

1．行为人实施了一个行为。

2．一个行为必须触犯数个罪名。即一行为符合数个犯罪构成，触犯数个罪名。

（二）想象竞合犯的处罚原则

按行为所触犯的罪名中的一个重罪定罪处罚，即从一重罪处罚，不实行数罪并罚。

（三）想象竞合犯与法规竞合的联系与区别

法规竞合也称法条竞合，指数个刑法条文所规定的数个犯罪之间存在包容或者重合关系，当一个危害行为同时符合数个法条规定的犯罪构成时，只能选择适用其中一个刑法条文的情况。

对法规竞合，如果法条之间存在包容（重叠）关系，即一般与特殊关系时，采取特别法优于普通法的处罚原则；如果法条之间存在重合（交叉）关系时则采取重法优于轻法的原则。

想象竞合犯是犯罪形态，解决的是罪数问题；法规竞合则是法律客观存在的一种现象，解决的是法条之间的关系问题。

三、结果加重犯

指法律上规定的、由于发生了超出基本犯罪构成以外的严重结果而加重法定刑的一种犯罪形

态。又称加重结果犯。

比如刑法第 234 条的故意伤害罪。

（一）结果加重犯的基本特征

1．行为人实施基本犯罪行为，造成了法律规定的重于基本犯罪构成所要求的结果。基本犯罪行为与加重结果之间有因果关系。

2．行为人对于加重的结果主观上存在罪过。可以是故意也可以是过失，至少是过失。

3．刑法对加重的结果规定了加重的法定刑。

（二）结果加重犯的处罚原则

对结果加重犯定一罪，按加重的法定刑量刑。

（三）认定结果加重犯时应注意的问题

1．结果加重犯与结果犯的区别

2．结果加重犯与转化犯的区别

第三节　法定的一罪

一、结合犯

指数个在法律上独立而罪名不同的犯罪，通过刑法的规定（另一个法律条款）而将之结合为一个新的独立犯罪（也称第三罪）形态。

（一）结合犯的基本形态

1．所结合的数罪必须是刑法上有明文规定的独立的犯罪。

2．数个罪名由另一法条加以结合成为一个新罪。即甲罪+乙罪=丙罪。

3．数个原本独立的罪结合为一个新罪由法律明文规定。

（二）结合犯的处罚原则

对结合犯依所结合的罪定罪量刑。

二、惯犯

指以某种犯罪为常业，，以犯罪所得为生活主要来源或者犯罪已成习性，在较长时间内反复多次实施某种犯罪的形态。

常业惯犯、常习惯犯。

（一）惯犯的基本特征

1．恶习较深：顽固、人身危险性大。

2．时间较长：次数多。

3．社会危害性大：作案手段狡猾、反侦查能力强。

4．法律有明文规定。

（二）惯犯的处罚原则

按照刑法规定的一罪处罚，不数罪并罚。

第四节　处断的一罪

一、连续犯

指基于同一的或者概括的犯罪故意，反复实施了数个独立成罪并触犯同一罪名的犯罪形态。我

国刑法有连续犯的规定，刑法第 89 条：追诉期限从犯罪之日起计算，犯罪行为有连续状态的从犯罪行为终了之日起计算。

（一）连续犯的基本特征

1．实施了数个独立的性质相同的行为。即数次行为都独立成罪。

2．行为人需基于同一的或者概括的故意。即从第一次行为开始到最后一次行为结束行为人主观上都是在一个相同的犯意之内，而未另产生新的犯罪意图。

3．数行为之间具有连续性。主客观两方面考虑。

4．数行为触犯同一罪名。指数次行为触犯同一具体罪名而非同一法条的罪名。

（二）连续犯的处罚原则

对连续犯，按照刑法具体规定的一罪及相应的法定刑定罪处罚。

二、吸收犯

指事实上存在数个不同的行为,其一行为吸收其他行为,仅成立吸收行为一个罪名的犯罪形态.

（一）吸收犯的基本特征

1．有数个独立的犯罪行为。数行为可以触犯同种罪名也可以触犯不同种罪名。

2．数行为之间有吸收关系。三种情况：

（1）重行为吸收轻行为；

（2）实行行为吸收预备行为；

（3）主行为吸收从行为。

（二）吸收犯的处罚原则

吸收犯的前后行为存在必经阶段与当让后果之间的关系，因而不认定为数罪，仅以吸收一罪定罪判刑。

三、牵连犯

指以某种犯罪为目的实施的实行行为，与其手段行为或者结果行为分别触犯不同罪名的犯罪形态。

（一）牵连犯的基本特征

1．出于一个犯罪目的。

2．实施了数个独立的犯罪行为。

3．数行为之间存在着必然的牵连关系。手段行为与目的行为的牵连；原因行为与结果行为的牵连。

（二）牵连犯的认定

1．与想象竞合犯的区别

2．与吸收犯的区别

（三）牵连犯的处罚原则

我国刑法理论一直将牵连犯作为处断的一罪，一般从一重罪处罚或从一重罪从重处罚。

分则对牵连犯的处罚则有不同规定：从一重罪、从一重罪从重处罚、数罪并罚。

本章思考题

1．如何划分一罪与数罪？划分一罪与数罪有什么意义？

2．简述法定的一罪与处断的一罪的主要区别

3．简述连续犯的概念与特征及处罚原则

4．简述继续犯的概念与特征及时效的解决方法

5．简述牵连犯的概念与特征及处罚原则

6．简述实质数罪与想象数罪的概念

7．简述异种数罪与同种数罪的概念

本章实践性活动安排

1．选作两篇小论文

2．开一次专题讲座（由学生主讲）

3．根据继续犯、想象竞合犯、结果加重犯、结合犯、惯犯、连续犯、牵连犯和吸收犯的构成特征分析具体案件的罪数形态。（案例讨论）

第七章　刑罚概说

本章学习目的与学习要求

通过本章的学习，了解刑罚的概念、本质和特点、刑罚权的概念及根据、刑罚与其他法律制裁的区别；领会刑罚的功能、我国刑罚目的的内容及其内部关系。（3 学时）

第一节　刑罚的概念

一、刑罚概念、本质和特征

1．概念：是国家为防止危害行为对国家利益、社会利益及公民利益的侵犯而制定的、由人民法院根据刑事立法对犯罪人适用的、具有一定惩罚效能的一种严厉的法律制裁措施。

2．本质：惩罚性。

3．特征：由刑法明文规定、人民法院适用。

二、刑罚权及其根据

是国家立法权和司法权的重要组成部分。指制定和适用刑罚的权力。这种权力包括制刑权、追诉权、量刑权和执行权。

1．实现国家职能的需要

2．维护社会秩序的需要

3．实现社会正义的需要

4．防止私人惩罚的需要

三、刑罚与其他法律制裁的关系

1．严厉性不同

2．适用对象不同

3．适用机关不同

4．适用根据不同

5．适用程序不同

6．制定机关有所不同

第二节　刑罚的目的

一、刑罚目的的概念

指国家制定刑罚及对犯罪分子适用、执行刑罚所预期达到的结果。刑罚目的在立法者制定刑罚、运用刑罚方法、执行刑罚的方针、刑事政策和指导思想中得到集中体现。

二、刑罚目的的内容和关系

1．特殊预防：预防犯罪分子本人再次犯罪。

2．一般预防：预防有犯罪意念、尚未犯罪的人实施犯罪。

3．相互联系、相互影响；但两种预防的对象、目的不同。

第三节　刑罚的功能

一、刑罚功能的概念

指国家制定、适用、执行刑罚所直接产生的效应。

1．对犯罪人的效应

2．对社会其他成员的效应

二、刑罚功能的内容

（一）实现特殊预防

1．限制、消除再犯条件的功能

2．个别威慑功能

3．教育感化功能

（二）实现一般预防

1．一般威慑功能

2．法制教育功能

3．安抚、补偿功能

4．强化规范意识功能

本章思考题

1．简述刑罚的概念及基本特征

2．论述我国刑罚的目的

3．简述刑罚与行政处罚的区别

本章实践性活动安排

1．选作小论文一篇

2．课堂讨论一次

第八章　刑罚的体系

本章学习目的和学习要求

通过本章的学习，了解我国刑罚的体系结构和特点；掌握我国刑法规定的各刑种的概念、内容和适用对象；理解我国刑法中死刑适用标准、适用程序、适用对象以及当前对死刑适用的探讨；了解我国刑法中的非刑罚处理方法的种类和适用条件。（6 学时）

第一节　刑罚的体系概述

一、刑罚的体系概念和特点

指刑法所规定的、按照一定次序排列的各种刑罚方法体例。

1．是各种刑罚方法的总和

2．是刑法所规定的各种刑罚方法

3．按照一定次序编排各种刑罚方法

二、我国刑法确立刑罚体系的思想基础

（一）适应我国现阶段的社会价值观念

（二）体现我国惩办与宽大、惩罚与改造相结合的刑事政策

（三）体现刑罚的人道性

（四）吸收有益的法律文化成果，反映当前世界立法趋势

第二节　主刑

指只能独立适用、不能附加适用的主要刑罚方法，因而也称基本刑、单独刑。包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。对一种犯罪只能适用一种主刑。

一、管制刑

（一）管制的概念和特点

由人民法院判决、公安机关执行、基层群众组织监督改造、对犯罪分子不予关押、但限制其一定人身自由的刑罚方法。

我国独创的刑种。

1．对犯罪分子不予关押，但限制其人身自由

2．由公安机关执行、基层群众组织监督改造

3．必须由人民法院依法判决

（二）管制的对象

总则未作专门规定。只要分则法定刑中有规定，人民法院可以根据案件的具体情况，认为犯罪分子的行为尚不够判处有期徒刑或者对其以不关押为宜，但又需要给予一定的惩罚，限制其一定的自由的情况，都可以适用管制。

（三）管制的内容

刑法第 39 条规定。

（四）适用管制的机关

人民法院判处、公安机关执行、基层群众组织监督改造。

（五）管制的期限

刑法第 39 条、第 40 条和第 41 条的规定。

（六）受管制刑人的待遇

刑法第 39 条。

（七）关于管制刑的存废讨论

二、拘役刑

（一）概念和特征

剥夺犯罪分子短期自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。是介于管制和有期徒刑之间的一种较轻的刑罚。

拘役与刑事拘留、民事拘留、行政拘留的区别。

（二）拘役的适用对象

主要适用与那些罪行较轻、但又必须短期剥夺人身自由进行劳动改造的犯罪分子。是一种适用范围较广泛的刑罚方法，刑法分则十章每一章都有适用拘役的条文。

（三）拘役的期限

刑法第 42 条规定。

（四）拘役的执行

由公安机关就近执行：拘役所、看守所或者其他监管场所。

拘役期间受刑人每月可以回家一天至二天；参加劳动的可以酌量发给报酬。

（五）拘役的刑期计算

刑法第 44 条规定

三、有期徒刑

剥夺犯罪分子一定期限的人身自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。是我国刑法中适用最广泛的一种刑罚方法。

与拘役刑的区别。

（一）有期徒刑的适用对象

可以适用于各种罪行的犯罪分子，在刑法分则条文中凡具体规定刑罚的，都规定了有期徒刑。

（二）有期徒刑的期限

六个月以上 15 年以下。数罪并罚不超过 20 年。

（三）有期徒刑的执行

在监狱或者其他劳动改造场所执行。有劳动能力的实行劳动改造。

监狱、少年犯管教所、劳动改造管教队、看守所。

（四）刑期计算

从判决执行之日起计算。

四、无期徒刑

剥夺犯罪分子人身自由终身，实行强迫劳动改造的刑罚方法。是我国刑法规定的五种主刑中仅次于死刑的一种严厉的刑罚方法。

被判无期徒刑的犯罪分子在监狱或者其他劳动改造场所执行，并给予严格监管和严密警戒，必要时可以单独监禁。

被判无期徒刑的犯罪分子在关押一定期限后，符合减刑或者假释条件的，可以获得减刑或者假

释；符合特赦条件的犯罪分子还可能获得特赦。体现了我国惩办与教育相结合、给罪犯以出路的刑事政策。

五、死刑

是剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。又称极刑、生命刑，是一种最古老的刑罚方法，也是我国刑法规定的五种主刑中最严厉的一种刑罚。包括立即执行和缓期二年执行两种情况。

（一）我国刑法关于死刑的规定

1．死刑适用对象

死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。指对国家和社会危害特别严重或者情节特别恶劣的犯罪分子。

2．死刑的核准权

死刑除由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人法院核准。

死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

3．死刑适用主体范围的限制

犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判时候怀孕的妇女，不适用死刑。

4．死刑缓期执行制度对“少杀”、“慎杀”刑事政策的影响。

缓期两年执行的条件：

（1）适用对象：应当判处死刑，如果不是必须立即执行的；

（2）死缓的执行：在死缓执行执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满后，减为 15 年以上 20 年以下；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

（3）死缓的刑期计算

死缓执行的期间，从判决确定之日起计算。死缓执行减为有期徒刑的刑期，从死缓执行期满之日起计算。

（二）死刑的执行方法

刑事诉讼法第 212 条第二款规定：死刑采用枪决或者注射等方法。

（三）有关死刑存废的讨论

第三节　附加刑

指补充主刑适用的刑罚方法。可以附加适用也可以独立适用。包括罚金、没收财产、剥夺政治权利以及适用于外国人的驱逐出境四种刑罚方法。

一、罚金

是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚金属于财产刑，是对犯罪分子实行经济制裁的一种刑罚方法。

与行政罚款、赔偿损失的区别。

1．适用对象

主要适用贪财图利的经济犯罪分子以及贪图不法利益的犯罪分子。现行刑法扩大了罚金刑的适用范围，在破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪、贪污贿赂罪各章的法定刑中规定了罚金刑，涉及 140 多个条文。

2．适用方法

（1）选处罚金；（2）单处罚金；（3）并处罚金；（4）并处或者单处。

3．罚金的数额

总则规定，应当根据犯罪情节决定数额。分则规定三种情况：

（1）不规定具体数额：根据有关司法解释，最低不少于 1000 元。

（2）规定了相当确定的数额。

（3）以违法所得或犯罪涉及的数额为基准，处以一定比例或者倍数的罚金。

（4）对未成年人犯罪应当从轻或者减轻判处罚金，但罚金的最低数额不能少于 500 元。

4．罚金的缴纳

（1）一次缴纳；（2）分期缴纳；（3）强制缴纳；（4）随时追缴。

二、剥夺政治权利

指剥夺犯罪分子参加管理国家和政治活动的权利的刑罚方法。

（一）适用对象

范围较广，可以适用于严重犯罪和教轻的犯罪；可以适用于危害国家安全的犯罪和普通刑事犯罪。刑法第 56 条、第 57 条规定了应当和可以附加适用剥夺政治权利的情况。

（二）剥夺政治权利的内容

刑法第 54 条规定。

（三）剥夺政治权利的期限

1．判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身；

2．死缓减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑时，应当把剥夺政治权利的期限改为 3 年以上 10 年以下。

3．独立适用或者判处有期徒刑、拘役附加适用剥夺政治权利的期限为 1 年以上 5 年以下。

4．判处管制附加剥夺政治权利的期限与官职的期限相等。

（四）剥夺政治权利的刑期与执行

1．被判管制附加剥夺政治权利的刑期与管制的刑期同时起算、同时执行；

2．独立适用剥夺政治权利的，从判决执行之日起计算并执行；

3．被判有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的刑期以及死缓、无期徒刑减为有期徒刑附加剥夺政治权利的刑期，从有期徒刑、拘役执行完毕之日起或者从假释之日起计算，剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。

三、没收财产

将犯罪分子个人所有的财产的一部或者全部强制无偿收鬼国有的一种刑罚方法。是我国刑法中财产刑之一，但较罚金刑严厉得多。

与罚金刑、没收犯罪物品、违禁品的区别。

（一）适用对象

只能适用于刑法分则有规定的罪，主要涉及危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪。

（二）适用方式

1．并处、单处罚金或没收财产；

2．并处罚金或没收财产；

3．可以并处没收财产；

4．并处没收　财产。

（三）没收财产的范围

没收犯罪分子个人所有的一部或者全部财产。

注意共有财产的分割、家属应有财产的留存。

（四）债务的清偿问题

没收财产以前犯罪分子所负正当债务需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。

四、驱逐出境

是强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的刑罚方法。之适用于犯罪的外国人，包括有外国国籍的人和无国籍人。

与行政制裁的驱逐出境的区别。

第四节　非刑罚处罚

一、非刑罚处罚的概念

人民法院对犯罪分子适用的、刑罚以外的其他处理方法的总称。包括训诫、责令具结悔过、责令赔礼道歉、责令赔偿损失、行政处罚与行政处分。

二、非刑罚处罚方法的种类

1．训诫

指人民法院对犯罪分子当庭予以批评、谴责、责令其改正，不再犯罪的方法。训诫的形式可以是口头或者书面。

2．责令具结悔过

指人民法院责令犯罪人用书面形式保证悔改，不再犯罪。

3．责令赔礼道歉

指人民法院责令犯罪人公开向被害人当面承认罪错，表示歉意，并保证不再侵害被害人的利益。

4．责令赔偿损失

指人民法院责令被告人给予被害人一定经济赔偿的处理方法。

5．行政处罚与行政处分

指人民法院根据具体案情，向有关主管部门提出对犯罪分子予以一定行政处罚或者行政处分的司法建议，并由主管部门具体确定的处理方法。

本章思考题

1．简述管制刑的概念与特点，并对管制刑存废之争作出评价分析

2．简述拘役刑的概念与特点

3．简述我国刑法关于死刑的规定，并对我国死刑存废争议作出评价

4．论述我国刑法中的罚金刑

5．论述我国刑法中的非刑罚处罚方法的意义

本章实践性活动安排

1．选做一篇论文，字数不少于500。

2．随堂作案例分析

第九章　刑罚的裁量

本章学习目的和学习要求

通过本章的学习了解刑罚裁量的概念、内容和意义；理解刑罚裁量原则的含义和基本要求；掌握刑罚裁量情节、刑罚裁量制度及其适用规则。（6 学时）

第一节　量刑概述

一、量刑的概念

人民法院依法对犯罪分子裁量决定刑罚的刑事审判活动。即审判机关在查明犯罪事实、认定犯罪性质的基础上，依法对犯罪人裁量刑罚的审判活动。

二、量刑原则

刑法第 61 条规定。

（一）以犯罪事实为根据

以犯罪事实为根据，是指以犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度为根据。要求：

1．认真查明犯罪事实；

2．准确认定犯罪性质；

3．全面掌握犯罪情节；

4．综合评价犯罪的社会危害程度。

（二）以刑事法律为准绳

1．依据刑事法律关于各种刑罚方法的适用权限与适用条件的规定裁量刑罚。

2．依照刑法关于裁量制度的规定裁量刑罚。

3．依照刑法关于各种量刑情节的适用原则裁量刑罚。

4．依照刑法分则规定的法定刑裁量刑罚。

第二节　刑罚裁量情节

一、量刑情节概念

指法律规定或者司法实践认可的、反映犯罪分子人身危险性或犯罪行为的社会危害性程度，影响量刑的主客观因素。

（一）刑罚裁量的法定情节

也称法定情节，是刑法明文规定的、量刑时应当予以考虑的情节。包括刑法总则规定的情节和刑法分则规定的情节。

（二）刑罚裁量的酌定情节

不是刑法明文规定的、但对刑罚裁量起着重要影响的情节。包括：

1．犯罪的手段

2．犯罪的时空及环境条件

3．犯罪的对象

4．犯罪造成的危害结果

5．犯罪的动机

6．犯罪后的态度

7．犯罪人的一贯表现

8．犯罪记录

（三）刑罚裁量情节的适用

1．从轻处罚情节的适用。

2．从重处罚情节的适用。

3．减轻处罚情节的适用。

4．免除处罚情节的适用。

二、累犯

指被判处一定刑罚、刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内又犯一定之罪的犯罪人。

（一）一般累犯的概念与条件

刑法第 65 条规定。又称普通累犯。

1．前罪与后罪必须都是故意犯罪。

2．前罪已被判处有期徒刑以上刑罚，后罪可能判处有期徒刑以上刑罚。

3．后罪判处的刑罚必须在前罪所判处的刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年内。

（二）国家安全罪累犯

刑法第 66 条规定。又称特殊累犯。

1．前罪和后罪必须都是危害国家安全的犯罪。

2．必须是在前罪已经执行完毕或者赦免以后。前后罪的刑种、两罪的间隔期间都不影响国家安全罪累犯的成立。

（三）累犯的处罚原则

刑法第 65 条第一款规定，应当从重处罚。

刑法第 74 条规定，对累犯不适用缓刑。

三、自首

犯罪之后自动投案、如实供述自己的犯罪事实，接受国家审查和裁判的行为。我国刑法规定的自首制度适用于一切犯罪。分为一般自首和特别自首。

（一）一般自首

根据刑法第 67 条第一款和有关司法解释，一般自首条件有：

1．犯罪以后自动投案。一般指犯罪事实或者犯罪人嫌疑人尚未被司法机关发现，或者虽然被发现但尚未受到讯问、未被采取强制措施，犯罪嫌疑人直接向人民法院、人民检察院或公安机关投案，将自己置于司法机关的合法控制下，接受司法机关的审查与裁判的行为。

2．如实供述自己的罪行。共同犯罪人或者主犯还需供述同案犯。

（二）特别自首

也称准自首。

1．被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。

2．如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行。

（三）自首与坦白的区别

坦白，一般指犯罪人被动归案后，如实交代自己被指控的罪行。

两者区别的关键在于，所供述的罪行是否已被司法机关掌握。反映两者人身危险性不同。

自首是法定从宽情节，坦白是酌定从宽情节。

（四）自首的法律后果

刑法第 67 条规定。

1．犯罪以后自首的，一般都可以从轻或者减轻处罚；其中，如果犯罪较轻的，可以免除处罚。

2．犯罪以后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

（五）立功

有一般立功与重大立功。

1．一般立功

（1）犯罪分子到案后，检举、揭发他人的犯罪行为，包括检举、揭发共同犯罪中的同案犯其他的犯罪行为，经查证属实的；

（2）提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实的；

（3）阻止他人犯罪活动；

（4）协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；

（5）具有其他有利于国家和社会的突出表现。

2．重大立功

同上述五项立功表现，突出“重大性”。

3．立功的法律后果

刑法第 68 条规定。

（1）有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；

（2）有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚；

（3）犯罪后自首又有重大立功的，应当减轻或者免除处罚。

第三节　量刑制度

一、数罪并罚

（一）数罪并罚的概念与特征

指人民法院对一人犯数罪分别定罪量刑，并根据法定原则与方法决定应当执行的刑罚。

1．一人犯数罪。

2．数罪发生在法定期间以内。

3．对数罪分别定罪量刑后，根据法定原则与方法，决定执行的刑期。

（二）数罪并罚的原则

指对一人犯数罪合并处罚所采取的方法。各国刑法所采取的原则主要有：吸收原则、并科（相加）原则、限制加重原则与混合原则。我国刑法采取混合原则，表现在：

1．对于被判处死刑或者无期徒刑的犯罪人，采取吸收原则；

2．对于被判处有期徒刑、拘役、管制的犯罪人，采取限制加重原则；

3．数罪中判处有附加刑的，采取相加原则，附加刑仍需执行。

（三）适用数罪并罚的不同情况

1．判决宣告前一人犯数罪的并罚，依据刑法第 69 条的规定。

2．刑罚执行完毕前发现漏罪的并罚，“先减后并”。

3．刑罚执行完毕前又犯新罪的并罚，“先并后减”。

二、缓刑制度

（一）缓刑的概念

指对于被判处拘役、3 年以上有期徒刑的犯罪人，根据其犯罪情节和悔罪表现，暂缓执行刑罚确实不致再危害社会，附条件地暂不直性原判刑罚的制度。

缓刑与死刑缓期执行的区别；与适用于军人的“战时缓刑”制度的区别。

（二）缓刑适用的条件

1．只适用于被判拘役或者 3 年以上刑罚的犯罪分子。

2．根据犯罪人的犯罪侵害界和悔罪表现，适用刑法确实不致再危害社会。

3．对累犯不适用。

（三）缓刑的考验期与考察

刑法第 73 条、第 75 条。

（四）缓刑考验内容

刑法第 75 条规定。

1．遵守法律、行政法规，服从监督；

2．按照考察机关的规定报告自己的活动情况；

3．遵守考察机关关于会客的规定；

4．离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

（五）缓刑的考察与撤消

1．缓刑犯在考察期内犯新罪或者被发现有“漏罪”，撤消缓刑，将“漏罪”与原判刑罚按第 69 条的规定并罚，决定执行的刑罚。

2．缓刑犯在考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤消缓刑，执行原判刑罚。

本章思考题

1．简述我国刑罚的量刑原则

2．简述一般累犯的概念与条件

3．简述自首的概念与特征

4．简述我国刑法关于数罪并罚的规定

5．简述缓刑适用的条件

本章实践性安排活动

1．选作上述论文题一篇

2．一学时案例讨论

第十章　刑罚的执行与消灭

本章教学目的和教学要求

通过本章的学习，掌握减刑、假释的概念和适用条件及适用程序；了解对假释犯的考验、考察及其法律后果。了解我国刑法中的时效制度和赦免制度的基本内容。

第一节　概　述

一、刑罚的执行

（一）刑罚执行的概念

指有法律规定的刑罚执行机关依法将发生法律效率的刑事裁判所确定的刑罚内容付诸实施，并就解决由此产生的各种法律事项所开展的各种活动。

在我国，刑罚执行主体包括：人民法院、公安机关以及司法行政机关。

刑罚执行的对象：受刑人。受刑人与犯罪人同一。

刑罚执行的依据：已发生法律效率的刑事判决和裁定。

刑法执行的内容：将有效的刑事裁判所决定的刑罚内容予以实施、实现，并解决由此产生的其他法律问题，如减刑、假释、赦免等问题。

（二）刑罚执行的原则

1．合法性原则

2．惩罚与改造相结合、教育与劳动相结合原则

3．人道主义原则

4．个别化原则

5．效益性原则

二、刑罚的消灭

（一）刑罚消灭的概念

指由于法定的或者事实的原因，使代表国家的司法机关不能对犯罪人行使具体的刑罚权。

刑罚消灭以行为人的行为构成犯罪为前提。

刑罚消灭必须基于一定的事由。

（二）刑罚消灭的事由

1．超过追诉时效的；

2．经特赦令免除刑罚的；

3．告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；

4．犯罪嫌疑人、被告人死亡的；

5．其他法定事由。

第二节　减　刑

一、减刑的概念

指对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间，如果认真遵守监规、

接受教育改造，确有悔改表现或者立功表现的，适当减轻原判刑罚的制度。

根据刑法第 78 条的规定，减刑分为两种：一是可以减刑，二是应当减刑。

二、减刑的条件

（一）减刑的前提条件：判处官职、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。

死刑缓期执行减为无期徒刑或者有期徒刑是特殊情况的减刑，与刑法第 78 条规定的减刑不同。

（二）减刑的实质条件

1．可以减刑的实质条件：犯罪人在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，却有悔改表现，或者有立功表现。

2．应当减刑的实质条件：犯罪人在刑罚执行期间，有重大立功表现。

（1）阻止他人实施重大犯罪活动的；

（2）检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；

（3）有发明创造或者重大技术革新的；

（4）在日常生产、生活中舍己救人的；

（5）在抗御自然灾害或者排除重大事故中有突出表现的；

（6）对国家和社会有其他重大贡献的。

三、减刑的限度与幅度

刑法第 78 条规定。减刑以后，实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的 1/2；判处无期徒刑的，不能少于 10 年。

法律未规定减刑的限度，原则上讲，只要符合条件都可以减。但一般不宜一次减的过多；可以多次减刑。考虑犯罪人的原判刑罚、悔改立功表现。对未成年人适当防宽减刑限度。

四、减刑的程序与减刑后的刑期计算

刑法第 79 条规定。对犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书，人民法院组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功表现的，裁定予以减刑。

减刑后的刑期计算。根据原判刑罚的刑种而采取不同的计算方法。

第三节　假　释

一、假释的概念

指对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期后，确有悔改表现，不致在危害社会，附条件地予以提前释放的一种刑罚执行制度。

与刑满释放的不同。

与减刑的不同。

与缓刑的不同。

与监外执行的不同。

假释制度是近代资产阶级刑罚制度改革的产物，现为各国刑法普遍采用。假释制度对提高改造质量、分化瓦解犯罪分子，预防和减少犯罪都具有重要意义。

二、假释的适用条件

刑法第 81 条规定。

1．假释的对象条件：被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。

假释的特点是附条件地提前释放，因此对管制不适用，对刑期较短的拘役没必要，死缓只有在减为无期徒刑时才可以适用。

2．假释适用的刑期执行条件

只对已执行一定刑期的犯罪分子适用。是否确有悔改表现，不致再危害社会；保持法院判决的稳定性、权威性。

3．假释的实质条件

犯罪分子确有悔改表现，不致再危害社会。即以上两个条件只是形式条件，关键是提前释放后不致再危害社会。

4．不适用假释的情况

累犯、以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，不得假释。对这部分犯罪人可以适用减刑。

三、假释的考验期与假释的撤消

有期徒刑的考验期为没有执行完毕的刑期，即余刑；无期徒刑的考验期为 10 年年。假释考验期限从被假释之日起计算。

对假释犯的考验内容。刑法第 84 条规定。

假释的撤消包括三个内容：

1．被假释的犯罪人在假释考验期内犯新罪，撤消假释，按照刑法第 71 条规定的先减后并的方法实行并罚。

2．在假释考验期限内发现被假释的犯罪人在判决宣告前还有其他罪没有判决，撤消假释，按照刑法第 70 条规定的的先并后减的方法实行并罚，已经执行的刑期计算在新判决决定的刑期内，但假释后经过的考验期不得计算在新判决决定的刑期内。

3．被假释的犯罪人在假释考验期内有违反法律、行政法规或者国务院公安行政部门有关假释的监督管理规定的行为，但尚未构成新的犯罪，应当撤消假释，收监执行未执行完毕的刑罚。无并罚的问题。

第四节　时　效

一、时效概述

时效分为追诉时效和行刑时效。

追诉时效，指刑法规定的、追究犯罪人刑事责任的有效期限。犯罪超过追诉时效的，除法律规定的特殊情况，司法机关不得再追诉犯罪人的刑事责任，即不得行使求刑权、量刑权和行刑权。

时效制度是世界各国普遍规定的一项法律制度。我国刑法规定了追诉时效但未规定行刑时效。

行刑时效，指刑法规定的、对被判处刑罚的犯罪人执行刑罚的有效期限。超过行刑时效司法机关不得对已作出的罪行宣判行使行刑权。

二、追诉时效的期限

刑法第 87 条规定。（1）法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年；（2）法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的，经过 10 年；（3）法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的经过 15 年；（4）法定最高刑为无期徒刑、死刑的经过 20 年；如果 20 年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

三、追诉时效的计算

（一）一般犯罪追诉时效的计算

指除连续和继续犯罪之外的情况。刑法第 89 条规定，追诉期限从犯罪之日起计算。“犯罪之日”是指行为符合犯罪构成之日。

（二）连续或继续犯罪追诉期限的计算

刑法第 89 条规定。“犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”。对于惯犯的追诉期限刑法未明确规定，但从立法精神以及惯犯与连续犯的关系看，应该从犯罪行为终了之诶起计算。

（三）追诉时效的延长

指在追诉时效进行期间，因为发生法律规定的事由而使追诉时效暂时停止执行。我国刑法规定了两种追诉时效延长的情况。

1．刑法第 88 条第一款规定：“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不手追诉期限的限制。

2．刑法第 88 条第二宽规定：“被害人在追诉期限们内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制”。

（四）追诉时效的中断

指在时效进行期间，因发生法律规定的事由而使以前所经过的时效期间归于无效，法律规定的事由终了之时，时效重新开始计算。

刑法第 89 条第二款规定：“在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”

第五节　赦　免

一、赦免的概念

是国家免除犯罪分子罪责或刑罚的一项法律制度，包括大赦和特赦。

大赦，指根据国家元首的命令和国家最高权力机关的决定，对于某一时期内之不特定的犯罪人免于追诉或免除其刑罚执行的制度。大赦的对象既可能是国家某一时期的各种犯罪人，也可能是某一地区的全体犯罪人，还可能是某一类或者某一事件的全体犯罪人；大赦的效果可以涉及罪与刑两个方面，即既赦罪也赦刑。

特赦，指对于某一时期内犯有某些罪行的特定犯罪人免除其刑罚之全部或者一部执行的刑罚制度。特赦的对象是较为特定的犯罪人；特赦的效果只涉及刑而不涉及罪，即免除全部或部分刑罚的执行，但不免除罪的宣告。

我国宪法只规定特赦而未规定大赦，因此，刑法第 65 条、第 66 条所指的赦免应该仅指特赦。刑事诉讼法第 15 条明确规定：“竟特赦令免除刑罚的”，是刑罚消灭的事由。

根据我国宪法规定，特赦由全国人民代表大会常务委员会决定，由国家主席发布特赦令。

二、我国特赦制度的特点

1949 年成立中华人民共和国至今，我国共适用过 7 次特赦，有如下特点：

1．特赦的对象基本上只限于战争罪犯。除第一次特赦包括部分反革命罪犯与普通刑事犯外，其他几次特赦的对象都是战争罪犯。

2．特赦的范围是一类或几类犯罪人而不是个别犯罪人。

3．特赦的前提是犯罪人在服刑期间确有改恶从善的表现。

4．对需要特赦的犯罪人根据其罪行轻重与悔改表现实行区别对待。
5．特赦的效力只及于刑而不及于罪。

本章思考题

1．简述减刑的概念及条件
2．简述假释的概念、条件与意义
3．简述追诉时效的意义

本章实践性活动安排

1．选作小论文一篇
2．组织去监狱参观一次

《民法学原理二（债法）》教学大纲

李永军　编写

目　录

前　言 9
第一编（章）　债法总论 10
第一节　债的概念 10
一、债的概念 10
二、债的要素 11
三、债法的结构 11
四、债权与物权的基本区别 12
第二节　债的发生 12
一、债的发生原因的概述 12
二、债发生的具体原因 12
第三节　债的类型 13
一、依债之发生的原因所作的分类 13
二、以债的主体为标准所作的分类 13
三、依债的标的所作的分类 13
四、依据两个债之间的关系为标准所作的分类 13
五、以债的标的是否有连续给付的特征为标准，可以将债分为：连续之债与非连续之债。 13
六、自然之债 13
第四节　债的效力 14
一、债的效力概述 14
二、债的效力 14
第五节　债的保全 16
一、债的保全概述 16
二、代位权 17
三、撤销权 17
第六节　债的移转 18
一、债的移转概述 18
二、债权让与 18
三、债务承担 18
四、债的概括承受 19
第七节　债的担保 19
一、债的担保概述 19
二、保证 19
三、定金 20
第八节　债的消灭 21
一、债的消灭概述 21
二、引起债消灭的原因 21
思考题： 22
参考书： 22
第二编　债法分论之一——合同之债 23
第一章　合同与合同法概述 23
第一节　合同概述 23
一、合同的定义 23
二、合同的法律性质 23
三、合同与契约 23
四、合同的相对性 23
第二节　合同的分类 23

一、典型合同与非典型合同.....23
二、双务合同与单务合同.....24
三、有偿合同与无偿合同.....24
四、诺成合同与实践合同.....24
五、要式合同与不要式合同.....24
六、一时的合同与继续性合同.....24
七、主合同与从合同.....25
八、束己合同与涉他合同.....25
九、确定合同与射倖合同.....25
十、本约与预约.....25
十一、合同的其他分类.....25
第三节　合同法概述.....26
一、合同法的定义.....26
二、合同法的立法例.....26
三、合同法的历史发展.....26
四、我国合同法的历史发展.....26
五、我国《合同法》的内容和特色.....26
第四节　合同法的基本理念.....26
一、契约自由.....26
二、契约正义.....26
复习思考题.....27
第二章　合同的订立.....28
第一节　概　述.....28
一、合同的订立.....28
二、合同的成立.....28
第二节　要约.....28
一、要约的概念.....28
二、要约的构成要件.....28
三、要约邀请.....28
四、要约的法律效力.....28
五、要约的撤回与撤销.....29
六、要约的失效.....29
第三节　承　诺.....29
一、承诺的概念.....29
二、承诺的构成要件.....29
三、承诺的撤回.....29
四、承诺的生效.....29
五、合同成立的时间与地点.....30
第四节　订立合同的特殊方式.....30
一、招标投标方式.....30
二、拍卖方式.....30
三、交错要约.....30
四、意思实现.....30
五、强制缔约.....30
第五节　合同的内容与形式.....30
一、提示性的合同条款.....30
二、合同的主要条款与普通条款.....31
三、合同的明示条款与默示条款.....31
四、格式条款.....31
五、合同权利.....31

六、合同义务.....31
七、合同的形式.....31
复习思考题.....31
第三章　合同的效力.....33
第一节　有效合同.....33
一、合同的一般生效要件.....33
二、合同的特别生效要件.....33
第二节　无效合同.....33
一、合同不成立与合同无效.....33
二、合同无效的原因.....33
三、免责条款的无效.....33
第三节　可变更、可撤销合同.....34
一、可变更、可撤销合同的类型.....34
二、撤销权的行使.....34
三、撤销权的消灭.....34
第四节　效力待定的合同.....34
一、效力待定的合同与无效合同、可撤销合同的异同.....34
二、限制民事行为能力人订立的合同.....34
三、无权代理人订立的合同.....34
四、无处分权人订立的处分他人财产的合同.....35
第五节　缔约过失责任.....35
一、缔约过失责任的概念.....35
二、缔约过失责任的构成要件.....35
三、缔约过失责任的类型。.....35
四、缔约过失损害赔偿责任的计算.....35
复习思考题.....35
第四章　合同的履行.....36
第一节　合同履行的原则.....36
一、履行、给付与清偿.....36
二、全面履行原则.....36
三、协作履行原则.....36
四、情事变更原则.....36
第二节　合同履行的具体规则.....37
一、履行主体.....37
二、履行标的.....37
三、履行地点.....37
四、履行期限.....37
五、履行方式.....37
六、履行费用的负担.....37
第三节　双务合同履行中的抗辩权.....37
一、同时履行抗辩权.....37
二、先履行抗辩权.....37
三、不安抗辩权.....37
复习思考题.....38
第五章　合同的保全.....39
第一节　债权人代位权.....39
一、债权人代位权的概念和性质.....39
二、债权人代位权的构成要件。.....39
三、债权人代位权的行使.....39
第二节　债权人撤销权.....40

一、债权人撤销权的概念和性质.....40
二、债权人撤销权的构成要件.....40
三、债权人撤销权的行使.....40
复习思考题.....40
第六章　合同的解除.....41
一、合同解除概述.....41
二、合同解除的类型.....41
三、一般法定解除的条件.....41
四、解除权及其行使.....41
五、合同解除的法律后果.....41
第七章　违约责任.....43
第一节　违约责任概述.....43
一、违约责任概述.....43
二、违约行为的形态.....43
三、违约责任的归责原则.....43
四、违约责任的构成要件.....44
第二节　免责事由.....44
一、免责条件.....44
二、免责条款.....44
第三节　违约责任与侵权责任的竞合.....44
一、责任竞合概述.....44
二、违约责任与侵权责任的区别.....44
三、违约责任与侵权责任竞合的处理.....45
第四节　承担违约责任的方式.....45
一、赔偿损失.....45
二、支付违约金.....45
三、强制履行.....45
复习思考题.....46
第八章　合同的解释与合同法的适用.....47
第一节　合同的解释.....47
一、合同的解释概述.....47
二、合同解释的原则和规则.....47
第二节　合同法的适用.....48
一、非典型合同的法律适用.....48
二、涉外合同的法律适用.....48
三、特殊时效.....48
四、合同管理.....48
复习思考题.....48
第九章　转移财产所有权的合同.....49
第一节　买卖合同.....49
一、买卖合同的概念和性质.....49
二、出卖人的义务.....49
二、买受人的义务.....49
三、标的物毁损、灭失的风险负担.....49
四、买卖合同的解除.....50
五、特种买卖合同.....50
六、有偿合同和互易合同的参照适用.....50
第二节　供用电、水、气、热力合同.....50
一、供用电、水、气、热力合同概述.....50
二、供用电合同的概念.....50

三、供电人的义务.....50
四、用电人的义务.....50
第三节　赠与合同.....50
一、赠与合同的概念和性质.....50
二、赠与人的义务.....51
三、赠与人对赠与的任意撤销权.....51
四、赠与人或其继承人、法定代理人对赠与的法定撤销权.....51
五、赠与人不再履行赠与义务的例外情形.....51
第四节　借款合同.....51
一、借款合同的概念和性质.....51
二、借款人的义务.....51
复习思考题.....51
第十章　转移财产使用权的合同.....52
第一节　租赁合同.....52
一、租赁合同的概念和性质.....52
二、出租人的义务.....52
三、承租人的义务.....52
四、承租人的权利.....52
五、租赁合同的特别效力.....52
第二节　融资租赁合同.....53
一、融资租赁合同的概念和性质.....53
二、出租人的权利义务.....53
三、承租人的权利义务.....53
复习思考题.....53
第十一章　完成工作成果的合同.....54
第一节　承揽合同.....54
一、承揽合同的概念和性质.....54
二、承揽人的义务.....54
三、定作人的义务.....54
第二节　建设工程合同.....54
一、建设工程合同的概念和性质.....54
二、建设工程合同与承揽合同的关系.....55
三、承包人的权利义务.....55
四、发包人的权利义务.....55
复习思考题.....55
第十二章　提供劳务的合同.....56
第一节　运输合同.....56
一、运输合同的概念和性质.....56
二、运输合同的类型.....56
三、承运人的义务.....56
四、托运人的权利义务.....56
第二节　保管合同.....57
一、保管合同的概念和性质.....57
二、保管人的义务.....57
三、寄存人的义务.....57
第三节　仓储合同.....57
一、仓储合同的概念和性质.....57
二、保管人的义务.....57
三、存货人的义务.....57
第四节　委托合同.....58

一、委托合同的概念和性质.....58
二、受托人的义务.....58
三、委托人的义务.....58
四、间接代理.....58
五、委托合同终止的特殊事由.....58
第五节　行纪合同.....59
一、行纪合同的概念和性质.....59
二、行纪人的义务.....59
三、行纪人的介入权.....59
四、委托人的义务.....59
第六节　居间合同.....59
一、居间合同的概念和性质.....59
二、居间人的义务.....59
三、委托人的义务.....59
复习思考题.....59
第十三章　技术合同.....61
第一节　技术开发合同.....61
一、技术开发合同的概念和性质.....61
二、委托开发合同.....61
三、合作开发合同.....61
四、当事人的法定解除权.....61
五、研究开发失败的风险负担.....62
第二节　技术转让合同.....62
一、技术转让合同概述.....62
二、专利实施许可合同.....62
三、技术秘密转让合同.....62
第三节　技术咨询合同.....62
一、技术咨询合同概述.....62
二、委托人的义务.....62
三、受托人的义务.....63
第四节　技术服务合同.....63
一、技术服务合同概述.....63
二、委托人的义务.....63
三、受托人的义务.....63
四、新技术成果的归属.....63
复习思考题.....63
参考文献目录.....63
第三编（章）　法定之债——侵权行为之债.....64
第一节　侵权责任法概述.....64
一、侵权行为的概念及特征.....64
二、侵权行为的类型.....64
三、侵权责任法的定义及功能.....64
四、我国侵权责任法保护的权益范围.....65
五、侵权责任法的一般条款.....65
六、侵权请求权及其优先保障.....65
七、侵权责任法的法律渊源及其适用.....65
第二节　侵权责任的归责原则.....66
一、归责原则概述.....66
二、过错责任原则.....66
三、严格责任原则.....67

四、公平责任.....67
第三节　侵权责任构成要件.....67
一、侵权责任构成要件概述.....67
二、违法行为.....68
三、损害事实.....68
四、因果关系.....68
五、过错.....69
第四节　共同侵权行为.....70
一、共同加害行为.....70
二、教唆人和帮助人的侵权责任.....70
三、共同危险行为.....70
四、无意思联络的数人侵权责任.....70
五、数人侵权的责任.....71
第五节　侵权责任方式.....71
一、侵权责任方式概述.....71
二、侵权损害赔偿.....71
三、人身损害赔偿.....72
四、财产损害赔偿.....72
五、精神损害赔偿.....72
第六节　免除责任和减轻责任的事由.....72
一、免除责任和减轻责任事由概述.....72
二、违法阻却.....73
三、因果关系欠缺.....73
第七节　不作为方式的侵权责任.....74
一、网络服务提供者的侵权责任.....74
二、违反安全保障义务的侵权责任.....74
三、教育机构对学生人身损害的侵权责任.....74
第八节　替代责任.....75
一、替代责任概述.....75
二、监护人责任.....75
三、用人单位责任.....75
第九节　产品责任.....76
一、产品责任概述.....76
二、产品责任的构成.....76
三、产品责任的责任主体.....76
四、产品责任的抗辩事由.....76
第十节　机动车交通事故责任.....76
一、机动车交通事故责任概述.....76
二、机动车交通事故责任的归责原则.....77
三、机动车交通事故责任的构成.....77
四、机动车交通事故责任的主体.....77
五、机动车交通事故责任的抗辩事由.....77
第十一节　医疗损害责任.....78
一、医疗损害责任概述.....78
二、医疗损害的具体类型.....78
三、医疗损害责任的减免规则.....78
第十二节　环境污染责任.....79
一、环境污染责任概述.....79
二、环境污染责任的构成要件.....79
三、数人实施环境污染侵权的责任.....79

四、环境污染责任的减免责事由及诉讼时效.....79
第十三节　高度危险责任.....79
一、高度危险责任概述.....79
二、高度危险责任构成要件.....80
三、高度危险责任的特殊类型及减免责事由.....80
四、高度危险责任的限额赔偿.....80
第十四节　饲养动物致害责任.....80
一、饲养动物致害责任概述.....80
二、饲养动物致害责任的一般规则.....80
三、饲养动物致害责任特殊类型.....81
第十五节　物件损害责任.....81
一、物件损害责任概述.....81
二、物件损害责任的具体类型.....81
复习思考题.....82

前　言

债是重要的流动性财产关系，而债法则是规范这种财产关系的法律， 债法是民法的重要组成部分。在我国的民法发展历史上，我们于 1999 年通过了《合同法》，而在 2009 年通过了《侵权责任法》，早在 1986 年就通过了包括债法总则和分则的《民法通则》。应该说，我国虽然没有民法典，但债的体系已经比较完善。

债法与物权法是传统民法调整财产关系的最重要的两个部分，在大陆法系国家，“物权与债权的二元划分”是一种体系化结构，是理解民法财产法的重要基础。因此，学习债法的前提必须要了解在传统民法中“物权与债权的二元划分”的结构和原理，深刻阐述物权与债权的区别和联系，从而让学生明白债法的功能和作用。同时，要明确的是，债是一个统合的“抽象的概念"，之所以如此，是因为在在这一概念之下，构建一系列法律规则，以适用不同形式的债，如合同之债、不当得利之债、无因管理之债、侵权行为之债等。不能简单地将侵权行为作为责任发生的根据，而不是债的发生根据。

债法主要包括三个大的部分，一是债法总论，二是合同之债，三是侵权行为之债。至于与合同、侵权同样作为债的发生根据的不当得利之债和无因管理之债，则因为其篇幅的关系，将其放在“总论”中来讲。

在“债法总论”中，主要是分为八节：即债的概念、债的发生、债的类型、债的效力、债的转移、债的担保和保全、债的消灭。

合同之债的学习，要求学生既要掌握我国《合同法》中规定的合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同权利义务的终止、违约责任等基本制度，也要熟悉买卖合同等典型合同的基本规则，理解这些制度和规则背后的基本原理。教师在讲授合同法课程的过程中，除了要注重理论知识的传授以外，还应特别注重通过案例分析、课堂讨论等实践教学环节，逐步培养学生理论联系实务的能力，使学生能够运用所学到的知识草拟现实中常用的合同文本，并能分析和解决实践中常见的合同纠纷。

侵权行为之债讲授重点在侵权责任法的范围、归责原则和构成要件；对于损害赔偿制度应结合法律规定详细讲授；后 9 节内容的用时无需平均，在产品责任、医疗损害责任和机动车交通事故责任三节中相应可详细讲解。由于侵权法是极具实践性的一门课程，实践中有丰富的案例可供讨论，所以，案例教学在本课中占有重要地位；另外，在制定《侵权责任法》的过程中，我国翻译了大量的域外立法例和权威著作，侵权法的比较研究也是非常重要的教学模式。需要强调的是，有关侵权行为的法律规定并非单一的《侵权责任法》，大量的单行法规定是侵权责任认定的重要依据，在讲授特别侵权类型时，要注意查阅相关法律规定。

第一编（章） 债法总论

（李永军 姚新华 隋彭生）

教学目的和要求：在“债法总论”中，主要向学生阐述债的概念、债的发生、债的类型、债的效力、债的转移、债的担保和保全、债的消灭。

第一节 债的概念

一、债的概念

（一）债的定义

债是特定人 之间得请求为特定行为的法律关系。其中享有权利的人为债权 人，负有义务的人为债务人。债权人有权请求债务人为特定行为， 债务人有义务满足债权人的请求而为特定行为。债权人享有的权利为债权，债务人所负的义务为债务。

通俗地说，债即是人们之间的一种法律关系，具体上说，是一种权利义务关系。而这种权利义务关系来源于生活，但被法律所调整后，上升为一种法律关系。

对债的概念的应当从以下几个方面来理解：

1、债是人与人之间特别的结合关系

债的法律规范的前提就是假定每个人都是民事主体，他们彼此之间没有任何关系。所有的关系都是特别结合而成的。

（1）因当事人的意思而结合的关系——合同关系

（2）因违反法律对人的保护规范而结合的关系——侵权

（3）因违反其他法律规范而结合的关系——附随义务—诚实信用的违反。

2、债是一种法律关系的总称

包括合同之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债等。

3、债的主体是特定的

债权人与债务人都是特定的。

4、债是一种流转性的财产关系。

（二）债的本质

关于债的本质，学者间颇有争议，我们认为，债是法律上可 期待的信用。它首先确认让渡商品与实现价值之间存在时间差距 的合理性，换言之，确认当事人经济利益暂时不平衡的合理性。同时又保证这种差距可以消除，即保证这种经济利益的不平衡状态 趋于平衡，这样便保证了商品交换的顺利进行[1]。在商品社会中，商品交换有两种形式，一种是即时买卖，无信用可言；另一种为 期货买卖，双方在给付上存在时间上的差距，这就有出现信用的 可能性。信用是在商品交换中让渡商品与实现价值二者之间出现时间差距时产生的，它是以偿还为条件的价值的特殊运动形式，反映信用的法律制度就是债。债的存在，意味着债权人的利益尚未满足，即价值尚未实现，而当债权入的利益得到满足时，也就是债权消灭之时，故债权对于债权人来讲，并非是一种既得利益，而是一种期待利益。债法的规范功能，就是保证在不同地域、不同时间的商品交换得以实现。这种商

[1] 杨振山：《社会主义初级阶段理论与我国的民商法》，载于《中国法学》1988 年第 5 期。

品交换的实现，也就是债权的满足。

（三）债的特征

1、债的相对性

2、债的可诉请履行性与可执行性

3、债的关系的平等性

4、债的种类的任意性而非法定性

5、债的非顺序性与非排他性

6、可处分性

7、债是保有给付的原因----这一点，对理解自然之债非常重要。

二、债的要素

债作为一种民事法律关系，具有主体、客体和内容三个基本要素。

（一）债的主体

债的主体，是指参与债的法律关系的当事人。债的主体可分为权利主体与义务主体，权利主体是指债权人；义务主体是指债 务人。债权人和债务人可以是单数，亦可为复数。当债权人或债 务人一方有数人时，就分别称为多数债权人或多数债务人，他们 之间的债，也就称为多数人之债。

（二）债的内容

通说认为，债的内容为债权与债务，即债权人所享有的权利与债务人所负有的义务。债权与债务为内容相同的不同称谓，对债权人来讲 为债权，而对债务人则为债务，但债权与债务所负载的是同一特 定行为，债权是请求为特定行为的权利，债务是负有为特定行为 的义务，由此决定了债权债务的对应性。

（三）债的客体

何为债的客体，学理上众说纷坛。 我们认为，债的标的与客体具有相同的意义，只是适用的场 合不同：在物权与债权关系中，多用客体；而在契约关系中，多用标的。这种标的或客体即是债权债务所共同负载的特定行为。而 这种特定行为具体在动态上，即是给付出。在罗马法上，债的标的 即是债务人的给付。依保路斯的意思，债的标的分为三种：第一是“给（dare）”，指移转物权；第二是“为（facere）”，指移转物 权以外的行为，即债务人作为或不作为；第三是“供（praestare）”，一般指赔偿损害等[2]

作为债的标的或客体，应具备以下特点：

第一，须为合法正当的行为；

第二，须为确定或能够确定的事项；主要是为将来的履行作出准备。

第三，标的须有财产上的价值。

三、债法的结构

（一）外部结构

1、罗马法与法国法---没有独立的债法编，而是把债作为取得财产的方式规定，因而与继承并列。

2、德国法的模式

德国民法典创造了债法的完整体系，将侵权行为、不当得利、无因管理、合同、缔约过失以结果为主线归入债的关系中。

3、我国学理与立法

---

[2] 周楠著：《罗马法原理》，商务印书馆，1994 年版，第 630 页。

（1）学理承认德国法体系

（2）立法上存在争议——未来的民法典将侵权的结果定为侵权责任、合同也没有放在债中去。

（二）内部结构

从债法的内部和外部结构看，债法分为“债法总论”与“债法分论”。

四、债权与物权的基本区别

债权与物权的基本区别是传统民法财产法最重要的问题，在法典化国家，特别是以德国法为蓝本制定的民法典，都将债与物作二元划分。其区别主要是：

（一）从权利所反映的社会关系上看，债权反映的是动态的财产关系，即财产的流转关系；而物权反映的是静态的财产关系，即财产的所有与支配关系。

（二）从权利的主体看，债是特定当事人之间的法律关系，不仅债权人是特定的，债务人也是特定的；而物权关系则是特定的权利主体与不特定的义务主体之间的法律关系。

（三）从权利的客体上看，债权的客体可以是物，也可以是行为，甚至有人认为债的客体只能是行为；而物权的客体只能是物。

（四）从权利的实质上看，债权是请求权，而物权是支配权。

（五）从权利的静态效力上看，第一，债权无排他性；而物权则有排他性。第二，债权无顺序性；物权有顺序性。

（六）从权利的设定上看，债权的设定既可根据法律规定，也可以根据当事 人的约定。当物权的设定采取“物权法定主义”。

（七）从权利的动态效力上看，第一，债权无追及性效力，而 物权则有追及性效力。第二，物权优于债权。

第二节　债的发生

一、债的发生原因的概述

我们在学习债法的过程中，往往令人疑惑的是：债是如何发生的？只有明白了债是如何发生的，才能更好地了解债的关系。

概括地说，债的发生往往根据两种原因发生：一是违反了法律对权利的保护的规范，因而发生了赔偿义务，故在当事人之间发生了请求与被请求的关系，从这种结果上看，将其归入债的关系中。因这种债因法律规定而当然产生，故又称法定之债。例如，侵犯他人的身体，发生赔偿义务。这种债往往被称为“法定之债”。

二是约定之债，即根据契约自由的原则，当事人通过协商而产生的权利义务关系。这种债是根据合同产生的，故往往又称为合同之债。

二、债发生的具体原因

（一）法定原因

1、侵权行为

2、不当得利

3、无因管理

4、缔约过失

（二）意定之债-----合同之债---这是主要的原因。

第三节　债的类型

一、依债之发生的原因所作的分类

（一）合同之债
（二）侵权行为之
（三）不当得利之债
（四）无因管理之债
（五）因缔约过失所生之债
（六）依单方法律行为所生之债
如悬偿广告、保证等。

二、以债的主体为标准所作的分类

以债的主体为标准，可以将债分为单一之债与多数人之债。在多数人之债中，根据主体间的相互关系，又可分为按份之债与连带之债；根据债权或债务能否在主体间分割，分为可分之债与不可分之债。

三、依债的标的所作的分类

（一）简单之债与选择之债
（二）特定之债与种类之债

四、依据两个债之间的关系为标准所作的分类

依据两个债之间的关系，可以将债分为主债与从债。主债是指能够独立存在的债，从债是指从属于主债并且其效力受主债影响的债。

主债与从债是相互对应的。主债是从债产生并存在的前提，没有主债便没有从债。主债消灭，从债也随之消灭。但从债不成立或无效，并不影响主债的存在与效力。

五、以债的标的是否有连续给付的特征为标准，可以将债分为：连续之债与非连续之债。

六、自然之债

对于什么是自然之债，学者有自己不同的观点。从历史发展过程看，在不同时期自然之债的概念也不相同。例如，赌债，在有的国家就属于自然之债，但在我国目前就不能认为是自然之债。大家都认为，自然之债的典型是超过诉讼时效期间的债为自然之债。总结可以认为自然之债是有债的诉因和作为保有给付的原因，但请求权有限制的债。

第四节　债的效力

一、债的效力概述

（一）概念

债的效力，即债于法律上的作用力，其制度功能就是实现债的目的。债的效力的具体内容，在意定之债由当事人意思决定，如买卖、租赁、行纪等；在法定之债，如侵权行为之债、无因管理之债、不当得利之债等，由法律规定。

（二）履行原则

如何实现债的目的，立法例上有两种原则。其一是实际履行原则，即债发生后，须按照债的标的履行，不得任意变更债的标的或以给付违约金和赔偿损失等替代履行；另一为替代履行原则，即允许债务人以赔偿或其他方式替代原定债务的履行，支持这一原则的最新理论，即效力违约论。

有学说认为，诚实信用原则、情事变更原则，其主要作用也是在债的效力方面。

（三）债的利益

债的给付，在意定之债应是意思确定之利益，而在法定之债，其利益则为法律所规定，这在民法上谓之给付利益或履行利益。十九世纪德国学者耶林提出在给付利益外，债法还应保护信赖利益。虽然这一学说已成共识，也被法律所吸收，但虽信赖利益的概念界定，以及与传统的债法体系的融合方面，尚存有争议。

二、债的效力

（一）概说

债的作用力，包括对债权人、债务人，以及第三人。债权人和债务人属债之关系相对人，当在债的效力范围。债的效力本不扩及第三人，但近代法日益偏向对交易的保护，以债权扩张延伸对交易利益的支配，允许在特定情形下，债的效力扩及第三人，如债的保全、债权之优先权等。

在学说上，将具备完整债的效力的债，称完全之债；反之称不完全之债。

（二）债权的效力

债权的效力是指债权在债的关系中所具有的作用。债权是相对权，这种相对性表现在时间上，法律对债权的效力存续有时间限制，在空间上债权也没有支配性，这些特征决定了债权发生后在不同的时间，拥有不同的权能。债权发生后，产生请求权；当行使请求权不能满足债权，通过公力救济满足债权，即执行权；在执行权也因罹于时效行使无果后，最后就只存受领保持权。这是债权之本权,除此还有一些从权利,如选择权、处分权、优先权等，也有学者认为债权对第三人的权利，如撤销权、代位权等，也属于债的对外效力。

1、债权的请求力

债权的请求力是指债权人可以请求债务人履行债务以实现其债权的效力。请求权最初出自罗马法上的诉权，实体法上的请求权概念，是德国学者温德沙伊德系统提出。请求权有多种类型，在司法实务中，主张请求权之前，需要对请求权基础进行审查。

2、债权的执行力

债权的执行力是指债务人不履行债务时，债权人有通过执行程序强制实现其给付利益的效力。执行权的行使方式，是通过给付之诉使负有义务的人作为或不作为，并有强制程序实现。

3、债权的保持力

债权的保持力也称债权的受领保持力，是指债权人有保持所受给付的效力。与前述请求力、执行力等积极效力不同，债权的保持力是债权的消极效力。因为债权人对所受利益无保持力，所受利

益即构成不当得利，须负返还义务。所以保持力虽消极，但不可或缺。

4、债权的从权利

请求力、执行力、保持力为债权之本权效力，此外还有从权利，如债权之处分权、抗辩权、选择权、优先权等。

5、债权人受领迟延

受领迟延是指债权人未及时接受债务人的适当给付。债权人受领迟延，须债权人有受领能力，如果作为自然人的债权人死亡或者丧失行为能力等，在未确定继承人或者监护人时，就是受领不能，不属于受领迟延。

受领迟延的法律要件为：给付须有协助的必要；给付须有可能；债务人正常提出给付；债权人未受领。在债权人受领迟延时，并不能免除债务人给付义务，只有在受领迟延期间发生给付不能时，才具有给付不能效果。

（二）债务的效力

1、给付义务

即债务人按约定或者法律规定为特定之作为和不作为。给付是债务人担负的主要义务，债权之利益存在于给付之中，依托于给付的完成，债权利益得以实现。所以，给付义务是债务人的首要义务。

（1）主给付义务与从给付义务

主给付义务是债之关系固有的、必备的，能决定债之类型的基本义务；从给付义务是主给付义务之外，债权人可独立诉请履行的义务，从给付义务的目的是为了完全满足债权人的利益或辅助主给付义务。

（2）原给付义务和次给付义务

债原定之给付义务为原给付义务，亦称第一次义务；原定给付义务履行中因特殊事由演变而生的给付义务为次给付义务，亦称第二次义务。

（3）给付行为和给付效果

给付行为指不要求有预期利益之给付；给付效果指给付行为要满足债权人之预期利益的给付，即给付不仅要有行为，还要实现某种特定目的。

2、附随义务

附随义务是指给付义务以外的，随债的关系发展依诚实信用原则而产生的义务。附随义务所定义务既不是约定，也不依赖于法定，而是根据合同的性质、目的和交易习惯所生义务。

（1）附随义务与主给付义务

一是主给付义务债成立自始就确定，而附随义务在债之关系发展过程中发生；二是在双务之债中，主给付义务在他方未为对待给付前，得行使同时履行抗辩权，拒绝自己先为给付；三是主给付义务不履行，债权人得解除合同，而不履行附随义务，债权人原则上不得解除合同，只能就所受损害依不完全给付请求损害赔偿。

（2）附随义务与从给付义务

学说对于如何区分附随义务与从给付义务有争议。通说认为，两者的主要区别应以是否的独立诉请履行为判断标准，可以独立诉请履行得，为从给付义务，不能独立诉请履行的，为附随义务。

3、前合同义务与后合同义务

前合同义务指当事人于合同成立前的订立过程中发生的义务，该义务形态有告知、说明、注意等；后合同义务指合同之债消灭后为了维护给付效果或协助相对人终了善后事务发生的义务。

4、不真正义务

不真正义务，是指债权人对自己利益的维护照顾义务。对于不真正义务，相对人通常不得请求

履行，违反它亦不发生损害赔偿责任，仅使负担该义务的一方当事人遭受权利减损或丧失的不利益。

（三）债务不履行的效力

1、给付不能

给付不能，亦称履行不能，是指实现给付的内容为不能。金钱债务不发生给付不能，只发生给付迟延；种类物之给付，只有在全部发生灭失时，方为给付不能。

给付不能依基于事实还是法律，区分事实不能与法律不能；依债发生的时间，可区分自始不能与嗣后不能；依发生的主客观原因，可区分客观不能与主观不能；依给付可否回复，区分永久不能与一时不能等。

给付不能为嗣后不能，即于债之关系成立后不能，如果自始不能，则为无效。因不可归责于债务人事由之永久不能的，得免除给付义务；因可归责于债务人事由之给付不能的，根据相对人请求，负继续履行或损害赔偿责任。

2、给付迟延

给付迟延是指对债务履行期限届满而能给付的债务，因可归责于债务人的事由未为给付所发生的迟延。给付定有清偿期的，一次性给付，以期限届满为迟延；给付未定有清偿期的，经债权人催告，逾准备期的，即为迟延。

3、给付拒绝

给付拒绝是指债务人违法地对债权人表示不为给付之意思。给付拒绝是能为却无正当理由而不为，债务如客观不存在或行使抗辩权而拒绝的，不属给付拒绝。给付拒绝与预期违约不同，对两者区分，可依通说讲授。

在时间上，给付拒绝之意思应于债发生以后，履行期届满之前表示。在债发生之前，不存在债务，当无给付义务；在履行期届满后拒绝的，则按情形构成给付迟延或者不能。

4、不完全给付

有学者将瑕疵给付和加害给付合称不完全给付。不完全给付，指债务人按完全给付之意思为给付，却未达债务本旨之给付。

瑕疵给付是指债务人虽为给付，但所为给付有瑕疵，包括数量不足、品种不合、质量不符、方法不当、地点不妥或时间不宜等，对于瑕疵给付，相对人有权请求补正履行。加害给付是指给付不仅有瑕疵，而且该瑕疵还造成债权人其他损害之给付。加害给付与瑕疵给付不同在于，加害给付不仅有瑕疵，而且该瑕疵还导致其他财产或人身损害，该项损害符合侵权要件时，发生合同责任与侵权责任之竞合。

（四）债务不履行与违约

债务不履行是大陆民法之债法中特有的制度体系，英美法没有债法，故亦无债务不履行之概念，而在合同法中另有“违约”的概念。我国自清末以降，承受民法典体系，无论制定法或民法学说，皆采用债务不履行体系，大学教材也于债法总则中讲授此内容。但我国《民法通则》和《合同法》也引进了违约责任的概念，使制度体系、学说产生紊乱。本大纲采纳债务不履行体系，但讲授中，须对学生廓清债务不履行与违约责任区别。

第五节　债的保全

一、债的保全概述

债的保全包括债权人之代位权与债权人之撤销权，简称代位权与撤销权。在这个关系中，有三

方当事人，即债权人、债务人和第三人。在物债两分的财产权体系中，债权本是不得对抗第三人的，而债的保全恰恰扩展到第三人，因此学说上谓之债权扩张。

债的保全的制度价值在于维护债务人的责任财产，使其能以全部财产清偿全部债务，亦使所有的债权人获得其受偿利益，不得仅为某项债权之清偿，这一点债的保全与债的担保绝然不同。所以，从权利相对性看，债的保全仍然未脱离责任财产范围，符合债权平等原则。

二、代位权

（一）代位权的概念

代位权是指债权人为保全其债权，以自己的名义代位行使属于债务人的权利之权利。在这个关系中，代位权人即债权人，代位之债权应是债务人之债权，债务人之债务人，谓之次债务人。

（二）成立要件

债务人怠于行使其债权；有保全债权之必要；债务人已陷于迟延；须非专属于债务人的债权。

（三）代位权的行使

行使代位权之主体；代位权行使之范围；代位权行使之方式。

（四）代位权之法律效果

1、对次债务人之效果

债权人因是代位行使权利，次债务人得对抗债务人之一切抗辩权，皆可以对债权人行使。

2、对债权人之效果

在立法例上，债权人应是代位行使权利，故其行使之效果，仍应归属于债务人。我国《合同法》对此未作明确规定，但最高法院的司法解释规定："代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务"，即债权人享有优先受偿权。此司法解释，学术上颇有争议。

3、对债务人之效果

最高法院的司法解释的规定，债权人与债务人之债的关系，在次债务人清偿的额度内消灭；如果债权人受领给付之价值超出债权额的，对于超出的部分，债务人有对债权人的返还请求权。

三、撤销权

（一）撤销权的概念

债权人撤销权，是指债权人对于债务人危害债权之法律行为，有请求法院撤销之权利。

（二）成立要件

1、客观要件

债权人的撤销权成立的客观要件是债务人实施了危害债权的行为；债务人之行为须债权发生后有效成立；须行为损害债权。

2、主观要件

对于撤销权的主观要件，依债务人所为的行为是有偿或无偿而有所不同。在有偿行为之撤销，须以恶意为要件；而无偿行为之撤销，则无须此要件。

（三）债权人撤销权的行使

行使之主体；行使之范围；行使之期间；行使之费用。

（四）法律效力

对债务人，债务人之行为被撤销时，视为自始无效；对第三人，第三人受益的，在受让行为被撤销后，回复原状；对债权人，债权人行使撤销权的效果归属于债务人，使债务人责任财产回复到行为前状态，该财产仍然是债权的一般担保，行使撤销权的债权人并无优先受偿权。

第六节　债的移转

一、债的移转概述

（一）债的移转与债的变更

债的主体、客体和权利义务中，任何一个要素发生变化都可谓之债的变更；债的移转是指在债的内容与客体保持不变的情形下，债的主体发生变更。因此，债的移转，亦是狭义的债的变更。

（二）债的移转类型

债的移转，按发生原因，有因法律行为发生的移转；有因法律的直接规定移转的；也有因法院的裁决移转的。这一节主要讲授因法律行为发生的移转，债的关系若按法定移转的，如继承法规定的继承人，则适用继承法之规定。

按移转的内容，仅移转债权，而债务不变的，谓之债权让与；反之仅移转债务，而债权不变的，谓之债务承担；债权债务全部移转的，谓之债的概括承受。

二、债权让与

（一）债权让与的概念

是债权人将其债权移转于受让人之法律行为。相对于受让人，原债权人称让与人。债权让与是债权人处分债权的行为，属于法律行为，故让与的意思表示、让与的效力等适用法律行为之规定。

（二）债权之处分与债权让与合同

债权让与是移转债权之处分行为，属准物权合同，让与行为的效果在于债权当事人变更；债权让与合同是债权人与受让人之间让与债权之契约，属债权合同，其效果在于发生让与人移转债权之债务和受让人取得移转债权之请求权。

（三）债权让与的要件

须有让与人和受让人之间的合意；须有有效债权的存在；须让与之债权具有可让与性；须通知债务人。

（四）债权让与的效力

债权让与的效力是指债权让与所发生的法律效果，可分为内部效力与对外效力两个方面。

1、对内效力

受让人取代让与人之债权人地位，债权以及债权的从权利一并移转之受让人。

2、对外效力

债权让与自让与之通知达到债务人时，对债务人生效；非经通知或通知无效的，债权让与对于债务人不生效力。

三、债务承担

（一）债务承担的概念

债务承担也即债务移转，是指债务主体的变更，即在维持债的内容的同一性的前提下，原债务人的债务移转于新债务人承担。

债务人的财产状况、清偿能力、商业信誉对债权实现有重大影响。因此，法律对债务承担，确定债权人参与原则，即未经债权人承认，债务承担不能对其生效。

（二）债务承担的要件

须有债务承担合同；须有有效债务的存在；债务有可移转性；须债权人承认。

（三）债务承担的效力

债务移转；抗辩权移转；不得援用原因关系之抗辩；从权利之存续。

四、债的概括承受

债的概括承受，是指债的关系当事人一方将其全部债权债务转移于第三人，由第三人承受其在债的关系的地位，享受权利和负担义务。在债的概括承受，法律有特别规定的可适用其规定，如公司合并、继承遗产等可适用《公司法》、《继承法》；法律若无特别规定的，则概括承受中的债权移转，适用债权让与之规定，债务移转，则使用债务承担之规定。

第七节　债的担保

一、债的担保概述

债的担保为主债的实现而设立的从债，它以主债的存在为前提，主债因清偿而灭，从债随之消灭。

债的担保分为债的物权性担保和债的债权性担保。债的物权性担保包括抵押、质押、留置等；债的债权性担保包括保证、定金等。本节介绍保证与定金。

二、保证

1．保证是主债以外的第三人（保证人）与主债权人约定，当主债务人不履行主债务时，保证人承担保证责任的合同担保方式。保证合同是主合同的从合同，保证人与主债务人之间的合同是委托合同。主合同无效的，从合同原则上随之无效。保证合同是要式、诺成、单务、无偿合同。

2．保证的范围采取约定大于法定的规则。

3．承担保证责任后，保证人有权向主债务人追偿。也可发生预先行使追偿权的情形。

4．保证人可以是自然人、法人和其他组织，保证人应当具有担保的权利能力。国家机关原则上不得为保证人，以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

5．保证的类型，可以从不同角度进行分类。

6．担保方式：一般保证与连带保证

一般保证也称为补充保证，一般保证人享有先诉抗辩权。其内容是：当事人在保证合同中约定，只有在债务人不能履行债务，并在强制执行其财产后仍不能清偿债务时，才能强制执行一般保证人的财产。先诉抗辩权亦有不能行使的情形。

连带保证也称为连带责任保证，保证人不享有先诉抗辩权，保证人与主债务处于同一顺序，主债务人到期不履行主债务，债权人可以直接请求保证人履行。

当事人未约定担保方式的，认定为连带保证。

除了先诉抗辩权的有无之外，一般保证与连带保证在权利行使的具体要求、诉讼时效计算等方面也有区别。

（1）保证人数：单独保证与共同保证

单独保证是一个保证人对同一债务作保证的方式。

共同保证是两个以上保证人对同一债务作保证的方式。保证人之间可能有意思联络，也可能没有意思联络。共同保证人之间对保证债务的承担，可以分为按份共同保证和连带共同保证。保证人相互之间约定承担按份责任的，须经债权人同意。

（2）担保的主合同的数量：单个合同的保证与最高额保证

就单个主合同债务的履行签订保证合同，及就一笔债务进行保证，为单个合同的保证。

最高额保证是就一定期间连续发生的数笔债务在最高额限度内进行保证。“最高额”是指债权或债务的最高额。债权或债务是浮动的，到期应当进行决算，最终确定债权额。超过“最高额”的部分不属于保证的范围。

4．保证期间

保证期间是债权人请求保证人承担债务的不变期间，保证期间经过，债权人未依法定方式主张权利的，债权人丧失保证债权。

一般保证和连带保证适用同样的保证期间。保证期间分为法定和约定两种。法定保证期间为 6 个月，视为没有约定的 6 个月，约定不明的为二年。保证期间自主债务履行届满之日开始计算。

5．保证消灭

保证消灭，是保证的从债务消灭。主债务消灭、主债务转让未经保证人同意、保证期间完成、免除等原因致保证消灭。

三、定金

1．定金是合同的一方为担保合同的履行而预先向对方给付一定数量的货币或其他替代物。它适用的基本规则是：给付定金的一方不履行债务的，无权请求返还定金；交付定金的一方不履行主债务的，应当双倍返还定金。定金亦可适用于部分不履行。

2．定金担保的特点是：（1）定金为金钱担保，亦可以其他替代物充之。（2） 定金是不充分担保，定金不得超过合同标的额的 20%。（3）定金为合同之债的担保方式。（4）定金担保的设定人为主合同的一方当事人，第三人不能充当定金设立人。（5）定金是主合同双方双方的互相担保或称为双方担保。（6）定金具有补充性，亦可具有惩罚性。

3．不可抗力和意外事件免除定金责任。

4．定金的设立

当事人通过订立定金合同设立定金。定金合同是从合同、要式合同、实践合同。

5．定金的种类

（1）违约定金，对违约方适用定金罚则。

（2）立约定金，当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的定金。

（3）成约定金，当事人特别约定，以定金的交付为主合同成立或生效条件的定金。成约定金与立约定金的区别是，成约定金担保的主合同已经签订；立约定金担保的主合同尚未签订。

（4）证约定金，是起证明主合同成立作用的定金。

（5）解约定金，是为设立单方解除权而交付的定金，当事人以丧失定金或双倍返还定金作为代价获得单方解除合同的权利。该单方解除权，是意定形成权。

6．定金与预付款、订金、押金的区别

（1）定金是合同的担保，预付款是给付之一部。

（2） 订金是一方担保，定金是双方担保；订金无比例限制，定金有比例限制；订金无惩罚性，定金有惩罚性。

（3）押金是具有担保性质的预付款，不具有惩罚性，多退少补；定金不具有预付款的性质且具有惩罚性；押金不具有双方担保的性质，定金具有双方担保的性质。

第八节　债的消灭

一、债的消灭概述

债的消灭是债的法律关系终止。

从权利、从义务随同主权利、主债务一同消灭。

债的消灭与债的效力停止不同，债的效力停止，是指债务人基于抗辩权的行使，中止债权的效力。

引起债消灭的原因有清偿、提存、抵销、免除、混同等。

二、引起债消灭的原因

1．清偿

（1） 清偿是依债的本旨满足债权的给付行为。清偿、给付、履行具有不同的含义。

（2） 清偿的主体包括清偿人与受清偿人。清偿一般应由债务人为之，但不以债务人为限。

（3） 提前清偿、一部清偿与代物清偿。清偿人提前清偿、一部清偿，受清偿人是否受领，得根据自己的利益决定，不违反自己利益的，不应拒绝。代物清偿，是指债权人受领他种给付，以代原定给付，使债之关系消灭的合同。

（4） 全面给付，是指债务人应当全面履行给付义务。在履行给付义务时，在清偿地、清偿期 、清偿费用、清偿方式等方面也要符合债的主旨要求。

（5） 清偿抵充，是指债务人对同一债权人负担数宗债务，而给付种类相同，如债务人提出给付不足清偿全部债额时，确定应当充偿何宗债务。包括约定抵充、指定抵充和法定抵充。

2．提存

（1）提存是清偿人以消灭债务为目的，将给付物寄存于法定机构的行为。提存合同是兼为第三人利益的保管（寄存）合同。

（2）由债权人原因造成债务人难以履行债务，债务人可以提存。提存须有法定的理由，不是任意行为。

（3）提存关系的当事人包括提存人、提存受领人、提存机构。

（4）提存的标的物及自助出卖。提存的标的物是动产。不适于提存或者提存费用过高的，债务人可以自助出卖，将变价款提存。

（5）提存的效力。提存的效力包括债务人与债权人之间的效力、提存人与提存机构之间的效力、提存机构与债权人之间的效力。

3．抵销

（1） 抵销是当事人以自己的债权充抵自己的债务，以使其债务与对方的债务在对等额度相互消灭的意思表示。抵销分为法定抵销与合意抵销。

（2） 法定抵销的要件包括：第一，双方之间互负债务、互相债权；第二，抵销的债务是同种类债务；第三，双方债务均已届满清偿期；第四，依法律规定和债的性质适宜抵销。

（3）法定抵销应向对方发出抵销通知，抵销不得附条件、附期限。

（4）抵销的效力是：双方互负的债务按抵销数额消灭；债之关系溯及最初得为抵销时消灭。

4．免除

（1）免除是债权人为消灭债的关系而向债务人作出的抛弃债权的意思表示。

（2）免除为单方法律行为，双方也可协议免除。

（3）免除的效力是使债的关系消灭，全部免除全部消灭，部分免除部分消灭。

5．混同

（1）混同是指债权债务同归一人而消灭债权债务的现象。

（2）混同的原因有当事人合并、继承等。

（3）混同的效力，是消灭债的关系，但有例外。当债权为他人权利之标的，混同不对他人发生效力。

6．其他

如债务更新等。

思考题：

一、什么是债权？与物权的区别是什么？
二、债的发生根据有那些？
三、债权债务的效力各是什么？
四、债务承担的构成要件及对担保的影响？
五、我们法上代位权构成要件是什么？
六、连带责任保证与一般保证的区别？
七、试述法定抵销的要件

参考书：

1、江平主编：《民法学》，中国政法大学出版，2011 年版；
2、王卫国主编：《民法学》，中国政法大学出版，2008 年版；
3、刘心稳教授著：《债法总论》，中国政法大学出版，2008 年版；
4、杨立新著：《债权法》，人民法院出版社，2009 年版；
5、（德）梅迪库斯：《德国债法总论》，法律出版社，2008 年版。

第二编　债法分论之一——合同之债

（刘家安　易军　戴孟勇）

第一章　合同与合同法概述

教学目的和要求

掌握合同的定义，《合同法》的适用范围和基本原则；熟悉各种合同的分类标准及区分意义；大致了解合同法的历史发展过程和我国《合同法》的基本内容。

第一节　合同概述

一、合同的定义

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定，不适用《合同法》。

二、合同的法律性质

1．合同是以意思表示为要素的法律行为。
2．合同是两方以上当事人意思表示一致的法律行为。
3．合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为内容的法律行为。

三、合同与契约

四、合同的相对性

1．主体的相对性。
2．内容的相对性。
3．责任的相对性。

第二节　合同的分类

一、典型合同与非典型合同

1．区分标准：以法律对合同关系是否设有规范并赋予一个特定的名称为标准。
典型合同，也称有名合同，是指法律对其设有规范并赋予一定名称的合同。
非典型合同，又称无名合同，是指法律未设特别规定，也未赋予一定名称的合同。
2．区分意义
对于典型合同，应直接适用《合同法》分则或其他相关法律关于该类合同的具体规定。

对于非典型合同，应参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

二、双务合同与单务合同

1．区分标准：以双方当事人是否互负对待给付义务为标准。

双务合同，是指双方当事人互负对待给付义务的合同。

单务合同，是指仅一方当事人负担给付义务的合同。

2．区分意义

（1）合同法主要以双务合同为规范对象。

（2）双务合同适用合同履行中的抗辩权规则，例如同时履行抗辩权、不安抗辩权，单务合同则否。

（3）双务合同因不可归责于双方当事人的原因而不能履行时，会发生风险负担的分配问题。在单务合同，合同不能履行的风险，由债务人予以负担。

三、有偿合同与无偿合同

1．区分标准：以当事人取得权益时是否须付出对价为标准。

有偿合同，是指当事人一方享有合同规定的权益时，必须向对方支付对价的合同。

无偿合同，是指当事人一方享有合同规定的权益时，不必向对方支付对价的合同。

2．区分意义

（1）有助于确定某些合同的性质。

（2）对主体资格的要求不尽相同。

（3）债务人的注意义务及责任轻重不同。

（4）对债权人撤销权的构成要件的影响不同。

四、诺成合同与实践合同

1．区分标准：以合同的成立是否须交付标的物或完成其他给付为标准。

诺成合同，是指因双方当事人的意思表示一致即可成立的合同。

实践合同，又称要物合同，是指除双方当事人的意思表示一致以外，尚须交付标的物或完成其他给付才能成立的合同。

2．区分意义

（1）二者成立与生效的时间标准不同。

（2）交付标的物或完成其他给付的法律意义不同。

五、要式合同与不要式合同

1．区分标准：以合同的成立是否须采用法律规定的形式为标准。

要式合同，是指法律要求必须具备一定形式的合同。

不要式合同，是指法律不要求必须具备一定形式的合同。

2．区分意义

要式合同如未具备法律规定的形式，可能会对合同的效力及内容产生影响。

六、一时的合同与继续性合同

1．区分标准：以时间因素对确定给付的内容和范围是否发生影响为标准。

一时的合同，指时间因素对给付的内容和范围并无影响，合同目的因一次给付即可实现的合同。

继续性合同，是指给付的内容和范围因时间的经过而有变化，使得合同目的须经持续的给付才能实现的合同。

2．区分意义

（1）在合同无效、被撤销或被解除时，其效力是否溯及既往方面，存在着区别。

（2）继续性合同的期限届满时，当事人可采用默示的方式延长合同期限。

七、主合同与从合同

1．区分标准：以两个有牵连关系的合同之间的主从关系为标准。

主合同，是指不以其他合同的存在为前提，可以独立存在的合同。

从合同，是指以其他合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同。

2．区分意义

从合同的效力依赖于主合同。

八、束己合同与涉他合同

1．区分标准：以是否贯彻合同的相对性，或者合同效力是否及于第三人为标准。

束己合同，是指严格遵循合同的相对性，合同中约定的权利义务关系仅限于当事人之间享有和承担，而不能及于第三人的合同。

涉他合同，是指突破了合同的相对性，合同当事人在合同中为第三人设定了权利或义务的合同。涉他合同包括为第三人利益的合同和由第三人履行的合同。

2．区分意义

（1）缔约目的不同。

（2）合同的效力范围不同。

九、确定合同与射倖合同

1．区分标准：以给付的内容和范围在合同成立时是否确定为标准。

确定合同，是指给付的内容和范围在合同成立时就已经确定的合同。

射倖合同，是指给付的内容和范围在合同成立时并不确定，而是要取决于合同成立后是否发生偶然事故的合同。

2．区分意义

确定合同一般要求等价有偿，不能显失公平，射倖合同则否。

十、本约与预约

1．区分标准：以两个合同相互间是否具有手段和目的的关系为标准。

预约，指约定将来订立一定合同的合同；因履行预约而订立的合同为本约。预约以订立本约为其给付内容。

2．区分意义

预约具有一定程度的担保功能。

十一、合同的其他分类

1．经济合同、技术合同、涉外经济合同。

2．计划合同与非计划合同。

3．物权合同、债权合同、身份合同。

4．民事合同、商事合同、行政合同。
5．强制合同与非强制合同。
6．附合合同与非附合合同。

第三节　合同法概述

一、合同法的定义

在我国，广义的合同法是有关合同关系的法律规范的总称，狭义的合同法仅指1999年3月15日通过的《中华人民共和国合同法》。

二、合同法的立法例

1．大陆法系。
2．英美法系。
3．我国。

三、合同法的历史发展

1．古代合同法。
2．近代合同法。
3．现代合同法。

四、我国合同法的历史发展

五、我国《合同法》的内容和特色

第四节　合同法的基本理念

一、契约自由

当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。
1．合同自由原则的基本含义。
2．合同自由原则确立的基础。
3．合同自由原则的表现。

二、契约正义

合同法有时也需要考虑结果的公正。
1．契约正义的含义。
2．契约正义的法理基础。
3．契约正义在合同法上的体现。

复习思考题

1．试述单务合同与双务合同、有偿合同与无偿合同的区分标准及其意义。
2．近代合同法与现代合同法有哪些主要区别？
3．契约自由与契约正义两种理念之间有何关系？

第二章　合同的订立

教学目的和要求

掌握要约与要约邀请的主要区别，要约的撤回与撤销，承诺的构成要件，以及我国《合同法》对格式条款的限制规定；熟悉合同订立的基本程序，合同关系中的各种义务；了解要约的失效原因，招标投标等订立合同的特殊程序，以及合同欠缺书面形式的法律后果。

第一节　概　述

一、合同的订立

合同的订立，是指缔约人为缔结合同而作出意思表示并达成合意的过程。

二、合同的成立

合同的成立应具备如下要件：

1．两个或两个以上的缔约人。

2．意思表示一致。

第二节　要约

一、要约的概念

要约，是指一方当事人向对方提出合同条件，希望对方接受，以便订立合同的意思表示。

二、要约的构成要件

1．要约必须是希望订立合同的人向相对人发出的意思表示。

2．要约必须以订立合同为目的。

3．要约的内容应当具体、确定。

4．要约应当表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。

三、要约邀请

要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。

寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。

四、要约的法律效力

要约的法律效力，是指要约的生效以及要约对于要约人和受要约人所产生的效力。

1．要约生效的时间。

要约到达受要约人时生效。

2．要约对要约人的拘束力。

3．要约对受要约人的拘束力。

4．要约的存续期限。

五、要约的撤回与撤销

1．要约的撤回。

要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

2．要约的撤销。

要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但是，有下列情形之一的，要约不得撤销：

（1）要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；

（2）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

六、要约的失效

有下列情形之一的，要约失效：

1．拒绝要约的通知到达要约人。

2．要约人依法撤销要约。

3．承诺期限届满，受要约人未作出承诺。

4．受要约人对要约的内容作出实质性变更。

第三节　承　诺

一、承诺的概念

承诺，是受要约人向要约人作出的同意接受要约的意思表示。

二、承诺的构成要件

1．承诺必须由受要约人向要约人作出。

2．承诺的内容应当与要约的内容一致。

受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。

3．承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

4．承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

三、承诺的撤回

承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

四、承诺的生效

1．承诺生效的时间。

承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

2．承诺生效的效果。

五、合同成立的时间与地点

1．合同成立的时间。

承诺生效时合同成立。

当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

2．合同成立的地点。

承诺生效的地点为合同成立的地点。

采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

第四节　订立合同的特殊方式

一、招标投标方式

二、拍卖方式

三、交错要约

交错要约，是指当事人一方向对方发出要约，对方也向其发出同一内容的要约，且双方均不知对方已向自己发出要约的现象。

四、意思实现

意思实现，是指依习惯、事件性质或要约人为要约时的预先声明，承诺无须通知，在相当时期内有可认为承诺的事实时，合同即告成立的现象。

五、强制缔约

第五节　合同的内容与形式

一、提示性的合同条款

合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：当事人的名称或者姓名和住所；标的；数量；质量；价款或者报酬；履行期限、地点和方式；违约责任；解决争议的方法。

二、合同的主要条款与普通条款

三、合同的明示条款与默示条款

四、格式条款

1．格式条款的定义。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款。

2．格式条款的特征。

3．《合同法》对格式条款的限制。

（1）格式条款的内容应当遵循公平原则确定。

（2）格式条款使用人对免责条款负有提示义务和说明义务。

（3）违反法律强制性规定的格式条款无效。

（4）非格式条款优先于格式条款。

（5）对格式条款有两种以上合理解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。

五、合同权利

合同权利具有请求力、执行力、保持力和处分权能。

六、合同义务

1．给付义务。

（1）主给付义务。

主给付义务，是合同关系所固有、必备，并决定合同类型的基本义务。

（2）从给付义务。

从给付义务，是指不具有独立意义，仅辅助主给付义务而发挥作用的义务。

2．附随义务。

附随义务，是指并非自始确定，而是在合同关系发展的过程中基于诚实信用原则而发生的、旨在更好地实现当事人利益的义务。

3．不真正义务。

不真正义务，是指对方不得请求履行，违反它仅使义务人承受权利减损或丧失的不利益的义务。

4．先合同义务与后合同义务。

七、合同的形式

1．口头形式。

2．书面形式。

（1）必须采用书面形式的合同。

（2）合同欠缺书面形式的法律后果。

3．其他形式。

复习思考题

1．如何区别要约与要约邀请？

2．要约的撤销与撤回有何区别？我国《合同法》对于要约的撤销是如何规定的？

3．有效的承诺应具备哪些条件？
4．我国《合同法》对格式条款有何限制？为何要设立这些限制？
5．试述合同关系中的义务群。

第三章　合同的效力

教学目的和要求

结合民法总则中有关法律行为效力的知识，回顾和深化对各种合同效力状态的理解。重点学习缔约过失责任的概念和构成要件。

第一节　有效合同

一、合同的一般生效要件

1．合同当事人具有相应的民事行为能力。
2．合同当事人的意思表示真实。
3．合同的内容不违反法律的强制性规定和公序良俗。

二、合同的特别生效要件

1．法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。
2．附生效条件的合同。
3．附生效期限的合同。

第二节　无效合同

一、合同不成立与合同无效

二、合同无效的原因

1．一方当事人以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。
2．当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。
3．以合法形式掩盖非法目的。
4．合同的内容损害社会公共利益。
5．合同的内容违反法律、行政法规的强制性规定。

三、免责条款的无效

合同中的下列免责条款无效：
1．造成对方人身伤害的。
2．因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

第三节　可变更、可撤销合同

一、可变更、可撤销合同的类型

1．一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。
2．因重大误解订立的合同。
3．订立合同时显失公平的合同。

二、撤销权的行使

1．撤销权的性质。
2．撤销权的归属。
3．撤销权的行使方式。
对于可撤销的合同，撤销权人有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。
4．撤销权行使的效果。
被撤销的合同自始没有法律约束力。

三、撤销权的消灭

1．具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权。
2．具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

第四节　效力待定的合同

一、效力待定的合同与无效合同、可撤销合同的异同

二、限制民事行为能力人订立的合同

1．法定代理人的追认权。
限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效。
2．相对人的催告权。
相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人在此期限内未作表示的，视为拒绝追认。
3．善意相对人的撤销权。
合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

三、无权代理人订立的合同

1．被代理人的追认权。
2．相对人的催告权。
相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认；被代理人在此期限内未作表示的，视为拒绝追认。
3．善意相对人的撤销权。
合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

4．因表见代理而订立的合同有效。

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

5．法定代表人超越权限订立的合同原则上有效。

法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

四、无处分权人订立的处分他人财产的合同

无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

第五节　缔约过失责任

一、缔约过失责任的概念

缔约过失责任，是指缔约人故意或过失地违反先合同义务，致使合同不成立、无效或者被撤销时，依法应向对方承担的赔偿其损失的责任。

二、缔约过失责任的构成要件

1．缔约人一方违反先合同义务。
2．对方当事人遭受损失。
3．缔约人一方违反先合同义务与对方当事人遭受损失之间存在因果关系。
4．违反先合同义务的一方有过错。

三、缔约过失责任的类型。

四、缔约过失损害赔偿责任的计算

复习思考题

1．我国《合同法》规定了哪些类型的无效合同？这些规定有无需要完善之处？
2．可撤销合同与效力待定的合同有何区别？
3．如何理解《合同法》第 51 条关于无权处分的规定？
4．合同无效、被撤销或者不被追认后会产生哪些法律后果？
5．为什么需要将缔约过失责任作为一种债的法定发生原因？

第四章　合同的履行

教学目的和要求

掌握情事变更原则的概念和构成要件，同时履行抗辩权和不安抗辩权的适用条件；熟悉合同履行的各种具体规则；了解合同履行的原则及其与合同法基本原则的关系，情事变更与不可抗力和商业风险的区别。

第一节　合同履行的原则

一、履行、给付与清偿

二、全面履行原则

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

三、协作履行原则

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

四、情事变更原则

1．情事变更原则的概念。

情事变更原则，是指合同依法成立后、履行完毕前，因不可归责于双方当事人的事由，致使作为合同关系基础的客观情事发生异常变化，若继续履行合同将对一方当事人显失公平，因此根据诚实信用原则，允许当事人请求法院或者仲裁机构变更或者解除合同的原则。

2．情事变更原则的适用要件。

（1）须有不可预见的情事变更。

（2）情事变更须发生于合同成立后和履行完毕前的期间内。

（3）情事变更须不可归责于双方当事人。

（4）须情事变更的结果使维持原有合同效力显失公平。

3．情事变更原则的法律效果。

（1）再交涉义务。

（2）合同的变更。

（3）合同的解除。

4．情事变更与不可抗力、商业风险的区别。

第二节　合同履行的具体规则

一、履行主体

二、履行标的

三、履行地点

四、履行期限

五、履行方式

六、履行费用的负担

第三节　双务合同履行中的抗辩权

一、同时履行抗辩权

1．同时履行抗辩权的概念。

同时履行抗辩权，是指在没有先后履行顺序的双务合同中，当事人一方享有的在对方未履行债务或履行债务不符合约定时，得拒绝其相应的履行请求的权利。

2．同时履行抗辩权的适用条件。

（1）双方当事人因同一双务合同而互负对待给付义务。

（2）双方的债务没有先后履行顺序。

（3）双方互负的债务均已届清偿期。

（4）对方未履行债务或履行债务不符合约定。

（5）对方的对待给付是可能履行的。

二、先履行抗辩权

当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

三、不安抗辩权

1．不安抗辩权的概念。

不安抗辩权，是指应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方当事人在合同成立后发生了法定的丧失或可能丧失履行债务能力的情形时，可以暂时中止履行其债务的权利。

2．不安抗辩权的适用条件。

（1）双方当事人因同一双务合同而互负对待给付义务。

（2）后履行的一方出现下列情形之一：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

（3）后履行的一方没有提供适当的担保。

3．不安抗辩权的效力

（1）先履行一方的举证义务和通知义务。

（2）先履行一方的中止履行权。

（3）先履行一方恢复履行的义务。

（4）先履行一方解除合同的权利。

复习思考题

1．在什么样的条件下才可以适用情事变更原则？

2．试述同时履行抗辩权的适用条件及其功能。

3．试述不安抗辩权的适用条件及其效力。

第五章　合同的保全

教学目的和要求

掌握债权人代位权的构成要件及其行使方式，债权人撤销权的构成要件及其行使方式；熟悉行使债权人代位权和债权人撤销权的法律效果；了解债权人代位权和债权人撤销权的性质。

第一节　债权人代位权

一、债权人代位权的概念和性质

债权人代位权，是指当债务人怠于行使对第三人享有的权利而害及债权人的债权时，债权人可以自己的名义代位行使债务人对第三人之权利的权利。

债权人代位权，性质上属于债权的法定权能。

二、债权人代位权的构成要件。

1．债权人对债务人的债权合法。

2．债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害。

3．债务人对次债务人享有的债权已到期。

4．债务人对次债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

三、债权人代位权的行使

1．行使方式。

债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权。

2．行使范围。

代位权行使的范围，以债权人的债权为限。

3．行使费用。

债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

4．债权人代位权行使的效力。

（1）对债权人的效力。

债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即归于消灭。

（2）对债务人的效力。

债务人受代位权诉讼判决的拘束。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

（3）对次债务人的效力。

在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

第二节　债权人撤销权

一、债权人撤销权的概念和性质

债权人撤销权，是指当债务人处分其财产的行为对债权人造成损害时，债权人享有的依法请求人民法院撤销债务人的行为的权利。

债权人撤销权的性质，有请求权说、形成权说、折衷说、责任说等观点。

二、债权人撤销权的构成要件

1．在债务人处分其财产的行为属于无偿行为的情况下，债权人撤销权需具备如下构成要件：

（1）债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产。

（2）对债权人造成损害。

2．在债务人处分其财产的行为属于有偿行为的情况下，债权人撤销权需具备如下构成要件：

（1）债务人以明显不合理的低价转让财产。

（2）对债权人造成损害。

（3）受让人知道该情形。

三、债权人撤销权的行使

1．行使方式。

撤销权由债权人以自己的名义在诉讼上行使。

2．行使范围。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。

3．行使期限。

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

4．行使费用的负担。

债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。

5．行使效果。

债务人处分其财产的行为一经撤销，即自始归于无效，受益人因该行为取得的财产，应当返还原物或折价补偿。

复习思考题

1．我国《合同法》及司法解释对债权人代位权的构成要件是怎样规定的？这些规定有无需要完善之处？

2．在什么情况下可以行使债权人撤销权？

3．试分析债权人撤销权与可撤销合同中的撤销权的异同。

第六章　合同的解除

教学目的和要求

掌握我国《合同法》对合同解除条件的规定，法定抵销的构成要件；熟悉合同解除的法律后果，清偿、提存、混同、免除的概念，以及提存的效力；了解合同解除的类型，代为清偿与代物清偿，以及提存的原因。但由清偿、提存、混同、免除等在总论中已经详细讲述，在这里仅仅讲解除。

一、合同解除概述

合同解除，是指依法成立的合同在履行完毕之前，于具备解除事由时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系消灭的行为。

二、合同解除的类型

1．单方解除和协议解除。

2．在单方解除中，又可分为法定解除和约定解除。

3．在法定解除中，又可分为一般法定解除和特别法定解除。

三、一般法定解除的条件

1．因不可抗力致使不能实现合同目的。

2．在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。

3．当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行。

4．当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。

四、解除权及其行使

1．解除权的概念和性质。

解除权，是指于法定或约定的解除条件出现时，合同当事人一方可依其单方意思表示而将合同解除的权利。

解除权性质上属于形成权。

2．解除权的行使。

当事人一方行使解除权解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

3．解除权的移转性。

4．解除权的消灭

（1）法定或约定的解除权行使期限届满，当事人不行使解除权的，该权利消灭。

（2）法律未规定或者当事人未约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，解除权消灭。

五、合同解除的法律后果

1．合同解除的溯及力。

2．恢复原状或者采取其他补救措施。

3．损害赔偿。

4．同时履行抗辩权的准用。

5．结算和清理条款的独立性。

第七章　违约责任

教学目的和要求

掌握违约行为的基本形态，违约责任与侵权责任的主要区别，赔偿损失的范围，强制履行的构成要件；熟悉我国《合同法》对违约责任的归责原则的规定，免责条件与免责条款的区别，赔偿损失、违约金、强制履行三者之间的关系；了解违约责任的构成要件，我国《合同法》关于免责条件和免责条款的规定。

第一节　违约责任概述

一、违约责任概述

违约责任，是合同的一方当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合法定或约定的条件时，依法应向对方承担的民事责任。

二、违约行为的形态

1．拒绝履行。

拒绝履行，是指债务人能够履行但却明示或默示地向债权人表示不履行合同义务。

2．不能履行

不能履行，是指债务人在客观上丧失了履行能力，或者法律禁止债务的履行。不能履行在理论上可以区分为以下不同的类型：

（1）自始不能履行与嗣后不能履行。

（2）永久不能履行与一时不能履行。

（3）全部不能履行与部分不能履行。

（4）事实上不能履行与法律上不能履行。

3．迟延履行

迟延履行，是指债务人能够履行，但在履行期届满时却未履行债务。

4．不完全履行

不完全履行，是指债务人的履行行为不完全符合法定或者约定的条件。不完全履行又可以区分为以下两种类型：

（1）瑕疵履行，是指单纯造成履行利益受损害的不完全履行行为。

（2）加害给付，是指给债权人的人身或合同标的物之外的其他财产造成损害的不完全履行行为。

5．受领迟延

受领迟延，是指债权人无正当理由而拒绝接受债务人提出的给付。

三、违约责任的归责原则

1．过错责任原则。

2．严格责任原则。

四、违约责任的构成要件

1．违约责任的一般构成要件。
2．违约责任的特殊构成要件。

第二节　免责事由

一、免责条件

1．免责条件的概念。
免责条件，是指法律明文规定的当事人对其不履行合同不必承担违约责任的条件。
2．免责条件的类型。
（1）一般法定免责条件。
（2）特别法定免责条件。

二、免责条款

1．免责条款的概念。
免责条款，是当事人事先以协议免除或限制其将来可能产生的责任的合同条款。
2．免责条款的解释。
3．免责条款的无效。

第三节　违约责任与侵权责任的竞合

一、责任竞合概述

1．法律规范竞合
法律规范竞合，是指同一事实符合数个法律规范的构成要件，致使这些法律规范都可适用。
2．民事责任聚合
民事责任聚合，是指受害人就同一事实可请求行为人承担多种民事责任形式。
3．民事责任竞合
民事责任竞合，是指同一违法行为虽然符合多种民事责任的构成要件，可成立多种民事责任，但受害人只能择一请求。

二、违约责任与侵权责任的区别

1．归责原则不尽相同。
2．构成要件不尽相同。
3．举证内容不尽相同。
4．赔偿范围不尽相同。
5．诉讼时效不尽相同。
6．责任方式不尽相同。
7．免责事由不尽相同。

8．诉讼管辖不同。

三、违约责任与侵权责任竞合的处理

因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照《合同法》要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

第四节　承担违约责任的方式

一、赔偿损失

1．完全赔偿原则。

2．合理预见规则。

（1）合理预见的主体。

（2）合理预见的时间。

（3）合理预见的内容。

（4）合理预见的标准。

3．与有过失规则。

4．减轻损失规则。

5．损益相抵规则。

二、支付违约金

1．违约金的概念。

违约金，是指当事人依法律规定或合同约定，在一方违约时应向对方支付的一定数额的金钱或其他代替物。

2．违约金数额的增减。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

3.违约金与其他违约救济方式的关系。

（1）违约金与赔偿损失。

（2）违约金与定金。

（3）违约金与合同解除。

三、强制履行

1．强制履行的概念。

强制履行，是指债务人违约后，如债务履行仍有可能时，债权人可请求法院强制债务人继续履行合同债务。

2．强制履行的构成要件。

（1）一方不履行或不适当履行债务。

（2）守约方要求违约方继续履行。

（3）违约方能够继续履行。

（4）强制履行不违背法律的规定和合同的性质。

3．强制履行与其他违约救济方式的关系。

（1）强制履行与赔偿损失。

（2）强制履行与违约金。

（3）强制履行与合同解除。

复习思考题

1．我国《合同法》规定了哪些类型的违约行为？

2．试述违约责任与侵权责任的主要区别。

3．试述我国《合同法》关于赔偿损失责任的规定。

4．试述赔偿损失与违约金之间的关系。

5．试述赔偿损失与强制履行之间的关系。

第八章　合同的解释与合同法的适用

教学目的和要求

掌握我国《合同法》规定的合同解释的原则；熟悉解释合同时经常适用的各种规则；了解《合同法》关于涉外合同的法律适用以及特殊诉讼时效的规定。

第一节　合同的解释

一、合同的解释概述

合同的解释，是指由受理合同纠纷的法院或者仲裁机关，为合理确定合同的内容，依法对合同及相关资料的含义所作的有法律约束力的分析和说明。

二、合同解释的原则和规则

1．客观解释原则。

（1）无特殊商业背景时，按普通字面含义解释。

（2）通常的专业术语应依其专业含义来解释。

（3）明示其一即排斥其他规则。

（4）同样种类规则。

2．体系解释原则。

（1）特定性、具体性条款优先于一般性、概括性条款。

（2）单独协商条款优先于格式条款。

（3）手写条款优先于打印条款。

（4）打印条款优先于印刷条款。

（5）大写数字优先于小写数字，但法律另有规定的除外。

（6）合同条款中使用的术语与对该术语的具体描述不一致时，应按照具体的描述来解释。

3．习惯解释原则。

4．诚信解释原则。

5．目的解释原则。

（1）如合同条款可作有效和无效两种解释时，应采纳使之有效的解释。

（2）在合同条款有多种解释时，应采取最适合于合同目的的解释。

（3）如不同语言的合同文本所用词句不一致，应根据合同目的予以解释。

（4）合同名称与内容不一致时，应按照合同的内容来解释。

6．不利解释原则。

对合同的条款有两种以上合理解释的，应当采用不利于该条款制作人的解释。

第二节　合同法的适用

一、非典型合同的法律适用

《合同法》分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用《合同法》总则的规定，并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

二、涉外合同的法律适用

涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

在我国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用我国法律。

三、特殊时效

因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为四年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。

四、合同管理

工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

复习思考题

1．试述我国《合同法》关于合同解释的规定。

2．简述解释合同时应当遵循的基本规则。

第九章　转移财产所有权的合同

教学目的和要求

掌握买卖合同中出卖人和买受人的基本义务，买卖合同标的物意外毁损灭失时的风险负担规则，以及赠与合同中赠与人的撤销权；熟悉《合同法》对解除买卖合同的特殊规定，几种特殊类型的买卖合同，赠与合同的性质和赠与人的义务，以及自然人之间的借款合同与非自然人之间的借款合同的异同；了解瑕疵担保责任与违约责任的关系，现行法关于商品房买卖合同的特殊规定，以及供用电合同中双方当事人的基本义务。

第一节　买卖合同

一、买卖合同的概念和性质

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

买卖合同是双务、有偿、诺成合同。

二、出卖人的义务

1．交付标的物。

（1）交付时间的确定。

（2）交付地点的确定。

（3）多交标的物的处理。

2．移转标的物所有权。

3．瑕疵担保责任。

（1）权利瑕疵担保责任。

（2）物的瑕疵担保责任。

4．交付有关单证资料。

二、买受人的义务

1．支付价款。

（1）付款地点的确定。

（2）付款时间的确定。

2．检验及通知义务。

三、标的物毁损、灭失的风险负担

1．风险原则上随标的物的交付而转移给买受人承担。

2．在途货物的风险自合同成立时转移给买受人承担。

3．标的物因交付给第一承运人而移转。

4．买受人迟延受领时风险的移转。

5．因标的物质量不合要求导致买受人解除合同时，风险归出卖人承担。

6．买受人承担风险的，不影响其请求出卖人承担违约责任的权利。

四、买卖合同的解除

1．主物或从物不符合要求时对合同解除的影响。
2．数物中的一物不符合约定时对合同解除的影响。
3．数批货物中的一批不符合约定时对合同解除的影响。
4．分期付款买卖中出卖人的解除权。

五、特种买卖合同

1．保留所有权的买卖合同。
2．样品买卖合同。
3．试用买卖合同。
4．商品房买卖合同。

六、有偿合同和互易合同的参照适用

法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照《合同法》对买卖合同的有关规定。

当事人约定易货交易，转移标的物的所有权的，参照《合同法》对买卖合同的有关规定。

第二节　供用电、水、气、热力合同

一、供用电、水、气、热力合同概述

二、供用电合同的概念

供用电合同，是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合同。

三、供电人的义务

1．安全供电。
2．中断供电前的事先通知义务。
3．因自然灾害等原因导致断电时应及时抢修。

四、用电人的义务

1．及时交付电费。
2．安全用电义务。

第三节　赠与合同

一、赠与合同的概念和性质

赠与合同，是指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

赠与合同为诺成、单务、无偿、不要式合同。

二、赠与人的义务

1．交付赠与物并移转相应的权利。
2．因故意或重大过失致使赠与财产毁损、灭失时，应承担损害赔偿责任。
3．瑕疵担保责任。

三、赠与人对赠与的任意撤销权

赠与人在赠与财产的权利转移之前，可以撤销赠与，但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同除外。

四、赠与人或其继承人、法定代理人对赠与的法定撤销权

1．赠与人的法定撤销权。
受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：
（1）严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属。
（2）对赠与人有扶养义务而不履行。
（3）不履行赠与合同约定的义务。
2．赠与人的继承人或法定代理人的法定撤销权。
因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

五、赠与人不再履行赠与义务的例外情形

赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

第四节　借款合同

一、借款合同的概念和性质

借款合同，是借款人向贷款人借款，约定到期返还借款并支付利息的合同。
借款合同原则上为诺成、有偿、要式合同，但自然人之间的借款合同是实践、无偿、不要式合同。

二、借款人的义务

1．按照约定的日期、数额收取借款。
2．按照约定的借款用途使用借款。
3．按期返还借款本金和利息。

复习思考题

1．试述买卖合同中出卖人和买受人的义务。
2．我国《合同法》对买卖合同中标的物意外毁损、灭失的风险负担是如何规定的？
3．赠与合同中的赠与人负有哪些义务？
4．赠与人对赠与的法定撤销权与任意撤销权有何区别？

第十章　转移财产使用权的合同

教学目的和要求

掌握租赁合同与融资租赁合同的区别，《合同法》关于保护承租人的特别规定；熟悉融资租赁合同中出租人和承租人的主要权利义务；了解租赁合同与融资租赁合同的性质。

第一节　租赁合同

一、租赁合同的概念和性质

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

租赁合同是双务、有偿、诺成合同。

二、出租人的义务

1．交付租赁物，保持租赁物的适用性。

2．维修租赁物。

3．瑕疵担保责任。

（1）权利瑕疵担保责任。

（2）物的瑕疵担保责任。

三、承租人的义务

1．按期支付租金。

2．按照约定的方法和租赁物的性质使用租赁物。

3．妥善保管租赁物。

4．租赁期间届满后返还租赁物。

四、承租人的权利

1．占有、使用租赁物并获取收益的权利。

2．经出租人同意改善租赁物的权利。

3．经出租人同意转租的权利。

4．房屋承租人的优先购买权。

5．特殊情况下要求减少租金或者不支付租金、解除合同的权利。

五、租赁合同的特别效力

1．租赁物所有权的变动不击破租赁关系。

2．租赁权的法定移转。

3．租赁合同的默示延长。

第二节　融资租赁合同

一、融资租赁合同的概念和性质

融资租赁合同，是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

融资租赁合同为诺成、要式、有偿合同。

二、出租人的权利义务

1．享有租赁物的所有权。
2．原则上不对租赁物的适用性负责。
3．不承担租赁物侵害第三人权利的侵权责任。
4．保证承租人对租赁物的占有和使用。
5．不得擅自变更买卖合同中与承租人有关的内容。

三、承租人的权利义务

1．出卖人应向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。
2．承租人根据约定可以向出卖人行使索赔的权利。
3．出租人依法解除合同并收回租赁物的时，承租人对超额价值享有返还请求权。
4．依约支付租金的义务。
5．妥善保管、使用租赁物，并负有维修义务。

复习思考题

1．根据我国《合同法》的规定，租赁合同中的承租人有哪些权利义务？
2．试述租赁合同与融资租赁合同的区别。

第十一章　完成工作成果的合同

教学目的和要求

掌握承揽合同中承揽人的主要义务，建设工程合同中承包人的主要义务及其享有的优先受偿权；熟悉承揽合同中定作人的权利义务以及建设工程合同中发包人的权利义务；了解承揽合同与建设工程合同的基本性质，以及这两种合同之间的关系。

第一节　承揽合同

一、承揽合同的概念和性质

承揽合同，是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽合同是诺成、双务、有偿、不要式合同。

二、承揽人的义务

1．原则上应以自己的设备、技术和劳力完成主要工作。

2．向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。

3．对定作人提供的材料进行检验的义务。

4．发现定作人提供的材料不符合约定、定作人提供的图纸或者技术要求不合理时，负有通知义务。

5．保管定作人提供的材料和完成的工作成果的义务。

6．接受定作人的检验、监督。

7．保密义务。

8．共同承揽人对定作人承担连带责任。

三、定作人的义务

1．支付报酬。

2．协助义务。

3．中途变更承揽要求时的损害赔偿责任。

4．随时解除承揽合同时的损害赔偿责任。

第二节　建设工程合同

一、建设工程合同的概念和性质

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同，包括工程勘察、设计、施工合同。

建设工程合同是诺成、双务、有偿、要式合同。

二、建设工程合同与承揽合同的关系

三、承包人的权利义务

1．接受发包人检查的义务。

2．在隐蔽工程隐蔽以前通知发包人检查的义务。

3．对于建设工程价款，就建设工程享有优先受偿权。

四、发包人的权利义务

1．及时验收的义务。

2．依约支付价款并接收建设工程的义务。

3．因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的，发包人享有要求承包人承担损害赔偿责任的权利。

复习思考题

1．承揽合同中的承揽人负有哪些义务？

2．承揽合同中的定作人享有哪些权利、负有哪些义务？

3．试析建设工程合同中承包人的优先受偿权的性质及其行使条件。

第十二章　提供劳务的合同

教学目的和要求

掌握运输合同中承运人的主要义务，保管合同及仓储合同中保管人的主要义务，委托合同中受托人的主要义务，以及间接代理制度；熟悉运输合同、保管合同和委托合同的性质，保管合同中的寄存人和仓储合同中的存货人的主要义务，行纪合同中行纪人的主要义务和行纪人的介入权；了解运输合同的类型，保管合同与仓储合同的区别，委托合同与行纪合同、居间合同之间的关系，以及居间合同中双方当事人的主要义务。

第一节　运输合同

一、运输合同的概念和性质

运输合同，是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

运输合同通常是双务、有偿、诺成合同。

二、运输合同的类型

1．旅客运输合同和货物运输合同。
2．单一运输合同和联合运输合同。
3．同一方式联运合同和多式联运合同。

三、承运人的义务

1．从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。
2．按照约定的运输路线安全运输的义务。
3．客运合同中承运人的义务。
（1）告知有关运输的重要事项的义务。
（2）依约运输旅客的义务。
（3）尽力救助患有急病、分娩、遇险旅客的义务。
（4）对旅客的伤亡承担损害赔偿责任。
（5）对旅客自带物品的毁损灭失承担过错赔偿责任。
4．货运合同中承运人的义务。
（1）及时通知收货人提货的义务。
（2）对运输过程中货物的毁损灭失承担损害赔偿责任。
（3）承受货物因不可抗力灭失时的运费风险。

四、托运人的权利义务

1．托运人享有任意变更或解除合同的权利。
2．如实申报与运输货物有关的事项的义务。
3．妥善包装货物的义务。

第二节　保管合同

一、保管合同的概念和性质

保管合同，是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。
保管合同是实践、无偿、不要式合同。

二、保管人的义务

1．给付保管凭证。
2．妥善保管义务。
3．亲自保管义务。
4．不得使用或许可第三人使用保管物。
5．第三人对保管物主张权利时的及时通知义务。
6．返还保管物及其孳息的义务。

三、寄存人的义务

1．依约支付保管费及其他费用。
2．保管物有瑕疵或者保管物需要采取特殊保管措施时，保管人负有告知义务。
3．寄存货币、有价证券或者其他贵重物品时，应向保管人声明。

第三节　仓储合同

一、仓储合同的概念和性质

仓储合同，是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。
仓储合同是双务、有偿、诺成、不要式合同。

二、保管人的义务

1．验收仓储物。
2．向存货人给付仓单。
3．妥善保管义务。
4．入库仓储物变质或损坏时的及时通知义务。
5．根据存货人或者仓单持有人的要求，同意其检查仓储物或者提取样品的义务。
6．保管不善时的损害赔偿责任。

三、存货人的义务

1．支付仓储费。
2．储存危险物品或易变质物品时的说明义务。
2．及时提取仓储物的义务。

第四节　委托合同

一、委托合同的概念和性质

委托合同，是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。
委托合同是无偿、诺成、不要式合同。

二、受托人的义务

1．按照委托人的指示，亲自处理委托事务。
2．报告委托事务的处理情况及委托事务的结果。
3．财产转交义务。
4．因过错给委托人造成损失时的赔偿义务。

三、委托人的义务

1．支付处理委托事务的费用。
2．有偿委托中支付报酬的义务。
3．赔偿受托人的损失。

四、间接代理

1．委托人的自动介入。

受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

2．委托人的介入权。

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务时，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

3．第三人的选择权。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。

五、委托合同终止的特殊事由

1．委托人和受托人可以随时解除委托合同。
2．委托人或受托人死亡、丧失民事行为能力或破产。

第五节　行纪合同

一、行纪合同的概念和性质

行纪合同，是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

行纪合同是双务、有偿、诺成、不要式合同。

二、行纪人的义务

1．负担行纪费用。

2．妥善保管委托物。

3．合理处分有瑕疵或者容易腐烂、变质的委托物。

4．按照委托人的指示处理事务。

三、行纪人的介入权

行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反的意思表示外，行纪人自己可以作为买受人或者出卖人。于此情形，行纪人仍然可以要求委托人支付报酬。

四、委托人的义务

1．支付报酬。

2．及时受领或取回委托物。

第六节　居间合同

一、居间合同的概念和性质

居间合同，是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

居间合同是有偿、诺成、不要式合同。

二、居间人的义务

1．向委托人如实报告有关订立合同的事项。

2．促成合同成立的，由居间人负担居间活动的费用。

三、委托人的义务

1．支付报酬。

2．居间人未促成合同成立的，委托人有义务支付居间人从事居间活动支出的必要费用。

复习思考题

1．旅客运输合同中的承运人负有那些义务？

2．试述保管合同与仓储合同之间的区别。

3．试述我国《合同法》关于间接代理制度的规定。

4．试述委托合同与行纪合同的异同。

第十三章　技术合同

教学目的和要求

掌握《合同法》规定的技术合同的类型，技术开发合同中研究开发成果的归属；熟悉技术开发合同和技术转让合同中双方当事人的主要义务；了解技术咨询合同和技术服务合同中双方当事人的主要义务。

第一节　技术开发合同

一、技术开发合同的概念和性质

技术开发合同，是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。

技术开发合同是双务、有偿、诺成、要式合同。

二、委托开发合同

1．委托人的义务。

（1）按照约定支付研究开发经费和报酬。

（2）提供技术资料、原始数据。

（3）完成协作事项。

（4）接受研究开发成果。

2．开发人的义务。

（1）按照约定制定和实施研究开发计划。

（2）合理使用研究开发经费。

（3）按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握研究开发成果。

3．成果归属

三、合作开发合同

1．当事人的义务

（1）按照约定进行投资，包括以技术进行投资。

（2）分工参与研究开发工作。

（3）协作配合研究开发工作。

2．成果归属

四、当事人的法定解除权

因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

五、研究开发失败的风险负担

第二节　技术转让合同

一、技术转让合同概述

技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。
技术转让合同是有偿、双务、诺成、要式合同。

二、专利实施许可合同

1．让与人的义务
（1）按照约定许可受让人实施专利。
（2）交付与实施专利有关的技术资料。
（3）提供必要的技术指导。
2．受让人的义务
（1）按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利。
（2）按照约定支付使用费。

三、技术秘密转让合同

1．让与人的义务
（1）按照约定提供技术资料，进行技术指导。
（2）保证技术的实用性、可靠性。
（3）保密义务。
2．受让人的义务
（1）按照约定使用技术。
（2）支付使用费。
（3）保密义务。

第三节　技术咨询合同

一、技术咨询合同概述

技术咨询合同包括就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告等合同。

二、委托人的义务

1．按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据。
2．接受受托人的工作成果，支付报酬。

三、受托人的义务

1．按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题。
2．提出的咨询报告应当达到约定的要求。

第四节　技术服务合同

一、技术服务合同概述

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。

二、委托人的义务

1．按照约定提供工作条件，完成配合事项。
2．接受工作成果并支付报酬。

三、受托人的义务

1．按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量。
2．传授解决技术问题的知识。

四、新技术成果的归属

复习思考题

1．我国《合同法》对技术开发合同中研究开发成果的归属是如何规定的？
2．专利实施许可合同中让与人和受让人各自负有哪些义务？

参考文献目录

1．崔建远主编：《合同法（第三版）》，法律出版社，2003 年版。
2．李永军：《合同法》，中国人民大学出版社，2005 年版。
3．韩世远：《合同法总论》，法律出版社，2004 年版。
4．王利明：《合同法研究》第一卷，中国人民大学出版社，2002 年版。
5．王利明：《合同法研究》第二卷，中国人民大学出版社，2003 年版。
6．江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社，1999 年版。

第三编（章） 法定之债——侵权行为之债

（ 尹志强 刘新熙 胡安潮）

第一节 侵权责任法概述

一、侵权行为的概念及特征

（一）侵权行为的概念

行为人基于过错（或在法律有特别规定时不问有无过错），不法侵害他人民事权益，依法应当承担民事责任的行为。

（二）侵权行为的特征

1、侵权行为是一种损害他人民事权益的行为；

2、侵权行为主要是行为人基于过错而实施的行为；

3、侵权行为是依法应当承担民事责任的行为；

（三）侵权行为与相关行为的区别

1、侵权行为与违约行为；

2、侵权行为与犯罪行为；

3、侵权行为与无因管理；

4、侵权行为与不当得利；

二、侵权行为的类型

（一）以归责原则为分类标准

1、一般侵权行为；

2、特殊侵权行为；

（二）以行为人与责任人是否同一为分类标准

1、自己行为责任；

2、替代责任或转承责任；

（三）以违反义务的方式为分类标准

1、作为方式的侵权行为；

2、不作为方式的侵权行为；

（四）以侵权行为人数目为分类标准

1、单独侵权责任；

2、数人侵权责任；

（五）以侵权行为所侵害的对象为分类标准

1、侵害人身权的行为；

2、侵害财产权的行为；

三、侵权责任法的定义及功能

（一）侵权责任法的定义

1、侵权责任法的概念；
2、侵权责任法的特征（民事权益保护法；强行法；主要是裁判性规范）；
（二）侵权责任法的功能
1、填补损害；
2、教育与预防；
3、制裁功能；
4、创设权利；

四、我国侵权责任法保护的权益范围

（一）我国《侵权责任法》第 2 条规定的解读
1、侵权责任法的保护对象仅限于私权；
2、侵权责任法的保护对象既包括权利也包括法益；
3、侵权责任法保护的主要权利是绝对权；
4、侵权责任法保护范围的开放性；
（二）侵权责任法保护的合法利益
1、人格利益；
2、财产利益；
3、债权利益；
4、其他合法利益；
（三）对权利与利益的区别保护
1、权利与利益的区分；
2、对利益保护的必要限制；

五、侵权责任法的一般条款

（一）一般条款的定义
1、一般条款的概念；
2、一般条款的功能；
（二）我国《侵权责任法》一般条款的模式
1、一般条款+类型化模式
2、我国《侵权责任法》第 2 条与第 6 条之相互关系分析；

六、侵权请求权及其优先保障

（一）侵权责任关系的主体
1、侵权人（行为人与责任人）；
2、被侵权人（直接受害人与间接受害人）；
（二）侵权请求权与侵权之债
（三）侵权请求权与侵权责任
（四）法规竞合与侵权请求权的优先权保障

七、侵权责任法的法律渊源及其适用

（一）法律渊源
1、宪法

2、法律（普通法与特别法）
3、行政法规
4、司法解释
5、民事习惯
（二）侵权责任法的适用原则
1、特别法优于普通法；
2、新法优于旧法；
3、法律文本优于司法解释；

第二节　侵权责任的归责原则

一、归责原则概述

（一）归责原则的含义及功能
1、归责原则的概念（归责的含义、归责与责任）；
2、归责原则的功能；
3、归责原则与损害赔偿原则的联系与区别；
（二）我国侵权责任法的归责原则体系
1、多元归责体系；
2、各归责原则的地位；
3、归责原则的综合运用；

二、过错责任原则

（一）过错责任原则的含义
1、过错责任原则的概念；
2、以过错作为责任的构成要件；
3、以过错作为确定责任范围的依据；
4、以过错作为区分共同侵权与无意思联络的数人侵权的标准；
（二）过错责任原则的理论基础及其功能
1、理论基础（或理论依据）；
2、过错责任原则的功能；
（三）过错责任原则的适用
1、过错责任原则与一般条款的适用范围；
2、过错责任原则的举证责任；
（四）过错推定责任
1、过错推定的含义；
2、过错推定的适用范围；
3、过错推定的适用方法；
4、过错推定与过错责任原则的关系；

三、严格责任原则

（一）严格责任原则的含义
1、严格责任原则的概念；
2、严格责任原则的特点；
不考虑行为人有无过错；免责事由受到严格限制；
（二）严格责任的归责依据与功能
1、归责依据；（行为或物的危险性）
2、严格责任原则的功能（分配正义、合理分配风险、预防损害发生）；
（三）严格责任原则的适用
1、严格责任原则的适用条件及适用范围
2、严格责任原则举证责任；
（四）严格责任原则与过错推定
1、二者的相互关系；
2、二者的相互区别；

四、公平责任

（一）公平责任的含义
1、公平责任的概念；
2、公平责任的特征；
3、公平责任的本质；
（二）公平责任在归责原则体系中的地位
（三）公平责任的适用
1、公平责任适用的条件；
2、公平责任适用的范围；

第三节　侵权责任构成要件

一、侵权责任构成要件概述

（一）构成要件的含义
1、构成要件的概念；
2、构成要件的功能；
3、侵权责任构成要件与侵权行为构成要件；
4、一般构成要件与特殊构成要件；
5、一般构成要件与损害赔偿责任；
（二）侵权责任构成要件的体系
1、“三要件说”与“四要件说”的分野；
2、我国司法实践的立场；
3、侵权责任构成要件与归责原则的关系；

二、违法行为

（一）行为违法性概述
1、违法行为的定义；
2、自己的加害行为与准侵权行为；
3、行为不法与结果不法；
（二）违法性的判断标准
1、违反法定义务；
2、违反以保护他人为目的的法律；
3、故意以违背善良风俗之方式致人损害；
（三）违法行为的方式
1、作为方式；
2、不作为方式；

三、损害事实

（一）损害的含义及本质
1、损害的概念；
2、损害的特征；
3、侵权法上损害的本质；
（二）损害的类型
1、财产损害与非财产损害；
2、现实财产的减少与可得利益的丧失；
3、直接损害与间接损害；
4、本人损害与反射性损害；
（三）损害的证明与推定
1、损害的证明；
2、损害的推定；
（四）关于纯粹经济损失
1、纯粹经济损失的概念与特征；
2、纯粹经济损失与间接损失的关系；
3、关于纯粹经济损失的赔偿问题；

四、因果关系

（一）因果关系概述
1、哲学范畴的因果关系；
2、因果关系在侵权法上的意义；
3、因果关系与过错要件的关系；
4、事实上的因果关系与法律上的因果关系；
5、责任成立的因果关系与责任范围的因果关系；
（二）侵权法上的几种主要的因果关系理论及其分析
1、必然因果关系；
2、必要条件理论；
3、相当因果关系；

4、法规目的说；
（三）几种特殊的因果关系
1、聚合因果关系；
2、累积因果关系；
3、超越因果关系；
4、假设因果关系；
5、因果关系中断；
（四）因果关系的证明与推定
1、因果关系的证明；
2、因果关系的推定；
（五）对我国侵权法上因果关系规则的认识
1、区分事实上因果关系与法律上因果关系；
2、我国侵权法上判断法律上原因的基本规则；
3、多因现象下侵权责任的承担；

五、过错

（一）过错的概念及本质
1、过错的的概念；
2、过错的本质；
（二）过错的形式
1、过错形式的划分标准及其意义；
2、故意；
3、过失；
（三）过错的判断标准
1、主观过错标准；
2、客观过错标准；
（四）过失判断客观标准的多元化及相关因素
1、过失判断的一般标准：理性人标注准；
2、过失判断的特殊标准：法定标准；
3、过失判断的效率标准；：汉德公式；
4、判断过失时应予考虑的主观因素；
5、过失判断标准的适用方法；
（五）过错推定
1、过错推定的概念；
2、过错推定的类型；
3、过错推定的适用条件及方法；

第四节　共同侵权行为

一、共同加害行为

（一） 共同加害行为的概念与特征
1、共同加害行为的概念；
2、共同加害行为的特征；
（二） 行为共同性的判断标准
1、主观的关联共同；
2、客观的关联共同；
3、我国侵权责任法的基本立场；
（三）共同加害行为的构成要件
1、加害主体的复数性；
2、主观过错的共同性或各加害行为原因力的足够性；
3、损害结果的同一性；

二、教唆人和帮助人的侵权责任

（一）教唆人的侵权责任
1、教唆的含义；
2、教唆行为的构成要件；
3、教唆人的责任承担问题；
（二）帮助人的侵权责任
1、帮助人的含义；
2、帮助行为的构成要件；
3、帮助人的责任承担问题；

三、共同危险行为

（一）共同危险行为的概念与特征
1、共同危险行为的概念；
2、共同危险行为的特征；
3、共同危险行为与相关概念的比较；
（二）共同危险行为的构成要件及免责事由
1、数人均实施了具有危险性的行为；
2、数人行为在客观上具有共同危险性；
3、不能确定实施加害人；
4、共同危险行为的免责事由；
（三）共同危险行为人的责任承担
1、共同危险行为人承担连带责任的法理依据；
2、共同危险行为人承担对内、对外责任的具体规则；

四、无意思联络的数人侵权责任

（一）无意思联络的数人侵权的概念及特征

1、无意思联络的数人侵权的概念；
2、无意思联络的数人侵权的特征；
（二）聚合因果关系的数人侵权
1、聚合因果关系的数人侵权的概念；
2、聚合因果关系的数人侵权的特征；
3、聚合因果关系的数人侵权的责任承担；
（三）多因一果的数人侵权
1、多因一果数人侵权的概念；
2、多因一果数人侵权的特征；
3、多因一果数人侵权责任承担；

五、数人侵权的责任

（一）数人侵权的连带责任
1、连带责任的概念与特征；
2、连带责任在数人侵权中的适用范围；
3、侵权法上的连带责任与不真正连带责任的区别；
4、连带责任人的对外责任；
5、连带责任的内部分担及追偿；
（二）数人侵权的按份责任
1、按份责任的概念与特征；
2、按份责任的适用；

第五节　侵权责任方式

一、侵权责任方式概述

（一）侵权责任方式的概念与特征
1、侵权责任方式的概念；
2、侵权责任方式的特征；
（二）侵权责任方式的类型及适用
1、绝对权请求权的责任方式及适用条件；
2、债权请求权的责任方式及适用条件；
3、我国侵权法上 8 种责任方式的具体内容；
4、侵权责任方式的适用原则；

二、侵权损害赔偿

（一）损害赔偿的概念及特征
1、损害赔偿的概念；
2、损害赔偿的特征；
（二）损害赔偿法律关系的主体
1、损害赔偿法律关系的权利主体；

2、损害赔偿法律关系的义务主体；

（三）损害赔偿的原则

1、财产损害完全赔偿原则；

2、过失相抵原则；

3、损益相抵原则；

三、人身损害赔偿

（一）侵害人身权的概念及损失的计算

1、侵害人身权的概念；

2、侵害人身权所致财产损失的计算方法；

（二）人身损害的赔偿范围

1、人身损害的一般赔偿范围；

2、致人残疾的赔偿范围；

3、致人死亡的赔偿范围；

4、同一侵权行为导致数人死亡的赔偿标准；

四、财产损害赔偿

（一）财产损害赔偿的概念与特征

1、财产损害赔偿的概念；

2、财产损害赔偿的特征；

（二）财产损害的赔偿范围

1、财产损失的计算方法；

2、财产损害的“填补”原则；

五、精神损害赔偿

（一）精神损害赔偿概述

1、精神损害赔偿的概念与特征；

2、精神损害赔偿的实质与功能；

（二）精神损害赔偿的适用

1、精神损害赔偿的适用条件；

2、精神损害赔偿的适用范围；

3、精神损害赔偿额的确定；

第六节　免除责任和减轻责任的事由

一、免除责任和减轻责任事由概述

法律规定对造成的损害免除责任或减轻责任的情形，在传统侵权法中被称为抗辩事由，指被告对原告的诉讼请求所提出的诉求不成立或不完全成立的事实。因其本质上是要免除或部分免除责任而提出的抗辩，所以也称免责事由。对于抗辩事由究竟应规定哪些，历来争论激烈，我国《侵权责任法》规定的抗辩事由较少，如自甘冒险、受害人同意以及意外事件等都没有规定。在类型上看，

抗辩事由主要有两类：违法阻却和因果关系欠缺。

二、违法阻却

违法阻却本质上是对侵害行为违法性要件的抗辩，也就是对侵害行为正当性的证明。《侵权责任法》明确规定了正当防卫和紧急避险行为，没有规定自助行为，而对于依法行为也是散见于其他法律中的，如父母对子女的教育行为，正当的新闻报道行为等。

（一）正当防卫

正当防卫是指：对于现实的不法侵害加以反击，以保护自己或他人合法权益的行为。

正当防卫的构成要件，主要包括：

1、对象条件

2、目的条件

3、时间条件

4、该防卫行为不得超过必要的限度。

注意：并非所有的权益保护都可以适用正当防卫。

（二）紧急避险

紧急避险是指：为了避免自己或他人的生命、身体、自由以及财产上的急迫危险，不得已而实施的加害他人的行为。紧急避险制度贯彻的思想是“两害相权取其轻”的利益衡量原则。

紧急避险可分为防御型避险和攻击型避险。防御型避险指对直接产生危险的物或特定情况下的人所实施的防御行为，此种避险行为是典型的合法行为；攻击型避险则是为消除某种危险，而侵害与此危险产生没有关系的财产的行为。

紧急避险的构成要件：

1、须有急迫危险

2、须是正在发生的危险，尚未发生的、或已经消除的危险不得实施所谓的“避险”行为

3、须避险行为属于必要

4、避险行为不能超过必要的限度

（三）依法行为

依法行使职权或依法行使私权等都与侵权行为的违法性有本质区别。

三、因果关系欠缺

（一）受害人原因

在受害人故意或在法律有明确规定情况下的重大过失都是免除行为人责任的抗辩事由；对于造成的损害，受害人有过失的情况下，可以减轻加害人的责任。受害人过失也称“与有过失"，在损害赔偿法中被称为“过失相抵"，另外，这里要注意解释“与有过失”与“比较过失"。

（二）第三人原因

损害是第三人造成的，行为人不承担责任，要注意第三人独立承担责任的情形和他人承担补充责任的情形。

（三）不可抗力

不可抗力是指：不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。现代社会中人们对世界的认识能力和控制能力不是同步的，所以，不可抗力的本质不在于“不能预见"，而在于“不能避免和克服。

不可抗力分为自然界的不可抗力和人类社会的不可抗力。

第七节　不作为方式的侵权责任

不作为方式的侵权责任是行为人违反作为义务而致他人合法权益损害所应承担的责任。该类侵权责任因与行为自由关系紧密，所以，我国《侵权责任法》主要规定了网络服务提供者的侵权责任、违反安全保障义务的侵权责任和教育机构不作为导致学生人身损害的侵权责任三类。本节中要注意连带责任和补充责任的适用。

一、网络服务提供者的侵权责任

（一）网络服务提供者侵权责任的概念

网络技术提供者、内容服务提供者利用网络侵害他人民事权益而应承担的侵权责任。网络服务提供者的侵权责任属于一般侵权责任，其责任基础在于行为人主观上存在过错。

（二）特征

1、主体特殊

2、客体特殊

3、损害后果特殊

（三）网络服务提供者侵权责任的类型

1、积极作为的侵权

2、拒绝“取下”的侵权

“通知与取下”的含义

网络服务提供者在接到权利人发出的侵权通知后，应当及时采取删除、屏蔽或者断开链接等措施，阻止他人访问侵权信息的规则。拒绝“取下”造成的损害，网络服务提供者应承担不作为侵权责任。

我国《侵权责任法》中“知道”的含义及判断标准

二、违反安全保障义务的侵权责任

（一）安全保障义务的含义

安全保障义务，是指特定场所的管理人或活动的组织者对于进入该场所获参与该活动的人所负有的合理注意和保护义务。安全保障义务在性质上属于什么义务，理论界有不同观点。

（二）安全保障义务侵权责任的发展

1、大陆法国家的违约责任向侵权责任的演变

2、英美法中的邻居规则（Neighbor Principle）和“注意义务”

（三）我国法中的违反安全保障义务侵权责任

1、归责适用过错责任原则。

2、责任主体与赔偿权利主体的确定

3、“补充责任”的属性

三、教育机构对学生人身损害的侵权责任

（一）教育机构的侵权责任指：教育机构在教学活动或其管理的设施中未尽教育管理职责，致使学生遭受损害或学生致他人损害时，所承担的与其过错相应的侵权责任。

（二）教育机构对学生人身损害的侵权责任的归责原则

1、无行为能力学生受到损害时适用过错推定

2、限制行为能力学生受到损害时适用过错责任

3、校人员对学生的人身伤害，教育机构承担的补充责任。

第八节　替代责任

一、替代责任概述

替代责任是指：在法律明确规定情况下，对他人的不法行为造成的后果承担的侵权责任。为防止“株连"，替代责任的范围须有一定的限制，一般责任人与致害人之间具有隶属、雇佣或监护等特定的关系。

二、监护人责任

（一）监护人责任概述

监护人责任是指：被监护人致他人损害，而由其监护人承担相应法律后果的侵权责任。

（二）监护人责任的归责原则

1、过错推定原则

2、无过错责任

（三）监护人责任的构成要件

1、被监护人的行为构成侵权

2、监护人无免责事由

3、被监护人无足够的财产

（四）特殊情况下的监护人责任

1、委托监护下的监护人责任

2、监护人不明时的责任

3、夫妻离婚情况下的监护人责任

三、用人单位责任

（一）用人单位责任的概念。用人单位的责任是指：用人单位工作人员因工作造成他人损害的，由用人单位对受害人承担的侵权责任，也称雇主责任。对用人单位要做广义理解，包括：企业、事业单位，也包括国家机关、社会团体以及个体经济组织。对于临时帮工造成的损害则适用最高人们法院相关司法解释；对于个人之间的劳务关系，适用侵权责任法第 35 条规定。

（二）用人单位责任的归责原则

1、无过错责任

2、过错推定责任

3、我国《侵权责任法》采用的是无过错责任

（三）用人单位责任的构成要件

1、须为用人单位工作人员

2、须为执行用人单位工作任务

（四）劳务派遣中产生的侵权责任

1、用工单位承担的责任

2、劳务派遣单位的补充责任

第九节　产品责任

一、产品责任概述

（一）产品责任概念

产品责任是指：因产品存在缺陷造成他人损害，产品的生产者、销售者等所应承担的侵权责任。广义的产品责任包括违约责任和侵权责任。

（二）产品的含义

所谓产品，是指经过加工、制作，用于销售的物品。产品的范围正在逐渐扩大，为保护农民的利益，传统理论将初级农产品排除在产品之外，但现代社会取消了这种优惠。从我国侵权法的规定看，血液也属于产品。

（三）产品责任的归责标准

1、产品的生产者、销售者承担无过错责任

2、产品的运输者、仓储者承担过错责任

二、产品责任的构成

（一）产品存在缺陷

缺陷指产品存在危及人身和财产安全的不合理危险，对于产品的安全保障有国家标准、行业标准的是指不符合该标准。“不合理危险”应以社会一般人通常的预见能力为判断标准。

（二）缺陷产品造成受害人人身或财产损害

该损害应是产品之外的损害，单纯的缺陷产品损害，应依据合同法规定，要求承担违约责任。

（三）受害人的损害与产品的缺陷有因果关系

三、产品责任的责任主体

（一）生产者的责任

（二）销售者的责任

（三）运输者、仓储者的责任

四、产品责任的抗辩事由

（一）未将产品投入流通

（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在

（三）产品投入流通时的科学技术尚不能发现缺陷存在

除此之外，如出现其他法律规定免责条件的，如受害人有过错、购买者甘冒风险、常识性危险等产品的生产者、销售者也可以进行抗辩。

第十节　机动车交通事故责任

一、机动车交通事故责任概述

（一）机动车交通事故责任概念

1、机动车交通事故是指，机动车在道路上因当事人的过错或者意外造成人身伤亡或者财产损

失的事件。

2、

二、机动车交通事故责任的归责原则

（一）概述

在比较法上，对道路交通事故致人损害的责任，各国基本都适用无过错责任或严格责任。

（二）我国机动车交通事故责任的归责原则

1、交通事故责任的归责原则理论上是一个争论较大的问题。主要有过错责任、过错推定责任和无过错责任三种基本观点；在立法上，我国的《民法通则》采无过错责任，过去国务院颁布的《道路交通事故处理办法》采过错责任。

2、《道路交通安全法》中规定的原则：机动车之间发生交通事故的适用过错责任；机动车与非机动车、行人发生交通事故的适用过错推定责任。

3、强制保险对机动车交通事故责任的归责原则有重大影响。

三、机动车交通事故责任的构成

（一）须发生道路交通事故

1、交通事故指：车辆在道路上因过错或意外造成的人身伤亡或财产损失的事件。

2、道路交通事故中的道路指公共道路。

3、事故须为机动车所致。

（二）交通事故须造成损害结果

（三）事故与受害人因接触机动车所致损害之间有因果关系

四、机动车交通事故责任的主体

（一）责任主体确认的标准

机动车运行支配与运行利益作为判断责任主体的标准。

（二）我国责任主体的确定

1、一般情况下机动车所有人为道路交通事故的责任人。

2、在保留所有权的分期付款买卖情况下，责任人应为买受方。

3、在出租、出借情况下的责任主体一般是承租人和借用人，在所有人有过错时，应承担相应的赔偿责任。

4、在实际车辆所有人与名义所有人不同时的责任主体是车辆的实际所有人。

5、被盗窃或被抢的车辆造成他人损害时的责任主体是盗窃人、抢劫人或抢夺人。

6、转让拼装车或已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害时，责任人是转让人和受让人。

五、机动车交通事故责任的抗辩事由

（一）受害人的故意

（二）受害人的过失

（三）不可抗力

第十一节　医疗损害责任

一、医疗损害责任概述

（一）医疗损害责任的概念和特征

医疗损害责任是指医疗机构及医务人员在医疗过程中因过失、或依无过错责任造成患者人身及其他损害，依法应当承担的侵权责任。

（二）医疗损害责任的构成

1、医疗机构及其医务人员实施了医疗行为；

2、患者遭受非正常损失；

3、医疗机构存在过错；

4、医疗机构的过错行为与患者之间遭受的损失具有因果关系。

（三）医疗损害的归责原则

医疗损害在我国一般采取的是过错归责原则。

二、医疗损害的具体类型

（一）诊疗行为损害责任

1、诊疗行为的概念和特征

诊疗行为是指医疗机构及其医务人员借助医学知识、专业技术、仪器、设备及药物手段为患者提供诊断、治疗、护理，及治疗后的情况判断等维护患者生命健康所必需的活动的总和。

2、诊疗行为损害责任构成要件

存在违反诊疗规范的事实；造成患者损失；违反规范行为与损害之间存在因果关系。

（二）违反医疗伦理损害责任

1、医疗伦理含义及类型

医疗伦理是指医疗机构或医护人员从事医疗行为时应当遵守医疗职业良知或职业伦理，实施告知、保密等义务。

2、医疗伦理损害责任构成要件

未履行法定的告知和保密义务；造成患者损害，行为与损害之间有因果关系。

（三）医疗产品损害责任

1、医疗产品的概念和特征

医疗产品是指为患者在接受医疗服务中，提供的药品、消毒药剂、医疗器械等物品。

2、医疗产品损害责任的构成条件

产品存在缺陷；患者受到损害；使用缺陷产品与患者损害存在因果关系。

三、医疗损害责任的减免规则

（一）医疗损害责任的减免责事由

受害人的过错；医疗机构在紧急情况下已尽了合理诊疗义务；限于当时医疗水平难以诊疗。

（二）医疗损害责任减免规则的适用

第十二节　环境污染责任

一、环境污染责任概述

（一）环境污染责任的概念

环境污染责任是指实施污染环境的行为造成他人损害依法应当承担的民事责任。

（二）环境污染的归责原则

环境污染采取无过错责任的归责原则。

二、环境污染责任的构成要件

（一）存在环境污染行为

（二）发生环境污染致人损害的事实

（三）污染环境行为与损害之间具有因果关系

三、数人实施环境污染侵权的责任

（一）数人环境侵权责任概念和特征

数人环境侵权是指两个以上污染者污染环境，环境污染者依照责任大小、污染物的种类、排放量等因素承担民事责任。

（二）对数人环境侵权责任法律适用

1、数人环境污染侵权责任的适用规则

2、数人环境污染责任承担应当注意的问题

四、环境污染责任的减免责事由及诉讼时效

（一）环境污染而减免责事由

环境污染的减免责事由包括：不可抗力；受害人过错；第三人过错；其他免责事由。

（二）诉讼时效

法律对环境污染侵权中诉讼时效有特殊规定，《环境保护法》第 42 条规定，因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为 3 年。

第十三节　高度危险责任

一、高度危险责任概述

（一）高度危险责任的概念和特征

高度危险责任是指从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业对他人造成损害的民事责任。

（二）高度危险责任与类似责任的区别

1、与其他危险责任的区别；

2、与替代责任的区别

二、高度危险责任构成要件

（一）责任人从事高度危险作业
（二）造成他人损害结果发生
（三）危险作业与损害结果之间存在因果关系

三、高度危险责任的特殊类型及减免责事由

（一）民用核设施致害责任
1、民用核设施致害责任的概念及特征
2、民用核设施致害的责任承担
3、民用核设施致害责任的减免责事由
（二）民用航空器致害责任
1、民用航空器致害责任的概念及特征
2、民用航空器致害的责任承担
3、民用航空器致害责任的减免责事由
（三）高度危险物致害责任
1、高度危险物致害责任的概念及特征
2、高度危险物致害的责任承担
3、高度危险物致害责任的减免责事由
（四）高度危险活动致害责任
1、高度危险活动致害责任的概念及特征
2、高度危险活动致害的责任承担
3、高度危险活动致害责任的减免责事由

四、高度危险责任的限额赔偿

（一）限额赔偿理论介绍
（二）限额赔偿的法律规则适用

第十四节　饲养动物致害责任

一、饲养动物致害责任概述

（一）饲养动物的含义
饲养动物与非饲养动物的区别。
（二）饲养动物致害责任的概念
饲养动物致害责任是指饲养的或者豢养的动物致人损害，该动物的饲养人或者管理人应当承担民事责任。
（三）饲养动物致害责任的归责原则
无过错责任

二、饲养动物致害责任的一般规则

（一）饲养动物致害责任的构成要件

1、须为饲养的动物；
2、须为动物本身特性造成的损害；
（二）饲养动物致害责任的承担主体
动物的饲养人；管理人；
（三）饲养动物致害责任的减免责事由
1、被侵权人故意或重大过失
2、第三人过错

三、饲养动物致害责任特殊类型

（一）未对饲养动物采取安全措施致害责任
（二）禁止饲养的危险动物致害责任
（三）动物园的动物致害责任
（四）遗弃或逃逸动物致害责任
（五）因第三人过错导致动物致害责任

第十五节　物件损害责任

一、物件损害责任概述

（一）物件损害责任的概念
物件损害责任是指管领物件的人未尽注意义务，致使物件造成他人的损害。物件主要包括：建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物；也延伸至堆放物、在公共道路上堆放、倾倒、遗撒物等。
（二）物件致害责任的构成要件
1、存在物脱落或坠落的事实；
2、有损害的发生；
3、物坠落或脱落与损害之间存在因果关系；
4、物件的管理人不能证明自己无过错。
（三）物件致害责任的归责原则
过错推定原则。

二、物件损害责任的具体类型

（一）建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物致害责任
（二）建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致害责任
（三）从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落物品致害责任
（四）堆放物倒塌致害责任
（五）在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品致害责任
（六）林木折断致害责任
（七）地面、地下施工致害责任

复习思考题

1、侵权行为与违约行为的区别？
2、侵权行为法的功能？
3、如何理解我国侵权责任法上的一般条款？
4、归责原则的功能是什么？
5、过错责任原则的内涵？
6、过错推定的适用范围与适用方法？
7、严格责任原则的适用条件与范围？
8、侵权责任构成要件在侵权法上的意义？
9、侵权责任构成要件与归责原则的关系？
10、违法性的判断标准如何掌握？
11、侵权法上损害的构成要素？
12、相当因果关系的内涵是什么？
13、我国侵权法上判断因果关系的基本规则？
14、过错的本质是什么？
15、如何理解行为共同性的判断标准？
16、教唆人、帮助人承担侵权责任的具体规则？
17、共同危险行为的责任构成要件及免责事由？
18、数人侵权中连带责任的适用条件及范围？
19、损害赔偿的一般原则？
20、如何理解死亡赔偿金的性质？
21、精神损害赔偿的适用条件？
22、正当防卫的构成要件有哪些？
23、紧急避险的构成要件有哪些？
24、简述网络服务提供者责任的认定标准
25、如何理解安全保障义务违反者的“补充责任”含义？
26、简述替代责任的理论基础。
27、如何理解用人单位责任中的“因工作”？
28、简述产品责任的构成要件。
29、简述机动车交通事故责任的归责原则
30、医疗损害责任的构成要件有哪些？
31、医疗损害有哪些减免责事由？
32、我国《侵权责任法》如何规定数人环境污染侵权责任的责任承担？
33、为什么高度危险责任可以采取限额赔偿？
34、如何界定“饲养动物”？
35、饲养动物应当采取怎样的归责原则？
36、物件致害责任采取怎样的归责原则？
37、你对《侵权责任法》第 87 条的规则有何看法？

《商法学（一）》教学大纲

民商经济法学院商法研究所　编写

目　录

前　言 12
课程性质 12
编写目的 12
课程简介 12
编写人员 12
课程教学目的 12
课程基本要求 12
课程重点与难点 12
课程主要内容及学时分配 13
第一编　商法总论 14
第一章　商法概述 15
第一节　商法的概念和调整对象 15
一、商事的涵义 15
二、商事的范围 15
三、商法的调整对象 15
四、商法的概念 15
第二节　商法的性质与特点 16
一、商法的性质 16
二、商法的特点 16
第三节　商法的地位 16
一、商法与民法 16
二、商法与经济法 16
三、商法与行政法 16
四、商法与劳动法 16
第四节　商法的基本原则 17
一、商事主体法定原则 17
二、确认和保护营利原则 17
三、促进交易简便快捷原则 17
四、维护交易公平原则 17
五、保护交易安全原则 17
第五节　商法的历史与发展 17
一、西方国家商法的产生和发展 17
二、我国商法的沿革 18
本章复习与思考题 18
本章拓展阅读书目 18
第二章　商事主体 19
第一节　商事主体概述 19
一、商事主体的概念 19
二、商事主体的特征 19
第二节　商事主体的类型和分类 19
一、商个人、商法人和商合伙 19
二、法定商人、注册商人和任意商人 19
三、大商人和小商人 20
四、完全商人、拟制商人、表见商人或者固定商人、拟制商人 20
第三节　商事能力 20
一、商事能力的概念 20
二、关于商事能力的特别限制 20

本章复习与思考题.....20
本章拓展阅读书目.....21
第三章　商事行为.....22
第一节　商事行为概述.....22
一、商事行为的概念.....22
二、商事行为的特征.....22
三、商事行为的规制方式.....22
第二节　商事行为分类.....22
一、单方商行为与双方商行为.....22
二、基本商行为与附属商行为.....23
三、绝对商行为与相对商行为.....23
四、固有商行为与准商行为.....23
第三节　一般商事行为.....23
一、一般商事行为概述.....23
二、商事代理行为.....23
三、商事债权行为.....24
四、商法上的物权行为.....24
五、商事交互计算.....24
第四节　特殊商事行为.....24
一、商事买卖.....24
二、商事运输.....24
三、商事仓储.....24
四、商事居间.....24
五、商事行纪.....24
六、商事期货交易.....24
七、商事信托.....25
本章复习与思考题.....25
本章拓展阅读书目.....25
第四章　商事登记.....26
第一节　商事登记概述.....26
一、商事登记的概念和特征.....26
二、商事登记的意义.....26
三、商事登记的法律规范.....26
第二节　商事登记原则.....26
一、强制登记原则.....26
二、全面审查原则.....27
三、登记公开原则.....27
第三节　商事登记的对象与登记管理机关.....27
一、商事登记对象.....27
二、商事登记管理机关.....27
第四节　商事登记的种类和程序.....27
一、设立登记.....27
二、变更登记.....27
三、注销登记.....27
第五节　商事登记的效力.....28
一、对商事主体的效力.....28
二、对第三人的效力.....28
本章复习与思考题.....28
本章拓展阅读书目.....28
第五章　商业名称.....29

第一节　商业名称概述.....29
一、商业名称的概念`.....29
二、商业名称的法律特征.....29
三、商业名称与商号、商标.....29
第二节　商业名称的构成、选定和取得.....30
一、商业名称的构成.....30
二、商业名称的选定.....30
三、商业名称的取得.....30
第三节　商业名称权及其保护.....30
一、商业名称权的概念.....30
二、商业名称权的保护.....31
本章复习与思考题.....31
本章拓展阅读书目.....31
第六章　营业.....32
第一节　营业的概念.....32
第二节　营业活动.....32
一、营业自由.....32
二、营业所.....32
第三节　营业组织.....33
一、营业组织.....33
二、营业转让.....33
三、营业租赁、委托经营.....33
四、营业担保.....33
本章复习与思考题.....33
本章拓展阅读书目.....34
第七章　商事代理.....35
第一节　商事代理概述.....35
一、商事代理的概念.....35
二、商事代理的特征.....35
第二节　代理商.....35
一、居间商.....35
二、行纪商.....35
三、商事企业雇员.....35
第三节　商事代理法律关系.....36
一、代理商与被代理人之间的内部法律关系.....36
二、代理商及被代理人与第三人之间的法律关系.....36
三、代理法律关系的终止.....36
本章复习与思考题.....36
本章拓展阅读书目.....36
第八章　商事账簿.....37
第一节　商事账簿概述.....37
一、商事账簿的概念.....37
二、设置商事账簿的原则.....37
第二节　商事账簿的种类.....37
一、会计凭证.....37
二、会计账簿.....38
三、会计报表.....38
四、商事账簿的意义.....38
五、商事账簿的保管.....38
本章复习与思考题.....38

本章拓展阅读书目.....38
第九章　商事公告.....39
第一节　商事公告概述.....39
一、商事公告的概念.....39
二、商事公告的特征.....39
三、商事公告的制度价值.....39
第二节　商事公告的种类.....39
一、主体公告、行为公告、事实公告.....39
二、公司法、证券法、保险法、银行法等法律上的公告.....40
第三节　商事公告的效力.....40
一、消极效力.....40
二、积极效力.....40
三、公示效力.....40
四、虚假公告的效力.....40
本章复习与思考题.....40
本章拓展阅读书目.....40
【本编拓展阅读书目】.....41
第二编　个人独资企业与合伙企业法.....42
前　言.....42
第一章　个人独资企业.....43
第一节　个人独资企业概述.....43
一、个人独资企业的概念.....43
二、个人独资企业的法律特征.....43
三、个人独资企业与个体工商户的比较.....43
第二节　个人独资企业的设立.....44
一、个人独资企业的设立条件.....44
二、个人独资企业的登记.....44
三、个人独资企业分支机构的设立.....44
第三节　个人独资企业的权利义务.....44
一、个人独资企业的投资人的权利.....44
二、管理个人独资企业事务人员的义务.....44
三、个人独资企业的权利.....44
四、个人独资企业的义务.....44
第四节　个人独资企业的解散与清算.....45
一、个人独资企业的解散.....45
二、个人独资企业的清算.....45
第五节　个人独资企业的法律责任.....45
一、投资人的责任.....45
二、对其分支机构民事责任的承担.....45
三、管理企业事务人员的民事责任.....45
本章前沿问题.....45
本章复习与思考题.....45
第二章　合伙企业.....46
第一节　合伙企业法概述.....46
一、合伙的概念及类型.....46
二、合伙企业的法律特征.....46
三、合伙企业的法律地位.....47
第二节　普通合伙企业.....47
一、普通合伙企业的设立.....47
二、普通合伙企业的事务执行.....47

三、普通合伙企业的入伙与退伙.....47
四、特殊的普通合伙企业.....47
第三节　有限合伙企业.....48
一、有限合伙企业的设立.....48
二、有限合伙企业的事务执行.....48
三、有限合伙人的权利和责任承担.....48
四、有限合伙企业的入伙与退伙.....48
第四节　合伙企业的解散与清算.....48
一、合伙企业解散的原因.....48
二、合伙企业的清算.....48
第五节　合伙企业的法律责任.....49
一、《合伙企业法》关于民事责任的规定.....49
二、《合伙企业法》关于行政责任的规定.....49
三、《合伙企业法》关于刑事责任的规定.....49
四、不同责任形式的效力冲突解决.....49
本章前沿问题.....49
本章复习与思考题.....49
本编拓展阅读数目.....50
第三编　公司法.....51
前　言.....51
第一章　公司与公司法概述.....52
第一节　公司的概念和特征.....52
一、公司的概念.....52
二、公司的特征.....52
三、公司法人人格否认制度.....52
四、公司与独资企业、合伙企业.....53
第二节　公司的沿革和作用.....54
一、公司的沿革.....54
二、公司的作用.....54
第三节　公司法概述.....54
一、公司法的概念和性质.....54
二、公司法的特点.....54
三、公司法的立法目标和基本原则.....54
四、公司法在法律体系中的地位.....55
本章复习与思考题：.....55
本章拓展阅读书目：.....55
第二章　公司的类型.....56
第一节　公司的分类.....56
一、无限公司、有限公司、股份有限公司与两合公司.....56
二、封闭式公司与开放式公司.....56
三、人合公司、资合公司与人合兼资合公司.....57
四、国营公司、公营公司与民营公司.....57
五、母公司与子公司.....57
六、关联公司与公司集团.....57
七、本公司与分公司.....58
八、本国公司、外国公司与跨国公司.....58
第二节　有限责任公司.....58
一、有限责任公司的概念和特征.....58
二、有限责任公司评价和适用.....58
第三节　股份有限公司.....58

一、股份有限公司的概念及特征.....58
二、股份有限公司的评价和地位.....59
第四节　一人公司.....59
一、一人公司的概念与特征.....59
二、对一人公司的承认与评价.....59
三、一人公司的特别法律规则.....60
第五节　国有独资公司.....60
一、国有独资公司的概念和特征.....60
二、国有独资公司的适用与评价.....60
第六节　上市公司.....60
一、上市公司的概念与特征.....60
二、公司上市的目的与作用.....60
三、公司上市的条件.....61
第七节　外商投资企业（公司）.....61
一、外商投资企业的概念和特征.....61
二、外商投资企业的法定类型和性质.....61
三、外商投资企业的法律适用.....61
第八节　外国公司的分支机构.....62
一、外国公司的概念.....62
二、外国公司分支机构的概念和法律特征.....62
三、外国公司分支机构的性质和法律地位.....62
四、外国公司分支机构设立的条件.....62
五、外国公司分支机构的权利与.....62
六、外国公司分支机构的撤销.....63
七、外国公司分支机构的清算.....63
本章复习与思考题：.....63
本章拓展阅读书目：.....63
第三章　公司的设立.....64
第一节　公司设立概述.....64
一、公司设立的概念和特征.....64
二、公司设立的原则.....64
三、公司设立的方式.....65
第二节　公司的设立登记.....65
一、公司登记概述.....65
二、公司设立登记的意义.....65
三、公司设立登记的程序.....66
四、公司设立登记的法律效力.....66
五、分公司的设立登记.....66
第三节　公司设立的效力.....66
一、公司设立完成.....66
二、公司设立失败.....67
三、公司设立无效.....67
第四节　公司设立的条件.....67
一、有限责任公司设立的条件.....67
二、股份有限公司设立的条件.....68
第五节　公司设立的程序.....68
一、有限责任公司的设立程序.....68
二、股份有限公司的设立程序.....68
三、一人有限责任公司与国有独资公司的设立程序.....69
第六节　公司的名称和住所.....69

一、公司的名称.....69
二、公司的住所.....70
本章复习与思考题：.....71
本章拓展阅读书目：.....71
第四章　公司章程.....72
第一节　公司章程的概念和特征.....72
一、公司章程的概念.....72
二、公司章程的性质.....72
三、公司章程的特征.....72
第二节　公司章程的制定和修改.....73
一、公司章程的制定.....73
二、公司章程的内容.....73
三、公司章程的修改.....73
第三节　公司章程的效力.....73
一、公司章程的时间效力.....74
二、公司章程的对人效力.....74
本章复习与思考题：.....74
本章拓展阅读书目：.....74
第五章　公司的能力.....75
第一节　公司的权利能力.....75
一、公司权利能力及其范围的概念和意义.....75
二、公司权利能力的范围的限制.....75
第二节　公司的行为能力.....76
一、公司行为能力的概念和特点.....76
二、公司的法定代表人.....76
三、董事长的代表行为及其构成要件分析.....77
四、公司意思表示的外在推定形式.....77
第三节　公司的侵权行为能力.....77
一、公司侵权行为能力的概念.....77
二、公司的侵权行为的构成要件.....77
三、公司侵权行为的法律责任.....77
本章复习与思考题：.....78
本章拓展阅读书目：.....78
第六章　公司资本制度.....79
第一节　公司资本的概念和意义.....79
一、公司资本的概念.....79
二、公司资本的不同含义和形式.....79
三、公司资本与资产、净资产、股东权益、投资总额.....80
四、公司资本的法律意义.....80
第二节　公司资本原则与资本形成制度.....80
一、公司资本原则.....80
二、公司资本形成制度.....80
第三节　最低资本额制度.....81
一、最低资本额制度的意义.....81
二、我国公司的最低资本额制度的形成和发展.....81
三、对我国最低资本额制度的评价.....81
第四节　公司资本募集与股份发行.....81
一、公司资本的募集.....81
二、股份发行分类.....82
三、股份发行原则.....82

四、股份公开发行的条件.....82
五、新股发行程序.....83
第五节　增加资本与减少资本.....83
一、增加资本.....83
二、减少资本.....84
本章复习与思考题：.....84
本章拓展阅读书目：.....85
第七章　股东出资制度.....86
第一节　股东出资概述.....86
一、股东出资与公司资本.....86
二、股东出资与有限责任.....86
三、股东出资与股权.....86
四、股东出资义务的履行及违约形式.....86
五、股东出资责任.....86
第二节　股东出资的形式.....87
一、股东出资形式的法定性.....87
二、非货币财产出资形式的要件.....87
三、我国股东出资的法定形式.....87
四、其他出资形式.....88
第三节　股东出资的法定要求.....88
一、出资的价值评估.....88
二、出资的比例结构.....88
三、出资的履行.....88
四、出资的验资.....88
本章复习与思考题：.....88
本章拓展阅读书目：.....89
第八章　股东与股权.....90
第一节　股东.....90
一、股东的概念.....90
二、股东资格的取得与丧失.....90
三、股东的法律地位.....91
四、股东的权利与义务.....91
五、股东代表诉讼.....91
第二节　股权.....92
一、股权的类型.....92
二、股权的法律性质.....92
三、股权的委托行使.....93
四、股权的救济.....93
第三节　有限责任公司股东的股权.....93
一、股权与出资的概念.....93
二、出资证明书.....93
三、股东名册.....94
四、股权的转让.....94
第四节　股份有限公司股东的股份.....95
一、股份的概念.....95
二、股份的表现形式----股票.....95
三、股东名册.....96
四、股份的分类.....96
五、股份的转让.....96
六、记名股票被盗、遗失或者灭失的处理.....97

本章复习与思考题：97
本章拓展阅读书目：97
第九章　公司组织机构98
第一节　概述98
一、公司治理与公司的组织机构98
二、公司组织机构设置的原则98
三、公司组织机构的基本构成98
四、公司组织机构与公司代表机构98
第二节　股东会99
一、股东会的概念和地位99
二、股东会会议的种类99
三、股东会的职权99
四、股东会的召集99
五、股东会的决议100
第三节　董事会101
一、董事会101
二、董事101
三、董事长的地位和职权102
四、董事会会议102
第四节　监事会102
一、监事会的概念、特点102
二、监事会的设置102
三、监事会的组成103
四、监事会的职权103
第五节　独立董事制度103
一、独立董事的概念和法律特征103
二、独立董事制度的形成和发展103
三、独立董事的独立性和职权103
第六节　经理103
一、经理的概念和地位103
二、经理的设立104
三、经理的任职资格104
四、经理的职权104
第七节　国有独资公司的组织机构104
一、国有资产监督管理机构104
二、董事会104
三、经理104
四、监事会104
第八节　董事、监事、经理的义务与民事责任105
一、董事、监事、经理的义务105
二、董事、监事、经理的民事责任105
本章复习与思考题：105
本章拓展阅读书目：106
第十章　公司债107
第一节　公司债概述107
一、公司债的概念和特征107
二、公司债与普通公司债务的比较107
三、公司债券与股票的比较107
四、公司债的经济功能107
第二节　公司债的主要种类108

一、无担保公司债和担保公司债.....108
二、记名公司债和无记名公司债.....108
三、可上市的公司债和非上市的公司债.....108
四、国内公司债和境外公司债.....108
五、实物债券、凭证式债券、记帐式债券.....108
六、可转换公司债和不可转换公司债.....108
第三节　公司债的发行.....108
一、发行主体.....108
二、发行条件.....109
三、发行决定权.....109
四、发行程序.....109
第四节　公司债转让、偿还与转换制度.....109
一、公司债的转让.....109
二、公司债的偿还.....110
三、公司债的转换.....110
第五节　公司债持有人保护制度.....110
一、一般制度和方法.....110
二、特定情形下的公司债券持有人的保护.....110
三、公司债券持有人整体利益保护制度.....110
本章复习与思考题：.....110
本章拓展阅读书目：.....111
第十一章　公司财务会计制度.....112
第一节　公司财务会计制度概述.....112
一、公司财务会计制度的概念.....112
二、公司财务会计制度的法律意义.....112
第二节　公司财务报告.....112
一、公司财务报告的内容.....112
二、财务会计报告的编制、验证与公示.....113
第三节　公司税后利润的分配.....113
一、公司税后利润的分配原则及分配顺序.....113
二、公积金制度.....113
三、公益金制度.....113
四、股利及其分配.....113
本章复习与思考题：.....114
本章拓展阅读书目：.....114
第十二章　公司的合并、分立与组织变更.....115
第一节　公司的合并.....115
一、合并概述.....115
二、公司合并的方式.....115
三、合并的程序.....116
四、公司合并的法律效果.....116
第二节　公司的分立.....116
一、公司分立的概念.....116
二、公司分立的方式.....116
三、公司分立的程序.....116
四、公司分立的法律效果.....117
第三节　公司的组织变更.....117
一、组织变更的概念.....117
二、公司组织变更的类型.....117
三、有限责任公司变更为股份有限公司的条件.....117

四、组织变更程序.....117
五、组织变更的效力.....117
本章复习与思考题：.....117
本章拓展阅读书目：.....118
第十三章　公司的终止与清算.....119
第一节　公司的终止.....119
一、公司终止的概念和特征.....119
二、公司终止的原因.....119
三、公司的解散.....119
第二节　公司的清算.....120
一、清算的概念与法律意义.....120
二、清算的分类.....120
三、清算组织.....120
本章复习与思考题：.....120
本章拓展阅读书目：.....121
第十四章　外国公司的分支机构.....122
第一节　外国公司分支机构概述.....122
一、外国公司的概念.....122
二、外国公司分支机构的概念和法律特征.....122
三、外国公司分支机构的性质和法律地位.....122
第二节　外国公司分支机构的设立.....123
一、外国公司分支机构设立的含义.....123
二、外国公司分支机构设立的条件.....123
三、外国公司分支机构设立的程序.....123
第三节　外国公司分支机构的权利和义务.....123
一、外国公司分支机构的权利.....123
二、外国公司分支机构的义务.....123
第四节　外国公司分支机构的撤销和清算.....124
一、外国公司分支机构的撤销.....124
二、外国公司分支机构的清算.....124
本章复习与思考题.....124
本章拓展阅读书目：.....124
本编拓展阅读书目：.....124

前　言

课程性质

商法学（一）是法学专业核心主干课程，是必修科目，其设置旨在培养适应国家法治建设和社会主义市场经济需要的既具有扎实的商事法律理论素养，又具备必要的商事实务操作能力的法律人才。

编写目的

商法学（一）教学大纲的编写旨在建立教师教授、学生学习商法学（一）的基本知识原理框架，为教学与实践活动提供最基本的理论指导与信息提示，便于教师和学生在整体上把握商法学（一）课程，为丰富和拓展教学内容奠定基础。

课程简介

商法学（一）是关于商法总论和商事组织法的课程，内容上包括三编：第一编是商法总论，学习商法概述、商事主体、商事行为、商事登记、商业名称、营业、商事代理、商事账簿、商事公告等问题，研讨商法的基本原理，为商法学中的公司、合伙、票据、保险、证券、破产等各部分建立理论基础。第二编和第三编是商事组织法。第二编是个人独资企业和合伙企业，学习商个人和商合伙，具体以个人独资企业和合伙企业为研讨对象。第三编是公司法，学习商法中最重要的商法人——公司的法律知识与原理。

编写人员

商法学（一）教学大纲由民商经济法学院商法研究所教师集体编写。

课程教学目的

使学生对商法总论和商事组织法有概括的了解和认识，对商法及商个人、商合伙、公司法的基本概念、基本知识和基本原理有清晰的掌握，能够运用所学初步解决理论和实务中的商法基本问题和商事组织法问题。

课程基本要求

理解商法的含义、调整对象与基本原则，了解商法的历史，掌握商事主体、商事行为、商事登记、商业名称、营业、商事代理、商事账簿、商事公告的基本原理。理解和熟悉个人独资企业、合伙企业、公司相互之间的联系与区别，掌握个人独资企业、合伙企业、公司设立、运营、变更、解散、清算等的基本法律制度，运用商法的具体规则、基本原则解决实践中的各种商法案例。

课程重点与难点

商法学（一）的重点是基本原理及其应用技巧。在教学过程中所讨论的商法原理不仅需要在理论上厘清，也需要在商法各部分、案例评析课、实务课中以深化，最终使学生不仅掌握牢固的商法学原理，更能正确灵活地应用这些原理来解决实践问题。

商法学（一）的难点在于商法理论和立法体系庞大繁杂，立法修订与理念变迁迅速，对教学知

识信息的准确性、丰富性、前沿性、完整性和教学方法的灵活性、针对性提出了较高要求。

针对上述重点和难点，教学中应强化商法原理特别是商法总论的教学，注重运用比较法研究、实证研究等教学研究方法，在加强理论课讲授的同时，深化案例评析、实务研讨，并综合利用多媒体等教学手段，力求教学过程的丰富和生动。

课程主要内容及学时分配

商法学（一）的主要内容是商法总论、个人独资企业和合伙企业和公司法三编，课时总量是 72 学时。各编的课时分配如下：

商法总论	12 学时
个人独资企业、合伙企业	12 学时
公司法	48 学时

第一编　商法总论

商法总论主要包括商事主体、商事行为、商事登记、商事代理、商事公告等主要内容。商法总论的教学目标，就是使学生掌握商法的基础理论知识，教学重点应放在商法总论中的基本理论和基本制度上，以提高学生对商法理解的能力。

总学时：12 学时

第一章　商法概述（3 学时）

第二章　商事主体（1 学时）

第三章　商事行为（1 学时）

第四章　商事登记（1 学时）

第五章　商业名称（1 学时）

第六章　营业（2 学时）

第七章　商事代理（1 学时）

第八章　商事账簿（1 学时）

第九章　商事公告（1 学时）

第一章　商法概述

本章教学目的：使学生对商法有总体的了解和认识，对商法的基本性质和特点以及商法的基本原则有清晰的掌握，为进一步学好商法的各个部分打下良好的基础。

本章教学要求：简要地阐释商事的概念及其范围，深入地分析和讲解商法的性质、特点和商法的基本原则，对商法的地位和历史给予一般性的介绍和探讨，使学生对商事概念和商事关系的范围有基本的认识，对商法的性质、特点和基本原则有清晰、透彻的掌握，对商法的历史发展和各国民商分立和民商合一的立法体例和发展趋势有初步的了解。

本章教学重点：商法性质和特点、商法的基本原则

本章教学难点：民法与商法的关系、对民商合一与民商分立的分析与评价

第一节　商法的概念和调整对象

一、商事的涵义

商法学上“商”或“商事"，是泛指一切以营利为目的的经营活动的总称。

二、商事的范围

（一）商事的种类

商事的范围非常广泛，包括各种以营利为目的的商品交换以及与此相关的其他活动。传统上曾有“固有商"、“辅助商"、“第三种商"、“第四种商”的分类，但已与现代商事实践不符。

（二）各国关于商事范围的立法体例

1、概括主义

2、列举主义

3、折衷主义

现代各国商法通常以概括主义界定商事范围。

三、商法的调整对象

商法的调整对象是商事关系，商事关系就是平等主体之间基于营利性活动所形成的社会关系。商事关系可以分为商事组织关系和商事行为关系。此外，商事监管关系与商事自律关系也在广义上属于商法调整的社会关系。

四、商法的概念

（一）广义的商法和狭义的商法

广义的商法包括所有调整商事关系的法律规范；狭义的商法仅指国内法中的商事私法，

（二）形式意义上的商法和实质意义上的商法

形式意义上的商法是指一国立法机关所制定的以“商法”或“商法典”命名的成文法典；实质意义上的商法是指以商事关系为其调整对象的法律规范的总称，即部门法意义上的“商法"。

第二节　商法的性质与特点

一、商法的性质

（一）商法是私法
（二）商法是实体法
（三）商法是商品经济的法

二、商法的特点

（一）私法与公法规范的融合
（二）强制性规范与任意性规范的结合
（三）组织法与行为法的结合
（四）商法规范的具有较强的操作性和技术性
（五）国际性

第三节　商法的地位

一、商法与民法

现在世界上关于商法与民法的立法体例，大致存在三种类型：
（一）民商合一模式
（二）民商分立模式
（三）商法作为民法的特别法

二、商法与经济法

商法与经济法主要存在下述几个方面的区别：
（一）二者的调整对象不同
（二）二者法律规范的属性的不同
（三）二者的调整方法不同
（四）二者的规范内容不同

三、商法与行政法

商法与行政法相比较，主要存在下述几个方面的区别：
（一）调整对象及其性质不同
（二）主体不同
（三）保护的利益不同
（四）规范的属性和调整方法不同
商法与行政法又有密切的联系，商法中存在的公法性规范主要为行政性法律规范。

四、商法与劳动法

商法与劳动法在调整对象、调整方法及规范属性等方面存在明显的区别，但二者也存在联系。

企业的劳动者中普通雇员和高级雇员与企业之间是劳动关系，由劳动法调整；企业与一部分经营管理者如董事、监事的关系为委任关系或信托关系由商法调整。

第四节　商法的基本原则

一、商事主体法定原则

（一）商事主体类型法定
（二）商事主体内容法定
（三）商事主体程序法定

二、确认和保护营利原则

作为规范商事主体及其商事活动的商法，始终都贯彻确认和保护营利的原则和价值取向。

三、促进交易简便快捷原则

（一）充分尊重当事人意思自治
（二）交易规则的定型化
（三）短期时效主义

四、维护交易公平原则

（一）平等交易原则
（二）诚实信用原则
（三）情事变更原则

五、保护交易安全原则

（一）公示主义
（二）强制主义
（三）外观主义
（四）严格责任主义

第五节　商法的历史与发展

一、西方国家商法的产生和发展

（一）商法的起源
近代意义的商法源于中世纪地中海沿岸各国的商人习惯法，即商人法。
（二）各国商法立法
1、法国的商事立法：《法国商法典》是近代第一部商法典，标志着近代统一商法的形成，同时在大陆法系开创了民商分立体例的先河。
2、德国的商事立法：《德国商法典》与《法国商法典》不同，它采用主观主义（商主体主义）

立法原则，以商人为基点来构造法典。

3、日本的商事立法：《日本商法典》在立法原则上既不同于《法国商法典》的客观主义，也不同于《德国商法典》的主观主义，而是兼采主观主义和客观主义两种标准，

4、英国的商事立法：只存在实质商法，不存在商法典意义上的商法。

5、美国商事立法：狭义上的美国商法即指《美国统一商法典》。

二、我国商法的沿革

（一）1949 年前中国的商事立法

（二）1949 年后中国的商事立法

本章复习与思考题

1、 试述商事关系的特点。

2、 如何认识商法的私法性质及其与公法的融合。

3、 商法具有那些特点？

4、 分析民法与商法的相互关系并对民商合一与民商分立的立法模式作出评述。

5、 简论商事主体法定原则。

6、 商法如何体现保护营利和促进交易简便快捷原则？

7、 保护交易安全原则在商法中是如何体现的？

本章拓展阅读书目

1、赵万一著：《商法基本问题研究》，法律出版社 2002 年版

2、赵旭东：《商法的困惑和思考》，载于《政法论坛》2002 年第 1 期

3、徐学鹿：《论现代商法的基本原则》，载于《法学杂志》，2003 年第 1 期

4、雷兴虎：《略论我国商法的基本原则》，载于《中外法学》，1999 年第 4 期

5、史际春、陈岳琴：《论商法》，载于《中国法学》2001 年第 4 期

第二章　商事主体

本章教学目的：使学生对商事主体有基本的认识，对商事主体的概念和特征、商事主体的分类和商事能力有较为深入的掌握，进而理解商事主体制度是整个商法的基础制度。

本章教学要求：简要阐释商事主体的概念和特征，深入地讲解商事主体的分类和商事能力，对商事主体的产生背景和各国关于商事主体的立法进行一般性的介绍，使学生清晰地了解商事主体与民事主体、商事能力与民事能力的联系与区别，对商事主体制度有较为深刻的理解和掌握。

本章教学重点：商事主体的特征、商事主体的商事能力

本章教学难点：商事能力与民事能力的区别

第一节　商事主体概述

一、商事主体的概念

商事主体是指依照商法的规定具有商事权利能力和商事行为能力，能够以自己的名义独立从事商事行为，在商事法律关系中享有权利和承担义务的个人和组织。

二、商事主体的特征

（一）商事主体由商法法定

（二）商事主体依法具有商事能力

（三）商事主体的身份或资格经商业登记而取得

（四）商事主体以从事营利性活动为其常业

第二节　商事主体的类型和分类

一、商个人、商法人和商合伙

（一）商个人

商个人是指依法定程序取得商事主体资格的自然人或公民。

（二）商法人

商法人指按照法定要件和程序设立的，具有法人资格，能够独立进行商事经营活动，并享有商事权利和承担商事义务的各种商事企业。

（三）商合伙

商合伙是指两个或两个以上的合伙人按照法律和合伙协议的规定共同出资、共同经营、共享收益、共担风险，合伙人对合伙经营所产生的债务承担无限连带责任的商事组织。

二、法定商人、注册商人和任意商人

（一）法定商人

法定商人指从事法定的特定商行为的商人。

（二）注册商人

注册商人指依法进行商业登记而取得商人资格，并在其核准的营业范围内从事商事行 为的商人。

（三）任意商人

任意商人指可以依法自主决定是否注册登记的商人。

三、大商人和小商人

（一）大商人

大商人指具有一定经营规模，有固定的场所和相应的机构，依法设立的商人。

（二）小商人

小商人指资本规模很小，通常没有固定营业场所而依赖简单交易行为谋生的商人。

四、完全商人、拟制商人、表见商人或者固定商人、拟制商人

（一）德国法上的分类

1、完全商人

2、拟制商人

3、表见商人

（二）日本法上的分类

1、固定商人

2、拟制商人

第三节　商事能力

一、商事能力的概念

商事能力指商事主体独立从事商事活动，享有权利和承担义务的资格和能力，包括商事权利能力和行为能力。

二、关于商事能力的特别限制

（一）未成年人商事能力的限制

各国法律规定不完全相同。有的不承认未成年人有商事能力。

（二）对于公务人员商事能力的限制

各国公务员法大都规定，凡公务人员都不得直接或间接经营商业或其他投机事业。

（三）外国人商事能力的限制

外国的自然人、法人以及其他组织，在我国从事商事活动，须经我国有关部门批准，并办理登记手续。

本章复习与思考题

1、商事主体与民事主体有何区别？

2、简述商事主体商事能力的涵义与特点。

3、商法如何限制某些主体的商事能力？其限制的理论根据如何？

本章拓展阅读书目

1、赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版

2、马建兵、任尔昕：《构建我国商事主体法律制度的理念——保守与超越》，载于《中国商法年刊》2007 年。

3、吕来明：《论我国商事主体范围的界定》，载于《北方法学》 2008 年第 4 期

第三章　商事行为

本章教学目的：使学生对商事行为的概念和特征、商事行为的分类、一般商事行为和特殊商事行为有清晰的掌握，理解商事行为制度是与商事主体并列的商法的核心基础制度。

本章教学要求：简要地阐释商事行为的概念和特征，深入地分析和讲解商事行为的分类和一般商事行为和特殊商事行为，一般性地介绍各国商事立法对于商事行为的规制方式，使学生深刻理解商事行为与民事行为的关系，进而掌握商事行为法律制度。

本章教学重点：商事行为的特征与规制模式

本章教学难点：商事行为与民事行为的区别、一般商事行为与特殊商事行为

第一节　商事行为概述

一、商事行为的概念

商事行为是相对民事行为而言，绝大多数商事法律关系的设立、变更和终止都是通过商事行为实现的。

二、商事行为的特征

（一）商事行为是以营利为目的的行为

（二）商事行为是经营性行为

（三）商事行为是商主体所为的行为

三、商事行为的规制方式

（一）概括方式

凡商人的营业行为即为商事行为。

（二）列举方式

通过列举的方式界定商行为的范围。

（三）折衷方式

一方面，根据商人的经营方法，在营业的场合才加以确认；另一方面，将各种商事行为分类列举，根据其行为内容来确定商事行为的性质。

第二节　商事行为分类

一、单方商行为与双方商行为

（一）单方商事行为

单方商事行为指行为人一方为商主体而另一方为非商主体所从事的交易行为。

（二）双方商行为

双方商行为指行为人双方均为商主体所从事的营利性营业行为，如批发商与零售商之间的商品

销售行为。

二、基本商行为与附属商行为

（一）基本商行为

基本商行为指直接从事营利性经营活动的商事行为。基本商行为包括绝对商行为和相对商行为。由于绝对商行为和相对商行为在整个商事交易行为中属于基本形式，且符合商事交易行为的基本要求，故称其为基本商行为。

（二）附属商行为

附属商行为又称“辅助商行为"，是相对基本商行为而言，指在同一商事营业内虽不具有直接营利性的内容，但却能起到协助基本商行为实现营利目的的辅助行为。

三、绝对商行为与相对商行为

（一）绝对商行为

绝对商行为指依照行为的客观性和法律的规定，当然属于商行为的行为，而不必考虑实施该行为的主体是否是商人。

（二）相对商行为

相对商行为指依行为人的主观性和行为自身的性质而认定的商事行为。

四、固有商行为与准商行为

（一）固有商行为

固有商行为指依据法律规定或法律列举可以直接认定的商事行为，它包括绝对商行为和固有商人的营业商行为。

（二）准商行为

准商行为指拟制商主体所实施的经营性商事行为。这种商事行为往往不能直接根据法律的规定来加以确认，而必须通过事实推定或法律推定来确认其行为性质。

第三节　一般商事行为

一、一般商事行为概述

一般商事行为是指在商事交易中广泛存在的，并受商法规则所调整的行为。

二、商事代理行为

商事代理以民事代理关系为其法律关系的构成基础，但在主体、客体和内容上都存在着一定的差异。商事代理行为是是最基本的商事行为之一，不同国家对其又有不同规定。

与民法上的代理行为相比，商法上的代理具有其独自的特点：

（一）非显名主义。

（二）本人的死亡不影响代理权的存续。

（三）代理人的权限范围较广。

三、商事债权行为

债的关系首先表现为一种民事法律关系，同时适用商法的特殊规定，这些特殊的规定在法律效力上优先于民法的规定。

四、商法上的物权行为

（一）商事流质预约的认可

在商事活动中，由于商人自己能够计算其经济利益的得失，同时，也为保障商事交易的顺利进行，维护信用交易的公平，多数国家的商法都承认商事交易中的流质预约。

（二）商事留置权

商事留置权是指在双方商事行为情况下，债权人为实现其债权，占有债务人的标的物，在其不履行义务时，变卖或对标的物折价以受偿其债权的权利。

五、商事交互计算

指把在一定期间内由商事交易所产生的债权债务进行一次性结算的特殊商事合同。

第四节　特殊商事行为

一、商事买卖

指出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的商事法律行为。

二、商事运输

指承运人将旅客或货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的一种特殊商事行为。

三、商事仓储

保管人储存货物人交付的仓储物，存货人支付仓储费的一种商事行为。

四、商事居间

指商主体为获取一定的报酬而从事的为委托人与第三人订立合同提供缔约机会或进行介绍，以促成合同订立的行为。

五、商事行纪

指商主体以自己的名义为委托人购买或销售货物、有价证券等，从中获取相应的报酬，并以此作为职业性经营的行为。

六、商事期货交易

指商主体以自己的名义为他人（委托人）购买或销售货物、有价证券,由此获取报酬,并以此作为职业性经营的行为。

七、商事信托

商事信托是以获取商业利益为目的的商事法律行为。动因在于筹集生产资本，并基于此创造出适用于个人、企业和其他组织的共同参与的资本经营模式。

本章复习与思考题

1、简述商事行为的特征及其与民事行为的区别。

2、商法上的物权行为和债权行为又什么特殊性？

本章拓展阅读书目

1、王保树著：《商法总论》，清华大学出版社 2007 年版

2、任尔昕、王慧：《商事行为独立性：质疑与回应》载于《河南大学学报(社会科学版)》2008 年第 2 期

3、王慧：《商事行为：界定、规制与立法设计》，载于《西部法学评论》2008 年第 2 期

第四章　商事登记

本章教学目的：使学生对商事登记的概念、商事登记的原则、程序和商事登记的法律效力有清晰的掌握，理解商事登记在商法中的制度价值。

本章教学要求：简要地阐释商事登记的概念和特征，深入地分析和讲解商事登记的种类、程序和商事登记的法律效力，一般性地介绍商事登记的意义、原则和商事登记对象及管理机关，使学生对商事登记的概念、意义有基本的了解，对商事登记的种类、程序和法律效力有熟练的掌握。

本章教学重点：商事登记的特征、意义、原则和法律效力

本章教学难点：商事登记性质和法律效力

第一节　商事登记概述

一、商事登记的概念和特征

（一）商事登记的概念

指商事主体或商事主体的筹办人，为了设立、变更或终止商事主体资格，依照法律法规的规定，将登记事项向登记机关提出，并经登记机关核准登记的法律行为。

（二）商事登记的特征

1、创设性

2、要式性

3、公法性

二、商事登记的意义

（一）确认商事主体的商事活动资格，保护商事主体的合法营业活动

（二）公示

（三）有利于国家的监督管理，维护良好的社会经济秩序

三、商事登记的法律规范

商事登记法律规范是规范商事登记行为，确定商事登记主管机关、登记内容、登记程序等事项，调整商事登记关系的法律规范的总称。

第二节　商事登记原则

一、强制登记原则

（一）商事主体的设立、变更和终止必须进行登记。

（二）商事登记应就法律规定的商事主体全部必要事项进行登记，未经登记不发生法律效力。

二、全面审查原则

商事登记主管机关对于必要登记事项依法采取形式审查和注册备案制度，不符合规定的不予登记。

三、登记公开原则

（一）登记申请公开、真实
（二）登记程序公开
（三）公告
（四）登记事项查阅公开

第三节　商事登记的对象与登记管理机关

一、商事登记对象

（一）公司形式的企业法人
（二）具备企业法人条件的企业
（三）不具备企业法人条件的企业或经营组织

二、商事登记管理机关

指按照商事登记法的规定，接受商事登记申请，并具体办理商事登记的国家主管机构。

第四节　商事登记的种类和程序

一、设立登记

（一）名称预先核准登记
（二）申请与受理
（三）审查
（四）核准发照
（五）公告

二、变更登记

登记注册的事项在登记注册后发生变化的，应向原登记机关申请变更登记；登记机关对于商事主体变更登记的申请，应进行审查，

三、注销登记

商事主体终止营业时，应当向原登记机关申请办理注销登记。商事主体在申请登记注销时应提交相关的法律文件。登记机关对于商事主体注销登记的申请，应进行审查，

第五节　商事登记的效力

一、对商事主体的效力

商法人取得法人资格的前提条件，也是不具备法人条件的商事主体取得商事经营资格的前提条件。

二、对第三人的效力

（一）应登记事项在未履行登记或已履行登记但尚未公告的情况下，对第三人的效力
（二）应登记事项在得到正确登记和公告之后对行为人和第三人的效力
（三）已登记事项在公告发生差错的情况下对第三人的效力

本章复习与思考题

1、简析商事登记的意义与法律效力。
2、我国商事登记的基本原则是什么？

本章拓展阅读书目

1、覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社 2002 年版
2、冯果、柴瑞娟：《我国商事登记制度的反思与重构——兼论我国的商事登记统一立法》，载于《甘肃社会科学》2005 年第 4 期
3、赵万一、王兰：《私法视域下商事登记的重新解读》载于《河北法学》2009 年第 6 期

第五章　商业名称

本章教学目的：使学生通过了解商业名称的概念、商业名称的构成和取得、商业名称权的权能，掌握商业名称制度的基本内容，理解商业名称与商号和商标之间的区别与联系。

本章教学要求：简要地阐释商业名称的概念、特征，深入地分析和讲解商业名称与商号、商标的关系、商业名称的构成和取得及商业名称权的概念和权能，一般性地介绍商业名称选定的立法主义、商业名称权的保护，使学生对商业名称的概念有基本的了解，对商业名称的构成和商业名称权及商业名称权与商号、商标的关系有深入地理解和掌握。

本章教学重点：商业名称的特征与构成、商业名称权的权能

本章教学难点：商业名称与商号、商标的关系

第一节　商业名称概述

一、商业名称的概念`

（一）商业名称的概念

商业名称是商事主体在从事商事行为时为表明不同于他人特征而使用的名称，类似于　自然人的姓名。

（二）关于商业名称的法律规范

《企业名称登记管理规定》、《民法通则》、《反不正当竞争法》、《公司登记管理条例》、　《企业法人登记管理条例》、《商标法》

二、商业名称的法律特征

（一）商业名称的使用者是商事主体

（二）商业名称是商事主体在营业活动中使用的名称

（三）商业名称具有主体间的区别功能

三、商业名称与商号、商标

（一）商业名称与商号

商号与商业名称含义相同，企业名称是商号中的一类。商业名称中的核心部分称其为字　号。

（二）商业名称与商标

1、商业名称用于区分不同的商事主体，而商标则用来区分不同的商品；

2、一个商事主体只能有一个商业名称，但可以有多个商标；

3、商业名称只能以文字形态存在，而商标可以文字、图形、数字、字母、颜色及其组合的形态来表示；

4、一个商事主体可以没有商标，但是必须具备商业名称；

5、商业名称的空间效力范围以被核准机关辖区为限，而商标的专用权在全国范围内有效。

第二节　商业名称的构成、选定和取得

一、商业名称的构成

（一）地名
（二）字号
（三）行业或经营特点
（四）组织形式

二、商业名称的选定

（一）严格主义
指商事主体选定的商业名称必须与其名称或者营业内容相一致，不符合的，均不予承认， 且无法转让或者继承。
（二）自由主义
此种立法主义规定，商事主体的商业名称由当事人自由选择，法律原则上不加限制。

三、商业名称的取得

（一）商业名称登记的概念和种类
指商事主体将其选定的商业名称依照法定程序，在登记机关办理注册手续。
1、商业名称的创设登记。
2、商业名称的变更登记。
3、商业名称的转让登记。
4、商业名称废止登记。
5、商业名称撤销登记。
（二）商业名称登记的效力
1、排他效力
2、救济效力

第三节　商业名称权及其保护

一、商业名称权的概念

（一）商业名称权的概念和特征
商业名称权是指商业名称经登记，商事主体即取得该商业名称的专有使用的权利。
商业名称权的特征：
1、地域性。
2、公开性。
3、可转让性。
4、时间上的无限性。
（二）商业名称权的权能
1、专有使用权

2、许可使用权
3、商业名称变更权
4、商业名称转让权

二、商业名称权的保护

保护商业名称权的立法模式在各国并不统一。一般而言，是同时适用多种法律规范的，如民法、商法、反不正当竞争法及专门法。

本章复习与思考题

1、简述商业名称与商号、商标之间的相互关系。
2、商业名称登记具有何种法律效力？
3、商业名称的权能与法律保护。

本章拓展阅读书目

1、王保树著：《商法总论》，清华大学出版社 2007 年版
2、李永明、麻剑辉：《商标权与商号权的权利冲突及解决途径》载于《法学家》2002 年第 4 期
3、张元：《商号法律保护问题研究》，载于《法律适用》2006 年第 9 期
4、钟民：《浅议企业名称登记管理制度的完善》，载于《工商行政管理》2008 年第 3 期

第六章　营业

本章教学目的：使学生理解营业的主观意义和客观意义两个方面的涵义，进而对营业活动中的营业自由和营业组织中的营业转让与营业担保又清晰的掌握，并了解营业所、营业租赁和委托经营的基本内容。

本章教学要求：简要地阐释营业的主观和客观两个方面的涵义，深入地分析和讲解营业自由原则、营业转让和营业担保，一般性的介绍和探讨营业所、营业租赁和委托经营等内容，使学生对营业的概念有基本的了解，对营业自由原则、营业转让和营业担保有深入地理解和掌握，特别是要深刻掌握营业转让与企业合并的关系，同时对营业所、营业租赁和委托经营等制度有一般的掌握。

本章教学重点：营业的概念、营业自由、营业转让、营业担保

本章教学难点：营业转让与企业合并的关系、营业转让的法律效力

第一节　营业的概念

主观意义上的营业指营业活动，即以营利为目的而进行的连续的、有计划的、同种类的活动。

客观意义上的营业指营业财产，即供进行营业活动之用的有组织的一切财产以及在营业活动中形成的各种有价值的事实关系的总体。

第二节　营业活动

一、营业自由

营业自由是指商事主体自由从事营利活动，除法律、法规另有规定外，不受限制。

（一）对于营业活动本身的限制

1、行业限制

2、营业许可限制

3、身份的限制

（二）营业方式的限制

法律对于妨害营业自由的营业方式给予限制，这种限制主要表现为反不正当竞争和反垄断。

二、营业所

（一）营业所是因商事行为所产生的债务的履行地；

（二）营业所是诉讼上确定管辖法院的依据之一；

（三）营业所是决定商事登记的管辖地；

（四）营业所是民事诉讼法司法文书的送达地点。

第三节　营业组织

一、营业组织

营业所是营业活动的中心场所，同时也是商事主体领导营业活动，指挥营业活动的中心。取决于其在客观上所起的作用。

二、营业转让

（一）营业转让的概念和意义

营业转让是指将客观意义上的营业保持其整体性，从一个主体转到另一个主体。

（二）营业转让与企业合并

营业转让与企业合并存在下述几个方面的不同：

1、适用的法律不同。

2、后果不同。

3、人员是否变动不同。

4、效力不同。

（三）营业转让的法律效力

1、营业转让对当事人的效力

对于当事人来说，营业转让主要发生下列效力：

（1）作为组织的营业财产的移转。

（2）营业转让人的竞业禁止义务。

2、营业转让对第三人的效力

营业转让同时会涉及第三人的利益，具体包括两个方面：

（1）对营业上债权人的效力。

（2）对营业上债务人的效力。

三、营业租赁、委托经营

（一）营业租赁

营业租赁指商事主体把其营业的全部或者一部出租给承租人，由承租人以自己的名义经营并承担营业后果，出租人收取租金的合同。

（二）委托经营

委托经营指委托人把自己的营业财产委任给受托人，由受托人以委托人的名义进行经营活动，营业的后果由委托人或受托人承受的合同。

四、营业担保

营业担保指在作为一个有机整体的营业财产上设立担保的行为。

本章复习与思考题

1、如何理解客观意义上的营业或营业财产？

2、简述营业自由与营业限制。

3、比较营业转让与企业合并的异同。

4、试述营业转让的法律效力。

本章拓展阅读书目

1、柳经纬主编：《商法》，厦门大学出版社 2002 年版
2、陈国奇：《作为反垄断法规制对象的营业转让》，载于《北方法学》2008 年第 6 期
3、刘小勇：《论营业转让人的竞业禁止义务》，载于《太平洋学报》2009 年第 10 期

第七章　商事代理

本章教学目的：使学生初步了解商事代理的概念和特征，清晰地掌握商事代理法律关系中的内部和外部法律关系，同时一般性地了解代理商的主要种类。

本章教学要求：简要地讲解商事代理的概念和特征，比较深入地分析和阐释商事代理的内部法律关系和外部法律关系，同时一般性地介绍各种类型的代理商，从而使学生能够清晰、透彻地理解商事代理与民事代理的联系与区别，深刻理解商事代理的制度内涵。

本章教学重点：商事代理的概念和特征、代理商的种类

本章教学难点：商事代理与民事代理的区别、商事代理法律关系的内容

第一节　商事代理概述

一、商事代理的概念

商事代理是代理商非受雇佣合同的约束，以自己的名义或以委托人的名义，为委托人买或卖或提供服务，并从中获取佣金的经营性活动。

二、商事代理的特征

（一）商人性
（二）职业性
（三）独立性
（四）代理形式的灵活性
（五）有偿性
（六）原则上不受“自己代理”和“双方代理”的限制
（七）连续性

第二节　代理商

一、居间商

居间商指为获取佣金而从事契约缔结的促成活动的商事主体。

二、行纪商

以自己的名义为委托人实施交易行为，但行纪商的行纪行为所产生的交易结果不是为行纪商本人，而是为了委托人。

三、商事企业雇员

是建立在雇佣关系基础上的隶属关系，其代理权限由法律加以规定，并由其业主明确授予代理权。

第三节　商事代理法律关系

一、代理商与被代理人之间的内部法律关系

（一）代理商的主要义务

1、代理商必须为被代理人的利益，尽力促成或达成交易

2、代理商对被代理人负有报告义务

3、由于代理契约在很大程度上包含一种信任关系，代理商对被代理人还负有忠实义务。

（二）代理商的权利

1、代理商对被代理人享有佣金请求权

2、代理商有权要求被代理人对自己的代理活动予以支持和协助

3、如果被代理人不给付报酬或不补偿费用，代理人可以留置其所占有的被代理人的财产。

二、代理商及被代理人与第三人之间的法律关系

如果代理商是以被代理人名义同第三人缔约时，该合同就是第三人同被代理人之间的合同，合同的权利义务直接归属于被代理人，由其直接对第三人负责，代理商与第三人之间并不存在直接的契约关系。

三、代理法律关系的终止

代理法律关系的终止是指根据协议、法律，代理商不再具有代理权的法律制度。代理法律关系终止的最直接后果是代理商失去了代理权。

1、在代理关系终止后，被代理人在与代理商曾经介绍给他的客户的交易中获得重大利益；

2、代理商由于代理合同的终止将失去佣金

3、依据各种相关情况，基于诚实信用原则，对代理人应当给予补偿。

本章复习与思考题

1、如何理解商事代理的独立性？

2、居间商、行纪商、与雇员处于何种不同法律地位？

3、商事代理中的代理商的主要义务和权利是什么？

本章拓展阅读书目

1、赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版

2、张楚：《论商事代理》，载于《法律科学》1997 年第 4 期

3、肖海军：《商事代理立法模式的比较与选择》载于《比较法研究》2006 年第 1 期

第八章　商事账簿

本章教学目的：使学生透彻地理解商事账簿的概念、商事账簿设置的立法原则，清晰地掌握各个种类的商事账簿和商事账簿的法律效力，初步地了解商事账簿的保管制度。

本章教学要求：简要地讲解商事账簿的概念，深入的分析和阐释各种类的商事账簿以及商事账簿的法律效力，一般性地介绍商事账簿设置的立法原则和商事账簿的保管，使学生理解商事账簿的含义、商事账簿的设置原则、掌握不同种类商事账簿之间的区别，同时了解商事账簿的法律效力及法律对商事账簿保管的要求。

本章教学重点：商事账簿设置的立法原则、商事账簿的意义

本章教学难点：各种商事账簿的内容及相互区别

第一节　商事账簿概述

一、商事账簿的概念

商事主体为了记载和表明其营业活动和财产状况，根据会计原则，依法制作的书面簿册。

二、设置商事账簿的原则

（一）强制主义原则

必须设置账簿，账簿种类、内容及记载方法有详细规定，政府有关部门对商事账簿制作及其内容进行审查与监督。

（二）自由主义原则

商事账簿是否设置，纯粹是商人的自由。

（三）折衷主义原则

即法律上仅规定商事主体有置备商业账簿的义务，但并不规定商业账簿的记载内容、形式和方法，也未规定国家主管机关的监管。

第二节　商事账簿的种类

一、会计凭证

指记录商事主体营业活动及收支情况的凭证和证明。

（一）会计凭证的种类

1、原始凭证

在经济业务发生或完成时取得或填制的，用以载明经济业务实际执行和完成情况，明确经济责任，并作为记账原始依据的一种会计凭证。

2、记账凭证

是根据审核无误的原始凭证或原始凭证汇总表编制的，用以记载经济业务的性质，并确定会计分录，直接作为记账依据的一种凭证。

（二）会计凭证的审核

二、会计账簿

（一）会计账簿的概念和作用

指商事主体的会计人员以会计凭证为依据，按照一定程序和方法制作的，具有固定格式而又相互联结的账页所组成的，用以连续、系统、全面记载商事主体各项经营活动的簿册。

（二）会计账簿的种类

1、序时账簿

2、分类账簿

3、辅助账簿

三、会计报表

（一）会计报表的概念和作用

指根据会计账簿及其他会计资料，按照统一的格式、内容和方法编制的，以综合反映商事主体在一定时期内的生产经营成果和财务状况的一种书面报告和表册。

（二）会计报表的种类

1、按照会计报表的编制时期是否确定，分为定期报表和不定期报表

2、按照会计报表的用途和作用，分为主要会计报表和附属会计报表

3、按照会计报表编制的主体，分为个别会计报表和合并会计报表

四、商事账簿的意义

（一）对商事主体自身的意义

（二）对交易相对人的意义

（三）对股东的意义

（四）对有关国家主管机关的意义

（五）诉讼法上的意义

五、商事账簿的保管

本章复习与思考题

1、各国商事帐簿设置的立法原则有何不同？

2、简析商事帐簿的法律意义与法律效力。

3、会计凭证、会计帐簿与会计报表的相互关系与不同作用。

本章拓展阅读书目

1、周林彬、任先行著：《比较商法导论》，北京大学出版社 2000 年版

2、范健：《德国商事簿记法律制度介评》，载于《比较法研究》1993 年第 4 期

3、李晓钟：《商事账簿的制度价值与其制度保证》，载于《经济师》2005 年第 12 期

第九章　商事公告

本章的教学目的：使学生初步理解商事公告的概念和特征，透彻地掌握商事公告的法律效力，并一般性地了解商事公告的基本种类。

本章的教学要求：简要地阐释商事公告的概念和特征，深入地讲解和分析商事公告的制度价值和商事公告的法律效力，一般性地介绍商事公告的种类，使学生对商事公告制度有基本的认识，掌握商事公告的概念、种类和法律效力，进而透彻地理解商事公告的制度价值。

本章教学重点：商事公告的特征、制度价值、法律效力

本章教学难点：商事公告与商事登记的关系、商事公告的法律效力

第一节　商事公告概述

一、商事公告的概念

指商事主体依照法律的规定将依法应当公告的事项通过法定的方式加以公告的行为，为商事公示的一种方式。

二、商事公告的特征

（一）主体的特定性

（二）及时性

（三）公告方式的确定性

三、商事公告的制度价值

（一）安全价值

（二）秩序价值

（三）效益价值

第二节　商事公告的种类

一、主体公告、行为公告、事实公告

（一）主体公告

指内容为关于商事主体设立、变更和终止的公告，也就是关于商事主体自身组织事项的公告。

（二）行为公告

商事主体依照法律的规定对其重大商事行为所作出的公告。

（三）事实公告

是已经存在的事实，该事实可能对第三人的利益产生影响，因此商事主体应当依照法律的规定予以公告。

二、公司法、证券法、保险法、银行法等法律上的公告

（一）公司法上的公告
1、公司设立、变更、注销公告
2、公司合并、分立公告
（二）证券法上的公告
1、证券发行公告
2、证券交易公告
3、上市公司收购公告
（三）保险法上的公告
1、保险公司整顿公告
2、保险公司接管公告
（四）银行法上的公告
1、商业银行设立、被吊销经营许可证公告
2、商业银行营业时间的公告
3、商业银行接管公告

第三节　商事公告的效力

一、消极效力

应公告的事项如果未公告，则根据其公告的目的，或者不能发生相应的法律效果，或者不能对抗善意第三人，或者应该承担相应的法律责任。

二、积极效力

凡应公告的事项在公告后，第三人除基于不可抗力之正当理由而未知悉外，不论是出于善意还是恶意，均能产生对抗效力。

三、公示效力

目的在于保护交易相对人或者不特定第三人的利益，减少交易成本，提高交易效率，

四、虚假公告的效力

种虚假公告不仅不能对抗善意第三人，而且要承担不利的法律后果。

本章复习与思考题

1、商事公告的基本要求与制度价值。
2、商事公告具有什么法律效力？

本章拓展阅读书目

1、范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版
2、李良雄：《探析商事登记公告制度》，载于《中国工商管理研究》2003 年第 1 期

3、陈巍、朱遂斌：《论商事公告主体的变革》，载于《行政与法》2005 年第 1 期

【本编拓展阅读书目】

1、 王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社 1996 年版
2、 赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版
3、 王保树著：《商法总论》，清华大学出版社 2007 年版
4、 柳经纬主编：《商法》，厦门大学出版社 2002 年版
5、 覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社 1999 年版
6、 张国键著：《商事法论》，三民书局 1980 年版
7、 赵万一著《商法基本问题研究》，法律出版社 2002 年 10 月版

第二编　个人独资企业与合伙企业法

前　言

个人独资企业是人类社会发展过程中最古老、最简单的一种企业形式。这一企业形式不仅自其产生以来就存在并得以延续，而且至今在各国企业形态中仍然占有相当的比重，它是个人投资和创业的重要形式，构成商事主体不可忽视的一部分——商个人。合伙企业是我国商事主体中的一个重要类型——商合伙，其作用与地位仅次于公司这种现代企业形式。我国修订后的合伙企业法借鉴了国际上关于合伙企业的成熟立法，对有限合伙企业和普通合伙企业（包括特殊普通合伙）分别作了规定，这对鼓励投资尤其风险投资、孵育高科技的中小企业意义重大。

总学时：14 学时

第一章　个人独资企业（2 学时）

第二章　合伙企业（12 学时）

第一章　个人独资企业

本章教学目的：使学生对个人独资企业的概念、特征有准确的了解，对个人独资企业的设立条件、解散和清算，个人独资企业的权利义务，个人独资企业的法律责任等有清晰的掌握，学会运用个人独资企业的基本原理解决个人独资企业设立、经营中的实务问题。

本章教学要求：简要阐释个人独资企业的概念、特征以及与个体工商户的比较，细致分析我国个人独资企业的设立条件、登记程序及个人独资企业分支机构的设立，详细解析个人独资企业投资人的权利和义务以及个人独资企业的权利义务，对个人独资企业的解散进行介绍，使学生掌握个人独资企业的清算程序和清算时的清偿程序。关于个人独资企业的法律责任方面，深入探讨投资人、分支机构和管理人员的责任承担问题，培养学生运用基本原理和基本法律制度解决实际问题的能力。

本章教学重点：个人独资企业的概念与特征，个人独资企业的设立条件，个人独资企业及其投资人各自的权利义务，个人独资企业投资人、分支机构和管理人员的责任承担

本章教学难点：个人独资企业与和合伙企业等其他企业形态的区别

第一节　个人独资企业概述

一、个人独资企业的概念

它是由单独一人出资设立、由一人拥有和控制、并由一人承担无限责任的企业。

二、个人独资企业的法律特征

1、投资主体具有单一性
2、不具有法人地位
3、财产具有相对独立性
4、投资人承担无限责任

三、个人独资企业与个体工商户的比较

1、成立的法律依据不同
2、成立的条件不同
3、享有的权利不同
4、核发营业执照的期限不同
5、缴纳的税费不同
6、清算程序不同
7、承担民事责任的除斥期间不同

第二节　个人独资企业的设立

一、个人独资企业的设立条件

（一）投资人只能是一个中国公民
（二）有合法的企业名称
（三）有投资人申报的出资
（四）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件
（五）有必要的从业人员

二、个人独资企业的登记

（一）设立登记
（二）变更登记
（三）注销登记

三、个人独资企业分支机构的设立

第三节　个人独资企业的权利义务

一、个人独资企业的投资人的权利

个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让和继承。

二、管理个人独资企业事务人员的义务

明确委托的具体内容和授予的权利范围。受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理，不得从事法律所禁止的行为。

三、个人独资企业的权利

（一）财产受法律保护
（二）依法申请贷款和取得土地使用权
（三）拒绝摊派
（四）设立分支机构

四、个人独资企业的义务

（一）不得从事法律禁止经营的业务
（二）会计事务管理
（三）依法保护个人独资企业职工的权益

第四节　个人独资企业的解散与清算

一、个人独资企业的解散

二、个人独资企业的清算

（一）清算的程序
（二）清算时的债权清偿顺序

第五节　个人独资企业的法律责任

一、投资人的责任

（一）投资人的无限责任
（二）债权人行使权利的除斥期间
（三）民事赔偿责任优先原则

二、对其分支机构民事责任的承担

三、管理企业事务人员的民事责任

（一）违反合同的损害赔偿责任
（二）侵犯企业财产权益的责任

本章前沿问题

1、个人独资企业法的调整范围
2、独立承担民事责任与民事主体资格的取得
3、个人独资企业的“双重纳税”问题
4、关于“双重优先原则”

本章复习与思考题

1、什么是个人独资企业？其与个体工商户和合伙企业的主要区别有哪些？
2、简述个人独资企业的设立条件。
3、简述个人独资企业的主要权利和义务。
4、个人独资企业应如何清算？
5、简述个人独资企业的法律责任。

第二章　合伙企业

本章教学目的：使学生对合伙企业的概念、特征和类型有准确的了解，对合伙企业的设立条件，入伙、退伙，合伙企业的事务执行和管理，合伙企业的解散和清算，合伙企业的法律责任等有清晰的掌握，学会运用合伙企业的基本原理和基本法律制度解决合伙企业在设立和运营当中的实务问题

本章教学要求：简要阐释合伙企业的概念、特征、类型以及合伙企业的法律特征和法律地位，细致分析我国合伙企业的设立条件和设立程序，对合伙人入伙、退伙的的条件、程序和法律效力进行简要的分析，详细介绍了合伙的事务执行方式、合伙人的权利与义务，对合伙企业的解散原因进行介绍，使学生掌握合伙企业的清算程序，掌握执行清算人的确定、清算人的职责以及清算后清偿债务的原则，对合伙企业的法律责任从民事责任、行政责任和刑事责任三方面进行分析。民事责任方面，深入探讨合伙企业、合伙人、合伙企业招用的职工、合伙企业聘任的经营管理人员、清算人应承担的民事责任，简要介绍行政责任和刑事责任，培养学生运用合伙企业法基本原理和基本法律制度解决实际问题的能力。

本章教学重点：合伙企业的类型，合伙企业的设立条件和设立程序，合伙企业的清算程序，合伙人入伙、退伙的的条件、程序和法律效力，合伙企业中各类主体的民事责任

本章教学难点：有限合伙企业与普通合伙企业的关系，合伙企业与其他企业形态的区别，合伙人入伙、退伙的条件、程序和法律效力，合伙企业的法律责任。

第一节　合伙企业法概述

一、合伙的概念及类型

（一）合伙的概念

二人以上按合伙协议，各自出资、共同经营组成的营利性的非法人组织。

（二）合伙的类型

1、民事合伙与商事合伙

2、个人合伙与法人合伙

3、企业型合伙与非企业型合伙

4、显名合伙与隐名合伙

5、普通合伙和有限合伙

6、一般普通合伙和特殊普通合伙

二、合伙企业的法律特征

（一）以合伙人订立合伙协议为基础

（二）以共同出资为前提

（三）合伙人共同经营、共享收益、共担风险

（四）合伙事务可授权部分合伙人执行

（五）合伙企业具有延续性

三、合伙企业的法律地位

（一）合伙企业财产具有相对独立性
（二）合伙企业经营具有相对独立性
（三）合伙企业责任承担具有相对独立性
（四）合伙企业是非法人的企业组织

第二节　普通合伙企业

一、普通合伙企业的设立

（一）合伙企业的设立条件
1、合伙人须符合法律规定的条件
2、须有书面合伙协议
3、有合伙人认缴或实际缴付的出资
4、有合伙企业的名称和生产经营场所
5、法律、行政法规规定的其他条件
（二）合伙企业的设立程序

二、普通合伙企业的事务执行

（一）合伙企业事务的执行权
（二）合伙企业事务的委托执行
（三）法人、其他组织作为合伙人的事务执行

三、普通合伙企业的入伙与退伙

（一）入伙
1、入伙的方式
2、入伙的条件和程序
3、入伙的效力
（二）退伙
1、退伙的类型
2、退伙的事由
3、退伙的效力

四、特殊的普通合伙企业

（一）特殊普通合伙企业的名称
（二）特殊普通合伙企业的责任形式
（三）特殊普通合伙企业执业风险的降低

第三节　有限合伙企业

一、有限合伙企业的设立

1、设立主体要件
2、合伙协议要件
3、出资要件
4、名称要件

二、有限合伙企业的事务执行

三、有限合伙人的权利和责任承担

1、有限合伙人享有的权利
2、有限合伙人对外的责任承担

四、有限合伙企业的入伙与退伙

1、入伙
2、退伙

第四节　合伙企业的解散与清算

一、合伙企业解散的原因

1、合伙期限届满，合伙人决定不再经营；
2、合伙协议约定的解散事由出现；
3、全体合伙人决定解散；
4、合伙人已不具备法定人数满 30 天；
5、合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
6、合伙企业被依法吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
7、法律、行政法规规定的其他原因。

二、合伙企业的清算

（一）执行清算人的确定
（二）清算人的职务权限
（三）清算后清偿债务的原则

第五节　合伙企业的法律责任

一、《合伙企业法》关于民事责任的规定

（一）合伙企业应承担的民事责任

（二）合伙人应承担的民事责任

1、全体普通合伙人对外应就合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限承担责任

2、合伙人之间的内部责任

（三）合伙企业从业人员应承担的民事责任

（四）执行合伙企业事务人员应承担的民事责任

（五）清算人应承担的民事责任

二、《合伙企业法》关于行政责任的规定

三、《合伙企业法》关于刑事责任的规定

四、不同责任形式的效力冲突解决

本章前沿问题

1、复合伙的效力

2、法人与合伙人的责任形式是否兼容

3、合伙企业财产的法律性质

4、企业法人破产与合伙企业破产

5、合伙债务与合伙人个人债务的清偿顺序

本章复习与思考题

1、什么是合伙企业？简述普通合伙企业与有限合伙企业的异同。

2、你如何理解合伙企业的法律地位？

3、简述合伙企业的设立条件。

4、简述合伙企业的事务执行。

5、简述合伙企业与第三人的关系。

6、什么是入伙？入伙应具备哪些条件？

7、什么是退伙？引起退伙的事由主要有哪些？

8、引起合伙企业解散的事由有哪些？

9、合伙企业应如何清算？清算中合伙企业的法律地位如何？

10、你如何理解合伙企业的法律责任？

本编拓展阅读数目

1、赵旭东：《企业法律形态论》，中国方正出版社 1994 年版。

2、尹田：《民事主体理论与立法研究》，法律出版社 2003 年版。

3、全国人大财经委编：《合伙企业法、独资企业法热点问题研究》，人民法院出版社 1996 年版 。

4、李建中、贾俊玲主编：《个人独资企业法与个人独资企业管理》，国家行政学院出版社 2000 年版。

5、李飞：《中华人民共和国合伙企业法释义》，法律出版社 2006 年版。

6、徐景和、刘淑强：《中华人民共和国合伙企业法条文释义与适用》，人民法院出版社 2006 年版。

7、高富平、苏号朋、刘智慧著：《合伙企业法原理与实务》，中国法制出版社 1997 年版。

8、马强：《合伙法律制度研究》，人民法院出版社 2000 年版。

9、赵旭东：《独资企业立法研究》，载《政法论坛》1995 年第 1 期。

10、江平、龙卫球：《合伙的多种形式与合伙立法》，载《中国法学》1996 年第 3 期。

11、江平、曹冬岩：《论有限合伙》，载《中国法学》2000 年第 4 期。

12、宋永新：《合伙制度的重大革新－美国<1994 年统一合伙法（1996、1997 年修订）>评述》，载于王保树主编：《商事法论集》（4），法律出版社 2001 年版。

13、刘燕：《职业利益笼罩下的法律制度创新－对英国<有限责任合伙法>的一个评述》，载《环球法律评论》2005 年第 2 期。

14、王保树：《合伙企业团体能力的思考大纲》，载《甘肃政法学院学报》2007 年第 1 期。

15、任尔晰：《论我国合伙企业法律人格的选择——一种必要性和障碍因素的分析思路》，载《法学评论》2007 年第 2 期。

16、朱慈蕴：《公司作为普通合伙人投资合伙企业引发的法律思考》，载《现代法学》2008 年第 5 期。

17、郭富青：《特殊普通合伙企业：游走于无限与有限责任之间》，载《当代法学》2009 年第 1 期。

第三编　公司法

前　言

公司法是规定各种公司设立、活动、解散以及其它对内对外关系的法律规范的总称。通过对上述活动的规范，从而保护公司本身的利益、股东的利益、债权人的利益和维护社会交易安全和经济秩序的稳定。公司法的教学目标，就是使学生掌握公司法律专业知识，培养专业技能，开拓专业视野。教学重点应放在公司与公司法的基本知识、基本理论、基本制度上，以及分析问题、解决问题的能力培养上，运用案例教学，提高学生理解法律与适用法律的能力。

总学时：46 学时

第一章公司与公司法概述（6 学时）

第二章公司的类型（5 学时）

第三章公司的设立（3 学时）

第四章公司章程（1 学时）

第五章公司的能力（3 学时）

第六章公司资本制度（4 学时）

第七章股东出资制度（3 学时）

第八章股东与股权（6 学时）

第九章公司组织机构（7 学时）

第十章公司债（1 学时）

第十一章公司财务会计制度（1 学时）

第十二章公司的合并、分立与组织变更（3 学时）

第十三章公司的终止与清算（3 学时）

第一章　公司与公司法概述

本章教学目的：使学生对公司与公司法有一个概括性的了解和认识，对公司的概念和特征、公司法的性质和地位有比较全面清晰的掌握。

本章教学要求：简要地介绍公司及公司法的历史沿革等相关知识，分析并阐释公司的法律特征及其与独资企业、合伙企业以及其他企业形态的联系与区别，特别是对公司财产权的性质、公司社团性、公司法人人格否认制度以及公司法的强制性和任意性等予以重点讲解，使学生能够明确理解和把握公司与其他企业形态的联系与区别，并能运用公司法人人格否认理论对实践中的相关问题进行分析和解决。

本章教学重点：公司的法律特征及其与独资企业、合伙企业以及其他企业形态的联系与区别、公司法人人格否认制度。

本章教学难点：公司财产权的性质、对公司社团性的理解、公司法人人格否认制度以及公司法的强制性和任意性。

第一节　公司的概念和特征

一、公司的概念

公司是最普遍使用的概念，是社会经济活动最主要的主体，也是最重要的企业形式。

大陆法系国家的公司概念多采取概括规定的方式。

英美法系国家不甚注重对法律概念的严格界定，因而也缺少明确的公司定义。

在我国，公司是指股东依照公司法的规定，以出资方式设立，股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部独立法人财产对公司债务承担责任的企业法人。

二、公司的特征

（一）公司是以营利为目的的企业组织

（二）公司具有独立法人地位

1．公司拥有独立的财产

2．公司设有独立的组织机构

3．公司独立承担财产责任

（三）公司是以股东投资为基础组成的社团法人

（四）公司是依法定条件和程序成立的企业法人

三、公司法人人格否认制度

（一）公司法人人格否认制度概述

公司法人人格否认制度是指为阻止公司独立人格的滥用，就具体法律关系中的特定事实，否认公司的独立人格与和股东的有限责任，责令公司的股东对公司债权人或公共利益直接负责的一种法律制度。

公司法人人格否认制度具有以下特征：（1）公司必须有独立的法人人格。（2）只对特定个案中公司的独立人格予以否认，而不是对该公司法人人格的全面、彻底、永久地否认。（3）该制度主要

是为了保护债权人的利益，它在性质上属于民事责任，是私法上的责任。

（二）我国公司法人人格否认制度的形成与立法

自 1993 年原公司法颁布以来，我国公司制度得到了迅速发展，但是也出现了许多公司人格和股东有限责任被股东滥用的行为。由此，公司法人人格否认制度得到广泛的关注和深入的研究，并形成相当程度的共识。

公司人格否认制度的确立是我国公司法制度的一个重大突破，同时也是世界公司立法的一大创新。虽然这一制度本身早被许多国家所采用，但把它作为一个成形的法律制度统一、明确、系统地规定在成文法中，的确是我国公司法的重大创新。

（三）公司法人人格否认的适用要件

1．主体要件

一是公司人格的滥用者，二是因公司法人人格滥用而受到损害，并有权提起诉讼的相对人。

2．行为要件

公司法人人格否认适用的基本条件是存在股东滥用公司人格的事实和行为。

3．结果要件

公司人格否认制度适用的一个重要条件是必须有损害事实存在，即滥用行为造成了逃避债务、严重损害公司债权人利益的结果。

（四）公司法人人格否认适用的情形

1．公司资本显著不足

2．利用公司回避合同义务

3．利用公司规避法律义务

4．公司法人人格的形骸化

（五）公司法人人格否认的适用后果

1．对公司的适用后果

公司法人人格否认不是从根本上彻底、永久地取消公司的法人资格，而仅是在特定的法律系中否认公司的独立人格，从而追究滥用法人人格的股东的责任，实现利益补偿。

2．对股东的适用后果

公司法人人格否认所追究的责任主体应限于实施滥用行为的股东，而不应扩及其他所有的股东。

四、公司与独资企业、合伙企业

（一）公司与独资企业

独资企业与公司的区别在于：

1． 设立主体不同

2． 成员人数不同

3． 法律地位不同

4． 财产关系不同

5． 经营管理不同

6． 责任承担不同

（二）公司与合伙企业

合伙企业与公司的区别在于

1． 成立基础不同

2． 法律地位不同

3．财产关系不同
4．人身关系不同
5．管理权利不同
6．盈亏分配不同
7．责任承担不同

第二节　公司的沿革和作用

一、公司的沿革

（一）西方国家公司的产生和发展
1．公司的萌芽时期
2．无限公司的产生、发展及其立法
3．两合公司的产生、发展及其立法
4．股份有限公司的产生、发展及其立法
5．有限公司的产生、发展及其立法
6．西方国家公司立法的特点
（二）中国公司的产生和发展

二、公司的作用

1．获取投资收益
2．限制投资风险
3．募集经营资金
4．实行科学管理

第三节　公司法概述

一、公司法的概念和性质

公司法是规定各种公司的设立、活动、解散以及其他对内外关系的法律规范的总称。

二、公司法的特点

1．主体法和行为法的结合
2．强制性和任意性的结合
3．公司法一般表现为成文法
4．公司法具有一定的国际性

三、公司法的立法目标和基本原则

（一）鼓励投资原则
（二）公司自治原则

（三）对公司及利益相关者保护原则
（四）股东平等原则
（五）权利制衡原则
（六）股东有限责任原则
（七）公司社会责任原则

四、公司法在法律体系中的地位

（一）公司法与民法
（二）公司法与商法
（三）公司法与经济法
（四）公司法与企业法
（五）公司法与证券法
（六）公司法与破产法的关系
（七）公司法与刑法

本章复习与思考题：

1．简述公司独立财产的性质和意义。
2．如何理解公司财产责任的独立性？
3．如何理解公司的社团性与对一人公司的承认？
4．简述公司发的强制性与任意性的关系。
5．简述公司法人人格否认的法理根据和适用要件。

本章拓展阅读书目：

1．江平：《新编公司法教程》，法律出版社 1995 年版
2．石少侠：《公司法教程》，法律出版社 1998 年版
3．王保树，崔勤之：《中国公司法原理》，社会科学文献出版社 2000 年版
4．叶林：《中国公司法》，中国审计出版社 1999 年版
5．范健：《公司法》，南京大学出版社 1997 年版

第二章　公司的类型

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对公司的类型、各种公司的特点及不同的法律地位和法律关系有一个准确的理解和掌握。

本章教学要求：全面、系统地介绍公司的分类及有限责任公司与股份有限公司的异同点，详细、深入地讲解我国对一人公司的承认及其特别法律规制，并对国有独资公司、上市公司和外商投资企业给予一般性的讲解，使学生在了解公司的类型的基础上，对有限责任公司与股份有限公司的异同点以及我国对一人公司的特别法律规制有全面、透彻的掌握，对国有独资公司的特征、公司申请上市的条件和程序以及外商投资企业的法定类型和法律性质有清晰明确的理解和把握。

本章教学重点：有限责任公司与股份有限公司的异同点、我国对一人公司的承认及其特别法律规则、公司上市的条件、外商投资企业的法定类型和法律性质、外国公司分支机构的性质、特征和法律地位。

本章教学难点：有限责任公司与股份有限公司的比较；母公司与子公司；本公司与分公司的不同法律地位和相互关系；对一人公司的特别法律规制；外商投资企业法与公司法的冲突与适用；外国公司分支机构的法律地位、在我国设立分支机构的外国公司的组织形式是否应受限制的问题。

第一节　公司的分类

一、无限公司、有限公司、股份有限公司与两合公司

这是以股东对公司的责任形式为标准进行的分类。

（一）无限公司

无限公司（Unlimited Company），是无限责任公司的简称，它是由两个以上的股东组成的、全体股东对公司的债务负连带无限责任的公司。

（二）有限公司

有限公司（limited company），亦称有限责任公司，是由两个以上的股东出资组成，每个股东以其认缴的出资额对公司债务承担有限责任，而公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。

（三）股份有限公司

股份有限公司（Stock Corporation 或 Company Limited by Share），又称股份公司，是指由一定人数以上的股东组成，公司全部资产分为等额股份，股东以其所认购的股份对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。

（四）两合公司

两合公司（Limited Partnership），是指由无限责任股东与有限责任股东共同组成，无限责任股东对公司债务负连带无限责任，有限责任股东对公司债务仅以其出资额为限承担有限责任的公司

二、封闭式公司与开放式公司

（一）封闭式公司

封闭式公司又称为不上市公司、私公司或非公开招股公司。其特点是公司的股份只能向特定范围的股东发行，而不能在证券交易所公开向社会发行，股东拥有的股份或股票可以有条件地转让，但不能在证券交易所公开挂牌买卖或流通。

（二）开放式公司

开放式公司又称为上市公司、公众公司或公开招股公司，其特点与封闭式公司正相反，它可以在证券市场上向社会公开发行股票，股东拥有的股票也可以在证券交易所自由地买卖或交易。

三、人合公司、资合公司与人合兼资合公司

（一）人合公司

人合公司指以股东个人条件作为公司信用基础而组成的公司。

（二）资合公司

资合公司指以公司资本和资产条件作为其信用基础的公司。

（三）人合兼资合公司

人合兼资合公司指信用基础兼具股东个人信用及公司资本和资产信用的公司，公司既有人合性质又有资合性质。

四、国营公司、公营公司与民营公司

（一）国营公司

其特点是全部资本由国家投资，国家作为股东参与公司的利润分配，公司的经营管理由国家代表、企业代表和工会代表组成的董事会负责，同时其资本也不分为股份。

（二）公营公司

公营公司是指政府资本超过公司总资本额 50%以上的公司。

（三）民营公司

民营公司是指私人资本超过公司总资本额 50%以上的公司。

五、母公司与子公司

（一）母公司

母公司，是指拥有有另一公司一定比例以上的股份，或通过协议方式能够对另一公司的经营实行实际控制的公司。

（二）子公司

其一定比例以上的股份被另一公司所拥有或通过协议受到另一公司实际控制的公司即为子公司。

（三）母子公司之间法律关系的特点

1．子公司受母公司的实际控制

2．母公司与子公司之间的控制关系主要基于股权的占有

3．母公司、子公司各为独立的法人

六、关联公司与公司集团

（一）关联公司

广义的关联公司，指两个以上独立存在而相互之间又具有稳定、密切的业务联系或投资关系的公司。狭义的关联公司，则仅指存在持股关系但未达到控制程度的公司。

（二）公司集团

公司集团亦称企业集团，它是指在统一管理之下，由法律上独立的若干企业或公司联合组成的团体。

七、本公司与分公司

（一）分公司

许多大型公司的业务分布于各个地方，甚至不同国家，直接从事这些业务的许多都是公司内部所设置的分支机构或附属机构，它们就是所谓的分公司，而公司本身则称为本公司或总公司。

（二）本公司

八、本国公司、外国公司与跨国公司

（一）本国公司

凡依中国法律在中国境内登记设立的公司，无论有无外国股东，无论外国股东出资多少，如各种形式的外商投资公司，都是中国公司，亦即本国公司。

（二）外国公司

外国公司则是相对本国公司所称。外国公司是指非依所在国（东道国）法律并且非经所在国登记而成立的、但经所在国政府许可在所在国进行业务活动的机构。

（三）跨国公司

跨国公司是指以本国为基地，在其他国家或地区设立分公司、子公司或其他参股性投资企业，从事国际性生产和经营及服务活动的大型经济组织。

第二节　有限责任公司

一、有限责任公司的概念和特征

（一）概念

有限责任公司，亦简称有限公司，是指由法律规定的一定人数的股东所组成，股东以其出资额为限对公司债务承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的企业法人。

（二）特征

1．股东人数有法定限制

2．股东对公司债务承担有限责任

3．公司设立程序简便，组织机构简单

4．公司兼具资合性与人合性

二、有限责任公司评价和适用

有限公司是公司制度发展中出现得最晚的一种公司形式，它兼采了无限公司和股份有限公司的优点，同时又克服了它们的不足。但有限公司因其人合性和封闭性的特点，一般难以成长为大型企业，更符合中小企业需要的公司形式。

第三节　股份有限公司

一、股份有限公司的概念及特征

（一）概念

股份有限公司，又简称为股份公司，是指公司全部资本分为等额股份，股东以其所认购的股份对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。

（二）特征

1．股东人数具有广泛性

2．股东的出资具有股份性

3．股东责任具有有限性

4．股份发行和转让的公开性、自由性

5．公司经营状况的公开性

6．公司信用基础的资合性

二、股份有限公司的评价和地位

（一）股份有限公司的优越性

1．利于集资

2．分散风险

3．公众性强

4．股份变现及股东变更便利

5．管理科学

（二）股份有限公司的不足之处

1．设立程序复杂，设立责任较重，公司管理机关复杂，活动多受约束。

2．易于少数股东对公司的操纵、控制和垄断的形成。

3．股东流动性大，不易控制掌握，股东对于公司缺乏责任感。

4．股票交易市场易于产生过度的投机。

第四节　一人公司

一、一人公司的概念与特征

（一）概念

一人公司又称独资公司，是指股东（自然人或法人）仅为 1 人，并由该股东持有公司的全部出资或所有股份的公司，包括有限责任公司和股份有限公司。

（二）特征

一人公司的突出法律特征在于其股东的唯一性，我国公司法目前只规定了一人有限责任公司，而股份有限公司必须由两个以上的股东组成。

二、对一人公司的承认与评价

（一）国外的立法对一人公司的评价

1．股份社团说

2．潜在社团说

3．特别财产论说

（二）我国立法确认一人有限责任公司的根据

1．尊重一人公司客观存在，鼓励投资，便利公司设立，减少公司冲突和矛盾。

2．顺应全球立法趋势。

3．一人公司与法人制度的本质和债权人保护并不矛盾。

三、一人公司的特别法律规则

（一）更高的最低资本额标准和更严格的出资缴纳要求

（二）规定了设立一人公司的限制

（三）规定了特别的公示和透明要求

（四）规定了更简易的管理方式

（五）强调了会计审计的要求

（六）规定了财产独立举证责任倒置的法律规则

第五节　国有独资公司

一、国有独资公司的概念和特征

（一）概念

国有独资公司，是指国家单独投资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机关履行出出资人职责的有限责任公司。国有投资公司是我国公司法借鉴现代各国通行的公司制度，针对中国的特殊国情，为促进中国国有企业制度改革而专门创立的一种特殊公司形态。

（二）特征

1．国有独资公司是特殊的“一人公司”

2．国有独资公司是特殊的有限责任公司

二、国有独资公司的适用与评价

第六节　上市公司

一、上市公司的概念与特征

（一）概念

股份有限公司，依其发行的股票是否公开上市交易，分为上市公司和非上市公司。所谓上市公司，是指所发行的股票经在证券交易所上市交易的股份有限公司。

（二）特征

1．上市公司是股份有限公司的一种

2．上市公司的股票上市必须符合法定条件并经有关机关批准

3．上市公司的股票在证券交易所上市交易

二、公司上市的目的与作用

1．增强公司融资功能

2．提高股东的投资回报

3．提高公司的知名度和商誉

4．规范公司行为，提高管理水平

三、公司上市的条件

1．股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行

2．公司股本总额不少于人民币 3000 万元

3．公开发行的股份达到公司股份总数的 25%以上；公司股本总额超过人民币 4 亿元的，公开发行股份的比例为 10%以上

4．公司最近 3 年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载

第七节　外商投资企业（公司）

一、外商投资企业的概念和特征

（一）概念

中国的外商投资企业，是指依照中华人民共和国法律，在中国境内设立的、部分或全部资金来自境外、外国投资者有相应的支配、控制权的企业或公司，是国际私人资本对中国进行直接投资的方式

（二）特征

1．由外国投资者参与设立或由外国投资者单独设立

2．依照中国法律、在中国境内设立

3．由外国投资者以私人直接投资方式设立

二、外商投资企业的法定类型和性质

（一）中外合资经营企业

中外合资企业是有限公司的一种，其与普通有限公司的区别在于股东必须由中方投资者和外方投资者共同组成。

（二）中外合作经营企业

在目前法律对非法人型合作企业未作规定的情况下，其法律形式可参照合伙型联营组织的规定执行。

（三）外资企业

外资企业的组织形式为有限责任公司，经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

三、外商投资企业的法律适用

我国《公司法》第 218 条规定：“外商投资的有限责任公司适用本法；有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律有特别规定的，适用其规定。

第八节　外国公司的分支机构

一、外国公司的概念

凡国籍隶属于外国的公司为外国公司。

（一）外国公司国籍的确定

1．设立行为地主义

2．设立准据法主义

3．股东国籍主义

4．住所地主义

（二）外国公司的法律特征

1．按照外国法律在中国境外设立

2．外国公司具有外国国籍

3．经申请获准在中国取得直接的经营资格

（三）外国公司的承认

二、外国公司分支机构的概念和法律特征

（一）概念

外国公司的分支机构，是指外国公司依东道国法律在东道国境内设立的从事生产经营活动的场所或者办事机构。

（二）法律特征

1．外国公司的分支机构以外国公司的存在为前提；

2．外国公司的分支机构必须经东道国政府批准设立；

3．外国公司分支机构在东道国境内的业务活动必须以营利为目的，并在东道国境内营业。

三、外国公司分支机构的性质和法律地位

外国公司分支机构既不同于外国公司在我国的常驻代表机构，也不同于外国公司在我国单独投资设立的外商独资企业。外国公司分支机构本身不具有独立的法律地位。

四、外国公司分支机构设立的条件

（一）必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或代理人；

（二）必须向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金；

（三）外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式，并应当在本机构中置备该外国公司章程。

五、外国公司分支机构的权利与

1．依法从事生产经营活动

2．合法权益受中国法律保护

3．遵守中国法律，不损害中国的社会公共利益

4．标明国籍及责任形式，并置备章程。

六、外国公司分支机构的撤销

1．因外国公司被依法撤销或解散而被迫撤销
2．外国公司分支机构因违法经营而被迫撤销
3．外国公司分支机构因无故歇业而被迫撤销
4．因外国公司分支机构的经营期限届满而撤销
5．外国公司自行决定撤销
6．其他导致分支机构撤销的原因

七、外国公司分支机构的清算

（一）清算程序
1．成立清算组
2．通知和公告债权人
3．制定清算方案，清理债权债务
4．注销登记
（二）清算过程中的法律地位

本章复习与思考题：

1．简述母公司与子公司的之间的法律关系。
2．子公司与分公司的法律地位和内部法律关系有何不同？
3．分析关联公司与公司集团的法律地位。
4．人合公司与资合公司划分的立法意义与理论意义。
5．比较有限责任公司与股份有限公司的异同。
6．股份有限公司的作用与公司上市的意义是什么？
7．简述一人公司的法律规制
8．国有独资公司与一般有限公司有何不同？
9．简析外商投资公司的法定类型及各自的法律地位。

本章拓展阅读书目：

1．赵旭东：《企业法律形态》，中国方正出版社 1996 年版
2．高富平，苏号朋，刘智慧：《合伙企业法原理与实务》，中国法制出版社 1997 年版
3．胡果威：《美国公司法》，法律出版社 1999 年版
4．姚梅镇：《外商投资企业法教程》，法律出版社 1994 年版
5.【英】迈恩哈特：《欧洲九国公司法》，中国政法大学出版社 1988 年版

第三章　公司的设立

本章教学目的：通过本章学习，使学生对公司的设立有一个全面、系统的理解和掌握，为进一步学好公司法的其他制度打下基础。

本章教学要求：重点介绍公司设立的原则、方式，深入阐释并分析公司设立的效力和条件，对公司的设立登记和公司的名称和住所给与一般性的讲解，使学生能够对公司设立的原则、方式、效力、条件等有清晰、透彻的掌握，并能结合具体的实际问题，对公司设立行为的性质、设立中公司的法律地位、发起人的法律责任等加以分析，对公司的设立登记、公司的名称和住所等有一般性的了解。

本章教学重点：公司设立的原则、方式、公司设立的效力、公司设立的条件。

本章教学难点：公司设立与成立的区别、公司设立行为的性质及设立中公司的法律地位、发起人的法律责任。

第一节　公司设立概述

一、公司设立的概念和特征

（一）公司设立的概念

公司设立，是指设立人依《公司法》规定在公司成立之前为组建公司进行的，目的在于取得公司主体资格的活动。

（二）公司设立的法律特征

1．设立的主体是发起人

2．设立行为只能发生在公司成立之前，并应当严格履行法定的条件和程序

3．设立行为的目的在于成立公司，取得主体资格

4．公司的种类不同，设立行为的内容也就不尽一致

（三）公司的设立与成立

公司的成立与设立的区别主要有：

1．发生时间不同

2．法律效力不同

二、公司设立的原则

（一）国外公司设立原则沿革

1．自由设立主义

2．特许设立主义

3．核准设立主义

4．单纯准则设立主义

5．严格准则设立主义

（二）我国在公司设立的原则

我国曾经长期实行核准设立主义，现行的公司设立原则是严格准则设立主义和核准设立主义的结合：有限责任公司的设立采用严格准则设立主义，股份有限公司的设立采用核准设立主义。

三、公司设立的方式

从大陆法系各国或地区的公司立法来看，公司设立的方式有发起设立和募集设立两种。

（一）发起设立

1．概念及意义

发起设立，是指由发起人认购应发行的全部股份而设立公司。因无限公司、两合公司、有限责司公司的人合性强，资本具有封闭性，所以其设立方式均为发起设立。

2．法律限制

依我国公司立法的规定，以发起设立方式设立公司的，不允许分期、分次发行股份，而且规定所认购股份在公司成立时必须缴足。

（二）募集设立

1．概念及意义

募集设立，是指发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集或向特定对象募集而设立公司。

2．法定形式

在我国国有企业股份制改造过程中，募集设立包括定向募集和社会募集两种形式。我国原《公司法》没有规定定向募集的方式，但新《公司法》肯定了定向募集的方式。

3．法律限制

我国《公司法》第85条规定：“以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购份不得少于公司股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。”

第二节　公司的设立登记

一、公司登记概述

（一）公司登记的含义

公司登记是指公司在设立、变更、终止时，依法在公司注册登记机关由申请人提出申请，主管机关审查无误后予以核准并记载法定登记事项的行为。

（二）公司登记与营业登记

公司登记不同于营业登记。公司登记属于法人登记，目的是创设法律人格，赋予公司以独立主体资格。营业登记又称商事登记、商业登记，其作用则是政府承认某项营业及其某一商号的合法性，准许其开业。在我国，公司的这两种登记是合并进行的，并由同一机关主管。

（三）公司登记的类型

公司登记通常分为设立登记、变更登记和解散登记等。

（四）公司登记的机关及权限

公司登记须在国家规定的公司注册登记机关进行。依《公司登记管理条例》及相关法律文件的规定，我国的公司登记机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。

二、公司设立登记的意义

（一）公司的设立审批

公司的设立审批是指在公司设立登记前，必须依法律、行政法规的规定报经政府主管部门或政府授权部门审查批准。依我国《公司法》的规定，审批及登记都是公司设立过程中依法所为的行政

行为。

（二）公司设立登记的意义

1．可以从法律上确认公司设立的事实。

2．可以确认公司的注册地，进而确认公司的住所和经营场所。

3．可以将公司的法律形式明确地记载下来，从而为确定投资人的责任范围提供依据。

4．既可以使国家掌握公司的行业分布、区域分布及其他资料，便于国家实施宏观经济政策和对公司的微观活动进行监督管理。

5．可以对非法经营活动（如假冒伪劣产品的生产和销售）进行制止和打击，依法保护登记公司的各项合法权益。

三、公司设立登记的程序

（一）提出申请

（二）审查核准

（三）公告

（四）登记的更正和撤销

四、公司设立登记的法律效力

一般认为，公司设立申请经公司登记机关核准登记注册后，即发生以下法律效力：

1．公司取得从事经营活动的合法凭证

2．公司取得法人资格

3．公司取得名称专用权

五、分公司的设立登记

（一）设立分公司的两种情形

1．在公司设立的同时设立分公司

2．在公司成立后设立分公司

（二）设立分公司的有关规定

第三节　公司设立的效力

公司设立的效力即公司设立行为的法律后果。

设立行为的后果有二：一是经过设立程序，符合法定条件，被核准登记，公司取得法律人格。二是经过设立程序，不符合法定条件，未被核准登记，公司设立失败或公司被确认设立无效或被撤销。但无论公司成立还是不成立，发起人对其设立行为，都要承担相应的法律责任，这也是设立行为效力的重要表现。

一、公司设立完成

（一）设立完成的一般效力

（二）设立中公司的法律地位

（三）发起人的责任

1．资本充实责任

2．损害赔偿责任

二、公司设立失败

（一）含义

设立失败是指公司未能够完成设立行为的情形。

（二）发起人的责任

1．连带赔偿责任

2．对已收股款的返还责任

三、公司设立无效

（一）含义

（二）设立无效的原因

公司设立无效主要是因设立行为违反法律规定引起的。设立无效的原因大致可以归结为下列三方面：

1．设立主体有瑕疵。

2．设立行为本身有瑕疵。

3．其他原因。

（三）设立无效的提出

（四）设立无效诉讼的法律后果

1．原告胜诉的法律后果

2．原告败诉的法律后果

第四节　公司设立的条件

公司的设立条件因公司的类型不同而有差异。我国《公司法》对设立有限责任公司和股份有限公司的相关条件分别作了规定。

一、有限责任公司设立的条件

我国《公司法》第23条规定：“设立有限责任公司，应当具备下列条件：（一）股东符合法定人数；（二）股东出资达到法定资本最低限额；（三）股东共同制定公司章程；（四）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；（五）有公司住所。”

（一）主体条件

1．股东人数要求

2．股东资格要求

各国或地区的公司立法对于有限责任公司股东的资格，多与对股份有限公司发起人资格的规定基本相同。依我国公司法及相关法律的规定，有限责任公司的股东必须具备相应的资格。

（二）财产条件

1．最低注册资本要求。

2．资本构成要求

（三）组织条件

组织条件包括公司的名称、住所、章程及依法建立的组织机构等。

二、股份有限公司设立的条件

（一）主体条件

1．发起人必须符合法定人数

2．发起人的资格

（二）财产条件

1．资本最低限额要求

2．资本构成要求

这是对于股份有限公司的另一特别要求。股份有限公司的资本应划分为股份，并且各股金额一般应为均等。

（三）组织条件

组织要件包括公司的名称、类别、住所、经营范围等的选定以及公司的组织机构等。

第五节　公司设立的程序

一、有限责任公司的设立程序

依我国《公司法》及相关法律规定，有限责任公司的设立应经过下列程序：

（一）发起人发起

有限责任公司只能由发起人发起设立。

（二）订立公司章程

公司章程主要是规范公司成立后各方行为的，须严格按照法律、法规的规定订立。

（三）申请名称预先核准

采用公司名称预先核准制，可以使公司的名称在申请设立登记之前就具有合法性、确定性，从而确保公司名称的质量和公司设立登记的顺利进行。

（四）报经有关部门审批

1．法律、法规规定必须经批准的。

2．公司营业项目中有必须报经批准的事项。

（五）缴纳出资并进行验资

缴纳出资是设立中公司履行设立协议或公司章程中规定的出资义务的行为。

（六）申请设立登记

（七）登记发照

对符合公司法规定条件的，予以登记，发给营业执照，即告成立；对不符合本法规定条件的，不予登记。

二、股份有限公司的设立程序

依我国公司法的有关规定，股份有限公司的发起设立程序和募集设立程序相比较，募集设立程序基本与发起设立相同，只是还需经过向社会公开招募股份及其相关的一些步骤。具体可以概括如下：

（一）签订发起人协议

1．发起人协议的内容

2．发起人的义务和责任

（二）报经有关部门批准

在《公司法》修订之前，我国对于股份有限公司的设立采取了严格的行政审批制度。修订后的《公司法》取消了这一规定，意味着现行《公司法》在公司设立问题上的行政审批程序的弱化。

（三）制订公司章程

发起人应制定公司章程。

（四）申请名称预先核准

依《公司登记管理条例》第 18 条的规定，设立股份有限公司要在报送审批前，申请公司名称预先核准。

（五）认购股份

1．以发起设立方式设立的认购程序

（1）发起人认购应发行的全部股份

（2）发起人缴纳股款

2．以募集设立方式设立的认购程序

（1）发起人认购法定数额的股份

（2）公开募集股份

（3）缴纳股款

（六）建立公司组织机构和申请设立登记

我国公司法分别对发起设立和募集设立股份有限公司的设立登记进行了规定。

1．以发起设立方式设立股份有限公司

2．以募集设立方式设立股份有限公司

（七）公告

公司成立后，应该进行公告。公告的设立登记的内容应当与登记机关核准登记的内容一致。

三、一人有限责任公司与国有独资公司的设立程序

1．现行立法对一人有限责任公司的设立程序没有特别规定，所以其设立程序基本与前述一般有限责任公司相同。

2．国有独资公司，其设立的基本程序也与一般有限责任公司大致相同。只是鉴于其投资主体的特殊性，其章程不可能由股东直接制定。

第六节　公司的名称和住所

一、公司的名称

公司名称的意义主要有三：其一，公司的名称是公司成为独立民事主体的重要标志之一，是法人人格的表现。其二，公司的名称也是法人人格特定化的标志，公司可以其名称区别于其他民事主体。其三，公司的名称也是商誉的主要组成部分，是一种无形资产。

（一）国外的公司名称制度

各国或地区关于公司名称选择的立法原则不尽相同，主要可以概括为以下三种。

1．真实主义

2．自由主义

3．折中主义

（二）我国的公司名称制度

1．公司名称的特征

依我国有关法律的规定，公司的名称具有下列法律特征：

（1）公司的名称具有唯一性。

（2）公司的名称具有排他性。

（3）公司名称具有可转让性。

2．公司名称的构成

依我国《企业名称登记管理实施办法》的规定，除法律另有规定外，公司名称应当依次包括下列四个部分。

（1）公司所属的行政区划名称，即注册机关的行政管辖级别和行政管辖范围。

（2）字号。

（3）公司的行业或营业部类，即公司的名称应显示出公司的主要业务和行业性质，如“研究开发"、“计算机”等。

（4）公司的形式，即公司的种类，如“股份有限公司”或“有限责任公司"。

3．公司分支机构的名称

4．公司名称的核准和登记

5．公司名称预先核准制度

（三）公司的名称权

公司的名称权是指公司对其依法取得的名称享有的独占和排他的权利。公司名称经登记注册后，即取得其名称的专用权。

1．确定公司名称权的原则

2．公司名称权的转让

3．公司名称权的效力

二、公司的住所

（一）公司住所的确定

一是管理中心主义，即以登记时的常设管理机关所在地为住所。二是营业中心主义，即以公司的业务执行地为住所。三是由公司的章程确定。

（二）公司住所的法律意义

法律确定住所的意义主要可以概括为以下方面：

1．可以据此确定诉讼管辖地

2．可以据此确定法律文书或其他函件受送达的地点

3．可以据此确定登记、税收等其他管理机关

4．可以据此确定债务履行地

5．可以在涉外民事关系中确认准据法

（三）法律对公司住所的规定

1．住所是公司章程的必备条款之一，而公司章程又是申请注册登记的必备文件之一。所以，公司成立之前就应有拟定的住所，经注册登记后，具有法律效力。

2．住所是应当进行注册登记的事项，住所应登记而不登记或变更住所而不做变更登记，不得以其事项对抗第三人。

3．一个公司只能有一个住所。如果有多个办事机构，则以统辖全部事务和分支机构的办事机构所在地为住所。

4．设立分公司的，分公司也有营业场所，并需要在营业场所所在地的登记机关办理登记。但分公司不是法人，且我国法律不承认可以有多个住所，故分公司的营业场所不具有住所的地位和效力。

本章复习与思考题：

1．公司的设立和成立有何区别？
2．有限责任公司的设立与股份有限公司的设立有何区别？
3．试述公司设立登记的概念和效力。
4．依我国公司法的有关规定，设立有限责任公司应当具备哪些条件？
5．依我国公司法的有关规定，设立股份有限公司应具备哪些条件？
6．如何理解发起人的法律地位？
7．依我国公司法的有关规定，公司创立大会的作用有哪些？
8．什么是公司名称？其构成要素有什么？
9．确定公司住所的法律意义主要有哪些？

本章拓展阅读书目：

1．江平：《法人制度论》，中国政法大学出版社 1994 年版
2．赵旭东：《企业与公司法纵论》，法律出版社 2003 年版
3．谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社 2002 年版
4.【英】梅因哈特：《欧洲十二国公司法》，李功国，周林彬，陈志刚等译，兰州大学出版社 1988 年版
5．孙珺：《德国股份公司设立中的法律问题》，载《中德经济法研究所年刊》1994 年版
6．张民安：《公司设立制度研究》，载王保树主编《商事法论集（7）》，法律出版社 2002 年版

第四章　公司章程

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对公司章程有一个全面、完整的理解和掌握。

本章教学要求：简要阐释公司章程的概念，深入地分析和讲解公司章程的特征、性质、内容和效力，对公司章程的制定和修改给予一般性的介绍，使学生对公司章程的特征、性质、内容和效力有清晰、准确的掌握，对公司章程的制定和修改有基本的了解。

本章教学重点：公司章程的特征和性质、公司章程的内容、公司章程的效力。

本章教学难点：公司章程与设立协议的区别、公司章程的制定和效力、公司法与公司章程在公司治理中的协调。

第一节　公司章程的概念和特征

一、公司章程的概念

公司章程是由设立公司的股东制定并对公司、股东、公司经营管理人员具有约束力的调整公司内部组织关系和经营行为的自治规则。

二、公司章程的性质

（一）公司章程性质的一般认识

1．契约说

2．自治法说

（二）公司设立协议与公司章程的区别

1．公司设立协议是任意性文件；而公司章程则是必备性文件，任何公司成立都必须以提交章程为法定要件。

2．设立协议是不要式法律文件，而公司章程则是要式法律文件。

3．公司设立协议与公司章程的效力不同。

4．从效力的期间来看，设立协议调整的是公司设立过程中的关系，因而它的效力期间是从设立行为开始到设立过程终止，公司的成立即意味着协议的终止；而公司章程的效力则及于公司成立后整个的存续过程，直至公司完全终止。

三、公司章程的特征

（一）法定性。

1．制定的法定性。

2．内容的法定性。

3．效力的法定性。

4．修改权限和程序的法定性。

5．公司章程须经登记。

（二）自治性。

公司章程是公司的自治规则，表现为公司不同则章程也有所不同。

（三）公开性。

1．公司章程须经登记。

2．股东有权查阅公司章程。

3．公司章程是公司公开发行股票或者公司债券时必须披露的文件之一。

第二节　公司章程的制定和修改

一、公司章程的制定

章程的制定发生在公司设立环节。

（一）有限责任公司章程的制定

设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程。国有独资公司章程制定主体有两类：第一类是国有资产监督管理机构，权限是制定章程；第二类则是国有独资公司的董事会，权限为制订章程，尚须报国有资产监督管理机构批准。

（二）股份有限公司章程的制定

1．发起设立的股份有限公司。

对于发起设立的股份有限公司，在公司成立之后将成为公司股东的投资者还是限于发起人，投资者并没有社会化。

2．募集设立的股份有限公司。

在公司成立之后成为公司初始股东的不仅有发起人，而且还有众多的认股人，公司的股东已经社会化，因此，募集设立的股份有限公司属开放式的公众性公司。

二、公司章程的内容

（一）公司章程内容的分类

公司法关于公司章程记载事项的规定，依据其效力不同，可分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项、任意记载事项。

1．绝对必要记载事项。

2．相对必要记载事项。

3．任意记载事项。

（二）我国公司章程的记载事项

1．我国《公司法》的规定

2．其他规范文件的规定

三、公司章程的修改

1．修改公司章程的权限专属于公司的权力机构。

2．修改公司章程须以特别决议为之。

第三节　公司章程的效力

公司章程的效力范围主要包括两个方面的内容：第一，公司章程的时间效力；第二，公司章程的对人效力。

一、公司章程的时间效力

（一）公司章程的生效

一种观点认为，章程自发起设立公司的投资者签字时生效；另一种观点认为，章程自公司成立时生效。

在我国，章程中调整发起设立公司的投资者的内容，相当于公司设立协议，可以适用《合同法》的一般规则，签字盖章时成立并生效。发起设立公司的投资者均自章程成立时受其约束，章程中调整尚未成立的公司、尚未产生的董事、监事、高级管理人员以及未来可能加入公司的其他股东的相关内容，则自公司成立时生效。

（二）公司章程的失效

公司章程并不因解散事由发生而失效。在公司清算过程中，仍然应当按照章程规定的清算办法组织清算组进行清算。因此，公司章程于公司终止时失效。

（三）设立公司过程中的章程约束力及其保障机制

二、公司章程的对人效力

公司章程的对人效力是指公司章程可以对哪些人产生约束力。

（一）章程对公司的效力

章程对公司的约束力表现为对内约束力和对外约束力两个方面。对内约束力，集中地表现为章程对公司内部的组织和活动的约束力。对外约束力则表现为章程对公司自身行为的约束力。

（二）公司章程对股东的效力

公司章程对于股东的效力，更多是表现为股东如何行使权利，防止控股股东权利的滥用。

（三）章程对董事、监事、高级管理人员的效力

董事、监事、高级管理人员不仅应当遵守法律、行政法规，而且应当遵守公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。此外，公司章程有关公司的机构及其产生办法、职权、议事规则的规定，也是董事、高级管理人员、监事行使职权的重要依据。

本章复习与思考题：

1．公司章程的主要法律特征是什么？
2．比较设立协议与公司章程的异同。
3．简述股份有限公司章程的制定。
4．试述公司法与公司章程：两种不同但应协调配合的治理机制。
5．简述公司章程的生效时间。
6．分析设立公司过程中的章程约束力及其保障机制。
7．章程对公司的效力是什么？
8．简述公司章程对股东的效力。

本章拓展阅读书目：

1．江平：《新编公司法教程》，法律出版社 1994 年版
2．范健，蒋大兴：《公司法论》，南京大学出版社 1997 年版
3．张国键：《商事法论》，三民书局 1980 年版
4．赵旭东：《设立协议与公司章程的法律效力》，载《人民法院报》2002 年 1 月 12 日
5．刘志文：《论公司章程》，法律出版社 1997 年版
6．蒋大兴：《公司法的展开与批判----方法、判例、制度》，法律出版社 2001 年版

第五章　公司的能力

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对公司的能力有一个较为全面的认识，并能够运用公司能力的理论解决实践中出现的问题。

本章教学要求：系统、深入地阐述公司能力理论和制度，包括公司权利能力、行为能力地概念、功能、限制，法定代表人代表行为的构成要件和法律后果、以及公司侵权行为的构成要件和法律责任等，使学生在全面掌握相关知识的基础上，能够运用公司能力理论分析公司担保行为的效力和超越经营范围订立的合同的效力等问题，并能够准确区分代表行为、非代表行为、公司侵权行为及其相应的法律责任。

本章教学重点：“公司权利能力”的含义和功能、公司权利能力在法律上和目的上的限制、公司的法定代表人制度、代表行为的构成要件以及代表行为和非代表行为的法律后果、公司侵权行为的构成要件和法律责任。

本章教学难点：公司权利能力及其范围的理论涵义、公司权利能力的法律限制和目的限制、公司担保行为的效力和超越经营范围所订立的合同的效力、区分代表行为和非代表行为及相应的法律责任、公司侵权行为及其法律责任的认定。

第一节　公司的权利能力

一、公司权利能力及其范围的概念和意义

公司的权利能力是指公司享有权利和承担义务的资格，而公司权利能力的范围则是指公司有资格享有的权利范围和承担的义务范围。公司的权利能力及其范围的概念在法律推理中具有重要意义：

1．公司的权利能力及其范围的概念是判断公司是否享有某种特定权利或承担某种特定义务的首要标准。

2．公司的权利能力及其范围的概念是判断公司的法律行为（意思表示）的效力的首要标准，如果公司的法律行为超越公司的权利能力范围，则一般为无效。

公司的权利能力从公司营业执照签发之日开始，至公司注销登记并公告之日终止。

二、公司权利能力的范围的限制

（一）性质上的限制

公司不具有自然人所具有的自然性质，如身体、性别、种族等，公司也不享有自然人基于其自然性质而享有的权利，如生命权、健康权、肖像权、婚姻权等人身权。但是，公司仍享有某些特定的人身权，如名誉权和荣誉权。

（二）法律上的限制

1．转投资的限制

（1）转投资对象的限制

公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

除国有独资公司和上市公司外，其他公司可以成为合伙企业合伙人。

（2）转投资数额的限制

我国新《公司法》最终取消了对转投资比例的限制。

2．担保的限制

公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

3．借贷的限制

一般认为，董事、经理无权将公司资金借贷给他人，除非该借贷行为系公司正常经营活动或公司正常经营活动所必需，或公司章程有特别的规定，或经股东会同意。

（三）目的上的限制

1．基本概念与问题

2．比较法的考察

（1）英美法系的越权理论（ultra vire）及其修正

越权理论在实践中造成很大的弊端，它制约公司的发展，影响交易安全，损害第三人利益。

（2）大陆法系的学说及其发展

3．我国的制度

（1）1993 年之前的制度

我国的司法实践完全采用经营范围限制公司权利能力的学说。

（2）1993 年全国经济审判工作会议

不应将法人超越经营范围签订的合同一律认定为无效，而应区别对待。

（3）1999 年《合同法》及其司法解释

当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

（4）2005 年《公司法》

2005 年《公司法》则完全删除了“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动”的规定。

第二节　公司的行为能力

一、公司行为能力的概念和特点

（一）公司行为能力的概念

公司的行为能力是指公司通过自己的意思表示构建法律关系的资格。

1．拟制说

2．实在说

二、公司的法定代表人

公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。

三、董事长的代表行为及其构成要件分析

（一）代表行为的概念

1．代表行为与个人行为

2．代表行为有效与公司的意思表示有效之间的差别

（二）法定代表人的代表行为的一般构成要件

1．具有代表人的身份；

2．以法人的名义；

3．在权限范围内，

（1）法律的直接限制；

董事长未经股东会同意，无权签订发行公司债券的合同和公司合并、分立的合同。

（2）公司章程的限制。

在我国的司法实践中，章程的备案公开本身也不足以构成“相对人知道和应当知道”的证据。

（3）股东会或董事会决议的限制。

即使股东会或董事会决议在媒体上公开，也不足以构成“相对人的应当知道”的证据。

四、公司意思表示的外在推定形式

1．董事长签章

董事长以公司法定代表人名义的签章当然构成公司意思表示的外在推定形式。

2．公司印章

印章就是公司意思表示的推定形式。

第三节　公司的侵权行为能力

一、公司侵权行为能力的概念

公司的侵权行为能力是指公司承担因侵权行为所致的损害赔偿的责任能力。

二、公司的侵权行为的构成要件

1．公司的工作人员实施的行为

2．须公司工作人员所实施的行为与公司职务有密切关系

3．具备一般侵权行为的要件

即过错、违法性、因果关系和损害等四个要件。

三、公司侵权行为的法律责任

1．公司的责任

由公司直接承担，由公司向受害人承担赔偿责任。

2．行为人（工作人员）的责任

（1）行为人（工作人员）对公司的责任

公司可以根据《公司法》第150条规定要求行为人（董事、监事、高级管理人员）向公司承担赔偿责任。

（2）行为人（工作人员）与公司的连带责任

我国公司法没有对公司工作人员的连带责任作出规定。然而，一些特别法则规定了在特别情形下公司工作人员对公司侵权行为的连带责任，如《证券法》第六十九条规定上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员对于上市公司的虚假信息披露的侵权行为应承担连带赔偿责任。

本章复习与思考题：

1．公司的权利能力存在那些方面的限制？
2．公司是否享有名誉权和荣誉权？为什么？
3．公司可否向合伙企业投资？为什么？
4．公司的借贷行为应受哪些限制？
5．公司的赠与行为应受哪些限制？
6．简述公司董事长代表行为的构成要件。
7．简述公司侵权行为的构成要件。

本章拓展阅读书目：

1．江平：《新编公司法教程》（第 2 版），北京法律出版社 2003 年版
2．王保树，崔勤之：《中国公司法》，社会科学文献出版社 2000 年版
3．范健，蒋大兴：《公司法论》，南京大学出版社 1997 年版
4．石少侠：《公司法教程》，中国政法大学出版社 2002 年版
5.【韩】李哲松：《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社 2000 年版
6．王泰铨：《公司法新论》，元照出版公司 1997 年版
7．柯芳枝：《公司法要义》，三民书局 1993 年版
8．卞耀威：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版

第六章　公司资本制度

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对公司的资本制度有全面、系统的理解和把握。

本章教学要求：简单介绍公司资本与相关法律概念的关系，系统、深入地分析公司资本原则、资本形成制度、最低资本额制度，对公司资本募集和股份发行以及公司的增资减资给予全面的介绍，使学生能够准确的理解和认识公司资本与相关概念的区别与联系、我国公司法的出资分期缴纳制度与授权资本制的区别，对公司资本原则和资本形成制度以及最低资本额制度有清晰、透彻的掌握，并对资本募集方式和股份发行的分类、原则、公开发行的条件以及增资减资的程序有基本的了解和掌握。

本章教学重点：公司资本与相关法律概念的关系、公司资本原则与资本形成制度、最低资本额制度、股份发行的分类及公开发行的条件、增资与减资的条件和程序。

本章教学难点：资本、资产、净资产与股东权益的含义和区别、我国公司法的出资分期缴纳制度与授权资本制的区别、公司增资中的股东利益冲突及保护。

第一节　公司资本的概念和意义

一、公司资本的概念

公司资本（Capital），又称股本或股份资本，是公司成立时章程规定的，由股东出资构成的财产总额。因此，资本具有以下几个特点：

1．资本是公司自有的独立财产。

2．资本是一个抽象的财产的价值金额。

3．资本来源于股东的出资。

4．资本是在公司成立时由章程予以规定的。

5．资本是一个确定不变的财产数额。

二、公司资本的不同含义和形式

1．注册资本（Registered Capital），又称额面资本或核定资本，是指公司成立时注册登记的资本总额。

2．授权资本（Authorized Capital），又称名义资本（Nominal Capital）。指公司根据公司章程授权可发行的全部资本。

3．发行资本（Issued Capital），又称已发行资本，是指公司一次或分期发行股份时，已经发行的资本总额。

4．实缴资本（Paid-up Capital），亦称已缴资本、实收资本，指股东已经向公司缴纳的资本。资本已经发行不等于股东已经实际缴纳。

5．待缴资本（Uncalled Capital），又称催缴资本，指公司已发行、股东已认购但尚未缴纳的资本。

6．保留资本（Reserve Capital），又称储备资本，是指在公司正常经营情况下，发行和待缴资本中不得向股东催缴的部分，对于待缴资本，只有在公司破产时才可催缴，是为保留资本。

三、公司资本与资产、净资产、股东权益、投资总额

（一）资本与资产
（二）资本与净资产
（三）资本与股东权益
（四）资本与投资总额

四、公司资本的法律意义

（一）资本是公司成立的基本条件
（二）资本是公司进行经营活动的基本物质条件
（三）资本是公司承担财产责任的基本保障
（四）资本是股东对公司债务承担责任的界限

第二节　公司资本原则与资本形成制度

一、公司资本原则

（一）资本确定原则

这一原则是指公司在设立时，必须在章程中对公司的资本总额作出明确规定，并须全部认足或募足，否则公司不能成立。公司成立后若发行股份，必须履行增资程序，经股东会决议并修改公司章程。

（二）资本维持原则

又称资本的充实原则，它是指公司在其存续过程中，应经常保持与其资本额相当的财产。

（三）资本不变原则

这一原则是指公司的资本一经确定，即不得随意改变，如需增减，必须严格按法定程序进行。

二、公司资本形成制度

（一）法定资本制

法定资本制，是指在公司设立时，必须在章程中明确规定公司资本总额，并一次性发行、全部认足或募足，否则公司不得成立的资本制度。

1．公司设立时，必须在公司章程中明确规定资本总额；

2．公司设立时，必须将资本或股份一次性全部发行并募足，由发起人或股东全部认足；

3．资本或股份经认足或募足后，各认股人应根据发行的规定缴纳股款。

4．公司成立后，因经营或财务上的需要而增加资本，必须经股东会决议、变更公司章程的新股发行程序。

（二）授权资本制

授权资本制，是指在公司设立时，虽然应在章程中载明公司资本总额，但公司不必发行资本的全部，只要认足或缴足资本总额的一部分，公司即可成立。其余部分，授权董事会在认为必要时，一次或分次发行或募集。

1．公司设立时，必须在章程中载明资本总额，此点与法定资本制相同。但同时章程亦应载明公司首次发行资本的数额。

2．公司章程所定的资本总额不必在公司设立时全部发行，而只需认足或募足其中的一部分。

在英国，只要求每一发起人至少认购并缴纳一股；在美国，各州的规定并不一致。

3．公司成立后，如因经营或财务上的需要欲增加资本，仅须在授权资本数额内，由董事会决。

（三）折中资本制

折中资本制，是在法定资本制和授权资本制基础上衍生和演变而成的资本制度，具体又分为许可资本制和折中授权资本制两种类型。

1．许可资本制。亦称认许资本制，是指在公司设立时，必须在章程中明确规定公司资本总额，并一次性发行、全部认足或募足。

2．折中授权资本制，是指公司设立时，也要在章程中载明资本总额，并只需发行和认足部分资本或股份，公司即可成立，未发行部分授权董事会根据需要发行，但授权发行的部分不得超过公司资本的一定比例。

第三节　最低资本额制度

一、最低资本额制度的意义

为平衡股东和公司债权人之间的利益和风险，并作为股东承担有限责任的前提条件，法律对公司资本规定了最低的要求，以对市场经营活动的准入设定必要的门槛，对公司债权人的利益提供最低限度的担保。

二、我国公司的最低资本额制度的形成和发展

1993 年颁布的《公司法》最终确立了我国系统、完备的最低资本额制度。新《公司法》第 26 条第 2 款规定：“有限责任公司的注册资本不得少于三万元。法律、行政法规对有限责任公司的注册资本另有规定的，从其规定”；新《公司法》第 81 条第 3 款规定：“股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定”。

三、对我国最低资本额制度的评价

新《公司法》在继续维持最低资本额制度的同时，对其做了实质的突破和大幅度的降低。

第四节　公司资本募集与股份发行

一、公司资本的募集

公司资本的募集，亦称资本的发行，是指以一定的条件向投资者发行资本，由投资者出资认购并取得股权或股份，公司获得相应的资产。

（一）资本募集的方式

1．发起人募集与认股人募集。

2．公开募集与不公开募集。

3．一次募集与分次募集。

4．内部募集与外部募集。

（二）资本募集的法律形式

1．签订发起人协议或公司设立协议。

2．签订认股协议，约定各认股人认购资本的义务及其具体比例或金额。

3．签署公司章程。

4．招股与认股。

二、股份发行分类

（一）设立发行与新股发行

这是按股份发行的时间或阶段进行的区分。

（二）直接发行与间接发行

这是按股份发行是否通过中介机构进行的区分。

（三）公开发行与不公开发行

这是按股份发行是否面向社会、投资者是否特定进行的区分，亦称为公募发行与私募发行。

（四）增资发行与非增资发行。

这是按股份发行是否增加公司资本进行的区分。

（五）通常发行与特别发行

这是按新股发行的目的进行的区分。

（六）平价发行、折价发行与溢价发行

这是按股份发行价格进行的区分。

（七）其他发行分类

三、股份发行原则

我国《公司法》第127条规定：“股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等的权利。”由此，形成了股份发行的基本法律原则。

（一）公开原则

公开原则，是指发行公司必须依照法定要求将与其发行股份相关的一切重要的信息和情况公之于众。

（二）公平原则

公平原则，是指股份发行对所有投资者应给予平等的对待，一视同仁，不得歧视

（三）公正原则

公正原则，是指对股份发行活动的监管和对股份发行争议或纠纷的处理应正确适用法律，对当事人公正对待，处理结果客观公正。

四、股份公开发行的条件

（一）设立发行的条件

1．其生产经营符合国家产业政策；

2．其发行的普通股限于一种，同股同权；

3．发起人认购的股本数额不少于公司拟发行的股本总额的35%；

4．在公司拟发行的股本总额中，发起人认购的部分不少于人民币3000万元，但是国家另有规定的除外；

5．向社会公众发行的部分不少于公司拟发行的股本总额的25%，其中公司职工认购的股本数额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的10%；公司拟发行的股本总额超过人民币4亿元的，证

监会按照规定可以酌情降低向社会公众发行的部分的比例，但是最低不少于公司拟发行的股本总额的 10%；

6．发起人在近 3 年内没有重大违法行为；

7．国务院证券管理委员会规定的其他条件。

（二）改组设立发行的条件

1．发行前一年末，净资产在总资产中所占比例不低于 30%，无形资产在净资产中所占比例不高于 20%，但是国务院证券管理委员会另有规定的除外；

2．近 3 年连续盈利。|

（三）新股发行的条件

1．具备健全且运行良好的组织机构；

2．具有持续盈利能力，财务状况良好；

3．最近三年财务会计文件无虚假记载，无其他重大违法行为；

4．经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

（四）定向募集公司新股发行条件

1．定向募集所得资金的使用与其招般说明书所述的用途相符，并且资金使用效益良好；

2．距最近一次定向募集股份的时间不少于 12 个月；

3．从最近一次定向募集到本次公开发行股票期间没有重大违法行为；

4．内部职工股权证按照规定范围发放，并且已交国家指定的证券机构集中托管；

5．国务院证券委规定的其他条件。

五、新股发行程序

（一）发行决议

公司发行新股，股东大会应当对下列事项作出决议：1．新股种类及数额；2．新股发行价格；3．新股发行的截止日期；4．向原有股东发行新股的种类及数额。

（二）审查核准

股东大会作出发行新股决议后，由董事会向国务院证券监督管理机构报送相关文件，提出公开发行新股的申请。

（三）公告文件

公司经国务院证券监督管理机构核准公开发行新股时，必须公告新股招股说明书和财务会计报告，并制作认股书。

（四）签订证券承销协议

公司向社会公开发行新股，应当由依法设立的证券经营机构承销。

（五）登记和公告

公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记，并公告。

第五节　增加资本与减少资本

一、增加资本

（一）增资的目的和意义

增加资本，简称增资，是指公司基于筹集资金，扩大经营等目的，依照法定的条件和程序增加

公司的资本总额。公司增资通常具有下述目的和意义：

1．筹集经营资金，开拓新的投资项目或投资领域，扩大现有经营规模。

2．保持现有运营资金，减少股东收益分配。

3．调整现有股东结构和持股比例，改变公司管理机构的构成。

4．公司吸收合并。

5．增强公司实力，提高公司信用。

（二）增资的方式

总体上，公司的增资方式可分为：

1．内部增资与外部增资

2．同比增资与不同比增资

3．追加性增资与分配性增资。

4．增加股份数额与增加股份金额。

5．配股增资与送股增资。

6．公司债转换增资与债转股增资。

（三）增资的条件和程序

二、减少资本

（一）减资的目的和意义

减少资本，简称减资，是指公司基于某种情况或需要，依照法定条件和程序，减少公司的资本总额。根据资本不变原则，公司的资本不得随意减少，但并非绝对不可改变，而是可以通过法定的程序减资。减资的目的和意义在于：

1．缩小经营规模，或停止经营项目。

2．减少资本过剩，提高财产效用。

3．实现股利分配，保证股东利益。

4．缩小资本与净资产差距，真实反映公司资本信用状况。

5．公司分立。

（二）减资的方式

1．同比减资与不同比减资

2．返还出资的减资、免除出资义务的减资与销除股权或股份的减资

3．减少股份数额与减少股份金额

（三）减资的条件和程序

1．股东大会作出减资决议，并相应地对章程进行修改。

2．公司必须编制资产负债表及财产清单。

3．通知债权人和对外公告。

4．债务清偿或担保。

5．办理减资登记手续。

本章复习与思考题：

1．简述公司资本的法律意义。

2．简述资本、资产与净资产的区别及各自的法律意义。

3．简述公司法上的资本确定原则

4．资本维持原则的要求及其在公司法制度中的体现。
5．试述法定资本制与授权资本制的比较与取舍。
6．试述我国公司法上的出资分期缴纳制度及其法律意义。
7．股份公开发行的特点、作用与条件是什么？
8．试述资本变动中的股东保护与债权人保护。

本章拓展阅读书目：

1．徐燕：《公司法原理》，法律出版社 1997 年版
2．范健，蒋大兴：《公司法论》，南京大学出版社 1997 年版
3．周友苏：《公司法通论》，四川人民出版社 2002 年版
4．卞耀威：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版
5.【英】迈恩哈特：《欧洲九国公司法》，中国政法大学出版社 1988 年版
6．刘连煜：《股份有限公司之最低资本额制度》，载《法令月刊》第 48（1）期

第七章　股东出资制度

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对股东出资制度有全面、系统的理解和掌握。

本章教学要求：简单阐述股东出资的法律意义及其与相关法律概念的关系，重点讲解股东出资责任、股东出资形式和法定要求，对公司法列举的四种股东出资形式和未列举但现实中普遍存在的四种出资形式的内容和特点予以详细介绍，使学生对股东出资的含义有基本的了解，能够对股东出资责任的法律性质和内容加以分析，对股东出资的形式和法定要求有全面、准确的认识，对出资的比例结构和出资的履行方式有透彻、清晰的掌握。

本章教学重点：股东出资与相关法律概念的关系、股东出资的法律责任、股东出资的形式和法定要求。

本章教学难点：1．股东出资责任的法律性质和内容，2．出资的形式，3．出资的履行原则和履行方式。

第一节　股东出资概述

出资是指股东（包括发起人和认股人）在公司设立或者增加资本时，为取得股份或股权，根据协议的约定以及法律和章程的规定向公司交付财产或履行其他给付义务。

一、股东出资与公司资本

股东出资制度与公司资本制度紧密联系，公司资本来源于股东的出资，全体股东的出资总和就是公司的资本总额。公司法既有严格的资本制度，必有与之配套的股东出资制度，公司法既有最低资本额的规定，必有股东出资义务和份额的要求。

二、股东出资与有限责任

股东只要履行了出资义务，就不再对公司承担财产责任，所谓的责任不过是已经缴纳的出资不能收回而已。

三、股东出资与股权

出资实质上是股权的对价，任何人欲取得公司股东的身份和资格，必以对公司的出资承诺为前提，而要获得实际的股东权益，则应以出资义务的实际履行为前提。

四、股东出资义务的履行及违约形式

出资是股东最基本最重要的义务，这种义务既是一种约定义务，同时也是一种法定义务。股东违反出资义务的行为可表现为完全不履行、未完全履行和不适当履行三种形式。

五、股东出资责任

（一）出资违约责任

出资违约责任适用于对一般股东出资责任的追究，具体的救济手段主要是

1．追缴出资。

2．催告失权。

3．损害赔偿。

（二）资本充实责任

1．认购担保责任。即设立股份有限公司而发行股份的，如果其发行股份未被认购或认购后又取消的，则应由发起人共同认购。

2．缴纳担保责任。亦称出资担保责任，即股东虽认购股份但未缴纳股款或交付非现金出资标的，应由发起人承担连带缴纳股款或连带缴纳非现金出资的财产价额的义务。

3．差额填补责任。在公司成立时，如果出资的非货币财产价额显著低于章程所定价额时，发起人应对不足的差额部分承担连带填补责任。

（三）我国公司法规定的股东出资责任

我国公司法上的股东出资责任在内容上主要是以下四种责任：

1．货币出资的缴纳责任。即有限公司股东未按照规定缴纳出资的，应当向公司足额缴纳，股份公司发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，应当补缴。

2．非货币出资的差额补足责任。即公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东或发起人补足其差额。

3．违约赔偿责任。即有限公司未缴纳出资的股东应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任，股份公司的发起人应当按照发起人协议承担违约责任。

4．出资连带责任。即对未缴纳的货币出资或价值不足的非货币出资，有限公司设立时的其他股东、股份公司的发起人应承担连带缴纳或补足的责任。

第二节　股东出资的形式

一、股东出资形式的法定性

由法律直接规定了何种财产可以作为股东对公司的出资，一方面列举了货币、实物、知识产权、土地使用权四种最为普遍的出资形式，另一方面，又规定了“可以用货币股价并可以依法转让的”非货币财产可以出资的抽象标准，从而大大地放宽了股东出资的财产范围。

二、非货币财产出资形式的要件

公司法第27条规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币股价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。”依此规定，除货币出资外，股东也可以用非货币的财产出资，只是非货币财产的出资必须具备以下两个法定要件：

（一）可以用货币估价

（二）可以依法转让

三、我国股东出资的法定形式

（一）货币出资

（二）实物出资

（三）知识产权出资

（四）土地使用权出资

四、其他出资形式

在各国公司法和企业法上，能够作为出资的并不只是上述法定的几种出资形式，除此之外，股权、债权、劳务、信用等也都是各国公司实践和立法中存在的出资形式。在我国，原公司法只规定了五种出资形式。新公司法根据实践中股权、债权等其他各种出资形式实际出资的情况和需要，规定了股东出资的一般标准，事上述其他出资形式具有了作为股东出资的可能。

第三节　股东出资的法定要求

一、出资的价值评估

除货币出资外，其他形式的出资都需要进行价值的评估。出资的过高估价构成股东出资的不实和公司整体注册资本的虚假，一方面减损了公司本应拥有的财产利益，另一方面，也因享有较大的权利但却承担较少的出资义务而损害其他出资真实的股东的利益。

二、出资的比例结构

出资的比例结构，也称为出资的构成，是指股东出资总额中各种出资所占的比例情况。为保证公司资产结构的合理性和公司正常经营活动的需要，保证公司资产应有的流通性和变现性，保证公司对外负债的有效清偿能力，公司法对股东出资的比例结构作出了统一的要求和限制，而不允许当事人完全自由约定。

三、出资的履行

对有限责任公司出资的履行方式作了专门的规定："股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的帐户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。"对于股份有限公司出资的履行，公司法第 84 条规定："一次缴纳的，应即缴纳全部出资；分期缴纳的，应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。"对于以募集方式设立的股份有限公司的股款缴纳，公司法第 89 条规定："发起人向社会公开募集股份，应当同银行签订代收股款协议。代收股款的银行应当按照协议代收和保存股款，向缴纳股款的认股人出具收款单据，并负有向有关部门出具收款证明的义务。"

四、出资的验资

验资，是法定机构依法对公司股东出资情况进行检验并出具相应证明的行为，验资制度是法定资本制的要求和保障。法定验资机构通常由符合条件的注册会计师构成。

本章复习与思考题：

1．简述股东出资的法律意义。
2．股东违反出资义务的表现形式及其法律后果是什么？
3．股东违反出资义务应承担何种民事法律责任？
4．简述出资违约责任的性质和内容。
5．股东出资形式为何法定？其法定根据如何？
6．股东是否可用借贷资金出资？

7．简述工业产权出资的法律意义和特殊要求？
8．现有法定出资形式之外的其他出资形式应否得到法律的承认？为什么？
9．非货币出资履行有什么特殊的法律要求？

本章拓展阅读书目：

1．孔祥俊，姜天波，汪泽：《公司法及其配套规定新释新解》，人民法院出版社 1997 年版
2.【日】志村治美：《现物出资研究》，法律出版社 2001 年版
3．赵燕士，田予：《外商投资企业法概论》，中国政法大学出版社 1992 年版
4．陈甦：《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》，载《中国法学》1995 年第 6 期

第八章　股东与股权

本章教学目的：通过本章学习，使学生对股东与股权的有关知识有一个全面、系统的理解和把握。

本章教学要求：全面、系统地介绍股东资格的取得与丧失、股东的法律地位和权利义务、股权的法律性质与转让等相关知识，特别是对股权保护救济制度予以重点讲解，使学生在理解股东和股权含义的基础上，对股东资格的取得、股东的法律地位和权利义务、有限责任公司股权转让的方式和限制以及股份有限公司股份转让的原则有准确、深刻的掌握，对股东代表诉讼等制度有清晰的理解和认识。

本章教学重点：股东资格的取得和限制、股东的法律地位和权利义务、股东代表诉讼、股权的分类和法律性质、股权的救济、有限责任公司股权转让的方式和限制、股份有限公司股东股份转让的原则。

本章教学难点：股东与公司发起人的关系、股东代表诉讼、异议股东股份收买请求权和申请司法解散权、股权的法律性质、有限责任公司股权转让的方式及限制、股权转让的效力。

第一节　股东

一、股东的概念

（一）股东的含义

有限责任公司的股东，是指因在公司成立时向公司投入资金或在公司存续期间依法继受取得出资而对公司享有权利和承担义务的人；股份有限公司的股东，是指在公司设立时或在公司成立后合法取得公司股份并对公司享有权利和承担义务的人。

（二）股东的构成

1．参与公司设立或者认购公司首次发行股份或出资的原始股东。

2．公司成立后，因依法转让、继承、赠与或法院强制执行等原因取得股东地位的继受股东。

3．公司成立后因公司增资而加入的新股东。

二、股东资格的取得与丧失

（一）股东资格的取得方式

1．原始取得

凡在公司成立时就因创办公司或认购公司首次发行的出资或股份而成为公司股东的，属于股东资格的原始取得。

2．继受取得

凡因转让、继承、公司合并等方式取得公司出资或股份并成为公司股东的，属于股东资格的继受取得，这类股东即为继受股东。

（二）股东资格的限制

1．自然人作为发起人应当具备完全民事行为能力

2．发起人应是法律上不受限制的法人

3．原则上公司不得自为股东

4．公司章程约定不得成为股东的人不得为公司的股东
5．对发起人的国籍和住所的限制

三、股东的法律地位

（一）股东享有股权
股东享有股权，这是股东与公司之间的法律关系和股东法律地位的集中体现。
（二）股东平等原则
股东平等原则，是指在公司中基于股东资格而产生的每个股东的权利和义务应当是平等的，各股东依其所持有的股权比例或股份享有平等的权利，负担同等的义务，不得对任何股东予以歧视。

四、股东的权利与义务

（一）股东的权利
1．出席或委托代理人出席股东（大）会行使表决权
2．选举权和被选举权
3．依法转让出资或股份的权利
4．知情权
5．建议和质询权
6．股利分配请求权
7．公司发行新股时的新股认购优先权
8．提议召开临时股东（大）会的权利
9．股东（大）会的召集和主持权
10．临时提案权
11．异议股东股份收买请求权
12．特殊情形下申请法院解散公司的权利
13．公司终止后对公司剩余财产的分配请求权
14．向人民法院提起诉讼的权利
（二）股东的义务
1．遵守公司章程
2．向公司缴纳股款
3．对公司所负债务承担责任
4．不得抽回出资
5．填补出资
（三）控制股东义务与中小股东保护

五、股东代表诉讼

（一）股东代表诉讼的含义和意义
代表诉讼，又称派生诉讼，是指当公司的董事、监事、高级管理人员等主体侵害了公司权益，而公司怠于追究其责任时，符合法定条件的股东可以自己的名义代表公司提起诉讼。
（二）股东代表诉讼原告资格限制
1．股东代表诉讼中的原告资格
有限公司为任一股东，股份有限公司中为持股时间连续 180 日以上、单独或合计持有公司 1% 以上股份的股东。

2．股东代表诉讼中公司的法律地位

（三）股东代表诉讼的被告及可诉行为的范围

1．股东代表诉讼中被告的范围

2．股东代表诉讼中可诉行为的范围

（四）诉讼的前置程序

其适用前提是内部救济手段的用尽。

（五）股东代表诉讼的法律后果

1．一般原则

股东是为了公司的利益而以个人名义直接提起诉讼，相应的，胜诉后的利益原则上归于公司。

2．具体后果

（1）原告胜诉

（2）原告败诉

第二节　股权

一、股权的类型

1．自益权和共益权

这是依股权行使的目的和内容为标准进行的划分，是公司法理对股权所做出的最基本的分类。凡股东以自己的利益为目的而行使的权利是自益权，凡股东以自己的利益并兼以公司的利益为目的而行使的权利是共益权。

2．固有权和非固有权

这是依股权受法律强制的程度为标准进行的划分。固有权又称不可剥夺权，是公司法赋予股东的、不得以公司章程或股东（大）会决议予以剥夺或限制的权利。非固有权又称可剥夺权，是指依公司章程或股东（大）会决议可剥夺或可限制的权利。

3．单独股东权和少数股东权

这是依股权行使所需的股东人数为标准进行的划分。单独股东权是指可以由股东一人单独行使的权利，少数股东权是指持有已发行股份一定比例以上的股东才能行使的权利。

4．一般股东权与特别股东权

这是以其权利行使主体为标准进行的划分。一般股东权是指公司的普通股东即可行使的权利；而特别股东权是指专属于特定类型股东的权利。

5．财产权、支配与经营权、救济与附属权

这也是以权利行使的目的为标准进行的划分。

二、股权的法律性质

（一）主要学说

1．所有权说

2．债权说

3．社员权说

4．股东地位说

5．独立民事权利说

（二）股权与公司法人财产权

股权与公司法人财产权是公司成立后股东和公司各自享有的法定权利，它们因出资行为的完成和公司的正式成立而同时产生。

三、股权的委托行使

（一）代理人的资格

股东可以委托代理人出席股东大会，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

（二）代理权招揽制度

代理权的招揽，是指股东有偿招揽其他股东行使股权的委托书。

四、股权的救济

（一）救济的必要性

股权的救济实质上是指在股东的股权无法实现或者其合法权益受到侵犯时，对股东的救济。公司法对股权的救济方式可以分为两大类：一是股东可以通过行使公司法赋予的权利来使自己的股权得以实现；二是在行使上述权利后仍不能得到有效保护时，股东可以寻求司法救济。

（二）股东权利事先预防救济制度体系的配置

1．限制控股股东表决权制度

2．股东表决权排除制度

3．股东的特别调查权

4．董事解任请求权

（三）股权的司法救济

新公司法增设了对股权进行司法救济的条款，对股东的代表诉讼和直接诉讼制度均作了明确规定。

第三节　有限责任公司股东的股权

一、股权与出资的概念

对出资概念的使用不甚统一，有时是指有限责任公司股东对公司进行直接投资后所形成的相应资本份额，有时是指股份有限公司股东认购的股份，有时则又泛指各种公司（包括股份有限公司）的股东对公司进行的直接投资。

二、出资证明书

（一）概念及法律特征

1．概念

出资证明书是有限责任公司股东出资的凭证，是有限责任公司成立后应当向股东签发的文件，是一种权利证书。

2．法律特征

（1）出资证明书是表彰有限责任公司股东的股权的证书。

（2）出资证明书是股东出资的证明文书，它不仅证明出资的主体，而且可以证明出资的金额

和出资的比例。

（3）出资证明书是要式证书，必须依法定条件制作，必须记载法律规定的事项，并加盖公司印章。

（4）出资证明书不能用于商业交易和流通。

（5）出资证明书必须在公司成立以后才能向股东签发。

3．出资证明书与股票的区别

（1）票面金额的表现不同。在一般情况下，出资证明书的票面金额不一定相等，而股票的票面金额是相同、统一的。而且，股票还有额面股和无额面股之分，而出资证明书是绝对不可能不记载票面金额的。

（2）出资证明书都是几名的，而股票分为记名股票和无记名股票。

（3）股票作为有价证券是可以上市交易的，而出资证明书只有在股东依法转让股权时，才可随股权一同转让。

3．出资证明书与验资证明书的区别

出资证明书必须在公司成立以后才能向股东签发；而验资证明书则是在股东全部缴纳出资后，由法定的验资机构出具的验资证明，若没有改验资证明书，公司不能成立。

（二）记载事项

1．公司名称

2．公司登记日期

3．公司注册资本

4．股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期

5．出资证明书的编号和核发日期

（三）效力

出资证明书必须加盖公司的印章，并应由董事长签字。

1．出资证明书具有证明股东资格的效力。

2．出资证明书具有证明股东权利义务范围的效力

三、股东名册

（一）记载事项

有限责任公司的股东名册应记载下列事项：股东的姓名或名称及住所；股东的出资额；出资证明书的编号。

（二）效力

1．具有确定股东身份的效力。

2．具有推定股东和公司的关系的效力。

3．具有公示的效力。

4．具有公司免责的效力。

四、股权的转让

（一）股权转让的概念和法律特征

股权的转让是指有限责任公司的股东依照一定的程序把自己的股权让与受让人、由受让人取得股权而成为公司的股东。股权转让的法律特征为：

1．股权转让是一种股权买卖行为

2．股权转让不改变公司的法人资格

3．股权转让是要式行为

（二）转让的限制

1．各国或地区的限制

无论何种类型的公司，股东的股权均可转让，但因公司的性质不同，法律对股东股权转让的限制也有不同。

2．我国《公司法》的限制

（1）除公司章程对股权转让另有规定的应从其规定外，我国现行法对在公司内部进行的股权转让采取自由主义原则。

（2）除公司章程对股权转让另有规定的应从其规定外，我国现行法对公司外部进行股权转让予以严格限制。表现在三方面：

其一，股东向非股东转让股权必须经其他股东过半数同意。

其二，股东就起股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。

其三，经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东对该股权有优先购买权。

（3）人民法院强制执行程序中转让股东股权时的优先购买权问题

（三）股权转让的程序

1．公司内部股东变更登记

2．股东工商变更登记

第四节　股份有限公司股东的股份

一、股份的概念

（一）概念

股份是股份有限公司股东持有的、公司资本的基本构成单位，也是划分股东权利义务的基本构成单位。

（二）法律特征

1．股份是公司资本构成的最小单位，具有不可分性

2．股份是对公司资本的等额划分，具有金额的等额性

3．股份是股权的基础，具有权利上的平等性

4．股份表现为有价证券，具有可自由转让性

二、股份的表现形式----股票

股份的表现形式是股票。

1．股票是股份有限公司成立后以公司名义发行的

2．股票是一种证权证券

3．股票是一种有价证券

4．股票是一种要式证券

5．股票是一种流通证券

6．股票是一种永久性证券

三、股东名册

（一）股东名册的记载事项

1．股东的姓名或者名称及住所；

2．各股东所持股份数；

3．各股东所持股票的编号；

4．各股东取得其股份的日期。

发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

（二）股东名册的封闭

1．股东名册的封闭有时是因为有必要禁止在特定时期取得股份的人行使股东权利。

2．封闭股东名册后，封闭当时股东名册上的股东就被确定为可以行使股东权的股东。

四、股份的分类

（一）普通股和特别股

特别股主要有下列类型：

1．分配公司盈余的特别股

2．分配公司剩余财产的特别股

3．行使表决权的特别股

4．可赎回的特别股

5．发起人股

（二）记名股与无记名股

记名股是在股票票面和股东名册上记载股东姓名的一种股票。否则，即为无记名股。

（三）额面股和无额面股

额面股是指股票票面表示一定金额的股份。

无额面股是指股票票面不表示一定金额，只表示其占公司资本总额一定比例的股份。

（四）其他特殊类型的股份（票）

1．依投资主体为标准，可分为国家股、法人股、社会公众股和外资股

2．依是否可以在股票二级市场上自由转让为标准，可分为流通股与非流通股

3．依认购股份的货币不同位标准，可分为 A 股、B 股、H 股、N 股、S 股等

五、股份的转让

（一）股份转让的意义

1．股东保护其自身利益的有力手段。

2．由于股份可以自由转让，股东对股份的处分所形成的对公司行为的制约，也促使公司经营管理水平的不断提高。

3．促进了社会资金在各公司和各行业部门、各地区之间流动，为市场机制“无形之手”调解投资结构和经济结构创造了条件。

（二）股份转让的原则

1．对股份转让场所的限制

2．对发起人所持股份的转让限制

3．对公司董事、监事、高级管理人员持有本公司股份的转让限制

4．对公司收购自身股份的限制

5．对股票质押的限制

6．股东在法定的“停止过户期”的时限内不得转让股份

（三）股份转让的方式

1．记名股的转让

2．无记名股的转让

3．上市股票的转让

六、记名股票被盗、遗失或者灭失的处理

（一）依公示催告程序宣告股票无效

（二）申请补发股票

本章复习与思考题：

1．公司的股东与公司的发起人的关系如何？

2．如何理解股东的法律地位和股东平等原则？

3．股东的主要权利义务有哪些？

4．股权可以作哪些分类？各种分类的意义是什么？

5．有限责任公司的出资和股份有限公司的股份有何区别？

6．有限责任公司的出资证明书和股份有限公司的股票有何区别？

7．试述公司法关于有限责任公司股权转让的规定。

8．对股份或股票可以作哪些分类？各种分类的区别有哪些？

9．试述公司法关于股份有限公司股份转让的规定。

10．试述公司法限制公司回购自身股份的原因。

本章拓展阅读书目：

1．江平，孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》1994 年第 1　期

2．程合红，刘智慧，王洪亮：《国有股权研究》，中国政法大学出版社 2000 年版

3．刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社 2004 年版

4.【英】R.W.汉密尔顿：《公司法》（第 4 版），中国人民大学出版社 2001 年版

5.【加】布莱恩·R.柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，林华伟，魏旻译，法律出版社 2001 年版

第九章　公司组织机构

本章教学目的：通过本章学习，使学生对公司组织机构有个系统全面的认识和把握。

本章教学要求：以我国公司立法为依据，一般性地介绍我国国有独资公司组织机构的设置情况，深入地分析和讲解公司组织机构设置的基本原则和股东会、董事会、监事会及经理这四种公司基本组织机构的职权和职责，探讨董事的忠诚义务和善管义务以及独立董事的地位和职权，使学生对股东会、董事会、监事会及经理这四种公司组织机构的职权和职责有清晰、透彻的掌握，并能够运用公司组织机构设置的基本原则分析公司组织机构的权责及产生的相关问题。

本章教学重点：公司组织机构设置的基本原则、股东会的职权与决议、董事会的职权与决议、监事会的职权、经理的职权以及董事、监事、经理的忠实、善管义务与民事责任。

本章教学难点：具体运用公司组织机构设置的基本原则分析各国公司组织机构的种类、权责及运作，分析各种公司组织机构如何在激励与约束中达到权力制衡。

第一节　概述

一、公司治理与公司的组织机构

公司治理的实质价值在于通过合理分配公司的权力资源，不断完善公司管理运营与监督控制的权力配置，促进其良性运转，以实现公司的经营目标并最终实现股东利益的最大化。

二、公司组织机构设置的原则

（一）股东权力原则

1．股东会为最高权力机构原则

2．股东的平等对待原则

3．股东权利救济原则

（二）激励与约束并举的权力制衡原则

（三）信息披露与透明度原则

（四）利益相关者参与公司治理原则

三、公司组织机构的基本构成

1．权力机关：一般为股东会。

2．决策机关：一般为董事会

3．监督机关：一般为监事会

4．执行机关：即经理。

四、公司组织机构与公司代表机构

股东会、董事会、监事会、经理均为公司的基本组织机构，其职权规定在公司法和公司章程中。公司对外代表机构只能由一个机构担任，并且这个机构应该是具有决策权的常设机构。

第二节　股东会

一、股东会的概念和地位

股东会，也称为股东大会，是指依法由全体股东组成的公司权力机构。

（一）股东会是公司的最高权力机关。

（二）股东会是公司依法必须设立的公司组织机构。

（三）股东会须由全体股东组成。

二、股东会会议的种类

（一）定期会议

定期会议是指依据法律和公司章程的规定在一段时间内必须召开的股东会议。

（二）临时会议

临时会议是指定期会议以外必要的时候，由于发生法定事由或根据法定人员、机构的提议而召开的股东会议。

1．持有一定比例股份的股东申请时。

2．根据董事提议或在董事会认为必要时。

3．根据监事提议或在监事会认为必要时。

4．发生法定事由时。

5．其他

三、股东会的职权

1．决定公司的经营方针和投资计划；

2．选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；

3．审议批准董事会的报告；

4．审议批准监事会或者监事的报告；

5．审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；

6．审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

7．对公司增加或者减少注册资本作出决议；

8．对发行公司债券作出决议；

9．对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；

10．修改公司章程；

11．公司章程规定的其他职权。

四、股东会的召集

（一）召集人

各国公司法一般规定股东会议（定期会议、临时会议）由董事会召集。

（二）召集时间

我国规定有限责任公司股东会定期会议按章程规定时间召集；临时会议应法定人员提议而召集。股份有限公司定期会议亦按章程规定时间召集，但临时会议需要在法律规定情形发生后 2 个月内召集。

（三）召集通知

有限责任公司召开股东会会议，应当于会议召开15日以前通知全体股东，但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股份有限公司召开股东大会，应当将会议审议的事项于会议召开20日以前通知各股东，临时会议应当于会议召开15日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开30日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

五、股东会的决议

（一）股东法定出席比例

我国公司法并未规定股东会的法定出席比例。

（二）投票方式

1．本人投票制与委托投票制

2．现场投票制与通讯投票制

3．直接投票制与累积投票制

（三）决议通过的法定比率

1．普通决议

2．特别决议

我国公司法规定适用特别决议的事项主要有：

（1）修改公司章程；

（2）增加或减少注册资本；

（3）公司的分立、合并或者变更公司形式；

（4）公司的解散。

（四）股东会决议的无效与撤销

1．股东会决议的无效

（1）违反公司章程的决议的法律后果

决议内容违反公司章程是可撤销之诉的理由。

（2）提起无效之诉的条件

不论股东会决议是否导致股东利益受到侵害，只要决议内容违反法律和行政法规的规定，股东就有权提起无效之诉。

（3）提起无效之诉的主体

公司股东既可以要求监事会提起诉讼，也可以自己的名义起诉。

（4）决议无效的法律后果

股东会决议无效，意味着股东会决议自始不发生法律效力，股东会决议无效的确认之诉的判决效力因而具有对世性，即其效力及于第三人，且具有绝对的溯及力。

2．股东会决议的撤销

（1）决议撤销的事由

①召集程序违反法律、行政法规或公司章程。②表决方式违反法律、行政法规或公司章程。③决议内容违反公司章程。

（2）撤销之诉的提起

公司法规定股东可以提起股东会决议的撤销之诉。

（3）提起撤销之诉的时间

我国公司法规定为60日，自决议作出之日起计算。

（4）提起撤销之诉的担保

就决议撤销之诉，法院可要求原告股东提供担保。

（5）提起撤销之诉的法律后果

决议撤销判决的效力应当溯及于决议之时无效，否定撤销之诉判决的溯及力，以保护善意第三人，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

第三节　董事会

一、董事会

（一）概念与特点

董事会是指依法由股东会选举产生，代表公司并行使经营决策权的公司常设机关。

1．董事会成员是由股东会选举产生，董事会对股东会负责，执行股东会的决议。

2．董事会是公司法定的常设机关。

3．董事会是公司对外代表机关。

4．董事会是公司的经营决策机关。

5．董事会其组成人数应当是单数。

（二）职权

1．负责召集股东会，并向股东会报告工作；

2．执行股东（大）会的决议；

3．决定公司的经营计划和投资方案；

4．制订公司的年度财务预算方案、决算方案；

5．制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

6．制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；

7．制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；

8．决定公司内部管理机构的设置；

9．决定聘任或者解聘公司经理（总经理）及其报酬事项，并根据经理的提名，决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；

10．制定公司的基本管理制度；

11．公司章程规定的其他职权。

二、董事

（一）董事的种类

1．内部董事（也称执行董事）

同时担任公司其他职务的董事为内部董事。

2．外部董事（也称非执行董事）

在担任董事职务的公司不再同时担任其他职务的董事为外部董事。

（二）董事的任职资格

公司法第 147 条规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

1．无民事行为能力或者限制民事行为能力；

2．因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

3．担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

4．担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年；

5．个人所负数额较大的债务到期未清偿。

（三）董事的任免

董事一般均由股东会任免。

三、董事长的地位和职权

董事会设董事长一人，并可以设副董事长，副董事长协助董事长工作。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

四、董事会会议

（一）董事会会议的种类

董事会会议一般可以分为两类：普通会议和临时会议。这两类董事会会议的议事方式和表决程序，除法律有规定的以外，均应由公司章程规定。

（二）董事会会议的召集和主持

董事会由董事长召集并主持。董事长因特殊原因不能履行职务时，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

（三）董事会的决议

1．董事会会议应由过半数的董事出席方可举行。

2．董事会会议，应由董事本人出席。

3．董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

4．董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

第四节　监事会

一、监事会的概念、特点

监事会是依法产生，对董事和经理的经营管理行为及公司财务进行监督的常设机构。它代表全体股东对公司经营管理进行监督，行使监督职能，是公司的监督机构。

1．监事会是由依法产生的监事组成的。

2．监事会是对公司事务进行监督的机构。

3．监事会独立行使职权。

4．监事个人与监事会并行行使监督职权。

二、监事会的设置

（一）单一型：美国模式

（二）双层型：德国模式

（三）并列型：日本模式

（四）选择型：法国模式

三、监事会的组成

有限责任公司，经营规模较大的，设立监事会，其成员不得少于三人；股东人数较少和规模较小的，可以设一至二名监事。股份有限公司设监事会，其成员不得少于三人。

四、监事会的职权

1．检查公司财务；

2．对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；

3．当董事和高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事和高级管理人员予以纠正；

4．提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；

5．向股东会会议提出提案；

6．依照《公司法》第 152 条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；

7．监事有权列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议；

8．监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担；

9．公司章程规定的其他职权。

第五节　独立董事制度

一、独立董事的概念和法律特征

独立董事是指不在公司担任除董事职务以外的其它任何职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的一切关系的特定董事。独立性表现在：

1．法律地位的独立性。

2．意思表示的独立性。

3．职能的独立性。

二、独立董事制度的形成和发展

1．西方国家独立董事制度的形成和发展

2．我国独立董事制度的建立和发展

三、独立董事的独立性和职权

第六节　经理

一、经理的概念和地位

经理是由董事会聘任的、负责组织日常经营管理活动的公司常设业务执行机关。

二、经理的设立

经理由董事会聘任或者解聘。

三、经理的任职资格

1．积极条件：即经理应该具备的各种能力和素质。
2．消极条件：即经理不得拥有的条件。

四、经理的职权

1．主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；
2．组织实施公司年度经营计划和投资方案；
3．拟订公司内部管理机构设置方案；
4．拟订公司的基本管理制度；
5．制定公司的具体规章；
6．提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；
7．决定聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员；
8．董事会授予的其他职权。

第七节　国有独资公司的组织机构

一、国有资产监督管理机构

国有资产监督管理机构是经国家批准，代表国家对授权范围内的国有资产行使股权的特定政府部门。

二、董事会

董事会是国有独资公司的常设经营管理机构，且是必设机关。其成员由两部分人组成，一是由政府委派；二是由公司职工民主选举产生，

三、经理

经理由董事会聘任或者解聘。经国有资产监督管理机构同意，国有独资公司的董事可以兼任经理。

四、监事会

国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。监事会行使本法第五十四条第（一）项至第（三）项规定的职权和国务院规定的其他职权。

第八节　董事、监事、经理的义务与民事责任

一、董事、监事、经理的义务

（一）忠实义务

1．自我交易禁止

2．利用或篡夺公司机会的禁止

3．竞业禁止义务

（二）善管义务

二、董事、监事、经理的民事责任

（一）承担民事责任的方式

1．确认行为无效

2．停止侵害

3．赔偿损失

4．返还财产

（二）承担民事责任的构成要件

1．主体

2．客观方面

3．主观方面

4．免责事由。主要包括：

（1）“商事判断原则”

（2）股东会的追认

（3）董事会赦免

（三）追究民事责任之诉讼

1．直接诉讼

2．代表诉讼

本章复习与思考题：

1．简述股东会会议的种类。

2．简述股东会的职权。

3．简述股东会决议的程序要件。

4．简述董事会的职权。

5．简述监事会的职权。

6．简述董事、监事、经理的任职资格。

7．简述董事、监事、经理的忠实义务。

8．简述董事、监事、经理的的善管义务。

9．公司法关于公司组织机构的规定是如何体现权力制衡原则的？

本章拓展阅读书目：

1．石少侠：《公司法教程》，法律出版社 1998 年版
2．江平：《新编公司法教程》，法律出版社 1995 年版
3．王保树，崔勤之：《中国公司法》，中国工人出版社 1995 年版
4．吴冬梅：《公司治理结构运行与模式》，经济管理出版社 2001 年版

第十章　公司债

本章教学目的：通过本章学习，使学生对公司债的概念、种类、发行、转换等相关知识有个系统的了解和掌握。

本章教学要求：深入地分析和阐释公司债的特征、种类、发行、转让、偿还以及转换制度，重点探讨公司债的持有人保护制度，使学生在系统掌握公司债的相关理论和知识的基础上，能够运用公司债持有人保护理论对实践中发生的相关问题进行分析和解决。

本章教学重点：公司债的概念、特征和种类、公司债的发行、转让、偿还以及转换制度、公司债持有人保护制度。

本章教学难点：公司债的转换、债券持有人保护制度。

第一节　公司债概述

一、公司债的概念和特征

公司债是公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券。

1．公司债是以有价证券形式表彰的债权债务法律关系。
2．公司债是公司以发行公司债券这一有价证券的形式向公众募集的债务。
3．公司债是公司所负担的集团债务。
4．公司债的标的以金钱为限，是一种金钱之债。
5．公司债的期限一般较长。

二、公司债与普通公司债务的比较

1．债权债务产生的原因不同
2．债权债务表现的形式不同
3．债权人之间的关系和地位不同
4．管辖的法律规范不尽相同

三、公司债券与股票的比较

1．两者所表彰的法律关系的性质不同
2．投资者所承担的风险不同
3．投资者所享有的权利不同
4．发行公司的种类不同

四、公司债的经济功能

1．满足公司的融资需求和投资者的投资需求
2．有利于健全公司的财务结构，特别是负债结构
3．发行公司债券有利于证券市场的发展

第二节　公司债的主要种类

一、无担保公司债和担保公司债

无担保公司债是指公司仅以其信用为担保，并无其他财产或财产权利作为担保所发行的公司债。广义的有担保公司债是指发行公司以其全部或部分资产，或者由发行公司之外的第三人对偿还公司债债券本息提供担保而发行的公司债。所谓狭义的有担保公司债仅是指附有物上担保的公司债，即发行公司以其资产的全部或部分对偿还公司债债券的本息提供担保而发行的公司债。

二、记名公司债和无记名公司债

记名公司债是指债券票面载有持有人姓名或者名称的公司债券。

无记名公司债则是指债券票面不载明持有人姓名或者名称的公司债券。

三、可上市的公司债和非上市的公司债

可上市的公司债是指发行之后可以在依法设立的证券交易所挂牌交易的公司债券。

非上市的公司债是指发行之后不在证券交易所挂牌交易的公司债券，持有人虽然也可以转让该债券，但是投资者并不能在证券交易所进行买卖。

四、国内公司债和境外公司债

国内公司债是指在本国境内发行并以本国的法定货币定值的公司债。

境外公司债是指本国发行人在本国境外发行的以某种外国货币标明面值的或者外国发行人在本国境内以本国货币或某一种外国货币发行的公司债。

五、实物债券、凭证式债券、记帐式债券

实物债券是以实物券面的形式记录债权的债券。

凭证式债券是凭以填具“债券收款凭证”的形式记录债权的债券。

记帐式债券是不需印制券面及凭证，而是利用帐户通过电脑系统完成债券发行、交易及兑付的全过程的债券。

六、可转换公司债和不可转换公司债

可转换公司债是指赋予了债券持有人转换为他种证券权利的公司债券，转换对象不限于发行公司的股份。

不可转换公司债是相对于可转换公司债而言。

第三节　公司债的发行

一、发行主体

股份有限公司：发行公司债是各国的通例。

有限责任公司：能否发行公司债券，各国的法律规定并不一致。

我国新《公司法》不再限制公司债券的发行主体。

二、发行条件

（一）将公司债券发行限额与公司的净资产数额相联系
（二）将公司债券的发行限额主要与公司的实收资本数额相联系
（三）在确定公司债券的发行限额的时候，兼顾公司的实收资本数额和净资产数额

三、发行决定权

有的国家赋予了股东大会，有的规定可以由股东大会授权于公司的董事会。
我国规定公司发行公司债券应由作为公司权力机构的股东会或股东大会作出决议。

四、发行程序

1．由董事会制订公司发行公司债券的方案
2．由公司权力机关作出发行公司债券的决议
3．依照公司法和证券法的规定，报经国务院授权的部门核准
4．发行公司债券的申请经国务院授权的部门核准后，应当公告公司债券募集办法
5．公开发行公司债券的，通过有承销资格的证券公司以代销或者包销的方式向社会公开发行

第四节　公司债转让、偿还与转换制度

一、公司债的转让

（一）转让的必要性、分类和意义
1．必要性：
对于现存的公司债券持有人：转让制度是一种退出机制；
对于潜在的投资者：转让制度是一种进入机制；
对于发行公司：转让制度则是参与债券市场的一种机制。
2．分类：
以转让价格形成机制不同，分为协议转让和竞争性转让；
以转让的具体交易场所不同，分为场内交易和场外交易；
3．意义
（二）转让的价格、形式及其场所
记名公司债券：以背书或法定的其他方式转让；
无记名公司债券：交付。
（三）公司债券的上市交易
1．上市交易的条件
公司债券的期限为一年以上；公司债券实际发行额不少于人民币五千万元；公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。
2．上市交易的暂停和终止
见《证券法》第 60 条和 61 条的规定。
3．上市和交易过程中的信息公开披露

二、公司债的偿还

（一）公司债偿还的概念

公司债偿还指发行公司按照事先约定的时间和利率等条件，将公司债券的本息交付给公司债券持有人的行为。

（二）偿还方式

1．到期偿还

2．提前偿还

三、公司债的转换

（一）公司债转换的概念和转换的法律后果

转换是以可转换公司债券持有人自由判断为基础的，在发行时已经确定的转换请求期间内，通过对可转换公司债券行使转换请求权而得到实现。

（二）转换权的行使及保护

转换权是一种形成权。转换的请求在送达约定的交付场所时即生效力。

若发行公司拒绝可转换公司债券持有人的转换请求，即构成违约，债权人可以根据民法中有关债务不履行的规定向公开发行公司请求赔偿。

第五节　公司债持有人保护制度

一、一般制度和方法

1．债权的保护方式

2．物权的保护方式

二、特定情形下的公司债券持有人的保护

在注册资本的减少或者增加、发行公司发生合并或者分立、发行公司变更组织形式等具体情形下，不得影响债券持有人的合法权益，

三、公司债券持有人整体利益保护制度

（一）公司债券持有人会议制度

1．会议的性质

2．会议的组成

3．会议的召集及权限

4．决议的作出及其认可和效力

（二）公司债券持有人代表制度

本章复习与思考题：

1．比较公司债券与股票、公司债券持有人与股东之间区别。

2．比较公司法有关公司债发行条件与股票发行条件的比较

3．比较可转换公司债券与普通公司债券的差异。

4．可转换公司债的发行主体和发行条件的特殊性。

5．简述公司债券转让制度的价值。

6．比较公司法有关公司债券和股票暂停及终止上市的规定。

7．简述保障公司债券持有人整体利益的必要性及制度比较与借鉴。

8．简述公司治理结构与公司债券持有人的保护。

本章拓展阅读书目：

1．时建中：《可转换公司债法论》，法律出版社 2000 年版

2.【美】理查德·A.波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版

第十一章　公司财务会计制度

本章教学目的：通过本章学习，使学生对公司的财务会计制度有个基本的了解和认识。

本章教学要求：简要地介绍公司财务会计制度的相关概念和立法意义、财务会计报告的主要内容、编制和验证，重点阐释财务会计报告的公示必要性和公司利润的分配制度，提高学生运用相关知识分析股利分配中的利益冲突与中小股东保护问题的能力。

本章教学重点：公司财务会计制度的公示意义、公司税后利润的分配原则和分配方式。

本章教学难点：股利分配中的利益冲突与中小股东的保护。

第一节　公司财务会计制度概述

一、公司财务会计制度的概念

1．财务会计活动的基本内容是编制和提供公司财务经营信息。

2．公司财务会计制度的基本要求是通过会计凭证、账簿、报表等会计资料，系统、真实、准确、全面地反映公司资金运动信息。

3．财务会计的服务对象主要是与公司有利害关系的外部人，包括外部股东、债权人、潜在投资者、潜在的交易对方、政府财税机关等等。

4．财务会计报表本身却是在公司内部管理者领导下，由会计人员具体编制的。

二、公司财务会计制度的法律意义

第二节　公司财务报告

一、公司财务报告的内容

（一）资产负债表

资产负债表是根据“资产=负债+股东权益”这一基本平衡公式，依照一定的分类标准和次序，将公司在某一特定日期的资产、负债及股东权益各项目予以适当排列编制而成的报表。

（二）损益表

损益表是反映公司在一定期间的经营成果及其分配情况的报表。

（三）财务状况变动表

财务状况变动表是综合反映一定会计期间内营运资金来源和运用及其增减变动情况的报表。

（四）财务情况说明书

财务情况说明书是对公司资产负债表、损益表、财务状况变动表以及其他会计报表所列示的资料和未能列示的但对公司财务状况有重大影响的其他重要事项所做出的必要说明。

（五）利润分配表

利润分配表是反映公司利润分配情况和年末未分配利润情况的报表，是损益表的附属明细表。

二、财务会计报告的编制、验证与公示

编制：由董事会负责；

验证：监事会负责；

公示：有限责任公司应按章程规定的期限将财务会计报告送交各股东；股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日前置备于本公司，供股东查阅。

第三节　公司税后利润的分配

一、公司税后利润的分配原则及分配顺序

（一）公司税后利润

（二）公司税后利润的分配原则和顺序

1．公司税后利润的分配原则

2．公司税后利润的分配顺序

（1）被没收财物损失，违反税法规定支付的滞纳金和罚款；

（2）弥补公司以前年度亏损；

（3）提取法定公积金；

（4）经股东大会决议提取任意公积金；

（5）按股东的出资比例或股东持有的股份比例分配红利。

二、公积金制度

（一）公积金的概念和意义

公司为了增强自身财力，扩大业务范围和预防意外亏损，依照法律和公司章程的规定以及股东会决议而从公司税后利润中提取的累积资金。

1．将丰年的盈余留作储备，用以弥补亏损年份的空缺。

2．必要的公积金储备不仅代表着公司的竞争能力，而且还有利于公司捕捉商机。

（二）公积金的种类及用途

1．法定公积金

（1）弥补亏损

（2）扩大公司生产经营

（3）增加公司注册资本

2．任意公积金

应当由公司章程或股东会决议作出明确规定。

三、公益金制度

公司在法定公积金之外，从税后利润中依法提取的用于公司职工集体福利的款项。

四、股利及其分配

（一）股利的含义

（二）股利分配的原则

（三）股利分配标准

（四）股利分配形式

1．现金股利

2．股票股利

3．财产股利

4．负债股利

本章复习与思考题：

1．公司法规定公司财务会计制度法律意义何在？

2．公司财务会计报告包括哪些主要内容？

3．如何对公司财务会计报告进行编制、审查验证与公示？

4．公司的税后利润如何进行分配？

5．简述我国公积金的分类。

6．公积金有何用途？

7．股利的分配方式有哪些？

8．试论述在股利分配政策中如何保护中小股东的利益。

本章拓展阅读书目：

1．刘燕：《会计法》，北京大学出版社 2001 年版

2.【加】布莱恩·R.柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，林华伟，魏旻译，法律出版社 2001 年版

3.【美】罗伯特·C.克拉克：《公司法则》，胡平，林长远，徐庆恒，陈亮译，李静冰校，工商出版社 1999 年版

第十二章　公司的合并、分立与组织变更

本章教学目的：通过本章学习，使学生对公司合并、分立和组织变更等相关知识有清晰明确的了解和把握。

本章教学要求：深入地讲解和阐释公司合并、分立和组织变更的意义和法律效力，并将公司合并、分立与相关概念进行比较，使学生能够从公司的人格结构的背景中理解公司合并、分立和组织变更制度的内在机理和本质。

本章教学重点：公司合并、分立的基本概念与方式，公司合并、分立后的债务承担等问题。

本章教学难点：不同种类的公司之间合并的限制、股份有限公司变更为有限责任公司的限制。

第一节　公司的合并

一、合并概述

（一）公司合并及其相关概念

1．公司合并的概念和种类

两个或两个以上的公司订立合并协议，依照公司法的规定，不经过清算程序，直接合并为一个公司的法律行为。公司合并分为吸收合并和新设合并两种类型。

2．公司合并与公司并购

3．公司合并与资产收购的差别

（1）资产转移不同

（2）债务承担不同

（3）股东地位不同

（4）法律后果不同

（5）法律性质不同

4．公司合并与股权收购

（1）主体不同

（2）内容不同

（3）法律后果不同

（4）法律性质不同

（二）公司合并的意义

1．积极合并者

2．消极合并者

二、公司合并的方式

第一类：资产先转移

1．以现金购买资产的方式

2．以股份购买资产的方式

第二类：股权先转移

1．以现金购买股份的方式

2．以股份购买股份的方式

三、合并的程序

1．订立合并协议
2．通过合并协议
3．编制资产负债表和财产清单
4．通知债权人和公告
5．办理公司变更或设立登记

四、公司合并的法律效果

1．公司的消灭
2．公司的变更或设立
3．权利和义务的概括承受

第二节　公司的分立

一、公司分立的概念

（一）概念

一个公司通过签订协议，不经过清算程序，分为两个或两个以上的公司的法律行为。

（二）公司分立与相近概念的区别

1．公司分立与营业转让（资产转让或资产剥离）的区别

（1）内容不同

（2）对股东地位的影响不同

（3）法律性质不同

2．公司派生分立与转投资的区别

（1）对资产负债表的影响不同

（2）对股东地位的影响

二、公司分立的方式

1．派生分立

一个公司分离成两个以上公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。

2．新设分立

一个公司分解为两个以上公司，本公司解散并设立两个以上新的公司。

3．分立合并

一个公司以其资产的一部分或若干部分的全部资产，同另一个或几个公司的部分资产共同成立一个或几个公司。

三、公司分立的程序

1．作出决定和决议
2．订立分立协议

3．编制资产负债表和财产清单
4．通知债权人
5．办理登记手续

四、公司分立的法律效果

（一）公司的变更、设立和解散
（二）股东和股权的变动
（三）债权、债务的承受

第三节　公司的组织变更

一、组织变更的概念

公司的变更是指公司设立登记的事项包括名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型（组织形式）、经营范围、营业期限、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称的变化。

二、公司组织变更的类型

1．无限公司变更为两合公司
2．两合公司变更为无限公司
3．有限公司变更为股份有限公司
4．股份有限公司变更为有限责任公司

三、有限责任公司变更为股份有限公司的条件

1．应当符合《公司法》规定的股份有限公司的条件
2．折合的股份总额应当相等于公司的净额产额
3．为增加资本向社会公开募集股份时，应当依照《公司法》有关向社会公开募集股份的规定办理

四、组织变更程序

1．董事会拟订公司变更的方案
2．股东会决议
3．办理变更登记

五、组织变更的效力

公司人格继续存在，变更前公司的权利和义务当然由变更后的公司继续享有和承担。

本章复习与思考题：

1．比较公司合并与资产收购的区别。
2．比较公司合并与股权收购的区别。

3．简述公司吸收合并的四种方式。
4．简述公司合并无效的法律后果。
5．比较公司派生分立与公司转投资的区别。
6．公司在分立前所产生的债务在公司分立后应如何承担？
7．简述有限责任公司变更为股份有限公司的条件与程序。

本章拓展阅读书目：

1.【美】罗伯特·C.克拉克：《公司法则》，胡平，林长远，徐庆恒，陈亮译，李静冰校，工商出版社 1999 年版
2.【美】汉密尔顿：《公司法概要》，中国社会科学出版社 1999 年版
3．陈丽洁：《公司合并法律问题研究》，法律出版社 2001 年版
4．郑厚斌：《收购与合并》，商务印书馆 1998 年版
5．张舫：《公司收购法律制度研究》，法律出版社 1998 年版
6．王明夫：《投资银行并购业务》，企业管理出版社 1999 年版
7．蒋大兴：《公司法律报告（第 1 卷）》，中信出版社 2003 年版

第十三章　公司的终止与清算

本章教学目的：通过本章的学习，使学生对公司的终止和清算制度有一个系统、全面的了解和掌握。

本章教学要求：深入地阐释公司终止、破产、解散、清算等相关概念的含义、特征与区别，并对不同类型的公司清算程序进行一般性地介绍，使学生能够准确地把握公司终止、破产、解散、清算等概念的联系与区别。

本章教学重点：公司终止、破产、解散、清算的概念与区别。

本章教学难点：公司终止、破产、解散、清算等具体概念的联系与区别。

第一节　公司的终止

一、公司终止的概念和特征

（一）概念

公司终止是指公司根据法定程序彻底结束经营活动并使公司的法人资格归于消灭的事实状态和法律结果。

（二）特征

1．公司终止的法律意义是使公司的法人资格和市场经营主体资格消灭

2．公司终止必须依据法定程序进行

3．公司终止必须要经过清算程序，只有在以公司财产对债务进行清偿并对剩余财产分配完毕之后，公司方可消灭

二、公司终止的原因

1．破产

2．解散

三、公司的解散

（一）解散的概念和特征

公司因发生章程规定或法律规定的除破产以外的解散事由而停止业务活动，并进行清算的状态和过程。公司解散的特征为：

1．公司解散的目的和结果是公司将要永久停止存在并消灭法人资格和市场经营主体资格。

2．债权人或有关机关在作出公司解散决定后，公司并未立即终止，其法人资格仍然存在，一直到公司清算完毕并注销后才消灭其主体资格。

3．公司解散必须要经过法定清算程序。

（二）解散的分类与原因

1．任意解散

（1）公司章程规定的营业期限届满，公司未形成延长营业期限的决议

（2）公司章程规定的其他解散事由出现

（3）股东（大）会形成公司解散的决议

（4）公司合并或分立

2．强制解散

（1）行政解散

（2）司法解散

适用的法律要件：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失；公司经营管理的严重困难通过其他途径无法解决；需持有公司全部股东表决权 10%以上的股东请求；司法解散只能由人民法院依判决作出。

第二节　公司的清算

一、清算的概念与法律意义

（一）概念

清算是指公司解散或被宣告破产后，依照一定程序了结公司事务，收回债权、清偿债务并分配财产，最终使公司终止消灭的程序。

（二）清算的原因

清算是公司终止的必要步骤，因为：

1．为保护所有股东的利益

2．保障债权人的利益和经济秩序的稳定

3．为保障职工的利益

（三）清算的法律意义

1．清算期间，公司仍具有法人资格。

2．清算期间，公司的代表机构为清算组织。

3．清算期间，公司的权利能力、行为能力有所限制。

4．清算期间，公司财产未按程序清偿前不得分配给股东。

5．公司清算的最终结果是导致公司法人资格消灭，公司终止。

二、清算的分类

1．任意清算与法定清算

2．破产清算与非破产清算

3．普通清算和特别清算

三、清算组织

清算组织也称清算机构，是清算事务的执行人。

本章复习与思考题：

1．简述公司终止的特征。

2．简述破产案件受理的法律意义。

3．简述破产案件对债权人清偿的顺序。

4．简述公司解散的原因。

5．简述公司僵局与司法解散的关系。
6．简述清算的法律意义。
7．简述清算组织的职权。

本章拓展阅读书目：

1．赵旭东：《新公司法讲义》，人民法院出版社 2005 年版
2．甘培忠：《企业与公司法学（第 2 版）》，北京大学出版社 2001 年版
3．石少侠：《公司法教程》，法律出版社 1998 年版
4．王保树，崔勤之：《中国公司法》，中国工人出版社 1995 年版
5．汤维建：《破产程序与破产立法研究》，人民法院出版社 2001 年版

第十四章　外国公司的分支机构

本章教学目的：通过本章学习，使学生对外国公司分支机构的相关知识有一个基本的了解和把握。

本章教学要求：简要地介绍外国公司分支机构的概念、设立、撤销和清算，重点阐释外国公司分支机构的性质、特征、权利义务和法律地位，使学生能够明确区分外国公司分支机构和我国公司的差异性。

本章教学重点：外国公司分支机构的性质、特征和法律地位。

本章教学难点：外国公司分支机构的法律地位、在我国设立分支机构的外国公司的组织形式是否应受限制的问题。

第一节　外国公司分支机构概述

一、外国公司的概念

凡国籍隶属于外国的公司为外国公司。

（一）外国公司国籍的确定

1．设立行为地主义

2．设立准据法主义

3．股东国籍主义

4．住所地主义

（二）外国公司的法律特征

1．按照外国法律在中国境外设立

2．外国公司具有外国国籍

3．经申请获准在中国取得直接的经营资格

（三）外国公司的承认

二、外国公司分支机构的概念和法律特征

（一）概念

外国公司的分支机构，是指外国公司依东道国法律在东道国境内设立的从事生产经营活动的场所或者办事机构。

（二）法律特征

1．外国公司的分支机构以外国公司的存在为前提；

2．外国公司的分支机构必须经东道国政府批准设立；

3．外国公司分支机构在东道国境内的业务活动必须以营利为目的，并在东道国境内营业。

三、外国公司分支机构的性质和法律地位

外国公司分支机构既不同于外国公司在我国的常驻代表机构，也不同于外国公司在我国单独投资设立的外商独资企业。外国公司分支机构本身不具有独立的法律地位。

第二节　外国公司分支机构的设立

一、外国公司分支机构设立的含义

外国公司分支机构设立是外国公司依东道国法律规定的条件和程序，在东道国境内为其分支机构取得生产经营资格的法律行为。

二、外国公司分支机构设立的条件

（一）必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或代理人；
（二）必须向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金；
（三）外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式，并应当在本机构中置备该外国公司章程。

三、外国公司分支机构设立的程序

（一）进行设立准备
（二）提出设立申请
1．申请人
2．申请书的主要内容
3．主管机关
4．提交的主要文件
（三）设立审批
1．各国或地区的设立原则
2．主要审批事项
3．不同行业的具体审批机关

第三节　外国公司分支机构的权利和义务

一、外国公司分支机构的权利

1．依法从事生产经营活动
2．合法权益受中国法律保护

二、外国公司分支机构的义务

1．遵守中国法律，不损害中国的社会公共利益
2．标明国籍及责任形式，并置备章程。

第四节　外国公司分支机构的撤销和清算

一、外国公司分支机构的撤销

1．因外国公司被依法撤销或解散而被迫撤销
2．外国公司分支机构因违法经营而被迫撤销
3．外国公司分支机构因无故歇业而被迫撤销
4．因外国公司分支机构的经营期限届满而撤销
5．外国公司自行决定撤销
6．其他导致分支机构撤销的原因

二、外国公司分支机构的清算

（一）清算程序
1．成立清算组
2．通知和公告债权人
3．制定清算方案，清理债权债务
4．注销登记
（二）清算过程中的法律地位

本章复习与思考题

1．什么是外国公司的承认，其意义如何？
2．试论我国加入 WTO 后外国公司的国民待遇问题。
3．依我国香港、澳门、台湾三个地区的公司法注册的公司是属于本国公司还是外国公司？为什么？
4．什么是外国公司分支机构？其法律特征主要有哪些？外国公司的分支机构与一般的分公司（指由本国公司设立的分公司）有何异同？
5．简述外国公司分支机构的权利和义务。
6．试述外国公司在我国设立分支机构的条件和程序。
7．外国公司分支机构的解散与清算中，如何保护其利害关系人的合法权益？

本章拓展阅读书目：

1．沈四宝：《西方国家公司法概论》，北京大学出版社 1988 年版
2．卞耀威：《当代外国公司法》，法律出版社 1995 年版
3.【英】梅因哈特：《欧洲十二国公司法》，李功国，周林彬，陈志刚等译，兰州大学出版社 1988 年版
4．柯芳枝：《公司法论》，三民书局 1984 年版

本编拓展阅读书目：

1．江平：《新编公司法教程》，法律出版社 1995 年版。

2．赵旭东：《企业与公司法纵论》，法律出版社 2003 年版。
3．叶林：《中国公司法》，中国审计出版社 1999 年版。
4．姚梅镇：《外商投资企业法教程》，法律出版社 1994 年版。
5．赵旭东：《企业法律形态》，中国方正出版社 1996 年版。
6．张民安：《公司设立制度研究》，载于王保树主编：《商事法论集》（7），法律出版社 2002 年版。
7．刘志文：《论公司章程》，法律出版社 1997 年版。
8．范健、蒋大兴：《公司法论》，南京大学出版社 1997 年版。
9．柯芳枝：《公司法要义》，三民书局 1993 年版。
10．江平、孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》1994 年第 1 期。
11．王保树、崔勤之：《中国公司法》，中国工人出版社，1995 年版。
12．陈丽洁：《公司合并法律问题研究》，法律出版社 2001 年版。
13．李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社2008年版

《刑法分则》教学大纲

董淑君　编写

目　录

第十一章　刑法分论绪论.....586
第十二章　危害国家安全罪.....587
一、背叛国家罪.....587
二、资助危害国家安全犯罪活动罪.....587
三、叛逃罪.....587
四、间谍罪.....588
五、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪.....588
复习与参考题.....588
拓展阅读书目.....588
第十三章　危害公共安全罪.....589
第一节　概　说.....589
第二节　以危险方法危害公共安全的犯罪.....589
一、危险犯.....589
二、结果加重犯.....589
三、放火罪的认定.....589
四、投放危险物质罪.....589
五、以危险方法危害公共安全罪.....589
六、失火罪.....590
第三节　破坏公用设施危害公共安全的犯罪.....590
一、破坏电力设备罪.....590
二、破坏易燃易爆设备罪.....590
第四节　实施恐怖活动危害公共安全的犯罪.....590
一、组织、领导、参与恐怖活动组织罪.....590
二、资助恐怖活动罪.....590
三、劫持航空器罪.....590
四、劫持船只、汽车罪.....590
五、暴力危及飞行安全罪.....590
第五节　违反枪支、弹药、爆炸物、危险物 质管理规定危害公共安全的犯罪.....591
一、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪.....591
二、非法持有、私藏枪支、弹药罪.....591
三、非法出租、出借枪支罪.....591
四、丢失枪支不报罪.....591
五、非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪.....591
第六节　造成重大责任事故危害公共安全的犯罪.....592
一、交通肇事罪.....592
二、重大责任事故罪.....592
复习与参考题.....592
拓展阅读书目.....593
第十四章　破坏社会主义市场经济秩序罪.....594
第一节　生产、销售伪劣商品罪.....594

一、生产、销售伪劣产品罪……594
二、生产、销售假药罪……594
三、生产、销售伪劣罪……595
四、生产、销售不符合卫生标准的食品罪……595
五、生产、销售不符合标准的医用器材罪……595
六、生产、销售不符合安全标准的产品罪……595
七、生产、销售有毒、有害食品罪……595
八、有关本节之罪的重要立法和司法解释……595
第二节　走私罪……595
一、走私普通货物、物品罪……595
二、走私特定物品罪与非罪的界限……596
三、走私特定物品构成犯罪的主观故意内容……596
四、走私“进、出口”与走私“出口”……596
五、共犯问题……596
六、单位与个人共同走私的，可成立共同犯罪……596
七、罪数问题……597
第三节　妨害对公司、企业管理秩序罪……597
一、虚报注册资本罪……597
二、虚假出资、抽逃出资罪……597
三、提供虚假财会报告罪……597
四、妨害清算罪……597
五、非法经营同类营业罪……597
六、为亲友非法牟利罪……597
七、签订、履行合同失职被骗罪……598
八、国有公司、企业、事业单位人员失职罪……598
九、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪……598
十、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪……598
第四节　破坏金融管理秩序罪……598
一、伪造货币罪……598
二、出售、购买、运输假币罪……599
三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪……599
四、持有、使用假币罪……599
五、高利转贷罪……599
六、非法吸收公众存款罪……599
七、伪造、变造金融票证罪……599
八、持有、运输、出售、购买、提供伪造的信用卡、非法持有、骗领信用卡罪……599
九、内部交易、泄露内部信息罪……599
十、违法向关系人发放货款罪……600
十一、违法发放贷款罪……600
十二、用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪……600
十三、非法出具金融票证罪……600
十四、对违法票据承兑、付款、保证罪……600
十五、逃汇罪……600

十六、骗购外汇罪.....600
十七、洗钱罪.....600
第五节　金融诈骗罪.....601
一、金融诈骗罪.....601
第六节　危害税收征管罪.....602
一、偷税罪.....602
二、抗税罪.....602
第七节　侵犯知识产权罪.....603
一、假冒注册商标罪.....603
二、销售假冒注册商标的商品罪.....603
三、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪.....603
四、假冒专利罪.....603
五、侵犯著作权罪.....603
六、销售侵权复制品罪.....603
七、侵犯商业秘密罪.....603
第八节　扰乱市场秩序罪.....603
一、损害商业信誉、商品信誉罪.....603
二、虚假广告罪.....603
三、串通投标罪.....604
四、非法经营罪.....604
五、强迫交易罪.....604
六、伪造、倒卖伪造有价票证罪.....604
七、倒卖车票、船票罪.....604
八、非法转让、倒卖土地使用权罪.....604
九、中介组织人员提供虚假证明文件罪.....604
十、中介组织人员出具证明文件重大失实罪.....604
复习与思考题.....604
拓展阅读书目.....604
第十五章　侵犯公民人身权利、民主权利罪.....605
第一节　侵犯生命、健康的犯罪.....605
一、故意杀人罪.....605
二、故意伤害罪.....605
三、过失致人死亡罪.....605
四、过失致人重伤罪.....605
第二节　侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪.....605
一、强奸罪.....605
二、强制猥亵、侮辱妇女罪.....606
三、猥亵儿童罪.....606
第三节　侵犯人身自由的犯罪.....606
一、非法拘禁罪.....606
二、绑架罪.....606
三、拐卖妇女、儿童罪.....607
四、拐卖儿童罪.....607

五、收买被拐卖的妇女、儿童罪 607
六、聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪 607
七、诬告陷害罪 607
八、强迫职工劳工罪 607
九、雇用童工从事危重劳动罪 607
十、刑讯逼供罪，暴力取证罪 608
十一、虐待被监管人罪 608
第四节　侵犯他人人格、名誉的犯罪 608
一、侮辱罪 608
二、诽谤罪 608
第五节　侵犯民主权利的犯罪 608
一、侵犯通信自由罪 608
二、私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪 608
三、报复陷害罪 608
四、破坏选举罪 608
第六节　妨害婚姻家庭权利的犯罪 609
一、暴力干涉婚姻自由罪 609
二、重婚罪 609
三、破坏军婚罪 609
四、虐待罪 609
五、遗弃罪 609
复习与思考题 609
拓展阅读书目 609
第十六章　侵犯财产罪 610
第一节　暴力、胁迫型财产犯罪 610
一、抢劫罪 610
二、抢夺罪 610
三、敲诈勒索罪 611
第二节　窃取、骗取型财产犯罪 611
一、盗窃罪 611
二、诈骗罪 611
三、其他与诈骗罪存在法条竞合关系的犯罪的界限 612
第三节　侵占、挪用型财产犯罪 612
一、侵占罪 612
二、职务侵占罪 613
三、挪用资金罪 613
第四节　毁坏、破坏型财产犯罪 613
一、故意毁坏财物罪 613
二、破坏生产经营罪 613
复习与参考题 614
拓展阅读书目 614
第十七章　妨害社会管理秩序罪 615
第一节　扰乱公共秩序罪 615

一、妨害公务罪.....615
二、煽动暴力抗拒法律实施罪.....615
三、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪.....615
四、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪.....616
五、非法获取国家秘密罪.....616
六、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪.....616
七、聚众扰乱社会秩序罪，聚众冲击国家机关罪.....616
八、聚众扰乱公共场所、交通秩序罪.....616
九、投放虚假危险物质罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪.....616
十、聚众斗殴罪.....617
十一、寻衅滋事罪.....617
十二、组织、领导、参加黑社会性质组织罪.....617
十三、入境发展黑社会组织罪.....617
十四、包庇、纵容黑社会性质组织罪.....617
十五、传授犯罪方法罪.....617
十六、组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪.....618
十七、组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪.....618
十八、聚众淫乱罪，引诱未成年人聚众淫乱罪.....618
十九、盗窃、侮辱尸体罪.....618
二十、赌博罪.....618
二十一、本节其他罪.....619
第二节　妨害司法罪.....619
一、伪证罪.....619
二、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪.....619
三、妨害作证罪.....619
四、帮助毁灭、伪造证据罪.....619
五、扰乱法庭秩序罪.....619
六、窝藏、包庇罪.....620
七、窝藏、转移、收购、销售赃物罪.....620
八、拒不执行判决、裁定罪.....620
九、非法处置查封、扣押、冻结的财产罪.....620
十、破坏监管秩序罪.....620
十一、脱逃罪.....621
第三节　妨害国（边）境管理罪.....621
一、组织他人偷越国（边）境罪.....621
二、骗取出境证件罪.....621
三、出售出境证件罪.....621
四、提供伪造、变造的出入境证件罪.....621
五、运送他人偷越国（边）境罪.....621
六、偷越国（边）境罪.....621
第四节　妨害文物管理罪.....621
一、故意损毁文物罪，故意损毁名胜古迹罪，过失损毁文物罪.....621
二、倒卖文物罪.....621

三、非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪 621
四、非法出售、私赠文物藏品罪 621
五、盗掘古文化遗址、古墓葬罪 622
第五节　危害公共卫生罪 622
一、非法组织卖血罪，强迫卖血罪 622
二、医疗事故罪 622
三、非法行医罪 622
四、非法进行节育手术罪 622
第六节　破坏环境资源保护罪 622
一、重大环境污染事故罪 622
二、非法处置进口的固体废物罪，擅自进口固体废物罪 622
三、非法捕捞水产品罪 622
四、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪 623
五、非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪 623
六、非法狩猎罪 623
七、非法占用农用地罪 623
八、非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪 623
九、盗伐林木罪 623
十、滥伐林木罪 623
十一、非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪 623
第七节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪 623
一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪 623
二、非法持有毒品罪 624
三、包庇毒品犯罪分子罪 624
四、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪 624
五、非法种植毒品原植物罪 624
六、非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪 624
七、强迫他人吸毒罪 624
八、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪 624
九、容留他人吸毒罪 624
十、非法提供麻醉药品、精神药品罪 624
第八节　组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 624
一、组织卖淫罪，协助组织卖淫罪，强迫卖淫罪 624
二、引诱、容留、介绍卖淫罪 624
三、引诱幼女卖淫罪 624
四、传播性病罪 624
五、嫖宿幼女罪 624
第九节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪 625
一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪 625
二、为他人提供书号出版淫秽书刊罪 625
三、传播淫秽物品罪 625
四、组织播放淫秽音像制品罪 625
五、组织淫秽表演罪 625

复习与参考题.....625
拓展阅读书目.....625
第十八章　危害国防利益罪.....626
一、阻碍军人执行职务罪.....626
二、破坏武器装备、军事设施、军事通信罪.....626
三、过失毁坏武器装备、军事设施、军事通信罪.....626
四、伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪.....626
五、盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪.....626
六、战时拒绝、逃避征召、军事训练罪.....626
七、战时拒绝、逃避服役罪.....626
复习与参考题.....626
拓展阅读书目.....626
第十九章　贪污贿赂罪.....627
第一节　贪污犯罪.....627
一、贪污罪.....627
二、挪用公款罪.....628
第二节　贿赂犯罪.....629
一、受贿罪.....629
二、第 387 条单位受贿罪.....629
三、行贿罪.....630
四、对单位行贿罪.....630
五、单位行贿罪.....630
六、介绍贿赂罪.....630
七、巨额财产来源不明罪.....630
八、隐瞒境外存款罪.....630
九、私分国有资产罪；私分罚没财务罪.....630
复习与参考题.....630
拓展阅读书目.....630
第二十章　渎职罪.....631
第一节　一般国家机关工作人员的渎职罪.....631
一、滥用职权罪和玩忽职守罪.....631
二、故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪.....631
三、国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪.....631
四、非法低价出让国有土地使用权限.....632
五、招收公务员、学生徇私舞弊罪.....632
第二节　司法工作人员的渎职罪.....632
一、徇私舞弊，民事、行政枉法裁判罪，执行判决裁定失职罪，执行判决、裁定人员滥用职权罪.....632
二、私放在押人员罪.....632
三、徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪.....632
第三节　特定国家机关人员渎职罪.....633
一、徇私舞弊不移交刑事案件罪.....633
二、徇私舞弊不征、少征税款罪.....633

三、环境监管失职罪 633
四、传染病防治失职罪 633
五、放纵走私罪 633
六、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪 633
七、不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪 633
八、帮助犯罪分子逃避处罚罪 633
复习与参考题 633
拓展阅读书目 633
第二十一章　军人违反职责罪 634
一、武器装备肇事罪 634
二、盗窃、抢夺武器装备、军用物质罪 634
三、虐待部属罪 634
复习与参考题 634
拓展阅读书目 634

第十一章　刑法分论绪论

本章教学目的和基本要求：

掌握刑法分则体系；罪状的种类，罪状、罪名、法定刑的概念

学习重点和难点：

学时分配：0.5 个学时

第十二章　危害国家安全罪

本章教学目的和基本要求：

掌握危害国家安全罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

背叛国家罪，叛逃罪，间谍罪，为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪。

学时分配：2.5 个学时

一、背叛国家罪

1．概念：勾结外国或与境外机构、组织、个人相勾结，危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的。

2．犯罪构成：

主体——中国公民。

行为——勾结。

二、资助危害国家安全犯罪活动罪

1．概念：境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪规定之罪的。

2．犯罪构成：

主体——境内外机构、组织或者个人。

行为——资助。

投敌叛变罪

1．概念：中国公民背叛国家，投奔敌对营垒，意图危害国家安全，或者在被敌方捕、俘后投降敌人的。

2．犯罪构成：

主体——具有中国国籍的人。

行为——通国投敌。

三、叛逃罪

1．概念：国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃的。

2．犯罪构成：

主体——国家机关工作人员或者其他掌握国家秘密的国家工作人员。

行为——（1）在履行公务期间擅离岗位。

（2）叛逃境外或在境外叛逃。

3．叛逃罪与军人叛逃罪的区别：

主体不同。一个是国家机关工作人员；一个是军人。

4．叛逃罪与投敌叛变罪的界限：

主体范围不同。前者指国家机关工作人员；后者指一切中国人。

客观条件的侧重点不同。前者是“离岗叛逃”，后者是“投敌”叛逃。

四、间谍罪

1．概念：参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标的。
2．犯罪构成：
主体——中国公民、外国人或无国籍的人。
行为——（1）参加间谍组织。
（2）接受间谍组织及其代理人的任务。
（3）为敌人指示轰击目标。

五、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪

1．概念：为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的。
2．犯罪构成：
主体——中国公民、外国人、无国籍的人。
行为——窃取、刺探、收买、非法提供。

复习与参考题

1．投敌叛变罪和叛逃罪的区别？
2．间谍罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪之间如何界定？

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十三章　危害公共安全罪

本章教学目的和基本要求：掌握危害公共安全罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：放火罪，失火罪，投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪，破坏电力设备、易燃易爆设备罪，劫持航空器罪，非法持有枪支罪，非法出租出借枪支罪，交通肇事罪，重大责任事故罪。难点在于区分危害公共安全罪与故意杀人罪和故意伤害罪。

学时分配：

5 个学时

第一节　概　说

概念：危害不特定多数人的生命健康或者重大公私财产的安全。

第二节　以危险方法危害公共安全的犯罪

一、危险犯

概念：放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的。

犯罪构成　行为：危害公共安全“尚未造成严重后果的”，即可构成本条之罪的既遂。

二、结果加重犯

概念：放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者公私财产遭受重大损失的

犯罪构成　行为：重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的

三、放火罪的认定

（1）放火罪与故意杀人罪、故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪的区别

（2）既遂与未遂的区别

四、投放危险物质罪

概念：投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质的危险方法危害公共安全行为。

（1）与故意杀人罪的区别

（2）与危险物品肇事罪的区别

（3）与过失投放危险物质罪的区别

（4）与故意毁坏财物罪的区别

（5）与破坏生产经营罪的区别

（6）与生产、销售有毒、有害物品罪的区别

五、以危险方法危害公共安全罪

概念：以放火、爆炸、投放危险物质、决水以外的其它危险公共安全的方法危害公共安全。

六、失火罪

（1）犯罪构成　行为造成法定的严重后果。
（2）与危险物品肇事罪的区别

第三节　破坏公用设施危害公共安全的犯罪

一、破坏电力设备罪

概念：破坏正式使用中的电力设备的行为

二、破坏易燃易爆设备罪

概念：行为人采用破坏性手段盗窃正在使用的油田输油管道中的油品

第四节　实施恐怖活动危害公共安全的犯罪

一、组织、领导、参与恐怖活动组织罪

实行行为：组织、领导、参与恐怖活动组织的行为

二、资助恐怖活动罪

概念：资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的行为。
犯罪构成　主体：既包括自然人也包括单位。
行为：资助

三、劫持航空器罪

犯罪对象：包括民用航空器又包括其它的航空器，如军用、海关、边防、消防、公安使用的航空器。
本罪的主体：在飞行中的航空器上的人员。
与抢劫罪、破坏交通工具罪的区别

四、劫持船只、汽车罪

与抢劫罪的区别：
（1）目的不同
（2）客体不同
（3）既遂标准不同

五、暴力危及飞行安全罪

概念：对飞行中的航空器上的人员使用暴力的。

第五节　违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪

一、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪

（1）本罪对象：军用枪支和非军用枪支

（2）选择的一罪：有制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支或者弹药或者爆炸物的行为，就构成完整的一罪。

（3）盗窃枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪；抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪

概念：盗窃、抢劫枪支、弹药、爆炸物的，或者盗窃、抢夺毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。

（4）违规制造销售枪支罪

1．概念：以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支，制造无号、重号、假号的枪支，或者非法销售枪支，在境内销售为出口制造的枪支的

2．犯罪构成　主体是单位

犯罪行为：第 126 条法定的 3 种行为之一。

3．本罪与非法制造、买卖枪支罪的区别：合法与非法。

二、非法持有、私藏枪支、弹药罪

1．非法持有是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。

2．私藏是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违法枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

三、非法出租、出借枪支罪

1．概念：依法配备公务用枪的人员，有非法出租、出借枪支行为，并造成严重后果。

2．犯罪构成　主体：依法配备、配置枪支的人员。

行为：非法出租、出借

四、丢失枪支不报罪

1．概念：依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的。

2．犯罪构成：　主体：依法配备公务用枪的人员。

行为：丢失枪支不及时报告。

五、非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪

1．概念：非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，情节严重的。

2．罪与非罪界限：行为人非法携带爆炸物进入公共场所或者公共交通工具，虽未达到上述数量标准，但拒不交出的，依法定罪；携带数量达到最低数量标准，能够主动、全部交出的，可不以犯罪论处。

第六节　造成重大责任事故危害公共安全的犯罪

一、交通肇事罪

1．概念：从事交通运输人员或者非交通运输人员，在发生交通事故达到构成犯罪的严重程度后，为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。

2．要点：

（1）交通事故的被害人受伤当场未死。

（2）行为人有逃逸行为，即为逃避法律追究而逃跑；不履行救助责任和躲避事故责任。

（3）逃逸行为延误救治与死亡结果有因果关系。

（4）行为人至少有过失。

3．与故意杀人罪、故意伤害罪的区别

修订刑法时，已直接把因逃逸致人死亡作为结果加重犯。

4．与以危险方法危害公共安全罪的区别

驾车在公共场所故意冲撞不特定多人的，构成以其他危险方法危害公共安全罪。

5．与过失致人死亡罪、故意毁坏财物罪、重大责任事故罪的区别

区别的要点在于是否违反交通法规、属于交通事故，如因非交通违章造成的事故，构成犯罪的，分别依照刑法第 134 条（重大责任事故）、第 135 条（工程重大安全事故罪）、第 233 条（过失致人死亡）等规定定罪处罚。

6．交通肇事罪与非罪的界限

（1）致死亡 1 人或者重伤 3 人以上，负事故“全部”或者“主要”责任的，可定罪处罚。

（2）致 1 人以上重伤，负事故全部或者主要责任的，并具有酒后、吸食毒品后、无驾驶资格、明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆、明知是无牌证或者已报废的车辆、严重超载、逃逸等情形之一的，可定罪处罚。

（3）负事故“对等责任”，需致死亡 3 人以上才可追究刑事责任。

（4）负事故次要责任的不追究刑事责任。

二、重大责任事故罪

1．重大责任事故罪与其他责任事故型犯罪的区别

2．与危险物品肇事罪的区别

3．与工程重大安全事故罪的区别

（1）主体不同

（2）行为方式不同

1．与重大劳动安全事故罪的区别

2．与日常生活型过失犯罪的区别

3．认定有关危害公共安全罪此罪与彼罪要领

（1）非法与法规　非法指没有制售许可而制售，违规指有制售许可不按规章制售。

（2）认定过失或责任的依据

复习与参考题

1．交通肇事罪与非罪的界定

2．投放危险物质罪与故意杀人罪的区别

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十四章　破坏社会主义市场经济秩序罪

本章教学目的和基本要求：

掌握破坏社会主义市场经济秩序罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

生产、销售伪劣商品罪，走私罪，妨害对公司、企业管理秩序罪，破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪，危害税收征管罪，侵犯知识产权罪，扰乱市场秩序罪

学时分配：10 个学时

第一节　生产、销售伪劣商品罪

一、生产、销售伪劣产品罪

概念：生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格冒充合格产品，销售金额 5 万元以上的行为。

犯罪构成　本体：生产者、销售者

行为：掺杂、掺假并销售

1．生产、销售伪劣产品罪与非罪的界限

（1）销售金额在 5 万元以上的（销售额）。

（2）当场查获的伪劣产品价值 15 万元以上（即查处额）以犯罪未遂论处。销售额包括货物已售但尚未回款的金额。

2．生产、销售伪劣产品罪与其他具体的生产、销售特殊的伪劣商品犯罪的区别

区别要点：

（1）以危险为要件的有生产、销售假药罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪

（2）以造成人身或财产危害结果为要件的有生产、销售劣药罪，生产、销售不符合安全标准的产品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪，生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。

（3）生产、销售有毒、有害食品罪，既不要求危险也不要求结果，只要有生产、销售有毒、有害食品德行为即构成犯罪。因为这种犯罪行为本身的危害性就较大、较明显。

（4）竞合问题

生产、销售伪劣产品的案件有 3 种情况：

（5）只构成生产、销售伪劣产品罪

（6）只构成某一特殊的伪劣产品罪

（7）行为同时构成第 140 条之罪和第 141 条至第 148 条之罪

二、生产、销售假药罪

1．概念：生产、销售假药，足以危害人体健康的行为。

2．足以严重危害人体健康，是指经省级以上的药品监督管理部门设置或者确定的药品检验机构鉴定，生产、销售的假药具有下列情形之一：

（1）含有超标准的有毒有害物质的

（2）不含所标明的有效成分，可能贻误诊治的

（3）所标明的适应症或者功能主治超出规定范围，可能造成贻误诊治的
（4）缺乏所标明的急救必需的有效成分的

三、生产、销售伪劣罪

概念：生产、销售伪劣药，对人体健康造成严重危害的行为。
犯罪构成　行为：对人体健康造成严重危害

四、生产、销售不符合卫生标准的食品罪

概念：生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性病患的行为。
本罪是以具有特定的危险为要件。

五、生产、销售不符合标准的医用器材罪

概念：生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康的行为。

六、生产、销售不符合安全标准的产品罪

概念：生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

七、生产、销售有毒、有害食品罪

概念：在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。
1．本罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪的区别
2．本罪与投放危险物质罪的区别

八、有关本节之罪的重要立法和司法解释

1．单位均可成为本节之罪的主体
2．对本节之罪应当并处销售金额一定比例的罚金
3．共犯问题
4．与其他罪的区别
5．数罪并罚的问题

第二节　走私罪

一、走私普通货物、物品罪

1．罪与非罪的标准，偷逃应缴税额 5 万元以上。
（1）走私犯罪嫌疑人伪报价格的（申报进出口的价格低于或者高于实际成交价格），可以根据付汇渠道、资金流向、会计账册、境内外收发货人的真实交易方式，以及其他能够证明进出口货物实际成交价格的证据材料综合认定。

（2）对走私犯罪嫌疑人因出售走私货物而实际缴纳走私货物增值税的，在核定走私货物偷逃应缴税额时，不应当将其已缴纳的增值税额从其走私偷逃税额中扣除。

1．关于保税货物和减税免税货物、物品构成走私的，属于变相走私。

2．在加工贸易经营活动中，以假出口、假结转或者利用虚假单证等方式骗取海关核销，致使保税货物、物品脱离海关监管，造成国家税款流失，情节严重的

二、走私特定物品罪与非罪的界限

1．走私武器、弹药罪

概念：走私军用子弹 10 发以上，或者非军用枪支 2 支以上，或者军用枪支 1 支以上的

犯罪构成　行为：走私

2．走私假币罪

概念：走私总面额 2000 元以上，或者币量 200 张（枚）以上的

3．走私文物罪

概念：走私国家禁止出口的三级文物 2 件以上的，或者一级或二级文物的

4．走私淫秽物品罪

概念：以牟利或者传播为目的，走私淫秽物品数量较大的

三、走私特定物品构成犯罪的主观故意内容

1．构成要件故意

2．对特定构成要件故意的推定

四、走私“进、出口”与走私“出口”

走私一般既包括走私出口也包括走私出口。刑法第 152 条第 2 款规定：走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属，处……。根据这一特别规定，走私贵重金属罪和走私文物罪中的走私行为限于走私出口，不包括走私进口。也就是说只有走私出口文物，贵重金属的，才符合行为要件、成立走私贵重金属罪和走私文物罪。如果走私进口文物、贵重金属的，不符合走私贵重金属罪和走私文物罪的行为要件，不成立该二罪，对此，只能按照走私普通货物、物品罪论处。

五、共犯问题

1．与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。

2．如果行为人与走私分子通谋出售加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证，或者在出卖批文后又以提供印章、向海关伪报保税货物、特定减免税货物等方式帮助买方办理进口通关手续的，对卖方依照刑法第 156 条以走私罪共犯定罪处罚。

3．买卖上述涉税单证情节严重尚未进口货物的，依照刑法第 280 条的规定定罪处罚。

4．对刑法第 155 条第（2）项规定的实施海上走私犯罪行为的运输人、收购人或者贩卖人应当追究刑事责任。对运输人，一般追究运输工具的负责人或者主要负责人的刑事责任，但对于事先通谋的、集资走私的或者使用特殊的走私运输工具从事走私犯罪活动的，可以追究其他参与人员的刑事责任。

六、单位与个人共同走私的，可成立共同犯罪

七、罪数问题

1．武装掩护走私的，从重处罚

2．以暴力、威胁方式抗拒缉私的，以走私罪和妨害公务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

第三节　妨害对公司、企业管理秩序罪

一、虚报注册资本罪

概念：虚报注册资本罪指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

二、虚假出资、抽逃出资罪

概念：虚假出资、抽逃出资罪指公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

三、提供虚假财会报告罪

概念：提供虚假财会报告罪是指公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，严重损害股东或者其他人利益的行为。

犯罪构成：

主体：单位

行为：提供虚假或者隐瞒重要事实的财务会计报告

四、妨害清算罪

概念：公司企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他人利益的。

犯罪构成：

主体：单位

行为：严重损害债权人权益

五、非法经营同类营业罪

概念：非法经营同类营业罪指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。

六、为亲友非法牟利罪

概念：国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，将本单位的营利业务交由自己的亲友进行经营的，或者以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的，或者向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的，使国家利益遭受重大损失的。

犯罪构成：

主体：国有公司、企业、事业单位的工作人员

行为：将本单位的营利业务交由自己的亲友进行经营的，或者以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的，或者向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。

七、签订、履行合同失职被骗罪

概念：国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员造成国家直接经济损失数额在 50 万元以上的，或者直接经济损失占注册资本 30%以上的；金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员，严重不负责人，造成国家外汇被骗购或者逃汇，数额在 100 万美元以上的。

犯罪构成：主体：国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。

八、国有公司、企业、事业单位人员失职罪

概念：国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为

犯罪构成：

主体：国有公司、企业、事业单位的工作人员

行为：严重不负责任或者滥用职权

九、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪

概念：国有公司、企业、事业单位人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

犯罪构成：

主体：国有公司、企业、事业单位人员

行为：徇私舞弊

十、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪

概念：国有公司、企业、或者上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为。

犯罪构成：

主体：国有公司、企业、或者上级主管部门直接负责的主管人员

行为：徇私舞弊

第四节　破坏金融管理秩序罪

一、伪造货币罪

（1）实行犯：行为人制造货币版样或者与他人事前通谋，为他人伪造货币提供版样的

（2）伪造货币的，只要实施了伪造行为，无论是否完成全部印制工序，即构成伪造货币罪。

对于尚未制造出成品，无法计算伪造、销售假币面额的，或者制造、销售用于伪造货币版样的，不认定犯罪数额，依据犯罪情节决定刑罚。

（3）对象：所称货币，是指可在国内市场流通或者兑换的人民币和境外货币。

（4）吸收犯：伪造货币后又运输、贩卖的，以伪造货币罪一罪从重处罚。

二、出售、购买、运输假币罪

（一）罪与非罪的界限
概念：出售、购买假币或者明知是假币而运输，总面额在4000元以上（不满5万元的）。

三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪

主体：银行或者其他金融机构的工作人员
行为：利用职务上的便利，购买假币、以假币换取货币

四、持有、使用假币罪

明知是假币而持有、使用，总面额在4000元以上的

五、高利转贷罪

1．主观有牟取高额利息的目的
2．客观有转贷的行为

六、非法吸收公众存款罪

概念：非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的行为。
特点：
1．非法以存款形式吸收资金。
2．面向公众吸收资金。
3．数额较大。

七、伪造、变造金融票证罪

概念：伪造、变造汇票、本票的，伪造、变造委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的，伪造、变造信用证或者附随的单据、文件的，伪造信用卡的。

本罪对象：金融票证包括汇票、支票和本票。

八、持有、运输、出售、购买、提供伪造的信用卡、非法持有、骗领信用卡罪

1．概念：明知是伪造的信用卡而持有、运输的；非法持有他人信用卡，数量较大的；使用虚假身份证明骗领信用卡的；出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。

2．信用卡的含义：由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。

3．本罪与信用卡诈骗罪的关系：

预备行为犯罪化，行为人持有、运输假卡或骗领信用卡通常是为了用于信用卡诈骗，本属于信用卡诈骗的预备行为。

牵连关系，为了进行信用卡诈骗而伪造、持有、运输、买卖假卡的或骗领信用卡，并且使用该卡实施了信用卡诈骗犯罪的，属于牵连关系，只需以信用卡诈骗一罪论处。

九、内部交易、泄露内部信息罪

概念：证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前。

买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重的行为。

犯罪构成：

主体：内幕信息的知情人员或者非法获取内幕信息的人员。

行为：在对交易价格有重大影响的信息尚未公开前，从事交易或泄露信息。

十、违法向关系人发放货款罪

概念：银行或者其他金融机构的工作人员违法法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。

十一、违法发放贷款罪

概念：银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人以外的其他人发放贷款，造成重大损失的行为。

十二、用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪

概念：银行或者其他金融机构的工作人员以牟利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的行为。

十三、非法出具金融票证罪

概念：银行或其他金融机构的工作人员违反规定，为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明，造成较大损失的行为。

十四、对违法票据承兑、付款、保证罪

概念：银行或者其他金融机构的工作人员在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，造成重大损失的行为。

十五、逃汇罪

概念：国有公司、企业或者其他国有单位，违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，情节严重的行为。

主体：国有单位。但非国有公司、企业或者其他单位，与国有公司、企业或者其他国有单位勾结逃汇的，以逃汇罪的共犯处罚。

十六、骗购外汇罪

概念：骗购外汇罪指使用伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据，重复使用骗购外汇海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据，或者以其他方式骗购外汇的，数额较大。

十七、洗钱罪

对象：四种脏钱或上游犯罪之违法所得收益：1．走私 2．毒品 3．黑社会 4．恐怖活动犯罪资金

五种洗钱行为：

1．提供资金账户的

2．协助将财产转换为现金或者金融票据的

3．通过转账或者其他结算方式协助资金转移的

4．协助将资金汇往境外的

5．以其他方式掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。

第五节　金融诈骗罪

一、金融诈骗罪

1．金融诈骗罪与非罪界限

（1）看是否具有法定的金融诈骗犯罪行为。

（2）明知没有归还能力而大量骗取资金的；非法获取资金后逃跑的；肆意挥霍骗取资金的；使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；其他非法占有资金、拒不返还得行为。

2．集资诈骗罪

以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的。

3．贷款诈骗罪

以非法占有为目的，编造引进资金、项目等虚假理由的；使用虚假的经济合同的；使用虚假的证明文件的；使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；以此来诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。

4．贷款诈骗罪与非罪的区别

（1）具有非法占有的目的。

（2）采用了第 193 条规定的欺骗手段获取贷款。

5．票据诈骗罪

概念：明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用；明知是作废的汇票、本票、支票而使用；冒用他人的汇票、本票、支票；签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物；汇票、本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的行为。

6．金融凭证诈骗罪

（1）概念：使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的行为。

（2）票据诈骗罪与金融凭证诈骗罪的主要区别：

金融凭证诈骗罪限于使用伪造、变造的委托收款凭证，伪造、变造的汇款凭证，伪造、变造的银行存单，伪造、变造的其他银行结算凭证；而票据诈骗罪使用票据即汇票、支票、本票。

（3）金融凭证诈骗罪与诈骗罪的主要区别：

使用的有关银行结算凭证是否属于伪造、变造的，即是否“假的”。如果是用真的金融凭证诈骗的，不成立金融凭证诈骗罪，但可能成立诈骗罪。

竞合关系：

与其它诈骗犯罪发生竞合，通常择重以本罪论处。

（6）牵连关系：

以金融诈骗为目的而伪造金融票证，又使用该金融票证诈骗的，是牵连犯，择一重罪处罚。

7．信用证诈骗罪

概念：使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件；使用作废的信用证；骗取信用证；以其他方法进行信用证诈骗活动，进行信用证诈骗活动的行为。

8．信用卡诈骗罪

概念：使用伪造的信用卡的；使用作废的信用卡的；冒用他人信用卡的；恶意透支的；使用以

虚假身份证明骗领的信用卡的，进行信用卡诈骗活动，数额较大的行为。

9．有价证券诈骗罪

概念：使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券，进行诈骗活动，数额较大的行为。

10．保险诈骗罪

（1）概念：投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的；进行保险诈骗活动，数额较大的行为。

（2）特殊主体：投保人、被保险人或者受益人（包括单位）。

（3）故意造成人身伤亡或财产损失的保险事故，骗取保险金，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

（4）保险诈骗罪的共犯与贪污罪、职务侵占罪的区别：

保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照第 127 条职务侵占罪处罚。

国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，以贪污罪定罪处罚。

第六节　危害税收征管罪

一、偷税罪

1．特殊主体的犯罪：即纳税人或扣缴义务人，既包括自然人又包括单位

2．偷税行为：伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证的；在账簿上多列支出或者不列、少列收入的；经税务机关申报而拒不申报纳税的；进行虚假纳税申报的的；　缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款。

3．罪与非罪界限

4．纳税人实施上述行为，不缴或者少缴应纳税款，偷税数额占应纳税额的 10%以上且偷税数额在 1 万元以上的，构成犯罪。

5．扣缴义务人实施上述行为之一，不缴或者少缴应纳税款，偷税数额占应纳税额的 10%以上且偷税数额在 1 万元以上的，构成犯罪。但扣缴义务人书面承诺代纳税人支付税款的，应当认定扣缴义务人已扣、已收税款。

6．两年内因偷税受过二次行政处罚，又偷税且数额在 1 万元以上的，应当以偷税罪定罪处罚。

二、抗税罪

（一）数罪并罚问题

实施暴力是抗税犯罪的基本犯罪构成要件，所以，因抗税故意伤害致人轻伤的，是抗税罪的情节加重犯，不需数罪并罚；致人重伤、死亡，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，分别依照刑法第 234 条第 2 款（故意伤害罪致人重伤或死亡）、第 232 条（故意杀人罪）的规定定罪处罚，也不数罪并罚。此外，因抗税而妨害公务的，也不需数罪并罚。

（二）共犯问题

纳税人或者扣缴义务人共同实施抗税行为的，以抗税罪的共犯依法处罚。

第七节　侵犯知识产权罪

一、假冒注册商标罪

概念：未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

二、销售假冒注册商标的商品罪

概念：销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的行为。

三、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

概念：伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的行为。

四、假冒专利罪

概念：假冒他人专利，情节严重的行为。

五、侵犯著作权罪

概念：以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；出版他人享有专有出版权的图书的；未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；制作、出售假冒他人署名的美术作品的；

六、销售侵权复制品罪

概念：以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的

七、侵犯商业秘密罪

概念：以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；披露　、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

第八节　扰乱市场秩序罪

一、损害商业信誉、商品信誉罪

概念：捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者其他严重情节的。

二、虚假广告罪

概念：广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，

情节严重的。

三、串通投标罪

概念：投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的。
主体：二人以上，属于对向犯、必要的共犯。

四、非法经营罪

概念：未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品；买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件；未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务；扰乱市场秩序。情节严重的 。

五、强迫交易罪

概念：以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的。

六、伪造、倒卖伪造有价票证罪

概念：伪造车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的行为。

七、倒卖车票、船票罪

概念：倒卖车票、船票，情节严重的行为。

八、非法转让、倒卖土地使用权罪

概念：以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

九、中介组织人员提供虚假证明文件罪

概念：承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假文件，情节严重的。

十、中介组织人员出具证明文件重大失实罪

概念：严重不负责任，出具证明文件有重大失实，造成严重后果的。

复习与思考题

1．走私普通货物、物品罪与走私特定物品罪的区别
2．侵犯著作权罪与非罪界限

拓展阅读书目

1．陈兴良主编：《刑法疑难案例评释》，中国人民公安大学出版社
2．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
3．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十五章　侵犯公民人身权利、民主权利罪

本章教学目的和基本要求：

掌握侵犯公民人身权利、民主权利罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

故意伤害罪，强奸罪，强制猥亵，侮辱妇女罪，非法拘禁罪，绑架罪，拐卖妇女、儿童罪，诬告陷害罪，破坏选举罪，重婚罪，破坏军婚罪，虐待罪，非法雇用童工从事危重劳动罪。

学时分配：12 个学时

第一节　侵犯生命、健康的犯罪

一、故意杀人罪

1．故意杀人行为 ie，是指一切足以造成死亡结果的故意行为。

2．故意杀人行为包括作为和不作为。

3．故意杀人行为的对象是他人。

二、故意伤害罪

1．故意伤害罪行为，常见的是暴力攻击人身的行为，也包括其他损害健康的行为。

2．与故意杀人罪的界限

3．故意伤害罪与过失致人死亡的界限

三、过失致人死亡罪

1．与故意杀人罪的区别

2．法条竞合问题

过失致人死亡，“本法另有规定的，依照规定”。如刑法条文中规定的责任事故类犯罪，按照特别规定处理的，不订过失致人死亡罪。强奸、抢劫、绑架、非法拘禁致人死亡的，其中也包括过失致人死亡的情况。

四、过失致人重伤罪

1．因过失致人重伤的行为。

2．与故意伤害罪的区别

第二节　侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪

一、强奸罪

1．概念：以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的；奸淫不满十四周岁的幼女的；

处罚规定（加重犯）

强奸中使用暴力压制妇女以图强奸直接导致被害人重伤死亡的

1）奸淫不满 14 周岁的幼女的

2）强奸妇女、奸淫幼女 3 人以上的

3）二人以上轮奸的

2．强奸罪的行为

使用暴力、胁迫以及其他手段，违背妇女的意志强行与其性交的行为。所谓违背妇女意志，是指违背妇女自愿性交的真实意思。

3．强奸与通奸的界限

二、强制猥亵、侮辱妇女罪

构成要件问题

指以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵、侮辱妇女，情节严重的行为。

（1）主观方面是故意，通常具有寻求性刺激或者骚扰妇女的动机。

（2）客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法，强制猥亵、侮辱妇女的行为。

（3）行为对象是年满 14 周岁的妇女。

（4）客体是妇女的性尊严

1．与强奸罪的区别

2．要点是有无奸淫的意图

3．与侮辱罪的区别

4．罪与非罪的界限

情节严重才能构成犯罪。

三、猥亵儿童罪

概念：以寻求性刺激、性满足为目的，猥亵儿童，情节严重的行为。

第三节　侵犯人身自由的犯罪

一、非法拘禁罪

1．概念：非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的。

2．构成要件

（1）主观方面是故意

（2）客观上有非法强制剥夺他人人身自由的行为。

（3）客体是他人身体活动的现实自由。

3．非法拘禁与绑架罪的区别

4．非法拘禁与其它侵犯自由犯罪的界限

二、绑架罪

概念：以勒索财物以及其他非法利益为目的，使用暴力、胁迫、麻醉等方法劫持他人作为人质的行为。

1．构成要件

主体已满 16 周岁的人应当对绑架行为负刑事责任。已满 14 周岁不满 16 周岁的人对绑架行为不负刑事责任，但是，如果在实施或者参与绑架犯罪的活动中，又故意杀害或重伤人质的，应当对其故意杀人、故意伤害的行为负刑事责任。

主观上故意，具有劫持人质勒索财物或其他非法利益的意图。

客观上使用暴力、胁迫或者麻醉的方法劫持人质，以继续扣押或加害人质相威胁或者以释放人质为条件，向第三人勒索财物或者其他非法利益的行为。

2．绑架罪的目的

绑架的特点是用扣人质方式勒索，所以勒索是其目的。

三、拐卖妇女、儿童罪

1．构成要件

目的犯，以出卖为目的

拐卖妇女、儿童罪的行为：以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。

四、拐卖儿童罪

概念：拐骗不满十四周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的

五、收买被拐卖的妇女、儿童罪

1．常见类型

（1）收买妇女作妻子（2）收买儿童收养

六、聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪

概念：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的。

七、诬告陷害罪

概念：捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的。

1．构成要件

主观上具有意图使他人受到刑事追究的目的。

客观上捏造他人的犯罪事实，向国家机关或者有关机关告发他人有罪。

（1）捏造犯罪事实，即没有事实根据虚构他人犯罪的事实。

（2）诬告陷害的对象必须是特定的他人。

（3）行为人将捏造的他人的犯罪事实向司法机关或有关单位告发。

2．本罪与诽谤罪的区别

3．诬告陷害罪与非罪的界限

八、强迫职工劳工罪

概念：用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的。

九、雇用童工从事危重劳动罪

概念：违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的。

1．要件

主体：用人用工单位

客观要件：雇用童工，即不满 16 周岁的人　；从事危险或者超强体力劳动。

十、刑讯逼供罪，暴力取证罪

概念：司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的。

十一、虐待被监管人罪

概念：监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚，情节严重的行为。

犯罪构成：

主体：监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员

行为：殴打或者体罚

与伤害罪的区别

第四节　侵犯他人人格、名誉的犯罪

一、侮辱罪

概念：以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的。

二、诽谤罪

概念：捏造并散布某种虚构的事实，损害他人名誉、人格，情节严重的行为　。

第五节　侵犯民主权利的犯罪

一、侵犯通信自由罪

概念：侵犯通信自由罪是指隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，情节严重的行为。

要点：情节严重的才构成犯罪。

二、私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪

概念：邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的。

三、报复陷害罪

概念：国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的。

主体：国家机关工作人员

四、破坏选举罪

概念：在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

第六节　妨害婚姻家庭权利的犯罪

一、暴力干涉婚姻自由罪

概念：以暴力干涉他人婚姻自由的行为。

二、重婚罪

概念：有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。

三、破坏军婚罪

概念：明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的行为。

四、虐待罪

特殊主体：限于相互之间存在扶养、扶助义务的共同生活的家庭成员。
主观方面是故意对被害人进行肉体或精神上的折磨和摧残。
客观上表现为经常或连续折磨、摧残家庭成员身心、情节恶劣的行为。

五、遗弃罪

概念：对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有抚养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。

复习与思考题

1．故意伤害罪与过失致人死亡的界限
2．诬告陷害罪与非罪的界限

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十六章　侵犯财产罪

本章教学目的和基本要求：

掌握侵犯财产罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

暴力、胁迫型财产犯罪，窃取、骗取型财产犯罪，侵占、挪用型财产犯罪，毁坏、破坏型财产犯罪

学时分配：10 个学时

第一节　暴力、胁迫型财产犯罪

一、抢劫罪

1．概念：以暴力、胁迫或者其他方法抢劫财物行为，包括入户抢劫的；在公共交通工具上抢劫的；抢劫银行或者其他金融机构的；多次抢劫或者抢劫数额巨大的；抢劫致人重伤、死亡的；冒充军警人员抢劫的；持枪抢劫的；抢劫军用物质或者抢险、救灾、救济物质的。

2．罪与非罪的界限

（1）对于已满 14 岁不满 16 周岁的人强拿硬拿少量物品，情节显著轻微、危害不大的行为，可不认为构成抢劫罪。

（2）对于当事人之间因为存在民事、婚姻、邻里之类的纠纷，而发生的强拿、扣留对方财物的行为，通常不认为是抢劫罪。

3．抢劫的着手，通常是开始暴力、胁迫行为。

（1）以下要点需注意：

（2）取得财物或造成轻伤二者具备其一的，既遂。

（3）已经着手，但既未取得财物也未造成轻伤的，未遂。

（4）因为无论是否抢去了财物，造成轻伤结果就认为是既遂。

具备抢劫罪结果加重犯以外的加重情形，但是既未取得财物也未造成轻伤的。

4．事后抢劫

犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的行为。

二、抢夺罪

1．数额较大是指抢夺罪与非罪的基本数量标准，根据盗窃案解释，抢夺公私财物价值人民币 500 元至 2000 元以上的，为数额较大。

2．免予刑事处罚的适用。有以下情形之一的，免予刑事处罚：

（1）已满 16 周岁不满 18 周岁的未成年人作案，属于初犯或者被教唆犯罪的。

（2）主动投案、安全退赃或者退赔的。

（3）被胁迫参加抢夺，没有分赃或者获脏较少的。

3．数额加重犯：5000 元至 2 万元以上的，为数额巨大；3 万元至 10 万元以上，为数额特别巨大的。

4．司法上酌情从重处罚情节：

（1）抢夺残疾人、老年人、不满 14 周岁未成年人的财物的。

（2）抢夺救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等款物的。

（3）一年内抢夺三次以上的。

（4）利用行驶的机动车辆抢夺的。

5．抢夺罪和抢劫罪的区别

6．抢夺致人重伤、死亡的

三、敲诈勒索罪

1．特点：以威胁或者要挟得方法勒索数额较大的财物

2．敲诈勒索一方面有讹诈钱财的行为和意图；另一方面应当是凭借足以使对方感到惧怕不正当方式讹诈钱财。

3．应使被害人以为威胁将来自行为人本人。

4．敲诈勒索罪与抢劫的区别

抢劫罪通常是两个当场，也就是以当场施加暴力相威胁，当场抢取财物；

而敲诈勒索往往是以扬言施加暴力相威胁，来索要财务，因此，使用暴力和取得财物都是将来的事情，当场实施的只有威胁，言辞的或书面的恐吓信。

5．敲诈勒索与绑架罪的界限

第二节　窃取、骗取型财产犯罪

一、盗窃罪

1．盗窃罪的要点

是违背他人意志以和平方式非法取得他人数额较大的财物。

2．盗窃罪与抢劫罪、抢夺罪的区别

二、诈骗罪

1．概念：诈骗公私财物，数额较大的行为。

2．诈骗罪的特征

诈骗罪是指以非法占有为目的，虚构骗局或隐瞒真相使他人误解从而交付数额较大财物的行为。

（1）构成完整的诈骗，应具备五要素：

（2）有欺诈行为。

（3）被害人陷入错误。

（4）作出财产处分。

（5）被告人收益。

被害人受损。

3．诈骗罪与敲诈勒索罪的区别

要点：诈骗是通过虚构的事实使他人误解，从而仿佛自愿地处分（交付）财物。

而敲诈勒索，是通过威胁，要挟，使他人感到害怕、恐惧而不得不（被迫）交付财物。

4．诈骗罪与盗窃罪的区别

要点：是否通过欺骗使他人作出财产处分行为，或者说，财务交由行为人控制、脱离物主控制是否在物主知情、愿意的情况下发生的。

三、其他与诈骗罪存在法条竞合关系的犯罪的界限

1．招摇撞骗罪

概念：以谋取非法利益为目的，冒充国家机关工作人员招摇撞骗的，或者拘役、管制、剥夺政治权利的行为。

本罪的特点是冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的活动。

所谓冒充，指冒充国家机关中依法从事公务的人员的身份或职位。可以是非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员，也可以是一般国家机关工作人员冒充上级国家机关工作人员。

2．所谓招摇撞骗，就是利用假冒的身份或职位，到处炫耀，进行种种欺骗活动。

（1）与诈骗罪的区别。在一般情况下，招摇撞骗骗取财物的，数额较大、巨大或者是不够较大的情况，都可以定招摇撞骗罪；但是如果冒充国家机关工作人员招摇撞骗骗取财物数额特别巨大，应该择重定诈骗罪。

（2）牵连犯。为了招摇撞骗而伪造国家机关证件用于本人招摇撞骗犯罪的，这是典型的手段行为的牵连犯，只需要择一重罪以招摇撞骗罪一罪处罚就可以了。

3．冒充军人招摇撞骗罪

（3）与招摇撞骗罪的区别。冒充的身份不同：本罪冒充的是军人，后罪冒充的是国家机关工作人员。

（4）罪数问题。在实施本罪的过程中，牵连触犯其他罪名的，按牵连犯择一重罪定罪处罚。

第三节　侵占、挪用型财产犯罪

一、侵占罪

1．概念：将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的；或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的。

对象：（1）代为保管的他人财物。（2）遗忘物。（3）埋藏物。

要件：（1）占为己有。（2）拒不退还的或者拒不交出的。（3）数额较大的。

2．与盗窃、诈骗罪的区别要点

侵占罪的特点是合法持有、非法侵吞，即侵吞本人合法持有的他人财物，包括保管物、遗忘物、埋藏物。

所谓合法持有，是指行为人取得上述财物的控制、支配本身不存在违法犯罪的问题。

所谓非法侵吞，是指行为人持有他人财物之后，见财起意，据为己有，不退还原主。这是侵占罪的特点。侵占行为均发生在持有、控制他人财物之后，而盗窃、诈骗则不同，它们是对他人持有之物进行侵犯，通过窃取、骗取转为自己持有。因此，持有关系发生由此（被害人持有）及彼（犯罪人持有）的变化，是通过犯罪性手段即盗窃、诈骗手段实现的。

换句话说，侵占罪的犯罪性不表现在对持有关系的侵害上，而表现在对信任关系得破坏上；盗窃、诈骗的犯罪性表现在对财物的控制关系、持有关系的侵害上。

3．在涉及遗忘物的场合应当注意：在实践中比较常见的侵占是出租车司机侵占旅客遗忘物。

4．在涉及保管物的场合，需要注意的是：人们放在家中、办公室内，宿舍内的财物通常属于主人控制之下的财物，这种控制关系的存在与主人是否在场无关。

5．在涉及埋藏物的场合应当注意：通常指因为偶然发现而持有该埋藏物，据为己有拒不交还所有人或国家。

6．侵占罪与职务侵占罪、贪污罪的区别

要点在于是否利用了职务上的便利。侵占罪是一种非职务、非公务的侵占。行为人持有他人保管物是基于非职务性的保管关系。如果是侵占了因为职务关系保管的财物，则是职务侵占的性质；如果是侵占了因为公务关系保管的财物，则是贪污的性质。

7．侵占罪告诉的才处理

告诉才处理产生的重要影响之一是，职务侵占罪与侵占罪的区别变得十分重要。

二、职务侵占罪

概念：公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

1．与盗窃罪的区别：

要点是：是否利用职务上的便利。行为人利用了职务上的便利“监守自盗”的，是职务侵占罪；没有利用职务上的便利，窃取财物的，是盗窃。这种职务便利，是职责、职权范围内经手、经管财物的便利。如果对单位财物不具有相对独立的保管、管理关系，而是在其他管理者监督之下经手财物，乘机窃取的，不是职务侵占罪而是盗窃罪。

2．与诈骗罪的区别：

要点是：是否利用职务上的便利。利用职务上的便利使用虚报冒领等方式侵吞本单位财产的，是本罪。

三、挪用资金罪

概念：公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大的行为。

1．犯罪构成

主体：公司、企业或者其他单位的工作人员。

对象：单位资金。

行为：利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人。

加重犯：挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，是本罪的加重犯。

2．与职务侵占罪的界限

要点在于是不是具有非法占有的目的。以非法占有为目的，就是职务侵占问题；以暂时使用为目的，属于挪用资金的问题。此外对象有所不同，挪用资金罪限于资金；而职务侵占的对象是财物，不限资金还是物品。

第四节　毁坏、破坏型财产犯罪

一、故意毁坏财物罪

1．概念：故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。

2．罪与非罪

构成本罪须具备程度要件即“数额较大”或者有“其他严重情节”。

二、破坏生产经营罪

1．概念：由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的行为。

2．犯罪构成

主观：由于泄愤报复或者其他个人目的。
客观：毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营。
客体：妨害生产经营活动，不仅仅是毁损财物。

复习与参考题

1．贪污罪与职务侵占罪的区别。
2．抢劫罪罪与非罪的界限。

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十七章　妨害社会管理秩序罪

本章教学目的和基本要求：

掌握妨害社会管理秩序罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

扰乱公共秩序罪，妨害司法罪，妨害国（边）境管理罪，妨害文物管理罪，危害公共卫生罪，破坏环境资源保护罪，走私、贩卖、运输、制造毒品罪，组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪，制作、贩卖、传播淫秽物品罪。

学时分配：5 个学时

第一节　扰乱公共秩序罪

一、妨害公务罪

1．法定四种妨害公务情形

（1）以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的。

（2）以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表依法执行代表职务的。

（3）在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的。

（4）故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，造成严重后果的。

2．特殊类型

（1）以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、红十字会工作人员依法履行为防治突发传染病疫情等灾害而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等预防、控制措施的；

（2）以暴力、威胁方法阻碍国家计划生育工作人员依法执行职务的；

（3）以暴力、威胁方法阻碍解救被拐卖的妇女、儿童的；

（4）以暴力、威胁方法阻碍行政执法人员依法行使盐业管理职务的；

（5）以暴力、威胁方法阻碍国有事业单位人员依照法律、行政法规的规定执行行政执法职务的，或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政执法职务的都以妨害公务罪追究刑事责任。

二、煽动暴力抗拒法律实施罪

概念：煽动群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施的行为。

本罪与煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪的区别：要点是，目的和煽动的内容不同，本罪是以阻碍某项法律、法规实施为目的，煽动群众使用暴力抗拒该项法律法规的实施；而煽动分裂国家罪和煽动颠覆国家政权罪，则是以分裂国家或者颠覆国家政权和社会主义制度为目的，煽动民族分裂、地方割据或者煽动推翻人民民主专政政权和社会主义制度。

三、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪

1．伪造印章：范围包括（1）伪造印章。（2）伪造印影。

2．牵连与竞合

伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章，并用于诈骗、招摇撞骗、非法经营等犯罪的，属于牵连反或想象竞合犯，择一重罪处罚。

四、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪

1．对象：（非国家机关）单位印章

伪造（非国家机关）单位的文书、证件的不为罪，本罪对象仅含印章，不含有关单位的文书、证件。

2．关于伪造、贩卖伪造的高等院校学历、学位证明的司法解释

对于伪造高等院校印章制作学历、学位证明的行为，应当依照刑法第 180 条第 2 款的规定，以伪造事业单位印章罪定罪处罚。明知是伪造高等院校印章制作的学历、学位证明而贩卖的，以伪造事业单位印章罪的共犯论处。

3．购买者的责任

买假章、假证自用的，通常不构成犯罪。

五、非法获取国家秘密罪

1．非法获取国家秘密的行为方法包括三种：

（1）窃取。（2）刺探。（3）收买。

2．对象包括：绝密、机密、秘密三种级别的国家秘密。

六、非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪

本罪对象限于两种级别的国家秘密：（1）机密级。（2）绝密级。.

七、聚众扰乱社会秩序罪，聚众冲击国家机关罪

1．概念：聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行的行为。

2．聚众性犯罪，根据在犯罪中的作用区分“首要分子”、“其他积极参加者”、“一般参加者”，分别定性处罚。

八、聚众扰乱公共场所、交通秩序罪

概念：聚众扰乱车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所秩序，聚众杜塞交通或者破坏交通秩序，抗拒、阻碍国家治安管理工作人员依法执行职务，情节严重的行为。

九、投放虚假危险物质罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪

1．投放虚假危险物质罪

概念：是指“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的”行为。

要点是：所投放的危险物质是虚假的，行为人明知不是危险物质，谎称是危险物质，制造恐慌。

2．编造、传播虚假恐怖信息罪

概念：是指“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的”行为。

十、聚众斗殴罪

1．概念：聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的进行处罚。

2．犯罪构成

（1）只处罚首要分子和积极参加的。

（2）第 2 款的转化罪。在聚众斗殴中如果造成了重伤和死亡的，按照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

十一、寻衅滋事罪

概念：随意殴打他人，情节恶劣的；追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的行为。

十二、组织、领导、参加黑社会性质组织罪

概念：“黑社会性质的组织”应当同时具备以下特征：

1．形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定。

2．有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动。

3．以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众。

4．通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。

十三、入境发展黑社会组织罪

“发展组织成员”， 是指将境内、外人员吸收为该黑社会组织成员的行为。对黑社会组织成员进行内部调整等行为，可视为“发展组织成员”。

本罪的行为地点限于在中国境内，行为对象限于中国境内的中国公民。

十四、包庇、纵容黑社会性质组织罪

概念：包庇、纵容黑社会性质的组织罪是指国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的行为。

特征：

（1）特殊主体，即国家机关工作人员。

（2）客观方面有下列两种行为之一：

1．“包庇黑社会性质的组织”，是指国家机关工作人员为使黑社会性质组织及其成员逃避查禁而通风报信，隐匿、毁灭、伪造证据，阻止他人作证、检举揭发，指使他人作伪证，帮助逃匿，或者阻扰其他国家机关工作人员依法查禁等行为。

2．“纵容黑社会性质的组织”，是指国家机关工作人员不依法履行职责，放纵黑社会性质组织进行违法犯罪活动的行为。

十五、传授犯罪方法罪

构成要件

1．客观方面表现为向他人传授了某一具体犯罪的方法的行为。犯罪方法是指预备犯罪、实行犯罪以及完成犯罪后湮灭罪证、掩盖罪行的技术、步骤、办法等方法。

2．主观方面是故意，即明知将犯罪方法传授给他人会产生危害社会的结果，而依然传授，并且希望他人接受所传授的犯罪方法。

十六、组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪

十七、组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪

与故意杀人罪的区别。这种情况的致人死亡是指宣扬异端邪说，或者鼓吹怪异的生活方式、医疗方式，从而导致信徒死亡的。

十八、聚众淫乱罪，引诱未成年人聚众淫乱罪

概念：聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的行为。

十九、盗窃、侮辱尸体罪

概念：盗窃、侮辱尸体罪是指秘密窃取尸体，置于行为人自己控制之下的行为；或者是以暴露、猥亵、奸尸、毁损、涂划、践踏等方法损害尸体的尊严或者伤害有关人员感情的行为。

二十、赌博罪

概念：以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。

1．客观要件：具有聚众赌博、开设赌场、以赌博为业 3 种行为之一。

（1）“聚众赌博”，根据审理赌博案的司法解释，以营利为目的，有下列情形之一的，属于刑法规定的“聚众赌博”：

组织 3 人以上赌博，抽头渔利数额累计达到 5000 元以上的；

组织 3 人以上赌博，赌资数额达到 5 万元以上的；

组织 3 人以上赌博，参赌人数累计达到 20 人以上的；

组织中华人民共和国公民 10 人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。

（2）开设赌场，指公开或秘密地开设营业性赌博场所的行为。其有两种营利方式：

赌场不直接参加赌博，以收取场地、用具使用费或者抽头获利；

赌场直接参加赌博；

在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于“开设赌场”。

（3）“以赌博为业”，是指靠赌博所得为其挥霍和生活主要来源。

2．主观要件：

以营利为目的，本罪是目的犯。

不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博论处。

3．其他问题：

（1）刑法效力范围：中国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场，以吸引中国公民为主要客源，构成赌博罪的，可以依照刑法规定追究处罚。

（2）共犯：明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

（3）犯罪金额、犯罪工具的认定和没收。赌博犯罪中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢取的款物属于赌资。通过计算机网络实施赌博犯罪的，赌资数额可以按照在计算机网络上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。赌资应当依法予以追缴；赌博用具、赌博违法所得以及赌博犯罪分子所有的专门用于赌博的资金、交通工具、通讯工具等，应当依法予以没收。

二十一、本节其他罪

1．伪造、变造居民身份证罪

2．非法生产、买卖警用装备罪。是指违反国家规定，未经许可生产、买卖人民警察制式服装、车辆号牌等专用标志、警械，情节严重的行为。

3．非法生产、销售间谍专用器材罪。指非法生产、销售窃听、窃照等专用间谍器材的行为。

4．非法使用窃听、窃照等专用间谍器材罪。

第二节　妨害司法罪

一、伪证罪

1．概念：指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对此案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

2．犯罪构成：

主体是四种人：证人、鉴定人、记录人、翻译人。

发生于刑事诉讼过程中。

二、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪

1．特征：

（1）特殊主体，限于刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人。

（2）客观上实施了下列行为之下：行为人直接或者唆使他人毁灭、伪造证据；帮助当事人毁灭、伪造证据；威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证。

（3）主观上是故意。“辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据。”

2．与教唆犯的界限：辩护人、诉讼代理人教唆他人毁灭伪造证据或者威胁、引诱证人为伪证，尽管具有“教唆”行为的特点，但是，对此种特定教唆法律已经专门管定为一种犯罪，就不适用教唆犯的规定。

3．与妨害作证罪和帮助毁灭、伪造证据罪的区别：主体不同，本罪主体限定于“辩护人、诉讼代理人”。

三、妨害作证罪

概念：是指以暴力、威胁、贿买等方法组织证人作证或者指使他人作伪证的行为。

四、帮助毁灭、伪造证据罪

概念：是指其他人帮助当事人毁灭、伪造证据的行为。

五、扰乱法庭秩序罪

概念：是指聚众哄闹、冲击法庭或者殴打司法工作人员，严重扰乱法庭秩序的行为。

1．手段：

（1）哄闹、冲击法庭必须采取聚众的形式。

（2）殴打司法工作人员，不必要采取聚众的形式。

2．行为性质：“严重扰乱法庭秩序”，是指使法庭秩序严重混乱、无法继续审理案件或者审

理案件的活动被迫中断等。仅仅轻微扰乱法定秩序的，尚不足以构成犯罪。

3．“法庭秩序”，是指开庭审理案件的正常活动，即庭审活动。

六、窝藏、包庇罪

概念：是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物、帮助其逃匿或者作假证明包庇的行为。

1．特征：客观上窝藏、包庇的行为。

（1）提供隐藏处所。

（2）提供财物，资助或协助犯罪人逃匿。

（3）提供其他便利条件帮助逃匿。

2．主观上是故意，包括两项内容：

（1）明知对方是犯罪的人（逃犯）。

（2）具有使其逃避法律制裁的意图。

七、窝藏、转移、收购、销售赃物罪

1．犯罪构成：

对象是赃物，即他人用犯罪手段获得的钱款或财物。窝藏、销售自己犯罪所得赃物的，不是刑法上独立意义的犯罪行为；窝藏毒品毒赃的，构成窝藏毒品毒赃罪。

八、拒不执行判决、裁定罪

1．犯罪构成

（1）特殊主体：判决、裁定的执行义务人。

（2）客观上对人民法院已发生法律效力的判决、裁定有能力执行而拒不执行。

要点是：

“人民法院的判决、裁定”，是指人民法院依法作出的具有执行内容并已经发生法律效力的判决、裁定。

“有能力执行”，是指根据查实的证据证明，负有执行人民法院判决、裁定义务的人可供执行的财产或者具有履行特定行为义务的能力。

拒不执行，一般是指行为人采取某种行动抵制、阻扰、妨害、抗拒履行判决、裁定。

2．罪与非罪的界限：

根据立法解释，“有能力执行而拒不执行，情节严重”的构成犯罪：

（1）被执行隐藏、转移、故意毁损财产或者无偿转让财产，以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的。

（2）担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的。

（3）协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的。

（4）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的。

九、非法处置查封、扣押、冻结的财产罪

十、破坏监管秩序罪

十一、脱逃罪

第三节　妨害国（边）境管理罪

一、组织他人偷越国（边）境罪

概念：是指领导、策划、指挥他人偷越国（边）境或者在首要分子指挥下，事实拉拢、引诱、介绍他人偷越国（边）境等行为。

二、骗取出境证件罪

概念：是指以劳务输出、经贸往来或者其他名义，弄虚作假，骗取护照、签证等出境证件，为组织他人偷越国（边）境使用的行为。

三、出售出境证件罪

四、提供伪造、变造的出入境证件罪

概念：是指为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件的行为。

五、运送他人偷越国（边）境罪

概念：非法运送他人偷越国（边）境的行为。所谓运送，是指适用车船等交通工具或者徒步将偷越国（边）境的人员接入或者送出国（边）境的行为。

六、偷越国（边）境罪

概念：违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的行为。

第四节　妨害文物管理罪

一、故意损毁文物罪，故意损毁名胜古迹罪，过失损毁文物罪

概念：故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的；故意损毁国家保护的名胜古迹的；过失损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物，造成严重后果的行为。

二、倒卖文物罪

概念：是指以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的行为。

三、非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪

概念：是指违反文物保护法规，将收藏的国家禁止出口的珍贵文物私自出售或者私自赠送给外国人的行为。

四、非法出售、私赠文物藏品罪

概念：是指国有博物馆、图书馆等单位，违反文物保护法规，将国家保护的文物藏品出售或者

私自赠送给非国有单位或者个人的行为。

五、盗掘古文化遗址、古墓葬罪

概念：是指盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬的行为。

第五节　危害公共卫生罪

一、非法组织卖血罪，强迫卖血罪

1．非法组织卖血罪是指违反血液制品法的规定，擅自策划、动员、拉拢、联络、控制多名供血者抽取体内血液出卖的行为。

2．强迫卖血罪是指以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的行为。

二、医疗事故罪

概念：是指医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的行为。

1．主体只能是医务人员，即指从事诊疗、护理事务的人员，包括国家、集体医疗单位的医生、护士、药剂人员，以及主管部门批准开业的个体行医人员。

2．客观上严重不负责任、致使就诊死亡或者健康受到严重损害。

3．主观是过失。

三、非法行医罪

概念：是指未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的行为。

主体：未取得医生执业资格的人。

行为：非法行医。

四、非法进行节育手术罪

概念：是指无医生执业资格的人擅自为他人进行节育复通手术、假节育手术、终止妊娠手术或者摘取宫内节育器，情节严重的行为。

第六节　破坏环境资源保护罪

一、重大环境污染事故罪

概念：是指违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

二、非法处置进口的固体废物罪，擅自进口固体废物罪

概念：是指违反国家规定，将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置的行为。

三、非法捕捞水产品罪

概念：是指违反水产资源保护法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的行为。

四、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪

概念：是指违反野生动物保护法规，未经有关部门批准，非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的行为。

五、非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪

1．对象（1）珍贵、濒危野生动物。（2）珍贵、濒危野生动物制品。

2．行为：“收购”，包括以营利、自用等为目的的购买行为。“运输”包括采用携带、邮寄、利用他人、使用交通工具等方法进行运送的行为；“出售”，包括出卖和以营利为目的的加工利用行为。

六、非法狩猎罪

概念：是指违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的行为。

七、非法占用农用地罪

概念：是指违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地打量毁坏的行为。

八、非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪

九、盗伐林木罪

概念：是指以非法占有为目的，盗伐国家、集体所有的森林或者其他林木，以及盗伐他人自留山上成片林木，数量较大，破坏森林资源的行为。

十、滥伐林木罪

十一、非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪

概念：是指违反森林法的规定，非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的行为。

第七节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪

一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

概念：走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任。

1．构成本罪没有定罪数额起点的限制。走私、贩卖、运输、制造毒品等无论数量多少，都应当追究刑事责任，体现了对毒品犯罪从严的精神。

2．一罪与数罪：武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的，以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的属于加重犯，不适用数罪并罚。

3．数种行为与选择罪名的确定。行为人对同一宗毒品实施了“走私、贩卖、运输、制造”中两种以上行为的，应当按照所实施的犯罪行为的性质并列确定罪名。

二、非法持有毒品罪

定罪数量标准

非法持有毒品“数量较大”，指非法持有鸦片 200 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上或者其他毒品数量较大。毒品的数量以查证属实的数量计算，不以纯度折算。非法持有毒品数量不够较大的，不构成犯罪。

三、包庇毒品犯罪分子罪

四、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

五、非法种植毒品原植物罪

六、非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪

七、强迫他人吸毒罪

概念：是指违背他人意志，迫使他人吸食、注射毒品的行为。

八、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪

九、容留他人吸毒罪

十、非法提供麻醉药品、精神药品罪

概念：是指依法从事麻醉药品、精神药品的生产、管理、储存、运输、使用的人员，非法向他人一共麻醉药品、精神药品的行为。

第八节　组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

一、组织卖淫罪，协助组织卖淫罪，强迫卖淫罪

1．本条确立了 3 个罪名：组织卖淫罪，协助组织卖淫罪，强迫卖淫罪。

组织他人卖淫，指招募、控制、管理多人从事卖淫活动。“卖淫”既包括异性间的，也包括同性间的。

2．强迫卖淫，指违背他人意志，以暴力、胁迫等手段迫使他人卖淫的。

3．加重犯。强奸后迫使卖淫的，该行为是强迫卖淫的手段行为。

二、引诱、容留、介绍卖淫罪

三、引诱幼女卖淫罪

四、传播性病罪

概念：是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而进行卖淫嫖娼的行为。

五、嫖宿幼女罪

第九节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪

一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪

1．本罪的要点就是“以牟利为目的”。
2．行为对象是淫秽物品。

二、为他人提供书号出版淫秽书刊罪

概念：是指有关出版单位不负责任，为他人提供书号，却不审查书稿，以致发生被别人利用出版发行淫秽书刊的后果。

三、传播淫秽物品罪

概念：是指传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的行为。

其行为还包括：利用互联网或者移动通讯终端传播淫秽电子信息；利用聊天室、论坛、即时通信软件、电子邮件等方式传播淫秽电子信息。

四、组织播放淫秽音像制品罪

五、组织淫秽表演罪

复习与参考题

1．妨害作证罪与伪证罪的区别
2．制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪与非罪的界限

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》
2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十八章　危害国防利益罪

本章教学目的和基本要求：

掌握危害国防利益罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

阻碍军人执行职务罪

学时分配：0.5 个学时

一、阻碍军人执行职务罪

概念：是指以暴力、威胁方法阻碍军人依法执行职务的行为。

二、破坏武器装备、军事设施、军事通信罪

三、过失毁坏武器装备、军事设施、军事通信罪

四、伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪

五、盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪

六、战时拒绝、逃避征召、军事训练罪

概念：是指预备役人员在战时拒绝、逃避征召、军事训练，情节严重的行为。

七、战时拒绝、逃避服役罪

概念：是指公民战时拒绝、逃避服兵役，情节严重的行为。

复习与参考题

1．阻碍军人执行职务罪与妨害公务罪的区别。

2．破坏武器装备、军事设施、军事通信罪与危害公共安全的有关破坏性犯罪的区别。

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》

2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

第十九章　贪污贿赂罪

本章教学目的和基本要求：

掌握贪污贿赂罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

受贿罪、行贿罪

学时分配：4 个学时

第一节　贪污犯罪

一、贪污罪

概念：国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

1．犯罪构成：

对象：公共财产。

是指

（1）国有财产。

（2）劳动群众　集体所有的财产。

（3）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。

在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。

客体：公共财产所有权和职务行为的廉洁性。

行为：利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取公共财产。

主体：国家工作人员或者受委托从事公务的人员。

2．与职务侵占罪的区别：

区别要点是主体不同。

贪污罪的主体是国家工作人员；职务侵占罪主体是公司、企业单位人员。贪污罪主体包括以下几个：

（1）国家机关工作人员。

（2）国有单位（国有公司、企业等单位）中从事公务的人员。

（3）国有单位委派到非国有单位从事公务的人员（非国有公司、企业、事业单位、社会团体等）。

（4）“其他依照法律从事公务的人员”。

（5）受托从事公务的人员：受国家机关、国有单位委托经营管理国有财产的人员。

对“从事公务”的理解。从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。

3．共犯问题。

行为人与国家工作人员勾结，利用国家工作人员的职务便利，共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，以贪污罪共犯论处。

（1）行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占有己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。

（2）对于在公司、企业或者其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占有的，应当尽量区分主从犯，按照主犯的犯罪性质定罪。

4．贪污罪既遂与未遂的认定。

应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准。对于行为人利用职务上的便利，实施了虚假平账等贪污行为，但公共财物尚未实际转移，或者尚未被行为人控制就被查获的，应当认定为贪污未遂。行为人控制公共财物后，是否将财物据为己有，不影响贪污既遂得认定。

5．共同贪污罪中“个人贪污数额”的认定

共同贪污罪中“个人贪污数额”，在共同贪污犯罪案件中应理解为个人所参与或者组织、指挥共同贪污的数额，不能只按个人实际分得的赃款数额来认定。对共同贪污犯罪中的从犯，应当按照其所参与的共同贪污的数额确定量刑幅度。

6．与盗窃罪、诈骗罪的区别要点：

是否利用本人管理公共财物的职权。国家工作人员没有利用职务之便，仅仅是利用在单位工作，熟悉环境、了解情况、进出便利等与本人职务没有直接关系的方便，而窃取公共财产的，是盗窃罪。

7．罪与非罪的界限：

贪污罪与违反财经制度行为的区别。贪污罪的重要特征之一是将公共财产非法句据为己有。因此其犯罪对象必须是属于公共财产。首先要分清其性质是属于国有还是个体，或者是名为国有，实为个体。产权归属，通常按照“谁投资、谁受益”的原则解决。其次要看是侵吞公共财物还是占有实质上属于个人所有的财物。

二、挪用公款罪

概念：国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的行为。

1．犯罪构成

特殊主体：国家工作人员，不包括“受委托从事公务的人员”。

其主体限于自然人，不包括单位，单位挪用公款行为不构成本罪。经单位领导集体研究决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的，不以挪用公款罪定罪处罚。上述行为致使单位遭受重大损失，构成其他犯罪的，依照刑法的有关规定对责任人员定罪处罚。

2．客观方面表现为利用职务之便，有挪用公款归个人使用的行为之一。

（1）有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：

将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；

以个人名义将公款供其他单位使用的；

个人决定以单位名义将公款供其他单位使用的，谋取个人利益的；

（2）认定是否属于“以个人名义”，不能只看形式，要从实质上把握。

2．挪用公款罪的行为对象主要是“公款”，公物一般不能成为挪用公款罪的对象。

所谓公款，特指以货币等形式存在的公共财产。但是根据《刑法》第 384 条规定，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，可以构成挪用公款罪。这特定款物中不仅包括特定的公款也包括特定的公物。因此，挪用公款罪的对象之中还包括特定公物。特定公物以外的普通公物，不属于挪用公款罪对象的范围。

3．共犯。

挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪

的共犯定罪处罚。使用人构成挪用公款罪的共犯，既不需要具有国家工作人员的身份也不需要利用本人的职务上的便利，但是，需要具备以下 2 个要件：

（1）在主观上与挪用人共谋，与挪用人具有挪用公款的共同犯罪故意。

（2）在客观上实施了教唆、帮助挪用人挪用公款的行为，对公款被挪用起到了一定的作用。

4．与贪污罪的区别

（1）犯罪的目的不同。挪用公款罪以非法占用为目的，即暂时地挪用公款归个人使用；贪污罪以非法占有为目的，即意图永远地非法占有公共财物。行为人挪用公款归个人使用，因客观原因导致一审宣判前不能退还的，仍然以挪用公款罪定罪处罚。

（2）行为手段不同。挪用公款罪的行为手段是擅自私用公款，实际案件中行为人一般没有涂改、销毁、伪造账簿的非法行为；贪污罪的行为手段是侵吞、窃取、骗取等非法手段，实际案件中行为人往往有涂改、销毁、伪造账簿的非法行为。

（3）行为对象有所不同。挪用公款罪的对象仅限于公款；贪污罪的对象是公共财物，既包括公款，也包括公物。

5．数罪并罚。

因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的或进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

第二节　贿赂犯罪

一、受贿罪

概念：国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利用的行为。

1．犯罪构成

主体：特殊主体，国家工作人员；自然人，不包含单位。

对象是他人财物。

受贿有两种基本形式：利用职务之便，索取他人财物；利用职务之便，非法收受他人财物，即在行贿人主动行贿的情况下，行为人非法收受他人财物。

2．罪与非罪的界限：

主要是受贿与接受馈赠的区别：关键看有无具体的请托事项。如果没有具体的承诺事项，收受他人主动送给的礼物的，属于感情投资、灰色收入的范畴，一般不宜认定为受贿。如果有具体的请托事项，体现出“钱”与“权”交易两方面的内容，则属于收受财物为他人谋利的受贿行为。至于财物交付的在请托事项之先还是之后，不影响受贿成立。因此，如果行为人过去为他人办理过具体的请托事项，事后收取财物的，具有“权钱交易”的特征，应当认定为受贿。

3．与贪污罪的区别

主要在于行为方式和行为对象不同。

受贿罪是利用职务之便索取或者收受其他个人或者单位的财务，这财务通常不是行为人在职务上经手或者经管的。

贪污罪是利用自己主管、管理、经手公共财物的职务之便，用侵吞、窃取、骗取等方法非法占有公共财物，这财务是行为人在职务上直接管理、经手、经管的。

二、第 387 条单位受贿罪

概念：是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收取他人财物，为

他人谋取利益，情节严重的行为。

1．主体只能是特定的国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。

2．罪与非罪的界限：单位受贿一般以受贿 10 万元以上为定罪数额标准；单位受贿 5 万元以上不满 10 万元，使国家或者社会利益遭受重大损失的，也应当追究刑事责任。

三、行贿罪

概念：为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。

1．主观上是为了谋取不正当的利益。

2．客观上给予国家工作人员财物。

3．罪与非罪的界限

在司法实践中，对行贿数额在 10000 万元以上的应予立案追究刑事责任；行贿数额在 5000 元以上不满 10000 元的，如果是为了谋取非法利益而行贿的或者因行贿致使国家、集体、个人利益遭受重大损失的，也应当立案追究刑事责任。

4．对公司企业人员行贿罪

概念：为谋取不正当利益，给予公司、企业的工作人员以财物，数额较大的行为。

四、对单位行贿罪

概念：是指为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，給予上述单位各种名义的回扣、手续费的行为。

五、单位行贿罪

概念：是指公司、企业、事业单位、机关、团体为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的行为。

六、介绍贿赂罪

概念：向国家工作人员介绍贿赂罪，情节严重的行为。

介绍贿赂：是指在行贿人和受贿人之间实施沟通、撮合，促使行贿与受贿得以实现的行为。

七、巨额财产来源不明罪

概念：是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源合法的行为。

八、隐瞒境外存款罪

概念：是指国家工作人员在境外存款，数额较大、隐瞒不报的行为。

九、私分国有资产罪；私分罚没财务罪

复习与参考题

1．受贿罪与非罪的界限

2．行贿罪与非罪的界限

拓展阅读书目

赵建平著：《贪污贿赂犯罪界限与量刑研究》，中国方正出版社

第二十章　渎职罪

本章教学目的和基本要求：

掌握渎职罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

一般国家机关工作人员的渎职罪、司法工作人员的渎职罪、特定国家机关人员渎职罪。

学时分配：4 个学时

第一节　一般国家机关工作人员的渎职罪

一、滥用职权罪和玩忽职守罪

1．滥用职权罪

概念：是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

通常认为滥用职权主观罪过形式一般是过失但不排除故意。

2．渎职犯罪行为造成的公共财产重大损失的认定

在司法实践中，有以下情形之一的，虽然公共财产作为债权存在，但已无法实现债权的，可以认定行为人的渎职行为造成了经济损失：

（1）债务人已经法定程序被宣告破产。

（2）债务人潜逃，去向不明。

（3）因行为人责任，致使超过诉讼时效。

（4）有证据证明债权无法实现的其他情况。

3．玩忽职守罪与滥用职权罪的区别

玩忽职守罪是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不正确履行职责，致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失的行为。

滥用职权通常是积极作为，表现为超越职权、不正确行使职权；而玩忽职守，通常是不作为，表现为不履行职责或者在履行职责时粗心大意。滥用职权罪既可以由故意构成也可以由过失构成；而玩忽职守是过失犯罪。

二、故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪

主体是国家机关工作人员。

但非国家工作人员犯本罪，也可以按本罪处罚，因此这个条款的主体主要是由国家工作人员构成，非国家机关工作人员也可以构成。

三、国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪

1．概念：是指国家机关工作人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

2．观方面包括以下要素：

（1）发生在签订、履行合同的过程中。

（2）因严重不负责任被诈骗。

（3）致使国家利益遭受重大损失。

四、非法低价出让国有土地使用权限

概念：是指国家机关人员徇私舞弊，违反土地管理法规，非法低价出让国家土地使用权，情节严重的行为。

五、招收公务员、学生徇私舞弊罪

概念：是指国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的行为。

第二节　司法工作人员的渎职罪

一、徇私舞弊，民事、行政枉法裁判罪，执行判决裁定失职罪，执行判决、裁定人员滥用职权罪

徇私舞弊，民事、行政枉法裁判罪：是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

执行判决裁定失职罪是指在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。

执行判决、裁定人员滥用职权罪是指在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

1．徇私枉法罪

（1）主体只能是司法工作人员。

（2）客观上有利用司法职务之便，实行徇私枉法的行为。

（3）主观上是故意的。

2．民事、行政枉法裁判罪

（1）特殊主体，只能是在民事、行政诉讼活动中负有审判职责的人员。

（2）罪与非罪的界限：在民事、行政审判活动中枉法裁判的行为必须情节严重，才能构成犯罪。

（3）执行判决裁定失职罪与执行裁决、裁定人员滥用职权罪

3．主体是司法工作人员。

（1）在执行、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权。

（2）致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失。

二、私放在押人员罪

概念：是指司法工作人员利用职务上的便利，非法私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走，使得逃离监管的行为。

三、徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪

第三节　特定国家机关人员渎职罪

一、徇私舞弊不移交刑事案件罪

概念：是指行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重的行为。

二、徇私舞弊不征、少征税款罪

概念：是指税务机关工作人员为徇私情私利、对纳税人应当依法缴纳的税款故意不征或者少征，致使国家税收遭受重大损失的行为。

三、环境监管失职罪

概念：是指负有环境保护监督管理职责的国家机关工作人员严重不负责任，导致发生重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者造成人身伤亡的严重后果的行为。

四、传染病防治失职罪

五、放纵走私罪

概念：是指海关工作人员为贪图钱财、袒护亲友或者其他私情私利，明知是走私行为而予以放纵，使之不受追究，情节严重的行为。

六、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪

概念：是指对生产、销售伪劣商品犯罪行为负有追究责任的国家机关工作人员，徇私舞弊，不履行法律规定的追究职责，情节严重的行为。

七、不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪

概念：是指对被拐卖、绑架妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员，接到被拐卖、绑架妇女、儿童及其家属的解救要求或者接到其他儿女的举报，而对被拐卖、绑架妇女、儿童不进行解救，造成严重后果的行为。

八、帮助犯罪分子逃避处罚罪

概念：是指有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员，向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的行为。

复习与参考题

1．玩忽职守罪与滥用职权罪的区别。
2．国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪与非罪的界限。

拓展阅读书目

胡驰：《国家工作人员失职犯罪界限与定罪量刑研究》，中国方正出版社

第二十一章　军人违反职责罪

本章教学目的和基本要求：

掌握军人违反职责罪一类罪的概念、特征、犯罪构成；各种具体犯罪的概念和犯罪构成；罪与罪之间的界限。

学习重点和难点：

盗窃、抢夺武器装备、军用物质罪

学时分配：0.5 个学时

一、武器装备肇事罪

概念：违反武器装备使用规定，情节严重，因而发生责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的行为。

二、盗窃、抢夺武器装备、军用物质罪

概念：盗窃、抢夺武器装备或者军用物质行为。

战时自伤罪

概念：战时自伤身体，逃避军事义务的行为。

三、虐待部属罪

概念：滥用职权，虐待部属，情节恶劣，致人重伤或者造成其他严重后果的行为。

复习与参考题

1．盗窃、抢夺武器装备、军用物质罪与盗窃罪、抢夺罪的区别。

2．盗窃、抢夺武器装备、军用物质罪与盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪的区别。

拓展阅读书目

1．高铭暄、马克昌主编，北京大学出版社，2003 年版《刑法学》

2．何秉松主编，中国法制出版社，2000 年版《刑法教科书》

《民事诉讼法学》教学大纲

宋朝武　统稿

杨秀清　刘金华　撰稿

目　录

课程说明.....648
第一编　绪　论.....649
第一章　民事诉讼法学研究的对象、体系和方法.....649
第一节　民事诉讼法学的概念和研究对象.....649
一、民事诉讼法学的概念.....649
二、民事诉讼法学的研究对象.....649
第二节　民事诉讼法学的内容和体系.....649
一、民事诉讼法学的内容.....649
二、民事诉讼法学的体系.....649
第三节　民事诉讼法与相邻学科的关系.....649
一、民事诉讼法学与民事实体法学的关系.....649
二、民事诉讼法与刑事诉讼法以及行政诉讼法的关系.....650
三、民事诉讼法与其他民事程序法的关系.....650
第四节　民事诉讼法学的研究方法.....650
复习思考题.....650
第二章　民事诉讼法概述.....651
第一节　民事诉讼法的历史发展.....651
第二节　民事纠纷与民事诉讼.....651
一、民事纠纷.....651
二、民事诉讼.....651
第三节　民事诉讼法.....651
一、民事诉讼法的概念.....651
二、民事诉讼法的特征.....651
第四节　民事诉讼法的制定根据及任务.....652
一、民事诉讼法的制定根据.....652
二、民事诉讼法的任务.....652
第五节　民事诉讼法的效力范围.....652
一、民事诉讼法对事的效力.....652
二、民事诉讼法对人的效力.....652
三、民事诉讼法时间效力.....652
四、民事诉讼法的空间效力.....652
复习思考题.....652
第三章　民事诉讼目的.....653
第一节　民事诉讼目的概述.....653
一、民事诉讼目的的界定.....653
二、民事诉讼目的的特征.....653
第二节　民事诉讼目的主要学说简介.....653
一、国外有关民事诉讼目的的主要学说.....653
二、我国关于民事诉讼目的的主要学说.....653
第三节　民事诉讼目的与相关理论及制度的关系.....653

一、民事诉讼目的与占主导地位的民事诉讼法律价值观 653
二、民事诉讼目的与民事诉讼模式 653
三、民事诉讼目的与民事诉讼法的解释 653
复习思考题 654
第四章　民事诉讼程序的价值 655
第一节　价值之一般考察 655
第二节　民事诉讼程序价值要明确的问题 655
第三节　民事诉讼程序价值的独立性 655
复习思考题 655
第五章　民事诉讼模式 656
第一节　民事诉讼模式概述 656
一、诉讼模式的含义 656
二、民事诉讼模式的含义 656
第二节　民事诉讼模式的类型 656
一、英美法系国家民事诉讼模式 656
二、大陆法系国家民事诉讼模式 656
三、前苏联东欧国家民事诉讼模式 656
第三节　中国民事诉讼模式 656
复习思考题 657
第六章　民事诉讼法律关系 658
第一节　民事诉讼法律关系概述 658
一、民事诉讼法律关系的概念和特征 658
二、关于民事诉讼法律关系的学说 658
第二节　民事诉讼法律关系的要素 658
一、民事诉讼法律关系的主体 658
二、民事诉讼法律关系的内容 658
三、民事诉讼法律关系的客体 658
第三节　民事诉讼上的法律事实 658
复习思考题 659
第七章　诉权和诉 660
第一节　诉　权 660
一、诉权的界定 660
二、诉权与诉讼权利的关系 660
三、诉权理论的思考 660
第二节　诉 660
一、诉的概念与特征 660
二、诉的双重含义 660
第三节　诉的要素 661
一、诉的要素 661
二、诉的主体 661
三、诉的标的 661
四、诉的理由 661
第四节　诉的种类 661

一、确认之诉.....661
二、给付之诉.....661
三、变更之诉.....661
第五节　反　诉.....661
一、反诉的概念与特征.....661
二、提起反诉的方式和条件.....662
第六节　诉的合并与分离.....662
一、诉的合并.....662
二、诉的分离.....662
复习思考题：.....662
第二编　总　则.....663
第八章　民事诉讼的基本原则.....663
第一节　基本原则概述.....663
一、基本原则的概念.....663
二、基本原则的分类.....663
第二节　共有原则.....663
第三节　同等原则和对等原则.....663
一、同等原则.....663
二、对等原则.....663
第四节　诉讼权利平等原则.....663
第五节　法院调解原则.....664
第六节　辩论原则.....664
第七节　处分原则.....664
第八节　支持起诉原则.....664
第九节　人民调解原则.....664
复习思考题.....664
第九章　民事审判的基本制度.....666
第一节　合议制度.....666
一、合议制度的概念.....666
二、合议庭的组成.....666
第二节　回避制度.....666
一、回避制度的概念.....666
二、回避的对象与法定情形.....666
三、回避的方式与程序.....666
第三节　公开审判制度.....666
一、公开审判制度的概念.....666
二、公开审判制度的内容.....667
三、公开审判制度的例外规定.....667
第四节　两审终审制度.....667
复习思考题.....667
第十章　民事案件的主管和管辖.....668
第一节　民事案件的主管.....668
一、民事案件主管的概念.....668

二、民事案件主管的范围 668
三、法院主管与其他机关、社会团体主管的关系 668
第二节　民事案件管辖概述 668
一、管辖的概念 668
二、确定管辖的原则 668
三、管辖的种类 669
第三节　级别管辖 669
一、级别管辖的概念 669
二、确定级别管辖的标准 669
三、级别管辖的法律规定 669
第四节　地域管辖 669
一、地域管辖的概念 669
二、一般地域管辖 669
三、特殊地域管辖 669
四、专属管辖 670
五、协议管辖 670
六、共同管辖、选择管辖和合并管辖 670
第五节　移送管辖和指定管辖 670
一、移送管辖 670
二、指定管辖 670
三、管辖权的转移 670
第六节　管辖权异议 671
一、管辖权异议的概念 671
二、管辖权异议的条件 671
三、对管辖权异议的处理 671
复习思考题 671
第十一章　诉讼当事人 672
第一节　当事人概述 672
一、当事人的概念与特征 672
二、诉讼权利能力和诉讼行为能力 672
三、当事人适格 672
四、当事人的诉讼权利和诉讼义务 672
五、诉讼权利义务的承担 672
六、当事人的追加 672
第二节　原告和被告 673
一、原告和被告的概念 673
二、原告和被告的特征 673
第三节　共同诉讼人 673
一、共同诉讼人概念与特征 673
二、必要的共同诉讼人 673
三、普通的共同诉讼人 673
第四节　诉讼代表人 674
一、诉讼代表人概述 674

二、诉讼代表人的种类.....674
第五节　第三人.....674
一、第三人诉讼的概念和特征.....674
二、有独立请求权的第三人.....674
三、无独立请求权的第三人.....675
复习思考题.....675
第十二章　诉讼代理人.....676
第一节　诉讼代理人概述.....676
一、诉讼代理人的概念与特征.....676
二、民事诉讼代理人与民事代理人、刑事辩护人的区别.....676
三、诉讼代理人的种类.....676
第二节　法定诉讼代理人.....676
一、法定诉讼代理人的概念与范围.....676
二、法定诉讼代理权的取得和消灭.....676
三、法定诉讼代理人的代理权限和诉讼地位.....676
第三节　委托诉讼代理人.....677
一、委托诉讼代理人的概念.....677
二、委托诉讼代理人的范围.....677
三、委托诉讼代理人的代理权限.....677
四、委托代理权的变更和消灭.....677
复习思考题.....677
第十三章　民事诉讼证据.....678
第十四章　期间、送达.....679
第一节　期　间.....679
一、期间的概念.....679
二、期间的种类.....679
三、期间的计算.....679
四、期间的耽误.....679
第二节　送　达.....679
一、送达的概念与特征.....679
二、送达的方式.....679
三、送达回证.....679
复习思考题.....680
第十五章　法院调解.....681
第一节　法院调解概述.....681
一、法院调解的概念.....681
二、法院调解的意义.....681
第二节　法院调解的原则.....681
一、自愿原则.....681
二、查明事实、分清是非原则.....681
三、合法原则.....681
第三节　法院调解的程序.....681
一、调解的开始.....681

二、调解的进行……681
三、调解的结束……682
第四节　法院调解的效力……682
一、调解书……682
二、不需要制作调解书的案件……682
三、法院调解的效力……682
复习思考题……682
第十六章　财产保全和先予执行……683
第一节　财产保全……683
一、财产保全的概念……683
二、财产保全的种类……683
三、财产保全的范围和措施……683
四、财产保全的程序……683
五、财产保全的解除……683
六、财产保全错误的赔偿……683
七、行为保全制度的建立……683
第二节　先予执行……684
一、先予执行的概念……684
二、先予执行的适用范围……684
三、先予执行的条件……684
四、先予执行的程序与申请错误的赔偿……684
复习思考题……684
第十七章　对妨害民事诉讼的强制措施……685
第一节　对妨害民事诉讼的强制措施概述……685
一、对妨害民事诉讼的强制措施的概念……685
二、对妨害民事诉讼的强制措施的性质……685
第二节　妨害民事诉讼行为的构成和种类……685
一、妨害民事诉讼行为的构成……685
二、妨碍民事诉讼行为的种类……685
第三节　对妨害民事诉讼的强制措施……686
一、拘传及其适用……686
二、训诫及其适用……686
三、责令退出法庭及其适用……686
四、罚款及其适用……686
五、拘留及其适用……686
复习思考题……686
第十八章　诉讼费用……687
第一节　诉讼费用概述……687
一、诉讼费用的概念……687
二、征收诉讼费用的意义……687
第二节　诉讼费用的种类……687
一、案件受理费……687
二、其他诉讼费用……687

三、执行费用.....687
第三节　诉讼费用的预交与负担.....687
一、诉讼费用的预交.....687
二、诉讼费用的负担.....688
第四节　诉讼费用的缓、减、免.....688
一、诉讼费用的缓、减、免.....688
二、免交诉讼费用的案件.....688
复习思考题.....688
第三编　审判程序.....689
第十九章　第一审普通程序.....689
第一节　第一审普通程序概述.....689
一、第一审普通程序的概念.....689
二、第一审普通程序的特点.....689
第二节　起诉和受理.....689
一、起诉.....689
二、受理.....689
第三节　审理前的准备.....690
一、审理前准备的概念和任务.....690
二、审理前的准备工作.....690
三、被告答辩与反诉.....690
第四节　开庭审理.....690
一、开庭审理的概念.....690
二、开庭审理的程序.....691
三、开庭审理笔录.....691
四、案件审结期限.....691
第五节　对开庭审理特殊情况的处理.....691
一、撤诉.....691
二、延期审理.....692
三、诉讼中止.....692
四、缺席判决.....692
五、诉讼终结.....692
复习思考题.....692
第二十章　简易程序.....693
第一节　简易程序的概念和适用范围.....693
一、简易程序概述.....693
二、简易程序的适用范围.....693
第二节　简易程序的特点.....693
一、简易程序的特点.....693
二、适用简易程序应当注意的问题.....693
复习思考题.....694
第二十一章　民事判决、裁定和决定.....695
第一节　民事判决.....695
一、民事判决的概念.....695

二、民事判决的种类……695
三、民事判决的内容……695
四、民事判决的效力……695
第二节　民事裁定……695
一、民事裁定的概念……695
二、民事裁定的适用范围……695
三、民事裁定的形式和内容……696
四、民事裁定的效力……696
第三节　民事决定……696
一、民事决定的概念……696
二、民事决定的适用范围……696
三、民事决定的效力……696
复习思考题……696
第二十二章　民事判决既判力……697
第一节　既判力概述……697
一、民事判决既判力的概念……697
二、既判力的根据……697
三、既判力的本质……697
四、既判力的作用……697
第二节　既判力的主体界限……697
一、既判力主体界限的含义……697
二、既判力主体界限的绝对扩张……698
三、既判力主体界限的相对扩张……698
第三节　既判力的客体界限……698
一、既判力客体界限的含义……698
二、诉讼标的和判决理由……698
三、部分请求诉讼……698
四、当事人的抵销抗辩……698
第四节　既判力的时间界限……698
一、既判力的基准时点……698
二、既判力的发生……698
三、既判力时间界限的扩张与既判力的消灭……699
复习思考题……699
第二十三章　第二审程序……700
第一节　第二审程序概述……700
一、第二审程序的概念和意义……700
二、第二审程序与第一审程序的关系……700
第二节　上诉的提起和受理……700
一、上诉的概念……700
二、上诉的条件……700
三、上诉的提起和受理……700
四、上诉的撤回……701
第三节　上诉案件的审理……701

一、审理前的准备工作.....701
二、上诉案件的审理范围.....701
三、上诉案件的审理方式.....701
四、上诉案件的调解.....701
第四节　上诉案件的裁判.....701
一、上诉案件裁判的种类.....701
二、上诉审裁判的法律效力.....701
三、上诉案件的审结期限.....701
复习思考题.....702
第二十四章　审判监督程序.....703
第一节　审判监督程序概述.....703
一、审判监督程序的概念.....703
二、审判监督程序的特点.....703
三、审判监督程序的意义.....703
第二节　法院行使监督权对案件的再审.....703
一、提起审判监督程序的条件.....703
二、人民法院行使审判监督权对案件的再审.....703
第三节　对检察院抗诉案件的再审.....704
一、民事抗诉的概念.....704
二、抗诉的条件.....704
三、抗诉的程序.....704
第四节　当事人申请再审.....704
一、当事人申请再审的概念.....704
二、当事人申请再审的条件.....704
三、当事人申请再审的程序.....704
第五节　再审案件的审判.....705
一、裁定中止原判决的执行.....705
二、对原第一审审结案件的审判.....705
三、对原第二审审结案件的审判.....705
四、最高人民法院或上级人民法院提审案件的审判.....705
五、应当注意的问题.....705
复习思考题.....705
第二十五章　特别程序.....706
第一节　特别程序的概念和特点.....706
一、特别程序的概念.....706
二、特别程序的特点.....706
第二节　选民资格案件.....706
一、选民资格案件的概念.....706
二、审理选民资格案件的意义.....706
三、选民资格案件的审理程序.....706
第三节　宣告公民失踪案件.....707
一、宣告公民失踪案件的概念.....707
二、宣告公民失踪案件的审理程序.....707

三、宣告失踪的法律后果 707
四、宣告失踪判决的撤销 707
第四节　宣告公民死亡案件 707
一、宣告公民死亡案件的概念 707
二、宣告公民死亡案件的成立条件 707
三、宣告公民死亡案件的审理程序 707
四、宣告公民死亡的法律后果 708
五、宣告公民死亡判决的撤销 708
第五节　认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件 708
一、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的概念 708
二、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的审理程序 708
三、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力判决的撤销 708
第六节　认定财产无主案件 708
一、认定财产无主案件的概念 708
二、认定财产无主案件的审理程序 709
三、认定财产无主判决的撤销 709
复习思考题 709
第二十六章　督促程序 710
第一节　督促程序概述 710
一、督促程序的概念 710
二、督促程序的特点 710
第二节　支付令的申请和受理 710
一、支付令的申请 710
二、管辖 711
三、支付令申请的受理 711
第三节　支付令的制作、发出和效力 711
一、支付令的制作和发出 711
二、支付令的效力 711
第四节　支付令的异议和督促程序的终结 711
一、支付的异议 711
二、督促程序的终结 711
复习思考题 712
第二十七章　公示催告程序 713
第一节　公示催告程序概述 713
一、公示催告程序的概念和意义 713
二、公示催告程序的特点 713
第二节　公示催告程序的适用范围和条件 713
一、公示催告程序的适用范围 713
二、申请公示催告的条件 713
第三节　公示催告案件的审理程序 713
一、申请 713
二、受理 714
三、止付和公告 714

四、申报权利.....714
第四节　除权判决.....714
一、除权判决的概念.....714
二、除权判决的效力.....714
三、除权判决的撤销.....714
复习思考题.....714
第二十八章　企业法人破产还债程序.....715
第一节　企业法人破产还债程序概述.....715
一、企业法人破产还债程序的概念和特点.....715
二、企业法人破产还债程序的适用范围.....715
第二节　破产的申请与受理.....715
一、破产案件的管辖.....715
二、破产界限.....715
三、破产申请.....715
四、破产案件的审查和受理.....715
五、案件受理的效力.....716
第三节　债权人会议.....716
一、债权人会议的性质和职权.....716
二、债权人会议的召开和会议决议的效力.....716
第四节　和解与整顿.....716
一、和解.....716
二、整顿.....717
第五节　破产宣告.....717
一、破产宣告的裁定和公告.....717
二、成立清算组.....717
三、重新登记债权.....717
四、破产债权.....717
五、破产财产.....718
第六节　破产清偿和破产程序的终结.....718
一、破产清偿的顺序.....718
二、破产程序的终结.....718
复习思考题.....718
第四编　涉外民事诉讼程序的特别规定.....719
第二十九章　涉外民事诉讼程序概述及其一般原则.....719
第一节　涉外民事诉讼程序概述.....719
一、涉外民事诉讼的概念和特点.....719
二、涉外民事诉讼程序的概念和特点.....719
第二节　涉外民事诉讼程序的一般原则.....719
复习思考题.....719
第三十章　涉外民事诉讼的管辖.....720
第一节　涉外民事诉讼管辖的概念和原则.....720
一、涉外民事诉讼管辖的概念.....720
二、我国确定涉外民事诉讼管辖的原则.....720

第二节　涉外民事诉讼管辖的种类……720
一、集中管辖……720
二、牵连管辖……720
三、协议管辖……720
四、专属管辖……720
五、应诉管辖……721
复习思考题……721
第三十一章　涉外仲裁……722
第一节　涉外仲裁概述……722
一、涉外仲裁的概念……722
二、涉外仲裁机构……722
三、涉外仲裁原则……722
四、涉外仲裁与涉外诉讼的联系与区别……722
第二节　涉外仲裁程序……722
一、仲裁协议……722
二、申请与受理……723
三、仲裁……723
复习思考题……723
第三十二章　送达、期间和财产保全……724
第一节　送　达……724
一、送达的概念……724
二、送达的方式……724
第二节　期　间……724
一、期间的概念……724
二、民事诉讼法对涉外民事诉讼期间的具体规定……724
第三节　涉外财产保全……725
一、涉外财产保全的概念和特点……725
二、财产保全的监督与解除……725
三、申请财产保全不当的赔偿……725
复习思考题……725
第三十三章　司法协助……726
第一节　司法协助概述……726
一、司法协助的概念……726
二、司法协助的种类……726
三、司法协助的根据和原则……726
第二节　一般司法协助……726
一、一般司法协助的内容和途径……726
二、一般司法协助的程序……726
第三节　特殊司法协助……727
一、特殊司法协助的概念……727
二、特殊司法协助的内容……727
复习思考题……727

课程说明

民事诉讼法学是研究民事诉讼法的产生、发展及其实施规律的一门重要的法学学科，是我校法学教育的主干课程之一，也是我校本科生的一门必修课程。通过本课程的教学，让学生掌握民事诉讼法的基本理论、基本知识和基本诉讼技能，正确理解民事诉讼各种程序的规定，熟悉各种民事诉讼规范，提高运用所学民事诉讼法学知识解决、处理民事纠纷的能力。

本课程教学学时为 72 学时，4 个学分，以课堂教学为主，课堂讨论和诉讼实践教学活动为辅，并有教师课外辅导答疑，也可以采用网上辅导答疑方式，但不计入教学总学时之内。其中课堂讲授 64 学时，课堂讨论 8 学时。为强化教学效果，提高教学质量，在教学中可以采用多媒体教学方式。

因我校编写的《民事诉讼法学》教材尚未出版，目前适用常怡主编的高等政法院校规划教材《民事诉讼法学》（中国政法大学 2005 年修订版）作为本课程的教学用书，并参考江伟主编的《民事诉讼法》（高等教育出版社 2004 年版）教材。

《民事诉讼法学教学大纲》虽经多次讨论和认真修改，但不妥之处在所难免，欢迎读者和学生提出宝贵意见。

民事诉讼法研究所

2006 年 3 月

第一编　绪　论

通过本编的教学，掌握民事诉讼法学的概念和研究对象，民事诉讼法学的内容和体系，把握民事诉讼法的性质与任务，理解民事诉讼法律关系，熟悉诉权和诉的种类，为学习民事诉讼法学理论打下基础。

第一章　民事诉讼法学研究的对象、体系和方法

学习目的和要求：掌握民事诉讼法学的研究对象、学科体系及学习研究民事诉讼法学的基本要求和方法。

学时分配：1 学时。

第一节　民事诉讼法学的概念和研究对象

一、民事诉讼法学的概念

民事诉讼法学，是指分析研究民事诉讼法的产生、发展及其实施规律和它与相邻法律之间的联系与区别的科学。民事诉讼法学是一门实践性和操作性很强的应用法学，而不是纯理论性的法学。

二、民事诉讼法学的研究对象

民事诉讼法学的研究对象是民事诉讼立法和民事诉讼实践及其发展规律。

第二节　民事诉讼法学的内容和体系

一、民事诉讼法学的内容

民事诉讼法学的内容主要有：我国民事诉讼法的发展历史、立法根据、性质、任务、适用范围、基本原则、基本制度、审判组织、管辖、当事人、诉讼代理人、证据制度、诉讼保障制度、审判程序、和执行程序等。

二、民事诉讼法学的体系

民事诉讼法学的体系，是指民事诉讼法学作为一门法学学科的整体构成以及各部分内容之间的联系。包括绪论编、总则编、审判程序编、执行程序编与涉外民事诉讼程序的特别规定编。

第三节　民事诉讼法与相邻学科的关系

一、民事诉讼法学与民事实体法学的关系

民事诉讼法学与民事实体法学两者相互依存，不可分离；但又是各自独立存在的不同的部门法学。

二、民事诉讼法与刑事诉讼法以及行政诉讼法的关系

三者同属于程序法范畴，但是由于调整的法律关系及适用的范围不同，各自在诸如原则、主体、制度、程序等方面有所区别。

三、民事诉讼法与其他民事程序法的关系

民事诉讼法与其他民事程序法，如仲裁法、公证法、人民调解法各自独立，相互区别；但同时又互相联系、互相配合、相辅相成，共同构成了民事程序法。

第四节　民事诉讼法学的研究方法

一、宏观与微观相结合的方法
二、理论与实践相结合的方法
三、程序法与实体法相联系的方法
四、比较分析的方法
五、原则性与具体条款相结合的方法

复习思考题

1．如何理解民事诉讼法学的研究对象。
2．简述民事诉讼法学的体系。

第二章　民事诉讼法概述

教学目的和要求：了解民事诉讼法的历史发展，理解和掌握民事诉讼的概念与特征，熟悉民事诉讼法的制定根据、任务与效力范围。

学时分配：2 学时。

第一节　民事诉讼法的历史发展

一、中国古代的民事诉讼法
二、中国封建社会的民事诉讼法
三、中国近代民事诉讼法
四、社会主义时期的民事诉讼法

第二节　民事纠纷与民事诉讼

一、民事纠纷

民事纠纷是平等主体之间发生的，以民事权利义务为内容的一种法律纠纷和社会纠纷。具有以下特征：1．民事纠纷主体之间法律地位平等；2．民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议；3．民事纠纷形成的原因是违反民事实体法的规定。

二、民事诉讼

民事诉讼，即人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决民事纠纷案件和其他案件的各种诉讼活动，以及由此所产生的各种诉讼法律关系的总和。

民事诉讼具有以下特征：1．民事诉讼具有公权性质。2．民事诉讼具有强制性。3．民事诉讼当事人双方诉讼地位的平等性。4．民事诉讼具有程序性。

第三节　民事诉讼法

一、民事诉讼法的概念

民事诉讼法，就是国家制定或者认可的，用以调整民事诉讼法律关系主体行为和相互关系的法律规范的总称。

二、民事诉讼法的特征

1．体现了社会主义民主原则和社会主义法制原则，
2．便利群众进行诉讼、便利人民法院办案。
3．原则性规定与灵活性规定相结合。
4．程序公正与效率兼顾。

第四节　民事诉讼法的制定根据及任务

一、民事诉讼法的制定根据

宪法是制定民事诉讼法的根据，民事诉讼法是对我国民事审判工作经验的总结，是结合我国实际情况和借鉴外国的经验制定的。

二、民事诉讼法的任务

民事诉讼法的任务是保护当事人行使诉讼权利；保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律，及时审理民事案件；确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益；教育公民自觉遵守法律。

第五节　民事诉讼法的效力范围

一、民事诉讼法对事的效力

民事诉讼法对事的效力，即人民法院依照民事诉讼法审理民事案件的范围。

二、民事诉讼法对人的效力

民事诉讼法对人的效力范围，即民事诉讼法对哪些人适用。

三、民事诉讼法时间效力

民事诉讼法时间效力，即民事诉讼法发生法律约束力的时间。

四、民事诉讼法的空间效力

民事诉讼法的空间效力，即适用民事诉讼法的空间范围。

复习思考题

1．简述民事诉讼法的特点。
2．简述民事诉讼法的任务。
3．如何理解民事诉讼法对人的效力范围。

第三章　民事诉讼目的

教学目的和要求：理解对民事诉讼目的的界定，了解国外与我国关于民事诉讼目的的主要学说，进一步理解民事诉讼目的与相关理论及制度之间的关系。

学时分配：1 学时。

第一节　民事诉讼目的概述

一、民事诉讼目的的界定

民事诉讼目的，即以观念形式表达的国家进行民事诉讼所期望达到的目标，是统治者按照自己的需要和基于对民事诉讼及其对象固有属性的认识、预先设计的关于民事诉讼结果的理想模式。

二、民事诉讼目的的特征

1．民事诉讼目的是体现国家意志的观念形态。
2．民事诉讼目的是国家设计的民事诉讼的理想模式。
3．民事诉讼目的以国家强制力为保障。
4．民事诉讼目的不能与具体诉讼结果等同。

第二节　民事诉讼目的主要学说简介

一、国外有关民事诉讼目的的主要学说

国外主要形成以下几种学说：权利保护说、私法秩序维持说、纠纷解决说、权利保障说、程序保障说、多元说、搁置说。

二、我国关于民事诉讼目的的主要学说

我国具有代表性的学说主要有：维护社会秩序说、平衡说、利益保障说。

第三节　民事诉讼目的与相关理论及制度的关系

一、民事诉讼目的与占主导地位的民事诉讼法律价值观

民事诉讼的法律价值观，源自于民事诉讼的目的，即民事诉讼的内在属性和国家、社会及其一般成员对于民事诉讼的需要。

二、民事诉讼目的与民事诉讼模式

民事诉讼的实践过程，是意图将民事诉讼目的付诸实践的活动过程，民事诉讼目的决定民事诉讼模式的设计。

三、民事诉讼目的与民事诉讼法的解释

法律的适用常常通过法律的解释来实现，民事诉讼的目的不同，在民事诉讼法的解释立场、方

法与目标上势必呈现差异。

复习思考题

1．如何理解民事诉讼的目的。
2．如何理解民事诉讼目的与民事诉讼模式的关系。

第四章　民事诉讼程序的价值

教学目的和要求：理解民事诉讼程序价值的意义以及确立民事诉讼程序的独立价值的重要性，了解民事诉讼程序价值所要明确的问题。

学时分配：1 学时。

第一节　价值之一般考察

理解民事诉讼程序价值之前，需要对价值进行一般考察。关于价值，学者们形成了各种不同的观点，如价值是客体对主体的有用性；价值是客体对主体需要的满足；价值是客体对主体的目的性等。尽管学者们对于价值的本质未能达成一致，但在一些基本问题上仍存在共识。一是在价值的研究中首先须确定相应的价值主体和客体。没有主体就无法作出价值判断，而没有客体，主体就失去价值评价的对象。二是价值兼具一元性和多元性。

第二节　民事诉讼程序价值要明确的问题

关于民事诉讼程序价值，学者们的观点大体可以分为两种：即程序工具主义和程序本位主义。由此产生了关于程序价值性质的分类，即工具性价值与独立性价值之分。

第三节　民事诉讼程序价值的独立性

民事诉讼程序的最终目的不是实现实体法中预设的权利与秩序，而是彻底地解决纠纷，可以说，实现实体法的内容是在程序进行的过程中附带实现的。从这个意义上说，程序的工具性价值不过是在程序独立价值实现的过程中附带产生的，因此，民事诉讼程序具有其独立的价值。

复习思考题

1．如何理解民事诉讼程序的价值。

2．如何理解民事诉讼程序价值的独立性。

第五章　民事诉讼模式

教学目的和要求：理解民事诉讼模式的含义，了解民事诉讼模式的类型以及我国民事诉讼模式的发展，在此基础上思考我国民事诉讼模式的完善。

学时分配：2 学时。

第一节　民事诉讼模式概述

一、诉讼模式的含义

掌握诉讼模式应注意以下几点：1. 诉讼模式是建立在对诉讼结构进行分析的基础之上的。2. 诉讼模式反映了诉讼程序的价值取向和目标定位。3. 多种诉讼模式并存并互相借鉴。

二、民事诉讼模式的含义

关于民事诉讼模式的含义，仁者见仁，智者见智。我们认为，民事诉讼模式，即概括并支持民事诉讼原则、制度和程序运作所形成的结构中，各种基本要素及其关系的抽象形式。这一含义包括以下内容：1. 民事诉讼模式是对民事诉讼原则、制度和程序结构的概括和抽象。2. 民事诉讼模式是对民事诉讼结构的构成要素及其各要素之间的基本关系的概括和抽象。3. 民事诉讼模式依然表现为一种形式。

第二节　民事诉讼模式的类型

一、英美法系国家民事诉讼模式

多数学者认为英美法系国家的民事诉讼属于当事人主义模式，它是指在民事纠纷解决中，诉讼请求的确定、诉讼资料和证据的收集和证明主要由当事人负责。

二、大陆法系国家民事诉讼模式

学多学者认为大陆法系国家的民事诉讼模式属于职权主义模式，它是指法院在民事诉讼程序中拥有主导权，程序的进行以及诉讼资料、证据的收集等由法院为之。该原则可分为职权进行主义和职权探知主义。

三、前苏联东欧国家民事诉讼模式

前苏联东欧国家的司法制度，是建立在社会主义公有制的经济基础之上的，在民事诉讼立法中，特别强调法院的权力，而淡化当事人的诉讼权利，出现比大陆法系国家的职权主义更浓的超职权主义模式。

第三节　中国民事诉讼模式

虽然我国现行民事诉讼法弱化了法院的职权作用，强化了当事人的诉讼主体地位，但是，我国民事诉讼模式仍然呈现出法院职权主义色彩较浓的特色。在探讨民事诉讼模式完善时，需注意我国的政治、经济、文化、传统等因素。

复习思考题

1．如何理解民事诉讼模式？
2．如何理解民事诉讼不同模式的划分标准？
3．如何理解我国民事诉讼的模式？

第六章　民事诉讼法律关系

教学目的和要求：掌握民事诉讼法律关系的概念、特征及其构成要素，理解民事诉讼上的法律事实。

学时分配：1 学时。

第一节　民事诉讼法律关系概述

一、民事诉讼法律关系的概念和特征

在民事诉讼法律关系是指民事诉讼中形成的，以人民法院与当事人之间法律关系为主导，人民法院、人民检察院、当事人、诉讼代理人及其他诉讼参与人相互之间以诉讼权利义务为内容，并受民事诉讼法所调整的一种多面社会关系。民事诉讼法律关系有以下三个特点：1．民事诉讼法律关系是审判法律关系和争讼法律关系构成的特殊社会关系。2．民事诉讼法律关系体现了人民法院审判权与当事人诉权的结合。3．民事诉讼法律关系是多个诉讼法律关系主体之间形成的多种社会关系。

二、关于民事诉讼法律关系的学说

关于民事诉讼法律关系，形成不同的学说，主要包括：一面关系说、二面关系说、三面关系说、多面关系说等。

第二节　民事诉讼法律关系的要素

一、民事诉讼法律关系的主体

民事诉讼法律关系的主体，是指在民事诉讼中依法享有诉讼权利和承担民事诉讼义务的人。民事诉讼法律关系的主体包括人民法院、人民检察院、当事人、诉讼代理人和其他诉讼参与人。

二、民事诉讼法律关系的内容

民事诉讼法律关系的内容，是指民事诉讼法律关系主体依法享有的诉讼权利和承担的诉讼义务。

三、民事诉讼法律关系的客体

民事诉讼法律关系的客体，是指民事诉讼法律关系主体之间诉讼权利和诉讼义务所指向的对象。

第三节　民事诉讼上的法律事实

民事诉讼法律关系的发生、变更和消灭，是由诉讼上的法律事实引起的。

诉讼上的法律事实，是指根据民事诉讼法的规定，能引起诉讼后果的客观事实。诉讼上的法律事实包括诉讼事件和诉讼行为两类。

复习思考题

1．民事诉讼法律关系有何特点？
2．如何理解民事诉讼法律关系的三要素？
3．民事诉讼法律事实如何分类？

第七章　诉权和诉

教学目的和要求：理解诉权的含义，掌握诉的概念及其构成要素，从诉权与诉的理论与实践相结合的角度把握诉权与诉的理论；熟悉反诉的构成。

学时分配：2 学时。

第一节　诉　权

一、诉权的界定

诉权，即当事人请求人民法院行使审判权，以保护其财产权利和人身权的基本权利。　在民事诉讼理论中，一般认为诉权具有双重含义，即诉权包括程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。

关于诉权学说的历史发展，在传统的诉权理论阶段，先后形成了三种不同的诉权学说：即“私法”诉权说、抽象诉权说与具体诉权说。抽象诉权说和具体诉权说均属于公法诉权说的范畴。二次世界大战之以后，诉权学说的研究出现了以下几个新的发展趋势，即诉权的宪法化、诉权规定和保障的国际化以及诉权否定说。我国目前诉权理论研究以二元诉权说为民事诉讼法学界的通说。近来也有学者发展出了新诉权理论。

二、诉权与诉讼权利的关系

诉权与诉讼权利的区别，一是法律依据不同；二是享有的主体不同。诉权与诉讼权利的联系主要表现在两个方面：一是诉权是诉讼权利的基础，诉权决定诉讼权利；二是诉讼权利由诉权派生，以诉权为核心，是诉权在各个不同诉讼阶段的不同表现形态。

三、诉权理论的思考

对诉权理论的全面深入研究，至少还应涉及以下一些基本问题，即诉权的主体和内容；诉权与审判权的关系；诉权与诉讼权利能力的关系；诉权的取得和丧失；诉权的放弃和转让；对当事人行使诉权的限制等等。

第二节　诉

一、诉的概念与特征

诉是当事人依照法律规定，向人民法院提出的保护其合法权益的请求。具有以下特征：1．诉的主体只能是民事诉讼当事人；2．诉的内容是可以依法请求保护的民事权益；3．诉的前提必须是民事法律关系处于非正常状态；4．诉只能向国家司法机关的人民法院提出。

二、诉的双重含义

诉的双重含义，即程序意义上的诉和实体意义上的诉。

第三节　诉的要素

一、诉的要素

诉的要素，是指构成一个诉所必不可少的能使诉特定化的因素。它是构成一个诉必不可少的组成部分，是诉的内在组成。

二、诉的主体

诉的主体就是诉讼的当事人；任何一个诉，都必须要有当事人。

三、诉的标的

诉的标的即诉讼标的，是指当事人与人民法院之间的诉讼权利和诉讼义务所指向的客观对象，即当事人之间争议并由人民法院裁判的对象。注意诉讼标的与诉讼请求、标的物的界限。理解诉讼标的的识别标准。

四、诉的理由

诉的理由，即当事人向人民法院请求审判保护和进行诉讼的根据。没有诉的理由，当事人的诉讼请求就不能实现。

第四节　诉的种类

一、确认之诉

确认之诉，是指一方当事人请求法人民院确认其与对方当事人之间存在或者不存某种的民事法律关系的诉。确认之诉有肯定确认之诉和否定确认之诉之分。

二、给付之诉

给付之诉，是指一方当事人请求人民法院判令对方当事人履行一定民事义务之诉。给付之诉以请求履行的义务是否到期为标准，分为现在给付之诉和将来给付之诉。以给付的内容为标准，分为物的给付之诉与行为的给付之诉；物的给付之诉又分为特定物给付之诉与种类物给付之诉。

三、变更之诉

变更之诉，是指一方当事人请求人民法院通过判决，改变或者消灭其与对方当事人之间现存的某种民事法律关系之诉。变更之诉有实体法上的变更之诉与程序法上的变更之诉之分。

第五节　反　诉

一、反诉的概念与特征

反诉，即在已经开始的诉讼中，本诉的被告通过人民法院向本诉的原告提出的一种独立的反请求。反诉具有以下特征：1．反诉当事人的特定性。2．反诉请求的独立性。3．反诉时间的限定性。4．反诉目的的对抗性。理解反诉与反驳的关系。

二、提起反诉的方式和条件

被告可以随同答辩状提出反诉，也可以单独提出。

被告提出反诉应具备以下条件：1．反诉的当事人必须是本诉的当事人。2．反诉只能在本诉进行中提起。3．反诉只能向审理本诉的人民法院提出。4．反诉必须与本诉为同一诉讼程序。5．反诉与本诉应有联系。

第六节　诉的合并与分离

一、诉的合并

诉的合并，是指法院将两个以上有关联的诉，合并在一个案件中审理和解决。诉的合并包括三种：第一，诉的主体合并；第二，诉的客体合并；第三，混合的诉的合并，即诉的主、客体合并；第四、第三人参加诉讼的合并。

二、诉的分离

诉的分离，是指人民法院受理案件后，将几个诉从一个案件中分离出来，作为若干个独立的案件分别进行审理解决。通常包括：第一、普通共同诉讼的分离。第二、反诉的分离。第三、诉的客体合并后的分离。第四、其他情况的分离。

复习思考题

1．诉的要素有哪些？
2．如何理解诉的标的？
3．简述提起反诉的条件。
4．如何理解诉权？

第二编　总　则

本遍是关于民事诉讼法和民事诉讼法学基本问题的论述，学习总则，对于理解和掌握民事诉讼法的基础理论具有重要的指导意义。

第八章　民事诉讼的基本原则

教学目的和要求：掌握民事诉讼基本原则的含义，理解民事诉讼各项特有原则的含义、内容，明确各项基本原则确立的理论基础。

学时分配：2 学时。

第一节　基本原则概述

一、基本原则的概念

所谓民事诉讼法的基本原则，是指在民事诉讼的整个阶段起指导作用的基本原理和基本规则。它具有以下三个特征：一是基础性；二是导向性；三是抽象性。

二、基本原则的分类

我国民事诉讼法学界通说是将民事诉讼法的基本原则分为两大类：即共有原则与特有原则。

第二节　共有原则

共有原则即依据宪法，参照人民法院组织法有关规定对民事诉讼法规定的原则进行的分类。包括民事案件的审判权由人民法院行使原则、人民法院依法对民事案件独立进行审判原则、以事实为依据以法律为准绳原则等。

第三节　同等原则和对等原则

一、同等原则

同等原则，是指外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国人民法院起诉、应诉，同我国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。

二、对等原则

对等原则，是指外国司法机关对我国公民、法人和其他组织在民事诉讼中的诉讼权利加以限制的，我国人民法院也对该国公民、法人和其他组织在我国进行民事诉讼所享有的诉讼权利加以同样的限制。

第四节　诉讼权利平等原则

当事人诉讼权利平等原则，是指在民事诉讼中，当事人平等地享有和行使诉讼权利。

这一原则包括以下内容：1．双方当事人的诉讼地位平等。2．民事诉讼当事人平等地享有诉讼权利。3．人民法院应当为当事人平等地行使法律规定的诉讼权利提供保障和方便。

第五节　法院调解原则

法院调解原则，是指人民法院审理民事案件时，应当在当事人自愿和查明事实、分清是非的基础上，依法说服双方当事人对纠纷的解决达成调解协议；调解不成的，应当及时判决。

这一原则包括以下三个方面的完整内容：第一，人民法院审理民事案件，只要有调解可能的，应当尽量用调解方式结案；第二，人民法院进行调解时，必须遵守自愿原则与合法原则；第三，调解不成的应当及时判决，而不能久调不决。

第六节　辩论原则

民事诉讼中的辩论原则，是指在人民法院主持下，当事人有权就案件事实和争议的问题，各自陈述其主张和根据，互相进行反驳和答辩。

这一原则包括以下内容：1．辩论权是当事人的一项重要诉讼权利。2．当事人行使辩论权的范围包括案件的实体方面、适用法律方面以及程序方面。3．辩论的形式包括书面和口头两种。4．辩论权贯彻程序的全过程。辩论原则不同于刑事辩护原则。

第七节　处分原则

民事诉讼中的处分原则，是指当事人有权在法律许可的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。

这一原则包括以下具体内容：1．处分权的享有者只限于民事诉讼当事人。2．当事人行使处分权的对象包括处分自己依法享有的民事权利和诉讼权利。3．处分原则贯彻于民事诉讼的全过程。4．行使处分权的范围是法律规定的范围。

第八节　支持起诉原则

支持起诉原则是指有关的机关、社会团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉。　根据民事诉讼法规定，支持起诉应当符合以下三个条件：第一，必须是发生了损害国家、集体或者个人民事权益的侵权行为；第二，有权支持起诉者，只限于机关、社会团体，不包括个人；第三，受损害者尚未起诉。

第九节　人民调解原则

人民调解原则，是指人民调解委员会在基层人民政府和基层人民法院指导下，依照法律规定，根据自愿原则，采用说理疏导的方法，对民间纠纷进行调解。人民调解委员会进行调解，必须遵守以下三项原则即合法原则、自愿原则和尊重当事人诉讼权利的原则。

复习思考题

1．民事诉讼法的基本原则有什么特征?应当怎样正确理解基本原则的地位和作用。

2．简述当事人诉讼权利平等的原则。

3．民事诉讼中为什么要贯彻自愿、合法调解原则?

4．辩论原则包括哪些内容?它与辩护原则有何主要区别?

5．简述处分原则的含义以及当事人行使处分权的对象和正确行使处分权的要求。

第九章　民事审判的基本制度

教学目的和要求：了解民事审判各项基本制度的含义及内容，明确基本制度在民事诉讼的不同阶段所具有的重要作用。

学时分配：2 学时。

第一节　合议制度

一、合议制度的概念

合议制度，是指由三名以上的审判人员组成审判集体，代表人民法院行使审判权，对案件进行审理并作出裁判的制度。合议制度的组织形式为合议庭。

二、合议庭的组成

合议庭的组成因审级的不同而不同，包括以下几种情况：

1．第一审合议庭：由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。

2．第二审合议庭：由审判员组成合议庭。

3．再审的合议庭：人民法院审理再审案件，原来是第一审的，按照第一审程序另行组成合议庭；原来是第二审的或者是上级人民法院提审的，按照第二审程序另行组成合议庭。

第二节　回避制度

一、回避制度的概念

回避制度，是指审判人员和其他有关人员遇有法律规定不宜参加案件审理的情形时，而退出案件审理活动的制度。

二、回避的对象与法定情形

根据我国《民事诉讼法》第 45 条第 1、3 款的规定，回避制度适用于审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

我国民事诉讼法规定的回避法定情形包括以下三种：1．是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属。2．与本案有利害关系。3．与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

三、回避的方式与程序

我国民事诉讼法规定了自行回避与申请回避两种方式。

回避的程序，包括申请程序、决定程序和复议程序三部分内容。

第三节　公开审判制度

一、公开审判制度的概念

公开审判制度，是指人民法院的审判活动除合议庭评议案件外，向群众和社会公开的制度。

公开审判是社会主义民主原则在民事诉讼中的重要体现，实行公开审判制度有利于增强审判活动的透明度；有利于提高办案质量；有利于使旁听群众受到很好的法制教育，从而预防纠纷，减少诉讼，维护社会稳定。

二、公开审判制度的内容

公开审判制度包括三项内容：第一，开庭前公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点；第二，开庭时允许群众旁听和允许新闻记者采访报道；第三，公开宣告判决。

三、公开审判制度的例外规定

根据我国民事诉讼法的规定，不公开审理的案件有以下几种：第一，涉及国家秘密的案件；第二，涉及个人隐私的案件；第三，离婚案件和涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的；第四、法律另有规定的案件。

第四节　两审终审制度

两审终审制度，是指一个民事案件经过两级人民法院的审判，案件的审判即宣告终结的制度。

复习思考题

1．如何理解基本制度与基本原则的关系？
2．简述我国民事诉讼中实行公开审判制度的必要性及其具体内容。
3．简述回避的适用对象与法定情形。

第十章　民事案件的主管和管辖

教学目的和要求：了解人民法院依法受理、审判一定范围内民事纠纷的权限，掌握管辖的概念、种类及其适用，结合理论与实践把握管辖的具体规定。

学时分配：6 学时（包括课堂讨论 2 学时）。

第一节　民事案件的主管

一、民事案件主管的概念

民事案件的主管，是指人民法院依法受理和解决一定范围内民事纠纷的权限，也即明确人民法院与其他国家机关、社会组织之间解决民事纠纷的分工，其实质是确定人民法院行使民事审判权的范围和权限。

明确人民法院的主管，有利于人民法院正确地行使民事审判权，有利于消除人民法院越权受理案件或者推诿主管的弊端，保障当事人依法行使诉讼权利，维护自己的合法权益。

二、民事案件主管的范围

人民法院主管的民事案件主要有以下几类：1．由民法调整的平等权利主体之间因财产关系和人身关系发生纠纷而引起的案件；2．由婚姻法调整的平等权利主体之间因婚姻家庭关系发生纠纷而引起的案件；3．由经济法调整的平等权利主体之间因经济关系发生纠纷而引起的案件；4．由劳动法调整的用人单位与劳动者之间因劳动关系发生纠纷而引起的案件；5．由其他法律调整的社会关系发生争议，法律明确规定依照民事诉讼程序审理的案件。

三、法院主管与其他机关、社会团体主管的关系

我国处理人民法院与其他机关和社会团体之间主管民事纠纷相互关系所遵循的原则，为司法最终解决原则。

第二节　民事案件管辖概述

一、管辖的概念

民事案件的管辖，是指确定各级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

正确划分管辖，对人民法院正确行使审判权，当事人正确行使诉讼权利，保护当事人的合法权益，维护国家主权，具有重要意义。

二、确定管辖的原则

民事诉讼法确定管辖遵循了以下几条原则：1．便利当事人进行诉讼和便利人民法院行使审判权。2．均衡各级人民法院的工作负担。3．原则规定与灵活规定相结合。4．维护国家主权。5．管辖恒定原则。

三、管辖的种类

以民事诉讼法的体例为标准，管辖可以分为：级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。

根据民事诉讼的理论，管辖可以分为：法定管辖和裁定管辖；专属管辖和协议管辖；共同管辖、选择管辖与合并管辖。

第三节　级别管辖

一、级别管辖的概念

级别管辖，是指划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

二、确定级别管辖的标准

确定不同级别的人民法院管辖第一审民事案件的主要依据是：案件的性质、案件影响的大小。

三、级别管辖的法律规定

1．除民事诉讼法规定以外，基层人民法院管辖第一审民事案件。

2．中级人民法院管辖三类民事案件：重大涉外案件，在本辖区有重大影响的案件和最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

3．高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的的第一审民事案件。

4．最高人民法院管辖的第一审民事案件有：在全国有重大影响的案件；认为应当由本院审理的案件。

第四节　地域管辖

一、地域管辖的概念

地域管辖，是指同级人民法院之间在各自的辖区受理第一审民事案件的分工和权限。

地域管辖与级别管辖不同。级别管辖从纵向划分上、下级人民法院之间受理第一审民事案件的权限和分工，而地域管辖从横向划分同级人民法院之间受理第一审民事案件的权限和分工。二者之间的联系表现为，级别管辖是地域管辖的基础，而地域管辖是落实级别管辖具体规定的。

二、一般地域管辖

一般地域管辖，是指以当事人所在地与人民法院辖区的关系来确定管辖法院。

一般地域管辖的原则是“原告就被告”，即民事诉讼由被告所在地人民法院管辖；但是，在特殊情况下，适用“被告就原告”，即由原告所在地人民法院管辖。

三、特殊地域管辖

特殊地域管辖，又称特别地域管辖，是指以被告住所地及诉讼标的所在地或者引起民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准确定的管辖。特殊地域管辖是相对于一般地域管辖而言的，是法律针对特别类型案件的诉讼管辖作出的规定。《民事诉讼法》第 24 条至第 33 条，规定了特殊地域管辖的九种情形。

四、专属管辖

专属管辖，是指对某些特定类型的案件，法律强制规定只能由特定的人民法院行使管辖权，其他人民法院无管辖权，当事人也不得协议变更管辖法院。《民事诉讼法》第 34 条规定不动产纠纷、港口作业纠纷与继承纠纷为专属管辖案件。

五、协议管辖

协议管辖，又称合意管辖或者约定管辖，是指双方当事人在纠纷发生之前或纠纷发生之后，以书面合意方式约定解决他们之间纠纷的管辖法院。

协议管辖必须符合以下几个条件：1．仅限于第一审合同纠纷案件。2．合同的双方当事人只能在被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院中协议选择管辖法院。3．合同的双方当事人必须协议选择确定、单一的管辖法院。4．必须采用书面形式协议选择管辖法院。5．协议管辖不得违反民事诉讼法关于级别管辖和专属管辖的规定。

六、共同管辖、选择管辖和合并管辖

共同管辖，即依照法律规定，两个以上的人民法院对同一案件都有管辖权。

选择管辖，即依照法律规定，对同一案件两个以上人民法院都有管辖权，当事人可以选择其中一个人民法院起诉。

合并管辖，即对某个案件有管辖权的人民法院可以一并审理与该案有牵连的其他案件。

第五节　移送管辖和指定管辖

一、移送管辖

移送管辖，是指已经受理案件的人民法院，因发现本法院对该案件没有管辖权，而将案件移送给有管辖权的人民法院审理。移送管辖必须符合以下条件：第一、人民法院已经受理了案件；第二，受理案件的人民法院对该案件无管辖权；第三、受移送的人民法院依法对该案具有管辖权。

二、指定管辖

指定管辖，是指上级人民法院根据法律规定，以裁定的方式，指定其辖区内的下级人民法院对某一民事案件行使管辖权。

根据我国民事诉讼法的规定，下列两种情况需要上级人民法院指定管辖：1．有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖；2．人民法院之间因管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

三、管辖权的转移

管辖权的转移，是指经上级人民法院同意后以裁定形式，将某一案件的诉讼管辖权由下级人民法院转移给上级人民法院，或者由上级人民法院转移给下级人民法院。管辖权的转移，是对级别管辖的补充和变通。

第六节　管辖权异议

一、管辖权异议的概念

管辖权异议，是指法院受理民事案件以后，当事人依法提出该人民法院对本案无管辖权的意见或者主张。

二、管辖权异议的条件

当事人提出管辖权异议，必须符合以下条件：1．人民法院已经受理案件，但尚未进行实体审理。2．管辖权异议只能对第一审人民法院提出。3．提出管辖权异议的主体是本诉的当事人，通常是本诉的被告。4．当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。

三、对管辖权异议的处理

受诉人民法院对当事人提出的异议应当进行审查。经过审查，认为异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回当事人的异议。

复习思考题

1．人民法院主管的民事案件包括哪些?
2．简述“原告就被告”原则?一般地域管辖为什么要实行这个原则?
3．简述专属管辖及其案件范围。
4．发生共同管辖的原因有哪些?如何确定共同管辖案件的管辖法院?
5．简述协议管辖及其条件。
6．简述适用移送管辖的条件。
7．简述管辖权转移与移送管辖的区别。
8．试述管辖权异议的主体和处理程序。

第十一章　诉讼当事人

教学目的和要求：掌握当事人的含义，理解当事人的诉讼权利和义务，明确共同诉讼人、第三人的概念及种类，熟悉诉讼代表人及其权限的行使。

学时分配：7 学时（包括课堂讨论 2 学时）。

第一节　当事人概述

一、当事人的概念与特征

民事诉讼当事人，是因民事权利义务关系发生纠纷，以自己的名义进行民事诉讼，与案件的审理结果有直接或者法律上的利害关系，并受人民法院裁判约束的人。当事人具有以下特征：1．民事权利义务关系发生纠纷。2．以自己的名义起诉或者应诉，实施诉讼行为。3．与案件审理结果有直接或者法律上的利害关系。4．接受人民法院裁判的约束。

注意非实体权利义务主体成为当事人的情形。

二、诉讼权利能力和诉讼行为能力

诉讼权利能力，又称当事人能力，是指依法能够享有民事诉讼权利和承担民事诉讼义务的能力，即可以作为民事诉讼当事人的能力或资格。

诉讼行为能力，又称为诉讼能力，是指当事人能够自己实施诉讼行为、行使诉讼权利和履行诉讼义务的资格。

三、当事人适格

当事人适格，又称正当当事人，是当事人就特定的案件有资格起诉或者应诉，成为原告或者被告，并受人民法院裁判约束的当事人。

四、当事人的诉讼权利和诉讼义务

当事人的诉讼权利是民事诉讼法赋予当事人维护自己民事权益的手段，当事人在享有诉讼权利的同时应承担一定的诉讼义务。

五、诉讼权利义务的承担

诉讼权利义务的承担，即在诉讼进行过程中，由于某种特定原因的出现，当事人的诉讼权利、义务转移给案外人，由其承担原当事人的诉讼权利与义务。

六、当事人的追加

当事人追加，即人民法院受理案件后，在诉讼过程中，发现有必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院通知其参加诉讼的一种活动。

第二节　原告和被告

一、原告和被告的概念

原告即认为自己的民事权益或者受其管理支配的民事权益受到侵害，或者与他人发生争议，为维护其合法权益而向人民法院提起诉讼，引起诉讼程序发生的人。

被告即被诉称侵犯原告民事权益或者与原告发生民事权益争议，被人民法院传唤应诉的人。

二、原告和被告的特征

原告和被告具有以下特征：1．原告是引起诉讼程序发生的人。2．被告是被人民法院传唤应诉的人。3．原告与被告处于相对的地位。

第三节　共同诉讼人

一、共同诉讼人概念与特征

共同诉讼人是指当事人一方或者双方为二人以上，诉讼标的是共同的，或者诉讼标的是同一种类，人民法院认为可以合并审理并经当事人同意，一同在人民法院进行诉讼的人。

共同诉讼人具有以下特征：1．诉讼主体人数二人以上。2．诉讼标的是共同的，或者同一种类。

二、必要的共同诉讼人

（一）必要共同诉讼人的概念和构成条件

必要的共同诉讼人，是指当事人一方或者双方为两人以上，诉讼标的是共同的，必须共同进行诉讼的人。

构成必要共同诉讼人应具备以下条件：1．当事人一方或双方为两人以上。2．诉讼标的是共同的。3．人民法院必须合并审理。

最高人民法院《民诉法适用意见》第 43、46、47、50、52 条至 56 条对必要共同诉讼的具体情形作出了明确的规定。

（二）必要的共同诉讼人的追加

由于在必要共同诉讼中，诉讼标的具有共同的，因此，在起诉或应诉时，如果有部分当事人没有参加诉讼，就需要追加当事人。追加当事人的方式有两种：一是由人民法院依职权进行；二是由人民法院根据参加诉讼的当事人的申请追加。如果被追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加。

（三）必要的共同诉讼人的内部关系

我国民事诉讼法以承认原则来处理必要共同诉讼人的内部关系，即共同诉讼的一方当事人对诉讼标的有共同权利义务的，其中一人的诉讼行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力。

三、普通的共同诉讼人

（一）普通的共同诉讼人的概念和构成条件

普通的共同诉讼人，是指当事人的一方或双方是二人以上，其诉讼标的为同一种类，人民法院认为可以合并审理，并经当事人同意而一同向人民法院起诉或者应诉的当事人。

构成普通的共同诉讼人应具备以下条件：1．诉讼标的是同一种类的。2．人民法院认为可以合并审理。3．当事人同意合并审理。4．属于同一诉讼程序，归同一人民法院管辖。5．必须符合合并审理的目的。

（二）普通的共同诉讼人之间的关系

在普通的共同诉讼中，每一个共同诉讼人都是独立的诉讼主体，每一个共同诉讼人的诉讼行为，对其他共同诉讼人都没有约束力。

第四节　诉讼代表人

一、诉讼代表人概述

（一）诉讼代表人的概念和意义

诉讼代表人，是指当事人众多的一方，推选出代表，由其为维护本方当事人利益而进行诉讼活动的人。

在民事诉讼中确立代表人诉讼制度，是对我国诉讼主体制度的完善和发展，不仅能达到诉讼经济的目的，而且有利于提高办案效率和质量。

（二）诉讼代表人的人数和条件

当事人一方人数众多一般指 10 人以上，诉讼代表人为 2 人至 5 人。

诉讼代表人应具备以下条件：1．与所代表的一方当事人必须有相同的利益。2．具有相应的诉讼能力。3．能乐于为维护所代表的全体成员的利益服务。

二、诉讼代表人的种类

（一）人数确定的诉讼代表人

人数确定的诉讼代表人，是指共同诉讼的一方人数众多，由其成员推选并授权代表人代为实施诉讼行为的人。

（二）人数不确定的诉讼代表人

人数不确定的诉讼代表人，是指起诉诉讼标的是同一种类，当事人一方人数众多，在起诉时人数尚未确定，由向人民法院登记的权利人推选或由人民法院与其商定，并代表被代表人进行诉讼的人。

第五节　第三人

一、第三人诉讼的概念和特征

第三人，是指对他人争议的诉讼标的有独立的请求权，或者虽无独立的请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系，而参加到原告、被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。

第三人具有以下特征：1．对他人争议的诉讼标的认为有独立请求权或者案件的处理结果与其有法律上的利害关系。2．参加诉讼的目的在于维护自己的权益。3．他人的诉讼已经开始、审理终结前参加诉讼。

二、有独立请求权的第三人

（一）有独立请求权的第三人的概念与特征

有独立请求权的第三人是指对他人之间正在争议的诉讼标的有独立的请求权，参加到原告和被

告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。

有独立请求权的第三人具有以下特征：1．对他人之间的诉讼标的认为有全部或者部分独立的请求权。2．将本诉的原告、被告作为被告提起诉讼而参加诉讼。3．在诉讼中处于原告的诉讼地位。

（二）有独立请求权的第三人与必要共同诉讼人的区别

有独立请求权的第三人与必要的共同诉讼人的区别主要体现为：1．对争议的诉讼标的持不同的态度。2．诉讼地位不同。3．参加诉讼的方式不同。

三、无独立请求权的第三人

（一）无独立请求权的第三人的概念

无独立请求权的第三人是指对当事人双方的诉讼标的没有独立请求权，但是案件处理结果同他有法律上的利害关系，为维护自己利益而参加到原告与被告已经开始的诉讼中进行诉讼的人。

无独立请求权的第三人具有以下特征：1．参加诉讼的根据是案件处理结果可能与他有法律上的利害关系。2．参加到当事人一方进行诉讼。3．在诉讼中具有独立的诉讼地位。

（二）无独立请求权第三人参加诉讼的条件

无独立请求权第三人参加诉讼的条件：1v 与案件的处理结果有法律上的利害关系。2．无独立请求权第三人参加的是他人之间已经开始的诉讼。3．无独立请求权第三人以申请参加或者人民法院通知参加的方式参加诉讼。

复习思考题

1．如何理解当事人。
2．简述当事人的追加。
3．简述必要共同诉讼与普通共同诉讼的主要区别。
4．举例说明有独立请求权第三人与无独立请求权第三人的区别。
5．简述必要共同诉讼人与有独立请求权的第三人的区别。
6．简述诉讼代表人的种类。

第十二章　诉讼代理人

教学目的和要求：了解诉讼代理人制度的作用，掌握法定代理人与委托代理人的代理权限以及代理权的产生及消灭。

学时分配：1 学时。

第一节　诉讼代理人概述

一、诉讼代理人的概念与特征

诉讼代理人，即以当事人的名义，在法律规定或者当事人授权的范围内，代理当事人一方进行诉讼活动的人。

诉讼代理人具有以下特征：1．诉讼代理人始终是以被代理人名义进行诉讼活动。2．诉讼代理人必须具有诉讼行为能力和一定的诉讼基本知识。3．诉讼代理人必须在诉讼代理权限范围内实施诉讼行为。4．诉讼代理人进行诉讼活动的终极后果由被代理人承担。5．在同一案件中只能代理一方当事人进行诉讼。

二、民事诉讼代理人与民事代理人、刑事辩护人的区别

（一）民事诉讼代理人与民事代理人的区别

（二）民事诉讼代理人与刑事诉讼辩护人的区别

三、诉讼代理人的种类

根据我国民事诉讼法规定，诉讼代理人分为法定诉讼代理人和委托诉讼代理人两种。

第二节　法定诉讼代理人

一、法定诉讼代理人的概念与范围

法定诉讼代理人，即根据法律的直接规定代理无诉讼行为能力人进行民事诉讼的人。

法定诉讼代理人的范围只限于对无诉讼行为能力人享有亲权和监护权的人。

二、法定诉讼代理权的取得和消灭

法定诉讼代理权产生的基础是民事实体法规定的亲权和监护权，因此，法定代理权的取得与监护权的取得同步。

法定诉讼代理人权的消灭与监护权的丧失同步。

三、法定诉讼代理人的代理权限和诉讼地位

法定诉讼代理人的代理权限为全部诉讼权利。法定诉讼代理人在诉讼中处于与当事人类似的诉讼地位。

第三节　委托诉讼代理人

一、委托诉讼代理人的概念

委托诉讼代理人是根据当事人、法定代理人委托代为进行诉讼活动的人。

二、委托诉讼代理人的范围

被委托担任诉讼代理人的范围是：律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者当事人所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民。

三、委托诉讼代理人的代理权限

委托诉讼代理人的代理权限取决于委托人的授权，分为一般委托代理和特别委托代理。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或者上诉，必须有特别授权。

四、委托代理权的变更和消灭

委托诉讼代理关系成立后，诉讼代理权在诉讼过程中可能发生变更。

委托诉讼代理权可以因诉讼结束、代理人死亡或者丧失诉讼行为能力、被代理人死亡、被代理人解除委托或者代理人辞去委托而消灭。

复习思考题

1．如何理解法定代理权的产生与消灭。

2．简述委托诉讼代理的特点和代理人的范围。

3．法定代理人与委托代理人有什么区别？

第十三章　民事诉讼证据

说明：该章成为我校一门独立的限选课程，教学大纲单独编写。

第十四章　期间、送达

教学目的和要求：掌握期间和送达的概念及具体规定，熟悉期间的计算方法以及送达的具体方式及其适用。

学时分配：1 学时。

第一节　期　间

一、期间的概念

期间，是指人民法院、当事人或者其他诉讼参与人各自完成某项诉讼行为的一段时限。

期日，是指人民法院、当事人以及其他诉讼参与人会合在一起进行诉讼行为必须遵守的时日。

二、期间的种类

（一）法定期间

法定期间，是指法律规定的期间，具有不可变更性。

（二）指定期间

指定期间，是指人民法院指定完成某种诉讼行为的期限。

三、期间的计算

期间以时、日、月、年计算。期间开始的时和日不计算在期间内。期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。期间不包括在途时间。

四、期间的耽误

期间的耽误，是指当事人及其他诉讼参与人在法律规定或者人民法院指定的期间内，没有完成应当进行的诉讼行为。当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后的 10 日内，可以申请顺延期限。

第二节　送　达

一、送达的概念与特征

送达，是指人民法院依照法律规定的程序和方式，将诉讼文书送交当事人或者其他诉讼参与人的行为。

送达具有以下特征：1．送达的主体是人民法院。2．送达的对象是当事人或者其他诉讼参与人。3．送达的内容是各种诉讼文书。4．送达必须按法定的程序和方式进行。

二、送达的方式

送达的方式有以下六种：直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达、转交送达、公告送达。

三、送达回证

送达回证，是人民法院按照法定格式制作的，用以证明完成送达行为的书面凭证。

复习思考题

1．民事诉讼中的期间有哪两种?
2．简述期间的计算方法和耽误期间的补救措施。
3．直接送达包括哪几种情况?
4．简述留置送达及其适用。

第十五章　法院调解

教学目的和要求：理解法院调解的概念及其在我国民事诉讼中的地位和作用，明确法院调解与审判的关系，掌握法院调解的原则以及法律效力。

学时分配：2 学时。

第一节　法院调解概述

一、法院调解的概念

法院调解是指在人民法院审判人员的主持下，双方当事人就争议自愿进行协商，达成协议，解决纠纷的活动。

二、法院调解的意义

法院调解的意义主要体现在：1．有利于及时、彻底地解决民事权益争议。2．有利于教育公民自觉遵守法律，维护社会秩序和经济秩序。3．有利于增强内部团结。

第二节　法院调解的原则

一、自愿原则

自愿原则，即在民事诉讼过程中，人民法院对民事案件进行调解的前提必须是双方当事人自愿。可以从两方面理解：1．调解的提出与进行必须是双方当事人自愿。2．调解达成的协议内容必须反映双方当事人的真实意思。

二、查明事实、分清是非原则

查明事实、分清是非原则，即人民法院对民事案件进行调解应在查明事实、分清是非的基础上进行。

三、合法原则

合法原则，即人民法院和双方当事人的调解活动及其协议内容，必须符合法律的规定。

第三节　法院调解的程序

一、调解的开始

法院调解主要依当事人申请而开始，特殊情况下也可以由人民法院依职权进行调解。

二、调解的进行

法院调解可以在人民法院内进行，也可以就地进行，除法律另有规定外，调解应公开进行。调解既可以由合议庭主持，也可以由审判员一人主持。

三、调解的结束

双方当事人经过协商，达成协议而结束调解程序或者因双方当事人未达成协议而结束调解程序。

第四节　法院调解的效力

一、调解书

调解书，是指人民法院制作的，记载当事人协议内容的法律文书。其内容包括首部、主文和尾部。

二、不需要制作调解书的案件

不需要制作调解书的案件包括：调解和好的离婚案件、调解维持收养关系的案件、即时履行的案件和其他不需要制作调解书的案件。

三、法院调解的效力

确定当事人之间民事法律关系的效力；结束诉讼的效力；强制执行的效力。

复习思考题

1．怎样理解法院调解的作用。
2．简述法院调解的原则。
3．简述法院调解的效力。

第十六章　财产保全和先予执行

教学目的和要求：掌握财产保全和先予执行的概念及适用的条件，了解财产保全的措施以及错误申请财产保全或者先予执行的赔偿，理解财产保全与先予执行在我国民事诉讼中的重要地位。

学时分配：2 学时。

第一节　财产保全

一、财产保全的概念

财产保全，是指人民法院根据利害关系人或者当事人的申请，必要时也可以依职权对一定财产采取特殊保护措施，以保障将来的生效判决能够得到执行的法律制度。

二、财产保全的种类

（一）诉讼中财产保全

诉讼中财产保全，是指人民法院在受理案件之后、作出终审判决之前，因一方当事人的行为或者其他原因使将来生效的判决不能执行或者难以执行时，根据当事人的申请或者依职权对当事人的财产或者争执标的物采取限制当事人处分的强制措施。采用诉讼中财产保全应当具备一定的条件。

（二）诉前财产保全

诉前财产保全，是指在民事诉讼开始之前，因情况紧急，人民法院根据利害关系人的申请，依法对被申请人的财产采取保护性措施的制度。采取诉前财产保全应具备一定的条件。

（三）诉前财产保全与诉讼中财产保全的区别

1．申请的主体不同。2、申请财产保全的时间不同。3、对申请人是否提供担保的要求不同。

三、财产保全的范围和措施

财产保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。

财产保全可以采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

四、财产保全的程序

（一）申请与担保

（二）裁定与执行

五、财产保全的解除

财产保全因下列原因而解除：1．被申请人提供担保；2．诉前财产保全的申请人在采取保全措施后 15 日内未起诉的；3．申请人撤回保全申请的。

六、财产保全错误的赔偿

申请人因申请财产保全错误造成被申请人损失的，由申请人予以赔偿。

七、行为保全制度的建立

我国专利法、商标法和著作权法规定，为维护权利人的合法权益，权利人可以在起诉前申请人民法院采取措施，责令被申请人停止实施有关侵犯专利权、商标权或者著作权的行为，即采取诉前

禁令，诉讼法上也叫诉前行为保全。

第二节　先予执行

一、先予执行的概念

先予执行，即人民法院在诉讼过程中，根据当事人的申请裁定一方当事人预先履行一定义务的法律制度。

二、先予执行的适用范围

1．追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件。2、追索劳动报酬的案件。3、因情况紧急需要先予执行的案件。

三、先予执行的条件

先予执行应符合下列条件：1．当事人之间所争之诉必须是给付之诉。2．当事人权利义务关系明确。3．不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营。4．被申请人有履行义务能力。

四、先予执行的程序与申请错误的赔偿

（一）程序

先予执行必须由当事人向人民法院提出申请；对于符合条件的先予执行申请，人民法院应作出裁定并立即执行。

（二）申请错误的赔偿

申请人申请错误的，应赔偿被申请人因先予执行所遭受的损失。

复习思考题

1．如何理解财产保全和先予执行的作用?

2．简述诉讼中财产保全和诉前财产保全的条件和区别。

3．简述先予执行所适用的案件范围。

4．如何理解因财产保全错误而给当事人造成损失的补救。

第十七章　对妨害民事诉讼的强制措施

复习目的和要求：了解民事诉讼中强制措施的概念与作用，理解强制措施的性质，掌握妨害民事诉讼行为的构成以及强制措施的具体适用。

学时分配：2 学时。

第一节　对妨害民事诉讼的强制措施概述

一、对妨害民事诉讼的强制措施的概念

对妨害民事诉讼的强制措施，是指在民事诉讼中，为排除干扰，维护正常的诉讼秩序，对有妨害民事诉讼秩序行为的行为人，所采取的具有制裁性质的强制手段。

二、对妨害民事诉讼的强制措施的性质

设立对妨害民事诉讼的强制措施，目的是为了保障民事诉讼活动的正常进行。从性质上讲，它是一种排除妨害的强制性手段，是一种强制性教育手段，而不是惩罚手段，不同于刑事制裁、民事制裁和行政制裁方法。

第二节　妨害民事诉讼行为的构成和种类

一、妨害民事诉讼行为的构成

妨害民事诉讼行为，是指在民事诉讼过程中，行为主体故意扰乱正常的诉讼秩序，妨碍诉讼活动正常进行的行为。

妨害民事诉讼行为的构成应同时具备以下条件：1．行为人实施了妨害民事诉讼的行为。2．行为人主观上是故意的。3．行为人具有行为能力。4．行为人实施妨害民事诉讼的行为发生在诉讼过程中。

二、妨碍民事诉讼行为的种类

（一）必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭。

（二）违反法庭规则，严重扰乱法庭秩序的行为。

（三）伪造、毁灭重要证据，妨害人民法院审理案件。

（四）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证。

（五）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产或者已被清点并责令其保护的财产，转移已被冻结的财产。

（六）对司法工作人员、诉讼参与人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复。

（七）拒不执行人民法院已生效的裁判。

（八）有义务协助调查、执行的单位拒绝或者妨碍调查、执行。

第三节　对妨害民事诉讼的强制措施

一、拘传及其适用

拘传是人民法院采用强制性方法，强制被告到庭参加诉讼活动的一种措施。

拘传适用于经过两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的被告。适用拘传措施应经过院长批准。

二、训诫及其适用

训诫是人民法院对妨害民事诉讼秩序行为较轻的人，进行批评教育并责令其改正的一种强制措施。

适用训诫措施，由合议庭或者独任制审判员以口头方式决定即可。训诫的内容应当记入庭审笔录。

三、责令退出法庭及其适用

责令退出法庭是指人民法院对于违反法庭规则的人，强制其离开法庭的措施。

适用责令退出法庭，由合议庭或者独任审判员口头决定。

四、罚款及其适用

罚款是人民法院对实施妨害民事诉讼行为情节比较严重的人，责令其在规定的时间内，交纳一定数额金钱的措施。适用罚款措施时，先由合议庭或者独任审判员提出意见，经院长批准后，制作罚款决定书。

五、拘留及其适用

拘留是人民法院对实施妨害民事诉讼行为情节严重的人，在一定期限内限制其人身自由的强制措施。

适用拘留措施，由合议庭或者独任审判员提出处理意见，报请院长批准后制作拘留决定书。

复习思考题

1．如何理解民事诉讼强制措施的特点和性质?

2．简述妨害民事诉讼行为的构成条件。

3．简述拘传的适用条件。

4．简述罚款和拘留的适用程序。

第十八章　诉讼费用

教学目的和要求：了解诉讼费用的概念，明确诉讼费用的性质，掌握诉讼费用的种类及其负担，理解诉讼费用的缓交、减交与免交在民事诉讼中的作用。

学时分配：1 学时。

第一节　诉讼费用概述

一、诉讼费用的概念

诉讼费用，是指当事人在人民法院进行民事诉讼时，依法向人民法院交纳和支付的费用。

二、征收诉讼费用的意义

（一）有利于减少国家的财政支出。
（二）有利于防止和减少当事人滥用诉权。
（三）有利于加强公民的法制观念。
（四）有利于维护国家主权和经济利益。

第二节　诉讼费用的种类

一、案件受理费

案件受理费，是指人民法院决定受理起诉时，按规定向当事人征收的费用。

案件受理费分为财产案件的受理费和非财产案件的受理费。前者按照比例征收，后者按件征收。

二、其他诉讼费用

财产案件除缴纳案件受理费外，还要交纳其他诉讼费用。其他诉讼费用主要包括：1．勘验、鉴定、公告、翻译费；2．证人、鉴定人员出庭的交通费、住宿费、生活费和误工补贴费；3．保全申请费和实际支出；4．人民法院认为应当由当事人负担的其他费用。

三、执行费用

执行费用，指当事人申请人民法院强制执行各类生效法律文书时，依法应当交纳的费用。执行费用包括申请执行费和执行中实际支出的费用。

第三节　诉讼费用的预交与负担

一、诉讼费用的预交

案件受理费、申请费、执行费均由起诉人、申请人预先向人民法院缴纳，在案件审结或者执行完毕后，依照法律规定最终确定诉讼费用的负担比例及负担人。

二、诉讼费用的负担

（一）败诉人负担。
（二）按比例负担。
（三）协商负担。
（四）人民法院决定负担。
（五）原告或者上诉人负担。
（六）自行负担。
（七）申请人负担。

第四节　诉讼费用的缓、减、免

一、诉讼费用的缓、减、免

诉讼费用的缓、减、免，是指依照法律规定应当交纳的诉讼费用的当事人，因经济上确有困难，无力负担或者暂时无力交付时，经当事人申请，由人民法院决定缓交、减交或者免交的制度。

二、免交诉讼费用的案件

免交诉讼费用的案件主要包括：按照特别程序审理的案件、再审的案件。

复习思考题

1．如何理解诉讼费用的性质。
2．简述诉讼费用的种类及征收标准。
3．简述诉讼费用的负担。

第三编　审判程序

本编是关于民事诉讼审判程序的“操作规程”，是人民法院和当事人及其他诉讼参与人进行民事审判活动的行为准则。通过本编的学习，对全面掌握民事诉讼程序整个框架及内容具有重要意义。

第十九章　第一审普通程序

教学目的和要求：了解普通程序在整个民事审判程序中的地位和作用；理解普通程序的含义和各个阶段的任务；掌握起诉和受理、审理前的准备、开庭审理、撤诉、延期审理、诉讼中止、缺席判决、诉讼终结等各项具体法律规定。

学时分配：8 学时（其中包括 2 节课堂讨论）。

第一节　第一审普通程序概述

一、第一审普通程序的概念

人民法院审理民事案件时普遍适用的基础程序称为第一审普通程序。

第一审普通程序是相对于简易程序、第二审程序、特别程序和审判监督程序而言，它不仅是我国民事诉讼审判程序的基础性程序，而且也充分体现了民事诉讼活动的立法精神和基本原则。

二、第一审普通程序的特点

（一）第一审普通程序具有程序的完整性

（二）第一审普通程序具有广泛的适用性

第二节　起诉和受理

一、起诉

（一）起诉的概念

起诉，是指当事人依法向人民法院提出诉讼请求的诉讼行为。

（二）起诉的条件

起诉的条件，是指当事人向人民法院起诉时必须具备的实质要件和形式要件。

起诉的实质要件：1．原告是与本案有利害关系的公民、法人和其他组织；2．有明确的被告；3．有具体的诉讼请求和事实、理由；4．属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

起诉的形式要件：当事人应当向人民法院递交起诉状，并按被告人数提出副本。

二、受理

（一）受理的概念

受理，是指人民法院接受原告起诉，并启动诉讼程序的行为。

（二）人民法院审查起诉的内容

1．形式要件的审查；

2．实质要件的审查。

（三）人民法院审查的期限

法律规定人民法院审查起诉的期限为 7 日。

（四）人民法院在审查起诉期限内对几种情况的处理

（五）受理的法律后果

人民法院受理原告的起诉后，产生以下法律后果：

1．受诉人民法院对该案取得了审判权；

2．确定了双方当事人的诉讼地位；

3．诉讼时效中断；

4．各民事诉讼法律关系主体将依法进行诉讼活动。

第三节　审理前的准备

一、审理前准备的概念和任务

审理前的准备，是指人民法院受理案件后进入开庭审理之前所进行的一系列诉讼活动。

审理前准备的任务是成立审判组织、告知有关人员进行诉讼所必需的思想准备、物质准备和心理准备。同时，让审判人员了解案情、熟悉案情并进行必要的案头工作，以保证按时开庭审理。

二、审理前的准备工作

审理前的准备工作主要有以下内容：

（一）在法定期间内及时送达诉讼文书

（二）成立审判组织并告知当事人的诉讼权利

（三）认真审核诉讼材料

（四）调查收集必要的证据材料

（五）其他准备

三、被告答辩与反诉

（一）答辩

答辩，是指被告针对原告起诉的事实和理由向人民法院提出的答复和辩解。被告收到起诉状副本后，应当在 15 日内提出答辩状。

（二）反诉

反诉，是指在已经开始的诉讼程序中，本诉的被告通过人民法院向本诉的原告提出的一种独立的反请求。当事人提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。

第四节　开庭审理

一、开庭审理的概念

开庭审理，是指人民法院在当事人和所有诉讼参与人的参加下，全面审查案件事实，并依法作出裁判或调解的活动。

开庭审理应严格依法进行。任何诉讼法律关系主体只能遵循法律设定的次序实施诉讼行为，不得超前亦不得延后。

开庭审理的任务：通过审查核实证据，查明案件争议事实，分清是非，正确适用法律，对双方

当事人之间争议的民事权利和义务关系作出公正裁判。

二、开庭审理的程序

（一）宣布开庭

1．由书记员查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭并将结果报告合议庭。同时，向全体诉讼参与人和旁听群众宣布法庭纪律；

2．由审判长宣布审判人员、书记员名单，宣布案由，核对当事人。告知当事人诉讼权利和义务，询问当事人是否回避。若有人申请回避即按法定程序办理；

3．审查诉讼代理人资格和代理权限。

（三）法庭调查

法庭调查的中心任务是听取当事人对案情的充分陈述和提供证据材料，听取证人提供的证言，出示各种物证、书证和视听资料，宣读勘验笔录和鉴定结论，全面核实证据、揭露案件真相。

法庭调查的顺序：1．当事人陈述；2．证人作证；3．出示书证、物证和视听资料；4．宣读鉴定结论；5．宣读勘验笔录。

法庭调查阶段，审判人员应严守法律规定的发言顺序，不能随便颠倒，更不能随意剥夺他们的发言权。法庭调查结束前，审判长或者独任审判员应当就法庭调查认定的事实和当事人争议的问题进行归纳总结。

（四）法庭辩论

法庭辩论是当事人、第三人及其诉讼代理人就案件事实和适用法律向法庭阐明观点、申明理由的活动。

法庭辩论的顺序：1．原告及其诉讼代理人发言；2．被告及其诉讼代理人答辩；3．第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；4．互相辩论。

（五）法庭辩论后的调解

（六）宣告判决

三、开庭审理笔录

开庭审理笔录，是由书记员如实记载的开庭审理活动的书面记录，是人民法院重要的诉讼文书。

四、案件审结期限

根据民事诉讼法第 135 条的规定，人民法院适用第一审普通程序审理的案件，应当在立案之日起 6 个月内审结。

第五节　对开庭审理特殊情况的处理

一、撤诉

（一）撤诉的概念

撤诉，是指当事人将已经成立之诉撤销。

（二）撤回起诉

撤回起诉，是指原告在一审判决宣告前，将已经提出的诉撤销。

撤回起诉必须具备以下条件：

1．必须向受诉人民法院提出内容明确的申请；

2．必须是原告自己的真实意思表示；

3．申请撤诉的目的必须正当、合法。；

4．撤回起诉必须在起诉成立后人民法院判决宣告前提出。

（三）人民法院视为撤诉

法院视为撤诉，是指当事人虽不申请撤诉，但其行为可使人民法院推定其有撤诉的意思表示，法院可按撤诉处理。

二、延期审理

延期审理，是指在法定情形下，人民法院把已经确定的审理日期或正在进行的审理推延至另一期日进行审理的制度。

法律规定延期审理的情形如下：1．必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；2．当事人临时提出回避申请的；3．需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；4．其他应当延期的情形。

三、诉讼中止

诉讼中止，是指民事诉讼程序的中途暂时停止。

造成诉讼程序中途停止的原因：1.一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；2.一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；3．一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；4．本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；5．作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；6．其他应当中止诉讼的情形。

四、缺席判决

缺席判决，是指人民法院在部分当事人无故未参加或当事人未参加完开庭审理而中途退庭的情况下依法作出的判决。

缺席判决适用的条件如下：1．被告经传票传唤，无正当事由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的；2．无民事行为能力的被告的法定代理人经传票传唤，无正当理由拒不到庭，又不委托诉讼代理人的；3．被告反诉，原告经传票传唤，无正当事由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的；4．人民法院裁定不准许原告撤诉，原告经传票传唤无正当理由拒不到庭的。

五、诉讼终结

诉讼终结，是指在诉讼程序进行中，因出现某种特殊情况不得以结束诉讼的制度。

诉讼终结的情形：1．原告死亡，没有继承人或者继承人放弃诉讼权利的；2．被告死亡，没有遗产也没有应当承担义务的人的；3．离婚案件一方当事人死亡的；4．追索赡养费、扶养费、抚育费及解除收养关系案件的一方当事人死亡的。

复习思考题

1．简述第一审普通程序的概念和特点。

2．起诉应当具备哪些条件？

3．如何理解审理前准备程序及其在民事诉讼中的作用？

4．诉讼中有哪些特殊情况，应如何处理？

5．简述开庭审理各阶段的任务。

第二十章　简易程序

教学目的和要求：了解简易程序的含义、特点和意义，明确简易程序的适用范围及简易程序与普通程序的关系，正确理解和掌握适用简易程序的法律规定。

学时分配：2 学时。

第一节　简易程序的概念和适用范围

一、简易程序概述

简易程序，是指基层人民法院及其派出法庭审理简单民事案件所适用的一种简便易行的诉讼程序。简易程序是对普通程序的简化，是与普通程序并存的一个独立的第一审程序。

民事诉讼法规定简易程序的重要意义：便于当事人诉讼；便于人民法院办案。

二、简易程序的适用范围

（一）适用简易程序的人民法院是基层人民法院和它的派出法庭

（二）适用简易程序审理的案件是事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件

需要注意的是，2003 年 9 月 10 日最高人民法院发布的《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》，明确将五类案件排除在简易程序适用范围之外。具体包括：

1．起诉时被告下落不明的案件；

2．发回重审的案件；

3．共同诉讼中一方或者双方当事人人数众多的案件；

4．法律规定应当适用特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序和企业法人破产还债程序的案件；

5．人民法院认为不宜适用简易程序进行审理的案件。

第二节　简易程序的特点

一、简易程序的特点

（一）起诉方式简便

（二）受理程序简便

（三）传唤当事人、证人的方式简便

（四）实行独任制

（五）审理程序简便

（六）举证时限和审结案件的期限较短

二、适用简易程序应当注意的问题

（一）调解

适用简易程序审理的案件，当事人同时到庭的，可以径行开庭进行调解。应当先行调解的简易案件如下：

1．婚姻家庭纠纷和继承纠纷；

2．劳务合同纠纷；
3．交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷；
4．宅基地和相邻关系纠纷；
5．合伙协议纠纷；
6．诉讼标的额较小的纠纷。

（二）程序的转换

适用简易程序审理案件时，因发现案情复杂不宜适用简易程序进行审理，可转换适用普通程序进行审理。当事人自愿选择适用简易程序时，法院不得将简易程序转为普通程序。

复习思考题

1．简述简易程序的概念和作用。
2．简易程序与普通程序相比有哪些特点？
3．如何理解确定简单民事案件的标准？

第二十一章　民事判决、裁定和决定

教学目的和要求：掌握判决、裁定和决定的概念；熟悉各自的适用范围及法律效力。
学时分配：2 学时。

第一节　民事判决

一、民事判决的概念

民事判决，是指人民法院审理民事案件和非讼案件完结时，依据事实和法律对双方当事人之间的实体争议或者一方当事人提出的实体权利主张所作出的权威性判定。

二、民事判决的种类

（一）依案件性质，民事判决可以分为诉讼案件判决和非诉讼案件判决
（二）依民事判决性质，民事判决可以分为给付判决、确认判决和变更判决
（三）依判决内容，民事判决可以分为全部判决和部分判决
（四）依双方当事人是否出庭，民事判决可以分为对席判决和缺席判决
（五）依判决作出的时间，民事判决可以分为原判决和补充判决
（六）依判决的法律效力，民事判决可以分为生效判决和未生效判决

三、民事判决的内容

民事判决的内容包括首部、正文（判决事实、判决理由、判决主文）和尾部。

四、民事判决的效力

（一）法律没有规定上诉期的判决一经送达便具有效力
（二）法律规定有上诉期的判决，上诉期届满时，当事人未上诉的，民事判决生效
生效的民事判决对当事人、人民法院和社会具有拘束力。

第二节　民事裁定

一、民事裁定的概念

民事裁定，是指人民法院对民事审判和执行程序中的问题以及个别实体问题所作的权威性判定。

二、民事裁定的适用范围

（一）不予受理
（二）管辖权异议
（三）驳回起诉
（四）财产保全和先予执行
（五）准许或者不准许撤诉
（六）中止或者终结诉讼

（七）补正判决书中的笔误
（八）中止或者终结执行
（九）不予执行仲裁裁决
（十）不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书
（十一）其他需要裁定解决的事项

三、民事裁定的形式和内容

民事裁定的形式有两种：一是口头形式；二是书面形式。
民事裁定的内容包括首部、正文（事实、理由、主文）和尾部。

四、民事裁定的效力

民事裁定生效后，对人民法院和当事人会产生特殊的拘束力，即人民法院未经法定程序不得随便更改裁定内容；当事人须依裁定结论办事，不允许他们再对同一事项提出相同要求。

第三节　民事决定

一、民事决定的概念

民事决定，是指人民法院为保证民事诉讼的顺利进行，对诉讼过程中发生的障碍或者阻碍诉讼活动正常进行的特殊事项依法所作的权威判定。

二、民事决定的适用范围

（一）解决是否回避问题
（二）采取强制措施，排除妨害民事诉讼的行为
（三）解决当事人提出的顺延诉讼期限的申请问题
（四）解决当事人申请减、免、缓诉讼费用的问题
（四）解决当事人提出的顺延诉讼期限的申请问题
（五）解决重大疑难问题

三、民事决定的效力

民事决定一经作出，立即发生法律效力。民事决定生效后，人民法院、当事人和有关人员必须严格遵守。

复习思考题

1．如何对民事判决进行分类？
2．如何理解民事判决的法律效力？
3．民事裁定和民事决定分别适用于哪些情形？
4．民事判决与民事裁定有哪些区别？

第二十二章　民事判决既判力

教学目的和要求：了解民事判决既判力的主体界限、客体界限和时间界限；理解民事判决既判力的含义、本质和作用。

学时分配：2 学时。

第一节　既判力概述

一、民事判决既判力的概念

既判力，是指民事判决实质上的确定力，即形成确定的终极判决内容的判断，所具有的基准性和不可争性效果。

二、既判力的根据

（一）民事诉讼制度效力说

该学说认为，既判力是根据民事诉讼制度本身，为保证权利安定的需要而设置的，也即民事诉讼的目的在于解决民事纠纷。

（二）程序保障下的自我责任承担说

该学说认为，作为自我承担的表现，当事人应当主动接受既判力的约束，不应当再就同一法律关系提出主张。

（三）二元说

该学说认为，既判力的根据在于民事诉讼制度自身的内在要求和程序保障的要求，既肯定既判力是民事诉讼内在要求的制度，同时也主张当事人的自我责任。

三、既判力的本质

（一）实体法学说
（二）诉讼法学说
（三）权利实在说或具体法规范说
（四）新诉讼法学说

四、既判力的作用

（一）判决的约束力（一事不再理）
（二）当事人的处分权与公共利益的维护
（三）实现个案公正与诉讼效率

第二节　既判力的主体界限

一、既判力主体界限的含义

既判力的主体界限，是指既判力作用的主体范围。

二、既判力主体界限的绝对扩张

生效的民事判决、裁定，非经法定程序不得改变，除对当事人有约束力和执行力外，对社会上的一切人和单位都将产生约束力。

三、既判力主体界限的相对扩张

（一）当事人的继承人
（二）标的物被他人占有、支配
（三）公司诉讼
（四）人数不确定的代表人诉讼
（五）破产案件

第三节　既判力的客体界限

一、既判力客体界限的含义

既判力客体界限，是指既判力对判决中发生作用的判决事项。

二、诉讼标的和判决理由

诉讼标的新二分支说可以弥补旧理论的不足，易于确定既判力的客体界限。即原告的声明＝诉讼标的＝判决实质的判决事项＝既判力的客体界限。对判决理由一般不生既判力。

三、部分请求诉讼

（一）给付种类物的部分诉讼请求
（二）侵权损害赔偿之诉的部分诉讼请求

四、当事人的抵销抗辩

既判力的客体界限原则上止于诉讼标的，而不包含判决理由。但判决中关于当事人在诉讼中对另一方当事人抵销抗辩的有无理由的判断，作为一种特殊，具有既判力。法院就当事人抵销抗辩所作的判断，属于判决理由中的判断，是既判力客体界限的例外。

第四节　既判力的时间界限

一、既判力的基准时点

既判力的基准时点，是指在该时点，争论的权利义务关系经过确定，并不是说于此时就产生既判力。

（一）第一审判决
（二）第二审判决

二、既判力的发生

判决确定时，判决发生既判力。

（一）可以上诉的判决

（二）终局判决
（三）依特别程序审理的案件所作的判决
（四）非判决形式的裁判

三、既判力时间界限的扩张与既判力的消灭

（一）既判力时间界限的扩张
（二）既判力的消灭

复习思考题

1．什么是既判力？
2．如何理解既判力主体界限的相对扩张？
3．什么是既判力的客体界限？
4．如何理解既判力的时间界限？

第二十三章　第二审程序

教学目的和要求：了解第二审程序的含义、性质和意义；明确第二审程序发生的基础及与第一审程序的关系；掌握提起上诉的条件以及二审法院对上诉案件的审理范围、审理方式及裁判。

学时分配：5 学时（其中包括 1 节课堂讨论）。

第一节　第二审程序概述

一、第二审程序的概念和意义

第二审程序，是指上一级人民法院根据当事人的上诉，就下级人民法院的一审判决和裁定，在其发生法律效力之前，对案件进行重新审理的程序。

第二审程序对人民法院来说，是人民法院系统内进行自我监督的程序制度，有利于上级人民法院对下级人民法院审判工作的监督和指导；对当事人来说，有利于当事人维护自己的合法权益。

二、第二审程序与第一审程序的关系

第二审程序与第一审程序都是基于当事人行使诉权而发生的诉讼程序，既有联系，又有区别。

其联系表现为：第一审程序是第二审程序的前提和基础；第二审程序是第一审程序的继续和发展。

其区别表现为：程序发生的原因不同；审理的对象不同；适用的程序不同；裁判的效力不同。

第二节　上诉的提起和受理

一、上诉的概念

上诉，是指当事人不服第一审人民法院作出的未生效判决，在法定期间内，要求上一级人民法院对上诉请求的有关事实和法律适用，进行审理的诉讼行为。

二、上诉的条件

（一）上诉的实质要件

上诉的实质要件，是指法律规定哪些裁判可以提起上诉。

（二）上诉的形式要件

上诉的形式要件，是指当事人上诉应具备法定的程序上的条件，即包括合格的上诉人和被上诉人；在法定期间内提出上诉；提交上诉状。

三、上诉的提起和受理

（一）上诉的提起

上诉的提起，是指上诉人通过法定程序，请求上一级人民法院对案件重新进行审理的诉讼行为。

（二）上诉的受理

上诉的受理，是指人民法院通过法定程序，对上诉主体资格及上诉状进行审查，接受审理的诉讼行为。

四、上诉的撤回

上诉的撤回，是指上诉人提起上诉后，在第二审人民法院判决宣告前撤回上诉请求的诉讼行为。

第三节　上诉案件的审理

一、审理前的准备工作

（一）组成合议庭
（二）审阅案卷、调查和询问当事人

二、上诉案件的审理范围

第二审人民法院应当对当事人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。但是，判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。

三、上诉案件的审理方式

（一）开庭审理
（二）径行判决

四、上诉案件的调解

第二审人民法院审理上诉案件，可以进行调解。调解达成协议的，应当制作调解书。调解书由审判员、书记员署名，加盖人民法院印章。调解书送达当事人后即发生法律效力，原审人民法院的判决即视为撤销。

第四节　上诉案件的裁判

一、上诉案件裁判的种类

（一）上诉案件判决的种类
第二审人民法院审理对判决上诉的案件，应当分别情形作出以下处理：
1．判决驳回上诉，维持原判；
2．依法改判；
3．裁定发回原审法院重审。
（二）上诉案件裁定的种类
第二审人民法院审理对裁定上诉的案件，应当分别情形作出以下处理：
1．驳回上诉，维持原裁定；
2．裁定撤销原裁定。

二、上诉审裁判的法律效力

第二审人民法院的裁判是终审裁判，当事人不得再行上诉。

三、上诉案件的审结期限

第二审人民法院对不服判决的上诉案件，应在第二审人民法院立案之日起 3 个月内审结；对不

服裁定的上诉案件，应在立案之日起 30 日内作出终审裁定。

复习思考题

1．简述第一审程序与第二审程序的关系。
2．什么是上诉？上诉应当具备哪些条件？
3．简述上诉的起诉与受理。
4．如何理解二审法院对上诉案件的审理范围及方式？
5．简述二审法院对上诉案件的调解与裁判。

第二十四章　审判监督程序

教学目的和要求：正确理解审判监督程序的性质、特点、意义及与第二审程序的区别；了解我国再审程序的三条渠道及相互关系；熟悉当事人申请再审和人民检察院提出抗诉的法律规定；掌握提起和审理再审案件的程序及再审裁判的法律效力。

学时分配：4 学时（其中包括 1 节课堂讨论）。

第一节　审判监督程序概述

一、审判监督程序的概念

审判监督程序，是指人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定，依照法律规定由法定机关提起，对案件进行再审的程序。

二、审判监督程序的特点

（一）审理的对象是生效的法律文书
（二）审理的理由是生效的裁判确有错误
（三）引起审判监督程序发生的主体是具有审判监督权的国家机关
（四）没有设置专门的审判程序

三、审判监督程序的意义

（一）是人民司法工作坚持实事求是、有错必纠的原则在诉讼程序制度上的具体体现
（二）维护了人民法院判决、裁定的严肃性和稳定性
（三）通过纠正错误裁判，保护当事人的合法权益

第二节　法院行使监督权对案件的再审

一、提起审判监督程序的条件

（一）提起再审的主体必须是法定机关
（二）提起再审的客体必须是人民法院已经发生法律效力的判决、裁定确有错误

二、人民法院行使审判监督权对案件的再审

（一）本院提起再审
1．本院院长提交审判委员会讨论；
2．本院审判委员会决定。
（二）最高人民法院和上级人民人民法院提起再审
1．最高人民法院提起的再审；
2．上级人民人民法院提起的再审。

第三节　对检察院抗诉案件的再审

一、民事抗诉的概念

抗诉，是指人民检察院对人民法院已经生效的民事判决、裁定，认为确有错误，依法提请人民法院对案件重新审理的诉讼行为。

二、抗诉的条件

（一）判决、裁定已经发生法律效力

（二）具有法定的事实和理由

1．原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；

2．原判决、裁定适用法律确有错误；

3．人民法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定；

4．审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

三、抗诉的程序

（一）抗诉的提起

1．最高人民检察院对各级人民法院已发生法律效力的判决、裁决提出抗诉。

2．上级人民检察院对下级人民法院已发生法律效力的判决、裁定提出抗诉。

（二）抗诉的程序

人民检察院决定对人民法院的判决、裁定提出抗诉的，应当制作抗诉书。抗诉的人民检察院应将抗诉书抄送上级人民检察院，上级人民检察院认为抗诉不当的，有权撤销下级人民检察院的抗诉，并通知下级人民检察院。人民法院收到抗诉书，应当再审，并裁定中止原判决、裁定的执行。

第四节　当事人申请再审

一、当事人申请再审的概念

当事人申请再审，是指当事人及其法定代理人对已经发生法律效力的判决、裁定、调解书，认为有错误，向人民法院提出变更或者撤销原判决、裁定和调解书的请求，并提请人民法院对案件进行重新审理的诉讼行为。

二、当事人申请再审的条件

（一）认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定有错误

（二）申请再审应当具备法定的事由

（三）在法定期限内申请再审

三、当事人申请再审的程序

当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审，但不停止判决、裁定的执行。

第五节　再审案件的审判

一、裁定中止原判决的执行

人民法院按照审判监督程序决定再审的案件，应裁定中止原判决的执行。

二、对原第一审审结案件的审判

人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定由第一审人民法院作出的，按照第一审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉。

三、对原第二审审结案件的审判

人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是由第二审人民法院作出的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定，是终审判决、裁定，当事人不得上诉。

四、最高人民法院或上级人民法院提审案件的审判

最高人民法院或者上级人民法院按照审判监督程序提审的案件，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。

五、应当注意的问题

（一）无论适用第一审程序还是二审程序审理再审案件，应当一律开庭审理，不得径行判决

（二）除提审案件外，合议庭应另行组成

（三）原告经依法传唤不到庭或未经法庭许可中途退庭的，不得按撤诉处理，可以缺席判决

（四）对再审案件的范围，不受原判决、裁定范围和当事人申请再审请求范围的限制，应当进行全面审理

复习思考题

1．简述再审程序的概念和特点。

2．如何理解再审程序的意义？

3．简述引起再审程序的方式及条件。

4．简述再审案件的审理程序。

第二十五章　特别程序

教学目的和要求：了解特别程序的性质、特点和适用范围；掌握各类不同案件的审理程序。
学时分配：2 学时。

第一节　特别程序的概念和特点

一、特别程序的概念

特别程序，是指人民法院审理某些非民事权益争议案件所适用的特殊审判程序。

二、特别程序的特点

（一）特别程序的审理是对某种法律事实进行确认
（二）没有原告和被告
（三）实行一审终审
（四）审判组织特别
（五）不适用审判监督程序
（六）案件审结期限较短
（七）免交诉讼费用

第二节　选民资格案件

一、选民资格案件的概念

选民资格案件，是指公民对选举委员会公布的选民资格名单有不同意见，向选举委员会申诉后，对选举委员会就申诉所作的决定不服，而向人民法院提起诉讼的案件。

二、审理选民资格案件的意义

保护有选举资格的公民享有选举权和被选举权；使没有选举权和被选举权的人不能非法参加选举，从而保障选举工作的顺利进行。

三、选民资格案件的审理程序

（一）起诉

公民对选举委员会公布的选民名单有不同意见，应当先向选举委员会提出申诉，选举委员会应在 3 日内对申诉作出决定。申诉人对处理决定不服的，可以在选举日的 5 日以前向人民法院起诉。

（二）管辖

选民资格案件，由选区所在地的基层人民法院管辖。

（三）审理和判决

1．选民资格案件只能由审判员组成合议庭进行审理；

2．人民法院受理选民资格案件后，必须在选举日前审结；

3．开庭审理，起诉人、选举委员会的代表和有关公民必须参加；

4．判决书应当在选举日前送达选举委员会和起诉人，并通知有关公民。判决书一经送达立即

发生法律效力。

第三节　宣告公民失踪案件

一、宣告公民失踪案件的概念

宣告公民失踪案件，是指公民离开自己的住所下落不明，经过法律规定的期限仍无音讯，经利害关系人申请，人民法院宣告该公民为失踪人的案件。

二、宣告公民失踪案件的审理程序

（一）申请

1．必须有公民下落不明满 2 年的事实；

2．必须是与下落不明的公民有利害关系的人向人民法院提出申请；

3．必须采用书面形式提出申请。

（二）管辖

宣告公民失踪案件，由失踪人住所地的基层人民法院管辖。

（三）公告

人民法院受理宣告公民失踪案件后，应当发出寻找失踪人的公告。公告期为 3 个月。

（四）判决

公告期满，如果下落不明人仍无音讯，人民法院即依法判决，宣告该公民为失踪人。

三、宣告失踪的法律后果

人民法院判决宣告公民失踪的同时，应为失踪人指定财产代管人。

四、宣告失踪判决的撤销

失踪人重新出现时，经该公民本人或者利害关系人申请，人民法院查证属实后，应当作出新判决、撤销原判决。

第四节　宣告公民死亡案件

一、宣告公民死亡案件的概念

宣告公民死亡案件，是指公民下落不明满法定期限，人民法院根据利害关系人的申请，依法宣告该公民死亡的案件。

二、宣告公民死亡案件的成立条件

（一）须生死不明

（二）须达到法定期限

三、宣告公民死亡案件的审理程序

（一）申请

宣告公民死亡案件必须由利害关系人提出书面申请。

（二）管辖

宣告公民死亡案件，由下落不明人住所地的基层人民法院管辖。

（三）公告

人民法院受理宣告公民死亡案件后，必须发出寻找下落不明公民的公告。公告期为1年。

（四）判决

公告期满，如果失踪人仍然下落不明，人民法院应依法作出宣告失踪人死亡的判决。

四、宣告公民死亡的法律后果

公民被宣告死亡和自然死亡的法律后果基本相同。

五、宣告公民死亡判决的撤销

失踪人重新出现时，经该公民本人或者利害关系人申请，人民法院查证属实后，应当作出新判决、撤销原判决。

第五节　认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件

一、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的概念

认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件，是指人民法院根据利害关系人的申请，对不能正确辨认自己行为或不能完全辨认自己行为的精神病人，按照法定程序，认定并宣告该公民无民事行为能力或限制民事行为能力的案件。

二、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的审理程序

（一）申请

由利害关系人提出书面申请。

（二）管辖

由被申请人住所地人民法院管辖。

（三）鉴定

人民法院受理案件后，应当对被申请人进行鉴定。

（四）审理

人民法院审理案件时，由该公民的近亲属作为代理人。

（五）判决

人民法院经过审理，根据认定的事实，判决该公民无民事行为能力或者限制民事行为能力。

三、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力判决的撤销

判决原因消除后，人民法院根据无民事行为能力、限制民事行为能力的人或者他的监护人的申请，应当作出新判决，撤销原判决，恢复该公民行为能力。

第六节　认定财产无主案件

一、认定财产无主案件的概念

认定财产无主案件，是指人民法院根据公民、法人或者其他组织的申请，依照法定程序将某项归属不明的财产认定为无主财产，并将它判归国家或集体所有的案件。

二、认定财产无主案件的审理程序

（一）申请

认定财产无主案件，由公民、法人或者其他组织向人民法院提出书面申请。

（二）管辖

认定财产无主案件，由无主财产所在地基层人民法院管辖。

（三）公告

人民法院受理认定财产无主案件后，应当发出财产认领公告，寻找财产所有人。公告期为 1 年。

（四）判决

公告期满仍无人认领财产，人民法院即应作出判决，认定该项财产为无主财产，并判归国家或集体所有。

三、认定财产无主判决的撤销

财产所有人或继承人出现，在法定的诉讼时效期间内，可以对财产提出请求。人民法院查证属实后，应当作出新判决，撤销原判决。

复习思考题

1．特别程序具有哪些特点？

2．特别程序适用于哪些案件？其审理程序怎样？

第二十六章　督促程序

教学目的和要求：了解督促程序的含义、适用范围和特点；掌握支付令的申请条件、效力以及债务人对支付令的异议。

学时分配：2 学时。

第一节　督促程序概述

一、督促程序的概念

督促程序，是指人民法院根据债权人的给付金钱和有价证券的申请，以支付令的形式，催促债务人限期履行义务的特殊程序。

二、督促程序的特点

（一）程序的特殊性

（二）适用案件范围的特定性

（三）发出支付令和支付令异议的期限性

（四）支付令的强制性

第二节　支付令的申请和受理

一、支付令的申请

（一）申请支付令的条件

1．债权人请求给付的范围，仅限于请求给付金钱或者汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券和可转让的存款单等有价证券。

2．请求给付的金钱或者有价证券已到偿付期且数额确定。

3．债权人没有对等给付义务。

4．支付令能够送达债务人。

（二）申请支付令的方式

债权人申请支付令，必须向人民法院提交申请书。

（三）申请的效力

债权人提出支付令申请，引起督促程序的发生，请求权的时效中断，以及人民法院对支付令案件取得了管辖权。

（四）支付令申请的驳回

有下列情况之一的，人民法院应当裁定驳回其申请：

1．当事人主体不适格的；

2．给付金钱或者汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券的证明文件没有约定逾期给付利息或者违约金、赔偿金，债权人坚持要求给付利息或者违约金、赔偿金的；

3．债权人要求给付的金钱或者汇票、本票、支票以及股票、债券、国库券、可转让的存款单等有价证券属于违法所得的；

4．债权人申请支付令之前已向人民法院申请诉前保全，或者申请支付令同时又要求诉前保全的。

二、管辖

债权人可以向债务人住所地基层人民法院申请支付令。

三、支付令申请的受理

债权人提出申请后，人民法院应在收到申请书之日起 5 日内通知债权人是否受理。

第三节　支付令的制作、发出和效力

一、支付令的制作和发出

支付令，是指人民法院根据债权人的申请，督促债务人限期清偿债务的法律文书。人民法院决定受理债权人的申请，应当在法定期间内制作督促债务人清偿债务的支付令。

人民法院对债权人的申请经审查，认为符合民事诉讼法规定条件的，应当在受理之日起 15 日内向债务人发出支付令。

二、支付令的效力

（一）限期债务人清偿债务

（二）具有强制执行的效力

第四节　支付令的异议和督促程序的终结

一、支付的异议

支付令的异议，是指债务人向人民法院申明不服支付令确定的给付义务的法律行为。它的一个重要特点是，异议可以不附任何理由，只要作出异议陈述即可。

（一）异议成立的条件

1．异议应在法定期间提出

2．异议必须针对债权人的请求

3．异议必须以书面方式提出

（二）异议的效力

债务人在法定期间提出异议，经人民法院审查符合异议条件的，支付令失效。

（三）异议的撤回

债务人对支付令提出异议后，不得提出撤回异议的申请。

二、督促程序的终结

（一）债务人在法定期间内清偿债务

（二）债务人在法定期间提出异议

（三）支付令无法送达债务人

（四）支付令的撤销

复习思考题

1．简述督促程序的概念和特点。
2．申请支付令应当具备哪些条件？
3．如何理解支付令的异议？

第二十七章　公示催告程序

教学目的和要求：了解公示催告程序的特点和适用范围，掌握提起公示催告程序的条件和公示催告审理程序的规定。

学时分配：2 学时。

第一节　公示催告程序概述

一、公示催告程序的概念和意义

公示催告程序，是指人民法院根据申请人的申请，以公示方式，催促不明的利害关系人，在法定期间主张权利，如无人主张权利，经申请人的申请，作出除权判决的程序。

公示催告程序对保护票据关系人的合法权益，保障票据的正常使用和流通，促进社会主义经济的发展，具有重要意义。

二、公示催告程序的特点

（一）当事人的特定性
（二）适用范围的限定性
（三）案件的非讼性
（四）审理方式的特殊性

第二节　公示催告程序的适用范围和条件

一、公示催告程序的适用范围

（一）可以背书转让的票据
（二）依照法律规定可以申请公示催告的其他事项

二、申请公示催告的条件

（一）申请主体必须是依法享有票据权利的最后持有人
（二）申请原因必须是可以背书转让的票据被盗、遗失或灭失
（三）利害关系人处于不明状态
（四）申请人必须向有管辖权的人民法院提交书面申请

第三节　公示催告案件的审理程序

一、申请

（一）公示催告申请的提出

公示催告的申请人应当以书面形式向人民法院提出申请，说明申请公示催告的主体、事项、原因和方式。

（二）公示催告申请的撤回

申请人撤回申请应当在公示催告前提出。公示催告期间申请撤回的，人民法院可以径行裁定终结公示催告程序。

二、受理

人民法院收到公示催告的申请后，应当立即进行审查，并决定是否受理。经审查认为申请符合受理条件的，应当通知申请人予以受理，并同时通知支付人停止支付；认为申请不符合受理条件的，应当在 7 日内裁定驳回申请。

三、止付和公告

人民法院决定受理公示催告申请的，应当同时向支付人发出停止支付的通知，并且在 3 日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间，由人民法院根据实际情况决定，但不得少于 60 日。

四、申报权利

（一）申报权利的条件

1．申报权利人应当是持票人；

2．利害关系人应当在公示催告期间或者除权判决前申报权利。

（二）申报权利的效力

利害关系人申报权利成立的，在法律上产生终结公示催告程序的效力。

第四节　除权判决

一、除权判决的概念

除权判决，是指人民法院在公示催告期间届满无人申报权利，或者申报被驳回，依申请人的请求所作的宣告失票无效的判决。

二、除权判决的效力

（一）被催告申报权利的票据丧失效力，即持有该票据的利害关系人不能行使票据上的权利。

（二）公示催告申请人根据人民法院的判决行使票据上的权利，有权依据人民法院的除权判决向付款人请求付款，付款人不得拒绝支付。

三、除权判决的撤销

民事诉讼法对除权判决的撤销，未作明文规定。利害关系人因正当理由不能在人民法院作出判决前向人民法院申报权利的，自知道或应当知道判决公告之日起一年内，可以向作出判决的人民法院起诉。

复习思考题

1．简述公示催告程序的概念和特点。

2．公示催告程序的适用范围是什么？

3．申请公示催告应当具备哪些条件？

4．什么是除权判决？其效力如何？

第二十八章　企业法人破产还债程序

教学目的和要求：明确企业法人破产还债程序的概念、特点和适用范围，掌握破产的申请与受理、债权人会议、和解与整顿、破产宣告、破产清算等具体规定。

学时分配：2 学时。

第一节　企业法人破产还债程序概述

一、企业法人破产还债程序的概念和特点

企业法人破产还债程序，是指企业法人因严重亏损、无力清偿到期债务，人民法院根据债权人或债务人的申请，宣告债务人破产，并将债务人的破产财产依法在全体债权人中按比例进行分配的特定程序。其特点是：

（一）破产程序是清偿债务的特殊手段

（二）破产程序的发生以债务人不能清偿到期债务为前提

（三）破产程序以债权人按比例受偿和债务人责任限定为原则

（四）破产程序一审终审，并一律适用裁定

二、企业法人破产还债程序的适用范围

企业法人破产还债程序适用于具有法人资格的集体企业、联营企业、私人企业，以及设在我国领域内的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业等。但联营各方均为全民所有制企业的联营企业的破产，适用《企业破产法（试行）》。

第二节　破产的申请与受理

一、破产案件的管辖

企业法人破产还债案件，由破产企业住所地人民法院管辖。

二、破产界限

（一）企业法人严重亏损

（二）无力清偿到期债务

三、破产申请

（一）债权人申请债务人破产还债

（二）债务人申请破产还债

四、破产案件的审查和受理

人民法院接到申请人提出的申请后，应当根据民事诉讼法的规定进行审查。经审查，符合受理条件的，应当在 7 日内予以立案；不符合受理条件的，在 7 日内裁定不予受理。

人民法院受理破产案件后，应进行以下几项工作：1．通告和公告；人民法院在受理案件 10 日内应当通知债务人和已知的债权人，并发出公告。2．债权人申报债权；债权人应当在收到通知后

30 日内，未收到通知的债权人应当在自公告之日起 3 个月内，向人民法院申报债权。3．债权登记。人民法院应当对当事人申报的债权予以登记。有财产担保的债权与无财产担保的债权应当分别登记。

五、案件受理的效力

（一）对与债务人有关的民事审判程序、民事执行程序，必须中止。

（二）债务人对部分债权人的清偿无效。

（三）诉讼时效中断。

第三节　债权人会议

一、债权人会议的性质和职权

（一）债权人会议的性质

债权人会议既不是执法组织，也不是法人团体，只是在破产程序中由人民法院召集的有特殊职能的临时性组织。

（二）债权人会议的职权

1．审查有关债权的证明材料，确认债权有无担保及其数额；

2．讨论通过和解协议草案；

3．讨论通过破产财产的处理和分配方案。

二、债权人会议的召开和会议决议的效力

（一）债权人会议的召开

第一次债权人会议，在债权申报期满后 15 日内，由人民法院组织召开。以后的债权人会议，可在下列三种情况下召开：

1．人民法院或者会议主席认为必须时；

2．清算组要求时；

3．占无财产担保债权总额的四分之一以上的债权人要求时。

（二）债权人会议决议的效力

债权人会议的决议一旦通过，就对全体债权人产生约束力，包括无表决权的债权人和未出席会议的债权人。

第四节　和解与整顿

一、和解

（一）和解的概念

和解，是指人民法院在受理破产案件后，债务人与债权人会议之间在延期偿还债务的问题上达成协议，中止破产的一种法律行为。

（二）和解协议

在人民法院受理破产案件后，债务人可以提出和解协议草案，交债权人会议讨论。债权人会议依法通过和解协议草案的，双方达成和解协议；和解协议经人民法院裁定认可并发布公告后，发生法律效力。

（三）和解协议的效力

1．对债务人产生约束力，债务人应当严格履行和解协议；

2．对全体债权人有效，债权人不得在和解协议之外对债务人主张债权；

3．人民法院不得自行变更或终止已发生法律效力的和解协议。

二、整顿

（一）整顿的期间

我国法定的整顿期间为 2 年。

（二）整顿工作的监督机构

企业在整顿期间，应当接受人民法院和债权人会议的监督。

（三）整顿的终结

1．正常终结

2．非正常终结

第五节　破产宣告

一、破产宣告的裁定和公告

（一）破产宣告

人民法院依法作出宣告企业破产的裁定，应当采用书面形式。为使破产债权人、债务人和其他利害关系人了解企业破产情况，应当将人民法院宣告企业破产的裁定予以公告。

（二）破产宣告的法律后果

1．自破产宣告之日起，破产企业丧失对企业财产的管理权、处分权；

2．自破产宣告之日起，破产企业的法定代表必须履行法律规定的义务；

3．自破产宣告之日起，无财产担保的债权人转为破产债权人，其对企业享有的债权只能通过破产程序得到清偿。

二、成立清算组

人民法院自宣告企业破产之日起 15 日内成立清算组，接管破产企业。

三、重新登记债权

企业在和解、整顿期间进行必要的生产经营活动必然带来原登记债权的变化，人民法院宣告企业破产时应当重新登记债权。

四、破产债权

（一）破产债权的概念

破产债权，是债权人对破产企业所享有的，只有通过破产还债程序才可以受偿的债权。

（二）破产债权的构成条件

1．必须是在破产宣告前成立的债权；

2．必须是不享有俦受偿权的债权；

3．必须是根据破产程序行使的债权。

五、破产财产

（一）破产财产的构成条件

1．必须是破产企业可以独立支配的财产；

2．必须是破产程序终结前属于破产企业的财产；

3．必须是依照破产程序可以强制清偿债务的财产。

（二）破产财产的范围

1．宣告破产时企业经营管理的全部财产；

2．破产企业在被宣告破产后至破产程序终结前所取得的财产；

3．应当由破产企业行使的其他财产权利；

4．担保物的价款超过其所担保的数额的部分。

第六节　破产清偿和破产程序的终结

一、破产清偿的顺序

破产财产在优先拨付破产费用后，按下列顺序清偿：

（一）破产企业所欠职工工资和劳动保险费用

（二）破产企业所欠税款

（三）破产债权

二、破产程序的终结

（一）因破产企业履行和解协议而终结

（二）因破产财产不足以支付破产费用而终结

（三）因破产财产分配完毕而终结

复习思考题

1．简述企业法人破产还债程序的概念和特点。

2．简述企业法人破产还债程序的适用范围。

3．简述人民法院受理破产案件的效力。

4．简述债权人会议的性质和职权。

5．破产宣告的法律后果是什么？

6．破产债权的构成条件是什么？

7．简述破产财产的分配顺序。

第四编　涉外民事诉讼程序的特别规定

本编是关于涉外民事诉讼程序基本问题的论述。学习本编，有助于了解和掌握涉外民事诉讼程序的基本理论，理解有关的法律规定和司法解释，并对涉外民事诉讼实践具有指导意义。

第二十九章　涉外民事诉讼程序概述及其一般原则

教学目的和要求：了解涉外民事诉讼的概念和特点，理解涉外民事诉讼程序的含义及特征，掌握涉外民事诉讼程序的一般原则。

学时分配：1 学时。

第一节　涉外民事诉讼程序概述

一、涉外民事诉讼的概念和特点

（一）涉外民事诉讼的概念

涉外民事诉讼，是指具有涉外因素的民事诉讼。所谓的涉外因素体现在三个方面：

1．争议法律关系主体的一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织；

2．导致当事人之间设立、变更、终止法律关系的法律事实发生在国外；

3．双方当事人之间争执的标的物在国外。

（二）涉外民事诉讼的特点

1．涉及国家主权；

2．期间较长；

3．审理时存在适用法律的选择问题；

4．人民法院审理涉外民事案件，有时需要外国法院协助。

二、涉外民事诉讼程序的概念和特点

涉外民事诉讼程序，是指一国法院受理、审理和执行涉外民事案件的程序。

严格地说，涉外民事诉讼程序不是独立的程序，其全称应是涉外民事诉讼程序的特别规定。这种特别规定和国内的民事诉讼程序规定以及某些国际条约的规定，共同构成审理涉外民事诉讼案件的诉讼程序。

第二节　涉外民事诉讼程序的一般原则

一、适用我国民事诉讼法的原则

二、国家主权原则

三、司法豁免原则

四、适用我国缔结或参加的国际条约原则

复习思考题

1．简述涉外民事诉讼的概念和特点。

2．简述涉外民事诉讼程序的概念和特点。

3．简述涉外民事诉讼程序应遵循的一般原则。

第三十章　涉外民事诉讼的管辖

教学目的和要求：了解涉外民事诉讼管辖的概念，掌握我国民事诉讼法对涉外民事诉讼管辖的分类。

学时分配：1 学时。

第一节　涉外民事诉讼管辖的概念和原则

一、涉外民事诉讼管辖的概念

涉外民事诉讼管辖，是指我国人民法院对一定范围涉外民事案件的审判权限和各级各类人民法院受理第一审涉外民事案件的分工权限。

二、我国确定涉外民事诉讼管辖的原则

（一）尊重和信守国际条约和国际惯例的原则
（二）遵守涉外民事诉讼程序特别规定的原则
（三）适用民事诉讼法对一般民事诉讼案件管辖的规定

第二节　涉外民事诉讼管辖的种类

一、集中管辖

集中管辖是指以下几类涉外民事案件，集中由少数受案较多、审判力量较强的中级和基层人民法院管辖。具体案件包括：涉外合同和侵权纠纷案件；信用证纠纷案件；申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；审理有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；申请承认和强制执行外国法院民商事裁决、裁定的案件。

二、牵连管辖

牵连管辖，是指根据诉讼与法院所在地的一定牵连关系来确定管辖法院的制度。其特点：1．管辖法院的确定以诉讼与法院所在地的牵连为标准；2．被告在我国领域内没有住所，不管被告的国籍如何；3．适用范围的限制，即只适用于合同纠纷或者其他财产权益纠纷。

三、协议管辖

协议管辖，是指依当事人双方意志协商决定管辖法院的制度。

涉外协议管辖同国内协议管辖一样，必须具备一定的要件才能成立。这些要件是：1．涉外协议管辖的案件必须是涉外合同纠纷或者涉外财产权益纠纷；2．涉外协议管辖的协议必须呈书面形式；3．协议管辖法院必须是与案件有实际联系的地点的法院；4．涉外协议管辖不得违反我国民事诉讼法关于级别管辖、集中管辖和专属管辖的规定，否则无效。

四、专属管辖

专属管辖，是指一定范围的民事案件只能由一国法院独有管辖权的制度。

我国民事诉讼法规定，因在我国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合

作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由我国法院管辖。

五、应诉管辖

应诉管辖，是指涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并且已应诉答辩，即视为被告承认该人民法院有管辖权的制度。

复习思考题

1．简述涉外民事诉讼管辖的概念和种类。
2．什么是牵连管辖？
3．涉外协议管辖与国内协议管辖有什么区别？
4．我国民事诉讼法规定适用专属管辖的案件有哪些？
5．什么是应诉管辖？

第三十一章　涉外仲裁

教学目的和要求：了解涉外仲裁的含义、机构和原则，正确理解涉外仲裁与涉外诉讼的关系，掌握涉外仲裁裁决的执行等法律问题。

学时分配：1 学时。

第一节　涉外仲裁概述

一、涉外仲裁的概念

涉外仲裁，是指根据当事人的约定，在涉外仲裁机构主持下，依法对当事人之间的争执居中决断的法律制度。

二、涉外仲裁机构

（一）中国国际经济贸易仲裁委员会
（二）中国海事仲裁委员会

三、涉外仲裁原则

（一）协议原则
（二）独立裁决原则
（三）公平原则
（四）仲裁与调解相结合原则
（五）保密审理原则
（六）参照国际惯例原则

四、涉外仲裁与涉外诉讼的联系与区别

（一）涉外仲裁与涉外诉讼的联系
1．涉外仲裁中的财产保全事宜必须由被申请人住所地或财产所在地中级人民法院裁定；
2．涉外仲裁裁决的执行有待人民法院协助与监督。
（二）涉外仲裁与涉外诉讼的区别
1．案件审理人员不同
2．管辖案件的范围不同
3．审理的制度和原则不同
4．两者的根本性质不同

第二节　涉外仲裁程序

一、仲裁协议

仲裁协议，是当事人双方达成的自愿将争议提交涉外仲裁机构解决的书面意见。

二、申请与受理

（一）申请

订有协议的当事人之间产生纷争后，必须有人向仲裁机构正式提出书面申请。

（二）受理

仲裁机构收到申请后应认真审查，审查合格后，予以立案。

三、仲裁

（一）组建仲裁庭

涉外仲裁机构采用两种方式仲裁案件，即独任仲裁制和仲裁庭制。

（二）仲裁庭审理案件一般不公开进行

（三）仲裁裁决

仲裁庭应当在案件组成仲裁庭之日起 9 个月内作出仲裁裁决书。

复习思考题

1．什么是涉外仲裁？什么是涉外仲裁协议？

2．涉外仲裁与涉外诉讼是什么关系？

3．我国民事诉讼法规定的撤销仲裁裁决的法定事由有哪些？

第三十二章　送达、期间和财产保全

教学目的和要求：了解涉外民事诉讼期间、送达的法律规定，掌握涉外民事诉讼财产保全的含义、特点和具体程序。

学时分配：1 学时。

第一节　送　达

一、送达的概念

涉外民事诉讼的送达，是指人民法院对在我国领域内没有住所的当事人，按照我国民事诉讼法规定的特定送达方式送交诉讼文书的行为。

二、送达的方式

（一）依有关国际条约规定的方式送达
（二）通过外交途径送达
（三）委托我国驻外使、领馆代为送达
（四）向受送达人的诉讼代理人送达
（五）向受送达人在我国领域内设立的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达
（六）邮寄送达
（七）公告送达

第二节　期　间

一、期间的概念

涉外民事诉讼的期间，是指人民法院、涉外民事诉讼当事人和其他诉讼参与人进行诉讼行为的期限。

二、民事诉讼法对涉外民事诉讼期间的具体规定

（一）被告提出答辩的期限

被告在我国领域内没有住所的，人民法院应当将起诉状副本送达被告，并通知被告在收到起诉状副本后 30 日内提出答辩状。遇有特殊情况，被告申请延长答辩期限的，是否准许，由人民法院视情况决定。

（二）当事人提起上诉和答辩的期限

在我国领域内没有住所的当事人，不服第一审人民法院判决、裁定的，有权在判决书、裁定书送达之日起 30 日内提起上诉，被上诉人在收到上诉状副本后，应当在 30 日内提出答辩状。当事人因故在法定的 30 日内不能提起上诉或者提出答辩状，申请延期的，是否准许，由人民法院决定。

（三）涉外民事诉讼的审结期限

人民法院审理涉外民事诉讼案件，可以根据实际情况灵活掌握，不受民事诉讼法规定的期间的限定。

第三节　涉外财产保全

一、涉外财产保全的概念和特点

涉外财产保全，是指在涉外民事案件中，因当事人一方的行为或其他原因，使将来的判决不能或难以执行时，人民法院根据一方当事人的申请，对他方当事人有关财产采取临时性强制措施的制度。

涉外财产保全的特点：1．只能由当事人提出申请，人民法院不得依职权进行；2．人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在 30 日内向人民法院提起诉讼；3．涉外财产保全措施采取后，一般应交由有关单位监督。

二、财产保全的监督与解除

人民法院决定保全的财产需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

涉外财产保全因下列情形依法解除：

（一）诉前保全措施采取后，申请人逾期未向人民法院起诉的

（二）保全措施采取后，被申请人提供担保的

（三）申请人主动撤回财产保全申请并经人民法院同意的

（四）其他需要解除财产保全的

三、申请财产保全不当的赔偿

申请财产保全有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。

复习思考题

1．涉外民事诉讼的期间是如何规定的？

2．涉外民事诉讼的送达方式有哪些？

3．简述涉外财产保全的特点。

第三十三章　司法协助

教学目的和要求：了解司法协助的概念、种类、根据和原则，掌握一般司法协助和特殊司法协助的含义、途径和程序。

学时分配：1 学时。

第一节　司法协助概述

一、司法协助的概念

司法协助，是指一国法院或其他机构根据本国缔结或参加的国际条约或者根据互惠原则，为他国法院代为一定的诉讼行为或与诉讼有关的行为的制度。

二、司法协助的种类

（一）一般司法协助

（二）特殊司法协助

三、司法协助的根据和原则

（一）司法协助的根据

1．国家之间缔结的双边协定或协议；

2．两国共同参加的有关司法协助的多边国际条约；

3．互惠关系。

（二）司法协助的原则

1．尊重他国主权的法律的基本原则；

2．不违反他国的社会公共利益原则。

第二节　一般司法协助

一、一般司法协助的内容和途径

（一）一般司法协助的内容

一般司法协助，是指一国法院按一定根据为他国法院完成一定诉讼行为的制度。具体内容包括：

1．代为送达诉讼文书；

2．代为调查取证；

3．提供有关法律资料。

（二）一般司法协助的途径

1．国际条约或协议规定的途径；

2．外交途径；

3．使、领馆途径。

二、一般司法协助的程序

（一）公约成员国之间的司法协助程序

（二）订有司法协助协议时，进行一般司法协助的程序
（三）与我国只有外交关系的国家法院进行一般司法协助时的程序

第三节　特殊司法协助

一、特殊司法协助的概念

特殊司法协助，是指两国法院在一定的前提下，相互承认并执行对方法院制作的生效裁决和涉外仲裁机构制作的生效裁决的制度。

二、特殊司法协助的内容

（一）对外国法院判决、裁定和涉外仲裁机构裁决的承认与执行
（二）我国法院判决、裁定和涉外仲裁机构的裁决在境外的承认与执行

复习思考题

1．什么是司法协助？司法协助的根据是什么？
2．简述一般司法协助的内容和途径。
3．特殊司法协助的内容是什么？

《犯罪心理学》教学大纲

郑红丽　编写

目　录

第一章　导　论.....534
第一节　犯罪心理学的对象与任务.....534
一、犯罪心理学的对象.....534
二、犯罪心理学研究的内容.....534
三、犯罪心理学与邻近学科的性质.....534
四、犯罪心理学的任务.....534
第二节　犯罪心理学的研究方法.....535
一、犯罪心理学研究的指导思想和基本原则.....535
二、犯罪心理学研究的主要方法.....535
三、非实验性数据因果关系推断的方法.....535
四、犯罪心理学研究方法的发展趋势.....535
第三节　犯罪心理学的历史回顾.....535
一、西方犯罪心理学的发展.....535
二、我国犯罪心理学研究发展的历史回顾.....536
复习与思考题.....536
拓展阅读书目.....536
第二章　现代西方犯罪心理学的主要理论.....537
第一节　犯罪性能更为的精神分析理论.....537
一、精神分析的发展概论.....537
二、弗洛伊德精神分析的基本理论.....537
三、弗洛伊德的犯罪观.....537
四、阿德勒的犯罪观.....537
五、其他学者对犯罪行为的精神分析.....537
六、精神分析犯罪理论的评价.....538
第二节　行为主义心理学与犯罪行为.....538
一、行为主义心理学概述.....538
二、社会学习理论.....538
三、其他学者的研究.....538
四、对行为主义犯罪理论的简评.....538
第三节　道德认知发展与犯罪行为.....539
一、皮亚杰的道德认知发展理论.....539
二、科尔伯格的道德认知发展理论.....539
三、道德认知发展水平与犯罪.....539
四、简单的评价.....539
复习与思考题.....539
拓展阅读书目.....539
第三章　犯罪心理的静态分析.....540
第一节　生物学因素与犯罪心理的形成.....540
一、影响犯罪心理形成的生物学因素及其特征.....540
二、遗传因素与犯罪心理的形成.....540

三、年龄、性别因素与犯罪心理的形成 540
四、神经生理及生物化学因素与犯罪心理的形成 540
五、人体生物节律与犯罪心理的形成 540
第二节　心理因素与犯罪心理的形成 540
一、个体的人格倾向与犯罪心理的形成 540
二、个体的人格特征与犯罪心理的形成 541
第三节　社会环境因素与犯罪心理的形成 541
一、家庭环境与犯罪心理的形成 541
二、学校环境与犯罪心理的形成 541
三、社区环境与犯罪心理的形成 541
四、工作环境与犯罪心理的形成 541
第四节　犯罪心理的形成是多种因素综合相互作用的结果 541
复习与思考题 542
拓展阅读书目 542
第四章　犯罪心理的动态分析 543
第一节　犯罪心理的形成 543
一、犯罪心理形成的基本模式 543
二、犯罪心理形成的过程 543
第二节　犯罪行为的发生 543
一、犯罪情境 543
二、犯罪人与被害人的心理互动 544
三、犯罪行为发生的过程 544
第三节　犯罪心理的发展变化 544
一、犯罪人在犯罪不同阶段的心理特点 544
二、犯罪心理的良性转化 545
三、犯罪心理的恶性发展 545
复习与思考题 545
拓展阅读书目 545
第五章　犯罪动机 546
第一节　需要与动机 546
一、需要的概述 546
二、动机概述 546
第二节　犯罪动机及其形成 547
一、犯罪动机的概述 547
二、犯罪动机的形成 547
第三节　犯罪动机的转化 547
一、犯罪动机转化的类型 547
二、影响犯罪动机转化的因素 548
第四节　犯罪动机的特殊形式 548
一、不明显的犯罪动机 548
二、激情犯罪的动机 548
复习与思考题 548
拓展阅读书目 548

第六章　人格与犯罪.....549
第一节　人格概述.....549
一、什么是人格.....549
二、人格的类型论与特质论.....549
第二节　犯罪人格.....550
一、什么是犯罪人格.....550
二、有关犯罪人格的研究.....550
三、研究犯罪人格的意义.....551
复习与思考题.....551
拓展阅读书目.....551
第七章　不同主体犯罪心理分析.....552
第一节　青少年犯罪心理分析.....552
一、青少年犯罪的身心基础.....552
二、青少年犯罪的行为特征.....552
三、青少年犯罪的心理分析.....552
第二节　女性犯罪心理分析.....553
一、女性犯罪的心理基础.....553
二、女性犯罪的特点.....553
三、女性犯罪的心理分析.....554
第三节　特殊人群犯罪心理分析.....554
第四节　不同经历犯罪人心理分析.....554
一、初犯心理分析.....554
二、累犯心理分析.....554
三、惯犯心理分析.....555
复习与思考题.....555
拓展阅读书目.....555
第八章　几种主要犯罪类型的心理分析（上）.....556
第一节　财产犯罪心理.....556
一、财产犯罪概述.....556
二、盗窃犯罪心理.....556
三、诈骗犯罪心理.....556
第二节　暴力犯罪心理.....557
一、暴力犯罪概述.....557
二、杀人犯罪心理.....557
三、抢劫犯罪心理.....557
第三节　性犯罪心理.....558
一、性犯罪概述.....558
二、强奸犯罪心理.....558
复习与思考题.....558
拓展阅读书目.....558
第九章　几种主要犯罪类型的心理分析（下）.....559
第一节　邪教犯罪心理.....559
一、邪教犯罪概述.....559

二、“法轮功”人员的心理分析……559
第二节　毒品犯罪心理……559
一、毒品犯罪概述……559
二、毒品犯罪人的心理特征……559
三、吸毒人员的心理分析……559
第三节　计算机犯罪心理……560
一、计算机犯罪概述……560
二、计算机犯罪人的心理特征……560
复习与思考题……561
拓展阅读书目……561
第十章　过失犯罪心理……562
第一节　过失犯罪心理概述……562
一、过失犯罪的概念和类型……562
二、过失犯罪心理与故意犯罪心理的区别……562
三、过失犯罪行为发生的机制……562
第二节　引起过失犯罪的客观诱因……563
一、情境因素……563
二、舆论因素……563
三、工具因素……563
第三节　过失犯罪人的生理和心理特征……563
一、过失犯罪人的生理特征……563
二、过失犯罪人的心理特征……563
三、过失犯罪人的不良行为习惯……564
复习与思考题……564
拓展阅读书目……564
第十一章　群体犯罪心理……565
第一节　概　述……565
一、什么是群体……565
二、群体的分类……565
三、群体心理效应……565
四、群体犯罪的概念和类型……565
五、群体犯罪心理……565
第二节　群体犯罪的心理学基础……566
第三节　各类群体犯罪的心理分析……566
一、一般共同犯罪的心理分析……566
二、团伙犯罪……566
三、有组织犯罪……567
四、集群犯罪……567
复习与思考题……567
拓展阅读书目……568
第十二章　变态犯罪心理……569
第一节　概　述……569
一、变态心理概念……569

二、变态心理的形成原因……569
三、变态心理与犯罪行为……569
第二节　人格障碍与犯罪行为……569
一、人格障碍概述……569
二、人格障碍与犯罪……570
三、人格障碍犯罪人的法律责任能力……570
第三节　性变态与犯罪行为……570
一、性变态概述……570
二、性变态与犯罪……570
三、性变态犯罪人的法律责任能力……570
第四节　精神病与犯罪行为……570
一、精神病概述……570
二、精神病与违法犯罪……571
三、精神病人的法律责任能力……571
复习与思考题……571
拓展阅读书目……571
第十三章　犯罪心理应用技术……572
第一节　概　述……572
一、什么是“犯罪心理测试技术”……572
二、犯罪心理测试技术的历史……572
第二节　犯罪心理测试技术原理及其测试方法……572
一、基本原理的争论……572
二、常见的犯罪心理测试方法……572
第三节　中国的犯罪心理测试技术……573
一、中国犯罪心理测试技术的发展历史……573
二、中国的犯罪心理测试技术程序……573
第四节　罪犯心理画像技术……573
一、定义……573
二、犯罪心理画像技术的历史演进……573
三、犯罪心理画像的理论基础……573
四、犯罪心理画像适用案件类型……574
五、犯罪心理画像方法……574
复习与思考题……575
拓展阅读书目……575
第十四章　罪犯心理矫治……576
第一节　概　述……576
一、罪犯心理矫治的内涵及其在改造中的作用……576
二、罪犯心理矫治的操作体系……576
三、罪犯心理矫治的组织实施……576
第二节　罪犯心理评估技术……576
一、什么是罪犯心理评估……576
二、罪犯心理评估的一般过程……576
三、心理测验的实施方法……576

四、罪犯心理评估报告的一般格式.....576
第三节　罪犯心理咨询与治疗技术.....577
一、什么是罪犯心理咨询与心理治疗.....577
二、罪犯心理咨询的基本过程及操作技巧.....577
三、罪犯心理治疗的主要方法和技术.....577
第四节　罪犯心理危机干预技术.....577
一、什么是罪犯心理危机.....577
二、什么是罪犯心理危机干预.....577
三、罪犯心理危机干预的过程与方法.....577
复习与思考题.....577
拓展阅读书目.....577

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：了解犯罪心理学的概念、性质及其研究对象和方法，了解犯罪心理学的历史和现状。重点和难点是犯罪心理学的学科性质及其研究方法。

学时分配：3 学时

第一节　犯罪心理学的对象与任务

一、犯罪心理学的对象

（一）什么是犯罪

根据我国刑法规定，犯罪是指严重危害了社会、依照法律应受刑罚处罚的行为。犯罪心理学的犯罪概念与刑法的犯罪概念有所不同。

（二）犯罪心理学的对象

犯罪心理学是应用心理学的基本原理和方法研究犯罪人的犯罪心理形成、发展和变化规律的一门学科。

1．心理学的基本原理和方法在犯罪心理学研究中的应用问题。

2．对犯罪人的理解。

3．犯罪心理、犯罪行为的关系。犯罪心理与犯罪行为的关系是一种错综复杂的关系，必须具体问题具体分析，做出合理的解释。

二、犯罪心理学研究的内容

（一）犯罪心理学的基本问题，包括学科性质、对象、任务、研究方法以及国内外犯罪心理学理论研究的历史。

（二）个体犯罪心理形成、发展和变化理论，包括个体犯罪心理形成的静态分析和动态分析。

（三）不同类型的犯罪心理分析。

（四）犯罪心理学理论在司法实践中的应用。

三、犯罪心理学与邻近学科的性质

（一）犯罪心理学与刑法学

（二）犯罪心理学与犯罪

（三）犯罪心理学与普通心理学

（四）犯罪心理学与社会心理学

（五）犯罪心理学与法律心理学

四、犯罪心理学的任务

犯罪心理学研究的基本任务就是以马克思主义的辩证唯物论和历史唯物论为指导，研究犯罪人犯罪心理的形成、发展和变化的规律，揭示犯罪心理的实质，为揭露、惩治犯罪和改造罪犯提供科学的依据，从而更好地预防犯罪。

第二节　犯罪心理学的研究方法

一、犯罪心理学研究的指导思想和基本原则

（一）客观性原则
（二）系统性原则
就是要坚持整体系统的观点，多层次、多侧面进行研究
（三）理论联系实际
（四）伦理性原则

二、犯罪心理学研究的主要方法

（一）观察法
观察法是犯罪心理学研究的一种最基本的方法。
（二）调查法
通过各种途径，广泛收集有关犯罪人的资料，研究犯罪心理特点和规律的方法。
1．问卷法
2．访谈法
（三）测验法
（四）实验法
是在控制的条件下对某种心理现象进行观察，以了解心理现象因果关系的方法。
（五）案例分析法

三、非实验性数据因果关系推断的方法

（一）交叉时滞平面分析
（二）路径分析

四、犯罪心理学研究方法的发展趋势

（一）以问题为中心，注意采用多种方法研究和探讨课题
（二）注意将定性研究与定量研究方法相结合

第三节　犯罪心理学的历史回顾

一、西方犯罪心理学的发展

（一）早期的犯罪心理学思想
（二）现代犯罪心理学的诞生与发展
（三）当代犯罪心理学的研究现状
1．以科际整合的方式取代过去单打独斗的研究取向
2．多种研究方法综合运用，注重实证研究
3．重视对犯罪人生理因素在决定违法犯罪行为上的研究
4．注重研究成果广泛应用于刑事司法实践

二、我国犯罪心理学研究发展的历史回顾

（一）我国古代的犯罪心理学思想

1．注重从人性的角度探讨犯罪心理的成因

2．强调后天习俗对犯罪心理形成的决定作用

3．重视从社会经济角度分析产生犯罪心理的原因

4．强调运用综合控制的方法预防犯罪心理

（二）我国现代犯罪心理学的发展

复习与思考题

1．犯罪心理学的任务是什么？

2．西方犯罪心理学的发展历史

拓展阅读书目

Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

第二章　现代西方犯罪心理学的主要理论

本章教学目的和基本要求：了解现代西方犯罪心理学的主要理论。重点是掌握各个代表性的理论的主要观点。难点是对各个理论流派的认识和评价。

学时分配：3 学时

第一节　犯罪性能更为的精神分析理论

一、精神分析的发展概论

精神分析是由奥地利精神病学家弗洛伊德于 19 世纪末创立的心理学流派。

二、弗洛伊德精神分析的基本理论

（一）潜意识理论

是整个精神分析学派的基本命题，主张人的心理由意识、前意识和潜意识三个层次所构成。

1．意识

2．前意识

3．前意识

（二）人格结构学说及人格发展理论

1．人格结构说。弗洛伊德设想了一个人的人格是由本我、自我和超我三部分构成。

2．人格发展阶段论。将人格的发展划分为：①口唇期（0-1 岁）。②肛门期（1-3 岁）。③性器期（3-5 岁）。④潜伏期（5-12 岁）。⑤生殖器（12-20 岁）。

3．本能论。

4．焦虑论。焦虑是可以防御的，防御方式有 10 种：：①压抑。②投射。③内向投射。④反向投射。⑤抵消。⑥固着。⑦退行。⑧认同。⑨合理花。⑩升华。

三、弗洛伊德的犯罪观

（一）犯罪行为产生的原因：

1．本能与犯罪

2．人格与犯罪

3．罪恶感与犯罪

（二）对犯罪行为的防治：

1．重视法律的作用。

2．提倡运用认同作用和升华作用等方式防止犯罪。

四、阿德勒的犯罪观

（一）犯罪的原因与动机

（二）对犯罪的防治

五、其他学者对犯罪行为的精神分析

（一）运用潜意识理论分析犯罪人的无意识犯罪动机

（二）运用人格结构理论分析犯罪人的人格缺陷

1．犯罪者的自我及其特征

2．犯罪者超我的缺陷：①发展不足的超我。②严厉的超我。③越轨超我。

（三）运用人格发展理论分析犯罪行为

（四）运用心理防卫机制来解释犯罪人的心理

六、精神分析犯罪理论的评价

（一）贡献

1．使我们充分认识到生物学因素在犯罪行为中的巨大作用

2．大大扩展勒犯罪心理学的研究范围

3．引起我们对犯罪人早期经历的关注

（二）局限

第二节　行为主义心理学与犯罪行为

一、行为主义心理学概述

（一）早期行为主义

（二）新行为主义

（三）新的新行为主义

二、社会学习理论

（一）社会学习理论的主要观点

1．人类行为的学习途径——观察学习和亲历学习

2．人类行为的起因——三元交互作用论

3．人类行为的自我调节

（二）社会学习理论对攻击行为的解释

认为人类的攻击行为是一种习得的社会行为。

1．攻击行为的获得机制：①观察学习。②亲历学习。

2．攻击行为的启动机制：①厌恶性鼓动者。②激励性鼓动者。③示范性鼓动者。④训导性唆使者。⑤妄想性唆使者。

3．攻击行为的保持和自我调节机制：①外部强化。②替代强化。③自我强化。

三、其他学者的研究

四、对行为主义犯罪理论的简评

（一）优点

1．行为主义心理学的研究为犯罪学者研究犯罪行为开辟了一条新的途径。

2．行为主义的研究方法对犯罪心理的实验研究提供了可以借鉴的宝贵经验。

（二）不足

1．理论深度不够

2．研究方法的局限性

第三节　道德认知发展与犯罪行为

一、皮亚杰的道德认知发展理论

提出儿童道德认知的发展遵循着从他律到自律的路线发展，并据此提出了儿童道德发展的年龄阶段：

（一）前道德阶段

（二）他律道德阶段

（三）自律道德阶段

二、科尔伯格的道德认知发展理论

（一）科尔伯格的研究方法

道德两难问题 海因兹偷药

（二）科尔伯格的道德认知发展模式

将个人的道德认知发展划分为 3 级水平 6 个阶段

前习俗水平	第一阶段 服从与惩罚取向阶段
	第二阶段 工具性目的与交换阶段
习俗水平	第三阶段 人际和谐与遵从阶段
	第四阶段 社会和谐与制度维护阶段
后习俗水平	第五阶段 社会契约取向阶段
	第六阶段 普遍伦理原则阶段

三、道德认知发展水平与犯罪

四、简单的评价

对犯罪人道德认知发展的研究对犯罪心理学的理论研究有重大的启示，主要表现在两个方面：

1．研究方法上的启示。

2．研究内容上的启示。

复习与思考题

1．弗洛伊德精神分析理论的主要观点

2．社会学习理论对攻击行为的研究述评

拓展阅读书目

Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

第三章　犯罪心理的静态分析

本章教学目的和基本要求：了解用静态的观点来分析影响犯罪心理形成的各种因素。重点是对心理学因素的掌握。难点是对生物因素的理解。

学时分配：3 学时

第一节　生物学因素与犯罪心理的形成

一、影响犯罪心理形成的生物学因素及其特征

特征：

（一）犯罪生物学因素是一类自然因素

（二）犯罪生物学因素是一种内因

（三）犯罪生物学因素是非决定性因素

二、遗传因素与犯罪心理的形成

（一）家族史研究

（二）双生子研究

（三）染色体研究

（四）收养子女研究

三、年龄、性别因素与犯罪心理的形成

（一）年龄因素对犯罪心理的影响

1．从定量研究上看，全世界各国的犯罪统计表明，犯罪的高发人群时青少年。

2．从定性研究上看，不同年龄阶段的犯罪人在犯罪类型上表现一定的差异。

（二）性别因素对犯罪心理的影响

四、神经生理及生物化学因素与犯罪心理的形成

五、人体生物节律与犯罪心理的形成

第二节　心理因素与犯罪心理的形成

一、个体的人格倾向与犯罪心理的形成

（一）需要和动机

人的需要具有以下特点：

1．需要总是具体的，总有自己的对象，不同的需要指向不同的对象

2．需要是没有止境的，旧的需要满足了，又会不断产生新的需要。

3．需要具有紧张性和驱动性，需要越强烈，就越感到紧张，驱动行为的力量就越大。

（二）价值观

二、个体的人格特征与犯罪心理的形成

（一）性格与犯罪心理
（二）气质与犯罪心理

第三节　社会环境因素与犯罪心理的形成

一、家庭环境与犯罪心理的形成

（一）家庭结构缺陷对犯罪心理的影响
（二）家庭教养方式不当对犯罪心理的影响
案例 期望不当，酿成恶果
1．溺爱型：对子女过分娇宠，情感过剩，理智不足。
2．粗暴型：对子女教育方法简单、粗暴。
3．放任型：
4．矛盾型：
5．奢望型

二、学校环境与犯罪心理的形成

（一）学校教育内容的缺陷对青少年犯罪心理的影响
（二）学校教育方法和态度上的偏差对青少年犯罪心理的影响
（三）学校管理工作上的失误对青少年犯罪心理的影响
（四）学校周边的不良环境对青少年犯罪心理的影响

三、社区环境与犯罪心理的形成

（一）不良居住环境对犯罪心理的影响
1．复杂、恶劣的居住环境会对青少年的社会化过程产生消极影响。
2．社区居住环境中，如果正气不压邪气，也会对生活在该社区的人们产生不良的影响。
（二）社区中不良的人际交往对犯罪心理的影响

四、工作环境与犯罪心理的形成

（一）单位管理缺陷对犯罪心理的影响
（二）工作环境风气不正对犯罪心理的影响
（三）工作环境人际关系障碍对犯罪心理的影响

第四节　犯罪心理的形成是多种因素综合相互作用的结果

一、犯罪心理形成的原因是一个复杂、有机的整体系统
二、犯罪心理形成的原因系统中各因素之间具有层次上的差异
三、不同犯罪主体的犯罪心理原因系统具有不同的结构
四、个体犯罪心理形成的原因系统是一个动态的、发展变化的过程

复习与思考题

1．影响犯罪心理形成的生物学因素

2．家庭环境在个体犯罪心理形成中的作用

拓展阅读书目

Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

刘邦惠，《心理学概论》（2000），中国政法大学出版社。

崔丽娟，《心理学是什么》（2002），北京大学出版社。

第四章　犯罪心理的动态分析

本章教学目的和基本要求：从动态的角度了解犯罪心理形成的原因、规律和过程。重点是了解和掌握犯罪行为的发生过程。难点在于理解犯罪心理的发展变化。

学时分配：3 学时

第一节　犯罪心理的形成

一、犯罪心理形成的基本模式

从个体犯罪的实际情况来看，犯罪心理的形成过程存在着不同的模式，主要包括渐进式，突发式和机遇式。

（一）渐进式

最典型、最为常见的，适合大多数案例，其特点是，个体犯罪心理的形成经历了一个由量的积累到质的飞跃的渐进过程，经历了由朦胧的犯罪意向到形成清晰犯罪心理的过程，而且从产生不良欲求到形成犯罪决意，具有明显的预谋性。

（二）突发式

这种模式是指犯罪人事先并无劣迹和预谋，因突然发生对个人至关重要的情况，或者受环境、气氛的影响而迅速萌发犯罪心理，产生犯罪行为。

（三）机遇式

是指行为人在接触有利于实施犯罪的机遇之前，并没有犯罪意图，只是在接触了这种机遇后，才逐渐产生犯罪心理，或者突然起意而犯罪。

二、犯罪心理形成的过程

通说，内外化机制

认为，从主体吸收客观外界的消极影响到形成犯罪心理的过程和规律，是犯罪心理的内化机制；从犯罪心理的整合到发动犯罪行为的过程的规律，是犯罪心理的外化机制。

（一）不良的交往与模仿

（二）个体对消极社会信息的选择

（三）形成不健全的人格

（四）违法尝试获得体验

（五）犯罪意向萌发

第二节　犯罪行为的发生

一、犯罪情境

“犯罪行为的直接决定因素是人与情景的复合体。客观情景对犯罪行为来说是很重要的，因为它提供了犯罪行为发生的机会。”

一般来说，犯罪情景包括以下几方面：

（一）侵害对象

（二）现场条件

（三）现场气氛

二、犯罪人与被害人的心理互动

（一）犯罪行为发生前的心理互动

1．显露性心理冲突：①促进犯罪人侵害动机的产生。②促进犯罪动机的恶性转化。③影响犯罪手段的变化。

2．间接性心理纠葛

3．潜在性心理危机

（二）犯罪过程中的心理互动

1．被害过程中的激情状态

2．被害过程中的应激状态

3．被害过程中的分心状态

（三）犯罪行为发生后的心理互动

1．积极告发，及时报案

2．忍受沉默，任其发展

3．否认被害，拒绝调查

三、犯罪行为发生的过程

（一）预谋型犯罪行为的发生过程

预谋型犯罪行为的发生过程有以下特点：

1．犯罪动机强烈、明确、具体

2．情景因素特别是受害人因素与犯罪行为的相关性较小

3．由犯罪心理的形成到犯罪行为的发生往往经过较为清晰的阶段

（二）无预谋的犯罪行为的发生过程

1．无预谋的犯罪行为的发生一般表现为以下几种情况

2．防卫反应和避嫌反应

3．应激反应和激情反应

4．习惯性反应

5．变态反应

第三节　犯罪心理的发展变化

一、犯罪人在犯罪不同阶段的心理特点

（一）犯罪前的心理状态

1．自我辩解心理：①合理化。②比拟。③投射。④补偿。

2．犯罪决意状态

3．等待犯罪时机的焦虑状态

（二）犯罪过程中的心理状态

（三）犯罪后的心理状态

1．情绪表现：①不安、恐慌。②得意、满足。③麻木。④罪恶感。

2．行为表现：①试探。②其他反常行为。

二、犯罪心理的良性转化

（一）犯罪心理良性转化的条件
1．要产生内部心理矛盾
2．要有促进犯罪心理良性转化的动因
3．要遵循转化规律
（二）犯罪心理良性转化的类型
1．渐进型
2．顿悟型
3．反复型

三、犯罪心理的恶性发展

（一）犯罪心理恶性发展的条件
1．不良诱因的刺激
2．非法欲望的满足
3．惩罚、改造措施不力
（二）犯罪心理恶性发展的征兆
1．犯罪的自觉性和主动性增强
2．个人欲望膨胀
3．反社会心理增强
4．作案经验更加丰富
5．犯罪活动向多方向发展
6．犯罪人个的形成
（三）犯罪心理恶性发展的阶段
1．一般将犯罪心理的恶性发展分为三个阶段
2．定型化阶段
3．个性化阶段
4．职业化阶段

复习与思考题

1．犯罪心理形成过程的三种模式
2．犯罪人与被害人之间的互动

拓展阅读书目

李玫瑾，《犯罪心理学》（1999），中国人民公安大学出版社。
罗大华，《犯罪心理学》（1999），中国政法大学出版社。
梅传强、王敏，《犯罪心理学》（1999），中国法制出版社。

第五章　犯罪动机

本章教学目的和基本要求：了解需要和动机在犯罪心理形成、以及犯罪行为产生的过程中的作用和机制。重点和难点都是掌握犯罪行为产生过程中的作用和机制。

学时分配：3 学时

第一节　需要与动机

一、需要的概述

（一）需要的概念

需要是指个体和社会生活中必需的事物在人们头脑中的反映。

（二）需要的种类

马斯洛的需要层次理论

1．生理需要：有机体为了生存和繁衍，对阳光、水、空气、食物、排泄、求偶、栖息等的需要。

2．安全需要：人对无威胁、能预测、有秩序的生活环境的欲求。

3．归属与爱的需要：个人对友伴、家庭的需要。

4．尊重的需要：个人对自己的尊严和价值的追求。

5．认知、审美和自我实现的需要：满足好奇心，寻求了解、解释和理解的需要。

三个基本假设：

1．人要生存，他的需要能够影响他的行为。只有未满足的需要能够影响行为，满足了的需要不能充当激励工具。

2．人的需要按重要性和层次性排成一定的次序，从基本的（如食物和住房）到复杂的（如自我实现）。

3．当人的某一级的需要得到最低限度满足后，才会追求高一级的需要，如此逐级上升，成为推动继续努力的内在动力。

批评：

1．忽视了横向联系，即同一时间内一个人往往存在多种需要，这些需要相互矛盾，导致动机的斗争；

2．该理论带有一定的机械主义色彩。

二、动机概述

（一）动机的概念

动机是激发和维持个体进行活动，并导致该活动朝向某一目标的心理倾向或动力。

（二）动机的种类

（三）动机的理论

1．本能论：认为人与动物之间存在着相似性

2．驱力论：强调驱力在行为激起中的作用

3．需要论

4．诱因论：强调外界诱因（目标、奖惩）在行为激起中的作用

5．认知一致论：人之所以会被激起做出某种举动，是因为他们出于对某一特定情景的看法或思想。

第二节　犯罪动机及其形成

一、犯罪动机的概述

（一）犯罪动机的概念

犯罪动机是推动犯罪主体实施犯罪行为的动力因素。

（二）犯罪动机的特征

1．主观性

2．相对性

3．动态性

4．低级性

5．复杂性

（三）犯罪动机的功能

从犯罪动机与犯罪行为的关系看，犯罪动机有以下功能：

激发功能

指向功能

维持和调节功能

（四）犯罪动机的分类

1．根据犯罪动机形成的特点，可以将犯罪动机分为情景性犯罪动机和预谋性犯罪动机

2．按犯罪人独犯罪动机意识到的水平划分，可以分为意识到的犯罪动机和未被意识到的犯罪动机。

3．根据犯罪动机的作用力，可以将犯罪动机分为主导性犯罪动机和从属性犯罪动机。

4．根据犯罪动机的内容，可以将犯罪动机分为贪利动机、报复动机、性动机、恐惧动机和好奇动机等。

（五）犯罪动机与犯罪目的的关系

二、犯罪动机的形成

（一）一定强度的需要促使形成犯罪动机

（二）外部诱因引起的犯罪动机

（三）内在需要与外在诱因交互作用形成犯罪动机

犯罪动机冲突的模式：

双趋式冲突，即在两种犯罪利益不能同时获取时产生的冲突。

双避式冲突，即在两种活动都很难避免时发生的动机冲突。

趋避式冲突，即在既想犯罪又怕犯罪不顺利或犯罪后受惩罚时产生的动机冲突，最常见的犯罪人的动机冲突模式。

第三节　犯罪动机的转化

一、犯罪动机转化的类型

（一）表现在不同时间阶段的动机转化

（二）表现在不同发展方向的动机转化

二、影响犯罪动机转化的因素

（一）影响犯罪动机转化的主体因素

1．生理状况的变化

2．个性的影响

3．犯罪经验的影响

4．共同作案人的变化

（二）影响犯罪动机转化的客观因素

1．环境的变化

2．目标的变化

3．犯罪工具、手段的变化

4．被害人态度的变化

5．突发的障碍因素

第四节　犯罪动机的特殊形式

一、不明显的犯罪动机

（一）少年犯

少年犯罪中常表现出下列特有的动机：

1．好奇动机

2．娱乐动机

3．自我显示的动机

4．寻求刺激的动机

5．要求独立的动机

（二）精神病犯罪人

1．缺乏作案动机或犯罪动机

2．作案动机的奇特性

3．动机所指向的目标的不确定性

4．动机缺乏利己性

5．动机具有冲动性和无意识性

二、激情犯罪的动机

复习与思考题

1．马斯洛的需要层次理论

2．犯罪动机的形成和转化

拓展阅读书目

Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

第六章　人格与犯罪

本章教学目的和基本要求：了解和掌握障碍人格的概念和理论，以及与犯罪心理和犯罪行为的关系。重点是掌握各种障碍人格的概念和特点。难点是理解障碍人格与犯罪心理和犯罪行为的关系。

学时分配：3 学时

第一节　人格概述

一、什么是人格

（一）人格的涵义

源于拉丁文的“person”，意指面具。

（二）人格的基本特征

1．整体性

2．独特性

3．稳定性

4．社会性

二、人格的类型论与特质论

（一）人格类型论

1．生物学类型论

①克雷奇默的类型论

德国精神病学家和心理学家克雷奇默研究了精神病患者与体型的关系，提出了体型、气质与行为倾向的关系。如下表所示：

表　克雷奇默的体型、气质与行为倾向的关系

瘦长型　　分裂气质，不善交际、孤僻、沉静、神经过敏

矮胖型　　躁郁气质，善交际、活泼、乐观、感情丰富

运动型　　粘着气质，固执、认真、迟钝、情绪爆发性

②气质类型学说

1800 年前，古希腊的医生加伦经过对人的行为特征的观察，将人划分为多血质、粘液质、胆汁质和抑郁质 4 种不同的气质。这四种气质类型在行为方式上的典型表现为：

多血质：这种人的行动具有很高的反应性。

胆汁质：这种气质的人也是反应速度快，具有较高的反应性和主动性

粘液质：这种人反应性比较低，情感不易发生，也不易外露。

抑郁质：这种人有较高的感受性，他们往往能够觉察出许多别人不易觉察出的细节。

2．心理学类型论

①内外向人格

荣格的心理类型学说，他认为，人与人之间存在着个别差异，可以分成内倾型和外倾型两种心理类型。外倾型的人，其心理能量指向外部的物体或事件，依据客观标准来看待一切，他们性格开朗活泼，善于交际，适应力强。内倾型的人，其心理能量指向主体内部，这种人性情孤僻，优柔寡断，深思熟虑。荣格还认为，个体的差异可进一步分为思维、情感、感觉和直觉四种心理机能。这四种心理机能可以分为两对，思维和情感为理性的机能，感觉和直觉是非理性的机能。这样就出现

了 8 种人格的模式：

外倾思维型	外倾情感型	外倾感觉型	外倾直觉型
内倾思维型	内倾情感型	内倾感觉型	内倾直觉型

②场独立性——场依存性人格

3．价值观类型论

（二）人格特质论

1．奥尔波特的特质论

最早提出特质概念的是美国的心理学家奥尔波特。奥尔波特将特质划分为共同特质和个人特质。共同特质是在一定的文化形态下，所有人都具有的心理倾向性。个人特质是个人所具有的特点，表现出个人的个性倾向性。他又将共同特质分为重要特质、中心特质和次要特质。重要特质在人的生活中居于统治地位，支配着人的基本行为。中心特质比重要特质的概括性要低，通常用中心特质来描述人的个性。次要特质是只有在特殊的情境中才能显示出来的特质。

2．卡特尔的人格特质论

美国心理学家卡特尔（R．B．Cattell）接受了奥尔波特的特质定义，认为特质就是在不同时期和情境中都保持的行为形式的一致性，主张人格基本结构的元素是特质。卡特尔对描述人格的词汇进行相关分析，得出了 35 个特质群，他将这些特质群称为表面特质。他又将这些表面特质进行因素分析，得到 16 个基本特质。卡特尔将这 16 个最基本的特质称为是根源特质，他认为根源特质是构成人格的基本要素，是行为属性和功能的决定因素。

3．艾森克的特质理论

英国的心理学家艾森克(H．J．Eysenck)认为人格的三个最基本的因素是：内外倾性、情绪稳定性和精神性。这三个因素构成了人格的相互垂直的三个维度。人们在这三个方面的不同倾向和表现程度，构成了他们不同的人格特征。

大五人格

费斯克等人从卡特尔的 16 种人格因素中再进一步抽取，发现五个大的因素。不同人的研究得出的五个因素不尽相同，但均有一定相似之处。一般认为，这五个因素（Digman,1990）包括：

外向性（extraversion）：包括健谈、自信、精力充沛等等；

随和性或者宜人性（agreeableness）：包括好脾气、易合作、可信赖等等；

可靠性(consciousness)：包括谨慎、负责、有条理、可以依赖等等；

情绪稳定性（emotional stability）：包括冷静、轻松、不神经过敏、不易扰乱等；

文化修养或开放性（openness）：包括有想象力、有才能、有教养、精干等等。

第二节　犯罪人格

一、什么是犯罪人格

（一）犯罪人格的涵义

犯罪人格是犯罪人特有的导致其犯罪行为发生的心理特征的综合，是一种严重的反社会人格。

（二）犯罪人格的形成

二、有关犯罪人格的研究

（一）使用人格测验量表对犯罪人格进行描述

（二）采用访谈法对罪犯犯罪人格的研究

（三）从大量研究中归纳出与犯罪密切相关的人格特征

三、研究犯罪人格的意义

（一）理论意义

1．对犯罪人格的研究可以使对犯罪原因的研究更加深入和全面，加深对犯罪产生这一问题的理解。

2．犯罪人格的研究为预测、预防犯罪开辟了新的途径，为制定科学的刑事政策提供了参考

3．犯罪人格在非犯罪化、非刑罚化、非结构化中的意义

（二）研究犯罪人格在犯罪人处遇实践中的意义

1．司法处遇，即在刑事司法程序中的警察、检察及裁判阶段上的处遇。

2．设施内处遇，主要指监狱内自由刑的执行

3．社会内处遇，是指不将犯罪人收容于设施之内，而让其在社会上接受改造。

复习与思考题

1．人格类型论

2．人格特质论

3．研究犯罪人格的理论和实践意义

拓展阅读书目

Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

李玫瑾，《犯罪心理学》（1999）：中国人民公安大学出版社。

[美]托奇，《司法和犯罪心理学》（1986）：群众出版社。

[英]保罗·布里顿，《辨读凶手：一位犯罪心理学大师现场推理实录》（2001）：海南出版社。

第七章　不同主体犯罪心理分析

本章教学目的和基本要求：了解青少年、女性犯罪人以及不同的特殊人群犯罪心理分析。重点和难点都是了解和掌握青少年犯罪的原因及其特点。

学时分配：3 学时

第一节　青少年犯罪心理分析

一、青少年犯罪的身心基础

（一）青少年时期的生理发育特点

1．形态发育

2．内分泌变化

3．技能发育

（二）青少年时期身心矛盾与犯罪的关系

1．旺盛的精力与调节能力低的矛盾

2．兴奋性高与控制能力低的矛盾

3．性发育成熟与道德观念缺乏的矛盾

（三）青少年时期的心理冲突与犯罪的关系

1．孤独感与强烈的交往需要的冲突

2．独立性与依赖性的冲突

3．好奇心强烈与辨别能力相对较低的冲突

4．强烈的情绪冲动与理智控制较弱的冲突

5．理想与现实的冲突

二、青少年犯罪的行为特征

（一）模仿性和易受暗示性

（二）情景性

（三）戏谑性

（四）情绪性

（五）反复性

三、青少年犯罪的心理分析

（一）人格特质

强调个人偏异的人格特质是青少年犯罪行为的主要原因之一。其主要论点：个体具有不可改变的人格特质，有可能使其将来陷入犯罪行为之中，如过度自卑、攻击性强等人格特质偏异者。

根据 Schuck & Green (1972)的研究，发现人格特质与青少年犯罪有密切的相关关系。犯罪青少年与正常青少年相比，比较抑郁、情感易变、自卑感强、具有攻击性、不服从、不思考反省的人格特质。

（二）自我概念

强调自我概念的心理因素是青少年犯罪行为的主要原因，认为自我概念消极的青少年，可能具有低的自尊和坏的自我形象，而且容易产生偏差的行为或犯罪。

自我概念包括生理自我、伦理自我、心理自我、家庭自我、社会自我以及自我认同、自我满意、自我批评等指标。

研究发现犯罪青少年在生理自我、伦理自我、心理自我、家庭自我、社会自我以及自我认同、自我满意上得分均小于一般青少年，而在自我批评上则高于一般青少年。由此我们可以指出犯罪青少年的自我概念比正常青少年差。

不喜欢自己、不接受自己，不满意自己

（三）心理需求

研究发现犯罪青少年与一般青少年相比，表现需求、自主需求、异性恋需求、攻击需求较高。

（四）情绪

认为青少年的情绪控制无法及时调适，所以容易犯罪。实证研究发现，犯罪青少年的情绪控制力、自我克制力较一般青少年差。

训练其控制自己的情绪和自我控制能力

案例：三少年杀人练胆

第二节　女性犯罪心理分析

一、女性犯罪的心理基础

（一）认知特点

（二）情感和意志特征

（三）个性特点

1．攻击性

2．支配性

3．自信心

4．移情作用

5．受暗示性

二、女性犯罪的特点

（一）犯罪数量上的差异

在犯罪数量上，女性犯罪远远少于男性犯罪

（二）犯罪类型上的特点

（三）犯罪手段上的特点

1．作案手段的非暴力性

2．犯罪行为的隐蔽性

3．女性犯罪具有较明显的逆变倾向性

所谓逆变倾向，是指女性在初次犯罪遭受制裁之后，人格的自尊比较难以恢复，“破罐子破摔”的心理倾向比较突出，犯罪后的改造难度大。

（四）在共同犯罪中的地位和作用的特点

女性在共同犯罪中虽然处于被动、从属地位，但是她们对于犯罪组织的巩固和发展，却起到了男性犯罪人不能起到的作用。

（五）犯罪处遇上的特点

1．在大致相同的犯罪条件下，女性遭受逮捕和起诉的比例常常低于男性。

2．在处罚上女性适用缓刑和轻刑的机会也较多。

三、女性犯罪的心理分析

（一）女性杀人犯罪的心理分析

1．认识狭隘，报复心理严重

2．杀人起因多是情欲纠葛

3．女性杀人犯罪前及犯罪过程中动机斗争明显

4．女性杀人犯罪的手段隐蔽，欺骗性大

（二）女性财产犯罪的心理分析

1．女性财产犯罪的动机分析：①好逸恶劳，贪图享乐。②满足虚荣心。③为了做个贤妻良母。

2．女性财产犯罪的行为特征：①通过性犯罪的方式来获取财产。②女性利用工作之便进行财产犯罪的情况比较突出。③利用性别也点作掩护，与男性合谋犯罪。

第三节　特殊人群犯罪心理分析

一、吃亏心理

二、攀比心理

三、“补偿”心理

四、掩盖心理

五、享受心理

六、贪婪心理

七、侥幸心理

八、随大流心理

九、冒险心理

十、蒙混心理

第四节　不同经历犯罪人心理分析

一、初犯心理分析

（一）初次犯罪的心理状态

初犯心理是指行为人第一次实施犯罪行为时的心理活动。

1．侥幸心理

2．紧张、恐惧心理

3．悔过心理

（二）初次犯罪的动机

1．好奇

2．自我显示

3．寻求刺激

4．要求独立

二、累犯心理分析

（一）累犯的人格特征

1．好逸恶劳

2．意志薄弱

3．错误的自我意识

（二）累犯的心理特征

1．强烈的反社会意识

2．情绪、意志特征

3．动机斗争的复杂性

三、惯犯心理分析

（一）惯犯的心理特征

惯犯，在国外又称为常习性、惯常犯等，是指反复实施同类犯罪，已经形成犯罪恶习的严重刑事犯罪分子。

1．反社会意识的顽固性

2．需要结构的畸形化

3．犯罪习惯自动化

（二）惯犯的行为特征

1．犯罪行为的连续性

2．犯罪行为的残忍性

3．犯罪行为的疯狂性

4．犯罪行为的狡诈性

复习与思考题

1．青少年时期身心矛盾与犯罪的关系

2．女性杀人犯罪的心理特点

3．累犯的人格特征

拓展阅读书目

1．陈兴良，《遗传与犯罪》（1992）：群众出版社。

2．［意］恩里科·菲利，《犯罪社会学》（2004）：中国人民公安大学出版社。

3．皮艺军，《犯罪学研究论要》（2001）：中国政法大学出版社。

第八章　几种主要犯罪类型的心理分析（上）

本章教学目的和基本要求：了解不同类型犯罪——财产、暴力、性犯罪的心理特点。重点和难点是暴力犯罪的心理特点。

学时分配：3 学时

第一节　财产犯罪心理

一、财产犯罪概述

（一）财产犯罪的概念及类型

（二）财产犯罪的特征

1．采茶犯罪暴力化趋势明显。

2．作案手段与形式逐渐向智能化方向发展，财产犯罪人利用现代化的科技手段获取非法利益。

3．白领中的财产犯罪突出，国家机关工作人员的贪污贿赂案件呈现不断增长的趋势。

4．金融犯罪危害严重。

二、盗窃犯罪心理

（一）盗窃犯罪的一般特征

1．地点的选择

2．盗窃犯罪的手段

3．盗窃犯罪的组织方式

（二）盗窃犯罪的心理特征

1．盗窃犯的道德与法制观念

2．盗窃犯的犯罪动机：①满足物欲的犯罪动机占首位。②“虚荣”动机占一定比例。③“交往”动机占一定比例。④扭曲的嫉妒、报复心态也可以成为导致犯罪的动机。

3．盗窃犯的人格特征：社会道德人格偏离、以自我为中心、偏执、多疑、心理平衡能力缺乏、易冲动、自控力差等。

三、诈骗犯罪心理

（一）诈骗犯罪的一般特点

1．诈骗犯罪中被害人的特点

2．诈骗犯罪人惯用的手段：①假冒身份，利用他人对某些社会角色的崇敬心理，大肆行骗。②虚构事实，编造谎言，骗取钱财。③伪造证券，以假乱真。

（二）诈骗犯罪人的心理特征

1．诈骗犯罪人的犯罪动机

2．诈骗犯罪人的人格特征

3．诈骗犯罪人的能力特征

（三）诈骗犯罪中犯罪人与被害人之间的心理互动

1．试探阶段

2．引诱阶段

3．施骗阶段

4．结束阶段

第二节　暴力犯罪心理

一、暴力犯罪概述

（一）暴力犯罪的概念及类型

暴力犯罪是指行为人以暴力的手段或者以暴力相威胁，侵害公民的人身权利、财产权利、民主权利，破坏社会秩序、公共安全以及其他合法权益，以及市这些法益受到威胁的行为。

（二）暴力犯罪的特征

1．杀人、抢劫、强奸、伤害等仍然是暴力犯罪的主要类型，是我国刑事犯罪中严厉打击的对象。

2．新的暴力犯罪形式不断出现。

3．团伙犯罪增多。

4．暴力犯罪中青少年居多，且有低龄化的趋势。

5．暴力犯罪日趋智能化。

（三）暴力犯罪人的一般特征

1．暴力犯罪人的生物学特征：①性别特征。②性别特征。③激素水平。

2．暴力犯罪人的心理特征：①易走极端的报复心理，表现为情绪易变，性情暴躁，做事鲁莽，容易冲动，自视清高，心胸狭窄，易走极端，有很强的报复欲，且作案手段残忍。②畸形的物质需求和精神需求。③扭曲的“社交”需求。④不满现实的逆反心理。⑤较强的自卑心理。

二、杀人犯罪心理

（一）杀人犯罪的一般特征

1．时间和地点

2．犯罪人与被害人的关系

（二）杀人犯的心理特征

1．杀人犯罪的动机：①因报复而杀人。②因谋财而害命。③人际冲突导致杀人。④因掩盖罪行和逃避打击而杀人。⑤因心理变态导致杀人。

2．杀人犯的人格特征

三、抢劫犯罪心理

（一）抢劫犯罪的一般特征

1．抢劫犯罪人的年龄

2．抢劫犯罪的时间和地点

3．抢劫犯罪的手段与方法

4．抢劫犯罪努中的被害人

（二）抢劫犯罪的类型

1．职业抢劫犯

2．投机抢劫犯

3．赌瘾抢劫犯

4．酗酒抢劫犯

（三）抢劫犯罪人的心理特征

1．犯罪意识
2．犯罪动机
3．犯罪者的人格特征

第三节　性犯罪心理

一、性犯罪概述

（一）性犯罪的概念及类型
（二）性犯罪人的一般特点
1．性犯罪人的重复犯罪
2．性犯罪人的智力较低
3．性犯罪人多为未婚青少年
4．性犯罪人的心理类型

二、强奸犯罪心理

（一）强奸犯罪的一般类型
1．时间和地点
2．犯罪人与被害人的关系
（二）强奸犯罪的心理分析
（三）强奸犯罪人的心理特征
1．强奸犯罪人的犯罪动机：①性欲动机。②攻击动机。③权力动机。④发泄怨恨。⑤报复心理。⑥寻求刺激。⑦满足变态心理。
2．强奸犯罪人的人格特点：①认知能力低下。②情感扭曲，无同情心。③挫折耐受力低，大多由自卑感。④人际关系不好，人际沟通尤其是与异性沟通的技能差。
（四）强奸犯罪中被害人问题的有关研究
1．被害人的心理弱点：①利用女性的恐惧和软弱心理。②利用女性追求享乐的心理。③利用女性有求于人的心理。④利用女性的隐私或劣迹。⑤利用女性弱智、残疾、精神病等非正常状态。
2．强奸犯罪对被害人的心理危害
强奸创伤综合症

复习与思考题

1．杀人犯的心理特点
2．强奸犯罪人犯罪心理形成的过程
3．强奸创伤综合症

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。
2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。
3．孙云晓等，《藏在书包里的玫瑰》（2004）：江苏人民出版社。
4．何贵初，《自杀性暴力犯罪》（2003）：中国人民公安大学出版社。

第九章　几种主要犯罪类型的心理分析（下）

本章教学目的和基本要求：了解不同类型犯罪——邪教、毒品、计算机犯罪的心理特点。重点和难点是毒品犯罪的心理特点和分析。

学时分配：2 学时

第一节　邪教犯罪心理

一、邪教犯罪概述

（一）邪教的含义
（二）邪教犯罪的概念与范围
（三）邪教犯罪的特征

二、“法轮功”人员的心理分析

（一）“法轮功”人员的一般特征
（二）练习“法轮功”的动机
（三）“法轮功”的精神控制
（四）“法轮功”痴迷者的人格特征

第二节　毒品犯罪心理

一、毒品犯罪概述

（一）毒品的含义
（二）毒品犯罪的概念及类型
（三）我国毒品犯罪的现状及特点

二、毒品犯罪人的心理特征

（一）犯罪动机
（二）错误的认识
（三）偏颇的人生价值观
（四）毒品犯罪人的人格特征

三、吸毒人员的心理分析

（一）精神分析理论

成瘾是一种情感上的防卫

当代精神分析理论认为物质滥用本身是一种防卫的机转，上瘾者经由滥用酒精或药物来保护自己免于面对不可抗拒的焦虑、抑郁、乏味、罪恶感、羞愧，以及其它种种的负面情绪。 一般而言，精神分析学家并不认为上瘾者对物质的选择是取决于经济、环境、社会文化等因素， 他们认为会让上瘾者赖以成瘾的物质，通常是那些可以协助其矫治或消解某种特定负向情绪状态的物质。

Wurmser（1980）不同物质的选择取向与各种难以驾驭的情感（情绪）之间显示出某种相当典

型的相关性：

（二）操作性条件反射的理论

上瘾是用来描述一种发生频率较高的操作性条件反射行为的术语。

（三）社会学习理论

班杜拉的观察榜样的效果

青少年的家族成员或周遭经常相处的朋友、同学有药物滥用的人，那么他们很可能会经由观察榜样的方式学习药物滥用。

（四）家庭系统理论

功能失调的婚姻关系会对在此种家庭生活下的青少年产生不良影响，青少年药物滥用便是因为父母之间的问题所导致的负面后果。

研究指出当孩子与没有染上物质滥用的父母在情感上涉入过深时，就会形成“分离恐惧（fear of separation）”，物质滥用便成为青少年展现“假性独立”的一种方式，亦及一种错误的离家独立。滥用药物或酒精的行动象征反叛与自主，但只是假性独立，此类青少年想要表现出坚强独立的气魄，但也同时惧怕与其感情涉入过深的父母之一方分离。

（五）社会文化理论

药物的上瘾性对不同种族、年龄、性别以及区域等团体都会产生不同的影响，一般而言，年轻成人、少数民族、男性、都市居民对于物质的抵抗力似乎较弱。而促成他们如此脆弱的因素可能由于病态的社会条件所导致，例如：贫穷、种族歧视、教育不足、就业机会缺乏等等案例：一个吸毒者的心理变化轨迹。

第三节　计算机犯罪心理

一、计算机犯罪概述

（一）计算机犯罪的概念及类型

计算机犯罪是指非法侵入受国家保护的重要计算机信息系统及破坏计算机信息系统并造成严重后果的应受到刑法处罚的危害社会的行为。

（二）计算机犯罪的特点

1．犯罪技术具有专业化

2．犯罪手段具有隐蔽性

3．犯罪后果具有严重的危害性

4．犯罪空间具有广泛性

5．犯罪类型具有新颖性

6．犯罪惩处的困难性

（三）计算机犯罪的发展趋势

二、计算机犯罪人的心理特征

（一）法律意识薄弱，缺乏道德感

（二）智力水平高

（三）犯罪动机

（四）计算机犯罪人的人格特征

复习与思考题

1．吸毒人员的心理分析

2．计算机犯罪人的犯罪动机

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

3．皮艺军，《犯罪学研究论要》（2001）：中国政法大学出版社。

4．张绍彦，《犯罪学指导》（1999）：法律出版社。

第十章　过失犯罪心理

本章教学目的和基本要求：重点掌握过失犯罪心理与故意犯罪心理的异同，了解影响过失犯罪发生的因素。

学时分配：2 学时

第一节　过失犯罪心理概述

一、过失犯罪的概念和类型

（一）过失犯罪的概念

以构成犯罪的主观要件为标准，犯罪分为故意犯罪和过失犯罪。

过失犯罪是应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生危害结果，其行为构成犯罪的，是过失犯罪。

（二）过失犯罪的类型

（三）过失犯罪与注意义务的违反

二、过失犯罪心理与故意犯罪心理的区别

过失犯罪与故意犯罪的主要心理差异

从法学的角度看，过失犯罪与故意犯罪有四方面的差异：

1．社会危害性比较，主观客观结合看，故意犯罪的社会危害性大。

2．主体和主观方面比较，两者有别；

3．客体和客观方面比较，过失犯罪侵害的只是物质客体而故意犯罪侵害的可以是物质客体，也可以是非物质客体。

4．刑事责任比较，过失犯罪的法定刑轻于故意犯罪。

（二）从心理学上看

过失犯罪与故意犯罪在心里和行为上有三方面差异：

1．心理结构的形式的内容不同；

2．心理状态不同；

3．心理机制不同。

三、过失犯罪行为发生的机制

过失犯罪的主观心理状态是过失，可以分为两种：疏忽大意过失和过于自信过失。而二者的心理历程和机制是不同的。

（一） 疏忽大意过失犯罪行为发生的机制

1．应当预见和能够预见；

2．没有预见和疏忽大意；

3．错误决策与危害行为的实施；

（二）过于自信过失犯罪行为的发生机制

1．已经预见和轻信能够避免。

2．错误决策与危害行为的实施。

3．过失犯罪行为发生的心理因素

（三）不良的心理因素是导致过失犯罪的直接动因。

1．态度。对人对事态度不端正是过失犯罪的重要心理因素之一。不良态度有：①不负责任的态度；②对抗态度；③傲慢和固执态度；④自私态度。

2．思维与认知不正确；

3．注意涣散与分心；

4．情绪变化不正常；

5．性格气质中的不良因素；

6．智能与经验，智能低，经验不足；

7．记忆缺陷与失误；

8．无意识因素。意识状态模糊。

第二节　引起过失犯罪的客观诱因

一、情境因素

（一）自然方面的意外情境

（二）社会方面的意外情境

二、舆论因素

三、工具因素

（一）使用熟练工具

（二）使用陈旧工具

（三）使用高科技工具

第三节　过失犯罪人的生理和心理特征

一、过失犯罪人的生理特征

（一）生理缺陷或疾病

（二）疲劳状态

（三）麻醉与醉酒

（四）其他生理因素

二、过失犯罪人的心理特征

（一）过失犯罪人的认知特征

1．认识上存在错觉

2．注意品质不良或违反注意义务

3．记忆的缺陷与失误

（二）过失犯罪人的情绪和态度特征

（三）过失犯罪人的意志特征

（四）过失犯罪人的性格与气质特征

（五）过失犯罪人的智能特征

（六）过失犯罪人的无意识因素

三、过失犯罪人的不良行为习惯

（一）日常生活中的不良习惯

（二）技术操作中的不良习惯

案例：锅炉工忘关气阀，致人烫死案

复习与思考题

1．过失犯罪心理与故意犯罪心理的区别

2．疏忽大意过失犯罪的心理机制

3．过于自信过失犯罪的心理机制

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

3．罗大华，《犯罪心理学》（1999），中国政法大学出版社。

4．梅传强、王敏，《犯罪心理学》（1999），中国法制出版社。

第十一章　群体犯罪心理

本章教学目的和基本要求：使学生掌握和青少年犯罪相关的团伙犯罪心理行为特点。重点是青少年团伙犯罪心理分析。难点是理解有组织犯罪以及其心理行为特点。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、什么是群体

是指这样一些人，他们在一定的空间和时间内相互作用，直接或间接地使有效地相互作用在持续性、广泛性和融洽性上达到密切地程度，并自身形成一个内部准则，知道价值地实现。

二、群体的分类

（一）正式群体和非正式群体

（二）大群体和小群体

三、群体心理效应

四、群体犯罪的概念和类型

（一）群体犯罪

是指两个以上的犯罪主体，通过相互交往，在犯罪目的一致或暂时达成一致的基础上，联合实施的犯罪行为。

（二）群体犯罪的类型：

按不同标准，可作以下分类：

1．以群体的组织形态分--共同犯罪、有组织犯罪、团伙犯罪、集群犯罪。

2．以群体成员间心理接触分--事先有通谋、事先无通谋、无通谋，但有共同越轨行为的群体犯罪。

3．以实施犯罪种类多少分--单一类型、多种类型。

4．以犯罪恶性程度分--危害国家安全、重大恶性案件、一般刑事案件。

五、群体犯罪心理

犯罪群体或落后群体，副文化群体中，个人的与群体的意向、动机和目的相互影响而形成的适合于犯罪的共同心理倾向。

（一）我们对这一概念可从三方面来理解：

1．群体犯罪心理是一种共同心理倾向；

2．群体犯罪心理的核心是同一的犯罪目的；

3．群体犯罪心理是个体犯罪心理的集中反映。）

（二）群体犯罪心理的形成因素：

1．内在因素：①交往与互动；②模仿与暗示；③合群与需要；④代偿与互补。

2．外在环境因素：①社会结构不稳定；②社会供需矛盾；③社会压力负效应；④不良的榜样作用；⑤犯罪机遇增多。

（三）群体犯罪心理的特征：

1．相同与相似性；

2．相异与互补性；

3．群体效应与互动性。

第二节　群体犯罪的心理学基础

一、群体归属感

二、从众

三、服从

四、去个性化

五、模仿和感染

六、群体无意识理论

第三节　各类群体犯罪的心理分析

一、一般共同犯罪的心理分析

（一）一般共同犯罪的概念和特点

一般共同犯罪是指二人以上、没有特殊的组织形式、只是为了实施某一特定的违法犯罪行为而临时或事先纠合起来的群体犯罪形式。

（二）一般共同犯罪中角色心理分析

二、团伙犯罪

（一）团伙犯罪的概念

（二）团伙犯罪群体形成的原因

1．社会原因。团伙犯罪多在社会结构不稳定，政治动乱或经济生活混乱，无政府主义盛行的状态下发生；

2．文化原因。封建色彩的帮派文化，与具有享乐主义色彩的西方文化相结合构成犯罪副文化。它既是滋生不良团伙的文化氛围，又是团伙犯罪的精神支柱与动力。

3．心理原因。青少年有强烈的合群倾向。不合理的需要，导致不良心理的形成。

（三）团伙犯罪中角色心理分析

（四）团伙犯罪的心理特征

1．团伙意识的整合作用；

2．团伙情感的感染作用；

3．暗示与模仿的诱发作用；

4．权威与服从的统制作用；

（五）团伙犯罪的行为特征：

1．纠合性和易变性；

2．盲目性和冒险性；

3．野蛮性和残忍性；

4．腐蚀性和传染性。

三、有组织犯罪

（一）有组织犯罪的概念和特征

有组织犯罪又称为集团犯罪，是指以从事有计划的犯罪活动为宗旨，具有严密、固定的犯罪组织与正常的社会生活及法律秩序相对抗的犯罪集团。有组织犯罪的类型：

1．走私与贩毒犯罪组织；

2．独霸一方的流氓、恶势力犯罪组织；

3．贩卖人口犯罪组织；

4．开设赌场，强迫妇女卖淫的犯罪组织；

5．制造贩卖淫秽黄色书刊的犯罪组织；

6．盗窃、窝赃、销赃的犯罪组织。

（二）有组织犯罪群体形成的心理原因

1．权威与服从

2．模仿与学习

3．暗示与教唆

4．冒险转移

5．群体极化

（三）有组织犯罪中角色心理分析

四、集群犯罪

（一）集群犯罪的概念

集群犯罪是一种人们在激烈互动中自发产生的、无指导、无明确目的的，不受正常社会规范约束的，由众多人的狂热行为导致的犯罪。

（二）集群犯罪的特点

1．自发性

2．狂热

3．非常规

4．短暂

（三）集群犯罪的过程

（四）对集群犯罪的理论解释——紧急规范理论

（五）集群犯罪中角色心理分析

（六）集群犯罪的类型特点：

1．足球场暴力事件；

2．街头暴力事件；

3．哄抢与经济上的闹事事件；

（七）集群犯罪发生的心理和社会原因

4．社会矛盾的积聚和社会心理的躁动；

5．求发泄与求表现；

6．对传播媒介中消极因素的模仿；

7．人口密集等客观条件；

复习与思考题

1．群体犯罪的心理学基础是什么？

2．有组织犯罪的概念、特点以及心理分析。

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

第十二章　变态犯罪心理

本章教学目的和基本要求：了解常见的变态心理及其与犯罪之间的关系。重点掌握精神病和人格障碍与犯罪的关系。难点是各种变态心理的概念和特征。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、变态心理概念

（一）变态心理与常态心理
（二）变态心理的判断标准
（三）变态心理的常见类别

二、变态心理的形成原因

（一）变态心理的生物基础
（二）心理因素在变态心理产生中的作用
（三）心理变态的社会文化根源

三、变态心理与犯罪行为

（一）变态心理者的犯罪现象概述
1．变态心理的发生率
2．变态心理者的犯罪率
（二）变态心理现象与犯罪行为
1．感知觉变态与犯罪行为
2．注意变态与犯罪行为
3．记忆变态与犯罪行为
4．思维变态与犯罪行为
5．情绪情感变态与犯罪行为
6．意志变态与犯罪行为
7．智能变态与犯罪行为
8．意识变态与犯罪行为
（三）变态心理患者犯罪的基本特点
1．变态心理者犯罪的动机
2．变态心理者犯罪的行为特征
3．变态心理者在犯罪后的一般表现

第二节　人格障碍与犯罪行为

一、人格障碍概述

（一）什么是人格障碍

是一种人格在发展和结构上明显偏离正常，以致不能行之有效地适应正常地社会生活的心理行为表现。

（二）人格障碍的特征

1．从儿童、少年时期开始

2．人格结构某些成分过分或畸形发展

3．无自知之明

4．相对稳定，顽固

二、人格障碍与犯罪

（一）人格障碍者犯罪的基本特点

（二）人格障碍类型与犯罪

1．反社会型人格障碍

2．偏执型人格障碍

3．情感型人格障碍

4．爆发型人格障碍

5．轻佻型人格障碍

6．怪癖型人格障碍

三、人格障碍犯罪人的法律责任能力

第三节　性变态与犯罪行为

一、性变态概述

（一）性变态的概念

（二）性变态与人格障碍

（三）性变态与性犯罪

二、性变态与犯罪

（一）性变态者违法犯罪的特点

（二）性变态类型与犯罪

三、性变态犯罪人的法律责任能力

第四节　精神病与犯罪行为

一、精神病概述

（一）精神病的概念

是一种心理机能完全紊乱的精神疾病，是一种严重的心理变态状态。

（二）精神疾病患者的变态心理特征

二、精神病与违法犯罪

（一）精神病人违法犯罪的特点

1．行为无法自控

2．动机模糊或难于理解

3．手段极其残忍、凶狠

（二）精神病的类型与犯罪

1．精神分裂症

2．偏执型精神病

3．情感性精神病

4．反应性精神病

5．脑外伤精神病与犯罪行为

三、精神病人的法律责任能力

复习与思考题

1．人格障碍型犯罪的基本特点

2．性变态犯罪的基本特点

3．精神障碍与违法犯罪行为之间的关系

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

3．崔丽娟，《心理学是什么》（2002），北京大学出版社。

4．杨眉，《与焦虑通行》（2001）：北京出版社。

第十三章　犯罪心理应用技术

本章教学目的和基本要求：了解心理测试技术和罪犯心理画像技术的历史、基本方法以及应用。
学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、什么是“犯罪心理测试技术”

测谎仪“polygraph”——多道生理心理描记仪

二、犯罪心理测试技术的历史

（一）最早的“神裁法”
1．米判法
2．热试法
3．水试法
（二）智力型的测试法
（三）现代犯罪心理测试技术的出现与发展
（四）当今心理测试仪的前沿研究

第二节　犯罪心理测试技术原理及其测试方法

一、基本原理的争论

（一）“恐惧”假设
（二）“冲突”理论
（三）“条件反射”理论
（四）“应激”理论
（五）“动机”理论
（六）“认知唤醒”理论

二、常见的犯罪心理测试方法

1．相关/不相关问题测试法（R/IR）
2．控制问题测试法（CQT）
3．紧张峰测试法（POT）
4．犯罪情景测试法（GKT）

第三节　中国的犯罪心理测试技术

一、中国犯罪心理测试技术的发展历史

二、中国的犯罪心理测试技术程序

犯罪心理痕迹动态描绘阶段
编题阶段
测前访谈阶段
实测阶段
图谱评判阶段
测后讯问阶段

第四节　罪犯心理画像技术

一、定义

犯罪心理画像技术（Criminal Profiling）是一门为了满足现代犯罪侦查的需要而综合了多种学科领域的科学——如犯罪侦查学、法医学、病理学、精神医学、犯罪学、被害者学、心理学、社会学等的知识，并将这些知识运用于协助警方办案的一种特殊侦查技术。美国联邦调查局为犯罪心理画像技术作出的定义是：“犯罪心理画像技术是一种刑事侦查的技巧，从犯罪人所做的犯罪行为寻找其主要的人格特质或行为特质，协助警方侦查犯罪，从而达成破案的目的”。

二、犯罪心理画像技术的历史演进

在犯罪心理画像技术的相关研究领域中，一般都认为美国联邦调查局 FBI 侦查实务运用的犯罪心理画像技术是是当代犯罪心理画像技术的起源。但事实上，严格来说，最早出现在刑事侦查实务上所谓“犯罪者的描绘（profiling of the offender）”是 James Brussel 博士在 1940 至 1950 针对“疯狂炸弹客（The Mad Bomber）”案的犯罪嫌疑人所作的相关分析。

三、犯罪心理画像的理论基础

（一）犯罪现场反映犯罪者人格

犯罪者与一般正常人在人格形成的过程中都是一致的，人格是个人成长过程中与周遭环境、人物互动的结果，包括生物遗传、文化环境、社交环境以及共同的生活经验等。通常上述因素在时空不同的组合下，产生个人独特的行事风格，而个人性格产生后即不易改变。一般而言，只要周遭环境没有产生太大的变化，其人格特质通常会一直持续维持。相对而言，犯罪人在遂行其犯罪行为时，也会产生某些特殊个化的犯罪行为特性，此乃犯罪心理画像所持的基本论点。此外 Holmes 与 Holmes 亦认为，个人的人格缺乏弹性，也因为人格不易改变，人格随时随地都在影响个人的外在行为，犯罪心理画像即利用此一行为特征做一合理的推论。

（二）犯罪手法大致相同

这表示犯罪人在遂行同类型犯罪行为时，其整个活动过程中会有其共通或一致性，如犯罪人所使用之犯案工具、时间、场所与被害人的选择，使用的语言、暴力行为或犯罪现场的处理等，而这些共同的特征形同个人签名，只要犯罪人连续犯案，就会留下一系列相同的签字，犯罪心理画像乃

藉由这些行为签字提供办案人员正确、可靠的方向，进而找出犯罪人。

（三）犯罪人的人格特征不易改变

犯罪者人格不易改变，犯罪者的人格特质也会影响犯罪手法；再者，犯罪手法有其系统性与一致性，这些犯罪行为的特质正是犯罪心理画像所依赖的利器，也是其所持的基本论调。

四、犯罪心理画像适用案件类型

结合我国的犯罪现象和司法实践，以下案件特别适合运用犯罪心理画像技术：

(一)杀人和伤害案件

(二)性伤害案件

(三)爆炸、纵火和投毒案件

(四)抢劫案件

(五)绑架与敲诈勒索案件。

五、犯罪心理画像方法

目前，国外有各种不同的犯罪心理画像研究方法。继传统的精神分析方法之后，现在比较流行的、影响比较大的主要有：FBI 的犯罪现场分析法、David Canter 的心理调查法、Brent Turvey 的行为证据分析法等方法。这里简单介绍一下 FBI 犯罪现场分析法。

（一）他们基于犯罪惯技和犯罪人个性提出了一种分类方法，即“有组织力与无组织力”的二分法。下面的表格就清楚地区分了两类犯罪的差异：

	有组织力的犯罪人	无组织力的犯罪人
年　龄	与被害人年龄相仿，平均年龄在 35 岁以下，但也可能在 18 岁到 45 岁之间	年龄在 16 岁到 39 岁之间，多数在 17 岁到 25 岁之间
性　别	男性	男性
种　族	通常与被害人是一个种族	通常与被害人是一个种族
教育程度	通常智力较高，比较聪明，至少在高中以上或者上过大学，在学校是捣蛋鬼	通常智力低于平均水平，没有念完高中，在学校学习很差
外表特征	通常长相不错，很注重自己的外表	瘦，通常会有某种生理缺陷使其长相异于常人
职　业	能胜任各种职业，但往往从事男子气十足的职业，比如酒吧间男招待、运货汽车司机、建筑工人、警察、消防员、伞兵、军医	通常失业，即使有工作也是一些不需要什么技能的仆人类工作，与公众接触比较少，比如洗碗、看门、照顾病人等
住　所	与犯罪现场相隔较远，房子租金在中等以上，家里布置较好	就住在犯罪现场附近
生活状况	独身或与年老的父母住在一起	已婚或者与人同居
犯罪记录	可能因斗殴或性侵犯被逮捕，驾驶记录较差并有很多未缴的罚款，经常打架	可能因窥阴、恋物、露阴、夜盗等被逮捕

（二）FBI 在进行犯罪心理画像时主要有以下六个阶段

1．画像输入阶段：即搜集所有的证据，包括在犯罪现场发现的证据(如纤维、油漆碎片等)和一切源自犯罪现场的证据(如照片、调查记录、测量结果等)。

2．决策过程模型：将前述犯罪信息加以分析，区分成各种类型和问题，比如，这起案件是否是系列案件的一部分、被害人具有哪些共同的特征等。

3．犯罪评估：将犯罪现场的证据组织起来，重建犯罪现场，侦查人员判断犯罪实施的过程、在犯罪情境中犯罪人与被害人的互动过程，以及犯罪工具的使用顺序。

4．画像阶段：结合前三步的工作并深入考虑犯罪人的动机、体态特征，以及犯罪人的人格特征对犯罪人进行画像。侦查人员利用这些信息决定对犯罪人最佳的审讯策略。

5．犯罪侦查：画像的书面报告以及带有数据的结论在这一阶段交给侦查人员以认定犯罪嫌疑人。如果找不到犯罪嫌疑人和出现了新的信息就要重新进行画像。

6．逮捕阶段：在确定嫌疑人之后，嫌疑人被讯问、搜查、与画像结论比对等。如果侦查人员相信嫌疑人就是作案人的话，就会获取对嫌疑人的逮捕令，在审讯时专家如司法心理学家或法庭专家通常会介入。

复习与思考题

1．犯罪心理测试技术的基本原理的争论

2．常见的犯罪心理测试方法

3．犯罪心理画像技术的理论基础和方法。

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。

3．胡天禄等，《侦查讯问各论》（2002）：中国人民公安大学出版社。

第十四章　罪犯心理矫治

本章教学目的和基本要求：了解罪犯心理矫治的概念和方法。重点和难点都是罪犯心理矫治的方法。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、罪犯心理矫治的内涵及其在改造中的作用

（一）什么是罪犯心理矫治

（二）罪犯心理矫治在改造工作中的作用

1．促进了我国罪犯改造工作科学化的进程

2．促进了罪犯改造工作质量的提高

3．促进监狱人民警察素质的提高

二、罪犯心理矫治的操作体系

三、罪犯心理矫治的组织实施

第二节　罪犯心理评估技术

一、什么是罪犯心理评估

是罪犯心理矫治工作的前提和基础，它是评估者根据心理测验的结果，加上调查、观察多得到的多方面的资料，对被评估的罪犯个体或群体的心理特征做出有意义的解释和科学的价值判断过程。

二、罪犯心理评估的一般过程

（一）确定评估目的和评估标准

（二）资料收集阶段

（三）具体评估阶段

（四）评估结果的使用阶段

三、心理测验的实施方法

（一）准备

（二）施测

（三）收尾

四、罪犯心理评估报告的一般格式

案例：关于罪犯李威的心理评估报告

第三节　罪犯心理咨询与治疗技术

一、什么是罪犯心理咨询与心理治疗

（一）罪犯心理咨询
（二）罪犯心理治疗

二、罪犯心理咨询的基本过程及操作技巧

（一）心理咨询前的准备
（二）了解情况，建立关系
（三）诊断分析，明确咨询目标
（四）选择方案，帮助指导
（五）评估咨询结果，结束咨询关系

三、罪犯心理治疗的主要方法和技术

（一）精神分析疗法
案例：精神分析疗法在罪犯心理矫治中的应用
（二）行为疗法
（三）理性情绪疗法

第四节　罪犯心理危机干预技术

一、什么是罪犯心理危机

二、什么是罪犯心理危机干预

三、罪犯心理危机干预的过程与方法

（一）通过评估确定干预对象
（二）激发有心理危机的罪犯主动寻求心理咨询的愿望
（三）让罪犯释放消极情绪与能量
（四）帮助罪犯掌握一定的自我调节与自我矫治方法，提高自己处理心理危机的能力
（五）跟踪考察，巩固成效

复习与思考题

1．罪犯心理矫治工作的作用
2．罪犯心理矫治技术的主要方法和技术

拓展阅读书目

1．Blackburn，Ronald 著（1993），吴宗宪、刘邦惠等译（2000）：《犯罪行为心理学：理论、研究和实践》，中国轻工业出版社。

2．汉斯，托奇著，周嘉桂译（1986）：《司法和犯罪心理学》，群众出版社。
3．刘邦惠，《心理学概论》（2000），中国政法大学出版社。
4．崔丽娟，《心理学是什么》（2002），北京大学出版社。

《犯罪学》教学大纲

王顺安　编写

目　录

前　言.....589
一、犯罪学的课程性质.....589
二、编写目的.....589
三、课程简介.....589
第一章　犯罪学的研究对象及其学科性质.....591
第一节　犯罪学的概念.....591
一 、犯罪学概念的由来及其科学含义.....591
二、狭义犯罪学.....591
三、广义犯罪学.....591
第二节　犯罪学的研究对象.....591
一、犯罪现象.....591
二、犯罪原因.....592
三、预防犯罪.....593
第三节　犯罪学的学科性质及体系.....593
一、犯罪学的学科性质.....593
二、犯罪学的学科体系.....593
第四节　犯罪学与相邻学科的关系.....594
一、犯罪学与刑法学的关系.....594
二、犯罪学与监狱法学的关系.....594
三、犯罪学与刑事诉讼法学的关系.....594
四、犯罪学与犯罪心理学的关系.....594
五、犯罪学与社会学的关系.....594
六、犯罪学与经济学、教育学和伦理学的关系.....594
复习与思考题.....594
拓展阅读书目.....594
第二章　西方犯罪学的历史发展.....596
第一节　18 世纪的古典犯罪学派.....596
一、西方犯罪学理论的思想渊源.....596
二、犯罪古典学派理论.....596
第二节　19 世纪末的实证犯罪学派.....596
一、实证学派的产生.....596
二、龙勃罗梭的犯罪人类学理论.....597
三、菲力的犯罪社会学理论.....597
四、加罗法洛的犯罪学理论.....597
五、两大学派的比较.....597
第三节　当代犯罪社会学.....597
一、当代犯罪社会学概述.....597
二、社会结构理论.....598
三、社会化过程理论.....598
第四节　当代西方犯罪学研究的特点.....599

复习与思考题……599
拓展阅读书目……599
第三章　犯罪现象概述……600
第一节　犯罪现象的概念和特性……600
一、犯罪现象的概念……600
二、犯罪现象的研究内容……600
三、犯罪现象的特性……600
第二节　犯罪现象的结构和分类……601
一、犯罪现象结构……601
二、犯罪现象的分类……601
第三节　犯罪现象的时空分布……601
一、犯罪时间和空间是犯罪活动的存在形式……601
二、犯罪现象的时间分布……602
三、犯罪的空间分布……602
第四节　犯罪现象的科学评估……602
一、犯罪形势的概念及科学评估的意义……602
二、犯罪形势评估的基本内容……602
三、犯罪形势评估的原则……603
复习与思考题……603
拓展阅读书目……603
第四章　新中国犯罪现象的状况、特点及规律……604
第一节　建国初期至全面建设社会主义时期 犯罪现象的状况、特点和规律……604
一、1949 年—1954 年犯罪现象的状况和特点……604
二、1955 年—1958 年犯罪现象的状况和特点……604
三、1959 年—1961 年犯罪现象的状况、特点……604
四、1962 年—1965 年犯罪现象的状况和特点……604
五、1949 年—1965 年犯罪现象的几条主要规律……605
第二节　十年动乱时期犯罪现象的状况、特点和规律……605
一、十年动乱时期犯罪现象的状况……605
二、十年动乱时期犯罪现象的特点……605
三、十年动乱时期犯罪现象的规律……605
第三节　改革开放以来犯罪现象的状况、特点和规律……605
一、1977 年—1982 年犯罪现象的状况、特点……605
二、1983 年—1986 年犯罪现象的状况……606
三、1983 年—1986 年犯罪现象的特点……606
四、1987 年至今犯罪现象的状况和特点……606
五、对改革开放以来犯罪增长现象的思考……606
第四节　中外犯罪现象比较研究……606
一、国外犯罪现象概述……606
二、中外犯罪现象比较……606
复习与思考题……607
拓展阅读书目……607
第五章　犯罪行为……608

第一节　概　述.....608
一、犯罪行为的概念.....608
二、犯罪行为的构成要素.....608
第二节　犯罪行为的类型.....608
一、犯罪行为类型的概念.....608
二、按照社会危害性大小对犯罪行为进行分类.....608
三、按照犯罪侵犯的客体不同对犯罪行为进行分类.....608
四、按照行为的性质对犯罪行为进行分类.....609
五、按照行为形成的方式对犯罪行为进行分类.....609
六、按照犯罪人实施犯罪的主观罪过心理，对犯罪行为进行分类.....609
七、按照犯罪的公开程度对犯罪行为进行分类.....609
八、按照犯罪形成的特点对犯罪行为进行分类.....609
第三节　犯罪行为形成的过程.....609
一、犯罪决意.....609
二、犯罪行为准备.....609
三、犯罪行为实施.....610
复习与思考题.....610
拓展阅读书目.....610
第六章　犯罪人.....611
第一节　犯罪人的概念.....611
一、犯罪人的概念.....611
二、犯罪人概念的外延.....611
第二节　犯罪人的本质属性.....611
一、人以及犯罪人的一般属性.....611
二、犯罪人的特殊属性——反社会性.....612
第三节　犯罪人的分类.....612
一、犯罪人分类的概念及意义.....612
二、犯罪人类型.....612
第四节　犯罪人的实证研究.....612
一、犯罪生涯研究.....612
二、犯罪人口研究.....613
复习与思考题.....613
拓展阅读书目.....613
第七章　被害人.....614
第一节　被害人的概念与特征.....614
一、被害人的概念.....614
二、被害人的特征.....614
第二节　被害人与犯罪人之间的互动关系.....615
一、对应共存关系.....615
二、二元原因关系.....615
三、彼此作用关系.....615
四、刺激反应关系.....616
五、被害转化关系.....616

六、互塑、共塑关系……616
七、归责可能关系……616
八、刑事对立关系……616
第三节　被害人的类型……617
一、概念……617
二、以犯罪性质为划分标准……617
三、以其生理特征为划分标准……617
四、以其心理特征为划分标准……617
五、以其有责程度为划分标准……617
复习与思考题……617
拓展阅读书目……617
第八章　犯罪原因概述……619
第一节　研究犯罪原因的重要意义……619
一、对预防犯罪的实践意义……619
二、国家立法与司法的理论意义……619
三、犯罪研究的科学意义……619
第二节　犯罪原因的概念、特性……619
一、犯罪原因的概念……619
二、犯罪原因的特性……619
第三节　犯罪原因认识与研究的历史演进……620
一、古文明时期……620
二、中世纪时期……620
三、文艺复兴时期……620
四、进现代时期……620
五、当代时期……620
第四节　犯罪原因的分类……620
一、犯罪原因分类的价值……620
二、犯罪原因分类的多元标准……620
三、犯罪原因分类的内容……620
第五节　犯罪原因体系及其结构层次……621
一、犯罪原因体系的科学含义……621
二、犯罪原因体系的内部结构、层次……621
三、研究犯罪原因体系及结构层次的价值……621
复习与思考题……621
拓展阅读书目……621
第九章　犯罪根源……623
第一节　犯罪根源的概念……623
一、犯罪根源的概念……623
二、犯罪根源的特征……623
第二节　社会主义社会的犯罪根源……623
一、不同社会的犯罪根源不同……623
二、社会主义社会的犯罪根源……623
三、关于犯罪根源的“残余论”……623

第三节　犯罪根源与犯罪的联系.....623
一、统治者的“以法保护下”的犯罪.....623
二、贫困造成的被统治者的犯罪.....624
三、极端个人主义时犯罪的思想基础.....624
第四节　犯罪根源理论的意义及其局限.....624
一、研究犯罪根源的意义.....624
二、犯罪根源在理论上的局限.....624
复习与思考题.....624
拓展阅读书目.....624
第十章　犯罪的社会及环境因素.....626
第一节　犯罪社会因素和环境因素概述.....626
第二节　犯罪的政治因素.....626
一、阶级斗争.....626
二、政治体制的弊端.....626
三、政策失误.....626
第三节　犯罪的经济因素.....626
一、多种经济成分的冲突.....626
二、新旧体制转换中的真空漏洞.....627
三、分配不公.....627
四、经济发展不平衡.....627
五、商品经济的负效应.....627
第四节　犯罪的文化因素.....627
一、传统文化对犯罪的影响.....627
二、西方文化对犯罪的影响.....627
三、文化冲突对犯罪的影响.....627
四、亚文化与犯罪.....627
五、文化市场管理松弛，为不良文化的泛滥开了方便之门.....627
第五节　犯罪的教育因素.....627
一、学校教育.....628
二、家庭教育.....628
第六节　犯罪的思想道德因素.....628
一、影响犯罪的思想因素.....628
二、道德问题与犯罪.....628
第七节　犯罪的法制因素.....628
一、立法方面存在的问题.....628
二、公民守法意识不强，法制观念淡薄.....629
三、有法不依、执法不严、以权代法、以言代法、以钱代法严重侵蚀着法制的肌体，也成为违法犯罪产生的重要原因.....629
第八节　犯罪的人口因素.....629
第九节　犯罪的环境因素.....629
一、犯罪的社会环境因素.....629
二、犯罪的自然环境因素.....629
复习与思考题.....630

拓展阅读书目……630
第十一章　犯罪的主体因素……631
第一节　犯罪主体因素概述……631
一、犯罪主体因素的概念、特征……631
二、犯罪主体因素的内容及主体各因素间的关系……631
第二节　犯罪的生理因素……631
第三节　犯罪的心理因素……631
一、犯罪主体的意思因素……631
二、犯罪主体的需要、动机……631
第四节　人格异常与犯罪……632
一、人格异常概念及其特征……632
二、人格异常与犯罪……632
第五节　犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系……632
一、犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系……632
二、研究犯罪主观因素和客观因素的意义……633
三、犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系……633
复习与思考题……633
拓展阅读书目……633
第十二章　犯罪预防概述……634
第一节　犯罪预防的概念及其重要性……634
一、犯罪预防的概念……634
二、犯罪预防的地位……634
三、犯罪预防的重要性……634
第二节　犯罪预防的依据与困惑……635
一、犯罪预防的可能性……635
二、犯罪预防的现实性……635
三、犯罪预防的长期性……636
四、犯罪预防的艰巨性……636
第三节　犯罪预防的手段与方法……636
一、犯罪预防的手段……636
二、犯罪预防的方法……636
第四节　犯罪预防的体系……637
一、犯罪预防体系的历史考察……637
二、犯罪预防体系的依据和内容……637
三、犯罪预防体系的特点……637
复习与思考题……638
拓展阅读书目……638
第十三章　预防犯罪的方针与原则……639
第一节　预防犯罪的方针……639
一、预防犯罪方针的含义及各种提法……639
二、综合治理——中国预防犯罪的总方针……639
三、综合治理的基本内容……639
四、综合治理的领导体制……640

第二节　预防犯罪的基本原则.....640
一、物质文明建设与精神文明建设相结合的原则.....640
二、治标预防与治本预防相结合的原则.....640
三、专门机关与群众路线相结合的原则.....640
四、系统化原则.....641
五、法制原则.....641
复习与思考题.....641
拓展阅读书目.....641
第十四章　犯罪的社会预防.....642
第一节　社会预防概述.....642
一、社会预防的概念.....642
二、社会预防的特点.....642
第二节　社会预防的功能.....642
一、社会建设功能.....642
二、社会整合功能.....642
三、社会控制功能.....642
四、社会化功能与社会心理调节功能.....643
第三节　宏观社会预防.....643
一、社会改革——社会本体的建设与完善.....643
二、社会政策——社会问题的控制阀.....643
三、道德、法制与行政——社会控制的三种力量.....643
第四节　微观社会预防.....644
一、环境设计与空间预防.....644
二、社区、群体和个人对犯罪的预防和参与.....644
复习与思考题.....645
拓展阅读书目.....645
第十五章　犯罪的心理预防.....646
第一节　犯罪心理预防概述.....646
一、犯罪心理预防的概念.....646
二、犯罪心理预防的原理和特点.....646
第二节　犯罪心理预防的功能.....646
一、人格塑造和养成功能.....646
二、心理调节功能.....646
三、主观激励功能.....646
四、推动社会进步的现实功能.....646
五、社会控制功能.....647
第三节　犯罪心理预防的基本途径.....647
一、社会化——社会对个体人格的塑造.....647
二、自我修养——人格的自我养成和完善.....647
第四节　变态人格的矫治.....647
一、物理疗法（理疗）.....647
二、精神分析疗法.....647
三、行为疗法.....647

四、人本主义疗法……648
五、生物反馈疗法……648
六、认识领悟心理疗法……648
复习与思考题……648
拓展阅读书目……648
第十六章　犯罪的治安预防……649
第一节　治安预防概述……649
一、治安预防的概念、特征……649
二、治安预防的任务……649
三、治安预防的措施与方法……649
四、治安预防的特点……649
第二节　治安管理的功能及其原则……650
一、治安预防的功能……650
二、治安预防的原则……650
第三节　治安管理……650
一、户口管理……650
二、公共场所的治安管理……650
三、特种行业管理……651
四、危险物品管理……651
第四节　劳动教养……651
一、劳动教养的概念及其适用对象……651
二、劳动教养在预防犯罪中的作用……651
第五节　技术预防……652
一、概念与作用……652
二、技术预防的种类与应用范围……652
三、技术预防应注意的问题……652
复习与思考题……652
拓展阅读书目……652
第十七章　犯罪的刑罚预防……654
第一节　刑罚预防的概述……654
一、刑罚预防的概念、特征……654
二、刑罚预防的特点……654
三、刑罚预防的地位……654
第二节　刑罚预防的功能……654
一、刑罚预防的含义……654
二、特殊预防功能及其作用过程……654
三、一般预防功能及其作用过程……655
第三节　监狱——刑罚预防的重要环节……655
第四节　刑罚预防的效益……655
一、概念……655
二、刑罚预防效益的总体评价……655
三、刑罚预防犯罪效益的评价视角……655
第五节　刑罚预防的效能原则……655

一、含义.....655
二、内容.....656
三、认识与研讨刑罚预防效能原则的价值.....656
复习与思考题.....656
拓展阅读书目.....656
第十八章　被害预防.....657
第一节　被害预防的概念、特点与意义.....657
一、被害预防的概念.....657
二、被害预防的特点.....657
三、被害预防的意义.....657
第二节　被害预防的内容、形式和途径.....657
一、被害预防的内容.....657
二、被害预防的形式.....658
三、被害预防的途径.....658
第三节　被害预防的关键.....658
一、被害原因的概念.....658
二、被害原因的分类及其不同层次.....658
三、被害原因的性质及其不同机能.....658
第四节　被害预防中的刑事损害赔偿与补偿.....659
一、被害人的刑事损害赔偿.....659
二、被害人的刑事损害补偿.....659
第五节　人身与财产被害预防.....660
一、人身被害预防.....660
二、财产被害预防.....660
复习与思考题.....661
拓展阅读书目.....661

前　言

犯罪学作为一门研究犯罪与反犯罪及其变化发展规律的科学，从其诞生之日起，便受到社会公众、刑事司法各界及国家决策者的普遍关注。由于工业化、城市化以来的犯罪浪潮一浪高过一浪，反犯罪的对策体系尤其是刑事司法系统及其效果又不够尽如人意，于是对犯罪学的希冀与检讨层层升级。社会需要是学科建设的原动力，18 世纪以来的严峻犯罪现实，促成了犯罪学的形成与发展，20 世纪尤其是二战以来的青少年犯罪、经济犯罪、有组织犯罪、高科技犯罪，有催生了犯罪学的分化与综合，21 世纪伊始的“9·11”恐怖主义犯罪活动及全球化的暴力犯罪、金融犯罪、网络犯罪和跨国跨境犯罪，更逼迫着犯罪学的回应与更新。在新世纪新时代，犯罪学的教学及应用理应有所新突破、新贡献！

一、犯罪学的课程性质

犯罪学既是一门理论科学，更是一门应用学科，其课程性质不仅是刑事法学和刑事司法的基础学科，而且也应是社会科学尤其是法律科学的通学知识。

犯罪学是一门具有独特研究对象、跨学科研究的独立的跨国界的综合性学科，理应是刑事法学和刑事司法专业的必修课，其他学科及专业的选修课，但在我校是选修课，且课时仅为 36 学时。

二、编写目的

犯罪学教学大纲是规范犯罪学课程教学内容和课程考核范围的概要性提纲，是开展教学工作的基本依据。编写大纲的根本目的是传播犯罪学的犯罪学正确理念、理论及常识，培养学生与犯罪作斗争的基础知识与应用能力。

编写犯罪学教学大纲的具体授课目的与要求是：

1．全面、系统地掌握犯罪学的历史及变化发展的轨迹及启示；

2．学习与了解犯罪学的基础知识、基本理论，从理论的高度认识犯罪现象的本质及其产生、发展、演变的一般规律；

3．科学地认识犯罪根源、犯罪原因及犯罪条件，树立正确的犯罪观；

4．掌握犯罪防控的规律，学习综合治理的方针，明确治理犯罪的基本对策方法，熟悉刑事政策的内容及演变；

5．能够运用犯罪学知识和理论分析、预测现实中的犯罪问题，揭示其原因，更为有效地预防与治理犯罪、惩罚与矫正犯罪；

6．培养和提高同学们正确分析和解决实际问题的能力，更好地同新世纪新时期的复杂犯罪作斗争，为构建可持续发展的和谐社会服务；

7．要求教与学必须做到理论联系实际，思辨与实证相结合；

8．尽可能采用 PPT、电影电视等影视知识，创造一切条件深入公安、检察、法院尤其是监狱、劳动教养和社区矫正机构参观、学习与调研。

三、课程简介

犯罪与反犯罪的历史源远流长，关于犯罪与反犯罪的理论思索也从古就有，但作为一门学科的犯罪学则是近现代的事情。犯罪学的诞生应归功于 18 世纪的犯罪古典学派，其代表人物是意大利的刑法学家贝卡利亚，代表作是 1764 年出版的划时代名著《论犯罪与刑罚》。作为科学犯罪学的出现则应认定为 19 世纪的犯罪人类学派，其代表人物是意大利的犯罪学家龙勃罗梭，代表作是 1876 年出版的《犯罪人论》以及菲利的《犯罪社会学》和加罗伐洛的《犯罪学》，意大利三杰及其成果

的出现，宣告了犯罪学作为一门独立的学科的形成。20 世纪犯罪社会学派的迅猛发展，尤其是美国人萨瑟兰于 1939 年出版的《白领犯罪》标志着犯罪学走向成熟。

犯罪学是一门研究犯罪与反犯罪及其变化发展规律的综合性学科。基于社会犯罪与反犯罪的矛盾加剧及其实践斗争的客观需要，欧、美、日乃至前苏联东欧国家较早地开设了犯罪学课程，犯罪学教育成为了 20 世纪高等教育的一个亮点与热点。中国在 20 世纪的二、三十年代就引进了犯罪学课程，介绍、翻译与撰写了若干犯罪学著作。新中国成立以后，由于受到极左思想的影响，犯罪学名称在中国大陆消失了 30 年之久，犯罪学教育与研究成为无人区。党的十一届三中全会以后，随着科学春天的到来，伴随着青少年犯罪及青少年犯罪研究的热潮，以及随后的中国犯罪异常凶猛的态势，中国犯罪学研究及教育获得了长足的发展。从理论研究状况而言，尽管研究成果的数量增长十分可观，而究其学术成果的质量而言还十分欠缺。从教育状况而言，犯罪学作为独立的一级学科甚至二级学科的地位都没有确立。在法律院校，由于受到十四门骨干法学学科重点扶持及司法考试科目的约束，犯罪学教育从开始的兴旺到目前的全面紧缩。

我校是犯罪学学术研究与教学开展的最早的高校之一，师资力量及教学科研水平堪称国内一流。早在 1982 年，由当时法律系主任曹子丹教授倡导，开始从事犯罪学学科的筹建工作。1984 年在法律系本科生正式开设了《犯罪学》课程，随后撰写了《犯罪学纲要》、《西方资本主义国家犯罪学简介》、《犯罪学》、《犯罪学教科书》、《新犯罪学》等教材及系列教辅资料，在全国高等院校和犯罪学界广受赞誉与尊重。

犯罪学教学与科研一直是我校强项课程和特色学科，在全国犯罪学界也处于领导地位，现任中国犯罪学会会长就是我校刑事司法学院前任院长、博士生导师王牧教授。在上个世纪的七、八十年代，犯罪学始终是法学本科生和研究生的必修课，现沦为本科生的选修课，研究生的必修课。幸运的是，具有远见的教务处处长李树中教授、继续教育学院吴飚院长近年又将犯罪学作为继续教育学院本科生的必选课，使我校犯罪学教学枯木逢春，又现春色。据悉，犯罪学专业已获通过。

犯罪学作为一门独立的综合性学科，其学科体系十分庞大，它包涵了犯罪社会学、犯罪心理学、犯罪生物学、犯罪人类学、犯罪经济学、犯罪文化学、犯罪政治学、犯罪对策学等等。华东政法学院将其定位为有关犯罪与反犯罪的“大百科”，并组织撰写与出版百部犯罪学著作。

我们开设的犯罪课程，仅只是犯罪学大百科知识体系的总纲，属于最为基本的带有入门性质的犯罪学概论。基于我校犯罪学课程学时的限制，我们在课程内容的设置上，仅重点讲授犯罪学的研究对象、学科性质、学科任务、目的及地位；犯罪学的研究方法；犯罪学的历史；犯罪学的理论；犯罪人；被害人；犯罪行为；犯罪现象；犯罪原因；犯罪预测；犯罪预防；犯罪惩罚与犯罪矫正等内容，给大家一个客观的、系统的，但是粗线条的知识与概念。这是基础，是进入犯罪学百科殿堂的台阶。

授课学时：36 学时

第一章　犯罪学的研究对象及其学科性质

教学目的和要求：通过教学，使学生掌握犯罪学的概念，理解犯罪学的内涵和外延，这门学科所研究的内容和体系，划清犯罪学和其他学科的界限，为全面、系统地学习犯罪学的主要内容打下坚实的基础。

第一节　犯罪学的概念

一 、犯罪学概念的由来及其科学含义

（一） 犯罪学概念的由来

1．“犯罪学”这个词是由拉丁文“Crimen”（犯罪）和希腊文“logos”（学说）组成的，意思是犯罪学说。

2．最早使用犯罪学这一概念的是法国人类学家托皮纳尔，他于 1879 年在巴黎出版的《人类学》中第一次提出了犯罪学的概念，意思是研究犯罪行为问题的学科。

3．1885 年意大利犯罪学家加罗法洛出版了《犯罪学》一书，意思是关于犯罪人和犯罪行为学的科学。

（二） 犯罪学的科学含义

犯罪学是研究一定历史阶段的犯罪现象、犯罪原因和犯罪预防的科学。在我国，犯罪学是运用法学和社会学等多种学科的研究成果和基本方法，研究我国犯罪现象产生、发展、变化的规律、以及导致犯罪的主客观原因和控制防治犯罪的对策的学科。

二、狭义犯罪学

（一)狭义犯罪学是将犯罪现象和犯罪人作为整体进行综合性究，探索犯罪发生的原因和规律。因此也被称为犯罪原因学。在这一领域，它又被分为两大部分：一是犯罪生物学；二是犯罪社会学。

1．犯罪生物学是用生物学的观点研究犯罪主体个人的人格、素质上的各种因素对犯罪之影响，例如体型、性格等与犯罪的关系及对犯罪的影响。

2．犯罪社会学是用社会学的观点来研究犯罪这一社会病态现象，研究社会结构及社会生活的各种条件对犯罪之影响。例如家庭、社会环境等社会因素对犯罪的影响。

三、广义犯罪学

（一）广义犯罪学不仅研究犯罪现象及其产生的原因和规律，而且研究预防犯罪的对策。

（二）美国学者萨瑟兰等认为犯罪学应包括三门主要学科：（1）法之社会学。（2）犯罪原因学。（3）刑法学。我们认为广义犯罪学应包括犯罪原因学和犯罪预防学。

第二节　犯罪学的研究对象

一、犯罪现象

犯罪现象是一种社会法律现象，是一个国家在一定历史时期内所发生的全部犯罪行为的总称。

（一）犯罪现象的本质属性

1．研究犯罪现象的本质属性是犯罪学的重要任务，“一定数量的犯罪集合而构成的犯罪现象，

不是个别的具体的犯罪行为的简单相加，它在一个新的层次上具有的新的性质”。

（1）马克思主义认为，在阶级社会里，什么行为是犯罪，什么行为不是犯罪，总是由统治阶级的利益和统治秩序的需要而通过国家的法律加以规定，从这个意义上讲，它具有阶级性和法定性。

（2）罪与非罪的界限不是永远不变的，它总会随着历史的发展而变化，从这个角度看，犯罪现象又具有相对性。

（3）实施犯罪的人，产生犯罪行为的原因和条件以及危害结果都具有社会性，因此，犯罪现象又具有显著的社会性。

（二）犯罪情况、特点和规律

1．犯罪情况

犯罪情况是犯罪数量、类型、危害的程度、犯罪的时间、地区、犯罪主体的构成状况和犯罪主体的个人情况。它是犯罪现象最表层的现象，是最基本的犯罪事实和最基本的研究素材。

2．犯罪特点

犯罪特点是犯罪现象所表现出来的某种特性，即犯罪现象在某一时期内的共性。它是对犯罪现象的深层次的显现。

3．犯罪规律

犯罪规律是在一定条件下，犯罪的升降、涨落、变化和发展的一般趋势。即犯罪的流量和流向的一般运动过程。犯罪规律决定了犯罪情况和特点，并通过它们表征和显示自己。

（三）犯罪结构和犯罪分类

1．犯罪结构

犯罪结构是按照一定标准进行分类的各类犯罪的有机结合。

2．犯罪分类

（1）犯罪分类是根据刑法规定的各种犯罪，按照一定标准归并为不同类型。

（2）犯罪分类有刑法学的犯罪分类和犯罪学的犯罪分类。

（四）犯罪人

1．犯罪人是犯罪的自然人和法人。

2．被害人是研究刑事被害人的状况特点、类型、被害原因以及被害预防等方面的问题。

二、犯罪原因

（一）研究犯罪原因的基本理论，包括犯罪原因、概念、特征、分类、因果关系及其方法论

1．犯罪原因的概念

犯罪原因是引起犯罪发生的各种因素及其相互作用的过程。犯罪原因是一个多元、多层次、多变量的、综合性的动态系统。

2．犯罪原因的分类

由于犯罪原因本身的多样性和相互作用的复杂性，因此，犯罪原因的分类是多元的分类方法。必须强调的是具体犯罪行为的原因和整体犯罪现象的原因是有区别的。

3．犯罪原因的研究方法

犯罪原因的研究要坚持实事求是的科学态度，由果溯因，即由现实的犯罪现象去分析它产生的原因和条件。

（一）犯罪的社会因素

犯罪的社会因素是与犯罪有关的各种社会现象的总称。犯罪的社会因素可分为宏观社会因素和微观社会因素。

（二）犯罪的主体因素

犯罪的主体因素是犯罪主体的意识因素、心理因素、人格因素和生理因素。

三、预防犯罪

（一）概念

犯罪预防是为消除犯罪的原因和条件，防止和减少犯罪发生而采取的社会性和专门性的综合防治措施。

（二）预防犯罪的基本理论

包括预防犯罪的性质、任务、地位和功能；预防犯罪的基本原理；预防犯罪的总方针与原则等问题；比较研究古今中外各种预防犯罪的理论和措施。

（三）犯罪预测

犯罪预测是在掌握过去和现在犯罪情况的基础上，运用科学方法，对未来犯罪的发展趋势进行推断和展望。

（四）犯罪预防的主体结构及其作用

预防犯罪主体是全方位多层次的，是在各级党委的领导下全社会各部门、各行各业、各组织和公民都有预防犯罪的责任和义务。

（五）预防犯罪的措施体系

这是指在社会治安综合治理方针的指导下，建立起社会预防、心理预防、治安预防和刑罚预防的措施体系及其网络。

第三节　犯罪学的学科性质及体系

一、犯罪学的学科性质

（一）由于犯罪学的研究对象是极其复杂的社会现象，而这种社会现象又是社会普遍关注的热点问题之一，因而对犯罪学学科性质的界定出现了不同的争论。

（二）我们认为，由于犯罪学研究的对象是犯罪现象产生、变化、发展的规律，以及引起犯罪发生的主客观因素及其防治对策，具体来说，就是犯罪现象、犯罪原因和犯罪预防对策，因而它是需要运用社会学和法学等多种学科的知识和方法的交叉和综合性学科。

1．犯罪学研究的犯罪现象、犯罪原因和犯罪预防，都必须以刑法规定的犯罪为基础。犯罪学的研究内容既要运用刑事法学和其他有关的部门法学的研究成果，又要对它们的研究成果进行综合。因此，犯罪学不仅有法学的内容，而且要以法学为基础。

2．犯罪学在研究犯罪的社会原因和犯罪主体原因时又超出了法学的范围，必须运用社会学、政治学、经济学等知识进行研究。从这个意义上讲，犯罪学又有社会学等学科的重要内容。

二、犯罪学的学科体系

（一）随着犯罪学研究的发展，犯罪学的理论体系基本形成，在认识上基本一致。诸多学者提出了例如“四论”体系、“三论”体系等理论体系。

（二）我们认为犯罪学的学科体系应由犯罪学绪论、犯罪现象论、犯罪原因论、犯罪预防论和犯罪学各论所构成。

1．犯罪学绪论

2．犯罪现象论

3．犯罪原因论

4．犯罪预防论

5．犯罪各论

第四节　犯罪学与相邻学科的关系

一、犯罪学与刑法学的关系

（一）两者的联系

1．犯罪学中的犯罪概念是以刑法学中的犯罪概念为基础，刑法学研究具有一定法律特征的犯罪行为，决定着犯罪学研究的主要方向。

2．刑法学对犯罪行为和犯罪人的分类方法是犯罪学研究的必要条件。

3．刑法学研究的刑罚制度和惩罚方法也是犯罪学研究的重要内容。

（二）两者的区别

1．犯罪学的研究对象是犯罪现象、犯罪原因和犯罪预防，而刑法学的研究对象是犯罪与刑罚。

2．刑法学是一门规范性法学，而犯罪学是法学与社会学的交叉学科，是实证学科。

3．犯罪学研究的最终目的是为了减少和预防犯罪的发生，因此它研究的内容不仅包括刑法所规定的犯罪行为，也包括其他法律规定的违法行为以及不良行为。

二、犯罪学与监狱法学的关系

犯罪学和监狱法学在研究对罪犯的改造等问题上有内在的联系，也相互推动理论研究的发展，其互补性很强。

三、犯罪学与刑事诉讼法学的关系

刑事诉讼法学理论及其研究成果对犯罪学有重要的指导意义。

四、犯罪学与犯罪心理学的关系

犯罪学研究需要运用犯罪心理学的研究成果，犯罪心理学的成果深化了犯罪学的研究内容，开阔了犯罪学的研究视野，为预防犯罪提供了重要的心理依据。

五、犯罪学与社会学的关系

（一）两者的研究对象是交叉的。犯罪现象及其原因是两者共同的研究对象。

（二）社会学的研究方法，如社会调查、社会试验等方法是犯罪学研究可以借用的。

六、犯罪学与经济学、教育学和伦理学的关系

经济学、教育学和伦理学的研究成果对于犯罪学的发展都大有裨益。

复习与思考题

1．犯罪学的涵义、特征？

2．狭义和广义犯罪学的区别？

3．犯罪学的研究对象、学科性质及其地位？

4．犯罪学研究的功用？

拓展阅读书目

1．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；

2．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；

3．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
4．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
5．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

第二章　西方犯罪学的历史发展

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生初步了解犯罪学的发展历史，了解西方和前苏联各种犯罪学理论以及当代西方犯罪学研究的情况。

第一节　18 世纪的古典犯罪学派

一、西方犯罪学理论的思想渊源

（一）欧洲自中世纪以来，强大的宗教势力桎梏着人类的文明发展，刑罚思想具有浓厚的神学色彩。18 世纪，欧洲掀起了轰轰烈烈的启蒙运动，以孟德斯鸠等学者为代表，无情的批判了封建专制统治，同时对刑事司法制度也展开了揭露和批判。

（二）犯罪古典学派的兴起

1．18 世纪的犯罪古典学派是启蒙运动的产物，它的诞生标志着西方对人类犯罪行为进行自然主义探讨的开始。

2．犯罪古典学派主要的代表人物有意大利学者贝卡利亚（Beccaria）、英国学者边沁（Bentham）和德国学者费尔巴哈（Feuerbach）等人，其中以贝卡利亚最具代表性。

二、犯罪古典学派理论

（一）贝卡利亚 1764 年出版的《论犯罪与刑罚》一书影响深远，被誉为刑法学和犯罪学领域最重要的经典著作之一。他在书中明确提出了罪行法定原则、罪行相适应原则和刑罚人道化原则。

（二）在解释犯罪原因方面，古典犯罪学派提出了“自由意志论”的观点。他们认为一个人只要达到一定年龄，除精神病人外，其犯罪行为完全是他的自由意志选择的结果。

（三）古典犯罪学派在研究犯罪原因时开始涉及社会方面的因素。

（四）在预防犯罪方面，古典学派提出了几个重要的观点。

1．法律控制论。认为只有依靠制定法律，遵守法律，并在执行法律中贯彻人人平等的原则，才能预防犯罪。

2．心理强制论。这是费尔巴哈的一个著名理论，认为人不仅能分清善恶是非，而且在“权衡”之后有选择的本性。

3．报应刑论。认为只有对实施犯罪行为的人给予惩罚，才能维护法律的权威，从而预防犯罪。

（四）由于古典学派忽视了影响犯罪的其他因素，在修订古典学派原则的过程中，新古典学派产生了，主要有几点主张：

1．人的意志并非绝对自由

2．环境可以影响人的意志

3．主张对意志部分自由者减轻处罚

4．允许专家出庭作证

第二节　19 世纪末的实证犯罪学派

一、实证学派的产生

（一）随着西方资产阶级革命的完成，急需建立新的社会秩序和法律秩序。但是古典学派并没

有缓解严重的犯罪，随着菲力等学者的批判，在19世纪末期，实证学派应运而生。

（二）实证学派的代表人物有意大利犯罪学家龙勃罗梭、菲力和加罗法洛。

二、龙勃罗梭的犯罪人类学理论

（一）龙勃罗梭通过对士兵和尸体的研究，大量对比分析，断定犯罪与人类的生理结构有关，提出了著名的天生犯罪人理论。

（二）由于不断遭受批评以及其他学者的建议，龙勃罗梭逐步修正了天生犯罪人理论，将犯罪人分为四种类型。

（三）龙勃罗梭的犯罪学理论对于西方犯罪学的产生、发展乃至当代犯罪学的发展都有极其深远的影响。其《犯罪人论》一书的出版标志着犯罪学作为一门独立的学科正式诞生，龙勃罗梭则被尊称为犯罪学的鼻祖。

三、菲力的犯罪社会学理论

（一）菲力的“三因素说”

菲力一方面继承了龙勃罗梭的理论，另一方面又有所发展，认为影响犯罪的不仅是生理因素，还包括自然因素和社会因素。

（二）菲力的“犯罪饱和法则”

菲力认为任何一种犯罪都是在三种因素作用下产生，但是各因素作用的程度和方式有很大不同。他提出了著名的“犯罪饱和理论”，认为每个国家始终都存在一定数量和种类的犯罪，始终处于与其原因相适应的饱和状态。

（三）菲力的“刑罚替代措施”概念

在重疏导、轻刑罚的思想基础上，菲力提出“刑罚替代措施”，主张以犯人的人身危害性为根据的社会责任论。

四、加罗法洛的犯罪学理论

（一）加罗法洛在具体解释犯罪原因时，强调心理因素的作用。他把犯罪分为自然犯罪和法定犯罪两种；与此相适应，将犯罪人分为真正的犯罪人和非真正的犯罪人两大类。加罗法洛将真正的犯罪人分为四类：谋杀犯、暴力犯、财产犯和风俗犯。

（二）加罗法洛提倡全球性的刑事政策。

五、两大学派的比较

（一）历史背景与研究方法的差异

（二）犯罪原因论的差异

（三）刑事责任论的差异

（四）刑罚裁量依据的差异

（五）刑罚目的论的差异

第三节　当代犯罪社会学

一、当代犯罪社会学概述

西方当代犯罪社会学是指自本世纪初意大利实证派犯罪学之后的西方犯罪学。由于自然科学和人文科学的进步，当代西方犯罪社会学百花齐放，一片兴旺的景象。当代犯罪社会学一般从社会结

构和社会化过程两个角度研究犯罪问题。

二、社会结构理论

社会结构理论认为，社会是划分为层次的，不同层次的成员享有的政治经济和其他权利不同，犯罪与这种社会结构有关。

（一）“文化冲突”理论

这一理论的主要代表人物是美国犯罪学家索斯坦·塞林。他认为社会存在两种文化冲突，一种是不同时期的文化冲突，另一种是同一时期两种对立文化的冲突。同时他也指出导致文化冲突的几种情况，并着重研究了移民的犯罪问题。

（二）紧张理论

这一理论的主要代表人物为美国犯罪学家罗伯特·默顿。他认为犯罪是由于犯罪人不能通过合法手段取得社会地位和物质财富而产生沮丧和紧张的产物。

（三）亚文化理论

这一理论的主要代表人物是美国的艾伯特·科恩，理查德·克罗沃德和劳埃德·奥林等人。亚文化理论认为，在西方社会下层存在很多不同的亚文化群，并将之分为三种类型：（1）犯罪团伙；（2）殴斗团伙；（3）颓废团伙。

（四）社会生态学理论

这一理论的主要代表人物有帕克、伯吉斯、肖和麦凯等人，由于他们都是芝加哥大学的学者，所以又称为芝加哥学派。他们通过对美国城市化的调查，越是靠近城市中心地区，犯罪率越高，这种生态现象是城市化过程的自然产物。

（五）激进派犯罪学理论

激进派犯罪学又称为批判犯罪学、新犯罪学，其代表人物有美国犯罪学家理查德·昆尼、奥斯汀·特克等人。激进派犯罪学理论认为，传统的犯罪学从不对西方现有的统治状况提出质疑，而是设法为其辩护。同时还提出西方国家的刑事司法系统是为了保护和维护资本主义制度，是压迫和剥削穷人和少数派的工具。

三、社会化过程理论

社会化过程理论认为，犯罪是个体与社会、以及个体与各种社会化机构在个体社会化过程中相互作用的结果。

（一）社会学习理论

这一理论的代表人物有美国犯罪学家埃德温·萨瑟兰、罗纳德·艾克斯、大卫·马赞等人。萨瑟兰在代表作《犯罪学原理》一书中，提出了著名的不同接触理论。

（二）社会控制理论

这一理论的代表人物有美国犯罪学家特拉维希·赫希。他认为社会中所有的人都有犯罪的可能，现代社会也为人们提供了许多犯罪的机会。

（三）标签理论

1．这一理论的主要代表人物有美国犯罪学家莱默特、贝克等人。标签理论从对行为的社会解释角度来认识犯罪，认为人的行为并不取决于事物的内在性质，而是取决于社会解释方式，它们被称作什么，以及由其名称所引起的含义。

2．标签理论认为，贴标签是违法犯罪的催化剂。

3．一些标签理论还从“初级越轨”向“次级越轨”的转化来说明标签化对犯罪形成过程的影响。

（四）整合理论

1．这一理论的主要代表人物有美国犯罪学家约瑟夫·威斯、德尔伯特·埃利奥特、多伦斯·桑伯瑞等人。

2．威斯等人将社会控制理论和社会结构理论进行了整合，提出了社会发展理论，认为个人的性别、种族和经济状况等因素与人在社会结构中的地位相关，这种因素对人的行为选择有重大影响。

3．埃利奥特等人将紧张理论、学习理论和控制理论综合在一起，也形成了一种整合理论，认为紧张感、社会化程度不足以及生活在一个解体的社区这三种因素，会导致青少年缺乏正常的制约。

4．桑伯瑞对上述两种整合理论进行再度整合，提出了多因素相互作用理论，他强调指出，影响青少年犯罪的各种因素是相互作用的。

第四节　当代西方犯罪学研究的特点

一、多因素的犯罪原因理论日益受到重视

二、重视犯罪预防理论的研究

三、青少年犯罪问题受到世界各国的普遍关注

四、犯罪学研究领域逐步扩大

复习与思考题

1．犯罪古典学派的主要理论？

2．简述实证学派理论的主要内容？

3．简述文化冲突理论的主要内容

4．评析萨瑟兰的不同接触理论？

拓展阅读书目

1．吴宗宪：《西方犯罪学》，法律出版社 1999 年版；

2．（意）贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1995 年版；

3．龙勃罗梭：《犯罪人论》，中国法制出版社 2005 年；

4．周东平著：《犯罪学新论》，厦门大学出版社 2006 年版；

5．吴宗宪著：《西方犯罪学》，法律出版社 1999 年版；

6．（意）恩里科·菲利：《犯罪社会学》，中国人民大学出版社 2004 年版；

7．（意）恩里科·菲利：《实证派犯罪学》，中国人民公安大学 2004 年版；

8．（意）加罗法洛：《犯罪学》，中国大百科全书出版社 1996 年版；

9．（美）乔治·B·沃尔德等著：《理论犯罪学》，中国政法大学出版社 2005 年版；

10．（英）韦恩·莫里森著：《理论犯罪学——从现代到后现代》，法律出版社 2004 年版；

11．郭建安著：《美国犯罪学的几个基本问题》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；

12．刘强编著：《美国犯罪学研究概要》，中国人民公安大学出版社 2002 年版；

13．徐久生著：《德语国家的犯罪学研究》，中国法制出版社，1999 年版。

第三章　犯罪现象概述

教学目的和要求：通过本章的学习，掌握犯罪的概念，把握犯罪现象的本质和特征，了解研究犯罪现象的意义。

第一节　犯罪现象的概念和特性

一、犯罪现象的概念

（一）犯罪现象是一种社会法律现象，它是一个国家在一定历史时期所发生的全部犯罪行为的总称。

（二）把犯罪现象作为犯罪学中的一个重要范畴，在认识论上具有重大的现实意义。

1．摆脱对犯罪行为孤立的就事论事的研究。

2．提高对犯罪的社会危害性的认识。

二、犯罪现象的研究内容

（一）犯罪状况。

犯罪状况是指在一定时空内的犯罪数量、犯罪率、犯罪类型、犯罪危害、犯罪的时空分布、犯罪人的构成状况以及罪犯的性别、年龄、职业、出身、民族、文化程度、气质和价值观等等。

（二）犯罪特点

犯罪特点是指犯罪现象所表现出来的犯罪和罪犯的特殊性或共性。

（三）犯罪规律

犯罪规律是指在一定时空条件下，犯罪的升降、涨落与犯罪变化发展的一般规律或必然倾向。

三、犯罪现象的特性

（一）阶级性

马克思主义认为。犯罪与法、阶级和国家一样都根源于私有制基础上同时产生的社会现象，是阶级斗争的表现。

（二）法律性

在阶级社会里，统治阶级为了维护自己的统治地位，把严重危害其利益和统治秩序的行为，以法律规定为犯罪并加以惩罚。

（三）社会性

犯罪学认为，犯罪是人类社会发展过程中的一种复杂的社会病态现象。

（四）历史性

这是犯罪现象时空性的一种宏观表现。犯罪现象是一个历史范畴，在一定历史进程中产生和发展，又在一定历史条件下消亡的社会现象。

（五）时间性

犯罪现象是在一定时间内表现出一定规律性犯罪现象，这种时间特性在不同层次上表现出不同的规律性特征。

（六）空间性

这种空间特性是指犯罪在不同空间表现出不同分布的规律性特征。

（七）因果性

任何犯罪的产生都是由其他现象所引起的，一定犯罪的现象是原因，由于原因的作用而产生的现象是结果。犯罪现象中的因果联系具有客观的、普遍的性质，每一种犯罪现象都受因果联系的制约。

第二节　犯罪现象的结构和分类

一、犯罪现象结构

（一）犯罪现象的概念

犯罪现象结构是指犯罪现象是由各种不同类型犯罪构成的。各种类型犯罪之间的相互联系形成犯罪现象的整体。

（二）犯罪现象结构是由各种不同类型的犯罪构成的，各种不同类型犯罪又有很大的差别，因此，对犯罪现象结构的分析有重要的现实意义。

二、犯罪现象的分类

（一）犯罪现象的分类可以按不同的标准进行

1．按照犯罪现象的基本构成要素，可以分为犯罪人、犯罪行为、被害人、犯罪后果等。

2．根据已被揭示程度，可以分为显犯罪现象和隐犯罪现象。

3．根据犯罪与被害之间的内在联系，可以分为犯罪现象和被害现象。

（二）刑法学的犯罪分类

1．以犯罪行为侵犯的不同客体和对社会造成的危害程度，可以分为危害国家安全罪；危害公共安全罪等。

2．根据犯罪构成的不同主观要件，可以分为故意犯罪和过失犯罪。

3．根据犯罪形态的不同，可以分为个体犯罪和共同犯罪。

4．根据犯罪的责任年龄，可以分为少年犯和非少年犯。

5．根据犯罪人是否有前科，可以分为初犯和累犯。

6．根据犯罪人的自然属性，可以分为自然人犯罪和单位犯罪。

（三）犯罪学的犯罪分类

1．根据犯罪现象的时空分布，可以分为城市犯罪和农村犯罪。

2．根据犯罪行为的性质，可以分为危害国家安全罪；暴力犯罪等

3．根据犯罪行为的社会危害程度，可以分为危害国家安全罪；普通刑事犯罪和轻微违法犯罪。

4．根据犯罪的形态，可以分为单个犯罪、团伙犯罪和集团犯罪。

5．根据犯罪主体的生理因素，可以分为男性犯罪和女性犯罪等。

6．根据犯罪人的主观恶性程度，可以分为初犯和惯犯。

7．根据刑满释放人员在法定期限内是否再犯罪，可以分为原有犯罪和重新犯罪。

第三节　犯罪现象的时空分布

一、犯罪时间和空间是犯罪活动的存在形式

犯罪现象都是在一定的时间和空间范围内产生的，犯罪时间和空间与犯罪活动有不可分割的特性。这种不可分割性，一方面表现为没有离开时间和空间的犯罪现象，另一方面表现为犯罪时间和犯罪空间是以犯罪活动为存在的内容。

二、犯罪现象的时间分布

（一）犯罪现象的时期特征

犯罪现象是阶级社会特有的社会现象。由于不同的时期的政治经济文化以及阶级结构不同，法律规定的罪与非罪、罪名和罪种的不同，犯罪的质和量也不相同。

（二）犯罪在不同发展阶段的特征

由于犯罪现象同社会的政治、经济、文化和法制的状况有着密切的关系。因此，不同历史发展阶段的犯罪现象的质和量都有很大的不同。

（三）犯罪在不同季节的特征

季节性是地球围绕太阳公转而形成的气候特性。这一特性不仅对自然界的一切生物有影响，对犯罪行为也有一定的影响。

（四）犯罪在时日之间的变化

犯罪在不同的时辰表现出不同的规律性。

三、犯罪的空间分布

（一）城市与农村犯罪现象的不同分布状况

犯罪统计表明，城市犯罪所占的比重以及犯罪率均高于农村。

（二）经济发达地区和经济后进地区犯罪现象的不同分布

经济发达地区的犯罪现象比相对贫困落后地区严重。

第四节　犯罪现象的科学评估

一、犯罪形势的概念及科学评估的意义

（一）犯罪形势的概念。

犯罪形势是指犯罪的现状及其发展趋势。犯罪形势是社会控制因素与诱发犯罪的因素相互作用、相互斗争的结果。

（二）科学评估犯罪形势的意义。

对犯罪形势的科学评估是预防犯罪的一项十分重要的基础性工作。

二、犯罪形势评估的基本内容

犯罪形势评估是指通过对犯罪的基本状况，社会控制的组织与实施状况与诱发犯罪的因素的分类统计和综合分析，预测未来犯罪的发展变化趋势，其基本内容可分为四大类指标。

（一）犯罪的数量和质量指标

1．犯罪的数量指标。

2．犯罪案件的年增长幅度。

3．犯罪的质量指标。

4．重大刑事犯罪案件和重大经济犯罪案件的年增长幅度。

5．突出犯罪类型的数量指标。

6．犯罪人的数量指标。

（二）社会控制指标

1．打击力度。

2．发动群众的程度。

3．领导责任制的落实状况。

4．物质保障的状况。

（三）影响犯罪的社会因素

犯罪问题是社会各种矛盾和消极因素的综合反映。犯罪形势的发展变化，犯罪现象的升降涨落，不仅与社会控制因素的强弱有关，而且与党和国家的社会政策及其他方面的工作有着密切的关系。

（四）群众安全感指标

1．群众对违法犯罪分子的态度。

2．群众对严重侵犯人身安全、财产安全和公共安全的案件及其后果的承受能力。

3．群众对公安机关、人民警察和司法部分的信任感，以及对其工作效率和作风的评价。

4．群众对非法侵害的可能性的估计。

三、犯罪形势评估的原则

（一）坚持实事求是的原则

（二）坚持科学性原则

（三）坚持综合分析的原则

复习与思考题

1．犯罪现象的概念和特性？

2．简析犯罪现象结构。

3．简述犯罪现象的评估。

拓展阅读书目

1．魏平雄、赵宝成、王顺安主编：《犯罪学教程》，中国法大学出版社 1998 年版；

2．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

3．许章润主编：《犯罪学》，法律出版社 2004 年版；

4．王牧主编：《新犯罪学》，高等教育出版社 2005 年版；

5．张远煌著：《犯罪学原理》，法律出版社 2001 年版；

6．李田夫等著：《犯罪统计学》，群众出版社 1988 年版；

7．刘广三著：《犯罪现象论》，北京大学出版社 1996 年版；

第四章　新中国犯罪现象的状况、特点及规律

教学目的和要求：通过本章的学习，了解新中国成立后犯罪现象的历史、现状及其发展趋势，能用辨证的和历史的唯物主义观来分析我国的犯罪情况，掌握犯罪规律以期使我们对其发展趋势有一个正确的了解，取得同犯罪做斗争的主动权。

第一节　建国初期至全面建设社会主义时期犯罪现象的状况、特点和规律

一、1949 年—1954 年犯罪现象的状况和特点

（一）1949 年—1954 年是新中国的起步时期，当时最突出的犯罪是残余的国民党反动势力所进行的极为猖獗的政治破坏活动。

（二）除此之外，旧社会遗留的流氓、盗匪、妓女等残渣余孽进行的违法犯罪活动也很突出。

（三）这一时期的犯罪现象有以下几个显著的特点：

1．从犯罪类型上看，主要是以政治性的杀人、爆炸、宣传煽动等案件。

2．从犯罪主体上看，基本上是旧社会遗留下来的残余的反动势力和作为这些反动势力社会基础的社会渣滓，人民内部犯罪的比例很小。

3．从犯罪年龄看，以中老年人占绝大部分，约占 75%。

二、1955 年—1958 年犯罪现象的状况和特点

（一）由于进行了卓有成效的镇压反革命和“三反”、“五反”运动，政府对社会进行控制管理的严密有效程度达到了高峰。因此，从 1955 年开始，刑事案件逐渐减少，社会治安状况良好。

（二）这一时期的犯罪现象主要有以下几个特点：

1．刑事犯罪现象得到有效预防，社会转型时期的混乱局面得到有效控制。

2．犯罪现象虽然有起伏波动，但呈总体较低水平的波动。

三、1959 年—1961 年犯罪现象的状况、特点

（一）1959 年—1961 年由于出现严重的自然灾害，产生剧烈的社会振荡，突出表现就是犯罪现象增多。

（二）这一时期的犯罪现象有以下几个特点：

1．犯罪案件的数量与当时的经济形势有密切的关系。

2．从犯罪类型看，多数为贫困和饥饿所驱使的侵犯财产犯罪，特别是盗窃、抢劫和诈骗犯罪最为突出。

3．从犯罪主体来看，这一时期的旧社会的阶级敌人、反动分子和敌对势力作案的相对减少，而新生的犯罪分子和人民内部的蜕化变质分子犯罪的增加较多。

4．从犯罪手段上看，流窜犯罪突出。

四、1962 年—1965 年犯罪现象的状况和特点

这一时期的犯罪现象最主要的特点是刑事犯罪案件发案数和发案率从 1961 年的高峰连续大幅度下降，是建国后犯罪率低而稳定、治安状况最为良好的时期。

五、1949 年—1965 年犯罪现象的几条主要规律

（一）犯罪现象与国民经济、国内国际政治形势息息相关。

（二）新的社会主义制度建立初期政治犯罪比较突出。

（三）国家政权机器可以控制和减少犯罪。

第二节　十年动乱时期犯罪现象的状况、特点和规律

一、十年动乱时期犯罪现象的状况

（一）十年动乱期间，社会急剧动荡，出现了 1961 年以后的又一次犯罪高峰。

（二）十年动乱期间，有两种犯罪活动最为突出，对国家和公民造成的危害最为严重。第一种是林彪、江青反革命集团所进行的阴谋篡夺党和国家的最高领导权的犯罪活动。第二种是一些林彪、江青反革命集团的党羽骨干、爪牙和打砸抢分子，公然进行大规模的派系武斗。

二、十年动乱时期犯罪现象的特点

（一）十年动乱时期的许多犯罪活动是在当时极左路线横行、民主与法制遭到严重破坏的背景下，“合法”地公然进行的，具有公开性、普遍性、持续性。

（二）十年动乱时期，许多刑事犯罪活动与政治动乱交织在一起。

（三）流氓犯罪活动猖獗。

（四）青少年犯罪数量大大增加，逐步成为一个严重的社会问题。

三、十年动乱时期犯罪现象的规律

（一）政治动乱、经济停滞、信仰动摇和道德滑坡是十年动乱时期犯罪现象猖獗的总根源。

（二）动乱毒害了青少年，造成青少年犯罪的大量增加。

（三）十年动乱期间，犯罪现象猖獗，经济和社会发展缓慢、停滞的事实说明，如果犯罪预防机制削弱和破坏，犯罪现象与犯罪预防的平衡关系被破坏，整个社会秩序就会失衡，社会就不可能正常地运转和发展。

第三节　改革开放以来犯罪现象的状况、特点和规律

一、1977 年—1982 年犯罪现象的状况、特点

（一）1977 年—1982 年犯罪现象的状况

十一届三中全会的胜利召开，使我国社会主义建设进入到一个新的历史时期。尽管文化大革命已经结束，但其积累下来的各种问题和矛盾，其中一个突出问题就是刑事犯罪案件持续大幅度增加。

（二）1977 年—1982 年犯罪现象的特点

1．犯罪数量连年大幅度上升，犯罪案件的恶性复杂程度明显加剧，犯罪形势越来越严峻。

2．以获取物质为目的，发生在经济领域、以国家工作人员为主要主体的犯罪现象，也即通常所说的经济犯罪迅速泛滥，成为与治安犯罪同等严重的犯罪现象。

3．犯罪主体及其组织形式出现了新的特点。

4．犯罪现象开始出现地域特点。

二、1983 年—1986 年犯罪现象的状况

1983 年至 1986 年的犯罪现象呈现一个明显的马鞍型。

三、1983 年—1986 年犯罪现象的特点

（一）犯罪现象的起伏性在这一时期得到充分体现。

（二）在刑事犯罪处于低速增长乃至负增长的同时，经济犯罪却呈现总量增长、形式日趋复杂的态势。

（三）各地经济发展速度的差异造成犯罪现象的地区分布上的特征日益明显。

四、1987 年至今犯罪现象的状况和特点

（一）犯罪数量持续大幅度增加。

（二）这一时期犯罪结构比以前时期发生了重大变化，新型犯罪不断出现。

（三）犯罪手段发生了重大变化。

（四）犯罪主体发生了重大变化。

（五）在犯罪现象的地理分布上，逐步形成了东部地区的犯罪率高于中西部地区，南部地区高于北部地区的格局。

五、对改革开放以来犯罪增长现象的思考

（一）恶性增长。所谓恶性增长，可以表述为在犯罪案件中重大刑事案件的增长速度超过全部刑事犯罪案件的平均增长速度，犯罪增长速度又超过社会防控力量的增长速度。

（二）正常增长。正常增长可以表述为：在犯罪现象中，重大刑事犯罪案件的增长幅度和速度低于或等于一般刑事犯罪案件的增长速度和幅度；而一般刑事犯罪案件的增长又低于或等于社会防控力量的增长。

（三）负增长。负增长是指社会控制能力明显超过一般案件和重大案件犯罪能量的总和，居于优势地位，犯罪现象得到有效预防和控制，呈下降趋势。

第四节　中外犯罪现象比较研究

一、国外犯罪现象概述

（一）发达国家的犯罪现象

在国外发达国家，犯罪现象比较严重，是一个长期困扰政府和公民的严重的社会问题。

（二）发展中国家的犯罪现象概述

总的来看，亚洲地区发展中国家的犯罪在第二次世界大战以后都呈迅猛增长的态势。非洲是世界上最为落后的地区，犯罪情况也相当严重。拉丁美洲是政治上极为不稳定的地区，基于政治动机而进行的犯罪活动更为盛行。

二、中外犯罪现象比较

（一）犯罪是困扰世界各国的共同的社会问题。

（二）中国是世界上犯罪率比较低的国家。

（三）中国的犯罪现象正在走向“现代化”。

复习与思考题

1．新时期我国犯罪的特点和发展趋势？
2．现阶段我国犯罪现象持续增长的因素？
3．犯罪状况、犯罪特点、犯罪规律是什么？

拓展阅读书目

1．魏平雄、赵宝成、王顺安主编：《犯罪学教程》，中国法大学出版社 1998 年版；
2．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；
3．许章润主编：《犯罪学》，法律出版社 2004 年版；
4．王牧主编：《新犯罪学》，高等教育出版社 2005 年版；
5．张远煌著：《犯罪学原理》，法律出版社 2001 年版；
6．李田夫等著：《犯罪统计学》，群众出版社 1988 年版；
7．刘广三著：《犯罪现象论》，北京大学出版社 1996 年版；

第五章　犯罪行为

教学目的和要求：通过本章的学习，初步了解犯罪行为的形成过程。

第一节　概　述

一、犯罪行为的概念

犯罪学中的犯罪行为，是指具有严重社会危害性应受处罚的客观外在活动，是犯罪现象的有机组成部分。

（一）犯罪行为是犯罪现象的一个有机组成部分。

（二）犯罪行为是具有严重社会危害性，应受到处罚的行为。

（三）犯罪行为是一种客观的外在活动。

二、犯罪行为的构成要素

犯罪行为构成要素，是指构成犯罪行为所必备的基本因素。

（一）犯罪时间。任何犯罪行为都是在一定时间内实施的。没有犯罪时间，就不会有犯罪行为。

（二）犯罪空间。犯罪空间是指犯罪行为发生的处所和范围。，没有犯罪空间，犯罪行为就无所依附，也就无从实施。

（三）人。任何犯罪行为都是由人实施的，没有犯罪人就无所谓犯罪行为。

（四）犯罪工具。犯罪工具是指犯罪人实施犯罪行为所凭借的器械或用品等。

（五）行为方式。行为方式是指犯罪人实施犯罪行为所采取的手段和方法。

第二节　犯罪行为的类型

一、犯罪行为类型的概念

犯罪行为类型是指根据一定的目的和原则，按照一定的标准，在对纷繁复杂的犯罪行为进行抽象、概括的基础上，依据其内在的相似性所作的分类。

二、按照社会危害性大小对犯罪行为进行分类

（一）在法国，有重大犯罪与轻微犯罪之分。

（二）俄罗斯联邦刑法典按法定刑轻重将犯罪分为四类：轻罪；中等严重的犯罪；严重犯罪；特别严重的犯罪。

（三）我国有的学者将犯罪行为分为危害国家安全罪、普通刑事犯罪、轻微的违法犯罪三种类型。

三、按照犯罪侵犯的客体不同对犯罪行为进行分类

（一）侵害国家法益的犯罪

（二）侵害社会法益的犯罪

（三）侵害个人法益的犯罪

四、按照行为的性质对犯罪行为进行分类

（一）自然犯罪
（二）法定犯罪
（三）我国学者将犯罪行为分为以下五类：
1．财产犯罪
2．暴力犯罪
3．智能犯罪
4．风俗犯罪
5．破坏犯罪

五、按照行为形成的方式对犯罪行为进行分类

（一）作为的犯罪行为
（二）不作为的犯罪行为

六、按照犯罪人实施犯罪的主观罪过心理，对犯罪行为进行分类

1．故意犯罪行为
2．过失犯罪行为
3．无罪过犯罪行为

七、按照犯罪的公开程度对犯罪行为进行分类

1．司法犯罪
2．公开犯罪
3．实际犯罪

八、按照犯罪形成的特点对犯罪行为进行分类

1．蓄谋性犯罪行为
2．突发性犯罪行为
3．连带性犯罪行为

第三节　犯罪行为形成的过程

犯罪行为形成的过程一般包括犯罪决意、犯罪行为准备、犯罪行为实施三个环节。

一、犯罪决意

（一）概念。犯罪决意是指实施犯罪行为的决心和意向。
（二）类型。
1．预谋犯罪决意，即经过深思熟虑而形成的犯罪决意。
2．机会犯罪决意，即恰逢某种时机当即形成的犯罪决意。
3．激情犯罪决意，即受突如其来的、强烈的情绪刺激而形成的犯罪决意。

二、犯罪行为准备

（一）概念。犯罪行为准备是指为犯罪行为的实施准备条件。

（二）表现。

1．准备犯罪工具

2．学习犯罪技术

3．收集犯罪情报

4．制定犯罪计划

（三）犯罪人可能会因为各种主客观的因素影响而放弃犯罪行为，即放弃犯罪决意。促使犯罪人放弃犯罪行为准备的因素主要有以下几个方面

1．主观方面的因素。

失望

恐惧

会晤

2．客观方面的因素。

共同犯罪人之间产生分裂

实施犯罪的障碍难以排除

三、犯罪行为实施

（一）概念。犯罪行为实施是指犯罪人的行为已经直接指向犯罪所要侵害的目标。

（二）犯罪人在实施犯罪行为时可能出现两种特殊情况：

1．犯罪行为的实施遇到阻碍。阻碍包括可以克服的阻碍和无法克服的阻碍。

2．犯罪行为实施过程中突发新的动机。

复习与思考题

1．犯罪行为的概念和特征。

2．犯罪行为的形成过程。

3．犯罪学的犯罪行为与刑法学的犯罪行为的联系与区别？

拓展阅读书目

1．魏平雄、赵宝成、王顺安主编：《犯罪学教程》，中国法大学出版社 1998 年版；

2．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

3．许章润主编：《犯罪学》，法律出版社 2004 年版；

4．王牧主编：《新犯罪学》，高等教育出版社 2005 年版；

5．张远煌著：《犯罪学原理》，法律出版社 2001 年版；

6．李田夫等著：《犯罪统计学》，群众出版社 1988 年版；

7．刘广三著：《犯罪现象论》，北京大学出版社 1996 年版；

第六章　犯罪人

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握犯罪人的生物生理特质和心理特征，准确理解犯罪人的概念。

第一节　犯罪人的概念

一、犯罪人的概念

（一）犯罪人是指实施了违法犯罪行为以及其他严重社会越轨行为，应受法律和道德责罚的自然人和法人。

（二）犯罪人的特征

1．犯罪人是外显的严重反社会行为的实施者。

2．在犯罪学中，犯罪人既是具体的又是抽象的。

3．在犯罪学中的犯罪人研究始终是以犯罪自然人为基本标本的。

二、犯罪人概念的外延

（一）如何确定犯罪人概念的外延，是一个具有争议的问题。它与犯罪学中应当如何坚持犯罪的法律定义还是非法律定义这一争论直接相联系。

（二）我们认为，犯罪学中的犯罪人概念不同于并且外延宽于刑法学中的犯罪主体概念。

（三）犯罪人概念较之犯罪主体概念在外延上已经有所扩展，这种扩展是由犯罪学的学科性质和特点所决定的。

第二节　犯罪人的本质属性

一、人以及犯罪人的一般属性

（一）犯罪人与非犯罪人并无本质区别

这个假设包含两层意思：一层意思是犯罪人属于人类总体的一部分，他们仍然具有人类的一般属性。另一层意思是犯罪人并非先天注定或者生物遗传，同时也不存在所谓注定使人陷于犯罪的“犯罪人格”或者“犯罪心理结构”。

（二）对人以及犯罪人一般属性的理解。

1．人是自然属性和社会属性的统一和融合，其中社会属性是人的本质属性。

（1）应当承认，人来源于动物，并且至今还带有动物性即自然属性的一面。

（2）应当承认，人不同于一般的动物，确切说，人是一种社会动物，一种文化动物，社会属性才是人区别于一般动物的本质属性。

（3）还必须承认，人是自然属性与社会属性的有机融合，而不是自然属性与社会属性的简单凑合。

2．人是一种具有理性和自我意识的精神性存在，或者说，人是一种具有自由意志的精神性存在。

3．从原处意义上讲，人性是非善非恶的或者善恶相融互渗的；从实际意义上讲，在人的后天发展中，人既可能发展成善的，也可能发展成恶的。

二、犯罪人的特殊属性——反社会性

（一）犯罪人的反社会性的概念

1．犯罪人的反社会性，是指犯罪人的人格所呈现出的与社会规范和价值准则相悖的品质或者倾向。

2．犯罪人的反社会性蕴含于犯罪人的整个人格结构之中，是犯罪人人格结构所呈现的一种整体性或者综合性倾向。

（二）犯罪人反社会性的征表

1．具有错误的信念体系。这里说的信念体系，是指人的世界观、人生观、价值观等系统的观念形态。

2．具有歪曲的需要结构或者需要的满足经常处于挫折状态。

3．自我意识发展欠缺。

4．具有不良的性格特征。

5．不良行为方式或生活形式的习癖化。

第三节　犯罪人的分类

一、犯罪人分类的概念及意义

（一）犯罪人分类是基于一定目的和标准对犯罪人进行类型划分的过程和结果。

（二）犯罪人分类是一种科学认识和科学操作活动，具有一定的理论和实践意义。

1．科学的犯罪人分类是人类对犯罪现象的本质和内在结构的理性认识成果，反过来，这种成果又可以推动对犯罪现象的理性认识和理论研究的深入。

2. 建立科学的犯罪人类型体系，有利于犯罪调查统计工作的进行和对现时犯罪状况加以精确描述。

3．再次，科学的犯罪人分类，有利于犯罪预防和罪犯矫正工作的顺利进行。

二、犯罪人类型

（一）龙勃罗梭最早进行了犯罪人分类，他把犯罪人分为天生犯罪人、准天生犯罪人、精神病犯罪人、机会犯罪人和激情犯罪人等五种类型。

（二）德国犯罪学家和刑法学家李斯特把犯罪人分为机会犯罪人和状态犯罪人两大类，后来又分为正常竞争能力不足的犯罪人、怠惰与愚昧性犯罪人、社会不良状态犯罪人、风土性犯罪人、恶癖性犯罪人以及固执性犯罪人等六种类型。

（三）现代犯罪学的犯罪人分类的标准多种多样，尚不存在一种统一的犯罪人分类的综合性分类标准，几种比较常见的有以下几种：

1．根据性别分为男性犯罪人和女性犯罪人；

2．根据犯罪经历分为初犯、再犯和累犯，或者分为职业犯罪人和业余犯罪人；

3．根据年龄分为成年犯罪人和未成年犯罪人等等。

第四节　犯罪人的实证研究

一、犯罪生涯研究

（一）概念。所谓犯罪生涯，就是指个人成为犯罪人的过程以及个体犯罪行为的时间序列。

（二）内容。

1．犯罪成员

2．犯罪频率

3．犯罪的严重程度

4．犯罪生涯长度

（三）研究方法

1．出生群体研究

2．自我报告研究

3．对特定区域内的已知犯罪人的个人犯罪史资料进行纵向分析

4．实地观察

二、犯罪人口研究

（一）犯罪人的性别

（二）犯罪人的年龄

复习与思考题

1．犯罪人的概念

2．犯罪人的本质属性

3．犯罪人分类的概念及意义

拓展阅读书目

1．魏平雄、赵宝成、王顺安主编：《犯罪学教程》，中国法大学出版社 1998 年版；

2．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

3．许章润主编：《犯罪学》，法律出版社 2004 年版；

4．王牧主编：《新犯罪学》，高等教育出版社 2005 年版；

5．张远煌著：《犯罪学原理》，法律出版社 2001 年版；

6．李田夫等著：《犯罪统计学》，群众出版社 1988 年版；

7．刘广三著：《犯罪现象论》，北京大学出版社 1996 年版；

8．（意）切萨雷·龙勃罗梭：《犯罪人论》，中国法制出版社 2000 年版。

第七章　被害人

教学目的和要求：通过本章的学习，初步掌握被害人的概念，明确被害人和犯罪人的关系以及在犯罪过程中被害人和犯罪的辩证关系。

第一节　被害人的概念与特征

一、被害人的概念

（一）本章所称被害人，是指由于受犯罪行为侵害因而遭受一定程度损害的自然人、法人、其他组织和国家。该定义包括以下几层含义：

1．范围仅限于“受犯罪行为侵害”的被害人。

2．被害人必须“遭受一定程度损害”。

（1）所指“损害”，既包括有形而具体的物质性损害，也包括无形而抽象的非物质性损害。

（2）所指损害的“一定程度”，并非一概以“现实损害”为标准，具体应根据不同罪种区别对待。

1．被害人的外延包括“自然人、法人、其他组织和国家”。

（1）被害人均具有一定的“人格”特点。

（2）被害人的身份是在被侵害的社会关系中得以体现的。

（3）国家之所以也能成为被害人，是由其维护整个社会秩序和社会关系这一特殊主体的地位决定的，因此，在危害国家安全罪等罪名中，被害人即为国家。

2．被害人是危害结果的直接承受者本人。

二、被害人的特征

（一）被害性。是指被害人由于自身存在着某些易遭被害的致害因素，从而使自己遭受刑事被害的特性。它具体体现在以下几个方面：

1．被害的倾向性。是指被害人由于自身存在着某些致害因素，因而具有一种易遭被害的趋向或可能的特性。

2．被害的易感性。是指被害人对被害情境往往具有一种无意识的顺应性或接收性的特性。

3．被害的受容性。是指被害人对自身之“被害人角色”潜意识地予以认同或容忍，或者放任其被害隐患而不加控制的特性。其大致可以分为几种类型：（1）“预先认同”型（2）“长期容忍”型（3）“处境容忍”型（4）“性格隐患不加控制”型（5）“状态隐患不加控制”型

4．被害的诱发性。是指某些被害人在言论、行为、状态等方面存在着易招致被害的致害因素，从而诱发其被害发生的特性。

5．被害的承受性。是指被害人直接承受其被害状态的特性，从而使其有别于其他非被害人。

（二）自塑性，又称“角色”塑造性，是指被害人对于自身之“被害人角色”、对于加害于自身之“犯罪人角色”，均具有一定促成、塑造作用的特性，具体表现在以下几个方面：

1．对其自身之“被害人角色”具有塑造作用。

（1）在其心理原因方面：被害人在被害钱大多存在着程度不一的心理缺陷。

（2）在其个性原因方面：被害人的个性，通常由思想品德、文化程度、法制观念等诸要素构成，各要素的具体要素在质的倾向性方面对于预防和减轻被害而言，均有正负之分。

2．对加害于自身之“犯罪人角色”具有促成作用。

（1）“犯罪人角色”与“被害人角色”是以相互对应的形式而存在的。

（2）被害人是用自身的致害因素来塑造加害于自身之“犯罪人角色”的。

（3）被害人塑造加害于自身之“犯罪人角色”的特性，在偶发性犯罪、激情性犯罪等中表现得更为清晰和直观。

（三）定向性，又称“罪、害”定向性，是指被害人由其生理和心理、外在和内在的种种易遭被害的致害因素所决定的，从而对加害人所犯之“罪”、对被害人自身所受之“害”，在类型、性质、程度等方面均具有若干定向作用的特性，具体表现在以下两个方面：

1．对加害人所犯之“罪”具有定向作用。

2．对被害人自身所受之“害”具有定向作用。

（四）可责性，又称归责可能性，是指被害人对于自身的被害往往也具有一定伦理、道德责任甚至法律责任，因而也常常具有某些应当受谴责或可以被指责之责任的特性，具体表现在以下几个方面：

1．其故意性的致害因素大多具有应当被谴责的责任。

2．其过失性的致害因素往往具有可以指责的余地。

3．其意外或正常情况下的致害因素一般不具有可责性。

第二节　被害人与犯罪人之间的互动关系

一、对应共存关系

（一）概念。对应共存关系，是指被害人与犯罪人在“犯罪—被害”过程中互相对应、互为依存、缺一不可的关系。其主要体现在以下几个方面：

1．载体上的“对偶对称性”。

2．角色上的“预先自塑”性。

3．参与上的“刑事伙伴”性。

4．作用上的“互补合作”性。

二、二元原因关系

（一）概念。二元原因关系是指双方在引发“犯罪—被害”这一互动过程的原因方面，存在着被害人之被害关系与犯罪人之加害原因同时并存、互相结合、缺一不可的关系。其主要体现在以下几个方面：

1．加害原因之“一元”。

2．被害原因之“一元”。

3．二元原因的结合共同引发其互动过程。

三、彼此作用关系

（一）概念。彼此作用关系是指被害人与犯罪人各自以其被害原因或加害原因为作用力，相互影响、彼此互动，对推动互动进程共同发挥其作用的关系。彼此作用关系主要体现在以下几个方面：

1．“被害”与“犯罪”均是动态概念。

2．被害人与犯罪人均是积极主体。

3．双方是以“互相影响、彼此作用”的方式推进其互动过程的。

4．其“彼此作用”可以有多种模式。其“彼此作用”的多种模式有如：（1）“单向利用”模式；（2）“单向诱发”模式；（3）“相向加害”模式；（4）“变敌对为融洽”模式。

四、刺激反应关系

（一）概念。刺激反应关系是指被害人与犯罪人在互动的心理机制方面，存在着一种彼此互为刺激、互作反应的关系。其主要体现在以下几个方面：

1．被害人的致害因素作为一种“刺激”，是犯罪人产生加害“反应”的前提。

2．加害人所实施的犯罪行为，不过是针对被害人所予刺激而作出的一种非法加害“反应”。

3．“刺激与反应”对于双方主体而言，均具有相向性、互为性、循环往复性和缺一不可性。

4．“刺激与反应”在被害过程的各个阶段均可出现。

五、被害转化关系

（一）概念。被害转化关系是指被害人与犯罪人在互动过程中，存在着一种“角色易位”或“角色竞合”形式的被害转化趋向的关系。被害转化关系主要体现在以下几个方面：

1．双方均是以对方为客体而互动着的。

2．矛盾的双方均有可能成为最终的被害人或犯罪人。

3．“加害被害关系”的不同形态体现了被害转化关系。

4．被害转化关系在被害过程的各个阶段中均可发生。

六、互塑、共塑关系

（一）概念。互塑、共塑关系是指被害人与犯罪人在互动的结果方面最终互相塑造、共同塑造出真正的被害人与犯罪人的这种互补协作关系。互塑、共塑关系主要体现在以下几个方面：

1．双方是形影相随的一对“刑事伙伴”。

2．双方以“互补协作”的方式完成其互塑、共塑过程。

3．加害原因和被害原因是互塑、共塑双方角色的前提和材料。

4．“刺激与反应”是互塑、共塑双方角色的内在机制和具体塑造过程。

七、归责可能关系

（一）概念。归责可能关系是指被害人与犯罪人在推进互动过程的责任方面，往往存在着可以因情划归出各自不同责任程度的关系。其主要体现在以下几个方面：

1．可归之“责”主要是指“原因之责”，也即双方在推进互动过程之原因方面的“加害原因之责”和“被害原因之责”。

2．“原因之责”不等于“刑事之责”，更不是让被害人去对犯罪人所犯之罪共同承担“刑事责任”；强调“原因之责”旨在预防、避免或减少被害。

3．“归责可能”的基础源于双方共同推进了互动过程。

4．“归责可能”的常见类型，如“完全无责任的被害人”、“有一定责任的被害人”等类型。

八、刑事对立关系

（一）概念。刑事对立关系是指被害人与犯罪人在其互动关系的本质属性方面，存在着刑法和刑事诉讼法意义上互相冲突、互相对立的刑事法律关系。其主要体现在以下几个方面：

1．对“权益”的非法侵害或合法保护，是刑事对立关系产生的前提。

2．刑事对立关系是双方互动关系的本质所在。

3．刑法意义上的刑事对立关系主要体现在实体权益方面。

4．刑事诉讼法意义上的刑事对立关系主要体现在诉讼地位、诉讼权利等方面。

第三节　被害人的类型

一、概念

被害人的类型，是根据一定目的和原则，依照一定标准，对被害人所作的群属划归或分类。下面介绍一下常见的划分标准。

二、以犯罪性质为划分标准

（一）暴力犯罪的被害人
（二）财产犯罪的被害人
（三）性犯罪的被害人
（四）经济犯罪的被害人

三、以其生理特征为划分标准

（一）少年被害人
（二）老年被害人
（三）女性被害人
（四）智能低下或精神上有缺陷的被害人

四、以其心理特征为划分标准

（一）贪财型被害人
（二）轻浮型被害人
（三）轻信型被害人
（四）暴怒型被害人

五、以其有责程度为划分标准

（一）无任何过错和责任的被害人
（二）责任小于加害人的被害人
（三）责任等同于加害人的被害人
（四）责任大于加害人的被害人
（五）属于真正罪犯的被害人

复习与思考题

1．被害人的概念和特征
2．简述被害人与犯罪人的互动关系

拓展阅读书目

1．魏平雄、赵宝成、王顺安主编：《犯罪学教程》，中国法大学出版社 1998 年版；
2．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；
3．许章润主编：《犯罪学》，法律出版社 2004 年版；
4．王牧主编：《新犯罪学》，高等教育出版社 2005 年版；
5．张远煌著：《犯罪学原理》，法律出版社 2001 年版；

6．李田夫等著：《犯罪统计学》，群众出版社 1988 年版；
7．刘广三著：《犯罪现象论》，北京大学出版社 1996 年版；
8．郭建安主编：《刑事被害人学》，中国人民公安大学出版社 1996 年版。

第八章　犯罪原因概述

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握犯罪原因的概念，明确犯罪原因体系及其结构层次。

第一节　研究犯罪原因的重要意义

一、对预防犯罪的实践意义

（一）研究犯罪原因， 有利于客观、全面的认识犯罪问题的复杂性， 端正预防犯罪的工作态
（二）研究犯罪原因，有利于探明犯罪规律，增强控制犯罪的能力。
（三）研究犯罪原因，有利于不断的完善社会机制，弥补各部门、各机关团体、各企事业单位和基层组织的漏洞。

二、国家立法与司法的理论意义

（一）犯罪原因研究对于国家立法的理论指导意义。
（二）犯罪原因研究对司法工作的理论指导意义。

三、犯罪研究的科学意义

犯罪原因的研究是整个犯罪学研究的基础，其理论价值的高低直接关系到犯罪学学科建设的成就与地位。从犯罪学的学科诞生与发展历史来看，犯罪原因的研究起着重要的作用。

犯罪原因的研究不仅局限于犯罪问题本身，其深入研究与探讨，必然涉及到对人与社会的本质认识。对犯罪与犯罪人的研究，有利于更全面地认识人与社会地本性，从而为人学、社会学乃至哲学地深化研究，提供丰富了关于人及社会地反面素材。

第二节　犯罪原因的概念、特性

一、犯罪原因的概念

犯罪原因有广义和狭义两层含义，广义的犯罪原因，是指各种犯罪因素按其作用层次、力度及其作用机制所构成的能引起犯罪行为发生和犯罪现象存在与变化的罪因系统。狭义的犯罪原因，是指处于犯罪原因系统中，具有较大致罪力量，能够相对独立地引起犯罪结果发生和犯罪现象变化的现象及其过程。

二、犯罪原因的特性

（一）综合性
（二）复杂性
（三）系统性
（四）等级性
（五）动态性

第三节　犯罪原因认识与研究的历史演进

一、古文明时期

犯罪原因起始认识的古文明时期，是指奴隶社会向封建社会变革时期一些思想家在论述自然、社会、人生等重大哲学问题时所兼顾到的有关犯罪、犯罪原因的认识与看法。

古文明时期的犯罪原因观点具有许多可取的地方，涉及的领域也比较广泛，并已经朦胧地意识到犯罪与社会政治、经济等因素相关联，是主客观因素地综合作用地产物。

二、中世纪时期

宗教时代的犯罪原因的认识，特点之一是将宗教“原罪说”规范化。其次是神学大师们将一些宗教传说进一步地理论化。

三、文艺复兴时期

欧洲 14 世纪至 16 世纪地文艺复兴运动，促进了自然科学与社会科学地巨大发展，带来了犯罪原因分析地科学时代。在犯罪原因研究地科学时代，马克思主义地罪因观具有独特的地位，它在客观实际上推动了犯罪社会学派的形成并影响了 20 世纪的社会主义犯罪学的诞生和西方激进犯罪学的崛起。

四、进现代时期

现代化进程对犯罪率和犯罪方式具有明显的和普遍一致的影响。

五、当代时期

信息时代的犯罪原因研究，显然需要符合信息时代的科学研究方法，它是可以将已运用犯罪学研究的社会科学与自然科学方法整合为一体，也可以从系统的角度，从整体与部分、要素与结构、信息与反馈、系统与控制等方面，全方位透析犯罪行为和犯罪现象形成的原因。

第四节　犯罪原因的分类

一、犯罪原因分类的价值

（一）犯罪原因的分类研究，有利于认识犯罪原因的内部结构。

（二）犯罪原因的分类研究，有利于界定各种犯罪原因的概念、避免罪因研究上的混乱。

（三）犯罪原因的分类研究，有利于犯罪原因的理论建设与预防犯罪的实践。

二、犯罪原因分类的多元标准

目前，国内学者在犯罪原因分类问题上，一般是采用犯罪原因的作用范围、作用程度、作用内容和哲学的分类标准，进行罪因分类。同时，也有采取对偶方式分类的。总之，多元标准、多种方法、多种思路，是犯罪原因分类的总体特征。

三、犯罪原因分类的内容

（一）按犯罪原因的作用范围标准，犯罪原因可分为整体犯罪现象的原因、犯罪类型的原因和

具体犯罪行为的原因。

（二）按犯罪原因的作用程度标准，犯罪原因可分为犯罪根源、犯罪原因、犯罪条件和犯罪相关因素。

（三）按犯罪原因的哲学意义标准，犯罪原因可分为对偶式的主客观原因、内外部原因和普遍与特殊原因。

（四）按犯罪原因的社会内容标准，犯罪原因可分为社会原因、经济原因、政治原因、文化原因、生物原因、心理原因、自然原因等。

第五节　犯罪原因体系及其结构层次

一、犯罪原因体系的科学含义

所谓犯罪原因体系，就是由相互制约、相互依存、相互作用的若干罪因或犯罪因素，以一定的结构组成的具有引发、促成犯罪产生、存在和变化的有机联系的统一体。

二、犯罪原因体系的内部结构、层次

犯罪原因体系的结构，是指构成罪因体系的各个犯罪因素在一定的时空条件下的有机联系与相互作用的方式或秩序，即诸罪因在犯罪原因体系中的有序排列与组合。

关于犯罪原因的分类上节已有详述，以下拟按三类层次描述罪因结构。

第一类层次，从构成犯罪原因系统的犯罪因素的性质种类来描述罪因结构。

第二类层次，从构成犯罪原因系统的犯罪因素对犯罪结果的作用等级来描述罪因结构。

第三类层次，从构成犯罪原因系统的各犯罪因素相互作用并对犯罪结果发生作用的过程来描述罪因结构。

三、研究犯罪原因体系及结构层次的价值

认识与研究犯罪原因体系，并不在于真实的反映出犯罪原因的结构层次，而是通过对犯罪原因体系的认识，揭示出犯罪行为和犯罪现象形成与发展的规律，从而阻断罪因系统各因素间的内在联系及对犯罪行为的生成作用，预防和控制犯罪。同时，为制定预防犯罪战略和防治犯罪的刑事政策提供决策依据。此外，也是为了改造罪犯进而改造人类而提供理论依据。

复习与思考题

1．研究犯罪原因的重要意义。
2．犯罪原因的概念和特性
3．犯罪原因的体系及其结构层次

拓展阅读书目

1．王顺安主编：《中国犯罪原因研究》，人民法院出版社 1998 年版；
2．曹子丹主编：《中国犯罪原因研究综述》，中国政法大学 1994 年版；
3．白建军著：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社 2005 年版；
4．张小虎著：《转型期中国社会犯罪原因探析》，北京师范大学出版社 2002 年版；
5．周路著：《当代实证犯罪学新编》，人民法院出版社 2004 年版；
6．张旭著：《犯罪学要论》，法律出版社 2003 年版；
7．张绍彦主编：《犯罪学教科书》，法律出版社 2001 年版；

8．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

9．黎国智、马宝善主编：《犯罪行为控制论》，中国检察出版社 2002 年版；

10．谢勇著：《宏微之际：犯罪研究的视界》，中国检察出版社 2005 年版；

11．莫洪宪、王明星、张勇著：《重大刑事案件趋升原因及对策》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第九章　犯罪根源

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握犯罪根源的概念，了解社会主义社会的犯罪根源，明确犯罪根源和犯罪的联系。

第一节　犯罪根源的概念

一、犯罪根源的概念

犯罪根源回答犯罪的最终产生，是犯罪学的最基本问题。可见，所谓犯罪根源是指引起犯罪产生的终极原因，具体说就是现实社会的生产方式的自身矛盾。

二、犯罪根源的特征

（一）犯罪根源的终极性
（二）犯罪根源的相对性
（三）犯罪根源的间接性
（四）犯罪根源的现实性

第二节　社会主义社会的犯罪根源

一、不同社会的犯罪根源不同

犯罪根源是一定历史阶段生产方式的自身矛盾，这是一切犯罪根源的普遍性。但是，这一普遍性在各种不同的社会里，又表现出各种特殊的情况，尤其是在性质不同的剥削阶级社会和社会主义社会里，犯罪根源的性质和表现更是不同。

二、社会主义社会的犯罪根源

三、关于犯罪根源的“残余论”

所谓残余论，是指社会主义社会的犯罪，根源于旧社会或资本主义社会遗留的残余。只承认社会主义社会存在犯罪残余，而不承认存在犯罪根源。“残余论”实质是否定社会主义社会自身存在犯罪根源。这种观点在理论和实践上都不合适。

从理论上看，它不符合历史唯物论的内因是根据，外因是条件的原理。

从实践中看，否定社会主义社会自身存在犯罪根源，不符合客观实际。它不利于正确的实事求是的认识社会主义社会，从而把社会主义社会自己的事情办好。

第三节　犯罪根源与犯罪的联系

一、统治者的“以法保护下”的犯罪

统治阶级成员中的绝大部分真正的犯罪，并没有被社会认为是犯罪，更没有受到应有的惩罚。所以，无论从道义上还是从法律上看，统治阶级成员的犯罪，都同一定的生产力水平和一定性质的

生产关系密切相关，是一定历史阶段的必然现象。

二、贫困造成的被统治者的犯罪

在阶级社会里，阶级的分化给广大人民群众带来了极大的贫困，物质极端缺乏，当人的基本生活需要以合法手段无法得到满足时，如果再有一定的客观条件，犯罪几乎时不可避免的。

三、极端个人主义时犯罪的思想基础

犯罪不都是出于贫穷，为了满足生活基本需要而产生的，有许多犯罪时欲壑难填的极端个人主义心理促成的。

第四节　犯罪根源理论的意义及其局限

一、研究犯罪根源的意义

（一）研究犯罪根源，有利于认识犯罪本质和犯罪发展变化规律。
（二）研究犯罪根源，促进了犯罪学的产生和发展。
（三）研究犯罪根源，推进了犯罪的治理和预防。

二、犯罪根源在理论上的局限

（一）犯罪根源在理论上的局限

犯罪问题的最终解决，要靠生长力的发展程度。然而，从人类社会的愿望来说，发展生产力，不断解决生产方式的自身矛盾，实际构成了社会生活本身，是社会生活中最基本、最大，同时也是最困难的问题。所以，犯罪根源理论，对现实预防和减少犯罪，几乎近于望梅止渴，无济于事。所以，在找到生产方式自身矛盾是犯罪根源后，要更加增强控制和减少犯罪的信心，而不要丧失信心。

（二）研究犯罪根源要适度

作为犯罪学研究，在理论和逻辑上准确的认识到了犯罪根源以后，重点还是应当放到在实践中对预防和减少犯罪有更直接、更大意义的犯罪基本原因和直接原因的研究上。

复习与思考题

1．犯罪根源的概念？
2．犯罪根源理论上的局限？
3．人类产生犯罪的根本性原因是什么？
4．社会存在犯罪现象的成因是什么？

拓展阅读书目

1．王顺安主编：《中国犯罪原因研究》，人民法院出版社 1998 年版；
2．曹子丹主编：《中国犯罪原因研究综述》，中国政法大学 1994 年版；
3．白建军著：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社 2005 年版；
4．张小虎著：《转型期中国社会犯罪原因探析》，北京师范大学出版社 2002 年版；
5．周路著：《当代实证犯罪学新编》，人民法院出版社 2004 年版；
6．张旭著：《犯罪学要论》，法律出版社 2003 年版；
7．张绍彦主编：《犯罪学教科书》，法律出版社 2001 年版；
8．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

9．黎国智、马宝善主编：《犯罪行为控制论》，中国检察出版社 2002 年版；

10．谢勇著：《宏微之际：犯罪研究的视界》，中国检察出版社 2005 年版；

11．莫洪宪、王明星、张勇著：《重大刑事案件趋升原因及对策》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十章　犯罪的社会及环境因素

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生初步了解犯罪的社会因素和环境因素，以及其他对犯罪产生影响的诸多因素。

第一节　犯罪社会因素和环境因素概述

犯罪的社会因素是指引起犯罪发生的社会主体以外的社会现象，包括政治、经济、文化、教育、思想道德、法制、人口等因素。犯罪的环境因素是指对犯罪起促进作用的季节、气候、社区建筑等犯罪主体以外的因素。

第二节　犯罪的政治因素

一、阶级斗争

阶级斗争是产生犯罪的重要因素之一。这可以从两方面加以论证。第一，犯罪的概念、本质证明了阶级斗争是产生犯罪的重要因素。第二，罪与非罪、重罪与轻罪跟随着阶级斗争的形势变化而变化，也证明了阶级斗争是影响犯罪的重要因素。

二、政治体制的弊端

（一）权力缺乏制约。

在我国社会主义初级阶段，政治权力缺乏制约表现在行政权力过度膨胀，行政权力对经济的不正当干预和单位内部集权制、家长制现象严重。

（二）干部终身制。

干部终身制不但使国家机构臃肿，人浮于事，影响政府办事效率，而且也是干部犯罪的重要原因之一。

（三）官僚主义。

这主要表现在两个方面：一是严重的官僚主义直接导致犯罪，尤其是导致过失犯罪。二是官僚主义间接导致犯罪，某些犯罪就是犯罪分子利用领导干部在组织、人事、管理等方面的官僚主义的掩护而作案的。

（四）官员腐败。

官员腐败是我国一个严重的政治问题，其本身往往是实施违法犯罪的行为，侵蚀了国家的肌体，损害的党和国家的威望，败坏了社会风气，导致违法犯罪的大量产生。

三、政策失误

政策的制定和施行是国家的重要活动，当政策严重失误时就会导致犯罪的产生。

第三节　犯罪的经济因素

一、多种经济成分的冲突

由于各种经济成分有着各自独立的经济利益，并且在各种经济成分内部各经济主体之间也有各

自的经济利益的区分，随着利益冲突的复杂化，社会矛盾便会大大地增加。在这种情况下，如果国家宏观调控不力，这些经济利益和社会矛盾便得不到有效地解决，因而发展成为违法犯罪。

二、新旧体制转换中的真空漏洞

1．金融领域犯罪严重
2．假冒伪劣产品泛滥
3．伪造假发票倒卖活动严重

三、分配不公

首先，不同经济成分之间的分配上的差距不合理。其次，在公有制内部分配上，也形成了不合理的收入分配差距。

四、经济发展不平衡

经济发展不平衡引起了社会心理的失衡，激发了一些社会矛盾，导致违法犯罪现象的发生。

五、商品经济的负效应

商品经济负效应是产生犯罪的原因之一，表现在：一是以经济利益为价值取向的经济活动使得相当一部分人产生“拜金主义”的思想意识。二是商品经济的发展刺激了人们的消费心理。三是商品经济迫使各种市场主体为生存而竞争。四是商品经济的流动性给社会治安带来了一系列复杂问题，为犯罪活动创造了条件，导致犯罪案件的剧增。

第四节　犯罪的文化因素

一、传统文化对犯罪的影响

传统文化对犯罪的影响是客观的，既有预防犯罪的一面，也有诱发犯罪的一面。

二、西方文化对犯罪的影响

西方文化中的极端个人主义，以自我为中心的价值观念动摇着中国社会本位传统，这些不良文化因素从各个方面对个体产生影响，使个体产生于社会要求相对立的不合理需要，容易导致违法犯罪行为的产生。

三、文化冲突对犯罪的影响

四、亚文化与犯罪

亚文化人群的价值观念，行为准则与社会的要求大相径庭，为了他们的利益，往往不惜对抗社会法律规范，进行各种违法犯罪活动。

五、文化市场管理松弛，为不良文化的泛滥开了方便之门

第五节　犯罪的教育因素

教育活动进行得当与否，与犯罪现象的产生、发展有着密切的联系。教育，是预防犯罪的重要

环节。在我国的教育体系中，学校与家庭是两块最重要的教育阵地，而学校与家庭教育中出现的问题也成为影响犯罪的最主要的因素。

一、学校教育

目前，我国学校教育中的失误主要表现在以下方面：

1．义务教育远远没有普及。

2．应试教育片面追求升学率而形成一系列不良结果。

3．教育结构的单一化与缺陷。

二、家庭教育

家庭教育中的失误主要表现在：

1．对子女关心不够，在教育的问题上放任自流。

2．过分溺爱，放纵子女。

3．父母双方教育意见不统一。

学校教育和家庭教育中的问题，已日益成为影响青少年健康成长的重要因素。

第六节　犯罪的思想道德因素

一、影响犯罪的思想因素

1．个人主义，无政府主义思想。

2．拜金主义思想。

3．享乐主义思想。

二、道德问题与犯罪

1．道德转型期带来的问题。

2．道德观念、价值观念冲突激烈。

3．社会道德水准出现了下滑趋势。

第七节　犯罪的法制因素

改革开放以来，我国的法制建设取得了很大成就。但不容忽视的是，我国法制建设的现状仍然落后于社会的发展，法律本身还不完善，不能适应社会发展的客观要求，法制方面存在的不足是我国目前犯罪增长的因素之一。

一、立法方面存在的问题

首先，我国的立法体制正处在重大变革的发展时期，在处理集中与分散的关系时，不可避免的会带有一定程度的不确定性，存在某些非制度化的因素。

其次，立法滞后，立法预测不足，形成了法律上的空白地带，直接影响了法律对违法犯罪行为打击与制裁效能的充分发挥。

再次，立法技术有待进一步提高。

二、公民守法意识不强，法制观念淡薄

公民法制观念与守法意识的欠缺，成为违法犯罪行为产生、发展、变化的重要因素。
法制观念淡薄，守法意识差也导致了一些人无视法律的存在，甚至藐视法律。

三、有法不依、执法不严、以权代法、以言代法、以钱代法严重侵蚀着法制的肌体，也成为违法犯罪产生的重要原因

（一）执法体制不完善，有法不依，执法不严。
（二）执法体制不健全，力量薄弱，执法机关普遍经费不足。
（三）执法人员政治、业务素质有待提高。
（四）消极腐败现象严重感染了司法干部队伍。

第八节　犯罪的人口因素

一、人口数量过于庞大
二、出生性别比失调。

第九节　犯罪的环境因素

一、犯罪的社会环境因素

（一）家庭环境。
我国有学者将不良的家庭环境及其违法犯罪行为的关系归纳为以下三个方面：
1．家庭成员作风不正或者有犯罪行为。
2．父母离婚、父母双亡或者一方死亡、无人照顾孩子。
3．父母不和，或者经常吵架，或者干脆分居。
（二）社区环境
不良的社区环境会从各个方面对行为人产生影响：
首先，社区中正气不压邪气，对坏人坏事缺乏舆论压力与钳制手段。
其次，社区中存在不良交往对象。
再次，社区中存在娱乐场所及其他公共复杂场所。
（三）生活方式及有关的生活环境

二、犯罪的自然环境因素

（一）地理环境与犯罪
犯罪作为一种被社会道德所否定的行为，大多数发生在偏僻的地方。
（二）季节与犯罪
总的来说，不同的季节气候条件一般不会影响犯罪总数，但它对犯罪类型却有着一定的影响。
（三）时间与犯罪
应当明确的是，自然环境因素在犯罪行为的产生、发展中，只是一个必要条件。自然环境与犯罪的产生有关系，但不是主要的，这种关系只是一种间接地，非决定性的关系。

复习与思考题

1．犯罪的社会原因是什么？
2．犯罪的自然环境因素有哪些？
3．犯罪与阶级斗争的关系？
4．犯罪与经济的联系？
5．犯罪与文化的联系？
6．犯罪与宗教的关系？
7．犯罪与家庭的关系？
8．学校教育与青少年违法犯罪的联系？

拓展阅读书目

1．王顺安主编：《中国犯罪原因研究》，人民法院出版社 1998 年版；
2．曹子丹主编：《中国犯罪原因研究综述》，中国政法大学 1994 年版；
3．白建军著：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社 2005 年版；
4．张小虎著：《转型期中国社会犯罪原因探析》，北京师范大学出版社 2002 年版；
5．周路著：《当代实证犯罪学新编》，人民法院出版社 2004 年版；
6．张旭著：《犯罪学要论》，法律出版社 2003 年版；
7．张绍彦主编：《犯罪学教科书》，法律出版社 2001 年版；
8．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；
9．黎国智、马宝善主编：《犯罪行为控制论》，中国检察出版社 2002 年版；
10．谢勇著：《宏微之际：犯罪研究的视界》，中国检察出版社 2005 年版；
11．莫洪宪、王明星、张勇著：《重大刑事案件趋升原因及对策》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十一章　犯罪的主体因素

教学目的和要求：通过本章的学习，基本掌握犯罪的主体要素，了解人格异常与犯罪的关系，搞清犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系。

第一节　犯罪主体因素概述

一、犯罪主体因素的概念、特征

犯罪主体因素是指存在于犯罪者主体方面的引起犯罪发生的生理心理现象。

犯罪主体因素与犯罪社会因素相比具有两个特征。一是一定的自然属性，二是作用的直接性和决定性。

二、犯罪主体因素的内容及主体各因素间的关系

第二节　犯罪的生理因素

一、年龄因素

二、性别因素

三、其他生理因素

第三节　犯罪的心理因素

一、犯罪主体的意思因素

（一）犯罪主体的反社会意识

其一，极端个人主义的价值观。价值观是对人存在的价值的看法，对人生意义的评价。正确的价值观是依对社会的发展为标准衡量的。

其二，缺乏社会主义的道德观念。社会主义社会要求每一个社会成员必须具有社会主义的道德观念。社会主义道德就是无产阶级的道德原则和道德规范。

其三，无视社会主义法制。公民的法制观念一般是指人们对国家法律的看法和态度，以及对某些行为是否合法的评价。

（二）犯罪主体的反社会意识与行为的关系

意识对行为的决定性：

一是违法犯罪行为的动机性和目的性，违法犯罪主体的任何行为都有一定的、预先的目的。

二是违法犯罪行为的计划，也是犯罪主体的意识活动，违法犯罪行为的策划是实现违法犯罪目的的一个思维过程。

三是支配犯罪行为的错误理论观点。一个人信奉什么的理论观念，采用什么样的思维方式，对其行为有重大的影响。

二、犯罪主体的需要、动机

（一）犯罪主体需要的特征

一个人的行为动机和目的来自于他的需要。

1．个人需要同社会要求处于对立状态

2．个人的需要不符合个人的条件

3．个人的低级需要在主体的需要结构中占据主导地位

（二）犯罪动机的构成

1．为满足物质需要而引起的违法犯罪动机

2．为满足性欲需要而引起的犯罪动机

3．出于维护自尊和权益的需要而引起的违法犯罪动机

4．由于虚荣或偏爱的需要引起的违法犯罪动机

第四节　人格异常与犯罪

一、人格异常概念及其特征

所谓人格异常是指在无不良的先天素质及社会环境相互作用下造成的人格结构的偏离。不良的先天因素是人格异常的基础。不良的社会环境是人格异常形成的重要条件。

偏离表现在：

1．认识能力、情绪反映、和意志行为发展的不协调。

2．理智活动和本能反映的不协调

3．抽象思维和形象思维的不协调

人格异常主要包括变态人格和性变态。变态人格有原发变态人格和继发变态人格之分。

二、人格异常与犯罪

（一）人格异常的犯罪学评价

1．辨认能力的消弱和丧失。辨认能力是对客观现象分析、批判、理解判断的能力，它影响着个体的行为方向，是行为人的一种理智活动。

2．自制力减弱。自制力是人意志水平表现的指标。

3．自知力衰退及丧失。自知力是对自我认识，自我分析的能力，它左右着个体的反映活动，同时对个体的参与行为有不可低估的支配能力。

（二）人格异常与犯罪

1．病态人格与犯罪

首先，偏执型病态人格者易实施攻击性行为。

其次，癔病型病态人格者易实施性犯罪。

再次，无情性病态人格者易实施暴力等犯罪。

最后，谎言癖、偷窃癖、纵火癖等变态人格也是个人犯罪的重要原因。

2．性变态与犯罪

第五节　犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系

一、犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系

主观因素指与犯罪有关的各种意识、心理和犯罪人的个性特征；客观因素指犯罪行为和犯罪人个性形成的各种社会因素

二、研究犯罪主观因素和客观因素的意义

（一）科学的反映了客观实际

（二）在理论上具有重要的方法意义

（三）不尽可以明确的反映出唯物论与唯心论、辨证唯物论与机械唯物论的区别，而且反映出辨证唯物论解释社会问题，包括解释犯罪问题的科学威力。

三、犯罪主观因素与犯罪客观因素的关系

（一）犯罪行为根源与社会客观实际。

（二）相对意志自由在犯罪行为形成的实施过程中的作用。

复习与思考题

1．犯罪主体因素的概念？

2．犯罪主观因素和犯罪客观因素的关系？

3．精神异常与犯罪？

4．故意与犯罪？

5．过失与犯罪？

6．犯罪心理的形成与外化？

拓展阅读书目

1．王顺安主编：《中国犯罪原因研究》，人民法院出版社 1998 年版；

2．曹子丹主编：《中国犯罪原因研究综述》，中国政法大学 1994 年版；

3．白建军著：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社 2005 年版；

4．张小虎著：《转型期中国社会犯罪原因探析》，北京师范大学出版社 2002 年版；

5．周路著：《当代实证犯罪学新编》，人民法院出版社 2004 年版；

6．张旭著：《犯罪学要论》，法律出版社 2003 年版；

7．张绍彦主编：《犯罪学教科书》，法律出版社 2001 年版；

8．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版；

9．黎国智、马宝善主编：《犯罪行为控制论》，中国检察出版社 2002 年版；

10．谢勇著：《宏微之际：犯罪研究的视界》，中国检察出版社 2005 年版；

11．莫洪宪、王明星、张勇著：《重大刑事案件趋升原因及对策》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十二章　犯罪预防概述

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握犯罪预防的概念及其重要性，掌握犯罪预防的方法，了解犯罪预防的依据，明晰犯罪预防的体系。

第一节　犯罪预防的概念及其重要性

一、犯罪预防的概念

（一）学术界关于犯罪预防的狭义、广义理解

狭义的犯罪预防，是指在犯罪发生之前，主动采取措施，是犯罪行为被防范于未然。亦称犯罪前预防，其特点是在犯罪发生之前，主动采取措施防止犯罪行为的发生。

广义的犯罪预防，是指一切防止犯罪发生和再发生的各种措施的集合及过程。亦称犯罪前、犯罪中、犯罪后的罪前罪中罪后预防。其特点是不限于犯罪发生之前的预防，还包括犯罪中的阻止措施和犯罪发生后的惩罚与改造方法。

（二）犯罪预防的科学含义及特征

所谓犯罪预防，是指国家和社会为消除或者减少犯罪产生的一切原因和条件，防止、阻止犯罪行为的发生，减少乃至根治犯罪现象，对全体社会公民所采取的一系列防治措施体系及其控制过程。

犯罪预防的特征：

1．预防犯罪的主体是国家和社会，而不仅仅是国家刑事司法机关。

2．犯罪预防的对象是全体社会公民，而不仅仅是具有犯罪危险的行为人。

3．犯罪预防的目的是防范、减少与根治犯罪。

4．预防犯罪的措施是一系列的对策体系。

5．预防犯罪是一个控制过程。

二、犯罪预防的地位

犯罪预防是我国犯罪学研究的出发点和归宿点，是解决犯罪问题的治本之策，是整个犯罪研究带有根本性和战略性的重大课题，在犯罪学科体系、社会实践与理论研究中处于极其重要的地位。

三、犯罪预防的重要性

犯罪预防是减少和治理犯罪的根本途径，其重要性主要体现在：

（一）犯罪预防有利于避免和减少犯罪给社会造成的损失

将预防犯罪的工作做在犯罪未然之前，控制与减少犯罪行为的实际发生，就可以减少很多不必要的损失，使人类本来就很枯竭的财富获得节省。此外，也可以减少因犯罪发生之后国家刑事司法机关为揭露犯罪，惩罚与改造犯罪所耗费的人力、物力和财力。

（二）犯罪预防与利于稳定社会秩序，维护社会治安

犯罪预防包括预防与治理两大领域，涉及到犯罪前、犯罪中、犯罪后的各个预防环节，如果真能将预防犯罪的各项措施落实到位，便能发挥出预防犯罪的应有的功能作用。

（三）犯罪预防有利于社会主义物质文明和社会主义精神文明建设

犯罪预防与两个文明建设是一种辩证统一的关系，犯罪预防有益于两个文明建设，两个文明建设又是犯罪预防的根本性措施与保障。

（四）犯罪预防是全人类的共同呼声

犯罪是一个全人类共同面临的问题。由于二战以来犯罪浪潮一浪高过一浪，社会危害性愈演愈烈，世界各国人民都十分重视犯罪的预防问题。

第二节　犯罪预防的依据与困惑

犯罪预防的依据主要是指犯罪预防的理论基础，即预防的可能性与现实性。犯罪预防的困惑主要是指犯罪的现实问题，即预防的长期性与艰巨性。

一、犯罪预防的可能性

（一）犯罪预防的可能性的争论

有的西方学者认为犯罪是一种自然现象，预防犯罪与消除犯罪是不可能的。

近半个世纪以来，犯罪率严重上升的事实不得不使世界各国尤其是西方国家的学者重新认识犯罪现象和考虑预防犯罪问题，提出了一系列的预防犯罪的理论与实践措施，如刑罚恐吓威吓论、生理心理治疗论、共同体体制论、社会防卫论、三级综合预防论等等。

社会主义犯罪学理论认为，犯罪是一种社会历史现象，是客观存在的人类丑恶活动。只要认识到犯罪运动的规律，寻找出犯罪形成的原因和条件，那么，预防犯罪、减少犯罪甚至根治犯罪是可能的。也就是说，犯罪规律的可知性，决定了犯罪预防的可能性，犯罪原因的客观性，决定犯罪预防的可控性。

（二）犯罪预防可能性的原理

1．规律的可知性原理。规律是可知的，可认识的。关于犯罪现象存在与发展的规律，除马克思主义揭示的犯罪与阶级、私有制和国家的规律联系外，我国学者还通过研究揭示出犯罪的“消长律”、“同步律”、“辐射律”、“因果律”等等。

2．因果联系原理。世界上的一切事物都是相互依赖、相互制约的，事物的这种联系表现为因果联系。犯罪这种社会现象的出现，同其他事物一样，也是存在一定的因果关系的。

3．量变质变原理，量变和质变相互转化，是事物发展的普遍规律。一个人之所以犯罪是受其犯罪心理的作用与支配，犯罪行为是犯罪心理的外化的结果。犯罪心理的形成是犯罪个体长期与不良社会环境交往、积累、沉淀的结果。

4．行为科学原理。行为科学揭示，行为是人类内在心理的反映。犯罪行为是犯罪心理的外化，犯罪行为的发生必然要与其他事物发生联系。

二、犯罪预防的现实性

（一）犯罪预防现实性的状况

预防犯罪从可能性转化为现实性，从理论与实践上看都不是那么的容易。

当今资本主义国家由于阶级的局限性，以及制度本身存在的问题，因而无法从根本上预防犯罪，根治与解决严重的犯罪问题。

而在社会主义国家，由于推翻了剥削阶级制度，历史上第一次出现了有效预防整个犯罪现象和具体犯罪行为的实际可能性。但是，我们也应该认识到预防犯罪的工作不是一蹴而就的，我们既要认识到现实性，同时也应该认识到艰难性和反复性。

（二）犯罪预防现实性的理由

1．社会主义经济制度为预防犯罪提供了物质保障，从根本上是预防犯罪从可能变为现实。

2．社会主义政治制度为预防犯罪创造了深厚的群众基础，保证了预防犯罪的可能性转变为现实性。

3．现代科学技术的发展为预防犯罪创造了现实的科技手段。

4．国际范围内的努力与合作，为犯罪预防提供了国际条件。

三、犯罪预防的长期性

从法律意义上的犯罪来看，犯罪是私有制、阶级、和国家的产物，必将伴随着私有制、阶级和国家的消亡而消亡，是一种社会历史现象，而国家的消亡则只有在共产主义社会才能实现。因此，犯罪预防具有长期性，要贯穿于整个社会主义阶段。

从非法律意义上的犯罪来看，犯罪是社会矛盾，人与社会的矛盾、人与人之间的矛盾及差异冲突的产物。由于人与社会的矛盾及其差异的客观存在性和永恒性，犯罪现象的存在亦具有相对的永恒性，因而要想从根本上铲除犯罪尤其消除一切危害社会的丑恶行为，几乎是渺茫的。但我们要坚持斗争，坚持努力，这将是一个漫长的过程。

四、犯罪预防的艰巨性

从理论和实践而言，犯罪是可以预防的，但实现预防犯罪的目标并非没有实际困难，而且应该实事求是地承认，预防犯罪是十分艰难的。

（一）犯罪现象是一种纷繁复杂的社会现象，其规律是很难把握的

犯罪是一种社会现象，如前所述，犯罪除了与私有制、国家存在联系之外，还和社会中的政治、经济、文化、民族、宗教、伦理等有着千丝万缕的联系。因此，要想充分地认识犯罪现象的状况、特点，寻找出犯罪现象发生、发展的变化规律就十分困难。如果缺乏对犯罪现象状况、特点及其发展规律的准确认识与把握，就很难从宏观上制定规划、采取对策，有效地预防和控制犯罪。

（二）犯罪行为的形成和发展是非线性的多因素的综合产物，其行为人的心理是很难预测的

（三）犯罪行为的理想模式与现实条件存在着较大的差异，各项措施的落实十很难做到的

第三节　犯罪预防的手段与方法

一、犯罪预防的手段

（一）犯罪预防的手段的含义

犯罪预防手段，即实现预防犯罪目的的工具。具体是指，旨在防止和减少犯罪的发生，针对犯罪形成的原因及其作用与犯罪心理的外化过程，设计、选择和设置的各种防治罪犯的工具及其措施。

（二）犯罪预防手段的内容

根据不同的标准，犯罪预防手段可以归类或划分为不同的种类，具体有以下几类：

1．按犯罪预防的手段的自身性质划分，可以分为教育手段、经济手段、文化手段、行政手段、法律手段和技术手段。

2．按照犯罪预防手段的作用功能划分，可分为排除手段、疏导手段、控制手段、威慑手段、和矫正手段。

二、犯罪预防的方法

犯罪预防的方法，是对犯罪预防手段的具体运用及其适用程序的设置。常体现在具体预防犯罪的实践操作与抽象犯罪体系的理论构筑之中。以下是几种最常用和常见的犯罪预防方法：

1．保护性预防。

2．疏导性预防

3．限制性预防

4．惩戒性预防

5．改造性预防

6．被害预防

第四节　犯罪预防的体系

一、犯罪预防体系的历史考察

在人类历史上，统治阶级出于维护其统治和统治和统治利益的需要，都非常重视对犯罪预防的研究，并在此基础上形成了一些对策体系。如我国古代的统治阶级为了调整统治阶级内部关系，稳定社会秩序，建立了一个庞大的犯罪预防体系。这个体系大体上有以下 4 个方面内容：

第一，以发展农业经济为基础

第二，以礼教为主体

第三，以机构和制度为保证

第四，强调严刑峻法

到了资本主义时期，由于犯罪的骤增，对犯罪预防的迫切性逐渐加重，资产阶级学者依据自己的犯罪观提出了许多预防犯罪的对策，如法律预防、共同体预防等等。

二战以后，预防犯罪在单一的对策理论上逐步向预防措施体系化方向发展。在美国犯罪预防分为常规预防和非常规预防两种。

新中国成立以后，在长期同犯罪作斗争中已经形成预防犯罪实践体系和综合治理体系。预防犯罪实践体系的特征，是以公安政法机关为核心，根据不同的对象，采取不同的方式，实行不同的政策。我国预防犯罪理论和实践的发展，为科学地建立犯罪预防体系奠定了理论基础和现实依据。

二、犯罪预防体系的依据和内容

（一）犯罪预防体系的依据

从理论而言，科学的犯罪预防对策体系，必须建立在对犯罪现象及其原因的科学认知的基础上。

（二）犯罪预防体系的内容

从以上可以看出，犯罪预防体系应该是由社会预防、心理预防、治安预防、刑罚预防所组成的有机和谐的系统。其内容是：

1．社会预防。社会预防即指针对犯罪现象产生的社会原因和条件，国家所采取的一系列旨在减少和消除这些原因和条件的措施。

2．心理预防。心理预防指针对犯罪心理形成的原因、条件，通过宏观的精神文明建设和微观家庭、学校和社区教育，培养社会公民的健全人格和自身修养的过程。

3．治安预防。治安预防指公安机关针对社会上具有违反治安管理行为的人采取的监督、控制和防范措施。它旨在搞好社会治安、稳定社会秩序、教育挽救失足者，防止违反行为人向违法犯罪的泥潭深陷。

4．刑罚预防。刑罚预防是指国家刑事司法机关针对犯罪人的犯罪行为及其危害，通过适用刑法所实现的一般和特殊预防目的的专门性强制措施及其防治活动。

三、犯罪预防体系的特点

（一）有序性

（二）层次性

（三）动态性

（四）整体性

复习与思考题

1．预防犯罪的概念及其重要性
2．预防犯罪的方法
3．预防犯罪的体系

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十三章　预防犯罪的方针与原则

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握犯罪预防的方针和基本原则。

第一节　预防犯罪的方针

一、预防犯罪方针的含义及各种提法

预防犯罪方针，是指规范与指导预防犯罪活动的工作指南及行动方向。对于预防犯罪的方针的理解，我国学者存在不同的观点。一种观点认为，预防犯罪的方针就是“专门机关与群众路线相结合”的方针。一种观点认为，预防犯罪的方针就是“打防并举，标本兼治，重在治本”的社会治安综合治理的工作方针。　　一种观点认为，“我国同犯罪作斗争应当采取‘打防结合，以防为主’的方针”。　　一种观点认为，当前我国尤其是新时期预防犯罪的方针应当是“两手抓，两手都要硬”的方针。一种观点认为，中国特色的并坚持与发扬光大的方针应是“社会治安综合治理”。

二、综合治理——中国预防犯罪的总方针

（一）综合治理的基本含义及特征

综合治理，即社会治安综合治理，是指在党委、政府统一领导下，组织和依靠国家政权，社会团体和人民群众的力量，各单位，各部门协调一致，齐抓共管，运用政治的、经济的、行政的、法律的、文化的、教育的等综合手段，整顿社会治安，从根本上预防和减少违法犯罪，保障社会稳定，为改革开放和社会主义现代化建设创造良好社会环境的一项社会控制活动。综合治理方针具有以下特征：

第一，综合治理是在各级党委和 政府的统一领导下进行的。

第二，综合治理需要动员全社会的力量。

第三，采用多种方法、手段和措施治理。

第四，综合治理的对象具有多元性。

第五，综合治理的目标具有一定的层次性、综合性。

（二）综合治理方针的形成和发展

（三）综合治理方针确立的科学依据

1．犯罪原因的多元性、复杂性决定了预防方针的综合性。

2．犯罪原因的系统性要求预防犯罪必须实行综合治理系统工程。

3．新时期严峻的犯罪现实，打击与改造工作实践，迫切需要采取综合治理措施。

4．社会主义制度和中国共产党的领导为综合治理方针的实行，提供了现实可能性。

三、综合治理的基本内容

（一）综合治理的基本任务及其工作要求

1．综合治理的基本任务。

2．综合治理的工作要求

（二）综合治理的目标

1．综合治理的最终目标。综合治理的最终目标是：从根本上减少违法犯罪现象，维护社会稳定。

2．综合治理的主要目标。社会治理的主要目标是：社会稳定，重大恶性案件和多发性案件得

到控制案件和多发性案件得到控制并逐步有所下降，社会丑恶现象大大减少，治安混乱的地区和单位的面貌彻底改观，治安秩序良好，群众有安全感。

3．综合治理的具体目标。综合治理的具体目标是“打击、防范、教育、管理、建设、改造”。

（三）综合治理的工作范围

综合治理的工作范围包括：“打击、防范、教育、管理、建设、改造”6 个方面。

1．打击是指公安、检察、法院以及监狱等国家司法机关依照有关法律，揭露违法犯罪行为，证实违法犯罪事实，适用和执行刑罚及其处罚，以实现对违法犯罪人惩罚与改造的目的。

2．防范是指通过采取各种措施使违法犯罪人员难以实施违法犯罪或不敢轻举妄动，防止国家、集体、个人财产和人身安全受到不法侵害的一项综合治理工作。

3．教育是指通过对社会成员进行思想、行为引导，以提高人的素质入手，预防和减少犯罪，创造良好的社会治安秩序的教育活动。

4．管理是指通过加强各方面的行政管理工作，堵塞犯罪空隙，减少社会治安问题，建立良好社会秩序的一种活动。

5．建设是指针对社会治安秩序中的问题以及综合治理工作的任务所进行的组织建设、制度建设以及有关法律法规建设。

6．改造是指针对已构成犯罪并被判处刑罚的罪犯和实施了轻微违法犯罪行为但尚不够追究刑事责任的违法人的教育改造活动。

四、综合治理的领导体制

（一）综合治理领导体制的含义

搞好综合治理，领导是关健。各级党委领导人要从思想上、组织上、工作上加强对综合治理工作的领导，认真组织、协调各部门的工作，解决落实中的问题，保证各项措施落实到基层。

（二）中央综合治理的领导机制

（三）地方各级综合治理的领导机构

（四）各部门的综合治理领导机构

（五）综合治理领导机构的职权

第二节　预防犯罪的基本原则

一、物质文明建设与精神文明建设相结合的原则

物质文明建设与精神文明建设相结合的原则，是指预防犯罪不仅需要物质文明建设的成果，而且还必须重视和发展精神文明建设的作用，只有把二者有机的结合起来，不片面强调某一方面，才能最大限度地实现预防和减少犯罪的目标。

二、治标预防与治本预防相结合的原则

治标预防与治本预防相结合的原则，是指预防犯罪不仅要采取治标预防的防治措施，而且要运用治本预防对策，只有把二者紧密地、辩证统一地结合起来，科学地发挥出各自应有的功能作用，才能使预防犯罪的目标真正得以实现。

三、专门机关与群众路线相结合的原则

专门机关与群众路线相结合的原则，是指在预防犯罪工作中不仅要依靠政法公安机关的专门工作，而且要把社会各界机关大人民群众的力量发动和组织起来，充分利用和引导亿万群众的防治犯

罪的巨大作用和积极热情。

四、系统化原则

系统化原则是指预防犯罪措施应该遵循和符合系统原理，建立高质量，高效率的防治犯罪的系统工程。

五、法制原则

法制原则是指预防犯罪工作一定要有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

复习与思考题

1．犯罪预防的方针？
2．犯罪预防的基本原则？
3．综合治理的涵义、特征？
4．综合治理的六大环节是什么？
5．平安建设与综合治理的关系？
6．综合治理与构建和谐社会？

拓展阅读书目

1．王仲方主编：《社会治安综合治理的理论与实践》，法律出版社 1988 年版；
1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十四章　犯罪的社会预防

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握社会预防的概念，了解社会预防的功能，明确宏观社会预防和微观社会预防的关系。

犯罪是人类社会的一种伴生现象，它的孕育和生长，从根本上说取决于人类社会及其社会的自身状况，因此，它的减少或者消灭，也最终取决于人类及其社会的自我克服能力和自我完善程度。社会对犯罪现象的这种自我克服过程，我们称之为犯罪的社会预防。

第一节　社会预防概述

一、社会预防的概念

所谓社会预防，是旨在使社会健康有序地发展和运行，减少或消除社会弊端与漏洞，避免和解决社会问题，从而减少或控制犯罪发生的社会规划、调整与完善的过程，以及通过特定的机构、群体或组织进行的社会整合、社会管理和社会的控制活动。

二、社会预防的特点

（一）社会预防的核心目的是创造一个健康完善、和谐的社会，提供一个能够抑制犯罪和其他消极现象的社会环境

（二）社会预防的主体与客体（具体指向）之间具有同一性或统一性

（三）社会预防特别强调社会发展规划和社会政策与预防犯罪规划及策略的相互衔接

（四）社会预防是一种积极和治本性预防措施

第二节　社会预防的功能

社会预防的功能，就是社会预防措施所应当具有的客观效用。社会预防功能的真正发挥，便意味着预防犯罪这一主观目的的实现。

一、社会建设功能

社会预防的社会建设功能，是指社会预防措施对社会经济、政治、文化建设、发展与完善的积极意义和促进作用。

二、社会整合功能

所谓社会整合，其基本含义就是使社会成为一个具有共同价值和凝聚力的团结的整体，增强公众对社会共同价值的遵从和顺应。再详细点说，社会整合就是调整或协调社会中不同因素的矛盾、冲突和纠纷，使之成为统一体系的过程和结果。在这过程中，社会各相离而有关系的单位，通过相互顺应，遵守相同的行为规范而达到团结一致，形成一个均衡的体系。

三、社会控制功能

所谓社会控制，是指社会为了保证其成员遵守社会规范，维护社会秩序，而施之于个人或群体的影响与制约。社会控制可以分为正式控制和非正式控制两种，前者是指由政权、警察、法庭等职能机构实施的制度化控制，后者则指凭借舆论、禁忌、礼仪、习俗等形式进行的非制度化控制。

四、社会化功能与社会心理调节功能

社会化功能与社会心理调节功能是指社会预防措施所具有的积极心理影响的两个方面。

第三节　宏观社会预防

社会预防可以分为宏观和微观两个层次，它们分别由若干种具体措施所构成。宏观社会预防是以社会整体为单位的全局性的犯罪预防活动，其目的在于创造一个最大限度地抑制和克服犯罪现象的宏观社会环境。

一、社会改革——社会本体的建设与完善

社会本体的建设和完善，是社会自我克服犯罪的物质基础和精神基础。社会本体的建设和完善的主要途径是社会改革，具体包括以下几个方面：

（一）两个文明建设协调进行，提高社会文明和精神文明的综合水平

（二）深化社会管理体制改革，克服社会弊端，不断完善社会主义制度

（三）正确引导社会文化变革，，实现社会价值的重整和统一

（四）恰当调整阶级关系，改善人际关系，制造宽松的政治气氛

二、社会政策——社会问题的控制阀

（一）概说社会政策是国家和政党制定的旨在协调社会关系，避免或解决社会问题，保证经济与社会平稳、均衡发展的方针原则和计划的总和。社会政策有着重要的预防犯罪价值。

首先，就社会政策本身来说，它是一种社会关系的调节器，它的正确与错误与否将直接影响着社会秩序的稳定与否。

其次，比较而言，社会政策的预防犯罪价值优于刑事政策，前者可以治本，后者只能治标。

再次，从政党和政府的治国方略角度考虑，当它们有足够的能力和自信通过社会政策的完善来从容对付犯罪等社会问题时，它们总是乐于更多地启用社会政策，而不愿过多地依赖于刑罚手段。

（二）社会政策的完善

1．经济与社会协调原则。

2．效率与公平兼顾原则。

3．内在一致原则

4．成本——效益原则

三、道德、法制与行政——社会控制的三种力量

（一）道德

道德是一套用来评价善恶的规则和标准。从客观上说，它凭借社会舆论等道德评价和谴责而得以执行，从主观上看，它通过个人的良心以及对道德责罚的畏惧而受到遵从。

（二）法制

这里所说的法制，是指国家和政府制定的用以调整社会关系，管理经济发展以及其他社会公共事务的法律、法规和制度的总和。法制的社会控制作用在于，它确定了行为的是与非，可与否、合法与非法的标准，它划定了人的自由的范围，它赋予并且限制了国家机关的权力，使国家处于一定程度的法治状态，并在一定程度上减少了权力的滥用，它预告了特定行为的特定后果和责任，使人们能够较为清醒地进行行为选择。完善法制应当抓住以下主要环节：

1．立法环节。要尽快完善适应中国国情和现代化建设需要的社会主义法律制度体系。

2．执法环节。要加强执法队伍的组织建设、业务建设和廉政建设，消除现实中存在的执法不严，执法不公、地方保护以及以罚抵罪、以官抵罪的现象。

3．法制宣传和教育环节。必须加强法制宣传和教育，这种宣传和教育不应搞成单纯的宣讲案例和普及法律知识，而应当努力使社会公众形成法律意识和守法观念，因为单纯的法律知识很可能只是教会人们如何规避法律，而不是自觉遵守法律。

（三）政府行政

政府行政是指政府依法对社会具体事务实施组织管理的过程。

第四节　微观社会预防

微观社会预防是以社区、群体以及公民个人为单位而进行的预防犯罪的活动。其主要目的在于消除犯罪机会和条件，减少自身被害的可能性。

一、环境设计与空间预防

通过环境设计来预防犯罪，是一种具有较强的应用价值的犯罪预防方法。这一方法的主要目的在于利用工程建筑学方法来规划和建设物理环境，创造一个不利于犯罪发生的防卫空间。

二、社区、群体和个人对犯罪的预防和参与

社区、群体和公民个人是社会的基本单位。在预防犯罪中，它们既要支持配合预防犯罪的国家行动，又必须作为主体而采取积极的措施来预防犯罪。社区、群体和个人对犯罪预防活动的积极参与，是预防犯罪的国家活动的必要补充。

（一）社区参与

社区参与预防犯罪的主要方法有

1．开展安全文明小区建设活动。

2．开展社会工作和社区服务

3．制定乡规民约、城市文明公约等群众自律性的行为规范

（二）群众自治

群众自治是指群众有组织进行的自我管理和自我保护活动，其具体形式主要有：

1．治安联防

2．人民调解

3．共青团、妇联、工会等群众性自治组织对其成员进行的各种组织和教育活动。

（三）企业、事业单位的自我管理和自我保护

企业、事业单位以自我管理和自我保护的形式参与预防犯罪活动。其主要形式有：

1．在法律和政策范围内开展经营业务。

2．建立健全工作纪律和经营管理制度。

3．加强对本单位职工和工作人员的管理和教育，经常开展法制教育、职业道德教育。

4．加强对本单位的治安保卫工作和增强治安保卫意识。

（四）公民个人的自我约束和自我防卫

公民作为社会的主体，有责任以其实际行动参与犯罪预防活动，其参与犯罪预防的具体形式是：

1．遵守法律和社会道德规范，自我约束。

2．增强自我防卫的意识和能力，采取必要的财产保护和人身保护措施以及报警求助措施，减少被害的可能性。

3．要勇于和犯罪行为作斗争。

复习与思考题

1．社会预防的概念？
2．社会预防的功能？
3．宏观社会预防和微观社会预防的关系？
4．情景预防的主要内容与特点？
5．社会转型与犯罪的社会控制？
6．社会失范理论的核心内容是什么？
7．社区预防与社区建设的关系？

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十五章　犯罪的心理预防

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握心理预防的概念，了解心理预防的功能，明确心理预防的基本途径。

第一节　犯罪心理预防概述

一、犯罪心理预防的概念

犯罪心理预防是指对人的健全人格的社会培养和自我修养过程，其作用在于增强人的社会适应能力和自我控制能力，使人在特定的社会背景和具体场合下能够作出符合社会法律和道德规范的行为选择。这一概念，有充分的科学依据：

（一）人是一种精神性的生物实体，不仅有本能和直觉，而且有理性和意识。

（二）犯罪人往往表现为人格品质的欠缺者变异，这种缺陷和变异进而导致社会认知能力、社会适应能力和自我控制能力的低下或者丧失，导致他们在一定社会背景和具体场合下作出违法犯罪行为的选择。

二、犯罪心理预防的原理和特点

（一）犯罪心理预防的核心目的是使人养成健全的人格，是人的完善、人的内在充实。

（二）心理预防不赞赏那种“物质般加在个体身上”的纯粹外在控制，而是特别强调人的自我控制与外在社会控制之间的相对均衡。

（三）心理预防是一个过程，确切的说，是指人的社会化过程包括人的自我修养过程，而不是指某几种纯心理学技术或措施的简单集合。

（四）心理预防是一种积极预防，其对象主要是未犯罪的正常人，而不是罪犯、变态人格者和精神病患者。

第二节　犯罪心理预防的功能

一、人格塑造和养成功能

心理预防的人格塑造和养成功能，是指心理预防过程对个体人格的形成与发展所具有的建设性影响。

二、心理调节功能

心理调节功能，主要表现为它能够使个人建立起一整套内在的自我调节和自我控制机制。

三、主观激励功能

主观激励功能，主要是指心理预防过程对人的主观意识和社会创造及自我完善的积极性的唤起功能。

四、推动社会进步的现实功能

五、社会控制功能

心理预防主要表现为个体的社会化和个性化过程，而个体的社会化过程是实现社会控制的较好形式。

第三节　犯罪心理预防的基本途径

一、社会化——社会对个体人格的塑造

所谓社会化，又称社会教化或社会教养，是个人借以学习社会规范和价值标准、生产生活的知识和技能，并形成独特的个性人格的过程。

（一）不断完善社会，创造一个有利于人格健全发展的社会文化环境

（二）传授社会文化和社会规范

1．传授和学习社会文化和社会规范的形式

（1）家庭教育

（2）学校教育

（3）劳动集体教育

（4）人际互动

（5）文化传播媒介

2．社会文化和社会规范传授与学习的主要内容

（1）道德规范

（2）法律规范

（3）社会习俗与行为常模

（4）科学文化知识

（三）大力开展心理卫生工作和心理健康咨询活动

二、自我修养——人格的自我养成和完善

（一）加强自我修养

（二）善于自我调节

第四节　变态人格的矫治

一、物理疗法（理疗）

物理疗法是利用药物或其他手段，对患者进行身体上的侵入，以达到心理矫治的目的的治疗方法。

二、精神分析疗法

精神分析疗法是以弗洛伊德的理论为基础的，只要我们将我们的问题放在意识层次里，只要有人来听我们的倾诉，只要有解决我们问题的一丝希望，我们就不可能得精神病。

三、行为疗法

是指对变态人格者或反常行为者要采用心理学技术、药物或器械，个别给以惩罚或强化。

四、人本主义疗法

人本主义疗法是指以人本主义心理学理论为基础，对患者基本需要得满足是最为重要得一步，同时，治疗必须在良好得人际关系中进行。

五、生物反馈疗法

就是使患者能够控制或获得有关自身某一生理过程的连续信息，并进行强化或奖励这样一个过程。

六、认识领悟心理疗法

这是心理疗法在我国的应用和发展。

复习与思考题

1．心理预防的概念？
2．心理预防的原理？
3．心理预防的基本途径？
4．心理健康与心理预防的关系？
5．自杀防范与犯罪心理预防？
6．“八荣八耻”与犯罪控制？
7．宗教意识与犯罪心理预防？

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十六章　犯罪的治安预防

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握治安预防的概念，了解治安预防的功能和原则。

第一节　治安预防概述

一、治安预防的概念、特征

（一）治安预防是指国家专门性预防机构通过治安管理与惩戒活动所能达到的实现预防违法犯罪目标的社会控制活动及措施。

（二）治安预防具有以下特征：

1．治安预防的主体是公安机关。

2．治安预防的对象是全体社会公众尤其是违反治安管理行为人和轻微违法犯罪人。

3．治安预防的目标是为了预防、控制和减少违法犯罪，维护社会治安秩序，保证社会安定和稳定，促进社会发展和进步。

4．治安预防的手段是治安行政管理部门为实现预防违法犯罪的目标，依法对社会治安秩序实行控制管理的各种措施和方法。

5．治安预防是预防犯罪体系中不可缺少的重要环节，是最为直接的一项专门性预防措施。

二、治安预防的任务

（一）预防与发现各种违法犯罪行为

（二）预防与查处治安灾害事故

（三）惩戒与教育违反治安管理的行为人

三、治安预防的措施与方法

（一）治安预防措施与方法的概念和特征

1．治安预防的措施与方法是指治安预防的主体为了实现治安预防的目标，达到社会治安的目的，依法对社会治安秩序实行控制管理的各种手段的总称。

2．特征：

（1）强制性

（2）多样性

（3）互补性

（二）治安预防措施与方法的内容

1．惩戒措施

2．管理措施

3．专业措施

4．教育改造措施

5．技术措施

四、治安预防的特点

（一）预防工作的专门性

（二）预防行为的行政执法性
（三）预防措施的特殊强制性
（四）预防内容的广泛性和复杂性

第二节　治安管理的功能及其原则

一、治安预防的功能

（一）行为规范与导向功能
（二）惩戒与教育功能
（三）社会公共安全的维护与保障功能

二、治安预防的原则

（一）依法与科学管理相结合的原则
（二）公开管理与秘密工作相结合的原则
（三）严格管理与文明管理相结合的原则
（四）教育与处罚相结合的原则

第三节　治安管理

一、户口管理

（一）户口管理的概念
户口管理是公安机关依法对住户和人口进行登记、调查、统计分析和管理的工作。
（二）户口管理的基本内容
1．户籍管理
2．居民身份证管理
3．暂住人口管理
4．重点人口管理
（三）户口管理在预防犯罪中的作用
1．户口管理可以准确及时的了解社会人口信息及基本情况。
2．实行居民身份证管理，有利于严密社会治安管理，不仅能及时发现控制各种违法犯罪分子，而且可以直接查获一些流窜犯和在逃犯。
3．加强户口管理能为预防犯罪提供有序的社会环境。
4．户口管理能在一定程度上控制人口盲目无序的流动。

二、公共场所的治安管理

（一）概念
它是指公安机关依照有关治安管理法规的规定，对公共场所的治安秩序进行管理的活动。
（二）公共场所的管理与防控
1．注重对公共场所发展总量实行宏观调控。
2．加强治安防范宣传教育。
3．坚持安全检查制度，及时排除隐患。

4．组织治安联防，布哨巡逻。

5．集中整治突出的治安问题。

三、特种行业管理

（一）概念

它是指公安机关为预防和打击违法犯罪活动，维护公共秩序和保障公共安全而依法对工商业和服务业中一些容易被违法犯罪分子利用的行业所实行的治安行政管理。

（二）特种行业管理在预防犯罪中的作用

（三）特种行业的管理与防控

1．旅馆业的管理与防控

2．旧货业的管理与防控

3．印刷业的管理与防控

4．刻字业的管理与防控

四、危险物品管理

（一）概念

它是指具有易燃、爆炸等性能，在生产、储存等过程中，易引起人身伤亡或财务损毁的物品管理。

（二）危险物品的管理内容

1．认真做好危险物品生产经营审批登记工作。

2．建立严密的安全监督检查制度。

3．收缴散失在社会上的危险物品。

4．广泛进行安全防范宣传教育。

5．依法办事，严肃查处违法行为。

（三）意义

第四节　劳动教养

一、劳动教养的概念及其适用对象

（一）概念

劳动教养是指根据国家有关法律法规的规定，对有违法犯罪行为但不够成或不予刑事处罚的人实行强制性教育改造的一种行政措施。

（二）适用对象

1．罪行轻微，不够刑事处分的危害国家安全的人员；

2．结伙杀人、抢劫防火等犯罪团伙中，不够刑事处分的；

3．有流氓、卖淫、盗窃等违法犯罪行为，屡教不改，不够刑事处分的等等

二、劳动教养在预防犯罪中的作用

（一）劳动教养是防范犯罪之网的重要一环。

（二）劳动教养起到净化社会面的作用。

（三）劳动教养是教育、挽救和改造违法者的一种重要形式。

（四）劳动教养手段的实施，对于社会上的违法犯罪和危害社会治安行为具有一定的威慑作用。

第五节　技术预防

一、概念与作用

（一）概念

技术预防是利用科学技术手段防范，制止犯罪发生的措施和方法。

（二）作用

1．可以隐蔽或保护犯罪侵害的目标，减少案件的发生机会。

2．有助于监控案发现场和现行犯罪分子，便于及时破案。

3．可以发现认定犯罪分子。

二、技术预防的种类与应用范围

（一）装备的种类

1．报警系统

2．监听系统

3．监视系统

4．探测系统

5．防护系统

（二）技术预防的应用范围

三、技术预防应注意的问题

（一）各种设备装置应由公安机关负责管理

（二）用于技术预防的设备器材，其安装要避免引起人身伤害。

（三）安装适用时要分别不同情况给予一定控制。

（四）技防与人防必须密切配合

（五）加强对设备的保养、检查和维修。

（六）严格控制知密范围。

复习与思考题

1．治安预防的概念及其特征？

2．治安预防的功能和原则？

3．劳动教养在预防犯罪中的地位与作用？

4．治安处罚与犯罪控制？

5．技术预防在预防犯罪中的地位与作用？

6．治安预防与社会预防的关系？

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；

2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；

3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；

4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；

5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十七章　犯罪的刑罚预防

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握刑罚预防的概念和功能，了解监狱在刑罚预防中的地位，把握刑罚预防的效能原则。

第一节　刑罚预防的概述

一、刑罚预防的概念、特征

（一）刑罚预防的概念

刑罚预防，是指国家司法机关运用刑罚的方法，揭露犯罪、惩罚和改造罪犯，从而预防再犯，并儆戒虞犯，教育全体社会成员的一项特殊强制措施和防范手段。

（二）特征：

1．其主体是行使国家刑罚权的各部门。

2．其作用机制和途径，存在与其自身所特有的功能作用与具体方法之中。

3．它是针对特定犯罪人的一种特殊预防。

4．它以刑罚目的为目的。

二、刑罚预防的特点

（一）罪后性

（二）惩戒性

（三）多维性

（四）专门性

（五）局限性

三、刑罚预防的地位

第二节　刑罚预防的功能

一、刑罚预防的含义

刑罚预防功能是指刑罚预防手段在其设制与实施过程中所能发挥的防治犯罪的作用及效应。

二、特殊预防功能及其作用过程

（一）概念

它是指国家司法机关通过揭露犯罪行为并对犯罪人适用和执行刑罚所具有的防止罪犯再犯罪的能力。

（二）对象

（三）人类历史上四种特殊预防的理论与实践

1．威慑

2．剥夺犯罪能力

3．感化教育

4．惩罚与改造相结合

（四）特殊预防的作用机制

1．惩罚：威慑；辨别；感化

2．改造

三、一般预防功能及其作用过程

（一）概念

它是指国家司法机关在制定和适用刑罚时，对社会一般公众所产生的预防犯罪的作用与能力。

（二）对象

1．潜在犯罪人

2．被害人

3．法盲

4．守法公民

（三）一般预防的作用机制

（四）一般预防功能的具体表现

1．对潜在犯罪人具有一般威慑效应。

2．对被害人及其家属有安抚效应。

3．对不懂法者具有一般辨别效应。

4．对守法公民具有鼓舞效应。

第三节　监狱——刑罚预防的重要环节

一、监狱在刑罚预防中的地位与作用

二、监狱的设置及其运行机制

三、惩罚与改造相结合，以改造人为宗旨

第四节　刑罚预防的效益

一、概念

刑罚预防效应是指国家刑事司法机关在运用刑罚手段实现预防犯罪目的过程中所表现出来的效果和利益。

二、刑罚预防效益的总体评价

三、刑罚预防犯罪效益的评价视角

第五节　刑罚预防的效能原则

一、含义

它是指国家立法和司法机关为保障刑罚预防功能的实现与高效发挥，在制刑、求刑、量刑和行刑过程中所应遵循的准则。

二、内容

（一）必然性原则
（二）及时性原则
（三）适度性原则
（四）适时性原则
（五）协调性原则
（六）合法性原则

三、认识与研讨刑罚预防效能原则的价值

（一）立法价值
（二）司法价值
（三）对“严打”斗争的价值

复习与思考题

1．刑罚预防的概念和特征？
2．刑罚预防的功能？
3．刑罚预防的效能原则？
4．死刑与预防犯罪？
5．监禁刑与预防犯罪？
6．非监禁刑与预防犯罪？
7．社区矫正与犯罪控制？
8．非刑罚方法与犯罪预防？

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

第十八章　被害预防

教学目的和要求：通过本章的学习，要求学生掌握被害预防的概念和特点，了解被害预防的内容、形式和途径，明确被害预防的关键。

第一节　被害预防的概念、特点与意义

一、被害预防的概念

被害预防是指公民、法人、其他组织等个体、以及社区、国家乃至社会，为消除易遭犯罪侵害的各种因素和条件，以避免刑事被害所做出的各种积极防范性努力和措施的总和。

二、被害预防的特点

（一）与犯罪预防具有“对应性”。
（二）预防层次上的“多重性”。
（三）具有多方面的“综合性”。

三、被害预防的意义

（一）被害预防是整个刑事防范体系中的重要途径之一。
（二）被害预防可以充分发挥群众的预防作用。
（三）被害预防较犯罪预防更为可行。

第二节　被害预防的内容、形式和途径

一、被害预防的内容

（一）被害预防的总体内容

1．对加害方的预防。即运用各种有效手段直接防止加害方实施犯罪行为，从而相应的达到被害预防的目的。

2．对被害方的防范。即社会，国家，社区等针对有可能被害或再次被害的具体个体进行教育帮助性的防范，以及这些个体为防止自身被害或再次被害进行自我保护性的防范，以此直接的达到被害预防的目的，这是被害预防总体内容中的主要方面。

（二）被害预防的重点方向

1．易被害群体。

一定的性别、年龄、职业、文化程度、经济条件、社会地位，以及与这些人口统计学特征相应的生活方式、行为特征等，往往成为易遭被害的致害因素，具有这些致害因素的个人由此可集合成易被害群体。

2．易被害空间。

被害预防必须重视对易被害空间的防范，如果能将“易被害空间”与“易被害群体”连系起来考虑，从而把“重点部位”与“重点人员”的防范结合起来，则被害预防的效果将更为理想化。

3．易被害时间。

根据某一种类的被害，掌握其易于发生的时间规律，加强在易被害时间内的防范。尤其将“易

被害时间”与“易被害空间”、“易害群体”三者联系起来防范，必将有助于预防和减少被害。

二、被害预防的形式

（一）被害前预防

就被害前预防的具体措施而言，一是应充分利用、并进一步加强现有的有利因素和有利条件，二是应及时发现、自觉消除自身易遭被害的各种致害因素。

（二）被害中预防

被害中预防不只是体力之争，更重要的则是应在心智、策略等方面胜犯罪人一筹。

（三）被害后预防

三、被害预防的途径

（一）全社会的“宏观被害预防”

全社会的“宏观被害预防”是指从宏观上依靠全社会的努力，以防范刑事被害发生的一种被害预防途径。

（二）社区内的“中观被害预防”

社区内的“中观被害预防”是指在每一社区范围内，依靠社区的力量和社区内全体居民的共同努力，以防范刑事被害发生的一种被害预防途径。

（三）具体个体的“微观被害预防”

具体个体的“微观被害预防”指每个公民，家庭，法人，其他组织等具体个体，直接靠自己加强自我保护性的努力，以防范自身遭受刑事被害的一种被害预防途径。

第三节　被害预防的关键

一、被害原因的概念

本章所指的被害原因，指狭义的被害原因，它是指与犯罪人一方的“加害原因”相对的 ，仅仅来自于被害人自身方面有意或无意的各种易遭被害的致害因素。

二、被害原因的分类及其不同层次

（一）被害原因的分类

以其作用为分类标准，可分为：1．诱发性的被害原因。2．易感性的被害原因。以其是否具有普遍性为分类标准，可分为：1．一般性被害原因。2．个别性被害原因。

（二）被害原因的不同层次

1．应当受谴责的被害原因。

2．可以被指责的被害原因。

3．无可指责的被害原因。

三、被害原因的性质及其不同机能

（一）被害原因的性质

其性质在于：被害原因实质上是以积极方式，消极方式或无意识方式参与加害人之犯罪动因的形成过程，推动自身被害的发生，并最终决定被害人自身责任程度大小的一种致害作用力。

（二）被害原因的不同机能

不同种类，不同层次的被害原因，其机能也各不相同，就其总体而言，可分为：

1．直接诱发被害发生的机能。
2．供犯罪人选择作案目标，确定侵害对象的目标。
3．恶性转换被害性质，扩大被害程度的机能。

第四节　被害预防中的刑事损害赔偿与补偿

一、被害人的刑事损害赔偿

（一）概念

是指刑事附带民事诉讼中被害人的赔偿请求权问题，即被害人在刑事诉讼案件中，通过刑事附带民事程序，请求人民法院根据犯罪行为所致具体损害，判决犯罪人对被害人一方作出一定的经济赔偿，其根本特点在于赔偿的义务主体是犯罪人。

（二）享有赔偿请求权的权利主体

1．被害人个人。
2．因被害而死亡之被害人的财产继承人。
3．虽未直接遭受犯罪行为侵害但却为此有物质损失的其他个体。
4．缺乏无行为能力或限制行为能力之被害人的法定代理人或监护人。
5．受犯罪行为侵害而遭受物质损失的法人或其他组织。
6．人民检察院。
7．保险公司。

（三）应作出赔偿的义务主体

1．具有完全赔偿责任的成年犯罪人。
2．未成年人等限制责任能力人犯罪时，其法定代理人或监护人。
3．已被执行死刑之犯罪人的遗产继承人。
4．附带民诉案件审结前自然死亡之犯罪人的遗产继承人。
5．对犯罪行为所致物质损失负有连带责任的特定公民。
6．对被告人的赔偿负有民事责任的法人或其他组织。

（四）赔偿范围

1．物质损失
2．某些精神损失

二、被害人的刑事损害补偿

（一）概念

（二）法律性质及补偿要件

1．法律性质。

损害赔偿型

生活保障型

灾害补偿型

2．补偿要件。

法律性质不同，则补偿要件也有所不同。

（一）理论依据

1．国家责任说。
2．分担厄运说。

3．社会福利说。

（二）基本原则

1．保护原则。

2．实事求是的原则。

3．货币补偿原则。

4．福利原则。

（三）基本内容

1．补偿的对象及范围。

在所涉犯罪类型方面。

在加害人的有关条件方面。

在被害人的有关条件方面。

2．补偿金额及除外、减额事由。

补偿金额并不是全额补偿，仅是国家的一种救济或援助。不可能与所受损失相对等。

被害补偿的除外、减额事由。各国立法均有类似规定。

3．补偿机构和补偿程序。

在补偿机构方面，一般成立国家补偿局，依照法院裁决支付赔偿金。

第五节　人身与财产被害预防

一、人身被害预防

（一）伤害，杀人犯罪中的人身被害预防

1．防止因交往不慎而被伤被杀。

2．防止因矛盾激化而被伤被杀。

3．防止因首先实施非礼行为而被伤被杀。

4．防止因财而被伤被杀。

5．防止因奸情而被伤被杀。

6．防止因婚恋家庭纠纷而被伤被杀。

7．防止因流氓斗殴而被伤被杀。

8．防止因不适当反抗，追捕等而被伤被杀。

（二）性犯罪中的人身被害预防

1．防止在发案高峰期内被害。

2．防止因交往不慎而被害。

3．防止因疏于防范而被害。

4．防止因单独活动而被害。

5．防止因作风轻佻而被害。

6．防止因离家出走而被害。

7．防止因不愿报案而屡遭被害。

8．防止因不讲策略而招致杀身之害。

二、财产被害预防

（一）盗窃罪中的财产被害预防

1．在总体上防止因防范松懈而被害。

2．防止因遭入室盗窃而被害。
3．防止因遭扒窃，拎包而被害。
4．防止因车辆被盗而遇害。
（二）抢劫犯罪中的财产被害预防
1．防止因路途抢劫而被害。
2．防止因室内抢劫而被害。
（三）诈骗犯罪中的财产被害预防
1．在总体上防止因自身的过错而被骗。
2．防止因缺乏识别能力而被骗。
3．防止因贪图不当经济利益而被骗。
4．防止因贪图其他利益而被骗。
一是要防止因找门路升学就业而被骗。
二是要防止因贪图享受，崇洋媚外而被骗。
三是要防止因迷信权贵，攀龙附凤而被骗。

复习与思考题

1．被害预防的概念和特点？
2．被害预防的内容和形式及其相互关系？
3．被害预防的关键？
4．从犯罪预防到被害预防再到犯罪加被害预防说明了什么，其理论依据有哪些？
5．刑事和解、恢复性司法、社区矫正中的被害人预防与保护问题？

拓展阅读书目

1．魏平雄、欧阳涛、闵治奎、王顺安主编：《中国预防犯罪通鉴》，人民法院出版社 1998 年版；
2．冯树梁主编：《中国预防犯罪方略》，法律出版社 1994 年版；
3．阴家宝主编：《新中国犯罪学研究综述》，中国民主法制出版社 1997 年版；
4．宋浩波主编：《犯罪学理论研究综述》，群众出版社 1998 年版；
5．康树华主编：《比较犯罪学》北京大学出版社 1994 年版；
6．《比较犯罪学》编写组：《比较犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1992 年版；
7．康树华著：《犯罪学——历史·现状·未来》，群众出版社 1998 年版。

《法医学》教学大纲

张小宁　编写

目　录

前　言……736
第一章　绪　论……737
第一节　概　述……737
一、法医学的概念……737
二、法医学的任务、研究对象和范围……737
三、法医学检验……737
第二节　法医学鉴定……738
一、概述……738
二、法医学鉴定程序……738
三、法医学鉴定人……738
四、法医学鉴定书……738
五、正确地理解和应用法医学鉴定结论……738
第三节　法医学的发展历史……738
复习与思考题……739
拓展阅读书目……739
第二章　法医死亡学……740
第一节　概　述……740
一、死亡的概念……740
二、死亡发生的机制……740
第二节　死亡过程……740
一、濒死期……740
二、临床死亡期……740
三、生物学死亡期……740
第三节　死亡原因……741
一、直接死因……741
二、间接死因……741
三、其他……741
第四节　死亡的分类……741
第五节　假　死……741
一、概念……741
二、假死的原因……741
三、假死的诊断……741
复习与思考题……741
拓展阅读书目……742
第三章　尸体变化及死亡时间推断……743
第一节　概　述……743
一、概念……743
二、尸体变化的法医学意义……743
第二节　尸体现象……743
一、早期尸体现象……743

二、晚期尸体现象……744
第三节　尸体化学……744
第四节　昆虫和动物对尸体的毁坏……744
第五节　死亡时间的推断……745
复习与思考题……745
拓展阅读书目……745
第四章　法医学尸体检验……746
第一节　概　述……746
一、概念……746
二、人体解剖的基本知识……746
三、法医学尸体检验时的职业防护……746
第二节　法医学一般尸体检验……746
第三节　特殊尸体检验……746
复习与思考题……746
拓展阅读书目……746
第五章　机械性窒息……748
第一节　概　述……748
一、呼吸和窒息的概念……748
二、机械性窒息……748
三、窒息死亡尸体的一般征象……748
四、窒息的法医学鉴定……749
第二节　缢　死……749
一、缢死的概念……749
二、缢索、缢套及绳结……749
三、缢型……749
四、缢死的机制……749
五、缢死的尸体征象……749
六、缢死的法医学鉴定……750
第三节　勒　死……750
一、概述……750
二、勒死的尸体征象……750
三、勒死的法医学鉴定……750
第四节　扼　死……750
一、概念……750
二、扼死的尸体征象……750
三、扼死的法医学鉴定……751
第五节　其他种类的机械性窒息……751
一、闭塞呼吸道口窒息死……751
二、呼吸道内异物堵塞窒息死……751
三、压迫胸腹部致窒息死……751
四、隔绝空气交换窒息死……751
第六节　溺　死……751
一、概念……751

二、溺死的机制.....751
三、溺死的尸体征象.....751
四、实验室检验.....752
五、溺死的法医学鉴定.....752
复习与思考题.....752
拓展阅读书目.....753
第六章　机械性损伤.....754
第一节　概述.....754
一、损伤与机械性损伤的概念.....754
二、机械性损伤的形成机制.....754
第二节　机械性损伤的基本形态特征.....754
一、擦伤.....754
二、皮下出血.....754
三、挫伤.....754
四、创.....754
五、组织、器官移位.....755
六、骨损伤.....755
七、内脏损伤.....755
八、身体断碎.....755
第三节　人体重要部位的损伤.....755
第四节　钝器伤.....755
一、概念.....755
二、常见的钝器伤.....755
第五节　锐器伤.....755
一、概念.....755
二、常见的锐器伤.....755
第六节　火器伤.....756
一、概述.....756
二、射击伤.....756
三、爆炸伤.....756
第七节　机械性损伤的法医学鉴定.....756
一、概念.....756
二、机械性损伤的检查.....756
三、生前伤和死后伤的鉴定.....756
四、损伤程度的鉴定.....757
五、致伤物的推断.....757
六、损伤经过时间的推断.....757
七、致伤方式的推断.....757
八、机械性损伤性质的推断.....757
复习与思考题.....757
拓展阅读书目.....758
第七章　高温、低温、电流损伤.....759
第一节　烧死和烫死.....759

一、烧死……759
二、烫死……759
第二节　冻　死……760
一、概念……760
二、体表局部冻伤的表现及分度……760
四、冻死的机制……760
五、冻死的尸体征象……760
六、冻死的法医学鉴定……760
第三节　电流损伤……760
一、电击伤与电击死……760
二、雷击伤与雷击死……761
复习与思考题……761
拓展阅读书目……761
第八章　中　毒……762
第一节　概述……762
一、毒物与中毒的概念……762
二、毒物检验的意义……762
三、毒物的分类……762
四、毒物作用的条件……762
五、毒物在体内的代谢……763
第二节　中毒的鉴定……763
一、中毒案件调查与尸检……763
二、毒物的实验室检验……763
三、毒物分析报告书……764
四、对毒物分析结果的评价……764
第三节　一些重要毒物的中毒……764
一、氰化物中毒……764
二、一氧化碳中毒……764
三、巴比妥类药物中毒……764
四、有机磷农药中毒……764
五、砷化物中毒……765
六、亚硝酸盐中毒……765
复习与思考题……765
拓展阅读书目……765
第九章　猝　死……767
第一节　概　述……767
一、概念……767
二、猝死检验的目的和意义……767
三、猝死的原因……767
四、猝死尸体的一般征象……767
五、猝死的死因判定……767
第二节　引起猝死的常见疾病……767
一、心血管系统疾病……768

二、呼吸系统疾病 768
三、中枢神经系统疾病 768
四、消化系统疾病 768
五、泌尿生殖系统疾病 768
六、传染病 768
七、其他引起猝死的疾病 768
复习与思考题 768
拓展阅读书目 768
第十章　活体检验 769
第一节　诈病、造作伤（病）与匿病 769
一、诈病 769
二、造作伤与造作病 769
三、匿伤与匿病 770
第二节　活体伤残的法医学鉴定 770
一、活体损伤及残疾程度的评定 770
二、损伤致劳动能力丧失的评定 770
第三节　性问题的法医学鉴定 771
一、性别鉴定 771
二、性功能和生育功能鉴定 771
三、性犯罪及反常性行为 771
四、非法堕胎 771
五、杀婴 771
第四节　虐　待 772
一、概述 772
二、虐待造成的人身伤害 772
三、法医学鉴定 772
复习与思考题 772
拓展阅读书目 772
第十一章　血型、DNA 多态性及其遗传 773
第一节　人类遗传学的基本知识 773
一、遗传性状、遗传 773
二、基因、染色体 773
三、基因型 773
四、遗传规律 773
第二节　血　型 773
一、概念 773
二、血型的种类 774
三、两种重要血型的遗传 774
四、血型分析的注意事项 774
第三节　DNA 多态性 774
一、概述 774
二、DNA 的结构和多态性 774
三、DNA 多态性的种类及其遗传 775

复习与思考题.....775
拓展阅读书目.....775
第十二章　亲子鉴定.....776
第一节　概　述.....776
一、概念.....776
二、法医学亲子鉴定的意义.....776
三、亲子鉴定的依据.....776
第二节　亲子鉴定的方法.....776
一、人类遗传学的方法.....776
二、根据妊娠时限作亲子鉴定.....777
三、根据性交能力及生育能力作亲子鉴定.....777
复习与思考题.....777
拓展阅读书目.....777
第十三章　个人识别.....778
第一节　概　述.....778
一、概念.....778
二、法医学个人识别的意义.....778
第二节　性别识别.....778
一、一般特征的性别识别.....778
二、腐烂和白骨化尸体的性别识别.....778
三、遗传物质的性别识别.....778
四、测定血痕中的性激素.....778
第三节　年龄识别.....778
第四节　个体形态特征.....779
一、外貌特征.....779
二、体姿特征.....779
三、痣疣.....779
四、瘢痕.....779
五、纹身.....779
六、皮肤纹理.....779
七、复容和颅像重合.....779
第五节　组织遗传标记.....779
一、血型的个人识别.....779
二、DNA 多态性的个人识别.....779
复习与思考题.....779
拓展阅读书目.....779
第十四章　法医学物证检验.....781
第一节　概　述.....781
一、概念.....781
二、法医学物证检验的意义.....781
三、物证的发现、采取、送检.....781
四、物证检验及鉴定书.....781
第二节　血的检验.....781

一、概述.....781
二、血的检验的程序、方法和意义.....781
第三节　精液（斑）检验.....782
一、概述.....782
二、精液（斑）的一般检查.....782
三、精斑的预备试验.....782
四、精斑的确证试验和种属试验.....782
五、精斑的血型测定.....783
六、精斑的 DNA 多态性检验.....783
第四节　唾液（斑）检验.....783
一、概述.....783
二、唾液斑的确证试验.....783
三、唾液斑的性别测定.....783
四、唾液斑的血型测定.....783
五、口腔脱落细胞的 DNA 多态性检验.....783
第五节　混合斑检验.....783
一、概述.....783
二、混合斑的确定.....783
三、混合斑的遗传标记检验.....784
第六节　毛发检验.....784
一、概述.....784
二、毛发与非毛纤维的鉴别.....784
三、人毛与动物毛的鉴别.....784
四、人体各部位毛发的鉴别.....784
五、毛发损伤检查.....784
六、毛发的个人识别.....784
第七节　骨骼检验.....784
一、概述.....784
二、人骨与兽骨的鉴别.....785
三、骨骼的个人识别.....785
四、骨损伤及死因鉴定.....785
五、骨存留时间及烧骨的鉴定.....785
第八节　牙齿和指甲的检验.....785
一、牙齿检验.....785
二、指甲检验.....785
第九节　DNA 分析技术.....785
一、概述.....785
二、分子杂交技术.....785
三、聚合酶链反应（PCR）.....785
四、DNA 分析技术、PCR 技术在法医学中的应用.....786
复习与思考题.....786
拓展阅读书目.....786
第十五章　医疗纠纷.....787

一、医疗纠纷、医疗事故的概念 787
二、医疗纠纷、医疗事故处理途径 787
三、医疗纠纷、医疗事故的鉴定 787
复习与思考题 787
拓展阅读书目 787

前　言

法医学是应用医学、生物学及其他自然科学的理论和技术，研究并解决法律上有关医学问题的科学，是现代司法鉴定科学中的一门具有独立的理论体系和检验鉴定技术的科学。其目的是为司法实践和有关立法提供科学的依据。通过本课程的学习，对本学科可有一个概括的了解与掌握，为从事法律工作打下良好的知识基础，同时，注重培养学生发现问题、研究和分析问题、解决问题的能力，以及严谨细致、实事求是的学风和工作作风。编写本大纲是为学习法医学提供一个了解本课程的基本内容，学习的要点和难点，教学的目的、要求，教学进度的纲要。本课程内容主要包括法医学概述、法医学检验、法医学鉴定、法医学简史；死亡和尸体变化及其鉴定；死亡时间推断；法医学尸体检验；窒息及其鉴定；机械性损伤及其鉴定；高温、低温、电流损伤致死及其鉴定；中毒及其鉴定；猝死及其鉴定；活体检验与鉴定；血型、DNA 多态性及其遗传；亲子鉴定；个人识别；法医学物证检验；医疗纠纷、医疗事故的鉴定。本课程的教学总课时为 36 学时，教学方法以课堂理论讲授为主，辅以必要的影像和案例讨论等手段。

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：掌握法医学的概念，法医学鉴定的程序。熟悉法医学的内容，法医学的任务、研究对象和研究范围，法医学检验的范围，法医学鉴定书。明确如何正确地理解和应用法医学鉴定结论。了解法医学发展的历史和我国目前的法医学鉴定体制。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、法医学的概念

法医学是应用医学、生物学及其他自然科学的理论和技术，研究并解决法律上有关医学问题的一门科学。法医学具有独立的理论体系和检验鉴定技术的医学分科。法医学包括许多分支学科，如法医病理学、临床法医学、法医精神病学、法医血清学、法医骨学、法医牙科学、法医人类学、法医物证学、法医毒理学、法医毒物分析、法医昆虫学、法医微生物学等。

二、法医学的任务、研究对象和范围

（一）法医学的任务

1．在刑事案件中为揭露犯罪事实、审判案件提供科学依据。

2．为正确处理民事纠纷提供科学依据。

3．为正确处理医疗纠纷提供科学依据。同时，帮助医疗机构提高医疗服务质量，促进医学科学的发展，保护医务人员和医疗机构的正当权益。

4．为正确处理其他法律案件提供科学依据。

5．为查明生产、生活中重大意外事故发生的原因提供科学证据。

6．为有关的立法提供科学的依据。

7．对检案中发现的法定传染病、职业中毒等及时通知有关部门，采取有效的措施，保障人民的健康。

8．为不断开拓新的学科领域，促进新学科的发展，推动医学和法医学科发展作贡献。

（二）法医学研究的对象

概括起来主要是三个：

1．尸体

2．活体

3．生物源性物证

（三）法医学研究的范围

根据法医学的任务，研究的对象和我国的实际情况而定。

三、法医学检验

主要可归纳为五个方面：

（一）现场勘验

（二）尸体检验

（三）活体检验

（四）法医学物证检验

（五）文证审查

第二节　法医学鉴定

一、概述

运用法医学知识，对案件中与医学有关的问题所进行的鉴别和判断，称为法医学鉴定。法医学鉴定是在受到指派、聘请或委托后进行的。鉴定结果通常以鉴定书的形式提交委托单位。鉴定包括初次鉴定、补充鉴定、重新鉴定等。

二、法医学鉴定程序

法医学鉴定程序分为三个步骤：①受理；②检验；③鉴定。

三、法医学鉴定人

法医学鉴定人就是接受委托、指派或聘请，运用法医学知识对案件中的专门问题进行鉴别和判断的法医学工作人员。我国目前法医学鉴定人的资格按相关的法律、法规规定执行。法医学鉴定人拥有相应的权利、义务和法律责任。

四、法医学鉴定书

法医学鉴定书是法医学鉴定人鉴定后编写并提交的书面文件，其中应当提出鉴定结论。鉴定结论是一种法律证据。鉴定书解释权在鉴定人，其他任何人不得更改鉴定书。法医学鉴定书的内容一般包括如下各项：

1．绪言
2．案情
3．检验
4．分析说明
5．结论
6．鉴定人签名盖章、鉴定人所在单位盖章、签发鉴定书的日期
7．附件

五、正确地理解和应用法医学鉴定结论

法医学鉴定结论是法医学鉴定人运用科学知识对客观事实进行检验、分析后做出的结论。正确的鉴定结论对侦查和审理案件是有力的证据。因此，应对法医学鉴定结论予以高度的重视。但是，要做出结论，取决于各方面条件的限制，取决于目前科学技术水平的限制；还有些问题仅靠法医学检验还不行，需结合案情调查和刑事技术检验才能解决。因此，对于某些有异议的法医学鉴定，应具体分析和对待。委托者和鉴定人员要互相信任、配合，要将各方面材料综合起来进行分析、研究，以解决问题。

第三节　法医学的发展历史

了解中国和世界的法医学发展历史，知道法医学发展的脉络和趋势。

复习与思考题

1．什么是法医学？
2．法医学的主要内容有哪些？
3．法医学的任务及研究对象是什么？
4．法医学检验的范围是什么？
5．什么是法医学鉴定人？其资格、权利及义务是什么？
6．法医学鉴定程序是什么？
7．法医学鉴定书包括哪些内容？
8．如何正确地理解和应用法医学鉴定结论？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；1-23。
2．吴家驳主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；1-15。
3．贾静涛主编；法医学概论；人民卫生出版社；1988 年 10 月；第 1 版。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；1-52。

第二章　法医死亡学

本章教学目的和基本要求：掌握传统的死亡概念，脑死亡的概念，死亡过程的分期，超生反应的概念，死因的分类，根据死亡性质对死亡的分类。熟悉死亡过程中各期的表现特征，假死的概念。了解死亡的机制，超生反应的表现。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、死亡的概念

死亡是机体生命活动和新陈代谢的终止。心跳和呼吸的停止、意识和神经反射的消失，是人体死亡的标志。传统的人体死亡的概念是心跳和呼吸完全地、不能再恢复地停止。根据这一概念，按心跳停止和呼吸停止发生的先后顺序不同，死亡又可分为心脏死和呼吸死（肺脏死）。心脏死是指心跳先停止所引起的死亡。呼吸死是指呼吸先停止所引起的死亡。但是，随着现代科学技术的发展，提出了新的死亡概念——脑死亡。脑死亡是指全脑（包括大脑、小脑和脑干）功能不可逆地停止，而此时不管脊髓机能及呼吸、心跳是否存在，便可宣告人的死亡。在我国，目前仍沿用传统的死亡概念，以心脏死和呼吸死来判定人的死亡，尚无脑死亡的法律规定。

二、死亡发生的机制

（一）心脏死的机制

（二）呼吸死（肺脏死）的机制

（三）脑死亡的机制

第二节　死亡过程

大多数死亡过程大致分为三个阶段。

一、濒死期

此期又称临终状态，是死亡过程的开始阶段。

二、临床死亡期

此期表现为心跳、呼吸停止，反射消失，各种机体调节功能丧失，机体整体的生命活动停止。因此，此期又称为躯体死亡期或个体死亡期。但是，刚进入此期有些病例有复苏的可能。在此期机体存在着超生反应，即个体死亡后，体内某些组织、器官的细胞尚维持一段时间的生活机能，对外界刺激发生的一定的反应。机体各组织细胞发生死亡的先后顺序不同，因此，超生反应在法医学推断死亡经过时间上有意义。

三、生物学死亡期

此期又称为细胞死亡期，是死亡过程的最后阶段。

第三节　死亡原因

死亡原因是指引起机体死亡的疾病和损伤。现实情况复杂多样，有时死亡原因是单因素的，但有时又可能是多因素的。多因素的死因中有些可能是一因素为主，其余因素为辅，但亦可能是多因素同时同等作用。按照死亡与死因之间的关系，可将死因分为直接死因和间接死因。

一、直接死因

直接死因是指直接导致死亡的原因，其致死不通过其他混合因素或中间环节，死亡多迅速发生。常见的直接死因有：生命重要器官的严重破坏、震荡、休克、出血、生命的重要器官受压迫、窒息、栓塞、中毒等。

二、间接死因

间接死因是指本身不一定致死，但在其基础上发生了合并症或继发症，从而引起了死亡的原发性疾病或损伤。在这些原发的疾病或损伤与死亡之间有一个或多个中间环节。这些死亡一般都不在损伤或疾病发生后立即发生，而有一定的时间间隔。

三、其他

除上述外，还有学者在分析死因时提出根本死因、直接死因、中介原因、辅助死因、死亡诱因、联合死因、死因竞争等理论。

第四节　死亡的分类

对死亡的分类有多种。法医学通常根据死亡的性质，将死亡分成非暴力死（自然死亡或内因性死亡）与暴力死（非自然死亡或外因性死亡）两大类。

第五节　假　死

一、概念

假死是指人体的生命机能处于极度微弱状态，用一般方法未能测出呼吸、心跳和循环等生命活动，从外表看个体似乎已经死亡的状态。假死者有复活的可能。

二、假死的原因

引起假死的原因是多种多样的，可有：机械性窒息、电击、大出血、某些毒物中毒（如吗啡、安眠药等）、脑震荡、癫痫、糖尿病、严重脱水、尿毒症等。

三、假死的诊断

主要依据呼吸、循环、脑功能存在与否以及有无尸体现象出现等的检查来判断。

复习与思考题

1．传统的死亡概念是什么？何谓心脏死？何谓肺脏死？
2．脑死亡的概念是什么？

3．什么是超生反应？其法医学意义是什么？
4．引起死亡的直接原因有哪些？
5．根据死亡性质如何对死亡进行分类？
6．何谓假死？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；23-35。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；16-29。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版；9-19
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；53-78。

第三章　尸体变化及死亡时间推断

本章教学目的和基本要求：掌握尸体变化、尸体现象、肌肉弛缓、尸冷、尸斑、尸僵、尸体痉挛、皮革样变及角膜混浊、尸体腐败、干尸、尸蜡、尸体化学变化等概念，尸体变化的法医学意义。熟悉尸冷的一般规律，尸僵的一般变化规律，尸斑的分期及其与皮下出血的区别，尸体腐败的表现，推断死亡时间的主要方法。了解尸体化学检测的内容，其他类型的保存型尸体、毁坏型尸体。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

一、概念

人体死亡之后，身体各种器官、组织和细胞的生命活动逐渐停止，同时，受到身体内、外各种因素的作用而发生一系列化学、物理学和形态学的变化，称为尸体变化或死后变化。主要表现为尸体现象、尸体化学成分变化、昆虫和动物对尸体的毁坏等。

二、尸体变化的法医学意义

尸体变化在法医学上具有重要意义，具体有：①确定死亡；②推测死亡时间；③推断死亡原因和性质；④推断尸体位置的变化；⑤有助于区分某些生前病理变化。

第二节　尸体现象

人死后，机体在各种内外因素作用下，发生一系列变化所呈现的形态学表现称为尸体现象。法医病理学上将尸体现象分为早期尸体现象和晚期尸体现象，后者又包括毁坏型和保存型尸体现象。

一、早期尸体现象

（一）肌肉弛缓

肌肉弛缓又称肌肉松弛，指人死亡后肌肉紧张度丧失，出现肌肉松弛、肢体变软的现象。

（二）尸冷

人死后，身体产热停止而散热仍继续，于是尸体逐渐变冷，称为尸冷。尸冷变化有一定时间规律性，在法医学上主要用于推测死亡时间。

（三）尸斑

死后血液循环停止，血管内血液依其本身重力下沉、坠积于尸体低下部位并透过皮肤显现出来的有色斑痕，称为尸斑。

1．尸斑的分期。尸斑的发展大致可分为三期：①坠积期；②扩散期；③浸润期。

2．尸斑的分布。尸斑出现在尸体的低下部位未受压处。

3．尸斑的颜色。尸斑的颜色是血红蛋白颜色的反映。

4．影响尸斑出现的因素。有两大类：①内在因素；②外界因素。

5．尸斑的法医学意义。确证死亡；推测死亡经过的时间；推测尸体死后有无变动；提供某些死因的线索；可提示尸体内血液的情况；提示某些外界因素的影响。注意与皮下出血鉴别。

（四）尸僵

人死后经过一定时间，肌肉逐渐僵硬强直，使各关节及尸体姿势固定，这种现象称为尸僵。尸僵的出现与缓解及其发生顺序有一定的时间规律性。尸僵的再强直也有一定的规律性。

尸体痉挛是一种特殊的尸体现象，指死前肌肉高度紧张，死后未经松弛阶段，立即发生强直，以僵硬状态保持尸体死亡发生时的姿势和表现的现象。尸体痉挛对判断案件性质具有重要价值。

尸僵的法医学意义：确证死亡；推测死亡时间；判断临死时的状态；推测死后是否有尸体移动；判断死亡性质。

（五）皮革样变与角膜混浊

1．皮革样变。尸体局部表面尤其湿润的创面和粘膜面因水分蒸发，局部变干燥、色变暗、变硬、呈羊皮纸样观称为皮革样变，又称羊皮纸样化或局部干燥。皮革样变的法医学意义：与生前损伤、病变或中毒改变相区别；依据皮革样变的形态，推测形成该损伤的致伤物种类或致伤物与机体接触面的形状；判断有无移尸和移尸方式等。

2．角膜混浊

人死后角膜逐渐混浊不透明、呈白色称为角膜混浊。角膜混浊程度随死后经过时间延长而加重，有一定时间规律性，可分为轻度混浊、中度混浊和重度混浊。根据角膜混浊的程度可推测死亡时间，但应注意要与白内障等病变相区别。

（六）自溶

人死后，组织、细胞因受自身释放的酶作用而分解溶化，使其形态结构破坏的现象，称作自溶。可根据自溶发生的顺序和程度推测死亡时间，并注意与生前的病变相区别。

二、晚期尸体现象

（一）尸体腐败

尸体组织的蛋白质在腐败细菌作用下分解液化，软组织逐渐毁坏和消失的过程，称为尸体腐败。尸体腐败的现象有尸绿、尸臭、死后循环、死后出血、腐败静脉网、腐败水泡、死后呕吐、死后排便、死后分娩、腐败巨人观、泡沫器官、尸体白骨化等。

（二）干尸（木乃伊）

（三）尸蜡

（四）其他保存型尸体

第三节　尸体化学

人死后体内产生一系列化学变化，还有些化学物质在死后一段时间内可保持稳定。尸体化学就是对尸体中的多种化学成分进行分析、研究，确定其变化规律，解决法医学的相关问题。尸体化学研究采用的检材主要有：血液、脑脊液、眼玻璃体液、尿液、心包液和胆汁等，测定的内容主要包括：①碳水化合物；②含氮化合物；③其他有机化合物；④电解质；⑤毒物等。尸体化学检测的法医学意义是推测死亡时间、推断死因、反映死者生前健康状况。

第四节　昆虫和动物对尸体的毁坏

尸体在地面、水中、土中常常遭受昆虫、鸟兽、鱼类等动物的破坏，在尸体上留下各种死后损伤和相应的痕迹，甚至产生尸体严重的毁坏。法医学研究昆虫和动物对尸体毁坏的目的，是为识别常见昆虫及动物对尸体毁坏的特点，判明损伤的性质；鉴别生前损伤还是死后损伤；研究某些昆虫的生长发育规律，为推断死亡时间提供依据。

第五节　死亡时间的推断

所谓“死亡时间”是指从死亡发生到检查尸体时所经过的时间。推测死亡时间是法医学尸体检验一项重要内容。推断死亡时间的方法主要有：①根据尸体的超生反应推断死亡时间；②根据尸体现象推断死亡时间；③根据眼底变化推断死亡时间；④根据胃肠内容物消化情况推断死亡时间；⑤根据尸体组织学改变推断死亡时间；⑥根据死后化学变化推断死亡时间；⑦根据昆虫学知识推断死亡时间；⑧根据现场植物的生长情况推断死亡时间；⑨根据案情及现场情况推断死亡时间。

复习与思考题

1．尸体变化在法医学检验鉴定中有何意义？
2．尸冷的一般规律是什么？
3．尸斑分几期？每期有何表现特征？如何与皮下出血相区别？
4．尸僵的一般发展变化规律是什么？什么是尸体痉挛？
5．皮革样变及角膜混浊的法医学意义？
6．尸体腐败的具体表现有哪些？
7．保存型尸体有几种类型？
8．蝇蛆在尸体上的基本变化规律如何？
9．如何推断死亡时间？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；36-57。
2．吴家駪主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；30-55。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版。20-49。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；79-134。

第四章　法医学尸体检验

本章教学目的和基本要求：熟悉法医学尸体检验的范围、目的。了解人体解剖的初步知识，法医学尸体检验的内容，几类特殊尸体的法医学检验。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

一、概念

法医学尸体检验是指运用法医学知识，为解决法律上有关的问题，对尸体所进行的检查。法医学尸体检验在法医学鉴定中占有极为重要的地位。它不但能直接提供许多科学证据，而且是进一步作组织检查、物证检验、毒物检验的基础。

二、人体解剖的基本知识

（一）人体基本组织

（二）解剖学方位和人体分部及器官

三、法医学尸体检验时的职业防护

第二节　法医学一般尸体检验

一、现场检验

二、尸体外表检验

三、尸体剖验

第三节　特殊尸体检验

一、无名尸体检验

二、碎尸检验

三、被强奸杀害尸体的检验

四、挖掘尸体检验

五、新生儿尸体检验

复习与思考题

1．法医学尸体检验的对象主要包括哪些？检验目的是什么？

2．法医学尸体检验的主要内容有哪些？

3．几类特殊尸体法医学检验的特殊点是什么？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；58-71。

2．吴家駁主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；63-73。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版。338-355。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；169-190。

第五章　机械性窒息

本章教学目的和基本要求：掌握窒息和机械性窒息的概念，窒息死亡的一般尸体征象，缢死、勒死、扼死、溺死的概念及尸体的特殊表现，其他类型的机械性窒息的定义。熟悉机械性窒息的种类，各类机械性窒息的法医学鉴定，硅藻检验的意义。了解人体呼吸的过程和环节，机械性窒息发生的机制及一般过程，性窒息。

学时分配：4 学时（包括 1 学时讨论）

第一节　概　述

一、呼吸和窒息的概念

人体为维持生命活动，不断从外界摄取氧气，排出二氧化碳的过程称为呼吸。依呼吸的主要环节可将呼吸过程归纳为外呼吸、气体在血液中运输、内呼吸三个步骤。

呼吸过程的某个或几个环节发生障碍，使体内缺氧和二氧化碳蓄积，迅速引起机体的组织代谢和生理功能障碍，甚至引起死亡，这种现象称为窒息。窒息可分为外窒息、气体在血液中运输障碍和内窒息三大类，各由不同原因造成。

二、机械性窒息

（一）概念

机械暴力作用使外呼吸发生障碍而引起的窒息，称为机械性窒息。

（二）种类

根据机械暴力作用的方式和部位不同，机械性窒息可分为两大类：

1．压迫性窒息。即机械外力以压迫人体的方式造成窒息。压迫性窒息又分为两类：①压迫人体颈部器官所造成的窒息；②压迫人体胸腹部所造成的窒息。

2．堵塞性窒息。即异物堵塞呼吸道所引起的窒息。此类窒息包括闭塞呼吸孔、堵塞呼吸道所致的窒息。

（三）窒息的过程

发生窒息后可出现一系列征象，这些征象连续地变化发展，直至机体发生死亡。按照窒息的发生、发展、变化过程，可将窒息过程分为六个阶段：窒息前期、吸气性呼吸困难期、呼气性呼吸困难期、呼吸暂停期、终末呼吸期、呼吸停止期。

三、窒息死亡尸体的一般征象

（一）窒息尸体的外表征象

1．颜面青紫肿胀，甚至出现出血点。

2．眼结合膜、脸部皮肤及口腔内粘膜等处出现出血点。

3．尸斑出现早、发展较快、显著且呈紫红色。

4．涎涕外溢，大小便及精液排出。

5．尸温下降较缓慢。

（二）窒息尸体的内部征象

1．血液呈暗红色、流动状态。

2．浆膜和粘膜下出现出血点，肺、心的这种出血点称为“塔雕斑”，或窒息斑。

3．右心、肺脏、大静脉、肝、肾等内脏器官淤血，脾脏可呈贫血状态。

4．肺脏水肿和气肿，呼吸道内出现白色或浅红色泡沫状液。

5．某些组织学和生物化学的改变。

四、窒息的法医学鉴定

窒息的法医学鉴定要解决的主要问题是：是否窒息死或是否有窒息发生；如是窒息则是何种窒息，造成窒息的方式和性质是什么等。窒息的鉴定主要依据尸体征象进行，但前述的各种尸体征象可因窒息种类及过程不同而异，甚至可能有缺失者，且某些征象亦可出现于非窒息死者，故必须结合其他各种情况和材料，综合分析，排除其他死因，才能做出确切的结论。

第二节　缢　死

一、缢死的概念

缢死又称吊死，指将索状物一端悬挂于高处，另一端形成套套于人颈部，利用人体自身的重力，拉紧套在颈部的索套，压迫颈部所造成的窒息死亡。

二、缢索、缢套及绳结

缢索依质地可分为软质、半硬质、硬质。绳套种类有活套、死套、开放性套、闭锁性套。绳结种类繁多，有些特点突出。

三、缢型

可将缢型分为：前位缢型、侧位缢型、后位缢型、完全性缢型、不完全性缢型、典型性缢型、非典型性缢型等。

四、缢死的机制

（一）呼吸道受压关闭

（二）颈部血管受压关闭

（三）反射性心跳、呼吸停止

（四）颈髓损伤

五、缢死的尸体征象

缢死尸体除具有窒息的一般征象外，还具有如下的特殊征象：

1．颈部索沟。①索沟的形态、位置和数目。索沟的基本形态为“马蹄形”，颈部压力最大处位置最低、最深，倾斜上行，逐渐因压力变小而变浅，至颈对侧最高处因提空而中断；

②索沟的宽度、深度；③索沟的颜色、缢索的印痕；④索沟的组织学改变。

2．颜面改变。可青紫肿胀；亦可面部苍白。

3．口、鼻部涎涕流注，有时流出泡沫状液体或出血。

4．舌尖可能从上、下齿间伸出少许。

5．缢死过程中可能形成相应的体表损伤。

6．悬吊较久者，尸斑集中于双下肢、前臂及腹部等处。尸僵亦使身体下垂的姿势被固定。

7．颈部内部改变。①索沟处软组织可有压痕、出血和断裂；②颈总动脉内膜可发生横裂伴内膜下出血。③舌骨大角和甲状软骨上角可发生骨折，骨折区可出血；④咽后壁可发生粘膜下出血。

六、缢死的法医学鉴定

对缢死的法医学鉴定应从案情调查、现场勘验、尸体外表检验和剖验以及其他检查多方面进行。鉴定中主要涉及的问题有：①是否缢死；②缢死尸体上损伤的性质、种类、时间、致伤物的判定；③自缢、他杀缢死和意外缢死的鉴别；④缢死和死后悬尸鉴别。

第三节　勒　死

一、概述

勒死指以勒索环绕颈部，交叉勒紧，压迫颈部引起的机械性窒息死亡。

二、勒死的尸体征象

勒死尸体除具有窒息的一般征象外，还具有如下的特殊征象：

1．颈部勒沟。勒沟呈封闭的圆环状，无中断，基本不倾斜，无提空现象，深浅比较一致，在绳结处可有结扣痕。

2．颜面青紫肿胀及出血点极明显。但少数情况亦可不明显。

3．体表可有抵抗、防卫等伤。

4．颈部索沟处皮下软组织出血，可发生骨折。

5．内部组织、器官的淤血和出血点较缢死者为甚。

三、勒死的法医学鉴定

鉴定主要涉及的问题有：

1．确定勒死

2．勒死和缢死的鉴别。主要依据现场情况、索沟特点、体内外窒息征象的程度、身体损伤情况、尸斑和尸僵的特点等分析判定。

3．勒死性质的判定。意外勒死很罕见。自勒和他杀勒死需认真鉴别。

第四节　扼　死

一、概念

扼死又称掐死，是指用手压迫颈部引起的窒息死亡。扼死除偶为误伤外，均为他杀。

二、扼死的尸体征象

扼死除有窒息死的一般征象外，还可能有如下特殊征象：

1．颈部扼痕。

2．颈部皮下软组织可有与扼痕相对应的局灶性出血。

3．颜面青紫肿胀明显并有出血点，眼结合膜有出血点。口、鼻可有出血。耳鼓膜可能破裂出血。

4．体表可有挣扎伤、抵抗伤、防卫伤及暴力作用形成的伤。死者手中及指甲缝里可能有异物。

三、扼死的法医学鉴定

通过案情调查及现场勘验、尸体检验，不难做出扼死的判断。但有时扼痕不明显时需认真检查和排除其他死因。要注意鉴别扼死后伪装成其他种类死亡的情况。

第五节　其他种类的机械性窒息

一、闭塞呼吸道口窒息死

闭塞呼吸道口窒息死又称捂死或闷死，指口鼻部被物体压迫关闭，使体内外气体交换中断而致的窒息死亡。

二、呼吸道内异物堵塞窒息死

呼吸道内异物堵塞窒息死又称噎死，指异物进入并堵塞呼吸道，使肺通气障碍而致窒息死亡。个别案例可因异物刺激，声门关闭而致窒息死。偶见异物刺激喉头，引起神经反射性心跳、呼吸停止而死亡，此种情况下死亡迅速，尸体上窒息征象可缺如。

三、压迫胸腹部致窒息死

压迫胸腹部致窒息死是指外力压迫人的胸腹部，使呼吸运动障碍而窒息死。

四、隔绝空气交换窒息死

隔绝空气交换窒息死是指人被密闭于空气不能流通的小环境中，逐渐将氧气耗尽而引起的窒息死亡。

第六节　溺　死

一、概念

溺死亦称淹死,指液体吸入呼吸道和肺脏而引起的堵塞性窒息死亡。

二、溺死的机制

溺死的机制并未完全研究清楚。溺死由复杂的病理生理过程所造成,主要为溺液阻塞呼吸道造成缺氧,亦与血液的浓度改变、电解质的紊乱及其他生理功能障碍有关。

三、溺死的尸体征象

（一）尸体外表征象

1．溺死征象

（1）口、鼻孔部蕈状泡沫

（2）口唇和指尖发绀

（3）手中握有泥沙、水草等物

（4）“鸡皮样”皮肤及局部收缩

（5）眼结合膜常有点状或片状出血

（6）尸斑浅淡且出现迟缓

2．水中浸泡征象

（1）皮肤发生“漂妇样变”，手足部表皮呈“手套样”或“袜子样”脱落。

（2）尸体腐败的发生慢于陆上尸体，但从水中打捞出来后，则腐败发展很快；水中尸体的腐败先出现于头和上胸部，然后向全身发展。

（3）其他改变　有些尸体在水中浸泡时间较长，可发生尸蜡。有些水中尸体，表面尚可有绿苔、藻类或菌丝生长，或有水中泥沙或污物附着，尸体表面及孔窍内还可有淤泥。

3．尸体上的损伤。溺死或死后入水的尸体上，均可能有各种形态的损伤。

（二）尸体内部征象及肺组织学改变

1．　呼吸道内全程有溺液等异物。

2．水性肺气肿。

3．胃肠道内有溺液及其他异物。

4．其他改变。右心及静脉淤血；颞骨岩部和乳突小房内出血；呼吸辅助肌可出血且常为双侧性；淡水中溺死者心内膜和主动脉内膜红染。

四、实验室检验

（一）　硅藻检验

（二）血液化学成分检验

主要包括：①心血固有成分检验；②血清中溺死水域微量元素含量的检验；③心房尿钠肽检验；④血清中溺死水域污染物质检验。

（三）叶绿素检验

（四）其他生物学的检验

五、溺死的法医学鉴定

（一）确定死因

（二）生前溺死与死后入水的鉴别

主要根据尸体有无溺死的特异性改变，实验室检验的结果，以及有无其他死因存在，来判断或鉴别死因。

（三）其他问题的鉴定

包括个人识别、死亡性质及方式、死亡时间或浸泡时间、落水地点等问题的鉴定。一般需要依据尸体检验、案情调查、现场勘验、实验室检验等多方面材料，结合有关的知识，综合分析判定。

复习与思考题

1．什么是窒息？其的分类？

2．什么是机械性窒息？如何对其分类？

3．窒息死亡尸体的一般征象有哪些？

4．缢死、勒死、扼死、溺死尸体的特征性表现有什么？

5．如何鉴别缢死与死后悬尸？

6．如何鉴别缢死与勒死？

7．如何鉴别自勒与他勒？

8．硅藻检验的意义？

9．如何鉴别溺死与死后入水？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；72-102。
2．吴家驳主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；172-205。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版；184-226。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；368-499。

第六章　机械性损伤

本章教学目的和基本要求：掌握损伤、机械性损伤的概念，机械性损伤的基本形态特征类型，钝器伤定义及其创的一般形态特征，锐器伤定义及其创的一般形态特征，枪弹创的组成及其出、入口的特征，爆炸伤的主要类型，生前伤与死后伤的鉴定，损伤性质的推断，损伤程度的鉴定。熟悉机械性损伤形成的基本因素，机械性损伤的分类，常见钝器伤、锐器伤的形态特征及其鉴别，致伤物的推断。了解机械性损伤的检查，人体重要部位的损伤问题，损伤经过时间的推断。

学时分配：4 学时（包括 1 学时案例分析）

第一节　概述

一、损伤与机械性损伤的概念

当外力作用于人体，使正常组织、器官的完整性受到破坏，发生位移或发生机能障碍称为损伤。机械性损伤是指致伤物以机械运动的形式作用于人体造成的损伤。

二、机械性损伤的形成机制

形成机械性损伤有三个基本的因素：致伤物、作用力及受伤的机体。在作用力的推动下，致伤物与机体相互作用，形成损伤。由于各种因素的差别，形成的损伤也就不同。

第二节　机械性损伤的基本形态特征

一、擦伤

擦伤又称表皮剥脱，指机械暴力作用，造成表皮层或表皮层与部分真皮层的破损。

二、皮下出血

皮下出血指致伤物作用使真皮内血管或皮下组织血管破裂、出血，血液在局部聚集的现象。

三、挫伤

挫伤指因钝器的挫压作用，使人体皮肤下或深部的软组织破碎，形成皮肤未破裂开的非开放性（闭合性）损伤。

四、创

创是指致伤物作用于人体，致皮肤全层及皮下组织的完整性受到破坏形成的开放性损伤。创的组成有创口、创缘、创角、创壁、创腔、创底。据形成创的致伤物不同及创本身形态学的特点，创可分为如下几种：

1．裂创。指由于外力牵拉，撕裂组织而形成的创。

2．挫裂创。指人体受钝器作用而形成的开放性损伤。典型的挫裂创的形态特点是：创口哆开不明显，局部有组织破碎缺损，不能自然合拢。创缘不整齐，呈锯齿状，有表皮剥脱及皮下出血形成的“挫伤带”。创角较钝，可有多个，但亦可在创角处伴有裂创。创壁凹凸不平，有组织间桥存在。创腔的形状不一，内有挫碎的组织、出血及异物，创腔大于创口呈囊状。创底不平整，有时有

骨质损坏。

3．锐器创。由锐器的刃口或尖端作用于人体，而形成的开放性损伤。锐器创的基本形态特征是：创口呈菱形、梭形或楔形，哆开较显著（死后形成者例外），无局部组织缺损，合拢后呈线形。创缘整齐光滑，可无挫伤带。创角尖锐，无撕裂现象。创壁平整光滑，无组织间桥。创腔内无组织挫碎及缺损，可有出血及凝血块。创腔小于创口呈“V”形。创底平整，骨质上可有锐器作用的痕迹或损伤，并可能留有致伤物的残片或断尖。

4．枪弹创。由子弹头高速运动作用于人体而形成的损伤。

五、组织、器官移位

指在机械外力作用下，某些组织、器官离开了正常相对固定的位置，改变了相对的位置关系。

六、骨损伤

七、内脏损伤

八、身体断碎

第三节　人体重要部位的损伤

一、头部损伤
二、脊柱和脊髓损伤
三、胸部损伤
四、腹部损伤

第四节　钝器伤

一、概念

钝器伤是指以无刃、无尖、作用力和作用面较大的钝性物体作用于人体所形成的损伤。

二、常见的钝器伤

包括：拳脚伤、棍棒伤、砖石伤、斧锤击伤、咬伤、交通工具致的伤、坠落伤、挤压伤等。

第五节　锐器伤

一、概念

锐器伤指以物体的尖端或刃口造成的人体损伤。

二、常见的锐器伤

常见的锐器有刀、斧刃、剪刀、尖锥、钉子等，薄铁片和玻璃片等亦可造成锐器伤。根据锐器的作用方式可将锐器伤分为切创、砍创、刺创和剪创。

第六节　火器伤

一、概述

由枪支、炮弹、雷管、炸药、手榴弹等发火武器作用于人体造成的损伤称为火器伤。

二、射击伤

（一）概念

由枪支发射的弹丸击中人体造成损伤称为射击伤。射击伤主要分为两大类：一类是霰弹伤，另一类是枪弹创。

（二）枪弹创

枪弹创是指由子弹头击中人体造成的损伤。枪弹创分为有射入口、射出口和连接出入口的射创管三部分组成的贯通性枪弹创和弹头留于体内，仅有射入口和射创管的盲管性枪弹创。枪弹创的各部分各有不同的形态特征。

（三）霰弹伤

霰弹伤多由猎枪发射霰弹击中人体而造成，具有特殊的形态特征。

（四）射击伤的鉴定

射击伤的鉴定，除进行伤的检验外，还要结合案情调查、现场勘验及其他刑事技术检验，综合分析和判断，做出结论。主要解决的问题有推测射击的距离、方向和伤的性质。

三、爆炸伤

爆炸伤指易燃、易爆物质爆炸对人体造成的损伤。常见的爆炸伤的类型有：①爆碎伤；②冲击波伤；③爆炸物击伤；④烧伤；⑤摔、砸、挤压伤；⑥中毒及窒息。

爆炸伤的鉴定要通过检验受伤或死亡人体，还要进行案情调查和进行详细的现场勘验、实验室检验，综合分析，作出结论。爆炸伤鉴定要解决的问题有：确定损伤的部位、性状和程度；确定死因；对炸碎部分要进行个人认定；要确定伤亡人数；要判明案件的性质；有时还要协助确定爆源、爆炸物种类等。

第七节　机械性损伤的法医学鉴定

一、概念

机械性损伤的法医学鉴定是指运用法医学知识，对损伤进行检查、记录、鉴别和判断，以解决法律上的有关问题。鉴定除对损伤及身体进行全面细致的检查和周密的分析外，还应结合案情调查、现场勘验及各项实验室检验，全面综合分析判定。

二、机械性损伤的检查

三、生前伤和死后伤的鉴定

主要依据身体上有无生活反应。有生活反应为生前伤，无生活反应为死后伤。生活反应是指机体在生前受到刺激后发生的反应。

1．全身生活反应。指发生于全身的及远离受损伤部位的生活反应，主要包括：①大出血，并

因失血而使人体呈贫血状态；②血液在机体内异常流动，即在血管以外流动；③异物在体内移动；④身体器官发生淤血、水肿；⑤全身性感染。

2．局部生活反应。①表皮损伤后结痂；②局部出血并形成凝血块，浸染组织的血不易被擦洗掉；皮下或组织内出血量多可形成血肿；③创口哆开且较明显；④损伤处可出现炎症反应；⑤损伤局部组织中可发生生物化学改变。

四、损伤程度的鉴定

损伤程度的鉴定主要依据损伤本身的严重情况及损伤引起的后果来进行。依此，机械性损伤可分为下面几类：

（一）致命伤

引起机体死亡的损伤称为致命伤。致命伤分为两种：

1．绝对致命伤。

2．条件致命伤。该伤又可分为：①个体性致命伤；②偶然性致命伤。

3．受致命伤后的行动能力问题。

（二）非致命伤

非致命伤指未引起人死亡的损伤。非致命伤分为重伤、轻伤、轻微伤三种。参见“活体伤残的医学鉴定”部分。

五、致伤物的推断

主要依据以下三方面进行：①根据损伤本身的性状；②根据创处残留物；③根据嫌疑致伤物上的附着物。

六、损伤经过时间的推断

活体损伤经过时间较长的，主要依据医学临床上的各项指标来推断损伤的经过时间。活体及受伤后存活一段时间者，损伤经过时间还可以以炎症反应、修复过程的组织学改变、组织化学方法或酶的检查推测。但是，水中尸体，高度腐败甚至白骨化尸体上损伤经过时间的推测还待进一步研究。

七、致伤方式的推断

致伤方式的推断是指对造成机械性损伤的致伤物使用的方式，如打击的次数、打击的顺序及打击的方向所作的推断。

八、机械性损伤性质的推断

指推断损伤属于自杀、他杀还是意外灾害形成的。通常，法医学从如下方面进行推断：①案情；②现场情况；③致伤物；④受害人手部物品；⑤损伤特征；⑥尸体位置；⑦衣物情况；⑧暴力手段或方法。

复习与思考题

1．什么是损伤？什么是机械性损伤？机械性损伤形成的基本因素有哪些？

2．机械性损伤分类有哪些？

3．机械性损伤的基本形态特征类型有哪些？

4．钝器创、锐器创的基本形态特征是什么？如何区别钝器创和锐器创？

5．枪弹创的形态特征是什么？如何区别射入口和射出口？

6．爆炸伤有哪些主要损伤类型？

7．如何鉴别生前伤与死后伤？
8．如何推断机械性损伤的性质？
9．致伤物推断的主要依据是什么？
10．机械性损伤的程度有几类？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；103-147。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；74-152。
3．祝家镇主编；法医病理医学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版；70-183。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；262-367。

第七章　高温、低温、电流损伤

本章教学目的和基本要求：掌握烧伤（死）的体表及内部损害特征，冻死的尸体特征性改变，电击伤的体表损伤特征。熟悉烫伤的体表及内部损害特征，电击死的尸体内部征象，电击伤（死）的鉴定及鉴定的注意事项。了解烧死的死因和死亡机制，冻死的死因和死亡机制，影响电击的因素及电击致死的原因，雷击伤（死）的损伤形态特征。

学时分配：2 学时

第一节　烧死和烫死

一、烧死

人体凡由高温物体、火焰或辐射热作用引起的损伤，称为烧伤。活体因烧伤而引起的死亡称为烧死。

（一）烧伤程度分类及其表现

依据局部组织变化和出现的局部症状，烧伤一般分四度：

1．Ⅰ度烧伤（红斑期）

2．Ⅱ度烧伤（水疱期）

3．Ⅲ度烧伤（坏死期）

4．Ⅳ度烧伤（炭化期）。炭化组织由于干燥收缩，皮肤可以裂开，类似各种创，注意与机械性损伤区别。死后焚尸也可形成炭化现象，需烧死炭化期鉴别。

（二）烧死的尸体征象

1．烧死的生活反应

（1）体表可见Ⅰ°～Ⅲ°烧伤。

（2）眼睑烧伤形成“鹅爪状”外形，眼睑裂内可见炭灰，睫毛只烧焦尖端。

（3）口腔及气管内有烟灰炭末沉积，并可达呼吸道深处。

（4）呼吸道出现“热作用呼吸道综合征”，这是生前烧死的确证。

（5）肺脏受热作用发生病理改变。肺泡内可见到吸入的烟灰和炭末。

（6）血液中一氧化碳血红蛋白的存在。

（7）胃内可有咽下的炭末。

（8）脂肪栓塞。

2．尸体一般征象（生前与死后均可形成）

（1）尸体收缩，可呈“斗拳样”或其他特殊紧张姿势。

（2）体表破裂创，颅骨受高热作用可发生骨崩裂。

（4）硬脑膜外“热血肿”，应与生前外伤性硬脑膜外血肿相鉴别。

（三）烧死的死亡机制

（四）烧死的法医学鉴定

对烧死的鉴定必须解决以下问题：①烧死还是死后焚尸；②有无其他暴力性损伤；③烧死的性质；④严重烧毁尸体的个人识别。

二、烫死

高温液体或热蒸汽作用于人体组织所造成的损伤，称为烫伤。因烫伤而引起的死亡称为烫死。

烫伤的皮肤组织变化与烧伤大体相同，但只有Ⅰ度、Ⅱ度、Ⅲ度改变。烫死的尸体上均有严重局部烫伤征象，内脏器官亦有病理改变。

第二节　冻　死

一、概念

寒冷作用使人体的局部组织发生的损伤，称为冻伤。因寒冷对人体全身作用，严重影响人体物质代谢和生理功能所引起的机体死亡称为冻死。

二、体表局部冻伤的表现及分度

体表局部冻伤可分为四度：①Ⅰ度冻伤（红斑、水肿）；②Ⅱ度冻伤（水疱）；③Ⅲ度冻伤（坏死）；④Ⅳ度冻伤（坏疽，坏死深达骨质）。

四、冻死的机制

五、冻死的尸体征象

冻死的尸体上多无明显的特异的体征，所能见到的尸体现象多只说明尸体在低温环境中存在过。冻死尸体上很少有局部冻伤。

（一）尸体外表征象

尸体呈蜷缩状；皮肤苍白色；外露肢体部分的皮肤呈“鸡皮状”；尸僵显著且缓解很慢；尸斑呈鲜红色或樱红色。

（二）尸体内部征象

右心扩张充满血液，血液呈暗红色，肺及左心血液呈鲜红色；肺淤血水肿；心腔及大血管内富含凝血块；食管粘膜糜烂、坏死、脱落；胃粘膜下有弥漫性褐色出血斑，称为冻死斑，为生前冻死较有价值的证据。

六、冻死的法医学鉴定

鉴定冻死，应进行案情调查，了解冻死现场的气温，死者衣着情况，有无冻死的诱因，再进行细致的尸体检验，在充分排除其他死因之后，作出鉴定结论。

第三节　电流损伤

一、电击伤与电击死

（一）影响电流对机体作用的因素

影响电流对机体造成损伤的因素有：电流强度、电压、电阻、电流种类、电流作用时间、电源与机体的接触情况、电流通过路径以及机体的机能状态等。

（二）电击死亡的机制

电击死的主要原因是心功能障碍和呼吸麻痹。此外还有：电流通过神经系统引起脑死亡；高压电造成广泛烧伤引起休克；电击造成广泛性软组织损伤致肾功能衰竭（挤压综合征）。

（三）电击死的征象

1．外部征象。①电流斑。指电源导体作用于皮肤在电流入口与出口处形成的损伤。典型的电

流斑如帽针头至豌豆大，圆形或卵圆形，呈灰白色、灰黄色或黑褐色，质地硬而干燥，中央凹陷、边缘隆起似火山口样；②导体接触局部皮肤金属化；③电烧伤；④体表裂伤、出血，甚至组织缺损或肢体断离；⑤骨骼形成灰白色颗粒样小球，称为骨珍珠；⑥衣物被烧焦，甚至金属物品被熔化。

2．内部征象。呈窒息、急死样的改变；还可有组织破坏、出血，骨折，脱臼等；内脏破裂，尤其是肠破裂。

（四）电击死的法医学鉴定

鉴定主要依据现场勘验，必要时应会同电业工程人员共同勘验现场；尸体检验，尤要详细查找电流斑。综合全部资料作出结论，确定是否电击死亡，推断案件性质（意外、自杀、他杀），尤其应重视揭露伪装电击死的情况。

二、雷击伤与雷击死

雷电作用于人体，造成的损伤或死亡称为雷击伤或雷击死。造成雷击伤（死）主要是由于以下三个种作用：电流直接作用；闪电火花所致空气超高热而烧死；空气巨大的冲击波作用。

雷击伤主要表现为皮肤血管扩张充血，形成沿电流出入部位向各个方向发生树枝状或蛇行状鲜红或红褐色的皮肤斑纹（雷击纹）。此外，还可见到身体的烧伤、机械性损伤；随身金属物品可被熔化、变形；衣服被撕碎；雷击死的主要死因是呼吸中枢麻痹所致的窒息。尸检见局部损伤和一般窒息征象外，常缺乏特征性内部变化。鉴定时，在尸体上查找雷击纹，再结合现场勘验、案情调查，排除其他死因后，才能作出结论。

复习与思考题

1．体表烧伤的特征性改变是什么？
2．烧死的尸体征象有哪些？
3．如何鉴别烧死与死后焚尸？
4．烫伤（死）的尸体征象有哪些？
5．体表冻伤及冻死的尸体征象有哪些？
6．电击死的尸体征象有哪些？电流斑的形态特征？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；148-167。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；153-171。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1988 年 10 月；第 1 版；227-256
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；400-432。

第八章　中　毒

本章教学目的和基本要求：掌握毒物、中毒、毒物的吸收、中毒血浓度、致死血浓度的概念，中毒尸体检验的注意事项，毒物检材提取、包装、保存、送检的注意事项，氰化物、一氧化碳、巴比妥类药物、有机磷农药、砷化物、亚硝酸盐等毒物中毒死亡尸体的特征性改变。熟悉毒物检验的意义，毒物的分类及其对机体的影响，影响毒物作用的因素，毒物进入机体的途径及对毒作用的影响，对毒物分析结果的评价。了解毒物在体内的代谢，中毒案情调查与现场勘验，毒物的实验室检验，前述 6 种毒物致死的机制及中毒症状。

学时分配：4 学时

第一节　概述

一、毒物与中毒的概念

能以较小剂量，在一定的条件下，通过化学作用或物理化学作用引起机体健康损害的物质，称为毒物。

毒物与机体接触或进入机体，以其化学或物理化学的作用，使组织细胞结构发生改变，代谢或其他生理功能遭受损害，造成健康障碍，引起疾病或死亡的，称为中毒或中毒死。中毒可分为急性中毒、慢性中毒和亚急性中毒。中毒是毒各种作用的综合表现，毒作用包括局部毒作用和全身毒作用。

二、毒物检验的意义

通过毒物检验，可解决检材中是否存在毒物，如果存在毒物，那么是何种毒物，确定体内毒物的量是多少，在这种量下该毒物能否引起中毒或死亡，以及毒物进入体内的途径和毒物的来源等问题。为推测或确定中毒的性质是属于自杀、他杀，还是意外灾害，搞清中毒案件的真相，审理中毒案件提供了线索、范围和证据。

三、毒物的分类

（一）按毒物的用途及来源分类

这种分类方法将毒物分为：①工业毒物；②农药；③医用药物；④生物毒素；⑤放射性元素；⑥军事毒剂；⑦食品中有毒成分。

（二）按毒物的化学性质及分离方法分类

这种分类方法将毒物分为：①挥发性毒物；②非挥发性有机毒物；③金属毒物；④阴离子毒物；⑤其他毒物。

（三）按毒理作用分类

这种分类方法将毒物分为：①腐蚀毒；②实质毒；③血液毒；④酶系毒；⑤神经毒。

四、毒物作用的条件

（一）毒物本身的条件

1．毒物的化学结构

2．毒物的物理性状

3．毒物的量。毒物的量主要指毒物被吸收进入血液中的量。引起中毒的最小毒物剂量称为中毒量，此时血中毒物的浓度称为中毒血浓度；引起中毒死亡的最小剂量称为致死量，此时血中的毒

物浓度称为致死血浓度。

（二）机体的条件

1．体重、年龄、性别

2．机体的健康状态

3．习惯性与成瘾性

4．过敏性

5．胃肠充盈状态及内容物的性状

6．毒物在体内的蓄积情况

（三）毒物进入机体的途径

毒物进入机体的途径有注射、吸入、口服、皮肤黏膜接触。

（四）其他

1．毒物接触的时间

2．动物毒或植物毒采集时间、产地

3．毒物贮存条件，某些中毒场地的通风情况等

五、毒物在体内的代谢

（一）毒物的吸收

（二）毒物的分布与沉着

（三）毒物在体内的转化

（四）毒物的排泄

第二节　中毒的鉴定

一、中毒案件调查与尸检

（一）案情调查

（二）现场勘验

中毒案的现场勘验，主要是为了了解情况和搜集物证。

（三）从临床症状推测毒物

（四）中毒尸体的检验

中毒尸体的解剖，其步骤和方法与一般法医病理解剖相同。但必须注意：①解剖所用的一切物品必须干净，不得沾染各种化学物质。②取检材前尸体和各器官禁止用水冲洗。③取材后剩余部分归回尸体原位。

（五）毒物检材的采取、包装、保存和送检

1．检材的采取。主要提取现场可疑的毒物，染有毒物的物品及中毒尸体上的各种检材。

2．检材的包装、保存和送检。检材采取后，应装在清洁、适宜的容器内并密封。各种检材分别盛装。检材内不得加防腐剂、消毒剂。检材装毕应贴签，注明相关信息。检材应尽速送检。送检时应另附函，说明案情内容、中毒症状、解剖所见、化验目的等。如有原始病历应一并送往。检材应保存在阴冷处，最好冰冻。

二、毒物的实验室检验

毒物的实验室检验包括毒物的分离、分析，病理学检验，酶组织化学检验，动物学试验及其他检验。

三、毒物分析报告书

毒物分析报告书应包括如下内容：死者姓名、性别、年龄、体重，检材名称、数量以及收集、送检和接受检材的时间；检验方法；发现或未发现的毒物；毒物在各组织、体液中的含量；最后根据分析结果，能做出结论时应做出明确的结论。如果不能做出结论，则提出分析性意见。

四、对毒物分析结果的评价

毒物分析结果对确定中毒与毒物的性质一般起决定性的作用。但是在某些特殊情况下，还可能存在许多影响分析结果的因素，此时，分析结果不一定就能证明中毒或排除中毒，所以还必须结合案情调查、现场勘验、临床资料、解剖所见及其他材料，综合分析，客观评价毒物分析结果，才能做出正确结论。

第三节　一些重要毒物的中毒

一、氰化物中毒

氰化物进入机体后分解产生氰离子（CN-）。氰离子与组织的细胞色素氧化酶结合，使组织呼吸链的氧化过程中断，导致细胞失去摄氧能力而造成内窒息。氰离子还能抑制细胞内 40 多种酶的活性。氰化物直接入血，可刺激颈动脉窦，反射性地使中枢神经系统和延脑等麻痹，造成呼吸停止。氰化物中碱根还具有轻度腐蚀作用。

氰化物中毒死者，尸斑呈鲜红色。死后早期血液、肌肉、内脏亦呈鲜红色。全身呈现类似窒息死的尸体征象。体腔内可嗅到苦杏仁味。口服中毒者胃及肠道可有不同程度的腐蚀及炎性变化。

二、一氧化碳中毒

一氧化碳经呼吸道进入人体后，与血红蛋白结合形成碳氧血红蛋白，造成血液携氧障碍，引起组织缺氧。吸入较高浓度的一氧化碳时，还可使细胞色素氧化酶功能发生障碍，使组织呼吸受到抑制。一氧化碳中毒死亡者，尸斑、血液，尤其是心腔大血管内血、内脏和肌肉均呈樱红色，可有肺充血、肺水肿。慢性中毒者可有中枢神经系统和心、肝、肾的缺氧性损害。尸体腐败较慢。

三、巴比妥类药物中毒

巴比妥类催眠药对中枢神经系统有广泛的抑制作用。较大剂量能抑制延脑的呼吸中枢及心血管运动中枢，引起心跳或呼吸停止死亡，或微循环衰竭引起休克而死亡。较多见的是因长时间昏迷而合并支气管肺炎或肺水肿而死亡。也有因合并尿毒症而死亡。

尸体检查可见皮肤黏膜紫绀，尸斑显著、色暗紫，内脏淤血，肺水肿，脑水肿及膀胱内尿潴留等。有时胃内可发现残余药物。胃黏膜可发生糜烂、出血现象。迁延数天死亡者，常并发坠积性肺炎，脑组织有软化灶，伴神经胶质细胞反应。可有脑水肿，脑血管周围管性出血及细胞浸润。

四、有机磷农药中毒

有机磷农药进入机体后，主要与体内胆碱酯酶结合而使该酶失活，致使乙酰胆碱不能被及时分解而大量蓄积，导致以乙酰胆碱为传异介质的神经以及这些神经所支配的效应器官处于持续过度兴奋状态，最后则转入抑制和衰竭。其中毒症状可归纳为毒蕈碱样作用、烟碱样作用和中枢神经作用三类。尸体检查可见尸斑显著、呈暗紫色；尸体血液呈暗紫红色、不凝固；尸僵甚强，部分案例可见腓肠肌和肱二头肌显著挛缩；多有明显瞳孔缩小，眼结膜有散在出血点；口腔及鼻孔出现白色泡

沫，气管内有多量泡沫状液体；肺淤血并水肿、肺膜散在出血点；细小支气管挛缩；胃内容物有蒜臭味或特殊气味，胃黏膜有出血点，肠壁肌层有明显收缩波出现；胰腺可有出血；脑膜淤血水肿，脑实质明显水肿。

五、砷化物中毒

砒霜（三氧化二砷）进入体内后，分解产生亚砷酸离子（AsO_3^{-3}），与体内酶蛋白的巯基（-SH）结合，使该酶失去活性，影响细胞的正常代谢，严重时可使细胞死亡，造成神经系统、心、肝、肾等器官损害。还可损害人类白细胞的染色体，阻止细胞正常分裂。当砷化物被大量吸收后，对神经中枢，尤其是心血管运动中枢和呼吸中枢有麻痹作用，并对接触处黏膜有刺激作用。尸体检验时，急性麻痹型中毒死者可无特殊病理变化，可见胃肠道黏膜呈轻度刺激征象，充血或伴有水肿。急性胃肠型中毒死者尸体外表呈脱水貌，尸僵明显，腐败较慢，胃肠黏膜充血、出血、肿胀、呈灰白色，可有糜烂，甚至溃疡形成，内容物为血性粘液，肠黏膜可出现黄色斑块。左心室内膜下常有点状或条纹状出血。若迁延数天后死亡，则心、肝、肾等实质器官可发生脂肪变性。慢性中毒者可有较多特殊征象，如毛发脱落，皮肤色素沉着、过度角化，全身贫血及恶病质，肝、心肌和肾脏明显脂肪变性，周围神经炎，胃肠道可有充血和炎症。

六、亚硝酸盐中毒

亚硝酸离子使人体血红蛋白氧化成正铁血红蛋白，失去输氧能力，造成组织缺氧。亚硝酸盐又能抑制心脏和平滑肌，使小血管平滑肌松弛，血管扩张，血压下降，导致循环衰竭。亚硝酸盐遇胃酸形成亚硝酸，进而分解成二氧化氮，对胃肠道有刺激作用。

尸体检验可见尸斑呈褐色，血液呈褐色或酱油色，不凝固，内脏亦呈暗褐色。尸体出现窒息的一般变化，肝、肾亦可有变性。

复习与思考题

1．何谓毒物？毒物的种类有哪些？
2．什么是中毒？什么是急性或慢性中毒？
3．毒物检验的意义是什么？
4．法医学鉴定确定中毒死的主要根据是什么？
5．毒物作用的条件有那些？
6．什么是中毒量、中毒血浓度、致死量、致死血浓度？
7．什么是习惯性、成瘾性？
8．毒物进入机体的途径有哪些？它们对中毒有何影响？
9．了解毒物在体内的代谢有何意义？
10．中毒案件的现场勘验和尸体检验中应注意什么问题？
11．毒物检材的提取、包装、保存、送检中应注意什么问题？
12．毒物的实验室检验主要包括哪些方面？
13．怎样评价毒物分析结果？
14．氰化物、一氧化碳、巴比妥类药物、有机磷农药、砷化物、亚硝酸盐等毒物的主要毒理作用、中毒症状及致死后尸体特殊征象是什么？

拓展阅读书目

1．乔世明、张惠芹主编；法医学；清华大学出版社；2005 年 9 月；第 1 版；131-167。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；242-271。

3．黄光照主编；法医毒理学；人民卫生出版社；1988 年 10 月；第 1 版。
4．江焘主编；法医毒物分析；人民卫生出版社；1988 年 11 月；第 1 版。
5．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；805-1100。

第九章　猝　死

本章教学目的和基本要求：掌握猝死的概念，猝死检验的法医学意义。熟悉猝死的诱因，引起猝死最常见的疾病。了解猝死尸体的一般征象，猝死死因的判定。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、概念

猝死又称急死，是指平时看似健康的人，由于潜在性疾病或机能障碍而突然出人意外的非暴力性死亡。

二、猝死检验的目的和意义

主要有：①查明死因，区分暴力与非暴力死，解除怀疑，澄清是非。 ②揭露谋杀后伪报病死的犯罪案件。③了解急死在体内的分布，探讨急死发生的机理，丰富和发展医学科学，提高急死的防治水平。

三、猝死的原因

（一）猝死的内因

猝死的内因是指体内引起死亡的潜在性疾病或机能障碍，是急死发生的最主要、最根本的原因。

（二）猝死的诱因

猝死的诱因指某些诱发猝死的外界或其他因素。但不论哪种诱因，也只能是作为内因即潜在疾病急性发作的诱因，而不是死亡的直接原因。猝死的常见诱因有：①精神激动；②剧烈运动；③暴饮暴食；④轻微外伤或感染；⑤过冷过热。

四、猝死尸体的一般征象

猝死者尸斑多显著且呈暗红色。因内出血而死亡者，尸斑常不明显，颜色也较淡。心脏疾病猝死者，因腔静脉淤血及缺氧，面部、颈部的皮肤呈暗紫红色，眼结合膜可有微小出血点，口唇粘膜及指甲呈青紫色。心脏及大血管内血液不凝固，各内脏显著淤血，浆膜、粘膜有点状出血等。上述猝死的一般征象，并无特异性，也可见于其他情况的死亡。

五、猝死的死因判定

猝死的死因判定应在进行尸体病理解剖的前提下，结合各方面情况，综合分析判定。

第二节　引起猝死的常见疾病

引起猝死的常见疾病可发生于不同的系统、器官。在成人，以心血管系统疾病占首位，其次为中枢神经系统或呼吸系统疾病，再次为消化、泌尿、生殖系统和内分泌系统疾病。在小儿以呼吸系统疾病占绝大多数，其次为传染病及消化系统疾病。

一、心血管系统疾病

心血管系统疾病引起猝死最常见的原因是冠心病，除此以外还有心肌病、脂肪心、心瓣膜病、高血压病、动脉瘤破裂及肺动脉栓塞等。

二、呼吸系统疾病

呼吸系统疾病引起猝死的疾病有肺炎、声门水肿、支气管哮喘、肺结核、肺气肿合并气胸等。

三、中枢神经系统疾病

中枢神经系统疾病引起猝死的疾病有蛛网膜下腔出血、脑出血、脑肿瘤、脑脓肿、脑动脉血栓形成和脑栓塞等。

四、消化系统疾病

消化系统疾病引起猝死的疾病有急性消化道出血、胃或十二指穿孔、急性出血坏死性胰腺炎、

五、泌尿生殖系统疾病

泌尿系统疾病引起猝死的较少，可有肾炎、肾盂肾炎、尿毒症等。

生殖系统疾病引起猝死，几乎均发生于女性，尤以孕产妇最多见，常见的有：子宫外孕、妊娠高血压综合征、子宫破裂、前置胎盘、胎盘早期剥离、产后出血、羊水栓塞症、妊娠合并心脏病、妊娠合并病毒性肝炎等。

六、传染病

引起猝死的传染病可有暴发性重症肝炎、流行性脑脊髓膜炎、流行性乙型脑炎、中毒性细菌性痢疾等。

七、其他引起猝死的疾病

急性肾上腺机能不全、胸腺淋巴体质、青壮年急死综合征、婴儿急死综合征等。

复习与思考题

1．何谓猝死？
2．引起猝死最常见的疾病有哪些？
3．猝死的诱因主要有哪些？
4．为何要进行猝死的法医学鉴定？
5．如何判定猝死的死因？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；217-237。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；206-218。
3．祝家镇主编；法医病理学；人民卫生出版社；1989 年 5 月；第 1 版；279-327。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；191-261。

第十章　活体检验

本章教学目的和基本要求：掌握诈病（伪）、造作病（伤）、匿病（伤）的概念，活体损伤程度鉴定依据的标准，强奸的法医学检查内容。熟悉诈病（伤）、造作病（伤）的特点及法医学鉴定，活体损伤程度、伤残程度鉴定的原则。了解诈病、造作病的表现形式，活体伤残鉴定的时间及注意事项，性别鉴定，性功能与生育功能鉴定，生育相关问题的鉴定，其他性犯罪及反常性行为，虐待造成的人身伤害及法医学鉴定。

学时分配：2 学时

第一节　诈病、造作伤（病）与匿病

一、诈病

（一）诈病的概念

出于某种目的或企图，伪装患病称为诈病。与诈病相似的情况如将轻病称重病、否认医疗效果或掩盖病情好转等称为夸大病情。

（二）诈病的表现形式及其特点

1．常见的表现形式有：①感觉障碍；②运动障碍；③内脏疾病；④精神障碍等。

2．诈病特点有：①过分夸大病情；②症状混乱、矛盾且多变；③病程反常；④突发突愈；⑤症状发作具有间歇性；⑥对检查持不合作态度。

（三）诈病的法医学鉴定

鉴定应作到以下几点：

1．鉴定人要抱客观公正的态度。

2．进行全面的案情调查，了解有无诈病的原因、动机、目的和企图。

3．认真审查案情及病史资料。

4．详细询问病情，耐心听取被鉴定人诉说，注意观察被鉴定人。询问时避免暗示和诱导。

5．进行全面体格检查及必要的医技检查。必要时可让被鉴定人住院观察。

6．请有关医学专家会诊。

7．全面客观地进行综合分析，从而得出结论。

二、造作伤与造作病

（一）造作伤与造作病的概念

采用物理的、化学的或生物学的方法，故意损害或授意别人代作损害自己身体，造成损伤或疾病称造作伤或造作病。造作病或伤均有一定的企图和目的。

（二）造作伤与造作病的特点

1．损伤的部位依目的而定。

2．　损伤的程度一般较轻微，但也有弄巧成拙，结果造成重伤或重病，甚至丧命的。

3．损伤的形态特征。自己造作的伤符合自伤特点。团体内有时出现相似的造作伤（病），往往与造作者互相传授、模仿，互相致伤或同一人代为致伤有关。

4．损伤与现场、衣服之间互不吻合。

5．自述与损伤或疾病之间存在矛盾。

（三）造作伤（病）的法医学鉴定

1．案情调查
2．现场勘查
3．损伤检查
4．衣物检查
5．事件重建
6．进行法医精神病学鉴定

三、匿伤与匿病

出于某种目的或企图，有意隐匿实际存在的损伤或疾病，或病情稍有好转便自称已痊愈，或重病装轻病，称匿伤或匿病。匿伤和匿病表现与诈病虽相反，但性质相同。法医学鉴定则根据案情、伤的特征以及伤的时间变化，一般不难判断匿伤；匿病的鉴定则相对较复杂，有的需请临床医学专家协助。

第二节　活体伤残的法医学鉴定

活体伤残鉴定是运用现代医学理论和技术，通过对被鉴定人进行检验，从而确定被鉴定人是否存在损伤，并按有关标准对其进行评定。

一、活体损伤及残疾程度的评定

（一）活体损伤程度的分类及鉴定标准

损伤程度可分为致命伤和非致命伤。活体损伤的鉴定只涉及非致命伤的鉴定。非致命伤是指尚未造成被害人死亡的损伤。可分为重伤、轻伤、轻微伤等。我国目前对此的鉴定标准有《人体重伤鉴定标准》、《人体轻伤鉴定标准（试行）》、《人体轻微伤的鉴定标准》。

（二）活体伤残程度的分类及鉴定标准

活体伤残指因损伤或疾病所致的人体残废。我国目前对此的鉴定标准主要有《道路交通事故受伤人员伤残评定》《职工工伤与职业病致残程度鉴定》。这两个标准将残疾程度从重到轻分为 1—10 级。此外还有某些部门和地方的一些标准。

（三）活体损伤与残疾程度的鉴定时间

活体损伤程度的鉴定依具体情况有即时鉴定、观察后鉴定。

活体残疾程度的鉴定以治疗终结（医疗期期满）时进行。

（四）鉴定注意事项

1．法医鉴定人亲自检查。
2．进行必要的辅助检查。
3．审查所有资料。
4．既注意检查急性原发性损伤，也不忽视可能发生的继发性或迟发性损伤。
5．慎重鉴定损伤的并发症及后遗症。
6．严格区分损伤与疾病的关系。
7．严格掌握并正确运用国家发布的相关标准。

二、损伤致劳动能力丧失的评定

劳动能力丧失是指由于损伤或其他原因造成人体结构破坏或功能障碍，而不同程度地丧失工作能力、生活能力和社会活动能力。只有永久性劳动能力丧失才属于法医临床学劳动能力评定的范畴。劳动能力丧失的程度可分为劳动能力完全丧失、劳动能力大部分丧失和劳动能力部分丧失。目前，

我国对伤害所致劳动能力丧失程度等级划分尚无统一规定。无论何种程度的劳动能力丧失评定均应在伤病经治疗稳定（终结）后方可做出。

第三节　性问题的法医学鉴定

一、性别鉴定

（一）性别确定

从不同层次进行人的性别判定，如第二性征、外生殖器、内生殖器官、性染色体、基因。（二）、性腺发育不全

性腺发育不全常致生殖器和第二性征发育不良，引起性别辨认的困难。

（三）两性畸形

因受各种因素影响，使胚胎发育异常，导致性器官结构发生异常，为两性畸形。其可使性别认定出现困难或错误。两性畸形的种类如下：①真两性畸形；②男性假两性畸形；③女性假两性畸形。

二、性功能和生育功能鉴定

（一）性成熟的鉴定

（二）性交障碍鉴定

（三）生育功能鉴定

三、性犯罪及反常性行为

（一）强奸的检验和法医学鉴定

1．案情调查

2．现场勘验

3．受害人身体检查。①一般情况检查；②身体损伤情况检查；③阴部检查；④精液搜集与检查；⑤强奸造成的后果的检查。

4．嫌疑犯罪者的检查。①体貌特征检查；②衣服及衣物的破损和附着物检查；③携带物品检查；④身体损伤检查；⑤外阴部检查；⑥物证搜集。

5．有关的物证检验。

（二）猥亵

（三）鸡奸

（四）性窒息

独自进行性活动时，用窒息的方法增强性快感而发生意外的一种窒息死亡。多发生于青少年及壮年男性。检验时可发现现场平静，无外人侵入痕迹，常有色情书画、女性的衣装、用品。窒息方式可多样。常在索类压迫颈部处衬垫软性物品。死者可半裸或全裸，有的穿着打扮如女性。尸检可见机械性窒息征象，无其他死因。

四、非法堕胎

法医学鉴定要了解案情，勘验现场，寻找娩出物并作检验，对母体进行检查，综合分析，做出结论。

五、杀婴

杀婴是指在分娩时或娩出后，将已具备生活能力的新生儿用暴力手段杀害。鉴定杀婴，首先须

鉴定婴儿具有生活能力并为活产，然后确定死亡原因。

第四节　虐　待

一、概述

虐待是指对他人采用各种手段，使受虐待者从精神到肉体遭受严重损害的行为。

二、虐待造成的人身伤害

虐待所造成的伤害，其程度轻重不一，形态各异，有的仅表现为营养较差、消瘦，发育不良。可有颜面感觉器官丧失功能。情况严重的甚至引起残废或死亡。

（一）暴力作用形成的损伤

包括：①体表损伤；②骨骼损伤；③颜面器官损伤；④头部损伤；⑤脏器损伤；⑥性虐待。

（二）心理障碍

三、法医学鉴定

对于因虐待行为造成死亡或难以忍受虐待含恨自杀死亡的尸体应详细地进行案情调查、现场勘验，经过全面细致的尸体解剖，确定死者的死亡原因；鉴定虐待行为在活体上造成的损伤程度；根据损伤判断虐待行为持续的大致时间等。

复习与思考题

1．什么是诈病（伤）、造作病（伤）匿病（伤）？各有什么特点？
2．活体损伤程度、伤残程度鉴定依据的标准是什么？
3．强奸案受害人的法医学检查包括哪些内容？
4．两性畸形的类型及特征是什么？
5．虐待造成的人身伤害有哪些？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；238-283。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；236-241，272-297。
3．宋嗣荣主编；临床法医学；人民卫生出版社；1999 年 6 月；第 2 版。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；448-698。

第十一章　血型、DNA 多态性及其遗传

本章教学目的和基本要求：掌握血型、DNA 多态性的概念，血型的基本种类，ABO、MN 血型及 DNA 多态性的遗传方式。熟悉遗传形状、遗传、基因型、表现型的概念，孟得尔遗传规律，DNA 多态性的种类。了解其他血型的遗传方式，血型分析的注意事项。

学时分配：2 学时

第一节　人类遗传学的基本知识

一、遗传性状、遗传

由亲代（父母）将自己的个体特征传递给子代（孩子）的现象称为遗传，通过遗传传递的个体特征称为遗传性状，又称为遗传标记。

二、基因、染色体

基因是细胞内遗传物质的功能单位，位于细胞核中的染色体上。染色体主要由脱氧核糖核酸（DNA）组成。DNA 携带着个体的遗传信息。核苷酸由磷酸、脱氧核糖、碱基组成。碱基按特定的顺序排列，碱基顺序本身构成特殊的遗传信息。基因就是指某一段碱基顺序，亦即 DNA 链上的某特定片段。DNA 能通过准确的自体复制，世代相传，并决定和控制新一代个体中遗传性状的发生和发育。

三、基因型

基因在染色体上的位置称为位点。同一细胞中大小、形状和结构相同的一对染色体称为同源染色体，其一条来自父亲，一条来自母亲。同源染色体上相同位点上的基因叫等位基因，它构成了一个人的基因型（又称遗传型）。等位基因共同控制着一种性状。等位基因相同，称为纯合子，不同则称为杂合子。基因控制的在个体上表现出来的性状称之为表现型。杂合子中，只有一个基因控制的性状能显现出来，该基因称为显性基因，而不能显现性状的另一个基因就称为隐性基因；如果杂合子的两个基因控制的性状都能显现出来，就称为共显性。纯合子则不论这对基因是显性或隐性，其控制的性状都可显现出来。

四、遗传规律

人类的遗传是按孟德尔遗传规律进行的，即每一个基因完整地传与子代；不同基因独立遗传；一对等位基因分别授予两个配子（精子或卵子）；子代所有的基因半数来自父亲、半数来自母亲。

第二节　血　型

一、概念

广义的血型即法医学中所称的血型通常是指血液的多种成分的遗传性状，又称为血液的遗传多态性标记。狭义的血型仅指红细胞血型。血型是由遗传决定，基因控制的。血型具有恒定的遗传性，由等位基因控制，其遗传符合生物学的孟德尔遗传规律，其发育几乎不受非遗传因素的影响，终身不会改变，并具有高度的个体特异性，而且可以被测定，故现已广泛地运用于法医学中的个人识别、

亲子鉴定中，并也运用于致伤物的确定、输血错误的医疗事故鉴定等方面。

二、血型的种类

人类的血型主要有以下种类：

1．红细胞血型。指由红细胞膜上存在的血型物质（即抗原决定簇）决定的血型。

2．红细胞酶型。指红细胞中同工酶的遗传多态性。

3．白细胞型（HLA）。指人类白细胞抗原。

4．血清型。指血清中蛋白质的遗传多态性。

5．中性粒细胞抗原。指中性粒细胞特有的具有遗传多态性的同种抗原。

6．血小板特异性抗原。指血小板特有的具有遗传多态性的抗原。

7．其他。包括唾液型，即唾液中各种蛋白质的遗传多态性； 精液酶多态性等。

上述这些血型组合起来，构成人体中极为复杂多样的遗传标记。但因条件所限，法医学实践中常涉及的是红细胞血型、红细胞酶型、白细胞型及血清型。

三、两种重要血型的遗传

（一）ABO 血型的遗传

ABO 血型由一对等位基因控制。ABO 血型有 A、B、H 三种抗原（血型物质），分别由 A、B、O 三种基因控制。每个个体带有 A、B、O 基因中的一种（纯合子）或两种（杂合子）基因。父母双方各提供一个该血型基因给子代。

（二）MN 血型的遗传

MN 血型由一对等位基因 M 和 N 控制，M 和 N 均为共显性基因。父母双方各提供一个该血型基因给子代。

四、血型分析的注意事项

1. 确定被检验人，核准被抽血的人及被抽血者之间的关系，对采取的血样一定作好标记。2. 同一案件的血液标本应在同一实验室进行测定。

3．采取血液作检查前 4 个月内，被检者不得接受输血，以排除供血者血型的干扰。

4．婴儿作血型检验需定期复检，以确定其出生时尚未发育成熟的血型。

5．分析检测结果，尤其进行遗传关系分析时，要考虑到少见的特殊血型遗传的可能性。

第三节　DNA 多态性

一、概述

现已阐明，个体遗传差异的本质不是在基因的产物（蛋白质）上，而是在 DNA 的分子水平上，是 DNA 分子间的差异。

二、DNA 的结构和多态性

细胞核中的染色体由 DNA 和核蛋白组成。每个染色体含有 1 个 DNA 分子。DNA 是由腺苷酸（A）、鸟苷酸（G）、胞苷酸（C）和胸腺苷酸（T）4 种核苷酸按一定顺序、数量和方式结合成的多核苷酸链。每个 DNA 由两条多核苷酸链组成。两链的碱基按 A-T、C-G 配对的碱基互补原则，将两条多核苷酸链结合在一起。DNA 的碱基是按一定顺序排列的，在生物体的进化过程中，不同个体在相同染色体的相同位置处 DNA 的核苷酸排列顺序发生了改变，这便是 DNA 多态性的本质。

这种 DNA 分子碱基排列顺序的个体差异就是 DNA 多态性。

三、DNA 多态性的种类及其遗传

在人类基因组中，DNA 的多态性主要有序列变异和长度变异造成的多态性。法医学鉴定中常检测的 DNA 多态性有下述几种：

1．DNA 序列多态性

2．限制性片段长度多态性（RFLP）

3．可变数目串联重复多态性（VNTR）

4．短串联重复序列多态性（STR）

DNA 结构多态性分布在不同的染色体上，按孟德尔规律由亲代遗传给子代。因此，子代的 DNA 多态性来自双亲，个体间的 DNA 多态性除同卵孪生子外无一相同。这些便是进行 DNA 分析，做亲子鉴定和个体识别的基础。

此外还有人类线粒体 DNA（mtDNA）多态性，是母系遗传。

复习与思考题

1．什么是遗传形状、血型、DNA 多态性？

2．血型有哪些种类 ？

3．DNA 多态性有哪些种类？

4．ABO、MN 血型和 DNA 多态性是如何遗传的？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；284-299。

2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；335-366。

3．吴梅筠主编；法医物证学；人民卫生出版社；1998 年 6 月；第 1 版；8-159。

4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；1106-1198。

第十二章　亲子鉴定

本章教学目的和基本要求：掌握亲子鉴定的概念，亲子鉴定的依据及判定亲子关系的原则。熟悉进行亲子鉴定的人类遗传学方法的类型，ABO、MN 系统进行亲子鉴定的方法及结果判定。了解其他亲子鉴定的方法及注意事项。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

一、概念

应用医学及生物学的有关理论和技术，检验并判断父母与子女是否亲生关系，称为亲子鉴定。因为此类案件常涉及到法律上的权利问题，故又称为亲权鉴定。

二、法医学亲子鉴定的意义

通过法医学亲子鉴定，或排除或肯定亲子关系，从而为解决法律问题提供科学的依据，起到了重要的甚至是决定性的作用。

三、亲子鉴定的依据

（一）根据人类遗传学的特征

（二）根据妊娠时限

（三）根据性交能力及生殖能力

第二节　亲子鉴定的方法

一、人类遗传学的方法

（一）根据血型作亲子鉴定

血型是人体最重要的遗传标记之一。血型的诸多特点均符合作亲子鉴定的要求。血型的遗传符合孟德尔生物遗传规律，其遗传方式可归纳为二个法则：①子代有某一血型基因，亲代一方或双方也必有此。②亲代一方为某一血型的纯合子，子代必有该基因。亲子关系鉴定中，正是应用这两个法则对检测出的血型进行遗传关系分析的。

根据血型检测的结果，可作如下分析判定：

1．亲代与子代的血型关系违反了血型遗传的法则，不符合孟德尔定律时，便可否定亲子关系。

2．亲代与子代的血型关系不违反血型遗传的法则，符合孟德尔遗传定律时，要作结论有如下几种情况：

（1）可疑亲代的范围已划定，通过排除最后剩下的不能被排除者便是真正父（或母）。

（2）不断增加检测的血型数目，当一直不能排除亲子关系时，肯定亲子关系的几率就增高。但鉴于条件所限，每个实验室能作的血型检测的数目是有限的，因此现常根据血型检测的结果作父权指数的计算，以此来判定亲子关系。

3．父权指数（PI）。父权指数是母子关系已确定，根据母—子联合血型遗传类型，比较被控告父亲（怀疑为生父的男子）与随机男子成为生父的机会（几率）。

（二）根据 DNA 多态性作亲子鉴定

用 DNA 的多态性作亲子鉴定，具有很高的父权排除或父权肯定概率，达到了前所未有的水平。用于亲子鉴定的 DNA 分析技术主要是 DNA 指纹分析技术（即多位点 DNA 探针杂交技术）、多个单位点探针联合运用杂交技术（选择 DNA 中按孟德尔定律遗传的单位点）及 PCR 技术（选择性地扩增 DNA 分子中按孟德尔定律遗传的多态性片段）。用 DNA 图谱作亲子鉴定的原理同血型鉴定亲子关系一样，即子代图谱上的所有谱带均来自父母，因此能在亲代图谱上找到相同的谱带，如果找不到，便可否认亲子关系。但若子代的谱带与可疑父母比对都相同，便不能否认亲子关系，此时可计算可疑父母（或是父母单方）是孩子真正父母的概率。

利用 DNA 多态性的图谱作亲子鉴定有许多优点：①准确性高，直观，且提取的 DNA 或纹图可长期保存，可供复检或复查用。②不用通过家系调查去推测基因型，而且父母一方或双方都不在时，可通过兄、弟、姐、妹、叔、舅、姨、姑等亲属来鉴定亲缘关系。③可测定胚胎组织的 DNA，即使早期人流亦可进行亲子鉴定。④即使是微量、陈旧的检材亦可用 PCR 技术进行处理后作亲子鉴定。

（三）根据其他遗传性状作亲子鉴定

1．染色体多态性
2．身体测量
3．皮肤纹理
4．遗传病及疾病易感性
5．耳垢型
6．苯硫脲（PTC）味盲

二、根据妊娠时限作亲子鉴定

若能证明在母亲受孕时间被控告男子与她无性关系，便可否定该男子是孩子的生父。

三、根据性交能力及生育能力作亲子鉴定

若能证明有争议的父（或母）在受孕时间无性交能力或无生育能力，便可否定亲子关系。

复习与思考题

1．亲子鉴定的依据主要有哪些方面？
2．怎样用 ABO、MN 系统进行亲子关系分析？
3．利用 DNA 作亲子鉴定的原理是什么？
4．利用人类遗传学方法进行亲子鉴定应注意什么事项？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；308-323。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；298-306。
3．吴梅筠主编；法医物证学；人民卫生出版社；1998 年 6 月；第 1 版，206-232。
4．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；1268-1277。

第十三章　个人识别

本章教学目的和基本要求：掌握个人识别的概念和意义。熟悉个人识别具体项目及判定的原则，了解个人识别的方法。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

一、概念

个人识别亦称个人的同一认定。个人同一是指一个特定的人体自身与自身的等同。个人同一认定是指有专门知识的人在研究和比较先后出现的个体的特征的基础上对个体是否同一或是否原属同一整体所做出的判断。通过同一认定有时亦作异同识别。法医学个人识别主要是对活人、无名尸体、白骨化尸体、碎尸等认定是谁。有时还要对人体的某些部分或各种组织、体液进行识别，判定是否为同一人的，是谁的。法医学个人识别主要是根据人体的生理结构、个体特征等来进行的。

二、法医学个人识别的意义

在刑事、民事、治安、灾害等案件中有的需要必须进行个人识别。个人一旦认定，有时就解决了案件要求解决的问题，有时就为解决案件的问题提供了重要的科学依据及线索。

第二节　性别识别

一、一般特征的性别识别

二、腐烂和白骨化尸体的性别识别

白骨化尸体主要根据男女骨骼的特征予以鉴别。鉴定骨骼性别，以检查骨盆最为可靠，其次为颅骨。

三、遗传物质的性别识别

（一）细胞性染色体检查

（二）DNA 分析技术

四、测定血痕中的性激素

第三节　年龄识别

小儿的年龄推断，主要依据儿童期的身长、体重、头围、胸围、坐高、乳牙和恒牙的萌出情况、骨骼的发育（骨化点的出现和骨骺的愈合程度）等。

成人的年龄推断，主要依据耻骨联合面的形态变化、骨骼愈合状态（骨骺愈合、颅缝愈合）、智齿的生出情况、牙齿的磨损程度及牙髓腔的变化等，还可参考面部软组织的状态、毛发的状态、皮肤的皱纹等。

第四节　个体形态特征

一、外貌特征

包括身长、体重、头形、面貌特征、牙齿、肢体特征等。

二、体姿特征

包括体形、颈部、躯干等。

三、痣疣

四、瘢痕

五、纹身

六、皮肤纹理

七、复容和颅像重合

第五节　组织遗传标记

一、血型的个人识别

同一个体的血型是完全相同的，不同个体间除同卵孪生子外不可能有血型完全相同者。血型作个人识别，只要发现有血型不相同的，便可否认同一关系。但如果检测过的血型相同，则增加检测的血型的种类，种类数目越多，否定同一人的机会越大；如果还不能否定，则肯定同一人的概率就越大，最后可根据检测的血型种类和数目，计算肯定是同一人的概率，并据此做出判断。

二、DNA 多态性的个人识别

DNA 具有高度的多态性，其由遗传决定，终身不变，是人体最稳定且最具特异性的遗传标记。同一个体的 DNA 多态性完全相同，不同个体的 DNA 多态性不可能完全相同（同卵孪生子除外）。当检测的 DNA 多态性出现不一致时，便可否定是同一人的。当检测的 DNA 多态性未出现不一致时，便可计算其肯定是同一人的概率，据此做出判断。DNA 多态性进行同一认定是目前进行个人识别的最好手段。

复习与思考题

1．什么是个人识别？主要依据什么进行？
2．人类遗传学方法在个人识别中的作用和意义？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第版；1308-323。
2．吴家駁主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；381-392。

3．吴梅筠主编；法医物证学；人民卫生出版社；1998 年 6 月；第 1 版；245-293。
4．陈世贤主编；法医人类学；人民卫生出版社；1998 年 10 月；第 1 版；26-204。
5．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；1278-1438。

第十四章　法医学物证检验

本章教学目的和基本要求：掌握法医学物证的概念，法医学物证检验的意义，法医学物证检材的发现、提取、包装、保存、送检的注意事项，血痕检验的步骤、方法及每一步检验的意义，DNA检验的意义。熟悉唾液斑、精液斑的检验内容及意义，ABO血型检验的方法及结果判定，DNA检验的主要技术，PCR技术的原理及应用。了解混合斑、骨骼、牙齿、指甲、毛发检验的内容及意义。

学时分配：4学时

第一节　概　述

一、概念

凡能证明案件真实情况的物体或物质痕迹，统称为物证。法医学物证检验是指运用医学、生物学、组织学、血清学、免疫学、生物化学及遗传学等知识和技术对生物源性材料所进行的检验和认定。法医学物证检材包括人体的组织、血痕、分泌物（精液、唾液、阴道液、乳汁、汗液、眼泪等）、排泄物（大便、小便）、呕吐物、羊水、胎垢、脓液、毛发等。有时，还包括动物的组织、血痕、毛发等以及某些植物性物质如花粉孢子、硅藻等。

二、法医学物证检验的意义

可以为侦查破案提供线索，划定范围，可以为审理和判决案件提供科学依据，还可为解决其他问题提供证据。在许多刑事、民事、行政案件的审理以及医疗纠纷的处理、灾害事故的清查和处理中都起重要的作用。

三、物证的发现、采取、送检

四、物证检验及鉴定书

物证检验在专门的实验室由专业人员检验。检验前先明确检验目的、要求，核对检材。检验时，先进行非破坏性检验，然后进行可能破坏检材原成分的检查。检验时应尽量使用灵敏的方法，以节省检材，以便能重复核对。应保留足够的检材作复验之用。检验中应避免各种污染，以防出现假阳性或假阴性结果。对检验过程、检验方法、检验结果要详细记录，要对各项数据核实。检验结束后要编写物证检验鉴定书送交委托单位，并就所剩检材征求委托单位意见，妥善处理之。物证检验鉴定书是法医学鉴定书的一种，其基本内容与一般法医学鉴定书相似。

第二节　血的检验

一、概述

二、血的检验的程序、方法和意义

（一）血痕的肉眼检查

（二）血痕的预备试验

血痕的预备试验是初步检验，其特点是灵敏度高，操作简便、快速，费用低廉，故作为筛选试

验较快排除非血痕的检材。预备试验的特异性差，易出现假阳性反应，故试验结果阴性证明检材不是血痕，结果阳性只提示检材可能是血痕，需进一步作确证试验。预备试验的方法很多，有联苯胺试验、酚酞试验、氨基比林试验、鲁米那试验、紫外线浓硫酸试验、孔雀绿试验、纸色谱法等。

（三）血痕的确证试验

血痕的确证试验指检验血液的特有成分如血红蛋白及其衍生物或血细胞，以确切证明是血痕的试验。确证试验特异性好，试验结果阳性可肯定检材是血痕，但灵敏度不很高，试验结果阴性也不能完全否定检材是血痕。常用的确证试验有血色原结晶试验、氯化血红素结晶试验、吸收光谱检验、血细胞的显微镜检验等。

（四）血痕的种属试验

血痕的种属试验是为了鉴别血痕是人的还是动物的，有时还需鉴别是何种动物的。种属试验的方法很多，包括免疫学方法、生物化学方法、分子生物学方法等。

（五）血痕的血型测定

在确定检材是人血后，应作血型测定。根据血型测定的结果，可进行个人识别和亲子鉴定。新鲜血可作各种血型的测定，但干血痕，尤其是保存情况不好的干血痕能检出的血型种类就有限了。血痕的血型测定基本是运用免疫学、生物化学的方法进行。最常检测的血型有 ABO 血型、MN 血型、Rh 血型、Le 血型、HLA、某些红细胞酶型和血清型。

（六）血痕的 DNA 多态性检验

新鲜血可作各种 DNA 多态性检验。干血痕可作 STR 或单基因座多态性及 PCR 检验。通过检验可鉴别血痕的种属、性别，进行个人识别。被检 DNA 来源于白细胞核。

（七）血痕的其他检验

1．出血部位测定

2．出血量测定

3．血痕陈旧度测定

5．血痕性别鉴定

6．其他检验。如胎儿血红蛋白、病理性异常血红蛋白血细胞等。

第三节　精液（斑）检验

一、概述

检验要解决的问题是：可疑物是否精液或精斑，是人精斑还是动物精斑，人精斑的个人识别等。作精斑检验时若有可能需取嫌疑人的唾液作血型对照检验。

二、精液（斑）的一般检查

（一）新鲜精液检查

（二）精斑检查

包括肉眼检查、紫外线检查。

三、精斑的预备试验

常用的方法有：①碘化碘钾结晶试验（Florence 试验）；②锌检出法；③酸性磷酸酶检出法。

四、精斑的确证试验和种属试验

（一）形态学检验

（二）免疫学检验
（三）生物化学检验

五、精斑的血型测定

（一）ABO 血型测定
（二）其他血型测定

六、精斑的 DNA 多态性检验

第四节　唾液（斑）检验

一、概述

在法医学物证检验中唾液斑的检验占有重要的地位。取血、血痕、阴道内容物、精斑作血型测定时常取唾液作对照检验。唾液和唾液斑检验要解决的问题主要是：是否唾液，唾液主人的性别、血型等，以进行个人识别和亲子鉴定。

二、唾液斑的确证试验

（一）唾液淀粉酶检查
（二）抗腮腺素抗体血清沉淀反应
（三）口腔粘膜上皮细胞检查

三、唾液斑的性别测定

（一）性染色体检查
（二）性别基因检查

四、唾液斑的血型测定

（一）ABO 血型测定
（二）其他血型

五、口腔脱落细胞的 DNA 多态性检验

第五节　混合斑检验

一、概述

法医学物证检验中经常遇到混合斑检验问题，混合斑的分离、鉴定及个人识别是复杂和困难的，但有时又必须进行。现在混合斑的检验及鉴定仍是正不断进展的研究课题。

二、混合斑的确定

确证混合斑的方法有显微镜检查；化学、生物化学、免疫学等方法检查。

三、混合斑的遗传标记检验

（一）对比推断法
（二）测可溶性血型物质
（三）测细胞血型
（四）分离混合斑的各种成分，再测特异成分
（五）DNA 分析

第六节　毛发检验

一、概述

毛发是重要的物证。毛发能长期保存。毛发脱落后又可长期留于现场或留于致伤物等处。有时血痕或尸体作血型检测须同时取毛发作对照检验。毛发检验可进行个人识别，且可揭露或证实某些案件的专门情况。

二、毛发与非毛纤维的鉴别

三、人毛与动物毛的鉴别

四、人体各部位毛发的鉴别

五、毛发损伤检查

六、毛发的个人识别

（一）血型及酶型测定
（二）DNA 多态性检测
（三）性别鉴定
（四）年龄推测
（五）头发附着物检查
（六）染色、脱色情况
（七）毛发生长时间推测
（八）元素分析

第七节　骨骼检验

一、概述

骨骼是重要的物证。骨骼与牙齿同为人体中最耐保存的组织。骨骼的形态特征及其所含的组织遗传标记物质使得能对其进行个人识别。一些损伤、病残、中毒及其他因素也能在骨上留下相应的改变，因此对揭露某些案件中有关的问题意义很大。

二、人骨与兽骨的鉴别

（一）形态学方法
（二）免疫学方法
（三）分子生物学方法

三、骨骼的个人识别

（一）不同人骨的鉴别
（二）骨的遗传标记物检验
（三）性别鉴定
（四）骨骼的年龄、身高、相貌鉴定

四、骨损伤及死因鉴定

五、骨存留时间及烧骨的鉴定

第八节　牙齿和指甲的检验

一、牙齿检验

牙齿是重要的物证。牙齿具有很好的保存性和高度的个人特异性，在个人识别上有重大意义。此外，通过对牙齿的鉴定，还可解决某些死因、入土时间、口腔科医疗纠纷甚至考古等问题。鉴定的内容主要包括如下方面：①人牙与兽牙的鉴别；②种族鉴定；③牙种类识别；④年龄推断；⑤性别鉴定；⑥遗传标记检查。包括 ABO 血型测定、牙髓细胞的 DNA 的多态性分析；⑦牙齿损伤及其他特征检验；⑧咬痕检查；⑨死因分析；⑩牙存留时间推测；⑪人面型判断。

二、指甲检验

（一）指甲的 ABO 血型测定
（二）甲垢及指甲附着物的检验

第九节　DNA 分析技术

一、概述

将 DNA 分析技术应用于法医学鉴定，使法医学物证鉴定水平从细胞、蛋白质、激素的水平深入到分子水平，给法医学物证检验带来了革命性的进步。DNA 分析可用于法医学个人识别、亲子鉴定、性别鉴定及种属鉴定，使法医学亲子鉴定和个人识别从以否定为主到肯定。DNA 检测还解决了以前所无法进行的一些鉴定。

二、分子杂交技术

三、聚合酶链反应（PCR）

四、DNA 分析技术、PCR 技术在法医学中的应用

（一）种属鉴定

（二）性别鉴定

（三）DNA 多态性检验，以进行个人识别和亲子鉴定

（四）疾病诊断

复习与思考题

1．何谓物证？法医学物证包括什么？

2．法医学物证检验的意义是什么？

3．血痕检验有哪些主要步骤？每一步骤有何意义？

4．如何判定 ABO 血型检验的结果？

5．DNA 检验、PCR 技术能解决法医学鉴定中什么问题？唾液斑、精液斑、骨骼、毛发、指甲、牙齿的法医学物证检验有何意义？

6．法医学物证检材的提取、包装、保存、送检中应注意什么？

拓展阅读书目

1．张小宁主编；法医学；陕西人民出版社；1999 年 5 月；第 1 版；324-374。

2．吴家駁主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；307-334，366-380。

3．吴梅筠主编；法医物证学；人民卫生出版社；1998 年 6 月；第 1 版；160-204，233-293。

4．陈世贤主编；法医人类学；人民卫生出版社；1998 年 10 月；第 1 版。

5．郭景元主编；现代法医学；科学出版社；2000 年 5 月；第 1 版；1101-1267，1278-1440。

第十五章　医疗纠纷

本章教学目的和基本要求：掌握医疗纠纷、医疗事故的概念。熟悉医疗事故鉴定的程序。了解医疗事故的等级。

学时分配：1 学时

一、医疗纠纷、医疗事故的概念

患者或其家属因医疗上的问题，与医疗部门或医务人员发生纠纷，称为医疗纠纷。有些医疗纠纷涉及的问题与医疗无关或无医疗过失，但大多数医疗纠纷与医疗有关，医务人员或医疗单位存在医疗过失，有些过失造成了不同程度的后果。

医疗事故是指医疗机构及医务人员在医疗活动中，违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和医疗护理规范、常规，过失造成患者人身损害的事故。医疗事故具有如下特征：①主体是医疗机构及其医务人员；②针对医疗活动；③行为的违法性与主观过错；④过失造成患者人身损害；⑤过失行为和后果之间存在因果关系。按我国有关规定，医疗事故按造成患者人身损害的后果，分为四级十二等，其中一级乙等至三级戊等对应伤残等级一至十级。

二、医疗纠纷、医疗事故处理途径

（一）行政途径
（二）司法途径
（三）仲裁途径
（四）其他途径

三、医疗纠纷、医疗事故的鉴定

（一）医疗纠纷、医疗事故的主体审查
（二）案情调查
（三）临床检查
（四）病理解剖
（五）实验室检验
（六）作出鉴定结论

复习与思考题

1．何谓医疗纠纷？何谓医疗事故？
2．医疗事故分为多少级？
3．医疗事故技术鉴定的程序、鉴定机构是怎样的？

拓展阅读书目

1．卫生部医政司编《医疗事故处理条例》及配套文件汇编；中国法制出版社；2002 年 8 月；第 1 版。
2．吴家驭主编；法医学；四川大学出版社；2006 年 8 月；第 1 版；393-402。

《治安管理法学》教学大纲

王顺安　编写

目　录

前　言.....795
第一章　治安管理法学概述.....797
第一节　治安管理法学基本概念.....797
一、治安.....797
二、治安管理.....797
三、治安管理法.....798
四、治安管理法学.....799
第二节　治安管理法的性质、任务及适用范围.....799
一、性质.....799
二、任务.....799
三、适用范围.....799
四、治安管理法与违警罚法、保安处分法的联系与区别.....799
第三节　治安管理法学的研究对象、学科性质.....799
一、研究对象.....799
二、学科性质.....800
第四节　治安管理法学与相邻学科的关系.....800
一、治安管理法学与行政法学的关系.....800
二、治安管理法学与行政诉讼法学的关系.....800
三、治安管理法学与治安管理学的关系.....800
四、治安管法学与刑法学的关系.....801
复习与思考.....801
拓展阅读书目.....801
第二章　治安管理法学的指导思想、基本原则和研究方法.....802
第一节　治安管理法学的指导思想.....802
第二节　治安管理法学的基本原则.....802
一、治安管理法的基本原则确立的根据与意义.....802
二、治安管理法的基本原则.....802
第三节　治安管理法学的研究方法.....802
复习与思考题.....803
拓展阅读书目.....803
第三章　治安管理法的历史发展.....804
第一节　中国近代半殖民地半封建社会的治安管理法规.....804
一、清末的治安管理法规.....804
二、北洋政府的治安管理法规.....804
三、国民党政府的治安管理法规.....804
第二节　新民主主义时期人民民主政权的治安管理法规.....804
第三节　新中国治安管理法制建设的发展.....804
复习与思考题.....804
拓展阅读书目.....804
第四章　治安管理法律制度.....806

第一节　公共秩序管理法律制度……806
一、概述……806
二、公共场所的管理……807
三、对社会风化的管理……807
四、对妨碍公共秩序人员的管理……809
第二节　户口、居民身份证管理的法律制度……810
一、概述……810
二、户口管理……811
三、居民身份证管理……811
第三节　道路交通管理法律制度……812
一、概述……812
二、道路及道路交通设施的管理……813
三、高速公路交通的管理……813
四、车辆及驾驶人员的管理……813
五、客运汽车、个体车辆交通安全管理制度……813
六、行人、乘车人的安全管理与宣传教育制度……814
第四节　消防管理法律制度……814
一、概述……814
二、消防组织……814
三、火灾预防和火灾扑救……814
四、消防监督……814
五、仓库、烟草行业与高层居民住宅防火安全管理制度……815
六、火灾事故的调查与处理……815
第五节　特种行业管理的法律制度……815
一、概述……815
二、特种行业管理的基本制度……815
三、各种行业具体的内部管理制度……815
四、特种行业的管理方法……815
第六节　危险物品管理的法律制度……816
一、概述……816
二、民用爆炸物品的安全管理……816
三、枪支、弹药的安全管理……816
四、管制刀具的管理制度……816
第七节　出、入境管理法律制度……817
一、中国公民出、入境管理法律制度概述……817
二、中国公民出、入境管理……817
三、外国人入境、出境管理……817
第八节　企业、事业单位内部治安保卫法律制度……817
复习与思考题……818
拓展阅读书目……818
第五章　治安违法行为……819
第一节　违反治安管理行为概述……819
一、违反治安管理行为的概念……819

二、违法治安管理行为的特征.....819
第二节　违反治安管理行为与犯罪行为的联系与区别.....819
一、违反治安管理行为与犯罪行为的区别.....819
二、违反治安管理行为与犯罪行为之间的联系.....819
第三节　治安违法行为的分类.....819
一、扰乱社会秩序的行为.....819
二、妨害公共安全的行为.....820
三、侵犯他人人身的行为.....820
四、侵犯公私财物的行为.....820
五、违反交通管理的行为.....820
六、违反消防管理的行为.....820
七、违反户口或者居民身份证管理的行为.....820
第四节　我国现阶段治安违法现象的基本状况.....820
第五节　正确认识我国现阶段的治安形势.....820
一、对现阶段社会治安形势的基本估价.....820
二、改革开放与社会治安.....820
三、衡量社会治安的指标体系.....820
复习与思考题.....821
拓展阅读书目.....821
第六章　治安违法行为构成.....822
第一节　治安违法行为构成的概念.....822
第二节　治安违法行为的客体.....822
一、治安违法行为客体的概念.....822
二、治安违法行为客体的特征.....822
三、治安违法客体的分类.....822
四、治安违法客体与治安违法现象的区别.....822
五、研究治安违法客体的意义.....822
第三节　治安违法行为的客观方面.....823
一、治安违法行为的客观方面的概念.....823
二、治安违法构成客观方面的必要要件和选择要件.....823
三、治安违法行为.....823
四、治安违法行为的危害结果.....823
第四节　治安违法主体.....823
一、治安违法主体的概念.....823
二、自然人的治安责任年龄.....823
三、治安责任能力.....823
第五节　治安违法行为的主观方面.....824
一、治安违法行为主观方面的概念.....824
二、故意实施的违反治安管理行为.....824
三、过失实施的违反治安管理行为.....824
四、正确区分违反治安管理行为与意外事件、紧急避险和正当防卫的界限.....824
复习与思考题.....824
拓展阅读书目.....824

第七章　扰乱公共秩序的行为.....825
第一节　概　述.....825
第二节　扰乱公共秩序的行为.....825
一、扰乱机关、团体、企事业单位秩序的行为.....825
二、扰乱公共场所秩序的行为.....825
三、扰乱公共交通工具上的秩序的行为.....825
四、流氓行为.....825
五、造谣惑众、煽动闹事的行为.....825
六、谎报险情，制造混乱的行为.....825
七、拒绝、阻碍国家工作人员依法执行职务的行为.....826
第三节　妨害社会管理秩序的行为.....826
第四节　违反户口、居民身份证的管理行为.....826
第五节　必须严禁的妨害社会管理秩序的行为.....826
复习和思考题.....827
拓展阅读书目.....827
第八章　扰乱公共安全的行为.....828
第一节　概　述.....828
第二节　妨害公共安全行为.....828
第三节　违反消防管理的行为.....828
第四节　违反交通管理的行为.....828
复习和思考题.....829
拓展阅读书目.....829
第九章　侵犯人身权利、财产权利的行为.....830
第一节　概　述.....830
一、侵犯公民人身权利行为的概念及特点.....830
二、侵犯公民人身权利行为的种类.....830
第二节　侵犯他人身心健康的行为.....830
第三节　侵犯他人人身自由的行为.....830
第四节　侵犯他人人格权利的行为.....830
第五节　侵犯他人通讯自由权利的行为.....830
复习与思考题.....831
拓展阅读书目.....831
第十章　妨害社会管理的行为.....832
第一节　概　述.....832
第二节　妨害社会管理行为和处罚.....832
复习与思考题.....833
拓展阅读书目.....833
第十一章　治安处罚的种类和适用.....834
第一节　概　述.....834
第二节　治安处罚的种类.....834
复习与思考题.....834
拓展阅读书目.....834
第十二章　治安管理处罚的调查.....835

第一节　治安管理处罚案件的立案.....835
第二节　治安管理处罚案件的调查.....835
第三节　普通程序的基本步骤.....835
第四节　治安管理处罚案件的调查终结.....835
复习与思考题.....835
阅读拓展书目.....836
第十三章　治安管理处罚的决定.....837
第一节　治安决定权（裁决权）.....837
一、治安决定权的含义、特征.....837
二、治安决定权的种类.....837
三、治安决定权的主体.....837
第二节　治安决定程序（裁决程序）.....837
一、简易决定程序.....837
二、一般决定程序.....837
第三节　治安管理处罚决定书（裁决书）的送达.....838
复习和思考题.....838
拓展阅读书目.....838
第十四章　治安管理处罚的执行.....839
第一节　概　述.....839
一、治安管理处罚的概念.....839
二、治安管理处罚执行的依据.....839
第二节　治安管理处罚执行的防治与原则.....839
一、治安管理处罚执行的方式.....839
二、治安管理处罚执行的原则.....839
第三节　治安管理具体处罚种类的执行.....839
第四节　暂缓执行.....840
复习与思考题.....840
拓展阅读书目.....840
第十五章　执行监督.....841
第一节　概　述.....841
一、治安案件法律监督的含义、特征.....841
二、治安案件法律监督的原则.....841
三、治安案件法律监督机构的设置与职责.....841
四、治安案件执法监督的目的和作用.....841
第二节　治安案件的监督范围.....841
一、办案过程中的监督.....841
二、对发生法律效力的治安处罚的监督与纠正.....841
三、庭审判决和裁决前的执法监督与纠正.....841
第三节　监督与纠正的形式.....842
第四节　治安案件的赔偿责任.....842
复习与思考题.....842
阅读参考书目.....842

前　言

治安管理法学是以治安管理法律规范为其研究对象的科学，是法学百花园里的一朵新葩。

治安管理是国家为维护社会治安秩序，保障社会生活正常进行而依法组织的行政管理工作，是国家行政管理的重要组成部分，历来受到统治者的重视，并通过立法手段予以规范和保障。新中国成立以来，党和国家十分重视治安管理工作，制定了一系列的法律、法规，形成了较为完备的治安管理法律体系。同时，伴随着改革开放的深入发展，为了适应市场经济的转轨变型及引发的各种社会政治文化变化的需求，为了维护社会稳定，保障和谐社会的构建，针对社会治安状况、特点及取向，国家又适时调整了治安管理法律法规，以便更好惩罚严重的违反治安管理的行为，预防与控制犯罪，与刑法一起构成科学合理的防治违法犯罪的刑事制裁法律体系。1986 年 9 月 5 日第六届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国治安管理处罚条例》（1987 年 1 月 1 日起施行），1994 年 5 月 12 日根据第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议《关于修改<中华人民共和国治安管理处罚条例>的决定》修改了《中华人民共和国治安管理处罚条例》，2005 年 8 月 28 日，第十届全国人大常委会第十七次会议通过了《中华人民共和国治安管理处罚法》（2006 年 3 月 1 日起施行）。《中华人民共和国治安管理处罚法》（以下简称《治安管理处罚法》）是在系统总结《中华人民共和国治安管理处罚条例》（以下简称《治安管理处罚条例》）1987 年 1 月 1 日施行以来经验的基础上制定的，与原来的《治安管理处罚条例》相比，这部法律在指导思想上更强调维护社会治安工作要坚持综合治理的方针，实施治安处罚要坚持教育与处罚相结合的原则，要通过各种有效措施，化解社会矛盾，增进社会和谐，维护社会稳定。在具体内容上，这部法律的主要变化：一是对危害治安的行为作了进一步的补充和完善；二是适当提高了治安管理处罚的力度；三是细化了公安机关办理治安案件的程序；四是加强了对公安机关及其人民警察执法活动的监督。除对社会面治安管理法律规范的修改完善以外，对单位内部的治安保卫工作亦有相应的法律规定，如 2004 年 12 月施行的《企业事业单位内部治安保卫条例》。治安管理法是治安管理的基本法规，它的颁布、实施，对加强治安管理，保障社会稳定，完善防控违法犯罪综合治理刑事制裁体系，建设社会主义和谐社会，将发挥巨大的积极作用。

治安管理工作涉及到社会的方方面面，关系到公民的切身利益，因此现行法律、法规亦有许多学研究的必要。在新世纪新时代，我国正处于社会转型的关键时刻，既是改革发展、构建和谐社会的机遇制，也是各种违反治安管理行为和犯罪的高发期，更是国家安危、社会进步的危险期，因而治安管理法规如何适应新形势的要求与变化，则有更多值得研究与思考的问题。

出于治安管理的法制建设需要，考虑到治安管理法与刑法的衔接和罪与非罪的认定及处理的客观要求，出于法律研究人员的使命感、责任感，早在 1989 年，我校魏平雄教授就建议并着手开展了治安管理法学的理论研究与学科建设，1990 年应国务院军队转业干部安置工作小组办公室之邀，主编了《治安管理法学》一书，由中国劳动出版社出版发行。同年底，中国政法大学教务处将治安管理法学列为法律系本科生的选修课程，深受学生的欢迎。1995 年，王顺安教授在中国政法大学研究生院，给刑法专业的研究生首开治安管理法学新课。在数载治安管理法学教学实践的基础上，1997 年重新组织中国政法大学的专家、教授，以及公安部治安局、法制局的有关负责同志，撰写了《中国治安管理法学》一书，由人民法院出版社出版发行。基于中国政法大学在新世纪创新世界一流法学院校的战略考虑，以及培养高素质、综合性人才的教学研究目的，王顺安教授重新组织治安管理法学的本科生教学，这也是本教学大纲编写的动机与目的。

《治安管理法学》原定为 4 编，26 章，第一编为“基础理论”，共 6 章；第二编为“治安管理”，共 7 章；第三编为“治安违法”，共 7 章；第四编为“治安处罚”，共 6 章。考虑到本科生教学的实际情况，以及 36 学时的限制，同时顾及到行政管理和公安业务的教学内容，删掉第二编，

突出违反治安管理行为与处罚的研究，围绕着《治安管理处罚法》展开知识点的学习，以强化与刑法的联系与区别。

《治安管理法学》的内容，分为 3 编，共 12 章。第一编为“基础理论”，共 4 章，第一章为“治安管理法学概述”、“治安管理法的历史发展”、“治安管理法律的基本原则”、“治安管理法律制度”；第二编为“治安违法”，共 5 章，第五章为“治安违法行为”；第六章为“扰乱公共秩序行为”；第七章为“妨害公共安全的行为”；第八章为“侵犯人身权利、财产权利的行为”；第九章为“妨害社会管理的行为”。第三编为“治安处罚”，共 3 章，第十章为“治安处罚的种类和适用”；第十一章为“治安处罚程序”；第十二章为“执法监督”。尽管本大纲将原教材的 26 章压缩为 12 章，但仍然涉及到治安管理法规的所有方面，不仅从理论上论述了治安管理法规的基本内容，而且从实践上阐述了治安管理法律制度的工作范围；不仅分析了违反治安管理行为，而且研讨了对违反治安管理行为的处罚种类、措施、程序及监督，具有一定的理论研究与实际价值。

《治安管理法学》总日次及学时安排

第一编　基础理论（共 12 学时）
第一章　治安管理法学概述（3 学时）
第二章　治安管理法的历史发展（3 学时）
第三章　治安管理法学的指导思想、基本原则和研究方法（3 学时）
第四章　治安管理法律制度（3 学时）

第二编　治安违法（共 12 学时）
第五章　治安违法行为（2 学时）
第六章　治安违法行为构成（2 学时）
第七章　扰乱公共秩序的行为（2 学时）
第八章　扰乱公共安全的行为（2 学时）
第九章　侵犯人身权利、财产权利的行为（2 学时）
第十章　妨害社会管理的行为（2 学时）

第三编　治安处罚（共 12 学时）
第十一章　治安处罚的种类和适用（2 学时）
第十二章　治安管理处罚的调查（2 学时）
第十三章　治安管理处罚的决定（2 学时）
第十四章　治安管理处罚的执行（2 学时）
第十五章　执法监督（2 学时）

第一章　治安管理法学概述

教学目的与要求：

1．掌握治安管理法学的基本概念；

2．学习与研讨治安管理法学的研究对象、学科性质及地位；

3．要求与刑法学、劳动教养学相比较与区别。

学时分配：

全章共 3 学时。

第一节　治安管理法学基本概念

一、治安

（一）“治安”的词源学上考察

治安这个概念从词源上考察，最早记载于《易·系辞下》。文中指出：“皇帝尧舜垂衣裳而天下治。”“君子安而不忘危。”将“治”和“安”连起来作为一个概念使用，最早见于西汉时期贾宜著的《治安策》。其稍后时期，司马迁在他的《史记》中也记载道：“古道殷周有国，治安皆千余岁。”其含义是指政治清明，国家和社会安定，即长治久安。这是中国古代对治安含义的最广泛意义上的解释。

（二）狭义和广义的治安含义

1．狭义的治安

狭义的治安是指一般所说的社会治安，即指由国家通过治安行政管理职能机构依法建立起来的一种符合统治阶级意志和利益的社会秩序。

2．广义的治安

广义的治安，是衡量一个社会或国家的政治、经济、文化、教育等方面的发展状况和民主法制建设的状况，是国家民族风貌的一面镜子或尺子。

（三）社会治安既是法律概念，又是政治概念

从社会治安的内容和含义来看，社会治安既是一个法律概念，又是一个政治概念，两者的关系极为密切。

二、治安管理

（一）治安管理的含义

治安管理，是国家为维护社会治安秩序而依法组织的行政管理工作，它是国家行政管理的重要部分。具体说，它是由国家公安警察机关为维护反映统治阶级意志的社会秩序，以保障社会生活正常进行而依法从事的公开行政管理行为。

（二）治安管理的分类

1．户口管理；

2．居民身份证管理；

3．旅店等特种行业的管理；

4．公共秩序管理；

5．消防管理；

6．危险物品管理；

7．道路交通管理；

8．网络管理；

9．边防管理。

（三）治安管理的特征

1．治安管理是维护国家政权的重要手段；

2．治安管理是国家行政管理的重要组成部分；

3．治安管理是由国家公安机关实施的一项专门职能；

4．治安管理是依法进行的公开行政管理

5．治安管理具有广泛性和长期性。

三、治安管理法

（一）治安管理法的含义

治安管理法是调整治安行政管理关系的法律规范的总称。

（二）治安管理法的分类

1．治安管理的基本法规

治安管理基本法是由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的治安管理法律规范。

2．治安管理的非基本法

在治安管理法中有一部分法规是由国务院制定的，一部分是由公安部或公安部会同有关部门制定经国务院批准的。

3．治安管理的地方管理法规

这是指由省、直辖市的人民代表大会及其常务委员会，自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大市的人民代表大会及其常务委员会，在不与宪法和法律相抵触的前提下，所制定的治安管理法规。

（三）治安管理法律关系

1．治安管理法律关系的含义

治安管理法律关系是由治安管理法律规范所确认和保障的，是调整公安机关在实施治安管理过程中同其它机关、团体和公民之间发生的各种权利义务关系的总和。

2．治安管理法律关系的要素

（1）主体

治安管理法律关系的主体，是指治安管理法律关系的当事人，即指治安管理法权力、义务的承担着。

（2）内容

治安管理法上的权利和义务是指治安管理法所确认并加以保护的权利和义务。

公民在治安管理法律关系上的主要权利有：人身自由权、平等权、参加治安管理权、请求权、举报权、控告权、申诉权、提起诉讼权（治安管理起诉）等等。

公民在治安管理法律关系上的主要义务有：遵守宪法和治安管理法律规范，服从治安行政命令、协助治安行政管理、举证、维护社会治安等等。

（3）客体

治安管理法律关系的客体是指治安行政法律关系的权利、义务所指向的事物或对象。

3．治安管理法律关系的特点

（1）治安管理职权的确认是治安行政法律关系存在的前提；

（2）法律关系的不对等性；

（3）治安管理法律关系的当事人权利义务的法定性和相对性特点。

四、治安管理法学

（一）治安管理法学的含义

治安管理法学，是以治安管理法和治安管理实践为研究对象的法律科学。

（二）治安管理法学的特点

1．治安管理法与治安管理实践相结合；

2．治安管理法的实体内容和程序内容相结合；

第二节　治安管理法的性质、任务及适用范围

一、性质

行政法是调整行政关系的法律规范。而行政关系又可分为经济行政关系，政治行政关系，文化行政关系等等。上述三种关系中的政治行政关系又包括公安、民政、外交、军事等不同的行政关系。治安管理法规调整的是治安管理中形成的治安行政关系。所有这些治安行政关系均属于公安行政关系，属行政法调整的对象。因此，治安管理法规的性质属于行政法律部门。

二、任务

（一）维护社会秩序

（二）保障公共安全

（三）保护公民的人身权利

（四）保护公共财产

三、适用范围

（一）空间效力范围

（二）人的效力范围

（三）时间效力范围

四、治安管理法与违警罚法、保安处分法的联系与区别

第三节　治安管理法学的研究对象、学科性质

一、研究对象

（一）研究治安管理法的调整对象

1．社会管理秩序的管理关系；

2．公共安全管理关系；

3．人身安全管理关系

4．财产安全管理关系

（二）研究治安管理法的调整方法

1．治安管理法规定了奖励、教育和治安处罚相结合的方法；

2．治安管理法规定了追究治安责任与损害赔偿责任相结合的方法

（三）研究治安违法与处罚

1．治安违法现象

（1）治安违法状况，指治安违法现象的基本数量、类型、危害程度、时间、地区、治安违法构成的主体状况等等；

（2）治安违法特点，指治安违法行为的类型和手段的共同特征，以及治安违法主体在人身上所具有的共同特征；

（3）治安违法的规律，指在一定条件下，治安违法案件的升降、涨落、变化和发展的一般趋势或倾向，即治安违法行为的流量、流向的一般运动过程。

2．治安处罚

（1）治安处罚体系；

（2）治安处罚原则和情节；

（3）治安处罚的裁量；

（4）治安处罚的裁决和执行；

（5）治安申诉与诉讼。

二、学科性质

治安管理法学属于法学的范畴，是一种理论形态，是关于治安管理法的科学，他研究治安管理法的制定、执行和遵守，研究治安管理法的基本原则、本质、内容和形式，研究人们对治安管理法的观点、学说和理论。

治安管理法学属于行政法学，又属于防治犯罪科学体系中仅次于刑法学的预防犯罪法学。

第四节　治安管理法学与相邻学科的关系

一、治安管理法学与行政法学的关系

在法学中，治安管理法学与行政法学有着最为紧密的关系。行政法学是以行政法律规范及其产生、变化的规律为研究对象的科学。它是以行政法律规范为根据的；治安管理法学是以治安管理法律规范和治安管理活动为研究对象的科学，它隶属于行政法学体系，是行政法学学科群中的一名新成员，它的创立丰富了行政法学的内容。行政法学中有关性质关系、行政主体、行政法律关系，以及行政违法与行政责任等方面的理论、原则均对治安管理法学有指导意义。

二、治安管理法学与行政诉讼法学的关系

行政诉讼法学是对行政诉讼法和诉讼活动的规律作为研究对象的科学。行政诉讼法是关于审判行政案件的程序制度的法律规范，它调整有关司法机关和案件当事人及其他诉讼参与人在行政诉讼活动中的权利义务关系。行政诉讼法学为行政诉讼活动提供理论依据。行政诉讼法学中关于治安行政诉讼部分同治安管理法学相交叉。行政诉讼所研究的诉讼原则、证据、行政侵权的损害赔偿责任均对治安管理法学中的治安行政诉讼部分有指导作用。

三、治安管理法学与治安管理学的关系

治安管理学是以治安管理活动作为自己的研究对象的科学。它是对治安管理活动的原则、任务、范围、制度等方面的理论概括，是公安行政学的重要分支学科。治安管理法学是以治安管理法规范和治安管理实践为研究对象的科学。治安管理法学中研究治安管理主体和管理制度虽同治安管理学相交叉，但它的内涵、外延比治安管理学要丰富的多，广泛的多。两门学科虽然联系紧密，但是两者的内容和侧重明显不同。治安管理法学属于法学范畴；治安管理学则归于行政管理学。

四、治安管法学与刑法学的关系

刑法学是刑事法律以及犯罪和刑罚为研究对象的科学；治安管理法学是以治安管理法律规范和治安管理实践为对象的科学。前者属于刑事法学；后者属于行政法学。两学科之间的联系表现在：1．治安违法行为与犯罪行为侵犯的一般客体基本是相同的；2．刑法学中的犯罪构成理论对治安管理法学中研究治安违法行为的构成要件有一定的指导作用。

复习与思考

1．治安管理的含义及特征？
2．治安管理法学的概念与特点？
3．治安管理法律关系的特点？
4．治安管理法学的研究对象、学科性质及地位。
5．治安管理法学与刑法学的关系？

拓展阅读书目

1．魏平雄主编：《治安管理法学》，中国劳动出版社 1990 年版。
2．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版。
3．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版。

第二章　治安管理法学的指导思想、基本原则和研究方法

教学目的与要求：
1．了解治安管理法学的指导思想；
2．掌握治安管理法学的指导思想；
3．学习与研究治安管理法学的基本原则；
4．掌握治安管理法学的基本研究方法。
学时分配：
全章共 3 学时。

第一节　治安管理法学的指导思想

一、关于建立革命秩序的理论
二、关于依靠人民群众的理论
三、关于实事求是，调查研究的理论

第二节　治安管理法学的基本原则

一、治安管理法的基本原则确立的根据与意义

二、治安管理法的基本原则

（一）依法管理、从严管理、科学管理和文明管理原则
（二）专门机关与群众相结合的原则
（三）坚持教育与处罚相结合的原则
（四）调解的原则
（五）维护社会秩序的原则
（六）保障公共安全的原则
（七）保护公民合法权益的原则
（八）预防违法犯罪的原则
（九）服务于社会主义现代化建设的原则
（十）构建可持续发展的和谐社会的原则

第三节　治安管理法学的研究方法

一、理论联系实际的方法
二、社会调查的方法
三、历史比较的方法
四、横向比较的方法
五、数理统计的方法

复习与思考题

1．试论治安管理法学的指导思想？
2．治安管理法的基本原则确立的根据和意义？
3．治安管理法的基本原则？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版。
2．王玉明主编：《毛泽东法律思想库》，中国政法大学出版社 1993 年版。

第三章　治安管理法的历史发展

教学目的与要求：

1．了解我国近代半殖民地半封建社会的治安法规及特点；

2．了解新民主主义时期人民民主政权的治安管理法规；

3．了解新中国治安管理法规建设的发展；

4．了解国外治安管理法律的情况。

学时分配：全章共 3 学时。

第一节　中国近代半殖民地半封建社会的治安管理法规

一、清末的治安管理法规

1908 年，清政府制定了近代中国第一部具有发电性质的治安管理法规《大清违警律》（简称《违警律》）。

二、北洋政府的治安管理法规

三、国民党政府的治安管理法规

第二节　新民主主义时期人民民主政权的治安管理法规

一、第二次国内革命战争时期的治安管理法规

二、抗日战争时期的治安管理法规

三、第三次国内革命战争时期的治安管理法规

第三节　新中国治安管理法制建设的发展

一、新中国成立初期的治安管理法制建设

二、社会主义革命和社会主义建设时期治安法制建设的发展

三、改革开放时期，治安法制建设进一步完善

复习与思考题

1．1908 年清政府制定与颁布的近代中国第一部《大清违警律》的基本内容及意义；

2．1928 年国民党政府制定和颁布的《违警罚法》的基本内容及特点；

3．2006 年 3 月 1 日施行的《治安管理处罚法》的亮点、特点；

4．新的治安管理处罚法规的联系与区别。

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；

2．万川主编：《中国警察史》，文物出版社 2006 年版；

3．戴鸿映：《旧中国治安法规选编》，群众出版社 1985 年版；

4．北京大学法律系国外法学研究室、群众出版社公安业务图书编辑室编：《外国警察法规选编》，群众出版社 1987 年版；

5．赵永琛编著：《国际形势警察组织——理论与实践》，中国人民公安大学出版社 1989 年版；

6．中国人民警察简史编写组编：《中国人民警察简史》，警官教育出版社 1989 年版；

7．唐松波等编译：《世界警察大全》，警官教育出版社 1992 年版；

8．张京著：《法国治安管理概览》，群众出版社 1994 年版。

第四章　治安管理法律制度

教学目的与要求：

1．了解治安管理法律制度的基本常识；

2．学习与掌握公共秩序管理法律制度；

3．学习与掌握户口、居民身份证管理的法律制度；

4．学习与掌握道路交通管理法律制度；

5．学习与掌握企业事业单位内部治安保卫法律制度。

学时分配：全章共 3 学时。

第一节　公共秩序管理法律制度

一、概述

（一）公共秩序

公共秩序，是指人们在阶级社会的公共生活中，为维护公共事业和集体利益而必须遵守的由统治阶级所确认的共同行为规范。

（二）公共秩序管理

公共秩序管理，是指公安机关的治安部门，依照法律和治安行政法规，为维护社会秩序、保障公共安全的一项治安行政管理。

（三）公共秩序管理的范围、任务

1．公共秩序管理的范围；

（1）公共场所秩序管理；

（2）对扰乱公共秩序和妨害公共安全等行为的管理。

2．公共秩序管理的任务

（1）对公共场所秩序的管理；

（2）查禁和取缔严重破坏公共秩序的社会丑恶现象，加强对社会风化问题的管理；

（3）对具有扰乱或妨害社会公共秩序的人员进行管理。

（四）公共秩序管理的目的和意义

1．目的：

公共秩序管理的根本目的，就是创造一个有利于广大社会成员公共的生活、工作和政治、经济、文化活动正常进行的秩序环境，为社会主义现代化建设服务。

2．意义：

（1）能够保障社会政治、经济、文化、教育、生活等诸方面的正常秩序，促进社会的向前发展；

（2）有助于提高人们的精神素质，树立良好的社会风尚，推动社会主义精神文明建设的发展；

（3）有利于缓解、消除各种社会矛盾、冲突及纠纷，预防治安问题的发生，减少和阻碍违法犯罪的发生、恶化，保障人民群众的合法权益；

（4）有利于维护党和国家的政治声誉。

（五）公共秩序管理的新举措

1．实行了该管的要严管、管住，该放的要放开，寓管理于服务之中的原则；

2．加强了保安服务业的建设，使保安服务业在社会公共秩序管理的服务领域进一步拓宽，服

务质量不断提高，在社会安全防范中的作用日益加强；

3．建立和完善了城市民警巡逻体制。

二、公共场所的管理

（一）公共场所管理的含义

公共场所，是指任何社会成员都可以自由往来、停留、涉足，进行各种共同性活动的场所。

公共场所的管理，是指公安机关依照有关治安管理法规，建立的对公共复杂场所的监督、控制和防范制度。

（二）公共场所管理的意义

严密公共场所的管理，建立有效的监督、控制与防范制度，不仅关系到人们的日常生活和生命财产的安全，而且还可以反映我国精神文明的水准和国家、民族的精神风貌。

（三）几个主要公共场所的特点

1．车站、码头等公共场所的特点；

2．公共文娱、体育场所的特点；

3．公园、风景游览区；

4．商场、集贸市场的特点

（四）公共场所管理的基本职责范围

（五）公共场所管理的基本方法与制度

1．依靠有关单位的党政领导，充分发挥群众，广泛实行公共安全的宣传教育制度；

2．建立治安联防，实施巡逻堵卡制度；

3．坚持安全大检查制度；

4．推行治安保卫责任制，建立治保会或治保组织；

5．建立、健全公共场所治安管理机构；

6．发布带有强制性的通告、布告，加强依法管理。

三、对社会风化的管理

（一）查禁和取缔封建迷信活动

1．封建迷信活动的概念

封建迷信活动，是指维护和宣传封建主义思想，用信仰神仙鬼怪类麻醉人们的灵魂，使人不问事实的真伪是非，妄信入迷，任其摆布的行为及思想活动。

2．封建迷信活动的危害

封建迷信活动是一种反科学的荒诞行为。它的危害主要是麻醉人们的思想，破坏人们的正常生活，使部分热衷于迷信的人上当受骗，从而扰乱了社会治安秩序。

3．对封建迷信活动的管理惩处措施

做好对群众的宣传教育工作；

劝阻和制止群众性的迷信活动；

依法取缔封建迷信活动；

对违法犯罪的巫婆、神汉要依法惩处。

（二）查禁和取缔卖淫、嫖宿

1．卖淫、嫖宿的概念

卖淫，是指以自己的肉体供人取乐而换取金钱或某种代价的行为。

嫖宿，是指付出一定数量的财物以换取与卖淫妇女发生性关系的行为。

卖淫与嫖宿暗娼，二者互为前提，缺一不可。

2．卖淫、嫖宿的危害

（1）卖淫活动的出现，败坏了社会道德风尚，腐蚀了人们的思想；

（2）带来艾滋病和其他性病的蔓延，危害了社会秩序的安定；

（3）产生和诱发凶杀、抢劫、强奸等严重刑事犯罪活动的温床；

（4）损害了国家和民族的荣誉；

（5）严重损害了部分年轻妇女的身心健康，危害了下一代的人口素质，进而影响了整个社会，危及到人民民主政权的巩固。

3．对卖淫妇女的管理惩戒措施

（1）各级党政机关要高度重视，统一部署查禁工作；

（2）加强思想教育，提高人们抵制淫乱思想和腐朽生活方式的能力；

（3）广泛深入宣传《关于严禁卖淫嫖娼的决定》；

（4）继续组织开展打击取缔卖淫嫖娼活动的专项斗争；

（5）加强旅店等公共场所的管理；

（6）建立健全收容教育制度；

4．对卖淫嫖娼人员收容教育的法律规定

（1）收容教育的性质和方针；

收容教育是指对卖淫、嫖娼人员集中进行法律教育和道德教育、组织参加生产劳动以及进行性病检查、治疗的行政强制教育措施。

收容教育工作实行教育、感化、挽救的方针。

（2）收容教育的对象；

对卖淫嫖娼人员进行处罚，尚不够实行劳动教养的，可以由公安机关决定收容教育。

（3）收容教育的主管机关及审批程序；

收容教育工作由公安部主管。

被收容教育人员可以向上一级公安机关申请复议，对上一级公安机关的复议决定不服的，可以向人民法院提起诉讼。

（4）收容教育的期限与管理办法；

收容教育的期限为 6 个月——2 年。

（5）对被收容教育人员的教育与劳动

（6）对被收容教育人员的奖惩。

（三）查禁、取缔赌博

1．赌博的概念

赌博，是指以财物为堵注，采用某种工具或方式比输赢的行为。赌博一般是由 2 人以上，有一定的赌具，并有某些财物作为堵注，才能构成。

2．赌博的危害

读博士剥削阶级不劳而获的寄生思想和腐朽生活方式的一种表现。其危害表现在腐蚀人们的思想，败坏社会风尚，影响家庭和睦，诱发、导致某些刑事犯罪发生。因此，给社会公共秩序和公共安全造成了极大的危害。

3．对赌博行为的管理惩处措施

（1）开展广泛的禁止赌博宣传教育和法制教育；

（2）大力开展正当的文化娱乐活动；

（3）加强单位内部、旅店业和其他社会面的管理控制；

（4）依法惩处赌博的行为人。

4．对台球、电子游戏机娱乐活动中出现的赌博现象的取缔措施

（1）凡买币使用电子游戏机者，游戏中奖可继续上机游戏，不准退币或兑换现钞；

（2）严禁利用台球、电子游戏机进行赌博活动。

（四）查禁和取缔毒品的种植、贩卖与吸食

1．违禁毒品的概念

违禁毒品，是指国家严禁种植、制造、贩毒，而被违法犯罪人员在黑市上交易或非法种植以供自用的非法毒品。

2．违禁毒品的范围

3．违禁毒品的危害

（1）对吸毒者个人而言，吸毒上瘾以后，无论在精神及身体上都会完全被毒瘾所控制与操纵，任其发展会什么事都可以干得出来，甚至酿起多种犯罪，造成倾家荡产、家破人亡的惨局；

（2）对国家和民族的利益而言，吸毒会使人思想颓废、意志消沉、损害健康，影响生活与工作，危害下一代。

3．对种植、贩卖和吸食毒品的管理惩处措施

（1）宣传国家有关严禁烟毒的法令，加强禁毒、缉毒的思想教育；

（2）发动群众搞好“三禁止”、“三监督”工作；

（3）加强医用毒品的管理；

（4）加强走私贩毒的查缉工作，严厉打击贩毒罪犯；

（5）加强禁吸戒毒的工作；

（6）坚决查处、铲除非法种植的毒品原植物；

（7）健全禁毒机构，充实禁毒力量；

（8）加强禁毒工作的国际间合作。

（五）查禁和取缔淫秽物品

1．淫秽物品的概念

淫秽物品，是指直接描写或具体表现性行为的书、画、录音录像制品以及淫药、淫具等物品。

2．淫秽物品的范围

3．淫秽物品的危害

（1）严重毒害着干部、群众职工队伍，特别是青少年的思想，起着诱发犯罪的作用。

（2）严重影响了社会治安，败坏了社会风气，污染了精神生活，妨害了社会主义改革事业的顺利进行。

4．对淫秽物品查禁管理和惩处的措施

（1）做好查禁和取缔淫秽物品的宣传教育；

（2）加强对淫秽物品的管理；

（3）加强海关查禁工作，将“黄源”堵在国门外；

（4）做好轻微违法人员的思想教育工作；

（5）依法打击利用淫秽物品进行违法犯罪活动的人员。

四、对妨碍公共秩序人员的管理

（一）妨碍公共秩序人员的含义及范围

1．含义：

妨碍公共秩序人员，是指某些行为方式已经妨碍了公共秩序，给社会造成了一定的不良影响，并有可能发展成为危害公共秩序和安全的人员。

2．范围：

流浪乞讨人员或以上访为名滞留城市的人员；

因家庭无力看管或管束不严以及被亲属遗弃的精神病人、呆傻人员；

违反规定沿街卖艺的人员等等。

（二）对妨碍公共秩序人员管理的目的

1．消除不安定因素；

2．有利于改善市容观瞻，维护国家民族形象；

3．防范和打击违法犯罪活动。

（三）对流浪乞讨人员的管理

1．流浪乞讨人员的范围

（1）家居农村流入城市乞讨的；

（2）城市居民中流浪街头乞讨的；

（3）其他露宿街头生活无着的（逃学、涮夜的在校中小学生）。

2．流浪乞讨人员的危害

除了影响市容观瞻、妨碍公共秩序外，还常常进行扒窃等违法犯罪活动，危害治安秩序。此外，流浪乞讨人员常藏污纳垢，结成帮伙、彼此间为争夺地盘，相互倾轧殴斗。

3．对流浪乞讨人员的管理措施

（1）加强日常清理工作。

（2）加强审查教管工作；

（3）及时准确处置；

（四）对精神病患者的管理

1．精神病患者的范围

精神病，是由于人体内外原因引起的严重的精神障碍性疾病。包括：精神分裂症、偏执性精神病；严重的智能欠缺，或精神发育不全达到中度（痴愚）或者更为严重程度（如白痴）；“精神病等位状态”等。

2．精神病患者的危害

3．对精神病患者的管理处置措施

第二节　户口、居民身份证管理的法律制度

一、概述

（一）户口管理的含义及历史发展

户口，是住户和人口的总称。

户口管理，就是户口管理机关依照国家颁布的户口管理法规，对住户和人口实施登记和管理工作。

（二）实行户口管理的意义

1．维护社会秩序；

2．保证公民身份，保护公民的权利和利益；

3．服务于社会主义建设。

（三）居民身份证管理的含义及发展状况

居民身份证管理，是指公安专门机关为适应对外开放，对内搞活经济的需要，依法对居民实行发放、查验身份证的工作制度和措施。

（四）实行居民身份证管理的意义

1．实行居民身份证为证明公民身份、查验流动人口、加强暂住人口管理、限制流窜犯罪活动、

审查那些不讲真实姓名和住址的违法犯罪人员等工作提供了更为便利的制度和有效的方法；

2．实行居民身份证制度对促进我国社会治安的根本好转，方便人民群众，维护公民的合法权益，加快现代化建设的步伐，都具有十分深远的意义。

二、户口管理

（一）户口管理的类别、措施与方法

1．城镇户口管理；2．农村户口管理；3．集体户口管理；4．船舶人口管理；5．临时户口管理；6．寄住户口管理。

（二）户口登记管理制度

1．户口登记的范围和登记机关

（1）范围；（2）登记机关

2．立户标准

3．户口申报登记的主要事项

（1）常住人口登记；（2）暂（寄）住人口登记；（3）出生登记；（4）死亡登记；（5）迁出登记；（6）迁入登记；（7）变更更正登记；

（三）户口管理的经常业务

1．户口迁移

（1）户口迁移的概念；（2）户口迁移的总政策；（3）自理口粮的迁移；

2．户口调查

（1）户口调查的概念；（2）户口调查的基本内容；（3）户口调查的重点；（4）户口调查的基本方法；

3．重点人口管理

（1）重点人口管理的概念；（2）重点人口管理的范围；（3）重点人口管理的方法；（4）重点人口管理制度；

4．户口档案

（1）户口档案的概念；（2）户口档案的分类立卷；（3）户口档案的立卷要求；（4）户口档案的管理方法；（5）户口档案的管理制度

5．人口卡片

（1）人口卡片的概念；（2）人口卡片的基本作用；（3）人口卡片的管理

6．人口统计

（1）人口统计的概念；（2）人口统计的分类；（3）人口统计工作需要注意的几个环节；

（四）户口管理工作的现代化

三、居民身份证管理

（1）居民身份证的证件式样；（2）居民身份证的印制；（3）居民身份证的签发；

（一）居民身份证的种类、编号

1．居民身份证的种类：可分为：10 年、20 年、长期三种。

2．居民身份证的编号：由 18 位阿拉伯数字组成。数码排列为：行政区划代码、出生年月日码、分配顺序码。顺序码的奇数分配给男性公民，偶数分配给女性公民。百岁以上老人的特定编号为“999、998、997、996”四个顺序号。

（二）居民身份证的申领制度

1．居民身份证的申领范围

（1）居住在中华人民共和国境内的年满 16 周岁的中国公民应当按照条例的规定，申请领取居

民身份证；

（2）回国定居的华侨，回内地定居的香港、澳门同胞，回大陆定居的台湾同胞，年满16周岁的，在办理户籍登记手续的同时申请领取居民身份证；

（3）在中国境内定居的外国人和无国籍人被批准加入中国国籍，年满16周岁的，在办理户籍登记手续的同时，申请领取居民身份证；

（4）被判处拘役、有期徒刑以上刑罚的人和被劳动教养的人以及被羁押的人，没有领取居民身份证的，在被释放或者解除劳动教养以后，应当申领居民身份证；

（5）被判处管制或独立适用刑罚附加刑的人，以及被判处拘役、有期徒刑宣告缓刑的人，也可以申领居民身份证。

2．申领居民身份证的手续

（三）居民身份证的换领和补领制度

1．居民身份证的换领；2．居民身份证的补领

（四）居民身份证申领、换领和补领的费用规定

（五）居民身份证的交回、收回和收缴制度

1．居民身份证的交回；2．居民身份证的收回；3．居民身份证的收缴；

（六）居民身份证的使用和查验制度

1．居民身份证的使用；2．居民身份证的查验；

四、临时身份证管理

（一）临时身份证的样式、内容及制作

1．临时身份证的样式；2．临时身份证的内容；3．临时身份证的制作；

（二）临时身份证的申领范围、办法与手续

1．临时身份证的申领范围；2．临时身份证的申领办法；3．临时身份证的申领手续；

（三）临时身份证的换领和补领

（四）临时身份证的交回和收缴

（五）申领、换领和补领临时身份证的费用

（六）持有临时身份证的公民所享受的权利与义务

（七）违反临时身份证管理规定的法律责任

第三节　道路交通管理法律制度

一、概述

（一）交通管理

交通，是指人和物的往来、通达与移动。

交通管理，即对交通活动的控制、指挥与协调等诸项行政管理工作。

（二）道路交通管理

道路交通管理，是指公安机关依据国家有关交通管理的法律、法规，对交通秩序与安全予以控制、调节、疏导与保障的各项职能活动的总称。

（三）道路交通管理的目的、意义

1．道路交通管理的目的

2．道路交通管理的意义

（1）保障交通运输的畅通，有利于社会主义经济建设发展；

（2）维护正常的交通秩序，有利于保障国家安定团结的政治局面，保障人民的生活和生命财

产的安全；

（3）保障良好的交通市容秩序，有利于维护党和国家的政治声誉。

二、道路及道路交通设施的管理

（一）道路的管理

1．道路的概念及种类

道路，是指公路、城市街道和胡同（里巷），以及公共广场，公共停车场等供车辆、行人通行的地方。

2．道路管理的法律规定

（二）道路交通设施的管理

1．道路交通设施管理的含义及种类

2．道路交通设施管理的法律规定

（1）交通信号的法律规定；（2）交通标志的法律规定；（3）交通标线的法律规定；

三、高速公路交通的管理

（一）禁止进入高速公路的行人与车辆的规定

（二）进入高速公路的车辆与乘车人的安全管理制度

1．车辆的时速要求；2．车辆的载货要求；3．车辆的载人要求

（三）高速公路上车辆的行驶要求

（四）高速公路上车辆出现故障和道路需要、养护时的安排管理规定

1．车辆出现故障时的安全管理规定；2．道路进行维修、养护时的安全管理制度；

（五）违反《高速公路交通管理暂行规则》的处罚

四、车辆及驾驶人员的管理

（一）车辆的管理

车辆管理，是指车辆管理机关根据国家有关法规的规定对车辆所进行的各项管理活动。

1．对机动车辆的管理制度

（1）车辆检验制度；（2）核发牌证制度；（3）车辆各项异动登记制度

2．对非机动车辆的管理制度

（1）核发牌证制度；（2）补发、换发牌证和异动登记制度；（3）年度检验制度

3．对车辆行驶及安全的法律规定

（1）车辆各行其道的规定；（2）车辆行驶速度的规定；（3）车辆夜间行驶的规定；（4）车辆喇叭鸣笛的规定；（5）车辆途经路口的规定；

（二）车辆驾驶人员的管理

1．对机动车驾驶人员的考核和管理的教育制度；2．实行驾驶员的审验制度；3．驾驶员异动登记制度；4．健全驾驶员的安全组织活动制度；5．驾驶员必须遵守的准则；

五、客运汽车、个体车辆交通安全管理制度

（一）客运汽车的交通安全管理

1．切实抓好交通运输企业和社会车辆单位交通安全责任制的落实；2．加强车辆安全检验，严禁带“病”车上路；3．要严格驾驶员的安全管理；4．要求强化路面管理，严格纠正和处理违章；

（二）个体车辆的交通安全管理

（三）关于驾驶和乘坐小型客车必须使用安全带的规定

1．车辆前排座位装备安全带；2．驾驶员和前排座乘车人使用安全带；3．对不装备、使用安全带者的处罚；

六、行人、乘车人的安全管理与宣传教育制度

（一）行人的安全管理制度
（二）乘车人的安全管理制度
（三）交通法规的宣传教育制度

第四节　消防管理法律制度

一、概述

（一）消防的含义及历史发展
消防，是预防和补救火灾的总称。“消防”一词从词源意义而言，是一外来词。
（二）消防管理的含义及意义
消防管理，是指人们依照某些原则、程序，通过计划、组织、决策、监督等组织以实现安全目标而有组织地、协调地进行活动的总和。
（三）消防管理的方针、任务
（四）消防监督管理的适用范围

二、消防组织

（一）消防组织的含义及功能
消防组织，是指根据《消防条例》等法律规范建立起来的专门从事火灾预防、火灾补救工作的机构。
消防组织具有四大功能：火灾预防、火灾补救、消防训练和消防宣传。
（二）消防组织的形式和内容
义务消防队（组）；专职消防队；公安消防队。

三、火灾预防和火灾扑救

（一）火灾预防
1．火灾预防的含义
火灾预防，是指公安消防机关为减少和避免火灾的危害，防止火灾发生于未然的专门性措施与工作。
2．火灾发生的原因
3．火灾预防的基本措施
（二）火灾补救
1．火灾扑救的含义
2．火灾扑救的任务
3．火灾扑救的基本要求

四、消防监督

（一）消防监督机构的设置及职权
（二）消防监督员的设置及其职责

（三）火灾隐患的监督查处

五、仓库、烟草行业与高层居民住宅防火安全管理制度

（一）仓库防火安全管理制度
（二）烟草行业防火安全管理制度
（三）烟草行业的防火检查制度
（四）高层居民住宅楼防火管理制度

六、火灾事故的调查与处理

（一）火警与火灾
（二）火灾事故的调查
（三）火灾事故的处理

第五节　特种行业管理的法律制度

一、概述

（一）特种行业管理的含义及其历史发展

特种行业，是指工商业和服务性行业中，所经营的业务内容和性质、物品、场所，容易被违法犯罪分子利用进行落脚、藏身、伪造证件和销售以及改装赃物等违法犯罪活动的行业。

（二）特种行业管理的范围
（三）特种行业管理的任务和原则
（四）特种行业管理的新举措

二、特种行业管理的基本制度

（一）审批制度
（二）安全责任制
（三）严密登记制度
（四）情况报告制度

三、各种行业具体的内部管理制度

（一）旅游业的管理制度
（二）信托寄卖业的管理制度
（三）收购生产性废旧金属行业的管理制度
（四）刻字业的管理制度
（五）印刷业的管理制度
（五）复印业的管理制度

四、特种行业的管理方法

（一）依靠工商、服务等有关业务、主管部门，做好特种行业的治安管理工作
（二）充分发挥特种行业内部管理制度的工作，建立和推行各种形式的安全岗位责任制
（三）加强特种行业内部的治安保卫委员会的建设，协助建立保安机构
（四）做好对行业职工的安全业务培训工作

（五）经常深入各个行业，加强安全监督检查
（六）建立、充实专门管理队伍
（七）运用科技设备，加强技术监控

第六节　危险物品管理的法律制度

一、概述

（一）危险物品的含义
危险物品，是指具有燃烧、爆炸、服饰、毒害、放射线等性质，在生产、销售、储存、运输、使用过程中、能引起人身伤亡、市国家和群众的财产受到损毁的物品，以及具有杀伤能力的枪支弹药、刀具等。
（二）危险物品的管理
（三）危险物品管理的范围
（四）危险物品管理方针、原则
（五）建立危险物品管理制度的意义

二、民用爆炸物品的安全管理

（一）民用爆炸物品安全管理的概念、范围
爆炸物品，是指凡受到摩查、撞击、震动、高温或其它因素的激发，能产生激烈的化学反应，并在极短时间内释放出大量的热能和气体，伴有光和声等效应的物品。
（二）对爆破器材的安全管理制度
（三）对烟花爆竹的安全管理制度
（四）对易燃、剧毒危险物品的安全管理制度
（五）对民用爆炸物品安全管理的新举措

三、枪支、弹药的安全管理

（一）枪支、弹药安全管理的概念、范围
枪支、弹药安全管理，是公安机关的治安管理部门依据法律规定对非军事系统的枪支、弹药的配置、保管及使用各环节的安全管理活动。
（二）枪支、弹药安全管理的目的和意义
（三）对枪支、弹药的安全管理制度
（四）外国人的枪支管理制度
（五）进出口枪支、弹药的管理制度
（六）射击运动枪支、弹药的管理
（七）收缴非法枪支、弹药管理的新规定

四、管制刀具的管理制度

（一）管制刀具的含义及其范围
管制刀具，是指依照公安部发布的《对部分刀具实行的暂行规定》而被列入管制的部分刀具。
（二）管制刀具的安全管理制度
（三）对少数民族刀具的特殊管理规定

第七节　出、入境管理法律制度

一、中国公民出、入境管理法律制度概述

（一）中国公民出、入境管理的概念

中国公民出、入境，是指中国公民出、入本国过境的行为。具体地说，是指中国公民经本国政府主管机关批准和前往国或地区的许可，持规定的有效证件和签证，通过对外开放或指定的口岸，从本国出境进入其他国家或地区，或者从其他国家或地区返回本国领土的行为。

（二）中国公民出、入境管理法律制度

二、中国公民出、入境管理

（一）中国公民出、入境管理

（二）中国公民因私事往来香港地区或澳门地区的管理

（三）台湾同胞入、出境管理

（四）入、出境控制

（五）证件管理

（六）处罚

三、外国人入境、出境管理

（一）概述

1．外国人入、出境管理的目的和管理范围

2．外国人入、出境主管机关及其工作人员的职责

3．外国人在中国的法律地位

（二）外国人入境、出境管理

（三）外国人居留、旅行管理

（四）外国人入境、出境的其他管理

（五）处罚

第八节　企业、事业单位内部治安保卫法律制度

一、概述

二、单位内部治安保卫工作方针和原则

三、县级以上人民政府对内保工作的职责要求

四、单位内部治安保卫工作的基本要求

五、内保制度的基本内容

六、内保人员的行为要求和职权范围

七、治安保卫单位的确定及基本要求

八、公安机关在内保工作中的职责

九、内保工作的法律责任

十、内保工作的表彰、奖励及待遇

复习与思考题

1．什么是公共场所的管理？
2．什么是对社会风化的管理？
3．户口管理的基本政策？
4．特种行业管理的法律制度的核心内容？
5．单位内部治安保卫工作的方针和原则？
6．公安机关在内保工作中的职责？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．“治安管理”编写组：《治安管理》，群众出版社 1989 年版；
3．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，群众出版社 2003 年版；
4．宋占生主编：《中国公安百科全书》，吉林人民出版社 1989 年版。

第五章　治安违法行为

教学目的与要求：

1．了解治安违法行为的含义及特征；

2．掌握违反治安管理行为与犯罪行为的联系与区别；

3．学习与分析现阶段我国治安违法现象及发展趋势。

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　违反治安管理行为概述

一、违反治安管理行为的概念

违反治安管理行为，是指扰乱社会秩序，妨害公共安全，侵犯公民人身权利，侵犯公私财产，情节轻微，尚不够刑事处罚，应当给予治安管理处罚的行为。

二、违法治安管理行为的特征

（一）具有一定的社会危害性

（二）具有治安违法性

（三）应收治安处罚性

第二节　违反治安管理行为与犯罪行为的联系与区别

一、违反治安管理行为与犯罪行为的区别

（一）行为的违法性质不同

（二）行为的社会危害程度及其情节轻重不同

（三）行为应受处罚的性质不同

二、违反治安管理行为与犯罪行为之间的联系

（一）两者的形成因素和过程是相互联系的

（二）二者之间存在一种互动性

（三）有的违反治安管理行为与犯罪行为之间没有不可逾越的鸿沟

第三节　治安违法行为的分类

治安违法行为的分类，就是按照一定标准，将各种各样的治安违法行为，划分为不同的治安违法类型。

一、扰乱社会秩序的行为

扰乱社会须知的行为，是指扰乱国家机关的正常管理秩序和妨害正常的社会秩序，情节轻微，尚不够刑事处罚的行为。

二、妨害公共安全的行为

妨害公共安全的行为，是指妨害多数人的生命健康或者给公私财产造成损失的违反治安管理行为。

三、侵犯他人人身的行为

侵犯他人人参行为，是指侵犯他人生命、健康、人身自由、名誉、人格等，尚不够刑事处罚的行为。

四、侵犯公私财物的行为

侵犯公私财物行为，是指故意低、非法地将公司财物据为己有或者故意损坏，情节轻微，尚不够刑事处罚的行为。

五、违反交通管理的行为

违反交通管理行为，是指违反《治安管理处罚条例》的有关规定或者违反有关交通法规，妨害交通秩序，影响交通通畅和威胁交通安全的行为。

六、违反消防管理的行为

违反消防管理行为，是指违反《治安管理处罚条例》或者违反有关消防管理法规，对火灾的预防和扑救等工作造成损失的行为。

七、违反户口或者居民身份证管理的行为

第四节　我国现阶段治安违法现象的基本状况

一、1981—1982 年我国社会治安状况出现了一个非正常时期
二、1985—1990 年治安案件明显上涨
三、1991—1994 年治安案件继续呈现上升趋势，并出现了一些新的特点

第五节　正确认识我国现阶段的治安形势

一、对现阶段社会治安形势的基本估价

二、改革开放与社会治安

（一）改革开放是稳定社会治安的根本措施
（二）改革开放给社会治安带来新的问题

三、衡量社会治安的指标体系

（一）刑事违法案件的发案数和增长幅度
（二）治安违法案件的发案数和增长幅度
（三）交通秩序的状况
（四）其他治安状况

（五）广大群众安全感的状况

复习与思考题

1．违反治安管理行为的科学含义？
2．违反治安管理行为与犯罪行为的联系与区别？
3．怎样对治安违法行为进行分类？
4．现阶段治安违法行为的状况、特点及规律？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．中国警察学会编：《二十一世纪世界警务发展战略》，中国人民公安大学出版社 1994 年版；
3．冯锁柱、邹铁力著：《重要战略机遇期治安论》，群众出版社 2004 年版；
4．金其高著：《社会治安学》，中国政法大学出版社 1992 年版。

第六章　治安违法行为构成

教学目的与要求：

1．了解治安违法行为构成的概念及特征

2．掌握治安违法行为的客体与犯罪客体的联系与区别

3．掌握治安违法行为的客观方面与犯罪客观方面的联系与区别

4．学习与研究治安违法主体的内容

5．认识与分析治安违法行为的主观方面

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　治安违法行为构成的概念

违反治安管理行为构成，就是依照治安管理法律的规定，确立某种行为构成违反治安管理行为就必须具备的一切客观和主观要件的有机统一。

第一，违反治安管理行为构成是一系列要件的有机统一体；

第二，任何一个违反治安管理行为，都可以用许多实事特征来表明，但并非每一个事实特征都是违反治安管理行为的构成要件，只有能够反映违反治安管理行为的社会危害性及其程度的事实特征，才是违反治安管理行为构成的要件。

第三，构成违反治安管理行为的诸要件，是因治安管理法规加以规定的。

第二节　治安违法行为的客体

一、治安违法行为客体的概念

治安违法行为客体，是指治安管理法规所保护而为治安违法行为所侵犯的社会关系。

二、治安违法行为客体的特征

（一）治安违法客体是一定的社会关系

（二）治安违法客体是我国治安管理法规所保护而为治安违法行为所侵犯的社会关系

三、治安违法客体的分类

（一）治安违法的共同客体

（二）治安违法的同类客体

（三）治安违法的直接客体

四、治安违法客体与治安违法现象的区别

五、研究治安违法客体的意义

第三节　治安违法行为的客观方面

一、治安违法行为的客观方面的概念

治安违法行为的客观方面，是指治安管理法规规定的，说明侵犯某种客体的行为的社会危害性的各种事实特征。

治安违法行为的客观方面的显著特征：

1．治安违法行为的客观要件是由治安管理法规规定的；

2．行为客观方面是同行为客体密切联系的，即客观方面与客体之间存在内在的联系性。

二、治安违法构成客观方面的必要要件和选择要件

三、治安违法行为

（一）作为

（二）不作为

四、治安违法行为的危害结果

第四节　治安违法主体

一、治安违法主体的概念

治安违法主体，是指具备治安责任年龄和责任能力，实施了违反治安管理行为并且依法应负治安责任的自然人和或是依法成立的法人和其他组织。

二、自然人的治安责任年龄

（一）违反治安管理行为时已满 18 周岁的人是完全负治安责任时期；

（二）违反治安管理行为时已满 14 周岁不满 18 周岁的人是从轻或限制治安责任时期；

（三）违反治安管理行为时不满 14 周岁的少年儿童是无治安责任能力时期。

三、治安责任能力

（一）治安责任能力的含义及其依据

治安责任能力，是指能够辨认和控制自己行为并对自己行为负责任的能力。

（二）影响治安责任能力的因素

1．影响责任能力的年龄因素；

2．影响治安责任能力的生理、心理因素。

（三）关于醉酒的人的治安责任能力的问题

第五节　治安违法行为的主观方面

一、治安违法行为主观方面的概念

治安违法行为的主观方面，是指支配治安违法行为的心理状态，即行为主体对其所实施的治安违法行为所持的故意、过失等心理状态。

二、故意实施的违反治安管理行为

三、过失实施的违反治安管理行为

四、正确区分违反治安管理行为与意外事件、紧急避险和正当防卫的界限

复习与思考题

1．治安违法行为构成与犯罪构成的异同？
2．治安违法行为客体和违法行为侵害对象的关系？
3．治安违法行为客观方面的内容？
4．治安违法主体与犯罪主体的联系与区别？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；
3．何秉松主编：《刑法教科书》，法制出版社 2006 年版；
4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版。

第七章　扰乱公共秩序的行为

教学目的与要求：
1．了解扰乱公共秩序行为的含义、特征
2．掌握扰乱公共秩序行为的具体内容
3．学习如何对扰乱公共秩序行为的处罚
学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

扰乱公共秩序的行为，就是指以各种方式实施妨害国家管理秩序，扰乱人民群众的正常生产、工作、学习、生活秩序，破坏社会秩序，情节轻微，尚未构成犯罪的行为。

第二节　扰乱公共秩序的行为

一、扰乱机关、团体、企事业单位秩序的行为

二、扰乱公共场所秩序的行为

（一）所侵害的客体是公共场所的正常秩序；
（二）情节轻微，尚不构成犯罪。

三、扰乱公共交通工具上的秩序的行为

（一）侵害客体是公共交通工具上的秩序，而不是一般交通工具上的秩序，也不是交通秩序；
（二）行为人在主观方面是故意；
（三）行为人的行为造成了公共交通工具秩序的混乱，妨碍了他人正常乘车、乘船，但没有造成他人的人身伤亡和公共交通工具的损毁等严重后果。

四、流氓行为

（一）侵害的客体是公共秩序；
（二）行为人在主观上有公然藐视国家法纪和社会公德的故意；
（三）客观方面主要表现为结伙斗殴，寻衅滋事，侮辱妇女以及其他流氓行为；
（四）情节轻微，尚不够刑事处罚。

五、造谣惑众、煽动闹事的行为

（一）主观上必须是企图以煽动为手段，达到引起公共秩序混乱的目的；
（二）客观上必须是实施了造谣惑众、煽动闹事的行为；
（三）只要行为人实施了上述行为，不管他人是否听信谎言，起来闹事，都不影响对本行为的认定。

六、谎报险情，制造混乱的行为

（一）行为人有谎报险情的故意，其目的是制造混乱；
（二）实施了向有关单位谎报险情的行为。

七、拒绝、阻碍国家工作人员依法执行职务的行为

（一）拒绝、阻碍行为的对象是依法执行职务的国家工作人员；

（二）拒绝、阻碍国家工作人员依法执行职务的对象必须是未使用暴力、威胁方法。

第三节　妨害社会管理秩序的行为

妨害社会管理秩序的行为，是指故意妨害国家机关对社会的管理活动和正常的社会秩序，情节轻微，尚不够刑事处罚的行为。

特征：故意妨害国家对社会管理的正常秩序。

一、窝藏、销毁、转移、购买赃物的行为

窝藏、销毁、转移、购买赃物的行为，是指明知是赃物而窝藏、销毁、转移和购买，情节轻微，尚不构成犯罪的行为。

二、倒卖票证的行为

倒卖票证的行为，是指行为人以贪图非法利益为目的，倒卖车票、船票、文艺演出或者体育比赛入场券及其他票证，情节轻微，尚不够刑事处罚的行为。

三、吸食、注射毒品的行为

四、利用会道门、封建迷信手段，扰乱社会秩序危害公共利益、损害他人身体健康或者骗取财物的行为

五、未经注册登记或者被撤销登记，仍以社团名义活动的行为

六、狱外罪犯或者被依法采取刑事强制措施的人违反有关监狱管理规定的行为

七、冒充国家工作人员招摇撞骗的行为

八、偷开他人机动车辆的行为

九、发现文物隐匿不报、不上交国家的行为

十、刻字业承制公章违反管理规定的行为

十一、污损文物、名胜古迹和损毁公共场所的雕塑的行为

十二、故意损毁、擅自移动路牌、交通标志的行为

十三、故意损毁公共设施的行为

十四、破坏草坪、花卉、树木的行为

十五、使用音响器材违反规定，影响周围居民工作或休息的行为

第四节　违反户口、居民身份证的管理行为

一、不按规定申报户口的行为和不按规定申领居民身份证的行为

二、假报户口行为和冒用他人户口证件、居民身份证的行为

三、故意涂改户口证件的行为

四、不按规定登记住宿旅客的行为

五、不按规定申报登记承租住宿人口的行为

第五节　必须严禁的妨害社会管理秩序的行为

一、卖淫、嫖宿暗娼的行为和介绍、容留卖淫、嫖宿暗娼的行为

二、违反政府规定种植罂粟等毒品原植物的行为

三、非法运输、买卖、存放、使用罂壳的行为

四、赌博行为和为赌博提供条件的行为

五、宣传、传播淫秽物品的行为

复习和思考题

1．扰乱公共秩序行为的含义？

2．什么是扰乱单位秩序行为？

3．什么是破坏选举秩序的行为？

4．什么是扰乱文化、体育等大型群众性活动秩序的行为？

5．寻衅滋事行为与寻衅滋事罪的联系与区别？

6．如何理解与掌握利用邪教活动、会道门、迷信活动以及冒用宗教、气功名义等方法扰乱公共秩序、损害他人健康的行为？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；

2．李建主编：《中华人民共和国治安管理处罚法辅导读本》

3．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；

4．朗胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚法精解》，群众出版社 2005 年版；

5．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边出版社 1995 年版。

第八章　扰乱公共安全的行为

教学目的与要求：
1．了解扰乱公共安全行为的含义、特征
2．掌握扰乱公共安全的行为
3．学习如何对扰乱公共安全行为的处罚
学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

妨害公共安全的行为，是指行为人实施了妨害公共安全，情节轻微，尚不够刑事处罚的行为。

第二节　妨害公共安全行为

一、非法携带、存放枪支、弹药等违反枪支管理规定的行为
二、违反危险物品管理规定的行为
三、非法制造、泛美、携带管制刀具的行为
四、经营供群众聚集的场所违反安全规定的行为
五、组织群众性活动不采取安全措施的行为
六、违反渡船、渡口安全规定的行为
七、抢登渡船、造成渡船超载的行为和强迫渡船驾驶员违反安全规定，冒险航行的行为
八、影响交通运输安全的行为
九、设置、使用民用射击场不符合安全规定的行为
十、未经批准安装、使用电网的行为和安装、使用电网不符合安全规定的行为
十一、违反施工设施安全规定的行为

第三节　违反消防管理的行为

一、违反禁令、在有易燃易爆物品的地方吸烟、使用明火的行为
二、故意阻碍消防车、消防艇通行的行为和扰乱火灾现场秩序的行为
三、拒不执行火场指挥员指挥，影响灭火救灾的行为
四、过失引起火灾的行为
五、指使或者强令他人违犯消防安全规定。冒险作业的行为
六、占用防火间距，堵塞消防车通道的行为
七、埋压、圈占或者损毁消防设施的行为和将消防器材、设备挪作他用的行为
八、有重大火灾隐患，经公安机关通知不加改正的行为

第四节　违反交通管理的行为

一、挪用、转借机动车辆牌证或者驾驶证的行为
二、无驾驶证人员、醉酒人员驾驶机动车辆的行为和把机动车辆交给无驾驶证人员驾驶的行为
三、集会、游行违反有关规定

四、无理拦截车辆的行为和强行登车影响车辆正常运行的行为
五、在县级以上公安机关明令禁止通行的地区强行通行，不听公安人员劝阻的行为
六、违反交通规则造成交通事故的行为
七、驾驶未经交通管理部门检验和批准行驶的机动车辆的行为
八、驾驶机件不合安全要求的机动车辆的行为
九、饮酒后驾驶机动车辆的行为
十、指使、强迫车辆驾驶人员违反交通规定的行为
十一、在街道上妨碍交通的行为
十二、违反装卸、车速规定的行为或违反交通标志、信号指示的行为
十三、非机动车驾驶人员和行人违反交通规则的行为
十四、在禁止停车的地方停放车辆的行为
十五、在机动车辆上非法安装、使用特殊音响报警器和标志灯具的行为

复习和思考题

1．扰乱公共安全行为的涵义、特征？
2．什么是危险物质被盗、被拖或者丢失未按规定报告行为？
3．什么是非法携带枪支、弹药以及弩、匕首等管制器具行为？
4．如何认定举办大型活动违反安全规定行为？
5．经营旅馆、饭店、影剧院、娱乐场所、运动场、展览馆或者其他供群众聚集的场所，违反安全规定，经公安机关通知不加改正的行为，应当如何认定和处罚？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．李建主编：《中华人民共和国治安管理处罚法辅导读本》
3．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；
4．朗胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚法精解》，群众出版社 2005 年版；
5．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边出版社 1995 年版。

第九章　侵犯人身权利、财产权利的行为

教学目的与要求：

1．了解侵犯人身权利、财产权利行为的含义、特征

2．掌握侵犯人身权利、财产权利行为的内容

3．学习如何对侵犯人身权利、财产权利行为的处罚

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

一、侵犯公民人身权利行为的概念及特点

侵犯公民人身权利行为，是指侵犯他人人身权利、民主权利和其他与人身有关的权利，情节轻微，尚不够刑事处罚，但应依法给予治安管理处罚的行为。

（一）侵犯公民人身权利行为的客体，是公民的人身权利和民主权利，这是区别于其他违反治安管理行为的本质特征；

（二）侵犯公民人身权利行为在客观方面表现为行为人非法侵犯公民人身权利、民主权利的行为，并造成了客观存在的危害后果；

（三）这类违法行为的主体是一般主体，即可以是任何公民；

（四）这类违法行为在主观方面只能是故意，过失心理不构成此类违法行为。

二、侵犯公民人身权利行为的种类

第二节　侵犯他人身心健康的行为

一、轻微伤害行为

二、虐待行为

三、威胁行为

四、摧残未成年人身心健康的行为

第三节　侵犯他人人身自由的行为

一、非法限制他人人身自由的行为

二、侵犯他人住宅权利的行为

第四节　侵犯他人人格权利的行为

一、侮辱行为

二、诽谤行为

第五节　侵犯他人通讯自由权利的行为

复习与思考题

1．侵犯人身权利、财产权利行为的涵义、特征？
2．什么是侵犯未成年人、残疾人人身权利的行为？
3．什么是通过乞讨侵犯他人人身权利的行为？
4．什么是传送骚扰信息干扰他人正常生活以及侵犯他人隐私的行为？
5．如何认定和处罚猥亵他人或者在公共场所故意裸露身体等有伤风化的行为？
6．如何认定强迫他人交易行为？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．李建主编：《中华人民共和国治安管理处罚法辅导读本》
3．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；
4．朗胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚法精解》，群众出版社 2005 年版；
5．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边出版社 1995 年版。

第十章　妨害社会管理的行为

教学目的与要求：

1．了解妨害社会管理行为的涵义、特征

2．掌握妨害社会管理行为的内容

3．学习如何对妨害社会管理行为的处罚

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

一、妨害社会管理的概念、特征

二、妨害社会管理行为一般构成

三、治安管理处罚法对妨害社会管理行为的调整及依据

第二节　妨害社会管理行为和处罚

一、治安管理处罚法规定的妨害政府依法履行职责的行为种类

二、对冒充他人招摇撞骗行为的认定和处罚

三、治安管理处罚法对伪造、变造章、证、牌以及买卖、使用伪造、变造章、证、牌等妨害社会管理秩序的行为设定的处罚

四、船舶擅自进入、停靠国家禁止、限制进入的水域或者岛屿行为的认定与处罚

五、违反规定以社会团体名义活动的，或者未经许可经营公安特种行业行为的治安管理处罚

六、煽动、策划非法集会、游行、示威不听劝阻的行为的认定和处罚

七、旅馆经营者不履行法定义务的认定和处罚

八、出租房屋人不履行管理法定义务行为的认定和处罚

九、制造社会生活噪声干扰他人生活行为的认定和处罚

十、治安管理处罚法对典当业和收购业违法行为类型和处罚的规定

十一、对非法处置查封、扣押、冻结的财物，伪造、隐匿、毁灭证据或者提供虚假证言、谎报案情，窝藏、转移、收购或者代为销售赃物，以及监外执行中的罪犯或者被依法采取刑事强制措施的人，又有违法行为等的违法行为的治安管理处罚

十二、协助组织或者运送他人偷越国（边）境的行为的治安管理处罚

十三、偷越国（边）境人员提供条件以及偷越国（边）境行为的认定和处罚

十四、破坏文物应受治安管理处罚的行为种类

十五、偷开他人机动车，无证驾驶或者偷开他人飞行器、机动船舶行为的认定和处罚

十六、故意破坏、污损他人坟墓或者毁坏、丢弃他人尸骨、骨灰，以及在公共场所停放尸体或者因停放尸体影响他人正常生活、工作秩序，不听劝阻行为的治安管理处罚

十七、治安管理处罚法对卖淫、嫖娼和在公共场所拉客招嫖行为的处罚

十八、治安管理处罚法对引诱、容留、介绍卖淫行为的处罚

十九、治安管理处罚法对制作、运输、复制、出售、出租淫秽书刊、图片、影片、音像制品等淫秽物品或者利用计算机信息网络或者通讯工具传播淫秽信息等行为的处罚

二十、治安管理处罚法对组织播放淫秽音像，组织或者进行淫秽表演以及参与聚众淫乱活动等淫乱行为规定的处罚

二十一、治安管理处罚法处罚那些赌博行为

二十二、治安管理处罚法对非法种植毒品原植物，非法买卖、运输、携带、持有未经灭活的毒品原植物种子或者幼苗，非法运输、买卖、储存、使用罂粟等行为的处罚

二十三、治安管理处罚法对非法持有毒品，向他人提供毒品，吸食、注射毒品，以及胁迫、欺骗医务人员开具麻醉药品、精神药品行为的处罚

二十四、对教唆、引诱、欺骗他人吸食、注射毒品行为的认定和处罚

二十五、在公安机关查处吸毒、赌博、卖淫、嫖娼活动时违法犯罪行为人通风报信行为的认定和车法

二十六、治安管理处罚法对饲养动物干扰他人正常生活行为的处罚规定

二十七、治安管理处罚法规定的可以按照国家规定采取强制性教育措施的行为种类

复习与思考题

1．妨害社会管理行为的含义、特征？

2．什么是妨害政府依法履行职责的行为？

3．冒充他人招摇撞骗行为与招摇撞骗罪的联系与区别

4．如何认定和处罚煽动、策划非法集会、游行、示威不听劝阻的行为？

5．如何认定制造社会生活噪声干扰他人生活的行为？

6．如何认定和处罚偷开他人机动车，无证驾驶或者偷开他人飞行器、机动船舶的行为？

7．治安管理处罚法对卖淫、嫖娼和在公共场所拉客招嫖行为的处罚？

8．赌博行为与赌博罪的联系与区别？

9．如何掌握对饲养动物干扰他人正常生活行为的处罚规定？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；

2．李建主编：《中华人民共和国治安管理处罚法辅导读本》

3．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；

4．朗胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚法精解》，群众出版社 2005 年版；

5．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边出版社 1995 年版。

第十一章　治安处罚的种类和适用

教学目的与要求：

1．了解治安处罚的种类

2．掌握治安管理处罚原则

3．学习与研究治安管理处罚与违警罪处罚、保安处罚的异同

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

一、治安处罚的含义、性质

二、治安处罚的种类

三、治安管理处罚法对治安处罚种类的调整及依据

四、治安处罚的适用及意义

第二节　治安处罚的种类

一、最轻的治安管理处罚措施——警告

二、最普遍适用的治安管理处罚措施——罚款

三、最严厉的治安管理处罚措施——行政拘留

四、治安管理处罚法新增加的资格罚措施——吊销公安机关发放的许可证照

五、治安管理处罚法确立的附加处罚——限制出境或者驱逐出境

六、非治安管理处罚措施——收缴（退还被告人或者无主和非法所得财物上交国库）

复习与思考题

1．治安管理处罚的涵义、特征？

2．治安处罚的种类有哪些？新旧治安处罚法律规定有什么不同？

3．治安管理处罚的补救措施是什么？

4．治安管理处罚原则有哪些？

5．治安管理处罚与违警罪处罚、保安处分的异同？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；

2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；

3．冯军著：《行政处罚法新论》，中国检察出版社 2003 年版；

4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版

5．谷福生、刘浩、贾美蓉编著：《治安案件程序概论》，警官教育出版社 1992 年版；

6．郎胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚精解》，群众出版社 2005 年版；

7．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；

8．陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。

第十二章　治安管理处罚的调查

教学目的与要求：
1．要求掌握治安管理处罚调查程序的全过程
2．掌握治安案件的立案程序与要求
3．掌握治安案件的调查程序与要求
4．掌握治安案件普通程序的传唤、询问和取证的法律规定
学时分配：全章共 2 学时。

第一节　治安管理处罚案件的立案

一、治安管理处罚案件立案的涵义、特征
二、治安管理处罚案件的管辖
三、治安管理处罚案件立案的受理
四、治安管理处罚案件的来源
五、治安管理处罚案件受理的条件

第二节　治安管理处罚案件的调查

一、治安管理处罚案件的调查权
二、行使调查权应遵循的程序、要求

第三节　普通程序的基本步骤

一、传唤
二、询问
三、取证

第四节　治安管理处罚案件的调查终结

一、案件的实事、情节清楚
二、证据充分、确凿
三、案件性质认定准确
四、法律手续完备

复习与思考题

1．治安管理处罚案件的立案程序与要求？
2．治安管理处罚案件的调查程序与要求？
3．什么是传唤，有何规定与要求？
4．什么是询问，有何规定与要求？
5．什么是取证，有何规定与要求？

阅读拓展书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；

2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；

3．冯军著：《行政处罚法新论》，中国检察出版社 2003 年版；

4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版

5．谷福生、刘浩、贾美蓉编著：《治安案件程序概论》，警官教育出版社 1992 年版；

6．郎胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚精解》，群众出版社 2005 年版；

7．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；

8．陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。

第十三章　治安管理处罚的决定

教学目的与要求：

1．了解治安管理处罚的决定权（裁决权）

2．掌握治安管理处罚决定的程序、内容

3．学习与掌握治安管理处罚的形式与要求

学时分配：全章共 2 学时。

第一节　治安决定权（裁决权）

一、治安决定权的含义、特征

（一）治安决定权的含义

治安决定权，是指国家法律确定的治安管理机关对违反治安管理行为能够做出裁判并决定要求其行为主体相应作出或不作出一定行为的许可与保障。

（二）特征

1．治安决定权利主体特定

2．治安决定对象特定

3．治安决定处罚种类特定

二、治安决定权的种类

（一）以决定权限为标准，可把治安决定权分为：全权决定权和有限决定权

（二）以决定处罚类别为标准，可把治安裁决权分为：一般决定权和特别决定权

三、治安决定权的主体

（一）县、市一级公安机关、公安分局或者相当于县一级的公安机关

（二）公安派出所

（三）治安管理处罚法废除乡、镇人民政府作为治安裁决权主体的理由

第二节　治安决定程序（裁决程序）

一、简易决定程序

（一）简易决定程序的含义

（二）简易决定程序适用的情况

1．拟处警告的；

2．拟处罚款在 200 元以下的；

3．拟处罚款数额超过 200 元，但被处罚人没有异议的；

4．事实确凿、有法律依据的。

二、一般决定程序

（一）传唤

（二）询问
（三）取证
（四）决定

第三节　治安管理处罚决定书（裁决书）的送达

一、治安管理处罚裁决书送达的概念、范围
二、治安管理处罚裁决书的送达方式

复习和思考题

1．什么是治安决定权？
2．新旧治安管理法律对治安管理处罚决定的机关规定有何不同？
3．什么是公安机关告知义务？
4．违反治安管理行为人的陈述权、申辩权的含义、内容？
5．公安机关在治安案件调查结束后的处理形式？

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；
3．冯军著：《行政处罚法新论》，中国检察出版社 2003 年版；
4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版
5．谷福生、刘浩、贾美蓉编著：《治安案件程序概论》，警官教育出版社 1992 年版；
6．郎胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚精解》，群众出版社 2005 年版；
7．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；
8．陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。

第十四章　治安管理处罚的执行

教学目的与要求：
1．了解治安管理处罚执行的含义、特征？
2．掌握治安管理处罚执行的原则
3．学习与掌握治安管理具体处罚种类的执行
4．新旧治安管理处罚法律在执行上的联系与区别
学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

一、治安管理处罚的概念

二、治安管理处罚执行的依据

（一）被治安管理处罚决定人或他的家属无异议的公安机关的第一次决定
（二）经过申诉程序，由治安行政复议的公安机关做出的申诉决定
（三）被治安管理处罚决定人，提起诉讼后，人民法院作出的维持申诉决定的裁定
（四）根据《治安管理处罚法》的规定，决定警告、罚款的；决定没收财产的；决定赔偿损失附带医疗费用的，应予立即交付执行。

第二节　治安管理处罚执行的防治与原则

一、治安管理处罚执行的方式

（一）非强制执行
（二）强制执行

二、治安管理处罚执行的原则

（一）严格依法执行的原则
（二）预先告诫的原则
（三）迅速及时的原则
（四）保障公民和其他组织合法权益的原则

第三节　治安管理具体处罚种类的执行

一、警告的执行
二、罚款的执行
三、拘留的执行
四、吊销公安机关发放许可证的执行
五、其他非治安管理决定强制措施的执行
（一）没收的执行

（二）损害赔偿的执行

第四节　暂缓执行

一、暂缓执行的概念、意义
二、暂缓执行的前提条件
三、暂缓执行的申请人、法定期限
四、担保人的概念、条件和法律责任
五、交纳保证金的概念、条件、数额和手续

复习与思考题

1．治安管理处罚执行的含义、特征？
2．如何理解治安管理处罚执行的原则？
3．治安拘留的执行？
4．什么是治安管理行为处罚种类的暂缓执行？
5．暂缓执行的担保人应当符合那些条件

拓展阅读书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；
3．冯军著：《行政处罚法新论》，中国检察出版社 2003 年版；
4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版
5．谷福生、刘浩、贾美蓉编著：《治安案件程序概论》，警官教育出版社 1992 年版；
6．郎胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚精解》，群众出版社 2005 年版；
7．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；
8．陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。

第十五章　执行监督

教学目的与要求：
1．了解治安案件法律的含义、特征
2．掌握治安案件法律监督的原则
3．治安案件监督的范围
4．治安案件监督的形式与内容
学时分配：全章共 2 学时。

第一节　概　述

一、治安案件法律监督的含义、特征

二、治安案件法律监督的原则

（一）以事实为根据、以法律为准绳的原则
（二）依法监督原则
（三）监督执法行为原则
（四）“办案中”和“结案前”以及“办案后”的监督相结合的原则
（五）有错必纠的原则

三、治安案件法律监督机构的设置与职责

（一）各级公安机关执法监督机构的设置
（二）专职法制干部执法监督员的选拔条件
（三）各级公安机关执法部门和基层执法监督员职责和任务

四、治安案件执法监督的目的和作用

第二节　治安案件的监督范围

一、办案过程中的监督

（一）建立制度、定期分析、宏观控制
（二）对治安复议案件审核把关
（三）提前介入参与办案
（四）参与复杂疑难案件的研究工作

二、对发生法律效力的治安处罚的监督与纠正

三、庭审判决和裁决前的执法监督与纠正

第三节　监督与纠正的形式

一、自身监督与纠正
二、上级对下级的办案执法监督
三、社会监督与公安机关自身纠正措施

第四节　治安案件的赔偿责任

一、负赔偿责任的法律依据和原则
二、构成赔偿的条件
三、处罚错误的几种表现和负赔偿义务的机关及赔偿方法

复习与思考题

1．治安案件法律监督的含义、特征？
2．治安案件法律监督的原则？
3．治安案件法律监督的范围有哪些？
4．社会监督与公安机关自身纠正措施有哪些？
5．处罚措施的几种表现和负赔偿义务的机关及赔偿方法？

阅读参考书目

1．魏平雄、王顺安主编：《中国治安管理法学》，人民法院出版社 1997 年版；
2．刘士文、申智军著：《治安处罚新论》，延边大学出版社 1995 年版；
3．冯军著：《行政处罚法新论》，中国检察出版社 2003 年版；
4．本书编写组编：《治安管理制度思忖》，法律出版社 2003 年版
5．谷福生、刘浩、贾美蓉编著：《治安案件程序概论》，警官教育出版社 1992 年版；
6．郎胜主编：《中华人民共和国治安管理处罚精解》，群众出版社 2005 年版；
7．专家编写组编：《中华人民共和国治安管理处罚法释义与实用指南》，中国人民公安大学出版社 2005 年版；
8．陈光中主编：《刑事诉讼法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版。

《法理学研讨课》教学大纲

舒国滢　编写

目　录

前　言 965
第一讲　法学的立场 966
本讲思考题 966
本讲阅读范围 966
第二讲　法理学的体系 967
本讲思考题 967
本讲阅读范围 967
第三讲　法的概念 968
本讲思考题 968
本讲阅读范围 968
第四讲　法的概念 969
本讲思考题 969
本讲阅读范围 970
第五讲　法律规范 971
本讲思考题 971
本讲阅读范围 971
第六讲　法律原则 972
本讲思考题 972
本讲阅读范围 973
第七讲　法的渊源 974
本讲思考题 974
本讲阅读范围 975
第八讲　法的效力 976
本讲思考题 976
本讲阅读范围 976
第九讲　法的效力根据 977
本讲思考题 977
本讲阅读范围 978
第十讲　法学方法论 979
本讲思考题 979
本讲阅读范围 979
第十一讲　法律推理 980
本讲思考题 980
本讲阅读范围 980
第十二讲　法律解释 981
本讲思考题 981
本讲阅读范围 982
第十三讲　法理学与法学方法论的关系 983
本讲思考题 983
本讲阅读范围 983

前　言

讲授时数：36 学时
授课对象：本科生
课程性质：法学专业选修课

课程简介：

法理学研讨课是为法学本科专业的学生开设的研究性质的选修课程。本课程开设的目的重在训练学生的四个方面的能力：（1）研究和创新能力。通过研讨班的学习，学生不仅要深化对法理学知识的掌握，而且要学会进行独立的科学研究，从而激活学生的创新观念和创新精神。（2）独立解决复杂法律问题的能力。学生要在学习过程中学会发现问题、独立解决问题。（3）撰写论文和学术报告的能力。本课程让学生独立完成一些学术报告，由此学会撰写研究性的论文的能力。（4）论辩的能力。学生要在研讨课上学会提出论点、说理论证的方法。本课程采取 Seminar 的方式，研讨的内容涉及法理学导论和法理学原理的专题问题（如有关法的概念的争论，法的价值问题，法律论证和推理的技术）或者法理学的一些前沿问题（如法律与人工智能系统、法律的语言研究，批判法学研究，法律的经济分析等）。

主要研读书目：

〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版

舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版

第一讲　法学的立场

本讲学习目的

通过本讲的学习，学生应该能够：

1．掌握法学的性质、特征

2．了解法学的思维方式

3．熟悉法学的方法

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法学概念的辨析

二、实践法学的立场

三、法学的思维的特征

四、法学方法的特点

本讲思考题

1．如何法学的知识特征？

2．法学是不是一门社会科学？

3．在法律实践中，如何做到“像法律人一样思维”？

4．中国法学的出路何在？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 124-147 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 1-20 页。

第二讲　法理学的体系

本讲学习目的
通过本讲的学习，学生应该能够：
1．深入讨论法理学的学问性质
2．了解法理学的结构
3．了解法学理论、法理学、法学方法论之间的关系
本讲内容
讲课时数：3 学时

一、法理学、法哲学、法学方法论的概念辨析
二、法理学的体系：多重角度
三、法理学的功能和价值

本讲思考题

比较英美分析法理学和德国哲理法理学的异同。

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 7-26 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 1-20 页。

第三讲　法的概念

本讲学习目的
通过本讲的学习，学生应该能够：
1．比较中西法概念的形成
2．了解中国古代法概念的涵义
3．了解西方古代法概念的涵义
本讲内容
讲课时数：3 学时

一、法概念辨析
二、中国古代法的概念
三、西方古代法的概念

本讲思考题

比较中西法概念的异同。

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 27-37 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 23-25 页。

第四讲　法的概念

本讲学习目的

通过本讲的学习，学生应该能够：

1．法概念界定的争议

2．自然法学和实证主义的立场

3．法的功能和作用

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、研究法概念的重要性

二、法的定义的三个基本争议点

三、法概念的两个基本立场：自然法理论与法律实证主义

四、国法与民间法

五、法的功能和作用

本讲思考题

1．“无论是政治的立法或是市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”以下哪些选项吻合马克思这句话的含义？为什么？

A 法是由经济基础决定的；

B 法所体现的统治阶级意志的内容是由统治阶级的社会物质生活条件决定的；

C 法不反映统治阶级的意志，它反映经济关系的要求；

D 法是由生产力水平决定的。

2．阅读以下材料，并回答相关问题。

法是一个手段（means），一个特种的社会手段，而不是一个目的。法、道德和宗教三者都禁止杀人。但法之完成这一任务是通过规定：如果一个人犯杀人罪，那么由法律秩序所选定的另一个人就应对杀人者适用由法律秩序所规定的某种强制措施。道德则使自己限于要求：你勿杀人。如果一个杀人者受到同伴们的道德上的抵制；如果许多人之所以不去杀人，与其说是想逃避法律惩罚，倒不如说是由于逃避同伴们的道德谴责。但法与道德之间的巨大差别依然存在，即，法的反应在于秩序所制定的社会有组织的强制措施，而道德对不道德行为的反应或者不是由道德所规定，或者是有规定，都不是社会有组织的。从这方面说，宗教规范比道德规定更接近法律规范。因为宗教规范以一种超人的惩罚去威胁杀人者。但是宗教规范所规定的制裁具有一种先验性，尽管宗教秩序规定了制裁，然而不是社会有组织的制裁。这种制裁也许比法律制裁更加有效，然而它们的实效预定要有对超人权威的存在与权力的信仰。

道德法则适用于实际或意识上的具体化个人，而法律则适用于共同生活的、人的共同体的人类。

……道德法则是具体个别的，它因每个人、因每一情形而有所不同，故是不编纂的，且只能直觉地了解。相反，法律法则在或多或少的程度上总是一般的，它对或大或小范围的人和场合总是一视同仁。虽然法律的专门化可能一如既往地深入发展，但在任何程度上，法律面前的平等和法律规范的一般性都是法律的本质。针对在“正义拘束”（Binde der Justitia）中的人和事物的终极个别特性，我们形象地描述这种欲然的法律盲目性，并称之为平等。……

通过以上论述，可以看出法律所具有何种特征？法律规范与道德规范、宗教规范有何不同？

3．分析

案情：张某在开车上班途中，发现赵某被汽车撞伤，倒在地上。张某将张某扶进自己的汽车，闯过六个红灯，将赵某送到医院。后张某由于违反交通管理条例的规定被交通警察罚款 200 元。

问题分析：

（1）交通警察对张某罚款 200 元，体现了自然法理论的基本立场，还是法律实证主义的基本立场？

（2）假如你为张某的行为辩护，那么应当站在什么样的法学立场上？

4．思考

请运用法的形式特征分析如下案件：一对夫妻在自家的房子中观看黄碟，是否应当受到法律的制裁？为什么？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 27-45 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 25-44 页。

第五讲　法律规范

本讲学习目的
通过本章的学习，学生应该能够：
1．深入了解法律规范、法律原则与法律规则的关系；
2．深入了解法律规则的结构和分类、法律规则的功能；
3．法律规范与法律语言
本讲内容
讲课时数：3 学时

一、法律规范与其他社会规范的区别
二、法律规范、法律原则与法律规则的关系
三、法律规范与规范性语句、法律术语的表达
四、法律规则的逻辑结构的认识
五、法律规则适用的方式
六、法与法律规则

本讲思考题

1．问题
法仅仅是法律规则的封闭体系吗？
2．思考
（1）法律规则有哪些分类？这些分类有什么意义 ？
（2）法律规范在哪些方面与道德规范有区别？
3．分析
规范性语句与法律规范是什么关系？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 46-96 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 101-119 页。

第六讲　法律原则

本讲学习目的

通过本章的学习，学生应该能够：

1．深入了解法律原则的性质；

2．深入了解法律原则与道德原则、法律价值的关系；

3．理解法律原则的可诉性

4．理解法律原则的适用前提和方式

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法律原则的性质和特征

二、法律原则与道德原则、法律价值的关系

三、法律原则的可诉性

四、法律原则的适用前提和方式

五、法律原则与法律条文

本讲思考题

1．分析

案情：1994 年黄永彬与张学英相识，于 1996 年底公开以夫妻名义租房同居。2001 年 2 月，黄永彬被确诊为肝癌晚期，住院治疗期间，张学英不顾他人的嘲笑和挖苦，俨然以妻子身份陪侍在黄的病床前。2001 年 4 月，黄立下公证遗嘱，将其去世后的住房补贴、公积金和原住房售价的一半赠给张学英。黄去世后，由于其妻蒋伦芳拒绝执行该遗嘱，张学英诉至法院。最后法院以原告与被告丈夫间的婚外情为由，认定被告丈夫的遗赠财产给原告的协议违背我国《民法通则》第 7 条关于“民事活动应当尊重社会公德”的法律原则（该原则在民法上被称之为“善良风俗”原则），宣告该遗赠协议无效。

结合上述案情，分析以下问题：

（1）该案中法院法律原则的适用出于何种考虑？是为了防止个案的不公正，还是为了弥补法律漏洞？

（2）你是否认为如果判决黄的遗嘱有效会产生极端不公正的结果？

（3）法官在适用法律原则时应慎重考虑哪些因素？

2．思考

案情：美国纽约上诉法院在 1889 年曾经审理过这样一个案件：帕尔默是其祖父所立遗嘱中指定的财产继承人，因恐其祖父撤销遗嘱和为了及早获得遗产，帕尔默将其祖父毒死。后来帕尔默被其姑妈里格斯诉至法院。面对这一案件，法官必须裁决帕尔默是否能够依据该项遗嘱继承其祖父的遗产。根据纽约州的有关遗嘱的法律规则的规定，该遗嘱有效，帕尔默有权继承其祖父的遗产。但是这样判决明显带来不公正的结果，后来法官并没有依据有关遗嘱的法律规则裁决案件，而是依据普通法中的一项原则，即“任何人都不得从他的不当行为中获利”，做出裁决，帕尔默无权继承其祖父的财产。

问题：“任何人都不得从他的不当行为中获利”原则能否作为本案的合理依据？为什么？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 46-96 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 109-119 页。

第七讲　法的渊源

通过本章的学习，学生应该能够：

1．深入理解法的渊源的概念；

2．掌握不同类型的法的渊源所具有的实践意义和方法论上的价值；

3．辨析法的渊源与法律体系的关系。

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法的渊源的概念：不同的学说

二、从法学方法论角度认识法的渊源

三、法的渊源与法律体系的关系

四、法的渊源与法的形式的区别

五、正式法源和非正式法源的区别

本讲思考题

1．在下面的案例中，涉及了哪些种类的法律渊源？

广州市公安局交通警察支队车辆管理所因车主谭驰的汽车曾有过交通违章记录，不予核发车辆检验合格标志的行为被车主认为没有法律依据告上广州市天河区人民法院后，该法院近日对此案作出一审判决：车管所拒发车辆检验合格标志行为违法。

车主谭驰于去年 5 月 31 日携带其小型客车的行驶证、汽车安全检测报告和第三者责任保险单正本到上述车管所属下的东山分所申请汽车检验合格标志，但车管所发现该车有 4 次违章尚未处理，于是拒绝办理，并给他一份退办通知书，要求他把违章处理完毕，再回来办理核发检验合格标志业务。

谭驰认为，车管所退办的具体行政行为没有法律依据，直接损害了他的合法权益。根据《中华人民共和国道路交通安全法》规定：“对提供机动车行驶证和机动车第三者责任强制保险单，机动车安全技术检验机构应当予以检验，任何单位不得附加其他条件。对符合机动车国家安全技术标准的，公安机关交通管理部门应当发给检验合格标志。”他认为，车管所因原告的汽车有违章记录没有处理，进而拒绝发给检验标志是违反法律规定的。

车管所在法庭上辩称，不予核发检验标志的行为是该所依法行政的具体表现。公安部 72 号令《机动车登记规定》规定“机动车涉及道路交通安全违法行为和交通事故未处理完毕的，不予核发检验合格标志”，谭驰有交通安全违法行为未经处理，故该车无法核发机动车检验合格标志。

天河区人民法院经审理认为，《机动车登记规定》与道路交通安全法规定相抵触，依照《中华人民共和国立法法》规定，应当适用效力高的道路交通安全法的规定。车管所以原告尚有违章没有处理为由，不同意发给原告的机动车检验合格标志，属适用法律错误。原告的交通违章行为属另一法律关系，可由相关交通警察大队依法处理。法院遂责令车管所对原告申请小车检验合格标志的行为重新审核并作出具体行政行为。

2．阅读以下材料，并分析习惯与习惯法的区别。

例如吾等在国内外旅行，在旅馆或餐厅里，受到服务生之亲切招待而内心感到非常愉快或舒适，在临走前或付帐时给一点小费亦常有之；反之，因服务不周，只付帐单上应付之金额而悄然离去亦无不可，对方亦不得要求，在这种情形下，小费则单属于习惯而非习惯法矣。但世风逐渐转变，任凭个人意思付小费，则服务生们之收入无法预算，因而最近在欧美或本地之许多旅馆或餐厅，大都

会在帐单上，多收一成小费，例如本来为一百元者多加一成小费（又称为服务费），而变为一百一十元，如此有时对旅客亦比较方便，不用操心到底给多少小费好。如此一来旅客一方亦有给付义务，因此本属于事实上习惯之小费，无形中已提升为具有法律效力之习惯法，而客方对于开来加一成之小费不履行时，旅馆或餐厅亦得诉请法院强制履行，法院亦会让其为依习惯法之规定予旅馆或餐厅一方为胜诉之判决。

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 98-121 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 66-88 页。

第八讲　法的效力

通过本章的学习，学生应该能够：

1．深入了解法的效力的概念

2．法的效力与道德效力、实际效力

3．法的效力范围问题

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法的效力的概念：效力、约束力、拘束力

二、法的效力与道德效力、实际效力

三、法的效力范围问题

四、吴经熊的理论：法律三度论

本讲思考题

1．思考

材料：1948 年联合国《世界人权宣言》第十一条第二款规定：“ 任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”1966 年联合国《公民权利和政治权利国际公约》第十五条规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重於犯罪时适用的规定。如果在犯罪之後依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”

问题：请对上述规定从法理学上进行分析，并解释说明其理论依据。

2．分析

赖昌星犯走私罪，最后逃往加拿大。请以此案例分析，法律效力与法律实效之间的关系。

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 147-152 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 89-100 页。

3．吴经熊：《法律三度论》，载吴氏：《法律哲学研究》（汉语法学文丛之一），清华大学出版社 2004 年版

吴经熊：法律的三度论

第九讲　法的效力根据

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解法的效力之哲学根据

2．分析法与正义、理性、目的、利益的关系

3．了解法与神学的自然法的关系

4．分析法与权力、阶级、种族的关系

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法的效力之哲学根据

二、法与正义的争论

三、法与神学的自然法

四、理性与法

五、权力与法

六、阶级与法

七、目的、利益与法

八、种族与法

本讲思考题

1．思考

1990 年，26 岁的美国妇女特丽·夏沃（Terri Schiavo）因体内钾元素失衡而成了植物人。15 年来，她一直依靠人工进食管道维持生命。特丽的丈夫麦克尔说，特丽在事故发生前曾明确说过如果成为植物人就愿意安乐死，但特丽的父母和一些生命权保护团体激烈地反对结束特丽的生命。为此引发了长达 7 年的官司。2001 年 4 月，佛罗里达州当地法院批准迈克尔的申请，特丽身上的进食管第一次被允许拔去，两天后，另一家法院作出相反的判决，特丽被重新接上进食管。2003 年，经法院裁决特丽的进食管再次被拔掉。她的父母随即向佛州州长杰布·布什也就是美国总统布什的弟弟求援。6 天之后，州议会通过了一项名为“特丽法律”的法案，授权给杰夫·布什干预特丽生命权争议案。杰夫·布什立即签署了恢复特丽生命的命令。“特丽案件”甚至惊动了美国总统布什、美国最高法院，他们都直接或间接地插手此案，2005 年 3 月 21 日，美国众议院以多数票通过紧急议案，允许特丽的父母要求联邦法官延长女儿的生命，要求联邦法院重审此案。2005 年 3 月 22 日，美国联邦法院的法官作出裁决，驳回国会的要求，特丽进食管终于被拔掉。同年 3 月 31 日，在拔掉进食管 13 天后，特丽死亡，终年 41 岁。至此，一场惊动全美的官司暂时告一段落。

问题：请对上述案件从法理学上进行分析，并解释说明其理论依据。

2．分析

恩格斯在其晚年阐述唯物史观的基本原理时曾指出：“政治、法律、哲学、宗教、文学、艺术等的发展是以经济发展为基础的。但是，它们又都互相影响并对经济基础发生影响。并不是只有经济状况才是原因，才是积极的，而其余一切都不过是消极的结果。这是在归根到底不断为自己开辟道路的经济必然性的基础上的互相作用。”

问题分析：根据本章有关内容分析恩格斯这一段话的含义。

3．讨论

二十世纪 40 年代以来，英国的同性恋人数猛增。但是在传统法律中，同性恋一直为法律所禁止甚至要受到非常严厉的制裁。为了争取自己的合法权利，英国同性恋者成立了组织并开展了长期的斗争。1954 年，英国议会任命了一个特别委员会——“同性恋与卖淫调查委员会”（“沃尔芬登委员会”），来调查同性恋与卖淫问题，并就此提出法律改革的立法建议。该委员会于 1957 年提交报告，建议改革有关同性恋和卖淫的刑法。其主旨是：不应继续把同性恋和卖淫行为作为犯罪惩罚，但是应通过一项法律禁止公开卖淫。报告说：“我们认为，它（刑法）的功能是在于维持公共秩序及体面的行为，对公民进行保护，使他们不受到侵犯和伤害，并且提供充分的安全措施以防止剥削和腐化他人，尤其是对于那些因为年轻、身心较弱、没有经验，或者是特别在现实上、身份处境上以及经济上要依赖他人者。……成年人之间同意且在私下进行的同性恋行为，不应再被视为犯罪。……在私人道德领域，社会与法律应该给予个人选择及行动的自由。……法律应当留下一个属于私人道德与不道德的领域，这个领域，简言之，不关法律的事。”最后，沃尔芬登报告中的建议得到立法上的贯彻和体现，同性恋不再被视为犯罪行为。

问题讨论：“沃尔芬登报告”所引发的道德与法律之间的争议点是什么？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 153-255 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 25-28，第 293-304 页。

第十讲　法学方法论

通过本章的学习，学生应该能够：
1．了解法学方法论的基本理论
2．理解法学方法论的功能
3．了解法学方法论的基础问题
本讲内容
讲课时数：3 学时

一、法学方法论的概念
二、法学方法论的历史发展
三、法学方法论的功能
四、法律适用的方法论

本讲思考题

1．思考
法学方法论有什么意义？
2．讨论
问题讨论：我们这个时代为什么需要法学方法论？
如何理解法学方法论的涵义？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 281-293 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 7-11 页。

第十一讲　法律推理

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解法律推理的基本方法

2．了解法律的演绎推理技术

3．分析推理与涵摄

4．理解法律推理与法律逻辑的关系

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法律推理的基本方法

二、法律的演绎推理技术

三、分析推理与涵摄

四、法律推理与法律逻辑的关系

五、法律推理与法的渊源

六、类比推理

本讲思考题

1．分析

案情：四川省双流县发生了一起村民激愤杀人案件。被杀害者张万安患有精神分裂症，不时打骂母亲和家人，还先后强奸母亲与大嫂。此外，张万安在村上不务正业，村上不少女孩在放学路上被他调戏过，他还经常打骂周边群众，使四周不得安宁。2004 年 8 月 24 日，张万安的母亲及两个哥哥张万成、张万明预谋打死张万安。当晚 9 时许，张万成、张万明在双流县太平镇碰见弟弟，用扁担、木棒将其打死。此后，三人被捕关押。检察院认为，3 被告人非法剥夺他人生命，应当以故意杀人罪依法追究其刑事责任。案发后当地村民得知此案开庭审理的消息后称，张万安死有余辜！村民认为，张万安的母亲和两个哥哥杀死他是为民除害，也是替大家雪恨。村上的人对 3 被告人都很同情，希望法院能判轻些。

问题分析：

（1）村民们所持的法律推理是什么？

（2）检察院的推理是什么？

2．讨论

2005 年 3 月 8 日，龙岗公安分局龙新派出所民警在刘屋社区悬挂了两条内容为“坚决打击河南籍敲诈勒索团伙”和“凡举报河南籍团伙敲诈勒索犯罪、破获案件的，奖励 500 元”的横幅，在社会上引起了不良影响。发现情况后，深圳市公安局和龙岗公安分局认为，这两条横幅用词不当，内容错误，严重伤害河南籍务工人员乃至河南群众的感情，也与“建设和谐深圳”的要求不相符。为此，深圳市公安局和龙岗公安分局除责成龙新派出所立即拆除横幅外，就此事进行了专门调查，对责任人进行了处理。

问题讨论：从法律推理的角度评判，派出所民警悬挂该横幅的行为为什么不适当？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 295-302 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 214-229 页。

第十二讲　法律解释

通过本章的学习，学生应该能够：

1．了解法律解释的概念

2．了解目的解释的技术

3．了解体系解释的技术

4．了解历史解释的技术

5．了解法律漏洞填补的技术

本讲内容

讲课时数：3 学时

一、法律解释的概念

二、目的解释

三、体系解释

四、历史解释

五、法律漏洞填补

六、中国的法律解释体制

本讲思考题

1．中国司法解释体制反思

2005 年 12 月 16 日，十届全国人大常委会第四十次委员长会议通过了《司法解释备案审查工作程序》。该规定出台 4 天后，江苏电视台记者薛培以邮政快件的方式向全国人大法律委员会递交了一份建议书，提请对最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案适用法律若干问题的解释》第一条予以违宪审查。

因为作品被网络转载侵权，2004 年，薛培曾提起过网络著作权的诉讼。尽管这一诉讼最后获胜，但由于案件管辖权问题致使过程颇费周折，赔偿金额远低于维权成本，这让薛培对“赢了官司输了钱”的状况开始深思。薛培认为最高人民法院法释［2004］1 号《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条，关于网络著作侵权纠纷案件法院案件管辖权的规定与宪法及民事诉讼法相抵触。该条司法解释规定，网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

目前全国人大法律委员会并没有对薛培的建议进行答复，但薛培还是在充满信心的等待。“既然通道打开了，那我就一定要试一试。”他觉得备案审查程序的公布，最现实的意义，是给了民众参与法治建设的机会和可能。

问题：结合社会实际，思考我国现行司法解释体制的利弊及其改革的可能性方案。

2．里格斯诉帕尔默案中的法律解释

1889 年，美国纽约州法院接手了著名的里格斯诉帕尔默一案（Riggs V. Palmer）。在此案中，法官面对的问题是若继承人杀害了被继承人，则遗嘱是否依然生效，而当时的法律对此并无相应规定。格雷法官主张对法律作严格的文义解释，既然无法从法条中找到若继承人杀害被继承人则丧失继承权的规定，则应认定原遗嘱有效；伊尔法官反对这种观点，他不拘泥于法条的文义，而是主张透过“白纸黑字”寻找真实的法，即立法者的意图。他认为法律规则并非孤立的，而是与法律原则

和整个法律背景紧密相连。于是，他依普遍法中“人不能从其错误行为中获益”的基本原则，判定应剥夺帕尔默的继承权。最后，法院采纳了伊尔法官的观点。

问题：在本案中，格雷法官和伊尔法官分别采用了何种法律解释方式，想象一下如果你是本案的法官，你会如何进行解释？

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 303-404 页。

2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 230-246 页。

第十三讲　法理学与法学方法论的关系

通过本章的学习，学生应该能够：
1．了解法学方法论对法理学的价值
2．了解法理学对于法学方法论的意义
本讲内容
讲课时数：3 学时

一、法学方法论对法理学的价值
二、法理学对于法学方法论的意义
三、法学方法论对于中国法理学建构的重要性

本讲思考题

1．思考
问题：中国法理学研究的出路是否需要借重法学方法论？
2．讨论
法学方法论的局限。

本讲阅读范围

1．〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年 5 月版，第 405-410 页。
2．舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版，第 7-10 页。

《知识产权法案例研习》教学大纲

李玉香　编写

目　录

一、前言 2
二、教学基本内容 3
三、本课程案例的选择 4
四、本课程的作业 4
推荐书目： 5
附件一：本课程推荐案例 6
附件二：本课程案例报告写作格式 7

一、前言

《知识产权法案例研习》是法学专业的专业选修课，是专门为法学本科生开设的一门通过对真实典型案例的研习综合复习知识产权法基础知识、训练法律思维、提高法律实践能力的课程。本课程的先修课程主要是《民法学原理（一）》、《民法学原理（二）》、《民事诉讼法》、《知识产权法》、《竞争法》。

本课程的教学目的是通过组成研讨小组的形式对知识产权法必修课中涉及到的，但又没有时间展开讨论的案例进行深入地分析和研讨，通过分析和研讨使学生能够了解接触到一个案例后的入手点，引导学生在掌握知识产权法基础理论的前提下对实际生活和司法实践中发生的案件从知识产权法学理论的角度和诉讼技巧、诉讼知识的角度予以关注。以提高学生深层次研究分析实际案件、口头表达以及团组合作研究的能力。

因为，本课程以真实“案例”作为教学素材，通过研究小组的主讲发言，全班同学进行分析和讨论，老师进行引导和点评，故本课程没有指定教材。授课所用的案例既要保证案例的经典性又要与时俱进，每节课通过 PPT 或 Word 形式将其展示出来。

本课程的教学方法主要是案例教学法、研讨教学法、合作教学法、互动教学法、启发教学法、对话教学法等。

1．案例教学法

本课程教学内容的学习，主要通过分析案例实现。通过在案例分析过程中梳理案件中的法律关系、确定案件的关键问题、发现问题的解决途径、评析审理结果结果等一系列的教学活动，提高学生运用法学理论适用法律的能力，提高培养学生的实践能力。

2．研讨教学法

本课程的课堂学习以研讨方式进行，借鉴研讨课（Seminar）的教学方式，报告人提前准备书面案例研习报告，课上由研究小组就案例分析做主讲发言，全班同学进行分析和讨论，教师进行引导和点评，并分析案例研习与讨论中存在的问题。通过撰写研习报告、口头报告以及课堂讨论，培养学生深层次研究分析实际案件、口头表达以及团组合作研究的能力。

3．合作教学法

本课程中撰写报告和课堂研讨都将学生分为不同小组，每一案例由自由组合而成的不同小组负责主要报告。小组成员在分组完成相关学习任务的同时，能够在合作学习中训练沟通能力、协调能力和组织能力。

4．互动教学法

本课程的案例分析报告和课堂研讨注重互动，包括师生互动、生生互动，充分发挥学生主体性，注重学生在学习中的主观能动性。通过互动式学习，不断引导学生学习，培养学生的自我学习能力，促进学生形成独立思考的人格与学术风格。

5．启发教学法

本课程进行案例分析，具有复习知识产权法基础理论和基本知识的功能，但目的却在于通过案例训练学生的基本能力，在教学中注意启发学生主动发现问题，通过教师示范性研究分析和学生间的互动性分析为学生进行相关研究分析提供示范，培养学生的创造精神。

本课程的考核方式，可以由期末考察成绩构成，也可以由期末考察成绩与平时成绩相结合。期末考察采取开卷案例分析形式。平时成绩可以由教师根据学生平时案例分析和课堂讨论中的表现确定。

基于以上的考虑，本大纲在结构上分四部分：（1）本章学习目的；（2）本章内容；（3）本章思考题；（4）推荐阅读书目。

“知识产权法案例研习”计划授课总学时 36 学时，共 2 学时。

二、教学基本内容

第一讲：

本讲为本课程的概论，主要通过课堂讨论与教师讲授等方式，说明法律人应当具有的基本素质、能力，介绍知识产权法案例研习的基本方法，介绍案例研习报告的基本格式，同时完成本课程案例研讨的基本安排。

教学目的为通过讲授本课程的概述，使学生了解本课程的目的是将知识产权法理论中的基础概念具体化，通过案例的研习使得学生深刻理解知识产权法适用的范畴；掌握知识产权法的意义、内容及价值。

为配合本教学，安排学生阅读以下阅读书目及文章：

冯晓青主编《知识产权法前沿问题研究》，中国人民公安大学出版社 2009 年第 1 版；

刘春茂主编《知识产权原理》，知识产权出版社 2002 年第 1 版。

第二讲到第十六讲：

从第二件至第十六讲是本课程实质内容，主要通过课堂案例报告和课堂讨论，使学生通过完成基本涉及知识产权规范基础各部分的案例，使学生学会分析撰写案例研习报告并能熟练进行公开讨论。

关于案例研习报告。案例分析报告有不同格式，本课程主要训练学生从专家意见的角度做出分析。通过教师讲授与学生练习，使学生掌握该报告的基本格式、文献的收集和使用、注释等基本规范，训练学生的书写能力。

关于案件事实。本课程在案例研习中并不训练学生如何调查取证，因为案例研习中的事实被假设为真实且无争论性，调查取证的训练应当实践中逐渐练习，且属证据法范畴。知识产权法案例研习中的事实，属于不可改变的事实，但需要做出合理的推论和解释。本课程在案例研习中训练学生采用诸如图示法等具体办法对既有材料进行事实归纳，训练学生对既有材料的概括能力和基本分析能力。

本课程第二讲至第十七讲中涉及到的知识产权具体内容

知识产权是指对智力劳动成果依法所享有的占有、使用、处分和收益的权利。知识产权是一种无形财产，它与房屋、汽车等有形财产一样，都受到国家法律的保护，都具有价值和使用价值。有些重大专利、驰名商标或作品的价值也远远高于房屋、汽车等有形财产。

中国知识产权可分不同种类，就其内容而言，主要包括：

（1）著作权：著作权也被称为版权，分为广义的著作权和狭义的著作权，前者是指包括作者和其他著作权人对作品享有的权利总称，后者是指作者对其作品享有的权利总称。学生应掌握在《中华人民共和国著作权法》等法律中寻找相关的规范，分析著作权的构成要件与法律效果。

（2）专利权：专利权是指发明创造人就其发明创造向专利管理部门提出专利申请并在符合相关条件下依法享有的专利权利。专利权的客体主要包括发明、实用新型和外观设计。学生应掌握在《专利法》等相关法律中寻找相关规范，分析专利权的构成要件与法律效果。

（3）商标权：商标俗称“牌子”，英文为 Trademark 或 Brand，是指商品的生产者、经营者或者服务的提供者在其商品或者服务上使用的，由文字、图形、颜色、三维标志或者组合构成的，具有显著特征、便于识别商品或服务来源并能被视觉所感知的标记。学生应掌握在《商标法》等相关法律中寻找相关规范，分析商标权的构成要件与法律效果。

第十八讲，进行本课程的课程考核。

三、本课程案例的选择

所讨论的案例可以有不同来源，但以真实案例为宜，可以是实际发生的案例，也可以在实际案例基础上将不同案例组合成新案例，由教师根据具体教学需要调整其具体内容，遵循法律处理具体案件中当事人间的权利义务。一般可以选择人民法院公布的案例（法院的判决理由和当事人的主张与判决评析，可以为我们研习法律提供各种不同的法律论证资料），也可以适当结合热点案例进行讨论。

具体可参见附件 2

四、本课程的作业

在第二讲至第十七讲之后，可结合教学内容设置安排知识产权法案例研习的案例研习的报告约 17 次。

推荐书目：

1．江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社，2000 年第一版
2．梁慧星：《民法总论》，法律出版社，2001 年第一版
3. 冯晓青主编：《知识产权权属专题判解与学理研究》，中国大百科全书出版社，2010 年第 1 版
4. 最高人民法院研究室编：《知识产权司法解释理解与适用》，法律出版社，2009 年第 1 版
5. 徐家力著：《知识产权在网络及电子商务中的保护》，人民法院出版社，2006 年第 1 版
6. 张璟平著：《知识产权制度的经济绩效》，经济科学出版社，2010 年第 1 版
7. 张燕强著：《知识产权法原理与实务》，上海财经大学出版社，2005 年第 1 版
8. 刘银良著：《知识产权法新经典案例评析》，清华大学出版社，2008 年第 1 版
9. 张志成著：《知识产权战略研究》，科学出版社，2010 年第 1 版
10. 周家贵著：《标侵权原理与实务》，法律出版社，2010 年第 1 版
11. 曹新明, 梅术文著：《知识产权保护战略研究》，知识产权出版社，2010 年第 1 版
12. 冯晓青主编：《专利侵权专题判解与学理研究》，中国大百科全书出版社，2010 年第 1 版
13. 马海生著：《专利许可的原则：公平、合理、无歧视许可研究》，法律出版社，2010 年第 1 版
14. 来小鹏主编：《专利合同理论与实务研究:前沿·实例·对策》，法律出版社，2007 年第 1 版
15. 周家贵著：《商标侵权原理与事务》，法律出版社，2010 年第 1 版
16. 文学著：《商标使用与商标保护研究》，法律出版社，2008 年第 1 版
17. 李伟编著：《商标纠纷新型典型案例与专题指导》，中国法制出版社，2009 年第 1 版
18. 邵兴全, 顾金焰著：《商标权的法律保护与运用》，法律出版社，2009 年第 1 版
19. 邓宏光著：《商标法的理论基础:以商标显著性为中心》，法律出版社，2008 年第 1 版
20、李玉香主编：品牌与企业发展 知识产权出版社 2010 年 9 月第 1 版

附件一：本课程推荐案例

1. 宁波市东方机芯总厂诉江阴金铃五金制品有限公司侵犯专利权纠纷提审案
2. 大连仁达型墙体建材厂诉大连新益建材有限公司侵犯专利权纠纷提审案
3. 美国伊莱利利公司诉江苏豪森药业股份有限公司专利侵权纠纷上诉案
4. 昆明制药集团股份有限公司与昆明龙津药业有限公司专利侵权纠纷案
5. 连云港鹰游纺织机械有限责任公司与江阴周庄纺织设备厂专利侵权纠纷案
6. 许文庆诉国家知识产权局专利复审委员会、第三人邢鹏万宣告发明专利权无效纠纷提审案
7. 陶义诉北京市地铁地基工程公司发明权属纠纷上诉案
8. 中国东南技术贸易总公司诉北京市王码电脑总公司专利侵权纠纷上诉案
9. 张梅桂、泰州市园艺塑料厂诉江苏省知识产权局、王俊专利纠纷处理决定上诉案
10. 上海思迪企业管理咨询有限公司诉上海市知识产权局要求履行法定职责上诉案
11. 浙江华田工业有限公司与雅马哈发动机株式会社、原审被告南京联润汽车摩托车销售有限公司等商标侵权纠纷上诉案
12. 北京嘉裕东方葡萄酒有限公司诉中粮集团有限公司、原审被告南昌开心糖果酒副食品有限公司等商标侵权纠纷案
13. 安徽迎驾酒业股份有限公司诉安徽双轮酒业有限责任公司商标侵权纠纷上诉案
14. 福建省轻工业品进出口集团公司诉福州万达铅笔文具有限公司、福州铅笔厂商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案
15. 艾格福（天津）有限公司诉四川省富顺县生物化工厂商标侵权纠纷上诉案
16. 甘肃省医药保健品进出口公司、兰州珉山制药厂诉兰州佛慈制药厂商标专用权权属、侵权与不正当竞争纠纷上诉案
17. 四川省宜宾杞酒厂诉四川省射洪县沱牌曲酒厂等恶意商标索赔纠纷上诉案
18. 重庆正通药业有限公司、国家工商行政管理局商标评审委员会诉四川华蜀动物药业有限公司商标行政纠纷申请再审案
19. 北京秀水街服装市场有限公司诉法国香奈儿股份有限公司及原审被告黄善旺侵犯注册商标专用权纠纷上诉案
20. 杭州张小泉集团有限公司诉上海张小泉刀剪总店、上海张小泉刀剪制造有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案
21. 中国中信集团公司诉天津中信置业有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷上诉案
22. 国家工商行政管理总局商标评审委员会、龙岩卷烟厂诉益安贸易公司商标复审异议裁决上诉案
23. 浙江省食品有限公司诉国家工商行政管理总局商标局商标管理行政批复上诉案
24. 李亚德、陈俊假冒注册商标案
25. 北京美通嘉禾科技公司及张升德、吴瑞英销售假冒注册商标商品案
26. 骆幸福非法制造注册商标标识案
27. 翁正文诉福州外星电脑科技有限公司、原审被告叶秀娟等侵犯计算机游戏软件著作权纠纷上诉案
28. 浙江省图书馆诉何湖苇等网络著作权侵权纠纷申请再审案
29. 广东大圣文化传播有限公司诉洪如丁、韩信、原审被告广州音像出版社等侵犯著作权纠纷提审案
30. 香港沛润国际有限公司诉北海中鼎股份有限公司等著作权许可使用合同纠纷上诉案

31. 广州国际华侨投资公司诉江苏长江影业有限责任公司影片发行权许可合同纠纷上诉案

32. 沈金钊诉上海远东出版社图书出版合同纠纷申请再审案

33. 王志荣诉湖南大学出版者出版合同纠纷申请再审案

34. 世纪互联通讯技术有限公司诉王蒙侵犯著作权纠纷上诉案

35. 姜思慎诉乔雪竹侵犯著作权纠纷案

36. 高小华诉重庆陈可之文化艺术传播有限公司、原审原告雷著华著作权纠纷上诉案

37. 刘国础诉叶毓山侵犯著作权纠纷上诉案

38. 赵继康诉曲靖卷烟厂著作权侵权、不正当竞争纠纷上诉案

39. 徐楚风、姜海宇侵犯著作权案

40. 陈寿福侵犯著作权上诉案

41. 株洲选矿药剂厂诉广东省罗定市林产化工厂、刘显驰技术秘密侵犯纠纷上诉案

42. 意大利费列罗公司诉蒙特莎食品有限公司、天津经济技术开发区正元行销有限公司不正当竞争纠纷提审案

43. 福建省福清大闽生物工程有限公司诉福州南海岸生物工程有限公司不正当竞争纠纷上诉案

44. 福建省乔丹体育用品有限公司诉晋江市阳新体育用品有限公司不正当竞争纠纷上诉案

45. 广州市越秀区东北菜风味饺子馆诉诉宋维河不正当竞争纠纷上诉案

46. 内蒙古小肥羊餐饮连锁有限公司诉河北汇特小肥羊餐饮连锁有限公司、周文清不正当竞争及注册商标侵权纠纷上诉案

47. 山东省泰安市郊区福利化工厂诉武汉化工学院技术转让合同纠纷上诉案

48. 乐清市大东方制衣有限公司诉报喜鸟集团有限公司、浙江报喜鸟服饰股份有限公司、原审被告香港报喜鸟股份有限公司不正当竞争纠纷上诉案

49. 幸发芬侵犯商业秘密上诉案

50. 於博怀非法经营案

以上案例可参考知识产权出版社出版的：

《影响中国的 100 个知识产权案例》

附件二：本课程案例报告写作格式

案例分析报告

课程名称：_____

项目组长_____学号 _____

专　　业_____ 班级 _____

实验项目名称_____

实验地点_____

指导教师_____

开课学期_____至_____学期

实验日期与节次_____年___月___日第___节

案例分析报告

一、案例分析小组学生名单：

序号	学 生 姓名	学号	实 验 分工

二、案例名称及来源：

1、案例名称

2、案例来源

三、案情介绍:

四、法律争议与适用：

五、评析与结论：

五、指导教师评语及成绩：

1、评语：

2、成绩：

指导教师签名：

批阅日期：

《民法研讨课》教学大纲

刘智慧　编写

目　录

编写说明.....2
一、课程性质.....2
二、课程的目的和任务.....2
三、课程的学习方法.....2
四、考核方式.....2
第一部分　民法总论.....3
一、民法典编纂问题.....3
二、人格理论.....3
三、隐私权.....4
四、法人理论.....5
五、法律行为概念.....6
六、行为能力.....6
七、法律行为错误.....7
八、无权处分.....8
九、代理理论.....8
十、诉讼时效.....9
第二部分　物权法.....11
一、物权法定原则.....11
二、物权行为理论.....11
三、建筑物区分所有权.....12
四、用益物权.....13
五、担保物权.....14
六、占有.....15
第三部分　债法.....16
一、债法体系.....16
二、债的移转.....16
三、债的担保.....17
四、教育机构侵权.....17
五、网络侵权.....18
六、名誉权保护.....19
七、隐私权保护.....20
八、肖像权保护.....20
九、安全保障义务.....21
十、精神损害赔偿.....22
第四部分　家庭法.....23
一、夫妻间侵权行为.....23
二、配偶权.....23
三、夫妻婚前协议.....24
四、遗嘱继承.....25

编写说明

本大纲主要是为了配合《民法学研讨课》的教学而编写。大纲编写人员为朱庆育（民法总论部分）、刘智慧（物权法部分和债法 1－3）和陈汉（债法 4－10 和家庭法部分）。

《民法学研讨课》教学大纲
课程名称：《民法学研讨课》
课程编号：402010062
学　分：2 学分
总 学 时：36 学时
适用学院：民商经济法学院、法学院、国际法学院、刑事司法学院
先修课程：《民法学原理》（一）、《民法学原理》（二）、《民法学原理》（三）、《民法学原理》（四）

一、课程性质

本课程为法学专业本科阶段的专业选修课。

二、课程的目的和任务

通过本课程的讲解和学生的学习，要实现下列目的：

1．能够让学生学会选题、资料检索、研究方法和论文撰写等。

2．通过学习小组的讨论，让学生学会与他人沟通、配合共同完成规定的任务，形成团队合作精神。

3．培养和锻炼学生的综合能力和自主学习能力。

三、课程的学习方法

将学生分成若干学习工作小组，将专题研讨的大部分工作交给学生在课后完成，促使学生在课下通过阅读相关文献、撰写学习报告，并形成自己的观点在研讨课上进行课堂发言，由主讲教师引导课上和课后的研讨。

四、考核方式

1．本课程为选修课，实行开卷考试。

2．考试成绩为：平时口试成绩+期末笔试成绩。（平时成绩可以占到总成绩的 70%以上）

3．评价的方式：采用灵活多样的评价方式，注重对学生各方面发展的评价，包括：课堂研讨发言、口试、答辩、课题研究与论文等。

第一部分　民法总论

一、民法典编纂问题

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

我国正在走向民法典，如何在既有单行法的基础上形成一部科学理性的法典，是一个值得研究的问题。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）民法典的意义

为何要编纂民法典？民法典具有何种功能？民事立法者又以何种方式、秉承何种理念来编纂民法典？

（二）民商分立抑或民商合一

法国民法典确立民商分立的现代立法模式，瑞士民法典则首开民商合一之先河。支撑这两种立法模式的社会背景、制度理念何在？中国民事立法应如何取舍？

（三）民法典的编制体例

法典编制体例各有其异，典型者如法国三编制、德国五编制等，中国未来民法典的编制体例应如何安排？

（四）民法典的语言风格

立法者应选择何种语言风格表述民事规范？法国式的通俗易懂，抑或德国式的精确抽象？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．江平：《制订民法典的几点宏观思考》，载《政法论坛》1997 年第 3 期。

2．江平：《制订一部开放型的民法典》，载《政法论坛》2003 年第 1 期。

3．梁慧星：《当前关于民法典编纂的三条思路》，载《中外法学》2001 年第 1 期。

4．梁慧星：《松散式、汇编式的民法典不适合中国国情》，载《政法论坛》2003 年第 1 期。

5．苏永钦：《民法的积累、选择与创新》，载《比较法研究》2006 年第 2 期。

6．苏永钦：《民法典的时代意义》，载氏著《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005 年版。

7．王利明：《试论我国民法典体系》，载《政法论坛》2003 年第 1 期。

8．王胜明：《法治国家的必由之路——编纂<中华人民共和国民法（草案）》的几个问题>，载《政法论坛》2003 年第 1 期。

9．谢怀栻：《大陆法系国家民法典研究》，载《谢怀栻法学文选》，中国法制出版社 2002 年版。

10．徐国栋：《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》，载《法学研究》2000 年第 1 期。

11．朱庆育：《民法典编纂中的两个观念问题》，载《北大法律评论》第 4 卷（2001）第 2 辑 。

12．朱庆育：《法典理性与民法总则》，载《中外法学》2010 年第 4 期。

二、人格理论

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

人格的尊重是现代法律文明的标志之一，问题在于，法律应当以何种方式表达这种尊重？在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）人格权的立法体例

人格权是否应该独立成编？如何处理人格权与民事主体制度之间的关系？

（二）人格权的保护立场

人格权是否应当奉行法定主义？未为法律所规定的人权利益是否值得法律保护？如何保护？具体人格权与一般人格权是何种关系？

（三）人格权的保护方式

侵权法是否足以为人格权提供充分的保护？如何判断人格权之受到侵害？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．陈现杰：《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释的理解与适用》，载《人民司法》2001 年第 4 期。

2．葛云松：《死者生前人格利益的民法保护》，载《比较法研究》2002 年第 4 期。

3．汉斯·哈腾鲍尔（孙宪忠译）：《民法上的人》，载《环球法律评论》2001 年冬季号。

4．李永军：《论我国人格权的立法模式》，载《当代法学》2005 年第 6 期。

5．梁慧星：《松散式、汇编式的民法典不适合中国国情》，载《政法论坛》2003 年第 1 期。

6．林来梵：《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第 38 条的解释方案》，载《浙江社会科学》2008 年第 3 期。

7．王利明：《人格权制度在中国民法典中的地位》，载《法学研究》2003 年第 2 期。

8．王泽鉴：《人格权保护的课题与展望——人格权的性质及构造：精神利益与财产利益的保护》，载《人大法律评论》2009 年卷。

9．谢哲胜：《中国人格权法独立成编及其基本内容的立法建议》，载《人大法律评论》2009 年卷。

10．薛军：《揭开一般人格权的面纱——兼论比较法研究中的体系意识》，载《比较法研究》2008 年第 5 期。

11．尹田：《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》，载《法学研究》2003 年第 4 期。

三、隐私权

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

隐私权在我国法律体系中地位特殊。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）隐私权的法律地位

隐私权在民法体系中处于何种地位？它与言论自由等权利的关系如何？

（二）隐私权的保护

法律如何对隐私权提供保护？如何判断隐私权受到侵害？在我国法律未明确规定隐私权的情况下，如何保护隐私权？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．陈现杰：《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的理解与适用，载《人民司法》，2001 年第 4 期。

2．马特：侵犯隐私权的构成及类型化研究，载《北方法学》，2007 年第 4 期。

3．王利明：隐私权的内容探讨，载《浙江社会科学》，2007 年第 3 期。

4．王利明：隐私权的新发展，载《人大法律评论》，2009 年卷。

5．王泽鉴：人格权的具体化及其保护范围·隐私权篇（上、中、下），载《比较法研究》，2008 年第 6 期、2009 年第 1 期、2009 年第 2 期。

6．张新宝：言论表述和新闻出版自由与隐私权保护，载《国家检察官学院学报》，2010 年第 2 期。

7．张新宝：我国隐私权保护法律制度的发展，载《法学研究》，第 18 卷第 6 期。

四、法人理论

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

法人与自然人并足而立，共同撑起了民法上主体制度的大厦。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）法人的本质

对法人本质的不同认识，将影响到具体法律制度的不同建构。法律史上，法人曾有拟制说、实在说等不同学说，我国法律制度如何塑造法人？

（二）法人的能力

法人的权利能力如何获得？范围如何？法人是否拥有行为能力？如果拥有，范围如何？法人权利能力与行为能力之间的关系如何？

（三）法人的类型

什么是社团法人、财团法人？区分意义何在？什么是公法人、私法人，区分意义何在？我国实证法上的法人制度依何种标准而构建？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．福尔克·博伊庭（邵建东译）：《德国公司法中的代表理论》，载《民商法论丛》第 13 卷，法律出版社 2000 年版。

2．方流芳：《从法律视角看中国事业单位改革——“事业单位”法人化批判》，载《比较法研究》2007 年第 3 期。

3．方流芳：《关于公司行为能力的几个法律问题》，载《比较法研究》1994 年第 3-4 期。

4．葛云松：《中国的财团法人制度展望》，载《北大法律评论》第 5 卷（2002）第 1 辑。

5．葛云松：《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》，载《中国法学》2007 年第 3 期。

6．江平，龙卫球：《法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护》，载《中国法学》1998 年第 3 期。

7．托马斯·莱塞尔（张双根译）：《德国民法中的法人制度》，载《中外法学》2001 年第 1 期。

8．马俊驹：《法人制度的基本理论和立法问题之探讨（上、中、下）》，载《法学评论》，2004 年第 4－6 期。

9．薛军：《法人人格权的基本理论问题探析》，载《法律科学》2004 年第 1 期。

10．钟瑞栋：《“法人人格权”之否认——兼评我国《民法》草案关于“法人人格权”的规定》，载《厦门大学法律评论》第 7 辑，厦门大学出版社 2004 年版。

五、法律行为概念

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

法律行为是民法总则的核心概念，亦是实现私法自治的工具。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）法律行为概念的缘起

法律行为概念如何出现于法学文献中？当中经历了什么样的语词变迁？

（二）法律行为概念的功能

法学家创造法律行为之概念，是为了体现什么样的理念？法律行为被赋予何种功能？

（三）法律行为与邻近概念

法律行为与情谊行为，法律行为与事实行为，法律行为与意思表示，法律行为与民事行为，法律行为与公法行为。

（四）民事法律行为与法律行为

《民法通则》使用的是民事法律行为概念，民事法律行为与法律行为是何种关系？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．汉斯·哈腾保尔（孙宪忠译）：《法律行为的概念——产生以及发展》，载《民商法前沿（第 1、2 辑）》，吉林人民出版社 2002 年版。

2．黄金荣：《法理学中的“法律行为”》，载《法哲学与法社会学论丛（总第 10 期）》，北京大学出版社 2007 年版。

3．米健：《“民事法律行为”命名的谬误》，载《人民法院报》，2003 年 10 月 10 日，第 3 版。

4．平井宜雄（柯伟才译）：《法律行为论在日本的形成》，载《比较法研究》2007 年第 6 期。

5．薛军：《法律行为合法性迷局之破解》，载《法商研究》2008 年第 2 期。

6．易军：《私人自治与法律行为》，载《现代法学》2005 年第 3 期。

7．余军：《行政处分与民事法律行为之关系——作为规定功能的法概念》，载《法学》2007 年第 7 期。

8．朱庆育：《意思表示与法律行为》，载《比较法研究》2004 年第 1 期。

9．朱庆育：《法律行为概念疏证》，载《中外法学》2008 年第 3 期。

六、行为能力

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

行为能力制度是“理性人”在实证法上的反映。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）行为能力的分级

法国将行为能力分为两级，德国则分为三级，各自依据何在？具有何种意义？

（二）行为能力对于法律行为效力的影响

限制行为能力人如何实施法律行为？无行为能力人如何实施法律行为？无行为能力人实施的法律行为效力如何？

（三）行为能力区分标准

依据何种标准对行为能力作出区分？因年龄而导致行为能力欠缺与因精神疾病而导致行为能力欠缺有何区别？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．茨威格特/克茨（孙宪忠译）：《行为能力比较研究》，载《外国法译评》1998 年第 3 期。

2．马强：《无民事行为能力人订立合同效力之研究》，载《浙江社会科学》2007 年第 2 期。

3．王俊杰等：《精神障碍者民事行为能力两分法的理论依据》，载《法律与医学杂志》2002 年第 4 期。

4．王泽鉴：《纯获法律上之利益》，载氏著《民法学说与判例研究（第 4 册）》，北京大学出版社 2009 年版。

5．邢学毅等：《81 例民事行为能力司法精神医学鉴定分析》，载《临床精神医学杂志》2006 年第 5 期。

6．徐国栋：《从身份到理性——现代民法中的行为能力制度沿革考》，载《法律科学》2006 年第 4 期。

7．张驰：《自然人行为能力新思考》，载《法学》2009 年第 2 期。

8．张钦廷等：《论精神障碍者民事行为能力评定分级》，载《中国司法鉴定》2008 年第 1 期。

七、法律行为错误

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

错误是影响法律行为效力的一个重要因素，亦典型表现了私法自治的民法意义。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）错误的概念

如何界定错误？何种错误具有民法意义？错误与重大误解之间的关系如何？

（二）错误的效力

错误对于法律行为效力有何影响？无效抑或可撤销有何区别？如何理解变更权？如何确定因错误而产生的损害赔偿问题？

（三）错误的形态

何谓表示错误？何谓内容错误？存在哪些特殊的错误类型？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．陈自强：《意思表示错误之基本问题》，载《政大法律评论》第 52 期（1994 年 12 月）。

2．马尔特·迪塞尔荷斯特（邵建东译）：《合同缔结中的错误》，载《中德法学论坛（2003）》。

3．李永军：《合同法上的错误及其法律救济》，载《山东审判》2003 年第 3 期。

4．梅伟：《试论意思表示错误制度》，载《环球法律评论》2008 年第 3 期。

5．孙鹏：《民法动机错误论考——从类型轮到要件论之嬗变》，载《现代法学》2005 年第 4 期。

6．唐晓晴：《意思表示错误的理论与制度渊源》，载《华东政法学院学报》2008 年第 2 期。

7．唐莹：《论意思表示错误——中德民法比较研究》，载《比较法研究》2004 年第 1 期。

8．张驰：《论意思表示错误的认定及其效力》，载《绍兴文理学院学报》2009 年第 2 期。

八、无权处分

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

无权处分在理解负担行为与处分行为的关系中具有重要意义。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）无权处分的概念

在负担行为与处分行为区分的背景下，如何理解无权处分的概念？在我国实证法背景下，如何理解无权处分的概念？

（二）无权处分行为的效力

《合同法》第 51 条所规定的效力待定之“合同”，指的是哪个合同？

（三）无权处分与出卖他人之物

无权处分与出卖他人之物的关系如何？当中存在几个法律关系？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．崔建远：无权处分辨——合同法第 51 条规定的解释与适用，载《法学研究》，2003 年第 1 期。

2．丁文联：无权处分与合同效力——合同法第 51 条的理解与适用，载《南京大学法律评论》，1999 年秋季号。

3．梁慧星：如何理解合同法第 51 条，载《人民法院报》，2000 年 1 月 8 日。

4．田士永：出卖人处分权问题研究，载《政法论坛》，2003 年第 6 期。

5．王闯：试论出卖他人之物与无权处分——兼释合同法第一百三十二条与第五十一条之间的关系，载《人民司法》，2000 年第 11 期。

6．王利明：论无权处分，载《中国法学》，2001 年第 3 期。

7．王泽鉴：出卖他人之物与无权处分，载氏著《民法学说与判例研究（第 4 册）》，北京大学出版社，2009 年版。

8．王泽鉴：再论“出卖他人之物与无权处分”，载氏著《民法学说与判例研究（第 4 册）》，北京大学出版社，2009 年版。

9．王泽鉴：三论“出卖他人之物与无权处分”，载氏著《民法学说与判例研究（第 5 册）》，北京大学出版社，2009 年版。

10．叶金强：无权处分行为效力模式论，载《南京大学法律评论》，2005 年秋季号。

九、代理理论

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

代理是一种特殊的法律行为，有助于帮助本人扩展参与法律关系的机会。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）代理的概念

如何理解代理？代理有哪些类型？需要具备哪些要件？

（二）代理权授予行为

代理权授予行为与其基础行为的关系？如何理解代理权授予行为的无因性？

（三）直接代理与间接代理

如何理解直接代理与间接代理？《合同法》第 402 条、403 条如何适用？

（四）无权代理与表见代理

无权代理的法律效果是什么？表见代理的构成要件、法律效果分别是什么？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．福·博伊庭（邵建东译）：论《德国民法典》中的代理理论，载《南京大学法律评论》，1998 年秋季号。

2．陈自强：民事代理权范围之确定与限制，载氏著《代理权与经理权之间之间：民商合一与民商分立》，北京大学出版社，2008 年版。

3．陈自强：代理权授予行为无因性之检讨，载氏著《代理权与经理权之间之间：民商合一与民商分立》，北京大学出版社，2008 年版。

4．杜颖：解读《中华人民共和国合同法》第 402 条和第 403 条，载《中外法学》，2007 年第 6 期。

5．方新军：对我国合同法第 402、403 条的评说——关于两大法系代理理论差异的再思考，载《北大法律评论》，第 4 卷（2001）第 2 辑。

6．葛云松：委托代理授权不明问题研究——评民法通则第 65 条第 3 款，载《法学》，2001 年第 12 期。

7．王泽鉴：无权代理人之责任，载氏著《民法学说与判例研究（第 6 册）》，北京大学出版社，2009 年版。

8．叶金强：论代理权授予行为的有因构造，载《政法论坛》，2010 年第 1 期。

十、诉讼时效

【计划时数】

4 学时。

【可研讨主要内容】

诉讼时效是请求权行使的时间限制。在教学过程中，研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）诉讼时效的效力

诉讼时效产生何种效力？消灭请求权、消灭诉权、消灭胜诉权、抑或产生抗辩权？

（二）诉讼时效的功能

为何要通过诉讼时效制度来对请求权的行使作出时间上的限制？

（三）诉讼时效的适用对象

债权原则上适用诉讼时效，此乃各国皆然。物权请求权能否适用诉讼时效？基于人身的请求权又如何？

（四）诉讼时效的障碍

何种事由可以导致诉讼时效的中止？何种事由可以导致其中断？延长诉讼时效的正当性何在？

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【拓展阅读】

1．柳经纬：《关于时效制度的若干理论问题》，载《比较法研究》2004 年第 5 期。

2．宋晓明，刘竹梅，张雪楳：《关于审理民事案件适用诉讼时效若干问题的规定》的理解与适用，载《人民司法·应用》2008 年第 21 期。

3．汪渊智：《我国民法诉讼时效制度之构想》，载《法学研究》2003 年第 3 期。

4．王胜明：《物权法制定过程中的几个重要问题》，载《法学杂志》2006 年第 1 期。

5．王轶：《诉讼时效制度三论>，载《法律适用》2008 年第 11 期。

6．王轶：《物权请求权与诉讼时效制度的适用》，载《当代法学》2006 年第 1 期。

7．朱岩：《消灭时效制度中的基本问题——比较法上的分析兼评我国时效立法》，载《中外法学》2005 年第 2 期。

第二部分　物权法

一、物权法定原则

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》第 5 条确立了物权法定原则，但实务中对该条的解读众说纷纭，有待理论研讨以便完善立法、服务司法。在教学过程中，可研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）物权法定中“法”的范围

限于狭义的“法律”？包括国务院行政法规？包括部门规章？地方性法规？习惯……

（二）物权法定的范围

种类法定？内容法定？公示方法法定？效力法定？

（三）当事人自行创设物权的效力问题

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1．苏永钦：《物权法定主义的再思考——从民事财产法与经济观点分析》，载《经济法的挑战》，五南图书出版公司 1994 年版。

2．段匡：《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛（第 7 卷）》，法律出版社 1997 年版。

3．王泽鉴：《物权法上的自由与限制》，载《民商法论丛(第 19 卷)》，金桥文化出版（香港）有限公司第 2001 年版。

4．孙宪忠：《确定我国物权种类以及内容的难点》，载《法学研究》2001 年第 1 期。

5．尹田：《论物权法定原则的解释及其根据》，载《民商法学》2002 年第 12 期。

6．梁上上：《物权法定主义：在自由与强制之间》，载《法学研究》2003 年第 3 期。

7．苏永钦：《物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探大陆民法典的可能性》，载《月旦民商法杂志》2005 年第 8 期。

8．苏永钦：《法定物权的社会成本——两岸立法政策的比较与建议》，载《中国社会科学》2005 年第 6 期。

9．常鹏翱：《体系化视角中的物权法定》，载《法学研究》2006 年第 5 期。

10．张鹏：《物权法定原则的肯定与否定——评《物权法草案》对物权法定原则的新近修改》，载《法学》2006 年第 12 期。

11．杨玉熹:《论物权法定主义》，载米健主编:《比较法学文粹》第 2 辑，中国政法大学出版社 2006 年版。

12．张巍:《物权法定与物权自由的经济分析》，载《中国社会科学》2006 年第 4 期。

13．张驰:《我国<物权法>中物权法定原则之探究》，载《法学》2007 年第 10 期。

二、物权行为理论

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》专章规定了建筑物区分所有权，但实务中仍有诸多问题亟待理论研讨以便完善立法、服务司法。在教学过程中，可研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）物权行为的概念

（二）物权行为的独立性是否存在的问题

（三）物权行为的无因性承认与否的问题

（四）物权行为的独立性与无因性和相关法律制度的关系问题

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1．铃木禄弥：《物权的变动与对抗》，渠涛译，社会科学文献出版社 1999 年版。

2．田士永：《物权行为理论研究-以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社 2002 年版。

3．于海涌：《绝对物权行为理论与物权法律制度研究》，北京大学出版社 2006 年版。

4．张康林：《物权行为无因性理论研究》，中国政法大学出版社 2009 年版。

5．孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度的反思（上）》，载《中国法学》1999 年第 5 期。

6．张双根:《德国物权法的沿革与功能》，载《法学家》2000 年第 2 期。

7．孙宪忠：《论法律物权与事实物权的区分》，载《法学研究》2001 年第 5 期。

8．王轶：《论物权变动模式的立法选择》，载《月旦民商法杂志【台】》2003 年第 2 期。

三、建筑物区分所有权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》专章规定了建筑物区分所有权，但实务中仍有诸多问题亟待理论研讨以便完善立法、服务司法。在教学过程中，可研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）建筑物区分所有权与物业服务

有必要在理论上和实务中对建筑物区分所有权与物业服务之间的关系问题予以澄清。

（二）车位、车库的归属问题

《物权法》和相关司法解释对车位、车库的问题作了基本规定，但不足以解决实务中遇到的问题，因此，对实务相关问题进行类型化分析并提出建议措施以完善立法是很有必要的。

（三）建筑物区分所有权中的共有权和管理权问题

我国《物权法》对于建筑物区分所有权中的共有权和管理权的行使作了原则性规定，并在司法解释中作了补充规定，但相关规定的适当性以及司法解读都有待理论上的进一步研讨。

（四）住宅商用问题

《物权法》对住宅商用的条件作了原则性规定，并在司法解释中作了进一步的规定，但实务中对相关规定的解读仍存分歧，所以有必要根据实务经验在理论上继续深入研讨。

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1．陈华彬：《现代建筑物区分所有权研究》，法律出版社 2008 年版。

2．陈华彬:《业主的建筑物区分所有权——评<物权法草案>第六章》，载《中外法学》2006 年第 1 期。

3．白江:《德国住宅楼管理制度之研究及启示》，载《中外法学》2008 年第 2 期。

4. 高圣平:《住宅小区车位、车库的性质及其权利归属研究——兼评<物权法>第 74 条》,载《法学家》2008 年第 6 期。

5. 崔建远:《对业主的建筑物区分所有权之共有部分的具体考察》,载《法律科学:西北政法学院学报》2008 年第 3 期。

6. 王利明《对<建筑物区分所有权法律应用问题解释(征求意见稿)>的建言》,载《政治与法律》2009 年第 2 期。

7. 高圣平:《建筑区划内绿地的权利归属研究——兼评<建筑物区分所有权司法解释(征求意见稿)>第 3 条第 1 款》,载《政治与法律》2009 年第 2 期。

8. 刘智慧:《论业主共同决定事项范围的确定——以区分所有权解释第 7 条的适用为中心》,载《政治与法律》2008 年第 8 期。

9. 熊丙万:《论住宅商用法律制度——兼评建筑物区分所有权司法解释第 10 条、第 11 条》,载《政治与法律》2009 年第 8 期。

四、用益物权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》专编规定了用益物权,但该编主要涉及不动产土地,相关规定在司法适用中均结合诸多政策性文件,不少问题亟待理论研讨以便完善。在教学过程中,可研讨内容包括但不限于下列方面:

(一)用益物权的体系

《物权法》在用益物权的体系上虽然有所突破,但仍然需要关注用益物权的发展趋势,思考诸如空间权、典权、居住权等权利是否纳入用益物权体系等,构建一个科学的用益物权体系。

(二)用益物权的客体

《物权法》规定了用益物权的客体可以是动产和不动产,但用益物权一编除概述外,用了专门四章规定的用益物权的客体均限于土地不动产,因此,有必要探讨用益物权的客体实践以便真正发挥《物权法》规定的作用。

(三)用益物权的流转问题

我国《物权法》对于建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权以及地役权等不同用益物权的流转规定了不同的限制,如何对用益物权作恰当的限制,在私法自治和物尽其用之间寻求合理的平衡点,有必要给予理论上的讨论支撑。

(四)准物权问题

《物权法》对渔业权、采矿权、探矿权、水权等作了原则性的引致性规定,但理论上对这些权利的性质解读仍存分歧,所以对这些权利的性质、特点和效力等相关问题仍有必要在理论上澄清。

以上内容根据教学情形可以单独研讨,也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1. 钱明星:《论用益物权的客体》,载《中外法学》1998 年第 1 期。

2. 马新彦,李国强:《土地承包经营权流转的物权法思考》,载《法商研究》2005 年第 5 期。

3. 尹飞:《时代需求与物权法之回应——兼论我国本土化用益物权体系之建构》,载《法学家》2006 年第 4 期。

4. 胡正方:《论我国地下空间权建构的法律问题》,载《政治与法律》2006 年第 5 期。

5. 谢哲胜《中华人民共和国物权法综合评析》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)2007

年第 3 期。

6．朱广新:《 地役权概念的体系性解读》，载《法学研究》2007 年第 4 期。

7．申政武:《 从东亚法的视角观察中国的用益物权——中日韩三国制度异同的若干比较》，载《当代法学》2008 年第 1 期。

8．王利明:《 试论《物权法》中海域使用权的性质和特点》，载《 社会科学研究》2009 年第 4 期。

五、担保物权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》专编规定了担保物权，但该编以及之前的相关法律规定多有冲突，在司法适用需要解读，再加上制度本身的缺漏，有待理论研讨以便完善。在教学过程中，可研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）担保物权的体系

《物权法》在担保物权的体系上没有突破，诸如优先权的适用、让与担保的取舍、动产担保以及所有权保留的性质等问题均需理论澄清，以便为将来完善立法服务。

（二）担保物权的善意取得

《物权法》规定了善意取得制度，也明确了担保物权的善意取得可以参照适用所有权的善意取得，但如何参照，有必要澄清以助于我国司法实务中认定。

（三）流质条款问题

我国《物权法》明确禁止流质条款。但对于该禁止的必要性以及效力等问题均有必要从理论和实务的角度作出相应的解读。

（四）留置权的成立要件

我国《物权法》对于留置权成立要件的规定在解释上多有歧义，有必要从理论和实务的角度作出相应的解读。

（五）担保物权的实现

我国《物权法》对于担保物权的实现规定易引起解读上的分歧，诸如担保物权的行使期间、实现途径等均有必要理论上予以澄清。

（六）担保物权的竞合

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1．刘保玉:《 论担保物权的竞存》，载《中国法学》1999 年第 2 期。

2．房绍坤/郑莹:《 担保物权司法解释的缺陷》，载《法律科学：西北政法学院学报》2002 年第 4 期。

3．梅夏英/方春晖:《 优先权制度的理论和立法问题》，载《法商研究》2004 年第 3 期。

4．高圣平:《 我国动产融资担保制度的检讨与完善》，载《中国人民大学学报》2007 年第 3 期。

5. 谢哲胜《中华人民共和国物权法综合评析》，载《 上海交通大学学报（哲学社会科学版）2007 年第 3 期。

6．孙鹏，王勤劳:《 流质条款效力论》，载《法学》2008 年第 1 期。

7．高圣平:《 担保物权的行使期间研究——以《物权法》第 202 条为分析对象》，载《华东政法大学学报》2009 年第 1 期。

8．刘保玉:《留置权成立要件规定中的三个争议问题解析》，载《法学》2009 年第 5 期。

六、占有

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

《物权法》专编规定了占有，但该编在司法适用需要解读，制度本身多缺漏，有待理论研讨以便完善。在教学过程中，可研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）占有制度的基本功能

研讨占有制度的基本功能旨在说明我国确立占有制度的必要性和可行性。

（二）占有的认定

占有的认定涉及对占有的性质以及占有的构成要件的认定。占有的性质是权利抑或事实抑或权能，占有的构成要件是否包括心素在内，自罗马法以来就众说纷纭，有必要澄清以助于我国司法实务中认定占有。

（三）间接占有的功能及我国是否应确立间接占有制度

我国《物权法》没有明确我国是否承认间接占有。有必要从理论和实务的角度作出相应的解读。

（四）我国是否应确立准占有制度

我国《物权法》没有明确我国是否承认准占有。有必要从理论和实务的角度作出相应的解读。

（五）我国《物权法》占有编的适用

我国《物权法》占有编只有一章 5 个条文，但涉及诸如善意占有和恶意占有的认定以及效力、占有保护请求权等的规定均易引起解读上的分歧，有必要理论上予以澄清。

以上内容根据教学情形可以单独研讨，也可以综合研讨。

【延伸阅读】

1．弗里德里希．卡尔．冯．萨维尼：《论占有》，朱虎 刘智慧译，法律出版社 2007 年版。

2．刘智慧：《占有制度原理》，中国人民大学出版社 2007 年版。

3．刘智慧：《关于我国确立准占有制度的思考》，载《21 世纪中国民法之展望——海峡两岸民法研讨会》，中国政法大学出版社 2008 年版。

4．傅穹:《我国占有制度三论》，载《吉林大学社会科学学报》1998 年第 10 期。

5．石佳友:《<物权法>占有制度的理解与适用》，载《政治与法律》2008 年第 10 期。

6．董涛:《知识产权还需要占有制度吗?——知识产权给占有制度带来的困惑与重构》，载《浙江大学学报（人文社科版）》2009 年第 4 期。

7．隋彭生：《论以占有改定设立动产质权》，载《法学杂志》2009 年第 12 期。

第三部分　债法

一、债法体系

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）债法体系化的基础

（二）债法总则的存废

（三）侵权法是否能够独立成编

【延伸阅读】

1．张广兴:《 民法学研究述评》，载《法学研究》2001 年第 1 期。

2．薛军:《 论未来中国民法典债法编的结构设计》，载《法商研究》2001 年第 2 期。

3．李伟:《 德国<债法现代化法>简介》，载《比较法研究》2002 年第 2 期。

4．崔建远:《 债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》，载《清华大学学报（哲社版）》2003 年第 4 期。

5．覃有土，麻昌华:《 我国民法典中债法总则的存废》，载《法学研究》2003 年第 5 期。

6．王利明:《 论侵权行为法的独立成编》，载《现代法学》2003 年第 4 期。

7．许多奇:《 债法现代化的法理基础与债权地位的法律证成》，载《法律科学：西北政法学院学报》2004 年第 5 期。

8．费安玲:《 论欧洲一体化进程中欧洲债法趋同之罗马法基础》，载《比较法研究》2008 年第1 期。

二、债的移转

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）债的可移转性

（二）债权让与通知的方式和效力

（三）债的移转的效力

（四）债权的多重让与

【延伸阅读】

1．刘燕:《 债权让与通知的效力》，载《政法论坛：中国政法大学学报》2003 年第 2 期。

2．张谷:《 论债权让与契约与债务人保护原则》，载《中外法学》2003 年第 1 期。

3．徐涤宇:《 债权让与制中的利益衡量和逻辑贯彻——以双重让与为主要分析对象》，载《中外法学》2003 年第 3 期。

4．戴建庭:《 债权让与制度比较研究——兼论对我国合同法中债权让与制度的完善》，载《河北法学》2004 年第 8 期。

5．李永锋，李昊:《 债权让与中的优先规则与债务人保护》，载《法学研究》2007 年第 1 期。

6．崔建远:《债权让与续论》，载《中国法学》2008 年第 3 期。

7．申建平:《禁止让与条款效力之比较研究》，载《环球法律评论》2008 年第 6 期。

8．孙超:《论债权让与中通知程序的构建》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2009 年第 1 期。

三、债的担保

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）保证人的抗辩权

（二）共同保证问题

（三）保证人的追偿权问题

（四）保证和物权担保并存的效力问题

【延伸阅读】

1．邹国华:《保证人抗辩权的司法适用与立法完善》，载《法学》1998 年第 4 期。

2．费安玲:《论保证人抗辩权》，载《政法论坛：中国政法大学学报》2000 年第 1 期。

3．程啸:《保证与担保物权并存之研究》，载《政法论坛：中国政法大学学报》2005 年第 6 期。

4． 程啸，王静:《论保证人追偿权与代位权之区分及其意义》，载《法学家》2007 年第 2 期。

四、教育机构侵权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

研讨内容包括但不限于下列方面：

（一）教育机构的义务的细化

父母（或者其他监护人）将无行为能力人或者限制行为能力人交给教育机构之后，特别后者为全托幼儿园、寄宿学校的情况下，是否构成默认或者推定的意定监护人？

《侵权责任法》确定了“教育、管理”这两项义务。但是这两项义务的确定化存在着含糊之处。首先教育是一个过程给付义务，无法从结果来判断教育义务是否存在瑕疵履行；其次，管理的对象是人，还是教育机构？都值得探讨。

（二）第 38 条与第 39 条的区别

《侵权责任法》创新之处在于：将归责原则根据主体民事行为能力的不同加以区分，即对于受害人为无行为能力人的，适用过错推定责任；而对于受害人为限制行为能力人的，则适用过错归责原则。

然而，民法中的行为能力制度，主要保护的是行为人，而不是被动的受害人。这种区分是否具有理论基础与实际意义？

（三）现行立法是否存在着缺陷

相对于《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 7 条的规定，《侵权责任法〉摒弃了“未成年人”这一模糊的表述，采用了“无行为能力人”和“限制行为能力人”这两个清晰的表述，值得肯定。并且在第 38 条与第 39 条分别对“无行为能力人”和“限制行为能力人”进行区别对待。

但《侵权责任法》也不是没有缺陷。比如第 38-40 条的规定只限于人身损害，是否可以类推适用于财产损害？

第 40 条规定了有过错的教育机构的补充责任。既然是补充责任，那么也意味着如果第三人能完全承担责任，教育机构实际上是不用承担责任的。即使承担了责任，作为补充责任还是能够追偿的。这样的规定，是否是属于过轻呢？

【延伸阅读】

1．张民安著：《过错侵权责任制度研究》，中国政法大学出版社 2002 年版。

2. 黄松有：《最高人民法院人身损害赔偿的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年 1 月第 1 版。

3．王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2010 年版。

五、网络侵权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）网络中介服务上的间接侵权责任

间接侵权责任，即网络中介服务者是否要为他人借助其提供的中介服务而实施的侵权行为承担侵权责任。网络中介服务者负有监控义务和协助调查义务，其中监控义务为主要义务，包括事先审查义务和事后控制义务。如果网络中介服务者在“合理限度”内未履行事先审查义务或者在技术可能、经济许可的范围内未采取措施阻止侵权信息继续传播即未履行事后控制义务或者未履行协助权利人或有关机关收集侵权行为证据的协助调查义务，则网络中介服务者应承担间接侵权责任。

（二）网络服务提供者进行审查或者过滤的成本与效率的考察

如上所述，网络服务提供者所承担的是“合理限度”的审查义务。从保护互联网行业发展的角度看，不能课以过多的审查义务，否则将增加对海量信息进行审查的成本，最终妨碍行业的发展；另一方面，网络服务提供者从自身利益出发，无疑会倾向于纵容不良信息的发布与扩散。以哪些较为可观的标准来将“合理限度”进行确定化，值得探讨。

（三）关联案例讨论：中国友谊出版公司诉浙江淘宝网络有限公司、杨某侵犯出版者权纠纷案件

当今网络侵权中最为严重的内容之一就是侵犯著作权。典型的有“中国友谊出版公司诉浙江淘宝网络有限公司、杨某侵犯出版者权纠纷”一案。在该案中，北京市东城区人民法院知识产权庭在一审中认定了淘宝网未经审查义务而承担责任。二中院经审理认为，淘宝网提供的网络平台所服务的卖家分为个人卖家和商家卖家，其所负审查义务及审查内容也不相同：对于商家卖家，淘宝网审查的内容包括企业法人营业执照、营业执照、个体工商户营业执照等材料；对于个人卖家，仅审查个人卖家的真实姓名和身份证号码即可。因此，淘宝网公司未要求杨某提供其经营资质方面的证明并未违反相关规定。同时法律、行政法规仅明确规定了禁止流通和限制流通的物品，并未要求网络交易平台的提供者审查卖家销售商品的价格是否明显低于市场价格，因此淘宝网对杨某以明显低于定价的价格销售涉案图书的行为并不构成共同侵权。而且，淘宝网公司在接到警告信后，及时删除涉案图书的相关信息。因此，淘宝网公司对于杨某注册为淘宝网个人卖家已尽合理审查义务和事后补救义务，不构成共同侵权。

二审法院的观点值得商榷，特别是电子商务平台提供商区分商家卖家和个人卖家的内部规则，成为其免责的理由缺乏法理依据。

【延伸阅读】

1．王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2010 年版。

2．北京市海淀区人民法院：《对网络侵权案件审理情况的调研报告》，Http://www．civillaw．com．cn/article/default．asp?id=45905

3．Douglas Lichtman and Eric A． Posner， Holding Internet Service Providers Accountable , in U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No． 217． 下载地址：http://papers．ssrn．com/sol3/papers．cfm?abstract_id=573502##

六、名誉权保护

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）名誉与名誉感的区别

名誉与名誉感并不是一个概念。名誉是一种客观的社会评价，这种客观性是主体通过自身的努力和表现而应当获得的社会评价，而不是主体个人主观的自我评价。名誉感则是主体个人内心的一种情感，在很大程度上是主体对其名声的自我评价。因此，名誉感的伤害并不必然导致名誉的毁损。但是在实践中，如何区分名誉与名誉感？有无较为客观的标准？

（二）名誉权保护、言论表达自由之间的平衡

在新闻行业，名誉权保护与言论表达自由往往会发生冲突。典型的案例如“富士康公司诉《第一财经日报》记者王佑和编辑翁强索赔 3000 万案件”。个人状告媒体侵权的则更多。这些案件大部分都是以撤诉或者媒体胜诉为结果，但是并不代表媒体的新闻自由可以超越被报道主体的名誉权。毕竟，在新闻记者水平参差不齐的今天，内容失实、评论不当的情况也不罕见。

在这样的情景下，如何平衡新闻言论表达自由与名誉权保护之间的平衡，值得探讨。

（三）商法人的名誉保护：名誉还是商誉？

我国《民法通则》及最高院的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》都肯定了法人名誉权的存在。但是，值得探讨的是：法人，特别是商业主体的名誉权，究竟是类同于自然人的人格利益，还仅仅是一种商誉？不同的定性，对于救济关系重大。

（四）死者的名誉保护

法律界对于死者的名誉保护的讨论，始于“荷花女案”。该案所提出的“死者有无名誉权”以及“死者名誉受侵害后应如何保护”的问题便是其较为典型的例证。应该说，荷花女案在我国民事法律制度建设中具有非常重要的示范意义。最高人民法院于 1989 年 4 月 12 日对于荷花女案作了复函：“吉文贞(艺名“荷花女”)死后，其名誉权应依法保护，其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。该复函所体现的精神和处理方式，成为以后我国人民法院处理比如“海灯法师”案等此类型案件的重要参照；这一案件对后来最高人民法院制定有关名誉保护的司法解释也产生了重要的影响。2001 年 2 月 26 日通过的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中的第三条规定，自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。其中第一项所列的情形就包括；以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者的名誉的情形。

但是，尚未理清的问题有：保护的到底是死者的名誉，还是死者近亲属的名誉及其他人格利益？能否将保护名誉与保护名誉权区分开来？

【延伸阅读】

1.《两岸名誉权保护与言论自由的限界(繁体)》，元照出版社。

2.《名誉权纠纷——典型案例与法律适用 5》，中国法制出版社。

3.《舆论监督与名誉权问题研究》，北京大学出版社。

4．姚辉：《民法的精神》，法制出版社。

七、隐私权保护

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）隐私权与其他权利的冲突

隐私的两个特性：主观性，即主观上不愿为他人所知；客观性，即客观上还属于为特定人所知的信息。

并不是任何个人所不愿披露的信息都构成值得法律保护的隐私。如果部分信息涉及到其他人的利益，那么应当披露。例如，在社区生活的患有严重传染病的人。

值得探讨的是，刑释人员回归社区，是否应当披露？在怀疑配偶感情出轨的情况下，能否去电信机构调出配偶的通讯记录单。妻子写博客记录家庭的点点滴滴，而丈夫反对，理由是不愿任何第三人如此轻易地知晓他的私生活。这些的是隐私权、知情权、个人表达自由之间的冲突与平衡的典型。

（二）个人信息与隐私

在信息时代，个人在使用网络、使用公共服务设施（例如典型、物业、银行金融服务等）之时不得不将相关个人信息透露给服务提供者，或者在服务提供者的存储介质上做了保留。

在现行法律制度，个人信息是否以隐私的名义进行保护，还是单独保护？

（三）人肉搜索与隐私

“人肉搜索”引擎是近年来在互联网兴起的一种资料搜索方式，它不是单纯的“寻人”机制。因人肉搜索而引发的诉讼案件，典型的如 2008 年 7 月“女白领姜岩自杀”事件。作为“人肉搜索第一案”在北京市朝阳区人民法院三度开审，法院审理后认为，被告张某擅自在网站上披露他人隐私，扩大了该事实的传播范围，使不特定的社会公众得以知晓，构成对隐私权的侵害。网站天涯网因及时删除了涉及被告信息的文章，不构成对隐私权和名誉权的侵害。

人肉搜索并非一无是处。在网络这个虚拟的时间，通过人肉搜索确实能够搜索到一些发言或者道德失范者的信息，典型的如“钱军打人”事件、汶川地震后的“辽宁女”事件，都是网友

【延伸阅读】

1．汤德宗《资讯公开即资讯隐私法案例研究》（2009．1——2009．12），下载地址：http://www．iias．sinica．edu．tw/upload/conferences/20100522/temp/20100522-4a．pdf

2．A MODEL REGIME OF PRIVACY PROTECTION ． Daniel J． Solove．

3．A Brief History of Information Privacy Law, Daniel J． Solove．

4．张新宝：《隐私权的法律保护》（第二版），群众出版社。

八、肖像权保护

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）侵犯肖像权的营利性要件

现行法律规定侵犯肖像权必须具有“营利性目的”为要件。确实在现实生活中擅自利用他人肖像主要发生在商业领域，特别是在广告活动中。但是个人的肖像利益是否仅限于肖像所负载的商业利益呢？

（二）中国体育体制下知名运动员的肖像权问题

从 2004 年 4 月开始，作为中国男子篮球队签约赞助商的可口可乐公司，在饮料瓶上使用姚明占突出位置的 3 名国家队队员形象。而姚明作为百事可乐形象代言人，并未授予可口可乐使用其个人肖像的使用权。于是，姚明认为可口可乐公司的行为侵犯其肖像权，并于 5 月 23 日委托律师向上海市徐汇区法院提起诉讼，要求可口可乐公司“停止将姚明肖像及姓名用于产品外包装的行为；在全国性新闻媒体上公开承认侵权行为，向姚明赔礼道歉，消除影响；同时判令可口可乐赔偿原告精神损害抚慰金及经济损失人民币 1 元”。可口可乐公司辩称，根据该公司和中国篮球协会及其商务代理机构中体经纪管理公司所签订的合同，可口可乐公司“有权使用中国男篮三人及三人以上的整体肖像”。

问题的特殊性在于：在举国体制下即国家出资培养的运动员，国家体育总局于 1996 年发布的 505 号文件所谓的“国家级运动员的肖像权等无形资产都属于国家所有”具有一定的合理性，但是显然是与肖像权作为人格权这一定性是冲突的。但是，如果将举国体制下的运动员的肖像利益完全归属于个人，也是有违公平的。如何设计民事制度来找到平衡点，

（三）肖像权保护与版权保护之间的冲突

在人物肖像画或者油画写真中，特别是以写实为主的作品，其本身就直接、逼真地反映出模特儿肖像的基本特征，因此将发生模特的肖像权与作者的版权直接冲突的问题。

在当事人没有约定的情况下，是实施肖像权优先原则还是版权优先原则，值得探讨。

【延伸阅读】

1．刘辉: “肖像侵权若干法律问题初探”, 《上海市政法管理干部学院学报》2001 年第 4 期。

2．隋彭生: “论肖像权的客体”, 《中国法学》2005 年第 1 期。

3．陈爽：论肖像的人身权保护与版权保护，载于《上海法学研究》1991 第 3 期。

九、安全保障义务

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）安全保障义务是否仅限于经营性主体

侵权责任法明确安全保障义务人为下面两类人：一是宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人。公共场所包括以公众为对象进行商业性经营的场所，也包括对公众提供服务的场所。除了本条列举的宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等场所外，机场、码头、公园、餐厅等也都属于公共场所。二是群众性活动的组织者。群众性活动是指法人或者其他组织面向社会公众举办的参加人数较多的活动，比如体育比赛活动，演唱会、音乐会等文艺演出活动，展览、展销等活动，游园、灯会、庙会、花会、焰火晚会等活动，人才招聘会、现场开奖的彩票销售等活动。

可以看出，上述主体基本都是经营性主体。那么对于例如私人酒宴的组织者、自发性户外活动的发起人是否属于安全保障义务的主体，各地的司法实践作出了很多截然不同的判决。对于这个问题，值得进一步探讨。

（二）违反安全保障义务的判定标准

杨立新教授在《侵权责任法司法解释专家建议稿》第 85 条中提出，判断行为人是否尽到侵权责任法第三十七条规定的“安全保障义务”，应当依据以下标准综合认定： （一）安全保障义务人是否获得利益； （二）风险或损害行为的来源及强度;（三）安全保障义务人控制、防范危险或损害的能力;（四）受害人参加经营活动或者社会活动的具体情形。

可以该罗列的标准为基础进行进一步探讨。

（三）安全保障义务与不作为侵权

以饮酒过度造成伤亡为例，共饮者是否有劝阻他人饮酒的义务，对于醉酒者，共饮者是否有护送其至安全地的义务？如果上述义务不仅仅是道德义务，同时也是法律义务，那么这些义务，到底是安全保障义务呢，还是基于共同饮酒这一先行为而导致的作为义务？

【延伸阅读】

1.《最高人民法院公报》2001 年第 2 期“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”。

2．刘士国：《安全关照义务论》，《法学研究》1999 年第 5 期。

3．刘言浩：《宾馆对住客的保护义务》，《法学研究》2001 年第 3 期。

十、精神损害赔偿

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）精神损害还是非财产性损害：表述的争议

在欧陆国家，现在更为流行的表述是“非财产性损害”，而不是精神损害。我国立法选用了“精神损害”这一表述。我国台湾地区的学者曾世雄也用“非财产之损害”这样的表述。

不同的表述所能包含的外延是不同的，外延更广的“是非财产性损害”是否优于精神损害呢？

（二）对特定物的损害导致的精神损害赔偿

《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第四条：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”

但是对特定纪念物品的外延，“特定”“ 纪念物品”这两个标准都有待进一步的明确化。“特定”标准过于抽象，而纪念物品这个标准则过于狭隘。

（三）精神损害赔偿的量化

精神损害具有强烈的主观性，于受害人的个人心理、个人经历等密切相关。如果完全将自由裁量权交给法官，同类型案件不同判决势必会影响司法的权威。对此，山东省高院、四川省高院都出台了相关文件作了最高额限制。这种最高额限制，不失为一种量化的途径，但是决不是唯一的。如何在个案与同类案件判决的一致性之间寻找一个平衡点，值得探讨。比如意大利对侵犯人身权而导致的非财产性损害，参照保险公司的做法制定了一个详细的参考表格。这样有利于简化计算并有助于统一判决，当然在一定程度上也牺牲了个案的差异性。

【延伸阅读】

1．曾世雄：《损害赔償法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版。

2．张新宝:《精神损害赔偿制度的完善》，载于《中国社会科学报》2009 年 12 月 8 日。

3. Giovanni Comandé , Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States , 下载地址：http://papers．ssrn．com/sol3/papers．cfm?abstract_id=878131

第四部分　家庭法

一、夫妻间侵权行为

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）夫妻之间的可诉性探讨

部分国家的立法例认为，为了保证夫妻关系的和谐，禁止在夫妻关系存续期间进行诉讼。我国《婚姻法》在离婚损害赔偿之诉中，也作了类似的规定。这种以保护婚姻为目标的限制诉讼禁诉，具有一定的合理性。因为并非绝对禁止诉讼，而是附加了条件：诉讼以离婚为前提。

如果对于限制诉讼本身没有特别大的争议，那么如何进行限制、从哪些方面进行限制，值得研究。

（二）夫妻共同财产制带来的特殊问题

侵权人承担侵权责任的方式有以下几种：停止侵害，消除影响，恢复名誉，赔礼道歉，赔偿损失。从理论上来讲，婚内侵权行为对承担责任的方式没有限制，也不应有限制。对于前四种承担责任方式，判决后容易执行。而对于赔偿损失的责任承担就会与夫妻共同财产制发生冲突。因为我国现行婚姻法实行以夫妻财产共有制为主以夫妻财产约定制为辅的夫妻财产制度，如果夫妻之间事先对财产有约定，则存在个人财产，一方可以自己的个人财产承担责任，赔偿另一方的损害，一方也可以将从另一方取得的赔偿作为个人财产。但是，在实际生活中对夫妻财产做出明确具体的约定人很少。如果夫妻之间因没有财产约定而实行财产共有制，那么一方只有将夫妻共同财产冠以个人财产名义、甚至直接用共同财产赔偿另一方的损失，一方因人身或财产侵权而从另一方获得的个人赔偿又会成为夫妻共同财产。

因此，如何在夫妻共同财产制与夫妻间的侵权责任之间寻求一个平衡点或者特殊的制度设计，值得探讨。

（三）离婚后再诉：关于诉讼时效的

一旦夫妻离婚，保护夫妻关系和谐而限制诉讼的障碍将消除。但是侵权之诉的诉讼时效通常都很短，如何协调与诉讼时效之间的关系呢？认定为时效中断?或者以离婚为时效起算时间？

【延伸阅读】

1．Sally F．Goldfarb，Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence: Can Law Help End the Abuse Without Ending the Relationship, in Cardozo Law Review, Vol．29, No．4, pp．1487-1551, 2008．下载地址：http://papers．ssrn．com/sol3/papers．cfm?abstract_id=1218766

2．杨立新：《论侵害配偶权的精神损害赔偿责任》，载于《法学》2002 年第 7 期。

二、配偶权

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）大陆法系国家，是否需要配偶权的概念？

传统大陆法系国家，对于近亲属之间的关系，例如夫妻关系、父母子女关系，通常只是规定其相互的权利义务，而没有直接规定为一项特定的权利。配偶权的概念，是由英美法系国家率先提出

并使其日臻完善的。我国先后颁布的两部婚姻法，以及最高法院为贯彻婚姻法所做的意见和批复当中，均未对配偶权作出规定。在传统大陆法系国家，因配偶关系形成的一系列权利义务散见于民法的各个部分：例如家事代理权、继承权。基于一夫一妻制的忠诚义务；基于家庭成员的相互扶助义务等。确切地说，配偶权并不是一个大陆法系的产物。

那么立法是否有必要确定“配偶权”的概念？既有的规定是否足以保护配偶的身份利益与财产利益？

（二）配偶权的性质

如果将配偶权纳入我国民事立法中，那么必须理清配偶权的性质。

配偶权是一项权利义务一体性的权利，属于身份权，对此争议不大。但是配偶权属于绝对权还是相对权，是值得探讨的一个问题。

如果认为配偶权利益的实现主要是通过配偶一方的作为或者不作为，那么配偶权必然是相对权。如果将配偶权定性为相对权，那就排出在第三人侵权的客体范围之内了。也就是说，因为配偶的出轨而向所谓的“第三者”索赔是没有法理依据的。

（三）配偶权的救济

无论东方文明还是西方文明，都有“家事自了”的传统。中国有清官难断家务事的说法，罗马法传统下则有家庭是社会独立单元，由家父统治不受法律调整的历史。在现代社会，一方面法律对家庭成员自己的地位做了最为基层的规定；另一方面，不可否认的是，即使在现代家庭，配偶权或者配偶利益的实现，更多的是依靠道德与夫妻感情的深厚，而不能完全依靠法律的强制性规定。

因此，在法律强制客观不能的情况下，如何通过民事制度设计来救济配偶权，值得研究。

【延伸阅读】

1．THE FAMILY PROPERTY (RIGHTS OF SPOUSES) ACT, 2003

2．杨立新：《论侵害配偶权的精神损害赔偿责任》，载于《法学》2002 年第 7 期。

三、夫妻婚前协议

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）婚前协议的内容

从国外立法例来看，婚前协议主要是对离婚的一个预期安排，被称作世界上最不浪漫的法律文件。因为要预见一段尚未开始的婚姻的终结，分割尚未取得的财产。

婚前协议能够约定财产的分割，对此没有多大争议。富有争议的是对身份关系的安排。例如子女的姓氏、离婚后与子女的共同生活权、以对方不再婚为条件的财产赠与等的效力，在各国并没有统一的立法，在理论界也充满着争议。

另外，需要区分婚前协议与夫妻分居协议之间的根本区别。

（二）婚前协议与意思自治

按照私法的意思自治，当事人可以自由约定契约的内容。但是从比较法的角度看，各国司法实践并不是无条件地承认当事人的意思自治。主要的理由有：第一，婚前协议缔结者准夫妻这一特定的准身份关系；第二，协议的内容不是固定过去双方的关系，而是约定将来发生的事件的法律后果 。

但是各国在婚前协议中意思自治的方面都根据各自不同的社会文化背景作了不同的限定。在中国既有的社会、文化框架下，如何合理地限定夫妻婚前协议，值得探讨。

（三）夫妻婚前协议的公证或者登记

协议的效力只限于当事人。但是在涉及到财产的情况下，交易安全必然导致第三人也成为夫妻

婚前协议的利害关系人。

可以探讨在中国既有的法律体制下夫妻婚前协议登记的效力、登记机构、公示与异议制度。并且可以探讨与物权法关于不动产登记的相关规定的冲突、融合与协调问题。

（四）婚前协议与法律规避

婚前协议赋予了世界各地的准夫妻规避其法域有关婚姻与离婚的默认立法和司法规定的权利。从国际私法的角度看，如何看待这种法律规避行为。

四、遗嘱继承

【计划时数】

4 学时

【可研讨主要内容】

（一）遗嘱自由

遗嘱被认为是被继承人对自己财产的最终的处分。作为所有权人实施自由处分权，应当得到法律的尊重。

由于遗嘱生效之时，为被继承人死亡之时，因此遗嘱往往会有 “死无对证”的境况。对于，各国对遗嘱自由作了一系列的限制，例如特定的形式要件。另外，各自的文化背景也导致了不同的国家对遗嘱自由的限制规定的不一。

值得探讨的是：现行立法中，我国对遗嘱自由作了哪些限制性规定？这些规定是否合理?

（二）遗嘱签订后的婚姻对遗嘱的效力的影响

如果遗嘱中赋予了配偶继承人的地位，那么其后发生离婚或者婚姻被宣告无效，对于这部分应当如何处理？

解释为无效而适用法定继承？

解释为对配偶的遗赠？

（三）禁止分割遗产的效力

我国台湾地区民法典规定：遗嘱禁止遗产之分割者，其禁止之效力，以十年为限。在意大利和日本，也有类似的规定。

此项限制，是有违所有权理论的。因为继承人取得遗产之后，应当有分割共同财产的当然权力。然，部分国家出于现实的需要，承认限制分割。例如为了家庭成员不分崩离析；为了家族企业股权的控制等。

在家族企业逐步发展的中国，应当正视这个问题。应当从制度设计上给遗嘱人一个可靠的选择。

（四）遗嘱信托

遗嘱信托具有以下几方面的优点：第一，可以延伸个人意志、妥善规划其财产；第二，可避免了继承人争产、兴讼等隐患；第三，通过简单的指定信托受益人，避免传统继承事务处理的繁琐手续。第四，保证家族财产从法律上没有分割，所有受益人只享有各自的经济收益。

在我国，尚无遗嘱信托的用武之地。如何结合现有的法律制度设计遗嘱信托制度，值得探讨。

【延伸阅读】

1．史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社，2000 年版。

2．Arlene Macdonald： Testamentary Trusts: Not Just 'Another' Trust? 下载地址：http://papers．ssrn．com/sol3/papers．cfm?abstract_id=965346

《民法案例研习》教学大纲

李显冬　田士永　编写

目　录

一、前 言.....2
二、教学基本内容.....3
三、本课程案例的选择.....4
四、本课程的作业.....4
推荐书目：.....5
附件一：本课程推荐案例.....6
附件二：本课程案例报告写作格式.....14

一、前 言

《民法案例研习》是法学专业的专业选修课，是专门为法学本科生开设的一门通过对真实典型案例的研习综合复习民法基础知识、训练法律思维、提高法律实践能力的课程。本课程的先修课程主要是《民法学原理（一）》、《民法学原理（二）》。

本课程的教学目的是在对所选案例进行研习过程中达到从适用法律的角度巩固民法相关课程所学基础理论知识，训练学生的法律思维能力，培养学生从事法律职业的基本要求，提高学生运用法学理论适用法律的能力，提高学生收集信息、分析信息和整理信息的能力，提高学生书写的能力和公开场合表达的能力。

因为，本课程以真实“案例”作为教学素材，由授课教师从我国司法审判的真实案例中遴选出的典型作为教学素材，故本课程没有指定教材。授课所用的案例既要保证案例的经典性又要与时俱进，每节课通过 PPT 形式将其展示出来。

本课程的教学方法主要是案例教学法、研讨教学法、合作教学法、互动教学法、启发教学法、对话教学法等。

1．案例教学法

本课程教学内容的学习，主要通过分析案例实现。通过在案例分析过程中梳理案件中的法律关系、确定案件的关键问题、发现问题的解决途径、评析审理结果结果等一系列的教学活动，提高学生运用法学理论适用法律的能力，提高培养学生的实践能力。

2．研讨教学法

本课程的课堂学习以研讨方式进行，借鉴研讨课（Seminar）的教学方式，报告人提前准备书面案例研习报告，课上就案例分析做口头报告，其他同学进行评论或者提问，教师对书面报告进行修改，对课上讨论适当引导，并分析案例研习与讨论中存在的问题。通过撰写研习报告、口头报告以及课堂讨论，培养学生收集信息、分析信息和整合信息的能力、提高学生的书写能力和表达能力。

3．合作教学法

本课程中撰写报告和课堂研讨都将学生分为不同小组，每一案例由自由组合而成的不同小组负责主要报告。小组成员在分组完成相关学习任务的同时，能够在合作学习中训练沟通能力、协调能力和组织能力。

4．互动教学法

本课程的案例分析报告和课堂研讨注重互动，包括师生互动、生生互动，充分发挥学生主体性，注重学生在学习中的主观能动性。通过互动式学习，不断引导学生学习，培养学生的自我学习能力，促进学生形成独立思考的人格与学术风格。

5．启发教学法

本课程进行案例分析，具有复习民法基础理论和基本知识的功能，但目的却在于通过案例训练学生的基本能力，在教学中注意启发学生主动发现问题，通过教师示范性研究分析为学生启发学生进行相关研究分析提供示范启发学生，培养学生的创造精神。

本课程的考核方式，可以由期末考察成绩构成，也可以由期末考察成绩与平时成绩相结合。期末考察采取开卷案例分析形式。平时成绩可以由教师根据学生平时案例分析和课堂讨论中的表现确定。

基于以上的考虑，本大纲在结构上分四部分：（1）本章学习目的；（2）本章内容；（3）本章思考题；（4）推荐阅读书目。

“民法案例研习”计划授课总学时 36 学时，共 2 学时。

二、教学基本内容

第一讲：

本讲为本课程的概论，主要通过课堂讨论与教师讲授等方式，说明法律人应当具有的基本素质、能力，介绍民法案例研习的基本方法，尤其是以请求权规范基础为核心的案例分析法，介绍案例研习报告的基本格式，同时完成本课程案例研讨的基本安排。

教学目的为通过讲授本课程的概述，使学生了解本课程的目的是将民法理论中的基础概念具体化，通过案例的研习使得学生深刻理解民法适用的范畴；掌握民法基本原则的意义、内容及价值。

为配合本教学，安排学生阅读以下阅读书目及文章：

何美欢著《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社 2005 年 5 月第 1 版；

王利明文《民法案例分析的基本方法探讨》，载《政法论坛》，第 22 卷第 2 期，2004 年 3 月，第 118 页至第 128 页；

王泽鉴著《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社 2001 年 7 月第 1 版。

第一讲课后，阅读王泽鉴著《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》一书并书写读书笔记一份。

第二讲到第十六讲：

从第二件至第十六讲是本课程实质内容，主要通过课堂案例报告和课堂讨论，使学生通过完成基本涉及民法请求权规范基础各部分的案例，使学生学会分析撰写案例研习报告并能熟练进行公开讨论。

关于案例研习报告。案例分析报告有不同格式，本课程主要训练学生从专家意见的角度做出分析。通过教师讲授与学生练习，使学生掌握该报告的基本格式、文献的收集和使用、注释等基本规范，训练学生的书写能力。

关于案件事实。本课程在案例研习中并不训练学生如何调查取证，因为案例研习中的事实被假设为真实且无争论性，调查取证的训练应当实践中逐渐练习，且属证据法范畴。民法案例研习中的事实，属于不可改变的事实，但需要做出合理的推论和解释。本课程在案例研习中训练学生采用诸如图示法等具体办法对既有材料进行事实归纳，训练学生对既有材料的概括能力和基本分析能力。

本课程第二讲至第十七讲中涉及到的民法实体内容是中国民法的请求权规范基础体系。请求权是要求特定人为一定行为权利的权利。请求权规范基础，是指可提供一方当事人向另一方当事人主张的法律规范。中国民法上的请求权规范基础体现在《民法通则》、《合同法》、《物权法》等不同法律之中。民法学案例研习主要是训练学生从请求权规范基础进行思考相关问题。

中国民法上的请求权可以分为不同种类：就其内容而言，主要包括：

（1）合同请求权：分为原合同请求权和次合同请求权，前者是指合同所产生的请求权，后者是指原合同债务不履行而发生的请求权。学生应掌握在《合同法》等法律中寻找相关的请求权规范，分析各项请求权的构成要件与法律效果。

（2）无因管理请求权：是指没有法定义务或者约定义务管理他人事务而发生的请求权，包括管理人的请求权和本人的请求权。学生应掌握在《民法通则》等法律中寻找相关请求权规范，分析各项请求权的构成要件与法律效果。

（3）物权请求权：基于物权而享有的请求权，包括原物返还请求权、消除危险或者排除方还请求权、修理、重作、更换或者恢复原状请求权、损害赔偿请求权等。与物权请求权相关的是基于占有请求权。学生应掌握在《物权法》等法律中寻找相关请求权规范，分析各项请求权的构成要件与法律效果。

（4）不当得利请求权：对于欠缺保有基础的得利的返还请求权。学生应掌握在《民法通则》等法律中寻找相关请求权规范，分析各项请求权的构成要件与法律效果。

（5）侵权行为请求权：基于侵权行为而发生的请求权，包括损害赔偿请求权等。学生应掌握在《民法通则》等法律中寻找请求权规范，分析各项请求权的构成要件与法律效果。

（6）其他请求权。

抗辩权影响到请求权的行使效果，案例分析中训练学生对于抗辩和抗辩权的区分，学生应当学会寻找抗辩权的规范基础。

同一法律事实可能具备不同法律规范的要件，从而发生不同请求权，应当区分法条竞合、选择性竞合、请求权聚合以及请求权竞合等不同情形进行分析。

第十八讲，进行本课程的课程考核。

三、本课程案例的选择

所讨论的案例可以有不同来源，但以真实案例为宜，可以是实际发生的案例，也可以在实际案例基础上将不同案例组合成新案例，由教师根据具体教学需要调整其具体内容，遵循法律处理具体案件中当事人间的权利义务。一般可以选择人民法院公布的案例（法院的判决理由和当事人的主张与判决评析，可以为我们研习法律提供各种不同的法律论证资料），也可以适当结合热点案例进行讨论。

具体可参见附件 2

四、本课程的作业

在第二讲至第十七讲之后，可结合教学内容设置安排民法案例研习的案例研习的报告约 17 次。

推荐书目：

1. 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社，2000 年第一版
2. 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社，2002 年第一版
3. 谢怀栻：《外国民商法精要》，中国政法大学出版社，2002 年第一版
4. 江平主编：《法人制度论》，法律出版社，1994 年第一版
5. 梁慧星：《民法总论》，法律出版社，2001 年第一版
6. 迪特尔梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社，2000 年第一版
7. 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社，2002 年第 2 版
8. 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社，2000 年第一版
9. （德）拉伦茨：《法学方法论》，中国政法大学出版社，2003 年第一版
10. （德）拉伦茨：《德国民法总论》，法律出版社，2001 年第一版
11. 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（1-8），中国政法大学出版社，
12. 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社，2001
13. 卡尔拉仑兹：《法学方法论》，台湾五南出版社，
14. 王利明：《中国民法案例与学理研究》，法律出版社，2002 年第一版
15. 梁彗星：《民法解释学》，中国政法大学出版社,1995 年第一版
16. 何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社，2005 年第一版
17. 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社,2003 年第一版
18. 王利明：《民法疑难案例研究》，中国法制出版社,2001 年第一版
19. 李显冬主编：《民法总则案例重述》，中国政法大学出版社，2007 年第一版
20. 邵建东编著《德国民法总则编典型判例 17 则评析》，南京大学出版社 2005 年 1 月第 1 版。
21. 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社，
22. 苏永钦主编《民法物权实例问题分析》，清华大学出版社 2004 年 4 月第 1 版。
23. 王利明文“民法案例分析的基本方法探讨”，载《政法论坛》，第 22 卷第 2 期，2004 年 3 月，第 118 页至第 128 页。
24. 杨与龄主编《民法总则实例问题分析》，清华大学出版社 2004 年 10 月第 1 版。
25. 最高人民法院中国应用法学研究所编《人民法院案例选》，第 1 辑起，人民法院出版社 1992 年起出版。

附件一：本课程推荐案例

1. 凤群因其夫在国外旅游时不幸身亡诉办理旅游护照单位额尔吉古纳市国际旅行社未同时办旅游意外保险要求给付此项保险金案
2. 李贤蔺撬掘坟墓毁损尸骨赔偿案
3. 李传宝诉成同贵迁移在其施工的宅基地内的祖坟案
4. 摄制婚纱相册其上英文用语不当损害赔偿案
5. 观众诉电视台播放的电视剧中插播大量广告使其不能正常收视损害赔偿案
6. 股东大会冻结应得股息和红利要求发还案
7. 疏于照顾义务而致幼儿落井身亡案
8. 煤气表装配线和煤气表散装购销合同情事变更案
9. 村民诉村委会执行村规民约打死其饲养的猪赔偿案
10. 丈夫诉大夫应其妻请求为其妻行终止妊娠手术侵犯生育权赔偿案
11. 公交公司的车辆与出租公司车籍、车主的车厢相撞造成人身损害赔偿案
12. 利用业余时间为村办企业提供技术服务所获取的报酬是否违法案
13. 恶意利用客房电话频繁拨打信息咨询台损害赔偿案
14. 纪实性小说虚构历史事实侵害死者名誉权案
15. 冒名顶替就读中专学校侵犯姓名权、受教育的权利损害赔偿案
16. 养子诉养母重婚不能继承养父遗产纠纷案
17. 股东诉公司应依章程向其分配优先股股权案
18. 下班后参加斗殴致死按非因公死亡给付救济纠纷案
19. 保险公司以保险事故发生在境外为由拒赔纠纷案
20. 杨某诉李某应按不可撤销的赠与合同给付打赌所得车辆案
21. 黎某诉谢某解除未明确夫妻名义的同居关系案
22. 李某诉刘某分割在交通事故中死亡的亲属赔偿款案
23. 小区业主管理委员会诉联通分公司在其物业上设置的通讯站电磁辐射损害居民健康案
24. 单位要求出国不归自动离职人的亲属腾退住房案
25. 李某侵犯商业秘密案
26. 所购车辆不能办理过户而要求退车还款并赔偿损失案
27. 因其子在登山时突遇恶劣天气遇难诉登山队领队未采取适当措施救助赔偿案
28. 矿泉水饮料有限公司不服水利厅水磨沟流域管理处以其开采矿泉水未经许可和交费为由对其作出处罚决定案
29. 保证人在被诉确定负保证责任未向债权人履行前诉债务人的继承人偿还该债务案
30. 离婚后双方书面同意的人工受精所生子女抚养纠纷案
31. 侵犯精神病人通信自由案
32. 吴女退休后犯罪刑满释放诉市政工程管理所恢复退休金待遇案
33. 同一事件中死亡的夫妻二人的遗产继承纠纷案
34. 交通事故及死者遗腹子抚养费赔偿案
35. 未征得父母同意让未成年人开车发生车祸分担赔偿案
36. 未成年人要求撤诉与其法定代理人代为提出的诉讼请求不一致案
37. 孩子成年后上学期间无收入而要求增加抚育费案

38. 隐瞒病史的精神病人婚后病发杀妻应由其监护人赔偿案
39. 以是台湾居民为由提出管辖权异议案
40. 香港居民离婚案在港法院受理后又向内地法院起诉被驳回案
41. 长途电信局诉工程贸易公司拖欠电话费诉讼管辖权异议案
42. 依被告所写欠条向自己所在地法院提起还欠诉讼管辖权异议案
43. 诉限制民事行为能力人偿还初中时写下的欠条的欠款案
44. 未明确具体项目的死亡赔偿金应按遗产继承案
45. 疏于照顾义务而至幼儿罗京身亡案
46. 残疾人失火要同住的侄子承担赔偿案
47. 宣告死亡并非死亡
48. 在校大学生出走被宣告死亡损害赔偿纠纷案
49. 申请宣告在意外事故中下落不明并被证明不可能生存的人死亡案
50. 在饮食店就餐时遭第三人伤害诉业主等人身损害赔偿案
51. 村委会强行终止其与村民小组签订的承包经营合同侵权案
52. 王某等人私分个人合伙企业收入不构成贪污罪案
53. 要求给付代理自己父亲参与企业经营管理期间劳动报酬案
54. 合伙做生意中合伙执行人收取的货款丢失责任分担纠纷案
55. 合伙人诉合伙执行人应依其出具的欠条给付合伙企业解散后尚未清算分割的合伙财产中自己应得的财产案
56. 合伙采石中一合伙人被炸伤要求其他合伙人赔偿案
57. 合资设立的有限责任公司注册成立后要求确认合资合同无效并收回出资
58. 交付资金使用部分水泥是否共同参与经营案
59. 交付资金使用部分水泥是否共同参与经营案
60. 将有债务关系的下属企业资产作为在合资企业中的投资侵害债权赔偿案
61. 龙华加油站诉南京长途汽车客运八分公司租赁给刘乙经营的汽车加油欠付油款案
62. 刘女诉嘉信乒乓球俱乐部等以初诊但后被法医鉴定否定的结论为依据决定其离队影响其运动生涯赔偿案
63. 股东元利源公司代为诉股东新达利公司挪用公司专项贷款侵权赔偿案
64. 客运公司诉民政局侵害企业自主权案
65. 徐某诉市工商局变更法定代表人案
66. 蒋某等诉事磷肥厂非法查封其劳动服务企业侵占财产侵权损害赔偿案
67. 医院不服工商局以反不正当竞争为由对其予以行政处罚决定案
68. 职工诉开发区管委会企业产权性质认定案
69. 无合法的证券交易主体资格进行国债回购纠纷案
70. 信用社揽储人以法人名义出具的存单兑付案
71. 宝丽板厂签订购销三合板的合同被认定无效案
72. 小学生放学后在校内为教师个人打开水被他人撞翻烫伤赔偿案
73. 法人雇佣精神病人造成他人损害承担转承赔偿责任案
74. 集体企业法定代表人变更纠纷案
75. 董事长不执行董事会议纠纷案
76. 未达一定开发程度的土地使用权转让合同无效案
77. 设立企业时出资不到位虽企业自筹足注册资金仍应承担投资不到位的责任案

78. 信托投资公司诉金属回收有限责任公司承担被兼并企业的债务纠纷案
79. 企业整体出售并非解散
80. 试点城市国有企业申请破产案
81. 不服县民政局宣布婚姻关系有效处理决定案
82. 临时代为保管钱财被骗损害赔偿案
83. 非法进行节育手术案
84. 立有遗赠抚养协议的事实上的养女能否继承全部遗产
85. 遗赠与遗嘱二者谁有效
86. 邮政局代收费发生错误顾客要求按乱收费的承诺给付奖金案
87. 帮忙调试彩电摔坏显像管损害赔偿案
88. 张甲诉乙电缆股份有限公司保管合同纠纷案
89. 以个人名义购买以公司名义投保且未付清保险费的车辆丢失赔付案
90. 承诺设立助学基金履行一年后停止请求继续履行案
91. 无股东签名的股东会议决议无效案
92. 附赠品的购销合同欠款偿还纠纷案
93. 保证人被要求对未偿还到期借款而提前要偿还全部借款的被保证人承担连带清偿责任案
94. 被申请执行人因无其他财产以劳务抵偿案
95. 律师因当事人中途终止委托合同要求承担违约责任案
96. 为应付检查贷款划账冲抵第三人贷款后诉名义借款人还贷案
97. 借用身份证认购股票认购权纠纷案
98. 一房二卖案
99. 转让挂靠车辆经营权与所有权纠纷案
100. 虚构的购买彩电货款返还案
101. 受遗赠人诉应依双方签订的遗产分配协议取得遗产案
102. 银行接受债务转以后应偿还债务案
103. 单方私自填写的结婚证能否构成重婚
104. 银行接受债务转移后应偿还债务案
105. 未立遗嘱的财产应推定所有的继承人共有
106. 实物奖品与有奖储蓄公告不符兑奖纠纷案
107. 虚构的收据要求撤销案
108. 根据异地存款电脑登折的数额要求银行给付存款案
109. 将仿制品当作古董出售重大误解要求退货案
110. 因隐瞒出卖的马鹿有病事实构成欺诈买卖协议无效案
111. 因隐瞒出卖的马鹿有病事实构成欺诈买卖协议无效案
112. 职业打假人盯上“松下”电池
113. 被烧毁邮票折价赔偿纠纷案
114. 在火车上打人强索钱财案
115. 强迫他人接受服务案
116. 洪水之中非法商家敲诈纠纷案
117. 房屋买卖合同何时生效案
118. 印刷公司诉出版社因第三人未完全代为履行印刷合同付款义务请求给付余款案
119. 财政局代表国有小型企业签订资产转让合同主体不合格合同无效案

120. 骗卖备用铁路大桥案
121. 利用人行道护栏发布广告违反法律规定致合同无效案
122. 有奖贺年片中奖纠纷案
123. 拍卖公司丢失在低于双方认可的底价时业已拍回的拍品要求以底价赔偿纠纷案
124. 附期限的供货合同案
125. 肖女因结婚证对方姓名错误要求宣告婚姻无效案
126. 所购车辆不能办理过户要求退车还款并赔偿损失案
127. 以合法形式掩盖非法目的签订合同案
128. 名为代销债券实为抵押借款合同纠纷案
129. 承包合同载明的承包费与实际约定的承包费不一致而应按实际约定清欠余款案
130. 贱卖的古碗能否要回案
131. 重大误解而签订的可撤销的旧船购销合同案
132. 寻呼台单方提高寻呼费导致寻呼服务合同解除案
133. 重大误解而签订的可撤销的旧船购销合同案
134. 寻呼台单方提高寻呼费导致服务合同解除案
135. 服装厂诉商厦重大误解撤销服装购销合同案
136. 丈夫以妻子的名义签订的购房合同能否以未经同意而否认其效力要求返还已交定金案
137. 隐名代理购买股票所有权纠纷案
138. 超越版权交易代理委托权限侵权案
139. 利用在职便利为自己参与的第三人签订合同纠纷案
140. 进出口公司诉被代理人未完成外贸代理合同组织货源义务纠纷案
141. 国际航空货运转委托代理运费案
142. 山东公司房地产公司表见代理中是否存在代理权案
143. 接受交付后拍品未按收条上的估价拍出要求损害赔偿案
144. 外贸代理的竹筷购销欠款偿付案
145. 合作出版商的代理人擅自加印油画挂历损害赔偿案
146. 赖某诉证券公司越权代理案
147. 向收货的买方收取部分货款后诉车站未依特别约定交付货物案
148. 香港某公司诉某市开发经营部买卖合同纠纷案
149. 无权代理顾客买卖股票引起的股票保证金纠纷案
150. 法人承担其承包人以其银行转账支票购物欠款纠纷案
151. 借用人员逾期不报到违约赔偿案
152. 购销合同究竟存在不存在表见代理案
153. 银行工作人员犯集资诈骗罪当事人要求返还本息案
154. 车站向持有委托收货介绍信和领货凭证的人交货纠纷案
155. 离开单位的原合同经办人出具的欠条能否中断时效纠纷案
156. 出租人诉县供销社无产权房屋租赁纠纷案
157. 相邻通行损害引起的房屋产权争议案
158. 某城市信用社超过法定保证期限诉连带责任保证人承担保证责任案
159. 陈甲诉其姐夫应依保证书承担岳父母的丧葬费案
160. 保证期间届满后在保证逾期催收函上盖章是否应承担保证责任纠纷案
161. 签发记名指示提单凭指示人银行保函无单放货损害赔偿案

162. 不服公安局上缴被扣汽车应从知道该具体行政行为是起算
163. 存款人死亡后持存单诉信用社向其兑付存单本息案
164. 债务人讨债出走债务人拿走其财产的行为能否中断时效
165. 张某等引起亲属在乘旅客列车时发生结论为不属于他杀或自杀的死亡诉某铁路分局赔偿案
166. 姚治平诉会昌县人民医院医疗损害赔偿纠纷上诉案
167. 敖桂如诉付强等雇员受害赔偿纠纷案
168. 钟志成确认合同效力纠纷上诉案
169. 裴云彩诉赣州市人民医院医疗损害赔偿纠纷上诉案
170. 建设银行景德镇分行营业部诉寿康信用社证券回购合同案
171. 李曾林诉杜长峰等人身损害赔偿纠纷案
172. 黄冬香等诉江西杰升房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷上诉案
173. 刘青诉欧阳秋桂等道路交通事故人身损害赔偿纠纷案
174. 谢圣庚诉李梅元等买卖合同纠纷案
175. 甘长清诉甘立霞等不当得利纠纷案
176. 桂慧英等诉贵溪市农村信用合作社联社买卖合同纠纷上诉案
177. 罗兵华诉周珠根等交通事故损害赔偿纠纷案
178. 杨兰英、程茂桐离婚纠纷案
179. 吴江山诉危旭华等交通事故人身损害赔偿纠纷案
180. 万正华诉桂秀金人身损害赔偿纠纷案
181. 黄学花、熊庆星离婚纠纷案
182. 官秋花等诉余江县人民法院人身损害赔偿纠纷案
183. 蔡万成诉付相宏等人身损害赔偿案
184. 九江市麒麟汽车运输有限公司诉广东大三通科技有限公司买卖安装服务合同纠纷案
185. 徐可发诉严开寿人身损害赔偿案
186. 曾小燕诉南昌塑料五厂借款合同纠纷案
187. 赖咸萍诉萍乡烟草公司房屋租赁合同纠纷案
188. 陈义水诉陈义好人身赔偿损害案
189. 九江市五里建筑工程公司诉九江民政局拖欠工程款案
190. 黄佑来诉徐文兵人身损害赔偿案
191. 刘莉等诉杨菌借贷合同纠纷案
192. 谭惠林等诉谭艳萍房屋买卖合同纠纷案
193. 济民可信药业有限公司诉安达净化工程技术有限公司承揽合同纠纷案
194. 宝通公司诉联谊钨矿借款合同纠纷案
195. 乐珊珊诉封磊房屋侵权纠纷案
196. 黎梅红诉黎梅林等企业买卖纠纷案件
197. 潘安诉李祖国购销地砖合同贷款纠纷案
198. 余昌华诉朱克正等交通事故损害赔偿纠纷案
199. 胡著风诉南昌供电公司人身损害赔偿案件
200. 龙岩铁路有限责任公司诉华盛运输有限公司交通损害赔偿案
201. 杨德胜诉宁海英人身损害赔偿案
202. 黄玉峰诉洲上砖厂赔偿案

203. 苏灵华等诉永丰县蔬菜发展公司人身损害赔偿纠纷案件
204. 曾常惠诉张金礼等人身损害赔偿案
205. 潭城乡村委会诉曾群生农业承包合同纠纷案
206. 瑞昌民爆公司诉张毅土地使用权转让合同纠纷案
207. 张安生诉罗喜珠人身损害赔偿案
208. 刘德华诉铁元小学人身损害赔偿案
209. 严桂生等诉高禄怀人身损害赔偿案
210. 张花荣、李雄明离婚纠纷案
211. 鹰潭市糖酒饮料批发部等诉许振景等侵权纠纷案件
212. 张震邦诉刘五根等劳务合同纠纷案
213. 李铭诉陈先华借贷合同纠纷案
214. 董桂萍诉李淑兰不当得利纠纷案
215. 华保林诉洪明泽买卖合同纠纷案
216. 黄付西诉乐平市供电有限责任公司人身损害赔偿罪
217. 万鹏诉南昌塑料厂人身损害赔偿案
218. 黄黑仔诉彭刚交通事故损害赔偿案
219. 永丰县三友服饰诉永丰县神龙服饰租赁合同纠纷案
220. 永丰县粮食局诉金全根等撤销权纠纷案
221. 廖宝根诉中国农业银行新干县支行储蓄存款合同纠纷案
222. 抚州市临川第一建筑工程有限公司诉九江市华丰物资有限公司买卖合同案
223. 黄德义等一九江市公交巴士有限责任公司交通损害赔偿纠纷案
224. 刘海涛诉江西气体压缩机厂工伤损害赔偿纠纷案
225. 四川省第十二建筑工程公司诉成都托普华侨高科技产业园股份有限公司建筑工程承包纠纷案
226. 长城公司诉瑞士安德利公司、南昌安新油公司合同侵权纠纷案
227. 陈瑞华等诉吉安平安保险支公司保险合同案
228. 袁显萍诉浦发鞋业有限公司会计帐簿查阅案
229. 陈建新诉刘旭东等撤销合股协议书案
230. 金发权道路行政确认案
231. 太平洋保险诉江中花保险合同纠纷案
232. 云天股份会计年终报表造假案
233. 新盛稀土股权纠纷案件
234. 龙湾创新皮鞋厂股权纠纷案
235. 江西省第一建筑有限责任公司与江西省儿童医院拖欠工程款纠纷案
236. 南昌市第六建筑工程公司与江西众成投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案
237. 徐强与南昌针织内衣二厂租赁合同纠纷案
238. 陈育平与江西省莲花县民政局合作合同纠纷案
239. 中国水利水电第二工程局与江西北大科技园发展有限公司建设工程合同纠纷案（上）
240. 中国水利水电第二工程局与江西北大科技园发展有限公司建设工程合同纠纷案（中）
241. 中国水利水电第二工程局与江西北大科技园发展有限公司建设工程合同纠纷案（下）
242. 马俊诉邹国富合伙纠纷案
243. 徐以平诉奉新县建设局、奉新县城北开发区有限责任公司等人身损害赔偿纠纷案

244. 杨庆湖、李瑞兰诉瑞金供电公司人身损害赔偿纠纷案

245. 宁波中心站公路旅客运输合同纠纷上诉案

246. 江西省抚州市临川汽车运输有限公司诉河南省郑州宇通客车股份有限公司产品质量责任纠纷案

247. 卢毅诉钟华人身损害赔偿纠纷案

248. 宣春市袁州区建筑工程公司诉宣春市哥中房地产开发有限公司建筑工程施工合同纠纷一案

249. 长城资产公司诉化工厂、常熟市经委等借款合同纠纷案

250. 高航利诉程许香民间借贷纠纷案

251. 萍乡市新区建筑安装总公司硖古石分公司诉萍乡市城北房地产有限公司建筑工程施工合同纠纷上诉案

252. 刘光友、刘福平等诉魏毛女、中国人民财产保　险股份有限公司于都支公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案

253. 赣南果业公司诉深圳生溢公司借款合同纠纷案

254. 赖国文与袁燕人身损害赔偿纠纷案

255. 曾庆德、周军风诉江西新东方烹饪学院一般人身损害赔偿纠纷案

256. 肖允明诉陈文勇房屋买卖合同纠纷案

257. 中国农业银行南城县支行诉吴胜明、中国人民财产保险股份有限公司南城支公司借款及保证合同纠纷案

258. 邓小憨诉广州市顺通运输服务有限公司运输合同纠纷案

259. 陈菁诉周伟芳民间借贷纠纷案

260. 翁红军、邵桃枝诉张邦有、吴雪华华房屋买卖合同纠纷案

261. 黄付雨、叶银爱诉乐平市供电有限责任公司、叶乐才等人身损害赔偿纠纷案

262. 江西金羊工贸有限责任公司诉广东韶能集团股份有限公司东昌锆制品厂买卖合同纠纷案

263. 江西光明乳业股份有限公司诉中国农业银行南昌市叠山路支行、江西金牛企业集团公司借款合同纠纷案

264. 雷义根诉丰城市秀市黄家护村煤矿雇员受害赔偿纠纷案

265. 永修县供电有限责任公司诉袁某某供电合同纠纷一案

266. 时某喜诉时真丽抚养关系纠纷案

267. 江西朕创光电科技股份有限公司线缆分公司诉资阳市兴盛农村广播电视网络有限公司、资阳市广播电视局买卖合同纠纷案

268. 周春秀诉周水牙离婚纠纷案

269. 贵溪市农村信用合作社联合社诉桂慧英、许金碧房屋买卖纠纷案

270. 利木林诉温晓玲离婚纠纷案

271. 鹰潭市顺通物资贸易有限公司诉核工业华东建设工程集团公司买卖合同欠款纠纷案

272. 江西丰电水泥有限责任公司诉重庆齿轮箱有限责任公司承担合同纠纷案

273. 中国四冶物业公司诉许金碧租赁合同纠纷案

274. 深圳市火王燃器具公司诉深圳市火王卫厨有限公司商标侵权及不正当竞争纠纷案

275. 应树德诉陈海林股权转让纠纷案

276. 刘斌、曾凡光诉李才夫股权转让侵权纠纷案

277. 江西中麒塑料企业有限公司诉南昌市商业银行、江西中成装饰工程有限公司等代位权纠纷案

278. 王志刚诉王与智、王与胜等人股资转让纠纷案
279. 曾新民、新红萍诉范喜孙、黄春香股权转让纠纷案

以上案例可参考中国政法大学出版社出版的：
《民法总则案例重述》
《民法物权法案例重述》
《民法债权法案例重述》
《婚姻法案例重述》
《继承法案例重述》
《人身权法案例重述》
《涉外民事法律适用法案例重述》
《侵权责任法案例重述》

附件二：本课程案例报告写作格式

案例分析报告

课程名称：
项目组长_____学号
专　　业_____ 班级
实验项目名称
实验地点
指导教师
开课学期_____至_____学期
实验日期与节次_____年___月___日第___节

案例分析报告
一、案例分析小组学生名单：

序号	学　生姓名	学号	实　验分工

二、案例名称及来源：
1、案例名称

2、案例来源

三、案情介绍:

四、法律争议与适用：

五、评析与结论：

五、指导教师评语及成绩：

1、评语：

2、成绩：
指导教师签名：
批阅日期：

《行政法案例研习》教学大纲

何　兵　编写

目　录

前　言 989
案例一　飞龙公司诉国家药监局行政确认、行政强制案 990
一、案情 990
二、法理研习 990
三、知识之窗 991
复习与思考题 991
拓展阅读书目 991
案例二　张某诉民政局请求确认继母婚姻无效案 992
一、案情 992
二、相关法律及政策 992
三、法理研习 992
复习与思考题 993
拓展阅读书目 993
案例三　田宇诉五峰土家族自治县建设与环境保护局 行政部作为案 994
一、案情 994
二、法理研习 994
三、案例链接 995
复习与思考题 995
拓展阅读书目 995
案例四　德宝公司诉湖北对外贸易厅违法清算案 996
一、案情 996
二、法理研习 996
三、知识之窗 997
复习与思考题目 997
拓展阅读书目 997
案例五　刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士学位案 998
一、案情 998
二、相关法律及政策 998
三、法理研习 998
复习与思考题目 999
拓展阅读书目 999
案例六　田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案 1000
一、案情 1000
二、法理研习 1000
拓展阅读书目 1001
案例七　汤某诉某公安派出所 非法致人死亡案：行政诉讼举证责任分配 1002
一、案情 1002
二、法理研习 1002
复习与思考 1003
拓展阅读书目 1003

案例八　刘文修等诉北门乡政府行政合同纠纷案 1004
一、案情 1004
二、相关法律及政策 1004
三、法理研习 1004
复习与思考题目 1005
拓展阅读书目 1005
案例九　刘大明、余香诉C县计划生育局征收社会抚养费案 1006
一、案情 1006
二、相关法律与政策 1006
三、法理研习 1006
复习与思考题目 1007
拓展阅读书目 1007
案例十　金迪等三人诉东城区教委行政许可案 1008
一、案情 1008
二、法理研习 1008
复习与思考题目 1009
拓展阅读书目 1009
案例十一　陈清原诉Y县房管局房产登记案 1010
一、案情 1010
二、法理研习 1010
复习与思考题目 1011
拓展阅读书目 1011
案例十二　林某等101人诉平阴镇政府履行职责案 1012
一、案情 1012
二、法理研习 1012
三、知识之窗 1013
拓展阅读书目 1013
案例十三　高校的自律与他律 ——论学生受教育权、隐私权的法律保护 1014
一、案情 1014
二、法理研习 1014
复习与思考题目 1015
拓展阅读书目 1015
案例十四　齐玉苓诉陈晓琪、滕州市教育委员会等 侵犯受教育权案 1016
一、案情 1016
二、法理研习 1016
复习与思考题目 1017
拓展阅读书目 1017
案例十五　舟山市民诉市政府古城拆迁案 1018
一、案情 1018
二、法理研习 1018
三、知识之窗 1018
复习与思考题目 1019
拓展阅读书目 1019

案例十六　南京美亭化工厂诉江宁区政府“立法不作为”案 1020
一、案情 1020
二、相关法律及政策 1020
三、法理研习 1020
复习与思考题目 1021
拓展阅读书目 1021
案例十七　安泰公司诉江油市政府《议事纪要》案 1022
一、案情 1022
二、法理研习 1022
复习与思考题目 1023
拓展阅读书目 1023
案例十八　市民不满“奖励拍摄伟长”状告公安局案 1024
一、案情 1024
二、法理研习 1024
三、知识之窗 1024
复习与思考题目 1025
拓展阅读书目 1025
教学实践环节 1026
一、观摩昌平法院庭审 1026
复习与思考题目 1026
拓展阅读书目 1026
二、摸似法庭 1026
复习与思考题目 1026
拓展阅读书目 1026

前　言

《行政法案例研习》（课程号 401040062）一课是法学院对本科学生所开设的案例课程之一。本课程以现实生活中发生的真实案件为原材料，对其进行深度分析与论证。贴近生活是课程内容的特点之一，同时链接相似案例与相关知识点丰富课程内容，引发学生思考，培养理论联系实际的学习习惯，锻炼学生的分析能力和思辨能力。

本课程共计 36 学时，共讲析案例 17 件。以笔者主编的《行政法案例研习》一书为主要教材，每次课程后有思考题目与拓展阅读书目，以充实教学内容，巩固学习效果。

案例一　飞龙公司诉国家药监局行政确认、行政强制案

教学目的和基本要求：以行政确认、行政强制为重点讲解内容，要求学生掌握内部行政行为；行政指导；行政决定的送达方式等概念。同时了解成熟原则、公共警告等内容。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）抢注“伟哥”

美国辉瑞公司研制出一种男性用药，英文名为 viagra。自 1998 年上市以来，成为世界上最畅销的药品之一。此药在中国被译为“伟哥”，但辉瑞公司最初注册的名字为“威尔刚”。沈阳飞龙公司抢先向国家工商局申请注册了被中国民众熟知的“伟哥”，申请被受理。其产品随遍布全国。

（二）药监局“紧急通知”

辉瑞公司向中国药监局求救。1999 年 3 月 22 日，药监局发出“72 号文”，通知各省级卫生行政部门。通知认定“伟哥”为美国辉瑞的产品，查封国内生产的假药“伟哥”并进行处罚。通知同时召开了新闻发布会，各大媒体开始狂轰滥炸。

（三）药监局改口

飞龙公司以商标管理局受理申请为由站出来反驳。4 月 13 日药监局发出新通知“93 号文”，改认定飞龙公司生产的“伟哥”为劣药，查处并处罚。

（四）起诉

1999 年 4 月 26 日，飞龙公司在北京第一中院提起诉讼，请求撤销药监局 72 号和 93 号文件，并赔偿损失，消除影响，恢复名誉。

二、法理研习

（一）“内部通知”已对外公布，是否仍属于“内部行政行为”？

内部行政行为不属于法院受案范围，一般只在内部运行，不产生对外影响。而药监局已经通过媒体公布，对飞龙公司已经产生了实际影响。

（二）“72 号文”是否属于行政指导？

1．行政指导的含义：行政主体为实现行政目标所作出的不具有法律约束力的行为。意在指导相对人自愿采取一定的行为或不行为。

2．“72 号文”中通知对“假药”的认定属于行政确认，行政确认一旦对外公布，即可能成为行政指导中的行政警告。内容上属于行政即时强制。对于综合性的法律文件，如果其间有可以诉讼的内容，法院应当受理案件。

3．不具有行政强制力的行政强制指导不属于法院的受案范围，这里的强制力是指法律上的强制力和事实上的强制力。对于具有事实上的强制力的行政指导行为，依法应当准予起诉。

（三）“93 号文”的法律性质？

1．药监局的行为性质是否为行政即时强制。行政即时强制的含义与特点。

2．药监局的行为是否属于中间行为。

3．对即时强制能否起诉。“93 号文”属于行政即时强制，对劣药的认定属于行政确认。

（四）“93 号文”发出后，原告能否针对“72 号文”起诉？

对于同一事实，行政机关作出两个不可并存的认定，如果前后两认定并没有不可共存性，则不能推定后者替代了前者。行政行为的公信力决定了行政行为的撤销必须经过法定程序。

（五）行政机关能否以新闻发布会形式送达行政决定？

由于新闻不确定，不稳定，不严谨，难以恢复和记忆，因此不能看作是公告送达。行政行为必须正式通知收件人。通知应当由主管机关正式发出，应当针对每个关系人本人进行。

三、知识之窗

（一）强制

个人被迫采取哟行动以服务于另一人的意志，即为强制。强制下当事人仍有选择权，只是被阻止了其充分利用自己的思考能力。强制有程度的不同。政府运用强制性权力对民众生活的干涉，如果是不可预见和不可避免的，就会导致最大的妨碍和侵害。

（二）成熟原则

即“司法审查时机成熟”原则，含义是：被指控的行政行为只有相对人发生了实际不利影响并适于法院审查时，才能接受司法审查。确定成熟原则的理由是：（1）保证联邦法院的司法权不超过宪法规定的范围。（2）避免法院过早干预行政程序，防止法院卷入有关政策的理论争议中。（3）有利于更切实地保障公民权益。

（三）公共警告

是事实行为的一种特殊方式，行政机关或者其他政府机构对居民公开发布声明，提示居民注意特定的现象或事物。学术上存在广泛争论。

复习与思考题

1．对于政府作出的“表扬” 需要纳入法制化轨道吗？

2．政府可以随意地为某一企业授予“产品质量信得过”的牌匾吗？

3．如果可以，是否对其他企业构成不正当竞争？

拓展阅读书目

1．袁曙宏：《社会变革中的行政法制》，法律出版社 2001 年版。

2．杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版。

3．哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》（上），三联书店 1997 年版。

案例二　张某诉民政局请求确认继母婚姻无效案

教学目的和基本要求：通过本婚姻案件的讲解，重点掌握行政诉权主体，婚姻登记行为的可诉性，婚姻登记的性质。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）老教授娶老保姆

哈市张教授晚年丧偶，后与老保姆张文芳滋生黄昏恋。随后张委托其弟从绥县开出户口证明和婚姻状况证明。此外还从有关部门开出职工身份证明。1996 年 2 月 9 日两人在哈市民政局办理结婚登记。1998 年 3 月 8 日张教授逝世。虽后其子女与张文芳发生遗产纠纷诉至法院。张出示多份遗嘱赢得大部分遗产，教授儿女愤然上诉。

（二）结婚证明都是假的

经律师调查发现，张文芳的户口证明和婚姻状况证明都有假。张家儿女于 1999 年 11 月 10 日向区民政局申请确认张文芳与父亲的婚姻无效，收回结婚证。民政局 11 月 2 日作出回复，认为婚姻具备事实要件，婚姻合法。张文芳从异地开出户口证明和婚姻状况证明，应予以严厉批评，但不视为“婚姻无效”。

（三）屡败屡战，不屈不挠

2000 年 3 月 5 日，张家子女在区法院状告区民政局，请求撤销区民政局 1999 年 11 月 2 日做出的回复决定书；依据事实和法律，做出张教授和张文芳婚姻关系无效的决定。区法院先以超过诉讼时效为由，驳回起诉。张家子女上诉也被法院驳回。

二、相关法律及政策

（一）《中华人民共和国行政诉讼法》第 2 条

（二）《行诉解释》第 1、14 条

（三）《中华人民共和国婚姻法》第 10 条

（四）《婚姻法解释》第 7—9 条

（五）《婚姻登记管理条例》第 8、9、12、25 条

三、法理研习

（一）近亲属有无撤销本人非法婚姻的行政诉权？

笔者认为只有婚姻关系的当事人本人才有权利提出撤销之诉。法院应以“与本案没有法律上利害关系”为由,不予受理。其他继承人在继承诉讼中，如果认为死者的婚姻无效，其配偶无继承权时，应当在继承诉讼中，直接提出婚姻关系无效的抗辩，不得提出撤销婚姻之诉。

（二）本人请求撤销婚姻，应当提起民事诉讼还是行政诉讼？

当事人之间实质是民事争议的诉讼，则不允许提出行政诉讼，除非法律明文规定。登记行为的普遍性使行政机关无法进行实质性审查，只能进行形式的、表面的审查，错误难免。相关证书属于书证，通常不采用撤销的形式来否定它的效力。民政部门发给结婚证书，处于“证婚人”的角色，双发不和，怎么能状告证婚人呢？

（三）婚姻登记有瑕疵，可否据此撤销婚姻登记？

1．有瑕疵的行政行为，除非“严重且明显”，并不当然无效或可撤销，要综合考虑程序违法的程度和对关系人的信赖保护。

2．授益行政行为如有程序瑕疵，可以补正的，可以由政府自行补正。当事人一方已经死亡的，婚姻关系自然灭亡，程序上无法补正。

3．信赖保护不是无限的，如果受益人通过不正当手段获取或者明知行政行为违法，不受信赖保护。但对于政府做出的负担性行政行为，法院应当从严控制。

（四）审理继承纠纷的民事诉讼，能否直接认定婚姻关系无效?

笔者认为完全可以。从减少当事人和法院讼累的角度，防止两个法院相互扯皮、造成案件久拖不决的角度，从保证法律统一的角度，法律都必须允许审理继承案件的法院直接判断作为继承基础的婚姻法律关系的效力。

复习与思考题

1．检察院起诉被告犯有抢劫罪，法院可以判其抢夺罪吗？法院可否更改检察院起诉的罪名，直接判决？其背后的道理与本案是否相通？

2．婚姻登记是不是一种行政许可？此类案件可否适用《行政许可法》？

拓展阅读书目

1．孔祥俊：《婚姻登记行为的可诉性与司法审查标准》，载《法制日报》2003 年 11 月 28 日。

2．何兵：《婚宴上坐着居心叵测的人》，载《法制日报》2003 年 11 月 28 日。

3．何兵：《掌柜的法官与掌勺的法官》，载《法制日报》2001 年 9 月 9 日。

案例三　田宇诉五峰土家族自治县建设与环境保护局行政部作为案

教学目的和基本要求：以行政赔偿与民事赔偿的区别适用为讲解内容，理解侵权之诉、行政公产等概念和特点。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）酒后跌入天池河

2001 年 12 月 5 日，死者田华东与朋友聚饮后走出饭店，走到靠近名为天池河的护栏缺口处。不小心从护栏缺口掉入天池河，经抢救无效死亡。死者亲属查明，天池河护栏为国有公共设施，由县建设与环境局兴建。护栏年久失修，县人大代表曾提出议案，要求政府修护。但兴建单位一直未修。原告认为，护栏缺口是城市道路，被告负有管理维护的职责，被告不仅未尽维护之责，而且也没有采取防范警示措施，致使田某跌入河中死亡。请求法院判令被告赔偿丧葬费、死亡补偿费、被抚养人生活费共计 5 万元。

（二）清醒的人，怎会大白天掉入河里？

被告认为：护栏失修是事实，但田华东是因为酒后失控，自己掉入天池河死亡的。一个清醒的人，怎会大白天掉入河里？因此，田的死亡与被告无干。被告提出专业法律问题请法官裁断：本案应当适用国家赔偿程序，而非民事程序，原告起诉程序错误。

（三）法院的判决

县法院一审判决认为：本案既可以提起行政赔偿诉讼，也可以提起民事赔偿诉讼，原告有选择权，被告认为不能成立。

一审法院还认定田的死亡又被告疏于履行职责和死者自己的原因，被告赔偿原告损失 3 万元。被告不服上诉。

二审法院认为：河道护栏的管理人维护人，对护栏可能致人损害负有注意义务。未尽到义务，致人损害，构成民事侵权，受害人提起民事诉讼，原审法院受理不违反法律规定。一审按照民事侵权处理也符合法律。驳回被告上诉。

二、法理研习

（一）公产致人损害，应适用行政赔偿，还是民事赔偿？

1．行政公产的含义和特点。行政公产是行政主体为了提供公用而所有或领管的财产。与私产相比，特性有：（1）原则上不融通；（2）原则上不得为强制执行标的；（3）取得实效的限制；（4）公用征收的限制；（5）相邻关系的限制。

2．笔者认为共产致人损害，可以提起行政诉讼，法理上更为妥当。从赔偿费来看，最终出资国库开支，实际上还是国家赔偿。

（二）护栏是否属于“建筑物或其他设施”？本案能否适用《民法通则》第 126 条？

《民法通则》126 条规定了“建筑物或其他设施致损”，对于建筑物的通常理解是，在土地上建设的供人居住、生产或者进行其他活动的房屋或者场所。至于其他设施，无律可寻。本案中“沿河护栏”不同于“公路护栏”，不是国有公共设施。被告行政不作为，导致损害发生，原告应当以被告行政违法导致损害，提起行政赔偿诉讼。原告如以《国家赔偿法》第 3 条第 5 项提起行政赔偿

诉讼，则当然应该成立。

（三）死者酒后失足落水，法理上应否认定其存在过错？

过错的判断是具体的，不可一概而论。刑法上，饮酒与否对定罪量刑没有关系，在民事上，饮酒本身不是错，除非从事了必须头脑清醒时才能进行的事务。但死者酒后惜别，走路不属于举止失常。其次，饮酒不等于失控，失控是一个必须依赖证据证明的事实，不能误证明而判决。

三、案例链接

1．重庆綦江虹桥塌陷事故

2．日本 1974 年公共汽车坠落遇难家属诉国家案

复习与思考题

《民法通则》第 121 条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事责任。”

2003 年最高院公布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 8 条与 36 条声明：法人及工作人员执行职务中致人人身损害的，依照《民法通则》121 条由该法人承担责任。属于《国家赔偿法》事由的，依照《国家赔偿法》处理。

问题：最高人民法院的上诉司法解释如何理解？按此规定，此类案件将来应当归入行政诉讼？还是民事诉讼？还是由当事人自己选择？

拓展阅读书目

1．梁凤云：《行政公产研究导论》，载罗豪才编《行政法论丛》第 6 卷，法律出版社 2003 年版。

2．胡建淼：《外国行政法规及案例述评》，中国法制出版社 1997 年版。

案例四　德宝公司诉湖北对外贸易厅违法清算案

教学目的和基本要求：掌握行政强制的权力主体，清算委员会性质等概念范畴，明确行政违法的认定。了解区分公法与私法的界限。

学时分配：2 学时

一、案情

1997 年德宝远东有限公司与湖北鹰台经济发展有限公司合作，成立湖北德宝有限公司。2001 年 9 月双方解除合同，合作双方依法对合作公司进行清算。2001 年 10 月，鹰台公司向省商务厅提交“特别清算申请书”，并分别致函德宝远东公司和董事长蔡泽明，商讨清算事宜。但均无回应，双方无法清算。10 月 26 日，商务厅根据鹰台公司的申请，依据仲裁裁决，以及湖北德宝公司仍在经营尚未清算的事实，作出《批复》，对湖北德宝公司进行清算。由该厅一名工作人员担任主任，组成了清算委员会。清算过程德宝远东公司没有参加。同年 12 月 20 日，德宝远东公司以省商务厅违法行政，侵犯其合法权益为由，对商务厅批复特别清算的行为提起行政诉讼。

一审期间德宝远东公司请求停止执行，被法院驳回。一审判决驳回其诉讼请求，原告上诉。二审法院认为鹰台公司证据不足以证明拒绝商讨的事实。省商务厅未尽审查义务即进行清算，违背法律规定。据此撤销商务厅的决定。对于原告的赔偿请求，一、二审法院均以赔偿请求没有事实依据为由，予以驳回。

二、法理研习

（一）清算行为的性质。

清算性质上属于对裁决的执行。按我国现行的法律规定，执行权主要属于人民法院，但人民法院并非独家垄断执行权。行政机关依据法律规定，也拥有一定程度的执行权。就法律本身规定而言，民事诉讼法和仲裁法规定当事人可以向人民法院申请执行，而非必须向人民法院申请执行。根据依法行政的基本原理，如果法律没有规定，行政机关不享有执行权，在此情况下，当事人应当申请法院执行。商务厅决定对本案合作企业进行特别清算，不违背法律规定，行政上不属于越权行政。

（二）清算委员会有无权利采取强制措施？

商务厅及清算委员会皆无权实施强制措施。本案中清算委员会的查封、收缴等行为属于行政强制，而行政强制只能由国家行政机关行使。

如果将查封等行为视为商务厅的行为，则商务厅属于越权行政。商务厅不能从自己有“实施特别清算的权力”推导出自己有“采取强制措施的权力”。必须奉行“权力法定”，因此认定商务厅的行为违法。

如果将行为视为清算委员会的行为，则更属违法。因其性质上不是行政机关，而是民事组织，没有行政强制权力。

（三）清算委员会的法律地位。

根据《外商投资企业清算办法》第 36 条，37 条，可以看出清算委员会的权力直接来源于法律的规定，而非行政机关的授权。因此，本案中不能将清算委员会与商务厅之间的关系理解为委托与被委托的关系。清算组织的性质属于“法律、法规授权组织”，其行使的职权并非公共职权，清算委员会属于民事主体。

（四）商务厅批复成立清算委员会是否程序违法？

我国法理认为，行政机关的行为如果严重不合理，性质上应视为“违法”。本案中商务厅决定实施特别清算后，按照基本法则，应当将其决定书面告知股东各方。对一个钟体的财产进行清理，

必须及时告知其本人，这是正义的基本规则。商务厅的批复程序严重违法。

（五）对函件的内容能否实行推定？

1．推定的含义与基础、条件。

2．推定中的概率关系要素。本案中法院拒绝运用推定，是从保护当事人利益角度考虑。这一行为，具有一定合理性。

3．推定队与司法的意义。合理运用推定是法官的基本功能之一。

三、知识之窗

公法与私法的区分。三种学说：

1．利益说。

2．隶属说。

3．主体说。

复习与思考题目

原告某起诉民政局，要求撤销第三人的结婚证书，理由是第三人未亲自填写结婚申请表，民政局就为其颁发结婚证书，程序违法。第三人答辩说：我们亲自填写上并交了表格。法庭调查时，民政局提交给法庭一份申请表。第三人辨认后断定，这绝非他们当初递交的申请表，乃是后来伪造的。法院认为，被告提交的申请表经鉴定，不是第三人和其配偶亲笔书写，应当认定，第三人当初为提交亲笔书写的申请表。法院的认定成立吗？

拓展阅读书目

1．江伟：《证据法学》，法律出版社 1999 年版。

2．[德]迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社 2000 年版。

案例五　刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士学位案

教学目的和基本要求：通过笔者亲历的经典案例，分析法院审理学术性质的案件是否合理，如何适用法律法规等具体问题，明确学术自由等法理含义。

学时分配：2 学时

一、案情

原告刘燕文是北京大学电子学系 92 级博士生，其因博士论文评审受阻，最终北京大学学位评定委员会根据投票结果，决定不授予刘燕文博士学位，只授予博士结业证书。而且为将这一决定正式通知刘燕文。刘多次向系、学校有关部门询问未获得学位的原因，也曾向教育部、国务院学位办反映情况，均未得到答复。97 年曾向法院起诉，法院以“尚无此法律条文”为由不予受理。99 年再次起诉，法院受理。

二、相关法律及政策

（一）《中华人民共和国学位条例》第 10 条
（二）《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第 10 条
（三）《北京大学学位授予工作细则》第 19、20 条
（四）《北京大学研究生学籍管理实施细则》第 21 条

三、法理研习

（一）校学位评定委员会能否成为被告？

笔者认为，首先，学校条例所设置的校学位评定委员会，不是一个学术研究机构，而是一个学术管理机构，它是行政性质的，是学术行政的一种。行政不仅发生于行政机关，也发生于司法机关、议会和学术组织之中。其次，学位评定委员会是独立于北大的组织，不是北大的内部机构。学位评定委员会的召集权、议事权在于委员会自身。判断一个组织是否是另一组织的内部机构，关键看两者之间有无“命令与服从”、“支配与被支配”关系。

（二）法院审理学位纠纷案件，是否侵犯学术自由？

学术需要自由，但当学术管理、学位管理、教育管理发生的纠纷，被起诉到法院时，学术并不必然因此而丧失自由。法院不可以解决学术纠纷，但可以解决学术管理和考评纠纷，两者不是一回事。

（三）校学位评定委员会对博士论文有无实质审查权？

根据《中华人民共和国学位条例》第 10 条规定，论文答辩委员会负责审查学位论文，组织答辩，就是否授予学位作出“决议”，也就是说，对论文进行实质审查的权限以及是否授予学位的决定权力在于论文答辩委员会。学校学位评定委员会的权限是对“论文答辩委员会报请授予硕士学位或者博士学位的决议，作出是否批准的决定。”它的权力是“程序审查权”，即对论文答辩委员会的答辩程序进行审查，对申请学位的人是否符合其他颁发条件进行审查。

（四）学位评定委员会成员能否投弃权票？

笔者认为不可弃权。学位评定委员会是一个行政性委员会，他们的权力，也是他们的责任。如同法官不能拒绝裁判一样，行政官员不能拒绝行政。

（五）校学位评定委员会的程序是否违背了法律的正当程序？

学校学位评定委员会做出不予授予学位的决定，涉及到学位申请者能否获得相应的学位证书的权力，因此其在作出决定前应当告知学位申请者，听取其申辩意见；在作出不批准授予博士学位的

决定后，从充分保障学生的合法权益的原则出发，应将决定送达本人。本案中学位评定委员会的程序违反了“程序争议原则”，影响了刘燕文向有关部门提出申诉或提起诉讼权利的行使，该决定应予以撤销。

复习与思考题目

1．宣布考试成绩作废是否属于行政处罚？
2．此类纠纷，应否纳入行政诉讼？

拓展阅读书目

1．胡锦光：《北大博士学位案评析》，载《人大法律评论》2000 年第 2 辑。
2．［英］丹宁：《法律的训诫》，法律出版社 1999 年版。

案例六　田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案

教学目的和基本要求：理论结合实际地掌握平衡原则，合理性原则，正当程序原则以及信赖保护原则的含义、学理及运用。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）掉出一张“小纸条”

北京科技大学学生田永，在一门课程的补考过程中去厕所时，被老师发现了随身携带的数学公式的小纸条，监考老师虽未发现田永有偷看纸条的行为，仍停止了其考试。

（二）一个“妾身不明”的学生

学校于 1994 年 3 月 5 日，按照“068 号通知”认定了田永的作弊行为。决定对其按退学处理，并填发了学籍变动通知。但学校未直接向田永送达通知和决定，也没有为其办理退学手续。田永仍继续就读。毕业时，田永顺利考试过关通过了论文答辩，但学校有关部门以田永不具有学籍为由拒绝颁发毕业证。

（三）视为“自动撤消”

原告认为自己符合大学毕业的法定条件，被告北京科技大学拒绝发给毕业证的行为违法，遂向法院起诉。法院判决责令被告向原告颁发毕业证支持了原告的请求，被告不服，提起上诉。 上诉被驳回。

二、法理研习

（一）对于被告作退学处理的实体决定，应当如何认定？

1．退学处理决定是否合法？

法定的处分种类内，对作弊学生具体实行何种形式的处分属于学校的自由裁量范围。问题的关键在于校规本身的实质合理性。学校文件的制定是行使教育自主权的一种方式。法院对它应当予以重视。法院有必要通过对规范性文件的合法性审查而决定是否适用。

2．退学处理决定是否合理？

（1）平衡原则是通过对目的的——手段、公共利益—私人利益等实体范畴的衡量，以求行政自由裁量权的行使符合人们对公正合理的一半期待。

（2）运用衡平原则分析本案，一方面由于纪律处分涉及学生的利益，维护考试纪律的需要必须与学生的利益取得平衡。另一方面，为了杜绝作弊而采取的措施必须是必要的、相称的。必须认识到，提高对考试作弊的惩罚强度只是众多可以采取的措施中的一种，而它的效能是有限的。

3．法院能否依据合理性原则审查行政行为？

法院能否依据和理性原则审查行政行为，这在我国行政法学上仍存争议。笔者认为，《行政诉讼法》中的合法性审查原则，是要求法院节制审查强度，尊重行政机关的专业知识和某些问题上的政策性考虑，但对于明显或者严重的不合理情形，法院不能放弃不管。被告关于考试作弊的处理规定，与其想要达到的杜绝作弊的目的不相称，违反了平衡原则。

（二）如何看待本案中的程序问题？

1．正当程序原则及其运用

自然正义原则是司法中的原则，在 19 世纪大量行政案件产生后，被转移到行政案件中。其适用范围在近代爆炸性地扩张，自然正义和正当程序原则成为法院对政府行为进行司法审查的有力武器。

本案中，法官开创性地运用了正当程序的原则，笔者认为被告“应当……允许被处理者本人提出申辩意见”的合理之处关键在于，退学处理决定将对学生的一辈子产生长远而严重的影响，牵涉利益重大，类推比照，给与正式听证也不过分。

2．法官能否造法？

法官造法是一把双刃剑，它在保障个案公正的同时，也可能造成对法律可预测性的破坏。

（三）被告在做出处理决定后，允许原告继续学习，并补办学生证等一系列行为导致的法律后果是什么？

1．不执行＝不生效？

这一事实应视为学校自动撤销了原对田永作出的安退学处理的决定。退学决定没有实际执行，是否导致该决定不生效力？据目前通行的行政行为效力理论，学校的退学决定一经作出即推定为有效，未经法定程序不得变更，学校有关部门受其约束，而不得作出与之相反的行为。笔者认为，真正的理由在于法院对于行政法上的信赖利益保护原则的直觉感受和不自觉地运用。

2．信赖保护原则及其运用

（1）信赖保护的含义，理论依据。

（2）适用信赖保护原则应当具备的条件。

（3）信赖保护的方式和适用范围。

拓展阅读书目

1．鲁志峰：《还我毕业分配权》，载《中国劳动保障报》1998 年 12 月 9 日。

2．朱新力：《行政滥用职权新定义》，载《法学研究》1994 年第 3 期。

3．胡建淼：《有关行政滥用职权的内涵及其表现的学理探讨》，载《法学研究》1992 年第 3 期。

4．[英]威廉·韦德：《行政法》，三民书局 1994 年版。

5．翁岳生：《行政处分之撤销》，载《法治国家之行政法与司法》，月旦出版社 1995 年版。

案例七　汤某诉某公安派出所非法致人死亡案：行政诉讼举证责任分配

教学目的和基本要求：掌握行政法中的举证责任分配原则，需要考虑的因素，了解桑本谦的举证责任的经济学分析方法和公式。

学时分配：2 学时

一、案情

（案例一）

死者汤某因民事纠纷被派出所传唤。在汤某到派出所接受询问时，突然死亡。公安机关认为汤某是因肾病发作死亡，不负任何责任。汤家属要求尸检，公安局不允许并责成火化尸体。之后汤家属申请向重庆市公安局复议，市公安局维持了县公安局的决定。汤家属不服，起诉要求公安履行法定职责，查清死因，并给与赔偿。

法院审理认为，公安机关无视家属要求和法定职责，未进行尸检就责成将尸体火化，表明存在违法行政致使汤某死亡的可能性；公安机关负举证责任，未很好履行即败诉。因此责成公安承担部分赔偿责任。

（案例二）

值勤交警认定黄某驾驶闯红灯，对其当场罚款 5 元，黄某提起行政诉讼。在原告和交警“一对一”证据的情况下，法院采信了被告的证据，并判决维持被告的罚款决定。

二、法理研习

（一）现行法律规定的举证责任分配规则能否适用于本案？

1．依法认定的窘境

我国《行政诉讼法》“一刀切”地规定由被告对其所作的具体行政行为的合法性承担举证责任，并要求一律做到“证据确凿”。但这样的规定在理论上过于粗糙和死板，常常受到现实的挑战。

2．题外之话：寻求举证责任分配之努力

许多情况下，法律没有明确规定还是依法律的字面规定处理将导致不合理结果，还需要法官根据具体案情，权衡各种利益和法律价值，确定具体案件应当适用的规则。

（二）对案例一确定举证责任分配规则时，需要考虑哪些因素？

1．盖然性分析的缺陷

沈岿先生的“个性化研究”在举证责任的分配方法上把分配建立在对具体情境的衡量上。但是又存在以盖然性大小为唯一依据的缺陷。

2．价值衡量的方法

本案中，公安未能履行应当履行的尸检义务，导致事实无法查清；衡量各种法律价值，应当责令其承担在事实认定上的不利后果。首先，公安机关在本案中负有尸检义务。其次，公安机关应当承担在事实上认定的不利后果。

（三）案例二中的举证责任应当如何分配？

1．桑本谦公式：预期错判损失（错误概率*实际错判损失）+证明成本 之和较小的一方，应承担证明责任。

在此公式中，每一个因素都可能引发分歧，并容易忽略某些价值，其中包括举证责任分配对于

建构未来法律秩序的普遍价值。

2．“桑本谦公式”运用于本案的缺陷

一旦涉及错判概率的考量，我们发现存在着对盖然性的不同理解。一种是抽象的盖然性。另一种是“占优势的盖然性”。

3．价值衡量方法的再次运用

与本案性质相似的，还有压黄线、鸣喇叭等，这类行为的特点是，违法行为发生的瞬间，不留痕迹，通常是警察当场处理。问题是：警察对是否违反交通规则的现场判断在多大程度上应被尊重？法院否定交警的判断可能带来损害公共交通秩序的利益的后果。因此，交警在执勤现场耳闻目睹的证据应当被推定正确。被告完成了举证责任后，举证责任转移到原告身上。除非原告拿出更有力的证据推翻刚才的初步认定，否则将承担败诉的后果。

复习与思考

价值衡量方法的引进，确实面临一个尖锐的问题：如何避免价值衡量成为执法者的恣意？法官的价值衡量如何获得正当性？

拓展阅读书目

1．沈岿：《行政诉讼举证责任个性化研究之初步》，载《中外法学》2000 年第 4 期。

2．桑本谦：《对证明责任分配的经济学分析》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》（第 4 卷），中国政法大学出版社 2001 年版。

3．叶自强：《民事诉讼政局研究》，。法律出版社 1999 年版。

案例八　刘文修等诉北门乡政府行政合同纠纷案

教学目的和基本要求：掌握行政合同的含义与特点，了解相关法律政策的规定，思考对于行政合同纠纷解决制度的构建。

学时分配：2 学时

一、案情

Y 市政府为解决人民用水困难决定在该市北门乡黄坑村修建水库。2002 年 8 月 8 日市政府下发《实施细则》，根据当地实际情况确定了有关征地和补偿的具体标准。北门乡政府先后三次召开村民大会宣传政策。2003 年 1 月 26 日，北门乡政府拟定《征地初步意向书》，黄坑村委会及该村 30 位村民中的 24 位在意向书上签字盖章。同年 2 月 12 日，乡政府和村委会分别以甲方、乙方的身份签订《协议书》，达成征收及补偿协议。

刘文修等村民在征地安置、补偿问题上提出要求但没有得到乡政府和市政府的支持。2003 年 12 月，刘等 138 人以乡政府为被告，村委会为第三人提起行政诉讼，请求撤销《协议书》。被告认为签订的合同不是行政行为，不属于行政诉讼的受案范围。合同的内容是征地和补偿的政策意向，最终需要经省人民政府的批准才能生效，因此对原告不产生实际影响。请求驳回原告的起诉。

法院审理后认为，被告行为合法，没有侵犯原告的合法权益，据此判决驳回原告的起诉。原告不服，提起上诉。终审判决：驳回上诉，维持原判。

二、相关法律及政策

1．我国城市规划法、土地管理法等规定，单位实施工程建设之前，应当取得法定的审批文件或者行政许可。

2．《中华人民共和国土地管理法》第 43 条和 48 条

3．修正后的土地管理法在征地方面作了较大调整，即采取征、供分离的方式，由政府征收农村集体土地，再由政府出让或划拨给建设单位使用。

三、法理研习

（一）行政合同是不是公法行为？

1．行政合同的含义与特点。

2．行政和同事行政权通过司法手段实现国家干预目的的产物。首先，行政主体签订行政合同的权力源于公法。其次，行政合同中，行政主体与相对人的关系并不对等。再次，一旦行政合同因出现不可抗力、情势变更或当事人违约，使行政合同的目的无法达到时，它可以根据法律规定或者合同的实现约定强制解除合同或者行使制裁权。最后，行政法律规范对行政合同的方式、程序往往有特别规定。

笔者认为，行政合同是行政主体行使职权，履行一定公务的一种形式。它虽然允许私权的参与，但并不改变其作为公法行为的本质属性。因此，行政合同纠纷应属于公法争议。

（二）民事诉讼能否解决行政合同纠纷？

不能。理由：

（1）我国的民事诉讼法没有接纳行政合同纠纷。

（2）民事诉讼缺乏司法审查的职能。

（3）以民事诉讼解决行政合同纠纷不利于保护行政特权。

（4）民事诉讼无法妥善解决因行政合同纠纷引发的赔偿问题。

（三）将行政合同纠纷纳入行政诉讼有法律依据吗？

根据《行政诉讼法》第 2 条，行政主体的行为必须是具体行政行为方可纳入行政诉讼的受案范围。但 1991 年 6 月最高法院的《解释》出台，将具体行政行为解释为“在行政管理活动中行使职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就具体的事项作出的有关公民、法人或其他组织权利义务的单方面行为。”而行政合同属于双方行为。行政庭进一步解释，行政行为既包括原先的具体行政行为，也包括对当事人权益产生实际影响的行政合同和事实行为。

（四）如何构建行政合同纠纷制度？

1．原告主体问题。

2．诉讼时效。

3．审理内容。

4．调解原则适用于行政合同诉讼。

5．证明责任。

6．判决方式。

复习与思考题目

某工商局筹集资金建造房屋，开办了一个市场，并与经营者签订摊位租赁协议。两年后，该工商局解除原来的租赁合同，对摊位的出租权进行调整。部分经营户不服，提起行政诉讼。

1．工商局与租赁户签订的合同是行政合同吗？

2．识别行政合同的标准是什么？

拓展阅读书目

1．王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 19 8 8 年版。

2．余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社 2000 年版。

3．［日］盐野宏：《行政法》，法律出版社 1999 年版。

案例九　刘大明、余香诉C县计划生育局征收社会抚养费案

教学目的和基本要求：重点掌握行政处罚的含义、适用范围以及自由裁量在行政处罚中的运用。明确行政职权的含义与特点、性质。

学时分配：2 学时

一、案情

刘大明、余香夫妇是 C 县桥墩镇农民。婚后已经生有一女。2002 年 6 月，余香发现意外怀孕已经 4 个月，但由于其情况特殊，如果引产有生命危险，无奈之下刘大明夫妇 02 年 8 月向镇政府申请生育第二胎，但镇计生办一直未给答复。2002 年 10 月。余香在外地医院刨腹产下一名女婴。12 月 10 日，镇政府决定对刘大明夫妇征收社会抚养费 15200 元。刘大明夫妇向县人民政府申请行政复议，接到通知，县政府立即撤销了上述决定。但 12 月 8 日，刘夫妇又收到 C 县计生局对两人征收社会抚养费 30400 元的处理决定书。夫妇俩不服，向 C 县人民法院提起行政诉讼。

一审法院判决维持征收社会抚养费决定。刘夫妇不服，提起上诉。

二审法院审理后认为，根据《中华人民共和国人口与计划生育法》刘夫妇未经批准生育第二胎，应征收社会抚养费，但因有特殊情况，不得已而生育，违法情节轻微。C 县计划生育局没有考虑这些因素，以最高额征收，属于滥用职权。判决撤销原判，撤销 C 县计划生育局对刘大明夫妇征收社会抚养费的决定。

二、相关法律与政策

1．《中华人民共和国人口与计划生育法》第 17、18、41 条。

2．《浙江省人口与计划生育条例》第 19 条，49 条，50 条。

三、法理研习

（一）滥用行政职权仅指行政决定而言吗？

法律规范允许行政主体在权力界限内拥有是否行使权利和怎样行使权力的自由，此所谓“自由裁量权”。笔者认为，自由裁量权存在于：

1．决定裁量。绝大部分的法律规定在授权行政主体对特定事实进行处理时，都给出了多个方案，行政主体由此获得自由裁量权。

2．程序裁量。可以得出结论，完全的羁束行为是不存在的，自由裁量不仅存在于行政决定中，同样，滥用职权行为也不仅存在于行政决定。

3．不确定法律概念裁量。

（二）滥用职权的判断标准是什么？

滥用职权大体可以分为两种情况：

1．违背特定的立法目的。立法者制定法律规范的目的是为了维护特定领域的公共利益，保护民众权益。如果执法者在行使中参杂了私心或小集体利益，考虑了不应当考虑的因素，则与法不容。

2．不符合社会普遍理性。

如果不符合合理性原则，也应当被认定为滥用职权。具体表现为：不考虑相关因素；不平等对待当事人；行政恣意。是否具有主观上的恶意，不是滥用职权的判断标准。

（三）除行政处罚决定外，其他自由裁量行为不受司法监督吗？

司法对自由裁量权的审查职权一方面是从该项行政权力应受监督和约束的必要性考虑的。司法对自由裁量权进行审查，与我国行政诉讼法确立的合法性原则不矛盾。根据《行政诉讼法》第 54

条第 2 项第 5 目的规定，人民法院有权对行政主体的自由裁量权进行司法监督，对滥用权力的具体行政行为可判决撤销。该条第 4 项属于对自由裁量权进行监督的特别规定，法院拥有司法变更权。在法院认为不适宜适用司法变更的情况下，可以判决撤销具体行政行为，并责令行政主体重新作出处罚决定。

复习与思考题目

某卫生局在为整顿个体诊所而又找不到适当依据的情况下，通知开设个体诊所的助理医师张某必须在制定的期限内提交注销《医疗机构执业许可证》的申请书，并安排其到村卫生室工作，否则将强行取缔。张某处于逼迫，提交了注销申请。卫生局随即“依申请”注销了张某的职业证书。张某不服，向法院提起行政诉讼。

问：卫生局的行为属于滥用职权吗？属于滥用职权的哪种情形？

拓展阅读书目

1．马原：《中国行政诉讼法教程》，红旗出版社 1995 年版。
2．王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1998 年版。
3．[英]威廉·韦德：《行政法》，中国大百科全书出版社 1997 年版。

案例十　金迪等三人诉东城区教委行政许可案

教学目的和基本要求：明确行政诉讼中起诉主体的要求与条件，掌握合法性审查的目的与范畴，思考起诉标准，行政争议标准的确定问题。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）合作

鸿运公司与市体校和光华集团协议决定成立鸿运体校幼儿园，三方约定了投资比例和分红方式。光华集团因为手头资金不够，该集团老总就与私交甚好的朋友金迪等三人商量，让金迪等人在光华集团的名义下出资，按比例分红。之后，光华集团与金迪等三人签订了协议。三人以集团的名义出资。

（二）纠纷

鸿运公司为了先斩后奏，在幼儿园筹备过半时才向区政府汇报此事。区政府否定了其要求，但是为了妥善处理此事，召与集重新协商。体校宣布退出。东城区教委加入，1998 年 8 月 11 日，东城区教委，鸿运公司，光华集团三方重新签订协议，创办十一幼儿园。性质为民办，产权归政府。东城区教委向“十一幼”颁发了《社会力量办学许可证》。这其中忽略了金迪等三人的存在。

（三）诉讼

金迪等三人于 01 年 6 月向法院起诉，称原告已经投入了 208 万元，是幼儿园的实际出资者和举办者。 请求撤销教委颁发的办学许可证。教委和鸿运公司认为原被告之间不存在利害关系，请求驳回原告的起诉。

一审法院认为现十一幼与鸿运体校幼儿园没有继承关系，三原告提起行政诉讼没有原告主体资格，驳回了三人的起诉。

原告不服，提起上诉。二审法院经审理认为，一审法院驳回起诉不当，裁定继续由一审法院审理。

二、法理研习

（一）谁能提起行政诉讼？

概言之，与具体行政行为有法律上的利害关系的人可以作为行政诉讼的原告，无法律上的利害关系者不可以起诉。“法律上的利害关系”成为行政诉讼中的一个重要概念，它关系到司法的大门是否可以像需要救济的社会群体敞开。

（二）何为“法律上的利害关系”？

一是原告的权益遭到具体行政行为的实际侵害。容易给法院不受理找到托词。

二是具体行政行为已经或将会对原告的权益产生实际的影响。此种观点认识到了合法的具体行政行为也能使相对人的权益受到损失或限制其权益的实现。

笔者认为应当着眼于诉讼的本质属性，从保护原告诉权的角度对“法律上的利害关系”进行刨析，以确定原告主体资格的客观条件。

（三）衡量行政争议是否存在的标准是什么？

通说认为，行政争议的焦点问题是具体行政行为是否合法。但笔者认为，焦点应该是行政侵权的事实是否存在。它的外延比具体行政行为的合法性大，包括两方面的内容：其一是具体行政行为的合法性问题；其二是具体行政行为是否对相对人的合法权益造成不利影响。

只要侵权的可能性存在司法就应当相对人提供救济的途径。因此衡量行政争议是否存在的标准

在于行政侵权的可能性。

（四）纯粹的合法性审查能解决行政争议吗？

行政诉讼法忽略了具体行政行为是否对相对人实际造成不利影响也应通过司法审理后认定。其所设置的审理方式和方法在这方面分明形成了一片真空。当行政诉讼程序启动后，司法的目标直指被诉具体行政行为的合法性，审理的内容与原告的诉愿之间产生了严重的脱节。不利于争议的实际解决。

复习与思考题目

甲厂（乡镇集体企业）于 20 世纪 70 年代在集体土地上建造厂房。1988 年该厂职工黄某与他人合伙创办了乙厂。经乡政府批准，乙厂使用甲厂的部分厂房。2004 年，甲厂因为改制需要拍卖厂房。乡政府向拍卖行出具公函，称“乙厂现使用的厂房属于甲厂所有”。乙厂不服，向法院提起行政诉讼。问：

（1）乡政府的公函是否属于具体行政行为？

（2）乙厂与乡政府的公函有无法律上的利害关系？

（3）司法应当怎样兼顾原告诉讼请求和具体行政行为的合法性审查？

拓展阅读书目

1．甘文：《行政诉讼司法解释之评论——理由、观点与问题》，中国法制出版社 2000 年版。

2．李国光主编：《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社 2002 年版。

3．[德]弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，法律出版社 2003 年版。

案例十一　陈清原诉Y县房管局房产登记案

教学目的和基本要求：分析登记行为的可塑性，明确司法审查的对象和范围。

学时分配：2 学时

一、案情

陈清源和钟慧夫妇 1992 年购买一套商品房担一直未住。2003 年 2 月，钟慧私自制作“分书”以夫妻名义将房屋赠给女儿陈丽丽，代签了丈夫的名字。后陈丽丽凭房产权证等材料办理了房产转移登记，取得了房产权证。

同年 7 月 20 日，陈丽丽将房屋以 31 万元卖给张君。张君向县房产局申请办理房产转移登记，并提交了房屋买卖合同等材料。该局办理了登记，并向张君颁发了产权证。同年 9 月张君将房屋为抵押向县银行借款 21 万。并办理了房产登记手续。

后陈清源与钟慧的夫妻关系恶化。两人诉至法院离婚要求分割共同财产，包括此房屋。2004 年陈清源以县房产局为被告同时提起两个行政诉讼。第一个针对该局颁发给陈丽丽的产权证书；第二个针对房管局颁发给张君的房产权证。认为房管局未尽到审查义务，房管局认为只负责对证明材料的形式审查作为答辩理由。、

法院判决，县房管局颁发给陈丽丽的房产权证违法。但维持了房管局发给张君的房产权证。原告提起上诉，二审法院驳回上诉，维持原判。

二、法理研习

（一）有关诉权的问题之一：我国房产登记的特点分析。

1．在不动产登记方面，各国法律制度不同。大体介绍：

（1）契据登记制度

（2）权利登记制度

（3）托伦斯登记制度

2．我国没有统一的不动产登记法，但出台了一系列法律、法规、规章等进行规范。我国的房产登记制度不同于上述法例中的任何一种，有着自身的特点：

（1）登记是房产权属变更的生效条件。

（2）权属审核采实质审查主义。

（3）房产登记带有强制性。

（4）房产登记产生公信及其他效力。

（二）有关诉权的问题之二：司法不提供救济有法律依据吗？

问题的实质是房产登记行为是否应受司法监督。本人认为司法审查是针对有可能滥用职权的行为，前提是行为者有选择的自由，而登记行为不具有司法审查的必要。因登记机关拒绝登记或错误登记而在当事人与登记机关之间产生的纠纷，可以赋予当时任行政救济手段。当事人之间或者第三人对被登记的民事法律关系产生争议，应由当事人直接就民事纠纷进行诉讼。

（三）法院的判决有矛盾吗？

法院的两个判决并不矛盾，一个撤销，一个维持。 本案中，钟慧未经丈夫同意将房子赠与女儿陈丽丽，私自处理共同财产，并伪造了陈清源的签名。县房管局接受登记后，在陈清源没有到场的情况下，将房产转移到陈丽丽的名下，未尽到实质性审查的职责。故该房产登记应认定为违法。但是当陈丽丽被获得房产权证后，该登记发生了公示公信效力。张君凭借房产权证推定陈丽丽为产权人并与其交易，房管局在陈丽丽与张君到场确认下办理房产转移登记手续，不存在任何过错。

（四）对房产登记行为的司法审查对象是什么？

笔者认为，房产登记诉讼中，法官审查的目光有必要予以矫正。

第一，房产权证仅仅代表房产登记完成后发给相对人的一个凭证，它是整个行政行为的载体而绝非全部。第二，在行政诉讼案件中，民事纠纷不属于审理范围。司法要审查的内容是在房产登记的过程中，房管部门凭借申请人提供的材料是否足以证实房产“全数清楚”，“无产权纠纷”的实施要件。

复习与思考题目

2003 年，季某和曹某夫妇通过房屋中介机构，以 24 万元的价格将自己的未经初始登记的两间二层房屋出卖给杨某。杨某在签订合同后，即到规划建设部门设法搞到《个人违法建设案件调查处理表》并交了罚款。随后，杨某凭借处理表和罚款单到房管局申请初始登记。房管局给予办理，并颁发了房产权证。杨某与季某夫妇在履行价款的过程中发生纠纷。季某夫妇提起民事诉讼，要求确认房屋的买卖合同无效。同时，提起行政诉讼，要求确认房管局根据杨某的申请办理的初始登记及房产权证无效。

问题：

（1）季某夫妇提起的行政诉讼，法院是否应当受理？

（2）本案中房管局是否已经尽到了实质审查的职责？

拓展阅读书目

1．何兵：《高永善诉焦作市影视器材公司房产纠纷案件评析——从程序法角度》，载《行政法论丛》（第 2 卷），法律出版社 2000 年版。

2．温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社 2005 年版。

案例十二　林某等 101 人诉平阴镇政府履行职责案

教学目的和基本要求：分析村民委员会的性质、职能、地位；掌握行政权的授予方式；了解公共行政的含义。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）惠顾百姓的政策

R 市政府有项土地政策：政府征用农村集体土地，除了支付法律规定的安置、补偿费用，还将已经征为国有的一部分土地中返还给集体作为额外补偿。01 年 R 市平阴开发区征用了洪安村约 400 亩土地后，依政策返还给该村 98 亩国有土地使用权。

（二）资产的再分配

村民要求把返还的土地落实到每家每户。村委会召集干部党员进行磋商，召开村民大会征求意见，最后拟定了《建议稿》，得到了大多数村民的同意，但有林某等少数反对。2003 年在洪安村正式实施。

（三）镇政府被牵扯进来

2003 年 3 月林某等 76 人向镇政府先后递交三份《申请书》，要求镇政府撤消《建议稿》或责令村委会改正，并公布宅基地的使用分配方案。平阴镇政府明确向洪安村指出，《建议稿》中的部分内容不符合男女平等原则，要求重新召开会议进行复议。但洪安村根据多数人意见，坚持原先的分配原则。

（四）诉讼

同年 6 月，林某等 76 人以平阴镇政府为被告向法院提起行政诉讼，要求判令平阴镇政府履行法定职责，责令洪安村委会改正《建议稿》并公布宅基地的使用分配方案。

林某等人认为村委会在决定重大事项时没有经过村民大会讨论通过，《建议稿》侵犯了妇女、儿童的合法权益。

法院一审判决：《建议稿》内容违反了《妇女权益保护法》的规定，判令被告平阴镇政府责令洪安村委会改正返还地分配政策，驳回原告的其他诉讼请求。

二、法理研习

（一）判决依据何在？

1．村委会的性质：村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众自治性组织。

2．村委会与镇政府的关系：村委会不是法律意义上的行政组织，也不是乡镇政府的内设机构或下级部门。 由于历史原因和我国的行政习惯，村委会历来是基层乡镇政府支使的对象，村镇之间存在着一种事实上的从属于领导关系。

3．《妇女权益保护法》第 50 条规定的事实要件：划分责任田、口粮田、批准宅基地，违反男女平等原则，侵害妇女的合法权益的情形。本案中的《建议稿》是洪安村对因征地而获得的额外利益再分配的方案，因此，法院的判决适用法律错误。

（二）法律怎样授予行政权？

法律规范通过两种方式授予行政主体以行政职权，一是组织上的授权，即法律规范将某一方面的权力一揽子交由特定的行政组织，从而排除其他行政组织形式这方面的权利。二是行为法上的授权。法律规范在具体条款中设定特定的事实要件后，将相关的行政行为的权利直接授予给特定的行政主体实施。

法律规范对授权的对象和内容均应当是明白无误的。只有这样，行政权力才能被有效地控制在法律的框架内，而不会被任意扩大。同时，行政主体才能分工明确，各司其责。

（三）少数派如何维护自己的权利？

对于村委会在行使自治权过程中所实施的许多行为应该被纳入公共行政范畴这一命题，笔者表示赞同。但村委会履行村民自治职责的行为并不一定均属行政。

村委会履行与村民自治相关的职责，存在两种情况：一是根据全体村民的信托，办理公共事业，调解民间纠纷，向政府反映意见要求和提出建议等职责；二是配合、执行村民大会讨论就特定的事项通过的决议。

三、知识之窗

公共行政：

分为政府的公共行政与社会的公共行政两种。前者主题是国家，后者的主体是公共性组织。 德国分为“直接的国家行政”和“间接的国家行政”。我国学者将其分为“形式意义上的公共行政”和“实质意义上的公共行政”。

拓展阅读书目

1．何海波：《国家治理视角中的村民委员会》，载《行政法论丛》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版。

2．章永乐、杨旭：《村民自治与个体权力救济——论村民委员会在行政诉讼中的被告地位》，载《行政法论丛》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版。

3．黎军：《行业组织的行政法研究》，载《行政法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2001 年版。

案例十三　高校的自律与他律

——论学生受教育权、隐私权的法律保护

教学目的和基本要求：掌握法律的位阶效力，受教育权、隐私权的内容和范围；了解法律保留原则和比例原则的含义及理论依据。思考宪法的司法化问题。

学时分配：2 学时

一、案情

某院校开除一位怀孕的女大学生，引起全国公议。

女大学生在假日旅游期间与男友在校外宾馆过夜后被校医院查出怀孕并报告了学校当局。校方责令女大学生作深刻检讨。交待性行为细节，承认自己“道德败坏”。学生和家长认为校方行为侵犯了个人隐私，拒绝接受校方的要求。学校遂以两学生发生“不正当的性行为”、“违反校规校纪”为由，勒令两人退学。学生以受教育权和隐私权受到侵犯为由，诉请法院撤销该行政行为，并请求赔偿名誉损失。诉讼中，原告撤回了赔偿的诉讼请求。

一、二审法院均以学校开除学生是内部行政管理行为，不属于法院管辖为由，驳回原告的起诉。

二、法理研习

（一）学生受教育权的法律保护

我国宪法在“公民的基本权利与义务”一章中规定了公民的受教育权。2001 年的“秦玉苓受教育权被侵犯”一案的批复中，首次明确法院可以直接援引宪法条款判案，但遭到学者质疑。这涉及法律规范竞合时的法律适用问题。在法律规范之间没有冲突时，司法实务要求优先使用下位阶的规范，只有在法律规定缺位或下位阶法律与上位阶法律冲突的情况下，才有原因上位阶法律乃至宪法的可能。本案中，法院应该适用教育法而非宪法来裁判。如果校方不能提供合法的抗辩，则开除女大学生的行为涉嫌侵犯公民的基本人权。

（二）学生隐私权的法律保护

1．学校调查学生的性隐私本身是否侵权？

首先，性行为属于个人隐私，不允许他人——包括个人和国家——擅自刺探。私权不仅对抗私人，更重要的是对抗国家，排斥国家侵犯。

其次，现行法律并未授权学校调查乃至查处学生的性行为。

2．学校通报个人私生活，是否侵犯隐私？

校方对当事人进行通报批评是一种公开行为。在有关高校管理的三部法律中，“通报批评”皆查无实据。隐私权是我国法律赋予公民的基本权利，对于基本人权的事项，国家只能通过法律的形式加以规范，如果仅以规章的形式进行规范，其合法性是值得怀疑的。 当然也就不得通过规章授权政府部门调查他人隐私。

学校不得以监护人身份主张对学生的生活包括隐私进行管理的权利。

首先，大学生是法律上的完全行为能力人，学校和父母已经不再是监护人。因私权不仅保护公民合乎主流的私行为，而且也保护那些不合乎主流道德的私人行为。隐私事实的非道德性不是公开的理由。学生的性行为并不损害第三人的利益和社会公共利益，属于私人的行为，与公德无关，学校的干预于法无据，应当认定其侵害了公民的个人的隐私权。

（三）法律保留原则与校规校纪的法律效力

1．法律保留原则的含义与理论依据：指行政机关只有在取得法律授权的情况下，才能实施相应的行为。（1）民主原则 （2）法治国家原则 （3）基本人权规定

2．高效自治与法律保留问题

高校作为文化知识的传承、培养和传播机构，应当比一般的社会组织有更大的自主权，体现为教育独立和学术自由。但学校制定规范性文件应受“法律保留原则”的约束。对于规章以下的规范性文件，法院在案件审理过程中应当“参照”，而非“依据”，即没有当然的约束力，法院可以以自己的裁量，不参照非法或越权的规章。

（四）学生权益受到损害后的法律救济

主要观点：

1．利益说。

2．隶属说。

3．主体说。

此外还有法律规范的依据。《教育法》第 42 条规定了当事人申诉的权利。如果损害学生、教师的人身、财产权利，可以提起行政诉讼。

复习与思考题目

宪法的司法化。

拓展阅读书目

1．王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版。

2．沈岿：《宪法统治时代的开始？——“宪法第一案”存疑》，载北大法律信息网。

3．王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社 1998 年版。

案例十四　齐玉苓诉陈晓琪、滕州市教育委员会等侵犯受教育权案

教学目的和基本要求：与案例十三相结合，掌握受教育权和姓名权的保护、救济的法律适用问题，思考宪法的私法化问题。

学时分配：2 学时

一、案情

（一）冒名顶替

1990 年原告与被告之一的陈晓琪同为山东滕州第八中学的初中学生，陈晓琪在预选考试中不合格而齐玉苓顺利考入山东省济宁商业学校。 商业学校给齐的通知书由滕州八中转交。陈领取了齐的通知书，并在其父的策划下，运用各种手段，以齐玉苓的名义到济宁商校就读至毕业。 毕业后依然使用期玉苓的名字，在中国银行滕州支行工作。

（二）一审法院：侵犯了受害人的姓名权

齐发现冒名后，向山东枣庄中院提起民事诉讼，被告为陈晓琪及其父，济宁商校，滕州八中和山东省滕州市教委。请求法院判令被告停止侵害，赔礼道歉，并赔偿经济损失 16 万元，精神损失 40 万元。

法院经审理，认为被告陈晓琪和其父侵犯了原告的姓名权，判令被告各方承担一定责任。

齐玉苓向省高院上诉。

（三）最高人民法院：侵害了受害人的受教育权

省高院报请最高院，最高院批复：陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓的受教育权利，并造成具体算还后果，应承担相应的民事责任。支持了齐的诉讼请求。

（四）宪法司法化第一案

二、法理研习

（一）宪法是否必须和可以进入司法程序，直接作为裁判案件的法律依据？

这一问题在逻辑上是为两个层次：应然性与可行性。笔者认为，最高人民法院法官为宪法司法化给出正当理由的过程，类似西方的在判例中化解难以适应现代发展的先例对现实的拘束效应，其在一定程度上是在宣告一个司法政策：确立宪法的司法适用性。这一政策张扬了宪法的权威与尊严，宪政的人文主义理念，体现了宪法在形式上和实质上的价值，另一方面又较为明确地把宪法定位于“拾遗补漏”的功能。

（二）为什么在齐玉苓案件中直接适用宪法？

1．最高人民法院的宪法司法理论。

大前提：在普通法律出现缺陷和漏洞而导致“无法可依”，而公民的宪法基本权利确实受到侵害时，可直接适用宪法。

小前提: 本案齐玉苓的受教育权被侵犯，但普通法律规范尤其是民法难以包容这一权利，不能提供裁判依据。

结论：故本案直接适用宪法关于受教育权的规定，判定侵权人承担民事责任。

2．受教育权主张非宪法不能回应吗？

从法条主义的立场出发，受教育权的主张，令人联想到《教育法》，笔者认为，应当可以在《教

育法》中找到依据。

（三）宪法的私法化：福音还是危险信号？

本案中，最高院“破天荒”地提供了直接适用宪法权利规范的途径。人们似乎聆听到一声福音：许久以来被虚置的宪法终于可以在诉讼中为民所用了，具体权利规范的漏洞可依因宪法适用而得以最大可能地完善了，宪法认可之权再也不会因为普通法律的落后而不能实现了。

1．西方的争论与实践：美国；德国第三效力理论。

2．中国的宪法司法前景。

笔者认为，最高院以本案为“突破口”建立宪法直接适用的制度，但“突破口”的选择不合适。（1）最高人民法院在本案中宣扬宪法之上、宪法维权理念，当继续坚持，但此价值理念乃主要针对国家权力的行使，而不能泛泛强调宪法“拾遗”的功能，使宪法降格错位。（2）行政诉讼是宪法司法实现新的突破口的最佳场合，在具体的普通法律缺位或者含糊而当事人提出行政违宪时，可以尝试用宪法直接规范行政机关的行为。（3）在任何一种诉讼中，若当事人提出某行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例违宪，下级法院可以通过最高院依《立法法》的规定，向全国人大常委会提出。（4）法院在民事诉讼中宜延续几千年司法能动主义立场，以宪法基本权利规范为根基，解释、创造新的司法规则。

复习与思考题目

宪法的私法化。

拓展阅读书目

1．王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社 2000 年版。

2．黄松有：《宪法司法化及其意义》，载《人民法院报》2001 年 8 月 13 日。

案例十五　舟山市民诉市政府古城拆迁案

教学目的和基本要求： 重点掌握法律的溯及力，诉讼中的辩论原则的含义与理论依据，明确规范性文件的法律效力和地位。

学时分配：2 学时

一、案情

浙江舟山市是浙江省首批历史文化名城。96 年开始，舟山开始了大规模旧城改造，大片古街被拆毁。政府以改善居民生活环境为由，认为古城没有了保护的必要。此举遭到当地群众的抵制。1997 年十多户居民联名向法院提起行政诉讼，状告舟山政府违反了《文物保护法》和《城市规划法》，7 月 2 日，原告起诉到舟山市中院，法院没有受理。后定海区法院受理此案。被告辩称，原告根据的文件既不是人大的法律也不是国务院的行政法规，不能作为判案的依据。

法院审理原被告就拆迁决定内容是否违法进行了两天的激烈辩论，最后法院作出维持拆迁决定的一审判决。原告上诉，二审法院驳回了上诉，维持原判。

二、法理研习

（一）国务院规范性文件在诉讼中能否适用？

国务院规范性文件是国务院一法定职权和法定程序发布的规范行政机关行为，规范社会和组织行为的具有普遍约束力的政令，是指除了行政法规以外的一般行政规范性文件。

国务院各部门和地方各级人民政府都应当严格遵守和执行国务院的行政法规和一般规范性文件，只有这样，才能保证政令畅通和国家统一、依法行政。尤其是对于某些管理事项尚未有法律、行政法规予以具体规定时，规范性文件更应当作为地方各级行政机关进行行政管理的依据。

（二）正在审批中的规划是否可以任意违反？

第二个行政规划虽然尚未完成省政府审批手续，但该规划制定行为已经进入了法律规定的制定、审批程序，在该内容没有最终确定下来的时候，其他机关不能做出任何处理。尤其是制定规划的行政主体不得任意违反，否则该规划一经批准便造成其指定主体自身违法。信赖保护原则、法制原则、诚信政府的目标都要求原行政机关不得任意违反其制定的正在审批中的行政规划。

（三）新制定的地方性法规对政府拆迁决定有无溯及力？

法律溯及力，即法律溯及既往的效力，是指新法律颁布实施后，对其生效以前所发生的事实和行为是否适用。法不溯及既往是指不追究新法以前实施的与法不一致的行为的法律责任，而不意味着此种行为可以继续。根据法理，新的法律、法规生效后，调整相同领域相同事项的同位阶或以下的旧法则失去效力，应予废止。

（四）保护古城，谁还可以提起诉讼？

我国现行的行政诉讼制度是个人救济诉讼，即能够提起诉讼的原告必须是认为自己的权益受到行政行为侵犯的特定的公民、法人或其他组织，也就是说，与行政行为没有直接利害关系的相对人无权提起诉讼。这一案件引起我们思考应当建立行政公益诉讼，扩大可以提起诉讼的原告资格。

三、知识之窗

行政规划

又称行政计划，是指行政机关为将来一定期限内达成特定目的或实现一定的构想，事前就达成该目的或实现该构想的有关方法、步骤或者措施等所为的计划与规划。

特点：综合性；法定性；裁量性；可变动性。

复习与思考题目

1998 年 6 月 30 日，为了创建全国卫生城市，济源市委、市政府联合下发了成立创建全国卫生城市指挥部的决定。01 年 7 月 11 日，“市创建指挥部”和某街道办事处给居民张某送达拆迁通知书，落款是旧城改造拆迁工作领导小组，盖章是“市创建指挥部 ”。通知张某 16 日前拆除自己家的门楼，逾期不拆将强行拆除。22 日下午，在张某家中无人的情况下，街道办事处组织有关人员，对张某影响村中道路的建筑进行了拆除。张某不服，提起诉讼。

问：

（1）本案的被告是谁？

（2）法院应当如何判决此案？

拓展阅读书目

1．罗豪才：《行政法学》，中国政法大学出版社 1999 年版。

2．刘莘：《公共利益概念辩》，载中评网。

3．马怀德：《行政诉讼原理》，法律出版社 2004 年版。

4．应松年：《行政诉讼法学》，中国政法大学 2002 年版。

案例十六　南京美亭化工厂诉江宁区政府“立法不作为”案

教学目的和基本要求：掌握立法不作为的涵义、要素即法律效果；抽象行政行为的特点；了解法律废止的含义与种类。

学时分配：2 学时

一、案情

2002 年 5 月，南京美亭化工厂接到区建设局下属部门——科学园发展公司的拆迁通知，要拆除其位于江宁区东山镇杨村的美亭化工厂。双方就安置补偿费用等多次协商未达成协议。之后，美亭化工厂向区建设局提起行政裁决申请。同年 7 月 31 日， 去建设局依据《江宁县房屋拆迁管理暂行办法》裁决科学院发展公司给美亭化工厂安置补偿费 135 万元。化工厂认为太少而不接受，依据是《南京市房屋拆迁管理办法》。两个文件有明显差距。化工厂认为暂行办法已经不适应土地价格变化的市场行情。于是在 03 年 3 月向南京市中院提起行政诉讼，状告南京市江宁区政府不按上位法规法及时修改房屋拆迁管理办法致使自己损失惨重的行政不作为行为。

法院认为，原江宁县政府发布的文件是针对不特定对象的反复适用的行政规范文件，它的制定、发布、废止以及重新制定，都属于抽象行政行为，依法不能对其提起诉讼。 同时，区法院发出司法建议，要求江宁区政府有关部门尽快制定新的拆迁方案。此案成为全国第一个状告政府“行政立法不作为”的行政诉讼案件。

二、相关法律及政策

1．《中华人民共和国立法法》第 56、71、73 条

2．《行政诉讼法》第 52、53 条

3．最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 62 条

三、法理研习

（一）江宁市政府的行为是何种性质？

1．立法不作为：是指具有行政立法权的行政主体没有或者没有适时地制定行政法规或者行政规章，或者没有对不适合现实要求的行政法规或行政规章进行修改和废止。

立法不作为的三个要素：

（1）立法者负有宪法法律法规或者最高国家权力机关授予的立法义务；

（2）立法者在主观上又不作为的故意；

（3）立法者的消极懈怠造成了特定的损害。

2．本案被告区政府不具有立法权，不是行政立法主体，因此其行为不可以称为立法行为。

本案中的行政不作为有特殊性，是依职权的行政行为不作为，与依申请的不作为一样会致使个人或公共利益受到严重的损害。

（二）法院驳回起诉是否正确？

从抽象行政行为的角度上看，《行政诉讼法》规定具体行政行为属于受案范围，从此意义上法院的裁定是正确的。 笔者认为有理由将抽象行政行为纳入受案范围。我国的法制现状来看，已经具备了将抽象行政行为纳入受案范围的条件。

第一，行政复议法为诉讼审查抽象行政行为奠定了基础。

第二，司法对行政监督的日益扩展，力度也有所加大。

第三，目前的司法力量来看，法院有能力审查抽象行政行为。

（三）《江宁县城镇房屋拆迁管理暂行办法》的效力如何？

本案中的《暂行办法》作为一般规范性文件，其等级性特点突出。主要表现在：（1）服从性；（2）派生性；（3）可变性。其所依据的原拆迁办法已经被新的拆迁办法所代替，那么其具体内容与新制定的拆迁办法势必有不当之处。应当根据新的规定加以修改，否则有权机关可予以撤销或者改变。

（四）在现行法律制度下化工厂实现权益保障有无有效的途径？

抽象行政行为虽然不在《行政诉讼法》的受案范围内，但不表明它的合法性不接受法院的审查。人民法院在审查行政案件中，依据法律、法规，参照规章；对合法有效的规章与其他规范性文件才可以在裁判书中援引。本案可以针对有关补偿的裁决行为提起诉讼，法院在审理这一具体行政行为时，根据冲突规范选择适用的原则，如果认为依据的一半规范性文件违法，可以不予适用，而直接适用现行的拆迁办法。

复习与思考题目

司法对行政权的监督。

拓展阅读书目

梁存宁：《关于立法不作为问题的宪法思考》，载《人大研究》2004 年第 8 期。

案例十七　安泰公司诉江油市政府《议事纪要》案

教学目的和基本要求：掌握行政许可的含义特点及法律规定；明确行政行为分类，重点掌握内部行政行为和具体行政行为的特点；了解行政诉讼的主体适格问题。

学时分配：2 学时

一、案情

江油市东大街市场旁有一空地。2001 年 9 月安泰公司与绵阳市工商局江油分局签订了国有土地使用权转让合同，取得这块空地使用权。后来，又经江油市政府、市建委、国土局、计委等行政机关书面批准，安泰公司取得了空地的土地使用权，准备修建一综合楼。

空地原属于绵阳工商局江油分局，2001 年 12 月江油分局与敬某某、安泰公司三方约定，将市场转让给敬某某，空地转让给安泰公司。三方签订了《协议书》。后来敬某某请求政府收回空地，由自己出资建城市公用绿地广场，建成后无偿交给城市公用管理部门。市政府随后召集国土局、建设局、规划局等单位和敬某某召开了会议专题讨论，后来达成共识，以《议事纪要》的形式确立了对空地建设的调整：修建绿化广场。后安泰公司收到各部门的公函合和通知，得知其土地使用权被收回，发展建设项目被取消。

2004 年 9 月，安泰公司状告江油市政府行政侵权。 被告江油市政府认为，《议事纪要》是一种内部行政行为，只是一个指示、精神，由各部门依法做出具体行政行为。并且认为政府做出的调整是科学合理的。

一审法院认为，江油市政府是适格的被告，但《议事纪要》对相关部门以及利害关系人都产生了约束力，直接导致安泰公司丧失了已经取得的土地使用权和开发权。并且召开规划讨论会没有告知安泰公司也没有征求意见，剥夺了其知情权、参与权、表达意志权。2004 年 12 月，一审法院做出判决：江油市政府《议事纪要》形式作出的行政行为不合法，属于滥用职权行政，要求市政府撤销违法行政行为，并在判决生效后及时采取相应的补救措施。

二、法理研习

（一）行政机关可否随意改变已经做出的行政许可？

1．信赖保护原则内容及意义。

2．具体行政行为的撤销必须受到限制。

3．行政行为存续力保护和财产保护是信赖保护的方式。

（二）政府的《议事纪要》是内部行政行为吗？

1．内部行政行为的定义。

2．本案中江油市政府虽然以《议事纪要》文件为表现形式且未加盖市政府公章，但对相关职能部门以及利害关系人都产生了约束力，直接导致安泰公司丧失了已经取得的土地使用权和开发权。并且送达了相关各部门和利害关系人敬某某，因此，已经不属于内部行政行为了。

安泰公司可以针对其提起行政诉讼。

（三）政府《议事纪要》是否违反正当程序规则?

行政行为必须遵守正当程序，否则构成违法。行使职权所选择适用的程序必须有利于保护相对人的合法权益，不得侵犯公民的基本权利和自由。本案中召开规划讨论会没有告知安泰公司也没有征求意见，剥夺了其知情权、参与权、表达意志权，严重违反了在实施行政行为过程中所遵循的基本精神和法律程序。

（四）江油市政府是不是适格的被告？

1．行政诉讼的被告及特征。

2．本案中，作出行政行为的江油市政府是何时被告，虽然只是以《议事纪要》文件为表现形式，但对相关职能部门以及利害关系人都产生了约束力，直接导致安泰公司丧失了已经取得的土地使用权和开发权。

复习与思考题目

2001 年 5 月，昌化镇人民政府与琼昌公司签订了《开发协议书》约定在棋子湾整体规划出台前，先由琼昌公司先期开发棋子湾景点。镇政府划出 50 亩地，使用时间 50 年给其做旅游开发用地。之后不到一年，琼昌公司的开发使景点知名度大增。2003 年 4 月，昌化镇领导两次带人拆除了公司的旅游设施，中止协议的依据是县政府召开县长办公会议纪要，以及县政府相关《通知》。

琼昌公司向法院提起诉讼，请求法院撤销县人民政府及昌化镇政府的通知，赔偿经济损失 156 万元。

问题：

（1）镇人民政府中止协议的行为违背了行政法的什么原则？应当承担什么责任？

（2）县政府的会议纪要与通知是什么性质的行为？

拓展阅读书目

1．马怀德：《行政程序法的价值及立法意义》，载中法网论坛。

2．张树义主编：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版。

案例十八　市民不满“奖励拍摄伟长”状告公安局案

教学目的和基本要求：掌握行政指导的含义、历史发展；行政诉讼证据的“三性”，尤其合法性特点。

学时分配：2 学时

一、案情

2003 年 7 月 11 日，广东省广州市公安局发布《通告》，在该市试行“市民拍摄交通违章”奖励办法。目的是为“加强交通道路管理，消除交通事故影响，充分调动群众参与交通管理的积极性”。《通告》一经公布，产生强烈反响，许多市民纷纷参与拍摄并提交了大量的照片，对改善违规起到了一定效果。同时也产生了一系列问题。

2004 年 3 月 5 日，市民赖先生受到市公安局交警支队的一份《处罚决定书》，称赖先生在 03 年 12 月有交通违规行为，证据就是市民提供的赖先生车辆的违章照片。

赖先生交了罚金，但认为处罚不合法，下公安局申请复议，称公安局有偿置换违章照片并作为处罚依据的做法，超越了职权，没有法定依据，违反了行政处罚的法定程序，请求审查并撤销市公安局的《通告》和对其的《处罚决定书》。复议决定认为《通告》合法，但撤销了对其的《处罚决定书》。

赖先生向法院提起行政诉讼，要求撤销《通告》。一审判决认为公安局的《通告》属于“没有强制力的行政指导性为”，不属于法院行政诉讼的受案范围，不进行审查。驳回了赖先生的诉讼请求。二审法院认为公安局的证据不能作为处罚合法的根据，复议的认定不当。但是，该瑕疵不影响复议决定的合法性，所以赖先生的要求撤销原复议决定的理由不成立，维持原审法院的处理。

二、法理研习

（一）通告本身是什么行为，能否对其提起行政诉讼？

《通告》是抽象行政行为。针对拍摄者而言是行政指导行为，但是针对被拍摄者来说，不属于指导行为，必然对其权利和自由带来影响，并且拍照还可能作为认定的证据。这样的影响不再是“不具有强制效力”。《通告》不具有可诉性，但申请行政复议审查是可行的。

（二）通告的内容是否合法？

1．工权利得让渡。包括处罚权在内的行政执法权属于公权力，不得随意委托、滥用、扩张、出售。公民有参与公共管理的权利和义务，但是参与范围应该有严格限制。

2．行政指导行为合法性的控制问题。

（三）市民拍摄的照片作为证据是否具有合法性？

照片不能作为违章的证据，否则违反相关的证据规则。

1．《道路交通安全法》规定，交警才是维护道路秩序的主体，公民没有参与执行的权利。

2．市民的拍摄其实是偷拍行为，不当限制了被拍摄者的公共场所的隐私权利，违背了证据的三性中的合法性。

3．行政行为作出后所取得的证据不能作为认定的依据。

三、知识之窗

行政指导。

1．含义与发源。

2．日本行政指导盛行的原因：直接原因；客观原因；行政文化传统；性质原因。

3．日本行政指导的类型。
4．我国台湾相关规定。
5．美国的行政指导及发展。
6．德国的行政指导近代发展状况。

复习与思考题目

2004 年 6 月 18 日，北京海淀交通支队在海淀区阜永口设置的交通技术监控设施，记录了一辆灰色捷达违法交通信号灯的行为，并清除记录了车号。根据机动车档案记载，该车所有认为郭某。7 月 27 日，海淀交通支队作出对郭某处以 200 元的罚款处罚决定。同日，郭某向公安交通管理局申请行政复议，公安交通管理局维持了处罚决定。郭某向法院提起行政诉讼。一审驳回了其诉讼请求，郭某上诉。

法院审理中，郭某主张他当时并未经过阜永口，而且交通拍摄的照片上的违法车辆无高位刹车灯，其车有高位刹车灯。海淀交通支队认定违法的主体有误。

二审法院认为，监控记录可以认定郭某当日的违规行为，郭某证据不足，故处罚符合《道路交通安全法》的规定。问题：

法院终审判决是否正确？为什么？

拓展阅读书目

1．冯其江：《日本行政指导制度介评》，文章来自北大法律信息网。
2．陈春生：《事实行为》，载翁岳生主编：《行政法》，中国法制出版社 2002 年版。

教学实践环节

一、观摩昌平法院庭审

教学目的和基本要求：掌握行政诉讼实际程序操作，通过对庭审活动的现实解剖和分析，引导学生分析庭审各方的成功之处及不足之处，提升学生的实践水平。

学时分配：2 学时

复习与思考题目

本次庭审程序操作中有何程序不足，审判人员控制程序的水平分析。各方当事人辩论技巧。

拓展阅读书目

丹宁：《法律的界碑》，法律出版社。

二、摸似法庭

教学目的和基本要求：通过摸拟法庭，使学生体会和掌握行政诉讼实际程序，提升其实践能力。引导学生对庭审过程进行分析。

学时分配：2 学时

复习与思考题目

摸拟庭审的成功与不足。法律争议之处，如何认识。

拓展阅读书目

何兵：〈利害的分配〉，三联出版社

《刑法案例研习》教学大纲

阮齐林　编写

目　录

前　言 1044
第一章　侵犯人身权利、民主权利的犯罪 1045
第一节　故意杀人罪、故意伤害罪 1045
一、郑海艳间接故意以结果确定犯罪性质案 1045
二、曹成金缺乏杀人的直接故意不成立未遂犯案 1045
三、李剑在犯罪活动中发生对象认识错误致同伙死亡案 1046
四、邹大庚、刘和平、王敏故意伤害、窝藏案 1046
第二节 其他侵犯人身权利的犯罪 1048
一、张烨等强奸、强制猥亵妇女案 1048
二、王敏被章浩利用扣押人质仅成立非法拘禁罪案 1049
三、田某为索取债务而绑架他人并致人死亡案 1050
四、陈某等三刑警刑讯逼供致人死亡被定故意伤害罪案 1050
复习与思考题 1051
拓展阅读书目 1051
第二章　侵犯财产罪 1052
第一节　抢劫罪、抢夺罪 1052
一、黄斌等抢劫（预备）案 1052
二、黄英献抢夺中当场使用暴力以抢劫论案 1052
第二节　盗窃、诈骗、侵占、职务侵占罪 1053
一、陈平以假换真盗窃金项链案 1053
二、出租车司机侵占乘客遗忘物案 1054
三、张岩峰到饭店就餐故意用玻璃碴将嘴划破敲诈案 1054
复习与思考题 1054
拓展阅读书目 1055
第三章　贪污贿赂罪、渎职罪 1056
第一节　贪污贿赂罪 1056
一、陈某某挪用公款后又挪用公款填补亏空案 1056
二、乙某挪用公款、受贿数罪并罚案 1056
第二节　渎职罪 1057
一、莫兆军不构成玩忽职守罪案 1057
二、杨有才徇私枉法案 1058
复习与思考题 1059
拓展阅读书目 1059
第四章　危害公共安全罪 1060
第一节　故意危害公共安全的犯罪 1060
一、及长龙烧毁他人承包的蔬菜棚破坏集体生产案 1060
二、杨正南等破坏通讯设备、盗窃案 1060
第二节　过失危害公共安全的犯罪 1061
一、倪庆国交通肇事后逃逸案 1061
二、A 鞭炮厂爆炸案被定危险物品肇事罪案 1062

复习与思考题.....1062
拓展阅读书目.....1063
第五章　破坏社会主义市场经济秩序罪.....1064
第一节　生产、销售伪劣商品罪、扰乱市场秩序罪.....1064
一、鞠春香等生产、销售伪劣产品案.....1064
二、胡廷蛟等非法经营案.....1064
第二节　破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪.....1065
一、张顺发购买假币案.....1065
二、薛万森等持有假币案.....1065
三、王昌和变造金融票证案.....1065
四、汪照洗钱案.....1066
五、尹生华集资诈骗、票据诈骗案.....1066
六、刘文清信用卡诈骗案.....1067
复习与思考题.....1067
拓展阅读书目.....1067
第六章　妨害社会管理秩序罪.....1068
第一节　扰乱公共秩序罪、妨害司法罪、危害公共卫生罪.....1068
一、王福兴等聚众斗殴案.....1068
二、刘某妨害作证案.....1068
三、赵艳帮助毁灭证据、窝藏赃物案.....1069
四、王之兰过失致人死亡案.....1069
第二节　毒品犯罪、有关卖淫嫖娼的犯罪、淫秽物品罪.....1070
一、张敏贩卖毒品案.....1070
二、苏永清贩卖毒品案.....1070
三、高洪霞等组织卖淫、协助组织卖淫案.....1070
四、郑某传播性病案.....1071
五、肖垂海贩卖淫秽物品牟利案.....1071
复习与思考题.....1071
拓展阅读书目.....1072
第七章　历年司法考试刑法试题.....1073
第一节　选择题.....1073
第二节　案例分析题.....1076
复习与思考题.....1076
拓展阅读书目.....1077

前　言

课程性质：“案例刑法研习”是以法学本科 3 年级学生为对象的专业选修课。为了规范教学内容，实现教学目的，同时也是为了使这门课程渐渐成熟、定型，特编写此教学大纲。

课程教学目的：本课程设定教学对象已经修完刑法学及其他主要法学课程，在他们已有的刑法学及其他部门法学的知识基础上进行教学。目的是：（1）通过教学，促进学生了解刑事司法实务，熟悉刑事司法解释和权威判例，培养分析、处理案件的能力。（2）巩固和深化已经学过的刑法学知识。（3）兼顾司法考试的需要，为学生将来通过司法考试打基础。

基本要求：对教师要求选择真实的典型、疑难案例进行教学；或者归纳司法实践中常见问题进行有针对性的教学，在教学内容、方式上尽量避免与其它课程重复，以体现本课程与刑法学、刑法学原理、外国刑法学等课程的差异性和互补性。对学生则要求已经修完刑法学的基础课程，课前预习案情、争讼的焦点、裁决的法律要点。

课程简介：本课程内容以分则各罪刑条款的适用为基础，以总则的基本制度、基本原理为补充。分则各本条是司法机关定罪的关键，同时也确立了量刑的基本框架，首先关注该案定罪处罚的基本依据，而后旁及其中的总则一般问题，比较顺应司法实务。因此，本课程在编排体例上，主要依据刑法分则的章节进行分类、排序；在内容上，以刑法分则各条的适用为中心，以常见的基本的犯罪类型为重点。其中侵犯人身权利罪和侵犯财产罪代表了犯罪最基本的两大类型。这两类犯罪案件，大约占了法院审理的刑事案件数量的 90％以上，司法实践在处理这些案件中积累了丰富的经验，学说上的许多原理、制度往往也是在解决这两类案件过程中形成、发展的，所以，重点掌握这些犯罪案件的有关实务问题，是非常有效率的。

本课程采取从“特殊到一般”的讲解顺序，与刑法学课程由“一般到特殊”的顺序相反。这里所谓特殊，指分则的内容；这里所谓一般，指总则的内容。采取这种方式主要是考虑刑法实务主要是各罪的认定与处罚问题，因此自然应当以各罪的认定与处罚为中心。这样的讲解方式或许更符合人的认知规律。通过个案的讲解，推及犯罪与刑罚的基本原理、制度，有利于深入、牢固地掌握。当然，这种方式是以学生已经具备基本的刑法知识为前提的。但在个案的讲解上，本课程则采取由“一般到特殊”的方式。即从犯罪的常见基本类型为基础，旁及基本类型派生的犯罪种类或者生活中罕见的犯罪种类。这样，不仅实用，而且有利于简明扼要地掌握刑法分则的内容。

本课程共分为七章：第一章侵犯人身权利、民主权利的犯罪；第二章侵犯财产罪；第三章 贪污贿赂罪、渎职罪；第四章危害公共安全罪；第五章破坏社会主义市场经济秩序罪；第六章妨害社会管理秩序罪；第七章历年司法考试刑法试题选析。由阮齐林教授编写。

学时分配：案例刑法研习课共 36 学时（18 周）。其中，34 学时讲授（17 周），考试 2 学时。

第一章　侵犯人身权利、民主权利的犯罪

教学目的和要求：掌握常见侵犯人身权利罪的定罪与处罚。重点是故意杀人罪与故意伤害罪的区别；强奸罪与强制威胁侮辱妇女罪的界限；绑架罪、非法拘禁罪、拐卖妇女儿童罪、拐骗儿童罪之间的区别。上述犯罪的加重犯、转化犯的认定。上述犯罪中的故意、认识错误、共同犯罪、犯罪形态、罪数的认定。

学时分配：6 学时

第一节　故意杀人罪、故意伤害罪

一、郑海艳间接故意以结果确定犯罪性质案[1]

（一）法律要点

1．间接故意杀人罪的认定。因为纠纷引起的突发性案件中，使用刀具打击致命部位不计后果致人死亡的，通常认定为具有杀人的间接故意。

2．故意杀人罪死刑适用。对本案被告人，一审判“死缓”，二审改判死刑立即执行，最高法院复核又改回“死缓”。反映出本案处在死刑立即执行与缓期执行的“临界”位置。

（二）判例

郑海艳之父与王瑞霞之夫勇××因摊位占用问题发生争吵，经他人调解，勇××让出所占位置。被害人王瑞霞、勇新杰见状产生不满，与郑海艳发生争执，并推拉郑家摆摊所用冰柜，致郑海艳之母刘××倒地。郑海艳见状遂抄起王瑞霞摊位上的水果刀，刺王瑞霞背部一刀，致王左肺动脉破裂、心脏左侧缘伤，造成大出血死亡。勇新杰见状上前夺刀，被郑海艳刺伤右腿及左肩部，造成轻伤。

法院认定郑海艳持刀行凶，造成一人死亡，一人轻伤，其行为已分别构成故意杀人罪、故意伤害罪。郑海艳犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身；犯故意伤害罪，判处有期徒刑三年，决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

检察院以量刑畸轻为由提起抗诉，二审法院以郑海艳犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，与故意伤害罪判处有期徒刑三年并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身。

最高法院认为，鉴于郑海艳犯罪系与被害人纠纷引起，被害人对纠纷的产生和矛盾激化负有过错，故对郑海艳判处死刑，可不立即执行。据此判决被告人郑海艳犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，与原判以故意伤害罪判处有期徒刑 3 年并罚，决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

二、曹成金缺乏杀人的直接故意不成立未遂犯案[2]

（一）法律要点：

1．间接故意。没有造成法定结果的情况下不能成立间接故意犯罪。

2．直接故意与未遂。未完成罪只存在于直接故意犯罪过程中。对于过失犯罪和间接故意犯罪而言，未完成罪缺乏实际意义。

（二）判例

曹成金与熊燕原有恋爱关系。两人分手后熊燕到安徽省铜陵市。曹两次来铜陵市找熊燕，要求

1 中华人民共和国最高人民法院刑事判决书 20011218

2 《刑事审判参考》2001 年第 10 辑第 13 页案例第 129 号

其回江西，熊不愿意。 曹携带被其锯短枪管、子弹已上膛的单管猎枪及四发子弹第三次来到铜陵市，要求熊燕跟其回家，熊仍不肯。后熊燕约其朋友郑某等三人一起在与曹成金见面，熊仍表示不愿随曹回江西。后来，在熊燕与郑林等人离开时，曹成金跟随其后，因阻拦熊燕等人上出租车不成，遂掏出猎枪威逼熊燕、郑某下车。郑某下车后乘曹不备，扑上抢夺曹的猎枪。曹急忙中对着郑某小腿内侧的地面扣动扳机，子弹打破了郑某的长裤，并在郑林的左膝内侧留下 3mm×5mm 表皮擦伤。

曹成金被指控犯犯故意杀人罪（未遂），曹成金辩称，其没有想过要杀人，掏出枪只是为了吓唬郑某等人。辩护人提出：公诉机关指控被告人犯故意杀人罪，定性不准，应定故意伤害罪。

法院认为曹成金的行为不构成故意杀人罪，构成非法持有枪支、弹药罪，且情节严重。依法判决曹成金犯非法持有枪支、弹药罪，判处有期徒刑 5 年。

三、李剑在犯罪活动中发生对象认识错误致同伙死亡案[3]

（一）法律要点

1．事实认识错误中的对象错误。事实认识错误的分类：同一构成要件内的事实认识错误与不同构成要件的事实认识错误。

2．事实错误的评价标准：“具体符合说”与“法定符合说”。通说采取法定符合说。

（二）判例

晚 8 时许，李剑、李军华、黄贱德等 10 人到某工厂寻衅滋事、调戏女工。当该厂的厂长和工人前来制止时，李剑从同伙手中接过杀猪刀朝人群乱砍，并致一工人面部受轻伤。李剑在逃跑途中，听到后面有人跑来，误以为是工厂的工人来追他，即转身朝来人的腹部刺了一刀。其实被刺者是他的同伙黄贱德。

法院认为李剑在流氓[4]活动中刺死一人，又构成故意杀人罪。对此，李剑在上诉中称：他不是故意杀人，是被害人撞到他的刀上致死的。李剑的辩护人也提出，黄贱德被刺身亡，是他逃跑时冲力过大，与李剑所持的刀相撞所致，李剑只负过失致人死亡的责任。上诉后，法院二审裁定维持原判。

四、邹大庚、刘和平、王敏故意伤害、窝藏案[5]

（一）法律要点

1．故意伤害罪故意的内容以及共同伤害故意的认定。①法定故意伤害罪的故意内容，主要是对损害他人身体健康“结果”的心态。故意伤害的结果按程度划分包括“轻伤”、“重伤”、“死亡”，从法律上讲，只要求认识到可能或足以造成“轻伤结果”就能满足确认伤害罪主观罪过基本条件，不必要求认识到重伤或死亡结果，因为重伤或死亡是伤害罪加重的结果。②在构成要件的故意上一致，就具有共同犯罪故意。构成故意伤害罪的共同犯罪，必须具有共同的伤害的故意。这是成立共同犯罪的主观要件。但是需注意，认定共同犯罪只需要认定各共同行为人具有“某种犯罪的共同故意”即可，并非要求各共同行为人具有“完全一致的主观认识”。

2．对故意伤害罪的死刑适用。适用死刑的事实根据。本案被告人邹大庚指使、利用他人使用硫酸毁容，造成他人严重残疾。这种情形在我国的司法实务中通常认为属于“1983 年《决定》”第 1 条第 2 项所称：“故意伤害他人身体，致人重伤或者死亡，情节恶劣的……”的情形之一，也属于司法实务中掌握的刑法第 234 条的“以特别残忍的手段致人重伤或者造成严重残疾”的情形之

3 案例来源：《人民法院案例选》1995 年第 2 辑第 19 页。最高人民法院中国应用法学研究所编，人民法院出版社出版。

4 “流氓罪”已被分解、不复存在。依 97 刑法，属于寻衅滋事罪。

5 一审情况，来源于江西省宜春市中级人民法院刑事附带民事（2002）宜中刑一初字第 36 号判决书；二审情况，来源于江西省高级人民法院刑事判决书（2003）赣刑一终字第 37 号

一，加上被告人邹大庚在共同犯罪中起主要作用，且系累犯，法院适用死刑，符合我国对故意伤害罪适用死刑的一般尺度。

3．共同犯罪的责任。①邹大庚兼有教唆和实行行为，在共犯中起主要作用，应承担主要的责任。邹大庚预先准备硫酸，带领刘和平到作案现场守候、指认被害人，并隐瞒真实的作案动机和使用硫酸实施严重伤害的手段，在使用硫酸加害这一点上，具有利用不知情人行为实施犯罪的性质，也即具有间接实行行为性质。②刘和平与邹大庚缺乏共同故意的部分，应在量刑上考虑。二人在用硫酸泼面致残上认识不一致，缺乏共同故意，对此在量刑中中予以考虑，从轻判处刑罚。

（二）判例

1．案情：1987 年底，邹大庚在舞厅跳舞时认识了王敏，之后开始恋爱。1988 年，邹大庚因犯盗窃罪被判刑四年。在服刑期间王敏曾去看过邹大庚。1991 年底，邹大庚刑满释放后经常找王敏，二人又开始往来，并发生性关系。1992 年春节，王敏经人介绍认识胡宝琦，同年 6、7 月份由双方父母作主确立了恋爱关系。此后，王敏既和胡宝琦谈恋爱，又继续与邹大庚保持性关系，并于 1993 年 3 月怀孕后，在邹大庚姐姐邹禾花陪同下到医院做人流手术。1993 年 7 月，经双方父母商定，王敏、胡宝琦定于 10 月 16 日结婚，并着手操办婚事。邹大庚在得知王敏与胡宝琦快要结婚的消息后，心怀不满，于 1993 年 9 月的一天购买了一元钱硫酸，伺机报复被害人胡宝琦。同月 24 日下午，邹大庚找到刚认识不久的刘和平，并带其到高安市城区租住的房内，谎称其弟上班时常被一姓张的人欺负，要刘帮忙教训姓张的。刘和平同意帮忙。当晚 9 时许，邹大庚、刘和平窜至高安市赤土板路，邹大庚拿出装有硫酸的瓶子交给刘和平，让其泼在胡宝琦脸上。不久，胡宝琦从王敏家里出来，邹大庚即对刘和平说：“来了，就是这个人。”邹说完后在远处等候刘和平。刘和平迎着胡宝琦过去将硫酸泼在胡的脸上，然后与邹大庚连夜跑到灰埠，随后又分别潜逃外地。经法医鉴定：胡宝琦伤情为重伤甲级，伤残等级评定为一级伤残，丧失劳动能力 100％。

1993 年底，邹大庚逃至江苏泰州市泰东乡五金磨具厂，找到该厂袁新东（系邹大庚姐邹金莲前夫），并在该厂做工。王敏通过邹大庚的朋友王震得知邹的下落，并与邹经常电话联系，在此期间王敏寄了 500 元钱以及包裹给邹。1994 年 3 月 9 日，王敏携带 17000 元钱由王震带路到江苏泰州与邹大庚共同生活。1994 年 3 月 16 日邹大庚、王敏在泰州被公安机关抓获。

刘和平于 2001 年 11 月 29 日到高安市兰坊派出所投案自首，供认了其受邹大庚指使拿硫酸泼在被害人胡宝琦脸上的犯罪事实。

2．主要证据：

①邹大庚口供，供认得知王敏与胡宝琦恋爱并准备结婚后，对胡怀恨在心，购买了浓硫酸准备报复，并于 1993 年 9 月 24 日晚指使刘和平将浓硫酸泼在胡的脸上，但事先没有告诉刘是硫酸，只是请他帮忙。

②刘和平供认，1993 年 9 月 24 日下午，邹大庚到我厂里邀我到高安玩。晚上七时许，邹大庚对我说：“走，到我朋友那里去玩”。后我坐着他骑的自行车，经过“瑞州大桥，过北街，在下桥一百米左右的小巷里我们停下来，邹说等一个他的朋友来。等了十多分钟，过来一个人，邹就说来了，等下你将这杯“水”（指硫酸）泼在那个人的脸上，并随手将一个不知是玻璃还是陶瓷的东西递给我，并教我泼的时候对那人讲：“你跟我弟弟不好”。当时我拦住那人问他：“听说你跟我弟弟不好呀，你是农行姓张的呀!”问完就将那杯“水”朝那人脸上泼过去；然后坐邹大庚的自行车跑了。在路上，邹说他在“水”里放了一点他自己配的药，泼到脸上就是有点痒，过个把礼拜就没事。大约过了十多天，派出所来调查才知道泼的是硫酸。

③王敏供述，1988 年我与邹大庚相识，1989 年邹被判刑劳改， 1992 年经人介绍与胡宝琦相识恋爱，并选定 1993 年 10 月 16 目举行婚礼。邹大庚刑满释放后又来找我，二入又好上了。当邹大庚得知我与胡宝琦将结婚后，邹提出与我结婚，同他出走，我没同意。邹就说：“你不出去，我就杀掉他（指胡宝琦）”1993 年 9 月 24 日晚，我和胡宝琦看完电影回家，不久，胡宝琦妈妈跑来

告诉我，胡被人害了（指泼硫酸）。出事后一段时间；邹大庚的姐姐邹禾花对我说这件事（指泼硫酸）是我老弟邹大庚和一个与我要好的崽里（刘和平）做的。邹大庚到泰州后，我通过邹的朋友王震知道邹的地址和联系电话，后经常联系，并寄了两个包裹去泰州，还寄了 500 元钱。1994 年 3 月 11 日由王震送我到了泰州并与邹共同生活，我随身带了 17000 元钱。

④胡宝琦陈述，1993 年 9 月 24 日晚上 9 时半许，我骑自行车回家，走到公安局东边围墙小门处时，看到一个人站在那里，当我走到他旁边时，那人问我，你是农行姓张的吗，我听后回答说我不姓张，那人又说，你欺负我老弟，我今天杀掉你。说罢他就把硫酸泼在我脸上。1993 年的一天，邹大庚和另外一个人找我谈了王敏的事，叫我不要和王敏谈（恋爱）。

3．裁判：①邹大庚犯故意伤害罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；原犯盗窃罪被判处有期徒刑 2 年，余刑 1 年零 4 个月；决定执行死刑，剥夺政治权利终身。

②被告人刘和平犯故意伤害罪，判处有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 2 年（刑期从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2002 年 1 月 21 日起至 2011 年 1 月 18 日止）。

③被告人王敏犯窝藏罪，判处有期徒刑 2 年（刑期自判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2001 年 12 月 11 日起至 2003 年 12 月 10 日止）。

被告人邹大庚、刘和平赔偿附带民事原告人胡宝琦经济损失 20000 元。

上诉后，江西省高级人民法院维持对被告人邹大庚的一审判决。改判刘和平犯故意伤害罪，判处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 2 年。

第二节 其他侵犯人身权利的犯罪

一、张烨等强奸、强制猥亵妇女案[6]

（一）法律要点：

1、共同犯罪中的部分共犯人的中止。按照共同犯罪的一般原理，帮助他人犯罪既遂，就应当按照既遂犯处罚，中途退出犯罪实行的，不能单独成立犯罪中止。中途退出的行为，可作为共同犯罪中的作用考虑。

2、强制威胁、侮辱妇女罪与强奸罪的区别在于是否以性交为目的。

3、一罪与数罪。犯强奸罪时往往伴有猥亵妇女罪、侵犯妇女人身自由的行为，只成立强奸一罪。但是分别出于强奸和猥亵的目的并分别实施了强奸和强制猥亵行为的，成立数罪。

（二）判例

冯某（在逃）纠集张烨、施嘉卫等人强行将曹某（女，21 岁）带至某宾馆，进入以施嘉卫名义租用的客房。冯某、张烨、施嘉卫等人使用暴力、威胁等手段，强迫曹某脱光衣服站在床铺上，并令其当众小便和洗澡。嗣后，张烨对曹某实施了奸淫行为，在发现曹某有月经后停止奸淫；施嘉卫见曹某有月经在身，未实施奸淫，而强迫曹某采用其他方式使其发泄性欲。约一小时后，张烨和施嘉卫等人又对曹某进行猥亵，直至发泄完性欲。施嘉卫在父母的规劝下到公安机关投案。

法院认为：张烨、施嘉卫的行为均已构成强奸罪；张烨、施嘉卫的行为另已构成强制猥亵妇女罪，依法应予两罪并罚。张烨在强奸共同犯罪中起主要作用，系主犯。施嘉卫在被告人张烨实施强奸的过程中，先用语言威逼，后站在一旁，对被害人有精神上的强制作用，系强奸共同犯罪中的从犯；其本人主观上具有奸淫的故意，后自动放弃奸淫意图而未实施奸淫行为，是强奸犯罪中止；其经父母规劝后向公安机关投案，如实供述自己的罪行，应当认定为自首。据此判决：

6 《刑事审判参考》2001 年第 9 辑第 14 页案例第 125 号。

1．张烨犯强奸罪，判处有期徒刑 9 年，剥夺政治权利 2 年；犯强制猥亵妇女罪，判处有期徒刑 6 年 6 个月；决定执行有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 2 年；

2．施嘉卫犯强奸罪（犯罪中止），判处有期徒刑 1 年 6 个月；犯强制猥亵妇女罪，判处有期徒刑 6 年；决定执行有期徒刑 7 年。

一审宣判后，两被告人均以猥亵行为已包含在强奸犯罪的过程中、数罪并罚不当为由，提起上诉；而检察机关以认定施嘉卫犯罪中止不当、导致量刑畸轻为由提起抗诉。

法院二审认为：上诉人张烨和施嘉卫行为构成强奸罪和强制猥亵妇女罪二罪，应与数罪并罚，驳回了不成立数罪的上诉；维持了一审法院数罪的判决。同时采纳了检察机关抗诉意见，认为上诉人施嘉卫不成立犯罪中止。改判上诉人（原审被告人）施嘉卫犯强奸罪，判处有期徒刑 4 年；犯强制猥亵妇女罪，判处有期徒刑 6 年；决定执行有期徒刑 9 年。

二、王敏被章浩利用扣押人质仅成立非法拘禁罪案[7]

（一）法律要点

1．绑架罪与非法拘禁罪的区别：目的不同，绑架罪以勒索财物或其他不法要求为目的而扣押人质；非法拘禁罪则不具有这个目的。另外刑法特别规定，为索取债务而扣押人质的，只成立非法拘禁罪。

2．共犯的认定。成立共同犯罪须具有共同犯罪的故意。

3．部分共犯中止的认定。部分共犯独立成立犯罪中止必须具备积极性和有效性，即必须积极采取行动、有效地阻止犯罪结果。

（二）判例

章浩在泗阳县因承租酒店亏损，产生了绑架勒索财物的犯意。选定某摄影个体户之子吴迪（7 岁）为绑架对象，并对吴迪进行了跟踪了解。某日上午，章浩向在自己承包的大酒店做服务员工作的王敏提出：有人欠债不还，去把其子带来，逼其还债。王敏表示同意。当日中午，由章浩指认，王敏将吴迪从学校教室骗出。章浩骑摩托车与王敏一起将吴迪带至承租的酒店，用胶带将吴迪反绑置于酒店贮藏室内关押。16 时许，章浩电话寻呼住在另一县城的章娟（系章浩外甥女，住沭阳县），告诉章娟自己绑架了一个小孩，要求章娟帮助自己打电话给被害人家勒索财物，并告知章娟被害人家的电话号码以及勒索 50 万元人民币和一部手机等条件。章娟表示同意。当日 16 时至 17 时许，章娟共 3 次打电话给被害人家，提出了勒索 50 万元人民币和一部手机等条件。次日，章浩赶到沭阳县城，再次要求章娟继续向被害人家打电话勒索，章娟予以拒绝。后来被告人章娟、章浩、王敏先后被公安机关抓获，被害人吴迪同时被解救。吴迪被绑架长达 63 小时之久，送医院治疗 5 天，诊断为双腕软组织挫伤，轻度脱水。

在审理时，王敏辩称：自己没有绑架的故意；章娟的辩护人指出，章娟是犯罪中止且属从犯。

法院认为，章浩以勒索财物为目的，绑架他人，章娟在明知被告人章浩实施绑架行为后，打电话勒索财物，章浩、章娟的行为均已构成绑架罪。章娟后来虽然拒绝继续实施勒索行为，但不足以防止危害结果的发生，不属于犯罪中止。章浩、章娟系绑架的共犯，其中，章浩系主犯；章娟系从犯，可依法予以减轻处罚。王敏是在章浩谎称扣押人质而索债的故意支配下实施犯罪，作案后章浩也没有把自己的真实目的告诉王敏，王敏在主观上只有非法拘禁的故意，没有绑架的故意，其行为构成非法拘禁罪。据此判决如下：①章浩犯绑架罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产。②章娟犯绑架罪，判处有期徒刑 3 年，并处罚金 5000 元。③王敏犯非法拘禁罪，判处有期徒刑 3 年。④章浩、王敏赔偿附带民事诉讼原告人吴某某、马某的经济损失 2553.49 元。

7 《刑事审判参考》2002 年第 1 期第 40 页判例[第 156 号]

三、田某为索取债务而绑架他人并致人死亡案[8]

（一）法律要点：

1．绑架罪与非法拘禁罪的区别：为索取债务而扣押人质的，只成立非法拘禁罪。

2．非法拘禁罪的结果加重与转化罪的区别。刑法第 238 条第 2 款规定：犯非法拘禁罪（1）“致人重伤的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人死亡的，处 10 年以上有期徒刑”；（2）“使用暴力致人伤残、死亡的”依照本法第 234 条（故意伤害）、第 232 条（故意杀人）的规定定罪处罚。（1）的情形是非法拘禁罪的结果加重犯，罪名仍然认定为非法拘禁罪，致人伤亡结果是该罪加重法定刑之结果。（2）的情形被俗称为“转化罪“，意思是由原来的非法拘禁罪“转变为”故意伤害罪或故意杀人罪，适用的法条和罪名均改变。二者区别的要点在于是否故意施加暴力将被拘禁人致残、致死。法院对本案最终认定为非法拘禁罪（结果加重），反映司法对二者界限的裁量尺度。

（二）判例

田某因为刘某欠 30 万元购车款久拖不还，便许诺 12 万元酬谢，请万某等四人将刘某从延安绑架到四川。万某等人携带"冬眠灵"针剂。7 月 5 日，田某在西安租得 1 辆桑塔纳轿车，将刘某带上车后，往四川方向驶去。刘某询问干什么，万某等拿出刀子威胁刘不许闹，田某称去西安把事情说清楚，不会对刘进行伤害。车开出延安后，田某害怕刘某闹，停下车在刘的右臂注射"冬眠灵"两支，致刘睡着，次日早 5 时许在西安境内刘某醒后．田某让万某给刘注射"冬眠灵"1 支，刘又睡着。车驶入四川境内刘醒后，又给刘注射 1 支"冬眠灵"。当车要过四川剑门关时，田某害怕交警查车，再次让万某给刘注射"冬眠灵"1 支。到达四川省新都县某村，四人将刘抬到相识的范某家地下室，此时，刘已气息微弱。7 月 8 日中午 12 时许，田某等人到地下室发现刘某死亡。为避免被人发现，田等将刘某碎尸后装入桶内沉人河底，将刘的衣服烧毁。

法院一审判决：田某构成绑架罪，处死刑，剥夺政治权利终身；廖某构成绑架罪，处死刑，剥夺政治权利终身；万某构成绑架罪，处无期徒刑，剥夺政治权利终身；丁某构成绑架罪，处有期徒刑 10 年。

法院二审认为：被告人等为追索债务，采取绑架手段，非法拘禁债务人，使债务人刘某失去人身自由。田某等人为了控制刘某，多次给刘注射冬眠灵，经法医鉴定，没有充分依据证实刘某系因注射该药而直接致死。故其行为均已构成非法拘禁罪。判决，田某犯非法拘禁罪，处有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 4 年；廖某犯非法拘禁罪，处有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 4 年；万某犯非法拘禁罪，处有期徒刑 13 年，剥夺政治权利 3 年；丁某犯非法拘禁罪，处有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 2 年。

四、陈某等三刑警刑讯逼供致人死亡被定故意伤害罪案[9]

（一）法律要点

根据刑法规定，刑讯逼供致人伤残、死亡的，以故意伤害罪或者故意杀人罪从重处罚。

（二）判例

1999 年 8 月 8 日凌晨 5 时许，安徽省滁州康佳公司职工黄某某窜至曲阜市影视宾馆 102 房间行窃时被当场抓获。当晚，被告人陈某某、徐某某、丰某某在曲阜市公安局南关派出所值班室对黄某某讯问时，用手铐将黄坐姿固定在一木椅上，使其身体严重受限达十多个小时。其间，三被告人为了逼取口供，分别持脉冲高压电警棍，朝黄的左面部、左下颌、左乳头上方、右下腹、阴茎、阴囊、右大腿根部、右腋窝等部位反复电击，迫使黄供述了另外数起盗窃案件。黄因较长时间被动体

8《刑事审判参考》2002 年第 3 辑 33 页

9 2000 年 8 月 4 日《齐鲁晚报》要闻（记者　蒋典国　张宏磊）

位，体表多部位遭受电警棍电击，引起机体抵抗力下降，全身多器官感染、功能衰竭，经抢救无效，于 1999 年 8 月 31 日死亡。

济宁市中级人民法院以故意伤害罪对三名被告人作出一审判决，三被告人分别被判处有期徒刑 10 年、5 年、5 年。

复习与思考题

1．郑海艳案中，为何对被告人实行数罪并罚，此数罪并罚对被告人有利还是不利？

2．采取“具体符合说”还是采取“法定符合说”结论有何差异？

3．对邹大庚的累犯情节应适用 1979 年刑法还是 1997 年刑法？

4．王敏所犯窝藏罪是否已过追诉时效？

5．在邹大庚案中假如被告人未能将“液体”泼中被害人面部，未造成任何的人身伤害结果，应如何认定处理？

6．在邹大庚案中，对刘和平附加适用剥夺政治权利刑的根据是什么？

7．在部分共犯人中止的认定上，强奸罪与其他犯罪如盗窃、故意杀人罪有无差别？

8．在章浩绑架案中适用财产性的根据是什么？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 1－100 页，“第一章侵犯人身权利、民主权利的犯罪”。

2．阮齐林编：《案例刑法总则教程》，中国政法大学出版社 1999 年 6 月出版，第十章共同犯罪第 285－328 页。

3．最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭：《刑事审判参考》，法律出版社 2001 年 12 月版，2001 年第 10 辑第 13 页。

4．陈兴良：《轮奸妇女之未完成形态研究－－姜涛案与施嘉卫案的对比考察》载陈兴良主编：《刑事法判解》法律出版社 2004 年 4 月版，第 152－165 页。

5．张明楷著：《刑法学》（第二版）法律出版社 2003 年 7 月版，第 223－239 页、第 314－359 页。

6．曲新久、王平等编：《刑法学》中国政法大学出版社 2004 年 9 月版，第 230－245 页。

第二章　侵犯财产罪

教学目的和要求：掌握侵犯财产罪的的定罪与处罚。难点是抢劫罪与抢夺罪的区别；盗窃罪与诈骗罪的区别；侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的区别。职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的区别。上述犯罪中的故意、认识错误、共同犯罪、犯罪形态、罪数的认定。

学时分配：6 学时。

第一节　抢劫罪、抢夺罪

一、黄斌等抢劫（预备）案[10]

（一）法律要点

1、抢劫罪的实行行为：刑法分则第 263 条：“以暴力、胁迫或其他方法抢劫财物的……”

2、抢劫罪未遂犯预备犯的区别，要点在于是否着手抢劫行为。着手的掌握尺度学说和实务上多有分歧。我国的理论和司法实践，多倾向于采取客观说，以行为人是否开始分则罪状规定的犯罪行为作为判断着手的根据。

3、法院对预备犯的量刑、共犯中主犯作用和累犯情节对量刑。

（二）判例

黄斌邀舒修银共谋抢劫，并准备了杀猪刀、绳子、地图册等作案工具。某晚 7 时许，二人以 100 元的价钱租乘一辆出租车前往某县，准备在僻静处抢劫司机吴某夫妇驾驶的出租车。当车行至该地后，二人仍感到没有机会下手，又以 50 元的价钱要求司机前往某镇。当车行至该镇时，由于司机夫妇的警觉，向该镇政府报案，被抓获。黄斌、舒修银被捕后，对其准备作案工具、图谋抢劫出租车的事实供认不讳。

法院认为，黄斌、舒修银以非法占有为目的，企图以暴力手段抢劫他人驾驶的出租车，并为此而准备工具、制造条件，其行为已构成抢劫罪。在准备实施抢劫行为时，由于意志以外的原因而未得逞，属于犯罪预备，依法可以从轻处罚。在共同犯罪中，被告人黄斌起主要作用，系主犯，且有前科，应从重处罚；被告人舒修银起次要作用，系从犯，可从轻处罚。判决被告人黄斌犯抢劫罪（预备），判处有期徒刑 4 年，罚金人民币 3 千元；被告人舒修银犯抢劫罪（预备），判处有期徒刑 2 年，罚金人民币 2 千元。

二、黄英献抢夺中当场使用暴力以抢劫论案[11]

（一）法律要点

1、抢劫与抢夺罪的区别：抢夺罪是乘人不备、公然夺取数额较大财物，也具有一定的暴力性，与抢劫罪的区别主要在于暴力程度不同。若夺取行为的暴力性达到足以使人不能反抗、不敢反抗的程度的，就应当以抢劫罪定罪处罚。

2、刑法第 269 条“转化抢劫”的适用。刑法第 269 条：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的（抢劫罪）规定定罪处罚。”但是在抢夺中遭遇被害人抵抗直接使用暴力夺取财物，不符合转化抢劫的目的“窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证”，只需直接以抢劫罪定罪处罚。

10 最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭：《刑事审判参考》2001 年第 11 辑第 10 页案例第 139 号

11 海南省海口市中级人民法院 20011018

（二）判例

2001 年 1 月 31 日晚 10 时许，黄英献驾驶一辆摩托车载着纪名宾，到海口市滨海大道生生百货门前的人行道处伺机作案，趁在此行走的李敏不备之际，黄驾车从后面靠近李，纪动手抢夺李的手提包，李紧抓包不放，黄加大油门，将李拉跑至十几米后李摔倒在地，又被拖出五、六米远才被迫松手。二被告人得手后逃离现场，李敏被送往海口市人民医院治疗。经医生诊断：李敏全身多处挫伤并有脑震荡。作案后，现金由二被告人平分，纪分得被抢的手机一部，其余物品分给黄。

2001 年 2 月中下旬期间，被告人黄英献、纪名宾还驾驶摩托车，趁人不备，先后五次在海口市分别抢走被害人张玲华、王冰、黄莉、吴碧霜、陈飞的背包或手提包。

法院认为，黄英献、纪名宾抢夺他人财物，并致被害人受伤，构成抢劫罪，且抢劫数额巨大。另黄英献、纪名宾还多次使用机动车辆在闹市区、党政机关所在地附近，趁人不备抢夺财物，其行为又构成抢夺罪，且数额巨大，情节特别严重。以抢劫罪判处黄英献有期徒刑 11 年，剥夺政治权利 5 年，并处罚金 1 万元；以抢夺罪判处黄英献有期徒刑 11 年，并处罚金 5 千元；决定执行有期徒刑 18 年，剥夺政治权利 5 年，并处罚金 1 万 5 千元。以抢劫罪判处纪名宾有期徒刑 11 年，剥夺政治权利 5 年，并处罚金 1 万元；以抢夺罪判处纪名宾有期徒刑 11 年，并处罚金 5 千元；决定执行有期徒刑 18 年，剥夺政治权利 5 年，并处罚金 1 万 5 千元。

一审判决后，黄英献以原审认定其行为构成抢劫罪不当，量刑过重提起上诉。法院二审认为，……黄英献、纪名宾在抢夺过程中与被害人发生争夺，并致被害人受伤，这符合法律关于以“其他方法”劫取财物构成抢劫罪的规定，裁定驳回上诉，维持原判。

第二节　盗窃、诈骗、侵占、职务侵占罪

一、陈平以假换真盗窃金项链案

（一）法律要点

1．盗窃与诈骗的区别。盗窃的特征是违背他人意志和平取得财物。本案被告人使用欺诈方法，“暗中调包”暗中以假换真，应属于盗窃罪。换言之，毋宁说这种情形不符合诈骗罪的特征。诈骗的重要特征之一是骗取了被害人“交付财物”的行为，这里的“交付”是指将财物交由被告人占有支配，售货员将戒指交由被告人挑选，不具有这种交付的意义，因此被告人取得财物（戒指）不是交付的结果。欺诈行为与财物的取得或被害人失去财物没有因果关系，不是欺诈的结果。既然不符和诈骗的特征，这种暗中调包非法占有他人财物的行为通常归入盗窃罪的范围。

2．同种数罪。本案被告人多次在同一柜台、以同一方式以假戒指暗中调包换取真戒指，属于同种数罪。按我国司法习惯对判决宣告前的同种数罪不实行数罪并罚。同种数罪中有未遂有既遂的，通常对全案认为是既遂，对其中未遂的部分金额，不算入盗窃犯罪金额。因最高法院解释称，“数额较大”、“数额巨大”指盗窃既遂的数额，故未遂的，不计入盗窃犯罪金额，但可在量刑时酌情考虑。既然对该次未遂部分不计入盗窃犯罪金额，故没有必要适用未遂规定。

（二）判例

陈平（女，29 岁）在广州买得假金项链一条，于 1993 年 3 月 15 日到天津商场金店，见柜台里放有一条重 14．09 克、价值人民币 1803．5 元的金项链，与她所买的假金项链式样相同，遂产生以假换真的邪念。她随即到东方商业大厦买得金坠一个，签字笔一支，并将金坠的重量标签涂改为 14．09 克系在假金项链上。然后又返回天津商场金店，以挑选金项链为名，乘售货员不备之机，用自己的假金项链调换了上述真金项链。次日，陈平将金项链卖掉，获赃款 1000 元。尔后，陈又前往广州买得假金项链 11 条、假金戒指 9 枚及涂改液等物品，于同年 3 月 26 日返津。3 月 28 日陈平再次来到天津商场金店，采用上述同样手段，以假换真换得一条重 11．09 克、价值 1418．3

元的金项链。当天，陈平又以同样手段调换一条重 19．78 克、价值 2531．9 元的金项链时，被售货员发觉当场将其抓获。案发后，陈平的认罪态度尚好，能积极退赃。其退交的重 11．09 克的金项链及 1500 元赃款已发还被盗单位。

法院认为，被告人以非法占有为目的，伪装购买金项链，在挑选时乘售货员不备，以假换真，连续三次秘密窃取金项链，总价值 5700 余元，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。姑念其系初犯，无前科劣迹，案发后认罪态度较好，能积极退赃，且有未遂情节，没有给被盗单位造成经济损失，可依法从轻判处陈平犯盗窃罪，处有期徒刑 5 年。

二、出租车司机侵占乘客遗忘物案[12]

（一）法律要点

1.侵占罪的要件第 270 条:“将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的,……将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。”本条罪，告诉的才处理。

2．侵占罪属于告诉才处理的案件，应当由被害人自诉。

（二）判例

王严驾驶出租车，送乘客李某某至黄兴路娱乐城。李某某下车时，将随身携带的背包遗忘在车内，包内有人民币 13105 元及其他物品。王严发现李某某遗忘的背包后，将其带回家中，见包内装有巨额现金，心生贪念，即将此包藏于家中电视机柜内。当晚，公安人员接到李某某的报案后，在本市枫叶饭店门前找到王严时，王严矢口否认拾到背包。当公安人员依法搜查其住所并当场起获李某某的背包后，王严才在证据面前交代了隐匿该背包的全部过程。破案后，现金和其他财物全部退还失主。

法院判决王严犯有侵占罪，处有期徒刑 2 年，并处罚金 5000 元。

三、张岩峰到饭店就餐故意用玻璃碴将嘴划破敲诈案

（一）法律要点

敲诈勒索罪与诈骗罪的区别：使用威胁、要挟的方式迫使他人交付财物。

（二）判例

2002 年 4 月 24 日，张岩峰、单京伟二人在海淀区大鸭梨花园路饭店，使用事先准备好的玻璃碴将嘴划破，然后将玻璃碴放入饭中，威胁该店赔偿，否则将扰乱饭店的经营，饭店为了平息事端被强索 1000 元及就餐费 70 元。两天后，二被告人又到海淀区大鸭梨北太平庄饭店再次以同样方式勒索饭店 3000 元，被服务员识破并当场抓获。

法院认为张岩峰、单京伟二人假冒消费者敲诈勒索数额较大，构成敲诈勒索罪，对两被告人均被判处拘役 6 个月，缓刑 6 个月。

复习与思考题

1．对于盗窃、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪，如何附加适用剥夺政治权利刑？

2．如何适用数罪并罚原则？

3．我国刑法中与诈骗罪存在法条竞合关系的罪名有多少？

4．我国刑法中包含“窃取”、“夺取”、“强行劫取”手段的罪名还有那些？

5．使用了欺骗的方法就一定构成诈骗罪吗？

6．盗窃的本质是“秘密窃取”吗？

12《刑事审判参考》1999 年第 1 期第 42 页。

7．我国刑法中的侵犯财产罪中有哪些罪名需要“数额较大”的数量条件？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 102 页－164 页“第二章侵犯财产罪”。

2．阮齐林编：《案例刑法总则教程》，中国政法大学出版社 1999 年 6 月出版，第九章故意犯罪过程中的犯罪形态第 247－310 页。

3．张明楷著：《刑法学》（第二版）法律出版社 2003 年 7 月版，第二十五章侵犯财产罪第 740－790 页。

4．曲新久、王平等编：《刑法学》中国政法大学出版社 2004 年 9 月版，第 61－72 页。

5．最高人民法院《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》（自 2000 年 11 月 28 日起施行）。

6．最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（自 1998 年 3 月 17 日起施行）

7．最高人民法院：《关于适用财产刑若干问题的规定》（2000 年 11 月 15 日）

8．最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》（2005 年 6 月 8 日）

第三章　贪污贿赂罪、渎职罪

贪污贿赂罪和常见渎职犯罪的认定与处罚。难点是贪污罪与挪用公款罪的区别；受贿罪与贪污罪的区别。上述犯罪中的故意、认识错误、共同犯罪、犯罪形态、罪数的认定。

学时分配：4 学时

第一节　贪污贿赂罪

一、陈某某挪用公款后又挪用公款填补亏空案[13]

（一）法律要点

1．挪用公款罪与贪污罪区别的要点在于是否具有非法占有的目的。而目的的判断又依赖于客观行为。通常根据行为人有无弄虚作假、冲平帐目的行为判断。如果有弄虚作假、冲平帐目，掩盖公款踪迹的行为，通常认为具有永远非法占有的意图；相反如果没有弄虚作假、冲平帐目，掩盖公款踪迹的行为，则认为只是暂时挪用。一审法院和二审法院均认为陈某某用虚假贷款合同使现金帐目平衡、掩盖 55 万元储户存款去向的行为是贪污，反映出这种判断的习惯。但是，这只是行为的表象，陈某某虽然用假贷款合同掩盖其挪用存款的亏空，使帐面平衡。但是由于假贷款合同的存在，仍然使这笔存款的去向有据可查。仍然属于“挂帐“而不是”销帐“。而事实上，也正是因为虚假贷款合同的存在，得以发现陈某某挪用公款的犯罪事实。

2．多次挪用公款不还，挪用公款数额累计计算；多次挪用公款，并以后次挪用的公款归还前次挪用的公款，挪用公款数额以案发时未还的实际数额认定。

3．挪用公款数额巨大，不能归还，应当作用结果加重犯处罚。处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑。

（二）判例

陈某某，男，30 岁，原系中国建设银行某办事处负责人。陈某某收到有关单位存入办事处的委托贷款共计 73 万余元，全部不入帐，归个人经营运输公司使用，因为亏损而长期不能返还。另外还有一次收到归还贷款 10 万元用于炒股。为了掩盖犯罪，陈某某又偷支办事处储户的存款 73 万元予以返还委托贷款。

为了弥补偷支的储户 73 万元存款的亏空，使帐面平衡，应付支行的检查，陈某某找到梁某等 3 人，指使梁某等 3 人与办事处签订了虚假的借款 55 万元的合同。用这个假贷款合同掩盖偷支储户存款的亏空。因为支行在检查时发现了这一贷款合同，责令陈某某立即收回贷款而案发。案发后陈某某对办事处的 55 万元已经无法归还。

一审法院和二审法院均认定陈某某挪用公款 80 余万元，构成挪用公款罪，侵吞存款 55 万元，构成贪污罪，数罪并罚判处死刑立即执行。最高法院在对本案进行死刑复核时，认为陈某某只构成挪用公款一罪，数额巨大不能退还，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

二、乙某挪用公款、受贿数罪并罚案

（一）法律要点

1．金融凭证诈骗罪的认定，主观上有无非法占有的目的，这是罪与非罪的界限；客观上有无金融凭证的诈骗行为，这是与诈骗罪区别的标志。

13 《刑事审判参考》2000 年第 2 辑，法律出版社 2000 年 4 月第 1 版第 49 页。判例第 55 号

2．共犯的认定，必须具有共同的故意。

3．挪用公款罪的认定，根据司法经验，金融机构工作人员利用职务之便擅自将本机构客户存款借贷给他人使用的，属于挪用公款的性质。

4．挪用公款罪共犯的认定，根据司法解释，没有职务的人（一般主体）帮助国家工作人员挪用公款的，可以按共犯认定。其他特殊主体的犯罪如受贿、贪污、职务侵占、挪用资金、强奸等均可这样认定共犯。

（二）案例

甲得知 X 单位在交通银行有一笔 500 万元的存款，正在寻找投资渠道。甲对 X 单位经理丁谎称自己有一个项目需从银行贷款，但银行没有资金放贷，需要拉来一笔存款才能放贷。如果丁愿将 X 单位 500 万存款转存某建设银行分理处，定期一年，就能帮助他从银行贷到款。甲对丁称如果这样做了，X 单位不仅可以照样拿到一年定期利息，而且丁还可以当场拿到甲付给的高息 70 万元。在骗取丁的信任之后，甲又找到在该建设银行分理处的主任乙和曾在该分理处工作过的丙，称给该分理处拉来了一笔 500 万元存款，自己想使用该笔存款，要求乙、丙帮忙瞒着丁及 X 单位，将该笔存款转到甲的帐户，先用一张假存单应付丁及 X 单位。等到一年期满，丁单位来取款时，由甲将款还上。并许诺事成之后给乙、丙每人 20 万元。乙、丙二人答应帮忙。某日，丁将 X 单位 500 万元从交通银行转到该建设银行分理处以丁名义开设的帐户上。第二日，甲带着丁到分理处办理转存手续。按照乙的事先安排，让丙进入分理处。在办理转存手续的过程中，站在分理处柜台边的丙接过丁递进来的户名为 X 单位的 500 万元定期存款凭条，换成甲递进来的户名为甲的 500 万元活期存款凭条和一本户名为甲的存折，交给当班营业员，营业员即把从丁帐户上的取出的 500 万元转存入甲的存折。丙又从营业员除收取存折，连同甲事先伪造的假定期存单从柜台分别交给甲和丁。甲当场给丁一个 70 万元的存折作为利息。事后付给乙、丙各 20 万元。在 8 个月的时间里，甲就已经将所骗巨款挥霍一空。

法院认定：甲构成金融凭证诈骗罪。理由是：甲以非法占有为目的，虚构贷款投资的事实，使用伪造的金融凭证，欺骗丁并骗取 X 单位 500 万元巨款，具备了金融凭证诈骗罪的犯罪构成。乙构成挪用公款罪和受贿罪，应当数罪并罚。丙构成乙挪用公款罪的共犯。

第二节　渎职罪

一、莫兆军不构成玩忽职守罪案

（一）法律要点

1．审判人员依常规、常理审理诉讼欺诈案件未能识破骗局不构成玩忽职守罪。

2．在过失的认定方面，如果对危害结果最具备预见有利条件的人都不能预见到，那么没有理由认为被告人也应当预见或可能预见到。

3．就对危害结果的刑事责任而言，如果一个结果不能归责于被告人，则由该结果派生的结果也不能归责于被告人

（二）判例

莫兆军是某市人民法院审判员，根据法院安排于 2001 年 9 月 27 日上午依简易程序审理李兆兴诉张坤石、陆群芳、张小娇、张妙金借款纠纷案。该案原告李兆兴出示一张借条，内容为：

“今借李兆兴现金壹万元正（10000 元）作购房之用（张妙金跟陈超新购入住房一套），现定于今年八月底还清，逾期不还，将予收回住房。此致借款人张妙金、父张坤石、母陆群芳、妹张小娇 2001 年 5 月 1 日。”

同时李兆兴还出示国有土地使用证、购房合同等证据，诉称张妙金等四人未能按期还款，请求

法院判令他们归还借款和利息并承担诉讼费用。庭审调查中，原、被告双方确认借条上“张坤石、陆群芳、张小娇”的签名均为其三人本人所签，而签订借据时张妙金不在现场，其签名为张小娇代签。但被告张小娇辩称，借条是因 2001 年 4 月 26 日其装有房产证的手袋被一名叫冯志雄的人抢走，其后该冯带原告李兆兴到张家胁迫其一家人签订的，买际上不存在向原告借款的事实；事发后张氏一家均没有报案。当天的庭审因被告一方表示不同意调解而结束。

庭审后，莫兆军通知冯志雄到法院接受调查，冯志雄对张小娇提出的借条由来予以否认。

2001 年 9 月 29 日，莫兆军作出民事判决，判令被告张坤石、陆群芳、张小娇于判决生效后 10 日内清还原告李兆兴的借款一万元及利息，并互负连带清还欠款责任；被告张妙金不负还款责任。同年 10 月 12 日，判决书送达双方当事人。被告一方认为判决不正确，表示将提出上诉，但最终没有提起上诉，该判决生效。

2001 年 11 月 8 日，李兆兴向法院申请执行。法院依程序于同月 1 3 日向被告张坤石等人送达了执行通知书，责令其在同月 20 日前履行判决。同月 14 日中午，被告张坤石、陆群芳夫妇在该法院围墙外服毒自杀。

服毒自杀事件发生后，当地公安机关进行侦查，查明李兆兴起诉所持的“借条"确是李兆兴伙同冯志雄劫取张小娇携带的“国有土地使用证”后持凶器闯入张氏一家的住宅，胁迫张坤石、陆群芳、张小娇写下的。当地政法委书记与张坤石、陆群芳的家属签订《协议书》，由当地政法委补偿家属人民币 23 万元，该款由该法院先行垫付。

公诉机关指控：莫兆军审理该借款纠纷案因玩忽职守而作出错误判决，从而引发二位当事人在法院门外服毒自杀身亡，国家因此而补偿了 23 万元，在社会上造成了恶劣的影响，严重损害了国家机关声誉，构成玩忽职守罪。

法院经审理后认为：1、莫兆军主观上没有过失，因为他不可能预见当事人自杀身亡的后果；2、客观上没有玩忽职守的行为，因为是根据当时的诉讼证据、依据诉讼规则和法律规定作出的判决，至于判决结果与真相不符，是在调查到新的证据才能发现、证明的。3、当事人自杀的后果与被告人莫兆军审理案件的行为没有刑法上的因果关系，给当事人补偿的 23 万元不是依照法律程序作出的，因此自杀和国家补偿的后果均不能归责于被告人。综上，认定被告人莫兆军的行为不构成玩忽职守罪。

二、杨有才徇私枉法案[14]

（一）法律要点

1．第 399 条　司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的，……是徇私枉法罪

司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为的，同时又构成本法第 385 条规定之（受贿）罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

2．徇私枉法罪与帮助犯罪分子逃避处罚罪、包庇罪的区别。

（二）判例

杨有才借调到郑州市公安局某分局治安科工作，1998 年 10 月，杨有才参与查办铁东海等人奸淫幼女一案。杨有才根据有关线索得知铁东海所称不知姓名的人就是付松召，即对付松召进行了传唤。后杨有才在接受请托人周朝尘等的宴请和转送来的 2700 元钱后，即放弃了对犯罪嫌疑人付松召的进一步侦查、抓捕，也未向治安科负责人汇报付松召的情况。1999 年 12 月杨有才因害怕王凯、郭俊锋归案后供出付松召，从而导致自己收受财物的事情败露，让他人通知二人“注意躲躲”。后

14 《刑事审判参考》法律出版社 2001 年第 9 辑第 22 页。

王凯、郭俊锋被逮捕归案后，杨有才趁无人之际交代二人“不要乱说” “现在就你们四个，别再多说”。由于上述行为，致使王凯、郭俊锋在侦查及审查起诉阶段均未供述付松召参与共同犯罪的事实，直至 2000 年 8 月付松召投案自首，杨有才的上述行为才予败露。

法院审理认为，被告人杨有才在郑州市公安局某分局借用期间，受指派办理铁东海等奸淫幼女一案，具有侦查职责，是司法工作人员，为个人私利、贪赃枉法而包庇犯罪嫌疑人付松召，其行为已构成徇私枉法罪，依法判处被告人杨有才有期徒刑 4 年。

复习与思考题

1．贪污罪与职务侵占罪、行贿罪与对公司企业人员行贿罪、受贿罪与公司企业人员受贿罪、挪用公款罪与挪用资金罪区别的要点是什么？

2．国家工作人员和国家机关工作人员的范围是什么？

3．挪用公款归个人使用包括哪几种情形？

4．玩忽职守和滥用职权罪与其他渎职犯罪的竞合关系及其适用法律原则是什么？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 166 页－183 页“第三章贪污贿赂罪”。

2．最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（2003 年 12 月）。

3．最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》（2006 年 7 月 26 日）。

第四章　危害公共安全罪

教学目的和要求：掌握常见危害公共安全罪的认定与处罚。难点是具有破坏性的危害公共安全犯罪与破坏生产经营罪、故意毁坏财物罪的区别。盗窃罪与破毁交通工具、交通设施罪等破坏公共设施犯罪的想象竞合犯的定罪处罚原则；交通肇事罪的情节加重、结果加重犯、转化犯的认定；事故型犯罪的认定及其法条竞合关系。

学时分配：4 学时

第一节　故意危害公共安全的犯罪

一、及长龙烧毁他人承包的蔬菜棚破坏集体生产案

（一）法律要点

1．毁损型犯罪的认定。放火罪与破坏生产经营罪（旧刑法罪名为“破坏集体生产罪”）、故意毁坏财物罪区别要点在于是否足以危害公共安全。“公共安全”主要理解为“不特定多人的生命、健康安全或重大财产安全”。就本案而言，在不危及人身安全的情况下，造成数万元的财产损失一般不被认为危害重大财产安全，不成立放火罪。

2．法条竞合。构成放火、破坏交通工具、破坏生产经营罪等，往往也触犯故意毁坏财物罪的规定，属于法条竞合犯。优先适用特别规定。

（二）判例

及长龙（男，44 岁）因日常琐事与本村党支部书记及保坤、村主任李希顺产生过矛盾而耿耿于怀，继而产生报复之念。1993 年 12 月 20 日凌晨，及长龙携带火柴等引火物，来到本村村东的野外，先后分别将及保坤、李希顺承包种植蔬菜的大棚点燃，把两个大棚内种植的西葫芦苗全部烧毁，造成直接经济损失 10696．36 元。

诉讼：法院认为，被告人及长龙为泄愤报复，烧毁他人向集体承包种植蔬菜的大棚和棚内的菜苗，造成直接经济损失 10696．36 元，情节严重，构成破坏集体生产罪，判处有期徒刑五年，剥夺政治权利一年。

二、杨正南等破坏通讯设备、盗窃案[15]

（一）法律要点

1、盗割正在使用的通讯电线和盗割尚未使用的通讯电线构成不同性质的犯罪。前者为破坏破坏公用电信设施罪（旧刑法为破坏通讯设备罪）；后者为盗窃罪。

2、司法解释：盗窃广播电视设施、公用电信设施同时构成盗窃罪和破坏广播电视设施、公用电信设施罪的，择一重罪处罚。

（二）判例

1993 年 12 月至 1994 年 3 月间，扬正南纠集孙萍江、芒小冬、宋小云先后交叉结伙盗割铁路分宜一—安福区间的通讯线 4 次，盗割地方邮政正在使用的通信线 2 次。计盗割 3.0mm 铜线 83.5 公斤；铜包钢线 27 公斤，价值人民币 3141 元，致使通讯中断 6181 分钟；还盗割地方邮政尚未使用的通信铜线 3 次计 66 公斤，价值人民币 1320 元。销赃得款 1400 余元均被挥霍。

15 案例来源：《中国审判案例要览》中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编 1995 年综合本 第 550 页中国人民大学出版社。本书对本案其他被告人的事实和处罚有删节。

在此期间，杨正南还单独盗割当地正在使用的通信铜线 2 次，计 17.6 公斤，价值人民币 457.20 元，中断通讯 230 分钟；盗割未使用的通信铜线 2 次，计 30.8 公斤，价值人民币 616 元，销赃得款 400 余元被其挥霍。

综上，杨正南参与共同盗割及单独盗割正在使用的通信线共 8 次，盗得线材价值人民币 3590 余元；参与共同及单独盗割未使用的通信线共 5 次，价值人民币 1936 元，销赃得款 1000 余元；

法院认为，杨正南贪图私利，盗割正在使用的通讯电话线，其行为已构成破坏通讯设备罪。杨正南还盗割尚未使用的通讯电线，数额较大，已构成盗窃罪，应数罪并罚。杨正南主动纠集他人参与共同作案，并提供作案工具，在共同犯罪中起主要作用，系本案主犯，依法应从重处罚。判决如下：

杨正南犯破坏通讯设备罪，判处有期徒刑 7 年，剥夺政治权利 1 年；犯盗窃罪，判处有期徒刑 2 年 6 个月；决定执行有期徒刑 9 年，剥夺政治权利 1 年。

第二节　过失危害公共安全的犯罪

一、倪庆国交通肇事后逃逸案[16]

（一）法律要点

1、刑法第 133 条：违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。

2、司法解释：“交通运输肇事后逃逸”，是指行为人在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。“因逃逸致人死亡”，是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别依照刑法第 232 条、第 234 条第 2 款的规定，以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

（二）判例

倪庆国酒后驾驶汽车将人行道上正在行走的 A 某撞倒。倪庆国当即将 A 某抱到附近某个体卫生室救治。医生 B 某问 A 某是哪里人，A 某艰难回答是本县某某乡人，之后即不能讲话。经听诊，B 某怀疑其有内脏出血，认为卫生室不具备抢救条件，即催促倪庆国将 A 某速送县医院急救。倪庆国遂将 A 某抱上汽车，向县城行驶。当日下午 4 时许，人们在县城某大桥附近的距公路线约 200 米）河滩上发现了 A 某尸体。日下午 4 时许，A 某被群众发现时已死亡。经法医鉴定，A 某因外伤性脾破裂失血性休克并左肱骨骨折疼痛性休克死亡。据倪庆国供述，在送 A 某县医院途中，曾 3 次停车呼喊 A 某均无应答，认为已经死亡、没有救治必要才产生抛“尸”想法的。医学专业人员证实：就 A 某伤势而言，可能在短时间内死亡，但没有严格的时间界限。

检察院指控倪庆国构成故意杀人罪。法院认为：倪庆国违反交通运输管理法规，酒后驾驶制动系统不合格的车辆，致发生 1 人死亡的重大交通事故，负事故的全部责任，其行为已构成交通肇事罪，且肇事后逃逸，应予惩处。公诉机关指控倪庆国的犯罪事实清楚，证据确实、充分，但指控罪名不当。倪庆国在交通肇事后即将被害人抱送附近诊所求治，并按医嘱速送被害人去县医院抢救，其后来遗弃被害人是在认为被害人已死亡的主观状态下作出的。本案现有证据无法证明被害人在被

16《刑事审判参考》-2003 年第 1 辑·第 5 页

遗弃前确没有死亡，也无法证明被害人的死亡是因被遗弃无法得到救助而造成，故其行为不符合《解释》第六条关于交通肇事转化为故意杀人的条件。本着疑情从轻的原则，对倪庆国只能以交通肇事罪定罪处罚。倪庆国先前虽能积极送被害人去医院救治，但在认为被害人已死亡的情况下，为逃避法律追究又将被害人遗弃逃跑，符合交通肇事后逃逸的特征。鉴于倪庆国归案后认罪态度较好，且其亲属已赔偿了被害人亲属的全部经济损失，取得了被害人亲属的谅解，故可酌情对其从轻处罚。判决倪庆国犯交通肇事罪，判处有期徒刑 4 年。

二、A 鞭炮厂爆炸案被定危险物品肇事罪案[17]

（一）法律要点

1、非法制造爆炸物罪与危险物品肇事罪区别的要点在于“非法生产”还是“违规生产”，而非法与违规的关键在于有无许可。如果非法即无许可制造（生产）、贩卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，是一种极为严重的犯罪。相反，如果是有许可（合法）制造（生产）、贩卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，但违反了有关管理规章，属于性质较轻的犯罪。获得行政许可生产（烟花爆竹等）爆炸物，属于合法生产，无论如何不构成非法制造爆炸物罪。

2、危险物品肇事罪、重大责任事故罪、过失爆炸罪、过失致人死亡罪的法条竞合。按照法条竞合的适用规则，特别规定优先适用，对本案而言危险物品肇事罪最为专门、特殊，适用危险物品肇事罪最为确当。在判断是否违章违规，应当适用危险品特殊的安全标准判断。其他物品的生产可能没有这类的特殊标准。

（二）判例

甲承包经营 A 鞭炮厂，有《爆炸物品安全生产许可证》和相关营业执照。甲为了加紧批量生产“五彩炮”招来 80 余名工人。某日，因天下雨，B 某（已在事故中死亡）同意工人在拥挤的厂房内加工，该厂安全领导小组成员乙在场未提出反对意见，并将爆竹半成品发给工人。而当时厂房内堆放大量成品及原材料。配药工 B 某违章拌药引发爆炸，继而引爆大量成品、原材料爆炸，致厂房倒塌、30 余人死亡。经检验“五彩炮”单个含药量为 12．64 克，其中氯酸钾含量为 42．9%，摩擦感度为 100%。单个装药量超过国家标准 251．8 倍。经查，当地有关部门曾到 A 鞭炮厂检查发现存在库存量大、人员集中、危险间太近等问题，要求该厂停产整改，但该厂并未停产进行有效整改。

案发后，丙和甲一起逃匿。并将甲带到丁家，二人告之丁厂里发生大爆炸，前来躲事。丁给甲丙 1000 元，并带二人到亲戚家暂住。在甲逃匿期间，戊多次与甲通电话，戊按照甲的吩咐将厂子的税务证、帐本等藏匿。在公安第一次询问时，戊知道甲的下落，但拒不交代，在第二次询问时，才交待出甲的下落。

法院认为甲乙的行为均构成危险物品肇事罪。判处甲有期徒刑 7 年，乙有期徒刑 3 年，缓刑 3 年；丙、丁犯窝藏罪，分别判处有期徒刑 1 年、有期徒刑 6 个月。戊无罪。

复习与思考题

1．投放危险物质杀害特定的人，同时又危害公共安全的，应当如何定罪？

2．放火、爆炸、投放危险物质、以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，是否适用未遂犯规定？

3．盗割铁路通讯线的行为危害了铁路运输安全的，该定何罪？

4．故意破坏正在使用中的交通工具制造事故隐患的，应当如何定罪？

5．企业职工因为违反造作规程造成火灾事故的，应当如何定罪？

17《刑事审判参考》2002 第 1 辑第 239 页

6．交通肇事在何种情况下应当追究刑事责任？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 187－238 页“第四章危害公共安全罪”。

2．曲新久、王平等编：《刑法学》中国政法大学出版社 2004 年 9 月版，第 175－188 页。

3．最高人民法院：《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2000 年 11 月）

第五章　破坏社会主义市场经济秩序罪

教学目的和要求：掌握常见破坏社会主义市场经济秩序罪的认定与处罚。难点是生产、销售伪劣商品罪竞合犯的法律适用；金融诈骗罪之间的区别及其与诈骗罪的区别；非法经营罪的认定与处罚。

学时分配：4 学时

第一节　生产、销售伪劣商品罪、扰乱市场秩序罪

一、鞠春香等生产、销售伪劣产品案[18]

（一）法律要点

1．生产销售假药罪必须具备“足以严重危害人体健康”的危险要件。如不具备此危险要件，但销售达到 5 万元以上的，以生产销售伪劣产品罪论处。如同时构成二罪的，择一重罪定罪处罚。

2．实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”

（二）判例

1997 年 9 月至 1999 年 10 月，鞠春香伙同张志明、何玲等人在租赁房屋内，生产伪劣溶栓胶囊、复方甘草片、吗叮啉，销售金额 44.68 万元。张志明生产伪劣溶栓胶囊，销售金额 32.53 万元。邱慧凌销售伪劣硫酸阿米卡星注射液、溶栓胶囊、复方甘草片，销售金额 22.55 万元。黄中球销售伪劣溶栓胶囊 24 件，销售金额 22.13 万元。

法院审理认为，鞠春香、张志明的行为已构成生产、销售伪劣产品罪。被告人邱慧凌、黄中球的行为已构成销售伪劣产品罪,依法判处鞠春香有期徒刑 6 年，并处罚金 40 万元;被告人张志明判处有期徒刑 4 年，并处罚金 30 万元;被告人邱慧凌有期徒刑 3 年，并处罚金 20 万元;被告人黄中球有期徒刑 3 年，并处罚金 20 万元。

二、胡廷蛟等非法经营案[19]

（一）法律要点

1．刑法第 225 条：未经许可经营专营、专卖物品，扰乱市场秩序情节严重的，构成非法经营罪

2．司法解释：进行非法经营，同时构成非法经营罪和生产、销售伪劣产品罪、生产、销售不符合卫生标准的食品罪、生产销售有毒、有害食品罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定追究刑事责任

（二）判例

1998 年，胡廷蛟与唐洪文共谋建立地下工厂，共同出资在海口市某市场承租铺面作为厂房，购买无产地、无合格证、无使用说明的“碘”，大量仿制海口盐业公司具有注册商标权的“晶山牌”碘盐包装袋和防伪标识，雇用他人私自加工“食用碘盐”120 吨，批发销售给个体商户，销售金额 14.64 万元

法院审理认为，胡廷蛟、唐洪文违反国家有关食盐专营管理的规定，非法经营食盐，系共同犯

18 《刑事审判参考》法律出版社 2002 年第 2 辑第 1 页。

19 《经济犯罪审判指导与参考》人民法院出版社 2003 年第 1 卷第 7 页。

罪，已构成非法经营罪，依法判处胡廷蛟有期徒刑 5 年，罚金 20 万元；唐洪文有期徒刑 4 年，罚金 20 万元。（其他被告人定罪量刑略）一审宣判后被告人提出上诉，二审法院认为原判对其量刑畸重，依法改判：维持对胡廷蛟定罪及主刑，改判罚金 4 万元；维持对唐洪文的定罪，改判有期徒刑 3 年，罚金 3.5 万元。

第二节　破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪

一、张顺发购买假币案[20]

（一）法律要点

司法解释：行为人购买假币后使用，构成犯罪的，以购买假币罪定罪，从重处罚。 如果行为人出售、运输假币构成犯罪，同时又使用假币行为的，实行数罪并罚

（二）判例

2001 年 2 月，张顺发在乘火车到重庆的途中购得总面额 1 万余元的假人民币。到达重庆后，张顺发向甲、乙、丙提出用假人民币买商品来换取真人民币，甲等人均同意。同月 21 日上午，张顺发与甲、乙、丙到某商店，由甲用一张面额一百元的假人民币购买香烟一包，获取真人民币 95 元。嗣后，张顺发一伙又到另一商店使用假币时，被店主识破抓获，共计查获假人民币 106 张。

检察院以张顺发犯持有、使用假币罪向法院提起公诉。法院审理认为，张顺发明知是伪造的货币购买并使用，数额较大，其行为构成购买假币罪。判处有期徒刑 1 年 6 个月，并处罚金 3 万元。

二、薛万森等持有假币案[21]

（一）法律要点

1．司法解释：盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚。但是如果不够情节严重的，不以盗窃罪追究刑事责任。

2．盗窃假币后非法持有假币数额较大的，构成非法持有假币罪。

（二）判例

1998 年 12 月 30 日，被告人薛万森、曹印山、何小锁在班车上合伙盗窃一只密码箱，将密码箱踹开后，发现箱内装有假人民币 30 余捆，面值 30 余万元，几人遂将假币予以瓜分持有。

法院审理认为，三被告人明知是假币而持有，数额巨大，其行为均构成持有假币罪，依法以三被告人犯持有假币罪做出判决。

三、王昌和变造金融票证案[22]

（一）法律要点

伪造、变造金融凭证后又使用进行诈骗活动的，属于牵连犯，择一重罪处罚。

（二）判例

1999 年，王昌和在家中将余额为 5 元的存折上的存款余额涂改为 10805 元，后在其到信用社取款时被信用社工作人员发现后报警案发。

法院审理认为：王昌和的行为构成变造金融票证罪，依法判处有期徒刑 2 年，并处罚金 2 万元。

20 《经济犯罪审判指导与参考》人民法院出版社 2003 年第 1 卷第 7 页。

21 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2002 年第二辑第 13 页。

22 《刑事审判参考》（总第 10 辑）法律出版社 2000 年版第 11 页。

四、汪照洗钱案[23]

（一）法律要点

第 191 条：明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，是洗钱罪：①提供资金账户的；②协助将财产转换为现金或者金融票据的；③通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；④协助将资金汇往境外的；⑤以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。

（二）判例

汪照在明知区丽儿的弟弟区伟能（另案处理）从事毒品犯罪并想将其违法所得转为合法收益的情况下，于 2002 年 8 月伙同区丽儿、区伟能到广东明皓律师事务所，以区伟能、区丽儿的港币 520 万元（其中大部分为区伟能毒品犯罪所得），购入广州百叶林木业有限公司的 60％股权。在取得公司控股权后，区丽儿、区伟能安排将该公司更名为广州市腾盛木业有限公司，由区丽儿任该公司法定代表人，直接管理财务。汪照挂名出任该公司董事长，除每月领取人民币 5000 元以上的工资外，区丽儿、区伟能还送给被告人汪照一辆越野奔驰车。之后，腾盛木业有限公司以经营木业为名，采用制造亏损帐目的手段，掩饰、隐瞒其违法所得的来源与性质，意图将区伟能的毒品犯罪所得转为合法收益。

法院审理认为，汪照受他人指使，为获得不法利益，明知是他人毒品犯罪的违法所得，仍伙同他人以毒资投资企业经营的方式，掩饰、隐藏该违法所得的非法性质及来源，其行为已构成洗钱罪，依法判处有期徒刑 1 年 6 个月，并处罚金人民币 27 万 5 千元。

五、尹生华集资诈骗、票据诈骗案[24]

（一）法律要点

1．集资诈骗罪与诈骗罪的区别。集资诈骗的特点是以“向社会公众募集资金”的方式骗取集资款。如果没有采取“向社会公众募集资金”的方式，而是在特定范围内针对被害人分别单独进行诈骗的，虽然涉案人数众多，仍只成立诈骗罪。

2．金融诈骗罪的各罪属于不同种罪，需数罪并罚。

3．金融诈骗罪中有四个罪名法定最高刑为死刑：集资诈骗罪、信用证诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪。

（二）判例

尹生华在 1999 年 2 月至 2002 年 2 月期间，先后分别向同事、亲戚、同学、公司职工、熟人等 41 名被害人，虚构其经营大笔粮油、房地产等生意、归还欠款和为贷款请客送礼需要资金等事由，以借款为名，许诺高额回报率为诱饵，借款共计人民币 1090.125 万元，拒不归还。尹生华在 2001 年 3 月至 2002 年 1 月间，以签发空头支票换取现金的方式，先后骗取被害人王爱玲等五人现金共计人民币 52.5 万元，拒不归还。

法院审理认为，尹生华使用诈骗的方法非法集资，构成集资诈骗罪；签发空头支票，利用金融票据进行诈骗活动，又构成票据诈骗罪，数额特别巨大，依法判决：尹生华犯集资诈骗罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯票据诈骗罪，判处有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 3 年，并处没收个人全部财产：决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。一审宣判后，尹生华提起上诉，二审维持原判。二审宣判后，法院依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院复核认为，一审判决、二审裁定认定尹生华犯票据诈骗罪定罪准确、量刑适当；

23 《刑事审判参考》法律出版社 2004 年第 2 集第 15 页。

24 2004 年 9 月 15 日 《人民法院报》B4 版。

认定尹生华犯集资诈骗罪不当。尹生华在诈骗相关财物时，不是以非法向社会公众募集资金为手段，其行为不符合集资诈骗罪的特征。依法改判：被告人尹生华犯诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；与所犯票据诈骗罪的刑罚并罚，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

六、刘文清信用卡诈骗案[25]

（一）法律要点

刑法第 196 条：有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，是信用卡诈骗罪：①使用伪造的信用卡；或者使用以虚假的身份证骗领的信用卡的；②使用作废的信用卡的；③冒用他人信用卡的；④恶意透支的。盗窃信用卡并使用的，依照本法第 264 条（盗窃罪）的规定定罪处罚。

（二）判例

刘文清伙同他人于 1999 年 7 月，持他人遗失的万事达信用卡、VISA 国际信用卡并使用虚假姓名在华堂商场十里堡店骗购共价值人民币 4 万余元的商品。

法院审理认为，刘文清的行为已构成信用卡诈骗罪，依法判处有期徒刑 5 年，罚金人民币 5 万元。

复习与思考题

1．生产销售伪劣产品罪中，那些罪以发生“危险”为要件？那些罪以发生“结果”为要件？

2．一个生产销售伪劣产品的行为又构成非法经营罪、假冒注册商标罪的，如何定罪处罚？

3．关于单位走私犯罪司法解释是如何规定的？

4．如何认定金融诈骗罪的“非法占有的目的”？

5．假报出口，将本单位缴纳的税款骗回的应当如何定罪？

6．经济犯罪的“销售额”、“非法经营额”“违法所得额”如何掌握？

7．刑法和司法解释中确认的非法经营行为有哪些？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 241－267 页“第五章破坏社会主义市场经济秩序罪”。

2．曲新久、王平等编：《刑法学》中国政法大学出版社 2004 年 9 月版，第 189－228 页。

3．最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（自 2000 年 4 月 10 日起施行）。

4．最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2002 年 11 月起施行）

5．最高人民法院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（自 2004 年 11 月 11 日）

6．最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（2002 年 7 月）

7．最高人民法院《国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（2001 年 1 月）

25 北京市朝阳区人民法院（2000）朝刑初字第第 490 号刑事判决书。

第六章　妨害社会管理秩序罪

教学目的和要求常见妨害社会管理秩序罪的认定与处罚。难点是聚众斗殴罪、寻衅滋事罪与故意伤害罪的区别；包庇罪、伪证罪、辩护人、诉讼代理人帮助毁灭伪造证据、妨害作证罪、帮助毁灭伪造证据罪之间的区别；非法行医罪的认定；非法持有毒品罪与贩卖毒品罪、窝藏毒品罪的区别；组织卖淫罪与协助组织卖淫罪、容留卖淫罪的区别。贩卖淫秽物品牟利罪与非法经营罪、侵犯知识产权罪的区别。

分配学时：4 学时

第一节　扰乱公共秩序罪、妨害司法罪、危害公共卫生罪

一、王福兴等聚众斗殴案[26]

（一）法律要点

刑法第 292 条：聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的追究刑事责任。聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

（二）判例

2003 年 6 月 24 日，王福兴为了帮助其兄王福强与他人争揽生意，纠集毛会玉等 10 余人，到朝阳区农光里向石启华等人示威并引发事端，后王福兴又伙同毛会玉购买 10 根镐把作为械斗工具，并藏匿在斗殴现场附近一茶叶店内。当日 15 时许，孙克光（另案处理）纠集王飞等 20 余人，赶到朝阳区松榆里市场西门外，双方持械聚众斗殴。互殴中，“李波”（另案处理）持自制手枪击伤王飞，致王飞开放性粉碎性颅底骨折；同时，被告人王福兴被殴致右侧血气胸，右第 8、9 根肋骨骨折，头部及左前臂皮肤裂伤，构成轻伤。

法院审理认为，王福兴、毛会玉的行为均已构成聚众斗殴罪，依法判处被告人王福兴有期徒刑 4 年；被告人毛会玉判处有期徒刑 2 年。

二、刘某妨害作证案[27]

（一）法律要点

第 306 条：“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处……”

（二）判例

1998 年 7 月，刘某在受委托担任李某受贿一案的辩护人期间，分别找证人田某、钱某等人调查时，引诱证人提供虚假证言，并将其收集的证据材料在法院开庭审理李某受贿案时当庭出示，提出李某的行为不构成受贿罪的辩护意见，致使法院没有当庭认定钱某向李某行贿 8000 元的犯罪事实。

法院审理认为，刘某的行为已构成辩护人妨害作证罪，依法判处被告人刘某有期徒刑 1 年，缓刑 2 年。

---

26 北京市朝阳区人民法院（2003）朝刑初字第 2500 号刑事判决书。

27 《刑事审判案例》法律出版社 2002 年版第 516 页。

三、赵艳帮助毁灭证据、窝藏赃物案[28]

（一）法律要点

包庇罪与帮助毁灭、伪造证据罪的区别。刑法第 307 条第 2 款：帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。第 310 条：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。明知他人为犯罪人而实施帮助毁灭证据的行为，究竟定包庇罪还是帮助毁灭证据罪？存在分歧，表现在法院对本案的一审与二审判决的分歧中。

（二）判例

1997 年 10 月至 1l 月间，被告人赵艳在明知王得生等人实施犯罪行为后，仍帮助他们清洗血衣、烧毁手机 SIM 卡，并窝藏王得生赃款 5000 元。

法院认为，赵艳的行为已分别构成帮助毁灭征据罪和窝藏赃物罪。依法判决：赵艳犯帮助毁灭证据罪，判处有期徒刑 2 年；犯窝藏赃物罪，判处有期徒刑 2 年，罚金人民币 2 千元。决定执行有期徒刑 3 年 6 个月，罚金人民币 2 千元。一审审判后，被告人赵艳服判，同案犯提出上诉。

二审法院认为，赵艳实施的行为，发生在本案诉讼前，不符合帮助毁灭证据罪的构成要件。赵艳帮助犯罪人湮灭罪迹、毁灭证据的行为，符合包庇罪的特征，原判定罪有误，应认定其犯包庇罪，依法与其所犯窝藏赃物并罚。依法改判：被告人赵艳犯包庇罪，判处有期徒刑 2 年；犯窝藏赃物罪，判处有期徒刑 2 年，罚金人民币 2 千元。决定执行有期徒刑 3 年 6 个月，罚金人民币 2 千元。

四、王之兰过失致人死亡案[29]

（一）法律要点

非法行医罪的主体，没有取得医生执业资格。取得《乡村保健医生证书》，未取得《医疗机构执业许可证》行医的，不属于刑法意义的非法行医。

（二）判例

王之兰自 1973 年起即在杭集村卫生室工作，曾取得卫生行政部门所发的《乡村保健医生证书》。2001 年 8 月，杭集村委会申请设置杭集村卫生室为医疗机构的，报主管部门验收，因未合格，至本案案发时尚未领取到《医疗机构执业许可证》。2001 年 11 月 22 日，林奇因上呼吸道感染到杭集镇卫生院就诊，林奇在该卫生院做了青霉素皮试，其结果为阴性；但未在该院输液。随后林奇来到王之兰所在的卫生室，王之兰看过林奇在杭集镇卫生院的病历、处方和皮试单后，要林奇做皮试，林奇称刚做过，王之兰即未坚持，遂对林奇进行青霉素输液。林奇输液后不久即感不适，经抢救无效死亡。经鉴定，王之兰在未对林奇重新做青霉素皮试的情况下给林奇注射了与杭集镇卫生院皮试试液不同生产厂家的青霉素，以致林奇发生青霉素过敏性休克而死亡，属一级医疗事故。

法院审理认为，王之兰已经预见到自己的行为可能造成他人死亡的后果而轻信可以避免，以致发生他人死亡的严重后果，其行为已构成过失致人死亡罪，依法判决王之兰犯过失致人死亡罪，免予刑事处罚。

28 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》2002 年第二辑第 57 页。

29 《刑事审判参考》法律出版社 2002 年第 5 辑第 20 页。

第二节　毒品犯罪、有关卖淫嫖娼的犯罪、淫秽物品罪

一、张敏贩卖毒品案[30]

（一）法律要点

为贩卖毒品而非法持有的，以贩卖毒品罪定罪处罚。

（二）判例

1999 年 10 月，张敏在常州市先后四次贩卖给他人海洛因 55 克。后张敏携带海洛因 13.5 克欲外出贩卖时，被公安人员抓获。随后，公安人员在张敏暂住地搜缴海洛因 62 包，重 310.5 克。

法院认为，张敏构成贩卖毒品罪，依法判处张敏死刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产 5 万元。

二、苏永清贩卖毒品案[31]

（一）法律要点

1．贩卖毒品罪的既遂与未遂认定。①为贩卖而购买毒品的、②出售毒品的、③购买毒品或者以其他方法获得毒品后再非法出售的，其交易的数额均按照既遂数额计算处罚。但是，如果交易的卖方是公安特情的，因为特情不可能真的出售毒品，所以对方属于不能犯，构成犯罪未遂。

2．使用“特情”取证是允许的，但不得教唆、引诱他人犯罪。

（二）判例

2001 年 4 月，为贩卖毒品牟利，苏永清找到公安机关特情人员许某，要求许代其联系购买毒品甲基苯丙胺（冰毒）。经公安机关研究，决定由公安人员以“卖主”身份与苏永清接触。5 月 10 日晚苏永清带被告人黄斯斌到晋江市帝豪酒店与许某会面，告知许某届时将由黄斯斌代表其携款前来与“卖主”进行毒品交易。5 月 11 日，黄斯斌携带毒资到帝豪酒店与“卖主”交易。随后，公安机关将苏永清、黄斯斌当场抓获。

法院审理认为，被告人苏永清、黄斯斌的行为均已构成贩卖毒品罪，系犯罪未遂，可比照既遂犯从轻处罚，依法判处被告人苏永清无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；被告人黄斯斌判处有期徒刑 12 年，并处罚金人民币 7 万元。

三、高洪霞等组织卖淫、协助组织卖淫案[32]

（一）法律要点

1、组织卖淫罪与容留卖淫罪区别要点在于是否有“组织”卖淫行为。判定属于组织行为和居于组织地位应把握几点：①是否纠集、掌控多名卖淫人员从中牟利；②是否对卖淫者进行管理；③是否组织安排卖淫活动。

2、协助组织卖淫的不构成组织卖淫的共犯，而是单独定罪处罚。

（二）判例

高洪霞、郑海本租赁昆山市阿里郎舞厅，并找来李惠清做舞厅经理。1998 年 3 月舞厅营业后，高洪霞、郑海本先后招募、纠集了 15 名女青年从事卖淫活动。为了控制卖淫女，由高洪霞、李惠清安排她们统一吃住，并多次开会向她们宣布纪律、规定。高洪霞、李惠清还亲自或安排被告人鲁

30 《刑事审判参考》法律出版社 2001 年第 5 辑第 37 页。

31 《刑事审判参考》法律出版社 2002 年第 5 辑第 70 页。

32 《刑事审判参考》法律出版社 2000 年第 6 辑第 16 页。

征、曹以斌、武晓东、钱志强用本人或他人的身份证到位于舞厅楼下的迎宾馆开房间 900 余次，安排女青年到客房内卖淫数百次并向卖淫的女青年收取“台费”。王丽则按照高洪霞的安排予以记录，并保管重复使用的客房钥匙及所收房款。

法院终审判决：高洪霞、郑海本、李惠清的行为均已构成组织卖淫罪。鲁征、曹以斌、武晓东、钱志强、王丽的行为均已构成协助组织卖淫罪。依法判处高洪霞有期徒刑 14 年，剥夺政治权利 5 年，并处没收财产人民币 35240 元；李惠清有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 3 年，并处没收财产 1 万元；鲁征有期徒刑 2 年，并处罚金 5 千元；曹以斌有期徒刑 2 年，并处罚金 4000 元；武晓东免予刑事处分，并处罚金人民币 3000 元；钱志强免予刑事处分，并处罚金人民币 2000 元；王丽犯免予刑事处分，并处罚金人民币 2000 元。

四、郑某传播性病案[33]

（一）法律要点

刑法 360 条：明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

（二）判例

郑某系卖淫人员，经医院确诊并告知其患有淋病和尖锐湿疣后，一直在医院治疗，于 1997 年 10 月间与张某某、刘某某奸宿，收取人民币 120 元。

法院审理认为，郑某的行为构成传播性病罪，依法判处郑某有期徒刑 1 年。

五、肖垂海贩卖淫秽物品牟利案[34]

（一）法律要点

1．既贩卖淫秽物品又贩卖盗版光盘的行为构成数罪

2．对于销售侵权复制品违法所得数额未达到司法解释规定的标准的，不能构成销售侵权复制品罪，但如达到非法经营罪情节严重的认定标准，应认定为非法经营罪。

（二）判例

自 2000 年 6 月开始，肖垂海在北京市丰台区其暂住地批发、贩卖盗版、淫秽光盘。后又在丰台区东管头赵家营租房用来存放其买进的光盘。同年 11 月 9 日，肖垂海在其暂住地被民警抓获，并从其身上及租住地查获光盘 8346 张。经北京市公安局和新闻出版局鉴定，其中 2046 张属于淫秽物品，其余 6300 张属于假冒音像出版单位的非法音像制品，违法所得共人民币 2 万元。

法院终审判决：肖垂海以牟利为目的，贩卖淫秽光盘，已构成贩卖淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑 8 年，剥夺政治权利 1 年，罚金 5000 元；肖垂海又无经营许可证，经营非法音像制品，扰乱市场秩序，又已构成非法经营罪，判处有期徒刑 3 年，罚金 10000 元，决定执行有期徒刑 10 年，剥夺政治权利 1 年，罚金人民币 15000 元。

复习与思考题

1．妨害公务的行为都应当以妨害公务罪定罪处罚吗？

2．从事走私、组织偷越国边境、生产销售伪劣产品的犯罪活动，又使用暴力抗拒稽查构成妨害公务罪的，是否都实行数罪并罚？

3．刑法第 293 条规定的寻衅滋事行为有哪些？

4．利用计算机在网络上窃取他人网络帐户存款的如何定罪处罚？

---

33 黎海滨 张俊岐主编：《人民法院疑难判例评析》吉林人民出版社 1999 年版第 360 页。

34 王明主编：《经济犯罪名案精析》群众出版社 2003 年版第 214 页。

5．包庇罪包括哪些行为？出于包庇动机具有包庇性质的行为都以包庇罪定罪处罚吗？

6．如何掌握非法行医罪的主体？

7．如何区别非法持有毒品罪与贩卖毒品罪、窝藏毒品罪？

拓展阅读书目

1．阮齐林、康瑛编著：《刑法案例研习教程》高等教育出版社，2005 年 1 月出版，第 369－453 页“第七章妨害社会管理秩序罪”部分。

2．曲新久、王平等编：《刑法学》中国政法大学出版社 2004 年 9 月版，第 267－302 页。

3．最高人民法院《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（2000 年 4 月）载《刑事审判参考》2001 年第 1 辑总第 12 辑

第七章　历年司法考试刑法试题

教学目的和要求：了解司法考试刑法学测试的方式，测试的重点、难点内容，掌握司法考试客观选择题的答题技巧和案例分析题基本要求。

第一节　选择题

一、关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？（06 卷二单选 1）

A．罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义，而习惯最能反映民意，所以，将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则

B．罪刑法定原则中的"法"不仅包括国家立法机关制定的法，而且包括国家最高行政机关制定的法

C．罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往，但允许有利于行为人的溯及既往

D．刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述，只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

[C]罪刑法定原则的理解

二、关于因果关系，下列哪一选项是错误的？ （06 卷二单选 2）

A．甲故意伤害乙并致其重伤，乙被送到医院救治。当晚，医院发生火灾，乙被烧死。甲的伤害行为与乙的死亡之间不存在因果关系

B．甲以杀人故意对乙实施暴力，造成乙重伤休克。甲以为乙已经死亡，为隐匿罪迹，将乙扔入湖中，导致乙溺水而亡。甲的杀人行为与乙的死亡之间存在因果关系

C．甲因琐事与乙发生争执，向乙的胸部猛推一把，导致乙心脏病发作，救治无效而死亡。甲的行为与乙的死亡之间存在因果关系，是否承担刑事责任则应视甲主观上有无罪过而定

D．甲与乙都对丙有仇，甲见乙向丙的食物中投放了 5 毫克毒物，且知道 5 毫克毒物不能致丙死亡，遂在乙不知情的情况下又添加了 5 毫克毒物，丙吃下食物后死亡。甲投放的 5 毫克毒物本身不足以致丙死亡，故甲的投毒行为与丙的死亡之间不存在因果关系

［D］因果关系的认定。

三、甲贩运假烟，驾车路过某检查站时，被工商执法部门拦住检查。检查人员乙正登车检查时，甲突然发动汽车夺路而逃。乙抓住汽车车门的把手不放，甲为摆脱乙，在疾驶时突然急刹车，导致乙头部着地身亡。甲对乙死亡的心理态度属于下列哪一选项？ （06 卷二单选 3）

A．直接故意 ；B．间接故意 ；C．过于自信的过失 ；D．疏忽大意的过失

［B］间接故意的认定。

四、下列与不作为犯罪相关的表述，哪一选项是正确的？ （06 卷二单选 4）

A．甲警察接到报案：有歹徒正在杀害其妻。甲立即前往现场，但只是站在现场观看，没有采取任何措施。此时，县卫生局副局长刘某路过现场，也未救助被害妇女。结果，歹徒杀害了其妻。甲和刘某都是国家机关工作人员，都没有履行救助义务，均应成立渎职罪

B．甲非常讨厌其侄子乙（6 岁）。某日，甲携乙外出时，张三酒后驾车撞伤了乙并迅速逃逸。乙躺在血泊中。甲心想，反正事故不是自己造成的，于是离开了现场。乙因得不到救助而死亡。由于张三负有救助义务，所以甲不构成不作为犯罪

C．甲下班回家后，发现自家门前放着一包来历不明、类似面粉的东西。甲第二天上班时拿到实验室化验，发现是海洛因，于是立即倒入厕所马桶冲入下水道。甲虽然没有将毒品上交公安部门，但不构成非法持有毒品罪

D．《消防法》规定，任何人发现火灾都必须立即报警。过路人甲发现火灾后没有及时报警，导致火灾蔓延。甲的行为成立不作为的放火罪

［C］不作为犯罪的基本问题。

五、关于单位犯罪的主体，下列哪一选项是错误的？ （06 卷二单选 5）

A．不具有法人资格的私营企业，也可以成为单位犯罪的主体

B．刑法分则规定的只能由单位构成的犯罪，不可能由自然人单独实施

C．单位的分支机构或者内设机构，可以成为单位犯罪的主体

D．为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不能成为单位犯罪的主体

［A］单位犯罪主体的有关规定。

六、（04 卷二单选 20）根据刑法第 20 条前两款的规定，正当防卫____行为不负刑事责任；但_正当防卫____必须符合一定条件，否则就会造成新的不法侵害。误认为存在不法侵害，进行“防卫”的，属于假想防卫____；不法侵害已经结束后，进行“防卫”的，属于____。防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的，属于防卫过当____；关于防卫过当____的罪过形式，刑法理论上存在争议，但可以肯定的是，防卫过当____不是独立罪名，应根据其符合的犯罪构成确定罪名；对于防卫过当_____，应当酌情减轻或者免除处罚。在这段话的空格中：

A．2 处填写“正当防卫”，5 处填写“防卫过当”，1 处填写“假想防卫”

B．2 处填写“正当防卫”，4 处填写“防卫过当”，1 处填写“假想防卫”

C．3 处填写“正当防卫”，5 处填写“防卫过当”

D．3 处填写“正当防卫”，4 处填写“防卫过当”，1 处填写“假想防卫”

［B］特殊防卫的规定

七、对下列哪一情形应当实行数罪并罚？（06 卷二单选 7）

A．在走私普通货物、物品过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的

B．在走私毒品过程中，以暴力方法抗拒检查，情节严重的

C．在组织他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

D．在运送他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

［A］数罪并罚方面的法律规定。

八、关于缓刑，下列哪一选项是错误的？ （06 卷二单选 8）

A．对于累犯不适用缓刑

B．对于危害国家安全的犯罪分子，不适用缓刑

C．对于数罪并罚但宣告刑为 3 年以下有期徒刑的犯罪分子，可以适用缓刑

D．虽然故意杀人罪的法定最低刑为 3 年有期徒刑，但只要符合缓刑条件，仍然可以适用缓刑

［B］缓刑适用条件。

九、关于假释，下列哪一选项是正确的？ （06 卷二单选 9）

A．被假释的犯罪分子，未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利

B．对于犯杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪的犯罪分子，即使被判处 10 年以下有期徒刑，也不得适用假释

C．对于累犯，只要被判处的刑罚为 10 年以下有期徒刑，均可适用假释

D．被假释的犯罪分子，在假释考验期间再犯新罪的，不构成累犯

［D］累犯成立的时间条件和假释的适用、考验。

十、下列哪些说法是错误的？ （06 卷二多选 60）

A．甲将乙价值 2 万元的戒指扔入海中，由于戒指本身没有被毁坏，甲的行为不构成故意毁坏

财物罪

B．甲见乙迎面走来，担心自己的手提包被乙夺走，便紧抓手提包。乙见甲紧抓手提包，猜想包中有贵重物品，在与甲擦肩而过时，当面用力夺走甲的手提包。由于乙并非乘人不备而夺取财物，所以不构成抢夺罪

C．甲将一张作废的 IC 卡插入银行的自动取款机试探，碰巧自动取款机显示能够取出现金，于是甲取出 5000 元。甲将 IC 卡冒充借记卡的欺骗行为在本案中起到了主要作用，因而构成诈骗罪

D．甲系汽车检修厂职工，发现自己将要检修的一辆公交车为仇人乙驾驶，便在检修时破坏了刹车装置，然后交付使用。乙驾驶该车时，因刹车失灵，导致与其他车辆相撞，造成三人死亡，一人重伤。由于甲不是对正在使用中的交通工具实施破坏手段，所以不构成破坏交通工具罪

［A B C D］侵犯财产罪的人的认定。

十一、不定项选择题，

甲乙共谋教训其共同的仇人丙。由于乙对丙有夺妻之恨，暗藏杀丙之心，但未将此意告诉甲。某日，甲、乙二人共同去丙处。为确保万无一失，甲、乙以入室盗窃为由邀请不知情的丁在楼下望风。进入丙的房间后，甲、乙同时对丙拳打脚踢，致丙受伤死亡。甲、乙二人旋即逃离现场。在逃离现场前甲在乙不知情的情况下从丙家的箱子里拿走人民币 5 万元。出门后，甲背着乙向丁谎称从丙家窃取现金 3 万元，分给丁 1 万元，然后一起潜逃。潜逃期间，甲窃得一张信用卡，向乙谎称该卡是从街上捡的，让乙到银行柜台取出了信用卡中的 3 万元现金。犯罪所得财物挥霍一空后，丁因生活无着，向公安机关投案，交待了自己和甲共同盗窃的事实，但隐瞒了事后知道的甲、乙致丙死亡的事实。（06 卷二不定项 96－100 题）

1．就被害人丙的死亡而言，下列对甲、乙所应成立犯罪的何种判断是错误的？

A．甲、乙均成立故意杀人（既遂）罪，属于共同犯罪

B．甲、乙均成立故意伤害（致人死亡）罪，属于共同犯罪

C．甲成立故意伤害（致人死亡）罪，乙成立故意杀人（既遂）罪，不属于共同犯罪

D．甲成立故意伤害（致人死亡）罪，乙成立故意杀人（既遂）罪，在故意伤害罪的范围内成立共同犯罪

[A B C]共同犯罪的认定。

2．就被害人丙死亡这一情节，下列对与丁有关行为的何种判断是错误的？

A．丁成立故意杀人罪的共犯

B．丁成立故意伤害罪的共犯

C．丁成立抢劫罪（致人死亡）的共犯

D．丁对丙的死亡不承担刑事责任

[A B C]共同犯罪的认定。

3．对于甲从丙家的箱子里拿走人民币 5 万元，丁望风并分得赃物这一情节，下列何种判断是正确的？

A．对甲应定抢劫罪、对丁应定盗窃罪

B．对甲、丁的行为应定盗窃罪

C．甲、丁都应对 5 万元承担刑事责任

D．甲对 5 万元承担刑事责任，丁只对 3 万元承担刑事责任

［B C］抢劫罪的认定和共同犯罪的责任。

4．对于甲、乙盗窃和使用信用卡的行为，下列何种判断是错误的？

A．甲、乙构成盗窃罪的共同犯罪

B．甲、乙构成信用卡诈骗罪的共同犯罪

C．甲构成盗窃罪，乙构成信用卡诈骗罪

D．甲构成盗窃罪，乙构成诈骗罪

［A B D］信用卡诈骗罪与盗窃罪的认定和处罚。

5．对于丁的投案行为，下列何种判断是正确的？

A．丁虽然投案，但隐瞒了甲、乙致丙死亡的事实，因而不构成自首

B．丁虽然隐瞒了甲、乙致丙死亡的事实，但交待了本人与甲共同犯罪的事实，因而构成自首

C．丁构成自首且揭发甲与自己共同犯罪的行为成立立功

D．丁构成坦白但揭发甲与自己共同犯罪的行为成立立功

［B］自首、立功的认定。

第二节　案例分析题

一、案情：丁某系某市东郊电器厂（私营企业，不具有法人资格）厂长，2003 年因厂里资金紧缺，多次向银行贷款未果。为此，丁某仿照银行存单上的印章模式，伪造了甲银行的储蓄章和行政章，以及银行工作人员的人名章，伪造了户名分别为黄某和唐某在甲银行存款额均为 50 万元的存单两张。随后，丁某约请乙银行办事处（系国有金融机构）副主任朱某吃饭，并将东郊电器厂欲在乙银行办事处申请存单抵押贷款的打算告诉了朱某，承诺事后必有重谢。朱某见有利可图，就让丁某第二天到办事处找信贷科科长张某办理，并答应向张某打招呼。次日，丁某来到乙银行办事处。朱某将其介绍给张某，让其多加关照。

张某在审查丁某提交的贷款材料时，对甲银行的两张存单有所怀疑，遂发函给甲银行查询。此时，丁某通过朱某催促张某，张某遂打电话询问查询事宜。甲银行储蓄科长答应抓紧办理，但张某未等回函，就为丁某办理了抵押贷款手续，并报朱某审批。后甲银行未就查询事宜回函。

朱某审批时发现材料有问题，就把丁某找来询问。丁某见瞒不过朱某，就将假存单之事全盘托出，并欺骗朱某说有一笔大生意保证挣钱，贷款将如期归还，并当场给朱某 10 万元好处费。朱某见丁某信誓旦旦，便收受了好处费，同意批给丁某 100 万元贷款。丁某获得贷款后，以感谢为名送给张某 5 万元，张某予以收受。丁某将贷款全部投入电器厂经营，结果亏损殆尽，致使银行贷款不能归还。检察机关将本案起诉至法院。

问题：简析丁某、朱某和张某涉嫌犯罪行为触犯的罪名，然后根据有关的刑法理论和法律规定确定三人分别应如何定罪处罚。

二、参考答案

1．丁某：伪造企业印章罪，伪造金融票证罪，金融凭证诈骗罪，贷款诈骗罪，行贿罪。其中：（1）伪造企业印章罪和伪造金融凭证罪之间存在牵连关系，按照从一重罪处断的原则，应定伪造金融凭证罪；（2）伪造金融票证罪与金融凭证诈骗罪之间又存在牵连关系，按照从一重罪处断的原则，应以金融凭证诈骗罪论处；（3）金融凭证诈骗罪与贷款诈骗罪之间也存在法条竞合关系，按照重法优于轻法的原则，应以金融凭证诈骗罪论处。综上，丁某构成金融凭证诈骗罪和行贿罪，应实行数罪并罚。

2. 朱某：金融凭证诈骗罪的共犯和受贿罪，应实行数罪并罚。

3. 张某：国有公司企业事业单位工作人员失职罪和受贿罪，应实行数罪并罚。

复习与思考题

1．刑法总则规定的法定情节有多少？其处罚原则的内容如何？

2．如何认定间接故意？

3．如何认定和评价事实认识错误？

4．刑法关于相对刑事责任年龄是如何规定的？应当如何理解和掌握？

5．如何把握犯罪未遂与犯罪预备、犯罪中止的区别？
6．如何认定共同犯罪并合理确定各共同犯罪人的责任？
7．想象竞合犯、法条竞合犯、牵连犯的特征和处理原则是什么？它们各有那些典型的情形？
8．刑法对死刑的适用有哪些限制性规定？
9．如何认定自首、立功？
10．缓刑、假释的适用和撤销条件是什么？

拓展阅读书目

1．张明楷著：《刑法学》（第二版）法律出版社 2003 年 7 月版。
2．陈兴良主编：《刑事疑案评析》中国检察出版社 2004 年 11 月版。
3．阮齐林编：《案例刑法总则教程》，中国政法大学出版社 1999 年 6 月出版。
4．阮齐林著：《司法考试精解丛书·刑法学卷》北京大学出版，2006 年 3 月版。

《知识产权法》教学大纲

李玉香　编写

目　录

一、课程性质、目的与任务.....2

二、教学参考书、使用教材.....5

一、课程性质、目的与任务

知识产权法是法学本科教育的核心必修课程之一，属于专业基础课。是以著作权，专利权，商标权以及其他知识产权为研究对象的专门学科。知识产权法学本是民法学的一个重要组成部分。由于知识产权法本身所具有的特殊性和在科学技术与社会发展中的重大作用，因此将其从民法学中分离出 来并作为一门独立的课程。我国知识产权法学研究的范围十分广泛，它除了研究知识产权法的基础理论知识、我国现行的各种知识产权法律制度、法律规范以外，还要研究我国知识产权法的历史沿革和发展趋势、知识产权法在实施中的情况和经验、外国知识产权法和国际知识产权立法等 。

通过本课程的学习，使学生能够了解国际知识产权保护的基本概况，了解我国知识产权法律保护的现状，理解和领会我国知识产权法律制度的实质，掌握我国现行的知识产权法律制度的核心内容，并能运用理论解决实践中出现的问题，为进一步地学习和研究打下基础。

本课程的主要教学内容包括：知识产权法总论, 商标法, 专利法, 著作权法, 及其他知识产权, 知识产权的国际保护。

第一编　知识产权法总论（6 学时）

第一章　知识产权概述

第一节　知识产权的概念、范围

第二节　 知识产权的法律性质和特征

第三节　知识产权与其他民事财产权利

第四节 知识产权的产生、演变及发展趋势

第二章　知识产权法概述

第一节　知识产权法的概念和调整对象

第二节　知识产权法律体系

第三节　知识产权法的历史沿革

第三章　知识产权的国际保护

第一节　世界知识产权组织

第二节　相关国际公约

第三节　知识产权协议

第二编　著作权法（15 学时）

第四章　著作权与著作权法概述

第一节　著作权和著作权法的概念和特征

第二节　著作权与专利权、商标权的联系和区别

第三节　著作权法的历史沿革

第五章　著作权的主体

第一节　著作权主体概述

第二节　不同作品的著作权归属

第六章　著作权的客体－－作品

第一节　作品概述

第二节　著作权法保护的作品

第三节　不适用著作权法保护的作品

第七章　著作权的内容

第一节　著作权内容概述
第二节　著作人身权
第三节　著作财产权
第八章　与著作权有关的权益－－邻接权
第一节　邻接权概述
第二节　出版者权
第三节　表演者权
第四节　录音录像制品制作者权
第五节　广播电视组织权
第九章　著作权的利用与限制
第一节　著作权的利用
第二节　著作权的限制
第十章　著作权集体管理
第一节　著作权集体管理概述
第二节 我国著作权集体管理制度
第十一章 著作权的法律保护
第一节 著作权法律保护期限
第二节 著作权侵权行为
第三节 侵犯著作权的法律责任
第四节 著作权诉讼

第三编　专利法（15 学时）
第十二章　专利法律制度概述
第一节 专利、专利权、专利制度与专利法的概念
第二节 专利制度的起源与发展
第三节 我国专利制度的产生与发展
第十三章　专利权主体
第一节 专利权主体概述
第二节 发明人或者设计人
第三节 外国人
第四节 发明创造的权利归属原则
第十四章　专利权的客体－－发明创造
第一节 发明
第二节 实用新型
第三节 外观设计
第四节 不受专利法保护的客体
第十五章　专利权的内容和限制
第一节 专利权人的权利
第二节 专利权人的义务
第三节 专利权的限制
第十六章　专利权的取得和终止
第一节 取得专利权的条件

第二节 取得专利的申请和授予专利权的程序
第三节 专利权的撤销、无效和终止
第四节 涉外专利的申请
第十七章 专利管理和专利权的保护
第一节 专利管理
第二节 专利权的保护期限
第三节 专利权的保护范围
第四节 专利侵权行为及判定
第五节 专利侵权的法律责任
第六节 专利侵权诉讼

第四编 商标法（15 学时）
第十八章 商标法概述
第一节 商标和商标法概念、特点与作用
第二节 商标法律制度的起源与发展
第三节 我国商标法律制度的产生与发展
第十九章 商标权法律关系
第一节 商标权的主体
第二节 商标权的客体
第三节 商标权的内容
第二十章 商标权的取得和灭失制度
第一节 商标权取得制度
第二节 商标注册的原则
第三节 商标注册的申请
第四节 商标注册的审查核与核准注册
第五节 商标权的争议
第六节 注册商标的无效、注销和撤销
第七节 商标的国际申请
第二十一章 商标权的管理
第一节 商标管理概述
第二节 注册商标的管理
第三节 未注册商标的管理
第四节 商标印制管理
第二十二章 商标权的法律保护
第一节 商标权的保护期及续展
第二节 商标权的保护范围
第三节 商标侵权行为的概念和构成要件
第五节 商标侵权的种类和法律责任
第六节 驰名商标的特别保护

第五编 其他知识产权（3 学时）
第二十三章 制止不正当竞争权

第一节 不正当竞争的概念和特征
第二节 反不正当竞争与知识产权法的关系
第三节 与知识产权有关的不正当竞争行为及法律责任
第二十四章 商业秘密权
第一节 商业秘密的概念和构成条件
第二节 商业秘密权的性质及特点
第三节 侵犯商业秘密的行为四、视为侵犯商业秘密的行为
第四节 侵犯商业秘密行为的法律责任
第二十五章 集成电路布图设计权
第一节 集成电路知识产权立法保护的必要性
第二节 集成电路布图设计的客体、主体和归属
第三节 集成电路布图设计的内容、限制及保护
第二十六章 植物新品种权
第一节 植物新品种知识产权保护概述
第二节 植物新品种权的取得
第三节 植物新品种权的内容及限制
第四节 植物新品种权的申请和审批和终止
第五节 植物新品种权的法律保护
第二十七章 域名权
第一节 域名概述
第二节 域名的法律性质及特性
第三节 域名与商标的区别与联系
第四节 域名纠纷的解决机制

二、教学参考书、使用教材

1、《知识产权法》（第二版）冯晓青主编 中国政法大学出版社 2010 年 9 月出版
2、《知识产权法教程》来小鹏著 中国政法大学出版社 2007 年出版
3、知识产权法学 费安玲 来小鹏 陈键 李玉香著 中国政法大学出版社 2007 年 8 月出版
4、知识产权法 郑成思著 法律出版社 2004年3月出版

《知识产权法诊所》教学大纲

杜闻　编写

目　录

一、课程的性质、目的与任务.....2
二、教学基本要求.....2
三、教学方式.....2
四、课堂教学内容和学时分配建议.....2
五、基地实践内容、要求和学时分配建议.....4
六、教材及参考书.....5
七、考核方式.....6

一、课程的性质、目的与任务

法律诊所是法学专业进行法律实践教学的一门重要课程，是一门专业选修课。它弥补了传统教学在理论和实践上的脱节，使法学专业的学生在校期间就能够通过接触和处理真实的案件而进一步掌握所学的法律专业知识，锻炼学生协同工作的能力和相应的基本职业技能，加强对职业责任和职业道德的理解和学习，为培养合格的法律人才奠定基础。

二、教学基本要求

了解：诊所法律教育的概念及相关情况；律师职业的基本价值；谈判与调解的一般理论与技巧；法律文书写作的格式；法院开庭/仲裁的程序。

理解：诊所法律教育的价值；诊所法律教育的方法；律师职业的基本技巧；如何会见当事人；如何开展案件的准备工作；调解的一般理论、谈判的策略风格；办理知识产权律师业务的策划与一般策略；法律文书写作的要点；法院开庭/仲裁的职业道德。

掌握：律师职业的基本技能及技巧；会见当事人与提供法律咨询的技巧；事实调查与获取证据的步骤与技巧；谈判与调解的技巧；侵权案件的处理与技巧；行政案件的处理与技巧；法律文书写作的方法；法院开庭/仲裁的技巧和关键问题。

三、教学方式

诊所法律教育的教学方式主要是从经验中学习、从实践中学习。知识产权法诊所的教学模块分为课堂教学和基地实践两大部分。

课堂教学：教师在课堂上采用全方位、多角度、多层次的教学方法，丰富教学内容。除了课堂的专题讲座外，主要是运用角色模拟训练、互动式个案指导、辩论式的提问与回答、讨论式集体头脑风暴和课堂游戏等是多种教学手段。

基地实践：把学生置于“律师助理”的角色定位，开展法律咨询，代理当事人办理真实的案件，在实践中接受指导教师的指导。在法律实务过程中培养学生必要的技能，不仅是学习法律知识，而是掌握整个法律实务工作的过程。为了便于诊所师生完成教学任务，学校与律师事务所合作设有“中国政法大学知识产权法诊所实践基地”，并开通“知识产权法诊所”新浪博客 http://blog.sina.com.cn/iplawclinic。

本课程总学时为 90 学时，其中课堂教学 36 学时，实践教学 54 学时，计 5 学分。

四、课堂教学内容和学时分配建议

课堂教学以专题进行，各专题学时分配如下：

第 1 单元　法律诊所教育课程导论（3 学时）

1．诊所式法律教育的概念、背景及相关情况
2．诊所式法律教育的地位与作用
3．诊所式法律教育的方法
4．知识产权法诊所的特点

第 2 单元　会见当事人（3 学时）

1．律师与当事人的关系
2．当事人的期望与意图
3．会见计划的制定
4．会见当事人的技巧及会见后的跟进

第 3 单元　事实调查（3 学时）

1．事实调查的概述

2．事实调查的范围和步骤

3．事实调查的技巧及证据规则

4．事实调查中的职业道德及案件评估

第 4 单元　法律论证（3 学时）

1．法律论证的概念

2．法律论证的目标及影响因素

3．法律论证的步骤

4．法律论证的技巧

5．法律论证的职业道德

第 5 单元　咨询与建议（3 学时）

1．咨询与建议的概念

2．咨询计划的制定

3．咨询形式的选择及步骤

4．咨询与建议的技巧

5．咨询与建议的职业道德

第 6 单元　外请专家讲座和中期反馈（3 学时）

1．外请专家讲座

2．中期反馈与调整

第 7 单元　证据收集与准备（3 学时）

1．调查取证的必要性和重要性

2．获取有效证据与公证

3．鉴别证据材料的方法

4．证据准备及注意事项

第 8 单元　谈判和调解（3 学时）

1．调解的基本理论及调解方案的设定

2．单独会谈和语言转化的技巧

3．谈判的意义及影响谈判的因素

4．谈判模式及冲突中谈判的技巧

第 9 单元　知识产权案件的诉讼（3 学时）

1．办理诉讼案件的工作策划

2．诉讼的步骤及应注意的事项

3．律师出庭代理及庭后补充材料

4．上诉案件的代理以及庭审技巧

第 10 单元　知识产权纠纷的仲裁（3 学时）

1．仲裁的概述

2．仲裁的前期准备含证据选择

3．仲裁开庭程序

4．仲裁技巧和职业道德

第 11 单元　模拟庭审（3 学时）

1．事实调查

2．证据质证
3．当庭辩论
4．主持调解
5．最后陈述
6．裁决

第 12 单元　期终总结与评价（3 学时）

1．各组情况汇报、教师总结
2．学生自评、互评，教师评价

五、基地实践内容、要求和学时分配建议

1．实践内容

1.1 现场观摩和案件旁听（共 8 学时）

带领学生到法院、海关、法律援助中心、专利代理机构、著作权集体管理机构、知识产权局等政府管理机关进行现场观摩和案件旁听；在此基础上，组织学生进行座谈、对真实案件审判/审理进行点评式学习，全面体验和了解法律实务的处理程序与规范。

1.2 户外拓展训练（共 6 学时）

户外拓展训练摈弃单向灌输，打破单纯的受训模式，每位同学都是活动的设计者、组织者和参与者，强调“做中学”及“先行后知”，与诊所教学的理念和特点相契合。学生通过参与、体验、分享“万里长城永不倒、同起同落、信任背摔”等项目，认识自身潜能，增强自信心；克服心理惰性，磨练战胜困难的毅力；启发想象力与创造力，提高解决问题的能力；认识群体的作用，增进对集体的参与意识与责任心。使学生建立相互信任、相互配合、相互支持的团队精神及合作意识,树立起知识产权法诊所团队自身的独特品牌形象。

1.3 律师实务操作（共 40 学时）

实训一：自我介绍、咨询（8 学时）

在诊所基地师生第一次见面，学生进行一分钟的口头自我介绍，主题是围绕诊所特定的环境，介绍自己的特点和优势。随后老师给予点评，并要求学生将自我介绍写成 300 文字。

诊所学生通过电话、现场及书面方式，向符合援助条件的当事人提供义务法律咨询。电话咨询和现场咨询应制作书面记录。

实训二：法律文书/文件起草（8 学时）

诊所学生可义务帮助符合援助条件的当事人起草起诉书、答辩状、损害赔偿协议、管辖异议申请书、代理意见书、和解协议、商标许可合同、版权使用合同、专利无效申请等法律文书/文件。

实训三：实案代理（8 学时）

诊所学生可以接受当事人的委托，与执业律师合作或以公民身份出庭代理案件。在接受当事人委托后，诊所学生应以小组为单位，详细研究案件的各个方面，作出办案的初步计划；进行必要的证据收集和调查工作；与当事人充分交换意见，代理当事人参加谈判、出庭等。

实训四：项目策划与研究（8 学时）

项目策划与研究是知识产权律师业务开发与拓展的重要方面。诊所学生在初次接触当事人，应当以敏锐的触觉，搜集广泛的信息，根据相关法律法规和政策以及市场发展状况，确定主题进行项目策划与研究，从而提出可行的项目运行规范和程序。

实训五：法律论证与建议（8 学时）

根据当事人提供的材料与信息，确定法律论证的目标及影响因素，找出相关法律依据，指出案件/项目需要解决的焦点问题已经存在法律风险，并提出解决问题的突破口、具体的操作建议以及

防范风险的办法与措施。

2．基本要求

2.1　法律诊所教育中学生占主导地位，应当最大限度地实现每一个学生的学习目标。学习目标是教师制定教学目标的重要依据。每位学生应该有自己的学习计划。

2.2　诊所学习中对学生进行基本技能训练，进行诸如会谈、事实调查、咨询、法律文书写作、陈述和口头辩论等活动，并给予详细的个人反馈。学生不仅在课堂上讨论这些技能，而且通过课堂练习实践这些技能，在实案代理中尝试这些技能，并通过反馈进一步理解和运用这些技能。

2.3　诊所学习过程中学生要提高合作技能，尝试各种提高合作质量的方法。在合作中，大家讨论各种方案，进行评价和反馈，理解证据、事实和法律之间的关系。不是依赖老师得到现成的解决问题的答案。

2.4　诊所学习过程中学生通过与社会的接触而了解社会；要向当事人、律师、法官、检察官等学习，扩大知识面，提高判断能力，加强法律职业的责任感。

2.5　诊所学生应认真填写诊所日志，记录法律咨询、课堂讨论、课堂作业等各项教学实践活动的内容，并随时保留个案的案件资料。学期结束归档的卷宗有小组诊所日志和个案案卷。在诊所课程结束时，每个学生都须写出书面的诊所学习报告，系统地总结自己的收获、对自己目标的实现情况作出分析和总结，并指出诊所的成功与不足之处。

2.6　诊所教师和学生必须注意案件的保密工作。诊所教师应以身作则，从严要求自己，作学生的表率。诊所学生之间，有权分享诊所内其他成员的案件信息资源。诊所外，学生不能谈论涉及当事人隐私、商业信息及国家机密的任何问题。

六、教材及参考书

1．教材

[1] 杨欣欣.法学教育与诊所式教学方法[M].北京：法律出版社，2002

[2] 李傲.互动教学法——诊所式法律教育[M].北京：法律出版社，2004

2．主要参考文献

[1] 甄贞.诊所法律教育在中国[M].北京：法律出版社，2002

[2] 刘瑛.律师的思维与技能[M].北京：法律出版社，2006

[3] 朱妙春.名疑难案代理纪实——朱妙春律师办案辑[M].北京：.知识产权出版社，2004

[4] 林正编.雄辩之美--法律、良知与辩才的角力[M].北京：新华出版社，2004

[5] 刘文元.律师维权案例选[M].吉林：吉林人民出版社，2003

[6] 高云.律师专业思维与写作技能M].北京：法律出版社，2007

[7] 胡勇敏.职业规划指南——从法学院学生到专家型法官M].北京：法律出版社，2008

[8] Stefan H. Krieger, Richard K. Neumann, JR./著，中伦金通律师事务所译.律师执业基本技能.——会见、咨询服务、谈判、有说服力的事实分析M].北京：法律出版社，2008

[9] Roger Fisher & William Ury/著，罗竹茜/译．实质利益谈判法——挑脱立场之争．远流（香港）出版公司，1995

[10] 王立民、牟逍媛/主编．诊所法律教育研究[M].上海：上海交通大学出版社，2005

[11] 王立民、牟逍媛/主编．诊所法律教育教育的理论与实务[M]．北京：法律出版社，2009

[12]（美）布赖恩·兰兹伯格、罗文燕/主编．为当事人抗辩·法律执业技能模拟训练案例集萃（王殊、冯琴、刘瑛参编），浙江工商大学出版社，2008

[13] 王进喜/著．美国律师职业行为规则理论与实践[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2005

[14] （美）爱德华·T·赖特/著，卫跃宁等/译．法庭胜诉之策[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2005

[15] （美）史蒂文·鲁贝特/著，王进喜等/译．现代诉辩策略语技巧[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2005

七、考核方式

根据同学的值班情况，出勤和咨询服务情况，完成作业和课堂讨论情况，学习态度，参与案件的代理或辩护、自我管理与服务等情况综合评定。

（编写日期： 2005年9月至2009年9月）

《民事诉讼法学研讨课》教学大纲

杨秀清　史飚　编写

目　录

说　明 4
第一专题　法律文化与民事诉讼模式 5
　第一节　法律文化 5
　　一、法律文化的内涵 5
　　二、法律文化对民事诉讼的影响 5
　　三、我国法律文化的变迁 5
　第二节　民事诉讼模式 5
　　一、民事诉讼模式的含义 5
　　二、民事诉讼基本模式的划分及划分的标准 6
　　三、两大民事诉讼基本模式的特征及其成因 6
　　四、我国民事诉讼模式的选择 6
　　复习与思考题 6
　　拓展阅读书目 6
第二专题　基本原则与制度 7
　　教学目的和基本要求 7
　第一节　基本原则 7
　　一、辩论原则 7
　　二、处分原则 7
　　三、诚实信用原则 7
　　四、直接言词原则 7
　第二节　基本制度 8
　　一、两审终审制度 8
　　二、合议制度 8
　　三、陪审制度 8
　　复习与思考题 8
　　拓展阅读书目 8
第三专题　管辖 9
　　教学目的和基本要求 9
　第一节　级别管辖 9
　　一、级别管辖标准问题 9
　　二、管辖权的转移存在的问题 9
　第二节　地域管辖 9
　　一、地域管辖存在的问题以及完善途径 9
　　二、协议管辖存在的问题以及完善途径 9
　第三节　管辖权异议 10
　　一、管辖权异议的主体 10
　　二、提出管辖权异议的时间 10
　　复习与思考题 10
　　拓展阅读书目 10
第四专题　当事人 11
　　教学目的和基本要求 11
　第一节　当事人适格 11
　　一、当事人适格的界定 11
　　二、当事人适格的意义 11
　　三、诉讼担当 11
　第二节　共同诉讼人 11
　　一、必要共同诉讼的概念及其分类 11

二、必要共同诉讼人之间的关系.....11
第三节　第三人.....12
一、有独立请求权第三人诉讼.....12
二、无独立请求权第三人诉讼.....12
三、借鉴与改造.....12
复习与思考题.....12
拓展阅读书目.....12
第五专题　证据与证明.....14
教学目的和基本要求.....14
第一节　证据的种类与分类.....14
一、证据的种类.....14
二、证据的分类.....14
第二节　证明对象.....15
第三节　证明责任.....15
一、证明责任的内涵.....15
二、证明责任的转移.....15
三、证明责任的倒置.....15
第四节　证明标准.....15
一、民事诉讼的证明标准与刑事诉讼中证明标准.....15
二、英美法系国家与大陆法系国家对民事证明标准的规范.....15
第五节　证明的特殊方法.....15
一、自认.....15
二、司法认知.....16
三、推定.....16
复习与思考题.....16
拓展阅读书目.....16
第六专题　保障性制度.....17
教学目的和基本要求.....17
第一节 保全制度.....17
一、财产保全.....17
二、行为保全.....17
三、证据保全.....17
第二节　送达制度.....17
第三节　诉讼费用.....17
一、诉讼费用的界定与构成.....17
二、诉讼收费制度存在的问题以及改革路径.....18
三、诉讼费用管理制度存在的问题以及改革路径.....18
复习与思考题.....18
拓展阅读书目.....18
第七专题　法院调解.....19
教学目的和基本要求.....19
第一节　法院调解的性质.....19
第二节　法院调解的原则.....19
一、自愿原则.....19
二、合法原则.....19
三、查明事实、分清是非原则.....19
四、保密原则.....19
第三节　法院调解的模式.....19
第四节　法院调解的效力.....20
复习与思考题.....20

拓展阅读书目.....20
第八专题　审判程序.....21
教学目的和基本要求.....21
第一节　普通程序.....21
一、起诉制度的问题以及完善途径.....21
二、审前准备程序的构建.....21
三、撤诉制度存在的问题以及完善途径.....21
第二节　简易程序与小额诉讼程序.....21
一、简易程序的界定.....21
二、简易程序的基本法理.....21
三、我国简易程序存在的问题以及完善途径.....22
四、小额诉讼程序的构建.....22
第三节　上诉审程序.....22
一、提起上诉的条件.....22
二、附带上诉制度.....22
第四节　再审程序.....22
一、审级制度与再审程序.....22
二、再审程序适用的条件.....23
复习与思考题.....23
拓展阅读书目.....23

说 明

民事诉讼法研讨课为民事诉讼法学的专业选修课，主要是针对专业必修课程民事诉讼法学中重要的理论问题、制度问题以及前沿的问题作进一步的研究和探讨，以期在专业必修课的基础上对学术视野的拓宽和学术能力的培养。课堂教学主要以提问--讨论的方式进行，同时与实践作有效的结合，提高学生分析问题和解决问题的能力，从而和民事诉讼实务课程相衔接。

本课程教学学时为 36 学时，2 学分，课堂学习主要采用“司法实践+提出问题→讨论问题→解决问题”启发引导的模式进行专题研讨。由于研讨课程的特殊性，我们采取专题方式，并就每个专题提供相关的参考书目和资料。该教学大纲虽几经讨论才成定稿，但仍难免有不妥之处，请广大读者和学生提出宝贵意见。

教学总进程课时安排

第一专题 4 课时

第二专题 4 课时

第三专题 4 课时

第四专题 6 课时

第五专题 6 课时

第六专题 4 课时

第七专题 2 课时

第八专题 6 课时

第一专题　法律文化与民事诉讼模式

教学目的和基本要求

1．了解并理解民事诉讼法学的土壤——诉讼法律文化及其对民事诉讼制度的影响

2．了解和掌握当今的民事诉讼模式

第一节　法律文化

一、法律文化的内涵

佛里得曼在其《法律制度》一书中全面的讨论了法律文化概念，他认为：“法律制度是由三块构成的。第一构成要素是法律结构，是指法律中的硬件环境。法律制度的第二个构成要素是实体。实体内容是立法规范和司法判决，就是直接影响我们当事人以及更广泛的民众权利和利益的那些规范。第三便是法律文化，即影响法律机制运作的各种“软”因素，例如，人们对法律的信仰和态度，对法院和其他法律机构的评价，对纠纷解决模式的选择倾向，包括对死刑的看法，等等"。佛里得曼进一步将“法律文化”分为：“外部法律文化”，即一般民众对法律的认知态度；和“内部法律文化”，即法律职业共同体内对法律的认知态度。

二、法律文化对民事诉讼的影响

法律文化的内涵包括法律心理、法律意识、法律规范、法律制度等因素。不同的因素对民事诉讼有着不同的影响和作用。例如：不同的“利益观”影响纠纷主体诉讼的积极性，影响法院对当事人的看法以及当事人在诉讼中的地位等

三、我国法律文化的变迁

我国传统的法律文化：礼治，即人们将诉讼同教化相联系，“子不教”成了“父之过。打官司成了可羞之事，表示教化不够。

我国现代的法律文化开始于 20 世纪 70 年代的改革开放，我国开展了“人治”与“法治”、“法律面前人人平等”的大讨论，并深入涉及法的概念、法制要求、法律与政策的关系等诸多主题。20 世纪 90 年代，以市场经济为主臬的现代法律文化初步建立，21 世纪初，以建立“法治国”为目标的政治体制改革为主旨的现代法律文化建立。

第二节　民事诉讼模式

一、民事诉讼模式的含义

对民事诉讼模式的含义界定，有“体制特征概括说"、“行为关系说”和“基本要素及关系抽象说"，不同的学说的共性，认为民事诉讼模式包括下列内涵：（1）民事诉讼基本模式是对民事诉讼原则、制度和程序的概括和抽象；（2）民事诉讼模式还是对民事诉讼结构的构成要素及其各要素之间的基本关系的抽象和概括；（3）民事诉讼基本模式依然表现为一种形式，是一种理论构架，它应

该集中反映民事诉讼制度及程序的主要特征。

二、民事诉讼基本模式的划分及划分的标准

我国民事诉讼法学界通常的观点是“英美法系国家多采用当事人主义，大陆法系国家多采用职权主义；” 还有一种少数派的观点认为”不管是大陆法系还是英美法系，其民事诉讼基本模式都是当事人主义，而原苏联、东欧各国都可纳入职权主义模式。

对民事诉讼基本模式划分的标准有两个：（1）诉讼程序的控制权；（2）审理对象的确定、证据的收集、提供权

三、两大民事诉讼基本模式的特征及其成因

（一）当事人主义模式的特征及其成因

当事人主义模式的核心就是辩论主义，其特征体现为：（1）当事人在民事诉讼中处于主导地位，当事人主导着诉讼的启动、推进；（2）当事人决定法院的审理对象；（3）当事人主张的法律事实所依赖的证据由当事人负责举证。

当事人主义民事诉讼基本模式的成因包括：（1）历史原因：发端于古罗马时代 ；（ 2） 政治原因：民主、平等、自由、尊重人权等理论成为当时资产阶级的基本理念；（3） 经济原因：市场主体在商品交换中地位平等，在意思自治、契约自由等原则下进行自由竞争。

（二）职权主义模式的特征及其成因

职权主义模式的特征体现为：（1）法官在民事诉讼中处于主导地位；（2）法官对于审理对象的确定有决定权，当事人主张的诉讼对象必须经过法官的认可。

（3）法官有广泛的调查取证权。

职权主义民事诉讼基本模式的成因包括：（1）历史原因：发端于罗马末世罗马教会民事诉讼；（2）政治原因：基于对法律制度阶级性的认识，国家干预原则直接延伸到所有法律领域；（3）经济原因：计划经济体制在诉讼领域的体现。

四、我国民事诉讼模式的选择

我国现行民事诉讼模式是职权主义模式，随着市场经济的确立，司法改革的推进，我国民事诉讼模式也发生了变化，如何构建适合我国国情的民事诉讼模式就成为研究的问题。目前有学者提出了当事人主义模式、协同模式、和谐模式。

复习与思考题

1．法律文化如何影响民事诉讼制度。

2．我国民事诉讼模式的选择中应当主要改变现行模式的哪些内容。

拓展阅读书目

1.【日】大木雅夫：《东西方的法观念比较》 北京大学出版社 2004 年版。

2.【美】H.W.埃尔曼著：《比较法律文化》，清华大学出版社 2002 年版。

3．梁治平编：《法律的文化解释》，三联书店 1998 年版

4．张卫平：《诉讼构架程式》，清华大学出版社，2000 年版

5．唐力：《民事诉讼构造研究——以当事人与法院作用分担为中心》，法律出版社，2006 年版

第二专题　基本原则与制度

教学目的和基本要求

1．掌握民事诉讼中辩论原则、处分原则以及诚实信用原则的内涵以及对具体制度的要求
2．掌握我国民事诉讼基本制度存在的问题以及对如何完善进行思考

第一节　基本原则

一、辩论原则

辩论原则又称为“辩论主义”，其基本含义是指，作为裁判基础的诉讼资料，应当由当事人予以提出，法院只能以当事人提出的并经过充分辩论的资料为基础进行裁判。

辩论主义对法院或法官的约束：（1）只有当事人提出并加以主张的事实，法院才能予以认定。（2）对双方当事人都没有争议的事实，法院应当予以认定，也即法院应当受当事人自认之事实的约束。（3）法院对证据的调查，原则上仅限于当事人提出的证据，而不允许法院依职权主动调查证据。

二、处分原则

处分原则是指当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利

当事人处分权的行使，需要法院对其合法性进行审查；同时，当事人对其实体权利的处分，约束法院的审判对象和范围；对程序权利的处分，制约民事程序的启动。

三、诚实信用原则

诚实信用原则，是指法院、当事人以及其他诉讼参与人在审理民事案件和进行民事诉讼时必须公正、诚实和善意。它包含行为和实质两个方面。行为意义的诚实信用是指当事人或其他诉讼参与人以及法官在进行诉讼行为或审判行为时主观上应诚实、善意。实质意义的诚实信用是法院、当事人和其他诉讼参与人在民事诉讼过程中须维持当事人双方利益平衡和当事人利益与社会利益的平衡。

诚实信用原则对于当事人的制约：排除不正当方法形成的利己诉讼形态；禁反言；诉讼上权利的失效；禁止诉讼权利滥用；禁止虚假陈述。

对法院或者法官的制约：禁止滥用自由裁量权；禁止实施突袭性裁判。

四、直接言词原则

直接言词原则由相互关联的直接审理原则和言词审理原则组成。前者是指司法判决只能由直接参加审判活动、直接听取当事人辩论的法官或者审判组织亲自作出的诉讼原则；言词审理原则是指法院在证据调查程序和当事人辩论程序等主要诉讼阶段的诉讼行为，必须以言词方式进行的原则。

第二节　基本制度

一、两审终审制度

1．两审终审，是指一个民事案件经过两级人民法院审理后，即告终结的制度。

2．民事审级制度的概念与功能

民事审级制度，是指一个案件经过几个不同级别的法院审理，裁判就产生法律约束力的制度。民事审级制度的功能包括：（1）民事权利补救功能；（2）裁判效力确定功能；（3）法律适用统一功能

3．我国民事审级制度的改革：以两审终审制为基础，有条件的一审终审制和三审终审制

二、合议制度

1．合议制度，作为我国基本的审判组织制度，是指由 3 名以上单数审判员、陪审员组成或者由 3 名以上单数的审判员组成合议庭，代表人民法院行使审判权，并对民事案件进行审理并作出裁判的制度。

2．合议庭与审判委员会的关系

3．合议制与陪审制的关系

三、陪审制度

1．陪审制度，是指国家的审判机关吸收非职业法官参加案件审理的司法制度。

2．我国陪审制度与西方国家的陪审团制度的区别：产生的背景和职能不同

3．关于人民陪审制度的存废问题的探讨

复习与思考题：

1．如何理解和界定基本原则

2．辩论原则适用的事实范围

3．分析审判委员会制度的利弊

4．直接言词原则在民事诉讼中的运用和限制

拓展阅读书目

1．张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社，2005 年版

2．唐力：《民事诉讼构造研究——以当事人与法院作用分担为中心》，法律出版社，2006 年版

3．刘学在：《民事诉讼辩论原则研究》，武汉大学出版社，2007 年版

第三专题　管辖

教学目的和基本要求

1 通过对级别管辖的讨论，了解我国确定级别管辖标准存在的问题，以及管辖权转移制度与级别管辖的冲突，思考对管辖权转移制度的完善

2．通过对地域管辖的讨论，了解我国地域管辖以及协议管辖存在的问题，在此基础上对如何完善进行思考；

3．分析我国现行管辖权异议制度的规范和存在的问题，对管辖权异议制度的价值以及完善途径进行思考

第一节　级别管辖

一、级别管辖标准问题

我国判定级别管辖的标准为：案件性质、难易程度、影响范围

二、管辖权的转移存在的问题

我国现行民诉法规定管辖权的转移包括：（1）向上转移；和（2）向下转移。其中，向下转移与级别管辖有冲突

第二节　地域管辖

一、地域管辖存在的问题以及完善途径

无论是一般地域管辖还是特殊地域管辖，法律规定绝大部分案件中被告住所地均有管辖权，这导致实践中存在片面强调被告住所地的倾向，不利于当事人权利的保护；同时，实践中也出现了规避地域管辖规定的现象，例如将不是被告的人虚列为被告，使案件规避真正被告所在地法院的管辖，使得没有法律上关联的法院取得了案件的管辖权，最常见的就是虚构保证人等。

二、协议管辖存在的问题以及完善途径

协议管辖存在的问题主要有：（1）立法体例不当；（2）协议管辖的适用范围过于狭窄；（3）协议成立的条件严格、形式单一

第三节　管辖权异议

一、管辖权异议的主体

现行法律规定为当事人，第三人不能提管辖权异议

二、提出管辖权异议的时间

现行立法规定为提交答辩状期间，但对于原告增加诉讼请求导致级别管辖变化的，被告提级别管辖异议不受提交答辩状期间的限制。

复习与思考题

1．级别管辖标准如何确定
2．管辖权转移制度的价值以及如何解决与级别管辖的冲突
3．如何完善我国的协议管辖制度
4．管辖权异议制度的价值以及完善

拓展阅读书目

1．黄川：《民事诉讼管辖研究——制度案例与问题》，中国法制出版社，2001 年版
2．黄川：《民事诉讼管辖研究》，中国法制出版社，2001 年版
3．孙邦清：《民事诉讼管辖制度研究》，中国政法大学出版社，2008 年版

第四专题　当事人

教学目的和基本要求

1．明确当事人适格和当事人分别解决什么问题，以及它们之间的关系

2．掌握必要共同诉讼是诉的主观合并，了解目前我国对必要共同诉讼规范中存在的问题，并对必要共同诉讼的改革和完善进行思考

3．了解我国第三人制度以及国外相关的制度，对第三人制度存在的问题以及如何借鉴和完善进行探讨和思考。

第一节　当事人适格

一、当事人适格的界定

当事人适格也称正当当事人，是起诉者就本案的诉讼标的的特定权利或法律关系可以实施诉讼,并请求法院对本案作出判决的资格。

二、当事人适格的意义

在于将当事人适格与当事人问题划分成为两个问题；同时当事人适格还有排除司法权扩张的功能

三、诉讼担当

适格的当事人可以分为保护自己的利益的起诉者和保护他人利益的起诉者,后者则构成诉讼担当。

第二节　共同诉讼人

一、必要共同诉讼的概念及其分类

必要共同诉讼是指当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的为共同的，人民法院必须合并审理并作出同一判决的诉讼形式。诉讼标的的同一（共同的），常见于下列情形：（1）基于共同的权利或义务；（2）基于同一事实或法律上的原因。

在国外的相关立法中，必要共同诉讼被进一步区分为固有的必要必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼。这种划分有利于对当事人诉权的保护。

二、必要共同诉讼人之间的关系

必要共同诉讼人之间的关系表现为牵连性和独立性

第三节　第三人

一、有独立请求权第三人诉讼

（一）概念与条件

《民事诉讼法第》56 条 1 款规定，对双方当事人的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼。

有独立请求权的第三人提起的诉讼，除具备民事诉讼法第 108 条规定的起诉条件外，还须具备以下条件：（1）必须在他人的诉讼已开始，但人民法院尚未作出生效判决前提起；（2）必须针对他人之间的诉讼标的提出独立诉讼请求；（3）必须以本诉讼的原、被告为共同被告；（4）必须向管辖本诉讼的人民法院提出。

（二）德日台主参加诉讼

德日台在共同诉讼中规定了主参加诉讼,“就他人的诉讼,有下列情形之一者,得于第一审或第二审本诉讼系属中,以其当事人两造为被告,向本诉法院起诉：（1）对诉讼标的全部或部分,为自己有所请求者；（2）主张因其诉讼之结果,自己的权利将被侵害者。”

二、无独立请求权第三人诉讼

（一）概念和特征

无独立请求权的第三人，是指对原、被告之间的诉讼标的虽然没有独立的请求权，但是案件最后的处理结果与其有法律上的利害关系，为了维护自己的利益，因而参加到诉讼中的诉讼参加人。

参加的方式：义务性的参加,权利性的参加

（二）存在的问题及其完善

1．无独立请求权第三人制度的内在矛盾主要表现为：（1）“与无独立请求权”与判决承担民事责任矛盾；（2）无独立请求权第三人不独立的诉讼地位

2．无独立请求权第三人无“诉”而被诉，与诉的原理相矛盾

3．诉讼经济和公正司法之间的矛盾

三、借鉴与改造

在国外的民事诉讼制度中，无独立请求权第三人又被具体区分为几个类型。例如：日本将第三人分为独立当事人参加，共同诉讼性质的参加人，辅助参加人和告知参加人。

复习与思考题

1．确立当事人适格（正当当事人）的必要性

2．如何完善我国的必要共同诉讼制度

2．理解第三人与当事人之间的关系，第三人在二审提出请求应否受理?

3．思考我国第三人制度的改造

拓展阅读书目

1．肖建华：《民事诉讼当事人研究》，中国政法大学出版社 2002 年版

2．蒲一苇：《民事诉讼第三人制度研究》，厦门大学出版社，2009 年版

3．肖建华：《正当当事人理论的现代阐释》，载于中国诉讼法律网
4．龙翼飞、杨建文：《无独立请求权第三人的诉讼地位》，载于《法学家》，2009 年第 4 期
5．廖中洪：《民事诉讼改革—热点问题研究综述》，中国检察出版社，2006 年 1 月第一版。

第五专题　证据与证明

教学目的和基本要求

1．分析目前我国证据种类证人证言制度存在的问题，并就其完善进行思考
2．掌握证据的学理分类，并就其具体运用加以探讨
3．掌握对证明责任的内涵，以及证明责任的转移和证明责任的分配；
4．了解证明方法

第一节　证据的种类与分类

一、证据的种类

我国民事诉讼法规定的证据种类包括：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录。主要探讨证人证言制度存在的问题及其完善。此外，随着电子科技的发展，出现了电子证据，对于电子证据的特点、收集以及判断需要进行研究。

二、证据的分类

在学理上，根据不同的标准，对证据进行了分类。

（一）言词证据与实物证据

以存在和表现的形式不同为划分标准，将证据划分为言词证据与实物证据。言词证据：以人的陈述为表现形式的证据，也称人证。包括：当事人陈述、证人证言、鉴定结论。实物证据：以实物形态为存在和表现形式的证据。实物证据又被称为广义的物证。包括：物证、书证、勘验笔录、新型的物证。

言词证据与实物证据各有特点，而且其收集方式与判断规则也不尽相同。

（二）原始证据与传来证据

以是否直接来源于案件事实作为划分标准，将证据划分为原始证据与传来证据。原始证据：直接来源于案件事实的证据。传来证据：不是直接来源于案件事实的证据。

原始证据与传来证据划分的意义在于证据证明力的判断上。

（三）直接证据和间接证据

以是否能够单一直接证明案件事实为划分标准，将证据划分为直接证据和间接证据。直接证据：能够直接单一的证明待证实是的证据。间接证据：不能够直接单一的证明待证事实，需要有形成证据链条才能证明待证事实的证据。

（四）本证和反证

根据证据对当事人所主张的事实的证明作用，将证据区分为本证和反证。 本证是对待证事实负有举证责任的一方当事人提出的，能够证明待证事实成立的证据。反证则是指对证明待证事实不负举证责任的一方当事人提出的，能够证明该事实不存在或不真实的证据。

第二节　证明对象

证明对象主要包括：实体法事实、程序法事实、证据事实以及外国法律、地方性法规、习惯。就证据事实是否为证明对象，学界有不同的观点。

第三节　证明责任

一、证明责任的内涵

关于证明责任的内涵，大陆法系国家的诉讼法理论当事人的举证行为与事实真伪不明时败诉风险的承担的双重角度理解证明责任，包括主管上的证明责任和客观上的证明责任。英美法系国家学者则从“说服责任”和“提出证据的责任”的角度理解证明责任。我国学者则从“行为责任”和“结果责任”的角度理解证明责任。

二、证明责任的转移

关于证明责任能否转移，存在“可转移说”和“不可转移说"。证明责任的转移是指主观证明责任的转移，其实质是客观证明责任在具体运作过程中的动态表现过程。

三、证明责任的倒置

举证责任倒置指按照法律要件分类说在双方当事人之间分配举证责任后，对依此分配结果原本应当由一方当事人对某法律要件事实存在负举证责任，转由另一方当事人就不存在该事实负举证责任。

目前民事诉讼证据规定中规定了八类案件的倒置，分析判断各类案件倒置的要件。

第四节　证明标准

一、民事诉讼的证明标准与刑事诉讼中证明标准

证明标准是证据证明案件事实应当达到的程度。在理论界，存在着“客观真实”与“法律真实"标准的争论。证明标准在民事诉讼中和刑事诉讼中有所不同。

二、英美法系国家与大陆法系国家对民事证明标准的规范

第五节　证明的特殊方法

一、自认

自认是一方当事人作出的，认为对方当事人的事实主张是真实的意思表示。自认的理论基础是辩论主义，自认根据不同的标准划分为不同的分类，即诉讼上的自认与诉讼外的自认，对事实的自

认与对诉讼请求的自认，完全的自认与附加限制的自认，明示的自认与默示的自认。自认的客体仅限于案件的事实。自认的性质决定了自认的法律后果。自认的效力及其限制。自认的撤回需要具备一定的条件。

二、司法认知

司法认知（judicial notice），亦被译为审判上的知悉，它是指法官在审判过程中对法律或者事实的认知或者知悉。即凡是某一件事属于法律上规定为司法认知或者审判上知悉的，法院将断定其存在，而无需当事人举证予以证明。

司法认知的主体仅限于审判机关，司法认知的对象应当是特定事项，不仅包括案件事实，而且包括与案件事实相关的法律。

司法认知的程序：启动→审查→预认事实→预认事实的修正

三、推定

作为司法意义上的推定，它是指司法者借助于现存的事实，并据以推断出另一相关事实存在的思维方式。

推定包括法律推定和事实推定。法律推定是法律明文确立下来的推定，当出现符合有关法律推定的规范要件事实（即前提事实）时，就可以直接依据该规范推断出推定事实。事实推定，本质上属于推论，是指法院依据经验法则，进行逻辑上的演绎，由已知事实（基础事实）得出待证事实（推定事实）真伪的结论。

推定作为一种证明方法，有其条件和效力

复习与思考题

1．证人证言制度的完善
2．不同分类的证据在民事诉讼中如何具体运用
3．证明责任倒置的功能
4．自认和认诺辨析
5．理解司法认知与推定、司法认知与免予证明的事实的区别
6．理解法律推定和事实推定的关系

拓展阅读书目

1．徐昕：《英国民事诉讼与民事司法改革》，中国政法大学出版社 2002 年版。
2．肖建华：《民事证据法理念与实践》，法律出版社，2005 年版
3．宋英辉、汤维建：《我国证据制度的理论与实践》，中国人民公安大学出版社 2006 年版
4．汤维建：《程序模式与证据制度的关系论纲——以两大法系的观察与比较为中心》，载《证据法论坛》第 5 卷
5. 李浩：“民事判决中的举证责任分配——以《公报》案例为样本的分析”，载《清华法学》2008 年第 6 期
6．李浩：“民事行为能力的证明责任——对一个法律漏洞的填补”，载《中外法学》2008 年第 4 期
7．郑洪志：“浅析民事证明责任倒置”，载《法学研究》2010 年 1 月（下）

第六专题　保障性制度

教学目的和基本要求

通过本专题的研讨学习，了解我国保全制度、送达制度以及诉讼费用制度存在的问题，外国对这些制度的相关规定，并对如何合理借鉴进行思考

第一节 保全制度

一、财产保全

我国财产保全分为诉前财产保全和诉中财产保全，两种保全的条件不同，管辖法院不同，担保要求以及解除条件也不同。财产保全的保全方式目前比较单一，需要进行完善。财产保全的范围仅限于申请范围或与案件有关的标的物，在实践中如何具体运用需要进一步探讨。财产保全

二、行为保全

我国目前仅在知识产权领域中规定了诉前行为保全。行为保全可以通过诉前禁制令的方式，而诉讼中则通过先予执行的方式进行。先予执行中虽然规范了对行为的禁止和排除妨害，但是其与行为保全是不同的两种制度，有着不同的理念和价值。

三、证据保全

证据保全分为诉前证据保全和诉中证据保全。诉前证据保全除知识产权案件外，一般由公证机关进行；诉讼保全由法院进行。目前证据保全制度存在一些问题，使该制度的功能没有充分发挥，探讨存在的问题，思考完善的途径。

第二节　送达制度

我国实践中存在送达难的问题一直没有有效解决，学生应当围绕送达制度的性质、送达主体、送达的方式、送达效力以及瑕疵送达的救济等问题进行研究和讨论

第三节　诉讼费用

一、诉讼费用的界定与构成

（一）大陆法系国家诉讼费用的界定与构成

1．德国：诉讼费用由法院费用和律师费用两部分组成。法院费用是指当事人为进行民事诉讼而向法院交纳的费用，由司法手续费和经费两部分组成。

2．日本：诉讼费用具体包括“审判费用”和“当事人费用”两部分。

3．法国：在法国、诉讼费由诉讼案件引起的，胜诉方当事人可以要求败诉方当事人支付的各种“费用的一部分”。

（二）英美法系国家诉讼费用的界定及构成

1．英国。根据英国民事诉讼规则的规定，诉讼费用是指如诉讼当事人本人进行诉讼行为的，包括诉讼费，法院收费、支出、开支、报酬

2．美国。根据美国法的规定，诉讼费用包括两部分，即案件受理费与当事人费用。

（三）我国诉讼费用的种类和征收标准

二、诉讼收费制度存在的问题以及改革路径

诉讼收费制度存在的问题主要有：（1）违法收费问题依然严重；（2）司法救助的规定难以落实；（3）协商收费漫无边际

在了解外国关于诉讼收费制度的规范后，结合我国的实际情况，探讨我国诉讼收费制度的改革路径。

三、诉讼费用管理制度存在的问题以及改革路径

诉讼费用管理制度存在的问题主要有：（1）司法预算“地方化”的问题；（2）收支两条线的落实；（3）监督机制欠缺

在了解外国关于诉讼费用管理制度的规范后，结合我国的实际情况，探讨我国诉讼费用管理制度的改革路径。

复习与思考题

1．我国如何合理借鉴国外保全制度（临时性救济措施、假扣押、假执行）。

2．行为保全和先予执行的关系

3．思考我国送达制度的完善途径

4．思考诉讼费用征收和管理制度的改革途径

拓展阅读书目

1．李仕春：《民事保全程序研究》，中国法制出版社 2005 年版

2 张卫平主编：《司法改革论评》（第四辑），中国法制出版社，2002 年版。

3．齐树洁：《民事司法改革研究》，厦门大学出版社，2006 年 1 月第 3 版。

4．廖永安：《诉讼费用研究——以当事人诉权保护为分析视角》，中国政法大学出版社，2006 年版

第七专题　法院调解

教学目的和基本要求

1．讨论并明确法院调解作为我国民事诉讼的一项基本原则和制度，其性质与审判权性质的区分

2．讨论并掌握调解的原则、审前调解的运用以及调解的效力

第一节　法院调解的性质

关于法院调解的性质，学界有三种不同的学说：审判行为说、处分行为说以及审判行为与处分行为结合说。法院调解的性质，直接关涉到法院调解制度的具体设置。

第二节　法院调解的原则

一、自愿原则

法院调解应当基于当事人的自愿，自愿包括程序上的自愿和实体上的自愿。先行调解的设立是否违反了自愿原则。

二、合法原则

法院调解应当合法进行，包括程序合法和实体合法。对于合法性应当如何界定。

三、查明事实、分清是非原则

法院调解应当在查明事实、分清是非的基础上进行。对于查明事实、分清是非应否作为法院调解的原则，学界存在不同的观点，特别是在审前调解中，是无法贯彻该原则的

四、保密原则

法院调解与审判的区别之一，就在于法院调解可以不公开进行。

第三节　法院调解的模式

我国现行法院调解的模式是调审合一的模式。学界就法院调解的模式主要有以下观点：调审分离、用诉讼和解取代法院调解等，采取何种法院调解模式，既符合国情，又能尊重当事人的处分权和效率，是研讨的主要内容。

诉讼和解制度也是民事诉讼的一项重要制度，诉讼和解与法院调解各自的优劣，以及相互的协调，关涉到诉讼和解制度能够充分发挥其制度功能。

第四节　法院调解的效力

法院调解生效有两种方式，一是调解笔录，经双方当事人、审判员、书记员签名后即生效；二是调解书，双方当事人签收后生效。一般认为，调解书具有与生效判决相同的法律效力。

复习与思考题

1．我国法院调解制度中存在的问题及其完善

2．如何完善我国的诉讼和解制度

拓展阅读书目

1．张晋红:《法院调解的立法价值探究——兼评法院调解的两种改良观点》,《法学研究》1998年第5期。

2．刘新红:《论法院调解制度的完善》《法学研究》，2006年第6期

3．范愉:《非诉纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000 年版

4．范愉:《调解的重构——以法院调解改革为重点》，载《法制与社会发展》，2004年2-3期

5．范愉:《关于法院调解的实证研究》，见王亚新等:《法律程序运作的实证分析》，法律出版社，2005年

第八专题　审判程序

教学目的和基本要求

1．讨论并明确我国审判程序各项具体程序制度的功能定位

2．分析目前我国在审理程序中存在的主要问题，并在对国外相关制度进行比较研究的基础上，对我国相关制度的完善进行思考和探讨。

第一节　普通程序

一、起诉制度的问题以及完善途径

我国《民事诉讼法》第 108 条规定了起诉的条件，学界一般认为现行法律对起诉条件规定的比较严格，不利于当事人诉权的保护。如何规范起诉条件，进而思考需要完善相关的制度。

二、审前准备程序的构建

审前准备程序，在国外是作为一个独立的程序，具有自身的程序功能，即固定证据、整理争点、促成和解。我国《民事诉讼法》与《民事诉讼证据规定》规定了审前准备程序的事项，但没有独立的程序功能。

在大陆法系国家和英美法系国家，都规定了审前程序，有共性，也有一些区别，如何在借鉴的基础上构建我国的审前准备程序，是需要探讨的问题

三、撤诉制度存在的问题以及完善途径

撤诉制度是民事诉讼的一项重要制度，是当事人自由行使其诉讼权利的重要途径，同时也是法院结案的一种方式。该制度的设立旨在对当事人程序主体地位的维护，对私权的尊重，对法院审判权进行必要的限制，以达到诉权和审判权的平衡。但由于历史和现实等因素的影响，我民事撤诉制度无论是在理论研究、制度设计还是实际操作上都存在众多缺陷。

在对撤诉制度的价值进行定位后，分析现行撤诉制度存在的问题，在对国外撤诉制度进行比较研究的基础上，探讨我国撤诉制度的完善途径。

第二节　简易程序与小额诉讼程序

一、简易程序的界定

对简易程序外延的不同理解，导致对简易程序的界定不同。了解各国以及我国学者对简易程序的界定。

二、简易程序的基本法理

1、平等接近正义

2、诉讼成本与诉讼收益相适应

三、我国简易程序存在的问题以及完善途径

我国简易程序存在的问题主要有：（1）简易程序适用范围的规定不清楚；（2）简易程序和普通程序相互转化的规定不明确；（3）简易程序不简化，制约了简易程序的适用；（4）未设置适用简易程序的专门机构

在探讨了我国简易程序存在的问题后，思考我国我国简易程序的改革路径。

四、小额诉讼程序的构建

我国目前没有专门设立小额诉讼程序，小额案件适用简易程序审理，存在一些问题。首先需要对小额案件进行界定，继而对小额诉讼程序的程序价值、特殊的程序规范进行构建。

第三节　上诉审程序

一、提起上诉的条件

就上诉审而言，并非全部案件都有进行重新审理的必要和价值。当事人利用上诉审制度，应有其必要性，即提起上诉，必须具有上诉利益，行使上诉权应以有上诉利益为前提。如果对上诉设定的条件过于宽泛，必然会使一些不应上诉的诉讼事件进入上诉审程序，造成诉讼成本增大，诉讼周期延长。因此，各国均为上诉的提起设定了一定的条件，并且采用上诉许可审查制度。

在对上诉审程序设置的功能进行准确定位后，对国外立法中关于上诉审程序的提起条件进行比较研究，从而探讨我国上诉审条件的完善途径。

二、附带上诉制度

我国上诉制度中没有规范附带上诉制度。附带上诉是大陆法系上诉制度中普遍存在的制度，日本民事诉讼法学界学者将附带上诉概括为：“被控诉人趁控诉的机会把控诉审判的范围向有利于自己的方向扩大，并请求审判其主张的申请叫做附带控诉。”具有保障双方当事人诉讼地位平等和控制滥诉的功能。

我国有无建立附带上诉制度必要？在对附带上诉制度的功能、性质、法理基础以及对主要大陆法系国家的附带上诉制度进行比较研究后，对我国建立附带上诉制度的必要性和可行性进行分析，进而对我国附带上诉制度的具体构建进行探讨。

第四节　再审程序

一、审级制度与再审程序

作为审级制度之外的救济程序，再审程序应当如何和审级制度相协调，才能发挥其功能，是需要探讨的问题。

二、再审程序适用的条件

1．启动再审程序主体。目前我国民事诉讼法赋予人民法院、上级人民检察院和最高人民检察院、当事人和案外人启动再审程序的权力/权利。民事程序是解决私权争议的，赋予人民法院和人民检察院启动再审程序的权力，必然会与当事人处分权产生冲突；案外人启动再审后诉讼地位如何界定等都存在问题，思考启动再审程序主体的改革。

2．再审事由。不同的启动再审程序主体，其适用的法定再审事由也不尽相同。对人民法院引起再审的事由规定为“确有错误"，检察院抗诉与当事人申请再审的事由完全一致，而案外人申请再审的事由则限于对执行标的物主张权利并且无法提起新的诉讼。思考这些再审事由规定存在的问题，并就改革完善进行探讨

复习与思考题

1．辨析起诉条件、诉讼要件和权利保护要件
2．思考诉的利益
3．诉讼程序结构与审前准备程序建构原则
4．审级制度与上诉审程序的改革
5．如何对再审程序进行改革和完善

拓展阅读书目

1．齐树洁：《程序正义与司法改革》，厦门大学出版社，2004 年版
2．沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社，2002 年版
3．江伟主编：《民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社，2005 年版
4．江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社 2002 年版
5．汉斯—约阿希姆·穆泽拉克著，周翠译：《德国民事诉讼法基础教程》，中国政法大学出版社，2005 年版
6．罗结珍译：《法国新民事诉讼法典》，中国法制出版社，1999 年版。
7．白绿铉编译：《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社，2000 年版

《民事诉讼实务》教学大纲

孙邦清　编写

目　录

一、前言 2
二、课程的教学目的和基本要求 2
三、课程主要内容及学时分配 2
第一章　民事诉讼基本原则在实务中的贯彻运用（2 学时） 3
　　一、审判实务对辩论原则的矫正 3
　　二、诚实信用原则的应用 3
第二章　诉与诉讼标的实务（4 学时） 5
　　一、以实例阐释诉的三种类型，重点阐释消极确认之诉 5
　　二、诉讼标的 5
第三章　民事诉讼主管与管辖实务（4 学时） 6
　　一、民事诉讼主管实务 6
　　二、民事诉讼管辖实务 6
第四章 当事人实务（4 学时） 7
　　一、当事人适格理论及典型案例分析 7
　　二、共同诉讼实务 7
　　三、第三人实务 7
　　四、代表人诉讼实务 8
第五章　民事诉讼证据实务（6 学时） 9
　　一、证据的分类 9
　　二、举证责任实务 9
　　三、证据的收集实务 10
　　四、证据的证明力、证明标准实务 10
第六章　诉讼保障制度实务（2 学时） 11
第七章　期间、送达、诉讼费用（2 学时） 12
第八章　审判程序实务（6 学时） 13
　　一、一审中实务问题 13
　　二、二审中实务问题 13
　　三、再审中实务问题 14
第九章　特别程序实务（2 学时） 15
四、课堂活动 16
五、复习与思考题 16
六、拓展阅读书目 16
七、课程的学习方法 16
八、考核方式 16

一、前言

（一）课程性质

本课程为法学专业本科阶段的专业选修课。

学　　分：2 学分

总 学 时：36 学时

适用学院：民商经济法学院、法学院、国际法学院、刑事司法学院

先修课程：民法学、民事诉讼法学。

（二）编写目的

本大纲主要是为了配合《民事诉讼实务》的教学而编写。

（三）课程简介

该课程以民事诉讼法的实务操作为核心内容，讲求理论与法律应用于实务，通过案例研讨培养学生的实务操作能力与技巧。

（四）编写人员

大纲由孙邦清编写。中国政法大学民事诉讼法研究所的全体教师参与了民法教学大纲的讨论。

二、课程的教学目的和基本要求

通过本课程的讲解和学生的学习，要实现下列目的：

1、能够让学生掌握民事诉讼法的基本实务运作。

2、让学生理解和把握民事诉讼实务中的疑难问题。

通过教学，让学生具备在实践中灵活地运用自己所学过的民事诉讼法及相关法理来分析和解决现实生活中的具体法律问题及具体案例的能力。

各任课教师可以根据需要配备相关研讨案例。

三、课程主要内容及学时分配

第一章　民事诉讼基本原则在实务中的贯彻运用（2学时）

重点通过实务案例阐释如下基本原则：

一、审判实务对辩论原则的矫正

（一）辩论原则

现代辩论原则的核心是当事人的辩论内容对法院或法官的裁判的制约，法院或法官判断的依据应限制在言词辩论中当事人主张的范围内。但辩论原则也有明显的不足，如在当事人诉讼能力比较弱的情形下出现实体不公正的现象。为弥补辩论原则的不足，很多国家强化了当事人的真实义务、法院的阐明义务或者阐明权，并实行一定的职权探知主义，以保障实体公正。

（二）诉讼模式

诉讼模式：民事诉讼模式是对特定或某一类民事诉讼体制基本特征的揭示，国外极少使用这一提法。英美法系为对抗制模式，大陆法系为职权主义模式，第三类就是超职权主义模式。辨析两种观点：

1、民事诉讼是战争或者是比赛，是当事人之间“自由”和“平等”的决斗，法庭就是当事人的决斗场所，当事人应当尽其人力、财力和才力进行搏斗，谁胜谁负则完全由法官先生凭着自己个人的“意志”和“良心”进行“居中裁判"。

2、诉讼并非一场战争，亦不是比赛，更不是一场游戏。

（三）以实例分析讲授审判权及辩论原则的矫正

法院主要职权结构图（审与判）

1、管辖权

2、程序控制权

3、审理权与调查权→询问权(询问证人、当事人)、取证权、阐明权、证据审查权、事实认定权

4、裁判权→程序事项裁决权、实体争议裁决权

二、诚实信用原则的应用

（一）以实例阐释诚实信用

对于当事人和其他诉讼参与人来说，诚实信用原则要求禁止滥用诉权或者诉讼权利恶意诉讼或者拖延诉讼，禁止妨碍对方当事人的诉讼行为、禁止虚假陈述以及禁反言等。诚信原则除规范当事人的诉讼活动外，还对法院行使审判权的活动以及其他诉讼参与人乃至案外人参与诉讼、协助诉讼的活动起调节作用，这可以视为诚信原则在私法实现公法化以后所发生的波及效应。

（二）以实例阐述滥用诉权及其遏制

1、诉讼欺诈：是指以非法占有为目的，利用人民法院的审判权和执行权，通过伪造证据、虚构事实提起民事诉讼的方法，骗取人民法院作出有利于自己的裁判，达到非法目的（如从而占有他人财物或财产性利益的行为）。

2、恶意诉讼：缺乏合法合理的诉讼理由而提起的诉讼。

实务研讨：

原告李兆兴向法院起诉称张坤石、陆群芳、张小娇、张妙金因购房资金不足，向其借款1万元，要求法院判令4名被告迅速清还借款及应付利息，并承担本案诉讼费用。他提交了一张签有4名被告名字的借条作为证据。借条与其起诉的内容一致：今借李兆兴现金壹万元整作购房之用(张妙金

与陈超新购入住房一套)，现定于今年(2001 年)8 月底还清，逾期不还将予收回住房。落款是：借款人张妙金、父张坤石、母陆群芳、妹张小娇。

4 被告人一再辩称借款之事莫须有，并且提出借条是在冯志雄用刀胁迫之下才抄写并签名的。张氏一家人在答辩状里陈述了冯志雄炮制借条的来龙去脉：张小娇在一加油站工作期间与冯志雄认识并发展为恋人关系，后得知冯志雄已有妻儿即提出断绝关系，冯志雄死活不肯并一直纠缠跟踪张小娇。当年 4 月 26 日下午，冯志雄在茶山酒店门口截住张小娇说要“说清楚"，纠缠时抢走张小娇的手袋，内有其姐张妙金与姐夫陈超新所签订的购房合同及国有土地使用证。5 月 1 日，冯志雄带李兆兴来到张家，手持水果刀对张小娇说：“你和我分手也可以但你必须补偿我的经济损失，否则今天就用刀砍你。”他要张小娇写下欠李兆兴 1 万元的借条，然后又用刀威胁其父母张坤石、陆群芳在借据上签名，还让张小娇代其姐张妙金签名。庭审中，双方对借条的来源各执一词，原告说是对方自愿填写合法有效，被告说借条是受暴力威胁才写的违法无效。证人冯志雄出庭作证对此事实矢口否认。于是法官询问被告有否报警，他们答复没有，至于当时是否受胁迫被告也未能提供证据 。本案法官莫某本着 “谁主张谁举证” 的原则判决被告张坤石、陆群芳、张小娇在判决生效 10 日内清还原告借款并支付利息。

若你作为本案的审判法官，如何在审判过程中贯彻民事诉讼法的基本原则？

第二章　诉与诉讼标的实务（4 学时）

一、以实例阐释诉的三种类型，重点阐释消极确认之诉

二、诉讼标的

（一）以实例阐释诉讼标的的概念

诉讼标的的功能：确定管辖、诉的合并与分离、一事不再理的依据。

（二）以实例阐释诉讼标的的识别与请求权竞合

传统诉讼标的理论认为诉讼标的是原告在诉状中所提出的一定（具体）的实体法上的权利主张，判定诉讼标的的多少，须以原告所享有的实体法上所规定的实体权利为标准。

请求权竞合：数个请求权互相冲突

例如：原告的汽车被窃，原告对被告享有的请求权有：侵权之损害赔偿请求权，不当得利返还请求权，所有物返还请求权，占有返还请求权

（三）以实例阐释诉讼标的理论在实践中的应用

张三乘坐长途客运汽车旅行，旅途中，车窗外突然飞进一块石头将其砸伤。张三以客运公司作为被告起诉于人民法院，要求被告赔偿其人身损失 10 万元。人民法院支持了其诉讼请求，判决生效后，张三以车窗外飞进的这块石头还砸坏了自己在车上随身携带的价值 1 万元电脑为由，又一次以客运公司为被告向人民法院起诉。

问题：本案的诉讼标的是什么？人民法院可以受理张三的第二次起诉吗？假如扔石头者为李四，张三在前诉获得赔偿后能否再诉李四？

第三章　民事诉讼主管与管辖实务（4 学时）

一、民事诉讼主管实务

本部分重点研讨“公益诉讼”：区别普通的民事诉讼与公益诉讼。研讨国旗悬挂案、火车站厕所收费案、火车就餐不开发票案

二、民事诉讼管辖实务

（一）实务研讨级别管辖的规避及遏制

（二）以案例阐释合同履行地与侵权行为地

（三）协议管辖中存在问题及案例研究：何种约定才属有效管辖协议：

1、双方签订电脑买卖合同，约定以原告方住所地（或各自住所地）法院管辖。

2、双方签订电脑合同，约定先付款后交货，并约定由违约方（或守约方）住所地法院管辖。

3、双方签订电脑合同，合同价款为 1 亿元，约定由北京市昌平区人民法院（原告住所地）管辖。是全部无效还是部分无效？

（四）管辖权异议的主体、客体及裁判

第四章 当事人实务（4 学时）

一、当事人适格理论及典型案例分析

对于特定的诉讼，有作为本案当事人应诉或者起诉的资格。根据当事人起诉时诉的声明判断，而不是根据是否胜诉来判断。

当事人不适格，原告肯定败诉（程序上）；当事人适格，原告未必胜诉。

案例 1：张三以被王五打伤为由要求王五赔偿，法院查明实际上张三是被李四打伤而非王五，王五虽然不承担实体民事责任，但却是适格的被告。

案例 2：某大学 4 名师生联名起诉甲公司污染某条大河，请求判决甲公司出资治理该河流的污染。起诉者除列了 4 名师生外，还列了该河流中的某著名岛屿作为原告，法院没有受理。对此下列哪些说法符合法律规定？

A．只有自然人和法人能够成为民事诉讼当事人

B．本案当事人不适格

C．本案属于侵权诉讼，被污染河段流经地区的法院均有管辖权

D．本案起诉属于公益诉讼，现行民事诉讼法没有规定

案例 3：1994 年 9 月 10 日，郎某在辽宁省某县国税局所有的住宅楼下经过时，被其楼上掉下的玻璃扎伤头部，致使头骨损坏并暴露于外，生命垂危。后被某中级法院鉴定为四级伤残。由于郎某颅骨缺损，还需要在成年后作颅骨修补手术。郎某于 1995 年向法院提起诉讼要求国税局承担民事责任，后来撤诉。此后郎某及其家人以借钱看病为名，要求国税局给付生活费、护理费等各种费用，截至到 2000 年底共从某国税局获得各种费用大约 20 万元。但郎某及其家人还不满意，除要求支付郎某的后续治疗费以及每日的生活费、护理费等外，还要求国税局给郎某安排工作、解决住房。国税局不答应郎某的要求，郎某及其家人就到国税局哭闹、纠缠领导，严重妨碍了国税局的办公秩序。为确定双方之间的权利义务关系，国税局于 2002 年 7 月向某法院提起诉讼，要求法院确定被告的治疗费用等相关费用，以确定国税局的赔偿范围。一审法院在受理案件后，认为国税局为侵权法律关系中的赔偿义务主体，并不享有起诉权利，作为原告不适格，裁定驳回起诉。国税局不服该裁定，向某中级法院提出上诉。某中级法院认为，民事诉讼原告通常是权利受侵害的公民、法人或其他组织，为了保护自己的或其管理的他人的民事权益，而以自己的名义，向法院提起诉讼，要求被告方承担责任，从而引起民事诉讼程序的发生。而本案郎某的权益受到侵害，国税局的权益未受到侵害，因此，国税局不能作为原告提起诉讼，因此裁定驳回上诉，维持原裁定。

二、共同诉讼实务

（一）以实例分析普通共同诉讼与必要共同诉讼的区别

（二）以实例分析必要共同诉讼，重点研讨是否必须追加必要共同诉讼人。

在司法实务中，引起必要共同诉讼的原因主要有：

各共同诉讼人之间存在着共同的权利义务关系；

各共同诉讼人之间存在着连带债权或连带债务；

数人共同致他人损害，他人向数个加害人要求损害赔偿的诉讼。

三、第三人实务

（一）有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人之区分

（二）无独立请求权的第三人的判别

在何种情况下可以追加无独立请求权的第三人？“法律上利害关系”的认定

利害关系是指直接的法律上利害关系，具有在法律上对其进行评价的意义，间接的利害关系不包括在内。间接，指经济上、感情上等其他事实上的利害关系。单纯父子关系、男女朋友关系（可能成为妻子）非为法律上利害关系。因由于第三人与当事人之间存在配偶关系，诉讼可能导致夫妻共同财产减少，配偶关系可以成为法律上的利害关系。

实务案例研讨：甲公司与乙公司订立化肥买卖合同，合同约定甲公司于2003年6月份交付化肥5000吨，乙公司于2003年8月份付清货款。此后，乙公司又与丙公司订立同样的合同，将化肥转卖给丙公司。2003年年6月份乙公司在收到化肥，向甲公司出具验收证明后，直接将化肥交付给丙公司。由于化肥质量不合格给丙公司造成了经济损失200多万元，丙公司起诉至法院，要求乙公司赔偿因化肥质量不合格造成的损失。

若丙不能支付乙货款，乙不能支付甲货款，甲向法院诉乙，能否追加丙为第三人？

四、代表人诉讼实务

（一）人数不确定的代表人诉讼判决效力的扩张

在公告期间未进行权利登记，在诉讼时效期间内，向人民法院起诉的人，人民法院将裁定对其适用代表人诉讼判决。即代表人诉讼的实体判决扩张至没有参加诉讼的另案当事人。

实务案例研讨：“9.11”恐怖袭击后，大约1万名参与营救和清理废墟的工作人员向法院提出诉讼，称自己的健康在清理过程中受到损害，要求政府赔偿。经过数年谈判，原告和被告双方律师本月11日达成赔偿协议。协议需要得到至少95%的原告同意才能生效。如果所有原告赞成，他们可获得总额大约6.58亿美元的赔偿；如果95%的人同意，赔偿金将为5.75亿美元。

第五章　民事诉讼证据实务（6学时）

一、证据的分类

（一）证据的学理分类

本证与反证

直接证据与间接证据

原始证据与传来证据

言词证据与实物证据

间接本证与间接反证

证明与释明

（二）法定证据种类

1．书证、物证、视听资料辨析

2、证人证言（1）证人的资格；（2）证人证言的质证

3．当事人陈述

实务研讨当事人陈述中的自认与认诺及自认的撤回

甲女有一6岁的私生子乙，独立抚养，备感艰辛。遂以乙为原告起诉丙，要求丙履行做父亲的义务，每月给付抚养费300元。丙承认是乙父亲，但辩称能力不足，每月只愿给付50元。在能否直接确认丙是乙父亲的问题上法院存在两种观点：其一，身份关系不适用自认是法学界的公理，必须先做亲子鉴定，再判决给付抚养费；其二，可以采纳自认，直接判决。

4．鉴定结论（1）鉴定程序的启动；（2）鉴定结论的质证；（3）专家辅助人

二、举证责任实务

（一）实务研讨我国举证责任一般分配原则的运用

（二）举证责任倒置规则的应用

举证责任倒置指在特殊类型的案件中把本来应当由原告承担的举证责任转由被告承担。

（1）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任。

（2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任。

（3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。

（4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任。

（5）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任。

（6）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。

（7）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。

（8）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

案例研讨：

甲工厂的生产污水流入李某承包的鱼塘，致使鱼虾死亡，损失 2 万元。李某起诉，请求甲工厂赔偿。哪些事实应当由甲工厂承担举证责任？

A．甲工厂的生产污水是否流入李某承包的鱼塘

B．李某承包的鱼塘鱼虾死亡造成损失的具体数额

C．鱼虾死亡的原因是否为甲工厂污水所致

D．是否具有免责事由

三、证据的收集实务

非法证据的判定

案例 1：2005 年 7 月，小文到巴南区教委反映校长古文对其进行性骚扰。经过调查，教委得出不存在性骚扰，只是古文有“和校长职务不相称的行为”的结论。小文找到律师，陈述从 1999 年 9 月开始，古文就经常以言语和行为对其性骚扰，还长期向其发送大量内容淫秽的手机短信息。这一行为使自己患上神经衰弱并影响了夫妻感情，因此，打算向法院提起诉讼。小文还向律师提供了古文从去年 5 月 3 日至 6 月 20 日发给自己的 19 条手机短信。

案例 2：由于丈夫刘某在外包了“二奶”张某，妻子王某与兄弟姐妹一起跟踪丈夫，终于在今年6月 3 日晚 11 时许，某宾馆破门而入，将丈夫与情人捉奸在床，并拍下了不堪入目的照片。后某向法院提起诉讼，要求离婚并要求赔偿，向法院提交了丈夫与“二奶”非法同居的证据，对丈夫提出了索赔诉讼。丈夫刘某及张某也向法院提起诉讼，要求王某承担侵权责任。

四、证据的证明力、证明标准实务

案例：去年 6 月，上海市民唐某租借一处房屋开设了一家餐厅，在餐厅证照尚未办出时，就已经开始对外营业。同年 9 月，唐某经中介人介绍，将餐厅转让给秦某，转让费为 12 万元。秦某在当月将转让费交给唐某， 并与原房东签订了租房协议，随后也开始经营。可刚刚经营，秦某就以餐厅无法经营为由想和唐某解除合同。 去年 9 月 21 日晚 9 时，秦某约唐某至餐厅协商解除合同事宜。唐某在餐厅待了 3 个小时，并在秦某起草的保证书上签了字，同意解除合同，退还 12 万元。 但事后，唐某并未如约将 12 万元退还给秦某，秦某于是一纸诉状将唐某告上法庭。 法庭上，唐某称保证书是他在被胁迫的情况下写的，并非本意，在写完保证书的当夜凌晨，他已经向公安机关报过案。当时，餐厅证照正在办理中，并已告知秦某，所以，他不同意解除合同并退还转让费

对于唐某所称的“胁迫"，秦某称，当时双方尽管发生了争吵，但并未发生暴力行为，且有证人可以证明法院认为，唐某在秦某有主导控制权的场所，与秦某发生争执，长谈达 3 个小时直至凌晨，期间连上厕所也被跟随，其内心产生恐惧的可能性较高，所以法院采信唐某受到胁迫的辩称，保证书无效。最终法院判决驳回秦某的诉讼请求。案件判决后，双方当事人在上诉期内都未提起上诉，判决已经生效。 审理此案的法官表示，在法院审理的案件中，经常会遇到一方当事人称借条、收条和保证书是受另一方胁迫所写，要想证明上述胁迫是否存在，一般有两种情况，要么有直接的证据存在予以证明，要么根据具体的案发情况，结合测谎仪来认定。

第六章　诉讼保障制度实务（2学时）

通过实务案例诠释诉讼保全与先予执行制度的区别

案例研讨

２００１年3月，胡某与王女士经法院调解离婚，双方婚生女儿由胡先生抚养。离婚后，由于胡某在离婚后有酗酒等恶习，并且经常虐待女儿，王女士打算提起诉讼，请求法院变更女儿的抚养。但由于其现在丈夫的反对，一直未诉诸法院。2003年5月中旬，王女士听说胡某欲在几日内带女儿出国，因此向法院提出申请财产抱保全的申请，要求法院禁止胡某暂时带女儿出国。法院受理王女士的申请后，认为王女士的申请不符合民事诉讼法财产保全的规定，遂驳回了王女士的申请。

第七章　期间、送达、诉讼费用（2 学时）

通过实务案例研讨期间、送达、诉讼费用的实务问题

案例

2000 年 3 月，甲报社发表《新任村官清查旧账，不堪压力精神失常》、《一笔糊涂账，逼疯新主任》的报道，该报道被乙丙两报社相继转载。杜某等五人以甲、乙报社和撰写该文章的记者王某为被告，以三被告侵犯其名誉权为由，向法院提起民事诉讼，其提出的诉讼请求为：一、三被告立即停止侵权，不得继续报道和发表侵犯五原告名誉权的文章；二、三被告各自公开登报澄清事实，消除影响，为五原告恢复名誉、赔礼道歉；三、被告甲报社分别赔偿五原告人民币五万元；四、乙报社及王某分别向五原告各赔偿人民币二万元；五、三被告共同承担本案诉讼费用。

第八章　审判程序实务（6 学时）

一、一审中实务问题

通过实务案例研讨如下实务问题：

（一）起诉与受理

（二）撰写起诉状

（三）法庭审理（区别法庭调查与法庭辩论，研讨辩论技巧）

(三）撤诉

(四）缺席判决

（五）延期审理

（六）诉讼中止

（七）诉讼终结

案例研讨

原告与其妹夫、表弟共进午餐，原告拿起一瓶蓝剑啤酒正欲开启，啤酒瓶爆炸，击伤左眼，原告在受伤后四个小时内先后到两家医院治疗。左眼失明。证据：破碎的啤酒瓶，新津县医院的病历记录、华西医科大学医院的病历记录，病历记录均记载“患者因啤酒瓶爆炸击伤”；蓝剑集团对其表弟、妹夫的调查笔录。原告欲起诉蓝剑集团公司。

二、二审中实务问题

通过实务案例研讨如下问题：

（一）二审审理范围

1、仅限于对上诉请求和适用法律进行审查——一般是有限审查原则，但其他部分确有错误（违反法律禁止性规定、侵犯他人合法权益的）也可以审查。

2、被上诉人（自己不上诉）在答辩中要求变更或者补充第一审判决内容的，第二审人民法院可以不予审查。

案例讨论：二审中出现新当事人如何处理？

（二）上诉的判决方式问题

对第一审判决提起上诉的裁判方式：

1、判决驳回上诉，维持原判

2、判决依法改判

3、判决撤销原判，发回重审

对第一审裁定提起上诉的裁判方式：

1、裁定驳回上诉，维持原裁定。

2、裁定撤销原裁定，作出正确的裁定。

案例研讨

刘某诉称为甲公司员工，甲公司欠其两笔提成款：一是 14000 元（2008 年 8 月 5 日欠条），二是 46770 元（2008 年 10 月 18 日甲公司出具的证明：安装公司欠甲 46770 元，并将该笔债权转让与刘某）。三是安装公司的回复，证明安装公司与甲公司没有业务往来，不欠甲公司 46770.甲公司。甲公司辩称刘某结算时提交的《算帐明细单》，其中 46090 元刘某已经从金融街项目中（安装公司）提成，刘某的证明是骗取公司开具的。法院判决甲公司败诉。甲公司提起上诉，认为 46770 元货物

已经由刘某提走销往安装公司，并经刘某同意在其提成款中扣除，甲公司不应当支付该笔款项。在上诉过程中甲公司向二审法院提交了如下新证据：被上诉人刘某从公司提货的证据。

三、再审中实务问题

通过实务案例研讨再审程序以下知识点：

1、再审程序的启动；

2、当事人申请再审的条件；

3、再审案件的立案、再审事由的审查及再审案件的审判。

案例：

李某等四人是浙江省余杭市的农民，从 2001 年 3 月开始，四人代表同村 20 多人先后投资约 2000 万元人民币，金昌期货交易公司做期货交易。到 2002 年底，2000 万元的保证金差不多全部亏损。李某等人认为亏损的原因不是正常交易所致，而是金昌公司利用我们对其信任和全权委托，搞场外交易、私下对冲，直接侵占了他们的客户保证金。为此，四人向上海市第一中级人民法院提起诉讼。但被告金昌公司称，他们只是没有按法律规定的“一户一码”方式而是按“混码交易”方式为李等进行交易。上海某中院判决原告败诉。四人一审败诉后，又向上海市高院提起上诉。在二审过程中，由于本案期货交易所涉的交易量大，时间跨度长，需要的举证时间长，要求被上诉人在短时间内提供大量的证据也比较困难，因此，上海高级法院在举证时限届满后仍然允许被上诉人金昌公司提交证据。上诉方代理人曾向上海高院专门提交了一份《补充意见》，对金昌公司在庭审中提出继续补充有关混码交易的证据的要求表示了反对。但二审法院仍要求上诉人对‘新证据’进行质证。上诉人在保留异议前提下，对该证据进行了质证。二审法院经审理做出驳回上诉、维持原判的终审判决。李某等人向最高法院提出申诉。

第九章　特别程序实务（2 学时）

通过案例研讨督促程序与公示催告程序的以下知识要点：

1、督促程序的适用范围

2、对支付令异议的条件及效力

3、公示催告程序的适用范围

4、除权判决的作出及效力

案例 1

甲、乙均为个体户，两人既是朋友，又是生意上的伙伴。2000 年，甲为资金周转向乙借款 5 万元，并约定在 2001 年 1 月 1 日前偿还。2001 年 4 月，乙向甲购买了一批货物，价值 2.5 万元，货款未付。同年 6 月，甲向乙追讨货款，乙拒绝支付，理由是：甲尚欠自己 5 万元，所购货物用于抵偿其中 2.5 万元欠款，甲应当尽快偿还剩余的 2.5 万元欠款。甲再三恳求乙，称：资金周转存在严重问题，如果乙不支付货款，自己很难继续经营下去，拖欠乙的借款将没有办法偿还。两人终因欠款问题反目。2001 年 7 月，乙向人民法院申请适用督促程序，向甲发出支付令，要求甲偿还 2.5 万元欠款。人民法院在审查乙的申请时，有人认为甲、乙互为债权人，乙的申请不符合《民事诉讼法》第一百八十九条“债权人与债务人没有其他债务纠纷”的条件，应当裁定驳回乙的申请。但也有人认为甲、乙相互之间的债务均已到期，而且数额清楚，可以相互抵消，符合《民事诉讼法》第一百八十九条“债权人与债务人没有其他债务纠纷”的条件，应当发出支付令。第二种观点占据了上风，法院最终向甲发出了支付令。甲在收到支付令的第二天就提出了异议。甲在书面异议中称：自己确实尚欠乙 2.5 万元，但因资金周转困难实在无力偿还，不同意根据支付令向乙支付 2.5 万元。根据甲的异议，人民法院裁定终结督促程序。

案例 2

A 公司（住所地山东淄博）股东甲（住所地山西）与乙（住所地山东淄博）发生矛盾。某日 A 公司收到其他单位支付本公司货款的支票一张，面额为 200 万元。甲向会计谎称看下支票，将支票抢走。A 公司即向票据支付地北京西城区法院申请公示催告程序。

第十章　执行程序实务（4 学时）

通过实务案例研讨以下问题：

1、执行管辖

2、执行异议、案外人异议/

3、轮候查封、参与分配

4、对金钱债权的执行措施

5、对行为请求权的执行措施

6、保障性的执行措施

案例

甲公司（A 地）欠乙公司（B 地）500 万元，案件已经 B 地法院判决并进入执行程序。乙公司通过调查得知丙公司即将支付甲公司货款 350 万元。遂申请法院查封了甲公司在 A 地银行开设的银行账户。丙公司如约将 350 万元支付汇入甲公司的银行账户。丁公司对甲公司也享有 200 万元的债权，也申请法院对甲公司在 A 地银行的账户予以冻结。丙公司认为甲公司未交付货物，因此该笔款项不属于执行标的，遂提出异议。B 地法院还同时查封了甲公司的机器设备若干。戊公司认为该批机器设备的所有权为己所有，也提出异议。

四、课堂活动

讲授知识要点，由学生进行讨论研讨，教师最后总结。

五、复习与思考题

1．如何在民事诉讼实务中贯彻民事诉讼的基本原则？
2．如何识别诉讼标的？
3．如何理解合同履行地之管辖规则？
4、如何理解证据的合法性？
5．如何运用无独立请求权的第三人制度？
6、如何运用举证责任的分配规则？
7、如何运用证明力规则以及证明标准裁判民事案件？
8．试述民事诉讼的基本流程。
9、在实践中如何适用轮候查封与参与分配制度。

六、拓展阅读书目

1．宋朝武主编：《民事诉讼法》，中国政法大学出版社。
2．江伟主编、孙邦清副主编：《以案说法---民事诉讼法篇》，中国人民大学出版社。
3. 孙邦清、陈巍编著：《新民事诉讼法案例释解》，法律出版社 2008 年 3 月半版。

七、课程的学习方法

明确学习民事诉讼法学应当坚持理论应用于民事审判实践的科学方法，在分析研讨具体案例中提高民事诉讼实务能力。

八、考核方式

1.本课程为选修课，实行开卷考试。
2.考试成绩为：平时成绩+期末考试卷面成绩。（平时成绩可以占到总成绩的 30％）

《法庭论辩技能》教学大纲

刘晓兵　编写

目　录

前　言 3
一、课程性质 3
二、编写目的 3
三、课程简介 3
四、编写人员 3
五、课程主要内容与学时分配 4
第一章　论辩仪态与论辩语言 5
第一节　论辩仪态 5
一、不同的职业者有不同的仪态要求 5
二、法律职业者的仪态 5
三、法庭论辩与普通辩论赛的仪态比较 6
四、课堂演练： 6
第二节　法庭论辩语言 6
一、法庭论辩语言的概念与特点 6
二、基本要求 6
三、基本技巧 7
四、课堂演练 7
【复习与思考题】 7
【拓展阅读书目】 7
第二章　开庭陈述技能 8
第一节　案件主张 8
一、案件理论的作用 8
二、案件理论之操作性概念 8
三、如何形成案件理论 8
四、案件理论的动态机理 8
五、案件理论=事实理论+法律理论 8
六、好的案件理论： 8
第二节　法庭陈述 8
一、陈述的种类 8
二、陈述的技巧： 9
三、范例 9
四、结合实例进行演练 9
第三章　质证技能概述 10
第一节　法庭质证的基础知识 10
第二节　法庭质证的一般流程 10
第三节 法庭质证的一般技能 10
第四章　质证技能分述 11
第一节　物证的质证技能 11
第二节　书证的质证技能 11
第三节　视听资料的质证技能 11
第五章　直接询问 12
第一节　基本理论 12
第二节　具体技巧 12
第六章　交叉询问 13
第一节　基本理论 13
第二节　具体技巧 13
第七章　攻防意见发表技能 14

第一节　战略性技能.....14
第二节　战术性技能.....14
第八章　总结陈词或最后陈述.....15
第一节　基本理论.....15
第二节　具体技巧.....15
第九章　学期总结.....16
一、课程总结；从课堂演练到法院实战.....16
二、重点答疑.....16
三、布置考查.....16

前　言

一、课程性质

本课程为法学专业二年级学生开设的选修课程，属于实务技能课程类型。

二、编写目的

本教学大纲的编写目的在于遵循教学规律，统筹安排进度，规划教学步骤，以指导教师授课和学生的选课、学习。具体目的包含以下三个方面：

1.引导学生选课：本教学大纲可以为学生选课提供指南，避免盲目选课。

2.指导学生学习：本教学大纲可以为学生学习本门课程提供指导，以明确各个阶段的主要内容，并据此进行复习和考查。

3.规范教师授课：明确本课程的主要内容，统筹本课程的教学进程，突出重点和难点，避免重复或者遗漏。

三、课程简介

1．开课目的

本课程的开设目的有两个层面：其一，其基本目的在于实现理论知识与实务技能之间的无缝连接，弥补高等学校法科学生在法律实践动手能力的欠缺；其二，其根本目的旨在培养适应社会要求并为社会所急需的应用性法律人才。

2．开课设想

本课程紧密围绕法庭审判操作实务，就如何运用实体性和程序性的有关法律解决实际问题作系统阐述，并对法庭审理的工作方法及一些具体操作办法进行示范和讲授。其具体摄像包括：

其一，就教师而言，应系统、全面、准确地掌握法庭审理的实务操作流程，不脱离庭审操作实务，不脱离中国现实国情。为此，教师应重点讲解庭审各个环节的技能知识并重点演示庭审各个阶段的技能应用，充分调动学生的主动性、积极性和参与性。

其二，就学生而言，应重点关注于知识的应用而不是知识的吸取，不能被动地等待教师在讲台上滔滔不绝地讲，而要积极主动地参加课堂演练；即使没有参加演练，也要主动配合和点评。

总之，本课程具有较强的应用性，师生应围绕庭审实务技能进行互动式的教与学，以此提高学生的法律实务技能和法律应用能力。

3．预期效果

本门课程的预期效果在于三个方面：

一是使学生进一步巩固所学的法律理论知识，运用所学法律理论知识处理有关的法庭审理实务问题，掌握法律实务技能和提高动手操作能力。

二是为学生今后的就业提供一个模拟的体验环境，既要认识到书本与现实之间的距离，又要以此为参照，找准就业定位。

三是使那些有志于从事法官职业的学生在就业后不必再经过一个长期的适应过程就能独立从事本职工作。

四、编写人员

《法庭论辩技能课程教学大纲》由课程主讲教师刘晓兵编写。

刘晓兵，中国政法大学法学院实践教学教研室副教授，中国政法大学诉讼法学博士、北京师范大学法学硕士，兼职律师。

五、课程主要内容与学时分配

课　程　内　容	教学要求	重点(☆)	难点(Δ)	学时安排	备　注
第一章　法庭论辩的仪态与语言	C		Δ	1	
第一节　法庭论辩仪态	B			3	
第二节　法庭论辩语言	B	☆		2	
第二章　开庭陈述的论辩技能					
第一节　案件主张	C			1	
第二节　民事诉讼的开庭陈述	A	☆	Δ	6	
第三节　刑事诉讼的开庭陈述	B	☆		5	
第四节　集中演练	C			3	
第三章　法庭质证的基础知识					
第一节　法庭质证的一般理论	A	☆	Δ	4	
第二节　法庭质证的一般流程	B			2	
第三节　法庭质证的一般技能	C			1	
第四章　法庭质证的具体技能	C			1	
第一节　物证质证技能	A	☆	Δ	4	
第二节　书证质证技能	B			2	
第三节　视听资料的质证技能	C			1	
第四节　其他证据形式的质证技能					
第五章　直接询问的技能	C			1	
第一节　基础知识	A	☆	Δ	4	
第二节　技能	B			2	
第六章　交叉询问的技能					
第一节　基础知识	A	☆	Δ	4	
第二节　具体技能	B			2	
第七章　攻防意见发表技能					
第一节　战略性技能	A	☆	Δ	4	
第二节　战术性技能	B			2	
第八章　总结陈词或最后陈述的技能					
第一节　基础知识	A	☆	Δ	4	
第二节　具体技能	B			2	
第九章　最后一课					

第一章　论辩仪态与论辩语言

【教学目的和要求】
1.介绍课程目的和内容
2.了解论辩仪态与论辩语言
3.亲自演练论辩仪态并具体运用论辩语言

第一节　论辩仪态

一、不同的职业者有不同的仪态要求

1.军警的职业特征与仪态
（1）军警
（2）军警职业特征
（3）仪态要求
2. 律师与官员
（1）官员
（2）官员职业特征
（3）仪态要求
3. 律师与教师
（1）教师
（2）教师职业特征
（3）仪态要求
4. 律师与模特
（1）模特
（2）模特职业特征
（3）仪态要求

二、法律职业者的仪态

1. 站姿
（1）基本要求：端正，儒雅，严肃、理性、文明、礼貌
（2）主要技巧：与其他职业的仪态比较
身体角度、腿脚的不必要动作、手势与上身的配合
2.坐姿
（1）基本要求：同站姿
（2）主要技巧：与其他职业的仪态比较
身体角度、手势与桌面的配合、
腿脚的不必要动作、双脚之间的间距
3.目光
（1）基本要求：温和而坚毅

（2）主要技巧：把握目光的投向与双方的视距之间的关系

如何与对方对视

4. 手势

（1）基本要求：协调、一定的变换

（2）主要技巧：与说话的节奏；与身体的配合

三、法庭论辩与普通辩论赛的仪态比较

1. 理念比较

（1）法治理念

（2）社会责任理念

2. 目的比较

（1）维护当事人的合法权益

（2）维护法律的正确实施

（3）维护社会的公平和正义

3. 受众

（1）法官

（2）检察官、对方当事人及其代理律师

（3）旁听人员

四、课堂演练：

新学期新同学的自我介绍

第二节　法庭论辩语言

一、法庭论辩语言的概念与特点

1. 法庭论辩语言的概念

（1）不同著作、不同学者的观点

（2）主讲教师的基本观点

法庭论辩语言是法律职业者在法庭审理过程中为了说服法官而与对方进行论辩所使用的语言。

2. 法庭论辩语言的特征

（1）法律性

（2）客观性

（3）说服性

二、基本要求

1. 法庭论辩语言的一般要求

（1）符合法律职业的身份要求

（2）符合法律职业的环境要求

（3）服从法官指挥

2.法庭论辩语言的具体要求

（1）严肃性

（2）规范性

（3）准确性

（4）逻辑性

三、基本技巧

1.综合运用不同表达方式

（1）直言表达

（2）婉言表达

（3）借喻表达

2.注重运用语言表达的细节

（1）语音；语调；语速；语流

（2）口齿清晰；6.掌握节奏

（3）情感与理性

3.刻苦训练

（1）练声训练

（2）速读训练

（3）当众训练

四、课堂演练

当众练习宣读法庭规则

【复习与思考题】

1. 律师与检察官的法庭论辩仪态各有哪些基本要求？试比较二者的异同。
2. 律师与检察官的法庭论辩语言各有哪些基本要求？试比较二者的异同。

【拓展阅读书目】

1.顾永忠主编：《法律论辩(第二版)》(全国高等法律职业教育系列教材)，中国政法大学出版社 2007 年版。

2.斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼：《律师执业基本技能：会见、咨询服务、谈判、有说服力的事实分析》，中伦金通律师事务所 译，法律出版社，2006 年。

第二章　开庭陈述技能

【教学目的和要求】
1. 了解开庭陈述的基本技能
2. 掌握开庭陈述的主要技能
3. 具体运用开庭陈述的各种技能
4. 为今后从事相关实际工作进行必要的演练

第一节　案件主张

一、案件理论的作用

案件理论是适用于律师代理工作中所有活动的组织原则

二、案件理论之操作性概念

三、如何形成案件理论

四、案件理论的动态机理

五、案件理论=事实理论+法律理论

六、好的案件理论：

1.有说服力
2.有可信度
3.能以情动人
4.全面：事实与法律
5.与律师的价值观念相符

第二节　法庭陈述

一、陈述的种类

（一）刑事诉讼
1.开庭陈述
2.被害人陈述
3.被告人陈述，亦称被告人供述或辩解
4.最后陈述
（二）民事行政诉讼

1.原告陈述
2.被告陈述

二、陈述的技巧：

1.语言的运用；2.对时间和篇幅的掌握；3.抓住开头和结尾；4.语调、语速和语气；5.注意逻辑顺序；6.准确；7.紧扣事实和法律；8.激情和理性；9.适当的“目光接触”； 10.给人以联想和回味；11.先预演，甚至多次预演

三、范例

四、结合实例进行演练

第三章　质证技能概述

【教学目的和要求】

1.了解法庭质证的基本知识和一般流程

2.掌握法庭质证的基本技能

第一节　法庭质证的基础知识

一、质证的含义

二、质证的前提

三、质证的对象

四、基本质证论辩规则

第二节　法庭质证的一般流程

一、刑事诉讼的质证流程

二、民事、行政诉讼的质证流程

第三节 法庭质证的一般技能

一、质证论辩的信息技能

二、质证论辩要点

三、质证论辩预案

第四章　质证技能分述

【教学目的和要求】
1.掌握各种证据形式的质证技能
2.重点掌握物证、书证和视听资料的质证技能

第一节　物证的质证技能

一、什么是物证
二、物证的种类
三、物证的特征
四、物证的质证方法
五、物证质证的论辩焦点
六、案例演练

第二节　书证的质证技能

一、什么是书证
二、书证的种类
三、书证的特征
四、书证的质证方法
五、书证的质证焦点
六、案例演练

第三节　视听资料的质证技能

一、什么是视听资料
二、如何从视听资料获取信息
三、如何围绕质证焦点展开辩论
四、如何推动法庭质证程序
五、案例演练

第五章　直接询问

【教学目的和要求】
1.了解直接询问的基本知识
2.重点掌握直接询问的具体技能

第一节　基本理论

一、何谓直接询问
二、直接询问的对象
三、直接询问的基本规则
四、直接询问的关注焦点

第二节　具体技巧

一、直接询问之问的技巧
二、直接询问之答的技巧
三、对证人的驾驭技巧
八、案例演示

第六章　交叉询问

【教学目的和要求】
1.交叉询问的基本知识
2.重点掌握交叉询问的具体技能
3.结合法庭审理实际进行演练

第一节　基本理论

一、交叉询问的基本含义
二、交叉询问的法律依据
三、交叉询问的一般规则
四、交叉询问的焦点
五、交叉询问的常见战术

第二节　具体技巧

一、不要轻易决定进行交叉询问。
二、不要轻易提出开放式的问题
三、不要过早暴露目标
四、不要同证人争论或发生冲突
五、不要放过有利证言
六、不要问自己不知道答案的问题
七、务必保持凌厉的攻势
八、务必牢牢地控制证人
九、务必精心设计
十、务必事先演练
十一、案例演练

第七章　攻防意见发表技能

【教学目的和要求】

1.掌握法庭论辩过程中自由辩论的战略性技能

2.掌握法庭论辩过程中自由论辩的战术性技能

第一节　战略性技能

一、确定辩论方向

二、紧扣争议焦点

三、以事实为根据

四、以法律为准绳

五、合理表明诉求

第二节　战术性技能

一、先发制人

二、避实就虚

三、以退为进

四、借力打力

五、观看视频并实例演练

第八章　总结陈词或最后陈述

【教学目的和要求】
1.了解最后陈述的基本知识
2.重点掌握最后陈述的具体技能
3.结合实际进行模拟

第一节　基本理论

一、最后陈述的概念
二、最后陈述的作用
三、最后陈述的一般程序
四、最后陈述的主要目的

第二节　具体技巧

一、观点鲜明、条例清晰
二、抓住开头和结尾
三、简要梳理事实和证据
四、法律适用及其主要理由
五、事先充分准备
六、演练

第九章　学期总结

【教学目的和要求】

1.总结课程

2.重点答疑

3.布置考查

一、课程总结；从课堂演练到法院实战

1. 面向法院实战
2. 立足教学课堂

二、重点答疑

1. 争取在课堂解决各种疑难问题
2. 如果课堂不能完成任务，则可以给学生留下联系方式，课后答疑。

三、布置考查

1. 考查方式
2. 时间、地点和注意事项

《律师实务》教学大纲

袁钢　编写

目　录

前　言 3
一、课程性质 3
二、编写目的 3
三、课程简介 3
四、编写人员 3
五、课程主要内容与学时分配 3
第一章　导 论 5
一、开课目的 5
二、课程内容 5
三、课程调研 6
【复习与思考题】 6
【拓展阅读书目】 6
第二章　律师制度与律师实务 7
第一节 律师制度 7
一、律师 7
二、律师事务所 7
三、律师行业 8
第二节 律师实务 8
一、律师实务的涵义 8
二、律师实务的业务范围 8
【复习与思考题】 9
【拓展阅读书目】 9
第三章　律师执业基本技能 10
第一节　律师执业概述 10
一、律师执业原则 10
二、律师执业规范 10
三、律师执业的判断标准 10
四、提高律师执业水平的途径 10
五、律师的品质 10
六、律师的内功 11
七、律师的外功 11
八、律师的思维方式 11
第二节 法律调研 11
一、法律调研概述 11
二、法律检索 12
三、法律调研报告 12
第三节　访谈 13
一、访谈的目的 13
二、访谈的阶段和技巧 13
三、访谈的控制 13
第四节　谈 判 14
一、谈判知识概述 14
二、谈判操作和技巧 14
第五节　资料、文件和卷宗 14
一、资料和收集与管理 14
二、文件的制作和管理 15
三、业务档案（案卷）的管理 15

第六节　律师工作中的关系.....15
一、律师与当事人（客户）之间的关系.....15
二、律师与对方当事人的关系.....15
三、律师与对方当事人律师之间的关系.....15
四、律师与法官的关系.....16
五、律师与检察官的关系.....16
第七节　律师业务开拓.....16
一、客户的需求.....16
二、律师的市场定位.....16
三、律师开拓客户.....16
四、客户关系的维护.....16
【复习与思考题】.....16
【拓展阅读书目】.....17
第四章　律师常见业务.....18
第一节　合同实务.....18
一、合同实务概述.....18
二、合同的审核.....18
三、合同的修改.....18
四、合同的起草.....18
第二节　公司法律实务.....18
一、公司法律实务的概述.....18
二、公司设立的法律实务.....19
三、公司运作的法律实务.....19
四、公司变更的法律实务.....19
第三节　其他律师实务.....19
一、知识产权律师实务.....19
二、房地产律师实务.....19
三、金融律师实务.....19
【复习与思考题】.....20
【拓展阅读书目】.....20
第五章　结 语.....21
一、从法学院到法院.....21
二、做人.....21

前　言

一、课程性质

本课程为法学专业高年级学生开设的选修课程，列入案例研讨课程。

二、编写目的

本教学大纲编写在于使得课程教学符合培养方案规定的目标要求，服从课程结构及教学安排的整体需要，吸收各学科课程最新的教学改革成果。本教学大纲的编写目的在于明确本课程的基本概念、基本原理等主要内容，遵循教学规律，循序渐进安排教学进度，注意突出重点和难点，避免重复或者遗漏。

三、课程简介

1．开课目的

本课程是对法学专业高年级学生开设的一门实践性较强的课程《律师实务》系列课程之一，同时也是综合性较强的课程，是弥补高等学校法科学生知识与实践之间“断链”的专门课程，作为法学专业选修课，本课程旨在培养适应社会要求并为社会所急需的应用性法律人才。

2．开课设想

本课程紧密围绕律师实务，就如何运用有关法律解决实际问题作系统阐述，并对律师的工作方法及一些具体操作办法作示范说明。本课程具有较强的应用性，因此要在教学中要强化实践环节：要求教员系统、全面、准确掌握律师实务现状，不脱离中国的实际；教员应重点搞好案例教学，以案说法，进行案例评析，有针对性地解决各章节中的难点、热点问题；布置作业时以综合练习和案例操作为主，以提高学生分析和解决实际问题的能力。

根据课时安排，本课程主要以讲授律师实务基本技能为主。

3．预期效果

通过本门课程的讲授，使学生在对律师制度初步认知的基础上，能运用所学知识处理有关法律事务，掌握处理相关律师业务的技能。作为非核心课程，开设本门课程的目的就是为了提高学生的动手能力，对今后工作单位中存在的常见法律问题能够独立承办，并为学生今后参加司法资格考试打下良好的基础。

四、编写人员

《律师实务教学大纲》由课程主讲教师袁钢编写。

袁钢，中国政法大学法学院实践教学教研室讲师，中国人民大学法学博士、法学硕士，布鲁塞尔自由大学访问学者，兼职律师。主要讲授课程：律师实务（系列）、法律诊所。主要研究方向：人权法、欧盟法。

五、课程主要内容与学时分配

课　程　内　容	教学要求	重点 (☆)	难点 (Δ)	学时安排	备 注
第一章　　导论	C		Δ	1	
第二章　　律师制度与律师实务					

课　程　内　容	教学要求	重点(☆)	难点(Δ)	学时安排	备 注
第一节　律师制度	B			3	
第二节　律师实务	B	☆		2	
第三章　　律师执业基本技能					
第一节　律师执业概述	C			1	
第二节　法律调研	A	☆	Δ	6	
第三节　访谈	B	☆		5	
第四节　谈判	C			3	
第五节　资料、文件和卷宗	B	☆		3	
第六节　律师工作中的关系	C			3	
第七节　律师业务开拓	C			2	
第四章　律师常见业务					
第一节　合同实务	A	☆	Δ	4	
第二节　公司法律实务	B			2	
第三节　其他律师实务	C			1	
第五章　结语	C			1	

第一章　导 论

【教学目的和要求】

1. 了解我国法学教育现状
2. 审省自身法学知识体系
3. 介绍课程目的和内容

借用美国法学院的一句格言，这些课程的宗旨是:“训练学生像律师那样思考"。换言之，学生应当学会如何像律师那样取证、分析、思考、写作、陈述和行为。听、查、思、写、辩，举手投足都应当表现出法律职业者应有的素质、能力和才智。这些能力和素质的重要性是不言而喻的，但又恰恰是传统的课程设置和教学法所无涵盖的重要方面。“训练学生像律师那样操作"。

一、开课目的

本课程旨在培养适应社会要求并为社会所急需的应用性法律人才。

1．弥补高等学校法科学生知识与实践之间“断链”

（1）教学与社会严重脱节

法学是一门实践的学问，隔绝社会封闭教学，很难培养出适应社会，为社会作出贡献的优秀人才。法学教育中必须教会学生事实是如何认定的，人际关系该如何处理、利害冲突如何协调、特定的文化和道德风尚该如何联系结合，法理精神该如何体现等等。否则，我们只给学生提供了利箭，而没有为学生提供良弓。

（2）适合社会发展的新兴学科开设不足

我们现在所开设的经济法的课程中部分内容已不适应市场经济的需要。这种情况非常危机，适应社会发展需要的新兴学科开设不足，将严重制约学生对社会的贡献，教学对社会的应有作用将大大降低。

2．了解我国律师和律师制度

了解律师制度的产生和发展，律师的性质和任务，律师资格、律师素质、律师的执业原则、律师职业道德和执业纪律、律师事务所、律师管理体系、律师业务收费等多个方面，只有了解律师行业，才能作出正确的职业选择。选择之后，如何进行策划。

3．熟悉律师的基本业务

科长将从律师的基本素养讲起，包括如何进行法律调研、访谈、谈判、业务开拓，进而涉及律师两大基本业务，诉讼业务和非诉讼业务。

4．掌握律师业务中适用法律的基本方法和基本技能

本课程主讲教师应当参与法律实践，充分地了解司法实践，关注法律实务中出现的新问题、新案件，关注对法律运用中的技术性问题，不断吸纳新的法律知识和社会经验，把知识和经验传道给学生。

5．培养适应社会要求并为社会所急需的应用型法律人才

这种应用型的法律人才，首先“学会做人"；其次“学识广博“，博闻强记；最后，是”用法律。”

二、课程内容

本课程紧密围绕律师实务，就如何运用有关法律解决实际问题作系统阐述，并对律师的工作方

法及一些具体操作办法作示范说明。本课程具有较强的应用性，因此要在教学中要强化实践环节：要求教员系统、全面、准确掌握律师实务现状，不脱离中国的实际；教员应重点搞好案例教学，以案说法，进行案例评析，有针对性地解决各章节中的难点、热点问题；布置作业时以综合练习和案例操作为主，以提高学生分析和解决实际问题的能力。

具体见本课程教学大纲。

三、课程调研

见《律师实务课程调查问卷》

【复习与思考题】

1.请描述你心中的律师和律师行业。

2.概括总结在选修本课程之前已修的全部课程，自我评价掌握程度。

3.你对本课程有什么期待或者想法。

【拓展阅读书目】

1. 朱景文：《中国法律发展报告——数据库和指标体系》，中国人民大学出版社，2007 年

2.《北京京律师事务所管理现状调查（摘要）》，
http://www.acla.org.cn/forum/printthread.php?Board=44&main=690221&type=post

第二章　律师制度与律师实务

【教学目的和要求】

1. 了解律师和律师制度
2. 了解律师行业的现状
3. 实地观察律师执业情况

第一节 律师制度

一、律师

1.律师的性质

（1）律师职业的本质属性：法律规定性、制约性

（2）西方国家关于法律性质的规定：自由职业者

（3）我国律师的性质

《律师暂行条例》->1996 年《律师法》->2001 年《律师法》->2007 年《律师法》

2. 律师管理体制

我国律师实行行业自治的管理体制，几乎是世界各国的通例。

3. 律师资格与律师执业

（1）律师资格

（2）律师执业

一般执业：条件程序明确；特许执业——严格限定；兼职律师：具备律师执业条件；

（3）律师执业消极条件

不予执业；撤销执业；其他

4. 律师权利与义务

（1）律师权利

改善执业环境：诉讼中的会见、阅卷、调查取证、辩护等权利；“法庭言论”豁免权；律师“法庭言论”不受法律追究

（2）律师义务

律师拒绝履行法律援助义务将“受罚”；扩大律师保密义务；律师法为律师执业划出“红线”

5. 律师的职业道德与执业纪律

见《律师职业道德与执业纪律规范》

6. 律师同业竞争和执业风险

（1）同业竞争：律师法明令禁止律师事务所间、律师间不正当竞争

（2）执业风险：安全风险与责任风险

二、律师事务所

1.律师事务所的组织形式

法律顾问处－国办所－合作所－合伙所－个人所

2.律师事务所的设立

（1）条件

（2）设立程序

3. 律师事务所的终止

《律师法》第22条

4. 律师事务所的管理

《律师法》第23、24、25、26、27条

三、律师行业

1.充满魅力和挑战的行业

（1）律师是目前入门限制最高的行业之一

（2）就提高自身能力和丰富人生阅历而言，律师是最好的行业之一

（3）律师是最能体现从业者自身价值和社会价值的行业之一

（4）律师在中国是一个新兴的行业。

2. 布满荆棘和机遇的行业

走上律师的道路，具有这样一些目标或者条件：

（1）选择一家好的律师事务所、一个可以为师的律师和适宜的业务发展方向

（2）熟悉法律法规

（3）掌握律师专业思维方式和业务技巧

（4）培养业务关系，提高开拓客户能力

3. 置满困惑和疑虑的行业

（1）笑话律师

（2）观察律师

（3）实话律师

（4）数字律师

第二节 律师实务

一、律师实务的涵义

1.律师实务的概念

律师实务是律师针对当事人委托的事项，运用法律进行律师业务实际操作，对具体案件的各种法律实务的处理的业务流程。它体现在办理案件中的整个法律知识的运用和对案情综合性判断意见的总结，是个案的解决过程。

2. 律师实务的特征

（1）法律性

（2）社会性

（3）参考性

二、律师实务的业务范围

1.法定代理事项

《律师法》第28条，归纳为四个方面：处理民事纠纷、处理经济纠纷、刑事代理和辩护、非

诉讼法律帮助。其中非诉讼含义很大，调解、仲裁、常年法律顾问、项目顾问、法律咨询、文书代写等。具体实务中一般分为诉讼和非诉讼两个领域。

2.诉讼律师实务

（1）诉讼中的文书

（2）律师在诉讼中的应当作为

3. 非诉讼律师实务

（1）概念

非诉讼律师实务是指无争议的律师业务，或者虽已发生争议，但不必或尚未经诉讼来解决的法律实务。

（2）特性：无诉讼性；可调和性；多样性；可变性

（3）意义：预防性；便捷性；经济性

一般情况下，当事人处理缴纳代理费外，无需再交其他费用，为当事人节省了不必要的经济开支，减轻了当时的经济负担。

【复习与思考题】

1. 诉讼律师实务和非诉讼律师实务的区别。
2. 观摩庭审撰写庭审报告。

【拓展阅读书目】

徐家力 主编：《律师实务》（第三版），法律出版社，2007 年

陈长文、罗智强：《法律人，你为什么不争气？》，法律出版社，2007 年

第三章　律师执业基本技能

【教学目的和要求】

1. 了解律师执业的基本技能
2. 掌握律师执业各项基本技能
3. 撰写法律调研报告
4. 运用课程教授的各种技能

第一节　律师执业概述

一、律师执业原则

1. 原则性与灵活性相统一
2. 规范性与变异性相统一
3. 自控与自信相统一

二、律师执业规范

1．忠于法律、维护法律的尊严
2．尊重事实、依法服务
3．艰苦奋斗、不怕麻烦
4．满腔热情、平等待人
5．严格执行办案程序
6．保持机密、秘密和隐私
7．树立严肃亲切的形象
8．尊重同行、公平竞争

三、律师执业的判断标准

1．主观标准
2．客观标准

四、提高律师执业水平的途径

1. 学习与观察
2. 实践与锻炼

五、律师的品质

1．律师技能抬起你的退
2．律师技能的三个方面
3．比智慧更有力的是道德
4．社会责任感
5．诚实

6．敬业
7．礼貌
8．勇气

六、律师的内功

1．万技皆发于心
2．博览群书
3．资料查询
4．摆脱愚昧
5．清楚认识
6．稳定的心理素质
7．独特缜密的思维
8．一丝不苟的态度
9．整体策划
10．技术技能
11．法律研究能力

七、律师的外功

1．写作
2．口语表达
3．记忆力

八、律师的思维方式

1．委托人意识
2．独立意识
3．风险意识

第二节 法律调研

一、法律调研概述

1．法律调研的概念和意义

（1）法律调研是指律师根据已发生的事实所涉及的法律问题和当事人的请求，查询、检索相关的法律信息，并根据相关的法律规定，提供问题处理方案的工作过程。

（2）法律调研是律师的一项基础性工作。

2．法律调研的要求

（1）确定的调研问题要准确
（2）选定适宜的调研途径
（3）结论和观点要明确
（4）提出的方案可行、有效
（5）清楚地反映法律信息来源和调研过程

3．法律调研的步骤

（1）分析和确定问题　事实分析—> 法律分析—> 确定法律问题

（2）获取相关信息

（3）表述解决方案

二、法律检索

法律调研所需要的三个阶段中，分析和确认问题是前提，获取法律信息是准备，表述结论和方案是结果。其中获取法律信息（法律检索）是关键性的阶段。

1．法律检索能力

（1）我国实习律师执业能力现状：具有基本法律知识能力；缺乏法律检索能力

（2）美国律师检索能力的形成：课程设置方面，有专门的实践和法律检索课程

2．法律检索资源

（1）主要网络资源

数据库和法律在线法律服务（Legal Online Services）类；政府网站类；法律学术类；法律媒体网站

3．法律检索策略

（1）搜索引擎的检索　　输入检索词　字串

简单搜索　高级搜索

（2）法律数据库检索方法

4．法律检索能力培养

（1）养成制订检索计划的习惯

（2）掌握使用检索工具的技能

三、法律调研报告

法律调研报告是律师表述法律调研工作情况和调研结果的报告。

1．起草法律调研报告的基础和准备

（1）基本掌握了法律问题的相关事实

（2）了解可会对法律调研工作的要求

（3）确定和准确地概括了要回答的法律问题

（4）通过一定的调研途径和法律信息来源，找到了相关法律信息

（5）对法律问题有了基本的答案

（6）有了解决法律问题的方案

2．法律调研报告的起草过程

（1）确定法律报告的结构，确定报告的整体逻辑思路

（2）依据确定的结构，表述基本观点，形成报告的大纲（基本内容和主要观点）

（3）依照大纲的内容，详细表述和论证

（4）审核、修改

（5）校对、定稿

3．法律调研报告的结构

（1）事实

（2）面临的问题

（3）有关法律规定

（4）对事实的法律适用

（5）结论

4．法律调研报告的实例

第三节　访谈

一、访谈的目的

访谈是指律师与当事人之间在形成服务合同关系之间，律师以了解当事人及委托事项、树立律师形象、争取与当事人建立服务合同为目的，与当事人（或其委托人）进行面谈的过程。

1．了解：了解当事人的个人信息；了解委托事项

2．树立律师（律师事务所）形象

3．与当事人建立和谐的服务合同关系

二、访谈的阶段和技巧

1．准备阶段：事实准备；法律准备；访谈的安排

2．叙谈阶段

以了解当时所知道的委托事项的相关事实和当事人对委托事项的认识为主要目的

（1）破冰

（2）共情

（3）倾听

（4）激励

（5）询问

3．概括确认阶段

律师通过取舍、梳理和甄别的过程，再用精炼的语言表述相关的信息。

4．分析建议阶段

分析是指律师在访谈过程中根据当事人反映的情况和要求，明确当事人的处境和位置，区分当事人所反映的情况中的有利因素和不利因素，预测事态发展的可能趋向，帮助当事人作出决定的过程。

建议是指律师在访谈中根据分析的结果，提供自己的意见，帮助当事人作出决定、确定实施方案的过程。

5．缔约阶段

缔约是在访谈中，律师就建立服务合同，与当事人协商和处理相关事务的过程。

三、访谈的控制

1．情绪控制：鼓励当事人积极表述；平缓当事人的情绪

2．线索与话题控制

3．时间控制

4．态度控制

第四节　谈 判

一、谈判知识概述

1．谈判目标
（1）谈判目标与当事人的要求不同
（2）谈判目标的确定
2．谈判类型和谈判方式
（1）谈判类型：争议解决型谈判——零和博弈；交易型谈判——非零和博弈
（2）谈判方式：对抗式；合作式
（3）谈判类型和谈判方式的对应关系
3．律师在谈判中的位置与角色
（1）律师在谈判中的位置
（2）律师在谈判中的角色

二、谈判操作和技巧

1．准备和准备的技巧
（1）信息的收集和管理
（2）利益分析和评估
（3）障碍的分析和预测
（4）确定谈判团队和团队成员之间的分工及位置和针对的对方谈判对象
（5）确定谈判具体事务
（6）制定谈判方案
2．说服和说服技巧
（1）说服的概述
（2）说服的形式：论证、乞求、威胁、许诺
3．交换和交换技巧
4．让步和让步技巧

第五节　资料、文件和卷宗

一、资料和收集与管理

1．人脉资源资料的分类、收集和管理
2．业务资料的管理
（1）律师业务大纲的结构
（2）律师业务大纲的内容
3．事务性资料管理和制作
（1）律师事务所简介
（2）律师个人简介
（3）服务建议书

（4）律师聘请协议
（5）律师事务所收费标准
（6）律师和律师事务所的《保密承诺书》
（7）信函笺头

二、文件的制作和管理

1．文件的命名
2．文件的格式
3．文件的修改
4．文件的校对
5．文件的打印和装订

三、业务档案（案卷）的管理

1．案卷材料的分类
2．案卷材料的收集
3．案卷材料的整理和排列顺序
4．案卷材料的归档
5．律师事务所变更、撤销时，案卷材料的清理
6．律师个人业务档案的建立和管理

第六节　律师工作中的关系

一、律师与当事人（客户）之间的关系

1．原则上律师是客户的帮助者
“依赖性关系”－“仆人型关系”－“帮助型关系”
2．在当事人（客户）不了解自己的权利时，律师是当事人合法权利的倡导者
3．经过授权，律师是当事人权利的行驶者，是当事人的代理人
4．处理和建立与当事人（客户）的关系时应注意的问题

二、律师与对方当事人的关系

1．律师与对方当事人相处的立场、姿态和方式
2．与对方人接触时所用的名义
3．律师仅就客户委托事项与对方当事人接触
4．律师与对方当事人接触时注意的事项

三、律师与对方当事人律师之间的关系

1．律师与对方当事人律师的共同点和不同点
2．律师与对方当事人律师之间的关系
3．处理律师与对方当事人律师之间应当注意的事项

四、律师与法官的关系

1．律师与法官的关系
2．律师如何处理与法官的关系

五、律师与检察官的关系

1．律师和检察官的相同点和不同点
2．律师如何处理和检察官的关系
（1）律师和作为侦查人员的检察官的关系
（2）律师和作为起诉人的检察官的关系
（3）律师和作为公诉人的检察官的关系
（4）不要在辩护权之外行事

第七节　律师业务开拓

一、客户的需求

1．律师为什么要了解客户的需求
2．什么时候了解客户的需求
3．怎样了解客户的需求
4．谁的需求是客户的需求

二、律师的市场定位

1．市场定位的概念和意义
2．律师进行市场定位要考虑的因素
3．律师如何进行市场定位

三、律师开拓客户

1．律师的客户来源渠道
2．针对客户来源渠道开拓客户的方法
3．律师开拓客户需要注意的问题
4．律师在开拓客户时不得给任何介绍客户的人回扣

四、客户关系的维护

1．从维护客户关系的角度了解客户
2．客户的分类
3．维护客观关系的基本方法

【复习与思考题】

1. 律师需要哪些基本素质。
2. 完成一份法律调研报告。
3. 分析访谈中各种提问方法。

4. 分析资料收集整理的重要性。

【拓展阅读书目】

王宇、邱旭瑜、吕良彪：《从实习律师走向大牌》，法律出版社，2006 年

斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼：《律师执业基本技能：会见、咨询服务、谈判、有说服力的事实分析》，中伦金通律师事务所 译，法律出版社，2006 年

第四章　律师常见业务

【教学目的和要求】
1. 介绍我国律师的常见业务
2. 重点介绍律师的合同实务

第一节　合同实务

一、合同实务概述

1．合同实务的基本情况：整体状况；主要内容；法律法规
2．合同实务的基本理念：以当事人需求为向导；考虑交易背景；专业水平
3．合同原理

二、合同的审核

1．审查前的工作
2．对法律问题的审核
3．对文字问题的审核
4．审核中的特殊工作

三、合同的修改

1．合同修改的目标
2．对法律问题的修改
3．对文字问题的修改
4．修改中的特殊工作

四、合同的起草

1．合同素材的准备
2．合同起草中整体把握
3．合同起草中细节问题

第二节　公司法律实务

一、公司法律实务的概述

1．公司法律实务的概念与特征
2．公司法律实务的组成与准备

二、公司设立的法律实务

1．公司设立的法律文件
2．公司设立的法律程序
3．公司设立的注意事项

三、公司运作的法律实务

1．上市公司和非上市公司的治理与并购
2．收购方案及融资方案设计，目标公司情况、前股东尽责调查，出具调查报告
3．法律文件的起草和谈判
4．资产、债权债务的处置安排
5．税务方案合理化建议
6．帮助企业建立内部规章制度、合同管理、处理劳动人事争议

四、公司变更的法律实务

1．国有大中型企业主辅分离、辅业改制、分流安置所引起的公司化改制
2．国有资产处置或转让、各种债转股所引起的公司、企业改制
3．利用外资或民营资本并购或改组国有企业所引起的公司化改制
4．各种国有企业改组为有限责任或股份有限公司
5．个人独资企业、合伙企业改组为有限责任或股份有限公司
6．有限责任公司与股份有限公司相互转化时所引起的公司改制
7．内资有限责任或股份有限公司改组为外商投资有限责任或股份有限公司
8．非上市的股份公司与上市的股份公司互相转化所引起的公司改制

第三节　其他律师实务

一、知识产权律师实务

1．著作权律师实务
2．专利权律师实务
3．商标权律师实务
4．反不正当律师实务

二、房地产律师实务

1．房地产业务概述
2．律师承办房地产业务的基本素质
3．律师房地产实务的范围和服务内容

三、金融律师实务

1．金融业务概述
2．律师承办金融业务的基本素质
3．律师金融实务的范围和服务内容

【复习与思考题】

1.完成一份合同审核意见。

2.结合《公司法》分析公司治理。

【拓展阅读书目】

中华全国律师协会民事专业委员会编:《民事律师实务：前沿、务实与责任》，法律出版社，2006年

贺宝健、王克先主编:《最新律师实务研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年

第五章　结 语

【教学目的和要求】

1. 总结课程
2. 布置考试

一、从法学院到法院

1. 面向法院
2. 立足法学院

二、做人

1. 做人
2. 做凡人
3. 做法律人

《司法文书（法律文书）》教学大纲

程　滔　编写

目　录

前　言.....628
第一章　绪 论.....629
第一节　法律文书的概念、特点和作用.....629
一、司法文书的概念.....629
二、法律文书的类别.....629
三、法律文书的特点.....629
四、司法文书的作用.....629
第二节　司法文书的语言特征.....630
一、准确性与客观性的统一.....630
二、具体与简明相容.....630
三、平实与生动的结合.....630
四、严谨与周密的融合.....630
第三节　司法文书的写作要求.....630
一、叙事清楚.....630
二、说理充分.....630
复习与思考题.....630
拓展阅读书目.....631
第二章　律师的法律文书.....632
第一节　律师法律文书概述.....632
一、律师法律文书的概念、类别.....632
二、律师法律文书的功能.....632
第二节　起诉状.....632
一、起诉状的概念、类别、作用.....632
二、起诉状的格式与写作方法.....632
第三节　答辩状与反诉状.....633
一、答辩状的概述和写作方法.....633
二、反诉状的概述与写作方法.....633
第四节　上诉状与申诉状.....634
一、上诉状的概述以及写作方法.....634
二、申诉状写作方法与技巧.....634
第五节　辩护词和代理词.....635
一、辩护词的概述和写作方法.....635
二、代理词的概述和写作方法.....635
第六节　法律意见书.....635
一、法律意见书的概念和作用.....635
二、法律意见书的内容和写法.....636
三、制作法律意见书应注意的问题.....636
第七节　合　同.....636
一、合同的概念、特征.....636
二、合同的内容和写法.....636

复习与思考题.....636
拓展阅读书目.....637
第三章　公安机关刑事法律文书.....638
第一节　概　述.....638
一、公安机关刑事法律文书的概念和特点.....638
二、公安机关刑事法律文书的种类和作用.....638
第二节　立案报告书.....638
一、立案报告的概念和作用.....638
二、立案报告的写作方法.....639
第三节　提请批准逮捕书.....639
一、提请批准逮捕书概念和作用.....639
二、提请批准逮捕书的内容和写法.....639
第四节　起诉意见书.....639
一、起诉意见书的概念和作用.....639
二、起诉意见书的内容和写法.....639
复习与思考题.....640
拓展阅读书目.....640
第四章　人民检察院刑事法律文书.....641
第一节　概　述.....641
一、人民检察院刑事法律文书的概念和特征.....641
二、人民检察院刑事法律文书的种类和作用.....641
三、人民检察院刑事法律文书的制作要求.....641
第二节　人民检察院的审查起诉、出庭文书.....642
一、起诉书的概述.....642
二、起诉书的内容和写法.....642
第三节　不起诉决定书的格式与写作方法.....643
一、不起诉决定书概念、种类和作用.....643
二、不起诉决定书的内容与写法.....643
第四节　刑事抗诉书.....644
一、刑事抗诉书的概念、种类和作用.....644
二、刑事抗诉书的内容和写法.....644
第五节　公诉意见书.....644
一、公诉意见书的概念和作用.....644
二、公诉意见书的内容和写法.....644
复习与思考题.....645
拓展阅读书目.....645
第五章　人民法院裁判文书.....646
第一节　概　述.....646
一、人民法院裁判文书的概念和特征.....646
二、人民法院裁判文书的种类和作用.....646
第二节　人民法院刑事裁判文书.....646
一、第一审刑事判决书.....646
二、第二审刑事判决书.....647

第三节　人民法院民事裁判文书.....648
一、第一审民事判决书.....648
二、第二审民事判决书.....648
三、民事调解书.....649
复习与思考题.....649
拓展阅读书目.....649
第六章　仲裁法律文书.....650
第一节　仲裁法律文书概述.....650
一、仲裁法律文书的概念和特征.....650
二、仲裁法律文书的种类.....650
三、制作仲裁法律文书的要求.....650
第二节　仲裁协议书.....650
一、仲裁协议书概述.....650
二、仲裁协议书的内容与写法.....651
第三节　仲裁申请书.....651
一、仲裁申请书概念和作用.....651
二、仲裁答辩书的内容与写法.....651
第四节　仲裁答辩状.....652
一、仲裁答辩书概念和作用.....652
二、仲裁答辩书的内容和写法.....652
第五节　仲裁反请求书.....652
一、仲裁反请求书的概念和作用.....652
二、仲裁反请求书的内容和写法.....653
第六节　仲裁裁决书.....653
一、仲裁裁决书的概念和作用.....653
二、仲裁裁决书的内容和写法.....653
复习与思考题.....654
拓展阅读书目.....654
第七章　公证文书.....655
第一节　公证文书概述.....655
一、公证文书的概念、种类和作用.....655
二、公证书的特征.....655
三、证书的适用范围.....655
四、公证书的效力.....655
第二节　要素式公证书.....655
一、要素式公证书的概念、意义及构成.....655
二、合同（协议）公证书.....656
三、现场监督公证书.....656
四、证据保全公证书.....657
第三节　定式公证书.....657
一、遗嘱公证书.....657
二、收养公证书.....657
三、析产协议公证书.....658

第四节　涉外和涉港澳台公证书.....658
一、涉外和涉港澳台公证文书的概念和特点.....658
二、涉外和涉港澳台公证文书的内容和制作方法.....658
复习与思考题.....659
拓展阅读书目.....659

前　言

课程性质：司法文书（又称法律文书）是一门为适应司法实践的需要而开设的课程。

编写目的：让学生了解该门课程所讲的内容。

课程简介：司法文书是公安机关、检察院、法院以及律师在办理案件过程中依法制作的具有法律效力和法律意义的各种文书的总称。司法文书学是一门单独的学科，具有综合性的特点，一方面综合了法学的理论知识，另一方面又综合了写作学、语言学的理论知识。该门课程是一门适应司法实践需要而开设的课程，内容包括主要及常用文书的制作，如公安机关提起批准逮捕书、起诉意见书、立案报告、人民检察院起诉书、不起诉决定书、刑事抗诉书、公诉意见书，人民法院的（民事、刑事、行政）判决书、以及各类诉状类文书（起诉状、上诉状、答辩状、反诉状），辩护词、代理词等。该课程不仅介绍这些文书的写作格式，还要重点讲授这些文书写作方法和技巧。让学生学完后能够学以致用，一方面将来走上工作岗位能够很快适应实际部门的需要；另一方面由于法律文书是司法考试中的重要内容，学好该门课程为司法考试做准备。

第一章　绪 论

本章教学目的和基本要求：本章知识点了解司法文书的概念、特点以及作用，明确司法文书与司法改革息息相关。重点掌握司法文书的写作要求。难点司法文书语言特征。

学时分配：4 学时

第一节　法律文书的概念、特点和作用

一、司法文书的概念

司法文书是公安机关（包括国家安全机关）、人民检察院、人民法院、监狱、公证机关、仲裁机关以及案件的当事人或律师依法制作的具有法律效力和法律意义的各种文书的总称。它具有如下特征：

（1）司法文书是公安机关、人民检察院、人民法院、监狱、公证机关、仲裁机关为处理案件而制作的，其他任何机关、团体、企事业单位以及个人均无权制作。

（2）司法文书必须依法制作。司法文书是根据刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法的有关规定制作的。

（3）司法文书是具有法律效力和法律意义的文书。具有法律效力，有的文书具有明显的执行意义，如各类（包括刑事、民事、行政）判决书、裁定书、调解书；有的文书具有法律意义，如笔录起证据作用。

二、法律文书的类别

1．法律文书依制作的主体不同，分为公安机关文书、人民检察院文书、人民法院文书、公证文书、仲裁文书和律师事务文书等。

2．依写作和表达方式不同，分为文字叙述式文书、填空式文书、表格式文书和笔录式文书。

三、法律文书的特点

1．主旨的鲜明性

所谓主旨就是制作文书的目的及文书的中心思想。主旨的鲜明性要求文书的目的明确单一，文书的中心思想也要明确，不能模棱两可或者让人产生岐义。

2．材料的客观性

首先，司法文书中所使用的案情事实材料必须客观真实，不能有半点虚假，既不能夸大缩小，更不能编造虚构。其次，在引证法律条款时要有针对性。

3．形式的程式性

主要表现在以下两个方面：一是结构固定；二是有一部分文字采用程式化的行文，即程式化的用语。

四、司法文书的作用

司法文书是诉讼活动的必然产物，是诉讼活动的结论和文字凭证，司法文书的作用主要体现在以下几个方面：

1．具体实施法律的重要工具；

2．诉讼活动的忠实记录；
3．衡量办案质量和考察干部素质的重要标准；
4．法制宣传的有力武器。

第二节　司法文书的语言特征

一、准确性与客观性的统一

（一）准确地选用词语
1．所用词语的含义必须确切、单一；
2．限界的划分要明确；
3．重视对近义词的选择
（二）句式的恰当运用和整个文意的正确表达

二、具体与简明相容

（一）叙述事实，重在叙述关键的情节
（二）论证理由，重在剖析情节之间的逻辑关系和事实与法律的内在联系

三、平实与生动的结合

（一）使用涵义实在而具体的词语
（二）使用淡雅、规范的词语

四、严谨与周密的融合

第三节　司法文书的写作要求

一、叙事清楚

（一）写清关键性情节
（二）突出争执焦点
（三）因果关系必须交代清楚
（四）认定事实要分析说明证据

二、说理充分

（一）论证理由要加强分析
（二）适用法律准确

复习与思考题

1．司法文书的概念、特点、作用是什么？
2．简述司法文书的语言特征？
3．司法文书的写作要求有哪些？

拓展阅读书目

1．法律文书学，卓朝君，邓晓静主编，北京大学出版社 2004 年 8 月版
2．司法文书研究，熊先决著，人民法院出版社 2003 年 7 月版
3．法律文书写作与训练，马宏俊主编，中国人民大学出版社 2005 年 8 月版

第二章　律师的法律文书

本章教学目的和基本要求： 律师的文书包括诉讼文书和非诉讼文书，本章的知识点了解律师重点文书包括起诉状、答辩状、上诉状、辩护词、代理词、法律意见书以及合同的写作方法。重点和难点是起诉状理由、答辩意见、上诉状理由、辩护理由和代理理由的写法。

学时分配：10 学时

第一节　律师法律文书概述

一、律师法律文书的概念、类别

（一）律师法律文书的概念

律师法律文书是指律师依法参加诉讼或处理非诉讼法律事务时制作的文书。

（二）律师法律文书的类别

1．按照文书的性质不同分为诉讼文书和非诉讼文书；

2．按照文书的主体不同分为律师代写的文书和律师书写的文书。

二、律师法律文书的功能

1．有利于维护委托人的合法权益；

2．有利于诉讼程序的顺利进行；

3．有利于宣传社会主义法制。

第二节　起诉状

一、起诉状的概念、类别、作用

起诉状是公民、法人或其他组织因自身合法权益受到侵害而向人民法院提起诉讼的书状。起诉状分为民事起诉状、行政起诉状和刑事自诉状。起诉状在诉状类文书中又是最重要的。

律师代写起诉状一方面有助于委托人依法行使诉讼权利，维护委托人合法权益；另一方面有助于人民法院了解案情，从而及时、公正地处理案件。

二、起诉状的格式与写作方法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

这一部分是起诉状的核心部分，是法院能否受理和原告能否胜诉的关键。其目的和任务是叙述说明提出诉讼请求的事实根据和法律依据。“事实和理由”二者密切关联，相互渗透，彼此呼应，而又各有相对的独立性。

1．事实的写法

（1）事实的写作要点，一要抓住关键或主要情节；二要围绕诉讼请求。

（2）事实部分包含的内容：

民事起诉状应当着重写清楚与被告人发生纠纷的起因、经过、争执点或主要分歧。

刑事自诉状应写清楚犯罪时间、地点、犯罪动机、目的、手段、主要犯罪行为实施过程、危害

结果等要素。

行政起诉状的事实部分应写明以下几点：① 原告一方引起行政机关作出具体行政行为的事项；②经哪一个行政机关作出具体行政行为，经过的情况，具体行政行为的详细内容；③ 原告对具体行政行为曾否申请复议，复议机关是否改变了原具体行政行为，若改变了，改变后的具体行政行为的内容。

2．理由的写法

一般分作三个层次：①对被告侵权事实进行概括、归纳（突出侵权主要行为及侵害结果），使案情与分析衔接呼应；②依据有关实体法、法规、政策等，联系上述事实，指明被告行为的违法侵权性质，原告的正当权益应该受到保护；③提出诉讼请求，并援引民事诉讼法，刑事诉讼法或行政诉讼法作为提起诉讼的法律依据。

3．证据和证据来源，证人姓名和住址。

（三）尾部的写法

第三节　答辩状与反诉状

一、答辩状的概述和写作方法

（一）答辩状的概念、类别

答辩状是指民事、行政、刑事自诉案件的被告人、被上诉人或被申诉人针对起诉状或上诉状或申诉状的内容，进行回答并提出反驳理由的书状。答辩状分为民事答辩状、刑事答辩状和行政答辩状。

（二）答辩状的写作方法

1．首部的写法；

2．正文的写法。

正文包括答辩理由和答辩意见。答辩理由应针对对方诉状的诉讼请求进行驳辩。开头可概括说明对诉讼请求的基本看法，然后根据实际情况，从事实、法律、逻辑等方面进行论辩。一般采取以下具体方法：

第一，针对其不实之词进行反驳；

第二，针对适用法律错误进行反驳；

第三，针对对方理由论证的错误进行反驳。答辩意见即在驳辩的基础上，提出主张，否定对方诉状中的诉讼请求。

3．尾部的写法。

（三）答辩状的写作技巧

紧紧围绕原告的诉讼请求进行答辩；

答辩要紧紧围绕合同进行；

答辩应当尽量全面完整。

二、反诉状的概述与写作方法

（一）反诉状的概念、特点

反诉状是指刑事自诉或民事诉讼的被告提出的与原告的诉讼请求事实上和法律上有牵连的独立请求，要求人民法院与原告起诉合并审理，并追究原告相应民事或刑事责任的法律文书。

反诉状的写法上与答辩状相似，但不像答辩状的针对性那么强。需要注意的是，答辩状可以在一审、二审和再审程序中提出，反诉状只能在一审程序中提出；答辩状并不提出独立的诉讼请求，

而反诉状不仅回答、反驳对方的诉讼请求，而且提出独立的诉讼请求。

（二）反诉状的写法

1．首部的写法

2．正文的写法

反诉状的正文部分包含反诉请求、反诉理由以及证据三部分。

3．尾部的写法

第四节　上诉状与申诉状

一、上诉状的概述以及写作方法

（一）上诉状的概念、作用

上诉状是指民事、刑事、行政案件的当事人或他们的法定代理人，不服一审法院的裁决，在法定的上诉期内，向上一级人民法院提出要求重新审理的书状。

上诉状不仅有利于维护委托人的合法权益，而且有利于对审判工作进行监督。

（二）上诉状的写法

1．上诉请求。上诉请求应该“具体、明确、合法”。上诉请求，即请求二审人民法院撤销原审裁判，或变更原审裁判中某一项，或者对本案重新审理。

2．上诉理由。上诉状应从以下四个方面提出上诉理由：①认为原审裁判认定事实有错误，或有出入，或遗漏了重要事实，或缺乏证据；②原审裁判适用法律错误；③认为原审裁判违反法定诉讼程序。如应回避而未回避的，应有辩护人而无辩护人的，未按规定交给当事人书状副本，审判组织不合法等。上诉状应根据导致本案原审裁判错误的具体原因有针对地进行批驳。一要以确凿的事实和证据反驳原审裁判的不实之词；二要用法律、法规、政策以及事理常情指出原审裁判结论的非法性、荒谬性。

二、申诉状写作方法与技巧

（一）申诉状的概念

申诉状是指诉讼当事人及法定代理人，刑事被害人及其家属或其他公民对已经发生法律效力的判决、裁定或者人民检察院制作的不起决定书不服，向人民法院或人民检察院提出要求重新处理的书状。另外，有一种再审申请书，供民事案件的当事人在判决裁定发生法律效力后二年内提出再审申请用，写法与申诉状大体相同，只不过把申诉人改为申请人。

（二）申诉状的写法

在写申诉的事实和理由包含以下几个方面：① 对案情事实，原来的处理经过及最后的处理结果进行综合叙述。目的在于使人了解案情梗概，文字务求简练，切忌冗长。② 针对原来的处理决定的不当之处，依次阐述。要具体说明原判决书或裁定书，是认定事实有错误，还是适用实体法不当，抑或是因适用程序法不当而造成错误处理的后果。③ 列举证据和法律依据进行论证。应列出充分的证据，并援引有关法律条款。这样才能做到论证有力，说服力强。如果离开了证据和法律依据空发议论，是无济于事的。④ 提出具体请求目的。在对原判决书、裁定书中认定事实或适用法律方面的不当之处进行充分论证的基础上，自然地引出申诉的具体请求，该请求必须明确、具体、完整。

第五节　辩护词和代理词

一、辩护词的概述和写作方法

（一）辩护词的概念和功能

辩护词是指刑事案件的被告人或其辩护人，针对自诉状、起诉书、公诉意见书的指控进行反驳和辩解，说明被告人无罪，罪轻或者应当减轻，免除其刑事责任的法庭辩论文书。

辩护人通过发表辩护词，维护被告人的合法权益，有利于人民法院审判案件时客观地、全面地查明事实和正确适用法律条款，作出公正、合法的裁判。

（二）辩护词的写法

1．首部的写法

2．正文的写法

正文包括辩护理由和辩护意见。这一部分是辩护词的核心部分，是辩护人对案件的基本观点和看法全面、系统地论证。辩护理由的具体内容和写法要根据案件的不同情况而确定。从司法实践来看，辩护词的具体内容和范围归纳起来主要有以下几个方面：为被告人做无罪辩护；为被告人做有罪辩护，应着重从案件定性和对被告人从轻、减轻或者免除处罚等方面进行；起诉书对案件定性和认定的罪名是否准确，适用的法律条款是否恰当；看诉讼程序是否合法；从情理上提出辩护意见。

3．尾部的写法

二、代理词的概述和写作方法

（一）代理词的概念和特点

代理词是律师或其他代理人，以被代理人的名义，在被代理人授权范围内参加诉讼，为维护被代理人的合法权益，在法庭辩论阶段所作的系统发言。

代理词与辩护词一样都属于法庭演说词。但是代理词不同于辩护词。首先，辩护词适用于刑事案件，它是为刑事案件的被告人进行辩护时采用的；而代理词是为民事案件的当事人、刑事自诉案件的自诉人，刑事公诉案件的被害人或其近亲属代理时采用的。其次，由于诉讼人理人是以被代理人的名义，在被代理人的授权范畴内参加诉讼，因此，他制作的代理词必须维护被代理人的合法权益，不能作超越代理权限的发言。

（二）代理词的写作方法

代理意见实际上是对诉状内容的补充和完善。写代理意见同样以法理服人，以情理感人。代理词一般包含以下三个方面的内容：首先，论证双方之间的法律关系或者认定案件的性质；其次，法律事实或法律行为的效力；再次，论证双方的权利、义务关系以及责任。

第六节　法律意见书

一、法律意见书的概念和作用

法律意见书，是指律师应当事人的要求，针对某一法律事务，根据掌握的事实和材料，正确运用法律进行阐述和分析，作出肯定或否定的结论，有时还要提出积极的建议，出具给当事人的一种书面意见。

法律意见书的作用是对当事人提出的问题进行书面解答，为当事人的经营决策提供法律专业方面的帮助；同时，由于法律意见书在市场准入、信息披露等方面的社会功能，以及公众对律师和律

师事务所的信任程度，使法律意见书又具有很强的市场引导作用。

二、法律意见书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．主体问题；

2．委托事项或当事人咨询问题所涉及到的批准程序及条件；

3．有关信息的披露；

4．结论意见。

（三）尾部的写法

三、制作法律意见书应注意的问题

第七节　合　同

一、合同的概念、特征

合同是作为平等主体的自然人、法人和其他组织之间为共同达到一定的目的，依照法律规定，双方确定的一定权利与义务关系的协议。合同具有以下特征：

1．合同是一种具有制约力的文书；

2．合同是双方或多方当事人意思表示相一致的文书；

3．合同是当事人在平等地位上形成的文书。

二、合同的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．双方签订合同的依据和目的；

2．标的；

3．数量；

4．质量；

5．价款或者报酬；

6．履行的期限、地点和方式；

7．违约责任；

8．解决争议的方法；

9．根据法律规定或者按照合同的性质必须具备的条款；

10．依据法律规定或合同约定，需要登记、备案、公证或签证，依法办理相关手续。

11．补充协议的制定；

12．合同的有效期限。

（三）尾部的写法

复习与思考题

1．起诉状的正文包含哪些内容？

2．上诉状、答辩状与在写法上与起诉状有什么区别，其特点是什么？

3．辩护词围绕什么问题进行辩护？阐述辩护理由通常采用哪几种方法？
4．代理词的结构有哪几部分，代理词的论证方法有哪几种？
5．制作法律意见书应当注意哪些问题？
6．法律意见书正文的写法？

拓展阅读书目

1．法律文书写作与训练，马宏俊主编，中国人民大学出版社 2005 年 8 月版
2．法律文书格式与写作技巧，程滔主编，方正出版社， 2003 年 2 月
3．中国律师文书范本，宁致远主编，中国民主法制出版社，1999 年 7 月
4．实用律师业务文书，刘金华著，中国检察出版社，1996 年 5 月

第三章　公安机关刑事法律文书

本章教学目的和基本要求：掌握公安机关主要的法律文书的写作方法包括立案报告、提请批准逮捕书和起诉意见书的写法。重点和难点是提请批准逮捕书以及起诉意见书理由的写法。

学时分配：4 学时

第一节　概　述

一、公安机关刑事法律文书的概念和特点

公安机关司法文书是公安机关（含国家安全机关）在办理刑事案件过程中依法进行侦查、拘留、预审时所制作的具有法律效力和法律意义的专用文书。具有以下特点：

1．法律的约束性

2．制作的规范性

3．适用的特定性

二、公安机关刑事法律文书的种类和作用

（一）分类

根据 2002 年公安部印发的《公安机关刑事法律文书格式的通知》，公安机关的刑事法律文书共 92 种，分类如下：

1．立案、管辖、回避的文书；

2．律师参与刑事诉讼文书；

3．强制措施文书；

4．侦查取证文书；

5．执行文书；

6．通用文书。

（二）作用

1．依据凭证的作用

2．历史见证的作用

3．宣传教育的作用

第二节　立案报告书

一、立案报告的概念和作用

立案报告是公安机关侦查人员对符合立案条件的案件，报请领导审批立案侦查的书面报告。立案报告具有确定案件成立并予以诉讼处理和指导侦查活动的作用。它和刑事立案登记表的区别在于前者适用重大案件或案情复杂的案件。公安机关立案报告只对内不对外，是公安机关内部使用的一种报告。这种内部使用的报告，主要写明立案的依据，即写明经过初步审查，认定犯罪事实和犯罪嫌疑人的依据。

二、立案报告的写作方法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．案件受理情况

具体写明案件来源，是报案、控告、举报还是自首的，是公安机关工作中发现的，还是其他公安机关移送的，重点反映案件属于自己管辖范围，有权处理。

2．案件审查情况

《立案报告》写审查情况，中心是证实有犯罪事实，因而只需客观记述，不加分析判断。审查情况主要包括：①现场勘查情况。②现场调查访问情况。③刑事技术鉴定情况

3．案情分析

公安机关对案件审查后进行分析，包括①对犯罪事实的分析；②对犯罪嫌疑人的分析；③对案件性质的认定。以形成对案件的初步认识，中心是认为有犯罪事实需要追究刑事责任。

4．立案请示

（三）尾部的写法

第三节　提请批准逮捕书

一、提请批准逮捕书概念和作用

提请批准逮捕是指公安机关对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人，有逮捕必要时，提请同级人民检察院审查批准时所制作的文书。

在刑事诉讼活动中，为了防止犯罪嫌疑人逃跑、自杀、串供、毁灭或伪造证据等逃避侦查和继续危害社会的行为发生，对于那些有逮捕必要的犯罪嫌疑人，必须坚决及时地逮捕，以确保刑事诉讼活动的顺利进行，维护社会治安的稳定。然而在刑事强制措施中，逮捕是最严厉的一种，一旦使用不当，就会发生错捕、错押现象，侵犯公民的人身权利，产生消极影响，损害司法机关的声誉和我国法律的尊严。所以，在侦查办案过程中需要逮捕犯罪嫌疑人，必须严格按照法律规定进行。

二、提请批准逮捕书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

主要写明犯罪嫌疑人的犯罪事实，应当适用的法律条款和提请审查批准逮捕的结论。

（三）尾部的写法

第四节　起诉意见书

一、起诉意见书的概念和作用

起诉意见书是指公安机关对自己侦查终结的刑事案件，认为被告人的行为已构成犯罪，依法应当追究刑事责任时，移送同级人民检察院审查起诉的司法文书。

二、起诉意见书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．犯罪事实

公安机关在侦查、预审过程中查明认定的全部犯罪事实写清楚。并写清犯罪的时间、地点、动机、目的、手段、情节和危害后果，因为上述要素都与犯罪有关，是定罪量刑的重要条件，必须一一书写。

2．起诉意见书的理由和法律依据

根据公安部 1989 年修订制作的预审文书新的格式，这部分应写明三点内容：一是讲明被告人的行为触犯的刑法条款；二是写明被告人的犯罪性质，即构成什么罪。书写时要求适用法律条款准确，对被告人的行为性质的认定要以事实为根据，以法律为准绳，以刑法分则上的罪名为准。三要写明将本案移送同级人民检察院审查起诉的程序法依据。

（三）尾部的写法

复习与思考题

1．提请批准逮捕书的正文包括哪些内容？

2．起诉意见书的犯罪事实记叙方法有哪些？

3．写起诉意见书的理由时应注意哪些问题？

拓展阅读书目

1．法律文书写作与训练，马宏俊主编，中国人民大学出版社 2005 年 8 月版

2．司法文书写作方法与技巧，刘金华主编，大众文艺出版社，2002 年 1 月

3．司法文书格式与实例选编，顾克广，率蕴铤主编，中国政法大学出版社，1999 年 8 月

4．公安机关刑事法律文书的制作与使用，周水清、云山城主编，警官教育出版社 1996 年版

第四章　人民检察院刑事法律文书

本章教学目的和基本要求：掌握人民检察院主要的法律文书的写作方法包括起诉书、不起诉决定书、刑事抗诉书和公诉意见书的写法。重点和难点是起诉书、抗诉书理由的写法以及公诉意见书内容的写法。

学时分配：6 学时

第一节　概　述

一、人民检察院刑事法律文书的概念和特征

人民检察院的司法文书是人民检察院在行使刑事检察职能，如立案侦查、审查批捕、提起公诉以及对各类诉讼案件实行法律监督所制作的司法文书。

人民检察院的刑事法律文书具有以下特征：

1．制作主体是独特的、唯一的；

2．制作必须遵循法律程序；

3．是国家公文，以国家的强制力作保障。

二、人民检察院刑事法律文书的种类和作用

根据高人民检察院制发的《人民检察院刑事诉讼法律文书格式》，分为以下几类：

（一）按照诉讼程序将人民检察院的司法文书分为 11 类：一立案文书，为立案决定书、不立案通知书；二侦查文书，为传唤通知书、搜查证、移送审查起诉意见书；三强制措施文书，为取保候审决定书。拘留决定书．逮捕决定书等；四审查起诉．出庭文书，为补充侦查决定书，起诉书，不起诉决定书；五抗诉文书，为刑事抗诉书，撤回抗诉决定书；六审批延长羁押期限文书；七刑事法律监督文书，为纠正违法通知书，纠正不当减刑裁定意见书；八辩护、代理文书，为批准聘请律师通知书、批准会见在押犯罪嫌疑人决定书，委托辩护人告知书等；九笔录类文书，为调查笔录、搜查笔录、询问证人笔录等通用文书，为回避决定书，复议决定书等；十一工作文书，公诉意见书等。

（二）按照案件的来源不同，可分为刑事检察文书和人民检察院办理公安机关侦查的刑事案件所使用的文书， 这种文书有 70 多种；人民检察院直接受理侦查的刑事案件所使用的文书，这种文书也有 70 多种。

（三）按照文书制作的形式不同，可分为填空式、笔录式、表格式和文字叙述式四类。其中填空式、表格式及笔录式三种文书较易制作。而文字叙述式文书，则比较复杂。既要叙述案情事实，又要分析判断写明理由，引用针对性法律依据。

人民检察院的司法文书是办理案件的客观记录，是行使检察权的重要文字凭证，是保证法律实施的重要工具。准确制作人民检察院的司法文书对于依法保护人民、打击敌人、惩治犯罪具有重要的意义。

三、人民检察院刑事法律文书的制作要求

（一）制作必须符合法律规定

（二）在形式上必须统一

（三）内容必须明确，具有针对性

（四）制作必须具有对应性

第二节　人民检察院的审查起诉、出庭文书

一、起诉书的概述

（一）起诉书的概念和特征

起诉书是人民检察院对公安机关移送审查起诉或自行侦查的案件，认为被告人的犯罪事实已查清，证据确实充分，依法追究刑事责任时而制作的向人民法院提起公诉的司法文书。

起诉书与起诉状的区别：

1．制作主体不同：起诉书是人民检察院制作的：起诉状是公民、法人和其他组织。

2．目的不同：起诉书是为了揭露犯罪、指控犯罪：起诉状是为了维护公民、法人和其他组织的合法权益。

3．使用范围不同：起诉书限于刑事案件，起诉状限于民事案件，行政案件和刑事自诉案件。

（二）起诉书的种类和作用

基于案件类型和适用程序不同，起诉书的格式分为四种，分别适用于普通程序案件、单位犯罪案件、简易程序案件和刑事附带民事诉讼案件，各种格式在内容上均有所侧重。

起诉书是检察机关揭露犯罪，指控犯罪，把被告人交付法庭审判的法律依据，同时还是审判机关受理公诉案件，开庭审判的文件根据。因此起诉书是一种重要的司法文书。

二、起诉书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．犯罪事实

犯罪事实是起诉书的核心部分，是阐明起诉理由和法律依据的基础，集中体现“以事实为根据”的司法原则，这部分内容写得好坏，直接关系到起诉书的质量，因此必须精心制作，符合下列基本要求：

第一，事实材料选择得当；

第二，要素齐全；

第三，围绕犯罪的本质特性；

第四，全面、重点突出；

第五，叙述做到纯净有节，避免消极影响。

2．证据

起诉书中要写明主要证据的名称、种类，虽不必对证据与事实、证据与证据之间的关系进行具体的分析、论证，但不能简单叙述为“有书证、物证、证人证言、被告人供述、鉴定结论、视听资料等证据证实”而应具体化，即什么书证、物证，证人证言等，谁作出的。叙写证据时，一般应当采取“一事一证”的方式，即在每一起案件事实后，写明据以认定的主要证据。对于作案多起的一般刑事案件，如果案件事实是概括叙述的，证据的叙写也可以采取“一罪一证”的方式，即在该种犯罪后概括写明主要证据的种类，而不再指出认定每一起案件事实的证据。

3．起诉理由与法律依据

阐述理由时，首先用准确、精炼的语言对被告人的犯罪事实做一个高度的概括，并分析说明被告人犯罪的主观恶性程度；犯罪行为的性质、特点；社会危害程度；情节严重程度等。阐述理由后要引证法律。对法律的适用要得当，先适用实体法后适用程序法。

法律依据包含如下内容：

（1）指出被告人的行为触犯了《中会人民共和国刑法》X 条 X 款构成 X 罪。所适用的法律条款均要求具本到条、款、项。

（2）如果被告人有法定从重、从轻或从重加重情节，如果累犯、主犯、未成年人、立功、自首、中止、未遂等，在适用法律条款埋，应先引定罪条款，后引量刑的情节条款。

（3）提起公诉的目的。

（4）引刑诉法作为起诉的法律依据。

（三）尾部的写法

第三节　不起诉决定书的格式与写作方法

一、不起诉决定书概念、种类和作用

不起诉决定书是指人民检察院对公安机关、国家安全机关移送审查起诉的案件以及本院直接受理侦查移送起诉的案件，经过审查认为，犯罪嫌疑人具有我国《刑事诉讼法》第 15 条规定的情形之一，或者犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除处罚，或者经两次补充侦查仍认为证据不足，不符合起诉条件，或者其行为不构成犯罪而作出不起诉决定时所制作的文书。新的刑诉法修改和完善了我国的不起诉制度，扩大了不起诉案件的范围，与此相应，反映不起诉制度的重要法律文书不起诉决定书在写法上也有所改变。

不起诉决定书是人民检察院代表国家对被告人的行为所作出的无罪认定或不追究刑事责任的法律凭证，它对于保障无罪的人不受刑事追究，保护公民的合法权益不侵害具有重要意义。

二、不起诉决定书的内容与写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．案件事实

这一部分要写明经检察院审查查明的案件的真实情况。注意一定围绕着不起诉的法定条件和特征来叙述，着重写明据以决定不起诉的事实，使所叙述事实与处理结果之间具有严密的逻辑联系。应针对不同案情，突出不同特点，采取不同的写法。

2．证据

不起诉决定书也要把证据写确实充分，不能因为不起诉了就不写证据或写得不确实不充分。如果不起诉决定是以被告人无罪为前提的，那么就应在叙述被告人无罪事实的同时，列举证明被告人无罪的证据。如果所列举的证据不确实，不充分就不能说明被告人无罪。因此，证据这一部分不是可有可无，而一定要写好。

3．理由及法律适用

不起诉决定书的理由及法律适用。应当通过对被告人行为事实的高度概括，说明其行为的性质、后果及在法律上的意义，再引用刑法或刑事诉讼法条款，作为不追究刑事责任的法律根据。最后引用《刑事诉讼法》第 142 条作为检察机关作出不起诉决定的法律依据。

（三）尾部的写法

第四节　刑事抗诉书

一、刑事抗诉书的概念、种类和作用

刑事抗诉书是人民检察院认为人民法院的刑事判决、裁定确有错误时，按照法定的抗诉程序或审判监督程序向人民法院提出抗诉，要求重新审理，纠正错误时制作的法律文书。

人民检察院提起抗诉的案件必须依照法定程序进行。按照我国刑事诉讼法规定，人民检察院提起抗诉的法定程序有：“上诉程序的抗诉”和“审判监督程序的抗诉”两种。“上诉程序的抗诉”和“审判监督程序的抗诉”作用相同，都是为了正确实施法律，纠正错误的判决和裁定，维护社会主义法制和保护公民的合法权利。

二、刑事抗诉书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

抗诉书的正文包括审查意见、抗诉理由，法律依据等内容。

1．审查意见。

概括叙述检察机关认定的事实、情节，即根据具体案件事实、证据情况，围绕刑法规定该罪的构成要件特别是争议问题加以叙述，并指出原判决、裁定的错误所在，说明检察机关抗诉的重点。这部分要观点鲜明，简明扼要。

2．抗诉理由

抗诉理由的论述要有针对性，即针对原审法院的判决和裁定中的错误进行论证。即具体指出原审法院的判决，裁定有什么错误，错在哪里。抗诉理由的书写书应当针对法院的判决和裁定错误之处阐明抗诉的理由，判决书和裁定书正确的部分，可不必涉及。根据制作司法文书的要求和司法实践经验，抗诉理由可以从以下几个方面提出：（1）针对原审法院的判决裁定对认定事实的错误提出抗诉理由；（2）针对原审法院判决、裁定中适用法律的错误而提出抗诉理；（3）原判决或裁定量刑不当；（4）针对原判决、裁定严重违反诉讼程序方面的错误提出抗诉理由。

3．结论性意见、法律根据、决定和请求事项。

（三）尾部的写法

第五节　公诉意见书

一、公诉意见书的概念和作用

公诉意见书是公诉人在法庭辩论阶段，为支持公诉，以起诉书为基础，结合法庭调查情况而进一步揭露、指控、论证被告人所犯罪行为的综合性发言。公诉意见书是以起诉书为基础制作的，是起诉书的发挥和补充。人民检察院通过发表公诉意见书，一是揭露被告人所犯罪行的社会危害性，通过惩戒教育犯罪分子本人，从而达到特殊预防的目的；二是帮助法庭查清犯罪事实，准确认定犯罪性质，为法庭正确实施法律，定罪量刑提供参考意见；三是对广大听群众进行法制宣传教育。

二、公诉意见书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

根据最高人民检察院制定的《人民检察院刑事检察工作细则》，应包括以下五个内容：

1．概括法庭调查的情况

综合概述法庭质证的情况、各证据的证明作用，并运用各证据之间的逻辑关系证明被告人的犯罪事实清楚，证据确实充分。

2．分析被告人犯罪目的、动机、手段

公诉意见书通过分析被告人犯罪目的、动机及采用的手段，揭露被告人的主观恶性程度。

3．揭露被告人的罪行造成的严重后果

起诉书中一般只说明被告人的行为造成了哪些严重后果，而公诉意见书深入细致地分析被告人造成的后果，显示其社会危害性。

4．从本案中应当汲取的经验教训

公诉意见书起着法制宣传教育的作用，通过对案件的剖析，从中总结某些值得吸取的经验教训。

5．论述被告人触犯的法律条款，及其应负的法律责任

公诉意见书不仅从事实、证据上揭露犯罪，而且从法律上阐明被告人所触犯的法律条款和应负的责任，从而发挥人民检察院的监督职能。

（三）尾部的写法

复习与思考题

1．起诉书的理由包含哪些内容？

2．公诉意见书的正文一般包含哪些内容？

拓展阅读书目

1．法律文书格式与写作技巧，程滔主编，方正出版社， 2003 年 2 月版

2．法律文书教程，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 8 月版

3．法律文书格式及实例点评，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 9 月版

4．检察法律文书制作与适用，最高人民检察院法律与政策研究室编，中国法制出版社 2002 年 2 月版

5．人民检察院法律文书格式，最高人民检察院法律与政策研究室编，中国法制出版社 2002 年 2 月版

第五章　人民法院裁判文书

本章教学目的和基本要求：掌握人民法院主要的法律文书的写作方法包括刑事一审、二审判决书以及民事一审、二审判决书的写法。重点和难点是一审刑事和民事判决书内容的写法。

学时分配：6 学时

第一节　概　述

一、人民法院裁判文书的概念和特征

人民法院的司法文书是指人民法院在审理刑事、民事（含经济）和行政案件的过程中，制作的各种具有法律效力和法律意义的文书。人民法院的文书具有以下特点：

1．具有法律的约束性。人民法院的文书，像判决书、裁定书、调解书一经生效，即具有强制执行效力，必须执行，否则承担法律后果。

2．具有制作的合法性。人民法院的文书都是依法制作的。即按照诉讼法规定的程序和要求，在一定诉讼程序上或是环节上应该制作并使用什么文书。

3．具有形式的规范性。人民法院的文书不仅要依法制作，而且还要符合一定的格式和内容要求。

二、人民法院裁判文书的种类和作用

1999 年最高人民法院颁布了《法院刑事诉讼文书样式》，该样式将人民法院的文书分为 14 大类，分别是：（1）裁判文书类；（2）决定、命令、布告类；（3）报告类；（4）笔录类；（5）证票类；（6）书函类；（7）通知类；（8）其他类；（9）书状类。人民法院的文书是人民法院行使审判权的具体体现，是进行审判活动的记载。

第二节　人民法院刑事裁判文书

一、第一审刑事判决书

（一）第一审刑事判决书的概念、适用范围和作用

第一审刑事判决书是指人民法院对于人民检察院提起公诉的刑事案件，依照《刑事诉讼法》规定的一审程序进行审理，根据已经查明的事实、证据和有关法律规定，确认被告人有罪或者无罪，犯的什么罪，适用什么处罚或者免除处罚而作出的书面决定。

从内容上看，第一审公诉案件刑事判决书适用于四种结果：一是案件事实清楚，证据确实、充分，依照法律认定被告人有罪而作出的有罪判决；二是依据法律认定被告人无罪的无罪判决，它包括被告人的行为不构成犯罪或者被告人根本就未实施犯罪行为两种情况，对此理论上称之为“绝对无罪”；三是证据不足，不能认定被告人有罪而作出的无罪判决理论上称之为“存疑无罪”；四是对因不满 16 岁而不予刑事处罚和精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果不予刑事处罚的案件，作出被告人不负刑事责任的判决。

一审刑事公诉案件判决书的作用体现在以下几点：

1．有利于惩罚犯罪，使无罪的人不受刑事追究。

2．有利于宣传社会主义法制。

3．有利于减少上诉和申诉。

（二）第一审刑事判决书的内容和写法

1．首部的写法

2．正文的写法

一审刑事判决书的正文包括事实、证据和理由。

事实由控辩双方的意见、法院认定的事实及认定犯罪事实的证据三部分组成。首先，控辩双方的意见，概述一下人民检察院指控被告人犯罪事实、证据和适用法律方面的意见；被告人的供述、辩解和辩护人的辩护要点及有关证据。其次，法院认定的犯罪事实应当写明犯罪的时间、地点、被告人犯罪的动机、目的、犯罪使用的方法、手段、犯罪的情节以及因被告人犯罪行为所造成的损害结果。

一审刑事判决书的证据一定要写得具体、充分。书写证据应注意以下几点：第一，列举证据时，不仅要写出有什么证据，还要写明有哪一方面的证据。第二，在写证据的时候，要注意证据的连锁性，使多方面的证据能够相互印证。第三，应当把证据与犯罪事实之间的必然联系写清楚。

理由根据查证属实的事实、证据和法律规定，论证公诉机关指控的犯罪是否成立，被告人的行为是否构成犯罪，犯的什么罪，应否从轻、减轻、免除处罚或者从重处罚，与前面叙述控辩双方的意见和审理查明的事实、证据成为有机联系的整体。

3．尾部的写法

二、第二审刑事判决书

（一）第二审刑事判决书的概念、范围和作用

第二审程序刑事判决书是指上一级人民法院根据依法提出的上诉或者抗诉，对下一级人民法院所作的第一审未生效的判决、裁定重新进行审理的司法文书。

第二审刑事判决书的适用范围：（1）第一审判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，应当改判的；（2）第一审判决认定事实没有错误，但量刑不当，应当改判的；（3）原判认定事实不清楚或者证据不足，在查清事实后予以改判的。

第二审刑事判决书的作用体现在以下几个方面：

1．有利于准确地惩罚犯罪分子。

2．有利于保护当事人的合法权益。

3．有利于发挥上级人民法院对下级人民法院审判活动的监督和指导作用。

（二）第二审刑事判决书的内容和写法

1．首部的写法

2．正文的写法

第二审刑事判决书事实包括原判的情况、二审诉辩的主张和二审法院认定的事实。二审的事实首先写明经二审法院审理查明的事实；其次写明二审据以定案的证据；最后对上诉理由与原判有争议的内容进行分析认证。

根据二审查明的事实、证据和有关法律规定，论证原审判决认定的事实、证据和适用法律是否正确。对于上诉人、辩护人或者出庭履行职务的检察人员等在适用法律、定性处理方面的意见，应当有分析地表示采纳，并阐明理由。

书写二审刑事判决书的事实与理由，应注意以下几个问题：第一、二审刑事判决书的写法在于加强针对性，即应重点针对一审判决中的错误，针对上诉、抗诉的意见和理由，进行叙事说理。第二、对诉辩各方有分歧的事实和理由部分要详写，没有异议的事实和理由部分可以略写。对上诉、抗诉意见，应当进行分析论证。

3．尾部的写法

第三节　人民法院民事裁判文书

一、第一审民事判决书

（一）第一审民事判决书的概念和作用

第一审民事判决书是指一审人民法院按照《民事诉讼法》规定的第一审普通程序或简易程序对审理完结的民事案件和经济纠纷案件，就如何解决当事人之间的实体权利义务争议问题依法作出的书面处理决定。第一审民事判决书是重要的民事裁判文书。制作好一审民事判决书，对于明确当事人之间的权利义务关系，制裁民事违法行为，及时处理民事纠纷，保护国家、集体、公民的合法权益，都具有重要的作用。

（二）第一审民事判决书的内容和写法

第一审民事判决书包括正文部分包括事实、证据、理由和结论。

事实包括两个方面的内容：一是当事人的诉讼请求、争议的事实和理由。即原告具体要求解决什么争议问题，如何解决及其事实和理由；被告对原告的诉讼请求所持的态度，陈述的主要事实和理由。二是法院认定的事实和证据。法院认定的事实写明以下几个方面的内容：当事人之间的法律关系，发生法律关系的时间、地点及法律关系的内容；产生纠纷的原因、经过、情节和结果。叙述的方法一般应按照时间顺序，客观地、全面地、真实地反映案情，同时要抓住重点，详述主要情节和因果关系。

理由应写明判决的理由和判决所依据的法律。判决的理由是人民法院根据认定的事实和证据，针对当事人争议的事实和理由，依照有关法律、法规和政策，所作出的分析和论证。人民法院的判决书是从法理、事理上，对当事人之间争议的是非曲直进行公正、合理的评定，具体阐明谁是谁非和双方的责任，以及责任的大小和对纠纷如何解决的具体观点，对诉讼请求合法有理的予以支持，不合法无理的不予支持。对违法的民事行为应当严肃指明，必要时给予适当批驳。

结论即判决结果，是对案件实体问题造成的处理决定。判决结果要明确、具体、完整。

二、第二审民事判决书

（一）第二审民事判决书的概念、适用范围和作用

第二审民事判决书是指中级以上人民法院对当事人不服一审人民法院作出的判决提起上诉的案件，依照《民事诉讼法》规定的第二审程序审理终结后作出的书面处理决定。制作二审民事判决书的法律依据是《民事诉讼法》第 152 条和 153 条。

第二审民事判决书的适用范围：（1）原审判决认定事实清楚，适用法律正确，维持原审判决的；（2）原审判决适用法律错误，需要改判的；（3）原审判决认定事实错误或原审认定事实不清，证据不足，二审查清了事实，需要改判的案件。

第二审程序民事判决书的作用在于纠正一审错误的判决，维持一审正确的判决；维护当事人的合法权益；实现上级人民法院对下级人民法院的监督具有重要的意义。

（二）第二审民事判决书的内容和写法

首先要概括写明原审认定的事实和判决结果，简述上诉人提起上诉的请求和主要理由，被上诉人的主要答辩以及第三人的意见。对原审认定的事实和判决结果只需高度的概括，不用照抄原判决书，突出主要内容；对上诉请求和理由、被上诉人的主要答辩以及第三人的意见进行综合归纳，突出主要观点及论点。其次写明法院认定的事实。 法院认定的事实针对上诉人的上诉请求进行重点叙述，并运用相应的证据材料进行分析甄别。书写时交代清楚有关民事法律关系诸要素，注意详略得当。一般分为四种情况：一是原判决认定的事实清楚，上诉人又无异议，可以简述；二是原判决

认定的主要事实或者部分事实有错误的，对改变认定的事实要详写，并运用证据，指出原判认定的事实的不当之处；三是原判决认定的事实有遗漏的，则应补充叙述。书写二审认定的事实应重点突出二审合议庭如何运用相关证据材料对上诉人提出的上诉请求进行分析辨别，及当事人举证、质证和法院认证的过程。

理由部分围绕着原审判决是否正确，上诉是否有理进行评论。（1）原判正确，上诉无理的，要指出上诉理由的不当之处。（2）原判不当，上诉有理的，应阐明原判决错在哪里，上诉请求和理由符合什么法律、政策的规定，改判的理由是什么。（3）原判决部分正确，或者上诉部分有理的，则要具体阐明原判决和上诉意见分别对在哪里，错在哪里，应当怎样正确判处，等等。

结论是二审法院对当事人争议的实体问题作出的判决结果。其特点：一是要对原审判决作出明确表示，写明维持原判或者撤销原判，或者维持哪几项、撤销哪几项；二是对改判和加判的内容，要区别确认之诉、变更之诉、给付之诉等不同情况，作出明确、具体的处理决定

三、民事调解书

民事调解书是指人民法院在审理案件的过程中，根据自愿和合法的原则，在查明事实、分清是非的基础上，通过调解促使当事人自愿达成解决纠纷的协议，并制作的文书。调解书是在双方自愿及互相谅解基础上达成的协议。民事调解书是人民法院的一种重要诉讼文书，调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力，并与判决有同等的效力。民事调解书分为一审民事调解书、二审民事调解书和再审民事调解书。

民事调解书首先简明概述原告、被告及第三人的意见。其次，写明法院确认的事实。简要写明双方当事人争议的产生、发展和结果及争执焦点。案情复杂的，可以写得详细一些。这一部分只须概括叙述，而不象判决书写得详细。调解理由，按照《法院诉讼文书样式》规定不用再写。在事实叙写完毕之后写：“本案在审理过程中，经本院主持调解，双方当事人自愿达成协议。”最后写明协议的内容。协议内容是指当事人自愿达成解决争讼的协议条款。书写时应注意明确、具体、便于履行。

复习与思考题

1．人民法院裁判文书的概念、特征和作用？
2．一审刑事判决书应怎样加强说理？
3．一审刑事判决书证据的写法？
4．一审民事判决书在论证理由时应注意什么？

拓展阅读书目

1．法律文书格式与写作技巧，程滔主编，方正出版社 2003 年 2 月版
2．最新刑事裁判文书样式与实例评析，周道鸾编著，人民法院出版社 2000 年 8 月版
3．民事裁判文书改革与实例评析，周道鸾编著，人民法院出版社 2001 年 1 月版
4．法官判案如何讲理，唐文著，人民法院出版社 2000 年 1 月版
5．法院诉讼文书写作方法与技巧，刘永章著，大众文艺出版社 2002 年 1 月版

第六章　仲裁法律文书

本章教学目的和基本要求：掌握仲裁机关的主要法律文书的写作方法包括仲裁协议书、仲裁申请书、仲裁答辩书、仲裁反申请书和仲裁裁决书的写法。重点和难点是仲裁申请书、仲裁答辩书理由的写法和仲裁裁决书内容的写法。

学时分配：3 学时

第一节　仲裁法律文书概述

一、仲裁法律文书的概念和特征

仲裁文书则是仲裁过程中产生的法律文书，指仲裁机构和仲裁申请人依据仲裁法和仲裁规则制定的具有法律意义和法律效力的法律文书。具有以下特点：

1．仲裁文书的制作主体包括仲裁申请人和仲裁机构。

2．仲裁文书的制作必须符合《仲裁法》和仲裁规则的规定。

3．仲裁文书具有法律意义或法律效力。

二、仲裁法律文书的种类

仲裁文书可以根据不同的标准划分为不同的类型。主要有：

1．依据制作主体的不同，仲裁文书可分为申请人制作的仲裁文书和仲裁机构制作的仲裁文书。

2．根据案件是否具有涉外因素，可以将仲裁文书分为国内仲裁文书和涉外仲裁文书。

3．根据文书制作时间不同，仲裁文书可分为仲裁程序开始前的文书和仲裁程序开始后的文书。

三、制作仲裁法律文书的要求

仲裁文书的制作应当具有一定的规范性。仲裁文书的格式，既要区别于行政文书格式，也不能直接照搬民事诉讼文书格式，而应当根据《仲裁法》的规定和仲裁规则的具体情况，制定出仲裁专用的文种和格式。所以仲裁文书的制作应符合以下要求：

（一）符合法律、法规

制作仲裁文书必须符合相关法律、法规的规定。

（二）客观真实

客观真实的要求是仲裁文书必须遵循的最基本的要求，是仲裁文书的生命力所在。

（三）具体明确

仲裁文书应有具体明确的内容，应包含法律规定的全部内容，同时内容应该明确，使申请人及相关机构能够理解或执行。

第二节　仲裁协议书

一、仲裁协议书概述

（一）仲裁协议书的概念

仲裁协议书是申请人将已发生或将来可能发生的争议提交仲裁机构予以解决，并服从仲裁机构的裁决，以解决纷争为目的的书面协议。仲裁协议在整个仲裁制度中处于至关重要的位置，是仲裁

的前提和依据。

（二）仲裁协议书的作用

1．订立仲裁协议的双方均受该协议的约束。

2．赋予仲裁机构或仲裁庭的管辖权。

3．排除法院的管辖权。

二、仲裁协议书的内容与写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

正文部分应写明仲裁协议的具体内容。仲裁协议书的内容直接关系到仲裁协议的效力，也就决定争议能否通过仲裁方式予以解决，关系到仲裁机构的管辖权。为了保证仲裁协议有效，仲裁协议书的内容必须全面、完整，清楚地表明申请人的仲裁意愿。根据《仲裁法》第 16 条第 2 款规定，仲裁协议书应具备以下内容：请求仲裁的意思表示，仲裁事项，选定的仲裁委员会。

1．请求仲裁的意思表示，即各方申请人在订立合同或者签订其他形式的仲裁协议时，一致同意将他们之间已发生或者将来可能发生的争议，采取仲裁方式解决的共同而明确的意思表示。请求仲裁的意思表示必须明确，也就是说将争议提交仲裁解决的意思必须是肯定的，不允许含糊；同时请求仲裁的意思表示必须单一指向，不能既指向仲裁又指向诉讼。

2．仲裁事项，即申请人提请仲裁解决争议的范围。仲裁事项决定申请人提起仲裁的争议以及仲裁委员会受理的争议的范围。要求仲裁协议中约定仲裁事项要广泛、明确。

3．选定的仲裁委员会。仲裁协议书中必须写明申请人约定的有权解决争议的仲裁委员会的名称，该名称必须正确。同时选定的仲裁委员会必须确定、唯一。

（三）尾部的写法

第三节　仲裁申请书

一、仲裁申请书概念和作用

仲裁申请书，是指平等主体的公民、法人或者其他组织在发生合同纠纷或者其他财产权益纠纷后，申请人一方或双方根据双方自愿达成的仲裁协议，向其所选定的仲裁委员会提出仲裁申请，要求通过仲裁解决纠纷的书面请求。根据我国《仲裁法》第 22 条规定，申请人申请仲裁，应当向仲裁委员会提交仲裁申请书。它是仲裁机构受理仲裁案件的前提和基础。申请人达成仲裁协议只是表明申请仲裁的可能，仲裁程序还未启动。只有纠纷发生后，申请人向其选定的仲裁机构提交仲裁申请书时，仲裁程序才被启动。一份质量较高的仲裁申请书，不仅有利于申请人完整准确地陈述自己的意见和主张，也有利于案件的顺利受理。

二、仲裁答辩书的内容与写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．写明申请仲裁的依据，即申请仲裁所依据的书面仲裁协议的内容。

2．仲裁请求。仲裁请求即申请人要求仲裁机构予以评断、解决的具体事项，包括要求仲裁机构确认某种法律关系是否存在，裁决被申请人履行给付义务，变更某种法律关系等等。仲裁请求要具体、明确，并且合理合法。

3．申请仲裁的事实与理由。这是仲裁申请书的核心内容，也是仲裁机构审理的对象和依据。

事实与理由主要包括：申请人之间争议事项形成的事实；双方申请人争执的具体内容和焦点，被申请人应承担的责任并说明理由以及所适用的法律等。

理由部分首先必须判明当事人存在何种法律关系及所存在的法律关系如买卖合同关系是否有效，其次对违反合同的事实进行概括、归纳，使案情与分析衔接呼应；再次依据有关实体法、法规、政策等，联系上述事实，指明被申请人行为违反合同的性质，说明申请人的正当权益应该受到保护。

4．证据。与民事诉讼一样，如果要裁判机关支持自己的主张，必须提供相应的证据。所以在仲裁申请书中应写明：（1）有关证据的名称及所能证明的有关事实；（2）有关证据的来源及其取得方式；（3）证人证言的内容及证人的姓名、住所。

（三）尾部的写法

第四节　仲裁答辩状

一、仲裁答辩书概念和作用

仲裁答辩书是指仲裁案件的被申请人针对申请人在仲裁申请书中提出的仲裁请求以及所依据的事实和理由作出辩解和反驳而制作的法律文书。

仲裁答辩书的功能包括：（1）维护被申请人的合法权益。被申请人依法提出答辩书，针对申请人的仲裁请求进行答复和反驳，可以表明自己对申请人的仲裁态度，维护自己的合法权益。（2）有利于仲裁机构做出公正的裁决。仲裁机构在全面了解案情，掌握双方申请人争议的焦点，全面查明案件事实之后做出裁决。因此，仲裁答辩书是一种非常重要的仲裁文书，使仲裁机构兼听则明。但是仲裁答辩书在仲裁程序中并非必不可少的，被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

二、仲裁答辩书的内容和写法

（一）首部写法

（二）正文写法

正文包括答辩理由和答辩意见，这是仲裁答辩书的核心。答辩人既可以从事实和法律方面对申请人的仲裁请求进行答复和反驳，也可以从程序和实体方面的内容进行反驳。答辩人要清楚地表明自己的态度，提出对案件的主张和理由。如果认为申请人提出的事实有误，要澄清事实并提供相应的证据；如果认为申请人适用法律错误的，则援引自己认为正确的法律依据并阐明理由；同样也可以从仲裁程序方面进行反驳，如指出仲裁协议无效或者仲裁委员会对该争议无权管辖等等。无论从哪个方面进行答辩，都要注意有理有据、合理、合法。最后要在充分反驳仲裁申请书的内容之后，提出自己的主张及要求。

（三）尾部写法

第五节　仲裁反请求书

一、仲裁反请求书的概念和作用

仲裁反请求书是指仲裁机构在受理了一方申请人的仲裁申请后，另一方申请人就同一争议，依据同一仲裁协议，向同一仲裁机构针对申请人的仲裁请求提出要求仲裁机构作出对自己有利的裁决的书面请求。 仲裁反请求书不同于仲裁答辩书，而是兼具仲裁申请书与仲裁答辩书的特点。

仲裁反请求书的作用体现在以下几个方面：（1）用以抵销或吞并申请人的诉讼请求。（2）使双方当事人真正处于平等地位。（3）增加谈判筹码，促使双方达成和解。

二、仲裁反请求书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

1．反驳对方的仲裁请求和所根据的事实、理由，充分论证对方的仲裁请求不能成立或不能完全成立。具体要求可参照仲裁答辩书的相关要求。

2．提出自己的仲裁请求和所根据的事实、理由。仲裁反请求书从根本上说就是一个独立的仲裁申请书，所以一定要明确提出自己的仲裁请求。该部分的具体要求，可参照仲裁申请书的相关内容。

3．证据和证据来源、证人姓名和住所。仲裁反请求书从根本上说就是一个独立的仲裁申请书，所以在仲裁反诉书中应写明：（1）有关证据的名称及所能证明的有关事实；（2）有关证据的来源及其取得方式；（3）证人证言的内容及证人的姓名、住所。

（三）尾部的写法

第六节　仲裁裁决书

一、仲裁裁决书的概念和作用

仲裁裁决书是指仲裁庭根据申请人的申请，依照法定的程序，对申请人与被申请人之间的纠纷进行审理后，根据查明的事实和认定的证据，适用相关的法律，最终在实体上对双方的权利义务争议所作出的具有法律效力的裁判文书。仲裁裁决分为中间裁决、部分裁决和最终裁决。这里主要是指最终裁决。在案件审理结束时所作的裁决是终局的，仲裁裁决书的作出标志着仲裁程序的终结，裁决对争议双方具有约束力和强制执行力。

仲裁裁决书的作用体现在以下几个方面：

1．有助于解决纠纷，维护当事人的合法权益。

2．有效地约束双方当事人。

3．有利于提高仲裁员的素质。

二、仲裁裁决书的内容和写法

（一）首部的写法

（二）正文的写法

这部分是仲裁裁决书的主体，包括案情、仲裁庭的意见和裁决结果三个部分。

1．案情。包括两个方面，即申请人的请求、争议的事实、理由及证据和仲裁庭查明的事实和证据。一主要是对仲裁申请书和仲裁答辩书及仲裁反请求书的内容加以概括。二还要写明经过庭审，仲裁庭依法认定的事实以及予以采纳的证据。

2．仲裁庭的意见。先提出双方争议的焦点，对争议进行分析和判断，根据仲裁庭查明的事实和证据，依据有关的法律、法规，说明双方的哪些主张和请求是合法的应予支持，哪些主张和请求是不合法的，不予支持或驳回。该部分要说理充分、有针对性，针对双方的争议焦点和仲裁请求，摆事实、讲道理，对申请人的每个仲裁请求都要明确表明态度。

3．裁决结果。裁决结果是对案件实体问题所作的处理决定，是根据仲裁庭查明的事实、证据和法律依据等，针对申请人的仲裁请求作出的仲裁裁决，明确双方的法律关系以及责任的承担，确定双方的权利义务以及履行责任的期限和方式等等。这部分的表述要清楚，对仲裁请求都要作出决定。同时，还应写明仲裁费用的数额及分担，确定是一方负担还是双方分担以及分担的理由。

（三）尾部的写法

复习与思考题

1．仲裁申请书包含哪些内容
2．仲裁答辩书的制作技巧有哪些？
3．仲裁裁决书的正文应写明哪些内容？

拓展阅读书目

1．法律文书教程，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 8 月版
2．法律文书格式及实例点评，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 9 月版
3．法律文书写作与训练，马宏俊主编，中国人民大学出版社 2005 年 8 月版

第七章　公证文书

本章教学目的和基本要求：掌握公证机关主要的法律文书的写作方法包括合同公证书、现场监督公证书、证据保全公证书、遗嘱公证书、收养公证书、析产协议公证书的写法。

学时分配：3 学时

第一节　公证文书概述

一、公证文书的概念、种类和作用

公证文书的概念和种类

公证文书是公证机关依法制作的各类法律文书的总称。公证文书分为公证书、公证决定书、公证通知书和辅助性公证文书。这里主要讲公证书的写法。公证书是指公证机关根据当事人的申请，依照事实和法律，按照法定程序和规定或批准的格式和要求制作的，具有特殊法律效力的司法证明文书。按照证词内容的灵活性，公证书分为格式化证书和要素式证书两类。

公证员根据当事人的请求，对具有真实性、合法性的法律行为、事件和文书予以证明，并依法制作公证书，以保护公民身份上、财产上的权利和合法利益。

二、公证书的特征

（一）公证书具有国家的公信力。

（二）公证书是严格按照法律程序出具的法律文书。

（三）公证书证明的内容遵循“真实、合法”的原则。

三、证书的适用范围

根据法律规定和司法实践，公证文书的适用范围主要有以下几类：

1．证明法律行为。主要公证：（1）各类合同、协议；（2）收养、认领亲子、继承；（3）单方法律行为。如遗嘱、声明等。（4）招标、拍卖、抽签、开奖以及法律允许的各种有奖活动。

2．证明有法律意义的事实。包括证明：（1）法律事件，如出生、死亡、不可抗力事件等；（2）其他在法律上有一定影响的事实，如证明亲属关系、学历、经历、法人的资信情况等。

3．证明有法律意义的文书。如证明专利证书、法人营业证书、公司章程，董事会决议、文书的副本、复印件与原本相符，文书的译文与原文相符，文件上的签名印鉴属实等。

四、公证书的效力

（一）证据效力

（二）强制执行效力

（三）法律要件效力

第二节　要素式公证书

一、要素式公证书的概念、意义及构成

要素式公证书是指文书内容由规定的要素构成，行文结构、文字表述等则由公证员酌情撰写的

公证文书。为了增强公证文书的证明力，提高公证队伍的整体业务水平，满足社会对公证法律服务的需要，充分发挥公证的作用，对保全证据、现场监督、合同协议三类公证书试行要素式公证书格式。推行要素式公证书一方面增强了公证书的证明力。因为要素式公证书对法律关系、法律行为与事实的认定更为具体、明确，使恶意的欺诈行为被阻止，并对当事人权益的保护更为有力，从而也使公证书更具有权威性和严肃性。另一方面有利于提高公证员的整体素质。实行要素式公证书，对公证员提出了更高的要求迫使他们在工作中认真研究、分析证明对象所涉及的法律关系、事实属性等等，对法律适用必须从实体法到程序法整体考虑，这就对公证员的业务素质、分析判断能力提出了全新、更高的要求。要素式公证书包括必备要素和选择要素两部分。必备要素为公证书证词中必须具备的内容；选择要素为根据公证证明的实际需要或当事人的要求，酌情在公证书证词中写明的内容。

二、合同（协议）公证书

（一）合同类公证书概述

合同公证是指公证机构根据当事人的申请，依照法定程序，对当事人之间签订合同的真实性、合法性进行审查、确认，并作出证明的活动。我国的合同公证一般采用自愿的原则，当事人向公证机构提出申请，公证员对合同真实性、合法性确认后，出具公证书。合同公证的意义在于，通过合同公证，可以帮助签约各方当事人完善合同条款，明确各方的权利、义务和违约责任，从而避免纠纷的发生；即使发生纠纷公证机构作出的公证书具有特殊的证明效力，它可以直接成为仲裁机构或人民法院认定案件事实的依据，使合同纠纷得以顺利解决。此外，通过合同公证，可以及时发现虚假合同、无效合同、揭露和制止利用合同进行违法犯罪的活动，保护国家、集体和公民个人的合法权益。

目前，这类公证书在格式上分为三种：适用于一般合同或者协议的通用合同格式；适用于对土地使用权出让或者转让合同的格式；适用于商品房买卖合同的格式。

（二）合同类公证书的内容和写法

1．首部的写法。

2．正文。即证词部分，由必备要素和选择要素构成；根据合同类别、主体、内容、签订时间、地点、方式以及适用法律的不同，在具体表述上而有所不同。

3．尾部的写法。

（三）制作合同公证书应当注意的问题

1．应当审查当事人的行为能力和签订合同的意思表示是否真实，只有合同的内容和形式真实、合法，不违背社会公共利益的，才能依法制作公证书。

2．被注明的合同、协议及其附件应当装订在公证书证词页之前，合同及合同的附件是公证文书的组成部分。为了保证质量，预防纠纷，公证员应当帮助当事人完善合同内容，使当事人了解各合同条款的含义、自己的权利义务和将引起的法律后果。

3．合同中存在担保的情况时，对担保人名称或者姓名、担保方式、担保的范围和承诺的时间、地点等应在证词中列明。

4．对符合规定条件的合同，如借款合同、还款协议等，公证机构可以依法赋予强制执行效力。对此公证书必须在公证书中注明。

三、现场监督公证书

（一）现场监督类公证书概述

现场监督公证包括招标、拍卖、开奖、股份公司创立大会；股票认购证抽签。现场监督公证书有以下特点：

1．公证书对抗第三人的广泛性。

2．具有公开性。

3．活动的阶段性与证词发布的即时性。

（二）有奖公证书的内容和写法

（三）制作开奖公证书注意的事项

1．现场公证词应语言流畅，易于宣读。

2．公证处及公证词可根据开奖活动的实际情况，分阶段予以宣读和证明。

3．把握选择要素。

四、证据保全公证书

（一）保全证据公证书的概述

保全证据公证是公证机构根据当事人的申请的，对与申请人权益有关的、日后可能灭失或以后难以取得的证据，进行事先收存和固定，以保持证据的真实性和证明力的活动。公证机关根据当事人的申请，依法收存、固定证据，并制作保全证据公证书。制作保全证据公证书可以有效地防止证据灭失，为人民法院及时解决纠纷提供可靠的法律依据。保全证据公证书分为保全证人证言或当事人陈述公证书，保全物证、书证公证书，保全视听资料、软件公证书，保全行为公证书。

（二）制作保全证据公证书的基本要求

1．保全证据公证书的内容应当体现真实性、合法性、完整性和实用性的特点。

2．制作保全证据公证书要确定证词的大致框架。

3．确定保全证据公证书的写作重点。

保全证据公证书的内容和写法

第三节　定式公证书

一、遗嘱公证书

（一）概念

遗嘱公证是公证机构根据遗嘱人的申请，对其立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承的行为的真实生，合法性予以证明的活动。遗嘱是遗嘱人单方的意思表示，必须由遗嘱人亲自到公证处申办，不能委托他人代理；遗嘱人亲自到公证处申请确有困难的，公证处可以派公证员到遗嘱人的住所或临时居住的地方（医院、旅馆等）办理。公证员根据当事人的申请，对遗嘱的真实性、合法性进行确认后，制作公证书。遗嘱公证对于保护继承人的合法权益、满足遗嘱人的遗愿，避免纠纷起着重要的作用。

（二）遗嘱公证书的内容和写法

（三）制作遗嘱公证书应注意的事项

1．遗嘱公证书应列为秘卷单独保存。

2．遗嘱公证应当由 2 名公证人共同办理，由其中 1 名公证员在公证书上署名。

二、收养公证书

（一）概述

收养公证是指公证机构根据法律规定和当事人的申请，依法证明收养、领养他人子女行为及收养协议的真实性、合法性的证明活动。我国《收养法》规定，收养应当由收养人和送养人依照本法规定的收养条件、送养条件订立书面协议，方可办理收养公证。

（二）收养公证书的内容和写法

（三）制作收养公证书应注意的事项

1．审查收养人、被收养人、送养人是否符合《收养法》规定的收养条件。

2．如果被收养人年满 10 岁，要征得其本人同意。

三、析产协议公证书

（一）概述

析产协议公证书是指公证机构依法证明两个或两个以上财产所有人对共同所有的财产进行分割，变共有为个人所有协议所作的证明文书。申请办理析产协议公证，当事人应向有管辖权的公证处提出申请，填写公证申请表，并提交身份证件、共有财产的产权证明、分割协议书等材料。公证处需重点审查和注意以下几个方面：（1）财产共有人的身份证件和民事行为能力；（2）共有财产的性质、种类等基本情况；（3）当事人的意思表示是否真实；（4）财产分割协议的条款和内容是否真实、合法，在协议中明确产权登记时间和责任。

（二）析产协议公证书的内容和写法

（三）制作析产协议公证书应当注意的事项

1．分割财产时，如有出卖，其他共有人有优先购买权；

2．若共有人中有死亡的，必须先由其合法继承人先办继承后再进行分割；

3．如共有财产是婚后所得，分割协议应征得配偶的同意；

4．继承的财产，在分割时应保留胎儿的份额。

5．共有财产如负有债务时，应在分割协议中注明各个人应承担的债务份额和偿还方式。

第四节　涉外和涉港澳台公证书

一、涉外和涉港澳台公证文书的概念和特点

（一）涉外和涉港澳台公证文书的概念

涉外公证文书，是公证机构办理涉外公证所出具的公证文书。涉外公证是指公证机构办理的含有涉外因素的公证事项。即公证当事人、证明对象或者公证书使用地诸因素中至少含有一个以上涉外因素的公证事项，主要是指公证书将发往域外使用的公证事项。

涉港澳台公证文书，是公证机构办理涉港澳台公证所出具的公证文书：香　港特别行政区；澳门特别行政区和台湾地区是中国不可分割的领土。但由于历　史的原因，香港、澳门、台湾地区实行着与我国大陆地区不同的政治、经济；法律制度。这一特点决定了涉港澳台公证既不属于涉外公证，也不同于一般的国内　公证。

（二）涉外和涉港澳台公证文书的特点

二、涉外和涉港澳台公证文书的内容和制作方法

（一）制作涉外及涉港澳台公证文书的特殊要求

1．涉外和涉港澳公证文书要由具有办理涉外公证资格的公证处和公证员制作，涉台公证文书要由省级司法行政机关指定的公证处制作。

2．制作这类公证文书要使用标准简化字；不宜使用繁体字；更不能简体字、繁体字混用。

3．这类公证文书要单独编号，应区别于国内公证文书；同时，涉外和涉港澳台公证文书在编号上也要有所区别。

4．在制作上必须使用公证专用纸。涉外公证书要附译文。涉台公证书应当制作三份副本以便

向海基会寄送。

5．制作涉外和涉港澳台的继承、收养；亲属关系、婚姻状况等公证书，必须特别注意法律适用问题。

（二）涉外和涉港澳台公证书的内容和制作方法

（三）制作涉外和涉港澳台公证文书应当注意的问题

1．要严格按规定办理。

2．办理涉外及涉港澳台继承、收养、合同等公证文书，遵守我国法律、有关的国际惯例、使用地的法律规定。

3．要注意公证文书的使用时效。

4．译文和认证

复习与思考题

1．公证书的概念、特征是什么？

2．什么是要素式公证书，包括哪些公证书？

3．制作合同公证书应注意哪些问题？

拓展阅读书目

1．法律文书教程，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 8 月

2．法律文书格式及实例点评，周道鸾主编，法律出版社 2003 年 9 月

3．法律文书与写作训练，马宏俊主编，中国人民大学出版社 2005 年 8 月

《替代纠纷解决方式》教学大纲

赵　燕　编写

目　录

前　言.....855
第一章　概　述.....856
第一节　纠纷解决制度.....856
一、纠纷的界定.....856
二、纠纷的根源.....856
三、纠纷的类型.....856
四、纠纷的解决.....856
五、纠纷的解决制度.....856
第二节　ADR 的源流.....857
一、我国 ADR 的历史发展.....857
二、国外 ADR 的历史发展.....857
三、ADR 的成因.....857
四、ADR 的类型.....857
第三节　ADR 的概念与特征.....857
一、概念.....857
二、特征.....857
第四节　ADR 的功能与局限性.....858
一、衡量 ADR 功能的标准.....858
二、ADR 的功能.....858
三、ADR 的局限性.....858
第五节　ADR 的性质与法律地位.....858
一、司法性 ADR.....858
二、行政性 ADR.....858
三、民间性 ADR.....858
复习与思考题.....859
拓展阅读书目.....859
第二章　ADR 的基本理念与原则.....860
第一节　ADR 的基本理念.....860
第二节　ADR 的基本原则.....860
复习与思考题.....860
拓展阅读书目.....861
第三章　ADR 的基本方式.....862
第一节　谈　判.....862
第二节　调　解.....862
一、调解的概念和特征.....862
二、调解的分类与形式.....862
三、调解人的作用.....862
四、调解的程序.....862
五、调解的规则.....863
六、调解的局限性.....863

第三节　仲　裁 863
一、仲裁的概念和特征 863
二、仲裁的分类与形式 863
三、仲裁的应用 863
四、仲裁的程序 863
五、仲裁的规则 863
六、仲裁的局限性 863
第四节　混合型 ADR 863
一、概念与特征 863
二、混合型 ADR 的形式 863
第五节　ADR 的分类 864
一、根据 ADR 机关的分类 864
二、根据启动程序的分类 864
三、根据处理结果的效力的分类 864
四、根据 ADR 机构的作用 864
五、根据纠纷类型 864
复习与思考题 864
拓展阅读书目 865
第四章　ADR 的主体 866
第一节　ADR 的组织机构 866
一、ADR 的主持者 866
二、ADR 机构及其工作人员的资质条件 866
第二节　ADR 的当事人 866
一、当事人的主要权利 866
二、当事人的主要义务 866
第三节　ADR 的其他参与人 867
一、代理人 867
二、其他参与人 867
复习与思考题 867
拓展阅读书目 867
第五章　ADR 的程序 868
第一节　ADR 的具体程序 868
一、启动程序 868
二、进行程序 868
三、终止程序 868
第二节　ADR 程序与诉讼程序的衔接 868
第三节　ADR 的效力 868
第四节　ADR 的执行 869
一、即时履行 869
二、变更履行 869
三、强制履行 869
四、债务的履行确保制度 869
五、执行中的救济 869

第五节　ADR 的费用 869
一、ADR 的成本 869
二、ADR 的有效费用 869
三、ADR 的资金募集 869
复习与思考题 869
拓展阅读书目 869
第六章　ADR 的司法审查 871
第一节　ADR 与司法制度 871
第二节　司法审查的提起 871
第三节　司法审查的效力 871
复习与思考题 871
拓展阅读书目 871
第七章　ADR 的应用 872
第一节　纠纷的范围 872
第二节　专门性 ADR 872
第三节　电子 ADR 872
一、电话调解 872
二、在线纠纷解决（Online Dispute Resolution，ODR） 872
三、从 ADR 到 ODR 873
四、虚拟社区中的纠纷解决 873
复习与思考题 873
拓展阅读书目 873
第八章　ADR 的未来 874
第一节　我国 ADR 的现存问题 874
第二节　ADR 的制度建构模式 874
第三节　ADR 的立法框架 874
复习与思考题 874
阅读书目 875

前　言

纠纷是一种社会现象，纠纷解决则是人类社会建立或恢复社会秩序与和谐的必要功能和机制。随着社会的发展，诉讼已成为应用最广泛也最有权威性的纠纷解决方式。但是，当我们超越单纯的诉讼机制，对纠纷解决这种人类社会的重要实践活动和社会现象进行综合分析时，很容易发现："以审判解决纠纷的方式和诉讼外的纠纷解决方式相互之间是紧密联系的……如果把视野扩展到社会整体层次上，考察纠纷全体的正确解决，就更有必要将诉讼外的纠纷解决与通过审判的纠纷解决同等地作为研究对象。"[1]因此，我们有必要转换研究角度，把我国法学教育的视野从狭义的诉讼程序扩展到纠纷解决的一般过程，将诉讼外的纠纷解决方式作为与诉讼相衔接互补的程序体系纳入到法科院校的教学中来。这不仅有助于学生了解多元化的法律纠纷解决理念，也有助于培养学生的法律纠纷解决技能。这正是我们开设这门课程和编写大纲的目的所在。

诉讼外纠纷解决方式也被称为替代性纠纷解决方式或 ADR（Alternative Dispute Resolution），对这个问题的关注近年来已经明显呈现出在世界范围内急剧扩展的趋势。ADR 迅速兴起的背景非常复杂，主要包括：1．伴随着法院案件剧增而导致的诉讼迟延的严重化，使人们感到为法院减轻负担的必要性；2．平等的权利保护理念已深入人心，即必须保证所有社会成员都有实现法律正义的途径；3．传统诉讼非胜即负的处理结果使得纠纷解决变成一场僵化的零和搏弈，人们期望寻求更多更灵活的能使当事人各方都感到高度满意的统一性纠纷处理方式；4．随着全球化的进程，涉外法律纠纷不断增加，这些纠纷的解决更需要一种法律文化上中立性更强的非国家性的纠纷解决方式。

ADR 在很多国家（尤其是发达国家）已经成为与诉讼制度并行不悖、相互补充的重要社会机制。在法学实践中，ADR 不仅比诉讼更常见、更重要，而且其实际效果往往优于诉讼。目前，它已成为法学、社会学和法律实务教育不可或缺的有机组成部分。本课程的开设有助于解决诉讼外纠纷解决方式的法学教学与法学实践相脱节的问题，以及偏重诉讼的法学教育理念与建立和谐社会的价值体系相冲突的问题。按照范愉教授的说法，对于发展中国家、特别是通过法律移植实现法制现代化的国家而言，ADR 更为重要的意义实际上并非为了应对所谓"诉讼爆炸"，也不是对传统文化的妥协，而是一种法制和社会"可持续发展"的需要。现代法治的建立和发展是一个循序渐进的过程——需要逐步培养造就出一代高素质的司法官，而这往往需要一两代人的时间；而诉讼程序及法律适用如何与传统社会和社会主体的习惯及观念相协调，同样是一个需要逐步适应的问题，纠纷解决的合情理性应受到特别关注。本课程拟从纠纷和纠纷解决的概念出发，深入研究纠纷解决的基本原理、诉讼与 ADR 的关系、 ADR 在现代法治条件下的发展趋势；通过谈判、调解、仲裁等主要教学模型的分析，了解中外 ADR 的具体类型、实际功能以及运作程序；探讨当代中国各种 ADR 的法律地位、运作效果与改革情况，寻求建立符合中国国情的多元化纠纷解决机制的方向与道路。

本课程的主要特色：1．教学方式：多媒体案例教学，充分利用录像、图片、模型等直观教学手段，对案例进行深入剖析，在课堂互动的基础上，师生共同研习相关理论。2．教学内容：理论与实践并重；中外经验结合；注重应用技巧；提倡价值多元。当前，开设这门课程对于促进我国早日实现法治政府与和谐社会目标的重要作用其实是不言而喻的。我们希望能够理论结合实践，在阐述纠纷解决的基本原理的基础上，具体分析诉讼外纠纷解决方式的法律地位、实际功能、运作程序、立法改革等理论问题，并通过多媒体和案例教学法，系统地帮助学生掌握谈判、调解和仲裁等纠纷解决策略、程序、原则、方法和技巧。

由于马宏俊教授忙于法律诊所教学，无法按原计划继续承担这门课程。因此，本教学大纲的编写工作由中国政法大学法学院法律职业伦理与规则教研室的赵燕副教授完成。

---

[1] [日]棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，第 3 页，中国政法大学出版社，1994 年版。

第一章　概　述

教学目的：通过阐述人类历史上纠纷解决制度的出现、发展与变迁，使学生通过比较逐步了解具体纠纷解决方式的评判标准，初步掌握纠纷解决机制的基本构成要素，以及诉讼外纠纷解决方式的基本概念、性质、特征、功能和法律地位。

基本要求：1．了解具体纠纷解决方式的历史发展、地位与作用；2．初步掌握纠纷解决机制的基本构成要素（主体、客体、内容等）； 3．弄清诉讼与诉讼外两种不同类型的法律纠纷解决方式的评判标准；4．初步掌握诉讼外纠纷解决方式的相关知识。

知识点：纠纷　纠纷解决　　诉讼　　诉讼外纠纷解决方式

重点：纠纷解决　诉讼外纠纷解决方式

难点：诉讼外纠纷解决方式的概念、性质、特征、功能和法律地位

课堂讨论：1．ADR 的正确译法；2．具体纠纷解决方式的评判标准

学时分配：6 学时

第一节　纠纷解决制度

一、纠纷的界定

1．社会学定义
2．法学定义

二、纠纷的根源

1．主观因素
2．客观因素

三、纠纷的类型

1．非法律纠纷
2．法律纠纷

四、纠纷的解决

1．自力救济（自决、和解）
2．社会救济（调解、仲裁）
3．公力救济（诉讼）

五、纠纷的解决制度

1．诉讼制度（民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼）
2．诉讼外纠纷解决制度（即 ADR，包括谈判、调解、仲裁等）
3．ADR 与诉讼制度的关系

第二节　ADR 的源流

一、我国 ADR 的历史发展

1．古代
2．近现代
3．当代

二、国外 ADR 的历史发展

1．ADR 运动的起源与目标
2．ADR 运动的实践与影响

三、ADR 的成因

1．经济原因
2．诉讼体制的原因
3．行政管辖权的扩张
4．ADR 自身的优越性

四、ADR 的类型

1．传统型 ADR
2．现代型 ADR

第三节　ADR 的概念与特征

一、概念

1．ADR 的内涵
2．ADR 的外延
3．ADR 概念的发展

二、特征

1．替代性
2．选择性
3．目的性
4．合意性
5．正当性
6．依附性
7．灵活性
8．非正式性
9．非强制性
10．广泛适用性

第四节　ADR 的功能与局限性

一、衡量 ADR 功能的标准

1．纠纷解决的能力
2．当事人的满意程度
3．社会效果
4．综合成本
5．效率

二、ADR 的功能

1．体现“意思自治”的现代法治理念
2．体现公民独立、平等、协商的自律精神
3．满足公民多元化的社会需求
4．弥补诉讼制度的不足
5．强化公民参与程序对话的机制
6．防止滥讼

三、ADR 的局限性

1．制度性的缺陷
2．规范性的缺陷
3．权威性的缺陷
4．可预测性的缺陷
5．可能导致 “廉价正义”的缺陷
6．可能侵害诉权及司法权的缺陷

第五节　ADR 的性质与法律地位

一、司法性 ADR

1．性质
2．地位
3．特点

二、行政性 ADR

1．性质
2．地位
3．特点

三、民间性 ADR

1．性质
2．地位

3．特点

复习与思考题

1．请具体分析人类历史上各种纠纷解决机制的功能与局限。

2．试论诉讼外纠纷解决机制在现代法治国家中的地位与作用。

3．谈谈美国 ADR 运动的起源和目标。

4．纠纷解决是否有必要制度化？制度化的 ADR 是否同样会陷入其他制度所出现的拖沓僵化等困境？

5．如何理解纠纷解决与纠纷处理结果的公平性二者之间的关系？

6．相对于诉讼而言，如果 ADR 具有独特的优势，为何它们长期以来并未得到更广泛的应用？司法系统中是否存在一定的障碍？还是当事人的使用需求不足？

7．比较三种不同性质的 ADR 的特点。

8．如何克服 ADR 自身的局限？

9．你认为在我国发展 ADR 适宜采取何种模式？

10．请举例说明在我国构建 ADR 的必要性与可行性。

拓展阅读书目

1．小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 版。

2．马长山著：《法治进程中的“民间治理”——民间社会组织与法治秩序关系的研究》，法律出版社，2006 版。

3．高见泽磨著、何勤华等译，：《现代中国的纠纷与法》，法律出版社，2003 年版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

6．徐昕著：《论私力救济》，中国政法大学出版社，2004 版。

7．沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》，厦门大学出版社，2005 年版。

8．范愉著：《非诉讼程序的原理与实务教程》，人民大学出版社，2002 年版。

9．Simon Roberts & Michael Palmer ，“DISPUTE PROCESS--ADR and the Primary Forms of Decision-Making”（Second Edition），Cambridge University Press ，2005.

10．Albert Fiadjoe, “ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION：A DEVELOPING WORLD PERSPECTIVE”，Cavendish Publishing Limited，2004.

第二章　ADR 的基本理念与原则

教学目的：通过关于 ADR 的正当性分析，使学生了解 ADR 的制度化具有深厚的法理基础和人文价值。在当前建设法治社会和和谐社会的双重目标下，ADR 将承载着历史赋予的重任，引导公民在利益协调的基础上逐步走向和解、合作、公平、效益、情理、法律、程序正义、实体正义等多元价值观的重塑。

基本要求：1．了解 ADR 的基本理念以及不同理念之间的逻辑关联；2．初步掌握运用多元化的价值观念来审视纠纷解决机制的形成与适用； 3．熟练掌握运用 ADR 的基本原则。

知识点：法治　和谐　公民自治　教育　和解　合作　公平　效益　程序正义　实体正义　合法性　合情理性　保密　公序良俗　自律　权利

重点：ADR 的基本理念

难点：ADR 的基本理念

课堂讨论：1．当事人的意思自治与公平正义的冲突及解决方法；2．一元钱诉讼与纠纷解决机制的设计

学时分配：2 学时

第一节　ADR 的基本理念

一、法治视野下的公民自治与社会干预的统一

二、和谐目标下的教育、和解、合作理念的统一

三、公平与效益的统一

四、合法性与合情理性的统一

五、程序正义与实体正义的统一

六、价值多元与利益协调的统一

第二节　ADR 的基本原则

一、自愿原则

二、公平原则

三、合法原则

四、灵活便宜原则

五、尊重当事人权利原则

六、尊重公序良俗原则

七、保密原则及其例外

八、自律原则

九、迅速及时原则

复习与思考题

1．论现代社会中的私力救济。

2．请结合实例分析 ADR 在当代中国的发展前景与目标。

3．谈谈多元价值观对 ADR 运动兴起的影响。

4．以司法活动为例，谈谈纠纷解决的过程中应如何体现和谐目标下的教育、和解、合作理念

的统一？

5．你认为 ADR 的基本原则中，最重要的原则是什么？

6．为什么在 ADR 中也要坚持保密原则？

7．在 ADR 的执行程序中，如果当事人违背自律原则应如何应对？

8．在 ADR 理念中，是否也存在着一定的悖论？

9．我国是否存在适于发展 ADR 的“土壤”？

10．请指出在构建 ADR 体系时，民间组织的地位与作用。

拓展阅读书目

1．刘荣军著：《程序保障的理论视角》，法律出版社，1999 年版。

2．范愉主编：《ADR 原理与实务》，厦门大学出版社，2002 年版。

3．张卫平著：《探究与构想——民事司法改革引论》，人民法院出版社，2003 年版。

4．何兵著：《现代社会的纠纷解决》，法律出版社，2003 年版。

5．[意]美诺 卡佩莱蒂编，刘俊祥等译：《福利国家与接近正义》，法律出版社 2000 年版。

第三章　ADR 的基本方式

教学目的：通过具体阐述协商、谈判、调解、仲裁等纠纷解决方式，使学生掌握不同情境下的冲突解决与处理技巧，并能够理解根据不同标准对 ADR 进行的分类。

基本要求：1．掌握谈判在所有纠纷解决方式的应用及其在 ADR 中的独特地位，以及相应的程序和技巧；2．重点掌握调解的概念、特征、分类、形式以及具体规则和应用程序； 3．掌握仲裁的概念、特征、分类、形式以及具体规则和应用程序；4．掌握 ADR 的具体形式与分类，并了解不同形式 ADR 的功能与局限。

知识点：谈判　调解　仲裁　混合式 ADR　中立性 ADR　指导性 ADR　强制性 ADR　半强制性 ADR　法院附设 ADR　行政机关附设 ADR　民间 ADR

重点：谈判　调解　仲裁　ADR 的分类

难点：混合式 ADR　ADR 的分类

课堂讨论：1．谈判的障碍练习；2．调解技巧练习与调解人的责任；3．专门性 ADR

学时分配：8 学时

第一节　谈　判

一、谈判的概念与特征

二、谈判的功能

三、谈判的程序

四、谈判的规则

五、谈判的策略

六、谈判的局限性

第二节　调　解

一、调解的概念和特征

1．概念

2．特征

二、调解的分类与形式

1．民间组织调解、律师调解、行政调解、法院调解

2．诉讼外和解、诉讼前调解、诉讼中调解

3．判断型调解、交涉型调解、教化型调解、治疗型调解

三、调解人的作用

四、调解的程序

1．开始程序

2．选任调解员

3．主持调解

4．调解终结
5．调解协议的签订与履行

五、调解的规则

六、调解的局限性

第三节　仲　裁

一、仲裁的概念和特征

1．概念
2．特征

二、仲裁的分类与形式

1．国内仲裁、国际仲裁
2．制度性仲裁、个别性仲裁
3．事先仲裁、当前仲裁
4．传统仲裁、现代仲裁

三、仲裁的应用

四、仲裁的程序

1．订立仲裁协议
2．仲裁的申请与受理
3．选任仲裁员
4．开庭审理
5．调解和裁决
6．终结程序

五、仲裁的规则

六、仲裁的局限性

第四节　混合型 ADR

一、概念与特征

1．概念
2．特征

二、混合型 ADR 的形式

1．早期中立评价

2．中立专家
3．简易陪审团审判
4．小型审判
5．租借法官
6．调解—仲裁程序
7．民情调查员
8．其他

第五节　ADR 的分类

一、根据 ADR 机关的分类

1．法院附设 ADR
2．行政机关（准行政机关）附设 ADR
3．民间组织设立的 ADR
4．律师主持的 ADR（含法律援助性质的 ADR）
5．国际组织设立的 ADR

二、根据启动程序的分类

1．合意 ADR
2．半强制 ADR
3．强制 ADR

三、根据处理结果的效力的分类

1．终局性 ADR
2．非终局性 ADR

四、根据 ADR 机构的作用

1．中立性 ADR
2．指导性 ADR

五、根据纠纷类型

1．一般性 ADR
2．专门性 ADR

复习与思考题

1．试析调解人的资格要求。
2．在谈判中关于说谎的道德限制与法律制裁。
3．请分析仲裁、谈判和调解的费用构成。
4．以混合型 ADR 为例分析，如何实现纠纷解决机制中的创新？
5．如何实现调解与诉讼程序的衔接与融合？
6．民间调解的利弊分析？
7．如何理解“以权利为基础”的调解？

8．论我国专业性仲裁的发展与前景。

9．如何理解法院附设 ADR 中的强制参与和强迫和解等问题？

10．保密原则能否在 ADR 程序中调和法律冲突和司法利益？

拓展阅读书目

1．[日]小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 年版。

2．[日]棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社，1994 年版。

3．高见泽磨著、何勤华等译，：《现代中国的纠纷与法》，法律出版社，2003 年版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

6．王公义等主编：《纠纷解决替代机制与现代法治》，法制出版社，2003 年版。

7．沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》，厦门大学出版社，2005 年版。

8．范愉著：《非诉讼程序的原理与实务教程》，人民大学出版社，2002 年版。

9．Simon Roberts & Michael Palmer ，“DISPUTE PROCESS--ADR and the Primary Forms of Decision-Making”（Second Edition），Cambridge University Press ，2005.

10．Albert Fiadjoe, “ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION：A DEVELOPING WORLD PERSPECTIVE”，Cavendish Publishing Limited，2004.

第四章　ADR 的主体

教学目的：学生应在教师的引导下，在了解 ADR 基本形式和程序的基础上，能够明了各方参与人在 ADR 程序中的地位、作用，以及他们所应遵循的各种规则和所应承担的不同权利义务。

基本要求：1．熟练掌握 ADR 的基本形式和类型；2．重点掌握各方参与人在 ADR 程序中的地位、作用、权利及义务； 3．掌握当事人在 ADR 中应遵守的具体规则和程序；4．重点掌握 ADR 的组织机构及其工作人员的资质要求。

知识点：ADR 的组织机构　ADR 的当事人、代理人及其权利义务

重点：ADR 的组织机构　ADR 的当事人、代理人及其权利义务

难点：ADR 的组织机构

课堂讨论：1．ADR 的组织机构设置；2．ADR 机构中工作人员的任职资格

学时分配：4 学时

第一节　ADR 的组织机构

一、ADR 的主持者

1．法院
2．行政机关（准行政机关）
3．民间团体或组织
4．国际机构
5．特定的个人（如律师等）

二、ADR 机构及其工作人员的资质条件

1．人员构成
2．资格要求
3．任职程序
4．工作权限
5．行为准则
6．职业责任

第二节　ADR 的当事人

一、当事人的主要权利

1．平等选择权
2．陈述、辩论权
3．举证、质证权
4．处分权（和解权、宣布无效或撤销权）

二、当事人的主要义务

1．亲自参与的义务

2．诚实参与的义务
3．配合调查的义务
4．因不当行为而受处罚的义务

第三节　ADR 的其他参与人

一、代理人

1．代理人的权限
2．代理人的义务

二、其他参与人

1．证人
2．鉴定人
3．翻译人
4．其他

复习与思考题

1．收集资料，比较国内外关于 ADR 的组织机构的异同。
2．如何防止当事人在 ADR 中滥用权利或者恶意使用权利？
3．请分析仲裁、谈判和调解人员的职业行为规则。
4．请分析在企业内部设立消费纠纷处理的和解机构的可行性。
5．比较政府性质的纠纷解决机构和非政府性质的纠纷解决机构的作用？
6．如何理解诉讼外纠纷解决机制建设中的政府职责？

拓展阅读书目

1．[日]小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 年版。

2．[日]棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社，1994 年版。

3．高见泽磨著、何勤华等译，：《现代中国的纠纷与法》，法律出版社，2003 年版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

6．集美区人民法院课题组：《集美农村地区人民调解状况研究——以诉讼内外调解机制的协调发展为视角》，2005 年《厦门审判研讨》第 1 期。

第五章　ADR 的程序

教学目的：通过比较不同国家关于 ADR 的具体程序设计，使学生了解 ADR 的程序和规则对于实现 ADR 目的的重要性，并能根据不同的 ADR 形式分析相关程序及费用的合理性。此外，教师应引导学生从宏观角度考虑 ADR 程序与诉讼程序的衔接问题；从实践角度了解 ADR 的效力与执行效果等问题。

基本要求：1．基本掌握 ADR 的具体程序；2．了解 ADR 程序与诉讼程序相衔接的必要性与可行性； 3．掌握通过 ADR 获得的处理结果的具体效力问题；4．了解 ADR 的执行结果、ADR 程序对当事人的约束机制以及对执行不能的相关救济措施。

知识点：ADR 的启动程序　强制执行　保全措施　ADR 的效力　ADR 的执行　ADR 的成本

重点：ADR 的启动程序　ADR 的效力　ADR 的执行

难点：ADR 程序与诉讼程序的衔接

课堂讨论：1．ADR 与诉讼程序的衔接；2．在 ADR 中如何采用保全措施？

学时分配：6 学时

第一节　ADR 的具体程序

一、启动程序

1．自愿启动
2．半强制启动
3．强制启动

二、进行程序

三、终止程序

第二节　ADR 程序与诉讼程序的衔接

一、作为诉讼前置程序的 ADR
二、终局性 ADR 的强制执行
三、在 ADR 中采用保全措施的探讨

第三节　ADR 的效力

一、ADR 处理结果生效的条件
二、ADR 的时效中断效力
三、ADR 生效后的效力
四、ADR 的既判力

第四节　ADR 的执行

一、即时履行

二、变更履行

三、强制履行

四、债务的履行确保制度

1．义务履行的劝告制度
2．义务履行的命令制度
3．金钱委托保管的接受制度

五、执行中的救济

第五节　ADR 的费用

一、ADR 的成本

1．利用者产生的费用
2．制度成本

二、ADR 的有效费用

1．浮动手续费的利弊
2．固定成本回收的可能

三、ADR 的资金募集

1．政府投入
2．行业、企业等出资
3．私人捐助

复习与思考题

1．请结合实例分析三种不同的启动程序对当事人的影响。
2．如何防止 ADR 执行程序中出现的当事人滥用权利或者恶意拖延行为？
3．论 ADR 生效后的效力。
4．请分析在 ADR 中运用强制执行和保全措施的可行性。
5．我国当前应从何入手，加强 ADR 程序与诉讼程序的衔接？
6．如何有效降低人们使用 ADR 程序的费用？

拓展阅读书目

1．[日]小岛武司　伊藤真　著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005

年版。

2．左卫民著：“法治社会中的法院功能”，法治在线网，2005 年 5 月 9 日。

3．蔡从燕：“英国民事司法改革架构中的法院功能”，http：//www.civillaw.com.cn，2005 年 6 月 8 日。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

第六章　ADR 的司法审查

教学目的：通过阐述 ADR 的司法审查问题，向学生揭示出法院在推动诉讼外纠纷解决机制中的职责和作用问题。教师可通过比较不同国家法院推行 ADR 的具体模式，分析 ADR 在实现法治的可持续发展的同时，尚存在一定的反法治化的倾向，引导学生掌握各国司法机关如何根据本国的实际需要，对 ADR 进行司法审查的问题。

基本要求：1．了解 ADR 与司法制度的辨证关系；2．掌握对于 ADR 进行司法审查的不同提起方式； 3．重点掌握司法审查的结果和效力。

知识点：ADR 与司法制度的关系　司法审查 法定审查 依当事人申请的审查　司法审查的结果　司法审查的效力

重点：ADR 与司法制度的关系　司法审查的结果及效力

难点：ADR 与司法制度的关系

课堂讨论：1．ADR 与司法制度的关系

学时分配：2 学时

第一节　ADR 与司法制度

第二节　司法审查的提起

一、法定审查

二、依当事人申请的审查

第三节　司法审查的效力

一、司法审查的结果

二、司法审查的效力

复习与思考题

1．请结合我国历史分析 ADR 与司法制度的关系。

2．请结合美国历史分析 ADR 与司法制度的关系。

3．请分析必须对 ADR 生效结果进行法定审查的情形包括哪些？

4．请分析对 ADR 生效结果在哪些情形下应当驳回当事人申请的审查？

5．请论述 ADR 机构不符司法审查结果时的救济途径？

拓展阅读书目

1．[日]小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 年版。

2．徐昕著：《论私力救济》，中国政法大学出版社，2004 版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

第七章　ADR 的应用

教学目的：教师可通过实证的方法向学生阐明当今世界各国都不同程度的面临着诉讼数量激增、诉讼费用高居不下、诉讼程序一再迟延的困境，而 ADR 的产生对缓解这种紧张状况起到了积极作用。学生通过学习应了解到，对于发展中国家、特别是通过法律移植实现法制现代化的国家而言，ADR 更为重要的意义实际上并非为了应对所谓“诉讼爆炸”，也不是对传统文化的妥协，而是一种法制和社会“可持续发展”的需要。

基本要求：1. 了解 ADR 的产生与发展的背景；2. 了解不同法律领域关于 ADR 的运用；3. 了解 ADR 的电子化发展。

知识点：ADR 的应用范围　专门性 ADR　　电子 ADR

重点：专门性 ADR

难点：电子 ADR

课堂讨论：1. ADR 能否向刑事领域延伸？2. 电子 ADR 的发展前景与问题

学时分配：4 学时

第一节　纠纷的范围

一、家庭纠纷

二、公共纠纷

三、国际纠纷

第二节　专门性 ADR

一、劳动争议

二、家事纠纷

三、消费者纠纷

四、医疗纠纷

五、交通事故纠纷

六、体育纠纷

七、金融纠纷

八、其他

第三节　电子 ADR

一、电话调解

二、在线纠纷解决（Online Dispute Resolution，ODR）

1. 传统诉讼网络化

2. 网上法庭的审判

3. 网上仲裁的实践

三、从 ADR 到 ODR

1．ODR 的产生与发展
2．ODR 的优劣及其对我国法律的挑战
3．在线交涉、在线调解与网上临时仲裁制度

四、虚拟社区中的纠纷解决

1．由 BBS 管理行为产生的纠纷及其解决
2．由 BBS 非管理行为产生的纠纷及其解决

复习与思考题

1．请说出现实生活中 ADR 应用的一个具体实例。
2．专门性 ADR 的特征？
3．请谈谈传统诉讼网络化与网上法庭的区别？
4．请分析 ODR 对我国法律具有哪些挑战？
5．虚拟社区中的纠纷解决必须通过法院吗？

拓展阅读书目

1．[日]小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 年版。

2．徐昕著：《论私力救济》，中国政法大学出版社，2004 版。

3. 郭树理著：《体育纠纷的多元化救济机制探讨—比较法与国际法的视野》，法律出版社 2004 年版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

6．黄松有主编，《诉讼调解要务》，人民法院出版社，2005 版。

7．霍文丽，“美国纠纷解决替代机制的新发展及对我国的启示”，民商法律网，2006 年 3 月 20 日。

第八章　ADR 的未来

教学目的：通过对我国 ADR 现存问题的具体分析，向学生阐明建构具有中国特色的 ADR 制度可以选择遵循两种途径：一是进行 ADR 立法；二是通过司法改革吸纳、承认、创设相对规范的 ADR 制度。在此基础上，教师可适当引导学生关注关于 ADR 的立法设计，以及我国相关部门目前正在进行的一些 ADR 立法尝试。

基本要求：1．了解 ADR 在我国产生与发展的背景；2．了解我国建构 ADR 制度存在的种种问题； 3．了解我国有关部门关于 ADR 的立法情况。

知识点：ADR 的立法　ADR 的立法框架

重点：我国关于 ADR 的制度建构模式

难点：ADR 的立法设计

课堂讨论：1．我国应采用何种 ADR 制度的建构模式？2．如何进行 ADR 的立法设计

学时分配：4 学时

第一节　我国 ADR 的现存问题

一、陈旧单一、程序复杂随意

二、人员不足、专业性不强

三、立法层次低，法制化不足

四、政府投入少，缺乏重视

五、不成体系，与诉讼制度衔接不够

六、盲目借鉴，定位不清

第二节　ADR 的制度建构模式

一、进行 ADR 立法

二、通过司法改革吸纳、承认、创设相对规范的 ADR 制度

第三节　ADR 的立法框架

一、ADR 基本法（性质、法律地位、制度建构、发展战略）

二、ADR 组织法（机构设立、人员构成、资质要求、工作原则、行为规则）

三、ADR 程序法（程序保障、程序规则）

四、ADR 的效力

五、ADR 与司法制度

六、当事人的行为规则

复习与思考题

1．请指出我国关于 ADR 的研究与应用的不足。

2．你认为我国应采用哪种 ADR 模式？

3．请谈谈 ADR 程序中，当事人应当遵守哪些基本的行为守则？

4．关于 ADR 的立法设计中，最核心的部分应当是什么内容？

阅读书目

1．小岛武司 伊藤真 著、丁婕译：《诉讼外纠纷解决法》，中国政法大学出版社，2005 版。

2．马长山著：《法治进程中的“民间治理”——民间社会组织与法治秩序关系的研究》，法律出版社，2006 版。

3．高见泽磨著、何勤华等译，：《现代中国的纠纷与法》，法律出版社，2003 年版。

4．[美] 博西格诺等著，邓子滨译：《法律之门》（第六版），华夏出版社，2002 年版。

5．斯蒂芬.B.戈尔德堡 等著，蔡彦敏等译：《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》，中国政法大学出版社 2004 版。

6．徐昕著：《论私力救济》，中国政法大学出版社，2004 版。

7．沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》，厦门大学出版社，2005 年版。

8．范愉著：《非诉讼程序的原理与实务教程》，人民大学出版社，2002 年版。

9．王生长：《仲裁与调解相结合的理论与实务》，法律出版社、2001 年版。

10．Simon Roberts & Michael Palmer ，“DISPUTE PROCESS--ADR and the Primary Forms of Decision-Making”（Second Edition），Cambridge University Press ，2005.

11．Albert Fiadjoe, “ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION：A DEVELOPING WORLD PERSPECTIVE”，Cavendish Publishing Limited，2004.

《非诉讼律师实务》教学大纲

袁钢　编写

目　录

前　言 3
一、课程性质 3
二、编写目的 3
三、课程简介 3
四、编写人员 3
五、课程主要内容与学时分配 3
第一章 导 论 5
一、开课目的 5
二、课程内容 5
三、课程调研 6
【复习与思考题】 6
【拓展阅读书目】 6
第二章　律师制度与律师实务 7
第一节 律师制度 7
一、律师 7
二、律师事务所 7
三、律师行业 8
第二节 律师实务 8
一、律师实务的涵义 8
二、律师实务的业务范围 9
第三节　非诉讼律师实务概述 9
一、非诉讼律师实务的概念和特点 9
二、非诉讼律师实务的范围和分类 9
三、非诉讼律师实务的基本方法 10
四、非诉讼律师实务发展趋势 10
【复习与思考题】 10
【拓展阅读书目】 10
第三章　专项非诉讼律师实务 11
第一节　担任法律顾问 11
一、法律顾问业务概述 11
二、法律顾问业务范围 11
三、法律顾问业务流程 12
第二节　法律咨询 12
一、法律咨询概述 12
二、法律咨询工作程序 13
三、法律咨询常见问题的处理 13
第三节　法律意见书 14
一、法律意见书的概述 14
二、法律意见书的制作 14
三、法律意见书的范例 15
第四节　尽职调查 15
一、尽职调查概述 15
二、法律尽职调查概述 15
三、法律尽职调查方式 16
四、法律尽职调查内容 16
五、法律尽职调查要求 17
六、法律尽职调查配合事项 17

七、撰写尽职调查报告.....17
第五节　其他专项非诉讼律师实务.....17
一、律师代书.....17
二、律师见证.....18
三、律师授权声明.....19
四、授权委托书.....19
五、备忘录.....19
六、资信调查.....20
七、主持调解.....20
【复习与思考题】.....21
【拓展阅读书目】.....21
第四章　专业非诉讼律师实务.....22
第一节　合同实务.....22
一、合同实务概述.....22
二、合同的审核.....22
三、合同的修改.....22
四、合同的起草.....22
第二节　公司律师实务.....22
一、公司律师实务的概述.....22
二、公司设立的律师实务.....23
三、公司运作的律师实务.....23
四、公司变更的律师实务.....23
第三节　其他律师实务.....23
一、知识产权律师实务.....23
二、房地产律师实务.....23
三、金融律师实务.....23
【复习与思考题】.....24
【拓展阅读书目】.....24
第五章　结语.....25
一、从法学院到法院.....25
二、做人.....25

前　言

一、课程性质

本课程为法学专业高年级学生开设的选修课程，列入案例研讨课程。

二、编写目的

本教学大纲编写在于使得课程教学符合培养方案规定的目标要求，服从课程结构及教学安排的整体需要，吸收各学科课程最新的教学改革成果。本教学大纲的编写目的在于明确本课程的基本概念、基本原理等主要内容，遵循教学规律，循序渐进安排教学进度，注意突出重点和难点，避免重复或者遗漏。

三、课程简介

1．开课目的

本课程是对法学专业高年级学生开设的一门实践性较强的课程《律师实务》系列课程之一，同时也是综合性较强的课程，是弥补高等学校法科学生知识与实践之间“断链”的专门课程，作为法学专业选修课，本课程旨在培养适应社会要求并为社会所急需的应用性法律人才。

2．开课设想

本课程紧密围绕律师主要业务之一——非诉讼律师实务，就如何运用有关法律解决实际问题作系统阐述，并对律师的工作方法及一些具体操作办法作示范说明。本课程具有较强的应用性，因此要在教学中要强化实践环节：要求教员系统、全面、准确掌握律师实务现状，不脱离中国的实际；教员应重点搞好案例教学，以案说法，进行案例评析，有针对性地解决各章节中的难点、热点问题；布置作业时以综合练习和案例操作为主，以提高学生分析和解决实际问题的能力。

根据课时安排，本课程主要以讲授非诉讼律师实务为主。

3．预期效果

通过本门课程的讲授，使学生在对律师制度初步认知的基础上，能运用所学知识处理有关法律事务，掌握处理相关律师业务的技能。作为非核心课程，开设本门课程的目的就是为了提高学生的动手能力，对今后工作单位中存在的常见法律问题能够独立承办，并为学生今后参加司法资格考试打下良好的基础。

四、编写人员

《非诉讼律师实务教学大纲》由课程主讲教师袁钢编写。

袁钢，中国政法大学法学院实践教学教研室讲师，中国人民大学法学博士、法学硕士，布鲁塞尔自由大学访问学者，兼职律师。主要讲授课程：律师实务（系列）、法律诊所。主要研究方向：人权法、欧盟法。

五、课程主要内容与学时分配

课　程　内　容	教学要求	重点 (☆)	难点 (Δ)	学时安排	备 注
第一章　　导论	C		Δ	1	
第二章　　律师制度与律师实务					

课　程　内　容	教学要求	重点(☆)	难点(Δ)	学时安排	备 注
第一节　律师制度	B			3	
第二节　律师实务	B		Δ	2	
第三节　非诉讼律师实务概述	A	☆		3	
第三章　　专项非诉讼律师实务					
第一节　担任法律顾问	B			3	
第二节　法律咨询	A	☆	Δ	5	
第三节　法律意见书	A	☆	Δ	8	
第四节　尽职调查	C			4	
第五节　其他专项非诉讼律师实务	B	☆		3	
第四章　专业非诉讼律师实务					
第一节　合同实务	A	☆	Δ	2	
第二节　公司律师实务	B			1	
第三节　其他律师实务	C			1	
第五章　结语	C			1	

第一章 导 论

【教学目的和要求】

1. 了解我国法学教育现状
2. 审省自身法学知识体系
3. 介绍课程目的和内容

借用美国法学院的一句格言，这些课程的宗旨是:“训练学生像律师那样思考"。换言之，学生应当学会如何像律师那样取证、分析、思考、写作、陈述和行为。听、查、思、写、辩，举手投足都应当表现出法律职业者应有的素质、能力和才智。这些能力和素质的重要性是不言而喻的，但又恰恰是传统的课程设置和教学法所无涵盖的重要方面。“训练学生像律师那样操作"。

一、开课目的

本课程旨在培养适应社会要求并为社会所急需的应用性法律人才。

1．弥补高等学校法科学生知识与实践之间“断链”

（1）教学与社会严重脱节

法学是一门实践的学问，隔绝社会封闭教学，很难培养出适应社会，为社会作出贡献的优秀人才。法学教育中必须教会学生事实是如何认定的，人际关系该如何处理、利害冲突如何协调、特定的文化和道德风尚该如何联系结合，法理精神该如何体现等等。否则，我们只给学生提供了利箭，而没有为学生提供良弓。

（2）适合社会发展的新兴学科开设不足

我们现在所开设的经济法的课程中部分内容已不适应市场经济的需要。这种情况非常危机，适应社会发展需要的新兴学科开设不足，将严重制约学生对社会的贡献，教学对社会的应有作用将大大降低。

2．了解我国律师和律师制度

了解律师制度的产生和发展，律师的性质和任务，律师资格、律师素质、律师的执业原则、律师职业道德和执业纪律、律师事务所、律师管理体系、律师业务收费等多个方面，只有了解律师行业，才能作出正确的职业选择。选择之后，如何进行策划。

3．熟悉律师的基本业务

科长将从律师的基本素养讲起，包括如何进行法律调研、访谈、谈判、业务开拓，进而涉及律师两大基本业务，诉讼业务和非诉讼业务。

4．掌握律师业务中适用法律的基本方法和基本技能

本课程主讲教师应当参与法律实践，充分地了解司法实践，关注律师实务中出现的新问题、新案件，关注对法律运用中的技术性问题，不断吸纳新的法律知识和社会经验，把知识和经验传道给学生。

5．培养适应社会要求并为社会所急需的应用型法律人才

这种应用型的法律人才，首先“学会做人"；其次“学识广博“，博闻强记；最后，是”用法律。”

二、课程内容

本课程紧密围绕非诉讼律师实务，就如何运用有关法律解决实际问题作系统阐述，并对律师的

工作方法及一些具体操作办法作示范说明。本课程具有较强的应用性，因此要在教学中要强化实践环节：要求教员系统、全面、准确掌握律师实务现状，不脱离中国的实际；教员应重点搞好案例教学，以案说法，进行案例评析，有针对性地解决各章节中的难点、热点问题；布置作业时以综合练习和案例操作为主，以提高学生分析和解决实际问题的能力。

具体见本课程教学大纲。

三、课程调研

见《律师实务课程调查问卷》

【复习与思考题】

1.请描述你心中的律师和律师行业。
2.概括总结在选修本课程之前已修的全部课程，自我评价掌握程度。
3.你对本课程有什么期待或者想法。

【拓展阅读书目】

1. 朱景文：《中国法律发展报告——数据库和指标体系》，中国人民大学出版社，2007 年
2.《北京京律师事务所管理现状调查（摘要）》，
http://www.acla.org.cn/forum/printthread.php?Board=44&main=690221&type=post

第二章　律师制度与律师实务

【教学目的和要求】

1. 了解律师和律师制度
2. 了解律师行业的现状
3. 实地观察律师执业情况

第一节 律师制度

一、律师

1.律师的性质

（1）律师职业的本质属性：法律规定性、制约性

（2）西方国家关于法律性质的规定：自由职业者

（3）我国律师的性质

《律师暂行条例》->1996 年《律师法》->2001 年《律师法》->2007 年《律师法》

2. 律师管理体制

我国律师实行行业自治的管理体制，几乎是世界各国的通例。

3. 律师资格与律师执业

（1）律师资格

（2）律师执业

一般执业：条件程序明确；特许执业——严格限定；兼职律师：具备律师执业条件；

（3）律师执业消极条件

不予执业；撤销执业；其他

4. 律师权利与义务

（1）律师权利

改善执业环境：诉讼中的会见、阅卷、调查取证、辩护等权利；“法庭言论”豁免权；律师“法庭言论”不受法律追究

（2）律师义务

律师拒绝履行法律援助义务将“受罚”；扩大律师保密义务；律师法为律师执业划出“红线”

5. 律师的职业道德与执业纪律

见《律师职业道德与执业纪律规范》

6. 律师同业竞争和执业风险

（1）同业竞争：律师法明令禁止律师事务所间、律师间不正当竞争

（2）执业风险：安全风险与责任风险

二、律师事务所

1.律师事务所的组织形式

法律顾问处－国办所－合作所－合伙所－个人所

2.律师事务所的设立

（1）条件

（2）设立程序

3. 律师事务所的终止

《律师法》第 22 条

4. 律师事务所的管理

《律师法》第 23、24、25、26、27 条

三、律师行业

1.充满魅力和挑战的行业

（1）律师是目前入门限制最高的行业之一

（2）就提高自身能力和丰富人生阅历而言，律师是最好的行业之一

（3）律师是最能体现从业者自身价值和社会价值的行业之一

（4）律师在中国是一个新兴的行业。

2. 布满荆棘和机遇的行业

走上律师的道路，具有这样一些目标或者条件：

（1）选择一家好的律师事务所、一个可以为师的律师和适宜的业务发展方向

（2）熟悉法律法规

（3）掌握律师专业思维方式和业务技巧

（4）培养业务关系，提高开拓客户能力

3. 置满困惑和疑虑的行业

（1）笑话律师

（2）观察律师

（3）实话律师

（4）数字律师

第二节 律师实务

一、律师实务的涵义

1.律师实务的概念

律师实务是律师针对当事人委托的事项，运用法律进行律师业务实际操作，对具体案件的各种律师实务的处理的业务流程。它体现在办理案件中的整个法律知识的运用和对案情综合性判断意见的总结，是个案的解决过程。

2. 律师实务的特征

（1）法律性

（2）社会性

（3）参考性

二、律师实务的业务范围

1.法定代理事项

《律师法》第28条，归纳为四个方面：处理民事纠纷、处理经济纠纷、刑事代理和辩护、非诉讼法律帮助。其中非诉讼含义很大，调解、仲裁、常年法律顾问、项目顾问、法律咨询、文书代写等。具体实务中一般分为诉讼和非诉讼两个领域。

2.诉讼律师实务

（1）诉讼中的文书

（2）律师在诉讼中的应当作为

3. 非诉讼律师实务

（1）概念

非诉讼律师实务是指无争议的律师业务，或者虽已发生争议，但不必或尚未经诉讼来解决的律师实务。

（2）特性：无诉讼性；可调和性；多样性；可变性

（3）意义：预防性；便捷性；经济性

一般情况下，当事人处理缴纳代理费外，无需再交其他费用，为当事人节省了不必要的经济开支，减轻了当时的经济负担。

第三节　非诉讼律师实务概述

一、非诉讼律师实务的概念和特点

1.概念

非诉讼律师实务是指没有纠纷，不需要进行诉讼的律师实务，或者虽然已发生纠纷，但不必要或尚未到法院进行诉讼，仅在当事人之间通过调解或者仲裁解决的律师实务。

2.特点

（1）法律性和调和性

（2）无诉讼性和预防性

（3）多样性和可变性

（4）便捷性和经济性

3.区别

（1）性质不同

（2）主管机关不同

（3）适用的程序不同

（4）适用的法律不同

（5）产生的法律后果不同

二、非诉讼律师实务的范围和分类

1.非诉讼律师实务的范围

（1）法律咨询

（2）担任法律顾问

（3）律师代书

（4）律师见证
（5）律师代理仲裁
（6）代理非诉讼调解
（7）代理行政复议
（8）新兴非诉讼法律领域
（9）其他服务

2. 非诉讼律师实务的分类

（1）依据服务对象：个人委托代办的非诉讼律师实务、法人委托代办的非诉讼律师实务以及非法人组织委托代办的非诉讼律师实务

（2）依据法律事务性质：无争议的非诉讼律师实务和有争议的非诉讼律师实务。

（3）依据律师实务内容：民事非诉讼律师实务、经济非诉讼律师实务、刑事非诉讼律师实务、行政非诉讼律师实务

（4）依据涉外因素：一般非诉讼律师实务、涉外非诉讼律师实务。

（5）依据服务市场和操作难度：专项法律服务（基础法律服务）、调解仲裁服务、居间法律服务、专业法律服务（高端法律服务）

三、非诉讼律师实务的基本方法

1. 非诉讼函解
2. 直接协商
3. 参与非诉讼调解和仲裁

四、非诉讼律师实务发展趋势

1.专业化
2.多样化
3.国际化

【复习与思考题】

1. 诉讼律师实务和非诉讼律师实务的区别。
2. 观摩庭审撰写庭审报告。
3. 论述非诉讼律师实务的分类。

【拓展阅读书目】

徐家力 主编：《律师实务》（第三版），法律出版社，2007 年
陈长文、罗智强：《法律人，你为什么不争气？》，法律出版社，2007 年

第三章　专项非诉讼律师实务

【教学目的和要求】

1. 了解专项非诉讼律师实务的内容
2. 掌握法律咨询的技巧
3. 掌握撰写法律意见书的技能

第一节　担任法律顾问

一、法律顾问业务概述

1.法律顾问的概念

法律顾问是指依法接受公民、法人或者其他组织的聘请，以自己的专业知识和技能为聘请方提供多方面的法律服务的专业性的活动或者人员。

2.法律顾问的种类

（1）依据聘请法律顾问的聘方不同，法律顾问可以分为政府部门的法律顾问；企业的法律顾问；事业单位的法律顾问；社会团体的法律顾问。

（2）根据聘请法律顾问的期限不同，法律顾问可以分为常年法律顾问；临时法律顾问。

（3）根据法律顾问工作范围的不同，法律顾问可以分为专项法律顾问；一般法律顾问。

3. 法律顾问的作用

（1）预防可能发生的问题．防患于未然。

（2）处理时聘请方已经存在的问题。

（3）促进聘请方管理工作的规范化。

（4）节约费用。

（5）减少风险和责任转移。

4.法律顾问的角色

（1）不干涉内政

（2）不强求接受

（3）不亲自办理

（4）不沦为员工

二、法律顾问业务范围

1．企业法律顾问的业务范围

（1）解答法律询问

（2）为企业的经营决策提供法律依据和法律建设

（3）草拟、审查修改合同及其他法律文书

（4）参加重大经济合同的谈判

（5）代理参加调解 仲裁和诉讼活动

（6）受托办理其他经济法律事务

（7）协助企业建立 健全各种规章制度

（8）协助企业建立法律事务机构 进行法律培训，积累法律资料

2．政府法律顾问的业务范围

（1）为政府宏观决策提供法律依据和法律建议

（2）协助政府依法管理经济

（3）协助政府草拟、审查、修改规范性法律文件

（4）协助政府处理纠纷

（5）促进政府法制建设

三、法律顾问业务流程

1. 法律顾问的聘请程序

（1）聘请顾问律师的程序

（2）聘请法律顾问合同的主要内容

（3）签订聘请合同应当注意事项

2. 法律顾问的工作原则

（1）维护聘方合法权益原则

（2）预防为主、指导为主、平等协商原则

（3）保守秘密的原则

3.法律顾问的工作程序

（1）深入了解，了解情况

（2）区分缓急，适宜处理

（3）预防为主，标本兼治

（4）全面工作，有条不紊

4. 法律顾问的工作制度

（1）拟定服务工作计划

（2）养成良好的工作习惯

（3）经常性的沟通，勤于联系，加强沟通

（4） 经常性的讲座

（5） 绝不接入客户内部事务

第二节　法律咨询

一、法律咨询概述

1. 法律咨询的概念和特点

（1）法律咨询的概念

律师的法律咨询，是指律师就国家机关、企事业单位、社会团体以及公民个人提出对有关法律事务的询问，做出解释或者说明，或者提供法律方面的解决意见或者建议的一种专业性活动。

（2）法律咨询的特点

专业性

广泛性：服务对象和服务内容

经常性、普通性

无法律约束力
有法律责任

2.法律咨询的意义

（1）法律宣传
（2）平抑诉讼
（3）沟通情况
（4）提高水平

3.法律咨询的原则

（1）坚持实事求是的原则
（2）坚持息讼解纷的原则
（3）坚持伸张正义、抑恶扶善的原则

4.法律咨询的要求

（1）热心、高度负责的责任感
（2）注意文明礼貌
（3）针对性做出回答
（4）依法解答
（5）立即纠正

二、法律咨询工作程序

1.法律咨询方式

（1）口头解答　认真倾听－> 咨询审阅－>针对性提问－>综合分析－>正确解答
（2）书面解答　认真阅读－>仔细答复

2.法律咨询环节

一记：登记和记录　　二听：听取咨询者的陈述
三看：认真观察和审阅　　四问：有针对性地提问
五析：综合分析　分类　　六答：解答

3.法律咨询注意事项

恪守以事实为依据，以法律为准绳的原则；了解当事人的问题与意图，掌握基本情况；

严肃认真，思路敏捷，口齿清晰，不故弄玄虚；补充回答；言之有据，勿妄下结论；不断积累，提高水平；维护合法权益；避免激化矛盾；提高法律服务质量；避免利益冲突；咨询时时有

三、法律咨询常见问题的处理

1．一般法律咨询工作

（1）关于法律条文的解释
（2）竭力让咨询者自行处理
（3）提供解决问题的途径和办法
（4）说服教育
（5）热情接待
（6）积极解决
（7）妥善解决
（8）掌握收费

2．经济法律事务的咨询

（1）项目法律解释

（2）可行性分析

（3）风险预测及其对策

（4）审查国内合同

（5）审查涉外合同

第三节　法律意见书

一、法律意见书的概述

1.法律意见书的概念和特征

（1）法律意见书的概念

法律意见书，是指律师应当事人的要求，针对某一非诉讼法律事务，根据当事人提供的材料和事实根据，正确运用法律进行阐述和分析，给当事人出具，提出如何解决的司法建议书。

（2）法律意见书的特征

2.法律意见书的适用范围

3.法律意见书的主送对象：委托人

4.法律意见书的辨析

（1）行文主体上的不同文书

（2）制作目的与表述方式上的不同文书

（3）代理关系上的不同文书

（4）工作程序上的不同环节

5.法律意见书的意义

（1）对委托人的意义

（2）对律师事务所的意义

6.出具法律意见书的程序

二、法律意见书的制作

1.法律意见书的格式

（1）首部：标题；编号；主送对象；案由；审查材料

（2）正文：本案当事人；基本事实；法律分析；解决方案；结论

（3）尾部：声明；署名；成文日期

2.法律意见书事实部分的制作

（1）法律意见书事实部分制作的表达方法：叙述

（2）法律意见书事实部分制作的具体要求：内容完整；表述完备；时间为序；特别交待；详略得当；叙引结合

3.法律意见书法律分析部分的制作

（1）法律意见书法律分析部分制作的表达方法：议论

（2）法律意见书法律分析部分制作的具体要求：严格依法；法律分析之前提；分析方法；论证的方法与层次；关于假设分析；法律分析中的失误

三、法律意见书的范例

1.法律意见书的分类

要件性法律意见书；审查性法律意见书；解疑性法律意见书

2.合同审查法律意见书范例

3.方案审查法律意见书范例

4.项目审查法律意见书范例

第四节　尽职调查

一、尽职调查概述

1.尽职调查的概念

尽职调查是中介机构的一项专门职责。参与交易的各种中介机构都必须履行自己的专业任务和职业道德，进行尽职调查。尽职调查的对象是目标公司的财务、经营、债权债务等各个具体细节的具体活动，因此，尽职调查又称为细节调查。

2.尽职调查的目的

对目标公司的全面了解

3.尽职调查的作用

它是对决定一个交易或方案是否值得进行的关键一步

4.尽职调查的时间

在决定最终并购目标公司之前；在谈判过程的早期；谈判过后但在最终协议签订之前，和在履行过程中

5.尽职调查的对象

尽职调查的主要内容分为四项,分别是公司可持续经营能力调查、公司财务状况调查、公司治理结构调查和公司合法合规事项调查。

6.尽职调查的分类

- **法律尽职调查**
- **财务尽职调查**
- **营业运作尽职调查**

7.尽职调查的程序

二、法律尽职调查概述

1.法律尽职调查的作用

（1）律师为企业并购拟定可行性方案是企业并购依法进行的前提和基础

（2）律师为企业兼并收购等并购起草制作或审核验证相关法律文件，是确保企业规范化运作的重要保证

（3）律师出具的法律意见书是企业资产置换、股权转让等并购上报核准的法定条件之一

2.法律尽职调查的原则

（1）完整性原则

（2）有的放矢、分清主次原则

（3）客观性原则

（4）统一协调原则

（5）保密性原则

3.法律尽职调查的范围

n 目标公司

n 目标公司拟变现股权的产权持有人——基本情况及所持股权的法律状态

4.法律尽职调查的意义

n 收集整理目标公司重大方面法律状态信息

n 了解权益状况，促进变现工作顺利实施

n 协助建立资料库

n 获取出具法律意见书的依据材料，配合报批

5.法律尽职调查的操作程序

（1）收购方指定由自身或其聘请的法律、财务、会计等方面的专家组成尽职调查小组；

（2）收购方与目标公司就尽职调查签署保密协议；

（3）目标公司在收购方指导下搜集所有相关材料；

（4）收购方根据尽职调查的范围和内容准备尽职调查清单；

（5）尽职调查小组进行具体调查，并依据调查结果出具调查报告， 律师出具尽职调查的法律意见；

（6）交易双方在尽职调查的基础上开展并购谈判；

（7）律师根据谈判结果制作相关法律文件。

三、法律尽职调查方式

1．书面文件资料审查

2．现场核查

3．向相关人员询问或开展访谈

4．到工商部门查询

5．其他方式

四、法律尽职调查内容

1.公司基本情况和历史沿革

2.拟变现股东基本情况及所持股权法律状况

3.公司对外投资情况

4.土地和房产

5.重要固定资产

6.知识产权

7.融资/借贷

8.重大合同和协议

9.关联交易和同业竞争

10.员工与劳动人事

11.财务和税务

12.环境保护及其他行政监管

13.重大诉讼、仲裁和行政处罚

14.公司需要说明的其他问题

五、法律尽职调查要求

1.律师尽职调查文件组成

尽职调查问卷。详细列明了被调查企业需要回答的问题及需要提供的文件资料。

尽职调查表格。涉及贷款、担保、土地、房屋、在建工程、知识产权等方面 11 张表格。

2.问卷回答和说明

目标公司回答问卷时，应尽可能搜集书面证据，对需要回答的问题或需要说明的情况应逐项回答或说明（如适用或存在，请给予相应描述，且如有相关文件，请予提供；如某问题或某情况不适用或不存在，请标明“不适用”或“不存在"）。

3.文件资料提供

对于需要目标公司提供的文件资料，请逐项在问卷清单相应位置标明文件提供情况（如果已经准备好有关材料，请标明“已提供"；如果公司没有某方面的文件材料，请标明“未提供"）。

4.承诺事项

目标公司应确保所提供资料和信息的真实、准确、完整 ，并出具承诺书。

参与尽职调查律师承诺履行保密义务。

六、法律尽职调查配合事项

1.查询和复印有关工商档案资料

2.提供必要的工作场所和办公条件

3.配备专人协调目标公司各部门配合法律尽职调查

4.及时准备文件资料，按尽职调查问卷清单的顺序整理

5.其他

七、撰写尽职调查报告

第五节　其他专项非诉讼律师实务

一、律师代书

1. 律师代书的概述

（1）律师代书概念

律师代写法律文书，又称律师代书，是指律师根据当事人的委托，以当事人的名义，或者虽然签署自己的姓名，但是由当事人承担有关责任，旨在表达当事人对有关法律问题的意见的文书。在律师向当事人所提供的各种法律服务中，代写法律文书是一项对律师的法律功底、逻辑思维、文字表达能力等均有较高要求的工作，是衡量律师法律专业素质的一个重要尺度。

（2）律师代书意义

代书是为委托人提供法律帮助、维护其合法权益的重要方式

代书有助于宣传、普及法律知识，起到息讼解纷的作用

代书可以为诉讼的顺利进行创造条件

（3）律师代书特点

（4）律师代书与法律意见书

2.律师代书的范围

（1）诉讼类法律文书

（2）非诉类的法律文书

3.律师代书的基本原则

（1）以事实为根据

（2）以法律为准绳

（3）谨慎原则

4.律师代书的注意事项

（1）要充分领会当事人的意图和目的，注意加强与当事人的沟通，不能自以为是。

（2）文字书写的形式上，要规范。

（3）在文书表述上，要做到主题突出，尽量直接、明确地表达当事人的意图，切忌言而无物;要做到法律逻辑清晰，有理有据，切忌自相矛盾，逻辑混乱；要做到表达流畅，行文简练、切忌文词怪癖冷涩，啰嗦重复。

（4）在文书书写上，要使用钢笔、签字笔、毛笔进行书写或者签字。提交打印文件的，要注意打印清晰。所有书面文件切忌涂抹。

（5）在文书格式上，尤其是向各级人民法院呈送的诉讼文书和正式的合同协议、遗嘱等一定要注意遵循法定的、或者通行的格式

（6）在文书技术性问题上，还要注意有关部门对于文书纸张、份数等问题的特别要求，避免在这些技术问题上耽误时间。

5.代写各类法律文书

（1）民事起诉状

（2）民事答辩状

（3）民事反诉状

（4）民事上诉状

（5）财产保全申请书

（6）先予执行申请书

（7）强制执行申请书

（8）遗嘱代书

（9）控告举报代书

二、律师见证

1.律师见证的概念和特征

律师见证，是指律师应当事人的申请，根据自己的亲身所见。以律师事务所的名义，依法对法律事件或法律行为的真实性、合法性进行证明的一种活动。

律师见证具有下列法律特征：见证的主体是律师；见证是一种对法律及事实的确认；见证的时间与空间有着严格的限制；律师具有独立的地位

2.律师见证的效力

（1）约束效力

（2）证据效力

3.律师见证的范围

（1）律师见证的主要是法律行为，而不是法律事件

（2）律师见证应该是法律规定的强制公证之外的法律行为

（3）见证的重点应当是经政府批准生效的法律行为

4.律师见证的程序

（1）接受当事人的委托，签订委托见证合同

（2）审查

（3）见证

（4）出具见证意见

5.律师见证书

律师见证书是律师开展见证业务所使用的法律文书，其内容结构主要由首部、正文、尾部三部分组成。

三、律师授权声明

1.律师授权声明的概念和特征

律师授权发表声明，是指在民事活动中，律师根据当事人的授权，就有关当事人利益的法律事实，公开声明其立场或主张其权利的单方法律行为。

律师授权发表声明，主要具有以下几个特征：

（1）授权人必须具有主体资格

（2）声明．的内容必须真实可靠

（3）声明的内容必须合乎法律规范、公共利益和社会公德

（4）声明必须公开

2.律师授权声明的程序

（1）接受委托

（2）制作声明书

3.律师授权声明书的制作

律师授权声明书一般由首部、正文、尾部三部分组成。

四、授权委托书

1.授权委托书的概述

授权委托，是一种常见的民事法律行为，律师在授权委托关系中总是处于被授权和被委托的一方，依据当事人的授权以当事人的名义代其完成一定的法律事务，授权委托书正是委托人为了实施某一行为而授权律师代为执行的书面文件。

2.授权委托书的制作

首部的制作、正文的制作、尾部的制作

五、备忘录

1.概述

备忘录是指记载交易框架、各方就该交易已达成一致和尚未达成一致的事项、各方下一步应该采取的行动等内容的书面文件。

2.主要内容

备忘录主要应由以下几个方面的内容组成：

（1）标题

（2）前言(鉴于条款)；

（3）达成一致的事项；

（4）尚需要进一步磋商的事项；
（5）下一步的行动；
（6）签字盖章；
（7）附件或附录。

六、资信调查

1.律师资信调查的概念

律师资信调查．是指当事人为预防风险，保障其投资、贸易经营的安全，委托律师代理其对他方的资产状况和商业信誉，通过一定的手段进行的考察和了解的业务活动。

2.律师资信调查的途径

（1）调查对象是中国境内公司、企业
（2）律师涉外资信调查

3.资信调查报告的制作

制作要点介绍如下：
（1）首部
（2）正文
（3）结尾

七、主持调解

1.调解的种类和律师参与、主持调解的性质

调解是双方或多方当事人发生纠纷后，由人民法院、行政机关、群众调解组织，在查明事实、分清责任的基础上，为了减少诉讼，从中排解疏导，说服教育各方当事人互相谅解，做出让步，使争端通过协议得到解决的一种活动。调解有司法调解、行政调解、人民群众调解（或称民间调解）三种形式。

（1）三种调解的共同点
（2）三种调解的区别

2.律师主持调解

律师主持调解，是应当事人双方的委托，通过疏通劝导，从中斡旋，，促使双方达成协议，解决矛盾，消除分歧的活动。律师主持调解要做好以下工作：

（1）受理
（2）主持调解
（3）制作协议书
（4）执行

3.律师参与调解

（1）表明身份
（2）依法维权
（3）尽力创造和保持调解气氛
（4）审时度势，适当做出让步，达成协议
（5）协助起草协议书

【复习与思考题】

1. 论述法律顾问的作用和内容。
2. 完成一份法律意见书。
3. 分析法律尽职调查中的文件。
4. 完成一份授权委托书

【拓展阅读书目】

1.王宇、邱旭瑜、吕良彪：《从实习律师走向大牌》，法律出版社，2006 年

2.斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼：《律师执业基本技能：会见、咨询服务、谈判、有说服力的事实分析》，中伦金通律师事务所 译，法律出版社，2006 年

3. 中华全国律师协会民事专业委员会编：《民事律师实务：前沿、务实与责任》，法律出版社，2006 年

第四章　专业非诉讼律师实务

【教学目的和要求】

1. 介绍专业非诉讼律师实务内容
2. 掌握律师合同实务技巧

第一节　合同实务

一、合同实务概述

1．合同实务的基本情况：整体状况；主要内容；法律法规
2．合同实务的基本理念：以当事人需求为向导；考虑交易背景；专业水平
3．合同原理

二、合同的审核

1．审查前的工作
2．对法律问题的审核
3．对文字问题的审核
4．审核中的特殊工作

三、合同的修改

1．合同修改的目标
2．对法律问题的修改
3．对文字问题的修改
4．修改中的特殊工作

四、合同的起草

1．合同素材的准备
2．合同起草中整体把握
3．合同起草中细节问题

第二节　公司律师实务

一、公司律师实务的概述

1．公司律师实务的概念与特征
2．公司律师实务的组成与准备

二、公司设立的律师实务

1．公司设立的法律文件
2．公司设立的法律程序
3．公司设立的注意事项

三、公司运作的律师实务

1．上市公司和非上市公司的治理与并购
2．收购方案及融资方案设计，目标公司情况、前股东尽责调查，出具调查报告
3．法律文件的起草和谈判
4．资产、债权债务的处置安排
5．税务方案合理化建议
6．帮助企业建立内部规章制度、合同管理、处理劳动人事争议

四、公司变更的律师实务

1．国有大中型企业主辅分离、辅业改制、分流安置所引起的公司化改制
2．国有资产处置或转让、各种债转股所引起的公司、企业改制
3．利用外资或民营资本并购或改组国有企业所引起的公司化改制
4．各种国有企业改组为有限责任或股份有限公司
5．个人独资企业、合伙企业改组为有限责任或股份有限公司
6．有限责任公司与股份有限公司相互转化时所引起的公司改制
7．内资有限责任或股份有限公司改组为外商投资有限责任或股份有限公司
8．非上市的股份公司与上市的股份公司互相转化所引起的公司改制

第三节　其他律师实务

一、知识产权律师实务

1．著作权律师实务
2．专利权律师实务
3．商标权律师实务
4．反不正当律师实务

二、房地产律师实务

1．房地产业务概述
2．律师承办房地产业务的基本素质
3．律师房地产实务的范围和服务内容

三、金融律师实务

1．金融业务概述
2．律师承办金融业务的基本素质
3．律师金融实务的范围和服务内容

【复习与思考题】

1.完成一份合同审核意见。
2.结合《公司法》分析公司治理。

【拓展阅读书目】

贺宝健、王克先主编：《最新律师实务研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年

第五章　结语

【教学目的和要求】

1. 总结课程
2. 布置考试

一、从法学院到法院

1. 面向法院
2. 立足法学院

二、做人

1. 做人
2. 做凡人
3. 做法律人

《会计法实务》教学大纲

李美云　编写

目　录

第一章　会计法实务概述.....2
　第一节　会计法律、法规体系.....2
　　一、会计法律.....2
　　二、会计行政法规.....2
　　三、会计地方性法规.....2
　　四、会计自治条例和会计单行条例.....2
　　五、会计行政规章.....2
　第二节　会计法律、法规的具体运用及体现方式.....3
　　一、会计核算.....3
　　二、具体体现方式.....3
　第三节 案例解析.....4
　　一、郑顺亮等故意销毁会计账簿案.....4
　　二、股东查阅财务资料权限的案例.....5
第二章　会计核算具体操作.....7
　第一节　系统初始化.....7
　　一、新建账套.....7
　　二、初始资料录入.....7
第三章　会计报表.....9
　第一节　资产负债表.....9
　　一、查看资产负债表.....9
　　二、修改资产负债表.....9
　第二节 利润表.....9
　　一、查看利润表.....9
　　二、修改利润表.....9
第四章　财务报表阅读.....10
　第一节　资产负债表.....10
　　一、资产及其组成（见报表表样）.....10
　　二、负债及其组成.....11
　　三、所有者权益及其组成.....12
　第二节　利润表.....12
　　一、利润表的结构.....12
　　二、利润表的结构特征.....12
　　三、具体项目的阅读.....13
第五章　典型案例解析.....14

第一章　会计法实务概述

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，为以后的学习打下一个基础。
重点掌握：会计法律、法规体系的框架结构。
了解：会计法律、法规的具体规定和具体方式。
学时：5 学时

第一节　会计法律、法规体系

会计法律法规体系是经济法律法规的重要组成部分，是整个法律体系的一个子系统。

一、会计法律

会计法律分为会计专门法律和会计相关法律
（一）会计专门法律
主要指《中华人民共和国会计法》
（二）会计相关法律
会计相关法律主要指：《中华人民共和国注册会计师法》、《税法》、《中华人民共和国审计法》、《中华人民共和国预算法》及《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国证券法》等。

二、会计行政法规

会计行政法规，是指国务院依法制定的有关会计的规范性文件。主要有《企业财务会计报告条例》、《总会计师条例》、《中华人民共和国审计法实施条例》、《中华人民共和国预算法实施条例》等。

三、会计地方性法规

会计地方性法规是指省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市以及国务院批准的较大市的人民代表大会或者它的常务委员会依法制定的有关依法制定的有关会计的规范性文件。如河北省人民政府发布的《河北省会计人员继续教育实施办法》、陕西省人大常委会发布的《陕西省会计管理条例》等。

四、会计自治条例和会计单行条例

会计自治条例和会计单行条例，是指自治区、自治州、自治县人民代表大会依法制定并经批准的有关会计的规范性文件。

五、会计行政规章

会计行政规章包括会计部门规章（指国务院有关部委包括国务院授权的国务院直属局依法制定的有关会计的规范性文件）和会计政府规章（指省级人民政府以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大市的人民政府依法制定的有关会计的规范性文件）。

在会计法律、法规体系中，这一部分的内容所占比例最大，涉及面最广，是我国会计法律、法规体系中的主体部分，包括各种会计准则、会计制度、各种问题解答和审计准则等。这一部分的内容由以下几个方面组成：

1、企业会计法规体系。

主要由企业会计准则和企业财务通则两个部分构成。

2、预算会计法规体系。预算会计法规体系适用于财政总预算和行政事业单位的会计核算，包括总预算会计制度、行政单位会计制度和事业单位会计制度等。

另外，财政部也通过了其他一些规范性文件，如1996年6月发布的《会计基础工作规范》1998年8月发布的《会计档案管理办法》、《会计从业资格管理办法》、《会计电算化管理办法》等。

第二节　会计法律、法规的具体运用及体现方式

在学习具体会计法实务之前，我们首先了解会计法律、法规的具体运用即会计核算。

一、会计核算

关于会计核算的问题，《会计法》专辟第二章进行规定。《会计法》第二章第10条对会计核算的内容规定如下：“下列经济业务事项应当办理会计手续，进行会计核算：

（一）款项和有价证券的收付；

（二）财务的收发、增减和使用；

（三）债权债务的发生和结算；

（四）资本、基金的增减 ；

（五）收入、支出、费用、成本的计算；

（六）财务成果的计算和处理；

（七）需要办理会计手续、进行会计核算的其他事项。

会计核算的基本程序有三个重要环节：

（一）填制审核会计凭证

（二）登记会计账簿

（三）编制财务会计报告

法律规定的会计核算是一种事后核算，是对已经发生的经济业务事项所进行的事后记录、计量和反映，不包括对经济活动事前的预测、决策和管理控制等内容。但法律并不限制这些内容。

二、具体体现方式

（一）会计凭证及会计账簿

有关会计凭证和会计账簿的法律规定。《会计法》中关于会计凭证和会计账簿的法律规定共涉及18个方面，具体包括《会计法》第3条、5、9、13、14、15、16、17、23、29、31、32、35、40、42、43、44、45条。

《企业财务会计报告条例》中关于会计凭证和会计账簿中的规定包括第17—21条、第23条。

《会计基础工作规范》中对会计凭证和会计账簿的规定，在第三章会计核算中的第二节填制会计凭证和第三节登记会计账簿中进行了具体的规定，对具体会计核算起指导性的作用。

（二）会计报表

《企业财务报告条例》的规定：该条例主要规定了以下几点:

1、财务会计编制基础必须真实；

2、强调账簿的对账；

3、账簿的结账；

4、规定了财产清查。

企业会计准则报告准则的规定。

第三节 案例解析

一、郑顺亮等故意销毁会计账簿案

浙江省台州市路桥区人民法院刑事判决书 （2007）路刑初字第462号 公诉机关台州市路桥区人民检察院。

被告人郑顺亮。

辩护人卢修永，浙江星册律师事务所律师。

被告人林承有。

辩护人洪学勇，江西时空律师事务所律师。

被告人何井卫。

上列三被告人均因本案于2006年11月10日被台州市公安局路桥分局刑事拘留，同年12月15日被逮捕。现押台州市路桥区看守所。

台州市路桥区人民检察院以台路检诉（2007）513号起诉书指控被告人郑顺亮、林承有、何井卫犯故意销毁会计账簿罪，于2007年8月31日向本院提起公诉。本院依法适用简易程序，实行独任审判，公开开庭审理了本案。被告人郑顺亮、林承有、何井卫及其辩护人到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控，2006年10月9日，台州市国家税务局稽查局对台州市亿华特种电磁线有限公司（以下简称亿华公司，因涉嫌偷税，另案处理）进行稽查，并调取了该公司部分账簿。同月31日，该公司股东金信芳（另案处理）为隐瞒公司偷税事实，以酬金十万元人民币雇用被告人郑顺亮，要求郑从税务机关偷回被调取的账簿。

随后，被告人郑顺亮纠集了被告人林承有、何井卫并告知二人为亿华公司盗窃涉税的被扣账簿。同年11月2日晚，被告人郑顺亮、林承有、何井卫窜至台州市路桥城区台州市国家税务局楼下，由被告人郑顺亮、何井卫在楼下望风，被告人林承有撬门进入四楼409室检查三科办公室，窃走亿华公司、台州鑫宇钢管有限公司的账簿共三十余册并交给金信芳

当夜，金信芳将窃回的亿华公司账簿交给亿华公司法定代表人李华才（另案处理），李将该账簿带至仙居县横溪镇浙江嘉华特种电磁线有限公司围墙外烧毁。

被告人何井卫归案后协助公安机关抓获其他犯罪嫌疑人一人。

上述事实，被告人郑顺亮、林承有、何井卫在开庭审理过程中均无异议，并有证人林领梅、邱士华、黄文廉的证言；同伙金信芳、李华才的供述；辨认笔录；现场勘查笔录；搜查笔录及赃物起获笔录；扣押清单；抓获经过及户籍证明等证据证实，足以认定。

本院认为，被告人郑顺亮、林承有、何井卫明知金信芳准备采用毁灭证据的方法以逃避税务检查，仍结伙从税务机关窃取依法应当保存的涉税账簿交给金信芳等人销毁，情节严重，其行为均已构成故意销毁会计账簿罪。被告人何井卫案发后有立功表现，依法予以从轻处罚。三被告人归案后认罪态度较好，均酌情予以从轻处罚。公诉机关的指控，事实清楚，罪名成立。

被告人郑顺亮辩护人提出的被告人郑顺亮认罪态度较好，可酌情从轻处罚的意见以及被告人林承有辩护人提出的被告人林承有系初犯，且归案后认罪态度较好，可酌情从轻处罚的意见，本院均予以采纳。对被告人郑顺亮辩护人提出的被告人郑顺亮在共同犯罪中所起作用相对较小等意见以及

被告人林承有辩护人提出被告人林承有在共同犯罪中作用较小，系从犯的意见，经查，均与事实不符，本院不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十二条之一、第二十五条第一款之规定，判决如下：

被告人郑顺亮犯故意销毁会计账簿罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二万元。

被告人林承有犯故意销毁会计账簿罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二万元。

被告人何井卫犯故意销毁会计账簿罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币二万元。

三被告人的刑期均从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即被告人郑顺亮、林承友的刑期自2006年11月10日起至2008年11月9日止；被告人何井卫的刑期自2006年11月10日起至2008年5月9日止；被告人郑顺亮的罚金限在判决之日缴纳；被告人林承有、何井卫的罚金限在判决生效之日起一个月内缴纳）。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向浙江省台州市中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本一份、副本二份。

审　判　员　　任　雷　文

二〇〇七年九月十八日

代书记员　林　娟

问题：

1、该案所涉及的问题是什么？法律是如何规定的？

2、该案判决的法律依据是什么？

二、股东查阅财务资料权限的案例

广州2008年10月17日电（记者孔博） 广东东莞一有限责任公司的股东要求查阅公司的会计凭证，未得到公司允许，遂起诉到法院。东莞中院审理后认为，有限责任公司股东对公司的经营管理享有知情权，其中的查阅权应为可无条件查阅公司财务会计报告、有条件地查阅会计账簿，但是无权查阅会计凭证。该案发生的情形如下：

某人何某是东莞市某实业投资有限公司的股东，并担任公司董事，但不参与公司经营。2008年2月底，麦某和何某向公司提交报告，要求查阅财务账册资料，包括原始凭证、记账凭证、财务会计报告等，并委托会计师事务所代理查账。其理由是公司未按规定召开股东会、董事会，财务主管及财务人员擅自改变公司资金用途，公司开支未经二人签字确认等。

该公司对此未作答复。麦某和何某遂于4月2日诉到法院，请求判令公司将财务账本提供给其查阅和审计。诉讼期间，某公司同意二人到公司财务部查阅公司账册资料。在查阅时，某公司只同意查阅总账和分类账，而麦某和何某则要求进一步查阅会计凭证，双方无法协商。

另查明，该公司2006年修订的公司章程规定了股东权利，其中有“股东对公司的业务、经营和财务管理工作进行监督，提出建议或质询，有权查阅股东会议记录和公司财务会计报告”。该公司从2006年以来均有召开股东会、董事会，并将公司财务会计报告发送各股东。此外，该公司2008年以来的资产负债表显示亏损2000多万元。

东莞市人民法院经审理认为，依据公司章程和公司法的相关规定，麦某与何某作为公司的股东，对公司的经营活动享有知情权，可查阅公司的财务账本等资料，公司对其查阅请求应该积极配合，对账本登载的内容存有重大疑问时，应出示相关的会计凭证等资料供核对。遂判决被告安排麦某、何某查阅公司的财务账本资料。

某公司不服，上诉至东莞市中级人民法院。东莞中院二审认为，公司法规定有限责任公司股东可以查阅财务会计报告和会计账簿，但是并未规定可以查阅包括原始凭证和记账凭证在内的会计凭证，原审的判决理由认为股东知情权的查阅对象包括会计凭证，突破了我国现行公司法的规定，显

属不当。遂依法改判，限东莞市某实业投资有限公司在判决发生法律效力后十日内安排麦某、何某查阅公司的会计账簿。

问题：

1、 该案所涉及的问题是什么？

2、 该案判决的法律依据是什么？你认为应如何处理？

作业

论公司股东查阅权（主要指会计报表及会计凭证的查阅权）

第二章　会计核算具体操作

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生能够了解会计核算手工操作程序、方法和会计电算化核算程序和方法及会计报表的生成。

重点掌握：会计核算处理程序和方法。

了解：系统初始化方法

学时分配：15 学时

第一节　系统初始化

一、新建账套

（一） 账户名称

账套名称，是指使用该账套的公司或单位名称，用于标识该账套所属的会计主体。

（二） 公司所属行业

根据系统内已经预设的 17 个行业的会计科目表及报表，选择所属的行业，系统将自动为你建立相应行业的会计科目表及报表设置。

（三） 记账本位币

记账本位币是指一个企业在进行会计核算时统一使用的记账货币。企业在进行经济业务核算时，应确定一种记账本位币，以便对有关外币业务进行处理。

（四）会计期间

会计期间，根据系统提供的三种会计期间的界定方式，选择本公司的开始日期和结束日期。包括会计年度开始日期、账套启用期间。

（四） 完成建账

设置完科目结构、本位币以及账套期间等各项参数后，按“完成”按钮，结束建账工作。

二、初始资料录入

（一） 币别

对企业核算中所遇到的所有外币进行浏览、打印、增加、修改、删除等项操作。

（二） 凭证字

在凭证字中，对凭证字进行新增、修改和删除的操作

（三） 结算方式

结算方式是对预先定义银行存款业务处理时所需要的银行结算方式。对银行结算方式进行新增、修改和删除操作。

（四） 核算项目

系统可对某一科目进行延伸核算，以处理从属于该科目某一方面独立的财务资料，每一独立的核算可以归纳成一个核算类别，每一核算类别之下可以设置许多核算项目。

核算类别的设置包括增加类别、修改类别和删除类别；核算项目设置包括往来单位设置、部门设置及职员设置。

（五） 会计科目

在该窗口中，可以对会计科目进行浏览、增加、修改、删除、复制、预算数据输出和打印等操

作。

（六） 常用摘要

在该界面可以进行摘要类别和摘要的增加、修改和删除操作。

（七） 模式凭证

模式凭证是指在凭证录入和会计分录序时簿界面中，提供了可随时将某凭证保存为模式凭证和调入模式凭证的功能，以方便在录入凭证时，根据需要随时调入模式凭证作为输入凭证时的基本界面，以减轻凭证录入的工作量。模式凭证包括新增、修改和删除模式凭证。

（八） 账套选项

账套选项包括了账务处理的重要信息及重大会计政策。具体包括账套参数、特别科目、凭证处理、账簿选项、税务银行等。

（九） 初始数据录入

在账套选项、币别、核算项目和会计科目的初始设置完成后，接下来可以开始初始数据的录入工作了。根据企业情况确定要输入的累计借方、累计贷方、期初余额等，填制固定资产卡片，然后进行试算平衡。

最后，正式启用账套。

账套正式启用后的顺序见下面的目录，具体内容略，见电脑软件系统实务操作

第一节 凭证录入

第二节 凭证审核

第三节 凭证检查

第四节 凭证过账

第五节 凭证查询

第六节 自动转账

第七节 结转损益

第八节 期末结账

第九节 总账

第十节 明细账

第十一节 试算平衡表

第十二节 科目余额表

第十三节 核算项目余额表

第十四节 核算项目明细表

作业：

根据会计分录编制手工和电脑会计凭证及登记账簿。

第三章　会计报表

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生了解会计报表的生成过程和操作方法。
重点掌握：会计报表的修改
了解：会计报表的查看
学时分配：3 学时

第一节　资产负债表

一、查看资产负债表

通过查看菜单中的“会计期间”选择要查看的期间，然后进行报表重算操作后，就可以得到需要的资产负债表。

二、修改资产负债表

可以根据不同的需要对资产负债表进行修改，包括报表项目和公式的修改。

第二节 利润表

一、查看利润表

点击“利润表”可查看当前期间的利润表。通过查看菜单中的“会计期间”选择要查看的期间，然后进行报表重算操作后，就可以得到需要的利润表了。

二、修改利润表

可以根据不同的需要对利润表进行修改，包括报表项目和公式的修改。

作业：
编制手工和电脑两份资产负债表和利润表。

第四章　财务报表阅读

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生能够读懂会计报表的基本内容。

重点掌握：法律视角下应重点关注的问题。

了解：如何读懂会计报表。

学时分配：10 学时

第一节　资产负债表

一、资产及其组成（见报表表样）

（一）资产的特征

资产具有三个方面的特征：1、给企业带来经济利益。2、属于企业的经济资源。3、可计量性

（二）资产的分类

1、以货币形态分为——货币性和非货币性资产。2、以实物形态分为——有形的和无形资产。3、以来源分为——自有资产和租入资产。4、按流动性分——流动资产和非流动资产。

（三）流动资产的阅读

从财务角度讲，一般流动资产宜用短期资金解决，非流动资产宜用长期资金供应。若以短期资金解决非流动资产资金占用，除非企业理财水平高，或短期债务到期可自动展期，或变相展期延付，否则会加大企业财务风险。

从法律的角度讲，流动资产中值得律师关注的主要是交易性金融资产、应收款项和预付账款

从营运资金角度看，从理论上讲，流动资产的数额至少不应小于流动负债。流动资产项目的阅读应侧重“流动性”。

1、资金，是指企业在生产经营中处于货币形态的那部分资金。

2、交易性金融资产，是指企业为交易目的所持有债券投资，股票投资、基金投资等交易性金融资产的公允价值。

3、票据，是公司收到的未到期收款，也未向银行贴现的应收票据，包括银行承兑汇票和商业承兑汇票。

4、账款，依靠商业信用所进行的一种挂账信用，长期挂账、呆帐可能产生坏帐，由此造成的损失，就是坏帐损失。应建立坏帐准备金制度。

5、账款，预付账款存在的客观原因，是公司紧急订货多为现款付出，仅当所需材料市场紧俏，供不应求或生产厂家生产周期长，大量占用资金时才会要求购货方预付货款，无节制地预付账款，束缚了自己的手脚，“冻结”流动性极佳的货币资金，是不可取的。

6、利息，是指企业交易性金融资产、持有至到期投资、可供出售金融资产，发放贷款、存放中央银行款项，拆出资金，买入返售金融资产等应收取的利息。

7、股利，包括应收取的现金股利和应收取的其他单位分配的利润。

8、指企业的在途材料、材料采购、在产品、库存商品、生产成本、材料成本差异、发出商品等。

（四）非流动资产的阅读

从财务角度讲，应从以下几个方面掌握：

1、资产，是指同时具有下列特征的有形资产：（1）为生产商品、提供劳务、出租或经营管理而持有；2、使用寿命超过一个会计年度。

值得律师关注的问题。

2、长期股权投资，长期股权投资为准备持有超过 1 年的对外股权投资。

关于长期股权投资，值得律师关注的问题。

3、无形资产，无形资产系公司为生产产品或提供服务或为管理目的而持有的、没有实物形态的非货币长期资产，包括土地使用权、专利权、非专利技术、商标权、著作权等。

关于无形资产，值得律师关注的问题。

4、可供出售金融资产，指企业持有的可供出售金融资产的公允价值，包括划分为可供出售的股票投资、债券投资等金融资产。

5、持有至到期投资，反映企业持有至到期投资的摊余成本投资。

6、长期股权投资，企业持有的采用成本法和权益法核算的长期股权投资。

7、投资性房地产，是指企业采用成本模式计量的投资性房地产成本。

8、长期应收款，包括融资租赁产生的应收款项，采取递延方式具有融资性质的销售商品和提供劳务等产生的应收款项等。

9、生产性生物资产，指农业企业持有的生产性生物资产原价。

10、油气资产，石油天然气开采企业持有的矿区权益和油气井及相关设施的原价。

二、负债及其组成

“借他山之石可攻玉。”负债成为企业家搏击商海的重要资本来源，但如果运用资金的投资收益率低于负债利息率，使用负债是不经济的。过渡负债，轻者影响企业现金收支调度，重者危及企业生存。

值得注意的是，其他应付款和其他暂收款不属业务所生之债，可能提示不正常交易或瑕疵交易。其余流动负债属公司正常运营对外产生的债务，其财务记录应当有业务合同、内部管理制度以及国家法律、法规的支持。

律师还需要在确认公司资产的过程中随时注意询问是否存在或有债务(如担保)，以排除对资产的风险。

（一）流动负债的阅读

1、短期借款，经营有成效的公司并不在乎短期借款数额绝对数的高低，只关注其运营效率是否高于借贷利率。

2、应付账款，购销业务形成的负债，涉及现金折扣的问题。应付账款是一种自然融资，但并非使用无成本。

3、应付票据，应付票据形成于商品交易，非商品交易不得采用票据结算。从某种意义上说，应付票据数额的多少，也是企业经营思想的经营手段的折射。

4、预付账款，是一种典型的商业信誉，是先收钱后付款。

5、应付职工薪酬，是指企业为获得职工提供的服务而给与各种形式的报酬以及其他相关支出。

6、应交税费，体现企业在一定时期内取得的营业收入和实现的利润，按要求规定向国家缴纳的各种税金。

7、应付利息，是指企业按照合同约定应支付的利息，包括吸收存款、分期付息到期还本的长期借款、企业债券等应支付的利息。

8、应付股利，是指企业经股东大会或类似机构审议批准分配的现金股利或利润。

9、其他应付款，是指企业除应付票据、应付账款、预收账款、应付职工薪酬、应付利息、应

付股利、应缴税费、长期应付款等以外的其他各项应付、暂收的款项。

（二）非流动负债的阅读

1、长期借款，是指企业从银行或其他金融机构借入的期限在一年以上（不含一年）的借款。

2、应付债券，包括一般公司债券和可转换公司债券。

3、长期应付款，是指企业除长期借款和应付债券以外的其他各种长期应付款项，包括应付融资租入固定资产的租赁费、以分期付款方式购入固定资产发生的应付款项等。

4、专项应付款，是指企业取得政府作为企业所有者投入的具有专项或特定用途的款项。

5、预计负债，是指企业确认的对外提供担保、未决诉讼、产品质量保证、重组义务、亏损性合同等预计负债。

6、递延所得税负债，是指企业确认的应纳税暂时性差异产生的所得税负债。

三、所有者权益及其组成

律师所要关注的问题。

（一）实收资本，是指企业接受投资者投入的实收资本。

（二）资本公积，是指企业收到投资者的超出其在企业注册资本（或股本）中所占份额的投资，以及直接计入所有者权益的利得和损失等。

（三）盈余公积，是指企业按照规定从净利润中提取的各种积累资金。

（四）未分配利润，是指企业留待以后年度进行分配的结存利润，也是企业所有者权益的组成部分。

第二节　利润表

如果说资产负债表是您按下暂停键停下来的静止画面，那么，利润表就是正常播放状态下的动态画面。利润表就是为了满足他们的要求而对盈亏过程进行的回放。

通过利润表能清楚地看到企业收入、成本和费用以及利润（亏损）的实现及构成情况，反映了企业在一定会计期间的经营成果。

一、利润表的结构

对比资产负债表，利润表的结构明显不同，它不是分为左右两边，而是所有项目从上而下依次排列。其结构分为：

（一）营业收入

（二）营业利润

（三）利润总额

（四）净利润

（五）每股收益

二、利润表的结构特征

（一）多步式报告结构

（二）从日常业务到非日常业务

（三）从主营业务到非主营业务

三、具体项目的阅读

（一）主营业务收入，是指企业确认的销售商品、提供劳务等主营业务的收入。报表使用人据此可以运用多期数据对比、考察分析一家公司业务是否呈现良好状态，是否处于可持续发展阶段，还是处于萎缩时期，

（二）其他业务收入，是指企业确认的除主营业务活动以外的其他经营活动实现的收入，包括出租固定资产、出租无形资产等实现的收入。通过了解其他业务收入在企业中所占的比重了解企业的经营情况。

（三）主营业务成本，是指企业在确认销售商品、提供劳务等主营业务活动时发生的实际成本 。通过主营业务成本率判断主营业务的获利能力大小。

（四）其他业务成本，是指确认企业除主营业务活动以外的其他经营活动所发生的支出。

（五）营业税金及附加，是指企业经营活动发生的营业税、消费税、城市维护建设税、资源税和教育费附加等相关税费。

（六）营业费用，是指企业销售商品和材料、提供劳务的过程中发生的各种费用。

（七）管理费用，是指企业为组织和管理企业生产经营所发生的管理费用。

（八）财务费用，是指企业为筹集生产经营所需资金等而发生的筹资费用。

（九）资产减值损失，是指企业计提各项资产减值准备所形成的损失。

（十）营业外收入，是指企业发生的各种营业外收入。

（十一）营业外支出，是指企业发生的各种营业外支出。

（十二）所得税费用，是指企业确认的应从当期利润总额中扣除的所得税费用。

第五章　典型案例解析

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生能够对公司财务报表的基本情况有一个基本的分析方法。

重点掌握：通过具体案件了解我国现行会计法律制度的设计架构。

了解：具体案情。

学时分配：3 学时

红光实业股份有限公司

案例介绍

（一）“红光实业”的上市过程

红光实业是成都红光实业股份有限公司的简称，1997 年 6 月在上海证券交易所上市，代码为 600083.其前身是国营红光电子管厂，建于 1958 年，是在成都市工商管理局登记注册的全民所有制工业企业，是我国最早建成的大型综合性电子束器件基地，也是我国第一只彩色显像管的诞生地。

经成都市体改委（1992）162 号文批准，1993 年 5 月，由原国营红光电子管厂以其全部生产经营性净资产投入，联合四川省信托投资公司、中国银行四川省分行、交通银行成都分行作为发起人以定向募集方式设立本公司。成都市科学技术委员会认定红光公司为高新技术企业（成科工字《1994》019 号文），技术中心被国家经济贸易委员会、国家税务总局、海关总署认定为享受优惠政策的企业（集团）技术中心（国经贸技（1995）374 号文），1995 年 12 月被四川省人民政府、国家经济体制改革委员会（川府函（1995）517 号文）列为全国现代企业制度试点企业。红光公司于 1997 年 5 月 23 日经中国证监会证监发字【1997】246 号文和【1997】247 号文批准，正式上市。红光公司以每股 6.05 元的价格向社会公众发行 7000 万股社会公众股，占发行后总股本的 30.43%，实际筹得 4.1 亿资金。

（二）上市前的相关信息披露

红光实业披露的经成都市蜀都会计师事务所审计的上市前三年销售收入和利润总额情况如下（单位：万元）

项目 / 年份	1996 年	1995 年	1994 年
主营业务收入	42492	95676	83771
利润总额	6331	11685	9042
净利润	5428	7860	6076

主要依据“上市公告书”和“招股说明书”。

红光公司在 1997 年 4 月（股票公开发行前一个月），进行了一次 1：0.4 的缩股，将原来 4 亿股的总股数缩为 1.6 亿股。再按缩股后的股数对前三年净利润计算每股收益，到算出 1994—1996 年的每股税后利润分别为 0.38 元、0.491 元、0.339 元；在此基础上，确定了每股 6，05 元的发行价格。同时，发布了该公司发展前景的信息。提出以生产成本低于国内平均水平、以合理的价格和成本优势开拓国内、国际两个市场。

销售收入较 1996 年新增 229200 万元，总成本增加 182000 万元，税后利润增加 28500 万元。

经会计师事务所审核的盈利预测数字：“预计公司 1997 年全年净利润 7055 万元，每股税后利润 0.3063 元 / 股，每股税后利润 0.3513 元 / 股。”部分由于上述信息包装，再配合当时整个股票市场的大势，红光实业的上市认购中签率不足 2.8%，锁定认购资金 133 亿元。

（三）中国证监会的调查结果

红光实业 1997 年 6 月初股票上市发行，募集了 4.1 亿元资金；当年年报披露亏损 1.98 亿元、每股收益为-0.86 元。当年上市、当年亏损，开中国股票市场的先河。为此，中国证监会进行了调查，并公布了调查结果（证监查字（1998）75 号：

1、编造虚假利润，骗取上市资格

2、少报亏损，欺骗投资者

3、隐瞒重大事项

（四）相关的法律诉讼与结果

红光因报告巨额亏损，导致股价大跌，资本市场投资者损失惨重。1998 年 12 月，上海股民姜女士起诉红光公司管理层；2000 年初，上海市民吴先生再次起诉红光公司的管理层，但法院都以“起诉人的损失与被起诉人的违规行为无必然因果关系，该纠纷不属于人民法院受理范围”为由，裁决不予受理。

2000 年 1 月，成都市人民检察院指控以犯欺诈发行股票罪，向成都市中级人民法院提起公诉。2000 年 12 月 14 日，成都市中级人民法院以欺诈发行股票罪，判处红光公司罚金人民币 100 万元；有关责任人员何毅、焉占翠、刘正齐、陈少兵被分别判处 3 年以下有期徒刑。

分析与讨论

问题：

现行的制度安排需要真实的会计信息吗？

1、从上市公司管理当局和控股股东看

2、从各级政府和管理机构看

3、从中介机构看

4、站在中国证监会的角度

结论

《税法实务》教学大纲

翟继光　编写

目　录

前　言 4
第一章　纳税人基本税法理念 5
一、无代表，不纳税 5
二、税收是文明的对价 5
三、人的一生不可避免的两件事——死亡与纳税 5
四、人民具有三种身份：投票人、纳税人和受益人 5
五、税收是喂养政府的奶娘 6
六、拔鹅毛而不让鹅叫的艺术 6
七、国家征税应该取之有度 6
八、具备可税性的事物才可以征税 6
九、找上帝收税：税法面前人人平等 7
十、税率高税收不一定多 7
复习与思考题 7
拓展阅读书目 7
第二章　公民个人纳税实务 8
一、谁动了我的工资 8
二、老总的年薪为什么比副总的低 8
三、年终奖如何发放才能最节税 9
四、股票期权所得如何纳税和节税 9
五、劳务报酬如何纳税和节税 10
六、稿酬所得如何纳税和节税 10
七、特许权使用费所得如何纳税 10
八、购置、拥有车辆需要缴纳哪些税 10
九、投资理财需要缴纳哪些税 11
十、二手房买卖需要缴纳哪些税 11
十一、房屋租赁需要缴纳哪些税 11
十二、律师如何纳税 12
十三、出租车司机如何纳税 12
十四、演员如何纳税 13
十五、推销员和代理员如何纳税 13
十六、建筑人员如何纳税 13
十七、广告人员如何纳税 13
十八、下岗失业人员可以享受哪些税收优惠 14
十九、残疾人可以享受哪些税收优惠 14
二十、军队转业人员可以享受哪些税收优惠 14
二十一、如何判断自己的所得是否达到 12 万元 15
二十二、如何填写《个人所得税纳税申报表》 15
二十三、如何确定纳税申报的期限、地点和方式 15
复习与思考题 16

拓展阅读书目.....16
第三章 企业所得税实务.....17
一、哪些企业需要缴纳企业所得税.....17
二、各类企业承担什么纳税义务.....17
三、企业所得税税率是多少.....17
四、企业的所有收入是否都需要纳税.....18
五、企业所得税应纳税所得额如何计算.....18
六、企业转让资产所得如何计算.....18
七、企业发生年度亏损如何弥补.....19
八、企业存货成本如何扣除.....19
九、外国企业设立的机构场所如何计算应纳税所得额.....19
十、计算应纳税所得额时哪些项目不能扣除.....19
十一、企业对外投资资产成本如何扣除.....20
十二、境外亏损能否用境内盈利弥补.....20
十三、企业所得税应纳税额是如何计算的.....20
十四、境外所得如何计算应纳税额.....20
十五、国家对农业规定了哪些企业所得税优惠政策.....20
十六、国家对公共基础设施项目规定了哪些企业所得税优惠政策.....21
十七、国家对小型企业规定了哪些企业所得税优惠政策.....21
十八、国家对残疾人员规定了哪些企业所得税优惠政策.....21
十九、国家对创业投资规定了哪些企业所得税优惠政策.....21
二十、在哪些情况下可以享受加速折旧的企业所得税优惠政策.....21
二十一、企业从事哪些活动可以享受税额抵扣的优惠政策.....22
二十二、企业所得税法如何规范关联企业的转让定价行为.....22
二十三、企业所得税法还规定了哪些反避税制度.....22
二十四、企业如何缴纳企业所得税.....22
二十五、企业在哪些情况下承担扣缴税款的义务.....23
二十六、新旧企业所得税法过渡政策有哪些.....23
复习与思考题.....23
拓展阅读书目.....23
第四章 商品税和财产税实务.....24
一、哪些主体需要缴纳增值税.....24
二、增值税的税率是多少.....24
三、一般纳税人增值税应纳税额如何计算.....24
四、进口环节增值税如何计算.....25
五、小规模纳税人增值税应纳税额如何计算.....25
六、增值税有哪些优惠政策.....26
七、如何缴纳增值税.....26
八、哪些主体需要缴纳营业税.....27
九、营业税的税率是多少.....27
十、营业税应纳税额如何计算.....27
十一、营业税有哪些优惠政策.....27

十二、如何缴纳营业税.....28
十三、哪些主体需要缴纳消费税.....28
十四、消费税的税率是多少.....28
十五、如何计算消费税的应纳税额.....30
十六、如何缴纳消费税.....30
十七、如何缴纳土地增值税.....30
十八、如何缴纳耕地占用税.....31
十九、如何缴纳城镇土地使用税.....31
二十、如何缴纳印花税.....31
复习与思考题.....33
拓展阅读书目.....33
第五章　个体户、个人独资企业与合伙企业纳税实务.....34
一、个体户如何计算个人所得税.....34
二、个体户如何计算应纳税所得额.....34
三、个体户纳税的基本流程是什么.....34
四、个人独资企业和合伙企业如何计算应纳税所得额.....34
五、个人开办两个企业如何计算应纳税所得额.....35
六、个人开办两个企业如何计算投资者费用扣除.....35
七、个人独资企业和合伙企业纳税的基本流程是什么.....35
复习与思考题.....36
拓展阅读书目.....36
第六章　税收征管与税务行政复议实务.....37
一、企业如何办理设立税务登记.....37
二、企业如何办理变更税务登记和注销税务登记.....37
三、税务登记证件在企业的生产经营中能起哪些作用.....38
四、纳税人在税收征管中享有哪些权利.....38
五、纳税人在税收征管中承担哪些义务.....38
六、对征税行为如何提起行政复议.....39
七、对税收保全措施如何提起行政复议.....39
八、对税收强制执行如何提起行政复议.....39
九、对税务行政处罚如何提起行政复议.....39
十、对税务机关不作为如何提起行政复议.....39
复习与思考题.....40
拓展阅读书目.....40

前　言

《税法实务》是对税法的应用和实务操作进行研究的一门学科。税法实务是在税法学基础上对税法的理论和制度如何应用于实践的学科。选修本门课程最好有税法的基础知识。税法实务既是法学专业的一门应用课程，也是税收学专业、经济管理专业的一门重要选修课程。

税法实务的主要内容包括纳税人基本税法理念、公民个人纳税实务、企业所得税实务、商品税和财产税实务、个体户、个人独资企业与合伙企业纳税实务以及税收征管与税务行政复议实务。

编写税法实务教学大纲的目的，是阐释本课程知识体系的结构和要点，对重要的基本概念、基本理论和基本制度作出提示，指出教学的难点和重点，安排教学进度，以便于组织教学。

本课程的教学大纲由民商经济法学院财税金融法研究所翟继光副教授编写。

第一章　纳税人基本税法理念

本章的教学目的和基本要求：了解“无代表，不纳税”、“税收是文明的对价”以及“人的一生不可避免的两件事——死亡与纳税”的基本含义，熟悉人民具有三种身份：投票人、纳税人和受益人。了解政府与纳税人的关系、政府征税的基本方式，熟悉可税性的概念，税法面前人人平等的重要意义，税率高税收不一定多，掌握税法的基本理念。

学时分配：2 学时。

一、无代表，不纳税

（一）格言的来源

“无代表，不纳税”是来自英国的一句格言。英文原文一般表述为“No taxation without representation”。

（二）格言的含义

“无代表，不纳税”说明了纳税人承担纳税义务的前提是自己的同意，同时，也从反面说明了国家征税的正当性源泉：纳税人的同意。

二、税收是文明的对价

（一）税收的本质

在现代民主法治国家，占统治地位的理论认为，税收是国家履行公共职能的需要，或者说是国家为了提供公共物品的需要。有些物品可以由市场来提供，也就是说，你可以在市场上从私人或者企业那里购买，比如我们日常所需要的衣食住行物品都可以买到，有些物品不能由市场提供，你无法在市场上从私人或者企业那里购买，比如，国防、公共安全、社会秩序、义务教育等，这些物品属于公共物品，只能由国家来提供。国家提供公共物品也需要资金，而国家本身又是一个不从事生产的单位，不能创造财富，那么，这些资金从哪里来？只能从享受这些公共物品的人身上来。从公平的角度来讲，享受这些公共物品的人提供一些资金也是公平合理的。我们为这些公共物品提供资金的方式就是纳税。因此，税收在本质上就是为我们享受的公共物品所支付的价格。

（二）名言的来源

这种价格，法律上的用语就是对价。人类的文明史实际上就是公共物品的创造史，由此，美国著名法学家霍姆斯将其概括为“税收是文明的对价”，成为说明税收本质的名言。

三、人的一生不可避免的两件事——死亡与纳税

（一）名言的来源

美国著名文学家、政治家弗兰克林有一句名言：“人的一生有两件事是不可避免的，一是死亡，一是纳税。”

（二）名言的含义

无论你的社会地位如何低微，无论你的收入是多么可怜，你都是我们国家的纳税人，你都已经为祖国的建设作出了一份贡献。在现代民主法治国家，纳税人是国家的主人，是主权的享有者，是最值得尊敬的人。

四、人民具有三种身份：投票人、纳税人和受益人

（一）三种身份的性质

作为人民的一分子，我们所具有的这三种身份是统一的。

（二）三种身份的关系

作为投票人，我们选举了相关人员组成了国家，我们就必须为国家的存在和运转提供经费，因此，投票人的身份自然就决定了我们纳税人的身份。既然我们是投票人，既然国家是我们选举产生的，而且国家运转的经费也是我们提供的，那么，国家为我们服务就是理所当然的，因此，投票人和纳税人的身份又同时决定了我们受益人的身份。反过来，也可以说，受益人的身份决定了我们必须纳税，而纳税人的身份又决定了我们具有投票人的资格。

五、税收是喂养政府的奶娘

（一）名言的来源

“税收是喂养政府的奶娘"，这是马克思关于税收本质的一句名言，可谓一语道破政府和人民的关系。

（二）名言的含义

税收是喂养政府的奶娘，纳税人是喂养政府的奶娘。政府偶尔所给予人民的，不过是从人民手中所获得的一部分而已，而且，政府这种救济本身也是政府职能的一部分，也是人民纳税给政府所要求政府承担的职责之一。人民纳税具有保险的功能，就像把钱交给保险公司，当你遇到灾难的时候，保险公司赔偿你一笔钱一样，政府所进行的所有救济、慰问行为都不过是在履行纳税人为政府设定的职责之一而已。

六、拔鹅毛而不让鹅叫的艺术

（一）名言的来源

为了更多地征税却不引起纳税人的反对，国家想出了各种各样的方案和对策，有人将其形象地称为“拔鹅毛而不让鹅叫的艺术"。

（二）征税的方式

国家有哪些拔鹅毛的“艺术”呢？首先是间接税。其次是价内税。还有一种比较重要的方法就是源泉扣缴。

七、国家征税应该取之有度

（一）基本生活费不纳税

税收是人们为公共产品所支付的价格，但是，人们必须在满足一些基本的生活需要的基础之上才愿意购买公共产品，也就是说，才愿意纳税。如果一个人连饭都吃不饱，他怎么会愿意购买公共设施、基础教育、法律秩序等公共产品呢？即使公共安全、国防安全他可能都不愿意购买，因为在乱世之中，他还有可能浑水摸鱼填饱肚皮。由此在税法上确立了一个基本生活费不纳税的原则，也就是国家征税不能触及纳税人为了维持基本生活需要的那笔所得或者财产。

（二）纳税人基本权

从宪法以及世界公约所确立的基本人权也可以推导出基本生活费不纳税的原则。

八、具备可税性的事物才可以征税

（一）可税性的含义

国家征税首先要选择征税对象，即对哪些人、事、物可以征税，这被称为可税性。具备可税性的事物才可以征税，不具备可税性的事物就不能征税。

（二）可税性的分类

可税性可以分为经济上的可税性、法律上的可税性和政治上的可税性等。

九、找上帝收税：税法面前人人平等

（一）公正执法的重要性

如果把税法视为一系列规则的话，执法就是将这些规则落实到现实生活中的过程。公正的税法是纳税人遵从税法的重要前提，而公正的税法一方面取决于税法规则本身，另一方面则取决于税法的执行，而且后者更加重要。古往今来的税法规则，仅就表面看来都很公正，但有些规则因为在执法中变了形而变得非常不公正。

（二）现代社会税法的执法

现代社会的税法都是纳税人的代表投票同意的，因此，其规则本身往往都是公正的，决定税法是否公正的主要因素就变成执法是否公正了。

十、税率高税收不一定多

（一）拉弗曲线的基本思想

拉弗曲线所表达的基本思想是：税率与税收之间存在一种函数关系。当税率为 0 时，相当于政府不征税，政府所收取的税收总额为 0。当税率逐渐增加时，由于税额等于征税对象乘以税率，政府的税收会逐渐增加。但是，税率的增加会影响人们工作的积极性，因为税率的增加表明人们的劳动所得有越来越多的部分被政府拿走，人们就不会像以前那样卖力工作，征税对象会有所减少，因此，政府的税收增加的速度会越来越慢。当税率增加到某一高度时，人们就感到自己的劳动所得被政府拿走得太多了，人们就会大量减少劳动，从而使征税对象大幅度降低，这样，政府的税收不仅不再增加，反而减少了。如果政府继续增加税率，那么，人们将继续减少劳动，政府的税收将不断降低。如果政府征收 100%的税率，即人们的全部劳动所得都要交给国家，这样，也就没有人愿意劳动了，没有人劳动当然也就没有了征税对象，国家的税收将变为 0。

（二）税率高并不等于实际税收就高

拉弗曲线告诉我们：税率高并不等于实际税收就高。税率太高，人们就被吓跑了，结果是什么经济活动都不发生，你反而收不上税来。只有在税率达到一个最优值时，实际税收才是最高的。拉弗把超过产生最大税收收入税率的部分称为税收禁区，这一区域的税率过高，既妨碍生产又减少税收收入，可以说是对政府和纳税人都没有好处。

复习与思考题

1. 如何理解税收的本质？
2. 人民具有哪三种身份？
3. 如何理解可税性？
4. 高税率必然导致高税收吗？

拓展阅读书目

1. 刘剑文主编：《税法学》（第 3 版），北京大学出版社 2007 年版。
2. 翟继光：《财税法原论——和谐社会背景下的税收法治建设》，立信会计出版社 2008 年版。

第二章　公民个人纳税实务

本章的教学目的和基本要求：掌握公民个人纳税的基本制度和节税技巧。熟悉工资个人所得税的计算方法，掌握年薪、股票期权、劳务报酬、稿酬、特许权使用费个人所得税的计算方法和节税技巧。熟悉购置、拥有车辆需要缴纳哪些税，投资理财需要缴纳哪些税，二手房买卖需要缴纳哪些税，律师如何纳税，出租车司机如何纳税，推销员和代理员如何纳税，建筑人员如何纳税，广告人员如何纳税。了解下岗失业人员可以享受哪些税收优惠、军队转业人员可以享受哪些税收优惠。掌握如何判断自己的所得是否达到 12 万元、如何填写《个人所得税纳税申报表》、如何确定纳税申报的期限、地点和方式。

学时分配：8 学时。

一、谁动了我的工资

（一）典型案例

小李是北京某大学应届研究生，于 2008 年 9 月在某公司找到了一份理想的工作，劳动合同约定的月工资为 8 000 元。当第一个月的工资如期打到小李的工资卡上时，小李发现只有 5 967 元，比劳动合同约定的 8 000 元少了 2 000 多元。是公司违约，还是会计弄错了？到底是谁动了小李的工资？

（二）案例分析

在本案中，并不是公司违约，也不是会计弄错了，而是公司依法代扣代缴了小李应当缴纳的社会保险费、住房公积金以及个人所得税。

各项税费的计算公式如下：

（1）基本养老保险费=工资总额×8%

（2）基本医疗保险费=工资总额×2%

（3）失业保险费=工资总额×0.5%

（4）住房公积金=工资总额×8%

（5）个人所得税=（工资、薪金–“三险一金”–2 000）×适用税率–速算扣除数

二、老总的年薪为什么比副总的低

（一）典型案例

2009 年 1 月，某公司发放 2008 年度的年终奖金，其中该公司的总经理刘某获得奖金 125 万元，该公司的副总经理张某获得奖金 120 万元，2009 年 1 月，两人的工资都是 12 760 元（假设两人每月需缴纳“三险一金”2 760 元，按其上一年月均工资核定）。当公司代扣代缴个人所得税以后将税后奖金和当月工资打到两人的账户上时，刘总为 711 650 元，而张总为 739 150 元。刘总税前所得比张总多 5 万元，为什么税后所得反而比张总少 27 500 元。难道是公司会计计算错误？刘总准备找公司会计问个究竟。

（二）案例分析

根据现行年终奖的个人所得税政策，虽然刘总的税前所得比张总的多，但刘总的税后所得就应当比张总的少。

如果发放奖金当月工资超过 2 000 元，年终奖个人所得税的计算公式如下：

（1）月奖数额=年终奖÷12

（2）根据月奖数额判断适用税率，税率表就是工资、薪金税率表

（3）年终奖个税=年终奖×适用税率–速算扣除数

如果发放奖金当月工资低于 2 000 元，年终奖个人所得税的计算公式如下：

（1）纳税年终奖=年终奖–（2 000–当月工资）

（2）月奖数额=纳税年终奖÷12

（3）根据月奖数额判断适用税率，税率表就是工资、薪金税率表

（4）年终奖个税=纳税年终奖×适用税率–速算扣除数

三、年终奖如何发放才能最节税

（一）典型案例

2008 年度某实行年薪制的个人年薪为 18 万元，每月依法可扣除的基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费和住房公积金共计为 1 000 元，假定其个人所得税的纳税方案是每月按平均额发放。请计算其全年应当缴纳的个人所得税，并提出节税筹划方案。

（二）案例分析

根据上述纳税方案，该个人的纳税情况如下（单位：元）：

月均所得额 → 180 000 ÷12=15 000

月均应纳税所得额 → 15 000 – 2 000 – 1 000=12 000

月均应纳个人所得税 → 12 000×20% – 375=2 025

全年缴纳个人所得税 → 2 025×12=24 300

考虑如下方案：每月先发放 10 000 元薪金，其余 60 000 元年末一次发放。根据这种纳税方案，该个人的纳税情况如下（单位：元）：

月应纳税所得额为 → 10 000–2 000–1 000=7 000

全年应纳个人所得税 → （7 000×20% – 375）×12=12 300

年终奖适用税率 → 60 000 ÷12=5 000（适用 15%的税率）

年终奖应纳个人所得税 → 60 000×15% – 125=8 875

全年需缴纳个人所得税 → 12 300+8 875=21 175

比案例中的纳税方案减轻税收负担：24 300–21 175=3 125（元），属于税负最轻的纳税方案。

四、股票期权所得如何纳税和节税

（一）典型案例

2007 年 1 月 31 日北京某公司实行企业员工股票期权计划，张先生在该计划中获得了 1 000 股股票的期权，授权日股票价格为每股 10 元，张先生可以 10 元的价格在一年以后（即 2008 年 1 月31 日）购买 1 000 股该公司的股票。2008 年 1 月 31 日，该股票的市场价格为 20 元，2008 年 5 月 31 日，该股票的市场价格为 30 元，当天，张先生以 10 元的价格购买了该公司 1 000 股股票。请计算张先生应当缴纳多少个人所得税？并提出纳税筹划方案。

（二）案例分析

根据股票期权征收个人所得税的规定，张先生应当在 2008 年 5 月 31 日行权日按照工资、薪金所得缴纳个人所得税。所得的数额等于行权日股票的市场价格与张先生施权价之间的差额，纳税情况如下（单位：元）：

股票期权应纳税所得额 → （30–10）×1 000=20 000

规定月份数 → 12

股票期权所得适用税率 → 20 000 ÷12=1 666.67（适用 10%的税率）

股票期权所得应纳税额 → （20 000 ÷12×10%–25）×12=1 700

张先生应当缴纳 1 700 元的个人所得税，该税款由张先生所在公司在行权日（2008 年 5 月 31 日）代扣代缴。如果张先生在 2008 年 1 月 31 日行权，则张先生纳税情况如下（单位：元）：

股票期权应纳税所得额 → （20–10）×1 000=10 000

规定月份数 → 12

股票期权所得适用税率 → 10 000 ÷12=833.33（适用 10%的税率）

股票期权所得应纳税额 → （10 000 ÷12×10%–25）×12=700

张先生在 2008 年 5 月 31 日可以将该股票转让，获得财产转让所得：（30–20）× 1 000=10 000（元）。该 10 000 元根据现行的个人所得税政策，不需要缴纳个人所得税。通过纳税筹划，张先生减轻税收负担：1 700–700=1 000（元）。当然，张先生可以继续持有该股票，等到其愿意转让时再转让。

五、劳务报酬如何纳税和节税

劳务报酬所得每次收入不超过 4 000 元的，减除费用 800 元；4 000 元以上的，减除 20%的费用，其余额为应纳税所得额。劳务报酬所得适用比例税率，税率为 20%。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，劳务报酬所得一次收入畸高，是指个人一次取得劳务报酬，其应纳税所得额超过 20 000 元。应纳税所得额超过 20 000 元至 50 000 元的部分，依照税法规定计算应纳税额后再按照应纳税额加征五成；超过 50 000 元的部分，加征十成。

六、稿酬所得如何纳税和节税

（一）基本制度

稿酬所得每次收入不超过 4 000 元的，减除费用 800 元；4 000 元以上的，减除 20%的费用，其余额为应纳税所得额。稿酬所得适用比例税率，税率为 20%，并按应纳税额减征 30%。

（二）计算公式

4 000 元以下稿酬所得应纳税额的计算公式为：

应纳税额=（稿酬所得–800）×20%×（1–30%）

4 000 元以上稿酬所得应纳税额的计算公式为：

应纳税额=稿酬所得×（1–20%）×20%×（1–30%）

七、特许权使用费所得如何纳税

（一）基本制度

特许权使用费所得，每次收入不超过 4 000 元的，减除费用 800 元；4 000 元以上的，减除 20%的费用，其余额为应纳税所得额。特许权使用费所得，适用比例税率，税率为 20%。

（二）计算公式

4 000 元以下特许权使用费所得应纳税额的计算公式为：

应纳税额=（特许权使用费所得–800）×20%

4 000 元以上特许权使用费所得应纳税额的计算公式为：

应纳税额=特许权使用费所得×（1–20%）×20%

八、购置、拥有车辆需要缴纳哪些税

（一）车辆购置税

车辆购置税的征收范围包括汽车、摩托车、电车、挂车、农用运输车。个人购买以上车辆应当缴纳车辆购置税。车辆购置税实行从价定率的办法计算应纳税额。应纳税额的计算公式为：

应纳税额=计税价格×10%

（二）车船税

车船税按年申报缴纳。具体申报纳税期限由省、自治区、直辖市人民政府确定。购置的新车船，购置当年的应纳税额自纳税义务发生的当月起按月计算。计算公式为：

应纳税额=年应纳税额÷12×应纳税月份数

九、投资理财需要缴纳哪些税

（一）储蓄税收政策

储蓄存款在1999年10月31日前孳生的利息所得，不征收个人所得税；储蓄存款在1999年11月1日至2007年8月14日孳生的利息所得，按照20%的比例税率征收个人所得税；储蓄存款在2007年8月15日后孳生的利息所得，按照5%的比例税率征收个人所得税；储蓄存款在2008年10月9日（含10月9日）后孳生的利息所得，暂免征收个人所得税。

（二）证券税收政策

从2008年9月19日起，证券（股票）交易印花税调整为单边征税，即对买卖、继承、赠与所书立的A股、B股股权转让书据的出让方按1‰的税率征收证券（股票）交易印花税，对受让方不再征税。

十、二手房买卖需要缴纳哪些税

（一）基本税收政策

个人购房应当缴纳契税和印花税。

个人卖房应当缴纳营业税、城市维护建设税、教育费附加、土地增值税、印花税和个人所得税 。

（二）典型案例

赵先生居住在上海，自己拥有一套普通住宅，2004年3月又花费60万元（含税）在上海购买了一套普通住宅，2008年3月以90万元的价格出售。请计算赵先生应当缴纳多少税款？

（三）案例分析

赵先生应当缴纳营业税及其附加、土地增值税、印花税和个人所得税。赵先生拥有该套住宅不足5年就销售了，因此，应当按照销售价格全额征收营业税及其附加。由于该套住宅为普通住宅，因此，可以免征土地增值税。赵先生的纳税情况如下（单位：元）：

应纳营业税 → 900 000×5%=45 000

应纳附加税 → 45 000×10% =4 500

应纳印花税 → 900 000×0.05%=450

应纳个人所得税 → （900 000 – 600 000 – 49 500 – 450）×20%=50 010

合计应纳税额 → 49 500+450+50 010=99 960

十一、房屋租赁需要缴纳哪些税

（一）典型案例

赵先生出租房屋，2009年2月份、3月份分别收取租金2 000元。其中，赵先生缴纳各种税费200元，2009年2月20日又支付修缮费用1 000元。请问，赵先生2009年2、3月份的租赁收入应当缴纳多少个人所得税？

（二）案例分析

首先确定所得的性质，属于财产租赁所得。其次，确定收入的次数，财产租赁所得，以一个月内取得的收入为一次。上述所得应当分两次计算。再次，确定扣除费用的数额。首先，可以扣除税法规定的800元费用。其次，可以扣除缴纳的税费和修理支出，税费支出应当根据其所属的月份分

别扣除，因此，200 元的税费支出应当分两次扣除，修理支出一次扣除不能超过 800 元，剩余的可以于下个月扣除，因此，1 000 元的修缮费用应当分两次扣除。综上所述，赵先生的纳税情况如下（单位：元）：

2 月份应纳税所得额 → 2 000 – 800 – 100 – 800=300

3 月份应纳税所得额 → 2 000 – 800 – 100 – 200=900

适用税率 → 10%

两个月应纳税额 → （300+900）×10%=120

十二、律师如何纳税

（一）典型案例

王律师是某律师事务所的合伙人，2008 年从该律师事务所领取工资 10 万元，年终分红 90 万元。赵律师是该律师事务所的分成律师，2008 年总共从该律师事务所获得所得 20 万元，其中办案支出 5 万元。李律师每月从该律师事务所领取工资 8 000 元。请分别计算 3 位律师 2008 年度需要缴纳多少个人所得税？

（二）案例分析

王律师属于出资律师，应当就其从该律师事务所获得的一切收入按照“个体工商户的生产、经营所得"，其获得的工资不能扣除，但可以扣除投资者个人的费用。王律师的纳税情况如下（单位:元）：

应纳税所得额 → 100 000+900 000 – 2 000×12=976 000

应纳税额 → 976 000×35% – 6 750=334 850

赵律师属于分成律师，扣除办案费用以后的所得按照“工资、薪金所得”计算。假设赵律师每月所获得的所得是相同的。赵律师的纳税情况如下（单位：元）：

每月应纳税所得额 → （200 000 – 50 000）÷12 – 2 000=10 500

全年应纳税额 → （10 500×20% – 375）×12=20 700

李律师为普通雇员律师，其所获得的所得按照“工资、薪金所得”计算。李律师的纳税情况如下（单位：元）：

每月应纳税额 → （8 000 – 2 000）×20% – 375=825

全年应纳税额 → 825×12=9 900

十三、出租车司机如何纳税

（一）典型案例

王先生和李先生都是出租车司机，王先生驾驶的出租车属于自己，李先生驾驶的出租车属于出租车公司。王先生和李先生每月开出租车的毛收入均为 10 000 元，每月用油 3 000 元，王先生每月负担的养路费、车船税、维修费和车辆折旧约 3 000 元。李先生每月向出租车公司上交承包费 4 000 元。请计算王先生和李先生每月分别缴纳多少税款（仅计算营业税及其附加和个人所得税）。

（二）案例分析

王先生属于个体出租车司机，应当按照“交通运输业”缴纳营业税，按照“个体工商户的生产、经营所得”缴纳个人所得税，相关费用以及个人费用可以在税前扣除。王先生的纳税情况如下（单位：元）：

应纳营业税 → 10 000×3%=300

应纳附加税 → 300×10% =30

年应纳税所得额 → （10 000 – 3 000 – 3 000 – 330 – 2 000）×12=20 040

年应纳税额 → 20 040×20% – 1 250=2 758

月应纳税额 → 2 758÷12+330=559.83

李先生属于承包出租车司机，不用缴纳营业税，仅就其纯所得按照“工资、薪金所得”缴纳个人所得税。李先生的纳税情况如下（单位：元）：

应纳税所得额 → 10 000 – 3 000 – 4 000 – 2 000=1 000

应纳税额 → 1 000×10% – 25=75

十四、演员如何纳税

个人参加单位组织的演出，应当缴纳个人所得税（按照工资、薪金所得或者劳务报酬所得）。个人自己组织演出，应当缴纳营业税及其附加和个人所得税（按照个体工商户生产经营所得纳税）。

十五、推销员和代理员如何纳税

雇员或非雇员个人以推销员、代理员的身份为企业提供非有形商品推销、代理等服务活动取得收入应当缴纳营业税和个人所得税。

十六、建筑人员如何纳税

（一）典型案例

李先生于 2008 年 2 月承包了一项建筑安装工程，承包费为 10 万元，2008 年 5 月完成该工程，完成该项工程的各项开支合计为 8 万元（不包括营业税及其附加）。2008 年 6 月，李先生成立了一个建筑队，个体户性质，专门从事建筑安装工程作业。2008 年 7 月，该建筑队承建一个安装项目，于 8 月份完工。总收入为 8 万元，完成该项工程的各项开支合计为 6 万元（不包括营业税及其附加）。请计算李先生所获得的上述所得应当缴纳多少税款？

（二）案例分析

李先生所获得的两项所得都必须首先缴纳 3.3%的营业税及其附加。第一项所得属于对企事业单位的承包经营、承租经营所得，第二项所得属于个体工商户的生产、经营所得。上述所得均要扣除李先生本人的个人费用。李先生的纳税情况如下（单位：元）：

业务一应纳营业税 → 100 000×3%=3 000

业务一应纳附加税 → 3 000×10% =300

业务一应纳税所得额 → 100 000 – 80 000 – 3 300 – 2 000×4=8 700

业务一应纳所得税 → 8 700×10%–250=620

业务二应纳营业税 → 80 000×3%=2 400

业务二应纳附加税 → 2 400×10% =240

业务二应纳税所得额 → 80 000 – 60 000 – 2 640–2 000×2=13 360

业务二应纳所得税 → 13 360×20%–1 250=1 422

合计应纳所得税额 → 620+1 422=2 042

十七、广告人员如何纳税

（一）典型案例

某广告公司在一项广告业务中，发给其雇员张先生 4 400 元工资，使用了刘先生的绘画作品，支付报酬 2 000 元，使用了王先生的专利权，支付报酬 2 000 元，使用了李小姐的形象，支付报酬8 000 元。请计算该广告公司在该笔业务中应当代扣代缴多少个人所得税？

（二）案例分析

张先生获得的所得属于工资、薪金所得，如果张先生该月获得了其他工资、薪金性质的所得，则这些工资、薪金性质的所得应当合并计算缴纳个人所得税，而且张先生还应当在次月 7 日内亲自向单位所在地的地税局申报纳税。如果张先生该月没有获得其他工资、薪金性质的所得，则其纳税情况如下（单位：元）：

应纳税所得额 → 4 400–2 000=2 400

适用税率 → 15%

速算扣除数 → 125

应纳税额 → 2 400×15% – 125=235

刘先生获得的所得属于稿酬所得，其纳税情况如下（单位：元）：

应纳税所得额 → 2 000 – 800=1 200

适用税率 → 20%

减征比例 → 30%

应纳税额 → 1 200×20%×（1 – 30%）= 168

王先生获得的所得属于特许权使用费所得，其纳税情况如下（单位：元）：

应纳税所得额 → 2 000 – 800=1 200

适用税率 → 20%

应纳税额 → 1 200×20%=240

李小姐获得的所得属于劳务报酬所得，其纳税情况如下（单位：元）：

应纳税所得额 → 8 000×（1 – 20%）=6 400

适用税率 → 20%

应纳税额 → 6 400×20% =1 280

公司合计代扣所得税 → 235+168+240+1 280=1 923

十八、下岗失业人员可以享受哪些税收优惠

下岗失业人员自主创业的，可以享受减免营业税、城市维护建设税、教育费附加和个人所得税的优惠政策，下岗失业人员到其他单位工作的，招收单位可以享受定额减免营业税、城市维护建设税、教育费附加和企业所得税的优惠政策。

十九、残疾人可以享受哪些税收优惠

安置残疾人的单位可以享受增值税、营业税和企业所得税优惠，残疾人个人就业可以享受增值税、营业税和个人所得税优惠。

二十、军队转业人员可以享受哪些税收优惠

（一）个人享受的优惠政策

从事个体经营的军队转业干部，经主管税务机关批准，自领取税务登记证之日起，3 年内免征营业税和个人所得税。

（二）企业享受的优惠政策

为安置自主择业的军队转业干部就业而新开办的企业，凡安置自主择业的军队转业干部占企业总人数 60 %（含 60 %）以上的，经主管税务机关批准，自领取税务登记证之日起，3 年内免征营业税和企业所得税。

二十一、如何判断自己的所得是否达到 12 万元

判断年所得是否达到了 12 万元需要经过以下五个步骤。

第一步：判断自己所取得的各类所得是否应当包括在内。

第二步：计算应当包括在内的各类所得的具体数额。

第三步：计算哪些所得可以排除在外，如自己计入了，则予以排除。

第四步：自己是否属于居民纳税人，如属非居民纳税人，则不需申报。

第五步：上述计算结果是否超过了 12 万元，超过则纳税，不超过则不需要申报。

二十二、如何填写《个人所得税纳税申报表》

年所得 12 万元以上的纳税人，在纳税年度终了后，应当填写《个人所得税纳税申报表（适用于年所得 12 万元以上的纳税人申报）》，并在办理纳税申报时报送主管税务机关，同时报送个人有效身份证件复印件，以及主管税务机关要求报送的其他有关资料。有效身份证件，包括纳税人的身份证、护照、回乡证、军人身份证件等。国家税务总局印制的《个人所得税纳税申报表（适用于年所得 12 万元以上的纳税人申报）》可以从各基层地税局获得或者从网上下载。

二十三、如何确定纳税申报的期限、地点和方式

（一）纳税申报期限

年所得 12 万元以上的纳税人，在纳税年度终了后 3 个月内向主管税务机关办理纳税申报。具体而言，就是每年的 3 月 31 日之前申报上一年度的收入和个人所得税。

（二）纳税申报地点

年所得 12 万元以上的纳税人，纳税申报地点分别如下：

（1）在中国境内有任职、受雇单位的，向任职、受雇单位所在地主管税务机关申报。

（2）在中国境内有两处或者两处以上任职、受雇单位的，选择并固定向其中一处单位所在地主管税务机关申报。

（3）在中国境内无任职、受雇单位，年所得项目中有个体工商户的生产、经营所得或者对企事业单位的承包经营、承租经营所得的，向其中一处实际经营所在地主管税务机关申报。

（4）在中国境内无任职、受雇单位，年所得项目中无生产、经营所得的，向户籍所在地主管税务机关申报。在中国境内有户籍，但户籍所在地与中国境内经常居住地不一致的，选择并固定向其中一地主管税务机关申报。在中国境内没有户籍的，向中国境内经常居住地主管税务机关申报。经常居住地，是指纳税人离开户籍所在地最后连续居住 1 年以上的地方。其中“主管税务机关”是指基层地方税务机关。

（三）纳税申报方式

纳税申报主要有两种方式，一是自行纳税申报，即纳税人本人亲自进行纳税申报，二是委托代理人进行纳税申报。纳税人本人亲自进行纳税申报也可以选择多种方式进行。纳税人可以采取数据电文、邮寄等方式申报，也可以直接到主管税务机关申报，或者采取符合主管税务机关规定的其他方式申报。纳税人采取数据电文方式申报的，应当按照税务机关规定的期限和要求保存有关纸质资料。纳税人采取邮寄方式申报的，以邮政部门挂号信函收据作为申报凭据，以寄出的邮戳日期为实际申报日期。从目前各地实践来看，经济发达的大城市所采取的纳税申报方式比较多，一般都有数据电文方式，也就是网上纳税申报。一般城市没有数据电文方式，一般只采取邮寄申报和直接到税务机关的纳税服务大厅进行申报两种方式。

复习与思考题

1. 工资个人所得税如何计算？
2. 年终奖如何计算个人所得税？
3. 劳务报酬如何计算个人所得税？
4. 投资理财需要缴纳哪些税？
5. 二手房买卖需要缴纳哪些税？
6. 如何填写《个人所得税纳税申报表》？
7. 如何确定纳税申报的期限、地点和方式？

拓展阅读书目

1. 翟继光：《个人纳税节税 6 日通》，机械工业出版社 2008 年版。
2. 翟继光：《个人所得税自行纳税申报实务操作指南》，上海三联书店 2008 年版。

第三章　企业所得税实务

本章的教学目的和基本要求：掌握企业所得税的基本计算方法与节税技巧。熟悉哪些企业需要缴纳企业所得税、各类企业承担什么纳税义务、企业所得税税率是多少、企业的所有收入是否都需要纳税。掌握企业所得税应纳税所得额如何计算、企业转让资产所得如何计算、企业发生年度亏损如何弥补。熟悉企业存货成本如何扣除、外国企业设立的机构场所如何计算应纳税所得额、计算应纳税所得额时哪些项目不能扣除、企业对外投资资产成本如何扣除、境外亏损能否用境内盈利弥补。掌握企业所得税应纳税额是如何计算的、境外所得如何计算应纳税额。熟悉国家对农业规定了哪些企业所得税优惠政策、国家对公共基础设施项目规定了哪些企业所得税优惠政策、国家对小型企业规定了哪些企业所得税优惠政策、国家对残疾人员规定了哪些企业所得税优惠政策、国家对创业投资规定了哪些企业所得税优惠政策、在哪些情况下可以享受加速折旧的企业所得税优惠政策、企业从事哪些活动可以享受税额抵扣的优惠政策、企业所得税法如何规范关联企业的转让定价行为、企业所得税法还规定了哪些反避税制度。掌握企业如何缴纳企业所得税、企业在哪些情况下承担扣缴税款的义务、新旧企业所得税法过渡政策有哪些。

学时分配：8 学时。

一、哪些企业需要缴纳企业所得税

在我国境内，只有具有法人资格的企业才需要缴纳企业所得税，不具有法人资格的企业不需要缴纳企业所得税。因此，需要缴纳企业所得税的企业就是指各类公司。

二、各类企业承担什么纳税义务

（一）居民企业

居民企业，是指依法在中国境内成立，或者依照外国（地区）法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。其中，依法在中国境内成立的企业，包括依照中国法律、行政法规在中国境内成立的企业、事业单位、社会团体以及其他取得收入的组织。依照外国（地区）法律成立的企业，包括依照外国（地区）法律成立的企业和其他取得收入的组织。实际管理机构，是指对企业的生产经营、人员、账务、财产等实施实质性全面管理和控制的机构。

（二）非居民企业

非居民企业，是指依照外国（地区）法律成立且实际管理机构不在中国境内，但在中国境内设立机构、场所的，或者在中国境内未设立机构、场所，但有来源于中国境内所得的企业。

（三）纳税义务

居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内设立机构、场所的，应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得，以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得，缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

三、企业所得税税率是多少

（一）普通税率

企业所得税的税率为 25%。

（二）预提税率

非居民企业在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的，其来源于中国境内的所得，适用税率为20%。非居民企业取得上述所得，减按10%的税率征收企业所得税。

（三）小型微利企业税率

符合条件的小型微利企业，减按20%的税率征收企业所得税。符合条件的小型微利企业，是指从事国家非限制和禁止行业，并符合下列条件的企业。

（四）高新技术企业税率

国家需要重点扶持的高新技术企业，减按15%的税率征收企业所得税。国家需要重点扶持的高新技术企业，是指拥有核心自主知识产权，并同时符合下列条件的企业。

四、企业的所有收入是否都需要纳税

（一）不征税收入

收入总额中的下列收入为不征税收入：（1）财政拨款；（2）依法收取并纳入财政管理的行政事业性收费、政府性基金；（3）国务院规定的其他不征税收入。

（二）免税收入

企业的下列收入为免税收入：（1）国债利息收入；（2）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；（3）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益；（4）符合条件的非营利组织的收入。

五、企业所得税应纳税所得额如何计算

（一）基本计算方法

企业每一纳税年度的收入总额，减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额，为应纳税所得额。企业应纳税所得额的计算，以权责发生制为原则，属于当期的收入和费用，不论款项是否收付，均作为当期的收入和费用；不属于当期的收入和费用，即使款项已经在当期收付，均不作为当期的收入和费用。

（二）各项扣除项目

企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时扣除。

企业发生的职工福利费支出，不超过工资、薪金总额14%的部分，准予扣除。

企业发生的合理的劳动保护支出，准予扣除。企业拨缴的工会经费，不超过工资、薪金总额2%的部分，准予扣除。

除国务院财政、税务主管部门另有规定外，企业发生的职工教育经费支出，不超过工资、薪金总额2.5%的部分，准予扣除；超过部分，准予在以后纳税年度结转扣除。

六、企业转让资产所得如何计算

（一）资产转让所得

企业转让资产，该项资产的净值，准予在计算应纳税所得额时扣除。资产的净值，是指有关资产、财产的计税基础减除已经按照规定扣除的折旧、折耗、摊销、准备金等后的余额。

除国务院财政、税务主管部门另有规定外，企业在重组过程中，应当在交易发生时确认有关资产的转让所得或者损失，相关资产应当按照交易价格重新确定计税基础。

（二）外购商誉支出

企业外购商誉的支出，在企业整体转让或者清算时，准予扣除。

七、企业发生年度亏损如何弥补

企业纳税年度发生的亏损，准予向以后年度结转，用以后年度的所得弥补，但结转年限最长不得超过 5 年。亏损，是指企业依照《企业所得税法》及其实施条例的规定将每一纳税年度的收入总额减除不征税收入、免税收入和各项扣除后小于零的数额。

八、企业存货成本如何扣除

（一）存货及其成本

企业使用或者销售存货，按照规定计算的存货成本，准予在计算应纳税所得额时扣除。存货，是指企业持有以备出售的产品或者商品、处在生产过程中的在产品、在生产或者提供劳务过程中耗用的材料和物料等。存货按照以下方法确定成本：

（1）通过支付现金方式取得的存货，以购买价款和支付的相关税费为成本。

（2）通过支付现金以外的方式取得的存货，以该存货的公允价值和支付的相关税费为成本。

（3）生产性生物资产收获的农产品，以产出或者采收过程中发生的材料费、人工费和分摊的间接费用等必要支出为成本。

（二）存货计价方法

企业使用或者销售的存货的成本计算方法，可以在先进先出法、加权平均法、个别计价法中选用一种。计价方法一经选用，不得随意变更。

九、外国企业设立的机构场所如何计算应纳税所得额

（一）计算方法

非居民企业取得《企业所得税法》第三条第三款规定的所得，按照下列方法计算其应纳税所得额。

（1）股息、红利等权益性投资收益和利息、租金、特许权使用费所得，以收入全额为应纳税所得额。

（2）转让财产所得，以收入全额减除财产净值后的余额为应纳税所得额。

（3）其他所得，参照前两项规定的方法计算应纳税所得额。

（二）各项含义

收入全额，是指非居民企业向支付人收取的全部价款和价外费用。财产净值，是指有关资产、财产的计税基础减除已经按照规定扣除的折旧、折耗、摊销、准备金等后的余额。

十、计算应纳税所得额时哪些项目不能扣除

在计算应纳税所得额时，下列支出不得扣除：

（1）向投资者支付的股息、红利等权益性投资收益款项。

（2）企业所得税税款。

（3）税收滞纳金。

（4）罚金、罚款和被没收财物的损失。

（5）《企业所得税法》第九条规定以外的捐赠支出。

（6）赞助支出。

（7）未经核定的准备金支出。

（8）与取得收入无关的其他支出。

十一、企业对外投资资产成本如何扣除

（一）投资资产成本的处理

企业对外投资期间，投资资产的成本在计算应纳税所得额时不得扣除。投资资产，是指企业对外进行权益性投资和债权性投资形成的资产。企业在转让或者处置投资资产时，投资资产的成本，准予扣除。

（二）投资资产成本的确定

投资资产按照以下方法确定成本：

（1）通过支付现金方式取得的投资资产，以购买价款为成本。

（2）通过支付现金以外的方式取得的投资资产，以该资产的公允价值和支付的相关税费为成本。

十二、境外亏损能否用境内盈利弥补

企业在汇总计算缴纳企业所得税时，其境外营业机构的亏损不得抵减境内营业机构的盈利。

十三、企业所得税应纳税额是如何计算的

企业的应纳税所得额乘以适用税率，减除依照《企业所得税法》关于税收优惠的规定减免和抵免的税额后的余额，为应纳税额。应纳税额的计算公式为：

应纳税额=应纳税所得额×适用税率–减免税额–抵免税额

公式中的减免税额和抵免税额，是指依照企业所得税法和国务院的税收优惠规定减征、免征和抵免的应纳税额。

十四、境外所得如何计算应纳税额

（一）外国税收抵免

企业取得的下列所得已在境外缴纳的所得税税额，可以从其当期应纳税额中抵免，抵免限额为该项所得依照《企业所得税法》规定计算的应纳税额；超过抵免限额的部分，可以在以后 5 个年度内，用每年度抵免限额抵免当年应抵税额后的余额进行抵补。

（1）居民企业来源于中国境外的应税所得。

（2）非居民企业在中国境内设立机构、场所，取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。

（二）抵免限额

已在境外缴纳的所得税税额，是指企业来源于中国境外的所得依照中国境外税收法律以及相关规定应当缴纳并已经实际缴纳的企业所得税性质的税款。抵免限额，是指企业来源于中国境外的所得，依照《企业所得税法》及其条例的规定计算的应纳税额。除国务院财政、税务主管部门另有规定外，该抵免限额应当分国（地区）不分项计算，计算公式如下：

抵免限额=中国境内、境外所得依照企业所得税法和本条例的规定计算的应纳税总额×来源于某国（地区）的应纳税所得额÷中国境内、境外应纳税所得总额

十五、国家对农业规定了哪些企业所得税优惠政策

（一）免税所得

企业从事下列项目的所得，免征企业所得税：

（1）蔬菜、谷物、薯类、油料、豆类、棉花、麻类、糖料、水果、坚果的种植。

（2）农作物新品种的选育。

（3）中药材的种植。
（4）林木的培育和种植。
（5）牲畜、家禽的饲养。
（6）林产品的采集。
（7）灌溉、农产品初加工、兽医、农技推广、农机作业和维修等农、林、牧、渔服务业项目。
（8）远洋捕捞。
（二）减税所得
企业从事下列项目的所得，减半征收企业所得税：
（1）花卉、茶以及其他饮料作物和香料作物的种植。
（2）海水养殖、内陆养殖。

十六、国家对公共基础设施项目规定了哪些企业所得税优惠政策

企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税： 从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得；从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得。

十七、国家对小型企业规定了哪些企业所得税优惠政策

（一）优惠政策的内容
符合条件的小型微利企业，减按 20%的税率征收企业所得税。
（二）小型微利企业的条件
符合条件的小型微利企业，是指从事国家非限制和禁止行业，并符合下列条件的企业。
（1）工业企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 100 人，资产总额不超过 3 000 万元。
（2）其他企业，年度应纳税所得额不超过 30 万元，从业人数不超过 80 人，资产总额不超过1 000 万元。

十八、国家对残疾人员规定了哪些企业所得税优惠政策

企业的下列支出，可以在计算应纳税所得额时加计扣除：安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。企业安置残疾人员所支付的工资的加计扣除，是指企业安置残疾人员的，在按照支付给残疾职工工资据实扣除的基础上，按照支付给残疾职工工资的 100%加计扣除。

十九、国家对创业投资规定了哪些企业所得税优惠政策

创业投资企业从事国家需要重点扶持和鼓励的创业投资，可以按投资额的一定比例抵扣应纳税所得额。抵扣应纳税所得额，是指创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市的中小高新技术企业 2 年以上的，可以按照其投资额的 70%在股权持有满 2 年的当年抵扣该创业投资企业的应纳税所得额；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

二十、在哪些情况下可以享受加速折旧的企业所得税优惠政策

（一）优惠政策
企业的固定资产由于技术进步等原因，确需加速折旧的，可以缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法。可以采取缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法的固定资产，包括如下：
（1）由于技术进步，产品更新换代较快的固定资产。
（2）常年处于强震动、高腐蚀状态的固定资产。

（二）限制条件

采取缩短折旧年限方法的，最低折旧年限不得低于《企业所得税法实施条例》第六十条规定折旧年限的 60%；采取加速折旧方法的，可以采取双倍余额递减法或者年数总和法。

二十一、企业从事哪些活动可以享受税额抵扣的优惠政策

（一）优惠政策

企业购置用于环境保护、节能节水、安全生产等专用设备的投资额，可以按一定比例实行税额抵免。税额抵免，是指企业购置并实际使用《环境保护专用设备企业所得税优惠目录》、《节能节水专用设备企业所得税优惠目录》和《安全生产专用设备企业所得税优惠目录》规定的环境保护、节能节水、安全生产等专用设备的，该专用设备的投资额的 10%可以从企业当年的应纳税额中抵免；当年不足抵免的，可以在以后 5 个纳税年度结转抵免。

（二）限制条件

享受上述企业所得税优惠的企业，应当实际购置并自身实际投入使用前款规定的专用设备；企业购置上述专用设备在 5 年内转让、出租的，应当停止享受企业所得税优惠，并补缴已经抵免的企业所得税税款。

二十二、企业所得税法如何规范关联企业的转让定价行为

企业与其关联方之间的业务往来，不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整。企业与其关联方共同开发、受让无形资产，或者共同提供、接受劳务发生的成本，在计算应纳税所得额时应当按照独立交易原则进行分摊。独立交易原则，是指没有关联关系的交易各方，按照公平成交价格和营业常规进行业务往来遵循的原则。

二十三、企业所得税法还规定了哪些反避税制度

除关联企业转让定价税制以外，我国《企业所得税法》还规定了受控外国公司税制、资本弱化税制和一般反避税条款。

二十四、企业如何缴纳企业所得税

（一）纳税地点

除税收法律、行政法规另有规定外，居民企业以企业登记注册地为纳税地点；但登记注册地在境外的，以实际管理机构所在地为纳税地点。居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的，应当汇总计算并缴纳企业所得税。企业登记注册地，是指企业依照国家有关规定登记注册的住所在地。企业汇总计算并缴纳企业所得税时，应当统一核算应纳税所得额。

（二）纳税年度

企业所得税按纳税年度计算。纳税年度自公历 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。企业在一个纳税年度中间开业，或者终止经营活动，使该纳税年度的实际经营期不足 12 个月的，应当以其实际经营期为一个纳税年度。企业依法清算时，应当以清算期间作为一个纳税年度。

（三）缴纳方法

企业应当自月份或者季度终了之日起 15 日内，向税务机关报送预缴企业所得税纳税申报表，预缴税款。企业应当自年度终了之日起 5 个月内，向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表，并汇算清缴，结清应缴应退税款。企业在报送企业所得税纳税申报表时，应当按照规定附送财务会计报告和其他有关资料。

二十五、企业在哪些情况下承担扣缴税款的义务

对非居民企业取得《企业所得税法》第三条第三款规定的所得应缴纳的所得税，实行源泉扣缴，以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时，从支付或者到期应支付的款项中扣缴。

二十六、新旧企业所得税法过渡政策有哪些

（一）新旧企业过渡

《企业所得税法》公布前已经批准设立的企业，依照当时的税收法律、行政法规规定，享受低税率优惠的，按照国务院规定，可以在本法施行后 5 年内，逐步过渡到《企业所得税法》规定的税率；享受定期减免税优惠的，按照国务院规定，可以在本法施行后继续享受到期满为止，但因未获利而尚未享受优惠的，优惠期限从 2008 年度起计算。

（二）地区优惠政策过渡

法律设置的发展对外经济合作和技术交流的特定地区内，以及国务院已规定执行上述地区特殊政策的地区内新设立的国家需要重点扶持的高新技术企业，可以享受过渡性税收优惠，具体办法由国务院规定。

复习与思考题

1. 如何划分居民企业和非居民企业？
2. 企业所得税应纳税所得额如何计算？
3. 计算应纳税所得额时哪些项目不能扣除？
4. 国家对残疾人员规定了哪些企业所得税优惠政策？
5. 在哪些情况下可以享受加速折旧的企业所得税优惠政策？
6. 企业所得税法如何规范关联企业的转让定价行为？
7. 企业如何缴纳企业所得税？

拓展阅读书目

1. 翟继光：《最新企业所得税纳税申报与税务规划指南》，立信会计出版社 2009 年版。
2. 盖地、李秋蕾：《企业所得税纳税实务指引》，经济科学出版社 2010 年版。
3. 翟继光：《新税法下企业纳税筹划》（第 2 版），电子工业出版社 2010 年版。

第四章　商品税和财产税实务

本章的教学目的和基本要求：掌握商品税和财产税的基本计算方法和节税技巧。熟悉哪些主体需要缴纳增值税。掌握增值税的税率、一般纳税人增值税应纳税额如何计算、进口环节增值税如何计算、小规模纳税人增值税应纳税额如何计算。熟悉增值税有哪些优惠政策、如何缴纳增值税、哪些主体需要缴纳营业税。掌握营业税的税率、营业税应纳税额如何计算。熟悉营业税有哪些优惠政策、如何缴纳营业税、哪些主体需要缴纳消费税。了解消费税的税率。掌握如何计算消费税的应纳税额。熟悉如何缴纳消费税、如何缴纳土地增值税。了解如何缴纳耕地占用税、如何缴纳城镇土地使用税。熟悉如何缴纳印花税。

学时分配：8 学时。

一、哪些主体需要缴纳增值税

（一）纳税人

在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税义务人。

（二）小规模纳税人

增值税的纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。小规模纳税人的标准规定如下。

（1）从事货物生产或者提供应税劳务的纳税人，以及以从事货物生产或者提供应税劳务为主，并兼营货物批发或者零售的纳税人，年应征增值税销售额（以下简称应税销售额）在 50 万元以下（含本数,下同）的；

（2）除上述规定以外的纳税人，年应税销售额在 80 万元以下的。

二、增值税的税率是多少

增值税的税率如下：

（1）纳税人销售或者进口货物，除特别规定外，税率为 17%。

（2）纳税人销售或者进口下列货物，税率为 13%：① 粮食、食用植物油；② 自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品；③ 图书、报纸、杂志；④ 饲料、化肥、农药、农机、农膜；⑤ 自 2007 年 9 月 1 日起，盐适用增值税税率由 17%统一调整为 13%；⑥ 自 2007 年 1 月 1 日起，将音像制品和电子出版物的增值税税率由 17%下调至 13%。

（3）纳税人出口货物，税率为零；但是，国务院另有规定的除外。

（4）纳税人提供加工、修理修配劳务（以下简称应税劳务），税率为 17%。

（5）税率的调整，由国务院决定。

（6）纳税人兼营不同税率的货物或者应税劳务，应当分别核算不同税率货物或者应税劳务的销售额。未分别核算销售额的，从高适用税率。

三、一般纳税人增值税应纳税额如何计算

（一）计算公式

纳税人销售货物或者提供应税劳务（以下简称销售货物或者应税劳务），应纳税额为当期销项税额抵扣当期进项税额后的余额。应纳税额计算公式：

应纳税额=当期销项税额–当期进项税额

因当期销项税额小于当期进项税额不足抵扣时，其不足部分可以结转下期继续抵扣。

（二）销项税额

纳税人销售货物或者应税劳务，按照销售额和税法规定的税率计算并向购买方收取的增值税额，为销项税额。销项税额计算公式：

销项税额=销售额×税率

（三）允许抵扣的进项税额

纳税人购进货物或者接受应税劳务（以下简称购进货物或者应税劳务），所支付或者负担的增值税额为进项税额。准予从销项税额中抵扣的进项税额，除特别规定情形外，限于下列增值税扣税凭证上注明的增值税额。

（1）从销售方取得的增值税专用发票上注明的增值税额。

（2）从海关取得的海关进口增值税专用缴款书上注明的增值税额。

（3）购进农产品，除取得增值税专用发票或者海关进口增值税专用缴款书外，按照农产品收购发票或者销售发票上注明的农产品买价和13%的扣除率计算的进项税额。进项税额计算公式：

进项税额=买价×扣除率

（4）购进或者销售货物以及在生产经营过程中支付运输费用的，按照运输费用结算单据上注明的运输费用金额和7%的扣除率计算的进项税额。进项税额计算公式：

进项税额=运输费用金额×扣除率

（四）禁止抵扣的进项税额

下列项目的进项税额不得从销项税额中抵扣。

（1）用于非增值税应税项目、免征增值税项目、集体福利或者个人消费的购进货物或者应税劳务；

（2）非正常损失的购进货物及相关的应税劳务；

（3）非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物或者应税劳务；

（4）国务院财政、税务主管部门规定的纳税人自用消费品；

（5）上述第（1）项至第（4）项规定的货物的运输费用和销售免税货物的运输费用。

四、进口环节增值税如何计算

（一）组成计税价

根据《增值税暂行条例》的规定，纳税人进口货物，按照组成计税价格和税法规定的税率计算应纳税额，不得抵扣任何税额。组成计税价格和应纳税额计算公式：

组成计税价格=关税完税价格+关税+消费税

应纳税额=组成计税价格×税率

（二）进口消费税组成计税价格

根据《消费税暂行条例》的规定，进口的应税消费品，实行从价定率计算应纳税额的，一律以组成计税价格为计税依据计算应纳税额。

组成计税价格的计算公式为：

组成计税价格=（关税完税价格+关税）÷（1–消费税税率）

五、小规模纳税人增值税应纳税额如何计算

（一）计算公式

小规模纳税人销售货物或者应税劳务，实行简易办法计算应纳税额。

小规模纳税人销售货物或者应税劳务的征收率为3%。

小规模纳税人销售货物或者应税劳务，按照销售额和税法规定的征收率计算应纳税额，不得抵

扣进项税额。应纳税额计算公式：

应纳税额=销售额×征收率

（二）销售额的确定

小规模纳税人的销售额不包括其应纳税额。小规模纳税人销售货物或应税劳务采用销售额和应纳税额合并定价方法的，按下列公式计算销售额：

销售额=含税销售额÷（1+征收率）

六、增值税有哪些优惠政策

（一）免税政策

下列项目免征增值税：

（1）农业生产者销售的自产农业产品。

（2）避孕药品和用具。

（3）古旧图书。

（4）直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备。

（5）外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备。

（6）来料加工、来件装配和补偿贸易所需进口的设备。

（7）由残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品。

（8）对残疾人个人提供的加工、修理修配劳务免征增值税。

（9）纳税人生产销售和批发、零售滴灌带和滴灌管产品免征增值税。

（10）自2007年1月1日起至2010年12月31日止，对国内定点生产企业生产的国产抗艾滋病病毒药品继续免征生产环节和流通环节增值税。

（11）对增值税纳税人收取的会员费收入不征收增值税。

（12）供残疾人专用的假肢、轮椅、矫形器（包括上肢矫形器、下肢矫形器、脊椎侧弯矫形器），免征增值税。

（二）起征点

纳税人销售额未达到财政部规定的增值税起征点的，免征增值税。增值税起征点的适用范围只限于个人。增值税起征点的幅度规定如下：（1）销售货物的起征点为月销售额2 000～5 000元；（2）销售应税劳务的起征点为月销售额2 000～5 000元；（3）按次纳税的起征点为每次（日）销售额1 500～3 000元。

七、如何缴纳增值税

（一）纳税义务发生时间

增值税纳税义务发生时间如下：（1）销售货物或者应税劳务，为收讫销售款或者取得索取销售款凭据的当天；（2）进口货物，为报关进口的当天。

（二）纳税期限

增值税的纳税期限分别为1日、3日、5日、10日、15日、1个月或者1个季度。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定，一般以1个月为纳税期限；不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以1个月或者1个季度为一期纳税的，自期满之日起15日内申报纳税；以1日、3日、5日、10日或者15日为一期纳税的，自期满之日起5日内预缴税款，于次月1日起15日内申报纳税并结清上月应纳税款。以1个季度为纳税期限的规定仅适用于小规模纳税人。小规模纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据其应纳税额的大小分别核定。

八、哪些主体需要缴纳营业税

（一）营业税纳税人

在中华人民共和国境内提供《营业税暂行条例》规定的劳务（以下简称应税劳务）、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人，为营业税的纳税义务人。

（二）营业税应税劳务

应税劳务具体包括：

（1）交通运输业，包括陆路运输、水路运输、航空运输、管道运输、装卸搬运。

（2）建筑业，包括建筑、安装、修缮、装饰及其他工程作业。

（3）金融保险业。

（4）邮电通信业。

（5）文化体育业。

（6）娱乐业，包括歌厅、舞厅、卡拉 OK 歌舞厅、音乐茶座、台球、高尔夫球、保龄球、游艺。

（7）服务业，包括代理业、旅店业、饮食业、旅游业、仓储业、租赁业、广告业及其他服务业。

加工和修理、修配，不属于应税劳务。

九、营业税的税率是多少

营业税除娱乐业实行幅度比例税率外，其他税目均实行固定比例税率。其具体税率如下：

（1）交通运输业，3%。

（2）建筑业，3%。

（3）金融保险业，5%。

（4）邮电通信业，3%。

（5）文化体育业，3%。

（6）娱乐业，5%～20%。

（7）服务业，5%。

（8）转让无形资产，5%。

（9）销售不动产，5%。

十、营业税应纳税额如何计算

纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产，按照营业额和规定的税率计算应纳税额。应纳税额计算公式：

应纳税额=营业额×税率

十一、营业税有哪些优惠政策

下列项目免征营业税：

（1）托儿所、幼儿园、养老院、残疾人福利机构提供的育养服务，婚姻介绍，殡葬服务。

（2）残疾人员个人提供的劳务，是指残疾人员本人为社会提供的劳务。

（3）医院、诊所和其他医疗机构提供的医疗服务，是指对患者进行诊断、治疗和防疫、接生、计划生育方面的服务，以及与这些服务有关的提供药品、医疗用具、病房住宿和伙食的业务。

（4）学校和其他教育机构提供的教育劳务，学生勤工俭学提供的劳务，学校及其他教育机构，是指普通学校以及经地、市级以上人民政府或者同级政府的教育行政部门批准成立、国家承认其学

员学历的各类学校。

（5）农业机耕、排灌、病虫害防治、植保、农牧保险以及相关技术培训业务，家禽、牲畜、水生动物的配种和疾病防治。

（6）纪念馆、博物馆、文化馆、美术馆、展览馆、书画院、图书馆、文物保护单位举办文化活动的门票收入，宗教场所举办文化、宗教活动的门票收入。

（7）对按政府规定价格出租的公有住房和廉租住房，包括企业和自收自支事业单位向职工出租的单位自有住房；房管部门向居民出租的公有住房；落实私房政策中带户发还产权并以政府规定租金标准向居民出租的私有住房等，暂免征收房产税、营业税。

（8）科研机构的技术转让收入继续免征营业税，对高等学校的技术转让收入自 1999 年 5 月 1 日起免征营业税。

（9）对从事学历教育的学校提供教育劳务取得的收入，免征营业税。

（10）对学校从事技术开发、技术转让业务和与之相关的技术咨询、技术服务业务取得的收入，免征营业税。

十二、如何缴纳营业税

（一）纳税义务发生时间

营业税的纳税义务发生时间，为纳税人收讫营业收入款项或者取得索取营业收入款项凭据的当天。纳税人转让土地使用权或者销售不动产，采用预收款方式的，其纳税义务发生时间为收到预收款的当天。纳税人有《营业税暂行条例实施细则》第五条所称自建行为的，其自建行为的纳税义务发生时间，为其销售自建建筑物并收讫营业额或者取得索取营业额的凭据的当天。纳税人将不动产无偿赠与他人，其纳税义务发生时间为不动产所有权转移的当天。

（二）纳税期限

营业税的纳税期限，分别为 5 日、10 日、15 日、1 个月或者 1 个季度。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定，一般以 1 个月为纳税期限；不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以 1 个月或者 1 个季度为一期纳税的，自期满之日起 15 日内申报纳税；以 5 日、10 日或者 15 日为一期纳税的，自期满之日起 5 日内预缴税款，于次月 1 日起 15 日内申报纳税并结清上月应纳税款。

十三、哪些主体需要缴纳消费税

（一）消费税纳税人

在中华人民共和国境内生产、委托加工和进口《消费税暂行条例》规定的消费品（以下简称应税消费品）的单位和个人，为消费税的纳税义务人。

（二）应税消费品

应税消费品包括 14 个大的种类：烟、酒及酒精、化妆品、贵重首饰及珠宝玉石、鞭炮焰火、成品油、汽车轮胎、摩托车、小汽车、高尔夫球及球具、高档手表、游艇、木制一次性筷子、实木地板。

十四、消费税的税率是多少

消费税税目、税率表

税　　目	计税单位	税率（税额）
一、烟		
1．卷烟		

（1）每标准条（200 支）对外调拨价在 70 元以上（含70 元）的	标准箱（5 万支）	56%；150 元
（2）每标准条（200 支）对外调拨价在 70 元以下的	标准箱（5 万支）	36%；150 元
2．雪茄烟		36%
3．烟丝		30%
4．卷烟批发环节		5%
二、酒及酒精		
1．粮食白酒	斤或者 500 毫升	20%；0.5 元
2．黄酒	吨	240 元
3．啤酒		
（1）每吨出厂价格（含包装物及包装物押金）在 3 000 元（含 3 000 元，不含增值税）以上的	吨	250 元
（2）每吨在 3 000 元以下的	吨	220 元
（3）娱乐业和饮食业自制的	吨	250 元
4．其他酒		10%
5．酒精		5%
三、化妆品		30%
四、贵重首饰及珠宝玉石		
1．金银首饰、铂金首饰和钻石、钻石饰品		5%
2．其他贵重首饰和珠宝玉石		10%
五、鞭炮、焰火		15%
六、成品油		
1．汽油		
（1）无铅汽油	升	1.0 元
（2）含铅汽油	升	1.4 元
2．柴油	升	0.8 元
3．石脑油	升	1.0 元
4．溶剂油	升	1.0 元
5．润滑油	升	1.0 元
6．燃料油	升	0.8 元
7．航空煤油	升	0.8 元
七、汽车轮胎		3%
八、摩托车		
1．气缸容量（排气量，下同）在 250 毫升（含）以下的		3%
2．气缸容量在 250 毫升以上的		10%
九、小汽车		
1．乘用车		
（1）气缸容量（排气量，下同）在 1.0 升（含）以下的		1%
（2）气缸容量在 1.0 升以上至 1.5 升（含）的		3%
（3）气缸容量在 1.5 升以上至 2.0 升（含）的		5%

（4）气缸容量在2.0升以上至2.5升（含）的		9%
（5）气缸容量在2.5升以上至3.0升（含）的		12%
（6）气缸容量在3.0升以上至4.0升（含）的		25%
（7）气缸容量在4.0升以上的		40%
2．中轻型商用客车		5%
十、高尔夫球及球具		10%
十一、高档手表		20%
十二、游艇		10%
十三、木制一次性筷子		5%
十四、实木地板		5%

十五、如何计算消费税的应纳税额

消费税实行从价定率或者从量定额的办法计算应纳税额。应纳税额计算公式：

实行从价定率办法计算的应纳税额=销售额×税率

实行从量定额办法计算的应纳税额=销售数量×单位税额

十六、如何缴纳消费税

（一）纳税义务发生时间

纳税人生产的应税消费品，于销售时纳税。纳税人自产自用的应税消费品，用于连续生产应税消费品的，不纳税；用于其他方面的，于移送使用时纳税。

不同情况下消费税的纳税义务发生时间如下。

（1）纳税人销售的应税消费品，其纳税义务的发生时间为：① 纳税人采取赊销和分期收款结算方式的，其纳税义务的发生时间，为销售合同规定的收款日期的当天；② 纳税人采取预收货款结算方式的，其纳税义务的发生时间，为发出应税消费品的当天；③ 纳税人采取托收承付和委托银行收款方式销售的应税消费品，其纳税义务的发生时间，为发出应税消费品并办妥托收手续的当天；④ 纳税人采取其他结算方式的，其纳税义务的发生时间，为收讫销售款或者取得索取销售款的凭据的当天。

（2）纳税人自产自用的应税消费品，其纳税义务的发生时间，为移送使用的当天。

（3）纳税人委托加工的应税消费品，其纳税义务的发生时间，为纳税人提货的当天。

（4）纳税人进口的应税消费品，其纳税义务的发生时间，为报关进口的当天。

（二）纳税期限

消费税的纳税期限分别为1日、3日、5日、10日、15日、1个月或者1个季度。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定；不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以1个月或者1个季度为一期纳税的，自期满之日起15日内申报纳税；以1日、3日、5日、10日或者15日为一期纳税的，自期满之日起5日内预缴税款，于次月1日起15日内申报纳税并结清上月应纳税款。纳税人进口应税消费品，应当自海关填发税款缴纳证的次日起15日内缴纳税款。

十七、如何缴纳土地增值税

（一）纳税人

转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物（以下简称转让房地产）并取得收入的单位和

个人，为土地增值税的纳税义务人。

（二）计算方法

计算土地增值税税额，可按增值额乘以适用的税率减去扣除项目金额乘以速算扣除系数的简便方法计算，具体公式如下。

（1）增值额未超过扣除项目金额 50%：

土地增值税税额=增值额×30%

（2）增值额超过扣除项目金额 50%，未超过 100%的：

土地增值税税额=增值额×40%–扣除项目金额×5%

（3）增值额超过扣除项目金额 100%，未超过 200%的：

土地增值税税额=增值额×50%–扣除项目金额×15%

（4）增值额超过扣除项目金额 200%：

土地增值税税额=增值额×60%–扣除项目金额×35%

公式中的 5%，15%，35%为速算扣除系数。

十八、如何缴纳耕地占用税

（一）纳税人

占用耕地建房或者从事非农业建设的单位或者个人，都是耕地占用税的纳税义务人。

（二）税额

耕地占用税的税额规定如下：

（1）人均耕地不超过 1 亩的地区（以县级行政区域为单位，下同），每平方米为 10 元至 50 元。

（2）人均耕地超过 1 亩但不超过 2 亩的地区，每平方米为 8 元至 40 元。

（3）人均耕地超过 2 亩但不超过 3 亩的地区，每平方米为 6 元至 30 元。

（4）人均耕地超过 3 亩的地区，每平方米为 5 元至 25 元。

十九、如何缴纳城镇土地使用税

（一）纳税人

在城市、县城、建制镇、工矿区范围内使用土地的单位和个人，为城镇土地使用税（以下简称土地使用税）的纳税人，应当依法缴纳土地使用税。

（二）税额

土地使用税以纳税人实际占用的土地面积为计税依据，依照规定税额计算征收。土地使用税每平方米年税额如下：

（1）大城市 1.5 元至 30 元。

（2）中等城市 1.2 元至 24 元。

（3）小城市 0.9 元至 18 元。

（4）县城、建制镇、工矿区 0.6 元至 12 元。

二十、如何缴纳印花税

（一）纳税人

在中华人民共和国境内书立、领受《印花税暂行条例》所列举凭证的单位和个人，都是印花税的纳税义务人（以下简称纳税人），应当依法缴纳印花税。

（二）应税凭证与税率

下列凭证为应纳税凭证：

（1）购销、加工承揽、建设工程承包、财产租赁、货物运输、仓储保管、借款、财产保险、技术合同或者具有合同性质的凭证。

（2）产权转移书据。

（3）营业账簿。

（4）权利、许可证照。

（5）经财政部确定征税的其他凭证。

印花税税目税率表

税　目	范　　围	税　　率	纳税义务人	说　　明
1．购销合同	包括供应、预购、采购、购销结合及协作、调剂、补偿、易货等合同	按购销金额万分之三贴花	立合同人	
2．加工承揽合同	包括加工、定作、修缮、修理、印刷、广告、测绘、测试等合同	按加工或承揽收入万分之五贴花	立合同人	
3．建设工程勘察设计合同	包括勘察、设计合同	按收取费用万分之五贴花	立合同人	
4．建筑安装工程承包合同	包括建筑、安装工程承包合同	按承包金额万分之三贴花	立合同人	
5．财产租赁合同	包括租赁房屋、船舶、飞机、机动车辆、机械、器具、设备等	按租赁金额千分之一贴花。税额不足一元的按一元贴花	立合同人	
6．货物运输合同	包括民用航空、铁路运输、海上运输、内河运输、公路运输和联运合同	按运输费用万分之五贴花	立合同人	单据作为合同使用的，按合同贴花
7．仓储保管合同	包括仓储、保管合同	按仓储保管费用千分之一贴花	立合同人	仓单或栈单作为合同使用的，按合同贴花
8．借款合同	银行及其他金融组织和借款人（不包括银行同业拆借）所签订的借款合同	按借款金额万分之零点五贴花	立合同人	单据作为合同使用的，按合同贴花
9．财产保险合同	包括财产、责任、保证、信用等保险合同	按投保金额万分之零点三贴花	立合同人	单据作为合同使用的，按合同贴花
10．技术合同	包括技术开发、转让、咨询、服务等合同	按所载金额万分之三贴花	立合同人	
11．产权转移书据	包括财产所有权和版	按所载金额万	立据人	

	权、商标专用、专利权、专有技术使用权等转移书据	分之五贴花		
12．营业账簿	生产经营用账册	记载资金的账簿，按固定资产原值与自有流动资金总额万分之五贴花。其他账簿按件贴花五元	立账簿人	
13．权利、许可证照	包括政府部门发给的房屋产权证、工商营业执照、商标注册证、专利证、土地使用证	按件贴花五元	领受人	

复习与思考题

1. 一般纳税人增值税应纳税额如何计算？
2. 增值税有哪些优惠政策？
3. 哪些主体需要缴纳营业税？
4. 如何计算消费税的应纳税额？
5. 如何计算土地增值税？

拓展阅读书目

1. 翟继光：《最新增值税、营业税、消费税纳税申报与税务规划指南》，立信会计出版社 2009 年版。
2. 翟继光：《纳税入门五日通》，立信会计出版社 2009 年版。
3. 栾庆忠：《增值税纳税实务与节税技巧》，中国市场出版社 2010 年版。

第五章　个体户、个人独资企业与合伙企业纳税实务

本章的教学目的和基本要求：掌握个体户、个人独资企业与合伙企业纳税的基本方法和节税技巧。熟悉个体户如何计算个人所得税。掌握个体户如何计算应纳税所得额。熟悉个体户纳税的基本流程。掌握个人独资企业和合伙企业如何计算应纳税所得额、个人开办两个企业如何计算应纳税所得额、个人开办两个企业如何计算投资者费用扣除。熟悉个人独资企业和合伙企业纳税的基本流程。

学时分配：4 学时。

一、个体户如何计算个人所得税

个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额，为应纳税所得额，适用 5%～35%的超额累进税率。

二、个体户如何计算应纳税所得额

个体户每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额为应纳税所得额，据此计算应纳个人所得税额。其计算公式为：

应纳税所得额=收入总额–成本、费用及损失

三、个体户纳税的基本流程是什么

个体户纳税也应当按照确定纳税申报的期限、确定纳税申报的地点、确定纳税申报方式、填写和报送纳税申报表以及缴纳税款的方式进行。

（一）纳税申报的期限

个体工商户的生产、经营所得应纳的税款，按年计算，分月预缴，由纳税义务人在次月 7 日内预缴，年度终了后 3 个月内汇算清缴，多退少补。

（二）纳税申报的地点

个体工商户向实际经营所在地主管税务机关申报。纳税人不得随意变更纳税申报地点，因特殊情况变更纳税申报地点的，须报原主管税务机关备案。

（三）纳税申报方式

纳税申报主要有两种方式，一是自行纳税申报，即纳税人本人亲自进行纳税申报，二是委托代理人进行纳税申报。

（四）填写和报送纳税申报表

（1）《个体工商户所得税月份申报表》的填写。个体工商户应当在每个月的 7 日之前填写并向税务机关报送上月份的《个体工商户所得税月份申报表》。

（2）《个体工商户所得税年度申报表》的填写。个体工商户年度生产、经营所得在年度终了后 3 个月内报送《个体工商户所得税年度申报表》，进行汇算清退，多退少补。

四、个人独资企业和合伙企业如何计算应纳税所得额

（一）查帐征税

个人独资企业和合伙企业（以下简称企业）每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应纳税项目，适用 5%～35%的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。

（二）核定征税

实行核定应税所得率征收方式的，应纳所得税额的计算公式如下：

应纳所得税额=应纳税所得额×适用税率

应纳所得税额=收入总额×应税所得率

或　　=成本费用支出额÷（1–应税所得率）×应税所得率

五、个人开办两个企业如何计算应纳税所得额

（一）汇总纳税

投资者兴办 2 个或 2 个以上企业的（包括参与兴办，下同），年度终了时，应汇总从所有企业取得的应纳税所得额，据此确定适用税率并计算缴纳应纳税款。

（二）计算公式

投资者兴办 2 个或 2 个以上企业，并且企业性质全部是独资的，年度终了后汇算清缴时，应纳税款的计算按以下方法进行：汇总其投资兴办的所有企业的经营所得作为应纳税所得额，以此确定适用税率，计算出全年经营所得的应纳税额，再根据每个企业的经营所得占所有企业经营所得的比例，分别计算出每个企业的应纳税额和应补缴税额。计算公式如下：

应纳税所得额=Σ各个企业的经营所得

应纳税额=应纳税所得额×税率–速算扣除数

本企业应纳税额=应纳税额×本企业的经营所得 / Σ各个企业的经营所得

本企业应补缴的税额=本企业应纳税额–本企业预缴的税额

六、个人开办两个企业如何计算投资者费用扣除

根据《财政部 国家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》（财税[2000]91 号）第十三条的规定，投资者兴办 2 个或 2 个以上企业的，根据该规定第六条第一款规定准予扣除的个人费用，由投资者选择在其中一个企业的生产经营所得中扣除。

七、个人独资企业和合伙企业纳税的基本流程是什么

（一）预缴与汇算清缴

投资者应纳的个人所得税税款，按年计算，分月或者分季预缴，由投资者在每月或者每季度终了后 7 日内预缴，年度终了后 3 个月内汇算清缴，多退少补。

企业在年度中间合并、分立、终止时，投资者应当在停止生产经营之日起 60 日内，向主管税务机关办理当期个人所得税汇算清缴。

企业在纳税年度的中间开业，或者由于合并、关闭等原因，使该纳税年度的实际经营期不足 12 个月的，应当以其实际经营期为一个纳税年度。

（二）纳税申报地点

投资者应向企业实际经营管理所在地主管税务机关申报缴纳个人所得税。投资者从合伙企业取得的生产经营所得，由合伙企业向企业实际经营管理所在地主管税务机关申报缴纳投资者应纳的个人所得税，并将个人所得税申报表抄送投资者。

投资者兴办 2 个或 2 个以上企业的，应分别向企业实际经营管理所在地主管税务机关预缴税款。年度终了后办理汇算清缴时，区别不同情况分别处理。

复习与思考题

1. 个体户纳税的基本流程是什么？
2. 个人开办两个企业如何计算应纳税所得额？
3. 个人开办两个企业如何计算投资者费用扣除？

拓展阅读书目

1. 甘功仁主编：《个人所得税法》，中国人民大学出版社 2008 年版。
2. 翟继光：《明明白白缴个税》，北京大学出版社 2008 年版。

第六章　税收征管与税务行政复议实务

本章的教学目的和基本要求：掌握税收征管与税务行政复议的基本知识与技巧。熟悉企业如何办理设立税务登记、企业如何办理变更税务登记和注销税务登记、税务登记证件在企业的生产经营中能起哪些作用。掌握纳税人在税收征管中享有哪些权利、纳税人在税收征管中承担哪些义务、对征税行为如何提起行政复议。熟悉对税收保全措施如何提起行政复议、对税收强制执行如何提起行政复议、对税务行政处罚如何提起行政复议、对税务机关不作为如何提起行政复议。

学时分配：6 学时。

一、企业如何办理设立税务登记

（一）税务登记地点

企业，企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位（以下统称从事生产、经营的纳税人），向生产、经营所在地税务机关申报办理税务登记。

（二）税务登记时限

（1）从事生产、经营的纳税人领取工商营业执照（含临时工商营业执照）的，应当自领取工商营业执照之日起 30 日内申报办理税务登记，税务机关核发税务登记证及副本（纳税人领取临时工商营业执照的，税务机关核发临时税务登记证及副本）。

（2）从事生产、经营的纳税人未办理工商营业执照但经有关部门批准设立的，应当自有关部门批准设立之日起 30 日内申报办理税务登记，税务机关核发税务登记证及副本。

（3）从事生产、经营的纳税人未办理工商营业执照也未经有关部门批准设立的，应当自纳税义务发生之日起 30 日内申报办理税务登记，税务机关核发临时税务登记证及副本。

（4）有独立的生产经营权、在财务上独立核算并定期向发包人或者出租人上交承包费或租金的承包承租人，应当自承包承租合同签订之日起 30 日内，向其承包承租业务发生地税务机关申报办理税务登记，税务机关核发临时税务登记证及副本。

（5）从事生产、经营的纳税人外出经营，自其在同一县（市）实际经营或提供劳务之日起，在连续的 12 个月内累计超过 180 天的，应当自期满之日起 30 日内，向生产、经营所在地税务机关申报办理税务登记，税务机关核发临时税务登记证及副本。

（6）境外企业在中国境内承包建筑、安装、装配、勘探工程和提供劳务的，应当自项目合同或协议签订之日起 30 日内，向项目所在地税务机关申报办理税务登记，税务机关核发临时税务登记证及副本。

其他纳税人，除国家机关、个人和无固定生产、经营场所的流动性农村小商贩外，均应当自纳税义务发生之日起 30 日内，向纳税义务发生地税务机关申报办理税务登记，税务机关核发税务登记证及副本。

二、企业如何办理变更税务登记和注销税务登记

（一）企业办理变更税务登记的程序

纳税人税务登记内容发生变化的，应当向原税务登记机关申报办理变更税务登记。

纳税人已在工商行政管理机关办理变更登记的，应当自工商行政管理机关变更登记之日起 30 日内，向原税务登记机关如实提供相关证件、资料，申报办理变更税务登记。

（二）企业办理停业、复业税务登记的程序

实行定期定额征收方式的个体工商户需要停业的，应当在停业前向税务机关申报办理停业登

记。纳税人的停业期限不得超过一年。

（三）企业办理外出经营报验登记的程序

纳税人到外县（市）临时从事生产经营活动的，应当在外出生产经营以前，持税务登记证向主管税务机关申请开具《外出经营活动税收管理证明》（以下简称《外管证》）。

税务机关按照一地一证的原则，核发《外管证》，《外管证》的有效期限一般为 30 日，最长不得超过 180 天。

（四）企业办理注销税务登记的程序

（1）因终止纳税义务的注销登记

纳税人发生解散、破产、撤销以及其他情形，依法终止纳税义务的，应当在向工商行政管理机关或者其他机关办理注销登记前，持有关证件和资料向原税务登记机关申报办理注销税务登记；按规定不需要在工商行政管理机关或者其他机关办理注册登记的，应当自有关机关批准或者宣告终止之日起 15 日内，持有关证件和资料向原税务登记机关申报办理注销税务登记。纳税人被工商行政管理机关吊销营业执照或者被其他机关予以撤销登记的，应当自营业执照被吊销或者被撤销登记之日起 15 日内，向原税务登记机关申报办理注销税务登记。

（2）因住所变更而导致的注销登记

纳税人因住所、经营地点变动，涉及改变税务登记机关的，应当在向工商行政管理机关或者其他机关申请办理变更、注销登记前，或者住所、经营地点变动前，持有关证件和资料，向原税务登记机关申报办理注销税务登记，并自注销税务登记之日起 30 日内向迁达地税务机关申报办理税务登记。

三、税务登记证件在企业的生产经营中能起哪些作用

除按照规定不需要发给税务登记证件的外，纳税人办理下列事项时，必须持税务登记证件。

（1）开立银行账户。

（2）申请减税、免税、退税。

（3）申请办理延期申报、延期缴纳税款。

（4）领购发票。

（5）申请开具外出经营活动税收管理证明。

（6）办理停业、歇业。

（7）其他有关税务事项。

四、纳税人在税收征管中享有哪些权利

（一）纳税人权利的范围

我国现行税法日益重视对纳税人权利的确认和保障。纳税人的权利除了分别规定在企业所得税法、个人所得税法、增值税暂行条例等 20 多项法律、行政法规中以外，集中体现在《税收征收管理法》中。

（二）纳税人权利的种类

根据《税收征收管理法》规定，纳税人的权利主要包括税收知情权、保密权、依法申请税收优惠权、陈述和申辩权、税收救济权、税收监督权、申请延期申报权、申请延期缴纳税款权、申请退还多缴税款权等。

五、纳税人在税收征管中承担哪些义务

纳税人的主要义务可以分为依法纳税的义务、接受管理的义务、接受检查的义务、提供信息的

义务等。

六、对征税行为如何提起行政复议

（一）税务行政复议机关

税务行政复议机关（以下简称复议机关），是指依法受理行政复议申请，对具体行政行为进行审查并作出行政复议决定的税务机关。

（二）征税行为

税务机关作出的征税行为，包括确认纳税主体、征税对象、征税范围、减税、免税及退税、适用税率、计税依据、纳税环节、纳税期限、纳税地点以及税款征收方式等具体行政行为和征收税款、加收滞纳金及扣缴义务人、受税务机关委托征收的单位作出的代扣代缴、代收代缴行为。

（三）行政复议的范围

纳税人对于税务机关作出的上述各种行为都可以向复议机关提起行政复议。

七、对税收保全措施如何提起行政复议

（一）税收保全措施的种类

税务机关作出的税收保全措施如下：

（1）书面通知银行或者其他金融机构冻结存款。

（2）扣押、查封商品、货物或者其他财产。

（二）行政复议的范围

纳税人对于税务机关作出的上述各种行为都可以向复议机关提起行政复议。

八、对税收强制执行如何提起行政复议

（一）税收强制执行的种类

税务机关作出的强制执行措施如下：

（1）书面通知银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款。

（2）变卖、拍卖扣押、查封的商品、货物或者其他财产。

（二）行政复议的范围

纳税人对于税务机关作出的上述各种行为都可以向复议机关提起行政复议。

九、对税务行政处罚如何提起行政复议

（一）税务处罚的种类

税务机关作出的行政处罚行为如下：

（1）罚款。

（2）没收财物和违法所得。

（3）停止出口退税权。

（二）行政复议的范围

纳税人对于税务机关作出的上述各种行为都可以向复议机关提起行政复议。

十、对税务机关不作为如何提起行政复议

任何单位和个人都有权检举违反税收法律、行政法规的行为。收到检举的机关和负责查处的机关应当为检举人保密。税务机关应当按照规定对检举人给予奖励。

复习与思考题

1. 企业如何办理设立税务登记？
2. 纳税人在税收征管中享有哪些权利？
3. 纳税人在税收征管中承担哪些义务？
4. 对征税行为如何提起行政复议？

拓展阅读书目

1. 刘剑文主编：《财税法学案例与法理分析》，高等教育出版社 2004 年版。
2. 刘少军、翟继光：《税法学》，中国政法大学出版社 2008 年版。
3. 翟继光、刘天永：《税务律师办案实用技巧》，立信会计出版社 2008 年版。
4. 翟继光：《美国联邦最高法院经典税法案例评析》，立信会计出版社2009年版。

《刑事诉讼法》教学大纲

刘　玫　编写

目　录

前　言……811
第一编　总　论……812
第一章　概　论……812
第一节　刑事诉讼……812
一、刑事诉讼的概念……812
二、刑事诉讼阶段……812
第二节　刑事诉讼法……812
一、刑事诉讼法的概念、性质……812
二、刑事诉讼法的渊源……813
三、刑事诉讼法与民事诉讼法、行政诉讼法的异同……813
第三节　刑事诉讼法学……813
一、刑事诉讼法学的研究对象……813
二、刑事诉讼法学的研究方法……813
第四节　刑事诉讼法的基本理念……813
第五节　刑事诉讼法的制定目的、根据和任务……814
一、刑事诉讼法的制定目的……814
二、刑事诉讼法的根据……814
三、刑事诉讼法的任务……814
复习与思考题……814
拓展阅读书目……814
第二章　刑事诉讼法的历史发展……816
第一节　外国刑事诉讼法的历史发展……816
一、外国刑事诉讼立法的沿革……816
二、外国刑事诉讼模式的沿革……816
三、外国刑事诉讼证据制度的沿革……816
第二节　中国刑事诉讼法的历史发展……816
一、中国古代刑事诉讼法……816
二、清末的刑事诉讼法……817
三、中华民国的刑事诉讼法……817
四、中华人民共和国的刑事诉讼法……817
复习与思考题……817
拓展阅读书目……817
第三章　刑事诉讼中的专门机关……819
第一节　概　述……819
第二节　人民法院……819
一、人民法院的性质、任务和职责……819
二、人民法院的组织体系及领导体制……819
三、审判组织……819
四、陪审制度……819
第三节　人民检察院……819

第四节　公安机关……819
第五节　其他专门机关……820
复习与思考题……820
拓展阅读书目……820
第四章　诉讼参与人……821
第一节　概　述……821
一、概念……821
二、诉讼参与人的分类……821
第二节　犯罪嫌疑人、被告人……821
一、犯罪嫌疑人与被告人的区分……821
二、犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位……821
三、犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和义务……822
第三节　被害人……822
一、被害人的诉讼地位……822
二、被害人的诉讼权利和义务……822
第四节　单位参与人……822
一、单位犯罪嫌疑人、单位被告人……822
二、单位被害人……822
复习与思考题……822
拓展阅读书目……823
第五章　刑事诉讼的基本原则……824
第一节　概　述……824
一、刑事诉讼基本原则的概念、特点和意义……824
二、国际通行的刑事诉讼原则……824
三、我国刑事诉讼基本原则的体系……824
第二节　侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使……825
第三节　人民法院、人民检察院依法独立行使职权……825
第四节　依靠群众……825
第五节　以事实为根据，以法律为准绳……825
第六节　对一切公民在适用法律上一律平等……825
第七节　分工负责、互相配合、互相制约……826
第八节　人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督……826
第九节　各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼……826
第十节　审判公开……827
一、含义……827
二、不公开审理的情形……827
三、审判公开原则的意义……827
第十一节　犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护……827
一、含义……827
二、意义……827
第十二节　未经人民法院依法判决，不得确定有罪……828
一、含义……828
二、意义……828

第十三节　保障诉讼参与人的诉讼权利……828
第十四节　依照法定情形不予追究刑事责任……828
第十五节　追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法……828
复习与思考题……828
拓展阅读书目……829
第六章　管　辖……830
第一节　管辖概述……830
一、管辖的概念……830
二、确定管辖的原则……830
三、管辖的意义与分类……830
第二节　立案管辖……830
一、公安机关直接受理的刑事案件……830
二、人民检察院直接受理的刑事案件……831
三、人民法院直接受理的刑事案件……831
四、关于执行立案管辖的几个问题……831
第三节　审判管辖……831
一、级别管辖……831
二、地区管辖……832
三、指定管辖……832
四、专门管辖……832
复习与思考题……833
拓展阅读书目……833
第七章　回　避……834
第一节　回避的概念和意义……834
一、回避的概念……834
二、回避的意义……834
第二节　回避的种类、人员范围和理由……834
一、回避的种类……834
二、回避的人员范围……834
三、回避的理由……834
第三节　回避的程序……835
一、回避的期间……835
二、回避的审查和决定……835
三、对驳回申请回避决定的复议……835
复习与思考题……835
拓展阅读书目……835
第八章　辩护与代理……836
第一节　辩　护……836
一、辩护制度概述……836
二、我国刑事辩护制度的基本内容……836
三、刑事法律援助制度……837
第二节　代　理……837
一、刑事代理制度概述……837

二、刑事代理制度的种类 837
复习与思考题 837
拓展阅读书目 838
第九章　证据概述 839
第一节　证据的概念和意义 839
第二节　证据制度的理论基础 839
第三节　证据的种类 839
第四节　证据的分类 839
复习与思考题 839
拓展阅读书目 840
第十章　证　明 841
第一节　证明的概念和意义 841
第二节　证明对象 841
第三节　证明标准 841
第四节　证明责任 842
第五节　证据的收集、审查和判断 842
一、收集证据 842
二、审查判断证据 842
复习与思考题 842
拓展阅读书目 842
第十一章　证据规则 843
第一节　证据规则的概念和意义 843
一、证据规则的概念 843
二、证据规则的意义 843
第二节　若干证据规则 843
复习与思考题 843
拓展阅读书目 844
第十二章　强制措施 845
第一节　概　述 845
一、强制措施的概念和特点 845
二、强制措施同刑罚、行政处罚的区别 845
三、强制措施的体系 845
四、强制措施的适用原则和应当考虑的因素 846
五、强制措施的意义 846
第二节　拘　传 846
一、拘传的概念和意义 846
二、拘传的程序 846
第三节　取保候审和监视居住 846
一、取保候审 846
二、监视居住 847
第四节　拘　留 847
一、拘留的概念和特点 847
二、拘留的条件 847

三、刑事拘留与其他拘留的区别.....847
四、拘留的程序.....848
第五节　逮　捕.....848
一、逮捕的概念和意义.....848
二、逮捕的权限.....848
三、逮捕的条件.....848
四、逮捕的程序.....848
复习与思考题.....848
拓展阅读书目.....848
第十三章　附带民事诉讼.....849
第一节　附带民事诉讼的概念和意义.....849
一、附带民事诉讼的概念和特点.....849
二、附带民事诉讼的意义.....849
第二节　附带民事诉讼的成立条件.....849
第三节　附带民事诉讼的程序.....849
一、附带民事诉讼的提起.....849
二、附带民事诉讼的保全和先予执行.....849
三、附带民事诉讼的审判.....849
复习与思考题.....849
拓展阅读书目.....850
第十四章　期间、送达.....851
第一节　期　间.....851
第二节　送达.....851
一、送达的概念和意义.....851
复习与思考题.....851
拓展阅读书目.....851
第十五章　刑事诉讼的中止和终止.....852
第一节　刑事诉讼的中止.....852
一、刑事诉讼中止的概念和意义.....852
二、刑事诉讼中止的条件和程序.....852
第二节　刑事诉讼的终止.....852
一、刑事诉讼终止的概念和意义.....852
二、刑事诉讼终止的条件和程序.....852
复习与思考题.....852
拓展阅读书目.....852
第二编　分　论.....853
第十六章　立　案.....853
第一节　概　述.....853
第二节　立案的材料来源和条件.....853
一、立案的材料来源.....853
二、立案的条件.....853
第三节　立案的程序.....854
一、立案材料的接受.....854

二、对立案材料的审查和处理 854
三、控告人对不立案决定的申请复议 854
四、人民检察院对不立案的监督 854
五、对于立案程序的理论思考 854
复习与思考题 854
拓展阅读书目 854
第十七章　侦　查 856
第一节　侦查概述 856
一、侦查的概念 856
二、侦查组织体系与模式 856
三、侦查的任务 856
四、侦查的意义 856
第二节　侦查行为 856
一、讯问犯罪嫌疑人 856
二、询问证人、被害人 857
三、勘验、检查 857
四、侦查实验 857
五、搜查 857
六、扣押物证、书证 858
七、查询、冻结存款、汇款 858
八、鉴定 858
九、辨认 858
十、通缉 858
第三节　律师对犯罪嫌疑人的法律帮助 858
一、律师对犯罪嫌疑人的法律帮助的概念和意义 858
二、律师在侦查阶段的诉讼地位 858
三、犯罪嫌疑人聘请律师的程序 858
四、律师在侦查阶段的权利和活动 858
第四节　侦查终结 859
一、侦查终结的概念和程序 859
二、移送审查起诉的条件和程序 859
三、撤销案件的条件和程序 859
四、侦查羁押期限 859
第五节　人民检察院对直接受理案件的侦查 860
一、人民检察院行使侦查权的特别规定 860
二、人民检察院对侦查终结案件的处理及其程序 860
第六节　补充侦查 860
一、补充侦查的概念和意义 860
二、不同诉讼阶段的补充侦查 861
三、补充侦查的方式 861
第七节　侦查监督 861
一、侦查监督的概念和意义 861
二、侦查监督的内容 861

三、侦查监督的程序.....861
复习与思考题.....861
拓展阅读书目.....862
第十八章　起　诉.....863
第一节　起诉概述.....863
一、起诉的概念及分类.....863
二、起诉的任务和意义.....863
第二节　审查起诉.....863
一、审查起诉的概念和意义.....863
二、受理移送起诉的案件.....863
三、审查的内容.....863
四、审查的步骤和方法.....863
五、审查的期限.....864
六、审查后的处理.....864
第三节　提起公诉.....864
一、提起公诉的概念和条件.....864
二、起诉书的制作和案件移送.....864
三、公诉案件适用简易程序的提起.....864
第四节　不起诉.....865
一、不起诉的概念.....865
二、不起诉种类和适用条件.....865
三、不起诉的程序.....865
第五节　提起自诉.....865
一、自诉案件的概念和范围.....865
二、提起自诉的条件.....866
三、提起自诉的程序.....866
复习与思考题.....866
拓展阅读书目.....866
第十九章　第一审程序.....867
第一节　审判概述.....867
一、审判的概念.....867
二、刑事审判的任务.....867
三、第一审程序的概念和意义.....867
第二节　公诉案件的第一审程序.....867
一、对公诉案件的审查.....867
二、开庭审判前的准备.....868
三、法庭审判的阶段.....868
四、与法庭审判有关的几个问题.....869
第三节　自诉案件的第一审程序.....869
一、自诉案件的受理.....869
二、自诉案件审理的特点.....870
第四节　简易程序.....870
一、简易程序的概念和意义.....870

二、简易程序的适用范围……870
三、简易审判程序的特点……871
第五节　判决、裁定和决定……872
一、判决……872
二、裁定……872
三、决定……872
复习与思考题……873
拓展阅读书目……873
第二十章　第二审程序……874
第一节　概　述……874
一、两审终审制……874
二、第二审程序的概念和特点……874
三、第二审程序的任务和意义……874
第二节　第二审程序的提起……874
一、提起第二审程序的主体……874
二、被害人向人民检察院申请抗诉……874
三、上诉、抗诉的理由……875
四、上诉、抗诉的期限……875
五、上诉、抗诉的方式和程序……875
第三节　第二审程序的审判……875
一、对上诉、抗诉案件的审查……875
二、全面审查原则……875
三、对第二审案件的审判方式和程序……875
四、对第二审案件的处理……876
五、第二审案件的审判期限……877
第四节　上诉不加刑原则……877
一、上诉不加刑的概念和意义……877
二、上诉不加刑原则适用问题的理论探讨……877
第五节　对扣押、冻结财物的处理……878
复习与思考题……878
拓展阅读书目……878
第二十一章　死刑复核程序……879
第一节　死刑复核程序的概念和意义……879
一、死刑复核程序的概念……879
二、死刑复核程序的意义……879
第二节　死刑核准的权限……879
一、死刑核准权的概念……879
二、死刑核准权的变化……879
第三节　死刑复核的程序……880
一、死刑立即执行案件的报请核准……880
二、死刑缓期二年执行案件的报请核准……880
三、报请复核、复核内容和复核后的处理……880
复习与思考题……881

拓展阅读书目.....881
第二十二章　审判监督程序.....882
第一节　审判监督程序的概念、特点和意义.....882
一、审判监督程序的概念.....882
二、审判监督程序的特点.....882
三、审判监督程序的意义.....882
四、有关审判监督程序改革相关理论问题的探讨.....882
第二节　提起审判监督程序的材料来源及其审查处理.....882
一、提起审判监督程序的材料来源.....882
二、申诉的法律效力和申诉的理由.....883
三、对申诉的受理和审查处理.....883
第三节　审判监督程序的提起.....883
一、提起审判监督程序的主体.....883
二、提起审判监督程序的理由.....883
第四节　按照审判监督程序对案件进行重新审判.....884
一、重新审判的方式.....884
二、重新审判案件的程序.....884
三、重新审判案件的审理期限.....884
四、重新审判后的处理.....884
复习与思考题.....884
拓展阅读书目.....885
第二十三章　执　行.....886
第一节　概　述.....886
一、执行的概念和特点.....886
二、执行的意义.....886
三、生效判决和裁定的种类.....886
四、执行的机关.....886
第二节　各种判决、裁定的执行程序.....886
一、死刑立即执行判决的执行.....886
二、死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行.....887
三、有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行.....887
四、管制、剥夺政治权利判决的执行.....887
五、罚金、没收财产判决的执行.....887
六、无罪判决和免除刑罚判决的执行.....887
第三节　执行的变更与其他处理.....887
一、死刑执行的变更.....887
二、死刑缓期二年执行的变更.....887
三、暂予监外执行.....887
四、减刑和假释.....887
五、对新罪、漏罪的追究程序.....888
六、对错判和申诉的处理.....888
第四节　人民检察院对执行的监督.....888
复习与思考题.....888

拓展阅读书目.....888
第二十四章　未成年人案件的诉讼程序.....889
第一节　概　述.....889
第二节　未成年人案件诉讼程序的方针和特有原则.....889
第三节　未成年人案件诉讼程序特点.....889
复习与思考题.....890
拓展阅读书目.....890
第二十五章　涉外刑事诉讼程序与司法协助制度.....891
第一节　概　述.....891
一、涉外刑事诉讼程序的概念.....891
二、涉外刑事诉讼程序的立法.....891
第二节　涉外刑事诉讼程序的特有原则.....891
第三节　涉外刑事诉讼程序的特别规定.....891
第四节　刑事司法协助制度.....892
一、刑事司法协助制度的概念和意义.....892
二、刑事司法协助的依据.....892
三、刑事司法协助的的内容.....892
四、刑事司法协助的程序.....892
复习与思考题.....892
拓展阅读书目.....892
第二十六章　刑事赔偿程序.....893
第一节　刑事赔偿程序概述.....893
一、刑事赔偿程序的概念和意义.....893
二、国外刑事赔偿制度简介.....893
三、我国刑事赔偿制度的建立.....893
第二节　刑事赔偿的范围.....893
一、国家应当承担赔偿责任的情形.....893
二、国家不承担赔偿责任的情形.....894
第三节　刑事赔偿的程序.....894
一、刑事赔偿请求的提起.....894
二、刑事赔偿义务机关.....894
三、赔偿请求的受理和处理.....894
四、刑事赔偿的方式和计算标准.....894
复习与思考题.....894
拓展阅读书目.....894
第二十七章　国际公约与我国刑事诉讼法.....895
第一节　国际公约与刑事诉讼概述.....895
一、国际公约与刑事诉讼.....895
二、国际人权公约与国内法的关系.....895
第二节　《公民权利和政治权利国际公约》与我国刑事诉讼.....895
第三节　《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》与我国刑事诉讼.....896
一、《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》概况.....896
二、《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》与我国刑事诉讼.....896

复习与思考题.....896
拓展阅读书目.....896
《刑事诉讼法》实践教学环节.....897
一、实践教学任务和目的.....897
二、实践教学基本要求.....897
三、实践教学内容.....897
四、实践项目与学时分配.....898
五、考核方式.....898
六、实践教材及参考书.....898
七、说明.....898

前　言

刑事诉讼法是由刑事司法学院刑事诉讼法研究所开设的一门法学专业必修课。为了明确本课程的基本教学内容和要求，特编写本教学大纲。

开设本课程的目的重点是向法学专业的学生系统讲授我国刑事诉讼法的基本内容，掌握我国现有的法律规定，进而引发学生对刑事诉讼法律制度研究的兴趣，为完善我国的刑事诉讼制度和程序进行理论上的思考，结合司法实践展开实证式研究。本课程的内容是以研究我国刑事诉讼法典和司法解释中有关问题的规定为主线和重点，酌情介绍刑事诉讼法的发展历史，并对其他国家（地区）的相关规定有所涉及，进行理论上的适当分析。

本教学大纲由刑事诉讼法研究所所长刘玫教授主编，副所长鲁杨副教授执笔，参阅其他同所教师的既往为本科生撰写的参考题目等编写。大纲以陈光中主编《刑事诉讼法》（第二版）（“面向21世纪课程教材”系列“全国高等学校法学专业核心课程教材”北京大学　高等教育出版社2005年版）为对照蓝本。关于“拓展阅读”内容，我们仅提供一个简单的“引子”，并不是一个完整的阅读书目，一是考虑到我国法律图书的出版速度惊人，总是不可能完全做到实时跟进；二是相信同学们能够自觉进行探究式学习，主动阅读，积极进取，自由游弋在知识的海洋里；三是没有加入专业论文的目录，因为学校提供了网络查阅学习的条件；四是基本不含译著或比较性研究的著述，期待同学们在我们能够提供的平台基础上自己或纵深或广阔地有所追求；五是暂时未将外文资料列入；最后，希望同学们在学习中注意到书目内容对于前后有关章节的相互照应，大纲中就尽量不再重复罗列。

在本教学大纲中，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会联合制定的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》简称《六机关规定》，最高人民法院《关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释》简称《解释》、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》简称《规则》，公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》简称《规定》。

本课程的总学时数为72学时，其中讲授学时数设定为64学时，讨论、讲座、观摩等环节8学时。第24至27章主要自学，不含在学时设计范围内。

第一编　总　论

第一章　概　论

本章的教学目的和基本要求：重点掌握诉讼、刑事诉讼、刑事诉讼法的概念；明确刑事诉讼法的性质、作用以及与相邻部门法的关系；理解刑事诉讼法的渊源和基本理念；了解刑事诉讼法学的研究对象；理解刑事诉讼法的制定目的、根据并牢记它的任务。

学时分配：2 学时

第一节　刑事诉讼

一、刑事诉讼的概念

（一）诉讼：是指原告对被告提出告诉，由裁判机关解决双方的争议。

（二）刑事诉讼：我国的刑事诉讼是指国家专门机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下，依照法律规定的程序，追诉犯罪，解决被追诉人刑事责任的活动。

（三）我国的刑事诉讼有如下特征：

1．刑事诉讼由国家专门机关主持进行，是属于国家的司法活动。

2．刑事诉讼是公安司法机关行使国家刑罚权的活动。

3．刑事诉讼是严格依照法律规定的程序进行的活动。

4．刑事诉讼是在当事人和其他诉讼参与人的参加下进行的活动。

二、刑事诉讼阶段

刑事诉讼从开始到结束，是一个向前运动、逐步发展的过程。在刑事诉讼过程中，按照一定顺序进行的相互连接的一系列行为，可以划分为若干相对独立的单元，称为刑事诉讼阶段。

我国的刑事诉讼（公诉案件）划分为；立案、侦查、起诉、第一审、第二审和执行等阶段，此外还有死刑复核和审判监督两个特殊阶段。特殊阶段是指特定案件才适用的程序，如死刑复核程序只适用于判处死刑的案件，审判监督程序只适用于已生效的裁判等。

刑事诉讼阶段与各个具体的诉讼程序既有联系，又有区别。

诉讼程序受诉讼阶段制约。在什么诉讼阶段便相应采用什么样的诉讼程序。例如在第一审阶段，设立开庭前准备、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判等具体审判程序。

第二节　刑事诉讼法

一、刑事诉讼法的概念、性质

（一）概念：刑事诉讼法是规范刑事诉讼的法律。我国的刑事诉讼法是国家制定的规范人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，当事人和其他诉讼参与人参加刑事诉讼的法律。

刑事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的刑事诉讼法仅指刑事诉讼法典。广义的刑事诉讼法指一切有关刑事诉讼的法律规范。刑事诉讼法的概念通常从广义上加以理解。

（二）刑事诉讼法的性质：按照法从不同角度的分类，它属于：

1．程序法
2．公法
3．基本法

二、刑事诉讼法的渊源

刑事诉讼法的渊源是指刑事诉讼法律规范的存在形式。我国刑事诉讼法的渊源如下：
（一）宪法
（二）刑事诉讼法典
（三）有关法律规定
（四）司法解释
（五）行政法规
（六）地方性法规
（七）国际条约

三、刑事诉讼法与民事诉讼法、行政诉讼法的异同

刑事诉讼法与民事诉讼法、行政诉讼法既有共性也有各自的特殊性。由于刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法所解决的实体内容不同，决定了它们的诉讼原则、制度、程序上有以下几点主要的区别：

1．诉讼主体
2．诉讼原则
3．证据制度
4．强制措施
5．诉讼程序

第三节　刑事诉讼法学

一、刑事诉讼法学的研究对象

（一）刑事诉讼法律规范
（二）刑事诉讼实践
（三）刑事诉讼法理论

二、刑事诉讼法学的研究方法

（一）辩证思维的方法
（二）理论联系实际的方法
（三）比较与借鉴的方法。

第四节　刑事诉讼法的基本理念

一、惩罚犯罪与保障人权相结合
二、程序公正与实体公正并重
三、客观真实与法律真实相结合
四、控审分离、控辩对抗和审判中立

五、诉讼效率

第五节　刑事诉讼法的制定目的、根据和任务

一、刑事诉讼法的制定目的

（一）保证刑法的正确实施
（二）惩罚犯罪，保护人民
（三）保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序

二、刑事诉讼法的根据

我国刑事诉讼法第 1 条规定：“根据宪法，制定本法。”这清楚地表明我国刑事诉讼法的根据是《中华人民共和国宪法》。

三、刑事诉讼法的任务

刑事诉讼法的任务即刑事诉讼法所要承担的实际职责，所要达到的具体要求。依据我国刑事诉讼法第 2 条规定：

（一）保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究

（二）教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争

（三）维护社会主义法制，保护公民人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行

复习与思考题

1．诉讼、刑事诉讼与刑事诉讼法
2．刑事诉讼法的渊源
3．刑事诉讼法与刑法的关系
4．三大诉讼法的异同
5．刑事诉讼法的基本理念
6．刑事诉讼法的目的
7．刑事诉讼法的任务

拓展阅读书目

1．卞建林　[加]杨诚主编《刑事正当程序研究法理与案例》，中国检察出版社 2006 年版
2．刘根菊等著《刑事诉讼程序改革之多维视角》，中国人民公安大学出版社 2006 年版
3．刘根菊等著《刑事司法创新论》，北京大学出版社 2006 年版
4．陈光中主编《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》，中国法制出版社 2006 年版
5．项目负责人徐静村《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》，法律出版社 2005 年版
6．陈光中主编《中国司法制度德基础理论专题研究》，北京大学出版社 2005 年版
7．张建伟著《司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式》，北京大学出版社 2005 年版
8．龙宗智主编《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》，法律出版社 2005

年版
9．陈瑞华著《刑事诉讼的前沿问题》（第二版），中国人民大学出版社 2005 年版
10．卞建林著《刑事诉讼的现代化》，中国法制出版社 2003 年版
11．陈瑞华著《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社 2003 版
12．樊崇义主编《诉讼原理》，法律出版社 2003 年版
13．宋英辉著《刑事诉讼原理导读》，法律出版社 2003 年版
14．甄贞主编《刑事诉讼法学研究综述（1990-2001》，法律出版社 2002 年版
15．樊崇义主编《刑事诉讼法实施问题与对策研究》，中国人民公安大学出版社 2001 年版
16．龙宗智著《相对合理主义》，中国政法大学出版社 1999 年版
17．宋英辉著《刑事诉讼目的论》，中国人民公安大学出版社 1995 年版
18．李心鉴著《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1998 年版
19．李文健著《刑事诉讼效率论》，中国政法大学出版社 1999 年版
20．杨立新著《刑事诉讼平衡论》，中国人民公安大学出版社 2006 年版

第二章　刑事诉讼法的历史发展

本章的教学目的和基本要求：了解刑事诉讼法的历史发展脉络，从历史进程反观新时期的变化，重点掌握各历史阶段比较典型的具有一定代表性的制度、程序特点，学会分析和鉴别，尤其是对中国刑事诉讼进程，刑事诉讼法的发展过程有清晰的观察，整体把握现今刑事诉讼法发展的趋势。

学时分配：2 学时

第一节　外国刑事诉讼法的历史发展

一、外国刑事诉讼立法的沿革

1．上古、中世纪的刑事诉讼立法

2．近现代的刑事诉讼立法

二、外国刑事诉讼模式的沿革

刑事诉讼模式是不同刑事庭审方式的本质性特征所构成的相互区别的诉讼类型，按刑事诉讼历史发展，刑事诉讼经历了如下的诉讼模式：

（一）早期的弹劾式诉讼

（二）传统的纠问式诉讼

（三）近现代诉讼模式的形成和特征

1．职权主义诉讼模式

2．对抗制诉讼模式

3．混合式诉讼模式

混合式诉讼是在原有的职权主义诉讼模式的基础上大力吸收对抗制诉讼的积极因素的结果，它以折衷模式试图结合职权主义诉讼和对抗制诉讼之长而避免其短，即强化对人权的保障，又注重发现案件真实和提高效率，这种结合为许多国家刑事诉讼的发展提供了新的可供借鉴的典范。

三、外国刑事诉讼证据制度的沿革

（一）神示证据制度

（二）法定证据制度

（三）自由心证证据制度

第二节　中国刑事诉讼法的历史发展

一、中国古代刑事诉讼法

中国古代法制历史悠久，影响深远，不但在时间上绵延了两三千年，而且在空间上也有广泛影响，形成世界五大法系之一的中华法系。

（一）中国古代刑事诉讼法的沿

（二）中国古代的司法机构

（三）中国古代的起诉制度

（四）中国古代的审判制度
（五）中国古代的证据制度

二、清末的刑事诉讼法

1840 年鸦片战争以后，中国古代法律近乎封闭式地发展的局面才被彻底打破。

在这种情势下，清朝在进入二十世纪以后为顺应新的形势和收回治外法权，模仿西方资本主义国家的法制开始了中国法制的改革和发展。

清政府业经颁布的新型法律，民国成立之初均予以暂行援用。《刑事诉讼律》中关于事务管辖、土地管辖、管辖指定与移转等规定得以在民国各审判衙门暂行实施。

三、中华民国的刑事诉讼法

中华民国分为三个时期
（一）南京临时政府时期的刑事诉讼法（1912 年 1 月—1912 年 3 月）
（二）北洋政府时期的刑事诉讼法（1912—1928）
（三）国民党政府的刑事诉讼法（1927—1949）。

1949 年以后，国民党政府的刑事诉讼法只在台湾得以继续实施，该法经过多次修改沿用至今。

四、中华人民共和国的刑事诉讼法

新民主主义革命时期人民民主政权所从事的立法和司法活动为中华人民共和国刑事诉讼的立法和实践提供了一定经验。

1949 年 10 月 1 日中华人民共和国成立，标志着我国的法制建设和刑事诉讼立法进入了一个新的历史发展时期。刑事诉讼法的发展经历了以下阶段：
（一）建国初期颁布的有关单行法规
（二）《中华人民共和国刑事诉讼法》的制定
（三）《中华人民共和国刑事诉讼法》的修正

为了较好地贯彻修改后的刑事诉讼法，1998 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会联合制定、下发了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部也分别制定、下发了关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释、规则、规定等，这些规范性文件对于协调公安、司法机关的执法活动起到了积极作用。

复习与思考题

1．从外国刑事诉讼发展历史看刑事诉讼模式的演进
2．从中国刑事诉讼发展历史思我国刑事诉讼法的模式

拓展阅读书目

1．张晋藩著　《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社 1999 年版
2．郑秦著《清代法律制度研究》中国政法大学出版社 2000 年版
3．郭成伟等著《清末民初刑诉法典化研究》中国人民公安大学出版社 2006 年版
4．李春雷著《中国近代刑事诉讼制度变革研究（1895－1928）》2004 年版
5．马小红著《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社 2004 年版
6．卞建林　刘玫著《外国刑事诉讼法》，中国社会科学出版社、人民法院出版社 2002 年版

7．宋世杰等著《外国刑事诉讼法比较研究》，中国法制出版社 2006 年版
8．陈光中主编《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社 2004 年版
9．汪海燕著《刑事诉讼模式的演进》，中国人民公安大学出版社 2003 年版

第三章　刑事诉讼中的专门机关

本章的教学目的和基本要求：了解刑事诉讼法中关于专门机关的规定，准确把握我国刑事诉讼中的专门机关有哪些，各自的性质，地位，职权，以及它们彼此的关系，在刑事诉讼中的分工。适当延伸了解我国刑事诉讼中这些专门机关设置和职能需要进行怎样的改革。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

刑事诉讼中的专门机关，是指依照法定职权进行刑事诉讼活动的国家机关。在我国，包括人民法院、人民检察院和公安机关、国家安全机、军队保卫部门、监狱和走私犯罪侦查部门。

刑事诉讼中的专门机关是国家机构的重要组成部分，在刑事诉讼中居于主导的地位。在刑事诉讼中，这些机关分别行使侦查、检察、审判和执行职能，实行分工负责、互相配合、互相制约的原则，共同完成打击犯罪，保障人权的任务，共同保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序。

第二节　人民法院

一、人民法院的性质、任务和职责

二、人民法院的组织体系及领导体制

三、审判组织

（一）独任庭
（二）合议庭
（三）审判委员会

四、陪审制度

第三节　人民检察院

一、人民检察院的性质、任务和职责
二、人民检察院的组织体系及领导机制
三、检察委员会
四、人民监督员制度

第四节　公安机关

一、公安机关的性质、任务和职责
二、公安机关的组织体系及领导机制

第五节　其他专门机关

一、国家安全机关
二、军队保卫部门
三、监狱
四、缉私部门

复习与思考题

1．刑事诉讼中的专门机关的设置与相互关系
2．陪审制度研究
3．人民监督员制度研究
4．审判委员会研究

拓展阅读书目

1．卞建林主编《<中华人民共和国人民检察院组织法>修改专家意见稿》，中国检察出版社 2006 年版
2．孙谦主编《中国检察制度论纲》人民出版社 2004 年版
3．康均心著：《法院改革研究》，中国政法大学出版社 2004 年版.
4．左卫民等著《最高法院研究》，法律出版社 2004 年版
5．李玉杰著《审判管理学》，法律出版社 2003 年版
6．张卫平等著《司法改革：分析与展开》，法律出版社 2003 年版
7．张建伟著《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社 2002 年版
8．陈光中主编《司法公正与司法改革》中国民主法制出版社 1999 年版
9．苏力著《送法下乡——中国基层司法制度研究》中国政法大学出版社 2000 年版
10．叶青著《中国陪审制度研究》上海社会科学院出版社 2002 年版
11．怀效峰　孙本鹏著《人民陪审员制度初探》光明日报出版社 2005 年版

第四章　诉讼参与人

本章教学目的和基本要求：了解刑事诉讼法中关于诉讼参与人的规定，思考现实的诉讼中是否有参加刑事诉讼却没有给与规范的人员，应该如何加以规范；正确认识不同的诉讼参与人在诉讼中的不同诉讼地位以及权利和义务，尝试提出完善立法的建议。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、概念

诉讼参与人是指在刑事诉讼中享有一定诉讼权利、负有一定诉讼义务的除国家专门机关工作人员以外的人。没有诉讼参与人的参与，刑事诉讼活动就会变成一种单纯的国家职权活动，而不再具有诉讼的性质，也不可能完成刑事诉讼的任务。

二、诉讼参与人的分类

（一）当事人：是指与案件的结局有着直接利害关系，对刑事诉讼进程发挥着较大影响作用的诉讼参与人，包括被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

（二）其他诉讼参与人：是指除当事人之外，参与诉讼活动并在诉讼中享有一定诉讼权利、承担一定诉讼义务的参与人，包括法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。

这两类诉讼参与人在诉讼地位、参与诉讼活动的范围和方式以及对刑事诉讼过程的影响程度等方面有着很大的差异。另有见证人、侦查阶段依法为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师没有列入诉讼参与人的范围。

在本章中，着重对犯罪嫌疑人、被告人和被害人的诉讼地位、诉讼权利和诉讼义务作一介绍和分析，还将对单位参与刑事诉讼的若干问题作一论述。对上述之外的诉讼参与人问题在其他有关章节中分别予以论述。

第二节　犯罪嫌疑人、被告人

一、犯罪嫌疑人与被告人的区分

（一）各自的概念：“犯罪嫌疑人”和“被告人”是对涉嫌犯罪而受到刑事追诉的人的两种称谓。公诉案件，受刑事追诉者在检察机关向法院提起公诉以前，称为犯罪嫌疑人；在检察机关正式向法院提起公诉以后，则称为被告人。自诉案件一旦起诉被追诉人即被称为被告人。

（二）区分的意义：

1．根据诉讼法的一般理论，提起正式的控诉是确定“被告人”的前提。

2．符合刑事诉讼的实际进程，也与其在诉讼中地位的变化相适应。

二、犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位

1．犯罪嫌疑人、被告人是拥有一系列诉讼权利的诉讼主体，居于当事人的地位

2．犯罪嫌疑人、被告人与案件结局有着直接利害关系，他们居于被追诉者的地位

3．犯罪嫌疑人、被告人本身还可以成为重要的证据来源

三、犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和义务

刑事诉讼法为犯罪嫌疑人、被告人确立了一系列诉讼权利。这些诉讼权利按其性质和作用的不同，可分为防御性权利和救济性权利两种。防御性权利，是指犯罪嫌疑人、被告人为对抗追诉方的指控、抵销其控诉效果所享有的诉讼权利。救济性权利，是指犯罪嫌疑人、被告人对国家专门机关所作的对其不利的行为、决定或裁判，要求另一专门机关予以审查并作出改变或撤销的诉讼权利。

除了以上诉讼权利以外，犯罪嫌疑人、被告人还享有一系列程序保障。

刑事诉讼法在赋予犯罪嫌疑人、被告人一系列诉讼权利的同时，也规定了一定诉讼义务。犯罪嫌疑人、被告人应当全面履行，否则即可能必须承担相应的法律后果或法律责任。

第三节　被害人

一、被害人的诉讼地位

被害人是指其人身、财产及其他权益遭受犯罪行为侵害的人。本节所说的“被害人”专指在刑事公诉案件中以个人身份承担部分控诉职能的诉讼参与人。

我国刑事诉讼法赋予刑事被害人以独立的诉讼当事人地位。

二、被害人的诉讼权利和义务

根据刑事诉讼法的规定，被害人除了享有一些为其他当事人所共有的诉讼权利外，也享有一些特有的诉讼权利并在享有上述诉讼权利同时，还须在诉讼过程中承担一些法定的诉讼义务。

第四节　单位参与人

诉讼参与人在一般情况下是由自然人充当的，但在一些特殊情况下，单位也可以直接成为刑事诉讼的参与人。就单位作为犯罪嫌疑人、被告人、被害人参与刑事诉讼的方式问题，本节作一简要论述。

一、单位犯罪嫌疑人、单位被告人

（一）单位能否成为独立的犯罪嫌疑人、被告人

（二）单位嫌疑人、被告人参加刑事诉讼的方式

（三）单位诉讼代表人的诉讼地位

二、单位被害人

单位不仅可能成为公安司法机关追诉、审判的对象，而且可能成为受犯罪行为侵害的被害人。但是，单位能否作为公诉案件中的被害人参加刑事诉讼的问题，理论界有所争论。

（一）单位被害人的诉讼主体资格

（二）单位被害人参与刑事诉讼的方式

复习与思考题

1．刑事诉讼中的当事人

2．刑事诉讼中的诉讼参与人

3．刑事诉讼中的被告人（犯罪嫌疑人）与被害人诉讼地位的不同

4．刑事诉讼中单位参与人的特点

拓展阅读书目

1．徐继军著《专家证人研究》，中国人民大学出版社 2004 年版

2．杨正万著：《刑事被害人问题研究——从诉讼角度的观察》中国人民公安大学出版 2002 年版

3．易延友《沉默的自由》，中国政法大学出版社 2001 年版

4．汤啸天等著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社 1998 年版

第五章　刑事诉讼的基本原则

本章教学目的和基本要求：重点了解我国刑事诉讼法规定的各项基本原则的内容，并给予尽可能的全面把握，理解它们的内涵，将其与国际通行的基本原则进行比较性研究，找出我国的特色，进而也对其他国家或地区的相关内容有所发现。

学时分配：8 学时

第一节　概　述

一、刑事诉讼基本原则的概念、特点和意义

（一）概念：刑事诉讼基本原则是指由刑事诉讼法规定的，贯穿于刑事诉讼的全过程或主要诉讼阶段，公安机关、人民检察院、人民法院和诉讼参与人进行刑事诉讼活动所必须遵循的基本准则。

（二）特点：

1．刑事诉讼基本原则往往包含着丰富的诉讼原理，体现了刑事诉讼活动的基本规律

2．刑事诉讼基本原则是由刑事诉讼法明确规定的法律原则

3．刑事诉讼基本原则一般贯穿于刑事诉讼全过程，具有普遍指导意义

4．刑事诉讼基本原则具有法律约束力

（三）意义：

1．刑事诉讼基本原则可以促进刑事诉讼立法的科学化

2．刑事诉讼基本原则指导着刑事诉讼活动的开展

二、国际通行的刑事诉讼原则

（一）国家追诉原则

（二）控审分离原则

（三）无罪推定原则

（四）公正审判原则

（五）禁止强迫自证其罪原则

（六）禁止双重危险原则（一事不再理原则）

三、我国刑事诉讼基本原则的体系

现代刑事诉讼的基本原则是在批判和取代纠问式诉讼制度的基础上逐步确立和发展起来的，但又与纠问式诉讼明显不同，它确立了一系列新的诉讼原则，如无罪推定、禁止强迫被告人自证其罪、不告不理、直接和言词审理、审判集中、审判公开、一事不再理等，并使其构成了一个严密的基本原则体系。

我国《刑事诉讼法》第一章规定了刑事诉讼的基本原则，形成了一个完整的体系。这些原则互相联系、相辅相成，任何一项原则的实现均以其他原则的正确执行为前提，破坏其中一项原则，其他原则的贯彻实施也会受到影响。

《刑事诉讼法》第一章规定的其他一些内容，如两审终审、人民陪审、司法协助等，不符合基本原则的特征，是刑事诉讼的基本制度，因此不纳入刑事诉讼基本原则的体系，这些内容将在本书有关章节中加以论述。

第二节　侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使

《刑事诉讼法》第三条规定并确立了这项原则，应从以下几个方面来理解：

一、公、检、法三机关有权行使侦查权、检察权和审判权，其他机关、团体和个人都无权行使这些权力

二、公、检、法三机关依照法律行使职权，必须遵守法定的程序

三、公、检、法三机关分别行使各自的职权，不能混淆或相互取代

第三节　人民法院、人民检察院依法独立行使职权

依据《宪法》第 126 条、第 131 条和《刑事诉讼法》第 5 条及《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》的规定确立这项原则，它的基本内容是指：在法律规定的范围内，审判权和检察权由人民法院和人民检察院独立行使，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

这一原则，包含着两项联系密切的内容：一是人民法院独立行使审判权，二是人民检察院独立行使检察权。

要实行人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则，还要处理好以下几方面关系：

一、依法独立行使职权与中国共产党领导的关系

二、依法独立行使职权与国家权力机关监督的关系

三、依法独立行使职权与社会和人民群众监督的关系

第四节　依靠群众

《刑事诉讼法》第 6 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众。”依靠群众原则是群众路线在刑事诉讼中的体现，是我国刑事诉讼的特点之一。

《刑事诉讼法》第 43 条规定：“必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地、充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”

贯彻依靠群众原则，必须正确处理国家专门机关工作与依靠群众的关系。另一方面，必须注重依靠群众与专门机关相结合

第五节　以事实为根据，以法律为准绳

《刑事诉讼法》第 6 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须以事实为根据，以法律为准绳。”这项原则充分反映了我国刑事诉讼法的根本要求和客观规律，是实事求是思想路线和社会主义法制原则在刑事诉讼中的集中体现。

以事实为根据，就是指重证据，重调查研究。

以法律为准绳，就是指公安司法机关应该在查明案件事实的基础上，以法律为尺度来衡量案件的具体事实和情节，按照法律的规定对案件作出正确处理

以事实为根据，以法律为准绳是紧密联系，相辅相成的。

第六节　对一切公民在适用法律上一律平等

《刑事诉讼法》第 6 条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行诉讼，对于一切公民在适

用法律上一律平等，在法律面前，不允许有任何特权。这一原则的基本含义是指我国刑事诉讼法对于全体公民同等适用，不存在任何例外，也不准搞任何特权或歧视，法律面前，人人平等。

平等，是指公民法律地位的平等，而不是其权利、义务的完全对等。在刑事诉讼中，由于公民所处的诉讼地位不同，其享有的诉讼权利和承担的诉讼义务有所不同。坚持这项原则，是为了使当事人在刑事诉讼中的各项权益得到有力的法律保障，特别是对被告人，往往更能体现法律的理念。

第七节　分工负责、互相配合、互相制约

《刑事诉讼法》第 7 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”

分工负责，是指在刑事诉讼中人民法院、人民检察院和公安机关分别按照法律的规定行使职权，各负其责、各尽其职，不可混淆也不可代替。

互相配合，是指在刑事诉讼中，公、检、法三机关应当通力合作、协调一致，共同完成刑事诉讼的任务。

互相制约，是指公、检、法三机关在分工负责、互相配合的基础上，不仅认真履行自己的职责，而且对其他机关发生的错误和偏差予以纠正，对重要的刑事诉讼活动或措施，由其他机关予以把关，以达到互相牵制、互相约束的目的，防止权力的滥用导致司法腐败。

分工负责、互相配合、互相制约是一个完整的统一的整体，三者相辅相成，辩证统一，任何一项均不可偏废。

这一原则是刑事诉讼各机关处理相互关系的一项基本准则，同刑事诉讼的客观规律相适应，体现出我国刑事诉讼活动的一个重要特点，体现在一系列的制度、程序之中，贯穿刑事诉讼法的全过程，任何时候都必须遵循这一原则。

第八节　人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督

《刑事诉讼法》第 8 条规定：“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”人民检察院是国家的法律监督机关，在刑事诉讼中不仅负责对刑事案件的检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查和提起公诉，是办案的专门机关，而且对刑事诉讼的全过程，对刑事诉讼专门机关及诉讼参与人的诉讼活动进行监督，是刑事诉讼的监督机关。

刑事诉讼法将人民检察院对刑事诉讼实行法律监督规定为刑事诉讼法的基本原则，具有重大的意义。一方面它为人民法院依法行使审判权和公安机关依法行使侦查权提供了一种制约和监督，从而为刑事案件的正确处理、审判提供了进一步的保障：另一方面又为纠正可能出现的冤假错案提供了一种途径，从而为保障公民的合法权益以及国家和社会的公共利益提供了更完善的机制。

人民检察院的法律监督主要体现。

人民检察院对刑事诉讼的法律监督必须依法进行。

要处理好人民检察院法律监督与履行其他检察职权的区别。

第九节　各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼

《刑事诉讼法》第 9 条规定：“各民族公民都有使用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。”这一原则可从以下几个方面来理解：1.各民族公民，无论当事人，还是辩

护人、证人、鉴定人，都有权使用本民族的语言进行陈述、辩论，有权使用本民族文字书写有关诉讼文书；2．公、检、法机关在少数民族聚居或多民族杂居的地区，要用当地通用的语言进行侦查、起诉和审判，用当地通用的文字发布判决书、公告、布告和其他文件；3．如果诉讼参与人不通晓当地的语言文字，公、检、法机关有义务为其指派或聘请翻译人员进行翻译。

第十节　审判公开

一、含义

审判公开是指人民法院审理案件和宣告判决都必须公开进行，既要允许公民到法庭旁听，又要允许记者采访和报道。这一原则在《宪法》第 125 条、《刑事诉讼法》第 11 条中具有明确规定。

二、不公开审理的情形

审判公开原则有例外情况。根据《刑事诉讼法》第 152 条和《解释》第 121 条，下列案件不公开审理：

（一）涉及国家秘密的案件

（二）有关个人隐私的案件

（三）十四岁以上不满十六岁的未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁的未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理

（四）对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的的案件，法庭应当决定不公开审理。

三、审判公开原则的意义

（一）法院通过审判公开，将审判过程置于社会监督之下，增加诉讼的透明度，加强群众监督，防止法院执法不公

（二）体现了诉讼的科学性，可以促使侦查、起诉、审判机关严格依法办案和保证诉讼质量，防止片面性，客观公正地查明案件情况，正确地适用刑法。

（三）也是法制宣传和教育的有效途径

第十一节　犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护

一、含义

辩护是指犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人针对控诉一方的指控而进行的论证犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻，减轻或免除罪责的反驳和辩解，是保护其合法权益的诉讼行为。犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护是我国宪法和刑事诉讼法的重要原则。

二、意义

（一）确保犯罪嫌疑人、被告人充分参与刑事诉讼活动，有效地对抗刑事追诉活动，并最终影响法院的司法裁判

（二）确保专门机关严格依法进行诉讼活动，避免使犯罪嫌疑人、被告人的自由和权益受到无理的限制和剥夺

（三）确保犯罪嫌疑人、被告人以及社会公众对国家专门机关的诉讼活动保持最大限度的信任和尊重

第十二节　未经人民法院依法判决，不得确定有罪

一、含义

《刑事诉讼法》第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”　体现了无罪推定原则的基本精神。

二、意义

（一）确定被告人有罪的权力由人民法院统一行使
（二）人民法院确定任何人有罪，必须依法判决

第十三节　保障诉讼参与人的诉讼权利

《刑事诉讼法》第 14 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民的诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。”

原则的含义是：1．公安司法机关不得以任何方式剥夺诉讼参与人所享有的法定权利，并且有义务保障诉讼参与人充分行使其诉讼权利；2．诉讼参与人的诉讼权利受到侵害的时候，有权使用法律手段维护自己的诉讼权利；3 诉讼参与人的诉讼权利应当保障，并不意味着诉讼参与人可以放弃其应承担的诉讼义务。

第十四节　依照法定情形不予追究刑事责任

依照法定情形不予追究刑事责任，是指符合《刑事诉讼法》第 15 条规定的情形，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。

犯罪嫌疑人、被告人在事实上没有实施犯罪和在法律上不构成犯罪的情况，亦应不追究刑事责任。

第十五节　追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法

《刑事诉讼法》第 16 条规定：“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”这项原则明确了我国刑事诉讼法对外国人的效力，是刑事诉讼法适用范围的规则，体现了刑事诉讼中的国家主权原则。

复习与思考题

1．刑事诉讼中的基本原则概念
2．我国刑事诉讼中基本原则的特色
3．国际通行的刑事诉讼原则与我国刑事诉讼
4．无罪推定问题研究
5．司法独立问题研究

6．审判公开问题研究

7．不予追究刑事责任情形的规制及相关程序处理

拓展阅读书目

1．卞建林等著：《传媒与司法》，中国人民公安大学出版社 2006 年版

2．苗有水　刘树德著《在大案要案的背后——媒体关注与司法审判的对白》，江苏人民出版社 2005 年版

3．谢佑平主编《程序法定原则研究》，中国检察出版社 2006 年版

4．连峻峰主编《法律监督前沿问题研究》，中国民主法制出版社 2004 年版

5．孙孝福著《刑事诉讼人权保障的运行机制研究》，法律出版社 2001 年版

6．陈瑞华著《看得见的正义》，中国法制出版社 2000 年版

7．贺卫方著《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 1998 年版

第六章　管　辖

本章教学目的和基本要求：明确管辖的概念、意义、规范原则，把握我国刑事诉讼法中规定的管辖的种类、划分根据，探讨目前法律规定的不足，尝试进行必要的实证性研究，例如到实际部门做一些调查，提出修改完善的建议。

学时分配：4 学时

第一节　管辖概述

一、管辖的概念

刑事诉讼中的管辖，是指国家专门机关依法在受理刑事案件方面的职权范围上的分工。我国刑事诉讼法中的管辖，是指公安机关、人民检察院和人民法院等依照法律规定立案受理刑事案件以及人民法院系统内审判第一审刑事案件的分工制度。

二、确定管辖的原则

（一）依法管辖的原则
（二）准确及时的原则
（三）便利诉讼的原则
（四）维护合法权益的原则
（五）原则性与灵活性相结合的原则

三、管辖的意义与分类

（一）意义
1．可以使专门机关明确各自受理刑事案件的权限和职责，
2．便于机关、团体、企事业单位和公民个人控告、检举犯罪
3．有助于诉讼活动的顺利进行，保证案件得到正确、及时的处理；
（二）分类
1．人民法院、人民检察院和公安机关各自直接受理刑事案件的职权范围；
2．人民法院审判第一审刑事案件的职权范围；

第二节　立案管辖

刑事诉讼中的立案管辖，在诉讼理论上又称职能管辖或部门管辖，是指人民法院、人民检察院和公安机关各自直接受理刑事案件的职权范围，也就是人民法院、人民检察院和公安机关之间，在直接受理刑事案件范围上的权限划分。

主要法律依据是刑事诉讼法第 18 条：最高人民法院《解释》、最高人民检察院《规则》、公安部《规定》和六机关《决定》对刑事案件的立案管辖都作出了更为具体的规定。

一、公安机关直接受理的刑事案件

刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。

法律的除外规定是指：国家安全机关、军队保卫部门、缉私部门、检察院侦查的案件

二、人民检察院直接受理的刑事案件

刑事诉讼法第 18 条第 2 款规定：“贪污贿赂犯罪，国家工作人员的渎职犯罪，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由人民检察院立案侦查。”

三、人民法院直接受理的刑事案件

人民法院直接受理的刑事案件，是指刑事案件不需要经过公安机关或者人民检察院立案侦查，不通过人民检察院提起公诉，而由人民法院对当事人提起的诉讼直接立案和审判。这类刑事案件，在刑事诉讼中称为自诉案件。根据刑事诉讼法第 170 条规定，自诉案件包括下列三类案件：

（一）告诉才处理的案件；

（二）被害人（单位）有证据证明的轻微刑事案件；这类案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年有期徒刑以上刑罚的，应当将案件移送公安机关立案侦查，被害人向公安机关控告的，公安机关受理；

（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件（已经作出书面决定）。

（四）被害人依据刑事诉讼法第 145 条提起自诉而不在刑事诉讼法第 170 条第（3）项规定范围内的案件。

四、关于执行立案管辖的几个问题

（一）专门机关不应互争互推案件；

（二）公安机关或人民检察院在侦查过程中，发现“互涉”情况，应妥善解决；

（三）人民法院在审理自诉案件过程中，如果发现被告人还犯有必须由人民检察院提起公诉的罪行时，则应将新发现的罪行另案移送有管辖权的公安机关或者人民检察院处理；

（四）伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。

第三节　审判管辖

刑事诉讼中的审判管辖，是指人民法院审判第一审刑事案件的职权范围，包括各级人民法院之间、普通人民法院与专门人民法院之间，以及同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限划分。从诉讼的角度讲，审判管辖所要解决的是某个刑事案件由哪个人民法院作为第一审进行审判的问题。

根据我国人民法院组织法的规定，人民法院除设有最高人民法院作为国家的最高审判机关外，设有地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。地方各级人民法院又分为：基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。与人民法院的设置相适应，刑事案件的审判管辖，分为级别管辖、地区管辖、指定管辖和专门管辖。

一、级别管辖

级别管辖，是指各级人民法院审判第一审刑事案件的职权范围。级别管辖所解决的是各级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限分工问题。

刑事诉讼法对各级人民法院管辖的第一审刑事案件，作了明确的规定：

（一）基层人民法院管辖的第一审刑事案件

刑事诉讼法第 19 条规定：“基层人民法院管辖第一审普通刑事案件，但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。”

（二）中级人民法院管辖的第一审刑事案件

刑事诉讼法第 20 条规定，中级人民法院管辖下列第一审刑事案件：1. 危害国家安全案件；2. 可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；3. 外国人犯罪的刑事案件。

（三）高级人民法院管辖的第一审刑事案件

刑事诉讼法第 21 条规定：“高级人民法院管辖的第一审刑事案件，是全省（自治区、直辖市）性的重大刑事案件。”

（四）最高人民法院管辖的第一审刑事案件

刑事诉讼法第 22 条规定：“最高人民法院管辖的第一审刑事案件，是全国性的重大刑事案件。”

为了适应审判实践中可能出现的某种特殊情况的需要，保证案件的正确、及时处理，级别管辖还必须有一定的灵活性。为此，刑事诉讼法第 23 条又规定：“上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上一级人民法院审判。”

二、地区管辖

地区管辖，是指同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限划分。

（一）犯罪地法院管辖

刑事诉讼法第 24 条规定：“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。”

犯罪地的概念。

（二）被告人居住地法院管辖

刑事案件如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。单位犯罪的刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人单位所在地或者注册地的人民法院管辖更为适宜，可以由该法院管辖。

（三）优先管辖和移送管辖

刑事诉讼法第 25 条明确规定：“几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。”

（四）特殊情况的管辖

最高人民法院《解释》第 7－14 条对特殊情况的管辖予以特别规定。

三、指定管辖

刑事诉讼法第 26 条规定：“上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。”

最高人民法院《解释》第 19 条规定，上级人民法院指定管辖的，应当在开庭审判前将指定管辖决定书分别送达被指定管辖的人民法院及其他有关的人民法院。第 22 条规定，上级人民法院在必要的时候，可以将下级人民法院管辖的案件指定其他下级人民法院管辖。

四、专门管辖

专门管辖是指专门人民法院之间，以及专门人民法院与普通人民法院之间对第一审刑事案件在受理范围上的分工。解决的是哪些刑事案件应当由哪些专门人民法院审判的问题。刑事诉讼法第

27 条规定：“专门人民法院案件的管辖另行规定。”

根据人民法院组织法的规定，我国设立军事法院等专门人民法院。其中受理刑事案件的专门人民法院有军事法院、铁路运输法院。

复习与思考题

1．人民法院直接受理刑事自诉案件问题研究
2．人民检察院直接受理刑事案件范围研究
3．刑事审判级别管辖研究
4．刑事审判地域管辖研究

拓展阅读书目

1．陈光中主编《刑事诉讼法实施问题研究》，中国法制出版社 2000 年版
2．徐静村主编《刑事诉讼前沿问题研究》，中国检察出版社（多卷本）

第七章　回　避

本章教学目的和基本要求：明确回避制度的概念及其理论基础、我国回避制度的具体内容。其中重点掌握回避的概念和意义，回避的种类和理由，回避的人员范围和主要程序。在这个基础上，可以了解一些其他国家的相关情况。

学时分配：2 学时

第一节　回避的概念和意义

一、回避的概念

刑事诉讼中的回避，是指侦查人员、检察人员和审判人员等，因与案件或案件的当事人具有某种利害关系或其他特殊关系，可能影响刑事案件的公正处理，而不得参加对该案进行的诉讼活动的一项诉讼制度。

二、回避的意义

（一）确保刑事案件得到客观公正的处理；
（二）确保当事人在刑事诉讼中受到公正的对待；
（三）确保法律制度和法律实施过程得到当事人和社会公正的普遍尊重。

第二节　回避的种类、人员范围和理由

一、回避的种类

（一）自行回避
（二）申请回避
（三）指令回避

二、回避的人员范围

适用回避的人员包括审判人员、检察人员、侦查人员以及参加侦查、起诉、审判活动的书记员、翻译人员和鉴定人。包括公安机关负责人，侦查人员，参与侦查活动的记录人、翻译人员和鉴定人；检察长及其他检察人员、鉴定人；审判委员会成员、合议庭组成人员及独任审判员，参与审判活动的法庭书记员、翻译人员和鉴定人。

三、回避的理由

回避的理由，是指法律明确规定的实施回避所必备的事实根据。

（一）《刑事诉讼法》第 28 条对回避的理由作出了明确的规定。

1．是本案的当事人或者是当事人的近亲属的。
2．本人或者他的近亲属和本案有利害关系的。
3．担任过本案证人、鉴定人、辩护人或者诉讼代理人的。
4．与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。

（二）《刑事诉讼法》第 29 条还规定：“审判人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的

请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，……当事人及其法定代理人有权要求他们回避。”

（三）《刑事诉讼法》第 192 条规定：“原审人民法院对于发回重新审判的案件，应当另行组成合议庭，依照第一审程序进行审判。”第 207 条规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。”

第三节　回避的程序

一、回避的期间

回避的期间是指回避适用的诉讼阶段范围。根据刑事诉讼法的规定，回避适用于审判人员、检察人员和侦查人员等，因而也应适用于侦查、起诉和审判等各个诉讼阶段。

二、回避的审查和决定

《刑事诉讼法》第 30 条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。”刑事诉讼法》第 30 条第 2 款规定：“对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。”

我国刑事诉讼法没有明确规定检察委员会成员和审判委员会委员的回避程序问题，但这一问题在司法实践中会经常出现，从设立回避制度的初衷认识，他们应当回避。

三、对驳回申请回避决定的复议

对于法定的组织或个人所作的驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人享有申请复议的权利。

根据刑事诉讼法的立法精神，有权对驳回申请回避决定进行复议的是原作出该决定的组织或个人。对于这种复议申请，当事人及其法定代理人只能提出一次。对于复议的最终结果，有关组织或个人应及时告知申请复议的当事人及其法定代理人。

复习与思考题

1．刑事回避适用人员范围研究
2．刑事回避适用情形研究
3．刑事回避适用程序问题研究

拓展阅读书目

1．樊崇义主编《刑事诉讼法实施问题与对策研究》，中国人民公安大学出版社 2001 年版
2．参阅其他章节提供的书目

第八章　辩护与代理

本章教学目的和基本要求：了解辩护制度、律师制度的概念以其简要的发展史。明确辩护制度与律师制度的不同内涵、辩护制度内在的理论基础。重点掌握我国刑事辩护制度的基本内容，包括：辩护权、辩护的种类、辩护人的范围和一案中可以承担工作的辩护人的数量，辩护人的责任，辩护人的诉讼地位，辩护律师参加诉讼的意义。了解和掌握刑事代理制度的概念和意义，重点掌握我国刑事代理制度的主要内容和特点，包括：自诉案件中的代理，公诉案件中被害人的代理以及附带民事诉讼中当事人的代理。

学时分配：4 学时

第一节　辩　护

一、辩护制度概述

（一）辩护、辩护权和辩护制度

（二）辩护制度之历史发展

（三）辩护制度的理论基础

（四）我国刑事辩护制度的意义

二、我国刑事辩护制度的基本内容

（一）辩护的种类

1．自行辩护

2．委托辩护

3．指定辩护

（二）辩护人的范围

刑事诉讼法第 32 条和我国律师法以及最高人民法院《解释》的有关条款，对辩护人的范围作了全面的规定，下列人员可以担任辩护人：

（1）律师

（2）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人

（3）犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友

依据上述法律规定，下列人员不得担任辩护人：

（1）正在被执行刑罚或者依法被剥夺、限制人身自由的人。

（2）被宣告缓刑的人。

（3）无行为能力或者限制行为能力的人。

（4）与本案审理结果有利害关系的人。

（5）外国人或者无国籍人。

（6）律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员期间，不得执业。

（7）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员。

（8）本院的人民陪审员。

（9）曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后两年内，不得担任辩护人。

按照最高人民法院《解释》第 33 条的规定，以上第（四）、（五）、（七）、（八）项规定的人员，如果时被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任监护人的，人民法院可以准许。

（三）辩护人的责任

刑事诉讼法第 35 条规定：辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

（四）辩护人的诉讼地位

（五）辩护人的诉讼权利和诉讼义务

三、刑事法律援助制度

（一）法律援助制度概述

法律援助制度是国家在司法制度运行的各个环节和各个层次上，对因经济困难或者其他因素而难以通过通常意义上的法律救济手段保障自身基本社会权利的社会弱者，减免收费提供法律帮助的一项法律保障制度。它作为实现社会正义和司法公正、保障公民基本权利的国家行为，在国家的司法体系中占有十分重要的地位。自 2003 年 9 月 1 日施行的国务院《法律援助条例》标志着我国系统的法律援助制度正式建立。

（二）刑事法律援助制度

1．刑事法律援助的范围；

2．刑事法律援助的机构；

3．刑事法律援助的程序。

第二节　代　理

一、刑事代理制度概述

（一）概念：刑事诉讼中的代理是指代理人接受公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人的委托，以被代理人名义参加诉讼，由被代理人承担代理行为的法律后

（二）意义：

1．可以为被代理人提供法律上的帮助；

2．可以代理那些不能亲自参加诉讼的被代理人等参加诉讼；

3．可以协助人民法院准确及时地查明案情，正确地处理案件。

二、刑事代理制度的种类

（一）公诉案件中的代理；

（二）自诉案件中的代理；

（三）附带民事诉讼中的代理。

复习与思考题

1．辩护人的责任

2．辩护人的地位与权利义务研究

3．律师在刑事辩护中的作用

4．刑事代理的意义

5．律师阅卷权研究

6．庭前交换证据问题研究

拓展阅读书目

1．熊秋红著《刑事辩护论》，法律出版社 1998 年版

2．扈庆彬著《错位的辩护》，法律出版社 2000 年版

3．张军　姜伟　田文昌著《刑事诉讼：控　辩　审　三人谈》，法律出版社 2001 年版

4. 王达人　曾粤兴著《正义的诉求——美国辛普森和中国杜培武案的比较》，法律出版社 2003 年版

5．曹炳增著《无罪辩护——十起辩护成功案例及诉讼程序的理性思考》，中国人民公安大学出版社 2004 年版

6．非凡律师事务所主编《活的法律》，商务印书馆（多卷本）

7．李宝岳主编《律师参与辩护、代理存在问题及对策》，中国政法大学出版社 2006 年版

第九章　证据概述

自本章起连续三章为刑事诉讼中的证据问题，鉴于课时安排的原因，考虑到与在本门课程之后设立的《证据学》课程的有效衔接，我们在《刑事诉讼法》课程的证据部分不做详细讲授，由学生自学，而后，希望同学们积极选修《证据学》，并且，我们开设的证据学课程将不局限于刑事诉讼证据，它通常针对三大诉讼中的证据问题进行研究。

学时分配：2 学时（重点讲授刑事诉讼法典中的证据规定，作为过渡和衔接，其他内容在“证据学”课程完成）

本章教学目的和基本要求：本章重点介绍刑事诉讼中有关证据的基本概念，特别是刑事诉讼法中有明确规定的部分，以便于掌握法律的具体要求。

第一节　证据的概念和意义

一、证据的基本概念　刑事诉讼法第 42 条规定，并将法律中的“证据”一词在不同款下的不同理解作出正确的辨识。

二、证据种类的基本概念　正确分辨法律规定的七种证据

三、证据的意义

第二节　证据制度的理论基础

这个问题相对而言是比较难于理解的，教材中重点论述了我国现行证据制度的理论基础应当包括辩证唯物主义认识论和程序正义论。需要重点理解的是程序正义和证据理论基础的关系。

第三节　证据的种类

把握法定的每一种证据，包括它的名称，特点，证明特性暨它区别于其他种类证据的关键能够辨识司法实践中出现的“情况”或者说“现象”在法律上的归类，注意到相似点和不同点，理解它们的证明作用。

第四节　证据的分类

证据分类的概念，区别于证据的种类概念并认识它们之间的联系

对理论和实践中多用的几类比较典型的分类有比较深刻的理解，确定每个不同分类方法下的划分标准

理解该种分类的理论与实践的意义，进而能够学习对证据分类研究更为深入地进行

复习与思考题

证据的概念和意义

证据的本质属性

证据是否是查明案件事实的唯一手段

证据的合法性与证据的可采性概念是否相同

研究证据制度理论基础的意义

程序正义与证据理论基础有何关系
划分证据种类是否必要
目前法定的证据种类是否适当
证据分类研究的目的
证据分类研究中有哪些值得更深入进行
免证特权的研究

拓展阅读书目

1．沈德咏主编《刑事证据制度与理论（上、中、下）》， 人民法院出版社 2006 年版
2．王敏远主编《刑事证据法中的权利保护》，中国人民大学出版社 2006 年版
3．卞建林主编《证据法学》，中国政法大学出版社 2005 年版
4． 陈光中主编《<中华人民共和国刑事证据法>专家拟制稿（条文、释疑与论证）》，中国法制出版社 2004 年版
5．郭志媛著《刑事证据可采性研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版
6．毕玉谦、郑旭、刘善春《中国证据法草案建议稿及论证》，法律出版社 2003 年版
7．汪海燕 胡常龙著《刑事证据基本问题研究》，法律出版社 2002 年版
8. 陈光中主编《沉默权问题研究——兼论如何遏制刑讯逼供》，中国人民公安大学出版社 2002 年
9．何家弘主编《电子证据法研究》，法律出版社 2002 年版
10．王进喜著《刑事证人证言论》，中国人民公安大学出版社 2002 年版
11．何家弘主编《证据学论坛》，中国检察出版社（多卷本）

第十章　证　明

本章教学目的和基本要求：证明理论是证据理论中既重要又在理解和掌握上存在一定困难的问题，通过本章的学习，要求学生了解关于证明对象、证明责任、免证事实的理论和司法解释的有关规定，理论界对客观真实的要求以及客观真实和法律真实之争，并重点思考：我国应当如何确定免证事实的范围，刑事诉讼中被告人是否承担举证责任以及法院是否承担证明责任，刑事诉讼的证明标准应当如何确定以及与疑罪处理的相关问题。

第一节　证明的概念和意义

证明与诉讼证明

证明的意义包括三个方面：1．是刑事诉讼的核心和基本环节，直接关系着诉讼的结局与办案质量；2．对查明案件事实。确定案件性质十分重要，是保障办案质量、防止冤假错案的关键。3．直接体现刑事诉讼的价值。

第二节　证明对象

证明对象的概念和意义

证明对象的范围，包括三类：

（一）有关犯罪构成要件的事实；

（二）犯罪嫌疑人、被告人主体方面的事实；

（三）程序法事实。关于证明对象的范围问题，存在证据法事实是否应当列入的争论。

第三节　证明标准

证明标准的概念

我国刑事诉讼中的证明标准：

（一）相关法律依据；

（二）对客观真实的理解；

（三）“排他性”与“排除合理怀疑”

刑事诉讼的不同阶段对证据的要求：

（一）相关法律依据；

（二）不同阶段的证明要求

（三）证明要求不同，会引发什么问题

疑案的处理

（一）疑案的界定；

（二）无罪推定原则；

（三）利弊谈，价值的选择

第四节　证明责任

证明责任的概念

我国刑事诉讼中的证明责任：两个层面理解

（一）在法庭审判阶段，控方负有证明被告人有罪的责任，被告人原则上不负有证明自己无罪的责任（有例外，如根据刑法第 395 条关于巨额财产来源不明罪，被告人应当承担证明自己的财产具备合法来源的责任等）；

（二）在整个刑事诉讼过程中，公安司法机关及其司法工作人员在追究犯罪嫌疑人被告人的刑事责任时，应当负职务上的证明责任，犯罪嫌疑人、被告人原则上不负证明自己无罪的责任

证明责任的承担：

（一）公诉案件证明责任的承担；

（二）自诉案件证明责任的承担；

（三）被告人不承担证明责任，但有例外；

（四）对于法院“职务上的证明责任”的讨论

第五节　证据的收集、审查和判断

一、收集证据

二、审查判断证据

（一）审查判断证据的任务

（二）各种证据的审查判断

（三）全案证据的审查判断

复习与思考题

1．诉讼证明的特点

2．刑事诉讼证明与其他两大诉讼有何不同

3．确立证明标准的意义在哪里

4．不同严重程度的案件是否应当确立不同的证明标准

5．证明标准问题的讨论与争论

6．疑罪处理的相关问题

7．刑事诉讼中是否存在举证责任倒置

8．证明对象是否包括证据事实

9．不同种类证据在收集、审查及判断中的特点

拓展阅读书目

1．卞建林主编《刑事证明理论》，中国人民公安大学出版社 2004 年版

2．陈界融著《证据法：证明负担原理与法则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版

3．孙长永主编《刑事诉讼证据与程序》，中国检察出版社 2003 年版

4．张少林著《刑事证据的运用》，中国方正出版社 2003 年版

5．吴宏耀　魏晓娜著《诉讼证明原理》，法律出版社 2002 年版

6．何家弘主编《刑事审判认证指南》，法律出版社 2002 年版

第十一章　证据规则

本章教学目的和基本要求：理解证据规则的基本概念，认识我国法律中的证据规则，从理论层面上多加研究，借鉴他国（地区）的经验，为我国证据立法和司法提供有益的建议。

第一节　证据规则的概念和意义

一、证据规则的概念

证据规则在西方的刑事证据法中是指控辩双方收集和出示证据，法庭采纳和运用证据认定案件事实必须遵循的重要准则。在我国，可以理解为公安司法机关和当事人及其所委托的辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼中收集、审查判断证据认定案件诉讼所必须遵循的重要准则。刑事诉讼法中对于证据规则没有专门规定，从内容上看，也体现不足，有待改革与完善。

二、证据规则的意义

（一）有利于查明案件事实
（二）有利于保障人权
（三）有利于提高诉讼效率

第二节　若干证据规则

关联性规则
非法证据排除规则
传闻证据规则
补强证据规则

复习与思考题

研究证据规则的意义
我国刑事诉讼中是否存在非法证据排除方面的规定
1．我国证据理论上一般所称的“证据的合法性”与英美证据法中的“非法证据排除规则”有何区别
2．非法证据排除规则的价值目标
3．非法证据的范围如何界定
4．应当由谁证明刑讯等非法方法的存在与否
5．非法取得的言词证据在我国是否一律强制排除
6．哪些证据规则在我国应当首先立法确立
7．如何解决传闻证据以及未经庭审质证的证据
8．关联性规则的价值
9．传闻证据规则的内涵和意义
10．补强证据规则兼对口供的研究

拓展阅读书目

1．刘善春　毕玉谦　郑旭著《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版
2．杨宇冠著《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学出版社 2002 年版
3．张月满著《刑事证人证言规则》，中国检察出版社 2004 年版
4．皮勇著《刑事诉讼中的电子证据规则研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版

第十二章　强制措施

本章教学目的和基本要求：了解强制措施的基本概念、性质、作用以其与刑罚方法和民事诉讼强制措施的异同，明确每一种法定强制措施的概念和适用的条件、程序要求，变更和解除。

学时分配：4 学时

第一节　概　述

一、强制措施的概念和特点

（一）概念：是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行，依法对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制或者剥夺的各种强制性方法。

（二）特点：

1．有权适用强制措施的主体只能是刑事诉讼中的专门机关

2．强制措施适用对象是犯罪嫌疑人、被告人

3．强制措施的内容是限制或者剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由

4．强制措施的性质是预防性措施，而不是惩戒性措施。

5．强制措施必须依照法定程序实施

6．强制措施是一种临时性措施，可根据案件的进展情况而予以变更或者解除

二、强制措施同刑罚、行政处罚的区别

（一）强制措施同刑罚的区别

1．性质不同

2．对象不同

3．法律根据不同

4．适用的机关不同

5．适用的时间不同

6．稳定程度不同

7．法律后果不同

（二）强制措施同行政处罚的区别

两者存在重大区别，主要区别如下：

1．性质不同

2．对象不同组织

3．法律依据不同

4．适用的机关不同

5．稳定性不同

三、强制措施的体系

我国刑事诉讼中的强制措施由拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕构成。这是一个由轻到重、层次分明、结构合理、互相衔接的体系，形成了一个有机联系的整体，能够适应刑事诉讼的各种不同情况。

对于我国刑事诉讼中的强制措施的体系，还有两个相关问题需要介绍：一是公民的扭送；二是

收容审查。

四、强制措施的适用原则和应当考虑的因素

（一）合法性原则
（二）必要性原则
（三）相当性原则
（四）变更性原则

五、强制措施的意义

（一）可以防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉和审判
（二）可以防止犯罪嫌疑人、被告人进行妨害诉讼的活动
（三）可以防止犯罪嫌疑人、被告人继续进行犯罪活动
（四）可以防止犯罪嫌疑人、被告人自杀以及其他意外事件
（五）可以震慑犯罪分子，鼓励群众积极同犯罪行为作斗争，起到预防犯罪的作用。

第二节　拘　传

一、拘传的概念和意义

（一）拘传的概念、特点和意义
1．概念
2．拘传的特点
3．拘传的意义
（二）拘传同人民警察法规定的留置的区别
留置是《人民警察法》第 9 条规定的公安机关为维护社会治安，在紧急情况下采取的一种临时处置方法。其目的是为了核查有关人员的身份，初步查明是否存在违法或犯罪事实。
拘传同留置在要求被拘传人或留置人交待问题上有相似之处，但两者有重大区别，主要表现为：
1．性质不同；
2．有权适用的机关不同；
3．对象不同；
4．时间不同；
5．期限不同。

二、拘传的程序

第三节　取保候审和监视居住

一、取保候审

（一）取保候审的概念和种类
1．概念　刑事诉讼法第 50-56 条和第 58 条对取保候审进行了全面的规定。
2．种类：
（1）保证人保证方式

（2）保证金保证方式

对同一犯罪嫌疑人、被告人决定取保候审的，不得同时使用保证人保证和保证金保证

（二）取保候审的适用对象

取保候审除适用于符合刑事诉讼法第 51 条的规定情形下的犯罪嫌疑人、被告人，考虑到刑事诉讼的复杂情况，刑事诉讼法第 60 条、第 65 条、第 69 条、第 74 条和第 75 条，公安部《规定》第 63 条，人民检察院《规则》第 37 条，以及人民法院《解释》第 66 条等，又对一些特殊情况下的取保候审问题作了规定。此外，还对不能适用取保候审的情形作了明确规定。

（三）取保候审的程序

1．取保候审的申请

2．保证人和保证金

保证人应符合刑事诉讼法第 54 条的规定的条件

保证金下限数额为人民币 1 千元，上限没有具体规定，但不宜过重

3．取保候审的决定

4．取保候审的执行

5．取保候审的期间

6．取保候审的撤销

二、监视居住

（一）监视居住的概念和适用对象

1．概念

2．适用对象

（二）监视居住的程序

1．监视居住的决定

2．监视居住的执行

3．监视居住的期限

4．监视居住的撤销

第四节　拘　留

一、拘留的概念和特点

（一）概念

（二）特点：

二、拘留的条件

（一）拘留的对象是现行犯或者是重大嫌疑分子；

（二）具有刑事诉讼法第 61 条（适用于公安机关）、第 132 条规定（适用于检察院）的紧急情形之一；

三、刑事拘留与其他拘留的区别

我国法律共规定有三种拘留：刑事拘留、行政拘留和司法拘留，应当注意区别，不得混淆，更不得混用。

四、拘留的程序

（一）拘留的决定

1．一般情形

2．特殊情形（例如需要对人民代表、外国人等实施时）

（二）拘留的执行

1．执行拘留的时候，必须向被拘留人出示《拘留证》

2．异地执行拘留应当通知被拘留人所在地的公安机关

3．对被拘留人应当在 24 小时以内进行讯问

4. 拘留后除有碍侦查或者无法通知的情形外应当在 24 小时以内把拘留的原因和羁押的处所通知被拘留人的家属或者他的所在单位。没有通知的，应当将原因记录在案。

5．执行拘留后认为需要逮捕的应当依法提请人民检察院审查批准或者决定。

第五节　逮　捕

一、逮捕的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、逮捕的权限

三、逮捕的条件

四、逮捕的程序

（一）逮捕的批准、决定程序

（二）逮捕的执行程序

复习与思考题

1．强制措施体系研究

2．保释制度研究

3．如何防止超期羁押

4．取保候审制度的完善

5．监视居住制度的存留

6．刑事拘留相关问题研究

7．逮捕制度的完善。

拓展阅读书目

1．李忠诚著《刑事强制措施制度研究》，中国人民公安大学出版社 1995 年版

2．陈卫东主编《保释制度与取保候审》，中国检察出版社 2003 年版

3．陈瑞华主编《未决羁押制度的实证研究》，北京大学出版社 2004 年版

4．最高人民检察院检察理论研究所　河南省人民检察院编《超期羁押与人权保障》，中国检察出版社 2004 年版

第十三章　附带民事诉讼

本章教学目的和基本要求：把握附带民事诉讼的概念，了解它在刑事诉讼中的意义，重点掌握附带民事诉讼的提起、成立条件和审理程序。

学时分配：2 学时

第一节　附带民事诉讼的概念和意义

一、附带民事诉讼的概念和特点

（一）概念

（二）特点

二、附带民事诉讼的意义

第二节　附带民事诉讼的成立条件

一、附带民事诉讼必须以刑事诉讼的成立为前提条件

二、原告人必须具有提起附带民事诉讼的权利能力和行为能力

三、附带民事诉讼必须有明确的被告人和具体的诉讼请求

四、附带民事诉讼的诉因是刑事被告人的行为给被害人造成了物质损失

第三节　附带民事诉讼的程序

一、附带民事诉讼的提起

（一）提起附带民事诉讼的期间

（二）提起附带民事诉讼的方式

二、附带民事诉讼的保全和先予执行

（一）附带民事诉讼的保全

（二）附带民事诉讼的先予执行

三、附带民事诉讼的审判

（一）附带民事诉讼审判的一般原则

（二）附带民事诉讼的具体审理程序

复习与思考题

1．刑事附带民事诉讼当事人范围问题研究

2．刑事附带民事诉讼赔偿范围研究

3．刑事附带民事诉讼处理程序研究

拓展阅读书目

刘金友　奚玮著《附带民事诉讼理论与实务》，法律出版社 2005 年版
邵世星　刘选著《刑事附带民事诉讼疑难问题研究》，中国检察出版社 2002 年版

第十四章　期间、送达

本章教学目的和基本要求：明确期间、送达的概念，法律意义，掌握法定期间的起算、计算，不同诉讼阶段的法定期间，送达的方式和效力。

学时分配：1 学时

第一节　期　间

期间的概念
期间的计算
期间的耽误和恢复
期间的延长恶化重新计算

第二节　送达

一、送达的概念和意义

送达回证
送达的方式

复习与思考题

1．刑事诉讼中规定期间的意义
2．期间与期日的区别
3．不同诉讼阶段的法定期间的起算、计算
4．诉讼期间恢复的概念和条件
5．送达的概念和特点、方式

拓展阅读书目

参阅第一章，也可阅读其他章节提供的综合内容的著述

第十五章　刑事诉讼的中止和终止

本章教学目的和基本要求：了解刑事诉讼中的中止、终止的概念，理解它们在刑事诉讼中的作用，重点掌握它们在诉讼中的不同“用途”和对诉讼结果的影响。

学时分配：1 学时

第一节　刑事诉讼的中止

一、刑事诉讼中止的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、刑事诉讼中止的条件和程序

关于刑事诉讼的中止，刑事诉讼法没有明确规定，但在司法实践中经常遇到一些特殊情况或一时难以克服的客观障碍，确需暂停诉讼的进行。为此，最高人民检察院发布的《规则》和最高人民法院发布的《解释》对刑事诉讼中止的种类、条件和程序均作了明确的规定。

第二节　刑事诉讼的终止

一、刑事诉讼终止的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、刑事诉讼终止的条件和程序

（一）条件

1．必须是在刑事诉讼过程中

2．必须具有不追究刑事责任的法定情形之一，才能终止诉讼

（二）程序

我国的刑事诉讼终止有撤销案件、不起诉和终止审理或宣告无罪几种方式，而且所处的诉讼阶段不同，采用的终止诉讼的方式及其程序也就不同。

复习与思考题

1．刑事诉讼的中止、终止的概念

2．刑事诉讼的中止、终止的诉讼意义

拓展阅读书目

参阅第一章参考书目，也可阅读其他章节提供的综合内容的著述

第二编　分　论

第十六章　立　案

本章教学目的和基本要求：学习本章应当首先掌握我国刑事诉讼法中立案程序的现状，包括立案的材料来源和条件，注意立案条件与立案标准的不同以及它们的相互关系，立案与不立案的决定，程序，对不立案决定的申请复议、复核及其监督，了解在这个领域中的学术探讨的焦点，例如存废之争、强弱之争、价值分析、模式如何。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、立案的概念

二、立案的任务

三、立案的意义

四、国外有关刑事诉讼开始的规定

第二节　立案的材料来源和条件

一、立案的材料来源

是指公安机关、人民检察院发现的或者有关单位、组织或个人向司法机关提交的有关犯罪事实和犯罪嫌疑人情况的材料。

二、立案的条件

指刑事诉讼法第 86 条规定的立案的理由和根据。具体包括：

（一）有犯罪事实

指有依照刑法的规定构成犯罪的行为发生，并且该犯罪事实的存在有一定的证据证明。这是立案的首要条件。具体而言，“有犯罪事实”有以下两层含义：

1．需要立案追究的只能是依照刑法的规定构成犯罪的行为。

2．犯罪事实必须有相关的证据材料证明。

（二）需要追究刑事责任

指依照实体法和程序法规定应当追究行为人刑事责任。有犯罪事实，还不一定能够立案，具备刑事诉讼法第 15 条规定的情形之一的，即属于不追究刑事责任，不应当立案

（三）符合管辖的规定

立案必须同时具备上述两个条件。具体到某个刑事案件应由哪一个司法机关立案，还要符合刑事诉讼有关管辖的规定。

第三节　立案的程序

一、立案材料的接受

报案、控告、举报、自首材料是刑事案件立案材料的最主要来源，公安机关、人民检察院、人民法院必须予以妥善处理，为以后的刑事诉讼活动作好准备。

二、对立案材料的审查和处理

审查和处理作出的原则性规定应依据刑事诉讼法第 86 条规定，具体而言，各机关应按照有关的司法解释或者规章执行。

三、控告人对不立案决定的申请复议

刑事诉讼法第 86 条规定，控告人如果对公安机关、人民检察院、人民法院不予立案的决定不服，可以申请复议。法律赋予控告人申请复议权，一方面是为了有效保护受犯罪行为直接侵害的受害人合法权益，另一方面也是对司法机关应当立案而不立案的有效监督和制约。

四、人民检察院对不立案的监督

人民检察院是国家的法律监督机关，在刑事诉讼中有权对整个刑事诉讼活动实行法律监督，包括立案阶段。法律依据是刑事诉讼法第 87 条规定。具体而言，体现在最高人民检察院的《规则》第 371－379 条。

对于人民检察院自行侦查的案件，最高人民检察院印发了《人民检察院直接受理侦查案件立案、逮捕实行备案审查的规定（试行）》的通知（2005 年 11 月 10 日起施行），以加强上级人民检察院对下级人民检察院办理直接受理侦查案件工作的领导和监督制约，进一步提高人民检察院对直接受理侦查案件作出立案、逮捕决定的质量。

五、对于立案程序的理论思考

启动的模式
存留与废除
改革与完善

复习与思考题

1．刑事诉讼启动模式再思考
2．刑事立案程序存废之我见
3．刑事立案程序的改革和完善
4．刑事立案监督再思考
5．刑事立案标准再探讨

拓展阅读书目

1．刘根菊　《刑事立案论》　中国政法大学出版社　1994 年版
2．左卫民著:《刑事程序问题研究》，中国政法大学出版社 1999 年版
3．宋英辉　吴宏耀著《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社 2002 年版

4．聂世基　白俊华　《刑事诉讼理论纵横论》　群众出版社　2002 年
5．罗庆东编著《刑事立案标准》　中国民主法制出版社　2003 年版
6．陈卫东主编《刑事审前程序研究》，中国人民大学出版社 2004 年版

第十七章　侦　查

本章教学目的和基本要求：应当重点掌握侦查的法律定义，了解侦查的阶段划分及其各自的任务，把握各种侦查行为的规则、程序和应当注意的问题，对侦查终结的条件和程序处理有正确的理解，明确侦查羁押期限。

学时分配：4 学时

第一节　侦查概述

一、侦查的概念

侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

二、侦查组织体系与模式

（一）外国的侦查组织体系
（二）外国的侦查模式
（三）我国的侦查组织体系与模式

三、侦查的任务

侦查是刑事诉讼的一个重要阶段。根据我国刑事诉讼法第 2 条关于刑事诉讼任务的规定和第 89 条、第 90 条关于侦查的一般规定，侦查的主要任务是：

1．收集证据，查明犯罪事实，查获犯罪嫌疑人
2．保障无罪的人不受刑事追究，保障犯罪嫌疑人和其他诉讼参与人的诉讼权利不受侵犯
3．教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争

四、侦查的意义

1．侦查是同犯罪作斗争的重要手段
2．侦查是刑事诉讼的基础环节
3．侦查是进行社会治安综合治理的有力措施

第二节　侦查行为

一、讯问犯罪嫌疑人

（一）讯问犯罪嫌疑人的概念和意义
1．概念
2．意义
（二）讯问犯罪嫌疑人的程序
1．讯问的人员及人数。刑事诉讼法第 91 条规定
2．讯问的时间、地点。刑事诉讼法第 92 条规定
3．讯问犯罪嫌疑人应当个别进行

4．讯问前的准备

5．讯问的步骤、方法刑事诉讼法第 93 条规定

关于“沉默权问题”的理论探讨和立法考量

6．讯问未成年和聋、哑等犯罪嫌疑人的特殊要求。刑事诉讼法第 14 条、第 94 条和公安部《规定》第 182 条对讯问未成年、聋、哑和不通晓当地语言文字的犯罪嫌疑人作了特殊要求，以保障其合法权益。

7．讯问犯罪嫌疑人的禁止性规定。根据刑事诉讼法第 43 条规定，最高人民检察院《规则》第 265 条和最高人民法院《解释》第 61 条均规定，以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的犯罪嫌疑人或被告人的供述，不能作为指控犯罪或定案的根据。

8．讯问笔录的制作。

2006 年 1 月最高人民检察院召开了全国检察机关推行讯问同步录音录像工作现场会，明确要求这项工作实行“三步走”：第一步，从 2006 年 3 月 1 日起先普遍实行讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音，最高人民检察院、省级人民检察院、省会（首府）市人民检察院和东部地区分州市人民检察院办理贿赂案件和职务犯罪要案实行全程同步录像；第二步，从 2006 年底开始,办理贿赂案件和职务犯罪要案实行全程同步录音录像；第三步，从 2007 年 10 月 1 日起，全国检察机关办理职务犯罪案件讯问犯罪嫌疑人都必须实行全程同步录音录像。会议强调，推行讯问全程同步录音录像要坚持四个原则：一是全程同步原则，必须坚持同步、全程录音录像，不能任意选择取舍；二是程序规范原则，办案干警必须严格按规定程序操作，切实防止程序违法和疏漏；三是客观真实原则，任何人不得对原始资料擅自进行剪辑或技术处理；四是严格保密原则，必须切实加强各个环节的保密工作，严防录音录像资料泄漏、流失。

二、询问证人、被害人

（一）询问证人的概念和意义
（二）询问证人的程序
（三）询问被害人的概念和程序

三、勘验、检查

（一）勘验、检查的概念和意义
（二）现场勘查
（三）物品检验
（四）尸体检验
（五）人身检查

四、侦查实验

（一）侦查实验的概念和意义
（二）侦查实验的程序和要求

五、搜查

（一）搜查的概念和意义
（二）搜查的程序
（三）搜查应注意的几个问题

六、扣押物证、书证

（一）扣押物证、书证的概念和意义
（二）扣押物证、书证的程序

七、查询、冻结存款、汇款

（一）查询、冻结存款、汇款的概念和意义
（二）查询、冻结存款、汇款应注意的问题

八、鉴定

（一）鉴定的概念和意义
（二）鉴定人的条件和鉴定的对象

九、辨认

（一）辨认的概念和意义
（二）辨认的程序和要求

十、通缉

（一）通缉的概念和意义
（二）通缉的对象和条件
（三）通缉的程序

第三节　律师对犯罪嫌疑人的法律帮助

一、律师对犯罪嫌疑人的法律帮助的概念和意义

（一）概念
（二）意义

二、律师在侦查阶段的诉讼地位

刑事法律帮助也属于刑事辩护活动，是律师在侦查阶段帮助犯罪嫌疑人行使辩护权的一种形式。因此，接受聘请为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师实际上也是辩护人，具有辩护人的诉讼地位。应当将其纳入诉讼参与人的范围。

三、犯罪嫌疑人聘请律师的程序

根据刑事诉讼法第 96 条和六机关《规定》，犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告、申请取保候审。犯罪嫌疑人聘请律师，既可以自己聘请，也可以由其近亲属代为聘请。

涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师，应当经侦查机关批准

四、律师在侦查阶段的权利和活动

第四节　侦查终结

一、侦查终结的概念和程序

（一）概念

（二）程序：

1．制作侦查终结报告

2．侦查终结案件的处理

3．案卷材料的整理和立卷

二、移送审查起诉的条件和程序

侦查机关对于侦查终结的案件作出移送人民检察院审查起诉决定的，应当具备以下条件：

1．犯罪事实清楚

2．证据确实、充分

3．犯罪的性质和罪名认定正确

4．法律手续完备

5．依法应当追究刑事责任

三、撤销案件的条件和程序

在侦查过程中，发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件。刑事诉讼法第 130 条规定

此外，在侦查过程中，发现犯罪嫌疑人不够刑事处罚需要行政处理的，经县级以上侦查机关批准，对犯罪嫌疑人应依法予以行政处理或者移交其他有关部门处理。

四、侦查羁押期限

我国刑事诉讼法没有规定“侦查期限”，只有“侦查羁押期限”，是指犯罪嫌疑人在侦查中的逮捕羁押期限。如果侦查机关不能在法定侦查羁押期限内侦查终结的，便应当依法释放犯罪嫌疑人或者变更强制措施。

根据刑事诉讼法的规定，侦查羁押期限可以分为以下四种：

（一）一般羁押期限

（二）延长羁押期限

1．刑事诉讼法第 124 条规定

2．刑事诉讼法第 125 条规定

3．刑事诉讼法第 126 条规定

4．刑事诉讼法第 127 条规定

（三）重新计算羁押期限

1．刑事诉讼法第 128 条第 1 款规定，在侦查期间，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照本法第 124 条的规定重新计算侦查羁押期限。

2．刑事诉讼法第 128 条第 2 款规定，犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址、身份不明的，侦查羁押期限自查清其身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查取证。

（四）不计入侦查羁押期限

刑事诉讼法第 122 条规定，对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限（包括侦查羁押期限）。

第五节　人民检察院对直接受理案件的侦查

一、人民检察院行使侦查权的特别规定

根据刑事诉讼法第 131　条规定，刑事诉讼法关于侦查的所有规定均适用于人民检察院直接受理的案件。其中不同的主要有如下特别规定：

1．对犯罪嫌疑人的拘留和讯问

刑事诉讼法第 132 条规定，人民检察院直接受理的案件中符合第 61　条第四项、第五项规定的情形（即犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；有毁灭、伪造证据或者串供可能的），人民检察院作出拘留犯罪嫌疑人的决定，由公安机关执行。

注意：最高人民检察院、公安部 2000 年 8 月 28 日《关于适用强制措施有关问题的规定》第 20 条，“因情况紧急，来不及办理拘留手续的，可以先行将犯罪嫌疑人带至公安机关，同时立即办理拘留手续”。

2．对犯罪嫌疑人的逮捕

刑事诉讼法第 132 条规定，人民检察院直接受理的案件中符合本法第 60 条规定的条件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由人民检察院作出决定，由公安机关执行。第 134 条规定，人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，　应当在 10 日以内作出决定；在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长 1 日至 4 日；对不需要逮捕的，应当立即释放，发给释放证明；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。

注意：检察院决定拘留的，最长期限为 14 天。

二、人民检察院对侦查终结案件的处理及其程序

刑事诉讼法第 135 条规定：“人民检察院侦查终结的案件，　应当作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。”具体程序是：

1．提出起诉意见并移送审查起诉部门审查

2．提出不起诉意见并移送审查起诉部门审查

3．提出撤销案件意见并报请检察长或检察委员会决定

根据最高人民检察院《规则》第 242 条的规定，人民检察院直接受理的案件，对犯罪嫌疑人没有采取取保候审、监视居住、拘留或者逮捕措施的，侦查部门应当在立案后 2 年内提出移送审查起诉、移送审查不起诉或者撤销案件的意见；对犯罪嫌疑人采取上述强制措施的，侦查部门应当在解除或者撤销强制措施后 1 年以内提出移送审查起诉、移送审查不起诉或者撤销案件的意见。也就是说，检察院自侦的案件在侦查期限上，司法解释作出了规定。

第六节　补充侦查

一、补充侦查的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、不同诉讼阶段的补充侦查

根据我国刑事诉讼法的规定，补充侦查在程序上有以下三种：

（一）审查逮捕阶段的补充侦查　刑事诉讼法第 68 条规定

（二）审查起诉阶段的补充侦查　刑事诉讼法第 140 条规定

1．退回补充侦查：一个月内补充侦查完毕，以二次为限

2．自行补充侦查：在审查起诉期限内完毕

经过补充侦查的案件，人民检察院仍认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。

（三）法庭审判阶段的补充侦查　刑事诉讼法第 165 条和第 166 条的规定

三、补充侦查的方式

根据刑事诉讼法的规定，补充侦查有以下二种方式：

（一）退回补充侦查

（二）自行补充侦查

对某一案件而言，人民检察院是退回补充侦查还是自行补充侦查，一般取决于未查明案件事实的内容和性质。如果主要事实不清、证据不足或者有遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形的，原则上应退回公安机关补充侦查；如果只是次要事实不清、证据不足的，则应尽可能自行补充侦查，以节省办案时间，提高诉讼效率。

第七节　侦查监督

一、侦查监督的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、侦查监督的内容

最高人民检察院《规则》第 381 条的规定

三、侦查监督的程序

（一）对侦查违法行为的发现

（二）对侦查违法行为的处理

1．口头通知纠正

2．书面通知纠正

3．移送有关部门依法追究刑事责任

复习与思考题

1．侦诉（警检）关系研究

2．诱惑侦查问题

3．“侦审合一”之利弊

4．沉默权问题研究

5．讯问时的律师在场权

6．何为非法取证
7．“欺骗”方法的界定
8．刑讯逼供的有效遏制途径

拓展阅读书目

1．樊学勇著《犯罪侦查程序与证据的前沿问题》，中国人民公安大学出版社 2006 年版
2．曹文安著《预审制度研究》，中国检察出版社 2006 年版
3．艾明著《秘密侦查制度研究》，中国检察出版社 2006 年版
4．徐美君著《侦查讯问程序正当性研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版
5．陈永生著《侦查程序原理论》，中国人民公安大学出版社 2003 年版
6．谢佑平　万毅著《刑事侦查制度原理》，中国人民公安大学出版社 2003 年版
7．朱孝清主编《检察机关侦查教程》，法律出版社 2002 年版
8．孙长永著《侦查程序与人权》　中国方正出版社 2000 年版

第十八章　起　诉

本章教学目的和基本要求：明确起诉的概念、任务和意义，掌握审查起诉的内容、方法和步骤，重点掌握提起公诉的条件，不起诉的种类和条件，不起诉决定作出之后相应各方的权利，行使权利的路径，法律效力，相应的法律文书应该会书写，注意自诉案件与公诉案件在这个阶段的不同，还应当正确理解有关适用简易程序审理公诉案件检察院应当遵循哪些条件和程序。

学时分配：4 学时

第一节　起诉概述

一、起诉的概念及分类

（一）概念

（二）分类

二、起诉的任务和意义

（一）任务

（二）意义

第二节　审查起诉

一、审查起诉的概念和意义

（一）概念：是指人民检察院，对侦查机关或侦查部门侦查终结移送起诉的案件受理后，依法对侦查机关或侦查部门认定的犯罪事实和证据、犯罪性质以及适用的法律等进行审查核实，并作出处理决定的一项诉讼活动。

刑事诉讼法第 136 条规定：“凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。”

（二）意义：

1．是人民检察院实现法庭公诉职能的最基本的准备工作

2．对侦查工作成果进行质量检验和把关

3．通过审查起诉，保证了起诉的公正性和准确性

二、受理移送起诉的案件

受理是指人民检察院审查起诉部门对公安机关和本院侦查部门移送审查起诉的案件经过初步的程序性审查后的接受。

通过初步审查，根据案件不同情况作出处理

三、审查的内容

依据刑事诉讼法第 137 条和《规则》规定，人民检察院审查移送审查起诉的案件，必须查明：

四、审查的步骤和方法

（一）审阅案卷材料

（二）讯问犯罪嫌疑人
（三）听取被害人意见
（四）听取犯罪嫌疑人、被害人委托人的意见
（五）补充侦查

五、审查的期限

刑事诉讼法规定，人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在一个月内作出决定，重大复杂案件，可以延长半个月。对于补充侦查的案件，应当在一个月内补充侦查完毕，补充侦查以两次为限，补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

六、审查后的处理

人民检察院对案件进行审查后，应当根据事实和法律作出提起公诉或者不起诉决定。

第三节　提起公诉

一、提起公诉的概念和条件

刑事诉讼法第 141 条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。”提起公诉必须同时具备以下几个方面：

1．犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分
2．对犯罪嫌疑人应当依法追究刑事责任
3．人民检察院提起公诉应当符合审判管辖的规定

二、起诉书的制作和案件移送

人民检察院作出起诉决定后，应当制作起诉书。起诉书是人民检察院代表国家正式向人民法院提出追究被告人刑事责任的重要司法文书，它是人民检察院代表国家提起公诉的书面依据，是人民法院对被告人行使审判权的前提，同时也是法庭调查和辩论的基础。起诉书以及依照刑事诉讼法第 150 条规定的其他材料应当按照管辖范围和级别送交法院。

三、公诉案件适用简易程序的提起

（一）概念
（二）公诉案件适用简易程序的范围
（三）提起

应当注意学习和理解 2003 年 3 月 14 日最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》

第四节　不起诉

一、不起诉的概念

不起诉，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件和自行侦查终结的案件进行审查后，认为犯罪嫌疑人的行为不符合起诉条件，而依法作出的不将犯罪嫌疑人提交人民法院进行审判、追究刑事责任的一种处理决定。

二、不起诉种类和适用条件

我国刑事诉讼法规定的不起诉种类可以分为三种，适用的条件各不相同：

（一）法定不起诉

又称绝对不起诉，是指刑事诉讼法第 142 条第 1 款规定的不起诉。凡是具有刑事诉讼法第 15 条规定情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。

除此以外，下述情形在法理上和实务中也应当不予起诉：1．行为依照刑法规定不构成犯罪的；2．有证据证明犯罪嫌疑人没有实施犯罪的。

（二）酌定不起诉

又称相对不起诉，是指刑事诉讼法第 142 条第 2 款规定的不起诉。它的适用必须同时具备两个条件：一是犯罪嫌疑人的行为已构成犯罪，应当负刑事责任；二是犯罪行为情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚。人民检察院对于起诉与否享有自由裁量权。

（三）证据不足不起诉

刑事诉讼法第 140 条第 4 款规定，对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。这是它们检察院的不起诉应当理解为“授权性”的而不是如相对不起诉属于“选择性”的。根据上述情形作出不起诉决定后，如果发现新的证据符合起诉条件时，应当提起公诉。

依据最高人民检察院《规则》的规定，具有下列情形之一的，不能确定犯罪嫌疑人构成犯罪和需要追究刑事责任的，属于证据不足，不符合起诉条件，可以作出不起诉决定：

（l）据以定罪的证据存在疑问，无法查证属实的；

（2）犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明的；

（3）据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的；

（4）根据证据得出的结论具有其他可能性的。

三、不起诉的程序

（一）不起诉决定书的制作和送达

（二）被不起诉人和涉案财物的处理

（三）对不起诉决定的申诉、复议、复核、提起自诉

第五节　提起自诉

一、自诉案件的概念和范围

（一）概念

（二）范围

二、提起自诉的条件

自诉人提起自诉必须符合下列条件，否则将不被人民法院受理。

（一）案件属于刑事诉讼法第 170 条和六机关《决定》、最高人民法院《解释》确定的自诉案件范围

（二）案件属于受诉人民法院管辖

（三）自诉人享有自诉权，也即是说，自诉人主体资格合法

（四）有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

（五）对于公诉转自诉案件，还应当符合刑事诉讼法第 86 条，第 145 条规定的立案条件。

三、提起自诉的程序

自诉人提起自诉时，应当向人民法院提交刑事自诉状；如果提起附带民事诉讼的，还应当提交刑事附带民事自诉状。为便于自诉人告诉，刑事诉讼法规定自诉人书写自诉状确有困难的，可以口头告诉，由人民法院工作人员作出告诉笔录，向自诉人宣读；自诉人确认无误后，应当签名或者盖章。

复习与思考题

1．暂缓起诉问题思考
2．辩诉交易问题研究
3．证据展示制度探讨
4．不起诉制度研究
5．提起自诉与提起公诉的不同
6．检察院提起附带民事诉讼相关问题研究

拓展阅读书目

1．陈光中主编《辩诉交易在中国》，中国检察出版社 2003 年版
2．周士敏著《抗诉制度通论》中国政法大学出版社 1992 年版
3．张穹主编《公诉问题研究》，中国检察出版社 2001 年版
4．杨迎泽主编《检察机关刑事证据适用》，中国检察出版社 2001 年版
5．黄京平主编《主诉检察官办案责任制理论与实践》，中国法制出版社 2002 年版
6．孔璋著《中美公诉制度比较研究》，中国检察出版社 2003 年版
7．王顺义著《辩诉对抗论》，中国检察出版社 2003 年版
8．张智辉主编《中国检察》，北京大学出版社　（多卷本）

第十九章　第一审程序

本章教学目的和基本要求：了解第一审程序、公诉案件、自诉案件、法庭调查、法庭辩论、评议、宣判、判决、裁定等概念，明确第一审程序的任务和意义，掌握对公诉案件的审查、开庭审判前的准备、法庭审判的阶段和内容，判决、裁定和决定的异同，自诉案件第一审程序的特点、简易程序审判的特点、适用普通程序审理“被告人认罪案件”程序等内容。

学时分配：4 学时

第一节　审判概述

一、审判的概念

刑事审判是指人民法院在控、辩双方及其他诉讼参与人参加下，依照法定的权限和程序，对于依法向其提出诉讼请求的刑事案件进行审理和裁判的诉讼活动。

二、刑事审判的任务

刑事审判的任务在于使国家刑罚权，具体而言，主要包括：

（一）维护社会秩序和社会利益

（二）保障被告人的合法权利

（三）发挥法制教育作用，扩大办案效益

三、第一审程序的概念和意义

（一）概念

（二）意义

第二节　公诉案件的第一审程序

公诉案件的第一审程序，是指人民法院对人民检察院提起公诉的案件进行第一次审判时所必须遵循的程序。其内容主要包括庭前审查、庭前准备、法庭审判、延期和中止审理、评议和宣判等诉讼环节。

一、对公诉案件的审查

（一）审查的概念和任务

1．概念

2．任务

（二）审查的内容和方法

根据刑事诉讼法第 150 条及最高人民法院司法解释的规定，具体内容包括：

案件是否属于本院管辖；

起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确；

起诉书是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点，是否在案以及有无扣押、冻结在案

的被告人的财物及存放地点；是否列明被害人的姓名、住址、通讯处，为保护被害人而不宜列明的，应当单独移送被害人名单；

是否附有起诉前收集的证据目录；

是否附有能够证明指控犯罪行为性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片，即对认定犯罪构成要件的事实起主要作用、对案件定罪量刑有重要影响的证据；

是否附有起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处；

已委托辩护人、代理人的，是否附有辩护人、代理人的姓名、住址、通讯处明确的名单；

提起附带民事诉讼的，是否附有相关证据材料；

侦查、起诉程序的各种法律手续和诉讼文书复印件是否完备

有无刑事诉讼法第 15 条第（2）至（6）项规定的不追究刑事责任的情形。

（三）审查后的处理

根据刑事诉讼法及有关司法解释，人民法院对公诉案件进行审查后，应当根据案件不同情况分别处理：

1．决定退回人民检察院（特指因为对于不属于本院管辖或者被告人不在案情况）

2．决定开庭审判

3．裁定终止审理或者不予受理

二、开庭审判前的准备

人民法院决定对案件开庭审判后，为了保障法庭审判顺利有序地进行，根据刑事诉讼法第 151 条和最高人民法院《解释》有关规定，在开庭审判前应当进行下列各项准备工作：

1．确定合议庭的组成人员或独任庭的审判员

2．将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达被告人。对于未委托辩护人的被告人，告知其可以委托辩护人；对于符合刑事诉讼法第 34 条规定条件的，一般要指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。同时，人民法院还要通知被告人、辩护人于开庭五日前提供出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片。

3．将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院

4．将传唤当事人和通知辩护人、法定代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员的传票和通知书，至迟在开庭三日以前送达

5．公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点

三、法庭审判的阶段

（一）法庭审判的概念和特点

1．概念

2．主要特征：

（1）不断强化控、辩双方的举证和辩论

（2）仍然重视审判职能的主导作用，法院享有对案件事实、证据的调查核实权

（二）法庭审判的阶段

1．开庭

开庭是正式进行法庭审判前的准备阶段

2．法庭调查

法庭调查是在审判人员主持下，控、辩双方和其他诉讼参与人的参加下，当庭对案件事实和证

据进行审查、核实的诉讼活动

3．法庭辩论

法庭辩论的目的在于使控、辩双方有充分机会表明己方观点，充分阐述理由和根据， 指经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。辩论的内容包括全案事实、证据、法律适用等各种与案件有关的问题。

4．被告人最后陈述

被告人最后陈述是法律赋予被告人的一项重要诉讼权利，而且是法庭审判的一个独立阶段，

附带民事诉讼部分可以在法庭辩论结束后当庭调解。不能达成协议的，可以同刑事部分一并判决。

5．评议和宣判

被告人最后陈述完毕后，审判长应当宣布休庭，合议庭进行评议，法庭审判进入评议和宣判阶段。

（1）评议

评议是合议庭组成人员在已进行的法庭审理活动基础上，对案件事实、证据和法律适用进行讨论、分析、判断并依法对案件作出裁判的诉讼活动。

（2）宣判

宣判是人民法院将判决书的内容向当事人和社会公开宣告，使当事人和广大群众知道人民法院对案件的处理决定。宣判分为当庭审判和定期宣判两种，案件不论是否公开审理，宣告判决，一律公开进行。

地方各级人民法院在宣告第一审判决时，审判长往往口头告知被告人享有的上诉权，以及上诉期限和上诉法院。

四、与法庭审判有关的几个问题

（一）法庭审判笔录

（二）法庭秩序

（三）延期审理

（四）公诉案件第一审程序的期限

第三节　自诉案件的第一审程序

自诉案件的第一审程序，是指刑事诉讼法规定的人民法院对自诉人起诉的案件进行第一次审判的程序。自诉案件的第一审程序，总体上与公诉案件第一审程序基本相同，但由于自诉案件本身性质上主要是侵害公民个人合法权益的轻微刑事案件，因而其第一审程序也有一些特殊的地方。刑事诉讼法第 170 条至第 173 条对自诉案件的处理作了专节规定。其中，自诉案件的范围，提起自诉的条件和程序，在第十七章起诉中已作了讲述，下面仅阐述自诉案件的受理和自诉案件审理时的一些特点。

一、自诉案件的受理

自诉人提起自诉后，案件要经过人民法院审查，符合条件的才能受理和进行审判。

对自诉案件受理有以下几点需予以注意：

1．在我国，自诉案件的受理即自诉案件的立案，是由人民法院经过审查后依法作出，审查的期限为人民法院收到自诉状或者口头告诉后 15 日以内。无论立案与否，人民法院都应当书面通知自诉人或者代为告诉人。

2．对于已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。

3．如果自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，即视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实提起自诉的，人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的，不受此限制。

4．被告人实施的两个以上的犯罪行为，分别属于公诉案件和自诉案件的，人民法院可以在审理公诉案件时，对自诉案件一并审理。

二、自诉案件审理的特点

人民法院对于决定受理的自诉案件，应当开庭审判。除适用简易程序审理的外，审判程序参照公诉案件第一审普通程序进行。

根据刑事诉讼法第 171 条至 174 条以及最高人民法院司法解释的有关规定，自诉案件第一审程序具有以下特征：

（1）对告诉才处理的案件，被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件，可以适用简易程序，由审判员一人独任审判。

（2）人民法院对告诉才处理的案件和被害人有证据证明的轻微刑事案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解。

（3）对于告诉才处理的案件，被害人有证据证明的轻微刑事案件，自诉人在宣告判决前可以同被告人自行和解或者撤回起诉。

（4）人民法院受理自诉案件后，对于当事人因客观原因不能取得并提供有关证据而申请人民法院调取证据，人民法院认为必要的，可以依法调取。

（5）在自诉案件审理过程中，被告人下落不明的，应当中止审理。被告人归案后，应当恢复审理，必要时，应当对被告人依法采取强制措施。自诉案件审理后，应当参照刑事诉讼法有关公诉案件判决的规定作出判决。对于依法宣告无罪的案件，其附带民事诉讼部分应当依法进行调解或者一并作出判决。

（6）告诉才处理和被害人有证据证明的轻微刑事案件的被告人或者其法定代理人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。反诉必须符合下列条件：①反诉的对象必须是本案自诉人；②反诉的内容必须是本案有关的行为；③反诉的案件必须是告诉才处理的案件和人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件。

第四节　简易程序

一、简易程序的概念和意义

（一）概念

（二）意义

二、简易程序的适用范围

根据刑事诉讼法第 174 条及最高人民法院《解释》、最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》（2003 年 3 月 14 日）的有关规定，简易程序可以

适用于下列案件：

（一）对依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，事实清楚、证据充分，人民检察院建议或者同意适用简易程序的。其中可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件，是指被告人被指控的一罪或者数罪，可能被宣告判处的刑罚为三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的案件。

（二）告诉才处理的案件。

（三）被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

（四）人民法院对公诉案件的被告人可能判处免予刑事处分的，可以适用简易程序。

适用简易程序的案件必须确实能够简化程序，提高诉讼效率，使案件得到及时、公正处理。不符合条件的，不能适用简易程序，下列案件不能适用简易程序：

（一）刑事诉讼法第 170 条第（3）项规定的案件，即被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件；

（二）公诉案件的被告人对于起诉指控的犯罪事实予以否认的；

（三）比较复杂的共同犯罪案件；

（四）辩护人作无罪辩护的；

（五）其他不宜适用简易程序的。

三、简易审判程序的特点

简易程序作为对第一审普通程序的简化程序，根据刑事诉讼法的有关规定，与普通程序相比，具有以下特点：

（1）在适用程序上，简易程序设置在刑事诉讼法第一审程序中，因而简易程序只适用于第一审程序，第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序均不适用。

（2）在适用法院上，简易程序只适用于基层人民法院，中级以上人民法院虽有第一审案件，但不能适用简易程序。

（3）在审判组织上，适用简易程序时，可以由审判员一人独任审判。

（4）在适用案件上，简易程序只适用那些案件事实清楚、证据充分、法定刑较轻、争议不大的刑事案件。对那些案情复杂、重大、难以定刑的刑事案件则不宜适用简易程序。否则，就会影响到案件的处理质量，不能实现真正的诉讼效益。

（5）在控诉职能上，适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭。

（6）在期间和送达方式上，适用简易程序审理的案件，送达起诉书至开庭审判的时间，不受刑事诉讼法第 151 条第（2）项规定的人民法院应当将人民检察院的起诉书副本至迟开庭十日以前送达被告人的限制；在开庭审判前，人民法院在通知有关诉讼参与人开庭的时间、地点时，可以用简便方式进行，记录在卷即可；整个案件的审理，人民法院应当在受理后二十日审结，比公诉案件的第一审普通程序期限要短，符合诉讼效率的要求。

（7）在庭审程序上大为简化。从保障被告人权益出发，被告人最后陈述这一庭审环节不能取消。

（8）在宣判形式上，适用简易程序审理的案件原则上一般应当采用当庭宣判形式，不采用定期宣判形式。

值得注意的是：适用简易程序审理案件，在审理过程中，发现不宜适用简易程序的应当按照第一审普通程序的规定重新审理。适用简易程序审理案件应当符合刑事诉讼法规定的适用简易程序的条件，能够实现立法初衷，因而发现不宜适用简易程序的，就不应当继续用简易程序审理。根据刑事诉讼法第 179 条和最高人民法院《解释》的有关规定，人民法院在适用简易程序审理过程中，发

现有下列情形之一的，应当决定中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理。

（1）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；

（2）公诉案件被告人应当判处三年以上有期徒刑的；

（3）公诉案件被告人当庭翻供，对于起诉指控的犯罪事实否认的；

（4）事实不清楚或者证据不充分的；

（5）其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。

转为普通程序审理的案件，审理期限应当以决定转为普通程序之日起计算。

第五节　判决、裁定和决定

判决、裁定和决定是公安机关、人民检察院、人民法院在刑事诉讼过程中依据事实和法律对案件的实体问题和程序问题作出的三种对诉讼参与人以及其他机构和个人具有约束力的处理决定。

一、判决

（一）判决的概念和种类

判决是人民法院通过审理、对案件的实体问题作出的处理决定

刑事判决分为有罪判决和无罪判决两种。

根据有无附带民事诉讼，判决还可以分为刑事判决和刑事附带民事判决两种。

（二）判决书的制作要求和内容

判决是人民法院行使国家审判权和执行国家法律的具体结果，具有权威性、强制性和严肃性、稳定性。因此，判决书作为判决的书面表现形式，其制作是一项严肃且慎重的活动，必须严格按照规定的格式和要求制作。

二、裁定

（一）裁定的概念和分类

1．概念：裁定是人民法院在案件审理过程中和判决执行过程中，对程序性问题和部分实体问题所作的决定。

2．与判决的区别：裁定与判决的法律性质和特点基本相同，但二者也有区别　。

3．分类：分类裁定可根据不同标准进行分类。

（二）裁定适用的范围和裁定书的制作

1．范围：根据刑事诉讼法的规定，裁定适用于解决程序性问题，主要是指是否恢复诉讼期限、中止审理、维持原判、撤销原判并发回重审、驳回公诉或自诉、核准死刑等。裁定适用于解决某些实体性问题主要是指减刑、假释、撤销缓刑、减免罚金等。

2．裁定书的制作：裁定书是与判决书同等重要的法律文书，其制作要求、格式与判决书差不多。但在内容上较判决书简单一些，因为裁定往往解决的问题比较单一，要么是一个专门的程序性问题，要么是一个较为简单的实体性问题。若使用口头形式作出裁定的，必须记入审判笔录，其效力与书面裁定效力相同。

三、决定

（一）决定的概念和分类

1．概念：决定是公安机关、人民检察院、人民法院在诉讼过程中，依法就有关诉讼程序问题所作的一种处理。决定和判决、裁定不同之处在于是否涉及上诉、抗诉问题。一般情况下，决定一

经作出，立即发生效力，不能上诉或者抗诉。某些决定，如不起诉的决定、回避的决定，为保护当事人的合法权益，纠正可能出现的错误，法律允许当事人或有关机关申请复议、复核。但判决、裁定则是在法定期限内可以上诉、抗诉的。

2．分类：决定以其表现形式不同可分为口头决定和书面决定。书面决定应制作决定书，写明处理结论及理由。口头决定应记入笔录，它与书面决定具有同等效力。

（二）决定的适用范围

根据刑事诉讼法的规定，决定主要适用于解决以下一些问题：是否回避的决定；立案或不立案的决定；采取各种强制措施或变更强制措施的决定；实施各种侦查行为的决定；撤销案件的决定；延长侦查中羁押犯罪嫌疑人的期间的决定；起诉或不起诉决定；开庭审判的决定；庭审中解决当事人和辩护人、诉讼代理人申请通知新的证人到庭、调取新的物证、申请重新鉴定或勘验的决定；延期审更换决定；抗诉的决定；提起审判监督程序的决定等。

复习与思考题

1．诉讼模式的演进探究
2．抗辩式庭审是否适合我国
3．证人出庭问题研究
4．警察出庭作证问题研究
5．专家证人出庭的特点
6．法庭在“辩诉交易”下的功能和作为
7．“被告人认罪案件”审理程序研究
8．简易审判程序研究
9．自诉案件审判程序的特点
10．被害人在庭审中的诉讼权利
11．法庭的调查权范围
12．卷宗移送问题
13．被告人对庭审程序的选择权问题

拓展阅读书目

1．陈瑞华著《刑事审判原理论》（第二版），北京大学出版社 2003 年版
2．陈光中主编《刑事一审程序与人权保障》，中国政法大学出版社 2006 年版
3．许兰亭著《刑事一审程序理论与实务》，中国人民公安大学出版社 2002 年版
4．张军　郝银钟主编《刑事诉讼庭审制度研究》，中国人民大学出版社 2005 年版
5．徐鹤喃　刘林呐著《刑事程序公开论》，法律出版社 2002 年版
6．左为民等著《简易刑事程序研究》，法律出版社 2005 年版
7．高一飞著《刑事简易程序研究》，　中国方正出版社 2002 年版
8．王超著《警察作证制度研究》中国人民公安大学出版社 2006 年版
9．龙宗智著《刑事庭审制度研究》，中国政法大学出版社 2001 年版

第二十章　第二审程序

本章教学目的和基本要求：明确审级制度、两审终审制、第二审程序的概念和意义，重点掌握提起上诉、抗诉的主体、程序，二审程序的审判原则和审理方式，与的一审程序的不同，二审死刑案件开庭审判的要求、程序违反发挥重审的情形；透彻理解上诉不加刑原则。

学时分配：4 学时

第一节　概　述

一、两审终审制

（一）两审终审制的概念

（二）两审终审制的特殊和例外情况

特殊情况：

一审之后，有上诉权的人或者有抗诉权的机关没有提出上书。抗诉，一审的裁判发生法律效力；需要经过死刑复核程序的案件

2．例外情况：最高人民法院审理的案件宣判后均立即生效

二、第二审程序的概念和特点

（一）概念

（二）特点

三、第二审程序的任务和意义

（一）任务

（二）意义

第二节　第二审程序的提起

一、提起第二审程序的主体

根据刑事诉讼法第 180 条的规定，

有权提起上诉的人员是：自诉人、被告人或者他们的法定代理人，以及经被告人同意的辩护人、近亲属，还有附带民事诉讼的当事人及其法定代理人。由于各种上诉人在刑事诉讼中所处的地位不同，刑事诉讼法对他们的上诉权限也作了不同的规定。

有权提出抗诉的机关是地方各级人民检察院。人民检察院是国家法律监督机关，对于人民法院的审判活动是否合法，应当实行监督。对于被告人有利或不利的错误判决、裁定，人民检察院都应当提起抗诉。

二、被害人向人民检察院申请抗诉

公诉案件中的被害人及其法定代理人虽然具有当事人的诉讼地位，但是法律并未赋予其上诉的权利，而是给予其请求抗诉的权利。根据刑事诉讼法第 182 条的规定，被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书后 5 日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。对

此人民检察院应当立即对请求人的资格、请求的时间和理由进行审查，并自收到请求后 5 日内作出是否抗诉的决定，答复请求人。

三、上诉、抗诉的理由

刑事诉讼法对于提出上诉的理由没有规定任何限制，人民检察院只有在有充分的根据认定原判决、裁定“确有错误”时，才能提出抗诉。在实践中，作为上诉或抗诉的理由，归纳起来有以下几点：

1．判决、裁定在认定事实上有错误，或者缺乏确实、充分的证据；

2．判决、裁定在适用法律、定罪量刑上有错误；

3．违反诉讼程序，使当事人依法享有的诉讼权利受到侵犯，可能影响判决、裁定的正确性。

在提出上诉状或抗诉后或者在二审法院审理过程中，仍可作补充阐述或提出新的根据和理由，第二审法院不应加以限制。

四、上诉、抗诉的期限

不服判决的上诉和抗诉的期限为十日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为五日，从接到判决书、裁定书的第二日起算”。

五、上诉、抗诉的方式和程序

（一）上诉的方式和程序：上诉既可以书状提出，也可以口头提出，用口头提出上诉的，人民法院应制成笔录，由上诉人阅读或者向他宣读后，上诉人应当签名或者盖章。上诉人上诉可以通过原审人民法院提出，也可以直接向第二审人民法院提出。

（二）提出抗诉的方式和程序：地方各级人民检察院认为同级人民法院第一审判决、裁定确有错误而决定抗诉时，必须制作抗诉书。抗诉书应通过原审人民法院提交，同时还应抄送上一级人民检察院。

第三节　第二审程序的审判

一、对上诉、抗诉案件的审查

第二审人民法院对第一审人民法院移送上诉、抗诉的案卷，应当审查是否包括下列内容：（1）移送上（抗）诉案件函；（2）上诉状或者抗诉书；（3）第一审判决书或者裁定书的份数；（4）全部案卷材料和证据，包括案件审结报告和其他应当移送的材料。如果上述材料齐备，第二审人民法院应当收案；材料不齐备或不符合规定的，应当通知第一审人民法院及时补充。

二、全面审查原则

刑事诉讼法第 186 条规定：“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。”“共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。”

三、对第二审案件的审判方式和程序

刑事诉讼法第 187 条第 1 款规定：“第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。”该条款表明，我国第

二审程序对上诉案件和抗诉案件的审理方式作了不同的规定。对于上诉案件，二审的审理方式是以开庭审理为原则，以调查讯问式的审理为补充。最高人民法院、最高人民检察院 2006 年 9 月 21 日发布《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》，规定自 2006 年 9 月 25 日起对于第一审判处死刑立即执行的被告人上诉、人民检察院抗诉的案件，二审法院应当依照法律和有关规定开庭审理。对于第一审判处死刑缓期二年执行的被告人上诉的案件，有下列情形之一的，应当开庭审理：（1）被告人或者辩护人提出影响定罪量刑的新证据，需要开庭审理的；（2）具有刑事诉讼法第 187 条规定的开庭审理情形的。

（一）开庭审理的方式

开庭审理，是指第二审人民法院在合议庭的主持下，由检察人员和诉讼参与人参加，通过法庭调查和辩论、评议、宣判的方式审理案件。适用开庭审理的案件主要有两类：一类是需要开庭审理的上诉案件；另一类是人民检察院依法提起抗诉的案件。

第二审人民法院开庭审理的程序，由于是在一审程序的基础上进行的，所以刑事诉讼法第 195 条规定，除法律已有规定的以外，参照第一审程序的规定进行。

最高人民法院、最高人民检察院 《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》比较详细地规范了第二审开庭的程序。

（二）调查讯问的审理方式

调查讯问的审理方式，就是指第二审人民法院的合议庭对上诉案件，经过阅卷，讯问被告人，在听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，认为案件事实清楚的，可以不开庭审理即作出判决或裁定的审理方式。

采用调查讯问的审理方式，是开庭审理方式的必要补充，在保障质量的基础上提高了诉讼效率。

采用调查讯问的方式审理案件，也应当遵循法定的程序。

四、对第二审案件的处理

（一）对上诉、抗诉案件的处理

根据刑事诉讼法第 189 条至第 191 条的规定，第二审法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件进行审理后，应按下列情形分别作出处理：

1．原判决认定事实正确，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当的，应当裁定驳回上诉或抗诉，维持原判。

2．原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误或者量刑不当的，例如混淆了罪与非罪的界限，认定犯罪性质不准、罪名不当，量刑畸轻、畸重，或者重罪轻判，或者轻罪重判等，第二审法院应当撤销原判，重新判决，并在判决中阐明改判的根据和理由。

3．原判决事实不清楚或者证据不足的，可由二审法院查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

4．发现一审法院有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。

5．对于人民检察院抗诉的案件，经第二审人民法院审查后，认为应当判处被告人死刑的，按照刑事诉讼法第 189 条的规定处理，即第二审人民法院认为原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；认为原判决事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判或者发回重审。

发回原审人民法院重新审判的案件，按第一审程序进行审理，对其判决、裁定仍可上诉或抗诉；发回重审的案件，应当另行组成合议庭审理。

第二审人民法院作出的判决或者裁定，除需要经过死刑复核程序的案件外，均是终审的判决和裁定，一经宣告即发生法律效力，

（二）对附带民事诉讼案件的处理

关于第二审人民法院对刑事附带民事案件的处理，应当根据上诉、抗诉的具体情况进行区分，并按照最高人民法院《解释》予以处理。

（三）对自诉案件的处理

对一审法院判决后当事人不服提出上诉的刑事自诉案件，第二审人民法院也可以在二审程序中对诉讼的双方进行调解，当事人也可以自行和解。调解结案的，二审法院应当制作调解书，原判决、裁定视为自动撤销；当事人自行和解的，由二审人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销原判决或者裁定。第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的案件，如果被告人已被采取强制措施的，应当立即予以解除。

在第二审程序中，当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。在第二审附带民事部分审理中，原审民事原告人增加独立的诉讼请求或者原审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

五、第二审案件的审判期限

根据刑事诉讼法的规定，第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在一个月内审结，至迟不得超过一个半月。对于交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；重大的犯罪集团案件；流窜作案的重大复杂案件；犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或决定，可以再延长一个月，但是，最高人民法院受理上诉、抗诉案件，案件需要延长审理期限的，由最高人民法院决定。对第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，原审人民法院从收到发回的案件之日起，计算审理期限。

第四节　上诉不加刑原则

一、上诉不加刑的概念和意义

（一）概念：是指第二审人民法院审判只有被告人一方上诉的案件，不得以任何理由加重被告人刑罚的一项审判原则。人民检察院提出抗诉的案件或自诉人提出上诉的案件除外。

（二）意义

1．有利于保障被告人依法行使上诉权

2．有利于维护上诉制度，保证人民法院正确行使审判权

3．有利于促使人民检察院履行审判监督职责

二、上诉不加刑原则适用问题的理论探讨

有关理解和具体适用上诉不加刑原则，如下问题值得探讨：

（一）一审宣告缓刑的判决，被告人提出上诉，第二审人民法院认为宣告缓刑不当，是否可以裁定撤销缓刑，执行原判实刑

（二）被告人上诉的案件，二审法院认为原判认定事实没有错误，只是认定罪名不当，必须依法改判，重新确定罪名，二审改判的罪名能否重于原判的罪名

（三）原判为数罪并罚的被告人上诉的案件，二审法院可否在实际执行刑期不变的情况下，加重数罪中某一罪或几个罪的刑罚

（四）共同犯罪的案件，只有部分被告人上诉的，二审法院可否对未上诉的被告人改判加刑

（五）对事实清楚、证据充分，但判决的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，

应当通过何种方式予以纠正；按照审判监督程序重新审判是否妥当

（六）自诉案件的自诉人和被告人同时提出上诉，二审法院是否可以对被告人加重刑罚

（七）人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件，如果是对被告有利的，第二审人民法院审理后认为应当加重处罚，可否直接改判加重

第五节　对扣押、冻结财物的处理

根据刑事诉讼法第 198 条和六机关《规定》的精神，公安机关、人民检察院和人民法院对于扣押、冻结犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息，应当妥善保管，以供核查。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。

对于人民法院、人民检察院、公安机关扣押、冻结的赃款、赃物及其孳息，由原审人民法院依照生效的法律文书进行处理。除依法返还被害人的以外，应当一律没收，上缴国库。

复习与思考题

1．二审程序与一审程序的异同
2．二审开庭审的规定
3．上诉不加刑原则的理解与认识
4．全面审理原则是否要保留
5．二审程序中是否存在重实体轻程序的规定

拓展阅读书目

1．顾永忠著《刑事上诉程序研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版
2．尹丽华著《刑事上诉制度研究——以三审终审为基础》，中国法制出版社 2006 年著

第二十一章　死刑复核程序

本章教学目的和基本要求：明确死刑复核程序的意义，了解核准权的“收放”演进和它的深层原因，死刑复核程序的进行程序。了解和掌握死刑缓期二年执行案件的复核程序。

学时分配：4 学时

第一节　死刑复核程序的概念和意义

一、死刑复核程序的概念

死刑复核程序是指人民法院对判处死刑的案件进行复审核准所遵循的特别核准审判程序。

刑法第 48 条规定：死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

刑事诉讼法第 199 条规定：死刑由最高人民法院核准。

2006 年 10 月 31 日全国人大常委会表决通过了对关于修改《人民法院组织法》的决定，将第 13 条修改为：死刑案件除由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。

这意味着死刑分别由最高法院和高级法院行使最终决定权的情形的结束，体现法制的统一性，维护了程序的正义性。

二、死刑复核程序的意义

死刑复核程序既是一项特殊的审判程序，又是一项十分重要的审判程序，同时还是使死刑判决能够生效的交付执行的关键程序，其重要意义具体表现在：

（一）确保死刑适用的正确性；

（二）贯彻少杀方针，防止死刑滥用；

（三）统一死刑适用的执法尺度。这是最具重要性的意义所在。

第二节　死刑核准的权限

一、死刑核准权的概念

死刑核准权是指对死刑（含死缓）判决、裁定由哪一审判机关进行复核与批准的权限。死刑核准权是死刑复核程序中最核心的问题，关系到设立这一程序的根本目的能否得以实现和能否使其在严惩非杀不可的罪犯、防止错杀无辜和罚不当罪等方面充分发挥应有的作用。因此，国家法律对死刑判决的核准权限作了特别严格的规定——由最高人民法院行使。

二、死刑核准权的变化

死刑案件核准权限的归属，自建国至今，历时近半个多世纪，几经变化。反映了国家政治形势和社会治安状况的变化，也重一个侧面见证着立法理念的进步，司法改革的进程，法制发展的脚步。迄今，终于有了法制统一的局面。自 2007 年 1 月 1 日起，死刑案件除由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。

第三节　死刑复核的程序

一、死刑立即执行案件的报请核准

根据刑事诉讼法第 200 条规定，具体的程序是：

1．中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后 3 日以内报请高级人民法院复核。高级人民法院经复核同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；高级人民法院不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判。

2．中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准。高级人民法院经第二审程序不同意判处死刑而改判为死缓的，即为终审，进入执行程序。

3．高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后 3 日内报请最高人民法院核准。

4．判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

二、死刑缓期二年执行案件的报请核准

刑事诉讼法第 201 条规定：“中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，由高级人民法院核准。”所以，此类案件的程序是：

1．中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，被告人不上诉，人民检察院不抗诉的，应当报请高级人民法院核准。高级人民法院同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准；如果认为事实不清、证据不足的，应当裁定发回原审法院重新审判（与二审程序不同，不可以直接查清事实后改判），重新审判所作的判决、裁定，被告人可以提出上诉，人民检察院可以提出抗诉；如果认为原判量刑过重的，高级人民法院应当依法改判。

2．中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件，被告人提出上诉或者人民检察院提出抗诉的，高级人民法院应当按照第二审程序进行审理，对于维持原判的，即为生效裁定，不需再行复核；其他情形，应当依法改判或者发回重新审判。对于人民检察院抗诉的案件，改判被告人死刑立即执行的，报请最高人民法院核准。

3．高级人民法院核准死刑缓期二年执行的案件，应当作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚，也不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

4．高级人民法院第一审判处死刑缓期二年执行的案件，被告人不上诉，人民检察院不抗诉的，法律没有明文规定是否进行复核。

三、报请复核、复核内容和复核后的处理

根据刑事诉讼法第 202 条的规定，最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当由审判员三人组成合议庭进行。

有关报请复核、复核和对案件复核后的处理，应当依照下列程序进行：

（一）报送诉讼案卷材料和各种法律文书

（二）复核的内容和方式

1．提审被告人；

2．审查核实案卷材料；

3．制作复核审理报告；

（三）复核后的处理

1．原审判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的，裁定予以核准；

2．原判决认定事实错误或者证据不足的，裁定撤销原判，发回重新审判；

3．原审判决认定事实正确，但适用法律有错误，或者量刑不当，不同意判处死刑的，应当改判；

4．发现第一审人民法院或者第二审人民法院违反法律规定的诉讼程序，可能影响正确判决的，应当裁定撤销原判，发回第一审或者第二审人民法院重新审判。

以上核准死刑的决定和改判的判决均为终审裁判，立即生效，而发回重新审判的案件，重新审判后所作的判决、裁定，被告人可以提出上诉，人民检察院可以提出抗诉。

共同犯罪案件中，部分被告人不被判处死刑的，高级或最高人民法院复核、核准时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定的执行；发现对其他被告人已生效的裁判确有错误时，可以指令原审人民法院再审。

（四）进一步完善死刑复核程序的理论探讨

1．进一步诉讼化

2．检察院的监督作用

复习与思考题

1．死刑复核程序的意义

2．死刑复核程序的设计

3．死刑复核程序是否应当更加诉讼化

拓展阅读书目

1．胡常龙著《死刑案件程序问题研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版

2．陈兴良主编《中国死刑检讨——以“枪下留人案”为视角》，中国检察出版社 2003 年版

3．陈兴良　胡云腾主编《死刑问题研究》，中国刑法学年会文集（2004 年），中国人民公安大学出版社 2004 年版

4．贾宇主编《死刑研究》，法律出版社 2006 年版

5．赵秉志主编《死刑制度之现实考察与完善建言》，中国人民公安大学出版社 2006 年版

第二十二章　审判监督程序

本章教学目的和基本要求：了解审判监督程序的概念、特点和意义，明确提起审判监督程序的主体、应具备的条件和对案件中心审理的程序。

学时分配：4 学时

第一节　审判监督程序的概念、特点和意义

一、审判监督程序的概念

审判监督程序是指人民法院、人民检察院对已经发生法律效力的判决和裁定，发现在认定事实或适用法律上确有错误，依法提起并对案件进行重新审判的一项特别审判程序。

审判监督程序与审判监督是两个不同的法律概念。

二、审判监督程序的特点

审判监督程序是刑事诉讼中的特殊审判程序，既不同于第二审程序，也不同于死刑复核程序，而是具有自身特点的诉讼程序。

审判监督程序与第二审程序比较；

审判监督程序与死刑复核程序相比；

之外，还具有如下特点：

1．从诉讼实质讲，审判监督程序是一种补救性程序，或称救济程序。

2．从诉讼进程讲，审判监督程序不是刑事诉讼的必经程序。

三、审判监督程序的意义

审判监督程序既是特殊程序，又是刑事审判程序的重要组成部分，在刑事诉讼中具有十分重要的意义。具体表现在：

（一）审判监督程序是使刑罚权得以正确行使的可靠保障；

（二）审判监督程序有利于实现上级司法机关对下级人民法院审判工作的监督；

（三）审判监督程序有利于保障当事人的合法权利。

四、有关审判监督程序改革相关理论问题的探讨

重点是一事不再理和禁止双重危险理论

第二节　提起审判监督程序的材料来源及其审查处理

一、提起审判监督程序的材料来源

提起审判监督程序的材料来源，是指对发生法律效力的判决、裁定发现有错误而提出有关证据及其资料等的渠道、来源。根据刑事诉讼法的规定和司法实践，这些材料来源主要有：

（一）当事人及其法定代理人、近亲属的申诉；刑事诉讼法第 203 条规定

（二）各级人民代表大会代表提出的纠正错案议案；

（三）人民群众的来信来访；

（四）司法机关通过办案或者复查案件对错案的发现；

（五）机关、团体、企业、事业单位和新闻媒体等对生效裁判反映的意见；

二、申诉的法律效力和申诉的理由

（一）申诉的效力：刑事诉讼法第 203 条规定，当事人等提出申诉，不能停止对原裁判的执行。同时，第 204 条规定，当事人及其法定代理人、近亲属提出的申诉若复核规定情形的，应当重新审判。

（二）申诉的理由：根据刑事诉讼法第 204 条规定，有以下几种：

1．有新的证据证明原判决、裁定认定事实有错误的

2．据以定罪量刑的证据不确实，不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；

3．原判决、裁定适用法律确有错误的；

4．审判人员在审理该案的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

对于当事人及其法定代理人、近亲属提出的申诉，只要具备上列情形之一，人民法院就应当依照审判监督程序对案件进行重新审判。

三、对申诉的受理和审查处理

（一）申诉的受理，是指人民法院或者人民检察院经对申诉材料进行初步审查后，认为符合重新审判条件而决定立案复查的活动。原则采取“分级负责、就地处理”的方式。

（二）对申诉案件的审查处理

人民法院经审查具有刑事诉讼法第 204 条规定的情形之一的，由院长提请审判委员会讨论决定是否重新审判；对不符合上述法律规定的，应当说服申诉人撤回申诉；对仍然坚持申诉的，应当书面通知驳回。申诉人对驳回仍不服的，可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院同样认为申诉不符合法律规定的，应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的，如果没有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

人民检察院对受理的申诉审查后，认为人民法院已生效的判决、裁定确有错误需要提出抗诉的，由控告申诉部门报请检察长提交检察委员会讨论决定。如果决定提出抗诉的，由审查起诉部门出庭支持抗诉。

关于审查处理申诉的期限，刑事诉讼法没有规定，最高人民法院为了及时处理申诉案件，在《解释》第 302 条中规定，人民法院受理申诉后，应当在 3 个月内作出决定，至迟不得超过 6 个月。

第三节　审判监督程序的提起

一、提起审判监督程序的主体

依照审判监督程序重新审理的是已生效甚至已执行的判决、裁定，必须特别慎重。所以，我国法律对提起审判监督程序的主体作了极其严格的限制。根据刑事诉讼法第 205 条规定，有权提起审判监督程序的主体，只能是下列机关、人员和组织：

（一）各级人民法院院长和审判委员会；

（二）最高人民法院和上级人民法院；

（三）最高人民检察院和上级人民检察院。

二、提起审判监督程序的理由

（一）原判在认定事实上的错误；

（二）原判在适用法律上的错误。

第四节　按照审判监督程序对案件进行重新审判

一、重新审判的方式

按照审判监督程序重新审判案件，是纠正已生效的错误裁判，应当持特别慎重的态度，既要考虑到原裁判的既判力，又要坚持有错必纠的原则，因此，其审理方式应当以开庭审理即直接审理为宜。以开庭审理为主，以不开庭审理为辅。

应当遵守刑事诉讼法规定、相关司法解释，特别是最高人民法院 2001 年 12 月 26 日《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定》。

二、重新审判案件的程序

刑事诉讼法第 206 条规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当按照第一审程序进行，所作的判决、裁定可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。”但是，由于再审案件有其特殊的提起主体、诉讼文书、诉讼期限及原审被告人的不同处境等情况，所以对其开庭审理的具体程序也不相同，具体仍应以前述《具体规定》为执行依据。

三、重新审判案件的审理期限

刑事诉讼法第 207 条第 1 款规定：“人民法院按照审判监督程序重新审判案件，应当在作出提审、再审决定之日起 3 个月以内审结，需要延长期限的，不得超过 6 个月”、

刑事诉讼法第 207 条第 2 款又规定：“接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用前款规定；对需要指令下级人民法院再审的应当自接受抗诉之日起一个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用前款规定。”

四、重新审判后的处理

按照审判监督程序重新审判案件，应当分别作出处理：

（一）原判决、裁定认定事实和适用法律正确、量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉；

（二）原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准；

（三）应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚；

（四）按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清或者证据不足的，可以在查清事实后改判，也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审仍无法查清，证据仍不足，不能认定原审被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。

复习与思考题

1．审判监督程序与第二审程序的异同

2．当事人及其法定代理人、近亲属申诉的乡里

3．申诉人是否应当负举证责任
4．法院院长通过审判委员会讨论决定再审是否应予取消
5．禁止不利再审能否成为硬性规定
6．是否应当为再审设立独立的审理程序

拓展阅读书目

1．陈卫东著《刑事审判监督程序研究》，法律出版社 2001 年版
2．张毅著《刑事诉讼中禁止双重危险规则论》，中国人民公安大学出版社 2004 年版
3．陈光中主编《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社 2005 年版

第二十三章　执　行

本章教学目的和基本要求：了解执行的概念、特点和意义，重点掌握生效裁判的范围和不同裁判的交付执行机关、执行机关及执行程序，把握执行中的各种程序问题的产生和应对、处理程序，了解当中的诉讼问题；重视检察院的监督作用

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、执行的概念和特点

（一）概念

（二）特点

二、执行的意义

三、生效判决和裁定的种类

根据刑事诉讼法第 208 条和刑法第 63 条第 2 款的规定，发生法律效力的判决和裁定包括下列各种：

（一）已过法定期限没有上诉、抗诉的一审判决和裁定；

（二）终审的判决和裁定；

（三）高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决、裁定

（四）最高人民法院的判决、裁定以及核准死刑的判决、裁定和核准在法定刑以下判处刑罚的判决和裁定。

四、执行的机关

按照各种刑罚的不同特点和各执行主体的不同职能，可以把执行的机关分为三种不同的类别，即：交付执行机关、执行机关和执行的监督机关。

第二节　各种判决、裁定的执行程序

一、死刑立即执行判决的执行

（一）执行死刑命令的签发

（二）执行死刑的机关及期限

（三）死刑执行的监督

（四）执行死刑的指挥人员及其工作

（五）死刑罪犯同近亲属会见

（六）执行死刑的方法和场所

（七）执行死刑应当公布，不应示众

（八）执行死刑后的处理

二、死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行

三、有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行

四、管制、剥夺政治权利判决的执行

五、罚金、没收财产判决的执行

六、无罪判决和免除刑罚判决的执行

第三节　执行的变更与其他处理

执行的变更，是指人民法院、监狱及其他执行机关对生效裁判在交付执行或执行过程中出现法定需要改变刑罚种类或执行方法的情形后，依照法定程序予以改变的活动。

刑事执行的变更，与按照审判监督程序对案件进行改判虽有相似之处，但是，二者在性质上截然不同。

一、死刑执行的变更

（一）停止执行：发现刑事诉讼法的 211 条规定的情形之一，应当停止执行，并且立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定

1．在执行前发现判决可能有错误的；

2．在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；

3．罪犯正在怀孕的；

（二）暂停执行：刑事诉讼法第 212 条第 4 款规定，执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请最高人民法院裁定。

二、死刑缓期二年执行的变更

根据刑事诉讼法第 210 条第 2 款的规定，被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减刑，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定；如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

三、暂予监外执行

暂予监外执行是指对被判处有期徒刑、拘役的罪犯因出现某种法定特殊情　形不宜在监内执行时，暂时将其放在监外交由公安机关执行的一种变通方法。

（一）暂予监外执行的适用对象

（二）适用暂予监外执行的条件

（三）作出暂予监外执行决定和执行的机关及其程序

四、减刑和假释

（一）减刑

刑事诉讼法第 221 条第 2 款规定，减刑是指被判处管制、拘役、有期徒刑和无期徒刑的罪犯在执行期内确有悔改或立功表现的，可以依法减轻其刑罚的一种制度。

1．减刑的条件

2．对减刑案件的管辖

（二）假释

假释是指对被判处有期和无期徒刑的罪犯在执行一定刑罚以后，确有悔改表现且不致再危害社会的，将其附条件地予以提前释放的制度。

1．假释的对象

2．假释的条件

3．假释案件的管辖

（三）对减刑、假释的审理及其期限

（四）对假释裁定的执行及处理

五、对新罪、漏罪的追究程序

根据刑事诉讼法第 221 条、第 225 条和监狱法第 60 条的规定，对服刑罪犯犯新罪或者发现漏罪的，应当分别不同的情况，予以追究。

新罪是指罪犯在服刑期间实施了触犯刑律并应当追究刑事责任的行为。漏罪是指罪犯在服刑过程中发现其在判决宣告以前实施的尚未被判决的罪行。

六、对错判和申诉的处理

刑事诉讼法第 223 条规定：“监狱和其他执行机关在执行刑罚中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理”。

第四节　人民检察院对执行的监督

一、对执行死刑的监督

二、对暂予监外执行的监督

三、对减刑、假释的监督

四、对执行刑罚活动的监督

复习与思考题

1．刑事执行一体化问题研究

2．我国刑事执行的现状及存在问题

3．人民检察院在执行中监督作用的体现

4．假释相关程序问题研究予监外执行问题研究

5．执行中的程序问题探究

拓展阅读书目

参阅第一章书目

第二十四章　未成年人案件的诉讼程序

本章教学目的和基本要求：本章的重点在于了解我国目前关于未成年人案件的专门法律规定，包括刑事诉讼法中既有的以及其他法律中涉及的，着重思考在我国确立未成年人刑事案件单独诉讼程序的必要性和可行性，整合现有法律规定和已有法学理论研究及实证调查的积极成果，适应国际少年司法规则的要求。

第一节　概　述

未成年人犯罪的概念和特点：1. 刑事法律意义上的未成年概念，注意区分被追诉人与被害人，我们在这里所指的是被追诉人；2. 未成年人与成年人在犯罪方面的不同特点和状态

未成年人案件诉讼程序设立的必要性和法律依据，其中法律依据主要包括：1991 年《未成年人保护法》、1999 年《预防未成年人犯罪法》、2001 年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》，以及我国签署加入的《联合国少年司法最低限度标准规则》（北京规则）、《联合国预防少年犯罪准则》（利雅得准则）、《联合国保护被剥夺自由少年规则》等国际公约

第二节　未成年人案件诉讼程序的方针和特有原则

教育、感化、挽救方针

分案处理原则

充分保障未成年犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利原则

审理不公开原则

全面调查原则

迅速简易原则

第三节　未成年人案件诉讼程序特点

未成年人案件诉讼程序特点，主要有：1. 突出教育改造方针；2. 法律给与未成年在诉讼中具有较成年人较多的诉讼权利，同时也保障他们能够充分行使，专门机关必须给予落实；3. 突出证明要求的高标准，特别要找出未成年人犯罪的各方面原因，以利于矫正和挽救；4. 诉讼过程中的程序设计体现宽缓

未成年人案件的诉讼程序

立案程序

侦查程序　不用或少用强制措施；与成年人严格分管分押；

起诉程序　挑选专门人员进行未成年案件的起诉工作，并试行如暂缓起诉等改革措施，对不起诉的落实帮教

审判程序　（1）审判组织：中级以下（含）法院建立与其他审判庭同等建制的未成年人刑事审判庭或者合议庭或者由专人负责进行审理；高级法院在刑事审判庭内设立未成年人刑事案件合议庭；未成年人刑事审判庭和合议庭统称“少年法庭”；最高人民法院和高级人民法院设立少年法庭指导小组（2）开庭准备工作（3）开庭审判　出特殊情况外，宣布有罪判决的，合议庭应当当庭对未成年进行“法庭教育”；第二审严谨不开庭审理

执行程序

复习与思考题

1．构建未成年人案件诉讼程序的立法构想（必要性，可行性及其特点）
2．未成年人案件诉讼程序的特有原则研究
3．未成年人案件侦查程序研究
4．未成年人案件起诉程序研究
5．未成年人案件审判程序研究

拓展阅读书目

1．黄荣康　邬广耀著《少年法研究》，人民法院出版社 2005 年版
2．刘强编著《美国犯罪未成年人的矫正制度概要》，中国人民公安大学出版社 2005 年版
3．张利兆主编《检察视野中的未成年人维权》，中国检察出版社 2004 年版
4．纪红光著《呵护权利——未成年权益保护法律实务》，群众出版社 2004 年版
5．温小洁著《我国未成年人刑事案件诉讼程序研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版
6．佟丽华著《未成年人法学》，中国民主法制出版社 2001 年版
7．康树华著《青少年犯罪与治理》，中国人民公安大学出版社 2000 年版

第二十五章　涉外刑事诉讼程序与司法协助制度

本章教学目的和基本要求：本章内容包括两部分，涉外刑事诉讼程序与司法协助制度，它们也由一定的联系，但不是相同的。通过本章的学习，可以了解目前我国涉外刑事诉讼的概念和基本内容，还有我国在刑事司法协助方面的相关规定和具体做法，开阔视野，促进对这两方面理论的研究和实践的关注。

第一节　概　述

一、涉外刑事诉讼程序的概念

“涉外”包括三类情形：1．在中华人民共和国领域内，外国人犯罪或者我国公民侵犯外国人合法权益的刑事案件；2．在中华人民共和国领域外，符合《刑法》第 8 条、第 10 条给定情形的外国人对中华人民共和国国家和公民犯罪和中国公民犯罪的案件；3．符合《刑法》第 9 条规定的情形，中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。

涉外刑事诉讼程序是一个特殊程序。

二、涉外刑事诉讼程序的立法

由于涉外刑事诉讼程序的特殊性，各国均有专门或者特别的规定，我国目前尚未有独立、系统的涉外刑事诉讼程序法，但刑事诉讼法中已有关于涉外刑事诉讼程序的原则规定，同时，结合其他我国参加或缔结的国际条约，司法解释、有关部门联合或分别发布的规定等，相信，伴随我国法制发展的进程，有关涉外刑事诉讼程序一定会不断规范。

第二节　涉外刑事诉讼程序的特有原则

涉外刑事诉讼程序的特有原则是指公安司法机关办理涉外刑事案件的基本准则，也是涉外刑事案件的诉讼参与人进行诉讼活动的基本依据，鉴于涉外刑事诉讼的特点，在诉讼进行过程中，专门机关除了必须遵循我国刑事诉讼法规定的基本原则外，还必须遵循以下五项特有的原则，它们是：1．国家主权原则；2．诉讼权利和义务平等原则；3．信守国际条约原则；4．使用中国通用的语言文字进行诉讼原则；5．指定或者委托中国律师参加诉讼原则。

第三节　涉外刑事诉讼程序的特别规定

涉外刑事诉讼的程序方面，与前一节所述相同道理，综合我国关于涉外刑事诉讼程序的各种规定，包括法律原则，参加或者缔结的国际条约，司法解释及有关的规章，需要特别提醒注意的内容可以总结归纳如下：

被告人、被害人外国国籍的确认；

涉外刑事诉讼管辖；含立案管辖和审判管辖的内容

涉外刑事诉讼强制措施的适用；

涉外刑事诉讼文书的送达；

涉外刑事案件的侦查、起诉、审判和执行

第四节　刑事司法协助制度

一、刑事司法协助制度的概念和意义

刑事司法协助制度的概念：根据刑事诉讼法第 17 条的规定，是指我国司法机关和外国司法机关之间，根据本国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，相互请求，代为进行某些刑事诉讼行为的一项制度

刑事司法协助制度的意义：1．有利于维护国家主权和利益；2．有利于加强我国与外国的刑事司法合作，惩治国际性犯罪

根据刑事诉讼法第 17 条的规定，刑事司法协助的主体是我国司法机关和外国司法机关。一般而言，我国的司法机关指人民法院和人民检察院，而外国则仅只法院。因而，从刑事诉讼协助和我国实际开展刑事司法协助的情况，目前我国进行刑事司法协助的主体应当包括：1．我国人民法院和外国法院；2．我国人民检察院和外国检察机关；3．我国公安机关和外国警察机关。有关此一项，应当在学习中注意理解，仅从“司法机关”的字面，当然公安机关不是司法机关，无论中外皆如此，如上，国外的司法机关仅指法院，我国在依据宪法等，检察院也在其中，但长期以来，我国公安机关为打击犯罪，不断加强与国外（境外）警察机关的直接合作，成功展开有效的工作，因而在刑事司法协助方面，对相关法律规定宜做广义理解

二、刑事司法协助的依据

应当明确，我国司法机关与外国司法机关相互请求刑事司法协助，必须有明确的依据，否则不得进行。根据刑事诉讼法第 17 条的规定，进行刑事司法协助的依据有两类：1．我国缔结或者参加的国际条约；2．互惠原则

三、刑事司法协助的的内容

主要有六项内容：1．调查取证；2．送达文书；3．移交证据；4．通报诉讼结果；5．引渡；犯罪情报信息的交流与合作

四、刑事司法协助的程序

我国司法机关请求外国司法机关提供司法协助的程序

外国司法机关请求我国司法机关提供司法协助的程序

我国《引渡法》规定的引渡程序（1）外国向我国请求引渡的程序；（2）我国向外国请求引渡的程序

复习与思考题

1．涉外刑事诉讼程序及其适用

2．刑事司法协助制度研究

拓展阅读书目

1．《中华人民共和国引渡法》

2．赵永琛著《国际刑事司法协助研究》，中国检察出版社 1997 年

3．张耕主编《法律援助制度比较研究》，法律出版社 1997 年版

4．马进保著《国际犯罪与国际刑事司法协助》，法律出版社 1999 年版

5．陈正云主编《中国刑事法律冲突论》，中国法制出版社 1997 年

第二十六章　刑事赔偿程序

本章教学目的和基本要求：了解国家赔偿和刑事赔偿的法律基本规定，认识刑事赔偿的重要意义，掌握赔偿与不予赔偿各自的范围。

第一节　刑事赔偿程序概述

一、刑事赔偿程序的概念和意义

（一）概念：刑事赔偿程序是行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员，在履行职务的过程中，违法侵犯公民、法人和其他组织合法权益并造成损害时，为确定国家赔偿责任而设立的程序。

（二）意义：

1．有利于维护司法公正，使无辜蒙冤者因刑事侵权所遭受的损害得到赔偿，错案得以彻底纠正；

2．有利于制约滥用侦查、起诉、审判和监狱管理权，对促进严格执法、预防和减少错案的发生发挥着前车之鉴的作用；

3．有利于化解消极因素，维护和促进政治稳定和社会安定。

二、国外刑事赔偿制度简介

刑事赔偿制度，作为国家赔偿制度的一部分，是随着近代民主和人权运动的兴起而出现和发展起来的。

三、我国刑事赔偿制度的建立

我国社会主义刑事赔偿制度的建立，经历了一条不断探索，逐步发展和完善的道路。1994 年 5 月 12 日第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议正式通过了《中华人民共和国国家赔偿法》，标志着我国的国家赔偿制度正式建立，刑事赔偿制度也进入了法律化、规范化阶段。

第二节　刑事赔偿的范围

一、国家应当承担赔偿责任的情形

（一）国家承担刑事赔偿责任的一般条件

1．必须有损害事实存在

2．刑事损害必须达到一定的程度

3．受害人的损失，是由行使侦查、检察、审判和监狱管理职权的机关及其工作人员在行使国家权力的过程中出现错误造成的

4．受害人本身没有过错

（二）人身损害赔偿的范围

1．对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的；

2．对没有犯罪事实的人错误逮捕的；

3．依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的；

4．刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；

5．违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。

（三）财产损害赔偿的范围

1．违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；

2．依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的；

二、国家不承担赔偿责任的情形

（一）因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的

（二）依照刑法第 16．18 条规定不负刑事责任的人被羁押的

（三）依照刑事诉讼法第 15 条的规定不追究刑事责任的人被羁押的

（四）行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为

（五）因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的

第三节　刑事赔偿的程序

一、刑事赔偿请求的提起

（一）刑事赔偿请求权人

（二）刑事赔偿请求的方式

（三）刑事赔偿请求的时效

二、刑事赔偿义务机关

三、赔偿请求的受理和处理

四、刑事赔偿的方式和计算标准

（一）赔偿方式

（二）计算标准

复习与思考题

1．刑事赔偿的重要意义

2．刑事赔偿的范围

3．刑事赔偿的立法完善

拓展阅读书目

参阅其他章节的综合阅读书目

第二十七章　国际公约与我国刑事诉讼法

本章教学目的和基本要求：通过对联合国《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》的学习，了解此两个公约，进而认识国际刑事司法准则与我国刑事诉讼之间的关系，加深对《公民权利和政治权利国际公约》的全面认知和正确理解，并结合我国的实际进行研究

第一节　国际公约与刑事诉讼概述

一、国际公约与刑事诉讼

（一）国际公约的概念和发展轨迹
（二）国际人权法体系与联合国刑事诉讼诉讼国际准则

二、国际人权公约与国内法的关系

（一）国际法实施于国内法的模式
（二）我国参加或缔结的国际人权公约情况及与国内法的衔接

第二节　《公民权利和政治权利国际公约》与我国刑事诉讼

在国际人权体系当中，《公民权利和政治权利国际公约》（以下简称《公约》）是迄今最为集中和全面规定国际公认的刑事司法准则的国际文件，我国于 1998 年签署了该公约，正在等待立法机关的批准，我国的国际表态政府是正在积极研究，一旦条件成熟就将履行批准《公约》的法律程序。它所确立的刑事诉讼准则有：

一、权利平等原则
二、司法补救
三、生命权的程序保障
四、禁止酷刑活施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚
五、人身自由和安全程序的保障
六、对所有被剥夺自由的人应给予人道或尊重人格尊严的待遇
七、审判独立、公正、公开
八、无罪推定
九、辩护权、获得法律援助权
十、反对强迫自证其罪
十一、复审权
十二、对未成年人的特别保障
十三、刑事赔偿
十四、一事不再理

第三节 《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》与我国刑事诉讼

一、《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》概况

二、《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败国际公约》与我国刑事诉讼

（一）我国已经签署了上述两公约，其中已经批准了《打击跨国有组织犯罪公约》，对《反腐败国际公约》正在积极研究，如何使我国刑事诉讼法与公约产生很好的衔接，亟待认真研究，当然还应当注意到彼此的差异

（二）《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败国际公约》对许多问题的规定是一致的，其中涉及刑事诉讼有关具体制度的方面主要有以下几个方面：

1．特殊案件的举证责任倒置

2．对证人和被害人等的保护

3．高科技手段在刑事诉讼中的运用

4．特殊侦查措施的运用

5．特殊案件证明标准的降低

6．特殊情况下对腐败犯罪所得资产直接没收

复习与思考题

1．刑事司法国际准则与我国刑事诉讼

2．《公民权利与政治权利国际公约》与我国刑事诉讼

3．《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败公约》与我国刑事诉讼

拓展阅读书目

1．莫洪宪主编《加入<联合国打击跨国有组织犯罪公约>对我国的影响》，中国人民公安大学出版社 2005 年版

2．杨宇冠、吴高庆著《<联合国反腐败公约>解读》，中国人民公安大学出版社 2004 年 7 月版

3. 陈光中主编《<公民权利和政治权利国际公约>批准与实施问题研究》，中国法制出版社 2004 年版

4．杨宇冠著《人权法－公民权利和政治权利国际公约研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版

5．杨宇冠主编《联合国刑事司法准则》，中国人民公安大学出版社 2003 年 9 月出版

6．杨宇冠等著《联合国刑事司法准则撮要》，中国政法大学出版社 2003 年 9 月出版

7．程味秋 [加]杨诚、杨宇冠主编：《公民权利和政治权利国际公约培训手册－公正审判的国际标准和中国规则》，中国政法大学出版社 2002 年版

8．程味秋 [加]杨诚 杨宇冠主编《联合国人权和刑事司法准则汇编》，法律出版社 2000 年版

9．陈光中、[加]丹尼尔•普瑞方廷主编：《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》，法律出版社 1998 年版

《刑事诉讼法》实践教学环节

[课程编号] 304020014 [课程类别] 专业必修
[课程学时] 72 [实践学时] 8
[授课对象] 法学专业 [授课单位] 刑事司法学院刑事诉讼研究所

一、实践教学任务和目的

通过课堂讲授以外的形式进行刑事诉讼法课程的学习，促进学生将学到的法学理论知识和司法实践有机地联系，使学生了解刑事诉讼法在司法实践中的运作规律，理解程序正义的重要性，从原则、制度、程序等多个方面更好地理解刑事诉讼法，认识它在国家司法体系中的重要作用，了解刑事诉讼改革的走向，立法的趋势，激发学习的热情和主动性、自觉性。

二、实践教学基本要求

在课堂授课有较好基础的前提下，通过邀请本领域校内外专家为学生进行主题讲座，播放教学录像片，举行课堂讨论等多种形式，师生共同探讨，学生提问，专家答疑，达到巩固课堂教学效果、课堂内外互动的要求。

三、实践教学内容

实践项目一 讲座——刑事诉讼法的新发展

1．预习要求：课堂讲授达到一定时数，对刑事诉讼法有基本的了解

2．实践目的：及时了解刑事诉讼法学研究的最新动态，包括理论研究和实践中的新发展、新思路、新规定、新问题、新趋势

3．实践内容和要求：邀请知名专家举办一次专题讲座

4．实践学时：3 课时

5．教师点评：教师对讲座进行总结，现场提问与答疑，互动环节

实践项目二 观摩——法庭审判影像片（模拟片 示范片）

1．预习要求：课堂讲授进行到程序部分之后，对刑事诉讼法有较为全面了解，对刑事诉讼法规定的开庭审理程序有理论知识

2．实践目的：及时掌握刑事诉讼第一审、第二审庭审程序和规则，把握庭审中对控辩审三方的基本要求

3．实践内容和要求：观摩刑事诉讼一审、二审开庭审判的录像片，包括模拟片和示范片

4．实践学时：3 课时

5．教师点评：教师对播放的影像片内容结合教学目标进行归纳，并引导进行讨论，包括可以结合其他案例，达到巩固课堂教授的理论知识的目的

实践项目三 讨论——案例 （包括教学案例和实际案例两类）

1．预习要求：伴随课堂讲授进程，对刑事诉讼法的脉络有了解，清楚教师对学生知识体系的要求

2．实践目的：结合所学的理论知识，进行案例分析，有参与感、角色感，学会全面把握知识，理解诉讼的实践性和程序的重要性

3．实践内容和要求： 案例讨论，部分是教学案例，比较集中反映理论难点，考察学生掌握知识的程度，也利于教师反思教学过程；部分是实际案例，可能有各种不同反映，让学生更有参与积极性，也学会法律思维

4．实践学时：2 课时

5．教师点评：主要由学生自主进行，最后由教师进行适当归纳，以使讨论达到更深的层次，而不拘泥于个案，引导进行理论思考，从而激发学生的责任感

四、实践项目与学时分配

序号	项目名称	学时	要　求	类型
304020014－001	刑事诉讼法的新发展讲座	3	邀请知名学者	邀请讲座
304020014－002	刑事诉讼第一审、第二审庭审序录像片观摩	3		观摩
304020014－003	案例讨论	2		讨论

（注：序号为课程代码加自设代码，自设代码为三位数，并从 001 起排列）

五、考核方式

参与程度有记录，纳入综合考评，一般不记入考试分数，但随着这些实践环节的展开和加强，互动成份的渗入，学生表现的有效展现，可以逐步纳入考核成绩，以不超过 20％为宜。

六、实践教材及参考书

参阅刑事诉讼法课程教学大纲中提供的“拓展阅读书目”

七、说明

本实践环节在教学过程中由任课教师随堂进行，形式和具体安排按照教学进程可以作出调整，任课教师为刑事诉讼研究所全体教师。

《法务会计实务》教学大纲

张苏彤　编写

目　录

一、前言.....2
二、 教学总进程与课时安排.....3
三、 教学目的和要求.....4
（一）教学目的.....4
（二）考核要求.....4
四、课堂讨论等实践性教学环节.....5
附表 1 是样本上市公司以及案例研究任务分配表。.....5
五、参考文献目录.....10

一、前言

律师、会计师是我们当今社会最引人注目的两个职业。律师捍卫着我们的权利、会计师照料着我们的利益。当今世界的经济运行秩序（或游戏规则）主要是靠这两个最为赚钱、最为火爆的职业来支撑的。事实上，会计是一种通用的商业语言，会计与法律之间存在着密切的内在与逻辑上的联系和知识的共通性。无论是在诉讼业务还是非诉讼业务中，会计语言都越来越多渗透到法律实践之中。有人做过统计，在所有已经发生的案件中，经济案件要占到 90％以上。要代理经济案件，解决日益增多的经济纠纷，不了解会计审计是万万不行的。在现今的市场经济社会中，如果不懂基本的会计学知识，不了解企业资金运转的流程，读不懂企业的会计报表，就不可能成为一名优秀的法律职业工作者。

自上世纪末以来，伴随着由会计师与律师作为共同合伙人的跨专业合伙（MDP）的出现，一种融会计师与律师为一体的新兴职业——法务会计师开始登上历史舞台，并立即引起人们的广泛关注。最近，《美国新闻与世界报导》完成了对美国 20 种“热门行业”的追踪调查，并根据调查结果提出了本世纪 20 种热门行业中的 20 种“热门职业"。在这些职业的排顺序中，会计领域中的法务会计被排为首位。近年来，随着安然、世通等大公司财务丑闻的出现，人们对法务会计有了更大的兴趣。越来越多会计师或律师通过参加专门的培训加入法务会计师队伍，越来越多的会计师事务所开始提供法务会计服务。据美国“今日会计”最近报导，在美国前 100 家最大大会计师事务所中，有近 60%的会计师事务所拓展了法务会计服务。总部设在美国的“四大”国际会计事务所无一例外地提供了比较全面的法务会计服务。他们所提供的法务会计服务在美国乃至全世界有着十分重要的影响，代表了会计与法律服务的新潮流、新趋势。

法务会计（Forensic Accounting）是特定主体综合运用会计学与法学知识以及审计方法与调查技术，旨在通过调查获取有关财务证据资料，并以法庭能接受的形式在法庭上展示或陈述，以解决有关的法律问题的一门融会计学、审计学、法学、证据学、侦察学和犯罪学等学科的有关内容为一体的边缘科学。

法务会计在我国尚处在起步阶段。但是我们有充分的理由预计法务会计必定会在我国兴起。中国政法大学民商经济法学院以其独特的法学与会计学、审计学综合优势率先在我国开展法务会计的科研与教学工作，并取得了显著成绩，引起业界的广泛关注。目前，中国政法已经在全国率先为在校法学专业的本科生开设了法务会计课程，并从 2003 年起开始招收法务会计专业方向的硕士研究生。

《法务会计实务》是《法务会计》理论课的后续 课程，该课程为专业选修课，全部教学内容均安排在会计实验室完成。主要面向全校法学专业已经选修过“会计学与会计法”和“法务会计"课程的同学开设。其目的是引导同学们全面系统地掌握法务会计课程的相关理论与实务技能，掌握公司会计报表的分析技术，掌握计算机辅助审计的技术方法，学会灵活运用会计分析的技术方法解决实际问题，使选修过该课程的同学们具有符合的知识结构与独立分析问题解决问题的能力，以适应未来职场对法学人才的新要求与新挑战。

为了满足同学学习《法务会计实务》课程的需要，我们在充分调研的基础上，精心设计了本课程。我们将以充实新颖的课程设置、精良优异的师资配备、热情周到的教学服务为大家提供一个学校和掌握法务会计最新理论与实务的机会。

二、 教学总进程与课时安排

内　容	*课时*	*授课人*
案例研究一： 上市公司会计报表的阅读与分析 ● 会计与会计报表概述 ● 会计报表分析概述 ● 资产负债表的阅读与分析 ● 利润表及利润分配表的阅读与分析 ● 会计报表的比率分析法 ● 审计报告的阅读 **案例研究－01：** 中小企业板/创业板上市公司信息披露问题及其财务报表分析	***10***	***张苏彤***
案例研究二：运用财务分析的方法分析我国现实问题 **案例研究**－02： “中国第一个裸账乡”的四川巴中市巴州区白庙乡2010年1~10月公业务费支出分析 **案例研究**－03： 违规上市公司管理人员的特征：来自中国证监会行政处罚决定的证据 **案例研究-04：** 给中国的贪官画像：不同行业的贪官的特征分析	***10***	***张苏彤***
案例研究三： 运算数值分析技术查找舞弊线索 **案例研究－05：** Benford‘s Law的验证性测试及其在舞弊调查中的运用	***6***	***张苏彤***
案例研究四：运用计算机辅助审计技术查找舞弊线索 ***案例研究－06*** 运用计算机辅助审计软件（CAATs）发现舞弊的线索	***10***	***张苏彤***
合　　计：	***36***	

三、 教学目的和要求

（一）教学目的

引导同学们全面系统地掌握法务会计课程的相关理论与实务技能，掌握公司会计报表的分析技术，掌握计算机辅助审计的技术方法，学会灵活运用会计分析的技术方法解决实际问题，使选修过该课程的同学们具有符合的知识结构与独立分析问题解决问题的能力，以适应未来职场对法学人才的新要求与新挑战。

（二）考核要求

考核项目	分值比例
案例研究 1	25%
案例研究 2	25%
案例研究 3	25%
案例研究 4	25%
合　　计：	100%

四、课堂讨论等实践性教学环节

【案例研究-01】

法务会计实务课案例研究

2010~2011-01

Practices of Forensic Accounting Case Study

2010~2011-01

中小企业板上市公司信息披露问题及其财务报表分析

中小板块即中小企业板，是指流通盘 1 亿以下的创业板块，是相对于主板市场而言的，有些企业的条件达不到主板市场的要求，所以只能在中小板市场上市。中小企业板的建立是我国构筑多层次资本市场的重要举措。

中小板块是深圳证券交易所为了鼓励自主创新，而专门设置的中小型公司聚集板块。板块内公司普遍具有收入增长快、盈利能力强、科技含量高的特点，而且股票流动性好，交易活跃，被视为中国未来的“纳斯达克”。

中小企业板块的民企主体特性十分明显，这与主板国企主体有很大差异。分析已经上市的中小企业发现，目前我国民营中小企业尤其是小企业还面临着持续性发展、道德和信用以及市场操纵、流动性风险。

在我国的中小板的市场代码是 002 开头的。

附表 1 是样本上市公司以及案例研究任务分配表。

要求：

1、 请大家访问以下网址，http://baike.baidu.com/view/1269019.htm，初步学习中小企业板的基本知识。

2、 截止 2010 年 11 月 8 日，我国已经有 497 家上市公司在中小企业板上市。请在附表 1 提供的家中小企业板上市公司中选择其中 1 家上市公司作为你的研究样本，下载并仔细阅读这些上市公司的招股说明书和最近几年的财务报告，并结合深圳证券交易所 2004 年 5 月 20 日公布的《中小企业板块交易特别规定》、《中小企业板块上市公司特别规定》对该公司的信息披露情况进行评价。

3、 请你将样本上市公司最近 3 年或 4 年的会计报表（资产负债表和利润表）转换为 Excel 电子表格格式，并对其进行横向分析、纵向分析和比率分析。要求至少计算附表 2 所列出的财务比率。在上述对会计报表进行横向与纵向分析以及比率分析的基础上，就该公司的财务状况、经营成果、经营风险情况以及是否存在财务舞弊提出你自己的分析意见。

4、 将样本公司最近 3 年的会计报表录入“财务分析师”软件，学习使用该软件，并自动导出财务分析报告（要求机器生成的分析报告，分析时间：2009 年，对比时间 2008 年、 2007）。

附表 1：研究任务分配表

附表 2：要求计算的财务比率

能力

业营运 才务比	发现财务舞弊的特殊财务比率			
● 流动比率 ● 速动比率 ● 超速动比率 ● 现金比率 ● 负债比率 ● 所有者权益比率 ● 负债对所有者权益比率 ● 已获利息倍数	● 资产净利率 ● 净资产收益率 ● 销售利润率（毛利率）	● 应收账款周转率 ● 存货周转率 ● 流动资产周转率 ● 总资产周转率	● 营业成本与营业收入 ● 应收账款与营业收入的比 ● 存货与营业收入的比 ● 营业税金与营业收入比 ● 所得税与利润总额的比	● 销售增长指数 ● 边际毛利指数 ● 资产质量指数 ● 运转资本指数 ● 固定资产净额指数

【案例研究-02】

法务会计实务课案例研究

2010~2011-02

Practices of Forensic Accounting Case Study

2010~2011-02

“中国第一个裸账乡”的四川巴中市巴州区白庙乡

2010 年 1~10 月公业务费支出分析

自 2010 年 2 月四川巴中市巴州区白庙乡在网上公开公业务费开支细目以来，被誉为“中国第一个裸账乡”的四川巴中市巴州区白庙乡，克服各种困难，坚持每月都在网上公开上月的公业务费开支，包括招待上级官员的烟酒也不例外，在全国引起强烈反响。

阳光是最好的防腐剂，公开是最有力量的监督者。白庙乡政府将公务开支“全裸”示众的故事，尽管诠释的是现代社会民主治理的常识，在中国国情之下，却凸显了主政者英勇无畏锐意改革的胆识和气质，具有难能可贵的开拓意义和示范价值。

请通过四川巴中市巴州区白庙乡的网站：http://www.bzbmx.com/ 下载该乡政府 2010 年 1-10 月公业务费支出的统计表格，运用所学的财务分析技术方法对该乡公业务费支出情况进行全面分析（分析的思路与方法不限），并写出图文并茂的分析报告以及你自己对分析结果所引发的思考。

【案例研究-03】

法务会计实务课案例研究

2010~2011-03

Practices of Forensic Accounting Case Study

2010~2011-03

Benford's Law 的验证性测试

【要求 1】：根据任务分配表给你分配的数据类型在网上收集下载样本数据（选取的样本数据不得少于 1000 个，越多越好），对其进行 Benford's Law 的验证性测试，写出对测试结果的分析意见。

推荐检索途径：http://tjsj.baidu.com/　　http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/

【要求 2】：就案例 1 你所选择的上市公司的财务报表的全部数据进行 Benford's Law 的验证性测试，并提出你的分析意见。

【要求 3】：就历次《法务会计》课堂上同学们提交的随机数据（见附件）进行 Benford's Law 的验证性测试，并提出你的分析意见。

在上述要求 1~3 中，请填制下列统计表格：

第 1 组样本：

数据首位数	频数	频率%	Benford's Law	差异
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
合计：		**100%**	**100%**	

第 2 组样本：

数据首位数	频数	频率%	Benford's Law	差异
1				
2				
3				
4				
5				

6				
7				
8				
9				
合计：		**100%**	**100%**	

第 3 组样本：同学参与制作的模拟数据样本

数据首位数	频数	频率%	Benford's Law	差异
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
合计：		**100%**	**100%**	

【案例研究-04】：

法务会计实务课案例研究

2010~2011-04

Practices of Forensic Accounting Case Study

2010~2011-04

运用计算机辅助审计软件（CAATs）发现舞弊的线索

请运用适当的技术与软件工具（Excel, Active Data for Excel, IDEA）对附件中提供的某公司全套交易数据进行分析，指出其中可能存在的舞弊。具体的分析思路与方法不限，但是得出的结论需要有充分的分析证据支持（建议大家进行以下测试：重复性测试、空缺测试、时效分析、分层分析、统计分析、过滤分析、奔福德定律分析等），请将分析结果写成简要的分析报告。

数据资料（请双击下列数表或直接从公邮上下载）：

记账人	供应商代码	供应商	发票日期	发票号码	支票号
MIA	9261	PENNY CILLIN	2004-1-7	5750MCC	B52166
KSA	2149	JOHN PETERSON	2004-1-8	54976/10	B52117
MIA	2082	TIMEX INC.	2004-1-13	BUR1345-G	A52672
ERIC	4020	SAAN STORES LTD.	2004-1-11	10010 A	B52128
MIA	7000	POLLY GUNN	2004-1-10	97/1247/A	B52144
CW	3200	MULTI-LINGUAL TEK INC.	2004-1-12	316/4/QPZ/1	B52123
CW	6060	WANDA FARR	2004-1-9	9359 NL	B52139
MIA	1181	LOCKSMITH SERVICES LTD	2004-1-19	WNZ28C	A52640
MIA	9210	N RICH	2004-1-4	51505	B52146
CW	2041	SWISS ARMY INC.	2004-1-18	566698T	A52650
SOUB	2053	JOHN PETERSON	2004-1-2	IN 6428 97	A52662
CW	9421	TREVOR WILLS	2004-1-1	51516	B52170
MIA	2002	GUESS INC.	2004-1-20	81340	A52642
KSA	9222	CARTER BOUT	2004-1-16	TJ9732	B52153

五、参考文献目录

1. Howard R. Davia Fraud Detection and Control WILEY 2000
2. W.Steven Albrecht Fraud Examination & Prevention THOMSON 2004
3. Howard Silverstone Forensic Accounting and Fraud Investigation WILEY 2004
4. George A. Manning Financial Investigation and Forensic Accounting CRC Press LLC 2000
5. Malcolm W. Browne. 1998. Following Benford's Law, or Looking Out for No. 1. The New York Times, Tuesday, August 4
6. David Coderre. 2001. Fraud Detection: Using Data Analysis Techniques to Detect Fraud, Global Audit Publications (GAP).
7. Ted Hill. 1998. The first digit phenomenon, American Scientist 86 (July-August 1998), p. 358.

《民法实务》教学大纲

费安玲　编写

目　录

前　言.....1093
一、教学目的和要求.....1093
二、教学条件.....1093
三、课程基本内容设计.....1094
四、教学进程及课时安排.....1094
五、教师的知识储备、能力结构和学生先修课程的要求.....1094
六、课程设置.....1094
第一部分　民法实务的基本理论.....1095
第二部分　非诉讼实务教学（14 学时）.....1096
第三部分　诉讼实务教学.....1097

前　言

课程名称：《民法实务》
课程编号：402010052
学　　分：2 学分
总 学 时：36 学时
适用学院：法学专业
先修课程：《民法学原理》、《民事诉讼法学》

一、教学目的和要求

（一）教学目的

《民法实务》课程建立在学生已经系统学习和掌握了民法基本原理以及民事诉讼程序、仲裁程序、证据法的原理基础上，从实务、案例分析等角度对相关知识尤其是民法学知识的继续性学习和深化。该课程的教学目的旨在提高学生运用民法学原理与理论对具体问题进行分析、解决疑难问题的能力，具备“明白法理、熟悉法律、会运用民法理论和法律分析问题和解决问题”的素质。

《民法实务》课程的教学，坚持理论联系实际的宗旨和灵活的教学方法，注意发现学生理解分析民法理论问题上的缺陷和不足，通过对案例的解析、讨论帮助学生解决过去学习民法理论上存在的问题，培养学生的综合分析问题的能力

通过在课堂上对民商事活动所涉及的合同谈判、民法实际案例的讲解、分析、组织学生讨论，进行方法论方面的教授和训练，使学生进一步加深对已学过的民法理论的理解，初步形成民法的思维方式，能够自觉、较好地运用民法理论和民事法律分析、解决民事疑难问题，达到教学目的。

（二）教学要求

通过本课程的教学，要求学生做到：

1．了解我国民法实务中对民法主要问题的认识，提高理论联系实际的能力，重点在于将民法理论的内容感性化，并提高在实际运用中理解和适用法律的能力。

2．了解民法基础理论在民法实践中的作用；进一步加深对已学民法理论的认识，巩固以前的的学习成果；通过对实践案例的分析，掌握体系化学习运用民法的能力。

3．学会在实际运用中适用民事法律、熟悉民法实务。

二、教学条件

（一）人数与教室

采用 20 人至 30 人小班教学，使用小教室或模拟法庭。

（二）学习方法

1．理论与实务相结合的学习方法。在学习过程中，教师将根据民法实务训练中涉及的理论问题，给出 2—4 个研究题目安排学生进行小型学术论文的写作，使得学生受到实务和理论研究两个方面的综合训练。

2．集中学习与分组训练相结合的学习方法。在课堂学习中，教师要根据课程内容适时安排集中课堂学习与分组训练、分组讨论。

3．多媒体式教学与训练的学习方法。充分利用多媒体方式，用以展示学习的内容如公共危机的法律处理方案、法律意见书、诉讼文书等。

4．课堂训练与法庭观摩相结合的学习方法。以课堂训练为主，训练学生的实务技巧。在条件适宜的情况下也可以组织学生在法院进行庭审活动的实地观摩，使学生获得实务感性知识。

5．课堂上训练与课外训练的结合。设计适当次数的课堂训练和课外作业。既有学生个人单独训练项目，又有小组合作或者自由组合训练项目。

三、课程基本内容设计

本课程结合民法基本理论进行民法实务教学。主要内容包括：

（一）法律业务之谈判

（二）非诉讼之法律业务

1．公共危机的法律处理

2．法律意见书

（三）诉讼与仲裁代理业务

上述内容的讲授应当围绕民法核心制度的基本原理，注重对运用民事法律关系理论分析和解决疑难问题的发现能力、分析能力和解决能力的培养。从培养前述“三个能力”的角度进行系统的讲解和训练，对具有典型性、现实性、特殊性、交叉性的高难度民事法律问题，采取示范性教学与训练。

四、教学进程及课时安排

（一）教学进程

分为三个阶段：第一阶段——法律业务之谈判的理论、基本方法论的学习和训练；第二阶段——在教师指导下，学生独立选题并对其收集的公共危机典型案例和需要提供法律意见的案件进行分析、讨论并提出其法律意见；在学生之间进行相互评论；第三阶段——每个学生均作为一个角色全程参与模拟诉讼案件或仲裁案件的审理活动中；适时组织观摩社会实践和模拟实际进行操作训练阶段。

（二）课时安排

本课程为选修课，计划总学时为 36 学时，其中三分之一的学时为教师在课堂上的理论讲授和学生少量的训练；三分之一的学时为学生在课堂上对典型案件的分析、研究、讨论，进行分析解决典型、疑难案件方面的训练；三分之一时间为学生写作和组织模拟法庭、观摩人民法院开庭或社会调研。

五、教师的知识储备、能力结构和学生先修课程的要求

本课程的教学，要求教师具备比较全面的民法理论和经验，具备民事诉讼法及其他部门法的相关知识和经验，使得学生能够通过教师的教学理清不同法律关系之间的差别，在运用实体法的同时了解一些程序法上的情况。还需要教师掌握国内外的最新理论和实务上的一些前沿问题的知识。

《民法实务》课程的教学方法，主要采用课堂讲授、解决实务问题的方法，对典型民法实例进行课堂讨论的方法，学生亲历实践（实践的方法可以采用模拟法庭、旁听法院的开庭、实践调查、辩论赛等）的方法等，因此，要求教师须有一定的法律实务能力。

学习本课程的学生，应当先修过实体法、程序法等课程，尤其是民法与民事诉讼法课程。

六、课程设置

第一部分　民法实务的基本理论

（一）课时分配

共 12 学时

（二）学习目的与要求

通过本部分内容的学习，向学生介绍有关民法实践中存在的一些基本问题。突出这些问题的普遍性。这部分的内容学习可以在本课程讲述的前段做专门的讲述，有些内容的讲述应当贯串于整个课程中。目的是使学生掌握民法实务分析的基本方法，并能运用到实例分析中。实例分析是民法实务课程的主要内容，教师应当在整个课程中，选取部分案例作实例分析，基本体系可以采用民法理论的结构体系作相应的安排，也可以用一些综合性的案例来作讲授。讲授的重点应当是让学生对法律关系的有正确的判断，每次案例教学应当讲明几个基本理论上的问题。在讲述中，应当教会学生应对案例中的条件变化，切忌机械的教学方法。

（三）具体内容和课时配置

1．民事法律关系的一般方法论（2 学时）

掌握民事法律关系与其他法律关系在实务中的不同，能使学生分清案件中的不同法律关系之间的边界划分。对法律关系分析认识的混乱是学生容易产生的错误的根源。因此教师应当通过教学是学生具备分析该问题的能力。法律关系认识错误也是目前司法实践中形成一些错案形成的主要原因之一，对此应当有具体案例帮助学生认识理解该问题的重要性，应当详细讲解。

2．民事法律法规的适用（2 学时）

学习民法应当注意法律的适用。围绕民法的法源有很多种，法律法规之间的冲突和价位关系是需要学生了解和掌握的。实务中有许多案件的争议点是由此产生的。应当让学生在接触实际案件的同时，形成正确的认识，这对于学生认识理解民事法律，提高他们依法分析和讨论案件，打下扎实的功底。

3．民法实务的方法论（2 学时）

在这部分的教学中主要由教师向学生介绍民法实务的学习方法和民法实务中的存在问题以及帮助学生掌握用民法理论解析实例的思路及技巧。

介绍一些法学分析方法，应当使学生真正认识理论与实践结合的重要性，教师应当以自己参与立法或司法实践的切身体会使学生感受到理论对实践的指导和实践对理论的检验作用。

4．民法实务中的证据问题（2 学时）

证据问题常常被学生简单的理解为程序问题。在讲授本内容时，应当让学生感受到证据问题并非只在程序上存在，需要学生理解证据在实务中的实体法上的意义。

5．民法中的其他问题在实务中的表现（4 学时）

这部分的教学教师可以根据具体情况自行安排教学内容。

第二部分　非诉讼实务教学（14 学时）

（一）课时分配

共 14 学时

（二）学习目的和要求

1．学习主要目的。检验学生学习民法理论后，对实践中发生的非诉讼法律实际现象是否能够发现法律问题、运用民法学、商法学等基本理论去分析并提出解决问题。

2．要求每个学生必须参与一个训练小组，参加有关法律谈判、公共危机案例和法律意见书等非诉讼活动相关信息的收集、分析、提出解决方案的全过程，使学生在该训练过程中提高自己的敏锐观察力、灵活性、逻辑性、思辨能力和解决问题的能力。

3．通过训练，不仅强化每个学生的法学专业素养，而且强化学生的团队意识与协作精神。

方法：1）课堂上的训练与课外资料的收集、整理相结合；2）口头阐述与 ppt 文件设计与写作相结合；3）观摩与评论相结合；4）案例分析与小型学术论文写作相结合；5）其他适宜的方式。

（三）具体内容

1．案例选取

选取一定有代表性的训练案例，其应当主要具有如下特点：

（1）案例的代表性。即案例能够比较集中反映民法学领域内某一方面的具有一定难度的问题如物权、合同之债、侵权之债等领域内的具有进行分析、研讨可能性的问题。

（2）案例的综合性。即案例涉及的问题应当具有问题多元化特点，以便体现出民法问题的复杂性特征（有些可能涉及民法与其他法律的交叉）。

（3）案例可讨论性。可讨论性主要是选取的案例不能是过于简单或答案简单，而应当从多方面能够给学生以思考的空间，并且应当有可以给予学生创新、发挥想象的空间余地。

2．训练课的主持

目的：注意对学生的综合素质的教育培养，使学生分清什么是法律问题，什么是法律以外的问题。

方法：教师主持与学生主持交互进行。

3．学生讨论

在训练中，应当以学生阐释自己对案例的看法、分析及评论为主，同时教师应当注意适当的引导和提出问题，以帮助学生解决一些普遍存在的问题。

4．教师的评析

（1）民法实务的解题思路及技巧

向学生介绍实例分析的基本出发点，教会学生掌握解题思路。民法实务课程应当重视学生的解题思路的指导，学生往往在这个问题上表现较窄的认识思路，因此，教师应当起到帮助扩展学生的思路的作用。

（2）教会学生正确理解民法实务与综合分析能力的关系。

实务问题往往是综合性问题，学习民法实务可以检验学生综合知识水平和综合问题的分析能力，因此，在学习中首先应当让学生看到自己在这方面的欠缺和不足，其次，应当教会学生全方位、立体化的分析某个案件。

民法实务课程是需要学生参与互动的课程，因此，课堂上应当尽可能的采用讨论的方式，讨论可以使学生深入案件本身，也可以提高学生的参与兴趣，讨论后，教师应当作讲解，但不一定给出完全的答案，以利于学生可以为此进一步思考。

第三部分　诉讼实务教学

（一）课时分配

共 10 学时。

（二）学习目的与要求

该部分的内容教学主要目的是让学生通过自己对诉讼或仲裁活动的模拟参与而加强对民法理论的感性化认识，巩固学生所学的民法理论知识，并学会灵活的运用。学习该部分的内容时，教师应当充分发挥学生的主观能动性，教师应当及时发现学生学习中暴露出的学习上的问题，及时予以解决。

（三）学习形式

该教学内容的形式可以包括：安排学生进行诉讼或仲裁法律文书的起草、举办诉讼或仲裁模拟庭审活动、旁听法院的开庭等。

1．对诉讼或仲裁法律文书的起草应当采取如下原则：1）自主写作与范本指导相结合；2）个人写作与小组写作相结合；3）此组写作与彼组评论相结合。

2．实施模拟庭审的目的在于使学生能系统运用、掌握民法学理论知识和技能，为其在今后社会实践运用找到初步的感性认识，是进行本科的民法学实践性教学环节阶段的操作训练。模拟庭审应当选取一件民商事案件进行实际操作训练，其模拟庭审方式可以采取模拟诉讼或模拟仲裁。模拟庭审活动应当避免形式主义。模拟庭审的材料应当采用原始的案件材料，以便给学生真实、客观的感觉，同时也可以以将实践中一些客观存在的问题直接暴露给学生，更可以使学生接触真实、灵活思辨。教师对模拟庭审活动的组织应当重在发挥学生的主观能动性，在给予具体指导的同时切忌包办。教师应当尽可能的发挥学生的自主、创新能力，为学生因承担模拟庭审的角色不同而有不同的辩论思路提供自由空间。

模拟庭审的内容重点应当放在法庭事实调查过程中的举证责任和证据质证和认定、法庭审理中辩论。在组织模拟庭审过程中，教师可以将与模拟庭审有关的法律文书写作作为课堂练习作业布置给学生。

3．旁听法院开庭也可以作为教学的方法之一，但是教师应当作讲评和指导。

《金融法实务》教学大纲

贺绍奇　编写

目　录

前　言 2
教学目的和基本要求 2
课时安排及课程的主要内容 2
第一章　金融法实务概述 3
一、金融服务业发展概述 3
二、法律实务对能力和技能要求 3
三、学习与研究方法 3
扩展读物： 3
第二章　权益性融资法律实务 4
一、权益性融资概述 4
二、权益性融资案例分析 4
三、模拟实训 4
四、课后作业评析 4
扩展读物： 4
第三章　债务性融资法律实务 5
一、债务性融资概述 5
二、案例分析与讨论 5
三、模拟实训 5
四、作业评析 5
扩展读物： 5
第四章　与投资服务有关的法律实务 6
一、投资服务业概述 6
二、案例分析与讨论 6
三、模拟实训 6
四、作业评析 6
第五章　金融机构合规管理法律实务 7
一、合规管理概述 7
二、案例分析与讨论 7
三、模拟实训 7
四、课后作业评析 7
扩展读物： 7
第六章　金融创新与最新法律发展 8

前　言

教学目的和基本要求

金融法实务是一门培养学生理论联系实际、分析和解决具体问题所必备实务操作能力和技巧的应用课程。目前，金融行业就业和非金融行业对法律专业人才的需求日渐增加，并成为法律专业学生本科和研究生就业一个主要去向，因此，本课程就是为学生谋求到这些行业和岗位就业提供基础训练和培训，以提升他们在就业市场的竞争力和更好适应未来工作。

从事金融有关法律实务对学生综合素质和能力具有极高的要求，相对于其他行业，金融服务业在我国是一个处于快速成长阶段的行业，金融行业创新速度和变化也非常迅速，因此，在本学科教学计划安排中，课程是以行业最新发展变化对法律专业人才的需求作为出发点，尽可能贴近市场需求来对学生实务操作能力和技能进行培训。为此，课程以案例分析和讨论作为课程主要内容，要求学生课外准备、课堂参与和课下补充和完善相结合，尽可能模拟实战场景、扮演具体角色方式进行训练。教师主要职责不是课堂知识的系统讲授，而是重心放在案例采集、取舍、编撰和教案设计，课堂对案例讨论与分析的主持与引导，课后作业和联系的评阅与批改，并针对教训中发现学生素质与能力欠缺与薄弱地方有针对性调整培训内容，在条件下允许情况下，针对个别学生进行特别辅导和强化训练。

总之，本课程要求学生学习掌握作为一线工作人员进行方案（合约）设计、作为后台工作人员进行法律把关与管理、作为独立专业人士处理纠纷等操作能力。

课时安排及课程的主要内容

开课前摸底测试 2 课时。

摸底测试是通过案例分析测试来了解学生法学功底、综合素质、理论联系实际、分析和解决具体实务问题上能力与技能水平，更主要是要掌握和分析学生实务操作上需要掌握和加强的技能，以便加强今后教学的针对性。

第一章　金融法实务概述

本章共安排 4 个课时。

教学目的和要求：要求学生对金融服务业过去、现在与未来有一个框架性的掌握和了解，明白该行业对法律专业人才实际需求，对素质、能力与技能的要求，以及如何具备这些素质、能力和技能的学习与研究方法。

一、金融服务业发展概述

金融服务业正处在资本密集型向知识密集型高端服务业发展，高附加值的咨询服务、风险管理、资产管理等服务在金融服务机构收入中占比日益提高，而且随着经济全球化、信息化和金融创新加速，金融服务业传统行业划分的界限也日渐消消失，金融服务业各行业之间和国家之间竞争都更趋激烈。

随着我国经济发展方式转型，金融服务业的发展将成为引领我国经济持续发展的新增长点，对我国社会经济发展贡献与比重将越来越大，在提升我国整体经济国际竞争力和维护国家经济安全方面发挥作者也越来越重要。

二、法律实务对能力和技能要求

从整个行业态势上来看，在决策、立法、监管、司法以及金融机构运营管理以及提供独立第三方法律专业服务等各个层面，法律专业人才参与的深度与广度、应当发挥作用都还远未满足我国金融服务业发展的要求。其中原因非常复杂，但有一点是非常肯定的，我国金融服务业发展在上述各个层面对法律专业人才需求将呈现上升趋势，而我国现行供给层面还远远不能满足这个需求，其中一个主要原因就是法学院输出的毕业生的专业素质与能力与需求匹配上还不衔接。

从事与金融有关法律实务的专业人才除了具备法律专业人士所具有综合素质和能力外，还需要具备经济、金融和行业基本知识；此外，金融法律实务通常需要不同专业背景人士进行合作，沟通与协调能力非常重要，而且，由于金融实务还涉及到合约设计、合规管理与监管等实务，所以，这还要求具备方案、合约整体设计，政策、规章草拟以及参与产品和商业模式开发、规划的管理能力。

三、学习与研究方法

要求学生扩大阅读范围和研究视野，学习和掌握经济、金融与金融服务行业基本知识，弄清楚有关原理。

课堂讨论与课外准备密切配合。每次课前，老师把分析要讨论案例、相关文献和要讨论主要问题先发送给学生，课堂上主要进行分析和讨论。

模拟训练。讨论结束后，是模拟实务操作训练（主要是通过书面方式进行），通过对模拟训练结果进行评析来帮助学生评估自己存在不足，改进和提高其需要掌握的实务技能。

扩展读物：

项俊波：《现代金融市场知识手册》

吴晓灵：《中国近同体制改革 30 年回顾与展望》

第二章　权益性融资法律实务

本章安排四个课时

教学目的与要求。让学生掌握直接融资基本知识、直接融资法律方案的起草与设计、具备解决直接融资涉及到各种法律问题的素质与能力。

一、权益性融资概述

概述部分主要阐释权益融资特点、主要融资工具以及它们的风险与收益特点、法律特征以（同其他融资模式与手段比较视角）及合约谈判和设计中需要解决的主要法律问题。通过讲授，让学生掌握权益性融资基本知识框架。

发送讨论课案例资料和准备讨论的问题，让学生预习和准备。

二、权益性融资案例分析

课堂案例分析和讨论。教师引导学生就事先准备好的问题和阅读材料，分析和讨论涉及到各种法律问题以及可能解决策略与方案，引导和主持学生进行辩论，加深对问题的认识，激发学生思考与创新。

三、模拟实训

模拟实训要求学生在课后开卷完成。根据讨论结果，就案例涉及到主要问题，要求学生模拟特定工作场景和分别扮演融资者与投资者的律师角色。在设定了控制条件情况下，草拟法律解决方案、设计合约文本，进行模拟实战演练。

四、课后作业评析

2 课时。因时间安排的需要，课后作业评析在第三章债务性融资概述讲授时收回，并在随后一周进行评析，所以这两课时计算在本章中，但顺序上是在债务性融资概述讲授完后进行。

扩展读物：

邹菁：《私募股权基金的募集与运作：法律实务与案例》，法律出版社 2009

(美) 戴维·格拉斯通, 劳拉·格拉斯通著，《风险投资操作手册》，北京大学出版社 2008

第三章　债务性融资法律实务

本章 6 课时。

教学目的与要求。本章是让学生掌握债务性融资基本知识、债务性融资法律实务操作技能。要求学生在经过讲授、案例讨论与模拟训练后，具备设计、审查和处理有关法律纠纷的能力。

一、债务性融资概述

2 课时。概述部分主要阐释债务性融资特点、主要融资工具以及它们的风险与收益特点、法律特征以（同其前一章权益性融资进行比较）及合约谈判和设计中需要解决的主要法律问题。通过讲授，让学生掌握债务性融资基本知识框架。

发送讨论课案例资料和准备讨论的问题，让学生准备和预习。

二、案例分析与讨论

2 课时，教学方法与安排与前面案例分析与讨论基本相同。

三、模拟实训

不占课时，讨论课后布置，与前面模拟实训安排基本类似。

四、作业评析

2 课时，在投资服务业概述讲授后下一周进行。

扩展读物：

张鹏翔：《银行贷款法律实务》，上海财经大学出版社，2007 年版。

第四章　与投资服务有关的法律实务

本章 6 课时。

教学目的与要求：要求学生了解和掌握有关投资服务业的基本知识、投资服务业实务操作中涉及到的主要法律问题、投资服务业涉及主要法律问题以及我国现行立法和监管现状、存在问题和发展动态。

一、投资服务业概述

2 课时。介绍投资服务业的产生、发展以及投资服务业在金融服务业中和整个国民经济中地位与贡献，投资服务业实务中涉及到主要法律问题、投资服务业立法与监管历史、现状与未来。

布置和发送案例分析与讨论的资料，要求学生思考和准备讨论的问题。

二、案例分析与讨论

2 课时。教学方式和具体安排与前面案例分析与讨论类似。

三、模拟实训

不占课时，课后完成。具体教学安排与前面同样教学基本相同。不过，在本部分模拟实训中，要求学生扮演的角色是作为独立裁判——法官的角色。

四、作业评析

2 课时。作业交上来后，穿插在下一次课后一周进行。

第五章　金融机构合规管理法律实务

本章 6 课时。

教学目的与要求：要求学生掌握合规管理的概念、合规管理涉及主要内容、合规管理的重要性以及我国关于合规管理立法与监管等基本知识，掌握作为一个管理者从事合规管理所具备基本技能。

一、合规管理概述

2 课时。介绍合规管理概念、由来以及发展，合规管理目标、主要内容以及确保金融安全和金融稳定上重要性，合规管理在我国的发展、立法以及监管。

二、案例分析与讨论

2 课时。提供真实案例，让学生在课堂上以一个合规管理者的角色或监管者角色来对案件当事人（金融机构）合规管理存在问题进行诊断和讨论。

三、模拟实训

不占课时，课后进行。让学生根据课堂讨论的结果，以一个合规管理者身份就案例中涉及到问题，提出改进与完善方案和建议。

四、课后作业评析

2 课时。穿插在下次概述课后的后一周进行。

扩展读物：

黄毅等著：《合规管理原理与实务》，法律出版社，2009。

第六章　金融创新与最新法律发展

本章为 4 课时。

教学目的与要求。本章是就金融服务业最新发展趋势进行的专题讲座，以讲授为主。通过这个过程要求学生养成适时跟踪和掌握金融服务业和金融法最新发展动态，不断提升、更新自己的知识结构。

课程内容主要集中在两个方面，一是金融创新与金融服务业最新发展以及提出新的法律问题；二是金融法和金融监管最新改革及发展。各安排两个课时。

剩余最后两课时留给期末测试。

《经济法研讨课》教学大纲

薛克鹏　郑俊果　编写

目　录

前　言 2
专题一　经济法产生和发展问题研讨 3
教学目的和要求 3
研讨内容 3
复习思考题： 3
参考文献目录： 3
专题二　经济法的概念、特征和体系研讨 4
教学目的和要求 4
研讨内容 4
复习与思考题 4
参考文献目录： 4
专题三　经济法地位研讨 5
教学目的和要求 5
研讨内容 5
复习与思考题 5
参考文献目录： 5
专题四　经济法理念和原则研讨 6
教学目的和要求 6
研讨内容 6
复习与思考题： 6
参考文献目录： 6
专题五　经济法律关系研讨 7
教学目的和要求 7
研讨内容 7
复习与思考题 7
参考文献： 7
专题六　经济法责任研讨 8
教学目的和要求 8
研讨内容 8
复习与思考题 8
参考文献目录： 8
专题七　经济法实施问题研讨 9
教学目的和要求 9
研讨内容 9
复习与思考题 9
参考文献目录 9
专题八　市场监管法律问题研讨 10
教学目的和要求 10
研讨内容 10
复习思考题： 10
参考文献目录： 11
专题九　宏观调控法律问题研讨 12
教学目的和要求 12
研讨内容 12
复习思考题： 12
参考文献目录： 12

前　言

课程性质：法学本科专业选修课。

授课对象：法学专业已修过经济法总论、民法、商法和行政法等课程的学生。

课程简介：本课程是为我校法学本科开设的以研讨为主要教学方法的选修课，目的是：（1）培养和训练学生从经济法角度分析案件和解决案件的能力；（2）培养学生用经济法理论分析和解决社会问题的能力；（3）培养和训练学生在传统法学理论基础上进行创新性思维的能力；（4）培养和训练学生研究经济法理论问题和实践问题的能力。本课程的授课方式是：在授课教师主持和引导下的研讨，必要时可以辅之以社会调查的方法。课程课内容研讨内容涵盖经济法基本原理、国内外重大和典型案例以及经济和社会问题等，具体内容由教师进行选择，或者教师和学生共同选择。

考核方法：考察。

教学时数：18 周，36 课时。

参考教材：徐孟州著：《经济法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2006 年版。

专题一　经济法产生和发展问题研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，掌握经济法产生的原因和发展轨迹，并对我国现阶段的社会的经济、政治和法学特点进行分析，理解经济法在我国存在的经济和社会基础。

教学时数：3 课时

研讨内容

一、经济法产生的国家和时间

(一)　经济法产生的国家

(二)　经济法产生的时间

二、“战争经济法”和“危机对策法”的性质

（一）战争经济法的性质

（二）危机对策法的内容和性质

三、经济法产生的原因

四、中国经济法的产生

（一）中国现阶段的经济和社会特点

（二）从经济法产生的阶段和规律看，中国现阶段是否需要经济法

五、授课教师认为需要研讨的问题

复习思考题：

由授课教师根据研讨情况确定。

参考文献目录：

1、[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版。

2、[美]伯纳德.施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1994 年版，1997 年 4 月第 2 次印刷。[日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社 1985 年版。

3、[法]阿莱克西.雅克曼　居伊.施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆 1997 年版。

4、史际春主编：《经济法总论教学参考书》，法律出版社 2000 年版。

5、魏琼著:《西方经济法发达史》，北京大学出版社 2006 年版。

6、张寿民主编：《外国经济法制史》，华东理工大学出版社 1996 年版。

专题二　经济法的概念、特征和体系研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握经济法由哪些法律构成以及如何定义，掌握经济法的基本特征，并能对具体法律规范的法律属性做出正确判断。

教学时数　3 课时

研讨内容

一、经济法定义研讨
(一) 关于国外经济法定义的研讨
(二) 关于我国学界经济法定义的研讨
(三) 关于经济法的调整对象
二、经济法特征的研讨
(一)　政策性
(二)　经济性
(三)　其他特征研讨
三、关于经济法外延研讨
(一) 经济法外延的范围
(二) 经济法外延和商法、行政法外延的关系
四、经济法体系研讨
(一) 建立经济法体系的标准
(二) 市场监管法的范围
(三) 劳动法、环境法是否属于的监管法
(四) 宏观调控法的范围
五、授课教师认为需要研讨的和本专题有关的理论或实务问题

复习与思考题

可由授课教师根据研讨情况确定思考题目。

参考文献目录：

1、[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米键等译，中国大百科出版，第 65-68 页。
2、[法] 阿莱克西.雅克曼　居伊.施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆，第 83－84 页。
3、[日] 金泽良雄：《当代经济法》，刘瑞复译，辽宁人民出版社 1988 年版，第 5-12 页。
4、[日] 厚谷襄儿 丹宗昭信：《现代经济法入门》，李锡忠等译，群众出版社 1985 年版。
5、潘静成、刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
6、薛克鹏：《经济法的定义》，中国法制出版社 2003 年版。

专题三　经济法地位研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握经济法的社会法属性以及与公法和私法的关系，特别是正确认识经济法和民法、商法以及行政法之间的关系。

教学时数　2 课时

研讨内容

一、社会法问题研讨

二、经济法和其他法律的关系

(一)　经济法和民法关系

(二)　经济法和商法关系

(三)　经济法与行政法的关系

三、授课教师认为需要研讨的和本专题有关的问题

复习与思考题

授课教师根据研讨情况确定思考题目。

参考文献目录：

1、 赵红梅：《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》，中国政法大学出版社 2009 年版。

2、 [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版。

3、 [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 版。

4、 [德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版。

5、 江平：《民法学》，中国政法大学出版社 2003 年版。

6、 董保华：《社会法原论》，中国政法大学出版社 2001 年版。

7、 赵旭东：《商法学教程》，中国政法大学出版社 2004 版。

专题四　经济法理念和原则研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握经济法的基本理念和原则。

教学时数　3 课时

研讨内容

一、 实质正义
二、 社会本位
三、 国家适度干预
四、 社会公共利益

复习与思考题：

授课教师可根据研讨情况确定思考题目。

参考文献目录：

1、[英]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版。
2、 [英]洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆 1997 年版。
3、江山：《法的自然精神导论》，中国政法大学出版社 2002 年版。
4、[日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社 1994 年版。
5、[美]伯纳德.施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1994 年版，1997 年 4 月第 2 次印刷。

专题五　经济法律关系研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握经济法的主体、客体以及权利和义务。

教学时数　3 课时

研讨内容

一、经济法的主体

(一)　经济法的主体类型

(二)　市场监管法中的主体及其结构

(三)　宏观调控法中的主体及其结构

(四)　政府在经济法中的地位

(五)　社会团体在经济法中的地位

二、经济的客体

(一)　经济法客体的类型

(二)　经济法客体和民法客体的区别和联系

三、经济法的权利和义务

(一)　经济法中的权利和义务即二者关系

(二)　经济法义务和企业社会责任的关系

(三)　经济法和权力的关系

四、授课教师认为和本专题相关并需要研讨的问题

复习与思考题

授课教师根据研讨情况确定。

参考文献：

1、[古罗马]西塞罗：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社 1999 年版。

2、[美]罗纳德.德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，2002 年 7 月第 2 次印刷。

3、张文显：《法哲学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。

4、张恒山：《义务先定论》，山东人民出版社 1999 年版。

专题六　经济法责任研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握并运用经济法责任。

教学时数　2 课时

研讨内容

一、对现有经济法责任理论的评价
（一）经济法责任的形式
（二）经济法责任的特点
二、经济法是否有独立的法律责任
三、经济法责任和行政责任的关系
四、授课教师自行确定的研讨内容

复习与思考题

授课教师根据研讨情况自行确定。

参考文献目录：

1、张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。
2、徐杰主编：《经济法概论》，首都经济贸易大学出版社 2002 年版。
3、刘瑞复：《经济法学原理》，北京大学出版社 2002 年版。
4、李昌麒主编：《经济法学》，中国政府法大学出版社 1999 年版。
5、杨紫煊主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社 1999 年版。
6、潘静成、刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版。

专题七　经济法实施问题研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生掌握经济法如何被应用到实际生活中去，掌握行政机关和司法机关与经济法的关系。

教学时数　2 课时

研讨内容

一、　经济法实施的基本模式
(一) 行政和经济法实施的关系
(二) 司法和经济法的实施
二、　公益诉讼和经济法
三、　集团诉讼和经济法
四、　宏观调控法的实施模式
五、　授课教师自行确定的研讨内容

复习与思考题

授课教师可根据研讨内容自行确定。

参考文献目录

1、张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 北京大学出版社 1999 年版，第二十五、第二十七、第二十八和第二十九章。

2、孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社 1994 年版，第二十章。

3、韩志红 阮大强著：《经济公益诉讼的理论与实践》，法律出版社 1999 版。

4、颜运秋著：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版。

5、李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社 2001 年版，第 627—704 页。

6、张守文著：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 467—563 页。

7、[日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》（增补本），王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版。

8、[意]莫诺.卡佩莱蒂编：《福利国家与接近正义》，刘俊祥等译，法律出版社 2000 年版。

专题八　市场监管法律问题研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生在研讨中掌握分析和判断垄断、不正当竞争、消费者和产品质量方面的理论和实务问题，进一步掌握用市场监管法的原理和规则分析和处理各个行业中问题的能力。

教学时数　8 课时

研讨内容

一、 反垄断法
(一) 中国的垄断和反垄断法特点
(二) 垄断案例和垄断问题研讨
(三) 行政垄断问题研讨
(四) 其他反垄断问题研讨
二、 反不正当竞争法
(一) 不正当竞争案例研讨
(二) 不正当竞争法律责任研讨
三、 消费者权益保护法律制度
（一） 消费者法体系
（二） 消费者权利和经营者义务研讨
（三） 消费者保护机制
（四） 现行《消费者权益保护法》问题研讨
（五） 消费者案例研讨
四、 产品质量法问题
（一） 现行产品质量法问题研讨
（二） 产品责任
（三） 产品召回
（四） 产品质量案例研究
（五） 食品和食品安全问题
五、 行业监管法律问题研讨
(一) 行业和行业监管法体系
(二) 行业监管法典型案例研讨
六、 授课教师自行选择的问题

复习思考题：

授课教师可根据研讨情况确定。

参考文献目录：

1. 孔祥俊著：《反垄断法原理》，法律出版社 2001 年版。
2. 孔祥俊著：《反不正当竞争法原理》，法律出版社 2001 年版。
3. 李昌麒 许明月：《消费者保护法》，法律出版社 1999 年版。
4. 张严芳：《消费者保护法研究》，法律出版社 2003 年版。
5. 张强等著：《市场经济与消费者保护》，中国经济出版社 1997 年版。
6. 刘文琦著：《产品责任法律制度比较研究》，法律出版社 1997 年版。

专题九　宏观调控法律问题研讨

教学目的和要求

通过本专题研讨，使学生进一步把握宏观调控法的体系，了解宏观调控实践和相关法律问题，培养学生认识和处理宏观经济问题的能力，使其能够站在国家高度思考经济和法律问题。

教学时数　6 课时

研讨内容

一、 宏观调控法基本问题
(一) 中国宏观调控的理论和实务问题
(二) 宏观调控法的体系
(三) 宏观调控法的实施机制问题
二、 中国财政法律问题
(一) 中国的财政和财政管理体制
(二) 中国财政法的作用
(三) 转移支付法的制定
(四) 政府采购法的性质
(五) 金融危机中中国政府救市行为的法律问题
三、 中国税收和税法问题
四、 国有资产管理法律问题
五、 货币调控法律问题
六、 政策性银行法律问题
七、 价格法律问题
(一) 经营者价格行为
(二) 政府定价行为问题
(三) 政府价格调控问题
八、 产业法和产业政策问题
九、 授课教师认为需要研讨的问题

复习思考题：

由授课教师根据研讨情况自行确定。

参考文献目录：

1．卢炯星主编：《宏观经济法》，厦门大学出版社 2005 年出版。
2．李昌麒主编：《经济法》，法律出版社 2004 年出版。
3．徐孟州著：《经济法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2006 年版。
4．王卫国 李东方主编：《经济法学》，中国政法大学出版社 2008 年出版。

5．杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社 高等教育出版社 2000 年版。
6.《产业政策法论》，载《中国法学》2003 年第 3 期。
7.《国民经济与社会发展第十一个五年规划纲要》（2006 年）。
8．刘隆亨：《中国财税法法学》，法律出版社 2004。
9．张守文主编：《财政法》，中国政法大学出版社 2005 年出版。
10．刘剑文主编：《民主视野下的财政法治》，北京大学出版社 2006 年出版。
11．徐孟州主编：《税法教程》，中国人民大学出版社 2006 年出版。
12．刘剑文：《税法基础理论》，北京大学出版社 2004 年出版。
13．张忠军：《金融监管法论》，法律出版社 1998 年出版》

《劳动法律诊所教育》教学大纲

金英杰　编写

目　录

前　言.....980
第一章　劳动法律诊所教育基本知识.....981
一、劳动法诊所教育课程概述.....981
二、劳动法诊所教育课程的教学方法.....981
三、劳动法诊所教学成果的介绍.....982
四、劳动法诊所的工作要求和工作规范.....982
第二章　劳动争议法律适用特点.....983
第一单元　剖析劳动争议法律适用的重点和难点.....983
第二单元　案例实务讨论.....983
一、给出典型三件案例实例，分组讨论法律适用的难点。.....983
二、各组代表总结分组讨论情况，教师评析。.....983
第三单元　师生相互提问，互动教学.....984
复习与思考题.....984
拓展阅读书目.....984
第三章　劳动争议案件的电话咨询.....985
一、咨询的概念.....985
二、劳动争议案件电话咨询的技巧.....985
第四章　劳动争议案件的接待来访咨询.....986
一、接待来访咨询含义.....986
二、劳动争议案件接待来访咨询的种类.....986
三、接待来访咨询目标.....986
四、制定劳动争议案件来访咨询计划.....986
五、劳动争议案件接待来访咨询的步骤.....986
六、劳动争议案件接待咨询的技巧.....986
七、接待来访咨询中的职业道德.....986
八、劳动争议案件会见证人的技巧.....986
九、劳动争议案件接待来访咨询模拟练习的评估和问题讨论.....986
第五章　劳动争议案件的事实调查.....989
一、事实调查的作用.....989
二、事实调查的模式.....989
三、劳动争议案件事实调查的要求.....989
四、劳动争议案件事实调查的技巧.....989
五、劳动争议案件事实调查的特点.....990
六、事实调查效果的评估.....990
第六章　劳动争议案件的谈判、和解.....991
一、谈判、和解的含义和作用.....991
二、劳动争议案件谈判的模式.....991
三、劳动争议案件谈判的步骤.....991
四、劳动争议案件谈判的技巧.....991
五、谈判中的职业道德.....991

六、模拟谈判评估及问题讨论.....991
第七章　开庭前的准备.....993
一、劳动争议案件庭审的目的.....993
二、劳动争议案件开庭前的准备.....993
第八章　模拟开庭及评估.....995
第一单元　选材与角色分工、开庭前准备.....995
第二单元　模拟庭审.....995
第三单元　庭后评价.....995
复习与思考题.....995
拓展阅读书目.....995
第九章　结　案.....996
一、结案后对裁判文书的分析.....996
二、如何撰写结案报告.....996
三、案卷的整理.....996
四、结案后的回访及后续工作.....996
第十章　办案中的合作.....997
一、合作的含义.....997
二、合作的价值.....997
三、合作的模式及特点.....997
四、合作中的冲突分析与解决.....997
五、合作的游戏.....997
六、合作中的问题及讨论.....997
第十一章　课程总结与评估.....998

前　言

劳动法律诊所教育课程与“专业实习”属同一课程组的课程，列入学校教学计划,是法学本科生实践必修课。课时为 90 课时，每周约 6 课时，其中课堂授课为每周 3 课时，实践课每周约 3 课时，学生学分按 5 学分计算。“法律诊所教育”又称“临床法学教育”，是在案例教学法基础之上发展生成的一种法学教育模式，主要是借鉴了医学院学生的临床实习手段，出发点是仿效医学院利用诊所实习培养医生的形式，通过指导法学院学生参与实际的法律应用过程来培养学生的法律职业能力，并为处于社会弱势群体的当事人提供无偿的法律援助服务。

教学内容有：劳动法律诊所教育的基本知识，劳动争议案件法律适用的特点，劳动争议案件的咨询，劳动争议案件的事实调查，劳动争议案件的谈判、和解，开庭前的准备，模拟开庭，办案中的合作，课程总结与评估。

本教学大纲编写人员：
金英杰 第一章、第五章、第七章、第十章
胡彩霄 第三章、第四章、第六章、第十一章
陆伟丰 第二章、第八章、第九章
统稿：金英杰

第一章　劳动法律诊所教育基本知识

本章教学目的和基本要求：在轻松的环境下使学生了解劳动法诊所教育课程的基本内容，理解劳动法诊所教育课程的教学方法，明确劳动法诊所的工作要求和工作规范，引发其参与的积极性。

重点和难点：劳动法诊所的教学方法和工作规范

教学方法：课堂讲授法、演示法。

学时分配：3 学时

一、劳动法诊所教育课程概述

（一）诊所法律教育的产生

“法律诊所教育”是在案例教学法基础之上发展生成的一种法学教育模式，主要是借鉴了医学院学生的临床实习手段，出发点是仿效医学院利用诊所实习培养医生的形式，教会学生能够“像法律职业者那样去思考问题”（Think like a lawyer）。通过指导法学院学生参与实际的法律应用过程来培养学生的法律实践能力。之所以被称为“诊所”，是因为它汲取了医学教育模式的经验,学生在有律师执业资格的教师的指导下处理真实的案件，“诊断”真实案件中的法律问题，开出解决案件问题的“处方”，并为处于社会弱势群体的当事人提供无偿的法律援助服务。

诊所法律教育不仅应帮助学生学习法律的操作实务，更主要的是培养法律人的职业责任感和社会责任感。

（二）法律诊所教育的特点

1．学生在开放的环境——真实的法律诊所学习；

2．课堂是虚拟的诊所；实践是真正的法律诊所；

3．注重实用性，实用主义成为诊所法律教育的理论支柱；

4．学生是法律诊所的主人，互动式教学，以学生为中心，学生广泛参与；

5．老师是法律诊所的指导者、引导者、辅助者、监督者和评价者。

6．诊所法律教育与法律援助相结合，理论与实践结合；

7．通过办理案件学习，在工作状态下学习，不是在学习状态下学习。

二、劳动法诊所教育课程的教学方法

“诊所教育” 的三种方式：

1．通过“平等对话”指导学生独立“做”；

2．通过典型案例指导学生正确地“做”；

3．利用疑难案例指导学生“做”的技巧。

（一）课堂教学的方式

1．课堂讲授法；

2．师生互动，诘问引导法；

3．与校外互动，专家传授法；

4．生生互动；

5．角色扮演；

6．情形模拟练习；

7．游戏启示法；

8．评估法；

9．观摩评议；

10．个案分析；
11．小组讨论；
12．学期总结。
（二）实践教学的方法
主要承接劳动争议案件，为弱势群体提供无偿的法律援助。
方法有：
1．带队示范法；
2．当事人参与法；
3．个案指导法；
4．成案反思法；
5．调查研究；
6．实案代理。
（三）学生成绩的评定——没有考试的考核
学生成绩评定的考虑因素：
1．值班情况；
2．论文质量；
3．课堂表现；
4．考勤；
5．发言情况；
6．制作文书；
7．协作公益；
8．职业能力；
9．综合。

三、劳动法诊所教学成果的介绍

四、劳动法诊所的工作要求和工作规范

工作内容：
1．网上回复；
2．电话答复；
3．来访接待，义务法律咨询；
4．代理仲裁 诉讼；
5．调解 谈判；
6．调查取证；
7．实习报告。
管理规则：
1．每课必到，遵守纪律,互相配合，团结协作；
2．记录：考勤记录，值班登记，记录咨询情况，档案管理，诊所的文件管理。

第二章　劳动争议法律适用特点

本章教学目的和基本要求：结合劳动争议法律适用的重点和难点，总结劳动争议法律适用的特点，培养学生驾驭法条与理论知识的能力，应用所学知识解决实际问题能力，对实践产生的难题进行理论思辨能力。其中抓住劳动关系辨别困难的现状，针对劳动法和相应法规与规章对劳动关系的认定尚无明确规定客观现实,深入探讨理论上对劳动关系的认定未达成一致的原因,力求将劳动关系与劳务关系、人事关系易于混淆等其他关系区分开。通过本章学习要使学生们全面了解立法于司法实践现状，在此基础上进行学理思考，以求形成个人一定的理论见解，并能较好应用于社会实践，解决实际问题。

重点和难点：劳动关系辨析和法律适用

教学方法：课堂讲授法、案例讨论法。

学时分配：3 学时。

【第一课时】了解现行有关劳动关系的法律规定及发展脉络，总结国内外相关理论制度。

【第二课时】结合案例实例讨论分析法律适用的难点和盲区。

【第三课时】讨论辩论立法与司法建议，归纳各种方案的利弊得失，总结法律适用的深层次理论问题。

第一单元　剖析劳动争议法律适用的重点和难点

一、结合课前作业让学生们分组提出有关劳动关系的法律规定，以及劳动关系、劳务关系、人事关系法律适用的区别。

1．如何对劳动关系进行科学定义，界定劳动关系有何现实意义？

2．劳动关系与劳务关系的区别有哪些识别要点？

3．劳动关系与人事关系的动态交叉轨迹是什么？

二、介绍劳动关系法律适用的发展及现状，延伸国外及港澳台地区的相关规定作法。

1．我国劳动关系的中国特色有何体现？

2．西方雇佣关系对我们有哪些启示？

3．港澳台地区相关规定的优劣判断。

第二单元　案例实务讨论

一、给出典型三件案例实例，分组讨论法律适用的难点。

1．包工头现象对法律适用的挑战。

2．转包工程现象对现行劳动法的挑战。

3．劳务派遣现象对现行劳动法的挑战。

二、各组代表总结分组讨论情况，教师评析。

第三单元　师生相互提问，互动教学

一、师生结合劳动争议法律适用的现存问题进行课堂讨论，提出各自观点方案，相互点评。

二、从理论层面分析法律适用症结的成因，探讨解决原则及路径。

复习与思考题

1．与劳动法调整的产业雇佣关系相联系的社会关系有哪些？

2．劳动关系的界定标准有哪些？

3．对双重劳动关系的认识。

4．劳动关系法律界定难点有哪些，如何解决？

拓展阅读书目

1．《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》载《中国法学》2005 年第 3 期，第 80 页—89 页。

2．关怀主编：《劳动法》中国人民大学出版社，2005 年 5 月第 2 版，第 16—18 页。

3．黄越钦著：《劳动法新论》中国政法大学出版社，2003 年 4 月第 1 版，第 18—20 页。

第三章　劳动争议案件的电话咨询

本章教学目的和基本要求：通过电话咨询练习使学生体会和掌握电话咨询的含义；咨询计划的制定；咨询的技巧；咨询中的职业道德以及相关问题的处理。

重点和难点：电话咨询的技巧。

教学方法：事先将背景材料给学生，课上采用讲授式、模拟式、诘问互动式、问题讨论式、评估式、游戏式、多媒体等方法。

学时分配：3 学时。

一、咨询的概念

咨询是律师业务的重要组成部分，是一种独立的律师技能，也是一种独立的法律服务方式。有其自身的规则和技巧。咨询是双向的、互动的、参与式的。包括电话咨询、来访咨询、来信咨询、在线咨询等。

（一）电话咨询中的职业道德

（二）电话咨询模拟练习

（三）电话咨询模拟后的问题讨论

二、劳动争议案件电话咨询的技巧

1．当我第一次接到咨询电话时，如何克服恐惧心理？

我是否听不懂他的语音？

我是否不能理解他的意思？

我根本不能解答他的疑问？

2．如何开头和结束咨询类的电话？

3．如果回答不了当事人的问题，怎么办？

4．如何询问？询问哪些基本信息？

5．接听电话应注意搜集哪些信息？记录哪些要点？ 如何记录？如何填写表格？

6．如何倾听？接听人员是否能在电话中表现出个人的职业素质？怎样表现的？

7．如何回答？怎样使对方感受到关心、同情和友善？回答哪些基本信息？

8．接听电话后如何与老师联系？如果认为有重要情况需要与老师联系，如何与老师联系？时间已是晚上 11 点，怎么办？向老师陈述哪些主要信息？

9．接听电话还应注意哪些问题？你正在接听电话，有人来访如何处理？在接电话的同时又有人打来电话如何处理？正在接待当事人有人电话咨询如何处理？

10．通过电话模拟练习，你认为优点在哪？存在哪些不足之处？需要在哪些方面改进？

第四章　劳动争议案件的接待来访咨询

本章教学目的和基本要求：通过接待来访咨询练习，使学生理解和掌握接待来访人的目标，计划的制定，接待来访咨询的步骤，接待咨询的技巧，接待咨询中的职业道德，特殊情况的处理等。

重点和难点：接待来访咨询计划的制定，接待咨询的技巧，会见证人的技巧，特殊情况的处理。

教学方法：事先将背景材料给学生，以小组为单位准备角色，课上采用角色模拟式、讲授式、诘问互动式、问题讨论式、评估式、借助多媒体等方法。

学时分配：6 学时。

一、接待来访咨询含义

二、劳动争议案件接待来访咨询的种类

三、接待来访咨询目标

1．初步了解案情；
2．识别信息；
3．理解当事人的意图；
4．搜集现有的证据材料；
5．建立信任关系；
6．确定合作模式。

四、制定劳动争议案件来访咨询计划

1．确定接待来访咨询的内容与步骤；
2．讨论计划的可行性。

五、劳动争议案件接待来访咨询的步骤

1．接待来访的开场白
2．接待来访的几个阶段
3．接待来访的跟进步骤

六、劳动争议案件接待咨询的技巧

1．提问的技巧
2．倾听的技巧
3．记录的技巧
4．非语言交流的技巧
5．接待特殊来访咨询的技巧

七、接待来访咨询中的职业道德

八、劳动争议案件会见证人的技巧

九、劳动争议案件接待来访咨询模拟练习的评估和问题讨论

1．接待来访咨询的分类

按办案过程可分为：初次接待来访；有过电话或网络联系他人介绍的初次会见；后续会见等。

2．接待来访如何准备?

（1）专业知识和能力的准备——通过学与思、知与行来培养

（2）应该作哪些心理准备?

（3）接待伊始注意什么?

（4）劳动法诊所服务范围?对于明显的非诊所服务范围内的来访怎么办?

3．当事人都有哪些类型?

（1）从文化素质语言表达情况分：文化程度近于 O 型；有一定文化型；木讷内向型；善于表达型；糊里糊涂盲目轻信型；精明精细有头脑型；言谈适当型；滔滔不绝离题万里型。

（2）从遭际情况和精神状态分：问题并不严重但不肯吃亏型；后果很严重涉及身家性命型；豁达想得开型；刚愎自用自以为是型；玩世不恭尝试型；钻牛角尖认死理型；逆来顺受迫于无奈型；不肯吃亏鱼死网破型；平静绵软平和型；暴躁盛怒有暴力倾向型。

（3）从接人待物情况分：多礼戴高帽型；多疑多虑型；诚实单纯型；世故工于心机型；直率坦诚型；声东击西狡黠型。

（4）从来访动机和所掌握法律情况分：毫无法律知识型；有一定法律经历或意识型；法律专家半瓶醋型；有理寻求帮助型；无理找辙占便宜型；滥用无偿援助为己跑腿型。

4．对各不同类型的当事人如何接待？

5．如何获取信息?

听取陈述；翻阅当事人的材料；针对性问答；与当事人合议探讨等；记录谈话内容。

6．当事人会有哪些问题？实体法上问题；程序上问题；证据事实上的问题；人为干扰问题；对法律理解偏差问题等。

7．如何处理信息?

（1）对案情进行评价，包括价值判断、法律风险评估、可能性预测等

（2）代书

（3）给出法律意见和建议

（4）提供适用法律条文和依据

（5）帮助制订问题解决方案或策略等

（6）帮助起草和解方案、协议等

（7）代理（调查、和解谈判、仲裁、一审、二审诉讼、提起再审、申诉、投诉等）

8．如何解决法律难题？

（1）查阅书籍

（2）查阅网络

（3）推理研判

（4）小组讨论

（5）请教指导老师

（6）向有关方面咨询求证等

9．如何登记来访咨询情况?登记的作用?

（1）形成日志，填写表格

（2）登记要点有哪些?

（3）当事人自然情况

（4）联系方法（便于追踪后续情况）

（5）对方当事人的情况

（6）事件内容
（7）证据材料名称及主要内容
（8）解决办法
（9）疑难所在等

第五章　劳动争议案件的事实调查

本章教学目的和基本要求：通过劳动争议案件的事实调查练习，使学生理解和掌握事实调查的作用、目标，事实调查计划的制定，方法、技巧和实施等。

重点和难点：事实调查计划的制定。事实调查的技巧。

教学方法：事先将背景材料给学生，以小组为单位准备调查计划，课上采用讲授式、诘问互动式、问题讨论式、角色扮演、评议评估式、动作信息传递或语言信息传递游戏、借助多媒体等方法。

学时分配：6 学时。

一、事实调查的作用

事实调查，是根据委托人陈述的案情情况，了解、核实、分析案件事实、获取有关案件事实的证据资料的专业活动。目的是了解案情，对症下药。

事实调查的作用：

1．了解案情，掌握必要案情材料；
2．获取证据；
3．为开庭作准备工作；
4．支持己方的申诉、诉讼请求；
5．支持己方的观点；
6．反驳对方的请求与观点；
7．确定争议解决方案；
8．意外收获。

二、事实调查的模式

（一）根据法律要素展开的事实调查
（二）根据时间先后顺序展开的事实调查
（三）根据案件因果关系展开的事实调查

三、劳动争议案件事实调查的要求

1．亮明身份，取得理解；
2．晓之以理、以情动人；
3．将心比心换位思考、真诚质朴；
4．明修栈道暗渡陈仓；
5．热情自信而不轻薄傲慢；
6．不急不躁而非心浮气躁；
7．锲而不舍而不死缠烂打；
8．三十六计走为上，安全撤离；
9．注意礼貌，团队合作；
10．男女搭配出行。审时度势

四、劳动争议案件事实调查的技巧

1．怎样着手调查？
2．事实调查计划、方案如何制定？

3．可以向哪些人或单位调查？
4．到哪里调查？
5．有哪些调查手段？
6．如何制作调查的文书？
7．调查有无技巧？

五、劳动争议案件事实调查的特点

六、事实调查效果的评估

（1）是按调查计划进行调查的吗？
（2）都用了哪些调查方式和方法？还可以采用什么方法？
（3）调查了哪些单位和人？
（4）被调查人态度如何？
（5）作为受托人的同学在调查过程中的语言、行为等表现如何？
（6）调查过程中是否及时记录？
（7）所取得的证据是否合法取得？
（8）有无考虑调查成本？
（9）调查进展情况如何？顺利吗？达到预期目标了吗？
（10）如何处理调查中的人际关系？
（11）是否需要继续调查？哪些事实还需要再调查？要不要做个计划？等等。
（12）是否存在团队合作，每个成员是否都发挥了作用？
（13)调查结束是否已对案情了然于胸，证据是否形成证据链条？与后续阶段的衔接情况如何、影响如何？

第六章　劳动争议案件的谈判、和解

本章教学目的和基本要求：使学生熟悉和掌握劳动争议案件谈判、和解的作用；谈判的模式；谈判的步骤；谈判的技巧；谈判中的职业道德；谈判、和解计划的制定；谈判、和解计划的实施；谈判、和解效果等。

重点和难点：谈判的模式；谈判的技巧；谈判、和解计划的制定；谈判、和解计划的实施。

教学方法：事先将背景材料给学生，以小组为单位准备角色，课上采用角色模拟法、讲授法、诘问互动法、问题讨论法、成案反思法、评估法、借助多媒体等方法相结合。

学时分配：3 学时

一、谈判、和解的含义和作用

二、劳动争议案件谈判的模式

1．合作式谈判
2．对抗式谈判
3．影响谈判模式选择的因素
4．两种谈判模式下的谈判策略

三、劳动争议案件谈判的步骤

1．谈判的提出
2．谈判的次序
3．信息的交流
4．谋求合意
5．谈判中的说服术
6．达成和解协议

四、劳动争议案件谈判的技巧

1．投石问路
2．真生气或假生气
3．高深莫测，掩盖自己
4．先开价、开高价或是后开价
5．开假价
6．声东击
7．渔翁植树
8．无权托词
9．走为上

五、谈判中的职业道德

六、模拟谈判评估及问题讨论

1．如何作选择？什么情况下谈？仲裁或诉讼？
2．谈判考虑的因素：

（1）时效问题；
（2）考虑当事人的利益主张，当事人倾向于谈或仲裁或诉讼；
（3）证据是否有利；
（4）考虑对方当事人的态度；
（5）考虑成本问题。
3．对谈判计划的评估讨论。
（1）有无谈判进程表？谈判是否按计划进行
（2）谈判前做了哪些准备？有无谈不成的替代方案？
（3）与合作伙伴的分工计划是否有效？
（4）谈判计划还有哪些需要完善的地方？
4．对谈判进程的评估讨论。
（1）哪一方先提出实质性问题（开价）？效果如何？
（2）本方提出条件对方有何反映？
（3）对方提出条件本方如何反映？
（4）本方是否运用了谈判技巧？效果？
（5）对方是否运用了谈判技巧？本方是如何应对的？
（6）谈判是合作式、对抗式，或是混合式？哪一方引导了谈判的模式？
（7）谈判气氛如何？
（8）对谈判进程是否有效控制？哪一方占主导地位？
（9）此次谈判是否推进了问题的解决？
4．对谈判协议的评估讨论。
（1）是否与当事人进行了交流？协议由谁提出？由谁决定的？
（2）协议是口头的还是书面的？
（3）协议是“双赢”的还是一方获利多于另一方？为什么？
（4）协议结果是否符合我方开价？底线？还是介于两者之间？
（5）协议本身内容是否完备？
（6）签订协议时，是否考虑了执行问题？
5．这次谈判你的收获是什么？

第七章　开庭前的准备

本章教学目的和基本要求：通过劳动争议案件开庭前的准备练习，使学生理解和掌握开庭前准备的作用、具体内容，开庭前准备计划的制定，方法、技巧和实施等。

重点和难点：开庭前准备计划的制定，开庭前准备的技巧。

教学方法：事先将背景材料给学生，以小组为单位进行开庭前各方面准备工作，课上采用讲授式、诘问互动式、问题讨论式、角色扮演、演示法、评议评估式、借助多媒体等方法。

学时分配：6 学时。

一、劳动争议案件庭审的目的

庭审的过程是对当事人的请求事项进行审理和裁决，划定审理活动的范围，对带进法庭的证据进行审查、判断，法官通过双方讲述的故事的可信度评估，作出是非曲折的裁决。

律师需要说服法官采纳己方观点，证明自己诉讼请求的合理 合法性，证明自己的证据优于对方。

律师需要向法庭提供：准确的证据；可靠的证人；清晰的理由。

二、劳动争议案件开庭前的准备

（一）劳动争议案件的受理

1．如何办理委托受理手续

2．证据的签收和保管

3．受理时应注意的事项

4.如何办理委托代理手续

（二）受理劳动争议案件的初步审查

是否是劳动争议,管辖审查

如何确定仲裁、诉讼请求

如何确定时效

仲裁、诉讼风险告知

当事人权利义务告知

（三）劳动争议案件开庭前的证据准备

准备证据的目的是什么？

劳动争议案件举证特点

如何收集、审查和整理证据?

如何向有关机关提供证据

证据清单的列举

证据的交换

（四）劳动争议案件开庭前的事实准备

熟悉案情有什么作用

诉讼的功能在于解决事实的争议

对事实的准备有哪些要求？

如何进行事实方面的准备

如何归纳案件争议焦点

（五）劳动争议案件开庭前的法律准备

如何进行法律方面的准备
劳动法法律渊源的特点
如何收集与本案有关的法律？
（六）劳动争议案件开庭前的文件准备
1．劳动争议案件开庭前应准备哪些法律文件
2．如何进行法律文书的准备
3．准备时应注意的问题
（七）劳动争议案件开庭前的其他准备
办案时是否应有分工？
如何确定代理计划
其他应准备的事项
与当事人的沟通
心理准备
举手投足

第八章　模拟开庭及评估

本章教学目的和基本要求：通过让学生们进入法庭或仲裁庭办案的角色，可以对学生的实际工作能力进行综合训练，让同学们亲身感受劳动法在社会运用中的复杂性，掌握庭审的基本知识和技巧。庭后的总结与讲评加深对法律实际运用性的理解，增强学生的自我提高能力和社会责任感。

重点和难点：重点是对给出的案例材料进行深入研究、对法律关系做出明确判断，熟悉运用庭审技巧；难点是避免角色虚置，造成表演开庭，出现过火或走过场的情形。

教学方法：模拟法、讨论法。

学时分配：3 课时。

【第一课时、第二课时】模拟庭审。学生按事先角色分工，根据预先布置的案件材料，进行模拟法庭（或仲裁庭）开庭审理案件的实战情况，未参与庭审的同学和观察员同学认真观看，记录庭审中的问题、失误和成功之处。

【第三课时】总结与评估。各角色扮演者自我总结，观察员点评，其他同学给出意见与建议。教师点评并答疑。

第一单元　选材与角色分工、开庭前准备

该部分在课前完成。选材应选取案情比较复杂，材料比较充分，尚未有审理结果的案例。同学准备要求从实际出发，不脱离案件当事人实际情况、不回避实际困难。

第二单元　模拟庭审

此部分在课堂进行，要有审理结果。要求追求庭审实景实境实战，按照案情要求进入角色，不走过场，力戒变成舞台演出。

1．角色定位与目标任务

2．角色素质要求与职业纪律

3．当事人的心态与利益诉求认识

第三单元　庭后评价

各角色事后自评与交流，观察员逐一点评，场内同学提问与提出意见，选出最佳表现者。教师提出意见和建议。

复习与思考题

1．你作为一名代理律师应把握哪些开庭要点，掌握哪些重要技巧？

2．你作为一名审案人员在开庭时应注意哪些问题？

3．你对模拟庭有哪些感想和建议？

拓展阅读书目

1．秦甫著：《成功律师的 98 种技法》法律出版社，2004 年 10 月第一版。

2．霍刚著：《资深律师谈出庭经验办案技巧》第三册天津人民出版社，2005 年 9 月第一版，第 1—110 页。

第九章　结　案

本章教学目的和基本要求：了解结案工作的组成部分有哪些，结案工作的重要性；明确结案工作的具体要求，结案工作的注意事项；掌握结案卷宗的整理，结案报告的编写；学会对结案中发现的问题如何进行处理，和可能采取的措施。

本章重点和难点：重点是结案报告的撰写和案卷材料的归集整理；难点是如何通过结案来分析总结经验教训，以及将案件中所遇问题进行学理升华。

学时分配：1 课时

一、结案后对裁判文书的分析

解读法律文书的作用
如何解读法律文书

二、如何撰写结案报告

结案报告的作用：本所内部的质量控制程序；向委托人作真实的汇报；总结和回顾。
如何撰写结案报告

三、案卷的整理

案卷整理的作用
案卷整理应注意的问题

四、结案后的回访及后续工作

结案后的回访
后续工作

第十章　办案中的合作

本章教学目的和基本要求：使学生懂得合作的重要性和价值；为什么需要合作；合作的模式；合作中的冲突与解决。

重点和难点:合作的价值；合作的模式；合作中的冲突与解决。

教学方法：事先布置作业各组准备，课上各组讲述是如何合作的，针对问题互动讨论，并结合讲授法、游戏法、诘问法、案例分析法、反思评估法、多媒体法等教学方法。

学时分配：3 学时。

一、合作的含义

二、合作的价值

合作是对学生人际交往能力的培养。包括培养倾听能力，培养理解能力，培养思考能力，培养表达能力培养讨论能力，培养集体荣誉感和团队精神。

三、合作的模式及特点

参与式合作；平行式合作或分工合作统一式合作。

四、合作中的冲突分析与解决

1．因对法律或事实的认识不同产生冲突

2．因个体差异产生的冲突。（1）思维方式的冲突与解决；（2）表达方式的冲突与解决；（3）讨论方式的冲突与解决；（4）交流方式的冲突与解决。

五、合作的游戏

游戏的启示是：合作比竞争省力、省资源，合作让人感到愉快，合作是两个人的力量相加而不是相减。所以合作获利的可能性大。通过游戏，让大家明白了，很多时候，“合作”比“竞争”往往能给双方都带来好处。但“合作”的前提是双方都能理智的分析问题，互相沟通。

六、合作中的问题及讨论

1．各小组谈本组是如何合作的？合作中出现了什么问题？是如何解决的？

2．班里同学的合作情况如何？问题及解决？

第十一章　课程总结与评估

本章教学目的和基本要求：通过课程总结与评估，分析劳动法诊所在培养职业能力、职业道德、社会责任感方面的作用以及诊所法律教育的经验和教训。

教学方法有生生互评、师生互评、个人自评等。

学时分配：3 学时

一、个人总结

二、小组总结

三、班级总结

四、师生互评

五、实务评估

六、教学评估

《环境法诊所》教学大纲

编写

此篇文章缺内容

《国际海洋法研讨课》
教学大纲

高健军　编写

目　录

一、教学目的与考核方式.....2
二、课程设计.....2
三、教学内容.....2
教材和参考资料.....6

前　言

本课程为国际海洋法研讨课程。主要根据国际海洋法的的发展以及我国面临的海洋法问题展开研究，为双语课程。教学计划时间为 36 课时，考核方式为开卷与自我评价。本课程为选修课程，向全校具有一定国际法学基础知识和英语能力，并符合学校规定的选课条件的所有同学开放。选修本课程前，不要求选择其他预选课程。

一、教学目的与考核方式

教学目的：

培养学生独立学习、思考和进行科研的能力；培养学生自主收集资料的能力；培养学生运用所掌握的基本概念和规则分析具体问题的能力；促进学生阅读英文材料的习惯。同时巩固和扩展学生关于国际海洋法的基础知识，并使学生对国际海洋法中的一些问题有更为深入地了解和掌握。

成绩评定：

学生的成绩由教师根据学生的出勤率、课堂表现、课上报告和课业论文给予。

二、课程设计

教学方式：

教师设定题目并对担任该题目研究的学生进行指导。学生围绕该题目展开研究，并在课上进行报告。其他同学围绕该报告进行讨论，并提出问题。报告的同学对问题作出回答。教师对报告进行点评，并对该题目所涉及的主要问题进行讲解。报告的同学在上述基础上对报告进行修改，最终提交课业论文。总之，该课程教学以学生为中心，课堂上以学生为主体，采用互动式的教学方法。

三、教学内容：

主要由两大部分组成。

一是研究指导。包括如何查找资料、查找哪些资料、如何阅读分析资料、如何写作（包括如何写注释）等。

二是专题研讨。研讨题目的确定主要根据国际海洋法的的发展以及我国面临的海洋法问题，因此在各个学年之间可能会有所不同。近来的专题包括：

1. The residual rights within the EEZ（专属经济区内的剩余权利问题）

Article59 Basis for the resolution of conflicts regarding the attribution of rights and jurisdiction in the exclusive economic zone

In cases where this Convention does not attribute rights or jurisdiction to the coastal State or to other States within the exclusive economic zone, and a conflict arises between the interests of the coastal State and any other State or States, the conflict should be resolved on the basis of equity and in the light of all the relevant circumstances, taking into account the respective importance of the interests involved to the parties as well as to the international community as a whole.

2. Military Activities within the EEZ（对专属经济区的军事利用）

Article58 Rights and duties of other States in the exclusive economic zone

1. In the exclusive economic zone, all States, whether coastal or land-locked, enjoy, subject to the

relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention.

2. Articles 88 to 115 and other pertinent rules of international law apply to the exclusive economic zone in so far as they are not incompatible with this Part.

3. Jurisdiction of the Coastal States over the Foreign Ships within the EEZ（沿海国在专属经济区内对外国船舶的管辖）

1）Prescription Jurisdiction

2）Enforcement jurisdiction

Article73 Enforcement of laws and regulations of the coastal State

Article111 Right of hot pursuit

Article 220 Enforcement by coastal States

4. Restriction on the Freedom of Navigation on the High Seas（对公海航行自由的限制）

1) Meaning of the freedom of navigation

a. Right of navigation（ Article 90 ）

b. Exclusive jurisdiction of the flag state

2) Right of visit (Article110)

5. Piracy in international law（国际法上的海盗问题）

1）Definition of piracy

Piracy consists of any of the following acts:

(a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:

(i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;

(ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;

2）Measures to fight against piracy

6. International Regime on Whaling（国际捕鲸制度）

1）International Convention for the Regulation of Whaling (1946)

2）UNCLOS

Article 64 Highly migratory species

Article 120 Marine mammals

3) Whaling in the Antarctic Case (Australia v. Japan)

7. Use of Force in the Law Enforcement on the Sea（海上执法过程中的武力使用）

1) Use of Force in the Law Enforcement and the Prohibition of the Use of Force in the International Relations

2) Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, 1995

3) Cases

S. S. “I’m Alone” (Canada/ United States), 1933/1935

Fisheries Jurisdiction Case (Spain v. Canada), 1998

The M/V “Saiga” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines V. Guinea), 1999

8. Definition of Islands and their Legal Status（岛屿的定义和法律地位）

Article121 Regime of islands

1. An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide.

2. Except as provided for in paragraph 3, the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory.

3. Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf.

9. Historic rights in international law of the sea（国际海洋法中的历史性权利）

1) Definition

2) Fisheries case (1951)

3) Tunisia/Libya case (1982)

4) Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening).

10. Maritime delimitation（海洋划界）

1) Delimitation of territorial sea

2) Delimitation of continental shelf and EEZ

Black Sea Case, 2009

11． Provisional Arrangement pending Delimitation（海洋划界前的临时安排）

Article 74/83 Delimitation of the EEZ/Continental Shelf between States with opposite or adjacent coasts

3. Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation.

12. Maritime Delimitation and China（中国的海洋划界问题）

1) Yellow Sea

North Korea and South Korea

2) East China Sea

Japan

Maritime delimitation and Territorial dispute

3) South China Sea

Maritime delimitation and Territorial disputes

13. Obligation and Liability of States Sponsoring Entities with respect to Activities in the Area（担保国对在国际海底区域内进行活动的实体的义务和责任）

Article139 Responsibility to ensure compliance and liability for damage

1. States Parties shall have the responsibility to ensure that activities in the Area, whether carried out by States Parties, or state enterprises or natural or juridical persons which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals, shall be carried out in conformity with this Part. The same responsibility applies to international organizations for activities in the Area carried out by such organizations.

2. Without prejudice to the rules of international law and Annex III, article 22, damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability; States Parties or international organizations acting together shall bear joint and several liability. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance under article 153, paragraph 4, and Annex III, article 4, paragraph 4.

Article 4 of Annex III Qualifications of applicants

4. The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have the responsibility to ensure, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be liable for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction.

14. The dispute settlement mechanism under the LOS Convention（《海洋法公约》的争端解决机制）

1) Section 1 of Part XV of the UNCLOS

2) Section 2 Compulsory Procedures Entailing Binding Decisions

3) Article 297 Limitations on applicability of section 2

4) Choice of procedures

15. The Jurisdiction of the ITLOS（国际海洋法法庭的管辖权）

1) Contentious Jurisdiction

Article 288 of the UNCLOS

Articles 21 and 22of the Statute of the Tribunal

2) Advisory Jurisdiction

Article191 of the UNCLOS

Article 138 of the Rules of the Tribunal

教材和参考资料：

本课程尚无指定教材。

主要参考资料包括：

《联合国海洋法公约》，1982 年 12 月 10 日开放签字，1994 年 11 月 16 日生效，载外交部条法司编：《中华人民共和国多边条约集》（第四集），法律出版社 1987 年版，第 241-441 页。

1994 Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

1995 Agreement for the Implementation of the Provision of the 1982 Convention relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks.

The Law of the Sea: Declarations and Statements with Respect to the United Nations Convention on the Law of the Sea and to the Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982.

R.R.Churchill & A.V.Lowe, The Law of the Sea (3rd edition, Manchester University Press, 1999).

D.P.O'Connell, I.A.Shearer ed., The International Law of the Sea, Vol. I (Oxford: Clarendon Press, 1982).

D.P.O'Connell, I.A.Shearer ed., The International Law of the Sea, Vol. II (Oxford: Clarendon Press, 1984).

Louis B. Sohn & John E. Noyes, Cases and Materials on the Law of the Sea (Transnational Publishers, 2004).

M.N. Shaw, International Law (Cambridge University Press, 6th ed., 2008).

Myron H. Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: A Commentary. 6 volumes.

Ocean Development and International Law

International Journal of Marine and Coastal Law

LexisNexis & Westlaw

国际法院:www.icj-cij.org;

国际海洋法法庭:www.itlos.org;

United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Oceans and Law of the Sea.

《跨国破产法专题研学课》
教学大纲

张玲　编写

目　录

前　言 2
一、教学目的、课程设计与考核方式 2
二、课程导入 2
专题一　破产域外效力的理论与实践 4
专题二　跨国破产案件的管辖权 5
专题三　跨国破产的法律适用 6
专题四　跨国公司破产法律问题 7
专题五　跨国破产法的统一化 8
一、跨国破产法统一化的成果 8
二、跨国破产法统一化方式的多元化 8
三、跨国破产法律统一化进程的制约因素与对策 8
专题六　联合国跨界破产示范法的适用 与中国采纳示范法的可行性研究 9
一、《示范法》内容解读与特征分析 9
二、示范法的适用 9
三、中国采纳示范法的可行性分析 9

前　言

本课程为跨国破产法案例研讨课程。主要用研究讨论若干最新典型案例的方法学习跨国破产法案例基本理论与制度以及与课题研究相关问题，教学计划时间为 36 课时，考核方式为开卷与自我评价。本课程为选修课程，向全校具有一定民事法学和国际法学基础知识，并符合学校规定的选课条件的所有同学开放。选修本课程前，不要求选择其他预选课程。

一、教学目的、课程设计与考核方式

（一）教学目的

本课程以培养与提升法学专业本科生科研能力与创新能力为主要目标，同时，通过课题研究与课堂研讨兼顾其合作能力、表达能力的培养。经过课程训练，学生应当：

1、学会研究。具体包括：（1）能发现有价值的问题；（2）掌握搜集与整理资料与调研的技能；（3）能够将研究过程与思想成功表达；（4）具备创新能力——发现与提出新问题、掌握新资料、提出新观点与新思路、运用新方法。

2、善于讨论。讨论中能抓住要点，回应有针对性，能够通过讨论完善科研工作。

3、懂得合作。从课题论证到具体研究到成果演示与提交，以为团队（课题组）为单位进行，能够与团队成员合作完成课题。

（二）课程设计

1、 课程导入。内容包括：（1）跨国破产法基本理论与制度；（2）与所承担

课题相关问题；（3）分组：3- 4 人 1 组。每组 1-2 个报告人、2 个回应人、其他人参与交流与辩论。

2、 课题论证。（1）教师提供课题指南，指导课题论证；（2）学生以组为单

位进行课题论证。

3、课堂研讨。包括：（1）报告（ppt）：每次 1-2 人；（2）回应：评价报告、提出质疑、提出问题；（3）交流与讨论；（4）教师点评。

3、 论文指导与考核（2-3 学时）。

（三）考核方式与记分比例

考核将结合学生课堂内外表现，综合考察在课题论证、课堂研讨与成果提交多方面表现。具体分值比例如下：课题论证（20 分）、报告与回应（20 分）、

讨论与交流（10 分）、论文（40 分）、出勤与资料上传（10 分）。

二、课程导入

（一）目的与任务

通过对跨国破产法基本理论与制度以及与课题研究相关问题的介绍，使学生对研究对象与将进行的研究工作有大致了解，能初步进入研究状态。该部分需要 3 学时。

（二）跨国破产法基本理论与基本制度介绍

1、跨国破产的法律界定以及与国内破产案件的差异？提示：

（1）破产程序是否可以支配债务人所有财产？

（2）同一个债务人的破产是否只存在一个破产程序？

（3）破产程序的效力是否需要其他国家的承认与协助？

（4）处理破产问题依据的法律是否只是本国破产法？

2、跨国破产的法律界定

3、跨国破产法基本理论与制度。提示：

（1）破产域外效力

（2）破产国际管辖权

（3）破产的法律适用

（4）破产程序的承认与协助

（三）跨国破产法立法与研究现状

1、立法现状：

（1）联合国国际贸易法委员会《跨界破产示范法》及其立法指南（1997）

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment

（2）《欧盟破产程序条例》（2000）

EU Regulation on Insolvency Proceedings

（3）国际律师协会《跨界破产协约》(1996)

Cross-Border Insolvency Concordat

（4）美国法学会《北美自由贸易区跨界破产合作原则》(2000)

Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the NAFTA

（5）美国法学会《跨界案件法院间合作指引》(2000)

Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases

（6）区域性条约：拉美、北欧、非洲

2、学术研究：

（1）国内：著作四本、论文四十余篇

（2）国外：著作颇丰、论文浩如烟海

（四）文献检索（四个文件检索途径）：

（1）westlaw: world journals ….　　select databases …..　　combined world jounals and law review

（2）iiiglobal.org

（3）insol.org

（4）uncitral.org

（五）研究方法

1、比较研究

2、实证研究

3、经济分析研究

专题一　破产域外效力的理论与实践

教学目的和基本要求： 破产域外效力是跨国破产法的基本问题，在该问题研究上，20 年代 90 年代以后，无论理论抑或实践都有很大发展。通过该专题研讨式学习，使学生了解破产域外效力理论的新发展，正确认识普及主义与属地主义的利弊，并能够结合国际立法、其他国家立法分析该问题理论的发展及其对实践的影响。最终能结合我国立法与司法实践就承认与执行外国破产判决问题的选择进行合理性论证。

学时分配：6 学时

一、普及主义与属地主义两个对立理论的含义及其理论支持

1、Universalism v.Territorialism

2、New Pragmatism: Modified Theory

（1）Modified universalism

（2）cooperative territorialism

（3）**contractual-bankruptcy theories**

二、破产域外效力理论的新发展及其对实践的影响。

三、联合国示范法与欧盟条例反映出何种理论倾向？

四、中国破产法采用何种态度？论证其合理性。

五、对外国破产程序的承认与协助

1、公共政策标准的具体适用

案例分析：Ephedra 破产案

2、互惠原则的取舍与具体适用

3、我国破产法第 5 条在实践中的适用问题

六、案例资料分析：

1、BCCI 破产案

2、广东佛山法院承认意大利破产程序案

3、广国投破产案

专题二　跨国破产案件的管辖权

教学目的和基本要求：管辖权是当前跨国破产案件中争议最大的问题，具有重要的理论与实践研究意义。通过研讨，应掌握国际上跨国破产管辖权制度的最新发展及其中存在的问题。能结合中国实际提出完善我国相关法律制度的可行性建议。

学时分配：6

一、管辖权对跨国破产案件的处理的意义以及管辖权问题难以解决的原因

二、以联合国示范法与欧盟条例为例研究跨国破产管辖权制度的新发展

三、主要利益中心的标准的适用与发展

四、案例分析：**Eurofood/Parmarlat** 案

1、案情简介：

Eurofood 是 parmarlat 集团在爱尔兰注册登记的负责为集团提供财政支持的一个全资子公司，集团总部位于意大利。2004 年 1 月，爱尔兰法院也对其启动主程序（清算）； 2004 年 2 月，意大利帕尔玛法院对 eurofood 启动主程序（重整）；因此产生了管辖权的冲突，最终提交到欧洲法院解决。

爱尔兰法院主张主程序的根据：

(1)Eurofood 在爱尔兰注册，并受爱尔兰财政政策与法律的约束；

（2）公司的日常经营位于爱尔兰，并在爱尔兰有会计帐户；

（3）公司董事会在爱尔兰召开；

（4）债权人认为公司的 comi 位于爱尔兰（确信是与位于爱尔兰的子公司进行交易）

意大利法院启动主程序的理由

（1）破产债务人只是意大利母公司实施财政政策的一个渠道；

（2）实际经营地点在意大利

（3）主要的管理功能由位于意大利的母公司控制，债务人的管理人位于意大利，通过电话会议参加董事会，董事会会议地点是形式上的

2、分析：欧洲法院的判决

五、中国跨国破产管辖权立法现状分析与完善研究

案例分析：太子奶开曼被宣告破产案

专题三　跨国破产的法律适用

教学目的和基本要求：跨国破产法律适用使该领域研究的薄弱环节。通过研讨，理解法院地法适用为主的原则，了解法院地法适用的例外及其背后的立法理由。能够将冲突法理论与破产法理论相结合分析破产的法律适用问题。

学时分配：6

一、法院地法适用的理由及适用的范围

二、对物权的法律适用

分析资料：

purchaser of an asset shall not affect the seller's rights based on a reservation of title where at the time of the opening of proceedings the asset is situated within the territory of a**Third parties' rights in rem** Member State other than the State of opening of proceedings.

三、抵消权的法律适用

分析资料：

The opening of insolvency proceedings shall not affect the right of creditors to demand the set-off of their claims against claims of the debtor, where such a set-off is permitted by the law applicable to the insolvent debtor's claim.

Virgos-Schmit Report:Par.108

四、所有权保留的法律适用

分析资料：

The opening of insolvency proceedings against the purchaser of an asset shall not affect the seller's rights based on a reservation of title where at the time of the opening of proceedings the asset is situated within the territory of a Member State other than the State of opening of proceedings.

The opening of insolvency proceedings against the seller of an asset, after delivery of the asset, shall not constitute grounds for rescinding or terminating the sale and shall not prevent the purchaser from acquiring title where at the time of the opening of proceedings the asset sold is situated within the

the territory of another Member territory of a Member State other than the State of the opening of proceedings.

提示：

各国破产法实体内容的差异是跨境破产案件难以协调与处理的一个关键性原因。在实体法矛盾无法调和的情况下，冲突法在破产领域的价值表现在通过法律选择规则维护当事人的合理预期、交易的稳定并促进各国在跨境破产案件中的国际合作。

专题四　跨国公司破产法律问题

教学目的和基本要求：跨国公司破产是当前跨国破产法立法的盲点，也是该领域研究的前沿问题。通过研讨，了解法院在处理跨国公司破产实践中的两种模式，理解跨国公司特殊性对其破产的影响。

学时分配：6

一、跨国公司的特点及其破产中存在的特殊问题

二、跨国公司破产的程序合并模式

三、跨国公司破产的实质合并及其适用的条件

四、跨界破产协议在处理跨国公司破产案件中的运用

（一）跨界破产协议的概念与特点

（二）protocol 的实践发展脉络梳理——司法实践与民间立法的互动

1、成案分析：

（1）Maxwell Communication plc

（2）Olympia & York Developments Limited

（3）Re Commodore Business Machines

（4）Everfresh Beverages Inc

2、IBA 《跨界破产协约》

（三）protocol 涉及的几方面主要问题

提示：

1、关注联合国国际贸易法委员会最新立法草案（2010）

2、注意对跨国公司破产成案的研究

3、在实体合并问题的研究上可以考虑经济分析研究方法的运用

专题五　跨国破产法的统一化

教学目的和基本要求：跨国破产法统一化是该领域传统的，但仍具有重要研究价值的问题。通过研讨，了解跨国破产法统一化的现有成果、实现统一化的方式，以及未来统一化活动的发展趋势。

学时分配：4-6

一、跨国破产法统一化的成果

（一）联合国国际贸易法委员会

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to　Enactment

（二）欧盟

EU Regulation on Insolvency Proceedings

（三）国际律师协会

Cross-Border Insolvency Concordat

（四）美国法学会

Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases Among the Members of the NAFTA

Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases　on Insolvency Proceedings

二、跨国破产法统一化方式的多元化

（一）条约

（二）示范法

（三）区域统一立法权的行使

（四）利弊分析

三、跨国破产法律统一化进程的制约因素与对策

专题六　联合国跨界破产示范法的适用与中国采纳示范法的可行性研究

教学目的和基本要求：联合国跨界破产示范法是目前跨国破产法领域最具有影响力的国际立法之一，目前采纳国数量越来越多。通过研讨，理解示范法的主要内容，了解各国采纳示范法的具体情况，并能对中国采纳示范法的可行性问题进行研究。

学时分配：4

一、《示范法》内容解读与特征分析

提示：通过解读，掌握：

1、示范法的适用范围。

2、示范法有关管辖权的规定。

3、外国代表向本国法院申请承认外国破产程序需要提供的文件、承认的条件、承认的结果。

4、本国法院与外国法院及外国代表的合作方式。

5、同时进行的破产程序之间如何协调?

6、债权人如果在多个程序中同时申报债权，如何保证平等分配原则的贯彻？

7、示范法渐进性特点

二、示范法的适用

1、互惠原则

2、公共政策

3、对本国债权人利益的保护

4、管辖权分配

5、跨界破产协议

三、中国采纳示范法的可行性分析

1、是否需要采纳

2、采纳的程度

《外国民事诉讼法（双语教学》
教学大纲

杜闻　编写

目　录

前　言 5
第一章：历史文化背景（Chapter one: History and Culture background） 6
第一节 英国人的民族性格特征及英国民事诉讼制度的历史演变(preconditions of Anglo-American legal system: National characters of English) 6
一．英美民事诉讼制度必然前提：英国人的民族性格特征(the preconditions of Anglo-American civil procedural rules: the basic characters of English) 6
二．英国民事诉讼的历史演变(historical evolution of English civil procedures) 7
第二节 英国民事诉讼程序的近代改革(the reforms of British civil procedures from 19th century until now) 8
一．英国普通法诉讼程序的近代改革(the reforms of English Common Law procedures in the 19th century) 8
二．英国衡平法诉讼程序的近、现代改革(the reforms of English Chancery procedures in the 19th century) 8
三．英国现行民事诉讼规则简介(a general introduction to the modern English civil procedure rules) 8
四．美国民事诉讼法的历史演变(the evolution of American civil procedure) 8
五．英美现代民事诉讼的总体特征(General characters of modern Anglo-American civil procedure) 8
复习思考题： 9
第二章：英美的民事法院（Chapter two: Anglo—American Civil Courts） 10
第一节　英国的民事法院系统(English civil court system) 10
一．英国民事法院的历史溯源和演变情况(the originality of English civil courts) 10
二．英国民事法院的传统分类(the traditional categories of English civil courts) 10
三、英国民事法院的具体组成（the composition of current English civil courts） 10
四．英国的民事诉讼改革(the recent reforms of English civil procedure) 10
第二节　美国的民事法院系统(American civil courts system) 11
一．联邦法院系统(federal courts system) 11
复习思考题： 11
第三章：美国及英国民事案件的管辖（Chapter three: American Federal and State civil jurisdiction, as well as English civil jurisdictions） 12
第一节 美国民事管辖权概说(introduction to US civil jurisdictions) 12
一．决定管辖权的宪法性因素(decisive Constitutional factors for jurisdictions) 12
二．管辖权的概念(the conception of jurisidiction) 12
第二节 美国联邦法院的民事管辖权(civil jurisdictions of the Federal Courts) 12
一．联邦事物管辖权(federal subject matters jurisdictions) 12
二．联邦问题管辖权(federal question jurisdiction) 12
三．异籍管辖权(diversity jurisdiction) 13
四．移送管辖权、附带管辖权和关联管辖权(removal jurisdiction, ancillary jurisdiction and pendent jurisdiction) 13
五．对人管辖权(personal jurisdiction) 13
六．对物管辖权和准对物管辖权(jurisdiction in rem and jurisdiction quasi in rem) 14
第三节 审判地及移送(venue and transfer) 14
一．决定审判地的原则(the principles deciding venue) 14
二．移送案件或驳回诉讼(transfer or dismiss) 15
复习思考题： 15

第四节 英国的民事案件管辖制度(English civil jurisdictions).....15
一．英国法上的“地域管辖”(Territorial jurisdictions of England and Wales).....15
二. 英国法上的“级别管辖”(English Jibie jurisdiction).....15
三. 案件移送制度(The proceedings of case transferring).....16
四. 案件在民事高等法院三大法庭之间的相互移送(cases can be transferred among the three Divisons of the High Court).....16
五. 向错误的法院起诉 (Commencing proceedings in the wrong court).....16
六. 英国的管辖权异议(disputing the court’s jurisdiction).....16
七. 在欧盟成员国范围内，英国法和欧盟法解决涉外民事案件“一事不两诉”(les pendens/ anti-suit injunction)的规定和原则(articles of English and EU laws to deal with the problems of les pendens in cvil litigaions with foreign parties).....16
八. 英国法和欧盟法避免涉外关联案件之裁判相互冲突的规定和原则(articles of English and EU laws resolving the problems of possible irreconcilable judgments among relevant civil litigations with foreign parties).....17
九. 英、美在民事诉讼管辖方面的不同点(the main differences between English and American civil jurisdictions).....17
复习思考题：.....17
第四章 证据的开示和审前案件管理程序 (Chapter four: Discovery and pretrial case management matters).....18
第一节 发现程序(the process of disclosure).....18
一．出示的义务（duty of initial disclosure）.....18
二．现代美国民事诉讼中常用的五种发现方法(five discovery methods commonly used nowadays).....18
三．制止滥用发现程序的法律手段(sanctions against abusive disclosure activities).....19
四．对滥用发现程序的法律制裁（sanctions against abusive disclosures）.....19
第二节 英国法院常用的证据开示命令(the common disclosure orders issued by English and Wales courts).....19
一．“诺维奇制药厂命令”(Norwich Pharmacal order).....19
二．银行业者信托命令(bankers trust orders).....19
三．程序启动前进行的证据开示(disclosure before proceedings start).....20
四．由案外人进行的证据开示(disclosure by non-parties).....20
五．在程序中查验相关财物状况(inspection of property during proceedings).....20
六．对由案外人掌控的财物的查验(inspection of property in the possession of non-parties).....20
七．对数据的法律保护(data protection).....20
第三节 英国法上的轨道分配及相应的审前案件管理制度(track allocation and subsequent case managements in England and Wales).....21
一. 分配“审理轨道”(track allocation).....21
二. 确定案件分配的时间(time when track allocation is decided).....21
三. 案件审理轨道分配的问题调查表(allocation questionnaires for case track-allocations).....21
四. 对拒绝缴纳案件轨道分配费用的制裁措施(non—payment of the allocation fee).....21
五. 案件轨道分配的庭审程序(allocation hearing).....21
六. 进行审理轨道分配的标准(the standards for track—allocations).....21
七. 小额轨道的分配规定(provisions of the small-claim track allocation).....21
八. 快捷轨道的分配规定(provisions of the fast track allocation).....22
九. 多轨道的分配规定(provisions of the multi—track allocation).....22
十．没有诉讼标的金额的民事纠纷如何进行轨道分配(how to allocate claims with no financial value to a specific trial track).....22
十二. 转换案件审理轨道(changing tracks).....22
第四节 审前会议(pretrial conference).....22
一．审前会议的性质和目的(the natures and aims of the pre-trial conference).....22

二．审前会议的程序(the procedures of pre-trial conference).....23
三．审前会议的决议和法官的命令(the decisions of pre-trial conference and judge's directions).....23
第五节　和解和替代性纠纷解决方式(settlements and ADRs).....23
一．英国和美国的诉前及诉讼中和解制度(Anglo-American pre-trial and proceeding settlements).....23
二．替代性纠纷解决方式(ADRs).....24
复习思考题：.....24
第五章 陪审团的历史和现状(Chapter five: Jury, history and present stipulations).....25
第一节　制度概说(general introductions).....25
一．陪审团的概念和历史演变(the conception of jury and its historical evolution).....25
二．陪审团的价值(the values of jury trial).....25
第二节　陪审团的制度内容和运作方式(the substances of jury trial and its operation mechanism).....26
一．法官和陪审团的职责划分(the respective roles of presiding judge and jury in a trial).....26
二．如何选定陪审员(how to select jurors).....26
三．陪审团制度在现代英美民事审理中的衰落(decline of jury trial in modern Anglo-American civil procedure).....26
复习思考题：.....27
第六章　庭审(Chapter six : Trial).....28
第一节　概述(general introduction).....28
一．开庭审理的概说(summaries of civil trial).....28
二．最初陈述（opening statement）.....28
三．交叉询问(cross-examination).....28
四．最后辩论（closing argument）.....28
五．藐视法庭罪(Contempt of court).....29
第二节　英格兰和威尔士的轨道审理方式(Track—trials of England and Wales).....29
一．小额轨道审理程序(the small track claims trial procedure).....29
二．快捷轨道审理程序(the fast track claims trial procedure).....29
三．多轨道审理程序(the multi—track claims trial procedure).....29
四．承认“并无案情可以答辩”(submissions of no case to answer).....29
五．不出庭(Non-attendance at trial).....29
第三节　一审案件的裁判方式(the forms of judgments for cases of first instance).....30
一．法官对陪审团的指示(judge's instructions for jurors).....30
二．陪审团的裁判(the verdicts of jury).....30
三．法官独任审判(trial presiding by a single judge).....30
四．对抗法院判决的两种手段(two methods to attack judgments).....30
第四节　动议和相应的裁判方式(motions and their respective proceedings).....31
一．概说(general introduction).....31
二．答辩前要求撤销案件的动议（pre-answer motion for dismiss）.....31
三．对诉辩状的判决（judgment on the pleadings）.....31
四．要求即决判决的动议（motion for summary judgment）.....31
五．作为法律事项的判决：指示判决（as a matter of legal issue: directed judgment）.....31
六．作为法律事项的判决：无视裁决的判决（as a matter of legal issue: judgment of NOV）.....32
七．要求重新审理的动议（motion for a new trial）.....32
八．对判决的救济（post reliefs against judgment）.....32
复习思考题：.....32
第七章　上诉审程序（Chapter seven: Appellate process）.....33
第一节　上诉的审理范围和上诉的种类 the reviewing scope of appellate courts and the categories of appeals.....33

一. 上诉制度概说(general introduction).....33
二．上诉制度的历史沿革(the historical evolution of appealing system).....33
三．终局判决上诉规则及其例外(the principle of appeal against final decisions and its exceptions).....33
四．可提出上诉的时间点(when a judicial decision may be appealed).....33
第二节 上诉审诉讼程序(appeal procedures).....34
一．可向哪些法院提起民事上诉(what kinds of superior courts can appellant appeal to)？.....34
二．许可上诉与移送令状(leave to appeal and certirorari).....34
三．英国民事上诉的申请程序(English procedure on appealing).....34
四．美国民事案件的上诉理由书(briefs of the US appealing civil cases).....35
五．美国民事上诉程序的开庭审理及判决(the procedures and trials of US civil trials).....35
六．英国上诉法院的上诉审程序（hearing of appeals）.....35
七．上诉复审的权力范围(the boundaries of appellate review).....35
八．宪法性上诉（appealing process of constitutional issues in civil actions）.....36
复习思考题：.....36
参考书目.....36

前　言

本课程为法学选修课，2 个学分。适用对象为法学本科生。通过本课程的教学，试图达成以下五个目的：（一）使学生对英美法系的民事诉讼程序有一个较为全面的了解；（二）使学生初步具备以比较法来研讨民事诉讼问题的能力；（三）为学生进一步的专业学习打下基础；（四）开阔学生的学术视野。（五）通过双语教学，使学生认知英美法系诉讼程序的专用术语，为其以后进一步学习原文资料打好基础。由于课时有限，本课程只简介英美法系最典型国家（英国和美国）民事司法程序的相关内容。

本课程的主要内容为：简介英美法系民事诉讼程序相关知识。通过本课程的系统学习，学生应对英美民事诉讼制度有一个整体的了解。具体而言，通过本编的教学，学生应对英美的民事法院设置、案件管辖制度、审前证据发现和交换机制、陪审团审理、证据规则，以及法律上诉等内容有一个初步认识。

有关证据规则、强制执行程序、集团诉讼、仲裁、和替代诉讼纠纷解决机制（ADR）的体系化知识不属于本课程讲授的范围。

本课程总上课时间为 18 周，每周 2 课时（其中前 17 周为授课时间，最后 1 周为随堂开卷考试时间）。

《外国民事诉讼法教学大纲》初次拟定，不妥之处在所难免，欢迎读者和学生提出宝贵意见。

本教学大纲的编写人：民诉研究所教师杜闻。

第一章：历史文化背景（Chapter one: History and Culture background）

通过本章的学习，认知和了解以下知识点：支撑英美民事诉讼具体制度的各种背景性知识（如民族个性、文化特点、基本理念等）、英国传统民事诉讼制度的成长演变、普通法法诉讼程序的内容和特点、衡平法诉讼程序的由来和特点、英美近现代民事诉讼的改革与发展、英美民事诉讼的总体特征等。

本章计划讲授 6 学时。

第一节 英国人的民族性格特征及英国民事诉讼制度的历史演变 (preconditions of Anglo-American legal system: National characters of English)

一．英美民事诉讼制度必然前提：英国人的民族性格特征(the preconditions of Anglo-American civil procedural rules: the basic characters of English)

1．英国人的感觉和动作迟钝笨重(English are slow in thoughts and reactions)。

2．英国人重行，世称英人为‘行动之人'（English are Man of Action）。

3．英国人因为重行，所以在行动时不愿遭受阻碍，所以力争自由(Because English are Man of Action, they struggle for freedom of their actions)。

4．英国人具有坚韧勇敢的特点(English possess the character of persistence and brave)。

5．重视理性导致英国的法治(emphasizing on reasons leads to the rule of law)。

6．英国人崇尚 Fair Play 原则(English worship the doctrine of Fair Play)。

7．基于 Fair Play 的原则，英国人生发出团体主义(based on the doctrine of Fair Play ,English develop the doctrine of teamwork)。

8．英国人注重经验，主张保守主义(English pay great attention to experience. They worship conservatism)。

9．英国人常以“历史连贯性的神话”来掩盖“历史演化的真相”(English try to cover the truth of historic evolution with the myth of ‘historic continuous development’)。

10．认知英国的事物，必须从历史发展的角度加以考察。

11．历史偶然性对英国程序法的发展具有重大影响(contingency sheds a great influence on the evolution of English procedural laws)。

12．英国人注重实际，轻视理论(English put emphasis on practice, ignoring abstract theories)。

13．英国人具有“反逻辑”的倾向(English have the character of illogic)。

14．英国人态度中庸，反对极端(English favors the doctrine of middle course, opposing any logical extremities)。

15．英国的政治和法律制度具有早熟性(English political and legal institutions have a character of earliness)。

二．英国民事诉讼的历史演变(historical evolution of English civil procedures)

1．古日尔曼法和蛮族的入侵(ancient Germanic laws and the invasions of English isles by Barbarians)

2．诺曼人及其对英国的入侵(Normans and their invasion of British isles)

3．王室法院的建立和普通法的诞生(the establishment of Royal courts and the gradual formation of Royal Courts).

“末日审判书”（the Doomsday Book）

财务庭（Exchequer）

普通诉愿庭（the Common Pleas）

王座庭（the King’s Bench/ *Coram Rege*）

“有限管辖权法院”(limited jurisdiction)。

“竞合的管辖权”(concurrent jurisdictions)。

4．在英国，在非常早的年代就完成了裁判权向国王的统一（in England, the unification of jurisdiction under the King was achieved at an very early date）。

5.由于某些优点，王室法院逐渐取得一种优势地位（due to certain advantages, compared with local feudal courts, Royal Courts gradually got a superior status）。

6．普通法诉讼的基本制度(the fundamental institutions of common law procedure)。

令状（Writ）

诉讼形式（the forms of action）

单一争点（Single Issue）

陪审团（the verdicts of Jurata/Jury）

7．衡平法(equity) : A necessary supplement to common law procedure.

普通法存在的缺陷(the shortcomings of the Common Law procedure)。

衡平法缘于所有法律都会变得僵硬这一倾向(Equity procedure was created by the inclination that any law will eventually develop into the status of rigidness)。

枢密大臣(Lord chancellor)

“国王的剩余司法正义”(the remaining justice of the King)

衡平法诉讼的主要原则(main principles of the Equity litigations)

大法官法庭的诉讼程序的特点(the characters of the Chancery procedure)

衡平法诉讼程序的不足之处(the shortcomings of the Chancery procedure)

7．普通法和衡平法的关系解析(Analysis on the relationship between common law and equity)

普通法诉讼程序和衡平法诉讼程序的区别(the differences between Common Law procedures and the Chancery procedure)

普通法诉讼程序和衡平法诉讼程序的联系（the relationship between Common Law procedures and the Chancery procedure）

在现代英美民事诉讼中，普通法和衡平法已经融为一体(nowadays, Common Law procedures and Chancery procedures has been united as one)

第二节 英国民事诉讼程序的近代改革(the reforms of British civil procedures from 19th century until now)

一．英国普通法诉讼程序的近代改革(the reforms of English Common Law procedures in the 19th century)

1．英国法律（包括程序法）近代改革的方法(the main methods of reforms)。
2．1832 年《统一程序法》的改革内容。
3．1833 年的《不动产时效法》的改革内容。
4．1833 年《民事诉讼法》的改革内容。
5．1852 年《普通法诉讼条例》的改革内容。
6．1854 年的《普通法诉讼条例》的改革内容。
7．1875 年诉讼程序的改革。
8．19 世纪晚期的《最高法院规则》的改革内容。

二．英国衡平法诉讼程序的近、现代改革(the reforms of English Chancery procedures in the 19th century)

1．1852 年的《大法官庭诉讼条例》的改革内容。
2．1858 年的《衡平法修正条例》的改革内容。
3．议会改革了衡平法庭司法权及司法人员的管理(parliament reformed the managements of judicial powers as well as judicial staff in the Chancery Courts)。
4.《1873 年司法制度法》的改革内容。

三．英国现行民事诉讼规则简介(a general introduction to the modern English civil procedure rules)

1．在当代英国，诉讼规则不由议会制定(in today's England and Wales, the Rules of civil procedure is not enacted by Parliament)。
1997 年民事诉讼法案(the Civil Procedure Act 1997)
民事诉讼规则委员会(the Civil Procedure Rule committee)
2．现行《英国民事诉讼规则》(the Civil Procedure Rules 1998) ('CPR').
"诉讼指引"(practice directions) ('PD')
英国现行《英国民事诉讼规则》是一个"开放的体系"(current English CPR is an open system of rules)

四．美国民事诉讼法的历史演变(the evolution of American civil procedure)

1．美国的民事诉讼制度实际上主要源于英国(mainly originated)。
2．美国法院系统的建立(the establishments of American courts' system)。
3．1848 年《纽约州民事诉讼法典》(civil procedural code of New York,1848)
4．1938 年《联邦民事诉讼规则》(Federal Civil Procedure Rules of 1938)

五．英美现代民事诉讼的总体特征(General characters of modern Anglo-American civil procedure)

1．法律至上(superiority of law)。

2．诉讼程序背后具有“人性恶、怀疑论”的哲学观念(Anglo-American civil procedural rules are founded on the philosophical notions of vicious human nature, scepticism)。

3．司法经验主义(judicial empiricism)。

4．既“遵循先例”，又“设法逃避先例”(stare decisis and evading precedents)。

6 强调“形式先于实体”(stress on the forms superior to the substances)。

重视保障诉讼当事人的程序参与权(focus on litigators' right of procedural participation)。

6．审理方式为“对抗制”（Adversary system）。

7. 在传统上，法律以不成文的判例法为主，成文法为辅(traditionally, majority of law are case laws, which were supplemented by statutes)。

8、案件审理采取“两分法”(dichotomy method)。

9．用庞杂的证据规则来有效限制事实裁判者的自由裁量范围(sophisticated evidential rules are installed to limited the scopes of judicial discretions)。

10．陪审团审理时，裁判文书中不写判决的理由(in Jury trial, the verdicts are delivered without reasoning)。

11．法官终身任职(judges hold them positions for life)。

12．英美的民事案件是一个广义的概念(in Anglo-American, civil litigation is a broad-sense conception)。

13．在美国，对生效裁判的强制执行由行政官员或警察等来管理(in US, the judgments are enforced by executive officers)。

14．判例法具有非逻辑性、非体系性的特点，难以学习(the chaotic and illogical civil procedural rules of Anglo-American system is hard to learn)。

复习思考题：

1. 试分析“令状”制度的基本功能，及其对当代英国民事诉讼程序的影响。

2．英国人发展程序法的主要方法是什么？它们的功能和作用是什么？

3．如何理解 Maitland 的名言：“我们埋葬了诉讼形式，但它们从坟墓中统治我们”？

第二章：英美的民事法院（Chapter two: Anglo—American Civil Courts）

通过本章的学习，掌握英国和美国各自的民事法院设置情况，以及英国民事司法改革的概况。本章计划讲授 4 学时。

第一节　英国的民事法院系统(English civil court system)

一．英国民事法院的历史溯源和演变情况(the originality of English civil courts)

1. 村镇法庭(community courts)。
2. 百户区法庭(court of hundreds)。
3.古代的郡法院(ancient county courts)。
4.贤人会议（witenagemot）。
5.国王评议会(the King's Council)。

二．英国民事法院的传统分类(the traditional categories of English civil courts)

1. 高级法院和低级法院(the superior courts and the lower courts)。
2. "原始管辖权法院"和"上诉管辖权法院"(the courts with original jurisdictions and the courts with appellate jurisdictions)。
3. "案件记录法院"(courts keeping records)。

三、英国民事法院的具体组成（the composition of current English civil courts）

1.上议院(House of Lords)（2009 年 10 月 1 日以前）。
2．联合王国最高法院（the Supreme Court of the United Kingdom）(2009 年 10 月 1 日之后)
3."枢密院司法委员会"（Judicial Committee of Privy Council）。
4. 民事上诉法院(Court of Appeal)。
5. 民事高等法院(High Court)。
6．郡法院（County court）。
7. 治安官法院（Magistrates Courts）。

四．英国的民事诉讼改革(the recent reforms of English civil procedure)

1.英国传统民事诉讼贯彻"司法竞技理论"（traditionally, English judicial system worshiped the sporting theory of justice）。
2.英国传统民事诉讼程序的主要弊端(the main faults of traditional English civil procedure)。
3.英国民事司法改革应遵循的主要原则(the main principles for this reform)。
4.改革的主要内容(substances of this reform)。
5.改革后，英国民事诉讼的当事人主义模式并未发生本质变化(after the reform, the essential characters of adversary system has not been changed)。

第二节　美国的民事法院系统(American civil courts system)

一．联邦法院系统(federal courts system)

1. 《美国联邦宪法》第 3 条第 1 款（Art 3, sec 1 of the US Federal Constitution）。

2.“根据宪法而产生的法院”和“根据立法而产生的法院”(courts founded by Federal Constitution and courts founded by federal statutes)。

3.“普通的联邦法院”和“特别的联邦法院”(federal courts with general jurisdictions and the federal courts with special jurisdictions)。

4.美国全国共有 54 个相对独立的法域（within the US boundaries, there are 54 jurisdictions）。

5. 联邦最高法院(Supreme Court of the United States)。

6. 联邦上诉法院(United States Circuit Court of Appeals)。

7. 联邦地区法院(United States Circuit Court/District Court of the United States)。

二．州法院系统(state courts system)

1. 在美国，绝大多数民事案件都由各个地方的州法院专属管辖(in US, major civil cases are exclusively tried by various state courts)。

2. 低级法院的概念和种类（the conception and classification of lower state courts）。

3. 郡法院的概念和基本特征(the conception and characters of US county courts)。

4. 中间上诉法院的概念和基本特征(the conception and characters of intermediate appellate courts of state)。

5. 州最高法院的概念和基本特征(the conception and characters of the state Supreme Court)。

复习思考题：

1.简述英国民事高等法院和民事上诉法院的关系？

2.为什么说“英国民事诉讼的改革并未改变其当事人主义诉讼模式的实质”？

3. 据美国法律来看，“根据宪法而产生的法院”和“根据立法而产生的法院”之间有何不同点？

第三章：美国及英国民事案件的管辖（Chapter three: American Federal and State civil jurisdiction, as well as English civil jurisdictions）

掌握支撑美国民事案件管辖制度的宪法分权理念、联邦法院民事管辖权的范围具体种类等知识。

本章计划讲授 5 学时。

第一节 美国民事管辖权概说(introduction to US civil jurisdictions)

一．决定管辖权的宪法性因素(decisive Constitutional factors for jurisdictions)

1.美国法院管辖权的基础理念(the basic notions of US jurisdictions)。

2.美国民事案件管辖问题不但是诉讼法问题，也是宪法性问题(the matters of civil jurisdictions are not only a procedural issue, but also a Constitutional issue)。

3.解决管辖权争议的方法(the ways to resolve jurisdictional disputes)。

4.联邦法院只享有有限管辖权(federal courts only have limited jurisdictions)。

5．州法院具有一般管辖权(state courts have general jurisdictions)。

二．管辖权的概念(the conception of jurisidiction)

1.美国民事诉讼中的“管辖权”概念的特点(the characters of US civil jurisdictions)。

2.在民事案件管辖上，联邦法院和各州法院的关系(on the matters of jurisdictions, the relationship between federal courts and state courts)。

3. 具有案件管辖权的必备前提：合法及时的通知和送达(the precondition for jurisdictions: lawful and timely notice and service)。

第二节 美国联邦法院的民事管辖权(civil jurisdictions of the Federal Courts)

一．联邦事物管辖权(federal subject matters jurisdictions)

1.定义(conception)

2.如果违反事物管辖权的规定，原则上判决无效(without subject matter jurisdiction, principally, the judgment will be considered as invalid)。

3.《联邦民事诉讼规则》第 8 条第 3 款第（1）项(Rule 8(3)(1) of Federal Civil Procedure Rules)。

二．联邦问题管辖权(federal question jurisdiction)

1.联邦问题管辖权的概念(conception of federal question of jurisdiction)。

2.所谓联邦法律包括：联邦宪法、联邦判例法、联邦制定法，以及美国缔结的国际条约等(federal laws include: federal constitution, federal case laws, federal statutes, and the international conventions

signed by federal government)。

3.在发生管辖权竞合的情况下，原告在联邦法院和州法院之间具有起诉的选择权，除非该案件属于联邦法院专属管辖的范围(for a civil case, when there are concurrent jurisdictions, plaintiff can choice one of them to file his/her complaint, unless that case falls into the exclusive jurisdiction of federal court)。

4.联邦法院专属管辖的民事案件类别(types of cases fall into the exclusive jurisdiction of federal courts)。

三．异籍管辖权(diversity jurisdiction)

1. 异籍管辖权的概念(conception)。

2.制度设置原因：防止地方保护主义(the reasons for this institution: prevention of judicial local protectionism)。

3.适用该种管辖的前提要件(conditions to use diversity jurisdiction)。

四．移送管辖权、附带管辖权和关联管辖权(removal jurisdiction, ancillary jurisdiction and pendent jurisdiction)

1.移送管辖权的概念(conception of removal jurisdiction)。

2.对州法院错误受理的“联邦问题”和“异籍民事纠纷”，本案被告都可以适法提出移送申请(as for federal question disputes and diversity cases erroneously tried by state courts, defendant can raise the motion to remove them to the appropriate federal courts)。

3.移送管辖权实际上是一种纠正管辖错误的措施 (removal jurisdiction is institution to correct jurisdiction errors)。

4.对不同州居民之间的民事案件申请向联邦法院移送，只有被告不属于诉讼系属法院州的居民才有申请移送的权利(as for the removal of diversity cases, only can defendant, who is not the resident of current venue, can raise the motion)。

5. 关联管辖权的概念和适用条件(conception and grounds of pendent jurisdiction)。

6. 附带管辖权的概念和适用条件(conception and grounds for ancillary jurisdiction)。

7. 附带管辖权能有效扩大联邦法院案件管辖的范围(ancillary jurisdiction can effectively enlarge the scope of federal jurisdictions)。

8. “强制反诉”和“交叉请求”的合并管辖问题(amalgamated jurisdiction of compulsory counterclaim and cross-claim)。

五．对人管辖权(personal jurisdiction)

1.概念(conception)。

2.对人管辖权制度主要解决对被告的管辖问题(personal jurisdiction mainly concerns with the matters of jurisdiction over defendant)。

3.对人管辖权既适用于自然人，也适用于法人(that institution can be used for natural person, as well as artificial person)。

4.对人管辖权产生的前提(conditions for personal jurisdiction)。

5.通过案例确立的相关原则(relevant principles created by case law)。

6.“最低限度的接触”和“对人管辖权”(the relationship between minimum contact and personal

jurisdiction)。

六．对物管辖权和准对物管辖权(jurisdiction in rem and jurisdiction quasi in rem)

1.对物管辖权的概念(conception of jurisdiction in rem)。

2.对人及对物管辖权在产生方面的不同点(the differences the initiations of personal jurisdiction and jurisdiction in rem)。

3.州对其领域内的物具有物理支配力是“对物管辖权”产生的基础(the ground for jurisdiction: state has physical controlling force over things within its boundaries)。

4.“对物管辖权”的产生也可能适用“最低限度接触”的原则(jurisdiction can also be related to the principle of minimum contact)。

5.“准对物管辖权”的概念(conception of jurisdiction quasi in rem)。

6.准对物管辖权和对物管辖权的区别和联系(the relationship between jurisdiction in rem and jurisdiction quasi in rem)。

7.美国判例规定，在适用准对物管辖权时，也要求被扣押的物于法院所在州之间具有“最低程度的接触”（according to US case law, when utilizing jurisdiction quasi in rem, there should also be a minimum contact between attached thing and the venue state）。

8.具体产生“准对物管辖权”的两种方式：(1)财产扣押；(2)债权扣押 (two methods to produce jurisdiction quasi in rem: (1) attachment; (2)debt and garnishment)。

第三节 审判地及移送(venue and transfer)

一．决定审判地的原则(the principles deciding venue)

1. 概念(conception of venue)。

2.原告一般不可能就“审判地”提出异议(generally, plaintiff can not raise objection against venue)。

3.“审判地的确定”之本质(nature of ascertaining a venue)。

4. 诉讼开始后，被告应及早向法院提出审判地异议申请，否则将视为放弃该权利(after the commence of the proceeding, defendant should raise venue objection as soon as possible, whereas this right will be deemed waived)。

5. 异籍居民之间的纠纷，法院确认审判地的原则(the principle of ascertaining venue in diversity cases)。

6.涉及联邦问题的案件，法院确认审判地的原则(the principle of ascertaining venue in federal question cases)。

7.如果外国人不居住在美国，可以以美国任何联邦地区法院作为审判地。但对外国人起诉必须具备对人管辖权(if a foreign party does not reside in US, he/she can consider any federal district court as his/her venue. However, trying a case against foreign defendant, the court must have personal jurisdiction over the foreign litigator)。

二．移送案件或驳回诉讼(transfer or dismiss)

1.“不方便法院地”原则和移送案件(the principle of forum non convenience and transfer)。

2.在美国，移送案件完全是法院的职权行为，不需要征询当事人的意见(in US, transfer is within courts' power, which is not affected by parties' opinions)。

3.驳回诉讼的概念和适用条件(conception and grounds of dismiss)。

复习思考题：

1.什么是异籍管辖权？请简述其内容。

2.辨析“不方便法院地”原则和移送案件之间的关系。

第四节 英国的民事案件管辖制度(English civil jurisdictions)

一．英国法上的“地域管辖”(Territorial jurisdictions of England and Wales)

1．英格兰和威尔士国内民事案件的地域管辖权(domestic regional jurisdiction of England and Wales)。

2．在欧盟范围内，英国法院审理的涉外案件的地域管辖权，以及如何解决相关的“管辖权竞合”问题(within EU, the English jurisdiction on civil cases with foreign parties, as well as how to resolve the problems of concurrent jurisdictions in the civil litigations with foreign parties)。

3. 在英国和威尔士司法辖区内向外国人被告送达诉讼文书(service on a foreign defendant within the jurisdiction of England and Wales)

4. 境外当事人自动接受英格兰及威尔士法院的管辖(submission to the jurisdiction of England and Wales by foreigners)

5. 一般规则之外的案件管辖权之确定原则(cases outside the general rules)。

6．依欧盟《司法裁判规范》而产生的管辖权(Jurisdiction under the Judgments Regulation)。

7．英国法院向“司法规则”、“布鲁塞尔公约”，以及“诺加诺公约”成员国之外的其他国家当事人送达诉讼文书的制度(to serve English proceedings on a defendant living in a country outside the scope of the Jurisdiction Regulation and Brussels and Lugarno Conventions)。

8．其他注意事项(other things should be noticed)。

9．方便审判地(forum conveniens)。

二. 英国法上的“级别管辖”(English Jibie jurisdiction)

1．现代的一般规则：郡法院与高等法院在绝大多数案件上，管辖权竞合(the general principle: for majority of cases, county courts and High Court have concurrent jurisdictions)。

2．法律规定，由郡法院专属管辖的案件(Cases allocated exclusively to the county court.)。

3．应当向郡法院起诉的案件(Claims which should be brought in a county court)。

4．郡法院与高等法院竞合管辖的案件(Concurrent Jurisdiction among the High Court and the County courts)。

5．郡法院管辖权受限制的案件(Cases where there is limited county court jurisdiction)。

6．专属高等法院管辖的案件(Cases allocated exclusively to the High Court)。

7．人身侵权案件(Personal injuries cases)。

三．案件移送制度(The proceedings of case transferring)

1．法院能主动地或根据一方当事人的申请，将诉讼程序移送到高等法院或适当的郡法院(on its own initiative or based on a party's motion, a court can transfer a case to the High Court or a appropriate county court)。

2．高等法院枢密院庭的案件如果需要移送，一般移送到伦敦中区郡法院(if a case of Chancery Division of High Court should be transferred, it should be transferred to the county court of London Middle District)。

四．案件在民事高等法院三大法庭之间的相互移送(cases can be transferred among the three Divisons of the High Court)

1.《英国民事诉讼规则》第 30.5 条的规定（CPR, r 30.5）。

2．相互移送的法定条件(grounds for this kind of transfer)。

五．向错误的法院起诉 (Commencing proceedings in the wrong court)

1．在无管辖权法院起诉的案件，将会移送到合适的法院，但请求人经常需要支付申请移送的费用(the case tried by an erroneous court will be transferred to a appropriate court. However, claimant often has to pay the transfer costs)。

2．如果法院能认定请求人知道或应当知道找错了法院，法院有命令移送或撤销诉讼程序的自由裁量权(if the court can ascertain the fact that claimant knew or should know he filed complaint to an erroneous court, the court has discretion either to order a transfer or to dismiss the case)。

六．英国的管辖权异议(disputing the court's jurisdiction)

《英国民事诉讼规则》第 11.（2）条的规定 (CPR, r 11(2))。

七．在欧盟成员国范围内，英国法和欧盟法解决涉外民事案件"一事不两诉"(les pendens/ anti-suit injunction)**的规定和原则**(articles of English and EU laws to deal with the problems of les pendens in cvil litigaions with foreign parties)

1．凡是一项请求能向一个以上国家的法院提出，就应该考虑向最恰当的国家的法院提出(if a complaint can be filed to two or more countries' courts, the claimant should file it to the most appropriate court)。

2．法院同样关心同一请求不是同时在几个国家进行诉讼 (similarly, courts concern about the fact that a same case can not be tried simultaneously in several countries' courts)。

3．普通法解决问题的办法为法院有权以'非方便法院'为理由停止英国的诉讼程序和做出禁制令限制在外国的诉讼程序(according to common law, the methods to resolve this difficult are: to stay English proceedings for the reason of forum non convenience, and to limit foreign proceedings by issuing injunctions)。

4．《布鲁塞尔公约》解决相似的问题的方法(Brussels Convention's ways to tackle similar difficulties)。

八. 英国法和欧盟法避免涉外关联案件之裁判相互冲突的规定和原则(articles of English and EU laws resolving the problems of possible irreconcilable judgments among relevant civil litigations with foreign parties)

1．当关联性诉讼在不同的成员国法院提起时， 除了首先受理本案的法院之外，其他的法院可停止相应的诉讼程序(where related actions are brought in the courts of different Member States, any court other than the court first seised may stay its proceedings)。

2． 当此类案件正处于一审系属状态时，除了首先受理第一个关联案件的法院之外，在一方当事人的申请下，如果首先受理案件的法院对其他关联案件也具有管辖权，并可对这些关联案件合并管辖时，其他法院应放弃对此类关联案件的管辖权(where these actions are pending at first instance, any court other than the court first seised may also, on the application of one of the parties, decline jurisdiction if the court seised has jurisdiction over the actions in question and its law permits the consolidation thereof)。

3．如果诉讼请求之间有紧密联系，并且出于避免分别诉讼所可能带来的“相互矛盾裁判”的问题，如果合并审理这些关联请求是恰当的，则依据欧盟法律来看，这些请求就属于“关联性请求”(for the purposes of this article, actions are deemed to be related where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings)。

九. 英、美在民事诉讼管辖方面的不同点(the main differences between English and American civil jurisdictions)

复习思考题：

1．为什么说“美国民事案件管辖问题不但是诉讼法问题，也是宪法性问题”？
2．为什么本州法院不能以“公告送达”的方式取得对外州当事人的“对人管辖权”？
3．在英国，原告向错误的法院起诉后，如何进行补救？

第四章 证据的开示和审前案件管理程序 (Chapter four: Discovery and pretrial case management matters)

通过本章的教学，学生应掌握以下三方面知识：一是美国发现程序的含义和五种常用的证据发现方法；二是审前会议的功能和作用；三是有关审前庭外和解以及 ADR 纠纷解决机制的知识。

本章计划讲授 5 学时。

第一节 发现程序(the process of disclosure)

一．出示的义务（duty of initial disclosure）

1.双方当事人为了制定发现程序的计划日程，有义务召开当事人会议(in order to draft the timetable of disclosure, litigators have the duty to organize parties' conference)。

2.根据《联邦民事诉讼规则》第 26 条第 1 款的规定，当事人负有一系列最初出示义务（according to Rule 26(1) of the Federal Civil Procedure Rules, parties have certain duties of initial disclosure）。

3.专家作出的鉴定报告也属于出示义务的对象之一。如果不出示，则在法庭上就不得把该报告作为证据资料使用(the report made by experts is also one of the materials should be disclosed. If it is not disclosed during the pretrial stage, the expert report can not be admitted during trial)。

4. 英国《民事诉讼规则》第 27.5 条规定，提出专家证人在小额轨道（samll-claim track）案件中是不允许的，除非得到法院许可。在快捷轨道（fast-track）案件中，口头的专家证据限于两个专业领域，每一个专业领域限于一名专家(Under CPR, r 27.5, it is not permitted to produce expert evidence in the small-claim track cases, unless the applicant can get the approval of the court. In the fast-track cases, oral expert evidence is limited to two expertise fields, which means one expert for each field)。

5.在开庭审理 30 日之前，当事人原则上有义务向对方出示将在法庭上提出的证人名单和文书目录(30 days before the trial, principally, parties have duty to disclose the lists of witnesses and documents)。

6. 法院作出的证据开示命令(disclosure orders)。

7. 对开示文件适用范围的限制性规定(collateral use of disclosed documents)。

8. 庭审中对开示证据的运用(use of disclosed evidence in the trial).

二．现代美国民事诉讼中常用的五种发现方法(five discovery methods commonly used nowadays)

1.庭外笔录证言（deposition）；

2.质问书（Interrogatories）；

3.要求提供文书和物证（requests for providing documents and real evidence）；

4.要求自认（request for admission）；

5.检查身体和精神状态（physical and mental inspection）。

6．在初步开示后，答复方自动提供“补充答复”的义务(after initial disclosure, the respondent has the duty of providing supplementary answers)。

三．制止滥用发现程序的法律手段(sanctions against abusive disclosure activities)

1.不准当事人利用发现程序来“折磨”对方当事人(one party must not use disclosure to ‘torture’ the other side)。

2. 请求保护命令的申请人有义务其申请的正当理由(the applicant who filed the motion for protection order should prove the reasonable grounds for his/her pertition)。

2.《联邦民事诉讼规则》第 26 条第 3 款规定了 8 种具体的保护措施(Rule 26(3) provided 8 special protect measures against abusive disclosures)。

四．对滥用发现程序的法律制裁（sanctions against abusive disclosures）

1.只有当事人提出相应的动议后，法院才会斟酌是否采取相应的措施(only after parties raise corresponding motions, will courts consider whether to take appropriate measures)。

2.具体的制裁措施(the details of these measures)。

3.对上述制裁命令，在法院一审判决未作出前，当事人不得单独不服。但在法院驳回诉讼或作出缺席判决时，当事人可以立即提出上诉(as for these sanction orders, before the judgments of first instance are made, parties can not appeal immediately. However, after courts dismiss the case or make default judgments, parties can appeal immediately)。

第二节 英国法院常用的证据开示命令(the common disclosure orders issued by English and Wales courts)

一．“诺维奇制药厂命令”(Norwich Pharmacal order)

1. 某些情况下，由于适格被告的身份并不清楚，因此，相应的诉讼不可能被提起(There are situations where proceedings cannot be brought because the identity of the true defendant is unknown)。

2. 如果原告就起诉潜在的被告享有“诉的利益"，法院不会为了满足人们的好奇心而作出上述命令(if the claimant has a real interest in suing the alleged wrongdoer, an order will not be made for the mere gratification of curiosity)。

3. 当原告真诚地对违法者提起诉讼之时，可以认为做出“诺维奇制药厂”命令的条件已经得到满足(Where the claimant genuinely intends to bring proceedings against the wrongdoer, the condition is clearly satisfied)。

4. “诺维奇制药厂”命令的适用范围并不局限于侵权方面的案件，而是具有普遍的适用性。其可以被适用于信托案件以及违约的案件(The *Norwich Pharmacal* jurisdiction is not restricted to claims in tort, but is of general application, and applies to claims in breach of confidence and breach of contract)。

二．银行业者信托命令(bankers trust orders)

1. 为了达到辅助证据开示，找出被擅自挪用资金的下落，法院可做出一项命令(an order can be made for disclosure in aid of a tracing claim to find what has been done with the misapplied money)。

2. 银行业者信托命令仅在情况紧急的案件中作出(Bankers Trust orders are granted only in urgent cases)。

3. 做出“银行业者信托命令”的前提条件(the preconditions to the granting of a *Bankers Trust*

order)。

4. “银行业者信托命令”常被包括在法院做出的“诉讼冻结令”中(*Bankers Trust* orders are often included in freezing injunctions)。

三．程序启动前进行的证据开示(disclosure before proceedings start)

1. 就查验相关的财产情况、开示相关的证据，以及查验案外人的财产和开示其文件等问题，英国法院有权作出相应的“诉前开示命令”(the courts have a number of powers to order pre-action inspection of property and disclosure of documents, and also inspection and disclosure against non-parties)。

2. 这些法律条文的立法目的(The purpose of these provisions)。

3. SCA 1981, s 33(2)的规定。

4. 在英国法院作出上述命令前，申请者必须满足的五项条件(There are five conditions that must be satisfied before an order can be made under this section)。

四．由案外人进行的证据开示(disclosure by non-parties)

1. 制度内容(substances of institution)。

2. 类似制度的比较分析(the comparison and analysis of similar institutions)。

3. 程序性规定(procedural rules of that institution)。

五．在程序中查验相关财物状况(inspection of property during proceedings)

1. 根据《英国民事诉讼规则》第 25.1 条的规定，就达到此目的而言，法院可做出何种命令(According to CPR, r 25.1, what kinds of orders can be made by courts for this cause)。

2. “涉案相关财产”的法律含义(The meaning of ‘relevant property’)。

3. 此种申请面临的主要法律限制(The main restriction on such applications)。

六．对由案外人掌控的财物的查验(inspection of property in the possession of non-parties)

1. 根据《1981 年英国最高法院法案》第 34（3）项，以及《1984 年英国郡法院法案》第 53（3）项的规定，为达此目的，法院有权作出此类命令(Under the SCA 1981, s 34(3) and CCA 1984, s 53(3), the court has power to make orders for this cause)。

2. 《英国民事诉讼规则》第 25.5 条的规定了作出本命令的具体程序内容(Under CPR, r 25.5, the procedural enactments for this inspection)。

七．对数据的法律保护(data protection)

1. 《1998 年数据保护法案》第 7 项(the Data Protection Act, 1998, s 7)。

2. 保护“相互性备案系统”的法定条件(the conditions for protection of a manual filing system)。

3. 保护个人数据的法定条件(the conditions for protection of personal data)。

4. 各类例外(various exemptions)。

5. 对数据掌控者提出的法定要求(legal requirements for the data controller)。

6. 对相应申请的驳回及制裁性规定(refusal and sanctions)。

第三节 英国法上的轨道分配及相应的审前案件管理制度(track allocation and subsequent case managements in England and Wales)

一. 分配“审理轨道”(track allocation)

1．诉答后，英国的“审理轨道分配”(after the stage of pleadings, English courts assign a particular case to a particular trial track)。

2．案件分配的调查问卷(questionnaires for case allocation)。

3. 英国立法划分三个案件审理轨道的目的(the legal aims of establishing three case trialing tracks)。

二. 确定案件分配的时间(time when track allocation is decided)

1．一般性规定(The usual position)。

2．就某些特殊案件而言，英国法设定的“案件审理轨道分配”的附加性规定(some additional provisions dealing with track allocation in special cases)。

三. 案件审理轨道分配的问题调查表(allocation questionnaires for case track-allocations)

1．问题调查表的适用范围(the cases in which allocation questionnaires can be used)。

2．不向法院提交轨道分配表的法律后果(failure to file an allocation questionnaire)。

四. 对拒绝缴纳案件轨道分配费用的制裁措施(non—payment of the allocation fee)

法院做出的“驳回诉讼的命令”(The order to struck out)。

五. 案件轨道分配的庭审程序(allocation hearing)

1. 如果法院认为必要，则其会就“案件的轨道分配问题”举行一次听证(The court may hold an allocation hearing if it thinks it is necessary)。

2. 根据英国法的规定，法院可将任何其他“中间争点的听证会”视同“案件审理轨道分配的听证会”(the court may treat any other interim hearing as an allocation hearing)。

六. 进行审理轨道分配的标准(the standards for track—allocations)

1.原则性规定(the general provisions)。

2.法定例外(legal exceptions)。

七. 小额轨道的分配规定(provisions of the small-claim track allocation)

1. 适用小额轨道的案件范围及条件(the types of cases suitable for small-claim track and its conditions of usage)

2. 小额轨道不能适用或限制适用的 CPR 制度(small-claim track can not be used for, or can not be used without restrictions for certain CPR institutions)。

3. 法院就此可做出的“标准命令”(standard directions)。

4. 法院几次课做出的“特别命令”(special directions)。

5. 欧盟法律规定的“小额请求诉讼程序”(European Small Claims Procedure)。

八. 快捷轨道的分配规定(provisions of the fast track allocation)

1. 概说(the general introductions)。
2. 快捷轨道的分配命令(allocation directions)。
3. 当事人达成协议的法院命令(agreed directions)。
4. 向法院提交“审前检查表”(filing pre-trial checklists)。
5. 确定庭审的期日(fixing the date for trial)。
6. 庭审时间表(trial timetables)。
7. 为庭审准备的“文件包”及“案情概要”(trial bundles and case summary)。

九. 多轨道的分配规定(provisions of the multi—track allocation)

1. 可被分配给“多轨道审理程序”的案件类型(the types of case can be allocated to the multi-track)。
2. 可适用多轨道进行审理的法院(the courts which can use multi-track to try civil litigations)。
3. 法院就此做出的命令，以及当事人达成协议的相应命令(court directions and agreed directions)。

十. 没有诉讼标的金额的民事纠纷如何进行轨道分配(how to allocate claims with no financial value to a specific trial track)

1.相关的司法命令(Judicial discretion)。
2. 《英国民事诉讼规则》第 26.7（3）条规定的因素(the factors of CPR, r 26.7(2))。

十二. 转换案件审理轨道(changing tracks)

1. 《英国民事诉讼规则》第 26.10 条的规定(CPR, r 26.10)。
2. 提出申请的法庭要求(application requirement)。
3. 就《英国民事诉讼规则》第 20 部分项下的“附加性诉讼请求”而言，如何转换“审理的轨道”(tracks changing for an additional claim under Part 20)。
4. 案件管辖恒定和《英国民事诉讼规则》之“首要目标”之间的关系(the relationship between stability of case's jurisdiction and the overriding objectives of CPR)。

第四节 审前会议(pretrial conference)

一. 审前会议的性质和目的(the natures and aims of the pre-trial conference)

1.审前会议制度在传统的普通法上并不知名(pre-trial conference was an unknown thing to the traditional Common Law procedure)。
2.审前会议的概念(conception of pre-trial conference)。
3.该制度的两个目的(two aims of pre-trial conference)。
4. 英国法院对案件的“积极管理”(English courts conduct active case management)。
5. 英国民事案件审前会议与美国相应制度的不同点(the differences of English pre-trial conference and its American counterpart)。

二．审前会议的程序(the procedures of pre-trial conference)

1.一旦法院召集审前会议，律师必须出席(once courts plan to convene a pre-trial conference, advocates must present at the meeting)。

2.律师应为出席审前会议作好充分的准备(advocates should make sufficient preparation for the attending of the pre-trial conference)。

3.多数法域准许审前会议处理范围较为广泛的问题(in US, most jurisdictions permit pre-trial conferences to deal with wide scope issues)。

4.如果一次会议不能全面解决问题，则法院有权召集几次审前会议(if one pre-trial conference can not resolve all the issues, courts have power to organize several pre-trial conferences)。

5.法律鼓励当事人在审前会议上达成和解并撤诉(laws encourage parties to reach a settlement and withdrawing the complaint during the course of pre-trial conference)。

6.相关的制裁措施(relevant sanctions)。

7.美国多数法域认为：最好主持审前会议的法官就是主持一审庭审的法官（for most US jurisdictions, the ideal judge who presides over pre-trial conference is the judge of the trial）。

三．审前会议的决议和法官的命令(the decisions of pre-trial conference and judge's directions)

1. 审前命令的概念(conception of pre-trial orders)。

2．作出审前命令的目的：防止诉讼突袭（失权效果）和提高诉讼效率(the aim of the pre-trial orders: to prevent 'litigation surprises' and improve litigation efficiency)。

3．审前会议进行过程中作出的“一般性命令(usual directions possibly being made during case management conference)。

4. 审前会议进行过程中作出的“特殊性命令“(unusual directions possibly being made during case management conference)。

5．审前命令的内容(the contents of pre-trial orders)。

6. 案件管理命令及修改它们的方法(case management directions and the methods to vary them)。

7．控制性证据(controlling evidence)。

9．审前问题检查表(pre-trial checklists)。

10．确定庭审的期日(fixing the date for trial)。

11．英国的“除非…法院命令“(unless order)

12. 对“除非…命令”的不服从，以及可能招致的法律制裁(non-complicance with an unless order and its possible sanctions)。

13. 相应的权利救济措施(Setting aside and relief from sanctions)。

第五节　和解和替代性纠纷解决方式(settlements and ADRs)

一．英国和美国的诉前及诉讼中和解制度(Anglo-American pre-trial and proceeding settlements)

1.和解的概念(conception of settlement)。

2. 和解的性质 (natures of settlement)。

3.当事人双方达成和解后，应向法院书记官提出撤诉申请(after reached a settlement, parties have to file a application of withdrawing the complaint to the court recorders)。

4.和解会议的概念和制度内容(conception of settlement conference and its substances)。

5.《联邦民事诉讼规则》第 68 条对判决方案要约的规定（Under Rule 68 of the Federal Civil Procedure Rules, the provisions of judgment offer）。

6.和解契约的内容(the contents of settlements)。

7．放心和解的“安全阀”：without prejudice communications。

8．英国法对诉讼中和解的特色规定(special English provisions for settlements in the proceedings)。

9．英国的诉讼前议定书(pre-action protocols of English laws)。

10．《英国民事诉讼规则》第 36 部分的“和解要约”(Part 36 Offer of England and Wales)。

二．替代性纠纷解决方式(ADRs)

1 替代诉讼的纠纷解决方式的概念和兴起原因(the conception of ADRs and their reasons of flourishing)。

2.附设于美国法院的 ADR（court annexed ADR）（ ADRs annexed to US courts）。

4．英国法规定的 ADR(ADR enacted by England and Wales laws)：(1)仲裁(Arbitration)；(2) 适用于建筑纠纷的法律裁断(Adjudication in construction disputes)；(3) 民间调停和斡旋(mediation and conciliation)；(4) 冤抑及申诉程序(grievance and complaints procedures)；(5) 行政监察专员处理民事及相关纠纷(civil disputes or other relevant dispute dealt by ombudsmen)。

复习思考题：

1. 什么是质问书（Interrogatories）？其主要的功能是什么？
2. 审前会议和“集中审理原则”之间有什么联系？
3. 根据英国法律的规定，如何转换“案件的审理轨道”？
4. “证据发现”(discovery)和“证据开示”(disclosure)之间有何区别？

第五章 陪审团的历史和现状(Chapter five: Jury, history and present stipulations)

通过本章内容的讲授，学生应对陪审团制度的历史渊源，该制度的内容和具体运作方式等问题有一个初步的认识和了解。

本章计划讲授 4 学时。

第一节 制度概说(general introductions)

一．陪审团的概念和历史演变(the conception of jury and its historical evolution)

1.陪审团的概念(conception of jury)。

2.11 世纪时，编辑《末日审判书》（the doomsday book）的过程是原始陪审团的第一次大规模运用(during 11th century, in order to compile the doomsday book, the ancient juries were used on a large scale)。

3.近代以前的陪审团的三大特点(the three characters of ancient jury)。

4.接受陪审团审理是美国宪法认可的一项权利(in US, jury trial is a constitutional right)。

二．陪审团的价值(the values of jury trial)

1.政治参与价值：陪审团是国民享有直接性司法民主的体现(the value of political participation, in a wide sense: jury trial is the symbol of direct judicial democracy)。

2.陪审团能有效分散法官所担负的裁判风险(jury trial can effective decentralize the risk burden shouldered by presiding judges)。

3.陪审团裁判制度能有效防止法官的恣意裁判和司法腐败(jury trial can efficiently prevent the happenance of judicial corruptions and wanton judicature)。

4.陪审团和法官的关系体现了西方政治学上的分权制衡原理(the mutual-checking between the presiding judge and jury shows the substances of west “tripartite” political notion)。

5.陪审团制度的适用必然要求诉讼审理集中进行(the jury trial require a centrialized process, which is good for efficiency of the judicial activities)。

6.通过作陪审员，受到法治教育(by acting as a juror, a layman can learn useful legal knowledge from his/her experience)。

7.陪审团审理有助于法庭审理的通俗化(jury trial can improve the secular aspect of the judicial procedure)。

8.了解陪审团制度是认知英美法系其他相关制度的前提(it is a important to familiar with jury trial at the first, then, one easily understand other relevant institutions of Anglo-American judicial system)。

9.陪审团审理使得法院裁判较容易得到执行(the judgments based on jury verdicts are easier to enforce than the judgments sole made by judges)。

第二节　陪审团的制度内容和运作方式(the substances of jury trial and its operation mechanism)

一．法官和陪审团的职责划分(the respective roles of presiding judge and jury in a trial)

1.在庭审中，陪审团听取双方律师进行的交叉询问(during the trial, jury hear the oral arguments of parties and their advocates)。

2．事实问题和法律问题(the issues of fact and the issues of law)。

3.在听取法庭辩论的基础上，陪审团负责对案件实体争议作出裁判(after hearing the case, it is the responsibility of the jury to make verdicts of factual issues)。

4.法官负责对法律问题的解释和指示，并负责以陪审团裁判为基础制作法律判决(it is the responsibilities of presiding judge to explain the meaning of law, to give instructions, and to make judgment based on the verdicts deliberated by jury)。

5.法官负责处理的一些问题(certain issues should be dealt by presiding judge)。

二．如何选定陪审员(how to select jurors)

1.《美国联邦民事诉讼规则》第 48 条规定，陪审团成员为 6 到 12 人(according to Rule 48 of the Federal Civil Procedure Rules, jury is composed by 6 to 12 jurors)。

2．英国法对民事陪审团成员人数的规定(the number of jurors provided by English law)。

2.作为陪审员候选者的条件(the qualification conditions for juror candidates)。

3.由法院从陪审团候补名单（jurors' pool）中任选出 20 名陪审团候选人。

4.美国法律规定的挑选陪审员程序（voir dire）。

5. 英国陪审员资格的法律规定(English juror qualification provisions)。

6．法官和律师向候选人提出的典型问题(typical questions for juror candidates)。

7.陪审团候选人经过宣誓后要真实回答所有的提问 (after taking oath, juror candidates should answer truthfully to all the questions put to them)。

8．在调查陪审团候选人履历方面，英国和美国的不同观点(on the matters of inquiring juror candidates, the different attitudes manifested by England and America)

9.“附理由的回避”的含义和运用（the meaning of challenge for cause and its operation）。

10.“无因回避”的含义和运用（the meaning of peremptory challenge and its operation）。

11．在英国，要求陪审员候选人回避的事由(according to US laws, grounds for juror candidates' challenge)。

三. 陪审团制度在现代英美民事审理中的衰落(decline of jury trial in modern Anglo-American civil procedure)

1.陪审团审理是可望而不可及的“司法奢侈品”(for common people, jury trial is an unbearable 'judicial luxury')。

2.在英国，民事案件的陪审团基本上消失了 (In England, jury trial in civil litigation is almost disappeared)。

3.在美国，陪审团审理方式局限在个别民事案件种类上(in US, jury trial is limited to a few types of civil litigations)。

4.但陪审团制度又是难以彻底废除的(jury trial can not be thoroughly abolished)

复习思考题：

1. 简述陪审团的制度价值。
2. 什么是“有因回避”？什么是“无因回避”？
3. 如何区分案件审理中的“事实争点”和“法律争点”？

第六章　庭审(Chapter six : Trial)

通过该章内容的讲授，学生应对英美民事一审程序的各个阶段、法院审理裁判的方式，以及各种针对一审裁判的救济方式有所了解和认识。

本章计划讲授 6 学时。

第一节　概述(general introduction)

一．开庭审理的概说(summaries of civil trial)

1.概念(conception)。

2.两种方式：陪审团裁判或法官独任审理（two models: trial by jury, or trial by a single judge）。

3.在英国，目前只有 judge trial。

4．美国开庭审理的启动方式(the trial commencing way of US)。

5．英国开庭审理的启动方式(the trial commencing way of England)。

二．最初陈述（opening statement）

1.顺序：先原告方，后被告方(sequence: plaintiff/claimant does it first, then the defendant)。

2.最初陈述的内容 (substances of the opening statements)。

3.此阶段不得提交证据(parties are not allowed to provide evidence at this stage)。

三．交叉询问(cross-examination)

1.交叉询问分为两种：主询问（examination-in-chief）和反询问（cross examination）两种。

2.主询问/“直接询问”的概念(conception of examination-in-chief)。

3.主询问的功能(the functions of examination-in-chief)。

4.律师的主询问，原则上只能问“谁”、“什么”、“何时”、“何地”、“如何”、“为什么”等问题，而不能提出诱导性的问题(the scope of examination-in-chief are limited to questions such as: who, what, when, where, how, why. The advocate conducting examination-in-chief can not ask leading questions)。

5.例外(exceptions)。

6.反询问/交叉询问的概念(conception of cross-examination)。

7.反询问的目的(the aims of cross-examination)。

8.根据《联邦证据规则》第 611 条 b 项和 c 项的规定，交叉询问的范围限于主询问时的主题和与证人诚信有关的问题(according to Rule 611,b and c, the scope of cross-examinations is limited the contents of examination-in-chief, as well as the matters of credibility of witnesses)。

9.主询问和反询问顺序进行，直到无新的问题可问，无新的证据或证言可以提供时终结(examination-in-chief and cross-examination can be conducted in turn, until the time when parties can not raise new question, new evidence or new testimony)。

四．最后辩论（closing argument）

1.在双方当事人都宣布证明终了后，代理律师可进行最后辩论(after both parties rest their cases,

advocates can deliver the closing arguments)。

2.顺序：先原告律师，后被告律师(sequence: plaintiff/claimant's advocate does it first, then the advocate of defendant)。

3.最后辩论时的禁止性事项(restrictions for conducting closing arguments)。

五．藐视法庭罪(Contempt of court)

1．刑事诉讼程序中藐视法庭罪(Criminal Contempt of court)。

2. 民事诉讼程序中的藐视法庭罪(Civil Contempt of court)。

3. 藐视法庭罪的表现形式(forms of civil contempt of court)。

4. 有关藐视法庭罪的程序性规范(procedural rules)。

第二节　英格兰和威尔士的轨道审理方式(Track—trials of England and Wales)

一．小额轨道审理程序(the small track claims trial procedure)

1. 法院在未经庭审的情况下做出判定(determining without a hearing)。
2. 小额请求案件的听审程序(the trial procedure for small-claims cases)。
3. 对小额请求案件重新听审(rehearing of small claim cases)。
4. 小额程序案件的诉讼费用(costs of small claims trial)。

二．快捷轨道审理程序(the fast track claims trial procedure)

1. 审理程序(the trial procedure)。
2. 快捷轨道审理程序的诉讼费用(costs in fast track cases)

三．多轨道审理程序(the multi—track claims trial procedure)

四．承认“并无案情可以答辩”(submissions of no case to answer)

1.一般性规定(the general rules)。

2.例外规定(the exceptional rules)。

五．不出庭(Non-attendance at trial)

1. 任何当事人不出庭时，庭审可继续进行(A trial may proceed despite the non-attandance of any of the parties)。

2. 法院命令恢复或搁置特定审判程序的前提条件(the conditions for orders to restore or set aside proceedings)。

第三节　一审案件的裁判方式(the forms of judgments for cases of first instance)

一．法官对陪审团的指示(judge's instructions for jurors)

1.定义(conception)。

2.服从法官的指示是陪审团的法定义务（it is a legal duty for jurors to abide by judge's instructions）。

3.陪审团违反法官指示的法律后果(the legal consequences of jurors' ignorance of judge's instructions)。

4.通常法官指示的内容先由双方代理律师提出，并经过法官的认可(instructions are initially raised by advocates, and get approved by the presiding judge)。

5.《联邦民事诉讼规则》第 51 条的规定，双方的代理律师有权对法官指示内容提出异议(according to Rule 51 of the Federal Civil Procedure Rules, advocates can raise objections against the contents of judge's instructions)。

6.法官指示的对象范围(the contents of judge's instructions)。

二．陪审团的裁判(the verdicts of jury)

1.法官作出指示后，陪审团进入评议室(after the judge gives instructions, jurors enter the deliberation room)。

2.评议秘密进行(secret deliberation)。

3.按照传统，对案件的裁判结论必须全体陪审员一致通过(the doctrine of unanimous verdicts by jury trial)。

4. 美国的陪审员可达成协议，以"多数意见"方式变更"陪审员一致"的原则(party agreement to alter that doctrine)。

5.评议结束后，陪审团回到法庭并宣布裁判结论，然后解散(after deliberation and declaring the verdict, jury is dimissed)。

5.陪审团裁决的种类：概括性裁决(A general verdict)和特别裁决(A special verdict)。

6.法官根据陪审团裁判之结论（the contents of verdict）适用相应的法律条文，制作判决（judgment），由书记官在诉讼记录上登记。

7.英国法和美国法对陪审员补贴的规定。

三．法官独任审判(trial presiding by a single judge)

1.法官独任审判的程序进行和陪审团审理的程序进行基本一样(the trial by single judge is similar to the trial by jury)。

2.不同点(the differences)。

3.在美国联邦法院系统，一审民事案件只以独任法官进行审理，不组成合议庭(in the federal court system, the trial of first instance can be tried by a single judge, not a panel)。

四．对抗法院判决的两种手段(two methods to attack judgments)

1．间接攻击(Collateral Attack)。

2．重开庭审(Reopened Judgments)。

第四节　动议和相应的裁判方式(motions and their respective proceedings)

一．概说(general introduction)

1.动议的概念(conception of the motion)。
2.动议提出的时间(time to raising a motion)。
3.动议的提出方式(ways to raising a motion)。
4.提出动议是当事人向法官寻求帮助的重要手段(for parties, raising motions are important ways to seek judicial aids)。
5.所有的动议都必须向审案法院提出(motions have to be filed to the trialing courts)。

二．答辩前要求撤销案件的动议（pre-answer motion for dismiss）

1.无人提出异议，则法院不会主动审查起诉状的内容是否符合法律的规定(no motions, no reviews of complaints by judge)。
2.原告起诉后，被告的一种抗辩是提出“答辩前要求撤消案件的动议”(after the complaint is filed, for defendant, one of the defense is to raise pre-answer motion for dismiss)。
3.《联邦民事诉讼规则》第 12 条的规定(the substances of Rule 12, Federal Civil Procedure Rules)。
4.该动议的典型理由(the typical grounds for this kind of motion)。
5.法院认可该动议的法律后果(the legal effects of court’s approval for this motion)。

三．对诉辩状的判决（judgment on the pleadings）

1.该种动议提出的时间和条件(time and conditions to raise this motion)。
2.当事人提出该动议的三种法定情形(three grounds to raise this motion)。
3.法院认可该动议的法律效果(the legal effects of court’s approval for this motion)。

四．要求即决判决的动议（motion for summary judgment）

1.提出该动议的主体范围(who can raise this motion)。
2.时间和条件(time and conditions)。
3.提出该动议的理由(grounds for raising this motion)。
4.法院认可该动议的法律效果(the legal effects of court’s approval for this motion)。
5. 法院驳回该动议的法律效果(the legal effects of court’s overruling for this motion)。
6.美国法院常用即决判决制度来整理和缩小案件争点的范围(US courts often use this institution to manage or reduce the scope of issues in a case)。

五．作为法律事项的判决：指示判决（as a matter of legal issue: directed judgment）

1.《联邦民事诉讼规则》第 50 条的规定(the substances of Rule 50, Federal Civil Procedure Rules)。
2.提出该动议的理由(the grounds for raising this motion)。
3.“指示判决”的法律效力(the legal bounding force of directed judgment)。
4. 特殊事项(special matters)。

六．作为法律事项的判决：无视裁决的判决（as a matter of legal issue: judgment of NOV）

1. 概念(conception)。

2. 法院认可了该动议的法律效果(the legal effects of court's approval for this motion)。

3.该动议提出的时间要求(the time to raise this motion)。

4.提出该动议的必要前提(grounds to raise this motion)。

5.制度功能(functions of judgment of NOV)。

七．要求重新审理的动议（motion for a new trial）

1. 概念(conception)。

2. 美国司法实践中所常用的一些重新审理的理由(according to US judicial practices, certain grounds for this raising this kind of motion)。

3. 《联邦民事诉讼规则》第 59 条第 2 款对该动议提出时间的规定(the provided time requirement for raising this motion)。

4. 动议申请的范围(the scope of the motion)。

5. 当事人提出的该动议获得法院认可的必要前提(the preconditions for court's leave)。

6. 自由裁量权(discretion)。

7. 法院所作出的关于重新审理的命令在性质上不是终局裁决，而是一种中间命令（interlocutory order）。

8. 当事人不得对该命令提起即时上诉(applicant can not appeal court's order instantly)。

八．对判决的救济（post reliefs against judgment）

1. 概念(conception)。

2. 该制度直接来源于衡平法（this institution directly evolved from Equity）。

3. 美国各法域都规定了某些有限的救济途径(every US jurisdictions provided certain similar limited reliefs)。

3.当事人寻求对判决救济的法定期间(the provided period for post reliefs against judgment)。

4.《联邦民事诉讼规则》第60条第2款对判决救济的法定事由作出规定（the provided grounds for post reliefs against judgment）。

5. 动议既可以向作出原判决的法院提出，也可以向其他法院提出.

6. 对是否准许该动议所请之问题，法院具有完全的自由裁量权。

7. 美国多数法域都承认原审当事人可以“对法院欺诈”（fraud on the court）为理由申请法院撤消原判，重新审理。

8.该制度在功能上类似于大陆法系民事诉讼法中规定的“再审程序”。

复习思考题：

1. 为何在“主询问”中不得提出“诱导性问题”？
2. 什么是指示判决（directed judgment）？
3. 什么是无视裁决的判决（judgment of NOV）？
4. 根据英国法的规定，当事人不出庭时，法院应如何处理相应的审理程序？

第七章　上诉审程序（Chapter seven: Appellate process）

通过对该章的学习，学生应对英美民事上诉审理的范围、许可上诉和移送令状、上诉审的程序，以及向最高级别法院上诉的特则等问题有所了解。

本章计划讲授 4 学时。

第一节 上诉的审理范围和上诉的种类 the reviewing scope of appellate courts and the categories of appeals

一. 上诉制度概说(general introduction)

1．基本原则：对案件而言，上诉是例外性质的(basic principle: Appeals are always exceptional)。

2．对现代民事上诉而言，“诉讼效率”问题是一个焦点(The issue of judicial efficiency clearly remains an important focus of modern civil appeal)。

3. 上诉法院不适用陪审团进行审理(the appealed case is not tried by jury)。

4. 只进行单纯的法律审(during the appeal trial, panel only reconsiders the issues of the law)。

5.如果当事人未曾在一审中对特定问题及时提出过各种“动议”，并被法院记录在案，则其提出的上诉会被二审或三审法院驳回。

6.英美民事上诉审的对象范围和特点。

7. 上诉审的对象范围的扩大和例外。

8. 衡平法的案件和由法官独任审理作出一审裁判的案件，在一般情况下，上诉审法院可以对案件事实进行再次斟酌。

二．上诉制度的历史沿革(the historical evolution of appealing system)

1．简介早期英国普通法上诉制度(brief introduction to the ancient Common Law appeal)。

2．普通法院直到 19 世纪才出现现代上诉程序(the modern appealing system of Common Law procedure was created in 19th century)。

3．19 世纪早期，衡平法院才出现现代上诉制度(the modern appealing system of Chancery procedure was created in 19th century)。

三．终局判决上诉规则及其例外(the principle of appeal against final decisions and its exceptions)

1．判决的终局性（the principle of judgment finality。

2．关于“判决终局性”的历史背景(Historical Background)。

3．终局判决的概念（conception of final judgment）。

4．终局判决的两种法律效力(two legal bounding forces of a final judgment)。

5．可对非终局判决提出上诉的例外(the exceptions to appeal against interim orders or directions)。

四．可提出上诉的时间点(when a judicial decision may be appealed)

1．原则性规定(general rule)。

2．延长上诉期间(extending time for appealing)。

3．延长上诉期间所依据的法律原理(principles for granting extensions of time)。

第二节 上诉审诉讼程序(appeal procedures)

一．可向哪些法院提起民事上诉(what kinds of superior courts can appellant appeal to)?

1．提出上诉请求的一方被称为上诉人（appellant），对方当事人叫做被上诉人（appellee）(the names of parties in a appeal process: appellant, who initiates the process. Appellee/responsent, who replies to the appeal)。

2．在英国，存在三种民事上诉(in England, there are three kinds of civil appeals)。

3．英国民事案件的二次上诉(Destination of second appeals)

4．就《英国民事诉讼规则》第八部分之请求提出上诉(appeals in Part 8 claims)。

5．高等法院的上诉中心(appeal centres in High Courts appeals)。

6．在特殊情况下，将上诉案件移送给上诉法院处理（under special circumstances, transferring the case to the Court of Appeal from the normal route）。

二．许可上诉与移送令状(leave to appeal and certirorari)

1.“许可上诉制度”的含义(conception of appeal leave)。

2.“移送令状”（certirorari）。

3. 上诉审法院对中间裁判进行审理的特别规定(special provisions for appeals against interim appeals)。

4. 美国的“许可上诉制度”(appeal leave of the US courts)。

5．交叉上诉（cross appeal）。

三．英国民事上诉的申请程序(English procedure on appealing)

1．上诉人的通知(appellant’s notice)。

2．上诉文件材料的内容(appeal bundle)。

3．概要陈述(skeleton argument)。

4．下级法院的裁判记录(record of the judgment of the lower court)。

5．小额案件上诉的文件(documents in small claims appeal)。

6．将上诉人的有关文件向被上诉人送达(service on the respondent)。

7．准许上诉后的程序阶段(after the permission stage)。

8．上诉法院问题调查表(court of appeal questionnaires)。

9．上诉法院的案件审理排期(court of appeal listing)。

10．根据(authorities)。

11．上诉驳回列表(dismissal list)。

12．最后期限(final deadline)。

13．对被上诉人进行通知之必要(need for a respondent’s notice)。

14．被上诉人通知的形式(form of respondent’s notice)。

15．向法院提交被上诉人通知及其送达(filing and serving a respondent’s notice)

16．被上诉人的简要陈述(respondent’s skeleton argument)。

17．上诉审中的各种申请(applications within appeals)。

四．美国民事案件的上诉理由书(briefs of the US appealing civil cases)

1.上诉理由书的提交和法院送达(the filing and serving of appealing briefs)。

2.送达反驳书（serving of the reply brief）。

3.送达再反驳书(serving of the response to the reply brief)。

4.上诉审开庭前也要组织双方当事人整理证据和争点，但不再进行证据发现程序(the appeal court will also hold pretrial conference to manage evidence and issues. However, the process of disclosure can not be processed again)。

五．美国民事上诉程序的开庭审理及判决(the procedures and trials of US civil trials)

1.联邦法院上诉审合议庭组成方式(composition of courts)。

2.上诉审口头方式进行(oral trial)。

3.上诉审中不再询问证人，其他内容参照一审程序进行(as for appeal trials, there is no cross-examinations. Other activities are similar to the trial of the first instance)。

4.双方当事人作最后陈述后，合议庭作出法律判决意见(after the close arguments, the penal will deliver their holdings)。

5.判决意见由法院书记官制作成判决形式并由法官签名，然后进行登记(judgments are drafted by judicial clerks, signed by penal members, and are registered)。

6.上诉审判决作出的时间要求(time requirements for drafting and declaring of appeal judgments)。

7.二审中的 “重新审理的动议”（motion for a new trial in the appeal proceedings）。

六．英国上诉法院的上诉审程序（hearing of appeals）

1．上诉法院的组成(composition of the court)。

2．最后时刻的纠纷和解(last-minute settlements)。

3．上诉听审(the hearing)。

4．上诉程序的再开和复查(rehearing or review)。

5．准许上诉的理由(grounds for allowing an appeal)。

6．上诉审中的“事实问题”(questions of fact)。

7．上诉法院的自由裁量权(Discretion)。

8．上诉的实质要件之一：errors of law and principle。

9．上诉的实质要件之二：substantial procedural irregularities。

10．上诉的实质要件之三：inadequate reasons。

七．上诉复审的权力范围(the boundaries of appellate review)

1．享有上诉权的主体范围(who has the right to appeal)。

2.“无意义”原理(The doctrine of mootness)。

3．惩罚滥用上诉权的主体（who was sanctioned for filing frivolous appeals）。

4．上诉审中之事实复审的范围(the scope of fact review in an appellate proceeding)。

八．宪法性上诉（appealing process of constitutional issues in civil actions）

1．美国联邦最高法院简介(brief introduction to the Supreme Court of US)
2．美国联邦最高法院的初审管辖权(original jurisdictions of the US Supreme Court)。
3．向联邦最高法院移送令状的申请(application for certirorari)。
4. 上诉的许可(the leave to appeal)。
5．向联合王国最高法院提起民事上诉（appeal to the Supreme Court of the United Kindom）。

复习思考题：

1. 如何理解“民事上诉是例外性质的”一句话的含义？
2. 什么是“裁判的终局性”？
3. 为什么英美的上诉审均为单纯的法律审？其原因何在？
4. 什么是“移送令状”（certirorari）？简述其主要功能。
5. 根据英国法的规定，小额案件如何上诉？

作业：试分析英美人士“既遵循先例，又设法逃避先例拘束”的原因所在（3000 字左右，在总成绩中占 30%）。

参考书目

1. 白绿铉：《美国民事诉讼法》，经济日报出版社 1998 年版。
2. 汤维建：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，中国法制出版社 2001 年版。
3, （美）杰佛里 .C .哈泽德，米歇尔 .塔鲁伊：《美国民事诉讼法导论》，张茂 译，中国政法大学出版社 1998 年版。
4. 徐昕（译）：《英国民事诉讼规则》，中国法制出版社 2001 年版。
5. （美）理查德 .A .波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕等 译，中国法制出版社 2001 年版。
6, （美）史蒂文.苏本，马格瑞特.伍：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏 等译，法律出版社 2002 年版。
7.刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版。
8.白绿炫、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则、证据规则》，中国法制出版社 2000 年版。
9.（美）杰克.H.佛兰德泰尔 等：《民事诉讼法》，夏登峻 等译，中国政法大学出版社 2003 年版。
10.（美）约翰.W.斯特龙 等：《麦考密克论证据》，汤维建 等译，中国政法大学出版社 2004 年版。
11（美）罗伯特.麦克洛斯基 等：《美国最高法院》，任东来 等译，中国政法大学出版社 2005 年版。
12. 范愉：《集团诉讼问题研究》，北京大学出版社 2005 年版。
13.沈达明：《比较民事诉讼法初论》（上、下册），中信出版社 1991 年版。
14.张建伟：《司法竞技主义---------英美诉讼传统与中国庭审方式》，北京大学出版社 2005 年版 。
15.（英）爱德华 菲利普斯：《证据法简明案例(brief case on the law of evidence)》，第 2 版，武

汉大学出版社 2004 年版。

16.（英）特拉西 阿奎诺：《证据法基础（essential evidence）》，第 2 版，武汉大学出版社 2004 年版。

17.（美）米尔健 R 达马斯卡：《漂移的证据法》，中国政法大学出版社 2003 年版。

18.（美）玛丽 肯 凯恩：《民事程序法（civil procedure in a nut shell）》，法律出版社 2001 年版。

19.迈克尔 H 格莱姆：《联邦证据法（federal rules of evidence）》，法律出版社 1999 年版。

20.何家弘，张卫平 主编：《外国证据法选译》（上、下册），人民法院出版社 2000 年版。

21.（美）大卫 P 柯里：《美国联邦法院管辖权（federal jurisdiction）》，第四版，法律出版社 2004 年版。

22.张卫平 主编：《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社 2003 年版。

23. （英）丹宁勋爵：《法律的界碑》，法律出版社 2004 年版。

24. （英）丹宁勋爵：《法律的未来》，法律出版社 1999 年版。

25. （英）丹宁勋爵：《法律的训诫》，法律出版社 2000 年版。

26. （英）丹宁勋爵：《法律的正当程序》，法律出版社 1999 年版。

27. （英）丹宁勋爵：《最后的篇章》，法律出版社 2000 年版。

28. （英）丹宁勋爵：《家庭故事》，法律出版社 2001 年版。

29. 卡尔 N 卢埃林：《普通法传统》，中国政法大学出版社 2002 年版。

30. （美）哈里 爱德华兹：《爱德华兹集》，法律出版社 2003 年版。

31. 何家弘 主编：《外国证据法》，法律出版社 2003 年版。

32. （美）罗斯科 庞德：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版。

33. 本杰明 N 卡多佐：《法律的成长，法律科学的悖论》，中国法制出版社 2002 年版。

34.（美）斯蒂芬 C 伊泽尔：《民事诉讼程序（civil procedure）》，中信出版社 2003 年版。

35. 汤维建 等译：《美国联邦地区法院民事诉讼流程》，法律出版社 2001 年版。

36. （美）张哲瑞联合律师事务所：《美国法律忽悠谈》，中国友谊出版社 2004 年版。

37. 杨良宜，杨大明：《国际商务游戏规则：英美证据法》，法律出版社 2003 年版。

38. （美）托马斯 A 马沃特：《审前程序（pretrial）》，第五版，中信出版社 2003 年版。

39.（美）托马斯 A 马沃特、沃伦 D 沃尔夫森：《审判证据（trial evidence）》，中信出版社 2003 年版。

40. Edited by Dana L. Blatt, J.D., Esq.: West Group High Court Case Summaries: civil procedure, Thomson and West Group 2002 edition.

41. Edited by Dana L. Blatt, J.D., Esq.: West Group High Court Case Summaries: evidence, Thomson and West Group 2002 edition.

42. Gene R. Shreve， Peter Ravem-Hansen: understanding civil procedure, 3rd edition, LexisNexis 2002.

43. （美）A.L.考夫曼：《卡多佐传》，张守东 译，法律出版社 2001 年版。

44. （美）约翰 H 威格摩尔：《世界法系概览》（上、下册），何勤华 译，上海人民出版社 2004 年版。

45. Stuart Sime: A Practical Approach to Civil Procedure, the twelfth edition, Oxford University Press, 2009.

46.（美）卡尔. N. 卢埃林：《普通法传统》，陈绪纲 等译，中国政法大学出版社 2002 年版。

47. （美）P. S. 阿蒂亚， R. S. 萨默斯：《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》，金敏 等译，中国政法大学出版社2005年版。

《国际法》教学大纲

林灿铃等　编写

目　录

前　言.....1043
第一章　导　论.....1044
第一节　国际法的概念.....1044
一、国际法的定义和特征.....1044
二、国际法的效力根据.....1044
第二节　国际法的历史发展.....1044
一、国际法的萌芽时期.....1045
二、近代国际法的形成与发展.....1045
三、现代国际法的发展.....1045
第三节　国际法的渊源.....1046
一、国际法渊源的含义.....1046
二、国际法的各种渊源.....1046
第四节　国际法的主体.....1046
一、国际法主体的概念.....1046
二、国际法主体的类型.....1046
第五节　国际法的基本原则.....1047
一、基本原则的概念.....1047
二、各项基本原则.....1047
第六节　国际法的编纂.....1047
一、国际法编纂的概念和意义.....1047
二、国际法编纂的形式和编纂者.....1047
第七节　国际法与国内法的关系.....1048
一、关于国际法与国内法关系的理论.....1048
二、处理国际法与国内法关系的实践.....1048
复习与思考题.....1048
拓展阅读书目.....1048
第二章　国　家.....1050
第一节　概　述.....1050
一、国家的要素.....1050
二、国家的类型.....1050
三、国家的基本权利和义务.....1050
四、国家管辖豁免.....1050
第二节　国家和政府的承认.....1050
一、国家承认的概念.....1050
二、国家承认的条件.....1051
三、国家承认的方式.....1051
四、国家承认的法律效果.....1051
五、政府承认.....1051
第三节　国家和政府继承.....1051
一、国家继承的概念.....1051

二、国家继承的法律效果 1051
三、政府继承 1051
四、我国关于政府继承的立场和实践 1051
第四节　国家责任 1051
一、国家责任的概念和性质 1051
二、国家责任的构成 1052
三、国家责任的内容和形式 1052
四、国家责任的执行 1052
思考题 1052
拓展阅读书目 1052
第三章　国家领土 1053
第一节　概　述 1053
一、领土的概念和构成 1053
二、领土的法律地位 1053
第二节　河流与湖泊 1053
一、河流 1053
二、湖泊 1054
第三节　领土的取得与变更 1054
一、传统国际法上领土取得与变更的方式 1054
二、现代国际法上领土取得与变更的新方式 1054
第四节　领土主权的限制 1055
一、一般性限制 1055
二、特别限制 1055
第五节　边界与边境 1055
一、边界的概念与形成 1055
二、边界的划分 1055
三、边境制度 1056
四、中国的领土和边界 1056
第六节　南极和北极地区 1056
一、南极地区 1056
二、北极地区 1057
复习与思考题 1057
拓展阅读书目 1057
第四章　海洋法 1058
第一节　概　述 1058
一、海洋法的概念和历史发展 1058
二、三次联合国海洋法会议 1058
三、中国有关海洋的立法和实践 1058
第二节　领海和毗连区 1058
一、领海基线 1058
二、领海的概念和范围 1058
三、沿海国的领海主权 1058
四、领海无害通过制度 1059

五、毗连区.....1059
第三节　群岛水域.....1059
一、概说.....1059
二、群岛水域的法律地位和航行制度.....1059
第四节　专属经济区.....1059
一、专属经济区制度的形成.....1059
二、专属经济区的法律制度.....1059
三、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界.....1059
四、中国的专属经济区制度.....1059
第五节　大陆架.....1060
一、概说.....1060
二、大陆架的法律制度.....1060
三、海岸相向或相邻国家间大陆架的划界.....1060
四、大陆架制度与专属经济区制度的关系.....1060
五、中国的大陆架制度与海洋划界问题.....1060
第六节　用于国际航行的海峡.....1060
一、概说.....1060
二、过境通行制.....1060
三、实行其他通过制度的海峡.....1061
第七节　公　海.....1061
一、公海的含义和法律地位.....1061
二、公海自由.....1061
三、公海上的管辖权.....1061
第八节　国际海底区域.....1061
一、概说.....1061
二、国际海底区域的法律地位和开发制度.....1061
三、国际海底管理局.....1061
第九节　海洋环境的保护和保全.....1061
一、概述.....1061
二、防止陆地源和大气源污染.....1062
三、防止船舶源污染.....1062
四、防止海底开发活动源污染.....1062
五、防止倾倒源污染.....1062
六、海洋环境污染的管辖.....1062
第十节　国际海洋法法庭.....1062
一、概述.....1062
二、法庭的组织.....1062
三、法庭的管辖权.....1062
四、法庭的程序和裁判.....1062
五、海底争端分庭.....1062
复习与思考题.....1063
拓展阅读书目.....1063
第五章　国际航空法和外层空间法.....1064

第一节　国际航空法.....1064
一、国际航空法概述.....1064
二、国际民用航空制度.....1064
三、危害国际民用航空安全的非法行为.....1064
第二节　外层空间法.....1065
一、外层空间法概述.....1065
二、外层空间法的基本原则.....1065
三、外层空间的法律制度.....1065
四、指导各国从事外空活动的其他准则.....1066
复习与思考题.....1066
拓展阅读书目.....1066
第六章　国际法上的居民.....1067
第一节　国　籍.....1067
一、国籍和国籍法.....1067
二、国籍的取得.....1067
三、国籍的丧失和恢复.....1067
四、国籍的冲突.....1067
五、中华人民共和国国籍法.....1068
第二节　外国人的法律地位.....1068
一、概述.....1068
二、外国人的入境、居留和出境.....1068
三、外国人的待遇.....1068
四、外交保护.....1068
五、外国人在中华人民共和国的法律地位.....1069
第三节　引渡与庇护.....1069
一、引渡.....1069
二、庇护.....1069
三、中华人民共和国关于引渡与庇护的立场和实践.....1069
第四节　难民的法律地位.....1069
一、难民的概念及其身份的确定.....1069
二、难民的法律地位.....1070
三、中华人民共和国关于难民的立场和实践.....1070
复习与思考题.....1070
拓展阅读书目.....1070
第七章　国际人权法.....1071
第一节　国际人权法概述.....1071
一、国际人权的概念与特征.....1071
二、国际人称法的定义及历史发展.....1071
第二节　联合国一般性的人权宣言和公约.....1071
第三节　区域性的国际人权公约.....1071
第四节　人权的基本内容.....1071
一、个人的基本人权.....1071
二、集体的人权.....1071

三、国际人权保护的专门领域.....1072
第五节　国际人权保护的实施制度.....1072
一、国际人权保护的机构.....1072
二、国际人权保护的监督和补助制度.....1072
第六节　中国与人权.....1072
一、中国在国际人权领域的活动.....1072
二、中国在人权问题上的基本立场.....1072
复习与思考题.....1073
拓展阅读书目.....1073
第八章　国际组织法.....1074
第一节　国际组织法概述.....1074
一、国际组织的概念与类型.....1074
二、国际组织的历史发展.....1074
三、国际组织的法律地位.....1074
四、国际组织的法律制度.....1074
第二节　联合国.....1074
一、联合国的建立.....1074
二、联合国的宗旨和原则.....1074
三、联合国的会员国.....1074
四、联合国的主要机关.....1075
第三节　区域性国际组织.....1075
一、区域性国际组织的概念和特征.....1075
二、主要的区域性国际组织.....1075
第四节　专门性国际组织.....1075
一、专门性国际组织的概念和特征.....1075
二、联合国专门机构.....1075
复习与思考题.....1075
拓展阅读书目.....1075
第九章　外交和领事关系法.....1076
第一节　外交关系法概述.....1076
一、外交和外交关系.....1076
二、外交关系法.....1076
三、外交关系机关.....1076
第二节　常设使馆制度.....1077
一、使馆的设立及使馆人员的组成.....1077
二、使馆人员的派遣和赴任.....1077
三、使馆的职务.....1077
四、外交团.....1077
第三节　常驻使团和特别使团.....1078
一、常驻使团.....1078
二、特别使团.....1078
第四节　外交特权与豁免.....1078
一、外交特权与豁免概述.....1078

二、使馆的特权与豁免 1078
三、使馆人员的特权与豁免 1078
四、外交特权与豁免的开始和终止 1079
五、使馆及使馆人员在接受国的义务 1079
六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》 1079
第五节　领事关系和领事制度 1079
一、概述 1079
二、领事馆及其人员 1079
三、领事特权与豁免 1079
四、领馆及享有特权与豁免的人员的义务 1079
五、中国关于领事特权与豁免的规定 1080
复习与思考题 1080
拓展阅读书目 1080
第十章　条约法 1081
第一节　概　述 1081
一、条约的定义、特征 1081
二、条约的种类和名称 1081
三、条约法的编纂 1081
第二节　条约成立的实质要件 1081
一、具有完全的缔约能力和缔约权（capacity to conclude treaties/treaty-making capacity；competence to conclude treaties/treaty making power） 1081
二、符合自由同意 1081
三、符合强行规则（jus cogens/peremptory norm of general international law (jus cogens) ） 1082
第三节　条约的缔结 1082
一、程序 1082
二、条约的保留（reservation） 1082
三、条约的登记 1082
四、我国的缔结条约程序法 1083
第四节　条约的效力 1083
一、条约的生效 1083
二、条约适用 1083
三、条约对第三国的效力 1083
四、条约的解释（interpretation of treaties） 1083
五、条约的修订(revision of treaties) 1084
第五节　条约的终止和停止施行 1084
一、条约终止和停止施行（termination of treaties, suspension operation of treaties）的原因 1084
二、条约终止和暂停施行的程序及后果 1084
复习与思考题 1084
拓展阅读书目 1084
第十一章　和平解决国际争端 1085
第一节　概　述 1085

一、国际争端及其种类.....1085
二、解决国际争端的方法.....1085
第二节　国际争端的政治解决方法.....1085
一、谈判与协商.....1085
二、斡旋与调停.....1085
三、调查与和解.....1085
第三节　国际争端的法律解决方法.....1086
一、仲裁.....1086
二、司法解决.....1086
第四节　WTO 争端解决机制.....1086
一、机构.....1086
二、程序.....1086
复习与思考题.....1086
拓展阅读书目.....1086
第十二章　战争法.....1087
第一节　战争与战争法概述.....1087
一、战争的概念.....1087
二、战争在国际法上的地位.....1087
三、战争法的概念和编纂.....1087
四、战争法的基本原则.....1087
第二节　战争的法律规则.....1087
一、战争的开始和结束.....1087
二、对作战手段和方法的限制.....1087
三、对平民和战争受难者的保护.....1088
四、战时中立.....1088
第三节　战争犯罪及其责任.....1088
一、战争犯罪的概念.....1088
二、对战争罪犯的审判.....1088
三、惩治战争罪犯的原则.....1088
复习与思考题.....1088
拓展阅读书目.....1088

前　言

国际法是法学专业的学位必须课之一，是高等教育法学专业教育不可缺少的重要组成部分。

国际法是在国际交往过程中通过国际程序形成的、主要调整国家等国际法主体之间关系的法律。在经济全球化和建立国际和谐社会的今天，学习和掌握国际法的重要性显而易见。国际法不仅是国家外交、外事工作人员和从事国际问题研究的人员必须掌握的知识，也是一切国家工作人员和国民应当了解的常识。在经济全球化的大背景下，如果不学习国际法、不掌握国际法，就很难在对外的政治、经济、文化等交往中立于不败之地，很难有效地维护国家的权力和利益。如果不掌握国际法，就很难从法律上对抗来自任何方面和以任何形式出现的霸权主义，也很难真正地建立起国际和谐社会。在当今世界，国际法知识的普及程度已是衡量一个国家国民文化水平的标准之一！

一般来说，本课程要以法学基础理论、宪法学、民法学、刑法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学等学科作为基础，但同时，国际法又是国际私法、国际贸易法、国际金融法等各种“国”字头的法律学科的基础学科。可以说，没有良好的、扎实的国际法学功底，而要想学好其他“国”字头的法律学科是非常困难的！国际法学不仅理论性强，实践性也很强。因此，在教学中，不仅要注意研究有关的国际条约、国际习惯等规则，还必须关注国际法院（包括其他国际法庭）和国际仲裁机构的司法实践。

国际法教学大纲是规范国际法课程教学内容和课程考核范围的概要性提纲，是开展国际法教学工作的基本依据。本教学大纲中共列举了十二章的内容。包括平时国际法和战争法。其中，战争法只有一章，另外的十一章都属于平时国际法的范畴。国际环境法、国际经济法等都是国际法的重要组成部分，但由于他们都已经成为独立的学科，所以，次大纲没有再把它们列进来。

国际法的内容非常丰富，并且还不断的有新的条约规则和习惯规则产生。因此，对于学生来说，要学好国际法并不是很容易的。这本大纲，一方面可以规范教师讲授国际法课程时的具体教学内容，明确国际法的考核范围，同时，可以为学生提供一个概要性大纲，使学生较轻松地进入学习国际法的状态，提高学生的学习兴趣，从而起到事半功倍的学习效果。当然，在教与学的过程中，不论是教师，还是学生，都必须放眼于国际社会，及时了解和掌握国际法的发展、变化，以便为中国的经济和社会发展、为建立和谐国际社会服务。

本大纲的编写人员依照章节顺序分别为林灿铃、张力、高健军、凌岩、郭红岩、马呈元和李居迁。

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解和掌握国际法的基本理论、以为后边各章的学习打下基础，因此要求学生了解和掌握国际法的概念、渊源、主体、基本原则、编纂、以及国际法与国内法的关系等基本内容。

学时分配：9 学时。

第一节　国际法的概念

一、国际法的定义和特征

国际法是国家交往过程中形成的，主要是调整国家之间关系的法律原则、规则和制度。它有三个主要特征：

（一）主体主要是国家，此外还有政府间的国际组织和争取独立的民族。

国际法调整的对象是以国家为主的国际法主体间的法律关系。

（二）国际法的创立方式是国际法主体（主要是国家）间的协议。

（三）国际法强制执行是通过国家采取单独的或集体的强制措施。

二、国际法的效力根据

国际法的效力根据是指国际法具有法律拘束力或法律效力的依据。对此，权威的法学家们提出了不同的主张。传统的国际法学家的主张形成了三大派：

（一）格老秀斯派。

这派学说的创始人就是国际法的开山始祖格老秀斯，他认为国际法的效力根据为自然法和国家的一般同意。国际法大部分之所以对国家有拘束力，是因其为自然法，是基于理性。而其他部分具有拘束力则是因其得到各国公认。

（二）自然法学派。

这派认为国际法是自然法的一部分，或者说是自然法对国家关系的适用，所以自然法是国际法效力的唯一根据。

（三）实在法学派。

这派认为国际法是实际存在的法律原则和规则。这样的规则之所以有拘束力，是因为国家承认了它们，表现了国家的同意和意志，这种同意表现为习惯和条约。现代国际法学家对国际法的效力根据提出了社会连带说、规范法学说、权力政治说和政策定向说。社会连带说认为国际社会的连带关系是国际法的效力根据。规范法学说认为法律规则的效力都出于上一级的法律，全部法律归于一个体系，其最上级为国际法，国际法之上是最高规范，即人类的正义感或法律良知。权力政治说认为国际政治中势力的均衡即国家权力的均衡是国际法存在的基础和国际法有效的根据。政策定向说认为，权力表现为政策，因此国际法的效力根据取决于国家对外政策。

第二节　国际法的历史发展

国际法的历史发展大体上分三个时期：萌芽时期、近代国际法的时期、现代国际法发展时期。

一、国际法的萌芽时期

国际法的萌芽时期是指近代前的古代和中世纪时期。这个时期由于国家分处于相距甚远的世界各地，交往不具世界性，只有区域性的很少往来，并且交战连绵不断，因此国际法在当时还停留在分散的游离状态，比较集中在古希腊、古罗马、中国、埃及等地出现了一些有关战争、结盟、订约、使节等习惯。到了中世纪，由于罗马教皇和皇帝成了欧洲的至高权威，几乎没有了国家交往，因此少有国际法规则产生。但到了中世纪后期，在欧洲出现了领事、使馆制度、涉及海洋的规则和领土取得的规则等。古代和中世纪存在于国家之间交往的一些习惯法原则和规则虽未形成国际法体系，但它们对近代国际法的形成是有重要意义的。

二、近代国际法的形成与发展

近代国际法也可以说是欧洲国际法，因为它的形成在欧洲，它的发展也主要在欧洲国家间。标志着近代国际法形成的有两件大事，一件是威斯特伐里亚公会的召开（1643—1648）和《威斯特伐里亚和约》的签订。威斯特伐里亚公会的召开不仅结束了欧洲三十年战争，而且承认罗马帝国统治下的许多邦为独立国家，否定了“世界主权”，开创了新型国家关系。公会最后签订了《威斯特伐里亚和约》，该约以法律形式确认了独立主权国家和欧洲新政治秩序。近代国际法形成的另一个标志是格老秀斯的《战争与和平法》的问世。这部巨著系统地论述了国际法的主要内容，涵盖了当时国际法的一切范围并对国际法学提出了主张。著作中提出的国际法的原则和规则很快得到欧洲国家重视并不断付诸实践，使国际法形成了一个独立的体系。近代国际法形成之后还不断地发展，如18 世纪形成了海洋自由和领海制度，提出了主权、独立、平等、不干涉原则、政治犯不引渡原则。19 世纪确立了国际河流制度、中立制度并产生了战争法的新规则，以及和平解决国际争端的规则，当时，国际组织也开始出现，国际法的适用范围打破了欧洲界限。

三、现代国际法的发展

第一次世界大战后，国际法进入了现代的发展时期，具体表现在以下方面：

（一）国际法主体扩大

近代国际法的主体是单一的国家，而现代国际法的主体增加了两类：政府间的国际组织和争取独立的民族。因此，国际法律关系从向来为国家间法律关系转为包括国家间、国家与其他主体间，以及其他主体之间的法律关系。

（二）调整的对象和范围扩大

国际法从单一调整国家间的关系改变为以调整国家间关系为主，同时也调整国家与其他主体间，以及其他主体之间的关系。

（三）国际法的领域和内容的变化

国际法不仅产生了许多新领域和新的分支，如空间法、国际组织法、国际人权法、国际经济法、国际环境法等，而且一些原有的领域也发生了变化，如现代海洋法的兴起，现代国际法基本原则的确立，战争法的更加完善和发展以及废除了一些传统的原则和规则，如战争权（指发动侵略战争和非法使用武力的权力）。

（四）国际法的全面系统的编纂

国际法的编纂活动虽然早就存在，但全面系统地进行编纂还是在二战以后，特别是联合国的编纂活动使国际法的法典化进入了一个新时期，对国际法的发展起了重要的推动作用。

第三节　国际法的渊源

一、国际法渊源的含义

对国际法的渊源的含义学者们有不同的解释，不过主要有两种主张：一种主张国际法的渊源是国际法的原则、规则和制度第一次出现的地方。另一种主张认为国际法的渊源是指国际法规范由以形成的方式或程序。前者是历史意义的国际法渊源，后者是法律意义的国际法渊源。

二、国际法的各种渊源

凡是能由以形成国际法的方式或程序都是国际法的渊源。一般认为《国际法院规约》第 38 条的规定是国际法各种渊源存在的权威说明。

按该条规定，国际法的渊源有：

（一）国际条约，包括一般性的和特别的国际条约。一般性国际条约通常指其主题事项关涉世界各国的条约，因此它的缔约国亦为世界的大多数或绝大多数国家。这类条约能产生一般适用的国际法原则和规则，故被称为造法性条约。特别国际条约是两个或几个国家为特定事项缔结的，只在它们之间适用，被称为契约性条约。

（二）国际习惯。国际习惯是指被接受为法律的一般实践或通例。国际习惯的形成有两个因素：一是有一般的实践或通例存在；二是一般的实践或通例被各国接受为法律，即“法律确信”（可以理解为国家一般承认一种实践或通例为法律，对其具有法律拘束力）。

（三）一般法律原则，即指各国法律体系中所共有的原则。它们被用于处理国家间的关系时，则产生国际法的效力，因此属国际法的一种渊源。

除上述渊源，还有确立国际法的辅助资料。国际法的辅助资料虽然不是国际法的直接渊源，但它们对解释说明国际法原则、规则的存在以及对国际法的形成和发展具有重要的辅助功能。按《国际法院规约》的规定，国际法的辅助资料有各国权威最高的公法学家的学说和司法判例。但在实践中国际组织的决议也是一种非常重要的辅助资料。

第四节　国际法的主体

一、国际法主体的概念

国际法的主体亦称国际法律人格者，是指能独立从事国际交往和参加国际法律关系，直接承受国际法上的权利和义务，且能进行国际求偿以保护自己合法权益的实体。

可见，具有国际法主体资格须具备三个条件：

（一）能独立进行国际交往和参加国际法律关系；

（二）能直接承受国际法上的权利和义务；

（三）有国际求偿能力。

二、国际法主体的类型

现代国际法的主体有三类：国家、政府间的国际组织和争取独立的民族。其中国家是国际法的主要主体，因为国家有国际法上完全的行为能力和权利能力；国家间的关系是国际法的主要调整对象；国家是国际法的创造者。政府间的国际组织和争取独立的民族是次要的主体，因为它们只能在特定的范围内进行国际交往，交往能力也是有局限性的。

第五节　国际法的基本原则

一、基本原则的概念

国际法的基本原则是指在国际法体系中得到各国公认、具有普遍意义并构成国际法基础的原则。它们在国际法中代表着有关规则的最高共同标准，或称国际法的最高准则。国际法基本原则的突出特征是：得到各国公认、具有普遍意义、构成国际法的基础，并具有强行法的性质。

国际法基本原则是经过了各国的长期实践形成的，这已被一些重要的国际文件规定所证明，如《联合国宪章》、1970 年《国际法原则宣言》及载有中华人民共和国倡导的和平共处五项原则的其他大量的国际条约等。

二、各项基本原则

根据《联合国宪章》及其他国际文件的规定，国际法基本原则主要有：国家主权平等原则；不侵犯原则：不干涉内政原则；和平解决国际争端原则；善意履行国际义务原则。

（一）主权平等原则是指主权国家在国际法律关系中地位平等，相互无管辖和支配权。它们平等地享有权利，承担义务和国际法律责任。因此，国家在处理国际关系的任何领域都应尊重别国的主权、政治独立和领土完整，平等地对待别国，不得以大压小、以强凌弱。

（二）不侵犯原则是主权平等原则的引伸，也是维护主权平等的关键。这项原则旨在使每个国家在国际关系上避免为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的的或以联合国宗旨不相符合的方式使用威胁或武力。特别是禁止侵略战争、破坏世界和平与安全。侵略战争属国际犯罪行为，国家要承担责任。

（三）不干涉内政原则是禁止国家以任何理由基于谋取自身的利益或优势干涉在本质上属于别国的内部管辖事务，将自己的意志强加于别国，迫使别国改变政策或某种情势。

（四）和平解决国际争端原则要求国家必须用和平的方法处理在国际交往中产生的各种争端，不得诉诸武力威胁或使用武力。

（五）善意履行国际义务原则要求各国严格地履行依联合国宪章、国际条约和其他公认的国际法原则和规则所起之义务。

第六节　国际法的编纂

一、国际法编纂的概念和意义

国际法的编纂是指国际法的法典化，即把国际法的原则、规则和制度编制成为系统的条文。国际法的编纂有两方面意义：一方面是把现有的原则、规则和制度订成法典，以便分散的原则、规则和制度法典化；另一方面是通过签订国际条约，使各国对国际法的某些问题达成协议，以建立新的原则、规则和制度，促进国际法的建立和发展。

二、国际法编纂的形式和编纂者

国际法的编纂形式有两种：一种是把所有国际法的原则、规则和制度编纂成一部法典，称全面编纂。另一种是将国际法的原则、规则和制度按部门编成法典，称个别编纂。前一种形式目前未采用，后者已为编纂者所采用。

国际法的编纂可以由个人或学术团体进行，也可以由官方进行，即由政府合作进行。官方进行

编纂的活动始于 19 世纪。二战后在联合国的主持下，国际法的编纂活动非常活跃并取得了成功，尤其是联合国国际法委员会对国际法的编纂起了重要作用。

第七节　国际法与国内法的关系

一、关于国际法与国内法关系的理论

19 世纪以来西方学者在对国际法与国内法关系的理论研究中提出了一元论的国内法优先说的主张，还提出了二元论的国际法与国内法平行说的主张。

（一）国内法优先说认为国际法与国内法属同一法律体系，但国内法高于国际法，因为国际法是国内法的一部分，是国内法中的对外公法，国际法的效力来自于国内法，国家的活动即使在国际方面也是依国内法而定的。

（二）国际法优先说也是主张国际法与国内法属同一法律体系，但在法律等级上国际法是高于国内法的规范，国内法的效力来自于国际法，所以国际法优于国内法。

（三）国际法与国内法平行说认为，国际法与国内法是两个完全不同的法律体系，它们的主体、对象、渊源和效力根据都不同。二者是各自独立，互不隶属，除可以互相参考外是毫无关系的。

我们认为认识国际法和国内法的关系，应该既承认它们是两个不同的独立法律体系，又要认识到它们之间有密切关系。这种关系首先表现在国家处理二者的关系上是国内法必须执行国际法规定，否则要承担国际责任。其次，从客观上，二有互相影响和补充的关系。

二、处理国际法与国内法关系的实践

处理国际法与国内法关系的实际问题就是国家如何通过国内法执行国际法问题。对此国际法并无统一要求，国家可以通过国内法规定将国际法转化为国内法以使它在国内得以执行，也可以直接采纳国际法的规定，保证国内的行政和司法机关执行国际法的规定。

复习与思考题

1．简述国际法的特征和效力根据。
2．简述国际法渊源的含义。
3．如何认识国际法与国内法的关系。
4．简述现代国际法发展的特点。
5．简述国际法基本原则的概念和各项原则的含义。
6．试述国际法主体应具备的条件及国家的主体地位。
7．试述国际法编纂的概念和意义。
8．试述国际法基本原则与国际强行法的关系。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材，　2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

2．《国际法》，周忠海主编，新纪元高等政法院校系列教材，2004 年 9 月，中国政法大学出版社。

3．《国际法》，马呈元主编，高等院校法学系列基础教材，2003 年 9 月，中国人民大学版社。

4．《奥本海国际法》，外国法律文库，中国大百科全书出版社。（中英文版）

5．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

6. 《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社 1999 年 7 月版。

7. 《国际法案例》，陈致中，法律出版社，1998 年 10 月版。

第二章　国　家

本章教学目的和基本要求：

国家是国际法主要的主体，本章即集中讨论国家的基本权利和义务、国家承认、继承和国家责任等问题。通过对本章的学习，应了解和掌握国家的构成要素对国家的形成和持续存在的影响、国家的不同类型、关于国家管辖豁免的不同主张和实践、国家承认的场合和方式、关于国家承认的效果以及我国关于承认、继承和国家管辖豁免问题的立场与实践；国家责任的概念、构成、内容、形式执行；并能运用关于国家责任的国际法律规则对国际实践中有关行为的国际法律责任进行准确的分析和认定。

学时分配：4 学时。

第一节　概　述

一、国家的要素

某一实体要成为国际法意义的国家，必须具备固定的居民、确定的领土、政府和主权等四个要素。

二、国家的类型

国家依其结构形式可分为单一国和复合国，依其行使主权的状况可分为独立国和附属国。永久中立国是实践中存在的一种处于特殊地位的独立主权国家。

三、国家的基本权利和义务

（一）国家基本权利和义务的含义

国家基本权利是国家固有的、不可缺少的、根本性的权利和义务。

（二）国家基本权利和义务的内容

每一国家均享有独立、平等、自卫和管辖等基本权利，同时负担不非法使用武力和武力威胁、不干涉内政、和平解决国际争端、善意履行国际义务等项基本义务。

四、国家管辖豁免

（一）国家管辖豁免的概念和依据

国家管辖豁免泛指一国不受他国的立法、司法和行政管辖，通常仅指不受他国的司法管辖。国家主权平等原则是国家管辖豁免的法律根据。

（二）国家管辖豁免两种不同的主张和实践。《国家及其财产的管辖豁免公约》明确规定了国家不享有管辖豁免的范围。

（三）我国关于国家管辖豁免是基于国家主权平等的一项重要的国际法原则，在此基础上，可以对国家管辖豁免的范围做一些例外的规定。

第二节　国家和政府的承认

一、国家承认的概念

国家承认既有国家确认某一实体作为国际法意义上的国家而存在，并表示愿意与其交往的行为。

二、国家承认的条件

依现代国际法，国家承认有两个条件：一是被承认的“新国家”具备“国际法意义上的国家”的构成要素；二是该“新国家”的建立符合公认的国际法原则。

三、国家承认的方式

从不同的角度，可以分明示和默示承认以及法律上的和事实上的承认。

四、国家承认的法律效果

理论上，存在“构成说”和“宣告说”两种不同主张；实践中，国家承认可在承认国和被承认国之间产生权利义务关系。

五、政府承认

政府承认通常指一国确认他国因革命或政变而产生的新政府具有代表其本国的资格，并表示原意与其交往的行为。

政府承认的条件，是被承认的新政府在其本国确立了有效统治。

政府承认可以在承认国家和被承认的政府所代表的国家之间产生一定的法律效果。

第三节　国家和政府继承

一、国家继承的概念

国家继承是指由于领土变更的事实而引起得一国在该领土范围内的所承受的国际法上的权利义务转移给另一国的法律关系。

二、国家继承的法律效果

国家继承的效果主要及于被继承国依其参加的条约所承受的权利和义务以及该国的国家财产、国家债务和国家档案等方面。

三、政府继承

政府继承是指由政府更迭引起的一国的旧政府在国际法上的权利和义务转移给新政府所发生的法律关系。

四、我国关于政府继承的立场和实践

1949 年 10 月 1 日，中华人民共和国中央人民政府取代国民党政府，成为中国的唯一合法政府。对于国民党政府代表中国承受的权利和义务的继承原则是：对条约和债务视其内容和性质而决定继承或不继承。对财产一律继承。

第四节　国家责任

一、国家责任的概念和性质

国家责任是指国家对其国际不当行为所负担的国际法律责任。它是国家从事国际不当行为所必

然产生的法律后果。

二、国家责任的构成

（一）国家责任的构成条件

在行为国的主观过错及其行为的损害后果是否国家责任的构成要件的问题上，理论和实践中一直存在着分歧。根据联合国国际法委员会拟定的《国家责任条文草案》的规定，国家责任的构成条件是一国实施了国际不当行为。

（二）国际不当行为的确定标准

根据《国家责任条文草案》的规定，一国国际不当行为有两个构成要素：一是某一行为依国际法的规定可以“归因于”某一国家；二是该国家行为违背了该国负担的有效国际义务。

在（权利国）同意、国际不当行为的对抗措施、不可抗力和偶然事故、危难、紧急状态、自卫等情况下，一国实施的行为依国际法可排除其不当性，因而不负国际责任。

三、国家责任的内容和形式

国家责任体现为行为国与受害国之间的一种“新的”权利义务关系。根据《国家责任条文草案》的规定，行为国有义务停止其不当行为，并通过恢复原状、赔偿或道歉等方式补偿其行为造成的损害后果；受害国有权利要求或迫使行为国履行上述义务，也有权利对行为国采取对抗措施或暂停履行有关义务。

在国家能否负担国际刑事责任的问题上，理论界尚存在明显的分歧意见。

四、国家责任的执行

国家责任可由行为国主动执行，也可由受害国要求和迫使行为国执行，还可由第三国或国际组织协助执行。

思考题

1．国家有哪些基本权利和义务？
2．国家为什么享有管辖豁免？
3．如何确定国家管辖豁免的范围？
4．国家承认的法律效果是什么？
5．国家承认与政府承认有什么区别和联系？
6．为什么说中华人民共和国的承认是对政府的承认？
7．国家继承的一般法律效果是什么？
8．政府继承可以产生何种法律效果？
9．如何确定和追究一国的国际法律责任？
10．试述国家责任的内容和形式。

拓展阅读书目

1．邵津主编：《国际法》　北京大学出版社　2000 年版。国际法》，周忠海主编，新纪元高等政法院校系列教材，2004 年 9 月，中国政法大学出版社。

2．《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社。

第三章　国家领土

本章教学目的和基本要求：

通过本章的学习，使学生掌握国际法关于国家领土的基本理论和法律制度。了解领土概念及其构成，领土的取得与变更方式方式，划界的程序和原则，南极地区的法律制度。理解领土主权的含义，确定领土边界的重要意义。运用相关知识论证我国对南海诸岛的主权及国家之间边界争端应如何解决。

学时分配：4 课时。

第一节　概　述

一、领土的概念和构成

领土是指国家主权管辖和支配下的地球的特定部分。

领土由领陆、领水、领空、领路和领水的底土四个部分构成。

领陆是国家疆界以内的全部陆地，包括大陆和岛屿。领陆是国家领土中最基本的部分。

领水是国家陆地疆界以内的水域和与陆地疆界邻接的一定宽度的水域。领水分为内水和领海。内水包括河流、湖泊以及沿岸领海基线向陆地一面称为内水的海域。领海是沿岸领海基线向海一面处于国家主权支配下的一定宽度的海域。内水和领海都是在国家主权支配下的水域，国家在其领水享有完全的主权。

领空是国家领陆和领水之上一定高度的空间，是国家领土的重要组成部分。

领陆和领水的底土是国家领陆和领水之下的部分，是国家领土的构成部分。

二、领土的法律地位

国家在其领土内享有最高的和排他的权利，称为国家的领土主权。

领土主权包含两个意义：一是国家在领土范围内享有属地最高权，即国家对领土范围内的一切人、物和事件（除享有特权与豁免者外）享有排他性的管辖权；二是国家对领土内的自然资源享有永久权利，即对其自然资源有永久的拥有权、使用权和处置权。国际法保障国家领土完整就是保证国家领土主权不可侵犯。

第二节　河流与湖泊

一、河流

根据河流的地理特征和法律地位不同，分为国内河流、界河、多国河流、国际河流和运河。

（一）国内河流。国内河流是指从河源到河口完全位于一国境内的河流。国内河流完全出于所在国的主权管辖之下，国家对国内河流的利用和管理享有充分的自主权。

（二）界河。界河是指流经两国之间并分隔两国降解的河流。沿河国对界河中边界线本国一侧水域享有主权。关于界河的航行、捕鱼及河水利用等问题由有关国家协商解决。

（三）多国河流。多国河流是指流经两个或两个以上国家领土的河流。多国河流流经各沿河国的河段，分别属于各该国的领土，沿河国享有主权。但必须顾及其他沿河国的利益。同一多国河流各沿岸国的船只均可在整条河上航行。

（四）国际河流。国际河流是指流经数国并通向海洋，根据国际条约向所有国家开放的河流。国际河流流经各沿岸国的河段属于各该国的领土，沿岸国对本国境内的河段享有主权。国际河流对各国开放，所有国家的商船都有权在国际河流上航行。

（五）运河。运河是指人工开凿的水道。一般运河的法律地位与国内河流相同。沟通海洋构成国际航行要道的国际运河如：苏伊士运河、巴拿马运河、基尔运河等，一般根据国际条约和所在国国内法的规定，向所有国家的船舶开放。

二、湖泊

湖泊是被陆地环绕的水域。若湖泊完全被一国陆地所包围，则属于各国领土的一部分。若湖泊被两个或两个以上国家陆地所包围，则应属于全体沿岸国。

若湖泊被两个或两个以上国家陆地所包围且有狭窄水道通向海洋，其法律地为应由全体沿岸国的协议或国际公约确定。

第三节　领土的取得与变更

一、传统国际法上领土取得与变更的方式

国家以先占、时效、割让、征服、添附等方式取得新领土，传统国际法理论上称之为“五种取得领土方式”。

（一）先占。

先占是指国家通过对无主土地的占有而取得对该土地的主权行为。国际以先占的方式取得领土已没有太大的现实意义，但在解决国家间领土争端时，有时还应考虑先占作为领土变更的方式所具有的效果。

（二）时效。

时效是指对国家占有他国的部分领土经过长期和平的行使管辖权而取得该领土的主权。国际法的时效与国内法的时效有两点区别：一是不以善意占有为前提；二是没有确定的有时效期限。

（三）添附。

添附是指国家领土由于新的形成而增加。有自然添附和人工天附两种情况。

（四）割让。

割让是指一国根据条约将本国的部分领土转移给他国。割让一般分为强制性的割让和非强制性的割让。

（五）征服。

征服是指国家以武力对他国领土的全部或一部分进行兼并而取得个领土主权的方式。

二、现代国际法上领土取得与变更的新方式

现代国际法除承认先占、添附、自愿割让等传统的领土取得与变更方式的合法性之外，还承认全民投票和恢复领土主权是领土变更的新方式。

（一）全民投票。

全民投票又称全民公决，是指由某一领土上的居民充分自主地参加投票，以决定该领土的归属。

全民投票的合法性取决于参加投票的居民的意志是否得到充分自由的表达。

（二）恢复领土主权。

恢复领土主权是指国家收回以前被别国非法占有的领土，恢复本国对有关领土的历史性权利。由于现代国际法禁止以武力或武力威胁获取别国领土的合法性，因此，国家在适当的情况下恢复其

对以前被强迫放弃的领土的主权是完全合理的。

第四节　领土主权的限制

国家虽然对本国领土具有排他的主权，但领土主权并不是绝对的，它应受国际条约法和国际习惯法规定的限制，包括一般性限制和特别限制

一、一般性限制

一般性限制是指国家领土主权要受一般国际法规的限制，受这种限制的国家可以是所有的国家或所有相关的国家。例如，领海中的无害通过制度、用于国际航行海峡的过境通行制度、群岛水域的群岛海道通过制度等，都是对国家领土主权的一般限制。

二、特别限制

特别限制是指依据国际条约对缔约国的领土主权在某些特定领域或事项所作的限制。特别限制的情形有：

（一）共管。共管是指两个或两个以上国家依协议对某一特定领土共同行使主权。

如果对特定领土实行共管的协议是有关国家在平等自愿的基础上签订的，且协议的内容不会损害该领土上人民的利益，则这种情况是符合现代国际法的。

（二）租借。租借是指一国根据条约将其部分领土出租给另一国，在租借期内，承租国将租借地用于条约规定的目的并行使全部或部分管辖权。出租国仍保持对租借地的主权，租借期满后予以收回。

在近代历史上，租借大多是根据不平等条约产生的，是帝国主义国家对弱小国家领土主权的非法限制，违反国家主权平等原则。

国家之间在平等自愿的基础上通过租借条约进行的领土租借，则是符合现代国际法的。

（三）国际地役。国际地役是指一国根据条约承担的对其领土主权的特殊限制，其目的是为了满足别国的需要或者为别国的利益服务。国际地役的主体是国家，客体是国家的领土。

国际地役可以分为积极的地役和消极的地役。积极的地役是指国家承担义务，允许别国在自己的领土上从事某种活动。消极的地役是指国家承担义务，在其特定领土上不从事某种活动，为他国的利益服务。

第五节　边界与边境

一、边界的概念与形成

国家边界是确定国家领土范围的界限。与领土的四个组成部分相适应，可以分为陆地边界、水域边界、空中边界和地下层边界。

依国家边界的形成不同分为：历史边界、条约边界、继承边界。

二、边界的划分

（一）划界方法

国家之间划分边界一般采取三种方法，即几何学划界法、天文学划界法和自然划界法。

1．几何学划界法。几何学划界法是指采用几何学原理划定边界线的方法。

2．天文学划界法。天文学划界法是指以天文学的经纬度确定国家边界的方法。

3．自然划界法。自然划界法是根据边界地区的自然状态或自然屏障确定具体边界线的方法。一般适用如下规则：（1）以山脉为界。若国家缔结的条约中规定以山脉为界，但具体规定边界线位于山脉的何处时，根据国际习惯，界限应定在山脉的分水岭。（2）以河流为界。若两国以河流为界，边界线的位置应视具体情况而定。如果是可以航行的河流，两国边界应定在主航道的中心线上；如果是不可以航行的河流，则应定在河流的中心线上。（3）以湖泊为界。除另有协议规定外，边界线应通过湖的中心。

（二）划界程序

国家之间通过签订边界条约划分边界。根据边界条约划界一般经过定界和标界两个程序。

1．定界。定界是指有关国家经过谈判签订边界条约，将商定的两国边界的主要位置和基本走向写入条约中，边界条约还要规定处理各种具体情况的原则和规则，它是确定有关国家边界的基本法律文件。

2．标界。边界条约正式签订之后，即进入实际标界阶段。首先，要组成由缔约双方各自任命的代表参加的划界委员会，委员会根据边界条约规定的边界，实地进行勘查，划定边界线的位置，树立界碑，作为标志。其次，制定边界议定书并绘制边界地图，详细载明全部边界的具体走向和界标的精确位置。

三、边境制度

边境也称边境地区，是指边界线两侧的一定区域。

边境制度是保障边境地区安全和规范边境地区活动的法律规章和习惯做法。边境制度主要有两个方面的来源：第一，国家的国内法律制度。第二，相邻国家之间签订的双边协定。

边境制度的内容主要包括以下五个方面：边界标志的维护；边界水资源的利用和保护；边境土地的利用；边境居民的往来；边境事件的处理等。

四、中国的领土和边界

（一）中国的领土

中国领土包括大陆、岛屿以及大陆和岛屿的领海。东海和南海上的许多岛屿（特别是钓鱼岛和南沙、西沙、中沙和东沙等岛屿）自古以来是中国的领土。

（二）中国边界问题

中国于 15 个国家相邻，陆地疆界长达 15，000 多公里，海岸线长约 18，000 多公里。中国已与缅甸、尼泊尔、蒙古、巴基斯坦、阿富汗、老挝、俄罗斯等签订了边界条约和确定了边界。并正在通过努力谈判解决历史上遗留的边界问题。

第六节　南极和北极地区

一、南极地区

（一）南极概况

南极地区是指地球南极圈以内的大陆及其附近岛屿。

南极地区的地理特点和各国对南极提出的主权要求。《南极条约》的签订与关于南极法律地位和制度的其他国际条约。

（二）南极地区的法律地位

《南极条约》对南极地区的法律地位作出如下规定：

1．和平利用南极。

2．南极科学考察自由和国际合作。
3．冻结各国对南极的领土和权利要求。
4．维持南极地区的公海制度。

二、北极地区

北极地区是指北极圈以内的地区，除少数国家的部分领土外，北极地区的主要部分是北冰洋。到目前为止，国际社会尚不存在专门规定北极地区法律地位的公约。

复习与思考题

1．领土主权的含义？对领土主权的限制有哪些？
2．传统国际法上的领土取得方式？
3．划界的程序和方法？
4．南极的法律地位？

拓展阅读书目

1．王铁崖主编：《国际法》　法律出版社　1995 年版。
2．邵津主编：《国际法》　北京大学出版社　2000 年版。

第四章　海洋法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生掌握各个不同海域的法律地位和法律制度，理解其中的差别，并了解有关保护海洋环境的基本制度以及国际海洋法法庭的基本情况。

学时分配：8 学时。

第一节　概　述

一、海洋法的概念和历史发展

海洋法是规定各个海域的法律地位和法律制度并调整各国在其中从事各种活动的原则、规则和规章制度的总体。掌握海洋自由论和传统海洋法律秩序的基本内容。

二、三次联合国海洋法会议

三次联合国海洋法会议分别于 1958 年、1960 年和 1973-1982 年召开，了解 1982 年《联合国海洋法公约》的主要内容和嗣后发展。

三、中国有关海洋的立法和实践

了解中国颁布的主要涉海法律和规章。

第二节　领海和毗连区

一、领海基线

领海基线是陆地和海洋的分界线，也是测算领海、毗连区、专属经济区和大陆架宽度的起算线。基线有两种：一是正常基线，二是直线基线。中国采用直线基线。沿海国领海基线向陆地一面的水域称为内水。沿海国对内水享有完全和排它的主权，除遇难外，一切外国船舶非经沿海国许可不得进入其内水。海湾是内水的一个重要组成部分。海湾是明显的水曲，即水曲的面积应等于或大于横越曲口所划的直线为直径的半圆形面积。对于沿岸属于同一国领土的海湾，其湾内水域的法律地位通常取决于湾口的宽度。

二、领海的概念和范围

领海是沿海国陆地领土及其内水以外邻接其海岸的一带海域，在群岛国的情形下则是群岛水域以外邻接的一带海域。沿海国或群岛国对领海享有主权。每一国家有权确定其领海宽度，直至从按照公约确定的基线量起不超过 12 海里的界限为止。我国的领海宽度为 12 海里。

三、沿海国的领海主权

沿海国的领海主权包括领空主权、领海立法权、开发和利用领海内资源的专属权利、沿海航运及贸易权、属地优越权。但外国军舰和其他用于非商业目的的政府船舶享有管辖豁免。

四、领海无害通过制度

沿海国对其领海的主权受无害通过这个国际习惯的限制。所有国家的船舶在不损害沿海国和平、良好秩序或安全的前提下，均享有自由通过他国领海的权利。掌握有关无害通过的具体要求以及沿海国的权利和义务，并对有关军舰无害通过权的争论有所了解。

五、毗连区

毗连区是领海以外毗连领海的一个区域，沿海国在这个区域内可以对某些事项行使必要的管制。毗连区的范围从领海基线量起不得超过 24 海里。

第三节　群岛水域

一、概说

群岛国可以划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的群岛直线基线，并从基线量出其领海、毗连区、专属经济区和大陆架，而基线所包围的水域就是群岛水域。群岛国在划群岛基线时应受一系列条件的限制。

二、群岛水域的法律地位和航行制度

群岛国对群岛水域享有主权。但除内水外，所有国家的船舶均享有无害通过群岛水域的权利。此外，所有船舶和飞机还享有“群岛海道通过权”。

第四节　专属经济区

一、专属经济区制度的形成

该海域位于领海以外并邻接领海，其范围从测算领海宽度的基线量起不超过 200 海里。专属经济区制度的出现直接来自以拉美国家为代表的广大发展中国家争取 200 海里海洋权的斗争，现在已经成为国际习惯法的组成部分了。

二、专属经济区的法律制度

专属经济区是一个“自成一类”的海域。沿海国在此区域内享有与资源开发和经济活动有关的主权权利和管辖权，而其他国家也享有航行、飞越和铺设海底电缆和管道等自由。

三、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界

应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。在达成协议前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排。

四、中国的专属经济区制度

掌握 1998 年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》中有关专属经济区的主要内容。

第五节　大陆架

一、概说

一般认为，大陆架法律制度的起点是1945年的《杜鲁门公告》。1958年第一次海洋会议通过的《大陆架公约》对大陆架的法律制度作了全面规定。1982年《海洋法公约》给大陆架下了一个新的定义。如今，沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到200海里，则扩展到200海里的距离。在大陆边从测量领海宽度的基线量起超过200海里的情形下，沿海国应将有关情报提交公约成立的大陆架界限委员会，该委员会可就有关划定大陆架外部界限的事项向沿海国提出建议。

二、大陆架的法律制度

沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的对大陆架行使主权权利。这一权利是专属性的，如果沿海国不勘探大陆架或开发其自然资源，任何人未经沿海国明示同意均不得从事这种活动。并且，沿海国对大陆架的权利并不决定于有效或象征性的占领或任何明文公告。但沿海国对大陆架的权利不影响大陆架上覆水域或水域上空的法律地位。

三、海岸相向或相邻国家间大陆架的划界

应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议协定，以便得到公平解决。在达成上述协议以前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排。

四、大陆架制度与专属经济区制度的关系

两者都是国家管辖范围内的海域，都是与资源有关的区域，沿海国都享有主权权利，对人工岛屿、设施和结构的建造、管理、操作和使用都拥有管辖权。在从领海基线量起的200海里范围内，两者甚至是一个重叠区域。但两者在范围上、权利的具体内容上，以及是否为沿海国的固有权利方面存在差异。

五、中国的大陆架制度与海洋划界问题

掌握1998年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》中有关大陆架的主要内容。受地理条件的限制，中国需要与多个海洋邻国划界。到目前为止，中国只同越南就北部湾的划界达成协议。中国主张在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限。

第六节　用于国际航行的海峡

一、概说

关于何为用于国际航行的海峡，具有决定意义的是该海峡连接公海或专属经济区两个部分的地理位置，以及该海峡的航行相当频繁，且不限于当地国家使用的事实。

二、过境通行制

在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间用于国际航行的海峡中适

用过境通行制，所有船舶和飞机均享有过境通行权，即为继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越自由。但船舶和飞机在过境通行时应遵守公约所规定的义务。掌握海峡沿岸国关于过境通行的权利和义务。

三、实行其他通过制度的海峡

掌握这些海峡的特征以及所适用的具体通过制度。

第七节　公　海

一、公海的含义和法律地位

公海是指不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域。公海不属于任何国家管辖和支配，任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下。公海对所有国家开放，不论沿海国或内陆国，都可以在国际法规则规定的条件下行使公海自由。各国在行使公海自由时应适当顾及其他国家的利益以及公约规定的同“区域”内活动有关的权利。

二、公海自由

航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由、建造人工岛屿和设施的自由、捕鱼自由和科学研究的自由。

三、公海上的管辖权

船旗国管辖、登临权和紧追权。

第八节　国际海底区域

一、概说

国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土，亦即各国大陆架以外的整个海底区域。

二、国际海底区域的法律地位和开发制度

国际海底区域是人类共同继承财产，其开发采用平行开发制。

三、国际海底管理局

第九节　海洋环境的保护和保全

一、概述

人类对海洋环境的最大危害就是污染。按照污染物的来源不同，海洋环境污染可分为陆地源污染、大气源污染、船舶源污染、倾倒源污染和海底活动开发源污染等五种。

二、防止陆地源和大气源污染

陆地来源的污染是指人类将生活垃圾、工业废物、农业化学物质等由河口流入海洋所造成的污染。大气源污染是指来自大气层或通过大气层的污染。各国应制定法律和规章，以防止、减少和控制对海洋环境的污染。

三、防止船舶源污染

来自船舶的污染包括两种情况：一是在海上航行的船舶蓄意或由于疏忽而向海洋排放油类或其他有害物质所造成的污染；二是船舶在海上航行中发生事故所造成的污染。掌握相关国际公约的主要内容。

四、防止海底开发活动源污染

海底开发活动造成海洋环境污染包括在领海、大陆架等国家管辖范围内的海底活动造成的污染和在国家管辖范围外的“区域”内活动造成的污染。掌握《海洋法公约》的有关规定。

五、防止倾倒源污染

倾倒是指任何从船舶、飞机、平台或其他海上人工结构有意地在海上倾弃废物或其他物质的行为；任何有意地在海上弃置船舶、飞机、平台及其他海上人工结构的行为。掌握《伦敦倾倒公约》和《海洋法公约》的有关规定。

六、海洋环境污染的管辖

船旗国管辖、港口国管辖、沿海国管辖。

第十节　国际海洋法法庭

一、概述

国际海洋法法庭是《海洋法公约》为解决有关海洋的争端而创设的一个常设性国际司法机构，1996 年成立。

二、法庭的组织

法官的资格、选举、任期、权利义务、专案法官、分庭。

三、法庭的管辖权

法庭的诉讼当事方、法庭管辖的争端范围、法庭的咨询管辖权。

四、法庭的程序和裁判

法庭的诉讼程序包括起诉、书面程序、初步审议和口头程序等几个阶段。法庭应适用公约和其他与公约不相抵触的国际法规则裁判一切争端和申请。判决应由出庭法官的过半数决定。法庭的判决具有确定性，争端各方应予以遵守。法庭的附带程序。

五、海底争端分庭

组成、管辖权、适用的法律。

复习与思考题

1．何为领海基线，在确定直线基线时应遵守哪些规则？
2．简述领海无害通过制度。
3．简述专属经济区和大陆架的法律制度。
4．简述用于国际航行的海峡的含义及其过境通行制。
5．何为登临权和紧追权？
6．简述国际海洋法法庭的管辖权及所适用的法律。

拓展阅读书目

1．《国际海洋法》，周忠海著，中国政法大学出版社，1987 年 7 月版。
2．《中国与国际海洋法》，高健军著，海洋出版社，2004 年 3 月版。

第五章　国际航空法和外层空间法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解空气空间与外层空间的概念与法律地位，掌握国际航空的原则和规则。明确危害国际民用航空安全的非法行为的定义，掌握对其进行管辖、引渡和起诉的国际规则。了解从事外空活动所应遵循的法律原则和规则。

学时分配：5 学时。

第一节　国际航空法

一、国际航空法概述

国际航空法是调整各国在从事航空活动中所产生的各种法律关系的规则和规章制度的总体。

国际航空法的主要渊源是国际条约。1919 年《巴黎航空公约》是以普遍性条约的形式在国际航空管理方面作出的一次重要尝试。1944 年的《芝加哥国际航空公约》取代了 1919 年《巴黎航空公约》，是目前管理国际民用航空的最重要的多边公约。同年还签订了《国际航空运输协定》和《国际航班过境协定》，分别给予缔约国定期航班五项自由和两项自由。

关于航空安全方面的条约有：1963 年《东京公约》，1970 年《海牙公约》，1971 年《蒙特利尔公约》及其 1988 年的议定书，1991 年《注标塑性炸药以便探测的公约》

关于航空私法方面的条约主要是 1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》，即《华沙公约》，规定了航空运输的业务范围、运输票证和承运人责任的国际统一规则，该公约经过多次修改，形成了由 9 个文件组成的“华沙体系”。

二、国际民用航空制度

（一）空气空间的法律地位

国家领陆和领水上方的空气空间为领空，国家对其享有完全和排他的主权。公海和不属于国家管辖的领土上方的空气空间为公空，实行飞越自由的原则。

（二）国家的领空主权

1944 年的《芝加哥国际航空公约》是规定国际民用航空制度的重要国际条约，确认了各国对其领空具有完全的和排他的主权及领空主权的行使，包括外国航空器未经地面国许可，不得飞入或飞经其领空，对非法入境的航空器有权采取措施，但对民用航空器的拦截不得采用危及其安全的武力行动。国家有权制定航空法律和规章、保留国内载运权以及设置空中禁区和暂禁飞行。

（三）航空器的国籍和法律地位

航空器是大气中任何依靠空气的反作用力而不是靠空气对地（水）面的反作用力取得支撑的任何器械。

航空器依登记取得一国国籍并应载有国籍标志和登记标志。航空器受登记国的管辖。

（四）国际航空运输

区分定期航班飞行和非定期航班飞行，前者未经许可不得在他国领土上空飞行，后者有权经过他国领土上空而不降停或做非运输业务性降停。

三、危害国际民用航空安全的非法行为

（一）犯罪的定义

1．非法劫持航空器：凡在飞行中的航空器内的任何人用暴力或用暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制航空器，或这类行为的任何未遂行为，或是从事这类行为或者任何未遂行为的共犯即是犯有非法劫持航空器的罪行。

2．非法和故意地实施下述 5 种行为即为危害民用航空安全的罪行：(1)对飞行中的航空器内的人采取暴力行为而足以危及该航空器安全；(2)破坏使用中的航空器或使其受损坏，以致不能飞行或足以危及其飞行的安全；(3)用任何方法在使用中的航空器内放置或指使别人放置装置物质，可能破坏该航空器或使其受损坏以致不能飞行或足以危及其飞行的安全；(4)破坏或损坏航行设备或妨碍其工作，足以危及其飞行的安全；(5)传送虚假的情报，从而危及飞行中航空器的安全。

3．对用于国际民用航空机场的非法暴力行为：任何人使用任何装置、物质或武器，非法地和故意地（1）对用于国际民用航空的机场内的人实施暴力行为，造成或足以造成重伤或死亡，以致危及或足以危及该机场的安全；（2）破坏或严重损坏用于国际民用航空的机场的设备，或停在该机场上的未在使用中的航空器，或中断机场服务，以至危及或足以危及该机场安全的，即为犯罪。

（二）管辖权

对非法劫持航空器的罪行，航空器的登记国、航空器降落地国、航空器承租人的主要营业地或永久居所所在国、罪犯所在国和根据本国法有管辖权的国家有权对犯罪行使管辖权。对危害民航安全的非法行为以及对用于国际民用航空机场的非法暴力行为，除上述国家外，罪行发生地国亦有管辖权。

（三）这些犯罪都是可引渡的罪行，被请求引渡国可根据引渡条约、《海牙公约》或《蒙特利尔公约》、或国内法规定引渡犯罪嫌疑人，若犯罪嫌疑人所在国不予引渡，则应将案件提交主管当局以便起诉。该当局应按照本国法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定。

第二节　外层空间法

一、外层空间法概述

空气空间之上的空间为外层空间。外层空间不属于任何国家的主权范围。但是迄今空气空间和外层空间的之间的界限仍没有确定。

外层空间法主要渊源是五个国际公约，1967 年联合国通过了《外空条约》、1968 年的《营救协定》、1972 年的《责任公约》、1975 年的《登记公约》和 1979 年《月球协定》。其他多边和双边国际协定以及联合国大会通过的五套原则都可通过实践发展成国际习惯法规则。

二、外层空间法的基本原则

1963 年联合国大会通过了《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》，1967 年联合国通过了《外空条约》，1996 年《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家的需要的宣言》。这些文件，尤其《外空条约》规定了从事外空活动应遵循的基本原则：全人类共同利益原则、不得将外层空间和天体据为己有原则、自由探索和利用外空原则、为和平目的原则、援救宇航员原则、国家责任和赔偿责任原则、对空间物体的管辖权和所有权原则、空间物体的登记原则、保护空间环境原则和国际合作原则等。

三、外层空间的法律制度

1968 年的《营救协定》规定了援救宇航员和归还外空物体的制度：各国对发生意外、处于灾难状态、进行紧急或非预定降落的宇航员和返回地球的空间物体有通知发射当局和联合国秘书长、营救和寻找宇航员、将宇航员和空间物体归还发射当局的三项义务。

1972 年的《责任公约》规定了外空物体造成损害的责任制度：空间物体造成损害的责任承担者是发射国。共同发射国对其空间物体造成的损害负共同和个别的责任。空间物体在地球表面、或给飞行中的飞机造成损害，发射国负绝对责任；空间物体在地球表面以外的地方，对另一发射国的空间物体，或其所载人员或财产造成损害，发射国负过失责任。可通过国内程序、外交途径或成立求偿委员会三种途径求偿。

1975 年的《登记公约》规定了射入外空物体的登记制度：发射到外空的空间物体必须在一个发射国登记。每一登记国有义务及时地向联合国秘书长提供其登记入册的每一空间物体的有关情报。

1979 年联合国通过了《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》，但是只有少数国家参加了该协定。

四、指导各国从事外空活动的其他准则

联合国大会还通过了 1982 年《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》、1986 年《关于从外空外层空间遥感地球的原则》和 1992 年《关于在外层空间使用核动力源的原则》。这些原则是指导各国从事外空活动的准则，并可通过国家对它们的接受，发展成为在接受国间有拘束力的法律。

复习与思考题

1．空气空间和外层空间的法律地位有何不同？
2．地面国家如何行使领空主权？
3．何为非法劫持航空器和危害民航安全的非法行为？
4．有关国际公约是如何规定惩治危害民用航空安全的非法行为的？
5．各国从事外层空间活动应遵守哪些法律原则？
6．简述外空损害责任制度的主要内容。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2．《奥本海国际法》，外国法律文库，中国大百科全书出版社。（中英文版）
3．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第六章　国际法上的居民

本章教学目的和基本要求：

学习本章，理解和掌握国籍的概念以及国籍的意义和作用，了解国籍的取得和丧失以及解决国籍冲突的原则与规则；掌握外国人法律地位及外国人待遇的一般原则，掌握外交保护的条件；了解庇护的概念和条件，掌握引渡的规则；了解难民的概念和法律地位。

学时分配：5 学时。

第一节　国　籍

国际法上的居民是指位于一国境内并受该国法律管辖的所有的人，包括自然人和法人。居民是国家管辖的对象。本节主要涉及自然人的国籍问题。

一、国籍和国籍法

国籍是指个人作为某一特定国家的成员而隶属于该国的一种法律资格或身份。国籍的根本作用是在个人和特定的国家之间建立一种特别而稳固的法律联系，是国家和其国民之间管辖与被管辖、保护与被保护的权利义务关系的依据。

国籍问题原则上属于各个国家的国内管辖事项，但又具有国际性。

国籍法是国家制定的关于确定国籍的取得、丧失或变更的法律规范的总体。国籍法属于国内法，要遵守一人一籍原则和不歧视原则。除国内法外，国际上签订了许多有关国籍问题的国际条约。

二、国籍的取得

国籍的取得是指个人取得作为某一国家的成员的资格。

实践中，各国国籍立法规定的国籍取得方式主要有两种方式：因出生取得和因归化取得。

（一）因出生而取得

因出生而取得国籍指一个人因出生而取得一国国籍。因出生而取得的国籍又称原始国籍或生来国籍。

1．依血统原则（单系、双系）取得；

2．依出生地原则取得；

3．依血统和出生地相结合的混合原则取得。

（二）因归化而取得国籍

三、国籍的丧失和恢复

国籍的丧失是指一个人由于某种原因丧失它所具有的某国国籍。

（一）自愿丧失，基于当事人的意愿而丧失，如声明放弃或申请解除。

（二）非自愿丧失，如由于入籍、婚姻、收养剥夺等原因而丧失。

国籍的恢复是指一个人丧失原来国籍以后重新取得该国国籍。

四、国籍的冲突

又称国籍的抵触，是指一个人同时具有两个或两个以上的国籍或不具有任何国籍的法律状态。主要是因为各国的国籍立法对国籍的取得和丧失的规定不同引起的。包括双重国籍和无国籍。

双重国籍又称国籍的积极冲突，可以通过国内立法、双边条约、国际公约解决；无国籍又称国

籍的消极冲突，可以通过国内立法、国际公约解决。

五、中华人民共和国国籍法

1980 年 9 月 10 日公布施行的《中华人民共和国国籍法》，对中国国籍的取得、丧失和恢复的条件和程序等问题分别做了规定。其基本原则是民族平等原则、男女平等原则、在赋予原始国籍上采用血统主义和出生地主义相结合的混合原则；不承认中国公民具有双重国籍原则；国籍的加入、退出和恢复采取自愿申请和审批相结合原则。

第二节　外国人的法律地位

一、概述

广义上泛指一切不具有本国国籍的人，包括狭义的外国人和无国籍人。

狭义上仅指一国境内不具有本国国籍而具有他国国籍的人。

二、外国人的入境、居留和出境

（一）外国人的入境

（二）外国人的居留

（三）外国人的出境

三、外国人的待遇

外国人的待遇主要指一国为其境内的外国人，特别是长期和永久居留的外国人，所设定的权利义务。

（一）外国人待遇的原则

关于外国人的待遇问题，国际法上并没有统一的规定。实践中形成了关于外国人待遇的以下原则：

1．国民待遇原则，是指一国对本国境内的外国人在一定事项上给予与本国国民同等的待遇。主要限定在民事权利和诉讼权利方面，不包括政治权利，但外国人也不负有效忠的义务。目的是使外国人与本国人平等，既不享有特权，也不受到歧视。

2．最惠国待遇原则，是指一国（施惠国）给予某外国（受惠国）国民的待遇不抵于它现在或将来给予任何第三国（最惠国）国民的待遇。例外：在边境地区给予邻国的；地区性经济组织成员相互给予的优惠；普惠制；条约中明确规定不适用最惠国待遇的。目的在于使受惠国国民和第三国国民相比永远处于不受歧视的地位。

3．互惠待遇原则，是指一国给予外国国民某种权利、利益或优遇须以该外国给予本国国民同等的权利、利益或优遇为前提。

4．差别待遇原则，国家给予外国人不同于本国国民的待遇，或给予不同国籍的外国人不同的待遇。包括优惠待遇和歧视待遇。但应遵守不歧视原则。

（二）外国人待遇的标准

四、外交保护

外交保护是指一国外交机关对在外国的本国国民的合法权益所进行的保护。

外交保护的条件主要有：

（一）本国国民的合法权益遭受所在国的非法侵害

本国国民的合法权益受到所在国国家的不法侵害。

（二）国籍继续原则

受害人自受害之日，至抗议或求偿结束之日须持续具有保护国国籍，且不得具有所在国国籍。

（三）用尽当地救济原则

正式的抗议或求偿提出之前，受害人本人须用尽所在国的一切司法救济手段。

五、外国人在中华人民共和国的法律地位

第三节　引渡与庇护

一、引渡

引渡是指一国应他国请求，将在本国境内而被他国追诉或判刑的人移交该国审判或处罚的国际司法协助行为。

关于引渡的条件、程度和后果，可由有关国家在其缔结的国际条约或其国内法中作出规定。

（一）引渡的条件：

1．“双重归罪”原则或同一原则。

2．“政治犯不引渡”原则。

3．本国国民不引渡原则。

（二）请求引渡的主体。

（三）请求国的义务——“罪刑特定”原则及转引渡的限制。

（四）引渡的程序

通常依照有关引渡的国际条约或国内法的规定来进行。

二、庇护

庇护指一国对请求避难的外国人给予保护的行为。

领土庇护：除条约或国际法有特别规定外，国家应在本国领域行使庇护权，不得在驻外的使领馆及其他享有特权与豁免的机构内庇护外国人。

三、中华人民共和国关于引渡与庇护的立场和实践

我国与有关国家缔结了双边引渡条约，参加了一些含有引渡条款的国际公约，并依据互惠原则处理引渡问题。

第四节　难民的法律地位

一、难民的概念及其身份的确定

根据 1951 年《关于难民地位的公约》的规定，难民主要是指由于政治原因而畏惧迫害被迫离开其本国或其经常居住国，且不能或不愿回到上述国家的人。实践中，难民还包括因战争或自然灾害而产生的战争难民和经济难民。

关于难民身份的确定，根据 1951 年《关于难民地位的公约》和 1967 年《关于难民地位议定书》的规定，难民必须符合以下两个条件：

（一）主观条件。

（二）客观条件。

二、难民的法律地位

根据有关的国际条约享受国际保护，同时根据所在国的有关国内法承受具体的权利义务。

1951 年《关于难民地位的公约》和 1967 年《关于难民地位议定书》对难民的入境、居留、出境和待遇等问题分别做了规定。难民的法律地位主要体现在以下四个方面：

（一）不推回原则。

（二）国民待遇原则。

（三）不低于一般外国人待遇原则。

（四）最惠国待遇原则。

三、中华人民共和国关于难民的立场和实践

我国是《关于难民地位的公约》和《关于难民地位议定书》的当事国。实践中，我国接受并安置了大量难民。

复习与思考题

1．国籍的概念及国籍取得的方式。

2．国籍冲突的解决。

3．外国人待遇的一般原则。

4．外交保护的条件。

5．引渡及其规则。

6．庇护及其规则。

7．难民的概念和地位。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

2．《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社。

第七章　国际人权法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解掌握人权的概念、特征、基本内容和国际人权保护的实施制度。

学时分配：2 学时。

第一节　国际人权法概述

一、国际人权的概念与特征

人权是指每个人都享有或应该享有的基本权利。人权具有普遍性、特殊性和相对性，各项权利之间有相互依赖性和不可分割性。

二、国际人称法的定义及历史发展

国际人权法是指有关人权国际保护的国际法原则、规则和制度的总称。

人权的概念是 17 世纪、18 世纪资产阶级革命时期提出来的。第一次世界大战以后，人权问题由国内法领域进入国际法的调整范围。第二次世界大战后《联合国宪章》第一次将人权规定在一个普遍的国际组织的文件中，增进并激励对全人类的人权及基本自由的尊重成为联合国的宗旨之一，它促使国际人权法的形成和迅速发展。

第二节　联合国一般性的人权宣言和公约

联合国一般性的人权宣言和公约及其内容：《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利及政治权利国际公约》，后三项文件称为《国际人权宪章》。

第三节　区域性的国际人权公约

区域性的国际人权公约及其内容：《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和民主权宪章》以及《阿拉伯国家人权宪章》。

第四节　人权的基本内容

一、个人的基本人权

个人的基本人权包括的生命权、免受酷刑的权利、人身自由与安全权及被羁押者享有尊重其人格尊严的待遇的权利、公正审判权、思想、良心、宗教和信仰自由权、主张与发表自由权、和平集会与结社自由权、工作权、受教育权，享受适当生活水准权。

二、集体的人权

集体的人权包括人民/民族自决权和发展权。

民族自决权主要是指一切处于外国殖民统治、外国占领和外国奴役下的民族，具有自己决定自己的命运、政治地位和自主地处理其内外事务的权利，并且这种权利应受到国际社会的尊重，所有

国家均承担义务，不得以任何方式阻碍、干涉、破坏或剥夺此项权利，否则，就构成国际不法行为，有关行为国应承担国际责任。

发展权是一项不可剥夺的人权，由于这种权利，每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会文化和政治发展，在这种发展过程中，所有人权和基本自由都能获得充分实现。

三、国际人权保护的专门领域

联合国就防止及惩治灭绝种族罪、废止奴隶制、奴隶贩卖、禁止种族隔离、消除种族歧视和对妇女的歧视、禁止酷刑和保护儿童权利等问题制定的专门性国际人权公约所保护的人权。

第五节　国际人权保护的实施制度

一、国际人权保护的机构

联合国国际人权保护的机构有：人权理事会、专门负责监督实施特定人权条约的各个委员会。

二、国际人权保护的监督和补助制度

国际人权保护的监督和补助制度主要有：报告及其审查制度、国家来文及和解制度、个人申诉制度、联合国 1503 程序。

（一）报告及审查制度是指各缔约国有义务将其履行条约的情况向有关机构提交报告，有关人权机构对此类报告进行审议，并可就报告的内容发表评论或提出没有法律拘束力建议。

（二）国家来文和解制度是人权公约的缔约国通过有关国际机构监督其他缔约国履行义务的重要程序。有关人权机构根据有关条款有权接受和审议一缔约国指控另一缔约国不履行公约来文，进行斡旋或和解，以求得争议的解决。

（三）个人申诉制度是有关个人通过国际人权机构维护自身权利，促使有关国家特别是其本国履行国际义务的制度。对个人申诉制度，一般都是基于条约中的任择条款，且必须是在确认用尽国内救济办法以后，才能受理个人的来文申诉。有关的人权机构在审查来文及有关缔约国提出的一切书面材料后，可向有关国家和个人提出没有法律拘束力的意见和建议。

（四）联合国 1503 程序是联合国经社理事会采取的有关侵犯人权及基本自由的来文的处理程序。在确认用尽有关国家的国内救济办法后，人权委员会才能受理来文，对严重的侵犯人权的行为进行秘密审查和处理。

第六节　中国与人权

一、中国在国际人权领域的活动

（一）积极参与国际人权机构的活动

（二）参与制订国际人权文书

（三）签定、批准和加入了一系列国际人权公约

二、中国在人权问题上的基本立场

（一）强调人权概念的完整性

（二）支持联合国实现人权的宗旨和原则

复习与思考题

1．国际人权的概念和特征。
2．人权与主权的关系。
3．国际人权的基本内容。
4．国际人权保护的实施制度。

拓展阅读书目

1．《国际人权法》，徐显明主编，法律出版社，21 世纪法学规划教材， 2004 年 1 月版。

第八章　国际组织法

本章教学目的和基本要求：

了解国际组织的基本知识及其在现代国际法中的地位；重点掌握联合国的宗旨和原则，联合国主要机关的职能和表决制度，以及联合国专门机构的特征；同时，对区域性国际组织和专门性国际组织的情况亦应有所了解。

学时分配：3 学时。

第一节　国际组织法概述

一、国际组织的概念与类型

国际组织是指两个以上国家或其政府、人民、民间团体基于特定目的，根据协议建立的各种常设性机构。国际法所研究的主要是政府间国际组织。依据不同标准，国际组织可以分为不同类型。

二、国际组织的历史发展

国际组织在近代国际法时期开始出现，在现代国际法阶段得到了长足的发展。第二次世界大战以后建立的联合国是当代最重要的政治性组织。

三、国际组织的法律地位

国际组织是现代国际法主体之一，具有独立参加国际关系和享受国际法权利与承担国际法义务的能力，但是，与主权国家相比，国际组织的法律人格和行为能力是有限的。

四、国际组织的法律制度

国际组织的成员一般可以分为正式成员和非正式成员两类。国际组织通常设立大会、理事会和秘书处等三个主要机关。国际组织决议的通过采取全体一致表决、多数表决和协商一致等三种形式。

第二节　联合国

一、联合国的建立

建立联合国的构想开始于第二次世界大战时期。1945 年 6 月 25 日，来自 50 个国家的代表在美国旧金山通过《联合国宪章》。1945 年 10 月 24 日，联合国正式成立。

二、联合国的宗旨和原则

按照《联合国宪章》的规定，维持国际和平与安全、发展各国间友好关系、促进国际合作和构成协调各国行动的中心是联合国的四项宗旨；会员国主权平等、善意履行宪章义务、和平解决国际争端、禁止以武力相威胁或使用武力、集体协助、确保非会员国遵行上述原则和不干涉会员国内政是联合国的七项原则。

三、联合国的会员国

联合国会员国分为创始会员国和非创始会员国两类。联合国有权终止会员国权利或开除会员

国，会员国也可以退出联合国。

四、联合国的主要机关

联合国设有大会、安全理事会、经济及社会理事会、托管理事会、国际法院和秘书处等六个主要机关。大会是联合国的主要审议机关；安全理事会在维持国际和平与安全方面负有主要责任；经济和社会理事会负责促进经济和社会事务的国际合作与发展；托管理事会是联合国负责监督托管领土行政管理的机关；国际法院是联合国的主要司法机关；秘书处是联合国的行政机关。

第三节　区域性国际组织

一、区域性国际组织的概念和特征

区域性国际组织是指特定区域的若干国家或其政府、人民、民间团体基于特定目的，根据协议建立的各种常设性机构。组织成员具有明显的地域性是此类组织的显著特征。

二、主要的区域性国际组织

欧洲联盟、美洲国家组织、非洲国家联盟、阿拉伯国家联盟、东南亚国家联盟等属于主要的区域性国际组织。

第四节　专门性国际组织

一、专门性国际组织的概念和特征

专门性国际组织是指若干国家或其政府、人民、民间团体根据协议建立的，主要在某一特定业务领域从事活动的各种常设性机构。从事活动的专业性是此类组织的显著特征。

二、联合国专门机构

联合国专门机构是指根据特别协定与联合国建立关系的或者根据联合国决定设立的政府间专门性国际组织。联合国专门机构虽然与联合国存在法律联系，但它们具有独立的国际法律人格，并非联合国的附属机构。国际货币基金组织、世界银行、国际原子能机构、世界卫生组织、世界知识产权组织、国际劳工组织、国际民用航空组织、联合国教育、科学及文化组织以及其他一些政府间专门性国际组织属于联合国专门机构。

复习与思考题

1．政府间国际组织作为现代国际法主体有何特点？
2．联合国大会和安全理事会的职权有何不同？
3．联合国安全理事会的表决程序有何特点？
4．联合国专门机构和联合国有何关系？

拓展阅读书目

1.《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材，　2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2.《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第九章　外交和领事关系法

本章教学目的和基本要求：

学习本章，了解外交和领事关系的有关概念及外交机关体系。掌握使馆的职务、使馆及其人员的特权与豁免以及他们对接受国的义务。掌握领事的概念、领事的职务及领事的特权与豁免。掌握外交团、不受欢迎和不能接受的人的概念。理解特别使团和常驻使团的概念和有关制度。

学时分配：5 学时。

第一节　外交关系法概述

一、外交和外交关系

外交是国家为实现对外政策、处理和调整国际关系的手段和方法。

外交关系是国家与其他国家、以及与其他国际法主体之间通过互访、谈判、出席国际会议、参加国际组织、缔结条约以及互设常驻代表机构等外交手段和方法而形成的交往关系。

根据现行的外交关系法，外交关系主要有正式的外交关系和半外交关系。

二、外交关系法

外交关系法是调整国家及其他国际法主体之间的外交关系，规范外交关系机关及人员的组成、地位、职能及活动方式的国际法原则、规则和规章、制度的总称。外交关系法是国际法的重要组成部分。

现行外交关系法的最重要的条约是 1961 年的《维也纳外交关系公约》，该公约是目前最重要的确定外交关系法律原则、规则和制度的文件。公约没有明白规定的事项，应继续适用国际习惯法规则。此外，1969 年还通过了《特别使团公约》，1973 年通过了《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表罪行的公约》，1991 年通过了《关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位条款草案》。除上述确立外交关系法的文件外，国际上还签订了一些关于国际组织的特权与豁免的公约，包括：1946 年《联合国特权与豁免公约》、1947 年《联合国专门机构特权与豁免公约》、1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》。

三、外交关系机关

简称外交机关，是由国家设置的、为实现国家对外政策、代表国家同其他国家或国际组织进行外交活动的机构和人员的总称。

外交机关可分为中央外交关系机关和驻外的外交关系机关。

（一）中央外交关系机关包括国家元首、政府及其首脑和外交部门。

1．国家元首。

2．政府和政府首脑。

3．外交部门。

（二）驻外外交关系机关

驻外的外交关系机关主要有驻外使馆、驻国际组织的使团和参加国际会议或出国从事其他外交活动的特别使团。

第二节　常设使馆制度

使馆是国家驻外国的外交使团，也是外交代表机关。

使馆制度的内容主要包括使馆的设立、使馆人员的组成、馆长的等级、使馆的职务、使馆人员的派遣与接受等。

一、使馆的设立及使馆人员的组成

（一）使馆的设立

1961 年《维也纳外交关系公约》第 2 条规定：“国与国间外交关系及常设使馆之建立,以协议为之”。

（二）使馆人员的组成

1．使馆馆长：派遣国委派担任使馆首长职位的人。

1961 年的《维也纳外交关系公约》规定使馆馆长分为三级——大使、教廷大使；公使、教廷公使；代办。

2．外交职员。在使馆的外交人员中，除馆长外，还包括其他外交职员，这些外交职员包括参赞、秘书、武官、随员、专员等。

3．行政技术职员。

4．服务职员。

二、使馆人员的派遣和赴任

由于使馆人员对两国关系往往产生直接影响，因此，派遣国派遣使馆人员，尤其是派遣使馆馆长时，必须遵守一定的程序。

（一）征得同意

在使馆人员的派遣中，使馆馆长和武官都要事先征得接受国的同意。

（二）赴任

使馆人员经同意、正式任命后，即可赴任。按规定，大使、公使赴任时要携带国书。

（三）不受欢迎的人和不能接受的人

按 1961 年《维也纳外交关系公约》和 1963 年《维也纳外交关系公约》的规定,接受国得随时不具解释即通知派遣国宣告使馆外交人员为不受欢迎的人或其他人员不能接受。

三、使馆的职务

（一）使馆的职务

根据《维也纳外交关系公约》第 30 条的规定,使馆的职务主要有以下五项：

1．代表，即在接受国中代表派遣国。

2．保护，在国际法许可的范围内，在接受国中保护派遣国及其国民的利益。

3．交涉，通过谈判与接受国政府办理交涉。

4．调查，以一切合法手段调查接受国的状况及发展情形，向派遣国政府具报。

5．促进，促进派遣国与接受国间的友好关系，并发展两国之间的经济、文化与科学关系。

（二）使馆人员职务的终止

四、外交团

各国驻在一国首都的外交代表组成的团体。

外交团制度是依外交传统和国际惯例而设立的，它不具有独立的法律地位，主要在礼仪方面起作用。外交团不应进行政治性、法律性的活动，更不许向东道国施加压力或干涉东道国的内政。

第三节　常驻使团和特别使团

一、常驻使团

各国派往国际组织的代表其本国的常设代表团。

二、特别使团

特别使团是一国经另一国的同意或邀请，派往该另一国进行谈判或完成某项特别外交任务的代表派遣国的临时使团。

特别使团的派遣不以双方建立外交关系为前提，但须事先征得对方同意。

第四节　外交特权与豁免

一、外交特权与豁免概述

使馆和使团及其人员在接受国所享受的一定的特殊权利、优惠待遇和一定豁免的总和，称为外交特权与豁免。

关于外交特权与豁免的根据，国际法学界有治外法权说、代表说和职务需要说。

1961 年《维也纳外交关系公约》兼采职务需要说和代表说,将二者有机结合起来,解释外交特权与豁免的根据。《公约》序言提出：此等特权与豁免之目的不在于给予个人以利益，而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务。”

二、使馆的特权与豁免

（一）使馆馆舍不得侵犯

使馆馆舍是指供使馆使用和供使馆馆长寓邸之用之建筑物或建筑物之各部分，以及其所附之土地。

（二）使馆档案及文件不得侵犯。

使馆档案及文件无论何时，亦无论位于何处都不得侵犯。

（三）使馆享有通讯自由。

（四）免纳捐税、关税。

（五）使用国旗和国徽。

三、使馆人员的特权与豁免

（一）外交代表的特权与豁免

1．人身不可侵犯（第 29 条）

2．寓所、文书、信件、财产不可侵犯。

3．管辖的豁免（第 31 条）

（1）刑事管辖豁免。

（2）民事管辖豁免。

（3）行政管辖豁免。

（4）无作证义务（第 31 条 2 款）。

管辖豁免可以放弃，但放弃必须是分项单独放弃，而且必须是明示的。

4．免纳捐税。

5．免除关税和查验。

6．其他特权和豁免。

（二）使馆其他人员的特权与豁免

四、外交特权与豁免的开始和终止

五、使馆及使馆人员在接受国的义务

（一）使馆的义务，使馆馆舍不得用于和使馆职务不相符合的用途。

（二）享有外交特权与豁免的人员的义务

六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》

1986 年 9 月颁布，该条例是依照 1961《维也纳外交关系公约》,参照国际习惯及新的发展并结合我国具体情况和外交实践，对外交特权与豁免的根据、内容、适用及用语含义都作了明确规定。

第五节　领事关系和领事制度

一、概述

领事是一国根据与他国的协议派驻该国某一城市或地区以保护派遣国及其国民在当地的合法权益的代表。

国家间通过协议，互设领事机关和派遣领事官员执行领事职务形成的关系称为领事关系。根据 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定，国家间领事关系的设立以协议为之。

二、领事馆及其人员

（一）概述

根据 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定，领事馆是领事执行职务的机关,其类别有总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处。

领馆人员包括领事官员、领事雇员和服务人员。领事官员是指被派任承办领事职务的人员，包括领馆馆长在内。馆长分为四个等级，即总领事、领事、副领事和领事代理。

领事官员分职业的和名誉的

（二）领馆人员的派遣和接受

（三）领事的职务

三、领事特权与豁免

（一）领馆的特权与豁免

（二）领事官员的特权与豁免

（三）名誉领事的特权与豁免

四、领馆及享有特权与豁免的人员的义务

与使馆及享有特权与豁免的人员的义务基本相同。

五、中国关于领事特权与豁免的规定

1990 年 10 月 30 日颁布实施了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。该条例规定的领事特权与豁免的内容与 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定基本一致。

复习与思考题

1．外交和外交关系机关的种类。
2．使馆人员的组成及其派遣规则。
3．使馆的职务。
4．外交特权与豁免。
5．使领馆及享有特权与豁免的人员对接受国的义务。
6．特别是团、常驻使团和外交团的概念。
7．领事的概念、等级及领事的职务。
8．领事特权与豁免。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2．《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社。
3．《国际法案例》，陈致中，法律出版社。

第十章　条约法

本章教学目的和基本要求：

条约是国际法最主要的渊源之一，在国际法主体尤其是国家交往过程中要十分重要的作用，是国际法课程的关键之一。在学习过程中，要求掌握国际法的定义和特征，将其与非条约的国际性文件区分开；掌握国际条约成立的实质要件；掌握条约保留的含义和效果；掌握条约的效力范围；掌握国际条约解释所遵循的规则；掌握条约终止和暂停实行的原因。了解国际条约的名称、缔约程序、条约登记的作用。

学时分配：6 学时。

第一节　概　述

一、条约的定义、特征

一般而言，条约是两个或两个以上的国际法主体（主要是国家）之间依据国际法缔结的确定其相互之间的权利和义务关系的协议。在 1969 年和 1986 年两个不同的维也纳条约法公约中，其定义有差异。

条约的特征可以从主体、依据、内容、形式等方面进行把握。其主体主要是国家，依据以国际法为准，内容确定主体之间权利义务关系，形式主要是书面形式。

二、条约的种类和名称

条约的种类根据性质、缔约程序、缔约方数目、缔约方地域、内容等均可做出不同分类。

条约名称很多，凡符合条约定义者均可以成为条约。条约名称有：公约、条约、宪章、盟约、组织宪章、规约、专约、协定、议定书、宣言、声明、换文、谅解备忘录等。

三、条约法的编纂

目前在联合国体制内负责国际法编纂的机构是国际法委员会。

第二节　条约成立的实质要件

一、具有完全的缔约能力和缔约权（capacity to conclude treaties/treaty-making capacity；competence to conclude treaties/treaty making power）

一般而言，缔约能力仅为国际法主体享有，而缔约权则属于代表权。缔结条约的代表须出示全权证书以表明其缔约的权限范围。

二、符合自由同意

缔结条约应当符合缔约主体的自由意志。不符合自由同意的情形主要有以下几种：

（一）错误（Error）

（二）诈欺（Fraud）

（三）贿赂（Corruption of a representative of a State）

（四）强迫（Coercion）

1．强迫国家的代表（Coercion of a representative of a State）；

2．以威胁或武力强迫国家（Coercion of a State by the threat or use of force）。

三、符合强行规则（jus cogens/peremptory norm of general international law (jus cogens) ）

根据维也纳条约法公约的定义，强行规则是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑，且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”即被国际社会成员全体公认必须遵守而不得损抑的，也不得任意改变的国际法规范。凡条约或行为与之抵触者统归无效。

第三节　条约的缔结

一、程序

条约缔结程序一般经过以下阶段：

（一）约文的议定

（二）约文的认证

1．草签

2．待核准的签署或暂签

3．签署

（三）表示同意受条约的拘束

1．签署

2．批准

3．加入

4．接受和赞同(核准)

二、条约的保留（reservation）

条约的保留是指一国在签署、批准、接受、赞同、加入一个条约时所作的单方面声明，不论措辞或名称如何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。

（一）条约保留的成立

条约保留与否由国家自行决定，但是以下情况不得保留：

1．该项保留为条约所禁止者；

2．条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；

3．该项保留与条约的目的和宗旨不符者。

（二）条约保留成立的法律效果

保留成立的法律效果可以分为以下几个方面：

1．在保留国与接受国之间,按保留的范围改变该保留所涉及的一些条约规定；

2．在保留国与反对保留国之间,若反对保留国并不反对该条约在保留国与所对保留国之间生效，此项保留所涉及的规定在保留的范围内，对于该两国间不适用；

3．在非保留国之间,不改变条约的规定， 无论是否接受另一缔约国的保留。

三、条约的登记

条约登记主要是为了避免秘密条约。国际联盟盟约曾规定条约不登记即无效，该规定不符合事实。联合国宪章规定条约不在联合国秘书处登记即不得在联合国机构援引，但不影响条约的法律效力。

四、我国的缔结条约程序法

1990 年 12 月 28 日通过，规定缔约权由国务院行使。

第四节　条约的效力

一、条约的生效

条约可以在不同的情形下生效：
（一）签署后生效；
（二）批准后生效；
（三）交存批准书或加入书后生效；
（四）条约规定于一定的日期生效。

二、条约适用

（一）条约适用的领土范围
生效的条约对缔约方的所有领域均有效力，除非条约本身明确限定了适用的空间范围。
条约适用上遵循一个古老的原则，条约必须遵守原则（Pacta　sunt　servanda），它要求缔约方善意履行有效条约。该原则已经成为了一个习惯规则，在过去和现在的很多国际性法律文件例如联合国宪章、条约法公约中都确认了这一原则。当然，在条约无效与情势变迁的情形下，缔约方不必遵守条约。
生效的条约在其生效期间一直有效，应予以适用。
（二）条约的冲突
条约冲突时，遵循以下规则解决：
1．对于联合国的会员而言，如果其缔结的条约与联合国宪章义务冲突，则宪章义务优先。
2．条约规定了解决冲突的方法，遵循条约规定。
3．条约没有规定解决冲突的方法，缔约国相同的，遵循后法优于先法的原则。
4．缔约国不同的条约发生冲突，确定对于当事国有效的条约予以适用。

三、条约对第三国的效力

条约对第三国无益无损，条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。条约非经第三国明示书面同意，不为该国创设义务；条约创设权利的，原则上应取得第三国同意，但若无相反表示，推定同意。

四、条约的解释（interpretation　of　treaties）

条约的解释是指对于条约的具体规定的真实含义依照一定的规则所进行的说明。
（一）解释的主体包括：
1．当事方：对其相互之间的条约有权解释；
2．国际组织：可依据其职权解释其自身的条约；
3．国际仲裁或司法机关：可以对提交给自己的条约进行解释。
（二）解释规则
依照条约法公约第 31 条规定，“条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”其中，上下文包括序言、附件，当事国事先或事后缔结的有关该条约

的协定、文书，适用于当事国之间的任何有关的国际法规则。依据第 32 条规定，还可使用补充资料，包括准备资料如谈判记录、会议记录、草案以及缔约情况。解释时遵循的文字规则是，规定作准文字者，以作准文字为准；未规定作准文字者所有缔约国文字同以作准。

五、条约的修订(revision of treaties)

包括所有缔约国参与的修正(amendment of treaties)和个别缔约国参与的修改(modification of treaties)。

第五节　条约的终止和停止施行

一、条约终止和停止施行（termination of treaties, suspension operation of treaties）**的原因**

条约可因各种原因中止或停止施行，例如条约规定、当事双方的同意、单方解约和退约、履行完毕、条约被代替而终止、条约履行不可能、条约当事方丧失国际人格、断绝外交关系或领事关系、战争、一方违约、情势变迁等。

二、条约终止和暂停施行的程序及后果

根据维也纳条约法规定，一方主张条约无效、终止、退出或停止施行条约，必须通知对方，3 个月未遭反对即可实施其提议的措施；如遭反对，可于 12 个月内和平解决争端。

法律后果是解除各当事国继续履行条约的义务，但不影响各当事国在该条约的终止前由于实施该条约所产生的任何权利、义务或法律情况。

复习与思考题

1．条约的概念与特征。
2．条约成立的实质要件是什么？
3．条约的保留及其后果。
4．条约必须遵守原则。
5．什么是条约的解释？谁有权进行解释？应遵循什么规则？
6．条约终止和暂停实施的原因有哪些？

拓展阅读书目

1.《条约法概论》，李浩培著，法律出版社，1987 年 12 月第一版。
2.《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第十一章　和平解决国际争端

本章教学目的和基本要求：

国家在交往过程中不可避免地由于利益或者法律观点等的不同而产生争端。和平解决争端就成了维持正常国际交往、维护国家权利的重要途径。在本部分，应当掌握争端解决方法的分类，区别强制性方法和非强制性方法；掌握政治性解决方法的含义及其特点；掌握法律性解决方法的种类，尤其应全面掌握国际法院的管辖权。了解国际法院的组成、程序，了解 WTO 争端解决的机构和程序。

学时分配：2 学时。

第一节　概　述

一、国际争端及其种类

国际争端两个主体间关于法律上或事实上的论点不一致、法律上的见解或利益的矛盾对立。

根据性质不同，可将国际争端划分为法律性质的争端和政治性质的争端。前者是当事国法律权利的争端，后者是当事国由于政治利益的冲突而发生的不涉及或不直接涉及法律问题的争端。

二、解决国际争端的方法

解决争端包括强制性和非强制性两类方法。

（一）强制方法包括：

1．反报：针对对方不礼貌、不友好的或不公平的行为作出的反应；

2．报复：针对对方国际不当行为采取的相应措施；

3．平时封锁：是在和平时期采取的以武力封锁他国港口或海岸的行为；

4．干涉：是争端当事国以外的国家对争端进行的干预。

（二）非强制方法包括：

政治的方法，包括谈判、斡旋、调停、和解、国际调查；

法律的方法，包括仲裁、司法解决。

第二节　国际争端的政治解决方法

一、谈判与协商

谈判与协商是双方直接进行国际交涉解决争端的方法，二者本质一致。

二、斡旋与调停

是第三方协助解决争端的方法。两者区别在于，调停方式中第三方主持或参与谈判，提出实质性建议。

三、调查与和解

调查是根据协议成立的调查委员会，解决因事实问题引起的争端。调解是在查明事实的基础上提出争端解决的建议的方法。

第三节　国际争端的法律解决方法

一、仲裁

又称公断，指当国家之间发生争端时,经各当事国同意,将争端交付由它们自行选任的仲裁人处理，并相互约定服从其裁决。

常设仲裁院根据《和平解决国际争端公约》的规定于 1900 年在荷兰海牙成立。

国际仲裁制度涉及内容有仲裁条约、仲裁协定、仲裁条款，仲裁的目的和审理范围，仲裁法庭组织，仲裁法庭适用的法律和程序，仲裁裁决及其效力。

二、司法解决

国际法领域最重要的司法解决方式曾经是国际常设法院，目前主要是国际法院。

国际法院由 15 名法官组成。任职条件。

国际法院的职权分为诉讼管辖权和咨询管辖权。诉讼管辖权分为自愿管辖、协议管辖和任择性强制管辖，其当事者是国家。咨询管辖权适用于由联合国机构提起的咨询案，国家无权提出。

适用的法律是国际法院规约第 38 条规定的国际条约、国际习惯、文明各国承认的一般法律原则，还可以使用确定法律原则的补充资料包括司法判例和公法学家学说。

程序包括起诉、书面程序和口述程序、附带程序、分庭程序、判决及其解释与复核等。

第四节　WTO 争端解决机制

一、机构

根据 WTO（World Trade Organization,世界贸易组织）的争端解决谅解成立争端解决机构（Dispute Settlement body, DSB）。

除了双方协商或者第三者斡旋或者调停外，争端解决的主要组织形式是临时成立的专家组（Panel）和常设的上诉机构（Appellate Body, AB）。

二、程序

争端解决程序主要包括协商、斡旋、调解、仲裁、专家组程序、上诉程序和执行程序。

复习与思考题

1．国际争端的种类。
2．反报与报复的区别是什么？
3．斡旋与调停的区别是什么？
4．仲裁协议的形式。
5．国际法院的诉讼管辖权。
6．国际法院的咨询管辖权。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。
3．《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社。

第十二章　战争法

本章教学目的和基本要求：

了解战争与战争法的概念以及战争法的编纂；重点掌握对战争手段和方法的限制、对平民和战争受难者的保护以及战时中立制度的内容；同时，学习战争犯罪的概念和惩治战争犯罪的原则。

学时分配：1 学时。

第一节　战争与战争法概述

一、战争的概念

战争是指国家或国家集团之间、国家与反政府武装之间或者敌对武装团体相互之间为实现特定政治目的而进行的武装对抗或者通过宣战表达的敌对意图。

二、战争在国际法上的地位

在传统国际法时期，战争是解决国家争端的合法手段。第一次世界大战以后，由于《巴黎非战公约》、《联合国宪章》等一系列国际法律文件确立了禁止使用武力或以武力相威胁原则与和平解决国际争端原则，因此，发动侵略战争或以违反国际法的方式使用武力或以武力相威胁已为现代国际法所禁止。

三、战争法的概念和编纂

战争法是调整交战各方之间、交战各方与中立国或其他非交战国之间的关系，规范交战行为和规定保护平民、战斗员与战争受难者以及有关战争责任的原则、规则和制度的总体。国际社会对战争法的编纂开始于 19 世纪，目前，已形成了系统的战争法规。

四、战争法的基本原则

战争法的基本原则主要有遵守国际义务原则，人道主义原则，区别对待原则，遵守中立义务原则，战争罪犯承担个人责任原则等。

第二节　战争的法律规则

一、战争的开始和结束

战争可能由于一方或双方宣战开始，也可能由于双方实际发生战斗行动开始。战争可以通过双方缔结和平条约结束，也可以通过双方实际停止敌对行动结束。战争的开始和结束都会产生一定的法律后果。

二、对作战手段和方法的限制

战争中，禁止使用极度残酷的武器，禁止使用有毒、化学和生物武器，禁止使用殃及平民、不分皂白的作战手段和方法，禁止使用改变环境的作战手段和方法，禁止使用背信弃义的作战手段和方法。战争法对海战战场，战斗员，军舰和商船，海军轰击，潜艇攻击和水雷及鱼雷的使用等也有明确的限制。

三、对平民和战争受难者的保护

战争中，交战方对处于本方管辖或控制下的敌国平民、伤病员和战俘，应按照人道主义原则提供适当的待遇和保护。

四、战时中立

战时中立是指国家在交战国之间进行的战争中采取的一种不偏不倚的立场。中立国和交战国均对对方负有自我约束的义务、防止的义务和容忍的义务。战时中立亦影响战时封锁和战时禁制品的没收。

第三节　战争犯罪及其责任

一、战争犯罪的概念

在传统国际法时期，战争犯罪系指违反公认的战争法规和惯例的行为。第二次世界大战后，战争犯罪的概念得到了发展，反和平罪、战争罪和反人道罪都属于违反战争法的犯罪。

二、对战争罪犯的审判

第二次世界大战后，欧洲国际军事法庭和远东国际军事法庭分别对德国和日本战争罪犯进行了审判和处罚。目前，前南国际法庭正在对部分战争罪犯进行审判。

三、惩治战争罪犯的原则

惩治战争罪犯的原则主要有个人刑事责任原则，上级命令不免除责任原则，上级责任原则，战争犯罪非政治化原则，合法性原则，不适用法庭时效原则等。

复习与思考题

1．对作战手段和方法的限制的内容是什么？
2．交战国与中立国相互负有哪些义务？
3．战俘应享有哪些人道主义待遇？
4．战时平民保护的内容是什么？
5．惩治战争罪犯的原则有哪些？

拓展阅读书目

1.《现代国际刑法学》，邵沙平，武汉大学出版社，2006 年版。
2．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材，　2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

《经济法总论》教学大纲

（2010 年修订）

赵红梅　薛克鹏　编写

目　录

前　言 6
绪　论 7
教学目的及要求 7
重点及难点 7
一、经济法学的研究对象 7
二、经济法学的学科地位 7
三、经济法学的特点 7
四、经济法学的学科思想与学术精神 8
五、经济法学的研究、学习方法 8
六、经济法学的体系构成 8
复习与思考题： 8
参考文献目录： 8
第一部分　基础理论 10
第一章 经济法的产生和发展 10
教学目的和要求 10
重点及难点 10
第一节　经济法的产生和发展 10
一、西方国家经济法的产生与发展 10
二、经济法在前苏联和东欧国家的产生与发展 10
三、中国经济法的产生与发展 10
第二节　经济法产生和发展的根源 10
一、社会经济根源 10
二、法律与法学根源 11
复习思考题： 11
参考文献目录： 11
第二章　经济法的概念和地位 12
教学目的和要求 12
重点及难点 12
第一节　经济法概念和特征 12
一、经济法的概念 12
二、经济法的特征 12
第二节　经济法的体系 12
一、经济法体系的一般理论 12
二、市场监管法 12
三、宏观调控法 13
第三节　经济法的地位 13
一、法域、法部门与经济法的地位 13
二、经济法与民法、商法的关系 13
三、经济法与行政法的关系 13
复习与思考题 13
参考文献目录： 14
第三章　经济法理念和原则 15
教学目的和要求 15
重点及难点 15
第一节　经济法的理念 15
一、经济法理念的一般理论 15
二、经济法的理念 15

第二节　经济法基本原则.....15
一、经济法的基本原则的一般理论.....15
二、　经济法的基本原则.....15
复习与思考题：.....15
参考文献目录：.....16
第四章　经济法律关系和法律责任.....17
教学目的和要求.....17
重点及难点.....17
第一节　经济法律关系.....17
一、经济法律关系的主体.....17
二、经济法律关系客体.....17
三、经济法律关系的内容.....17
第二节　经济法律责任.....17
一、经济法责任的现有理论.....17
二、经济法责任形式.....17
复习与思考题.....18
参考文献目录：.....18
第五章　经济法的实施.....19
教学目的和要求.....19
重点及难点.....19
第一节　经济法实施的一般理论.....19
一、法律实施的一般原理.....19
二、经济法实施的意义和模式.....19
第二节　经济法实施的途径.....19
一、守法.....19
二、行政执法.....19
三、司法.....20
复习与思考题.....20
参考文献目录.....20
第二部分　基本制度.....21
第六章　竞争法律制度.....21
教学目的和要求.....21
重点及难点.....21
第一节　竞争法律制度概述.....21
一、竞争.....21
二、竞争法.....21
第二节　反垄断法律制度.....21
一、反垄断法概述.....21
二、中国反垄断法基本制度.....22
三、规制垄断的法律方法（法律责任）.....22
四、反垄断机构.....22
第三节 反不正当竞争法律制度.....23
一、概述.....23
二、不正当竞争行为.....23
三、法律责任.....23
复习思考题：.....23
参考书目：.....24
第七章　消费者保护法律制度.....25
教学目的和要求.....25
重点及难点.....25

第一节　消费者权益保护法律制度（基本法）.....25
一、消费者保护法概述.....25
二、消费者权利.....25
三、经营者义务.....25
四、消费者权益的保护.....26
五、消费者争议解决途径.....26
六、法律责任.....26
第二节　产品质量法律制度.....26
一、概述.....26
二、产品质量监管制度.....27
三、生产者和销售者的产品质量义务.....27
四、产品责任.....27
第三节　食品安全法律制度.....27
一、基本概念.....27
二、食品安全法基本制度.....27
三、食品监督管理制度.....28
四、食品安全法律责任.....28
复习思考题：.....28
参考文献目录：.....29
第八章　财税收法律制度.....30
教学目的和要求.....30
重点及难点.....30
第一节　财政法概述.....30
一、基本概念.....30
二、财政法的概念、性质和内容.....30
第二节　税收法律制度概述.....30
一、税收概述.....30
二、税法概述.....31
三、税收权限和征收管理.....31
第三节　国有资产管理法律制度.....31
一、国有资产法概述.....31
二、国有资产管理法律制度.....31
复习思考题：.....31
参考文献目录：.....32
第九章　货币政策调控法律制度.....33
教学目的和要求.....33
重点及难点.....33
第一节　货币政策.....33
一、货币政策的概念.....33
二、货币政策目标.....33
三、货币政策工具.....33
四、货币政策的制定和执行.....33
第二节　中央银行法律制度.....33
一、中央银行的产生和演变.....33
二、中央银行的性质和地位.....34
三、中央银行的职能.....34
第三节　政策性银行法律制度.....34
一、政策性银行概述.....34
二、政策性银行的种类及职能.....34
复习思考题：.....34

参考文献目录：34
第十章　价格法律制度35
教学目的和要求35
重点及难点35
第一节　价格法律制度概述35
一、价格和价格的形成机制35
二、价格法概述35
第二节　经营者价格行为35
一、经营者的价格行为35
二、经营者的不当价格行为35
第三节　政府定价行为36
一、政府定价的范围36
二、政府定价的程序36
第四节　政府价格调控36
一、价格调控的依据和作用36
二、价格调控工具36
复习思考题：36
参考文献目录：36
第十一章　劳动法律制度37
教学目的和要求37
重点及难点37
第一节 概述37
一、基本概念37
二、劳动法37
第二节　劳动法律制度37
一、劳动合同法律制度37
三、劳动基准法38
四、劳动争议处理38
复习思考题：38
参考文献目录：38
第十二章　自然资源法律制度40
教学目的和要求40
重点及难点40
第一节　自然资源法律制度40
一、自然资源法律概述40
二、自然资源法律制度主要内容和体系40
第二节　能源法律制度40
一、能源法概述40
二、能源法的内容40
复习思考题：41
参考文献目录：41
第十三章　环境保护法律制度42
教学目的和要求42
重点及难点42
第一节　概述42
一、环境和环境问题42
二、环境保护法的概念、特点和基本原则42
三、环境保护法的体系42
第二节　环境保护法基本制度43
一、环境规划制度43

二、清洁生产制度.....43
三、环境影响评价制度.....43
四、“三同时”制度.....43
五、排污收费制度.....43
六、总量控制制度.....43
七、环境保护许可证制度.....43
八、限期治理制度.....43
九、环境标准制度.....43
十、环境法律责任制度.....43
第三节　环境纠纷处理程序.....43
一、环境行政纠纷处理程序.....43
二、环境民事纠纷处理程序.....43
三、环境犯罪处理程序.....43
复习思考题：.....43
参考文献目录：.....44
第十四章　产业法律制度.....45
教学目的和要求.....45
重点及难点.....45
第一节　产业和产业政策概述.....45
一、产业.....45
二、产业政策.....45
第二节　产业法的基本内容.....45
一、产业法的概念和特征.....45
二、产业法的立法现状.....45
三、产业法与产业政策的关系.....46
复习思考题：.....46
参考文献目录：.....46
第十五章　行业监管法律制度.....47
教学目的和要求.....47
重点及难点.....47
第一节　行业监管法概述.....47
一、行业和行业监管.....47
二、行业监管法的产生和发展.....47
三、行业监管法的功能.....47
第二节　我国行业监管法体系.....47
一、金融监管法律制度.....47
二、城市房地产管理法律制度.....47
三、广告法律制度.....48
四、邮政电信法律制度.....48
五、建筑业法律制度.....48
六、涉外经济法律制度.....48
七、其他行业法律制度.....48
复习思考题：.....48
参考文献目录：.....48

前　言

经济法是市场经济发展到一定阶段的产物，也是20世纪法律文明的重大成果之一。如今，经济法已经成为我国法律体系的重要组成部分，它通过规范各种经济活动，来维护社会公共利益和保障市场经济的健康运行。随着经济法的兴起和发展，以经济法为研究对象经济法学也应运而生，并逐渐成为一门内容极其丰富的部门法学。

经济法总论是以经济法基础理论和基本制度为教学内容的课程，是法学本科专业必修课之一。其宗旨是使学生将掌握经济法学的基本理论和基本制度，学会从经济法视角观察问题、分析问题和解决问题，并为进一步选修经济法分支学科的课程奠定基础。法学本科专业学生，在学修法理学、宪法学、行政法学、民法学和商法学后，可以学修经济法总论。

为了便于组织教学，合理安排教学进度，提高学生自主学习的意识、能力和效果，我们专门组织编写了本大纲，阐明了经济法总论课程各章的教学目的和要求、教学重点和难点、教学时数以及教学内容。

下列人员参加了本大纲的撰写（以姓氏笔画为序）：

霍玉芬　李东方　刘丹　刘继锋　时建中　孙虹　薛克鹏　　赵红梅　郑俊果

绪　论

教学目的及要求

通过绪论的教学，使学生了解经济法学的研究对象、经济法学科的地位、特点，初步理解经济法学的学科思想与学术精神，初步了解与运用经济法学的研究方法，了解经济法学的体系。绪论是理解、掌握经济法学的入门知识。要求学生开阔视野，破除思想的禁锢，培养研读精品学术著作的兴趣，掌握经济法学的研究、学习方法。

重点及难点

教学重点是经济法学的研究对象，经济法学的学科地位、特点。教学难点是经济法学的学科思想与学术精神，经济法学的研究、学习方法。

教学时数

3 课时

一、经济法学的研究对象

作为重要的法学学科之一，经济法学同其他法学学科一样有自己特定的研究对象。

经济法学的研究对象决定了经济法学的内容、体系。

经济法学研究对象为：中外经济法史；中外重要的经济法的制定与修订背景，具体内容，实施情况；中外典型的经济法事例、案例；中外经济法学的学术史，中外经济法学的学术动态及研究成果。

二、经济法学的学科地位

经济法学是一门独立学科

经济法学的学科地位，取决于经济法作为一个部门法在我国社会主义市场经济法律体系中的地位。

经济法学是我国法学体系中的一个重要的分支，国家教育部等部门将其定位于法学本科的十四门主干课程之一，经济法学可作为独立的法学二级学科被许多高等院校授予硕士、博士学位。

三、经济法学的特点

（一）边缘性学科

学习经济法学，要全面地知晓、运用法学各个领域的知识，特别是综合运用法理、宪法、民法 、商法、行政法、刑法、诉讼法理论。学习经济法学，不仅仅要运用法学学科分析的方法；而且要学会运用其他学科的分析方法。

（二）新兴性学科

经济法学在世界上只有近 100 年的历史，在新中国只有 20 余年的历史。

（三）挑战性学科

经济法学在理论上定论较少、流派纷呈，法律数量多、内容丰富、更新速度快，时时催人奋进，富于挑战性。

四、经济法学的学科思想与学术精神

1、经济法学的道德观
2、经济法学的价值观
3、经济法学的法律观

五、经济法学的研究、学习方法

经济法学作为一门新兴的法学学科，在研究方法方面具有超越性、边缘性的特点。研究经济法学，不仅仅要运用传统法学的分析方法，而且要运用现代法学的分析方法；不仅仅要运用法学分析的方法，而且要学会运用其他学科的分析方法，如经济学、社会学等。

经济法学的研究方法主要为：

1、 逻辑推理
2、 价值判断
3、 规范分析
4、 实证分析；
5、 法社会学
6、 法经济学
7、 历史分析
8、 比较法学

上述方法均可被同学们尝试作为经济法学的学习方法。

六、经济法学的体系构成

经济法学的体系及其构成，在很大程度上要取决于经济法的体系和构成。因此，经济法学的体系通常由经济法学研究对象的各部分组成，并依其内在规律进行安排。

经济法的体系不完全等同于经济法学教学体系。前者是后者的基础，后者在尊重认知规律的基础上，出于教学需要，对前者加以重新编排。

经济法学的体系包括总论与分论。总论为经济法的基础理论，分论为经济法具体制度的理论。本大纲侧重于经济法学总论，主要内容是：经济法产生与发展，经济法的概念与调整对象，经济法的特征与地位，经济法的理念与原则，经济法法律关系，经济法的实施，经济法的体系。经济法的体系涉及一些分论内容。

复习与思考题：

1、经济法学的研究对象是什么？
2、谈谈你对经济法学是一门边缘性学科的看法。
3、谈谈你对经济法学是一门挑战性的学科的看法。
4、你现在对经济法学的学科思想与学术精神理解到什么程度？
5、你能够理解、运用哪些经济法学的研究、学习方法？
6、如何认识经济法学体系的构成？

参考文献目录：

1、[日] 厚谷襄儿 丹宗昭信：《现代经济法入门》，李锡忠等译，群众出版社 1985 年版 。

2、［法]阿莱克西.雅克曼　居伊.施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆 1997 年版。

3、[美]博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版。

第一部分　基础理论

第一章 经济法的产生和发展

教学目的和要求

全面了解经济法产生、发展轨迹，掌握在经济法产生、发展过程中的代表性事件及具有典型意义的法律；对经济法产生、发展的社会经济根源和法律、法学背景根源有初步认识。

重点及难点

教学重点是不同国家在经济法产生、发展过程中的代表性事件及具有典型意义的法律，经济法产生、发展的社会经济根源及法律与法学背景根源。教学难点是世界各国为什么会有如此不同的发展方向和现状。

教学时数

3 课时

第一节　经济法的产生和发展

一、西方国家经济法的产生与发展

（一）　经济法概念的产生
（二）　经济法的产生
（三）　经济法立法的发展

二、经济法在前苏联和东欧国家的产生与发展

（一）　前苏联和东欧国家经济法的产生与发展
（二）　前苏联和东欧国家经济法给我们的启示

三、中国经济法的产生与发展

（一）　1993 年之前的中国经济法
（二）　1993 年之后的中国经济法

第二节　经济法产生和发展的根源

一、社会经济根源

（一）　经济根源
（二）　社会根源

二、法律与法学根源

(一)　法律根源
(二)　法学根源

复习思考题：

1、为什么实质意义上的经济法最先在美国产生，而学术意义上的经济法最先在德国产生？
2、“战争经济法”、“危机对策经济法”与现代典型经济法有哪些区别与联系？
3、经济法在西方国家产生的原因是什么？
4、经济法在社会主义国家产生的原因是什么？
5、你对经济法产生和发展的法学根源有哪些理解？
6、法律社会化的基本涵义是什么？

参考文献目录：

1、[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版。
2、[日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社 1985 年版。
3、[法]阿莱克西.雅克曼　居伊.施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆 1997 年版。
4、漆多俊：《经济法基础理论》，武汉大学出版社 2000 年版。
5、李昌麒：《经济法-----国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社 1995 年版。
6、潘静成、刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版。
7、史际春主编：《经济法总论教学参考书》，法律出版社 2000 年版。

第二章　经济法的概念和地位

教学目的和要求

在了解概念的一般理论的基础上，理解经济法的基本概念。掌握经济法的调整对象的一般原理和具体方面，以此理解经济法调整对象的独特性。理解外国经济法学说，尤其是当代外国经济法学说，掌握金泽良雄、拉德布鲁赫、雅克曼对经济法概念的界定；了解我国经济法学说，并做出总体性评价。特别是要掌握我国经济法的体系以及在法律体系中的地位。

重点及难点

教学重点是经济法的基本概念和经济法的体系，教学难点是经济法与民法和行政法的关系。

教学时数

3 课时

第一节　经济法概念和特征

一、经济法的概念

(一)　外国经济法的学说简介与评析
(二)　我国经济法的学说简介与评价
(三)　经济法的概念

二、经济法的特征

(一)　政策性
(二)　经济性
(三)　其他特征

第二节　经济法的体系

一、经济法体系的一般理论

(一) 构建经济法体系的前提与方法
(二) 关于经济法体系的不同观点

二、市场监管法

(一) 市场监管的概念、特征、方法、理论基础
(二) 市场监管法的概念、特征、目标、作用、立法原则和构成

三、宏观调控法

(一)宏观调控的概念、特征、方法、理论基础
(二) 宏观调控法的概念、特征、目标、作用、立法原则和构成

第三节　经济法的地位

一、法域、法部门与经济法的地位

(一)　法域、法部门及相互关系
(二)　经济法的地位

二、经济法与民法、商法的关系

(一)　民法、商法的界定
(二)　经济法与民商法的区别
(三)　经济法与民法的联系

三、经济法与行政法的关系

(一)　行政法的界定
(二)　经济法与行政法的区别
(三)　经济法与行政法的联系

复习与思考题

1、谈谈你对当代外国经济法代表学说的理解程度。
2、谈谈你对我国目前经济法代表性学说的总体评价。
3、谈谈你对经济法概念的认知。
4、谈谈你对经济法调整对象的认知。经济法调整的社会关系是随着经济法立法的颁行而产生的吗？
5、经济法有哪些特征？如何理解经济法的政策性？掌握经济法的政策性对学习、研究、完善经济法具有怎样的意义？
6、如何理解经济法的经济性？掌握经济法的经济性对学习、研究、完善经济法具有怎样的意义？
7、如何理解经济法的时空性？掌握经济法的时空性对学习、研究、完善经济法具有怎样的意义？
8、如何理解经济法的综合性？掌握经济法的综合性对学习、研究、完善经济法具有怎样的意义？
9、经济法与社会法关系如何？
10、试述经济法与民商法之间的关系。
11、试述明确经济法与行政法区别的意义。

参考文献目录：

1、[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米键等译，中国大百科出版，第 65-68 页。

2、[法] 阿莱克西.雅克曼　居伊.施朗斯：《经济法》，宇泉译，商务印书馆，第 83－84 页。

3、[日] 金泽良雄：《当代经济法》，刘瑞复译，辽宁人民出版社 1988 年版，第 5-12 页。

4、[日] 厚谷襄儿 丹宗昭信：《现代经济法入门》，李锡忠等译，群众出版社 1985 年版。

5、赵红梅著：《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》，中国政法大学出版社 2009 年版。

6、薛克鹏：《经济法的定义》，中国法制出版社 2003 年版。

7、[法]孟德斯鸠：《论法的精神》下册，张雁深译，商务印书馆 1995 年版。

8、李昌麒著：《经济法理念研究》，法律出版社 2009 年版。

9、[日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 版。

10、[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2000 年版。

11、江平：《民法学》，中国政法大学出版社 2003 年版。

12、赵旭东：《商法学教程》，中国政法大学出版社 2004 版。

13、董保华：《社会法原论》，中国政法大学出版社 2001 年版。

第三章　经济法理念和原则

教学目的和要求

使学生对经济法的理念有比较准确的认识，对经济法的基本原则及其在具体法中的运用有较为细致的把握。学习中应该阅读先贤们有关正义的论述，体会他们的智慧，发掘人性中的善良；同时，认真观察身边的人和事，寻找到经济法的理念和基本原则在现实经济生活中的价值和例证。

重点及难点

教学重点是经济法的理念与原则如何理解，教学难点是经济法的理念与原则如何体现与适用。

教学时数

3 课时

第一节　经济法的理念

一、经济法理念的一般理论

(一) 理念的一般理论

(二) 经济法理念的一般理论

二、经济法的理念

(一)　实质正义

(二)　社会本位

第二节　经济法基本原则

一、经济法的基本原则的一般理论

(一)　经济法基本原则和经济法理念的关系

(二) 经济法基本原则在经济立法、执法与司法和守法中的作用

二、 经济法的基本原则

(一)　国家适度干预的涵义和体现

(二)　维护社会公共利益的涵义和体现

复习与思考题：

1、你如何理解经济法的实质正义理念？

2、你如何理解经济法的社会本位理念？

3、消费者权益法是体现个人本位理念还是社会本位理念？

4、宏观调控法是体现国家本位理念还是社会本位理念？

5、试举实例分析国家适度干预原则。

6、试举实例分析维护社会公共利益原则。

7、试举实例分析实现社会经济效益原则。

8、试论经济法的基本原则对经济法的立法、执法与司法和守法具有明确的准则性。

参考文献目录：

1、[古罗马]西塞罗：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社 1999 年版。

2、[美]罗纳德.德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，2002 年 7 月第 2 次印刷。

3、张恒山：《义务先定论》，山东人民出版社 1999 年版。

4、[英]洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆 1997 年版。

5、江山：《法的自然精神导论》，中国政法大学出版社 2002 年版。

6、[英]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版。

7、[日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社 1994 年版。

8、[美]伯纳德.施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1994 年版，1997 年 4 月第 2 次印刷。

第四章　经济法律关系和法律责任

教学目的和要求

通过本章教学，使学生理解经济法律关系的一般理论，全面掌握经济法律关系三要素和法律责任。深刻领会经济法律关系的特质，培养和提高学生运用经济法律关系理论分析具体经济法现象，解决经济法问题的能力。

重点及难点

教学重点是经济法律关系主体以及与客体和内容之间的关系。教学难点是经济法律关系的内容和法律责任。

教学时数

3 课时

第一节　经济法律关系

一、经济法律关系的主体

（一）　经济法律关系主体的种类
（二）　经济法律关系主体的特征

二、经济法律关系客体

（一）　经济法律关系客体的类型
（二）　经济法律关系客体的特征

三、经济法律关系的内容

（一）　经济权利
（二）　经济义务
（三）　经济权力

第二节　经济法律责任

一、经济法责任的现有理论

(一) 关于经济法责任的主要观点
(二) 对现有经济法责任理论的评价

二、经济法责任形式

（一）经济法责任的形式

（二）经济法责任的特点

复习与思考题

1、简述学习经济法律关系的意义。
2、经济法律关系的构成要素包括哪些？
3、你如何理解经济法律关系主体的特征。
4、试对经济法律关系的主体做进一步的分类。
5、你如何理解经济法律关系客体的特征。
6、简述经济法律关系客体的分类。
7、试论网络信息作为经济法律关系客体的意义。
8、试论经济权利与经济权力的关系。
9、结合现有立法，简要分析传统法律责任理论存在的缺陷。
10、简述经济法的法律责任形式及其特征。

参考文献目录：

1、张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。
2、徐杰主编：《经济法概论》，首都经济贸易大学出版社 2002 年版。
3、刘瑞复：《经济法学原理》，北京大学出版社 2002 年版。
4、李昌麒主编：《经济法学》，中国政府法大学出版社 1999 年版。
5、杨紫煊主编：《经济法》，北京大学出版社，高等教育出版社 1999 年版。
6、潘静成、刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版。

第五章　经济法的实施

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握经济法的实施方法，特别是经济法的执法和司法机制以及与传统部门法实施的区别，为经济法的正确实施奠定基础；同时，通过学习经济法在适用主体和程序方面的特殊性，使学生更好地理解和掌握经济法。

重点及难点

教学重点是经济法的行政实施和司法实施，教学难点是经济法的司法实施。

教学时数

3 课时

第一节　经济法实施的一般理论

一、法律实施的一般原理

（一）　法律实施的含义、种类和意义

（二）　其他部门法的实施机制

二、经济法实施的意义和模式

（一）　经济法实施的意义

（二）　经济法实施的模式

第二节　经济法实施的途径

一、守法

（一）　市场主体守法

（二）　政府守法

二、行政执法

（一）　经济法通过行政途径实施的原因

（二）　执行经济法的行政机构

（三）　行政执法的具体表现

（四）　行政执法的程序

（五）　司法机关对行政执法的监督

三、司法

（一） 司法机关适用经济法中的优点和局限性

（二） 经济法适用的基本模式——公益诉讼

复习与思考题

1、法律有哪些实施途径？传统部门法在实施方面各有何特点？

2、经济法实施有何意义？它包括哪些内容？

3、经济法的实施机制及其特点。

4、经济法是如何自发实现的？哪些主体应当首先遵守经济法？为什么？

5、经济法为何要通过行政机关实施？主要发达国家是如何通过行政途径适用经济法的？

6、经济法适用的行政途径有何特点？

7、国外其他国家是如何通过法院适用经济法的？它有何特点？

8、我国目前的诉讼制度对经济法的实施有何影响？目前有无建立公益诉讼的必要？

9、在现有诉讼制度下，如何通过法院实施经济法？

10、反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法和产品质量法目前是如何实施的？它们的实施与民商法和行政法有何区别？

11、我国目前的预算法、政府采购法、中国人民银行法、商业银行法和中小企业促进法等法律是如何实施的？

12、我国目前的自然资源法、能源法和环境保护法是如何实施的？

13、《中华人民共和国生产安全法》是如何实施的？

参考文献目录

1、张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 北京大学出版社 1999 年版，第二十五、第二十七、第二十八和第二十九章。

2、孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社 1994 年版，第二十章。

3、韩志红 阮大强著：《经济公益诉讼的理论与实践》，法律出版社 1999 版。

4、颜运秋著：《公益诉讼理念研究》，中国检察出版社 2002 年版。

5、漆多俊著：《经济法基础理论》，武汉大学出版社 2000 年版，第 399—406 页。

6、李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社 2001 年版，第 627—704 页。

7、张守文著：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 467—563 页。

8、李昌麒 刘瑞复主编：《经济法》，法律出版社 2004 年版，第 112—115 页。

9、[日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》（增补本），王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版。

10、[意]莫诺.卡佩莱蒂编：《福利国家与接近正义》，刘俊祥等译，法律出版社 2000 年版。

第二部分　基本制度

第六章　竞争法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握竞争法的基本原理和制度，特别是我国竞争法的体系，使学生全面把握竞争法在经济法中的地位，并能熟练运用竞争法分析和处理竞争案件的能力。

重点及难点

教学重点是反垄断法和反不正当竞争法，教学难点是如何将竞争法和经济法基本理论有机结合起来。

教学时数

9 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　竞争法律制度概述

一、竞争

（一）竞争的含义和特征

（二）竞争的种类

（三）竞争的作用

二、竞争法

（一）竞争法的概念

（二）竞争法的作用

（三）竞争法的体系

1．反垄断法律制度

2．反不正当竞争法律制度

3．拍卖法律制度

4．招标投标法律制度

5．反倾销和反补贴法律制度

第二节　反垄断法律制度

一、反垄断法概述

（一）垄断概述

1．垄断的含义和特征。
2．垄断的种类。
（二）反垄断法概述
1．反垄断法的含义和内容。
2．反垄断法的产生和发展。
3．反垄断法的适用。

二、中国反垄断法基本制度

(一) 垄断协议
1．垄断协议的含义、特征和种类。
2．垄断协议的具体表现。
3．垄断协议的豁免。
(二) 滥用市场支配地位
1．滥用市场支配地位的含义、特征和种类。
2．滥用市场支配地位的具体表现。
3．相关市场的界定和市场支配地位的认定。
(三) 经营者集中
1．经营者集中的含义、特征和种类。
2．经营者集中程序。
(四) 行政垄断
1．行政垄断的含义、特征和种类。
2．行政垄断的具体表现。

三、规制垄断的法律方法（法律责任）

（一）规制方法概述
1．结构规制。
2．行为规制。
（二）我国反垄断法对垄断行为的规制方法
1．对垄断协议的规制。
2．对滥用市场支配地位的规制。
3．对经营者集中的规制。
4．对行政垄断的规制。

四、反垄断机构

（一）国外反垄断机构
（二）中国反垄断机构
1．反垄断委员会。
2．反垄断执法机构。

第三节 反不正当竞争法律制度

一、概述

（一）不正当竞争
1．不正当竞争的界定。
2．不正当竞争和垄断的区别。
3．不正当竞争的种类。
（二） 反不正当竞争法
1．反不正当竞争法的含义和特征。
2．反不正当竞争法的立法目的。

二、不正当竞争行为

(一) 商业混同或仿冒
(二) 商业贿赂
(三) 虚假宣传
(四) 侵犯商用秘密
(五) 不正当有奖销售
(六) 商业诽谤或诋毁
(七) 其他不正当竞争行为

三、法律责任

（一）民事赔偿
1. 受害人
2. 赔偿数额
（三） 行政责任
1．行政责任的种类。
2．执法机关。
（三）刑事责任

复习思考题：

1．什么是竞争？市场竞争有哪些种类？有何作用？
2．什么是竞争法？它包括哪些具体法律？
3．什么是垄断？垄断包括哪些种类？
4．什么是反垄断法？其立法宗旨是什么？
5．什么是垄断协议？它有哪些种类和表现形式？
6．什么是滥用市场支配地位？它有哪些表现形式？
7．什么是经营者集中？它包括哪些种类？为什么要对经营者集中行为进行控制？
8．规制垄断有哪些方法？我国反垄断法对各种垄断行为是如何规制的？
9．什么是行政垄断？它有哪些表现形式？如何规制行政垄断行为？
10．简述我国的反垄断实施机制。

11．什么是不正当竞争？它和垄断有何区别？我国反不正当竞争法规定了哪些不正当竞争行为？哪些行为属于限制竞争行为？

12．简述商业混同及其法律责任。如何判断商业混同行为？

13．简述商业贿赂及其法律责任。

14．简述虚假宣传行为及其法律责任。

15．简述侵犯商业秘密及其法律责任。

16．简述商业诽谤及其法律责任。

17．简述不正当有奖销售及其法律责任。

18．简述我国反不正当竞争法的执法机关。

参考书目：

1．种明钊主编：《竞争法》,法律出版社 2002 年版。

2．孔祥俊著：《反垄断法原理》，中国法制出版社 2001 年版。

3．孔祥俊著：《反不正当竞争法原理》，中国法制出版社 2001 年版。

4．王晓晔著：《企业合并中的反垄断问题》，法律出版社 1996 年版。

5．孙虹主编：《竞争法学》，中国政法大学出版社 2001 年版。

6．赖源河编审：《公平交易法新论》，中国政法大学出版社 元照出版公司 2002 年版。

7．李国海著：《反垄断法实施机制研究》，中国方正出版社 2006 年版。

第七章　消费者保护法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握消费者保护法的基本理论和原理，使学生全面掌握消费者保护法的体系及其在经济法中的地位，并能熟练运用现行立法分析和处理消费者案件的能力。

重点及难点

教学重点是消费者权益保护法律制度，教学难点是如何将消费者保护法具体规定和经济法基本理论有机结合起来。

教学时数

9 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　消费者权益保护法律制度（基本法）

一、消费者保护法概述

(一) 消费和消费者
(二) 消费者保护法产生原因
(三) 消费者保护法体系

二、消费者权利

（一）安全保障权
（二）知情权
（三）选择权
（四）公平交易权
（五）请求赔偿权
（六）结社权
（七）受教育权
（八）受尊重权
（九）监督、批评、控告和建议权

三、经营者义务

（一）听取意见和接受监督
（二）保障消费者人身和财产安全
（二）保障消费者人身和财产安全
（三）禁止虚假宣传
（四）标明真实身份
（五）出具销售或服务凭据
（六）保证商品和服务质量

（七）三包义务
（八）禁止不公平交易
（九）不得侵犯消费者人身权

四、消费者权益的保护

(一) 国家保护
1．立法保护
2．行政保护
3．司法保护
(二) 社会保护
1．社会保护种类。
2．消费者组织。

五、消费者争议解决途径

（一）与经营者协商和解
（二）请求消费者协会调解
（三）向有关行政部门申诉
（四）仲裁
（五）向人民法院提起诉讼

六、法律责任

(一) 经营者之间法律责任的划分
1．生产者责任。
2．销售者责任。
3．服务商责任。
4．经营者出借营业执照的责任。
5．租赁柜台经营和在展销会举办者责任。
6．虚假广告的责任。
(二) 经营者承担责任的形式

第二节　产品质量法律制度

一、概述

（一）基本概念
1．产品
2．产品质量
3．产品质量监管体制
（二）　产品质量法
1．产品质量法的概念
2．产品质量法立法宗旨

3．产品质量法体系

二、产品质量监管制度

(一) 产品许可证制度
(二) 标准化制度
(三) 企业质量体系认证制度
(四) 产品质量认证制度
(五) 产品质量检验制度产品
(六) 缺陷产品召回制度
(七) 产品监督抽查制度

三、生产者和销售者的产品质量义务

(一) 生产者的产品质量义务
(二) 销售者的产品质量义务

四、产品责任

（一） 产品责任概述
1．产品责任的概念和性质
2．产品责任和产品质量责任的关系
3．产品责任的归责原则
（二） 产品责任类型
1．产品瑕疵责任
2．产品缺陷责任（产品责任请求权期限和诉讼时效）

第三节　食品安全法律制度

一、基本概念

(一) 食品
(二) 食品安全
(三) 食品安全法
1．食品安全法的概念
2．食品安全法的内容
3．食品安全法的适用对象
4．食品安全法和农产品质量安全法的关系

二、食品安全法基本制度

(一) 食品安全风险监测和评估制度
(二) 食品安全标准制度
(三) 食品生产经营制度
1.食品生产经营

2.生产经营准入程序
3.从业人员健康管理
4.食品添加剂生产和使用
5.集中交易市场的开办者、柜台出租者和展销会举办者食品安全义务
6.食品召回制度
7.食品广告制度
(四) 食品检验制度
(五) 食品进出口制度
(六) 食品安全事故处置制度

三、食品监督管理制度

(一) 食品监督管理体制
(二) 食品监督管理措施

四、食品安全法律责任

(一) 行政处罚
(二) 损害赔偿

复习思考题：

1．什么是消费者？它和民法中的公民是什么关系？怎样判断一个公民是消费者？
2．什么是消费者保护法？它由哪些法律构成？
3．简述消费者法产生的历史原因和过程。
4．消费者有哪些权利？请分别阐述这些权利的内容。
5．经营者有哪些义务？请分别阐述这些义务的内容。
6．请对消费者权益保护法中的权利和义务结构进行法理分析。
7．国家应当如何保护消费者？
8．消费者协会是何种性质的社会组织？它有哪些职能？它在保护消费者权益中有哪些作用？
9．消费者有哪些维权途径？请简述各种途径的优缺点。
10．如何确定生产者和销售者、柜台出租人和销售者、展销会举办者和销售者、服务提供者和产品生产者以及营业执照持有人和借用人之间的法律责任？
11．根据《消费者权益保护法》，经营者有哪些民事责任？
12．根据《消费者权益保护法》，经营者哪些行为应当承担行政责任和刑事责任？
13．什么是产品和产品质量？
14．什么是产品质量法？它包括哪些具体法律？
15．我国对产品质量有哪些监管措施？
16．简述生产者和销售者的产品质量义务。
17．简述产品责任的性质、归责原则。
18．简述产品缺陷责任和产品瑕疵责任。
19．什么是食品和食品添加剂？
20．简述《食品安全法》的立法宗旨和适用对象。
21．简述我国《食品安全法》的基本制度。

22．简述我国《食品安全法》的监督管理体制和措施。
23．简述违反《食品安全法》的法律责任。

参考文献目录：

1．李昌麒 许明月：《消费者保护法》，法律出版社 1999 年版。
2．张严芳：《消费者保护法研究》，法律出版社 2003 年版。
3．张强等著：《市场经济与消费者保护》，中国经济出版社 1997 年版。
4．刘文琦著：《产品责任法律制度比较研究》，法律出版社 1997 年版。

第八章　财税收法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握财政法和税法的基本理论和原理，使学生全面掌握财税法的体系及其在经济法中的地位，并能熟练运用现有法律分析和解决财税问题的能力。

重点及难点

教学重点是预算法律制度和税收法律制度，教学难点是如何使学生理解财政法的规范对象和税法的基本宗旨，并且使学生能够将法律具体规定和经济法基本理论有机结合起来。

教学时数

3 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　财政法概述

一、基本概念

（一）财政的概念和特征

（二）财政的功能

（三）财政管理体制

二、财政法的概念、性质和内容

（一）财政法的概念、性质和作用

（二）财政法的内容

1．预算法律制度

2．财政收入法律制度（税法、国债法）

3．财政支出法律制度（政府采购法、转移支付法）

4．财政管理法律制度（国有资产管理法）

5．财政监督法（审计法、会计法）

第二节　税收法律制度概述

一、税收概述

（一）税收的概念和特征

（二）税收种类

1. 流转税特点和种类

2. 所得税特点和种类

3. 财产税特点和种类

4. 行为税特点和种类

二、税法概述

（一）税法的概念和特征
（二）税法的基本原则
（三）税法体系
（四）税法的构成要素

三、税收权限和征收管理

（一）税收权限
1. 中央税
2. 地方税
3. 中央地方共享税
（二）税收征收管理体制

第三节　国有资产管理法律制度

一、国有资产法概述

（一）国有资产的概念
（二）国有资产的类型
（三）国有资产管理体制
1. 经营性国有资产管理体制
2. 非经营性国有资产管理体制
3. 资源性国有资产管理体制

二、国有资产管理法律制度

（一）企业国有资产法律制度
1. 履行出资人职责的机构
2. 国家出资企业
3. 国家出资企业管理者的选择与考核
4. 关系国有资产出资人权益的重大事项（企业改制、与关联方的交易、资产评估、国有资产转让）
5. 国有资本经营预算
6. 国有资产监督
7. 法律责任
（二）非企业国有资产管理法律制度

复习思考题：

1. 什么是财政？财政有哪些功能？

2．简述我国的财政管理体制。
3．简述财政法的概念、性质和作用。
4．试述财政法的体系。
5．什么是税收？它有哪些特点？
6．简述税收的种类和各自的特点。
7．简述我国的税法体系。
8．简述税法构成要素。
9．简述我国的税收权限划分和税收征管体制。
10．什么是国有资产？它有哪些种类？各有何特点？
11．简述我国企业国有资产管理法律制度。

参考文献目录：

1．刘隆亨：《中国财税法法学》，法律出版社 2004。
2．刘隆亨：《税法学》，中国人民公安大学出版 2009 年出版。
3．张守文主编：《财政法》，中国政法大学出版社 2005 年出版。
4．刘剑文主编：《民主视野下的财政法治》，北京大学出版社 2006 年出版。
5．徐孟州主编：《税法教程》，中国人民大学出版社 2006 年出版。
6．刘剑文：《税法基础理论》，北京大学出版社 2004 年出版。
7．卢炯星主编：《宏观经济法》，厦门大学出版社 2005 年出版。

第九章　货币政策调控法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握货币调控法的基本理论和原理，使学生全面掌握中央银行的职能和货币政策工具以及政策性银行的作用，并能运用相关原理分析和解决实际问题的能力。

重点及难点

教学重点是货币政策法律制度，教学难点是如何从经济法基本理论角度，使学生理解货币政策和中央银行法的关系，包括该法的法律责任和实施机制。

教学时数

3 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　货币政策

一、货币政策的概念

（一）货币及其效应
（二）货币政策的概念
（三）货币政策与法律的关系

二、货币政策目标

三、货币政策工具

（一）法定存款准备金
（二）基准利率
（三）再贴现
（四）再贷款
（五）公开市场业务

四、货币政策的制定和执行

（一）货币政策的制定
（二）货币政策的执行

第二节　中央银行法律制度

一、中央银行的产生和演变

（一）中央银行的产生

（二）中央银行的演变
（三）我国中央银行的产生和演变

二、中央银行的性质和地位

（一）中央银行的性质
（二）中央银行的地位

三、中央银行的职能

第三节　政策性银行法律制度

一、政策性银行概述

（一）政策性银行的概念和特征
（二）政策性银行的作用

二、政策性银行的种类及职能

（一）政策性银行的种类
（二）政策性的职能
（三）我国政策性银行的改革

复习思考题：

1．什么是货币？它有哪些效应？
2．什么是货币政策？简述货币政策目标
3．简述货币政策工具。
4．简述我国货币政策的制定和执行。
5．简述中央银行的产生和演变。
6．简述我国中央银行的产生和演变。
7．简述中央银行的性质和地位。
8．中央银行有哪些职能？
9．什么是政策性银行？它有哪些作用？
10．简述我国的政策性银行及其职能。

参考文献目录：

1．刘隆亨：《金融法学》，当代世界出版社 2002 年出版。
2．吴志攀主编：《金融法概论》，北京大学出版社 2000 年出版。
3．强力主编：《金融法》，法律出版社 2004 年出版。
4．徐孟州主编：《中国金融法教程》，中国人民大学出版社 2004 年出版。
5．朱大旗：《金融法》，中国人民大学出版社 2000 年出版。
6．张忠军：《金融监管法论》，法律出版社 1998 年出版》

第十章　价格法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握价格法律制度的基本理论和原理，使学生全面掌握市场经济中商品和价格形成的机制以及经营者和政府在价格中的基本行为规范，并能使学生运用价格法原理分析和解决实际问题。

重点及难点

教学重点是经营者和政府的价格行为规范，教学难点是掌握政府的价格调控制度。

教学时数

3 课时

第一节　价格法律制度概述

一、价格和价格的形成机制

（一）价格概述

（二）价格形成机制

二、价格法概述

（一）价格法的概念和特点

（二）价格法的内容

（三）价格法的作用

第二节　经营者价格行为

一、经营者的价格行为

（一）经营者的价格权利

（二）经营者的价格义务

二、经营者的不当价格行为

（一） 经营者不当价格行为的界定

（二） 经营者不当价格行为的种类

第三节　政府定价行为

一、政府定价的范围

二、政府定价的程序

第四节　政府价格调控

一、价格调控的依据和作用

二、价格调控工具

（一）重要商品储备制度
（二）价格调节基金制度
（三）收购保护价格制度
（四）限定差价率或者利润率
（五）实行提价申报制度和调价备案制度
（六）临时集中定价权制度
（七）冻结价格制度

复习思考题：

1．什么是价格？市场中商品和服务的价格是如何形成的？
2．什么是价格法？它有哪些作用？市场经济中是否需要价格法？
3．简述经营者确定商品或服务价格时，应当遵循的规范。
4．经营者哪些行为属于不正当价格行为？
5．政府应当对哪些商品或服务的价格进行定价？应当如何定价？
6．政府应否对市场价格进行调控？它可以运用哪些调控工具？

参考文献目录：

1．李昌麒主编：《经济法》，法律出版社 2004 年出版。
2．徐孟州著：《经济法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2006 年版。
3．王卫国 李东方主编：《经济法学》，中国政法大学出版社 2008 年出版。
4．杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社 高等教育出版社 2000 年版。

第十一章　劳动法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握劳动法的基本理论和原理，使学生全面掌握劳动者保护法的体系及其在经济法中的地位，并能熟练运用现行立法分析和处理劳动案件的能力。

重点及难点

教学重点是劳动合同法律制度，教学难点是如何将分散的劳动者保护法律制度统一起来，使学生建立起一个完整的劳动法律知识体系，并且将劳动者问题和经济发展联系起来进行思考。

教学时数

5 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节 概述

一、基本概念

（一）劳动

（二）劳动者

（三）劳动关系

二、劳动法

（一）劳动法的概念

（二）劳动法的产生和发展

（三）劳动法的体系

（四）我国劳动法的适用范围

第二节　劳动法律制度

一、劳动合同法律制度

（一）劳动合同的概念、特征种类

（二）劳动合同法律制度

1．劳动合同的订立。

2．劳动合同期限。

3．劳动合同的内容。

4．试用期。

5．培训费。

6．保密条款。

7．竞业限制条款。
8．违约金条款。
9．劳动合同的生效和劳动关系建立时间。
10．无效劳动合同。
11．劳动合同的履行。
12．劳动合同的解除和终止。
13．集体劳动合同。

三、劳动基准法

（一）工作时间和休息休假制度
（二）加班制度
（三）工资制度
（四）职业安全卫生制度
（五）工伤保险制度

四、劳动争议处理

（一）调解
（二）仲裁
（三）诉讼

复习思考题：

1．什么劳动和劳动者？
2．简述劳动法产生的历史背景。
3．简述劳动法的立法宗旨。
4．简述劳动法的内容和体系。
5．简述我国劳动法的适用范围。
6．劳动合同和民事合同有哪些区别和联系？
7．简述劳动合同订立方面的特殊规定。《劳动合同法》从哪些方面对劳动者进行保护？
8．《劳动合同法》关于劳动期限和试用期有哪些特殊规定？
9．我国法律对劳动者工作时间和休息有哪些规定？关于休假有何规定？
10．我国法律对劳动者加班有何规定？
11．我国法律对劳动者的工资有哪些规定？劳动者和用人单位可否自由协商工资数额？
12．劳动者哪些情况下属于工伤？
13．劳动争议调解有哪些特殊规定？
14．劳动争议仲裁和商事仲裁有哪些不同？
15．劳动者诉讼和普通民事诉讼有何不同？

参考文献目录：

1．关怀主编：《劳动法》，中国人民大学出版社 2008 年版。
2．贾俊玲主编：《劳动法》，北京大学出版社 2009 年出版。
3．黄越钦著：《劳动法》，中国政法大学出版社 2003 年出版。

4．[英]巴纳德：《欧盟劳动法》(第 2 版)，中国法制出版社 2005 年出版。

第十二章　自然资源法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握自然资源法律制度的基本理论和原理，为学生运用自然资源法的原理分析和解决实际问题奠定基础。

重点及难点

教学重点是土地管理法，教学难点是将从经济法角度使学生理解自然资源法。

教学时数

3 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　自然资源法律制度

一、自然资源法律概述

（一） 自然资源的概念和特征
（二） 自然资源法的概念和立法原则
（三） 自然资源法基本制度

二、自然资源法律制度主要内容和体系

（一） 土地管理法律制度
（二） 矿产资源法律制度
（三） 水资源法律制度
（四） 森林资源法律制度
（五） 草原资源法律制度
（六） 渔业资源法律制度
（七） 野生动物保护法律制度

第二节　能源法律制度

一、能源法概述

(一) 能源和能源问题
(二) 能源和自然资源的关系
(三) 能源法的概念和宗旨

二、能源法的内容

(一) 节约能源法律制度

（二）可再生能源法律制度
（三）煤炭法
（四）电力法

复习思考题：

1．什么是自然资源？它有哪些特点？
2．什么是自然资源法？它的立法宗旨和原则是什么？
3．试述我国自然资源法内容。
4．什么是能源？它和自然资源有何联系和区别？
5．简述能源法的作用。
6．简述我国能源法的内容

参考文献目录：

1．李昌麒主编：《经济法》，法律出版社 2004 年出版。
2．徐孟州著：《经济法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2006 年版。
3．杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社 高等教育出版社 2000 年版。
4．蔡守秋主编：《环境资源法教程》，高等教育出版社 2004 年出版。

第十三章　环境保护法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握环境保护法律制度的基本理论和原理，为学生运用环境保护法的原理分析和解决实际问题奠定基础。

重点及难点

教学重点是环境保护法的体系，教学难点是如何从经济法角度认识和把握环境法。

教学时数

1 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　概述

一、环境和环境问题

二、环境保护法的概念、特点和基本原则

三、环境保护法的体系

（一）环境保护基本法
（二）大气污染防治法
（三）水污染防治法
（四）水土保持法
（五）防沙治沙法
（六）固体废物污染防治法
（七）环境噪声污染防治法
（八）海洋环境保护法
（九）放射性污染防治法
（十）环境影响评价法
（十一）清洁生产法

第二节　环境保护法基本制度

一、环境规划制度

二、清洁生产制度

三、环境影响评价制度

四、“三同时”制度

五、排污收费制度

六、总量控制制度

七、环境保护许可证制度

八、限期治理制度

九、环境标准制度

十、环境法律责任制度

第三节　环境纠纷处理程序

一、环境行政纠纷处理程序

二、环境民事纠纷处理程序

三、环境犯罪处理程序

复习思考题：

1．什么是环境？它包括哪些要素？
2．什么是环境问题？环境问题产生的原因是什么？它和经济活动是何种关系？
3．简述环境保护法的概念、特点和基本原则？
4．试述我国环境保护法的体系。
5．环境保护法包括哪些具体制度？这些制度各有何作用？
6．简述环境纠纷处理程序。

参考文献目录：

1．蔡守秋主编：《环境资源法教程》，高等教育出版社 2004 年出版。
2．陈泉生著：《环境法原理》，法律出版社 1997 年出版。
3．韩德培主编：《环境资源法论丛》，法律出版社。
4．吕忠梅著：《环境法新视野》，中国政法大学出版社 2000 年出版。
5．曹明德著：《环境侵权法》，法律出版社 2000 年出版。

第十四章　产业法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生掌握产业法律制度的基本理论和原理，并能运用产业法的原理分析和解决实际问题。

重点及难点

教学重点是产业法的体系，教学难点是产业法和产业政策的关系。
教学时数
课时 1

第一节　产业和产业政策概述

一、产业

（一）产业的含义和特征
（二）产业发展
（三）产业的划分

二、产业政策

（一）产业政策的含义
（二）产业政策的制定和实施
（三）产业政策的作用和局限性

第二节　产业法的基本内容

一、产业法的概念和特征

（一）产业法的概念
（二）产业法的特征

二、产业法的立法现状

（一）科学技术进步法
（二）农业法
（三）促进科技成果转化法
（四）清洁生产促进法
（五）中小企业法
（六）循环经济促进法

三、产业法与产业政策的关系

复习思考题：

1．什么是产业？如何划分产业？简述产业的发展历史。
2．什么是产业政策？它有哪些作用和局限性？
3．我国的产业政策和如何制定和实施的？
4．什么是产业法？它有哪些特征？
5．简述我国产业法的立法现状。
6．产业法和产业政策是什么关系？

参考文献目录：

1．史际春主编：《经济法》，中国人民大学出版社 2005 年版，第十二章。
2．王晓晔主编：《经济法学》，社会科学文献出版社 2005 年版，第九章。
3．张守文主编：《经济法学》，北京大学出版社 2005 年版，第十章。
4．漆多俊主编：《经济法学》，武汉大学出版社 2005 年版，第十七、十八章。
5．王先林：《产业政策法论》，载《中国法学》2003 年第 3 期。
6．《国民经济与社会发展第十一个五年规划纲要》（2006 年）。

第十五章　行业监管法律制度

教学目的和要求

通过本章教学，使学生在市场监管法和宏观调控法的基础上掌握一些特定行业法律制度的基本理论、原理和体系，为学生运用这些特殊领域的法律制度奠定基础。

重点及难点

教学重点是金融业和房地产业的法律体系，教学难点是如何从整体角度统合分散在各个行业中的法律制度。

教学时数

1 课时（并建议学生选修相关课程）

第一节　行业监管法概述

一、行业和行业监管

二、行业监管法的产生和发展

三、行业监管法的功能

第二节　我国行业监管法体系

一、金融监管法律制度

（一）银行业法律制度
（二）证券业法律制度
（三）保险业监管法律制度
（四）期货业法律制度
（五）信托业法律制度

二、城市房地产管理法律制度

（一）房地产开发法律制度
（二）房地产交易法律制度
（三）房地产权属登记法律制度
（四）违反城市房地产管理法的法律责任

三、广告法律制度

（一）概述
（二）广告内容规范
（三）广告活动规范
（四）广告审查
（五）广告法律责任

四、邮政电信法律制度

（一）邮政法律制度
（二）电信法律制度

五、建筑业法律制度

（一）建筑许可
（二）建筑工程发包与承包
（三）建筑工程监理
（四）建筑安全生产管理
（五）建筑工程质量管理
（六）法律责任

六、涉外经济法律制度

（一）外商投资法
（二）对外贸易法

七、其他行业法律制度

复习思考题：

1．简述我国特殊行业立法体系。
2．简述金融业监管法律体系。
3．简述城市房地产管理法的内容。
4．简述我国邮政业法律制度内容。
5．简述我国电信业法律制度。
6．简述我国建筑法律制度的基本内容。
7．简述我国涉外经济法律制度的基本内容。

参考文献目录：

1．参见史际春主编：《经济法学》，中国人民大学出版社 2005 年版。
2．刘隆亨：《金融法学》，当代世界出版社 2002 年出版。
3．吴志攀主编：《金融法概论》，北京大学出版社 2000 年出版。
4．《国家对市场经济的法律规制》，中国法制出版社 2005 年版。

《行政法与行政诉讼法》教学大纲

刘　飞　编写

目　录

上编　行政法学.....979
第一章　行政法概述.....979
第一节　公共行政的界定.....979
一、公共行政的涵义.....979
二、公共行政的分类.....979
第二节　行政法的界定.....979
一、行政法的概念.....979
二、行政法的特点.....979
三、行政法的分类.....979
第三节　行政法的地位与作用.....980
一、行政法的地位.....980
二、行政法的作用.....980
第四节　行政法的历史发展.....980
一、行政法产生的基础.....980
二、外国行政法的历史发展.....980
三、中国行政法的历史发展.....980
第五节　行政法学.....980
一、行政法学的研究对象.....980
二、行政法学的研究概况.....980
三、本书的体系安排.....980
复习与思考题.....980
拓展阅读书目.....981
第二章　行政法的渊源.....982
第一节　行政法的成文法渊源.....982
第二节　行政法的不成文法渊源.....982
复习与思考题.....982
拓展阅读书目.....982
第三章　行政法的基本原则.....983
第一节　行政法基本原则的概念和功能.....983
一、行政法的基本原则的概念.....983
二、行政法基本原则的功能.....983
第二节　行政法基本原则的内容.....983
复习与思考题.....983
拓展阅读书目.....983
第四章　行政组织法概述.....984
第一节　行政组织法的概念、地位与功能.....984
一、行政组织的含义.....984
二、行政组织法的概念.....984
三、行政组织法的性质.....984
四、行政组织法的地位.....984

五、行政组织法的功能.....984
第二节　行政组织法的基本原则.....984
一、基本原则的确立标准.....984
二、依法组织原则.....984
三、行政分权原则.....984
四、组织效率原则.....985
第三节　行政组织法的基本内容.....985
一、狭义的行政组织法.....985
二、公务员法.....985
三、公物法.....985
第四节　行政组织法的制定.....985
一、制定模式.....985
二、我国的选择.....985
三、行政组织法体系.....985
复习与思考题.....986
拓展阅读书目.....986
第五章　行政组织制度.....987
第一节　西方各国行政组织法律制度的特点.....987
第二节　行政主体制度.....987
一、行政主体的含义.....987
二、行政主体的类型.....987
三、理论意义.....987
四、制度构想.....987
第三节　行政权.....987
一、行政权的含义.....987
二、行政权的分类.....988
三、行政权的内容.....988
四、行政权的形式.....988
五、行政权的设定.....988
第四节　中央行政组织.....988
一、中央行政组织的含义.....988
二、现行设置.....988
三、中央行政组织的结构.....988
第五节　地方组织.....988
一、地方组织的含义.....988
二、我国的地方组织制度.....988
复习与思考题.....989
拓展阅读书目.....989
第六章　公务员制度.....990
第一节　我国国家公务员的概念和职位类别.....990
一、国家公务员的概念.....990
二、国家公务员的职位类别：综合管理类、专业技术类和行政执法类。.....990
第二节　国家公务员的权利及其权利救济.....990

一、国家公务员的权利.....990
二、国家公务员的权利救济.....990
第三节　国家公务员的管理机制.....990
一、更新机制.....990
二、激励——保健机制.....990
三、监控机制.....990
复习与思考题.....990
拓展阅读书目.....991
第七章　行政行为概述.....992
第一节　行政行为的概念和特征.....992
一、行政行为的概念.....992
二、行政行为的特征.....992
第二节　行政行为的内容.....992
一、行政行为内容的含义.....992
二、行政行为内容的具体表现.....992
第三节　行政行为的分类.....992
第四节　行政行为的成立、生效和无效.....993
一、行政行为的成立.....993
二、行政行为的生效.....993
三、无效行政行为和行政行为的无效.....993
四、行政行为的合法要件.....993
复习与思考题.....993
拓展阅读书目.....993
第八章　行政立法.....994
第一节　行政立法的概念、分类与价值.....994
一、行政立法的概念.....994
二、行政立法的分类.....994
三、行政立法的价值.....994
第二节　行政立法权限划分与行政立法的法律效力.....994
一、行政立法权限划分.....994
二、行政法规、规章的法律效力.....994
第三节　行政立法程序与监督.....994
一、行政立法程序.....994
二、行政立法监督.....994
复习与思考题.....994
拓展阅读书目.....995
第九章　行政处理.....996
第一节　行政许可.....996
一、行政许可的概念与作用.....996
二、行政许可的范围与程序.....996
三、行政许可的撤销、废止与行政许可救济.....996
第二节　行政强制.....996
一、行政强制的概念和特点.....996

二、行政强制的主要方式.....996
第三节　行政处罚.....996
一、行政处罚的概念和基本原则.....996
二、行政处罚的种类和设定.....997
三、行政处罚的管辖与适用.....997
四、行政处罚的程序.....997
五、行政处罚的执行.....997
第四节　行政征收.....997
一、行政征收的概念.....997
二、行政征收的种类.....997
三、行政征收的方式.....997
第五节　行政补偿.....997
一、行政补偿的概念.....997
二、行政补偿的种类.....997
三、行政补偿的基本原则及其方式.....998
第六节　行政救助.....998
一、行政救助的概念.....998
二、行政救助的方式.....998
三、行政救助的程序.....998
第七节　行政裁决.....998
一、行政裁决的概念、特点与受案范围.....998
二、行政裁决的程序：申请、受理、答辩、审查、裁决、送达。.....998
三、行政裁决的效力及救济手段.....998
复习与思考题.....998
拓展阅读书目.....999
第十章　行政合同与行政指导.....1000
第一节　行政合同.....1000
一、行政合同的含义与特征.....1000
二、行政合同的意义.....1000
三、行政合同的种类.....1000
四、行政合同的缔结.....1000
五、行政合同当事人的权利义务.....1000
六、行政合同的履行.....1000
七、行政合同的变更、解除和终止.....1001
第二节　行政指导.....1001
一、行政指导的概念和特征.....1001
二、行政指导的原则.....1001
三、行政指导的实施.....1001
四、行政指导的救济.....1001
复习与思考题.....1001
拓展阅读书目.....1001
第十一章　行政程序.....1002
第一节　行政程序.....1002

一、行政程序的定义.....1002
二、行政程序与诉讼程序的区别.....1002
第二节　行政程序法.....1002
一、行政程序法的界定.....1002
二、行政程序法的渊源.....1002
三、行政程序法的功能.....1002
第三节　行政程序法的基本原则.....1002
一、行政程序法基本原则的概念.....1002
二、外国及我国台湾地区、澳门地区行政程序法规定的基本原则.....1002
三、我国行政程序法规定的基本原则.....1003
第四节　行政程序制度.....1003
一、回避制度.....1003
二、委托制度.....1003
三、管辖制度.....1003
四、调查与证据制度.....1003
五、行政公开制度.....1003
六、听取意见制度.....1003
七、行政听证制度.....1003
八、期间制度.....1003
九、送达制度.....1003
复习与思考题.....1003
拓展阅读书目.....1004
第十二章　行政救济法概述.....1005
第一节　行政救济概述.....1005
一、行政救济的概念.....1005
二、行政救济的特征.....1005
三、行政救济途径.....1005
四、行政救济与相关概念的比较评述.....1005
第二节　行政救济法的构成.....1005
复习与思考题.....1005
拓展阅读书目.....1006
第十三章　行政复议.....1007
第一节　行政复议概述.....1007
一、行政复议的概念与特征.....1007
二、行政复议的原则.....1007
三、行政复议基本制度.....1007
第二节　行政复议主体.....1007
一、行政复议机关.....1007
二、行政复议机构.....1007
第三节　行政复议的范围与管辖.....1008
一、行政复议的范围.....1008
二、行政复议的管辖：司法解释。.....1008
第四节　行政复议参加人.....1008

第五节　行政复议的程序 1008
复习与思考题 1008
拓展阅读书目 1008
下编　行政诉讼法学 1009
第十四章　行政诉讼概述 1009
第一节　行政诉讼与行政诉讼法 1009
一、行政诉讼的概念、特征与分类 1009
二、行政诉讼与其他相关制度的比较 1009
三、行政诉讼法 1009
第二节　行政诉讼基本原则 1009
一、行政诉讼基本原则的概念 1009
二、行政诉讼基本原则的内容 1009
第三节　行政诉讼中的基本制度 1010
复习与思考题 1010
拓展阅读书目 1010
第十五章　行政诉讼的受案范围 1011
第一节　行政诉讼范围概述 1011
一、受案范围的涵义 1011
二、行政诉讼受案范围确定的基本原则 1011
三、确定受案范围的法定参考因素 1011
四、受案范围的确立方式 1011
第二节　人民法院受理的案件 1011
第三节　人民法院不受理的事项 1011
复习与思考题 1012
拓展阅读书目 1012
第十六章　行政诉讼的管辖 1013
第一节　级别管辖 1013
一、基层人民法院管辖的第一审案件 1013
二、中级人民法院管辖的第一审案件 1013
三、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审案件 1013
第二节　地域管辖 1013
一、一般地域管辖 1013
二、特殊地域管辖 1013
第三节　裁定管辖 1013
复习与思考题 1013
拓展阅读书目 1014
第十七章　行政诉讼参加人 1015
第一节　行政诉讼参加人概述 1015
一、行政诉讼参加人的概念 1015
二、行政诉讼当事人 1015
三、行政诉讼代理人 1015
第二节　行政诉讼原告 1015
一、行政诉讼原告的概念与特征 1015

二、特殊情况下原告资格的确定 1016
三、原告资格的转移 1016
第三节　行政诉讼被告 1016
一、行政诉讼被告的概念和特征 1016
二、特殊情况下被告的确定 1016
第四节　行政诉讼的第三人 1016
一、第三人的概念和特征 1016
二、第三人的种类 1017
三、第三人参加诉讼的方式 1017
第五节　共同诉讼人 1017
一、共同诉讼 1017
二、共同诉讼人 1017
三、集团诉讼 1017
第六节　诉讼代理人 1017
一、诉讼代理人的概念 1017
二、诉讼代理人的分类 1017
复习与思考题 1017
拓展阅读书目 1018
第十八章　行政诉讼证据 1019
第一节　行政诉讼证据概述 1019
一、证据的概念和特性 1019
二、行政诉讼证据的法定种类 1019
第二节　举　证 1019
一、举证责任的分配 1019
二、举证的规则 1019
第三节　人民法院对证据的调取、调查 1020
一、证据调取制度 1020
二、证据调查制度 1020
第四节　质　证 1020
一、质证的概念 1020
二、不同种类证据的质证规则 1020
第五节　认　证 1020
一、认证的界定 1020
二、证据资格的认证规则 1020
三、证明力认证规则 1020
复习与思考题 1020
拓展阅读书目 1021
第十九章　行政诉讼的法律适用 1022
第一节　行政诉讼的法律适用概述 1022
一、行政诉讼法律适用的概念和特点 1022
二、行政诉讼法律适用的规则 1022
第二节　行政诉讼法律适用的冲突及适用规则 1022
一、行政诉讼法律适用冲突 1022

二、行政诉讼法律冲突的种类与形式 1022
三、行政诉讼法律冲突的适用规则 1022
复习与思考题 1023
拓展阅读书目 1023
第二十章　行政诉讼审理程序 1024
第一节　起诉与受理 1024
一、起诉 1024
二、受理 1024
第二节　第一审程序 1025
一、审理前的准备 1025
二、庭审程序 1025
三、排除妨害行政诉讼的强制措施 1025
四、司法建议 1025
五、二审程序 1025
六、上诉和上诉的受理 1025
七、上诉案件的审理 1025
第三节　行政诉讼审判监督程序 1025
一、审判监督程序的提起 1025
二、再审案件的审理 1025
复习与思考题 1026
拓展阅读书目 1026
第二十一章　行政判决与裁定 1027
第一节　行政诉讼判决概述 1027
一、行政诉讼判决的概念 1027
二、行政判决的种类 1027
三、行政判决的效力 1027
四、行政判决书的制作 1027
第二节　行政判决的适用条件 1027
一、一审判决的适用条件 1027
二、二审判决的适用条件 1028
第三节　行政诉讼的裁定 1028
一、行政诉讼裁定的概念与特征 1028
二、裁定的种类及适用条件 1028
三、行政裁定的形式 1028
四、行政裁定的效力 1028
复习与思考题 1028
拓展阅读书目 1028
第二十二章　行政赔偿诉讼 1029
第一节　行政赔偿诉讼概述 1029
一、行政赔偿诉讼的概念 1029
二、行政赔偿诉讼的特征 1029
三、行政赔偿诉讼与行政诉讼的关系 1029
第二节　行政赔偿诉讼的受案范围与管辖 1029

一、行政赔偿诉讼的受案范围 1029
二、行政赔偿诉讼的管辖 1029
第三节　行政赔偿诉讼当事人 1030
第四节　行政赔偿诉讼的起诉与受理 1030
一、行政赔偿诉讼的起诉 1030
第五节　行政赔偿诉讼案件的审判与执行 1030
一、行政赔偿案件的审理程序 1030
二、审理行政赔偿案件的特殊规则 1030
三、行政赔偿的执行与期间 1030
复习与思考题 1030
拓展阅读书目 1030
第二十三章　涉外行政诉讼 1031
第一节　涉外行政诉讼概述 1031
一、涉外行政诉讼概念 1031
二、涉外行政诉讼与涉外民事诉讼的区别 1031
第二节　涉外行政诉讼法律适用 1031
一、涉外行政诉讼法律规范 1031
二、涉外行政诉讼的法律适用 1031
第三节　涉外行政诉讼原则 1031
第四节　涉外行政诉讼代理、期间、送达 1031
第五节　几种典型的涉外行政诉讼 1032
复习与思考题 1032
拓展阅读书目 1032
实践课程：模拟法庭 1033
一、分组 1033
二、选题 1033
三、准备 1033
四、评分 1033

上编　行政法学

第一章　行政法概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．公共行政的分类；2．行政法的概念、特点以及作用；3．行政法学的研究对象；4．大陆法系以及英美法系行政法的各自特点。

本章难点：1．公共行政的界定；2．行政法的作用，“管理论”、“控权论”、“平衡论”和“服务论”的各自特征及其本质区别；3．行政法产生的基础。

学时分配：4 学时

第一节　公共行政的界定

一、公共行政的涵义

传统观点主要有：（一）排除说（二）目的说（三）内容说。我们认为，公共行政是指国家行政机关和其他公共机构除运用创制法律和司法裁判以外手段管理公共事务的活动。

二、公共行政的分类

1．国家行政与社会行政。2．规制行政与给付行政。3．授益行政与负担行政。4．消极行政与积极行政。

第二节　行政法的界定

一、行政法的概念

行政法是指调整以公共行政为核心所形成的各种社会关系，设定、规范和控制行政权，确认、扩展和保障个人、组织在公共行政中的权益的法律规范之总称。

二、行政法的特点

（一）形式上的特点：1．行政法没有统一完整的实体法典。2．行政法由效力层次不同的法律规范构成。

（二）内容上的特点：1．行政法调整领域宽泛、内容丰富。2．行政法中融实体规范与程序规范于一体。3．行政法富有变动性。

三、行政法的分类

1．行政组织法、行政活动法与行政救济法。2．行政实体法与行政程序法。3．一般行政法与部门行政法。

第三节　行政法的地位与作用

一、行政法的地位

1．行政法在依法治国中的地位。
2．行政法在法律体系中的地位。

二、行政法的作用

主要观点有：1．保障行政权，即“管理论”。2．控权，即“控权论”。3．平衡作用，即“平衡论”。4．为个人提供服务，即“服务论”。

我们认为，行政法的作用是多方面的：1．支持和保障公共行政的有效开展。2．规范和控制行政权 3．保障个人自由和权利。4．促进经济和社会的发展。

第四节　行政法的历史发展

一、行政法产生的基础

1．理论基础：自然权利、三权分立和法治原理。
2．实践基础：宪政体制、公共行政的积极扩张、市场经济、司法的独立以及司法对行政制约的历史。

二、外国行政法的历史发展

大陆法系行政法的特点：第一，存在独立的行政法院系统；第二，行政法属于公法范畴；第三，行政法以判例法为其重要渊源；第四，行政法重视行政实体法律制度；第五，强调行政法的平衡和调控作用。

英美法系行政法的特点：第一，普通法制度是行政法制度的基础。第二，强调司法审查的作用；第三，重视行政程序制度。

三、中国行政法的历史发展

第五节　行政法学

一、行政法学的研究对象

1．行政法基础理论 2．行政法律制度 3．行政法规范及适用

二、行政法学的研究概况

三、本书的体系安排

复习与思考题

1．公共行政的界定与分类。

2．行政法的概念、特点以及作用是什么？

3．行政法的作用，“管理论”、“控权论”、“平衡论”和“服务论”的各自特征及其本质区别。

拓展阅读书目

姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社　高等教育出版社 2005 年版；

第二章　行政法的渊源

本章教学目的和基本要求：
本章重点：1．行政法渊源的概念；2．行政法的不成文法渊源
学时分配：2 学时

第一节　行政法的成文法渊源

行政法的渊源是指行政法律规范的表现形式或者行政法律规范的载体。在我国，行政法只有成文法渊源，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章、法律解释、国际条约等。

第二节　行政法的不成文法渊源

在西方，行政法除了成文法渊源外，还有不成文法渊源，包括判例法、习惯或者惯例、法理或者法的一般原则等。

复习与思考题

1．行政法渊源的概念；
2．行政法的不成文法渊源

拓展阅读书目

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；
应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版；

第三章　行政法的基本原则

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政法基本原则的概念与功能；2．行政法基本原则的内容；3．行政合法的具体要求；4．行政不合理的具体表现。

本章难点：1．“法律优位”和“法律保留”原则；2．“比例原则”和“信赖利益保护”原则；3．行政合法的具体要求。

学时分配：2 学时

第一节　行政法基本原则的概念和功能

一、行政法的基本原则的概念

行政法的基本原则是行政法所特有的、贯穿于全部具体行政法律规范的基本价值观念，是对行政权力的取得、行使、监督具有普遍指导作用的基础性法则。

二、行政法基本原则的功能

1．稳定功能。2．弥补功能。3．指导功能。

第二节　行政法基本原则的内容

一、行政合法：1．处理行政法规、规章与法律之间关系的基本原则，包括“法律优位”和“法律保留”原则。2．处理具体行政行为与行政法之间关系的基本原则，包括行政主体合法、行政职权合法、行政内容合法、行政程序合法。

二、行政合理：具体包括“比例原则”和“信赖利益保护”原则。

三、行政责任。

复习与思考题

1．行政法基本原则的概念、功能与内容是什么？

2．行政法的基本原则及其内容是什么？

拓展阅读书目

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版；

第四章　行政组织法概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政组织的含义；2．行政组织法的概念、性质；3．行政组织法的地位、功能；4．行政组织法的基本原则；5．行政组织法的主要内容；6．行政组织法的制定模式；7．行政组织法体系。

本章难点：1．行政组织法的主要内容；2．行政组织法的制定模式；3．行政组织法体系。

学时分配：2 学时

第一节　行政组织法的概念、地位与功能

一、行政组织的含义

1．静态：一种组织形态，由行政机关、公务员和公物组成。
2．动态：对行政的组织，和行政的对外运行相对应。
3．狭义：行政机关的集合体。
4．广义：除狭义的内容外，还包括公务员的集合体和公物的总和。

二、行政组织法的概念

行政组织法是规范行政的组织过程和控制行政组织的法。

三、行政组织法的性质

1．融实体法和程序法为一体。2．宪法的延伸。3．具有组织行政和控制行政的双重特性。

四、行政组织法的地位

1．在行政法体系中的地位。2．在公共行政中的地位。3．在行政法治实践中的地位。

五、行政组织法的功能

1．保障行政组织的民主、理性、公正。2．合理设定行政权。3．规范行政组织的摄制。4．控制行政组织的规模。5．保障公务员队伍的高素质。6．促进公物制度的发展。

第二节　行政组织法的基本原则

一、基本原则的确立标准

1．反映现代宪政精神。2．遵循行政法的基本原则。3．符合行政管理的规律。4．作为行政组织法中最高层次的规则。

二、依法组织原则

三、行政分权原则

四、组织效率原则

第三节　行政组织法的基本内容

一、狭义的行政组织法

1．现行规定:法律依据；行政机关的组成；设置；地位性质和相互关系；职权职责；活动原则；副职设置；设立变更和撤销程序。

2．存在的问题及原因分析

存在问题：遗漏了许多重大事项；民主精神欠缺；规定不科学。

原因：法律精神缺失；公共管理观念滞后；宪法规定的局限；对行政组织法律制度研究匮缺。

3．内容构想：基本问题；中央行政组织法；地方组织法；其他公法人制度；行政授权与行政委托；行政组织程序制度。

二、公务员法

1．公务员管理的基本问题
2．职位分类与品位分类
3．公务员管理的具体制度
4．公务员的管理机关及体制

三、公物法

第四节　行政组织法的制定

一、制定模式

1．目标模式：民主目标模式；效率目标模式；民主与效率并重模式。
2．主体模式：集权模式；分权模式。
3．程序模式：立法模式；行政模式；社会参与和立法并重模式。
4．载体模式：单一立法模式；多元立法模式。

二、我国的选择

1．民主与效率并重模式。2．分权模式。3．社会参与和立法并重模式。4．多元立法模式。

三、行政组织法体系

1．第一层次：行政组织基本法、公务员基本法、公物基本法。

2．第二层次：国务院组织法、中央行政机关设置标准法、地方基本法、公法人法。

3．第三层次：中央行政机关设置法、省市县乡组织法、地方财政法、行业组织法、社会团体法、公务员管理法、公物设置法等。

4．四层次：由国务院以及地方根据具体情况作进一步的规定。

复习与思考题

1．行政组织法的主要内容；
2．行政组织法体系是什么？

拓展阅读书目

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。
应松年、薛刚凌著：　《行政组织法研究》，法律出版社 2002 年版；

第五章　行政组织制度

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政主体的含义及其与相关概念的关系；2．行政主体的理论意义；3．行政权的涵义、内容；4．西方各国行政组织法律制度的特点；5．中央行政组织与地方组织。

本章难点：1．行政主体的含义；2．行政权的设定；3．行政主体的制度构想。

学时分配：2 学时

第一节　西方各国行政组织法律制度的特点

一、各国宪法都规定了行政组织的基本设置与权限。

二、实行行政组织法定原则。

三、建立行政主体制度，实行行政分权。

四、强调行政组织结构符合行政管理规律。

五、地方组织融议事机关和执行机关于一体。

六、强调中央对地方的监控。

第二节　行政主体制度

一、行政主体的含义

行政主体是指依法享有国家行政职权，以自己的名义实施行政管理活动，并独立承担由此产生的法律责任的组织。注意与行政组织、行政机关、行政机构、行政法主体等概念的区分。

二、行政主体的类型

1．职权行政主体与授权行政主体；2．内部行政主体与外部行政主体

三、理论意义

1．确认行政职权、职责、责任的要求；2．区分行政机关中权力主身份性质的需要；3．保证行政活动统一性和连续性的需要；4．比行政机关的概念更具丰富的解释力；5．行政复议、行政诉讼的需要。

四、制度构想

1．制度模式：设置三类行政主体——国家、地方团体、其他公法人。

2．实施步骤：界定事权和权限范围；设置相应的行政组织；界定三类行政主体的关系。

第三节　行政权

一、行政权的含义

行政权是国家或其他行政主体担当的执行法律，对行政事务进行直接、连续、具体管理的权力。注意与公民权、立法权、司法权的关系。

二、行政权的分类

1．行政事权、财权、组织人事权；2．决策权、执行权、监督权、咨询权；3．内部行政权、外部行政权；4．实质意义的行政权、形式意义的行政权；5．羁束行政权、自由裁量行政权；6．行政立法权、行政处理权、行政强制权、行政处罚权等。

三、行政权的内容

1．事权：安全保障、发展经济、文化建设、社会保障。
2．财权：财政收入权、支出权、管理权。
3．组织人事权：行政组织权、人事管理权。

四、行政权的形式

行政立法、行政处理、行政强制、行政处罚、行政计划、行政调查、行政指导等。

五、行政权的设定

1．标准：确保个人自由、市场调节、管理必要性、行政权有限扩展。2．主题。3．方式。4．程序。

第四节　中央行政组织

一、中央行政组织的含义

中央行政组织是指国家设置的担当中央行政事务、行使行政权的中央人民政府及其下属行政机关的集合体。

二、现行设置

三、中央行政组织的结构

1．类型：决策机关、执行机关、监督机关、咨询机关。
2．组织层次和管理幅度：层次过多、幅度过大。
3．规模：控制手段——立法、预算。

第五节　地方组织

一、地方组织的含义

地方组织是指国家在地方设置的、代表国家对地方行政事务进行管理的组织，属于国家组织的组成部分。

二、我国的地方组织制度

1．地方组织的法律地位：不具独立地位，服从国务院领导。

2．地方组织的设置：地方各级权力机关；地方各级人民政府；地方各级人民政府的工作部门；派出机关和派出机构。

3．存在的问题：地方分权不发达；民主程度不高；行政官员唯上不唯民；地区发展不平衡；中央对地方缺乏有效控制；地方制度不为法律规控。

复习与思考题

1．行政主体的含义及其与相关概念的关系
2．行政权的涵义、内容
3．西方各国行政组织法律制度的特点

拓展阅读书目

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。
应松年、薛刚凌著：《行政组织法研究》，法律出版社 2002 年版；

第六章　公务员制度

本章教学目的和基本要求：
本章重点：1．公务员的概念及其范围划定；2．国家公务员的权利及其救济。
本章难点：“特别权力关系”理论；基础与运营关系理论；重要性理论
学时分配：2 学时

第一节　我国国家公务员的概念和职位类别

一、国家公务员的概念

国家公务员是国家机关中行使国家权力、执行国家公务的人员。三条件：依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利。

二、国家公务员的职位类别：综合管理类、专业技术类和行政执法类。

第二节　国家公务员的权利及其权利救济

一、国家公务员的权利

（1）身份保障权利。（2）获得履行职责应有条件的权利。（3）获得劳动报酬和享受保险、福利待遇的权利。（4）参加培训的权利。（5）对国家机关及其领导人员的工作提出批评、建议的权利。⑹依法自愿辞职的权利。⑺申请复核、提出申诉和再申诉、提出控告权。⑻宪法和法律规定的其他权利。

二、国家公务员的权利救济

“特别权力关系”理论；基础与运营关系理论；重要性理论。

第三节　国家公务员的管理机制

一、更新机制

1．录用制度。2．聘任制度。3．培训制度。4．辞职制度。5．辞退制度。6．退休制度。

二、激励——保健机制

1．考核制度。2．奖励制度。3．职务晋升制度。4．工资福利保险制度。

三、监控机制

1．义务规范。2．惩戒制度。

复习与思考题

1．公务员的概念及其范围划定

2.“特别权力关系”理论；基础与运营关系理论

拓展阅读书目

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；
应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版；

第七章　行政行为概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政行为的概念与特征；2．行政行为的内容与分类；3．抽象行政行为和具体行政行为的区别；4．行政行为的成立要件以及合法要件；5．行政行为无效的原因。

本章难点：1．行政行为的生效要件；2．行政行为的效力。

学时分配：4 学时

第一节　行政行为的概念和特征

一、行政行为的概念

（一）行政行为与行政法学

（二）行政行为的概念和要素

行政行为是指行政主体运用行政职权所实施的对外具有法律意义、产生法律效果的行为。包含四个要素：1．主体要素。2．职权要素。3．法律要素。4．外部要素。

二、行政行为的特征

1．执行性。2．单方意志性。3．裁量性。4．职权和职责的统一性。

第二节　行政行为的内容

一、行政行为内容的含义

行政行为的内容，是指行政行为针对相对人权利义务所作出的意思表示，体现着行政行为所要达到的目的。

二、行政行为内容的具体表现

1．赋予权利或者免除义务。2．设定义务或者剥夺权益。3．确定法律事实或者法律地位。

第三节　行政行为的分类

一、抽象行政行为和具体行政行为（区别：对象；反复适用效力；直接产生影响；实施程序；溯及效力）

二、羁束行政行为和自由裁量的行政行为

三、依申请的行政行为和依职权的行政行为

四、单方行政行为和双方行政行为

五、要式行政行为和非要式行政行为

六、内部行政行为和外部行政行为

第四节　行政行为的成立、生效和无效

一、行政行为的成立

具体行政行为的成立要件：1．主体要件。2．内容要件。3．形式要件。
抽象行政行为的成立要件：1．主体要件。2．内容要件。3．符合法定形式。

二、行政行为的生效

（一）行政行为的效力表现：1．公定力。2．确定力。3．拘束力。4．执行力。
（二）具体行政行为的生效时间：1．即时生效。2．送达生效。3．附期限或附条件生效。
（三）抽象行政行为的生效：1．公布生效。2．抽象行政行为规定生效期限。

三、无效行政行为和行政行为的无效

（一）无效行政行为与行政行为的无效
（二）行政行为无效的原因：1．主体资格和权限瑕疵。2．内容瑕疵。3．形式和程序瑕疵。
（三）行政行为无效的法律后果

四、行政行为的合法要件

（一）具体行政行为的合法要件：1．行政行为主体具有行政权限。2．行政行为证据确凿。3．行政行为程序合法。4．行政行为适用法律、法规正确。5．行政行为没有滥用职权。

（二）抽象行政行为的合法要件：1．符合法律、法规的规定，或者与法律法规不相抵触。2．主体有制订权限。3．合法的程序。

复习与思考题

1．行政行为的概念与特征；
2．行政行为的内容与分类
3．行政行为的成立要件以及合法要件；

拓展阅读书目

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；
应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版；

第八章　行政立法

本章教学目的和基本要求：
本章重点：1．行政立法的概念与特征；2．行政立法的分类；3．行政立法程序及监督。
本章难点：1．行政立法权限划分；2．行政法规与规章的效力。
学时分配：2 学时

第一节　行政立法的概念、分类与价值

一、行政立法的概念

行政立法指有权国家行政机关依照法定权限和程序制定行政法规和规章的活动。具有行政性质和立法性质。

二、行政立法的分类

1．一般授权立法和特别授权立法。2．执行性立法和创制性立法。3．中央行政立法和地方行政立法。

三、行政立法的价值

1．保证管理的民主化。2．促进管理的科学化。3．推动管理的法制化。4．提高行政效率。

第二节　行政立法权限划分与行政立法的法律效力

一、行政立法权限划分

1．国务院与全国人大及其常委会之间的立法权限划分。2．国务院与国务院各部门之间的立法权限划分。3．国务院与地方人民政府之间的立法权限划分。

二、行政法规、规章的法律效力

第三节　行政立法程序与监督

一、行政立法程序

1．编制行政法规立法规划。2．行政法规的起草。3．听取意见。4．审查。5．公布。

二、行政立法监督

1．改变与撤销。2．备案。3．审查。

复习与思考题

1．行政立法的概念与特征；
2．行政立法程序及监督

拓展阅读书目

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；
应松年主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社 2005 年版；

第九章　行政处理

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政许可的概念；2．行政许可的范围；3．行政许可的救济；4．行政强制的概念及其主要方式；5．行政强制措施的实施条件与种类以及行政强制执行的种类；6．行政处罚的特征、种类和设定；7．行政处罚的管辖与适用；8．行政处罚的基本原则与程序；9．行政处罚的裁执分离制度；10．行政征收、行政补偿、行政救助的概念；11．行政裁决的受案范围。

本章难点：1．行政许可的性质与范围；2．行政强制措施与行政强制执行的区别；3．行政处罚的设定；4．行政补偿的基本原则；　5．行政裁决的特点与受案范围。

学时分配：8 学时

第一节　行政许可

一、行政许可的概念与作用

行政许可是指行政机关根据行政相对人的申请，依法解除法律禁止，准许相对人行使某种权利、获得某种资格的行政行为。其作用：1．利于政府宏观经济调控。2．利于保护行政相对人的合法权益。

二、行政许可的范围与程序

1．行政许可的范围。（1）行政许可设定的标准。（2）行政许可设定的权力与权限。

2．行政许可的程序。（1）公告。（2）申请。（3）初审与受理。（4）决定。（5）送达。

三、行政许可的撤销、废止与行政许可救济

第二节　行政强制

一、行政强制的概念和特点

行政强制指行政主体依法采用强制方式维护公共利益（社会秩序）或者督促相对人履行特定义务的行政行为。具有强制性和违意志性。

二、行政强制的主要方式

“行政强制措施”和“行政强制执行”。二者的区别：实施条件；实施目的；行为性质；与司法权的关系。

1．行政强制措施：实施条件；分类。

2．行政强制执行：前提；分类；程序。

第三节　行政处罚

一、行政处罚的概念和基本原则

1．行政处罚的概念。行政处罚是具有法定处罚权的行政主体依法对违反行政管理秩序的公民、

法人或者其他组织实施行政制裁的行政行为。行政处罚与执行罚的区别：性质、目的、罚则。行政处罚与刑罚的区别：适用法律、处罚机关、处罚程序、种类。

2．行政处罚的基本原则。（1）处罚法定原则。（2）公正公开原则。（3）处罚与教育相结合原则。（4）公民权利原则。

二、行政处罚的种类和设定

1．行政处罚的种类。申诫罚、财产罚、行为罚和人身罚。

2．行政处罚的设定。一是设定行政处罚的权力，二是设定行政处罚的权限。

三、行政处罚的管辖与适用

1．行政处罚的管辖。包括职权管辖、地域管辖、级别管辖和指定管辖。

2．行政处罚的适用。（1）行政处罚的适用对象。（2）行政处罚的适用原则。处罚的目的至上原则；一事不再罚原则；法律责任互不替代原则。（3）行政处罚的适用程度。

四、行政处罚的程序

1．简易程序。适用条件；程序。

2．一般程序。包括立案、调查或者检查、收集证据、审查并作出行政处罚决定、制作行政处罚决定书、行政处罚决定书的送达等。

3．听证程序。适用范围；程序。

五、行政处罚的执行

第四节　行政征收

一、行政征收的概念

行政征收指特定行政机关出于公共利益的需要按照法定方式取得负有法定缴纳义务的相对人财产权益的行政行为。与行政征用的区别：相对人；所征内容；结果。

二、行政征收的种类

以行政征收的因由为标准，分为税收和行政费用征收。

三、行政征收的方式

第五节　行政补偿

一、行政补偿的概念

行政补偿指行政相对人的权益因行政主体及其行政公务人员的合法行政或者因公共利益的需要而遭受损失，由行政主体主动予以补偿的法律制度。与行政赔偿的区别：发生原因；救济程度。

二、行政补偿的种类

以行政补偿的因由为标准，分为因行政主体及其行政公务人员的合法行政而引起的补偿（行政

征用补偿；紧急处置补偿；行政合同单方面变更或者解除补偿）以及因行政相对人的公益行为而引起的补偿（协助公务补偿；维护社会秩序或者公共利益补偿；高危作业补偿）。

三、行政补偿的基本原则及其方式

1．行政补偿的原则。“适当补偿”、“事先补偿”、“直接损失补偿”、和“物质损失补偿”的原则。

2．行政补偿的方式。

第六节　行政救助

一、行政救助的概念

行政救助指行政主体依法对特定社会成员或者组织提供抚恤或者援助，使其摆脱生存困难或者人身危险的行政行为。与行政救济的区别：原因、目的。

二、行政救助的方式

1．抚恤。2．补助。3．安置。4．优待。5．保护。6．收留。7．救灾。

三、行政救助的程序

第七节　行政裁决

一、行政裁决的概念、特点与受案范围

1．行政裁决的概念。行政裁决指有关行政机关按照准司法程序依法裁决一定范围内平等主体间的民事争议的行政行为。与行政复议以及行政调解的区别。

2．行政裁决的特点。

（1）主体是有关行政机关或者行政机构。

（2）适用准司法程序。

（3）对象是一定范围内平等主体间的民事争议。

3．受案范围：权属争议裁决；侵权争议裁决；损害赔偿争议裁决。

二、行政裁决的程序：申请、受理、答辩、审查、裁决、送达。

三、行政裁决的效力及救济手段

复习与思考题

1．行政许可的概念、范围与救济是什么？

2．行政强制的概念及其主要方式；

3．行政强制措施的实施条件与种类以及行政强制执行的种类

4．行政处罚的特征、种类和设定；

5．行政处罚的管辖与适用

拓展阅读书目

王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1988 年版；
罗豪才等：《现代行政法的理论基础》，《中国法学》1993 年第 1 期；
罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社 1997 年版。

第十章　行政合同与行政指导

本章教学目的和基本要求：

本章重点：　1. 行政合同的含义、特征；2. 行政合同当事人的权利义务；3. 行政优益权；4. 行政指导的概念、特征；5. 行政指导原则；6. 行政合同的履行原则。

本章难点：1. 行政合同的特征；2. 行政合同变更、解除的条件；3. 行政优益权；4. 行政指导的特征；5. 实施行政指导的条件；6. 行政指导的救济。

学时分配：2 学时

第一节　行政合同

一、行政合同的含义与特征

行政合同，指行政主体为了实现行政管理目标，与相对人之间经过协商一致所达成的协议。行政合同是行政权力和民事契约关系的完美结合，既具有行政性特征，又具有合同性特征。

二、行政合同的意义

1．行政合同反映了相对人的意志，有利于激发相对人的积极性和创造性。

2．行政合同使行政透明度增强，有利于提高相对人对行政机关的信任并保障行政管理目标的实现。

三、行政合同的种类

1．国有土地使用权出让合同。2。全民所有制工业企业承包合同。3。公用征收、征用补偿合同。4。国家科研合同。5。农村土地承包合同。6。国家订购合同。7。公共工程承包合同。

四、行政合同的缔结

1．招标。2．拍卖。3．直接磋商。

五、行政合同当事人的权利义务

（一）行政机关的权利义务

1．行政机关的权利（优益权）：（1）选择相对方的权利。（2）对合同履行的监督权和指挥权。（3）单方变更和解除合同权。（4）制裁权。

2．行政机关的义务:　（1）依法履行合同义务。（2）兑现为相对人履行合同提供的优惠。（3）单方变更和解除合同权导致的补偿义务。（4）损害赔偿。（5）支付报酬。

（二）相对人的权利义务

1．相对人的权利：（1）取得报酬权。（2）获得优惠权。（3）损害赔偿请求权。（4）损失补偿请求权。（5）不可预见的困难补偿权。

2．相对人的义务：（1）全面、适当履行合同的义务。（2）接受行政机关的监督、指挥的义务。

六、行政合同的履行

1．实际履行原则。2．亲自履行原则。3．全面、适当履行原则。4．诚实信用原则。

七、行政合同的变更、解除和终止

（一）行政合同的变更（二）行政合同的解除（三）行政合同变更、解除的条件（四）行政合同变更和解除的法律后果（五）行政合同的终止

第二节　行政指导

一、行政指导的概念和特征

行政指导是行政主体基于国家的法律、政策的规定，而作出旨在引导相对人自愿采取一定的作为或者不作为行为，以实现行政管理目的的一种非职权性行政活动。其特征：(一)行政性。(二)方式的多样性和灵活性。(三)非强制性和自愿性。

二、行政指导的原则

(一)正当性原则(二)自愿性原则(三)必要性原则

三、行政指导的实施

(一)行政指导的主要方式(二)行政指导的依据和条件（三）行政指导的程序。

日本行政指导程序立法的经验：1．确立行政指导的一般原则。包括：(1)不越管辖权原则。(2)相对人自愿协助原则。(3)不得强制原则。2．对不同的行政指导区别对待。3．规定行政指导的方式。4．以多数人为对象的行政指导应当以法定形式公布。

四、行政指导的救济

从法律属性的角度看，违法或不当行政指导给相对人合法权益造成损失的，应当承担相应的法律责任。一般不宜通过行政诉讼或行政复议途径解决，可以通过完善行政补偿制度，建立行政补偿诉讼解决这个问题。

复习与思考题

1．行政合同的含义、特征；
2．行政合同当事人的权利义务；
3．行政指导的特征；
4．实施行政指导的条件；
5．行政指导的救济。

拓展阅读书目

（德）哈特穆特·毛雷尔著：《行政法学总论》，高家伟译，商务印书馆 2002 年版；
张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；

第十一章　行政程序

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政程序的定义。2．行政程序与诉讼程序的共同点和不同点。3．行政程序法的定义和功能。4．行政程序法基本原则。5．行政公开制度。6．听取意见制度和行政听证制度。

本章难点：1.行政程序与诉讼程序的区别。2.行政程序法的基本原则。3.行政听证制度。4.（英）自然公正原则与（美）正当法律程序条款。

学时分配：2 学时

第一节　行政程序

一、行政程序的定义

行政程序是指行政机关行使行政权力、做出行政行为所遵循的方式、步骤、时间和顺序的总和。

二、行政程序与诉讼程序的区别

1．程序主体不同。2．程序启动的方式不同。3．程序的构造不同。4．程序的结果不同。

第二节　行政程序法

一、行政程序法的界定

广义的行政程序法是指规定行政机关和相对人行政程序权利义务的法律规范的总称。狭义的行政程序法仅指行政程序法典。

二、行政程序法的渊源

（一）宪法（二）行政程序法典（三）单行行政程序法律（四）实体与程序规范并存的单行法律文件

三、行政程序法的功能

第一，保证行政实体法正确实施。第二，制约行政权力、防止行政权力滥用，保护公民、法人或其他组织的权利。第三，实现资源合理配置，提高行政效率。

第三节　行政程序法的基本原则

一、行政程序法基本原则的概念

行政程序法基本原则是指行政程序法规定的贯穿行政权力运行过程始终、为行政权力的行使主体所必须遵循的基本行为准则。

二、外国及我国台湾地区、澳门地区行政程序法规定的基本原则

两大显著特点：其一，行政程序法基本原则并不限于程序性原则，还包括实体原则。其二，行

政程序法基本原则并不限于公法原则，还包括私法原则。

三、我国行政程序法规定的基本原则

合法原则、公正原则、公开原则、便民原则、及时原则与高效原则、信赖保护原则、公平原则。参与原则、比例原则。

第四节　行政程序制度

一、回避制度

回避法定情形包括：（一）是当事人的近亲属；（二）与案件有直接利害关系；（三）与当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的。

二、委托制度

委托规则包括：（1）法律规定。（2）受托主体的范围。（3）委托协议。（4）受托机关及委托事项公开。（5）行政机关义务及法律后果。（6）禁止再委托。

三、管辖制度

1．级别管辖。2．地域管辖。3．移送管辖。4．管辖权争议的解决。

四、调查与证据制度

1．调查制度：其一，遵循的原则。其二，当事人义务。其三，各类调查措施。2．行政证据：（1）证据的种类。（2）收集证据的程序。（3）形式要件。（4）证据保全制度。

五、行政公开制度

1．政府信息向公众公开：（1）主动公开。（2）依申请公开。2．特定行政程序中向当事人公开：（1）阅览卷宗。（2）说明理由。

六、听取意见制度

七、行政听证制度

（一）听证的内涵（二）我国行政听证制度概况

八、期间制度

九、送达制度

复习与思考题

1．行政程序的定义。
2．（英）自然公正原则与（美）正当法律程序条款。
3．行政程序与诉讼程序的共同点和不同点。

拓展阅读书目

罗豪才等：《现代行政法的理论基础》，《中国法学》1993 年第 1 期；
罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社 1997 年版；
（法）孟德斯鸠著：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1997 年版

第十二章　行政救济法概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：　1．行政救济的概念；2．行政救济的特点；3．行政救济的途径；4．行政救济与监督行政的关系；5．行政救济与行政救助的区别；6．行政补偿与行政赔偿的区别；7．行政复议与行政诉讼的关系；8．行政救济法的构成。

本章难点：1．行政救济与监督行政的关系；2．行政复议与行政诉讼的关系。

学时分配：2 学时

第一节　行政救济概述

一、行政救济的概念

行政救济，是指国家为排除违法与不当的行政行为对公民、法人和其他组织的合法权益造成的侵害，而采取的各种事后法律手段与强制措施所构成的补救制度。

二、行政救济的特征

1．行政救济以行政纠纷的存在为基础；2．行政救济以损害的存在为前提；3．行政救济的目的在于对相对人提供救济。

三、行政救济途径

1．行政复议；2．行政补偿；3．行政赔偿；4．行政诉讼。

其不足：（1）行政补偿只是象征性的和抚慰性的。（2）行政赔偿先由行政机关自己确认自己违法。（3）行政诉讼范围有限。（4）行政复议只是内部救济。

四、行政救济与相关概念的比较评述

（一）行政救济与监督行政：1．性质；2．启动程序；3．范围；4．主体；5．结果。

（二）行政救济与行政救助：1．性质；2.实施前提；3．目的；4．人民法院的地位。

（三）行政补偿与行政赔偿：1．发生的基础；2．目的；3．发生的时间；4．范围。

（四）行政复议与行政诉讼：1．性质；2．法律价值目标；3．审查的范围和力度；4．法律依据；5．审理的程序；6．法律地位。

第二节　行政救济法的构成

一、行政复议法。

二、行政补偿法。

三、行政赔偿法。

四、行政诉讼法。

复习与思考题

1．行政救济的概念；

2．行政救济的特点；

3．行政救济与行政救助的区别；
4．行政复议与行政诉讼的关系；

拓展阅读书目

王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1988 年版；

第十三章　行政复议

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1.行政复议的概念；2.行政复议的特征；3.行政复议的原则与制度；4.行政复议的范围；5.行政复议机关的确定；6.行政复议参加人；7.行政复议决定。

本章难点：1．行政复议机关的确定；2．行政复议被申请人的确定；3．撤销、变更和确认违法决定的适用情形。

学时分配：4 学时

第一节　行政复议概述

一、行政复议的概念与特征

行政复议是指行政相对人认为行政主体作出的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向法定的行政复议机关提出申请，由受理申请的机关对具体行政行为的合法性和适当性进行审查，并作出行政复议决定的一项法律制度。其特征：1．处理的争议是行政争议。核心审查具体行政行为的合法性和适当性。2．“依申请”的行政行为。3．救济性。

二、行政复议的原则

（一）合法原则：主体、依据、程序合法。

（二）公正原则：1．合法性和适当性审查。2．公平地对待争议双方。3．公正地认定事实、适用法律。4．合理运用复议自由裁量权。

（三）公开原则：过程、适用的法律规范、决定、救济途径公开。

（四）及时原则：及时审查申请、作出决定、强制执行。

（五）便民原则：1．为复议申请人提供便利条件。2．尊重行政相对人选择行政复议机关的权利。3．减少申请人的复议诉累和经济负担。

三、行政复议基本制度

（一）一级复议制度：一次申请权；一次复议权；法定例外。

（二）书面审查制度：书面材料；非抗辩；必要例外。

第二节　行政复议主体

一、行政复议机关

种类：1．作出原具体行政行为的行政机关的上一级行政机关和本级人民政府。2．地方各级人民政府的上一级人民政府。3．作出原具体行政行为的行政机关自身。

二、行政复议机构。

区分行政复议机关。

第三节　行政复议的范围与管辖

一、行政复议的范围

（一）可申请复议的行政行为：《行政复议法》第 8 条之规定。
（二）不可申请复议的事项：《行政复议法》第 12 条之规定。

二、行政复议的管辖：司法解释。

第四节　行政复议参加人

一、申请人：特征；资格转移。
二、被申请人：特征；类型。
三、第三人

第五节　行政复议的程序

一、行政复议的申请：条件；期限；形式。
二、行政复议的受理
三、行政复议的审理：方式；依据；举证责任。
四、行政复议决定：（一）维持决定（二）履行决定（三）撤销、变更和确认违法决定：适用情形。（四）赔偿决定（五）对抽象行政行为的处理决定。

复习与思考题

1．行政复议机关的确定
2．行政复议的原则行政复议被申请人的确定；
3．撤销、变更和确认违法决定的适用情形。

拓展阅读书目

（英）威廉·韦德著：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社 1997 年版；
应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。

下编　行政诉讼法学

第十四章　行政诉讼概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政诉讼的概念；2．行政诉讼的特征；3．行政诉讼的基本制度；4．被告负举证责任原则；5．司法变更权有限原则；6．行政诉讼的特有原则；7．行政诉讼与民事诉讼的关系。

本章难点：1．行政诉讼的特有原则；2．行政诉讼与民事诉讼的关系。

学时分配：2 学时

第一节　行政诉讼与行政诉讼法

一、行政诉讼的概念、特征与分类

（一）行政诉讼的概念与特征

行政诉讼，是指公民、法人或者其他组织在认为具体行政行为侵犯其合法权益的情况下，依法向人民法院提起诉讼，由人民法院依法定程序审查该具体行政行为的合法性并作出裁判的一种司法活动。其特征：1．解决一定范围内行政争议。2．核心审查具体行政行为的合法性。3．原被告诉讼地位具有恒定性。4．目的和性质在于监督行政权。

（二）行政诉讼的分类：请求撤销、旅行、变更、确认、行政赔偿之诉。

二、行政诉讼与其他相关制度的比较

（一）行政诉讼与行政复议：行为性质、适用程序、主持机关、审查范围、审查级别及方式、效力。

（二）行政诉讼与民事诉讼：审理对象、依据、诉讼地位、举证责任、调解与否。

（三）行政诉讼与刑事诉讼：审理对象、被告身份、启动方式、目的。

三、行政诉讼法

（一）行政诉讼法的法律渊源（二）效力范围（三）行政诉讼法的立法宗旨

第二节　行政诉讼基本原则

一、行政诉讼基本原则的概念

行政诉讼的基本原则，是指贯穿于行政诉讼活动整个过程的、适用于所有参加到诉讼活动的各个诉讼法律关系主体的、由宪法、法律规定的行政诉讼活动所必须遵循的基本准则。

二、行政诉讼基本原则的内容

（一）与民事、刑事共有的原则

（二）行政诉讼特有的原则：1．审查具体行政行为合法性原则。2．行政复议前置为例外原则。3．诉讼期间不停止具体行政行为执行的原则。4．被告负举证责任原则。5．不适用调解原则。6．有

限司法变更权原则。

第三节　行政诉讼中的基本制度

一、合议制度
二、回避制度
三、公开审判制度
四、两审终审制度

复习与思考题

1．行政诉讼的特有原则；
2．行政诉讼与民事诉讼的关系。
3．司法变更权有限原则；

拓展阅读书目

张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版；
关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第十五章　行政诉讼的受案范围

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．受案范围的概念；2．确定行政诉讼受案范围的基本原则；3．行政诉讼受案范围确立的法定参考因素；4．人民法院受理的案件；5．人民法院不予受理的案件。

本章难点：1．行政诉讼受案范围确立的法定参考因素；2．人民法院不予受理的案件，及其排除理由。

学时分配：2 学时

第一节　行政诉讼范围概述

一、受案范围的涵义

行政诉讼的受案范围，也称法院的主管范围，是指法律所规定的人民法院受理行政案件的范围，或者说是人民法院解决行政争议的范围和权限。

二、行政诉讼受案范围确定的基本原则

1．有权利就应有救济原则。2．司法权不得干预行政权原则。

三、确定受案范围的法定参考因素

（一）具体行政行为因素（二）人身权、财产权因素（三）具体行政行为违法因素

四、受案范围的确立方式

（一）受案范围确立方式的种类：1．概括式。2．列举式。3．混合式。

（二）我国行政诉讼受案范围的确立方式：基本采取的是混合式。

第二节　人民法院受理的案件

《行政诉讼法》第 11 条之规定：一、不服行政处罚案件；二、不服行政强制措施案件；三、认为行政机关侵犯法定经营自主权的案件；四、不服不予行政许可案件；五、要求保护人身权、财产权案件；六、要求发放抚恤金案件；七、认为违法要求履行义务案件；八、认为侵犯其他人身权、财产权案件；九、法律、法规规定的可以提起行政诉讼的其他案件。

第三节　人民法院不受理的事项

一、《行政诉讼法》第 12 条规定：（一）国防、外交等国家行为；（二）抽象行政行为；（三）内部行政行为；（四）行政终局裁决行为。

二、司法解释补充规定：（一）刑事司法行为；（二）行政调解行为；（三）行政仲裁行为；（四）行政指导行为；（五）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；（六）对公民、法人或其他组织的权利义务不产生实际影响的行为。

复习与思考题

1．行政诉讼受案范围确立的法定参考因素；
2．人民法院不予受理的案件，及其排除理由是什么？

拓展阅读书目

张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版；
关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第十六章　行政诉讼的管辖

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．管辖的概念及其与主管的区别；2．中级人民法院管辖案件的范围；　3．特殊地域管辖；4．裁定管辖。

本章难点：　1．对“本辖区内的重大、复杂案件”的理解；2．特殊地域管辖；3．移送管辖与管辖权的转移的区别。

学时分配：2 学时

第一节　级别管辖

一、基层人民法院管辖的第一审案件

二、中级人民法院管辖的第一审案件

（一）确认发明专利权的案件和海关处理的案件；（二）对国务院部门或省、自治区、直辖市人民政府具体行政行为不服提起的行政诉讼的案件；（三）本辖区内的重大、复杂案件。

三、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审案件

第二节　地域管辖

一、一般地域管辖

行政案件原则上应该由最初作出具体行为的行政机关所在地人民法院管辖。

二、特殊地域管辖

（一）选择管辖：1．经复议的选择管辖；2．对限制人身自由的行政强制措施不服而提起诉讼的，由被告所在地或原告所在地管辖（包括被限制人身自由地管辖）

（二）专属管辖：因不动产提起诉讼的，由不动产所在地人民法院专属管辖。

第三节　裁定管辖

一、移送管辖：指某一个人民法院受理原告起诉后，发现自己对该行政案件没有管辖权时，将该案件主动移送到自己认为有管辖权的法院。

二、指定管辖：指上级人民法院在一定情形下指定由某一个下级人民法院管辖。

三、管辖权的转移：指经上级人民法院决定或同意，将行政案件由下级人民法院转移给上级人民法院，或者由上级人民法院移交给下级人民法院。

复习与思考题

1．对“本辖区内的重大、复杂案件”的理解；

2．特殊地域管辖；

3．移送管辖与管辖权的转移的区别。

拓展阅读书目

张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版；
关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第十七章　行政诉讼参加人

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政诉讼参加人的概念；2．原告的概念与特征；3．原告资格转移；4．特殊情况下原告资格的确定；5．被告的概念与特征；6．特殊情况下被告资格的确定；7．第三人的概念与特征；8．共同诉讼的概念与特征。

本章难点：1．行政诉讼当事人、参加人与参与人之间的关系；2．特殊情况下原、被告资格的确定；3．第三人与共同诉讼人的区分；4．诉讼代表人与诉讼代理人的区分；5．实践中，第三人与共同诉讼人各自的存在形式。

学时分配：4 学时

第一节　行政诉讼参加人概述

一、行政诉讼参加人的概念

行政诉讼参加人，是指依法参加行政诉讼活动，享有诉讼权利，承担诉讼义务，并且与被诉具体行政行为或诉讼结果有利害关系的人。

二、行政诉讼当事人

（一）行政诉讼当事人的概念

行政诉讼当事人，是指因具体行政行为发生争议，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判拘束的主体。

（二）行政诉讼当事人的特征

1．当事人与行政案件有直接的利害关系。2．以自己的名义参加诉讼。3．受人民法院裁判的拘束。4.原被告双方诉讼地位恒定。

（三）当事人的行政诉讼权利能力和行为能力

（四）当事人的诉讼权利和诉讼义务

三、行政诉讼代理人

第二节　行政诉讼原告

一、行政诉讼原告的概念与特征

（一）行政诉讼原告的的概念

行政诉讼原告是指对行政机关的具体行政行为不服，以自己的名义，依照行政诉讼法的规定向人民法院起诉的公民、法人或其他组织。

（二）行政诉讼原告的特征

1．原告是行政相对人。2．认为具体行政行为侵犯了自己合法权益的行政相对人。3．原告与具体行政行为之间具备法律上的利害关系。

二、特殊情况下原告资格的确定

（一）相邻权人的原告资格（二）公平竞争权人的原告资格（三）受害人的原告资格（四）与被撤销或者被变更具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或其他组织的原告资格（五）与行政复议决定有法律上的利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的公民、法人或其他组织的原告资格（六）农村集体土地使用权人的原告资格（七）联营、合资、合作方的原告资格（八）非国有企业的原告资格（九）合伙或其他非法人组织的原告资格（十）股份制企业的原告资格（十一）与原告资格有关的诉讼代表人的问题

三、原告资格的转移

（一）原告资格的转移条件：1．享有原告资格的主体在法律上已消灭，不复存在。2．享有原告资格的主体在法定诉讼时效期间消灭。 3．原告资格的承受者与原告之间有着特定的利害关系。

（二）原告资格转移的情形：1．有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。2．有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或其他组织可以提起诉讼。

（三）原告资格的转移效果

第三节　行政诉讼被告

一、行政诉讼被告的概念和特征

（一）行政诉讼被告的概念

行政诉讼被告，是指由原告起诉其具体行政行为侵犯自己的合法权益，并经由人民法院通知应诉的行政机关或法律、法规、规章授权的组织。

（二）行政诉讼被告的特征

1．被告只能是行政主体。2．被告必须是实施具体行政行为的行政主体。3．被告必须是被起诉并经由人民法院通知应诉的行政主体。

二、特殊情况下被告的确定

（一）经批准具体行政行为的被告确定（二）行政复议机关不作为情形下的被告确定（三）行政机关组建机构的被告确定（四）内设机构和派出机构的被告确定（五）行政机关与非行政机关共同署名的情形下的被告确定（六）行政机关被撤销情形下的被告确定（七）不作为行政行为情况下的被告确定（八）机关越权情形下的被告确定

第四节　行政诉讼的第三人

一、第三人的概念和特征

行政诉讼中的第三人是指与被诉具体行政行为有利害关系，依申请或人民法院通知，参加到诉讼中来的原告、被告以外的公民、法人或其他组织，以及行政机关或法律、法规或规章授权的组织。其特征：1．与被诉具体行政行为有法律上的利害关系。2．范围不限于作为相对人或相关人的公民、法人或其他组织，而且还包括行政机关或法律、法规、规章授权的组织。3．独立的法律地位。4．参加诉讼的时间是本诉开始后但尚未审结前。

二、第三人的种类

（一）类似于原告地位的第三人。（二）类似于被告地位的第三人。

三、第三人参加诉讼的方式

1．主动提出申请。2．法院通知。

第五节　共同诉讼人

一、共同诉讼

当事人一方或双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件，人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。

其成立条件：

1．当事人双方至少有一方为两人以上，且各为独立的诉讼主体。

2．有共同的诉讼标的。

3．各个诉均属于人民法院主管和同一个人民法院管辖，并由人民法院进行合并审理。

二、共同诉讼人

（一）必要共同诉讼人。诉讼标的是同一个具体行政行为。

（二）普通共同诉讼人。诉讼标的是同类具体行政行为。

三、集团诉讼

行政诉讼中的集团诉讼，是指由人数众多的（5 人以上）原告推选诉讼代表人参加的，且法院的判决效力及于全体利益关系人的行政诉讼。

第六节　诉讼代理人

一、诉讼代理人的概念

诉讼代理人是指以当事人的名义，在代理权限范围内代替或协助当事人进行行政诉讼活动的人。区别于诉讼代表人。

二、诉讼代理人的分类

（一）法定诉讼代理人（二）指定诉讼代理人（三）委托诉讼代理人

复习与思考题

1．行政诉讼当事人、参加人与参与人之间的关系；

2．特殊情况下原、被告资格的确定；

3．第三人与共同诉讼人的区分；

4．诉讼代表人与诉讼代理人的区分；

拓展阅读书目

张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版；
关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第十八章　行政诉讼证据

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政诉讼证据的特性。2．行政诉讼举证责任分配规则。3．行政诉讼的举证规则。4．人民法院的有限证据调取权和调查权。5．鉴定结论的质证规则。6．行政诉讼证据的合法性认定规则。7．行政诉讼证据的证明力认定规则。

本章难点：1．举证责任的概念及其分配。2．行政诉讼证据与民事诉讼证据的区分。3．行政诉讼证据的合法性认定规则。4．行政诉讼证据的证明力认定规则。

学时分配：4 学时

第一节　行政诉讼证据概述

一、证据的概念和特性

（一）证据的概念

证据是法官在案件审理中据以认定案件事实的基础和根据，因此证据是指一切用来证明案件事实的材料。

（二）行政诉讼证据的特性：一般表现在两个基本方面：其一是证据的证明资格；其二是证据的证明力。与刑事诉讼证据、民事诉讼证据相比较，行政诉讼证据还具有来源特定性的特点。

二、行政诉讼证据的法定种类

书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录。

第二节　举　证

一、举证责任的分配

（一）举证责任的概念

举证责任，就是指诉讼上无法确定判断一定法律效果的权利发生或消灭所必要的事实是否存在时，对当事人有法律上不利于己的假定被确定的风险。

（二）举证责任的分配

1．被告对具体行政行为的合法性承担举证责任

2．原告承担举证责任的事项：第一，提供其起诉符合条件的相应证据材料。第二，在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。第三，在行政赔偿诉讼中，对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。

二、举证的规则

（一）被告的举证规则

1．被告举证的期限；2．行政诉讼中被告及其诉讼代理人不得自行向原告和证人收集证据

（二）原告和第三人的举证规则

（三）提供证据的要求

（四）证据交换

第三节　人民法院对证据的调取、调查

一、证据调取制度

（一）人民法院有权调取证据的情形

1．依职权调取。2．根据原告或者第三人的申请调取。

（二）原告或者第三人申请人民法院调取证据的程序

二、证据调查制度

第四节　质　证

一、质证的概念

质证是指在人民法院的主持下，当事人及其代理人在庭审中围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据有无证明效力以及证明效力大小进行对质辩论、核实的活动。

二、不同种类证据的质证规则

第五节　认　证

一、认证的界定

认证是指法官对证据是否具备法律规定的证据资格、具有证据资格的证据有无证明力以及证明力的大小予以认定的活动。

二、证据资格的认证规则

（一）证据关联性、真实性的认定

（二）证据合法性的认定

（三）行政诉讼特有的证据合法性认定规则

三、证明力认证规则

（一）证明同一事实的不同种类证据证明力大小认定规则

（二）电子邮件等数据资料的证明力认定

（三）自认的证据的证明力

（四）不能单独作为定案依据的证据

（五）证明妨碍及其法律后果

复习与思考题

1．行政诉讼举证责任分配规则。

2．行政诉讼证据与民事诉讼证据的区分。

3．行政诉讼证据的合法性认定规则。

拓展阅读书目

张树义著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社 2002 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版。

第十九章　行政诉讼的法律适用

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政诉讼法律适用的概念与特征；2．行政诉讼法律适用的规则；3．行政诉讼法律冲突适用规则。

本章难点：1．规章的参照适用；2．同级冲突适用规则。

学时分配：2 学时

第一节　行政诉讼的法律适用概述

一、行政诉讼法律适用的概念和特点

（一）行政诉讼法律适用的概念

行政诉讼法律适用，是指人民法院按照法定程序，将行政诉讼法律规范具体运用于各种行政案件，从而对行政机关具体行政行为的合法性进行审查的专门活动。

（二）行政诉法法律适用的特点

1．主体具有特定性。2．性质具有监督性。3．效力具有最终性。4．力度具有有限性。5．范围具有广泛性。6．形式具有多样性。

二、行政诉讼法律适用的规则

（一）法律、法规是行政审判的依据

（二）规章的参照适用

（三）其他规范性文件在行政诉讼中的地位

（四）人民法院对法律解释的援引

第二节　行政诉讼法律适用的冲突及适用规则

一、行政诉讼法律适用冲突

（一）行政诉讼法律适用冲突的概念

行政诉讼法律适用冲突，是指人民法院在审判行政案件的过程中发现，对同一法律事实或关系有二个或二个以上的法律文件作出了不相同的规定，法院适用不同的法律规定就会产生不同的裁判结果。

二、行政诉讼法律冲突的种类与形式

（一）特别冲突（二）层级冲突（三）同级冲突（四）新旧法冲突（五）区际冲突

三、行政诉讼法律冲突的适用规则

（一）行政诉讼法律冲突的适用规则的概念

（二）行政诉讼法律冲突的具体适用规则

复习与思考题

1．行政诉讼法律适用的概念与特征；
2．行政诉讼法律适用的规则；

拓展阅读书目

马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版。

第二十章　行政诉讼审理程序

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．起诉条件；2．受理条件；3．第一审程序；4．审前程序；5．排除妨害行政诉讼的强制措施；6．第二审程序与第一审程序的区别；7．提起再审程序的条件。

本章难点：1．不予受理与驳回起诉的区别；2．再审案件的审理；3．特殊情况下起诉期限的计算；4．第二审程序与第一审程序的区别。

学时分配：4 学时

第一节　起诉与受理

一、起诉

起诉是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益时，依法请求人民法院行使国家审判权给予救济的诉讼行为。

（一）起诉的一般条件

1．原告适格。2．有明确的被告。3．有具体的诉讼请求和事实根据。4．属于人民法院的受案范围和受诉人民法院管辖。

（二）起诉的时间条件（起诉期限）

1．一般期限与特殊期限。（1）直接提起诉讼的起诉期限。（2）经复议的行政案件的起诉期限。

2．特殊情况下起诉期限的计算。（1）行政机关未告知当事人的诉权或起诉期限时起诉期限的起算。（2）当事人不知道具体行政行为内容时起诉期限的起算。（3）行政机关不履行法定职责时起诉期限的起算。

3．起诉期限迟误的处理

（三）与行政复议有关的起诉条件

1．在行政复议与行政诉讼中的作排他性选择的情形

2．复议前置情形

3．当事人可以自由选择行政复议与行政诉讼的情形

二、受理

（一）受理的概念

受理是指人民法院对公民、法人或者其他组织的起诉进行审查，对符合法律规定的起诉条件的案件决定立案审查的诉讼行为。

（二）对起诉的审查——受理条件

1．原告是否适格。2．被告是否适格。3．原告起诉是否有具体的诉讼请求和事实根据。4．请求事项是否属于行政审判权限范围以及受诉人民法院管辖。5. 代理或代表是否符合法定要求。6. 法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序的是否已经过复议，与行政复议的关系处理是否恰当。7．起诉是否超过法定起诉期限。8．起诉人是否重复起诉。9．起诉人已撤回起诉再行起诉是否有正当理由。10．诉讼标的是否为生效判决的效力所羁束。

（三）对审查结果的处理

第二节　第一审程序

一、审理前的准备

（一）组成合议庭（二）交换诉状（三）处理管辖异议（四）审查诉讼文书和调查收集证据（五）审查其他内容

二、庭审程序

（一）庭审方式

1．公开审理原则 2．审理行政案件不适用调解

（二）庭审程序

1．开庭准备。2．宣布开庭。3．法庭调查。4．法庭辩论。5．合议庭评议。6．宣读判决裁定。

（三）审理期限

三、排除妨害行政诉讼的强制措施

（一）妨害行政诉讼的行为：《行政诉讼法》第 49 条之规定。

（二）排除妨害行政诉讼的强制措施

四、司法建议

司法建议是人民法院行使审判权时，对于与案件有关的但又不属于人民法院审判权所能解决的问题向有关方面提出的处理意见或建议。

五、二审程序

六、上诉和上诉的受理

（一）上诉（二）受理

七、上诉案件的审理

（一）审理方式：可以实行书面审理。（二）审理对象：全面审查原则。

（三）审理期限

第三节　行政诉讼审判监督程序

一、审判监督程序的提起

（一）提起审判监督程序的条件

1．提起审判监督程序的主体，必须是有审判监督权的组织或专职人员。2．提起审判监督程序必须具备法定理由。

（二）提起再审程序的程序

二、再审案件的审理

复习与思考题

1．不予受理与驳回起诉的区别；
2．再审案件的审理；
3．特殊情况下起诉期限的计算；
4．第二审程序与第一审程序的区别。

拓展阅读书目

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。
关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第二十一章　行政判决与裁定

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政判决的概念；2．撤销判决的适用条件；3．行政诉讼裁定的概念；4．行政判决与行政诉讼裁定的区别。

本章难点：1．行政判决与行政诉讼裁定的区别。

学时分配：4 学时

第一节　行政诉讼判决概述

一、行政诉讼判决的概念

行政判决，是指人民法院代表国家，对被诉具体行政行为是否合法，做出的具有法律约束力的判定，以及对被诉具体行政行为的效力做出的权威性处理。

二、行政判决的种类

（一） 维持判决、驳回诉讼请求判决、确认判决、撤销判决、强制履行判决、变更判决。
（二） 全部判决和部分判决。
（三） 对席判决与缺席判决。
（四） 肯定判决、否定判决与部分肯定部分否定判决。
（五） 生效判决与未生效判决。
（六） 一审判决与二审判决。
（七） 终审判决与非终审判决。

三、行政判决的效力

（一）维持判决的效力（二）撤销判决的效力（三）变更判决的效力（四）履行判决的效力

四、行政判决书的制作

（一）首部（二）正文（三）尾部

第二节　行政判决的适用条件

一、一审判决的适用条件

（一）维持判决的适用条件

1．具体行政行为必须证据确凿。2．适用法律法规正确。3．符合法定程序。

（二）驳回诉讼请求判决的适用条件

1．起诉被告不作为理由不成立。　2．被诉具体行政行为合法但存在合理性问题。3．被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止。

（三）确认判决的适用条件

1．确认合法或者有效：经审查合法；不宜判决维持，也不宜驳回诉讼请求。2．确认违法或者无效的判决适用于不具有可撤销性的具体行政行为。

（四）撤销判决的适用条件

1．主要证据不足 2．适用法律、法规错误 3．违反法定程序 4．超越职权 5．滥用职权

（五）变更判决的适用条件

行政处罚显失公正

（六）履行判决的适用条件

1．当事人提出合法申请 2．被告负有法定义务 3．被告不履行或者拖延履行

二、二审判决的适用条件

（一）维持原判的适用条件（二）改判的适用条件

第三节　行政诉讼的裁定

一、行政诉讼裁定的概念与特征

行政诉讼裁定，是人民法院在审理行政案件的过程中，为解决本案的程序问题所做出的对诉讼参与人发生法律效果的司法意思表示。与判决相比，裁定具有以下特点：

1．对程序问题的判定。2．在诉讼的任何阶段都可以做出。3．法律依据是程序性规范。4．形式可书面，可口头。

二、裁定的种类及适用条件

（一）口头裁定和书面裁定（二）不予受理或驳回起诉裁定、管辖异议裁定、终结诉讼或中止诉讼裁定、移送或指定管辖裁定、财产保全裁定、先予执行裁定等。

三、行政裁定的形式

（一）首部（二）正文（三）尾部

四、行政裁定的效力

复习与思考题

1．行政判决与行政诉讼裁定的区别。

2．撤销判决的适用条件；

拓展阅读书目

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。

关保英主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第二十二章　行政赔偿诉讼

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．行政赔偿诉讼的概念；2．行政赔偿诉讼的特征；3．行政赔偿诉讼的受案范围；4．行政赔偿诉讼的管辖；5．行政赔偿诉讼的当事人；6．行政赔偿诉讼的起诉条件；7．行政赔偿诉讼的审理程序；8．行政赔偿诉讼的特殊规则。

本章难点：1．行政赔偿诉讼的特征及其与行政诉讼的区别；2．特殊的行政赔偿诉讼。

学时分配：4 学时

第一节　行政赔偿诉讼概述

一、行政赔偿诉讼的概念

行政赔偿诉讼是指人民法院根据赔偿请求人的诉讼请求，依照行政诉讼程序、国家赔偿法及有关法律、法规的基本制度和原则裁判赔偿争议的活动。

二、行政赔偿诉讼的特征

1．行政赔偿诉讼的提起有先置条件；2．行政赔偿诉讼实行“国家责任，机关赔偿”制度；3．行政赔偿诉讼可以适用调解；4．基本参照民事诉讼的“谁主张，谁举证”。

三、行政赔偿诉讼与行政诉讼的关系

联系：因具体行政行引起的行政赔偿诉讼以审查具体行政行为合法性的行政诉讼为前提。在法律没有特别规定的情况下，行政赔偿诉讼原则上适用行政诉讼法规定的程序。

区别：行政诉讼主要解决的是具体行政行为的效力问题，而行政赔偿诉讼主要解决的问题是国家是否承担行政侵权赔偿责任。

第二节　行政赔偿诉讼的受案范围与管辖

一、行政赔偿诉讼的受案范围

（一）关于受案范围的一般规定

1．因具体行政行为引起的行政赔偿争议 2．因行政事实行为等非具体行政行为引起的行政赔偿争议

（二）法院不予受理的行政赔偿诉讼请求

（三）几种特殊的行政赔偿诉讼

1．对违法的终局行政决定提起的行政赔偿诉讼 2．行政事实行为引起的行政赔偿诉讼 3．因行政处罚显失公正提起的行政赔偿诉讼

二、行政赔偿诉讼的管辖

（一）级别管辖（二）共同管辖与选择管辖（三）专属管辖（四）移送管辖、协议管辖与指定管辖

第三节　行政赔偿诉讼当事人

一、行政赔偿诉讼原告
二、行政赔偿诉讼被告
三、第三人

第四节　行政赔偿诉讼的起诉与受理

一、行政赔偿诉讼的起诉

（一）提起行政赔偿诉讼的条件

1．当事人适格。2．有明确具体的诉讼请求和事实根据。3．程序要求。4．在法定期限内提出赔偿诉讼。5．属于法院的受案范围及受诉管辖。6．以书面形式递交赔偿申请书，口头形式为例外。

（二）提起行政赔偿诉讼的方式

1．一并提起行政赔偿诉讼
2．单独提起行政赔偿诉讼

（三）行政赔偿诉讼案件的受理

第五节　行政赔偿诉讼案件的审判与执行

一、行政赔偿案件的审理程序

二、审理行政赔偿案件的特殊规则

1．行政赔偿诉讼的证据规则
2．适用调解原则

三、行政赔偿的执行与期间

复习与思考题

1．行政赔偿诉讼的特征及其与行政诉讼的区别；
2．特殊的行政赔偿诉讼。

拓展阅读书目

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版。
姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社　高等教育出版社 2005 年版；
马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社 2004 年版；

第二十三章　涉外行政诉讼

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1．涉外行政诉讼的概念；2．涉外行政诉讼的特征；3．涉外行政诉讼的法律适用；4．同等原则；5．对等原则；6．涉外行政诉讼的代理；

本章难点：1.涉外行政诉讼与涉外民事诉讼的区别；2． 涉外行政诉讼的法律适用；3.涉外行政诉讼的代理的特点。

学时分配：2 学时

第一节　涉外行政诉讼概述

一、涉外行政诉讼概念

涉外行政诉讼，是指当事人一方为外国人的诉讼。其特征：1．主体的涉外性。2．法律适用的涉外性。3．发生地域的唯一性。

二、涉外行政诉讼与涉外民事诉讼的区别

1．产生的原因不同。2．当事人涉外的有限性。3．发生的领域不同。

第二节　涉外行政诉讼法律适用

一、涉外行政诉讼法律规范

涉外行政诉讼法律规范，是指由我国立法机关制定或认可的，在调整涉外行政诉讼活动时适用的法律原则与具体规则。

二、涉外行政诉讼的法律适用

一般规定与特别规定的选择适用：1．行政诉讼法的一般规定，适用于所有类型的行政诉讼，当然包括涉外行政诉讼。2．一般规定与特别规定发生冲突时，根据“特别法优于一般法”的规则，适用特别规定。

国内立法与国际条约的选择适用：1．凡是我国缔结或者参加的国际条约，当其与国内立法发和冲突时，应予以优先适用。2．我国缔结或参加的国际条约，经立法机关“认可”转化为国内法，在处理涉外行政诉讼时予以运用。3．但我国法律声明保留的条款除外。

第三节　涉外行政诉讼原则

一、同等原则；

二、对等原则

第四节　涉外行政诉讼代理、期间、送达

第五节　几种典型的涉外行政诉讼

一、国际贸易行政诉讼；
二、反倾销行政诉讼；
三、反补贴行政诉讼

复习与思考题

1．涉外行政诉讼与涉外民事诉讼的区别；
2．涉外行政诉讼的法律适用；
3．涉外行政诉讼的代理的特点。

拓展阅读书目

罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社 1997 年版；
（法）孟德斯鸠著：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1997 年版；
（英）威廉·韦德著：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社 1997 年版；

实践课程：模拟法庭

学时分配：4 学时

一、分组

十人一组，角色的具体分配由各组成员自行协商确定。角色安排如下：

1．审判长 1 人；审判员 2 人；书记员 1 人。

2．原告 1 人；诉讼代理人 2 人。

3．被告 1 人；诉讼代理人 2 人。

可以结合具体案情进行角色调整，增加原、被告并相应减少其诉讼代理人，或者增设第三人及其诉讼代理人。但审判长、当事人及其诉讼代理人必须由本组成员担任，其他角色可以请组外人员客串。

二、选题

各组自行选题，由审判长报老师审查。具体要求如下：

1．案情不能太简单，争议焦点须在 3 个（包括 3 个）以上。

2．最好案件含有重大理论争议，可以展开深度讨论。

三、准备

1．各组成员集体讨论确定案件的争议焦点。其它事宜，各成员各负其责，并保持成员间必要的协调与沟通。

2．在正式的模拟法庭开庭前，由审判长组织各成员进行 2-4 次演练。

3．在充分保障当事人的合法权益，便于查清案件事实真相的基础上，可以对现行的审判程序进行适当的改革。

4．法庭辩论不要纯粹拘泥于法条，可以结合具体案情进行学理上的探讨，并且辩论时间不得少于 1 小时。

四、评分

1．总分 100 分。其中，实体、程序各占 50 分，二者所得分数之和为各组模拟法庭的最终得分。

2．各组成员在评分表上注明本组序号，不得为本组评分。

3．模拟法庭结束后，评最佳审判长 1 人，最佳诉讼代理人 2-4 人。

4．评分结果作为平时成绩，以 20%比例计入期末总成绩。

《国际私法》教学大纲

国际私法研究所　编写

目　录

第一章　国际私法概述.....1097
第一节　国际私法的调整对象.....1097
一、国际民事关系的产生与特征.....1097
二、国际民事关系的法律冲突.....1097
三、国际民事关系的调整方法.....1097
第二节　国际私法的范围与体系.....1097
一、国际私法的范围.....1097
二、国际私法的规范组成.....1098
三、国际私法的体系.....1098
第三节　国际私法学.....1098
一、国际私法学的含义及名称.....1098
二、国际私法的性质.....1098
三、国际私法学的定义.....1098
第四节　国际私法的渊源.....1098
一、国内立法.....1098
二、国内判例.....1099
三、国际条约.....1099
四、国际惯例.....1099
复习与思考题.....1099
拓展阅读书目.....1099
第二章　国际私法发展史.....1100
第一节　传统国际私法理论.....1100
一、法则区别说（the Doctrine of Statutes）.....1100
二、国际礼让说（the Doctrine of International Comity）.....1100
三、法律关系本座说.....1100
四、既得权说（the Doctrine of Vested Rights）.....1100
第二节　现代国际私法理论.....1101
一、本地法说（the Doctrine of Local Law）.....1101
二、结果选择说（Result Selecting Principles）.....1101
三、政府利益分析说（the Doctrine of Governmental Interests Analysis）.....1101
四、最密切联系说.....1101
第三节　国际私法的统一化.....1101
一、海牙国际私法会议与国际私法的统一化.....1101
二、国际社会的其他统一化活动.....1102
复习与思考题.....1102
拓展阅读书目.....1102
第三章　国际私法的主体.....1103
第一节　外国人民事法律地位.....1103
一、外国人民事法律地位的含义.....1103
二、外国人民事法律地位的几种制度.....1103

第二节　自然人 1103
一、自然人的国籍 1103
二、自然人的住所 1104
三、我国关于自然人国籍和住所的规定 1104
第三节　法　人 1104
一、法人的国籍 1104
二、法人的住所 1104
三、我国关于法人的国籍、住所的规定 1105
四、外国法人的认许 1105
复习与思考题 1105
拓展阅读书目 1105
第四章　冲突规范与准据法 1106
第一节　法律冲突 1106
一、法律冲突的概念 1106
二　法律冲突的解决途径 1106
第二节　冲突规范的结构、类型及其发展 1106
一、冲突规范的概念、特点、性质 1106
二、冲突规范的结构、类型 1106
三、冲突规范的发展 1107
第三节　系属公式 1107
一、属人法 1107
二、物之所在地法 1107
三、行为地法 1107
四、法院地法 1107
五、旗国法 1107
六、当事人合意选择的法律 1107
七、最密切联系地法律 1108
第四节　冲突规范中的连结点 1108
一、连接点在冲突规范中的地位和法律特征 1108
二、连结点的分类 1108
三、连结点的选择 1108
四、连接点的发展 1108
第五节　准据法及其确定 1108
一、准据法的概念、特点 1108
二、准据法的确定 1109
三、先决问题 1109
复习与思考题 1109
拓展阅读书目 1109
第五章　冲突规范适用中的几种制度 1111
第一节　识　别 1111
一、识别的概念 1111
二、识别的冲突 1111
三、识别冲突的解决（依据） 1111

第二节　反　致 1111
一、反致概述 1111
二、反致的产生及原因 1112
三、关于反致的理论争议 1112
第三节　公共秩序保留 1112
一、公共秩序保留的概念与作用 1112
二、公共秩序的立法模式 1112
三、我国关于公共秩序保留制度的理论和立法 1112
四、小结 1112
第四节　法律规避 1113
一、法律规避的概念与构成条件 1113
二、法律规避的性质 1113
三、法律规避的效力 1113
四、我国有关法律规避效力的理论和司法实践 1113
第五节　外国法内容的确定 1113
一、外国法内容的确定问题 1113
二、关于外国法的性质和查明方法的理论和实践 1113
三、无法查明外国法的解决办法 1114
四、外国法的错误适用 1114
五、我国关于外国法的查明的规定 1114
复习与思考题 1114
拓展阅读书目 1114
第六章　民事能力的法律适用 1115
第一节　属人法的含义及其发展趋势 1115
一、属人法的含义 1115
二、属人法的发展趋势 1115
三、我国属人法原则 1115
第二节　外国人的民事法律地位 1115
一、国民待遇原则 1115
二、最惠国待遇原则 1115
第三节　自然人权利能力、行为能力的法律适用 1116
一、自然人权利能力的法律适用 1116
二、自然人行为能力的法律适用 1116
第四节　法人权利能力和行为能力的法律适用 1116
一、法人权利能力和行为能力的法律适用 1116
二、我国有关法人权利能力和行为能力的规定 1117
第五节　国　家 1117
一、国家作为国际私法主体的特殊地位 1117
二、国家及其财产的豁免制度 1117
三、联合国的豁免公约 1117
复习与思考题 1117
拓展阅读书目 1117
第七章　物权的法律适用 1118

第一节　物之所在地法原则 1118
一、物之所在地法原则的产生与发展 1118
二、物之所在地的确定 1118
三、物之所在地法的适用范围 1118
四、物之所在地法适用的例外 1118
第二节　中国关于物权的法律适用 1119
一、中国关于一般物权的法律适用 1119
二、中国关于特殊物权的法律适用 1119
第三节　国有化问题 1119
一、国有化中的国际私法问题 1119
二、关于国有化的争议 1119
三、关于补偿 1119
复习与思考题 1119
拓展阅读书目 1119
第八章　涉外合同的法律适用 1121
第一节　涉外合同的法律冲突与准据法的选择方法 1121
一、涉外合同的法律冲突 1121
二、准据法的选择方法 1121
三、合同法律适用规则的历史沿革 1121
第二节　合同的法律适用原则 1121
一、意思自治原则 1121
二、最密切联系原则 1122
三、合同自体法 1122
四、客观标志说 1122
第三节　具体合同的法律适用 1122
一、国际货物买卖合同的法律适用 1122
二、国际货物运输合同的法律适用 1123
三、国际货物运输保险合同的法律适用 1123
四、国际贸易支付关系的法律适用 1123
五、国际技术转让合同的法律适用 1123
六、国际私人直接投资合同的法律适用 1123
复习与思考题 1123
拓展阅读书目 1124
第九章　涉外侵权行为之债的法律适用 1125
第一节　侵权行为之债概述 1125
一、侵权行为之债与侵权行为法 1125
二、侵权行为之债的法律冲突 1125
第二节　一般侵权行为之债的法律适用 1125
一、一般侵权行为之债的法律适用原则 1125
二、我国关于侵权行为之债法律适用的立法与实践 1126
第三节　特殊侵权行为之债的法律适用 1126
一、海上侵权行为的法律适用 1126
二、空中侵权行为的法律适用 1126

三、公路交通事故的法律适用 1127
四、涉外产品责任的法律适用 1127
复习与思考题 1127
拓展阅读书目 1127
第十章　涉外婚姻家庭的法律适用 1128
第一节　涉外结婚的法律适用 1128
一、涉外结婚的法律冲突 1128
二、结婚实质要件的法律适用 1128
三、结婚形式要件的法律适用 1128
四、我国关于结婚的法律制度 1128
第二节　涉外离婚的法律适用 1128
一、涉外离婚的法律适用 1128
二、我国关于涉外离婚的法律制度 1129
第三节　夫妻关系的法律适用 1129
一、夫妻人身关系的法律适用 1129
二、夫妻财产关系的法律适用 1129
三、关于夫妻关系法律适用的国际公约 1129
第四节　亲子关系的法律适用 1130
一、父母与婚生子女关系的法律适用 1130
二、父母与非婚生子女关系的法律适用 1130
三、父母子女之间的权利义务关系的法律适用 1130
四、我国关于父母子女关系的法律规定 1130
第五节　收养、监护和扶养的法律适用 1130
一、收养的法律适用 1130
二、监护的法律适用 1131
三、扶养的法律适用 1131
复习与思考题 1131
拓展阅读书目 1131
第十一章　继承的法律适用 1132
第一节　遗嘱继承的法律适用 1132
一、遗嘱继承的法律冲突 1132
二、遗嘱继承的法律适用 1132
第二节　法定继承的法律适用 1132
一、法定继承的法律冲突 1132
二、法定继承的法律适用 1132
第三节　无人继承财产 1133
一、概述 1133
二、无人继承财产的归属 1133
三、无人继承财产的法律适用 1133
第四节　有关继承的国际公约 1133
一、1961 年《遗嘱处分方式法律冲突公约》 1133
第五节　我国关于继承的法律适用 1133
一、我国继承法律适用规则的特点 1133

复习与思考题 1134
拓展阅读书目 1134
第十二章　国际民事诉讼程序 1135
第一节　国际民事诉讼程序概述 1135
一、概念 1135
二、国际民事诉讼程序在国际私法中的地位 1135
第二节　事诉讼地位 1135
一、国民待遇制度 1135
二、诉讼费用担保制度 1135
三、诉讼代理制度 1135
第三节　国际民事诉讼管辖权 1135
一、国际民事诉讼管辖权及其在国际民事诉讼中的意义 1135
二、确定国际民事诉讼管辖权原则 1136
三、管辖权冲突及其解决途径 1136
四、我国关于国际民事诉讼管辖权的立法与实践 1136
五、海牙《法院选择协议公约》 1136
第四节　国际民事司法协助 1137
一、国际民事司法协助概述 1137
二、域外送达 1137
三、域外取证 1138
第五节　国家间判决承认与执行 1138
一、国家间判决承认与执行的概念、范围及意义 1138
二、国家间判决承认与执行的理论基础 1138
三、承认和执行外国法院判决的条件 1138
四、承认与执行外国法院判决的程序 1138
五、我国有关承认和执行外国法院判决的立法和实践 1139
复习与思考题 1139
拓展阅读书目 1139
第十三章　国际商事仲裁 1140
第一节　国际商事仲裁概述 1140
一、国际商事仲裁的概念 1140
二、国际商事仲裁机构 1140
三、国际商事仲裁的国际立法 1140
第二节　国际商事仲裁协议 1140
一、仲裁协议的概念 1140
二、仲裁协议的内容 1140
三、仲裁协议的形式要件 1141
四、仲裁协议的有效要件及其认定 1141
五、仲裁协议的法律效力 1141
六、仲裁协议的法律适用 1141
七、仲裁条款的独立性原则 1141
第三节　仲裁程序 1141
一、仲裁申请与受理 1141

二、仲裁庭的组成 1141
三、仲裁审理 1141
四、仲裁中的调解 1142
五、仲裁裁决 1142
第四节　国际商事仲裁裁决的承认与执行 1142
一、承认与执行的含义 1142
二、承认与执行仲裁裁决的条件 1142
三、承认与执行外国仲裁裁决的程序 1142
四、国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行 1143
复习与思考题 1143
拓展阅读书目 1143
第十四章　区际私法 1144
第一节　区际法律冲突 1144
一、区际法律冲突与区际私法 1144
二、区际法律冲突的解决模式 1144
三、中国区际法律冲突 1144
第二节　区际民事司法协助 1144
一、区际送达 1144
二、区际取证 1144
三、区际判决和仲裁裁决的承认与执行 1145
复习与思考题 1145
拓展阅读书目 1145

第一章　国际私法概述

本章教学目的和基本要求：本章的目的在于使学生从概貌上了解国际私法，对国际私法的调整对象、调整方法以及国际私法的渊源等基本问题有所把握。本章的内容涉及国际私法的基础性问题，要求学生必须认真学习，充分理解。

学时分配：4 课时

第一节　国际私法的调整对象

一、国际民事关系的产生与特征

（一）国际民事关系的产生

（二）国际民事法律关系的特征

1．这种民事关系都具有一个或一个以上的涉外因素，或称外国成分，具体表现为：（1）法律关系的主体的一方或双方是外国的自然人、法人、无国籍人或者外国国家，或者一方是住所、惯常居所或营业所在国外的自然人、法人。（2）法律关系的客体具有涉外因素，如标的物位于外国、标的物属于外国人所有或标的物需要在外国实施或完成。（3）法律关系的产生、变更或消灭的事实发生在外国.

2．这种民事关系是广义上的民事法律关系。

3．这种民事关系多数具有国际性。

二、国际民事关系的法律冲突

法律冲突（Conflict　of　Laws）亦称“法律抵触”，是指在国际民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家在法律效力上的抵触。

三、国际民事关系的调整方法

（一）冲突法调整

即用冲突规范指引某一法律关系应适用的准据法.

（二）实体法调整

实体法调整，又称直接调整，即指定统一实体规范，直接规定当事人的权利与义务，统一实体规范是指在国际条约和国际惯例中用来确定当事人权利与义务的规范。

第二节　国际私法的范围与体系

一、国际私法的范围

国际私法的范围即是指调整对象的范围，也是指国际私法规范的组成范围，两者是一致的。国际私法的范围应包括以下三类问题：

（一）外国人的民事法律地位问题

（二）国际民事关系的法律适用问题

所谓法律适用，其实质就是用什么法律来确定国际民事关系中当事人的权利与义务。其规范形式表现为：1．冲突规范（Conflict　Rules），又称法律适用规范。2．统一实体规范。

（三）对国际民事关系中当事人的民事权利的司法保护问题

二、国际私法的规范组成

国际私法由四种规范组成：1．规定外国人民事法律地位规范；2．冲突规范；3．统一实体规范；4．国际民事诉讼和国际商事仲裁秩序规范。

三、国际私法的体系

国际私法的体系包括立法和理论体系两种。国际私法的理论体系是指国际私法学者基于对国际私法的认识所建立的学说体系。国际私法的理论体系呈多元化的趋势，理论上有两种观点： 即仅包含冲突法的“小国际私法”和包含程序法、冲突法、统一实体法和外国人民事法律地位再内的“大国际私法”。

第三节 国际私法学

一、国际私法学的含义及名称

国际私法学是法学的一个学科。它是以国际私法本身为研究对象的学科。它的任务在于研究国际私法的理论与实践，以完善国际私法的立法和指导国际私法在实践中的运用。从国际私法学的发展史来看，主要有以下几个名称：1．法则区别说（sheory of statutes）。2．法律冲突论（conflict of laws）。3、国际私法（international private law）。

二、国际私法的性质

争论的中心是：国际私法是属于国际法性质，还是国内法性质。对此问题的争论，学者们有两种不同的意见，形成了两大学派：

（一）国内法学派

国内法学派，亦称“民族主义学派”。认为国际私法属于国内法性质，是国内法中的一个部门。

（二）国际法学派

国际法学派，亦称“世界主义学派”。认为，国际私法属于国际法性质，它是国际法的一部分.

（三）二元论者或综合论者

我们认为，国际私法既有国际法性质的一面，又有国内法性质的一面。国际私法具有二元性质。

三、国际私法学的定义

国际私法是以涉外民事关系为调整对象，以确定外国人民事法律地位为前提，一解决法律适用为核心，以司法保护为目的，包括规定外国人民事法律地位规范、冲突规范、统一实体规范、和国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序在内的一个独立的法律部门。

第四节 国际私法的渊源

一、国内立法

国内立法是国际私法渊源的最早表现形式，也是迄今为止最主的渊源之一。这些法律在内容上可以包括：外国人民事法律地位规范、冲突规范以及国际民事诉讼和国际商事仲裁程序规范。

国际私法的上述规范在国内立法中的表现方式有三种：第一，散见式。 第二，专编专章式。

第三，法典式，即以单行法规的形式，专门规定国际私法规范。

二、国内判例

1．英美法系国家都是以判例法为主要法源的国家。在这些国家成文法是零散的，仅仅是判例法（Case Law） 的补充。英国的 《法律冲突法》，美国的 《冲突法重述》（Restatement of Conflict of Laws）。

2．在大陆法系国家，虽然是以“成文法”制定法为主要法派，但是判例也起着重要的作用。

3．我国是成文法国家，判例不是法源，当然也不是国际私法的渊源。

三、国际条约

有关国际私法条约有四类：1．统一冲突法条约，2．规定外国人民事法律地位规范，3．统一实体法公约，4．国际民事诉讼与仲裁程序方面的国际条约.

四、国际惯例

国际惯例是在国际交往中，经过长期反复的实践、逐步形成、具有确定内容、为世人所共知的行为规则。国际私法方面的国际惯例有两种：

1．依据国际法原则，各国所共认的，具有法律效力的强制性规范，如“外国国家及其财产的司法豁免原则”，“公共秩序保留原则”等。

2．任意性的国际惯例。

复习与思考题

1．如何理解国际民事法律关系的特征？

2．Conflict of Laws 及其产生原因？

3．如何理解国际惯例在国际私法中的地位

4．国际条约在国际私法中的地位

拓展阅读书目

1．赵相林主编全国十五规划教材《国际私法》，2005 年中国政法大学出版社出版；

2．韩德培 主编《国际私法新论》 武汉大学出版社1997年版；

3．刘想树《国际私法基本问题研究》，法律出版社2001年版；

4．黄进《中国国际私法》，法律出版社1998年版；

5．徐东根著：《国际私法趋势论》，北京大学出版社 2004 年版。

第二章　国际私法发展史

本章教学目的和基本要求：国际私法有着500年的学说史，其理论丰富而深厚，其立法史虽然不长，但发展很快，掌握国际私法主要理论的基本内容和地位是本章教学的目的，要求学生以历史为线索，梳理出国际私法理论的发展脉络，并理解其内容和对国际私法的影响。

分配课时：4课时

第一节　传统国际私法理论

一、法则区别说（the　Doctrine　of　Statutes）

（一）意大利的法则区别说

1．产生背景：经济：各城邦之间有了商业交往。法律：各城邦有了自己的习惯法—法则。冲突：罗马法（普通法）与城邦法之间；城邦法与城邦法之间。

2．代表人物　巴托鲁斯　（Bartolus　1314-1357）

3．内容。把所有法则分为物的法则（物法）、人的法则（人法）和混合法则。“物法”是属地的，适用于制定者管辖领土内的物。“人法”是属人的，不但适用于管辖领土内的属民，也可以随人适用于域外。“混合法则”适用于制定者领土内订立的契约。

4．意义：（1）是国际私法最早的学说，标志着国际私法的产生。（2）突破了封建的绝对属地主义，提出了法的域内效力与域外效力问题，找出了解决法律冲突的方法。（3）该学说所创立的某些冲突原则对以后国际私法的发展产生了重大影响，至今仍为世界各国所采纳。

（二）法国的法则区别说

1．杜摩兰（Charles　Dumoulin　1500-1566），代表作：《巴黎习惯法评述》主要贡献：提出了“意思自治”原则。

2．达让特莱（D’　Argentre　1519-1590），代表作：《布列塔尼习惯法释义》观点：强调法律严格的属地性。一切习惯法原则上都是属地的，仅在立法者境内有效。适用属人法只是一种例外。

二、国际礼让说（the　Doctrine　of　International　Comity）

荷兰冲突法学家伏特父子和胡伯创立国际礼让说。胡氏理论主要表现于他所提出的著名的三项原则中：1．每个主权国家的法律在境内发生效力并约束其所有臣民，但无域外效力；2．凡在其境内居住的人，无论是长期的或临时的，都应视为其臣民；3．主权国家对于另一国家已在其本国有效实施的法律，出于礼让，应保持其在境内的效力，只要这样做不损害自己国家及臣民的权益。

三、法律关系本座说

创立该学说的是德国学者卡尔·冯·萨维尼（Friedrich　Carlvon　Savigny，1779—1861）。

内容：每个法律关系的产生发展都要占有一个“空间”，这个“空间”就是法律关系的“本座”，“本座”所属的法律就是应该适用的法律。

意义：（1）在国际私法发展史上具有里程碑意义，奠定了近代国际私法的基础。（2）在国际私法方法论上实现了根本的变革。强调分析法律关系的性质，促进了欧洲国际私法成文立法的发展。

四、既得权说（the　Doctrine　of　Vested　Rights）

代表人物　戴西（Dicey　1835-1922），代表作：《法律冲突论》核心内容：　法官只负有适用

内国法的任务，既不能承认或执行外国法，也不能执行外国法院的判决。法官所承认或执行的是根据外国法所创设的权利。意义：既得权的观点构成英美国际私法的理论基础并指导司法实践。

第二节　现代国际私法理论

一、本地法说（the　Doctrine　of　Local　Law）

代表人物　库克（Cook　1873-1943），代表作《冲突法的逻辑与法律基础》1942，内容包括：（1）法院只适用本地法即法院地法，不适用外国法。（2）在某些情况下，法院可以考虑外国法，但只能是将外国法规范并入自己的法律规范予以适用。法院执行的是本地法创设的权利，而不是外国法创设的权利。意义：批判了传统的国际私法理论，促进了美国现代国际私法理论的形成。缺陷在于该说起到了破坏性的作用而没有取得建设性的成就。只能说是一种适用外国法的方法。

二、结果选择说（Result　Selecting　Principles）

1933 年卡弗斯教授在《哈佛法律评论》杂志上发表《法律选择问题评论》一文，首次对传统理论提出批评。代表作：《法律选择问题评论》《法律选择程序》。内容：（1）以“结果选择”代替“管辖权选择”，考虑所适用法律的内容以达到结果的公正。（2）区分“真实冲突”（一个以上州存在利益）与“虚假冲突”（一个州存在利益），并对此提出了解决方法。意义：（1）揭示了法律冲突实质上存在真实冲突与虚假冲突，使人们能够辨别虚假冲突。（2）追求结果公正，提出了法律选择的优先原则，为法官进行法律选择提供了指导。缺陷在于何谓结果公正，没有统一的标准，此外，缺乏可操作性，为法官办案增加了难度。

三、政府利益分析说（the　Doctrine　of　Governmental　Interests　Analysis）

创始人便是美国著名法学家柯里教授。柯里的理论并不是他自己的主观臆造，而是得益于美国的司法审判实践。主要内容：如果要求法院适用不同于法院地法的外州法，法院应当考察有关各州法律所体现的政策，通过分析这些政策，查明有关各州从实施这些政策中所能得到的利益。在这一过程中，法院应适用普通的法律解释程序。意义：该说揭示了法律冲突实质上是国家之间　的利益冲突，通过分析法律背后的利益和政策决定应适用的法律已被美国部分司法判例所接受。缺陷：全部抛弃传统的冲突原则，过分强调法院地法的作用，势必造成对国际私法的全面否定。

四、最密切联系说

最密切联系说是美国哥伦比亚大学国际私法教授威利斯·里斯（Willis　Reese）所倡导的关于法律选择问题的一种理论。按照这一理论，冲突案件应当适用与案件和当事人有最密切联系的那个州的法律。

最密切联系说作为一种国际私法理论可以追溯到萨维尼的法律关系本座说。在上述学说、观点的影响下，美国的司法判决中开始逐步出现重力中心或最强联系的概念。

第三节　国际私法的统一化

一、海牙国际私法会议与国际私法的统一化

（一）国际私法会议的性质和组织机构

1．大会（Plenary　Sessions）

2．指导机构（Directing　Organs）

3．秘书处（Secretariat）

（二）海牙国际私法会议的工作方式及其成就

二、国际社会的其他统一化活动

复习与思考题

1．萨维尼法律关系本座说与法则区别说的区别是什么？它们各自在国际私法中的地位如何？

2．最密切联系原则的理论基础与发展

3．中国国际私法立法的主要理论依据是什么？

4．国际私法的统一化表现在哪些方面？

5．查找资料，梳理出传统国际私法理论和现代国际私法理论的异同。

拓展阅读书目

1．韩德培　韩健著：《美国国际私法（冲突法）导论》，法律出版社 1994 年版；

2．亨利·巴蒂福尔、保罗·拉加德著，陈洪武等译，《国际私法总论》，中国对外翻译出版公司 1989 年版；

3．马丁·沃尔夫著　李浩培　汤宗舜译：《国际私法》，法律出版社 1988 年版；

4. [美]E·博登海默著：《法理学---法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社　1999 年版。

5．黄进、何其生、肖凯编，《国际私法：案例与资料（中、英文）》法律出版社 2004 年版；

6. 李双元　欧福永　熊之才编：《国际私法教学参考资料选编》，北京大学出版社 2002 年版；

7．Joseph Henry Beale： Bartolus on the Conflict Of Law， Harvard University Press 1914；

8．Robert Phillimore：Private International Law On Comity London 1889

9． 齐湘泉著：《涉外民事关系法律适用法总论》，法律出版社 2005 年版；

10、刘铁铮　陈荣传著：《国际私法论》，三民书局 1996 年版；

第三章　国际私法的主体

本章教学目的和基本要求：国际私法的主体包括自然人、法人和国家及其国际组织，其本身的法律冲突问题以及主体资格的确定有着各自的特征和制度。通过本章的学习，学生要掌握自然人国籍冲突、住所冲突的解决；法人国籍的确定原则，外国法人的认可；国家作为国际私法主体的豁免制度。

课时分配：3 课时

第一节　外国人民事法律地位

一、外国人民事法律地位的含义

外国人的民事法律地位，是指外国人（外国自然人和法人）在内国享有民事权利和承担民事义务的法律状态，是外国人在内国从事民事活动的前提条件。

二、外国人民事法律地位的几种制度

（一）国民待遇制度

国民待遇（National　Treatment），是指一国给予外国人（包括自然人和法人）在投资、贸易、知识产权保护、出入境管理等方面享有不低于本国人（包括自然人和法人）的待遇。

（二）最惠国待遇

最惠国待遇（Most-favored　Nation　Treatment）是一个国家依据条约或国内立法，在贸易、投资、航海、关税或侨民的民事法律地位等方面给予另一国享受现时和将来给予现时和将来任何第三国同样的利益、优惠、特权或豁免。

最惠国待遇有以下特点：（1）最惠国待遇的依据常常是一项双边或多边条约的规定。（2）受惠国取得施惠国给予任何第三国的优惠待遇，无需向施惠国履行任何申请手续。即最惠国待遇条款具有自动适用性。（3）在最惠国条款中，一般都对最惠国待遇的适用范围作出规定。即目前一般实行的是有限制的最惠国待遇。

最惠国待遇的例外：（1）一国给予邻国的特权与优惠；（2）边境贸易和运输方面的特权与优惠；（3）有特殊的历史、政治、经济关系的国家形成的特定地区的特权与优惠；（4）经济集团内部各成员国互相给予对方的特权与优惠。

（三）优惠待遇制度

优惠待遇（Preferential　Treatment）是指某国给予另一国或其公民和法人以特定优惠的一种待遇。

（四）不歧视待遇制度

不歧视待遇（Non－discriminate　Treatment）是一国与另一国约定，对方不把对其他国家没有加予的或者是仅对个别国家加予的限制加在自己的身上，从而使自己不处于比一切或大多数国家更不利的地位。

第二节　自然人

一、自然人的国籍

（一）国籍的冲突

（二）国籍冲突的解决

1．国籍积极冲突的解决：（1）一个人同时既具有内国国籍，又具外国国籍时，国际上的通行做法是按照“内国国籍优先的原则”，以内国法为当事人的本国法。（2）当事人的双重或多重国籍均为外国国籍时，用以下做法确定国籍：第一，最后取得的国籍优先， 第二，当事人住所或惯常居所所在地国国籍优先。第三，与当事人有最密切联系国家的国籍优先。

2．国籍消极冲突的解决

对于国籍的消极冲突，各国立法及实践所采取的解决办法基本一致，一般主张以当事人住所所在地国的法律为其本国法，当事人无住所或住所不能确定时，以其居所所在地国法为其本国法。

二、自然人的住所

（一）住所概述

所谓住所（domicile），是指一人以久住的意思而居住的某一处所。从各国立法与学说来看，一般都认为住所包含主客观两个构成因素，一是在一定的地方有居住的事实，二是有在一定的地方久住的意思。

（二）住所的冲突

住所的冲突，主要是由于各国立法对住所的概念、住所的分类和住所的取得、变更及放弃等问题的规定不同而产生的。第一，积极冲突，是指一个人同时具有两个或两个以上的住所；第二，消极冲突，即一个人无任何法律意义上的住所。

（三）住所冲突的解决

1．住所积极冲突的解决。对于住所的积极冲突，其解决原则大体与解决国籍的积极冲突相似。

2．住所消极冲突的解决。对于住所消极冲突的解决，各国主要采取两种办法：其一是以居所或惯常居所来代替住所；其二是以当事人曾存在过的最后住所为住所，如无最后住所，则以居所或惯常居所代替住所。

三、我国关于自然人国籍和住所的规定

不承认中国公民的双重国籍。对于国籍的积极冲突， “有双重或多重国籍的外国人，以其有住所或与其有最密切联系的国家的法律为其本国法”。“无国籍人的民事行为能力，一般适用其居住国法律；如未定居，适用其住所地国法律”。

第三节 法 人

一、法人的国籍

确定法人国籍的标准：

1．法人成立地说，或称登记地或设立地说。

2．法人住所地说。

3．法人设立人国籍说，或称资本控制说。

4．准据法说。

5．复合标准说。

二、法人的住所

对于何处为法人的住所，有以下不同的主张。

1．主事务所所在地说，或称管理中心所在地说。

2．营业中心所在地说。该说认为，法人运用自己的资本从事经营活动的地方是该法人实现其经营目的之所在，所以法人的住所应是法人实际上从事经营活动的所在地。

3．法人住所依章程之规定说。

三、我国关于法人的国籍、住所的规定

对外国法人国籍的确定，采用法人登记地原则.

依照主要办事机构所在地确定法人的住所。

四、外国法人的认许

所谓外国法人的认许，即对外国法人以法律人格者在内国从事民事活动的认可，它是外国法人进入内国从事民事活动的前提。

各国对外国法人的认许方式通常有以下几种：特别认许制；一般认许制；概括认许制（又称相互认许制）。

复习与思考题

1．什么是自然人的国籍冲突？国际上通常的解决方法是什么？我国如何解决自然人的国籍冲突？

2．中国关于自然人住所的认定标准是怎样的？如何解决住所的冲突？

3．法人国籍的确定有哪些理论？中国怎样确定法人的国籍？

4．国家及其财产豁免制度的内容是哪些？什么是限制豁免？联合国豁免公约的主要内容是什么？

拓展阅读书目

1．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版；

2．李双元主编：《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社 1998 年版；

3．马丁• 沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版；

4．赵相林著：《国际民事法律关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年版。

第四章　冲突规范与准据法

本章学习目的和基本要求：冲突规范是国际私法的核心规范，也是解决法律冲突的主要规范，是以后法律适用各章的基础。通过本章的学习，达到正确理解冲突规范的目的。要求学生透彻理解冲突规范的结构、类型、系属公式及其连结点的内含和发展。准据法的确定是冲突规范运用的结果，所以在本章的学习中，学生要初步掌握冲突规范的运用步骤和遇到的问题及其解决的途径。

课时分配：4 课时。

第一节　法律冲突

一、法律冲突的概念

法律冲突（conflict　of　laws）亦称“法律抵触”，是指在涉外民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家的不同法律在效力上的抵触。涉外民事关系产生法律冲突的原因，归纳起来有三：

1．在同一个涉外民事法律关系中，有关国家的法律对同一个问题的规定不同.

2．一个国家法律的域内效力与另一个国家法律的域外效力同时出现在一个涉外民事关系中，便产生了不同国家法律的域内与域外效力的冲突。

3．受理案件的法院国在一定条件下承认外国法律的域外效力。

二　法律冲突的解决途径

（一）冲突法途径

（二）统一实体法途径

第二节　冲突规范的结构、类型及其发展

一、冲突规范的概念、特点、性质

（一）冲突规范的概念

冲突规范（conflict　rules），又称法律适用规范、法律选择规范，它是指出某种涉外民事关系应该适用何国法律来调整的规范。它是国际私法最早的一种规范形式，也是核心规则，并曾一度是国际私法的唯一规范形式。冲突规范本身并不直接规定涉外民事关系当事人之间的具体权利和义务，而只是指明应该适用哪一国法律来确定这种权利和义务.

（二）冲突规范的特点

1．冲突规范是法律适用规范。

2．冲突规范是一种间接规范.

3．冲突规范是一种特殊的规范。

（三）冲突规范的性质

目前，比较一致的看法是，冲突规范既不是实体规范，也不是程序规范，而是一种对涉外民事法律关系起间接调整作用的特殊的法律适用规范。这就是冲突规范的性质。

二、冲突规范的结构、类型

（一）冲突规范的结构

冲突规范在结构上则由“范围”和“系属”两个部分组成。“范围”是指冲突规范所要调整的民事关系或要处理的法律问题；“系属”则是调整这一民事关系或处理该法律问题所应适用的法律。

（二）冲突规范的类型

1．单边冲突规范：（1）直接指明只适用内国法的单边冲突规范。（2）直接指明只适用外国法的单边冲突规范。

2．双边冲突规范：提供一个以某种标志（即连结点）为导向的法律适用原则。

3．选择型冲突规范：（1）无条件的选择型冲突规范。（2）有条件的选择型冲突规范。

4．重叠型冲突规范：系属指明必须同时适用两种或两种以上的法律。

三、冲突规范的发展

目前，冲突规范呈现出以下的发展趋势：

1．冲突规范的软化处理。（1）“意思自治原则”在合同领域的适用是冲突规范被软化处理的开始。（2）增加连结点的数量，以增加选择法律的灵活性。

2．采用“分割法”，以提高法律适用的灵活性。

3．三类新型的双边冲突规范的普遍采用。（1）选择性冲突规则的应用。（2）重叠性冲突规则的应用。（3）保护性冲突规则的应用。

第三节　系属公式

一、属人法

这是指以当事人的国籍、住所或居所作为连结点的系属公式，主要用于解决有关人的能力、身份、婚姻家庭和财产继承等方面的法律冲突问题。属人法在传统上有两种不同的原则：一种是本国法原则，即以当事人的国籍作为其属人法的连结点；另一种是住所地法原则，即以当事人的住所地作为其属人法的连结点。

二、物之所在地法

常用于解决所有权与其他物权关系方面的法律冲突问题。

三、行为地法

源于“场所支配行为”这一古老的习惯法原则，起初主要用于确定行为方式的有效性，后来也用来解决行为内容方面的法律冲突。

四、法院地法

主要用于解决涉外民事诉讼程序方面的问题，在某些场合下也用来解决实体法方面的法律冲突问题。

五、旗国法

主要用于解决船舶或飞行器在运输途中发生的一些法律纠纷中的法律冲突问题。

六、当事人合意选择的法律

用于解决涉外合同的法律适用问题。但近年来这一系属公式在侵权、继承等领域也被采用。

七、最密切联系地法律

指与涉外民事关系有最密切联系的国家（或地区）的法律，是近几十年发展起来的一个系属公式，在合同领域采用比较多，一些国家还把它用于侵权行为和家庭关系等方面。

第四节　冲突规范中的连结点

一、连接点在冲突规范中的地位和法律特征

（一）连结点的地位

在冲突规范的“系属”中，是把特定的民事关系或法律问题和某国法律连结起来的纽带或标志，在国际私法术语中称为“连结点”或“连结因素”。冲突规范的“系属”就是由“连结点”加上其导向的法律所组成的。

（二）法律特征

1．冲突规范中每一个连结点的产生和发展，都有其客观原因和历史背景，随着国际经济的发展，它们也在不断的发展变化。

2．连结点的运用可以直接反映国际私法立法的状况。

3．冲突规范中连结点的选择必须是客观的，而不应是任意或虚构的。

4．连结点是传统国际私法理论研究的焦点。连结点类似路标，指引法官沿此寻找应适用的法律。

二、连结点的分类

1．连结点可分为主观连结点和客观连结点。

2．连结点还可分为静态连结点和动态连结点。

3．连结点也可以分为单纯的事实和法律概念。

三、连结点的选择

1．一国立法机关选择连结点时，通常要考虑多种因素。

2．连接点的确定必须与客观实际相适应，并且要随着客观情况的改变而改变。

3．连接点的选择应该能够反映一个国家法律的政策取向和目标。

4．连接点的选择要有一定的前瞻性。

四、连接点的发展

1．灵活、开放连接点的应用

2．复数连接点的应用

3．分割规则在连接点选择中的应用

4．连接点含义的多样性

第五节　准据法及其确定

一、准据法的概念、特点

准据法是国际私法特有的一个法律概念，它是指按照冲突规范的指引而援用来确定涉外民事关

系当事人具体权利义务的特定实体法。可见，系属是冲突规范结构中的一个组成部分，而准据法是独立于冲突规范之外的具体法律，不可将二者等同起来。

准据法的两个特点：1．准据法是能够确定当事人具体权利义务关系的实体法。2．准据法是按照冲突规范的指定所援用的法律。

二、准据法的确定

（一）区际法律冲突及其解决

一个国家依照不同的地区分成不同的法域，不同法域的法律制度之间发生的法律冲突，称之为区际法律冲突。国际上主要的解决方法有三：（1）直接以法院地冲突规范的连结点确定准据法。（2）按多法域国家的区际私法确定准据法。（3）法院地国家的冲突规范中专门针对多法域国家的法律适用规则，规定以其哪一个法域的法律作为准据法。

（二）人际法律冲突及其解决

人际法律冲突是指在同一个国家中适用于不同民族、种族、宗教、部落的民事法律之间在效力上的冲突。这些冲突主要存在于有关人的身份、婚姻家庭和财产继承等方面，其解决的途径与区际冲突相类似。

（三）时际法律冲突

时际法律冲突是指准据法所属国存在新旧法交替，在新法与旧法之间存在的冲突。

三、先决问题

（一）先决问题的含义

先决问题是指涉外民事案件（即主要问题）的处理所必须首先要加以解决的其他问题。典型案例是布伦特伍德婚姻登记员案。三个主要特点：（1）是解决主要问题的前提。（2）是一个独立的问题，需要运用冲突规范单独确定其准据法。（3）先决问题的存在有一定的条件。

（二）构成先决问题的条件

1．按照法院地的冲突规则，主要问题的准据法是外国法。

2．该先决问题相对独立于主要问题，可以作为一项单独的争议向法院提出，并且有针对它的冲突规范可以适用。

3．依准据法所属国针对先决问题的冲突规范所应适用的法律，与依法院地针对先决问题的冲突规范所应适用的法律不同，由二者得出的判决结果将完全相反。

（三）先决问题准据法的确定

理论上有两种不同的主张。一种主张认为应以主要问题的准据法所属国的冲突规范确定先决问题的准据法。另一种主张则认为先决问题的准据法应依法院地的冲突规范来确定。

复习与思考题

1．举例说明冲突规范的四种类型，每一种类型的特点和作用如何？

2．什么是系属公式？

3．什么是冲突规范中的连结点？在法律选择中连结点的作用如何？

4．什么是准据法？准据法在确定中需要解决哪些问题？为什么？

5．中国关于区际冲突的解决采用哪些做法？

拓展阅读书目

1．［英］J．H．C 莫里斯：《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元等译，中国大百科全书出版社1998 年版。

2．莫里斯：《法律冲突法》（中译本），中国对外翻译出版社，1990 年版；

3．赵相林、杜新丽等著：《国际民商事关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年出版。

4．肖永平著：《国际私法原理》，法律出版社 2003 年版。

5．陈卫佐：《瑞士国际私法法典研究》，法律出版社 1998　年版；

6．梅仲协：《国际私法新论》，三民书局 1980　年版；

7．李浩培，《李浩培文选》，法律出版社，1999 年版。

第五章　冲突规范适用中的几种制度

本章学习目的与基本要求：冲突规范在适用的过程中，形成了五种制度，即识别、反致、公共秩序保留、法律规避、外国法的查明。这些制度与冲突规范相随相伴，构成冲突规范适用中的一部分。对于这些制度的学习，学生必须做到：第 1，正确理解概念及其构成的要件，形成的原因和背景。第 2，运用中的利与弊及其“尺度”。第 3，中国的规则和态度。

课时分配：4 课时。

第一节　识　别

一、识别的概念

国际私法上的识别是指依据一定的法律观念，对有关的事实构成作出“定性”或“分类”，将其归入一定的法律范畴，并对有关的冲突规范所使用的法律名词进行解释，从而确定应适用哪一冲突规范去援引准据法的认识过程。

二、识别的冲突

识别冲突是指法院在处理涉外民事争议时，由于各国法律对同一“事实构成”作出不同的分类，或对冲突规范的范围中同一法律概念赋予不同的内涵，采用不同国家的法律观念进行识别就会适用不同的冲突规范，最终导致适用不同准据法的结果。所以，对于法院地国家而言，识别冲突就是依内国法识别和依有关外国法识别之间的冲突。

三、识别冲突的解决（依据）

（一）法院地法说
（二）准据法说
（三）分析法说和比较法说
（四）个案识别说
（五）二级识别说

第二节　反　致

一、反致概述

反致（renvoi）有广义和狭义之分。一般讲的反致是广义的反致，是一个总括性的概念，包括狭义的反致（remission）、转致（transmission）、间接反致（indirect　remission）和外国法院说（foreign court　theory）等。

（一）狭义的反致

即直接反致，是指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应适用乙国法律，而乙国的冲突规范规定，应适用甲国的法律，结果甲国法院按此规定，最后适用了甲国的实体法。

（二）转致

指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应该适用乙国的法律，而乙

国的冲突规范规定应适用丙国的法律，最后甲国法院适用了丙国实体法作为准据法。

（三）间接反致

指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院根据本国冲突规范应适用乙国法，乙国的冲突规范规定应该适用丙国法，而丙国的冲突规范又规定应该适用甲国法，甲国法院最后适用了甲国实体法。

（四）双重反致

该学说是英国冲突法中的一项特有的制度，它是指英国法官在处理特定范围的涉外民事案件时，如果依英国的冲突规范应适用某一外国法，英国法官应“设身处地”地将自己视为在外国审判，再依该外国对反致所报的态度，决定最后所应适用的法律。

二、反致的产生及原因

著名的国际私法反致案例——福果案。反致制度基于以下两个原因而产生：第一、客观方面的原因，即法院地国与有关国家对同一民商事法律关系或民商事法律问题的法律适用作出了不同的规定或不同的解释。第二、主观方面的原因，即法院把其冲突规范指向适用的外国法理解为该国的实体法和冲突法都包括在内，并且只适用其中的冲突法。

三、关于反致的理论争议

理论界围绕着是否应采用反致制度这一问题，形成了尖锐对立的两大派，即赞成派与反对派。双方争论的共同焦点表现为以下五个方面：1．从扩大本国法的适用范围角度；从尊重国家主权角度；从保证判决结果一致性的角度；从实体规范与冲突规范的关系角度；关于逻辑矛盾问题。

第三节　公共秩序保留

一、公共秩序保留的概念与作用

公共秩序保留　（reservation of public order）在英美法中称“公共政策”（public policy），在大陆法中称“公共秩序”、“保留条款”、或者“排除条款”。其是指一国法院依据自己的冲突规范本应适用外国法时，因其适用会与法院地的重大利益、基本政策、法律的基本原则或者道德的基本观念相抵触而排除其适用的一种制度。

二、公共秩序的立法模式

1．间接限制外国法适用的立法模式。
2．直接限制外国法适用的立法模式。
3．合并限制外国法适用的立法模式。

三、我国关于公共秩序保留制度的理论和立法

1987 年《中华人民共和国民法通则》，其第 8 章“涉外民事关系的法律适用”第 150 条规定：“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”这项规定表明：（1）我国采取了直接限制的立法方式，适用起来比较灵活。（2）对于确定违反公共秩序的实际标准，我国采取了 “客观说”。

四、小结

1．公共秩序制度是各国承认和采用的国际私法制度，其作用在于排除和限制外国法的适用。
2．公共秩序是一个富于弹性的条款，何谓公共秩序，由各国根据其不同时期的政策和利益来

解释。

3．公共秩序制度不能滥用，否则会构成对国际私法的否定。

第四节　法律规避

一、法律规避的概念与构成条件

（一）概念

法律规避（evasion of law），是指在涉外民事领域，当事人为利用某一冲突规范，故意制造出一种连结因素，以避开本应适用的准据法，使对其有利的另一国法律得以适用的行为。1878 年法国最高法院审理的鲍富莱蒙婚姻案。

（二）法律规避的构成要件

国际私法上的法律规避，应具备以下四个要件：1．从主观上讲，当事人规避某种法律必须是出于故意；2．从行为表现上讲，当事人规避法律是通过有意改变或制造某种连接点来实现的；3．从规避的对象上讲，当事人规避的法律是本应适用的强行性或禁止性的规定；4．从客观结果上讲，当事人规避法律的目的已经达到。

二、法律规避的性质

法律规避是一个独立的问题，它同公共秩序保留在发生原因、保护对象、性质以及立法上的表现都是不同的。

三、法律规避的效力

法律规避是有效行为。理由：冲突规范为法律规避提供了可能。

法律规避是无效行为。理由：诈欺使一切归于无效。（1）仅规定规避内国法无效。（2）凡属法律规避均属无效。

四、我国有关法律规避效力的理论和司法实践

实践中主要以最高人民法院 1988 年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》为依据。该意见第 194 条规定：“当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法的效力。”

第五节　外国法内容的确定

一、外国法内容的确定问题

外国法内容的确定（proof of content of foreign law），又称外国法的查明，是指一国法院审理涉外民事案件时，根据本国冲突规范指定应适用的外国法时，如何查明该外国法的存在和内容。

二、关于外国法的性质和查明方法的理论和实践

实践中各国对于外国法的查明方法也不一致，主要有以下四种：1．把外国法看作事实，必须由当事人主张和证明。2．把外国法看作事实，原则上由当事人负责举证，但法官也可直接认定。3．把外国法看作法律，由法官依职权查明。4．基本上把外国法视为法律，原则上由法官负责查明，必

要时也可要求当事人予以协助。

三、无法查明外国法的解决办法

各国在实践中有以下解决方法：1．以法院地法取代应该适用的外国法 2．驳回当事人的诉讼请求或抗辩 3．适用同本应适用的外国法相近似或类似的法律。4．适用一般法理。

四、外国法的错误适用

（一）适用内国冲突规范的错误

适用内国冲突规范的错误．对于这一类错误，一般都认为和违反内国的其他法律具有相同的性质，并允许当事人依法上诉，以纠正这种错误。

（二）适用外国法本身的错误

1．不允许当事人提起上诉。

2．允许当事人提起上诉。

五、我国关于外国法的查明的规定

我国在立法上未对外国法的查明问题作出明确规定，但在司法解释中对这一问题作出了说明。

（一）五种途径查明外国法的内容

依照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第193 条的规定，对于应适用的外国法律，可通过下列途径查明：1．由当事人提供；2．由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；3．由我国驻该国使、领馆提供；4．由该国驻我国使馆提供；5．由中外法律专家提供。

（二）查不到的处理

“……通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。”

（三）上诉问题

对中国法院在审理涉外民商事案件时发生的适用外国法的错误，无论是属于适用内国冲突规范的错误，还是属于适用外国法本身的错误，当事人均可对之提起上诉，要求加以纠正。

复习与思考题

1．什么是国际私法上的识别？识别的对象是什么？应当用什么依据进行识别？

2．用法院地识别的合理性在哪里？

3．反致产生的原因与条件是什么？在审理国际民商事案件中可以起到什么样的作用？

4．什么是公共秩序保留中的“主观论”和“客观论”？你认为在当今社会那一种更合理？

5．外国法的查明包含那些内容？中国关于外国法查明的司法解释有哪些缺陷？

拓展阅读书目

1．韩德培主编《国际私法新论》，武汉大学出版社，2003 年 7 月第一版；

2．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版；

3．丁伟主编《冲突法论》，法律出版社，1996 年 9 月第一版；

4．于飞：《中国国际私法理论与立法》，中国法制出版社 2004 年版；

5．中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法制出版社 2000 年版；

第六章　民事能力的法律适用

本章学习目的和基本要求：属人法是当事人民事能力法律适用的主要规则，对其进行正确的理解和把握发展脉络及其趋势，是学习中首先必须做到的。然后对自然人、法人的民事行为能力的法律适用规则熟记并正确运用。国家作为国际私法的主体，有着特殊的地位和制度，那就是国家主权与豁免制度，掌握该制度的内容，并且理解限制豁免说，了解豁免公约。

课时分配：3 课时

第一节　属人法的含义及其发展趋势

一、属人法的含义

属人法（personal　law）是指关于人的身份（status）和能力（capacity）所适用的法律，亦即关于人的身份和能力的准据法。国籍和住所作为与人紧密相关的因素，是自然人属人法的两个基本连结点。

二、属人法的发展趋势

（一）住所地法的优先适用。

（二）惯常居所地的出现

三、我国属人法原则

1．《民法通则》《票据法》：权利能力和行为能力：司法实践中将属人法理解为本国法；继承：使用“住所地”　作属人法的连结点。

2．“经常居住地”（惯常居所地）作为住所地的补充。《司法解释》的 181 关于国籍的消极冲突；第 183 关于住所冲突；第 185 当事人营业所，“住所”“经常居住地”的使用。

3．用语不规范。欠缺关于“能力”的法律适用规则。

第二节　外国人的民事法律地位

一、国民待遇原则

（一） 概念：国民待遇是指给予外国人享有不低于本国人的待遇。

（二） 特点

（三） 中国的国民待遇制度

二、最惠国待遇原则

（一）概念

最惠国待遇是指一个国家依据条约，给予另一国享受现时和将来给予任何第三国同样的待遇。

（二）特点

（三）中国的最惠国待遇制度

第三节　自然人权利能力、行为能力的法律适用

一、自然人权利能力的法律适用

（一）自然人权利能力的法律冲突

（二）自然人权利能力的法律适用规则

1．适用当事人的属人法

2．适用该涉外民事法律关系的准据法

3．适用法院地法

（三）失踪和死亡宣告的管辖权及法律适用

1．失踪和死亡宣告的管辖权

何国法院对涉外失踪和死亡宣告案件有管辖权，基本上有以下三种主张：（1）主张由失踪人国籍国法院管辖。（2）主张由失踪人的住所地国法院管辖。（3）失踪或死亡宣告的管辖权，原则上由本国法院管辖，但在一定条件和一定范围内，也可由其住所地国或其居所地国管辖。

2．失踪或死亡宣告的法律适用：（1）依失踪人的本国法。（2）依失踪人的住所地法。（3）原则上依失踪人的本国法，但内国法院对失踪宣告或死亡宣告有管辖权时，则适用法院地法。（4）原则上依失踪人的本国法，但失踪人在内国有财产及应以内国法的法律关系，适用内国法。

二、自然人行为能力的法律适用

（一）自然人行为能力的法律冲突

（二）自然人行为能力的法律适用

1．适用当事人的属人法：住所地法　或者　国籍国法。

2．依属人法无能力而依行为地法有行为能力的，适用行为地法。（主要指商务活动）

3．对于不动产法律行为人的行为能力，适用不动产的所在地法。

（三）我国关于自然人行为能力法律适用的规定

关于自然人的行为能力，我国《民法通则》第 143 条规定：“中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律”。

最高人民法院《关于贯彻和执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》又对此作了三条补充说明.

（1）定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用定居国法律。

（2）外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认为有民事行为能力。

（3）无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；如未定居的，适用其住所地法律。

第四节　法人权利能力和行为能力的法律适用

一、法人权利能力和行为能力的法律适用

规则：适用法人的属人法。

法人属人法适用于：法人的内部关系；财产的清算；能力。

二、我国有关法人权利能力和行为能力的规定

1988 年最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》第 184 条规定：“我国法人以其注册登记国家的法律为其本国法，法人的民事行为依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动，必须符合我国的法律规定。”

第五节　国　家

一、国家作为国际私法主体的特殊地位

二、国家及其财产的豁免制度

（一）国家豁免制度的内容
（二）职能豁免的内含
（三）我国的豁免制度

三、联合国的豁免公约

复习与思考题

1．我国关于定居国外的中国公民、外国人、无国籍人民事行为能力法律适用是怎样规定的？
2．我国关于自然人属人法主要适用于哪些方面？
3．法人属人法主要适用于哪些领域？
4．什么是国民待遇和最惠国待遇？两者为什么通常规定在一个公约中？
5．结合联合国豁免公约思考国家及其财产豁免制度的发展。

拓展阅读书目

1．韩德培主编：《国际私法问题专论》，武汉大学出版社 2004 年版；
2．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版；
3．马丁• 沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版。
4．黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社；
5．黄惠康、黄进：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版；
6．杜新丽主编：《国际私法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版；

第七章　物权的法律适用

本章学习目的和基本要求：本章是关于物权的法律适用，物质所在地法原则是确定物权准据法的基本原则，其产生、发展及其适用范围、例外都是学生在学习中必须掌握的内容。不仅掌握内容，还要求学会在实践中正确运用。所以学生要结合案例进行学习，在案例分析中理解规则。此外中国关于一般和特殊物权的法律适用规则是大家必须掌握的，我国《海商法》《民用航空法》均对特殊物权的法律适用作了明确的规定，要求学生在实践的运用中予以理解，并熟练使用。

课时分配：3 课时

第一节　物之所在地法原则

一、物之所在地法原则的产生与发展

物之所在地法原则的产生：“法则区别说”：不动产物权适用不动产所在地法，动产物权适用当事人的住所地法。

物之所在地法原则的发展：19 世纪末开始的变化发展：动产适用不动产所在地法。

物之所在地法原则在当代的运用：动产与不动产的物权关系均适用物之所在地法，已是普遍做法。

二、物之所在地的确定

1．不动产—应为其物理上的所在地。

2．有体动产—一般为物理上的所在地。

3．对于运动或运输过程中的有体动产，采用两种方法：（1）注册地为其所在地—商船；民用飞机。（2）对动产的所在地加以时间上的限定。例如，关于占有、所有以及其他物权，动产适用导致取得或丧失占有、所有或其他物权的原因发生时该动产所在地法。

4．无体动产—其所在地应是在该项财产能被追索或被执行的地方。

三、物之所在地法的适用范围

1．关于物为动产或不动产的识别，不用法院地法识别，而用物之所在地法识别。

2．物权客体的范围：物：有体物、无体物？对外国人在权利客体上的区别和限制。

3．物权的种类和内容：“占有、使用、收益和处分”；“使用、收益和处分。”

4．物权取得、转移、变更和消灭的条件：

5．物权的保护方法。

四、物之所在地法适用的例外

1．运送中的物品的物权关系的法律适用。适用：送达地法；发送地法；

2．船舶、飞行器等运输工具之物权关系的法律适用：适用登记注册地法或者旗国法。

3．外国法人终止或解散时有关物权关系的法律适用：其财产清理和清理后的归属问题适用法人的属人法。

4．遗产继承的法律适用：　单一制和区别制。

第二节　中国关于物权的法律适用

一、中国关于一般物权的法律适用

1．依照《民法通则》的规定，不动产的所有权，适用不动产所在地的法律（第 144 条）。

2．依据最高人民法院关于适用民法通则的《司法解释》，不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用民事关系，应适用不动产所在地法律。土地、附着于土地上的建筑物及其定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。

3．我国没有关于动产的法律适用规则。

二、中国关于特殊物权的法律适用

1．依照我国《海商法》的规定，船舶所有权，适用船旗国法；船舶抵押权，适用船旗国法，但船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间设立抵押权的，适用原船舶登记国的法律；船舶优先权，适用法院地法。

2．依照我国《民用航空法》的规定，民用航空器所有权的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记地国法律。民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。民用航空器优先权，适用受理案件的法院所在地法律。

第三节　国有化问题

一、国有化中的国际私法问题

一国国有化法律对在其境内的外国人的财产的效力问题；国有化法律的效力对于该国人位于境外的财产的效力问题。

二、关于国有化的争议

条件：公共利益；不歧视；给予补偿。

三、关于补偿

1．不予补偿；2．给予充分、即时、有效的补偿；3．给予合理的补偿。

复习与思考题

1．物之所在地法适用的范围和例外有哪些？什么是物权法律适用的同一制和分割制？

2．我国如何确定物权的法律适用？

3．我国《海商法》对海事物权是如何规定的？什么连结点是首要的？

4．如何区分国有化和征收？你比较同意那一种补偿原则？

拓展阅读书目

1．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版。

2．马丁• 沃尔夫著：《国际私法》，李浩培、汤宗舜译，法律出版社 1988 年版

3．J• H• C• 莫里斯著：《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元译，中国大百科全书出版社，1998 年版

4．萨维尼著：《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》，李双元等译，法律出版社 1992 年版

5．梁慧星编：《中国物权法研究》，法律出版社 1998 年版

6．赵相林、杜新丽等著：《国际民商事法律关系法律适用立法原理》，人民法院出版社 2006 年版。

第八章　涉外合同的法律适用

本章学习目的和基本要求：合同关系在国际民商事交往中占有很大的比例，并且情况复杂，规则完善，要求学生不仅要掌握一般规则，了解规则的发展和因素，而且要把握中国的合同法律适用规则，并且结合案例，学会实践中的正确运用。

课时分配：4 课时

第一节　涉外合同的法律冲突与准据法的选择方法

一、涉外合同的法律冲突

（一）合同主体的法律冲突

（二）合同内容的法律冲突

（三）合同成立的法律冲突

（四）合同形式的法律冲突

二、准据法的选择方法

（一）涉外合同准据法选择的分割论与单一论

分割论是指将合同分割为不同的方面，分别适用不同的法律。单一论是指将合同看作为一个整体统一适用一个国家的法律。

（二）涉外合同准据法选择的主观论与客观论

主观论主张根据合同当事人双方的意思来确定合同准据法，即当事人意思自治理论。至今，绝大多数国家都将当事人自己选择其合同适用的法律即当事人意思自治作为确定合同准据法的首要原则。客观论主张依“场所因素”确定法律的适用。缔结地法；履行地法；　最密切联系原则。现代社会的普遍做法是以主观论为主，以客观论为辅。

三、合同法律适用规则的历史沿革

（一）以缔结地法为主的单纯依空间连接因素确定合同准据法的阶段。后来又有萨维尼的履行地法补充。直至 19 世纪末才告终结。

（二）以意思自治为主，强调依当事人主观意向确定合同准据法的阶段。

（三）以意思自治为主、以最密切联系原则为辅的合同自体法阶段。

第二节　合同的法律适用原则

一、意思自治原则

（一）意思自治原则的产生与发展

意思自治原则是指当事人可以通过协商一致的意思表示选择支配合同关系的准据法。意思自治原则是 16 世纪法国学者杜摩兰提出的。

（二）意思自治原则的具体运用

1．当事人选择法律的方式。当事人选择法律的方式通常有两种，明示的选择和默示的选择。

2．当事人选择法律的时间。当事人可以在订立合同之后选择法律，甚至允许变更原来所选择

的法律，但是这种对所选择法律的变更不得使合同归于无效或者使第三人的合法利益受到损害。

3．当事人选择法律的范围。当事人根据意思自治原则自主协议选择的法律应当是实体法，而不包括冲突法。

（三）中国关于意思自治原则的立法、理论和实践

1．关于选择法律的方式。当事人必须明示选择法律，默示选择法律无效。

3．关于法律选择的时间。当事人在订立合同时或者发生争议后直至人民法院开庭审理以前，均可通过协议选择所适用的法律。

4．选择法律的范围。当事人协议选择的或者人民法院按照最密切的联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行的实体法，而不包括冲突法和程序法。

5．强制适用中国法的规定。《合同法》第 126 条。

二、最密切联系原则

（一）最密切联系原则的含义与特征

最密切联系原则是指在当事人没有选择应适用的法律或者选择无效的情况下，由法院依据这一原则在与该合同关系有联系的国家中，选择一个与该法律关系本质上有重大联系，利害关系最密切的国家的法律予以适用。

最密切联系原则具有以下主要特征：

1．最密切联系原则作为一种新的法律选择方法，追求法律适用的灵活和个案的公正。

2．最密切联系原则的核心是通过对合同以及与合同有关的各要素进行综合分析来寻找与合同有最密切联系的法律。

3．最密切联系原则给予法官较大的自由裁量权。

（二）最密切联系原则的具体运用

1．合同要素分析法。

2．特征性履行。“特征性履行”说是大陆法系国家用来判定最密切联系地的一种理论和方法。它要求法院根据合同的特殊性质，以何方的履行最能体现合同的特性来决定合同的法律适用。

（三）中国关于最密切联系原则的立法、理论和实践

人民法院按照最密切联系原则确定的处理合同争议所适用的法律，是指现行实体法，而不包括冲突法和程序法。人民法院采用“特征履行”方法在运用最密切联系原则.

三、合同自体法

英国学者提出。根据莫里斯的理论，合同自体法可分解为三个规则：1．当事人明示选择的法律；2．当事人默示选择的法律，3．与合同有最密切最真实联系的法律。

四、客观标志说

第三节　具体合同的法律适用

一、国际货物买卖合同的法律适用

国际货物买卖合同是指含有涉外因素的货物买卖合同，即合同的主体、客体、内容含有涉外因素的卖方出售货物、转移标的物所有权给买方，买方支付货物价款的协议。

（一）国际货物买卖合同的法律适用

（二）调整国际货物买卖合同关系的国际条约

1．1980 年《联合国国际货物销售合同公约》

公约的适用范围：（1）公约仅适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的货物销售合同。（2）公约仅适用合同的订立和买卖双方的权利、义务，不涉及：①合同的效力，或其任何条款的效力或惯例的效力；②合同对所有权的影响；③货物对人身造成的死亡或伤害的责任即产品责任。（3）公约对合同当事人不具有强制性。

2．1985 年《国际货物销售合同法律适用公约》

二、国际货物运输合同的法律适用

国际货物运输合同因货物运输方式的多样而分为国际海上货物运输合同、国际铁路货物输合同、国际航空货物运输合同以及国际多式联运合同等。

（一）国际海上货物运输合同的法律适用

1．租船合同的法律适用

2．提单运输中的法律适用问题

（二）国际铁路货物运输合同的法律适用

（三）国际航空货物运输合同的法律适用

三、国际货物运输保险合同的法律适用

适用当事人选择的法律，没有选择的适用最密切联系原则，而最密切联系原则通常情况下是保险人营业所所在国法律。

四、国际贸易支付关系的法律适用

1．票据的法律适用

分割处理的方法。将票据关系所涉及的有关当事人的票据能力、票据行为的形式和权利义务等方面加以区分，分别规定法律适用规则。

2．国际贸易支付方式的法律适用

主要适用国际惯例，通常适用国际商会的解释通则。

五、国际技术转让合同的法律适用

原则上允许当事人自由选择适用的法律，以保证技术转让交易的顺利进行。从法律角度讲，这样也遵循了国际上的习惯做法。当事人未作法律选择的，我国在实践中要求按照最密切联系原则确定所应适用的法律，在通常情况下是受让人营业所所在地的法律。

六、国际私人直接投资合同的法律适用

各国的普遍做法是适用接受投资的东道国的法律。排除或限制当事人意思自治选择准据法

复习与思考题

1．什么是合同法律选择中的“同一论”和“分割论”？

2．什么是合同的自体法说？其现实意义是什么？

3．中国对意思自治有哪些限制？我国立法的不足之处何在？

4．什么是特征履行方法？中国在什么地方体现了这种方法？

5．最密切联系原则运用于合同的意义是什么？分析思考该原则的利弊。

拓展阅读书目

1．赵相林主编《国际商事法律适用论》，中国政法大学出版社　2005 年出版。
2．杜新丽著《国际私法实务中的法律问题》，中信出版社，2005 年出版。
3．约翰．M·斯道克顿著、徐文学译：《货物买卖合同》，山西经济出版社，1992 年版。
4．王军、陈洪武著《合同冲突法》对外经济贸易大学出版社　2003 年出版。
5．杜涛著《国际经济贸易中的国际私法问题》，武汉大学出版社 2005 年出版。
6．潘攀著《票据的法律冲突》，北京大学出版社，2002 年出版。

第九章　涉外侵权行为之债的法律适用

本章学习目的和基本要求：涉外侵权包括一般侵权和特殊侵权。要求学生通过本章的学习，对涉外侵权之债法律适用的理论和规则熟练掌握，并能够在此基础上运用规则分析实际中的问题。尤其是对我国规则的运用。本章的特殊侵权包含海事侵权、航空侵权、产品责任侵权、公路侵权。此类侵权中的规则和公约是学习中必须了解的。

课时分配：4 课时。

第一节　侵权行为之债概述

一、侵权行为之债与侵权行为法

（一）侵权行为之债的概念

侵权行为之债是指因不法侵害他人非合同权利或受法律保护的利益，并造成损害而承担民事责任所构成的一种法定之债。

（二）侵权行为之债的新发展

1．侵权行为范围的扩大。

2．损害赔偿归责原则的多元化。

3．损害赔偿与社会保险相结合。

二、侵权行为之债的法律冲突

（一）侵权行为的范围不同。

（二）侵权行为构成要件的冲突。

（三）在侵权行为案件中可获得赔偿的受害人范围不同。

（四）损害赔偿的原则、标准、数额及计算方法不同。

第二节　一般侵权行为之债的法律适用

一、一般侵权行为之债的法律适用原则

（一）侵权行为之债适用侵权行为地法

由于对“侵权行为地”的理解不同，各国立法对如何确定“侵权行为地”存在着分歧，主要有以下几种主张：

1．以加害行为地作为侵权行为地。世界上大多数国家采取此种做法。

2．以损害发生地作为侵权行为地。

3．凡与侵权事实发生有关的地方，包括加害行为地或损害发生地均可作为侵权行为地。

（二）侵权行为之债适用法院地法

（三）侵权行为自体法和最密切联系原则

所谓“侵权自体法”（proper law of the torts）是指侵权行为适用与侵权案件有最密切联系的法律。侵权自体法理论的核心即是对最密切联系原则的运用。

1963 年美国联邦高等法院审理的贝克科诉杰克逊一案（Babcock v. Jackson）。

（四）有限制的意思自治原则

在侵权领域运用意思自治原则应注意以下几个问题：（1）法律选择的主体是双方当事人，必须经双方达成一致的情况下方能适用所选择的法律；（2）法律选择的时间是在侵权行为发生之后，纠纷解决之前；（3）法律选择的范围仅限于选择法院地法。当然对于是否必须限于选择法院地法这一点已被某些国家的立法所突破。

（五）当事人共同属人法原则

如果侵权行为当事人双方具有共同国籍、或者他们的住所地、居所地位于同一个国家，由于偶然原因到国外，并在国外相互发生了侵权行为，在这种情况下适用侵权行为地法.

二、我国关于侵权行为之债法律适用的立法与实践

依照《民法通则》第 146 条的规定，1．以侵权行为地法律作为侵权行为之债法律适用的基本原则。2．有选择的适用当事人共同属人法。3．采取双重可诉原则。

第三节　特殊侵权行为之债的法律适用

一、海上侵权行为的法律适用

（一）船舶碰撞的法律适用

1．船舶碰撞发生于一国领海之内

船舶碰撞发生于一国领海之内，各国一般规定适用碰撞地法律，即领海国法律。

2．船舶碰撞发生于公海之上

船舶碰撞发生于公海之上，各国一般规定：（1）如果碰撞船舶属于同一国籍，适用船旗国法。（2）如果碰撞船舶国籍不同，或适用加害船舶国籍国法，或适用被害船舶国籍国法，或适用法院地法，或由当事船舶选择所适用的法律。

（二）发生在船舶内部侵权行为的法律适用

主张适用船旗国法。

（三）海上运输致旅客死伤、行李毁损所发生的侵权行为的法律适用

各国多主张以合同准据法为依据。但旅客安全常受到相关国家强制性法律的保护，这些强制性的法律规定又是必须适用的。

（四）油污损害赔偿的法律适用

国际海事组织在 1969 年于布鲁塞尔订立了《国际油污损害民事责任公约》。公约现已生效，我国已于 1984 年加入该公约。该公约属于实体法公约，对油污损害的民事责任作了全面的规定。

（五）我国关于海事侵权的法律适用规则

二、空中侵权行为的法律适用

（一）发生在航空器内部的侵权行为

对于发生在航空器内部的侵权行为，适用航空器登记国法，而不是侵权行为地法。

（二）因航空器碰撞或航空器与其他物体碰撞所发生的侵权行为

（三）因航空器事故致旅客死亡或物品毁损的侵权行为

《华沙公约》体系；1999 年《蒙特利尔公约》。

（四）我国关于航空侵权的法律适用

1995 年《中华人民共和国民用航空法》第 189 条规定：“民用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法律。民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。”

三、公路交通事故的法律适用

1971 年《公路交通事故法律适用公约》于 1975 年生效，我国尚未参加，公约对公路交通事故的法律适用作了全面规定。

（一）公约的适用范围

公约适用于涉及一辆或数辆机动或非机动车辆，并与公路、向公众开放的地面或特定人有权出入的私有地面上的交通有关的事故。

（二）公路交通事故的法律适用

公约规定可以适用的法律为事故发生地国家的国内法，但有三个例外。

（三）公约确定的准据法应支配的事项

四、涉外产品责任的法律适用

（一）1972 年海牙《产品责任法律适用公约》的适用范围

（二）关于产品责任准据法的确定

1．产品责任首先适用直接遭受损害的人的惯常居所地国家的国内法，如果该国同时又是被请求承担责任的人的主营业地，或直接遭受损害的人取得产品的地方。

2．在直接遭受损害的人的惯常居所地国家的国内法适用条件不满足的情况下，应适用侵害地国家的国内法，但要符合一定的条件。

3．当前两个的适用条件都不满足时，原告可以主张适用侵害地国家的国内法。

4．在以上准据法适用的条件都不能满足时，产品责任的准据法应为请求承担责任人的主营业地国家的国内法。

（三）应遵守的共同规则

1．应当考虑产品销售市场所在国家通行的有关行为规则和安全规则；

2．只有在其适用会明显与当地的公共秩序相抵触时才可以拒绝适用依据公约规定确定的准据法；

3．根据公约规定适用的法律与任何互惠的要求无关，即使应适用的法律是非缔约国的法律亦应予适用；

复习与思考题

1．对侵权行为之债的法律适用一般的主张有哪几种?我国关于侵权行为的法律适用是怎样规定的?

2．侵权之债中可以运用最密切联系原则确定准据法吗？理由是什么？

3．1972 年海牙《产品责任法律适用公约》关于准据法的确定规则有什么特点？

4．可以用意思自治原则确定侵权行为的准据法吗？为什么？

拓展阅读书目

1．赵相林、曹俊主编：《国际产品责任法》，中国政法大学出版社 2000 年版；

2．赵维田：《国际航空法》，社会科学文献出版社 2003 年版。

3．杜新丽著：《国际私法实务中的法律问题》，中信出版社 2005 年版。

4．朱子勤著：网络侵权中的国际私法问题研究》，人民法院出版社 2006 年版。

5．张平主编：《网络法律评论》法律出版社 2004 年版。

6．李响编著：《美国侵权法原理及案例研究》，中国政法大学出版社 2004 年版；

7．James A．Henderson，Jr．& Aaron D．Twerski，4th edn，Products liability_problems and process，中信出版社 2003 年版；

8．司玉琢主编：《海商法专题研究》，大连海事大学出版社 2002 版；

第十章　涉外婚姻家庭的法律适用

本章学习目的和基本要求：涉外婚姻家庭涉及结婚、离婚、父母子女关系、扶养、收养、监护等诸多方面的法律适用问题。通过本章的学习，要求学生在民法知识的基础上掌握婚姻家庭的法律适用规则，并且能熟练运用规则。此外中国的涉外婚姻制度是本章应学习的重点。

课时分配：3 课时。

第一节　涉外结婚的法律适用

一、涉外结婚的法律冲突

（一）结婚实质要件的法律冲突。

1．关于结婚的必备条件，主要涉及下列一些内容：（1）男女双方自愿。（2）男女两性的结合。（3）符合法定婚龄。

2．关于结婚的禁止条件。

（二）结婚形式要件的法律冲突

主要涉及：民事婚姻登记方式；宗教婚姻方式；事实婚姻方式；领事婚姻方式；复合方式。

二、结婚实质要件的法律适用

（一）适用婚姻缔结地法。

（二）适用当事人的属人法

（三）混合法律适用规则．即在结婚实质要件的法律适用上并不单独采用一种法律适用规则，而是以一种法律适用规则为主的情况下，兼采其他原则。主要体现在如下一些方面：

1．以婚姻举行地法为主、兼采当事人住所地法或本国法。

2．以当事人住所地法或本国法为主，兼采婚姻举行地法。

三、结婚形式要件的法律适用

（一）适用婚姻举行地法。

（二）适用婚姻当事人本国法。

（三）选择适用属人法和婚姻举行地法。

（四）领事婚姻（Consular　marriage）制度。

四、我国关于结婚的法律制度

《中华人民共和国民法通则》第 147 条“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律”规定，被解释为既是关于结婚形式要件的规定，也是关于结婚实质要件的规定，所以，根据我国法律规定，结婚实质要件适用婚姻缔结地法律。

第二节　涉外离婚的法律适用

一、涉外离婚的法律适用

（一）离婚的法律冲突

1．离婚理由的不同规定：过错离婚；无过错离婚。列举式；　原则式。

2．离婚形式的不同规定：　协议式；判决式。

（二）离婚的法律适用

1．离婚适用法院地法。

2．离婚适用当事人属人法。

3．选择或重叠适用当事人的属人法和法院地法。

4．适用有利于离婚的法律。婚姻自由原则的体现。

二、我国关于涉外离婚的法律制度

（一）离婚的法律适用

我国《民法通则》第 147 条规定：“中华人民共和国公民和外国人离婚适用受理案件的法院所在地法律”。最高人民法院在《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》中，对该条补充规定为“我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律”。

（二）离婚案件的管辖权

1．“原告就被告”—被告在中国有住所，中国法院有管辖权。

2．以下几种情况中国法院行使管辖权：双方均为外国人，在中国法院诉讼，法院认定一方在中国有住所的，行使管辖权；华侨在国外结婚并定居，但定居国规定由国籍国法院管辖中国法院受理；华侨在中国结婚但在国外定居，定居国规定由登记地法院管辖。中国法院受理；中国人双方在国外但未定居，一方提起，中国法院管辖，而不管另一方是否在国外起诉。

第三节　夫妻关系的法律适用

一、夫妻人身关系的法律适用

（一）适用当事人的属人法

（二）适用行为地法

（三）适用有条件的选择型冲突规范，选择更有利于夫妻人身关系效力确定的准据法。

二、夫妻财产关系的法律适用

（一）意思自治原则的运用

（二）关于分割制还是单一制确定准据法的问题。

（三）属人法。

（四）关于准据法的不变与可变主义问题

三、关于夫妻关系法律适用的国际公约

主要有以下两部：1905 年 7 月 17 日在海牙签订的《关于婚姻对夫妻双方人身与财产权利义务效力的法律冲突公约》和 1978 年 3 月 14 日在海牙签订的《夫妻财产法律适用公约》。

第四节　亲子关系的法律适用

一、父母与婚生子女关系的法律适用

（一）适用父母属人法或父母一方的属人法
（二）适用子女属人法
（三）适用对子女更为有利的法律。

二、父母与非婚生子女关系的法律适用

（一）事后婚姻的准据法
（二）认领的准据法
（三）通过诉讼法院判决准正的准据法。

三、父母子女之间的权利义务关系的法律适用

（一）不区分人身关系和财产关系统一适用一个法律
（二）区分人身关系和财产关系分别适用不同的法律

四、我国关于父母子女关系的法律规定

我国《婚姻法》第 25 条规定：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何人不得加以危害和歧视。不直接抚养非婚生子女的生父或生母，应当负担子女的生活费和教育费，直至子女能独立生活为止。”此条款充分肯定了在我国非婚生子女和婚生子女的法律地位没有任何区别，同等受到保护。所以制定这方面的法律适用规范就没有任何意义。

第五节　收养、监护和扶养的法律适用

一、收养的法律适用

（一）涉外收养成立要件的法律适用

对于涉外收养的成立的形成要件，即收养程序，申请、订立书而协议公证和登记各国有不同规定，在发生争议确定法律适用时都依据程序问题应适用行为地法即适用收养成立地法。

（二）涉外收养的权利义务关系的法律适用

1．适用收养人的属人法；2．适用收养人和被收养人的共同属人法。

（三）有关收养关系法律适用的国际公约

1．1965 年的《收养管辖权、法律适用和判决承认公约》

2．1993 年《跨国收养方面保护儿童及合作公约》

（四）我国涉外收养法律适用的规定

1．我国《收养法》第 21 条规定：“外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。”

2．《外国人在中华人民共和国收养子女实施办法》第 2 条规定：“外国人在中华人民共和国境内收养中国公民的子女适用本办法。”“收养人夫妻一方为外国人的，也应当依照本办法办理。”

3．《外国人在中华人民共和国收养子女实施办法》第 3 条规定：“外国人在华收养子女，应当符合收养法的规定，并不得违背收养人经常居住地国的法律。”

二、监护的法律适用

（一）涉外监护的法律适用

1．适用被监护人属人法。2．适用适用法院地法。

（二）有关涉外监护的国际公约

（三）我国关于涉外监护法律适用的规定

我国关于涉外监护的法律适用规范只在我国最高人民法院发布的《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第 190 条中有规定，即“监护的设立、变更和终止适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国的法律。”

三、扶养的法律适用

（一）扶养的法律适用

1．肯定三种扶养的差异性，夫妻之间的扶养和亲子之间的扶养分别适用调整夫妻关系和亲子关系的法律，而其他亲属的扶养适用其单独的法律。

2．把扶养看作是一个整体概念，作广义理解，发生争议统一适用一个法律。

（二）关于扶养法律适用的国际公约

1973 年《关于扶养义务法律适用公约》。该公约把扶养义务的法律适用分为两个部分，即离婚或别居扶养的法律适用和一般扶养的法律适用：

离婚和别居配偶之间的扶养依解决离婚或别居的准据法（公约第 8 条）。

2. 除离婚和别居之外的扶养义务的法律适用：（1）扶养义务适用被扶养人惯常居所地法；（2）如果根据该国法律，被扶养人不能获得扶养，则适用被扶养人和扶养人共同本国法；（3）如果被扶养人和扶养人没有共同国籍或者根据该共同国籍国法律，被扶养人不能够获得抚养，则可以适用法院地法。

（三）我国关于涉外扶养的法律适用

《民法通则》第 148 条“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”扶养包括三类，父母子女之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的抚养。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的关系。”

复习与思考题

1．国际私法中对婚姻形式要件的法律适用有哪几种不同实践？其特点和利弊如何？

2．我国关于涉外婚姻的法律适用规则是怎样的？

3．我国如何确定涉外离婚案件的管辖权？

4．请评述我国关于扶养的法律适用规则。

我国关于收养的法律适用规则应当如何改进？

拓展阅读书目

1．赵相林、杜新丽等著《国际民商事法律关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年出版。

2．李双元主编：《国际私法学》，北京大学出版社 2002 版；

3．齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法：婚姻家庭继承论》，法律出版社 2005 版；

4．中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 版；

第十一章　继承的法律适用

本章学习目的和基本要求：继承包括法定继承和遗嘱继承，要本章的目的在于掌握涉外法定继承和遗嘱继承准据法确定的同一论和分割论，我国关于继承的法律适用规则和法律选择方法，1988年《继承法律适用公约》的特点和主要内容。要求学生不仅要熟练掌握规则，而且要学会运用规则解决实践中的问题。

课时：2 课时

第一节　遗嘱继承的法律适用

一、遗嘱继承的法律冲突

1．关于立遗嘱人的能力
2．关于遗嘱内容
3．关于遗嘱的形式
4．关于遗嘱的变更和撤消。

二、遗嘱继承的法律适用

遗嘱能力的法律适用：属人法。理由：遗嘱能力涉及人的身份问题。

（一）遗嘱形式的法律适用

（二）遗嘱变更或撤销的法律适用

（三）遗嘱解释的法律适用

第二节　法定继承的法律适用

一、法定继承的法律冲突

1．继承人的范围、宽窄不一；2．继承人的顺序、对配偶的规定差异较大；3．继承人的应继份额。

二、法定继承的法律适用

（一）区别制

又称分割制，指把遗产分为动产与不动产，　分别适用不同的冲突规范。不动产继承适用不动产所在地法。动产继承适用被继承人属人法。优点：适用不动产所在地法可保证判决的承认和执行。缺陷：一项遗产继承可能适用多个国家的法律。

（二）同一制又称单一制，指遗产不分动产与不动产，统一适用被继承人的属人法。优点：继承作为一个整体只受一个国家法律的支配，在法律适用上比较简单。缺陷：对于不动产继承适用属人法，其判决有可能被不动产所在地国家拒绝承认和执行。

（三）遗产所在地法原则

理由：继承主要是财产的继承，属于物法范畴，应适用物之所在地法。缺陷：如遗产位于多个国家，法律适用上的困难。

第三节　无人继承财产

一、概述

无人继承财产，又称“绝产”，指没有继承人或者继承人放弃或丧失继承权的遗产。

国际私法上的无人继承财产是含有涉外因素的无人继承财产。包括本国人死后留在外国的无人继承财产和外国人死后留在本国的无人继承财产。

二、无人继承财产的归属

三、无人继承财产的法律适用

（一）认定遗产是否是无人继承财产的法律适用。适用继承准据法。

（二）无人继承财产归属的法律适用。

1．适用被继承人本国法。主张国家以法定继承人身份取得无人继承财产的国家所采用。

2．适用财产所在地法。主张国家以先占权取得无人继承财产的国家所采用。

第四节　有关继承的国际公约

一、1961 年《遗嘱处分方式法律冲突公约》

遗嘱方式符合下列法律之一均为有效：（1）遗嘱人立遗嘱行为地法；（2）遗嘱人立遗嘱时或死亡时的本国法；（3）遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法；（4）遗嘱人立遗嘱时或死亡时的惯常居所地法；（5）遗嘱涉及不动产的，适用不动产所在地法二、1988 年《死者遗产继承法律适用公约》

（一）公约的适用范围

（二）公约法律适用规则的特点

1．同一制的采用。对遗产不分动产与不动产均适用适用属人法。

2．意思自治原则的运用

3．多元连接因素的使用

（三）应遵守的一般规则

1．非缔约国法律的适用。

2．承认转致。但只限于非缔约国之间。

3．承认公共秩序保留制度。

4．区际和人际冲突的解决。

第五节　我国关于继承的法律适用

《民法通则》第 149 条的规定，“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时的住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。1985 年《继承法》第 36 条的规定。

一、我国继承法律适用规则的特点

（一）采分割制

（二）案例评析

复习与思考题

1．什么是继承法律适用中的“区别制”和“同一制”？各自的利弊有哪些？你认为我国采用那一种更适当？

2. 1988 年海牙《死者遗产继承法律适用公约》的特点有哪些？与我国的现行制度有哪些不同？

3．你如何看待 1988 年海牙《死者遗产继承法律适用公约》中的意思自治原则？我国可以采用吗？

4．举一例说明《民法通则》第 149 条的运用，并且分析运用中应注意的问题。

5．试设定我国关于继承的法律适用规则。

拓展阅读书目

1．赵相林、杜新丽等著：《国际民商事关系法律适用法立法原理》，人民法院出版社 2006 年版；

2．J．H．C 莫里斯主编：《戴西和莫里斯冲突法》（中）中国大百科全书出版社 1998 年版；

3．齐湘泉：《涉外民事关系法律适用法：婚姻家庭继承论》，法律出版社 2005 版；

4．桑德罗·斯奇巴尼：《婚姻、家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社 2001 年版；……

5．杜新丽主编：《国际私法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版；

6．阿瑟·库恩：《英美法原理》，陈朝壁译，法律出版社 2002 年版；

7．龙翼飞：《比较继承法》，吉林人民出版社 1996 年版；

第十二章　国际民事诉讼程序

本章学习目的和基本要求：国际民事诉讼程序包括外国人的民事诉讼地位；管辖权；司法协助和判决与裁决的跨国承认与执行。这几个问题是涉外民事案件所特有的，必须有专门的规则和制度予以规范。学生通过本章的学习，要求学生掌握涉外案件管辖权的确定以及如何在国际范围内解决法院在管辖权上的冲突，法官审理涉外案件的域外送达和取证以及相关公约，以及判决跨国界的承认与执行。

课时分配：4 课时

第一节　国际民事诉讼程序概述

一、概念

国际民事诉讼程序是指一国法院审理涉外民事案件时所适用的专门程序。主要研究以下问题：（1）国际民事诉讼管辖权。（2）外国人民事法律地位。（3）国际民事诉讼中的送达与取证。（4）国际民事司法协助。（5）外国法院判决和仲裁裁决的承认和执行。

二、国际民事诉讼程序在国际私法中的地位

（一）国际民事诉讼程序与国际私法的联系和区别
（二）国际民事诉讼程序在国际私法中的地位
（三）中国关于国际民事诉讼程序的立法

第二节　事诉讼地位

一、国民待遇制度

外国人民事诉讼地位的国民待遇制度是指一国赋予在本国境内的外国人在民事诉讼地位方面享有与本国公民同等的权利。

二、诉讼费用担保制度

诉讼费用担保制度是指当外国人作为原告在内国法院起诉时，为防止其滥用诉讼权利，以及在败诉时逃避其交纳诉讼费用的义务，应被告的请求或依内国法院的规定，内国法院责令原告提供一定的财务作为担保。

三、诉讼代理制度

（一） 诉讼代理人的资格与权限
（二） 领事代理制度

第三节　国际民事诉讼管辖权

一、国际民事诉讼管辖权及其在国际民事诉讼中的意义

国际民事诉讼管辖权是指一国法院以国际条约和国内法为依据受理国际民商事案件并行使审

判权的资格或权限。其在调整国际民商事法律关系中的意义在于：（1）管辖权是法院受理涉外民事案件的前提。（2）管辖权的确定直接关系到法律适用问题，影响到案件的审理结果。

二、确定国际民事诉讼管辖权原则

（一）属人管辖原则

（二）属地管辖原则

1．以住所、居所、临时所在地为标志确定管辖权。

2．以物之所在地为标志确定管辖权。

3．以诉讼原因发生地为标志确定管辖权。

（三）专属管辖原则

（四）平行管辖原则

又称重叠管辖，对一个涉外民事案件两个或两个以上国家的法院都有管辖权。平行管辖权取决于原告的选择。原告选择的法院对案件有管辖权。

（五）协议管辖原则当事人根据“意思自治”原则，达成协议将争议交某一国法院审理。

三、管辖权冲突及其解决途径

（一）管辖权的积极冲突及解决途径

管辖权积极冲突的表现主要是一事两诉或平行诉讼。解决的途径主要是通过缔结条约防止管辖冲突的发生，通过国内立法解决管辖冲突。具体的原则和方法包括：1. 承认当事人的协议管辖；2. 采用一事不再理原则；3．采用不方便法院原则。

（二）管辖权消极冲突及其解决途径.

管辖权消极冲突是指与涉外民事案件有关的国家都不主张行使管辖权，从而使当事人的权利得不到任何国家的司法救济。解决途径包括通过国内立法，赋予法院一定的自由裁量权，使法院可例外的受理一般情况下别国都不受理的案件。

四、我国关于国际民事诉讼管辖权的立法与实践

（一）我国关于确定国际民事诉讼管辖权的规则

1．属地管辖原则。（1）原告就被告原则；（2）以财产所在地确定管辖权；（3）以行为地为联系因素确定管辖权。关于合同和其他财产权益纠纷，下列因素在中国，均可管辖：合同订立地、履行地；标的物的所在地；可供扣押财产的所在地；侵权行为地；办事机构所在地。原告就被告原则的例外：就在境外当事人提起的身份之诉，由原告住所地法院管辖。2．专属管辖。关于不动产纠纷，由不动产所在地法院管辖；因港口作业中发生的纠纷由港口所在地法院管辖；继承纠纷由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地法院管辖；在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷由中国法院管辖。

3．协议管辖。涉外合同或涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议方式选择与争议有实际联系的地点的法律管辖。

4．集中管辖：省会中院；高院；某些特区法院。最高法院指定的其他法院。

（二）我国的司法实践

五、海牙《法院选择协议公约》

（一）起草该《公约》的背景

（二）公约的主要内容

第四节　国际民事司法协助

一、国际民事司法协助概述

（一）国际民事司法协助的概念

司法协助是指根据国际条约或互惠原则，一国法院接受另一国法院的请求，代为履行某些诉讼行为的制度，包括送达诉讼文书、传唤证人、收集证据、承认和执行外国法院的判决和仲裁机构的裁决等。

（二）司法协助的范围

狭义的司法协助包括送达诉讼文书、询问证人、收集证据。　广义的司法协助包括送达诉讼文书、询问证人、收集证据。承认和执行外国法院判决和仲裁裁决。

（三）司法协助的机关

1．中央机关（Central　Authority）是指一国为司法协助目的指定或建立的负责统一对外联系并转递有关司法文书和司法外文书的机关。

2．主管机关（Competent　Authority）是指一国有权向外国提出司法协助请求并有权执行外国司法协助请求的机关。

3．我国的司法协助机关

（四）司法协助的法律适用

司法协助一般适用被请求国法律，即提供司法协助的国家的法律。但在特殊情况下，在不违反被请求国法律或与其公共秩序不抵触时，也可以适用请求国的特殊方式。

二、域外送达

（一）域外送达的概念

域外送达是指在国际民事诉讼中，请求国依据其参加的国际条约或其本国法律规定的方式，将司法文书和司法外文书交由居住在被请求国的诉讼当事人或诉讼参与人的制度。

（二）域外送达的途径

国际上通用的域外送达方式主要有：1．外交代表或领事送达；2．邮寄送达；3．个人送达；4．公告送达；5．中央机关送达；6．法院送达。

（三）1965 年海牙《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》

1．海牙《送达公约》的基本宗旨。

2．送达途径。公约所确定的送达途径包括：中央机关送达，也称为请求书送达制度；外交代表或领事送达；邮寄途径送达；个人送达；其它途径。

（四）中国的域外送达

1．根据我国《民事诉讼法》第 247 条的规定了我国法院对外国送达诉讼文书可采取的途径包括：条约途径，即依照受送达人所在国与我国缔结或共同参加的国际条约中规定的方式；外交途径；个人送达；邮寄送达；公告送达。

2．我国加入海牙《送达公约》时的声明。（1）指定司法部为中央机关负责接收和转送司法文书和司法外文书；（2）对公约第 8 条第 2 款声明保留，即只有在文书送达给文书发出国国民时，才能采用领事送达方式在我国境内送达；（3）反对依照公约第 10 条采用邮寄送达或个人直接送达方式在我国境内送达。

三、域外取证

（一）域外取证的概念

域外调查取证是指一国主管机关对本国法院审理的民事案件进行境外调查或收集证据的制度。

（二）域外取证方式

1．直接调查取证。该方式主要包括三种，外交或领事人员取证；特派员（Commissioners）取证；当事人或诉讼代理人自行取证。

2．间接调查取证。间接调查取证是指受诉法院依据条约或互惠关系通过请求书（Letters of Request）委托外国主管法院或主管机构代为调查取证的方式，也称请求书方式。

（三）1970 年海牙《关于从国外调取民事或商事证据公约》

1．调查取证方式。主要包括请求书方式；外交或领事方式；特派员取证方式。

2．域外取证的依据。取证行为的实施一般适用被请求国法律，可以采取被请求国允许的强制措施；如果请求国申请以特殊方式进行，在不违背被请求国法律的条件下，也可以适用请求国法律。

3．关于调查取证的费用，缔约国之间原则上互免。

（四）中国的域外取证

我国民事诉讼法第 262 条、263 条就域外调查取证制度做了明确规定。

第五节　国家间判决承认与执行

一、国家间判决承认与执行的概念、范围及意义

国家间判决承认与执行是指，主权国家之间在一定条件下相互承认对方法院判决在本国的效力，需要执行的，则给予执行的一种司法合作行为。

范围：从国家间判决承认与执行角度，判决一般只针对民事或商事领域的判决。

二、国家间判决承认与执行的理论基础

（一）既得权说或债务说。（theory of vested rights or of legal obligation）

（二）礼让说（theory of comity）

（三）一事不再理或既判力说（theory of res judicata）

三、承认和执行外国法院判决的条件

（一） 原判决国法院对案件具有管辖权

（二） 有关诉讼程序必须公正

（三）有关判决必须合法取得

（四）有关判决是终局的。

（五）有关判决不能违反承认国的公共秩序。

（六）原判决国法院使用了适当的准据法

四、承认与执行外国法院判决的程序

（一）执行令方式

（二）重新审理方式

（三）登记执行方式

五、我国有关承认和执行外国法院判决的立法和实践

（一）申请

外国法院做出的发生法律效力的判决、裁定，需要我国法院承认和执行的，可以由当事人直接向我国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与我国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

（二）审查及其条件

人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院做出的发生法律效力的判决、裁定，依照我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反我国法律的基本原则或国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的发出执行令，依照民诉法的有关规定执行。违反的则不予承认和执行。

（三）承认执行中的公共秩序保留制度

复习与思考题

1．什么是“一事不再理”原则和“不方便法院”原则？实践中如何恰当使用？
2．我国法院确定案件管辖权的原则是什么？出现管辖权冲突时怎么办？
3．什么是司法协助？我国司法协助的国内法制度与 1965 年海牙《送达公约》有什么不同？
4．海牙《协议选择法院》公约的主要内容有哪些？
5．请举例说明承认执行中的公共秩序保留制度的适度运用。

拓展阅读书目

1．李浩培著：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版；
2．李双元、谢石松著：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 2001 年版；
3．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；
4．刘力著：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版；
5．徐宏著：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版；

第十三章　国际商事仲裁

本章学习目的与要求：本章是关于国际商事仲裁的法律制度，要求掌握国际商事仲裁涉外性的特征，仲裁协议的效力，1958 年《关于承认执行仲裁裁决公约》的内容和地位及其在中国的运用，并且能够结合仲裁实践运用规则。

课时分配：3 课时

第一节　国际商事仲裁概述

一、国际商事仲裁的概念

（一）概念及其特点

国际商事仲裁是指在国际商事活动中，当事人依据事先在合同中订立的仲裁条款或事后达成的仲裁协议，自愿把他们之间产生的或可能产生的契约性或非契约性商事争议交由常设仲裁机构或临时仲裁庭进行评断和裁决。

（二）国际商事仲裁的类型

1．临时仲裁和机构仲裁；2．依法仲裁和友好仲裁；私人间仲裁和非私人间仲裁。

二、国际商事仲裁机构

（一）全球性国际常设仲裁机构

1．解决投资争端国际中心（ICSID）；2．国际商会仲裁院（ICC　Court　of　Arbitration）

（二）国家仲裁机构

瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院；英国伦敦国际仲裁院；美国仲裁协会（AAA）；瑞士苏黎世商会仲裁院；新加坡国际仲裁中心（S1AC）。

（三）中国国际仲裁机构

1．中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC，中国国际商会仲裁院）；中国海事仲裁委员会（CMAC）；香港国际仲裁中心（HKIAC）。

三、国际商事仲裁的国际立法

第二节　国际商事仲裁协议

一、仲裁协议的概念

仲裁协议是指双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者已经发生的争议交付仲裁的协议。仲裁协议有三种表现形式：仲裁条款；仲裁协议书；其他书面文件中包含的仲裁协议。

二、仲裁协议的内容

国际商事仲裁协议应包含以下内容：提交仲裁的争议事项；仲裁机构；仲裁地点；仲裁规则；仲裁裁决的效力。我国在仲裁实践中要求仲裁协议包括三项内容：提交仲裁的争议事项；仲裁地点；仲裁机构。

三、仲裁协议的形式要件

（一）仲裁协议必须书面形式及其“书面”的含义（解释）
（二）仲裁协议对未签字人的延伸效力

四、仲裁协议的有效要件及其认定

（一）仲裁协议的有效要件
仲裁协议的基本要件包括：仲裁协议必须采用书面形式；订立仲裁协议的当事人必须具备行为能力；仲裁协议约定的争议事项是可仲裁的事项。
（二）仲裁协议效力的认定机构
（三）自裁管辖权原则

五、仲裁协议的法律效力

（一）对当事人的法律效力
（二）对仲裁庭的法律效力
（三）对法院的法律效力
（四）对裁决承认执行的法律效力

六、仲裁协议的法律适用

（一）适用当事人选择的法律
（二）适用仲裁地的法律

七、仲裁条款的独立性原则

仲裁条款的独立性原则又称仲裁条款自治原则，是指仲裁条款独立于主合同其他条款而存在，主合同的变更、终止、无效、解除、不存在等情形不影响仲裁条款的效力。

第三节　仲裁程序

一、仲裁申请与受理

（一）国际商事仲裁申请书
（二）仲裁的受理

二、仲裁庭的组成

（一）仲裁员的选定
（二）仲裁庭的组成
（三）仲裁员的回避和更换

三、仲裁审理

（一）仲裁审理的方式及程序
仲裁案件可以采取两种方式审理，书面审理和开庭审理。
（二）审核证据和询问证人
仲裁庭一般只能传讯自愿出庭作证的证人，只能提取有关证人自愿提交的证据材料，而无权强制

证人作证或出示有关的证据材料。

（三）保全措施

仲裁程序中的保全措施包括财产保全和证据保全两个方面。

四、仲裁中的调解

（一）调解程序的开始、进行、终结

（二）调解程序的效力

当事人双方在有关仲裁庭的主持下通过平等协商，自愿达成调解协议的情况下，仲裁庭根据协议内容作出裁决书或调解书。如果无法达成调解协议，应及时终止调解。

五、仲裁裁决

（一）仲裁裁决的含义和种类

根据不同标准，我们可对仲裁裁决作不同的分类：中间裁决、部分裁决和最终裁决；对席裁决和缺席裁决；合意裁决与非合意裁决；补充裁决和被补充裁决。

（二）裁决的期限

关于仲裁裁决的期限一般有以下做法：1．约定期限；2．法定期限；3．将约定期限与法定期限相结合来确定期限。

（三）裁决的原则

裁决奉行的原则包括：当事人意思自治原则；依法裁决原则；严格按照仲裁协议进行裁决原则；多数裁决原则。

（四）仲裁裁决的效力

第四节　国际商事仲裁裁决的承认与执行

一、承认与执行的含义

承认外国仲裁裁决和执行外国仲裁裁决是既有联系又有区别的两个问题。承认外国仲裁裁决指法院依法确认某一外国裁决在内国有可予执行的法律效力；执行外国仲裁裁决指法院在承认外国仲裁裁决效力的基础上，依照本国法律规定的执行程序予以强制执行。

二、承认与执行仲裁裁决的条件

（一）需由被申请执行人提起，法院予以审查的情形

（二）法院主动审查的情形

根据《纽约公约》第 5 条第 2 款的规定，如果被请求承认和执行外国仲裁裁决的国家的法院，认为按照该国法律，有下列情形之一的，可以主动予以拒绝承认和执行，而不需要反对承认和执行的一方当事人提出该抗辩。（1）争议事项不具有可仲裁性；（2）违背了法院地的公共利益（公共秩序保留制度）

三、承认与执行外国仲裁裁决的程序

一是将外国仲裁裁决作为外国法院判决对待。

二是将外国仲裁裁决作为合同之债对待，英美等国的做法。

三是将外国仲裁裁决作为国内仲裁裁决对待，把适用于执行内国仲裁裁决的规则扩大及于外国仲裁裁决的执行。

四、国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行

（一）涉外仲裁裁决在中国内地的承认与执行

1．执行涉外仲裁裁决的法院为被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院。

2．涉外仲裁裁决强制执行申请的审查

法院对仲裁裁决的审查，仅限于《民事诉讼法》第 260 条第 1 款规定的范围，法院不能逾越权限进行审查。

3．不予承认执行的理由：

我国《仲裁法》第 71 条、《民事诉讼法》第 260 条第 1 款规定了人民法院拒绝执行涉外仲裁裁决的理由。人民法院可以以下理由之一裁定不予执行。（1）当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。（2）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知。（3）仲裁庭的组成或仲裁的程序与仲裁规则不符的。（4）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁。

5．最高法院的报告制度。

（二）外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行

1．中国承认的公约裁决的范围。我国加入《纽约公约》时作了两项保留，即互惠保留和商事保留。根据互惠保留声明，我国只承认和执行在该公约对我国生效后另一缔约国领土内作成的仲裁裁决。根据商事保留，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性的商事法律关系所引起的争议适用公约。

2．申请承认执行的条件和程序。依据公约规定的条件承认和执行。

3．当事人申请承认和执行的期限。期限适用我国民诉法的规定。

4．管辖法院。（1）被执行人是自然人的，为其户籍所在地或者居住地。（2）被执行人为法人的，为其主要办事机构所在地。（3）被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构，但有财产在我国境内的，为其财产所在地。

5．法院的审查。适用法院的内部报告制度。

复习与思考题

1．国际商事仲裁“国际性”的判断标准是怎样的？在中国的仲裁实践中，哪一个标准更适当？

2．什么是仲裁条款的自治理论？

3．你同意仲裁协议具有延伸效力的观点吗？为什么？

4．1958 年《纽约公约》的主要内容和特点是什么？举例说明其在中国的适用。

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。

2．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》，人民法院出版社 2001 年版。

3．李虎：《国际商事仲裁裁决的强制执行》，法律出版社 2000 年版。

4．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。

第十四章　区际私法

本章学习目的与基本要求：区际私法是关于解决区际法律冲突的学科，有着和国际私法不同的法律特征，主要包括区际冲突规范和区际司法协助。要求学生通过本章的学习掌握区际私法的含义和基本特征，尤其中国区际法律冲突的解决和区际司法协助是本章学习的重点。

课时分配：3 课时。

第一节　区际法律冲突

一、区际法律冲突与区际私法

（一）区际法律冲突

区际法律冲突是指一国内部具有不同法律制度的地区之间的法律冲突。

（二）区际私法

二、区际法律冲突的解决模式

三、中国区际法律冲突

（一）中国区际法律冲突的产生和特点

中国区际法律冲突有如下特点：“一国两制”下的区际法律冲突；单一制国家结构形式下的区际法律冲突；存在两大法系；不存在统一的终审权力机构。

（二）解决模式的设想

1．解决中国区际法律冲突的原则

2．中国区际法律冲突的解决步骤

第二节　区际民事司法协助

一、区际送达

（一）内地与香港之间的送达

1．香港特别行政区向内地的送达

2．内地向香港的送达

（二）内地与澳门之间的送达

1．澳门关于送达的规定

2．内地与澳门关于送达的安排

（三）内地与台湾地区间的送达

二、区际取证

（一）内地与澳门间取证途径

（二）内地与香港间的取证途径

三、区际判决和仲裁裁决的承认与执行

（一）内地关于认可与台湾地区法院判决的规则
（二）台湾地区对内地法院判决的承认和执行
（三）内地与香港关于执行仲裁裁决的安排
（四）内地与澳门关于承认执行法院判决的安排

复习与思考题

1．与其他国家的区际冲突相比，我国的区际冲突有什么特点？
2．你认为中国解决区际法律冲突的最佳模式是怎样的？
3．中国目前采用的司法协助模式的不足在哪儿？应如何完善？

拓展阅读书目

1．黄进：《区际冲突法研究》，学林出版社 1991 版；
2．冯霞著：《中国区际私法论》，人民法院出版社 2006 版；
3．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社 2002 版；
4．沈絹：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版；
5．肖永平主编：《内地与香港的法律冲突与协调》，湖北人民出版社 2001 版。

《国际经济法》教学大纲

国际法学院国际经济法研究所的全体授课老师　编写

目　录

前　言 1152
第一章　绪　论 1153
第一节　国际经济法概述 1153
一、国际经济法的概念与特点 1153
二、国际经济法的关系 1153
三、国际经济法的渊源 1154
第二节　国际经济法与其他相关法律部门关系 1154
一、国际经济法与国际公法的区别与联系 1154
二、国际经济法与国际私法的区别与联系 1155
三、国际经济法与国内经济法的区别与联系 1155
第三节　国际经济法的基本原则 1155
一、国家经济主权原则 1155
二、平等互利原则 1155
三、合作与发展原则 1155
复习与思考题 1156
拓展阅读书目 1156
第二章　有关国际货物买卖的法律 1157
第一节　调整国际货物买卖的法律 1157
一、国内立法 1157
二、国际公约 1157
三、国际惯例 1158
第二节　国际货物买卖合同 1159
一、国际货物买卖合同的成立 1159
二、国际货物买卖合同条款 1159
三、双方权利义务 1160
四、违约救济 1161
五、所有权和风险转移 1162
第三节　国际货物运输的法律制度 1163
一、国际海上货物运输 1163
二、其他方式的国际货物运输 1165
第四节　国际货物运输保险 1166
一、国际货物运输保险概述 1166
二、海洋货物运输保险条款 1167
三、其他货物运输保险条款 1167
四、国际货物运输保险索赔 1167
第五节　国际贸易结算 1168
一、国际贸易结算概述 1168
二、国际贸易结算工具 1168
三、国际贸易结算方式 1169
复习与思考题 1170

拓展阅读书目 1171
第三章 WTO 多边贸易体制 1172
第一节 世界贸易组织 1172
一、世界贸易组织的前身------关贸总协定， 1172
二、WTO 的法律地位 1172
三、WTO 管辖的框架协议 1172
第二节 WTO 货物贸易规则之一，GATT 1994 及其例外 1172
一、GATT 1994 基本原则 1172
二、GATT 1994 年例外条款 1173
三、GATT1994 关于发展中特殊待遇的规定 1173
第三节 WTO 货物贸易规则之二，约束非关税壁垒主要协议 1174
一、反倾销协议 1174
二、反补贴协议 1174
三、与标准有关的措施，《技术贸易壁垒协议》、《动植物卫生检疫措施协议》 1175
第四节 《服务贸易总协定》（GATS） 1175
一、服务贸易的含义、分类 1175
二、《服务贸易总协定》框架协议的内容 1175
复习与思考题 1176
拓展阅读书目 1176
第四章 国际知识产权贸易法 1177
第一节 知识产权概述 1177
一、知识产权的概念 1177
二、知识产权的特点 1177
三、知识产权的范围 1177
第二节 知识产权的国际保护 1177
一、知识产权国际保护的产生和途径 1177
二、知识产权国际公约概述：包括四大类公约 1177
三、《保护工业产权巴黎公约》 1178
四、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》 1178
五、《与贸易有关的知识产权协定》 1178
第三节 国际技术转让和国际技术贸易 1179
一、国际技术转让概述 1179
二、国际技术贸易 1179
第四节 国际许可证协议 1179
一、国际许可证协议的概念 1179
二、国际许可证协议的特征 1180
三、国际许可证协议的种类 1180
四、国际许可证协议的主要内容 1180
五、国际许可证协议中的限制性商业条款 1180
复习与思考题 1180
拓展阅读文献 1181
第五章 国际投资法 1182
第一节 国际投资和国际投资法概述 1182

一、国际投资概述 1182
二、国际投资法的概念、体系与作用 1182
三、国际投资的法律形式 1183
第二节　资本输入国和输出国的法律制度 1183
一、资本输入国保护国际投资的法律制度 1183
二、资本输出国保护海外投资的法律制度 1184
第三节　保护投资的国际法制 1185
一、双边投资条约 1185
二、多边投资担保机构公约 1185
三、《解决国家与他国国民间投资争端公约》 1185
四、国际贸易组织（WTO）有关投资的协定 1186
复习与思考题 1186
拓展阅读书目 1186
第六章　国际金融法 1187
第一节　国际货币制度 1187
一、国际货币制度的含义和主要内容 1187
二、国际货币制度的变更 1187
第二节　国际融资的法律制度 1188
一、国际商业贷款 1188
二、国际证券融资 1189
三、国际融资租赁 1189
第三节　国际银行的法律制度 1190
一、国际银行的概念和形式 1190
二、东道国对外资银行的监管 1190
三、银行监管的国际合作 1190
第四节　国际金融组织 1191
第五节　世界贸易组织金融服务协议 1191
一、金融服务协议的产生 1191
二、金融服务贸易的基本概念和原则 1191
三、金融服务贸易协议的主要内容简介 1191
复习与思考题 1192
拓展阅读书目 1192
第七章　国际税法 1194
第一节　国际税法概述 1194
一、国际税法的涵义与特征 1194
二、国际税法的渊源与原则 1194
三、国际税法的产生、发展与未来 1194
第二节　税收管辖权 1195
一、税收管辖权的概念 1195
二、税收管辖权的两个理论原则 1195
三、居民税收管辖权 1195
四、收入来源地税收管辖权 1196
第三节　国际重复征税与国际重叠征税 1196

一、国际重复征税与国际重叠征税的涵义 1196
二、国际重公平复征税与国际重叠重税的消极影响 1196
三、消除或缓解国际重复征税的方法 1196
四、消除或缓解国际重叠征税的方法 1197
第四节　国际逃税与国际避税 1197
一、国际逃税与国际避税的含义与区别 1197
二、国际逃、避税产生的原因及其危害 1197
三、国际逃税与国际避税的主要方式 1198
四、国际逃税与国际避税的防止 1198
第五节　国际税收协定 1198
一、国际税收协定的概念与历史发展 1198
二、国际税收协定的结构与主要内容 1198
三、国际税收协定的实施 1199
四、中国对外签订的双边税收协定 1199
复习与思考题 1199
拓展阅读书目 1199
第八章　国际经济争议的解决 1200
第一节　国际经济争议的种类及其解决方法 1200
一、国际经济贸易争议的种类及其特点 1200
二、解决不同国家国民之间的国际经济贸易争议的方法 1200
第二节　解决国际商事争议的司法方法 1200
一、法院对国际商事易争议案件管辖 1200
二、国际商事案件的诉讼程序 1200
三、解决争议应当适用的法律规则 1200
四、法院判决的效力及其执行 1200
五、我国法院对涉外案件的处理 1200
第三节　解决国际商事争议的非司法方法 1201
一、ADR 的法律特征 1201
二、ADR 的主要表现形式 1201
三、ADR 在解决我国国际商事争议中的应用 1201
第四节　国际商事仲裁 1201
一、概述 1201
二、国际商事仲裁的概念和法律特征 1201
三、国际商事仲裁的种类 1201
四、调整国际商事仲裁的法律规则 1202
五、国际商事仲裁协议的的概念、特征和内容 1202
六、仲裁庭及其管辖权限 1202
七、国际商事仲裁的适用法律 1203
八、仲裁裁决及其效力 1203
九、外国仲裁裁决的承任与执行 1204
复习与思考题 1204
拓展阅读书目 1204

前　言

国际经济法概论是法学本科阶段十四门主干课程之一，教学计划为 54 课时，大纲编写的目的是配套教材的使用，并让学生能提纲携领地掌握课程的主要知识点。

在内容上，国际经济法概论主要包括一下八个部分的内容：绪论；有关国际货物买卖的法律；WTO 多边贸易体制；国际知识产权贸易法；国际投资法；国际金融法；国际税法；国际经济争议的解决。

本大纲由国际法学院国际经济法研究所的全体授课老师共同编写。

第一章　绪　论

本章教学目的与要求：本章共三节，是国际经济法的总论部分，旨在使学生对国际经济法概念、调整对象、范围以及法律渊源等有一个基本的认识。

学时分配：6 学时。

第一节　国际经济法概述

一、国际经济法的概念与特点

（一）国际经济法的概念和特点

国际经济法是调整国际经济关系的法律规范的总称。国际经济法是在二次世界大战后随着国际经济交往的发展而形成的一个新兴的独立法律部门。具有边缘性，综合性的特点。

（二）国际经济法的基本类型

横向交易法、纵向管理法的区别；公法与私法；强行法与任意法的区别。两种法律所调整的法律关系特点。

（三）经济全球化对国际经济法影响

国际贸易与国际投资是推动经济全球化的动力。信息技术与交通运输革命加快了经济全球化的进程。国际经济多边贸易体制增强了经济全球化的全球协调作用。

二、国际经济法的关系

（一）法律关系主体。

国际经济法主体指在国际经济关系中能行使权利和承担义务的法律人格者。国际经济法的主体包括自然人、法人、国家和国际组织。

1．自然人。自然人作为国际经济法的主体不仅应具有一般的民事权利能力和行为能力，而且还应具有能从事国际经济交往的权利能力或资格。有些国家法律对本国自然人从事某些国际经济交往活动进行限制。

2．法人。法人作为国际经济法的主体，其从事国际经济活动的权利能力和行为能力受法人属人法的约束，法人属人法指法人国籍所属国的法律。法人是国际经济法的基本主体，大部分的国际经济交往活动都有法人的参与。

3．国家。在国际经济法中，作为主权者的国家具有独立地参加国际关系的能力和直接承担国际法权利和义务的能力。一方面国家有权同其他国家或国际组织订立国际经济条约和协定，有权参加国际经济组织的活动，有权对本国的自然资源和经济活动行使永久主权等。另一方面，国家又可以在一定范围内直接参加国际经济贸易活动，可与另一国的法人或自然人订立经济合同。例如，国家可与外国私人投资者签订特许协议等。作为国际经济法主体的国家在地位上具有特殊性，即国家及其财产享有豁免权。

4．国际经济组织。国际经济组织须具有一定的法律人格才能作为国际经济法的主体行使权利和承担义务，并在其职能范围内进行活动。

（二）法律关系的内容

国际经济法律关系的内容既包括国际法上的经济关系，又包括国内法上的涉外经济关系，既有纵向的关系，又有横向的关系，具体从法律关系的性质上考虑，其范围包括：

1．有关国际货物贸易的法律规范与制度，包括与国际货物买卖合同、国际货物运输、国际货

物运输与保险、国际支付与结算有关的法律规范与制度。

2．有关国际服务贸易的法律制度和法律规范，包括与法律服务及计算机及相关服务等商业性服务、通讯服务、建筑服务、销售服务、教育服务、环境服务、金融服务、健康与社会服务、文化及体育服务、交通运输服务等有关的法律规范与制度。

3．有关国际投资的法律规范与制度，包括资本输出、资本输入、投资保护等有关的法律规范与制度。

4．有关国际知识产权保护的法律规范与制度，包括与工业产权的国际保护、著作权的国际保护、国际许可证贸易有关的法律规范与制度。

5．有关国际货币与金融的法律规范与制度，包括与国际货币、跨国银行、国际贷款、国际证券、国际融资担保有关的法律规范与制度。

6．有关国际税收的法律规范与制度，包括与国际税收管辖权、国际双重征税和国际重叠征税、国际逃税与避税等有关的法律规范与制度。

7．有关国际经济组织的各种法律规范与制度。

三、国际经济法的渊源

（一）国际经济条约

国际经济条约是国际经济法的重要渊源，它是国家及国际经济组织为确定其之间的权利义务所达成的书面协议。

（二）国际商业惯例

国际商业惯例是在长期的国际经济交往中经过反复使用而形成的不成文的规则。国际商业惯例属于任意性的规范，只有在当事人明示选择适用的情况下才对当事人有约束力。当事人也可以对其选择的商业惯例进行删、减、改和补充。

（三）联合国大会的规范性决议

国际组织通过的决议本来只属于建议性质，并不对其成员国产生必须遵守的强制力。但是随着国际实践的发展，理论界已倾向于肯定大会决议的法律拘束力，特别是有些联大决议是旨在宣告国际法原则和规范的，应具有法律效力，且有的决议在国际实践中已逐渐被接受，成为各国在国际经济交往中应遵守的准则。

（四）国内立法

各国调整涉外经济关系的国内立法是国际经济法的国内法渊源。各国在调整涉外经济关系的国内立法上主要采用统一制和分流制。前者指所制定的国内经济立法既适用于国内经济关系，又适用于涉外经济关系。后者指分别制定不同的法律以调整涉内及涉外经济关系。

此外，国内判例在普通法国家是重要的国际经济法的国内法渊源，但判例在我国不属于法律的渊源。

第二节　国际经济法与其他相关法律部门关系

一、国际经济法与国际公法的区别与联系

国际经济法与国际公法的联系表现在多方面，例如国际经济法与国际公法在渊源上是相互交叉的等等。两者的区别主要表现在：

1．在主体上，国际经济法的主体包括自然人、法人、国家和国际经济组织。而国际公法的主体主要为国家和国际组织，自然人和法人则不能成为国际公法的主体。

2．在法律渊源上，国际经济法的渊源包括国际经济条约、国际商业惯例、联合国大会的决议

和国内立法等。而国际公法的渊源则主要是国际条约和国际习惯，这里的国际习惯与国际商业惯例不同，前者源于国家间的政治和外交活动，而非产生于商人的商业习惯。

3．在调整对象上，国际经济法调整的是不同国家的自然人、法人、国家及国际经济组织之间的经济关系，而不是政治关系。而国际公法则主要调整国家间的政治、外交和军事等非经济关系。

二、国际经济法与国际私法的区别与联系

1．在主体上，国际经济法的主体如前所述为自然人、法人、国家和国际经济组织。而国际私法的基本主体是自然人和法人，国家和国际组织也可以是国际私法的主体，但主要是以民事法律关系当事者的资格从事一般民事活动，而在国际经济法中国家可以主体的身份从事国际经济交往，并承担一定的权利和义务。

2．在法律渊源上，国际经济法和国际私法均包括了国际条约、国际惯例和国内立法，但侧重有所不同，国际经济法的主要渊源是国际条约，而国际私法在渊源上更侧重各国国内法中的冲突规范，并辅以涉及法律适用方面的国际惯例和国际条约。

3．在调整对象上，国际经济法是调整主体之间的国际经济关系，对于自然人的身份、婚姻、继承等人身方面的法律关系并不涉及，而国际私法则主要调整涉外民商事关系的法律适用问题，外国人的民事法律地位问题和国际民商事争议解决的问题等。

三、国际经济法与国内经济法的区别与联系

在调整对象上，国际经济法调整的活动是超越一国界的经济活动，而各国的国内经济法则主要管辖本国境内的涉外经济交往活动。

在法律渊源上，国际经济法和国内经济法在国内立法方面有所重叠，即在经济立法上同时调整经济关系中的内国关系及涉外关系的国内立法，即属于国内经济法的渊源，又属于国际经济法的渊源。而国际经济法的主要渊源国际立法和国际惯例则不是国内经济法的渊源。

第三节　国际经济法的基本原则

国际经济法的基本原则是指被国际社会公认的、对国际经济法的各个领域都具有普遍指导意义的原则。

一、国家经济主权原则

国家经济主权原则是国家主权原则在国际经济法领域内的具体体现，表现在国家对其全部财富和资源的拥有权、使用权和处置权，以及对经济活动的支配权等。在内容上，该原则包括国家对其境内一切自然资源享有永久主权;国家对外国投资者及其活动的管理和监督权;以及国家有权决定对境内的外国资产实施国有化或征收的措施等。

二、平等互利原则

平等互利是国际经济交往中应遵守的基本原则。在国际经济交往中，各国不论大小强弱，其在法律地位上一律平等。平等是实质上的平等，而不仅仅是形式上的平等。互利指不能只谋取本方的利益，而置其他各方的利益而不顾。平等互利是不可分割的整体。最惠国待遇是平等互利原则的一个典型范例。

三、合作与发展原则

依联合国宪章的规定，国际合作以谋求发展是所有国家的一致目标和共同义务。该原则首先强

调的是承认和尊重发展中国家的发展权，发达国家的繁荣与发展中国家的发展是联系在一起的。在此基础上，为了实现共同发展，就应加强各国间在经济、社会等各方面的合作，当然包括发达国家与发展中国家间的合作，也包括发展中国家之间的合作。

复习与思考题

1．国际经济法的概念和范围。

2．国际经济法与国际公法的关系。

3．分析经济主权原则与合作与发展原则。

拓展阅读书目

1．曾华群著：《国际经济法导论》，法律出版社 1997 年出版。

2．[美]迈克尔·波特著：《国家竞争优势》，华夏出版社 2002 年出版。

3．王传丽主编：《国际经济法》，法律出版社 2005 年出版。

4．余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年出版。

5．[德]E·U·彼德斯曼著：《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，高等教育出版社 2004 年出版。

6．韩德强著：《碰撞——全球化陷阱与中国现实选择》，经济管理出版社 2001 年出版。

第二章　有关国际货物买卖的法律

本章教学目的与要求：本章国际经济法这门课程的重点章。学生通过学习应基本了解国际货物贸易四个环节，即国际货物买卖、国际货物运输、国际货物运输保险和国际贸易支付所涉及的基本法律问题。

学时分配：24 课时。

第一节　调整国际货物买卖的法律

一、国内立法

（一）大陆法

在大陆法系国家中，一些国家采用了民商分立的做法，另一些国家则采用了民商合一的做法。在民商分立的国家中，民法中的一般原则和相关规定适用于商事活动，另有商法典又对商事行为进行专门的规定，商法与民法是特别法与一般法的关系，商法优先适用，在商法没有规定的情况下，适用民法的规定。在民商合一的国家中一般没有单独的商法典，而是将有关商法的内容编入民法典中。

（二）英美法

以判例为主要法律渊源的普通法系国家没有民法与商法的区分，其买卖法由两个部分组成，一部分是由法院判例形式确立的法律原则；另一部分则是成文法，主要为单行法规。如英国的《货物买卖法》，美国的《统一商法典》。

（三）中国法

我国没有专门的货物买卖法，《中华人民共和国民法》的原则性规定作为一般法适用于货物买卖关系，1999 年生效的《中华人民共和国合同法》对买卖合同进行了专门的规定，该法是调整我国货物买卖关系的主要国内立法，该法同时适用于国内的买卖关系和涉外的买卖关系。此外，我国于 1986 年加入了《联合国国际货物销售合同公约》，因此，在符合适用该公约的条件下，有关的国际货物买卖关系还涉及公约的适用。

二、国际公约

（一）国际公约的概况

有关国际货物买卖的国际立法是国际货物买卖法的最主要渊源之一。国际条约包括双边条约和多边条约。国际货物买卖领域涉及的国际公约有要有 1964 年《关于国际货物买卖统一法公约》和《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》，这两个公约均于 1972 年生效。在国际货物买卖领域最有影响的公约是 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》（以下简称《公约》），我国已加入了该公约。

（二）1980 年买卖合同公约

1980 年买卖合同公约于 1980 年在维也纳召开的外交会议上通过，于 1988 年 1 月 1 日生效。

1．公约的适用范围

买卖合同公约的第一章规定了公约的适用范围。该适用范围的确定涉及下列因素：合同当事人的营业地点、国际私法规则、应被排除的某些类别的货物销售，以及某些应被排除的合同方面的问题。

（1）公约适用的合同：公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同：

（a）如果这些国家是缔约国；或（b）如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。

（2）公约排除适用的货物销售：①供给私人或家庭使用的货物的销售；②通过拍卖的销售；③因执行法律所进行的销售；④股票、投资证券、流通票据或货币的销售；⑤船舶、气垫船或飞机的销售；⑥电力的销售。

（3）公约排除对主要部分为提供劳务和服务的货物销售合同的适用。

2．公约没有涉及的法律问题

（1）合同的有效性、或合同任何条款的有效性以及任何惯例的有效性；

（2）合同对所销售货物的所有权可能产生的影响；

（3）卖方对因货物造成的死亡或伤害。

3．当事人对公约适用的排除

公约的一个特点是它的非强制性。公约第 6 条规定：“当事人可以不适用本公约，或在第 12 条的条件下，减损本公约的任何规定或改变其效力。”

4．中国加入公约时的保留

中国于 1986 年 12 月向联合国秘书长递交了的核准书，成为了公约的缔约国，该公约于 1988 年 1 月 1 日对包括我国在内的各参加国生效。但中国在核准公约时，提出了下列两项保留：

（1）合同形式的保留

（2）扩大适用的保留

三、国际惯例

（一）国际商业惯例概述

国际商业惯例是在国际商业交往中长期形成的，经过反复使用而被国际商业的参加者接受的习惯做法或通例。许多国际商业惯例经过有影响的国际组织或民间商业组织的制定而成了成文的的惯例，例如由国际统一私法协会制定的 1932 年《华沙－－牛津规则》、由国际商会制定的 2000 年《国际贸易术语解释通则》、由国际统一私法协会完成的 1994 年《国际商事合同通则》等。

（二）《国际贸易术语解释通则》

1．《国际贸易术语解释通则》概述

为了避免不同国家对同一贸易术语作出不同的解释，国际商会于 1936 年制定了《国际贸易术语解释通则》（以下简称“通则”），又为了适用国际贸易发展的需要，该《通则》分别于 1953 年、1967 年、1976 年、1980 年、1990 年和 2000 年进行了六次修改和补充。

2．2000 年《通则》的内容和结构

2000 年《通则》保留了 1990 年《通则》的结构，2000 年《通则》共规定了 13 种贸易术语，这 13 个术语分别依其特点共分为下列四组：

（1）E 组（内陆交货合同）

EXW，全称 Ex　work，工厂交货（指定地点），

（2）F 组（主要运费未付）（装运合同）

FCA，全称 Free　Carrier，货交承运人（指定地点）

FAS，全称 Free　Alongside　Ship，船边交货（指定装运港）

FOB，全称 Free　on　Board，船上交货（指定装运港）。

（3）C 组（主要运输已付）　（装运合同）

CFR，全称 Cost　and　Freight，成本加运费（指定目的港）

CIF，全称 Cost　Insurance　and　Freight，成本加运费加保险费（指定目的港）

CPT，全称 Carriage　Paid　to，运费付至（指定目的地）；

CIP，全称 Carrige　and　Insurance　Paid　to，运费和保险费付至（指定目的地）

（4）D 组（到货合同）

DAF，全称 Delivered　at　Frontier，边境交货（指定地点）

DES，全称 Delivered　Ex　Ship，目的港船上交货（指定目的港）

DEQ，全称 Delivered　Ex　Quay，目的港码头交货（指定目的港）

DDU，全称 Deliverde　Duty　Unpaid，未完税交货（指定目的地）

DDP，全称 Deliverde　Duty　paid，完税交货（指定目的地）

3．2000 年《通则》对 1990 年《通则》的主要修改和补充

（1）在进出口手续方面更加合理

（2）明确了在 FCA 贸易术语下的交货与装货义务

（3）改变了贸易术语内容的排列

第二节　国际货物买卖合同

一、国际货物买卖合同的成立

（一）要约：也称为发价或发盘，是一方当事人以订立合同为目的向对方所作的意思表示。

1．构成要约的条件：

（1）缔结合同的建议要向特定人发出。

（2）要约的内容要十分确定。

（3）要约须表明要约人在要约被接受时承受约束的意思。

2．要约的生效：依《公约》第 15 条的规定，要约于送达受要约人时生效。

3．要约的撤回与撤销：

（1）要约可以撤回。

（2）要约的撤销，在下列情况下要约不得撤销：第一，要约写明接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的；第二，受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，而且受要约人已本着对该要约的依赖行事。

4．要约的失效：

（1）要约因期间已过而失效。

（2）要约因要约人的撤销而失效。

（3）要约因受要约人的拒绝而失效。

（二）承诺：承诺是受要约人按照要约所规定的方式，对要约的内容表示同意的一种意思表示。要约一经承诺，合同即成立。承诺也称为“接受”。

1．效的承诺须具备的条件

（1）承诺须由受要约人作出。

（2）承诺须在要约规定的有效期间内作出。

（3）承诺须与要约的内容一致。

2．承诺生效的时间：在承诺生效的时间上，《公约》采用了到达生效主义。

3．承诺的撤回：承诺可以撤回，只要撤回的通知能在承诺生效之前或与其同时送达要约人。

二、国际货物买卖合同条款

国际货物买卖合同的内容主要包括约首、正文和约尾三部分。

（一）规格条款：凭样品确定货物品质的买卖、凭规格，等级或标准确定货物品质的买卖，凭商标或品牌确定货物品质的买卖，凭说明书确定货物品质的买卖。

数量条款：在合同中规定“溢短装条款”，在货物的数量上规定一个约数。

（三）包装条款：运输包装，销售包装。

（四）价格条款：固定价格，非固定价格。

（五）检验条款：检验机构，关于检验的时间和地点，关于检验的标准和方法。

（六）装运条款：装运时间，装运通知，转运和分批装运。

（七）保险条款：合同中的保险条款是指具体规定由哪方当事人负担货物运输的保险责任，及应投保的险别等内容的条款。

（八）支付条款：支付工具，保值条款，支付方式，支付时间和地点。

（九）不可抗力条款：不可抗力条款的概念，不可抗力意外事故的构成条件，通知的义务及不可抗力的法律后果。

（十）争议解决条款：索赔条款，仲裁条款，法律适用条款。

三、双方权利义务

（一）卖方的义务

1．交付货物。交付货物既包括实际交货，即由卖方将货物置于买方的实际占有下；也包括象征性交货，即由卖方将控制货物的单据交给买方，由买方在指定地点凭单向承运人提货。

（1）交付货物的地点：交付货物的地点首先应当根据合同的具体规定确定。合同没有规定的则依《公约》第 31 条的规定。

（2）交货的时间，《公约》第 33 条对交货时间进行了规定。

2．质量担保

（1）适用于通常使用目的，即货物适用于同一规格货物通常使用的目的。

（2）适用于特定目的，即货物适用于订立合同时明示或默示地通知卖方的任何特定目的。

（3）与样品或样式相符，即货物的质量与卖方向买方提供的货物样品或样式相同。

（4）包装上的要求，公约规定货物应按照同类货物通用的方式装箱或包装，如果没有此种通用方式，则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装。

3．权利担保

（1）所有权担保，指卖方保证对其出售的货物享有完全的所有权，必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物，如不存在任何未向买方透露的担保物权等。

（2）知识产权担保，指卖方保证其出售的货物没有侵犯任何第三人的工业产权和知识产权。

4．交付单据

《公约》第 34 条对卖方交付单据的义务进行了规定。依该条规定，如果卖方有义务移交与货物有关的单据，他必须按照合同规定的时间、地点和方式移交这些单据。

（二）买方的义务

1．支付货款

（1）准备步骤，依《国际销售合同公约》第 54 条的规定，买方支付货款的义务包括依合同或任何有关法律和规章规定采取必要的步骤和完成相关的手续

（2）支付的地点，国际货物买卖的双方通常也会在合同中对支付方式和地点作出约定。在合同对此没有规定的情况下，《公约》对支付地点进行了补充规定。

（3）支付的时间，依《公约》第 58 条的规定，付款的时间应依照合同的规定。如果双方当事人未在合同中具体约定付款的时间，则买方应依《公约》的规定。

2．接收货物

依《公约》的规定，买方接收货物的义务由两部分组成，其一为“采取一切理应采取的行动以便卖方交付货物”，其二为“提取货物”。

四、违约救济

（一）卖方违反合同时适用于买方的补救办法

1．要求实际履行：依《公约》第 46 条第（1）款规定：卖方违反合同时，买方可以采取要求实际履行的补救办法，除非买方已采取与此一要求相抵触的某种补救办法。

2．交付替代物：《公约》第 46 条第（2）款规定了交付替代物的补救办法。交付替代物是在货物与合同不符时的一种补救办法，即要求卖方替代交付与合同相符的货物。

3．修理：《公约》第 46 条第（3）款对修理的补救办法进行了规定。修理是卖方对所交付与合同不符的货物进行的修补、调整或替换有瑕疵部分等。

4．减价：依《公约》第 50 条的规定，如货物与合同不符，不论货款是否已付，买方都可以减低价格。减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合合同的货物在当时的价值两者之间的比例计算。如买方请求了损害赔偿就不能再进行减价了，当然，如减价不足以补偿买方的损失，还可同时请求损害赔偿。

5．宣告合同无效：依《公约》第 49 条的规定，买方有权在下列情况下宣告合同无效：（1）卖方根本违反合同。（2）卖方在买方规定的额外时间内没有交货或声明不交货。

买方须依公约第 36 条及第 37 条的规定，在发现或理应发现货物不符的合同时间内提出权利要求，否则丧失主张货物与合同不符的权利。

（二）买方违反合同时适用于卖方的补救办法

1．要求履行义务：依《公约》第 61 条至 63 条的规定，如果买方不履行其在合同中和公约中规定的任何义务，卖方可以要求其履行义务，卖方可以要求买方支付货款、收取货物以及其他应履行的义务，只要卖方没有采取与此要求相抵触的某种补救办法。

2．宣告合同无效：依《销售合同公约》第 64 条的规定，卖方在下列情况下可以宣告合同无效：（1）当买方没有履行合同或公约规定的义务等于根本违反合同时。（2）买方不在卖方规定的额外时间内履行支付价款的义务或收取货物，或买方声明他将不在所规定的时限内履行，卖方可以宣告合同无效。

（二）用于卖买双方的一般规定

1．预期违反合同与分批交付的货物

（1）预期违反合同与中止履行义务：依《公约》的规定，在出现预期违反合同的情况下，另一方可以采取中止履行义务的措施。《公约》第 71 条对中止履行义务的内容进行了规定。《公约》对中止履行义务的条件和中止履行义务的结束进行了规定。

（2）预期违反合同与宣告合同无效：依《公约》的规定，如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣告合同无效。

（3）批交付的货物无效的处理：其中一批交付的货物出现根本违反合同时的处理；今后各批货物将会发生根本违反合同时的处理；对于各批货物相互依存的情况下，出现任何一批货物交付违反合同时的处理。

2．损害赔偿

（1）损害赔偿的概念：损害赔偿是指对由于一方当事人违反合同，而给另一方当事人造成的损害或利润损失，给予金钱上的补偿。

（2）赔偿金额的计算：依《公约》第 74 条的规定，赔偿金额计算的原则是：一方当事人违反合同应负的损害赔偿额，应与另一方当事人因他违反合同遭受的包括利润在内的损失额相等。损害赔偿不应超过当事人在订立合同时按当时能合理预见的损失。

（3）要求损害赔偿的一方减少损失的责任

依《公约》第 77 条的规定，声称另一方违约的当事人，必须按情况采取合理措施，以减轻由

于另一方违约而引起的损失，如果他不采取这种措施，违约的一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

3．支付利息

《公约》第 78 条是关于支付利息的补救办法的规定，.支付利息是指托欠价款或其他金额的一方当事人应向另一方当事人支付上述款项的利息。支付利息有两种，一种是货款的利息，另一种是托欠金额的利息。采用了支付利息的补救办法后，仍然可以要求损害赔偿。

4．免责

《公约》第 79 条至第 80 条对免责的情况进行了规定。免责主要涉及下列的问题：

（1）免责的条件：不履行必须是由于当事人不能控制的障碍所致；这种障碍是不履行一方在订立合同时不能预见的；这种障碍是当事人不能避免或不能克服的。

（2）免责的通知：依《公约》第 79 条第（4）款的规定，不履行义务的一方必须将障碍及对其履行义务能力的影响通知另一方。

（3）免责的后果：依《公约》第 79 条第（5）款的规定，免责一方所免除的是对另一方损害赔偿的责任，但受损方依《销售合同公约》采取其他补救措施的权利不受影响。

5．宣告合同无效的效果

宣告合同无效的效果主要有三个：（1）合同一经被宣告无效，即解除了买卖双方在合同中的义务。（2）宣告合同无效后，要求买方必须按实际收到货物的原状归还货物。（3）合同宣告无效后，买卖双方必须归还因接受履行所获得的收益。

6．保全货物

（1）保全货物的概念：保全货物是指在一方当事人违约时，另一方当事人仍持有货物或控制货物的处置权时，该当事人有义务对他所持有的或控制的货物进行保全。

（2）履行保全货物义务的条件：买卖双方都有保全货物的义务，但条件不同：卖方保全货物的条件是买方没有支付货款或接受货物，而卖方仍拥有货物或控制着货物的处置权。买方保全货物的条件是买方已接收了货物，但打算退货。

（3）保全货物的方式：其一是将货物寄放于仓库：　其二是将易坏货物出售。

五、所有权和风险转移

（一）风险转移与买方的付款义务

依《公约》第 66 条的规定，货物在风险转移到买方承担后遗失或损坏的，买方支付货款的义务并不因此解除。除非这种损坏或遗失是由于卖方的行为或不行为造成的。

（二）公约确定的风险转移的时间

风险转移的时间依第 67 和 68 条的规定有下列几种情况：

1．合同中有运输条款的货物买卖的风险转移：对于合同中有运输条款的货物买卖的风险转移，依《公约》第 67 条的规定应依下列方式转移风险：（1）如合同中没有指明交货地点，卖方只要按合同规定把货物交给第一承运人，货物的风险就转移给买方了。（2）如该运输条款规定卖方有义务在某一特定地点把货物交给承运人运输，则卖方在该特定地点将货物交付承运人之前，货物的风险在该特定地点转移给买方。

2．对于在运输中销售的货物的风险转移：对于在运输中销售的货物的风险，依《公约》第 68 条的规定是自买卖合同成立时起转移给买方。

3．其他情况下货物的风险转移：依《公约》第 69 条的规定，其他情况下如在卖方营业地交货，或在卖方营业地以外的地点交货，此时的风险从买方接受货物时起或货物交由买方处置时起转移给买方。

（三）风险转移与卖方违约的关系

货物的风险自交货时转移原则的适用有一个前提，即风险的转移是在卖方无违约责任的情况下，如卖方有违约行为，上述原则不适用。

第三节　国际货物运输的法律制度

一、国际海上货物运输

海上货物运输又分为班轮运输和租船运输两种主要形式。

（一）班轮运输

1．班轮运输的概念：班轮运输是由航运公司以固定的航线、固定的船期、固定的运输率、固定的挂靠港口组织的将托运人的件杂货运往目的地的运输。由于班轮运输的书面内容多以提单的形式表现出来，所以此种运输方式又被称为提单运输。

2．班轮运输的当事人：班轮运输的当事人是承运人和托运人，承运人即承担运输工作的航运公司，托运人即与承运人订立海上货物运输合同的当事人。此外，合同的效力会及于实际承运人和收货人。

3．提单的概念及的法律特征：提单是指用以证明海上运输合同和由承运人接管或装载货物，以及承运人保证据以交付货物的单证。从上述定义中可以看出，提单具有下列法律特征：：（1）提单是海上运输合同的证明。（2）提单是承运人出具的接收货物的收据。（3）提单是承运人凭以交付货物的具有物权特性的凭证。

4．提单的种类：（1）根据货物是否已装船可将提单分为已装船提单和收货待运提单。（2）依收货人的抬头可将提单分为记名提单、不记名提单和指示提单。（3）根据提单有无批注可将提单分为清洁提单和不清洁提单。（4）根据运输方式可将提单分为直达提单、转船提单和联运提单。（5）依是否已付运费可将提单分为运费预付提单和运费到付提单。

5．提单的内容：提单分正反两面，提单正面是提单记载的事项，提单的背面为关于双方当事人权利和义务的实质性条款。

6．提单在跟单信用证机制中的作用和存在的问题：

（1）以保函换取清洁提单的问题；

（2）以保函倒签提单和预借提单的问题；

（3）为提货而出具保函。

（二）调整班轮运输的国际公约

目前调整班轮运输的国际公约主要有三个，即《海牙规则》、《维斯比规则》 和《汉堡规则》。

1．《海牙规则》

该公约共有 16 条规定，其主要内容有：

（1）承运人最低限度的义务，即适航义务和管货的义务。

（2）承运人的责任期间：承运人的货物运输责任期间为从货物装上船起至卸完船为止的期间。

（3）承运人的免责：其中包括航行过失免责。

（4）赔偿责任限额：承运人对货物的灭失或损失的赔偿责任，在任何情况下每件或每单位不得超过 100 英镑，但托运人于装货前已申明该货物的性质和价值， 并在提单上注明者不在此限。

（5）托运人的义务和责任：公约规定托运人应对其所提供的资料不正确所造成的损失负赔偿责任。

（6）诉讼时效：货方对承运人或船舶提起货物灭失或损害索赔的诉讼时效为 1 年，自货物交付之日起算，在货物灭失的情况下，自货物应交付之日起算。

（7）公约的适用范围：公约适用于在任何缔约国所签发的一切提单。

2．《维斯比规则》

《维斯比规则》的内容主要是对《海牙规则》的补充和修改。该规则的主要内容有：

（1）明确规定提单对于善意受让人是最终证据。

（2）责任限制主体的扩大，即承运人的雇用人和代理人也可以限制责任。

（3）《维斯比规则》采用了双重责任限额制， 即承运人对货物的灭失或损害责任以每件或每单位 10，000 金法郎或每公斤 30 金法郎为限，两者以高者计。

（4）诉讼时效：《维斯比规则》对《海牙规则》第 6 条作了两点修改：其一，诉讼时效为 1 年，双方协商，可以延长时效。其二，对第三者的追偿诉讼，在 1 年的诉讼时效期满后，仍有 3 个月的宽限期。此外，公约在适用范围上也有所扩大。

3．《汉堡规则》

（1）承运人的责任基础上采用了完全的过失责任制。《汉堡规则》还采用了推定过失责任制。

（2）承运人的免责：《汉堡规则》取消了承运人对船长、船员等在驾驶船舶或管理船舶及火灾中的过失免责。

（3）增加了承运人延迟交货的责任。

（4）承运人的责任期间：《汉堡规则》规定承运人的责任期间为货物在装货港、运送途中和卸货港在承运人掌管下的全部期间。

（5）承运人的责任限额：《汉堡规则》提高了承运人的最高赔偿限额， 规定承运人对货物灭失或损坏的赔偿责任限额为每件或每单位 835 特别提款权（SDR），或每公斤 2.5 特别提款权，以高者为准。为了解决货币贬值问题，《汉堡规则》采用特别提款权为计算责任限额的单位。此外，公约还规定，如货损是由于承运人、其雇用人或代理人故意造成的， 则将丧失责任限制的权利。

（6）第一次在一定范围内承认了保函的效力。

（7）对舱面货和活牲畜等特殊货物进行了规定。

（8）诉讼时效：公约规定的诉讼时效为 2 年。此外，还规定了公约的适用范围。

（三）租船合同

租船合同包括航次租船合同、定期租船合同和光船租船合同。租船合同都必须以书面形式订立。租船合同的订立在实践中需要经过询租、报价、还价、接受等几个步聚。合同的的签订通常是通过电报、电传、和传真来进行。

1．航次租船合同：航次租船合同又称为程租船合同，是指航次出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定的运费的合同。航次租船合同的主要内容有：1，船舶说明条款；2，预备航次条款；3，有关货物的条款；4，装卸期间条款；5，运费条款；6，出租人的责任条款。 此外，航次租合同中还有责任终止和留置权条款、装卸港口、装卸费用、绕航条款、罢工条款、战争条款和冰冻条款等内容。

2．定期租船合同：定期租船合同的条款主要有：1，船舶说明条款；2，租期条款； 3，租金支付条款；4，停租条款；5，运送合法货物条款；6，航区条款。除了上述条款以外，定期租船合同中还有交船与还船条款、租船人指示条款、留置权条款、转租条款、法律适用条款、仲裁条款、共同海损条款、新杰森条款、留置权条款、双方互碰责任条款、佣金条款、战争条款等条款。此外双方当事人在谈判中还可以另行附加其他的条款。

3．光船租赁合同：光船租赁合同指由船舶所有人提供不配备船员的光船，由租船人雇用船员，在约定期限内占有、使用船舶，并支付约定租金的租船合同。光船租赁合同的主要内容应包括：出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、船舶检验、船舶的保养维修、租金及其支付、船舶保险、合同解除的时间和条件，以及其他有关事项。

二、其他方式的国际货物运输

（一）国际航空货物运输

1．国际航空货物运输概述

（1）国际航空货物运输的概念：国际航空货物运输合同是由航空运输公司或其代理人与托运人签订的关于由航空公司将托运人的货物由一国的航空站运至另一国的航空站而由托运人支付约定运费的运输合同。

（2）国际航空货物运输合同的当事人：当事人为承运人和托运人。

（3）航空运运单：航空运单是由承运人出具的证明承运人与托运人已订立了国际航空货物运输合同的运输单证。航空运单须由托运人或其代理和承运人或其代理签署后方能生效。航空运单与海运提单不同，它不是货物的物权凭证，因为航空运输速度快，没有必要通过转让单证来转移货物的所有权。

2．有关国际航空货物运输的国际公约：目前有关国际航空货物运输的国际公约主要有 1929 年《关于统一国际航空运输某些规则的公约》（以下简称《华沙公约》），修改《华沙公约》的 1955 年《海牙议定书》，1961 年《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》（以下简称《瓜达拉哈拉公约》）。我国是前两个公约的参加国。

3．《华沙公约》

《华沙公约》主要包括下列的内容：（1）航空货运单；（2），承运人的责任；（3）承运人责任的免除与减轻；（4）承运人的责任限额；（5）索赔期限和诉讼时效。

（二）国际铁路货物运输

1．国际铁路货物运输概述

（1）国际铁路货物运输的概念：国际铁路货物运输是指在两个或两个以上国家的铁路运送中，使用一份运输单证，并以连带责任办理货物全程运输的运输方式。

（2）特点：国际铁路货物运输一般不受气候条件的影响，可保障全年的正常运输，并具有运量较大，速度较快，有连续性，安全可靠，运输成本较低等特点。

2．有关国际铁路货物运输的国际公约

（1）概述：有关国际铁路运输的国际公约主要有《国际铁路运送公约》（CLM）（以下简称《国际货约》和《国际铁路货物联运协定》（CMIC）简称为《国际货协》）。我国于 1954 年 1 月参加《国际货协》。由于《国际货协》成员国发生变化，国际铁路货物联运的做法与以前相比也有所改变。这些变化主要体现为联运货物在办理运送票据的手续上的变化和《统一货价》方面的变化。

（2）《国际货协》：运单和运送合同的订立与变更，发货人的责任，运价和运送费用，货物的交付，铁路的责任期间和责任范围，诉讼、赔偿请求时效和诉讼时效。

（三）国际货物多式联运

1．概念：国际多式联运是联运经营人以一张联运单据，通过两种以上的运输方式将货物从一个国家运至另一个国家的运输。

2．关于国际货物多式联运的国际规则：二十世纪六十年代以来，许多国家提出了制定调整多式联运的国际公约的要求。1973 年，国际商会首先制定了《联合运输单证统一规则》，该规则并没有根本解决在多式联运中存在的问题。因为该规则不是强制性的法规，且该规则的规定也很不完善。

3．《联合国国际货物多式联运公约》

为了促进国际多式联运的发展，在联合国贸发会的主持下，于 1980 年通过了《联合国国际货物多式联运公约》，公约目前尚未生效。

公约的内容主要包括多式联运单据，多式联运经营人的责任期间，多式联运经营人的赔偿责任原则，多式联运经营人的赔偿责任限额，索赔与诉讼时效和管辖。

（1）多式联运经营合同：多式联运合同是指多式联运经营人凭以收取运费，负责履行或实现履行国际多式联运的合同。该合同涉及如下当事人：多式联运经营人、发货人和收货人。

（2）多式联运单证：多式联运单证的签发，多式联运单证的内容及证的证据效力。

（3）多式联运经营人的赔偿责任：多式联运经营人的责任期间，赔偿责任基础，赔偿责任限制，赔偿责任限制权利的丧失，发生区段确定的货损，多式联运经营人为其受雇人、代理人和其他所负的赔偿责任。

（4）发货人的责任：陈述真实准确责任，赔偿责任，危险货物的特别责任。

（5）索赔和诉讼、仲裁：货物灭失、损坏或迟延交货的通知，诉讼与仲裁。

第四节　国际货物运输保险

一、国际货物运输保险概述

（一）国际货物运输保险的基本原则

1．保险利益原则：可保利益指被保险人对保险标的所具有的合法的利害关系。被保险人对保险标的应当具有保险利益，不具有保险利益的，保险合同无效。

2．最大诚实信用原则：最大诚实信用原则指国际运输货物保险合同的当事人应以诚实信用为基础订立和履行保险合同，该原则主要体现在订立合同时的告知义务和在履行合同时的保证义务上。

3．损失补偿原则：损失补偿原则指在保险事故发生而使被保险人遭受损失时，保险人必须在责任范围内对被保险人所受的实际损失进行补偿。

4．近因原则：近因原则是常用的确定保险人对保险标的的损失是否负保险责任以及负何种保险责任的一条重要原则。近因是指主要的、决定性的、直接的原因。

（二）国际货物运输保险合同的订立

国际货物运输保险合同的订立是由被保险人以填制投保单的形式向保险人提出保险要求，即要约，经保险人同意承保，并就货物运输保险合同的条款达成协议后（即承诺后），保险合同即成立。

（三）国际货物运输保险合同的条款

1．基本条款。国际货物运输保险合同的基本条款是保险合同通常具备的条款，此类条款依国际惯例通常由保险人事先拟定。

2．附加条款。附加条款是被保险人与保险人约定的在基本条款的基础上补充的条款，附加条款使基本条款规定的权利义务得以限制或扩大。

（四）国际运输货物保险合同的变更

国际货物运输保险合同的内容需要修改时，被保险人可以向保险人提出申请，由保险人出具保险批单，保险批单的效力大于保险单正文的效力。

（五）国际货物运输保险合同的终止

1．自然终止；

2．义务已履行而终止；

3．违约终止；

4．因危险发生变动而终止。

5．保险标的因保险事故之外的原则而灭失而使保险合同终止。

二、海洋货物运输保险条款

（一）我国海洋货物运输保险的主要险别

主要险别指可以独立承保，不必附加在其它险别项下的险别。 中国人民保险公司海洋运输货物保险的主要险别有三种，即平安险、水渍险和一切险。

（二）我国海洋货物运输保险的附加险别

海洋运输货物保险的附加险别是投保人在投保主要险别时， 为保障主要险别范围以外可能发生的某些危险所附加的保险。附加险又可分为一般附加险、特别附加险和特殊附加险三类。

（三）我国海洋运输货物保险的保险期限

保险期限是保险人承担对海洋运输货物赔偿责任的期间。中国人民保险公司海洋货物保险条款主要以“仓至仓条款“，“扩展责任条款”，“航程终止条款”和“ 驳运条款”来确定保险人的责任起讫。

（四）我国海洋运输货物保险的除外责任

1．被保险人的故意行为或过失所造成的损失;

2．属于发货人责任引起的损失;

3．在保险责任开始前，被保险货物已存在的品质不良或数量短差所造成的损失;

4．被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性以及市价跌落、运输延迟引起的损失和费用。

5．海洋运输货物战争险条款和货物运输罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

（五）索赔时效：海洋运输货物保险的索赔时效为 2 年。

三、其他货物运输保险条款

陆上货物运输保险条款

中国人民保险公司的陆上运输货物保险条款以火车和汽车为限，其主要险别分为陆运险和陆运一切险，陆上运输货物战争险是陆上运输货物保险的附加险。

（二）航空运输货物保险条款

航空运输货物保险的险别主要包括航空运输险和航空运输一切险。

四、国际货物运输保险索赔

（一）索赔与理赔

1．索赔：索赔是指在保险事故发生后，投保人或被保险人按照保险合同的约定，向保险人要求履行赔偿责任的行为。

2．理赔：保险理赔是指保险人处理保险索赔案的过程。保险的理赔包括保险人根据保险合同约定，对保险标的的损失情况进行现场勘查、审核保险责任和赔偿范围，并履行赔偿或支付保险金的义务等。

（二）代位求偿

代位求偿权指如果保险标的的损失是由于第三者的疏忽或过失造成的，在保险人依保险合同向被保险人支付了约定的赔偿后，即取得了由被保险人转让的对第三者的损害赔偿请求权，也就是代位求偿权。

（三）委付

委付发生在保险标的出现推定全损的情况下，当保险标的出现推定全损时，被保险人可以选择按部分损失向保险人求偿或按全部损失求偿。当被保险人选择后者时，则由被保险人将保险标的权利转让给保险人，而由保险人赔付全部的保险金额。这种转让保险标的权利的做法被称为委付。对于保险人来说，可以接受委付，也可以不接受委付。

第五节　国际贸易结算

一、国际贸易结算概述

（一）国际贸易结算的概念

国际贸易结算是指由国际贸易活动而发生的货款结算，以结清买卖双方间的债权、债务关系的国际结算。

（二）国际贸易结算的产生与发展

1．国际结算是伴随国际贸易的发展而产生发展的。

2．从现金结算发展到非现金结算。

3．从买卖双方的直接结算向有银行介入的结算发展。

4．国际结算单据化为凭票据结算奠定基础，使国际结算成为一个相对独立的经济环节。

仅凭单据上所述的事实，便可以进行结算，无需过问原始合同。

5．随着国际贸易的各个环节向电子化方向发展，传统的国际结算方式也将发生一场深刻的革命。

二、国际贸易结算工具

（一）货币

（二）票据

票据的概念：用于结算的流通票据。

2．票据特性

（1）流通性（Negotiability）。

（2）无因性（Non-causative　Nature）。

（3）要式性（Requisite　in　Form）。

（4）提示性（Presentment）。

（5）返还性（Returnability）。

3．票据的法律体系

（1）英美法系（以英国、美国为代表）。特点：适用性较强。强调票据的流通作用；强调票据的信用功能、支付功能；保护银行、正当持票人的利益。

（2）大陆法系（以法国和德国为代表）。法国票据法认为票据是代替现金输送的工具；票据关系与基础关系不能截然分离；强调资金关系。德国票据法注重票据的信用功能与流通功能。其主要特点是：强调票据关系与基础关系相分离，使票据成为不要因的证券；采取严格的形式主义，具体规定票据的各项形式要件，凡不符合法定形式要求者，即不产生票据的效力。

（3）票据的统一法。1930 年，法国、德国、瑞士、意大利、日本、拉美国家等二十多个国家在日内瓦召开国际票据法统一会议，签订了《日内瓦统一汇票本票法公约》；次年，又签订了《日内瓦统一支票法公约》。

4．票据的种类

（1）汇票。汇票（Bills　of　exchange　or　Draft）是一人向另一人签发的，要求即期或定期或在可以确定的将来的时间，对某人或其指定人或持票人支付一定数额金钱的无条件的书面支付委托。

（2）本票。本票（Promissory　Note）是一人向另一人签发的，承诺即期或在可以确定的将来时间无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。

（3）支票。支票（Cheque）是一人向另一人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

三、国际贸易结算方式

（一）汇款方式（International Exchange）

汇款方式通过银行的汇兑来实现国与国之间的债权债务的清偿和国际资金的转移，又称国际汇兑。

1．汇款的概念。即通过银行的汇兑来实现国与国之间债权债务的清偿和国际资金的转移。

2．汇款的种类。汇款结算传统方式主要有三种：信汇（M/T）、票汇（D/D）和电汇（T/T）。

3．汇款方式在国际贸易中的应用

汇款结算方式在国际贸易中的运用主要有三种：即预付货款、货到付款和凭单付汇。

（二）托收方式（Collection）

1．托收的定义。托收（Collection）是出口方委托本地银行根据其要求通过进口地银行向进口方提示单据，收取货款的结算方式。

2．托收当事人：委托方、托收行、代收行、付款人和提示行。

3．托收申请书。托收申请书是委托人与托收银行之间关于该笔托收业务的契约性文件，也是银行进行该笔托收业务的依据。

4．托收指示。托收指示是托收行根据托收申请书缮制的、授权代收行处理单据的完全和准确的条款。

5．托收的种类：（1）光票托收（2）跟单托收。

6．托收统一规则

《托收统一规则》（国际商会出版物第 522 号出版物）是托收业务使用的国际惯例。国际商会为调和托收有关当事人之间的矛盾，以利商业和金融活动的开展，于 1967 年拟定《商业单据托收统一规则》，并建议各国银行采用。以后国际商会对该规则一再进行了修订，并改名为《托收统一规则》。

（三）信用证方式（Letter of Credit）

1．信用证的定义。银行应开证申请人（进口商）要求开给信用证受益人（出口商）的一份有条件的书面付款承诺。

2．信用证的特点

（1）信用证是一项独立文件。

（2）信用证结算方式仅以单据为处理对象。

（3）开证行负第一性的付款责任。

3．信用证的内容：信用证类型；信用证号码；开证地点和日期；有效日期和交单地点；申请人；受益人；通知行；金额；信用证的使用；分批装运；转运；买方投保；UCP500 中第四十六条所解释的装运；货物的描述；单据描述；商业发票；运输单据（普遍的）；运输单据（特定的）；保险单据；其他单据；交单期限；通知指示（仅用于“致通知行的通知书”）；银行至银行的指示（仅用于“致通知行的通知书”）；信用证页数；签字。

4．信用证的当事人：开证申请人、开证行、受益人、通知行、保兑行、付款行、承兑行、议付行、偿付行。

5．《跟单信用证统一惯例》：《跟单信用证统一惯例》（Uniform Customs and Practice for Documentary Credits，UCP）是国际商会在 1930 年拟定的，作为国际商会 74 号出版物，建议各国银行采用。该惯例的最近一次修订是在 1993 年，为国际商会 500 号出版物，于 1994 年 1 月 1 日实施。

《跟单信用证统一惯例》国际商会 500 号出版物共计 49 条，各条款规定了不同的责任范畴。这些条款基本可分成七大部分：（1）关于总则和定义。（2）信用证的形式与通知。（3）义务与责任。（4）单据。（5）其它规定。（6）可转让信用证。（7）款项让渡条款。

6．信用证的种类

（1）可撤销信用证（Revocable Credit）与不可撤销信用证（Irrevocable Credit）。可撤销信用证是指在开证之后，开证行无需事先征得受益人同意就有权修改其条款或者撤销的信用证。不可撤销信用证是指未经开证行、保兑行（如有）以及受益人同意，既不能修改也不能撤销的信用证。

（2）保兑与不保兑信用证。根据是否有另一家银行对之加以保兑，不可撤销信用证又可分为保兑的和不保兑的信用证两种。不可撤销保兑信用证（Confirmed Irrevocable Credit）是指根据开证行的授权或要求，另一家银行（保兑行）对不可撤销信用证加具保兑，只要规定的单据在到期日或以前提交至保兑行或指定银行，并与信用证条款和条件相符，则构成保兑行在开证行以外的确定承诺去支付、承兑汇票，或议付，从而成为不可撤销保兑的信用证。不可撤销不保兑信用证（Unconfirmed Irrevocable Credit）是未经另一家银行加保的信用证。

（3）即期、远期信用证和议付信用证。根据信用证下指定银行付款期限的不同，信用证又可分为即期信用证和远期信用证。即期信用证（Credit available by payment at sight）是指即期付款信用证。远期付款信用证是指开证行或付款行在收到符合信用证条款的单据时不立即付款，而是按信用证规定的付款期限到期付款的信用证。远期付款信用证包括承兑信用证、延期付款信用证等。

（4）可转让信用证。可转让信用证（Transferable L/C）是指信用证的受益人（第一受益人）可以要求信用证中特别授权的转让银行，将该信用证全部或部分转让给一个或数个受益人（第二受益人）使用的信用证。

（5）循环信用证（Revolving Credit）。一种信用证规定该信用证的使用方法是在部分金额或全部金额被使用后，能够重新恢复原金额再被使用，如此循环使用，直到到达总金额为止。

（6）备用信用证（Standby Letter of Credit）。是适应于《跟单信用证统一惯例》的一种特殊形式的信用证，是开证行对受益人承担一项义务的凭证。

7．开证行的付款责任

在单证严格相符的条件下付款。所谓严格相符的原则，是指在单据和信用证条款之间，一相符。

复习与思考题

1．《国际买卖合同公约》的适用范围是什么？

2．《国际买卖合同公约》是否是强制的?主要表现在哪几个方面?

3．我国在加入公约时进行了哪些保留?

4．依《国际销售合同公约》的规定，构成要约和承诺的条件有哪些?

5．依《国际销售合同公约》的规定，卖方的质量担保义务包括哪几项?

6．在卖方违反合同时适用于买方的补救方法有哪些?

7．什么是预期违反合同?

8．试述国际货物买卖合同的主要内容。

9．构成不可抗力的意外事故需要满足那些条件?

10．四组贸易术语每组各有什么特点?

11．试述提单的法律特征。

12．银行为什么不愿意接受备运提单?

13．如何理解《海牙规则》中的适航责任?

14．试比较《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》在承运人的责任基础、责任期间、

责任限额、免责等方面的不同规定?

15．航次租船合同与定期租船合同有什么主要区别？

16．什么是可保利益?

17．损失补偿原则有那些例外情况?

18．国际运输货物保险合同的基本条款主要有哪些?

19．什么是委付?

20．主要险别与附加险别有什么区别?

21．说明票据的法律体系

22．说明汇票的概念和分类

23．汇票与本票、支票的区别

24．国际贸易支付方式有那些?

25．汇付的概念和种类

26．托收的概念和种类

27．托收的国际惯例有那些?

28．信用证的概念和特征

29．信用证的当事人有那些?

30．不可撤销信用证、循环信用证、可转让信用证的概念

31．开证行的责任有那些?

拓展阅读书目

1．王传丽主编：《国际贸易法》，中国政法大学出版社 2003 年出版。

2．李巍著：《联合国国际货物销售合同公约评释》，法律出版社 2002 年出版。

3．张丽英主编：《海商法》，中国政法大学出版社 2005 年出版。

4．杨良宜著：《国际货物买卖》，中国政法大学出版社 1999 年出版。

5．奥古斯特著：《国际商法 International Business Law》第 3 版，高等教育出版社 2004 年出版。

6．李金泽著：《信用证与国际贸易融资法律问题》，中国金融出版社 2004 年出版。

7．左晓东著：《〈跟单信用证统一惯例〉释义》，警官教育出版社 1993 年 11 月出版。

8．杨良宜：《信用证》，中国政法大学出版社 1998 年 11 月第 1 版。

第三章　WTO 多边贸易体制

本章教学目的与要求：深入理解 WTO 的含义、性质、宗旨、组织机构，它产生的过程，乌拉克回合谈的主要成果，理解 WTO 与 GATT 在组织上与制度上的关系，熟悉 WTO 货物贸易规则，GATT 基本原则及其例外，调整非关税壁垒的主要协议；全面理解 WTO《服务贸易总协定》的主要规则。

学时分配：6 学时。

第一节　世界贸易组织

一、世界贸易组织的前身——关贸总协定

（一）关贸总协定的产生，ITO 流产

（二）关贸总协定的法律地位

（三）GATT 多边谈判及乌拉克回合谈判成果；第 6 回合，第 7 回合谈判重要性；WTO 产生；灰色区域措施；《农产品协议》纺织品协议简介

二、WTO 的法律地位

（一）WTO 的性质、宗旨、职能、组织机构，WTO 宗旨与 GATT 宗旨的相同及不同点

WTO 是在组织上取代关贸总协定协调各成员贸易政策、法规、措施的政府间国际组织。

（二）WTO 法律地位，它与 GATT 在组织上关系

三、WTO 管辖的框架协议

（一）框架协议及其特点，理论基础

（二）WTO 规则的约束力；主体范围，空间范围；调整的权利，义务特点

（三）WTO 规则与 GATT 的关系

第二节　WTO 货物贸易规则之一，GATT　1994 及其例外

一、GATT　1994 基本原则

（一）最惠国待遇原则；含义，适用范围，特点。

其含义是一成员给原产于或运往另一成员的产品在关税和其他方面的优惠、特权、豁免和限制，应该立即无条件地给予所有其他成员相同或类似的进口产品。最惠国待遇原则适用于边境措施和国内措施。具有多边化、制度化无条件的特点，最惠国待遇不适用于关税同盟与自由贸易区，单方面优惠安排。

（二）国民待遇原则；含义，适用范围，例外。

含义是当一成员产品输入到另一成员境内时，进口国不得直接、间接地对该产品征收高于本国相同或类似产品的国内税和国内费用。在关于产品在国内销售的法律规章实施方面，不得用来歧视外国产品，保护本国相同或类似的产品。国民待遇不适用于边境措施，不适用于投资措施（涉及 TRIMS 协议者除外），不适用于政府采购（涉及《政府采购协议》成员的除外）。

（三）逐步削减关税和约束关税原则；含义，意义。

是指通过互惠互利的谈判，大幅度降低关税和其他费用，并使减让关税的结果记入减让表，形成有约束的义务。

（四）一般禁止数量限制原则；含义，适用范围，例外

其含义是：普遍禁止实行数量限制，任何成员不得对其他成员的产品进口和本国产品的出口实行禁止和限制，不论采取配额，许可证还是其他形式。在 GATT 允许的例外情况下，可对某些产品的进出口实行数量限制，这种数量限制应在非歧视的基础上实施。该原则只适用于边境措施。

普遍禁止的例外（GATT 第 11 条）；为保障国际收支平衡实行数量限制（GATT 第 12 条）；保障条款及保障措施（第 19 条）。

GATT 第 19 条规定，当一成员关税减让造成某种进口产品大量增加，以致于对国内相关产品的生产造成严重损害或严重损害威胁，该成员可以实施临时性限制进口措施（保障措施）。保障措施是针对外国产品正常进口实行的进口限制，它必须在国内产业因此构成严重损害或严重损害威胁时才可实施。《保障措施协议》规定了实施保障措施的方式：

（1）进口限制为增加关税和实行数量限制;

（2）时间限制;

（3）非歧视地实施保障措施，协议明确禁止“自愿出口限制”、“有秩序的销售安排”等灰色区域措施，要求保障措施不得带有选择性;

（4）贸易损失补偿。保障措施的实施程序立案调查、通知、协商。

（五）属于整个 GATT 原则的例外条款，一般例外，安全例外

依第 20 条规定的一般例外，缔约方采取的为保护人民、动植物生命健康所必须的措施（b 项），为保证与本协定无抵触的法规、条例的执行所必需的措施（d 项）；为保护可能用竭的天然资源的有关措施（g 项），不受总协定的阻碍。但是在采取这些措施时不得对情况相同的各国构成武断、不合理的差别待遇或变相限制国际贸易。

GATT 第 21 条是安全例外，规定缔约方提供有关国家安全的资料和为国家安全利益所采取的行动，以及依联合国宪章为维持国际和平安全采取的行动不受总协定约束。

二、GATT　1994 年例外条款

（一）属于 GATT 原则规则的例外

1．WTO 成员保留是否接受新义务权利

2．WTO 成员间互不适用

3．一般例外，泰国卷烟案及墨西哥金枪鱼案，专家小组对一般例外的解释

4．安全例外

（二）最惠国待遇例外

1．关税同览自由贸易以及含义

2．区域任何一体化对多边贸易法的影响

（三）国民待遇例外，《政府采购协议》简介

（四）一般禁止数量限制原则例外

1．普遍禁止的例外

2．为保障国际收支平衡实行数量限制

3．保障条款及《保障措施协议》；保障措施的必要性适用范围；实施保障措施的原则、程序）

三、GATT1994 关于发展中特殊待遇的规定

（一）第 18 条规定

第 18 条题为政府对经济发展援助，允许发展中国家有更多自由使用数量限制和其他措施保护

其幼稚工业和国际收支平衡，但由于其运用受程序限制，较少采用。

（二）GATT 第四部分及授权条款，普惠制

GATT 第四部分要求发达国家给予发展中国家在贸易谈判中减让关税和其他贸易壁垒的优惠，不希望得到互惠；扩大发展中国家初级产品的出口；在考虑总协定其他特殊问题时特别注意发展中国家的贸易利益和根本利益。

GATT 东京回合谈判通过《对发展中国家差别的和更优惠待遇，互惠和更全面参与的决定》的授权条款，进一步确认了发展中国家在多边贸易体制中享有差别的更优惠待遇的法律地位，依授权条款，发展中国家享有的差别的更优惠待遇，不需要经过 GATT 豁免义务程序，弥补了 GATT 第四部分的不足。但是 GATT 第四部分与授权条款不是有约束力的法律义务，不能强制实行。

普惠制是发达国家对于来自发展中国家的某些产品给予的普遍的、非歧视性的、非互惠的关税优惠制度。

普惠制实施方式及后果。

第三节　WTO 货物贸易规则之二，约束非关税壁垒主要协议

一、反倾销协议

（一）倾销含义，认定标准；倾销的后果

GATT 第 6 条规定，一国产品以低于正常价格进入另一国市场，如果因此对另一缔编印方领土内已经建立的某项工业造成实质性损害或实质损害威胁，或对某一国内工业新建产业产生实质阻碍即构成倾销。

认定正常价格的标准是国内价格、向第三国出口价格、结构价格，认定损害需要考虑的因素。倾销对进口国和出口国的影响。

WTO《反倾销协议》约束成员对外国倾销反应（反倾销措施），而不能约束企业的倾销行为。

（二）反倾销程序

通常需要立案调查、初裁、终裁三个阶段。在立案调查阶段涉及申诉人资格，通知要求，证据提供；初裁阶段涉及采取临时措施，临时措施应自调查之日起 60 天后采取，最长时间不超过 6 个月。终裁阶段涉及反倾销税的征收方式，包括征收反倾销税的对象、期限、原则和税率。

1．主要国家的反倾销机构，反倾销的国内措施与国际争议解决的关系

2．《反倾销协议》规定的程序：立案，调查，辩护协商，临时措施与价格承诺。

3．反倾消税的确定与征收

二、反补贴协议

（一）补贴的含义、性质，政府补贴的种类；《反补贴协议》对补贴分类。

补贴是国际贸易中通常由政府对出口商品的生产、加工、销售企业给予的奖励和财政支持。它人为地扭曲了产品在国际市场的竞争地位，使未受补贴的产品竞争力受不正当影响。《补贴与反补贴措施协议》把补贴分为特定补贴和非特定补贴，又依补贴性质和危害程度，分为禁止使用的补贴，可申诉的补贴，不可申诉的补贴。《补贴与反补贴措施协议》既约束成员政府的补贴措施，也约束成员政府对补贴的反应，即反补贴措施。

（二）补贴的分类及反补贴措施

禁止使用的补贴范围及反补贴措施；可申诉补贴范围及反补贴措施；不可申诉的补贴范围及反补贴措施。协议规定了对发展中国家的特殊待遇，禁止性出口补贴的规定不适用于最不发达国家及年均国民生产总值不足 1000 美元的发展中国家，但是这种允许保留的补贴仍然是可申诉的，如果

因此给其他成员造成损害，会引起反补贴措施。

三、与标准有关的措施，《技术贸易壁垒协议》、《动植物卫生检疫措施协议》

（一）《技术贸易壁垒协议》（TBT 协议）的主要内容

协议适用于影响国际贸易的关于技术规章、产品标准的制定和实施方面的权利义务。WTO 成员有权采取与标准有关的措施，以保证外国进口产品质量，但进口限制不应符合 PPMS 标准的产品。应以国际标准为基础制定本国产品标准，技术规章、标准的实施不应构成对国际贸易不必要的障碍。非歧视地实施产品标准，技术规章的制定和实施不得违反国民待遇、最惠国待遇。

成员方制定、采用和实施技术措施，应遵守世界贸易组织的非歧视原则、透明度原则。

还应遵守下列具体原则：

1．必要性规则

成员方只能采取为实现合法目标所必需的技术措施。

2．贸易影响最小规则

成员方应努力采取对贸易影响最小的技术性措施，即在考虑由于合法目标不能实现可能导致的风险后，采取的技术性措施对贸易的限制，不应超过为实现合法目标所必需的限度。

3．协调规则

鼓励成员为协调技术法规、标准和合格评定程序而作出努力，以减少成中间的技术措施差异对贸易造成的障碍。成员方应在力所能及的范围内，充分参与有关国际标准化机构制定国际标准和合格评定程序指南的工作。成员方应积极考虑接受其他成员方的技术措施作为等效措施，只要这些措施能够充分实现同一合法目标。

4．特殊和差别待遇规则

即使存在国际标准、指南或建议，发展中成员方仍可按照特定的技术和社会经济条件，采用某些技术性措施，以保护与其发展需要相适应的本国技术、生产方法工艺。

（二）《动植物卫生检疫措施协议》（SPS 协议）主要内容

协议适用于各成员对贸易有影响的动植物卫生检疫措施。各成员有权采取为保护人类动植物生命健康的必需的措施，如有科学理由和风险评估，可采取比国际标准更高的”适宜的”保护措施。非歧视地实施保护措施，采取卫生措施不得构成情况相同的成员之间，包括本成员与其他成员之间的歧视待遇。接受”等同”的卫生措施，尽管这种措施对自己的或其他成员的措施不同。应以国际标准准则和建议为基础制定卫生措施。

（三）TBT 协议与 SPS 协议的关系，它们与 GATT 第 20 条的关系。

第四节　《服务贸易总协定》（GATS）

一、服务贸易的含义、分类

服务是一方为满足另一方需要提供的劳务活动，WTO 秘书处列出当今世界 12 个主要服务部门，《服务贸易总协定》按提供服务时当事人的所在地把服务贸易分为四种类型，过境交付、境外消费、商业存在、自然人流动（存在）。

二、《服务贸易总协定》框架协议的内容

（一）特点：一般性义务与具体承诺义务相结合

GATS 框架协议的规定的义务分为两类：

1．一类是一般性义务，适用于签字成员所有服务部门及服务贸易措施，不论是否把它们列入

个体承诺表；

2．另一类是具体承诺义务，即国民待遇和市场准入，这类义务性规定仅适用于签字成员在具体承诺表中列出的部门和分部门，并在所列举的条件、范围内适用，对未列举的服务业范围不适用，这是 GATS 框架协议的主要特点。

（二）范围和定义

本协议适用于各成员影响服务贸易所采取的措施，但是政府行使职权所提供的服务除外。

（三）一般性义务条款，最惠国待遇，透明度，国内管制，资格承认和协调

GATS 第 2 条规定，每一成员应该立即无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者不低于它给予其他国家类似的服务和服务提供者的待遇。GATS 最惠国待遇的特点是：

1．给惠标准是“不低于”给予其他国家类似服务和服务提供者的待遇；

2．给惠是有普遍性的；

3．给惠具有灵活性。

（四）具体承诺义务，国民待遇，市场准入

关于市场准入，第 16 条规定，各成员给予其他成员的服务和服务提供者的待遇不低于根据其承诺清单中所同意的和详细规定的期限，限制和条件所提供的待遇。各成员市场开放承诺有总体承诺和具体承诺。承诺方式采用无条件限制、有条件和限制、非约束三种。

关于国民待遇，第 17 条规定，各成员应在其承诺清单中所述服务部门或分部门，并且根据其中所述的任何条件、资格给予其他成员服务、服务提供者不低于给予本国相同服务、服务提供者待遇。

复习与思考题

1．WTO 的性质和法律地位。

2．WTO 和 GATT 在组织上和法律制度上的关系？

3．GATT 基本原则的含义和适用范围？

4．如何理解 GATT 一般例外规则？

5．如何理解禁止数量限制原则的例外？

6．服务贸易总协定的主要内容有哪些？

拓展阅读书目

1．王传丽主编：《国际贸易法——政府管理贸易的法律与制度》，中国政法大学出版社 2002 年出版。

2．石广生主编：《中国加入世界贸易组织知识读本》，人民出版社 2001 年出版。

3．赵维田著：《世界贸易组织的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年出版。

4．宣增益主编：《世界贸易组织法律教程》，中信出版社 2003 年出版。

5．彼得·萨瑟兰等著：《WTO 的未来——阐释新千年中的体制性挑战》，中国财政经济出版社 2005 年出版。

第四章　国际知识产权贸易法

本章教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解知识产权国际保护的途径和必要性、作为知识产权国际保护最主要途径的国际公约保护的基本情况，国际技术转让的方式及其与国际许可证贸易的关系。除了理解上述有关的问题之外，学生还应学会比较我国现行知识产权立法与有关公约要求的差距，并能够分析与国际许可证贸易有关的案例，并作出正确的判断。

学时分配：3 学时

第一节　知识产权概述

一、知识产权的概念

指工业、科学、文学或艺术领域中的智力创造活动所产生的权利。

二、知识产权的特点

法定性、专有性、地域性和时间性

三、知识产权的范围

有广义和狭义之分

（一）广义的范围已由两个主要的知识产权国际公约，即《建立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协定》所确认。

（二）狭义的知识产权主要包括著作权、专利权和商标权。

第二节　知识产权的国际保护

一、知识产权国际保护的产生和途径

（一）知识产权国际保护的产生

1883 年《保护工业产权巴黎公约》和 1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的缔结标志着知识产权国际保护体系的产生。

（二）知识产权国际保护的途径

包括单一国家保护、互惠保护、双边条约的保护和国际公约的保护

二、知识产权国际公约概述：包括四大类公约

（一）为建立促进知识产权国际保护的政府间国际组织而缔结的公约，即 1967 年缔结、1970 年生效的《建立世界知识产权组织公约》。

（二）涉及工业产权保护的国际公约

包括实体性公约、程序性公约和管理性公约三种类型。

（三）涉及著作权保护的国际公约

（四）因国际贸易产生的知识产权国际保护协定，即 1994 年缔结、1995 年生效的《与贸易（包括冒牌货贸易）有关的知识产权协定》（TRIPS）。

三、《保护工业产权巴黎公约》

（一）巴黎公约确认的工业产权的范围

广义，包括发明专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记/厂商名称、原产地标志和制止不正当竞争等。

（二）巴黎公约的基本原则

国民待遇原则、优先权原则、临时性保护原则、独立性保护的原则

（三）巴黎公约对成员国专利和商标保护的最低要求

1．对成员国专利保护的最低要求：主要包括专利的独立性、发明人的署名权、法律禁止销售产品的专利性、进口不导致专利失效、方法专利权人对某些进口产品的权利、专利强制许可和国际运输工具上使用专利的问题等七个方面的内容。

2．对成员国商标保护的最低要求：主要涉及商标注册、商标使用、商标转让和驰名商标特殊保护等诸多方面的内容。

四、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》

（一）伯尔尼公约的基本原则

国民待遇原则、自动保护原则、版权独立性原则

（二）伯尔尼公约对成员国版权保护的最低要求

1．保护客体：包括文学、科学和艺术领域的一切成果，不论其表现的方式或形式如何。允许成员国保留“固定要求”。明确规定日常新闻或纯属报刊消息性质的社会新闻不应属于版权保护的客体。

2．权利内容：　伯尔尼公约赋予权利主体以精神权利和经济权利。精神权利包括署名权和保护作品完整权两项，经济权利包括复制权、翻译权、改编权、电影权、公演权、公开朗诵权、广播权、录制权八项。

3．权利保护期：针对不同作品规定有不同的保护期

（三）伯尔尼公约的追溯力

成员国应保护其未加入公约之前已经进入该成员国公有领域，但在其来源国仍受保护的作品。

五、《与贸易有关的知识产权协定》

（一）基本原则：最惠国待遇原则和国民待遇原则

（二）成员保护知识产权的义务范围

1．TRIPS 与其他知识产权国际公约的关系：TRIPS　将《保护工业产权巴黎公约》1967 年斯德哥尔摩文本第 1 至第 12 条以及第 19 条、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》1971 年巴黎文本第 1 至第 21 条以及公约的附件（第 6 条之二关于精神权利的规定除外）、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》部分实质性内容以及《关于集成电路知识产权条约》第 2 条至第 7 条（第 6 条第 3 款关于强制许可的规定除外）、第 12 条及第 16 条第 3 款全部纳入到《知识产权协定》中，成为世界贸易组织成员必须履行的义务。

2．TRIPS 确立的知识产权最低保护水平：涉及版权及相关权利、专利权、商标、地理标志、工业品外观设计、集成电路布图设计和未披露的信息等七个方面的内容。

（三）成员履行义务的过渡期

1．任何成员在建立世界贸易组织协定生效之日（即 1995 年 1 月 1 日）以后的一年内，均无义务适用 TRIPS 的规定。

2．任何发展中国家成员以及正处于从中央计划经济向市场经济过渡过程以及正在进行知识产

权制度结构性改革，而面临知识产权法律的准备和实施的特殊问题的任何成员，有权再延迟 4 年（即总共可延迟 5 年）适用 TRIPS。

3．至于最不发达国家成员，不要求它们在建立世界贸易组织协定生效之日起 10 年内适用 TRIPS。

4．如果一个发展中国家成员根据 TRIPS 规定必须扩大其产品专利保护的技术领域，那么它在该技术领域适用 TRIPS 第二部分关于专利保护的规定可再延迟 5 年，即统共可延迟 10 年在该技术领域适用 TRIPS 关于专利保护的规定。

第三节　国际技术转让和国际技术贸易

一、国际技术转让概述

（一）国际技术转让的概念

指技术转让方将制造某种产品的系统知识、应用某项工艺的系统知识或提供某项服务的系统知识跨越国境提供给受让方的行为。

（二）国际技术转让的途径

主要包括国际许可证贸易、国际合资经营、国际合作生产、国际工程承包、国际补偿贸易以及国际咨询服务等。

（三）国际技术转让法

是调整跨越国界有偿技术转让关系的法律规范的总称。其法律渊源主要表现为国内立法、法院判例、国际商业惯例、以及有关的国际公约。

1．《联合国国际技术转让行动守则（草案）》：于 1978 年由联合国贸发会议着手拟定。由于发展中国家与发达国家在一些重要问题上分歧严重，草案至今未获正式通过。然而草案本身的制订就意味着国际技术转让已引起各国普遍的重视，并为各国制订本国的相关法律及进一步进行双边或多边的国际性协作打下了良好的基础。

2．我国有关技术进出口的法律法规：（1）1985 年 5 月 24 日和 1988 年 1 月 20 日发布并施行的《中华人民共和国技术引进合同管理条例》和《中华人民共和国技术引进合同管理条例施行细则》；（2）1994 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国对外贸易法》；（3）1998 年 12 月 3 日由外经贸部和科技部联合发布的《限制出口技术管理办法》。

二、国际技术贸易

（一）国际技术贸易的概念

即国际许可证贸易，指当事人通过签订国际许可合同，一方准许另一方使用自己的技术，另一方在合同范围内使用技术并支付使用费的国际技术转让方式。

（二）国际技术贸易和国际技术转让的关系

国际技术贸易是国际技术转让应用最广泛和普遍的途径。

第四节　国际许可证协议

一、国际许可证协议的概念

又称国际许可合同，是指技术出让方将其技术使用权在一定条件下跨越国境地让渡给技术受让方，而由受让方支付使用费的合同。

二、国际许可证协议的特征

时间性、地域性、法律性　、有偿性和国际性。

三、国际许可证协议的种类

（一）根据标的不同可分为

专利许可证协议、商标许可证协议、著作权许可证协议（包括计算机软件许可证协议）、专有技术许可证协议、混合许可证协议（亦称一揽子许可证协议）。

（二）根据许可证协议许可适用的地域范围以及使用权范围的大小，可将其分为独占许可证协议、排他许可证协议（亦称独家许可证协议）、普通许可证协议、交叉许可证协议、分许可证协议。

四、国际许可证协议的主要内容

（一）不同标的许可证协议共同的条款

（1）前言；（2）定义条款；（3）合同的范围；（4）价格与支付条款；（5）技术资料的交付；（6）技术服务；（7）考核和验收条款；（8）改进技术的归属和分享；（9）保证和索赔条款；（10）违约救济条款；（11）争议解决与法律适用条款；（12）合同的有效期和生效时间等。

（一）专利许可证协议的特有条款

主要包括维持专利有效性条款、不得反控条款和使用专利标记条款等。

（二）商标许可证协议的特有条款

主要包括使用商标的形式条款，质量监督条款和商标标识管理条款等。

（三）著作权许可证协议的特有条款

主要包括许可使用作品方式条款、许可使用性质条款等。

计算机软件许可证协议是著作权许可证协议中的一种。实践中，计算机软件的许可主要包括使用许可和生产许可两种形式。计算机软件许可合同的特有条款主要包括：特殊的定义条款、试用期条款、保密条款等。

（四）专有技术许可证协议的特有条款

主要包括详细的合同范围条款、技术保证条款、保密条款等。

五、国际许可证协议中的限制性商业条款

（一）限制性商业条款的概念

是指在国际许可证协议中由技术许可方向被许可方施加的，法律所禁止的，造成不合理限制的合同条款。这些条款或者直接影响市场竞争，或者对国际技术贸易尤其是对发展中国家引进技术及其经济发展造成不利影响。

（二）发达国家和发展中国家关于限制性商业条款的分歧

发达国家通过“竞争”标准和“合理规则”判断限制性条款；发展中国家则通过专门的技术转让法中的明确列举以及合同管理机关的弹性审批判断限制性条款。

（三）《联合国国际技术转让行动守则》对限制性商业条款的规定

（四）我国《技术引进合同管理条例》对限制性商业条款的规定

复习与思考题

1．知识产权国际保护的途径有哪些？

2．《保护工业产权巴黎公约》的基本原则有哪些？

3．《保护文学艺术作品伯尔尼公约》在保护客体、保护的权利内容方面有何规定？

4．《与贸易有关的知识产权协定》在哪些方面弥补了《关于集成电路知识产权条约》的不足？

5．《与贸易有关的知识产权协定》对版权和相关权利、商标、专利以及未披露的信息规定了哪些更高水平的保护标准？

6．独占许可证协议和独家许可证协议有何不同？

7．国际许可证贸易常用的计价与支付方式有哪些？

8．不同标的的国际许可证协议各有哪些特有条款？

9．我国《技术引进合同管理条例》对限制性商业条款有何规定？

拓展阅读文献

1．王传丽主编：《国际贸易法——国际知识产权法》，中国政法大学出版社 2003 年出版。

2．杨帆著：《国际知识产权贸易法》，高等教育出版社 2005 年出版。

3．王传丽主编：《国际技术贸易法》，中国政法大学 2005 年出版。

4．商务部外贸发展局：《WTO 的 TRIPS 协议解析》，知识产权出版社 2006 年出版。

5．李明德著：《"特别 301 条款"与中美知识产权争端》，社科文献出版社 2006 年出版。

第五章　国际投资法

本章教学目的与要求：本章的教学目的是让学生了解国际投资法的基本内容，初步学会分析涉及国际投资法的案例，培养学生运用国际投资法解决国际投资中实际问题的能力。

学时分配：4 学时。

第一节　国际投资和国际投资法概述

一、国际投资概述

（一）国际投资的概念

国际投资是国际间资本流动的一种重要形式，是投资者为获得经济利益而将资本投向国外的一种经济活动。

（二）国际投资法的内容

国际投资法的主要内容：（1）国际直接投资的形式；（2）保护投资的法律制度；（3）鼓励国际投资的法律制度；⑷管理或管制国际私人投资的法律制度；⑸解决国际投资争议的法律制度。

（三）国际投资的类型

国际投资按不同标准可分为政府投资和私人投资，短期投资和长期投资，直接投资和间接投资等。国际直接投资是以控制企业经营管理权为核心，以获取利润为目的的投资活动。国际间接投资是国际股票投资和债券投资的统称，它是发生在国际资本市场中的投资活动。

（四）国际投资的环境

国际投资环境是指能有效地影响国际资本运行和效益的关系的一切外部条件。大体可分为物质条件和社会条件。

物质环境主要包括自然资源、自然环境和基础设施等。社会环境主要包括政治经济法制社会条件和因素，大多与人的因素有关，又称人际环境。

二、国际投资法的概念、体系与作用

（一）国际投资法的概念

国际投资法是调整国际私人直接投资关系的法律规范的总和。

其主要特征是：（1）国际投资法调整国际私人投资关系；（2）国际投资法调整国际私人直接投资关系；（3）国际投资法调整的国际私人直接投资关系既包括国内法关系，也包括国际法关系。

（二）国际投资法的体系

国际投资法是调整国际投资关系的国内法规范和国际法规范综合形成的一个法律体系。包括国内立法，国际条约和其他法律渊源。

（三）国际投资法的作用

国际投资法的主要作用是保护国际投资，鼓励国际投资和管理外国投资。

（四）建立国际投资新秩序的法律问题

关于外国投资者的待遇问题：国民待遇标准，最惠国待遇标准和国际标准的问题。

特许协议的法律问题：特许协议的国内契约法与国际协议法性质的问题。

国有化及补偿问题：国有化中有争议的公正补偿问题，以及全部补偿、不予补偿、适当补偿的问题。

投资争议解决与卡尔沃主义：从理论上看，卡尔沃（Carlo　Calvo）主义的基本原则是维护国

家主权。它主张一国领域内的外国人应与本国人待遇平等，反对外国人特权地位。但在解决国际争议问题上也并非绝对排除其他国际解决方法。

三、国际投资的法律形式

（一）企业法律形式的一般概念

企业是指依法设立，承担风险，为社会提供产品和服务，以求自身经济效益的经济实体。企业的法律形式一般是指企业资产的所有权形式。国际投资中的企业法律形式主要有：（1）合资经营企业；（2）合作经营企业；（3）外资企业等。

（二）合资经营企业

合资经营企业是指两个或两个以上的当事人，为特定的商业目的，共同投资、共同经营、共担风险、共负盈亏的一种企业形式。

中外合资企业的法律性质与组织形式：中国境内设立的中外合资经营企业是中国法人受中国法律的管辖和保护。中外合资企业的组织形式是有限责任公司。

（三）合作经营企业

合作经营企业是指合作各方的权利义务，均由各方依法通过合作企业合同加以约定的一种契约式合营企业。

中外合作经营企业的法律性质与组织形式：中外合作经营企业可以根据合作各方的意愿组成法人，也可不组成法人。是否组成法人由各方在合作企业合同中规定，法律性质上属于契约式合营。

（四）外资企业

一般认为，外资企业是指根据东道国法律在其境内设立的全部或大部分资本是由外国投资者投资的企业。

外资企业的法律性质与组织形式：中国的外资企业是指依照中国的有关法律规定，在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，但不包括外国的企业和其他组织在中国的分支机构。外资企业符合中国法律有关规定的，可以依法取得中国的法人资格。中国境内的外资企业受中国的法律管辖和保护。外资企业的组织形式一般为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。

（五）国际合作开发与建设

国际合作开发与建设是国家利用外国投资共同开发自然资源、成片土地，以及采用 BOT 方式建设基础设施和公共事业等的一种国际合作形式。

国际合作开发遇与建设的主要形式有：1、国际合作开发自然资源；2、外商投资成片开发土地；3、BOT 合作方式。BOT（Build-Operate-Transfer）即建设—经营—转让，是指政府（通过契约）授予私营企业（包括外国企业）以一定期限的特许专营权，许可其融资建设和经营特定的公用基础设施，并准许其通过向用户收取费用等清尝贷款、回收投资并赚取利润。特许权期限届满时，该基础设施无偿移交给政府。

第二节　资本输入国和输出国的法律制度

一、资本输入国保护国际投资的法律制度

（一）外资法的概念

外资法是指资本输入国关于调整外国私人直接投资关系的法律规范的总称。

（二）保护外资的法律形式

保护外资的主要法律形式有：（1）立法和司法解释；（2）政府政策；（3）行政措施；⑷国家间合同形态。

（三）对外国投资者的待遇规定

外国人的待遇标准，是指外国人根据东道国的法律规定所享有的权利和义务。对外国人投资者的待遇规定主要有：

（1）国民待遇（Standard of national treatment）国民待遇标准是指外国人同本国国民在享受权利和承担义务上有同等的地位。

（2）最惠国待遇（Standard of most-favored-national treatment）最惠国待遇是指根据条约，缔约国一有义务使缔约国另一方国民享有该国给予第三国国民的同等权利。

（3）国际标准　国际标准是英美等发达国家针对国民待遇提出的。其理论与国民标准，维护国家独立主权原则相对立。因而国际标准不能取代国民待遇标准。

（4）公平与公正待遇　公平与公正待遇标准没有明确的定义和概念。正由于它有可以灵活解释的特点，通常用来确定条约的基调和发挥辅助因素的作用。

（四）对外国投资安全与利益的保护规定

（1）关于国有化、征收与补偿的规定；（2）关于外国投资利润、原本及其它合法收入转移的规定。

（五）对外商诉权的保护，以及对由于法律的变化可能给外资带来不利影响的保护措施。（六）东道国鼓励外国投资的法律制度。

二、资本输出国保护海外投资的法律制度

（一）外交保护

外交保护是指本国国民在国外受到损害，依该外国法国内法得不到救济时，本国可以通过外交手段向该外国要求适当救济。

（二）海外投资保险制度

1．海外投资保险制度概念：海外投资保险制度是资本输出国保护与鼓励本国私人海外投资的国内法制度。

2．海外投资保险制度特征：主要特征是政府或公营公司承保，不是以营利而是以保护投资为目的，保险对象仅限于海外私人投资，保险范围仅限于政治风险，保险的任务同一般民间保险的事后补偿相比更重视事前预防。

3．投保人资格：合格的投保者包括本国国民、本国公司、合伙或其它社团，外国公司、合伙、社团。

4．投保程序：根据各国的规定，合格的投资者　要取得政府的投资保险时，必须按法定程序，向承保机构申请，经审查合格后，才订立保险合同。

5．赔偿与救济：保险事故发生后被保险人有权获得保险人支付的保险金。保险人在支付保险金后，带为取得被保险人基于保险事故对东道国所享有的索赔权及其他权益，向东道国索赔。

（三）中国对境外投资的管理与保护

1．境外投资企业的设立及撤销

境外投资企业的设立须符合一定条件，经主管部门审核批准后可设立。因故不能继续运行的应报原审核部门批准后撤消。

2．境外投资企业的外汇管理

对境外投资企业的外汇管理主要包括以下几个方面：（1）外汇风险及外汇来源的事前审查；（2）登记与投资外汇资金的汇出；（3）外汇利润和资产的调回；⑷外汇优惠与外汇监管。

3．境外投资国有资产的管理

我国对境外国有资产的管理主要采取以下措施：（1）实行境外国有资产产权登记制度；（2）明确投资单位对境外资产的管理职责；（3）严格控制将国有资产以个人名义进行产权注册。

第三节　保护投资的国际法制

一、双边投资条约

（一）双边投资条约的概念

双边投资条约（Bilateral Investment Treaties）是资本输出国与输入国间签订的，旨在鼓励、保护及促进两国间私人直接投资活动的双边协定与条约的总称。

（二）双边投资条约的类型

双边条约的主要类型有：（1）友好通商航海条约（Friendship，Commerce and Navigation Treaties）；（2）投资保证协定（Investment Guarantee Agreement）；（3）促进与保护投资协定（Agreement for Promotion and Protection of Investment）。

（三）双边投资条约的内容

双边条约的主要内容有：①受保护的投资者和投资，②关于外国投资的待遇，③关于政治风险的保证，④代位权，⑤关于投资争议的解决。

（四）中国对外签订投资保护协定的概况。

我国以同 80 多个国家签定了双边协定，以换文的形式与美国和加拿大签署了投资保证协定。

二、多边投资担保机构公约

（一）《多边投资担保机构公约》（MICA）的目标和宗旨

MIGA 的目标和宗旨是鼓励成员国间，特别是向发展中国家的成员国进行生产性投资，以补充国际开发银行，国际金融公司等国际性开发金融机构的活动。

（二）法律地位

MIGA 是一个有完全法律地位的国际组织。它有权：（1）签定合同；（2）取得和处理不动产和动产；（3）进行法律诉讼。

（三）业务内容

MIGA 具有担保和政策协调的双重作用，业务主要有两大类：担保业务和非担保业务。担保业务主要是指，对国际投资中的政治风险提供担保；非业务担保主要是指，服务于担保业务的政策磋商、技术咨询、资料收集和协助研究等。

（四）担保制度

MIGA 在为多边投资的担保业务确立了一个基本框架的同时，并允许董事会根据情况制定灵活的政策、规则和细则。MIGA 机构主要承保的风险有：（1）货币汇兑险；（2）征收和类似的措施险；（3）违约险；⑷战争和内乱险；⑸其他非商业风险。

（五）机构的作用 MIGA 在促进国际私人资本流动方面的主要作用有：

（1）为没有国内投资担保的资本输出过提供一个担保机构；（2）利于承保不同国际的投资者投资与同一项目的投资；（3）担保的投资更具有发展性质；⑷有利于投资争端的非政治解决。

三、《解决国家与他国国民间投资争端公约》

（一）《解决国家与他国国民间投资争端公约》的产生及主要内容

（二）解决投资争议国际中心（ICSID）

1．仲裁规则

2．ICSID 的法律地位

3．仲裁程序

4．仲裁裁决及执行。

四、国际贸易组织（WTO）有关投资的协定

（一）《与贸易有关的投资措施协议》（$TRIM_S$）

$TRIM_S$ 协议是第一个专门规范贸易与投资的国际性协议，他将投资问题纳入世界贸易组织的多边贸易体制，并以关贸总协定中的国民待遇原则和一般取消数量限制原则引入国际投资领域，对国际投资法的发展有重要意义。

1．宗旨、适用范围

2．国民待遇原则和取消数量限制原则

3．例外规定

4．透明度原则

5．中介机构和审查程序

6．协商与争端解决

（二）《服务贸易总协定》（GATS）

服务贸易中包括服务业的国际投资问题，其中与国际直接投资关系最为密切的是第三部分的“承担特定义务”，特别是关于市场准入和国民待遇的规定。

服务贸易总协定（GATS）中有关国际直接投资的主要条款有：第 16 条有关市场准入的规定；第 17 条第 1 款、第 2 款、第 3 款有关国民待遇方面的规定。

复习与思考题

1．什么是国际投资？它有哪些主要类型？

2．简述国际投资法的调整对象、体系和作用。

3．一项有效的国际投资合同应当具有哪些主要条件？

4．发展中国家的外资立法有哪些主要特点？

5．资本输出国保护海外投资的主要法律制度有哪些？

6．简述多边投资担保机构公约的法律地位和主要业务范围。

7．试述 WTO 有关投资方面的规定对我国外资立法的影响。

拓展阅读书目

1．史晓丽主编：《国际投资法》，中国政法大学出版社 2005 年出版。

2．游劝荣著：《反垄断法比较研究》，最高人民法院人民法院出版社 2006 年出版。

3．周昀著：《反垄断法新论》，中国政法大学出版社 2006 年出版。

4．吕岩峰著：《国际投资法》，高等教育出版社 2005 年出版。

5．卫新江著：《欧盟、美国企业合并反垄断规制比较研究》，北京大学出版社 2005 年出版。

第六章　国际金融法

本章教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解国际金融法的基本内容，掌握国际资金融通的基本方式，理解世界贸易组织金融服务协议的主要内容。要求学生能够运用所学分析国际金融法中的基本法律问题，了解国际金融法的现状及其发展趋势。

学时分配：5 学时。

第一节　国际货币制度

一、国际货币制度的含义和主要内容

国际货币制度是指各国政府为了适应国际贸易和国际支付的需要，对货币在国际范围内发挥世界货币职能所作的一系列安排，包括为此所确定的原则、采取的措施和建立的组织形式等的总称。其主要内容包括：

1．汇率制度，即汇率的确定与改变方面的制度。根据国际经济交往与国际支付的需要，以及使货币在国际范围内发挥世界货币职能，各国政府要规定：本国货币与外国货币之间的比价，即汇率，主要是各国货币与国际货币之间的汇率确定；汇率确定的依据；以及可以采取哪些措施予以调整。

2．外汇安排，各国有权自主决定本国货币是否可以在国际间自由兑换以及可自由兑换的程度如何；各国是否实行外汇管制，管制的程度、措施和手段。

3．国际储备制度

为应付国际收支的需要，一国需要有一定量的国际储备。国际储备的数量和构成不仅取决于各国本身的经济状况，而且也取决于国际的协调或国际的普遍可接受性。

4．国际收支制度

是指当一国出现国际收支不平衡时，该国政府应承担怎样的调节责任，以及如何加强国际合作与协调的制度。

二、国际货币制度的变更

（一）国际金本位制

1．产生。历史上第一个国际货币制度是国际金本位制。金本位制有广义和狭义之分。广义的金本位包括本位制、金块本位制和金汇兑本位制三种类型；狭义的金本位制仅指金币本位制；这里所称的国际金本位制主要指狭义的金本位制，即金币本位制。

一般把 1880 年作为国际金本位制开始的年份，因为那时欧洲和美洲的主要国家都实行了金本位制。1914 年第一次世界大战爆发，国际金本位制崩溃了。

2．国际金本位制的主要内容：

①黄金充当了国际货币。

②保持汇率稳定。

③自动调节国际收支。

（二）布雷顿森林制度

1．产生。在第二次世界大战还没有结束的时候，美国和英国已开始着手研究如何建立一个新的国际货币制度，促进世界经济的发展。美、英两国分别提出了代表本国利益的“怀特计划”和“凯恩斯计划”。1944 年 7 月 1 日至 22 日，在美国的新罕布什尔州召开了 44 国代表参加的“联合国

货币金融会议”，通过了以“怀特计划”为基础的《联合国货币金融会议最后决议书》及其附件：《国际货币基金协定》和《国际复兴开发银行协定》。两协定合称“布雷顿森林协定”，建立起了一个以黄金为基础，以美元为中心的国际货币体系，称为布雷顿森林货币制度。

2．布雷顿森林货币制度的主要内容

①建立一个永久性的国际金融机构

②实行以美元为中心的国际货币制度

③实行可调整的固定汇率制

④基金组织提供资金调节国际收支

⑤取消外汇管制

3．布雷顿森林货币制度的作用和局限性

4．布雷顿森林货币制度的崩溃

（三）牙买加货币制度

1．牙买加货币制度的产生

2．牙买加货币制度的主要内容

①增加了会员国基金份额总额

②浮动汇率合法化

③黄金非货币法

④扩大了对发展中国家的资金融通

提高了特别提款权的国际储备地位

第二节　国际融资的法律制度

一、国际商业贷款

（一）定义。国际贷款是国际融资的重要形式，曾经在国际资本流动中占有主要的比重。

国际贷款又称“国际借贷”、“国际信贷”，是指不同国家当事人之间基于信用授受而进行的货币资金的有偿让渡，是资金使用权的跨国交易活动。国际贷款一般是通过订立国际贷款协议而进行的。所谓国际贷款协议，是指位于不同国家的当事人之间为一定数额货币的借贷而订立的、明确相互关系中的权利与义务的书面协议。

（二）国际贷款协议的种类

国际贷款依据不同的分类标准可分为不同的类型。

1．按贷款人的不同类型，国际贷款协议可分为三种，即国际金融机构贷款协议、政府贷款协议和国际商业贷款协议；

2．按借款人的数量，国际贷款协议可分为独家贷款协议和银团贷款协议。

3．按贷款期限的长短，国际贷款协议中有长期、中期和短期之分。

4．按贷款有无担保，国际贷款协议又分为有担保的贷款协议和无担保的贷款协议。

5．按贷款利息的种类，国际贷款协议可分为固定利率贷款协议和浮动利率贷款协议。

6．按国际贷款协议对贷款使用的不同规定，国际贷款协议可分为自由外汇贷款和项目贷款。

7．按照贷款资金的来源，国际贷款协议可分为外国贷款协议和欧洲货币贷款协议。

上述划分国际贷款协议的标准并不十分严格，主要目的是从不同侧面反映国际贷款协议的特点。事实上，一项具体的国际贷款协议常具有多种性质，如欧洲银团项目贷款协议，就兼具欧洲货币贷款、银团贷款和项目贷款的特点。

（三）国际贷款协议的基本条款

国际贷款协议虽然有不同的形式和具体内容，但一般包括首部正文和尾部三个组成部分。首部主要包括贷款协议的全称及前言。贷款协议全称的表述并不具有法律效果，以简明扼要为要领。前言包括借贷双方的名称、订约日期、订约地点以及对订约原由和订约目的的说明。尾部主要说明协议的文字、份数、效力、修改、生效等。正文部分对各当事人的权利和义务加以明确规定。一般有以下主要条款：

1．贷款货币（Loan Currency）
2．贷款金额（Amount）
3．贷款期限（Final Maturity）
4．贷款利息（Interest）
5．贷款费用（Fees and Expense）
6．贷款的用途（Use of Proceeds）
7．贷款的提取（Drawdown）
8．贷款的偿还（Repayment）
9．先决条件（Conditions Precedent）
10．陈述与保证（Representations and Warranties）
11．约定事项（Covenants）
12．违约事件及救济方法

二、国际证券融资

（一）国际证券的概念。国际证券是指发行人在其本国境外或国际金融市场上发行并流通的、以发行地所在国货币或其他可兑换货币为面值的证券。

依持有人所享权利性质的不同，国际证券可分为国际股票和国际债券两类。

（二）国际证券的发行

1．国际证券发行，是指国际证券的发行人将自己所发行的证券出售给境外投资者的行为。依发行的对象特定与否，可分为公募发行和私募发行。

2．国际证券发行的审核制度，可分为注册制和核准制。

3．信息披露制度。

（三）国际证券的流通

1．证券的上市制度
2．持续信息披露
3．禁止内募交易

（四）中国的涉外证券

1．境内上市外资股
2．境外上市外资股

（五）证券监管的国际合作

1．证券监管的双边合作
2．证券监管的多边合作

三、国际融资租赁

（一）国际融资租赁的概念和特征

融资租赁亦称金融租赁，是指出租人根据承租人对租赁物的特定要求和对供货人的选择，出资向供货人购买承租人已经选定的机器设备，出租给承租人使用，并按双方商定的租赁期限收取租金。当这种融资租赁业务跨越国界，在分属于两个或两个以上国家的租赁三方当事人之间进行时，就成

为国际融资租赁。它具有如下法律特征：

1．具有信贷融资的特性。

2．租赁设备的所有权与使用权相分离。

3．国际融资租赁是自成一类有三边贸易。

4．国际融资租赁业务在税收上及会计处理上具有独特性。

（二）国际融资租赁的形式

1．金融租赁

2．杠杆租赁

3．售后回租

4．转租赁

（三）融资租赁与类似交易的区别

1．融资租赁与传统租赁的区别

2．融资租赁与分期付款买卖的区别

3．融资租赁与借贷的区别

（四）国际融资租赁合同的主要条款

1．融资租赁合同中的一般性条款

2．融资租赁合同中的特殊性条款

第三节　国际银行的法律制度

一、国际银行的概念和形式

国际银行，是指在两个或两上以上国家从事跨境货币业务的企业。其组织形式主要表现为：代表处；分行；子公司；合资银行。

二、东道国对外资银行的监管

（一）各国对外资银行监管的原则

1．保护主义原则

2．对等互惠原则

3．国民待遇原则

4．单方优惠原则

（二）各国对外资银行监管的主要内容

1．进入管制

2．业务经营

3．资本充足性控制

4．风险监管

（三）中国对外资银行监管的主要内容

三、银行监管的国际合作

（一）巴塞尔协议的产生

（二）巴塞尔协议的主要内容

第四节　国际金融组织

一、国际货币基金组织
二、世界银行
三、国际开发协会
四、国际金融公司
五、亚洲开发银行

第五节　世界贸易组织金融服务协议

一、金融服务协议的产生

金融服务贸易这一概念最早是在1986年的关贸总协定第八轮（即最后一轮）多边贸易谈判——乌拉圭中提出来的。世界贸易组织关于金融服务贸易的谈判可以分成三个阶段：1.1986年9月乌拉圭回合谈判开始至1994年4月谈判正式结束。这一阶段最重要的成果是《服务贸易总协定》的诞生，并在《服务贸易总协定》的框架下，产生了两个专门协调国际金融贸易的附录。2.1995年初世界贸易组织成立至1995年7月28日达成了《金融服务临时协议》。世贸组织成立后，有关金融服务领域内的谈判继续进行。最终于1995年7月28日达成了《金融临时服务协议》，该协议的有效期至1997年11月1日。这一临时协议由各国递交的承诺表组成，附在《服务贸易总协定》及其《金融服务附录》之后，作为金融服务协议的组成部分。3.1997年4月，新一轮谈判开始。最终在1997年12月13日达成了《金融服务协议》，共有70个成员（包括欧盟15个成员）提出或改进了其关于金融服务开放的承诺。

二、金融服务贸易的基本概念和原则

世界贸易组织《服务贸易总协定》对于金融服务所下的定义是："金融服务指由一成员方金融服务提供者所提供的任何有关在资金融通方面的服务。金融服务提供者是一成员方希望提供或者正在提供金融服务的任何自然人或法人，但成员方政府，中央银行，货币发行机构以及由政府所有、控制的主要执行政府的或为政府的意图而活动的其他机构则不包括在内。"金融服务贸易则指有关金融服务的交易活动。

金融服务贸易的基本原则包括：

1．市场准入原则

金融服务贸易中的市场准入原则是指允许成员方的金融服务者进入本国市场，本国所有的金融业务要对所有成员方的资本开放。

2．国民待遇原则

在金融服务贸易领域，每一成员方应在其承诺表所列服务部门或分部门中，根据该表内所述的任何条件和资格，给予其他成员方的服务和服务的提供者，就所有影响服务提供的措施而言，其待遇不低于本国相同服务和服务的提供者。

三、金融服务贸易协议的主要内容简介

（一）有关金融服务的附件

《服务贸易总协定》关于金融服务有两个附件，即金融服务附件一和金融服务附件二。前者对金融服务的范围和定义，有关金融服务的国内法规、认可以及争端解决等实质性内容作了规定，后

者主要是金融服务贸易谈判的时间安排。

1．定义与范围

2．国内法规

3．承认

4．争端的解决

5．金融服务附件二

（二）关于金融服务承诺的谅解协议

这一谅解协议是在发达国家的提议下达成的，所有 OECD（经济合作与发展组织）国家已经按照该谅解协议就金融服务的市场准入和国民待遇作了特定承诺。该谅解协议使参加者能够按另一种途径作出金融服务的开放承诺，它对跨境提供开业权和扩大商业存在规定了最低的承诺水平，并要求参加国允许外国银行在其境内提供新的在国外已获得的金融服务；要求参加国在其承诺表中详细说明现有的垄断经营权，并努力消除这些垄断或缩小范围；此外，还要求成员方就专业人员的临时进入作出承诺。

（三）《金融服务贸易协议》

《金融服务贸易协议》是在世界贸易组织的主持下，于 1997 年 12 月 13 日达成的。该协议是乌拉圭回合谈判未完成的部分，包括两个组成部分：框架协议和具体承诺。乌拉圭回合谈判结束后，各国在金融服务领域进行的谈判都是围绕着具体承诺进行的。

《金融服务贸易协议》由三个文件构成：第五议定书；通过第五议定书的决定；关于金融承诺的决定。其中最重要的是第五议定书、各成员的承诺表和豁免清单及其附件，它们与议定书同时生效，取代了以前的承诺表和豁免清单。

第五议定书主要是金融，保险业市场准入的规定，该议定书的内容主要包括：

第一，允许外国在国内建立金融服务公司并按竞争原则运行；

第二，外国公司享有同国内公司同等地进入市场的权利；

第三，取消跨境提供服务和跨境消费的限制。

复习与思考题

1．试述国际金融法的概念和调整对象。

2．布雷顿森林货币制度的主要内容有哪些？它对国际货币制度的建立和发展有什么重要意义？

3．国际贷款协议生效应具备哪些先决条件？

4．国际贷款协议中规定的借款人违约事件有哪些？贷款人可以采取哪些救济措施？

5．陈述和保证条款的主要内容是什么？它有什么作用？

6．简述国际证券的概念、特征及种类。

7．试比较分析注册制与核准制的利弊。

8．依我国法律的规定，如何界定内幕交易？

9．各国对外资银行监管的原则有哪些？

10．各国对外资银行监管的主要内容是什么？

11．国际银行的资本充足标准是什么？

12．试述《有效银行监管的核心原则》的主要内容。

13．试述金融服务协议的内容。

拓展阅读书目

1．范晓波主编：《国际金融法》，中国政法大学出版社 2005 年出版。

2．周文贵、肖鹞飞编著：《国际货币制度论》，中山大学出版社 2003 年版。

3．吴志攀著：《金融全球化与中国金融法》，广州出版社 2000 年 10 月版。

4．葛华勇主编：《国际货币基金组织导读》，中国金融出版社 2002 年版。

5．潘淑娟主编：《国际信贷——理论、实务、国际惯例与法律》，中国金融出版社 2003 年 3 月版。

6．韩龙著：《世贸组织与金融服务贸易》，人民法院出版社 2003 年 5 月版。

第七章　国际税法

本章教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解国际税法的产生、基本涵义、法律渊源和基本原则等，掌握国际税法中有关征税权的划分、国际重复征税与国际重叠征税、国际逃税与国际避税、国际税收协调与合作等重要问题，学会运用国际税法的基本原理来分析和理解中国涉外税收法律制度。

学时分配：3 学时

第一节　国际税法概述

一、国际税法的涵义与特征

国际税法是调整国际税收关系，即国家间税收分配关系，以及国家与跨国纳税人之间税收征纳关系的各种法律规范的总称。

国际税法是国际经济法的一个重要分支，它与国际公法、国际私法，以及国际经济法的其他分支相比较，其法律特征主要体现在以下几个方面：

1．主体的特殊性。国际税法的主体有两个：一是国家，二是跨国纳税人（包括自然人与法人）。作为国际税法主体之一的国家，其特殊性在于具有双重属性：在跨国税收征收方面，国家只享有征税的权利，而不承担义务；在国家间税收权益分配方面，国家既享有权利，又承担义务。跨国纳税人在国际税法中作为主体，其特殊性表现于他在国际税收关系中只承担纳税的义务，而一般不享有权利。

2．客体的跨国性。国际税法的客体是纳税人的跨国所得。只有存在跨国所得的情况下，才会产生国家与跨国纳税人的税收征纳关系，从而，才会出现国家间的税收分配关系。因此，国际税收关系主要发生在所得税上。

3．调整对象的广泛性。国际税法的调整对象既包括国家间的税收分配关系，又包括国家与跨国纳税人之间的税收征纳关系。

4．法律规范的多样性。国际税法与相邻法律部门相比，所包括的法律规范种类最多。它既包括国际法规范，又包括国内法规范；它既有实体法规范，又有冲突法规范。

二、国际税法的渊源与原则

目前，国际税法的渊源主要有国际税收条约或协定，各国涉外税法，国际惯例以及其他渊源等几类。

国际税法的原则包括税收管辖权独立原则和税收公平原则。

三、国际税法的产生、发展与未来

国际税法产生的历史条件有二：一是国际经济交往的发展；二是所得税制度在各国的普遍建立。与此相联，国际税法的产生、发展大致经历了以下几个阶段：

1．19 世纪末以前，由于国际税法产生的历史条件不成熟，国际税法尚未作为一个独立的法律部门产生；

2．19 世纪末至第二次世界大战前，是国际税法的萌芽阶段；

3．二战后至二十世纪末，是国际税法形成与发展的阶段。

至于二十一世纪的国际税法，必将日益走向成熟与完善。

第二节　税收管辖权

一、税收管辖权的概念

税收管辖权是指一国政府对一定的人或对象征税的权力。

一国政府行使税收管辖权的依据源于国家主权。税收管辖权是国家主权在税收领域的体现，是国家主权的重要内容。

二、税收管辖权的两个理论原则

1．居住国原则

居住国原则，也称“居住原则”或“居民税收管辖权原则”，它是指一国政府对于本国税法上的居民纳税人来自境内境外的全部财产和收入（即环球所得）实行征税的原则。

居住国原则，源于国家主权的“属人原则”。在国际税收实践中，各国均以“税收居所”这一属人性质的连结因素来确定居民纳税人。税收居所，是指纳税人与征税国之间存在着的以人身隶属关系为特征的法律事实。

纳税人根据居住国原则而承担的纳税义务，因为不受国界的限制，所以被称为无限纳税义务或环球纳税义务。

2．来源国原则

来源国原则，也称“领土原则”或“来源地税收管辖权原则”，它是指一国政府针对非居民纳税人就其来源于该国境内的所得征税的原则。

依国家主权的“属地原则”，来源国原则的实施，是通过认定纳税人的各种所得与征税国之间存在着某种经济上的源泉关系的地域连结因素来完成的。这种表示属地性质的地域连结因素，在国际税收实践中被称为“所得来源地”或“所得来源国”。

纳税人依来源国原则而承担的纳税义务，因仅限来自来源国境内的所得，故被称为有限纳税义务。

三、居民税收管辖权

1．自然人居民身份的确认

（1）住所标准

（2）居所标准

（3）居留时间标准

（4）国籍标准

2．法人居民身份的确认

（1）法人注册成立地标准

（2）法人实际管理和控制中心所在地标准

（3）法人总机构所在地标准

3．居民税收管辖权冲突的协调

无论是自然人居民身份冲突，还是法人居民身份冲突，目前均是由有关国家间通过双边税收协定来协调解决。一般有两种解决办法可供选择：一是由缔约国双方通过协商确定纳税人的居民身份归属；二是在税收协定中预先规定一种解决冲突时应依据的标准或选择顺序。

四、收入来源地税收管辖权

1．对非居民营业所得的征税

在国际税法上，对非居民营业所得的征税，目前各国都普遍接受并实行常设机构原则。

常设机构原则，是指来源国仅对非居民纳税人通过设在境内的常设机构而获取的工商营业利润实行征税的原则。

（1）常设机构的概念和范围

常设机构首先是指一个企业进行其全部或部分生产、经营的固定场所。但缔约国一方企业，在缔约国另一方境内并未通过某种固定的营业场所从事营业活动，而是通过特定的营业代理人开展业务，仍有可能构成常设机构的存在。

（2）常设机构利润范围的确定与核算

对常设机构利润范围的确定一般采用“实际联系原则”或“引力原则”；对已归属于常设机构范围的利润核算则采用“独立企业原则”和“收入费用分配原则”。

（3）常设机构原则的例外

对国际海运和航空运输业利润的征税，不适用常设机构原则。

2．对非居民劳务所得的征税

对跨国独立劳务所得的课税，国际税法上一般遵循“固定基地原则”和“183 规则”。

对跨国非独立个人劳务所得的征税，一般原则是由作为收入来源国一方从源征税。

3．对非居民投资所得的征税

对非居民投资所得，国际税法上采用了“税收分享原则”，即规定对投资所得既可以在受益人的居住国征税，也可以在收入来源国一方征税，分享比例由缔约国双方协商谈判确定。

4．对非居民财产所得的征税

对非居民财产所得，特别是针对非居民运用不动产与转让不动产所取得的所得，各国的通行做法都是由财产所在国征税。

第三节　国际重复征税与国际重叠征税

一、国际重复征税与国际重叠征税的涵义

国际重复征税，是指两个或两个以上国家各依据自己的税收管辖权按同一税种对同一纳税人的同一征税对象在同一征税期限内同时征税。

国际重叠征税，是指两个或两个以上国家对同一笔所得在具有某种经济联系的不同纳税人手中各征一次税的现象。

国际重复征税与国际重叠征税的区别主要在于：1、纳税人不同。2、范围和层次不同。3、税种有可能不同。

二、国际重公平复征税与国际重叠重税的消极影响

有悖税收原则，阻碍国际经济交往的顺利发展。

三、消除或缓解国际重复征税的方法

1．运用冲突规范划分征税权

2．免税法

免税法，是指居住国政府对本国居民来源于国外的所得和位于国外的财产免于征税。免税法有

全部免税法与累进免税法之分。

3．抵免法

抵免法，也称外国税收抵免，指纳税人可将已在收入来源国实际缴纳的所得税税款在应当向居住国缴纳的所得税税额内扣除。

抵免法按不同的方法可以分为直接抵免与间接抵免、单边抵免与双边抵免、全额抵免与限额抵免等。目前，在实行抵免法的国家中，大多采用限额抵免，即居住国允许跨国纳税人扣除其国外已纳税款的最大数额为国外所得部分按居住国所得税法计算的应纳税额。抵免限额的计算，实践中又有分国限额、综合限额及分项限额之分。

4．扣除法和减税法

四、消除或缓解国际重叠征税的方法

1．股息收入国所采取的措施

（1）对来自国外的股息减免所得税

（2）准许国内母公司与国外子公司合并报税

（3）对外国所征收的公司所得税实行间接抵免

间接抵免，是指母公司所在国对子公司向东道国缴纳的公司所得税所给予的税收抵免。

2．股息付出国所采取的措施

（1）双税率制

双税率制，也称分割税率制，指对公司利润中的积累部分和分配部分实行不同的公司所得税率，用于分配的利润税率低，用于积累的利润税率高。

（2）折算制

折算制，也称冲抵制，指股东所收取股息后应交纳的所得税税额可以用一部分付息公司已缴纳的公司所得税税款予以冲抵。

第四节　国际逃税与国际避税

一、国际逃税与国际避税的含义与区别

国际逃税，是指跨国纳税人采取某种非法的手段或措施，以减少或逃避就其跨国所得本应承担的纳税义务，从而违反国际税法的行为。

国际避税，是指跨国纳税人利用各国税法的差异或国际税收协定的漏洞，通过各种形式上不违法的方式，以减少或躲避就其跨国所得本应承担的纳税义务的行为。

国际逃税与国际避税的区别主要在于：国际逃税是公然违背各国税法和国际税收协定的非法行为；而国际避税则是采用形式上不违法的手段来规避有关国家的税收管辖。

二、国际逃、避税产生的原因及其危害

国际逃、避税产生的主要原因主要有：

1．追逐利润最大化，是国际投资者从事国际逃、避税的主观原因。

2．各国税收制度的差异，为国际投资者从事国际逃、避税提供了客观上的便利条件。

3．二战后的几十年里，国际避税港的大量涌现和大多数资本输出国竞相提高所得税税率又从客观上促进了国际逃、避税的迅速增长。

国际逃、避税的危害主要表现在：

1．严重损害有关国家的税收利益；

2．造成国际资本的不正常移转，引起国际经济关系的混乱；

3．违背税收公平原则，损害税法的尊严。

三、国际逃税与国际避税的主要方式

1．跨国纳税人从事国际逃税的主要方式

（1）不向税务机关报送纳税资料，隐匿应税所得；

（2）谎报所得和虚构扣除；

（3）伪造帐册及收付凭证。

2．跨国纳税人从事国际避税的主要方式

（1）通过纳税主体的跨国移动进行国际避税

（2）跨国联属企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行避税

（3）跨过纳税人利用避税港进行国际避税

（4）跨国投资人有意弱化股份投资进行国际避税

四、国际逃税与国际避税的防止

1．国内法防止国际逃税与避税的措施

一般国内法律措施主要有强化国际税务申报制度，加强会计审查制度，实行评估所得申报制度等。

特别国内法律措施主要有：

（1）采用正常交易原则防止跨国联属企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行国际逃避税。

正常交易原则，是指将联属企业之间的关系当作彼此没有关联的独立企业之间的关系来处理，联属企业各个经济实体之间的营业往来，均按照独立竞争的，公平的市场交易价格来核算。

（2）防止纳税人利用避税港进行逃、避税的法律措施。

在这方面的措施主要有阻止基地公司的设立，禁止非正常转移利润和取消延迟纳税等。

（3）防止纳税人通过变更税收居所逃、避税的法律措施。

（4）防止跨国投资人弱化公司股份资本逃、避税的法律措施。

2．国际法防止国际逃税与避税的措施

（1）建立情报交换制度

（2）在征税方面提供相互协助

第五节　国际税收协定

一、国际税收协定的概念与历史发展

国际税收协定，是有关主权国家间通过政府协商谈判而缔结的旨在调整彼此间税收权利义务关系的书面协定。

二、国际税收协定的结构与主要内容

国际税收协定的体系结构除名称与序言外，大致包括协定范围、定义、对所得的征税、对财产的征税、消除双重征税的方法、特别规定、最后规定等几个方面。

国际税收协定的内容主要涉及以下几项：

1．适用范围。主要规定对人的适用范围和对税种的适用范围。

2．征税权的划分。征税权的划分，是协定的重要内容，也是双方谈判的焦点。

3．避免国际重复征税的方法。一般采用免税法或抵免法。

4．关于无差别待遇。即反对税收歧视。

5．税收饶让抵免条款。税收饶让，是指居住国政府对本国纳税人国外所得因来源国给予税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款而给予抵免的制度。

三、国际税收协定的实施

1．国际税收协定的法律效力

2．国际税收协定的滥用

关于利用第三国税约，是指在两国没有签订税收协定或签订的税收协定对纳税人提供优惠利益较少的情况下，纳税人利用第三国与对方国家签订的税收协定来享受协定所规定的优惠待遇。

四、中国对外签订的双边税收协定

1．中国对外签订税收协定的原则

（1）强调收入来源国税收管辖权优先原则

（2）坚持平等互利、友好协商原则

（3）要求资本输出国提供税收饶让抵免

2．中国对外双边税收协定的待遇

复习与思考题

1．各国确定居民纳税人身份的标准主要有哪些？应怎样解决双重成居民身份冲突？

2．试述来源国对非居民营业所得征税的一般原则？

3．国际重复征税与国际重叠征税的区别何在？解决国际重复征税与国际重叠征税的方法有哪些？

4．针对跨国纳税人通过转移定价与不合理分摊成本费用的国际避税方法，各国主要采用什么措施来实施反避税？

5．试述中国对外签订双边税收协定所坚持的原则？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》，法律出版社 1993 年出版。

2．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版。

3．税务总局国际司主编：《国际税收基础》（中英文对照），中国税务出版社 2005 年 2 月版。

4．经济合作与发展组织著：《跨国企业与税务机关转让定价指南》，中国税务出版社 2006 年 1 月版。

5．[美]罗伊·罗哈吉著：《国际税收基础》，北京大学出版社 2006 年 5 月版。

第八章　国际经济争议的解决

本章教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解国际经济争议解决的法律制度所涉及的种类及其解决方法：司法方法和非司法方法的内容。

学时分配：3 学时

第一节　国际经济争议的种类及其解决方法

一、国际经济贸易争议的种类及其特点

就国际经济贸易关系的参加者而言，国际经济贸易领域的争议可分为以下几种：

（一）不同国家国民之间的国际经济贸易争议。

（二）国家与本国或外国国民之间的国际经济贸易争议。

（三）国家之间的国际经济贸易争议。

二、解决不同国家国民之间的国际经济贸易争议的方法

（一）司法方法

即通过诉讼的方法解决国际经济贸易争议。

（二）非司法方法

即通过法院以外的方式解决争议的方法，如通过双方当事人友好协商或谈判，或者由双方同意的第三人进行调解或仲裁（ADR）。

第二节　解决国际商事争议的司法方法

一、法院对国际商事易争议案件管辖

（一）管辖权的冲突与平行诉讼

（二）通过选择法院的条款避免平行诉讼

（三）通过国际条约解决平行诉讼的问题

二、国际商事案件的诉讼程序

三、解决争议应当适用的法律规则

四、法院判决的效力及其执行

根据国际法上有关国家及其管辖范围的一般原则，一国法院作出的判决，仅在该国境内有效，外国法院没有承认与执行他国法院判决的义务，除非有国际公约的约束，或国家之间出与礼让，承认与执行对方的裁决。

五、我国法院对涉外案件的处理

（一）我国法院对涉外民事案件的管辖

我国法院对涉外民事案件的管辖，规定在我国《民事诉讼法》的有关章节中。

（二）国际商事争议案件的适用法律

除我国法律另有规定者外，我国允许当事人对解决国际商事争议的法律另做约定。

（三）我国法院对外国法院判决的承认与执行

外国法院的判决只有经我国法院承认后，才能再我国境内得执行。

第三节　解决国际商事争议的非司法方法

一、ADR 的法律特征

（一）它是当事人之间达成自愿解决争议的方法

通过 ADR 解决争议的前提是当事人之间就通过此项方法解决争议的方式达成的协议。

（二）通过 ADR 解决争议的方案没有法律上强制执行的效力

（三）ADR 可以单独适用，也可适用于诉讼程序和仲裁程序中

二、ADR 的主要表现形式

（一）双方当事人协商谈判

（二）有双方当事人共同选择的第三者调解

三、ADR 在解决我国国际商事争议中的应用

第四节　国际商事仲裁

一、概述

通过仲裁方式解决争议，是一种古老的制度。仲裁的实质，就是争议双方共同约请与争议无利害关系的第三方的第三者公断，而对公断的结果，双方当事人必须执行。

二、国际商事仲裁的概念和法律特征

（一）概念：

对于何谓国际商事仲裁，法国民法典第 1492 条作了原则性的界定：如果包含国际商事利益，仲裁就是国际性的。对一国而言，凡是仲裁协议的一方或双方为外国人、无国籍人回其他外国企业或实体，或者仲裁协议订立时双方当事人的住所或营地位于不同的国家；或者即便仲裁协议双方当事人的住所或营业地位于相同的国家，但如果仲裁地点位于该国境外，或者仲裁协议中所涉及的商事关系的设立、变更或终止的法律事实发生在国外；或者争议的位于该国境外者，均可视为国际商事仲裁。

（二）特征

1．它是一种自愿解决争议的方法。

2．争议解决具有较大的灵活性。

3．仲裁解决具有与法院判决相同的法律效力。

三、国际商事仲裁的种类

（一）按照国际商事仲裁协议主体的法律地位的不同，可分为：　不同国家的国民之间和国家与他国国民之间的商事仲裁：

1．不同国家的国民之间的商事仲裁：其特点是：当事双方从属不同的国家，但他们在国际商事交易中所处的法律是平等的，因而具有对等的权利。

2．国家与他国国民之间的商事仲裁：其特点是当事人一方为主权国家或行政主管部门，他方为另一方的国民，他们之间的争议一般是由于国家的管理行为而引起的争议。

（二）在一般的国际商事案件中，根据参与仲裁程序的利害关系人人数的不同，可分为双方和多方当事人仲裁

1．争议双方当事人之间仲裁：仲裁庭的管辖权来源于双方当事人之间的协议，一般情况下的争议，均为双方当事人之间的争议。

2．争议多方当事人之间仲裁：在国际商事合同中，如果争议涉及两个以上的公司或个人就同一合同或与该合同有关的含有相同仲裁条款的合同争议，就可能会涉及多方为同一仲裁当事人的情况。

（三）根据审理国际商事争议的仲裁机构是否具有固定的名称、章程和办公地点，可分为：临时仲裁机构和常设仲裁机构

1．临时仲裁机构：是根据当事人之间的仲裁协议而临时设立的审理特定案件的机构，即事实上的仲裁庭。当案件审理终结并做出仲裁裁决后，该仲裁机构即行解散。

2．常设仲裁机构：是依据国际公约或一国国内法设立的审理国际商事仲裁案件的机构。

四、调整国际商事仲裁的法律规则

（一）国际公约：在世界范围内最有影响的国际公约是《承认与执行外国仲裁裁决公约》。

（二）国内仲裁立法：各国有关仲裁的立法均调整国际商事仲 5 裁。

五、国际商事仲裁协议的的概念、特征和内容

（一）概念：

国际商事仲裁协议是指当事人各方同意将他们之间已经发生的或将来可能发生的争议提交仲裁解决的协议。

（二）特征

1．是特定的法律关系的当事人之间同意将他们之间的争议提交仲裁解决的共同的意思表示，而不是一方当事人的意思表示。

2．仲裁协议是使某一特定的仲裁机构取得对协议项下的案件的管辖权的依据，同时也是排除法院对该特定案件实施管辖的主要的抗辩理由。

3．一项有效的仲裁协议，是仲裁裁决得以承认与执行的基本前提。

（三）内容

国际商事仲裁协议有两种表现：合同中的仲裁条款和专门的仲裁协议书。都应包含以下内容：

1．将争议提交仲裁解决的意思表示。

2．提交仲裁的事项。

3．仲裁庭的组成或仲裁机构。

六、仲裁庭及其管辖权限

（一）仲裁庭的组成

根据组成仲裁庭的仲裁员人数的不同，可以分成由一位仲裁员组成的独任仲裁庭、由两位仲裁员组成的仲裁庭和由三人或三人以上的仲裁员组成的仲裁庭。

（二）裁员的资格

我国《仲裁法》第 13 条规定：仲裁委员会应当从公道正派的人员中聘任仲裁员。并应符合以

下条件之一：从事仲裁工作满 8 年的；从事律师工作满 8 年的；曾任审判员工作满 8 年的；从事法律研究、教学工作并具有高级职称的；法律知识，从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

（三）仲裁庭的管辖权

根据有效的仲裁协议，仲裁庭就可获得管辖权。仲裁管辖的原则的核心内容是：仲裁庭能否对它自己的管辖权，包括仲裁协议的存在和效力的异议作出决定。

（四）仲裁庭的权利和义务

1．仲裁庭的权利：（1）决定其管辖权限；（2）决定仲裁程序和证据事项；（3）作出保全措施和另一方当事人提供费用担保的决定；（4）决定仲裁应当适用的法律；（5）作出仲裁裁决的权力。

2．仲裁庭的义务：（1）确定仲裁审理的范围；（2）独立、公正的审理仲裁案件（3）在当事人约定或仲裁规则规定的期限内作出裁决。

七、国际商事仲裁的适用法律

（一）仲裁程序的适用法律

是指仲裁程序进行中所涉及的一些具体问题如仲裁庭的组成、案件的审理、保全措施、裁决的做出等所应当适用的法律。各国法律都规定了仲裁程序法的适用范围及仲裁程序法的确定。

（二）解决争议实体问题的适用法律

是用甚麼样的法律和规则判断争议当事各方的权利与义务。具体包括：1。争议所依据的合同是判定当事人权利义务的基本文件；2 合同的准据法及其确定。

八、仲裁裁决及其效力

（一）概念

仲裁裁决是仲裁庭就当事人提交仲裁的事项作出的决定，此项决定无论在仲裁程序进行中的那一阶段作出，对争议双方均有约束力。

（二）国际商事仲裁裁决的“国籍”

根据国家法院是否对在其境内做出的仲裁裁决实施监督和补救，国际商事仲裁裁决可分为：内国裁决和外国裁决。关于内国裁决和外国裁决划分，根据《纽约公约》，有两个标准：第一是地域标准，即所作出裁决的地点与某一特定的国家相联系；第二是非内国标准，即裁决经申请承认与执行所在地认为非内国裁决者，是以进行仲裁程序所适用的法律为标准。

（三）作出裁决的方式

根据《纽约公约》第 1 条第 2 款的规定，仲裁裁决不仅包括当事人在每一个具体案件中所指定的仲裁员作出的裁决，也包括当事人所提交的常设机构作出的裁决。裁决应当采用书面形式，并附具裁决所依据的理由。

（四）仲裁裁决的效力及其异议

从理论上说，裁决一经作出，即对当事人具有法律上的拘束力。如果一方当事人不能自动履行，另一方当事人可请求法院强制执行。但按照各有关国家的仲裁立法与实践，如果裁决存在着法律规定的可撤消的理由，当事人则可在法律规定的期限内，向对此有管辖权的法院申请撤消该仲裁裁决。《国际商事仲裁示范法》规定以下四种可撤消仲裁裁决情况：1．仲裁裁决所依据的仲裁协议无效；2．仲裁程序不当；3．仲裁庭越权；4．仲裁庭的组成与当事人约定或应当适用的法律不符。

（五）有权撤消国际商事仲裁裁决的法院

只有对仲裁实施监督国家的法院，才有权撤消国际商事仲裁裁决。此项法院一般为裁决地的法院。

九、外国仲裁裁决的承任与执行

（一）承任与执行外国仲裁裁决的依据

仲裁庭就国际商事交易中的争议再一国境内作出的仲裁裁决到另个国家执行的情况是很普遍的。执行地国的法院承任与执行外国仲裁裁决的依据有两个：

1．执行地国的国内法：这些法律主要表现在这些国家的民事诉讼法或仲裁法中；

2．执行地国缔结或参加的双边或多边国际条约：执行地国缔结或参加的双边或多边国际条约，是这些国家承任与执行外国仲裁裁决的依据，如果缔约国的国内法与它所缔结或参加的国际公约的规定发生冲突时，该缔约国所承担的国际公约项的义务，应当优先适用，除非该缔约国对公约中的规定作出保留。

（二）申请承任与执行外国仲裁裁决的程序和条件

按照国际商事仲裁立法与实践，申请承任与执行外国仲裁裁决，涉及一国国家主权，也属于执行地国的民事诉讼程序法的问题，只能适用执行地的法律。但如是《纽约公约》项下的裁决，只能依照公约规定的条件执行。

（三）我国法院对外国法院仲裁裁决的承认与执行

1．我国执行外国仲裁裁决的依据

我国承认与执行外国仲裁裁决的依据是我国的《民事诉讼法》中有关的规定和我国缔结和参加的双边和多边国际条约，我国是《纽约公约》的缔约国，但我国在加入该公约时作出了两点公约允许的保留声明：（1）互惠保留声明；（2）商事保留声明。

2．执行机构

按我国《民事诉讼法》第 269 条规定，应当直接向被申请人住所地或其财产所在地的中级人民法院申请执行外国仲裁裁决。

3．执行期限

双方当事人是公民的，申请执行的期限是 1 年，双方是法人或者其他组织的为 6 个月，逾期不履行的，由法院强制执行。

4．内地与香港仲裁裁决的执行

按照最高法院与香港特别行政区政府达成的《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》处理。

复习与思考题

1．国际经济争议有几种解决方式？

2．国际商事仲裁的概念、特征与种类。

3．国际商事仲裁协议概念和特征。

4．简述国际商事仲裁协议内容及效力。

5．简述承认与执行外国法院仲裁裁决的途径。

6．简述《纽约公约》的主要内容及我国对公约的保留。

拓展阅读书目

1．杨良宜著：《国际商务仲裁》，中国政法大学出版社 1997 年出版。

2．[英]雷德芬、亨特等著：《国际商事仲裁法律与实践》，北京大学出版社 2005 年出版。

3．石育斌著：《国际商事仲裁研究（总论篇）》，华东理工大学出版社 2004 年出版。

4．宋连斌著：《国际商事仲裁管辖权研究》，法律出版社 2000 年出版。

5．陈安主编：《国际投资争端仲裁》，复旦大学出版社 2001 年出版。

《法理学原理》教学大纲

陈景辉　编写

目　录

前　言.....950
第一编　法概念论.....951
第一章　法概念的重要性.....951
一、法律概念的意义.....951
二、法律定义的三个基本争议点.....951
三、法律概念的两个基本立场：自然法与实证主义.....951
本章思考题.....951
本章推荐阅读书目.....952
第二章　自然法.....953
一、概说.....953
二、古希腊的哲学自然法.....953
三、神学的自然法.....953
四、近代的自然法.....954
本章思考题.....954
本章推荐阅读书目.....954
第三章　实证主义.....955
一、概说：.....955
二、约翰·奥斯丁的法律命令理论.....955
三、汉斯·凯尔森的法律规范理论.....955
四、哈特的法律规则理论.....955
本章思考题.....955
本章推荐阅读书目.....955
第二编　法规范论.....957
第四章　规范与法律规范.....957
一、规范与规范性陈述.....957
二、语句的基本类型.....957
三、规范性语句的性质.....957
四、规范性语句与规范.....958
本章思考题.....958
本章推荐阅读书目.....958
第五章　法律规则.....959
一、规范的基本类型.....959
二、法律规则的结构.....959
三、法律规则的类型.....959
四、法律规则的分类.....960
本章思考题.....960
本章推荐阅读书目.....960
第六章　法律原则.....961
一、德沃金论规则与原则的区分.....961
二、阿列克西论规则与原则的区分.....961

三、原则与自由裁量……961
四、原则的适用……961
本章思考题……962
本章推荐阅读书目……962
第三编　法方法论……963
第七章　法律渊源……963
一、概说……963
二、法律渊源与司法裁判……963
三、法律渊源的推理功能与依法裁判……963
四、正式法源与依法裁判……964
五、非正式法源与法律漏洞……964
六、综合讨论……964
本章思考题……964
本章推荐阅读书目……964
第八章　法律事实……965
一、“客观真实论”与“法律真实论”……965
二、法律事实与客观事实的差异……965
三、法律事实的获得过程……965
本章思考题……965
本章推荐阅读书目……966
第九章　法律推理……967
一、法律推理概说……967
二、演绎推理……967
三、归纳推理与类比推理……967
四、实质推理……968
本章思考题……968
本章推荐阅读书目……968

前　言

《法理学原理》是法理学学科教学改革之后新设置的两门主干课之一，与另一门主干课——《法理学导论》不同，这门课程的主要内容并不局限于基础知识的传授，更多关注研究能力的训练以及实践技能的提高，因此法理学原理更多关注法学理论与实践的诸多疑难问题。依据新的教学计划以及这门课程的难度，法理学原理主要在大学法律专业三年级的学生中开设。由于这门课程具有很强的开放性质，并且高年纪的学生已经基本掌握了法学基础知识，因此本门课程可以采取多种灵活方式讲授，其中主要包括讨论课、讲座式课程以及与案例结合的实践教学等方式。法理学原理包括以下三个内容：一，法概念论：主要就法律的概念问题展开讨论，主要涉及自然法与法律实证主义的争论问题。二，法规范论：其中主要讨论法律的规范类型以及各种规范的基本结构与属性。三，法方法论：其中主要围绕着法律推理问题展开，详细分析法律适用的诸多理论与实践难题。

本大纲在结构上分为四个部分：（1）本章学习目的；（2）本章内容（包括本章主要知识点，学时分配）；（3）本章思考题；（4）本章推荐阅读书目。

《法理学原理》计划授课总课时为 36 学时。

第一编　法概念论

第一章　法概念的重要性

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解有关法律概念的争论的重要理论与实践意义，并初步掌握法律与类似概念的区别与联系，以及法概念争论的基本线索。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、法律概念的意义

对于这个问题的不同回答，其实就是在不同程度上扩大或者缩小法律的范围，进而对于民众的行为附加不同的法律效果。

1．法律的定义或者法律范围的划定，其实等同于如何在法律、宗教、道德、习惯之间划定界限的问题。其中最为重要的就是法律与道德之间的关系。

2．即使我们给出了一个法律的定义，但是这个定义在面对着国际法与习惯法时，缺乏充分的解释力度。

二、法律定义的三个基本争议点

（一）三个争议点：其一，法律和以强制为后盾的命令之间有什么区别与联系；其二，由于共享同样的语词并且有时存在共同的要求，那么法律义务与道德义务之间是否存在差别；其三，什么是规则以及规则达到什么程度才能成为法律；换言之，法律与规则之间的区别何在？

（二）法律和命令

1．相同点

2．不同点

（三）法律义务与道德义务

1．最经常使用“义务”一词的领域，除了法律之外，就是道德领域。因此，很容易就会将法律义务与道德义务联系起来，进而认为法律义务来自于道德义务的基础之上。

2．法律评价和道德评价的结果并非必然等同，因为法律评价的结果是“合法”与“违法”，而道德评价的结果是“好”与“坏”。

（四）法律与规范

1．法律是否仅仅由规范组成？与规范相对的实际情况能否被视为法律的组成部分？

2．“法官运用法律规范做出判断”这个表述是什么意思？法官真的受到法律规范的约束吗？

三、法律概念的两个基本立场：自然法与实证主义

（一）基本分歧：自然法坚持“恶法非法”，而实证主义则认为“恶法亦法”

（二）自然法简说

（三）实证主义简说

本章思考题

1．法律与命令之间的区别与联系是什么？

2．法律与道德有哪些共同点？

3．法律的概念争论与司法实践有哪些关联？

本章推荐阅读书目

1．Austin M. Chinhengo, Essential Jurisprudence, Cavendish Publishing Limited, 2000..（影印本由武汉大学出版社 2004 年出版）

2．张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1994 年版。

3．H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1994.

4．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，北京，法律出版社，2003。

5．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

6．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

7．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版

第二章　自然法

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解自然法理论的基本主张与理论发展的脉络，掌握自然法理论对于法律与道德问题的基本看法。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、概说

1．“自然法”是英文 Natural　Law 的对译。由于 Natural 一词的词根 nature 有本质的含义，因此自然法其实就是对于法律本质的研究，或者说，是对于“法律应当（ought　to）是什么”这个问题的研究。

2．由于本质和现象之间的决定与被决定的关系，使得作为现象的法律与作为本质的自然法之间同样存在决定与被决定的关系。我们将前者称为自然法，将后者称为实在法。

3．自然法的三个特征：

（1）实在法之外有自然法

（2）依据理性可以认识自然法

（3）实在法违反自然法将丧失约束力

4．自然法的三阶段：

二、古希腊的哲学自然法

1．古希腊的哲学家们对于世界的本质问题情有独衷，他们将对于法律的认识容纳入对于世界的解释之内。因此，必须根据世界的本质解释法律。

2．柏拉图认为世界由现象世界和理念世界组成，理念是现象的本质。理念是具有一贯的、先验的内容。这个对于世界的解释应用于法律领域，其结果就是，变动不居的法律现象都必须符合不变的法律理念；换言之，只有理念中的自然法才是本质上的法律，其他的法律都必须与理念自然法保持一致。

3．亚里士多德认为人是城邦的动物，因为只有城邦是自足的、自然的、本质的。于是，自然法由理念中的事物转变为蕴涵于客观存在的事物之中。这种观念必然强调自然法的普遍性，因为每个人都要出于特定的城邦之中。

三、神学的自然法

1．中世纪的神学家将他们的宗教信仰与古希腊两个层次的法律观念结合起来，形成了新的自然法观念；或者说，他们将上帝的意志或者理性与法律的两个层次联系起来，形成了多层次的法律理论。

2．奥古斯丁认为按照效力的等级，法律可以被划分为以下三个层次：永恒法、自然法与人法（实在法）。

3．托马斯·阿奎那为了确定教会的地位，认为除了上述三个层次之外，还存在着神法（即圣经）这个掌握在教会手中的法律。

4．不管那种神学自然法理论，都认为上帝是法律的最终来源。

四、近代的自然法

近代的自然法观念是一种世俗化的自然法，它是以“上帝不存在”为基础的观念。

1．的理性成为自然的核心含义。这种理性的自然法以对人的预设为出发点，进而认为人的基本权利是自然法的关键，因此侵犯人的基本权利的法律将会丧失实际上的约束力。

2．理性自然法的代表人物主要是资产阶级革命的启蒙思想家，例如，霍布斯、洛克、孟德斯鸠以及卢梭等人。

本章思考题

1．自然法的基本主张是什么？

2．为什么自然法的发展被划分为三个阶段？

3．近代自然法有何种特征？

本章推荐阅读书目

1．H. McCoubrey, The Development of Naturalist Legal Theory (New York: Croom Helm, 1987)

2．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）

3．Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context (London: Sweet & Maxwell, 1996)

4．Mark Tebbit, Philosophy of Law: An introduction (London & New York: Routledge, 2000)

5．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

6．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

第三章　实证主义

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解法律实证主义的基本主张与理论发展的脉络，掌握法律实证主义对于法律与道德问题的基本看法。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、概说：

1．　实证主义强调实在法的自足性，认为法律就是法律，并不受制于法律以外的其他更为高级的标准，无论这些标准是事物的本质、神的意志或者理性、还是人的理性。

2．　即使实在法与上述标准相违背，这也不能成为解除实在法之法律属性的理由，人们依然具有服从这种法律的义务。所以，实证主义其实是对于“法律实际上是（is）什么”之问题的研究。

3．　在不同的实证主义者看来，法律是不同的实际存在的事物。实证主义的代表人物主要有约翰·奥斯丁、汉斯·凯尔森与哈特。

二、约翰·奥斯丁的法律命令理论

1．法律就是由服从习惯保证实施的、主权者颁布的命令。

2．那些无法展现为主权者命令的行为准则，就无法使用“法律”的语言加以描述。

三、汉斯·凯尔森的法律规范理论

1．命令的约束力并非来自于命令者的实际优势地位，而是因为他已经被授权发布有约束力的命令。

2．命令者之所以被授权，是由于预先存在一个授予他这种权力的规范。因此命令的约束力并非来自于自身，而是来自于规范。

3．法律就是由最高效力的基本规范通过层层授权的方式建立起来的规范体系

四、哈特的法律规则理论

1．反对将法律视为命令的观点，

2．法律是由初级规则和次级规则结合建立起来的规则体系。

本章思考题

1．法律实证主义的基本主张是什么？

2．哈特理论的主要贡献是什么？

3．约翰·奥斯丁的法律命令理论的重要意义？

4．汉斯·凯尔森的法律规范理论的主要内容是什么？

本章推荐阅读书目

1．凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996。

2．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）

3．Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context (London: Sweet & Maxwell,

1996)

4．Mark Tebbit, Philosophy of Law: An introduction (London & New York: Routledge, 2000)

5．约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社，2001

6．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从·（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

7．H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1994.

第二编　法规范论

第四章　规范与法律规范

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解法律与语言运用、尤其是与语句之间的关系，并掌握法律这种规范性语句与其他语句之间的区别，并进一步明晰规范性语句的特征，以及规范性语句形成规范的基本条件。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、规范与规范性陈述

1．规范之于法律的重要性：虽然法律是通过设定权利、义务与责任或者确认某些权利、义务与责任获得法律效力的方式实现法律指引人们行为的目的，但是这些相关的设定与确认必须与某些法律规范联结在一起才能够发生意义，因此规范就成为法律的核心概念。任何的法律所要达成的目的，必须通过规范的方式才能够实现。这就意味着，要想理解法律，首先必须理解法律规范。

2．规范并非如同客观事物一样摆在那里，因为它不具备客观事物的可供观察的物质属性；我们只能够通过陈述来研究规范，这就意味着规范是以语句的形式存在的。

二、语句的基本类型

（一）语句

（二）可证明的语句/语句的真与假与不可证明的语句

1．所谓的证明，是指语句所要表达的内容是否存在着客观的事实与之相符

2．描述性语与证明

3．非描述语句与证明

（三）理性的语句与非理性的语句

1．价值判断语句与理性化

2．价值判断语句与非理性化

三、规范性语句的性质

（一）规范性语句的概念

1．告知人们应当或者可以做什么的语句就是规范性语句。规范性语句可以分为命令语句和确定语句

2．命令语句直接规定了人们的作为与不作为。命令语句可以细化为命令和禁止两个类别：规定作为的是命令，规定不作为的是禁止。

3．确定语句在语法结构尚表现为条件句的形式：如果出现特定的条件，就会引发相应的后果。

（二）规范性语句的属性

1．规范性语句是不可证明的语句，因此无法运用真/假的判断来针对规范性语句

2．规范性语句可能与某些价值判断发生关联关系，因为在其背后隐含着语句制订者的某种断定或者评价。

3．即使规范性语句与价值判断发生关联，这也不表示规范性语句就等于价值判断。

四、规范性语句与规范

1．并不是每一种规范性的陈述，都构成某种规范。

2．只有在某一规范性陈述指向一群人的时候，这个陈述的内容才构成规范。

本章思考题

1．规范性语句与描述性语句、价值判断语句之间的关系？

2．规范性语句的特征是什么？

3．规范性语句就等于规范吗？

本章推荐阅读书目

1．凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996。

2．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）

3．Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context (London: Sweet & Maxwell, 1996)

4．Mark Tebbit, Philosophy of Law: An introduction (London & New York: Routledge, 2000)

5．约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社，2001

6．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，北京，法律出版社，2003。

7．H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1994.

第五章　法律规则

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解法律规则的基本性质，并掌握法律的基本类别，以此为基础，明了法律规则对于法律实践的意义。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、规范的基本类型

1．规则

2．原则

二、法律规则的结构

（一）概说：

1．包含法律规则的规范性陈述一般表现为条件句的形式，即规定了这个陈述或者规范适用的对象或者行为基本特征，以及与之相应的法律后果。

2．法律规则的结构应当具备两个基本要素：行为模式与法律效果。简单的说，就是 T（行为模式）→（引致）R（法律效果）；或者，每一个 T 都适用于 R。

（二）行为模式

1．行为模式又被称为构成要件。所谓的行为模式，就是对于特定行为的类型化总结的结果。

2．但是，这并不意味着法律规范中的行为模式必须来自于社会实践之中，因为某些行为模式同样可能包含某些原来没有的内容。

3．甚至很多的行为模式根本就不存在与之相应的社会事实，这些行为模式完全就是法律创设的结果。

4．根据法律规则的目的，行为模式可以被划分为三种基本类型：不得、应当（必须）和可以。前两种是命令式的，后一种是权利式的。

（三）法律效果

1．所谓的法律效果，必须附随于某一构成要件；换言之，法律效果就是某一行为模式所引发的法律上的评价结果。因此，可能存在没有法律效果的行为构成，但是不存在没有行为构成的法律效果。

2．法律效果不存在肯定性的与否定性之分。因为当你的行为被归属于某一行为模式的时候，法律效果将会落实到你的头上，而无论是否存在国家机关强制实施的情形。即使是违法行为，也是因为违法行为所引发的后果。

三、法律规则的类型

（一）并非所有的法律规则都是表现为行为模式与法律效果的相连。除了最为完整的法律规则之外，还存在着其他的法律规则的类型。虽然这些法律规则结构上存在问题，但是它们依然具备产生规范性效力的能力。

（二）完整的法律规则：行为模式＋法律效果

（三）不完整的法律规则：并不完全具备上述成分的法律规则。

1．定义性法律规则：以描述某一具有或者可能引发法律效力之事物的规范。

2．引用性法律规则：需要参照其他法律规范或者法律效果的法律规范。

3．法律推定：对于某种不同行为的同类化处理。

4．权限规范：规定国家机关的权限范围。

5．权利分配规范：公民的基本权利分配。

四、法律规则的分类

（一）行为规则与裁判规则：

1．依据“法律规则适用对象”的不同，可以将法律规则划分为行为规则与裁判规则。其中，行为规则的拘束对象是行为主体（法律上的“人”），裁判规则则拘束裁判者（法官）。

2．由于裁判机关进行裁判时，当然必须以行为规则为其裁判的标准，故行为规则在规范逻辑上当同时为裁判规范，否则，则行为规则所预示之法律效果不能在裁判中被贯彻，从而它便失去命令或诱导人们从事其所欲命令或诱导之作为或不作为的功能。

（二）调整性规则与构成性规则

依据法律规则与其所约束之行为间的关系，我们可以将法律规则划分为调整性规则与构成性规则。其中，调整性规则是指法律规则的行为模式来自于对于调整行为类型的抽象；与此相反，构成性规则的行为模式来自于法律的创设。换言之，理论上，调整性规则与其调整的行为可分，即无规则有行为；构成性规则与其调整的行为之间不可分，即无规则无行为。

（三）任意性规则与强制性规则

1．从行为人的角度出发，依据行为人能否根据自己的意志排除规范适用的标准，法律规则可以被划分为任意性规则与强制性规则。

2．任意性规则又被称为授权性法律规则，强制性规则又可以被划分为命令性规则与禁止性规则。

本章思考题

1．规则的逻辑结构是什么？

2．规则有哪些类型？

3．为什么说所有行为规则都是裁判规则？

本章推荐阅读书目

1．黄茂荣：《法学方法与现代民法 • 增订 3 版》，台湾大学法学丛书，1993

2．王鹏翔：“论基本权的规范结构”，《台大法学论从》三十四卷第二期（2005）

3．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版

4．汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版

5．理查德·麦尔文·黑尔：《道德语言》，万俊人译，商务印书馆 1999 年版

6．卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版

7．卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版

8．考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版

第六章　法律原则

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解法律规则与法律原则的区别，掌握法律原则这种规范类型的特殊性质，同时并了法律原则的运用必然与自由裁量发生紧密的关联，因此应当对于原则的运用进行适当的限制。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、德沃金论规则与原则的区分

1．应用方式上的差异：法律规则是以“全有或全无”（all　or　nothing）的方式被应用于特定案件的，而法律原则的应用方式并不相同。

2．规则与原则同其例外的关系存在差别：理论上规则必须将全部例外列举出来，以便进行补充说明；补充的越多，特定规则的表述就越准确。而原则却是可以同与其相反的事例共存，因为原则的内容如此宽泛，以至于即使将例外列举出来也不会使得原则的表述更为准确或更为完整

3．法律原则具备分量或重要性（weight）的向度，而法律规则并不具有这个特点。

二、阿列克西论规则与原则的区分

规则是确定性命令（definitive　commands），而原则是最佳化命令（optimizing　commands）。

1．可以依据规范矛盾解决方式的不同，区分出规则与原则。

2．规则与原则的初步性特征（prima　facie　character）不同。

三、原则与自由裁量

（一）自由裁量的类型

1．因为某些原因，官员们不能机械地应用其必须采用的标准，而是被要求运用自身的判断

2．某些官员拥有做出某种决定的最终权力，并且其他任何官员对此无权监督或者撤销

3．官员完全不受由权威机关设定的标准的约束。

（二）原则与自由裁量的关系

1．原则的应用等同于第三种自由裁量

2．与依法裁判准则的矛盾

四、原则的适用

（一）普遍性条件

1．原则特定情形下的普遍优先

2．只有这种优先关系是普遍的，才能对于法官的行为进行必要的限制

（二）比例原则

1．适切性原则

2．必要性原则

3．狭义的比例原则

（三）不得违反法律的体系性要求

1．法律具有体系性的属性

2．体系性要求同样会限制法官的选择空间，不致倒向任意裁判

本章思考题

1．德沃金与阿列克西的原则理论是什么？他们之间有什么区别与联系？

2．为什么说法律原则必然与自由裁量发生关联？

3．如何有效的限制法律原则的运用？

本章推荐阅读书目

1．庄世同：“论法律原则的地位：为消极的法律原则理论而辩”，《辅仁法学》第十九期（2000）

2．陈景辉：“原则与法律的来源——拉兹的排他性实证主义”，《比较法研究》2006 年第 4 期

3．陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，《法学研究》2006 年第 5 期

4．Ronald Dworkin, “Models of Rules I”, in his Taking Rights Seriously (Mass, Cambridge: Harvard University Press, 1978)

5．张嘉尹：“法律原则、法律体系与法概念论——Robert Alexy 法律原则理论初探”，《辅仁法学》第 24 期（2003），

6．Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002)

7．王鹏翔：“论基本权的规范结构”，《台大法学论丛》三十四卷第二期（2005）

8．颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版

9．陈显武：“论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发”，《台大法学论丛》第三十四卷第一期（2005）

10．舒国滢：“法律原则适用的困境”，《苏州大学学报》2005 年第 1 期

11．舒国滢：“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学’法学的思考方式”，《法学研究》2005 年第 3 期

第三编　法方法论

第七章　法律渊源

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解法律渊源的基本理论，尤其着重掌握法律渊源的推理功能，并了解法律渊源与依法裁判准则之间的关系，并且能够依据这种关系有效的区分正式意义的法律渊源与非正式意义的法律渊源。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、概说

1．法律渊源（法源）是最为常见的法律概念之一，不但法理学而且几乎所有部门法学都在频繁使用这个专业术语，“刑法的渊源”、“民法的渊源”之类的表述更是屡见不鲜。同时，教科书中有关法律渊源的定义更是惊人地相似，它们都将法律渊源等同于法律的表现形式，致力于以一种罗列式的、纯粹形式化的方式展现法律的内在结构，于是法律渊源成了以静态方式描述法律内在具体结构的语词。由于法律渊源被等同于法律的表现形式，因此有的教科书建议直接将法律渊源更名为法律形式，以便避免发生概念混淆。那么上述等同能够成立吗？换言之，法律渊源只具有静态的含义吗？

2．对于法律表现形式和内在结构的描述绝非法律渊源的主要内容，除此之外，这个概念对于法官的司法裁判具有更为关键的意义；换言之，法律渊源的首要功能在于为法官的裁判提供正当性与合法性的基础。因此，只有将司法裁判与法律渊源结合起来，才能全面解释这个概念所应当具有的理论向度，并且展现其所面对的理论困难。其中，最为重要的难题在于，非正式法源能够满足判决正当性与合法性的要求吗？

二、法律渊源与司法裁判

（一）法律渊源的认识功能与推理功能

1．强调法律渊源对于司法裁判的重要意义，不等于否认这个概念对于法律表现形式和内在结构的展示，我们将以上法律渊源的两种功能命名为推理功能与认识功能。其中，推理功能的实现是以认识功能的存在为条件的。为此，说明法律渊源的认识功能及其内在所应遵循的原则，有利于进一步揭示其推理功能。

2．对于任何非实体性存在物的理解，都必须从其具体的表现形式入手方始可能。法律就是这样的非实体物，因此对于法律的了解必然开始于对于其表现形式的认知；换言之，只有从法律的具体表现形式入手才能认识抽象的法律。因此，从认识规律的角度看，先有法律的表现形式，后有抽象的法律。所以当我们从形式上回答“法律来自于哪里”的问题时，“抽象的法律概念是通过认识其表现形式而获得的”就是一个恰当的答案，这恐怕是法律的表现形式为何被叫做法律渊源的主要原因。显然，法律渊源的内部结构并非杂乱无章，而是具有非常严格的组成方式。其中，最为重要的就是“法律位阶理论”。

三、法律渊源的推理功能与依法裁判

1．法律渊源是法官判决的正当性基础；

2．法律渊源是对于当事人之间形式平等性的保障；

3．法律渊源是对于法官行为任意性的约束，所有法律规范都是裁判规范；如果裁判只是法官的私人意见的话，则人民生活在社会中将不能确切地指导他所承担的义务。

4．法律渊源是提高判决的可预测性，为当事人与他人的批判提供基础，避免对于法官的任意怀疑

5．法律渊源有助于减少法官的论证负担

四、正式法源与依法裁判

（一）正式法源符合依法裁判的要求

（二）理论基础：权力分立、法典化运动与概念法学

1．权力分立与“法制定”同“法适用”的分离

2．理性自然法与法典化运动：制定法之为唯一的法源

3．从历史法学派到概念法学：对于法律形式结构的强调

（三）缺陷：

1．价值因素的忽视

2．法律漏洞的存在

五、非正式法源与法律漏洞

（一）瑞士民法典第一条的性质与非正式法源的概念

（二）非正式法源、法律漏洞与依法裁判

法律漏洞与合法性同正当性之间的分离

（三）解决办法：以正当性取代合法性作为解释约束力的理由

1．区分合法性与合理性：自由裁量

2．合并合法性与合理性：道德上的正当性

六、综合讨论

（一）两个解决办法的区别：是否区分合法性与正当性

（二）实证主义的优越性

1．正当性的非确定性无法摧毁法律的合法性

2．正当性的个案裁量与同等对待的平等原则

3．确立正式法源的基础

本章思考题

1．法律渊源与法律推理存在何种关系？

2．正式意义的法律渊源与非正式意义的法律渊源的区别何在？

本章推荐阅读书目

1．史蒂文• J• 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版

2．颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版

3．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版

4．卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版

5．卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版

6．考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版

第八章　法律事实

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，了解围绕法律事实产生的一系列争论，并且掌握“客观真实论”与“法律真实论”存在的种种缺陷，并在区分法律事实与客观事实的基础上，学习获得法律事实的基本方法。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、“客观真实论”与“法律真实论”

（一）“客观真实论”的基本结构与理论推衍

1．“客观真实论”的基本结构：独立于人（心灵）的客观事实的存在，排除价值判断干扰的主体，以及保障存在对于客观真实唯一恰当而正确描述的客观性概念。

2．“客观真实论”的理论推衍：法律事实的发现等同于对于客观事实的发现以及法律问题与事实问题的两分

（二）“客观真实论”的实践难题与“法律真实论”的理论结构

1．“客观真实论”的实践难题

2．“法律真实论”主张法律事实是司法活动中人们对案件事实的认识符合法律所规定或认可的事实，是法律意义上的真实，是在具体案件中达到法律标准的真实。

二、法律事实与客观事实的差异

理论上讲，客观事实可以反复出现，而与特定案件相关的法律事实则无法原封不动加以再现。

1．在客观事实领域，首先回答的问题必然是“有关事实的陈述是否为真”；而法律事实的领域与之不同，必须回答的问题变成了“法律事实是否得到验证”。

2．客观事实所在的自然科学的过程与法律事实所在的法律（诉讼）过程也存在极大的差异。自然科学的过程必须如实陈述，以满足“真”的要求；而对于法律过程而言，它不但要排除与待解决之纠纷无关的、具有误导性的内容外，还为满足法律程序的要求将那些不公正的与具有偏见的东西剥离出去。

3．客观事实要想进入法律领域转变为法律事实，必须依据法律制度的运行方式。

三、法律事实的获得过程

（一）资料阶段：法官最初接触到某一案件时，获得的有关此案的一系列情况

（二）事态阶段：某一案件的资料一旦符合证据规则的要求，就会被认为是法官获得法律事实的正面材料；相反，如果资料与证据规则不符或者没有相关证据规则的支持，它就不会进入到法律事实的获得过程。

（三）法律事实阶段：有关（法律）事实的陈述必然是以某一（法律）规范的存在为前提，选择某一（法律）事实而不是另外一些（法律）事实是一个规范性活动

本章思考题

1．“客观真实论”与“法律真实论”的主张是什么？存在何种缺陷？

2．法律事实与客观事实是一回事吗？为什么

3．如何在司法实践中获取法律事实？

本章推荐阅读书目

1．David A. Binder & Paul Bergman, Fact Investigation: Form Hypothesis to Proof, West Publishing Co., 1984

2．陈景辉：“事实的法律意义”，《中外法学》2003 年第 5 期

3．李力、韩德明：“解释学、语用学和法律事实的合理性标准”，《法学研究》2002 年第 5 期

4．史蒂文• J• 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版

5．季卫东：“程序比较论”，《比较法研究》第七卷第一期（1993）

6．王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，中国法制出版社 2001 年版

7．颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版

8．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版

9．卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版

10．卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版

11．考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版

第九章　法律推理

本章学习目的和要求：

通过本章的学习，全面了解法律推理的一般模式，并在此基础上掌握以演绎推理为主的司法三段论，并且学习克服演绎推理的其他法律推理的方法。

本章内容

讲课时数：4 学时

一、法律推理概说

（一）法律推理的意义

1．获取判决的法律效力：即判决强制执行的效果

2．获取判决的正当性基础：完成说理的任务

（二）法律推理的条件

1．法律规范：普遍性效力

2．法律事实：具体化

（三）法律推理的类型

1．形式推理：演绎推理、归纳推理、类比推理

2．实质推理

二、演绎推理

（一）演绎推理的特征

1、由一到多的推理：普遍的法律规范到具体的法律事实

2．特征：前提真、则结果必真

（二）演绎推理的结构

1．T　→　R…　法律规范的要件化内容

2．S=T　…　…　案件事实的具体化归属

3．S→R　…　…　具有法律效力之判决

（T：法律要件　R：法律效果　S：案件事实）

（三）演绎推理的条件

1．法律体系的无漏洞

2．法律规范的完整性/法律与事实的对应性

3．大小前提性质上的相符

（四）演绎推理的缺陷

1．法律体系的不完善

2．法律与事实的对应性存在问题

3．大小前提性质上不符

三、归纳推理与类比推理

（一）在法律推理中的功能：对于演绎推理的补充

1．归纳推理补充前提

2．类比推理实现法律与事实的对应

（二）归纳推理

1．由多到一的推理形式
2．目标：获取法律规范
3．特征：具有错误的可能
（三）类比推理
1．大小前提不符→无法获取具体的法律事实
2．法律事实的要件化比照
A：a、b、c、d → R
B：a、b、c≈R
不适用于刑事领域：罪刑法定原则→禁止类比推理

四、实质推理

（一）实质推理的条件
1．法律规范的体系属性
2．法律规范之间的矛盾：两个均具正当性结论之间的冲突
（二）实质推理的形式
1．衡量
2．论证任务
（1）内部论证：符合推理规则的要求/结果来自于前提
（2）外部论证：选取的前提在某种类型中具有更强的正当性

本章思考题

1．法律推理与一般的推理存在何种差别？
2．演绎推理的基本要求是什么？存在何种缺陷
3．实质推理为什么是必要的？

本章推荐阅读书目

1．史蒂文• J• 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版
2．Patrick Nerhot (eds.), Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence, Kluwer Academic Publishers, 1990
3．亚图 • 考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林文化事业有限公司 1999 年版
4．Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, (Trans. Ruth Adler & Neil MacCormick), Oxford University Press, 1989,
5．季卫东：“程序比较论”，《比较法研究》第七卷第一期（1993）
6．颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版
7．魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版
8．卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版
9．卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版
10．考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版
11．黄茂荣：《法学方法与现代民法 • 增订 3 版》，台湾大学法学丛书，1993

《法律职业行为规则》教学大纲

陈　宜　编写

目　录

前　言.....7
第一章　绪论（2 学时）.....8
第一节　法律职业概述.....8
一、律师职业.....8
二、法官及法院组织.....8
三、检察官及检察院组织.....8
四、公证员及公证机构.....9
第二节　法律职业行为规则概述.....10
一、道德、职业道德、职业行为规则辨析.....10
二、法律职业行为规则的概念及基本特征.....10
三、法律职业行为规则的作用.....10
四、课程设置的意义.....10
第三节　我国法律职业行为规则的历史发展.....10
一、律师职业行为规则的历史发展.....10
二、法官职业行为规则的历史发展.....11
三、检察官职业行为规则历史发展.....11
四、公证员职业行为规则历史发展.....11
思考题.....11
参考书目.....11
第二章　律师与委托人关系规则（6 学时）.....12
第一节　律师服务信息的传播规则.....12
一、律师广告行为规则的历史发展.....12
二、律师广告行为规则的主要内容.....12
三、我国的律师广告实践及其规则.....12
第二节　律师——委托人关系的建立、维持和终止规则.....13
一、律师——委托人关系的建立和维持.....13
二、律师——委托人关系的维持及规则.....13
三、律师——委托人关系的终止.....13
第三节　律师的保密问题.....14
一、律师保密特权和保密义务.....14
二、我国关于律师职业秘密的立法现状与完善.....14
第四节　利益冲突规则.....15
一、利益冲突概述.....15
二、同时性利益冲突的几个常见类型.....15
三、连续性利益冲突.....15
四、我国利益冲突查证回避的规则.....15
第五节　律师的财物保管规则.....16
一、美国律师协会《职业行为示范规则》关于保管委托人财产的规定.....16
二、我国保管委托人财产的有关规定.....16
第六节　律师收费规则.....16

一、国外律师收费情况.....16
二、我国律师收费制度.....16
三、律师收费的规则.....17
思考题.....17
第三章　律师与裁判机关关系的规则（3 学时）.....18
第一节　裁判机关概述.....18
一、仲裁及仲裁机构.....18
二、法院组织（略）.....18
三、律师与裁判机关的关系.....18
第二节　律师与公正裁判.....19
一、公正仍是司法永恒的主题.....19
二、律师在构建司法公正中的作用.....19
第三节　律师与真实的发现.....19
一、真实的发现——司法活动的重要目的之一.....19
二、律师与真实的发现.....19
第四节　律师对法庭的真实义务之规则.....19
第五节　律师维护裁判庭廉正性义务的规则.....20
第六节　律师审判宣传之规则.....20
一、审判宣传与言论自由.....20
二、律师审判宣传的规则.....20
第七节　律师的会见、阅卷、调查取证权规则.....20
一、律师的几项主要权利.....20
二、我国律师的会见、阅卷、调查取证权现状.....21
三、律师会见、阅卷、调查取证的规则.....21
第八节　律师回避问题.....21
一、回避之含义及历史探源.....21
二、律师回避.....22
三、律师执业非利益冲突的回避.....22
四、律师非利益冲突回避与司法公正.....22
第四章　律师与检察官关系规则（2 学时）.....23
第一节　律师与检察官的关系.....23
第二节　刑事诉讼中律师与检察官的关系规则.....23
一、回避.....23
二、会见中的关系规则.....23
三、阅卷中的规则.....23
四、调查取证中的规则.....23
五、法庭调查辩论中的规则.....24
参考题.....24
第五章　律师与律师之间关系规则（2 学时）.....25
第一节　律师之间关系的基本规范.....25
一、相互尊重.....25
二、相互协助.....25
第二节　律师之间的不正当竞争.....26

一、律师之间的竞争规范.....26
二、律师执业不正当竞争的体现.....26
三、律师执业不正当竞争的危害和成因.....26
四、律师之间不正当竞争的规制.....26
思考题.....26
第六章　律师与律师事务所关系规范（3 学时）.....27
第一节　律师的执业机构——律师事务所.....27
一、律师事务所的形式.....27
二、律师在律师事务所的权利义务.....27
三、律师事务所的权利义务.....27
四、律师事务所的设立、变更与终止.....27
第二节　律师事务所对内部事务的管理职能.....28
一、律师事务所对内部事务的管理职能概述.....28
二、律师事务所对内部事务的管理职能及规范.....28
思考题.....28
第七章　律师与律师协会、司法行政机关关系规则（2 学时）.....29
第一节　律师与律师协会的关系.....29
一、律师协会概述.....29
二、律师协会在我国律师管理体制中的地位与作用.....29
三、律师与律师协会的关系.....29
第二节　律师与律师协会关系的规则.....29
一、接受行业管理的规则.....29
二、重大事项报告规则.....29
三、积极参加活动规则.....29
四、自觉接受调处规则.....29
第三节　司法行政机关与司法行政管理.....30
一、我国司法行政机关概述.....30
二、司法行政机关对律师的管理.....30
第四节　律师与司法行政机关关系规则.....30
思考题.....30
第八章　公职律师制度与规则　（2 学时）.....31
第一节　公职律师制度概述.....31
一、公职律师的概念.....31
二、公职律师的性质.....31
三、公职律师的基本特征.....31
四、公职律师的职责.....31
第二节　公职律师职业规则.....31
一、强调公职律师职业道德规则的必要性.....31
二、政府公职律师职业道德规则概述.....31
三、政府公职律师职业素质、规则的内容.....31
第三节　构建我国公职律师制度规则的思考.....31
一、构建公职律师是我国社会发展的需要.....31
二、国外公职律师制度现状.....32

三、构建我国公职律师制度规则需要思考的问题 32
思考题 32
第九章　律师与律师事务所职业责任规则（4 学时） 33
第一节　律师与律师事务所职业责任概述 33
一、律师和律师事务所的法律责任 33
二、律师及律师事务所职业责任的特点 33
三、建立律师及律师事务所执业责任制度的理论根据和现实意义 33
四、国外律师执业责任的制度的规定 33
第二节　律师及律师事务所民事责任 33
一、律师及律师事务所民事责任的概念 33
二、律师及律师事务所民事责任的特征 33
三、律师违法执业和过错行为的范围及赔偿责任范围 33
四、违法执业行为主要是指律师有违反律师职业道德和执纪律的行为。 33
五、律师责任保险制度 34
第三节　律师和律师事务所行政法律责任 34
一、律师和律师事务所行政责任的概念 34
二、律师和律师事务所行政责任的特征及承担方式 34
三、适用行政处罚的情形 34
四、处罚机关及适用程序 34
第四节　律师的刑事责任 34
一、律师刑事责任的概念 34
二、律师刑事责任涉及的罪名、犯罪构成及量刑 34
思考题 35
第十章　法官职业道德与职业责任（5 学时） 36
第一节　法官职业道德的基本内容 36
一、法官职业道德的概念 36
二、法官职业道德的基本内容 36
第二节　法官职业责任 36
一、承担责任的形式 36
二、处理机构 36
思考题 37
参考书目 37
第十一章　检察官职业道德及法律责任（3 学时） 38
第一节　检察官的职业道德 38
一、检察官职业道德的概念 38
二、检察官职业道德的基本内容 38
第二节　检察官的职业责任 38
一、检察官的纪律责任 38
二、检察官的刑事责任 38
思考题 38
参考书目 38
第十二章　公证员及公证处执业行为规则（2 学时） 39
第一节　公证人员的职业道德 39

一、公证人员职业道德的概念和意义.....39
二、公证人员职业道德的内容.....39
三、公证员的执业行为规则.....39
四、公证机构的执业行为规则.....39
第二节　公证的法律责任.....40
一、公证的法律责任的概念.....40
二、刑事责任.....40
三、民事责任.....40
四、行政责任.....40
五、当事人的法律责任.....41
思考题.....41
参考书目.....41

前　言

教学大纲在教学过程中起着提纲挈领的作用。一本好的教学大纲能对该门学科的知识进行全面、系统的涵盖，便于学生掌握该门学科的基本理论知识，同时，也为授课教师在此基础上，总结教学经验和实践中出现的新情况、新问题，及时更新知识信息，充实教学内容，留下了必要空间，从而达到力求正确地阐述和介绍该门学科的基本原理、基本概念和基本知识，注重内容的思想性、科学性、系统性、针对性和相对稳定性的统一。

本《教学大纲》在本教研室几年来讲授本门课程教学实践并编写《律师职业行为规则论》的基础上，借鉴国外相关经验制订。大纲力求概念准确，体系完善，内容充实，既有理论性，又具有实践性。

法律职业行为规则课程内容主要包括法律职业及法律职业行为规则理论与实践，教学目的在于通过学习系统掌握法律职业规则的基本内容；了解法律职业规则的理论基础和实践；通过分析经典案例，培养未来法律人自觉遵守法律职业规则的理念。

由于在法律职业体系中，律师职业往往被认为是法律职业的基础，尤其在英美法系国家成为律师是从事法律职业的必由之路，国内外对律师职业规则的研究都较为成熟完善，故在体例的安排上，律师职业规则占了较大篇幅。随着理论研究的深入和发展，我们将适时加以调整和完善。

教学方法包括：

讲授：对需要学生了解的知识进行讲授；

案例分析讨论：通过典型案件的分析讨论，培养学生遵守法律职业行为规则的理念；

资讯：充分运用多媒体设备，将业界动态、前沿理论传递给学生；

教学片观摩：涉及法律职业行为规则经典影片；

教案下载及师生互动：通过公共邮箱，提供教案下载，师生有效互动。

第一章　绪论（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握法律职业行为规则的概念及特征，法律职业行为规则的体系；理解开设法律职业行为规则课程的意义；了解法律职业行为规则的研究方法。

本章重点及难点：法律职业行为规则的概念及特征；法律职业行为规则的体系及研究方法。

第一节　法律职业概述

一、律师职业

（一）律师

律师是依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。

（二）律师事务所

律师事务所是律师的执业机构。律师事务所按照章程组织律师开展业务工作，学习法律和国家政策，总结、交流工作经验。

（三）司法行政机关

国务院司法行政部门依照律师法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。

（四）律师协会

律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。

全国设立中华全国律师协会，省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。

二、法官及法院组织

（一）国外法官及法院组织简介

（二）我国法官及法院组织体系

1．我国法官体系

法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。

法官的职责是依法参加合议庭审判或者独任审判案件，并履行法律规定的其他职责。

2．我国法院组织体系

我国宪法明确规定，中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院的任务是审判刑事案件和民事案件，并且通过审判活动，惩办一切犯罪分子，解决民事纠纷，以保卫无产阶级专政制度，维护社会主义法制和社会秩序，保护社会主义的全民所有的财产、劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，保障国家的社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。人民法院用它的全部活动教育公民忠于社会主义祖国，自觉地遵守宪法和法律。

我国的人民法院的组织体系分为四级，即设基层、中级、高级和最高人民法院，并设军事、铁路、水运等专门人民法院。

三、检察官及检察院组织

（一）国外检察官及检察院组织简介

（二）我国检察官及检察院组织

1．我国检察官

检察官是依法行使国家检察权的检察人员，包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员。

检察官的职责为：依法进行法律监督工作；代表国家进行公诉；对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查；以及法律规定的其他职责。

2．我国检察院组织

中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。

中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。地方各级人民检察院分为：省、自治区、直辖市人民检察院；省、自治区、直辖市人民检察院分院，自治州和省辖市人民检察院；县、市、自治县和市辖区人民检察院。省一级人民检察院和县一级人民检察院，根据工作需要，提请本级人民代表大会常务委员会批准，可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院，作为派出机构。

各级人民检察院设检察长一人，副检察长和检察员若干人。检察长统一领导检察院的工作。

各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制，在检察长的主持下，讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定，可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。

人民检察院通过行使检察权，镇压一切叛国的、分裂国家的和其他反革命活动，打击反革命分子和其他犯罪分子，维护国家的统一，维护无产阶级专政制度，维护社会主义法制，维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序，保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，保卫社会主义现代化建设的顺利进行。

人民检察院通过检察活动，教育公民忠于社会主义祖国，自觉地遵守宪法和法律，积极同违法行为作斗争。

四、公证员及公证机构

（一）国外公证制度简介

（二）我国公证员及公证机构

1．公证员

公证员是符合本法规定的条件，在公证机构从事公证业务的执业人员。

2．公证机构

公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。

3．司法行政机关

司法行政部门依照本法规定对公证机构、公证员和公证协会进行监督、指导。

4．公证协会

公证协会是公证业的自律性组织，依据章程开展活动，对公证机构、公证员的执业活动进行监督。 全国设立中国公证协会，省、自治区、直辖市设立地方公证协会。中国公证协会和地方公证协会是社会团体法人。

第二节　法律职业行为规则概述

一、道德、职业道德、职业行为规则辨析

（一）道德与伦理

（二）道德与职业道德

（三）法律职业道德与法律职业行为规则

二、法律职业行为规则的概念及基本特征

（一）法律职业行为规则的概念

是指律师、检察官、法官、公证员等法律职业人员及其辅助人员和所属机构在与其职业身份有关的活动中应当遵守的行为规范的总称。

（二）法律职业行为规则的特征

法律职业行为规则的适用对象，是法律职业人员及其辅助人员和所属机构。

法律职业行为规则调整的是上述人员及其所属机构在与其职业身份有关的活动中的行为。

法律职业行为规则的渊源既包括法律、法规，也包括相关职业协会制定的规则。

违反法律职业行为规则应当承担一定的后果。

三、法律职业行为规则的作用

首先，法律职业行为规则对于法律职业的行为具有重要的指导作用。法律职业行为规则的主体内容是程序法，它规定了法律职业的行为规则而不是业务规则，指导法律职业如何处理好各种职业关系。

其次，法律职业行为规则具有保护法律工作者的作用。规范、科学的职业行为规则将成为保护法律职业的一道屏障。在规范、科学的职业行为规则的指导下的法律职业行为，应当受到保护。正如有的美国学者所指出的那样，在所有法学院的课程中，其他科目都是为了委托人学习的，而法律职业行为规则则是为自己学习的。对很多人来说，只有在受到处罚或者被诉上法庭，才会认识到职业行为规则的重要性。

四、课程设置的意义

本书和本课程所包含的理念将规制法律人的整个职业生涯。在这里你将学到你所赖以谋生的规则以及忽视这些规则的后果。其他课程所教授的与你的委托人的问题有关，这一课程则是为了你自己。除非你的专业领域是律师不当执业、律师惩戒等等，否则是你，而不是你的委托人将成为你所学到的知识的直接受益者

第三节　我国法律职业行为规则的历史发展

一、律师职业行为规则的历史发展

（一）律师职业行为规则的发展背景

律师制度恢复期间颁布的《律师暂行条例》是新中国国关于律师制度的第一部专门立法，它将律师的性质界定为国家法律工作者有着的深刻历史原因。

（二）律师职业行为规则的历史脉络

我国在律师制度恢复的初期，就开始了律师队伍的职业道德建设。1980 年颁布的《律师暂行条例》就包含有一些体现律师职业道德建设的规定。

1990 年 11 月司法部发布《律师十要十不准》；

司法部于 1993 年 12 月 27 日发布《律师职业道德和执业纪律规范》；

1996 年 5 月 15 日，《律师法》颁布；

1996 年 10 月 6 日全国律协制定《律师职业道德和执业纪律规范》， 2004 年进行了修订。

许多地方律师协会制定了自己的律师执业规范。此外一些律师事务所也根据业务发展的需要自行制定了相应的规则。

二、法官职业行为规则的历史发展

《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》（1998 年 6 月 26 日）；

《人民法院审判判紀律处分办法（试行）》（1998 年 9 月 7）；

《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》（2000 年 1 月 31 日）；

〈关于严格执行《中华人民共和国法官法》有关惩戒制度的若干规定〉（2003 年 6 月 10 日）。

三、检察官职业行为规则历史发展

（《中华人民共和国检察官法》（1995 年 2 月 28 日通过，1995 年 7 月 1 日起施行）中关于职业道德的规定

《检察官纪律处分暂行规定》（1995 年 8 月 7 日经最高人民检察院第八届第二十次院务会议通过）

《检察官职业道德规范》（2002 年）

《检察人员纪律处分条例（试行）》（2004 年）

四、公证员职业行为规则历史发展

《公证员职业道德基本准则》（中国公证员协会于 2002 年 03 月 03 日发布施行）

《公证行业自律公约》（中国公证员协会于 2003 年 12 月 29 日公布，于 2004 年 1 月 1 日起施行）

思考题

1．学习和研究法律职业行为规则的重要意义。

2．我国关于检察官和公证员的职业行为规则有哪些相关规定？

参考书目

1．《律师执业行为规范（试行）》

2．《律师职业行为规则概论》，王进喜、陈宜主编，国家行政学院出版社，2002 年 4 月第 1 版。

3．《律师职业行为规则论》陈宜、李本森主编，北京大学出版社 2006 年 12 月第 1 版。

4．《法律职业伦理》李本森主编，北京大学出版社，2005 年 1 月第 1 版。

5．《法律人的职业行为规则》马宏俊著，中国法制出版社 2004 年 1 月第 1 版。

6．《美国律师职业行为规则理论与实践》，王进喜著，中国人民公安大学出版社，2005 年 4 月第 1 版。

7．《美国律师协会职业行为示范规则（2004）》，王进喜译，中国人民公安大学出版社，2005 年 4 月第 1 版。

第二章　律师与委托人关系规则（6 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与委托人关系应遵守的规则；理解与委托人规则的遵守在律师执业中的意义；了解有关律师与委托人关系的处理中的理论与实践问题。

本章重点及难点：利益冲突规则的内容及理论基础；律师保密的规则及职业特权。

第一节　律师服务信息的传播规则

律师服务信息传播规则是当代律师职业行为规则的一个重要组成部分，受到了严格的调整。

一、律师广告行为规则的历史发展

对于律师广告行为，各国律师界曾长期持以非常保守的态度，禁止律师广告行为是各国律师职业道德和执业纪律中的一项重要内容。

（一）律师广告的历史发展

（二）对律师广告的几点评价

七十年代始各国律师界在律师广告问题上对传统观念的变革背后，也隐含着深刻的经济原因

二、律师广告行为规则的主要内容

（一）关于律师广告的含义

律师广告应作广义解释，律师广告不仅包括报纸、期刊、广播、电视等各种形式的律师广告，还应当包括名片、宣传册、信笺、招牌、声明、启示以及旨在进行业务宣传的其他材料等方面所包含的有关律师法律服务信息。

（二）禁止具有虚假性和误导性的律师广告

（三）律师广告应具有得当性

（四）关于律师业务范围的宣传要具有明确性

（五）使用委托人的姓名应当征得事先同意

（六）律师费用声明必须明晰

（七）限制律师各种头衔的使用

此外，许多国家和地区在业务信笺、律师与新闻记者的接触、律师行业组织对律师的宣传、律师广告的审查方式等方面也进行了规定。

三、我国的律师广告实践及其规则

（一）我国律师广告实践

（二）我国律师广告规则

《律师执业行为规范（试行）》以专章对律师的广告作了规定。

关于律师广告的规则也是不断发展的，如一些国家现在已经针对因特网上的律师广告问题研讨对策。我们在借鉴其既成的经验的同时，也必须考虑这些现实的问题，使我们的对策与社会发展具有必要的适应性。

（三）对违反规则的处罚

根据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》规定，利用媒体、广告或者其他方式进行不真实或者不适当的宣传的；捏造、散布虚假事实，损害、诋毁其他律师、律师事务所声誉的，由司法行政机关给予处罚。

第二节　律师——委托人关系的建立、维持和终止规则

律师——委托人关系，是指律师和委托人之间的权利义务关系。律师——委托人关系涉及律师执业活动的始终，调整律师执业活动的方方面面。因此在律师——委托人关系的建立、维持和终止时需要特别注意相关事项。

一、律师——委托人关系的建立和维持

（一）律师——委托人关系建立的规则

1．律师——委托人关系建立的方式和形式

2．委托关系的双方主体

3．代理范围和权限划分

（1）委托权限的确定，主要存在于律师的代理活动中。

（2）《律师法》和《律师执业行为规范（试行）》关于转委托的有关规定。

4．拒绝辩护和代理

二、律师——委托人关系的维持及规则

我国《律师执业行为规范（试行）》规定，律师应当充分运用自己的专业知识，根据法律的规定完成委托事项，维护委托人的利益。律师应当严格按照法律规定的期间、时效以及与委托人约定的时间，办理委托事项。律师在委托权限内完成了受托的法律事务，应及时告知委托人。并要求律师应当努力钻研业务，不断提高执业水平。

三、律师——委托人关系的终止

（一）律师——委托人关系终止的情形

在我国，律师——委托人关系的终止主要有两种情况，一种是自然终止，即委托事项办理完毕，律师——委托人关系终止。另一种是法定终止，即在法律规定的情况下，律师——委托人关系可以或者应当终止。

1．律师拒绝辩护或者代理。

2．委托人拒绝律师的辩护或者代理。

3．律师事务所清算。

4．律师或律师事务所被取消或者中止执业资格；

5．发现不可克服的利益冲突；

6．律师的健康状况不适合继续代理；

7．继续代理将违反法律或者律师执业规范。

（二）律师——委托人关系终止后律师的义务

1．律师——委托人关系终止的程序要求

（1）查证和通知。

（2）批准。

2．律师——委托人关系终止后律师的义务

（1）采取明确措施表明委托关系的终止，并处理好有关交接事宜。

（2）不得扣押当事人的诉讼材料。

（3）返还尚未耗用的律师费。

第三节　律师的保密问题

律师的职业秘密问题是贯穿于整个律师业务活动的一个基本问题，对委托人和律师的权利义务有着重要的影响。

一、律师保密特权和保密义务

（一）律师保密特权的模式

第一种模式是将律师职业特权仅仅限定为律师——委托人特权。律师职业特权仅指调整律师和委托人之间关系的职业特权。大陆法系国家和地区关于律师职业特权的规定也都是仅仅指调整律师和委托人之间关系的特权。这种特权主要体现在程序法中。

第二种模式是将律师职业特权区分为律师——委托人特权和律师——第三人特权。澳大利亚、英国、加拿大采取的是这种模式。

（二）律师——委托人特权

1．律师——委托人特权的理论基础

律师——委托人特权（attorney-client privilege）是证据法上的一项重要特权，是指在刑事诉讼和民事诉讼中，即使律师具有证人的适格性，仍然能够就其因提供法律服务而从委托人处知悉的委托人的秘密信息拒绝作证。律师职业特权问题的基本内核，实际上是利益权衡原则。

2．律师——委托人特权的适用特点

第一，就律师——委托人关系而言，从特权的意义上看，交流的双方都是主体群。第二，特权的所有者是委托人。律师有权主张特权。第三，律师——委托人特权在时间上具有前置性和后续性。

（三）律师——第三人特权

律师——第三人特权与律师——委托人特权在适用上的特点基本一致，不同的一点是，由于诉讼结束后，不再存在对抗性的问题，在该特权在诉讼结束后即终止。

（四）律师的保密义务

律师职业道德规则之所以要保护证据规则所不保护的信息，其主要理由是：1）根据代理法的原则，代理人应当保守委托人的秘密。2）有助于对于非来自于委托人的信息提供保密保护。

二、我国关于律师职业秘密的立法现状与完善

（一）我国关于律师职业秘密问题的现行规定

根据《律师法》和《律师执业行为规范（试行）》的规定，我国律师职业秘密问题有关规则在适用上具有以下特点：

1．律师职业秘密问题有关规则的适用主体是律师事务所、律师及其辅助人员。

2．律师应当保守的职业秘密包括国家秘密、当事人的商业秘密和当事人的隐私。

3．律师保守职业秘密职责的具体实现方式。

4．律师保守职业秘密的时间区间

5．律师保守职业秘密的例外

（二）我国律师职业秘密问题现行规定存在的主要缺陷

我国关于律师职业秘密问题的现行规定同有关国家和地区的规定相比，主要存在以下缺陷：

1．我国关于律师职业秘密问题的规定，没有律师职业特权的含义，因而导致了法律上的冲突，无法实现利益平衡。

2．我国关于律师职业秘密问题的规定，缺乏保密范围上的层次性。

3．律师保密义务的适用区间模糊。

（三）我国刑事诉讼中的律师职业秘密问题

我国在相关问题上的做法，同国际通行做法是存在较大差距的。我国应当加强民主法制意识，借鉴国外相关做法，保证犯罪嫌疑人和律师秘密会见的便利条件。

（四）如何构筑符合中国现实国情的律师职业秘密规则

《律师法》、《律师执业行为规范（试行）》在律师职业秘密问题上的规定是不完善的，与世界各国关于律师执业行为规则的通行做法还有相当大的差距。除了立法技术上的原因外，这些缺陷也暴露出一些值得深思的深层次原因。

（五）完善律师职业秘密有关规则的意义

1．完善律师职业秘密规则有助于律师职业独立。

2．完善律师职业秘密原则有助于律师正确履行职责。

第四节　利益冲突规则

利益冲突是律师在执业活动中面临的一个具有普遍意义的重大问题。

一、利益冲突概述

（一）利益冲突的概念

我国《律师执业行为规范（试行）》第 76 条将律师利益冲突定义为：同一律师事务所代理的委托事项与该所其他委托事项的委托人之间有利益上的冲突，继续代理会直接影响到相关委托人的利益的情形。

（二）利益冲突规则的理论基础

一般认为，利益冲突规则的理论基础主要是两个，一个是律师保守职业秘密的职责的要求，一个是律师忠诚于委托人的职责的要求。

（三）利益冲突的理论分类

在职业道德上，根据影响委托人利益的风险，把利益冲突分为同时性利益冲突和连续性利益冲突。虽然每种冲突都会对忠诚和保密问题造成影响。但是禁止同时性利益冲突规则的侧重点是保证忠诚原则不受影响，而禁止连续性利益冲突规则的侧重点是保密。

在连续性利益冲突中，问题的侧重点在律师的保密职责。

二、同时性利益冲突的几个常见类型

（一）委托人——委托人利益冲突

（二）律师——委托人利益冲突

三、连续性利益冲突

连续性利益冲突也是利益冲突的主要模式之一。其关注点是律师和委托人所交流的信息。

《律师执业行为规范（试行）》第 81．82．83 条的规定。规定的理论根据主要有两点。首先，这一规定有利于保守委托人的秘密。其次，该规定有利于保护委托人解雇律师的权利。

四、我国利益冲突查证回避的规则

《律师执业行为规范（试行）》明确规定了律师事务所利益查证回避制度，要求在接受委托之前，律师及其所属律师事务所应当进行利益冲突查证。

（一）只有在委托人之间没有利益冲突的情况下才可以建立委托代理关系。

（二）拟接受委托人委托的律师已经明知诉讼相对方或利益冲突方已委聘的律师是自己的近亲

属或其他利害关系人的，应当予以回避，但双方委托人签发豁免函的除外。

（三） 律师在接受委托后知道诉讼相对方或利益冲突方委聘的律师是自己的近亲属或其他利害关系人，应及时将这种关系明确告诉委托人。委托人提出异议的，律师应当予以回避。

（四）律师在接受委托后知道诉讼相对方或利益冲突方已委聘同一律师事务所其他律师的，应由双方律师协商解除一方的委托关系，协商不成的，应与后签订委托合同的一方或尚没有支付律师费的一方解除委托关系。

第五节　律师的财物保管规则

律师在执业过程中，经常要对委托人的财物进行保管。现代律师业为保证委托人的财物安全所采取的重要措施就是建立委托人安全或者保护基金。

一、美国律师协会《职业行为示范规则》关于保管委托人财产的规定

为了保证律师能够切实履行上述律师信托职责，美国律师协会《职业行为示范规则》1．15 条在有关委托人或者第三人的资金的分离、分配、账户等问题上作出了详细的要求。

二、我国保管委托人财产的有关规定

《律师执业行为规范（试行）》第五章第六节规定了保管委托人财产的行为规则：

（一）律师应当妥善保管与委托事项有关的财物，不得挪用或者侵占。

（二）律师事务所受委托保管委托人财物时，应将委托人财产与律师事务所的财产严格分离。委托人的资金应保存在律师事务所所在地信用良好的金融机构的独立账号内，或保存在委托人指定的独立开设的银行账号内。委托人其他财物的保管方法应当经其书面认可。

（三）委托人要求交还律师事务所受委托保管的委托人财物，律师事务所应向委托人索取书面的接收财物的证明，并将委托保管协议及委托人提交的接收财物证明一同存档。

（四）律师事务所受委托保管委托人或第三人不断交付的资金或者其他财物时，律师应当及时书面告知委托人，即使委托人出具书面声明免除律师的及时告知义务，律师仍然应当定期向委托人发出保管财物清单。

第六节　律师收费规则

律师提供法律服务是有偿的。律师收费是对律师付出劳动的补偿。今天的律师提供的法律服务是有偿服务，律师提供法律服务，收取相应的报酬。以此来维持生活的必需以及从事法律服务必要的花费。

一、国外律师收费情况

（一）外律师收费原则

（二）外国律师收费的种类

（三）外国律师费的构成

（四）国外律师费的收取

二、我国律师收费制度

（一）我国现行律师收费制度

2006 年司法部颁布了《律师服务收费管理办法》，该办法自 2006 年 12 月 1 日起执行。从而

确定了现行我国律师收费制度的基本框架。

1．律师收费的原则

2．律师收费的种类

（1）计件收费。（2）计时收费。（3）固定收费。（4）按标的额比例收费。（5）以标的按成收费。即律师的报酬以最终判决的结果按比例计费。（6）协商收费。（7）风险收费和加收胜诉费。

3．律师收费的构成

4．法律援助及律师收费的减免。

5．律师费的收取

三、律师收费的规则

（一）律师不得私自向委托人收取费用、额外报酬或财物，不得挪用、私分、侵占业务收费，律师事务所和律师应当依法纳税。

（二）律师费应当合理收取，开支办案费用应合理开支

（三）禁止给委托人、介绍人各种名义的回扣、介绍费

（四）风险代理的限制性规定

（五）按规定收取律师费

（六）律师事务所收费的权利

（七）不得以明显低于成本的收费进行不正当竞争；

思考题

1．律师风险代理评析

2．律师与法律援助

3．利益冲突的查证和回避

4．律师保密规则的完善

第三章　律师与裁判机关关系的规则（3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与裁判机关关系的行为规则内容；理解律师在裁判活动中担负的责任。

本章重点及难点：律师对裁判机关的真实义务；维护裁判机关廉政性的义务；律师回避制度的利弊。

第一节　裁判机关概述

在现代社会，仲裁和诉讼是解决纠纷的重要途径。审判被认为是社会公正的最后一道防线，仲裁也被普遍采用来解决民事经济纠纷。

一、仲裁及仲裁机构

（一）仲裁的概念及特征

仲裁是争议双方当事人在争议发生之前或者争议发生之后达成协议，自愿将他们之间的争议交给第三方作出裁决，争议双方当事人有义务履行该裁决的一种解决争议的方式。作为解决民事经济纠纷的一种方式，仲裁在全世界范围内被普遍采用，仲裁具有诸多独特的优势：

1．程序简便

2．充分自治

3．易于执行

4．为当事人保密

（二）仲裁机构

仲裁机构是依据法律成立的民间机构。关于仲裁机构的设置，世界各国有多种模式。我国仲裁法规定的常设性的仲裁机构为仲裁委员会。

1．我国的仲裁机构

在我国，《仲裁法》规定仲裁委员会在设区的市设立，不按行政区划层层设立。

2．世界主要仲裁机构简介

（1）国际商会仲裁院 （ICC）。

（2）美国仲裁协会 （AAA）。

（3） 中国国际经济贸易仲裁委员会 （CIETAC）。

（4）伦敦国际仲裁院 （LCIA）。

（5）解决国际投资争端中心（ICSID）。

（6）斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）。

二、法院组织（略）

三、律师与裁判机关的关系

（一）一些国家和地区，法院对律师的管理

（二）我国律师与裁判机关的关系

第二节　律师与公正裁判

一、公正仍是司法永恒的主题

二、律师在构建司法公正中的作用

在构建司法公正的制度体系中，律师作为向社会提供法律服务的法律专业执业人员，有着举足轻重的作用。律师在诉讼中，尊崇法律制度，尊敬司法人员，切实维护委托人的合法权益，同时，监督司法人员行为的正直性，促进司法公正，也是律师的职责。不仅律师执业的宣誓、律师的职业道德的明确规定了律师在诉讼中对于实现公平正义负有责任，同时律师在诉讼中的不当行为会受到纪律惩戒并承担责任风险。此外，还有可能会受到司法上的制裁。

第三节　律师与真实的发现

一、真实的发现——司法活动的重要目的之一

在司法活动中，人们一直在追求真实的发现，追求查明事实真象。这一追求跨越了时空，也超越了不同法律文化、法律制度的限制。

二、律师与真实的发现

在司法活动中律师的参与，其对于司法活动实现真实和公正的目的有着不可忽视的积极作用。律师通过维护委托人的合法权益，从而维护法律的正确实施。如果律师在参与诉讼时一味地追求维护其委托人的利益，而不择手段，并不管其委托人的利益是否合法时，律师的活动就很可能妨碍司法活动对真实的发现。

第四节　律师对法庭的真实义务之规则

为了消除律师参与诉讼对查明真实的消极影响。各国都对律师参与诉讼对法庭的真实义务做了明确规定。世界上许多国家和地区都对律师所获得的有关客户的信息予以保护，但同时都规定了例外的情形，例外之一就是如果律师与客户交流的内容是为了促成犯罪或欺诈，法官则有权要求公开交流的内容。在诉讼中，当客户在法庭上做虚假陈述时。许多法院尤其强调律师披露客户秘密的义务。借鉴其它国家和地区的有关规定，总结我国实践中的做法，在我国律师参与司法活动对法庭真实义务，应遵守以下规则：

（一）律师不得伪造证据，不得帮助委托人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供，不得威胁、利诱他人提供虚假证据。

（二）律师不得提供明知是虚假的证据。如果律师已经提供有关证据后才得知证据不实，律师必须采取合理补救措施。

（三）律师不得在明知的情况下，向法庭作虚假的陈述。也不得故意误导法庭。

（四）律师不得妨碍对方当事人合法取得证据；

第五节　律师维护裁判庭廉正性义务的规则

律师职业从其诞生伊始，就担负起维护委托人权益的特殊社会职能。但是律师不是也不应该是仅仅维护委托人的利益，他还必须对法律负责，对国家负责。

一、律师应尊重裁判机关及裁判人员。

许多国家和地区的律师法和律师职业行为规则都规定了律师应尊重法院及司法人员。

二、律师应遵守仲裁庭秩序，严格遵守出庭时间、提出文书的期限以及其它与履行职务有关的程序规定。

三、律师不得明示或者暗示有能力对办案人员进行不当影响。也不得以法律禁止的方式对法官、陪审员或其他司法人员施加影响与之进行有倾向性的交流。

四、《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》

2004 年最高人民法院、司法部发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》，杜绝法官与律师间的非正常关系，维护司法公正，律师行业也开展了队伍的整肃活动。

第六节　律师审判宣传之规则

律师的审判宣传，是指律师在执业过程中，对其所承办的案件就有关审判的问题，在法庭之外，公开发表自己的看法和见解的行为。律师的审判宣传对于司法公正具有重要的影响，因此，律师的审判宣传也是律师职业行为规则的重要调整内容之一。

一、审判宣传与言论自由

律师审判宣传一方面可以从专业的角度发表律师对案件的见解，以正视听，促进司法公正。另一方面，如果超过一定的度，则可能损害委托人的利益，影响司法公正，有损于律师的形象。

二、律师审判宣传的规则

世界不少国家和地区，对律师的审判宣传作了相应的规定。

在一般情况下，律师应避免审判宣传。但有的情况下律师的审判宣传是无法避免的，有时甚至为了维护委托人的合法权益，律师应该积极的进行审判宣传。

《律师执业行为规范（试行）》第 163 条规定，在诉讼或仲裁案件终审前，承办律师不得通过传媒或在公开场合发布任何可能被合理地认为损害司法公正的言论。第 162 条规定， 律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论。

第七节　律师的会见、阅卷、调查取证权规则

一、律师的几项主要权利

为了保障律师执业活动的正常进行，各国法律都对律师的权利做了明确规定。律师的权利主要有：阅卷权、调查取证权、同被限制人身自由的人会见和通信的权利、对公检法机关采取强制措施超过法定期限的，有要求解除强制措施的权利、得到人民法院适当的开庭通知的权利、出庭法庭、参与诉讼的权利、拒绝辩护、代理权、代行上诉权、获取本案诉讼文书副本的权利、依法执行职务受法律保障的权利、拒证权、刑事辩护豁免权等等。在律师的上述权利中阅卷权、调查取证权、同被限制人身自由的人会见和通信的权利尤为重要。

律师在在执业活动中尤其是在刑事辩护中的豁免权也是律师的一项重要权利。许多国家和地区也规定了律师在刑事辩护中享有豁免权。

二、我国律师的会见、阅卷、调查取证权现状

从我国法律的有关规定及司法实践的现状来看，律师的会见、阅卷及调查取证权都与国际社会有关人权保障的最低保障存在着相当差距，许多问题亟待解决。

随着法制的完善，权利意识的增强，理论界和司法实践部门都越来越关注律师执业权利的保障，律师执业的的法律环境正在不断改善。

三、律师会见、阅卷、调查取证的规则

由于律师参加诉讼有着积极和消极的两方面作用，因此在赋予律师权利以保障律师依法执业，发挥其维护司法公正，追求案件真实的积极作用的同时，各国的法律又对律师的权利依法加以限制，以减少其消极作用。

（一）律师会见的规则

根据我国有关规定，律师在会见在押的犯罪嫌疑人时，应遵守以下规则：

1．律师会见在押的犯罪嫌疑人，应携带以下证明、文件：（1）律师事务所出具的会见犯罪嫌疑人的专用介绍信；（2）律师本人的律师执业证；（3）委托人签署的《授权委托书》。

2．律师会见犯罪嫌疑人，应当遵守羁押场所依法做出的有关规定，不得为犯罪嫌疑人传递物品、信函，不得将通讯工作借给其使用，不得进行其他违反法律规定的活动。

3．律师不得与犯罪嫌疑人、被告人的亲属或者其他人会见在押犯罪嫌疑人、被告人。

4．律师会见完毕后应与羁押场所办理犯罪嫌疑人交接手续。

（ 二）律师阅卷的规则

1．律师摘抄、复制有关材料时，必须忠于事实真象，不得伪造、变造、断章取义。

2．律师摘抄、复制的材料应当保密，并妥善保管。

（三）律师调查取证的规则

1．律师调查、收集与案件有关的材料，应持律师事务所介绍信，出示律师执业证，一般应由二人进行。

2．在刑事诉讼中，经本人同意，辩护律师可以向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与案件有关的材料，但事先应向人民检察院提出书面申请并取得同意。

3．律师不得伪造证据，不得威胁、利诱他人提供虚假证据。《律师执业行为规范（试行）》第 152 条 律师在收集证据过程中，应当以客观求实的态度对待证据材料，不得以自己对案件相关人员的好恶选择证据，不得以自己的主观想象去改变证据原有的形态及内容。

律师制作调查笔录，应全面、准确地记录调查内容，并须经被调查人核对或者向其宣读。被调查人如有修改、补充，应由其在修改处签字、盖章或者按指纹确认。调查笔录经被调查人核对后，应由其在每一页上签名并在笔录的最后签署记录无误的意见。

第八节　律师回避问题

一、回避之含义及历史探源

回避制度既是一项古老的制度，也是当今世界各国所普遍适用的一项制度，无论是行政人事制度中的回避还是司法制度中的回避其基本的出发点都保障执法程序的公正性。

二、律师回避

（一）律师回避的提出

（二）有关律师执行职务回避的规定

《律师法》及最高人民法院、最高人民检察院的规范性文件及一些地方性的规章规定了律师的回避。从有关律师执行职务的回避规定。

三、律师执业非利益冲突的回避

律师从业准入的限制是必要的而且是符合法律规定，因为某些人的工作职责不适作为律师执业。对涉及到与委托人的利益冲突时，为了维护委托人的合法权益，要求律师执业回避也是世界各国的通行做法。其积极的意义在于，这一举措对于时下存在的一些律师为打赢关系，不惜动用浑身解数与法官拉关系，以左右法官判案的结果，严重影响司法公正的不正之风，能起到一定的抑制作用。因此，尽管有关律师回避的规定的出台在律师界引起了轩然大波，但仍然有不少律师对此举措表示欢迎。但从更深层次来看，这一举措存在的弊端也是不可忽视的。

四、律师非利益冲突回避与司法公正

从有关律师非利益冲突回避的规定，我们不难看出，律师回避依据的是律师与法院、检察院工作人员之间的血缘关系以及曾经的身份关系，而隐藏在这些关系背后的是：这些关系可能导致司法不公正。律师一旦担任辩护人、诉讼代理人，参与诉讼，其与承担着审判职能和审查起诉职能的法官、检察官也就不可避免的要发生联系。

第四章　律师与检察官关系规则（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与检察官关系规则的内容；理解律师与检察官在诉讼中的对抗和一致；了解实践中律师与检察官关系处理中存在的问题。

本章重点及难点：律师与检察官在诉讼中的对抗和一致

第一节　律师与检察官的关系

律师与检察官是法律职业共同体的成员，一方代表国家行使控诉职能，另一方代表被追诉人行使辩护的职能，在诉讼中双方相互对抗，但地位是平等的，最终目的是一致，维护法律的正确实施。

一、法律职业共同体的成员

二、目的一致

三、地位平等

四、控辩对抗

五、职能差异

第二节 刑事诉讼中律师与检察官的关系规则

在刑事诉讼中，律师与检察官的关系规则体现在以下几个方面：

一、回避

1．检察人员的回避

2．律师的回避

二、会见中的关系规则

1．律师会见的现状

立法的不完善，造成了检察官与律师之间在侦查阶段关系的失范，律师申请会见遇到障碍，使得律师的会见权流于形式。

2．会见中律师与检察官的关系重构

最高人民检察院《人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》。

三、阅卷中的规则

（一）律师阅卷现状

对律师阅卷权的限制大大压缩了辩护律师发挥作用的空间，阻碍了律师的应有功能的施展。

（二）在阅卷方面律师与检察官关系的重构

1．建立证据展示制度。

2．检察人员应当为律师阅卷提供充足的时间和必要的条件支持。

3．对检察人员的违法行为以制裁。

四、调查取证中的规则

（一）律师调查取证的现状

（二）在调查取证中律师与检察官关系的重构

五、法庭调查辩论中的规则

1．法庭调查和辩论中律师与检察官关系

《刑事诉讼法》与修改以前相比有进步，但我国刑事诉讼程序中职权主义倾向仍然存在，最突出表现就是所有刑事诉讼活动的进行都必须由掌握国家公权力的机关来主导，而让律师自由发挥作用的空间比较狭小。

2．法庭调查和辩论阶段律师与检察官关系改革和完善方向

为了真正符合控辩式庭审模式改革的要求，发挥控辩双方在法庭中的主导作用，必须剥离法院审判人员在法庭调查、法庭辩论中的介入权，赋予辩护律师与公诉检察官对等的程序性权利。

参考题

1．在调查取证中律师与检察官关系的重构

2．与检察官关系应遵守的规则

第五章　律师与律师之间关系规则（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师之间关系规则的内容；理解律师团队精神在律师业务中的意义；了解实践中律师关系处理存在的问题。

本章重点及难点：律师之间关系规则的内容。

第一节　律师之间关系的基本规范

许多国家的律师执业行为规范都对律师之间的纪律作了相应的规定，律师与律师之间应当相互尊重，相互协助，公平竞争，只有这样才能创建一个和谐的律师群体，促进律师业的共同进步。

律师与律师之间应当奉行的基本规范，内容包括：

一、相互尊重

第一，律师和律师事务所不得在公众场合及传媒上发表贬低、诋毁、损害同行声誉的言论；

第二，律师的宣传和广告要得体，不得进行比较宣传，禁止虚假或不正当广告。

第三，不得采用不正当手段损害对方当事人的代理律师的威信和名誉，不能妨碍和干扰其正常执行职务。

第四，律师在庭审或谈判过程中各方律师应互相尊重，使用规范、准确、文明的用语，不得使用挖苦、讽刺或者侮辱性的语言。

第五，律师不得在社会公众和委托人面前对律师同行之间的执业水平、执业声誉、业绩进行恶意的评价，从而影响社会公众或者委托对律师执业水平和执业声誉的判断。

二、相互协助

《律师执业行为规范（试行）》的规定，律师处理同行之间关系时，应当特别注意安排好为同一当事人或在同一案件中代理或辩护时的关系。具体来说：

（一）当事人委托的多名律师之间的协助

律师不能阻碍当事人对其他律师的聘请和妨碍其他律师开展业务。

律师之间应当明确分工，密切协作，相互配合，意见不一致时及时通报委托人决定。

（二）为同一方当事人提供服务的律师之间的协助

同一方当事人委托的律师之间应当就代理事项进行交流协商，采取共同的立场，提出有效的法律意见，提高代理和辩护的效率与成功率。同时，作为共同当事人中的每名当事人，都有自己独立的利益要求，律师在从事代理、辩护活动时应保持执业的独立性，与其他律师的交流和协商不能损害本方委托人的利益。

（三）与对方当事人委托律师之间的协助

律师要为维护自己委托人的合法权益尽职尽力，在法律允许的范围内，最大限度地实现委托人追求的目标。同时，双方当事人聘请的律师之间应当不存在亲属关系或者某种密切关系，以免对当事人利益造成损害。当对立双方当事人聘请的律师之间存在师生、同学、校友、朋友、亲属等特殊关系时，必须向当事人告知，除非当事人签发书面的豁免函，那么律师不能继续代理，不能以委托人的利益作交易。

第二节　律师之间的不正当竞争

一、律师之间的竞争规范

在我国，律师执业公平竞争在许多方面都有要求，例如律师同行之间不能相互诋毁、贬低，不能给中介人、委托人回扣，不能低收费或者不收费，在与行政机关、行业管理部门、司法机关或者新闻媒体的接触中，不能进行业务垄断、损害司法公正或者干涉法院独立审判，从事特定范围法律服务的执业律师和律师事务所更应严格按照专业标准和范围进行。

二、律师执业不正当竞争的体现

（一）律师和律师事务所在与委托人及其他人员接触中，不得采用不正当手段与同行进行业务竞争。

（二）律师或律师事务所在与行政机关或行业管理部门接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：

（三）律师和律师事务所在与司法机关及司法人员接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：

（四）依照有关规定取得从事特定范围法律服务的执业律师和律师事务所不得采取下列不正当竞争的行为：

（五）律师和律师事务所相互之间不得采用下列手段排挤竞争对手的公平竞争，损害委托人的利益或者社会公共利益：

（六）律师和律师事务所不得擅自或非法使用社会特有名称或知名度较高的名称以及代表其名称的标志、图形文字、代号以混淆、误导委托人。

三、律师执业不正当竞争的危害和成因

四、律师之间不正当竞争的规制

第一，建立统一、开放的法律服务市场

第二，完善律师事务所的收费制度。

第三，律师要提高自身专业能力，加强道德修养，具有社会正义感。

第四，律师应明确工作重点，提高服务质量，获得正当稳定的案源。

最后，改善外部环境，加强律师监管。

思考题

1．律师不正当竞争的危害与对策

第六章　律师与律师事务所关系规范（3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与律师事务所关系规则的内容；理解律师与律师事务所的权利义务关系；了解律师事务所管理中存在的现实问题。

本章重点及难点：律师事务所的管理职能及制度规范

第一节　律师的执业机构——律师事务所

一、律师事务所的形式

律师的执业机构是律师事务所。世界绝大部分国家将律师的执业机构称为律师事务所。

依据律师法和有关行政规章的规定，律师事务所拥有对律师和律师事务所事务的管理权。因此，律师事务所具有相对独立于律师的法律地位的，律师事务所是最基本的律师事务的管理部门。律师事务所的性质是双重的，它既是法律服务事务的经营者，又是律师的管理者。

（一）国外律师事务所的形式

一般而言，国外律师事务所按照律师执业机构组建的形式划分，大致可以分为单独开业的律师所、合伙性质的律师所、具有法人资格的律师所三种。

（二）国内律师事务所的形式

我国《律师法》第 15 条第 1 款规定：“律师事务所是律师的执业机构”，这表明我国律师从事业务活动的唯一机构为律师事务所。

我国律师事务所的组织形式发展变化的过程。1996 年通过的《律师法》明确规定，可以设立以下几种形式的律师事务所：（1）国家出资设立的律师事务所（2）合作律师事务所；（3）合伙律师事务所。

二、律师在律师事务所的权利义务

律师事务所是律师管理的基本单元，担负着组织律师开展业务工作，学习法律和国家政策，总结、交流工作经验的职责，律师的执业活动必须接受律师事务所的管理、监督。

三、律师事务所的权利义务

（一）律师事务所的权利

（二）律师事务所的义务

四、律师事务所的设立、变更与终止

（一）律师事务所的设立

1．律师事务所设立的原则

2．设立律师事务所的条件

3．设立律师事务所的审核机关

设立律师事务所的审核机关为省、自治区、直辖市以上人民政府司法行政部门。

4．设立的程序

5．律师事务所分所的设立

律师事务所可以在所在的市、县以外的地区设立分支机构，律师事务所设立的分支机构称为律师事务所分所。设立分所的律师事务所对分所的业务活动和债务承担法律责任。

（二）律师事务所的变更

律师事务所变更名称、章程、住所、律师事务所负责人、合伙人时，应当到原登记机关办理变更登记。

（三）律师事务所的终止

1．终止的事由

2．终止的程序

第二节　律师事务所对内部事务的管理职能

一、律师事务所对内部事务的管理职能概述

律师事务所的有效运行及发展壮大有赖于有效的内部事务管理，因此律师事务所均为重视内部事务的管理，这一点世界各国的律师事务所概莫能外。

二、律师事务所对内部事务的管理职能及规范

具体来说，律师事务所对内部事务的管理职能主要有以下几个方面。

（一）人事管理。

人事管理包括对律师和行政辅助人员的管理二个方面。

（二）业务管理。

1．案件讨论制度是集思广益，保证办案质量的保障

2．请示汇报及业务总结交流制度必不可少

3．律师事务所应当依法建立健全业务管理制度，保证律师事务所正常开展业务活动。

（三）财务管理。律师事务所的财务管理大体上包括三个方面。一是实行统一的收费制度，二是事务所的成本核算，三是分配制度。

（四）行政管理。律师事务所的行政管理主要包括三个方面。一是办公秩序的管理，二是会议制度，三是后勤保障。

思考题

1．律师事务所管理职能

2．律师事务所质量控制体系的建立

第七章　律师与律师协会、司法行政机关关系规则（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与律师协会司法行政机关关系规则的内容；理解我国律师管理的“两结合”管理体制；了解律师管理体制中存在的不足。

本章重点及难点：理解我国律师管理的“两结合”管理体制；

第一节　律师与律师协会的关系

一、律师协会概述

《律师法》第 37 条规定，律师协会是社会团体法人、律师的自律性组织，依法对律师实行行业管理。

律师协会的宗旨。

二、律师协会在我国律师管理体制中的地位与作用

依据我国律师法和律师协会章程的规定，律师协会接受司法行政部门的监督、指导；下一级律师协会接受上一级律师协会的指导。

三、律师与律师协会的关系

《律师法》第 39 条规定：律师必须加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师，同时是中华全国律师协会的会员。律师协会会员按照律师协会章程，享有章程赋予的权利，履行章程规定的义务。《律师协会章程》第二章关于律协会员的规定，明确了律师作为个人会员以及律师事务所、地方律师协会作为团体会员所应当享有的权利与义务。

第二节　律师与律师协会关系的规则

一、接受行业管理的规则

为了保证律师行业作为一个整体的健康有序发展，每个律师都应当自觉接受司法行政机关的行政管理和律师协会的行业管理。

二、重大事项报告规则

三、积极参加活动规则

积极参加活动规则是指律师和律师事务所应当参加律师协会组织的律师业务研究活动，完成律师协会布置的业务研究任务，参加律师协会布置的公益活动。

四、自觉接受调处规则

律师和律师事务所应当妥善处理律师执业中发生的各类纠纷，自觉接受律师协会及其相关机构的调解处理。律师和律师事务所应当认真履行律师协会就律师执业纠纷做出的裁决。

第三节　司法行政机关与司法行政管理

一、我国司法行政机关概述

司法行政机关是我国国家政权的重要组成部分，在我国司法体系和法制建设中占有重要地位。

（一）司法行政机关的职能和任务

（二）司法行政机关的组织体系。

二、司法行政机关对律师的管理

（一）法德司法行政机关对律师的管理

（二）我国司法行政机关对律师的管理体制的变迁

（三）司法行政机关对律师工作的管理

律师法规定，国务院司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。其职责是制定政策、监管市场、改善环境，实行宏观管理。

第四节　律师与司法行政机关关系规则

律师和律师事务所应当遵守司法行政管理机构制定的有关律师管理的规定。

一、律师申领执业证书应遵守的规则

二、申请设立律师事务所应遵守的规则

三、律师办理登记规则

四、年检注册应遵守的规则

五、律师事务所解散、清算应遵守的规则

六、律师事务所管理活动中应遵守的规则

七、行政处罚中应遵守的规则

八、向司法行政机关或者律师协会如实提供材料的规则

九、重大事项与司法行政机关及所属律师协会及时沟通、报告；

思考题

1．律师的行业自治

2．试析我国的“两结合”管理体制

第八章　公职律师制度与规则　（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握我国公职律师试点的现状；也解公职律师试点三种典型模式及背景；

本章重点及难点：公职律师在我国的发展趋势

第一节　公职律师制度概述

一、公职律师的概念

公职律师就是指在政府机关工作的政府律师，即政府公职律师。简称公职律师或政府律师。

二、公职律师的性质

就性质而言，是具有执业律师资格的公务员。换句话说，是享受政府公务员待遇的，专门为政府提供法律服务的专职律师。

三、公职律师的基本特征

四、公职律师的职责

第二节　公职律师职业规则

一、强调公职律师职业道德规则的必要性

二、政府公职律师职业道德规则概述

三、政府公职律师职业素质、规则的内容

（一）政府律师的性质和职责要求其应当具备的基本素质

（二）政府公职律师的职业规则

由于我国政府律师制度尚在试点之中，因此，《律师法》和《律师执业行为规范》中，并没有明确对政府律师职业道德作出具体规定。由于政府律师不仅具有律师资格，同时还具有国家公职人员资格，因此，政府律师不仅应当具备一般律师的道德要求，遵守律师所应当遵守的纪律，而且，还应当具备公务员的道德要求，遵守公务员的纪律。

第三节　构建我国公职律师制度规则的思考

一、构建公职律师是我国社会发展的需要

加入 WTO 对我国政府工作和律师工作都带来了新的挑战，建立政府律师制度规则已势在必行，所谓公职律师，是指律师队伍中一个比较专业且分工很细的群体，具体是指具有律师资格，依法取得政府执业证，享有国家公务员待遇，为所在政府部门提供法律服务的专业人员。政府律师不同于

与社会上的以赢利为目的执业律师。

二、国外公职律师制度现状

世界上许多国家和地区早已建立了政府律师制度。目前，美国、澳大利亚、新西兰、斯里兰卡、新加坡、香港等国家和地区都建立了政府律师制度。在这些国家和地区的政府和议会中，都拥有相当数量的政府律师，为政府在各个领域提供法律服务。

三、构建我国公职律师制度规则需要思考的问题

（一）修改《律师法》，提供法律保障
（二）设政府律师机构，提供组织保障。
（三）建立政府工作律师首问制

思考题

1．我国公职律师的发展方向

第九章　律师与律师事务所职业责任规则（4 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师与律师事务所职业责任规则的内容；理解律师律师过错赔偿制度的理论基础；了解实践中存在的问题，思考对策。

本章重点及难点：律师执业质量控制与责任保险

第一节　律师与律师事务所职业责任概述

一、律师和律师事务所的法律责任

律师和律师事务所的法律责任，是指律师在执业过程中，由于故意或者过失而违反了有关的关于管理律师执业行为的法律、法规的规定以及律师执业纪律和职业道德，而扰乱了正常的司法秩序，损害了委托人的合法权益，破坏了律师的职业形象，导致了律师及律师事务所应当依法承担刑事责任、民事责任、行政处罚、纪律处分的相应后果。

二、律师及律师事务所职业责任的特点

律师及律师事务所的职业责任是一种特定的行为责任，是对律师执业的一种特殊要求。

三、建立律师及律师事务所执业责任制度的理论根据和现实意义

建立和完善律师及律师事务所执业责任制度是体现社会公平、完善法治建设的需要。

建立和完善律师及律师事务所执业责任制度是规范律师及律师事务所执业行为，促进律师勤勉敬业，维护律师业正常职业秩序的需要。

建立和完善律师及律师事务所执业责任制度是更好地维护委托人的合法权益的需要。

四、国外律师执业责任的制度的规定

第二节　律师及律师事务所民事责任

一、律师及律师事务所民事责任的概念

律师及律师事务所民事责任，是指律师在执业过程中，因违法执业或者因过错给委托人造成损失，所应由律师及律师事务所承担的民事赔偿责任。关于律师及律师事务所民事责任的法律制度，也叫做律师及律师事务所责任赔偿制度。

律师法第 49 条规定。

二、律师及律师事务所民事责任的特征

三、律师违法执业和过错行为的范围及赔偿责任范围

四、违法执业行为主要是指律师有违反律师职业道德和执纪律的行为。

过错行为的有关规定。

五、律师责任保险制度

第三节　律师和律师事务所行政法律责任

一、律师和律师事务所行政责任的概念

律师和律师事务所的行政责任，是指律师和律师事务所违反《律师法》及《律师和律师事务所违法行为处罚办法》等法规规定的义务，实施有关行政违法行为所应承担的法律责任。

二、律师和律师事务所行政责任的特征及承担方式

（一）律师和律师事务所行政责任的主体是律师和律师事务所。
（二）违反的法律规范是律师法和《律师和律师事务所违法行为处罚办法》的有关规定。
（三）律师和律师事务所客观上具有违反律师法的行政违法行为。
（四）律师和律师事务所违反律师法所承担的直接后果是行政处罚。
律师法和《律师和律师事务所违法行为处罚办法》规定的处罚种类。

三、适用行政处罚的情形

根据律师法和 2004 年 5 月 1 日起施行的司法部《律师和律师事务所违法行为处罚办法》，对律师法中规定的“应当给予处罚的其他行为”进一步明确，指出对律师行为的二十一种违法情形将给予相应的行政处罚。

四、处罚机关及适用程序

根据律师法和《律师和律师事务所违法行为处罚办法》的规定，对律师予以警告、停止执业、没收违法所得的行政处罚，由律师住所地的省、自治区、直辖市司法厅（局）或设区的市的司法局进行；对律师予以吊销执业证书的行政处罚，由原颁发执业证书的司法行政机关进行。对律师事务所的行政处罚，由负责律师事务所登记的司法行政机关进行。

关于对律师和律师事务所进行处罚所适用的程序，根据《律师和律师事务所违法行为处罚办法》的规定，对律师和律师事务所进行处罚，应当依照司法部 1997 年 2 月 13 日发布的《司法行政机关行政处罚程序规定》（司法部令第 51 号）进行。

第四节　律师的刑事责任

一、律师刑事责任的概念

律师刑事责任是指律师在执业活动中，因其行为触犯了《刑法》的有关规定，而应当承担的刑事处罚责任。根据律师法的有关规定，律师在执业活动中触犯刑事犯罪有辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪等。

二、律师刑事责任涉及的罪名、犯罪构成及量刑

根据我国《刑法》和《律师法》规定，律师在执业中下列行为构成犯罪的，依法应追究刑事责任：

（一）辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪
（二）行贿罪
（三）对单位行贿罪。
（四）介绍贿赂罪
（五）故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪

思考题

1．适用行政处罚的情形。
2．律师责任保险制
3．境外律师执业风险保证金

第十章　法官职业道德与职业责任（5 学时）

第一节　法官职业道德的基本内容

一、法官职业道德的概念

法官职业道德，是法官在行使审判权、履行审判职能的过程中或者从事与之相关的活动时，应当遵守的行为规范。法官职业道德是调节职业集团内部法官之间的关系以及职业集团与社会各方面关系行为准则，是评价法官职业行为的标准。对法官有特殊的约束力。

法官职业道德具有以下特征：

第一，法官职业道德规范的主体是法官。

第二，法官职业道德规范的对象主要是法官履行司法职务的行为。

第三，除职业道德的具体规范外，法官的职业道德观念也是职业道德的重要部分。

二、法官职业道德的基本内容

2001 年，最高人民法院颁布的《法官职业道德基本准则》是法官职业道德规范的主要来源。

（一）保障司法公正

（二）提高司法效率

（三）保持清正廉洁

（四）遵守司法礼仪

（五）加强自身修养

（六）约束业外活动

第二节　法官职业责任

一、承担责任的形式

（一）刑事责任法官因职务行为构成犯罪的，应当追究其刑事责任。

根据我国刑法第八章、第九章的规定，法官职务行为违反刑法规定的，可能构成以下犯罪：贪污罪、贿赂罪、滥用职权罪、玩忽职守罪、泄露国家秘密罪、徇私枉法罪、徇私舞弊罪。

（二）纪律责任

法官的纪律责任是指法官因违反工作纪律而当承担的法律后果。

法官的纪律责任主要规定在《法官法》、《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》、《人民法院执行工作纪律处分办法（试行）》、和《人民法院送审判纪律处分办法（试行）》中。法官纪律责任形式主要有：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

1．纪律处分的原则；

2．纪律责任的形式

3．纪律责任的适用

二、处理机构

对于法官违法，依法应当追究刑事责任的，由司法机关按照刑事诉讼法处理。

对于违反法纪，，则由各级人民法院的纪检监察部门责任处理。

思考题

1．法官与司法公正

2．法官的“慎言”与言论自由

参考书目

1．李本森主编：《法律职业伦理》，北京大学出版社，2005 年 1 月第 1 版。

2．《法官职业与司法改革》（理念·实践·创新丛书）作　　者：　陈文兴　中国人民大学出版社 2004 年 12 月出版

3．《中国法官职业风险调查：　接触诱惑多，稍不慎就失足　》来源：法制日报；作者：李建平　参见 http：//bbs1．people．com．cn/postDetail．do?view=1&id=877323

4．《一份关于法官犯罪的报告》参见 http：//www．chinanewsweek．com．cn/2004-04-23/1/3430．html

第十一章　检察官职业道德及法律责任（3 学时）

第一节　检察官的职业道德

一、检察官职业道德的概念

检察官职业道德，是检察官在行使检察权、履行检察职能的过程中，应当遵守的行为规范。

二、检察官职业道德的基本内容

（一）忠诚
（二）公正
（三）清廉
（四）严明

第二节　检察官的职业责任

一、检察官的纪律责任

检察官的纪律责任，即检察官违反法律、职业道德和职业纪律应当承受的行政处分。
（一）违反忠诚规范的纪律责任
（二）违反公正规范的纪律责任
（三）违反清廉规范的纪律责任
（四）违反严明规范的纪律责任
（五）检察官其他违法乱纪行为的纪律责任

二、检察官的刑事责任

一是实施与职务有关的犯罪行为；二是触犯刑法构成其他犯罪。

三、检察官职业责任的追究机构和追究程序

检察官违法违纪案件由各级人民检察院监察部门按照有关规定立案、调查和处理。

检察官违反法律，构成犯罪的，应当按照刑事诉讼法关于立案管辖范围分工的规定，由有管辖权的司法机关邻里法定的程序立案、查处。

思考题

检察官职业道德体系的构建

参考书目

1. 《中国检察学》　作者：周其华 中国法制出版社出版
2. 《中国检察制度研究》叶青，黄一超 编著 上海社会科学院出版 2003 出版
3. 《检察实务探索与思考》阮荣富 主编 上海社会科学院出版社 2006-10 出版
4. 《中国检察制度论纲》孙谦 主编 人民出版社 出版日期：2004-12-1

第十二章　公证员及公证处执业行为规则（2 学时）

第一节　公证人员的职业道德

一、公证人员职业道德的概念和意义

（一）公证人员职业道德的概念

公证员的职业道德，是指在公证活动中，公证人员从思想到工作所应遵循的行为规范的基本准则。

为规范和提升公证队伍的素质，提高公证人员的政治素质和职业道德水平，促进公证人员在履行职务时切实保持清廉，扩大公证的社会影响力，就公证队伍的建设等问题，司法部制定了一系列规定，1989 年 12 月 19 日司法部发布《公证人员清廉服务的若干规定》。 1997 年 10 月 30 日，司法部发布《关于创建司法部部级文明公证处实施办法》。2001 公证员协会通过并颁布了《公证员职业道德基本准则》。2006 年 3 月 1 日起施行的公证法明确规定了公证法律责任。

（二）公证人员职业道德的意义

1．公证人员职业道德的优劣是公证工作成败的关键。

2．高尚的道德情操是公证机构为社会提供优质法律服务和赢得公众信赖的根本保障。

3．树立良好的职业道德是公证工作反腐倡廉、提高信誉和发展壮大的重要途径。

二、公证人员职业道德的内容

（一）忠于事实忠于法律

（二）爱岗敬业规范服务

（三）加强修养提高素质

（四）清正廉洁同业互助

三、公证员的执业行为规则

公证员不得有下列行为：

（一）同时在二个以上公证机构执业；

（二）从事有报酬的其他职业；

（三）为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证；

（四）私自出具公证书；

（五）为不真实、不合法的事项出具公证书；

（六）侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品；

（七）毁损、篡改公证文书或者公证档案；

（八）泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；

（九）法律、法规、国务院司法行政部门规定禁止的其他行为。

四、公证机构的执业行为规则

公证机构应当依法开展公证执业活动，不得有下列行为：

（一）为不真实、不合法的事项出具公证书；

（二）毁损、篡改公证文书或者公证档案；

（三）以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务；

（四）泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；

（五）违反规定的收费标准收取公证费；

（六）法律、法规和司法部规定禁止的其他行为。

公证协会依据章程和有关行业规范，对公证员违反职业道德和执业纪律的行为，视其情节轻重，给予相应的行业处分。

公证协会在查处公证员违反职业道德和执业纪律行为的过程中，发现有依据《公证法》的规定应当给予行政处罚情形的，应当提交有管辖权的司法行政机关处理。

第二节　公证的法律责任

一、公证的法律责任的概念

（一）公证的法律责任的概念

公证法律责任是指公证机构，公证人员、公证当事人和参与公证活动的其他人员对其违反与公证有关的法律、法规、规章的行为所造成的危害结果所应当承担的法律责任。

公证法律责任包括刑事责任、民事责任、行政责任等。

二、刑事责任

三、民事责任

公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任；公证机构赔偿后，可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。

当事人、公证事项的利害关系人与公证机构因赔偿发生争议的，可以向人民法院提起民事诉讼。

四、行政责任

公证员有《公证法》第四十一条、第四十二条所列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市司法行政机关依据《公证法》的规定，予以处罚。

公证员有依法应予吊销公证员执业证书情形的，由所在地司法行政机关逐级报请省、自治区、直辖市司法行政机关决定。

公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门给予警告；情节严重的，对公证机构处一万元以上五万元以下罚款，对公证员处一千元以上五千元以下罚款，并可以给予三个月以上六个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得：

（一）以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务的；

（二）违反规定的收费标准收取公证费的；

（三）同时在二个以上公证机构执业的；

（四）从事有报酬的其他职业的；

（五）为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证的；

（六）依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告，并处二万元以上十万元以下罚款，并可以给予一个月以上三个月以下停业整顿的处罚；对公证员给予警告，并处二千元以上一万元以下罚款，并可以给予三个月以上十

二个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销公证员执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）私自出具公证书的；

（二）为不真实、不合法的事项出具公证书的；

（三）侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；

（四）毁损、篡改公证文书或者公证档案的；

（五）泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；

（六）依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

司法行政机关对公证员实施行政处罚，应当根据有关法律、法规和司法部有关行政处罚程序的规定进行。司法行政机关查处公证员的违法行为，可以委托公证协会对公证员的违法行为进行调查、核实。

五、当事人的法律责任

当事人以及其他个人或者组织有下列行为之一，给他人造成损失的，依法承担民事责任；违反治安管理的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）提供虚假证明材料，骗取公证书的；

（二）利用虚假公证书从事欺诈活动的；

（三）伪造、变造或者买卖伪造、变造的公证书、公证机构印章的。

思考题

公证法律责任的思考

参考书目

1．公证与律师制度　　陈光中，李春霖 主编 北京大学出版社 2006-9 出版

主要阅读法规与规范

《中华人民共和国律师法》

《律师执业行为规范（试行）》

《律师和律师事务所违法行为处罚办法》

《律师事务所内部管理规则（试行）》

《中华人民共和国检察官法》

《检察官职业道德规范》

《检察人员纪律处分条例（试行）》

《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》

《中华人民共和国法官法》

《中华人民共和国法官职业道德基本准则》

《法官行为规范（试行）》

《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》

《人民法院审判判紀律处分办法（试行）》

《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》

《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》

〈关于严格执行《中华人民共和国法官法》有关惩戒制度的若干规定〉

《中华人民共和国公证法》

《公证员执业管理办法》

《公证员职业道德基本准则 》

《公证行业自律公约》

网站

中国律师网

http：//www．chineselawyer．com．cn/pages/index．html

中国政法大学律师学研究中心

http：//www．lawyering-cupl．cn/

中国律师执业法律网

http：//www．china-lawyering．com/main/

中国法院网

http：//www．chinacourt．org/

正义网

http：//www．jcrb．com/

中国普法网

http：//www．legalinfo．gov．cn/

中国公证网

http：//www．chinanotary．org/index．html

《系统法律语言学》教学大纲

刘红婴　编写

目　录

前　言.....51
第一章　法律语言学的基本范畴.....52
第一节　法律语言现象.....52
一、语言和语言现象.....52
二、领域语言现象.....52
三、法律语言现象.....52
四、法律语言现象分析.....52
第二节　法律语言的概念.....52
一、关于法律语言与“法言法语”.....52
二、法律语言的概念.....53
三、与法律语言概念相关的问题.....53
第三节　法律语言学研究对象及体系.....53
一、法律语言与法律语言学.....53
二、法律语言学研究对象.....53
三、相对独立的法律语言学.....54
第四节　法律语言学研究对象及体系.....54
一、语源学方法.....54
二、语用学方法.....54
三、法哲学方法.....54
复习与思考题.....54
拓展阅读书目.....54
第二章　法律语言学的理论依据.....55
第一节　语言学依据.....55
一、语言学研究的几个方面.....55
二、应用语用学及其构成.....55
三、语言学研究为法律语言学研究所提供的深厚背景.....55
第二节　法学依据.....55
一、理论法学.....55
二、部门法学.....55
三、法律技术理论.....56
第三节　综合理论依据.....56
一、综合理论依据的必要性.....56
二、综合理论依据的意义.....56
复习与思考题.....56
拓展阅读书目.....56
第三章　法律语言的衍化与创造机制.....57
第一节　法律语言衍化形成的渊源.....57
一、通用语言文字基础.....57
二、吸收兼并.....57
三、外来文化的影响和渗入.....57

四、衍化形成的基本规律.....57
第二节　法律语言的创造机制.....57
一、衍化过程中的创造机制.....57
二、创造需求.....57
三、创造功能.....58
四、创造对象.....58
第三节　法律语言的符号系统.....58
一、法律语言是一个符号系统.....58
二、语词符号层次.....58
三、句法符号层次.....58
复习与思考题.....59
拓展阅读书目.....59
第四章　法律语言的内部结构形态.....60
第一节　法律语言内部结构形态的内容.....60
一、语言内部结构的基本状态.....60
二、法律语言的内部结构要素.....60
三、研究法律语言内部结构的意义.....60
第二节　法律语词及法律基本用语.....60
一、法律语词.....60
二、法律术语.....60
三、法律基本用语.....60
四、法律基本用语的应用规范.....61
第三节　领域语言中的句法规律.....61
一、句子的衍化形式.....61
二、句子的基本形式.....61
三、句子的运用原则.....61
复习与思考题.....61
拓展阅读书目.....62
第五章　法律术语.....63
第一节　法律术语及其构成方法.....63
一、法律术语的界定.....63
二、法律术语的意义构成方法.....63
三、法律术语的形式构成方法.....63
第二节　法律术语的类别.....64
一、法律术语的词（语词）性类别.....64
二、法律术语的应用类别.....64
三、法律术语的学科类别.....64
第三节　法律术语的类别.....64
一、法律术语的传统渊源.....64
二、法律术语的传统因素的构成.....64
三、传统因素综述.....65
第四节　法律术语中的外来因素.....65
一、外来语词与借形语词.....65

二、法律术语与外来语词.....65
三、法律术语外来因素的存在形态.....65
四、法律术语外来因素的复杂性.....65
五、法律术语外来因素的客观性.....65
六、法律术语外来因素综述.....66
第五节　法律术语中的外来因素.....66
一、法律术语的语言活力定位.....66
二、法理意义上的语言活力.....66
三、应用中的语言活力.....66
第六节　法律术语中的外来因素.....66
一、实用原则.....66
二、语义独立原则.....66
三、合法原则.....66
复习与思考题.....66
拓展阅读书目.....67
第六章　法律语言的实用形态.....68
第一节　学科运作的语言形态.....68
一、立法语言.....68
二、学术法律语言.....68
三、执法与司法语言.....68
第二节　物质终结形态.....68
一、法律书面语.....68
二、法律口语.....68
三、书面语转换口语.....68
四、口语转换书面语.....69
复习与思考题.....69
拓展阅读书目.....69
第七章　法律语言的特性与功能.....70
第一节　学科运作的语言形态.....70
一、法律语言的特性.....70
二、法律语言的语体特征.....70
第二节　法律语言的实用功能.....70
一、促进语言自身机制的健全.....70
二、确保法律思想的准确表达.....71
三、创建语言信息和增强语言活力.....71
第三节　法律语言的文化价值.....71
一、法律语言是法文化的组成部分.....71
二、法律语言承载法文化.....71
三、文化意义.....71
复习与思考题.....71
拓展阅读书目.....71
第八章　立法语言概述.....72
第一节　法律语言体系中的立法语言及其性质.....72

一、立法语言是法律语言的核心 72
二、立法语言在法律语言体系中的作用 72
三、立法语言的能量释放和吸收 72
四、立法语言的性质 72
第二节　立法技术中的语言 73
一、立法技术中的语言要素 73
二、立法技术中的语言规范 73
三、立法语言规范的体现 73
第三节　立法语言中的语词 73
一、立法语言的语词特性 73
二、立法语言的核心语词 74
三、立法的语词资源 74
第四节　立法语言中的语句及立法文本风格 74
一、立法语言的语句概况 74
二、文本基本风格 74
三、范例分析 74
复习与思考题 75
拓展阅读书目 75
第九章　立法表述中的特定语句模式 76
第一节　立法表述特定语句模式概述 76
一、立法表述的特定语句模式 76
二、立法表述的特定语句模式的主要体现 76
三、特定表述模式的主要研究方法 76
第二节　“的”字短语 76
一、“的”字短语及其立法意义 76
二、“的”字短语用法 77
三、“的”字短语的包容量 77
第三节　但　书 77
一、但书及其功能 77
二、但书承载的法理意义 77
三、作为术语的但书 77
第四节　“或者”句 77
一、特定语境下“或者”的功能扩展 77
二、“或者”与“和” 78
三、调试“或者”的存在状态 78
第五节　“对于”句 78
一、“对于”句的法理逻辑根源 78
二、“对于”句的表意功能 78
三、“对”与“对于” 78
第六节　“是”字句 78
一、“是”字句的功能 78
二、法学对“是”字句的需求 78
三、“是”字句的形态 78

四、“是”字句的特点.....79
第七节 “以下”句.....79
一、“以下”句的状态.....79
二、“以下”句的基本模式.....79
三、“以下”句的立法功用.....79
四、作为词的“以下”和“以上”.....79
第八节 反义表述.....79
一、 所谓“反义表述”.....79
二、 否定句的类型.....79
三、反义表述的优势.....79
复习与思考题.....79
拓展阅读书目.....80
第十章 立法表述中的特殊语言现象.....81
第一节 立法表述中的弹性语言.....81
一、弹性语言现象.....81
二、弹性语言的成因与作用.....81
三、弹性语言的运用规律.....81
第二节 “法学家法”现象.....82
一、所谓“法学家法”.....82
二、“法学家法”的理由.....82
三、“法学家法”所涉及的问题.....82
四、“法学家法”的度.....82
复习与思考题.....82
拓展阅读书目.....82
第十一章 现行法律中的语言问题.....83
第一节 语言冲突.....83
一、语言冲突的表现.....83
二、语言冲突的实务体现.....83
三、语言冲突的解决.....83
第二节 语言逻辑问题.....83
一、语言逻辑问题的存在.....83
二、语言逻辑问题的解决.....83
第三节 语言结构问题.....84
一、常识性语病.....84
二、句法西化.....84
三、口语化.....84
第四节 语体风格问题.....84
一、语义抽象.....84
二、语言渲染.....84
三、语体风格问题的解决.....84
第五节 修正语言的规则.....84
一、法定规则.....84
二、全民通用语言规则.....84

三、领域语言规则.....85
复习与思考题.....85
拓展阅读书目.....85
第十二章　学术法律语言.....86
第一节　学术法律语言的概念与特点.....86
一、学术法律语言及其理由.....86
二、学术法律语言的特点.....86
第二节　学术法律语言的作用.....86
一、法律语言体系中的学术法律语言.....86
二、学术法律语言的主要作用.....86
三、专业语言资源的生成和走向.....87
第三节　学术法律语言的应用特色.....87
一、语汇的丰沛性.....87
二、语言的灵活性.....87
三、语体风格的专业性.....87
复习与思考题.....87
拓展阅读书目.....87
第十三章　执法与司法法律语言.....88
第一节　执法与司法语言的涵义与特点.....88
一、关于执法与司法语言的概念.....88
二、执法与司法语言的特点.....88
三、执法语言与司法语言的共通性和差别性.....88
第二节　执法与司法语言的分类.....88
一、主体类型.....88
二、文书类型.....89
三、物质形态分类及执法与司法书面语.....89
第三节　执法与司法语言的表达.....89
一、执法与司法语言的表达方式.....89
二、执法与司法语言的语体优势.....89
三、执法与司法语言中的特殊表达形态.....90
第四节　执法与司法的语言误区.....90
一、语体混杂.....90
二、语言污染.....90
三、语言歧视.....90
四、赘语冗词.....90
复习与思考题.....90
拓展阅读书目.....91
第十四章　法律口语.....92
第一节　法律口语的范畴与要求.....92
一、关于法律口语.....92
二、法律口语的存在形态.....92
三、法律口语的使用要求.....92
第二节　学术口语.....93

一、学术口语的内容.....93
二、学术口语的意义.....93
三、学术口语功力.....93
四、学术口语的规则.....93
第三节　执法与司法口语概述.....93
一、执法与司法口语的基本涵义.....93
二、执法与司法口语的法理意义.....93
三、执法与司法口语的类型.....94
四、法定口语程序.....94
第四节　执法与司法口语的情态及样式.....94
一、执法与司法口语情态概述.....94
二、规定性口语.....94
三、技术性口语.....95
四、技术性口语指要.....95
第五节　法庭口语功力.....95
一、语言智慧.....95
二、法庭上的语言智慧.....95
三、法庭上口语形式的完整性.....95
四、口语功力的展现.....96
五、口语功力的积淀.....96
复习与思考题.....96
拓展阅读书目.....96

前　言

系统法律语言学是一门综合性较强的课程，探讨在法律专业中语言运用的特点和规律。它契合时代的发展要求，专门为本科学生精心设计。课程具备系统、完整的学术体系，具体可感的实际内容。它要实现的基本目标是：使学生在接受法学教育之初，树立正确的专业语言意识；为学生的思维路径能够进入专业领域提供一个话语框架，也为更加顺畅地学习系列的专业课程做好铺垫和衔接；给学生最新的理念及研究信息，使之了解专业语言的理论涵义和实用价值，感受语言之于专业的哲学意义和应用魅力。

课程以法哲学、语言学的方法，对法制定、法研究、法实践中的专业语言现象进行全面的分析和定位，总结专业语言符号系统的生成、运用及循环的规律及规则，阐述这个语言系统存在的实用意义和文化价值。要求做到注重法律语言自身的运作规律，并尊重其存在的事实合理性和学术合理性。同时，多角度运用比较的手段，辨析语言质量的优劣高下。

课程号：401060062

撰写人：刘红婴

第一章　法律语言学的基本范畴

本章教学目的和基本要求：介绍法律语言现象、法律语言的概念、法律语言学的研究对象及体系、法律语言学的研究方法，阐述法律语言学的学术目标及法律与语言交叉产生的三大学术命题。

学时分配：4 学时

第一节　法律语言现象

一、语言和语言现象

语言：是人类用以表达感情、交流思想的工具，是人类文明和智慧的产物。

语言现象：指在一定语言环境下，有自身特点和运用规律的语言的某种客观存在。

二、领域语言现象

领域语言现象是以行业或学科为单位形成的集团性语言。语言学上通常称“社团方言”，也称为“社会方言”，现代应用语言学多称“领域语言”。

三、法律语言现象

法律语言现象是在法律的制定、运用及研究活动中形成了自己的特点和规律，是一种语言系统的客观存在。

包括：1．立法行为中的语言现象

2．执法语言现象

3．司法语言现象

四、法律语言现象分析

法律语言现象具有两个特点： 一是语言现象具有量上的规模； 二是语言表述形态构架稳定。

第二节　法律语言的概念

一、关于法律语言与“法言法语”

在法学界历来就倡导用“法言法语”来阐明学理、论述观点、制定法律、执法司法，即要求法律学术研究和法律实务工作都使用规范的专业语言，并且，语言的整体表达要符合学科的基本精神和行业的表述习惯。

“法言法语”这一语词作为法学领域的常用语来强调规则，也是源于汉文化的深厚根基。追溯“法言法语”的渊源，应与儒家礼法的内容密切相关。“法言”和“法语”原本是分别独立存在的，涵义相近。总之，“法言”、“法语”皆指合乎规范的、有指导功能的、人们必须遵从的表达为语言的思想。

我国的现代法学教育与法学实践一贯强调研究中、工作中要用的“法言法语”，而非日常语言去表达，即要用法律领域中合乎行业规范的语言去表达。法律语言，正是“法言法语”之要点所在；而法律语言学也正是研究“法言法语”之规律的学科。

二、法律语言的概念

立法语言、执法语言当然都是客观存在的语言现象，但它们并非法律语言的全部，亦不在一个层次上。立法语言是具有法律效力的法律信息载体，具有广泛的制约性和规范性，语体风格稳定，相形之下，执法和司法语言的实际使用语境范围较小，使用主体的个体风格较突出。

狭义的法律语言专指立法语言，是规范性法律文件所使用的语言。简言之，即成文法所用的语言。

广义的法律语言则包括立法语言、执法与司法语言、法律理论语言，是法律行业主要构成者所使用语言的全部。简言之，即法律、法学、法实践所用的语言。法律语言学所研究的正是广义上的法律语言。

法律语言的定义是：贯穿于法律的制定、研究和运用过程中的语言文字表意系统。通俗地讲，就是撰制、操作和研究法律时所使用的语言。

三、与法律语言概念相关的问题

由于历史和环境的原因，不同人群对法律语言的字面意思、涵义的理解有所出入，往往将相关的事物和问题等同于法律语言。实际上，它们与法律语言决不是同等的或相属的概念。

（一）法律用语

是一种非正式的提法，主要指法律术语及法律常用语。

（二）语种与语言法

法律语言不可以拆解为“法律的语言”。

语言法是关于语言的法律，规定语言政策，规定语言原则，规定语言规则。

（三）法庭语言技巧

法庭语言是由诉讼各方主体使用的，但并不是所有的主体都需要语言技巧。语言技巧也称语言艺术，注重语言外在的应对技术。衡量法官语言的是法律，而衡量律师语言的才是技巧。

第三节　法律语言学研究对象及体系

一、法律语言与法律语言学

法律语言学是研究法律语言的学科。

法律语言与法律语言学是两个不同层面的概念。法律语言是法律语言学的研究对象的总称，二者不能等同。

二、法律语言学研究对象

法律语言学的主要职责是，分析和总结语言在法制定、法研究和法执行过程中的特点和规律，从而为法制定、法研究和法执行中语言运用应遵循的原则和规范提供理论根据。

法律语言学研究对象包括：

（一）法律行为中的语词、语义、语序特点和规律

（二）法律行为中的语言机体能力

（三）法律行为中语言的文化属性

（四）法律行为中语言的实用效力

三、相对独立的法律语言学

法律语言学是可以构成独立框架体系的领域语言的学科分支。当然这种独立是相对而言的。作为交叉学科，原本的多学科的理论支撑是最基本的源泉，法律语言学不可能是空中楼阁，它必定有理论依据和现实存在依据。

第四节　法律语言学研究对象及体系

一、语源学方法

专业术语的源流发展成为法律语言学的重点研究内容之一。

语词考证，是语源学的基本方法。通过对语词产生的条件背景、发展演变过程进行史料性的分析，寻求文本根据，辨别真伪优劣，明晰所表达的事理。

二、语用学方法

语用学的最大特点是尊重语言事实，以存在为依据总结规律，提炼规则，而不是先设规则，再去检验语言。

定量研究和定性研究是语用学上的重要方法。

三、法哲学方法

法哲学给我们一个法律存在的根本认识点。基于这个根本的认识点，举目可将法学范畴的语言表述形态立体地吸收和掌握起来。对法律语言以法哲学的方法进行审视与研究，是它与身俱来的要求。法哲学上的认识论、发展论、实践论及系统论都对法的语言产生直接的影响。从语言的微观角度出发，法哲学还提供了对语言的参照研究方法。

复习与思考题

1．法律语言是法律工作者的“共同语言”。
2．法与语言的哲学关系。
3．法律语言学的学术目标及理论基础。

拓展阅读书目

1．高名凯：《语言论》，商务印书出版社 1995 年版，第 20-34 页。
2．陈原：《语言与社会生活》，三联书店，1999 年，第 3-17 页。

第二章　法律语言学的理论依据

本章教学目的和基本要求：详细介绍法律语言学理论依据的三个方面，语言学依据、法学依据、综合理论依据。

学时分配：2 学时

第一节　语言学依据

一、语言学研究的几个方面

语言学研究的体系是较为庞大的，大致分为三个方面：语言本体研究、语言理论研究和语言应用研究。三者虽然相对独立，各成体系，但绝对不是完全孤立的。它们之间相互渗透、相互支撑，并紧密联系着。

二、应用语用学及其构成

语言应用研究是近现代社会的产物，在 20 世纪后半叶得到蓬勃发展。由于其相对独立的研究体系，形成为应用语言学。

应用语言学的研究方法是应用语言学研究的重要组成部分。较为基本的方法主要有：描写、实验、统计和分析等。

应用语言学研究的巨大变革和快速发展，为新世纪相关的领域语言研究提供了广阔的空间和坚实的依据，同时也提出了艰巨的任务。

三、语言学研究为法律语言学研究所提供的深厚背景

语言学是一个大背景，为法律语言学的建立提供了有力的支撑。尤其是应用语言学的发达，为法律语言学奠定了坚实的理论基础。

要强调语言学背景的深厚，同时还要强调法律语言学的独立性。

第二节　法学依据

一、理论法学

西方法哲学对语言的敏感度很高，能够将法学与语言学、语言哲学融汇于一体，并且在哲学的系统层面上强调语言的绝对地位。

法文化史学也是法律语言学的重要理论依据。关于法律思想、法律制度的历史，从表述的物质角度看就是语言的历史。

二、部门法学

法律语言构建自己的系统，必须在部门法学的发展中将自身充实起来。

各个部门法学都有充分的能量造就相应的语言系统，创造和运用自己的语言表述符号。由此，就要求探讨现象、总结规律，科学准确地利用语言。

三、法律技术理论

法律技术体现在立法技术、法律解释技术、执法司法问答技术及辩论技术等方面，它们较为直接地依赖于语言的手段。

第三节　综合理论依据

一、综合理论依据的必要性

法律语言还会涉及心理学、符号学、话语学、逻辑学等多方面的内容。

法律语言的综合理论依据大致可归纳为两大类：社会文化类、符号逻辑类。

社会文化方面包括社会学、心理学、文化学等，符号逻辑方面则集合逻辑学、符号学、话语学，甚至演讲学、论辩学等。总体来讲，综合理论的核心集中在语言哲学上。

二、综合理论依据的意义

综合理论依据是当今科学存在的环境决定的。

现代社会的各门学科彼此相生、相存、相依，它们各自的理论基础都不应是单一的。

复习与思考题

1．法律语言学与其他学科的关系。

2．法学依据在法律语言学的理论依据中的地位？

拓展阅读书目

1．冯志伟：《应用语言学》，广东教育出版社 2001 年版，第 5-16 页。

2．[德]阿图尔・考夫曼、温弗里德・哈斯默尔主编：《当代法哲学河法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版。

3．文正邦：《当代法哲学研究与探索》，法律出版社 1999 年版，第 23-40 页。

第三章　法律语言的衍化与创造机制

本章教学目的和基本要求：介绍法律语言衍化形成的各种渊源，法律语言衍化过程中的创造机制，阐释法律语言是一个符号系统。

学时分配：2 学时

第一节　法律语言衍化形成的渊源

一、通用语言文字基础

作为领域语言的法律语言系统，是植根在通用语言的大土壤之中的。

法律语言的符号系统不涉及语音问题，也没有造字功能，即法律语言的语音与用字没有特殊性和创造性。

全民通用语言文字是大土壤，法律行业的学术环境和工作环境则是领域语言生长的小气候。

二、吸收兼并

吸收兼并指在大土壤、小环境的交汇体中，法律语言在时间和空间上的综合协调完善。

具体包括：一方面，将通用语言和其他领域语言中已有的有关语词、句法等，作为选用对象；另一方面，沿用或选取古代汉语中的语言因素，组合和定义为现代法学意义上的语词，或形成以定的表述方法。

三、外来文化的影响和渗入

法律语言受外来文化的影响，主要体现在专业术语中，其中尤以从日语中借形而来的术语为明显。

四、衍化形成的基本规律

（一）为己所用

（二）简约通达

（三）约定俗成

第二节　法律语言的创造机制

一、衍化过程中的创造机制

法律语言的创造机制，是指法律领域语言在生成过程中的一整套规则和原理。

二、创造需求

创造大致源于几种需要：

（一）学科理论发展的要求

（二）立法必需的要求

（三）外来概念的存活

三、创造功能

（一）怎样创造

创造语词本身的构成形态大致呈：一是直接创造；二是改造；三是循环替代。

（二）创造原则

首先，它与学科之间有着内在的联系，不能违背科学的合理性。

其次，它在法律语言本身的范畴之内要约定俗成，不能有悖于汉语言规范的基本合理性。

（三）循环功能

循环功能是指法律语言系统能够在其内部充分进行优化材料的能力和机制。

四、创造对象

创造对象是指所创造的语言材料及创造语言材料过程中形成的规则。

法律语言的创造对象以专业术语和特殊句法为主要创造内容。

专业术语是创造对象中最大的一部分。创造对象是不涉及语音的。现代法律体系下的语言系统，也不涉及造字。

特殊句法的创造在于书面文本的表述需要，形成一系列的习惯和规则，也成为法律语序学可以探究的内容。

第三节　法律语言的符号系统

一、法律语言是一个符号系统

法律语言应当是属于与法律整体同位的语言系统。

法律语言是由着较强独立性、约定性、规律性的语言符号体系，其性能、结构、原理都是自称一体的。

从符号学的角度来诠释法律语言是十分必要的。

二、语词符号层次

法律语言的语词部分是最能体现其符号属性的，它具备的符号含义有着相当大的包容量。

语词有原词和造词两大类。

综观法律语词的应用状态，符码组合呈现了一定的规律：

（一）类聚词码的组合规则

一种是形式类聚；一种是意义类聚

（二）对应词码的组合规则

（三）从属词码的组合规则

（四）链型词码的组合规则

三、句法符号层次

在句法层次中，以意素为单位的意义组合较之词法，其规律更加可感，外部特征更加明显一些。

法律语言的句法结构约束性很强，意素的集合体，即意义完整的句子，其单义特点同样也就十分突出。在法律语言中，往往只确定直接意指，也就是说，它的内容指称应该是有严格、准确的限度的。

第一、具有可组织性的。

第二、具有可参照性。
第三、具有可连贯性。

复习与思考题

1．法律语言衍化形成的各种途径，试举例说明其一。
2．外来文化对法律语言衍化的影响。

拓展阅读书目

1．李幼蒸：《理论符号学》，中国社会科学出版社 1993 年版，第 126 页。
2．钱冠连：《汉语文化语用学》，清华大学出版社 2002 年版，第 4-21 页。

第四章　法律语言的内部结构形态

本章教学目的和基本要求：认识和理解法律语言内部结构形态所包含的基本要素，详细阐述法律语词及法律基本用语、句法规律。

学时分配：2 学时

第一节　法律语言内部结构形态的内容

一、语言内部结构的基本状态

语言内部结构是指语言本体所包含的基本内容，即语音、字、词、句（语音、语义、语汇、语法）。

在所有形成系统的语言范畴内，都要以内部构成为根本的实体内容。

二、法律语言的内部结构要素

法律语言内部结构的基本要素主要包含专业术语、专业基本用语和专业语境下的特殊句法。

专业术语是每一门学科的生命中枢，起着贯联内外的作用。法律术语的语言属性归于语词范畴，同时它又是一种特殊的语词现象。

专业基本用语是指除术语外的专业常用语词。

法律专业语境下的特殊句法以专业文本表达为背景，根据专业表意需求，创造性地组合语句，并适当地调整语句规则。

三、研究法律语言内部结构的意义

首先，理清和把握其原理和规律是进入法律语言领域的先期阶梯。

其次，谈及内部结构问题也是发现和解决外部实用规律的途径。

第二节　法律语词及法律基本用语

一、法律语词

（一）涵义

法律语词是指在研究、制定和运用法律过程中集中使用的领域语汇，它是法律术语和法律基本用语的总和。

（二）法律语词的类型

从表意内容看，分为：法律术语、法律基本用语。

从支撑和连贯文本的作用看，分为：核心语词、非核心语词。

二、法律术语

法律术语是具有法学专门涵义的语词。

三、法律基本用语

（一）涵义

法律基本用语是指从全民语言中节用而来的，在法律领域中较高频率使用并且用法相对固定的语词。

（二）法律基本用语的词性类型

1．实词大类

（1）体词类

（2）谓词类

（3）数量词类

（4）副词类

2．虚词大类

（三）法律基本用语的应用类型

可分为增加义项的和不增加义项的两类。

四、法律基本用语的应用规范

（一）受法律语言的语境约束

（二）有较稳定的运用习惯

（三）不改变原有的涵义

第三节　领域语言中的句法规律

一、句子的衍化形式

（一）简化

将本应以较多量构成的句子简缩为较小的量

（二）增量

是将一个句子可表达清楚的内容用若干个句子承载。

（三）拆分

是将整句拆成散句。

（四）变异

是由于领域表述需要而改变正常的句法结构。

二、句子的基本形式

（一）单句

使用单句易于将意思表达得直接而简明，不易导致歧义。

（二）复句

由于句法变异，复句的存在状态是较为复杂的。表意需求的不同，导致复句变化的多形态。

三、句子的运用原则

（一）单义原则

（二）有限变异原则

复习与思考题

1．法律语言的内部结构基本要素中占主导地位的是什么？

2．单句和复句的不同意义及作用。

拓展阅读书目

1．陈光磊：《汉语词法论》，学林出版社 1994 年版。
2．朱德熙：《语法讲义》，商务印书馆 1982 年版。

第五章　法律术语

本章教学目的和基本要求：全面论述法律术语的涵义及构成方法，法律术语的类别，法律术语中的传统因素和外来因素，法律术语的语言活力和应用原则。

学时分配：4 学时

第一节　法律术语及其构成方法

一、法律术语的界定

法律术语是具有法学专门涵义的语词。

在任何学科体系中，专业术语都应当是其必然的组成部分。

从法理学上讲，法律术语是法的构成要素之一。法律的特定抽象思维以及法律的物态化理念，其核心部分是以术语的存在形式存在的。

二、法律术语的意义构成方法

主要指语素的组合规则，是从语词的内部结构进行分析的。

法律术语的构成由语词意义与语词形式的综合因素决定，以意义构成为根本，以形式构成为辅助。

意义构成方法可简称为构义方法。

大致可归纳为：

（一）简缩法

即把表述较为复杂的但又经常使用的语句浓缩成简洁的语词，并固定下来，约定俗成地运用。

（二）增加涵义法

给全民通用语言中已有的某些语词增加一层涵义，在制定、运用和研究法律的语境下使用时，只表示被增加的那一种涵义。

增加涵义法的重心在于“增加”，不在于“改变”，原有语词从内容到形式均不受任何影响。

（三）转移涵义法

给全民通用的共同语中原义已退化或已不常用的语词赋予一个新的法律含义，确定之后在法律的语境中规范的使用。

（四）直接组合法

为了使法律内容的表述不受到任何阻碍，直接将相应的语词材料组合成法律专有术语。

直接组合法所显示的最突出的是创造性。

三、法律术语的形式构成方法

形式构成方法可简称为构形方法。

由于语词的意义聚合，从而促成了语词在形式上的附属性聚合。这种形式构成法突出地表现为：语词群和类词缀

语词群由一个核心语词为聚合点，生成一群相关的术语。

法律语言中的术语构成多用类前缀和类后缀，类前缀引出相关的若干语词，类后缀收拢了本无必然联系的系列语词，表示了意义或形式的类聚，同时也体现了语词的能产性。

第二节　法律术语的类别

一、法律术语的词（语词）性类别

（一）名词类

1．对应名词类的法律术语

具有意义上的对应关系

2．从属名词类的法律术语

由一个术语而派生出若干术语，它们之间是一种从属关系。

3．同位名词类的法律术语

语词之间是一种顺序排列的关系，或内容相关但不相属、也不对应的关系，称之为同位。

（二）混合类

混合型的术语是以特殊的专业思维方法组合而成的，大多体现为短语，它们用短语组合的方式构成特定的语词。

二、法律术语的应用类别

以应用的综合指标，大致可分为稳定性术语和选择性术语两类。

稳定性术语是指一个专业概念以单一的语言形式出现，其语词的物质载体和所承载的内容高度契合，且是无可争议的，具备了充足的科学性与不变性。

选择性术语是相对于稳定性术语而言的，主要还是在学术范畴上使用，用于学理研究及观点的表达、交流。

三、法律术语的学科类别

根据法学体系本身的构成特性，，法律术语因法学分支会形成一个内容及功能分类明显的类别体系。

尤其以理论法学和各个部门法学为单位，大致构成一系列的术语组群。

法理学　宪法学　行政法学　民商法学　刑法学　诉讼法学　国际法学

依照法学内部的学科分支，它们各自形成一个聚合群。

第三节　法律术语的类别

一、法律术语的传统渊源

法律术语的形成渊源通常被归纳为几种渠道：沿用古代法律术语；创造新的法律术语；引进外来法律术语。

传接性和影响力是讨论现代法律术语中传统因素的核心问题。

总体而言，由于法律理念和法律制度更迭变迁，传统术语对于现代术语的传接性和影响力并不是很强，古代法律术语即使仍沿用也是经过或内容或形式的改造的。

二、法律术语的传统因素的构成

（一）单字词

单字词是最主要的语词形态。

单字即使不作为语素，在现代术语中也会发生意义的变化。

大多数的单字词不能够为今所用，只具有文化研究的价值。

（二）多字词

由两个以上的字组成的即为多字词。其能够更为准确完整地表达出相应的法律涵义，也能够用以区别相近的行为或事物。

（三）成语

是汉语言的文化精华，反映在法律语言和法文化的关系上，同样是精髓的体现，具有极大的涵盖能力。

由于历史的变迁，成语类的语言材料已基本不作为领域中实用的部分。

三、传统因素综述

（一）语汇史上的法文化光芒

（二）传统语汇的引退、变异与再生

（三）语汇背后的历史蜕变

第四节　法律术语中的外来因素

一、外来语词与借形语词

将所有的专业术语当然也包括法律术语中的外来部分统称为外来语词。

借形词是语言学中的一个术语，与借音词相对应的概念，它们统称为借词。而借词又是与译词相对应的，二者共同构成了外来语词。

二、法律术语与外来语词

在法律语言中，由外来语词材料转化为相应的语词这一过程很复杂。

吸收外来语词常常是与创造新语词相伴而行、相融互生的，是一个有机的再创造过程。

法律术语中外来因素的融汇过程与科学理念的成熟过程相辅相成的，也具有科学的必然性。其前提大致归纳为：第一，法学理念和法律制度的要求。第二，法律行为的国际化。第三，社会经济发展的相似性。

三、法律术语外来因素的存在形态

法律术语外来因素的存在形态有两类：语词构成上不易分辨外来的成分，可称之为隐性因素；从语词构成上能比较直观地体现出外来的性质，可称之为凸显因素。

四、法律术语外来因素的复杂性

法律术语中借形的不仅仅是词，还有短语，因而称之为“借形语词”。它们的存在形态比较复杂，并不能完全依汉语语法与词法进行分析和归类。

五、法律术语外来因素的客观性

根据日本法务省刑事局外国法令研究会 1991 年编写的共 199 页的《法律用于对译基（中国语篇）》，汉语与日语一致的法律术语相当多。

这样的客观事实，不仅历史性地而且现实性地存在。

六、法律术语外来因素综述

（一）正常的引进
（二）理清与日语的瓜葛
（三）外来法律术语的借用原则

第五节　法律术语中的外来因素

一、法律术语的语言活力定位

将法律术语的语言活力定位在一定时间及空间范围内术语的应用生命力。

二、法理意义上的语言活力

判断语词的语言活力，其标准是：语词应用频率、语词表意能力、语词涵盖力。

法律术语活力基本的层级可以分类为：强、较强、较弱、弱。

对于法律术语认定，要确定语境的空间维度及语义准确性，才能确认其基本的应用活力，使之成为专用术语。

三、应用中的语言活力

语词的覆盖力、使用频率、对专业外的横向影响力等方面的综合情况，会反映出其活力状况。所谓术语的语言活力是从个体语词体现的。

第六节　法律术语中的外来因素

一、实用原则

法律语言系统中直接而明确的行业运用原则。

二、语义独立原则

强调语词所具有的独立的法学专门涵义。

这种独立有三种情况：一是纯粹的法律术语；二是在法律术语本身有两个以上的法学涵义；三是通用语言与法律语言共用的语词，其中法学涵义不受其他涵义的影响，有自己的适用规则。

三、合法原则

不仅指合乎法律规定，并且包括符合法理精神。

法律术语的规则可分作两个层级：第一个层级是能够进入立法语言的术语，它们的使用在语义、上下文语境等用法上必须与法律文本保持一致。第二个层面可理解为除第一个层面外的所有的法律术语，更强调符合法理精神。

复习与思考题

1．法律术语语源分析的理论价值。
2．法律术语应用原则及其的应用在司法实践中的意义。

拓展阅读书目

1．曹文轩：《第二世界》，作家出版社 2003 年版，第 3-10 页。
2．《法律用语对译集（英语编）》，商事法务研究会，东京，1990 年。
3．王健：《输出与回归：法学名词在中日之间》，载《法学》2002 年第 4 期。
4．罗聿言：《试论现代汉语“新借形词”》，载《语言文字应用》2000 年第 4 期。

第六章　法律语言的实用形态

本章教学目的和基本要求：对法律语言的实用形态进行全面论述，认识应用中的法律语言体系构成，将其立体的形态呈现出来。

学时分配：2 学时

第一节　学科运作的语言形态

一、立法语言

立法语言是一种最基本的实用形态，也是法律语言整体系统中的最稳固的部分。

它体现为规范性法律文本，句法、章法及风格上都形成了稳定的特点和规律，是成文法所使用的纯书面语言。

二、学术法律语言

学术法律语言是法律语言整体系统中不可或缺的部分，主要见于法律学科的学术表达和交流。

三、执法与司法语言

执法行为与司法行为具有衔接性和连贯性，都是对立法行为的续接，也有相同、相通的属性。

执法与司法语言体现为整个执法司法程序中的法定书面语和法定口语形式。

学术法律语言为母体，以立法语言为核心，以执法与司法语言为动力，互为促进，互为验证，互为完善。

第二节　物质终结形态

一、法律书面语

法律书面语具有法定性，文本形式是固定的。

学术研究多是以书面形态的表述为手段，立法更是纯粹的书面语言，以规范的书面文本形式实现其存在目的。

法律执行和运用行为的明显特点是程序性，在若干的程序当中，书面表述是必然的组成部分。

二、法律口语

将在法律语言使用过程中由口头表达为最终形态的那部分称为法律口语。

法律口语不同于全民通用意义上的口语，由于法律行为过程的程序性、阶段性，它往往受法律程序或语境规定性的制约，同样呈现出法定性的特征。

三、书面语转换口语

由书面语转换而成的口语，一般在口语行为之间要有完整的书面准备，这是法律程序的某些特定性所决定的。

四、口语转换书面语

口语转换书面语也是法定程序所要求的，但转换的路径和规则是独立的。要符合法定程序的要求，就必须以书面的形式呈现出来。

复习与思考题

1．立法语言、学术法律语言和执法与司法语言三种语言形态之间的关系。
2．法律口语对法律书面语的影响。

拓展阅读书目

1．[法]海然热：《语言人：论语言对人文科学的贡献》，张祖建译，三联书店 1999 年版。
2．史有为：《汉语外来词》，商务印书馆，2000 年版。

第七章　法律语言的特性与功能

本章教学目的和基本要求：论证法律语言的特性及语体特征，法律语言的三种实用功能，法律语言的文化价值。

学时分配：2 学时

第一节　学科运作的语言形态

一、法律语言的特性

立法语言、学术法律语言、执法与司法语言有各自的规则，但也具有相通的共性。

（一）自身系统的完整性

法学的完备、立法的健全、执法司法的顺畅，都是法律语言有规律可循、有规范可立的先决条件。

（二）表意的专业性

即贯穿在所有的法律行为过程中，法研究、法制定、法实践要符合法定的规范。

（三）使用主体的集团性

使用主体主要包括立法组织专家，执法司法人员，法律事务工作者，法律研究者等。

非专业人员虽然参与法律程序，但不是规范法律语言的使用主体。其语言不是法律语言范畴，只是法律语言研究的附带性的背景扶助。

二、法律语言的语体特征

（一）仪式性

纵观法制定、法实践和法研究的整体语言表述，全篇语体的特征首先是具有仪式性。

（二）示范性

法律语篇的固定形式使得语言也趋于标准化，具有整体上的示范性。

示范性不仅指达到了一个标准的境界，而且还要通过这个标准实现辐射性的调控目的。

第二节　法律语言的实用功能

一、促进语言自身机制的健全

法律语言学科的发展推动相应语言体系的建立，并丰富和影响着通用语言这个大的结构系统，因而构成双重的促进。

（一）扩张语词功能

语词功能主要表现在义项的确定、增加和转移上。

（二）调整句法秩序

法律语序具有行业特点，其方法稳定使用后就构成了其自身特有的句法规则。

（三）完善语体风格

法律文本自成一体的模式及构成模式的规则，使得它的语体风格独立而完整。

（四）构建独立的业界语言体系

法律语言的行业性质和特色会立体地、规则地表现出来，从而构建起自身的有机体系。

二、确保法律思想的准确表达

（一）使立法严谨
（二）使执法顺畅、司法规范
（三）使学术研究充实

三、创建语言信息和增强语言活力

法律语言的活力是在实用当中被验证的，领域的应用过程给了它们存在和具有能量的理由。具体的语言材料在时间上的存续能力、在空间上的覆盖能力，其整体的表意能量，都记录和储存在这个领域语言体系当中，并在运用中随时得以体现。

第三节　法律语言的文化价值

一、法律语言是法文化的组成部分

法文化孕育和造就了法的语言，语言本身又具有文化的属性，因而法的语言就必然成为法文化的组成部分，这是一个最基本的辩证关系。

法的语言在构成史的和应用的体系后，就是我们所要研究的法律语言。

二、法律语言承载法文化

语言的媒介特质决定了它在文化中还担当承载体的责任，法律语言承载着法文化也是其必然的职责。

（一）字与语词

在字与语词的背后，就是法文化的具体状态。

（二）语序

在不同语种的语序特点的比较分析中，能总结出语序所具有的表达上的意义，追溯其背后的文化原因以及所承载的文化因素。

（三）表述风格

文本风格是一种领域语言体系特质最整体化的体现。

三、文化意义

法律领域表述呈现出的语言特征和规律，能够保存在其自身的丰富过程当中，并渗透在具体的语言材料之中。

复习与思考题

1．法律语言学研究的目的和功能。
2．法律语言蕴涵的法文化表现形式。

拓展阅读书目

1．[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学河法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版。
2．[法]海然热：《语言人：论语言对人文科学的贡献》，张祖建译，三联书店 1999 年版。

第八章　立法语言概述

本章教学目的和基本要求：阐发立法语言及其性质，立法技术中的语言，立法语言中的语词、语句及立法文本风格。

学时分配：4 学时

第一节　法律语言体系中的立法语言及其性质

一、立法语言是法律语言的核心

立法语言是制定法律过程中所使用的语言文字表意系统，即制定法律所使用的语言。

就语言资源而言，学术法律语言是母体；就综合的语言力度看，立法语言则处于体系中核心的地位。

规范性文件本身应当说是最高级别的文本。

二、立法语言在法律语言体系中的作用

立法语言能为法律术语和法律基本用语作最高层级的定位，确立立法句法的稳固性，构成法律文本风格，并以此影响和制约执法与司法语言和学术语言的使用。

立法语言分别以横向关系与纵向关系发挥作用。

横向关系是法与法之间形成的体系，法律文本之间在语言上必然要有借用、跨越及兼容。

纵向的关系是每部个体的法律或若干亲缘法律在前期的理论铺垫和后期的遵守执行的过程中形成的相互的关系。

三、立法语言的能量释放和吸收

法律效力使相应的语言具有了约束力，这种约束力体现为语言能量的释放，即法律文本所用语言对法执行、法研究所用语言的影响，以及对其他相关法律使用语言的影响。

吸收是指立法语言源泉汲取，即由丰厚的学术基础中获取；另一层面是法实践回馈给法研究及法制定的语言信息，使立法语言能够确立进行调整的依据。

四、立法语言的性质

（一）相对稳定性

稳定性是指立法表述中语词、句法及语体风格方面的不易变换和不易替代的属性。

语词的稳定性体现为法律术语和法律基本用语的单义和不以近义词更替的习惯。

句法的稳定性体现为对条文句法的固定使用。

风格的稳定性则体现为平实的文本样式。

（二）专属性

立法语言最为纯粹地将专属性集中体现出来。立法语言相对而言则单一、严谨，保持专业语体的纯粹特点。

（三）直接性

也可称为表意的彻底性，即表达意思直接到位，单纯明了，没有两重以上的含义。

第二节　立法技术中的语言

一、立法技术中的语言要素

（一）立法技术

广义的立法技术，是指立法活动中的所有规则，包括立法机关设立的规则，立法程序的规则，标准化法律文本、名称、结构、文法的规则，法律分类及修改、废止的规则等。

狭义的立法技术，是指立法活动中关于法律表述形式与表述逻辑的规则。

立法技术使立法主体在立法过程中将法律思想转化为书面形式的规则和方法。

（二）立法技术中的表述技术

立法技术的核心在于表述。逻辑构成、行文规范、语言表达以及贯穿于其中的必须遵循的原则，都是又要把法律的实质内容表述为语言文字的外部物质形态这个核心问题而直接派生的。

（三）立法技术中语言的地位

立法语言是立法技术的组成部分。

语言表达本身涉及的是法律规范运用语言的规则。立法要使用规范的书面语言，而书面语言又是一种专业化的、确定群体使用的语言体系。

立法技术实质上就是立法的表述技术。

二、立法技术中的语言规范

（一）立法语言本身的规范

立法语言本身的规范，应当也是以法律的规定来体现。

进一步细化，可以考虑法律术语和法律基本用语的使用规则、各种句式句型与内容的匹配、规范性文件各部分的语言要求等问题。

（二）语言政策

是指关于语言运用的法律规范，即法律对语言运用规则的规定。

语言政策的主要内容包括语言权利、语言准则，是关于语言的全方位的规范。

语言权具体体现为各种语境下的话语权。

三、立法语言规范的体现

（一）立法语言内容

是所有法律文本所使用的语言，是法律、法规、规章、法律解释用以行文的物质基础。

（二）立法语言形式

立法本身的文体形态，即为语言形式的完整体现，它也是要靠立法来规范的。

（三）语言程序

对语言程序的规定，是语言规范细化和具有可遵循性和可执行性的表现，也是现实社会中非常需要的。

第三节　立法语言中的语词

一、立法语言的语词特性

立法语言中的语词包括被法律所使用的专业术语和基本用语。

法律术语和法律基本用语的特性，有以下几点：

第一，单义性，是指一个语词应当只有一个义项，而不能有两种或多种涵义。

第二，稳定性，是指语词基本上不具有可替代性，不以同义的或近义的语词变换替代。

第三，群组性，每一个独立的法学分支学科都会形成自己的语词部族。

二、立法语言的核心语词

核心语词是表述法律规范时最为重要的语言材料，支撑着法律文本构架的主脉。

由核心语词的用途分：

（一）赋予权利或权力

用词频率最高、最为稳定的主要是：“可以”、“有权”、“享有”。

（二）规定义务

用于规定义务的核心语词以“应当”、“必须”为主。

（三）限制行为

相应的核心语词具有硬性特质，“禁止”、“不得”、“严禁”。

三、立法的语词资源

法律语词需要创建，而创建又必须经领域内的约定和确认，这个过程要在学术思想的表达中完成。因此，立法语词资源是存在于学术创造和锤炼过程中的。

立法的语词资源包括专业术语资源和基本用语资源。

第四节　立法语言中的语句及立法文本风格

一、立法语言的语句概况

立法语序、法律文本行文思路，同样也是法律的秩序，反映着法律思维的脉络。

立法语言的语句特征是独立的。

在句型上，以陈述句、祈使句为基本形式，不会选用疑问句、感叹句之类。

在句式上，以长短句式的辩证选择为原则，不特别强调多用或只用一种句式。

能够集中体现立法语言句法特点的，是其专属的特定语句模式，反映立法需求和语言规则。

二、文本基本风格

立法文本的行文模式和行文姿态，决定了其基本风格的形成。

（一）威严冷峻

语言威严的风格包含着郑重、严肃、严谨、有力度等内容。

（二）理性化

法律文本是纯理性的，其包含的规范是硬性的，其整体风格也是完全合理化的。

（三）“黑白化”

立法文本的语言表述属于消极修辞的范畴。

三、范例分析

句法尤其是文本风格需要在整体上显现，每一部法律的文本由于主题不同，语风上会有些差异，但基本的风格规范是不能随意超越的。

将《通用语言文字法》的全文作为分析材料：

这部法律给人的第一印象是规定了原则性的内容，终于使母语的使用有法可依。从语言方面讲，有几大特点：

第一，它本身的语言表述简洁无暇

第二，符合立法语言的特定要求

第三，由于没有涉及法律术语，减少了理解上的障碍

第四，可执行性弱，缺少了应有的语言气势。

复习与思考题

1．立法语言在法律语言学体系中的地位及研究意义。

2．对立法语言中核心语词的任一类进行抽样调查，试总结出立法语言的一些运用规律。

拓展阅读书目

1．刘作翔著：《法律文化理论》，商务印书馆，1999 年。

2．刘红婴著：《弹性法律语言论》，西苑出版社，2002 年。

第九章　立法表述中的特定语句模式

本章教学目的和基本要求：是第八章立法语句内容的延伸，详细介绍立法表述特定语句模式，主要表现为：“的”字短语、但书、“或者”句、“对于”句、“是”字句、“以下”句、反以表述。

学时分配：4 学时

第一节　立法表述特定语句模式概述

一、立法表述的特定语句模式

特定语句模式主要指在立法表述中，根据通用语言中已有的资源，变异和创造出一些超越常规使用的句法形式，赋予它们固定的语言功能，作为立法语言自己的表述常规，在立法行文当中普遍地高效地使用。

这里所设计的立法语言中表述的特定模式就是语句的特定模式。

二、立法表述的特定语句模式的主要体现

根据使用频率及形式的稳定程度，立法表述的特定语句模式主要表现为：“的”字短语、但书、“或者”句、“是”字句、“以下”句、“对于”句等。

三、特定表述模式的主要研究方法

法律语言之所以构成领域语言的独立体系，是由适应自身表述的特定规律支撑的。

法律表述的语句特定模式是一个重要的组成部分。

立法表述特定模式又是整个法律表述特定模式中的一个重要组成部分。

（一）定量定性

要进行足够量的比较、分析，获得有关其运用规律的基本信息。

（二）总结规则

在定量定性的基础上提炼出立法表述特定语句模式的运用规则。

（三）考察效率

包括表意上的涵盖力度、变异性的程度和创造能力等方面的综合指标。

更重要的环节是要结合动态的法律遵守和执行的状况，辨析和判断立法语言的得与失。

第二节　“的”字短语

一、“的”字短语及其立法意义

“的”字结构形式在立法表述中大量被采用，但在运用当中产生一些变异，并形成了独有的规律。

“的”字短语，在于强调它在立法表述中的语法作用。其在外部形式上可能并不短，而在实质上是短语性质。

用“的”字短语做主语或宾语，表法律行为的主体和法律行为的情形，可囊括有关具体内容的所有假定因素。

二、“的”字短语用法

由于“的”字短语的使用，简化和改变了普通的句子组合规律，构成了立法语言特殊形式上看似“不规范”的反常规表述。

“的”字短语具有名词的功能，可以使句子的某些成分省略，也可以将语序调整为立法表意所需要的状态。

因此，“的”字短语无论是做主语还是宾语，都只是一个内容性质上的状态，而不能在形式上完全到位。

三、“的”字短语的包容量

“的”字短语作为用量大、涵盖面广的立法表述特定模式，必定有其表意优势。

这优势恰在于它为适应立法要求而产生的承载量和包容量。

法学量是立法表述中的内容和形式上的包容量。无论在形式还是内容上，立法表述的“的”字短语都需要增量。

第三节　但　书

一、但书及其功能

但书，是指立法表述中以“但是”、“但”作为转折连词，用以表例外的条件或行为的前提的句法模式。

用“但是”或“但”所构建的转折复句，从结构上看，转折连词的前后都必须具备相应的内容，才构成意义完整的句子。从表意效果上看，是以转折连词引导出与条款的正面句子含义相异的部分。

二、但书承载的法理意义

但书不是仅指“但是”一个词，而是一个以“但是”作为转折词的一个完整的规范。但书中无论是发生在“但是”前面的内容，还是它所带出的后面的内容，都只是一个完整规范中的组成部分。

“但是”之前的内容本身能够成为完整的句子，却与但书无关，是另一种规范。一旦以“但是”连接整句形成但书，就必须有前后完整的组成部分。

完整的规范要体现内在的本质，在强调某一单项规范的同时须符合问题的相对性和复杂性。

三、作为术语的但书

但书作为存续时间较长的法律术语，与日语的关系不可分割。

它指代了一种重要的法律规范的表述模式。

第四节　“或者”句

一、特定语境下“或者”的功能扩展

语境是由领域语言的存在前提与其自身的创造功能所决定的。

以“或者”作为连接词的句子是在这样的环境中产生相应的变异，体现出不同常规的运用规则

来的。

二、“或者”与“和”

“或者”与“和”混淆的后果不仅仅停留在类似相对独立的语句中，它会扩张为整个立法体系的语言冲突，从而反映出语言准备的先天不足。

框范“和”与“或者”在立法表述中的使用界限：

首先，应明确二词在表意的应用功能上是否有相交叠得部分，即是否具有一定的可替代性。

其次，确认立法表述中“和”与“或者”的语境要求。

三、调试“或者”的存在状态

立法表达的语词单义性决定了语词需在相应的文字长度中重复使用，而不是尽量寻找同义或近义的语词予以替代。

第五节　“对于”句

一、“对于”句的法理逻辑根源

任何行为都有实施体，简称为施体。大多数情况下行为实施时还有相应的受体。

“对于”携带一个短语，有了前提条件。之后，它带起一个整句，完成了一个规范。

二、“对于”句的表意功能

“对于”所带的成分是行为对象，即受体。行为施体可明示，可省略，即可以形成无主句。因而，“对于”句强调受体情况。

三、“对”与“对于”

一种情况为“对”、“对于”句法功能相同。

另一种情况是，“对”在立法表述中还有它用，与“对于”的表意功能完全不同。

第六节　“是”字句

一、“是”字句的功能

“是”作为表判断的动词做谓语，这点在通用语言和法律语言中是一致的。

立法语言中，“是”字句有两种表意功能。第一是用于概念界定，包括法律术语的界定及其他概念的界定。第二是进行一般性说明。

二、法学对“是”字句的需求

法学是一门不断创造新概念的学科，“是”字句的特点和优点，能够在立法表述中起到相应的作用。

三、“是”字句的形态

指“是”字在句中如何构架句子的整体组合。

法律文本中“是”字句的形态有前置的和后置的两种。

前置的形态，即主、谓、宾相连的正常状态，为“是”字表判断最基本的用法。
后置的形态为“是”字带主语词置于句尾。

四、“是”字句的特点

功能纯粹，句法简练。

第七节　“以下”句

一、“以下”句的状态

立法表述中“以下”句是一种形成了规律的句法模式，运用率很高。
“以下”用于全称句，即化整为零的典型句法构成的句子。

二、“以下”句的基本模式

本位成分外位化，即化整为零，拆分同位的并列成分。
第一是拆分主体；第二是拆分客体；第三为拆分限制主体或客体的情形或行为。

三、“以下”句的立法功用

第一，强调外置分项的内容。
第二，减轻整句的表意负担。
第三，易于清晰理解与操作。

四、作为词的“以下”和“以上”

在立法表述中，“以下”和“以上”还作为词来单独使用，而不必带动整句内容。

第八节　反义表述

一、 所谓“反义表述”

是指以连续否定的句法形式承载和表达一种肯定的内容。
反义表述不同于在法律文本当中使用的一般否定句。

二、 否定句的类型

以否定的句式表意，逻辑学上叫做负命题。而“反义表述”并非一般意义上的负命题，它是立法特定思维下的语言定式的产物。

三、反义表述的优势

将法律行为的程序规范清晰地表达出来；明确程序的连贯性要求；明示行为的法定条件。同时，能够加强表述力度。

复习与思考题

1．如何做到使各部门之间立法语言相互统一、协调？

2．考察立法语言中特定语句模式中任一例。

拓展阅读书目

1．沈宗灵著：《法理学》，北京大学出版社，2000 年。

2．[美]E.博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，2001 年。

第十章　立法表述中的特殊语言现象

本章教学目的和基本要求：详细论述弹性语言现象、“法学家法”现象，提炼其特殊的意义和专业价值。

学时分配：2 学时

第一节　立法表述中的弹性语言

一、弹性语言现象

在规范性法律文件和法律文书中，经常出现没有明确外延和意指范围不固定的语词。这类语词都没有十分确切、直观的含义，意义张力较大。

这种语言现象称为弹性法律语言。

（一）偏正形态

以偏正结构组合而成。

偏正形态的弹性语言的使用密度较大。

（二）主谓形态

可用于表述事物或行为的性质、程度和情态。

（三）偏正、主谓混合形态

偏正形态中副词修饰动词构成的组合形式常常与主谓形态的弹性语词合并出现，形成一种混合状态。

（四）套语形态

是指冠以或带有“其他”、“法律规定的其他情形”等程式化惯用语的语言形式。

二、弹性语言的成因与作用

（一）成因

大致有二：首先，法律所涉及的事物的范围和法律所规定的行为种类，在一部法律中不可能也没必要一一列举时，用弹性语言来概括之，是有效、可行的一种方式。

其次，未来事物和未来行为的发生可以预测，但具体类别却是不可能完全把握的；而法律要规范的又主要是未来事物和行为，因而就必然要用表意较为宽泛的弹性语言，去囊括所有相关的内容。

（二）作用

1．扩充法律的包容量、涵盖面

2．增强法律表述的准确性、严密性

3．为法律的实施提供最大的可能性

三、弹性语言的运用规律

（一）有条件有限制地使用

（二）在确定的语义环境中使用

（三）在完整的语句群中使用

第二节　“法学家法”现象

一、所谓“法学家法”

立法是以法律专家为主的高级专业人员完成的，并体现着法学成果的整体思路，因而法律尤其是成文法典或带有法典性质的法律，有时被称为“法学家法”。

规定性的语序，稳定的语言姿态，使法律文本也形成了整体上的定式。即专业内部的语言表达与外界的语言表达有明显的区域界限。

就语言范畴而言，“法学家法”现象主要体现为高度专业化的表述及其过程与规则。

二、“法学家法”的理由

第一，专业化的基本要求

一是法律自身的专业化特质；二是立法行为的专业化

第二，特定的思维方式

第三，完整的语义系统

三方面糅合成为一个大的背景，使得“法学家法”这种“圈内”表述法则更加稳固。

三、“法学家法”所涉及的问题

问题和矛盾就集中在艰深和易懂的平衡上。

四、“法学家法”的度

两大阵营，一种是边缘性理解，倡导为大众而写，自然是要平易明白。一种是核心化的阐发，由专业的视角强调立法表述的特殊地位。

一方面，由于法律是规范大众行为的，应最大限度地使大众知晓，因而语言要通俗易解；另一方面，法律又是一种高级的语言表述形式，有着专业性极强的庞大理论体系和语词、句法体系，要使用大量的专业语言才能完成规范性文件的构成，这些都决定了立法语言的不通俗性。

尊重学科规律，是一个最基本的出发点。

“通而不俗”概为一个设立标准的原则。

“法学家法”其实就是法学特定层面上的通俗和大众层面上的不通俗。

复习与思考题

1．如何正确运用立法表述中的弹性语言现象？

2．浅谈立法语言“通而不俗”的问题。

拓展阅读书目

1．舒国滢：《法典的诱惑》，载于《在法律的边缘》，中国法制出版社 2000 年版。

2．刘金国等主编：《法理学教科书》，中国政法大学出版社 1999 年版。

3．王政挺：《传播：文化与理解》，人民出版社 1998 年版。

第十一章　现行法律中的语言问题

本章教学目的和基本要求：辨析现行的规范性文件中的语言问题，包括语言冲突、语言逻辑、语言结构、语体风格问题，提出修正语言的规则。

学时分配：2 学时

第一节　语言冲突

一、语言冲突的表现

由于部门法所规范的内容不同，每部法律的重心各一，因而法与法之间在表述上有自身的习惯和一定的界限。如果协调不好，语言冲突就会出现。如果对语言的基本功能不予斟酌，一部法本身甚至也会有表述上的矛盾。

同样的内容而外部语言形式却不统一，从而产生语言矛盾，这是成文法当中存在最普遍的问题。现行成文法体现较为直接的就是语词的使用。

二、语言冲突的实务体现

2000 年 2 月 22 日发生在江苏邗江公道卫生院的钱婉玲死亡案。

就立法的本意而言，决不是要制造冲突的，因而冲突的产生主要就是立法技术的问题。每部法律的独立性都是相对的、有限的，各自为政肯定不能保证其有效性。如果表述时做好语言协调，将各法之间相关的内容用适当的语句关照完整，矛盾就是可以避免的。

三、语言冲突的解决

由小至大的解决方法。

首先，从语言材料如用词用句上纠正失误，将能够独立解决的问题加以处理，包括删减、更改、替换等方法。

其次，处理好个体问题后，要在法律文本之间进行比较。比较的内容主要是关于正误、优劣及彼此的语体是否协调、一致。

第二节　语言逻辑问题

一、语言逻辑问题的存在

语言表述出现障碍和问题，往往表现为逻辑关系不明晰、不顺畅。

二、语言逻辑问题的解决

逻辑问题虽然体现为语言物质形态的矛盾，但它的根源往往在于法理逻辑的不正确。

这里提及的逻辑问题，只是以句群为单位的语言组合问题，关系到的是小范围的语序规范，而并没有涉及立法逻辑的大结构。

所以，要从基本的表意单位入手，保证句义的精准、语序的正确及句群的完整。

第三节　语言结构问题

一、常识性语病

表述形态缺乏句法上的合理性。

二、句法西化

句法西化是一个比较隐性的问题，往往流行成自然，与约定俗成的语言原则亦不矛盾。

但是，我们应坚守的是，至少应该是已经确立并在运用的汉语言规则，最大限度地保证汉语表述的纯洁性。

三、口语化

规范性法律文件的语言表述书面性不纯粹，其书面效果应有的精炼、严谨便会被部分地抵消掉。

第四节　语体风格问题

一、语义抽象

语义抽象主要指概念模糊而不具体，没有准确的定位。

二、语言渲染

以现代语体学理论的视角看，法律语体是具有纯粹独立性的。立法语体中出现语言渲染，是由于不同语体混杂造成的。

三、语体风格问题的解决

首先，立体而综合地调整语体风格。

其次，保障语言的“与时俱进”。

第五节　修正语言的规则

目的是有益于立法表述规则的形成，有益于立法技术理论的完善，能够保障对法律的有效理解和有效执行，保障语言的健康纯净。

修正立法语言的规则要兼顾几个层次：

一、法定规则

关于语言的法律规定，使语言表述的法定规则。

修正立法语言，首先要依法而行。

语言表述是立法技术的核心，作为法律内涵的外部物质形态，它不仅要准确、彻底地将相应的法律思想传达出来，而且要形成自身特殊的习惯和严格的规则。

二、全民通用语言规则

领域语言的大土壤是民族通用语言。遵守现代汉语的基本规则，必须成为基本的意识。

三、领域语言规则

领域语言的创造机制所缔造的法律行业的表述规则。
在通用语言的大原则制约下，尊重行业内符合科学规律的专业表述规则。

复习与思考题

1．法律语言应用所存在的主要问题及修正方法。
2．论述规范性法律文件中的语言问题。

拓展阅读书目

1．谢晖、陈金钊：《法律：诠释与应用》，上海译文出版社 2002 年版。
2．朱德熙：《语法讲义》，商务印书馆，1982 年版。

第十二章　学术法律语言

本章教学目的和基本要求：介绍和分析学术法律语言的概念、特点、作用、应用特色，强调其在实用构成体系中的地位。

学时分配：2 学时

第一节　学术法律语言的概念与特点

一、学术法律语言及其理由

如果说，法律语言是以专业范围为界限的行业语言，那么涵盖法律语言全部内容的仅为法制定和法实践所用的语言显然还不够。

学术法律语言是指法律学科的学术交流语境下使用的符合规范的语言。如学术专著、教科书、学术论文和工具书等书面语言及学术演讲、教学演讲等口语。

亦可称之为学术语言或学理语言，它是法律语言的一个组成部分。

二、学术法律语言的特点

（一）创造性

创造语词和一些特殊句法。这种创造性更为明显地表现在语词系统上。

从法律语言的形成过程来看，主要的语言材料构成却是首先在学术语言的部分完成的。

要创造适量的语词因素、语句规律，从而指导立法、帮助司法。

（二）科学性

寻求真谛的庄严、循序推理的审慎，表述形态与内容是不可割离的。

（三）超前性

主要指超前于立法。

（四）诠释性

总是要说明某种问题的是什么与为什么。

第二节　学术法律语言的作用

一、法律语言体系中的学术法律语言

学术语言与立法、执法、司法语言之间是互动的良性关系。学术语言为立法语言整体的建立和构成提供了广泛的基础，即立法语言以学术语言为基础而产生。立法语言一旦固定，反过来也影响学术语言。

执法与司法语言直接受立法语言的限制和支配，在与学术语言的关系上却呈一种间接影响态。

二、学术法律语言的主要作用

（一）支撑学科

一是支撑法律学科；二是支撑法律语言学科。

学术语言在法律语言的整个系统中占有着关键的位置，它向立法语言、执法与司法语言输送材料和养分，控制着法律语体的表述习惯和风格走向。

（二）促进立法

能为立法表述提供丰盈的语言材料与语言手段。

（三）析解法律

法律专用术语、特殊句法及语体习惯正是需要在学术表达中一一理清。

（四）帮助执法和司法

执法和司法行为过程中借用学术语言材料，能够增强执法、司法语言所表达内容的深度和广度，扩充语言容量，更好地发挥语言功能。

三、专业语言资源的生成和走向

学术语言承担创造、储存、控制和整合语言资源的职能。

在学术范围内生成语言资源，包括两个层面的意义：第一，为行业的表述提供所需材料；第二，形成大量的语料，可供作基本的语言分析。

第三节　学术法律语言的应用特色

一、语汇的丰沛性

第一，在语汇的量上可以说学术语言中包含全部的法律术语，拥有着最大量的专业术语。

第二，不时所有的术语都强调纯粹的单义性。

第三，单字词在立法、执法与司法表述中已缺乏基本的语境，而在学术语言中一些单字词还是有充分使用前提。

第四，由于学术语汇的丰富，使得词法、句法也有了相应的专业特征。

二、语言的灵活性

较之立法、执法与司法语言，学术语言在表述的具体运用上有较大的灵活性，称之为学术自由度。

体现为：其一，语言表述不时条文化、格式化的，可充分地阐发、议论，句法、句式不受严格的限制。

其二，专业术语能够简化，即用简称。

其三，采用适当的修辞手段。

三、语体风格的专业性

学术语言的风格，总结为“学术风度”。这种学术风度来源于思维过程和表述姿态。

复习与思考题

1．在法律语言体系中，学术法律语言的地位及主要作用。

2．如何平衡“学术风度”和“学术自由度”。

拓展阅读书目

1．谷安梁主编：《立法学》，法律出版社 1995 年版。

2．杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社 1999 年版。

第十三章　执法与司法法律语言

本章教学目的和基本要求：阐述执法与司法语言的概念、特点、分类，执法与司法语言的表达，执法与司法的语言误区。

学时分配：2 学时

第一节　执法与司法语言的涵义与特点

一、关于执法与司法语言的概念

执法过程和司法过程中的语言运用呈现的态势是丰富而立体的。

执法和司法语言既具有连贯性，又有法定阶段上的严格区分。

执法与司法语言是法律语言体系中的一个重要组成部分，是贯穿于执法与司法行为过程的语言文字的表意系统。即运用法律过程中所用的语言。

虽然执法与司法语言中话语角色较多，但并非所有参与话语活动者使用的皆为法律语言。

执法与司法语言着重是指相关法律行为主体在执法和司法程序中所使用的规范的行业语言。

二、执法与司法语言的特点

（一）程序性

是其天然的属性。这并不意味它是绝对的。

（二）格式性

意味着行文的规定性及行文形式的完整性。

也不是强调完全机械的表述。

（三）繁复性

一方面指对语言程序的规定较为细致，另一方面就主要指这种实用中的处于变化着的常态。

当然也要与简洁性协调起来。

（四）过程性

执法与司法语言是有赖于过程的流动、发展才存在的，才有运用的意义。

过程性是与阶段性相容相伴的。

三、执法语言与司法语言的共通性和差别性

共通性，即它们都是法实践的语言形态，都是依赖法定程序构成的语言过程。

作为两个独立的法学概念，执法与司法在行为逻辑和内容所指上有所不同。

第二节　执法与司法语言的分类

一、主体类型

按语言的使用主体分类：

（一）执法与司法主体使用的语言

包括：执法机关、司法机关，操作语言则由代表执法、司法机关实施权利（力）义务的工作人员完成。

（二）律师及其他代理人使用的语言

律师，尤其是出庭律师在执法司法过程中是一个重要的角色。除律师外的其他代理人，在法定程序中运用语言当然与律师遵循的原则是一致的。

（三）诉讼主体使用的语言

诉讼主体在这里主要指诉讼程序的原告、被告。囊括所有的诉讼主体和准诉讼主体。

（四）其他主体使用的语言

参与到执法司法语言互动过程当中的个人和组织。

二、文书类型

法定的一系列文书种类，是法定程序的文本标志。

（一）诉讼类文书用语。包括起诉书、上诉状、仲裁申请书、复议书等。

（二）裁判类文书用语。司法与准司法行为必须使用的，包括裁决书、裁定书、行政复议决定书等。

（三）笔录类文书用语。将整个执法司法程序的所有过程记录下来。

（四）报告类文书用语。关于一手材料的文字报告。

（五）演词类文书用语。主要是诉讼阶段的语言体现。

三、物质形态分类及执法与司法书面语

由语言的物质形态判断，可以分为：执法司法书面语和执法司法口语。

广义的执法司法书面语，是指一切落实为文字的表达形式和记录形式。狭义的执法司法书面语，是指有完整的行文法则和明确的章法的文字表达形式，记录类的文字一般不在其中。

执法司法书面语的规范，主要是靠法律来规定。

第三节　执法与司法语言的表达

一、执法与司法语言的表达方式

（一）执法与司法语言的主要表达方式

叙述用于反映过程性较强的事物；说明用于解说事物、阐释事理；议论用于立论驳谬、阐明观点。

一定的法律行为发生时，过程性是它的重要特征之一，而用书面语言反映这种过程性，就必须用叙述。由于各种文书格式和段落内容的严格规范，又使得叙述有规则、有限制地与用于实际行文中，充分恰当地发挥它的作用。

许多符合法律程序并具有法律效力的行为必须以书面形式完成，构成了庞大的执法与司法行文体系。决定了运用说明的必要性和必然性。

由于须使自己的立场和主张成立，就决定了要以议论为主来展开表述，从而加强力度。文书中的议论不可能独立使用，必须以事实为基础，在叙述事实、说明情况的条件下，

推理思辨、分析判断，从而得出有力的结论。

二、执法与司法语言的语体优势

执法与司法语言的语体色彩是丰富的，也能够呈现出相应的语言优势。

语言优势集中地体现为：动态的活力。

执法与司法语言处于动态的变化之中，它是在程式的严格规定性中的一种动态变化，凝聚了辩

证的特色。

这种动态语言表达的魅力在于，既严格遵循法定的秩序，同时又充分调动语言机能，使智慧、功力、目的都溶进表述当中去。

三、执法与司法语言中的特殊表达形态

与立法语言不同，执法与司法语言中带有较大普遍性的特定语言模式现象不突出。

较为突出的是执法司法中的弹性语言现象，即在执法司法程序中运用具有表意张力的语词或语句。立法语言的弹性语言现象对执法司法语言产生了很大的影响。

像表程序的开始、进行、结束的例行语言，由汉语特色而形成的四字短语的使用，也都属于执法司法语境下的特殊表述形态。

第四节　执法与司法的语言误区

一、语体混杂

不同语体的形成，是它们所承载内容独立的标志。

执法司法语体不应承担其他语体的职责，只完成自己的法定功能。

语体独立必然要求领域语言的独立规则。规则一方面靠法定，另一方面，行业不成文的良性的习惯法则也应遵循。

二、语言污染

应做到反对语言污染，保持健康纯洁的民族语言。

在执法司法过程当中，语言污染主要体现为语言使用的不纯正、不规范，破坏了领域语言的行业属性。

各语种之间、领域语言与通用语言之间、各领域语言之间互相借用语词，是正常的现象。但无序和过度的借用，会导致混乱。

为避免语言污染所造成的不便，可考虑在执法司法程序中不用简称，不采用佶屈聱牙的使用不普遍的外来语。

三、语言歧视

体现为语言实体的歧视和语言姿态的歧视。

语言实体的歧视，是指使用语言时的错误认知，包括对言语交流对方所操语种、方言的蔑视，也包括对其措辞用句的不屑。

语言姿态的歧视，是指使用语言时的不正确不可取的态度，导致语言态势冷漠、粗暴。

语言态势与身体行为其实施一体的。

主要原因和问题的是执法与司法主体的职业素质，其中包括职业语言的素养。

四、赘语冗词

“说话的毛病”。书面语主要是文法上的问题，口语则因人而异。

语言要以法定规则为准则，简洁有效，符合行业规范，杜绝无效语言。

复习与思考题

1．“以言行事”理论在执法与司法实践中的使用维度。

2．执法与司法语言中的特殊表述形态，与立法语言中的表述形态有何不同？

拓展阅读书目

1．[美]E.博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社，2001年。

2． J.L.Austin,*How to Do Things with Words*,Foreign Language Teaching and Research Press and Oxford University Press,2002．

第十四章　法律口语

本章教学目的和基本要求：介绍法律口语的概念、存在形态，分别阐述了学术口语、执法与司法口语，强调法律口语的理论原则及应用规则。

学时分配：2 学时

第一节　法律口语的范畴与要求

一、关于法律口语

语言的概念是对人类所有用以表达的文字符号系统和声音符号系统的总称。

言语是指具体的语言行为；话语是指口语形态的语言行为。

多数情况下，法律口语需要书面的准备。

法律口语的运用要处理诸如口语与书面语的关系、口语内容的计划、口语应变等多方面的问题。

二、法律口语的存在形态

从法律行为的主体看，分为：学者口语、执法司法者口语和法律行为其他参加人口语。

由法律行为的程序，可分为：法定的口语和非法定的口语。前者表现为法律规定必须由口语的物质形态完成的程序，由法律依据，后者则没有。

由语境条件，可分为：学术口语和执法司法口语。前者为学术研究和学术交流环境下使用的口语，后者为执法司法程序中使用的口语。

从法律口语的宏观构成上，可分为：完全书面基础上的口语和不完全书面基础上的口语两大类。前者指用口语表达之前必须有完整的书面准备。后者指口语表达不完全依照事先的相关书面准备，而是根据语境要求现场组织语言。

三、法律口语的使用要求

从语言学和法学的双重背景出发，法律口语使用应关照综合的标准：

（一）符合法律规范和语言规范

法律规范包括程序规范和学术规范，执法司法口语着重强调前者，学术口语注重后者。

（二）适应书面语与口语的双重要求

要考虑口头表达的可接受性；还要考虑同样内容的文字形式应符合格式、行文、语体、德规范。

（三）增强主观意念与感情色彩

根据语境，适当地增加主观感情色彩，有助于加强观点立场的表达。

（四）调动多种句式与修辞手段

法律口语在运用句式及修辞手段方面具有一定的丰富性。

（五）力求语感顺畅和衔接自如

须体现出口语的特质，使之衔接流畅，既有匀称的适度的音节起伏，又有抑扬顿挫的语感。

第二节　学术口语

一、学术口语的内容

学术口语是行业内部进行学术信息转达、发表学术思想的必要方式。在法律语言学中，是指法律从业者在理论探讨和交流过程中，以声音为终结而形态而构成的规范表达形式。

学术口语涉及教学语言学及演讲学等多方面的交叉内容，但根基在法学中。

二、学术口语的意义

（一）示范作用

学术口语一般具有稳定的语境和受众对象，首先要起到专业示范的作用。

（二）约定作用

学术口语在运用过程中形成的语言规则为执法与司法当中的口语运用无疑起着最基本的约定作用。

（三）愉悦作用

学术力度体现在起伏张弛、抑扬顿挫之中，使得受众在学术的氛围里获取到学术的愉悦。

（四）供给作用

学术口语实施的场合决定了学术资源的输出走向，尽管可能有对话的互动情况，但所有的口语都是以供给为目的的。

三、学术口语功力

成功的学术口语由熟稔透彻的专业知识和理论修养，是坚实的内容基础。

口语的表达是一种临场实践活动，一定量的经验积累十分必要。口语的声音特质要求表达的过程始终具有磁力。

四、学术口语的规则

实施学术口语的环境不是法定的程序，其所表达的观点也是非正式的，但这并不意味着学术口语就是随意的，事实上它要遵循一定的规则：

第一，要有法的理论含量。

法的理论含量的高低，决定着口语的质量和效果。

第二，将法学理论通俗化。是指在专业范围内由书面语转换为口语这段距离的变化。

第三，言辞适当。学术口语须遵循严谨的原则，是言辞表述恰如其分，不应使口语流于松散。

第三节　执法与司法口语概述

一、执法与司法口语的基本涵义

是指在执法程序、司法程序中以声音为终结形态的语言表达系统。

二、执法与司法口语的法理意义

执法与司法口语基本上是在法定的程序中运作的，其构成形式受法律限定。

就语言表述的规则而言，其理论支撑主要体现在话语权上。

话语权是语言权的一部分，同时也是语言权的具体体现，语言权又是人权的一部分。

执法司法程序就是一种语境，并且是具有法定性质的语境。

话语权涉及的第一个问题是话语主体。

以对话语控制力的强弱为标准，将执法司法程序中的话语权主体分作：主动主体与被动主体。司法主体属于主动主体一类；被动一类则为执法司法中的其他角色，他们的表达由程序而决定。

（一）直接话语权

包括现有法律所规定的所有话语形式，诸如陈述、辩论、告知、宣读、询问等等。其特点：是具有语言物质的纯粹性和言辞表达的彻底性，即以声音的物质媒介表达出各方主体需要表达的内容。是话语权构成体系中最基本的实体部分。

（二）异态话语权

异态，是相对于上面的“直接”而言的，主要指言辞的非直接表白性及适当的曲折性。

1．沉默权　是一种特殊情态的间接体现。

2．质疑权　对程序进行过程中出现的有关问题产生质疑。

3．拒绝权　拒绝的对象是言辞的使用，也是与直接话语权权相匹配的。

异态话语权之于直接话语权是必要的相辅，它的完善有利于构建立体、全面的话语权系统。

（三）话语义务

防止语言不作为和滥用拒绝权和沉默权。

三、执法与司法口语的类型

以法律行为的过程为标准，分为行政行为口语、诉讼口语。

由使用主体划分，有执法司法主体口语、诉讼主体口语、律师及代理人口语、辅助群体的口语。

从口语的思维构成角度看，可分为宣读性口语、背诵性口语、发挥性口语。

以法庭为实体符号，进行分类：

（一）法庭口语

进入实质性诉讼程序后依法发生的口语行为，归类为法庭口语。

（二）非法庭口语

法庭之外的法定话语，归类为非法庭口语。

四、法定口语程序

执法司法本身就是法定的程序，口语表达作为其必然组成部分，也就带着先天的法定性。

口语程序的法定性如何体现在法律当中，立法的实际状况并不完全一致。

第四节　执法与司法口语的情态及样式

一、执法与司法口语情态概述

主要是由法定话语程序、法定话语权力（力）所限定的语言样式。可以划分为规定性的口语和技术性口语。

二、规定性口语

规定性，是指由严格的程序规定及内容范围的规定。

（一）告知

告知行为的主体是执法者与司法者，单一并且稳定。所告知的内容一般也是固定的。

（二）宣读
（三）宣告
（四）宣布
（五）陈述

三、技术性口语

是指在法律规定的话语范畴内，在一定语言量的准备下，能够相对自由地实施对话。

相对于规定性口语而言，它有不确定的因素，属于非规定性的。它靠智慧与语言艺术支撑，体现着话语实施者的语言功力。

（一）刑事诉讼程序中的“三问”

1．发问　表明问答双方的平等关系

2．询问　询问的主体是执法和司法人员，询问的对象为证人、被害人、鉴定人等。

3．讯问　讯问有明确单一的问话对象：犯罪嫌疑人。

（二）调查

1．取证调查

证据是司法的命脉，取证调查也必须是实质性的。

2．法庭调查

是一个严格的审判程序，具有程式性和法定性的特点。

主张、举证、诉求等都要在“调查”这个阶段中表达出来。

（三）调解

是中华文化土壤中产生的富于特色的法治内容。可以有：民间调解和司法调解。

（四）辩论

辩论原则是诉讼法的重要原则，贯穿在三大诉讼法当中。

法庭辩论是一个法律程序，具有很强的规定性。

四、技术性口语指要

以“问”为例进行分析。首先，“问”的存在，需有“答”来应。

其次，在此基础上最重要的是使话语链有效进行。

第五节　法庭口语功力

一、语言智慧

话语互动是双方或多方的语言行为，语境的不同确定了话语互动的目的上、姿态上的差异。

智慧体现为话语，话语承载着智慧，融为一体。

二、法庭上的语言智慧

法庭的交互式语言是典型的由话语互动而促成的言语链现象，并且是由多方主体构成的。

三、法庭上口语形式的完整性

司法程序中口语形式受口语程序的制约，法定程序中必须采用的话语方式，可以说都是法庭口语的形式。这些法定形式都必须体现衔接性、完整性。

四、口语功力的展现

语言功力是由一个人的综合质量带动的，同时又是人的综合素养的必然组成部分。
各种法定口语形式正是考验和展现相关的人语言功力的机会。

五、口语功力的积淀

（一）综合职业素养
（二）适应情境的良好心理状态
（三）足够量的实践磨练

复习与思考题

1．学术口语对执法与司法口语的影响及其表现。
2．在法律口语研究中，法庭口语或法庭言辞（演说或论辩）艺术的地位。

拓展阅读书目

1．易延友：《沉默权的自由》，中国政法大学出版社 2001 年版。
2．孙长永：《沉默权制度研究》，法律出版社 2001 年版。
3．贺卫方：《正义的行头》，载于《北大演讲百年精华》，中国档案出版社 2002 年版。

《法律逻辑》教学大纲

王　洪　编写

目　录

前　言.....130
一、本课程性质、编写目的、课程简介.....130
二、本课程的教学目的和基本要求.....130
三、本课程的学时分配.....130
第一部分　绪　论.....131
一、法律逻辑学的研究对象.....131
二、法律逻辑学的性质.....132
三、律逻辑学的作用.....132
复习与思考题.....132
拓展阅读书目.....132
第二部分　法律分析与批判：逻辑理性、实践理性、价值理性.....133
一、逻辑理性.....133
二、实践理性.....133
三、价值理性.....133
复习与思考题.....134
拓展阅读书目.....134
第三部分　法律的不确定性：不明确性、不一致性、不完备性.....135
一、不明确性.....136
二、不一致性.....137
三、不完备性.....138
复习与思考题.....139
拓展阅读书目.....140
第四部分　法律推理的类型.....141
一、解释推导.....141
二、还原推导.....141
三、演绎与类比推导.....141
四、辩证推导.....142
五、衡平推导.....142
复习与思考题.....143
拓展阅读书目.....143
第五部分　法律推理的方法.....144
一、逻辑推导.....144
二、目的推导.....145
三、价值推导.....146
复习与思考题.....146
拓展阅读书目.....147
第六部分　法律推理的正当性问题.....148
一、法官义务：公开判决并说明判决理由。.....148
二、有限权能：“针对个案”和“候补性”。.....148
三、经验理性：预设和基点选择“双重一致性”。.....148

四、价值理性：预设和基点选择“衡平与正义”。 148
五、逻辑理性：推论之“必然地得出”即前提与结论具有内在一致性。 150
复习与思考题 150
拓展阅读书目 150

前　言

一、本课程性质、编写目的、课程简介

课程性质：本课程是法学专业限修课程以及全校其他专业通选课之一。

编写目的：本大纲旨在建立《法律逻辑》教学内容的框架体系，制定组织教学的线索以及实施教学的过程和步骤。在实际教学的过程中依据学生的实际情况在学时分配和内容详略方面有所调整。

课程简介：法律逻辑课程是一门基础性、工具性、方法论课程。本课程由逻辑学研究所开设。它是我校法学专业限修课程以及全校其他专业通选课之一。主要介绍法律逻辑的基本理论和方法。着重介绍法律分析、法律批判、法律推理与法律论证的理论和方法。主要内容包括：（1）形式理性、实践理性、价值理性的法律分析与批判理论；（2）法律不明确性、法律不一致性、法律不完备性的法律不确定性理论；（3）解释推导、还原推导、演绎与类比推导、辨证推导、衡平推导的法律推论理论；（4）形式推导、目的推导、价值推导的法律推论方法；（5）法律推论的正当性或合理性问题。

二、本课程的教学目的和基本要求

教学目的：本课程使学生掌握法律分析与批判、法律推理与论证的基本理论和方法，提高学生的法律分析与批判、法律推理与论证能力，培养学生的形式理性、实践理性和价值理性精神，从而提高学生的法律思维素质，提高学生的发现问题、分析问题、解决问题的能力。为学习其他法律专业课程打下基础，为从事法学理论研究和法律实际工作打下基础。

基本要求：本课程的先修课程为《逻辑导论》和法学的一些基本课程。该课程的教学在逻辑学和法学基本知识的基础上展开。该课程在体系和内容方面力求体现法律逻辑学的基础性、工具性、应用广泛性。着重介绍法律分析、法律批判、法律推理、法律论证的基本理论和方法，提供法律思维的基本工具和手段。同时该课程力求体现法律逻辑学的前沿性、时代性，充分吸收法律逻辑研究的最新成果。注重运用案例教学方法和交互式讨论教学方法，注重运用现代教学理论和包括多媒体在内的现代化教学手段。以适应法律逻辑教学改革和课程建设的需要，适应法律专门人才素质与能力培养的需要。

三、本课程的学时分配

本课程共 36 学时，周 3 学时。本课程共进行 12 周。包括课堂教学、课堂训练、课堂讨论、课堂考查。

第一部分　绪　论

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解法律逻辑学的研究对象、性质和作用。
学时分配：3 学时

一、法律逻辑学的研究对象

法官审理案件处理纠纷时要解决三个问题：其一，确认事实；其二，寻找法律；其三，将案件事实置于法律规范之下，根据事实和法律做出判决。在获得司法判决结果的过程中，法官必然要进行三种意义上的论证，从而必然要进行三种意义上的推理：事实推理、法律推理、判决推理。

我们把确认事实、探寻事实真相的推论称为事实推理（Factual Inference ）。事实推理旨在确认证据事实，并且基于证据事实确认案件事实，以此作为裁判小前提，为做出司法判决准备事实上的根据和理由。

案件事实一旦被确认，接下来法官要做的工作便是，寻找可资适用的法律条款、规定、规则或原则，将其作为裁判依据，把具体案件置于该法律规定、规则或原则之下。在寻找法律的过程中，法官会遇到以下情况：对于具体案件而言，其一，法律未规定或无明文规定，法律规定存在漏洞或空白；其二，法律规定模糊不清、含混歧义或笼统抽象；其三，法律规定相互冲突、相互抵触、自相矛盾；其四，法律规定与法律真实意思、法律意图或目的、法律精神相悖，直接适用法律规定会造成违背立法本意、法律意图或法律精神的结果；其五，直接适用法律规定会明显有悖于社会利益、社会效用、社会公共政策或社会正义公平观念，造成显失公平、公正的结果。在这些法律不确定的情境中，就需要法官对法律条款、规定、规则或原则进行推论。

我们把解读、重构、填补、创制法律的推论称为法律推理 （Legal Reasoning）。法律推理旨在探寻法律的真谛、平衡法律的冲突、填补法律的漏洞，获得可资适用的法律规定、规则或原则作为上位规范，作为裁判大前提，为司法判决准备法律上的依据和理由。

我们把以事实推理与法律推理的结果为前提和根据得出判决结论的推论称为判决推理（Judicial Reasoning）。其中，事实推理的结果是裁判小前提，法律推理的结果为裁判大前提，判决推理的结果是对具体案件做出的判决。判决推理是适用法律的过程，是将经发现、重构、填补、创制的法律具体应用于当前案件，将案件事实纳入该上位规范之下进行司法归类的推论过程。判决推理旨在基于事实和法律对具体案件做出判决。

事实推理、法律推理、判决推理是三种不同的推理。它们推理的目标和结果不同，推理的理由和根据也有所区别。它们有着不同的推论方式和方法，有着不同的推论规律和规则。它们不可互相替代，也不可相互归约。确认事实的推论过程不完全是逻辑推论的过程，同样地，寻找法律的推论过程也不纯粹是逻辑推论的过程。然而，法官基于事实理由和法律理由得出司法判决结论的过程，却是一个逻辑推论的过程，这个过程完全由逻辑规则支配，完全可以根据逻辑规则来建构。一旦通过事实推理和法律推理建立了裁判小前提和裁判大前提，那么，只要诉诸演绎推理的逻辑规则，就能进行审判推理，必然地得出司法判决结论。因此，与事实推理和法律推理相比，审判推理是比较简单的，只要运用或遵循逻辑规则即可。这样一来，审判推理的主要困难，并不在于从已建立的裁判大前提和裁判小前提推出判决结论，而在于如何进行事实推理和法律推理建立起裁判大前提和裁判小前提。案件事实一旦被确认，紧接着需要考虑的问题便是进行法律推理，寻找可资适用的法律规定或规则，建立起审判推理的大前提。在大陆法系，正式的法律渊源只是指制定法。在英美法系，制定法和判例法都被认为是正式的法律渊源。应当指出，法官从制定法中寻找可资适用的法律规定或规则以及从判例法中寻找可资适用的法律规则或原则，它们是两种有所不同的推论过程，当然也有某些共同之处。从制定法中寻找法律的推论过程，不妨称为制定法推理；从判例法中寻找法律的

推论过程，不妨称为判例法推理。在英美法系国家，法官寻找法律理由既有制定法推理，又有判例法推理。在大陆法系国家，法官寻找法律理由只能运用制定法推理。

从制定法或判例法中寻找法律理由，这并不总是一件简单的事情。倘若认为所有具体案件的特定情况已在法律中被预见到，并且其有关规定或规则是明确无误的，法官只需仅仅从语言本身就能确定条款的含义，从而获得裁判大前提。这既不符合事实，也是一个“不可能的幻想”。不可否认，某些法律条款的含义从字面上就可一目了然，人们对其含义不会发生误解和争议。但是，同样不可否认的是，某些法律条款由于其中出现意思含混不清的字眼，

其含义变得模棱两可、捉摸不定，令人颇费踌躇。也许正是由于某些法律条款缺乏这种确定性或明确性，使得人们认为法官能够按照自己的意愿随心所欲地对有关条款妄加解释，法律条款只不过是一个空瓶子，法官可以任意地倒进任何东西，而且认为这是一个“反复出现的恶梦”。实际上，法官行使的这种特别的任意决定权或自由裁量权还是要受到法律限制的。如果这种限制仅是一种神话，法官可以基于幻想、热情、偏见，甚至抛一枚硬币来决定法律条款的含义，那将是不能容忍的。值得指出的是，没有任何一个法官承认自己是基于上述基础来判案的。如果那幻想是怪诞的而那恶梦又是想象之中的，那么法官们到底应当怎样为具体案件寻找法律上的理由呢?法官们实际上又是如何进行法律推理的呢?追寻法官们的心路，领略他们的灵感和智慧，理会他们的方法、策略和艺术，无疑是必要的、有启发意义的，也是引人入胜的。

法律逻辑学是一门关于法律推理或法律论证技术和艺术的学问。它主要以法律推理或论证为研究对象。它主要研究法律推理的正当性或合理性性问题。它的主要任务是系统地研究法律推理规律、规则和方法，从而提供法律推理正当性或合理性的判定或评价准则，提供正当地或合理地进行法律推理的推导规则或方法。法律逻辑是一门逻辑学与法学交叉的学科，它是一门尚处创建阶段且正在迅速发展的学科。

二、法律逻辑学的性质

法律逻辑学一门基础性的学科，法律逻辑学的基本理论是法学领域普遍适用的原则和方法。法律逻辑学是一门工具性的学科，它为法学研究和法律实践提供法律分析、法律批判、法律推理、法律论证的基本工具。

三、律逻辑学的作用

法律逻辑学的基本理论和方法是正确制定法律、解释法律、适用法律不可缺少的重要工具。

1．有助于人们正确地规定和表达法律规范、规则与原则。

2．有助于人们正确地解读、重构、填补、创制法律，正确地探寻法律的真谛，平衡法律的冲突，填补法律的漏洞。进行正当的、合理的、具有说服力的法律推论。

3．有助于人们揭露和驳斥错误的、不当的法律制定或法律解释。

4．有助于人们揭露和驳斥错误的、不当的法律推论或法律论证。

复习与思考题

1．什么是事实推理、法律推理、判决推理？

2．法律逻辑学研究的问题是什么？

拓展阅读书目

1．《司法过程的性质》　[美] 卡多佐　商务印书馆　　1998 年第 1 版　　引论

2．《法律推理引论》　　[美]　列维　中国政法大学出版社　2002 年第 1 版　第 1 部分

第二部分　法律分析与批判：逻辑理性、实践理性、价值理性

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解逻辑理性、实践理性、价值理性及其在法律分析与批判中的运用。

学时分配：6 学时

一、逻辑理性

所谓逻辑理性，是指思考、追问以及追求思想的逻辑性或思想在逻辑上的合理性。思想的逻辑性包含两层意思：其一，是指思想自身的一致性（co-rrespondence）、一贯性或无矛盾性；其二，是指思想之间联系即推论（inference）的必然性（in-evitability）。逻辑分析主要指分析和判断思想一致性、一贯性或无矛盾性以及推论或思想之间联系的必然性。逻辑理性足一种追根究底的追问和思考，是一种基本的追问和思考。逻辑理性的要求，是所有理性要求的底线。所谓法律的逻辑理性，亦称为法律的形式理性，是指“法律思维的理性是建立在超越具体问题的合理性之上，形式上达到那么一种程度，法律制度的内在因素是决定性尺度；法律具体规则和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里，那里富有极高的逻辑系统性，因而只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里，才能得出对具体问题的判断。”

二、实践理性

所谓实践理性或目的理性，是指思考、追问以及追求思想或行为的合目的性或手段目的上的合理性。合目的性或手段目的上的合理性，包括以下两层意思：其一，思想或行为本身具有实现的可能性，存在使它成为现实的手段；其二，思想或行为作为手段能够达到既定的目的，即与目的具有一致性，而且对于达到既定目的而言，这种手段是必要的或必须的。1904 年韦伯在《“Objectivity”of Knowledge in Social Science and Social Policy》一文中认为，达到某一特定目的合理性的手段问题是可以为科学所分析的。在他看来，目的上的合理性是指一项行为或对行为的抑制可被认为倾向于达到某种期待的目的或后果，即这一项行为或抑制被认为根据其行为的目的理由被证明其是合理的。一项行为被证明是没有目的理由的，就不是目的上合理的。目的考量主要是指首先探寻思想或行为欲实现的目的，然后分析和判断思想或行为的可能性及其合目的性。正如霍姆斯所言：在法律推论中，“我们有责任考虑并且估量立法的目的、达到目的的手段以及成本。我们得知要得到任何一样东西，我们都不得不放弃其他什么东西，我们被告知用我们所得的利益来对比我们失去的利益，并从而知道我们挑选什么。”在不同规则中作出选择，取决于认为哪条规则最符合某些基本目的，哪一条对达到目的更适合、更适当。使手段适合目的，即手段目的理性或实践理性，是法律中所使用的重要手段，以至于波斯纳认为：“尽管对大多数律师和法官来说不熟悉手段目的这个术语，手段目的理性却是比逻辑，这个法律界玩弄的很多的术语，更接近于法律事业的中心；或是比类比推理更接近法律事业的中心。”

三、价值理性

所谓价值理性，是指思考、追问以及追求思想或行为自身的价值正当性或价值上的合理性。思想或行为的价值正当性包括以下意思：其一，思想或行为满足某种正当利益需求；其二，思想或行为自身与某种正当价值取向一致；其三，思想或行为自身就是正当的。正如韦伯所言：价值上的合理性，是指某一项行为或对行为的抑制可被认为其本身是对的，或其本身是好的，而不考虑任何进一步的目标或目的，即这项行为或对行为的抑制被认为根据其行为自身的价值理由被证明其是合理的。一项行为被证明是没有价值理由的话，就不是价值上合理的。

复习与思考题

1．什么是逻辑理性、实践理性、价值理性？
2．什么是立法不当？

拓展阅读书目

1．《法律的道德性》　[美]　富勒　商务印书馆　　2005 年第 1 版　　第二部分
2．《普通法的本质》　[美]　艾森伯格　法律出版社　2004 年第 1 版　第 5 章

第三部分　法律的不确定性：不明确性、不一致性、不完备性

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解法律自身固有的不确定性：不明确性、不一致性、不完备性。

学时分配：6 学时

成文法自近代以来，其自身处于不断发展的过程之中。首先是对成文法规则的绝对强调，否定成文法中存在任何不确定的因素。它的思想基础便是 17、18 世纪盛行于欧洲大陆的唯理主义。在唯理主义的影响下，近代成文法从一开始就对成文法规则的确定性予以绝对地承认，这种观点被 19 世纪欧洲大陆德、法等国的概念法学或法典万能主义发展到极端。概念法学持有一种理性主义信念，对人类的理性能力和语言的力量深信不疑，他们强调法律的逻辑理性，忽视或否定法律的实践理性和价值理性。在这种信念的引导下，他们认为，立法者充满理性，而且理性也能够保证立法者对于立法所面临的需要解决的问题，不但能够加以足够的认识和预见，而且可以充分地加以表达和决断。在他们看来，成文法体系或法典是“被写下来之理性”（la raisonécrite；ratio scripta），成文法体系或法典本身是完美无缺的（1a plénitude du droit），不存在任何漏洞，根本无所谓漏洞，具有明确性、一致性和完备性，具有“逻辑的自足性”（die logische geschlosseit）或“论理的完结性”，是无缺陷的，在他们看来，成文法体系或法典俨然构成一个上下之间层次分明、上下层属关系结构严谨的“法律秩序”，当缺乏某个下位阶概念时，可求助于其上位阶更抽象的概念，可从该上位阶抽象概念合乎逻辑地得出解决具体案件所需要的具体概念。在他们看来，探求法律意思，寻找法律理由，只需要依“概念而计算”（das rech-nen mit begriffen），即概念分析，或纯粹形式逻辑推演即逻辑分析，无须也不应当进行目的考量、利益衡量和价值判断，就可从一个根本的、一般的法律规范逻辑地推出所有法律规范。

18 世纪以来，以“遵循先例”为基本原则，英美普通法系经数百年发展，像珊瑚的生长一般，逐步形成浩如烟海的判例，但整个法律体系缺乏明确的法律概念和逻辑性而显得杂乱无章，晦涩难懂。以边沁为先锋，历经奥斯丁、霍兰德、萨尔蒙德、凯尔森、格雷以及霍菲尔德等人，分析法学批评当时法律概念、术语歧义丛生的现象，不满含混歧义的法律概念带来的混乱，为消除这些混乱及其带来的理解上的阻碍，开始对普通法的梳理工作。他们分析实在法律制度、基本概念和观念，严密详尽分析司法程序和法律方法，通过法律概念分析，从逻辑上澄清思想。20 世纪初，美国法学家霍菲尔德（wesley H．Hohfeld）和考克雷克（Albert Kocourek）等人认为，复杂的法律概念和关系不过是其不同组合，只要运用逻辑分析方法，精炼和详尽界定法律概念，寻找法律概念的“最小公分母”，就能消除法律概念的不明确性，使法律概念明确化，使立法具有无可置疑的明晰性和确定性，并以此作为法律恒久不变、牢靠的支柱。在分析法学那里，法律的逻辑理性达到了极限。

20 世纪初，利益法学代表人物赫克（Philipp Heck 1858 一 1943）推翻了概念法学等编造的法律无漏洞、法律具有逻辑自足性的神话。赫克认为：“即使是最好的法律，也存在漏洞。”“这是因为，其立法者的观察能力有限，不可能预见将来的一切问题，其二，立法者的表现手段有限，即使预见将来的一切问题，也不可能在立法上完全表现出来。”①赫克的看法是以耶林（Rudolf von Jhering 1816—1892）为代表的目的法学和以厄尔里希（Eu—gen Ehrlich 1862—1922）为代表的自由法学对概念法学批评的继续，得到了以萨来（Raymond Saleilles 1855—1912）及热尼（Francois G ény 1861—1956）为代表的法国科学法学派或自由法运动以及美国社会法学、现实主义法学和批判法学普遍认同。他们认为人类创造实在法难期尽善尽美，任何实在法都不完整、有缺陷、存在漏洞。法律的正式渊源并不能够覆盖司法活动的全部领域，总是有某些领域要依靠法官的自由裁景权来决定。他们张扬法律的不确定性和争议性，否定法律的中立性、客观性和确定性。

无论是概念法学，还是霍菲尔德等人的分析法学以及后来的新分析法学，都认为法律的不明确性或不确定性是不存在的，是可以避免的。这是因为他们都深深感叹逻辑的确定性，从而十分推崇逻辑分析的方法，非常强调逻辑在法律中的决定作用，并以此认为仅凭逻辑分析或语言分析就可避免法律的不明确性或不确定性，从而建立起法律的明确性或确定性，达到法律的“逻辑自足性”。具有讽刺意味的是，给他们的观点以致命一击的并不是利益法学、自由法学以及新自然法学，而是被他们自己奉为法宝的逻辑分析或语言分析本身。正是逻辑分析和语言分析的成果推翻了他们的观点，支持了利益法学等对他们的批评。

一、不明确性

法律的不明确性是指法律概念或法律规定模糊不清、含混歧义和笼统抽象，法律概念或法律规定界限不明确、指向不明确、内容不明确。正如博登海默所言：“在法律的各个领域中，我们都发现了棘手的难以确定的两可性情况亦即边缘情况，如一个专门概念的界限范围尚未确定、或者从纯逻辑观点来看，两个或两个以上的相混不清的不同概念都可以同样适用于有关事实。……虽然两可性范围内的判决不确定性往往可以通过因袭下来的法律态度与技术而得以减少，可是概念边缘含义所指出的种种问题仍是屡见不鲜和非常棘手的。”波斯纳也直言相告：“法律的规则经常是含糊的、无底的，理由是临时的，有很多争论的。此外，不仅可以变更而且实际上也经常变更。正如博登海默所言：“一个通情达理的立法者会意识到，在他所立的法律中肯定会有不足之处。他也会知道，成文规则几乎永远不可能被表述得如此之完美无缺，以致所有应隶属于该立法政策的情形都被囊括在该法规的文字阐述之中，而所有不应隶属于该法规范围的情形都被排斥在该法规语词含义范围之外。”

首先，自然语言具有不明确性，这是自然语言的一个基本特征。威利姆斯（Glanville Williams）在其所著《语言与法律》一书中指出，一个语词或语句的中心部分或核心部分，其含义或意义可能是清楚的、明确的，但是，离开了中心，走向边缘，它就逐渐变得模糊不清了。比如“语词或语句的边缘之处的“边缘意义”（fringe of mean-ing；fringe meaning），一片朦胧，极易引起争议。这并不是立法者之疏忽，而是自然语言在所难免的性质所在。难怪博登海默感叹道：“甚至像‘糖果’这类术语，虽说第一眼看上去似乎相当具体、明确，但它在其中心含义和含义模糊不清之处也会产生解释上的困难。”

其次，自然语言具有不确定性，这是自然语言的另一个基本特征。奥地利籍逻辑学家路德维希·维特根斯坦（Ludwing Wittgenstein 1889-1951）基于他对语言的逻辑分析指出：日常语言中语词及语句的意义在于它的“用法”（Gebrauch）、“使用”（Verwendung）或者“应用”（Anwendung）。即“The meaning of a Word is its use in the language”，“look at the sentence as an instrument，and at its senseas its employment”。语词或语句仅在特定情境下才有意义，脱离了这个情境我们就不能理解它们的意思——即我们不知道用它们来做什么。他把某些语词以及同这些词联系着的活动，称之为一种语言游戏，他认为语词和语句以一个“语言游戏”为前提。维特根斯坦的研究成果表明；语词或语句没独自的固有意义（proper meaning），它的意义是相对的。因此，任何词或语句都具有某种不明确性、不确定性。脱离具体的“语境”或“情境”，离开对语词或语句“用法”、“使用”或“应用”的解释和说明，语词和语句的意义是不确定的、不明确的。而对“用法”或“使用”、“语境”或“情境”的理解和解释，又要依赖于对其更为广阔的“语境”或“情境”、“用法”或“使用”的理解和解释。倘若未作解释或解释不足，就不可能消除语词或语句的不明确性、不确定性。

再次，自然语言系统具有不自足性，从而具有不确定性。这是自然语言的又一个特征。

波兰籍逻辑学家阿尔弗莱德·塔尔斯基（Alfied Tarski 1902-1983）严格区分了对象语言（被解释的语言）和元语言（解释语言）。他指出，由于自然语言或日常语言被用作它自己的元语言，

因此，日常语言在语义上是封闭的。在语义封闭的意义上说，日常语言是自足的。但是，任何一个有限的语言系统都是不自足的。塔尔斯基的工作表明，任何一个既定的自然语言构成的系统，都是有限的，因而也是不自足的。在这样的语言系统中，总有一些看来是基本的语言，在系统中得不到规定和解释，否则解释会出现逻辑循环。现代逻辑学和语言学的成就，特别是塔尔斯基等人的工作，提醒人们应当知道如下事实：其一，找不到这样的基本语言，使得任一有限的语言系统的明确性和自足性毋庸置疑。正如自己不能抓着自己的头发把自己提起来一样，任何一个有限的语言系统都无法保证其自身基本语言的明确性和自足性，从而也就无法保证其自身的明确性和自足性。其二，即便是这些基本语言及其语言系统是明确的，我们在语言系统内部也无法证明这一点。因此，任何一个有限的语言系统，尽管它是足够强的，它也不可避免地带有某种不确定性和不明确性，它仍然是不自足的。其不明确性的消除以及意义的获得，离不开对其基本语言及其解释系统再作解释。还应指出，要彻底消除任何一个有限的语言系统的不明确性或不确定性是不可能的。这是因为，语词明确的意义来自于解释，来自于“语境”或“情境”，但是，这些“解释”、“语境”、或“情境”也需要被解释。这样一来，要彻底消除这一有限的语言系统的不明确性，就要依赖于无穷倒退或无穷递归的解释链，这就失去了现实的可能性。这样一来，美国法学家霍推尔德和考克甫克企图通过精炼和详尽界定法律概念，寻找“法律最小公分母”，以此消除法律的不明确性，使立法具有毋庸置疑的明确性，这个愿望自然就成了水中月、镜中花。但是，现代分析法学从维特根斯坦等人的工作中得到激励，对语言进行逻辑分析，从逻辑上澄清思想，以增进语义理解力和表达力，则是可取的，也是必要的。

第四，法律语言是不自足的，这是法律语言的一个基本特征。它以自然语言为载体，建立在自然语言的基础之上，离不开自然语言，依赖于自然语言。大多数法律语言，在法律语境中并未特别加以解释和界定，因而不为法律所独有，必要时还需要运用自然语言界定和解释其意义。即使只在法律语境中才有意义的法律语言，如“法人”、“诉讼代理”等，最终也离不开运用自然语言界定和解释其意义。因此，法律语言离不开自然语言，其解释语言（元语言）也离不开自然语言。这样一来，自然语言的不明确性和不确定性，以及有限自然语言系统的不自足性及其不明确性，不可避免地要传递到法律语言之上，从而导致法律概念、术语和规则的不明确或不确定。

最后，法律作为具有普遍约束办的社会行为规范，应当具有概括性或一般性。失去概括性，便失去一般性从而失去普遍约束力。由于法律要具有概括性或一般性，要指向一类人而不是某个人，要普遍适用于一类行为或现象而不是某个行为或现象，因而法律要概括出每一类社会行为或现象的共性、一般性或普遍性，而忽略其个性或特殊性，通常考虑的是那些能够说明某个特定概念或规则的最为典型或一般的情形，而把每个具体的行为或现象视为这类行为或现象中的一个表现。显然，法律普遍性或概括性的获得，是以忽略个性或特殊性为前提和代价的。这样一来，法律概念、术语或规则因其本身的概括性或抽象性，因其无法涵盖社会行为或现象的个性或特殊性，无法涵盖其具体性或复杂性，而具有不明确性或不确定性。并且法律概念、术语或规则越是概括、抽象，就越是不具体、不明确或不确定。

任何法律概念、术语及其规则不可能被表述得完美无缺、明白无误，或多或少会存在某些不完善或缺陷，存在某种程度上的不明确或不确定，存在某种程度上的争议。这是凶为：其一，立法者不可能不出现任何疏忽，不可能做到处处都思虑周全；其二，立法者的预见力是有限的，以逻辑和语言工具为主的表现手段是有限的，立法者不但不可能预见到一切，既使预见到，他也不可能将其预见到的东西在立法上完全表现出来。

二、不一致性

法律的不一致性包括内在不一致性和社会不一致性：

1．法律文字与立法本意、法律意图、法律目的和法律精神存在反差或有相悖之处。

直接适用法律字面规定或规则会造成违背立法本意、法律意图、法律目的和法律精神的结果。

2．法官有时会遇到这样的情况：其一，对于具体案件而言，法律规定或规则是自相矛盾的；其二，存在两个或两上以上的法律规定或规则，每个法律规定或规则都有足够的理由可适用于同一具体案件，但这些法律规定或规则之间是相互冲突、相互抵触、相互矛盾的。自相矛盾或相互冲突的规范，是不可能同时被履行的两个规范，当履行其中一个规范时，就无法同时履行另一规范。这两种情形统称为“法律冲突”，相应的具体案件称为“冲突案件”。

3．法官有时会处于这样的境地：对于当前的具体案件，存在明确的法律规定或规则，但是，如果将该规定或规则直接适用于此案，就明显有悖于情理，造成显失公平、公正的结果，有些不合理、不妥当，因而有正当理由拒绝适用它。这就是博登海默所说的：“对于所受理的案件尽管存在着规则或先例，但是法院在行使其所被授予的权力时考虑到该规则或先例在此争讼事实背景下总的来说或多或少是不完美的而拒绝适用它的情形。”这种情形称之为“恶法”，相应的具体案件称为“恶法案件”。在这里，“恶法”或“显失公平、公正”不是指违背立法本意、法律目的和法律精神，而是指与社会利益或社会效用、社会公共政策和社会公平正义观念相悖。

上述这些情况不但是客观存在的，而且是难以避免的。

第一，立法者的疏忽或思虑不周是难以避免的，而且立法者立法时的预见力和表达力也是有限的，难以保证法律条款在逻辑上做到首尾一贯、前后一致、相互协调。

第二，正如博登海默所言：“如果一个社会给发挥个人积极性和自我主张留有余地，那么在相互矛盾的个人利益之问肯定会有冲突和碰撞。”不仅个体利益、群体利益以及社会利益之问存在着冲突，而且其内部也存在着冲突。“法律的主要作用之一乃是调整整和调整和上述种种相互冲突的利益，无论是个人利益，还是社会利益。”立法者们根据其利益需求和价值取向，划定那些得到承认或保护的利益的界限，划定社会成员行为的自由空间，规定和约束社会成员的行为，调整和调和各种利益的冲突，法律因其由立法者制定和颁布而体现立法者们的利益和价值，并且归根结底是立法者们利益权衡和价值选择的结果。因此，立法者们利益需求和价值取向不同，必然导致法律规范的不同；立法者们利益需求和价值选择相互冲突、相互矛盾，必然导致法律规定或规则的相互抵触。由于立法上缺乏足够的抵触规则来解决立法者们利益冲突与价值冲突带来的法律矛盾或冲突以及某些立法原则和立法机制的内在矛盾，因而无法避免某些法律矛盾或法律冲突。

第三，法国数学家阿罗（K．Arrow）提炼了人们关于社会选择的四条公理。其一，广泛性公理，每一个社会成员对备选目标的偏好排序只需满足完全性和传递性；其二，一致性公理，如果社会成员都认为备选目标 X 优于 Y，则社会也应认为 X 优于 Y；其三，独立性公理，社会对部分备选目标的偏好排序只由社会成员对该部分备选目标的偏好排序所确定；其四，非独裁性公理，社会选择必须保证不存在这样的独裁者，他可以无视其他社会成员对备选目标的偏好排序而独断专行，礼会的最后选择始终由他说了算。阿罗证明了如下结论：当备选目标多于或等于三个，并且礼会成员至少有两个时，不存在任何社会选择规则能同时满足以上四条公理。这就是著名的阿罗不可能性定理（亦称为阿罗悖论）。现代逻辑学也证明了如下结果：对于任何大于 1 的自然数 n，都可以有 n 个命题，这 n 个命题放在一起是矛盾的，而这个命题都可能被群体认识与选择中的多数所认可。这个结论称为群体选择悖论或康道森悖论。

阿罗悖论和康道森悖论表明：即使某个群体中的每一个个体所作的判断与选择始终没有矛盾，以“少数服从多数”原则确立的群体判断与选择也不能保证不出现矛盾。法律也是一种群体的判断与选择，是立法者采用“少数服从多数”原则通过的。因此，卜述结论对法律系统也是成立的，立法者的利益冲突和价值冲突，势必要带来法律的矛盾与冲突。

三、不完备性

法官经常会遇到以下两种情况：其一，对于具体案件而言，法律未规定或无明文规定，没有直

接相关的成文法规则或先例，没有直接可适用的规则或先例，法律未提供任何指导；其二，实在法不能回答、不能涵盖具体案件，存在法律“缺乏”、法律漏洞、法律空白、法律空隙，法律实然不及应然、不圆满、不完备。这两种情形统称为“法律未规定”，相应的案件称为“未规定案件”。法律对具体案件未规定或无明文规定，以及实在法不能解答、不能涵盖某些具体案件，存在法律“缺乏”，存在法律漏洞，这些情况不但是客观存在的，而且是不可避免的。

第一，立法者立法时的预见力和表达力都是有限的。在制定法律时，尽管立法者要充分考虑一切可能性，但由于其预见能力的有限性，它无法预见和穷尽所有的可能和变化。在制定法律时，立法者通常是以社会现象的典型情况为依据而制定法律的，由于其表达和表达力的有限性，它无法穷尽所有的可能和变化。因此，法律只能是既定的、当时所能预见到和所能表达的社会现实的产物。对于某些具体案件，法律未规定或无明文规定，这是不可避免的。

第二，法律规范一旦规定，便具有相对的稳定性。因此，一旦社会历史条件发生变化，某些法律规范因其内在的相对稳定性，就无法完全涵盖和穷尽运动与变化着的社会行为及其现象，无法完全与运动和变化着的社会存在以及社会意识相吻合。这样一来，当时的法律不可能突破当时历史条件所限，对今天的社会行为及其现象作出完全的预见和规范。实在法不能回答、不能涵盖某些具体案件，存在法律“缺乏”或法律漏洞，就是不可避免的。

第三，奥地利籍逻辑学家哥德尔（Kurt G6del 1906-1978）在 1931 年发表《〈数学原理〉一书中的形式上不可判定的命题以及有关系统》一文中提出了著名的不完备性定理或不完全性定理。哥德尔的不完备性定理是指：（1）在任何一个包含算术的无矛盾的形式系统中，存在不可判定的命题，即这个命题在该系统中既不能被证明，也不能被否证。即存在一个命题 G，G 和一 G 在该系统中都不可证。这被称为第一不完全定理。（2）任何一个包含算术的形式系统的无矛盾性在该系统内是不可证明的。这被称为第二不完全性定理。

哥德尔用配数法和算术化的方法，在形式算述系统这一对象理论中，构造了这样一个元理论命题 G：“命题 G 在系统中不可证”。如果该系统是完备的，则由完备性的定义可知，G 或者 一G 可证（因为 G 和 一G 必有一真）。如果 G 可证，则“命题 G 在系统中不可证”为真，即 G 不可证。矛盾!如命题 一G 可证，则“并非命题 G 在系统中不可证”为真，即 G 可证。矛盾!因此，如果该系统是完备的，那么它是矛盾的或不一致的。亦即：如果该系统是无矛盾的，那么它是不完备的。由上可以得知，对于无矛盾的系统来说，这样的命题 G 是真的（即它的不可证性是成立的），但又是不可证的。因此，哥德尔第一不完备性定理义可表述为：在无矛盾的形式算术系统中，并非任何真命题都可证。

哥德尔的工作表明：任何一个复杂到一定程度的理论系统，其无矛盾性与完备性不可兼得。在逻辑上是完备的。并且，这样一个足够强的理论系统，其无矛盾性在系统内是不能证明的。即这种无矛盾性是不可能以这个理论为工具来加以证明的。任一特定的无矛盾的理论系统在逻辑上是不完备的。这是笼罩在任一特定理论系统内部不可抹去的阴影，而且，这个阴影随理论体系的扩展而不断扩大。任一特定的无矛盾随理论系统的视野范围或思维空间由理论系统自身界定，都是有局限的，都是不完备的。其理论内部的逻辑之光不能完备地覆盖理论相应的一切问题，总存在理论所不能观察到的、不能提出和发现的、不能理解和说明的、不能解决和网答的问题。并且，这问题在与该理论系统逻辑不矛盾、没有逻辑冲突的理论框架里，同样得不到解决，而只能在逻辑上相互排斥、冲突的不同理论框架中寻找答案。

复习与思考题

1．什么是法律的不明确性、不一致性、不完备性？

2．哥德尔不完备性定理的理论意义是什么？

拓展阅读书目

1．Boll & Maohovar，‘A Course in Mathematical Logic’，North-Holland publishing Company，1977.

2．郑毓信：《现代逻辑的发展》，当代出版社，1994 年版，第 127 页。

第四部分　法律推理的类型

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解法律推理的基本类型：解释推导、还原推导、演绎与类比推导、辩证推导、衡平推导。了解每一类法律推理应对的法律情境、要解决的问题和推论的目标。

学时分配：6 学时

一、解释推导

所谓解释推导，是指在法律概念或术语、法律规定或规则模糊不清、含混歧义和笼统抽象时，法官基于法律的逻辑分析，法律的历史考察，法律意图或目的的考量，法律价值的判断，以及社会习惯或惯例考察，社会利益或社会效用衡量，社会公共政策或社会公平正义的价值判断或选择等，对法律概念、术语以及法律规定或规则作出明确化、确定化或具体化的解释或推论，发掘其确切含义，消除其模糊、含混或疑义，从而获得判决的法律理由，建立起裁判大前提。其中，明确化的解释或推论，是指确定模糊概念、规定或规则的范围或界限，以消除其模糊；确定化的解释或推论，是指确定含混概念、规定或规则的所指，以消除其歧义；具体化的解释或推论，是指确定笼统抽象概念、规定或规则的具体内容，以充实其内涵或内容，消除其疑义。

倘若法官面临的法律概念、术语、规定或规则是确定的、明确的、无可争议的，那么法官无须推论，无须解释，直接援引它们就可获得判决的法律理由，建立起裁判的大前提。但是，法律具有不明确、不确定性，这就为直接援引它们设置了一道不可逾越的障碍。在寻找法律的过程中，一旦发现法律不明确或不确定，就需要法官首先对其进行推论或解释，即需要法官判明或界定模糊概念、术语、规定或规则的范围或界限，判明或限定含混概念、术语、规定或规则的所指，判明或确定抽象概念、术语、规定或规则的具体内容或具体指向。然后才能决定此条款能否适用于具体案件，能否作为具体案件的裁判大前提。一旦法官决定援引或适用本条款，即以此条款作为裁判大前提进行司法归类，这种援引，适用或归类本身就表明了法官对此条款的推论或解释，即表明了法官对此条款的边界、所指或具体指向的界定、限定或确定。

二、还原推导

所谓还原推导，是指在法律文字与法律真实意思、法律意图或目的、法律精神存在反差或相悖时，法官基于法律的逻辑分析，法律的历史考察，法律意图或目的的考量，法律价值的判断，以及社会习惯或惯例考察，社会利益或社会效用衡量，社会公共政策或社会公平正义的价值判断或选择等，对法律规定或规则进行解释或推论，发掘法律规定或规则的真实意思、意图或目的、精神，消除法律文字与法律真实意思、意图或目的、精神之间的反差或相悖之处，对法律规定或规则进行还原或重构，从而建立起裁判大前提。

在寻找法律的过程中，一旦发现直接适用法律字面规定或规则会造成违背立法本意、法律目的或法律精神的结果，即发现在法律文字与法律真实意思、法律意图或目的、法律精神相悖或存在反差时，就需要法官对相悖或存有反差的法律进行推论或解释，消除法律文字与法律真实意思、法律意图或目的以及法律精神的反差或相悖之处，坳法律规定或规则进行还原或重构，从而建立起裁判大前提。

三、演绎与类比推导

在寻找法律的过程中，在法律对具体案件未规定或无明文规定，以及实在法不能解答、不能涵盖某些具体案件，存在法律“缺乏”，存在法律洞时，法官主要运用演绎与类比推导方法，对相关

法律规则或规定进行推论或解释，发掘其深层含义和隐含意思，消除其法律“缺乏”，填补其法律漏洞，从而建立裁判大前提。

“推理是从某些陈述出发，这些已经作出的陈述必然要引起对陈述之外的另一些事物加以论断，而且是作为这些陈述的一个结果。”所谓演绎推导（deductive inference），是指从前提出发，推出一个具有某种必然性的结论，即前提与结论之间具有某种必然性，结论在某种意义上为前提所包含或蕴涵（imply）。

类比推导是指根据两个对象在某些方面具有相同或相似的属性，推断出这两个对象在别的方面也具有相同或相似的属性。法律类比推导，是指根据某个明确的法律规定或规则，以及该规定或规则的法律意图或价值取向，推论出一个类似的法律规定或规则，或者将一条法律规则扩大适用于一种并不为该规则的措词所涉及的，但却被认为属于构成该规则基础的立法意图或法律价值取向之内的事实情况。法律类比推导，其前提与结论之间不存在任何包含或蕴涵关系，但它们有共同的法律目的理由或价值理由，而且前提和结论所涉及的行为或情况是大致相同或相似的。运用法律类比推导方法，可以在法律对具体案件未规定或无明文规定，以及实在法明确规定或规则不能涵盖具体案件，存在法律“缺乏”或“漏洞”时，以“类似的具体规则”，消除法律“缺乏”，填补法律“漏洞”，为具体案件建立起裁判大前提。应当指出，法律类比推导的基础不但是逻辑理性，而且是实践理性或目的理性以及价值理性；不仅有逻辑推论，也有目的考量、利益衡量、价值判断或选择。

在寻找法律的过程中，一旦发现法律对具体案件未规定或无明文规定，以及实在法不能解答、不能涵盖某些具体案件，存在法律“缺乏”，存在法律漏洞，就需要法官对相关的法律规定或规则、有“缺乏”或“漏洞”的法律规定或则规进行推论或解释，发掘或引申出相应法律规定或规则的深层含义和隐含意思，消除其法律的“缺乏”，填补其法律漏洞，从而建立起裁判大前提。

四、辩证推导

所谓辩证推导，亦称为选择推导，是指在法律规定或规则自相矛盾，或者法律规定或规则之间相互抵触，或者法律目的或价值取向相互冲突时，法官基于法律的逻辑分析，法律的历史考察，法律意图或目的的考量，法律价值的判断，以及社会习惯或惯例考察，社会利益或社会效用衡量，社会公共政策或社会公平正义的价值判断与选择等，对相互抵触的法律规定或规则作出选择，对相互冲突的法律目的和价值取向作出选择，消除法律的冲突与抵触，从而获得可资适用的法律规定或规则，建立起裁判大前提。正如亚里士多德所言，辩证推导乃是要寻求“一种答案，以解答有关在两种相互矛盾的陈述中应当接受何者的问题。”“由于不存在使结论具有必然性的无可辩驳的基本原则，所以通常我们所能做的就只是通过提出似乎是有道理的、有说服力的、合理的论据去探索真理。……由于各种各样的观点可能发生互相冲突这一事实，我们的劝说工作有时便会变得更加复杂。”

在寻找法律的过程中，一旦发现法律规定或规则自相矛盾，或者法律规定或规则之间相互冲突、相互抵触、互相矛盾，就需要法官对自相矛盾、相互冲突、相互抵触或互相矛盾的法律规定或规则进行推论和选择，以决定接受哪一个法律规定或规则为适当的法律依据，消除法律的冲突或抵触，从而建立起裁判大前提。

五、衡平推导

所谓衡平推导，是指一旦发现对于当前具体案件，存在明确的法律规定或规则，但是，如果将该规定或规则直接适用于此案，就明显有悖于情理，会造成显失公平、公正的结果，法官基于对法律历史、社会习惯或惯例的考查，法律意图、目的、价值取向的考量，社会利益或社会效用的衡量，以及社会公共政策或社会公平正义的价值选择和价值判断等，对法律的有关规定或规则制定一个例

外，或者说为其拒绝适用、背离该规定或规则找一个正当理由，回避、淡化该法律规定或规则的缺点和难点，对法律规则或规则予以补救，从而建立起裁判大前提，对个别案件平衡公正，实现个别公平。衡平推导，既不是基于一条现行法规，亦非旨在创设一条规则或新的先例，只是在法律规定或规则之中附加衡平法意义上的例外。以该规定或规则的适用会导致不公平或不公正为由正当背离该法规，不是也不应构成对法规的实质性破坏，也不是以在某一特殊案件中适用法规会引起一种严重的非正义现象为理由而拒绝适用该法规。因而，衡平推导是“由于法律的一般性而有缺陷时对法律的补救”，或者说，是当法律因其太原则而不能解决具体问题时对法律进行的补正。以软化和缓解法律的严格性，淡化或回避法律的缺点或难点。运用衡平推导方法解决具体案件，惟一的目的在于个别对待异常事实情形，“变通”法律，在具体案件上主持公道，在一个以某种不可能以相似方式在现实中重新出现的案件中，公平对待各方当事人，在异常情形中平衡公正，实施个别公平，以达到公正判决。

在寻找法律的过程中，一旦发现对于当前的具体案件，存在明确的法律规定或规则，如果将该规定或规则直接适用于此案，就会造成显失公平、公正的结果，而有些不合理、不妥当，法宜就不得不面对这样的问题：是将该规定或规则直接适用于此案呢?还是以适用该规定或规则会导致对公平正义否定为由拒绝适用、“正当背离”该规定或规则呢?法官不得不在“直接适用”与“正当背离”之间进行衡量，作出选择，以建立裁判大前提。

复习与思考题

1．解释推导、还原推导、演绎与类比推导、辩证推导、衡平推导应对的法律情境是什么？
2．解释推导、还原推导、演绎与类比推导、辩证推导、衡平推导要解决问题的问题是什么？

拓展阅读书目

1．《司法过程的性质》　[美] 卡多佐　商务印书馆　　1998 年第 1 版　　第一讲
2．《法律推理引论》　　[美]　列维　中国政法大学出版社　2002 年第 1 版　第 2 部分

第五部分　法律推理的方法

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解法律推理的基本方法：逻辑推导、目的推导、价值推导。了解法律推理的基本方式：演绎推理模式（P.T.模式、 R.A.A 模式）；类比推理模式。

学时分配：6 学时

20 世纪初，利益法学代表人物赫克（Philipp　Heck 1858 一 1943）推翻了概念法学等编造的法律无漏洞、法律具有逻辑自足性的神话。赫克认为：“即使是最好的法律，也存在漏洞。”“这是因为，其立法者的观察能力有限，不可能预见将来的一切问题，其二，立法者的表现手段有限，即使预见将来的一切问题，也不可能在立法上完全表现出来。”赫克的看法是以耶林（Rudolf von Jhering 1816—1892）为代表的目的法学和以厄尔里希（Eu—gen Ehrlich 1862—1922）为代表的自由法学对概念法学批评的继续，得到了以萨来（Raymond Saleilles 1855—1912）及热尼（Francois G ény 1861—1956）为代表的法国科学法学派或自由法运动以及美国社会法学、现实主义法学和批判法学普遍认同。

他们挑战概念法学，主张克服其形式主义弊端，主张用“交换计算”（如利益衡最及柯斯定理那样的权利分配）代替“概念汁算”；他们认为法治并不意味着仅仅适用法律的明确规则，法治允许而且推崇对法律的目的理解，允许并推崇以此为根据得出具体的法律结论，他们注重对法律的目的性建构；他们主张寻找法律时要“认识所涉及的利益，评价这些利益各自的份量，在正义的天秤上对它们进行衡量，以便根据某种社会标准去确保最重要利益的优先地位，最后达到最符合需要的平衡”，他们强调找法时要进行“利益比较权衡”、“利益衡量和调整”；他们主张建构法律理由时以政策性“价值判断”为基础，不仅将法律内含的价值大白于天下，任人评说，而且从法律之外的社会条件以及社会意识形态，甚至法官个人的主观愿望和价值观等讨论法律的正当性问题，他们主张“当实在法不清楚、或当当代的立法者不可能按法律的要求审判案件的时候，法官就应根据占支配地位的正义与公平观念审判，如果边这些正义观点也无法确定，法宜就应根据其个人主观的法律意识作判决（Ernst Fuchs），将自己的愿望、目的和价值“扦入”法律之中；他们主张应当赋予法官较大的自由裁量权，法官应当有法律变更权能，应当具有司法造法功能，法官不仅运用法律条文，而且可以根据社会各种利益需求和国家的宪法性判断造出规范，为适应社会现实和社会发展的需要，自由探求生活中的“法”（E．Ehrich），应从法律之外，发现社会生活生成的“活法”（F．G6ny）。

概念法学、分析法学的一些看法虽不现实，但却是法律正当性的一个追求。自由法学、利益法学、现实主义法学和批判法学的一些主张虽难以让人接受，也未见得美好，但却是法律现实中最真实的一个部分。

法律的不确定性以及法律的实践理性和价值理性的品格，给形式理性或逻辑理性的运用设置了一道难以逾越的障碍。这有两层意思：其一，仅仅依据形式推论或逻辑分析，不能保证总能从不确定的法律中寻找到可资适用的法律规定或规则；其二，单凭形式理性或逻辑理性，不能判断所作的推论或解释，就一定是适当、妥当或正当的。因此，在寻找法律的过程中，在逻辑沉默不语时，法官不得不从“闭塞的逻辑”（logisch geschlossen），走向“开放的逻辑”，走向实践理性或目的理性以及价值理性的逻辑，不得不依靠目的考量、利益衡量和价值判断，对法律进行解释和推论。

一、逻辑推导

形式推导（formal reasoning）或逻辑推导，是指根据命题的逻辑形式、逻辑性质、逻辑关系、逻辑规律进行的推理。形式推导或逻辑推导，其前提与结论之间具有逻辑必然联系，结论在逻辑上

为前提所包含或蕴涵（imply）。根据或运用形式推导，可以从前提出发推出一个具有逻辑必然性的结论。

任何法律规定、规则、体系都有其逻辑形式、逻辑结构和内在的逻辑关系，法律规范或法律规范之间依其逻辑形式或逻辑结构发生一些逻辑关系。一些法律规范逻辑地蕴涵另一些法律规范，一些法律规范是另一些法律规范的逻辑结论或逻辑后承。根据法律规范的逻辑形式、法律规范之间的逻辑关系、法律体系内在的逻辑结构进行的推理，就是法律的形式推导或逻辑推导。这种沿着逻辑道路寻找法律的方法，就是法律中的逻辑推导或形式推导方法，就是卡多佐大法官所说的法律中的哲学方法。

卡多佐大法官说得好：“逻辑一致并不因为它并非至善就不再是一种善了。霍姆斯在一句现已成为经典的话中曾告诉我们：‘法律的生命一直并非逻辑，法律的生命一直是经验。’但是，霍姆斯并没有告诉我们当经验沉默无语时应当忽视逻辑。除非有某些足够的理由（通常是某些历史、习惯、政策或正义的考虑因素），我并不打算通过引入不一致、无关性和人为的例外来糟蹋法律结构的对称。如果没有这样一个理由，那么我就必须符合逻辑，就如同我必须不偏不倚一样，并且要以逻辑这一类东西作为基础。”

法律规范可分为义务性规范、禁止性规范和授权性规范。法律规范的逻辑常项除了命题联结词以外，还有法律规范词。法律规范词有：义务性规范词 o（应当），禁止性规范词 F（禁止），授权性规范词 P（可以）。由于法律规范的逻辑形式是确定的，因此，法律规范的逻辑常项的逻辑性质以及法律规范的逻辑关系是有规律可循的，这些逻辑规律是完全可以用形式化方法加以刻画，加以系统化的。基于对法律规范的逻辑形式的研究，基于对法律规范的逻辑常项的逻辑刻画，就可以揭示出法律规范的逻辑规律，建立起法律规范的逻辑理论和逻辑系统，从而建立起法律的形式推理规则，建立起法律的形式推理系统。

二、目的推导

“在社会历史领域内进行活动的人，全是具有意识的，经过思虑或凭激情行动的，追求某种目的的人；任何事情的发生都不是没有自觉的意图、没有预期的目的。”法律不仅仅是一种具有逻辑意义的命题，更是一些具有目的和手段意味的命题。它不但具有逻辑理性的品格，也具有实践理或目的理性的品格。法律是社会规范，但人类并不是为规范而规范，而是利用律规范设定某些目的并运用律规范追求和实现这些目的。正如德国学者达姆（Dahm）所言：“法律绝不仅是徒具语言形式的东西。它有所志，有所意味；它追求着务实的目的，它的眼中有它在生活中要贯彻的价值。”因此，还需要从实践理性或目的理性和价值理性出发，理解法律，探寻法律的真谛。在寻找法律的过程中，在逻辑沉默不语时，法官不得不从“闭塞的逻辑”（logisch geschlossen），走向“开放的逻辑”，走向实践理性或目的理性以及价值理性的逻辑，不得不依靠目的考量、利益衡量和价值判断，对法律进行解释和推论。

目的推导，亦称为工具推导，就是指根据目的手段关系、目的理由或目的理性进行的推导。目的推导其前提与结论之间具有目的手段上的联系，结论在目的手段关系上为前提所包含和蕴涵，或在共同的目的理由上由前提所类推。根据法律规范所涉及的行为之间的目的手段关系、条件关系或因果关系，即法律规范的目的理由或目的理性进行推导，从“明确规则”推导出“隐含规则”或“类推规则”，就是法律的目的推导或工具推导。

在一般意义上，法律的渊源不仅包括明文规定的具体行为规则，而且包括法律的目的、精神及原则，还包括可以从这些目的、精神及原则推论出的“隐含的具体行为规则”或“类推的具体行为规则”。由法定国家机关颁布的法律条款所确认的规范是有法律效力的规范，而且根据这些规范以某种方式推论出来的规范也是普遍公认为有法律效力的规范。

在德国法学家德恩伯格（Heindch Demburg）看来，行为之间的目的手段关系或条件关系同客

观事物之间的因果联系一样，是“事物之性质”。“从或大或小的程度上看，生活关系本身就含有它们自身的标准和它们自身的内在秩序。寓于这种关系中的内在秩序被称之为‘事物之性质”（natura rerum）。善于思考的法学家在没有实在规范或在规范不完善抑或模糊不清时，必须诉诸这一概念。”基于目的理由或 natlura　rerum 的推断亦是法律理由的合法渊源。

法律的目的推导或工具推导，是发掘法律规定或规则隐含意思、深层含义或类推规则，从“明示法律规定或规则”推论出“隐含的具体规则”或“类推规则”的一种重要的工具。在法官寻找法律的过程中有着广泛的运用。

三、价值推导

价值推导，亦称为当然推导或强弱推导，是指根据价值理由、价值上的合理性或价值上的一贯性进行的演绎推导或类比推导。价值推导，其前提与结论之间具有价值的一贯性，结论在价值上的一贯性上或价值关系上为前提所包含或蕴涵。根据价值推导，推出的是一个具有价值理由或价值上的合理性的结论。根据法律规范的同一法律意图或价值取向进行的演绎推导，就是法律的价值推导，亦称为法律规范的当然推导或强弱推导。法律的价值推导有两个基本的推导规则：由强到弱的规则。由强到弱的规则是指，从一个较强的规范可以推出一个较弱的规范。由强到弱的规则适用于应当规范或义务规范、允许规范或权利规范。由弱到强的规则。由弱到强的规则是指，从一个较弱的规范可以推出一个较强的规范。由弱到强的规则适用于禁止规范。其根据在于：既然规范制定者规定禁止履行一种较弱的行为，根据规范制定者的同一立法意图或价值取向，就当然有理由认为禁止履行比这种行为较强的行为。即根据同一立法意图或价值取向，一个较弱的禁止规范当然包含有一个较强的禁止规范。

法律的价值推导或当然推导，是发掘法律规定或规则隐含意思或深层含义，从相应法律规定或规则推出“隐含的具体规则”的一种重要的推理工具。运用法律的价值推导工具，可以在法律对具体案件未规定或无明文规定，以及实在法明确规定或规则不能涵盖具体案件，存在法律“缺乏”或“漏洞”时，消除其“缺乏”或“漏洞”，为具体案件建立起裁判大前提。

由于规范强弱推理要从规范制定者的意图或价值取向出发，如果规范制定者曾经公开明确地表示过制定这个规范的意图或价值取向，这还比较好办。如果规范制定者没有公开明确地表示过制定这个规范的意图或价值取向，这时就需要依靠推论并的分析和推测，由于推论者的价值观念规范制定者的价值观念并不一定完全相同，因而推论者推测的意图或价值取向未必就是规范制定者的真正意图或价值取向。即使推测的意幽和价值取向同制定者的意图和价值取向完全一致，但对于什么行为是强的，什么行为是弱的，其评定的标准，有时却是非常含混，难以确定的。因此，推论出来的规范，并不一定就被有权制定该规范的人所认可，并不一定就是有效的规范。

法律的形式推理，仅作“纯字面的作业”或“概念计算”，仅作分析性的推论或解释，仅作逻辑推论；超越社会态度或社会价值，保持“价值中立”或“价值无涉”（value—free）；仅限于探求明示或可推知的意思，不破坏或更改法律文字与精神；追求法律的一贯性、确定性和安定性，追求司法判决结果的可预见性。而法律的目的推导和价值推导，开辟一条打破形式推理或逻辑推论短视症的道路，强调在我们自己这个时代的具体条件、情境和价值烛照下解读法律，而不是把法律冻结在已逝岁月的藩篱之中，重视对法律的目的或价值重构，强调发展法律原则，强调司法造法或法官造法；追求法律对社会的适应性，法律与当代社会的价值的契合，追求司法判决结果的正当性或可接受性。

复习与思考题

1．什么是法律的逻辑推导、目的推导、价值推导？

2．什么是法律推理的演绎推理模式（P.T.模式、R.A.A 模式）、类比推理模式？

拓展阅读书目

1. 《法律推理引论》　[美] 列维　中国政法大学出版社　2002 年第 1 版 第 3 部分
2. 《普通法的本质》　[美] 艾森伯格　法律出版社　2004 年第 1 版 第 6 章

第六部分　法律推理的正当性问题

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，使学生了解法律推理的正当性或合理性准则：公开判决理由、“针对个案”和“候补性”、预设和基点选择的“双重一致性”、预设和基点选择“衡平与正义”、推论“必然地得出”。

学时分配：6 学时

从制定法或判例法中寻找法律理由，这并不总是一件简单的事情。倘若认为所有具体案件的特定情况已在法律中被预见到，并且其有关规定或规则是明确无误的，法官只需仅仅从语言本身就能确定条款的含义，从而获得裁判大前提。这既不符合事实，也是一个“不可能的幻想”。不可否认，某些法律条款的含义从字面上就可一目了然，人们对其含义不会发生误解和争议。但是，同样不可否认的是，某些法律条款由于其中出现意思含混不清的字眼，其含义变得模棱两可、捉摸不定，令人颇费踌躇。也许正是由于某些法律条款缺乏这种确定性或明确性，使得人们认为法官能够按照自己的意愿随心所欲地对有关条款妄加解释，法律条款只不过是一个空瓶子，法官可以任意地倒进任何东西，而且认为这是一个“反复出现的恶梦”。实际上，法官行使的这种特别的任意决定权或自由裁量权还是要受到法律限制的。如果这种限制仅是一种神话，法官可以基于幻想、热情、偏见，甚至抛一枚硬币来决定法律条款的含义，那将是不能容忍的。值得指出的是，没有任何一个法官承认自己是基于上述基础来判案的。

一、法官义务：公开判决并说明判决理由。

罗伯斯庇尔说得好：“再没有人比法官更需要仔细监督了，因为权势的自豪感是最容易触发人们弱点的东西。”人们希望司法公正不但要得到实现，而且应当以人们能看得见的方式得到实现。因此，人们自然希望法官采取对话交流、论证说理的方式制作司法判决，期待法官对诉讼双方的主张和意见给予必要的回应，不但应当公开其判决，而且应当说明其判决理由，应当展示出其判决形成过程，充分论证判决，使司法判决更为坦诚、更为理性、更具有说服力。这是监督与制约司法权力、抵御司法专制、遏制司法腐败，实现司法公正的基本前提，也是国家权力行使公开化、合理化和正当化的必然要求。

在英美法系国家，历来有要求公开判决并说明判决理由的传统。英国、美国以判例汇编的形式定期出版判决书。美国联邦最高法院的所有判决要发表和出版，重要判决还刊登在《纽约时报》等全国性大报上。美国联邦上诉法院以及联邦地方法院的判决书也同样要公布，这些判决书分别刊载在《美国最高法院判例汇编》、《美国联邦上诉法院判例汇编》、《美国联邦地方法院判例汇编》上。在大陆法系国家，16 世纪以后也逐步确立了公开判决并要求说明判决理由的原则。意大利从 16 世纪起确立了这一原则，法国于 1790 年确立了这一作法，法国于 1879 年把这一原则作为一项普遍的义务强迫法官接受。我国最高人民法院肖扬院长指出：“现在的裁判文书千案一面，缺乏认证断理，看不出判决结果的形成过程，缺乏说服力，严重影响了公正司法的形象。”

二、有限权能：“针对个案”和“候补性”。

三、经验理性：预设和基点选择“双重一致性”。

四、价值理性：预设和基点选择“衡平与正义”。

正如卡多佐（Benjamin N．Cardozo）大法官所言：在寻找法律的过程中，法官受到一种强大

的力量的引导。这种引导的力量可以沿着逻辑发展的路线起作用；可以沿着历史发展的路线起作用；也可以沿着习惯的路线起作用；还可以沿着正义、道德和社会福利、当时的社会风气的路线起作用。“开始时，我们对这些路径并没有感到有问题；它们也遵循同样的路线。然后，它们开始分岔了，而我们就必须在它们之间作出选择。历史或者习惯、社会效用或某些逼人的正义情感，有时甚或是对渗透在我们法律中的精神的半直觉性领悟，必定要来援救焦虑不安的法官，并告诉他向何方前进。”

正如卡多佐（Benjamin N．Cardozo）大法官所言：“我们每个人都有一种如流水潺潺不断的倾向，不论你是否愿意称其为哲学，却正是它才使我们的思想和活动融贯一致并有了方向。法官一点也不比其他人更能挣脱这种倾向。他们的全部生活一直就是在同他们未加辩识也无法命名的一些力量——遗传本能、传统信仰、后天确信——进行较量；而结果就是一种对生活的看法、一种对社会需要的理解、一种——用詹姆斯的话来说——‘宇宙的整体逼迫和压力’的感受；……正是在这样的精神性背景下，每个问题才找到自身的环境背景。我们也许会尽我们之所愿地努力客观地理解事物，即使如此，我们却也永远不可能用任何他人的眼睛来理解这些事物。”

“在任何司法解释的体制中，我们都永远无法自认为我们已经完全清除了解释者的个人尺度。在这些有关道德的科学中，并不存在任何完全取代主观理性的方法和程序。”正因为如此，尽管孟德斯鸠宣称：“一个民族的法官，只不过是宣布法律之语词的喉舌，是无生命的人，他们既不能变动法律的效力也不能修正其严格性。”,马歇尔也这样说道：“在任何案件中都没有自己的意志……。行使司法权的目的从来也不是为了赋予法官意志以效力；而总是为了赋予立法机关的意志——换言之——法律的意志以效力。”然而，正如卡多佐大法官所言：“这声音很崇高，说得也很漂亮精细；但是，这从来也不过是部分的真实。马歇尔自己的法官生涯就是一个明显的例证，它说明了这样一个事实，即这一理想超越了人的感官所能达到的境地。马歇尔大法官在美国宪制上打下了他自己心灵的印记；我们的宪法性法律的形式今天之所以如此，就是因为马歇尔在它还仍然具有弹性和可塑性之际，以自己强烈的信念之烈焰锻铸了它。”

以主观的司法价值偏爱为基础的判决，要比正式或非正式的社会规范为基础的判决表现出更大程度的不确定性或不可预见性。社会价值有助于构成阻碍司法评价主观自由游动的障碍，但却最终不能阻止自由裁量导致的不确定。正因为预设和基点选择具有不确定性，所以有丹宁大法官所说的情形出现：有时你会发现，如果你能找到一条为你辩护的准则或规则，你的对手也会找到一条反驳你而为他自己辩护的准则或规则。预设和基点选择具有不确定性，因而法律推理的结果具有不确定性。而司法判决推理是以法律推理的结果作为裁判大前提的，这样一来，司法判决结果就包含了一种不确定性。这种不确定性由法律推论结果的不确定性传递而来。因此，有时候人们对法官判决结果的异议，实际上是源于对其法律推理的批评。

正如卢埃林（KarI Llcwellyn）曾经指出：“美国法院可以使用的大量解释规则包含有大量的反对命题与矛盾命题，而且人们能够发现，法规解释的某种规则实际上是用来支持法院所希望得到的结果的。”但是，令人欣慰的是，“历史就像数学一样，只得假定各种偏心率或多或少地会相互平衡，因此，最后还是有什么东西保持着恒定。”类似的话对法院的工作也适用，各个法官的古怪个性会相互平衡。……正是从不同心灵的摩擦中，这里才锻制了某种东西，某种具有恒定性和一致性的东西，并且其平均价值大于它的组成因素。”阿诺德（Thurman Arnold）说得好：不应为这种主观性导致的不确定和难以预见而哀叹，这里面有巨大的社会价值，只有价值怀疑论、价值多元论、相互决定意识共存，才能保持防止极权。

卡多佐也承认：“随着岁月的流逝，随着我越来越多地反思司法过程的性质，我已经变得甘心于这种不确定性了，因为我已经渐渐理解它是不可避免的。我已经渐渐懂得：司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律。” “正是通过这些方面，你不仅会成为你职业中的大师，而且能把你的主观意识同大干世界联系起来，得到空间、时间上的共鸣，瞥见它那深不可测的变化过程，

领会到普遍性的规律。”

应当指出，很少有法官在所有的时刻都沿着同样的路线前进，也很少有法官沿着一条道路走到极端。他们之所以遵循了一条道路，而关闭了另一条道路，这是因为在这位司法者的心目中有这种确信，即他所选择的道路导向了正义，代表了更重大更深广的社会利益。他们总是不断追问理性和良心，不断诉诸理性和良知，从最内在的天性中发现正义的根本基础，另一方面，关注社会现象，确定它们保持和谐的法律以及它们急需的一些秩序原则。他们总是在坚持法律的稳定性或安定性与坚持法律的适应性或正当性之间保持应有的平衡，在冷冰冰的逻辑理性和温暖的价值关怀之间保持必要的张力。这或许不完全是法律的现实，但应当是法律的未来。

五、逻辑理性：推论之“必然地得出”即前提与结论具有内在一致性。

复习与思考题

1．什么是“双重一致性”？
2．什么是“衡平与正义”？
3．什么是“必然地得出”？

拓展阅读书目

1．《审判的艺术》 [美] J. E. Bond 中国政法大学出版社 1994 年第 1 版 第 3．6 章
2．《司法过程的性质》 [美] 卡多佐 商务印书馆 1998 年第 1 版 第四讲

《外国法制史》教学大纲

中国政法大学法学院法律史研究所　编写

目　录

前　言.....158
第一章　两河流域法.....159
第一节　两河流域法的产生和演变.....159
一、两河流域法的产生.....159
二、两河流域法的演变.....159
第二节　《汉谟拉比法典》.....159
一、法典的制定.....159
二、法典的结构和体系.....159
三、法典的基本内容和特点.....159
复习与思考题.....160
拓展阅读书目.....160
第二章　古代印度法.....161
第一节　古代印度法的产生和演变.....161
一、古代印度法的形成和发展.....161
二、古代印度法的渊源.....161
第二节　《摩奴法典》.....161
一、《摩奴法典》的结构.....161
二、《摩奴法典》的性质和主要内容.....162
三、《摩奴法典》的历史地位和影响.....162
复习与思考题.....162
拓展阅读书目.....162
第三章　古希腊法.....163
第一节　古希腊法的产生和演变.....163
一、古希腊法的产生和演变.....163
二、古希腊法的特点.....163
第二节　雅典“宪法”.....163
一、雅典“宪法”的创建.....163
二、雅典“宪法”的发展.....163
三、雅典“宪法”的繁荣.....164
复习与思考题.....164
拓展阅读书目.....164
第四章　古罗马法.....165
第一节　罗马法的产生和演变.....165
一、罗马法的产生.....165
二、罗马法的历史发展.....165
第二节　罗马法的渊源和分类.....165
一、罗马法的渊源.....165
二、罗马法的分类.....165
第三节　罗马私法的体系及其基本内容.....165
一、人法.....165

二、物法……166
三、诉讼法……167
第四节　罗马法的复兴和影响……167
一、罗马法的复兴……167
二、罗马法对近代以来法律发展的影响……167
复习与思考题……167
拓展阅读书目……167
第五章　日耳曼法……168
第一节　日耳曼法的产生和演变……168
一、日耳曼法是西欧早期封建制时期的法律……168
二、日耳曼习惯法及其成文化……168
三、日耳曼法同罗马法的并存与相互影响……168
四、王室法令的发展……168
第二节　日耳曼法的基本制度……168
一、适用法律的规则……168
二、财产制度……169
三、债权制度……169
四、婚姻、家庭、继承制度……169
五、违法行为……169
六、审判制度……169
七、日耳曼法的基本特点……169
复习与思考题……169
拓展阅读书目……169
第六章　教会法……170
第一节　教会法的产生和演变……170
一、教会法的产生……170
二、教会法的发展……170
第二节　教会法的基本渊源……170
第三节　教会法的基本制度……170
一、教阶制度……170
二、财产制度……170
三、债权制度……170
四、婚姻家庭与继承制度……171
五、刑法制度……171
六、诉讼制度……171
七、教会法的基本特点……171
复习与思考题……171
拓展阅读书目……171
第七章　城市法和商法……172
第一节　城市法……172
一、城市法的形成和发展……172
二、城市法的渊源和主要内容……172
第二节　商　法……172

一、商法的形成和发展.....172
二、商法的渊源和内容.....172
复习与思考题.....173
拓展阅读书目.....173
第八章　伊斯兰法.....174
第一节　伊斯兰法的形成和发展.....174
一、伊斯兰法的产生.....174
二、伊斯兰法的发展.....174
三、伊斯兰法系的形成和近现代伊斯兰法的改革.....174
第二节　伊斯兰法的渊源和基本制度.....174
一、伊斯兰法的渊源.....174
二、伊斯兰法的基本制度.....174
三、伊斯兰法的特点.....174
复习与思考题.....175
拓展阅读书目.....175
第九章　英国法.....176
第一节　英国法律制度的形成和演变.....176
一、盎格鲁撒克逊时期英国的法律制度.....176
二、英国封建法律制度的形成与发展.....176
三、英国资产阶级法律制度的建立.....176
四、19 世纪后英国法律制度的变革.....176
第二节　英国法的渊源.....176
一、普通法.....176
二、衡平法.....177
三、制定法.....177
四、普通法、衡平法与制定法的关系.....178
第三节　宪　法.....178
一、英国宪法的渊源.....178
二、英国宪法的主要原则.....178
第四节　财产法.....178
一、英国法中财产的概念和分类.....178
二、封建时期的土地租佃制度.....178
三、信托制度.....179
第五节　侵权行为法.....179
一、侵权行为法的形成.....179
二、侵权行为的分类.....179
三、侵权行为的责任原则.....179
第六节　契约法.....179
一、契约法的形成和发展.....179
二、契约的定义和基本分类.....179
三、契约成立的特殊条件——对价（约因）.....180
第七节　刑　法.....180
一、犯罪.....180

二、刑罚.....180
第八节　陪审制度与律师制度.....180
一、陪审制度.....180
二、律师制度.....180
复习与思考题.....180
拓展阅读书目.....180
第十章　美国法.....182
第一节　美国法的形成和发展.....182
一、美国法的形成和发展.....182
二、美国法的渊源.....182
第二节　宪　法.....183
一、联邦宪法的历史渊源.....183
二、1787 年联邦宪法.....183
三、宪法修正案.....183
第三节　民商法.....183
一、《统一商法典》.....183
二、公司法.....183
三、破产法.....184
第四节　反托拉斯法和社会立法.....184
一、反托拉斯法.....184
二、社会立法.....184
第五节　刑　法.....184
一、刑法的渊源.....184
二、刑法的基本特点.....184
第六节　司法制度.....184
一、美国联邦最高法院的司法审查权.....184
二、法院组织.....184
复习与思考题.....184
拓展阅读书目.....185
第十一章　法国法.....186
第一节　法国法的形成和演变.....186
一、法国封建法律制度.....186
二、大革命时期资产阶级法律制度的初建.....186
三、19 世纪初拿破仑的全面立法.....186
四、“六法”颁布后法国法的发展变化.....186
第二节　宪　法.....186
一、1791 年宪法.....186
二、1793 年宪法.....187
三、1875 年宪法.....187
四、1946 年宪法.....187
五、1958 年宪法.....187
第三节　行政法.....187
一、法国行政法的历史沿革.....187

二、法国行政法的渊源.....187
三、法国行政法的主要特点.....187
第四节　民商法.....187
一、民法.....187
二、1807 年《商业法典》以及现代时期法国商法的变化.....188
三、经济法与社会福利法.....188
第五节　刑　法.....188
一、1810 年《刑法典》.....188
二、从刑法典颁布后至 1994 年新《刑法典》颁布前的法国刑法.....188
三、1994 年新《刑法典》.....188
第六节　司法制度.....189
一、法院组织.....189
二、诉讼制度.....189
复习与思考题.....189
拓展阅读书目.....189
第十二章　德国法.....190
第一节　德国法的形成和演变.....190
一、德国封建法律的形成和演变.....190
二、德国近代法律体系的创建.....190
三、德国法律制度的发展与蜕变.....190
四、德国现代法律制度的重建.....190
第二节　宪　法.....190
一、德国统一前的立宪活动.....190
二、1871 年德意志帝国宪法.....190
三、1919 年魏玛宪法.....191
四、法西斯根本法.....191
五、二战后德国西部地区适用的根本法.....191
第三节　民商法.....191
一、德国统一前的民事法律概况.....191
二、近代德国民商法律体系的确立.....191
三、法西斯统治时期的民商立法.....191
四、二战后联邦德国民商法的发展.....192
第四节　经济法和社会立法.....192
一、德国经济法.....192
二、德国社会立法.....192
第五节　刑　法.....192
一、德国统一前的刑事法律概况.....192
二、1871 年德意志帝国刑法典.....192
三、德国法西斯统治时期的刑法.....192
四、二战后德意志联邦共和国的刑法.....192
第六节　司法制度.....192
一、近代司法制度的创建.....192
二、司法制度的现代发展.....193

复习与思考题……193
拓展阅读书目……193
第十三章　日本法……194
第一节　日本法的形成和发展……194
一、日本法的形成和初步发展……194
二、明治维新后日本法的发达和演变……194
第二节　宪　法……194
一、倒幕运动和明治维新……194
二、《大日本帝国宪法》的制定和内容……194
三、1946 年宪法……194
第三节　民　法……195
一、日本民法典的制定……195
二、明治民法的内容和特点……195
三、明治民法的修改……195
第四节　经济法……195
一、经济法的萌芽……195
二、经济法的形成和初步发展……195
三、二战后经济法的发达……195
第五节　刑　法……195
一、明治维新初期的三部刑事法律……195
二、1882 年旧刑法和 1907 年刑法典……195
三、刑法的变化和发展……196
第六节　司法制度……196
一、近代司法制度的确立……196
二、诉讼法的修改和司法制度的变化……196
三、二战后的法院组织以及诉讼制度……196
复习与思考题……196
拓展阅读书目……196

前　言

课程性质：

外国法制史是法学专业本科阶段的基础性课程。

编写目的：

外国法制史教学大纲以中国政法大学本科教材《外国法制史》为基础，概括性地介绍外

国法制史学科本科阶段教学的基本内容与考核范围，突出其中的知识点、要点与难点，旨在规范教学与考核工作，帮助学生掌握本学科的基本概念、基本内容与原理，引导学生拓展阅读并深入思考相关问题。

课程简介：

外国法制史课程主要介绍国外各个历史时期、各种不同类型的具有典型意义的法律制度产生、发展和演变的历史过程，阐释其立法和司法中呈现的特点与规律，继而从法律发展史的角度揭示法的本质和作用，及其与社会政治、经济、文化之间的相互关系和影响。

编写人员：

中国政法大学法学院法律史研究所

第一章　两河流域法

本章教学目的和基本要求：

知识点：两河流域法，又称楔形文字法，是古代东方法的早期代表。《汉谟拉比法典》是两河流域法的典型代表，其立法原则、结构体例和具体制度对东方各国法律都产生了深远影响。

重点：《汉谟拉比法典》的基本特点。

难点：《汉谟拉比法典》的基本特点。

学时分配：3 学时。

第一节　两河流域法的产生和演变

一、两河流域法的产生

公元前 3000 左右，在自然条件优越的两河流域，随着人类文明的兴起和城市国家的产生，出现了习惯法。

二、两河流域法的演变

1．编纂于公元前 21 世纪的《乌尔纳姆法典》是迄今所知的人类历史上第一部成文法典。

2．公元前 20 世纪，两河流域各国成文法典的内容和形式较前都有较大发展。

3．古巴比伦王国编纂于公元前 18 世纪的《汉谟拉比法典》乃两河流域法集大成者。

4．后起的亚述和赫悌国家承袭了古巴比伦文化，但是立法水平已大为逊色。新巴比伦王国灭亡后，严格意义上的两河流域法也就成为历史遗迹。

第二节　《汉谟拉比法典》

一、法典的制定

经济的发展、社会关系的变化以及习惯法分散杂乱的状况，是古巴比伦王国制定《汉谟拉比法典》的主要原因。

二、法典的结构和体系

《汉谟拉比法典》的结构比较完整，包括序言、本文和结语三个部分。

三、法典的基本内容和特点

1．法典确认古巴比伦君主专制的国家制度；

2．法典不仅确认自由民与奴隶的差别，而且将自由民分为阿维鲁和穆什根努，并赋予其不同的法律地位；

3．法典充分保护奴隶主的财产私有权，对于侵犯私有财产权的行为给予严厉打击。

4．法典所涉及的契约种类较多，规定也相对比较详细，所占篇幅较大。

5．法典维护以父权和夫权为中心的婚姻家庭关系。

6．法典规定了犯罪罪名和刑罚手段，但刑法规范并未单独成篇。

7．古巴比伦王国的司法和行政合一，也没有刑事诉讼和民事诉讼的区分。
该法典是迄今为止世界上保留最完备的第一部成文法典。

复习与思考题

1．什么是楔形文字法？
2．为什么说《汉谟拉比法典》是两河流域法的经典代表？

拓展阅读书目

周长龄著：《法律的起源》 中国人民公安大学出版社 1997 年。
世界著名法典汉译丛书之《汉谟拉比法典》 法律出版社 2000 年。

第二章　古代印度法

本章教学目的和基本要求：

知识点：古代印度法即古代印度历史上先后出现的被赋予法的强制力的各种宗教教规教义，其中《摩奴法典》是婆罗门教最重要的经典，以阐释和维护种姓制度为核心，是印度法系形成的重要基础。

要点：古代印度法的基本特点。

难点：古代印度法的基本特点。

学时分配：3 学时。

第一节　古代印度法的产生和演变

一、古代印度法的形成和发展

（一）婆罗门教法形成

雅利安人在征服南亚次大陆的过程中不断产生分化，形成了四大种姓，原始的吠陀宗教逐渐演变成婆罗门教，宗教教义被赋予法律的内涵，婆罗门教法形成。

（二）佛教法产生、婆罗门教法继续发展

佛教因倡导众生平等获得广泛支持而迅速发展，并与婆罗门教一样被奉为国教，因而具有法律的强制力，佛教法产生。同时婆罗门教仍然在社会生活中发挥着重要作用。

（三）印度教法

婆罗门教融合了佛教的因素，演变为一种新的宗教——印度教。古印度社会晚期出现的印度教法，一定意义上说是对古代印度历史上各种宗教法的归纳和总结。

二、古代印度法的渊源

（一）婆罗门教类（包括印度教类）

四部吠陀；关于吠陀的注释；三部经：《所闻经》、《家范经》和《法经》；法典：《摩奴法典》、《述祀氏法典》等。

（二）佛教类

“三藏”：《律藏》、《经藏》、《论藏》

（三）其他渊源

主要是指古代印度国王颁布的一些诏令。

第二节　《摩奴法典》

一、《摩奴法典》的结构

《摩奴法典》分 12 章，共 2684 条。其中第 1 章至第 6 章是根据婆罗门教义，按照婆罗门教徒一生的四个“行期”来编排的，第 7 章至第 11 章较为集中地论及刑法、民法以及诉讼等法律规范，最后一章阐述了婆罗门教关于业力轮回的宗教教义。

二、《摩奴法典》的性质和主要内容

1．以婆罗门教义贯穿始终，充分显示了宗教法的性质。
2．所阐释的宗教教义被赋予法律的意义，因而具有法的一般特征。
3．涉及多学科知识，相当于一部百科全书。
4．确立的基本法律制度是种姓制度。

三、《摩奴法典》的历史地位和影响

《摩奴法典》对南亚次大陆及东南亚的广大地区有着深远影响，形成了《摩奴法典》为基础的印度法系。

复习与思考题

1．古代印度法的渊源有哪些？
2．试述《摩奴法典》的基本特点。

拓展阅读书目

1．世界著名法典汉译丛书之《摩奴法典》　法律出版社 2000 年。
2．王云霞 何戍中著：《东方法概述》 法律出版社 1993 年。

第三章　古希腊法

本章教学目的和基本要求：

知识点：古希腊作为西方文明的发源地，其法律制度特色鲜明，各城邦国家法律差异较大。雅典“宪法”是经历多次重大的立法改革逐步发展完善起来的，其中许多理念与制度构成近现代西方宪政制度的源流和基础。

要点：雅典的民主宪政制度。

难点：雅典民主宪政制度的历史局限性。

学时分配：3 学时。

第一节　古希腊法的产生和演变

一、古希腊法的产生和演变

1．希腊文明发端于克里特岛，考古发现刻在墙上的法律。

2．随着奴隶制城邦国家兴起，法律亦应运而生。

3．希腊各城邦国家普遍进行了立法活动。

4．希腊化时代的法律也属于古希腊法的组成部分。

二、古希腊法的特点

1．古希腊法是古希腊各城邦国家多种法律的组合，各城邦国家法律制度的内容及形式都存在较大差别，古希腊并不存在全境统一适用的法律制度。

2．古希腊各城邦国家的总体立法水平相对较低，未能编撰完善成熟的法典，司法实践中倾向于运用法的“正义”观念和“公道”标准裁断案件，而不是分析适用具体的法律条文。

3．古希腊法中的私法相对落后，公法比较发达。

4．希腊化法律中，“冲突法”较发达。

第二节　雅典“宪法”

一、雅典“宪法”的创建

“德拉古法”是雅典最早的成文法。

梭伦立法改革的主要内容包括颁布解负令，取消债务奴役制；以财产特权和职位特权代替世袭特权；提高民众大会的作用，设立 400 人议事会，创立陪审法院；颁布一系列发展经济的条例；废除德拉古法中的严刑峻法，仅保留有关杀人罪的条款。梭伦立法是雅典民主宪政制度的开端。

二、雅典“宪法”的发展

克里斯提尼立法改革主要有取消原有的四个氏族部落，根据居住地域划分公民和选区；进一步提高民众大会的作用，以 500 人议事会取代原来的 400 人议事会；颁布贝壳放逐法。克里斯提尼立法使雅典“宪法”得以最终确立。

阿菲埃尔特制定法案进一步削弱了贵族的诸多权力，并建立了不法申诉制度，雅典“宪法”获得进一步发展。

三、雅典“宪法”的繁荣

伯里克利进行立法改革，规定几乎所有官职均由抽签选举产生，并向全体公民开放；扩大民众大会的权力；保留 500 人议事会作为民众大会的常设机构；陪审法院为全国最高司法机关；实行公职津贴制度。雅典“宪法”逐步完善。

雅典“宪法”的民主性与局限性并存。

复习与思考题

1．谈谈古希腊法的基本特点。
2．什么是贝壳放逐法？
3．如何评价雅典“宪法”？

拓展阅读书目

1．顾准著：《希腊城邦制度》 中国社会科学出版社 1982 年。
2．（古希腊）亚里斯多德著 日知 力野译：《雅典政制》 商务印书馆 1959 年。

第四章　古罗马法

本章教学目的和基本要求：

知识点：罗马法经过长期的历史发展，成为古代社会最发达最完备的法律。罗马法关于公法与私法的划分对后世法律与法学有重要影响，关于人法、物法的制度和原则奠定了后世民法理论的基础。罗马法学家为罗马法和罗马法学的发展做出了重要贡献。经由中世纪罗马法复兴，罗马法影响了欧洲各国，并成为近代大陆法系的历史基础。

要点：罗马私法的体系与基本制度。

难点：罗马法对后世法律的影响。

学时分配：6 学时。

第一节　罗马法的产生和演变

一、罗马法的产生

塞尔维乌斯·图利乌斯改革标志着罗马国家和法的产生。

二、罗马法的历史发展

1．王政时期的罗马法主要是不成文的习惯法。

2．共和国前期制定的《十二表法》是罗马国家第一部成文法。

3．共和国后期，市民法进一步发展，万民法也逐步形成。

4．帝国前期，市民法和万民法逐渐融合，法学家活动日益加强，法学研究兴盛。

《学说引证法》、“五大法学家”。

5．帝国后期以及东罗马查士丁尼统治时期，对罗马法进行了系统整理和编纂。

《国法大全》。

第二节　罗马法的渊源和分类

一、罗马法的渊源

习惯法；民众大会和平民会议制定的法律；元老院决议；长官告示；皇帝敕令；法学家的解答与著述。

二、罗马法的分类

公法与私法；成文法与不成文法；自然法、市民法和万民法；市民法与长官法；人法、物法和诉讼法。

第三节　罗马私法的体系及其基本内容

一、人法

（一）自然人

罗马法规定自然人的法律资格因出生而取得，因死亡而丧失。

罗马法上的人格由自由权、市民权和家族权三种身份权构成。身份权丧失，被称为“人格减等”。罗马法还明确规定了自然人的行为能力。

（二）法人

罗马法学家对法人概念的本质和主要特征作了初步论断。

（三）婚姻与家庭法

罗马的婚姻制度从“有夫权婚姻”过渡到“无夫权婚姻”；实行一夫一妻制的家长制家庭制度。

二、物法

（一）物权

1．物的概念和分类

根据罗马法，物泛指除自由人以外存在于自然界的一切东西，不仅包括有形物体和具有金钱价值的东西，而且包括无形的法律关系和权利。

罗马法还根据物的性能对物进行了分类。

2．物权的概念和种类

物权是指权利人可以直接行使于物上的权利。

在古罗马，物权和债权最早被称为对物之诉和对人之诉，即对物诉讼所保护的权利（对物权）和对人之诉所保护的权利（对人权）。罗马法上的对物权主要有所有权、役权、地上权、永佃权、质权等。罗马法按照物权标的物的归属，将对物权分为自物权和他物权。

3．所有权

（1）所有权的内容和特征

所有权的内容，即所有权人所享有的基本权能，包括占有、使用、收益和处分的权利以及禁止他人对其所有物为任何行为的一切权利。盖尤斯总结所有权的特征为绝对性、排他性和永续性。

（2）所有权的形式

市民所有权形式。

共和国后期，出现了新的所有权形式：最高裁判官所有权、外省土地所有权、外来人土地所有权。

（3）所有权的取得

原始取得、契约取得、法律取得。

（4）所有权的保护和消灭

所有权的保护：请求收回所有权的诉讼；请求排除他人对所有权妨害的诉讼。

所有权的消灭：事实上的消灭；法律上的消灭。

4．占有

罗马法认为占有是一种事实，而不是权利，是指对物有事实上的管领力。

5．他物权

役权、地上权、永佃权、质权。

（二）继承

罗马法的继承概念是指死者人格和财产的延续。

遗产继承方式：法定继承和遗嘱继承。

（三）债权

（1）债的概念和特征

《查士丁尼法典》给债下的定义：债是依国法得使他人为一定给付的法锁。

债权与物权的区别

（2）债发生的原因

契约、准契约、私犯、准私犯。

三、诉讼法

与公法和私法的划分相适应，诉讼也分为公诉和私诉。

罗马国家先后实行了三种私诉程序：法定诉讼、程式诉讼、特别诉讼。

第四节　罗马法的复兴和影响

一、罗马法的复兴

（一）西罗马帝国灭亡到罗马法复兴前罗马法在西欧的局部保留

从 5 世纪至 11 世纪末，西欧主要通行日耳曼法和以日耳曼法为基础同时还受到罗马法影响的地方习惯法，罗马法在某些地区和某些领域保持着效力。

（二）罗马法复兴的原因

12 世纪开始，西欧各国先后出现了一个研究、采用罗马法的热潮，史称罗马法复兴。

罗马法复兴的原因：西欧各国其时的法律无法适应欧洲经济复苏的客观需要，中断了 5、6 个世纪的罗马法则正适应了这种需求。

（三）罗马法复兴的经过及研究罗马法的学派

在罗马法复兴过程中，先后形成三个学派：注释法学派、评论法学派、人文主义法学派。

（四）罗马法的继受

罗马法复兴首先在意大利兴起，进一步扩展到法国、德国、西班牙等欧陆各国，并在近代形成以罗马法为基础的大陆法系。英国也局部地受到罗马法的影响。

二、罗马法对近代以来法律发展的影响

罗马法是古代社会最为发达和完备的法律，对私有制和以私有制为基础的简单商品所有者的一切本质的法律关系都作了详尽的规定。

在中世纪后期，罗马法复兴为欧洲各国提供了共同的法律基础和背景，也对近代以来的法律与法学产生了重大影响。罗马法的私法体系、原则、制度以及立法技术等，多为后世立法所继承。

复习与思考题

1．简述罗马法的历史发展。

2．罗马法的渊源有哪些？

3．简论罗马私法的体系、内容和原则。

4．如何理解罗马法复兴的意义及其对后世法律和法学的影响？

拓展阅读书目

1．周枏著：《罗马法原论》（上、下）　商务印书馆 1994 年。

2．（古罗马）优士丁尼著 张企泰译：《法学总论》　商务印书馆 1989 年。

3．（意）彼德罗·彭梵德著 黄风译：《罗马法教科书》　中国政法大学出版社 1992 年。

4．（意）朱塞佩·格罗索著 黄风译：《罗马法史》　中国政法大学出版社 1994 年。

第五章　日耳曼法

本章教学目的与基本要求：

知识点：日耳曼法是西欧早期封建制时期适用于日耳曼人的法律，《撒利克法典》是“蛮族法典”的重要代表。日耳曼部族的特定历史，决定了日耳曼法的基本特点。日耳曼法始终是西欧中世纪法律的重要构成因素，并成为近代西欧法律的历史渊源之一。

要点：日耳曼法的基本特点。

难点：日耳曼法的基本特点。

学时分配：3 学时。

第一节　日耳曼法的产生和演变

一、日耳曼法是西欧早期封建制时期的法律

日耳曼法是公元 5——9 世纪西欧早期封建制时期各“蛮族”王国适用于日耳曼人的法律。这种法律是日耳曼各部族在入侵西罗马帝国，建立“蛮族”国家的过程中，在罗马法和基督教会法的影响下，由原有的氏族部落习惯逐渐发展而成。

二、日耳曼习惯法及其成文化

最初各国的法律是不成文的，也就是习惯法，依靠口授心记，世代相传。

公元 5 世纪末开始，大多数日耳曼国家在习惯法的基础上编纂了成文法典，即“蛮族法典”。其中具有广泛影响的是法兰克王国的《撒利克法典》。

三、日耳曼法同罗马法的并存与相互影响

日耳曼法与罗马法的相互影响与渗透贯穿着整个中世纪，一些日耳曼王国还编纂了罗马法。如《西哥特罗马法典》。

四、王室法令的发展

随着日耳曼王国政权机关的形成和发展，王室法令日益增多，其地位和作用日趋重要，其效力高于部族习惯法。

第二节　日耳曼法的基本制度

一、适用法律的规则

（一）属人法的决定

以出生事实为根据，决定每个人所适用的法律，即某人所适用的法律通常就是其所属部族的法律。

（二）法律冲突的解决

加洛林王朝确立了两个原则：发生法律关系的各方的法律均有效，即各方适用自己的属人法；优先适用在法律关系中利益最大的一方的法律。

二、财产制度

日耳曼法中所有权依主体的身份地位和客体的不同而不同。不同形式的所有权，其取得的方式、效力与保护方法也不同。

（一）不动产所有权

对于不动产来说，占有者只拥有有限的所有权，没有处分权。

马尔克公社土地所有权；贵族大土地所有权；农奴份地。

（二）动产所有权

日耳曼法对动产确认了包括占有、使用、收益和处分在内的完整的私人所有权。

三、债权制度

日耳曼法的债权制度相对简单。

四、婚姻、家庭、继承制度

一夫一妻制，但是贵族多实行一夫多妻制；家长制家庭关系。

只有法定继承，不存在遗嘱继承。

五、违法行为

日耳曼法中把犯罪和侵权行为混同，都称作违法行为。

六、审判制度

日耳曼各王国的审判机关主要分为地方法院和王室法院两类。

日耳曼法实行自诉原则。宣誓、神明裁判、决斗的证据制度。

随着王权的加强，出现了纠问式诉讼制度。

七、日耳曼法的基本特点

1．团体本位的法律。

2．属人主义的法律。

3．具体的法律。

4．注重形式、注重法律行为外部表现的法律。

5．世俗的法律。

日耳曼法一直是西欧中世纪法律的重要构成因素，并对近代西欧各国产生深远影响。

复习与思考题

1．什么是日耳曼法？

2．日耳曼法的基本特点有哪些？

3．试论日耳曼法对西欧法律的影响。

拓展阅读书目

1．（美）孟罗·斯密著 姚梅镇译：《欧陆法律发达史》 中国政法大学出版社 1999 年。

2．由嵘著：《日耳曼法简介》 法律出版社 1987 年。

3．李宜琛著：《日耳曼法概说》 中国政法大学出版社 2003 年。

第六章　教会法

本章教学目的与基本要求：

知识点：教会法与世俗法并存，构成欧洲中世纪法律二元化的独特形态。教会法内容广泛，不仅涉及宗教制度，还深入到世俗生活领域，与罗马法、日耳曼法一起构成西欧中世纪三大法律支柱。教会法的理念、原则和具体制度都曾对西方近代法律产生直接影响。

要点：教会法的渊源。

难点：教会法的特点。

学时分配：3 学时。

第一节　教会法的产生和演变

一、教会法的产生

教会法也称寺院法、宗规法，是基督教关于教会本身的组织、制度和教徒生活守则的法律，对于教会与世俗政权的关系，以及土地、婚姻家庭与继承、刑法、诉讼等也都有规定。教会法的产生是基督教发展的结果。

二、教会法的发展

教会法的演变伴随着教权与世俗政权的斗争，先后经历了形成、鼎盛、衰落三个时期。

第二节　教会法的基本渊源

一、圣经是教会法最重要的渊源，是教皇立法的主要依据，具有最高法律效力。

二、教皇教令集是罗马教皇和教廷颁布的敕令、通谕和教谕的汇编。《格拉蒂安教令集》《教会法大全》。

三、宗教会议决议是由教皇或地方召开的各种宗教会议所制定的决议和法规。

四、世俗法的某些原则和制度，如罗马法。

第三节　教会法的基本制度

一、教阶制度

教阶制度是规定基督教神职人员的等级和教务管理的制度。教皇、大主教、主教、神甫，以及修士、修女等。

二、财产制度

根据教会法，教会对其土地和动产享有独立取得、存留和管辖的权利，这种权利不受世俗政府的约束。

三、债权制度

教会法的契约法体系，以宗教教义为基础，同时也受到罗马法的较大影响。

四、婚姻家庭与继承制度

（一）婚姻家庭制度

“一夫一妻”和“永不离异”的原则。结婚要举行宗教仪式。

应禁止的婚姻的条件；应撤销的婚姻的条件。

婚姻家庭关系中夫妻不平等原则。教会法坚持保护寡妇的财产制度。

（二）继承制度

教会法采用遗嘱继承和无遗嘱继承两种制度，但只限于动产继承，不动产继承仍需由世俗法调整。

五、刑法制度

宗教犯罪。对神职人员和世俗人员适用不同的刑事惩罚方式。教会法还规定了婚姻家庭方面的许多罪名。

六、诉讼制度

教会法院的诉讼制度大多源自罗马法，同时又有创新。书面证据和证人证言的证据制度。纠问式诉讼。

宗教法院自成体系。

七、教会法的基本特点

（一）与神学关系密切的神权法。

（二）封建性法。

（三）具有相当完备的体系。

（四）教会法与罗马法、日耳曼法共同构成欧洲中世纪的三大法律支柱，是西方法律传统的重要组成部分。

复习与思考题

1．试述教会法的发展历程。

2．教会法的基本渊源有哪些？

3．教会法对近代西方法律有哪些影响？

拓展阅读书目

1．（美）哈罗德·J·伯尔曼著 贺卫芳等译：《法律与革命》中国大百科全书出版社 1993 年。

2．彭小瑜著：《教会法研究》 商务印书馆 2003 年。

第七章　城市法和商法

本章教学目的与基本要求：

知识点：城市法和商法是西欧中世纪法的重要组成部分，伴随着西欧经济的复苏和城市自治的兴起而获得重要发展，是具有资本主义因素的法律，成为近代资产阶级法律的重要来源。城市法本质上与封建法相对立，随着城市自治的取消而中断发展，并被融入主权国家的其他法律。商法来源于地方商业习惯，其发展历程是由共同商法到国家商法。

要点：城市法的渊源。商法的发展。

难点：城市法的渊源。商法的发展。

学时分配：3 学时。

第一节　城市法

一、城市法的形成和发展

10 世纪在西欧，伴随经济的复苏，城市逐步取得了自治权，开始了适应市民社会的经济和社会生活方式的城市立法活动。

二、城市法的渊源和主要内容

（一）城市法的渊源

特许状、城市立法、行会章程、习惯和判例。

（二）城市法的内容

市民身份；城市机关；行会组织；物权和债权；城市刑法。

第二节　商　法

一、商法的形成和发展

（一）西欧商法的形成

随着西欧商业的恢复和发展，自治城市的兴起，首先在意大利出现了由地方商业习惯发展而来的商法，并进一步影响到了法国、德国和西班牙等西欧各国。

（二）商法的发展

1．共同商法时期

各地区、各城市均承认并适用共同商法。

2．国家商法时期

在国家主权管辖之下，各国以共同商法和海商法为基础制定和颁布法典，将国际性商业习惯作为国内法适用。

二、商法的渊源和内容

（一）商法的渊源

1．商事和海事习惯

2．著名法典

《阿马尔菲法典》、《康梭拉多海商法典》、《奥列隆法典》。

3．其他渊源

（二）商法的内容

商人；票据；审判制度；共同海损制度。

复习与思考题

1．城市法的渊源有哪些？

2．商法是怎样形成、发展的？

拓展阅读书目

1．（美）哈罗德·J·伯尔曼著 贺卫芳等译：《法律与革命》中国大百科全书出版社 1993 年。

2．泰格 利维著 纪琨译：《法律与资本主义的兴起》 学林出版社 1996 年。

第八章　伊斯兰法

本章教学目的与基本要求：

知识点：伊斯兰法是与伊斯兰教和阿拉伯统一国家同时形成的，并伴随伊斯兰教的广泛传播而形成影响深远的伊斯兰法系。伊斯兰法的宗教性质和阿拉伯国家特定的历史进程，决定了伊斯兰法的渊源和基本特点。

要点：伊斯兰法的渊源。

难点：伊斯兰法的特点。

学时分配：3 学时。

第一节　伊斯兰法的形成和发展

一、伊斯兰法的产生

伊斯兰法是有关伊斯兰宗教、政治、经济、社会、家庭和个人生活准则的总称。它是伴随着伊斯兰教和阿拉伯统一国家的形成而产生的。

二、伊斯兰法的发展

伊斯兰法先后经历了形成时期、全盛时期、衰落时期。

三、伊斯兰法系的形成和近现代伊斯兰法的改革

伴随着伊斯兰教的传播，信奉伊斯兰教的国家和地区的法律都将《古兰经》和《圣训》作为主要渊源，这些国家和地区的法律被称为伊斯兰法系。

近代以来，各伊斯兰国家纷纷进行了法律改革。

第二节　伊斯兰法的渊源和基本制度

一、伊斯兰法的渊源

《古兰经》；“圣训”；类比；公议；哈里发的行政命令、习惯和外来法律。

二、伊斯兰法的基本制度

穆斯林的义务包括履行“五功”、进行伊斯兰圣战、严格遵守关于食物的戒律，等等；所有权制度；债权制度；婚姻家庭和继承制度；刑法制度；审判制度。

三、伊斯兰法的特点

（一）与伊斯兰教密切相关。

（二）伊斯兰法学家在伊斯兰法发展过程中发挥着重要作用。

（三）具有分散性和混乱性。

（四）吸收和借鉴了外来法律。

复习与思考题

1．伊斯兰法的渊源有哪些？
2．伊斯兰法有什么特点？

拓展阅读书目

1．《英》诺·库尔森著 吴云贵译：《伊斯兰教法律史》 中国社会科学出版社 1986 年。
2．马坚译：《古兰经》 中国社会科学出版社 1981 年。

第九章　英国法

本章教学目的与基本要求：

知识点：英国法是英美法系的来源和基础。普通法是英国法的主体和核心，其特殊的形成过程决定了英国法的基本特点。衡平法为弥补普通法的不足而产生，与普通法共构成英国判例法。英国制定法具有悠久的历史，其地位和效力随着国会立法权的加强而逐步提高。英国是近代宪政制度的发源地，其宪法属“柔性宪法”。英国法有着极强的历史连续性，法官和律师在法律发展过程中起重要作用。

要点：英国普通法的形成及其特点。英国衡平法的形成及其特点。英国宪法的渊源与特点。

难点：英国法的渊源及其特点。

学时分配：6 学时。

第一节　英国法律制度的形成和演变

一、盎格鲁撒克逊时期英国的法律制度

英国法律制度的历史发端于盎格鲁撒克逊时期的习惯法，是日耳曼法的组成部分。

二、英国封建法律制度的形成与发展

13 世纪，在习惯法的基础上形成通行全国的普通法。

国会成立后，取得了有限的立法权，国会立法成为英国重要法律渊源之一。

14 世纪，衡平法兴起，与普通法共同构建了英国法律传统的主体。

三、英国资产阶级法律制度的建立

资产阶级革命后，英国继承了封建时期的法律传统和特点，保留了封建时期的法律形式和司法机关。在宪法、土地法以及商法方面进行了相应的资本主义改造。

四、19 世纪后英国法律制度的变革

19 世纪以后，英国法律制度发生较大变化：宪政制度进一步完善；司法改革成就最为显著，英国法的现代化主要是通过司法改革途径完成的；刑法方面也有发展。

19 世纪末 20 世纪初以来，英国制定法的比重和作用上升；英国法在英格兰以外地区的适用范围缩小；欧洲共同体法成为英国法的组成部分，英国法因此受到罗马日耳曼法的影响。

第二节　英国法的渊源

一、普通法

普通法是指英国大约于 13 世纪由王室法院发展起来的通行于全国的判例法，它被认为是源于传统的“王国的普通习惯”，所以称为普通法，意思是它代替了各地的习惯法而通行于全国。

（一）普通法的形成

1．中央集权化的出现

威廉一世进行了一系列政治经济改革，建立了以强大的王权为中心的封建制国家，为英国法律

统一奠定了政治和经济的基础。主要措施有：确立国王与陪臣关系“直接化”的原则；进行全国土地调查；设立御前会议。

2．亨利二世司法改革

亨利二世的司法改革是使英国迈出与大陆国家不同的发展道路的决定性的一步。改革的主要内容：统一司法机构，扩大王室法院的管辖权；完善巡回审判制度；建立陪审制度。

（二）普通法“遵循先例”的原则

在英美法中，对具体案件的判决所确立的法律原则将产生法律效力，以后法官在处理类似案件时有义务遵循这些法律原则，此即“遵循先例”原则。

“遵循先例”原则的具体表现。

（三）普通法的令状制度

用令状进行诉讼是普通法的又一个特点。

“程序先于权利”。

（四）法律权威著作

法律权威著作对英国普通法的形成有重要意义。在英国判例法发展早期，这些著作曾具有法律拘束力，司法实践中法院经常将它们作为判决的依据而加以援引。

二、衡平法

衡平法是从 14 世纪起由大法官在审判实践中发展起来的旨在对普通法的不足进行补救的法律体系。

（一）衡平法的形成

公元 14 世纪，国王的司法大臣，即大法官在审理有关案件时采用了不同于普通法的原则和不同于普通法院的诉讼形式，这类案件被称为衡平案件。随着衡平案件增多，16 世纪逐步形成衡平法院。衡平法院的判决自成体系，就是衡平法。

（二）衡平法的基本原则和制度

1．衡平法的基本原则

在“公平”、“正义”原则的指导下，英国衡平法院在实践中积累判例，形成体现衡平法精神的衡平法格言，这些格言是衡平法院的法官审理案件时所依据的重要原则。

2．衡平法的基本制度

信托制度；衡平法上的赎回权；特别履行；禁令。

（三）衡平法的特点

1．衡平法的形成是英国法受罗马法影响的重要表现。

2．衡平法的诉讼程序比较简易，大法官颁布的命令有强制性作用。

3．衡平法的调整对象补充了普通法的不足。

三、制定法

制定法与判例法相对，是国家享有立法权的机关或统治者明文制定并公布施行的法律。

（一）英国中世纪的制定法

中世纪最重要的制定法有：1215 年《大宪章》；分别于 1275 年、1285 年、1295 年制定的三个《威斯敏斯特条例》。

（二）国会立法权的形成和发展

14 世纪开始，英国国王的立法活动必须通过国会进行。

1688 年“光荣革命”之后，国会成为英国最高权力机关，拥有无限制的立法权。

（三）委托立法

议会将自己的立法职能委托给内阁或各部大臣，由他们直接立法，议会只保留事后的监督权。19 世纪以来，委托立法增多。

四、普通法、衡平法与制定法的关系

（一）普通法和衡平法的关系

衡平法是普通法的补充。17 世纪初，确立了一项原则：普通法与衡平法发生冲突时，衡平法优先。

19 世纪司法改革，普通法院和衡平法院两大系统合二而一，统一适用普通法和衡平法。二者发生冲突时，仍以衡平法为准。

（二）制定法与判例法的相互作用

传统认为，英国法律体系中，判例法是主要的，制定法居于辅助地位，只是判例法的补充或修正。

17 世纪英国议会主权原则确立，制定法的效力高于判例法。然而，制定法只有通过判例法的解释才能实现其意义。

第三节　宪　法

一、英国宪法的渊源

（一）宪法性制定法

1．确立君主立宪制的宪法性制定法

1679 年《人身保护法》；1689 年《权利法案》；1701 年《王位继承法》。

2．20 世纪后的宪法性制定法

1911 年和 1949 年《议会法》；1931 年《威斯敏斯特条例》；《退位法》和《摄政法》；欧洲联盟法。

（二）其宪法作用的法院判决

英国宪法中有关公民权利和自由的规定，大多以法院判决为依据。

（三）宪法性惯例

宪法性惯例是指某项宪法原则和制度是由于历史原因或事实，逐渐形成习惯和原则，并由国家认可赋予法律效力。如王权和责任内阁制。

二、英国宪法的主要原则

分权原则、议会主权原则、责任内阁制、法治原则。

第四节　财产法

一、英国法中财产的概念和分类

英国法中，“财产”一词是指一种支配财物的绝对权。

“物权财产”和“人权财产”；

二、封建时期的土地租佃制度

封建土地关系的主要特征是分封租佃。

根据占有土地的条件和承担义务的不同，土地占有形式分为自由租佃和不自由租佃。

三、信托制度

（一）受益制度

近代信托制度起源于中世纪的受益制度。受益制的形成则与衡平法的发展有密切关系。

（二）信托制度

19 世纪以后，英国颁布了有关信托方面的法令，以成文法的形式确认了信托制度。

第五节　侵权行为法

一、侵权行为法的形成

（一）盎格鲁撒克逊时期关于非法行为的法律

盎格鲁撒克逊初期，犯罪与侵权行为合为一体，均属“非法行为”。

（二）侵害诉讼的产生与发展

“重罪”概念提出，犯罪与侵权行为开始分离。

13 世纪侵害权利之诉令状出现。“有名侵害诉讼”是英国侵权行为独立的标志。

14 世纪后“无名侵害诉讼”。三种重要的诉讼形式的出现，推动了侵权行为法的发展。

二、侵权行为的分类

（一）对财产权利的侵害

侵害不动产；侵害动产。

（二）对人身权利的侵害

威胁；殴击；非法监禁；诽谤；妨害家庭关系。

三、侵权行为的责任原则

过失责任原则；比较责任原则；严格责任原则。

第六节　契约法

一、契约法的形成和发展

（一）契约法的形成

英国契约法和侵权行为法出于侵害诉讼同一渊源，15 世纪后，违约损害赔偿之诉扩展到不作为，契约和侵权行为分离。

1602 年上诉法院对斯莱德诉莫里一案的裁定被认为是英国契约法作为一个独立的法律部门的开端。

（二）资产阶级革命后契约法的发展

19 世纪后在“契约自由”、“契约神圣”的原则和精神倡导下，英国契约法最终形成。

进入 20 世纪以后，“标准契约”产生；契约“目的落空”原则。

二、契约的定义和基本分类

正式契约和非正式契约。

三、契约成立的特殊条件——对价（约因）

对价是一方为换取对方的诺言所付出的代价。

对价的原则：过去的对价无效；对价无需相等；履行原有义务不能作为新诺言的对价；平内尔原则；不得自食其言的原则。

第七节　刑　法

一、犯罪

（一）犯罪的定义与分类

中世纪以来，普通法将犯罪分为叛逆罪、重罪和轻罪。1967 年的《刑事法令》废除了重罪和轻罪的划分，从程序的角度，把犯罪分为应起诉的犯罪、简易审决罪、可监禁罪。

（二）刑事立法

近代以来，英国进行了一系列的刑事立法。

二、刑罚

19 世纪前，英国的刑罚野蛮残酷。

二战后，刑罚制度变化很大，主要表现为废除肉刑、刑事劳役和苦役；废除死刑。

第八节　陪审制度与律师制度

一、陪审制度

12 世纪亨利二世司法改革中确立陪审制。13、14 世纪，陪审人的见证人地位逐渐演变成为裁判事实的陪审官，形成了大、小陪审团制度。

资产阶级革命时期，陪审制度成为资产阶级反对王权的有力武器。

19 世纪以后，陪审制度走向衰弱。

二、律师制度

英国辩论式诉讼形式。

出庭律师与诉状律师.

复习与思考题

1．英国法的渊源有哪些？
2．英国普通法是怎样形成的？有哪些特点？
3．英国普通法与衡平法的关系如何？
4．英国宪法的原则有哪些？
5．试述英国侵权行为责任原则的演变。
6．英国律师制度有哪些特点？

拓展阅读书目

1．R.C. 范・卡内冈著 李红海译：《英国普通法的诞生》 中国政法大学出版社 2003 年。

2.（法）勒内·达维著 潘华仿等译：《英国法与法国法》清华大学出版社 2002 年。

3.（英）沃尔特·白哲特著 保罗·史密斯编 李国庆译：《英国宪制》 北京大学出版社 2005 年

4.（英）P. S. 阿狄亚著 赵旭东等译：《合同法导论》 法律出版社 2002 年。

第十章　美国法

本章教学目的与基本要求：

知识点：美国法在继受和改造英国法的基础上，逐步形成独具特色的法律体系。美国宪法是世界上第一部近代意义上的成文宪法，其创设的联邦制、分权制衡原则具有示范意义。《统一商法典》是以成文法方式改造普通法传统的成功尝试。美国是世界上最早制定反垄断法的国家。美国联邦最高法院司法审查权的创立和实施，在美国政治制度史上有重要作用。

要点：美国法的基本特点。美国宪法的基本原则。美国联邦最高法院的司法审查权。

难点：美国法的基本特点。美国联邦最高法院的司法审查权。

学时分配：6 学时。

第一节　美国法的形成和发展

一、美国法的形成和发展

（一）殖民地时期的法律制度

美国法的历史始于殖民地时期。进入 18 世纪，北美殖民地才开始大规模地继受或移植以普通法为核心的英国法，英国普通法在北美殖民地逐步取得了支配地位。

（二）独立战争后的美国法

独立战争以及其后的一段时期，英国法遭到美国人的抵制，美国法典化运动兴起。

美国最终保留了普通法传统，并逐渐发展出自己的法律特征。

（三）南北战争后的美国法

美国法发生了系统化和理论化的重大变化。

统一立法进程加快；实现了美国法的彻底资产阶级化；法律教育获得专门化发展。

（四）现代时期的美国法

成文法大量增加，法律系统化明显加强。

行政命令的作用和地位日益显著，委托立法出现。

新的法律部门的建立和民主性、科学性的加强。

二、美国法的渊源

（一）普通法

美国各州采用英国普通法时都根据各自的需要作了补充和修改，各州的普通法自成体系。

（二）衡平法

联邦不另设衡平法院，衡平法上的案件统一由联邦法院兼管；大多数州废除了普通法与衡平法在诉讼形式上的区别。

（三）制定法

联邦和州都有制定法。

第二节　宪　法

一、联邦宪法的历史渊源

（一）《独立宣言》

以资产阶级启蒙思想为理论基础的《独立宣言》，为日后美国宪法的诞生奠定了政治基础。

（二）1781 年《邦联条例》

根据该条例，13 个拥有主权与独立的州组成了松散的国家联盟。

二、1787 年联邦宪法

（一）联邦宪法的制定

经过制宪会议会中的斗争与妥协，世界上第一部成文宪法诞生。

（二）联邦宪法的基本内容和原则

联邦宪法由序言和 7 条本文组成。

联邦主义原则

“三权分立”与“制约与平衡”原则

（三）对 1787 年联邦宪法的评价

美国宪法所确立的原则和政治制度，对美国的政治和经济的发展有促进作用，并对其他国家有借鉴意义。

三、宪法修正案

（一）宪法的修改

美国宪法规定的修改宪法的唯一形式是宪法修正案。迄今为止，国会共通过 28 条宪法修正案。

（二）《权利法案》

第一届国会第一次会议通过了宪法第 1 条至第 10 条修正案即《权利法案》。

第三节　民商法

一、《统一商法典》

1952 年美国统一各州立法委员会和美国法学会共同制定了《统一商法典》，为各州广泛采用。

《统一商法典》并不是对美国商事法律的全面编纂，其主要内容涉及商品买卖和与之相关的担保、票据等，并不包括破产、公司、合伙、海商法，并且有关买卖的规定并不适用于不动产买卖。

《统一商法典》特点鲜明。

二、公司法

独立前，美国没有一般性的公司立法，公司的成立须经英王、英国议会或当地总督、议会的批准。

19 世纪后，公司成立的批准程序简化，各州颁布了一般性公司法。特拉华州公司法。

20 世纪以来，联邦政府加强了公司立法。《标准公司法》。

三、破产法

1898 年《联邦破产法》及其修改。

第四节　反托拉斯法和社会立法

一、反托拉斯法

美国是世界上最早制定反垄断法的国家，其反托拉斯法主要是联邦立法，主要有三部：《谢尔曼反托拉斯法》、《克莱顿反托拉斯法》、《联邦贸易委员会法》。

二、社会立法

美国社会立法起步较晚，现有的社会立法多是 20 世纪 30 年代以后制定的。

第五节　刑　法

在 19 世纪以前，美国刑法主要援引英国普通法。19 世纪以后，联邦国会和各州的议会都制定了单行刑事法规，对英国传统的普通法刑法原则进行了修正。

一、刑法的渊源

联邦宪法、普通法、联邦刑事立法、州的刑事立法。

二、刑法的基本特点

刑法渊源具有多样性。
犯罪分为重罪和轻罪两种，各类罪又分为不同等级。
刑罚有死刑、监禁、缓刑和罚金等。

第六节　司法制度

一、美国联邦最高法院的司法审查权

（一）美国联邦最高法院司法审查权的起源
1803 年“马布里诉麦迪逊”案的判决是美国联邦最高法院运用司法审查权的首次实践。
（二）美国联邦最高法院司法审查权的作用
保证“分权制衡”宪法原则的有效实施。
调整联邦中央与州的分权关系，扩大联邦的权力。
通过对宪法的灵活解释，适应美国政治经济变化的需求。

二、法院组织

联邦法院系统和州法院系统

复习与思考题

1．简述美国继受英国法的历史过程。

2．美国联邦宪法的基本原则是什么？

3．《统一商法典》有哪些特点？

4．美国联邦制定了哪些反托拉斯法？其主要内容是什么？

5．什么是美国联邦最高法院的司法审查权？它是如何形成的？有什么作用？

拓展阅读书目

1．（美）伯纳德·施瓦茨著 王军译：《美国法律史》 中国政法大学出版社 1989 年。

2．（美）彼得·哈伊著 沈宗灵译：《美国法律概论》 北京大学出版社 1997 年。

3．（美）布鲁斯·阿克曼著 孙文恺译：《我们人民：宪法变革的原动力》法律出版社 2003 年

4．宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度与司法程序》

第十一章　法国法

本章教学目的与基本要求：

知识点：法国法是欧洲大陆国家法律的经典代表，封建法的不统一和法律渊源的多样化，近代资产阶级法律体系的全面确立，以及 20 世纪以来法律的变革，法国法从内容到形式乃至发展过程都具有典型意义。拿破仑时期颁布的“法国六法”在世界各地都具有广泛影响，特别是其中的民法典，是近代民法史上的里程碑，以此为基础形成了大陆法系。法国拥有发达的行政法，且行政法的重要原则几乎全部来自行政法院的判例。

要点：法国六法。1804 年法国民法典的基本特点。

难点：1804 年法国民法典的基本特点及 20 世纪以来的发展。

学时分配：6 学时。

第一节　法国法的形成和演变

一、法国封建法律制度

法律的不统一和法律渊源多样化是贯穿法国整个封建社会的重要特征。法国封建法的主要渊源有罗马法、日耳曼法、教会法、王室法院判例、皇帝敕令、王室法律法令等。

二、大革命时期资产阶级法律制度的初建

法国大革命时期，资产阶级先后制定并颁布了一系列重要法律文件，涉及诸多领域。

多部宪法性文件，其中以 1789 年《人权宣言》最为重要。

民商立法，主要以废除封建时期的各种民事和经济法规为主。

刑事立法，多部单行刑事法令，1791 年刑法典草案。

三、19 世纪初拿破仑的全面立法

拿破仑上台执政后，领导了大规模的立法活动，先后制定了民法典、民事诉讼法典、商业法典、刑事诉讼法典、法国刑法典等一整套体例完整的成文法典。“六法体系”。

四、“六法”颁布后法国法的发展变化

法国法完成了由近代到现代的历史性转变。

当代法国法的主要渊源仍然是制定法；某些部门法的渊源主要是司法判例，判例的作用逐步提高；法的一般原则指导法官的司法实践；欧共体法也是法国法的重要渊源。

各主要部门法的内容也发生了巨大的变化。

第二节　宪　法

法国是世界上制定宪法较早、颁布成文宪法最多的国家。自 1789 年以来共颁布 14 部宪法。

一、1791 年宪法

法国历史上第一部宪法。以《人权宣言》为宪法序言，废除诸项封建制度，实行君主立宪制、对公民民主权利有所限制。

二、1793 年宪法

法国历史上最激进的一部宪法，宣布实行共和制，否定了三权分立的政权组织原则，以一院制的立法议会为国家最高权力机关，并授予其至高无上的权力。该宪法未能实施。

三、1875 年宪法

又称法兰西第三共和国宪法，由 3 个宪法性文件组成：《参议院组织法》、《政权组织法》、《政权关系法》。该宪法确立了共和制，推行责任内阁制，是迄今法国历史上适用时间最长的一部宪法。

四、1946 年宪法

又称法兰西第四共和国宪法，确立了议会责任内阁制，赋予国民议会最高最广泛的权力，总统实际权力较小。

五、1958 年宪法

又称法兰西第五共和国宪法、戴高乐宪法，加强总统权力，削弱议会权限，明确规定了违宪审查制。

第三节　行政法

一、法国行政法的历史沿革

法国行政法院制度萌芽于封建时代。封建制度下的“移审”制度。

大革命期间，资产阶级通过立法机关颁布法令，排除了普通司法机关对行政纠纷的审判权，主张由另外的司法机关来处理，由此形成了法国特有的行政法院制度。

二、法国行政法的渊源

宪法；议会制定的关于行政组织和活动的法律、政府部门的行政条例、地方政府制定的行政规章；行政法院的判例；法的一般原则。

三、法国行政法的主要特点

（一）具有独立的行政法院系统，而且行政法的重要原则几乎全部来自行政法院的判例。

（二）行政法是独立的法律体系。

（三）法国行政法也没有编纂完整的法典。

（四）国家公务人员在执行公务过程中由行政主体的公务过错引起公民权利受到损害，由国家承担赔偿责任。

第四节　民商法

一、民法

（一）1804 年法国民法典

1．民法典的制定

资本主义政治经济的发展需要是民法典产生的客观依据，相对稳定的社会环境是制定法典的重要条件，拿破仑对法国民法典的编纂具有不容忽视的重要影响。

2．民法典的篇章结构及经典性条款

民法典由总则和 3 编组成。

民法典是近代民法史上的一座里程碑，其中经典条款影响广泛。

3．民法典的主要特点

以资产阶级个人主义、自由主义、营利主义为立法指导思想，着重强调了资产阶级自由平等、无限私有、契约自由和过失责任等近代民法的基本原则。

它是一部早期的资产阶级民法典。

注重维护小生产者的利益。

保留了很多封建法残余。

继承了罗马法的传统。

法律用语简明扼要，通俗易懂，立法注重实际运用。

4．民法典的意义和影响

1804 年法国民法典内容丰富，风格突出，对近代西方乃至世界各国都产生重要影响。以此为基础，形成了大陆法系，被恩格斯称为“典型的资产阶级社会的法典”。

（二）现代时期法国民法的变化

20 世纪以来，法国民法发生了重大变化。其途径为，其一，对法典进行修改；其二，颁布单行法规。新的民事立法涉及法人制度；夫妻关系、亲子关系以及非婚生子女地位；所有权关系；契约关系；侵权责任等方面。

二、1807 年《商业法典》以及现代时期法国商法的变化

1807 年法国《商业法典》是法国第一部资产阶级商法典，奠定了民商法分立的立法模式。

现代时期，法国又颁布了一系列商事法。

三、经济法与社会福利法

法国于 19 世纪末，特别是 20 世纪中叶以后，先后制定了经济法与社会福利法。主要有：计划法、银行法、社会保险法等。

第五节　刑　法

一、1810 年《刑法典》

1810 年法国刑法典是资产阶级国家最早的一部有代表性的刑法典，承袭了罗马法编制法典的传统，否定了封建专制主义刑法制度，巩固发展了大革命时期的刑事立法，为法国刑法的发展奠定了基础。

二、从刑法典颁布后至 1994 年新《刑法典》颁布前的法国刑法

此间，法国刑法不断发生变化，总的趋势是在新的刑法理论指导下，刑罚的残酷性和野蛮性逐渐减轻，刑法制度更加完善，越来越重视犯罪预防和罪犯改造。

三、1994 年新《刑法典》

新的刑法典呈现出新特点：强调了对人身权的保护，并将反人类罪放在其首位；确认了法人犯

罪制度；提高了轻罪最高监禁刑的刑期。

第六节　司法制度

一、法院组织

司法双轨制。普通法院体系和行政法院体系并列，两者互不隶属，各自行使自己的司法权。

二、诉讼制度

法国的诉讼制度主要通过系统完整的诉讼法典来规范，另外辅之以不同时期颁布的单行法律。
1806 年《民事诉讼法典》和 1808 年《刑事诉讼法典》
1959 年新《刑事诉讼法典》和 1976 年新《民事诉讼法典》

复习与思考题

1．1789 年《人权宣言》的基本内容和意义是什么？
2．什么是“法国六法”？其意义如何？
3．1804 法国民法典是如何制定的？有什么特点？影响如何？
4．简述法国行政法的历史形成及其特点。

拓展阅读书目

1．李浩培等译：《拿破仑法典》 商务印书馆 1996 年。
2．（美）艾伦·沃森著 李静冰 姚新华译：《民法法系的演变与形成》 中国政法大学出版社 1997 年。
3．（法）卢梭著 何兆武译：《社会契约论》 商务印书馆 1984 年。
4．王名扬著：《法国行政法》 中国政法大学出版社 1988 年。

第十二章　德国法

本章教学目的与基本要求：

知识点：德国法代表大陆法系的现代发展，尤其是德国民法典以概念精确、法理精深、立法技术高超、法律体系完备而著称，它既阐释了自由资本主义时期民法的基本原则，同时又反映了垄断时代民法的某些特征，影响广泛。魏玛宪法是“社会化”法律的代表，经济法和社会立法不仅规模庞大，而且体系完备，内容丰富。

要点：魏玛宪法。1900 年德国民法典的基本特点。

难点：1900 年德国民法典的基本特点。

学时分配：6 学时。

第一节　德国法的形成和演变

一、德国封建法律的形成和演变

德国封建法以法律的分散混乱和法律渊源的多样化为主要特征，而且发展相对缓慢。

15 世纪德国开始了对罗马法的全面继受，稍后德国各地出现了法典化趋势。

二、德国近代法律体系的创建

统一后的德意志帝国在各个部门法领域进行了大规模的全面的立法，确立了比较完整的近代法律体系，构成了大陆法系的又一经典。

三、德国法律制度的发展与蜕变

魏玛共和国时期的法律发展主要集中在宪法、社会立法两个方面。

法西斯时期颁布了一系列旨在确立法西斯专政的根本法，在民法、刑法、经济法以及诉讼法等各个部门法领域全面推行法西斯主义和种族主义。

四、德国现代法律制度的重建

联邦德国废除了法西斯时期的法律制度，重新构建起适应德国社会发展现实的新型的资产阶级法律制度。

德国统一后，联邦德国的各项法律全面适用于整个德国。

第二节　宪　法

一、德国统一前的立宪活动

《法兰克福宪法》、《普鲁士王国宪法》、《北德意志联邦宪法》。

二、1871 年德意志帝国宪法

该宪法经对《北德意志联邦宪法》稍加修改而完成，规定实行联邦制，确立了君主立宪制，确立了普鲁士邦在整个帝国中的领导地位，规定实行普遍义务兵役制，是一部混杂着封建残余和军国主义色彩的资产阶级宪法。

三、1919 年魏玛宪法

该宪法是德国第一部资产阶级共和制宪法，也是资本主义进入垄断时期产生的第一部现代资产阶级宪法。宪法确立了联邦制，赋予总统广泛权利，将“经济生活”列为专章，并规定了许多社会化的原则和措施。

四、法西斯根本法

《消除人民和国家痛苦法》；《文官任用法》；《关于政党及国家之保障的法律》；《禁止组织新党的法律》；《关于帝国最高领袖的法律》；《联邦摄政法》；《德国改造法》及其施行令等。

五、二战后德国西部地区适用的根本法

四国《联合声明》、《波茨坦协定》以及各州的宪法，为联邦德国基本法的制定奠定了基础。

1949 年联邦德国《基本法》颁布以来，事实上在联邦德国起到了宪法的作用。它基本上继承了魏玛宪法规定的国家制度，重新确立了联邦制的国家结构形式和三权分立的政权组织原则，以较大篇幅对公民的基本权利与保障和平问题作了规定。

第三节　民商法

一、德国统一前的民事法律概况

德国统一前的民事法律总体而言纷繁杂乱。

18 世纪末 19 世纪初，德国各邦相继进行了民法典的编撰，其中《巴伐利亚民法典》、《普鲁士邦法》、《奥地利民法典》最为重要。

二、近代德国民商法律体系的确立

（一）1900 年德国民法典

1．《德国民法典》的制定

德国民法典的制定历经波折，诸多因素延缓了法典的形成进程。

2．《德国民法典》的结构和内容

德国民法典共 5 编，分为总则、债的关系、物权法、亲属法、继承法。

3．《德国民法典》的特点和意义

就内容而言，法典适应垄断资本主义发展的需要，在民法的基本原则和具体制度方面有许多创新和发展：确认了法人作为民事权利主体的地位；确认了契约自由原则、过失责任原则和无限私有制原则，又对这些原则的适用设定了必要的限制。

就立法技术而言，法典结构体系严密而富有逻辑性，用语精确而科学；包含了众多的一般条款。

德国民法典的颁布，不仅促进了德国的统一和发展，而且对其他国家的民事立法也起到了示范作用。

（二）1900 年《德国商法典》

1900 年德国商法典以《德国普通商法典》为基础修订而成，至今仍然有效，但内容上已经做了不少修改。

三、法西斯统治时期的民商立法

《德意志世袭农地法》、《保护德国国民的血统及名誉的法律》等等。

四、二战后联邦德国民商法的发展

德国对民法典条文进行了大规模修改；司法机关通过审理案件对法典中的一般条款不断给予引伸和扩大解释，使原法典的内容发生重大变化；颁布大量单行法规，以补充民法典和商法典的不足。

第四节　经济法和社会立法

一、德国经济法

（一）经济法立法概况

德国的经济立法最早活跃于两次世界大战期间，出于战争的需要，国家加强了对私人经济生活的广泛干预，颁布了大量的经济法规。

二战结束以后，德国形成了种类繁多，体系庞大的经济法律体系。

（二）《禁止不正当竞争法》和《反对限制竞争法》

德国反不正当竞争法和反垄断法为保证正常的市场经济秩序发挥了重要作用。

二、德国社会立法

德国的社会立法相当完备，包括社会保险、社会补偿和社会救济三个方面。

第五节　刑　法

一、德国统一前的刑事法律概况

德国统一前的刑法以法律渊源分散杂乱，刑法纷繁且适用极不统一，刑罚野蛮残酷为基本特点。

15 世纪末开始，进行了一系列立法活动，最为重要的刑法典是《加洛林纳刑法典》、《巴伐利亚刑法典》。

二、1871 年德意志帝国刑法典

德国第一部统一适用的资产阶级刑法典，对大陆法系国家的刑事立法影响深远。

三、德国法西斯统治时期的刑法

德国法西斯政府颁布大量单行刑事法规，贯彻其刑事政策。这些单行法规以纳粹思想为主旨和核心，从根本上否定了资产阶级刑法的基本原则，恢复了中世纪封建刑法的部分内容和特点。

四、二战后德意志联邦共和国的刑法

二战后，德国继续适用 1871 年刑法典。1975 年新刑法典颁布，并被多次修改。

第六节　司法制度

一、近代司法制度的创建

德意志帝国于 1877 年颁布了《法院组织法》、《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》，德国近代司法组织系统以及诉讼程序开始确立。

二、司法制度的现代发展

（一）法院组织

根据基本法和《法院组织法》组建了审判权多元化的法院组织系统。

宪法法院、普通法院、行政法院。

（二）诉讼制度

在对 1877 年《民事诉讼法》进行修改的基础上，1950 年颁布了新的《民事诉讼法典》，1976 年颁布了《简易化修正法》。

1877 年《刑事诉讼法典》经过多次修改，成为现代刑事诉讼法的基础。1975 年颁布新的《刑事诉讼法典》，实现了刑事诉讼程序的民主化改革。

复习与思考题

1．德国近代法律体系是如何建立的？

2．魏玛宪法有哪些基本特点？

3．试述 1900 年德国民法典的结构、特征和历史意义。

4．德国是如何继受罗马法的？有什么特点？

拓展阅读书目

1．（德）罗伯特·霍恩等著 楚建译：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1996 年。

2．（德）拉德布鲁赫著 米健 朱林译：《法学导论》 中国大百科全书出版社 1997 年。

3．（德）罗尔夫·克尼佩尔著 朱岩译：《法律与历史》 法律出版社 2003 年。

第十三章　日本法

本章教学目的与基本要求：

知识点：日本法在发展过程中以吸收和借鉴外国法见长，封建时期的日本法以中国隋唐法律为基础，隶属中华法系；明治维新后，先后以法国法和德国法为蓝本，建构近代法律体系，隶属大陆法系；二战后，日本法受到英美法系，特别是美国法的强烈影响。1946 年宪法以“和平宪法”著称，经济法十分发达。

要点：日本法的历史沿革。日本明治宪法的基本特点。

难点：日本明治宪法的基本特点。

学时分配：3 学时。

第一节　日本法的形成和发展

一、日本法的形成和初步发展

（一）奴隶制时代日本法制的形成

这一时期的日本法具有东方奴隶制法的共同特点。

（二）封建时代的法律制度

1．律令制时期的法制

法律编纂活动以中国隋唐法律为依据，法律形式主要是律和令。《大宝律令》、《养老律令》。

2．幕府统治时期

武家法典：《御成败式目》等。

《公事方御定书》。

二、明治维新后日本法的发达和演变

明治维新后，开始了法律“西化”的历程，日本六法体系建立。

二战后，日本建立了高度发达的现代法律制度。

第二节　宪　法

一、倒幕运动和明治维新

明治维新后，明治政府开始以大陆法系法律为模式，编撰了包括宪法、刑法、商法、民法、民事诉讼法、刑事诉讼法、法院组织法在内的各大法典。

二、《大日本帝国宪法》的制定和内容

又称明治宪法，是以普鲁士宪法为蓝本而由天皇颁布的钦定宪法，确立了天皇专制体制，保留了大量的封建残余，是日本历史上的第一部宪法。

三、1946 年宪法

新宪法的内容贯彻了民主、和平和人权三大原则。

第三节　民　法

一、日本民法典的制定

以法国民法典为蓝本的旧民法典因脱离了日本国情遭到激烈批评而被废止。

以德国民法典为蓝本的新民法典，各编先后于 1896 年和 1898 年获得通过，1899 年实施。

二、明治民法的内容和特点

民法典由 5 编构成，即总则、物权、债权、亲属、继承。前三编称为财产法，体现了鲜明的资产阶级性质，后两编称为家族法，具有很强的封建性，体现了明显的过渡特征。

三、明治民法的修改

为适应垄断资本主义发展的需求，日本颁布了一些单行法规弥补财产法的部分缺陷。

二战后，在新宪法的推动下，家族法得到全面而根本的修改，反映了资产阶级民法的基本原则，体现了男女两性平等，注重个人尊严的新精神。

第四节　经济法

一、经济法的萌芽

明治维新时期开始，日本就已经进行了经济方面的立法活动，这些单行法规多半因时因事而设，缺乏系统性。

二、经济法的形成和初步发展

两次世界大战期间，日本为缓解经济危机和适应战争需要，颁布了许多经济法规。

三、二战后经济法的发达

日本经济法在二战后得到迅速发展，大量经济法规出台，将经济活动中的各项行为都纳入了法律调整的轨道，为日本经济的高速良性发展起到了积极推动作用。

第五节　刑　法

一、明治维新初期的三部刑事法律

《假刑律》；《新律纲领》；《改定律例》。仍属于传统的封建法律范围，具有明显的过渡特征。

二、1882 年旧刑法和 1907 年刑法典

1882 旧刑法典以 1810 年法国刑法典为蓝本，不仅脱离了日本国情，也与刑法的发展趋势不相吻合，因此招致质疑和挑战。

1907 年刑法典借鉴德国刑法典的体例和内容，彰显了资本主义近代刑法的基本特征，同时仍然保留了大量的封建残余。

三、刑法的变化和发展

1907 年刑法典一直适用至今。其间，日本为适应政治经济形势的不断变化，一方面对刑法典本身作了多次重大修改，另一方面颁布大量单行法规对法典进行修订和补充，形成了较为发达的现代刑事法律制度。

第六节　司法制度

一、近代司法制度的确立

（一）明治维新后的司法改革

1875 年以设立大审院为标志，确立了司法和行政相分离的原则，裁判机构取得了独立地位；建立了大审院、上等裁判所、府县裁判所、区裁判所构成的 4 级裁判体系。

（二）近代法院组织和诉讼法

1880 年《治罪法》以法国法为蓝本。

1890 年《裁判所构成法》以德国《法院组织法》为模本。

根据明治宪法的规定，行政法院负责审理行政案件，因此 1890 年《行政裁判法》颁布。

日本历史上第一部民事诉讼法颁布于 1890 年，主要借鉴了德国 1877 年民事诉讼法。

《刑事诉讼法》于 1890 年颁布并施行。

二、诉讼法的修改和司法制度的变化

（一）民事诉讼法和刑事诉讼法的修改

1925 年民事诉讼法修改草案通过，次年公布，主要关注尽快结案和力求公正。

1922 年刑事诉讼法典公布。

（二）司法制度的变化

确立调停制度；引入陪审制度。

三、二战后的法院组织以及诉讼制度

1946 年宪法为日本司法制度确立了新的原则，不仅仿照美国模式，赋予最高法院以违宪审查权，而且根据宪法以及其后关于司法机构建制的法律，废除了行政法院和特别法院，增设了家庭法院。

1948 年新刑事诉讼法公布，引入了英美诉讼制度的一些内容。

民事诉讼法没有进行大规模的修改，1979 年颁布了《民事执行法》。

1962 年《行政事件诉讼法》。

复习与思考题

1．试述日本法的历史发展过程及其各个阶段的立法特点。

2．日本明治宪法和 1946 年宪法有哪些不同？

3．简述日本法的基本特点。

拓展阅读书目

1．（日）宫泽俊义著 董璠舆译：《日本宪法精解》，中国民主法制出版社 1993 年。

2．邓曾甲著：《日本民法概论》，法律出版社 1995 年。

3．肖闲富主编：《现代日本法论》，法律出版社 1998 年。

《语言法导论》教学大纲

刘红婴　编写

目　录

前　言.....203
第一章　语言法的范畴与意义.....204
第一节　语言在法律的框架中.....204
第二节　法律与语言的哲学因缘.....204
一、理论关系.....204
二、法哲学与语言哲学.....205
三、应用层面.....205
第三节　确立语言法的范畴.....205
一、原则.....205
二、语言法的基本内容.....205
三、目标.....206
第四节　语言法研究的目的及意义.....206
一、体现人类全息价值观.....206
二、为文化找到家园.....206
三、构建真实的多元文化.....206
四、持续朝向终极目标.....206
复习与思考题.....206
拓展阅读书目.....206
第二章　语言权.....207
第一节　语言权涵义.....207
一、语言上的人权.....207
二、语言权的法理内涵.....207
三、语言权内涵的展开.....207
四、在法律中寻找语言权.....208
五、语言上的义务.....208
第二节　语言权分类.....208
一、自然语言权、社会语言权和法定语言权.....208
二、实体语言权和程序语言权.....208
三、个人语言权和群体语言权.....208
四、直接语言权和异态语言权.....209
第三节　语言权主体.....209
一、个人.....209
二、民族.....209
三、文化群体.....209
第四节　语言权的理论价值.....209
一、语言权之树.....209
二、语言权为所有的权利“发言”.....210
三、语言权与其他权利相辅相成.....210
四、语言权是语言法理论体系的核心.....210

复习与思考题……210
拓展阅读书目……210
第三章　语言立法……211
第一节　国际立法……211
一、联合国及其各组织法律文件……211
二、《世界文化多样性宣言》要旨……211
三、非政府间组织法律文件……211
四、区域性法律文件……211
五、非物质文化遗产……212
六、语言国际法……212
第二节　语言国际法的主要内容……212
一、原则性规范……212
二、语言存在保障……212
三、语言发展保障……212
四、语言教育保障……212
第三节　语言国际法的意义……212
一、全球经济一体化中全球文化多样性的诉求……212
二、语言一体化与语言多元化……212
三、和平文化……213
四、整体指导……213
第四节　国内立法……213
一、世界语成功吗……213
二、国内立法的意义……213
三、语言立法的特殊性……213
四、国内立法的核心概念……213
五、特殊关键词——一个实例……213
第五节　各国国内立法举要……214
一、宪法保护……214
二、专项法保护……214
三、法国模式……214
四、新独立国家……214
五、语言的文明古国……214
六、魁北克的坚守……214
七、南非的语言多样性……214
八、语言多样性的多样……214
九、欧盟及官方语言问题……214
复习与思考题……214
拓展阅读书目……214
第四章　语言政策与语言运动……215
第一节　政策目标……215
一、国家要什么……215
二、多种因素决定语言命运……215

三、语言政策维护语言命运.....215
四、雅言和官话.....215
五、“当代书同文”.....215
六、语言纪念碑.....215
七、语言行政法.....216
八、摆脱母体.....216
九、世界要什么.....216
十、国际母语日.....216
十一、世界濒危语言地图.....216
十二、新技术时代的语言.....216
第二节　政策实现.....217
一、国情先行.....217
二、人本化操作.....217
三、自觉意识.....217
四、人类大情怀.....217
第三节　语言运动.....217
一、母语自豪感.....217
二、消除语言歧视.....218
三、捍卫语言的大旗.....218
四、语种间的较量.....218
五、俄语的复杂境遇.....218
六、自我优化.....218
复习与思考题.....218
拓展阅读书目.....218
第五章　法定语言规范.....219
第一节　法定语言规范是什么.....219
一、简论.....219
二、类别.....219
三、意义.....219
第二节　原则性规范.....220
一、语言之于人类生活的地位.....220
二、语种在国家、政治、民族中的地位.....220
三、官方语言.....220
第三节　操作性语言.....220
一、语言行为标准.....220
二、语言使用标准.....220
三、诉讼反馈的语言标准.....220
第四节　法律程序规范.....221
一、法定语言程序.....221
二、“言词辩论”.....221
三、程序中的语言规范.....221
第五节　语言本体规范.....221

一、语言内部规则.....221
二、规则的构成.....221
三、不厌其小.....222
复习与思考题.....222
拓展阅读书目.....222
第六章　语言及语言权保护手段.....223
第一节　政策目标下的保护手段.....223
一、语言保护的目标设立.....223
二、实现目标的必要手段.....223
三、目标和手段的适度性.....223
第二节　科学研究.....224
一、层级化的研究体系.....224
二、学术组织及其活动.....224
三、研究的全息视角.....224
四、学者们的努力.....224
第三节　语言教育.....225
一、教育主旨.....225
二、教育计划.....225
三、教育实施.....225
四、比利时模式.....225
第四节　社会生活.....225
一、全民化.....225
二、覆盖各领域.....225
三、渗透各层次.....226
复习与思考题.....226
拓展阅读书目.....226
第七章　我国语言法状况及未来展望.....227
第一节　背景和条件.....227
一、我们的成就和优势.....227
二、新生的问题.....227
三、现有法律.....227
四、专门机构及其工作.....227
第二节　历史的经验.....227
第三节　《国家通用语言文字法》.....228
一、第一部语言大法.....228
二、原则性、标志性的法律.....228
三、纲举目张.....228
第四节　语言行政工作.....228
一、评估.....228
二、“推普”.....229
三、推汉.....229
四、语言工作概览.....229

第五节　语言法的未来之路.....229
一、全球环境中的语言法原则.....229
二、中国模式的语言多样性.....230
三、法律保护的范畴.....230
四、善意的行政行为.....230
复习与思考题.....231
拓展阅读书目.....231

前　言

语言法导论是为法学专业本科学生开设的选修课程，编写本大纲目的在于为本课程的讲授教学提供规范性标准。

语言法导论是一门关于语言立法及语言政策的课程，其涉及的领域是 21 世纪全球化时代需要关注的热点问题，也是法学知识结构的必需组成部分。课程以法学原理及语言学原理为指导，注重挖掘学术特质，依学理规律构建出一个既有理论价值又具实用功能的学科体系。主要内容包括：语言法的基本原理；语言权；语言的国际立法与国内立法；宪法、专项法及相关法律群；法定语言规范；语言多样性；母语地位；语言运动等。

课程号：401060072

撰写人：刘红婴

第一章　语言法的范畴与意义

本章教学目的和基本要求：本章从对法律与语言的哲学因素的分析入手，确立了语言法的范畴，指出语言法研究的目的及意义。重点是语言法的范畴、语言法研究的目的及意义，难点是法律与语言的哲学因缘。

学时分配：4 学时

第一节　语言在法律的框架中

语言是一个民族、一种文化的第一符号和标识，民族、文化的历史从来都与语言的命运同行。

人类对语言的态度和方法中，最需要选择的是让语言走进法律的框架。事实上，语言也无时不在制度的监控之中，历史发展过程中，每一种法制的兴衰都决定着相关文化价值观的沉浮荣辱；语言标志着文化价值观，当然不能脱离法制的掌控。

构建关于语言的法律体系，需要方向的确定、理论的完备以及各个层级立法制度的衔接，更需要法律所规范的巨细兼具的内容。因此，语言法作为法律部门的存在，其自身的结构是相对完整和独立的，同时也将传统法律的内容加以延伸和扩展。

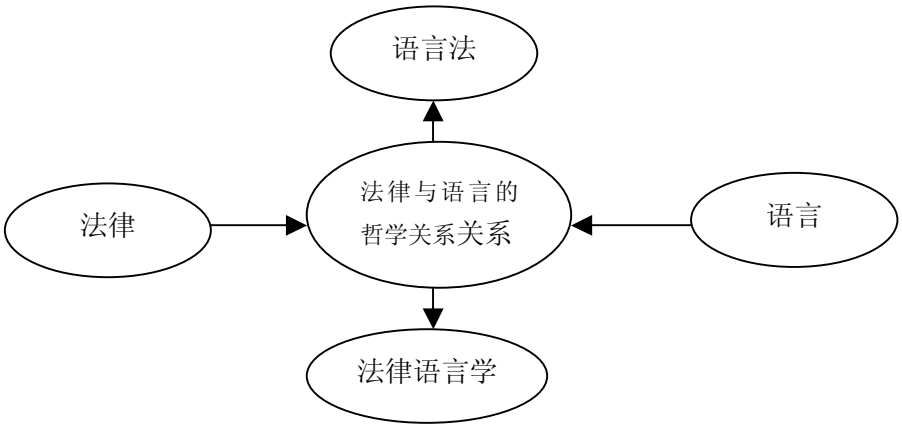
语言法所涉及的问题纵横交织，渗透的领域细密而全面，与当今国际法的几大主题如和平、人权、发展等环环相扣。语言的多样性保障文化的多样性，也标志着文化的多样性；文化多样性体现各种文化间的尊重，从而体现人权、和平。由于语言永远都不是孤立的，总是与文化、历史、民族交叠在一起，其最终的主题指向这些大目标是必然的。

语言进入法律的框架，以严密、系统的语言立法及语言政策的理论与实践，构建为一个相对完整的法律部门，也形成了语言法的基本范畴。

第二节　法律与语言的哲学因缘

一、理论关系

语言与法律的实际融合中，产生了对应的实体上的两大领域：语言法（关于语言的法律）和法律语言学（关于法律的语言）。



法律与语言的交融会产生三大学术命题：法律与语言的哲学关系；法律语言学；语言法。

在强调法律与语言关系重要的基础上，可以做深度的追问：（1）追问法律与语言为何交融；（2）追问法律与语言交融之后的可能走向；（3）追问法律语言为何重要；（4）追问语言的法律何以存在。当这样的追问能够找到答案并有所论证，最基本的问题才可能会迎刃而解，其理论视野必须开阔：（1）将语言全息理论作为支点；（2）将语言视为人类的思想居所；（3）将语言视为概括了万物的“小宇宙”。

二、法哲学与语言哲学

语言（学）转向：是 20 世纪西方哲学的重要标志，将法哲学和语言哲学紧紧联系在一起，使得法律与语言的深度研究能够开放式、多角度地进行。

语言哲学的终极指向是关于语言与世界的关系，研究者们孜孜不倦地从不同的角度想语言哲学的大本营汇合，都意在解决这样的终极问题，使得三种物像具体呈现出来：说话的人；说话人的思想；世界。这三者之间的关系是语言哲学研究的具体化路径，它也将语言哲学的基本框架建构起来，由此而展开诸如语义的真实性、词语意义、句法构造、语用分析等具体课题。法律与语言的三大命题，也就在这里找到了根基。

言语行为理论：奠基者是牛津学派语言哲学家奥斯汀。“以言行事”理论的事物基本上要体现秩序、规则及效力，其实质就是说出来才能成立，某种过程、状态、事实通过语言而完成或存在。“以言行事”的法律行为成为法律方法论上的大命题。

由于应用目的和功能的走向不同，法律语言学研究和语言法研究应形成各自的学科体系。而它们的理论基点，当然还是法律与语言的哲学关系，这是二者灵魂上的因缘。

三、应用层面

由于语言的立命之本在于“用”，因而无论是法律语言学还是语言法，其理论延伸下去，涉及到的将是语言的最终应用状态及应用规则。

语言应用历史一定不是单纯的语言发展线索，它与人类历史的所有因素都紧密相关。政治、经济、法律决定语言的存亡兴衰，语言也在其他各个重大领域起着关键作用。

第三节　确立语言法的范畴

一、原则

1．确保所有预言得到充分的发展和尊重，将建立正以公平的语言原则作为维持和谐社会关系的关键要素

2．体现人类的全息价值观，使语言进入法律的框架之中，构建真实的多元文化格局

二、语言法的基本内容

（一）语言权利

语言权是语言法中的核心概念，也是语言法中的起点性理论问题。语言权类型、语言权主体和语言权的法理意义是这部分必须探讨的内容。

（二）语言平等和语言多样性

是重要的语言价值观，具有普适的特征，应当得到推广和保障。

（三）语言立法

是语言法的学科实质性的主体框架。

（四）国语、官方语言或工作语言

保护母语、确定官方语言地位是作为一国之根本法的宪法的天职，语言专项法及相关法律群是对宪法原则的阐发。

（五）法定语言规范

包括原则性规范、操作性规范和法律程序规范三大类别。

（六）语言政策

是语言法框架中的价值取向及原则体系。

（七）语言运动

是为强调语言价值观、贯彻语言政策而发起的全民性活动。

（八）双语种或多语种环境

（九）未来的全球语言格局及国内的语言法趋向

三、目标

语言立法的目标与语言法学的目标可能是政治性的、经济性的、文化性的综合事务。

《世界语言权宣言》确认的目标：第一，在政治方面，目标为构想一个能够组织语言多样性的方式，让众多语言社群能够有效参与这一新发展模式；第二，在文化方面，目标为在发展构成中提供一个世界性的、使所有种族、语言社群和个人均能公平参与的沟通场所；第三，在经济方面，目标为促进基于所有人参与、以及对社会生态平衡和所有语言与文化间平等关系之尊重的持续发展。

第四节　语言法研究的目的及意义

一、体现人类全息价值观

语言法研究的意义首先要强调全方位的人类发展观，将主流的价值体系诠释出来。

二、为文化找到家园

语言法给出法律的基本保障，以及条分缕析的法学构架，使语言及其所在的文化各得其所，找到真正的归宿。

三、构建真实的多元文化

文化多样性是当今世界的主流价值标准，而其突出标志就是语言的多样性。

四、持续朝向终极目标

当今世界的法律大目标，必然要以和平、发展为终极目标，而文化、语言的归位，使这个路径中的必然因素。语言法的生成、确立、完善，都是在为实现大目标作努力。

复习与思考题

1．法律与哲学的关系如何？

2．语言法的基本内容有哪些？

3．语言法的目标是什么？

拓展阅读书目

[法]比杰利雅克、布雷顿：《从言语到语言》，于秀英译，上海书店出版社 2004 年版，第 59 页。

第二章　语言权

本章教学目的和基本要求：语言权是语言法核心内容，本章讲述了语言权的法理内涵、语言权的分类、语言权的主体和语言权的理论价值，重点是对语言权的法理内涵的理解和语言权的理论价值，难点是对语言权主体的界定。

学时分配：8 学时

第一节　语言权涵义

一、语言上的人权

语言权（Linguistic Human Rights）作为研究语言法的一个核心概念，来源于人权法理论，同时又是语言法体系的一个支点。Linguistic Human Rights 可以理解为“语言上的人权”，实质指人权框架中的语言权利，直观地强调语言权是人权的一部分。人权→文化权→语言权→话语权。

二、语言权的法理内涵

广义的语言权包含所有的法学范畴内的与语言有关的权利和权力，诸如言论权、舆论权、发表权、出版权、陈述权、申辩权、辩论权、告知权和受告知权、询问权、询问权、法文权、宣布权、宣读权、宣告权、少数民族语言权，等等。这些权利（权力）当中的一些重要概念，其法理意义远比语言本身大得多。

狭义的语言权之法定的纯粹的使用语言的权利，即我们这里所探讨的语言权力，通常应用于政治、文化、教育等社会生活当中的语言权利，亦属狭义的语言权范畴。

语言权是公民、族群、国家及各种组织表达思想时选择和使用语言文字作为物质手段的权利。延伸涵义：公民、族群、国家及各种组织通过语言文字的物质手段表达思想的权利；公民、族群、国家及各种组织对所使用语言进行保护的权利；公民学习所使用语言的权利。

三、语言权内涵的展开

1．保障语言自身机制的权利

（1）所有语言社群均有权组织及管理属于自己的资源，并且确保他们的语言能在社会各种机能中使用

（2）所有语言社群均有资格支配为确保其语言之传递与存续所必须之方法

（3）所有语言社群有权在不受引诱或武力介入的情况下，编纂、标准化、保存、发展以及提倡他们的语言系统

2．语言与语言之间关系

（1）所有语言社群均有平等的权利

（2）不容许对语言社群的歧视

（3）必须采行所有措施以实行此平等原则，使其有效且真实

3．作为个人权利的语言权

（1）人人均有权以其语言于公开场合进行各项活动，只要这项语言是只通行于其居住区域之特定语言

（2）人人均有权于私人场所或家庭中使用自己的语言

（3）人人均有权了解只通行于其居住区域内的语言

（4）人人均有权通晓各种语言，亦有权了解和使用对其本身发展或社会行动力最具传导性的语言

4．为保证以上各项权利的行使，所有语言社群有资格支配翻译成、或者翻译自其他语言的工具

四、在法律中寻找语言权

以《公民权利和政治权利国际公约》（International Convention on Civil and Political Rights）为例。

五、语言上的义务

语言权对应的概念是“语言义务”，准确表意为“语言上的义务”。从主体上讲，包括国家的义务、群体的义务和个人的义务；从行为上讲，有规范义务、使用义务、保护义务、教育与被教育义务等。

第二节　语言权分类

一、自然语言权、社会语言权和法定语言权

由语言的自然发生和使用到作为人们主动运用的工具和文化符号所形成的序列。

自然语言权是人生来天然的权利，社会语言权强调语言在社会群体环境中较高级的应用功能，法定语言权能够将自然语言权、社会语言权的必须内容纳入其规则当中，使其成为法律所保障的对象。

根据语言权在全球的适用情况，国际法框架内语言权的实施模式大致可以概括为：欧洲式的语言权内容；双语和多语环境下的语言权内容。

二、实体语言权和程序语言权

语言的实体权利基本上体现为集体权利，包含的主要内容为：使用语言的权利、学习语言的权利，确定语言地位的权利、保护语言尊严的权利。实体语言权在正常状态下并不突显，在应当得到而未享有的情况下，或一旦遭受侵害，实体权利才会全方位呈现其意义。

程序语言权较多地体现为个人权利，是指在法定程序中使用语言的规则，它强调在规定性极强的过程中完成语言的表达，语言权的实现呈现出动态的过程。诉讼程序中的语言权利较为典型。

三、个人语言权和群体语言权

语言权既是集体人权，又是个体人权，与文化权利、政治权利紧密相联，是公民权利、族群权利及国家权利的一个综合符号。语言权的意义在于它跨越了至少两代人权的内容，其实现与发展既要通过个体的人的语言应用状况来书写，又要以群体和民族的集体文化命运来描绘。可以说，语言权囊括了新老三代人权理论的基本特点，关系到国家、政治、文化的命运。大到国家，小至少数族群，直至个人，都有语言权利的保障问题。

作为个人权利，语言权体现为个人表达的空间维度及控制力度。个人语言权即个人通过语言文字的物质手段表达思想的权利，包括个人的母语权利、学习多种语言的权利、在各种场合使用相关语言及得到翻译的权利等实质内容。

作为集体权利，语言权包含群体语言权利和民族语言权利两个层面。群体语言权利主要是指属于一种语言的族群保护、使用其母语的权利；民族语言权利更侧重于国家层面上的语言权利，即一

个国家的国语地位、官方语言或工作语言的选用等因素构成的与国家命运紧密相连的语言价值体现。个人权利和集体权利不可能分割开来。

四、直接语言权和异态语言权

从形态上看，直接语言权是使用语言并“说出来”的权利，如使用和维护母语的权利、自由选择语言的权利、语言平等的权利等等；异态语言权在形态上不呈现直接性，如缄默的权利、拒绝回答得权利、放弃使用某种语言的权利等，一些特殊内容，如手语、盲文、网络语言的权利规则，也可归入异态语言权之内。

第三节　语言权主体

一、个人

每一个个体独立使用语言，并实现个体与个体之间的交流，才能使语言生生不息，代代相传，并得到创造和发展。

从社会角色到法律定位，语言权主体中的个人都处于突显的地位。

二、民族

1．国家意义上的民族

国家意义上的民族作为语言权主体，支撑语言的国家象征价值。

国家意义上的语言权包含有权力的成分，其强势因素在整体语言权中是非常特殊的，需要抽取出来进行特别研究。

2．族群意义上的民族

族群意义上的民族作为语言权主体，是集体语言权的最直观的拥有者。

在这里，民族成为了文化的计量单位，语种的计量单位。拥有一种共同的语言，使得一个族群成为语言权的法律主体。

三、文化群体

文化群体主要指一种文化因素为纽带而有着共通语言的人群，不强调地域上的连接或人群上的聚合。

现实世界当中，不同的民族也可能属于同一个文化群体，同一个民族也会有不同的信仰和不同的文化属性，所以，以语言为标志的文化群体也成为语言权的主体。

由文化群体会派生出相应的语言群体。语言群体是指讲同一种母语的一群人，他们有人种、部落起源、种族国籍和宗教上的群体特征。

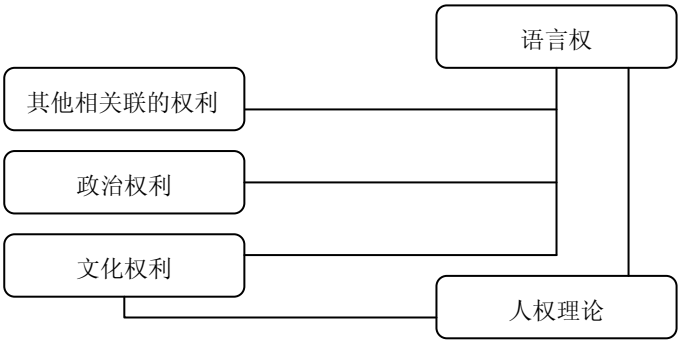
西方学者提出“语言集团”的概念，构成语言集团的要素首先是使用同一种语言的人，同时还是互相能听懂的人，而且语言学研究的对象不仅是某种语言或所有语言，而且还有语言角度下的社会集团。

第四节　语言权的理论价值

一、语言权之树

如果将人权理论当作土壤，那么长在人权理论大地上的语言权利就是一株独立的大树，我们称

之为“语言权之树”。在人权的生态系统中，它与人权的其他的组成部分一同生长，构成姿态万千的状貌。



二、语言权为所有的权利“发言”

语言权作为“说”、“用什么说”和“说出来”的权利，几乎涵盖了所有权利的最终表达。

语言问题实际上是一个综合问题，国家公权力、主流社会的文化取向、司法机制等方面的因素，都影响着语言的生息。而语言权同样也综合了人权中的其他内容，渗透在其他权利的表达之中。它们的存在，皆为了实现人类和平、发展的终极大主题。通过语言权与语言多样性的倡导，彰显语言之于世界的大意义。

三、语言权与其他权利相辅相成

语言权的表达功能使之能够延伸或渗透至更加宽广的领域当中。语言权利的形态样式由狭义的选择与使用，到广义的语言权，诸如言论自由权、舆论权、发表权、司法话语权，然后再向外围扩展。其文化权利上的属性、政治权利上的属性、社会权利上的属性乃至经济权利的表达，均有所相通。这些内容反过来又为语言权输送着必要的养分。

四、语言权是语言法理论体系的核心

语言法的理论体系之所以能够建立起来，其支撑点在于语言权。由语言权这一理论内核，才能扩展和构建相关的分支部分。语言权的主体无论个体或群体，均离不开人，而人享有的语言权利又倚仗语言立法、语言规范、语言程序等途径得以实现。这一系列的问题相互作用，为语言法的研究提供了彼此关联的若干范畴。如果将它们的理论关系树立清楚，就形成有规律的审视对象，为学科的发展打下基础。

复习与思考题

1．如何理解语言权的法理内涵？

2．语言权的分类有哪些？

拓展阅读书目

1．[法]罗朗·布洛东：《语言地理》，祖培等译，商务印书馆 2000 年版，第 43-48 页。

2．[法]路易·让·卡尔韦：《社会语言学》，曹德明译，商务印书馆 2001 年版，第 89-94 页。

3．[法]皮埃尔·布尔迪厄：《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真等译，商务印书馆 2005 年版，第 16 页。

第三章　语言立法

本章教学目的和基本要求：本章介绍了语言国际立法的主要文件、主要内容及意义，以一些国家为例介绍了语言国内立法的情况。本章的重点是语言国际法的主要内容和意义。

学时分配：4 学时

第一节　国际立法

一、联合国及其各组织法律文件

1. 《世界人权宣言》
2. 《公民权利和政治权利国际公约》
3. 《经济、社会和文化权利国际公约》
4. 《关于在民族、宗教和语言上属于少数的人的权利宣言》
5. 《维也纳人权宣言和行动纲领》
6. 《文化政策宣言》
7. 《保护非物质文化遗产公约》
8. 《联合国教科文组织世界文化多样性宣言》
9. 《保护和促进文化表现形式多样性公约》
10. 《关于普及网络空间及提倡和使用多种语言的建议书》

二、《世界文化多样性宣言》要旨

《教科文组织世界文化多样性宣言》是于 2001 年 11 月 2 日联合国教科文组织第二十次全体会议根据第Ⅳ委员会的报告通过的决议。该宣言就一些列主题进行了确认：第一，文化多样性是人类的共同遗产；第二，文化多样性促进文化多元化；第三，文化多样性是持续发展的重要因素；第四，人权和文化多样性互为保障；第五，文化权利是文化多样性的有利条件；第六，要促进面向所有人的文化多样性；第七，文化遗产是创作的源泉；第八，好的文化政策是推动创作的积极因素；第九，文化多样性能够促进国际团结。

三、非政府间组织法律文件

《全球语言权宣言》

四、区域性法律文件

1. 《欧洲保护人权和基本自由公约》
2. 《美洲人权公约》
3. 《非洲人权与民族权利宪章》
4. 《圣日耳曼条约》
5. 《对意大利和约》
6. 《奥地利国家条约》
7. 《阿姆斯特丹条约》
8. 《欧洲联盟基本权利宪章》
9. 《关于区域少数人群体语言的欧洲宪章》

五、非物质文化遗产

21 世纪伊始，当语言更多地承担起文化及民族存亡重任的时候，以非物质文化遗产的概念确定其基本价值，也就成为有力的辅助手段。《保护非物质文化遗产公约》

六、语言国际法

是关于语言的国际立法及其理念、原则。包括成文法和国际习惯。

第二节　语言国际法的主要内容

一、原则性规范

1．语言权的基本内容

2．语言的价值观体系

目前的主流语言价值观大致可归纳为：语言平等和语言多样性；母语为本与多语种教育；多元的网络语言；拯救每一种濒危语言。

3．与国家法的大主题融汇于一体

二、语言存在保障

三、语言发展保障

语言多样性原则、少数人群体语言权利、国家语言地位、官方语言的择定、语言教育政策及手段。

四、语言教育保障

常规性的语言教育规范在法律中呈现出来，主要强调：学龄、适龄人群的母语及多语种教育保障，学习语言的权利和义务，使用母语和选择语言的权利，国家提供相应政策和条件的职责等方面。同时，语言国际法还能顾及到特殊、细微的部分，真正保障所有人的权利。

第三节　语言国际法的意义

一、全球经济一体化中全球文化多样性的诉求

当人类的经济命运紧密相联的时候，文化却极度地渴求独立特性。语言的单一在经济生活中显现出效率、便捷，但同时存在着文化侵蚀的危险。这中间需要把握经济与文化互不损伤的度，法律包括语言国际法的原则、目的、取向都应当体现这样的追求。

二、语言一体化与语言多元化

语言一体化的现实是英语已经成为引领语言一体化的旗舰。语言一体化的危机是文化生态的单一。

语言多元化强调的是，首先保持语言的特性，其次在各种特性当中能够最大程度的做到游刃有余。同时语言与语言之间能够彼此尊重，共同发展。

三、和平文化

“和平文化”（Culture of Peace）的概念是由《和平文化宣言》确定下来的。一个世界，多种声音，这是一个基本的文化格局，和平文化的理念将容忍、对话、理解、人权、共存等要素整合为一个专门术语，为世界展示一种应有的境界，人们应该为实现它并维护它而努力。

四、整体指导

1．发展语言多样性
2．以母语为主导，充分尊重母语权利
3．实施多语种教育，鼓励学习多种语言

第四节　国内立法

一、世界语成功吗

在国际法原则的明确指导下，以国家为单位，保护自己控制范畴内的语言种类，是必需的，也是有效可行的。

二、国内立法的意义

国家关于语言立法的目的、价值取向，国家语言政策的基本文化精神，国家对领土内各语言群体权利的保护，国家内部的语言格局构成，都要在国内法的体制中呈现。

三、语言立法的特殊性

1．有独特架构

语言立法的纵向线索由宪法级法律统领，向下贯穿，至语言专项法开始横向铺展，与相关的应用法关联起来。同时，语言立法权限、语言立法主体、语言法所涉及的法律关系、语言立法逻辑等问题，随着这个线索便有了特殊的构成。

2．覆盖力强

语言渗透在所有行为中，语言法的规范也在任何需要的地方适时出现。

四、国内立法的核心概念

1．“国家语言”（National Language）

“国家语言”将语言确立为代表国家形象的崇高地位，“国家语言”是“国家”概念中的一个部分，一般在宪法中确定。所以，在法律中确定代表国家地位的语种是一项重大事宜。

2．“官方语言”（Official language）与“工作语言”（Working Language）

“官方语言”是政府、法庭、教育使用的语言，或在宪法中确定，或有专项的官方语言法；“工作语言”一般指在某种事务中通用的语言。

3．“国家通用语言文字”

我国目前法律中确认的概念是“国家通用语言文字”，包括“普通话”和“规范汉字”。

五、特殊关键词——一个实例

《怀唐伊条约》　“tino rangatiratanga”。

第五节　各国国内立法举要

一、宪法保护

（一）宪法保护的主要内容

1．确立国家通用语言的地位，一般成为官方语言

2．本国国内的语言政策原则，是指导性的

3．公民个人的语言权利

4．相关族群的语言权利

（二）各国对语言的宪法保护介绍

二、专项法保护

专项语言法的制定，是国内语言立法的重头戏。针对一国国内的语言状况，专项立法的范畴可以非常明确，规范也可以非常具体，以表明国家的语言观。

三、法国模式

法国《宪法》规定，法语是法兰西共和国的语言，法语是法兰西品格及遗产的基本要素。《法语使用法》强调法语是教育、劳动、交流及公共服务各部门使用的语言，是法兰西共同体各国成员之间特殊的纽带。

四、新独立国家

五、语言的文明古国

六、魁北克的坚守

七、南非的语言多样性

八、语言多样性的多样

指每一种包含着多样性价值的国内法均有自己的特性，而各有特性的国内法集中在一起研究、比较，又呈现了法律架构的多样。

九、欧盟及官方语言问题

复习与思考题

1．如何理解目前的主流语言价值观？

2．语言国际法的主要内容有哪些？

拓展阅读书目

1．苏金智：《语言权保护在中国》，载《人权》2003 年第 4 期。

2．周庆生主编：《国家、民族、语言——语言政策国别研究》，语文出版社，2003 年，第 159 页。

第四章　语言政策与语言运动

本章教学目的和基本要求：本章介绍了语言政策目标的确立和语言政策的实现途径，以及语言运动的主要类型，重点是语言政策目标的确立标准，难点是语言政策的实现途径。

学时分配：4 学时

第一节　政策目标

一、国家要什么

语言政策是通过语言立法传达的，整体上必然有价值指向、主导方针。尤其是国内法，体现国家立场与精神。所以，鼓励什么、倡导什么、强制什么，必须明确清晰。国家要什么，其实也是语言政策的基本内容。

国家在语言政策上所作的工作必须系统、周到，对国家利益、个人利益均有所保障。当然，语言政策具有整体性。在法律框架中，它的制定、传达、实现要靠系统、具体的行为来完成，即在完整统一的政策目标下，实施具体、有序的行为。

二、多种因素决定语言命运

语言与政治、法律、地理和宗教等因素都有密切的关系。有西方学者将法律的思想根源、法律制度与宗教视为密切相关的哲学系统，而在这个哲学系统中语言是灵魂。

三、语言政策维护语言命运

语言政策是语言法内容的具体呈现，注重实施的效果，在程序上、做法上与质感的语言本身距离更紧，更直接地维护着语言的发展。

以新西兰的毛利语为例说明语言政策对语言命运的维护。

四、雅言和官话

从传统上看，成熟的社会中语言阶层从来都存在。但在当代社会，政治阶层、经济阶层之间距离愈来愈小，语言阶层之间的差别也趋于淡化，要将语言的雅俗辨别出严格的界限并非简单之事。但在语言政策中应当坚守的是保持语言的生命力，而保持生命力，就意味着至少要达到洁净、健康的语言境界，这也是语言政策追求的可及目标。实际上，语言内部的具体规范，如语音、书写等标准，就是为达到此境界而设立的基本路径。

五、“当代书同文”

“当代书同文”是当代汉语研究中的一大热点，指为了使全球汉语人群在使用汉语时最大可能的消除差别所作的研究、推广工作，涉及到的国家、地区以中国大陆、香港、台湾及韩国、日本、新加坡为主。这一现象给我们一种提示，即在语言政策目标上要有大视野，这也是时代的要求。当一种历史环境构成足够的因素，预言就是其必然的组成部分。在不违背语言价值观的前提下，一个大语种的逻辑应该有横向思维，为自身增强凝聚力，保持姿态。

六、语言纪念碑

南非为阿非利加语设立的语言纪念碑，是世界上唯一的语言纪念碑。通过纪念碑这一物态标志，

透视一种语言背后的群体发展、民族兴衰、文化构成的历史，表达对坚持民族个性、文化特征的态度和精神。语言纪念碑说明语言存续靠拥有它的群体以积极的态度和综合的手段予以维护，使其健康发展。

七、语言行政法

政府的行政立法和行政手段对于语言法环境的培育极其重要。语言法目标实现的过程，必须经由一国政府的行政行为才能完成。由此，将语言法中与政府密切相关的部分界定为“语言行政法”。

语言行政法涵盖的内容至少包含：（1）语言行政组织，即专门的语言行政机关；（2）语言行政立法；（3）语言行政指导与行政执法。语言行政机关及其抽象行政行为和具体行政行为构成语言行政法的动态体系。

具体到国家内部的语言事务，行政组织和行政行为的内容及具体目的会有很大的差别，以加拿大为例说明。

八、摆脱母体

一些语言上有历史附属痕迹的国家，为强调国家、文化的独立性，对语言肌体进行“手术”，极力摆脱于一个大语种所关联的影子，强调本国语种的纯粹。这样的语言发展目标是这些国家想要的，可取与否不平，只看语言政策取向。

九、世界要什么

在国际法的框架下必须有基本的语言政策，使语言国际法的主题得以烘托。全球性的语言政策目标，与人类和谐发展的整体大目标一致。

语言是保存和发展人类所有智慧最有力的工具，各种促进母语传播的运动，都不仅有助于语言的多样化和多语种的教育，而且能够提高对全世界各语言和文化传统的认识，以此在理解、容忍和对话的基础上，促成世界人民的团结。

十、国际母语日

国际母语日向世界提供了人类的主体价值观，表达了国际主流社会对于语言的基本态度和立场，对各国的相关语言政策做出善意的引导。“国际母语日”使对待母语的基本精神以柔性的方式表达出来，实质上强调的是明确的庆典稳固性的国际法原则。

十一、世界濒危语言地图

联合国教科文组织出版的《世界濒危语言地图》以绘图方法将分布于世界各地的濒危语言数据直观地标示出来，较为全面地呈现了全球各种濒危语言的基本状况。这本地图告诉我们，全世界6000 种语言中的大约一半已经消亡和正在向可预知的消亡方向迈进，那些消失了的语言作为人类的宝贵遗产，它们“活”的状态不可能再重现回来了。因此，关注语言的命运，并为保护它们行动起来，对于文化与社会的未来具有重要的意义。

十二、新技术时代的语言

数字化新技术时代，语言权利的实现、语言多样性原则的普及面临着新的课题。要在法律框架中解决这些问题，有关数字化遗产、网络语言多样性的理念便应运而生。

《保存数字化遗产宪章》、《关于普及网络空间及提倡和使用多种语言的建议书》。

第二节　政策实现

一、国情先行

语言从内容构成到存在形态在各个国家的表现各有“国情”，语言法框架的构造，语言政策的视线，皆离不开国情制约。这种制约不是负面的羁绊，而是语言政策形成所必需的土壤。

以日本为例

二、人本化操作

语言的可感性要求语言规范在实现的过程中柔和、顺畅，使人的语言行为既合法又符合道德、情感、实效等方面的需求。人本、合理，同时又合法，才是语言规范实现的理想境界。

以日本、瑞士为例

三、自觉意识

自觉意识从语言的自我意识开始，一个语言个人和一个语言群体都应当有语言的自我意识，在有力、有效的语言政策运行中，这种语言自我意识往往能够上升为自觉意识。自觉意识体现为同语言荣辱与共，对语言有自豪感，维护它成为行为习惯。

以法国为例

四、人类大情怀

为了语言政策目标的实现，更需要的是放眼人类的大视野，具有心连世界的大情怀。

一般认为，语言灭绝的原因包括自然灾难、各种形式的文化同化和种族灭绝等。语言伴随着人类同生共存，是真正关乎人类命运的大事。所以，每个人都应当以开阔的大情怀来关怀语言、尊敬语言。

第三节　语言运动

一、母语自豪感

语言运动从来就不是也不可能是单纯的语言自身的技术性事务，它永远在政治需要、文化取向的框架里存在。当历史的某一时期的整体背景提供了恰当的氛围或条件，语言运动鸣锣登场既必然且正常。

语言运动的起因、诉求以及形式因时代、地域和历史阶段而不同，但有一点是趋同的，及与母语有关。无论是语言权利运动，语言推广运动，抑或语言内部的改革运动，基本上都是“为了母语的运动”。

正面而言，语言运动强调对所属文化的认同感、对代表这种文化的热爱和自豪感，因而要捍卫之、完善之。语言运动形式则不趋一制，示威抗议、争取权利、国家发动、全民跟进，都有所呈现。捍卫母语、纯洁和强化母语的运动都有过成功的语言运动经验。

政府主张，民众齐应，加之法律完备，通过民族语言文化运动，自然使捍卫母语的意识深入民族的骨髓，并成为全民的自觉行为。

二、消除语言歧视

语言歧视是相伴着历史演变，与之同体而行的，种族、争战、强权、等级等因素构成的背景和环境，造就了语言歧视的发展脉络。甚至，由于语言认知导致了种族的偏见，使某些民族产生语言的自我优越感、炫耀感。

三、捍卫语言的大旗

语言运动的主体均要鲜明，即以什么为大旗是语言运动的先决因素。一个语言群体的诉求明确、理想在胸，运动的激情才能燃起。

通常情况下，以提升语言质量并使之健康发展为目标的语言运动较为普遍，它们可能是大语种，可能很强势，但是也需要高擎捍卫语言的大旗。

国际法的精神和主体价值观作为捍卫语言的旗帜是正确的，但如果有理解上的偏差，体现在法律中则会显得走样。

四、语种间的较量

如果文化可以分强势与弱势，那么历史就是强势文化与弱势文化的不断更迭。语言随着文化在强与弱之间、强与强之间较量，既是历史性问题，又是现实性问题。

五、俄语的复杂境遇

前苏联的解体，体现得最为灵敏的就是语言。

六、自我优化

自我优化的愿望源自某一语言群体自身，在某种历史的气候或特定的环境下，人们对自己的语言产生了规范、改善或强烈的改革（至少是改变或改动）的希求，从而为自己的语言进行有目标的研究、整合。

完整意义的语言优化，首先应当为语言生态环境的优化，在语言的历史发展过程中，要选择、矫正或回归至良好的语言生态环境。其次，优化语言还必须在其内部下功夫，发挥语种自身的优点或特色，增强其生命力。

自我优化当然需要方法，更需要政策。

复习与思考题

1．你认为语言政策目标应该包括什么内容？

2．语言政策实现的途径是什么？

拓展阅读书目

刘红婴《语言法导论》，中国法制出版社，2006 年，第 105-154 页。

第五章　法定语言规范

本章教学目的和基本要求：法定语言规范是语言法的主要内容，本章讲述了法定语言规范的涵义、类别和意义，并对其主要类别（原则性规范、操作性规范、程序规范和本体规范）分别进行了讲述。本章重点是法定语言规范的主要类别和各类别的主要内容，难点是对原则性规范的理解。

学时分配：8 学时

第一节　法定语言规范是什么

一、简论

直观地讲，法定语言规范是指各层级法律文件中明文规定的内容。“法定”的含义在于相关的规范可以在法律中找到依据。

法律为语言规定的内容巨细兼有，层次较多。事实上，语言法所讨论的多数问题，都是语言规范的范畴，诸如语言权、国语、官方语言、通用语言、少数族群语言、语言教育、法庭语言规则等等。而就具体规范而言，则大面积地体现为规范性法律文件的条款规定。从这个意义上讲，法定语言规范不抽象，是具体可感的。

语境→语词系统→语篇构成→语言规则——使语言的法定规范显现为一种综合性的对象。

二、类别

1．根据规范的内容范畴

（1）国语规范

（2）官方语言规范

（3）工作语言规范

（4）少数人群体语言规范

2．根据法律规范的性质

（1）语言的原则性规范：主要指确认语言价值观、设定语言地位等较高层级的规范。

（2）语言的操作性规范：指语言实际使用中的标准，能够具体到字、词、音。

（3）语言程序规范：指法律程序中的语言运用规范。

（4）语言本体规范：指语言内部的各项要素的标准，如字的书写标准、笔顺标准、读音标准等。

3．根据法律层级

（1）法律承载的语言规范

（2）法规承载的语言规范

（3）规章承载的语言规范

（4）其他规范性文件承载的语言规范

三、意义

1．构建语言秩序的理想状态

所有的语言史表明，语言使用发展到中高级阶段，必须有所规范。法定的原则与秩序实则是天然秩序的汇总和升华，帮助语言构建具有应用功效与审美功效的境界。

2．保障语言的健康活力，使之成为能持续发展的语言

持续发展的语言与持续发展的文化休戚相关，法定的规范为之提供框架性的保障。

3．增强民众的语言规范意识

法定规范通过教育深入民心，使国民能够意识到自己生活在一种语言框架的文化范畴中，并产生自豪感，形成自觉维护的习惯。

第二节　原则性规范

一、语言之于人类生活的地位

在纷繁的语言世界里，人类需要一个大致趋同的目标，以保障所有语言的健康发展，确保语言的整体生态，我们称之为“主流的语言价值观”，是指国际社会及大多数国家普遍认可的关于语言的基本观念和价值标准。作为原则及精神，主流语言价值观要体现在国际法当中，同时也应当贯穿在各国的国内法当中。

主流的语言价值观所包含的语言平等和语言多样性、母语为本与多语种教育、多元的网络语言、拯救每一种濒危语言，是最根本的原则性规范。

二、语种在国家、政治、民族中的地位

语种的保存权利和发展权利是文化存续与发展的前提，也是政治制度延续、国家和谐与否的关键。国家语言、官方语言、通用语言在语种间的平衡、选择，是非常重大的事。

注重语种选择的作用，根据国家特点规划整套语言发展图景，并使之较好地实现。以新加坡为例。

三、官方语言

官方语言的法定规范兼有原则性与操作性的特征，一方面，官方语言的地位的法律确认，其原则意义很大；另一方面，官方语言的运用细则也要随之展开，体现在法律中。

以香港地区为例：《法定语文条例》。

第三节　操作性语言

一、语言行为标准

操作性规范为语言的具体行为设定了清晰的标准，对于每一个语种的“语言操守”设置了底线。各种主题的法律都可能对语言使用的实体标准进行设置，因而语言行为标准的法律渊源也就非常广泛。

以澳门《民事诉讼法典》为例

二、语言使用标准

以澳门《商法典》第二编关于“商业名称”用语的一般规定为例

三、诉讼反馈的语言标准

操作性的语言规范在应用中形成良性的语言默契与语言习惯，也可视为规范的一部分。尤其是诉讼实务中的反馈信息，更形成可参照的对象。与语言有关的判例，至少能够给出特定语境下语言使用的是与非。

第四节　法律程序规范

一、法定语言程序

法律程序作为法定的行为过程，其外部显现的物质媒介就使语言。从这个意义上讲，法律程序必定显现为语言程序。立法表达是“写”出来的言语程序，要遵循立法程序所规定的行为结构和基本用语。执法与司法程序尤其是诉讼程序是“说”出来的话语程序，也就是法定的话语程序。

诉讼话语集中地体现着法定语言程序及该程序中语言运用的特征。

二、“言词辩论”

“言词辩论”是我国台湾地区诉讼法中的一个核心概念，不是指当事人双方为表明立场而进行的你来我往的辩论，而是指开庭审理的整个过程，即庭审程序。相对于书面程序，“言词辩论”这一术语准确地概括和提示出了法庭审理程序的是指内涵，将“以言行事”的话语形式框范在一个法定制度中。

从语言哲学的角度上看，类似的“以言行事”体现了言语理性层面的真谛性价值，即语言作为权力手段和决定性标志的巨大效力。具体而言，它证实了一个法理学上的基本原理：程序优先；程序大于实体。在“以言行事”的程序运作过程中，话语形式比实体内容更为重要。如果法定话语的任何一个环节有所缺失，势必影响到诉讼结果及其他执法司法行为后果的公正性。从这个意义上讲，形式决定了内容。

正是由于“说话”的规则以细致的、系统的法定形式出现，其仪式的、权威的效果也会在合法的程序实施中显现。

三、程序中的语言规范

以香港《高等法院民事程序（采用语文）规则》、《陪审团规则》为例。

第五节　语言本体规范

一、语言内部规则

语言法最基本的范畴是语言本体规范，大多数情况下不以较高层级的法律来规定。但是语言本体规范是语言肌体健康的保障，它调整语言内部的具体问题，在内部建立有序、稳定的规则。

语言本体规范可以细致到语言字词材料标准、书写技术标准、语音标准、基本语法等。所有语言内部规则的规定，皆可视为本体规范。如汉语的字、词、音以及相关的技术问题，有相应的规范标准，从而形成了规范标准的体系。还有一些特殊范畴的规范标准，如人名、地名、专业术语、计算机信息处理等，亦属内部规则。

二、规则的构成

语言内部规则的构成是理论与实践结合的产物，其载体是系统的规范性文件，具有直接的可应用性。

我国关于语言文字本体的规范性文件已近 40 部。

三、不厌其小

语言本体规范不仅指体现在规范性文件中的内容，也应当包含软法律、软规则。语言问题既有普遍性，又有特殊性，许多规范可以在实际应用中、学术研究中、道德层面上形成。因而，规范不因其具体而不为，恰恰要不厌其细、不厌其小。

复习与思考题

1．什么是法定语言规范，包括哪些内容？
2．语言本体规范的内容有哪些？

拓展阅读书目

[法]皮埃尔·布尔迪厄：《言语意味着什么——语言交换的经济》，褚思真等译，商务印书馆2005年版，第50页。

第六章　语言及语言权保护手段

本章教学目的和基本要求：本章讲述了对语言及语言权进行保护的主要手段，包括科学研究、语言教育和社会生活三个方面，重点是语言保护目标的设立，难点是通过讲述引导学生对语言及语言权的保护手段进行开拓性思考。

学时分配：4 学时

第一节　政策目标下的保护手段

一、语言保护的目标设立

语言发展要经历的过程和采取的手段包括：法律确立语言地位，有整体语言规划与语言规则，进行语言研究与语言教育。这当中，必须有一个所有行为所指向的目标。有一个目标，才能确立相应手段。否则，效果可能大相径庭。

设立目标首先要与主流价值观统一，同时，设立目标的主体群的自身价值追求也必须考虑。

要强调一以贯之的语言发展和保护目标，坚持定期的语言普查、语言统计，做延续性的科学研究。在此基础上，制定出语言规划。尔后，在教育、出版、新闻、服务业等领域逐步到位，在社会整体范畴内，实现语言目标。

二、实现目标的必要手段

1．全面的科学研究

全面的科学研究将会为语言及语言权保护提供理论依据，也会帮助立法。

2．针对各层次的人进行系统的教育

针对各层次的人进行系统的教育，让使用语言的人具备相应的素养和能力，才可能实现保护目标。

3．向外推广语言

良性、善意的互相推广，既符合主流语言价值观，又增强了语言之间的尊重与共同进步，对于各方均有益。

4．民众的自觉行为和自觉意识

最基础性的也是最有力的保护，来自民众的自觉行为和自觉意识。当每个人把语言当作自己尊严的一部分的时候，其他手段得到位就会顺畅得多。

三、目标和手段的适度性

国际法上的目标视野开阔，一般能够保持理性。国内语言法受制约的外部因素较多也较复杂，目标和手段也会大受影响。国家命运、当政者立场及阶段性遭遇或突发性事件，都可能导致目标的偏差与手段的偏激。因此，适度性需要作为一个理论提示呈现出来。保持适度性，语言及语言权的保护才可能是长久有效的。

第二节　科学研究

一、层级化的研究体系

1．内容体系要上下贯通

语言法的理念是由上至下的，而规范是由下而上的。因而，研究思路需要上下呼应，应当将全球性或地区性的国际法语国家内部的法律、政策研究视为一个整体对象。

2．与已有的研究成果形成有机的承继关系

已有研究成果的基本情况，能够呈现语言法研究的开发状态，其中突出的研究成果应当受到尊重。

3．注意横向扩展问题

例如法律术语的标准化研究

二、学术组织及其活动

1．语言法国际学会

研究的内容领域主要定位为：关于语言的法律、关于法律的语言，以及作为基本权利的语言权，并且要通过语言法的比较研究探索出专业的方法论。

宗旨是通过对法律与语言结合而产生的所有命题的研究，建立语言法理论的科学体系，为全球的语言法提供支持和进行验证。

2．国际笔会

是当前世界上一个最大的作家组织，也是联合国教科文组织所承认的唯一的一个国际作家组织。

国际笔会的定位是爱好和平和自由的作家的组织，主张创作自由，反对沙文主义和极端主义。

三、研究的全息视角

所有的学科之间都有相通的可能，当有一个主题统领的时候，会从不同的学科中调出有用的部分，共同为其提供学术营养，论证命题。语言法的命题使其学术触角涉及法学、语言学、人类学、地理学、考古学、历史学等多个学科，而仅语言学的相关部门就又涉及应用语言学、社会语言学、语言地理学、语言人类学等。因此，进行研究需要全息的视角，也要有多语种背景下多学科糅合的方法。这样，才可能构建可信、有效的框架。

语言应达到的境界、语言的本体规范和操作规范以及语言多样性的原则，成为语言法上必行的行为。

四、学者们的努力

1850 年，德国语言学家布莱克（Wilhelm Bleek）到南非研究当地各部落的语言。

2005 年 3 月 17 日《总干事关于联合国教科文组织跨部门语言计划总体战略的报告》也特别重视并肯定了科研和专家的作用。

2003 年 3 月教科文组织召集世界各地的专家以加强本组织在保护濒危语言方面的行为。

第三节　语言教育

一、教育主旨

语言教育决定着被教育人群的语言能力结构，而语言人群的语言整体能力对于相关语言的发展至关重要。所以，语言教育必须立定目标，语言教育遵循的方针、体现的精神必须明晰、确切。

《世界文化多样性宣言》的配套文件《实施〈教科文组织世界文化多样性宣言〉的行动计划要点》提出具体可行的准则：保护人类的语言遗产，鼓励用尽可能多的语言来表达思想、进行创作和传播；提倡在尊重母语的情况下，在所有可能的地方实现各级教育中的语言多样化，鼓励自幼学习多种语言。

《世界语言权宣言》关于语言教育的原则和方法也作了较为完整的阐述。

二、教育计划

研究显示，母语和外语之间存在着相互作用、相互促进的关系。

教育计划地制定要建立在科学的基础上，应当具有长效价值。尤其是国家的教育总计划，其科学性、全盘性、合法性均不可或缺。

语言教育制度没有可完全照搬的模式，立足本国特点制定语言教育计划是必由之路。

三、教育实施

1．常规教育手段

如全日制教育、专业教育、职业教育及短期语言培训等，都是稳定的有效方法。

2．扩展出来的一些方法

如世界旅游组织的《全球旅游伦理》第 2 条规定，为宗教、健康、教育及文化或语言交流目的所进行的旅游是非常有益的旅游形式，应当予以鼓励。

需要讨论的是，一些追求形式的方法是否值得推广，是否具有可信度与生命力。

教育手段的多样是必需的，但运用提高语言能力最有效的方法则需要在科学上、伦理上、法律上均有说服力。

四、比利时模式

第四节　社会生活

一、全民化

活的语言在其应用的环境中健康生存，与社会生活中诸多更为直接的因素密切关联。语言的保护在日常状况下更依赖于全民化的意识和自觉行为。

全民化的语言规范方法，只要能够保证得到效果，其表现形式甚至可以非常灵活。

二、覆盖各领域

各个行业领域均有在使用语言时维护语言尊严及语言权利的责任。

《世界语言权宣言》中关于社会经济领域语言及语言权保障的阐发

语言规范的领域覆盖在实际工作中的具体化，能够使活态的语言具备自我优化的保障。

三、渗透各层次

语言保护与语言规范意识不仅要横向覆盖，向社会生活的各个层级渗透也至关重要。在各层次中进行研究、比较，从而找到全面、多元的保护方法。

经济全球化的加速是一些语言正在逐渐消失的主要原因。

对于正在消失和将要消失的语言进行拯救，可以延伸出一些辅助措施，比如博物馆化的方法、数字化的方法，能够使语言的活态留存在一种特定的空间里。

复习与思考题

1. 对语言及语言权的保护手段有哪些？

2. 语言教育如何体现法律的价值观？

拓展阅读书目

1. [美]史迪芬·平克：《语言本能》，洪兰译，汕头大学出版社 2004 年版，第 261-265 页。

2. [俄]列夫·谢苗诺维奇·维果茨基：《思维与语言》，李维译，浙江教育出版社 1997 年版，第 120 页。

第七章　我国语言法状况及未来展望

本章教学目的和基本要求：本章介绍了我国语言法从历史到目前的状况，并对语言法的未来发展之路进行了展望和设想，重点是《国家通用语言文字法》的主要内容和意义，难点是引导学生对语言法的发展进行思考。

学时分配：4 学时

第一节　背景和条件

一、我们的成就和优势

在我国，20 世纪 50 年代以来，国内的少数民族语言在政策上始终都得到了保障，因而相对而言，语言权的初始内容之于我国国情意义不是十分突显，法学理论上至今亦无建树，甚至概念都不曾确立或提及。然而，全球一体化的 21 世纪，文化权利、语言权利和发展权利应当在同一个平台上探讨，任何一种文化、一种语言都不能够被甩掉，所以关注和探讨语言权问题是必需的、必然的。

1．从 50 年代到 80 年代，政府一直将语言文字工作置于非常重要的地位。

2．20 世纪 80 年代中后期，汉字继续简化和汉子彻底拼音化的步伐适时而止。

3．进入 21 世纪以来，汉语作为外语的教育方兴未艾。汉语作为母语的教育也开始被呼吁和重视，对国内中国公民汉语能力的要求正在被逐渐强调出来。

二、新生的问题

1．语言规范性文件之间的兼顾、协调需加强

2．方言与普通话的平衡关系

3．送别消失而去的语言文字

4．对语言多样性的非正常理解

三、现有法律

1．《宪法》的规定和专项法《国家通用语言文字法》是核心的原则性内容，需要补充加强法律责任等条款。《立法法》中应规定立法语种和法律文本的语言规范。

2．其他散件于各法当中的规范均应有所关联。

3．关于法律程序的语言规范，主要体现在诉讼法当中。

四、专门机构及其工作

在政府的主管机关教育部/国家语言文字工作委员会，下设的行政部门有语言文字信息管理司和语言文字应用管理司，专业研究机构有语言文字应用研究所。这些机构协同其他的相关专业机构，研究、制定语言文字规范。

第二节　历史的经验

一、汉字拼音化

二、“太棒了”

三、汉字简化方案和汉语拼音方案
四、威氏拼音法

第三节　《国家通用语言文字法》

一、第一部语言大法

无论从何种角度讲，《国家通用语言文字法》都是关于中国语言文字规则的基本法。其颁布实施，标志着我国语言文字规范化、标准化工作走上了法制轨道。

二、原则性、标志性的法律

1．它本身的语言表述简洁无暇。
2．符合立法语言的特定要求。
3．由于没有涉及法律术语，减少了理解上的障碍。
4．可执行性弱。

三、纲举目张

《国家通用语言文字法》的法律级别效力使得它必然成为法之“纲”，全面地实施这部法律，要求具备网状铺开的下位法，各地方的立法步伐亦应加快跟进。数年间，全国的立法工作已取得了相当大的成就。

第四节　语言行政工作

一、评估

与所有的日常性工作一样，语言文字工作在法律框架中、在依法行政的原则下，评估也是必要的、必需的程序。

《关于进一步发挥城市的中心作用，全面推进语言文字工作的意见》、《一类城市语言文字工作评估标准（试行）》

1．总体要求
（1）进一步提高对开展城市语言文字工作评估的认识
（2）突出重点，把握政策，依法推进
（3）从实际出发、实事求是，分类指导、分步实施
（4）重在建设，重在过程，重在实效
（5）切实加强对评估工作的领导
2．实施步骤
（1）一类城市 2003 年左右基本完成评估工作
（2）二类城市 2005 年左右基本完成评估工作
（3）三类城市 2010 年左右基本完成评估工作
3．组织形式
城市评估工作实行分级组织，属地管理，分工负责。国家语言文字工作部门对评估工作进行统筹、指导、监督；省级语言文字工作部门对本地城市评估工作进行规划协调和组织实施。

二、“推普”

推广普通话的工作精神半个世纪以来是一以贯之的，政府的行政行为也呈显性的状态。

1．1956 年 2 月 20 日《国务院关于推广普通话的指示》

2．1991 年《普通话水平测试等级标准》

3．“推普周”

4．加强学校普及普通话和用字规划工作

三、推汉

由教育部、财政部等 11 个部委组成的国家对外汉语领导小组，主管汉语的对外推广工作。

世界汉语大会于 2005 年 7 月 20 日至 22 日在北京举行。大会以“世界多元文化架构下的汉语发展”为主题

四、语言工作概览

1．法律及有关文件

2．地方法规和地方规章

3．中共中央和国务院文件

4．教育系统语言文字工作

5．其他行业系统语言文字工作

6．城市语言文字管理工作

7．普通话水平测试工作

8．全国推广普通话宣传周

9．语言文字规范标准及科研项目的管理工作

10．语言文字使用情况调查

11．规范标准

第五节　语言法的未来之路

一、全球环境中的语言法原则

在全球环境中，我国的语言法原则在一定程度上必须作相应的整合、改善，构建畅销的语言法体系。一方面，要继承我国一贯的语言政策中精华性的主导精神；另一方面，应兼顾国内语言基本状况，促进语言群体间的相互尊重，创造适宜语言和谐发展的文化生态环境。

1．在政策上要处理好几个关系

（1）刚与柔的关系。制定语言文字的规范和标准要从已有的研究成果出发，有的可以刚硬一点，有的则需要柔软一点。

（2）学理与俗实的关系。进行语言文字应用研究、制定语言文字的规范和标准，都必须遵从语言文字的发展规律，有学理上的根据。同时，也应当考虑“从众从俗”。

（3）制定与维护的关系。语言文字应用研究要加强对已有规范标准使用的跟踪调研，为规范标准的维护提供依据。

（4）科学性与实效性的关系。语言文字应用研究中要特别注意加强对社会急需课题的研究，以保证社会语言文字生活的健康有序发展，并在实践中不断补充和完善。

2．新世纪语言研究和语言规范化工作必须考虑新的环境因素

（1）和谐社会的构建
（2）信息技术的飞速发展
（3）语言观念的变化

二、中国模式的语言多样性

1．语言多样的精神实质不能走样
2．不应为了多样而多样
我国在语言多样性方面有着较好的基础，传统的少数民族语言政策尤其是诉讼法中的少数民族语言原则，都使得保障语言多样性有了一定的立法与实践的经验。只是语言多样性的概念有国际法确立并引进过来，需要与国内的状况融汇。

三、法律保护的范畴

1．方向，即由法律确认语言的价值取向
2．对语言“生境”的保护
包括文化氛围、使用主体的权利、可发展性等方面。
3．对语言内部技能的保护
（1）对语言的审美层面
（2）对语言的活力保障
（3）对法律自身表达所用语言系统的保障
语言法的体系框架，就是要从原则方向到具体用词都纳入规范，抽象的大视野及具象的字词选用皆生成规则。既保护语言“生境”，更保护语言“生物”。

四、善意的行政行为

作为一个法律部门，语言法的执行，规范目标的实现，主要依靠一国政府的行政行为。所以善意行政对于语言法实施的成败是关键。行政行为在行政立法、行政执法及行政指导方面构成有机的整体，而善意行政要保证所有的行政行为的合法性、合理性。
1．要加强以下几方面的工作：
（1）进一步深入贯彻《国家通用语言文字法》
（2）进一步做好学校的语言文字工作
（3）加强规范标准、基础工程建设和研究、服务、引导工作
（4）加大对农村和少数民族地区的相关工作的支持力度
2．有专家指出国家未来语言行政的主要使命：
（1）坚持科学的语言规划观，全面看待语言规范问题
（2）认真贯彻《国家通用语言文字法》以及其他法律中有关语言文字的规定，完善语言文字法律法规体系，依法管理语言文字工作
（3）有效实行双语政策，切实加强双语教育，改进和提高双语教学，为民族地区推行双语积极创造有利条件，切实、有效保护、抢救濒危语言
（4）认真、严谨地研制、推行各项语言文字规范标准，进一步加强语言信息处理中的语言问题管理，切实、有效加强语言文字规范化标准化信息化，不断增强语言交际功能和信息传输功能
（5）组织各方面力量，加强社会语言生活观察、调查、监测与社会语言问题研究
（6）认真总结我国过去语文革新、语文建设的经验，继续关注、研究、借鉴国外语言规划先进理论与方法，藉以促进我国语言规划顺利发展

复习与思考题

1．简述我国《国家通用语言文字法》的地位和意义。
2．你认为语言行政工作应在哪些方面开展？
3．你认为中国的语言法应如何建构？

拓展阅读书目

1．王铁琨：《试论〈国家通用语言文字法〉颁行的意义及其特色》，中国语言文字网，http://www.china-language.gov.cn。
2．陈章太：《我国当今社会语言生活的变化与问题》，中国语言文字网，http://www.china-language.gov.cn。

《中国法律思想史》教学大纲

姜晓敏　编写

目　录

前　言……237
第一章　夏、商、西周时期的法律思想……238
第一节　从“天命”、“天罚”到“以德配天”的神权法思想……238
一、夏、商时期的“天命”、“天罚”思想……238
二、西周时期的“以德配天”思想……238
第二节　礼治与“明德慎罚”思想……239
一、西周的宗法“礼治”思想……239
二、周初的“明德慎罚”思想……239
本章复习与思考题……239
本章拓展阅读书目……239
第二章　先秦诸子的法律思想……240
第一节　儒家的法律思想……240
一、儒家及其代表人物……240
二、儒家法律思想体系……241
第二节　墨家的法律思想……241
一、墨子与墨家学派……241
二、墨家的法律思想……242
第三节　道家的法律思想……242
一、道家及其代表人物……242
二、道家的法律思想……243
第四节　法家的法律思想……243
一、先秦法家代表人物……244
二、先秦法家的法律思想……245
本章复习与思考题……245
本章拓展阅读书目……245
第三章　秦汉时期的法律思想……246
第一节　秦帝国统治集团的法律思想……246
一、“事统上法”的指导思想……246
二、维护极端君主专制的“法治”理论……246
三、“深督轻罪”、“专任刑罚”的重刑主义……246
第二节　汉代的法律思想……246
一、汉初黄老学派的法律思想……247
二、董仲舒的法律思想……247
本章复习与思考题……248
本章拓展阅读书目……248
第四章　魏晋南北朝时期的法律思想……249
第一节　玄学家的法律思想……249
一、以道家的自然观为名教赋予新的生命……249
二、反对虚伪的名教教条和烦法酷刑，主张法令贵简贵无……249
第二节　律学家的法律思想……249

一、杜预的法律思想……250
二、张斐的法律思想……250
三、刘颂的法律思想……250
本章复习与思考题……250
本章拓展阅读书目……250
第五章　隋唐时期的法律思想……251
第一节　《唐律疏议》中的法律思想……251
一、“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”……251
二、“三纲”思想的法律化……251
三、等级特权思想……251
四、轻刑慎罪思想……252
第二节　封建正统法律思想的发展……252
一、韩愈对封建正统法律思想的发展……252
二、白居易对封建正统法律思想的发展……252
三、柳宗元对封建正统法律思想的批判……252
本章复习与思考题……253
本章拓展阅读书目……253
第六章　宋明时期的法律思想……254
第一节　朱熹的法律思想……254
一、“存天理、灭人欲”……254
二、“以严为本而以宽济之”……254
第二节　丘浚的法律思想……254
一、德礼政刑“王道之治具”论……254
二、“以公理而灭私情”说……255
三、“应经合义”，顺情便民……255
第三节　王守仁的法律思想……255
一、因时因地而制宜的立法思想……255
二、“情法得以两尽”的执法思想……255
本章复习与思考题……256
本章拓展阅读书目……256
第七章　明末清初的法律思想……257
第一节　黄宗羲的法律思想……257
一、以“天下之法”取代“一家之法”……257
二、以“法治”限制“君权”的法治观……257
第二节　王夫之的法律思想……257
一、“趋时更新”的法律时变观点……257
二、具有民主因素的立法思想……257
三、“任法”“任人”并行，宽与严相结合……258
本章复习与思考题……258
本章拓展阅读书目……258
第八章　近代法律思想……259
第一节　地主阶级开明派与洋务派的法律思想……259
一、地主阶级开明派的法律思想……259

二、洋务派的法律思想.....260
第二节　太平天国农民领袖的法律思想.....260
一、洪秀全反对封建专制的法律思想.....260
二、洪仁玕及其《资政新篇》的法律思想.....260
第三节　资产阶级改良派的法律思想.....261
一、康有为的法律思想.....261
二、梁启超的法律思想.....261
三、谭嗣同的法律思想.....262
第四节　资产阶级革命派的法律思想.....262
一、孙中山的法律思想.....262
二、章太炎的法律思想.....262
第五节　清末礼法之争与沈家本的法律思想.....263
一、清末的礼法之争.....263
二、沈家本的法律思想.....263
本章复习与思考题.....264
本章拓展阅读书目.....264

前　言

为了规范教学内容，帮助学生了解和掌握本课程的学习内容和基本要求，特制订本大纲。

课程性质：中国法律思想史是法学专业的选修课之一，2 学分，开设一学期，共 36 学时。它研究和讲授中国自古以来各个时代出现的不同学派及其代表人物的法律理论与观点，以及它们在当时和后世法律制度上所产生的影响。

教学目标：通过本课程的教学，使学生比较系统地掌握中国法律思想史的内容、特色与发展轨迹，领悟中国传统法律观的智慧与缺欠，提高国学及法学素养，以便正确地认识中国国情，为现行法律建设提供历史理论依据。

教学方法：除常规教学方法（讲授、问答、启发、讨论等）之外，尽量运用多媒体辅助教学。

教学内容：中国法律思想史源远流长、博大精深。因为总学时为 36 学时，所以本课程的教学只能在兼顾系统性的前提下选讲重要内容。

第一章　夏、商、西周时期的法律思想

（约前 21 世纪——前 770 年）

本章教学目的和基本要求：了解夏、商、西周时期“天命”、“天罚”思想的内容及神权法思想在西周的变化；重点了解西周礼治和“明德慎罚”的主要内容以及对后世的影响。学习难点是：“以德配天”说；西周礼治的基本原则与基本特征；“明德慎罚”思想。

学时分配：4 学时

公元前 21 世纪，伴随着夏王朝的建立，作为国家重要组成部分的法律以及形而上的法律思想应运而生。渊源于原始氏族成员对神的膜拜以及原始氏族父系家长制的神权思想和宗法思想，成为这一时期意识形态的支配性力量。受此影响，夏、商、西周时期法律思想的主要内容就是神权法思想及以宗法为核心的礼治思想。

中国在进入文明社会后，王权利用神权并将之作为维护其统治的一个重要精神支柱，与法律联系起来，形成了神权法和神权法思想。夏、商、西周时期的神权法思想经历了这样一个发展演变的过程：形成于夏，极盛于商，动摇于西周。一般认为，中国历史上在全国范围内从未出现过凌驾于世俗政权之上的教会和教权，中国古代的神权法思想是从属于和服务于王权的，其目的在于神化王权。这是中国古代神权法思想的一个重要特点。

宗法思想是夏、商、西周时代与神权法思想并行的另一维护王权统治的精神支柱。统治者把以血缘为基础的宗法关系和国家组织直接结合起来，逐级任命和分封自己的亲属担任各级官吏并世袭下去，形成了以国王为最高统治者的宗法等级制，从而利用族权来巩固政权。相传在周公的主持下，对以往的宗法传统习惯进行了整理、补充，厘定成一整套以维护宗法等级制为中心的行为规范以及相应的典章制度、礼节仪式，这就是一般所说的礼或周礼。与这套礼制相适应，西周在法律思想上奉行以“亲亲”、“尊尊”为基本原则的“礼治”。周公等西周统治者还吸取了殷商重刑而亡国的历史教训，提倡“明德慎罚”，这一思想无论在当时还是后世都产生了相当重要的影响，使中国法律文化进入了一个新的时代。

第一节　从“天命”、“天罚”到“以德配天”的神权法思想

一、夏、商时期的“天命”、“天罚”思想

神权法思想早在夏代即已产生，统治者宣称王权来源于神权，王的法律和命令是神意的体现，任何违法犯罪行为都被视为对神意的亵渎而要受到严厉的制裁。夏启在讨伐有扈氏时就宣称，“天用剿绝其命，今予惟恭行天之罚”。神权法思想发展到商代达到顶峰。“殷人尊神，率民以事神”，殷商文化弥漫着浓厚的迷信鬼神的气息。统治者宣扬“天命玄鸟，降而生商”，将祖先神与上帝神合二为一，从血缘上找到了垄断统治权的借口。他们大搞祭祀和占卜活动，滥用重刑，导致了王朝的覆灭。

二、西周时期的“以德配天”思想

神权法思想在西周发生了一次重大的变化。统治者对夏、商的天命观进行修正，提出了“以德配天”的君权神授说。天命并不固定，只属于有德之人，即“天命靡常”，“皇天无亲，惟德是辅”。“以德配天”说的提出，意味着神权的动摇。统治者必须注重人事，重视民心向背，关心民生疾苦。这是中国古代“人本”思想与“民本”思想的源头，意义相当深远。

第二节　礼治与“明德慎罚”思想

一、西周的宗法“礼治”思想

西周的“礼治”思想以维护宗法等级制为核心，以“亲亲”、“尊尊”、“长长”、“男女有别”为基本原则，以“礼不下庶人，刑不上大夫”为基本特征。“礼治”成为西周时期立法、司法的重要指导思想，对后世有重大影响。

二、周初的“明德慎罚”思想

西周初期修正了殷商一味依仗神权、作威作福的思想，提出了“明德慎罚”的方针，主张德、刑并用，反对专用刑罚。这一思想的提出意义非凡，它确立了中国古代法律思想发展的基本航标，是后世儒家“德主刑辅”思想的源头。

本章复习与思考题

1．简述神权法思想在西周的变化。
2．简述西周的宗法等级观念。
3．简述西周礼治的基本原则与基本特征。
4．简评周初的“明德慎罚”思想。

本章拓展阅读书目

1．《尚书·康诰》、《尚书·甘誓》、《尚书·吕刑》、《周礼·秋官》、《礼记·曲礼上》、《诗·大雅·文王》
2．王国维：《观堂集林·殷周制度论》、《观堂集林·释礼》

第二章　先秦诸子的法律思想

（前 770——前 220 年）

本章教学目的和基本要求：应着重了解儒家法律思想的主要内容和发展沿革，孔子、孟子、荀子法律思想的特点及其对后世的影响；着重了解墨家法律思想的主要内容及其特点；着重了解《老子》的“道法自然”思想和《庄子》的法律虚无主义思想；着重了解法家的法律观、“法治”理论以及推行“法治”的方法，商鞅、韩非法律思想的主要内容及其对后世的影响。学习重点与难点是：孔子以“仁”为核心的法律思想；孟子以“仁政”为核心的法律思想；荀子的“礼法论”；儒家的“礼治”、“德治”、“人治”；墨家以“兼相爱、交相利”为核心的法律思想；《老子》的“道法自然”思想；《庄子》的法律虚无主义思想；商鞅的法律思想；韩非的法律思想；先秦法家的法律观、“法治”理论以及推行“法治”的方法。

学时分配：8 学时

春秋战国时期是中国社会由奴隶制向封建制过渡的大变革时期，也是社会经济、政治、文化的大发展时期。在经济领域，“井田制”瓦解、土地私有制逐步确立；在政治领域，王权失坠，诸侯割据争霸。伴随着社会经济、政治制度的巨大变革，思想文化领域也发生了显著变化。官学的垄断局面被打破，私学日益兴盛，促进了思想意识的多元发展。在相对宽松的政治环境下，代表不同利益集团的思想家们，针对社会变革中出现的各种问题，纷纷发表意见，积极谋求解决之道，即“各著书言治乱之事，以干世主”。于是各种学派接踵而起，各种思潮相继涌现，形成了“百家争鸣”的活跃局面，中国法律思想史也随之步入它的“黄金时代”。

所谓“先秦诸子”，司马谈认为有阴阳、儒、墨、道、法、名六家；班固认为有儒、道、阴阳、法、名、墨、纵横、杂、农、小说十家。其中在法律思想方面论述较多、影响较大的则是儒、墨、道、法四家。

第一节　儒家的法律思想

一、儒家及其代表人物

儒家思想诞生于春秋时期，面对“礼崩乐坏”所造成的社会动荡不安以及人们行为的失范，一些赋有时代责任感的有识之士自觉地担当起探索新的治国之道的重任，孔子就是其中的一员，他怀着“天下无道”的忧患意识，在这样的历史背景下创立了儒家学派。儒家是中国历史上影响最大，持续时间最久的一个学派，其发展经历了先秦儒家和秦汉以后作为封建正统学派的儒家这样两个阶段。先秦儒家只是诸子百家中的一个学术派别，主要包括春秋时期的孔子之儒、战国中期的孟子之儒以及战国后期的荀子之儒三大流派。

（一）孔子及其“仁学”

孔子所在的鲁国是周公之子伯禽的封国，保存着大量的西周文化传统。孔子从小耳濡目染，接受了周礼的熏陶，成年后便把恢复西周的礼治秩序作为自己的奋斗目标。孔子对礼的继承不仅停留在外在仪式上，还进而推寻礼的价值本原，即开始寻找如何能使“礼”的秩序得到自觉遵守的心理与情感基础，从而使礼治社会的实现拥有长久稳定的保证。这个心理与情感的基础便是“仁”。“仁”是孔子思想体系的核心，也是其法律思想的逻辑起点和价值取向。“仁”的基本含义是“爱人”，这是处理人际关系的基本准则。但仁者“爱人”不是绝对的，应该遵循由亲及疏、由近及远的顺序。孔子“仁学”的创立，标志着中华民族认识史上由神本位过渡到了人本位，从神道发展到了人道。

（二）孟子及其“仁政”思想

孟子生活于战国中期，他将孔子所创立的仁学发展成系统的“仁政”学说，并将其仁政学说建立在“性善论”的基础之上。孟子还首次提出了“民贵君轻”、“暴君放伐”的民本思想。他和子思所开创的思孟学派一直被后世封建统治者视为孔子死后儒家各派中的正统，其本人也被宋明理学家奉为“亚圣”。

（三）荀子及其“礼法论”

荀子活动于战国末期，具有朴素唯物主义的世界观。他既隆礼又重法，并提出性恶论为论证圣人创制礼法以制约和矫治人性提供了理论依据。荀子是以儒为主，使儒法合流的先导，他在新的封建制的基础上以“礼”为主，使礼、法统一起来，从而为秦汉以后封建正统法律思想的确立奠定了基础。

二、儒家法律思想体系

先秦儒家代表人物的法律思想虽各有特色，但他们的法律思想基本继承和发展了西周的“礼治”和周公的“明德慎罚”思想。具体内容可以概括为维护 “礼治”、 提倡“德治”、重视“人治”，同时也不否认刑罚的辅助作用。儒家法律思想对后世产生了极大的影响，特别是经过汉儒董仲舒的改造之后，在汉以后近两千年的中国社会占据统治地位，并成为立法、司法的指导思想。

（一）维护“礼治”

孔子处于“礼崩乐坏”的春秋末期，仍提出了“克己复礼为仁”的思想，要求以“礼”作为治国的指导方针。孟子也认为“无礼义，则上下乱”，荀子则明确提出：“礼者，法之大分，类之纲纪也”。儒家要求人们严格遵循“君君、臣臣、父父、子子”的宗法等级名分，安分守己，不要犯上作乱。“正名”是“礼”的首要内容，是兴礼乐、中刑罚的前提。为了维护“亲亲”原则，儒家在犯罪问题上坚持“父子相隐”，反对父子互相告发。儒家还宣扬“礼”乃“承天之道”以“治人之情”，以论证“礼”的合理性与永恒性。

（二）提倡“德治”

儒家在统治方法上，提倡“为政以德”或“以德服人”的“仁政”，主张“王道”，反对“霸道”，力求发挥道德感化作用来缓和各种社会矛盾。儒家重视民心向背，主张“省刑罚、薄税敛”，减轻人民负担，反对苛政、暴政和严刑峻法，要求使民有“恒产”。儒家认为相对于刑罚而言，道德教化是一种更积极、更有效、更彻底的治国手段，因此特别重视教化的作用，甚至提倡“有教无类”，反对“不教而杀”。儒家认为通过教化，使人民懂得礼义廉耻，就会自觉地避免犯罪，从而实现“以德去刑”及“无讼”的理想。

（三）重视“人治”

儒家认为“为政在人”，“其人存则其政举，其人亡则其政息”，即政事的兴废取决于统治者个人是否贤明，要想把国家治理好，只能寄希望于“道德高尚”的统治者，因此主张“贤人政治”。孔子特别重视统治者个人以身作则的表率作用，“其身不正，虽令不从”；孟子也指出“徒法不能以自行”，强调法律还得靠人来掌握和贯彻；荀子则从法理学的角度论证了“有治人，无治法”，即治理好国家的关键是人而不是法。

第二节　墨家的法律思想

一、墨子与墨家学派

墨家是先秦时期以墨子为创始人，反映小生产者利益和要求的学术派别。他们纪律严明，生活艰苦，但是有坚定的政治信仰，富于牺牲精神。墨家初期以墨子倡导的“兼爱”、“非攻”、“尚

贤”、“尚同”、“天志”、“明鬼”、“节用”、“节葬”、“非乐”、“非命”等十大主张为主要内容，与儒家进行了一系列的思想斗争，并成为与儒家并列的“显学”。战国末期，墨家后学克服了墨子学说的宗教迷信成分，对认识论、逻辑学以至自然科学中的几何学、力学、光学等，都有一定的研究和贡献。西汉时期，统治者“罢黜百家、独尊儒术”，墨学渐趋衰微。

二、墨家的法律思想

(一)“兼相爱、交相利”的法律观

墨家认为，春秋战国是一个贫富不均、贵贱殊异、恃强凌弱的乱世，人民饥寒交迫、痛苦不堪，其原因就是天下之人互相争夺仇视。所以，墨家提倡“兼相爱、交相利”，以建立一个人与人之间互爱互利的理想社会。墨家的“兼爱”主张普遍、平等地爱一切人，不分厚薄，一视同仁，即“爱无差等”，并以“交相利”作为基础，认为爱人就是“利人”。这与主张以“亲亲”为基础，爱有亲疏远近之分即“爱有差等”，并反对言“利”的孔子的“仁者爱人”有明显的区别。

（二）“以天为法”的自然法思想

墨家认为，天有爱恶、有意志，称之为“天志”。在人定法之外，还有一种源于“天志”、合乎自然的自然法。这种自然法具有最高的权威，是指导现实立法的基本原则。 墨家把“兼相爱、交相利”说成是“天志”，要求人们“以天为法”，将它作为测定是非善恶的客观依据和衡量人们行为的最高标准。王公大人和庶民百姓都要“敬事鬼神”，顺从天意行事，从而使天下大治。这体现了墨家思想浓厚的宗教色彩。

（三）“壹同天下之义”的法律起源论

墨家认为在国家和法律产生之前，没有统一的法律、道德和是非标准，人人意见不一，互相争夺，互相亏害。于是人们选择贤者立为天子，并往下设立各级政长。然后由天子“发宪布令于天下之众”，自上而下地“壹同天下之义”。民众服从各级政长，最后都必须服从天子，这样就能将天下治理好。墨家的目的在于使“兼相爱、交相利”上升为国策和法律，以便用国家强制力加以贯彻。这种“尚同”的主张，具有君主集权的倾向，是后来法家中央集权法治理论的思想前奏。

（四）“利民”的立法原则

墨家坚决反对那种只为一己一身而损害他人的私利，即“亏人自利”，主张国家及天子应“兴天下之利，除天下之害”。他们站在处于社会下层的劳动民众的立场上，提出了“利民”的发展生产、创造更多财富和“节用”、“节葬”、“非乐”等限制浪费的经济立法原则，并且主张“杀人者死，伤人者刑”、“杀盗人，非杀人”，用法律来维护劳动者的生存和财产权利。

（五）“不党父兄、不偏富贵”的司法主张

墨家反对世卿世禄的宗法等级制度，反对贵族专政，提出了“尚贤”的主张。即选任“贤者”参与治理国家，取代旧的“亲亲”原则。选贤不受出身和职业的限制，“官无常贵，民无终贱”。这是后来法家要求实行非世袭的官僚制的思想先导。在使用刑罚时，墨家提出“不党父兄、不偏富贵”，反对徇私，要求“赏当贤、罚当暴”，使赏罚发挥出“劝善”、“止暴”的作用。

第三节　道家的法律思想

一、道家及其代表人物

道家是春秋战国时期以老子和庄子为主要代表的一个学派，因其以“无为而无不为”的“道”作为万物的本源和自然界与人类社会的最高主宰而得名。在法律思想上他们崇尚“道法自然”的自然法，要求统治者也应当像“道”一样，以自然为法，实行“无为而治”。道家反对一切违反自然的人定法，并把矛头指向当时儒家所维护的“礼”和法家所倡导的“法”，具有法律虚无主义观点。

（一）老子

道家学派的创始人老子同孔子、释迦牟尼一道被称为古代的东方三圣。而关于老子究竟是谁，史学界却长期存在争论。现今多数学者认为老子即老聃，姓李名耳，楚国人，曾做过周朝管理图书的史官，后成隐士。老子建立了一个以“道”为核心的思想体系，“道”是永恒绝对的本体，也就是“先天地生”和“为天下母”的“无”。它是一种脱离物质的超时空、超感觉、“玄之又玄”的精神或绝对理念。在它的支配下，一切事物的发展规律是向相反的方向转化，因而在道家的思想体系中包含着比较丰富的朴素辩证法。老子的思想主要体现在《老子》一书中。

（二）庄子

战国中期的庄周与老子一脉相通，世称老庄。庄子是宋国人，曾拒绝楚威王的重金礼聘，宁愿过隐居生活。他认为“道”是无限的，“自本自根”、“无所不在”，强调事物的自生自化。他主张齐物我、齐是非、齐大小、齐生死、齐贵贱，幻想一种“天地与我并生，万物与我为一”的主观精神境界，以及安时处顺、逍遥自得的处世方式，具有相对主义和宿命论的因素。其著作有《庄子》一书。

二、道家的法律思想

（一）《老子》的“道法自然”思想

《老子》一书奠定了道家学派的思想理论基础，是研究老子思想的主要依据。书中涉及具体法律观点之处虽不多，但法律哲学比较丰富。在中国法律思想史上，老子第一个提出了“道法自然”的自然法观点。人们应该效法“天道”的自然无为，做到“虚静恬淡，寂漠无为”，所以最理想的治国方法就是“无为”。统治者必须克制自己的欲望，切忌过分压榨人民。忠孝仁义之类的道德规范的出现，是社会病态的反映，“夫礼者，忠信之薄而乱之首”，只有“绝仁弃义”、“绝圣弃智”、“绝巧弃利”，才能使人们保持淳朴的天性。“法令滋彰，盗贼多有”，制定法律法令破坏了自然的和谐，徒劳无功、贻害无穷。统治者只有顺应自然，按自然法则办事，才符合“道”的精神。道家从权威性、普遍性、公平性等方面论证了自然之道要比人为法优越得多，提出了我国古代最早的自然主义的法律观念。

（二）《庄子》的法律虚无主义思想

庄子对社会现实极端不满，愤世嫉俗，不愿受仁义道德、礼法刑政的羁绊，追求不受任何约束的绝对自由。他完全否定事物的质的规定性和事物之间的差别，认为没有什么可以作为人们言行是非的客观规范。“窃钩者诛，窃国者为诸侯”，法律、道德之类，对于窃国者不但起不了制裁作用，反而会成为被他们利用的工具。在庄子看来，只有未经人工改造的自然事物才有价值，而社会文化的发展都是对自然的破坏。因此，《庄子》的理想已不满足于《老子》的“小国寡民”，而要求回到人与物无别的“浑沌时代”。 《庄子》提出：“殚残天下之圣法，而民始可与论议”，主张取消道德、法律、制度、度量衡等所有规范，以及一切物质和精神文明。实质上就是对整个人类文化的否定。从这一意义上讲，可以说庄子是古代历史虚无主义因而也是法律虚无主义的始作俑者。

第四节　法家的法律思想

法家在先秦诸子中是最重视法律及其强制作用的一派，对法学也最有研究。他们以主张“以法治国”的“法治”著称，并提供了一整套推行“法治”的理论和方法，为建立统一的封建主义中央集权制国家提供了理论根据。在法理学方面，他们对法律的起源、本质、作用以及法律同社会经济、时代要求、国家政权、伦理道德、风俗习惯、自然环境乃至人口、人性的关系等基本问题都有独到的见解，对促进中国古代法学的发展作出了重要贡献。他们的某些论断，直到今天都有参考和借鉴意义。

一、先秦法家代表人物

法家的代表人物多系当时著名的政治家、思想家或军事家，他们通过直接发动或指导各国的“变法”运动来实现自己的主张，因而是在政治上最有作为的一个学派。春秋时期的管仲、子产、邓析是法家的先驱。战国时期的法家主要代表人物一般分为前期法家和后期法家。前期法家的代表人物有李悝、吴起、商鞅、慎到、申不害，后期法家的主要代表是韩非。

（一）春秋时期法家的先驱

管仲在齐国推行了一系列改革措施，使齐国迅速强大起来，第一个取得了霸主地位。他不否认礼义道德的作用，但更强调赏善罚恶，十分重视法的作用。管仲提出了“仓廪实则知礼节”的犯罪预防理论，以及立法必须“令顺民心”的主张。

子产在郑国执政期间，励精图治进行改革，是当时最负盛名的政治家。他十分注意健全和完善各种法律制度，在公元前 536 年，“铸刑书于鼎”，开创了公布成文法的先例。子产主张以“宽”、“猛”两手治民，“宽”即强调道德教化和怀柔，“猛”即主张严刑峻罚和暴力镇压，对儒、法两家的思想影响很大。

邓析与子产同时，但比子产晚死二十年。邓析坚决反对“礼治”，主张“事断于法”。荀子曾批评他“不法先王，不是礼义”。他不满子产所铸刑书，将自己新订的“刑书”抄于竹简，称为“竹刑”。邓析还聚众讲学，私家招收门徒，传授法律知识与诉讼方法，并助人诉讼，后来被郑国贵族所杀。

（二）战国前期法家

李悝曾辅佐魏文侯变法，从政治、经济、法律等方面进行了一系列改革。他最突出的功绩就是在总结春秋以来各诸侯国所颁布的成文法的基础上，编纂了我国历史上第一部比较系统的封建法典——《法经》，对后世产生了深远的影响。

吴起曾在楚悼王的支持下主持变法。他以“损其有余而继其不足”为原则，逐步废除旧贵族的“世卿世禄”制度。他坚决主张“明法审令”，要求大家奉公守法。由于遭到楚国贵族的围攻，楚悼王死后，吴起惨遭射杀并被车裂。

商鞅在取得秦孝公的信任后，两次变法，内容包括奖励军功，取消世卿世禄制，废除井田制，确立封建土地私有制，普遍推行县制，改“法”为“律”等，使秦国迅速强大起来，并为后来秦统一中国奠定了基础。商鞅不但是先秦法家中变法最有成效的政治家，而且是法家思想体系的奠基者之一。他以重法著称，自成一派。由于变法遭到旧贵族强烈反对，在秦孝公去世后，商鞅被车裂而死

慎到在前期法家中以重“势”著称，他长期在齐国稷下讲学，对法家思想在齐国的传播起过重大作用。慎到认为君主要想实行“法治”，就必须掌握能使法令得以贯彻执行的权势。但他并非君权至上论者，而是“尚法”，主张人君在“法”面前也应“事断于法”、“无为而治”。“法”是至高无上的，其最大作用就在于“立公弃私”，所以他主张臣下“以死守法”和“守职”，而反对忠君。慎到这种“法”、“势”结合的思想具有重要的历史意义。

申不害曾辅佐韩昭侯进行改革，其思想特点是强调君主以“术”去驾驭臣下。在先秦法家中，他和分别重“势”、重“法”的慎到、商鞅鼎足而立，形成三个不同的流派。申不害主要是从道家那里吸取了“君人南面之术”，加以改造，用来维护当时法家所主张的封建中央集权君主专制制度，以保证“法治”的实施。他认为君主要巩固政权，应运用公开任免、监督、考核臣下的方法以及暗中驾驭臣下的阴谋权术，以防止被臣下蒙蔽和左右。

（三）战国后期法家

韩非出身韩国贵族，是先秦法家思想的集大成者。他和李斯同为荀子的学生。曾多次上书韩王，建议变法革新，未被采纳。其著作传到秦国，受到秦王的高度赞赏。后出使秦国，遭李斯等陷害，

死于狱中。韩非生当全中国统一的前夕，他在总结前期法家法、势、术三派的基础上，建立了一个“以法为本”，法、势、术三者结合的完整体系，为封建专制主义中央集权制的建立奠定了思想基础。

二、先秦法家的法律思想

先秦法家的代表人物较多，且各具特色，但总的说来，他们在政治法律思想上都坚持“以法治国”的“法治”。他们的“法治”思想基本包含了以下三方面内容：

（一）法律观

先秦法家对“法”的概念、性质、起源、作用等问题进行了比较充分的论述，他们将“法”与“礼”、“刑”加以区别，认为法具有规范性、公平性、公开性等，是历史发展到一定阶段的产物，能起到“定分止争”、“兴功禁暴”等作用。法家从多方面揭示了“法”的性质和特征，形成了自己较为独特的法律观。

（二）“法治”理论

“好利恶害”的人性论是法家主张“法治”的主要理论依据。正因为人性“好爵禄而恶刑罚”，所以只能用赏罚的法律手段而不能用什么仁义恩爱来进行统治。法家以此来否定温情脉脉的宗法关系和儒家的“礼治”、“德治”、“人治”，反映了当时私有制和商品经济发展对人们思想观念的影响。为了论证推行“法治”的必要性，法家还提出了反对复古保守的历史观。他们认为人类历史是向前发展的，法律制度也必须随历史的发展而不断变化，不但不能复古倒退，而且不能固步自封。法家讽刺主张“法先王”的儒家是守株待兔的蠢人，强调实行“法治”已成历史发展的必然。

（三）推行“法治”的方法

为了使法律成为人们言行的唯一准则和判断是非功过的唯一标准，法家提出了一套推行“法治”的方法，其中比较重要的是“法”、“势”、“术”相结合以及赏罚的运用。法家认为行赏施罚是贯彻法令唯一有效手段，必须坚持“信赏必罚”、“厚赏重罚”、“赏誉同轨，非诛俱行”、刑多赏少与轻罪重罚，只有这样才能实现其“以刑去刑”的目的。

本章复习与思考题

1．试论孔子“克己复礼为仁”的法律观。
2．试论荀子的礼法统一观。
3．试论儒家的“德治”思想及其历史影响。
4．简述墨家法律思想的主要内容。
5．试析《老子》的“道法自然”思想。
6．如何评价《庄子》的法律虚无主义思想。
7．为什么说商鞅是法家理论的主要奠基者。
8．试论韩非“法治”学说的主要内容。

本章拓展阅读书目

1．《论语》、《孟子》、《荀子》、《墨子》、《老子》、《庄子》、《管子》、《商君书》、《韩非子》、《礼记》、《史记》中各学派代表人物的传记
2．梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社 1996 年版
3．杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社 2004 年版

第三章　秦汉时期的法律思想

（前 221——公元 220）

本章教学目的和基本要求：着重了解秦汉之际法律思想的变化；封建正统法律思想的主要内容；董仲舒法律思想的历史地位。学习重点与难点是：汉初黄老学派的法律思想及其历史地位；封建正统法律思想的形成；董仲舒的法律思想及其历史地位。

学时分配：4 学时

汉代是中国古代法律思想发生重大变化的历史时期。汉初统治集团十分重视总结秦朝速亡的教训，严厉批判了秦朝“专任刑罚”的法家思想，转而以主张“无为而治”、与民休息的黄老学说作为治国的指导思想，获得了暂时的成功。黄老思想对于封建正统法律思想的形成，起了重要的过渡性作用。然而，黄老“无为”不免过于“消极”，到西汉中期，已不能适应巩固封建“大一统”和加强皇权的需要。于是，董仲舒的新儒学应运而生，并取得了独尊的地位，成为官方的统治思想，而以新儒学为基本内容的封建正统法律思想也开始形成，并在此后中国思想界居于主导地位达两千年之久。

第一节　秦帝国统治集团的法律思想

秦始皇是中国历史上第一个统一的中央集权制封建国家的创建者，李斯是先秦法家理论在秦的实践者和秦始皇的主要辅佐者。他们是秦帝国统治集团的重要成员，其法律思想主要包括以下几点：

一、“事统上法”的指导思想

法家思想是秦帝国占统治地位的指导思想。秦始皇主要遵循法家学说，身体力行法家的“法治”主张，同时也杂取了阴阳家的“五德终始”说以及其他学派的某些思想作为“事统上法”的理论根据。秦朝统治者制定了统一的法律颁行全国，使其在政治、经济、军事、司法等方面“皆有法式”。

二、维护极端君主专制的“法治”理论

以法制维护君权的至高无上和君主的个人专制，是法家学说的一项重要内容，而秦始皇和李斯将它进一步强调到了极端化的地步。他们建立了以皇帝为中心的封建官僚制度，特别强调皇帝要“独制于天下”。他们在思想领域推行文化专制主义，定法家学说于一尊，要求“以法为教”、“以吏为师”。

三、“深督轻罪”、“专任刑罚”的重刑主义

尚武恃刑、轻罪重罚是先秦法家的基本主张。秦始皇也把“专任刑罚”视为夺取政权、巩固政权的唯一有效的方法，“以刑杀为威”；李斯提出“深督轻罪”说，进一步发展了先秦法家的重刑主义。秦朝法律素以烦苛和残酷著称，这正是秦统治者坚持实行重刑主义的结果。

第二节　汉代的法律思想

秦王朝的短命而亡，对于汉代统治者来说，是一个极大的震动。如何维护和巩固新生政权，防止再度爆发大规模农民起义，就成为他们最关心的问题和最重要的任务。汉代的法律思想，就是围

绕这一重要任务的解决而发展的，封建正统法律思想就是在寻找长治久安的统治方法这一过程中逐步形成的。

一、汉初黄老学派的法律思想

汉初将经过一定改造的黄老思想奉为指导思想，主张无为而治，制定并实施了一整套删削烦苛、与民休息的政策。

（一）文武并用、德刑相济

在陆贾的影响下，刘邦认识到文武并用、德刑相济才是国家长治久安之道。在人们刚从战乱不息、苛政烦刑的痛苦中解脱出来的当时，尤其应当首先重视德治，道德礼义才是治国的根本。这一思想被汉初统治者广为接受。

（二）明具法令、进退循法

黄老学说虽反对秦的专任刑罚，但并不否认法律自身的重要性。汉初相当重视法制建设，很快确立起以《九章律》为核心的法律体系。汉初不仅重视立法和法令的宣达，而且强调统治者的表率作用，要求君主“进退循法、动作合度”。

（三）约法省刑、罚不患薄

汉初统治者以亡秦为鉴，深刻认识到繁法苛刑的危害，主张删繁就简、去苛从宽，积极进行法律改革。特别是汉文帝下诏废除已实行一千余年的肉刑，使汉初的刑罚措施逐步趋于宽缓和人道，符合社会的进步要求，具有重大的历史意义。

黄老思想的推行，稳定了社会秩序，促进了经济发展，形成了“文景之治”的盛世局面。黄老法律思想兼容儒、道、法三家的主张，带有明显的各家思想融合的特征，是我国封建社会法律思想由尚法转为崇儒的关键环节，为正统法律思想的确立起到了重要的过渡性作用。

二、董仲舒的法律思想

董仲舒是中国历史上最早最系统地神化以孔子为代表的儒家思想、全面论证封建制度的合理性和永恒性的思想家。他一生虽未被重用，但其思想学说在当时的思想界占据重要地位，所以被尊之为“汉代孔子”。董仲舒是封建正统法律思想的理论奠基者，了解他的法律思想是进一步认识封建正统法律思想及其整个理论体系的基础。

（一）封建“大一统”思想

董仲舒适应西汉统治者的政治需求，极力鼓吹封建大一统的理论。他把儒家的大一统思想和法家的君主集权思想相结合，力主加强中央集权。董仲舒认为维护大一统局面的关键在于统一思想，所以提出了“罢黜百家、独尊儒术”的主张。

（二）三纲五常说

董仲舒运用“天人感应”的神学目的论，对“三纲”思想进行了论证。属于“阳”的君、父、夫永远是属于“阴”的臣、子、妻的绝对统治者。“五常”即仁、义、礼、智、信五种伦理道德也是上天意志的体现，统治者应不遗余力地进行宣传和说教。“三纲五常”是永恒不变的绝对真理，是指导封建立法、司法的基本原则。

（三）德主刑辅论

董仲舒继承西周“明德慎罚”与先秦儒家“为政以德”的主张，并从天道、人性、历史教训、社会现实等多个方面进一步论证了德、刑间的关系，得出了“德主刑辅”的结论。“德主刑辅”是指在治理国家中以教化为主要手段，以法律制裁为辅助措施。它是封建正统法律思想的核心，是后世封建统治者统治人民的基本方法。

（四）《春秋》决狱

汉武帝时期儒家思想已取得正统地位，而封建法制并不完备。为了调整纲常原则与司法实践之

间的矛盾，董仲舒积极主张以《春秋》决狱，即直接引用以《春秋》为代表的儒家经典的内容作为审判案件的依据。《春秋》决狱的基本精神是“原心定罪”，它使得法律从属于儒家经义，退居次要地位。

（五）司法时令说

董仲舒依据“天人感应”理论，提出“王者承天意以从事”，必然坚持“则天顺时”的原则，即依据时令季节的变化而采取相应的统治手段。春夏是万物孕育、生长的季节，此时只能施行仁德；秋冬是萎缩、收敛的季节，这时始可执行刑罚。反之则会干扰四时的运行而引发灾难。所以，在具体的司法实践活动中，必须坚持符合阴阳顺逆和四时运行规律的原则。

在董仲舒的影响下，汉武帝表彰“六经”、尊崇儒学，终于形成了以儒学为指导的统治中国两千年之久的封建正统法律思想。但是两汉时期的封建正统法律思想，还只是处在初步形成时期，在内容和形式上均不够成熟，常常受到非正统法律思想的冲击。这在两汉时期的主要表现有：在汉昭帝时召开的“盐铁会议”上，维护正统法律思想的“贤良文学”与其对立面“御史大夫”展开了激烈的争辩，后者对不同于正统法律思想的一系列思想观点进行了充分的阐发；东汉时期一批唯物主义思想家，如桓谭、王充、王符、仲长统、崔寔等人，针对当时将今文经学和谶纬迷信结合起来用以说明立法和司法的神秘主义理论，进行了深刻的揭露和尖锐的批判。

本章复习与思考题

1．简述秦朝“法治”思想的得与失。
2．秦汉之际法律思想有什么变化。
3．试述汉初黄老学派的法律思想及其历史地位。
4．什么是封建正统法律思想。
5．试论董仲舒的法律思想及其历史地位。
6．试述董仲舒的“德主刑辅”论及其影响。

本章拓展阅读书目

1．《史记·秦始皇本纪》、《史记·李斯列传》、《汉书·董仲舒传》、《汉书·刑法志》、《汉书·食货志》
2．《新语》、《吕氏春秋》、《淮南子》、《春秋繁露》、《盐铁论》、《论衡》
3．杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社 2004 年版
4．《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1978 年版

第四章　魏晋南北朝时期的法律思想

（221 年——580 年）

本章教学目的和基本要求：应着重了解玄学家的法律观点以及杜预、张斐、刘颂等律学家的法律观点。学习重点与难点是：魏晋玄学的法哲学思想，晋代律学的主要成就。

学时分配：2 学时

魏晋南北朝时期政权的分裂、经济重心的南移和民族的融合，为思想文化的发展提供了较为宽松的有利环境。原为汉代经学一个分支的律学，在晋代得到了长足的发展，不仅涌现出一批律学家，而且律学成就也十分突出，成为具有中国特色的法律注释学，丰富了封建正统法律思想的内容。这一时期的玄学家则始终围绕着名教与自然的关系，从哲学的高度论述政治法律问题，他们抨击虚伪的名教，强调法令贵在简约，使封建正统法律思想脱下了神秘烦琐的阴阳谶纬的外衣，在一定程度上助长了法律虚无主义的思潮。东晋时期的鲍敬言是我国思想史上第一个明确提出无君、无政府主张的思想家。他否定“君权神授”论，提出暴力征服说；否定君主设刑是“兴利除害”，批判君主“屠割天下”的罪恶；主张建立一个“无君无臣”的理想社会，废弃任何国家和法制。

第一节　玄学家的法律思想

玄学是随着门阀士族政治地位的巩固以及士风的转变而盛行于魏晋时期的一个哲学学派。玄学家崇尚老庄，援道入儒，虽然对具体法律问题的论述不多，但其对中国法律思想的影响却不可忽视。

一、以道家的自然观为名教赋予新的生命

玄学家不谈天人感应，不讲阴阳灾异，不把对正常的封建秩序的理想建立在虚幻的天神的意旨之上，而是根据清醒的理性来探讨名教和自然的关系。无论是王弼的“名教出于自然”，还是郭象的“名教即自然”，即使是嵇康、阮籍的“越名教而任自然”，其实质都是以道家的理论来论证纲常名教的必然性和合理性，将儒学从谶纬神学及繁杂的经学中剥离出来。

二、反对虚伪的名教教条和烦法酷刑，主张法令贵简贵无

玄学家虽不从根本上反对名教，但对传统名教的教条与虚伪进行了猛烈抨击。嵇康明确指出“六经”是与人性自然背道而驰的，时人诵习“六经”的目的在于猎取荣华富贵。玄学家的理想政治是“无为而治”，他们认为如果法网繁密，刑罚苛酷，那么不仅事物会丧失其自然本性，黎民百姓也会被束缚手脚，不知所措，从而导致变乱纷呈。所以对魏晋时期的烦法酷刑进行了抨击，主张法令贵简贵无。

第二节　律学家的法律思想

律学原本是汉代经学的一个分支，其主要内容是以儒家的经义来研究、解释法律，使礼法水乳交融。晋代律学集汉魏律学之大成，开唐代律疏学之先河，在立法、审判原则等方面都有不少独创性的见解。

一、杜预的法律思想

杜预是西晋著名的律学家，曾参与修定晋《泰始律》，并为其作注解。

（一）纳礼入律，礼法合一

“网罗法意，格之以名分”是杜预贯彻于其修律和注律之始终的根本精神。他以名分为标准来解释法意，将法律纳入名分的规范之中，力图纳礼入律，使礼法结合。

（二）“文约而例直，听省而禁简”

杜预认为，立法的一条最根本的原则是“简直”，应当做到：法律文字简明通俗；条例明白，直截了当；法律形式单纯，概念明确；条文简约，不要繁密。

（三）区分律、令的界限

杜预指出律、令的界限是“律以正罪名，令以存事制”，“律”仅指刑法，“令”指各种规章制度。这是我国法律史上最早的关于律、令的明确界说。

二、张斐的法律思想

张斐是西晋时与杜预齐名的律学家，也曾为晋律作注，后世并称“张杜律”。

以礼率律

张斐认为法律的基本精神是礼，晋律的体例结构体现了“礼乐抚于中”的原则，即“礼乐”的精神贯穿晋律各篇之中，以礼率律，所有律条必须与“礼乐”相符合。

（一）《刑名》的性质和作用

晋律继承曹魏律，将《刑名》置于篇首。对这一改革作出理论说明的首推张斐，他明确指出了《刑名》的性质和作用在于它是整部法典的“纲领”。

（二）“理直刑正”

“理直”即纲常名教大兴，“刑正”即用刑准确无误，张斐强调以儒家的纲常名教作为适用法律的指导。他以“理直刑正”来注释晋律，明确区分和规定了各种犯罪概念，并提出了一些司法、审判的具体原则。

三、刘颂的法律思想

刘颂长期担任西晋王朝的司法重臣，具有丰富的法制实践经验，并且以执法严明、公正刚直而著称。为了改变汉魏以来刑政法度松弛的局面，主张实行重法。他强调治国必须重视法治；统一律令，简而不漏；严格依法断案，君主也不能越法行私；从重处罚，恢复肉刑。刘颂还提出了类似于近代“罪刑法定主义”的司法原则。

本章复习与思考题

1．什么是“玄学”？
2．概述玄学家的法律思想。
3．什么是“律学”？
4．概述律学家的法律思想。

本章拓展阅读书目

1．《晋书• 嵇康传》、《阮籍集》、《嵇康集》、郭象《庄子注》、《抱朴子 • 诘鲍》
2．《晋书 • 刑法志》、《晋书 • 杜预传》、《晋书 • 刘颂传》

第五章　隋唐时期的法律思想

（581 年——907 年）

本章教学目的和基本要求：着重了解《唐律疏议》的法律思想，以及韩愈、白居易、柳宗元的法律思想。学习重点与难点是：《唐律疏议》的法律思想；韩愈的“道统论”及其在法律思想上的反映；白居易的刑、礼、道“迭相为用”思想；柳宗元的法律起源于“势”及赏罚及时说。

学时分配：4 学时

隋唐时期随着封建政治制度的完备、经济的高度发展，封建正统法律思想也日趋成熟，礼法结合基本定局。隋文帝杨坚制定和颁行的《开皇律》，以“以轻代重，化死为生”为原则，体现了他对封建正统法律思想的继承。唐初以隋为鉴，确定了“安人宁国”的总方针，形成了“贞观之治”的盛世局面。封建正统法律思想进一步发展，并通过贞观定律及永微作疏而法典化。《唐律疏议》这部中华法系的代表作明确宣称：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，这表明封建正统法律思想不仅在理论上而且在实践中已稳固地确立起主导地位。“安史之乱”后，为匡救时艰，陆贽、吕温、韩愈、柳宗元、白居易等一部分有识之士，对礼刑关系及如何正确运用法律等问题进行了深入论述，大大丰富了封建正统法律思想的内容，为拯救时弊发挥了一定作用。

第一节　《唐律疏议》中的法律思想

隋唐两代，礼法结合基本定局，统治者努力将封建正统法律思想贯彻于实际的立法、司法之中。《唐律疏议》的制定，完成了封建正统法律思想的法典化，标志着封建正统法律思想的成熟，并对后世产生重大影响。

一、“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”

《唐律疏议》总结了历代关于德刑关系的理论，强调“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，形成了完整的德主刑辅、礼法结合的思想体系。

二、“三纲”思想的法律化

《唐律疏议》“一准乎礼”，把“君为臣纲”、“父为子纲”、“夫为妻纲”制度化、法律化。凡是反对“三纲”者，均被视为触犯了统治阶级的根本利益，列为“十恶”大罪，是刑罚打击的重点。

三、等级特权思想

唐律是一部典型的封建统治阶级的特权法。它按照礼的原则，将人分成许多等级，并为每个等级的人规定了不同的法律地位，赋予了不同的权利和义务。这突出地表现在：

（一）贵族、官吏有罪无刑

贵族官吏是唐律优容的对象，当他们触犯国法时，可依照唐律的议、请、减、赎、官当等条款减免刑罚处分，导致实际上是有罪无刑。

（二）良贱异法

良指良人，即平民；贱指贱民，即具有奴隶身份的人。唐律规定，在政治、经济、法律、社会生活等各方面，贱民的地位均与良人不同唐朝统治者用法律的强制力来保障这种不平等的社会制度。

四、轻刑慎罪思想

唐初统治集团特别重视儒家的轻刑慎罪思想，不仅在立法方面强调宽简，而且在司法方面注重慎狱恤刑。在这一思想的指导下，《唐律疏议》形成了科条简要、用刑持平的立法特点，成为中国古代法制文明的巅峰之作。

第二节　封建正统法律思想的发展

“安史之乱”后，唐王朝的国势由盛而衰，各种矛盾尖锐对立。在这种情况下，一部分有见识的士大夫提出了匡救时艰、改革弊政的主张。其代表人物韩愈、柳宗元、白居易等，对礼刑关系以及正确运用法律等问题的论述，促进了封建正统法律思想的发展。

一、韩愈对封建正统法律思想的发展

韩愈是唐代中叶反对佛教、道教，力主复兴儒学的著名代表人物。他提出“道统论”作为捍卫儒学正统的基本理论依据，并以儒家“道统”继承人自居，积极弘扬孔孟之道，力图清除佛教、道教的影响，以维护封建正统法律思想，巩固封建统治秩序。

（一）“圣人”立法设刑与“天刑”说

韩愈认为法律和刑是“道”的体现，是由“圣人”创造和设立的，是稳定社会秩序、推动人类进步的重要工具。法律同时也是受命于天的产物，天有赏善罚恶的能力，违反“天意”就将受到天的惩罚。以此说明法律具有无可辩驳的正当性和不容置疑的神圣性。

（二）“德礼为先而辅以政刑”

尽管韩愈充分肯定刑罚是治理国家不可或缺的重要手段，但是在德刑关系问题的认识上，他坚持传统的德主刑辅观，坚持礼法兼用、德礼为先，特别强调德礼教化的重要，并以此作为指导司法实践的原则。

二、白居易对封建正统法律思想的发展

白居易同其他同情人民疾苦、关注国家安危的中下层知识分子一样，积极主张改革政治，减轻剥削和压迫，刷新社会风气，以挽救岌岌可危的李唐王朝。

（一）刑、礼、道“迭相为用”论

白居易提出刑、礼、道同为治理国家的基本手段，“刑者可以禁人之恶”，“礼者可以防人之情”，“道者可以率人之性”，统治者根据社会治乱的程度，将三者“迭相为用”，就可以实现国泰民安。

（二）“悬法学为上科”、“升法直为清列”

白居易建议将法学提升为上等考科，同时提高司法官员的地位，通过慎重考选，让明习法令的才俊贤良之士来担任司法官，这样才能从根本上铲除司法的弊端，树立起仁爱忠恕、廉洁公正的好风气。

（三）“贫困思邪而多罪”的犯罪根源论

针对当时统治者穷奢极欲、横征暴敛，因而人民犯罪增多的情况，白居易明确指出，贫穷是产生犯罪的根源，而“富其人”则是消弭犯罪的一个根本途径。所以要预防犯罪，就必须使民富足。

三、柳宗元对封建正统法律思想的批判

柳宗元立志改革现实、济世利民，积极参加“永贞革新”，敢于同腐朽势力作斗争，并在思想文化领域坚持无神论。他对封建正统法律思想神学观的批判和否定，起到了振聋发聩的作用，其进

步意义不言而喻。

（一）批判“君权神授”和“圣人”制刑说

柳宗元认为，君主、法律并不是从来就有的，君主并非上天的安排，法律也非圣人的创设，它们起源于“势”，即人类社会发展的必然趋势。君主和法律是在一定条件下为适应社会需要而产生的，是时势发展的必然产物。

（二）批判“天刑”、“天罚”和“司法时令”说

柳宗元提出“天人不相预”，自然和社会各自有不同的规律。天没有意志，不可能赏功罚祸。赏罚的目的在于劝善惩恶，其关键在于赏罚及时，“赏务速而后有劝，罚务速而后有惩”，从而批判了秋冬行刑的司法时令说。

本章复习与思考题

1．试述《唐律疏议》所反映的法律思想。
2．简述“三纲”思想在唐律中的体现。
3．试述韩愈的“道统论”及其在法律思想上的反映。
4．白居易的法律思想主要有哪些内容。
5．试述柳宗元对“司法时令说”的批判

本章拓展阅读书目

1．《隋书·高祖记》、《贞观政要》、《唐律疏议》
2．《韩昌黎文集》、《白居易集》、《柳宗元集》

第六章　宋明时期的法律思想

（960 年—1644 年）

本章教学目的和基本要求：着重了解朱熹、丘浚、王守仁法律思想的主要内容。学习难点是：理学及其对封建法律思想的影响；朱熹的法律思想；丘浚对封建正统法律思想的总结和发挥；王守仁的法律思想。

学时分配：4 学时

随着北宋政权的建立，中国封建社会开始进入后期发展阶段，其政治、经济及社会形势呈现出新的历史特点，法律思想也发生了相应变化：一方面，统治阶级注重从思想及精神上加强对人们的控制与束缚，主张“存天理、灭人欲”的理学应运而生，封建正统法律思想因哲理化而获得进一步发展；另一方面，统治阶级内部不断分化，产生了一批政治改革家和理学反对派，他们锐意革新，倡言功利，提出了自封建正统法律思想确立以来最具锋芒的思想。

第一节　朱熹的法律思想

“理学”是宋明时期兴起的学术思潮，是中国封建社会后期的官方意识形态。朱熹是程朱理学的集大成者。他以儒家伦理道德为核心，吸收佛、道的宇宙构成、万物化生理论和哲学思辨，建立起比较完备的理学思想体系。朱熹以理学为思想基础，对以往比较粗浅直观的封建正统法律思想进行重新加工和深化，完成了封建正统法律思想的哲理化，使其在理论形式上更加缜密、系统，增强了权威性。

一、“存天理、灭人欲”

“存天理、灭人欲”是朱熹法律思想的核心。他认为“三纲五常”是“天理”最主要的内容。为匡救危亡时势，朱熹主张变法图强，伸张社会正气。纲常名教是本，法律制度是末，变法的重点在于改变人心，尽除私欲，确立伦理纲常的地位，而不以功利为急。为此应当限制君权，以正人主之心，并选拔好的官吏，充分发挥人在治理国家中的作用。

二、“以严为本而以宽济之”

朱熹对德、礼、政、刑的关系进行了新的阐发，强调它们在治国中同等重要，驳斥了只任教而不重刑、只能先教而后刑的观点。正是基于这种认识，朱熹提出了“以严为本而以宽济之”的司法原则，强调司法从严从速，反对一味从宽。

第二节　丘浚的法律思想

丘浚是明代中期的政治家和思想家，著有《大学衍义补》。他在广泛汇辑整理前代关于法律制度、法律思想的丰富资料的基础上，对封建正统法律思想进行了阐发和总结。

一、德礼政刑“王道之治具”论

丘浚对德礼政刑进行了综合和归纳，使传统的“德主刑辅”说更为全面和系统。他指出德、礼、政、刑都是治理天下的方法和工具，四者不可偏废，但是作用不同；德礼尤为重要，刑罚的目的是为了保障德礼的贯彻实行。

二、“以公理而灭私情”说

丘浚认为统治者自己知法犯法、肆行无忌，是造成社会动乱的重要原因。法律一经制定，无论是最高统治者还是一般司法官吏，都应当遵行，而恪守法制的关键则是秉公而去私，“一惟以公理而灭私情”。他借用董仲舒的“天遣”说，用“天意”、“天理”的绝对权威对君主专断进行抑制，要求君主严格依法办事。

三、“应经合义”，顺情便民

丘浚强调法律必须符合儒家经典中的纲常礼义原则，符合的就是“良法”，否则就是“淫刑”。“民为邦本，本固邦宁”，立法应当以“顺情”、“便民”为宗旨，这主要表现在：省刑罚，薄税敛；维护土地私有制，限制兼并；保护工商，反对“与民争利”。

慎刑恤狱的司法原则

丘浚在司法问题上坚持慎刑恤狱，不枉不滥，刑罚适中。具体包括：

（一）“原情定罪”

丘浚认为审理案件单靠有限的法律条文是不够的，还应注意以往的判例，衡量犯罪的情节和行为人的动机、目的，反对搞“客观归罪”。

（二）注重证据

丘浚提出审理案件必须注重证据。汉代路温舒所言“箠楚之下何求不得”一语，切中历代狱刑冤滥之要害，所以他对刑讯制度持否定态度。

（三）限制赎刑

丘浚主张对赎刑严加限制，只可适用于轻罪，而决不可适用于死刑。这样，才能使“富者不以财而幸免，贫者不以匮而独死”。

（四）控制复仇

丘浚肯定复仇，但反对国家法律对复仇行为不加控制。他主张实行有限制的复仇，使得“人知仇之必报，而不敢相杀；知法之有禁，而不敢专杀矣”。

（五）慎行赦宥

丘浚认为赦宥只应施行于社会动乱之时和案情可疑之际。滥赦的结果，非但不能使罪犯感动从而改过自新，而且还会助长犯罪，所以应当慎行赦宥。

第三节　王守仁的法律思想

王守仁是明中叶著名的哲学家、政治家，世称阳明先生。他继承并发展了南宋陆九渊的“心学”思想，成为“心学”的主要代表。“心学”是宋明理学中的一个派别，王守仁同朱熹一样是封建正统法律思想的维护者。

一、因时因地而制宜的立法思想

因时而制宜体现在王守仁提出了“官商两便”的商税立法主张，国家改一味禁止商贩为依据税法向商人课税，这样既有利于增加国库收入，又保障了商人的利益。因地而制宜体现在对少数民族及边远地区的立法，应当考虑到当地的风俗习惯，不能把中原地区的法律简单地移植过去。

二、“情法得以两尽”的执法思想

王守仁认为治理国家首先要有一个良好的社会风尚，他非常重视赏罚的劝善惩恶作用，强调用法律措施推行教化，以推动社会风气的改变。在司法活动中应“情法交申”，区别首犯、从犯等不

同情况分别对待，灵活适用法律，使“情法得以两尽”。

本章复习与思考题

1．什么是“理学”？
2．朱熹以“存天理，灭人欲”为核心的法律思想的意义。
3．简论朱熹的执法从严思想。
4．丘浚对封建正统法律思想的总结和发挥及其意义。
5．简述王守仁法律思想的主要内容。

本章拓展阅读书目

《四书章句集注》、《朱子语类》、《大学衍义补》、《王阳明全集》

第七章　明末清初的法律思想

本章学习目的和基本要求：着重了解黄宗羲的具有民主因素的“法治”思想和王夫之的立法司法主张。学习重点与难点是：黄宗羲法律思想的主要内容；黄宗羲的“有治法而后有治人”说；王夫之“趋时更新”的法律思想。

学时分配：2 学时

明末清初，社会处在激烈的动荡之中。随着社会危机的加深，资本主义萌芽的出现和市民阶层的兴起，出现了黄宗羲、顾炎武、王夫之等具有启蒙因素的思想家。他们猛烈地抨击君主专制，要求以“天下之法”取代“一家之法”，初步将民主与“法治”结合起来，对于后来的资产阶级变法改良运动有重要的影响。

第一节　黄宗羲的法律思想

在明清之际的启蒙思想中，最有代表性，理论建树最大的是黄宗羲；在中国古代法律思想发展史中，第一次提出具有近代民权、民主色彩的“法治”主张的，也是黄宗羲。他是当时闻名朝野的大学者，著作等身，影响深远。

一、以“天下之法”取代“一家之法”

黄宗羲明确反对封建专制的“家天下”制度，认为维护君主专制制度的“一家之法”是世上的“万恶之源”、“非法之法”，应该以维护天下人的利益、保护天下人的平等权利、体现天下人的意志之“天下之法”取代“一家之法”。

二、以“法治”限制“君权”的法治观

黄宗羲认为要以“天下之法”取代“一家之法”，必须限制君权，立法充分体现“天下为主，君为客”的原则，为民“兴利除害”。他主张变君主集权为君臣分权，变君主专制为各地自治，“学校议政”，儒士参与国是，强调“有治法而后有治人”，任何人都要遵守“天下之法”。

第二节　王夫之的法律思想

明清之际，在理论上提出民主主义“法治”基本构思的是黄宗羲，而对于法律问题论述最多、涉及面最广的则数王夫之。王夫之是我国古代唯物主义思想的集大成者。从封建士大夫“救世”的立场出发，他反对封建专制暴政，提出了富有民主性色彩的法律思想。

一、“趋时更新”的法律时变观点

王夫之从新旧制度的更替、“正统”论的虚妄、“有定理而无定法”等方面论证法律“趋时更新”的规律，预言“天下之公”制度的到来，批判传统的“奉天法古”思想。

二、具有民主因素的立法思想

立法“必循天下之公”，去除“一姓之私”；立法应以“保类”、“卫群”为宗旨，维护民族国家的利益；立法应遵循尊君卑臣、分权分治的原则，反对君主独裁专制。

三、“任法”“任人”并行，宽与严相结合

王夫之总结了秦汉以后实施法令方面的主要弊端，强调“任法”与“任人”结合，反对“任人而废法”，也反对“任法而不任人”。“严以治吏”与“宽以养民”相结合，主张严惩贪官污吏，要求“法简刑轻”；立法必须从严，司法必须从宽。

本章复习与思考题

1．试论黄宗羲的法律思想。
2．试析黄宗羲的“有治法而后有治人”说。
3．概述王夫之的法律思想。
4．试评启蒙思想家法律思想的历史地位。

本章拓展阅读书目

《明夷待访录》、《读通鉴论》、《日知录》

第八章　近代法律思想

（1840 年—1919 年）

本章教学目的和基本要求：应着重了解地主阶级开明派“更法改图”以及“师夷长技以制夷”的思想；着重了解洋务派“一秉于礼”以及“中学为体、西学为用”的思想；着重了解太平天国领袖反对封建专制以及试图在农民革命的基础上建立资本主义制度的主张；着重了解资产阶级改良派变法维新的理论以及“冲决一切封建网罗”的思想；着重了解孙中山的五权宪法思想以及章太炎的维护人民权利平等的法律观；着重了解清末礼法之争的实质以及沈家本法律思想的历史地位。学习重点与难点是：魏源“师夷长技以制夷”的思想；张之洞以“中体西用”为核心的法律思想；洪秀全法律思想的进步性与落后性；洪仁玕及其《资政新篇》的法律思想；康有为的“变法维新”理论；梁启超的变法图存思想；谭嗣同“冲决一切封建网罗”的法律思想；孙中山的五权宪法理论；章太炎法律思想的特点；清末修律中礼法之争的实质和影响；沈家本法律思想的历史地位。

学时分配：8 学时

中国近代，一般指 1840 年至 1919 年。随着鸦片战争的爆发，中国逐步沦为半殖民地半封建社会。帝国主义的入侵，使中华民族蒙受了空前的灾难，而中国人民在帝国主义入侵面前表现出的觉醒和顽强又为中国的振兴开辟了道路。在这一阶级矛盾和民族矛盾空前激烈、社会急剧变革的历史时期，各个阶级和阶层围绕着反帝反封建这一时代主题，形成各种不同政治主张和思想观点，展开了激烈的论战与斗争。这种争鸣堪与先秦诸子相媲美，这一时期也因此被视为中国法律思想发展史上的第二个黄金时代。中国传统法律思想就是在这样的历史背景下开始了又一次的转型。

第一节　地主阶级开明派与洋务派的法律思想

鸦片战争前后，从地主阶级内部分化出一批开明派思想家，主要代表人物有林则徐、魏源、龚自珍等。他们放眼世界，主张因势变法，“更法改图”，以革新封建制度；他们强调“师夷长技以制夷”，学习西方先进的科学技术，以抵制外国列强的侵略。洋务运动是十九世纪六十至九十年代，由部分封建地主官僚发起的，以“自强”、“求富”相号召，旨在学习西方先进的技术和制度，以挽救封建统治的运动。主张搞洋务运动的人形成了洋务派，其主要代表人物有奕訢、曾国藩、李鸿章、张之洞等。他们在“中学为体、西学为用”思想的指导下，维护纲常名教，主张“采西法以补中法之不足”。

一、地主阶级开明派的法律思想

（一）龚自珍的“更法改图”思想

龚自珍是中国近代“开风气之先”的思想家。他对清王朝黑暗的法律制度进行了深刻的揭露和批判，提出“更法改图”是历史发展的必然。他抨击腐朽的科举制度，呼唤“不拘一格降人才”。他认为宜用重典，以禁绝鸦片。龚自珍的主张在清末思想界起到了振聋发聩的作用。

（二）魏源的“因势变法”理论

魏源对封建君主专制进行了激烈的批判。他从爱国主义的立场出发，提出了“师夷长技以制夷”的口号，并赞赏和向往西方资产阶级的政治法律制度。他认为历史的进化是一种客观的必然趋势，法令制度必须随着时势的变化而变化，“变古愈尽，便民愈甚”。要实现富国强兵，还要广收天下之人才，广开言路，实行民主议政。

二、洋务派的法律思想

（一）曾国藩“一秉于礼”的法律思想

曾国藩以儒家道统的继承人自居，极力鼓吹维护纲常名教的礼治。他强调三纲之道是神圣不可侵犯的教条，而礼治是当时的治世良方。他把强化礼治作为当务之急，提出了“以礼自治”和“以礼治人”的主张。当太平天国起来造反，危及清王朝生存的时候，曾国藩主张用严刑峻法镇压农民的反抗斗争。

（二）张之洞以“中体西用”为核心的法律思想

张之洞把洋务派“变器不变道”说进一步系统化，发展成为“中学为体、西学为用”论。他主张在不违反纲纪伦常的前提下，“采西法以补中法之不足”。在与刘坤一联名所上《江楚会奏变法三摺》中，张之洞提出了参照西法改革刑狱的九条措施。他们还建议清政府聘请西方著名律师，博采各国法律，为中国制定矿律、路律、商律以及交涉刑律。但是，张之洞坚持“法律本原实与经术相表里”，法律应服从于纲常名教。

第二节　太平天国农民领袖的法律思想

1851 年爆发的太平天国革命是中国近代史上规模最大的一次农民革命，涌现出一大批农民革命领袖，其中在法律思想史上最有代表性的当推洪秀全和洪仁玕。他们在领导太平天国法制建设的实践中所提出的法律思想，其内容相当丰富且颇具特色。一方面，它具有农民阶级的平等、平均观念和比较鲜明的反封建、反侵略的思想，又夹杂着浓厚的皇权主义、宗教迷信的色彩；另一方面，又反映了资产阶级民主主义的要求和向西方学习的倾向。

一、洪秀全反对封建专制的法律思想

（一）“斩邪留正”，除妖安良

“斩邪留正”，除妖安良是太平天国法制建设的指导思想和基本原则。洪秀全把当时社会划分为两个对立的营垒，视农民为“正”和“良”，视清朝统治者为“邪”和“妖”。太平天国自始至终依据洪秀全的这一思想进行了《十款天条》、《太平刑律》等一系列立法活动。

（二）人无私财，“逆者议罪”

洪秀全主张“人无私财”，“天下为公”，建立一个“天下一家、共享太平”的新世界。他提出在太平天国实行圣库制度，《天朝田亩制度》就是这种公有思想的具体法律表现。洪秀全主张“逆者议罪”，以法律手段保证其思想的实现。

（三）男女平等，婚姻自由

洪秀全宣称人间的一切人都是上帝的儿女，男女应当平等。太平天国制定了一系列保护妇女的政策法令，如严禁娼妓、缠足、蓄婢、溺婴等陋习。在婚姻制度上，规定“天下婚姻不论财”，男女自由结合，反对买卖婚姻。

（四）严刑峻罚，轻罪重刑

太平天国一直处于激烈的战争时期，阶级斗争非常尖锐复杂。洪秀全坚持用严刑峻罚对付敌人，但对人民的轻微犯罪也处重刑，混淆了敌我界限，影响了革命力量的发展。

二、洪仁玕及其《资政新篇》的法律思想

（一）“国家以法制为先”

洪仁玕来到天京时，正值太平天国国势日衰，法纪废弛。他强调“国家以法制为先”，不但要“立法制”，而且要“立法当”、“立法善”。一切制度应革故鼎新，“因时制宜，度势行法”。

他在《资政新篇》中提出了二十八条改革措施，涉及政治、经济、文化、外交等多个方面，体现出他试图在农民革命的基础上建立资本主义制度的主张。

（二）“恩威并济”与“教、法兼行”

洪仁玕在《资政新篇》中指出法要“恩威并济”。“威”指“持法严”，就是严肃认真地“奉法、执法、行法”。官吏必须以身作则，严守法纪；执法必须刚正不阿，不围权贵；严明赏罚，树立法律的权威。同时还要法外施恩，即“刑外化之以德”，反对不教而诛，主张“教、法兼行”。为了施行德化，洪仁玕强调要向广大群众进行道德教育和法制教育，实行“罪人不孥”，善待轻犯，废除酷刑等。

第三节　资产阶级改良派的法律思想

十九世纪七、八十年代，资产阶级改良主义思想开始在中国出现。1894 年甲午战争的惨败激起了广大民众的爱国救亡热潮，改良主义思想迅速高涨，形成变法维新思潮，并以 1898 年戊戌变法运动的爆发而达到顶点。以康有为、梁启超、谭嗣同等人为代表的资产阶级改良派，要求自上而下地用改良的办法在中国发展资本主义，建立资产阶级君主立宪政体，以资本主义的法律制度取代封建主义的法律制度。他们在戊戌变法运动中出台了一系列具有资本主义性质的经济、政治、社会、文化政策。虽然这场改良运动只进行了一百零三天，但是它在促进中国传统法律观向近代法律观的演变进程中起到了至关重要的作用。

一、康有为的法律思想

（一）借“托古改制”论“变法维新”

康有为主张废除君主专制，实行君主立宪。为了扫除变法维新的思想障碍，他在戊戌变法前，先后撰写了《新学伪经考》、《孔子改制考》等著作，否定封建经典，把孔子打扮成“改制立法”的祖师爷，目的是借“古圣”来论证变法维新的必要性和合理性。康有为提出，只有《公羊春秋》才是孔子阐发“圣法”的真经。依照“公羊三世说”，变法是天经地义的，只有变法维新，才能使清王朝的统治摆脱危机，走上自强之路。

（二）“太平之世不立刑”的“大同”理想

康有为在其著作《大同书》中表达了他对理想社会的一种构想以及对现实社会的一种改革方案。他把大同之世描绘成一个“极乐世界”，其中杂糅了中国古代《礼运》中的“小康”、“大同”，佛教的“慈悲”、“平等”，西方资产阶级的“自由”、“平等”、“博爱”及空想社会主义的许多成分。康有为提出了“太平之世不立刑”、大同世界“治至刑措”的思想，并且把君主立宪作为实行“大同”的前提。

二、梁启超的法律思想

（一）以“变法维新”求“救亡图存”

梁启超认为“变法维新”是“救亡图存”的唯一出路，他大声疾呼：“法者，天下之公器也；变者，天下之公理也”。只有早变、自变，才可以保国、保种、保教。为推行变法，梁启超积极宣传西方资产阶级的民约论和人性论，提出法律起源于人的“良知”和契约。他认为对于当时的中国，君主立宪是最好的政体。他提出了“三权之体皆筦于君主”的三权分立说以及在中国实行君主立宪政体的方案。

（二）“法治”与“人治”不可偏废

梁启超重视“人治”，他指出“人能制法，非法制人”，“徒法不能自行”，所以变法“必先变人”，“必兴民权”。他把“兴学校”、“变科举”、“变官制”列为变法中的重要问题，强调

开发民智，“能兴民权者，断无可亡之理”。但是梁启超反对只要“人治”，指出“荀卿有治人无治法一言，误尽天下”，强调“法治”与“人治”不可偏废，法律与道德应当“相须为用”。

三、谭嗣同的法律思想

（一）批判封建君主专制

谭嗣同大胆而深刻地揭露了封建专制主义制度，指出“二千年来之政，秦政也，皆大盗也”。他呐喊着要“冲决一切封建网罗”，进而直截了当地提出要“废君统，倡民主，变不等为平等”。他的著作《仁学》通篇讲“仁”，并以“平等”作为“仁”的第一或最主要的标准。作为维新志士中的激进派，谭嗣同反对专制，赞扬法国大革命，甚至认为中国的变法，只有走法国流血革命的道路。

（二）抨击封建纲常名教

谭嗣同认为纲常名教是箝制人们行动与思想的绳索，是封建帝王制定各种法律的依据，是一切酷律之源。他既继承了明末清初启蒙思想家的民本主义，又接受了西方近代民权学说，将纲常名教视为统治者压迫人民的手段，大声疾呼要冲决一切纲常名教的“网罗”，主张用自由、平等等资产阶级道德原则来代替封建的伦理道德。

第四节　资产阶级革命派的法律思想

戊戌变法的失败，标志着资产阶级改良运动的基本结束。顺乎历史潮流的发展，资产阶级革命派从改良派中分离出来。他们聚集在孙中山先生民族民主革命的旗帜下，决心用暴力推翻清王朝，建立民主共和国。经过艰苦奋斗，1911 年的辛亥革命终于结束了长达两千多年的帝制专制时代，迎来了中华民国的诞生。资产阶级革命派的法律思想是以移植的西方资产阶级学说为主体，在一定程度上以中国固有思想中的部分内容为补充综合而形成的，其传播激发了近代中国民众的民主革命意识，有力地遏制了袁世凯等人的复辟企图，大大推进了中国法律的近代化进程。

一、孙中山的法律思想

（一）三民主义的立法指导思想

三民主义是民族主义、民权主义和民生主义的总称，是孙中山为了解决近代中国社会面临的民族解放、民主革命、社会改革三大历史任务而提出的中国资产阶级革命的纲领，也是其法律思想的理论基础和指导原则。孙中山曾将他的“三民主义”的“一贯之精神”概括为“自由、平等、博爱”。他借用西方资产阶级革命时期的口号，深刻揭露和批判清朝的封建专制法制，主张建设资产阶级的法治国家，以争取祖国的独立和富强。

（二）五权宪法的宪政思想

孙中山秉承资产阶级民主宪政的政治理念，力求在近代中国实现分权自治的政治体制。五权宪法思想就是他继承西方三权分立的思想，又借鉴我国传统治国经验的产物。其核心是把政权和治权分开，由人民掌握“政权”，具体包括选举、罢免、创制、复决四权；由政府实施“治权”，即立法、司法、行政、监察、考试五权。“治权”相对于“政权”称作“能”，故称“权能分治”。五权宪法是近代具有中国特色的资产阶级革命民主主义的宪法学说，孙中山试图通过它来保证人民主权和直接民权，以克服西方资产阶级民主制的弊端。

二、章太炎的法律思想

（一）“专以法律为治”的民主共和思想

章太炎是“中华民国”一词的发明者和解释者，他赞成民主共和制，坚决反对封建君主专制。

但是他怀疑西方资本主义制度，否定资产阶级代议制，主张直接民权，设计了一个独特的“分四权”、“置四法”的共和国方案。章太炎不但反对人治，也反对人、法兼治，而主张“专以法律为治”。但是他在强调以法治国的同时，也非常重视道德的作用。

（二）“损上益下”的法律观

章太炎同情下层民众，要求法律保护下层群众的权益。他反封建专制特权法之道而行之，主张在推翻满清专制统治后，法律必须体现“抑官伸民”、“抑强辅微”、“抑富振贫”的精神，概括起来就是“损上益下”，以维护人民权利平等，避免贫富过于悬殊。

第五节　清末礼法之争与沈家本的法律思想

随着义和团运动和八国联军战争的爆发，民族灾难进一步加剧，人民的反抗如火如荼，清王朝的统治岌岌可危。为了挽救封建统治，1902 年至 1911 年，清政府最高统治集团，在厉行“新政”和“仿行立宪”的招牌下，进行了一次变法修律活动。其间中国传统的法律思想与西方近代的法律观念相互冲突和碰撞，爆发了礼教派和法理派的尖锐斗争，在近代法律史上被称为“礼法之争”。法理派的首领沈家本是我国近代法律史上重要的法学家，他融会中西法律，在几十年的法律研究和法律实践中，提出了系统的法律思想，对中国近代法律的改革和发展，有着相当深刻的影响。

一、清末的礼法之争

所谓礼法之争，是清王朝内部就《刑事民事诉讼法》，特别是《大清新刑律》的立法指导思想，实质上也是清末整个修律的指导思想的一次大争论。主张修律应维持中国传统礼教的一派，以张之洞、劳乃宣为代表，被称为礼教派、家族主义派、国情派；而以沈家本、杨度为代表的一派坚持资产阶级法律的原理原则，被称为法理派、国家主义派、反国情派。这场争论爆发在中国传统法律向近代转型时期，其争论的核心在于：鉴于当时中国的国情，应以资产阶级法律的原理原则为主要指导思想，还是应以封建礼教为主要指导思想？新法的精神应该是国家主义还是家族主义？礼法之争最后以礼教派的胜利而告终，反映了维护纲常礼教的封建法律思想的根深蒂固。

二、沈家本的法律思想

（一）“以法治国”的法治主义思想

沈家本是一个忧国忧民，具有民族自尊心和爱国心的封建开明官僚。他希望通过对旧法制的改造，实行西方的法治主义，使国家由弱变强。也就是说，沈家本走的是法律救国或法律治国的道路。他极其重视法律在治理国家中的作用，提出“法者，天下之程式，万事之仪表”，“律者，民命之所系也”，强调治理国家必须有法律，而且要有法必善，有法必行。沈家本提出了“参考古今，博稽中外”的修律宗旨，希望结合古今中外法律中的精华，制定出适合于中国需要的法律。

（二）儒家“仁政”与资产阶级“人道主义”的法律观

沈家本继承儒家“仁政”思想，并在一定程度上接受西方资产阶级的“人道主义”思想，以之评判历代法制和指导修律。他提出“先王之道在德教而不在刑政”，反对把刑罚当作治国的唯一手段，认为只有做到情法两尽，才能充分发挥法律的作用。特别是在修律过程中，他主张废除酷刑、删除比附、罪刑法定、禁止买卖人口、规定陪审制与律师辩护制及公开审判制度、破除司法与行政不分及刑讯逼供等陋规，充分反映了其理论和实践的思想核心就是儒家仁政和西方资产阶级的人道主义。

（三）“有其法者尤贵有其人”

沈家本认为有了好的法律，还要有公正贤良的执法者。他重视法律，更重视法律人才的培养。他主张国家官吏“皆宜知法”，司法官吏应具有专门学识。为此，沈家本主张开展法律教育，设置

律学博士教授法学。1906 年，他奏请设立了中国近代第一所法律大学堂——京师法律学堂，还帮助成立北京法学会，设立研究所，出版杂志等等。

（四）法学盛衰说

沈家本是我国近代法律思想史上第一个大力倡导法学或律学的法律学家。他对中国传统律学做了大量研究，成为晚清著名的律学大师，并且超越了传统律学的研究范围，将考证比较的对象延伸到西方法学，为修律提供理论支持。沈家本认为法学理论对于立法、司法具有重要的指导作用，可是由于轻视法律和法学，中国的法学理论并不发达。他对国人的这种态度给予了严厉批评，指出“法学之盛衰，与政之治忽，实息息相通”，法学盛而政治未必盛，法学衰而政治必定衰。

本章复习与思考题

1．简述地主阶级开明派的法律思想。
2．试论张之洞以“中体西用”为核心的法律思想。
3．简述太平天国农民领袖的法律思想。
4．试论康有为借“托古改制”论“变法维新”的思想。
5．简述康有为“太平之世不立刑”的“大同”理想。
6．概述梁启超的变法图存思想。
7．简述谭嗣同“冲决一切封建网罗”的法律思想。
8．试论孙中山的五权宪法理论。
9．概述章太炎的法律思想。
10．试论沈家本法律思想的历史地位。

本章拓展阅读书目

1．《龚自珍全集》、《魏源集》、《劝学篇》、《资政新篇》、《新学伪经考》、《孔子改制考》、《大同书》、《康有为政论集》、《饮冰室文集》、《仁学》、《孙中山选集》、《章太炎选集》、《清末筹备立宪档案史料》、《历代刑法考》

2．梁启超：《清代学术概论》

3．杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社 2004 年版

《法律语言学》教学大纲

姜廷惠　编写

目　录

前　言.....270
第一编　法律语言学综述.....271
第一章　概　述.....271
第一节　法律和语言之间的关系.....271
一、相关论述.....271
二、语言是诉讼程序中的可变因素.....271
第二节　“法律语言学”一词的提出。.....271
一、Forensic Linguistics 的中文名称.....271
二、较为通用的两种译法.....271
三、Forensic Linguistics 的文意分析.....271
四、forensic 的意图分析：涵括性较大.....272
复习与思考题.....272
拓展阅读书目.....272
第二章　法律语言学的研究范式。.....273
一、范式含义。.....273
二、“范式”（paradigm）概念.....273
三、关于法律语言的研究有三个范式.....273
复习与思考题.....274
拓展阅读书目.....274
第三章　法律语言学研究对象及其分类。.....275
第一节　法律语言学研究具体内容（据 IAFL 的文献汇编）.....275
第二节　法律语言学研究的分类：.....275
一、“立法——司法语言两分说”。.....275
二、“三大板块说”。.....275
三、语言变异说.....276
四、语言行为说.....276
五、两个层次三大领域说。.....276
六、六大分析领域。.....276
复习与思考题.....277
拓展阅读书目.....277
第四章　法律语言学研究的形成、历史及现状。.....278
一、法律语言学学科的形成。.....278
二、法律语言学研究的现状。.....278
复习与思考题.....278
拓展阅读书目.....279
第五章　法律语言学研究的其他相关问题.....280
第一节　法律语言学的定位.....280
一、定位争议。.....280
二、在语言学中的地位。.....280
三、在法学中的地位。工具性。本体性。.....280

第二节　与其它学科的关系。 280
第三节　法律语言学的研究意义及方法。 280
一、意义。 280
二、方法。三个层次。 280
复习与思考题 280
拓展阅读书目 281
第二编　法律语言学分述 282
第一章　法律语篇分析 282
一、几个概念 282
二、范围 282
三、法律语篇分析的用途 282
四、法律语篇分析的相关理论 282
五、法律语篇分析的应用 283
复习与思考题 283
拓展阅读书目 283
第二章　法律语用学 284
一、概述 284
二、法律语用研究的理论基础 284
三、法律语用研究的领域划分：分类 285
复习与思考题 285
拓展阅读书目 285
第三章　法律语音学 286
一、研究概况与分类 286
二、讲话人识别 286
三、讲话人识别 287
四、讲话人识别：非专家对讲话人语音进行的识别 287
五、其他类别的研究 287
六、录音鉴定(Authentication of Recordings) 287
七、录音修复、录音音质强化 287
八、商标的语音分析 287
九、关于语音识别的疑问 287
十、关于声纹的研究 287
复习与思考题 288
拓展阅读书目 288
第四章　法律语体学 289
一、概况 289
二、作者鉴别（Author Identification) 289
三、剽窃 289
四、笔迹分析 289
五、笔录：含义。目的。忠实性问题。 289
复习与思考题 290
拓展阅读书目 290
第五章　会话分析 291

一、概述.....291
二、嫌疑人陈述话语分析.....291
三、司法程序中的话语分析.....291
四、证人证言的两种质证模式.....291
复习与思考题.....292
拓展阅读书目.....292
第六章　法律语义学.....293
一、目的区别.....293
二、语义学研究的四个阶段.....293
三、Miranda 的可理解性.....293
四、给陪审团的指示.....293
复习与思考题.....294
拓展阅读书目.....294
第三编　立法语言.....295
第一章　概　述.....295
一、立法语言应具备的风格.....295
二、何谓风格。.....295
三、法律文本的独特风格.....295
四、法律文本的禁忌.....295
复习与思考题.....295
拓展阅读书目.....295
第二章　法律语言的词汇.....296
一、法律语言言的特点.....296
二、法律词汇的分类.....296
三、法律词汇的变化。.....296
复习与思考题.....297
拓展阅读书目.....297
第三章　立法语言的句法.....298
一、句法范围：包含词组、句式以及超句。.....298
二、句式：从传统语言学的角度来讲，语言的句式有几种。.....298
复习与思考题.....298
拓展阅读书目.....299
第四章　立法语言的修辞.....300
复习与思考题.....300
拓展阅读书目.....300
第五章　立法语言的语用置疑.....301
一、立法语言文本中词汇用法置疑.....301
复习与思考题.....301
拓展阅读书目.....302
第四编　法律语言研究的其他问题.....303
第一章　语言中的概念研究与法学方法.....303
第一节　心理学中的概念研究.....303
一、概念的经典观点 （例：“狗”与“猫”的区别。）.....303

二、标准特征和家族相似性.....303
三、中心性和原型.....303
四、基于样例的类别观.....304
五、“基于理论”的观点.....304
第二节　语言（概念）的确定性问题研究.....304
一、研究背景.....304
二、关于语言和概念的关系.....304
三、何谓语言的不确定性.....304
复习与思考题.....305
拓展阅读书目.....305
第二章　双语研究.....306
一、法律翻译.....306
二、跨文化法律交流.....306
复习与思考题.....307
拓展阅读书目.....307
第三章　语料库建设和使用.....308
复习与思考题.....308
拓展阅读书目.....309
第四章　法律语言教学.....310
第一节　概述：法律语言本民族教学——法律语言教什么？.....310
一、概述。.....310
二、国内教学及研究的六种趋向.....310
三、法律语言学的课程体系.....312
四、法律语言学的具体课程设置及内容.....312
第二节　法律汉语教学.....313
一、概述：根据对象的不同，可分为针对少数民族教学和针对留学生教学.....313
二、针对留学生教学.....313
三、针对少数民族教学.....313
复习与思考题.....314
拓展阅读书目.....314

前　言

本学科属于法学与语言学的交叉学科。

课程本身属于全校选修课。

编写此大纲的目的在于对法律语言学的课程内容设置系统化，并能够以大纲的编写促进教学本身的科学性。

本课程主要从三个角度，即法哲学、诉讼法学和语言学入手对课程内容进行了整合。希望能够拓展法律语言教学的传统的、较单一的体系，进一步拓宽学生的学习视野，以帮助他们形成系统、完整、科学的法律语言学观。

本大纲的编写人员是长期从事此学科第一线教学工作的教师。其专业背景兼具法学和语言学两个学科，是教授与编写此大纲的较佳人选。

当然，“寸有所长，尺有所短”，本大纲中难免会有不尽如人意之处，望读者与使用者能够不吝赐教。

第一编　法律语言学综述

第一章　概　述

本章教学目的和教学基本要求：
1．了解语言与法律之间的关系；
2．“法律语言学”一词的含义。
重点：语言在法律活动中的作用。
难点：语言的性质及在法律活动中的作用。
学时分配：1 学时

第一节　法律和语言之间的关系

一、相关论述

1．孔子；2．大卫·休谟；3．N·迈考密克；4．弗里特约夫·哈夫特；5．约翰内斯通；6．[德]伯恩·魏德士

二、语言是诉讼程序中的可变因素：

1．语言本身的丰富性和可替代性。
①词汇的丰富性和可替代性；②对语境描述的不特定性；③语言并不总是可靠地发挥作用，人们必须小心翼翼地关注语言的应用，以不犯错误。
2．法律事实和法律规范的规范化及相对固定性。
法律事实的证据的相对不可变性；
可适用法律的规定性及不可随意变动性；
法律活动——法律的韵味全在这（实然与应然）桥梁的架构中。

第二节　“法律语言学”一词的提出。

一、Forensic Linguistics 的中文名称

法律语言学　司法语言学　法语言学

二、较为通用的两种译法

1．首先将 Forensic Linguistics 译成法律语言学，翻译者吴伟平。此用法使用较普遍，时间较久远，影响较大。
2．首先将 Forensic Linguistics 译成司法语言学，翻译者庞继贤，《语言学在法律中的应用：司法语言学》（见 1996 年《外国语》）

三、Forensic Linguistics 的文意分析

（一）对 forensic 的三种词典解释。

（二）含义总结：

1．forensic 更偏重于“司法的”；2．Forensic 还用于其他语境下。

四、forensic 的意图分析：涵括性较大

附：language of the law

复习与思考题

1．语言在法律活动中是工具性的还是具有同时具有本体性？

2．试谈一谈“法律语言学”一词的由来。

拓展阅读书目

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

第二章　法律语言学的研究范式。

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解范式含义及在法律语言学研究中引进范式概念的意义；

2．法律语言学研究的三种范式及其具体内容。

3．了解哲学发展的三种转向。

重点：法律语言学研究的主要范式。

难点：法律语言学研究三种范式的主要内容及差别。

学时分配：2 学时

一、范式含义。

二、“范式”（paradigm）概念

1．提出者；2．提出意图；3．共同的研究范式含义。

三、关于法律语言的研究有三个范式

其一是语言学范式；其二是法学范式；其三是语言哲学范式。

1．语言学范式：

（1）以 20 世纪 70 年代为线，分为前后两个阶段。

a．70 年代之前，主要研究内容；b．70 年代以后，主要研究内容及研究的三个阶段：

①法律语言作为过程；

②法律语言作为工具；

③语言学家介入法律互动的语言证据应用研究。

（2）70 年代以后的研究归于法律语言学（Forensic Linguistics） 论题下；

（3）研究分类。

（4）法律语言的性质。

（5）优缺点。

2．法学范式：

（1）含义；

（2）法学自身的方法主要包括：概念分析和逻辑分析，合称为“规范实证的方法”；a．形式逻辑方法；b．非形式逻辑方法。

（3）法律语言具有中立性、精确性、规范性和统一性。

（4）优缺点：

3．语言哲学范式

(1)产生时间；

①哲学发展的基本脉络：两次大的转向

②西方语言哲学为法律与语言的研究提供了一个新的理论范式。

③语言哲学方式对法理学产生影响。

（2）国外代表人物：

①哈特。②德沃金。③拉兹。

（3）国内运用语言哲学的方法分析法律与语言的法学者：①苏力。②梁治平。

（4）从语言哲学的角度，法律语言具有可辩驳性、语境性、模糊性、施事性等。

（5）西方哲学在二十世纪对语言的关注是沿着四条不同的路径展开的。

（6）语言哲学发展的三个阶段：①“语言学转向”。②“语用学转向”。③“认知转向”。

复习与思考题

1．哲学发展的三个转向及其含义是什么？

2．请简要叙述法律语言学研究的三个范式及其优缺点。

拓展阅读书目

专著：

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

《简明哲学通论》孙正聿著　高等教育出版社

《现代西方社会学》于海著　上海复旦大学出版社

文章：

《法律语言学研究的三个范式》邱昭继

第三章　法律语言学研究对象及其分类。

本章教学目的和教学基本要求：了解法律语言学研究的主要内容及主要派别。
重点：了解法律语言学研究的主要领域及不同派别形成的原因。
难点：具体研究内容的含义及派别的主要差异。
学时分配：2 学时

第一节　法律语言学研究具体内容（据 IAFL 的文献汇编）

一、话语综合研究。
二、法庭话语研究。
三、可读性研究。
四、书面语作者鉴别。
五、讲话人鉴别。
六、语言变体。
七、口语笔录。
八、口译与视译。
九、法律翻译。
十、专家举证。
十一、儿童问题。
十二、法律语音学。
十三、法律统计学。
十四、笔迹分析。
十五、法律语言学语料库建设。
十六、历史回顾。
十七、综合观点与文献。
十八、其他参考文献。
十九、其他。如语言权利、语言政策、语言合法化、英语运动、双语教育等问题研究。
二十、评论。

第二节　法律语言学研究的分类:

一、“立法——司法语言两分说”。

（一）以法律语言学的法律属性为基础；
（二）代表人：孙懿华 华尔赓 陈炯 王洁 彭京宜等；
（三）分类：1．立法语言。2．司法语言。

二、“三大板块说”。

（一）代表人：潘庆云　陈炯
（二）以“立法——司法语言两分说”为基础。目的在于增强法律语言的社会应用价值。
（三）将研究对象确定为三大板块：语言层次、表述层次、总体结构。

三、语言变异说

（一）界定说明：

1．含义：

2．法律职业的专业化、专门化，使得法律语言具有鲜明的风格。

3．法律语言变异现象是法律语言学的研究对象。

4．代表人：

（1）John M.Conley 和 William M.O’Barr(1998)

（2）以社会语言学为核心，将法律与语言的研究领域限定在社会语言学和法律与社会交叉重合的范围内。

5．现状：

（1）初始时间：上世纪 70 年代。

（2）以语言变异说为指导的法律语言学研究如果把握得当，会从静态转向动态，有利于该学科的发展。

四、语言行为说

（一）含义。

（二）观点：

1．在不否定法律语言本体研究的基础上，提出了“语言行为”概念，强调法律语言的动态层面及实际运用研究。

2．提出了相互作用的“一般性——特殊性”概念，将语言学、法律语言学和法律语言学分支之间的关系用这种概念加以说明。

（三）代表人：杜金榜（2000）

五、两个层次三大领域说。

（一）代表人：吴伟平（2002）

（二）内容：

1．两个层次：将法律语言学分为：（1）广义法律语言学。（2）狭义法律语言学。（3）三大领域：将法律语言学研究分为口语、书面语、双语

（三）说明：

1．以法律语言学的研究素材为对象

2．特点：

（1）分类简约，脉络清晰，易于初学者入门

（2）以国外法律语言学研究为基准，强调“应用第一”，以司法领域中语言应用问题为研究中心。

六、六大分析领域。

（一）代表人物：美国西北大学教授 Levi(1994)

（二）依据：以语言学为基础。

（三）内容：

1．心理语言学。

2．社会语言学。

3．语用学和篇章分析。

4．语义学。
5．词法与句法。
6．语音学和音系学。

复习与思考题

请简要叙述法律语言学研究的主要内容。

拓展阅读书目

《法理学》　[德]伯恩·魏德士　中国政法大学出版社
《当代法哲学和法律思维导论》[德]考夫曼等著　郑永流译　法律出版社
《法律思维导论》卡尔·恩吉施著 郑永流译 法律出版社
《法律语言研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

第四章　法律语言学研究的形成、历史及现状。

本章教学目的和教学基本要求：了解国外及国内法律语言学研究兴起的背景。
重点：了解并掌握法律语言学研究形成的学术背景。
难点：了解学术背景的具体内容。
学时分配：1 学时

一、法律语言学学科的形成。

（一）国外法律语言学形成的主客观背景：
1．语用学的发展。
（1）语用学的研究内容。
（2）发展的重要理论脉络。
2．心理语言学和社会语言学的发展。
（1）心理语言学对实验方法的重视。
（2）社会语言学对语境因素的重视。
3．法理学研究的语言学转向。
（1）现代哲学的语言哲学转向。
（2）法理学研究的语言转向。
4．法律语言学形成的相关因素。
（1）口语研究占据越来越重要的位置。
（2）科技的发展。比如录音技术。
（3）其他学科的发展。比如人类学和社会学的发展。
5．法律语言学形成的主观背景。
（二）在国内，法律语言学形成的主客观背景：
1．语言学方面的准备。
2．法学方面的因素。

二、法律语言学研究的现状。

（一）国外法律语言学的研究现状
1．分析角度。
2．法律语言学研究人员的构成：
（1）对 IAFL 会员的分析：两大类：①正式会员；②准会员。
3．法律语言学的研究动态与重点：
（1）从研究的侧重点分为：①广义的研究：侧重基础研究；②狭义的研究：侧重研究语言在法律语境中的具体应用。
（2）法律语言学的研究重点：法庭语言、法律书面语和法律口语以及法律语音学。
4．法律语言学学术期刊：交叉学科使得论文发表的阵地表现出多样性，一般集中在语言学和法学两大类期刊。

复习与思考题

试论述国外法律语言学研究形成的学术背景。

拓展阅读书目

《法律语言研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社

第五章　法律语言学研究的其他相关问题

本章教学目的和教学基本要求：了解并掌握法律语言学的地位界定及其研究方法。
重点：法律语言学的地位界定。
难点：如何理解法律语言学的地位。
学时分配：1 学时

第一节　法律语言学的定位

一、定位争议。

二、在语言学中的地位。

应用语言学范畴。应用语言学含义。划归语言学范畴的理由及疑问。

三、在法学中的地位。工具性。本体性。

第二节　与其它学科的关系。

哲学。法学。语言学。心理学。社会学。物理学。

第三节　法律语言学的研究意义及方法。

一、意义。

（一）理论意义。（二）实践意义。

二、方法。三个层次。

（一）唯物辩证法和逻辑思维。
（二）通用科学方法。
（三）具体方法：文本分析法。物理检验法。调查分析法。统计分析法。个案分析法。

复习与思考题

1．如何看待法律语言学的学术地位？
2．请简要叙述下列案例使用了何种方法进行法律语言判断？
案例：McDonald’s Corporation(MC) v.Quality Inns Inernational(QI)
事由：QI 的 Mcsleep Inn 计划
QI 的辩护途径：在国家剪报服务中心的计算机进行检索，找出带有 Mc 前缀的词语。得到 150 片用到 Mc 词素的文章，出处包括《财富》《时代周刊》《洛杉矶时报》《华盛顿邮报》等拥有广泛的中产阶级读者群的主流报刊杂志。
素材收集结果：150 篇文章中，有 56 篇专门讨论麦当劳，其余 94 篇与麦当劳无关。在 94 篇文章中，相当一部分作者用 Mc 这个前缀时时作为一个普通词素，其意义是基本、方便、便宜、标

准化等。如：McPaper(见《今日美国》)，其含义是为商业化社会服务、提供快速新闻的报纸；McArt（见《财富》），其含义是指面向普罗大众、每周七天开门的画廊；McLaw（见《加州律师报》），其含义是指收费低廉的法律服务。

拓展阅读书目

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

第二编　法律语言学分述

第一章　法律语篇分析

本章教学目的和教学基本要求：
1．了解何谓语篇；
2．对法律语篇进行分析的主要方法；
3．对法律语篇进行分析的几种主要理论。
重点：如何对语篇进行分析。
难点：对语篇进行分析的几种理论。
学时分配：2 学时

一、几个概念

（一）语篇。语篇：指代口语语篇和书面语篇。
（二）话语：指代口语语篇。
（三）篇章：指代书面语篇。

二、范围

（一） 包括非法律场合或非正式法律场合使用的语言。
（二）法律语篇范围的确定：1．法律权威认定；2．研究权威认定；3．临时认定。

三、法律语篇分析的用途

（一）研究性分析：1．目的。2．特点。3．例子。
（二）实用性分析：1．目的。2．特点。3．例子。
（三）一般特点分析：1．含义。2．一般性特点的确定。
（四）具体特点分析：1．功能。2．方法。
（五）论证性分析。
（六）统计分析。
（七）对比分析。

四、法律语篇分析的相关理论

（一）概述。
（二）语域理论：
1．提出：功能语言学家韩礼德（Halliday）
2．内容。
（三）体裁理论：
1．含义。
2．研究者：功能学派。Hason(1978）。
3．时间： 90 年代。
4．内容。
5．功能。

（四）信息论：

1．提出：40 年代，申农（Shannon1948）。

2．内容。

3．语言学领域对信息理论的讨论：

（1）主要以布拉格学派和功能语法学派为代表。

（2）布拉格学派主要观点：

①主位承载已知信息；

②述位承载新信息。

（3）功能语法学派观点：

①以韩礼德为代表，发展了布拉格学派的观点。

②以 Callow(1998)为代表，对韩德初级语言深层即语义层面、交际者因素等进行了更为深入的探讨。

五、法律语篇分析的应用

（一）文本性质鉴别。

1．需鉴别文本的作者可以是已知的；

2．需鉴别文本的作者可以是未知的。

（二）文本信息分析。

（三）语篇特征分析。

复习与思考题

1．法律语篇分析主要有哪些用途，试举例说明？

2．法律语篇分析的主要的语言学理论有哪些？

3．法律语篇分析的主要方法有哪些？

拓展阅读书目

《语用学概论》何自然编著　湖南教育出版社

《认知语用学》姜望琪著　北京大学出版社

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社

第二章　法律语用学

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解何谓法律语用学。

2．法律语用研究的几种理论基础。

重点：如何运用法律语用理论进行法律语言学研究。

难点：理解几种法律语用研究的理论。

学时分配：2 学时

一、概述

（一）“意义即用法”。（二）主要研究内容。（三）主要范围。

二、法律语用研究的理论基础

（一）语用前提：

1．含义。

2．如何寻找到交际双方共有的背景知识往往是法律推理及法律语用推理的症结所在。

（二）合作原则理论：

1．提出：1967 年，格莱斯（Grice）。

2．合作原则的内容：

（1）量的准则：

①所说的话应包含交谈目的所需要的信息；

②所说的话不应包含超出需要的信息。

（2）质的准则：努力使你说的话是真实的。

①不要说自知是虚假的话；

②不要说缺乏足够证据的话。

关系准则：

方式准则：①避免晦涩；②避免歧义；③简练。井井有条。

3．礼貌原则：

（1）提出：①原因。②提出者。

（2）具体内容：①得体准则。②慷慨准则。③赞誉准则。④谦逊准则。⑤一致准则。⑥同情准则。

（三）关联理论：

（四）言语行为：

1．基本概念：

（1）言之所述。（2）言之所为。（3）言之后果。

2．言语行为理论的假设来源。

3．奥斯汀的言语行为理论

（1）三种施为句：①显性施为句。②隐性施为句。③内嵌施为句。④间接施为句和被动施为句。

（2）表述句。

（3）言语行为三分说：①以言指事。②以言行事。③以言成事。

4．间接言语行为：

（1）概念。（2）提出者：塞尔。（3）观点。

（4）间接言语行为分为两种：①规约性间接言语行为。②非规约性间接言语行为。

5．言语行为的三种表现方式：（1）通过逻辑-语义表现；（2）通过句法结构表现；（3）通过语境信息表现；（4）通过感情意义表现。

（五）会话分析：包括会话的话轮转换、相邻对等结构特点的分析。

三、法律语用研究的领域划分：分类

1．按照研究的语言形式可分为：文本分析和会话分析

2．按照研究的性质可分为：理论研究和应用研究

复习与思考题

1．何谓法律语用学。

2．试述法律语用研究的几种理论基础。

拓展阅读书目

《语用学概论》何自然编著　湖南教育出版社

《认知语用学》姜望琪著　北京大学出版社

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社专著：

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

第三章　法律语音学

教学目的和基本要求：
1．掌握语音分析的主要内容
2．理解语音分析的主要用途
3．理解录音文本生成中存在的问题
4．理解商标案中对于侵权问题的语言证据获得过程
5．了解目前在声纹研究中存在的争论
教学重点：理解语音分析的主要用途
教学难点：
1．理解录音文本生成中存在的问题
2．理解商标案中对于侵权问题的语言证据获得过程
学时分配：2 学时

一、研究概况与分类

（一）概况
1．是狭义法律语言学中非常重要的领域。
2．应用领域：司法侦破和调查
3．语音分析侧重点：仅仅指向语音本身的能指，而不是所指。
（二）分类
1．语音识别
（1）讲话人识别
①专家识别：语音比较、语音特征归类分析
②非专家识别：单一语音识别、语音排列识别
（2）口音识别
2．录音文本的生成
3．录音鉴定
4．其他类别：录音修复、录音音质强化、商标的语音分析等

二、讲话人识别

（一）两部分内容：
1．讲话人识别中的专业术语和相互关系；
2．讲话人识别的程序和方法
（二）讲话人识别中的专业术语和相互关系
1．专家识别：（1）专家（2）语音比较（3）语音特征分类
2．非专家识别：（1）即“耳闻证人”识别（2）语音排列识别（3）母语者识别
（三）讲话人识别的程序和方法
1．适用范围：主要对电话录音中的讲话人进行识别。
2．识别的三大步骤
（1）利用听识别；（2）声谱图视觉比较识别；（3）自动识别。

三、讲话人识别

（一）识别因素：1．听觉分析。2．声学分析。3．发音异常。
（二）专家识别：1．比重 2．有效性。3．可能受质疑的因素（热点）。

四、讲话人识别：非专家对讲话人语音进行的识别

（一）侧重点为“语音排列识别”。
（二）非专家面临的五种情况。

五、其他类别的研究

（一）口音识别
（二）录音文本的生成：
1．由两部分内容组成：（1）生成文本；（2）认证文本。
2．录音文本生成的必要性
3．录音文本生成的错误案例；
4．录音文本生成需遵循的原则：
5．录音文本认证。

六、录音鉴定(Authentication of Recordings)

1．主要目的。实施主体。

七、录音修复、录音音质强化

1．录音修复：含义。
2．录音音质强化：三个步骤：语音增强；噪音消除；可听性和可理解性处理。

八、商标的语音分析

1．从用词和构词角度进行分析：
2．由发音的近似、形状的近似和意思的近似三个要素构成。
3．案例。

九、关于语音识别的疑问

十、关于声纹的研究

（一）含义。诞生于美国。争论较大
（二）历史回顾
（三）关于声纹的争论和调和
1．1962 年，Kersta 观点：声纹如同指纹。
反对者：
（1）观点。
（2）人物：Nolan(2001)；Bolt(1970,1979)；Braun(1998) ；1998 年，美国司法部。
2．Kersta 始终坚持自己的观点。案例。
3．谨慎赞同者：美国国家科学院。
4．补充：关于指纹

复习与思考题

1．语音分析有哪些主要内容？
2．语音分析主要有哪些用途？
3．录音文本生成中主要存在哪些问题？
4．如何看待目前在声纹研究中存在的争论？

拓展阅读书目

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》刘蔚铭著　中国经济出版社
《语言与法律——司法活动中的语言研究》上海外语教育出版社

第四章　法律语体学

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解何谓语体学。

2．掌握法律语体学研究的主要内容。

重点：语体学研究的主要内容有哪些？

难点：

1．如何进行作者鉴别。

2．笔录中存在的技术性难题。

学时分配：2 学时

一、概况

（一）与识别讲话人的区别：1．目的。2．对象。

（二）对可以文本进行的语体分析涉及两个方面的问题：

1．可疑文本的作者鉴别。

2．剽窃问题。

二、作者鉴别（Author Identification)

（一）刑事案件：医科学生过失杀人案（右图）

（二）民事案件：巨额酬金案

（三）关于作者鉴别的研究：

1．可能涉及的可疑文本；

2．对可疑文本进行分析的具体内容；

3．对可疑文本进行分析希望获得的内容。

4．著名案例。

5．进行文本的语体鉴定需要借助的途径。

6．进行语体分析所面临的不定因素。

7．可疑文件鉴定常用的技术。

8．对语体分析证据效力有重大影响的案件。

三、剽窃

（一）含义。（二）目的或功能。（三）剽窃存在的领域。（四）如何区分剽窃与合理引用

四、笔迹分析

（一）基本内容。

（二）普通笔迹分析：含义，内容。

（三）专业笔迹分析：含义。目的性。使用范围与领域。遵循不同的原则、从不同的角度入手。分为伪造签名和伪造连续文本笔迹两个类别。理论基础。

（四）案例。

五、笔录：含义。目的。忠实性问题。

1．笔录中的难点和局限性：

2．笔录的整理。

复习与思考题

1．试用通俗的话语说明何谓语体学。
2．如何理解笔录的重视性问题？

拓展阅读书目

法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》刘蔚铭著　中国经济出版社
《语言与法律——司法活动中的语言研究》上海外语教育出版社

第五章　会话分析

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解从何种角度进行会话分析。

2．两种质证模式的基本内容。

3．请说明如何理解诱导性询问与诱供的区别。

重点：两种质证模式的主要内容。

难点：诱导性询问与诱供的区别。

学时分配：2 学时

一、概述

分析目的的差异：语音分析。语体分析。话语分析。

二、嫌疑人陈述话语分析

（一）概况：1．陈述分类。2．嫌疑人陈述对象。3．嫌疑人陈述特性。4．嫌疑人陈述分类：面谈。讯问。5．嫌疑人陈述形式：（1）书面。（2）口头陈述。

（二）话语分析举例：1．话语分析缘由。2．话语分析可能性。3．话语分析对象。4．原始材料。5．信息空位和事件的叙述方式时需要注意的两个问题。

三、司法程序中的话语分析

（一）概述

（二）著名学者简介：Roger Shuy

（三）录音会话分析

1．应用背景：以言治罪。20 世纪 70 年代。

2．分析角度：话题分析。

3．典型案例

（四）会话分析应注意的问题

1．会话分析的切入点即会话特征问题：

（1）哪一部为违反了会话原则，这些部位的会话含义是什么；

（2）有可能成为切入点的句子部位：①会话开头语；②会话结束语；③话轮替换；④邻接对应；⑤插入序列；⑥分岔序列；⑦补救方法；⑧话语策略；⑨话题分析和响应分析非常有效。

（3）关于相应分析的实例。

（4）会话中应对者的五种态度：①积极参与型。②支持型。③配合型。④被动型。⑤消极否定型。

2．文化因素和语境因素亦是会话分析必须考虑的因素。

3．会话分析中的语用分析：

四、证人证言的两种质证模式

（一）划分角度。

（二）两种模式：

1．英美法系的对抗性审判模式：

（1）优点。（2）制度。（3）基本程序。（4）潜在目标。（5）诱导性提问规则。

2．大陆法系的讯问性审判模式。（1）特征。（2）质证模式。

（二）证人证言的两种导出方式的比较：叙述式和问答式。

1．叙述式导出模式

（1）概念。

（2）适用法系。

（3）这种证人证言的导出模式与其庭审中法官和控辩双方的权力配置是一致的。

（4）优点。

（5）缺点。

2．问答式导出模式

（1）概念。

（2）这种模式是英美法系证人证言的主导导出模式。

（3）英美法系采用这种问答方式与庭审的组成要素和庭审中法官和控辩双方的权力配置有密切关系。

（4）优点。

（5）缺点。

（三）我国现行的证人证言审查方式。

（四）我国目前的证人证言审查方式的基本运作情况。

（五）根据人民法院《解释》第 146 条规定，询问证人时应当遵循的原则。

（六）我国质证模式的归类：采用英美法系的反询问方式。原因。

（七）与英美法系典型的反询问制度相比，我国立法所确立的反询问制度的几个特点。

2．调解性语言 ADR

第一节 何谓 ADR

第二节 操作方式

复习与思考题

1．试说明如何进行会话分析。

2．试说明两种质证模式的基本内容。

3．试述何谓诱导性询问。

4．请说明如何理解诱导性询问与诱供的区别。

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社

《法律语言学》杜金榜著 上海外语教育出版社

《程序正义与刑事证据法》史立梅著

《非法证据排除规则研究》杨宇冠著

第六章　法律语义学

本章教学目的和教学基本要求：
1．了解法律语言的语义学研究的含义。
2．了解关于对 Miranda 的争议及解决办法。
3．对于给陪审团的指示主要存在的争议以及学者提出的解决办法。
重点：
1．对 Miranda 的争议及解决办法。
2．对于给陪审团的指示主要存在的争议以及学者提出的解决办法。
难点：
1．如何解释对 Miranda 的争议。
2．了解为什么会对给陪审团的指示产生争议。
学时分配：2 学时

一、目的区别

语音分析。语体分析。话语分析。语义分析。

二、语义学研究的四个阶段

准备阶段。词源学阶段。结构主义阶段。多元化阶段。
（一）案例。
（二）语义分析面临的问题：
1．模糊与歧义。
2．案例。

三、Miranda 的可理解性

（一） Miranda v. Arizona 案：时间。当事人。结果。司法影响。
（二） Miranda 使用时遇到的具体问题：
1．嫌疑人不能理解的客观原因。
2．四种检验嫌疑人理解力的方法：
①对 Miranda 进行改述。
②要求嫌疑人识别所提供的各种解释。
③要求嫌疑人定义关键词。
④要求嫌疑人在图画的引导下体会 Miranda 权利的意义。

四、给陪审团的指示

（一）第 6、7 条修正案规定了美国的陪审团制度。目的。
（二）书面指示（Jury Instruction）
问题：
1．陪审团成员 vs 法官
2．实验
3．陪审员查词典
4．美国历史上第一起和陪审团指示有关的案例：Weeks v.Angelone

5．对指示的理解障碍在于：专用术语+古词语+句法结构冗长

6．学术界建议改革给陪审团的指示

措施：Dumas(2000)

第一、将陪审团比作上课的学生；

第二、将抽象晦涩的法律术语改为简洁生动的举例；

第三、给陪审团的指示的时机应该提前到庭审开始前进行；

第四、宣读方式的单调性可以改为结合各种形式的模式。

7．2003 年 7 月，加州司法委员会赞同在民事案件中对给陪审团的指示应用简明法律语言。

复习与思考题

1．何谓法律语言的语义学研究？。

2．对于 Miranda 的理解存在何种问题？该如何解决？

3．对于给陪审团的指示主要存在哪些问题？学者提出的改进意见有哪些？你如何看待这些意见？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社

《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社

《语言与法律》吴伟平著　上海外语教育出版社

第三编　立法语言

第一章　概　述

本章教学目的和教学基本要求：
1．了解语言与法律之间的关系；
2．“法律语言学”一词的含义。
重点：语言在法律活动中的作用。
难点：语言的性质及在法律活动中的作用。
学时分配：1 学时

一、立法语言应具备的风格

与文学语言、大众语言、学术语言等的区别。

二、何谓风格。

三、法律文本的独特风格

准确、简炼、严谨、庄重、朴实。

四、法律文本的禁忌

1．不用深奥的用语，而用群众易懂的普通词语。
2．不用形象性词语和艺术化句式，不宜对法律用语加上任何外表的修饰，不使用比喻、夸张的文学手法。
3．不用隐喻、诙谐语或双关语。
4．不用地方土语。

复习与思考题

1．何谓法律文本的风格？
2．标准的法律文本应具备何种风格？
3．以《宪法》为例，对法律文本的风格进行说明。

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社

第二章　法律语言的词汇

本章教学目的和教学基本要求：

1．法律词汇本身主要有哪些特点？

2．法律词汇如何分类？

重点：法律词汇的特点。

难点：全面理解法律词汇的模糊性特点。

学时分配：1 学时

一、法律语言言的特点

（一）适度概括。

（二）使用模糊语言：

1．模糊性是语言与生俱来的本质特征之一，使用模糊性语言也是法律的内在要求。

2．这种使用也是以表意准确位目的和前提的。

3．如果因为适用模糊语言而引起表意不明就应当加以纠正。

4．为使模糊语言既概括有准确，常用的方法之一是对模糊词语所表达的概念外延作明确的规定，使模糊转换为清晰。

二、法律词汇的分类

（一）词的含义。

（二）法律词语的组成：

1．法律术语：分为两种：①专门法律用语。②兼有它用的法律术语。

2．普通词语。

3．词组：①“的”字词组是法律用语的显著特点。②介宾词组运用频率非常高。

4．模糊词语：含义及问题。

（三）按照词汇来源：

1．来源于古旧词语。

2．属于外来词。

3．来自日常词汇。

4．属于科技词汇。

（四）根据功能：

1．命名类。

2．定性类。

3．定量类。

4．表达程度。

5．表达命令。

6．表达判处。

（五）依据词语的使用范围：1．正式语体。2．非正式语体。

三、法律词汇的变化。

复习与思考题

1．法律词汇本身主要有哪些特点？
2．法律词汇如何分类？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社
《立法学》侯淑雯等编著　中国政法大学出版社

第三章　立法语言的句法

本章教学目的和教学基本要求：

1．立法语言的句式分类

2．立法语言的句式特点。

重点：“但书”的含义。

难点：立法语言句式的特点。

学时分配：1 学时

一、句法范围：包含词组、句式以及超句。

二、句式：从传统语言学的角度来讲，语言的句式有几种。

（一）司法语言的句式。

（二）立法语言的句式：

1．根据表达的内容划分：

①一般来讲，表达几种法律关系：授权性、义务性、禁止性；就其语言表述而言，通常分为两大部分：一是“被规定主体”；二是“被规定内容”。

②判断句：含义。例子。

2．句类：仅限于陈述句与祈使句。

（1）陈述句：两种表达方法：①直接陈述。②间接陈述。

（2）祈使句：①肯定祈使句。②否定祈使句。

3．根据句式划分：

（1）句式：含义。

（2）并列结构：①词的并列。②短语并列。③复句中的分句并列。

（3）复杂的同位成分，比如分条列项。

（4）动词性的非主谓句

4．复合句：较常用的有三种：

（1）选择句。

（2）条件句。

（3）转折句。何谓“但书”。转折复句的作用与具体形式大体分为以下六种：

①排除的作用。

②禁止的作用。

③要求的作用。

④命令的作用。

⑤否定的作用。

⑥变通用法。

复习与思考题

1．立法语言的句式有哪几类？

2．立法语言的句式有哪些特点？

3．但书的作用有哪些？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社
《立法学》侯淑雯等编著　中国政法大学出版社

第四章　立法语言的修辞

本章教学目的和教学基本要求：
1．了解何谓消极修辞。
2．了解立法语言在词语选择、句法上、句序上和章法上有什么特点。
重点：了解立法语言在词语选择、句法上、句序上和章法上有什么特点。。
难点：如何区分积极修辞与消极修辞。
学时分配：1 学时

一、特点：消极修辞：含义。
二、在词语选择上的特点。
三、在句法上的特点。
四、在句序上的特点。
四、在章法上的特点。

复习与思考题

1．了解立法语言在词语选择、句法上、句序上和章法上有什么特点。。
2．如何区分积极修辞与消极修辞。

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社
《立法学》侯淑雯等编著　中国政法大学出版社

第五章　立法语言的语用置疑

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解立法语言词汇运用的基本标准。

2．了解目前立法语言运用的基本状态。

重点：了解并能自主分析目前立法语言运用的基本状态。

难点：如何界定立法语言运用的基本标准。

学时分配：3 学时

一、立法语言文本中词汇用法置疑

（一）立法语言应该“纯洁、标准、科学”，“立法语言应该确切、简明。”

（二）立法语言的规律性。

1．规律性表现之一：　“超常搭配”。主要是动词和介词。

动词方面：“发展”。“召集”。“组成”。“对……负责并报告”。“实行”。

介词方面：　“对于”搭配对象的扩大化。

2．规律性表现之二：同类语言单位在具体使用时的单一性选择。“和”的重复使用。“同……相同”的结构。

3．规律性表现之三：法律语言的通俗化。

4．规律性表现之四：立法语言使用的灵活性。

5．规律性表现之五：词语选择的中性化。如“损失”。

6．规律性表现之六：“的”使用的高频率。

7．规律性表现之七：慎重使用古语词。

（三）立法语言的规范化：

1．规范内容之一：在不涉及法律特定含义时，应该尽量做到符合现有的语法规范。这类问题既包括词语选择，又包括句子结构。

2．规范内容之二：在全民语言中具有“二义性”的词语，运用到宪法等法律文本中时，其意义应予以明确。比如“和”。

3．规范内容之三：某些内容是否能够写进宪法，应该倍加慎重。

4．规范内容之四：标点符号的使用应该具有篇章意识。

5．规范内容之五：标点符号的使用应该具有概念意识。

6．规范内容之六：并列成分在结构上应该具有一致性。

7．规范内容之七：使用频率不高的超常搭配应尽量改为标准搭配。

8．规范内容之八：“的”字位置应与前后词语的内在逻辑关系相协调。

9．规范内容之九：词语误用：①“一部”和“全部”。②“足”。③“所有”。

10．规范内容之十：句子成分之间的搭配：

11．规范内容之十一：非兼语动词充当兼语角色：

12．规范内容之十二：同义词在具体子里并不能互换：

13．规范内容之十三：“的”字短语的完整运用：

14．规范内容之十四：“农业生产（力）……提高”：

复习与思考题

1．了解立法语言词汇运用的基本标准。

2．了解目前立法语言运用的基本状态。

拓展阅读书目

《新〈婚姻法〉语用质疑》　姜廷惠著　《语言与法律研究的新视野》　法律出版社
《宪法语言之管见》姜廷惠著　《法制日报》2003.6.26
《新婚姻法语用质疑》
《立法语言句法结构的复杂化与歧义》 牟云峰　姜廷惠　《语言文字应用》
《国家语言文字政策与司法实践》姜廷惠著　（尚未发表）
《宪法语言问题梳理报告》姜廷惠著　（尚未发表）

第四编　法律语言研究的其他问题

第一章　语言中的概念研究与法学方法

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解心理学中概念研究的演变线索。

2．理解语言模糊性的产生原因及影响。

重点：理解语言模糊性的产生原因及影响。

难点：

1．概念研究的心理学分析

2．模糊性与精确性的对立统一性

学时分配：4 学时

第一节　心理学中的概念研究

一、概念的经典观点 （例：“狗”与“猫”的区别。）

（一）本质。

（二）观点的文化溯源。

（三）本质内容：

我们的概念和类别知识是清楚而标准的。

认知系统具有进行假设检验的能力。

（四）疑问：

1．有大量的研究表明：人们并非很善于对抽象的和人工的材料进行有效的推论。

2．人们如何运用策略来形成这些类别。

3．我们对研究中涉及到的人工概念和现实生活中的概念之间的对应无法做出准确的判断和理解。

二、标准特征和家族相似性

（一）关于标准特征：含义。

（二）家族相似性：1．为何引入“家族相似性”。2．含义。

3．试验结果。

4．对“家族相似性”问题的疑问：

（1）在一个概念之下，各种现象 A,B,C 和 D 之间并不具有唯一一种或者一组共同性质，而是 A 相似于 B，B 相似于 C，C 相似于 D。

（2）我们用家族相似性作为区分概念、划分类别的意义又何在呢？

5．结论：

三、中心性和原型

（一）中心性（centrality）含义。

（二）原型(prototype)含义。

（三）原型理论的意义。
（四）哈特对语言概念中心性的分析。

四、基于样例的类别观

（一）对原型理论的挑战。
（二）样例理论的主张。

五、“基于理论”的观点

（一）产生背景。
（二）含义。
（三）分类中的知识效应：我们会使用个人知识和对当前情境的分析来帮助进行分类。
（四）评论。

第二节　语言（概念）的确定性问题研究

一、研究背景

① 何谓语言的不确定性？
② 语言的不确定性与模糊性、概括性、多义性、歧义、概率有什么样的关系？
③ 语言的不确定性和概念的不确定性是一种什么样的关系？
④ 语言概念的不确定性是如何产生的？它有什么样的思维基础？
⑤ 我们能否彻底消除语言的不确定性？
⑥ 对于语言的不确定性问题，历来的哲学家或者法学家是如何加以解释并做出过何种努力以消除这种不确定性？
⑦ 建构主义和结构主义思潮如何对待语言的确定性问题？
⑧ 语言的不确定性与其精确性之间有无关系？等等。

二、关于语言和概念的关系

（1）语言的基本成分。
（2）在逻辑学中，其主要组成部分主要有概念和判断。
（3）人们往往认为词汇是概念的主要表现形式，但事实并非如此。
（4）本书内容中，一般把概念作为实质内容，而语言中的词汇作为概念的表现形式。

三、何谓语言的不确定性

（一）含义界定。
（二）不同范畴之间的区别：
1．模糊性：
（1）含义。
（2）根据导致模糊性的原因所做的分类。
①事物本身的模糊性：一类是没有相对性的，只是其间界限不分明；另一类是完全没有确定的范围，即视情况可以上下移动得相对的概念。
②认识上的模糊性。
③语言表达的模糊性。造成这种指称语言模糊性的原因在于：

A．用有限的语言去指称无限的世界。

B．语言表达的模糊性和人的思维方式息息相关。

（3）根据人类思维的特点而产生的模糊性：

①概念内涵的模糊性。

②概念外延的模糊性。

2．语言意义的可变性。

3．语言的权宜性与暂时性及其开放性

4．语言的概括性：

（1）是指语言本身具有概括的功能。

（2）如何区分概括性与模糊性：

5．语言的多义与歧义。

6．语言的概率。

复习与思考题

1．案例：美国曾经有一个案件，一个法律禁止进口植物果实，但不禁止进口蔬菜；有人进口番茄，因此发生了番茄究竟属于植物果实还是蔬菜这样一个问题。

问题：发生这一争论的潜在的法理问题是什么？

2．公园的告示表示：“禁止一切车辆入内”，那么，儿童车是否可以进入公园？为什么？

3．语言模糊性的作用是积极性的还是消极性的？

拓展阅读书目

《模糊语言学》伍铁平著　高等教育出版社

《认知心理学》Ｊ．Ｂｅｓｔ著　黄希庭译　中国轻工业出版社

《法理学》博登海默著　中国政法大学出版社

《当代法哲学和法律思维导论》考夫曼等著　郑永流译　法律出版社

《法律思维导论》恩吉施著　郑永流译　法律出版社

《法学方法论》拉伦茨著　郑爱娥等译　北京大学出版社

第二章　双语研究

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解语言与法律之间的关系；

2．“法律语言学”一词的含义。

重点：语言在法律活动中的作用。

难点：语言的性质及在法律活动中的作用。

学时分配：2 学时

一、法律翻译

（一）任务。

（二）原则。

（三）法律译员的素质。

（四）法律翻译活动的基本类型：

1．高级学术性法律翻译；

2．国家间高层法律活动翻译；

3．一般涉外法庭翻译；

4．一般性涉外法律活动的翻译；

5．一般活动的法律翻译。

（五）法律口语：

1．法律口译的类型：同声传译、连续传译、视译等；

2．特点：即时性

3．法庭口译：（1）涉及复杂的因素。（2）法庭口译应该遵守一定的规定。（3）法庭口译的原则。

4．其他类型的法律翻译：法律会议口译、法律官员随访口译、司法工作口译、执法工作口译、法律宣传口译等。

5．对法律口译员的素质要求：口译能力；需要对与翻译相关的因素有总体的了解；对两种文化的透彻了解也是法律翻译成功的关键；需要具有两种语言的丰富词汇；应具有清除准确地用两种语言进行口头交际的能力。

6．法律笔译：

（1）与普通笔译的区别；

（2）除了涉及权威性法律文本之外，还会涉及非权威性文本。

7．法律译员培训：（1）必要性。（2）培养核心。（3）须具备的素质。

二、跨文化法律交流

（一）含义。

（二）法律体系、法律体制和语言。

（三）语言在交流中起着关键的作用

1．法律观念和语言。

2．法律价值和语言。

3．法律翻译的对等性。

（四）法律交流的原则：1．语言从法原则。2．存异求同原则。3．比照不足原则。

复习与思考题

1．何谓法律翻译？
2．法律翻译的基本类型有哪些？
3．法律口口译员应具备什么样的素质？
４．法律交流应遵循哪些原则？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《中国法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社

第三章　语料库建设和使用

本章教学目的和教学基本要求：

1．了解语言与法律之间的关系；

2．“法律语言学”一词的含义。

重点：语言在法律活动中的作用。

难点：语言的性质及在法律活动中的作用。

学时分配：2 学时

（一）用途：

1．用于法律实践活动。

2．用于研究法律语言特点。

（二）分类：

1．根据语料的介质：语音材料、图像材料和文本材料；

2．按照材料来源：立法语言材料、司法语言材料、执法语言材料；

3．按照使用环境：

（1）法律语言材料。

（2）准法律语言材料。

（3）非法律语言材料。

4．按工作语体：工作语言、研究用语、一般交际用语、文书与命令等。

（三）法律语料的收集：

1．语料范围：口语材料。语音材料。书面语言材料。电子文本。

2．收集途径。

3．语料的分析：表示语料的参数：字数、句子数、平均句长、行数、标点符号、时间等。

（四）语料的入库和调试：

（五）语料库的使用：

1．是建立在概率的基础上；

2．涉及到偏颇问题；

3．涉及到伦理问题；

4．过程：提出问题、形成假设；确定所用参数；规定指标；进行统计计算；做出解释；得出结论。

（六）语料库的局限性：

1．使用机制建立在旁证的基础上，即问题的解决是靠语料库的语料，并非直接证明；

2．语料的覆盖年终归有限，超出语料覆盖范围时，就不具有可靠性，只能进行粗略的类推；

3．语料的参数指标靠人工预先设定，语料的使用则需处理多种多样的情况，因此很难保证每一部分语料的完全有效性；

4．语料具有时效性，因此需要及时地更新，否则语料库的代表性将会降低；

5．语料的使用主要靠使用者进行分析、解释，使用者需要掌握使用的原则，不能完全依赖语料自身去解决问题。

复习与思考题

1．语料库的作用是什么？

2．如何对语料库进行分类？
3．语料库的使用可能涉及到哪些问题？
4．语料库本身具有什么样的局限性？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《中国法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社

第四章　法律语言教学

教学目的语教学要求：

1．了解法律语言学的学科定位。

2．了解法律语言教学的基本课程体系。

3．了解法律汉语教学与针对本民族学生的法律语言教学的区别。

4．对法律汉语教学的教材内容进行具体而科学的规划与设置。

5．了解法律汉语教学在本科教学中的位置

重点：法律语言学的学科定位。

难点：法律语言教学的基本课程体系。

学时分配：3 学时

第一节　概述：法律语言本民族教学——法律语言教什么？

一、概述。

（一）立足点：从“法律语言”本身的交叉性质出发，从法学视角和语言学视角对此课所应涵括的内容进行说明。

（二）目的：在于试图勾勒出一个完整的“法律语言”学科体系，以促进学科更健康、更合理以及更具科学性的发展。

二、国内教学及研究的六种趋向

（一）六种趋向分述：

1．文本的语言学教学与研究趋向：

（1）中国政法大学早期的法律语言教学与研究方向。代表人：孙懿华等。代表教材：《法律语言学》（孙懿华等著　中国政法大学出版）。

（2）体现中国国内法律语言研究的典型特点，即：一、重视文本语言。二、按照传统语言学的研究范式进行研究。

（3）缺点：对法律专业的学生来说，这一类的教学内容接受起来障碍较大。同时这类教学内容的实用性也较差。

2．文本研究的语言与逻辑教学与研究趋向：是法律语言教学与研究的第二种趋向。

（1）研究内容。

（2）问题。

（3）课程开设对象。

3．司法活动中对口才问题的教学与研究趋向：

（1）代表人物及作品：王洁的《法律语言研究》

（2）体现：中国政法大学一段时期以来一直在开设“司法口才与司法实践”课。

（3）初衷：在于让学生能够在公开的场合表达自己的意见与看法。

（4）主要内容：以学生的参与为主，以教师的讲授为辅。

（5）优点：锻炼了一批学生的口才表达能力

（6）缺点：作为一个学科，法律语言的研究不能仅限于此，而应该有着更广泛的内容

4．司法问话中体现的语用学问题（包括会话分析）的教学与研究趋向：

（1）代表人物及代表作：廖美珍的《法庭问答及其互动研究》

（2）理论基础：以语用学理论为基础

（3）研究内容：以法庭口语为主要对象，通过不同角色间的言语互动去探求一种主要的理论，即目的原则：

①话语是行为。

②人类的行为是受目的支配的。……用这种‘目的原则’解释所研究的客体——法庭问答互动行为。

③言语行为是受规则制约的。

5．司法活动中的语言鉴定问题的教学与研究趋向：

（1）代表人物：吴伟平和刘蔚铭

（2）代表作：分别为《法律语言学——司法领域的语言学研究》《法律语言学》

（3）研究内容：

①吴伟平：

A．研究主要以国外司法活动中的案例为基础；

B．其作品的创新之处是将法律语言的研究内容划分为三大块，即：口语研究、书面语研究以及双语研究；

C．美中不足的是，它并不能作为一本教材，因为，它提供的材料不够详尽，可分析性不强，对问题的表述也较为随意。

②刘蔚铭：

A．代表作的特点：

a．这本书对内容的划分较为清晰，比如他将法律语言的内容分为语音分析、语义分析、语体分析等；

b．此书的材料较为丰富，可作为教材使用；

c．学生对此书的接受度较好，因为它的内容实际上是诉讼法中很重要的一部分，即语言鉴定。

B．代表作的缺点：这本书的内容稍显单薄，不足以撑起一门选修课。

（4）评价：这种趋向的研究代表了当今国外法律语言学研究的重点和热点。

6．法学学者的法哲学教学与研究趋向：

（1）就是法学学者对于法学中的语言问题的关注。

①法理学学者就会对法学中的语言问题进行较为抽象的、概括的研究，

②部门法学者对语言问题的关注就是具体的、针对性较强的。

A．民法学者会较多地关注民法中的语言问题，

B．而刑法学者会较多地关注刑法中的语言问题等。

（2）这种研究趋向代表了法学中对语言问题关注的主流方向。这就是所谓的“法学研究的语言学方向”。

（3）对法律语言确定性问题以及概念与归类问题的研究成为两个核心问题。

（4）部门法学者对语言问题的关注集中在语言的逻辑及表述方式上。

（二）总结：

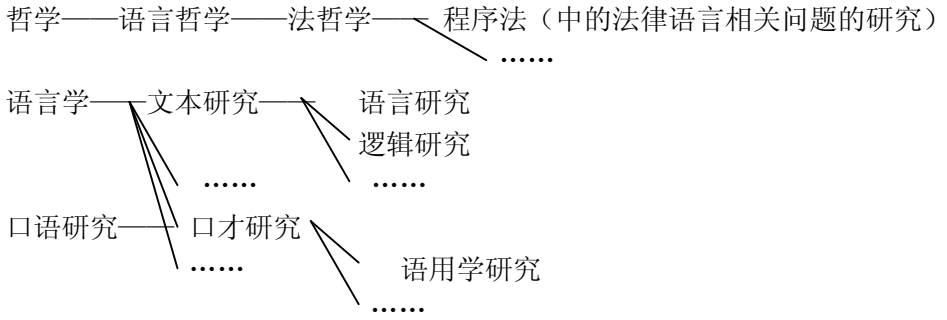
1．现阶段中国法律语言的教学与研究呈现出一种欣欣向荣的局面。

2．法律语言学本身绝非任何一家所独占，也绝非任何一家有能力去独占，局限在单独一个学科里自说自话绝非是研究法律语言的科学方法。

3．法律语言本身的交叉性并不等于边缘性。

三、法律语言学的课程体系

“法律语言学”的知识体系可以是：



（一）作为一个交叉学科，法律语言学本身的内部体系是较为复杂的。因为它的教学与研究要涉及两个较为独立的学科，即法学和语言学。

（二）处于学科最上层的是哲学。

1．哲学之下，我们对法律语言的研究初步定位在语言哲学上。

2．在法哲学的研究之下，人们对法律语言的关注集中在程序法学或者说诉讼法学上，即对语言鉴定相关问题的研究。

（三）法律语言学发展的另一个重要基础是语言学。在这一方向中，文本研究和口语研究成为两个核心。

1．文本研究的理论系统是较为清楚的。这个系统沿着两个方向伸展：即传统语言学研究的基本思路和形式逻辑学的语言与逻辑思路。

（1）前者是按照字、词、句、段、篇的体系对法律文本进行研究。

（2）后者是由于研究者有别于他人的知识背景形成的。

（3）值得一提的是，对概念与语词关系的研究会有助于解决法哲学中两个核心的问题，即确定性问题和概念与类别归属问题的研究。

2．口语研究是语言学研究方向的另一分支。它可以分为两类，即文章前面提到的口才研究和语用学研究。

（1）口才的教学与研究具有较强的实践性。

（2）口语研究中的语用学方向是运用言语交际理论进行司法话语研究。

四、法律语言学的具体课程设置及内容

（一）课程设置的规划是在法律语境下提出的，即教师与学生都必须具有法学的专业背景。

（二）在研究生教育阶段，

1．哲学以及法哲学的知识背景已经初步具备，对于这两部分就不再重复讨论。

2．如果我们能够有专业的法律语言研究生教育，那么，“语言哲学”课程的设置是必不可少的。

3．“法律逻辑学”也应该是在研究生阶段开设的知识性课程。

（三）在本科生阶段，中国政法大学开设的课程基本可以满足“法律语言”课程体系的要求，即“法律语言”+“口才及司法口才”+“司法文书”。但是，对于各门课需讲授的内容却要做一个较大的调整，尤其是“法律语言”。

1．“法律语言”应该涵括以下内容：

（1）第一部分：哲学。主要内容包括：

①哲学的基本发展脉络，即本体论——认识论——语言哲学转向；

②语言哲学研究的主要问题；

③语言哲学影响下的法哲学的发展：新分析主义法学派、新修辞学派、法律诠释学、法律论证理论等；解构主义哲学思想的影响。

④除了对上述主要派别的讲述外，还应开设两个专题，即概念的形成及类别归属（含类型理论）和法律语言不确定性问题研究。这两个专题都应该从法哲学的层面进行分析和阐述。

（2）第二部分：语言学。主要内容包括：

①语言学的基础系统理论。

②另外，对文本语言的逻辑关系理论应该有所涉及，比如基础的范畴如概念、判断与推理等。③语用学的基础理论。

④同时值得关注的内容还有关于诱导性询问的相关问题，即何谓诱导性询问。

⑤语用学知识和语言学知识本身在进行法学鉴定时不可能截然分开。

（3）口语研究。这一部分的重点是口才训练，即主要侧重于实践能力的培养。其内容包括：

①介绍司法活动中各种问话语言的相关法律规范；

②了解司法会话的基本形式，包括询问、讯问、调解等各式语言；

③同时了解诸如 ADR 等的语言方式。

④了解演讲、辩论等的基本规范和形式；

⑤观摩、参与演练模拟法庭以及法庭审判实况等等。

⑥另外，训练缜密细致的对话风格；锻炼处变不惊的交际风度；合理运用各种会话策略等也需涵盖于这一内容之中。

⑦最后，应该练习运用模拟法庭形式来锻炼具体的法律实践能力。

第二节　法律汉语教学

一、概述：根据对象的不同，可分为针对少数民族教学和针对留学生教学

二、针对留学生教学

（一）与针对中国本科生的法律语言教学应该是有较大差别的。

1．对象不同：有一定法学背景的本民族本科生/有着较为完备的法律或者法学知识架构的留学生

2．内容不同：介绍语言理论、语言现状/熟悉中文表述的法律及法学内容

3．侧重点不同：了解理论以及实践状态/熟悉中文的法律术语及中国法律的特点

4．教学目标不同：了解法律语言这一新的学科及其发展前景/熟悉中国法律或者法学的术语里了解中国法律的特点

5．教学方法不同：系统的理论讲授/通过新鲜的现实案例材料了解法律术语

（二）针对留学生的法律汉语教学的开展情况：

一般在法学院校的汉语培训中出现

（三）针对留学生汉语教学的规划：教材；生源；在本科教学计划中的位置；

三、针对少数民族教学

复习与思考题

1．请问硫酸是否是武器？在何种情况下硫酸可以看作武器？

2．法律语言学的学科定位是什么样的？这种定位你认为是否恰当？此学科的定位对于法律语言的课程设置有什么样的意义？

3．请简要叙述法律语言教学的基本课程体系，并说明你的观点和看法。

4．法律汉语教学与针对本民族学生的法律语言教学的区别是什么？

5．法律汉语教学的教材应该如何设置具体课程？

6．法律汉语教学在本科教学中应该居于什么样的位置？

拓展阅读书目

《法律语言学研究》刘蔚铭著 中国经济出版社
《法律语言学》杜金榜著　上海外语教育出版社
《法律语言学研究》王洁著　广东教育出版社
《中国法律语言鉴横》潘庆云著　汉语大词典出版社
《认知心理学》Ｊ．Ｂｅｓｔ著　黄希庭译　中国轻工业出版社
《法理学》博登海默著　中国政法大学出版社
《当代法哲学和法律思维导论》考夫曼等著　郑永流译　法律出版社
《法律思维导论》恩吉施著　郑永流译　法律出版社
《法学方法论》拉伦茨著　郑爱娥等译　北京大学出版社
《法律语言学研究的三个范式》邱昭继
《法律的概念》哈特著　张文显等译　中国大百科全书出版社　1996 年 1 月
《法理学》伯恩•魏德士著　丁小春 吴越译　法律出版社　2003 年 7 月
《当代法哲学和法律思维导论》考夫曼等著　郑永流译　法律出版社　2002 年 1 月
《Sociological Justice》[美] Donald Black 著　郭兴华等译　法律出版社 2002 年 4 月
《法律语言学》孙懿华等著　中国政法大学出版社　1997 年
《法律语言研究》王洁著　广东教育出版社　1999 年 12 月
《法庭问答及其互动研究》廖美珍著　法律出版社 2003 年 9 月
《语言与法律——司法领域的语言学研究》吴伟平著　上海外语教育出版社　2002 年 12 月
《语用学概论》何自然编著　湖南教育出版社　1988 年 4 月
《模糊语言学》伍铁平著　上海外语教育出版社　1999 年 11
《语言哲学》陈嘉映著　北京大学出版社　2003 年 5 月
《认知语用学概论》熊学亮著 上海外语教育出版社 1999 年 6 月

《司法口才与司法实践》教学大纲

姜廷惠　编写

目　录

前　言.....367
第一章　绪　论.....368
第一节　司法口才.....368
一、司法口才.....368
二、司法口才的特点.....368
三、司法口才的分类.....369
第二节　司法口才学.....369
一、口才学.....369
二、司法口才学.....369
三、司法口才学的分类.....369
四、司法口才学的任务.....370
五、与司法口才相关的学科.....370
第三节　学习司法口才的意义和方法.....370
一、学习司法口才的意义.....370
二、学习司法口才的方法.....370
复习与思考题.....370
拓展阅读书目.....371
第二章　司法口才的产生和发展.....372
第一节　司法口才产生的条件.....372
一、司法口才产生的条件之一——语言.....372
二、司法口才产生的条件之二——法律.....372
第二节　司法口才的发展脉络.....372
复习与思考题.....372
拓展阅读书目.....372
第三章　司法口才的方式和要求.....373
第一节　言语交际的过程.....373
一、言语和语言.....373
二、言语系统的构成要素.....373
三、言语交际过程.....373
第二节　司法口才的方式.....374
一、有声语言.....374
二、无声语言.....374
三、副语言.....375
第三节　司法口才的表达要求.....375
一、语言的准确性.....375
二、语言的通俗性.....375
三、语言的说理性.....375
四、语言的庄重性.....375
五、语言的生动性.....376
复习与思考题.....376

拓展阅读书目.....376
第四章　司法口才的主体和客体.....377
第一节　司法口才的主体.....377
第二节　司法口才的对象.....378
第三节　司法口才的客体.....378
一、司法口才客体的专指性。.....379
二、司法口才客体的类型。.....379
三、司法口才的工具。.....379
复习与思考题.....380
拓展阅读书目.....380
第五章　司法口才基本技巧.....381
第一节　声音技巧.....381
第二节　表达技巧.....382
一、直言表述法.....382
二、明确表述法.....382
三、模糊表述法.....382
四、精练表述法.....382
五、罗嗦表述法.....382
六、平中见奇法.....382
第三节　修辞技巧.....382
一、选择修辞.....383
二、辞格使用.....383
第四节　态势技巧.....383
一、仪容和气质.....383
二、表情和眼神.....383
三、姿势和动作.....383
复习与思考题.....383
拓展阅读书目.....383
第六章　司法宣读.....384
第一节　司法宣读的概念.....384
第二节　司法宣读的特点.....384
一、单向性传达.....384
二、照文宣读性.....384
三、程序法定性.....384
四、庄重严肃性.....384
五、形式转化性.....385
第三节　司法宣读的方法.....385
一、熟悉原文.....385
二、核对材料.....385
三、正确宣读.....385
四、态势得体.....385
第四节　司法宣读的技巧.....386
一、吐字归音的技巧.....386

二、控制气息的技巧.....386
三、共鸣的技巧.....386
四、停连的技巧.....386
五、重音的技巧.....386
第五节　司法宣读的训练.....387
一、单项训练.....387
二、综合训练.....387
复习与思考题.....387
拓展阅读书目.....387
第七章　司法问话.....388
第一节　司法问话概述.....388
一、司法问话的概念.....388
二、司法问话的分类.....388
第二节　司法问话的特点.....389
一、问答的互动性.....389
二、语境的制约性.....389
第三节　司法问话的方法.....389
一、讯问的方法.....389
二、询问的方法.....390
三、法庭问话的方法.....390
第四节　司法问话的技巧.....390
一、探索问话.....390
二、迂回发问.....390
三、暗示发问.....390
四、离间发问.....390
五、跳跃发问.....390
六、激将发问.....391
第五节　司法问话的训练.....391
一、单项训练.....391
二、综合训练.....391
复习与思考题.....391
拓展阅读书目.....391
第八章　法庭演讲.....392
第一节　法庭演讲概述.....392
一、法庭演讲的概念.....392
二、法庭演讲的分类.....392
第二节　法庭演讲的特点.....393
一、单向传达性.....393
二、内容限制性.....393
三、形式的论辩性.....393
四、宣传教育性.....393
五、发言可变性.....393
第三节　法庭演讲稿的拟写.....393

一、怎样写公诉意见书……393
二、怎样写辩护词……394
三、怎样写代理词……394
第四节　法庭演讲的技巧……394
一、写作技巧……394
二、表达技巧……395
第五节　法庭演讲的训练……395
一、单项训练……395
二、综合训练……395
复习与思考题……396
拓展阅读书目……396
第九章　法庭论辩（一）……397
第一节　论辩概述……397
一、什么是论辩……397
二、古代的论辩活动……397
第二节　论辩的工具……397
一、辩题与命题……397
二、证明与反驳……398
第三节　论辩中的诡辩与反诡辩……398
一、诡辩概述……398
二、论辩中的反诡辩……398
复习与思考题……399
拓展阅读书目……399
第十章　法庭论辩（二）……400
第一节　法庭论辩概述……400
一、法庭论辩的概念……400
二、法庭论辩的分类……400
第二节　法庭论辩的特点……400
一、双向对抗性……400
二、时境限制性……400
三、内容法定性……400
四、临场的应变性……400
五、目的公正性……401
第三节　法庭论辩的方法……401
一、事理法……401
二、法理法……401
三、对比法……401
四、类比法……401
五、因果法……401
第四节　法庭论辩的技巧……401
一、造势夺人……401
二、釜底抽薪……401
三、欲擒故纵……401

四、针锋相对.....401
五、突出重点，切中要害.....402
六、情理交融.....402
七、随机应变.....402
第五节　法庭论辩的训练.....402
一、单项训练.....402
二、综合训练.....402
复习与思考题.....402
拓展阅读书目.....402

前　言

本学科属于法学与语言学的交叉学科。

课程本身属于全校选修课。

编写此大纲的目的在于对司法口才与司法实践的课程内容设置系统化，并能够以大纲的编写促进教学本身的科学性。

司法口才与司法实践是一门以实践为主的课程，在传授基础理论知识的同时，更加注重培养学生的实际能力。

本大纲的编写人员是从事此学科第一线教学工作的教师。其专业背景兼具法学和语言学两个学科，是教授与编写此大纲的较佳人选。

由于水平所限，本大纲中难免会有不尽如人意之处，还将继续修改，望读者与使用者能够不吝赐教。

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：

掌握司法口才的定义、特点、分类以及司法口才学的任务；

了解学习司法口才的意义和方法。

学时分配：3 学时。

第一节　司法口才

一、司法口才

司法口才是司法活动的重要表现形式之一，司法口才水平的高低，直接影响诉讼活动，甚至关系到办案工作的成功与失败。

（一）口才

口才就是口语表达才能，是一个人口头言语才能的总和。

口才的重要性。

例子 1：尼克松访问前苏联。P2

例子 2：新任局长请退居二线的老局长吃饭。P3

（二）司法口才

司法口才是国家司法机关处理诉讼案件时依法直接使用的口头语言，正确、高效实施法律或协助法律实施所表现的口语才能。

必备要素：

1．司法口才的主体应该是侦查人员、检察人员、审判人员和律师。

2．司法口才特定的客体应当是事实和法律。

3．司法口才是一项综合的专业口语技能。

二、司法口才的特点

（一）合法性

司法口才的身份要合法。司法口才的主体再诉讼过程中，其特殊身份由法律规定。

司法口才的程序要合法。

司法口才的内容要合法。

（二）宣教性

司法人员除了办案之外，更多的时候是向人民群众提供法律帮助，宣传法律，教育群众遵纪守法。

（三）限制性

（四）可听性

司法口才的主要手段是有声语言，而有声语言是稍纵即逝的，在司法口才交际中，听者一旦对某句话某个词听不清或听不懂，都会影响交际，甚至出现意想不到的反面效果。

司法口才的可听性首先要做到“入耳”“悦耳”。

入耳：

1．把音短易错的单音词改为双音词或多音词。

2．注意同音词。

悦耳：

注意抑扬顿挫。

三、司法口才的分类

1．按口头言语形式划分：交际口才、交锋口才、宣读口才、宣讲口才。

2．按言语流向划分：会话式口才、独白式口才。

3．按法律明确规定的口语形式划分：宣读、讯问、询问、发问、发表公诉意见、发表辩护词和代理词、解答、调解、评议、讨论、辩论等。

宣读是司法人员对必须转换为口头语言的各种司法文书公开的朗声的口语传达。司法实践中，宣读可分为裁判性宣读、程序性宣读、工作性宣读等。

讯问是侦查人员在侦查过程中，检察人员、审判人员在庭审过程中，审判人员在执行死刑过程中对被告人或死刑犯的一种口头问话形式。

询问是司法人员在诉讼活动中对刑事案件的被害人、证人和民事案件的当事人、证人的一种口头问话形式。

发问是庭审过程中，公诉人、审判人员担任辩护人或诉讼代理人的律师对案件的当事人、被害人、证人、鉴定人所作的口头问话形式。

发表公诉意见是刑事案件检察人员在法庭上所作的法庭演讲，标志着法庭论辩的开始。

发表辩护词和代理词是律师所作的法庭演讲。

调解是民事审判活动中，法官就本案事实经双方当事人自愿达成协议，使纠纷在当事人双方互相谅解的基础上获得解决的一种口头言语形式。

评议是庭审结束后，合议庭组成人员在不公开的情况下，对案件的定性和裁判各自发表自己的意见，并以表决的形式形成最后决议的一种口头言语形式。

讨论是指司法机关的各级检察委员会、各级审判委员会的成员，遵循民主集中制的原则，对提交讨论的重大、疑难案件进行分析、讨论，最后形成该机关最高检察意志和审判意志的一种口头言语形式。

辩论是检察人员和律师在人民法院审理案件的法庭辩论阶段，针对具体案件发表不同的意见，相互辩驳，从不同角度维护法律尊严的一种口头言语形式。

第二节　司法口才学

一、口才学

口才学是研究人的口头言语的技能、方法、规律以及如何应用这些规律获得最佳效果的科学。

二、司法口才学

司法口才学是研究司法口才的一门科学，它主要研究司法口才的作用、意义、构成以及在口语表述过程中的规律变化、发展趋势等。

三、司法口才学的分类

司法口才学是法学体系中的一门应用学科、边缘学科、交叉学科。司法口才学可以从不同角度，针对不同对象建立起自己的分支学科网络。

1．以司法机关各自司法活动中的口语表达为研究对象，可分为：

侦查口才学，研究公安人员在侦查活动中的口语表达的特点、分类、技巧及其规律。

检察口才学，研究检察人员在调查、提审、复核、公诉等司法活动中的口语表达的特点、分类、技巧及其规律。

审判口才学，研究审判人员在各种刑事案件和民事案件审判中的发问、评议、宣判、调解等口语表达的特点、分类、技巧及其规律。

律师口才学，研究律师在诉讼和非诉讼活动中口语表达的特点、分类、技巧及其规律。

2．以司法口头言语形式为研究对象，司法口才学可分为：

宣读口才学，研究检察人员、审判人员宣读法律文书、证人证言等材料时的特点、方法、技巧和要求。

法庭演讲学，研究法庭演讲的性质、作用、分类及方法和技巧。

法庭论辩学，研究参与法庭论辩的公诉人、辩护人、各方当事人及其代理人在法庭论辩时口语表达的特点、分类、方法及其技巧。

司法问话口才学，研究侦查人员对被询问（讯问）者进行司法问话的特点、方法、技巧和要求。

四、司法口才学的任务

1．研究司法口才的形成。
2．研究司法口才的构成、类型和展现规律。
3．研究司法口语表达的种类及其相互关系。
4．探讨培养实用司法口才的方法和途径。
5．展望司法口才学的发展前景。

五、与司法口才相关的学科

法学、语言学、逻辑学、心理学、司法文书学、其他学科。

第三节　学习司法口才的意义和方法

一、学习司法口才的意义

1．学习和把握司法口才，灵活运用司法口语表达技巧，成为社会合格的法律应用型人才。
2．熟练操作司法口才，加深对所学知识的理解。
3．学习司法口才，提高思维能力和反应能力。

二、学习司法口才的方法

1．明确目的，热爱本职。
2．循序渐进，科学安排。
3．持之以恒，永不放弃。

复习与思考题

1．司法口才的定义。
2．司法口才的特点。
3．司法口才的分类。
4．司法口才学的分类。

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。
安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。
孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。
林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。
秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

第二章　司法口才的产生和发展

本章教学目的和基本要求：
了解司法口才的发展脉络。
学时分配：2 学时。

第一节　司法口才产生的条件

一、司法口才产生的条件之一——语言

语言是人类最重要的交际工具，又是人类最重要的思维工具。人类运用语言进行思维和表达，以实现交际与交流。语言分口头语言和书面语言。作为司法口才源头的口头语言远远早于书面语言产生。

二、司法口才产生的条件之二——法律

司法口才的产生是伴随着法律的产生而产生的。它是法律活动的产物。法律的出现，是我国进入阶级社会，建立了国家以后的事，在夏朝。

第二节　司法口才的发展脉络

一、原始氏族社会——司法口才的萌芽期
二、国家的出现——司法口才的形成期
三、漫长的封建社会——司法口才艰难的延续
四、中国社会主义社会——司法口才大发展

复习与思考题

简述司法口才的发展脉络。

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。
安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。
孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。
林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。
秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

第三章　司法口才的方式和要求

本章教学目的和基本要求：
了解言语交际过程；
了解司法口才的方式；
掌握司法口才的要求。
学时分配：3 学时。

第一节　言语交际的过程

一、言语和语言

语言人类特有的用来表达意思、交流思想的工具，是一种特殊的社会现象，它由特定的语音、词汇、语法、修辞等构成。

言语则不同于语言，言语是“语言的使用”，是使用中的语言。

二、言语系统的构成要素

（一）言语主体

言语主体即使用语言的人，是言语交际活动的实践者。

（二）言语环境

言语环境就是使用语言的环境。

（三）言语内容

言语内容就是使用中的语言，是言语交际的实质性的东西。

三、言语交际过程

（一）编码

编码，是言语主体为了传达某种信息，在语言中寻找恰当的词语，并按照语法规则把词语编排起来组成正确的句子。

（二）发送

编码完成后，言语主体通过发音器官将编码以语音形式输出。

（三）传递

口语的声波负载着语音内容通过空气或电路传递到听者那里，就是传递。

（四）接收

语音形式传到听者那里，听者的听觉器官开始接收。

（五）解码

言语对象把接收到的语音形式“还原”为语义内容，从而理解言语主体所传达的信息。

（六）反馈

语言对象解码后，对言语主体的语义内容做出反映，并将其传递给言语主体。

第二节　司法口才的方式

司法口才的三种最基本的表达方式：有声语言、无声语言和副语言。

一、有声语言

（一）独白式

独白式的有声语言，指言语交际双方在交际过程中关系固定，一方总是信息的发出者，另一方则是信息的接收者，信息的内容总是由传播者一方控制，传播方向总是由传播者一方传递到接收者一方。

在诉讼过程中，公诉员宣读起诉书、发表公诉意见，律师发表辩护意见、代理意见、答辩意见，法官宣读判决书，司法人员进行训诫、法制宣传、宣读证人证言等均属于独白式的有声语言。

（二）会话式

会话式的有声语言，指在言语交际过程中，交际双方地位并不固定，任何一方既是信息的发出者，又是信息的接收者，信息内容由双方共同控制。

二、无声语言

（一）态势语

态势语，指口头言语表达者在交际中所带出的表情神态、举止体态。又称“体态语言”“人体语言”。态势语可分为表情语、手势语和体态语。

1．表情语。

在司法口才中，交际双方的面部表情是重要的信息传递部位，通常通过目光和表情传递信息。

目光即眼神，眼睛是心灵的窗口，它反映人的喜怒哀乐。表情也能传递丰富的信息。如微笑与严肃等。

2．手势语。

挥手、握手、V 形等。

3．体态语。

体态语是由人的身体姿态所传达出的一种信息。一个人的体态可以反映出他的职业、职位、气质、修养等多方面的情况。讲解几种常见体态。

（二）默语言

在口语表达过程中，为了表达某个意思，往往会在话语中有短促的间隙、停顿、沉默，这就是默语。

在司法口才中，默语的特点如下：

1．寓意丰富。

2．时效性强。

3．语境效应快。

（三）界域语

界域语就是由位置、距离等传达出来的信息。

界域语的功能如下：

1．界域语具有表露作用。

2．界域语具有辅助作用。

3．界域语具有保护作用。

三、副语言

副语言是我们在交际中一种有声但是没有固定意义的语言，有时叫类语言。

（一）副语言的语义内容

1．声音要素。

（1）语调

（2）重读

（3）节奏

（4）语气

2．功能性发声

笑声、捂嘴笑、苦哭、呻吟声、叹息、喘气声、掌声……

（二）副语言的作用

1．加工作用

2．掩饰作用

第三节　司法口才的表达要求

一、语言的准确性

1．准确使用罪名。

司法口才使用罪名一定要与刑法中规定的罪名一致，不能滥用和混用罪名。如把“盗窃罪”说成“偷盗罪”，把“抢劫罪”说成“抢夺罪”。

2．与法律条款提法保持一致。

法律条文是司法口才在诉讼和处理法律事物的依据，司法口才如需用到法律条文，必须准确无误，必要时可以诵读条文。

3．在法定程序下进行。

司法人员在办案中，应特别注意符合法定程序。

4．使用的词语要准确。

司法口才要做到所用的词语完全切合所指对象的名称、动作或情况。

二、语言的通俗性

口语与书面语相比，稍纵即逝，不可复读，因此更应主要通俗，易听、易懂、易记。

三、语言的说理性

1．言之有据。

说话要有根据，摆事实，讲道理，“以事实为依据，以法律为准绳”，这是司法工作的基本原则，也是司法口才的根本准则。

2．动之以情。

法律无情人有情。司法口才的说理并不是简单枯燥的说教，它同样需要动之以情。

四、语言的庄重性

1．力避形象化词语、艺术化句式。

2．力避方言土语。

3．力避污言与黑话。

五、语言的生动性

司法口才生动性的方式主要是灵活运用修辞手段。

1．调整和变换句式，以增强语言的声音美，使之动听。

2．加强语言的表现力，打破单调、枯燥、沉闷的气氛。

3．灵活运用比喻、对比、衬托、反问、反语等修辞格，化抽象为具体。

4．利用听众和对方的心理，增强语言 说服力，揭露罪恶，伸张正义。

5．运用态势语言和视觉材料，把听觉和视觉联系起来，形成多渠道、多层次的信息传收网络与传达方式。

复习与思考题

1．简述言语交际过程。

2．简述司法口才基本的表达方式。

3．论述司法口才的表达要求。

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。

安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。

孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。

秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

第四章　司法口才的主体和客体

本章教学目的和基本要求：

掌握司法口才主体的素养、能力；掌握司法口才对象的心理定势；了解司法口才客体的类型；掌握司法口才的工具。

学时分配：3 学时。

第一节　司法口才的主体

在司法口语交际过程中，司法人员和诉方律师是司法口才交际活动的主动者，在交际中起决定性的因素，是司法口才主体。

（一）司法口才主体的专指性

司法口才主体是指司法机关的司法人员，如：侦查人员、检察人员、审判人员、经国家考试、考核取得律师执业证书的法律专业人员。他们在司法活动中起主导和决定的作用。

司法口才的主体，其根本任务是实施法律和协助、促进法律的正确实施，具体表现为行使侦查权、检察权、审判权、辩护职能、代理职能、宣传法律等。

（二）司法口才主体的素养

1．坚定的信念。

司法人员和律师站在国家和人民的立场上，行使和发挥各自的权利和职能，保证法律的正确实施。司法人员和律师必须具备良好的职业道德，以道德的规范作为自己行为的准则，以事实为根据，以法律为准绳，忠实于法律，真正维护社会主义法律的正确实施。

2．完备的知识体系。

扎实的法学知识，是司法口才主体做好司法工作之本，也是司法口才之本。

丰富的实践经验。

广博的相关专业知识。

3．超前的理念与追求。

世界上没有一部法律是永恒不变的，我国近几年新出台的和修订的法律不断颁布，没有超前的理念于追求是绝对不能胜任工作的。

4．高超的语言修养。

司法口才表达的主要工具是语言，司法人员的语言表达能力如何，直接关系到办案的效果于质量。如何达到高超的语言水平？应从一下几个方面下功夫：

一是系统学习法学知识，深入研究和使用法言法语；二是学习相关语法修辞知识，语言逻辑知识和法则；三是有目的、有意识、有计划地进行语音、语气、语调、语速、音质、音高、节奏、重音等方面的训练，在不断探索中积累经验。

（三）司法口才主体的能力

1．观察记忆能力。

观察是通过自己的感官获得对外界事物的感觉和知觉，形成感性认识，再经过思维上升到理性认识。司法口才主体在办案过程中，要深入群众，实地调查，听其言观其行，获取准确的信息，察言观色，审时度势，是司法口才主体必备的能力。

司法口才主体要将自己事先准备好的文字材料有条不紊地变成口头表达形式，记忆能力也是必备能力之一。

2．逻辑思维能力。

逻辑思维能力在司法口才中起着极为重要的作用。司法口才主体提高逻辑思维能力，应当做到：

正确运用逻辑思维形式和逻辑思维规律；讲究逻辑层次；善于归纳分析。

3．心理适应能力。

司法口才是司法口才主体与特定的司法口才对象面对面交流信息、反馈信息的过程，交际双方在交锋，显得紧张、庄重。因此，司法口才主体应当具有良好的心理适应能力，不能有过多紧张、顾虑。

如何才能在激烈的对抗中处惊不变，应对自如：

交际前要做好心理准备，做好各方面的准备工作，交锋时要克服自卑心理，克服怯场心理，克服盲从心理。

4．语言驾驭能力。

法言法语，准确精到；通俗自然，明白晓畅；声音洪亮，吐字清晰。

5．临场应变能力。

司法口才主体虽然未雨绸缪，防患于未然，但是临场出现这样那样的难以预料的意外是免不了的事。如何处理这些变故，司法口才主体应具有较强的临场应变能力。

反映要敏锐，处置要及时；处惊不乱，灵活补救。

第二节　司法口才的对象

司法口才的对象，是司法口才主体所指向的另一方，是司法口才的承受者。

司法口才对象的构成较为复杂，有个体的司法口才的对象如讯问、论辩的对象；有群体的司法口才的对象如宣读、演讲的听众。这些司法口才对象的特殊的年龄、性别、职业、阅历、兴趣、爱好、文化水平、法律水平、口语表达、交际态度等方面的情况与案件调查处理的效率质量密切相关。因此，很有必要研究司法口才对象的类型及各种类型在交际中表现出的态度等，以更好地完成法律职责。

司法口才对象的心理特征纷繁复杂，无所不有，但司法口才对象在表达信息中会出现不同的心理反射及心理定势。司法口才的对象的心理定势主要有：

1．肯定型。

又称合作型、相容型。当司法口才主体向司法口才对象发出调查事实和证据的信息之后，司法口才对象表现出积极的配合态度，与主体构成一个共同体，共同查清案件事实和证据，或提供证据，或如实供述，或提供线索等。

2．否定型。

又称抵抗型、对抗型。主要表现在对司法口才主体的言语内容进行否定。分为两种类型：

消极抵抗型。或表明配合实际回避，或避重就轻，或采用强硬的态度进行抵赖和诡辩，或沉默不语，等等。

积极抵抗型。一般在法庭辩论中，交战双方就某一观点展开论证，并各自“以事实为依据，以法律为准绳”，从不同角度，不同观点对案件事实和证据进行论证。

3．半推半就型。

司法口才对象表面上装出积极配合的态度，问什么答什么，实质上心存侥幸，企图蒙混过关，他的敷衍一旦被识破或指出其言词的矛盾之处时，又马上改变态度，积极配合。

第三节　司法口才的客体

在司法口才交际的过程中，司法口才的主体和对象作为交际的双方，必有一个交际的客体，即

交际的具体内容。如果没有具体的交际内容，口才就成为无源之水，无本之木，司法口才也就没有存在的问题。

一、司法口才客体的专指性。

司法口才的客体，特指司法口才主体和司法口才对象在诉讼过程中所指向的具体内容，也就是案件的事实、证据材料、适用法律等。

二、司法口才客体的类型。

（一）案件事实。

案件事实是客观存在的，它不以人们的意志为转移。任何案件事实，都具有一定的物质形态。

司法口才客体，首先是事实，是与案件有关的事实。

（二）证据材料。

证据是认定案件事实的依据，当证据被其他证据证明时，证据便成了司法口才客体。

诉讼中的证据，在证明中起着重要作用，时定案的根据，在诉讼中通过调查等活动收集的证据，由于各种原因往往真假虚实的情况都存在，因此需要核实查证，确定它与所要证明的案件事实的证明力。

（三）适用法律。

对案件的处理，既要以事实为依据，又要以法律为准绳。以法律为准绳，要求司法口才必须准确理解法律条文的立法原意，对法律规定的实质内容，作出符合立法精神的解释。作为司法口才客体的适用法律，具有两方面的特点：

1．必须与案件处理有关联。

2．必须对适用法律有争议。

三、司法口才的工具。

司法口才制胜的法宝有二：一是以事实为依据，一是以法律为准绳，事实和法律成为司法口才不可缺少的工具。

（一）证据。

1．原始证据和传来证据。

原始证据和传来证据是以证据的来源为标准划分的。

原始证据是直接来源于案件事实或原始出处的证据，如书证的原本，物证的原物，亲眼目睹了犯罪分子实施犯罪行为的证人证言。

传来证据是指经过复制、复印、转抄、转述的证据，而非直接来源于案件事实或原始出处的证据，如复制的物证模型、书证的复印件、从他人处得知案件事实的证人证言等。

2．言词证据和实物证据。

言词证据和实物证据是以证据的存在和表现形式为标准划分的。

言词证据是以人的陈述为存在和表现形式的证据。包括证人证言，被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，民事行政诉讼当事人的陈述，鉴定结论等。

实物证据是以实物形态为存在和表现形式的证据，包括书证、物证、勘验检验笔录、现场笔录、视听材料。

3．直接证据和间接证据。

直接证据和间接证据是以单独一个证据对案件主要事实的证明程度为标准划分的。

直接证据，是指证据本身能单独、直接证明案件主要事实的证据。直接证据的最大特点是它直截了当，无需借助其他证据就能证明事实。

间接证据，是指不能单独、直接证明案件主要事实而需要与其他证据相结合才能证明案件主要事实的证据。

（二）法律。

法律是有国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的具有普遍效力的行为规范体系。法律是司法口才必不可少的工具之一。

复习与思考题

1．司法口才主体的素养有哪些？
2．司法口才主体需具备哪些能力？
3．司法口才对象的心理定势有哪几类？
4．司法口才客体有哪些类型？
5．司法口才的工具是什么？

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。
安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。
孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。
林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。
秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

第五章　司法口才基本技巧

本章教学目的和基本要求：

掌握司法口才的声音技巧；掌握司法口才的表达技巧；掌握司法口才的修辞技巧；掌握司法口才的态势技巧。

学时分配：3 学时。

第一节　声音技巧

司法口才以口语为表现形式，主要依靠有声语言来完成。掌握口语交际的声音技巧，着重从一下几个方面进行：

（一）语音要规范

1．读准音节。

读准音节是规范语音的首要环节。普通话的音节有 400 多个，加上声调不过 1300 个左右。下功夫读准音节并不太难。

2．读清音节。

3．协调音节。

4．和谐韵调。

（二）语速要恰当

口语表达的速度，是指口语表达中音节的发音时间长短，或者说单位时间里吐字的数量。

在口语交际中，语速的控制非常重要，对表情达意有着重要的影响。一般来说，控制理想的语速，应该根据内容和情节本身的客观要求决定。

（三）语气要合理

语句的变化是多姿多彩的，它有强弱、长短、清浊、粗细等变化。语气合理，能够增强语言魅力。

（四）节奏要明显

1．换气停顿。

所谓换气停顿，是指在语流中为了调节呼吸所发生的自然停顿。

2．语法停顿。

语法停顿是指根据句子的语法结构所作的停顿，其停顿标志是标点符号。

3．逻辑停顿。

为了突出某一事物，强调某一观点或语义，在句中没有标点符号的地方作适当的停顿，这样的停顿是逻辑停顿。

（五）语调要和谐

1．升调。

升调指句子语势由低到高。一般表示惊讶、疑问、反话、呼唤、号召等。

2．降调。

降调指句子语势由高到低。一般表示肯定、感叹、恳求、自信、祝愿等。

3．平调。

平调指整个句子语势平稳舒展，没有明显的高低变化。一般用于陈述、说明、解释。

4．曲调。

曲调指句子语势曲折变化，有起有伏。一般用来表示夸张、讽刺、幽默等。

第二节　表达技巧

一、直言表述法

直言表述，即直截了当旗帜鲜明不加掩饰地表述自己的观点、介绍事情的原委。

（一）自然顺序法

自然顺序法就是按照案件发展的过程来记叙案件事实的方法。一般以时间为顺序，从案件的发生、发展，到案件的结局，把案件叙述清楚，也叫时间顺序法。这种方法适合记叙各类案件。

（二）综合归纳法

如果一个人多次作案又犯同一罪名，在叙述完一个重点事实之后，其他的同类事实可用综合归纳的方法加以概括叙述。

（三）突出主罪法

如果被告人、犯罪嫌疑人犯多个罪行，为了突出其主要的罪行，可不按时间顺序叙述，先详细叙述其主要的罪行，再简要记叙次要罪行。

二、明确表述法

刑事案件的时间、地点、作案人的作案动机、目的、情节、手段、结果，必须一一表述清楚，否则事实不清，不能定案。

三、模糊表述法

（一）模糊词语

在司法口才中，一些词汇是不能直接明确表述的，明确表述反而不准确。

（二）模糊问话

司法口才中，特别是讯问犯罪嫌疑人时，为了策略的需要，必要时在不违法的前提下，可以用模糊问话。

（三）模糊的回答

司法口才中，有些问题的提出，很难作出肯定或否定的回答，答非所问或模棱两可，不失为一种方法。

四、精练表述法

用较少的词语，传递尽可能多的信息。

五、罗嗦表述法

六、平中见奇法

（一）步步进逼法

（二）归谬反驳法

第三节　修辞技巧

修辞是修饰调整语言以达到最佳效果的方法。修辞使语言准确、鲜明、生动。

一、选择修辞

（一）词语的选择

1．选词要贴切。

2．感情色彩要恰当。

3．音节要平衡。

（二）句式的调整

1．主动句和被动句。

2．肯定句和否定句。

3．判断句和非判断句。

4．长句和短句。

二、辞格使用

辞格是在运用语言时所创设的能够增强语言表达效果的结构格式。

（一）比喻（二）对比（三）对偶（四）排比

第四节　态势技巧

一、仪容和气质

司法人员在办案过程中，仪容要大方、有度，着装要简洁、庄重，有统一服装的要穿统一服装，如公安穿警服，律师在法庭上要穿律师袍，法官在法庭上要穿法官袍，一般场合下也应以规范的职业装为佳。

气质方面，不唯唯诺诺，不高声喧哗，举止文雅，落落大方，不卑不亢，以理服人。

二、表情和眼神

三、姿势和动作

复习与思考题

1．口才有哪些声音技巧？

2．口才有哪些表达技巧？

3．口才有哪些修辞技巧？

4．口才有哪些态势技巧？

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。

安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。

孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。

秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

第六章　司法宣读

本章教学目的和基本要求：

掌握司法宣读的概念；掌握司法宣读的特点；掌握司法宣读的方法；掌握司法宣读的技巧。

学时分配：4 学时。

第一节　司法宣读的概念

司法宣读时司法人员和律师在办理案件的过程中，将有关法律文书和文件依法在特定的时间和场合下，当众或向特定对象照文大声宣告的一种司法口语活动。

司法宣读特殊的主体：即依照法律规定有权宣读法律文书及文件的司法人员和律师。

司法宣读特殊的客体：即特定的主体所宣读的各种司法文书、文件。

司法宣读特定的场合：即法庭、审讯室等。

司法宣读特定的对象：即聆听宣读的法律文书内容的有关人员，如公众或涉案人员。

司法宣读特定的程序：如起诉书的宣读应在开庭后法庭调查之前进行。

上述要素，共同构成司法宣读。

司法宣读分三大类：裁判性宣读、诉讼性宣读和工作性宣读。

裁判性宣读：主要是指司法人员在司法机关审查案件的裁判性法律案件的公开宣读，包括宣读判决书，宣读裁决书，宣读布告，宣读命令等。

诉讼性宣读：指在案件办理过程中，司法人员和律师严格一招审判程序或根据审判程序的需要，当庭宣读的各种法律文书，如宣读起诉书，宣读裁定书和决定书，宣读证据材料等。

工作性宣读：指人民法院的书记员在庭审活动中履行职责所作的宣读，如书记员宣读法庭纪律，宣读庭审笔录等。

第二节　司法宣读的特点

一、单向性传达

从口语表达的角度看，司法宣读是对具体司法意志的口头传达，其语流是单向的，其表达方式是独白式的。

二、照文宣读性

司法宣读最明显的特点是“照本宣科”。它既不是背诵，也不是即席发言，而是按照文稿的内容大声念诵。

三、程序法定性

司法宣读的时间、地点、对象、方式等都是法律明文规定的。如法律规定宣读必须公开进行，宣读还要在有具体特定对象之外的听众参加的公开场合进行。

四、庄重严肃性

司法宣读的内容体现着代表国家行使司法权的司法机关的司法意志的权威性、严肃性。宣读在外在表现形式上也应当体现庄重严肃。

五、形式转化性

司法宣读的一大特点是将书面语转化为口头语言，将视觉符号转化为听觉符号。

第三节　司法宣读的方法

一、熟悉原文

（一）了解原文主旨。

司法文书的宣读者，有可能是司法文书的制作者，但更多情况下宣读者不是该文书的制作者。这就要求宣读者特别注意在宣读前了解原文的内容，明确案件当事人以及制作文书的机关对本案的定性和处分的司法意志。

（二）熟悉原文字词。

1．核实冷僻字的读音。

在宣读的司法文书中通常会遇到人名、地名、专业名词等，其中常会遇到冷僻字，宣读前一定要认真核实。

2．核实多音、多义字的读音和含义。

对于模棱两可的地方应一一查字典。

二、核对材料

（一）核对法条。

要认真仔细核对文书中引用的具体的法律条款，从引用的法条序号到条款中的具体内容都应准确无误。

（二）推敲检查文字。

1．核对数字是否准确；

2．核对人称代词是否恰当；

3．推敲语义是否单一；

4．核对有无错字、漏字现象。

三、正确宣读

（一）正确读音。

（二）如实转化。

（三）语调平稳。

（四）节奏分明。

四、态势得体

宣读的姿态以站立为佳。站姿略。

第四节　司法宣读的技巧

一、吐字归音的技巧

1．字头出字。2．字腹立字。3．字尾归音。

二、控制气息的技巧

1．控制气息。2．合理换气。

三、共鸣的技巧

四、停连的技巧

（一）按文意停连

1．兼语式宾语的停顿。

2．划分长句的结构关系。

法律文书中长句较多，而长句的句子结构和句子成分比较复杂。宣读时，应注意停连，以帮助听众理解。

3．顿号的分组与连接。

（二）顺文势灵活停连

1．宣读首部。

宣读文书名称的全称，要读得响亮、凝重、缓慢，有顿有连。

2．宣读文件编号。

宣读文书编号，要语调平板，速度适中，不含任何感情色彩。

3．宣读判决书的事实部分。

速度可以稍快一些。为了突出事实等关键情节，应注意灵活运用停连和重音。

4．宣读判决书的理由部分。

速度应当稍快于事实部分，力度也比事实部分强。

5．宣读主文。

速度应比宣读理由慢一些，内容复杂的，要在每一独立的判意之间保持稍长一点的停顿，以充分体现人民法院的公正和威严。

五、重音的技巧

（一）找准重音位置

1．语法重音。

语法重音是根据句子的语法关系读出的重音。语法重音的位置是比较固定的、有规律的。一般短句里的谓语应重读；述宾结构中的宾语要重读；定语、状语、补语比中心语要读得重一些；疑问代词和指示代词要重读；列举事物时，并列的词语要重读一些；人名、地名的最后一个字要重读一些。

2．逻辑重音。

逻辑重音时根据前后意思按表达内容的需要应该重读的音节。逻辑重音不像语法重音那样有规律可循，逻辑重音没有固定的位置，完全是由表达的内容决定的。

（二）重音要少而精

重音是凸现文书主旨与文意的，如果重音太多会影响语言的清晰，实际上也是没有重音。司法宣读是，应注意把握大的语言单位，重音尽量做到少而精。

第五节　司法宣读的训练

一、单项训练

（一）普通话训练

1．平舌翘舌音练习

2．前鼻音后鼻音练习

3．四声练习

4．方言与普通话对照练习

（二）吐字归音

1．吐字练习。2．归音练习。

（三）气息控制

1．吸气。2．呼气。3．换气。

（四）共鸣

1．哼鸣练习。2．朗读练习。

（五）停连

二、综合训练

（一）宣读法庭纪律

（二）宣读判决书

复习与思考题

1．什么是司法宣读？

2．司法宣读的特点有哪些？

3．司法宣读的方法有哪些？

4．司法宣读的技巧有哪些？

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。

安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。

孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。

秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

周道鸾主编：《法律文书教程》，法律出版社，2003。

周道鸾主编：《法律文书格式及实例点评》，法律出版社，2003。

唐文：《司法文书实用修辞》，人民法院出版社，1996。

第七章　司法问话

本章教学目的和基本要求：

掌握司法问话的概念及分类；掌握司法问话的特点；掌握司法问话的方法；掌握司法问话的技巧。

学时分配：4 学时。

司法问话是侦查人员、检察人员、审判人员和律师在特定的场合下，对特定的对象提出问题，并要求其回答的一种口语表达形式。

第一节　司法问话概述

一、司法问话的概念

司法问话是侦查人员、检察人员、审判人员和律师在特定的场合下，对特定的对象提出问题，并要求其回答的一种口语表达形式。

司法问话的主体是司法人员和律师，司法问话的对象是与本案有关的犯罪嫌疑人、被告人、被害人、知情人、证人等，司法问话的特定场合是审讯室、法庭或其他场合。司法问话的过程不是一个个问话的提出，而是从提出问题到回答问题的全过程。

司法实践中，司法问话是一种非常常见而有效的取证手段，是获取供词的过程，也是刑事诉讼的必经环节。

二、司法问话的分类

（一）讯问

讯问是公安机关和检察机关的侦查人员在侦查过程中为了查证事实对犯罪嫌疑人、被告人进行的一种口头对话形式。依法对犯罪嫌疑人、被告人、死刑犯等进行讯问，是确认证据、获取供词的过程，它是一种带有强制性的言语交际行为——司法人员有权问，受讯者必须答。

（二）询问

询问是司法人员和律师在诉讼活动中对刑事案件的被害人、证人，民事案件的当事人、证人进行的一种口头问话形式。询问的目的主要是为了寻找破案线索，查明案件事实，获取证据或解决纠纷。询问性质的司法问话在司法实践中使用范围广，它可以说是每一个办案人员都要使用的一种口语表达方式。

（三）法庭问话

法庭问话是指在庭审中审判人员就本案事实展开的调查，在审判长的主持下控辩双方对证人、被害人进行询问、质问的口语活动，双方发言的机会均等。这种形式的问话，总是问话主体提出问题要求对方回答。这种问话在英国美国为代表的普通法系中叫交叉询问。交叉询问是美国诉讼中最具特色的程序。它是在证人各自作证之后，再接受对方当事人或律师的询问，以验证其语言的真实性。交叉询问的目的有两个：一是暴露对方证人证言的矛盾、错误或不实之处，以降低其证据的价值，或者证明证据不可靠；二是使对方证人承认其有利于己方的事实。在司法实践中，这两个目的很难截然分开。

第二节　司法问话的特点

一、问答的互动性

司法问话，不能仅仅理解成是一个个问话的链条，它是由司法人员提出一个问题并要求对方回答的完整过程，司法问话主体根据问话目的向问话对象提出问题，问话对象接收到信息，并很快作出反映——回答。这一问一答才是一个完整的问话过程。问话引出回答，再根据答话提出问话。问引导答，答影响问，一问一答具有很强的互动性。

二、语境的制约性

司法问话的语言，在特定的受法律制约的语言环境中生成使用。司法问话语言受两方面的约束：一是受法律约束，一是受语境因素的约束。

（一）受法律约束

《刑事诉讼法》规定，对犯罪嫌疑人、被告人、罪犯进行讯问。讯问的目的是获取供词，确实证据，问话具有强制性。按照《刑事诉讼法》的有关规定，对知情人、当事人、被害人或受害人、证人、鉴定人进行询问。询问的目的是查明事实获取证据，但其问话不能像讯问那样带有强制性，而应说服引导其讲真话讲实话。

法庭问话，按照《刑事诉讼法》的规定进行，但其问话不能像讯问那样带有强制性，而应说服引导其讲实话。在法庭调查阶段，审判人员可以就本案事实向被告人发问，审判长、公诉人、辩护人可以向鉴定人、证人、被告人等发问，其目的是调查质证，通过发问、举证、质证最后认证。由此可见，法庭问话不是人人都可以问话，它受法律约束。

（二）受语境因素的约束

司法问话只有讯问、询问的区别，问话的对象却是形形色色、情况不一的。同是讯问、询问，犯罪嫌疑人的性别、年龄、职业、文化程度等条件不同，问话方式方法也应有所改变。

（三）内容的规范性

司法问话的规范性，包括问话形式的法律性，也包括问话言语的规范性。

司法问话“言必依法”，所说的每一句话都要合乎法律规定和政策精神。讯问时，必须有二人在场。讯问的内容要“言必有据”，禁止指供、诱供、刑讯逼供。

（四）言语的策略性

策略性是司法问话的又一大特点。在刑事案件中，侦查人员获取证词、查证供词，是司法问话的最终目的。但是被讯问对象往往产生对立的心理动机，他们企图逃避罪行而竭力隐瞒事实。问话的策略性就显得尤为重要。

第三节　司法问话的方法

一、讯问的方法

（一）熟悉案情，制定计划

讯问前，要全面熟悉证据，了解案情，制定详细的讯问计划，明确讯问的目标。具体要做到：详细阅卷，了解犯罪嫌疑人作案的时间、地点、手段、情节、结果、作案人、受害人的身份等。

（二）区别类型，设计问话

区别犯罪嫌疑人的年龄、文化层次、自身修养、社会地位等，设计不同的问话。

（三）消除情绪，以利配合

（四）讯问三步走。

1．对犯罪嫌疑人身份的讯问。

2．过渡性讯问。

3．实质性讯问。

二、询问的方法

打消顾虑，以求配合

晓之以理，如实叙述

询问三步走。

1．被询问者的身份。

2．询问。

3．切入正题。

三、法庭问话的方法

（一）做好问前准备

（二）把握问话结构

1．问话准备阶段。

2．问话实体阶段。

3．问话行为结束阶段。

（三）掌握问话方法

1．针对性问话。

2．确认性问话。

3．明知故问。

4．明示发问。

5．重复发问。

6．解释性问话。

第四节　司法问话的技巧

一、探索问话

（一）常规探索发问

（二）无定向探索发问

（三）定向探索发问

二、迂回发问

三、暗示发问

四、离间发问

五、跳跃发问

六、激将发问

第五节　司法问话的训练

一、单项训练

1．逼问快答。

逼问快答是对答如流的训练，也是对突发性提问思维反应的强化训练。由于提问内容广泛，跳跃性大，要答得快，答得巧。

2．坦诚表白。

3．听辨练习。

4．一语中的。

听了别人的问题，你要能用概括的语言，言简意赅、一语中的。要能够准确揭示客观实物繁杂表象背后富有规律性的东西。

5．避锋回答。

在不便于直白应对时，可以绕开话题焦点，用迂回曲折的方法表达自己的意思。

二、综合训练

复习与思考题

1．司法问话的概念。

2．司法问话的特点有哪些？

3．司法问话的方法有哪些？

4．司法问话的技巧有哪些？

拓展阅读书目

高玉成主编：《司法口才教程》，法律出版社，1992。

安秀萍编著：《司法口才学教程》，中国政法大学出版社，2005。

孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

林华章主编：《应用口才教程》，法律出版社，1996。

秦甫：《律师实用口才》，法律出版社，1996。

周道鸾主编：《法律文书教程》，法律出版社，2003。

周道鸾主编：《法律文书格式及实例点评》，法律出版社，2003。

唐文：《司法文书实用修辞》，人民法院出版社，1996。

王洁：《法律语言研究》，广东教育出版社，1999。

徐加庆等著：《讯问言语学》，中国人民公安大学出版社，1992。

第八章　法庭演讲

本章教学目的和基本要求：

了解法庭演讲的概念及分类；掌握法庭演讲的特点；学习撰写各种形式的法庭演讲稿；了解法庭演讲的技巧。

学时分配：4 学时。

第一节　法庭演讲概述

一、法庭演讲的概念

法庭演讲是指依法出庭的公诉人、辩护人或代理人在法庭调查结束之后，法庭辩论开始阶段，以事实为依据，以法律为准绳，就具体案情当庭发表意见、宣传法制，具有论辩性、宣传性、感染力的独白式公开讲话。

（一）法庭演讲的特殊主体

法庭演讲的主体是依法出庭支持公诉的公诉人、出庭履行职责的辩护人以及担任诉讼代理人的律师。他们是专门从事法律工作的国家的法律工作者，经过专门的法律培训，具有法定的职责和义务。他们的发言具有庄重性、职责性、艺术性、宣教性等。

（二）法庭演讲的特殊程序

按照法律规定，法庭演讲有着严格的程序。以民事审判为例，共分五个阶段：庭前准备、庭审阶段、法庭调查、法庭辩论、当庭调解。

法庭演讲是在法庭调查结束之后，法庭辩论刚刚开始阶段，依法出庭参加论辩的检察人员和律师发表的公开讲话。法庭演讲在这一特定情况下，严格按照诉讼程序进行。

（三）法庭演讲特定的聆听者

法庭演讲聆听的对象是特定的，是司法人员和律师、原告、被告、证人、鉴定人以及旁听群众。

法庭演讲的特殊语境

（五）法庭演讲的特殊表现形式

法庭演讲是特殊主体在特定语境中的艺术性极强的独白式公开讲话，它具有对抗性、攻击性、复杂性等特征，是一种特殊形式的公开的会话式言语活动。

二、法庭演讲的分类

法庭演讲按演讲主体来分，可分为：公诉人演讲、辩护人演讲、代理人演讲。

（一）公诉人演讲

1．公诉人演讲的概念。

公诉人演讲，即公诉人在发表的公诉意见，是指刑事案件出席第一审法庭的公诉人代表人民检察院在法庭调查结束法庭辩论之前，依法首先发表的支持公诉的意见。

公诉人的演讲，主旨是支持公诉、揭露犯罪、制服犯罪、宣传法制。

2．公诉人演讲的绝佳技巧——先发制人。

（二）辩护人演讲

1．辩护人演讲的概念。

辩护人演讲，即辩护律师在法庭上发表的辩护词，专指担任被告人的辩护人，依法出庭辩护，在刑事审判的法庭辩论开始阶段，依照事实和法律发表的辩护意见。

2．辩护人演讲的绝佳技巧——釜底抽薪。

（三）代理人演讲

代理人演讲是专指律师担任各类刑事、民事、行政案件的诉讼代理人，在法庭调查结束以后，依法依次发表的代理意见。

第二节　法庭演讲的特点

一、单向传达性

法庭演讲一般指公诉人、辩护人、代理人在法庭辩论开始阶段的首次发言。这个首次发言，属于一种独白式的言语形式，具有单向传达性。

二、内容限制性

首先，法庭演讲的内容应与具体案情密切相关，不可脱离案情任意发挥。

其次，法庭演讲的演讲者由于职责不同，所演讲内容也受到限制。公诉人演讲要紧紧围绕起诉书所指控的罪名、犯罪事实、适用法律和社会危害等内容进行分析、论证，揭示被告人犯罪行为的社会危害性、犯罪的思想根源和社会根源等。辩护人的演讲是为维护法律的尊严和被告人的合法权益，就案件事实、适用法律和客观证据而发表的有关被告人无罪、罪轻、从轻、减轻、免除处罚的目的，是保护被告人的合法权益。辩护人演讲不得对被告人的行为提出指控、暴露，不得损害被告人的权益，不得越过自己的职责范围。

三、形式的论辩性

四、宣传教育性

宣传教育的职能是任何类型的演讲都具有的职能，法庭演讲的宣传教育性表现得尤为突出。审判法庭本身就是进行法制宣传教育的生动课堂。“教师”是具有较高法学水平和分析问题、解决问题能力的办案人员，包括律师、公诉员。他们的演讲，以事实为根据，以法律为准绳，严格依照法律分析案件的危害性及其社会根源，以具体而且活生生的例子，对当事人及旁听群众进行法制宣传、法制教育，影响巨大，具有典型意义。

五、发言可变性

在发表意见时，可根据法庭调查的实际情况，临庭对演讲词的内容作适当的修改和加工，以增强演讲的效果。

第三节　法庭演讲稿的拟写

一、怎样写公诉意见书

公诉意见书是指出席第一审法庭的公诉人员代表人民检察院，在法庭调查结束法庭辩论之前，依法首先发表的演说词。其主要内容是在检察院对刑事被告人提出的起诉书的基础上，对起诉书进行补充和阐发。

公诉意见书一般分引言、正文、结束语。

（一）引言

引言包括制作文书的人民检察院名称、文书名称、案件名称及对法庭审判人员的称谓。紧接着是导言，导言是用简明扼要的语言对法庭调查情况进行概括，有以下几种表达方式：

1．概括指控式。

用简练的语言对法庭调查加以概括，并直接明朗地提出公诉意见要领。

2．针对反驳式。

通过反驳被告人的辩解或者论述罪行而讲述法庭调查概括。

（二）正文

这一部分是公诉人演讲的核心，其任务是引用多方面的材料，摆事实讲道理，论证引言中所提出的要点。

（三）结束语

二、怎样写辩护词

辩护词是刑事案件被告人的辩护人在法庭上为被告人作无罪、罪轻或者减轻、免除刑事处罚辩护时的演讲词。

辩护词一般也分为引言、正文、结束语。

（一）引言

引言要求措辞简练。先写明标题，然后是称谓，其次写明以下三点：第一，出庭的根据；第二，开庭前律师接受委托后的工作情况；第三，对案件的认识和提请法庭注意的事项。

（二）正文

也称事实和理由，是辩护词的核心部分。它承接引言，对公诉方指控的事实和理由进行全面的分析和论证，证明自己的观点和主张是正确的。辩护人的辩护意见，主要应围绕公诉人指控的罪名，从事实、证据、法律等不同方面进行分析，找出并论证控诉方在事实认定、证据效力、适用法律等方面的错误、漏洞或疑点方面反驳其指控。

（三）结论

这一部分要对自己的辩护观点进行归纳、总结，并向法庭提出对被告人的处理建议。

三、怎样写代理词

代理词是刑事案件被害人、自诉案件自诉人、刑事附带民事诉讼被告人、原告人、民事案件原告被告所委托的诉讼代理人在法庭辩论阶段代表其委托人当庭发表的演说词。

代理词一般由三部分组成：引言、正文、结论。

（一）引言

代理词的引言分两部分，即表明自己的身份及律师代理所根据的法律规定，对法庭调查的结果进行简明扼要的概括。

（二）主体

（三）结论

这一部分是对代理意见作出的结论性概括和归纳。

第四节　法庭演讲的技巧

一、写作技巧

（一）充实有力的内容

法庭演讲最关键的是充实有力的内容，真实地提示事实真相，准确地适用法律，合法、合理地

解决争讼，只有遵循这种公正观念，将演讲内容写得充实有力，法庭演讲本身才具有动人肺腑的魅力。

充实有力的内容，首先是吃透案情，实事求是，合法、合理、合情地提出自己的诉讼主张。其次要深入细致、客观准确、全面地掌握事实合证据。

（二）引人注目的首尾

1．好的开头。

好的开头是成功的一半。在法庭演讲中，典型的开头方式有：

（1）目的依据式。

即在开头首先言简意赅地说明辩护词的目的和依据。这是最常用的方法，这种开头常起到宣传法律常识的作用。

（2）提纲挈领式。

即把辩护核心、案件要领在开场白中简明扼要地阐明。

（3）阐明观点式。

即开门见山地把辩护的中心观点置于开场之中，直截了当阐明态度、观点。

（4）委婉引入式。

即演讲者直接表达自己的感情，创造有利于讲话的气氛。

2．有力的结尾。

法庭演讲中，典型的结尾方式有：

（1）总括式。

即在演讲结束时，演讲者对所述内容作一扼要的概括总结。

（2）请求式。

即在演讲结束时，演讲者以恳求的语句结束演讲。

（3）情感式。

即在演讲结束时，演讲者用深沉真挚的感情，依法论理，给听众留下深刻的印象。

二、表达技巧

法庭演讲相对于宣读来说是一种更高层次的口语表达形式，具有散文的性质，是综合了各种艺术表现手段的综合口语表达活动。

（一）庄重优雅的声音

1．停连得当，方能扣人心弦。

2．巧用重音，才能主次分明。

（二）情理交融的语言

（三）得体自如的态势

第五节　法庭演讲的训练

一、单项训练

1．声带训练

2．语气训练

3．态势训练

二、综合训练

复习与思考题

1．什么是法庭演讲？
2．法庭演讲的分类。
3．法庭演讲的特点有哪些？
4．撰写公诉意见书、辩护词、代理词。
5．法庭演讲的技巧有哪些？

拓展阅读书目

王洁：《法律语言研究》，广东教育出版社，1999。
清华大学法学院编：《模拟法庭训练》，法律出版社，2004。
孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

第九章　法庭论辩（一）

本章教学目的和基本要求：

了解论辩的定义；了解论辩的工具；了解诡辩的类型；了解反诡辩的方法。

学时分配：4 学时。

法庭论辩艺术是司法口才中最具有丰采的言语对抗艺术，它以雄辩之美跻身于论辩于是之星空。

第一节　论辩概述

一、什么是论辩

《墨子》之《小取》“夫辩者，将以明是非之分，审治乱之纪，明同异之处，察明实之理，处厉害，决嫌疑。”

论辩是持不同观点的人之间所进行的论证和反驳的说理过程。

二、古代的论辩活动

第二节　论辩的工具

一、辩题与命题

（一）辩题

1．辩题的定义。

辩题，又叫论题，是争辩中的问题或题目，是引起论辩双方争端的焦点。任何论辩都是围绕着辩题这个争端焦点进行的。

2．辩题的种类。

辩题一般分为两大类，一是矛盾关系的辩题，一是反对关系的辩题。

矛盾关系的辩题，是指针对客观事物的同一方面，同时进行肯定和否定的两个观点完全相反的论题。一个论题针对某一客观事物的某一方面进行了肯定，另一个论题则针对同一客观事物的同一方面进行完全相反的否定，这两个辩题之间就是矛盾关系的辩题。“店主的行为构成敲诈勒索罪”“店主的行为不构成敲诈勒索罪”。

反对关系的辩题，是针对同一客观事物的同一方面，同时进行了完全对立的肯定。即一个辩题针对某一客观事物的某一方面进行了肯定，另一个辩题针对同一客观事物的同一方面进行了另一种肯定。“张三构成故意杀人罪”“张三构成过失杀人罪”。

3．对辩题的要求。

（1）辩题不能无中生有。

（2）辩题不能互不相干。

（3）辩题不能观点统一。

（二）命题

在辩论是，仅有辩题是不够的，必须站在自己的诉讼立场上，从维护己方合法权益的角度，坚定而明确地提出我们对辩题的基本观点或看法，也就是确立命题，对命题作出绝不犹豫的判断。

1．命题的定义。

2．命题的种类。

（1）肯定性命题。

（2）否定性命题。

（3）建议性命题。

（4）质疑性命题。

3．命题的要求。

（1）命题要真实。

（2）命题要完整、严谨。

二、证明与反驳

（一）证明

1．证明的定义。

证明是借助其他某些真实有关的判断来论证某一命题的真实性的逻辑方法。

2．常见的证明方法。

（1）直接证明。

（2）间接证明。

（3）演绎证明。

（4）归纳证明。

（二）反驳

1．反驳的定义。

反驳是论证某一命题的虚假性的逻辑方法。

2．常见的反驳方法。

（1）揭悖反驳。

（2）归谬反驳。

第三节　论辩中的诡辩与反诡辩

一、诡辩概述

（一）什么是诡辩

所谓诡辩，就是违反客观事实，违反客观公理及科学原理，似是而非地反驳正确观点，维护错误观点的论证方式。

（二）诡辩的类型

1．偷换概念，转移论题。

2．玩弄推理，故弄玄虚。

（1）机械类比。（2）二难推理。（3）复杂问话。

3．强词夺理，无端攻击。

4．歧义命题，天赐良机。

二、论辩中的反诡辩

（一）让事实说话

（二）使概念明了

（三）把预设推倒
（四）以全纠偏
（五）以其人之道还治其人之身

复习与思考题

1．论辩的定义。
2．论辩的工具有哪些？
3．诡辩的类型有哪些？
4．反诡辩的方法有哪些？

拓展阅读书目

王洁：《法律语言研究》，广东教育出版社，1999。
清华大学法学院编：《模拟法庭训练》，法律出版社，2004。
孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。
陶武平：《明案劲辩》，上海人民出版社，2003。
秦甫编著：《律师论辩技法》，人民法院出版社，2001。

第十章　法庭论辩（二）

本章教学目的和基本要求：

了解法庭论辩的概念及分类；掌握法庭论辩的特点；掌握法庭论辩的方法；掌握法庭论辩的技巧。

学时分配：6 学时。

第一节　法庭论辩概述

一、法庭论辩的概念

法庭论辩指在诉讼活动中，公诉人、律师、当事人以及其他诉讼参与人围绕争议纠纷事实，根据有关法律规定，在法定程序之下以口头形式展开的论证和辩驳的活动，以及对争议或纠纷从事实上和法律上得出正确的认识并获得正确、合法、公正解决的一种口语表达活动。

二、法庭论辩的分类

（一）刑事案件法庭论辩

1．刑事公诉案件的法庭论辩。

2．刑事自诉案件的法庭论辩。

（二）民事案件的法庭论辩

1．一审程序中的法庭论辩。

2．二审程序中的法庭论辩。

（三）行政案件法庭论辩

1．一审程序中的法庭论辩。

2．二审程序中的法庭论辩。

第二节　法庭论辩的特点

一、双向对抗性

二、时境限制性

三、内容法定性

按照法律规定，法庭论辩的内容应围绕争议或纠纷的事实，依据有关的证据和法律的规定针对涉及案件处理结果的事实、法律程序等问题展开论证和反驳。

法庭论辩的具体内容应从以下几个方面着手：

（一）事实辩

（二）证据辩

（三）法理辩

四、临场的应变性

法律论辩者应变能力的内容，一般包括：

（一）控场能力
（二）对答能力
（三）判断能力
（四）补救能力

五、目的公正性

第三节　法庭论辩的方法

法庭论辩的方法多种多样，法庭论辩者要灵活巧妙地运用这些方法，以充分体现自己的司法口才，有效地维护法律的尊严。

一、事理法

事理法就是通过列举证据叙述事实来阐明理由的方法。

二、法理法

法理法就是论辩中用法律原则、法律理论以及对法律条文的理解作为论据来证明己方的观点并反驳对方观点的一种法庭论辩方法。

三、对比法

对比法是通过同一性质的事物在人物、时空差异的情况下质和量的对比。它主要是列举相关事实并加以比较，从而辨别是非分清优劣。

四、类比法

五、因果法

因果法是通过论证事物间的因果关系来证明己方观点的一种论辩方法。

第四节　法庭论辩的技巧

一、造势夺人

二、釜底抽薪

1．动摇案件事实使之难以成立。
2．揭露证据不确实、不充分。
3．说明调查取证违反法定程序。

三、欲擒故纵

四、针锋相对

五、突出重点，切中要害

六、情理交融

七、随机应变

在法庭论辩中，出现“突变”的情况大都是由于自己的失言造成论辩局面的变化，一言既出驷马难追。以下方法可以亡羊补牢：

1．更新式表达。

“审判长，请允许我更完整、更准确地说明一下我刚才的发言。”

2．补充式表达。

“本律师对刚才有关某某问题的发言，提出如下补充意见。”

3．强调式表达。

“本律师对某某问题的意见，已经在前面作了全面的陈述，为了更清楚地说明这个问题，下面再归纳几点意见。”

4．随即搪塞式表达。

5．果断回击式

第五节　法庭论辩的训练

一、单项训练

1．观察训练。

2．聆听训练。

3．思维训练。

二、综合训练

复习与思考题

1．法庭论辩的概念。

2．法庭论辩的的分类。

3．法庭论辩的特点是什么？

4．法庭论辩的方法有哪些？

5．法庭论辩的技巧有哪些？

拓展阅读书目

王洁：《法律语言研究》，广东教育出版社，1999。

清华大学法学院编：《模拟法庭训练》，法律出版社，2004。

孙海燕编著：《口才训练十五讲》，北京大学出版社，2003。

陶武平：《明案劲辩》，上海人民出版社，2003。

秦甫编著：《律师论辩技法》，人民法院出版社，2001。

《西方法律思想史》教学大纲

陈景辉　编写

目　录

前　言.....408
绪 论.....409
一、西方法律思想史的学科名称.....409
二、法学理论的历史地位与作用.....409
三、西方法学研究的基本内容.....409
四、西方法律思想史与相关学科的关系.....409
五、西方法律思想发展的历史发展.....409
六、西方法律思想的主线：自然法与实证主义.....409
本章思考题.....409
本章推荐阅读书目.....410
第一章　古希腊法律思想.....411
第一节　古希腊前期智者和苏格拉底的法律思想.....411
一、古希腊国家的产生和发展.....411
二、前期智者的法律思想.....411
三、“苏格拉底之死”与法律.....411
第二节　柏拉图的法律思想.....411
一、柏拉图的理念自然法.....411
二、正义论与人治论.....411
三、法制论.....411
四、柏拉图法律思想的主要评价.....411
第三节　亚里士多德的法律思想.....412
一、亚里士多德的城邦自然法.....412
二、法律正义论.....412
三、法律的定义、作用、分类.....412
四、法治主义理论.....412
五、亚里士多德法律思想的特点.....412
本章思考题.....412
本章推荐阅读书目.....412
第二章　古罗马法律思想.....414
第一节　斯多亚学派与西塞罗的法律思想.....414
一、斯多亚学派：希腊与罗马的沟通.....414
二、西塞罗的法律思想.....414
第二节　罗马法.....414
一、古罗马法与罗马法学家.....414
二、古罗马法学的基本内容.....414
本章思考题.....415
本章推荐阅读书目.....415
第三章　中世纪神学自然法.....416
第一节　奥古斯丁的神学自然法.....416
一、基督教对西方法律的影响.....416

二、奥古斯丁的“三分法”……416
第二节　托马斯·阿奎那的法律思想……417
一、教会的地位……417
二、人的学说……417
三、政治理论……417
四、教会的位置……417
五、法的概念和性质……417
六、法的分类……417
本章思考题……417
本章推荐阅读书目……417
第四章　古典自然法学……419
第一节　古典自然法概说……419
一、古典自然法学派产生的背景：古代向近代的转折……419
二、古典自然法学派概述……419
三、古典自然法的缘起：格老秀斯和斯宾诺莎的法律思想……419
第二节　古典自然法的四个类型……420
一、霍布斯的法律思想……420
二、洛克的法律思想……420
三、孟德斯鸠的法律思想……420
四、卢梭的法律思想……420
五、古典自然法在美国的流传……420
本章思考题……420
本章推荐阅读书目……421
第五章　哲理法学与历史法学……422
第一节　哲理法学派……422
一、康德的法律思想……422
二、黑格尔的法律思想……422
第二节　历史法学派……422
一、萨维尼的法律思想……422
二、梅因的法律思想……423
本章思考题……423
本章推荐阅读书目……423
第六章　功利主义法学与分析实证法学……424
第一节　功利主义的法律思想……424
一、休谟的知识论……424
二、边沁的法律思想……424
三、密尔的法律思想……424
第二节　奥斯丁的法律思想……424
一、生平与著作……424
二、法学独立之先驱……424
三、实证主义法律观……424
四、法律的实证分析……425
本章思考题……425

本章推荐阅读书目.....425
第七章　新自然法学.....426
第一节　富勒的法律思想.....426
一、生平与著作.....426
二、法律与道德的论战.....426
三、道德是法律的基础：义务的道德与追求的道德。.....426
四、程序自然法与实体自然法.....426
五、对相关法律概念的批判.....426
第二节　罗尔斯的正义理论.....426
第三节　德沃金的法律理论.....426
一、生平与著作.....426
二、新自由主义权利观.....426
三、平等与自由.....426
四、法律观.....426
第四节　菲尼斯的法律思想.....427
一、自然法及人类基本的幸福.....427
二、实践理性的基本要求.....427
本章思考题.....427
本章推荐阅读书目.....427
第八章　社会法学与现实主义法学.....428
第一节　社会法学.....428
一、狄骥的法律思想.....428
二、庞德的法律思想.....428
三、塞尔兹尼克的法律思想.....428
第二节　现实主义法学.....429
一、早期法律现实主义的法律理论.....429
二、法律现实主义的法律主张.....429
本章思考题.....429
第九章　新分析实证主义法学.....430
第一节　凯尔森的纯粹法学.....430
一、纯粹法学的基本主张.....430
二、规范理论.....430
第二节　哈特的法律理论.....430
一、行动中的语言：对定义研究方法的批判.....430
二、理论主张.....430
本章思考题.....431
本章推荐阅读书目.....431
第十章　批判法学与西方马克思主义法学.....432
第一节　批判法学.....432
一、批判法学的产生和发展.....432
二、批判法学代表人物的主要观点.....432
第二节　西方马克思主义法学.....432
一、西方马克思主义法学的理论渊源.....432

二、西方马克思主义代表人物的法律观 432
三、西方马克思主义法学的主要观点 432
本章思考题 432
本章推荐阅读书目 433

前　言

西方法律思想史是一部以研究西方法律思想的产生、发展和流变为研究对象的学科，属于法学体系中的基础理论课程。本课程设置的目的在于：其一，通过对西方法律思想演变过程的了解和掌握，扩大学生的知识视野，并体验法律思想对法律制度的重要影响。其二，本门课程还有利于加深学生对现行西方法律制度的了解，分析西方法律传统发展历程所蕴涵的理论因素。其三，从研究的角度看，任何的理论进展都是建立在原有的理论传统之上，因此理解和掌握思想发展的历史，有助于学生研究能力的提升。

本大纲在结构上分为四个部分：（1）本章学习目的；（2）本章内容（包括本章主要知识点，学时分配）；（3）本章思考题；（4）本章推荐阅读书目。

《西方法律思想史》计划授课总课时为 36 学时。

绪 论

本章学习目的和要求：

通过绪论的学习，了解西方法律思想史学科的研究对象、学科定位，熟悉研究的基本方法与手段，重点从整体上明确西方法律思想主要的理论特色。

本章内容

讲课时数：2 学时

一、西方法律思想史的学科名称

“西方”、“法律思想”、“西方法律思想史”所代表的特定涵义。

二、法学理论的历史地位与作用

概述西方法律思想对西方法律制度所产生的有益影响。

三、西方法学研究的基本内容

1．西方法学研究的基本范围：包括法律概念的形成及其解释；法律规范的结构分析；法律渊源的确认；司法程序技术研究。

2．西方法学研究的主要内容：包括抽象价值；法律形式；法律实效。

四、西方法律思想史与相关学科的关系

1．西方法律思想史与西方政治思想史的关系

2．西方法律思想史与外国法制史的关系

3．西方法律思想史与西方哲学史的关系

4．西方法律思想史与西方法哲学（法理学）的关系

五、西方法律思想发展的历史发展

1．古希腊罗马阶段。

2．中世纪阶段。

3．自由资本主义阶段。

4．垄断资本主义时期。

六、西方法律思想的主线：自然法与实证主义

1．自然法：本质自然法－神谕自然法－理性自然法－道德自然法

2．实证主义：奥斯丁的命令论—凯尔森的规范论－哈特的双重规则理论

3．辅助争论：

（1）实证主义与法律社会学

（2）实证主义与概念法学

（3）概念法学与法律现实主义、批判法学

本章思考题

1．西方法律思想史的发展历经了两千年的立场，请问这个发展历程的基本线索是什么？

2．西方法律思想史与西方政治思想史之间的关系是什么？

本章推荐阅读书目

1．何勤华：《西方法学史》，中国政法大学出版社 1996 年版。

2．张乃根：《西方法哲学史港》，中国政法大学出版社 1994 年版。

3．吕世伦主编：《西方法律思想源流论》，中国人民公安大学出版社 1996 年版

4．博登海默：《法理学：法律哲学和法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年版

5．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

6．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

7．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版

第一章　古希腊法律思想

本章学习目的

古希腊法律思想是西方法律思想与法律制度的理论源头，也是西方法律文化最为重要的理论渊源。特别是柏拉图、亚里士多德的学说，对于西方法学理论而言是不竭的学术遗产。学习本章，主要掌握希腊思想家有关正义、理性、法治的主要论述。

本章内容

讲课时数：3 学时

第一节　古希腊前期智者和苏格拉底的法律思想

一、古希腊国家的产生和发展

二、前期智者的法律思想

三、“苏格拉底之死”与法律

“克力同事件”与服从法律的义务

第二节　柏拉图的法律思想

一、柏拉图的理念自然法

理念论（理念/现实的绝对对立）
只有理念世界才是“善”的生活
理念世界的规律是真实的规律
只有哲学王才能发现这个规律—哲学王的观念

二、正义论与人治论

正义之国与人的类型
法律与正义的关系
哲学王与人治

三、法制论

立法过程论
立法原则论
守法论

四、柏拉图法律思想的主要评价

法治主义思想的论述
最好政治与最坏政治的策略
混合政体以及分权原则的意义

集体主义方法论的鼻祖

第三节　亚里士多德的法律思想

一、亚里士多德的城邦自然法

万事万物都是变化的
变化是为了事物本身目的的实现（目的论）
目的的实现/事物完全发展－即为自然（事物的生长）
社会或者群体生活对于个人而言是自然的
城邦是自然的产物
孤立的个人是不完整的/非自然的（神或野兽）
人从本质上讲是政治/城邦的动物

二、法律正义论

正义的内涵与分类
法律正义论的延伸
平等与中庸
正义与法律的关系

三、法律的定义、作用、分类

法律的概念
法律的作用
法律的分类

四、法治主义理论

法治的涵义
法治的具体体现
法治的优越性
法治缺陷的弥补。

五、亚里士多德法律思想的特点

从伦理学入手探讨理想的政治生活形式
将法与政治合而为一进行研究
具有鲜明的现实主义特点
推崇法治的精神。

本章思考题

1．请比较柏拉图与亚里士多德对于法律的不同认识
2．请论述亚里士多德的法治理论及其对于后世的影响

本章推荐阅读书目

1． Cotterrell, Roger, The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy

(London & Edinburgh: Butterworths, 1989)

2．（德）魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版。

3．林植坚：“柏拉图的宇宙论与自然法思想”，（台北：《台大法学论丛》第三十一卷第三期，2002）

4．亚里士多德：《尼各马科伦理学》（苗力田译，北京：中国社会科学出版社，1999）

5．柏拉图：《法律篇》，上海人民出版社 2001 年版

6．亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆 2003 年版

7．亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1958 年版

8．柏拉图：《理想国》，商务印书馆 1958 年版。

9．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

10．科殷,《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版

11．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

12．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版

13．H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* (New York: Croom Helm, 1987)

第二章　古罗马法律思想

本章学习目的

古罗马法是西方两大法系的共同源头。在罗马法的形成过程中，罗马法学家的创造性与学理和实践结合的法学风格功不可没。本章要求学生了解罗马法的主要历史成就，了解古罗马法学的基本内容，从而更为深刻地理解法学理论与法律实践的关系。

本章内容

讲课时数：3 学时

第一节　斯多亚学派与西塞罗的法律思想

一、斯多亚学派：希腊与罗马的沟通

罗马帝国的建立
世界理性
自然法对于所有人的适用（万物有灵论）
万民法的出现
奴隶制的反对

二、西塞罗的法律思想

国家的起源和定义
政体形式
共和政体的国家机构
法律思想

第二节　罗马法

一、古罗马法与罗马法学家

1．罗马法的历史成就：
罗马法的编纂
罗马法对后世立法的影响。
2．罗马法学家及其贡献：
罗马法学家阶层的形成
罗马法学家的主要贡献。

二、古罗马法学的基本内容

1．自然法思想对罗马法的影响：
罗马法以理性主义为主要特征
罗马法的具体制度与原则和自然法存在着理论上的渊源关系。
2．市民法、万民法与自然法的关系：
罗马法的三分

自然法与万民法的关系。

3．法学理论的实际应用。

本章思考题

1．请说明斯多亚学派对于沟通希腊与罗马法律传统的历史作用。

2．请论述罗马法与自然法之间的关系

本章推荐阅读书目

1．（德）茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版。

2．（法）勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版。

3．（日）大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社 1999 年版。

4．登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，台湾联经出版公司 1982 年版

5．罗素：《西方哲学史》何兆武，李约瑟译

6．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

7．科殷,《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版

8．张乃根：《法哲学史纲》，中国政法大学出版社 2002 年版

9．郑永流，“法哲学是什么？”郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，中国政法大学出版社 1998 年版

10．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版

11．H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* (New York: Croom Helm, 1987)

第三章　中世纪神学自然法

本章学习目的

中世纪被人们称为黑暗时代，然而在法学上，它却是为近现代法律摧生的重要阶段。学习本章，主要应了解基督教对西方法律的影响，明确圣托马斯有关法律的主要观念，从而厘清中世纪法学与近代法学的渊源关系。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　奥古斯丁的神学自然法

一、基督教对西方法律的影响

不合作主义原则
“人性升华”的法律改革
教会法的形成与世俗法的改进
法律矛盾的调和
倡导“良心原则”
法律制度的多元性观念
坚持“法律之发展原则”
主权观念的诞生

二、奥古斯丁的“三分法”

1．罗马败于野蛮人—上帝不保护选民（神圣罗马帝国）
2．原罪说
由世俗之城向上帝之城的救赎
原罪说摧毁了世俗国家的正当性
世俗之城是以罪制罪
世俗之城不值得追求
国家是不必要的
永恒法、自然法与现实无关（是个理想）
3．奥古斯丁与柏拉图理念论之间的关系
4．自然法的层次
永恒法（上帝的意志）
自然法（永恒法在人的意识中的复现）
实在法（立法者在特定时间确定的行为准则）
立法者原罪—实在法无正当性基础将会变得罪恶

第二节　托马斯·阿奎那的法律思想

一、教会的地位

二、人的学说

人具有自然理性之光
原罪也不能遮蔽
自然理性与自然法

三、政治理论

上帝的存在即为某种统治
有统治既有政治生活
政治先于原罪（与奥古斯丁相反）
国家是政治统治的一部分
区分好/坏国家
自然法（人类依据理性对于永恒法的发现）

四、教会的位置

国家的世俗生活并非完美生活的全部
只有教会才能指引人们发现上帝设立的终极目的
只有教会才能实现完美/自然的生活
国家从属于教会

五、法的概念和性质

关于法的性质
关于法的目的
关于法的定义

六、法的分类

永恒法
自然法
人法
神法

本章思考题

1．请比较奥古斯丁与托马斯·阿奎那的法律思想
2．请说明托马斯·阿奎那的理论被称为“基督教人文主义”的原因

本章推荐阅读书目

1．托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》（马清槐译，北京：商务印书馆，1963）
2．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）

3．乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》（刘山等译，北京：商务印书馆，1990）
4．登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，台湾联经出版公司 1982 年版
5．奥古斯丁：《忏悔录》，应枫译，时代文艺出版社 2000 年版
6．唐逸：《理性与信仰：西方中世纪哲学思想》，广西师范大学出版社 2005 年版
7．布鲁斯·雪莱：《基督教会史》，刘平译，北京大学出版社 2004 年版
8．罗素：《西方哲学史》何兆武，李约瑟译
9．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版
10．科殷,《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版
11．张乃根：《法哲学史纲》，中国政法大学出版社 2002 年版
12．H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* (New York: Croom Helm, 1987)

第四章　古典自然法学

本章学习目的

古典自然法学是西方法学史以及西方近现代法律史上最为重要的法学流派，是西方近代宪政制度与政治制度的理论奠基者与思想发动者。通过本章的学习，既要求了解霍布斯、洛克、卢梭、孟德斯鸠等思想家的主要学说，也要求学生掌握人民主权、权力分工、权力制约等主要理论学说，确立分析现代西方法律制度的理论框架。

本章内容

讲课时数：6 学时

第一节　古典自然法概说

一、古典自然法学派产生的背景：古代向近代的转折

1．宗教改革：阻隔人类认识自然法的可能性—所有的法律都是世俗法—另外寻求世俗法的正当基础－路德和加尔文的法律思想

2．文艺复兴与人文主义运动

3．政治哲学的世俗化：

马基雅弗利的政治理论

布丹的主权论

4．科学主义及其方法论的影响：

分析综合法—分析还原与理性重建

将研究的中心集中于研究对象本身而非在之外寻求答案

二、古典自然法学派概述

1．古典自然法学派的产生与发展

2．古典自然法学派的研究方法：价值分析方法的内涵、预设、意义及其理论争议。

3．古典自然法学派的特点和基本理论：

以人作为研究的出发点，强调自然权利，并进而推出社会契约观念

基本理论主要有：四个自然的理论；社会契约论；人民主权说；权力分工与制衡论；法律公意说。

三、古典自然法的缘起：格老秀斯和斯宾诺莎的法律思想

1．格老秀斯的法律思想：

生平与著作

自然法理论

国际法理论

2．斯宾诺莎的法律思想：

生平与著作

自由与自然权利观念

民主论与人性思想

第二节　古典自然法的四个类型

一、霍布斯的法律思想

1．生平和著作
2．人性恶的自然状态论
3．平等的自然权利论和社会契约论
4．自然法原则
5．法律命令说
6．法律分类说

二、洛克的法律思想

1．生平与著作
2．对神学政治法律思想的批判
3．自然法理论
4．分权理论：立法权与执法权的划分
5．法律与自由：法律是自由的保障

三、孟德斯鸠的法律思想

1．生平与著作
2．法的精神：法律与政体、气候、土壤、民族精神的关系。
3．自由与分权：三权分立观念的确立。
4．政体分类说

四、卢梭的法律思想

1．生平与著作
2．自然法学说与人类不平等的起源
3．社会契约的理论
4．法治论

五、古典自然法在美国的流传

1．杰斐逊的法律思想
天赋人权观－人民主权论－法律思想
2．潘恩的法律思想
天赋人权论－宪法思想－法治思想
3．汉密尔顿的法律思想
联邦主义理论－分权与制衡理论－法律理论

本章思考题

1．霍布斯与洛克自然法理论的比较
2．卢梭与柏拉图理论的关系
3．孟德斯鸠的法律思想及其对美国的影响

本章推荐阅读书目

1．登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，台湾联经出版公司 1982 年版

2．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）

3．乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》（刘山等译，北京：商务印书馆，1990）

4．朱学勤：《道德理想国的覆灭》，上海三联出版社 1995 年版

5．钱弘道：《为卢梭申辩》，北京大学出版社 1999 年版

6．霍布斯：《利维坦》，黎思复，黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版

7．霍布斯：《论公民》，应星，冯克利译，贵州人民出版社 2003 年版

8．罗素：《西方哲学史》何兆武，李约瑟译，商务印书馆 2004 年版

9．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

10．徐向东：《自由主义、社会契约与政治辩护》，北京大学出版社 2005 年版

11．莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社 2003 年版

12．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版

13．孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆 1965 年版

14．洛克：《政府论》，商务印书馆 1968 年版

15．卢梭：《论人类不平等的起源》，商务印书馆 1968 年版

16．卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 1968 年版

17．H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* (New York: Croom Helm, 1987)

第五章　哲理法学与历史法学

本章学习目的

学习本章，主要要求掌握

1. 以哲学思想为先导、以理性自由为宗旨的哲理法学派在法律观念和法律思想上的主要特点，明确康德、黑格尔有关法律的主要论述，并比较其与自然法学派在类似观念上的异同。

2. 历史法学派是为回应自然法学派而诞生的法学流派。学习本章，要求掌握历史法学派产生的特定背景及其研究方法，尤其要注重萨维尼“民族精神论”以及梅因“从社会到契约”的法律进化公式的重要意义。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　哲理法学派

一、康德的法律思想

1. 生平与著作
2. 法律的定义及一般原理：法律的定义；权利；义务。
3. 实在法的理论体系：民法、刑法、宪法、国际法与世界法。
4. 康德法律思想的评价

二、黑格尔的法律思想

1. 生平与著作
2. 哲学体系及法哲学体系
3. 理性主义的法思想体系
4. 法律思想：法律的内涵；民法；刑法；国家法。

第二节　历史法学派

一、萨维尼的法律思想

1. 生平与著作
2. 历史实证主义的哲学方法
3. 基本观点和学术立场：

法的起源与发展

法是“民族精神”的体现

强调习惯法的作用，反对法典编纂

对于罗马法研究的重要贡献。

4. 民族精神论的评价问题
5. 民族精神论－一般法理论－概念法学－法律的机械运用

二、梅因的法律思想

1．生平与著作
2．研究方法
3．对法律史的综合考察及历史法学的科学结论：
法的发展阶段论
法的进化手段论
法的发展公式——“从身份到契约”。

本章思考题

1．康德与黑格尔的法律概念有何异同？
2．请用梅因的法律发展公式——“从身份到契约”解释中国古代法律的发展及其面临的问题。

本章推荐阅读书目

1．梯利：《西方哲学史》（葛力译，北京：商务印书馆，1995）
2．吕世伦：《黑格尔法律思想研究》，中国人民公安大学出版社 1998 年版
3．康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆 1956 年版
4．黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1982 年版
5．梅因：《古代法》，商务印书馆 1964 年版
6．罗素：《西方哲学史》，何兆武，李约瑟译，商务印书馆 2004 年版
7．徐向东：《自由主义、社会契约与政治辩护》，北京大学出版社 2005 年版
8．乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》（刘山等译，北京：商务印书馆，1990）
9．考夫曼、哈斯默尔，主编：《当代法哲学与法律理论导论》（郑永流译，北京：法律出版社，2002）
10．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版
11．Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 1996)

第六章　功利主义法学与分析实证法学

本章学习目的

通过本章的学习，掌握功利主义的哲学思潮对法学研究的重要影响，特别是边沁功利主义的法律观对法律制度发展的重要意义。同时，对以奥斯丁为代表的早期分析实证法学在研究方法、研究范围、价值立场及理论贡献等方面的问题，也必须认真加以分析。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　功利主义的法律思想

一、休谟的知识论

事实与价值的二分

自然法的势微

二、边沁的法律思想

1．生平与著作

2．功利主义道德原则

3．功利主义法律观

4．功利主义立法原则：增进最大多数人的最大幸福。

5．法律改革思想与实践

三、密尔的法律思想

1．生平与著作

2．功利主义理论的完善

3．自由资本主义理论的总结

4．代议制政府的理论总结

第二节　奥斯丁的法律思想

一、生平与著作

二、法学独立之先驱

法学对哲学、政治学与神学的依附

法学独立的意义

三、实证主义法律观

“法律”一词的四种用法

命令——“法律”一词的恰当用法

主权者的命令

主权、命令、制裁三位一体
独立政治社会
服从习惯

四、法律的实证分析

规范的分析
概念的分析

本章思考题

1．请说明密尔对于功利主义理论的完善
2．边沁对于奥斯丁法律思想的影响
3．奥斯丁的命令论与霍布斯的命令论之间的区别与联系。

本章推荐阅读书目

1．郑永流，“法哲学是什么？”（郑永流主编，《法哲学与法社会学论从•（一）》，北京：中国政法大学出版社，1998）
2．索利：《英国哲学史》（段德智译，济南：山东人民出版社，1996）
3．沈宗灵：《现代西方法理学》（北京：北京大学出版社，1992）
4．乔治•霍兰•萨拜因：《政治学说史》（刘山等译，北京：商务印书馆，1990）
5．John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (David Campbell & Philip Thomas ed., Dartmouth: Ashage, 1998)
6．Jeremy Bentham, *Of Laws In General* (H.L.A. Hart ed., London: The Athlone Press, 1970)
7．奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版
8．霍布斯：《利维坦》，黎思复，黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版
9．边沁：《政府片论》，商务印书馆 1979 年版
10．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版
11．莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社 2003 年版
12．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版
13．Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 1996)
14．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

第七章　新自然法学

本章学习目的

通过本章的学习，了解新自然法学家在人权、道德、自由、正义等价值理论方面的重大进展，并明确其与古典自然法学派在相关问题上的差异。重点掌握马里旦的人权理念、富勒的道德学说、罗尔斯的正义理论以及德沃金对权利、自由的阐述。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　富勒的法律思想

一、生平与著作

二、法律与道德的论战

三、道德是法律的基础：义务的道德与追求的道德。

四、程序自然法与实体自然法

程序自然法的八项要求

五、对相关法律概念的批判

第二节　罗尔斯的正义理论

一、生平与著作
二、社会正义理论
三、法律与自由
四、政治正义与宪法

第三节　德沃金的法律理论

一、生平与著作

二、新自由主义权利观

三、平等与自由

资源平等观

四、法律观

法官在法律实践中的中心地位

法律解释的整体阐释论主张
法律自由主义理论的进一步引伸

第四节　菲尼斯的法律思想

一、自然法及人类基本的幸福

人类基本幸福的类型
对于阿奎纳理论传统的继承
正义与共同的幸福

二、实践理性的基本要求

自然权利
法律的概念

本章思考题

1．新自然法学派与二战后“纽伦堡审判”的关系
2．新自然法学派与传统自然法学派的区别
3．罗尔斯与德沃金为什么均被视为自由主义的代表人物？
4．请简要评述富勒程序自然法的八项要求。

本章推荐阅读书目

1．罗尔斯：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版
2．德沃金：《法律帝国》，中国大百科全书出版社 1996 年版
3．Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978)
4．Brian Bix, “Natural Law Theory”, in *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory* (D. Patterson ed., Oxford: Basic Blackwell, 1996)
5．H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* (New York: Croom Helm, 1987)
6．德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1996 年版
7．德沃金：《自由的法--对美国宪法的道德解读》，刘丽君译，上海人民出版社 2001 年版
8．德沃金：《至上的美德——平等的理论与实践》，冯克利译，江苏人民出版社 2003 年版
9．德沃金：《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社 2005 年版
10．富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2004 年版
11．Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 1996)
12．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

第八章　社会法学与现实主义法学

本章学习目的

通过本章学习，掌握：

1．社会法学产生和兴起的历史背景，掌握其研究方法和研究对象上的特殊之处，并通过对狄骥社会连带关系论、庞德的社会利益说、塞尔兹尼克的法治理想的认识，明确现代法律转轨与社会法学之间的内在关联。

2．现实主义法学是以法官为中心的法学，学习本章，重点要求了解现实主义法学兴起的历史背景及其意义，明确其在法官的精神分析、司法行为分析、法律功能分析以及法律的制度分析等方面所产生的重要影响，重点掌握霍姆斯、卡多佐等著名法官的法理学说。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　社会法学

一、狄骥的法律思想

1．生平与著作
2．社会连带关系理论
3．客观法与实在法
4．国家义务观与现代行政法的思想基础

二、庞德的法律思想

1．生平与著作
2．社会学法学的基本思想
3．法律的概念：
法律秩序
权威性资料
司法和行政过程。
4．法律的历史发展及其特征：
原始法阶段
严格法阶段
衡平法和自然法阶段
法律的成熟阶段。
5．法律与社会工程、社会控制
6．利益分类和法律的价值准则：个人利益；公共利益；社会利益。

三、塞尔兹尼克的法律思想

1．生平与著作
2．社会学法学到法律社会学的发展
3．法律的概念
4．法律价值观

5．法治理想

第二节　现实主义法学

一、早期法律现实主义的法律理论

1．霍姆斯的法律思想：
法官的法律哲学
普通法的精神
现实主义法学的司法实践。
2．格雷的法律思想：
反对立法中心论
强调法律渊源多元论。

二、法律现实主义的法律主张

1．卢埃林的法律思想：
现实主义法学理论的系统化
法律的概念
规则怀疑论
2．弗兰克的法律思想：
法律怀疑论
基本的法律神话
法官心理分析
事实怀疑论
3．卡多佐的法律思想：
哲学方法
历史方法
习惯的方法
社会学方法

本章思考题

1．社会法学是如何给法律下定义的，为什么？
2．规则怀疑论与事实怀疑论的区别与联系。
3．Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 1996)
4．沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版
5．庞德：《通过法律的社会控制》，商务印书馆 1986 年版
6．张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1994 年版。
7．吕世伦主编：《西方法律思想源流论》，中国人民公安大学出版社 1996 年版
8．博登海默：《法理学：法律哲学和法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年版
9．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版

第九章　新分析实证主义法学

本章学习目的

通过本章学习，了解新分析实证法学对法律的基本观念与基本主张，尤其是掌握其对法律规范、法律体系的精细分析，明确法律作为一门科学所必须具备的内在逻辑结构。对于凯尔森的纯粹分析法学以及哈特的规则理论，必须重点予以掌握。

本章内容

讲课时数：4 学时

第一节　凯尔森的纯粹法学

一、纯粹法学的基本主张

新康德主义与纯粹法学
价值相对主义
分离命题
法学的科学性与中立性问题。

二、规范理论

规范与应当
归属关系与因果关系
法效力与基本规范
基本规范的预设
法律体系

第二节　哈特的法律理论

一、行动中的语言：对定义研究方法的批判

法律定义的分析
定义法的不足
语言与规则

二、理论主张

对服从习惯的批判
规则与习惯之间的差别
社会规则
内在观点
主要规则与次要规则
法律是由初级规则与次级规则结合的产物
法律和道德的关系

本章思考题

1．传统分析实证主义法学与新分析实证主义法学的异同
2．凯尔森的基本规范与哈特的承认规则的比较

本章推荐阅读书目

1．凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版
2．哈特：《法律的概念》，中国大百科全书出版社 1996 年版
3．莱西：《哈特的一生：噩梦与美梦》，谌洪果译，法律出版社 2006 年版
4．哈特：《法律、自由与道德》，支振锋译，法律出版社 2006 年版
5．莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社 2003 年版
6．凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社 2003 年版
7．Brian Bix, Jurisprudence: Theory and Context (London: Sweet & Maxwell, 1996)

第十章　批判法学与西方马克思主义法学

本章学习目的

通过本章学习，了解批判法学的价值取向与基本方法，特别是学派代表人物肯尼迪和昂格尔的基本理论。同时，必须认真对待批判法学的理论贡献及其面对的主要问题、以及批判法学所带来的积极影响与消极意义。同时，了解西方马克思主义法学的价值取向与基本方法，特别是学派代表人物的基本理论。必须认真对待西方马克思主义法学与马克思主义之间的关联与差别，正确认识西方马克思主义法学对于资本主义制度的批判以及这个理论派别本身存在的理论问题，给予西方马克思主义法学以正确的评价。

本章内容

讲课时数：2 学时

第一节　批判法学

一、批判法学的产生和发展

1．批判法学产生的社会背景
2．批判法学产生的思想溯源
3．美国批判法学发展过程

二、批判法学代表人物的主要观点

1．肯尼迪的主要观点
2．昂格尔的主要观点

第二节　西方马克思主义法学

一、西方马克思主义法学的理论渊源

二、西方马克思主义代表人物的法律观

1．葛兰西的法律观
2．法兰克福学派的法律观

三、西方马克思主义法学的主要观点

1．批判方法论
2．法的阶级性论
3．法与意识形态论
4．法与经济论

本章思考题

1．批判法学与西方马克思主义法学的关系
2．肯尼迪与昂格尔的比较

本章推荐阅读书目

1．张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社 1994 年版
2．Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* (London: Sweet & Maxwell, 1996)
3．沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版
4．丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，新星出版社 2005 年版
5．莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社 2003 年版

《特殊群体人权研究》教学大纲

田　瑶　编写

目　录

前　言.....438
第一章　导　论.....439
第一节　特殊群体概述.....439
一、特殊群体的概念.....439
二、特殊群体的特征.....439
三、特殊群体的范围.....439
第二节　对特殊群体权利保护的必要性.....439
第三节　特殊群体权利保护的历史发展.....439
一、外国对特殊群体权利保护的历史发展.....439
二、中国对特殊群体保护的历史发展.....440
第四节　对特殊群体权利保护的国际公约简介.....440
思考题.....440
参考与阅读资料.....440
第二章　人权的基本理论.....441
第一节　人权基本理论概述.....441
一、人权的概念及产生.....441
二、人权的起源.....441
三、人权的基本内容.....441
四、人权、自然权利、公民权利的关系.....441
第二节　人权的实现.....441
一、人权实现的方式.....441
二、人权实现的保障.....442
第三节　国际人权法上的少数人群体.....442
一、少数人群体的概念.....442
二、少数人群体的特征.....442
三、我国的特殊群体与少数人群体的区别.....442
思考题.....442
参考与阅读资料.....442
阅读法律文本.....443
第三章　妇女与人权.....444
第一节　妇女人权概述.....444
一、妇女人权的概念及内容.....444
二、妇女人权观的形成.....444
三、近代妇女人权运动的产生及发展.....444
第二节　联合国与妇女人权.....444
一、联合国与国际妇女人权法.....444
二、联合国与妇女人权机构.....444
三、联合国与世界妇女大会.....444
四、世界各国妇女面临的人权问题.....445
第三节　中国的妇女人权.....445

一、妇女权益保障的法律依据及其原则 445
二、社会性别意识和法律制定的视角 445
三、妇女的一般权利 445
四、妇女的特殊权益 445
五、妇女人权实现中面临的主要问题及其分析 445
思考题 445
参考与阅读资料 446
阅读法律文本 446
第四章　未成年人、老年人、残疾人与人权 447
第一节　未成年人的人权保护 447
一、未成年人权益保护概述 447
二、未成年人权益的基本内容及保护原则 447
三、我国未成年人权益保护的形式 447
第二节　老年人的人权保护 448
一、老年人权益保护概述 448
二、老年人权益的基本内容及保障原则 448
第三节　残疾人的人权保护 448
一、残疾人权益保护概述 448
二、残疾人权益的基本内容 448
思考题 448
参考与阅读资料 449
阅读法律文本 449
第五章　同性恋者、艾滋病患者与人权 450
第一节　同性恋者的权利 450
一、概述 450
二、同性恋者的权利 450
第二节　艾滋病患者的权利 450
一、艾滋病患者的权利及其状况 450
二、艾滋病患者权利保护的障碍及其分析 450
思考题 450
参考与阅读资料 450
第六章　服刑人员与人权 452
第一节　服刑人员权利概述 452
一、刑罚与权利保护 452
二、西方监狱管理中的人道主义 452
第二节　我国司法领域的人权保护 452
思考题 452
参考阅读资料 452
阅读法律文本 452

前　言

为进一步适应我国高等学校法学本科教育教学的需要，加深高等学校教育的改革，不断提高本科教学质量和拓宽法学教育及研究领域，由法学院开设了《特殊群体人权研究》课程。该课程开设之目的，是为了使本科学生进一步对人权保障这一宪政目标产生更深入更积极的认识与探讨。

该课程是宪法学学科中关于人权理论与实践的研究内容之一，是对人权理论及人权保障制度学习和研究的具体化。主要内容包括：导论，人权的基本理论，妇女与人权，未成年人、老人、残疾人与人权，同性恋者与人权，艾滋病患者与人权，服刑人员与人权等。要求学生认识和理解人权的有关基本概念、研究对象、基本理论和基本知识。

本课程是作为法科学生的选修课，但面向全校所有学院的本科生开设，目前为 18 课时。提供的学习材料主要有教学参考与阅读资料、相关的法律文本及国际公约文本，音像资料观摩、相关案例等（教材正在编写之中，待出）。本课程的讲授方法主要采逻辑分析与实证分析。

本课程的学习目的是，通过人与社会的现象去探寻人权保障的价值和意义，让学生对人权的概念和理想有一个具体的、实在的和清晰的认识，锻炼和培养学生对问题的宪法思维方式。

本课程为考查课，考试形式为开卷笔试。

本大纲既是该课程教学的一个规范化纲要，也是学生学习该课程的基本依据。

教学目标：

通过本课程讲授，使学生对我国特殊群体，尤其是弱势群体的含义、范围有较为明确的界定和认识；

了解人权理论的产生和发展，了解各国人权斗争的历史和成果。

对法律所保障的特殊群体目前的现状及其权利保护的意义有进一步的认识；

使学生熟悉国际社会在保护特殊群体方面所制定的一系列国际公约的内容及精神；

让学生熟悉和掌握我国法律关于保护特殊群体合法权益的具体规定，并对我国相关法律规定不足和空白进行分析和反思。

通过本课程学习，培养和提高学生运用法律手段维护特殊群体权利的能力。

第一章　导　论

教学目的与基本要求：

本章的知识点包括特殊群体的概念、特征、范围、研究意义、与相关概念的区别与联系、中外对保护特殊群体权利的认识及发展历史等。

本章重点是对特殊群体基本概念、特征及范围的理解。

本章基本要求是：了解目前学术界对于特殊群体概念的不同界定及认识，掌握广泛共识的概念及范围，了解保护特殊群体权利的发展历史及相关的国际公约，为其后各章的学习奠定基础。

本章学时分配：2 课时。

第一节　特殊群体概述

一、特殊群体的概念

1．广泛共识的概念界定
2．学界不同的概念界定

二、特殊群体的特征

1．个人被社会的认可
2．个人在社会中的地位
3．个人与社会、国家的关系

三、特殊群体的范围

1．生理性特殊群体
2．社会性特殊群体

第二节　对特殊群体权利保护的必要性

一、作为社会制度的必然结果
二、作为国家宪政目标的要求
三、作为特殊群体生存与发展的需要
四、作为社会稳定、和谐、公正的需要

第三节　特殊群体权利保护的历史发展

一、外国对特殊群体权利保护的历史发展

1．英国
2．法国
3．美国

二、中国对特殊群体保护的历史发展

1．旧中国时期
2．新中国之后

第四节　对特殊群体权利保护的国际公约简介

一、世界人权宣言
二、公民权利及政治权利国际公约
三、经济、社会和文化权利国际公约
四、消除对妇女的一切形式歧视公约
五、儿童权利公约
六、禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约
七、消除一切形式种族歧视国际公约

思考题

1．什么是特殊群体？为何要保护特殊群体？
2．如何认识保护特殊群体与平等原则的关系？
3．保护特殊群体的重要国际公约有哪些？

参考与阅读资料

1．沈立人：《中国弱势群体》，民主与建设出版社 2005 年版。
2．张敏杰：《中国弱势群体研究》，长春人民出版社 2003 年版。
3．吴忠民：《社会公正论》，山东人民出版社。
4．齐延平主编：《社会弱势群体的权利保障》，山东人民出版社 2006 年版。

第二章　人权的基本理论

教学目的与基本要求：

本章知识点主要有：人权的概念、起源，人权的基本内容；少数人群体的概念及特点等。

本章重点：人权概念及起源；国际人权法上的少数人群体与我国的特殊群体之区别。

本章基本要求：对人权的产生和涵义形成初步认识；了解人权起源的不同理论学说；掌握有关人权与权利的概念及关系；准确理解本课程的研究对象。

本章学时分配：4 课时。

第一节　人权基本理论概述

一、人权的概念及产生

1．人权的基本概念

2．人权的产生

二、人权的起源

1．西方学者的讨论

（1）天赋人权说

（2）法律权利说

（3）社会权利说

2．中国学者的讨论

（1）国赋人权说

（2）商赋人权说

三、人权的基本内容

1．个人人权

（1）生存权利

（2）平等权利

（3）政治、经济、文化权利

2．集体人权

（1）自决权

（2）发展权

（3）主权

四、人权、自然权利、公民权利的关系

第二节　人权的实现

一、人权实现的方式

1．应树立广泛认同的人权价值观

2．应以自身的行为充分实现人权
3．应由政府为人权的实现创造必要的物质条件
4．应建立完善有效的人权实现机制

二、人权实现的保障

1．加强立法手段
2．运用司法审判程序
3．通过个人申诉途径
4．借助国际人权机构的推动作用
5．发挥非政府组织对政府的监督功能
6．建立完善的人权教育体系

第三节　国际人权法上的少数人群体

一、少数人群体的概念

二、少数人群体的特征

1．群体性
2．规模性
3．社会性
4．身份性
5．时间性

三、我国的特殊群体与少数人群体的区别

1．概念的不同
2．主体的不同
3．权利内容的不同

思考题

1．试分析人权、自然权利和公民权利的相互关系。
2．在人权起源的问题上形成哪些主要观点？
3．何为“天赋人权”？中国的传统社会有无人权？
4．什么是国际人权法上的少数人群体？它有哪些特征？它与我国的特殊群体有何不同？
5．你认为怎样才能充分实现人权？

参考与阅读资料

1．周勇：《少数人权利的法理》，社会科学文献出版社，2002 年版。
2．夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社，2001 年版。
3．托马斯·伯根索尔著，潘维煌、顾世荣译：《国际人权法概论》，中国社会科学出版社，1996 年版。
4．彭锡华：《公民权利和政治权利国际公约国际监督制度研究》，吉林人民出版社，2001 年版。

5．莫纪宏：《国际人权公约与中国》，世界知识出版社，2005 年版。
6．郑杭生、谷春德主编：《人权史话》，北京出版社，1994 年版。
7．杰克·康纳利：《普通人权的理论与实践》，中国社会出版社。
8．董云虎主编：《中国人权白皮书总览》，新华出版社，1998 年版。
9．江海洋：《谁是赢家——中美人权较量纪实》，当代世界出版社，1998 年版。
10．罗疆中：《人权与法制》，北京大学出版社。
11．集体编写：《国际人权法教程》，中国政法大学出版社，2002 年版。
12．徐显明主编：《国际人权法》，法律出版社，2004 年版。
13．富学哲：《从国际法看人权》，新华出版社，1998 年版。
14．黄森、沈宗灵主编：《西方人权学说》，四川人民出版社，1994 年版。
15．徐显明主编：《人权研究》第一卷，山东人民出版社，2001 年版。
16．刘升平、夏勇：《人权与世界》，人民法院出版社，1996 年版。

阅读法律文本

1．《联合国宪章》
2．《世界人权宣言》
3．《经济、社会和文化权利国际公约》
4．《公民权利和政治权利国际公约》。

第三章　妇女与人权

教学目的与基本要求：

本章的知识点主要包括：妇女人权的概念及内容、妇女人权观的形成，联合国与妇女人权，世界各国妇女面临的人权问题，中国妇女人权的主要内容及面临的问题等。

本章基本要求：了解产生妇女人权问题的因素，妇女人权运动对保障妇女人权的影响和意义；联合国妇女组织的作用；了解中国妇女的六大权益，认识和分析中国保障妇女人权的对策和机制。应侧重从平等与反歧视的角度，从社会性别意识的层面审视为什么要研究妇女的人权。

本章课时分配：4 课时。

第一节　妇女人权概述

一、妇女人权的概念及内容

1．妇女人权的概念
2．妇女人权的基本内容

二、妇女人权观的形成

1．近代妇女人权理论
2．二十世纪 70 年代以前的女权主义理论
3．二十世纪 70 年代以后的女权主义理论

三、近代妇女人权运动的产生及发展

1．英国的妇女人权运动
2．法国的妇女人权运动
3．美国的妇女人权运动

第二节　联合国与妇女人权

一、联合国与国际妇女人权法

二、联合国与妇女人权机构

1．妇女地位委员会
2．消除对妇女歧视委员会
3．提高妇女地位司
4．提高妇女地位国际研究训练所
5．妇女发展基金会

三、联合国与世界妇女大会

1．1975 年第一次世界妇女大会
2．1980 年第二次世界妇女大会

3．1985 年第三次世界妇女大会
4．1995 年第四次世界妇女大会

四、世界各国妇女面临的人权问题

1．传统文化方面
2．贫困的生活
3．对妇女的暴力
4．妇女的健康
5．妇女的受教育
6．妇女的参政
7．风俗陋习对妇女人权的践踏

第三节　中国的妇女人权

一、妇女权益保障的法律依据及其原则

1．男女平等
2．对妇女权益的特殊保护
3．禁止歧视、虐待、残害妇女

二、社会性别意识和法律制定的视角

三、妇女的一般权利

1．政治权利
2．文化教育权利
3．劳动权利
4．婚姻家庭权利
5．人身权利
6．财产权利

四、妇女的特殊权益

1．生育权
2．劳动保护权
3．性权利

五、妇女人权实现中面临的主要问题及其分析

1．妇女权益实现中遭遇的障碍
2．妇女权益问题产生的原因
3．解决妇女人权问题的路径

思考题

1．什么是妇女人权？世界各国为何都会产生妇女人权问题？
2．你认为联合国的妇女人权机构对妇女人权的保护会产生何种影响？

3．试述保障妇女权益与男女平等的关系。

4．试述建立性别意识对制定公平法律的重要意义。

5．如何运用国际人权的标准反对对妇女的暴力？

6．从平等权的视角谈谈保护妇女财产权的重要性。

7．在我国应如何完善保障妇女人权的机制？

参考与阅读资料

1．李银河主编：《妇女：最漫长的革命——当代西方女权主义理论精选》，生活·读书·新知三联书店，1997 年版。

2．张晓玲：《妇女与人权》，新华出版社，1998 年版。

3．李银河：《女性权力的崛起》，中国社会科学出版社，1997 年版。

4．（美）贝蒂·弗里丹：《女性的奥秘》，四川人民出版社，1988 年版。

5．（法）西蒙娜·德·波伏娃：《第二性》，中国书籍出版社，1997 年版。

6．（英）玛丽·沃斯通克拉夫特：《女权辩护》，商务印书馆，1995 年版。

7．（英）约翰·斯图尔特·穆勒：《妇女的屈从地位》，商务印书馆，1995 年版。

8．闵东潮：《国际妇女运动》，河南人民出版社，1989 年版。

9．鲍晓兰主编：《西方女性主义研究评介》，三联书店，1995 年版。

10．丽贝卡·J·库克编著：《妇女的人权——国家和国际的视角》，黄列译，中国社会科学出版社，2001 年版。

11．董云虎、张世平主编：《中国的妇女人权》，四川人民出版社，1995 年版。

12．全国妇联编：《中国妇女运动史》，春秋出版社，1989 年版。

13．李彭云、张心绪、丁娟：《马克思主义妇女观》，中国人民大学出版社，1992 年版。

14．王京霞、张荣丽、刘春玲编写：《妇女权益》，法律出版社，1999 年版。

15．李明舜、林建军主编：《妇女人权的理论与实践》，吉林人民出版社，2005 年版。

16．陈耀荣、周胜利主编：《妇女权益保障法学》，中国政法大学出版社，1994 年版。

阅读法律文本

1．中华人民共和国妇女权益保障法

2．中华人民共和国婚姻法

3．中华人民共和国劳动法

4．消除对妇女一切形式歧视公约

第四章　未成年人、老年人、残疾人与人权

教学目的与基本要求：

本章知识点主要包括：未成年人的重要基本权利，保障未成年人权益的基本原则，未成年人权利保护的形式；老年人的重要基本权利，保障老年人权益的基本原则；残疾人的概念、范围及重要权利。

本章学习重点：了解未成年人、老年人及残疾人权利保护的现状及其重要性，探索保障该三类群体人权保障的积极对策。

本章基本要求：了解相关概念、特征及范围，掌握国际公约及国内法律法规对相关群体人权保护的重要规定，分析我国在该类群体人权保护中存在的问题、困境及其解决的思路。

本章课时分配：2 课时。

第一节　未成年人的人权保护

一、未成年人权益保护概述

1．未成年人的概念

2．中外对未成年人标准的划分

3．未成年人的特征

（1）一般特征

（2）生理特征

（3）心理特征

4．未成年人保护立法的发展

二、未成年人权益的基本内容及保护原则

1．基本内容

（1）生存权

（2）发展权

（3）受保护权

（4）参与权

2．基本原则

（1）国际法倡导的原则

（2）我国未成年人保护法确认的原则

三、我国未成年人权益保护的形式

1．家庭保护

2．学校保护

3．社会保护

4．司法保护

第二节　老年人的人权保护

一、老年人权益保护概述

1．老年人的概念
2．我国老年人的现状分析
3．老年人权益保障法

二、老年人权益的基本内容及保障原则

1．基本内容
（1）人身权利
（2）财产权利
（3）婚姻家庭权利
（4）获得物质帮助的权利
（5）享受社会发展成果的权利
（6）获得家庭赡养与扶养的权利
2．基本原则
（1）国家保护老年人的合法权益
（2）老年人有权从国家和社会获得物质帮助
（3）禁止歧视、侮辱、虐待或者遗弃老年人

第三节　残疾人的人权保护

一、残疾人权益保护概述

1．残疾人的概念、范围
2．残疾人权益保护的现状分析
3．残疾人权益保障的立法发展

二、残疾人权益的基本内容

1．残疾人的重要权利
（1）受教育权
（2）劳动权
（3）人身权
2．残疾人的特殊权益
（1）获得物质帮助权利
（2）康复权利

思考题

1．保护未成年人的基本原则有哪些？
2．如何保障未成年人的受教育权？
3．为何设立少年法庭？应对未成年人犯罪者采取哪些司法保护？

4．如何建立和完善我国的老年人社会保障制度？

5．如何保护残疾人的人格尊严？

6．何谓残疾人的按比例就业？如何保障其劳动权益？

参考与阅读资料

1．姚建龙：《长大成人——少年司法制度的建构》，中国人民公安大学出版社，2003 年版。

2．张荣丽、王京霞、刘春玲：《未成年人的保护与犯罪预防》，法律出版社，2000 年版。

3．李双元主编：《儿童权利的国际法律保护》，人民法院出版社，2004 年版。

4．贺颖清：《福利与权利——挪威儿童福利的法律保护》，中国人民公安大学出版社，2005 年版。

5．谢彤：《未成年人犯罪的定罪与量刑》，人民法院出版社，2002 年版。

阅读法律文本

1．中华人民共和国未成年人保护法

2．中华人民共和国老年人权益保障法

3．中华人民共和国残疾人权益保障法

4．儿童权利公约

5．禁止一切无视残疾人的社会条件的决议

6．弱智人权利宣言

7．残疾人权利宣言

8．聋盲者权利宣言

9．关于残疾人的世界行动纲领

10．残疾人职业康复和就业公约

第五章　同性恋者、艾滋病患者与人权

教学目的与基本要求：

本章主要内容包括：同性恋者的法律地位及其变迁，同性恋引发的法律问题；艾滋病患者的人权及其状况，对艾滋病患者人权保护的障碍及其分析。

教学目的与要求：了解社会特殊群体的人权状况，并运用人权理论对同性恋者和艾滋病患者的权利进行分析。由此认识特殊群体人权的差异性。

本章课时分配：3 课时。

第一节　同性恋者的权利

一、概述

1．同性恋的形成原因
2．同性恋的价值观念
3．如何看待同性恋现象

二、同性恋者的权利

1．同性恋者的法律地位及其变迁
2．同性恋引发的法律权利

第二节　艾滋病患者的权利

一、艾滋病患者的权利及其状况

1．各国艾滋病患者的状况
2．艾滋病患者的权利及其分析

二、艾滋病患者权利保护的障碍及其分析

1．来自于社会方面的障碍
2．来自于观念的障碍
（1）外界障碍
（2）自身障碍

思考题

1．如何看待同性恋者的法律权利？
2．试述艾滋病患者的权利及其保护的重要性。

参考与阅读资料

1．刘达临：《中国同性恋研究》，中国社会出版社，2005 年版。
2．李银河：《同性恋亚文化》，中国友谊出版公司，2002 年版。

3．潘绥铭：《中国性现状》，光明日报出版社，1995 年版。
4．张北川：《同性爱》，山东科学技术出版社，1994 年版。
5．万延海：《对同性恋男子开展艾滋病教育的几点思考》，中国健康教育，1992 年第 8 期。
6．孟金梅：《艾滋病与法律》，中国政法大学出版社，2005 年版。

第六章　服刑人员与人权

教学目的与基本要求：

本章知识点主要包括：社会为何需要刑事惩罚，惩罚与权利保护的关系，监狱管理与人道主义，我国司法实践中对服刑人员管理存在的问题及其解决对策。

通过学习，认识对刑事罪犯惩罚的目的，懂得刑事惩罚与服刑人权权利的关系及监狱管理的原则，中国司法领域在人权保护方面存在的主要问题及其思考。

本章课时分配：3 课时。

第一节　服刑人员权利概述

一、刑罚与权利保护

二、西方监狱管理中的人道主义

1．囚犯的权利
2．囚犯权利保护制度的缺失

第二节　我国司法领域的人权保护

一、我国司法领域人权保护的状况
二、我国司法领域人权保护存在的问题及解决对策

思考题

1．如何认识刑罚与服刑人员的权利？
2．我国司法领域人权保护存在的主要问题是什么？应如何进一步完善我国人权的司法保护？

参考阅读资料

1．陈云生：《反酷刑——当代中国的法治和人权保护》，中国科学文献出版社，2000 年版。
2．郭建安等译：《各国矫正制度》，中国政法大学出版社，1988 年版。
3．郭成伟：《社会犯罪与综合治理》，中国政法大学出版社，1994 年版。
4．崔芝崑、崔欣：《中国警察与人权保护》，警察教育出版社，2000 年版。
5．司法部编：《外国监狱资料选编》，群众出版社，1988 年版。
6．刘强编：《美国犯罪未成年人的矫正制度概要》，中国人民公安大学出版社，2005 年版。
7．（美）大卫·E·杜菲：《美国矫正政策与实践》，中国人民公安大学出版社，1992 年版。
8．王钢平主编：《刑讯逼供罪》，中国检察出版社，1997 年版。
9．张志杰主编：《非法拘禁罪》，中国检察出版社 1996 年版。

阅读法律文本

1．中华人民共和国宪法
2．中华人民共和国刑法
3．中华人民共和国刑事诉讼法

4．中华人民共和国国家赔偿法
5．中华人民共和国警察法
6．中华人民共和国监狱法
7．保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言
8．禁止酷刑和其他残忍、不人道或者有辱人格的待遇或处罚公约
9．囚犯待遇最低限度标准规则

《法律经济学》教学大纲

柯华庆　编写

目　录

前　言.....320
第一章　法律经济学概述.....321
第一节　法律经济学概述.....321
一、法律经济学的历史演进.....321
二、法律经济学在国外和在我国的发展现状及趋势.....321
三、法律经济学术语及其性质.....321
四、法律经济学的研究领域.....321
五、法律经济学的三个层次.....321
第二节　经济学分析法律的原因.....322
一、经济学的基本假设.....322
二、经济学的核心分析工具.....322
三、经济学的评价标准.....322
四、经济学能够用来分析法律的原因.....322
复习与思考题.....323
拓展阅读书目.....323
第二章　法律经济学的思维方式.....324
第一节　实用主义.....324
一、实用主义概述.....324
二、实用主义基本原则.....324
三、实用主义在美国的社会实践.....325
第二节　经济学的成本意识.....325
一、成本的含义.....325
二、机会成本与沉淀成本.....325
三、经济学的成本意识.....325
第三节　效率下的正义.....325
一、基本概念.....325
二、效率下的正义.....326
第四节　思维模式.....326
一、用发展的眼光着眼于法律的未来效果.....326
二、相互性的思维模式.....326
复习与思考题.....327
拓展阅读书目.....327
第三章　博弈论初步.....328
第一节　博弈概述.....328
一、概念.....328
二、特征.....328
三、分类.....328
第二节　静态博弈.....328
一、概念.....328
二、纳什均衡.....329

三、“囚徒困境”.....329
第三节　动态博弈.....330
第四节　重复博弈和信用.....330
一、有限次重复博弈.....330
二、无限次重复博弈.....330
第五节　讨价还价理论.....330
一、有交易的可能性.....331
二、交易价格.....331
三、交易的结果.....331
四、合同自由的博弈分析.....331
复习与思考题.....331
拓展阅读书目.....331
第四章　价格理论、福利经济学与风险决策.....332
第一节　价格理论.....332
一、消费者选择和需求理论.....332
二、供给理论（The theory of supply）.....334
三、市场均衡（market equilibrium）.....334
第二节　福利经济学.....335
一、一般均衡.....335
二、市场失灵.....335
三、公共产品（public good）.....336
四、严重的信息不对称（severe informational asymmetries）.....337
五、小结.....337
第三节　风险决策.....337
一、期望货币收益.....337
二、风险态度.....337
三、保险.....338
复习与思考题.....338
拓展阅读书目.....338
第五章　财产权的经济理论.....339
第一节　财产权的起源.....339
一、假想的实验.....339
二、从自然状态到契约论：合作剩余.....339
第二节　科斯定理.....339
一、案例.....339
二、科斯定理.....340
三、交易成本.....341
四、规范的科斯定理与规范的霍布斯定理的比较.....341
第三节　如何配置产权.....341
一、公共物品.....341
二、私人物品.....341
三、产权配置原则.....341
第四节　如何保护产权.....341

一、解决途径.....341
二、有效率的救济.....342
复习与思考题.....342
拓展阅读书目.....342
第六章　合同法的经济理论.....343
第一节　合同法概述.....343
一、合同法的目标或经济功能.....343
二、为什么需要合同法.....343
三、合同法的基本问题.....343
第二节　合同法的目的.....343
一、什么样的承诺应该履行？.....343
二、违背可履行的承诺应给予什么救济？.....344
三、通过纠正合同条款来纠正市场失灵.....345
四、过错责任和交易成本.....346
第三节　格式合同.....346
一、格式合同概述.....346
二、格式合同的利弊.....346
三、合同自由的博弈分析（讨价还价）.....347
四、规制格式合同的制度分析.....347
复习与思考题.....347
拓展阅读书目.....347
第七章　侵权法的经济分析.....348
第一节　侵权法概述.....348
一、传统侵权法三要素.....348
二、法律经济学的视角.....348
第二节　汉德公式.....348
一、汉德公式的基本含义.....348
二、汉德公式的深层次含义：效率标准.....348
三、库特和尤伦对汉德公式的发展.....349
四、过失的形式.....349
第三节　交通事故的经济分析.....351
一、交通法的目的.....351
二、严格责任的悖论.....351
三、交通事故责任的理论模型.....351
四、道路交通事故的归责原则.....352
复习与思考题.....353
拓展阅读书目.....353
第八章　刑法的经济分析.....354
第一节　概　述.....354
一、集体行动的逻辑使得民事规则的外部性不能完全内部化。.....354
二、补偿的困难性。.....354
三、直接外部性很小，间接外部性很大。.....354
四、私人惩罚的不可信性。.....354

五、由政府出面的好处。 354
第二节　理性犯罪 354
一、理性的犯罪者 354
二、潜在的受害者 355
第三节　刑　罚 355
一、刑罚的目标 355
二、贝卡里亚的理论 355
三、有效的惩罚 356
第四节　刑事制裁与证据标准 356
一、刑事制裁应该是惩罚性的，而不是补偿性的。 356
二、证据标准与无罪推定的依据 356
三、从本体论看只有两种状态，但从认识论看有三种状态 356
复习与思考题 356
拓展阅读书目 356
第九章　程序法的经济分析 357
第一节　程序法概述 357
一、程序法概述 357
二、程序法的经济目标 357
三、民事诉讼问题的实质 357
第二节　起　诉 357
一、概述 357
二、诉因 358
三、诉讼鼓励 359
四、诉讼中的信息披露问题 359
五、和解谈判 359
第三节　上　诉 359
一、上诉法院修正错误的功能 359
二、诉讼市场的效率：法律的实施 360
三、对无效法律挑战中的搭便车现象 360
复习与思考题 360
拓展阅读书目 360

前　言

法律经济学是 20 世纪 50—60 年代发展起来的一门经济学与法学交叉的边缘学科，也是当代西方经济学和当代法学中的一个重要的学术流派。作为一门选修课，立足于向法学各专业的学生介绍法律经济学的基本知识，树立经济学的思考模型，为更好的理解法学的相关问题提供一个崭新的视角。课程共分为九章，共计 36 个课时。分别为：法律经济学概述、法律经济学的思维方式、博弈论初步、价格理论、福利经济学与风险决策、财产权的经济理论、合同法的经济分析、侵权法的经济分析、刑法的经济理论和程序法的经济分析。为了便于讲解，特编写此教案大纲。

第一章　法律经济学概述

本章教学目的和基本要求：了解律经济学的历史演进，以及法律经济学在国外和在我国的发展现状及趋势，理解经济学能够用来分析法律的原因。

学时分配：3

第一节　法律经济学概述

一、法律经济学的历史演进

1．古典经济学
2．新古典经济学
3．老制度经济学
4．新制度经济学

二、法律经济学在国外和在我国的发展现状及趋势

自 1960 年科斯的《社会成本问题》发表以来，特别是近 20 年的发展，法律经济学的大量研究机构出现，很多名牌大学的法学院开设了法律经济学课程，出版了一系列刊物、教材和专著。在美国，法律经济学已经深入到了立法和司法实践中。而我国在这一领域起步较晚。从 2001 年开始，许多重点大学陆续开设了相关课程或成立科研中心，并在 2003 年成立了“中国法经济学论坛”。但总的说来，法律经济学在中国基本上还是处于初级阶段，没有杂志、教材和专业组织，发表论文的水平较低，甚至于根本就不理解法律经济学，以为法律经济学就是个案的成本收益计算。

三、法律经济学术语及其性质

1．Legal Economics 法律经济学（Institutional Economics 制度经济学，Constitutional Economics 立宪/宪政经济学）；The Economics of The Law（特定）法律经济学。强调学科性，但好像是经济学。

2．Law-Economics 法律-经济学；Law and Economics（这种表达在美国最流行）法与经济学。强调法律与经济学的关系和相互影响，但不像一个学科。

3．Economics Analysis of Law 法律的经济分析；Economic Approach to Law 法律的经济方法；强调在法律中经济方法的应用，降低了该学科的地位。

4．Jurisprudence of Economics 经济分析法学； Economic Jurisprudence 经济法理学。强调是法理学，比如像分析法学、历史法学，但应用性强调不够。

四、法律经济学的研究领域

考特和尤伦认为，经济学对法律有三个方面的内容和作用：
第一，实证法律经济学。
第二，规范经济学。
第三，公共选择理论或立宪经济学。

五、法律经济学的三个层次

1．斯密定理：自愿交换对个人有利，通过“看不见的手”的作用，也是有利于社会的。

2．科斯定理：在一个零交易成本的世界里，不论如何选择法规，配置资源，只要交易自由，总会产生高效率的结果。而在现实交易成本存在的情况下，能使交易成本最小化的法律是最好的法律。交易成本的根源在于利益分立和信息不完全。

3．阿罗不可能定理：不存在一个仅仅建立在由社会个体成员对政府进行评级或分等方式基础上的对政府进行评级或分等的一般标准。这说明了政府官员们打算依据大多数选民的意图来作决定的困难性。

第二节　经济学分析法律的原因

一、经济学的基本假设

经济学的基本假设是理性人。

经济学总是以个人为单位的，即方法上的个人主义。经济学上认为每一个人都是“理性人”，而理性追求“最大化”。最大化是指在限制条件下，允许的范围内的最佳选择。人是有主观偏好的，理性人就是在约束条件下追求自己偏好的最大化。经济学上用 “效用”（utility）来衡量偏好的满足程度。 效用是依赖于观念的，不同人的最大化效用是不同的，不同时代对最大化亦有不同。

我们认为，经济人只是“理性人”：目标选择先于行动的选择，行为与目标一致。

二、经济学的核心分析工具

经济学的核心分析工具是均衡。

静止状态才可理解：经济学最基本的实证分析工具是均衡分析（equilibrium analysis）。均衡是指，除非受到外力影响，相互作用的力量维持着一种不变格局。经济人追求最大化的这种互动行为经常导致均衡。博弈论中最重要的概念是纳什均衡，其他均衡概念都是以纳什均衡概念为基础的。当所涉及的人数很多时，博弈均衡就趋近于一般均衡，所以博弈论是比传统微观经济学的一般均衡更普适的方法。

三、经济学的评价标准

经济学的评价标准是效率（efficiency）。

效率分个体生产上的效率和团体配置上的效率。前者指不可能使用一个较低成本生产同样的产出，或者，不可能利用同样的要素生产更高的产出。常见的配置效率原则有两个：帕累托最优（Pareto optimum）和卡尔多-希克斯标准（Kaldor-Hicks efficiency）。

经济学中最基本的效率概念是帕累托最优，又称帕累托效率（Pareto efficiency）。一种状态是帕累托最优的，是指如果不存在另一种可选择的状态，使得没有任何人的处境变坏，而至少有一个人的处境变得更好。

卡尔多-希克斯效率：如果那些从社会资源再分配中获利的人获得的利益足够补偿那些从中亏损的人利益，那么社会资源的再分配就是有效率的，虽然并没有要求产生实际的补偿。如果实际得到补偿，这个变革就是一个现实的帕累托改善。卡尔多-希克斯有效性标准是潜在的帕累托改善。

四、经济学能够用来分析法律的原因

1．法律和经济学的前提假设应该相同。

（1）经济学的前提假设是理性人假设：博弈方都是以个体利益最大化为目标的，且有准确的判断能力，也不会犯错误。

（2）法治的前提假设是坏蛋理论：不仅非常自私自利，而且非常精明。

2．法律的目标与经济学的目标应该相同。

（1）经济学的目标是资源的最优配置和全社会福利最大化。

（2）法学的目标与经济学的目标是相同。

3．经济学进入法律领域分析的通道。

经济学提供了一个行为理论以预测人们如何对法律的变化作出反应。在人是最大化自身利益的假设下，就可以解决法律规则下的行为人是否与经济行为人具有相同的行为方式的问题。

复习与思考题

1．法律经济学的研究领域。

2．经济学何以能够用来分析法律？

拓展阅读书目

1．弗里德曼：《经济学语境下的法律规则》，法律出版社，2004 年版。

2．Cooter, Ulen. Law and Economics, fourth edition, Addison-Wesley, 2003．第 3 版的英文版以及中文译本（上海财经大学出版社，2002 年），该书还有一个第 2 版的中文译本（上海三联书店，1994 年）。

3．波斯纳：《法律的经济分析》（影印本），第 6 版，中信出版社，2004 年版。（第 4 版中译本：中国大百科全书出版社，1997 年）

第二章　法律经济学的思维方式

本章教学目的和基本要求：通过对实用主义内涵的界定，树立成本意识和效率下的正义观念，从而形成法律经济学的思维方式，即从整体的角度，用发展的眼光和相互性的思维模式着眼于法律的未来效果，是理论思维与经验思维的结合。

学时分配：4

第一节　实用主义

一、实用主义概述

实用主义已经在逻辑、数学和自然科学这些在大众心目中神圣的、追求真理的学科中占据一个非常重要的地位。在实用主义看来，科学并非观察发现自然规律，而是为了人类预测和控制自己的自然和社会环境的欲望。

1．库恩的观点

科学理论是人类需要和欲望的函数，而并非事物的本来面目。

2．波斯纳的观点

实用主义是实践性的和工具主义的，而不是本质主义的，它感兴趣的是，什么东西有效和有用，而不是这“究竟”是什么东西。

3．皮尔士原则

“要弄清楚一个思想的意义，我们只须断定这思想会引起什么行动。对我们来说，那行动是这思想的、惟一意义……我们思考事物时，如要把它完全弄明白，只须考虑它含有什么样可能的实际效果……我们对于这些无论是眼前的还是遥远的效果所具有的概念，就这个概念的积极意义而论，就是我们对于这一事物所具有的全部概念。”（威廉·詹姆士：《实用主义》，第 26-27 页。）

4．詹姆士的观点

皮尔士的原理就是实用主义的原理。

二、实用主义基本原则

1．以人为本的经验主义。

实用主义将哲学与人类行为和生活经验直接相联，把哲学从哲学家的问题变为探索解决人的问题。

2．思想是人应付环境的工具。

实用主义者把人看作行为的有机体，人的思想起源于动物对环境的反应，因此思想不过是人应付环境的工具，用以摆脱困惑，建立信念和行动习惯。

3．真理是有效用的假设。

实用主义将真理视为思想的一种，所以真理也是工具，但必须是有效用的工具。

4．社会渐进的改善主义。

实用主义者从理论所导致的实际效果出发，认为真理是多元的。实用主义者认定真理不是一成不变的，他们反对任何自称的唯一真理。对于社会的改变和人类的得救，他们采取的态度是改善主义，世界是可以改善的，但未必是整体同时改善，更可能是逐步改善。

三、实用主义在美国的社会实践

实用主义在美国不仅是一种哲学，也是广泛的社会实践，这不仅由实用主义强调实践的本质所决定，也是由美国社会的特点所决定的。

1．重经验重实际

关注社会现状和具体现实远胜于抽象的理论。

2．不重思辩而重常识

不纠缠于概念定义的争论之中，对任何理论不采取教条的态度，而是重其实际功效。

第二节　经济学的成本意识

一、成本的含义

成本是从社会角度来看不需要的东西，而不是金钱。该东西必要时，我们要看它能够带来多少收益。

二、机会成本与沉淀成本

1．机会成本

一个面对着一组选择机会的理性人所做的某个选择的机会成本，应当定义为他所放弃的其他的选择可能带给他的最高价值。

2．沉淀成本

如果一笔已经付出的开支无论做出何种选择都不能被收回，具有理性的人只能忽略它，这种成本称为沉淀成本。

3．经济学家考虑的成本计入机会成本，不计人沉淀成本。

三、经济学的成本意识

1．成本的比较意识。

2．当下成本与未来成本的考虑。

3．边际成本意识。

4．成本总是与收益联系起来考虑。

第三节　效率下的正义

一、基本概念

1．效率

（1）生产效率

一个生产过程被认为是有效率的，当且仅当满足下面任一个条件：①不再可能以更低成本的投入得到同样的产出，或②不再可能以同样成本的投入得到更多的产出。

（2）配置效率

配置效率又称“帕雷托效率”（Pareto Efficiency）。一种状态被称之为是帕雷托有效率的，当且仅当无法通过改变而使至少一个人的境况得到改善而不使其他任何一个人的境况恶化的时候。

（3）卡尔多-希克斯效率（Kaldor-Hicks Efficiency）

它的含义是指，如果在社会资源重新配置中获利的人获得的利益足够补偿那些从中亏损的人的利益（并没有要求实际的补偿），那么这种资源配置就是有效率的。它是潜在的帕雷托改善。

2．外部性

当一个人选择某种行动时，不仅涉及个人的成本与收益，而且可能给自己以外的其他人施加成本或带来收益，这种成本或收益称之为“外部性”。前者称之为外部成本，后者称之为外部收益。外部性特指外部成本。

二、效率下的正义

1．利益对待的平等性

个人利益是基石，集体利益、国家利益只不过是个人利益的加总，在我们每个人都追求个人利益可能出现“囚徒困境”，此时我们需要“有约束力的协议”来进行合作博弈，但是合作博弈的前提假设仍然是个人主义。国家就是进行合作博弈的“有约束力的协议”。国家作为代理家长，对待子女不可偏废，因为“手心手背都是肉！”所以，每一个人都应得到平等的对待，无论是弱者还是强者。

2．规制外部性

理性人的决策是基于私人成本与私人收益的比较做出的，个人最优决策在边际私人成本等于边际私人收益点达到，而帕累托效率意味着社会最优在边际社会成本等于边际社会收益点达到。因此，除非一种行为没有外部性（即社会成本等于私人成本，社会收益等于私人收益），否则，理性人的个人最优决策一般不等于社会最优决策。个体行为的外部性构成政府干预、法律存在的依据。

3．效率的目的性

安全、平等和自由原则也应该是为了实现效率。

第四节　思维模式

一、用发展的眼光着眼于法律的未来效果

“法律的功能在于建立和保持一种可以大致确定的预期，以便利人们的相互交往和行为。”经济学家所要做的只是，构建并验证一些人类行为的模型，目的在于预测和在恰当的时候控制这种行为。

二、相互性的思维模式

1．问题的相互性

传统的侵权法理论，也就是庇古的侵权理论，谁损害，谁赔偿；损害多大，赔偿多少，要求恢复原状。这是一种单向的思维模式。科斯认为，“我们分析的问题具有相互性，即避免对乙的损害将会使甲遭受损害，必须决定的真正问题是：是允许甲损害乙，还是允许以损害甲？关键在于避免较严重的损害。”由此，我们分析问题应该是相互的，即双向的思维模式。

2．分析相互性问题策略行为的最佳工具是纳什均衡。

纳什均衡的通俗定义：纳什均衡是一种策略组合，给定对手的策略，每个参与人选择自己的最优策略。纳什均衡的重要性来自于其中每个博弈方的策略都是针对其他博弈方策略或策略组合的最佳对策。

3．一般抽象与特殊具体的平衡

它是理论思维和经验思维的结合，是统计意识而非个案意识。

复习与思考题

1．什么是实用主义，它的内涵是什么？
2．阐述效率下的正义。
3．科斯为什么提出“问题的相互性”，是举一例予以说明。

拓展阅读书目

1．〔美〕威廉·詹姆士：《实用主义》，商务印书馆，1995 年。
2．张维迎：《作为激励机制的法律.信息、信任与法律》，三联书店。
3．柯华庆，《格式合同的经济分析》，载于《比较法研究》2004（5），P31。
4．波斯纳：《法理学问题》苏力译，中国政法大学出版社， 2002 年。

第三章　博弈论初步

本章教学目的和基本要求：通过对博弈论的初步分析，构建博弈模型，并将之运用到立法和司法领域，使立法目标和实施的结果相一致。

学时分配：4

第一节　博弈概述

一、概念

1．博弈是一些个人或组织，面对一定的环境条件，在一定的规则下，从各自允许选择的行为或策略中进行选择并加以实施，各自取得相应结果的过程。

2．研究对象：博弈论研究人们的策略互动行为。

3．博弈包括三个要素：

（1）博弈的参加者；

（2）各博弈方各自可选择的全部策略或行动；

（3）博弈方的支付或者得益。

二、特征

1．群体性（group），我们生活在二人以上的世界里，只要我们不是鲁滨逊；

2．互动性（interaction），实行的最终结果取决于所有人的行为；

3．策略性（strategic），每个人都认识到并考虑到这种相互依赖性；

4．理性（rationality），所以每个人选择行动的时候要针对对手的可能行动（所谓关于对手的信念）而选择一个最优对策。

三、分类

1．根据博弈方策略的数量可以分为有限博弈和无限博弈；

2．根据得益情况可以分为零和博弈、常和博弈和变和博弈；

3．根据博弈过程分为静态博弈、动态博弈和重复博弈；

4．根据信息结构分为完全信息博弈和不完全信息博弈（关于得益的信息），完美信息动态博弈和不完美信息动态博弈（关于博弈过程的信息）；

5．根据是否从个人利益出发分为非合作博弈和合作博弈。

第二节　静态博弈

一、概念

1．静态博弈：完全信息静态博弈是各博弈方同时决策，且所有博弈方对各方得益都了解的博弈。完全信息静态博弈是非合作博弈中最基本的类型。是其它非合作博弈的基础。

2．上策均衡：在博弈中，如果不管其他博弈方选择什么策略，一博弈方的某个策略给他带来的收益始终高于其他策略，至少不低于其他策略，此时“某个策略”必然是该博弈方愿意选择的策略。称为“上策”或“占优策略”。

二、纳什均衡

纳什均衡是一种策略组合，给定对手的策略，每个参与人选择自己的最优策略。“每一个有限博弈都至少有一个纳什均衡。”现实中的博弈都是可以当作有限博弈来解决。这样纳什均衡的存在就是普遍的。纳什均衡的普遍存在性是纳什均衡概念最重要的性质。

纳什均衡概念之所以在现实中有广泛的应用则是因为它与一致预测性质的等价性。 一致预测性是指：如果所有博弈方都预测一个特定的博弈结果会出现，那么所有的博弈方都不会利用该预测或者这种预测能力来选择与预测结果不一致的策略，即没有哪个博弈方有偏离这个预测结果的愿望，因此这个预测结果最终就真会成为博弈的结果。“一致”的意义在于各博弈方的实际行为选择与他们的预测一致。

任何非纳什均衡的预测都不是一致预测，因此一致预测正是纳什均衡的本质属性。

但是我们对纳什均衡的一致预测性不能过分夸大，尽管纳什均衡非常重要，但不是说学到了这种分析方法你就能预测博弈的结果（人类社会人与人之间的关系就是博弈）。纳什均衡分析仅仅保证有个体理性的智能人的博弈结果是唯一的纳什均衡时的预测。

三、“囚徒困境”

1．概念界定

我们说“囚徒困境”时有广义和狭义之分。狭义的“囚徒困境”是特指囚徒的困境。广义的“囚徒困境”是指个人追求收益最大化的策略由于策略的相互依赖性最后得到的结果违背了自身的利益。广义的“囚徒困境”的决策特点：其中任何一人在选择策略时都不可能知道另一人的选择是什么，因此不管他们决策的时间是否相同，我们可以把他们的决策看作是同时作出的；每一方都知道对方的得益情况；这两个决定了是完全信息静态博弈。另外，两个博弈方同有两种相同的可选策略，策略和得益都对称的博弈。我们这里讲的是后者。

2．具体分析

		囚徒甲	
		沉默	坦白
囚徒乙	沉默	-1 -1	-8 0
	坦白	0 -8	-5 -5

根据个体理性行为准则和完全理性行为准则，两个博弈方的目标都想要实现也有能力判断自身的最大利益。实际上对双方来说最佳结果是（-1 ，-1），对单方最佳结果是（-8 ， 0）或（ 0 ，-8），问题就在于他们都看到对自己有利的结果，两者之间不能串通，双方都不敢相信或者期望对方有合作精神，所以最后的结果是（-5 ，-5 ）。

3．找出纳什均衡的方法：划线法和箭头法。

讨论：如果存在有约束力的协议（如惩罚）时的情形和两个囚徒在作案之前建立一个攻守同盟（绝不坦白）的情形。

第三节　动态博弈

我们上面介绍的是静态博弈，现实中的许多决策活动往往是依次选择行为而不是同时选择行为，而且后选择行为者能够看到先选择行为者的选择内容。例如，合同成立的要约与承诺，合同中的讨价还价，重复交易等等。此时，可能出现许诺或威胁，但这些威胁或许诺是一种可置信的威胁或许诺吗？可信性的概念可归结为“威胁或承诺是可信的吗？”这样的问题在博弈论中一个威胁或承诺仅仅当该博弈者在适当时间将其实现时符合他自身的利益时才是可信的。

鉴于可信性问题在动态博弈中的普遍存在，我们有必要对纳什均衡概念进行精炼。在动态博弈中有效的均衡概念是精炼纳什均衡。

子博弈定义：由一个动态博弈第一阶段以外的某阶段开始的后续博弈阶段构成的，有初始信息集和进行博弈所需要的全部信息，能够自成一个博弈的原博弈的一部分，称为原动态博弈的一个子博弈。

精炼纳什均衡定义：如果在一个完美信息的动态博弈中，各博弈方的策略构成的一个策略组合满足，在整个动态博弈及它的所有子博弈中都构成纳什均衡，那么这个策略组合称为该动态博弈的精炼纳什均衡。

第四节　重复博弈和信用

重复博弈包括有限次重复博弈和无限次重复博弈。我们以“囚徒困境”为例。

一、有限次重复博弈

假定是 N 次。我们用逆向归纳法来分析，双方看到第 N-1 的结果后再进行第 N 次博弈，因为前一阶段的结果已成为既成事实，此后又不再有任何的后续阶段，因此实现自身当前的最大利益是博弈主体在该阶段决策的唯一原则，第 N 次的均衡是都坦白，这是无效率的，因为都沉默是一个帕累托改善。当你明确知道哪一次是最后一次，这一次就可能产生非诚信的机会主义。再回到第 N-1 次博弈，理性的博弈方在第 N-1 次博弈时对第 N 次博弈的结局非常清楚，知道第 N 次博弈的结果是都坦白，所以第 N-1 次就变成了最后一次，此时纳什均衡是都坦白，再退到第 N-2 次，结果是一样的……，第一次博弈的纳什均衡还是都坦白。 只不过是重复多次罢了，重复博弈并不能改变无效率的均衡状态。

二、无限次重复博弈

有限次重复博弈的前提是有一个最后的博弈，否则逆向归纳法无效，而这是有限次重复博弈的特征，假如博弈次数是无限的，上述结论就不能得出来。这里存在一个惩罚机制，一旦一方发现对方不守信，则以永远采取不守信进行报复，从而使之处于糟糕的境遇。

讨论：要形成声誉是不是一定要无限次博弈呢？

第五节　讨价还价理论

案例：亚当拥有一辆保养良好的 1957 年生产的敞篷小汽车，该汽车对他来讲仅值 3000 美元。布莱尔非常渴望拥有这样一辆汽车，该车对他最少值 4000 美元。正好他手里有 5000 美元现金。

一、有交易的可能性

合作剩余（4000－3000=1000），这是将资源转移到评价更高的用途上所带来的价值。只有在存在合作剩余的情况下才有交易的可能性。不合作解与无穷个合作解。

二、交易价格

在哪一点成交（获取合作剩余的份额）要看讨价还价的能力和策略。

三、交易的结果

如果成交，社会财富增长 1000 美元，总共 9000 美元。

四、合同自由的博弈分析

当双方签订一个合同时，双方都是赢家，因为与不签订合同时相比总是一种改善。在这个例子中，在 3000 元到 4000 元之间的任何价格成交对双方都是互利的。现在的问题是各自获利多大？事实上，在 3000 元到 4000 元之间的任何价格成交对双方都是互利的，也都是均衡状态，所以这里有无穷个均衡。每个人都想在合作剩余中分到更多，这是人的自利本性决定的。合作剩余的分配主要与市场的竞争程度和双方讨价还价的策略相关。

我们应该注意的是，讨价还价是有成本的，讨价还价的回合越多，成本越大。

讨论：当有三个回合讨价还价时的情形和无穷个回合时的情形。

复习与思考题

1．指出“囚徒困境”中的帕累托效率与卡尔多-希克斯效率。

2．谈谈重复博弈和信用的关系，并举一例予以说明。

3．谈谈讨价还价理论在生活中的实际应用。

拓展阅读书目

贝尔德、皮克、格特鲁《法律的博弈分析》，法律出版社，2004。

第四章　价格理论、福利经济学与风险决策

本章教学目的和基本要求：通过对价格理论、福利经济学与风险决策的学习，掌握最基本的经济学知识。

学时分配：4

第一节　价格理论

一、消费者选择和需求理论

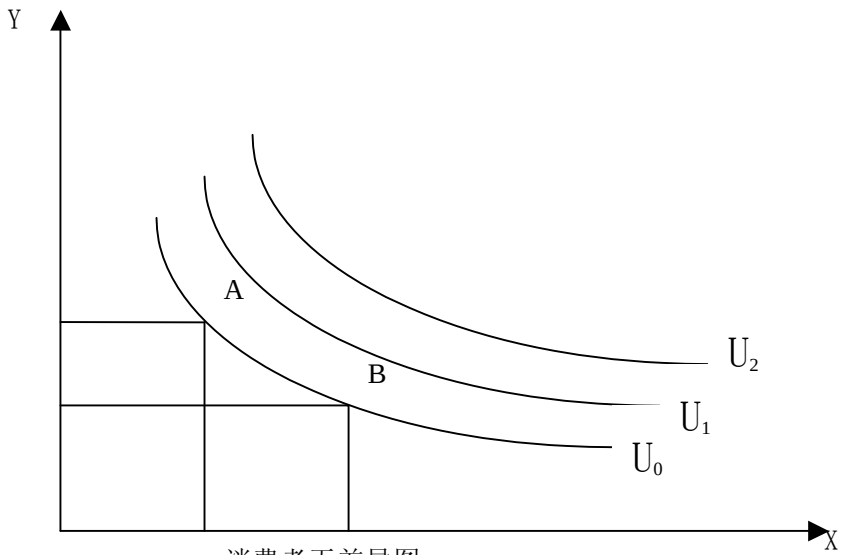
1．消费者偏好次序（consumer Preference Orderings）：消费者被假定知道什么是他们喜欢的和不喜欢的，而且能够根据偏好的满足程度进行排序。消费者的偏好次序具有完备性、传递性和自反性。

（1）完备性：消费者能够对所有可能的产品和服务的组合进行依次排序。

（2）反身性：任何产品束 A 至少与它自身一样的好。

（3）传递性：如果产品束 A 优于产品束 B，产品束 B 优于产品束 C，那么产品束 A 优于产品束 C。

2．效用函数（utility functions）与无差异曲线（indifference curves）

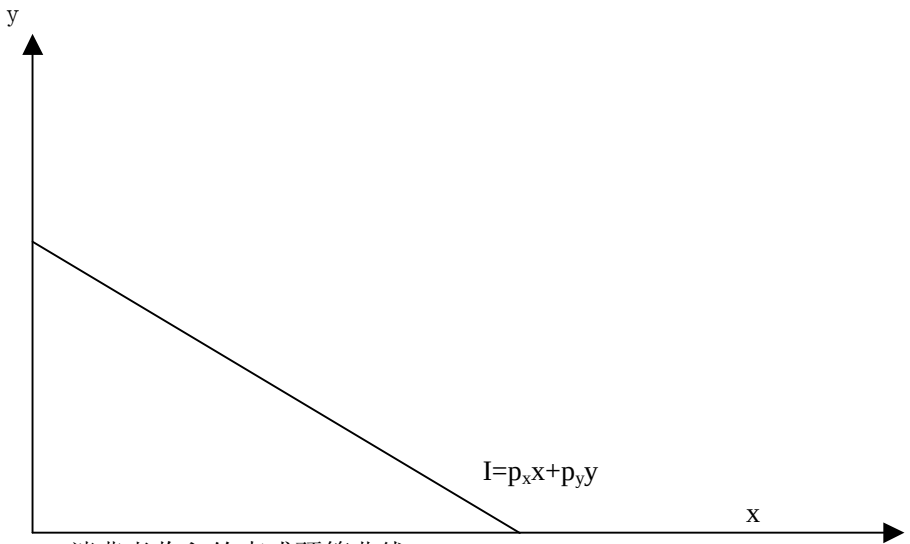


消费者无差异图

效用：$U_0 > U_1 > U_2$

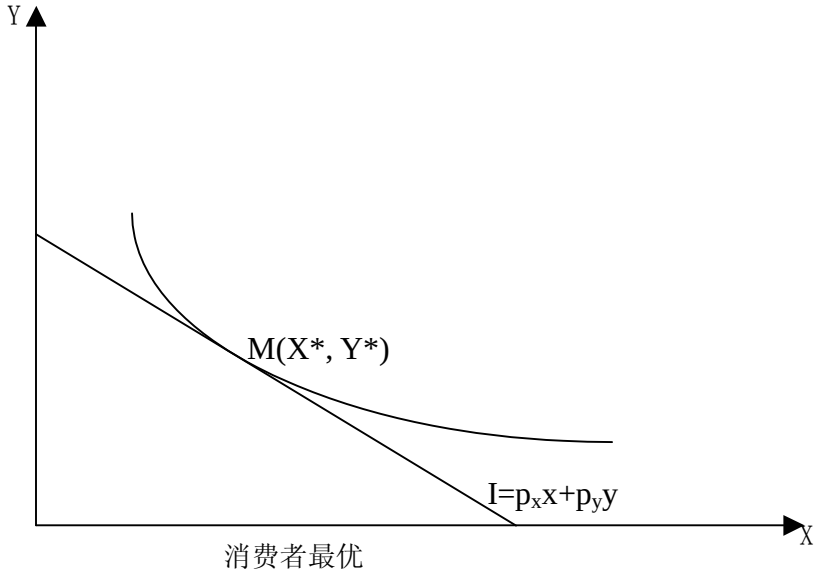
点 A 和点 B 对消费者的效用是无差异的。

3．消费者收入约束或预算曲线



消费者收入约束或预算曲线(income constraint or budget line)

4．消费者最优（The consumer’s optimum）



消费者最优

5．一般性最优：边际成本=边际收益

一个约束最大化，或任何其他经济最优问题，都可以被描述成一个点，在该点处，边际成本等于边际收益。

6．需求曲线、需求法则和需求弹性

（1）需求曲线：消费者愿意购买的商品数量和价格的函数关系

（2）需求法则：随着价格下降需求量增长，随着价格上升需求量减少。需求与价格成反比关系。

（3）需求弹性 （elasticity）:相对于某一变量（价格）变动 1%，另一变量（产品需求量）变动的百分比的一种度量。

（4）影响需求的因素：

①偏好

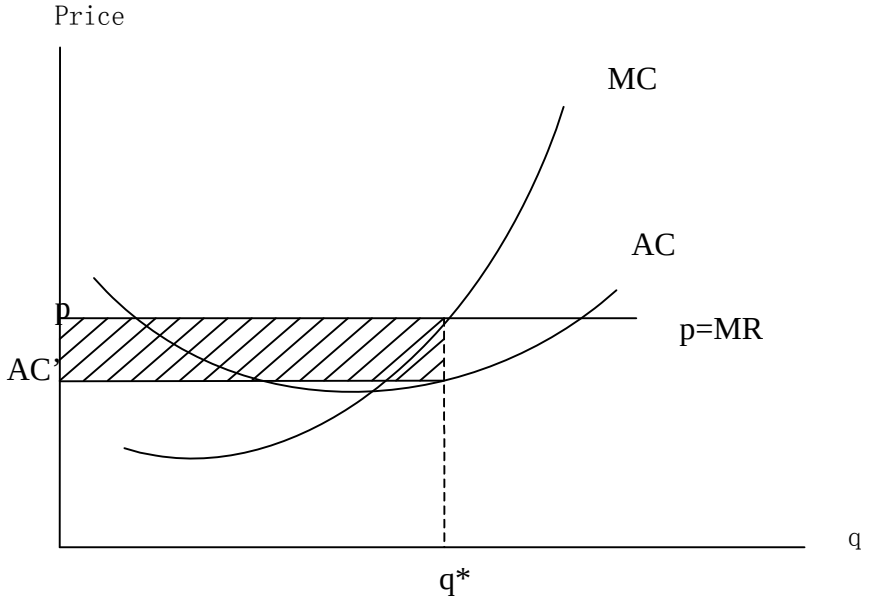
②收入

③其他商品的可获得性与价格

④预期（对收入、价格和偏好）
⑤购买者数量。

二、供给理论（The theory of supply）

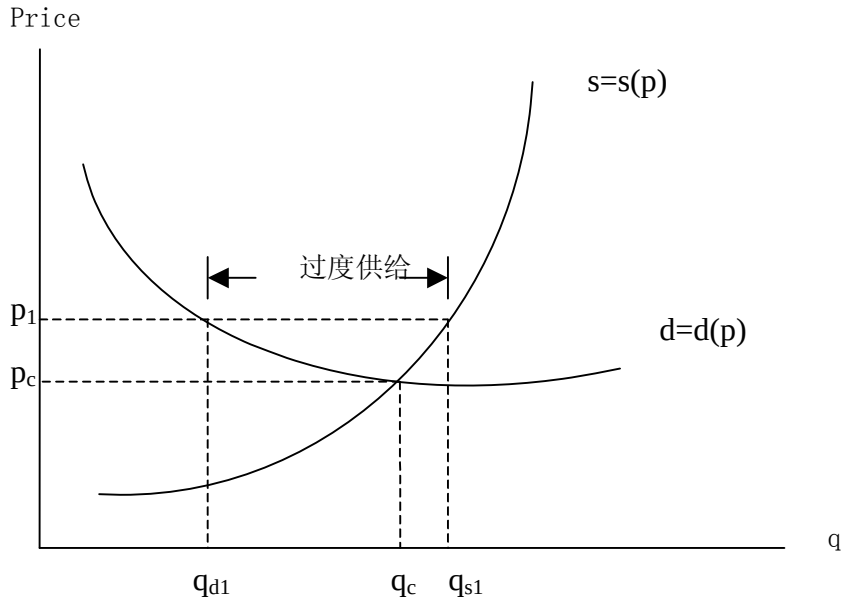
1．找出厂商利润最大化时的产量
如果厂商生产的是使其边际成本等于其边际收益的产出量，那么该厂商的利润将达到最大。
边际成本（marginal cost）:生产一单位额外产出所增加的成本。
边际收益（marginal benefit）:增加一单位额外产出所增加的收益。



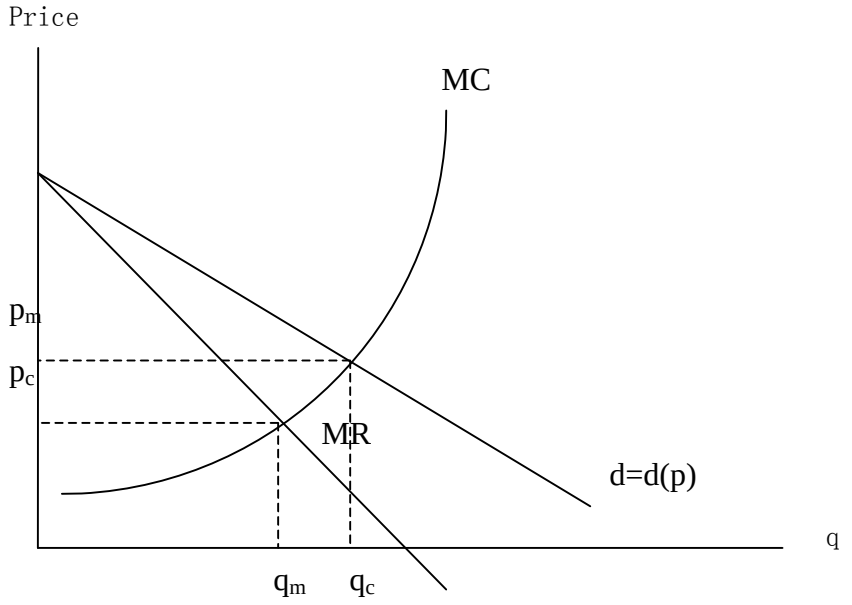
在完全竞争的市场，最大化时价格等于边际成本，因为价格等于边际收益。
2．该规则的经济学意义
为了最大化利润，厂商不必关心总收入或总成本；相反，他只需逐个检查产出以找出使得它的利润最大化的产出水平。
3．长期与短期利润
（1）短期，厂商有固定资本（沉淀成本）。长期，厂商没有固定资本，一切都是变量。
（2）经济利润（economic profit）：企业的收益和包括机会成本在内的总成本之差。
（3）资本的平均收益被当作是为取得“经济利润”而从收入中减去的成本部分。因此，当该行业中的已投资本的收益率等于整个经济的平均利润率时，就说“经济利润为零”。当经济利润为零时，一个行业就处于长期均衡中。

三、市场均衡（market equilibrium）

1．完全竞争行业的均衡（equilibrium in a perfectly competitive industry）



2．垄断市场的均衡（equilibrium in a monopolistic market）



第二节　福利经济学

一、一般均衡

效用最大化消费者和利润最大化厂商之间的独立决策活动将使得所有市场均同时达到必然的和自发的均衡，称为一般均衡。一般均衡具有生产性和配置性效率。其实现条件是：当竞争性力量使得市场上的每种商品和服务的边际收益和边际成本相等时，一般均衡才会得以实现。

二、市场失灵

1．垄断和垄断势力（monopoly and market power）

政策建议：

人为垄断条件下，用竞争代替垄断——反垄断法；

自然垄断条件下，规制垄断价格。

2．外部性（externalities）

（1）概念界定

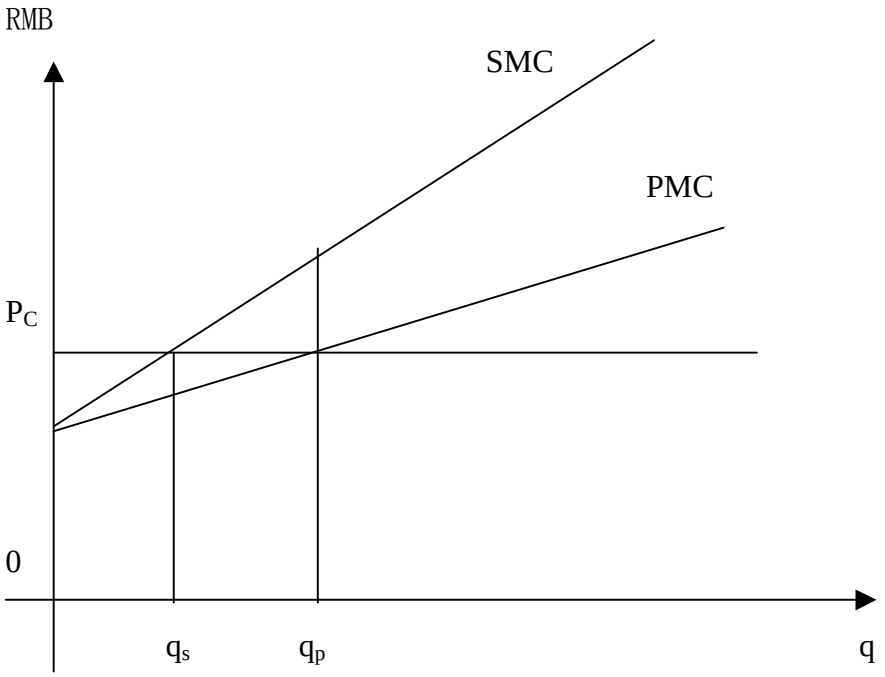
当一个人选择某种行动时，不仅涉及个人的成本与收益，而且可能给自己以外的其他人施加成本或带来收益，称为“外部性”。 给自己以外的其他人施加的成本称为外部成本；给自己以外的其他人带来的收益称为外部收益。行为主体个人直接承担的成本称为私人成本，个人直接享受的收益称为私人收益。相应的，把私人成本与施加于他人的外部成本之和称为社会成本。私人收益与给他人带来的外部收益之和称为社会收益。

（2）个人最优

理性人的决策是基于私人成本与私人收益的比较做出的，个人最优决策在边际私人成本等于边际私人收益点达到。

（3）社会最优

帕累托效率意味着社会最优在边际社会成本等于边际社会收益点达到。



（4）目标是实现社会最优

理性人的个人最优决策一般不等于社会最优决策。个体活动的外部性产生了激励的需要。激励的目的是把个体行为的外部性内部化，通过规则的强制，迫使产生外部性的个体将社会成本和社会收益转化为私人成本和私人收益，使得行为主体对自己的行为承担完全责任，从而通过个体的最优选择实现社会最优。

三、公共产品（public good）

1．一个公共产品具有两个关系密切的特征：

（1）消费非竞争性（nonrivalrous consumption）：一个人对公共产品的消费并不减少可供其他消费者的消费量；

（2）非排他性（nonexcludability）：排除没有付费的消费者来消费这个产品的成本如此之高以至于没有利润最大化的企业愿意提供这种产品。

2．搭便车现象

3．解决办法：

（1）给予提供公共产品的私人提供补贴。

（2）直接由政府来提供公共产品。

四、严重的信息不对称（severe informational asymmetries）

1．我们的合作理论是必须知道各自对产品或者劳务的估价，但现实是，由于信息成本的存在，对估价不了解，严重时会阻碍交易的达成。

2．因此在相关领域需要进行信息的强制披露。

五、小结

福利经济学三定理：

1．微观经济学。

第一定理：如果每个人都是在竞争性市场上进行贸易，则所有互利的贸易都将得以完成，并且其产生的均衡资源配置在经济上将是有效率的。竞争的市场是帕累托效率的。经济可以自动有效率地配置资源，而无需政府规章制度的控制。

2．法律经济学。

第二定理：在采取了合适的权利配置措施后，帕累托效率仍然可以经由竞争的市场机制实现。应该放手借助政府来充分达成社会现实中的帕累托效率。

3．立宪经济学。

第三定理（阿罗不可能定理）：在满足民主社会普遍接受的一系列合理条件的前提下，要想经由个人偏好次序推导出社会的或集体的偏好次序，一般说来是不可能的。

第三节　风险决策

一、期望货币收益

$EV=P_1O_1+ P_2O_2+\cdots\cdots P_nO_n$

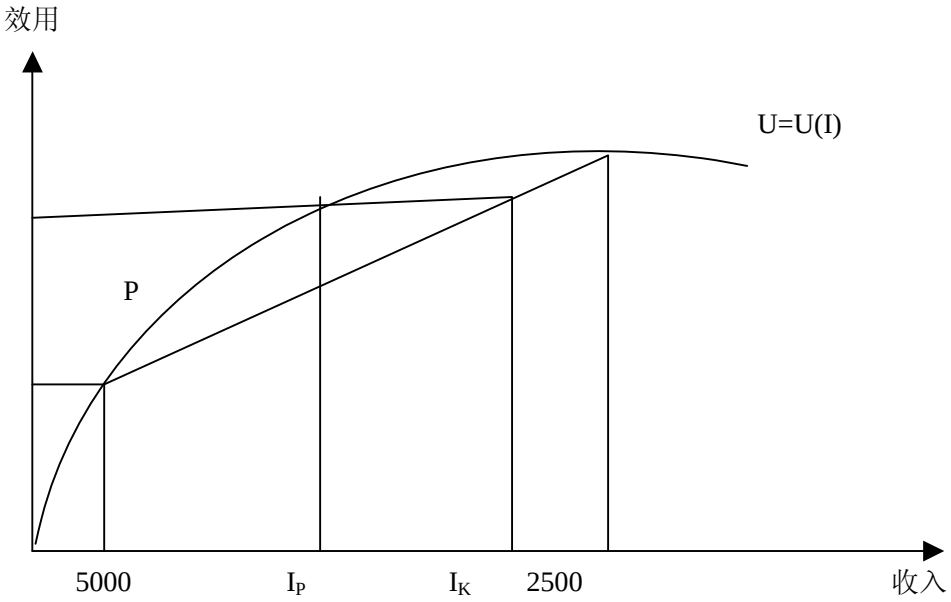
二、风险态度

1．风险规避者：如果一个人的货币收入效用函数呈现出递减的边际效用称为风险规避的。或者，如果一个人认为一个未来确定的货币收入所带来的效用大于未来不确定的但具有同等预期货币价值所带来的预期效用，他就是风险规避者。

2．风险中立者：边际效用不变。

3．风险喜好者：边际效用递增。

三、保险



1．保险的增殖性：预期效用=u（5000）·p+ u（25000）·（1-p）；
预期收入=5000·p+25000·p
2．风险规避者与风险中性者（保险公司）。
3．保险业的存在性：
大数定律：在个体看来是随机的、不可预言的和不可靠的事情在一大群人中会变成确定的。

复习与思考题

1．垄断为什么是无效率的？
2．用所学的知识解释保险公司为什么会存在。

拓展阅读书目

Cooter, Ulen. Law and Economics, fourth edition, Addison-Wesley, 2003.

第五章　财产权的经济理论

本章教学目的和基本要求：通过一个假想的实验揭示出财产法的起源，将科斯定理引入以构建财产法，并讨论怎样保护产权。

学时分配：4

第一节　财产权的起源

一、假想的实验

自然状态：种植谷物、偷窃谷物和防御谷物被盗

农场主	种植的谷物	偷得的谷物	被偷的谷物	实际消费的谷物
A	50	40	-10	80
B	150	10	-40	120
总和	200	50	-50	200

合作状态：承认产权并且采用制止盗窃的机制、更多时间用于生产

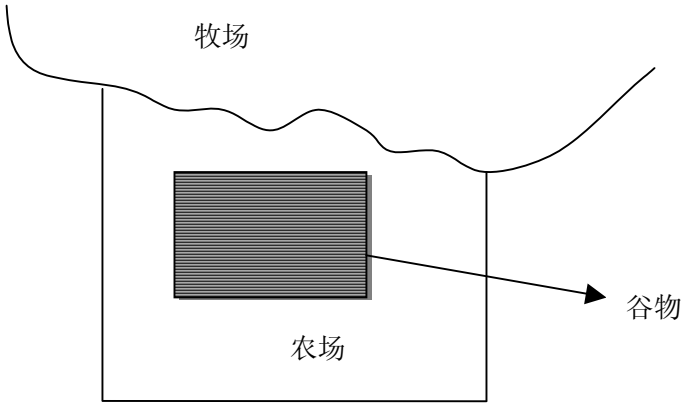
农场主	恐吓值	剩余的分享份额	实际消费的谷物
A	80	50	130
B	120	50	170
总和	200	100	300

二、从自然状态到契约论：合作剩余

假想的实验表明：通过界定产权，农场主 A 和 B 共同分享合作剩余，使得双方共同受益。由此揭示了产权的起源。合作剩余是由自然状态过渡到契约社会的基础。

第二节　科斯定理

一、案例



一个养牛的牧场主生活在邻近农场主的地方。农场主在他的部分土地上种植谷物，部分被闲置着。牧场主在她所有的土地上牡牛。农场和牧场之间的界线是清晰的，但是没有栅栏。因此牛经常漫游到农场主的财产上损害谷物。损失可以通过建造栅栏予以减少，也可以通过经常监督牛群，减少牛的数量，或是少种植些谷物，其中每一种都是有成本的。

有两个具体的规则法律可以采纳：

1．农场主有责任确保牛远离他的财产，并且他必须承担当它们侵入时造成的损失。（牧场主权利）

2．牧场主有责任确保牛限定在她的土地上，并且她必须承担当他们跑出时造成的损失。（农场主权利）

为了清晰地说明，假定没有任何栅栏，牛的侵入给农场主每年造成 100 美元的损失，在牧场周围修建一个栅栏的成本是每年 75 美元，在农场主谷物地周围修建和维护一个栅栏的成本是每年 50 美元。

在不同的规则之下的结果是怎么样的呢？

1．庇古的解决：外部成本内部化，庇古税。

2．科斯对庇古税进行批判，指出问题的“相互性”和问题的关键不在于外部性，而在于交易成本。

二、科斯定理

1．科斯第一定理：当交易成本为 0 时，交易产生资源的有效利用，而法律是无用的（或法律与效率无关）。

（1）这里所说的无关紧要是指究竟配置给哪一个是不重要的，但是权利的初始配置行为本身是重要的。科斯明确地指出：“法律体系的目标之一就是建立清晰的权利界限，使权利能够在此基础上通过市场进行转移与重新组合。”

（2）把权利配置给哪一个对个体来讲是重要的。当然从收入分配的角度来看，权利的最初分配一直是举足轻重的。

2．科斯第二定理：在有交易成本时，法律对效率非常有用（或法律与效率有关）。

3．规范的科斯定理：构建法律以减少交易成本，即润滑交易。

降低交易成本以润滑交易。为了实现这个目标，一个重要的方式就是通过法律界定简单、清晰的产权。当产权是简单、清晰时的交易就比产权复杂、不确定时交易容易的多。

4．规范的霍布斯定理：法律应将权利配置给最珍视它的人，即纠正错误配置。

除了鼓励交易，法律系统还应该试图减少因交易失败而带来的损失。法律应将权利配置给最珍视它的人，即纠正错误配置。但是问题在于法官或者立法者有没有能力判断和判断成本。将初始权利分配给对其评价最高的人，法律制定者为社会节省了这种权利的交易成本。但是法律制定者常常并不知道谁是对权利评价最高的人。

拥有有限信息的立法者面临着在交易成本和信息成本之间选择。一方面，通过严格遵循先例，法庭避免了决定一项权利对谁价值最大的信息成本。在法庭严格遵循先例的情况下，当事人必须承担纠正法律权利配置无效率的交易成本。另一方面，法院能够试图决定一项法律权利对谁的价值最大并相应地法律协调。在法律权利配置之下 ，法院或其他立法者必须承担决定一项权利对谁价值最大的信息成本。效率要求法院怎么更便宜就怎么样 。

IC：立法者或法官决定谁是法律权利的最高评价者的信息成本

TC：权利交易的交易成本

IC<TC→将初始的法律权利配置给对其评价最高的人；

TC<IC→严格遵守程序。

三、交易成本

Cooter 认为，狭义上看，交易成本指的是一项交易所需花费的时间和精力。有时这种成本会很高，比如当一项交易涉及处于不同地点的几个交易参与者时。高交易成本会妨碍市场的运行，否则市场是会有效运行的。广义上看，交易成本就是交易的成本。交易有三个步骤。首先，需要寻找交易对手。其次，交易必须是在交易双方之间进行的。最后，交易完成后它还必须执行。

所以交易成本包括：

1．搜寻成本；

2．讨价还价成本；

3．执行成本。

四、规范的科斯定理与规范的霍布斯定理的比较

规范的科斯定理与规范的霍布斯定理的比较就是财产权的稳定性与法律制定者的中立性问题。

第三节　如何配置产权

一、公共物品

1．定义

公共物品是这样的物品，增加一个人享用的成本很小或没有成本，而要排除任何人享用都要花费很大的成本。国防和灯塔就是两个例子。

2．特征：

（1）非竞争性：一个人对一种公共物品的消费（或享用）不会减少其他人对这种物品的消费（或享用）。

（2）非排他性：要排除任何人消费（或享用）一种公共物品都需要花费很大的成本。

二、私人物品

与公共物品恰恰相反（略）。

三、产权配置原则

该私有的应该私有，该共有的共有。

第四节　如何保护产权

一、解决途径

1．损害赔偿，即判定一个补偿性质的货币赔偿金。

2．禁令，即指令作为或不作为。

损害赔偿经常作为违约或意外事故时的救济，而禁令经常是盗用、侵占或者妨碍他人财产权利的救济。换言之，损害赔偿是合同法和侵权法的通常救济形式，而禁令是财产法的通常救济形式。因此，损害赔偿又被称之为责任规则，而禁令被称之为财产规则。

二、有效率的救济

1．当合作存在阻碍（即有较高的交易成本），更为有效的赔偿方式是判定一个补偿性质的货币赔偿金。

2．当合作存在较少的阻碍（即有较低的交易成本），更为有效的赔偿方式是判定禁令。

实际上的解决：

1．谈判涉及人数少，采用的方式是禁令。

2．谈判涉及人数多，采用的方式是赔偿费。

复习与思考题

1．阐述财产法的起源。

2．阐述科斯定理的内容和交易成本的含义。

3．如何保护产权。

拓展阅读书目

科斯，《论生产的制度结构》，上海三联书店，1960 年。

第六章　合同法的经济理论

本章教学目的和基本要求：通过对合同法的经济分析，着重解决合同法的基本问题，即什么样的承诺应该履行和违背可履行的承诺应给予什么补偿。

学时分配：5

导引 从财产法到合同法

1．导引

科斯第一定理：在没有交易成本时，法律对权利的配置与效率无关，法律对做蛋糕无用。

科斯第二定理：在有交易成本时，法律对权利的配置与效率有关，法律对做蛋糕非常有用。

2．结论：不管是有交易成本还是无交易成本，法律对分蛋糕有用。

3．润滑交易——合同法在润滑交易中的重要性。

第一节　合同法概述

一、合同法的目标或经济功能

1．合同法专家阿狄亚从两个主要方面论述了经济交易是经济效益的重要手段。

（1）自由和自愿交易一般是增加消费者满意程度的一种简单且极其重要的方式。

（2）自由交易很大程度上决定了如何根据不同可能的用途来分配社会资源。

2．合同的经济功能可以通过著名的斯密定理来表达，即自愿交换对个人有利，通过“看不见的手”的作用，也是有利于社会的。

二、为什么需要合同法

1．即时交易与延期交易（deferred exchange）

2．重复交易

3．惩罚机制

三、合同法的基本问题

1．什么样的承诺应该履行？

2．违背可履行的承诺应给予什么救济？

第二节　合同法的目的

一、什么样的承诺应该履行？

当法律的改变可以使某人的境况变好而不使其他人的境况变糟的任何时候，改变法律是符合帕累托效率的。

一般而言，当合同订立的时候，如果立约人和受约人都希望承诺得到履行，那么经济效率就要求执行此项承诺。我们将发展合同法的经济理论中的这一核心概念来回答合同法的第一个问题：什么样的许诺应当被执行？

1．合作和许诺

（1）即时交易与延期交易

许多交易是即时发生的。在这样的合同里，没有理由做出任何承诺。但是延期交易则不同。承诺的交换和履行之间的时间差造成了交易的不确定性和风险。不确定性和风险阻碍了交易和合作。

（2）代理博弈（agency game）

图 6. 1	博弈者乙（代理商）	
博弈者甲		合作	侵占
	投资	0.5 0.5	1.0 －1.0
	不投资	0 0	0 0

博弈者甲投资 1，图中的数字为双方的收益。

图 6.2	博弈者乙（代理商）	
博弈者甲		合作	侵占
	投资	0.5 0.5	0.5 －0.5
	不投资	0 0	0 0

图 6.2 描述的是当博弈者乙提出可执行的许诺合作时，博弈者甲投资 1，图中的数字为双方的收益。

（3）合同法的第一个目的是通过将非合作解决的博弈转变为合作解决的博弈，将无效解决的博弈转变为有效解决的博弈来使得人们能够合作。

博弈论的语言解释了可执行的合同是怎样促进合作的。在博弈论中，许诺排除机会。例如在打仗之前，将后退的吊桥烧掉。当另一方观察到的机会被排除时，许诺是可置信的。

2．信息

促进合作方作出许诺和达成合作的一个重要的部分是在他们之间交换信息。这就出现了信息不对称的问题。合同法可以通过起草信息和执行的规则使得当事人知道他们对哪些信息有义务披露以及那些信息可以保留来帮助私人主体处理信息不对称的问题。

合同法的第二个目的是在合同关系中鼓励有效地披露信息。

3．什么样的承诺应该履行？

如果合同当事人在签订合同的时候都期望承诺被应该执行，那么这个承诺应该履行。

二、违背可履行的承诺应给予什么救济？

1．履行

考虑一下，将救济作为立约人对违约支付违约金的一部分。违约金的这部分数额越高，立约人就有越强的激励履约。

合同法的第三个目的是保证最佳的许诺得到履行。

（1）立约人的理性选择：

立约人的履约成本>立约人的违约责任→立约人违约

立约人的履约成本<立约人的违约责任→立约人履约

（2）社会效率原则：最大化立约人和受约人的回报总额。

效率履约与违约：

立约人的履约成本>受约人从履约中所获利益→违约有效

立约人的履约成本<受约人从履约中所获利益→履约有效

（3）法律产生效率：

①当违约责任和立约人从履约中所获利益相等时，立约人有履约和违约的有效动机。

②当责任内在化了违约成本时（包括外部成本），立约人有履约和违约的有效动机。

（4）有效违约的科斯定理

只要交易成本为零，强制履行合同的法律规则就会产生有效率的结果。（在没有交易成本时，民事规则仅仅起着资源重新分配的作用，总是有效率的。）

限制条件：

①履约利益应当能够大体准确确定；

②履行具有可替代性。

2．违约的救济——完美预期损害赔偿

完美预期损害赔偿就是将受约人恢复到他或她当履约时的境况。换言之，作为违约结果的完美预期损害赔偿等于受约人对履约时预知的收益。完美预期损害赔偿使得发约人内部化违约的成本。结果，完美预期损害赔偿为有效履约和违约创造了激励。

3．信赖

合同的可执行性使得当事人能够合作，这其中又涉及到两种行为。第一，发约人投资履约。第二，受约人基于信赖承诺而投资。

（1）信赖是受约人基于承诺获致境况的改变。受约人境况的改变增加了履约对受约人的价值。然而，履约价值的增加是有代价的。信赖使得违约对于受约人的成本是极其高昂的。考虑到对承诺的信赖是作为从履约中增加收益而从违约中增加损失的赌博，因此，合同法的第四个目的是确保最佳信赖。

（2）最佳信赖

从额外信赖获得的预期收益等于履约对于受约人价值的增加量乘以履约的可能性。从额外信赖遭受的预期损失等于违约对于受约人价值的减少量乘以违约的可能性。如果预期收益超过预期损失，那么效率要求更多的信赖。反之，则减少信赖。

（3）信赖的法定激励

过度信赖导致违约时过多的损害。法律通过限制可恢复的损害赔偿来劝阻过度信赖。如果法院按照这界定的给与完美预期损害赔偿，那么违约的受害者对于过度信赖讲得不到任何赔偿。由于理想的法律只对事实损失最大化到最佳信赖时的损失，因此受害者必须承担由于过度信赖导致的额外损失。结果，受约人有强烈的激励避免过度信赖

三、通过纠正合同条款来纠正市场失灵

完美市场不需要规制，市场失灵需要规制。

完美合同不需要规制，现实合同需要规制。

1．完备合同：

（1）完备合同是完整的。每一种偶然性都预想到了；而且相关风险也在双方当事人之间有效分配好了；所有有关的信息双方都知道；没有任何事情可能会出错。

（2）完备合同是有效的。每一种资源都分配给了最重视该资源的一方；每一风险都分配给了能以最低成本承受该风险的一方；而且合同条款详尽阐述了合同双方通过合作得到双赢的任何可能性。

（3）完备合同的前提：

①主体适格：理性人。

②不存在外部性：损害他人、集体和国家利益。

③信息：欺诈、隐瞒、目标受挫、相互错误。

2．信息

（1）分类

①生产性信息是指可增加社会财富的信息。

②再分配性信息是指产生交易优势的信息，这种优势用于再分配财富而有利于掌握信息的当事人。

③安全性信息是指能够帮助人们规避危害。

④混合性信息是指包含生产性信息和再分配性信息的信息。

（2）适用的经济原则：

①基于生产性信息差异的合同是可履行的。

②基于混合性信息差异的合同是可履行的。

③基于纯粹再分配性信息差异的合同可以取消。

④在合同议价时，双方当事人应当透露安全性信息。

四、过错责任和交易成本

1．理性漏洞

合同经常分配风险。如果合同是完美的，那么法院应该执行。但是制定完美合同的成本很高，理性的合同订立者在分配风险时通过留下漏洞来使双方获益。

最小化合同的交易成本：

分配风险的成本＞分配损失的成本*损失发生的概率→留下漏洞

分配风险的成本＜分配损失的成本*损失发生的概率→填补漏洞

2．法院填补漏洞

法院需要规则来填补合同中的漏洞。但是有时候，合同中的明示条款与法律为填补合同漏洞提供的规则相冲突。此时，法院必须决定适用哪一个。

一般而言，当立法者用有效的过错条款替代合同中的无效条款的时候，合同方从中受益。有效的过错规则在交易成本和风险承担之间进行衡量。

合同法的第五个目的是通过提供有效的过错条款和规则最小化订立合同的交易成本。

3．法院填补遵循的原则

法院填补的条款是合同方如果对所有相关的风险进行协商时所达成的合意时的条款。

第三节　格式合同

一、格式合同概述

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。合同中采用格式条款有两种形式：一种是合同的部分条款为格式条款；另一种是合同的所有条款都为格式条款。这两种合同都称为格式合同。

二、格式合同的利弊

1．利：节省时间、减少纷争和交易成本的优点，大大增加了社会财富，且为我们的日常生活带来便利。

2．弊：

（1）违背实质自由原则。

（2）利益分配。

三、合同自由的博弈分析（讨价还价）

1．选择合同内容的自由对分配合作剩余的影响。

2．选择相对人的自由对分配合作剩余的影响。

格式合同对合同自由的侵犯在于选择合同相对人的自由和选择合同内容的自由，实质在于对合作剩余分配的不公！

四、规制格式合同的制度分析

从自由合同到格式合同一般情况下符合卡尔多-希克斯有效性标准，它是潜在的帕累托改善，对社会有利，所以我们要保留格式合同。但合同是自我设定的义务，仅仅满足卡尔多—希克斯有效性标准是不够的，格式合同必须满足帕累托改善，其核心是合同的实质自由原则。这就是我们既承认格式合同的形式，同时又要通过法律对其进行规制的理由。

复习与思考题

1．什么是有效违约?

2．简述合同法的作用。

3．试举一例说明格式合同的利弊。

拓展阅读书目

1．阿狄亚，《合同法导论》，第 5 版，法律出版社，2002。

2．柯华庆，“格式合同的经济分析”，载于《比较法研究》2004 年第 5 期。

第七章　侵权法的经济分析

本章教学目的和基本要求：通过对侵权法的经济分析，解决利益冲突的问题，即法律应该怎样干预以达到社会最优的结果，以及熟练运用汉德公式进行相关的分析。

学时分配：4

第一节　侵权法概述

一、传统侵权法三要素

1．被告对原告的过错（包括过失和故意），在故意伤害中要求惩罚性赔偿。

2．原告遭受的伤害。

3．过错是伤害的直接原因（因果关系的寻找）。

二、法律经济学的视角

1．问题的相互性，一般的侵权是双方引起的。

2．别为洒在地上的牛奶而哭泣。

3．上医治未病之病，下医治已病之病。

4．立法思维非司法思维。

5．没有故意与过失之分（法律经济学中没有道德观念）。

我们必须决定的是，防止妨害的收益是否大于作为停止产生该损害行为的结果而在其他方面遭受的损失。

第二节　汉德公式

美国著名的汉德法官（Learned Hand）提出的被人们称为过失责任判断标准的汉德公式，也是从风险与成本这两个角度来看待过失与责任分担问题的。

$B<P \cdot L$

B：预防成本：避免事故的成本

P：事故发生的概率　　} 事故的预期成本

L：事故的损失：事故本身的成本

一、汉德公式的基本含义

当 B>PL 时，就应让数额较小的 PL 发生，而不应采取损害防止措施，以免产生数额较大的 B；但当 B<PL 时，为了避免数额较大的 PL 发生，就应采取损害措施产生数额较小的 B。

二、汉德公式的深层次含义：效率标准

预防与损害的发生对社会而言都是成本的付出，如果能够以较低的成本付出代替较高的成本付出，从社会的角度看就是有效率的。

只要没有达到 B 所要求的适当的注意标准，就存在有过失。而不管这种过失是否给具体的受害人造成了损害。

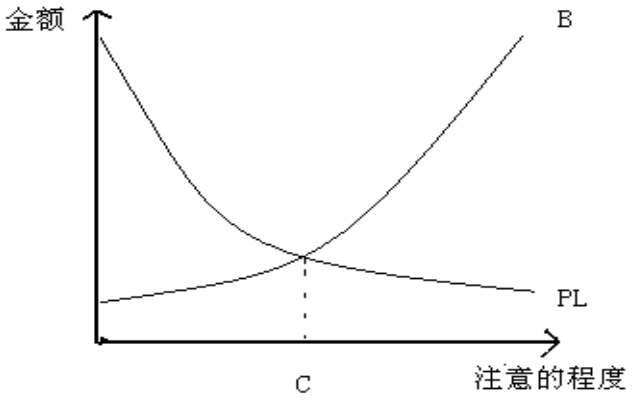


图 1

如图：两条曲线的交叉点 C 代表了适当注意。在 C 点左边，B<PL，加害人将负有责任。

三、库特和尤伦对汉德公式的发展

侵权是相互性的，在对事故预防上，同样有两方当事人对事故的预防成本问题。

四、过失的形式

1．简单过失的形式

即行为人（施害者）由于违反了应有的注意义务，而无论受害人处于何种状态，行为人都应当承担责任的一种形式。

X＜X*　→　施害者负有责任

X≥X*，　→　施害者不负责任

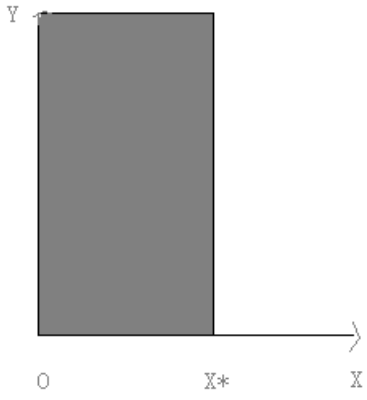


图2

图 2 中的阴影部分表示施害者应该负有的责任。

2．共同过失的形式

即双方都有过失的情况下，由施害者承担责任的形式。

X＜X*　且　Y≥Y*　→　施害者负有责任

X≥X*　或　Y＜Y*，→　施害者不负责任

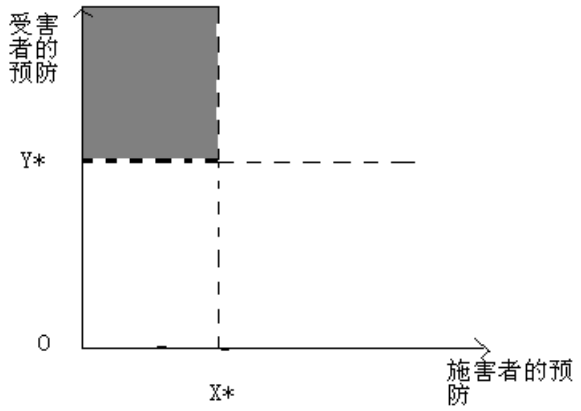


图3

图 3 中的阴影部分表示施害者应该负有的责任。

3．相对过失的形式

即比较过失（comparative negligence），当只有一方当事人有过失时，它与将共同过失作为抗辩的疏忽原则是相同的。当双方当事人都有过失时，则根据双方造成事故的过失程度的比例大小来分事故的费用。

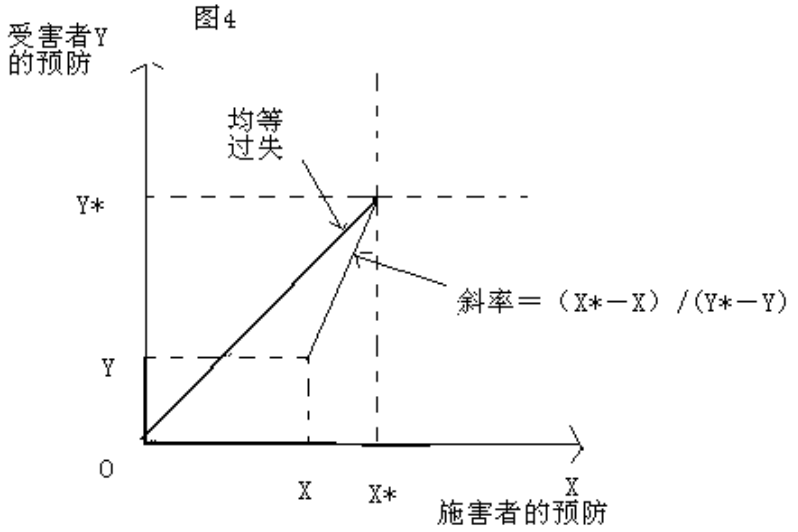
X＜X* 且 Y≥Y* → 施害者完全负责

X≥X* 且 Y＜Y*，→ 受害者完全负责

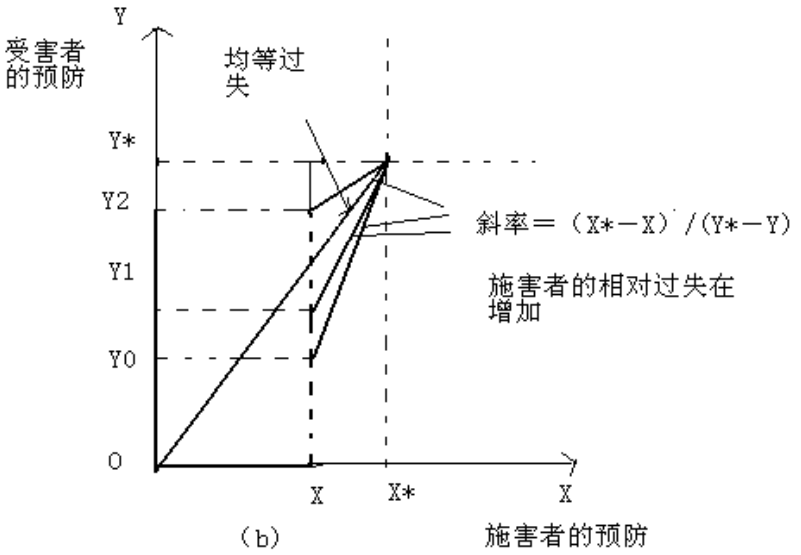
X＜X* 且 Y＜Y* → 根据程度比例分担责任。

如何计算相对过失？一般来说，当事人预防的实际水平与法定标准的相对差别提供了相对过失原则的简单计量方法，即（X*－X）/（Y*－Y）。图 4 说明了这种计量的方法。

图4



（a）



讨论：过失原则涉及到的预防法定标准与当事人合理注意之间的关系如何呢？

事实上还有另一种计算方法：（（X－X*）／X*）／（（Y－Y*）／Y*）。

第三节　交通事故的经济分析

一、交通法的目的

通过责任配置产生一种激励，使事故不发生或者少发生，从而可以避免生命或者健康的失去。

二、严格责任的悖论

基于保护行人和非机动车驾驶人等弱者人权的目的而免除其承担交通事故的责任，却南辕北辙地导致了更多的交通事故，因此造成更多的人间悲剧。

三、交通事故责任的理论模型

1．司机严格责任原则

图一		司机	
		不谨慎	适度谨慎
人 行	不谨慎	0，-100	0，-110
	适度谨慎	-10，-100	-10，-20

经过博弈，双方都选择不谨慎，交通事故的发生概率将相当高。

2．司机无责任原则

图二		司机	
		不谨慎	适度谨慎
人 行	不谨慎	-100，0	-100，-10
	适度谨慎	-110，0	-20，-10

过失与受伤者自己过失制度：行人只有在司机存在过失而自己没有过失时才能获得赔偿。经过博弈，行人有占优战略，即是保持谨慎，司机也将保持谨慎。可以想象，在这种法律制度下，司机和行人的谨慎得到了相应的激励，同时，社会成本的投入也将是很低而有效的。

3．过失责任（过失与受伤者自己过失责任）：英美侵权法：当双方适度谨慎由行人承担损失。

图三		司机	
		不谨慎	适度谨慎
人 行	不谨慎	-100，0	-100，-10
	适度谨慎	-10，-100	-20，-10

4．严格责任配以受伤者过失制度：当双方适度谨慎由司机承担损失。

图四		司机	
		不谨慎	适度谨慎
人 行	不谨慎	-100，0	-100，-10
	适度谨慎	-10，-100	-10，-20

该分析该制度的结果也是双方都保持谨慎。该制度和过失与受伤者自己过失制度的区别是在双方都保持谨慎时责任的分配，过失与受伤者自己过失制度中如果在双方都保持谨慎的条件下发生交通事故，由行人承担事故损失；而严格责任配以受伤者过失制度则将这种负担加给了司机。

5．比较过失制度

（图五）：其激励机制在于双方都谨慎时责任的分摊。

图五		司机	
		不谨慎	适度谨慎
人 行	不谨慎	-100，0	-100，-10
	适度谨慎	-10，-100	-15，-15

（图六）：其激励机制在于双方都不谨慎时责任的分摊。

图六		司机		
		不谨慎	有点谨慎	适度谨慎
行人	不谨慎	-50，-50	-99，-2	-100，-4
	有点谨慎	-2，-99	-51，-51	-101，-4
	适度谨慎	-4，-100	-4，-101	-5，-3

四、道路交通事故的归责原则

交通事故发生的概率和事故带来的损害的大小是由机动车方的行为和行人的行为共同决定的。法律的目的是为行人和司机提供一个激励机制，使得双方都采取最优的预防，从而使得事故的期望损害（等于事故的概率乘以事故带来的损害）加预防成本的总和最小。

复习与思考题

1．简述汉德公式。
2．简述交通事故的经济分析。

拓展阅读书目

1．Cooter, Ulen. Law and Economics, fourth edition, Addison-Wesley, 2003.
2．贝尔德、皮克、格特鲁《法律的博弈分析》，法律出版社，2004。

第八章　刑法的经济分析

本章教学目的和基本要求：通过对刑法的经济分析，解决刑法的两个基本问题：第一，什么行为应当受到惩罚？第二，惩罚的程度应该是多少？什么时候达到最优？

学时分配：4

第一节　概　述

刑法为什么存在？

一、集体行动的逻辑使得民事规则的外部性不能完全内部化。

当事人自己不能解决或不能通过民法解决的问题由刑法解决。

二、补偿的困难性。

1．完美补偿不可能：生命与人身伤害。

2．完美补偿原则可能，实际上不可能。

3．完美补偿可能，但对利益的保护保障了财产安全，但允许侵犯他人的权利却削弱了生命权和自由。

4．发现的概率问题使得补偿是无效率的。

5．犯罪未遂使得补偿不可能，但有潜在的危害。

三、直接外部性很小，间接外部性很大。

四、私人惩罚的不可信性。

1．　杀人偿命按照“民不告、官不纠”的办法实施，可信度很低。

（1）在受害人已经死亡的情况下，受害人是不可能提起诉讼的，并且会杀更多的家庭中的人。

（2）家属起诉不可能，假定已经死亡，家属更愿意接受货币（事情已经发生）“私了”。——潜在的危害。

（3）有积极性起诉，但没有足够的财产和技术手段收集证据。

（4）复仇的威胁可以成为约束当事人行为的有效手段，但复仇的导火线一旦点燃，其社会成本是巨大的。

五、由政府出面的好处。

1．保证加害人受到应有的惩罚；

2．使得施害方没有反报复的理由。

第二节　理性犯罪

一、理性的犯罪者

1．何时犯罪？

$y(x) \geqslant p(x) \cdot f(x)$

犯罪的收益≥预期的惩罚

2．理性的犯罪

max（y（x）-p（x）·f（x））

y′（x）=p′（x）·f（x）+p（x）·f′（x）

3．有效率的犯罪：犯罪的收益大于社会成本。

二、潜在的受害者

预防成本>预期损害→预防

预期成本<预期损害→放任自流

预防成本包括私人预防成本和国家预防成本。

第三节　刑　罚

一、刑罚的目标

刑法的经济目标：应当最小化犯罪的社会成本，该社会成本等于犯罪所导致的净损失和花在预防犯罪方面的成本之和。

1．国家净损失=对受害人的损害（包括直接和间接的社会成本）-罪犯的收益。

2．预期的惩罚=罪犯的收益时才能遏制犯罪。

3．由 1 和 2 得：净损失=对受害人的损害-预期的惩罚。

4．最优威慑：当减少犯罪的边际社会成本=边际社会收益（实际上是边际净损失）时便实现了社会最优威慑。威慑更多一个犯罪的成本（边际成本）=边际净损失=对受害人的边际损害-边际预期惩罚。

5．边际预期惩罚=对受害人的边际损害-威慑更多一个犯罪的成本（边际成本）。

二、贝卡里亚的理论

贝卡里亚的理论：惩罚力度、破案概率和破案成本的关系。

1．刑法的目标：预防犯罪而不是惩罚犯罪。

2．惩罚力度、破案概率和破案成本的关系：

制止犯罪有两个手段：一、提高破案的概率；二、加大惩罚力度。理论上，预期惩罚=惩罚力度·破案概率≥犯罪收益就可以遏制犯罪。但是破案概率的提高→边际成本递增：法律系统不可能做到“法网恢恢，疏而不漏”。加大惩罚力度可以节约雇佣警察、法官和检察官的费用。因此，好的法律与好的经济学：寻找破案概率与惩罚力度之间的平衡。但是惩罚力度不是无限制的。

3．惩罚力度的限制：

（1）罪刑相容相称。

（2）连带责任的非正义性：“一人犯罪，株连九族”。

（3）好的经济学，坏的法律：犯罪如同赌博。

4．破案概率对信息的依赖：

一般要求：坦白从宽，抗拒从严。实际上，这是无效的，只会吓唬初犯者或者智商比较低的人。

（1）刑法对知情不报、窝藏、作伪证等行为的惩罚，正是出于激励人们提供信息的目的。

（2）中国古代的保甲制度和连带责任。

（3）悬赏公民提供线索、缉拿罪犯：额外的对信息的激励。

三、有效的惩罚

1．惩罚的种类：

（1）监禁

（2）罚金

那一种更有效率？

2．监禁的社会收益

（1）威慑犯罪

（2）惩罚犯罪

（3）改造犯罪

（4）剥夺罪犯的权利——避免更多的犯罪。

但是监禁的社会成本很高：建造和维护监狱及其管理人员的直接成本以及被监禁的人所损失生产力的机会成本。

3．罚金

（1）从犯罪分子到国家中的转移。

（2）固定罚金制与日罚金制的比较。

4．区分不同犯罪从而采取不同惩罚。

第四节　刑事制裁与证据标准

一、刑事制裁应该是惩罚性的，而不是补偿性的。

1．不仅仅考虑对直接受害人的伤害，还要考虑直接或间接的社会成本；

2．不仅仅考虑所有可能的损害，而且考虑被提起公诉并且被绳之以法的概率。刑事制裁必须是惩罚性的，才能对潜在的犯罪形成足够的威慑。

二、证据标准与无罪推定的依据

1．刑罚是惩罚性的。

2．国家的强力（刑讯逼供）。

3．错叛一个无辜的人比漏判一个有罪的人更糟糕。

三、从本体论看只有两种状态，但从认识论看有三种状态

有罪	中间地带	无罪

复习与思考题

1．从经济学视角来看，刑罚为什么存在？

2．阐述最优刑法理论。

拓展阅读书目

贝卡里亚，《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社，2003 年。

第九章　程序法的经济分析

本章教学目的和基本要求：通过对程序法的经济分析，从法律经济学的角度阐释应从那些方面进行改进，使之达到社会最优的状态。

学时分配：4

第一节　程序法概述

一、程序法概述

1．程序是实现实体法目标的工具。

2．法律具有时效性，刑法规定了法定追诉时效，民法也规定了向法院请求保护民事权利的诉讼时效。认定违法犯罪事实需要有充分确凿的证据。

3．诉讼保护了那些以往受到侵犯的权利。

4．复杂法律和程序创造了律师、法官、法学家的利益，法律和程序越复杂，诉讼越多，该阶层的利益越大。

二、程序法的经济目标

程序法的经济目标：最小化犯错成本和管理成本之和。

（1）管理成本：提起法律诉讼的成本，与另一方交换信息的成本，调解中的讨价还价成本，法庭辩论成本和上诉成本。

（2）犯错成本：法院拥有的不完全信息导致他们在应用实体法时可能会犯错误。

三、民事诉讼问题的实质

民事诉讼问题的实质：信息问题与策略问题。

受损害——私了——调解——审判——上诉

社会成本越高

第二节　起　诉

一、概述

1．诉讼费：欧洲规则与美国规则。

美国规则是“各付各的”，欧洲规则是“输者全付”。

欧洲规则也有一定的限制：

（1）费用总量必须合理；

（2）费用不得向穷困方收取。

在法院判定被告承担责任的概率较低时，英国规则将会减少诉讼。

当法院判定被告承担责任的概率并不低时，由于错误的乐观主义，英国规则通常会增加审判。

下面以美国规则为例。

2．代理问题

（1）包括三个方面：所花工作时间、所提供的服务和诉讼的结果。

按照小时收费或者按照所提供的服务收费的律师也许会夸大法律诉讼的预期价值，从而诱使其客户为起诉付钱。

收取成功酬金的律师也许会贬低法律诉讼的预期价值。

（2）代理问题产生的两个原因：不对称信息和随机性。

律师比客户知道更多的法律知识，而客户通常比律师知道更多的案件事实。

案件的结果依赖于一些随机事件，例如法官的指派和证人是否能够到庭。随机性使得客户不能够从案件的结果来推断律师的表现。胜诉与律师的努力是正相关关系，但不是单调递增关系。

①代理合同的不完全性需要信誉和长期关系来弥补。

②律师事务所的广告问题：只不过创造了一个广告市场。

	做广告	不做广告
做广告	4 2	8 0
不做广告	0 8	6 4

二、诉因

1．理性的原告

起诉的预期净收益为正时才提起诉讼。

提起诉讼的三个直接原因：

（1）引发争端的伤害

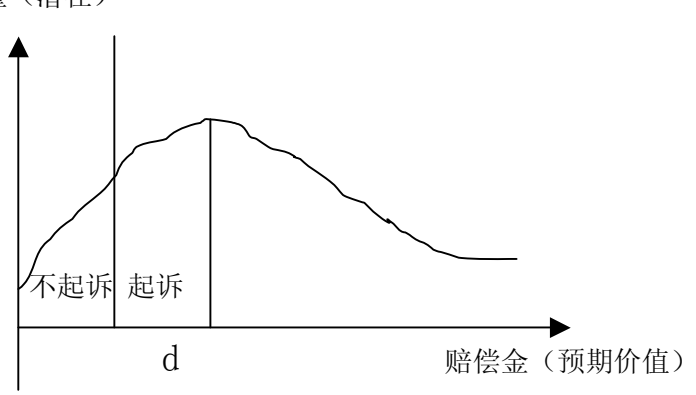
（2）提起诉讼的成本

（3）诉讼的预期价值

2．起诉数量与赔偿金的关系

（1）获胜的原告所获得的赔偿金的上升将因为提高审判的预期价值而导致法律诉讼的提起增加。

（2）潜在的被告常常能够通过防止可能引起纠纷的事件的发生，从而避免纠纷。



三、诉讼鼓励

程序法应当鼓励起诉来防止严重的伤害，同时法律应当防止仅仅分配方面的纠纷。

四、诉讼中的信息披露问题

诉讼中的信息最多不过是再分配性信息。

（1）损害事实的披露与对判决预期的概率信息不对称。

诉讼之所以发生，审判之所以发生是因为信息的不对称。

原告预期一个较大的判决金额，原告要求。

被告预期一个较小的判决金额，被告要求

（2）相对乐观主义与相对悲观主义

如果原告的预期判决价值（预期法律索赔价值的一部分）超过被告的预期判决价值（预期法律索赔价值的一部分）的话，我们就说双方都具有相对乐观主义。

如果被告高估了原告受到的损害，而原告又高估了被告的预防措施，则双方都具有相对悲观主义，和解可能。

如果被告低估了原告受到的损害，而原告又低估了被告的预防措施，则双方都具有相对乐观主义，和解不可能。

（3）自愿的信息披露

双方有积极性（激励）通过在审判前的自愿信息披露来纠正另一方的相对悲观主义，从而促进了和解。

双方会隐瞒能够纠正另一方的相对悲观主义的信息。从而促进了和解。

一个案件的双方通常自愿地交换信息，从而避免浪费诉讼费用。

（4）法律：非自愿的信息披露。

美国的质询制度：强迫当事人在审判前披露私人信息。

（5）信息交换的效率

自愿的信息交换通常同时降低了社会成本的两个组成部分：管理成本和犯错成本。

非自愿的信息交换降低了犯错成本。

五、和解谈判

谈判是在法律的阴影下进行的，即关于审判的预期决定了谈判的结果。法律应当鼓励与审判具有相同结果的和解，因此，法律可以在降低社会成本的同时仍然实现与审判相同的结果。

第三节　上　诉

一、上诉法院修正错误的功能

等级制的法院系统使得高级法院法官能够监督低级法院法官的工作绩效，并以较低的成本修正他们的错误。

上诉体系使得监督成本比较低的原因在于：通常只有当较低级的法院出现错误时诉讼者才会上诉。

当事人是否上诉取决于上诉的预期价值与成本的关系。

二、诉讼市场的效率：法律的实施

提起诉讼是对立法或者先例问题的挑战。

无效法律会不断地在法庭上遭到挑战，而有效法律会较少受到挑战。诉讼就像过滤器一样起作用，它截住无效法律而放过有效法律。法律经过不断过滤，就会随着时间的推移而变得更加有效率。

判例法制度在社会变迁比较频繁的社会中更加有效率和正义。

制定法制度难以应对变化的社会，因为立法成本非常高（中国除外），在制定法国家，法官是保守的社会力量。

三、对无效法律挑战中的搭便车现象

一项法律就其本质来说，其适用范围是普遍的，其他人可能会搭便车。诉讼选择的是那些成本被某个单个原告所内在化的法规。

复习与思考题

1．谈谈欧洲诉讼费规则和美国诉讼费规则对诉讼影响的差异。

2．从经济学角度试述诉讼中的信息披漏。

3．谈谈对无效法律的挑战。

拓展阅读书目

Cooter, Ulen. Law and Economics, fourth edition, Addison-Wesley, 2003．第 3 版的英文版以及中文译本（上海财经大学出版社，2002 年），该书还有一个第 2 版的中文译本（上海三联书店，1994 年）。

《律师学》教学大纲

陈　宜　编写

目　录

前　言.....463
第一章　绪论（0.5 学时）.....464
第一节　律师学概述.....464
一、律师学的概念.....464
二、律师学研究的内容.....464
三、律师学的特征.....464
第二节　律师学的研究方法.....464
一、从实际出发，调查研究的方法.....464
二、比较研究的方法.....465
三、系统的理论研究与综合应用相结合的方法.....465
第三节　律师学的体系和结构.....465
一、律师制度.....465
二、律师实务.....465
第四节　律师学与相关法律部门及学科的关系.....465
一、律师学与宪法的关系.....465
二、律师学与实体法的关系.....465
三、律师学与程序法的关系.....465
四、律师学与逻辑学等其它学科及自然科学的关系。.....465
参考书目.....465
第二章　律师制度的产生和发展（1.5 学时）.....466
第一节　西方律师制度的产生和发展.....466
一、西方国家律师制度的萌芽.....466
二、西方国家律师制度的雏型.....466
三、西欧封建制时期的律师制度.....467
第二节　旧中国律师制度的产生和发展.....467
一、中国古代律师现象探源.....467
二、清末从西方引进律师制度.....467
三、旧中国律师制度的发展.....467
第三节　新中国律师制度的产生和发展.....468
思考题.....468
参考书目.....468
第三章　律师的职业属性及定位（1 学时）.....469
第一节　律师的职业属性.....469
一、律师职业属性的概念.....469
二、我国律师性质的立法变迁.....469
第二节　律师职业定位.....469
一、关于律师职业定位的几种主要观点.....469
二、《中华人民共和国律师法》对律师职业的界定.....469
三、公职律师、公司律师、军队律师介绍.....469
第三节　律师的任务.....470

一、律师的任务概述.....470
二、维护委托人合法权益和维护国家法律正确实施的关系.....470
思考题.....470
参考书目.....470
第四章　律师执业基本要求（3 学时）.....471
第一节　律师的称职性.....471
一、法律知识和技能.....471
二、适当的工作条件.....472
三、有效管理.....472
第二节　律师执业.....472
一、取得律师执业证书的条件.....472
二、取得律师执业证书的程序.....472
三、律师执业证书的管理.....472
四、兼职律师.....472
五、律师执业的限制性规定.....472
思考题.....473
参考书目.....473
第五章　律师的业务素质（1 学时）.....474
一、法律知识的综合运用能力.....474
二、丰富的社会知识占有能力.....474
三、律师要有一定的文学修养.....474
四、律师要有善辩的口才.....474
五、律师要有一定的应变能力.....474
六、律师要有科学的思维方式.....474
七、公关和竞争能力.....475
思考题.....475
参考书目.....475
第六章　律师的权利和义务（2 学时）.....476
第一节　律师的权利.....476
第二节　律师的义务（2 学时）.....476
思考题.....476
参考书目.....477
第七章　律师事务所（4 学时）.....478
第一节　律师事务所概述.....478
一、律师事务所的概念.....478
二、律师事务所的职能.....478
三、律师事务所的权利、义务.....478
第二节　律师事务所的组织形式.....478
一、多种组织律师事务所并存格局并存形成的客观必然性。.....478
二、国家出资律师事务所.....478
三、合作律师事务所.....479
四、合伙律师事务所.....479
五、其它形式律师事务所介绍.....479

第三节　律师事务所的设立、变更与终止.....479
一、律师事务所的设立.....479
二、律师事务所的变更.....480
三、律师事务所的终止.....480
第四节　律师事务所的内部管理.....480
一、律师事务所内部管理应遵循的原则.....480
二、律师事务所内部管理的主要内容.....480
第五节　律师事务所发展趋势.....480
一、律师事务所专业化.....480
二、律师事务所规模化.....481
三、律师事务所国际化.....481
思考题.....481
参考书目.....481
第八章　律师管理（2 学时）.....482
第一节　律师管理体制.....482
一、我国律师管理体制的变迁.....482
二、我国《律师法》对律师管理体制的规定及完善.....482
第二节　律师协会.....482
一、律师协会概述.....482
二、律师协会的职责.....482
三、律师协会的设置.....482
四、中华全国律师协会.....482
五、地方律师协会.....483
思考题.....483
参考书目.....483
第九章　律师收费（2 学时）.....484
第一节　律师收费制度概述.....484
第二节　国外律师收费制度介绍.....484
第三节　我国律师收费制度.....484
一、我国律师收费制度的发展.....484
二、律师费的构成.....484
三、律师收费制定应考虑的因素.....485
四、律师收费的种类.....485
五、律师费的收取.....485
第四节　律师的法律援助及公益活动.....485
一、律师费的减免.....485
二、律师法律援助的义务.....485
三、律师公益活动.....485
思考题.....485
参考书目.....485
第十章　律师的职业道德和执业行为规范（2 学时）.....486
第一节　律师职业道德和执业行为规范概述.....486
一、律师职业道德的概念和特征.....486

二、我国律师职业道德建设的历史发展 486
三、我国律师职业道德规范和律师执业纪律规范的关系 486
四、加强律师执业行为规范建设的重要意义 487
第二节　律师职业道德规范 487
第三节　律师的执业行为规范 487
一、律师执业行为规范的概念 487
二、律师执业行为规范的具体内容 487
三、执业处分 488
思考题 488
参考书目 488
第十一章　律师的法律责任（3 学时） 489
第一节　行政处罚 489
一、行政处罚的种类及行使处罚权的机关 489
二、应受行政处罚的行为 489
三、行政处罚的原则 489
四、行政处罚的管辖 489
五、行政处罚的程序 490
第二节　律师责任赔偿制度 490
一、建立健全律师责任赔偿制度势在必行 490
二、律师赔偿责任制度的主要内容 490
第三节　刑事责任 491
第四节　对非律师人员从事法律服务的制裁 491
一、对冒充律师从事法律服务的制裁 491
二、对牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的制裁 491
思考题 491
参考书目 491
第十二章　刑事诉讼中的律师辩护业务 （3 学时） 492
第一节　律师刑事辩护概述 492
一、有关律师刑事辩护的法律规定 492
二、辩护律师的诉讼地位 492
三、律师辩护的意义 492
第二节　侦查阶段的律师工作 492
一、律师在侦查阶段的工作性质和诉讼法律地位 492
二、侦查阶段律师提供法律帮助的主要工作流程 492
第三节　审查起诉阶段的律师辩护工作 493
一、辩护律师在审查起诉阶段的任务 493
二、辩护律师在审查起诉阶段的工作程序和方法 493
第四节　法庭审理阶段的律师辩护工作 493
一、辩护律师的庭前准备工作 493
二、辩护律师在法庭审理阶段的工作 493
三、辩护律师在宣判以后的工作。 493
第五节　二审和申诉程序中的律师辩护工作 493
第六节　申诉中的律师辩护 494

思考题.....494
参考书目.....494
第十三章　刑事诉讼中的律师代理业务（2 学时）.....495
第一节　律师刑事代理概述.....495
一、律师刑事代理的概念和意义.....495
二、律师刑事代理的性质.....495
三、刑事代理的范围和种类.....495
四、律师刑事代理的诉讼权利和义务.....495
第二节　公诉案件被害人的律师代理.....495
一、公诉案件被害人代理律师的职责.....495
二、代理律师与被害人、公诉人的关系。.....495
三、公诉案件被害人委托律师代理刑事诉讼的几种情形.....495
四、公诉案件被害人律师代理工作流程.....495
第三节　自诉案件自诉人的律师代理.....496
一、自诉案件律师代理的概念.....496
二、自诉案件代理律师的责任.....496
三、自诉案件律师代理的办案流程.....496
第四节　刑事附带民事诉讼中的律师代理工作.....496
一、律师代理刑事附带民事诉讼的性质.....496
二、律师代理刑事附带民事诉讼的原告人办案流程`.....496
三、律师代理刑事附带民事诉讼的被告人应注意问题.....496
第五节　律师代理刑事申诉.....497
一、律师代理刑事申诉的概念.....497
二、律师代理犯罪嫌疑人的申诉.....497
三、律师代理刑事被告人申诉.....497
四、律师代理被害人申诉.....497
五、律师刑事申诉代理的工作程序.....497
思考题.....497
参考书目.....497
第十四章　律师的民事诉讼代理（3 学时）.....498
第一节　律师代理民事诉讼概述.....498
一、律师代理民事诉讼的概念和特征.....498
二、民事诉讼律师代理与刑事诉讼中律师代理、律师辩护的比较.....498
三、律师代理民事诉讼的意义.....499
四、代理律师的诉讼地位.....499
五、代理律师的权利义务.....499
第二节　代理律师的工作程序及步骤.....500
一、接受代理、订立委托代理合同.....500
二、撰写起诉书或答辩书.....500
三、开庭前对案件的了解和调解。.....500
四、开庭准备.....500
五、参加法庭审理.....500
第三节　涉外民事诉讼代理律师应注意的问题.....501

一、涉外民事诉讼的代理律师的任务 501
二、涉外民事诉讼律师代理的基本原则 501
三、应注意的问题 501
思考题 501
参考书目 502
第十五章　行政诉讼中的律师代理（1 学时） 503
第一节　行政诉讼律师代理概述 503
一、行政诉讼律师代理的概念和特征 503
二、律师代理行政诉讼的范围 503
三、律师在行政诉讼中的地位 503
四、律师在行政诉讼中的权利和义务 503
五、律师代理行政诉讼的作用 503
第二节　行政诉讼律师代理的办案流程 503
一、对有关事项进行审查 503
二、确定当事人的资格 503
三、庭前准备工作 504
四、参加法庭审理 504
五、庭审后的工作 504
第三节　律师代理行政赔偿案件办案流程 504
第四节　律师代理行政执行案件办案流程 504
第五节　律师承办涉外行政案件应注意的问题 504
思考题 504
第十六章　律师担任法律顾问（2 学时） 505
第一节　律师担任法律顾问概述 505
一、法律顾问的概念 505
二、法律顾问的特征 505
三、法律顾问的作用 505
第二节　法律顾问的业务范围 505
一、法律顾问的法定业务 505
二、法律顾问的约定业务 506
第三节　担任政府法律顾问应注意的问题 506
一、律师担任政府法律顾问的任务 506
二、律师担任政府法律顾问，受政府委托办理的律事务 506
三、律师担任政府法律顾问的权利和义务 506
第四节　律师担任企业法律顾问应注意的问题 506
一、律师担任企业法律顾问的任务 506
二、律师担任企业法律顾问，受企业委托办理下列法律事务 506
三、律师担任企业法律顾问权利和义务 507
四、律师担任企业法律顾问可以采取下列方式 507
思考题 507
参考书目 507
第十七章　律师办理诉讼外业务（2 学时） 508
第一节　律师办理诉讼外业务概述 508

一、非诉讼法律事务的定义.....508
二、非诉讼法律事务的特征.....508
三、律师参与非诉讼法律事务的范围.....508
四、非诉讼法律事务对律师的要求.....508
五、律师参与非诉讼法律事务的解决方式.....508
第二节　律师的仲裁代理.....508
一、律师代理仲裁的概念.....508
二、律师代理仲裁案件的职责。.....509
三、律师仲裁代理的办案流程及注意事项.....509
第三节　出具法律意见书.....510
一、法律意见书的概念.....510
二、法律意见书的基本格式.....510
参考书目.....510
第十八章　法律咨询与代书（1 学时）.....511
第一节　法律咨询.....511
一、法律咨询的概念、特点.....511
二、法律咨询的的要求和意义.....511
三、法律咨询的方法、步骤.....511
第二节　代写法律事务文书.....511
一、代书的概念和意义.....511
二、代书的基本要求.....512
三、常用法律事务文书的制作.....512
思考题.....512

前　言

教学大纲在教学过程中起着提纲挈领的作用。一本好的教学大纲能对该门学科的知识进行全面、系统的涵盖，便于学生掌握该门学科的基本理论知识，同时，也为授课教师在此基础上，总结教学经验和实践中出现的新情况、新问题，及时更新知识信息，充实教学内容，留下了必要空间，从而达到力求正确地阐述和介绍该门学科的基本原理、基本概念和基本知识，注重内容的思想性、科学性、系统性、针对性和相对稳定性的统一。

本《教学大纲》在一九九九年律师学教研室集体讨论版的基础上，根据形势的发展变化加以修订，力求概念准确，体系完善，内容充实，既有理论性，又具有实践性。

律师学课程内容主要包括律师制度与律师实务,教学目的在于通过学习全面系统掌握中国律师制度的基本内容；了解理论研究的最新动向及司法实践新举措；通过分析经典案例，学习律师执业基本技能。力求理论联系实际。

教学方法包括：

讲授：对需要学生了解的知识进行讲授；

案例分析讨论：通过典型案件的分析讨论，训练学生掌握熟悉律师执业技能及办案思路；

资讯：充分运用多媒体设备，将业界动态、前沿理论传递给学生；

教学片观摩：涉及律师办案、法庭辩论等经典影片；

教案下载及师生互动：通过公共邮箱，提供教案下载，师生有效互动。

第一章　绪论（0.5 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师学概念及特征，律师学的体系；理解律师学作为独立法学的基础理论；了解律师学的研究方法，以及律师学与相邻学科的关系。

本章重点及难点：律师学的概念及法律特征；律师学的体系及研究方法。

第一节　律师学概述

一、律师学的概念

律师学是指以律师制度和律师实务为研究对象的一门独立的法学学科，是我国法学体系中的分支。

二、律师学研究的内容

（一）律师制度

律师制度是指被国家确认的有关律师的性质、任务、资格、管理体制、执业机构、活动原则以及其他有关律师的一系列法律规范的总称。

包括中国律师制度的现状和历史；外国律师制度由来和发展。

（二）律师实务

律师实务即律师业务，是指律师为维护法律的正确实施，维护国家、集体和公民的权利与合法利益，以法律咨询、代写法律事务文书、代理、辩护、承担法律顾问等方式向国家机关、企业事业单位、社会团体和公民提供法律服务的全部活动的总称。

（三）律师制度和律师实务的关系

律师制度和律师实务是律师学发展的两个必要要件。从实践到理论，又从理论到实践，反复完成质的飞跃。

三、律师学的特征

（一）律师学是一门职业性法学学科

律师学是专以律师为研究主体，以律师活动为研究客体，律师制度和律师实务为研究对象的专门性、职业性法学学科。

（二）律师学是一门应用性法学学科

律师学的研究目的就是为律师实践服务，是律师从事实务活动的工具，对律师工作有指导作用。

（三）律师学是一门综合性的法学学科

律师业务的广泛性，决定了律师学研究范围的综合性。

第二节　律师学的研究方法

律师学作为专门研究律师制度和律师实务这一极为细致复杂的社会现象及其规律的学问，必须把辩证唯物主义与历史唯物主义的世界观和方法论，作为根本的指导思想和研究方法。

一、从实际出发，调查研究的方法

首先，应占有翔实的第一手材料，把有关律师制度和律师业务的历史状况，现实表现、成功经

验和失败教训，尽可能地全面了解、收集和记录。在此基础上，经过认真分析研究，了解客观事务的内部矛盾，内部联系，了解它的规律性，作出科学的结论。

二、比较研究的方法

根据一定的标准，把律师制度和实务中彼此有联系的现象加以对照，确定其异同，把握其本质区别，认识其内在矛盾的特殊性。

三、系统的理论研究与综合应用相结合的方法

第三节　律师学的体系和结构

一、律师制度

包括律师制度的历史发展及律师制度的具体内容，如律师性质、任务、执业原则、执业机构、管理体制等。

二、律师实务

具体内容包括：刑事辩护，刑事、民事、行政案件的诉讼代理，承办非诉讼法律事务，咨询代书及法律顾问业务。

第四节　律师学与相关法律部门及学科的关系

律师学是一门综合性学科，几乎所有的法学学科都与之关系甚密，研究律师学，必须借助相邻学科的研究成果。

一、律师学与宪法的关系

宪法是国家根本大法，是律师制度赖以建立的法律基础。宪法与律师学是一种指导与被指导的关系。

二、律师学与实体法的关系

民法、刑法等实体法为律师学提供了大量的法律知识和办案依据，是律师开展业务的基础，律师学的深入研究，对健全民事、刑事等法律制度，保障实体法的正确实施也有积极地促进作用。

三、律师学与程序法的关系

律师学与程序法既相互包含，相互联系，又相互独立，相互区别。

四、律师学与逻辑学等其它学科及自然科学的关系。

律师在办案中要运用自然科学成果，有关自然科学的原理是实现律师学追求目的的工具和手段。

参考书目

1．《律师学》　陈光中主编　中国法制出版社 2004 年 9 月第一版

第二章　律师制度的产生和发展（1.5 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生了解律师制度产生和发展的历史，目的在于系统地总结历史上多种类型律师制度有益的经验，加以批判地借鉴，利用和吸收，以利于我国律师制度的建设。通过了解律师制度的产生和发展，探究律师和律师制度的最初形态，律师制度得以产生的一系列客观条件和因素以及这些条件和因素在律师制度的演变过程中所起的作用，研究律师制度发展的规律。

本章重点及难点：律师制度产生的社会原因

第一节　西方律师制度的产生和发展

一、西方国家律师制度的萌芽

据史料记载，早在公元前五至四世纪，古希腊雅典已出现“雄辩家”的活动。

二、西方国家律师制度的雏型

（一） 律师制度的雏型最早出现在罗马奴隶制时期。

罗马律师制度被认为是世界各国律师制度的初级形式。

1．古罗马的“保护人”制度。

2．古罗马的辩护士。公元前三世纪，僧侣贵族对法律事项的垄断被取消此后，凡罗马公民只要权利能力不受法律限制，都享有出席法庭为诉讼当事人利益进行辩护的资格。

3．罗马律师制度的产生。在共和国后半期，法学家的活动十分活跃，他们不仅从事法学研究、著书立说，而且解释、答复法律上的疑难问题，编撰合法证书，指导当事人诉讼。逐渐地法学家作为法律顾问、律师和法学研究人员三位一体的崇高社会地位得以确立。罗马皇帝又进一步以诏令的形式承认了诉讼代理制度，职业律师阶层得以形成，律师制度得以确立。

（二）罗马律师制度的特点

1．实行“二元制”的律师制度。

当时律师分为从业律师和后补律师两种。

2．取得律师资格的条件相当严格。

罗马时期，公民要成为律师须具备以下条件：⑴必须具有完全的行为能力。⑵必须是男性公民。⑶必须具备相当的法律知识。

3．律师业务范围较为广泛。

罗马律师的业务范围包括参与诉讼，担任代理人和辩护人；代公民起草和书写合同、诉讼及其他法律文书；解答司法、行政官员和公民提出的各种法律问题；指导辩护人进行法庭辩论。此外，还研究法律、著书立说、从事法学教育工作。

4．律师的社会地位较高。

（三）律师制度产生的条件

律师制度起源于罗马奴隶制国家是由于当时的罗马存在一系列使律师制度产生的政治、经济及法律条件。

1．律师的活动有利于维护统治阶级的统治秩序。

2．律师的活动迎合了奴隶主阶级参与市场贸易的需要。

3．辩论式的诉讼结构使职业律师的出现在了可能。

三、西欧封建制时期的律师制度

（一）西欧封建制时期律师制度的衰落

公元五世纪，日尔曼人侵入西罗马，西罗马帝国灭亡，欧洲大陆从此进入封建社会。自给自足的自然经济取代商品经济占据了主导地位；诉讼制度上，废除了辩论式的诉讼形式，以与封建政治统治相适应的纠问式的诉讼形式取而代之，律师制度几乎失去了赖以生存的社会条件，走向衰落。西欧中世纪，宗教的权势很大，在诉讼中起着很大作用，律师制度也不能不打上这一历史的烙印。

（二）西欧封建制律师制度的复兴

十二、十三世纪，在王权与教权的斗争中，教会权力被大大削弱，僧侣在世俗法院执行律师职务被禁止，代之以受过封建法律教育，经封建统治者严格挑选，受国会严密监督的律师。随着一系列政治、经济、法律条件的出现，使西欧律师制度兴旺起来。

（三）资本主义律师制度的产生

封建社会末期，一些资产阶级启蒙家和思想家如无情地抨击了封建社会的政治制度和法律制度，提出“天赋人权”、“主权在民”、“平等、自由、博爱”等新思想以及在审判中广泛实行辩护的主张资产阶级革命成功后，资本主义各国都用宪法和法律肯定了律师制度。由于资本主义社会具备适合律师制度发展的政治、经济、法律条件，所以律师制度一经法律确定，便得到空前的发展。

第二节　旧中国律师制度的产生和发展

封建制的古代中国，由于缺乏律师制度产生的基础，因此中国古代虽然存在一些类似现代代理和辩护现象，但始终没有产生现代意义的律师及律师制度。直到清末，才从西方引进了律师制度。

一、中国古代律师现象探源

（一）中国古代代理诉讼现象

史料记载说明我国古代已有诉讼代理现象存在。春秋战国时期郑国大夫邓析的助讼活动也很有些类似律师代理、辩护的色彩。古代的法律中也有类似诉讼代理的规定。

（二）古代讼师的代书活动

明清两代代写诉状的讼师已成为普遍存在的一种社会现象。在《唐律》中对“代作词状”的活动就有明确的限制性规定。直至清朝灭亡，千百年来，讼师始终没有合法地位。

二、清末从西方引进律师制度

1840 年鸦片战争后，外国侵略者凭借不平等条约攫取了领事裁判权，设立了会审公廨，外国律师也开始在中国出现。修订法律大臣沈家本上书光绪皇帝提出了建立中国律师制度的设想。1910 年完成起草的《大清刑事、民事诉讼法》仿效西方的律师制度，规定了律师资格、申请手续、照章宣誓、原被告律师的职责、对律师的惩罚、关于外国律师出庭办案等。

三、旧中国律师制度的发展

（一）南京临时政府时期的律师制度

孙中山领导的南京临时政府仿效资本主义国家准备采用律师制度，并且起草了律师法草案，这一时期，苏杭地区率先建立了辩护士会，接着上海地区也组织起中华民国律师总工会。苏沪地区的律师组织、律师纷纷到都督府领凭注册，出庭办案。

（二）北洋军阀政府时期的律师制度

北洋军阀政府颁布了《律师暂行章程》、《律师登录暂行章程》、《律师惩戒会暂行规则》、《律师甄别

章程》。1912 年公布实行的《律师暂行章程》，标志着中国律师制度的开始。

（三）国民党政府的律师制度

国民党南京政府建立后，以《律师章程》取代北洋政府时期的《律师暂行章程》还颁布了《律师法》、《律师法施行细则》、《律师检核办法》、《律师惩戒规则》等。 1919 年 5 月，“中华民国律师协会”成立，产生了中国第一个全国性的律师组织。1949 年 3 月，南京国民政府开始筹组“中华民国律师公会全国联合会”，同年 9 月 9 日在南京召开了首届代表大会。

第三节　新中国律师制度的产生和发展

新中国建立以后，我国彻底废除了旧的司法制度，同时通过颁布法律建立新的司法制度。1950 年 7 月颁布的《人民法庭组织通则》和 1954 年宪法以法律的形式确立了辩护制度。并在废除旧律师制度的同时，着手创建人民律师制度。1950 年 7、8 月召开的第一届全国司法会议上，司法部长史良作了《关于目前司法行政工作报告》，明确提出了建立新律师制度的问题，并要求各地有条件的可以酌予试办。一些大城市开始试创新律师制度，从 1955 年起，经国务院批准，开始在全国推行律师工作。1957 年上半年《律师暂行条例》（草案）脱稿，截止 1957 年 6 月，全国已有法律顾问处 817 个，专职律师和兼职律师分别发展 2528 名和 350 名，30 万人口以上的城市和中级人民法院所在地的县一般都设有法律顾问处，同时，全国已有 14 个省、市、自治区开始筹建律师协会。

1957 年下半年，由于极左思潮的影响，反右斗争扩大化，律师队伍受到严重摧残。律师制度被宣布为资产阶级的东西，被彻底否定，律师机构相继瓦解，《律师暂行条例（草案）》也被打入冷宫。新中国的律师制度被扼杀在摇篮里。

“文化大革命”结束后 1979 年党中央决定恢复和健全律师制度，全国各地陆续开始重建律师队伍，1980 年 8 月 26 日第五届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》，从此，我国律师工作开始走正轨。随着形势的发展，《律师暂行条例》的许多规定，也开始表现出历史的局限性，并影响到律师事业的进一步发展，律师体制的改革势在必行。1986 年 7 月，全国第一次律师代表大会上成立了中华全国律师协会。同年 8 月，司法部举行了第一次全国律师资格考试。1988 年 5 月，司法部下发了《合作制律师事务所试点方案》，对合作制律师事务所的设立、组织形式、经营管理分别作了规定，稳妥地进行律师体制改革。

随着律师事业的不断发展，对外开放的扩大，对外经济往来不断发展，我国的律师事业也开始走向国际化。

1993 年以来，律师工作在改革中发展壮大，律师队伍数量迅速增加。

在律师事业发展的同时，律师立法也在加紧进行。 1996 年 5 月 15 日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国律师法》此后，司法部又陆续制订了一系列配套法规，使律师的管理更加制度化和规范化。

思考题

律师制度的产生、发展过程中政治、经济、法律条件的所起的作用。

参考书目

1. 《中国讼师文化-古代律师现象解读》党江舟著　北京大学出版社 2005 年 4 月第一版
2. 《中国律师制度史》作者：徐家力　中国政法大学出版社 2000 版
3. 《中华民国律师制度史》作者：徐家力　中国政法大学出版社　1998 年 6 月第一版

第三章　律师的职业属性及定位（1 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师法关于律师职业属性；理解我国立法关于律师性质的变迁；了解我国律师的任务。

本章重点及难点：律师法关于律师性质的规定及其意义。

第一节　律师的职业属性

一、律师职业属性的概念

律师的职业属性，是指律师职业区别于其他职业的本质属性。

（一）专业性

（二）独立性

（三）有偿性

二、我国律师性质的立法变迁

《律师暂行条例》第 1 条规定：“律师是国家的法律工作者。”这一规定包含以下含义：1．律师作为国家法律工作者，其任务就是为国家机关、企事业单位、社会团体和公民提供法律帮助，维护法律的正确实施，维护国家、集体和公民的合法权益；2．律师是国家公职人员；3．律师是司法行政机关的内部编制人员。

随着国家政治、经济体制的改革和对外开放的不断深入，尤其是在社会主义市场经济条件下，律师的国家法律工作者性质越来越不适应律师制度的发展。其弊端主要表现在：1．律师的国家法律工作者性质，客观上制约了律师队伍的发展；2．不利于律师管理体制的完善；3．律师国家法律工作者的性质使得旧的律师管理模式不能适应律师事务所多元化的格局。

《律师法》的规定。

第二节　律师职业定位

一、关于律师职业定位的几种主要观点

1．律师是社会法律工作者；2．律师是自由职业者；3．律师是国家法律工作者；4．市场经济中介组织。

二、《中华人民共和国律师法》对律师职业的界定

《中华人民共和国律师法》第 2 条规定：律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。

三、公职律师、公司律师、军队律师介绍

第三节　律师的任务

一、律师的任务概述

我国律师的任务主要体现在以下三个方面：1．维护委托人的合法权益；2．维护国家法律的正确实施；3．发挥在社会主义法制中的积极作用。

二、维护委托人合法权益和维护国家法律正确实施的关系

律师是通过其具体业务活动来实现其所承担的任务的，维护了委托人的合法权益，就会促进法律的正确实施；维护国家法律正确实施的同时，也会对我国社会主义法制建设产生积极影响。

思考题

1．律师的职业属性。
2．《律师法》关于律师性质的规定及其意义。
3．如何正确处理维护委托人合法权益和维护国家法律正确实施的关系。

参考书目

1．《律师学》　陈光中主编　中国法制出版社 2004 年 9 月第一版
2．《中国律师业发展问题研究》李本森　　吉林人民出 版 社　　2001 年 4 月 出版
3．《社会秩序与律师职业--律师角色的社会定位》谢佑平　　法律出版社　1998 年 9 月出版

第四章　律师执业基本要求（3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师执业基本要求。了解我国的律师资格取得制度、律师执业有关规定。

本章重点及难点：律师资格取得和律师执业规定。

第一节　律师的称职性

一、法律知识和技能

（一）律师资格的取得

通过律师资格考试或司法考试，取得律师资格证书或法律职业资格证书。

1．全国律师资格考试历史回顾及司法考试概况

2．考试取得律师资格的条件

根据我国《律师法》和《国家司法考试实施办法（试行）》的规定，报名参加国家司法考试必须具备以下条件：

（1）具有中华人民共和国国籍；

（2）拥护《中华人民共和国宪法》，享有选举权和被选举权；

（3）具有完全民事行为能力；

（4）符合《法官法》、《检察官法》和《律师法》规定的学历、专业条件；

（5）品行良好。

同时规定，有下列情形之一的人员，不能报名参加考试，已经办理报名手续的，报名无效：

（1）因故意犯罪受过刑事处罚的；

（2）曾被国家机关开除公职，或曾被吊销律师执业证的；

（3）依照本办法第十八条的规定，曾被处以 2 年内或终身不得报名参加国家司法考试处理的。

3．考核取得律师资格的制度

根据我国《律师法》和《律师资格考核授予办法》的规定，拥护中华人民共和国宪法，品行良好，身体健康，年龄在 65 岁以下，具有高等院校法学本科以上学历，被授予律师资格后能够专职从事律师工作的中华人民共和国公民，符合规定条件的，可以申请考核授予律师资格。

4．取得律师资格及法律职业资格证书的程序

根据《律师法》和 《国家司法考试实施办法（试行）》及《法律职业资格证书管理办法》的规定，初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过国家司法考试。

取得法律职业资格的程序：

（1）报名参加国家司法考试；

（2）经国家司法考试，取得合格成绩的人员，可以向司法行政机关申领法律职业资格证书。

（3）如实填写《法律职业资格证书申领表》，并提交以下材料：本年度国家司法考试成绩通知书；申请人身份、学历证明原件（由受理机关审验后退回）及复印件。

（4）司法行政机关对申请材料进行审核。

（5）由司法部颁发证书。

（二）律师的继续教育

1．规章的规定

2．继续教育的学时要求和方式

二、适当的工作条件

三、有效管理

司法行政机关的监管、律师协会的管理、律师事务所的管理、律师的自律

第二节　律师执业

一、取得律师执业证书的条件

我国《律师法》第 8 条规定，拥护中华人民共和国宪法并符合下列条件的，可以申请领取律师执业证书：

（一）具有律师资格；

（二）在律师事务所实习满一年；

（三）品行良好。

二、取得律师执业证书的程序

根据我国《律师法》、《律师执业证管理办法》以及律师工作实践，律师以得律师执业证书需要经过以下几个程序：

（一）申请

申请人应当正式提出书面申请，并填报《中华人民共和国律师执业登记表》，由所在律师事务所对申请者品行、业务能力进行考评并作出结论，向住所地司法行政机关申报。

（二）审查

住所地司法行政机关应在收到申请材料 15 日内，提出审查意见，并逐级上报至省、自治区、直辖市司法厅（局）。省、自治区、直辖市司法厅（局）对材料进行审核。

（三）核准

省、自治区、直辖市司法厅（局）对材料进行审核后，符合规定条件的，自收到申请材料之日起 30 内颁发律师执业证，不符合条件的，不予颁发律师执业证，并应通知申请人。

（四）复议

申请人对不予颁发律师执业证不服的，自收到通知书之日起 15 日内，可以向上一级司法行政机关申请复议。

三、律师执业证书的管理

根据《律师执业证管理办法》的规定，律师执业证每年度注册一次，未经注册的无效，律师应妥善保管执业证，不得出借、出租、抵押、转让、涂改和毁损。律师执业证由司法部统一制作。

四、兼职律师

五、律师执业的限制性规定

（一）律师禁止跨所执业，即律师应当在一个律师事务所执业，不得同时在两个以上律师事务所执业。

（二）国家机关的现职工作人员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员期间，不得执业。

（三）没有取得律师扩业证书的人员不得以律师名义执业，不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。

思考题

1．如何取得律师资格？
2．取得律师执业证的条件和程序是什么？
3．简述律师执业证的管理。
4．《律师法》对律师执业有哪些限制性规定？

参考书目

1．《律师职业行为规则概论》王进喜　陈宜主编　国家行政学院出版社 2002 年 5 月第一版
2．《美国律师》作者：马丁·梅耶译者：胡显耀　江苏人民出版社　2001 年 1 月第一版
3.《美国法庭名流/超级律师》[美]科林.埃文斯　　北方文艺出 版 社　　2002 年 1 月出版.
4．《毁约-哈佛法学院亲历记》（美）理查德.卡伦伯格 胡正勇 林正译　世界知识出 版 社 2003 年 4 月出版

第五章　律师的业务素质（1 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生了解成为一名律师的基本素质，并在学习和今后的业务实践中，注意对律师应具备的能力加以培养。

律师以向社会提供法律服务为职责，这就要求律师具有对基本法学知识全面掌握并加以运用的能力，为了提供优质的法律服务，学习和掌握有关的科学知识也显得尤为重要，律师服务还是一项实践性很强的业务，具有律师业务技巧也是必不可少的。综述之，律师的业务素质应包括多层次的知识结构和律师业务技巧。

一、法律知识的综合运用能力

（一）掌握基本的法学知识

法学基础知识是每一位法律工作者必须熟练掌握，并加以应用的，也是律师提供法律服务起码应当具备的。基本的法学知识包括宪法学；、刑法学、民法学、经济法学、婚姻法学、国际法学、诉讼法学、证据法学等法学基础知识和有关的法律、法规以及有关的立法、司法解释和党 在各个时期的方针政策等。精通某个领域或某个专业的法学知识，熟悉与之相关的法律、法规和政策，并对服务对象的业务知识有所了解，以更高的层次提供法律服务。此外，律师办理涉外业务还应掌握我国缔结或参加的有关国际条约，了解国外的法律规定、国际惯例等。

司法部《关于深化律师工作改革的方案》提出了要根据律师队伍的知识结构状况，有计划地组织律师向着专业型、复合型和外向型的方向发展。

（二）发展综合运用法学知识的能力

必须对法律知识加以融会贯通，发展综合运用法学知识的能力，才能更好地提供法律服务。

二、丰富的社会知识占有能力

律师业务涉及社会生活的各个领域，律师法律服务的对象涉及各行各业的机关、团体、企事业单位、经济组织、公民个人，律师服务的广泛性，决定了律师要想更好地提供法律服务，履行自己的职责，除了具有基本的法学知识结构外，还必须具有丰富的社会知识。

三、律师要有一定的文学修养

撰写的法律文书条理清晰、文字流畅、论点明确、论证有力。随着律师涉外业务的开展，律师对外语的掌握和运用也变得越来越重要。

四、律师要有善辩的口才

善辩的口才是一个律师必备的条件。善辩的口才，要求律师要有准确、清楚、简洁、生动的口语表达能力。当然，善辩的口才还需要充实的论辩内容的支持。

五、律师要有一定的应变能力

对出现的新情况，应处惊不变，除了加强心理素质的训练外，重要的是对法律、政策的理解和运用，以及对证据材料的掌握。只有“胸有成竹”，才能对突如其来的变故，处之泰然。

六、律师要有科学的思维方式

律师的业务离不开判断、推理、证明、反驳等逻辑思维手段，逻辑知识运用的好坏，直接影响到律师工作的成败。

七、公关和竞争能力

律师业务涉及的领域和对象非常广泛，这就要求律师处理好方方面面的各种关系，具有一定的公关能力。律师机构作为市场经济的中介机构，也必须置身于市场经济竞争的大潮之中。这就要求律师具有竞争意识，学会竞争，敢于竞争。

建立定期轮训和岗位培训制度，加强律师的继续教育。

思考题

1．如何看待律师的业务素质，你的优势与不足。

2．你认为律师应具备怎样的知识结构？

参考书目

1．《致年轻律师的信》作者：德肖微茨　上海人民出版社　2004 年 4 月第一版。

2．《律师的思维与技能》　刘瑛 著　　法律出版社　2006 年 5 月第一版

3．《生存与尊严-律师的案源从哪里来》马贺安著　人民法院出版社　　2006 年 9 月第一版

第六章　律师的权利和义务（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的学习，掌握律师享有哪些权利并承担哪些义务。

第一节　律师的权利

我国有关法律、法规对律师的权利义务作了比较明确而具体的规定，根据这些规定律师享有以下权利：

一、阅卷的权利；

二、调查取证的权利；

三、同被限制人身自由的人会见和通信的权利；

四、对公、检、法采取强制措施超过法定期限的，要求解除强制措施的权利；

五、得到人民法院适当的开庭通知的权利；

六、出席法庭、参与诉讼的权利；

七、拒绝辩护、代理的权利；

八、代行上诉的权利；

九、获取本案诉讼文书副本的权利；

十、依法执行职务受法律保护的权利。

十一、律师的其它权利

第二节　律师的义务（2 学时）

律师享有法律赋予的权利，同时也要承担法律规定的义务，律师的具体义务如下：

一、保守秘密的义务；

二、律师不得在同一案件为双方当事人担任代理人的义务；

三、律师不得私自接受委托、收取钱物的义务；

四、律师不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益，或者接受对方当事人财物的义务；

五、律师不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员的义务；

六、律师不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员请客送礼或者行贿，或者指使诱导当事人行贿的义务；

七、律师不得提供虚假证据，隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据的义务；

八、律师不得扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的义务；

九、曾任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后两年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人的义务。

十、律师的其它义务

思考题

1．根据我国法律、法规的规定，律师享有哪些主要权利？

2．律师的主要义务有哪些？

参考书目

1. 《最高人民法院关于认真贯彻律师法依法保障律师在诉讼中执业权利的通知》
2. 《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》

第七章　律师事务所（4 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师事务所的组织形式、法律特征及运作方式，理解律师事务所作为律师执业组织形式的性质和发展规律，了解我国律师事务所发展的现状及发展趋势。

本章重点及难点：本章的重点是律师事务所的组织形式和法律特征；本章的难点是把握律师事务所的性质以及发展趋势。

第一节　律师事务所概述

一、律师事务所的概念

律师事务所是律师的执业组织形式，是律师的执业机构。

二、律师事务所的职能

律师事务所按照章程组织律师开展业务工作，学习法律和国家政策，总结、交流工作经验。

三、律师事务所的权利、义务

（一）律师事务所的权利

律师事务所有权按照章程组织律师开展业务，有权根据国家规定决定律师事务所内部机构设置，录用辞退本所人员，决定内部分配和发展规划。

（二）律师事务所的义务

律师事务所必须遵守法律、法规、规章遵守律师职业道德和执业纪律以及司法行政机关和律师协会发布的律师工作管理的规定。

第二节　律师事务所的组织形式

一、多种组织律师事务所并存格局并存形成的客观必然性。

（一）体现了律师业适应市场经济发展的需要；

（二）体现了律师业适应国家法治发展的要求；

（三）体现了律师业适应自身发展的内在要求。

二、国家出资律师事务所

（一）国家出资律师事务所的概念

（二）国家出资律师事务所的特征

1．国家出资律师事务所是国家出资设立的律师事务所，国家可以采取不同的出资形式。

2．国家出资律师事务所依法自主开展业务，不受行政干预。

3．国家出资所以该所财务对外承担民事责任。

4．国家出资律师事务所亟待改革、巩固和发展。

三、合作律师事务所

（一）合作律师事务所的概念

（二）合作律师事务所的特征及评介

1．合作律师事务所合作人的范围为所内所有的专职律师。

2．合作律师事务所的财产由合作人共同共有

3．合作律师事务所的内部分配实行效益浮动工资制

4．合作律师事务所以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任

四、合伙律师事务所

（一）合伙律师事务所的概念

合伙律师事务所是指 3 名以上的符合规定条件的律师，根据合伙协议，自愿组合，共同出资，自负盈亏，财产共有，并在合伙人之间承担无限责任和连带责任的律师执业机构。

（二）合伙律师事务所的特征及评介

1．合伙律师事务所必须有三名以上符合规定条件的律师。

2．合伙律师事务所必须有合伙协议，合伙协议是设立该所和决定合伙人间权利义务的准则。

3．合伙律师事务所的设立由合伙人共同出资，财产归合伙人所有。

4．合伙律师事务所不具有法人资格，合伙律师对本所的债务承担无限连带责任。

5．合伙律师事务所内部管理由合伙人会议行使。

五、其它形式律师事务所介绍

1．有限合伙律师事务所

2．个人律师事务所

第三节　律师事务所的设立、变更与终止

一、律师事务所的设立

根据法律服务业的发展的现状和市场经济发展的要求以及法制建设的要求确立律师事务所设立的原则、发展速度、规模。

（一）设立律师事务所的条件

1．有自己的名称、住所和章程；

2．有 10 万元以上的人民币资产；

3．有 3 名以上的律师。

（二）审核机关

省、自治区、直辖市以上人民政府的司法行政部门。

（三）设立程序

1．申请

发起人提交申请材料。

2．审核

审核机关审核决定是否登记，并书面通知申请人。

3．复议

申请人对不予登记的决定不服的，可以在收到通知之日起 15 日内向司法部申请复议。

（四）律师事务所分所的设立

1．设立分所的条件

律师事务所申请设立分所须具备下列条件：成立满 4 年；有专职律师 20 人以上；申请设立分所前两年内示受处罚

2．分所应当具备的条件

分所应当具备下列条件：有自己的名称和住所；有 10 万元以上人民币的资产；有 3 名以上律师事务所派驻的专职律师；其中分所的负责人应当具有两年以上的拟业经历。

二、律师事务所的变更

律师事务所变更名称、章程、住所、律师事务所负责人、合伙人的，应到原登记机关办理变更登记。

三、律师事务所的终止

（一）终止的事由

律师事务所申请解散；律师事务所被注销；律师事务所违反《律师法》规定，被吊销执业证书。

此外，《律师事务所登记管理办法》规定，律师事务所领取律师事务所执业证书后，6 个月内未开展业务活动或停止业务活动满 1 年的，视为终止，原登记机关可以予以注销。

第四节　律师事务所的内部管理

一、律师事务所内部管理应遵循的原则

（一）民主管理原则
（二）依法办事原则
（三）公平竞争原则
（四）按劳分配原则

二、律师事务所内部管理的主要内容

（一）民主管理制度
（二）人员管理制度
（三）业务管理制度
（四）分配管理制度
（五）财务管理制度
（六）奖惩制度
（七）档案管理制度

第五节　律师事务所发展趋势

一、律师事务所专业化

1．律师事务所内部专业化的出现是社会大生产发展的必然结果。

2．律师事务所专业化分工的基本要求是，律师事务所要有主导业务，内部律师要多有专长，集体协作办案。

3．我国律师业专业化发展应考虑地方和所的自身条件。不宜采取行政强制手段，应因地因所制宜。

二、律师事务所规模化

1．建立规模律师事务所的必要性

适应社会化大生产和专业化分工协作发展的需要；巩固律师发展改革成果的需要；律师业国际竞争激烈的需要；提高律师事务所整体实力，提升律师社会地位的需要。

2．规模化律师事务所的特征

规模大，人数上百人；所内人员层次高，集中一批高层次、复合型人才；门类齐全，专业分工细，内部协作佳程度高；管理科学，建立高效科学的运作机制；实力强，能办大案、难案；办公设备现代化；社会信誉好。

3．建立规模律师事务所必须从实际出发，量力而行，逐步发展。

三、律师事务所国际化

1．律师事务所国际化是国际经济发展一体化的必然结果。

2．目前律师事务所国际化的主要特征

律师事务所到国个设立分所、分支机构。

国内外律师事务所之间业务协作。

思考题

1．我国律师事务所有几种组织形式，它们之间有什么区别

2．简述律师事务所设立的条件和程序

3．律师事务所的权利和义务有哪些？

4．律师事务所内部管理的基本原则有哪些？

参考书目

1．《通向成功律师事务所之路》　　作者：高云 法律出版社 2003 年 12 月第一版.

2．《发展和管理一家成功的律师事务所》　作者：司威克著 冯秀梅译　法律出版社　2003 年出版

3．《上海律师事务所管理模式研究》　作者：史建三 出版社：法律出版社 2005-10-出版

4．《走向大牌律师:美国经验的启示》　　作者：徐月芬　法律出版社 2003 年 1 月第一版

5．《律师事务所新体制构想-如何创建规模宏大的现代化律师所》何云选　　法律出版社 2005 年 10 月出版

第八章　律师管理（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师协会的性质和职责；了解我国现行的律师管理体制。

本章重点及难点：律师协会的性质和职责； 我国现行的律师管理体制。

第一节　律师管理体制

一、我国律师管理体制的变迁

（一）司法行政管理体制的特点
（二）司法行政管理体制的弊病

二、我国《律师法》对律师管理体制的规定及完善

（一）两结合的律师管理体制
（二）司法行政部门对律师的管理
（三）律师协会的行业管理

第二节　律师协会

一、律师协会概述

（一）律师协会的性质
根据《律师法》规定，律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织。

二、律师协会的职责

（一）保障律师依法执业，维护律师的合法权益；
（二）总结和交流律师工作经验；
（三）组织律师业务培训；
（四）进行律师职业道德和执业纪律的教育、检查和监督；
（五）组织律师开展对外交流；
（六）调解律师执业活动中发生的执业纠纷；
（七）法律规定的其他职责。
（八）律师协会按照章程对律师给予奖励或处分。

三、律师协会的设置

我国的律师协会分两级，全国设立中华全国律师协会；省、自治区、直辖市设立地方律师协会，设区的市根据需要可以设立地方律师协会。

四、中华全国律师协会

（一）中华全国律师协会的宗旨
（二）中华全国律师协会的职责

（三）中华全国律师协会的权利和义务
（四）中华全国律师协会的组织机构

五、地方律师协会

思考题

1．如何理解目前我国律师的管理体制？
2．我国律师管理体制的改革方向是什么？
3．律师协会应当如何管理律师？
4．简述律师协会的性质和职责。

参考书目

1．《美国律师制度》作者：青锋　中国法制出版社　1995 年 5 月第一版
2．《律师学》　陈光中主编　中国法制出版社 2004 年 9 月第一版

第九章　律师收费（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生了解律师收费制度；
本章重点及难点：律师收费的种类和有关规定，律师风险代理

第一节　律师收费制度概述

律师职业属性的有偿性决定了律师收费制度的确立

第二节　国外律师收费制度介绍

一、国外律师收费原则
二、外国律师收费的种类
三、外国律师费的构成
四、国外律师费的收取

第三节　我国律师收费制度

一、我国律师收费制度的发展

1956 年 5 月 25 日我国颁布了新中国第一个有关律师收费的法规——《律师收费暂行办法》，确立了律师收费实行按劳取酬的原则，并根据当时人民的生活水平，视案件简易复杂程度，规定了收费标准，如果办理的刑事、民事案件案情复杂的，可按收费标准酌量增收，但不得超过原规定的一倍。1979 年我国开始重建律师制度，律师的收费办法参照 1956 年颁布的《律师收费暂行办法》并根据各地区的具体情况适当调整。 1981 年 12 月 9 日司法部、财政部发布了《律师收费试行办法》并附律师收费标准表。《试行办法》规定，法律顾问处在确定具体收费数额时，应考虑律师承办业务的繁简程度、需时长短、诉讼标的的多少等因素。增加了对办理涉外业务，允许同委托人协商收费，对诉讼标的较大而案情又较复杂的民事案件，也允许在规定的收费标准之外，同委托人另商增加收费数额。随着我国社会经济情况的变化，律师工作有了很大的发展。原律师收费试行办法已不适应律师事业发展的需要，1990 年 2 月 15 日司法部、财政部、国家物价局颁发了《律师业务收费管理办法》及《律师业务收费标准》。1993 年司法部《关于律师工作改革的方案》指出，律师收费要“逐步做到优质优价，以质付酬”。1997 年国家计委、司法部关于印发《律师服务收费管理暂行办法》，同时废止了 1991 年国家物价局、财政部颁布的《律师收费规定》。《律师法》颁布实施后，国家计委和司法部共同制定了《律师服务收费管理暂行办法》，于 1997 年 3 月 1 日起施行；2004 年全国律师协会制定的《律师执业行为规范（试行）》对律师收费规范也作了相应规定；2006 年司法部颁布了《律师服务收费管理办法》，该办法自 2006 年 12 月 1 日起执行。从而确定了现行我国律师收费制度的基本框架。

二、律师费的构成

律师费由律师服务费和律师事务所为委托人提供服务过程中发生的应由委托人支付的）鉴定费、公证费、异地（省外）办案所需差旅费等其他费用构成。

三、律师收费制定应考虑的因素

（一）办理法律事务所需律师人数；
（二）办理法律事务所需工作时间；
（三）办理法律事务的复杂程度；
（四）办理法律事务可能承担的风险和责任；
（五）委托人的承受能力。

四、律师收费的种类

（一）固定收费
（二）计时收费
（三）按标的比例收费
（四）风险代理

五、律师费的收取

（一）律师为委托人提供法律服务，由律师事务所与委托人签订协议，依照规定的收费标准向委托人收取律师服务费，并向委托人出具收费票据。律师个人不得私自收费。

（二）律师事务所在与委托人签订的委托协议中，应载明计费方式、收费标准、收费总额以及支付时限等。

（三）收费争议的解决

第四节　律师的法律援助及公益活动

一、律师费的减免

律师事务所遇有下列情况之一的，应当按照法律援助的有关规定，减收或者免收律师服务费：
（一）因公受伤请求赔偿的（责任事故除外）；
（二）请求赡养、抚养、扶养而生活确有困难的；
（三）请求劳动保险金、抚恤金、救济金的；
（四）其他特殊情况无力承担律师服务费的。

二、律师法律援助的义务

律师必须按照国家规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律服务。

三、律师公益活动

思考题

1．律师风险代理制度评析
2．律师与法律援助

参考书目

1．《律师职业行为规则概论》王进喜　陈宜主编　国家行政学院出版社 2002 年 5 月第一版

第十章　律师的职业道德和执业行为规范（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师职业道德的概念和特征，了解我国律师职业道德和执业行为规范的具体内容；理解加强律师职业道德建设的重要意义；了解律师职业道德建设的历史发展。

本章重点及难点：律师职业道德的概念和特征；律师职业道德和执业纪律规范的具体内容。

第一节　律师职业道德和执业行为规范概述

一、律师职业道德的概念和特征

律师职业道德是由一定机构制定的，律师在执业过程中必须遵守的具有现实约束力的思想信条和行为准则。

律师职业道德具有以下特征：

1．律师职业道德具有很强的规范性。

2．律师职业道德反映了律师的职业特征。

3．律师职业道德具有现实的约束性。

二、我国律师职业道德建设的历史发展

我国在律师制度恢复的初期，就开始了律师队伍的职业道德建设。1980 年颁布的《中华人民共和国律师暂行条例》就包含有一些体现律师职业道德建设的规定。但是由于历史条件的限制，《律师暂行条例》没有对律师的职业道德作出具体的规定，《律师暂行条例》颁布后近十年我国也没有制定关于律师职业道德的正式规范。

随着我国经济建设的发展，对法律服务的需求也越来越强烈。一些地方总结实践经验，依据《律师暂行条例》和司法部的有关规定，根据各地的实际情况，陆续制定了一些加强律师队伍职业道德建设的规定。

司法部于 1990 年 11 月 12 日印发了《律师十要十不准》，在当时对于维护律师与当事人之间的诚信关系、维护当事人的合法权益，起到了积极的促进作用。但是，由于《律师十要十不准》过于原则，特别是在律师事务所向自愿组合、自收自支、自我发展、自我约束的自律性律师事务所转变、律师事务所由单一模式向多种组织形式转变，律师的管理从以司法行政机关管理为主向司法行政机关管理和律师协会行业管理相结合的模式转变过程中，《律师十要十不准》的局限性日益暴露。在这种情况下，司法部于 1993 年 12 月 27 日正式发布实施了我国第一部比较完整、具体的律师行业自律性规章——《律师职业道德和执业纪律规范》基本上实现了律师职业道德建设的法律化、制度化和规范化，在我国律师事业的发展史上具有重要的意义。

1996 年 5 月，八届全国人大常委会第 19 次会议审议通过了《中华人民共和国律师法》，《律师法》基本确立了司法行政机关监督指导与律师行业协会管理相结合的管理体制。根据新的管理体制，中华全国律师协会常务理事会第五次会议于 1996 年 10 月又通过了律师自律性组织——律师协会制定的《律师职业道德和执业纪律规范》，2004 年 3 月 20 日五届全国律协第九次常务理事会通过律师执业行为规范（试行）这些规范，就是我国现行律师职业道德籍以建立的基础。

三、我国律师职业道德规范和律师执业纪律规范的关系

一般而言，律师职业道德规范较为概括、原则，作用范围较宽，除了律师的执业活动之外，对

律师的其他行为也具有约束力，因此，针对性较差，可操作性差。律师执业纪律规范则具体、明确，作用范围较窄，严格限于律师的执业活动，因此针对性强，可操作性强。除了上述关系之外，上述两种规范之间最重要的关系是律师职业道德规范对律师执业纪律规范的指导作用。

四、加强律师执业行为规范建设的重要意义

1．加强律师执业行为规范建设是律师职业的内在要求。
2．加强律师执业行为规范建设有利于律师队伍的建设。
3．加强律师执业行为规范建设有利于维护委托人的合法权益。
4．加强律师执业行为规范建设符合社会主义市场经济的运作要求。

第二节　律师职业道德规范

我国律师职业道德基本准则

一、律师必须忠实于宪法、法律。

二、律师必须诚实守信，勤勉尽责，依照事实和法律，维护委托人利益，维护法律尊严，维护社会公平、正义。

三、律师应当注重职业修养，珍视和维护律师职业声誉，以法律法规以及社会公认的道德规范约束自己的业内外言行，以影响、加强公众对于法律权威的信服与遵守。

四、律师必须保守国家机密、委托人的商业秘密及个人隐私。

五、律师应当努力钻研业务，不断提高执业水平。

六、律师必须尊重同行，公平竞争，同业互助。

七、律师应当关注、积极参加社会公益事业。

八、律师必须遵守律师协会章程，履行会员义务。

第三节　律师的执业行为规范

一、律师执业行为规范的概念

律师的执业行为规范，是指律师在执业活动中必须遵守的具体行为准则。

二、律师执业行为规范的具体内容

（一）委托代理的规范
委托代理的基本要求
接受委托的权限
禁止虚假承诺
禁止非法牟取委托人的利益
利益冲突和回避
保管委托人财产
转委托
委托代理关系的终止
（二）律师收费规范
（三）执业推广规范
业务推广原则

律师广告规范
律师宣传规范
（四）律师同行关系中的行为规范
尊重与合作禁止不正当竞争
（五）律师在诉讼与仲裁中的行为规范
调查取证规范
庭审仪表规范
体态语态规范
谨慎司法评论
尊重法庭与规范接触司法人员
（六）律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范

三、执业处分

（一）执业处分方式
（二）执业处分的机构及程序

思考题

1．律师职业道德的概念和特征。
2．律师职业行为规范在我国的历史发展。
3．律师职业道德包括哪些具体内容。
4．律师执业行为规范包括哪些具体内容。

参考书目

1．《迷失的律师-法律职业理想的衰落（新）》[美]安索尼.T.克罗曼　　法律出版社　　出版日期：2004 年 3 月
2．《美国律师职业行为规则理论与实践》 王进喜著 中国人民公安大学出版社 2005 年 4 月第一版
3．《律师职业行为规则概论》王进喜　陈宜主编　国家行政学院出版社 2002 年 5 月第一版
4．《美国律师协会职业行为示范规则》 王进喜译 中国人民公安大学出版社 2005 年 4 月第一版
5．《中外律师制度与实务丛书/香港律师执业行为规范》许世芬　 法律出版社 1999 年 5 月出版

第十一章　律师的法律责任（3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师法规定的律师的法律责任，尤其是司法行政机关行政处罚的种类、事由的法律规定，理解律师赔偿责任制的意义和作用，了解实践中律师赔偿责任制的有关做法。

第一节　行政处罚

我国律师法明确规定，律师或律师事务所违反法律、法规和律师工作的各项规章制度，视其情节轻重，由司法行政机关给予处罚。

一、行政处罚的种类及行使处罚权的机关

（一）对律师行政处罚的种类及行使处罚权的机关

对律师行政处罚的种类有：警告、停止执业三个月以上一年以下、有违法所得的，没收违法所得、吊销执业证书。

行使处罚权的机关分别为，警告、停止执业三个月以上的处罚，由省、自治区、直辖市以及设区的市人民政府司法行政部门作出。吊销律师执业证书的处罚，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门作出。

（二）对律师事务所的行政处罚种类及行使处罚权的机关

对律师事务所的行政处罚种类有：责令改正、没收违法所得、可以并处违法所得一倍以上五倍以下罚款、停业整顿、吊销执业证书。

1．对律师事务所的行政处罚由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门作出。

二、应受行政处罚的行为

（一）律师应受警告或停止执业处罚的行为

《律师和律师事务所违法行为处罚办法》规定了律师应受警告，情节严重的给予停止执业 3 个月以上 1 年以下的处罚的情形；有违法所得的，没收违法所得

（二）律师应受吊销执业证书处罚的行为

《律师法》、《律师和律师事务所违法行为处罚办法》明确规定了律师应受吊销执业证书处罚的情形。

（三）律师事务所应受行政处罚的行为

三、行政处罚的原则

（一）公开、公正的原则

（二）责任处罚相当的原则

（三）充分保障当事人权利的原则

（四）充分发挥律师协会的职能作用。

四、行政处罚的管辖

五、行政处罚的程序

简易程序

一般程序

（一）立案。

（二）调查取证。

1．作出初步处理。

2．听证。

3．制作处罚决定书或不予处罚决定书。

4．复议。

5．执行

第二节　律师责任赔偿制度

我国民法通则第 106 条规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。” 律师事务所作为市场经济的中介机构，律师事务所与委托人之间是提供法律服务与支付相应报酬的关系，双方在法律地位上的平等的，都是平等的民事权利主体，它们之间因委托合同而产生的法律关系应当受民法的调整。律师法第四十九条明确规定，律师和律师事务所不得免除或者限制因违法执业或因过错给当事人造成损失所应当承担的民事责任。律师在执业中的民事责任表现为律师责任赔偿制度。

一、建立健全律师责任赔偿制度势在必行

（一）建立健全律师责任赔偿制度的必要性

1．律师责任赔偿制度是律师制度的重要组成部分。

2．建立律师责任赔偿制度能够更好的保护委托人的合法权益。

3．建立律师责任赔偿制度有利于促使律师提高素质。

4．建立律师责任赔偿制度是市场经济发展的要求.

5．建立律师责任赔偿制度是与国际律师业接轨的需要。

（二）建立律师责任赔偿制度的可能性

1．律师体制的改革，使绝大多数律师事务所都实现了自收自支，有了一定的资金积累。有能力实行责任赔偿。

2．随着律师事业的发展，在律师队伍不断壮大的同时，律师素质也有了很大的提高。 使律师有能力通过自己主观的努力，避免大多数由于律师的过错给当事人造成的损害。

二、律师赔偿责任制度的主要内容

（一）律师赔偿责任的构成要件

（二）律师赔偿责任的归责原则和免责条件

（三）实行律师责任赔偿制度的配套措施

介绍有关理论问题及实践中的做法。

第三节　刑事责任

一、《律师法》第四十五条规定：律师有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

泄露国家秘密的；

向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿或者指使、诱导当事人行贿的；

提供虚假证据，隐瞒重要事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据，隐瞒重要事实的。

二、《刑法》第三百零六条规定：在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

第四节　对非律师人员从事法律服务的制裁

一、对冒充律师从事法律服务的制裁

律师法第 46 条规定：“冒充律师从事法律服务的，由公安机关责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处五千元以下罚款、十五日以下拘留。

二、对牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的制裁

没有取得律师执业证书，为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门责令停止非法执业，没收违法所得，可以并处违法所得一倍以上五倍以下罚款。”

思考题

1．吊销执业证书的事由。
2．行政处罚的种类及处罚机关。
3．律师责任赔偿制度的法律规定及意义。
4．净化法律服务市场与律师垄断的关系。

参考书目

1．《律师民事责任论》作者：姜世明　元照出版公司 （台湾）出版年月　2004 年 04 月
2．《律师职业责任》作者：詹姆斯・E・莫利泰尔诺　中信出版社　2003 年 8 月第一版
3．《律师职业责任概论》作者：内森・M・克里斯特尔　中信出版社
4．《律师刑事责任比较研究》王丽　　法律出版社　　2002 年 5 月出版

第十二章　刑事诉讼中的律师辩护业务 （3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章学习，重点掌握辩护制度的内容，明确辩护律师的诉讼地位、诉讼权利和法律责任，理解律师辩护的性质和意义。了解律师刑事辩护的一般方法和技巧。

第一节　律师刑事辩护概述

一、有关律师刑事辩护的法律规定

（一）辩护律师的责任

辩护律师的责任，是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

（二）辩护律师的权利和义务

阅卷权、调查权、会见通信权、拒绝辩护权、相对上诉权、收取出庭通知和诉讼文书权等以及法律援助义务，不得揭发控告委托人的义务；不得隐匿、毁灭、伪造证据或威胁引诱证人作伪证的义务；不得干扰司法机关诉讼活动的义务。

二、辩护律师的诉讼地位

辩护律师在刑事诉讼中是具有独立诉讼地位的诉讼参与人，履行的是辩护职能，不受犯罪嫌疑人、被告人意志的制约，也不受司法机关的非法干涉。

三、律师辩护的意义

（一）律师是依法取得执业证书，为社会提供法律服务的执业人员，经过国家统一考试或考核，具备良好的职业道德和较高的法律水平。

（二）律师协会和各级司法行政机关对律师和律师事务所进行管理和监督，从制度上保障律师依法开展业务活动。

（三）国家法律赋予律师较其他辩护人更为广泛的诉讼权利，为律师正确有效地进行辩护奠定基础。

（四）律师事务所是律师开展业务的后盾，有利于发挥集体的智慧和力量，同时，律师的责任赔偿制度也进一步保障了委托人合法权益的维护。

第二节　侦查阶段的律师工作

一、律师在侦查阶段的工作性质和诉讼法律地位

律师在侦查阶段接受委托，为犯罪嫌疑人提供法律帮助，维护的是犯罪嫌疑人的合法权益，属于辩护性质，是广义的辩护人。

二、侦查阶段律师提供法律帮助的主要工作流程

（一） 接受委托

（二）与侦查机关联系

（三）会见犯罪嫌疑人

（四）为犯罪嫌疑人提供法律咨询
（五）为犯罪嫌疑人申请取保候审
（六）代理申诉和控告

第三节　审查起诉阶段的律师辩护工作

一、辩护律师在审查起诉阶段的任务

依据事实和法律，向检察机关提出犯罪嫌疑人无罪或者具有不起诉的条件，以及该案侦查活动违法等辩护意见，维护犯罪嫌疑人的合法权益，维护法律的正确实施。

二、辩护律师在审查起诉阶段的工作程序和方法

办理委托手续，查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，会见犯罪嫌疑人和通信，调查、收集有利于犯罪嫌疑人的证据材料，发表辩护意见。

第四节　法庭审理阶段的律师辩护工作

一、辩护律师的庭前准备工作

（一）签订委托辩护合同，审查管辖，将委托合同连同律师出庭函一并送交受诉人民法院。
（二） 查阅、摘抄、复制案件材料。
（三）会见在押被告人。
（四） 调查和收集证据
（五）撰写辩护词和庭审提问纲要。

二、辩护律师在法庭审理阶段的工作

帮助被告人行使各项诉讼权利，如：告知权、申请回避权、公开（或不公开）审理申请权、申请重新鉴定（勘验）权、举证质证权、发问权等。充分发表辩护意见。

三、辩护律师在宣判以后的工作。

回访被告人，征询对判决的意见，为下一步工作做好准备。

第五节　二审和申诉程序中的律师辩护工作

一、辩护律师在二审中的工作内容及方法
二、办理委托辩护手续。
三、阅卷、查证。
四、会见被告人。
五、撰写辩护词
在方法上重点是针对一审判决书发表辩护意见。

第六节　申诉中的律师辩护

一、签订委托代理合同。

二、拟写申诉书。

三、向有关机构递交申诉材料，力陈原审中的错误，争取提起审判监督程序。

四、进行再审辩护工作。

思考题

1．我国律师辩护制度的主要内容是什么？

2．试述辩护权的主要特征。

3．如何理解辩护律师诉讼地位。

4．试述辩护律师的主要权利。

5．试述辩护律师的庭前准备工作。

6．辩护律师在庭审中应注意什么问题？

7．比较一、二审辩护律师的工作异同。

8．试述律师代理刑事被告人申诉的性质。

9．律师参与刑事申诉有何意义？

10．如何理解辩护律师的阅卷权和调查权。

参考书目

1．《成功辩护 》作者： 李运午　机械工业出版社 2005 年 5 月第一版

2．《最佳辩护》（美）萨拉.格里戈里　军事谊文社　2001 年 11 月 出版

3．《陪审制度与辩诉交易-一部真实的历史》麦高伟 切斯特·米尔斯基 中国检察社　2006 年 1 月出版

4．《美国法庭名流/超级律师》[美]科林.埃文斯　北方文艺出 版 社　2002 年 1 月出版

5．《美国刑事诉讼中的辩护》　江礼华，杨诚 主编　法律出版社 2001 年版

6．《律师参与辩护、代理存在问题及对策》，李宝岳主编 中国政法大学出版社 2006 年 3 月第一版

7．《最好的辩护》[美]艾伦.德肖微茨　法律出版社　1998 年 12 月出版

8．《哈佛辩护（上下）》改革出版社　1999 年 1 月出版

第十三章　刑事诉讼中的律师代理业务（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章学习，重点掌握律师刑事代理的主要性质内容和意义、特点，明确我国辩护制度与刑事代理制度的区别，了解刑事代理的概念。

第一节　律师刑事代理概述

一、律师刑事代理的概念和意义

律师刑事代理，是指律师在刑事诉讼活动中，接受刑事自诉案件自诉人、公诉案件被害人或其近亲属、刑事附带民事诉讼当事人的委托，担任代理人，在所受委托的权限内，以被代理人的名义参加诉讼，维护委托人的合法权益，维护国家法律正确实施的诉讼行为。

二、律师刑事代理的性质

律师刑事诉讼代理、目的是揭露、控诉、证实犯罪，以维护委托人的合法权益，履行的是控诉职能，具有控诉的性质，与辩护是对立的。

三、刑事代理的范围和种类

（一）律师代理公诉案件被害人参加刑事诉讼活动。
（二）律师代理自诉案件自诉人参加刑事诉讼活动。
（三）律师代理刑事附带民事诉讼当事人参加诉讼活动。
（四）律师代理刑事申诉人向有关机构提出申诉。

四、律师刑事代理的诉讼权利和义务

第二节　公诉案件被害人的律师代理

一、公诉案件被害人代理律师的职责

二、代理律师与被害人、公诉人的关系。

同属控方，是对方统一的关系。

三、公诉案件被害人委托律师代理刑事诉讼的几种情形

（一）无公诉人出庭的情形。
（二）被害人对公诉心存疑虑的情形；
（三）被害人不能（或不便）出庭的情况；
（四）被害人身处异地的情形；
（五）公诉转为自诉的情形。

四、公诉案件被害人律师代理工作流程

（一）律师接受委托后，向委托人提供法律咨询和其它法律帮助。

（二）参加庭审指导、协助或代理委托人行使诉讼权利

（三）代理委托人请求人民检察院抗诉。

第三节　自诉案件自诉人的律师代理

一、自诉案件律师代理的概念

自诉案件律师代理，是指律师接受自诉人或反诉人的委托，以自诉人或反诉人的名义进行诉讼行为，在本诉或反诉中为委托人提供法律帮助，维护委托人合法权益的活动。

二、自诉案件代理律师的责任

三、自诉案件律师代理的办案流程

（一）审查案件办理委托手续

（二）帮助自诉人分析案情，确定被告人和管辖法院，

（三）调查、了解有关事实和证据，代写刑事起诉状；自诉人同时要求民事赔偿的，代理律师可协助其制作刑事附带民事起诉状，

（四）作好开庭前准备工作。对于自己无法取得的证据，可申请人民法院依法调查取证。

（五）出庭履行职责，协助自诉人充分行使控诉职能，运用证据证明自诉人的指控成立。

（六）根据委托人授权参加法庭调解。

（七）协助自诉人在法院宣告判决前决定是否与被告人和解或者撤回自诉。

第四节　刑事附带民事诉讼中的律师代理工作

一、律师代理刑事附带民事诉讼的性质

刑事附带民事诉讼是派生出来的一种民事诉讼，具有民事诉讼的诸多特征，律师代理主要是帮助委托人主张民事赔偿的权利。

二、律师代理刑事附带民事诉讼的原告人办案流程`

（一） 律师接受委托前审查

（二）接受委托后代理委托人撰写附带民事起诉状，

（三）指导、协助委托人收集证据，展开调查，申请鉴定。

（四）建议或协助委托人申请人民法院对被告人的财产予以扣押或查封。

（五）参与庭审，指导委托人参加调解，准备调解方案。

（六）协助委托人提起上诉

三、律师代理刑事附带民事诉讼的被告人应注意问题

第五节　律师代理刑事申诉

一、律师代理刑事申诉的概念

律师代理刑事申诉，是指律师接受刑事申诉人的委托，代理申诉人行使申诉权的一种业务活动。

二、律师代理犯罪嫌疑人的申诉

侦查阶段，犯罪嫌疑人在第一次讯问后或采取强制措施后，委托律师代理申诉、控告，是在履行辩护职能。在审查起诉阶段亦是如此。

三、律师代理刑事被告人申诉

律师代理刑事被告人申诉是针对已经发生法律效力的裁判文书，是律师辩护职能的一种延伸，目的是通过审判监督程序纠正错误的生效裁判，以维护被告人的合法权益和法律的正确实施。

四、律师代理被害人申诉

律师代理被害人申诉，是律师刑事代理职能的一种延伸，是控诉、揭露犯罪的继续，目的是通过审判监督程序，追究被告人刑事责任，是不允许放纵犯罪的救济手段。

五、律师刑事申诉代理的工作程序

（一）签订委托代理合同
（二）律师事务所指派代理律师
（三）收集、查阅、复制有关证据材料
（四）访问、会见有关人员
（五）撰写代理词
（六）出席庭审活动，履行代理职责
（七）征询委托人意见
（八）总结归档

思考题

1．试述律师刑事诉讼代理制度。
2．律师刑事诉讼代理有何意义
3．试述律师刑事诉讼代理的范围和种类。
4．律师如何代理刑事申诉？

参考书目

1．《律师参与辩护、代理存在问题及对策》，李宝岳主编 中国政法大学出版社 2006 年 3 月第一版

第十四章　律师的民事诉讼代理（3 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握律师代理民事诉讼应把握两个关键问题。一是代理律师是非独立的诉讼主体，他的很大部分诉讼权利来源于委托人的授予，这决定了代理律师对委托人一定的依赖性。要求代理律师要处理好与委托人的关系；二是民事审判中实行“谁主张谁举证”的原则。这决定了代理律师的工作重点是收集证据，甄别证据，分析证据，并在此基础上准确的分析法律关系，提出代理意见。

本章重点及难点：律师代理的权限

第一节　律师代理民事诉讼概述

民事诉讼的律师代理有着悠久的历史，早在律师制度萌芽时已出现。在现代资本主义国家律师参与民事诉讼已成为律师职业的重要工作领域。在我国，民事诉讼代理已有悠久历史，但律师民事诉讼代理则是近代的事，目前随着经济的发展，市场经济的完善，律师代理已越来越发挥着重要作用。

一、律师代理民事诉讼的概念和特征

律师民事诉讼代理是民事诉讼代理中的一种。

（一）律师民事诉讼代理的概念

律师代理民事诉讼是指律师接受当事人的委托，受律师事务所的指派，在民事诉讼中代理当事人为一定的诉讼行为。

（二）律师民事诉讼代理的特征

1．产生这种代理关系的基础是民事诉讼当事人的委托。即当事人与律师订立委托代理合同，授权律师代理当事人参加诉讼。

2．在这种代理关系中，代理人具有特定的身份。即律师身份。

3．这种诉讼代理关系发生在民事诉讼过程中，以民事诉讼的存在为前提，受民事诉讼法的调整、制约。

4．律师代理的行为是诉讼行为，不是一般的民事行为、产生的法律结果是判决、裁定所确定的内容。

二、民事诉讼律师代理与刑事诉讼中律师代理、律师辩护的比较

（一）民事诉讼中律师代理同刑事诉讼中律师代理的比较

刑事诉讼的律师代理是指律师接受自诉案件的自诉人、公诉案件中被害人以及附带民事诉讼当事人的委托参加诉讼活动，通过代理诉讼行为，为委托人提供法律帮助。二者既有相同点又有不同点。

1．二者的共同点在于代理人都律师而非一般公民,代理律师的权限依代理委托合同而确定，代理产生的后果，都是司法机关决定所确定的内容。

2．二者的区别

（1）性质不同。性质的不同决定了二者工作着重点的不同。

（2）代理的内容及产生的后果不同。

（二）民事诉讼中的律师代理同律师辩护的区别。

二者有着很大的区别。

1．法律基础和目的不同。

2．两种律师的诉讼地位不同.

3．两种律师帮助对象不同

4．二者的工作方法不尽相同

三、律师代理民事诉讼的意义

（一）能够帮助当事人正确地行使诉讼权利，履行诉讼义务，保护他们的合法利益。

（二）代理律师参加诉讼有助于人民法院正确处理案件。

四、代理律师的诉讼地位

明确律师在民事诉讼代理中的地位是律师正确依法办事避免出错的前提。我国民事诉讼法对诉讼代理人的诉讼地位作了明确的规定，诉讼代理人不是独立的诉讼主体，诉讼代理人进行民事诉讼活动，是以被代理人的名义，在法律规定或被代理人的授权范围内，为被代理人的合法权益进行诉讼，实现并履行被代理人的民事诉讼权利和义务，并直接对被代理人产生民事法律后果。

五、代理律师的权利义务

（一）代理律师的权利。分为两个部分。一是法定权利，即代理律师依法享有的权利，一是继受权利，即法律赋予当事人的诉讼权利，代理律师因接受委托代理诉讼而享有。

1．法定权利,是指民事诉讼法赋予诉讼代理人的权利和《律师法》规定律师执行职务而享有的权利。包括：《律师法》规定，律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，同被限制人身自由的人员会见和通信，出席法庭，参与诉讼，以及享有诉讼法律规定的其他权利。

律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利应当依法保障。

律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况。

律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。

以及民事诉讼法规定诉讼代理人在法庭审理过程中，经审判长许可，有权直接向对方当事人、证人、鉴定人发问，申请通知新证人到庭，调取新证据，申请重新鉴定或勘验。

2．继受权利。

包括提出回避申请、收集提供证据，进行辩论，请求调解、提起反诉、申请执行、复制本案有关材料和法律文书等。具体的权利以委托书确定的权限为限。

（二）代理律师的义务

诉讼代理律师的义务，既包括《律师法》规定的律师应遵守的义务，也包括民事诉讼法规定的诉讼代理人应遵守的义务。具体有：

1．律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。

2．律师不得在同一案件中，为双方当事人担任代理人。

3．律师在执业活动中不得有下列行为：

（一）私自接受委托，私自向委托人收取费用，收受委托人的财物；

（二）利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益，或者接受对方当事人的财物；

（三）违反规定会见法官、检察官、仲裁员；

（四）向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员请客送礼或者行贿，或者指使、诱导当事人行贿；

（五）提供虚假证据，隐瞒事实或者威胁，利诱他人提供虚假证据，隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据；

（六）扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。

第二节　代理律师的工作程序及步骤

一、接受代理、订立委托代理合同

委托人若在人民法院立案前委托代理人的，应从以下几个方面进行审查：

1．审查委托人要委托代理的纠纷，是否具备起诉的条件。

2．审查纠纷双方有无和好可能,

3．审查委托人的诉讼请求有无事实根据和证明材料。如果没有就不能接受委托。

4．审查当事人的诉讼请求是否违背法律政策和社会公德。违背的，坚决拒绝代理，并同时对委托人进行法律教育，劝其放弃诉讼请求。

5．审查案件是否超过诉讼时效，超过的不应接受委托。

经过审查认为可以接受委托的，在双方同意代理的情况下，由律师事务所出面与当事人签订委托代理合同。

当事人除与律师事务所签订委托代理合同外，还应出具授权委托书。

二、撰写起诉书或答辩书

三、开庭前对案件的了解和调解。

了解熟悉案情，是这一阶段代理律师一项重要工作。其途径有：

（一）听取被代理方对案情的详细叙述。

（二）查阅案卷材料。

（三）向有关单位和个人调查了解案情。

（四）向对方当事人了解情况，以便全面了解案情，摸清对方想法。

（五）有和解可能的情况下，抓住时机调解。

在这一阶段，在必要时，要求人民法院采取诉讼保全措施和裁定先予执行。理由充足时，向原告提出反诉。

四、开庭准备

开庭准备的着重点是准备代理词。其步骤为：

（一）全面分析研究案件材料，甄别证据材料，运用法律理论，拟订一个代理意见，使代理意见建立在尊重客观事实，有充分证据加以证明的基础上，并且有法律依据。要准备好自己准备适用的法律条文。

（二）撰写代理词。

（三）对法庭审理中可能出现的问题加以预测，并准备好对策。列出庭审提纲，对如何在庭审中发问做好充分准备。

五、参加法庭审理

在这一阶段，律师的工作步骤为：

（一）帮助行使申请回避权、解释回避的意义、条件，帮助当事人说明申请回避的事实和理由、行使申请复议的权利。要注意审查对方当事人诉讼当事人的资格，以保证和解、诉讼结果的有效执行。

（二）参与法庭调查，帮助履行举证责任，协助当事人向法庭提供证明其诉讼主张的事实和证明材料，对当事人遗漏的证据，可以采取提问的方式予以补充。向法庭提供自己调查得来的证据材料，在法庭调查阶段，代理律师可以了解许多尚未掌握的材料，证实自己调查的事实，特别是向对方当事人调查的事实。注意行使这一阶段的诉讼权利。

（三）发表代理词，参加法庭辩论

（四）宣判阶段。向诉讼当事人解释裁判的内容和意义，就是否上诉或申诉等问题，向当事人提供咨询意见。

（五）在诉讼过程中对诉讼当事人进行法制教育。

第三节　涉外民事诉讼代理律师应注意的问题

我国涉外民事诉讼既不采代理人制，也未强制律师代理制度，涉外民事诉讼当事人可以委托他人代理诉讼，但如果委托律师代理诉讼的必须委托中华人民共和国的律师。

一、涉外民事诉讼的代理律师的任务

涉外民事诉讼的代理律师的任务是代表涉外案件的原告或被告进行诉讼活动，提供法律帮助，以维护当事人的合法权益，促进我国同外国诉讼当事人在平等的原则下进行诉讼。

二、涉外民事诉讼律师代理的基本原则

（一）适用我国民事诉讼法的原则。

代理律师在代理活动中应注意防止国外诉讼当事人规避中国法律的行为，防止国外当事人逃避我国法院管辖；防止国外当事人侵害我国经济利益的行为。对于国外当事人的侵害中国利益的诉讼请求，应当拒绝代理。

（二）委托中国律师代理诉讼的原则。

（三）诉讼权利同等、对等原则

律师代理应查明我国法院是否限制该国外当事人的诉讼权利。对于被限制了的诉讼权利，即使国外当事人授权委托亦不能代理。

（四）适用有关国际条约原则。

三、应注意的问题

（一）代理律师在接受国外诉讼当事人委托时应认真审查：

1．该纠纷是否应由我国法院主管,如果当事人有书面协议提交中国涉外仲裁机关仲裁的，或者已仲裁裁决的，不能接受。

2．审查外国当事人的诉讼请求是否有损我国的国家利益。

3．审查不在大陆境内居住的诉讼当事人寄给律师的授权委托收是否符合法律规定。

对特别授权的要认真同被代理人商讨行使特别授权的条件。

（二）注意我国法律关于涉外民事诉讼的特殊规定

如特殊的送达方式和期限；特殊的诉讼保全措施；司法协助的问题等。

思考题

1．民事诉讼代理律师的诉讼地位。

2．比较民事诉讼代理律师与刑事辩护律师的异同

3．民事诉讼代理律师如何处理好与委托人的关系。

4．在什么情形下，民事诉讼代理律师可以拒绝代理。

5．庭审方式的改革对代理律师的挑战

参考书目

1．《最新法庭辩论丛书/（民事卷）英雄死后的沉重官司》谢庆　　警官教育社　1998 年 12 月出版

2．《捍卫智慧--没有硝烟的战场》 法律出版社　　1998 年 6 月出版

第十五章　行政诉讼中的律师代理（1 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的学习，掌握行政诉讼律师代理的概念和特征；律师在行政诉讼中的地位；及律师在行政诉讼中的权利与义务。了解律师在行政诉讼中的工作方法和步骤。

第一节　行政诉讼律师代理概述

一、行政诉讼律师代理的概念和特征

（一）行政诉讼律师代理的概念

行政诉讼律师代理是指律师接受行政诉讼当事人或其法定代理人的委托，以被代理人的名义，在其委托的权限范围内，代理当事人参加行政诉讼，从而维护其合法权益的活动。

（二）行政诉讼律师代理的特征

1．被代理的原告是作为行政管理相对人的公民、法人和其他组织；

2．被代理的被告是作出具体行政行为的行政机关；

3．被代理的原被告在诉讼中的权利、义务不对等。

二、律师代理行政诉讼的范围

律师代理行政诉讼的范围有两类：一类是行政诉讼法规定的代理范围，一类是其他法律、法规规定的代理范围，此外还有律师不能代理的案件。

三、律师在行政诉讼中的地位

律师在行政诉讼中既具有独立性的一面，又具有一定的从属性。

四、律师在行政诉讼中的权利和义务

五、律师代理行政诉讼的作用

（一）有助于维护公民、法人和其他组织的合法权益；

（二）有助于督促行政机关依法行政；

（三）有助于人民法院正确及时地审理行政案件。

第二节　行政诉讼律师代理的办案流程

根据有关法律规定和实践经验，律师代理行政诉讼的程序如下：

一、对有关事项进行审查

对案件性质进行审查，确定是否属于人民法院受理行政诉讼案件的范围。

二、确定当事人的资格

依法审查确定案件的诉讼主体。并对案件的起诉期限进行审查。

三、庭前准备工作

根据案件需要协助委托人依法调查、收集证据材料。起诉和应诉被告的代理律师应认真分析案情、调取证据、审查具体行政行为的合法性，作好答辩准备，并应在收到起诉状副本之日起 10 日内，协助被告整理出被告据以做出被诉具体行政行为的相关证据及所依据的规范性文件，并向人民法院提供。

四、参加法庭审理

五．庭审后的工作

第三节　律师代理行政赔偿案件办案流程

一、接受委托
二、协助原告依法审查确定适格的赔偿义务机关。
三、指导、协助委托人就被诉具体行政行为造成损害的事实收集、调取证据。
四、协助委托人及时准备办理案件的法律文书，进行调查、取证，申请鉴定。
五、参加庭审，举证质证，进行辩论，发表代理意见等。
六、代理委托人在法定期限内提起上诉。

第四节　律师代理行政执行案件办案流程

一、审查案件
二、代理申请人撰写执行申请书。
三、代理申请人在法定期限内向人民法院提交申请执行书、据以执行的生效法律文书，以及其他必须提交的材料等。
四、代理申请人向人民法院提出财产保全的申请。

第五节　律师承办涉外行政案件应注意的问题

一、依法审查确定案件的管辖法院。
二、注意程序法、实体法及国际条约的适用。
三、应就司法解释中规定的涉外送达方式，与委托人协商并达成一致意见。

思考题

1．律师在行政诉讼中的地位
2．律师在行政诉讼中的权利与义务
3．律师在行政诉讼中的工作程序和方法步骤

第十六章　律师担任法律顾问（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握法律顾问的概念、特征和作用；理解法律顾问与律师事务所及聘方关系；了解法律顾问的种类和聘请程序。

本章重点及难点：律师担任法律顾问工作方法和步骤。

第一节　律师担任法律顾问概述

法律顾问最早于 19 世纪本出现在美国，近百年来，随着各国经济的发展，法律顾问在经济领域和社会生活中发挥愈来愈大的作用，得到了迅速的发展。我国在七十年代末颁布的《律师暂行条例》中第一次明确法律顾问这一概念。一九九七年一月一日实施的《中华人民共和国律师法》再次予以明确，并且列为律师诸项业务中的第一项。

一、法律顾问的概念

法律顾问是指国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人，为实现依法管理经营，经营，排除不法侵害，保障法律的正确实施，维护自己的合法权益而聘请为其提供法律服务的人员。

二、法律顾问的特征

（一）服务对象比较固定，服务时间长，是一种相对较稳定的关系。

（二）服务方式的综合性，不仅可代理聘方参与 诉讼、非诉讼活动，而且为聘方的重要决策提供法律根据，承担谈判、法律宣传、审查法律事务文书等广泛的工作。

（三）服务对象具有广泛性。包括公民、法人和其他组织

（四）服务内容具有特定性

三、法律顾问的作用

（一）法律顾问的必要性

1．聘请律师担任法律顾问是经济体制改革的需要。

2．聘请律师担任法律顾问，是政治体制改革的需要。

3．聘请律师担任法律顾问，是贯彻对外开放政策的需要。

4．聘请律师担任法律顾问，是社会主义市场经济发展的需要。

（二）法律顾问的作用

1．通过参加谈判、诉讼、非诉讼活动预防、排除各种非法侵害，维护聘请人的合法权益，减少经济损失。

2．帮助聘方建立、健全各种规章制度，使企业经营步入法律轨道。

第二节　法律顾问的业务范围

一、法律顾问的法定业务

依据《律师法》第 26 条之规定：“律师担任法律顾问的，应当为聘请人就有关法律问题提供意见，草拟、审查法律文书，代理参加诉讼、调解或仲裁活动，办理聘请人委托的其他法律事务，维护聘请人的合法权益。”这是法律顾问的法定业务。

（一）解答法律咨询；

（二）为聘方草拟、审查法律文书。法律文书主要有合同、协议、章程、规则、声明、命令、决定、指示，以及诉状、答辩状等。就其合理性、合法性、可行性、风险性提出法律意见。

担任企业的法律顾问，其主要任务是把好签订经济合同的法律关。

（三）参与涉外的或标的较大或条款较复杂的经济合同谈判。一方面保证聘方的行为合法，在法律允许范围内，使聘方获得最大的经济效益；另一方面及时制止、揭露对方的违法行为以及侵犯聘方合法权益的行为，维护聘方的合法权益。

（四）代理聘方参加诉讼，调解或者仲裁活动。

二、法律顾问的约定业务

约定业务，是指聘应方经协商确定的法定业务以外的其他业务。

（一）帮助聘方建立健全各项规章制度。主要包括管理制度和工作纪律。

（二）帮助聘请方建立法律事务机构并指导工作。

（三）开展法制宣传和法律培训，提高聘方人员的法律意识及法律知识水平。

第三节　担任政府法律顾问应注意的问题

一、律师担任政府法律顾问的任务

二、律师担任政府法律顾问，受政府委托办理的律事务

（一）就政府的重大决策提供法律方面的意见，或者应政府要求，对决策进行法律论证；

（二）对政府起草或者拟发布的规范性文件，从法律方面提出修改和补充建议；

（三）参与处理涉及政府的尚未形成诉讼的民事纠纷、经济纠纷、行政纠纷和其他重大纠纷；

（四）代理政府参加诉讼，维护政府依法行使行政职权和维护政府机关的合法权益；

（五）协助政府审查重大的经济合同、经济项目以及重要的法律文书；

（六）协助政府进行法制宣传教育；

（七）向政府提供国家有关法律信息，就政府行政管理中的法律问题提出建议；

（八）办理政府委托办理的其他法律事务。

三、律师担任政府法律顾问的权利和义务

第四节　律师担任企业法律顾问应注意的问题

一、律师担任企业法律顾问的任务

二、律师担任企业法律顾问，受企业委托办理下列法律事务

（一）就企业生产、经营、管理方面的重大决策提出法律意见，从法律上进行论证，提供法律依据；

（二）草拟、修改、审查企业在生产、经营、管理及对外联系活动中的合同、协议以及其他有关法律事务文书和规章制度；

（三）办理企业的非诉讼法律事务；

（四）代理企业参加民事、经济、行政诉讼和仲裁，行政复议；

（五）参加经济项目谈判，审查或准备谈判所需的各类法律文件；

（六）提供与企业活动有关的法律信息；

（七）就企业深化改革、扩大开放，发展外向型经济，转换企业经营机制，提高企业经济效益，加强生产、经营、管理和对外联系中的有关问题，提出法律意见；

（八）协助企业对干部职工进行法制宣传教育和法律培训；

（九）对企业内部的法律工作人员的工作进行指导；

（十）其他法律事务。

三、律师担任企业法律顾问权利和义务

四、律师担任企业法律顾问可以采取下列方式

思考题

1．试述法律顾问的主要特征。

2．如何理解法律顾问的作用。

3．法律顾问有哪些种类？

4．法律顾问的工作原则是什么？

5．聘请法律顾问合同的主要内容有哪些？

参考书目

1．《一部探索建立我国政府律师制度的理论专著/政府律师制度研究》严军兴　群众出 版 社 2002 年 10 月 出版

第十七章　律师办理诉讼外业务（2 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生了解律师办理一般性非诉讼业务概况。

本章重点及难点：律师仲裁代理的规范。律师办理非诉讼业务现状及发展趋势。

第一节　律师办理诉讼外业务概述

一、非诉讼法律事务的定义

指已经形成权益争议或纠纷，但不到法院诉讼，而是在当事人之间，通过调解、仲裁或其他非诉讼方式解决的法律事务，以及不存在争议，但为了确立某种法律关系或实现某种民事权利，在诉讼之外而为的法律行为。

二、非诉讼法律事务的特征

1．非诉讼事务都具有法律意义,且为人的有意识的事务，这一事务成立，就会使一定的法律关系产生、变更或消灭。

2．非诉讼法律事务一般不具有诉讼性质。

三、律师参与非诉讼法律事务的范围

随着市场经济的发展和律师业的不断成熟,律师参与的非诉讼法律事务范围日趋广泛。如金融、证券、房地产、合同、建筑工程、知识产权领域不涉讼的法律事务，国内外企业的收购兼并业务、企业资产重组、跨国公司常年法律顾问以及涉外法律服务，公司设立与清算、证券发行与上市、金融银行、基础设施与工程建设、房地产营销与管理、知识产权转让、劳资与社会保障等法律领域非诉讼法律事务，国际投资、国际贸易、反倾销与保障措施法律服务领域非诉讼法律事务；国际金融组织贷款、项目贷款、融资租赁、外汇业务、海外上市等完全国际化运作的非诉讼法律事务。等等。

四、非诉讼法律事务对律师的要求

第一，扎实的业务基础。

第二，对法律、法规、政策的及时把握、更新。

第三，对法律知识以外的相关行业知识、规范的了解。

第四，对不同性质的非诉业务流程的把握能力。

第五，对律师团队协作的要求。

五、律师参与非诉讼法律事务的解决方式

根据《律师法》规定，律师参与非诉讼法律事务的方式为：接受当事人的委托，参加调解、仲裁活动；接受非诉讼法律事务当事人的委托，提供法律服务；

第二节　律师的仲裁代理

一、律师代理仲裁的概念

律师代理仲裁是指律师接受仲裁当事人及其法定代理人的委托，但任仲裁代理人，参加仲裁程

序中的有关活动，以维护当事人合法权益的行为。根据律师法、仲裁法以及其他有关法律的规定，律师接受当事人的委托，参加仲裁活动，是其主要业务活动之一。

二、律师代理仲裁案件的职责。

（一）遵守国家法律、法规，坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，信守律师职业道德和执业纪律规范。

（二）坚持依法维护委托人的合法权益，维护法律的公正实施，忠于职守，认真负责，不得损害委托人的合法权益。

（三）律师在办案过程中应当保守国家秘密和委托人的商业秘密及其个人隐私，始终不得公开仲裁内容、过程和结果。

三、律师仲裁代理的办案流程及注意事项

（一）受案

1．律师在接受仲裁案件委托时应审查的条件：

2．律师接受委托时，应向委托人询问的事项：

3．律师事务所根据当事人或其法定代理人的委托，指派律师为其担任仲裁代理人。 律师事务所应当尽可能满足委托人指名委托的要求。 律师事务所受理仲裁案件，应与委托人签订委托代理协议。

（二）调查取证

1．律师经了解案情后，如认为事实不清，证据不足，应在征得委托人同意后进行调查。律师调查时，须持律师事务所调查专用介绍信，由两人共同进行。 对于律师难以取得的证据，可以申请仲裁庭收集、调取证据。仲裁庭同意收集、调取证据时，经仲裁庭同意，律师可以参加。 对有可能灭失或以后难以取得的证据，在仲裁进行阶段，律师应向仲裁委员会提出申请，由人民法院进行证据保全。在仲裁的其它阶段，律师可向公证机关申请证据保全公证。

（三）与仲裁受理阶段工作

1．起草仲裁申请书或答辩书、反请求。

2．仲裁申请被受理后，承办律师应协同委托人在规定期限内指定仲裁员。

3．注意能否就管辖权问题提出异议，或就仲裁争议提出反请求。帮助委托人审查是否有仲裁员回避的情况。必要时，建议委托人申请财产保全。

（四）审理阶段的工作

1．仲裁庭开庭审理前，承办律师应充分与委托人交换意见、熟悉有关法律法规、商业习惯和国际惯例与实践。与委托人讨论调解的可能性及可能接受调解的方案。准备并向仲裁庭提交申请文件或答辩文件，并及时提交补充文件，拟好询问提纲，认真撰写代理词。 在开庭时出示或在仲裁庭规定的时间内提供证据。

2．在庭审期间，承办律师应按时出庭，遵守仲裁庭纪律，认真作笔录，充分阐述，积极辩论，引用法条，质证，依法适时地提出异议或请求。

3．在仲裁庭主持调解或双方当事人希望庭外和解时，应帮助委托人分析调解方案和最终执行的可行性。在符合法律法规，不损害委托人利益并征得其同意的前提下达成和解。

4．收到仲裁裁决后，承办律师应认真阅读，如果发现文字或计算错误或遗漏事项，应及时告知当事人，并在当事人收到仲裁裁决书之日起三十日内向仲裁庭提出补正的请求。如经审查发现有《仲裁法》第五十八条规定情形之一的，可建议委托人申请法院撤销仲裁裁决。

（五）执行阶段的工作

1．律师接受有关仲裁裁决执行的委托应注意事项。

2．律师接受被申请执行方委托应注意事项。

第三节　出具法律意见书

一、法律意见书的概念

法律意见书是指律师根据当事人的委托就当事人委托事项依据有关法律规定向当事人出具体现律师的判断、意见和建议的专业法律文书。是律师常规业务之一。针对特定的法律事务，依据事实和法律为聘请人或咨询者出具明确、肯定的法律意见书，是对律师的一项基本要求。在制作时要结合实际情况，广泛收集材料，精心制作，作到真实、准确、完整。

二、法律意见书的基本格式

1．首部：

（1）标题。居中写明“法律意见书”。

（2）咨询单位名称。

（3）有关事项。

2．正文：

（1）出具法律意见书在政策、法律上的根据。

（2）具体法律意见和需要明确的有关事宜以及可行性分析。

（3）针对当事人所咨询的有关事务进行分析和阐述。

3．尾部：律师及律师事务所名称及提出意见的时间。

参考书目

1．《律师执业基本技能：会谈、咨询、谈判和令人信服的事实分析》作者：克里格/诺伊曼　中信出版社　2003 年 7 月第一版.

2．《美国说客（上下）》：青海人民出 版 社　1999 年 2 月出版

3．《法律职业就是谈判——律师谈判制胜战略》作者：弗拉斯科纳、赫瑟林顿 法律出版社 2005 年 1 月第一版

4．《法律文书教程》宁致远主编 中央广播电视大学出版社 2005 年第二版

第十八章　法律咨询与代书（1 学时）

本章教学目的和要求：通过本章的教学让学生掌握法律咨询的概念和特点；法律咨询的原则和意义；了解法律咨询的方法和步骤；以及一些常用律师文书的制作。

本章重点及难点：常用律师文书的制作。

第一节　法律咨询

一、法律咨询的概念、特点

（一）法律咨询的概念

法律咨询是指律师对于公民、法人或其他组织提出的有关法律问题的询问，给予解释、说明或提出法律方面的意见和建议的活动。

（二）法律咨询的特点

1．法律咨询具有广泛性；

2．律师的解释及意见不具有法律约束力；

3．法律咨询是最普遍、最经常的一项业务活动。

二、法律咨询的的要求和意义

（一）法律咨询的要求

1．百问不厌，耐心解答；

2．谨慎从事，明确解答；

3．支持合法请求，伸张正义。

（二）律师法律咨询的意义

1．有利于满足广大人民群众对法律服务的迫切要求；

2．有利于提高公民的法律意识；

3．有利于息讼解纷。

三、法律咨询的方法、步骤

第二节　代写法律事务文书

一、代书的概念和意义

（一）代书的概念

律师代书是指律师接受当事人的委托，以委托人的名义，根据委托人提供的事实和证据，依据法律为委托人书写有关法律事务文书的专业性活动。

（二）律师代书的意义

1．为委托人提供法律帮助，维护其合法权益；

2．有助于宣传法律知识，提高公民法律意识；

3．有助于诉讼的顺利进行。

二、代书的基本要求

（一）叙事清楚，语言准确；
（二）观点明确，突出争执焦点；
（三）说理充分，以理服人；
（四）合乎格式，制作规范。

三、常用法律事务文书的制作

常用法律事务文书包括起诉状、上诉状、申诉状、答辩状、反诉状、辩护词、代理词。

思考题

1．法律咨询的要求有哪些？
2．代书的基本要求是什么？

《法律经济学（英）》教学大纲

柯华庆　编写

目　录

CHAPPER 1　Introduction 517
I. Reference books and exam: 517
II. What is economics? 517
III. What is the Economic Analysis of Law? 517
IV. What is economic analysis of law good for? Why should people study it? 518
V. What is the relation? 519
VI. What is economic efficiency? 519
CHAPPER 2　Externalities 521
I. Externalities: The conventional analysis 521
II. Externalities in the law 522
III. Coasian critique of externality theory: An argument in three acts. 522
IV. Damages vs. fines: 523
V. Other Coasian stories: 524
VI. Coase vs Pigou-a summary: 524
VII. Another take: It's all a matter of information 525
CHAPPER 3　Insurance 526
I. Insurance: why it is interesting: 526
II. Why insure? 526
III. The economics of risk aversion: 526
IV. Von Neumann and Morgenstern formalized this argument in the form of Von Neumann utility--which is defined in such a way that individuals, in choosing among alternative gambles, maximize expected utility, rather than expected income. In other words, "utility" already has built into it the fact that dollars are worth more to you in some situations (when you don't have very many of them) than in others. 526
V. One problem with insurance: Moral Hazard. 527
VI. The other problem with insurance: Adverse Selection. 528
VII. Application to product liability. Who is liable for damage done by exploding Coke bottles? 529
VIII. We have been running through arguments about how to decide whether or not the law should force Coke to "insure" its customers against exploding Coke bottles. Why doesn't the law make these calculations for ordinary insurance, deciding for you whether you are insured or not? 531
IX. Why not apply the same analysis to tort liability? 531
CHAPPER 4　Strategic Behavior 532
I. Strategic behavior: 532
II. Ex Ante, ex Post: 532
III. Bright lines: Rules v Standards. 533
IV. Property rules vs liability rules: 534
CHAPPER 5　Property Law 535
I: What is property? 535

II: Determining property rules involves a set of questions:.....535
III. Property rules--including Intellectual Property (I.P.)：.....535
IV. Intellectual Property Law: What the law is.....537
V. The Economics.....537
VI. Coase Article: Classic article that laymen can read. 538
CHAPPER 6 Contract law 540
I. Contract law: Why have it?.....540
II. Why should we or shouldn't we enforce contracts if we can? 540
III. Is there a contract there to enforce?.....541
IV. If we do want to enforce the contract, how do you fill in the details?.....541
V. The Marriage Contract:.....542
VI. Why does it exist: The reason for long term contracting. 542
VII. What happened?.....542
VIII. The economics of wedding rings.....543
IX. Adoption market:.....543
X. It is often claimed that, when I have a child, I impose net costs on others, so that leaving people free to decide how many children they have will result in overpopulation. 544
XI. Regulation of Sex. Why do we do it? Adultery laws, fornication laws, ...544
CHAPPER 7 Tort Law 545
I. Tort Law:.....545
II. "Wrongful".....545
III. Causation complications: 545
IV. Liability 546
V. Complications in tort damage analysis. 546
VI. Liability alternatives 547
CHAPPER 8 Crime and punishment.....548
I. Criminal Law: 548
II. Why benefits to criminals count: 549
III. Rich vs Poor--should they pay the same fines? In some cases yes, but in others no, because: 550
IV. Marginal deterrence: 550
V. The Paradox of Efficient Punishment: 550
CHAPPER 9 Antitrust Law and Alternative institutions 552
I. Antitrust Law 552
II. The civil/Criminal puzzle 552
Course Summary.....554
I. Three projects: 554
II. Ideas:.....554
III. Coaseian lessons: A way of thinking about these issues: 554
IV. We should be thinking in terms of three mechanisms for dealing with problems: 554
V. Insurance issues: allocation of risk runs through much of the law.....555
VI. Ex ante/Ex Post another issue that runs through the law.....555
VII. Property: 556

VIII. Contract 556
IX. Tort Law 558
X. Crime: 558
XI. Antitrust law 558
XII. Alternative institutions: 558

LAW AND ECONOMICS[1]

CHAPPER 1　Introduction

I. Reference books and exam:

A. Friedman, Law's Order: what economics has to do with law and why it matters, Princeton University Press, 2000。(弗里德曼《经济学语境下的法律规则》，法律出版社，2004 年版。)

B. Cooter, Ulen. Law and Economics, fourth edition, Addison-Wesley, 2003.（《法与经济学》第 3 版，上海财经大学出版社，2002 年），（《法与经济学》第 2 版，上海三联书店，1994 年）。**www.cooter-ulen.com**。

C. Jerry.哈里森《法与经济学》（影印本），第 2 版，法律出版社，2004 年版。

D．波斯纳《法律的经济分析》（影印本），第 6 版，中信出版社，2004 年版。(第 4 版中译本：中国大百科全书出版社，1997 年)

E．贝尔德、皮克、格特鲁《法律的博弈分析》，法律出版社，2004。

F. Avery Wiener Katz(ed), Foundation of the Economic Approach to Law. 影印版《法律的经济分析基础》，法律出版社，2005。

G. Papers, see Public Email: **huaqingk@tom.com**. (Password: lawgame)

H. Exam: Translate an English article of Law and Economics into Chinese.

II. What is economics?

A. An approach to understanding behavior, based on the assumption that Individuals have objectives and tend to choose the correct way of achieving them.

"Rationality"

B. Some Examples:

1. Why have locks on doors?

2. A policeman has evidence that will convict a criminal; what does he do with it?

3. If we impose the maximum possible penalty for armed robbery, the additional penalty for murder if you are already committing armed robbery is zero, so we have made it in the interest of armed robbers to kill their victims.

III. What is the Economic Analysis of Law?

A. First Project: The consequences of legal rules.

1. If we impose the maximum possible penalty for armed robbery, ...

2. Plea bargaining:（arrangement where the accused pleads guilty to some charges and the prosecution drop other charges or asks for a lighter sentence）

3. Requiring CD players in cars. Seems to benefit consumers-until we take account of the effect on

[1] Refer: D. Friedman, Economic Analysis of Law, www.davidfriedman.com.

the price of cars. The same argument applies to requiring hot water in apartments, safe jobs, ... Fixing one term of a contract in favor of one party is not in general a transfer, since prices, or other terms in the contract, shift to compensate.

4. Requiring seat belts. Accidents are the result of rational decisions-how fast to drive etc. Making cars safer makes risky driving cheaper, which increases the amount of it. Sam Peltzman actually observed this result by statistical analysis of accident rates before and after a sharp increase in required safety equipment.

B. Second Project: explaining why particular legal rules exist.

1. The Posner Conjecture: Common Law(that part of the law that comes not from legislatures but from the precedents created by judges in deciding cases) tends to be economically efficient.

2. One basis for this conjecture might be a plausible mechanism by which efficient law would be generated. Inefficient rule generate litigation, and litigation, eventually, generates changes in the rules.

3. An alternative basis might be evidence that the observed rules of the common law tend to be the same rules that economic theory tells us are efficient. Posner offers a lot of such evidence.

4. An alternative approach to predicting legal rules-legislated ones-is public choice theory, which tries to apply economics to the political marketplace. We will probably not be covering that in this course.

C. Third Project: Evaluating Legal Rules-Efficiency as a norm.

1.Difference between Efficiencyand Benefit

2. Economic efficiency is a value, and maybe the one law can best achieve. Controversial

Justice vs. efficiency

Justice: an individual, a firm, or a government claims to right or interest.

Efficiency: Justice of group

3. Allocation vs. distribution

Allocation：efficient resource allocation: A situation in which it is not possible to reallocate available resource so as to achieve more of one objective without accepting less another.

Distribution：the shares of income received by different sections of the community.（The functional distribution of incomes refers to the shares of income derived from the services of labor,land,and capital; personal income distribution refers to the relative number of personal income of various sizes.）

IV. What is economic analysis of law good for? Why should people study it?

A. One attraction of the economic analysis of law, from the standpoint of legal scholars (or potential legal scholars) is that it ties together diverse areas of law, providing a common theoretical structure. (concrete(practical) thinking vs. abstract(theory) thinking)

B. It is also useful for understanding economics, because you learn about ideas by trying to concretize them.

Economics applies its general theory largely to abstract concepts-property, exchange, firms, capital, labor. Quite a lot of what lawyers and law professors do involves dealing with the same concepts in their real world incarnation.

Institutional Economics (Legal Economics):between concrete and abstract.

1. "Property" sounds like a simple idea-and isn't.

2. "Cause an externality" seems like a simple concept-and isn't. When I play loud music while my roommate wants to sleep, there is a resulting cost-but it would be eliminated either by my turning off my music or by my roommate deciding to get up and party.

3. Coase revolutionized our understanding of externalities, market failure, etc., in part by looking at how the common law of nuisance（妨害） treated such problems.

4. "Cause" is also a difficult concept more generally. Consider the case of two hunters simultaneously shooting a third-one in the head, one in the heart. Who caused the third hunter's death? Neither or both.

V. What is the relation?

We have been offering a broad definition of economics, one that goes far beyond prices, unemployment, and the like. What is the relation between economics defined in that way and economics more narrowly defined-what you find in the typical microeconomics text?

Economics is the study of the way in which goods and services are produced and distributed, and income generated and allocated.

A. A broad definition of economics has been worked out in more detail.

B. A broad definition of economics helps us understand economics in the broader sense.

1. To understand marriage, use ideas developed in explaining long term contracts between firms. Talking about a marriage market is not merely a metaphor-it is a real market, even if the prices are not explicit or in money.

2. To understand your three year old's apparently irrational behavior ("I want ice cream and will throw a tantrum if I don't get it, even though you will then send me up to my room with any ice cream") think about the logic of commitment strategies in ordinary economics. If he persuades you that he has committed himself strongly enough, next time you may give him the ice cream to avoid the tantrum.

C. The broad approach helps us intuit the narrow. We do a lot of rational choosing in our daily lives, and can apply the intuitions developed there to understanding the behavior of firms, workers, etc.

VI. What is economic efficiency?

(Posner calls it "Wealth Maximization")

Marshall’ economic efficiency: The result of the change is to make some people better off and some worse off. In principle one could measure the magnitude of the effects by asking each person affected how much he would, if necessary, pay to get the benefit(if the change made him better off) or prevent the loss(if the change made him worse off). If total gains were larger than total losses, making the net effect positive, we would describe the change as an economic improvement.

A. The problem-evaluating different systems of rules, their outcomes, etc.

1. By whose values?

2. How aggregated?

B. The economic solution.

1. Revealed preference: Heroin or Insulin, the fact that someone is willing to pay lots of money to get it is evidence that it is valuable to him. How valuable? It is worth to him the maximum amount he would be willing, if necessary, to pay for it.

2. Aggregate effects across people by using willingness to pay as a common unit. We are using value (utility measured by dollar willingness to pay) rather than utility (units of pleasure, or happiness, or something similar).

A dollar might represent more utility to one person (poor or materialistic) than to another but it represents, by definition, the same value. So we count a change that benefits Bill Gates by $10 and hurts a

homeless person by $9 as an improvement, which seems wrong.

3. Note that value measured in dollars is not the same thing as pieces of green paper. If I am willing to pay $400 for a new printer and buy it for $300, I end up with $300 less money-but I am $100 better off than before the deal.

C. Defense(not prove) of the economic solution.

1. If we wish to describe behavior, it is revealed preference, not "value as known in the mind of God."

2. If we wish to predict outcomes, willingness to pay is more relevant than utility. Whether lobbying, litigating, or simply buying goods on the marketplace, one man's dollar will have about the same effect as another's, independent of how much happiness a dollar represents to each.

3. What about using efficiency as a normative criterion-to decide how society should be organized?

D. Efficient vs. Inefficient outcome: "Efficient" is a sort of outer bound benchmark, the best result we could hope to achieve by any economic system.

1. We may define a "bureaucrat god" as someone who knows everything anyone in the society knows, and has unlimited ability to calculate how to coordinate people's actions and to make them do what he tells them to.（planned economy）

2. An outcome is efficient if a bureaucrat god could not improve it ("improve" in the sense we have been discussing-make a change that produces total benefits larger than total costs).

3. If an outcome is efficient, no change in the economic/legal system can improve it, since we have no tools available that the bureaucrat god does not also have.

4. If an outcome is inefficient, we might be able to improve it. But we also might not, since we have no bureaucrat gods available to run our economy.

E. Other definitions of efficiency.

1. Pareto:

2. Hicks/Kaldor: potential pareto improvement

F. What matters is that you understand these ideas, not that you agree with them.

1. Accept rationality as a working hypothesis for this course.

2. Take Posner conjecture as a conjecture, look at evidence for and against.

3. Focus on the third project.

positive legal economics

normative legal economics(basic aims of law)

TO understand the world is aimed at improving the world.

CHAPPER 2　Externalities

I. Externalities: The conventional analysis

A. The simple argument for efficiency:

1. If people who take actions receive the benefits and pay the costs of those actions

2. Then they will take those actions and only those actions for which net benefits>net costs

3. Which is the efficient rule?

Maximum: marginal cost= marginal benefit

4. And this condition is met in the ideal competitive market

B. The Problem:

1. If we can take an action some of whose costs are born by other people

2. For example, produce both steel and pollution, sell the steel, pay wages and the cost of raw materials, but not pay the cost of the pollution

3. Then I will produce steel even if total costs, including pollution > total benefits for at least some of my output-i.e. produce more than the efficient quantity

4. And I will produce steel in the way that minimizes my total cost, not all total cost-for example, I will not do costly things to reduce pollution, even if they are, on net, worth doing.

C. Simple solution-direct regulation.

1. The EPA(Environmental Protection Agency of U.S.A.) or equivalent decides who can pollute, how much pollution, what methods of pollution reduction have to be used, etc.

2. The problem is that to do that right they would have to know both the damage done by pollution and the cost of all the alternatives-which they probably don't

3. And it is not in the interest of firms to tell them, since a firm that can persuade the EPA that its output is important and there is no way of reducing the associated pollution at any reasonable cost gets to keep on polluting.

D. Fancier solution-effluent tax.

1. Charge each firm for the damage done by its pollution.

2. each firm can decide whether to pollute and pay, control pollution, or stop producing.

3. And it is in its interest to choose the most efficient alternative.

4. There is still an informational problem, since the taxing authority has to estimate the damage done by the firm's pollution in order to set the tax.

E. Both solutions face a further problem-how to make it in the interest of the regulator/taxing authority to make the rules that produce an efficient outcome.

1. It might be more politically attractive to sell out to the polluters in exchange for campaign contributions.

2. Or impose very stringent rules in order to be bribed not to enforce them.

3. We will be mostly ignoring this class of problems at this point.

4. But it is a good example of the general point that you can keep expanding the economic approach to incorporate what you had been interpreting as the framework: rational officer, cops, judges, legislators, voters, ...

II. Externalities in the law

A. Direct regulation of pollution-EPA

B. Laws as effluent fees: Speeding tickets.

1. If we wanted to eliminate all speeding, we would hang speeders-or confiscate their cars.

2. If we believe that speeding imposes some, but not infinite, cost on others, we try to impose a penalty sufficient to deter speeding-except when speeding is worth enough so that the driver is willing to pay the price.

C. Damage payments as effluent fees: Tort law.

1. One way of inducing drivers to take precautions is to make them liable for the cost of the damage they do to others if they don't.

2. By allowing their victims to sue them for damages.

D. Criminal punishments as effluent fees: Criminal law.

1. Crimes impose costs on their victims.

2. By making the criminal pay a punishment equal (on average) to those costs, we deter crimes, except

3. When the benefit to the criminal is greater than the cost to the victim, so the criminal is willing to pay the price. Example: Hunter lost and starving in the woods who breaks into a cabin, steals food, phones for help.

4. In other words, we deter inefficient and only inefficient crimes.

5. An alternative approach, if we think the court can tell when offenses are efficient, is to special case -to punish only the inefficient crimes. The lost hunter is excused from punishment under the "doctrine of necessity."

6. Note that criminal punishments are typically costly. When I pay a damage payment, someone receives it. When I am executed, nobody gets the life I lose. When I am imprisoned, nobody gets my liberty and the taxpayers have to pay for the prison.

7. We should modify our rules to take account of this. There may be some offenses that are inefficient-we would like to deter them if we could do so costlessly -but cost more to deter than it is worth.

E. Some of these examples involve a payment to the "victim" and others involve payment to the state. We will see shortly that this difference is sometimes important.

III. Coasian critique of externality theory: An argument in three acts.

A. Nothing works: Two sided causation.

1. A doctor builds a new consulting room onto his house, adjacent to where a neighboring candy maker is operating machinery. The machinery was no problem previously, but its vibration now prevents the use of the consulting room. The doctor sues.

2. As this example shows, "external costs" are typically due to joint actions.

3. Making either one party liable to the other eliminates the other party's incentive to solve the problem.

4. A railroad throws sparks that start fires in the adjacent grain fields. One solution is for the railroad to put on a spark arrester that will prevent the sparks. An alternative is for the farmers to plant some non-inflammable crop ("clover") along the rail line.

B. Everything works: The Coase Theorem

1.The doctor wins his case, but the efficient outcome is to move the consulting room, not the factory. So the candy maker pays the Doctor to move the consulting room and let him continue to operate his factory.

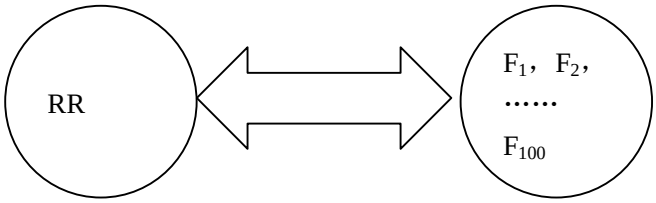
2. As long as there are net gains (cooperative surplus) from changing the outcome, there is some way of allocating the gains that makes everyone better off, so the change should occur. More precisely:

3. The Coase Theorem: If transaction costs are zero, any initial allocation of property rights will lead to an efficient outcome.

transaction costs: “In order to carry out a market transaction,” Coase wrote, “it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiation ... to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly.” 4. Here "transaction costs are zero" means "if there exists a transaction that benefits all parties, it will happen."

C. It all depends-on transaction costs.

1. 1 Railroad and 1 farmer-fine. Whatever the legal rule is, they bargain to the efficient outcome.



2. 1 Railroad, 100 farmers, railroad has the right to throw sparks.

3. Farmers have the right to enjoin.

4. Farmers have the right to sue and can collect $3000 damages each, equal to the damage done by the fires:

IV. Damages vs. fines:

A. The non-strategic case with bargaining:

1. There is a factory polluting a small lake; preventing the pollution will cost the factory $1,000,000/year.

2. The pollution does $700,000/year worth of damage to the resort at the other end of the lake-ruins the fishing, people don't want to swim in water that smells bad, etc.

3. Efficient outcome-keep polluting, since prevention costs more than it is worth.

4. The government imposes a Pigouvian tax-every year, the factory must pay $700,000 in fines to the EPA for its pollution. The factory keeps polluting. The resort keeps losing money. ？

5. The resort owner offers the factory $400,000/year to stop the pollution-which is a good deal for the resort, since stopping the pollution is worth $700,000 to it.

6. The factory accepts. It saves $700,000 in fines and gets an additional $400,000 from the resort, so it is worth paying the $1,000,000 cost.

7. The result is inefficient.

8. Coase + Pigou is too much incentive. "Incentive" is not automatically a good thing; what we want

is the right incentive, neither too much nor too little.

9. Note that the problem will not arise if the $700,000 is a damage payment to the resort instead of a fine.

B. The non-strategic case without bargaining-auto accidents.

1.The probability of accidents depends on precautions by both parties.

2. We want each to take any precaution whose payoff in decreased accidents is greater than its cost.

3. To give them an incentive to do so, we must make each party liable for all of the costs. He pays his own costs and pays a fine to the state equal to the other driver's costs. The other driver does the same. Double liability-between them, they are paying twice the total cost.

Conclusion: Damages is better than fines.

V. Other Coasian stories:

A. Suppose rights with regard to polluting the lake are well defined but for some reason the factory and the resort find it hard to bargain to the efficient solution. Perhaps there are many resorts. Perhaps it is hard for the resort to tell how much pollution the factory is putting out.

B. One solution is for the factory to buy the resort, or vice versa. Once they belong to the same firm, there is no longer an externality-the cost of pollution and the cost of pollution control are being paid by the same people.

C. Generalizing the argument provides an explanation of why we have firms-which was the subject of Coase's other famous article:

1. If you have taken an intermediate micro course, you know that trade on the market provides the perfect system for decentralized coordination. So why have firms? Why not do everything by contract?

2. Suppose we do it that way (the "Inside Contracting System," which was widely used in the 19th century). Each stage of production is being done by a separate firm or individual, with contractual agreements among them. "I will deliver ten assembled rifle actions per day for you to put into the stocks you are making, and I will get $7 per action from what he eventually sells them for."

3. Something goes wrong. One party fails to fulfill his contract, imposing costs on everyone else up and down the line, which he may not have the resources to reimburse.

4. More generally, the market solution to coordination is limited by transaction cost problems of various sorts, while the hierarchical solution (the ordinary firm) is limited by the problem of controlling people by command (the worker's objective is to maximize his welfare, not the firm's profits-only if the worker owns the firm, as he does in a system where every worker is his own firm contracting with other such firms, are the two objectives the same), the informational problems of centralized authority, etc.（Hayek: division(spread) of knowledge）

5. Think of the firm as a balance between the problem of transaction costs and the problem of hierarchical control. The bigger the former problems are the larger firms will be, the bigger the latter problem, the smaller firms will be.

VI. Coase vs Pigou-a summary:

A. In some contexts, such as traffic accidents and much pollution, we have large numbers on both sides, so no Coasian negotiation is practical.

1. So property rights will end up where they start,

2. So we want the "right" Pigouvian solution-which requires an opinion on who can best adjust.

3. And might mean fining both parties to make both adjust-the auto accident case.

B. In some contexts, it is obvious who is the lowest cost avoider-so the Pigouvian solution is correct. But watch out for the Coase+Pigou problem if transaction costs are low.

C. In contexts where transaction costs are low and it is not obvious who is the lowest cost avoider, the Coasian solution is best-define rights clearly and let the parties bargain to the efficient solution.

D. The Coasian approach gives the same double incentive on the margin as does the double liability solution I described for auto accidents. My incentive to take a precaution that saves both me and you costs is the sum of my savings plus what you will, if necessary, pay me to take the precaution-and similarly for your taking precautions. So on the margin, each of us takes account of all costs and so takes all precautions that are worth taking.

VII. Another take: It's all a matter of information

A. Consider the RR/Farmer situation with a fully informed court.

1. If you scrape my car and instead of having it repainted I wait a year until it has rusted through then sue you for the value of the car, I will lose; the victim of a tort is obliged to take reasonable care to minimize the damages.

2. So if the court knows that clover is cheaper than fires, farmers who have fires due to sparks will only be able to sue for what it would have cost them to switch to clover-that being the reasonable way of minimizing the damages.

3. The reason this usually does not work in practice is that the court can observe the fires and the damage done, but is unlikely to have enough information to figure out the cost of all the alternative precautions the farmer could have taken.

B. More generally, if a court knew everything relevant to figuring out how people ought to act (i.e. what action-spark arrester, clover, checking your car brakes, driving at exactly 43 miles an hour, operating a candy factory only for seven hours a day, having a party at the frat house this Saturday but not next Saturday because next Saturday is the best time for the recording studio next door to tape a new album, ...) it could solve all legal problems by telling everyone to do the right thing and hanging those who didn't. Everyone will obey, nobody will be hanged, so we get the perfect outcome with no litigation and no punishment.

C. This is analogous to the central planning solution to running a society-or the direct regulation solution to pollution problems. Figure out what everyone should do and make them all do it.

D. But since in practice the various parties to the dispute have private information that the court does not have, we try to use an incentive system instead-Pigouvian taxes, Coasian bargaining, or whatever-to make it in their interest to use their private information to choose the correct action. (private information, public information and common information; verifiable information and unverifiable information)

E. Why don't we solve the whole problem this way-set up legal rules under which the court does not have to know anything, because it is in the interest of all parties to use their information to produce the right outcome?

F. Because we don't know how to do it for the hard cases.

G. For ordinary markets that is just what we do. All measures of value are determined by market transactions reflecting the values of the participants. But when we have to deal with externalities, public goods, transaction costs, etc. it becomes hard, and perhaps impossible, to set up institutions that work this way.

CHAPPER 3 Insurance

I. Insurance: why it is interesting:

A. Because one recurring legal issue is who will bear the costs if something goes wrong--i.e. who is insuring whom. For example:

1. Contracts. Something changes, so either I don't want to produce what I agreed to or you don't want to buy it. Who bears the costs resulting from such problems?

2. Auto accidents: Who pays for them?

3. Product defects and the associated costs. When a coke bottle explodes, injuring someone, is Coca Cola liable for the resulting medical costs?

4. Wider political issues of welfare. unemployment insurance, health insurance, etc.

B. All of these involve the same set of issues, as we will see.

C. Starting with straightforward private insurance, which provides the simplest introduction to the analysis.

II. Why insure?

A. In expected value terms, insurance is a losing deal for the customers--on average, they pay out more in premiums than they collect in claims. If that were not true, insurance companies would go broke, since they not only have to pay claims but also other expenses (salaries, rent, advertising, ...).

B. But a dollar is not a dollar. Insurance may be a bad deal if you are calculating in dollars paid out and collected on average, but a good deal in terms of what those dollars buy.

C. Consider two futures:

1. 50/50 chance of $10,000/year or $90,000/year

2. or a Certainty of $50,000/year

3. Which do you choose?

4. Why?

D. Consider the goods you would buy in each case. The goods you would give up if your income dropped from $50,000 to $10,000 are probably a lot more important to you than the extra goods you would buy if it rose from $50,000 to $90,000.

III. The economics of risk aversion:

A. On average, an additional dollar is worth less to you, in terms of the importance to you of what you use it for, the more dollars you have.

B. Where revealed preference solves the problem of how to measure the difference

IV. Von Neumann and Morgenstern formalized this argument in the form of Von Neumann utility--which is defined in such a way that individuals, in choosing among alternative gambles, maximize expected utility, rather than expected income. In other words, "utility" already has built into it the fact that dollars are worth more to you in some situations (when you don't have very many of them) than in others.

A. The varying value of a dollar shows up as declining marginal utility of income.

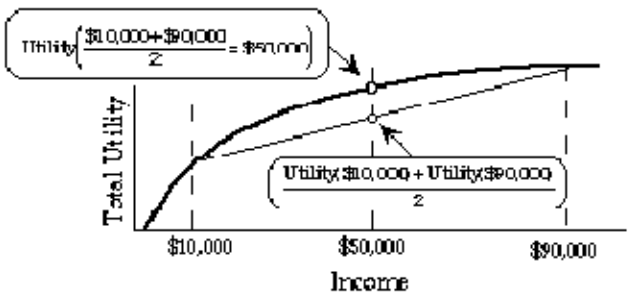
B. Also known as "risk aversion."

C. Which does not mean "fear of uncertainty" but simply "declining marginal utility of income."

D. Someone could perfectly well be risk averse in money (he prefers a certainty of income X to a lottery whose expected value is X--where X was $50,000 in our earlier example) yet risk preferring in years of life. He has declining marginal utility of income, increasing marginal utility of years of life.

E. the figure below shows that declining marginal utility of income (the slope of the utility function becomes flatter as income gets higher) implies risk aversion (the utility of the average payoff from a gamble is higher than the average of the utility of the possible outcomes). In the example shown, the gamble is a 50/50 chance of $10,000 or $90,000. The utility of the average outcome ($50,000) is greater than the average of the utilities of the outcomes

$$\left[\frac{\text{Utility}(\$10,000) + \text{Utility}(\$90,000)}{2}\right].$$



V. One problem with insurance: Moral Hazard.

A. I insure my factory for 100% of its value, then stop taking (costly) precautions to make sure it won't burn down. If it does burn, that is the insurance company's problem, not mine.

B. Solution--only insure for 80%.

1. The result is still inefficient.

2. If I can reduce the expected loss from fires by $100 at a cost of $10, I will--since I am saving myself $20.

3. But if it costs $30 I won't--and should.

C. Or have the insurance company mandate precautions.

D. We have been here before:

1. Moral hazard is another name for an externality.

2. It results in the usual inefficiency

3. Mandated precautions are the regulatory solution--but by someone with a private interest in mandating the right precautions, which might not be true for the EPA.

E. Presumably risk aversion gains are worth inefficiency cost, or the customer wouldn't buy the insurance policy, but ...

1. Not if others bear some of the moral hazard's cost.

2. And not if insurance is not the result of a voluntary transaction:

3. A different way of putting this is that we have been implicitly assuming that the person who bears the cost if the legal system does nothing (lets costs lie where they fall) is also the person best able to control the cost, so transferring it to someone else increases the inefficiency. Sometimes it might be the

other way around.

VI. The other problem with insurance: Adverse Selection.

A. The market for lemons.

1. There are two kinds of used cars—creampuffs and lemons. The potential seller knows which he has; the potential buyer does not.

2. Both would rather own a creampuff, so the price a buyer will pay for a creampuff (if he knows that is what he is getting) is higher than for a lemon, as is the price an owner will require before he is willing to sell.

3. Buyer actually offers a price representing a weighted average of the value of the two.

4. Suppose cream puff is worth $4000, lemon is worth $2000, half of the potential sellers have creampuffs.

5. Buyer offers up to $3000, but ...

6. That is a good price for a lemon, so all owners sell, a bad price for a creampuff, so few owner sell.

7. So most of the cars actually purchased are lemons.

8. So buyers, anticipating that problem, change their weights and offer only $2500, and ...

9. Even fewer creampuffs sell.

10. We could end up with only lemons selling--at lemon prices.

11. This is inefficient-because cream puffs (as well as lemons) are worth more to potential buyers than potential sellers.

12. But the fact that the seller accepts your offer is evidence that he is selling a lemon. So you only offer lemon prices. So cream puffs don't sell.

B. Possible solutions:

1. If everybody knows, no problem.

2. If nobody knows, no problem. Not an option in the auto case, but might be in other cases.

3. So the problem is assymetrical information.

4. Guarantee the car.

C. Selling life insurance.

1. If someone comes into your office and demands to buy a large life insurance policy *right now*, you don't sell it to him

2. More generally, the customer has some private information relevant to how likely he is to collect.

3. His decision to buy signals you that the private information is in the direction of making him a bad risk, so you adjust the price accordingly.

4. Note that we apply exactly the same logic when we ask somebody to signal-- "If you're so sure, what will you bet?" Putting your money where your mouth is is a form of signalling.

5. And betting that you are going to die early (i.e. buying life insurance) signals that that is what you believe.

C. Or health insurance

1. You know whether your hobby is reading science fiction or kickboxing or jumping out of airplanes

2. Which is relevant to how good a risk you are

3. And your buying signals that you are a poor risk.

D. Or anything else with assymetric information.

E. Again, the problem disappears if everyone knows or if nobody knows

1. Suppose we can identify people prone to various medical problems by genetic testing (as, increasingly, we can).

2. This is analogous to the economic argument for welfare. Risk aversion is normally dealt with by market transactions--buying insurance. But you can't insure against being born poor--because by the time you are there to buy the insurance, you already know how the gamble turned out.

3. Suppose we forbid insurance company from discriminating by gender in the price of life insurance--they must sell at the same price to men and women, even though women on average live longer.

F. Note also that this is an efficiency problem, not (only) a fairness problem.

1. If you have a cream puff that is worth $3000 to you and $4000 to me, but it does not get sold because of adverse selection (I only offer $2000 because I believe that it is probably a lemon) we are on net $1000 worse off.

2. If I get insured at too high a price (because the insurance company thinks I am a bad risk) that is only a transfer, but ...

3. If I don't get insured because the price the insurance company charges (knowing that people who buy insurance are likely to be bad risks) is more than the price I will pay (knowing that I am a good risk) that is a net loss. Ditto if women don't get insured--because they have to pay a price appropriate to a market where 70% of the customers are men (because men are getting a better deal).

VII. Application to product liability. Who is liable for damage done by exploding Coke bottles?

A. Consider two alternative legal rules:

1. *Caveat Emptor* (latin for "let the buyer beware")(买者自慎之): You take your good as it is, defects and all. If the coke bottle explodes, the injured consumer pays his own bills.

2. *Caveat Venditor* ("let the seller beware"): If something goes wrong with the product, the seller is liable for the damage.

3. I am treating the distinction as sharper than it really is. If your wife shoots you with your gun, something has gone wrong, but the fact that a gun shoots the person it is pointed at does not generally count as a product defect, even if it happens to have been pointed at the wrong person. So implicitly we are talking only about some subset of "things going wrong" that are plausibly associated with something wrong with the product.

4. But that can still be a large and hazy category.

B. Insurance, risk spreading argument: The Coke company can self-insure, the customer cannot.

1. If Coca-cola is selling ten billion bottles a year, of which one in a million will blow up, they can count on almost exactly 10,000 exploding coke bottles per year. It is still a cost, but not much of a risk, since the size of the cost can be predicted with accuracy.

2. So transferring the cost to Coca-cola reduces the risk aversion part of the cost. Before the change, the customer faced a very uncertain cost. After the change, neither party faces a very uncertain cost.

3. This only works if the events in question are independent. One bottle blowing up does not affect the probability that another one will.

4. On the other hand, Coke cannot self-insure against the risk that legal rules will shift against them. If courts decide to award much larger damages to consumer injured by exploding Coke bottles, that will apply to all of the bottles, so the effect does not average out.

C. Moral hazard argument:

1. If the relevant margin for control is care in manufacturing, then liability (*caveat venditor*) reduces the moral hazard problem.

2. If the relevant margin is careful use by the buyer, then *caveat venditor* increases the problem.

D. Adverse selection argument:

1. What do we assume about consumer information?

2. If consumers cannot observe quality or judge by reputation, then we have a lemons problem with *caveat emptor*--everybody produces a below optimal quality, because a higher quality, being unobservable, cannot command a higher price.

3. A different way of saying this is to consider a situation where the seller knows how safe the coke bottle is, the buyer does not.

d. And I know the value to me of what I am buying. I don't know the chance of an explosion--but I don't care, since he has insured me against that risk.

4. If consumers are well informed about average quality by firm, then *caveat emptor* is fine from both an adverse selection and a moral hazard standpoint. No moral hazard, because Coke has an incentive to provide good quality control so that consumers will want to buy their product.

5. Adverse selection can also apply on the customer's side. Under *caveat venditor,* I don't want to sell a car to someone who will use it for drag racing, then sue me when there is an accident.

E. So far it looks as though we can simply balance risk aversion, moral hazard, and adverse selection to choose the optimal rule.

1. Either the optimal broad rule-- "producers are always liable," "producers are never liable"

2. Or have the court look at the product and decide which rule is preferable.

3. Or have the court look at the particular facts, and decide which rule is preferable under those circumstances. Coke is liable unless you were shaking the bottle. This is the approach embodied in negligence rules.

4. As we go from more general to more specific, the amount of detailed knowledge the court needs increases, and the predictability of the result decreases.

F. The conclusion seems to be:

1. that if consumers are well informed about average product quality by firm, or can judge individual products, the optimal rule is *caveat emptor*.

2. Ditto if the main risks comes from decisions by consumers (shaking a warm coke bottle up and down while making a point in an argument--you can't idiot proof everything, because idiots are too damn ingenioius).

3. *Caveat venditor* is the optimal rule if consumer is poorly informed both about individual product and firm average, and the important decisions relative to accidents are decisions by the firm.

4. And the advantage tilts towards *caveat venditor* if the loss is large and the producer is much better able to self insure than the consumer. Note that not all imaginable cases involve a small buyer and a big seller--consider GM as a buyer of labor.

5. But ...

F. Litigation cost and insurance:

1. So far, we have not been talking about insurance in the literal sense--we have a coke company, a customer, but no insurance companies.

2. Why not? Instead of asking whether people want protection against risk, why not ask whether tort liability is the cheapest way to produce it? What about ordinary insurance?

3. It has two big advantages, one disadvantage.

4. One advantage of letting the loss lie where it falls is that nobody has to sue anybody, so you don't have any litigation cost.

VIII. We have been running through arguments about how to decide whether or not the law should force Coke to "insure" its customers against exploding Coke bottles. Why doesn't the law make these calculations for ordinary insurance, deciding for you whether you are insured or not?

A. Because under ordinary circumstances, you have the right incentive to make them for yourself. You get risk protection, pay moral hazard plus administrative costs.

B. Where that is not true, there is an argument for government insurance:

1. Mandatory auto insurance--to make sure that if you cause an accident, you can pay for it.

2. National health insurance--if we believe that the rest of us won't let you die in the street, so your decision not to get insured may impose costs on us.

3. Or if we think that the adverse selection problem, which gives an inefficient outcome on the private market, is sufficiently serious.

4. This is a public approach analogous to a group policy, which is a private way of controlling adverse selection.

IX. Why not apply the same analysis to tort liability?

A. Instead of asking "when should the firm be liable"

B. Ask "when will the firm choose not to be liable although it should be, or vice versa?"

C. In other words, the alternative to both *caveat emptor* and *caveat venditor* is freedom of contract.

D. The court sets a default rule, which applies if the parties do not specify some other rule of liability.

1. If the default is caveat emptor, the seller can offer a guarantee, thus shifting the rule (for whatever sorts of defects the guarantee covers) to *caveat venditor*.

2. If the default is caveat venditor (malpractice liability), the buyer can agree to sign a waiver of liability committing him not to sue, thus converting the rule to *caveat emptor*.

3. Under current U.S. law, 1 is normally enforceable, but 2 often is not. You can agree not to sue your physician for malpractice, perhaps in exchange for a lower price--but if something goes wrong you can change your mind and sue anyway.

E. This is an issue that will appear again and again.

1. One reason for legal rules is to fill in gaps that parties cannot, or do not bother, to fill in themselves.

2. A different reason is to compel rules that the parties would not choose.

3. Different sets of arguments apply to the two cases:

4.When you are writing waivable rules, "fixing" inefficiencies due to externalities etc. isn't really an option, because if you try the parties will contract around your rule.

F. Why might you want a non-waivable rule?

1. Because you believe the parties are incompetent

2. Because there is some form of market failure--signalling problems, for example.

3. Because something other than efficiency matters--child sales. Organ sales. Blasphemy.

4. Because other parties' interests are involved.

CHAPPER 4　Strategic Behavior

I. Strategic behavior:

A. Bilateral monopoly.

1. Economic example: I have the only apple, worth $1 to me. You are the only customer, and value it at $2. If we can agree on a price, there is a net gain of $1 to be divided between us, with the division implied by the price.

2. My six-year-old threatens to throw a tantrum if she doesn't get her way. Doing so imposes net costs, so there is a gain to finding some mutually acceptable outcome. Don't assume you can simply be firm and always win. You may have thought out the logic of bilateral monopoly bargaining better than she has, but she has a hundred million years of evolution on her side--during which offspring who succeeded in getting a larger share of parental resources were more likely to survive to reproduce.

B. Prisoner's Dilemma

1. Simple: Both prisoners are better off if both keep their mouths shut, but given what one does, the other is always better off confessing. So they both confess.

Nash equilibrium: Given what everyone else is doing, I am doing the right thing--and the same is true for every other player.

2. Iterated. If we play the game multiple times, you might think that a prisoner would keep his mouth shut one time, for fear his partner would betray him next time in revenge.

3. Why it doesn't work:

4. Why it does work:

5. Plea bargaining and armies running away are examples of multiplayer prisoner's dilemmas.

C. Subgame perfect equilibrium.

D. You can't avoid strategic behavior:

1. RR example. public good;free rider;holdout

2. Why do some cases get tried instead of settling out of court, and thus holding down litigation costs?

II. Ex Ante, ex Post:

A. Consider two different approaches to preventing auto accidents:

1. Ex Ante--laws against speeding, required brake inspections;

2. Ex Post--tort liability, criminal penalties for drunk drivers in accidents, etc.

B. Consider the treatment of attempted murder:

1. If we are punishing ex post, according to damage actually done, attempted murder is not a crime since nobody was killed. The bullet went into a nearby tree--which is doing fine.

2. If we are punishing ex ante, according to the effects we predict behavior will have on average, then attempted murder is a crime--shooting at people results, on average, in killing some of them.

C. What are the advantages of ex post?

1. Ex post has some of the advantage of effluent fees over regulation. The court must measure damage done, but doesn't have to know the relationship between precautions and accidents--the driver provides that.

2. Nor does the court have to be able to monitor behavior in order to punish its consequences, and thus deter it.

3. The driver has a lot of private information about costly activities that are hard to monitor. Driving when sleepy, angry, paying attention to the conversation, ...

4. On the other hand, both methods use the driver's private information about how costly the precaution is (in that respect, both are analogous to effluent fees), since with speed limits, a driver can still violate them-and pay the ticket-if he thinks doing so is important.

5. Ex post has the further advantage that measuring the costs easier after they have happened.

D. Advantages of ex ante?

1. Popular wrong answer: "ex post doesn't prevent accidents." Sure it does--by deterring them.

2. Risk aversion--do you want to lose your house, all your property, and be indentured for five years if you make a mistake driving?

3. Other punishment costs--can't collect ten million dollar fines.

4. What can we do that is equivalent in deterrent effect to one chance in a million of a ten million dollar fine?

5. Maybe one chance in a million of execution, or life imprisonment, or ...

6. None of which pay us anything.

7. So ex post forces us to use punishments which are large, and as a result inefficient.

E. Implication:

1. People are risk averse only for large losses. So small ex post punishments are unambiguously superior to ex ante.

2 So an entirely ex ante system, with no ex post costs, cannot be the right answer

3. We want ex post at least equal to the largest fine you can pay without serious risk aversion costs.

4. Plus possibly some ex ante if that isn't large enough.

III. Bright lines: Rules v Standards.

A. We make a lot of use of bright line rules.

1. 21 to drink--not "mature enough to be save with alcohol."

2. 35 to be president--not "as mature as the average 35 year old was when the Constitution was written."

3. Specific speed limit. Level of blood alcohol.

4. Someone is an adult human with the same rights as all others, or a minor, or a lunatic, or an animal--even though the factors that separate those categories are mostly things, like age, intelligence, rationality, that vary continuously.

5. Grading "objective" exams--meaning exams where every grader, following the key, will give the same grade.

B. We also use fuzzy line rules--standards. "Reasonable care." Reckless driving. Negligence. Sexual harassment. Grading essay exams.

C. The advantages of bright lines are

1. they are easy to judge--you either are or are not 21.

2. they reduce litigation costs. It might make sense to spend a lot of money convincing a court that I was behaving reasonably--but it is probably a waste of money to hire an expensive lawyer to prove I am 21 when I'm not.

3. Since they involve less judgement by the court, they give a more predictable result.

4. So it is less likely that someone will violate them unintentonally, or that the court will incorrectly convict someone of violating a bright line rule when he didn't.

5. So the punishment for violating a bright line rule is less likely to need to be applied.

6. Which may make bright line rules especially suitable in criminal law, which tends to use expensive punishments.

D. The disadvantage is that they sometimes give the wrong answer. A lot of the behavior we want to regulate involves complicated issues, where any simple rule is likely to be wrong much of the time.

IV. Property rules vs liability rules:

A. The difference:

1. Property rule: If I want to use your property I have to get your permission, and if I use it without your permission I receive a punishment which may be much larger than the damage I actually did. In effect, the rule pushes people into coordinating by mutual agreement, rather than by unilateral action followed by litigation.

2. Liability rule: I can use your property without your permission and then pay (in the form of a damage judgement when you sue me) for the damage done.

B. A liability rule requires the court to measure the value of what has been taken, damaged, etc., so the harder it is for courts to measure value, the greater the advantage of a property rule.

C. Under a property rule, the only way someone other than the owner of the property gets to use it is via a transaction with the owner, to get his permission. So liability is more attractive the harder it is for parties to transact.

D. Consider ordinary private property. A property rule is clearly superior to a liability rule. If I want your property, labor, etc. I buy it. The alternative would be a system where I get groceries by going into the store, taking them, and having the owner sue me for their value.

E. Consider pollution, or risk of airplane crashes-liability is clearly a superior rule. I can't contract, before taking off, with all of the people through whose roofs my airplane might conceivably crash if enough things go wrong.

CHAPPER 5　Property Law

I: What is property?

A. your ownership of property is good against the world--everybody is legally obliged to respect it.

B. You ask a friend to borrow his bicycle. Implicit is:

1. he can have it back when he wants

2. If you give it to someone else, the owner can still claim it.

C. A gives you a business idea; you sign a non-disclosure agreement, etc. You tell it to B who tells it to C, who uses it. A can sue you, but he has no claim against C to "have his idea back," assuming C did not induce the breach.

D. There is a very partial exception to this in trade secret law.

E. And a partial exception to the idea that you can always reclaim your property in the legal rule of "adverse possession," which implies that if someone else treats your land, or some right with regard to your land (such as the right to walk across it) as his for long enough (about seven years, varying by state) and you do nothing to indicate that it is yours, it becomes his. So a recording system becomes important for maintaining property rights, especially for valuable items such as land.

F. And how fancy the property rights are--to what degree you are free to unbundle them and sell only part of the bundle--may depend on how easy it is for innocent third parties to figure out what they are getting. If you unbundle the tires from a car, the purchaser can learn it by inspection. But what if you unbundle mineral rights from the land? So for most forms of property other than land, the bundle of rights is fixed. You can sell me your car, along with an agreement that I will not drive it on Sunday or sell it to anyone who will. But if I resell without requiring the buyer to sign such a contract, you have no claim against the new owner--he got the full bundle of rights to the car.　only a claim against me for violating the contract.

II: Determining property rules involves a set of questions:

A. How rights should be bundled

B. How should you be allowed to defend your property rights (property vs liability)

C. What should be property?

D. We are concentrating on the last at the moment.

E. Note that intellectual property provides a good case to think about, since it is on the border between things that we assume are property (land, cars) and things that we assume are not property (words, names).

III. Property rules--including Intellectual Property (I.P.)：

A. Property vs commons.

1. Argument for property is obvious. Why plant if you can't harvest? Tragedy of the commons.

2. Argument for commons? Cost of enforcing and/or transacting over property.

3. English language as a commons. We could give ownership of every new word to its inventor, and there would be some advantages to doing so--but less than the costs.

4. From primitives to cyberspace.

B. Boundaries. Floating islands story: Stack island, which belonged to someone, floated down the Mississippi (erosion at the upstream end, deposition at the downstream end), into a strip of the river where all islands belonged to the owner of the land on the west bank of the river. Who did it belong to?

1. Property rights would be hard to work with in a world where that was the norm instead of the exception--where the boundaries that defined land ownership kept moving in unexpected and inconsistent ways. Arguably, in intellectual property it is the norm.

2. In patent law--what is the boundary of an idea?

3. In copyright? Not much of a problem defining boundaries if we if only prevent literal copying, since it is easy to see if that has occurred. But as you get farther from that ...

4. Wild animals are generally not private property, because the cost of keeping track of which animal belongs to whom is too difficult.

5. Underground petroleum 石油 moves around as you pump some of it out.

C. Defending. Dogs and property rights. The bionic burglar alarm.

1. Changes in technology change what rights can be enforced.

2. Consider a primitive people trying to decide whether land should be private property or a commons. The cost of private property includes the cost of guarding it--there is no point in my planting wheat if my neighbor is going to come by at night and harvest it for himself. That cost was substantially lowered by the domestication of dogs, since dogs, being territorial can learn to identify their master's property and bark at trespassers. Perhaps that was what tilted the balance in favor of private property. If so, we may owe most of human civilization to the dogs.

3.The widespread availability of copiers means that copyright can no longer be enforced against people who make small numbers of copies for their own use. Similar arguments apply to enforcing copyright in computer programs.

4. One approach to dealing with enforcement issues in I.P. is to enforce your rights not against those violating them but against those making the violation possible, under the doctrine of contributory infringement. In one case, a firm had a process patent on a way of using a chemical in growing rice. Other firms sold the (unpatented) chemical, along with instructions on how to use it--the purchasers then violated the patent by using the chemical in the patent way. The patent holder sued the firms selling the chemical for contributory infringement and won, there being no other substantial uses for the chemical.

5. Sony v Betamax is a famous case that went the other way--making a VCR is not contributory infringement. The argument was that, while a VCR can be used to tape a movie off TV, infringing the copyright owner's rights, it can also be used for time shifting programs, so there are substantial non-infringing uses, so the manufacturer of the VCR is not responsible for the infringing uses.

D. Cause of commons: Transaction costs

1. Chasing large animals across private property. It would be costly to bargain with each property owner when you reach his boundary for the right to cross his property--and while you were bargaining the animal would be getting away.

2. Propertising English. Suppose each word belonged to its inventor. Writing a sentence would require a lot of licensing negotiation. One argument against patents for software is that they present a similar problem. A programmer must do a patent search on every programming trick he uses to make sure someone has not patented it.

3. All you can eat restaurants. Cost of monitoring is higher than the efficiency loss--for spaghetti, lettuce, but not steak. The more expensive something is, the greater the net cost due to consuming an

inefficiently large amount of it.

4. Y. Barzel,*Economic Analysis of Property rights*: Public Domain.

E. Creation of Property rights: Rent seeking problems.

1. Homesteading. If I get ownership of 160 acres of government land by being the first person to farm it for X years, there is an incentive to start farming prematurely --losing money on the farming in exchange for obtaining ownership of valuable land. If I wait until the land is worth farming, someone else will already be there.

2. Patent races. If I make my invention a day before you do, I get all the rights to it, you get none. So there is an incentive for an inefficient competition to be first.

3. This should not be a problem for copyright. Nor is it a problem that someone who builds a house or an automobile then owns it. What is the difference?

4. Crucial difference—Homesteading or a patent race eliminates a valuable opportunity that others previously had. The other examples do not.

IV. Intellectual Property Law: What the law is.

A. Copyright Law

1. Applies to expression, not idea.

2. Applies mostly against literal copying

3. Copyright protection has very weak requirements of originality. The information in a phone book is not copyrightable, on the grounds that producing it was a mechanical process requiring essentially no human creativity at all.

4. Copyright provides very long protection.

B. Patent Law

1. Applies to the idea, not just the expression.

2. Novel and non-obvious.

3. Useful.

4. Bounds of the invention are set by the claim.

5. First to invent gets the patent in the U.S., first to file 呈交专利申请 elsewhere.

6. Patents provide relatively short protection.目标是社会利益。

C. Trade Secret law:

1. Almost entirely deals with the consequences of acts that would be banned anyway, such as:

2. Trade secret law allows the victim to sue for sums based on the value of the secret, and gives some rights against an innocent third party who has received the secret.

D. Trademark/trade dress law: In effect, this body of law propertizes a limited part of the language. If a particular restaurant design has come to mean your chain in the minds of consumers, you may be able to prevent another restaurant from copying the design. Similarly for a trademark--a word that has become closely associated with your product.

V. The Economics

A. Why have protection?

1. Traditional answer: Incentive to produce writings and inventions.

2. To discourage secrecy

3. Kitch homesteading alternative--the objective is to propertize 产权化 ideas.

B. Why not use contract instead of intellectual property?

1. The originator of a work or invention could transfer it to others on condition that they agree not to make copies or use the idea, and only to transfer it to other people who accept the same agreement.

2. Copyright: The problem is how to enforce it against innocent 3rd parties.

3. The issue of contract as a substitute for intellectual property may become an issue again in the context of computer networks, where new technology may make the enforcement of intellectual property law very difficult.

4. One solution for copyright would be to somehow tag every copy of the computer program you sell, so that if a pirate copy appears you can prove which buyer is responsible--and sue him for violating his agreement not to allow others to copy the program.

C. Why do we have different patent and copyright rules, and why are they applied to the things they are applied to?

1. The Constitution refers to "writings and discoveries" but does not specify the rules for each.

2. Commons problem:

3. Costs of fighting over fuzzy boundaries are an argument against protection.

D. Copyright Protection for software.

1. A program is not a writing, since it is intended to control a machine, not be read by a person (more like a cam--some courts got that right).

2. But it has the characteristics that make copyright suitable to writings.

3. As long as protection is limited to literal copying.

4. A lot of problems appear when you push it to cover non-literal copying.

E. Patent protection for software.

1. The Supreme Court opposed it under the "mental steps doctrine," (you could not patent something that was simply a series of mental steps, such as the rule for doing long division) but ...

2. Gradually backed down, under pressure from the CAFC, which was an inferior court but knew more about the subject and had stronger opinions on it.

3. Many believe creating a problem

4. Not because software is not an invention, but because its characteristics may make protection cost more than it is worth.

F. Why doesn't patent law preempt trade secret law?

1. *Sears vs Steiffen* says it sometimes does--a state cannot give the equivalent of patent protection to things that do not qualify for a federal patent.

2. But in general it does not. *Kewanee v Bicron* says that states are allowed to have trade secret law, even though it deals with some of the same things as federal patent law, and does so in a different way.

3. Trade secret helps fill in some of the gaps left by patent law, since ...

VI. Coase Article: Classic article that laymen can read.

A. The problem associated with an externality is jointly caused--the result of actions by both parties.

B. Farmer and cattleman, outcome does not depend on who is liable

1. But bargaining, attempted extortion 敲诈, etc., is possible

2. So Coase's result holds when everything has been bargained through i.e. in a zero transaction cost world.

C. A bunch more cases with the same logic:

1. Confectioner 糖果制造商/doctor

2. Bleaching coconut matting

3. Blocking the draft of a chimney. Who "caused" the nuisance? Both. so

4. Each should bear the full cost--and will under either rule with bargaining.

5. Jolly Anglers brewing. Confined channel of air is presumptively property, by rule of lost grant belonged to the brewer. So the verdict is the opposite from that in the chimney case--which also involved blocking an (unconfined) channel of air.

D. Judge's grounds for deciding the cases seem irrelevant to economist, but ...

1. Perhaps all that matters is a predictable rule, (to reduce uncertainty and rent seeking) and the judges have one, or ...

2. Perhaps the rule is a proxy for relevant considerations,

3. Coming to the nuisance.

E. A firm is one solution to the transaction costs of the market

1. Consider a shopping mall.

2. Whether it makes more sense to solve problems by putting both actors into one firm depends on the tradeoff between administrative costs of the firm and the alternative market costs.

F. Government regulation is another solution

1. Which has costs, and errors, and so may give worse results than the other solutions

2. Or better.

G. And a final solution is to do nothing. Some problems cost more to cure than the cure is worth.

1. That is how we deal with lots of externalities

2. Positive ones like beautiful buildings, and

3. Negative ones like people wearing ugly clothes.

H. Where transaction costs are high, court decisions matter, and cases suggest at least some general recognition of reciprocal problem and cost/benefit issues.

I. Common law of nuisance v statute.

1. Statute may extend or reduce the coverage of the law of nuisance.

2. What we observe is frequently government authorised, not the result of lack of regulation

3. And perhaps should be.

J. Pigou

1. State action is needed; what additional state action?

2. But Pigou's railroad example is due to state action, and ...

3. Not necessarily undesirable. Double causation with use of land.

K. What is owned is a right, not a thing. For instance, the right to produce pollution.

O. Digression on simplified pictures.

1. In thinking through the logic of a problem, whether in physics, mathematics, or economics, we frequently use simplified pictures, designed to bring out the particular issue we are interested in.

2. For example, we worth out the logic of Newtonian motion by analyzing the trajectory of canonballs in a vacuum--without worrying about the fact that in a vacuum, the canoneers would die before they could fire their cannons.

3. Similarly, much of what we are doing in this course involves deliberately simplified pictures, intended to let us think through the logic of one problem or another.

4. After doing so, one is better equipped to deal with the much messier 棘手的 conditions of real life problems.

CHAPPER 6　Contract law

I. Contract law: Why have it?

A. Why do we want contracts to be enforceable?

1. Because performance often occurs over time, with transaction specific investments (common investments).

2. For example, house building problem.

B. What about private enforcement?

1. Via reputation: Orthodox jews in the diamond industry.

2. Via bonding with a reputable enforcer

3. So there may be a legitimate role for government enforcement

1. Because you don't think they should be permitted to define the rules—paternalism 家长式作风 or something similar.

2. Because you still have to decide when they have signed a contract, what rules they agreed to, etc.

3. Because there isn't enough fine print 小号字体印刷 in the world to settle all possible issues that might come up, and you need a court to fill in the gaps when they arise.

II. Why should we or shouldn't we enforce contracts if we can?

A. Argument for--efficient rules because:

1. Any change that produces net benefits can be combined with a price change to make it an improvement for both parties, so ...

2. A sensible lawyer or other contract draughtsman will look for the efficient terms in order to maximize the gain, then try to get as much of the gain as possible for his side, rather than picking inefficient terms biased towards his side.

3. What about a monopoly?

4. That contract terms might be a device for discriminatory pricing.

B. Obvious exception--third party effects. Assassination contracts are not enforceable

C. Second exception--parties we believe incompetent. Children and the insane.

D. Shakier exception--parties we believe incompetent because we are sure those terms cannot be in their interest.

1. Consumer repossession agreements--might be in the consumer's interest.

2. Penalty clause in a contract: An agreement that the breaching party must pay a large penalty to the other party, representing more than the actual cost of the breach.

E. Making sense of the idea of duress:

1. Real duress--when you demand my money or my life and I offer a check instead, should I be free to stop payment?

2. Semi-real duress: The sinking ship or the starving traveller in a snowstorm.

3. Bogus duress: "Contracts of adhesion " (take it or leave it form contracts); the argument for efficiency does not depend on bargaining.

III. Is there a contract there to enforce?

A. Fine print problem--did the parties know what they were signing?

B. One sided contracts--detrimental reliance.

1. In an expansive mood, I offer to put my nephew through college

2. He gives up his job, relying on that offer.

3. I change my mind.

4. He sues--and wins--even though there was no consideration 对价--he didn't pay me anything for my promise.

5. But he relied on it, and I should have been more careful not to promise what I was unwilling to perform.

C. One sided contracts--should the offer of a reward be enforceable

D. Zero-sided contracts--emergency medical treatment.

1. A doctor finds someone injured and unconscious, treats him, bills him.

2. What if the injured person doesn't want the treatment--he is a Christian Scientist or an attempted suicide?

3. From the supply side, it is irrelevant--it costs just as much to treat him--but It isn't worth as much.

4. The right rule would seem to be no payment if the treatment is unwanted, and a payment if the treatment is wanted scaled up a little to compensate the doctor for the risk that his patient will turn out to be a Christian Scientist, but ...

5. That rule would be an invitation to fraud--by people who converted to Christian Scientists after receiving the Doctor's bill.

IV. If we do want to enforce the contract, how do you fill in the details?

A. By what would be efficient.

B. Who should bear risks?

1. The party who can best risk spread.

2. The party who can best control the risk: moral hazard.

3. The party who best knows the risk--adverse selection.

4. Note that this is relevant both to negotiating the contract and to filling in the details.

C. What happens if someone breaches the contract?

Efficient breach--breach if and only if it makes the parties on net better off.

Property/liability issue:

D. Fraud: *Laidlaw v Organ*

1. What happened:

2. The benefits of the court's position: The ability of people who have advance information to make money by it, for instance by buying tobacco at wartime prices when the war is (just barely) over, gives them an incentive to generate such information, and their use of it puts that information into market prices--the contract bids up the price of tobacco, as would the news.

3. Why isn't it prevented here by contract? Why doesn't the seller specify that the contract is void if the buyer has special information?

E. Consider the more general case of speculation.

1. Speculation produces a social benefit by reallocating resources from times when they are plentiful to times when (an expert can predict that) they will be scarce--the successful speculator buys low and sells high.

2. By buying grain before other people anticipate the coming shortage he drives up the price early, giving other people an incentive to use less grain, produce more food of other sorts, etc.

3. So when the shortage hits and the speculator puts the grain he bought back on the market, the famine is less severe and the price does not go up as high as if he had not intervened.

F. This only works if the speculator has secure property rights.

1. If, when the famine happens, a mob seizes his barn full of grain, or the government confiscates it, speculation won't pay and won't happen.

2. And when there are bad harvests, people will starve

3. Which suggests that the belief that speculators cause famine may be one of the most lethal errors in human history.

4. It is a result of applying a useful rule of thumb in an inappropriate context.

G. The successful speculator produces a benefit and gets a reward, but the latter is not equal, or even closely related to, the former. The relation between the private value of his activity and the social value of his activity is correct qualitatively (if he makes money he is also doing good) but not quantitatively (he might do a little good and make a lot of money, or vice versa).

1. Even in a case where elasticities are low, so that the speculator produces only a small reallocation and a small benefit, he might still get a large profit--since his speculation means that resources belong to him instead of to someone else at the instant when their price goes up.

2. So we might get inefficient speculation--spending $1000 dollars to get information whose private value is $1100 but whose social value is only $100.

V. The Marriage Contract:

A. Why does it exist:

B. What is the optimal form--in particular, rules for breach.

C. Why has the actual contract changed over time, and with what consequences?

VI. Why does it exist: The reason for long term contracting.

A. Sunk costs in the marriage relation.

B. Problems in monitoring and enforcing compliance.

C. No Divorce as one solution

1. Have to live with each other, might as well figure out how.

2. Incentive for more careful search.

3. But note that in real world cases, "no divorce" meant "no remarriage"--separation was still an option.

D. Easy divorce as another

VII. What happened?

A. The facts:

1. Easy divorce, high divorce rate,

2. Increasing, and historicaly extraordinary, rate of illegitimacy 私生子

3. This pattern exists across the industrial world--why?

4. Pattern across income classes--hit first in the lower income groups.

B. Part of the puzzle--less sunk cost in marriage.

C. Part of the puzzle--welfare as alternative source of support.

D. Better job opportunities for women, in part due to B?

E. Breaking the sex/childbearing market link.

1. Consider two markets

a. A market for sex

b. A market for childbearing.

2. In a world without contraception, the markets are linked

3. In a world with contraception, the link is broken:

4. Puzzle: This should have hit first at the high end of the income scale, not the low, because

VIII. The economics of wedding rings

A. Fact: diamond engagement rings became common only starting in the 30's, peaked in 50's, declined since.

B. Men preferred wives who had never slept with anyone else.

C. Men and women like sex.

D. This creates a problem for those not yet married:

1. For woman, who knows that sex lowers her value on the marriage market

2. For men, who can't find women willing to sleep with them, because ...

E. Solution?

1. Each generation believes it invented sex, despite the evidence, but previous generations managed somehow.

2. Part of the solution is sex after engagement but before marriage.

3. Which creates a problem of opportunistic breach. Seduce and abandon.

IX. Adoption market:

A. Currently, it is illegal for the adoptive parents to pay the natural mother for her consent to the adoption. It is legal to pay the lawyers who arrange the adoption, the mother's medical costs, etc. One consequence seems to be high transaction costs (as potential adopters bid via lawyers), and a market that shifts between surplus and shortage.

B. One argument against payments by adopting parents to the natural mother in exchange for her giving up her child to them for adoption is that the rich will be buying and the poor selling.

1. This is surely a serious oversimplification; most buyers will be (most Americans are) neither rich nor poor.

2. In any case, what is wrong with that? Would they ban the markets for housecleaning and child care on the same grounds?

3. Is it better for the (richer, on average) adoptive parents to get the child from the (poorer, on average) biological mother, and not pay her--which is what happens now?

C. A more interesting argument, although not one that convinces me: Commodification

1. How we act and observe other people acting affects how we think. If we treat something as a commodity, we and others will think of it as a commodity, which might have bad consequences.

2. But this argument has an odd feature, constitutionally speaking.

3. As one student pointed out, a similar argument would seem to apply to laws that impose special penalties for "hate crimes." If you punish a crime more because, in addition to doing injury, it also conveys the message "group X are bad people who should be hated," isn't the additional punishment a punishment for speech? After all, you couldn't punish someone (in the U.S.) for a speech or a book arguing that "group X are bad people who should be hated."

X. It is often claimed that, when I have a child, I impose net costs on others, so that leaving people free to decide how many children they have will result in overpopulation.

A. But it is not clear what the sign of the net externalities from my having another child is. Positive externalities include:

1. My child may find the cure for cancer and

2. Will reduce the amount of the national debt your child must bear

3. And the amount your child must pay for national defense, or scientific research, or any other government service whose costs is roughly independent of the population.

B. This argument is one example of an error common in political discussions in many areas. You calculate net externalities considering only the externalities of one sign (negative if you want to ban something, positive if you want to subsidize it) and ignoring those of the other sign.

C. How in principle do we define the optimal level of population?

1. If we measure it by per capita income, utility, or something similar, we commit a fallacy of composition.

2. If we measure it by total utility, we need to define a zero point, so as to know if an individual contributes positive or negative utility to the total.

XI. Regulation of Sex. Why do we do it? Adultery laws, fornication laws, ...

A. Contract enforcement? Like copyright--it makes it easier to enforce the contract against infringement involving partners not party to it.

B. Overenforce to protect third parties?

1. Children--who may be injured if adultery leads to marital breakup

2. Keep down VD(venereal disease), AIDS

3. Law against prostitution can be viewed as a way in which wives enforce the marraige contract by making it harder for husbands to break it.

CHAPPER 7　Tort Law

I. Tort Law:

A. What it is: a private action for a wrong, typically for damages, although injunctions are also possible.

B. Differs from criminal law in being a private rather than a state action.

C. And from contract law in not being based on any contract between the parties.

D. Four issues arise:

1. What makes it wrongful: Competition is not a tort. Some system of rights is assumed, and a tort involves a violation. 2. Causation: What does it mean to say A caused the harm? 3.Liability--strict liability, negligence, contributory negligence, etc.

4. Damages--how calculated?

E. One can think of all these issues in terms of economic efficiency, although whether doing so describes how the law actually works is an open question.

II. "Wrongful"

A. Tort damages are a version of a Pigouvian tax, so ...

1. We want to treat as wrongful only acts that impose a net externality.

2.And are worth the trouble of dealing with through the legal system.

a. We can use injunctions or punitive damages to enforce a property rule, where it is the injured party who owns the property.

b. Where the injuring party owns the property and is using it within his rights, we solve the problem by a transaction--the other party buys the property, or the right.

3. And can be dealt with better in this fashion than by a property rule.

B. Should competition be a tort?

1. When I become the 101st physician in San Jose, the wages of the first 100 physicians fall--should they be able to sue me?

2. No, because their loss is their patients' gain.

3. So I have imposed only a pecuniary 金钱上的 externality--a transfer between two other people, not a net injury to other people.

III. Causation complications:

A. Coincidental causation.

1. I stop my friend for a moment in the street to talk, he then continues on and is killed by a falling safe.

2. Should I be held liable? If I had not stopped him he would not have died.

3. No. My stopping him does not affect the probability of his dying--it might just as easily have resulted in his not being under the safe.

4. A different way of putting this is that if I do not get rewarded when I produce the positive externality (my stopping him happened to save him) I should not get punished when I produce the negative one.

B. Dual causation: The victim is accidentally shot by two hunters; each bullet would have been sufficient to cause death by itself. Should they be liable?

1. This puzzle is based on a somewhat less dramatic real case: *Summer v Tice.*

2. The benefit of my taking a precaution that reduces the chance I will shoot him is not the reduction in probability of shooting him but the reduction in probability of killing him (times the value of his life). Shooting a corpse does no damage.

3. When I change my probability of shooting him, I should benefit only by the resulting change in probability that he will die, so ...

4. I should not be liable in the two bullet case!

5. This ignores possible problems of proof, etc. It also ignores the possibility of agreements in advance between two hunters; I am assuming both were independently responsible for the accident.

6. Finally, it assumes that we can costlessly impose a fine on a hunter that fully represents the damage done--which is unrealistic in this case. If we can't, punishing the two bullet case may be an indirect way of raising the punishment for the action (careless shooting) that leads to the one bullet case.

C. Probabilistic injury.

1. Suppose a radiation leak increases the number of cancer cases in the surrounding area over the next 20 years from 100 to 110. Is the reactor liable, for what, to whom?

2. One solution: Make the reactor liable for the increased risk to everyone, using a class action.

3. What about giving each one who dies 1/11th damages?

a. When they start dying, we have at least some data.

b. Fewer cases to try.

4. Real world equivalent--DES cases.

IV. Liability

A. Optimal supply of accidents: The accidents we would get if everyone took all and only cost-justified precautions.

B. Strict liability gives you the right answer with unicausal accidents.

C. Negligence applied to unicausal accidents.

1. Negligence is defined (by economists, but not necessarily by legal scholars) by the Hand formula (named after Judge Learned Hand, who applied it in a famous case)

2. The rule "you are liable if negligent" gives the right answer if everything is observed by the court,since:

2. What if the efficiency of some classes of precautions is observable by the actor but not the court?

3. Negligence could lead to either more or less litigation cost than strict liability.

V. Complications in tort damage analysis.

A. Double sided injury in a literal sense--both cars are dented.

1. True of auto torts, but ...

2. Not of most others--pollution, nuisance, ...

3.We could include the problem by treating each such collision as two torts, one each way.

4. We will avoid this problem for the moment by considering collisions between a tank and a car--in which only the car is injured.

B. While literal double injury is a special case that applies to auto collisions but not to most other

torts, it is generally true that there are possible harms to both parties in a very different sense--avoiding injury to you is costly to me.

C. Double sided causation--a much more fundamental problem.

1. We can solve the problem by a legal rule of negligence or strict liability with contributory negligence--provided the court knows enough to properly implement such a rule.

2. Or we can avoid it by having each party bear the full cost--i.e. a fine rather than a damage payment, so the tank pays the cost of the damage done to the car, but the owner of the car doesn't get the money and must pay for his repairs himself.

3. In which case the tank owner bribes the car owner not to report the accident--and we have left tort law for criminal law, where enforcement is by the state rather than the victim.

VI. Liability alternatives

A. No liability--the tank pays nothing, the car owner pays for his own repairs.

B. Strict liability--the tank pays for fixing the car it ran over, whether or not its driver was negligent.

C. Negligence liability--the tank pays if its driver was negligent (i.e. Did not take all cost justified precautions), but not otherwise.

D. Strict liability with contributory negligence--the tank pays unless the car driver was negligent.

E. Note that A and B are really the same rule, with tank and car exchanged.

F. As are C and D.

CHAPPER 8　Crime and punishment

I. Criminal Law:

A. Like tort law, someone does a wrong, we impose a cost on him, but ...

1. Enforced by the state, not by the victim. Legally speaking, the state is the victim.

2. State collects fine, if any.

3. Mostly punishment rather than mostly fines.

4. Moral stigma?

5. Higher standard of proof.

B. Note that the Tort/Crime distinction may be less clear than we usually think.

1. Traffic tickets are state imposed, collected, fines.

2. Criminal charges are often dependant on the victim complaining, and ...

3. In some cases, de facto out of court settlement is possible.

4. There have been other societies where criminal law was privately prosecuted, or even ...

5. Where all offenses were treated roughly as we treat civil offenses.

C. Simple story: Enforcing property rules.

1. Optimal level of some offenses is close to zero

2. Most obviously because there is a market substitute, so if the result that would be produced by the offense (your using my land) is efficient it will happen that way even if the offense is prevented.

3. So we set very high punishment> damage done, to deter everything. But ...

D. That doesn't describe the real system, since:

1. Expected penalty for murder is <damage done.

2. Lots of crimes happen--level is not zero. Do we think they are efficient crimes?

3. So what determines the optimal punishment?

4. If it were =damage done we again have a problem--that implies that the reason we don't raise the punishment for murder is concern that there would be too few murders, which seems implausible.

E. Taking Enforcement costs seriously:

1. The effective punishment depends on probability and punishment, increases with both. Think of it as the certainty equivalent of the punishment lottery; I will talk as if people are risk neutral to make the analysis simpler.

2. We can increase probability by spending more on police, lowering standards of proof, ...

3. We can increase severity of punishment--possibly at a cost:

4. Becker corner paradox: Why don't we always gain by doubling the punishment and reducing enforcement expenditures until the probability falls to half its previous level?

5. Solution to paradox: Because punishment inefficiency rises with the amount of punishment. So apprehension cost will be going down, punishment cost up, and we set the probability/punishment combination to minimize the sum for a given level of effective punishment.

6. Litigation cost should also be included, perhaps with enforcement cost.

7. Bottom line: Enforcement cost per offense typically increases with effective punishment.

F. Analysis of optimal punishment with enforcement costs

1. MC(deterrence) might be positive or negative.

2. If the effective punishment is P, the result is to deter all offenses for which value to the criminal V <P, and only those.

3. Suppose we increase to P+ΔP, deterring one more offense at cost $MC_d(P)$

4. We gain D (damage averted) at a cost of V (to marginal offender) + $MC_d(P)$.

5. Keep doing it until further increases just break even--optimal punishment P*. Note that V=P. So we have: $D=P^*+MC_d(P) \Rightarrow P^*=D-MC_d(P)$.

G. Applied to criminal law, it tells us that:

1. Optimal punishment might be more or less than damage done.

2. So the optimal punishment depends on damage done and (through MC(deterrence)) on supply curve for offenses.

3. If at some point the remaining offenses are very hard to deter, we might stop there--even though the remaining ones are inefficient.

4. Note two meanings for "inefficient crime."

H. Why have criminal law at all?

1. Hard to get people to prosecute if the defendant is judgement proof, and ...

2. If you put in probability multipliers, offenders who commit crimes that are hard to prove are particularly likely to be judgement proof.

I. Other possible reasons.

1. Diffuse injury. But that does not apply to most of criminal law, and does apply to some of tort law--dealt with by class actions, could be dealt with by transferrable tort claims.

2. To express moral outrage?

3. To get the optimal probability/punishment bundle.

4. But note that we have no theoretical reason to expect optimal litigation expenditure in ordinary tort law, which is the analogous problem.

5. And inefficiency is relative to ideal, not to real alternative.

6. Another reason for criminal law is to permit probability multipliers, giventhe fake offense problem.

7. But criminal law is only a partial solution. Police can frame you, get paid off in money or information or assistance for not hanging you.

J. Why do we have a higher standard of proof for criminal law?

1. Because false positives are more expensive when you are using more costly punishments.

2. In fact, in an efficient system,

3. The cost of punishing an innocent defendant is punishment cost.

4. The cost of acquitting a guilty is apprehension+litigation cost.

5. So the number of one error that trade off against another is the ratio of the two numbers.

K. Consider the special nature of stigma as a punishment.

1. True stigma has negative punishment cost!

2. False stigma has high punishment cost.

3. Stigma is an important punishment--Lott studies actually measured it.

II. Why benefits to criminals count:

A. The lost hunter problem.

1. If a hunter is lost and starving and comes to a locked, empty cabin containing food and a telephone,

it is efficient for him to break in.

2. Because the benefit to him is greater than the loss to the owner.

3. Which seems right--but only if we are allowed to count the benefit to him.

B. Even if you want to deter it, how much do you want to deter it?

1. Deterrence is costly.

2. Its benefit is the net gain from deterring an offense.

3. Which is greater the greater the damage done to the victim, but also ...

4. Greater the less the gain to the offender.

5. We are willing to pay more to deter an act of arson committed for the fun of watching buildings burn than to prevent a hungry man from stealing food--and would be even if the total damage done to the victims was the same (the hungry man steals lots of food over a period of years, say).

C. How do we know what is bad before we know what is inefficient?

1. Part of the attraction of the economic analysis of law is that we can start with one very simple "moral" assumption--the desirability of economic efficiency—

2. And deduce from that that robbery and murder ought to be illegal, contracts ought to be enforced, ...

3. If we start out already knowing that robbery is bad, hence gains to robbers don't count, we are rigging the game--guaranteeing that we will get out as efficiency what we put in as ethics.

III. Rich vs Poor--should they pay the same fines? In some cases yes, but in others no, because:

A. For crimes with a payoff in time or utility, the supply curves are different--it takes a higher expected $ punishment to deter the richer offender.

B. It is cheaper to punish richer offenders, since they can pay fines, but ...

C. On the other hand, they can also hire good lawyers so as to make it costly to convict them.

D. So the optimal penalty for the rich might be higher or lower than for the poor.

IV. Marginal deterrence:

A. If armed robbery gets the maximum possible punishment, then the additional punishment to an armed robber for killing the victim is zero.

B. More generally, in setting optimal punishments we must allow for the possibility that we may deter someone out of one crime and into another.

C. Which makes the calculation of an optimal set of punishments more complicated.

V. The Paradox of Efficient Punishment:

A. Why not hang them all?

1. Argument for efficient punishments.

2. What would such an efficient system look like?

3. English 18th century example.

4. If the sort of efficient system of punishments I have described is a bad idea, as most people believe, why?

B. Why we should not hang them all.

1. The old mistake:

2. The costs of efficient punishment--other side of the problem.

3. Rent seeking: In a world of really efficient punishments, everyone's human, biological and economic capital is up for grabs all the time.

4. Civil forfeiture and punitive damages for product liability are modern examples of this problem.

5. Larry Niven offers a fictional example: a society where the organs of those executed forfeit to the state to be used for transplants.

6. The application of the argument to the question of whether to hang them all is more difficult, since nobody gains--hanging simply eliminates most of the cost of punishment to those other than the criminal.

CHAPPER 9　Antitrust Law and Alternative institutions

I. Antitrust Law

A. **Monopoly produces an inefficient outcome**

1. Because a single price monopoly produces too low a quantity.

2. **Discriminatory monopoly** solves some of this, but may allocate inefficiently

3. Plus **rent seeking** problem.

a. Imagine a valley into which, in 1900, it will be profitable to build a rail line.

b. There will never be enough business to justify a second line, so the first will make monopoly profits.

c. The way you get to be the monopoly and collect the monopoly profit is to build first.

d. So the line gets built prematurely.

e. More generally, if there is room for competition to become the monopoly, potential monopolists compete away the monopoly profit in the process of becoming actual monopolists.

B. One approach to eliminating the inefficient outcome is to prevent monopolies from existing.

1. Not workable for a real natural monopoly.

2. But perhaps for preventing monopoly-by-merger or preventing cartels

3. Or **artificial monopolies**? But that assumes that predatory pricing works, and it probably doesn't.

4. And very workable for government monopolies. Just say no.

C. Another is to **regulate monopolies** (public utility regulation and the like) to try to make them behave more efficiently. But to make them produce the efficient quantity, you need to know their cost curves, and don't.

II. The civil/Criminal puzzle

A. Is there a good reason to have the system we have?

1. Do we need both civil and criminal law?

2. Does it make sense to allocate offenses the way we do?

3. Does it make sense to bundle characteristics the way we do?

a. Victim prosecutes/state prosecutes.

b. Victim owns claim/state owns claim.

c. Fine vs punishment

d. Moral sanction

e. Level of proof required for conviction

B. Historical light on these questions:

1. **Iceland** had a pure civil system.

2. Medieval England mixed the bundling, had multiple options for the same offense.

3. **18th century England** used private prosecutions for criminal offenses.

4. Shasta county: Norms as a substitute for law.

B. Some of what we learned:

1. Different allocations to tort/crime are possible: Iceland, (Shasta), Medieval

2. Different bundling of legal rules, not fitting our tort/crime distinction, are possible. Some of the relevant choices are:

a. Who controls prosecution

b. Who collects the punishment

c. Price or prohibit behavior

d. Moral stigma?

Course Summary

I. Three projects:

A. The effect of legal rules.

B. Explaining legal rules.

C. Choosing rules

II. Ideas:

A. Efficiency.

1. Simply thought of as size of the pie, but ...

2. that is not an adequate explanation when the pie we are measuring consists of everything that happens to everyone.

3. The question "what is the efficient rule and is it the same as the actual rule" then ends up as the center of our enquiry.

B. Why things are inefficient: Externalities and related problems.

C. And what you can do about it:

1. Direct regulation

2. Pigouvian tax

3. Property rights, transactions and transaction costs

III. Coaseian lessons: A way of thinking about these issues:

A. What we own are not things but rights.

1. We can transact over rights, so ...

2. The question is not merely who ought to end up with the right to do what, but ...

3. Who should start with it, given that we don't know who should end up with it but do know a good deal about how rights can move from one person to another.

4. Which depends on transaction costs

B. There is no reason to expect that any of the solutions will give us a fully efficient outcome.

1. In particular, the Pigouvian won't, in general.

2. Nor will the regulatory

3. Nor the Coaseian

IV. We should be thinking in terms of three mechanisms for dealing with problems:

A: Regulation

1. EPA regulations, etc., but also ...

2. Negligence rules.

3. More generally, any mechanism which depends on the regulator knowing how the regulatee 被规制者 ought to behave (in our context, what behavior is efficient) and making it costly for him not to behave that way.

B. Pigouvian:

1. damages

2. effluent fees, traffic tickets

3. More generally, any mechanism that forces one of the people causing some costly outcome to bear the cost, giving him an incentive to adjust his behavior accordingly.

4. Where damages also reduce the incentive of the victim, who is usually also a cause.

5. Fines don't reduce it, but don't give the proper incentive, unless

6. Both parties are fined

C. Coaseian (property rights, transactions):

1. Typically associated with a property right, since the right is then moved to its highest valued use by transactions, but ...

2. One could use a property right to impose a regulatory solution--if transaction costs were so high that whoever started with the right ended with it.

3. And one can transact over liability rights--I might agree not to sue you in exchange for a payment.

4. Generally, any mechanism where we move towards the efficient outcome via bargaining among the affected parties.

5. The norm for most of the economy--ordinary property--and one option for externalities, etc.

6. Note that it includes cases where we bargain once to get a permanent solution--for instance, the factory buys the resort.

V. Insurance issues: allocation of risk runs through much of the law.

A. Risk spreading.

B. Moral hazard--or more generally, the affect of risk allocation on the incentive to take efficient precautions to prevent the undesirable outcome.

C. Adverse selection--more generally, the effect of risk allocation if a transaction occurs on the incentive to make efficient transactions.

D. These desiderata may pull in opposite directions.

E. In which case you either settle for the least bad solution, or ...

F. Bring in additional mechanisms. For example:

1. Reputation plus caveat emptor solves moral hazard on both sides--if consumers are well informed.

2. Liability plus insurance combines optimal moral hazard incentives with optimal risk spreading in the case of liability for death or crippling injury.

G. Note that we have a choice in dealing with such problems among the three approaches described above:

1. Regulatory approach--producers will take the following precautions (OSHA).

2. Pigouvian approach: The legal rule is caveat emptor (or caveat venditor, or some mix).

3. Coaseian approach: Freedom of contract. Waivers and guarantees both enforced.

H. And note that which makes sense depends largely on transaction costs:

1. In the product liability context, they are low, so there is a strong argument for freedom of contract.

2. But in the tort context, transactions are usually so costly that they don't occur, so we are stuck with the Pigouvian solution

VI. Ex ante/Ex Post another issue that runs through the law.

A. Simple question: Speed limits vs punishment for being in an accident.

1. Ex post better utilizes the actor's private information--I know I'm not paying attention but the cop

doesn't.

2. Ex ante permits the use of smaller punishments applied more often.

3. So you always use some ex post, but when the size of ex post gets big enough so that punishment costs start to shoot up, you may start adding in some ex ante.

4. Which is how we handle traffic accidents.

B. The same analysis explains the paradox of redundant causation: Two hunters independently and accidentally shoot a third.

1. On the fact of it, neither should be liable, since neither did marginal damage.

2. But that is not what actually happens, nor should it be.

3. Because we know that we underpunish the tort of accidentally shooting people, since adequate punishment would be (impossibly?) costly, and ...

4. Punishing people in the two bullet case imposes an additional incentive not to take actions that might lead to shooting someone.

5. In other words, the two bullet outcome is a signal of behavior that you want to punish ex ante, and you do so by punishing the (harmless) two bullet case ex post.

C. And explains why we punish unsuccessful attempts:

1. Again, in a world of costless punishment we are better off only punishing successful attempts.

2. But in a world of costly punishment we add an ex ante punishment for trying to kill you, measured by the unsuccessful attempt, to the ex post punishment for succeeding.

3. And, in fact, "attempts" are criminal but are not normally tortious.

4. Which fits the fact that tort law uses more efficient punishements than criminal law and (more important) punishments whose inefficiency does not rise with their size (i.e. litigation cost as a fraction of amount at stake probably does not increase with amount at stake).

VII. Property:

A. Why are (and should be) some things property, some commons?

1. Because of costs associated with defining, defending, transacting over, obtaining

2. Balanced against cost of inefficient production, overuse, etc. if things are not property

B. One application is in understanding property rights in primitive societies.

C. Another is to intellectual property. In particular:

1. Why have long protection given easily for copyrights.

2. Short protection with difficulty for patents.

3. Treat computer programs as writings.

VIII. Contract

A. Initial puzzles:

1. Why have contracts? Because transactions occur over time, and the parties are locked in once the process starts.

2. Why have state enforced contracts? Because although other mechanisms exist and are often functional, even superior (diamond market in NY), they don't cover all of the relevant situations.

3. Why have contract law--instead of simply enforcing all contracts as written?

a. Because we need some way of knowing if a contract exists. One sided, no consideration, mistake, fraud, incapacity, duress...

b. And of filling in the blanks,

c. And we may not want to enforce all contracts as written. Economic argument in favor of doing so--but exceptions for third party effects, infants, senile, ...

B. Making sense of duress

1. Real duress. Enforceability helps you when you need to pay off the mugger, but makes mugging more likely. Whether it is desirable depends on the relative size of the two effects. Ransome in war. Surrender mechanisms in animals.

2. Sinking ship case. Not real duress, but bilateral bargaining with high costs and no clearly efficient rule.

3. Form contracts.

a. Even without bargaining, incentive to write them efficiently.

b. Provided that the other party either reads them or knows your reputation.

c. And there are lots of good, innocent reasons to use form contracts.

C. Filling in the blanks.

1. Parties will tend to bargain to the efficient (for them) outcome, so ...

2. Fill in with efficient rules if you want to produce what they would have agreed to, or ...

3. If you don't want them to have an incentive to write longer contracts next time.

4. But one can think of reasons why some judges might reject that argument.

D. Our analysis of insurance helps tell us how to draft and fill in the blanks where the issue is allocation of risk.

E. What about the result of breach?

1. No damages or specific performance throws us back on Coaseian bargaining to get the efficient outcome.

2. Expectation or reliance damaages are Pigouvian solutions, each of which results in some inefficiencies for reasons implied by Coase's critique of Pigou.

3. Liquidated damages pushes the Coaseian bargaining to before there was a contract, when there is less of a bilateral monopoly problem--but at the cost of requiring you to set the damages without the information provided by what happens between contract formation and breach.

4. Penalty clause is essentially a contractual property rule--like specific performance, but weaker.

F. Marriage contract:

1. Exists because of sunk costs, relationship specific investments (esp children).

a. Presumably became less important as those decreased, but ...

b. Still a lot of puzzles and alternative theories as to why the drastic changes of the past fifty years happened.

2. Economics of wedding rings.

3. Problems of designing the contract.

a. The usual problems with all the breach alternatives.

b. Made harder by the fact that performance is hard to measure.

c. And the contracts are made by inexperienced amateurs.

G. Adoption, regulation of sex, etc.

1. Interesting commodification argument, but ...

2. Seems to fly in the face of first amendment principles.

3. Do children impose net externalities? Not clear.

IX. Tort Law

A. What is is: Private action for a wrong.

B. Four issues

1. What makes it wrongfultort involves a violation.

2. Causation: What does it mean to say A caused the harm?

3. Liability--strict liability, negligence, contributory negligence, etc.

4. Damages--how calculated?

C. Wrongful ultimately means "undesirable of a sort best handled by tort law!"

D. Causation ultimately means: Causally related in a way such that making the causer liable has good consequences. Hence not in the coincidental causation case, yet (paradoxically) in the redundant case. Many other puzzles such as probabilistic cases.

E. Liability: Different rules involve different ways of solving the dual causation problem by combinations of regulatory and Pigouvian approaches. Coasian approach largely out because of high transaction costs for many (but not all) tort situations. Objective--optimal precautions, supply of accidents etc.

F. Damages. Simple rule--damage done.

1. Analysis becomes more complicated with undertainty conviction, costly punishment and apprehension.

2. Which may, or may not, explain punitive damages. Lots of possible explanations, none of which fit perfectly what we observe.

G. Damages for loss of life--read my article.

X. Crime:

A. Like tort, but enforced by the state.

B. Raises issue of optimal enforcement, punishment, given that both are costly.

C. And the further complications if we allow for the incentives of the enforcers--which may be an argument against efficient punishments.

D. Gets us into the question of why have criminal law.

1. Best answer: Judgement proof defendants, negative price offenses.

2. Solved by making deterrence a private good.

3. But not for anonymous victim offenses.

E. Ethics:

1. We don't like criminals.

2. Should their gains count? Yes because ...

3. But not liking them is rational--piling moral sanctions on because other punishments are costly, hence lower than we would like.

XI. Antitrust law

XII. Alternative institutions:

A. What we are used to is not the only option.

1. Iceland at one extreme

2. 1th c. England

3. Shasta County

B. All teach us lessons about the options and their problems.

《比较法总论》教学大纲

程春明　编写

目　录

前　言.....567
第一章　概　说.....568
第一节　比较法的概念.....568
一、比较法的含义与研究对象.....568
二、比较法教学的组织形式.....568
三、比较法是否是法学的一门独立学科的争论.....568
四、比较法与其他法学学科的关系.....568
五、不同社会制度法律的可比性.....569
第二节　比较法的功能和目的.....569
一、认识功能.....569
二、为立法者提供比较法研究资料的功能.....569
三、作为法律解释工具的功能.....569
四、对于超国家的法律统一的意义和功能.....569
五、比较法在法学教育和法学研究中的作用和地位.....569
第三节　比较法的方法论.....569
一、宏观比较与微观比较.....569
二、功能比较与概念比较.....569
三、文化比较.....570
四、动态比较与静态比较.....570
五、法律比较的步骤.....570
第四节　比较法的历史.....570
一、比较法的历史，本质上是一部学术史.....570
二、比较法的两个根源.....570
三、从历史阶段看比较法研究的发展.....570
第五节　法系的样式.....571
一、法系的概念.....571
二、比较法理论中阐述的法系论要回答的几个根本问题.....572
三、在对世界上的法系进行认识，并且将各个法律秩序归入法系的时候，应当顾及的两个现象及其产生的原因.....572
四、划分法系的建议性标准.....572
五、对若干法系划分理论的评价.....572
复习与思考题.....573
拓展阅读书目.....573
第二章　民法法系（大陆法系）.....576
第一节　民法法系的概念与分布范围.....576
一、民法法系的概念.....576
二、民法法系的分布范围.....576
第二节　民法法系的历史发展.....576
一、民法法系的起源——古代罗马法.....576
二、罗马法在中世纪中后期的复兴.....577

三、法国革命和古典自然法学……578
四、法典编纂运动……578
五、德国 1990 年的统一与法律的变化……579
第三节　法律的分类……579
一、法律分类的意义……579
二、公法和私法的划分……580
三、公法……581
四、私法……582
第四节　法律规范的概念……583
一、体系的统一性……583
二、法律规范的制定……583
三、规范的最佳概括性……583
四、法的解释与区别的技术……583
五、法的可预见性……583
六、次要规范的重要性……584
第五节　法律的渊源……584
一、法律渊源的含义……584
二、制定法——从法典化向现代立法的转变……584
三、法律渊源的其他问题……585
四、条约和欧洲联盟的法律……585
五、法律规则……586
第六节　法律教育与法律职业……586
一、法律教育……586
二、法律职业……586
复习与思考题……586
拓展阅读书目……587
第三章　普通法法系（英美法系）……589
第一节　普通法法系的概念与分布范围……589
一、普通法法系的概念……589
二、普通法法系的分布范围……589
第二节　英国法的历史发展……589
一、普通法的形成……589
二、衡平法的兴起……590
三、英国革命和英国法……591
第三节　美国法的历史发展……592
一、殖民地时期的法律（1607－1776 年）……592
二、美国法的形成（1776－1865 年）……592
三、美国法在 19 世纪后期的发展……592
第四节　法律的分类……592
一、普通法法系和民法法系在法律分类上的差别……592
二、普通法和衡平法……593
三、普通法法系与公私法之分……593
四、美国的联邦法和州法……593

五、主要部门法概述.....594
第五节　法律的渊源.....595
一、判例法.....595
二、制定法.....596
三、判例法与制定法的关系.....596
四、其他法律渊源.....597
五、法律解释.....597
六、法律规则.....597
第六节　法律教育与法律职业.....597
一、法律教育.....597
二、法律职业.....598
复习与思考题.....598
拓展阅读书目.....598
第四章　欧洲联盟法 两大法系的差别与演变美国法的影响.....600
第一节　欧洲联盟法律.....600
一、欧盟的组织机构与法律渊源.....600
二、欧洲法院及其判例法.....600
三、欧盟法律与成员国法律的关系.....600
四、民法法系（法德两国）法律的影响.....601
五、普通法法系（英国）法律的影响和矛盾.....601
六、欧盟法律对成员国法律的影响.....601
七、欧盟法律的展望.....601
第二节　民法法系与普通法法系的主要差别及其演变.....601
一、在法律渊源上.....601
二、在法律推理上.....601
三、在法典化问题上.....601
四、在法律分类上.....602
五、在诉讼制度上.....602
六、在司法组织和法官社会地位上.....602
七、在法律概念、法律术语中的差别.....602
第三节　二战后美国对民法法系的影响.....602
一、二战后西方国家法律领导地位的转移.....602
二、美国法律对民法法系法律的主要影响.....602
复习与思考题.....603
拓展阅读书目.....603
第五章　当代中国社会主义法律.....605
第一节　历史发展.....605
一、自古以来至 1949 年建国前的法律.....605
二、人民共和国建立后的法律.....605
第二节　法律的分类.....605
一、宪法.....606
二、行政法.....606
三、刑法.....606

四、司法组织和民刑诉讼程序 606
五、民法 606
六、商法 607
七、经济法 607
八、劳动法与社会法 607
九、环境法 607
第三节　法律的渊源 607
一、总体评价 607
二、法律、法与立法的词义 607
三、以宪法为核心的各种制定法为主的形式 607
四、国际条约和国际惯例 608
五、习惯、政策与法律的关系 608
六、判例 608
七、法律解释 608
八、法律汇编 609
第四节　法律教育和法律职业 609
一、法律教育 609
二、法律职业 609
第五节　依法治国，建设社会主义法治国家 609
一、法制、法治和人治的概念 609
二、当代中国社会主义法治理论 610
三、依法治国的基本条件与基本原则的探索性思考 610
四、依法治国的优越性和局限性 610
五、中国实行“以法治国”的前景 610
第六节　内地与香港法律制度的重要差别 610
一、法律的分类 610
二、法律的渊源 610
三、司法组织 610
四、诉讼制度 610
五、法律解释 610
六、法官和律师 610
七、相互借鉴和协调 611
复习与思考题 611
拓展阅读书目 611
第六章　其他法系 613
第一节　伊斯兰法 613
一、伊斯兰法概述 613
二、伊斯兰法的永恒基础 613
三、伊斯兰法对现代世界的适应 614
四、伊斯兰法的具体运行状况 615
第二节　印度法 616
一、印度法的定义 616
二、印度教社会法 616

三、印度国法.....618
第三节　北欧法系——斯堪的纳维亚法的演进及其当代形态.....619
一、北欧法系的定位.....619
二、将北欧法独立出来的原因.....619
三、北欧法律的演进.....619
四、北欧地区法律同化的条件.....620
复习与思考题.....620
拓展阅读书目.....620

前　言

课程编号：

课程名称：比较法总论　　英文名称：Introduction of Comparative Law

学时：　　学分：

课程适用专业：法学　　课程组别：

一、课程性质及编写目的

《比较法总论》是法学专业的一门专业选修课，目的是使学生系统掌握比较法的主要内容，并能运用所学知识分析世界上各种类型的法律。同时，通过对当前世界各种类型的法律的研究，加深对法律基本理论知识的理解和把握，开拓学生分析和观察法律问题的视野。

二、课程简介

（一）本课程主要教学内容：

本课程教学的主要内容包括导论、大陆法系、英美法系、欧洲联盟法、当代中国社会主义法、其他法系共五章。在讲述比较法自身的若干理论问题的基础上，重点讲述大陆法系、英美法系的形成、演变、特征等相关问题。

（二）本课程教学基本要求：

通过本课程的学习，要求学生比较全面深入地领会比较法的基本理论，系统掌握大陆法系、英美法系所涉及的主要问题，初步了解各种类型法律的基本制度，加深对不同类型的法律制度认识，并能运用所学知识进行相关比较，解决实际问题。

第一章　概　说

本章教学目的和基本要求：掌握比较法的含义和研究对象，并在此基础上理解比较法的功能与目的，学会区分比较法与其他相邻法学学科的联系和区别。了解比较法的方法论，以及比较法发展的历史。掌握法系的概念，学习不同学术流派划分法系的不同标准和方式，学会独立思考不同法系划分之间的优劣长短，从而真正理解到比较法的精髓和价值所在。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　比较法的概念

一、比较法的含义与研究对象

（一）比较法的含义：比较法是对不同国家（或特定地区）的法律制度的比较研究。

1．宏观比较：当比较法所比较的是不同国家的法律秩序的时候，这种比较可以在大局上进行，也即对不同的法律秩序的精神和样式以及它们通常使用的思想方法和操作法相互比较。人们有时将这种比较称为宏观比较。

2．微观比较：同宏观比较恰好相反，它比较的是各个法律制度或者法律问题，从而比较那些在不同的法律秩序中用以解决一定的具体问题或者一定的利益冲突的规则。

宏观比较和微观比较之间的界限常常是不易分清的，人们往往必须同时进行两种比较。

（二）比较法的研究对象：不同国家的法律制度的比较，或者同一国家不同地区之间的法律制度的比较。

二、比较法教学的组织形式

1．基础训练。2．部门法之间的比较研究。3．对一些精选的专题进行较为深入的比较研究。

三、比较法是否是法学的一门独立学科的争论

四、比较法与其他法学学科的关系

1．比较法与国际私法：是根本不同的两个领域，但却互相影响。国际私法或冲突法是现行的本国法的一个部门，而比较法则是以一种“纯粹科学”的面目出现的。

2．比较法与国际公法

3．比较法与法理学：法理学中所阐述的基本概念和原理是比较法中必不可少的，比较法也为法理学提供了许多比较法的知识和研究成果。

4．比较法与法制史：关系密切。体现在比较法制史和现行比较法的研究上。

5．比较法与法律社会学：这两门学科不仅能够和必须大量地互相学习，而且还可以使用相同的方法。

6．比较法与国内法中部门法学：相互提供材料和结论。

7．比较法与外国法学：外国法学泛指对本国法以外的其他国家法律的研究，但仅仅是研究外国法，还不是比较法。

五、不同社会制度法律的可比性

（一）应注意法律规则的“政治目的”与其“功能”之间的区别
（二）应注意体现某种价值的法律与体现商业活动的法律之间的区别
（三）应注意法律的本质与现象、法拉第内容与形式或法律的整体与部分之间的区别

第二节　比较法的功能和目的

一、认识功能

该功能与其他一切科学方法的功能是一样的。

二、为立法者提供比较法研究资料的功能

三、作为法律解释工具的功能

尤其是在执法、司法和律师业务中，该功能发挥得更为全面。

四、对于超国家的法律统一的意义和功能

即协调各国法律，基于某些基本理念形成某种程度上的统一法律。

五、比较法在法学教育和法学研究中的作用和地位

（一）比较法在法学研究中的意义

就一个国家在一定时期的法学而言，它总是以研究本国现行法律为重点的。但这决不意味着一国的法律教育或法学研究仅以本国现行法律为限。在现代世界，如果采用闭关自守的政策，不仅是愚蠢的，其后果也是很不利的。

（二）比较法在法学教育中的意义

1．比较法对大学教育具有巨大意义

2．与此相对，比较法在今天大学教育中所占的地位依然是相当低微的，尽管在最近几十年里这种情况得到了一定改观。

3．为了说明关于比较法教育的理想和其发展的可能趋势，我们必须把这个主题放在重大的事物关联中进行考察。

第三节　比较法的方法论

一、宏观比较与微观比较

需要明确，不同法系或不同社会制度的具体规则或制度，或甚至不同部门法之间的比较研究是宏观比较还是好微观比较。

二、功能比较与概念比较

在法律上可比的只有那些实现相同功能的事物。

功能是一切比较法的出发点和基础，也即“共同的起点”。功能比较强调，既然一切比较法的关键是具体的事实问题，那么人们决不能让本国法律制度的概念模糊自己的视线。

与功能研究方法对称的方法，一般被称为结构方法和概念方法，也有人称为规范比较或立法比较。它们的主要含义是着重研究本国法律制度，即它的概念、结构、规范等。

三、文化比较

法律与文化的关系是所有法学和比较法学都应研究的一个重要课题。文化比较自 20 世纪 70 年代以来，在西方法学中得到了强调。但是，在法律的发展过程中，文化并不是最终决定因素，也不是惟一的影响因素。

四、动态比较与静态比较

动态比较的研究方式由萨科在上个世纪 90 年代初提出。指除了法律条文的研究之外，还应当研究法律的产生、本质、发展、功能（作用）、形式，以至法律的制定和实行等问题。

静态比较通常是指对一般的法律条文进行比较研究。

动态比较和静态比较是互相配合还是根本对立，在学术上有争论。

五、法律比较的步骤

（一）在所比较的两个或两个以上国家中找出人们共同遇到的社会问题或者社会需要，也即找出“共同的起点”。

（二）研究那些国家对这种社会问题或社会需要所采取的法律解决办法，即有关法律规范、程序和制度。

（三）对不同国家所采取的法律解决办法异同的理由进行研究。

（四）进一步研究这些异同及其产生原因的可能趋势。

（五）对各种法律解决办法进行评价。

（六）根据既定的社会存在和需要，既定的解决办法的实际影响也即某些领域的发展趋势，可以合理地预测未来的发展。

第四节　比较法的历史

一、比较法的历史，本质上是一部学术史

法的历史首先是探讨法律制度有机的历史发展；而比较法的历史则首先是个人的精神产品的历史，而且只是在最近的时期里它才接触到同比较法相关联的外界的一般事实。但尽管如此，这种学术史是同各个时代精神的根本倾向密切融合的。

二、比较法的两个根源

根据今天的实际情况看，比较法来自两个明显不同的根源，即“立法比较法”——在创造新的本国法律之际参考外国法，和“学术理论的比较法”——为了更好地认识法律起见，对不同的法律制度进行的比较的考察。

立法比较法在历史上说是比较早的，但在其连续性上是比较持续不断的。

立法上的比较法同作为学术分科的比较法几乎不是平行地发展的。同立法实践的不间断的连续性相对，在学术上则是踌躇和拒绝，而其后是过渡乐观阶段。

三、从历史阶段看比较法研究的发展

（一）19 世纪以前法律的比较研究

1．公元前 6 世纪梭伦对城邦法律的研究

2．公元前 5 世纪古罗马的《十二铜表法》

3．中世纪的西欧，由于教会和神学的统治地位、封建割据、世俗政权的法律在社会生活中的次要地位以及成文法数量极少等因素，缺乏比较法发展的条件。

4．17－18 世纪，标志着新的社会制度——资本注意制度和新的世界官——资产阶级的法学世界观的诞生。

代表人物：培根、格老秀斯、莱布尼茨、维柯和孟德斯鸠

（二）比较法在十九世纪中期的兴起

1．代表人物：如德国法学家米特迈耶、英国法学家伯奇、美国的肯特、法国的萨莱亦和朗贝尔。

2．主要事件：如 1831 年法国法兰西学院的成立、1846 年巴黎大学设立的“比较刑法讲座”、1900 年巴黎的第一次国际比较法大会，以及新康德主义法学派的兴起。

3．比较法学在这一阶段的局限性

一方面，即使在西方，比较法也仅仅主要流行于欧洲大陆各国，即民法法系国家；另一方面，更重要的是，人们对比较法目的和任务的理解在这一阶段还是一种不切实际的幻想。

（三）二战后比较法的巨大发展

1．战后，西方比较法学界，一般已经放弃了建立所谓“世界法”的幻想，而采取了比较务实的态度：比较法的任务主要在于对不同国家的法律，通过比较研究而增进相互了解和借鉴。

2．比较法的研究也逐渐由召开会议集中讨论比较法的基本理论而转向主要研究有关部门法比较的应用等问题。

3．战后比较法的巨大发展，主要体现在三个方面：一是在立法、执法和司法方面；二是在法律教育方面；三是在学术组织、活动和成果方面。

（四）比较法在中国的历史发展

1．古代：李悝的《法经》、汉代的《刑法志》、清代编写的《唐明律合编》等

2．真正近代意义上的比较法研究，在我国历史上，是从清末沈家本主持修订法律工作开始的。他提出了广泛研究外国法律的方针，翻译外国法律，并派人出国考察法律。

3．民国时期，比较法进一步发展，但总的来说，也未发展成法学的一门独立学科。

当时在有些大专法律学校中，也开设了少数部门比较法学课程。

各部门比较法学中，出版最多的是比较宪法。

4．1949 年中华人民共和国成立之后，比较法学有了明显进展

在立法工作中反映明显；出版了若干比较法和外国法著作；翻译并出版了若干比较法的著作；出版了少数直接有关比较法与外国法的刊物；少数高等法学院系和法学研究机构成立小型的外国法与比较法研究所；中国法学家开始与国外比较法学研究机构或比较法学家进行交往。

但总的来说，与其他一些主要的法学学科相比，或者就其对我国法制建设、法学教育与法学研究应当其的作用而言，比较法在我国还处于初创阶段。

第五节　法系的样式

一、法系的概念

1．一般来说，它可以理解为由若干国家和特定地区、具有某种共性或共同传统的法律的总称。

2．法系并不是指一个国家法律的总称，而是指一些国家或地区的法律总称，是指同一类法律的总称。

3．这些国家或地区的法律之所以构成一类，是因为从某种标准来说，它们具有一种共性或共同的传统。

4．一个法系中的任何法律当然是属于一定社会制度的法律。

5．法系这一用语，在西方法学家的用法中也相当混乱。为了避免这种用语上的困难，特别是避免适用 legal system 这一多义词来称呼“法系”，有的西方比较法学家就用“法律传统”一词来替代“法系”。

6．法系划分对比较法研究的意义

二、比较法理论中阐述的法系论要回答的几个根本问题

（一）是否可能将世界上为数众多的法律秩序加以分类，归入少数的几大集团（即“法的家族”或“法圈”）之中？

（二）如果可以进行上述分类，这样一种分类应当依照什么标准？

（三）如果确信这样分类是可行的，我们应当依照什么标准决定某一个法律秩序是归入这一个集团而不是另一个集团？

三、在对世界上的法系进行认识，并且将各个法律秩序归入法系的时候，应当顾及的两个现象及其产生的原因

（一）比较法研究从开始到现在，都是集中（虽然还远远不够充分）在大陆法学称为私法的各个领域。

（二）因为比较法研究超越实在法的素材，并且通过在评论性的比较中获得见识，它的认识通常在很大程度上独立于立法者的独断意志。但是将世界性法律秩序划分为法系到某种程度，并且将各个法律秩序归到某一法系，却受到时代的制约，很容易受到立法或者其他事件的左右。

四、划分法系的建议性标准

在我们看来，具有决定性的划分因素是：各个法律秩序和这些法律秩序所构成的整个群体具有的样式。

（一）法系论范围内样式构成的因素

1．一个法律秩序在历史上的来源与发展

2．在法律方面占统治地位的法学思想方法

3．特别具有特征性的法律制度

4．法院的种类及其解释

5．思想意识因素

（二）从几种具有代表性的法系划分学说看法系划分的标准

如 1905 年，法国法学家埃斯曼提出的五个法系之分；1904 年日本学者提出的七大法系之分；二战后以法国达维为一方的“三大法系”划分法，以及以德国的茨威格特为另一方的“八大法系”划分法。

五、对若干法系划分理论的评价

（一）对“三个主要法系”理论的评价

（二）对“对内比较和对外比较”理论的评价

（三）对“当代中国法律代表‘中华法系’”理论的评价

（四）法系划分的变化

1．西方两大法系日益靠拢。

2．欧洲联盟法律日益发展成一种独特的法律，特别是它体现了两大法系之间的冲突和协调。

3．美国法律逐步取得西方法律中的理智上的领导地位，广泛地影响着其他西方国家的法律。

4．自 90 年代初东欧剧变之后，社会主义制度在前苏联和其他东欧国家相继消失，以前苏联为代表的“三大法系”之一的“社会主义法系”也趋于消失。

5．自 1978 年以来，当代中国的社会主义法律制度，已取得了巨大的发展。“一国两制”下的法律领域成为现实。

6．自 70 年代末以来，伊斯兰教法正在进行各种新的改革。

复习与思考题

1．比较法与其他法学学科有什么区别和联系？其区别的标准在于什么？

2．你认为比较法是否是一门独立的法学学科？为什么？

3．比较法的功能和目的何在？请阐述比较法在法学中的价值和地位？

4．你认为我国的比较法研究处于什么阶段？与国外和其应然状态相比还有哪些不足之处？你觉得应如何改进我国的比较法研究路径？

5．如何区别宏观比较和微观比较？试用自己的方式举例说明。

6．你认为中国古代存在比较法研究吗？为什么？试举例说明。

7．什么叫“法系”？法系的划分对比较法研究的意义何在？

8．试比较不同的法系划分学说？并分析其划分标准。你赞成哪种划分标准？为什么？

9．如何确定比较法一词的含义？

10．在比较法的发展过程中，对不同社会制度的法律之间的可比性一直存在着争论。你对这一问题如何看待？为什么？

11．请简要叙述比较法在中国发展的历史。

12．你认为法律比较应分为哪几个步骤进行？为什么？

13．比较法的研究对于立法的作用有那些？

14．当代比较法研究中关于法系划分的变化是什么？为什么会出现这些变化？

15．比较法研究对于执法、司法以及律师业务的作用有哪些？

16．试论述比较法在法律教育和法学研究中的作用。

17．试论述比较法在协调各国法律中所发挥的作用。

18．比较法学中功能比较和概念比较的联系和区别何在？

拓展阅读书目

Watson, “Legal Transplant: An Approach to Comparative Law”,1974.

Grossfeld, “The Strength and Weakness of Comparative Law”,1990.

“International Encyclopedia of Social Science”, 1978, vol 9.

K. Zweigert & H. KÖtz, “An Introduction to Comparative Law”,1977, vol. 1.

Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, in “American Journal of Comparative Law”, 1991, vol. 39.

Salmond, “Jurisprudence”(8th ed).

R. David and J. Brierley, “Major Legal System in the World Today”,1985.

Schlesinger & Others, “Comparative Law, Cases-Text-Material”(1988, 5th ed).

Bogden, “Different Economic Systems and Comparative Law”, in “Comparative Year-book” (1978) vol.2.

Gutterridge, “Comparative Law”(1946).

K. Kagan, “Three Great Systems of Jurisprudence” (1995).

R. David, “Comparative Law, Study of” in “Encyclopedia Britaunica”, vol. 4.

A. Sprudzs, “The International Encyclopedia of Comparative Law”, in “American Journal of Comparative Law”,1980.

Peter and Lamn, “General Report to the 10th International Congress of Comparative Law”,in “Legal Development and Comparative Law”(1982).

P. Pazartzis, “ⅩⅣth Congress of the International Academy of Comparative Law”, in “American Journal of Comparative Law”,1994, vol. 42.

L. Friedman, “The Legal System”(1975).

Cruz, “Modern Approach to Comparative Law”(1993).

P. Hay, “An Introduction to U.S. Law”(1991).

J. Merryman & D. Clark, “Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems”(1978).

E. Stein, “Uses, Misuses—And Nonuses of Comparative Law”, in “Northwestern University Law Review”(1977).

Merryman, “Civil Tradition”(1969).

M. Rheinstein, “Comparative Law—Its Functions, Methods and Usages”.

Wigmore, “A Panorama of the World Legal Systems”(1928), vol. 3.

D. Walker, “The Oxford Companion of Law”(1980).

沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版。

布朗·若万：《比较法教学——目的和方法》，王彤译，载沈宗灵、王晨主编：《比较法学的新动向》，北京大学出版社 1993 年版。

齐夫斯：《法的渊源》（1981 年），转引自 B. 图曼诺夫：《论比较法学的发展》，中译文载《法学译丛》，1983 年第 2 期。

斯坦列夫：《社会主义法学中的比较方法》，中译文载《法学译丛》1982 年第 6 期。

沈宗灵：《格老秀斯的自然法和国际法学说》，载《中国国际法年刊》，1983 年。

沈宗灵：《法律社会学的几个基本理论问题》，载《法理学研究》，1991 年。

卡佩莱蒂：《比较法的教学与研究——方法与目的》，王宏林译，载《比较法学的新动向》。

克雷波：《比较法、法律改革与法典编纂——国内和国际透视》，王宏林译，载《比较法学的新动向》。

亚里士多德：《雅典政制》，三联书店 1957 年中译本，日知、力野译。

李维：《罗马史》第 3 卷，中文摘译见《世界史资料丛刊初集·罗马共和国时期（上）》，三联书店 1957 年版。

《国际比较法科学院 1995 年年度指南》。

B.H.库德里亚夫采夫和 B.A.图马诺夫：《第十届国际比较法学大会综览》，中译文载《法学译丛》1979 年第 5 期。

潘汉典：《比较法载中国：回顾与展望》，《比较法研究》1992 年第 2 期。

科基尼·亚特里道：《比较法的某些方法论方面的问题》，刘慈忠译，载《法学译丛》，1989 年 5 月。

《法学基础理论》，北京大学出版社 1977 年版。

乔·萨非里乌：《比较法载立法上的作用》，潘汉典译，载《法学译丛》，1983 年第 4 期。

董必武：《论社会主义民主和法制》。

国务院新闻办公室：《中国知识产权保护状况》（1994 年 6 月）。

项淳一、杨景宇、顾昂然：《努力建设有中国特色的社会主义法律体系》，载《红旗》杂志，1984 年第 3 期。

萨博：《比较法的各种理论问题》，中译文载《法学译丛》，1983 年第 1 期。

第二章　民法法系（大陆法系）

本章教学目的和基本要求：正确把握民法法系的概念和特征，了解民法法系的分布范围。理解民法法系的历史发展及其对法系特征形成的影响。掌握民法法系国家的法律分类，尤其是公法私法的分类意义、标准、方式及相关学说的优劣。理解民法法系国家法律渊源划分的现实状况及复杂性，以及法律规范的含义和在民法法系中的特殊重要性。了解民法法系国家法律教育及法律职业的现状及特色。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　民法法系的概念与分布范围

一、民法法系的概念

（一）民法法系通常是指以罗马法为基础而形成的法律的总称。它是与普通法法系相对称的法系名称。

在法学界，民法法系还有其他一些名称。有人称之为“罗马法系”，有人称之为“罗马日耳曼法系”，还有人称之为“大陆法系”或“法典法系”。不同的称谓对应不同的视角。

（二）民法法系不同于普通法法系主要有两点：一个是前一法系中的绝大部分私法是法典化的；另一个是：民法强烈地和广泛地受罗马法的影响，而罗马法对普通法的影响远远没有那么深刻，也决没有那么普遍。

（三）民法法系的形成长达十几个世纪。在这一过程中，它也受到了罗马法以外的其他法律的影响，如日耳曼法、习惯法、教会法、商法、封建法、城市法等。同时，民法法系的形成与其他一些重大的历史事件，如中世纪罗马法的复兴、十八世纪法国大革命，也是不可分的。

二、民法法系的分布范围

民法法系是西方两大法系之一，它的分布范围极为广泛，以欧洲大陆为中心，遍布全世界广大地区。

民法法系是以法国和德国为主的。有的比较法学家主张民法法系可以分为法国和德国两个支系（但也有反对意见），前者包括拉丁语系各国，后者包括日耳曼语系各国。

法国主要通过自己的《民法典》（1804 年）影响其他民法法系国家。法国民法典对欧洲以外广大地区也有重大影响。德国在诉讼法和行政法方面深受法国法律的影响。

世界上还存在着西方两大法系之间或与宗教法系相互交错并存的一些法律制度。这种法律制度在比较法学中通常称为“混合法”。

第二节　民法法系的历史发展

一、民法法系的起源——古代罗马法

这里的古代罗马法时期是泛指概念，即从罗马奴隶制社会逐步形成时期（约公元前 450 年），直至约公元 534 年东罗马皇帝查丁士尼。

（一）《十二铜表法》时期

《十二铜表法》体现了当时平民对贵族的一次重大胜利，但平民与贵族的地位仍不平等，两者之间的斗争仍然很激烈。该法在公元前 390 年高卢人入侵罗马时被焚。

（二）“公民法”与“万民法”并存时期

公民法也被称为市民法，是指仅适用于罗马公民的法律。

由于贸易的发展和加强统治的需要，罗马统治者于公元 242 年左右开始任命专门审理涉及非公民案件的外事裁判，由他们参照公民法、地中海沿海地区的商业习惯和其他地区法律，通过他们颁发的告示和罗马在其占领地区行省长官的命令，逐步形成另一种罗马法。由于这种法律适用于罗马非公民之间或罗马公民与非公民之间，因此被称为万民法。

公元 212 年所有占领区居民都称为罗马公民之后，万民法与公民法一同成为罗马的国法。万民法的名称以后成为国际法的一个历史渊源。

（三）罗马法的“古典时代”、法学家集团和法律渊源

1．西方研究罗马法的法学著作中，往往将罗马帝国前期称为罗马法的“古典时代”，以表示这一时期罗马法和罗马法学的发达。目前留传下来的罗马法学家的作品，十有九以上均出自这一时期。

2．罗马法在这一时期兴盛的原因分析

3．罗马法学家在这一时期的主要活动

4．罗马法学家的派系之分（西方法律思想史中第一次出现相互对立的法学派别）：拉别奥创始的普洛库尔派和卡必多创始的萨宾派。

5．罗马法学家主要阐述私法制度问题，对法律哲理方面的问题并没有显著的贡献。他们将斯多葛派的抽象的自然法学说与罗马的实在法，特别是它的万民法，紧密地联系起来。

6．罗马法的渊源，即根据法律效力来源不同而形成的法律类别，在不同时期各有不同，但以古典时代最为典型。

罗马法学家已经提出了成文法和不成文法或习惯法之分。就成文法而论，罗马法的渊源大体包括五类，即具有立法权的会议制定的法律、元老院的决议、皇帝敕令、高级长官告示和法学家的解答。

（四）查士丁尼编纂法律时期

这是古罗马法发展的最后一个时期。从公元 3 世纪初开始，罗马帝国全盛时期告终，罗马法和罗马法学急剧衰落。公元 395 年，罗马帝国分裂为东西两部分。西罗马帝国于 476 年被日耳曼人所推翻，东罗马法帝国（后改为拜占庭帝国）直至 15 世纪才被土耳其人所灭亡。

查士丁尼时期编纂了浩大的《学说汇纂》。在编纂《学说汇纂》的同时，官方法学基础教材《法学解体》于 533 年公布，具有法学效力，其内容实际上士《学说汇纂》的一个总论。

《查士丁尼法典》于 534 年生效，并留传至今。全法典共编入 5000 个敕令，其中约有 2/5 以上的敕令是 4 世纪末宣布基督教为国教时发布的，因而《法典》中基督教影响较大。

《学说汇纂》中主要体现了古典时代以后，特别时东罗马帝国早期的法律及其社会条件。

《学说汇纂》和《法学阶梯》中都记载了罗马法学家乌尔比安关于公私法之分的学说。在查士丁尼所编纂的罗马法中，虽然也包括了公法方面的内容，但主要内容是私法。

二、罗马法在中世纪中后期的复兴

（一）历史背景

所谓的“罗马法的重新发现”对罗马法的复兴提供了一个重要条件。

注释法学家等中世纪法学家对罗马法的研究和传播，也为其复兴提供了另一个重要条件。但罗马法在当时复兴的原因，首先是由于西欧中世纪存在某种法律的社会条件；其次是罗马法本身的内

容和某些特征能符合当时时代的需要：

1．在中世纪的西欧大陆，特别是意大利，海上贸易和手工业逐步发展，城市、市场和商人逐步兴起。标志着资本主义经济和资本家的前身——市民等级在封建社会内部开始成长的需要和市民等级的利益。

2．以《民法大全》为代表的罗马法，就其内容而言，是一种完整地体现了简单商品生产的法律。

3．《民法大全》中包含了君主拥有绝对权力，在客观上意味着削弱封建割据势力，促进民族统一的国家的形成。

（二）注释法学家、评论法学家和人文主义法学家

1．注释法学家的注释形式主要是在要注释的文本边缘或行间写上注释。除了注释之外，他们还应用了以下几类阐明文意的形式：异议；问题；案件；准则或定义；大全。

2．自 13 世纪后期至 15 世纪，继注释法学家之后的评论法学家进一步要求将罗马法与当时西欧大陆的实际生活、教会法、国王敕令、地方习惯法结合起来。

在方法上，评论法学家要求放弃文意注释而改为系统论述，要通过综合和抽象而探索法律的原理和法律规则的根据，从而建立一种法律的分析结构。这种方法也就是以后构成民法法系传统的方法。

3．人文主义法学家以法国布尔日大学为传播中心，又被称为法国派。他们强调语言和历史，要求将罗马法看作历史现象而不是一批现行的法律，要求从注释法学家、评论法学家和查士丁尼时代编纂者对罗马法的曲解中解放出来，用一种历史的、比较的方法，即根据罗马法当时的历史条件或对罗马法原文进行比较的方法来研究罗马法。

（三）“对罗马法的接受”

自 11 世纪末至 16 世纪的注释法学、评论法学及人文主义法学主要体现为罗马法在学术领域中的复兴。在西方法学著作中，对这一种复兴称为“对罗马法的接受”。通过接受，《民法大全》的规则不再仅仅是大学中所教的理想法的基础，已经取得了在法院中的效力。

（四）地方习惯法、教会法和商法

三、法国革命和古典自然法学

总的来说，法国革命和古典自然法学的理性主义思潮对民法法系传统的影响有以下几个方面：

1．法国革命和自然法学说构成了民法法系公法的历史渊源。在民法法系国家中，法国开创了成文宪法的先例，确立了以宪法保障公民权利的制度，以三权分立为原则的代议制。

2．私法领域的重大变革。民事权利平等、私有财产神圣不可侵犯、合同自由以及无过失不负损害赔偿责任等是近代资本主义民法的基本原则。法国革命为这些原则提供了政治基础，自然法学说则为它们提供了思想基础。

3．法律思想的巨大改变。大革命和古典自然法学强调法律代表人的理性或人性，代表全体社会成员的意志，在法律面前人人平等，法律的主要作用在于确定国家和人民的关系，保障人民的自然权利和限制国家对权力的滥用，要法治不要人治，法律在社会生活中应占首要地位等等。

4．使制定法在法律渊源中的首要地位以及法典化得以确认。

四、法典编纂运动

（一）法典编纂运动的历史背景

19 世纪民法法系国家的法典编纂运动，除了经济、政治这些主要因素外，还有历史、思想和法律制度等方面的因素。

1．建立民族国家的需要

2．古典自然法学的理性主义思潮

3．查士丁尼《民法大全》的传统

（二）法国的法典编纂

法国在个革命以前，法律很不统一。自 16 世纪建立中央集权的君主专制起，以国王敕令为核心的制定法大量增加，但在私法方面的敕令并不很多。

法国改换法律的次数非常频繁。

法国革命一开始就将统一民法作为其最重要的目标之一。法国民法典自 1803 年 3 月至 1804 年 7 月以 36 个单行法的形式（相当于该法典 36 章）分别通过。

1802 年 3 月，拿破仑任命由 5 个法官、律师组成的委员会负责起草民事诉讼法典。新的民诉法典于 1807 年生效。

1804 年，起草商法典草案。

1801 年，其组织起草将刑法和刑事诉讼法都包括在内的法典草案。1808 年该草案一分为二，使刑法和刑事诉讼法成为两个独立的法典。

根据后世有的法学家的评论，民事诉讼法典、商法典、刑法典和刑事诉讼法典的质量远远不如民法典。这主要是因为民法典集中了几代法学家共同的努力，而这几部法典却都没有较好的模式作为借鉴，即使有一些模式但都不适合新时代的需要。此外，当时也缺乏有关这四部法典的较为权威的著作。准备工作匆忙。

（三）德国的法典编纂

在 15－16 世纪，德国开展了接受罗马法的活动，承认罗马法是“普通法”，但法律仍不统一。

在 18 世纪，德国最出名的法典是《普鲁士邦法》。1803 年曾加以修改，其中民商法部分在普鲁士施行一百多年，直至 1900 年才由《德国民法典》所代替。这一邦法典既规定了农奴制、等级制、君主专制，又加进了近代资本主义法律的一些概念和制度和自然法的道德说教，因而从属于从封建社会向资本主义社会过渡性质的法律。它适用于全普鲁士，但又受到各省和地方习惯法的制约。

法国民法典代表了当时正在兴起的法国资产阶级的利益，而普奥两国却基本上还处于贵族专制统治下。它们显然体现了不同的社会背景。

1871 年德国统一后，迅速制定了各种统一的法典。1871 年先将被德意志联邦于 1870 年制定的《刑法典》改为全德《刑法典》；1877 年又先后制定了《法院组织法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《破产法》。但制定民法典遇到了困难。

1896 年 7 月正式通过《民法典》。1900 年生效。同时制定了《德国民法典施行法》。在民法法系中 1896 年的《德国民法典》是继 1804 年《法国民法典》之后的最重要的一部民法典。

五、德国 1990 年的统一与法律的变化

（一）1990 年的统一

三个条约的生效，在法律上宣告了德国的统一。原德意志民主共和国及其法律制度消失，原德意志联邦共和国的法律制度成为整个德国的法律。

（二）原东德法律制度的消失

（三）企业的私有化

第三节　法律的分类

一、法律分类的意义

法律可以从不同标准出发加以分类。从形式意义上看，部门法的划分对一个国家的立法、执法、

司法、法律教育等都有重大意义。从法律的实质上说，法律的不同部门法就是法律制度内可能存在的特定的实用意义的多元性的体现。它旨在对仅仅外表上统一的法律体系的“独立”规则，给予某种范畴关系。法律的分类不仅仅是外表的目的，而且可能是与不同国家所承认的正义和社会秩序观念相联系的。

民法法系在法律分类问题上的一个共同特征是：公法和私法之分是法律的基本分类。

二、公法和私法的划分

（一）公法和私法之分的起源和盛行

民法法系中关于公法和私法的划分，也来源于古罗马法。据《学说汇纂》记载，乌尔比安认为：“公法是关于罗马国家的法律，私法是关于个人利益的法律。”

但从查士丁尼《民法大全》的主要内容，和中世纪西欧大陆法制状况来看，公法的地位明显低于私法。

直到 17－18 世纪，公法的地位才大大提高，公私法的划分也趋于确立。这一转变有以下几个因素：

1．随着封建制度的瓦解，近代民族统一国家的形成和发展，国家主权观念的兴起以及国家机构的相对加强，有关公法也就急剧增多。

2．资本主义反对封建主义的斗争不仅要求以资本主义私有制为基础的财产权、合同自由等私法上的权利，而且也要求政治上的即公法上的各种自由和权利。

3．17－18 世纪先进思想家的学说，包括古典自然法学说，也有力地促进了法律部门的变革，促进公法的加强和公私法之分的确立。

19 世纪的西欧大陆，公私法之分几乎成了一个自明的真理。这一现象是同当时经济领域中的自由竞争及与此相适应的个人自由主义不可分的。

（二）公私法之分的动摇

20 世纪，随着国家在社会、经济领域中的活动日益扩张，在法律领域中出现了“法律社会化”的现象。就公私法之分而言，其结果必然是公法和私法之间相互渗透，两者的界限有时模糊不清。

1．私法的公法化

2．公法的私法化

3．介于公私法之间的混合法的不断出现

（三）划分公私法标准的学说

1．权力说，又称主体说，在法国最为流行。主张划分公私法的标准在于法律关系的主体（至少有一方）是否代表国家或某种公共权力。

2．服从说。以德国的耶利内克为代表。主张公私法划分的标准在于法律关系上的差别。如果双方处于对等关系就属于私法，如果是上下服从关系就属于公法。

3．强行法说。以瑞士的伯克哈特为代表。认为公法是强行法，其法律关系不能由当事人任意改变，法律应由国家机关根据职权强制执行。私法是任意法，这种法律关系可以由当事人协商加以改变，法律的强制执行也应通过当事人的要求。

4．利益说。以上三种学说都以法律的某种形式特征作为划分的标准。利益说则从法律的实质内容或目的出发来确定划分的标准。认为，旨在维护公共利益的法律属于公法，旨在维护私人利益的法律属于私法。

5．折衷说或混合说。主张将几种标准结合起来考虑，特别是将主体说和服从说结合起来。

（四）公私法的划分和法院管辖权的关系

1．在民法法系国家，公私法之分同法院管辖权的关系极为密切。根据这些国家的传统，两个法院系统，及普通法院和行政法院并行存在，管辖权严格分开。前者受理一般民事和刑事案件，通

称为私法案件。行政法院受理行政诉讼，通称为公法案件。

两种法院管辖权之分是以公私法之分作为理论依据的，反过来，行政法院的存在又积极推动了公法的发展和公私法之分的确立。

2．法国 19 世纪 70 年代以前划分两种法院管辖权的三种标准：“国家作为债务人”的标准；“公权行为”标准；“公共行政”标准。

70 年代后，出现了“公共服务”标准。但法院从未对“公共服务”这一概念下过任何定义，从而导致了适用范围的扩大。

3．战前德国在划分两种法院管辖权标准的问题上比法国清晰，适用主体和服从两个标准的混合。当然，也有例外。

三、公法

（一）宪法

1．宪法一词，在西方古代与中世纪就已经出现，是多义词。正式意义上的宪法是近代资本主义革命和争取民族统一运动时才发展的，其含义不仅是国家的根本法，而且意味着某种形式的民主与法制。

2．在所有西方国家，宪法是本国的根本法。

3．法国和德国的现行宪法有很多共同点。如实行成文宪法、共和国、代议民主、多党制度、两院制……

4．法德差别：国家结构形式上的差别；代议政制形式上的差别；在行政法院和危险审查方面的差别；在人和公民权利方面的差别。

（二）行政法与行政诉讼法

1．在两大法系中，行政法实在民法法系，特别是在法国首先兴起的。在民法法系中，公法实质上主要指行政法。

2．民法法系中行政法与一般私法，即民法和商法的区别

3．法国与德国行政法的共性与区别：从行政法和行政法院建立的历史、行政法编纂的篇章结构、行政法院的隶属、行政法中实体法和程序法的划分、行政行为和行政合同、行政侵权行为责任等方面加以认识。

（三）刑法

发展趋势的预测：1、难以预测；2、必须考虑到犯罪情况的恶化；3、从整体上看，应注意对被拘禁人的基本人格。

（四）司法组织和刑事民事诉讼程序

1．司法组织

法国有两个法院系统：普通法院和行政法院，各分为三级。

德国司法组织与法国有很多共同之处，两者的主要区别首先在于德国是联邦制国家，因而有联邦制国家司法组织，比法国的单一制国家的司法组织复杂。

其次，德国除了宪法法院之外，还有五个法院系统：普通法院、行政法院、劳工法院、税务法院和社会法院，这五个法院一般分为三级。

2．民事和刑事诉讼法

民事诉讼程序法是程序法中最为发达的。刑事诉讼程序法和行政诉讼程序法都是在民事诉讼程序法的基础上发展起来的。

民法法系中诉讼程序法的代表是法国于 1806 年和 1808 年先后制定的《民事诉讼法典》和《刑事诉讼法典》。

民法法系国家的诉讼法虽然有不少区别，但也有许多共同特征：在民事案件中不实行陪审制，

它仅用在刑事重罪案件中；没有诸如传闻不构成证据之类的证据规则，但也有不少关于证据的限制；一般实行自由心证；中级上诉法院受理上诉案件的含义较为广泛，不仅有对法律适用是否正确的审查，而且有对认定事实是否正确的审查，一般还容许提出新证据，但最高法院对上诉案件的处理一般仅指对适用法律是否恰当的审查。

民法法系国家在诉讼程序上的另一个重要特征是实行职权制。

四、私法

民法属于一般私法，商法属于特别私法。当然，在实行民商合一制的国家，商法作为一个独立部门法已经不存在。但这些国家也还有特别私法。

（一）民法

民法法系是以民法为中心发展起来的。

1．《法国民法典》和《德国民法典》

《法国民法典》以法律面前人人平等、政教分立、人身自由、合同自由、私有财产神圣不可侵犯等作为基本原则。

《德国民法典》与《法国民法典》所处的时代有很大不同，《法国民法典》体现了自由资本主义时代的要求，而《德国民法典》虽然也保留了自由资本主义时期私法的基本原则，但又在一定程度上使它们适应垄断资本主义时期的需要。

2．民法典的结构、立法技术和风格

一般民法典大体上分为以下几个主题，即人法、债法、财产法或物权法、家庭法或亲属法和继承法。

但在民法法系各国的法典中，对这些主题在结构编排上有很大差别：（1）其中一个重大差别在于是否将总则列为单独的、实质性的一编。（2）另一个重大差别是关于总则编以外各编的结构。在这一问题上，除法德两国民法典外，瑞士的民法典也可作为典型。

3．法国支系和德国支系

一般公认，民法法系的主要代表是法德两国的法律。就民法典而言，法德的差别可以归纳为以下几个方面：

首先，在结构形式上不同。德国民法典虽有结构严谨、逻辑清楚、避免重复的优点，但也有内容分割和不易查阅的缺点。法国民法典虽然不像德国民法典那样讲究逻辑行，却比较实用。

其次，在法律用语上的差别。法国民法典以概括、明确和精确著称。德国民法典使用的是较难理解的高度抽象化的用语。

第三，德国民法典经常使用“一般条款”和“参照条款”，法国民法典却很少使用。

（二）商法

19 世纪，拿破仑在编纂法典时，将《民法典》和《商法典》分开制定，从此确立了民法法系大多数国家的一个传统——民商分立。这种划分法可能来源于古代罗马法的公民法和万民法之分，后者主要适用于罗马公民与非公民或非公民之间的商业活动。

民法法系各国商法典在结构和内容上有很多差别。

尽管瑞士、意大利在立法中实行民商合一的模式，但在它们的法律教育中，民法和商法仍然是分开的。

（三）劳动法和经济法

1．在民法法系国家，劳动法主要是指工人和雇主之间的关系法。作为部门法，它是 19 世纪末 20 世纪初才形成的。

在法国法系各国，劳动法一般并不采用法典形式，而由许多涉及各种不同主题的单行法规、条例和规章所构成。

劳动法的主要内容，包括工时、女工、童工、青工、工资、开除、集体谈判、雇主代理人、劳资纠纷、劳动法庭、劳动检查和劳动交换、工矿企业或农业工人的保健、安全和福利、劳动事故和损害赔偿等等。

2．和劳动法一样，经济法也是介于公私法之间或公私法相互混合的一个部门法。

在西方法学界，经济法一词有广义和狭义之别。

在民法法系国家，即使在像德国那样的最初创议经济法的国家，作为一个部门的经济法也仅指大量单行法规，并没有一个统一的经济法典。在第二次世界大战之前，经济法的内容主要指经济管制法。战后，反垄断法最为突出。

第四节　法律规范的概念

一、体系的统一性

民法法系国家法律之间的结构异同不应仅仅从主要分类与概念的角度加以考虑。要理解法系统一性的关键，还需要立足于另一观点：即怎样看待法律规范。

在属于民法法系的各个国家，表现法律规范、描绘其特征和加以分析的方式都是同一的。这个法系对学说颇为尊重，法律规范不是以主要能够保证解决某一具体案件的规范的面貌出现的，由于学说方面的系统化努力，人们把法律规范理解为具有一定的普遍性、超然于法院或律师所能从事的应用之上的行为准则。对于相反的、过分细致的、把法律规范降低到具体案件水平的观念，则有一定的轻视。

二、法律规范的制定

在民法法系国家，法学家们认为，如果把法官宣判的每项判决都看成法律规范，如果立足于法院判决的水平，就不能制定一部真正的法典。他们认为，一部法典不应寻求解决实践中出现的所有具体问题，它的任务是作出一些充分概括、形成体系、易找易学的规定，以便使法官和公民们从这些规定中，通过简单的劳动就能推论出这个或那个具体问题应当如何解决。

三、规范的最佳概括性

民法法系国家的法律规范，一方面在针对争端的判决时，可以看成是规范的具体应用；另一方面则遵循更大的概括性的原则，法律规范本身可以看作是这些原则的应用。法学家的艺术就在于能够找到规范并在一定的平衡点上提出它：规范不应概括性太强，否则它对于实践将不再是充分可靠的指南；另一方面它又需要有足够的概括性，以针对一定类型的情况。

四、法的解释与区别的技术

对于法律规范及其在原则与具体案件的处理两者间所处地位的共同观念，是在民法法系各国法学家的观察与推理方式之间产生密切的共同性的基本点之一。承认法律规范具有概括性可以说明在这些国家中人们所理解的法学家的任务主要是解释立法用语。这同普通法各国相反。

五、法的可预见性

民法法系各国接受的法律规范概念并不会使某项争端的解决办法更容易预见。法律规范的具体性有所减少，法官的解释任务自然就有所增加。

六、次要规范的重要性

在民法法系各国，法不仅存在于立法者提出的法律规范中，也存在于法官对这些提法的解释中。通过从判例产生的“规范”就是“次要的法律规范”。立法者提出的法律规范只是一个核心，次要的法律规范在它周围运转。

对法的“次要规范”进行修改比较容易，与普通法系国家相比，在民法法系国家判例发生重大改变时，由于不影响体系的基础，不会出现同样的风险。

第五节　法律的渊源

一、法律渊源的含义

（一）在西方法学中，法律的渊源是一个含义十分混乱的概念，一般而言，它可以指以下几个方面的含义：

1．法律的历史渊源

2．法律的理论或思想渊源

3．法律的本质渊源，如人的理性、公共意志等

4．法律的效力渊源

5．法律的文献渊源

6．法律的学术渊源

一般认为，民法法系法律的具有约束力的法律渊源，主要是制定法。条约以及经认可的习惯也属于有约束力的法律渊源。判例、法理或一般原则只能在特定意义上作为法律的渊源。

（二）理解法律渊源所要考虑的因素

理论与现实；传统的持续；判例的技术与方针；西方法的统一性等等

二、制定法——从法典化向现代立法的转变

（一）转变的现实

国家主义、国家主权、理性主义以及三权分立等学说，对制定法成为民法法系的主要渊源这一事实起到了重大促进作用。

但在 20 世纪，特别在二战之后，即使在民法法系中主要国家，已经少采用法典（code）名称，而主要使用议会通过的法律(statute)，或称为现代法律(modern statute)。

（二）转变的原因及其对法律渊源的重大影响

主要原因在于资本主义社会从自由资本主义转向垄断，国家权力加强对社会、经济社会的干预，从而导致议会立法和政府行政法规大大增加和频繁改变。西方法社会中，对这种现象称为“法律的社会化”。

从法典化向现代立法的转变意味着民法法系法律渊源中出现了若干新的现象：对法律的合宪性审查；委托立法；法院判例和法律解释的加强。

（三）违宪审查和联邦制国家的立法权

在民法法系国家，违宪审查的形式主要有三种：

1．宪法法院的审查，以德国和意大利为代表。

2．普通法院特别是最高法院的审查，以战后日本和某些拉丁美洲国家为代表。

3．宪法委员会的审查，以法国为代表。在法国，行政法规是否合宪，并不由宪法委员会而由行政法院审查。

（四）委托立法或委任立法

二战后，立法权行使主体扩大，议会是惟一的立法机关的原则趋于动摇。

授权立法的兴起一开始主要是为了应付国内外危机，但该历史表明，即使在正常时期，授权立法也是必要的，这主要是因为立法任务日益增加，议会需要分担工作。

（五）判例作用的扩大

1．判例是指具有前例作用的法院判决。如果这种前例被认为具有较为普遍的法律效力，就称为判例法，成为法律渊源之一。

2．从法院实践看，民法法系国家的判例在法律的发展中有重大的说服作用。

3．在民法法系国家，从法律上或理论上说，判例并没有“约束力”，并不是法律渊源之一。但在实践中，它具有“说服力”，从这一意义上它可以列为法律渊源之一。

（六）法律解释的加强

古代罗马法学相当重视法律解释，还赋予法学家以法律效力的解释权。

但 18 世纪欧洲大陆国家坚持只有立法机关才有权作出权威的法律解释。

根据一个世纪后的经验，法国法学已经承认，遵守法律的字面是不可能的，法官事实上在创制法律，即使作为严格的学说问题这一点不能公开承认。

德国统一后所建立的最高法院建立了复审制。它不仅有权撤销下级法院因错误解释法律而作出的判决，并有权直接对下级法院的错案进行复审而不限于撤销原判，发回重审。

现在西方法学著作中所提到的法律解释，除法律有特别规定外，一般都是指法院和法官对法律的解释。

民法法系国家中的法官解释法律的方法可以归纳为四种：文法解释、逻辑解释、历史解释、目的解释。

三、法律渊源的其他问题

（一）习惯

只有经相应国家机关承认其法律效力的习惯才是习惯法。习惯法一般是不成文法，但有的习惯可以转化为成文法，甚至编成习惯法典。

有的法学家在论述民法法系法律和习惯的关系时，曾将习惯分为三类：一是法律上的习惯；二是法律之外的习惯；三是与现行法律相反的习惯。

（二）法律和一般原则

在民法法系的历史中，法理通常是指有关法律的学说、原理或精神。在法律发展中，法理曾长期起着重大作用。

在民法法系国家，对于法理是否作为一个有约束力的正式意义上的法律渊源，不同学派有不同理解：自然法学派持肯定态度，而实证主义法学派往往抱怀疑和否定态度。

法理对法律发展的作用主要是通过法律教育和法学著作来实现的。

在有些法学著作种，除了法律之外，还将法律的一般原则作为法律的渊源之一。民法法系各国私法中通常使用的一般原则有“善意风俗”、“公共秩序”、“禁止滥用权利”、“诚实信用”等。法官有权针对个别个案的具体情况根据某种公平正义原则加以判决，而不是机械地使用法律从而得出一个违反公平正义原则的判决。

四、条约和欧洲联盟的法律

条约一经批准就在该国取得了与国内立法同样的效力。但也有规定或学说认为，条约的效力高于国内法。

欧洲联盟的出现对各个成员国法律渊源带来的一个新问题是：它在各成员国的法律效力和地

位，它和各成员国国内法的关系。

五、法律规则

法律规则并不是一种法律渊源，但它与所有法律渊源几乎都有联系，他们都在不同形式、不同程度上体现某种规则。

在西方，法律规则(legal rule)和法律规范（legal norm）的用法是相当模糊的，有时是通用的。

第六节　法律教育与法律职业

一、法律教育

1．民法法系国家现代法律教育的中心是各大学的法律系。这种法律教育在性质上是一般的学科间的教育而不是美国式的法律职业教育。

2．这种教育的设想式：法律职业方面的训练应在大学毕业之后在实际工作中或在高等法律职业学校中去进行。大学法律系的教学目的是提供理论基础，是法律科学研究，而非法律职业训练。

3．课程设置的特点：选修比例小

4．教学方法上，注重对较抽象的概念和原理加以阐释和分类。

二、法律职业

1．在西方法学著作中，法律职业是指直接从事与法律有关的各种工作的总称。

2．法官实行终身制，任职条件很高，地位也很高。

3．民法法系国家律师界的新动向：出现两种不同的律师，一种是主要为大企业服务的律师，另一种是主要为个别当事人服务的律师；二战后，大批妇女出任律师或其他法律职业。

复习与思考题

1．什么叫作民法法系。该法系的名称由来是什么？

2．民法法系的法律制度特征和特色是什么?

3．试阐述古代罗马法对民法法系产生和形成的决定性作用。

4．试论述民法法系中公法和私法的划分标准及其学说。

5．劳动法和经济法在民法法系中属于部门法吗？为什么？

6．试论述民法法系国家的法律渊源有哪些。

7．你认为民法法系国家的法律教育值得我们借鉴之处何在？

8．你认为民法法系国家的法律职业特色何在？有什么优势和劣势？

9．什么是“公民法”和“万民法”，它们存在的时代和调整的范围各是什么？

10．罗马法的“古典时期”指的是什么？这一时期罗马法的主要特点何在？

11．试论述查士丁尼编纂法律对民法法系形成的重大影响。

12．分析罗马法在中世纪后期复兴的原因，并对当时的现象加以阐述。

13．古典自然法学的主要精神内涵是什么？请简要论述。

14．试分析法国革命对民法法系发展的影响。

15．法国的法典编纂有何特色？

16．德国的法典编纂有何特色？

17．民法法系中公私法之分的传统在什么时期出现了动摇？为什么会出现这种动摇？

18．民法法系中公私法的划分与法院管辖权有什么关系？

19．试从比较法的角度阐述法德两国现行宪法的共同点和区别。

20．判例在民法法系国家处于什么地位？当代是否有所变化？为什么会发生这些变化？

21．试论述法律解释在民法法系国家中的含义及地位。

拓展阅读书目

R. David and J. Brierley, “Major Legal System in the World Today”,1985.

D. Walker, “The Oxford Companion of Law”(1980).

A. Mehren and Gordley, “The Civil Law System”(1977).

J. Merryman & D. Clark, “Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems”(1978).

M. Glendon and Others, “Comparative Legal Traditions”(1985).

F. Schultz, “The History of Roman Legal Science”(1946).

H. Jolowich, “Historical Introduction to the Study of Roman Law”(1952).

Nicholas, “Introduction of Roman Law”(1979).

A. Watson, “The Making of the Civil Law”(1981).

Cappelletti and Others, “The Italian Legal System”(1967).

“A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History”(1912).

Cruz, “Modern Approach to Comparative Law”(1993).

K. Zweigert & H. KÖtz, “An Introduction to Comparative Law”,1977, vol. 1.

“Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence”, English transl. A. Hayward(1831).

R. David, “Structure and Division of the Law, Introduction” in “International Encyclopedia of Comparative Law”, vol. 2.

R. David and H.P. de Vries, “The French Legal System”(1958).

Grossfeld, “The Strength and Weakness of Comparative Law”,1990.

Merryman, “Civil Tradition”(1969).

R. David, “English Law and French Law”(1980).

D.K. Lipstein, “The Doctrine of Precedent in Continental Law”, in 28, “Journal of Comparative Legislation and International Law” 34 (1936).

Bodenheimer, “Jurisprudence”(1974).

Damaska, “A Continental Lawyer in an American Law School”, “University of Pennsyloania Law Review”(1968).

J. Nagourney, “Legal Education, France”, in “Comparative Law Yearbook”(1981).

Kahei Rokumoto, “International Association of Legal Sciences Symposium, Introduction”, in “Case Western Reseroe, Journal of International Law”, vol. 25, No.2, 1993.

N. Horn, “The Lawful German Revolution: Privatization and Market Economy in a Re-Unified Germany”, in “The American Journal of Comparative Law”, vol.39 (1991).

“International Encyclopedia of Comparative Law”, vol. 1; National Report (German Democratic Republic).

H. Schack, “Private Lawyers in Contemporary Society, Germany”, in “Case Western Reseroe Jounal of International Law”, vol. 25, No.2, 1993.

沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

《马克思恩格斯选集》第 4 卷。

H.梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年中译本。

盖尤斯：《法学阶梯》，1.1.1；《学说汇纂》，1.1.9。

查士丁尼：《法学阶梯》，1.2.6；《学说汇纂》，1.4.1。

伯尔曼：《法律与革命》，大百科全书出版社 1993 年版。

J.罗斯：《拿破仑一世传》，商务印书馆中译本 1977 年版。

孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆中译本上册。

卢梭：《社会契约论》，商务印书馆中译本。

狄骥：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆 1959 年版。

凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版。

李步云：《关于宪法比较研究的几个问题》，载《宪法比较研究文集》，南京大学出版社 1993 年版。

宫泽喜一：《联邦德国刑事法律的变迁与展望》，张明楷译，肖贤富校，载《法学译丛》1989 年第 5 期。

《法国民法典》，李浩培等译，商务印书馆 1979 年版。

梁慧星：《德国债务法的修改》，载《外国法译评》1993 年第 1 期。

博丹：《国家论》英译本。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版。

第三章　普通法法系（英美法系）

本章教学目的和基本要求：正确把握普通法法系的概念和特征，了解普通法法系的分布范围。理解普通法法系的历史发展及其对法系特征形成的影响。掌握普通法法系国家的法律分类，尤其是普通法和衡平法的分类意义、标准、方式及相关学说的优劣。理解普通法法系国家法律渊源划分的现实状况及复杂性，以及法律规范的含义和在普通法法系中的特殊重要性。了解普通法法系国家法律教育及法律职业的现状及特色。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　普通法法系的概念与分布范围

一、普通法法系的概念

普通法法系是指以英国中世纪以来的法律，特别是它的普通法为基础的，与以罗马法为基础的民法法系相对比的一种法律制度。

普通法一词是一个有众多含义的词。

普通法法系以英国法为基础，所以又称为英国法系。但应注意，英国法这一用语，现在可以泛指大不列颠及北爱尔兰联合王国，但从比较法的角度看，英国法一词应从狭义理解，仅指英格兰和威尔士的法律，而不包括苏格兰，甚至也不包括北爱尔兰的法律。

二、普通法法系的分布范围

（一）自 17 世纪英国开始对外进行殖民扩张以后，英国法也随之在英国国外传播。到 17－18 世纪，英国法本身经历了重大改革，逐步地从封建法律转变为资本主义法律。与此同时，它对英国国外的影响也随着英国殖民扩张的急剧发展而伸展到美洲、亚洲、大洋洲和非洲的广大地区。普通法法系作为西方世界主要法系之一的地位终于确立。

（二）英国法对殖民地或附属国地区影响的方式

1．强制实施英国的法律，包括判例法和制定法

2．通过英国殖民当局官员、英国移民或殖民地中受过英国法训练的人在殖民地附属国地区建立以英国法为模式的，适合当地情况的法律制度。

3．英国殖民当局有意识地保留该地区原有的一些法律制度，是其与英国法传统相互并存。

有学者将其扩张方式描述为：“被种植”、“被移居”、“被征服”。

第二节　英国法的历史发展

一、普通法的形成

中世纪的英国法是在罗马法之外独立发展的。其大体经历了以下几个时期：12 世纪普通法出现以前的盎格鲁撒克逊法；12－15 世纪普通法的形成；16 世纪衡平法的兴起。

（一）盎格鲁撒克逊法

普通法法系或英国法导源于 12 世纪开始出现的普通法，它是 1066 年诺曼人征服英国后所创立

的一种法律。在此之前英国实行的是古代日耳曼人在北欧的一个部落集团——盎格鲁撒克逊人的法律。

（二）普通法的起源

1066 年诺曼公爵征服英国，成为英国国王，称威廉一世。严格意义上的英国法是从威廉统治英国后所创立的普通法开始的。

普通法首先是从土地法（或地产法）和刑法开始的。

御前会议是实现中央集权专制统治的一个重要组织。分为广义的御前会议和狭义的御前会议。

诉讼法院从御前会议中的分化和出现起初是为了适应统治的需要。

在盎格鲁撒克逊人或诺曼人中，都有在刑事案件中以犯人近邻宣誓充任证人的传统。

在亨利三世统治期间开始采用陪审制。这一制度的推行为诉讼程序中的对抗制的形成提供了条件。

（三）令状制和民事诉讼形式

普通法的发展于令状或民事诉讼形式密切联系。

现在的英国，令状是指司法机关发出的、要求接受令状人履行某种行为的命令。而古老法律制度下的令状制度却有所不同。

中世纪的民事诉讼大体上有三类：一是对物诉讼；二是对人诉讼；三是混合诉讼。在那时，三个普通法院中任何一个开始普通民事诉讼的合格手段是“开始令”。

在民事诉讼中，开始诉讼令的一个重要特征是：它逐渐定型化，固定为若干类令状，而每一种令状都和一定诉讼形式与诉讼程序密切联系。

民事诉讼中的令状制和诉讼形式直到 1852 年才开始取消。英国的重视程序法，缺乏公私法之分等传统都体现了中世纪诉讼形式的影响。

（四）教会法院与治安法院

与作为王室法院的普通法法院相对抗的私法机构，除了地方上坚持习惯法的郡法院或百户法院外，还有各地区的各教会法院。教会法院的管辖权导致了其与王室法院、地方法院之间连绵不断的冲突。

英国的治安法院最初是中世纪辅助王室法院的特殊私法机构。

（五）爱德华一世的立法

普通法是通过王室法官的判决逐步形成的，因而它在相当长的时期内都是以判例法而非制定法的形式出现的。

在英国的法学著作中，爱德华一世被推崇为“英国的查士丁尼”。他在位期间发布了许多重要法律，其中最为出名的是三个以威斯敏斯特为名的条例。

爱德华一世进行了政治改革，实现了政教分离。法官也不再由教士兼任而成为一种专门职业。

15 世纪，英国封建制度进一步解体，普通法也远不如 13－14 世纪那样兴旺，机械的令状制和诉讼形式日益变得与社会不相适应。

（六）12－15 世纪的普通法著作

二、衡平法的兴起

（一）衡平法的含义及起源

衡平法的主要含义为：第一，其基本含义是公正、公平、公道、正义；第二，指严格遵守法律的一种例外，即在特定情况下，要求放弃遵守某种会导致不合理、不公正结果的法律，而遵循另一种公正合理的标准；第三，指英国自中世纪开始兴起的、与普通法或普通法院并列的衡平法或衡平法院。

衡平法的兴起具有经济、政治和文化的多重原因。

民法法系国家中并没有普通法和衡平法、普通法院和衡平法院之分的制度。但英国衡平法制度所讲的那种权利或补救措施，在民法法系国家中实际上是存在的。

（二）16 世纪的立法和商法

像普通法一样，衡平法也是通过判例法形式出现的。在 16 世纪，判例法仍占支配地位，但由国王和国会制定的法律（制定法）也不断增加。

英国中世纪商法的发展比西欧大陆国家晚。约在 13－14 世纪，英国的一些商业城镇中建立了集市法庭。1353 年的《商品法》确认了商人法庭的地位。

（三）英国法和罗马法

英国法虽然受到罗马法的影响，但并没有像欧洲大陆国家那样接受罗马法，英国法是离开罗马法而独立发展的。这是由多方面的因素造成的：

1．英国法律与欧洲大陆国家法律的传统不同。英国法律传统并不像大陆法律那样依靠抽象的学者论著或制定法规则，而是依靠具体的司法判决。

2．历史背景的重大差别。与西欧大陆各国不同，英国自诺曼征服后，就开始建立了中央集权的君主专制，全国性的王室法院，即普通法法院随之出现。

3．英国普通法法院的法官和律师是与反对英国君主的议会站在一起的，普通法成为议会向王权进行斗争的一个强大武器。

三、英国革命和英国法

英国法学家经常以英国法律具有传统性、连续性等特征而自诩。在这种思想影响下，他们在论述英国法的历史发展时，往往低估了 17 世纪英国革命对英国法律发展的重大影响。

（一）普通法和衡平法的冲突与妥协

如果说普通法和衡平法的冲突试英国革命的前奏之一，那么在革命过程中及其以后的时期内，这两种法律之间的妥协，也从一个侧面体现了英国革命是不彻底的。

这种妥协并不体现在国会的立法、国王的宣告或法院的判决中，而体现在相互谅解而逐步形成的传统之上。

普通法法院和衡平法法院相互并存和协调发展的局面，一直持续到 19 世纪后半期两者合并才结束。

（二）君主立宪制和不成文宪法

17 世纪英国革命对英国法律的深刻影响还体现在英国的政治制度，即公法方面。通过革命，在英国确立了君主立宪制和不成文宪法制。

君主立宪制和不成文宪法制是英国革命的结果，但它们本身并不构成普通法法系国家的共同传统。这一法系中的很多国家，如美国和独立后的印度等，都实行共和制和成文宪法制。

（三）法律改革

英国革命对英国法的影响，还体现在 18－19 世纪的法律改革和制定法的兴起。

1．内阁制（议会制）的形成和制定法地位的上升

2．司法组织与诉讼程序的改革

3．其他实体法的改革

比如，英国在这一时期确立了民法法系国家所说的“民商合一”的方向。

（四）革命时期出现的英国著名法学家

布莱克斯东、边沁

第三节　美国法的历史发展

一、殖民地时期的法律（1607－1776 年）

（一）英国法律 17 世纪时在殖民地并不占统治地位

原因：1．当时英国对这些殖民地的控制还比较松弛

2．大部分英国移民，出于个人遭遇，对英国法没有好感

3．英国的普通法有复杂的程序，难以为一般人所理解和掌握

4．英国情况和美国差别很大

（二）17 世纪，在诉讼程序方面，北美殖民地还是采用了英国的一些基本制度

（三）进入 18 世纪，英国法在北美殖民地的影响显著增长

二、美国法的形成（1776－1865 年）

美国的 1776 年《独立宣言》提出了 17－18 世纪古典自然法学派的一些基本原理，即天赋人权、社会契约论和人民有权推翻暴政等作为自己的理想基础。它宣告了世界上第一个资本主义共和国的诞生。

《独立宣言》与在它之后不久产生的法国《人权宣言》有所不同，但都体现了 17－18 世纪的理性主义思潮，都主要集中在公法即国家制度，特别是个人的基本权利、自由方面。此外，它并不涉及作为普通法法系的一些共同传统问题，如普通法和衡平法之分，判例法的重要地位等。

美国宪法的制定及 1791 年第 1 至第 10 条宪法修正案的诞生具有划时代的意义。

独立战争大大削弱了普通法传统对美国的影响，此后的很长一段时间内，美国存在着法典编纂派和普通法维护者之间的斗争。结果是普通法传统一方取得了胜利，从整体上来说，在美国终于确立了普通法传统，例外的是路易斯安娜州。此外，西部和西南部 8 个州，在家庭财产法方面，还保留了西班牙法律和法国法律的某些影响。

三、美国法在 19 世纪后期的发展

1861 年－1865 年美国南北战争结束后，美国法进入了一个新的发展时期。从这一时期开始，它已经和英国法分开发展。美国的立法部门越来越多地修改和发展英国的普通法，制定完全新的法律。

19 世纪下半期，资本主义在全国范围内广泛发展，而且逐渐向现代资本主义发展。

第四节　法律的分类

一、普通法法系和民法法系在法律分类上的差别

有很多共同之处，但差别也很多。

1．普通法法系的法律基本分类为普通法和衡平法，而民法法系则为公法和私法。

2．最重要的差别是：普通法法系的法律分类——指各部门法的分类，既不明确，而且法学家一般也不重视法律分类和构造法律体系的问题，他们重实用而缺乏系统性和逻辑性。而民法法系则正好相反。

这些差别是由不同的历史条件造成的，比如普通法强调令状、诉讼形式；普通法法系在传统上重判例法并反对法典编纂；普通法法系国家在传统上并无普通法院和行政法院之分；在普通法发展

的历史中，起主要推动作用的是法官和律师，而非学院派的法学家。

二、普通法和衡平法

（一）普通法和衡平法的密切关系

普通法和衡平法之间的这种密切联系体现为衡平法中一个公认的准则：衡平追随法律。大意是衡平法并不推翻普通法，它应尽量根据普通法，仅对普通法加以补充和修改。

（二）英国衡平法准则

1．衡平法不允许有不法行为而无补救

2．衡平追随法律

3．向衡平法院请求的人必须自己清白

4．请求衡平的人必须自己为衡平行为

5．衡平重意思而轻形式

6．衡平法可以对人为一定行为

7．衡平法将履行义务归结为当事人的原意

8．衡平法认为应当完成的行为是已经进行的行为

9．衡平法不帮助怠于行使权利的人

10．在有两个相等的衡平时，法律应占优先地位

11．在有前后两个衡平时，前一个衡平应占优先地位

12．平等即衡平

（三）普通法与衡平法的区别

1．改革前的区别

2．改革后的区别

19 世纪中叶，英国普通法法院传统的机械的诉讼形式被取消。70 年代时普通法法院和衡平法院合并，结果是同一法院和同一法官可以同时适用普通法和衡平法，同时判决两种法律补救。

自两种法院合并后到现在，普通法和衡平法之间的区别可以从范围上和程序上加以分析。

（四）美国的普通法与衡平法之分

美国也继承了英国的普通法和衡平法之分的传统，但其重要性不如英国显著。

三、普通法法系与公私法之分

普通法从历史上说并没有公私法之分的传统。但在普通法法系各国学术界，特别在进入 20 世纪以来，主要为了理论上、逻辑上的原因，日益倾向公私法之分。但对于划分公私法的标准，也像民法法系国家学者一样，存在着不同见解。

一般而言，学者们和法律工作者都认为，宪法、行政法和刑法属于公法，而私法则是比较分散的。

四、美国的联邦法和州法

在美国法律中，联邦法和州法之分，从一定意义上说，比普通法和衡平法之分更为重要。

（一）联邦权力和州权力

在美国，联邦权力和州权力之分是由 1787 年宪法规定的。

1．首先，联邦法高于州法，联邦地位高于州的地位。

2．宪法规定了联邦和各州分权的原则。并采用列举的立法方式确定这一分权。

根据美国宪法的这种分权原则，联邦和各州分别拥有“专有权力”，即在某一领域内只能由一方行使的权力。

3．联邦用以扩大自己权力的法律手段主要有：“弹性条款”和“默示权力”；“管理州际商业权”；“正当程序条款”

从美国宪法生效以来的近 200 年中，尽管联邦的权力已经大大扩大，但就一般美国人日常生活有关的法律，即私法和刑法等来说，各州所制定的法律仍然是大多数美国人日常生活的一般规则。

但也应注意，联邦法和州法之分的情况是非常复杂的。特别在联邦和州都有权制定法律的领域中，这两种法律往往是交错的，其划分主要取决于某种活动是全部在州范围内发生还是穿越州的界限。

（二）关于联邦普通法的争论

美国联邦制下法律问题的复杂性还体现在因联邦法院和州法院的不同管辖所引起的适用法律的问题。

（三）州法律之间的关系

美国各州法律和司法各自自成体系，因而实际上存在至少 51 个法律和司法体系，且常常导致相互冲突的状态。但作为“最高法律”的联邦宪法、立法是全国适用的，而且通过宪法规定、宪法传统和其他手段，使双重或多重法律和司法体系得以并存并不断调整和解决相互间的冲突。

五、主要部门法概述

（一）宪法

1．民法法系国家的宪法都实行成文宪法，普通法法系国家既有成文宪法制度也有不成文宪法制度，前者以美国为代表，后者以英国为代表。

2．英国的宪法性文件及其内容

3．美国的宪法构成及其内容

（二）行政法

与民法法系相比，普通法法系国家的行政法不但出现时间较晚，其完善程度也较差。这主要是因为普通法法系国家并无公法和私法之分、行政法院和普通法院之分的传统。

与民法法系国家传统不同，普通法法系国家的普通法院对行政权力实行不同程度的控制。

英美两国都没有系统的行政法制定法，但美国于 1946 年制定过一个联邦的《行政程序法》，其中规定了对行政机关共同适用的一般程序的方针，但并不详尽。

英美两国在行政法上也存在着发展程度等差别。

（三）刑法

1．英国刑法在历史上主要包含在由判例法体现的普通法中，但自 19 世纪 60 年代起制定了许多刑事立法。

2．美国刑法在历史上主要来自英国的普通法，但现在却以刑事立法（制定法）作为基础，且日益向编纂法典方向发展。

在美国刑法中，联邦刑法固然占相当比重，但主要还是属于州法律范围。

3．就刑法的基本原则而言，普通法法系和民法法系之间并没有什么重大差别。

4．在刑事责任方面，普通法法系与民法法系有某些重要区别。

（四）司法组织和诉讼程序法

一般而言，美国法官、律师或法学家来自英国的基本法律观念的有以下三个方面：一是法律至上；二是先例传统；三是对抗制诉讼。这三个基本法律观念都关系到司法组织与诉讼程序，也说明英美两国在这方面的共同之处。它们的主要差别在于美国的联邦制和违宪审查等特点。

普通法法系和民法法系在司法组织与诉讼方面的主要差别在于前者并无独立的行政法院系统并实行对抗制，后者有独立行政法院并实行职权制诉讼形式。

一般地说，美国司法组织不像英国那么复杂，但美国有联邦和州双重或多重司法组织系统。

普通法分析诉讼程序法的重要特征在于陪审制和对抗制。

（五）合同法

普通法法系国家的合同法在判例法和制定法中都存在。

美国的联邦制度下，合同法主要属于州法范围。

普通法法系的合同法有约因原则。而民法法系国家的民法中不存在这一原则。在民法法系国家，认为合同具有约束力的原因来自教会法的“应信守协议”原则，因而是道义而非经济的原因。由于国际贸易日益全球化，两大法系合同法的这一差别正在日益消失。

在普通法法系合同中，有关合同承诺的约束力的另一个重要原则是：某些合同必须具有书面形式。

（六）侵权行为法

侵权行为法，确切地说，应称民事侵权行为法，是普通法法系私法中的一个重要部门法。它主要规定因民事过错及其所造成的损害给予赔偿等问题。

普通法法系和民法法系在各自法律中都有侵权行为这一法律术语。但立法技术和风格上具有差别。

根据普通法传统，侵权行为的责任是以行为的过错为基础的，过错与损害之间有因果关系。但近年来，普通法法系的侵权行为法中有两个新的改革：即严格责任和不问过错。

（七）财产法

普通法法系的财产法，从字面上看，相当于民法法系民法典中的物权法。但实际上，民法法系物权法对不动产和动产兼重，而普通法法系重的财产法却主要指土地法，有关动产产权的分类，主要属于其他私法部门。

普通法法系的不动产远远比民法法系的复杂。

（八）继承法和家庭法

在普通法法系重，继承法通常指遗嘱继承、无遗嘱继承和遗产管理等问题。家庭法通常指婚姻关系的成立、离婚、父母与子女关系、收养与非婚生子女等问题。夫妻财产问题与财产法、继承法和家庭法均有密切关系。

需要补充的是，在普通法法系国家中，由于缺乏公私法之分的传统，因而也就不存在作为一个独立法律部门的“经济法”。当然，在普通法法系国家，自 19 世纪末以来，由于国家干预社会经济生活的增长，这一方面的法律也日益增加，但一般不将这类法律称为经济法。

第五节　法律的渊源

普通法法系和民法法系的差别，可以说首先集中在判例法的地位问题上。但现在，普通法法系国家的法律渊源，主要是由制定法和判例法二者构成的，它们互相作用，很难分出主次。

一、判例法

（一）判例法的含义和“遵守先例”的原则

1．就普通法法系来说，判例法一般是指高级法院的判决，确切地说，是指一个判决中所含有的法律原则或规则，对其他法院或甚至对本法院以后的审判来说，具有作为一种前例的约束力。

判例法并不是指对某个案件的整个判决，而是指某一判决中所包含的某种法律原则或规则。

判例法有时会被误解为习惯法，但实际上两者并不相同。

2．准确地说，遵守先例原则直到 19 世纪才确立。

在遵从先例问题上，英美两国的实践有明显的差距。一般而言，在美国不像英国那样严格。

推翻前例会遇到的两个难题：一是影响前例权威性的问题；而是法律的溯及力问题。

先例（或前例）存在“有约束力前例”和“仅有说服力前例”之分。

（二）区别技术

运用判例法和遵从先例的原则的一个重要方法是“区别技术”问题。

对含有前例的判决中的事实或法律问题和现在审理案件中的事实和法律问题必须加以比较，了解它们之间的异同，以及这种异同已达到何种程度，等等。这种比较的过程和方法，在普通法法系的术语中，称为区别技术。

在分析包含前例的那一判决中的法律问题时，必须严格区分“判决依据”以及“附带说明。”

不仅法官，而且律师也必须掌握区别技术，以在个案中作出决定：是遵从有约束力的前例？还是推翻前例？抑或是拒不适用某一前例？

（三）判例汇编

二、制定法

普通法法系的制定法包括宪法、法律和行政法规。条约有时也被认为是一种制定法。对加入欧洲共同体的国家，还包括这一超国家组织的法律。

（一）美国的违宪审查

英国没有成文宪法，既不发生宪法地位高于一般立法的问题，也不存在司法部门对一般立法的违宪审查问题。

美国的违宪审查又被称为“司法审查”。这一用语在世界各国是通用的，但在美国尤其特殊意义：普通法院（实际是指联邦最高法院）有权审查联邦的立法和各州的宪法和立法是否符合联邦宪法。

这种司法审查制是以“三权分立”和“相互制衡”学说为理论基础的。但产生违宪审查的原因是美国意义上的司法审查权的存在。这种权力已经不是一般意义上的解释宪法的权力，实质上是改变宪法的权力。

（二）授权立法

在美国，这种授权的对象主要是总统、各部和独立行政机构，有时也授权司法部门。

在普通法法系国家中，授权立法往往涉及到两个关于法律效力的问题：

1．行政部门根据议会授权所制定的法规、法令等是否合法、有效？这个问题在英美两国同时存在。

2．对议会授权本身是否有效？实质上也就是对议会的授权法实行审查。这一问题在英国是不可能缠身的，但在美国，却是最高法院行使违宪审查权的一个重要方面。

（三）法典化和制定法汇编

三、判例法与制定法的关系

（一）判例法与制定法的对比

（二）法官的职能

西方法学家，特别试普通法法系国家的法学家，围绕着判例法与制定法的关系，长期以来还争论的一个问题是：法官是否具有创造（制定）法律的职能。从肯定回答出发，判例法也被称为“法官创造的法律”，简称“法官法”。

“宣告说”与“创造说”：“宣告说”主张法官只有审判职能。他们要发现或宣告法律，但决不创造法律，不是立法者。代表人物是英国法官科克、黑尔、培根和布莱斯东。

“创造说”主张法官不仅有审判职能而且也有创造法律、制定法律的职能。代表人物：边沁、奥斯丁、萨蒙德、格莱。

（三）判例法和制定法的相互作用

进入 20 世纪以来，两大法系在制定法和判例法的关系上，已日益靠拢。总的来说，在欧洲大陆，制定法占绝对优势的时代已经过去了；相反，在普通法法系中，倾向于不断地利用立法使法律统一化、理性化和简化。

四、其他法律渊源

首先是条约，其次是习惯和法律。在普通法法系国家，习惯、法理等属于次要法律渊源。

五、法律解释

（一）就普通法法系国家来说，判例法制度本身就意味着对法律的解释。适用或不适用前例，扩大或缩小以至推翻前例，都是通过法律解释进行的。这里的法律解释主要指对制定法的解释。

（二）美国对制定法的解释分为对一般法律的解释和对宪法的解释。英国没有对宪法的解释。

（三）就一般解释而言，分为字义解释法和目的解释法。

字义解释法又称为“显然意义规则”，是指立法意图应通过法律条文用词的通常意义来理解。如果从字义上讲，含义不明，这种方法就无法使用；如果含义清楚，就必须采用这种意义，而不用考虑立法意图，也不必借助外力来帮助阐明。

目的解释法又称为“黄金规则”，是指在解释法律时，应首先遵守文字的文法上和通常的意义，但如果这种方法证明不能满意，就可以“修改文字的文法上的通常的意义，以避免荒谬和失调。”

（四）英国法官使用的其他解释规则

1．必须从整体上来理解法律的规则

2．消除混乱的规则

3．同类规则

4．刑法条文应作效益解释规则

（五）在对一般法律问题的解释上，美国法院处于不定型状态。而在对宪法进行解释的问题上，也可分为两个派别，一是“历史解释派”；一是“现代解释派”。

主要是为了解决“怎样确定宪法规定的意义？”“是根据制定宪法时的理解，还时根据现在解释宪法时的知识、需要和经验？”这两个问题。

六、法律规则

民法法系国家法律规则的特征一般是抽象化、概括化。与此不同，普通法法系国家法律规则的特征一般就像法国比较法学家达维所指出的，具有“决疑论”或一个一个案件的特征。

第六节　法律教育与法律职业

一、法律教育

（一）英国的法律教育

1．宗教改革前的一些最早的大学，在法律教育方面仅学习罗马法和教会法，而不学习英国本国法律。学习本国法律的人才主要由律师培训学院培养。

2．现在，英国的法律教育主要由各大学法学院承担，但在选拔律师方面，律师学院的法律教育理事会和法律协会分别负责培训。

大学法律教育和律师学院或法律协会培训的侧重点不同，教学方式也不同。

3．成为大律师和小律师所要经过的步骤不同。

（二）美国法律教育的特点

1．不统一。各州各校各有特色。

2．法学院的入学资格之一是已经在大学本科毕业，即已取得文科或理科学士学位。

3．课程设置明显反映出职业教育的特色。

4．教学方法上以“判例教学法”代替传统的演绎法。

二、法律职业

在英国的法学著作中，法律职业一词的含义一般仅限于律师。其他法律工作者不包含在内。

美国的法律职业一般包括五类：私人开业律师；政府部门法律官员；公司法律顾问；法官；法律教师。

与民法法系国家不同，公证人在美国并不要求一定要学过法律的人担任，一般由书记、秘书兼任。

美国的法律职业流动性很大。

复习与思考题

1．为什么 16 世纪的英国并没有像西欧大陆国家那样“接受”罗马法？为什么英国法会独立于罗马法之外发展？

2．试论述 17 世纪英国革命对英国法律发展的重大影响。

3．试论述普通法法系的概念和分布范围。

4．在殖民地时期，英国的法律为什么在美国实施有很大的困难？

5．试论述普通法法系和民法法系在法律分类上的差别，以及差别形成的主要原因。

6．普通法与衡平法的区别和联系何在？为什么？

7．试论述衡平法的基本原则。

8．普通法法系传统上没有公私法之分，但 20 世纪之后却出现了这种区分，请分析公私法之分在普通法法系国家出现的原因和实践状况。

9．美国的联邦和州之间的分权情况如何？法律是如何进行适用的？

10．试论述普通法法系和民法法系在司法组织与诉讼方面的主要差别。

11. 普通法法系国家为什么没有独立的经济法？民法法系中经济法调整的关系在普通法法系国家靠什么来调整？

12．在判例法国家，你认为推翻前例会遇到什么难题？如何解决这些难题？

13．哪些前例属于“有约束力前例”，哪些属于“仅有说服力前例”？如何区分它们？

14．什么叫“判决依据”？什么叫“附带说明”？如何区分它们？

15．如何理解和看待美国的违宪审查？

16．试论述判例法和制定法的关系。

17．你认为法官是否有创制法律的职能？

18．试论述英国法官和美国法官在法律解释上发挥作用的异同。

19．试比较大陆法系和英美法系国家的法律规则。

20．试论述英国的法律教育与美国的法律教育各自的特点何在，有哪些差别？

拓展阅读书目

D. Walker, “The Oxford Companion of Law”(1980).

Cruz, “Modern Approach to Comparative Law”(1993).

“International Encyclopedia of Comparative Law”, vol. 1; National Report。

Ugo Mattei, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, “American Journal

of Comparative Law”1994, vol. 42.

M. Glendon and Others, “Comparative Legal Traditions”(1985).

K. Zweigert & H. KÖtz, “An Introduction to Comparative Law”,1977.

P. Hay, “An Introduction to U.S. Law”(2nd Edition in English, 1991).

P. James, “Introduction to English Law”(11th ed. 1985).

O.K. Metcalfe, “General Principles of English Law”(1976).

R.J. Walker, “The English Legal System”(1980).

R. David and J. Brierley, “Major Legal System in the World Today”,1985.

“Common Law”, in “Encyclopedia Britannica” vol.4.

G.P. Cooch, “Political Thought in England”(1972).

E.A. Farnsworth, “An Introduction to the Legal System of the United States”(1983).

C.A. Beard, “An Economic Interpretation of the Constitution of the United States”(1986).

E. Bodenheimer, “Jurisprudence”(1974).

D.K. Metcalfe, “General Principles of English Law”(1976).

A. Levasseur and J. Baker, “An Introduction to the Law of the United States”(1992).

E.C.S. Wade and G.G. Phillips, “Constitutional and Administrative Law”(1977).

R. Schlesinger, “Comparative Law”, (1988).

London Street Tramways Co. v. London City Council (1898).

J. Fergnsson and E. McHenry, “The American Federal Government” (1973).

M. Zander, “Private Lawyers in Contemporary Society, United Kingdom”, in “Case Western Reseroe Jounal of International Law”, vol. 25, No.2, 1993.

R. Chaim and C. Rohwer, “Legal Education, U.S.”, in “Comparative Law Yearbook”, vol. 5, 1981.

Kahei Rokumoto, “Colloquium Summary”, in “Case Western Reseroe Jounal of International Law”, vol. 25, No.2, 1993.

沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

H. 克茨：《比较法载欧洲普通法发展中的作用》，王宏林译，王晨光校，载《比较法学的新动向》，1993 年。

H.梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年中译本。

《马克思恩格斯选集》第 23 卷，人民出版社 1972 年版。

《联邦党人文集》，商务印书馆 1980 年版。

《美国联邦宪法》及宪法修正案。

伯·施瓦茨：《英美行政法的比较》，周汉华译，曹力校，载《法学译丛》1991 年第 3 期。

《美国法典》第 28 卷。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版。

第四章　欧洲联盟法 两大法系的差别与演变美国法的影响

本章教学目的和基本要求：本章旨在探讨欧盟法律与比较法学的关系，这主要出于以下两个方面的考虑：第一，欧盟的法律是一种非常独特的法律，而在我国法学各学科中，对这种法律的研究还是很少的；第二，这种法律与比较法学的关系非常密切，应当成为我国比较法学的一个重要课题。因此，本章的教学目的也正在于要求学生了解和掌握欧盟法律的特色和独特性，并能够将其与两大法系以及我国的社会主义特色法律进行比较。同时，在这个过程中了解现代两大法系演变的过程和差别的逐渐缩小化的趋势，体会美国法律对世界的影响。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　欧洲联盟法律

欧洲联盟的创始人旨在使共同体通过逐步演变的过程，发展成为“一体化的欧洲”或欧洲“联邦”。但这一宏图很难顺利实现。

一、欧盟的组织机构与法律渊源

欧盟的主要组织机构有四个：（1）部长理事会；（2）执行委员会；（3）欧洲议会；（4）欧洲法院。

欧盟的法律渊源可以分为两大类：（1）主要渊源——各种条约。首先是成立几个共同体的一些条约，特别使《欧洲经济共同体条约》。其次是加入共同体条约，预算条约和 1986 年《单一欧洲文件》以及 1992 年《马约》和 1997 年的《阿约》。（2）次要渊源，即欧共体主要机构的规范性文件，包括部长理事会、执行委员会的规章、指示和决定以及欧洲法院的判例等。

二、欧洲法院及其判例法

欧洲法院有 15 个法官，由各成员国同意后任命，任期 6 年再选后可以连任。法院还有 6 个总律师。它们并不代表如何国家或机构，仅代表法律。在审理案件中由一个总律师对案件事实和有关法律作出独立的评估。法官的独立性以及法院的诉讼程序分别由条约及其议定书规定。

主要诉讼原则是：（1）法官对判决的研究是保密的；（2）判决由多数票决定；（3）判决由参加审理的所有法官签名，但异议不发表。在这一点上，这一法院不同于普通法法系国家法院或很多国际法院。

在条约中并未明确规定有关原则的情况下，法院需要通过两种方式“发现”这些原则：一是法院分析联盟条约规定中的基本要素来确定这些原则；二是法院从各成员国的法律传统中确定某些共同原则并将其改造为欧盟本身的法律。

三、欧盟法律与成员国法律的关系

欧盟本身是一个区域性的国际组织，它的法律是独立的，也是很特别的。这种法律与国际法和成员国法律密切联系，但它当然不是国内法，也不是一般的国际法。因为它的法律不适用于所有国家，而仅适用于该组织的国家，更重要的是，它的法律不仅适用于各成员国之间的关系，而且也可以直接适用于各成员国的公民和法人。

欧盟与其成员国的法律关系可以从三个方面分析：

1．“直接适用”（或称为“直接效力”）原则
2．共同体法律的优先地位
3．缺乏强制执行的能力

四、民法法系（法德两国）法律的影响

欧盟法律的一个明显特点是：它是在西方国家两大法律的共同影响下建立和发展的。

早期欧共体法律中，法国的影响最为突出。它主要体现在法国行政法和行政法院制度上。

德国法律对欧共体法律的发展具有重要影响。如德国行政法中的相对称原则；德国的宪法法院对联邦权力及其成员权力的分配观念。

五、普通法法系（英国）法律的影响和矛盾

英国法律对欧洲共同体法律的促进作用，也即推动后者接受前者的某些因素，主要体现在判例法和对抗制诉讼这两种传统上。

英国法律与欧洲共同体法律之间的矛盾，实质上也就是英国法律与法德等国法律的矛盾。比如：
1．“欧共体法律的优先地位”与英国的“议会”主权原则之间的矛盾
2．英国法院是否接受司法审查原则的矛盾
3．法律解释问题上的矛盾

六、欧盟法律对成员国法律的影响

在 80 年代随着欧洲结合论的复兴，欧洲国家的政策也日益“共同体化”，许多国内法的规定来自欧洲共同体。于是，在很多法学领域，都不可能不研究欧洲共同体的规定。

七、欧盟法律的展望

两种截然对立的观点：
1．欧盟法律的发展将导向法律的融合、结合、统一、全球化
2．欧洲法律制度并未结合

第二节　民法法系与普通法法系的主要差别及其演变

一、在法律渊源上

按照传统，民法法系以制定法为主，普通法法系以司法判例为主。但后来演变为：在民法法系中，判例的作用日益显著，而在普通法法系中，制定法日益增多。

二、在法律推理上

民法法系实行从一般规则到个别判决的演绎法。普通法法系则实行相反的归纳法。

三、在法典化问题上

民法法系在传统上实行法典化，普通法法系国家反之。但后来发展为：普通法法系也有少数法律采用法典形式。民法法系的一些重要法律部门并未采用法典，尤其在二战后，更多地采用单行的、较为灵活的议会立法或行政法规。

四、在法律分类上

按照传统，民法法系有公私法之分，普通法法系有普通法和衡平法之分。随着国家权力加强对社会、经济生活的干预，公私兼有性质的法律日益增加。普通法法系国家的法学中也倾向于公私法之分，但对所属部门法的构成上，与民法法系有很多区别。

五、在诉讼制度上

民法法系在传统上采取职权制，重实体法；普通法法系传统上采用对抗制，重程序法。现在有所融合趋势，但大方向仍保留。

六、在司法组织和法官社会地位上

民法法系传统上采用普通法院与行政法院之分。普通法法系以普通法院为主，即使有行政法庭，但不服其裁决仍可向普通法院申诉。一般而言，法官的地位在普通法法系国家高于民法法系国家。

七、在法律概念、法律术语中的差别

第三节　二战后美国对民法法系的影响

一、二战后西方国家法律领导地位的转移

法律领导地位是指一个国家的法律制度或它的某些成品不仅在与其关系密切的法律制度之中，而且在它们之外都有影响的能力。即这一制度的全部或部分在某一历史时期为许多其他法律制度所考虑、讨论、模仿或采用。

自进入 19 世纪以来半个世纪中，法国法律占有这种领导地位。

在 19 世纪后期至 20 世纪初期，西方法律在理智上的领导地位转向德国。

20 世纪 30 年代，随着西方法学界对“概念法学”的批判，特别是法西斯主义在德国的兴起，德国法律在理智上的领导地位已经迅速衰落。

二战之后，美国取得了这一领导地位。

二、美国法律对民法法系法律的主要影响

（一）司法审查制度

（二）联邦管理“州际商业”的权力

（三）公民权和政治权

1．反种族歧视的法律

2．隐私权法律

3．反“性骚扰”法

（四）产品责任——消费者保护法

（五）信托财产制度

（六）破产法

（七）税法

（八）诉讼程序

（九）判例教学法

（十）法律学说

复习与思考题

1．欧洲联盟的创始人旨在使共同体通过逐步演变的过程，发展成为“一体化的欧洲”或欧洲“联邦”。你认为这一理想实现的难度从法律角度看有哪些？

2．在条约中并未明确规定有关原则的情况下，欧洲法院需要通过何种方式“发现”这些原则？

3．试分析欧盟法律的性质。

4．试比较并论述两大法系对欧盟法律产生和发展的影响。

5．你如何看待英国法律对欧共体法律的促进作用及与其产生的矛盾？

6．你如何看待欧洲法律对成员国法律的影响？

7．你认为欧洲法律制度结合了吗？为什么？

8．试论述两大法系的差别和在近现代的演变。

9．试论述二战后西方国家法律领导地位转移的状况，并分析其原因。

拓展阅读书目

Cruz, “Modern Approach to Comparative Law”(1993).

Mengozzi, “European Community Law”(1992).

T. Koopmans, “The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions”, in “American Journal of Comparative Law”, 1991.

P.R. Dubinsky, “The Essential Function of Federal Courts: The European Union and the United States Compared”, in “American Journal of Comparative Law”, 1994.

M. Glendon and Others, “Comparative Legal Traditions”(1985).

A. Dicey, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” （1959 10th ed）.

J.E. Levitsky, “The Europeanization of the British Legal Style”, in “American Journal of Comparative Law”, 1996.

R. Dehousse, “Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis”, in “American Journal of Comparative Law”, 1994.

W. Friedmann, “Legal Theory”, 1957.

R. Schlesinger and Others, “Comparative Law”, (5th ed, 1988).

K. Zweigert & H. KÖtz, “An Introduction to Comparative Law”,1977.

M. Rheinstein, “Comparative Law---Its Functions, Methods and Usages”, in J.H. Merryman and D.S. Clark, “Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems”, 1978.

M. Rheinstein, “Comparative Law and Legal Systems”, in “International Encyclopedia of Social Science”, 1987.

Ugo Mattei, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, “American Journal of Comparative Law”1994, vol. 42.

Hoeflich, “Savigny and His Anglo-American Disciples”, in “American Journal of Comparative Law”, 1989, vol.37.

E. Patterson, “Jurisprudence”, 1953.

W. Wiegind, “The Reception of American Law in Europe”, in “American Journal of Comparative Law”, 1991.

Kenzo Takayangi, “Contract of the Common Law with the Civil Law in Japan”, in “American Journal of Comparative Law”, 1955.

Bernhard Grossfeld, “The Strength and Weakness of Comparative Law”, 1990.

L. Goldstain, “Constitutional Rights of Women”, 1988.

P. Hay, “An Introduction to U.S. Law”(2nd Edition in English, 1991).

沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版。

王振华：《争执不下的英国对欧政策》，1995 年 7 月 27 日《人民日报》。

史克栋：《“马约”修改提上日程》，1995 年 6 月 6 日《人民日报》。

庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》，商务印书馆 1984 年中译本。

陆润康：《美国联邦宪法论》，1986 年版。

江平、周小明：《建构大陆的信托法制的若干设想》，1993 海峡两岸法学学术研讨会论文。

叶赛莺：《信托法草案之分析暨其相较于日韩信托法之特色》，1993 海峡两岸法学学术研讨会论文。

保罗·A·克雷波：《比较法、法律改革与法典编纂》，载《比较法学的新动向——国际比较法学会议论文集》（1993 年）。

小岛武司：《比较法载移植外国法律中的第二任务》，载《比较法学的新动向——国际比较法学会议论文集》（1993 年）。

第五章　当代中国社会主义法律

本章教学目的和基本要求：前苏联解体以来，社会主义法系迅速衰落，中国成了社会主义法律旗帜的领头人。本章的教学目的在于使学生立足本国现状，研究本国法律发展的历史，了解并深刻理解当代有中国特色的社会主义法律的主要体系和内容，以及构成该体系的整个理论框架。从而能够与其他法系的特点和相关制度进行更为深入的比较研究。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　历史发展

一、自古以来至 1949 年建国前的法律

（一）自夏朝至战国时期的法律（约公元前 21 世纪至前 221 年）

西周的礼；诸子百家；战国秦始皇统一后的焚书坑儒；法家的严刑峻罚、君主专制；儒家思想的独尊

（二）自秦汉至清末修订法律前各封建王朝的法律（自公元前 221 年至 19 世纪末）

1．中国历史上各封建王朝的法律都是以君主名义制定和发布的，法自君出，由君主钦定。所以，中国历史上盛行的法律概念主要是指实在法，在当时即指君主代表国家制定的法律，像西方历史上盛行的那种自然法概念是罕见的。

2．同时，君权被解释为来自天，反映了儒家的哲理化神学，不同于西欧中世纪的基督教神学。

3．中国法律的长期统一状态。

4．刑法始终占主导地位。

（三）清末修订法律至《六法全书》（19 世纪末 20 世纪初至 1949 年）

二、人民共和国建立后的法律

（一）基本完成社会主义改造时期的法律（自 1949 年 10 月至 1956 年 9 月）

（二）开始全面建设社会化主义时期的法律（1956 年 10 月－1966 年 5 月）

这一时期的法制呈现出衰落状态。

（三）“文化大革命”时期的法律（1966 年 5 月－1976 年 10 月）

文革期间，法制横遭践踏，其中一个例证就是无政府主义的泛滥。

（四）伟大转折后的法律（1976 年 10 月，特别是 1978 年底之后）

第二节　法律的分类

当代中国是单一制的国家，因此中国法律中并没有像联邦制国家那样有联邦法和联邦成员法之分。当然，它也有中央法和地方法之分。

在中国，国内法的分类，除了实体法和程序法等一般分类外，主要是指部门法的分类。就这一点而论，类似民法法系。

同时，在建国以来的法律理论作品中，长期采用前苏联法学中的概念，认为部门法的分类就是建立本国法律体系。

中国的部门法划分理论，也深受前苏联影响。前苏联的部门法分类尽管不同于西方民法法系国家的分类（主要是否认公私法之分），但在具体划分上受民法法系影响很深。这一特点对当代中国的部门法划分来说也是适用的。

在划分部门法问题上争论最多的是有关经济法是否能作为部门法的问题。

一、宪法

（一）序言

（二）总纲

（三）公民的基本权利和义务

（四）国家机构

（五）其他有关法律

二、行政法

（一）总体评价

行政法是调节国家行政机关职权和活动的法律。

中国的行政法也可以分为一般行政法（总则）和特别行政法（分则）两大类。一般行政法和特别行政法中都有实体行政法和程序行政法。

就法律体系问题而言，特别行政法的一个重要问题是它同其他有关部门法之间的关系。

一般行政法在我国目前最为缺乏。

（二）行政诉讼法与有关法律、法规

（三）行政处罚法

（四）公务员法与治安管理法

三、刑法

1997 年我国刑法进行大幅度修改。此后又经过了数次部分变动。

（一）刑法总则

（二）刑法分则

共分为 10 章，从第 102 条－451 条。

四、司法组织和民刑诉讼程序

在国外，司法机关一般仅指法院，有的国家还仅指普通法院。但当代中国，司法机关这一名称含义较广，且有不同理解。

（一）法院组织法和检察院组织法

（二）刑事诉讼法和民事诉讼法

（三）与西方国家诉讼程序的比较

与西方国家两大法系相比，我国诉讼法在形式上、技术上较为接近于民法法系的职权制，与普通法法系的对抗制则距离较大。但目前正在借鉴对抗制进行改革。

五、民法

（一）适应社会主义市场经济的法律体系

（二）民法通则

按照民法法系中以《德国民法典》为代表的传统，民法一般分为总则和分则。前苏联和国民党政府都采用这种形式。中国现在的《民法通则》不同于传统意义上的民法总则，除了一般民法总则

的内容外，还包括了一般民法总则中所没有的某些内容。

（三）合同法

（四）婚姻家庭法

婚姻法、继承法和收养法可统称为家庭法。

（五）知识产权法

六、商法

在计划经济体制下，商法作为部门法的地位，甚至商法这一名称，在我国长期被否认。直到近年来明确提出我国经济体制改革的目标之后，商法的部门法地位才开始被迅速承认。

七、经济法

在民法法系国家，经济法一般被认为是介于公私法之间和公私法混合的一个特殊部门，是通过国家对经济事务日益增多的卷入而发展成为一个特殊的法律部门，但对这一新的部门法的准确含义和范围还有各种不同的解释。

在普通法法系国家，由于缺乏公私法之分的传统，一般不存在经济法作为一个独立法律部门的问题。

前苏联二战之前也否认经济法的存在，自 50 年代之后开始有争论。

东欧个别前社会主义国家承认经济法的部门法地位。

我国学理上的争议目前尚未停止，但立法上已承认。

八、劳动法与社会法

九、环境法

第三节　法律的渊源

一、总体评价

在当代中国，法律的渊源指效力渊源，即根据法律的效力来源而划分法律的不同形式。

中国法律渊源的护法，受到了中国历史上以及前苏联在法律渊源方面的影响，但主要依靠中国自 1949 年，特别使近十几年来立法的经验。

与西方国家两大法系相比，当代中国的法律渊源较接近民法法系国家，但又有很多方面不同于民法法系国家。

二、法律、法与立法的词义

在现代汉语中，“法律”一词有广义和狭义两种用法。广义法律指法律的整体。狭义法律的具体含义要从该名词的单数或者复数或者联系上下文来加以识别。

我国有些法学著作，将广义解释的法律称为“法”。

“立法”一词在中国也有广义和狭义之分。狭义的立法仅指全国人大及其常委会制定法律的活动。广义的立法则泛指一切有权制定一定规范性文件的国家机关制定相应规范性文件的活动。

三、以宪法为核心的各种制定法为主的形式

（一）当代中国的法律主要渊源是制定法而不承认判例法也是法的渊源之一的原因

1．它来自中国历史上封建王朝法律的影响。

2．自清末修订法律，实行法律西方化以来带来的影响，从沈家本修订法律到国民党政府的《六法全书》，都是以民法法系国家的法律，特别是以日、德等国的法律为范本的。

3．50 年代初期前苏联法律和法学的影响。

（二）宪法的最高地位

（三）法律

1．立法原则

2．立法速度与授权立法

国家立法机关在特定情况下就一定范围的事项授权中央政府机关和地方国家机关制定某种单行法律，在现代国家的立法实践中是比较通行的方法。我国宪法也作了有关全国人大及其常委会向国务院授予其他职权的原则规定。

（四）行政法规

（五）地方性法规和经济特区法规

（六）军事法规

（七）特别行政区的基本法和其他规范性文件

四、国际条约和国际惯例

这里的国际条约是指我国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。

国际条约是国际法的主要渊源，不属于我国国内法范畴。但就其通过法定程序具有与国内法同样约束力这一意义而论，也属于我国国内法渊源之一。

我国法律内容规定了国际条约和国际管理的法律效力。

五、习惯、政策与法律的关系

（一）习惯

在当代中国，只有法律承认其有效的习惯，才能作为补充制定法的法的渊源。

（二）政策

在中国，关于共产党作为执政党的政策和法律之间的关系是人们比较关注的问题之一。

六、判例

近年来中国法学家之间发生了关于制定法和判例法各自优缺点的争论。对这一问题主要有三种观点：第一种主张中国应采取判例制度；第二种观点与第一种观点相反；第三种观点认为，中国不应采用判例法制度，但应加强判例的作用。

七、法律解释

（一）中国的法律解释不同于西方国家的特征

1．中国不承认学理解释的法律效力

2．中国的法定解释权主要是由全国人大委员会掌握的

3．在法律解释方法上，还未形成对法律解释较权威的论述

（二）中国法律解释的实践

1．法律解释权限的法律规定

2．以全国人大常委会未主体的各机关分工配合的法律解释体制

3．司法机关解释的加强

4．加强国家权力机关常设机关对司法、行政解释的监督

八、法律汇编

第四节　法律教育和法律职业

一、法律教育

当代中国法律教育在社会制度、意识形态以及本国历史、文化传统方面，都不同于任何西方国家的法律教育。

就法律教育的形式、技术方面而论，中国比较接近民法法系国家法律教育。

近十几年来，中国的法律教育逐步形成多形式、多层体的体系。

二、法律职业

在当代中国，从事有关法律工作的人，一般指审判、检察、律师、司法行政、法律教育、法学研究等方面的工作人员。此外，立法工作者、公安部门参与刑事案件侦查工作者、仲裁人员，也可以说是广义的法律工作者。

像法律教育一样，中国的法律职业，在社会制度、意识形态、文化历史传统等方面，不同于西方国家。

与西方国家相比，中国的法律职业具有如下特征：

1．从历史上看，中国并没有形成在社会具有较大影响的、代表法律职业的社会群体。

2．中国的“独立审判”和“独立检察”不同于西方的司法独立。

3．法律职业的组成人员在数量和结构上与西方有显著差别

4．律师制度的建立和发展道路曲折。

5．法律院系教师和研究机构研究工作者的职称，同其他教育和研究部门是一致的。

6．法律工作者的流动性较小。

第五节　依法治国，建设社会主义法治国家

一、法制、法治和人治的概念

（一）法制的三种含义

1．静态意义上的法律和制度，简称法律制度

2．动态意义上的法律，即立法、执法、司法、守法、对法律实施监督等各个环节构成的一个系统

3．指“依法办事”原则

（二）历史上对“法治”和“人治”的不同理解

1．我国及西方国家历史上关于法治和人治的三次著名争论

第一，春秋战国时期儒法两家之争

第二，古希腊思想家柏拉图和亚里士多德之争

第三，17－18 世纪资产阶级先进思想家为反对封建专制提出的有关法治的观点

2．争论的分歧

第一，国家治理主要依靠什么？是法律还是道德？

第二，对人的行为的指引，主要依靠一般性的法律规则，还是依靠针对具体情况的具体指引？

第三，在政治制度上应实行民主还是专制？

二、当代中国社会主义法治理论

三、依法治国的基本条件与基本原则的探索性思考

（一）基本条件

（二）基本原则

构成法治社会的基本原则有哪些？古今中外的学者众说纷纭。但大体上说，可以分为两类原则，一类是实体原则或价值原则，也即指法治要实现的主要目标，另一类是形式原则或程序原则，它们指实现法治目标所必须确立的形式或程序。

1．实体原则

2．形式原则

四、依法治国的优越性和局限性

五、中国实行“以法治国”的前景

第六节　内地与香港法律制度的重要差别

一、法律的分类

香港特别行政区实行的法律有三类：一是特别行政区基本法；二是香港特别行政权基本法中规定保留的香港原有法律；三是香港特别行政区立法机关制定的法律。

二、法律的渊源

内地与 1997 年后香港在法律渊源上的一个主要区别是：内地是以宪法为核心的各种制定法为主的法律渊源，而香港则是制定法和判例法并存的法律渊源。

三、司法组织

1997 年后香港的司法组织还将是一个具有普通法法系特色的组织。

对原来香港实行的司法体制，惟一的重大改变是设立特别行政区终审法院。

四、诉讼制度

香港在诉讼制度上基本上还实行抗辩制度。

五、法律解释

香港特别行政区实行的法律的解释，应区别为两类：一类是对香港特别行政区基本法的解释；另一类是对经保留的香港原有法律以及香港特别行政区立法机关制定的法律的解释。

对于不同类别的解释机关不同。

六、法官和律师

七、相互借鉴和协调

复习与思考题

1．请简要论述我国建国以前各个历史时期法律的特征。

2．《六法全书》的主要特色何在？有什么进步意义和价值？

3．我国的法律分类与其他国家主要有哪些不同？你认为造成这些不同的主要原因何在？

4．你认为经济法在我国从理论上而言是否能成为一个独立的法律部门？为什么？

5．什么是我国的一般行政法和特别行政法？目前我国特别行政法从法律体系角度而言存在着什么问题？

6．在程序法立法技术方面，我国与两大法系有什么差别？

7．我国的《民法通则》是否是民法法系含义中的民法总则？为什么？

8．我国的法律渊源与西方两大法系相比，在总体上而言有何特色？

9．为什么当代中国的主要渊源是制定法而不承认判例法也是法的渊源之一呢？

10．请论述我国授权立法的特色。

11．我国为什么会长期存在以政策代替法律的错误倾向？

12．你认为我国可以采用判例法制度吗？为什么？

13. 我国的法律解释制度与两大法系相比有什么不同之处？你认为这种不同是怎样产生的？有何弊端？

14．思考我国法律教育发展的得失。

15．你认为我国的法律职业特征相对于两大法系而言是什么？

16．请区别法制、法治和人治的概念。

17．请对我国及西方国家历史上关于法治和人治的三次著名争论作出评价。

18．请论述我国的依法治国理论。其有什么优越性和局限性？

19．请简要论述我国内地和香港特别行政区法律制度的主要差别。

拓展阅读书目

G. Paton, “A Textbook of Jurisprudence”(1972).

R. David, “Sources of Law”, “Encyclopedia of Comparative Law”(1984).

R. Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, in “American Journal of Comparative Law”, 1991, vol. 39.

M.A. Glendon & Others, “Comparative Legal Traditions” (1985).

R. Pound, “Interpretations of Legal History”(1946).

International Commission of Jurists, “The Rule of Law in a Free Society” (New Delhi, 1959).

J. Frank, “Courts on Trial”(1949).

E. Patterson, “Jurisprudence”(1953).

W. Friedmann, “Legal Theory”(1953).

Hart, “Concept of Law” (1961).

Fuller, “The Morality of Law”(1969).

Peter Wesley-Smith, “An Introduction to the Hong Kong Legal System”(1987).

“Hong Kong Standard”, Nov.22, 1994.

R. David and J. Brierley, “Major Legal Systems in the World Today”(1985, 3rd ed.).

John H. Barton & Others, “Law in Radically Different Cultures”(1983).

《马克思恩格斯全集》。
柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆 1986 年版。
亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版。
洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1981 年版。
卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1982 年版。
潘恩：《常识》，马清槐译，商务印书馆 1961 年版。
哈林顿：《大洋国》。何新中译，商务印书馆 1983 年版。
《论语》。
《孟子》。
《韩非子·五蠹》。
《左传》。
《礼记》。
《晋书》。
《唐律疏议》。
《史记》。
董仲舒：《春秋繁露》。
《邓小平文选》。
江必新：《沈家本法制改革论述》，载《比较法研究》1988 年第 2 期。
杨鸿烈：《中国法律思想史》，商务印书馆 1937 年版。
《毛泽东选集》，人民出版社 1991 年版。
《法学概论资料选编》，法律出版社 1984 年版。
《刘少奇选集》（下卷）。
董必武：《论社会主义民主和法制》，人民出版社 1979 年版。
《关于建国以来党的若干历史问题的决议》。
《中国共产党第十四次全国人民代表大会文件汇编》。
费孝通：《一个审判员的感受》，载 1981 年 1 月 30 日《人民日报》。
《法学辞典》（第 3 版），上海辞书出版社 1989 年版。
《中国法律年鉴》（1995 年）。
崔卓兰：《行政合同纵横论》，载《法制与社会发展》1996 年第 1 期。
人民日报评论员：《完善我国刑事法律和司法制度的重大举措》，载 1997 年 3 月 18 日《人民日报》。
库德里亚夫采夫、图马诺夫：《第十次国际比较学大会综览》，中译文载《法学译丛》1979 年第 5 期。
沈宗灵：《中国大陆与香港法律制度的重要差别论要》，载《中国法学》1996 年第 6 期。
沈宗灵：《当代中国的判例》，载《中国法学》1992 年第 1 期。
胡鸿烈：《香港的司法制度》，载《中外法学》1989 年第 3 期。
《法理学》，高等教育出版社 1994 年版。

第六章　其他法系

本章教学目的和基本要求：正确理解和把握普通法法系及民法法系之外的法系的概念和特征，了解伊斯兰法系、印度法系以及北欧法系的分布范围。理解伊斯兰法系、印度法系以及北欧法系的历史发展及其对法系特征形成的影响。掌握这三大特殊法系国家的法律分类，尤其是印度法律中教法和国法的区分，以及伊斯兰教国家中宗教法的地位及其与世俗法的关系。理解伊斯兰法系、印度法系以及北欧法系国家法律演进的现实状况、特色及复杂性，体会它们未来发展的脉络。

学时分配：6 学时

相关教学环节：讲授与课堂讨论

教学内容：

第一节　伊斯兰法

一、伊斯兰法概述

（一）伊斯兰教是世界三大宗教之一，又称穆斯林教，是公元 7 世纪阿拉伯先知穆罕默德所传播的一种宗教。

伊斯兰法泛指以伊斯兰教教义为基础的法律，阿拉伯语中称沙里阿，即真主安拉指示的道路。比较法学中的伊斯兰法系，是指所有伊斯兰教法的总称。

（二）分布范围

伊斯兰法现在世界上的分布范围，大体可以分为三类：

1. 阿尔巴尼亚和前苏联在中亚的五个加盟共和国。这些国家和地区在 90 年代剧变后的伊斯兰法的情况，尚待研究。

2. 接受现代法律思想较少，而较多地实行伊斯兰法，特别是习惯法的国家，包括阿拉伯半岛国家以及阿富汗、巴基斯坦。

3. 仅在属人法等领域实行伊斯兰法和习惯法，新的社会关系采用现代法律的国家或地区。它们所采用的现代法律，又可分为普通法法系模式（如印度、孟加拉、北尼日利亚等），民法法系模式，如非洲的法语国家，除苏丹以外的阿拉伯语国家和伊朗，或荷兰法模式，如印尼。

二、伊斯兰法的永恒基础

（一）伊斯兰法的渊源

1. 古兰经。被认为是真主的启示，最重要的法律渊源。

2. 圣训（逊奈，Sunna），据传是限制穆罕默德的言行。

3. 伊智玛，伊斯兰教学者对教义的一致意见。

今天，法官再也不用直接查阅《古兰经》与逊奈，因为伊智玛已经就此作出了无懈可击的、最后的解释。

伊智玛通过“斐格海”的形式进行表达。斐格海归根到底是一种学说体系，它是以启示性的或其可靠性已被接受的法源权威作为基础的。

4. 类推，指对相似事件按照相似原则处理的方法。

（二）伊斯兰教教派

正统教派——逊尼派：有四种。

少数派——什叶派，在伊朗和伊拉克占优势。

（三）对其他法律渊源的摒弃

1．各种推理方法在伊斯兰国家受到很大的置疑，一般不用。

2．不容许一个信徒的个人意见能作用于伊斯兰法上的解决问题的基础。

3．伊斯兰法本质上不是理性的而是宗教的与神授的，因此排除个人意见。

4．在一些具体案件中，是否以公共秩序或正义为理由不适用斐格海认可的某项普遍规定，也从未取得一致意见。

（四）伊斯兰法的特点

1．某些规定具有陈旧性，形式过分琐细，缺乏体系。

2．由于伊斯兰法以古兰经为基础，所以伊斯兰法是完全独立于其他法系之外的。按照伊斯兰的正统观点：如果某种规定同其他法系有相似之处，纯属巧合；在任何场合下伊斯兰法都不会效仿外国法的观点。

3．对欧洲各国法的影响微不足道。

（五）同教会法的比较

伊斯兰法同教会法一样，是过去意义上的教会的法，是一个信徒共同体的法。

但除此之外，其同教会法的差异很大：

1．伊斯兰法同伊斯兰宗教不可分，它同样具有后者的启示性；而教会法不是启示法，当然它是建立在信仰与基督教道德的启示原则之上的，但它是人的业绩，而非圣经。

2．伊斯兰法是宗教的一部分；而基督教开始时是在一个高度文明而法享有崇高威信的社会里传播的：它宣布了新的教条与道德原则，与世俗法相分离。

3．尘世上没有任何权力机关有资格改变伊斯兰法；而教会法不是来代替罗马法的，它从来都只是对罗马法或其他“民事”法的补充，除了要尊重教条的永恒原则外，为了改进教会法或使之同时代与地点的变化相适应，教会当局可以改变。

4．不服从伊斯兰法的人是有罪孽的，冒着在另一个世界受处罚的危险；而违反教会法并不一定会使基督徒在另一世界受到处分。

（六）斐格海与现代社会不相适应

三、伊斯兰法对现代世界的适应

（一）伊斯兰法的永久权威

尽管斐格海与现代社会有很多不相适应的地方，但伊斯兰法依然继续作为当代世界大法系之一，继续调整着五亿穆斯林之间的关系。

很多伊斯兰国家在法律中并经常在宪法中继续确认它们对伊斯兰教原则的忠诚。而在所有这些国家中，却有很多要求现代化，要求迅速变化。这个变化包含私法方面的大胆改革。

（二）现代主义倾向

公元十世纪，当“努力之门”被关闭时，伊斯兰法的发展就停止了。这一事件的发生是为了避免当时威胁伊斯兰世界的危机与其统一的破裂。

今天，伊斯兰世界一些有识之士对于是否应当不折不扣地坚持当时给斐格海的发展所加的清规戒律表示怀疑，并提出了宗教上的论据。

目前，“努力之门”有重开的趋势，但阻力也是非常大的。

（三）与现代世界适应的可能性：总论

虽然伊斯兰法使永恒不变的，但它同时有很多变通办法：它让习惯、当事人协议与行政规定发生作用，从而可能找到建设现代社会的办法，而不使自己受到损害。如果人们善于安排，伊斯兰法的某些制度或规定的过时性只会在例外情况下才会构成一种束缚。

（四）依靠习惯

习惯不得要人作法所禁止的事情或禁止法认为必须做的事情，但它可以合法地要人做依照法只是受鼓励或允许做的事，它也可以禁止依照法应批判或仅仅允许做的事。

（五）依靠协议

伊斯兰法的强制性规定极少，给人的主动与自由留有很大的活动余地。

（六）法律上的变通规定与虚构

除了习惯与协议之外，另一个摆脱古老办法的途径是依靠法律上的变通规定与虚构。

沙里亚充满形式主义，要求遵守法律的文字甚至遵守其精神实质。因而伊斯兰法的很多规定，只要不是直接违反，可以使之不发生效力。

（七）统治者的干预

伊斯兰法承认当局为国家政治的领导者，在注意公正审理诉讼的过程中，可以为了公正采取一定的规章制度方面的措施。这一权力曾经经常得到广泛适用。

四、伊斯兰法的具体运行状况

（一）伊斯兰法的不完整应用

五亿穆斯林构成的三十多个国家的大部分人口和另一些国家的主要少数民族中，没有一个国家是专门实施伊斯兰法的。各国的习惯法和立法对伊斯兰法都或者作出某些补充，或者有所抵触；即使在原则上宣布伊斯兰法的权威性的国家，情况也是如此。

伊斯兰法是宗教法，不应与伊斯兰各国的制定法混为一谈。为了避免发生混淆，不宜用伊斯兰法来称呼伊斯兰各国的制定法。

（二）属人法与其他法律

关于人与家庭法以及有关教派与宗教行为的规定一向都被视为“沙里亚”中最重要的部分。因此，伊斯兰法中的属人法部分与宗教之间关系密切，而且古兰经本身包含着大量这类关系的规定，不易改变。

相反，对于其他法律规则则比较容易容许非宗教化或某种程度的非宗教化。

（三）司法组织

伊斯兰的理想是建立一个信徒社会与世俗社会合而为一的社会。这个理想从未成为现实。其证据是在司法组织的各个方面都存在着意义深远的二元性。

（四）当代的发展特点

1．法在很多方面的西方化

2．未西方化的法律门类——大多是属人法——编纂法典

这项工作引诱力很大，虽然有巨大的困难，但终于在一些国家取得了胜利。

3．淘汰在此以前负责实施伊斯兰法的特别法院

4．现行法律的多样性

（五）亚洲三国伊斯兰法的改革

1．马来西亚伊斯兰法的改革

马来西亚人口中主要是马来人，基本上信奉伊斯兰教。

改革后，原则上，马来西亚仍存在世俗法院和伊斯兰法院两种制度，但现在伊斯兰法院占有一个并行的而非已往从属的地位，两者都有专有管辖权。

2．印度尼西亚伊斯兰法的改革

全国人口约 90％信仰伊斯兰教。

改革后削弱了宗教法院处理教徒在结婚和离婚问题上的权力；伊斯兰法院一直尊重最高法院对伊斯兰教法院的审查权。

政府部门也采取一些步骤影响伊斯兰法的直接适用。

3．巴基斯坦伊斯兰法的改革

扩大伊斯兰法以及伊斯兰法院的权力。

（六）对伊斯兰国家法律西方化的评价与预测

在伊斯兰各国尽管可以创建一个受现代思想启示，接受西方概念的法的新领域，这个领域在内容上可以不同程度地脱离符合正统教义的规定，甚至抛弃伊斯兰法的基本观念而使法世俗化，但并不能因此就把伊斯兰各国法归入罗马法的体系，至少在短时期内还没有这种可能。伊斯兰各国的法律学家将长期地附庸于他们传统的思想和推理方式。

第二节　印度法

一、印度法的定义

印度法得到广大印度教徒的承认和尊重，构成了第二个传统法系。

印度法不是印度国法。印度教除了有它的教义之外，还有其他世界观和规定其信徒如何立身处世的信条。

二、印度教社会法

（一）法论

印度文明的基础完全不同于基督教文明和伊斯兰教文明的基础。它摒弃西方世界关于上帝创造人的基本观念，认为“人类”是一个简单的抽象概念，只存在生来就带有所属社会等级标志的“人”。

有关人的行为准则记载在称为《法论》的三种论著中：即达摩、阿达和伽摩。每个人都应当按照自己所属的等级的要求遵守不同的法论。

1．达摩：是劝告人们应如何待人持己，做到公平正直的法论。

2．阿达：教导人们如何发财致富，君王如何统治的法论。

3．伽摩：阐述如何玩乐的法论。

达摩相对而言具有优先地位，但并不如斐格海那样占有统治地位，也不能构成确切的法。它只是迁就例外情况的典范，甚至从现实主义的精神出发，更多的是从作为印度教特殊标志的忍让精神出发，号召灵活温顺的典范。

（二）达摩

达摩是以义务而非权利为纲的。

达摩的权威并非建立于习惯之上，而是由于人们对曾经提出达摩戒律的历代圣贤的尊敬而形成的。

（三）《达摩法论》和《尼邦达》

达摩记载于被称为《达摩法论》的论著中。最著名的是用诗歌体写成的《摩奴法典》、《耶致那跋基法典》和《那罗陀法典》。

应被视为具有权威性的达摩著作是由传统确定的。

法论诸书都是相互阐明，彼此补充的。因此，人们在印度可以找到另一类著作：《尼邦达》——《尼邦达》的目的是对《达摩法论》中意思隐晦不清之处予以解释阐明，以便有文化的人能读懂，同时也是为了解决不同的《达摩法论》中存在的明显的矛盾之处。

根据信奉的《达摩法论》和《尼邦达》的不同，印度法分为两个主要“学派”：米塔克沙拉派和达亚巴加派。

（四）达摩和习惯

达摩本身不仅承认合乎法规的习惯，而且接受违背法规的习惯。

习惯是多种多样的。每种种姓和亚种姓都有其独特的习惯规则。

除了习惯之外，理性和公道也是可能控制调解印度教信徒行为的因素。

（五）立法和判例

按照达摩和印度教教义来看，立法和审判上的先例不能视为法源。

君王可以立法。统治的艺术和公法的制定从属于阿达，而非达摩。但达摩本身为君王的权力所不能及。立法只是被看作一种临时的法论措施，具有可变性。

同立法一样，判例也不能被看成真正的法源。司法组织同立法一样，从属于阿达。法官判决的权威只限于提请他审理的诉讼，也只能从那些导致法官作出判决的特殊情况中得到说明。

（六）现代学说

达摩以与西方各国法或伊斯兰法完全不同的方式编排撰写法的规范。在《达摩法论》中，有关宗教的和有关法论的规定彼此混杂。

在印度，最直接地谈到西方观念中的法的著作是一本名为《民刑法》的书。

印度公法的规定有时是编在《达摩法论》中，但政府管理学却在后者之外作为另一类而编入政事论。

有关印度法的现代书籍的作者门因为受西方观念的影响而不愿再阐述达摩，而只是阐述当今对印度教徒确实在实施的规定。

（七）伊斯兰教的统治

十六世纪，印度的北部和中部确立了伊斯兰教的统治，法院只执行伊斯兰法。确然仍有某些种姓会议继续实施印度习惯法，但它已无法发展。

（八）英国的统治

英国人在十八世纪取代蒙古人而统治印度。

一方面，英国人把印度法从秘密状态中解脱出来，正式承认其价值和权威。当诉讼涉及适用印度法与伊斯兰法而由英国法官判决时，他们把这两者置于同等地位。

另一方面，英国的统治对传统的印度法是致命的。它使后者发生了深刻的变化，使其局限于处理某些关系，而社会生活中越来越重要的领域却由属地法性质的新法控制。

印度的新统治者在统治初期想尊重印度法规定的愿望因对印度法的无知而受阻，只得求助于精通印度教哲学和法论的婆罗门。直到 1846 年，法官的作用只是对于这些婆罗门权威向他提出的在诉讼中应当作出的判决赋予执行力。

后来，婆罗门统治的弊端逐渐暴露，英国人采用了各种办法予以纠正，但各地的做法不同。

（九）印度法受到的曲解

由于种种原因，在英国统治时期，印度法受到很大的曲解。

英国法关于证据的规定被引进了印度，使印度法的实施条件发生了变化。

这些曲解起到了减少地方习惯纷繁的作用。另一方面，这些曲解也为印度法的演进作出了贡献。

在这种曲解之下，印度法虽被认可，但意义已变，而且其实施领域也被限于某几个方面。

在英国统治时期，在印度法已经停止实施的那些领域，完成了更为重要的现代立法工作。

（十）印度法的演变

1947 年印度获得独立，改变了问题的条件，引起了印度法的新发展。

今天，印度发发生了深刻的变革。它仍然只适用于印度人口中印度教教徒那部分人，影响其一致性的各地很多习俗被废除了。

但忠于传统的愿望存在于一切变革之中，因此，印度法依然是当今世界中基本的社会秩序观念之一。

当人们不是从印度教的宗教范围而是从印度的地理疆域来理解法时，一个根本性的转变就完成了——在很多方面，今天只宜提印度国法而不宜提印度（教）法。

不管将来的演变如何，对于绝大多数印度人来说，印度法目前仍然时惟一涉及他们私人生活的法。

（十一）新法和传统风俗的调和

三、印度国法

（一）印度国法的定义

印度法是一个以宗教信仰为基础的社会的法，它今天有被全国性的法取代的趋势。而后者的实施不受当事人宗教信仰的影响。印度的全国性法（世俗法）同印度法（宗教法）相对，称为印度国法。

印度国法原则上包括在印度通用的所有的法论，即使这些法论中有对某几类公民不适用的特别条款，这些条款也被包括在内。

（二）属地法的概念

属地法的概念是印度传统中所没有的、属于西方的概念。在这个概念中，法被理解为独立于宗教或部族的法规大权。

在英国统治之前，这个概念在印度不存在。

属地法将会怎样？它将会怎样制定出来？由于印度情况复杂及其政治和体制的演变，对这两个问题的回答曾经有过变化。

（三）第一阶段：莫菲西尔内的属地法

在孟买、加尔各答和马德拉斯管辖区内，从英国统治初期就建立的皇家法院得到的指示是原则上实行 1726 年通行的英国法。当然，该原则有两点保留：一是在某些方面地方当局制定有法规时，不实施英国法；二是英国法的实施仅限于在印度这个特殊环境中能实施的范围。

在被称为莫菲西尔或穆法萨尔的印度其余地区内，情况有所不同。在莫菲西尔内建立的法院不是英国皇家法院，而是东印度公司法院。在莫菲西尔内，并没有感到有实施英国法的必要。

在这个区域内，在继承、婚姻、种姓以及同宗教有关的习惯或制度方面，需要根据具体情况实施印度法或伊斯兰法的规定。在其他方面则按照正义、公道和良心的原则进行裁决，以发现适用的法的规范，而非直接适用英国法。

（四）第二阶段：编纂法典

随着 1833 年宪章条例的制定，编纂法典的工作开始在印度进行。

从 1859 年到 1882 年开展了紧张的立法运动。在当时的两个新成立的委员会的协助下，编成了一部浩繁的印度法大全，其权威足以取代以前“管辖区”的英国法和莫菲西尔的以正义为原则基础的判例所享有的权威。

印度法大全的主要组成部分是各种法典和一些重要法律。

印度法论只有当其内容相当于拿破仑诸法典中的一部时，才被命名为“法典”，其余把印度普通法系统化的法论并不称为法典。

通过这些法律，印度就真正引进了英国法。随着莫卧儿王朝名义上主权的废除，东印度公司的特殊地位也逐渐消失了。

（五）印度国法的独创性

印度法典编纂对英国法而言，在当时看来是实现了一个进步，它成了那些有意编纂法典而又仍然忠于普通法系的国家，尤其是东非国家以及苏丹，所遵循的样板。

在印度的法典编纂中当然考虑了印度的特点。

（六）对普通法系的归属及与英国法的差别

在印度独立之前，印度国法无疑属于普通法系，这可以表现在如下方面：

1．它所使用的术语和概念

2．它的技术和它对法的规范所具有的观念本身

当然，在英国法和印度国法之间，某些部分从一开始就有重大差别，比如：在普通法和衡平法区别的有无之上；在不动产法论方面；在“实物履行债务法”的规定方面；在国际私法的解决方法方面。

（七）独立：对旧法的确认

印度的独立并没有导致否定以前在英国统治时期树立起来的观念，也没有危及独立以前完成的立法工作。1950 年宪法宣布的旧法继续有效。印度仍然是英联邦的一员，仍然是普通法国家。

不过，从各种角度看，其同英国法的关系疏远了，有很多独树一帜的地方，比如宪法和司法组织与先例准则。

第三节　北欧法系——斯堪的纳维亚法的演进及其当代形态

一、北欧法系的定位

虽然丹麦和冰岛在地理上不属于斯堪的纳维亚，但是“北欧”和“斯堪的纳维亚”二词在本文里面是作为同义词使用的。

二、将北欧法独立出来的原因

在比较法文献上，人们通常抱着这样一种假设：西方世界的法论秩序不是属于普通法就是属于大陆法。但是当我们问道：怎样把北欧各国即丹麦、芬兰、冰岛、挪威、瑞典的法论秩序安排道这个图示里，这时就暴露了这样的假设不是没有问题的。

我们不能够把北欧法列入普通法，因为通常只有在其历史渊源上可以上溯到中世纪英国法的法律时序才算得上普通法，而北欧法的发展历程完全独立于英国法。而且，所有被人们看作普通法样式构成的标志在北欧法律中都是缺乏的。

而能够把北欧法律分类归入大陆法的问题就更加复杂了。因为大陆法总是或多或少地受到罗马法的强烈影响，而且在传统上依靠制定法或者编纂全面的法典作为法律资料调整的重要手段。在北欧法律的发展过程中，罗马法发挥的作用很少。而且直到现在，北欧各国仍然没有编纂一部属于法国民法典烈性的或德国民法典类型的法典。

由于北欧各国法律密切的亲缘关系及其共同的“样式构成”的标志，应当承认北欧法律形成了一个独特的法系，同罗马法系和德意志法系并立。

三、北欧法律的演进

北欧各国法律的亲近关系可以由自古以来在斯堪的纳维亚各国之间存在着的特别紧密的政治和文化关系这一事实加以说明。

北欧法律所具有的共同的历史基础是古代日耳曼法，但是在斯堪的纳维亚不同的地方，经过发展，在某些部分已经偏离了古罗马法。

法国革命的国民的、自由主义的思潮在斯堪的纳维亚产生了强烈的反响。在它的影响下，一方面，斯堪的纳维亚各民族之间的文化和语言的独自性意识增强了；另一方面，专制统治方式的残余被消灭了，人们坚决地要求公民更有力地参与国政。

由于斯堪的纳维亚各国的历史和文化共同属性的感情以及相互贸易扩大和交通联络的改善，北欧各国之间在 19 世纪最后三分之一的时期里开始在立法领域紧密合作。

北欧各国由于彼此合作，立法的素质得以提高，这一点逐渐显示了出来。

四、北欧地区法律同化的条件

法律的同化在斯堪的纳维亚一直存在着特别有利的前提条件：历史发展的共同性，文化上的亲近关系，语言的类似性，不存在深刻的政治对立，人口数目和经济力量接近均衡，均位于欧洲边境。

斯堪的纳维亚的法律一方面显著地加入了欧洲大陆法律发展的行列，而另一方面又显著地保持着自己区域的特色。

复习与思考题

1．伊斯兰法的分布范围有哪些？

2．请简要论述伊斯兰法的特点及其形成原因。

3．伊智玛在伊斯兰法中有什么独特的重要作用？为什么？

4．同教会法相比较，伊斯兰法有何特点？

5．很多伊斯兰国家在法律中并经常在宪法中继续确认它们对伊斯兰教原则的忠诚。而在所有这些国家中，有很多要求现代化，要求迅速变化。你认为它们存在与现代世界适应的可能性吗？

6．你认为伊斯兰国家法制西方化进程中面临的最大困难是什么？为什么？

7．伊斯兰国家法制日益西方化后，传统的伊斯兰法的痕迹是否会消失？是否可以将伊斯兰法系除名？为什么？

8．印度教的达摩与伊斯兰教的斐格海有什么不同？

9．习惯和理性在印度教中起到什么样的作用？

10．英国人统治印度的初期，为什么在法的适用上要求助于婆罗门。婆罗门在这个过程中起到的作用和弊端分别是什么？

11．请论述印度法在 1947 年印度独立之后的演变状况。

12．请论述印度教法和印度国法的联系与区别。

13．在十九世纪中后期印度正式引进英国法之后，印度国法保持的独创性何在？

14．请论述印度国法在独立之前与普通法系的联系及差别。

15．印度独立之后印度国法有什么变化和独特之处？

16．为什么要将北欧的法律独立出来进行分析？

17．试论述北欧地区法律同化的条件。

拓展阅读书目

K. Zweigert & H. KÖtz, “An Introduction to Comparative Law”, 1977.

R. David and J. Brierley, “Major Legal Systems in the World Today”(1985).

Donald L. Horowitz, “The Qur’ an and the Common Law: Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change”, in “American Journal of Comparative Law”(1994).

Mark Cammack, “Islamic Law in Indonesia’s New Order” in “International and Comparative Law Quarterly”, 1989, vol. 38.

C. Kennedy, “Repugnancy to Islam- Who Decides? Islam and Legal Reform in Pakistan”, in “International and Comparative Law Quarterly”,1992, vol. 41.

Afchar, “The Muslim Conception of Law”, Int. Enc. Comp. L. Vol Ⅱ. Ch. 1 (1975)84.

Anderson, “Law Reform in the Muslim World”(1976).

Errett, Hindu Law, “The Dharmasastra and the Anglo-Hindu Law-Scope for Further Comparative Study”, Zvg1RW 58 (1956)199.

Ders., “An Introduction to Modern Hindu Law”(1963).

Ders., “A Critique of Modern Hindu Law”(1970).

Ders., “Religion, Law and the State of India”(1968).

Ders., “Hindu Law”, in “An Introduction to Legal Systems”(Hrsg. Derrrett, 1968)80.

Ders., “Hindu Customs and Modern Law”(1950).

Ontheimer, “Recent Development in Hindu Law”, Int. Comp.L.Q.13(1964)Suppl.32.

En-Gupta, “Evolution of Ancient Indian Law”(1953).

Ingat, “Les sources du droit dans le systéme traditionnnel de l’ Inde”(1967).

Errett/Sontheimer/Smith, “Beiträge zum indischen Rechtsdenken”(1979).

Chydenius, “The Swedish Lawbook of 1734: An Earl German Codification”, L.Q. Rev.20(1904)377.

Eek, “Evoluton et structure du droit scandinave”, Rev. hell. 14(1961)33.

Gomard, “Civil Law, Common Law and Scandinavian Law”, Scand. Stud. L.5(1961)27.

JägerskiÖld, “Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century”, Scand. Stud. L.11(1967)175.

Matteucci, “The Scandinavian Legislative Cooperation as a Model for European Cooperation”, in “Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge”(1956)136.

沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社 2003 年版。

勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版。

《港澳基本法》教学大纲

罗晓军　编写

目　录

前　言.....664
第一章　港澳基本法的制定.....665
第一节　香港、澳门问题的由来及解决.....665
第二节　香港特别行政区基本法的制定.....665
第三节　澳门特别行政区基本法的制定.....666
复习和思考题.....666
参考阅读书目.....666
第二章　“一国两制”的基本法律涵义.....667
复习与思考题.....668
参考阅读书目.....668
第三章　中央与特别行政区的关系.....669
第一节　中央对特别行政区享有的权力.....670
第二节　中央和特别行政区相互关联的权力.....670
复习与思考题.....670
参考阅读书目.....670
第四章　特别行政区居民的基本权利和义务.....671
第一节　特别行政区居民的涵义.....671
第二节　特别行政区居民原有的基本权利和义务.....671
第三节　特别行政区居民的基本权利和义务.....672
复习与思考题.....672
参考阅读书目.....672
第五章　特别行政区的政治体制.....673
第一节　特别行政区政治体制导论.....673
第二节　特别行政区行政长官.....673
第三节　特别行政区的行政机关。.....674
第四节　特别行政区的立法机关.....674
第五节　特别行政区的司法机关.....675
第六节　区域组织、公务人员.....675
复习与思考题.....675
参考阅读书目.....676
第六章　特别行政区的经济.....677
第一节　特别行政区经济制度的特点.....677
第二节　财政、金融、贸易和工商业政策.....677
第三节　土地契约、航运与民用航空.....678
复习与思考题.....678
参考阅读书目.....678
第七章　特别行政区的 教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务.....679
第一节　关于教育、科学、文化等方面的政策.....679
第二节　专业资格与专业的执业资格民间团体与组织.....679
复习与思考题.....679

参考阅读书目.....679
第八章　特别行政区基本法的解释和修改.....680
第一节　特别行政区基本法的解释.....680
第二节　特别行政区基本法的修改.....681
复习与思考题.....681
参考阅读书目.....681

前　言

港澳基本法是中国政法大学法学院宪法研究所负责开设的一门面向全体本科生的选修课。为了提高教学质量，帮助学生更好地学习和掌握本课程的有关知识，根据学校教务处和法学院的布置，宪法研究所承担了本课程的教学大纲的编写工作。

港澳基本法的课程主要围绕香港、澳门特别行政区基本法的立法体例来设置，是对香港、澳门特别行政区基本法的内容及实施状况予以介绍，对其中产生的问题予以介绍和解释。本课程分为八章，章下面分节。具体内容在以下部分详细介绍。本教学大纲是宪法研究所全体成员共同编写的。

第一章　港澳基本法的制定

本章教学目的：

通过学习本章内容，首先让学生详细了解香港、澳门是中英、中葡之间的历史遗留问题以及我国政府在改革开放之前对香港、澳门问题采取的方针、政策；其次让学生详细了解邓小平在新形势下对香港、澳门问题原有方针、政策予以调整，如何提出解决香港、澳门问题的“一国两制”的方针以及“一国两制”的主要内容。再次让学生详细了解中英、中葡谈判、签署中英、中葡联合声明的过程以及“一国两制”方针在中英、中葡联合声明的具体体现。最后让学生详细了解香港、澳门基本法制定的详细过程，重点掌握港澳基本法制定过程所体现的特点，把握港澳基本法的立法背景、立法意图，以利于我们正确地理解、实施香港、澳门基本法。

本章基本要求：

通过本章内容的学习,学生应当了解掌握香港、澳门特别行政区基本法制定的历史背景、历史过程，体会把握香港、澳门特别行政区基本法的立法意图，为全面理解掌握香港、澳门特别行政区基本法奠定良好的基础。

本章教学重点：

1．香港、澳门问题的产生；2．“一国两制”方针的提出；3．中英、中葡联合声明的内容；4．香港特别行政区基本法的制定过程；5．澳门特别行政区基本法的制定过程。

本章教学难点：

1．香港、澳门问题的性质；2．“一国两制”方针提出的原因；3．中英、中葡联合声明的性质及法律效力；4．香港、澳门基本法起草过程的特点。

学时分配：3 学时

课程主要内容：

第一节　香港、澳门问题的由来及解决

（一）香港、澳门问题的产生

英国、葡萄牙在清朝时期对属于中国的香港、澳门予以占领，实行殖民主义统治。

（二）香港、澳门问题的解决

1．解决香港、澳门问题被中国政府提上日程；2．中英、中葡分别就香港、澳门问题予以谈判，中国提出解决香港、澳门问题的“一国两制”方针；3 中英、中葡联合声明的签定，香港、澳门问题得到解决。

第二节　香港特别行政区基本法的制定

（一）全国人民代表大会常委会决定成立香港特别行政区基本法起草委员会。

（二）香港特别行政区基本法起草委员会起草香港特别行政区基本法。

（三）全国人民代表大会审议通过香港特别行政区基本法。

（四）香港特别行政区基本法起草过程的特点。

1．得到了邓小平同志的亲切指导和关怀；

2．内地委员与港方委员在不少问题上出现了重大的分歧，辩论激烈。

3．制定程序比较民主、科学，透明度比较高。

第三节　澳门特别行政区基本法的制定

（一） 全国人民代表大会常委会决定成立澳门特别行政区基本法起草委员会。

（二） 澳门特别行政区基本法起草委员会起草澳门特别行政区基本法。

（三） 全国人民代表大会审议通过澳门特别行政区基本法。

澳门特别行政区基本法起草过程的特点。其主要特点是参考借鉴了香港特别行政区基本法起草的程序和成果。

复习和思考题

1．“一国两制”方针提出的历史背景及其原因是什么？

2．中英、中葡联合声明的主要内容是什么？

3．香港特别行政区基本法起草过程的主要特点是什么？你对此有何感想？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

3．胡锦光：《中国宪法问题研究》，新华出版社 1998 年版。

4．中共中央文献出版社编：《一国两制重要文献选编》，中央文献出版社 1997 年版。

5．张千帆、肖泽晟主编：《宪法学》，法律出版社 2004 年版。

第二章　“一国两制”的基本法律涵义

本章教学目的：

通过本章的学习，首先让学生掌握“一国两制”的有关“一国”的基本法律涵义；其次让学生掌握“一国两制”的有关“两制”的基本法律涵义。

本章基本要求：

通过本章的学习，学生应当掌握“一国两制”的基本法律涵义的主要内容。例如：内地与香港、澳门特别行政区是一个拥有统一主权的一个国家，它就是中华人民共和国；内地实行社会主义制度，香港、澳门特别行政区不实行社会主义制度，保持其资本主义制度和生活方式五十年不变；等等。

本章教学重点：

1．香港、澳门特别行政区是中华人民共和国的组成部分。

2．香港、澳门特别行政区在全国人民代表大会的授权下享有高度自治权。

3．港人治港、澳人治澳。

4．特别行政区实行原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变。

5．特别行政区居民及其它人的权利受特别行政区保障。

6．特别行政区的土地等自然资源由特别行政区开发，收益归特别行政区所有。

7．特别行政区原有法律基本不变。

8．特别行政区基本法的法律地位。

本章教学难点：

1．授权说。一个国家是否就可以否定特别行政区作为一个地方单位不享有作为一个地方单位这种身份所应有的任何固有的权力吗？全国人民代表大会作为唯一的授权者是否是合理的，是否是合宪的？

2．高度自治权。高度自治权的内涵是什么？高度自治权的内容的具体涵义是什么，体现了什么样的立法意图？高度自治权与“港人治港”“澳人治澳”的关系。

3．姓社姓资说。特别行政区不实行社会主义制度，保持原有的资本主义制度。什么是社会主义？什么是资本主义？这是有分歧的。特别行政区是否可以进行福利改革？

4．特别行政区基本法的法律地位。特别行政区基本法在特别行政区是否具有最高法律效力？它与中华人民共和国宪法的关系如何？特别行政区基本法的效力如何体现？

学时分配：4 学时

本章教学内容：

（一）一个中国：

香港、澳门特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。

（二）高度自治权：

1．香港、澳门特别行政区享有高度自治权。

2．高度自治权的性质。

3．高度自治权的内容。

（三）港人治港、澳人治澳：

1．香港、澳门特别行政区的立法机关、行政机关由香港、澳门特别行政区永久性居民组成。

2．香港、澳门特别行政区的司法机关可以聘请外国法官。

3．内地公民不能担任香港、澳门特别行政区的公职。

（四）特别行政区居民与其他人的权利依法受特别行政区的保障。

1．权利依法受保障的含义。
2．特别行政区如何依法保障？
（五）特别行政区保持原有资本主义制度和生活方式五十年不变。
不实行社会主义制度。
1．社会主义和资本主义的区别。
2．社会福利的增加是否就是实行社会主义制度和政策？
3．五十年不变的含义
4．对金融市场的干预是否改变了资本主义制度？
（一）特别行政区依法保护私有财产权
（二）特别行政区境内的土地和自然资源属于国有，其开发、收益归属于特别行政区。
（三）特别行政区原有法律基本不变。
1．香港特别行政区原有法律的涵义。
2．澳门特别行政区原有法律的涵义。
3．基本不变的涵义及其原因。
（四）两种正式语文。
（五）特别行政区的区旗、区徽。
（六）特别行政区基本法的法律地位
1．特别行政区基本法与宪法的关系。
2．特别行政区基本法与特别行政区的关系。
3．特别行政区基本法与特别行政区制定的法律的关系。

复习与思考题

1．“一国”的含义是什么？
2．“两制”的含义是什么？
3．“一国”与“两制”的关系是什么？
4．特别行政区基本法的法律地位如何体现？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。
2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。
3．中共中央文献出版社编：《一国两制重要文献选编》，中央文献出版社 1997 年版。

第三章　中央与特别行政区的关系

本章教学目的：

通过本章的学习，首先让学生理解中央与特别行政区的关系是一种由特别行政区基本法明确规定的关系，不仅仅是一种政策性的政治关系，由政治人物予以解释，也是一种法律关系，由法官予以解释；其次让学生掌握特别行政区的法律地位 ； 再次让学生掌握中央对特别行政区享有的权力；最后让学生掌握中央与特别行政区相互关联的权力。

本章基本要求：

通过本章的学习，学生应当掌握中央与特别行政区的关系，

掌握特别行政区的法律地位，掌握中央对特别行政区享有的权

力，掌握中央与特别行政区相互关联的权力。

本章教学重点：

1．特别行政区的法律地位。

2．中央与特别行政区的权力的划分。

3．特别行政区的高度自治权。

4．中央对特别行政区享有的权力。

5．中央与特别行政区相互关联的权力。

本章教学难点：

1．政治关系与法律关系的不同之处。

2．政治人物的解释与法官的解释不一致，怎么办？与法治精神是否冲突？

3．如何理解特别行政区的高度自治权与直辖于中央人民政府的关系？

4．中央的含义与中央人民政府的含义的区别？意义何在？

5．中央对特别行政区享有的权力是否应遵守基本法？如何判断？

6．中央与特别行政区之间是否存在权力的分享，是否存在权力的制约？

7．如何用基本法解决中央与特别行政区在现实中的分歧、争论？

学时分配：6 学时

本章教学内容：

特别行政区的法律地位

（一）特别行政区直辖于中央人民政府。

1．直辖的含义。

2．直辖于中央人民政府的含义。

（二）特别行政区是地方行政区域。

1．地方行政区域的含义。

2．特别行政区与省、自治区、直辖市的关系。

（三）特别行政区享有高度自治权。

1．高度自治权的含义。

2．行政管理权的含义。

3．立法权的含义。

4．独立的司法权与终审权的含义。

第一节　中央对特别行政区享有的权力

（一） 中央的含义。

（二） 中央人民政府对特别行政区享有的权力。

1．外交权。

2．防务权。

3．人事任免权。

4．发布命令将全国性法律在特别行政区实施。

5．决定针对特别行政区行政长官的弹劾案是否成立。

（三） 全国人大常委会对特别行政区享有的权力。

1．法律备案权。

2．增减在特别行政区实施的法律。

3．宣布特别行政区进入紧急状态。

4．解释特别行政区基本法。

5．主持特别行政区全国人民代表大会代表的选举。

（四） 全国人民代表大会对特别行政区享有的权力。

第二节　中央和特别行政区相互关联的权力

（一） 特别行政区的立法及财政预算、决算法案

（二） 特别行政区基本法的解释

（三） 特别行政区基本法的修改

（四） 特别行政区的司法管辖

（五） 高度的灵活性与高度的原则性的结合。

复习与思考题

1．特别行政区的法律地位如何？

2．政治关系与法律关系的区别是什么？

3．中央政府对特别行政区享有哪些权力？

4．如何理解高度自治权与中央政府对特别行政区享有的权力的关系？

5．如何理解在特别行政区与中央政府在其相互关联的权力中的相互关系？如何理解高度的原则性与高度的灵活性的结合？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

第四章　特别行政区居民的基本权利和义务

本章教学目的：

通过本章的学习， 首先让学生掌握特别行政区居民的概念，它的外延的具体内容；其次让学生了解特别行政区居民原有基本权利和义务；最后让学生掌握特别行政区居民的基本权利和义务，尤其是基本权利。

本章基本要求：

通过本章的学习，学生应当掌握特别行政区居民的概念，尤其是特别行政区永久性居民的内涵及其外延；掌握特别行政区居民享有的基本权利。

本章教学重点：

1．特别行政区居民的概念。

2．特别行政区永久性居民的概念及其外延。

3．特别行政区居民原有基本权利。

4．特别行政区居民的基本权利 。

5．特别行政区居民基本权利的特点。

本章教学难点：

1．特别行政区居民的概念，尤其是永久性居民的外延。香港特别行政区终审法院在其判例中对此作出过解释，此问题是否属于特别行政区高度自治权范围内的事务，应由特别行政区法院自行解释。

2．香港特别行政区居民原有基本权利没有宪法性法律的保障，主要由判例法予以保障。它与澳门特别行政区居民原有基本权利的保障机制存在差别。

3．特别行政区居民的基本权利的基本内涵。基本权利的主体、客体、内容是什么？基本权利的义务人是谁？基本权利的救济机制是什么？

4．特别行政区居民的基本权利的分类，各种权利的特点，各种权利的界限。这部分的内容非常丰富，实践性很强。

5．国际权利公约在特别行政区的适用。如何适用？是否直接由特别行政区法院直接适用？如果特别行政区立法机关的立法与国际权利公约有冲突，如何适用国际权利公约？

学时分配：6 学时

本章教学的主要内容：

第一节　特别行政区居民的涵义

（一）特别行政区居民的定义。

（二）特别行政区永久性居民的定义。

（三）特别行政区永久性居民的外延。

1．特别行政区出生的人。

2．特别行政区以外出生，符合一定条件的人，例如居住期限。

3．特别行政区永久性居民所生的子女，不包括其收养的子女。

第二节　特别行政区居民原有的基本权利和义务

（一）特别行政区居民原有的基本权利。

1．基本权利的种类。

2．基本权利的具体内容。

3．基本权利的特点。

（二）特别行政区居民原有的基本义务。

第三节　特别行政区居民的基本权利和义务

（一）特别行政区居民的基本权利

1．基本权利的种类。

2．基本权利的具体内容。

（1）平等权；（2）选举权；（3）精神自由的权利；包括表达自由、信仰自由。（4）人身自由；（5）私有财产权；（6）司法救济权；（7）经济权利；（8）其他权利和自由；（9）国际公约上的权利；（10）“新界”原居民的合法传统权利。

3．基本权利的特点。

（二）特别行政区居民的义务。

复习与思考题

1．特别行政区永久性居民的定义及其外延是什么？

2．特别行政区居民的基本权利的种类、具体内容是什么？

3．特别行政区居民的基本权利的特点是什么？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

第五章　特别行政区的政治体制

本章教学目的：

通过本章的学习，第一让学生掌握特别行政区政治体制的基本原则及其设计的指导原则；第二让学生掌握特别行政区行政长官的法律地位、职权、产生方式，行政会议、行政会的性质、产生方式、功能；第三让学生掌握行政机关对立法会负责的含义。第四让学生掌握立法会的产生方式、职权；第五让学生掌握行政长官与立法会的相互关系；第六让学生掌握司法机关的构成，法官的任免方式，司法独立的含义、保障机制，司法审查的涵义及其法律依据；最后了解一下香港的区域组织和公务人员的概况。

本章基本要求：

通过本章的学习，学生应当掌握特别行政区政治体制的基本原则及其设计的指导原则，掌握特别行政区的行政长官制度、特别行政区的立法会制度、司法制度，掌握特别行政区行政、立法、司法三者之间的复杂关系及其功能。

本章教学重点：

1．特别行政区政治体制设计的指导原则及其基本原则。

2．特别行政区的行政长官

3．特别行政区的行政机关。

4．特别行政区的立法机关。

5．特别行政区的司法机关。

本章教学难点：

1．特别行政区政治体制的基本原则。它的涵义、目的是什么？

2．特别行政区行政长官的法律地位。它的具体表现是么？

3．特别行政区行政长官与立法会的相互关系意味着什么？

4．特别行政区行政机关与立法会的关系意味着什么？立法会能否有效监督行政机关？

5．特别行政区法院的司法审查权是否存在，如何行使，能否有效？

学时分配：8 学时

本章教学主要内容：

第一节　特别行政区政治体制导论

（一） 特别行政区政治体制设计的指导原则。

1．要符合“一国两制”的方针和中英、中葡联合声明的精神。

2．要有利于香港、澳门的繁荣、稳定、兼顾各阶层的利益。

3．保持原有政制中的优点，逐步发展适合于香港的民主参与；澳门借鉴了香港政制中的优点，逐步发展适合于澳门的民主参与。

（二） 特别行政区政治体制的基本原则。

1．司法独立。香港、澳门特别行政区享有独立的司法权和终审权。

2．行政机关与立法机关相互制衡、又相互配合。

第二节　特别行政区行政长官

（一）行政长官的地位和要求。

1．行政长官的地位。行政长官是特别行政区首长，又是特别行政区行政机关首长，具有双重身分。

2．行政长官的要求。

廉洁奉公、尽忠职守、申报财产。

（二）行政长官的职权、行政会议、行政会。

1．行政长官的职权。

（1）关于政府工作方面。

（2）关于执行法律、命令和签署法律方面。

（3）签署财政预算案、批准有关财政收支的动议方面。

（4）关于任免法官和公职人员方面。

2．行政会议。

（1）　性质（2）组成（3）任务

3．行政会。行政会是澳门特别行政区借鉴香港特别行政区的行政会议而设立的，其性质、组成、任务基本相同。

第三节　特别行政区的行政机关。

（一）政府的组成。政府主要官员由行政长官提名，中央人民政府任命。

（二）政府的职权。政府的职权在很大程度上与行政长官的职权重合，因为行政长官是行政机关的首长。

（三）政府与立法会的关系。政府必须对立法会负责。

（四）第一届政府的产生。与第一届行政长官的产生紧紧地联系在一起。

第四节　特别行政区的立法机关

（一）立法会的性质。立法会是特别行政区的立法机关。

（二）立法会的职权。

1．制定、修改和废除法律的权限。

2．审核财政预算、批准税收和公共开支的权限。

3．听取施政报告、进行辩论和质询的权限。

4．香港特别行政区立法会同意香港特别行政区终审法院法官和高等法院首席法官的任免，澳门立法会组成审议委员会建议是否免除澳门特别行政区终审法院法官的职务。

5．对特别行政区行政长官的弹劾权。

6．带有司法性质的其他职权。其实弹劾权也带有司法性质。

（一）立法会的产生。由三种不同方式选举产生。产生方式的不同，导致立法会法案表决通过的方式也不同。

（二）立法会的主席、议员。

1．任职资格。居住条件、年龄。

2．职权、豁免权。

3．议员资格的丧失及程序。

（三）第一届立法会的产生。成立临时立法会。

第五节　特别行政区的司法机关

（一）司法机关的含义。

香港特别行政区的司法机关只指特别行政区法院，澳门特别行政区的司法机关包括特别行政区的法院和检察院。在香港，负责刑事指控的机构是律政司，它是行政机关，不是司法机关。

（二）司法机关的性质、地位和原有司法制度基本保留。

1．司法机关中的法院是审判机关，澳门特别行政区的检察院是公诉机关。

2．司法机关独立行使司法权，不受其他机关干涉，只服从法律。

3．特别行政区原有司法制度基本保留，这是原有法律基本不变的必然结果，尤其对于实行判例法的香港特别行政区而言。

（三）司法的基本原则。

1．司法独立的原则。香港特别行政区通过特有的律师制度和在此基础上实行的法官任免制度保障司法独立，其独立的程度超过澳门特别行政区。

2．适用法律平等的原则。特别行政区司法机关在司法活动中要服从法律，适用法律，对同种情形，要平等对待。

3．语文原则。特别行政区司法机关在司法活动中除使用中文外，还可分别使用英文、葡文。

（四）特别行政区法院的组织、职权。

1．法院的组织。澳门特别行政区设有行政法院，香港特别行政区没有。特别行政区法院都设有三级法院，但香港特别行政区的高等法院设有原诉法庭和上诉法庭两个审级。

2．法院的职权。审判案件与解释法律的关系。

3．法官的任免。香港特别行政区的法官必须从律师中选任，澳门特别行政区通过考试选任法官。特别行政区的法官都要在法定情形下，经过特定程序才能予以免职。

（五）特别行政区的检控机关。

1．澳门特别行政区检察院。

2．香港特别行政区的律政司。

（六）特别行政区的律师制度。

1．澳门特别行政区的律师制度。

2．香港特别行政区的律师制度。

第六节　区域组织、公务人员

（一）区域组织。1．设立。2．性质。3．任务。4．职权、组成方法。

（二）公务人员。1．任用、晋升、退休、离职制度。2．原有公务人员制度基本保留。

复习与思考题

1．特别行政区政治体制的基本原则是什么？对此你有何看法？

2．特别行政区行政长官的地位、职权如何？

3．特别行政机关立法会的地位、职权如何？

4．特别行政区法院的地位、职权如何？

5．审判权与解释法律有何异同？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。
2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。
3．廉希圣：《廉希圣文集》，中国政法大学出版社 2007 年版。

第六章　特别行政区的经济

本章教学目的：

通过本章的学习，让学生掌握让学生掌握特别行政区经济制度的特点；了解特别行政区的财政、金融、贸易和工商业政策；了解特别行政区的土地契约、航运和民用航空制度。

本章基本要求：

通过本章的学习，要求学生掌握特别行政区经济制度的特点及其实践；了解特别行政区的财政、金融、贸易和工商业政策及其实践；了解特别行政区的土地契约、航运和民用航空制度。

本章教学重点：

1．特别行政区的经济制度。

2．特别行政区具体的财政、金融、贸易、工商业政策。

3．特别行政区的土地制度。

本章教学难点：

1．特别行政区的经济制度的特色如何？

2．特别行政区政府的财政、金融政策的具体含义？

3．特别行政区的土地契约的具体内容？

学时分配：2 学时。

本章教学主要内容：

第一节　特别行政区经济制度的特点

（一）特别行政区的经济制度。

1．保持原有经济制度不变。

2．保护私有财产权。

3．资本主义的经济制度。

（二）特别行政区经济制度的特点。

1．积极的不干预政策。

2．高度自由竞争。

第二节　财政、金融、贸易和工商业政策

（一）财政政策。

1．保持原有财政制度不变。

2．收支平衡的财政政策。

（二）金融政策。

1．自由、开放的金融政策。

2．保持国际金融中心地位。

（三）贸易政策。自由、开放的贸易政策。

（四）工商业政策。自由、开放的工商业政策。

第三节　土地契约、航运与民用航空

（一）土地契约。原有土地契约继续有效，受法律保护。

（二）航运。自由港的地位不变。

（三）民用航空。

1．保持国际和区域航空中心地位。

2．原有民用航空管理制度不变。

3．中央人民政府授权特别行政区政府就民用航空与外国、有关地区谈判，作出具体安排。

复习与思考题

1．特别行政区的经济制度的特点是什么？

2．特别行政区的财政、金融、土地政策是什么？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

第七章　特别行政区的
教育、科学、文化、体育、宗教、劳工和社会服务

本章教学目的：

通过本章的学习，让学生了解特别行政区的教育、科学、文化、体育、宗教、劳工制度和政策；了解特别行政区的专业社会服务政策。

本章基本要求：

通过本章的学习，要求学生了解特别行政区的教育、科学、文化、体育、宗教、劳工制度和政策及其实践；了解特别行政区的专业社会服务政策及其实践。

本章教学重点：

1．特别行政区的教育、科学、文化、体育、宗教政策。

2．特别行政区的专业资格制度、执业资格制度。

本章教学难点：

1．特别行政区的教育、科学、文化等政策的具体含义，它们与我国内地的相关政策差异比较明显。

2．特别行政区的专业团体自治制度与内地差异较大。

学时分配：1 学时。

本章教学主要内容：

第一节　关于教育、科学、文化等方面的政策

（一）保持原有教育、科学、文化等方面的政策不变。

（二）教育、科学、文化政策。

（三）宗教、体育、劳工政策。

第二节　专业资格与专业的执业资格民间团体与组织

（一）保留原有专业资格、专业的执业资格民间团体与组织。

（二）专业资格。

（三）专业的执业资格民间团体与组织。

复习与思考题

1．特别行政区的教育、科学、文化等政策是否值得内地学习？

2．特别行政区的专业资格、专业的执业资格团体是否值得内地借鉴？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

第八章　特别行政区基本法的解释和修改

本章教学目的：

通过本章的学习，让学生掌握特别行政区基本法的解释制度及其实践；掌握特别行政区基本法的修改制度。

本章基本要求：

通过本章的学习，要求学生掌握特别行政区基本法的解释制度及其实践；掌握特别行政区基本法的修改制度。

本章教学重点：

1．特别行政区基本法的解释制度。

2．特别行政区基本法的修改制度。

本章教学难点：

1．特别行政区基本法存在两种不同的解释制度，两种不同的解释制度的差别、冲突如何协调好，解决好？

2．如何理解实践中的问题及其处理情况？

3．特别行政区基本法的修改制度的具体含义？它是否有更深层的意味？

学时分配：6 学时

本章教学主要内容：

第一节　特别行政区基本法的解释

（一）法律的解释

（二）特别行政区基本法的解释

（三）全国人民代表大会常务委员会的解释及其实践。

1．国籍有关问题的解释。

2．1999 年 6 月对香港特别行政区基本法第 22．24 条的解释。

3．2004 年 4 月对香港特别行政区基本法附件一第 7 条、附件二第 3 条的解释。

4．2005 年 4 月对香港特别行政区基本法第 53 条的解释。

（四）特别行政区终审法院的解释。

1．1999 年吴嘉玲诉入境事务处处长案。

2．HKSAR v. Ng Kung—siu and others[1999].

3．Chong Fung—yuen,Master and others v. The Director of Immigration[2001].

（五）两种解释制度的冲突及其解决。

1．文本上的解决。

2．实践中的解决。

第二节　特别行政区基本法的修改

（一）特别行政区基本法的修改机关。

（二）特别行政区基本法的修改程序。

（三）特别行政区基本法的修改实践。

复习与思考题

1．特别行政区基本法的解释制度如何？你有何看法？

2．特别行政区法院是否有准司法审查权？

3．两种解释制度的冲突如何解决？

4．特别行政区基本法的修改制度如何？

5．特别行政区基本法的修改制度是否有内部冲突，如何解决？

参考阅读书目

1．肖蔚云：《论香港基本法》，北京大学出版社 2003 年版。

2．王叔文主编：《香港特别行政区基本法导论》，中共中央党校出版社 1997 年版。

3．廉希圣：《廉希圣文集》，中国政法大学出版社 2007 年版。

4．佳日思等主编：《居港权引发的宪法争论》，香港大学出版社 2000 年版。

5．陈弘毅：《香港特别行政区基本法》的理念、实施与解释，载《法理学的世界》，中国政法大学出版社 2003 年版。

《外国宪法》教学大纲

薛小建　编写

目　录

前　言.....688
上　编.....689
第一章　英国宪法.....689
第一节　英国宪法的产生和发展.....689
一、英国概况.....689
二、英国宪法是长期历史发展的产物.....689
第二节　英国宪法的特点.....689
一、英国宪法只有法律实质上根本法的意义，而没有法律形式上根本法的意义.....689
二、英国宪法在表现形式上的特点——不成文宪法.....690
三、宪法效力和修改程序上的特点—柔性宪法.....690
第三节　英国宪法的原则.....690
一、议会至上.....690
二、法治原则.....690
思考题.....690
参考书目.....690
第二章　美国宪法.....691
第一节　美国宪法的产生与发展.....691
一、美国概况.....691
二、美国宪法的产生与发展.....691
第二节　美国宪法的特点.....691
一、美国宪法确立了有限政府的原则.....691
二、美国宪法确立了权力制衡的原则.....691
三、美国宪法实现了“司法化”的过程.....691
四、美国宪法具有较高的稳定性和灵活性.....692
思考题.....692
参考书目.....692
第三章　法国宪法.....693
第一节　法国宪法的历史演变过程.....693
一、不变的立法激情与多变的宪法.....693
二、现行宪法的制定与新政体的产生.....693
第二节　法国现行政治体制的特点.....693
一、以总统为“拱顶石”的新型宪政体制.....693
二、行政权的二元化体制.....693
三、大革命传统与司法权的分离.....693
四、悠久的人权传统与独特的人权保障体制.....694
思考题.....694
参考书目.....694
第四章　德国宪法.....695
第一节　德国宪法的产生和发展.....695
一、德国概况.....695

二、德国宪法的产生与发展……695
第二节　两德统一后宪法的发展状况……695
一、两德统一后宪法的适用……695
二、两德统一后宪法的修改……695
第三节　德意志联邦共和国基本法的特色……696
思考题……696
参考书目……696
第五章　日本宪法……697
第一节　日本制宪史略……697
一、明治宪法……697
二、1946 年日本国宪法……697
第二节　日本现行宪法的基本原则……697
一、和平主义原则及其演变……697
二、国民主权原则……697
三、三权分立与行政主导……698
四、保障人权原则……698
思考题……698
参考书目……698
下　编……699
第六章　公民基本权利……699
第一节　基本权利的分类……699
一、基本权利分类的意义……699
二、公民基本权利的分类——依据、方法与内容……699
第二节　平等权……699
第三节　个人性基本权利与自由……699
第四节　政治权利与自由……700
一、选举权与被选举权……700
二、言论自由……700
三、监督权……700
第五节　社会性权利……700
一、财产权……700
二、劳动权……700
三、休息权……700
四、社会保障权……700
五、受教育权……700
六、科学研究、文学创作及其他活动的自由……700
思考题……700
参考书目……701
第七章　议　会……702
第一节　西方议会概述……702
一、议会的产生和发展……702
二、议会的结构与内部组织……702
三、议会的主要职权……702

四、议会的会议、解散和议事规则……702
第二节　西方主要国家之议会制……702
一、英国的议会制……702
二、美国的国会制度……703
三、法国的议会制度……703
四、德国的议会制度……703
五、日本的国会制度……703
思考题……704
参考书目……704
第八章　政　府……705
第一节　概　述……705
一、政府的基本形式……705
二、政府与议会的关系……705
三、文官制度……705
四、政府的发展趋势……705
五、国家元首……705
第二节　内阁制政府……706
一、内阁制政府的组成……706
二、内阁制政府的职权……706
第三节　总统制政府……706
一、总统制政府的组成……706
二、总统制政府的职权……706
思考题……706
参考书目……706
第九章　法　院……707
第一节　概　述……707
一、法院在三权分立的权力体系中的地位及司法权意义……707
二、法院的职权……707
三、法院的特征、司法独立的价值、司法的自我抑制……707
第二节　英美法系国家的法院……707
一、英国……707
二、美国……708
三、法官制度……708
第三节　大陆法系国家的法院……708
一、法国……708
二、德国……708
三、日本……708
思考题……708
参考书目……708
第十章　违宪审查制度……709
第一节　违宪审查制度的概述……709
一、违宪审查制度及其相关概念……709
二、违宪审查的对象与原则……709

第二节　违宪审查制度的起源……709
一、美国违宪审查制度的起源……709
二、欧洲大陆违宪审查制度的起源……709
三、英国宪法监督制度的起源……709
第三节　违宪审查机关……709
第四节　违宪审查制度的评述及展望……709
思考题……710
参考书目……710
第十一章　政党制度……711
第一节　政党概述……711
一、政党的起源……711
二、政党的特征……711
三、政党的分类……711
四、政党的意义和功能……711
第二节　政党制度……711
一、政党制度的概念和存在基础……711
二、政党制度的种类……711
三、政党制度的比较……711
第三节　政党的法律地位……712
一、政党法律地位的存在形式……712
二、政党法律的主要内容……712
三、政党与国家机关的关系……712
思考题……712
参考书目……712
第十二章　选举制度……713
第一节　选举的概念和意义……713
一、选举和选举权……713
二、选举的意义、条件、特点和功能……713
第二节　选举制度的原则……713
第三节　选举制度的内容……713
一、选区划分（选举构成）……713
二、候选人提名与选民登记……713
三、竞选……713
四、投票与计票……713
五、选举诉讼……714
思考题……714
参考书目……714

前　言

宪法学是学习和研究法律的必修课程。学习与研究宪法不仅应掌握本国宪法的历史、规范和运行等基本知识和基本理论，而且也应了解其他国家的宪法渊源和宪法的发展等问题。宪法学的学习与研究方法，有系统的方法、历史的方法、比较的方法等，通过对其他国家宪法的学习，有助于学生从历史与比较的角度，对本国与外国的宪法有了全面而系统的了解，从而完整自己的宪法学知识结构，提高分析与解决问题的能力。为此，我们特选择在世界宪法史和宪法制度中有重要影响和典型意义的英、美、法、日、德诸国的宪法，编写了这本《外国宪法》的教材，作为本科生学习之教材，本教学大纲就是为教授与学习这本教材而编写。

本教材共分十三章，分为上、下两编。上编主要按照国别对英、美、法、日、德五国宪法的产生、制定过程和基本原则、主要特点等基本问题作了介绍和分析。下编则按照宪法的不同制度，包括公民的基本权利与自由、议会制度、政府制度、法院、选举制度、政党制度、违宪审查制度、地方制度的具体问题进行描述与分析，力求将上述诸国及宪法制度中最基本的问题完整而准确地呈现给大家。

《外国宪法》总授课为 36 学时，在教学过程中可适当 安排学生对其中问题予以讨论。但因课时数较少，故不单独安排讨论学时，可将讨论安排于授课中间。

教材为中国政法大学宪法研究所的集体成果。教材内容风格各异，亦有不尽如人意之处，但编写人员基本为宪法研究所长期从事教学与科研的老师。本大纲由薛小建执笔，基本反应了教材编写人员所撰写教材的内容，以体现各位教师多年教学与科研之心血。

此外，为扩大大家学习外国宪法的兴趣与知识面，书后特附有欧盟宪法简介，供同学参考。

教材写作分工如下：

上编

第一章：薛小建

第二章：罗晓军

第三章：姚国建

第四章：张劲

第五章：刘扬

下编

第六章：秦奥蕾

第七章：田瑶

第八章：张吕好

第九章：周青风

第十章：罗晓军

第十一章：张吕好

第十二章：张吕好

附：欧盟宪法简介 高秦伟

上　编

第一章　英国宪法

教学目的：

英国宪法是近代宪法的起源。而且英国宪法的产生、发展和宪法的形式、原则等与其他国家明显不同。作为近代以来最早实行宪政的国家，其宪法对其他国家的宪法有着不可忽视的影响作用。因此，学生应对英国历史有所了解，对英国宪法产生的历史有所了解，并掌握英国宪法的特点和基本原则。

本章授课：3 个学时。

第一节　英国宪法的产生和发展

一、英国概况

了解英国的地理、人口和国家统一的历史概况，了解英国政治制度建立的大概过程。

二、英国宪法是长期历史发展的产物

（一）1215 年《自由大宪章》和 1628 年《权利请愿书》

《自由大宪章》是英国历史上第一个宪法性文件。其所规定的国王非经大会议同意，不得征收代役金或贡金；国王不得随意限制自由民的人身自由的条款对英国近代宪法有着重要意义。

《权利请愿书》是限制国王权力，保障臣民权利的一个历史文件。

（二）1640 年资产阶级革命和君主立宪制的建立

1640 年，英国爆发了资产阶级革命。1688 年英国光荣革命。在革命的过程中，制定了一系列宪法性法律并最终确立了英国君主立宪制的政治体制。

（三）20 世纪以来的立法

20 世纪以来，英国社会发生了重大的变化，议会通过了一系列保护公民权利的社会性立法和调整国家制度的立法。

（四）“人权法案”与欧洲宪法对英国宪法的影响

随着欧洲一体化的进程，欧盟通过了许多公约。英国于 1998 年将欧盟《欧洲保护人权和基本自由公约》纳入其国内，通过了“人权法案”。该法案对英国宪法产生了重要影响。而欧洲宪法亦将对英国传统的宪法制度产生一定的影响作用。

第二节　英国宪法的特点

一、英国宪法只有法律实质上根本法的意义，而没有法律形式上根本法的意义

英国宪法的效力与一般法律的效力并无区别，从这个意义上说，英国宪法不具有形式上的根本法的意义。

二、英国宪法在表现形式上的特点——不成文宪法

英国宪法由不同的形式构成，是不成文宪法。

1．历史性文件。

国王与贵族、市民阶层签署的如 1215 年的《自由大宪章》等历史性文件。

2．宪法性法律。

英国议会制定的内容具有宪法性质的法律。

3．宪法性判例。

英国法院在司法实践中对某些案件的判决和解释，形成的具有宪法意义的判例。

4．宪法性惯例。

英国长期的政治实践中，发展起来的具有宪法意义的政治惯例。

三、宪法效力和修改程序上的特点—柔性宪法

英国宪法效力和修改程序并无严格的程序，是柔性宪法。

第三节　英国宪法的原则

一、议会至上

议会至上是英国资产阶级革命以来确立的英国宪法的原则：从议会的性质地位等方面体现了这一原则。这一原则在 20 世纪以来则受到了诸种因素的影响。

二、法治原则

法治原则作为英国宪法的原则由英国英国宪法学家戴雪提出。该原则在 20 世纪以来有了新的发展。

思考题

1．如何理解英国宪法的产生与发展？

2．英国宪法的主要特点？

3．如何理解英国宪法的原则？

参考书目

1．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法制出版社，1985 年。

2．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。

3．赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社，1994 年。

第二章　美国宪法

教学目的：

美国宪法是人类历史上最早的成文宪法。通过本章的学习，应对美国宪法的产生和发展有所了解，对其产生过程中的历史文件，如《独立宣言》的历史意义和主要内容应掌握。应了解美国现行宪法的基本结构，掌握美国宪法的主要内容和特点。

本章授课：3 个学时。

第一节　美国宪法的产生与发展

一、美国概况

了解美国的地理和人口概况

二、美国宪法的产生与发展

（一）独立战争之前的美国宪法性文件

了解《五月花号》和各州的立宪历史

（二）《独立宣言》

《独立宣言》是美国宪法史上的重要文件。《独立宣言》的内容和所提出的理论对美国宪法的制定具有重要意义。

（三）《邦联条例》

《邦联条例》是美国独立战争中签署的重要文件，为美国赢得独立战争，建立一个邦联式的美国联邦起了重要作用。但具有不可克服的弱点。

（四）《美国宪法》的制定与修改

1787 年的美国制宪会议制定了美国历史上第一部成文宪法，并于 1789 年正式生效。这部宪法表达了制宪目的，规定了美国联邦的立法、行政与法院之权力及其相互关系等内容，并规定了联邦与州的权力关系等内容。

联邦宪法生效以来，已经过二十七次修正。并且，宪法中的许多内容经由联邦法院进行了解释。

第二节　美国宪法的特点

一、美国宪法确立了有限政府的原则

美国宪法中明确列举了联邦政府的各项权力。同时最高法院又在宪法的实施中进行了解释。在美国，联邦和州政府的权力都是有限的。

二、美国宪法确立了权力制衡的原则

权力制衡一方面为联邦与州权力的制衡，另一方面，联邦政府中国会、总统与法院的制衡。

三、美国宪法实现了“司法化”的过程

美国宪法不是“政治法”，它由法院解释并适用。美国司法审查制度在美国宪法中的意义。

四、美国宪法具有较高的稳定性和灵活性

有严格的修改程序，具有稳定性；而法院通过解释，以适应历史变化，具有灵活性。

思考题

1．如何理解《独立宣言》的意义？
2．如何理解美国宪法中有限政府理论？
3．如何理解美国宪法的“司法化”？

参考书目

1．李昌道：《美国宪法史稿》，法律出版社，1986 年。
2．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。
3．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法制出版社，1985 年。

第三章　法国宪法

教学目的：

法国是欧洲第一部成文宪法的产生地。而且，其宪法的实践也创立了许多宪法原理。在世界宪法史中有着重要意义。通过本章的学习，应了解法国宪法多变的历史概况，掌握《人权宣言》的宪法理论和历史意义。并能理解法国现行宪法的制宪思想。掌握现行政治体制的特点，深刻领会其宪法中总统与议会政府间不同的权力关系构成的“半总统”的基本特点，领会其悠久的人权传统与保障体制。

本章授课：3 个学时。

第一节　法国宪法的历史演变过程

一、不变的立法激情与多变的宪法

（一）原则性的宪政理论

“天赋人权”的理论体现在法国的立宪原则中。包括主权在民、三权分立与制衡、法治、自由与平等、私有财产神圣不可侵犯等。

（二） 制宪过程的曲折反复

1789 年大革命胜利后，发布了《人权宣言》。1791 年制定了欧洲大陆第一部成文宪法。此后历经第一共和国、第一帝国、第二帝国、第三共和国、第四共和国等不同的历史时期和不同的宪法宪草等 14 部宪法。

二、现行宪法的制定与新政体的产生

（一）三种政体的失败与戴高乐的宪政思想

14 部宪法确立了君主立宪、帝制和议会内阁制三种不同政体。戴高乐为此提出了新的制宪思想：有职有权的总统，理性化的议会和有力和稳定的政府。

（二） 新宪法的制定

1958 年 9 月，经公民投票，法国第五共和国宪法得以正式通过。

第二节　法国现行政治体制的特点

一、以总统为“拱顶石”的新型宪政体制

“总统”一章列于宪法第二章，仅次于“主权”。总统享有特别的地位和较大的权力。

二、行政权的二元化体制

总统掌握有行政权，而由总统任命的总理也行使行政权。

三、大革命传统与司法权的分离

法国设有普通法院和行政法院两种法院体制，分别行使普通的诉讼和行政诉讼。

四、悠久的人权传统与独特的人权保障体制

人权保障源自于《人权宣言》。第五共和国设立的宪法委员会为保障人权的重要机构。

思考题

1．《人权宣言》的历史意义是什么？
2．如何理解第五共和国宪法的制定背景和主要特点？

参考书目

1．洪波：《法国政治制度变迁：从大革命到第五共和国》，中国社会科学出版社，1993 年版。
2．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。

第四章　德国宪法

教学目的：

通过本章的学习，了解德国宪法的产生与历史，对德国 19 世纪前后的立宪活动有一个概括的了解。从而理解 20 世纪以来德国宪法的产生和发展的历史背景。特别对德国历史上《魏玛宪法》的主要内容和历史意义应予掌握，理解其在世界宪法史上的地位。掌握德国 1945 年基本法的基本结构、主要内容及其特点。了解两德统一后的宪法的适用和修改的基本问题。

本章授课：3 个学时。

第一节　德国宪法的产生和发展

一、德国概况

了解德国地理和人口简况，了解德国建国的简史。

二、德国宪法的产生与发展

（一）德意志帝国成立前的立宪活动

18 世纪末，德意志邦国开始了其立宪活动，各邦国制定了一系列的宪法性文件。进入 19 世纪后，德国于 1849 年 3 月通过了“法兰克福宪法”，即德意志帝国宪法，这部宪法为国家的统一提出了基本原则，但并未得以实现。1848 年普鲁士王国通过普鲁士宪法和 1867 年的北德意志联邦宪法，规定君主立宪的体制，在德国历史上具有历史意义。

（二）1871 年德意志帝国宪法

该宪法制定于统一后的德国，为维护德意志帝国统一和发展起了重要作用。

（三）魏玛宪法

1919 年 2 月，德国第一个共和国成立。共和国在 8 月制定了魏玛宪法。该宪法规定了德国联邦共和国的政治体制、人民之基本权利与义务。这部宪法建立了联邦共和政体。特别是在对公民基本权利保护的规定上，第一次增加了对公民社会经济权利的保障制度，在世界宪法史上具有重要意义。

（四）德意志联邦共和国基本法

1949 年制定于第二次世纪战争结束后的西德，规定了公民基本权利，联邦的共和体制等内容。

（五）德意志民主共和国宪法

德意志民主共和国宪法即 1949 年和 1968 年在东德制定了两部社会主义类型宪法。

第二节　两德统一后宪法的发展状况

一、两德统一后宪法的适用

1989 年，柏林墙推倒；1990 年 10 月 3 日起，东西德统一，基本法适用于统一后的整个德国。

二、两德统一后宪法的修改

两德统一后，专门的联合宪法委员会对其宪法有关内容进行了修改，以适应统一后的德国，

第三节　德意志联邦共和国基本法的特色

一、肯定了自然法是人权的源头，从内容和制度上切实保护人权和公民的基本权利。

基本法第一次肯定了人权源于自然法，将公民基本权利放于第一章，规定了公民享有的广泛的基本权利和保障制度。

二、设立了宪法法院，创立了具有特色的违宪审查制度

基本法设立了与美国、法国不同的，独立于其他国家机关之外的宪法法院，以行使宪法的监督职能。

三、实行了联邦制中的议会内阁政体，创立了议会“建设性不信任案”制度，把政党活动制度纳入法治轨道。

四、具有鲜明的和平宪法色彩

基本法规定了对外不再进行战争等内容，是第一部“和平宪法”。

思考题

1．国《魏玛宪法》的历史意义 ？

2 德国基本法的主要内容？

3．如何理解德国基本法的特点？

参考书目

1．曾广载：《西方国家宪法和政府》，湖北教育出版社，1989 年版。

2．顾俊礼：《西欧政治》，经济科学出版社，2001 年版。

3．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。

第五章　日本宪法

教学目的：

通过本章的学习，了解日本历史上明治宪法的历史背景和主要内容等问题。了解对日本现行宪法的制定、内容和主要特点。掌握日本宪法中的基本原则，理解基本原则在宪法中的体现和其在实践中的演变。

本章授课：3 个学时。

第一节　日本制宪史略

一、明治宪法

（一）明治宪法制定背景及模式选择的成因

明治宪法制定于日本明治维新后的 1889 年，受其维新封建政权的性质和维新时期的自由民权运动的影响，明治宪法确立了天皇的专权为中心的中央集权制，同时又有限度的承认人民的权利。

（二） 明治宪法的基本内容

明治宪法规定了天皇，臣民的权利义务，帝国议会，国务大臣及枢密顾问，司法及修改等内容。

二、1946 年日本国宪法

（一）1946 年宪法的制定

1945 年，日本宣布投降后，美国以盟军名义占领了日本，对日本实行“非军事化”和“政治民主化”的改革。1946 年制定并通过了宪法。

（二） 1946 年《日本国宪法》的主要内容

1946 年《日本国宪法》的主要内容包括序言、天皇、放弃战争、日本国民的权利与义务、国会、内阁、司法、财政、地方自治、修改等内容。

（三） 日本宪法的修改程序

日本宪法的修改需遵循严格的修改程序。

第二节　日本现行宪法的基本原则

一、和平主义原则及其演变

（一）和平主义原则的主要体现

序言和第二章“放弃战争”等章节中体现了和平主义宪法的原则。

（二） 日本和平主义原则的演变

从上个世纪 50 年代 开始，和平主义原则受到了冲击，而右翼势力的影响使日本和平主义宪法原则在实践中不断发生变化。

二、国民主权原则

宪法规定了主权在民。国会由国民选举产生，行使主权，天皇为国民统一的象征等。

三、三权分立与行政主导

确立了三权分立的议会内阁制。

四、保障人权原则

宪法规定了广泛的基本人权。

思考题

1．明治宪法的历史意义？
2．分析 1946 年宪法的制定背景？
3．分析 1946 年日本宪法的和平主义？

参考书目

1．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。
2．赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社，1994 年。
3．许崇德、韩大元主编，《宪法学》（外国部分），高等教育出版社，2000 年。

下　编

第六章　公民基本权利

教学目的：

通过本章的学习，应理解基本权利分类的意义，基本权利分类的依据、方法及主要的基本权利分类的内容。理解西方宪法中的平等权、宗教信仰自由、人身自由、人格尊严、住宅不受侵犯、通信自由与秘密、选举权、言论自由、监督权及其社会性权利等权利的宪法内涵，比较各国对各类权利的宪法规定内容，领会宪法对基本权利规定的意义及价值。

本章授课：3 个学时。

第一节　基本权利的分类

一、基本权利分类的意义

二、公民基本权利的分类——依据、方法与内容

（一）依据与国家权力之不同关系：自由权与社会权之分

（二）以公民与国家之不同地位而引伸出不同法律关系为依据：自由权、参政权与受益权之分

（三）以人在自然状态和社会状态下的不同属性和价值差异为依据：个人权利、政治权利、社会权利

（四）以基本权利的内容为依据进行分类

（五）以基本权利的历史发展及其时代特征为依据进行的分类

第二节　平等权

一、平等权的价值

二、平等权的内涵与原则

第三节　个人性基本权利与自由

一、宗教信仰自由

二、人身自由不受侵犯

三、人格尊严

四、住宅不受侵犯

五、通信自由和通信秘密

第四节　政治权利与自由

一、选举权与被选举权

（一）选举权与被选举权的价值与性质
（二）选举权与被选举权的宪法保护

二、言论自由

（一）言论自由的重要价值
（二）言论自由的概念、性质与内涵
（三）言论自由的宪法保护
（四）对言论自由的限制

三、监督权

（一）监督权的价值与内涵
（二）监督权的意义

第五节　社会性权利

一、财产权

（一）财产权的重要价值
（二）财产权的概念、内涵及性质
（三）财产权的宪法规范结构

二、劳动权

（一）劳动权的价值、内涵与特征
（二）对劳动权的宪法保护

三、休息权

四、社会保障权

五、受教育权

六、科学研究、文学创作及其他活动的自由

思考题

1．分析基本权利分类的意义。
2．自由权与社会权的主要区别是什么？
3．简述平等权的宪法价值与内涵。
4．宗教信仰自由有没有限制，表现在哪些方面？

5．分析人格尊严不受侵犯的权利主体。
6．言论自由宪法保护的特征包括哪些内容？
7．论财产权的历史演变。

参考书目

1．胡锦光　韩大元：《中国宪法》，北京：法律出版社，2004。
2．林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，北京：法律出版社，2001。
3．张千帆：《宪法学导论》，北京：法律出版社，2004，。
4．王世杰　钱端升：《比较宪法》，北京：中国政法大学出版社，1997。
5．韩大元　莫纪宏：《外国宪法判例》，北京：中国人民大学出版社，2005。

第七章　议　会

教学目的：

通过本章的学习，了解议会产生和发展的历史。掌握议会的结构、职权和会议等基本制度，特别应对英、美、法、日、德各国议会基本制度进行比较，从中掌握各国议会制度的不同之处与不同的特点。

本章授课：3 个学时。

第一节　西方议会概述

一、议会的产生和发展

议会最早产生于英国，现在已经普遍成为西方国家代议机构的组成形式。

二、议会的结构与内部组织

（一）议会的结构

一院制与两院制的不同形式

（二）议会的内部组织

议会的内部组织包括议长、常设委员会、议会党团等。

三、议会的主要职权

（一）立法权

议会的传统权力包括：立法创议权、通过法案权、修正权等。

（二）财政权

财政权是议会最古老的权力，也是最重要的权力之一，包括对政府财政预决算、赋税、公债等法案进行审议的权力。

（三）监督权

议会对政府的监督权：倒阁权、质询权、调查权、弹劾权等。

四、议会的会议、解散和议事规则

（一）议会的会议

例行会议和非常会议

（二）议会的解散

（三）议会的议事规则

规则主要有：法定人数、会议公开、一事不再议等。

第二节　西方主要国家之议会制

一、英国的议会制

（一）英国议会制度的形成

13 世纪封建等级大会议。1640 年“光荣革命”后英国资产阶级议会逐步形成。

（二）议员的产生

下议院议员经由选举产生，上议院议员由贵族组成，经推选产生。

（三）议会的主要权力

下院的主要权力包括：立法权、财政权和监督权。上院的权力：对财政法案的讨论和审议权；对法案的延搁权和司法权。

（四）议会会议和立法程序

议会会议和立法程序包括会期参会人数和“三读”的立法程序。

（五）会议组织结构

会议组织结构包括委员会、管理机构以及议会党团。

二、美国的国会制度

（一）国会的创立和发展

（二）国会构成和议员资格、产生、任期、众议院、参议院。

（三）国会的主要职权

国会的主要职权包括立法权、财政权及其他职权。

（四）国会的组织

委员会：常设性委员会、特别委员会、联合委员会、协议委员会、党团组织。

三、法国的议会制度

（一）国民议会

法国议会的下院，即国民议会由选举产生。享有立法权、财政权和监督权。但其权力受到总统和政府之限制。

（二）参议院

法国议会的上院，即参议院由选举产生，享有立法、监督和审批国家预算的权力。参议院有议长、委员会、议会党团等组织。

四、德国的议会制度

（一）联邦议院

议会中的下院由选举产生，任期四年。其职权主要有：立法权、监督权和财政权。其组织包括：议员、议长、副议长、议会党团、常设委员会和常务委员会等。

（二）联邦参议院

由各州政府成员组成，为议会中的上院，设有议长、副议长、各委员会等组织。有参与立法权、参于联邦的行政活动权、质询权、监督权、法官的任命权、弹劾权等。

五、日本的国会制度

(一)国会的地位、组成及议员的产生

国会为唯一的立法机关和最高权力的行使机关。国会由参议院和众议院组成，议员由选举产生。

（二）国会的职权

国会享有立法权、对政府的监督权、对财政的监督权和对法官的弹劾权。

（三）国会的组织与工作方式

国会由院长、副院长、各委员会等机构组成。其会议包括常务会议、临时会议和特别会议三种方式。

思考题

1．英、美、法、日、德各国议会的主要职权？
2．分析英国议会上下两院权力的异同？

参考书目

1．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。
2．赵宝云：《西方五国宪法通论》，中国人民公安大学出版社，1994 年。

第八章　政　府

教学目的：

通过本章的学习，应了解政府制度的基本概念、分类、任期等基本问题。理解政府与议会在不同的政治体制下相互关系的特点。了解文官制度等问题以及国家元首的不同形式和权力。掌握内阁制政府和总统制政府中政府制度的宪法内容。

本章授课：3 个学时。

第一节　概　述

一、政府的基本形式

（—）政府和政府制度的概念

（二）政府制度的分类

1．联邦制与单一制

2．君主制与共和制

3．总统制与议会内阁制

4．民主制与独裁制

（三）政府的任期

（四）政府的组织形式

1．办事机构

2．政府各部

3．直属（独立）机构

二、政府与议会的关系

（一）内阁制政府与议会

（二）总统制政府与议会

（三）半总统制政府与议会

三、文官制度

文官制度的历史、特点和发展

四、政府的发展趋势

资本主义早期、当代的政府发展趋势

五、国家元首

国家元首的性质、产生方式和权限

第二节　内阁制政府

一、内阁制政府的组成

以英国为例：政府组成人员的来源、规模、活动方式、特点

二、内阁制政府的职权

第三节　总统制政府

一、总统制政府的组成

以美国为例：政府组成人员来源、规模、活动方式、特点

二、总统制政府的职权

思考题

1．国家元首职权的比较？
2．内阁制政府与总统制政府的组成和职权之比较？

参考书目

1．曾广载：《西方国家宪法和政府》，湖北教育出版社，1989 年版。
2．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 1985 年。
3．沈宗灵：《比较宪法》，北京大学出版社 2002 年。

第九章　法　院

教学目的：

通过本章的学习，能够理解司法权在国家权力中的意义和地位，对法院的职权有所了解。能够领会法院的特征及司法独立的价值、司法的自我抑制等问题。对不同国家的法院体系与法官制度有所了解。

本章授课：3 个学时。

第一节　概　述

一、法院在三权分立的权力体系中的地位及司法权意义

二、法院的职权

1．宪法解释权；
2．违宪审查权；
3．民事、刑事、行政诉讼审判权；
4．法院的规则制定权

三、法院的特征、司法独立的价值、司法的自我抑制

（一）法院的特征
1．被动性
2．普通性
3．依法性
4．多极性
（二）司法独立的价值与法官独立
1．法官职务上的独立
2．法官身份上的独立
（三）法院的自我约束

第二节　英美法系国家的法院

一、英国

（一）英国法院的等级
上议院，上诉法院，高等法院，皇室法院，郡法院，治安法院，裁判所，欧洲法院。
（二）法院的分类
1．中央法院和地方法院
2．民事法院和刑事法院
（1）民事法院
（2）刑事法院
（3）专门法院 行政裁判法庭

（三）法官制度

1．法学院

2．法官的等级

二、美国

（一）联邦法院与州法院的关系

（二）联邦法院体系

1．联邦法院的种类

2．联邦最高法院

3．美国联邦法院体系

三、法官制度

（一）联邦法官的任命

（二）法官任职资格

第三节　大陆法系国家的法院

一、法国

宪法委员会，普通法院，行政法院。

二、德国

宪法法院，普通法院，行政法院，社会法院，劳工法院和财政法院。

三、日本

思考题

1．如何理解法院的职权？

2．如何理解各国法院法官的任职资格？

参考书目

1．张千帆：《宪法宪政体系》，中国政法大学出版社，2001 年版。

2．王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1997 版

3．施雪华：《当代各国政治体制：英国》，兰州大学出版社，1998 年版。

4．李道揆：《美国政府和美国政治》，商务印书馆，1999。

5．季卫东：《法治秩序的建构》，中国大学出版社，1999 年版。

6．龚祥瑞：《比较宪法与比较行政法》，法律出版社，1987 年版。

7．王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社，1998 年版。

8．沈宗灵：《比较宪法》，北京大学出版社，2002 年版。

第十章　违宪审查制度

教学目的：

通过本章的学习，对违宪审查制度的起源发展有所了解，掌握违宪审查制度的基本概念及其相关概念。同时掌握违宪审查制度的不同模式的具体内容，从而理解违宪审查制度在宪法中的地位和意义。

本章授课：3 个学时。

第一节　违宪审查制度的概述

一、违宪审查制度及其相关概念

（一）违宪审查

宪法解释，宪法监督。

（二）违宪与违宪审查权

违宪审查权是违宪审查制度的核心。

二、违宪审查的对象与原则

（一）违宪审查的对象

（二）违宪审查的原则

第二节　违宪审查制度的起源

一、美国违宪审查制度的起源

（一）司法审查制度建立的渊源。

（二）马伯里诉麦迪逊案

二、欧洲大陆违宪审查制度的起源

三、英国宪法监督制度的起源

第三节　违宪审查机关

一、美国最高法院

二、德国宪法法院

三、法国宪法委员会

第四节　违宪审查制度的评述及展望

思考题

1．如何理解违宪审查制度的原则？
2．如何理解法国宪法委员会的性质？
3．马伯里诉麦迪逊案的历史意义？
4．德国宪法法院的违宪审查权限？

参考书目

1．李树忠主编：《宪法学案例教程》，知识产权出版社，2002 年版。
2．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。

第十一章　政党制度

教学目的：

通过本章的学习，了解政党的概念、特征、分类及意义和功能。对不同政党制度的具体内容予以掌握。从而领会政党在国家制度中的存在形式和宪法与法律对政党制度的主要内容以及政党与国家机关的关系。

本章授课：1.5 学时。

第一节　政党概述

一、政党的起源

二、政党的特征

1．阶级性
2．政治性
3．纲领性
4．组织性

三、政党的分类

四、政党的意义和功能

1．政党的意义
2．政党的功能
3．新的发展

第二节　政党制度

一、政党制度的概念和存在基础

二、政党制度的种类

1．一党制
2．两党制
3．多党制

三、政党制度的比较

第三节　政党的法律地位

一、政党法律地位的存在形式

二、政党法律的主要内容

1．自由组织政党的权利
2．政党组织和活动的限制
3．政党的政治功能

三、政党与国家机关的关系

思考题

1．如何理解政党的意义？
2．多党制的主要特征？
3．如何理解政党与国家机关的关系？

参考书目

1．罗豪才等：《资本主义国家的宪法和政治制度》，北京大学出版社，1998 年版。
2．沈宗灵：《比较宪法》北京大学出版社 2002 年版。
3．周淑真：《政党和政党制度比较研究》，人民出版社 2001 年。

第十二章　选举制度

教学目的：

选举制度是宪法中的重要制度，也是各国宪法的重要内容。通过本章的学习，应了解选举制度的历史发展，包括选举的概念、意义、特点和功能。掌握本章的原则、内涵和宪法与法律的有关规定，理解选举的程序、选举诉讼等问题。

本章授课：3 个学时。

第一节　选举的概念和意义

一、选举和选举权

1．选举的概念
2．选举权的概念
3．选举权的历史发展
4．选举权的内容

二、选举的意义、条件、特点和功能

1．选举的意义
2．选举的条件
3．选举的特点
4．选举的功能

第二节　选举制度的原则

一、普遍平等原则
二、自由公正原则
三、差额竞争原则
四、秘密投票原则

第三节　选举制度的内容

一、选区划分（选举构成）

二、候选人提名与选民登记

1．候选人的提名
2．选民登记

三、竞选

四、投票与计票

五、选举诉讼

思考题

1．如何理解选举的意义？
2．选举的基本原则是什么？
3．选举程序的宪法内容与实际运作？

参考书目

1．沈宗灵：《比较宪法》北京大学出版社 2002 年版。
2．韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社，2005 年。
3．白钢、赵寿星：《选举与治理》，中国社会科学出版社 2001 年。
4．[美]詹姆士. M. 伯恩斯等：《美国式民主》，谭君久等译，中国社会科学出版社 1993 年。

《世界遗产与世界遗产法》教学大纲

刘红婴　编写

目　录

前　言……721
第一章　世界遗产与人类主体价值观……722
第一节　当今人类主体价值观的内容……722
一、什么是人类主体价值观……722
二、和平文化……722
三、文化尊重……722
四、持续发展……722
第二节　世界遗产：一宗全球性事务……722
一、国际法框架……722
二、主管机关及相关国际组织……723
三、法定程序及全球性工作……723
第三节　世界遗产诠释主体价值观……723
一、世界遗产的共性……723
二、世界遗产的类型……723
三、《世界遗产名录》和《非物质文化遗产代表作名录》……723
四、世界遗产项及世界遗产标志……723
复习与思考题……724
拓展阅读书目……724
第二章　世界遗产的范畴……725
第一节　世界遗产的宏阔视野……725
一、世界遗产不以古今论英雄……725
二、世界遗产不以大小见短长……725
三、世界遗产不以虚实比高下……725
第二节　一个崭新丰富的领域……725
一、世界遗产研究……725
二、世界遗产法……725
三、世界遗产教育……725
第三节　世界遗产给出的哲学命题……726
一、集中命题……726
二、解读秩序……726
三、生命观点……726
四、自然法则……726
复习与思考题……726
拓展阅读书目……726
第三章　世界遗产与人类文明……727
第一节　文化遗产见证文明……727
一、文化遗产的概念……727
二、文化遗产的标准……727
三、见证文明的主线……727
第二节　新时期的综合文明理念……727

一、文化景观遗产理念……727
二、文化景观遗产范例……728
三、文化景观遗产确认……728
第三节　现代遗产……728
一、现代遗产涵义……728
二、现代遗产范例……728
三、现代遗产的意义……728
复习与思考题……728
拓展阅读书目……728
第四章　世界遗产与地球的历史……729
第一节　地球的史书……729
一、自然遗产的含义和标准……729
二、地球的教科书……729
三、自然遗产与科学理论……729
第二节　天然的造化……729
一、自然遗产的审美标准……729
二、自然遗产的形态……729
三、自然遗产范例……729
第三节　大区域原生态的样貌……730
一、“整体环境”条件……730
二、范例……730
三、保护区……730
第四节　国家公园精神……730
一、国家公园体制的特点……730
二、国家公园体制的优势……730
三、加拿大模式……730
复习与思考题……730
拓展阅读书目……731
第五章　生物多样化与文化多样化……732
第一节　生物多样性及其意义……732
一、生物多样性的原则……732
二、生物多样性的构成……732
三、生物多样性的法律规范……732
第二节　文化多样性及其意义……732
一、文化特性与文化多样性……732
二、文化如何多样……732
三、文化多样性的法律规范……733
第三节　两个多样性的关系……733
一、两个多样性的互生关系……733
二、两个多样性互生理念的体现……733
三、两个多样性对世界遗产政策的影响……733
复习与思考题……733
拓展阅读书目……733

第六章　非物质文化遗产.....734
第一节　确认非物质文化遗产.....734
一、非物质文化遗产名称演化.....734
二、非物质文化遗产的涵义.....734
三、非物质文化遗产评价标准.....734
第二节　非物质文化遗产的表现形式.....734
一、文化空间.....734
二、与文化一同生长的艺术.....735
三、节庆和手工艺里的哲学.....735
第三节　雅俗同在的非物质文化遗产.....735
一、非物质文化遗产的雅俗问题.....735
二、作为非物质文化遗产的昆曲.....735
三、作为非物质文化遗产的古琴艺术.....735
复习与思考题.....735
拓展阅读书目.....735
第七章　人权与和平文化.....736
第一节　特殊的世界遗产.....736
一、文化遗产的第 6 条标准.....736
二、范例一：自由之路.....736
三、范例二：人权象征.....736
第二节　世界遗产与战争.....736
一、世界遗产与战争的联系.....736
二、战争的罪证.....736
三、今天的战争.....737
第三节　和平文化.....737
一、和平文化的法律文件.....737
二、具体的表达.....737
第四节　跨国的共享项目.....737
一、跨国世界遗产的思路.....737
二、跨国世界遗产的特性.....737
三、跨国世界遗产范例.....738
复习与思考题.....738
拓展阅读书目.....738
第八章　世界遗产的真实性和完整性.....739
第一节　世界遗产真实性的维度.....739
一、真实性的涵义.....739
二、真实性的应用范围.....739
三、真实性的问题的典型案例.....739
第二节　世界遗产完整性的维度.....739
一、完整性的涵义.....739
二、完整性的层次.....740
三、完整性问题的典型案例.....740
第三节　濒危世界遗产.....740

一、《濒危世界遗产清单》的设定……740
二、濒危世界遗产清单的产生……740
三、《濒危世界遗产清单》的立场……740
复习与思考题……740
拓展阅读书目……741
第九章　世界遗产的均衡性……742
第一节　均衡性的几个层面……742
一、类型均衡……742
二、地域均衡……742
三、国家均衡……742
四、文化均衡……742
五、历史均衡……742
第二节　全球战略：相应的政策……743
一、全球战略的出台……743
二、全球战略的运行……743
三、全球战略的实施情况……743
第三节　世界遗产大国……743
一、世界遗产大国释义……743
二、世界遗产大国综合指标……743
三、世界遗产大国的责任……744
复习与思考题……744
拓展阅读书目……744
第十章　法律的框架……745
第一节　法律精神……745
一、世界遗产保护的四个层次……745
二、世界遗产体现新文明的理念……745
三、法律设定的保护方法……745
第二节　世界遗产的根本大法……745
一、两个公约……745
二、两公约主要内容……746
三、两公约珠联璧合……746
第三节　国际法的相关法律群……746
一、法律群的文化政策导向……746
二、法律群的基本状况……746
三、法律群主题的全球性……746
第四节　国际法主体……747
一、国际法主体的扩展……747
二、作为法律主体的国家……747
三、作为法律主体的族群……747
第五节　法理主张的理论与历史渊源……747
一、各种主张……747
二、公约的立场……747
三、涉及的相关法律问题……748

第六节　国际法与国内法的贯穿.....748
一、国际法与国内法的连贯和互动.....748
二、国际法的约束力.....748
三、国际法对国内法的渗透.....748
第七节　世界遗产国内立法要义.....748
一、世界遗产国内法的原则.....748
二、世界遗产国内法举要.....749
三、世界遗产国内法的国情因素和个体因素.....749
第八节　中国模式的实现.....749
一、基本背景.....749
二、总体形势.....749
三、现有法律的价值评析.....749
四、中国世界遗产的法律构建.....749
复习与思考题.....749
拓展阅读书目.....750

前　言

世界遗产事务已经在全球开展了 30 余年，形成了系统完备的理念和法律体系。它与全球化时代的国际法主题紧密相关，是当今人类生活内容不可分割的重要组成部分。

世界遗产与世界遗产法课程以国际法的文化背景为切入点，以和平、发展的主题统领全局，全面、完整地分析、阐释世界遗产的普适价值，细致解析世界遗产的来龙去脉、构成要素及类别意义。

由于迄今 830 项物质类世界遗产和 90 项非物质文化遗产所涉及的领域众多，因而教学大纲思路和结构不拘泥于单一学科的模式，而采用综合性的开放式的构造框架。设计此门课程，旨在为学生提供正确的世界遗产理念和知识，并由此强调出 21 世纪大学世界遗产教育的意义和价值。

课程号：401010122,501040142

第一章　世界遗产与人类主体价值观

本章教学目的和基本要求：本章教学目的是使学生对世界遗产事务有初步的认知，了解世界遗产的全球性意义。知识点是世界遗产的法定属性，重点为世界遗产事务的程序要旨，难点在人类主体价值观与世界遗产的关系。

学时分配：2 学时

第一节　当今人类主体价值观的内容

本节主要阐发的内容：在当今“联合国文化”的框架中，人类主体价值观是什么；分别就和平文化、人权保障、文化尊重、持续发展等主题解释人类主体价值观。

一、什么是人类主体价值观

以今天的宏观理念来看，人类主体价值观是国际社会和大多数国家及大多数人民认可和追求的价值标准，是有利于全人类公正生存和健康发展的行为准则。

当今人类主体价值观包含的基本内容是：和平文化的气氛、文化尊重的关系、全球共同的持续发展。

二、和平文化

“和平文化”（Culture of Peace）的概念，是由一个宣言而确定下来的。2000 年 12 月 11 日至 13 日在马德里召开的和平文化国际会议，发布了《和平文化宣言》（马德里宣言）（Declaration on a Culture of Peace）。

和平文化的理念将容忍、对话、理解、人权、共存等要素整合为一个专门术语，为世界展示一种应有的境界，人们应该为实现它并维护它而努力。

三、文化尊重

文化尊重是从政府、群体到个人都可以尽力的事，而且由国家大行为到个人小细节都能够反映出来。

四、持续发展

持续发展理念的切入点首先是自然环境，其优良与恶化，关系着人类的物种发展前景。然而，丧失了平衡的文化生态与和谐的社会结构，也就没有了持续发展的逻辑轨迹。所以，环境、人权、文化、和平、尊重、善意等等，都是不可分割的，是价值观当中交融于一体的基本内涵。

第二节　世界遗产：一宗全球性事务

本节主要内容有：世界遗产的国际法框架；世界遗产 33 年历程；管辖世界遗产事务的国际组织；世界遗产委员会的合作伙伴；更多的关联组织；世界遗产大会；世界遗产青年论坛；世界遗产与大学论坛。

一、国际法框架

《世界遗产公约》是一个里程碑，它标示着保护世界遗产的全球化行动的开始，同时世界遗产

的概念也得到国际法上的确定。《世界遗产公约》之于世界遗产，当然是其根本大法。这个公约创造了一种事物，也构造出一个主题，使世界遗产成为了一个专有术语。由此，全世界才有了一个共同的认识文化价值和自然价值的准则。

《保护非物质文化遗产公约》则极好地补充了前一个公约 30 年间一直未能涵盖的部分，即保护无形的文化遗产，诸如语言、戏剧、音乐、舞蹈、宗教、神话、礼仪、习惯、风俗、节庆、手工艺等不能够固化的人类财富。

二、主管机关及相关国际组织

世界遗产事务的最高主管机关是联合国教科文组织（UNESCO, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization）。

世界遗产委员会（World Heritage Committee）、世界遗产中心（World Heritage Centre）、世界遗产基金（World Heritage Fund）。

国际遗迹遗址理事会（ICOMOS）、保护和恢复文化遗产国际研究中心（ICCROM）、世界自然保护联盟（IUCN）。

三、法定程序及全球性工作

世界遗产大会的主要议程和任务有：评选出该年度新的一批世界遗产项，正式列入《世界遗产名录》；遴选濒危世界遗产；讨论修改操作准则；制定新的政策。

第三节　世界遗产诠释主体价值观

本节主要内容：世界遗产的不可替代性与共性；世界遗产的类型、层级及其理念的变化、发展过程；《世界遗产名录》和《人类非物质文化遗产代表作名录》；法定标准、法律程序及其权威性；世界遗产项；世界遗产标志。

一、世界遗产的共性

在全球开展世界遗产事务，是将世界各地的文化存在和自然状貌的精华提取出来，通过法定的程序和标准，普及文明、善意的理念，从而带动各项有益于人类发展事业的展开。

文化与自然作为全人类的遗产，具有“突出的普遍价值”（Outsanding Universal Value）。

二、世界遗产的类型

世界遗产的种类包括物质的和非物质的两大类。根据《世界遗产公约》及其配套文件，物质类中包括文化遗产、自然遗产、文化与自然双重遗产、文化景观这四种。非物质类即为《保护非物质文化遗产公约》所确定的非物质文化遗产。

三、《世界遗产名录》和《非物质文化遗产代表作名录》

《世界遗产名录》和《非物质文化遗产代表作名录》是世界遗产事务的结果性标志。

四、世界遗产项及世界遗产标志

世界遗产项是指具体的世界遗产。

每一年的申报和批准，都使世界遗产项的总数增加。这是一个呈上升状的指标线，意味着世界遗产事务在点、线、面上的不断扩展及动态性。

世界遗产的标志图形，所包含的蕴意为世界文化遗产、世界自然遗产以及两种遗产之间相互依

存的关系。

复习与思考题

1．怎样理解世界遗产的法定属性。
2．开展世界遗产事务的相关组织有哪些，职责是什么。
3．世界遗产如何诠释人类主体价值观。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 1-20 页。

第二章　世界遗产的范畴

本章教学目的和基本要求：本章从宽阔的视角给出认知、理解世界遗产的方法，知识点主要强调世界遗产的综合性、多触角，重点为世界遗产所构成的广阔视野范畴，难点是如何领会世界遗产蕴含的哲学命题。

学时分配：2 学时

第一节　世界遗产的宏阔视野

本节主要内容：解析法定的综合性的认知对象；辐射开来的认知触角。

一、世界遗产不以古今论英雄

以“周口店北京人”和“转炉炼钢法”的比较为例。

二、世界遗产不以大小见短长

以加拿大落基山国家公园群和美国自由女神像为例。

三、世界遗产不以虚实比高下

以菲律宾吕宋岛伊富高人的稻米梯田和哈德哈德圣歌吟为例。

第二节　一个崭新丰富的领域

本节主要内容：世界遗产研究及全球概况；世界遗产学的构成；世界遗产管理学；世界遗产法；世界遗产教育。

一、世界遗产研究

世界遗产的学术研究涉及考古学、建筑学、生态学、地理学、地质学、人类学、历史学、宗教学、民俗学、艺术学、语言学、文学、美学、科技史、农业史等众多学科。而如若对具体的遗产项深究，触及领域将形成繁复的层级系统。

二、世界遗产法

世界遗产法界定为规范世界遗产的国际法和国内法的总称。

世界遗产法就是从法学的高度涵盖有关世界遗产的基本内容，它所构成的理论体系有自身的特性。就法学理论及体系而言，它能够发现人本主义法学和生态主义法学的一个结合点，并超越传统法学分类而存在。这个学科呈现给我们的是集合了文化和自然精华的天地，是 21 世纪人类重新审视自己、认识世界的新视野。

三、世界遗产教育

科学研究所包含的层面之多，内容之丰富，使得世界遗产的领域极为广阔。这也给相应的世界遗产研究提出了挑战，以世界遗产为主题的学科构架需要搭建，众多学科被涉及的内容需要平衡，研究者还应当具备综合的知识结构。因此，世界遗产的教育纲领也必须根据这些特点而制定，使世界遗产教育能够真正纵横铺展开来并深入人心。

第三节　世界遗产给出的哲学命题

本节主要内容：世界遗产能够集中命题；世界遗产对秩序的解读；世界遗产提炼生命的观点；世界遗产记录自然的法则。

一、集中命题

世界遗产集自然造化、人类杰作之精华，大大小小的哲学命题自然丰富而多面。

二、解读秩序

人群秩序、国家秩序、自然秩序，这些哲学上的重要课题在世界遗产中会频繁出现。

三、生命观点

每种文明的物质遗存表达生命的观点是必然的内容，差别在于不同的生命观和不同的表现形式。而世界遗产所吸纳的具有突出普遍价值的文明物证，恰是这一类的精华性符号。

四、自然法则

将地球上的自然状貌纳入世界遗产，与文化遗产视为人类遗产的同一整体，这是世界遗产事务从初始时即显现出来的明智之举。

复习与思考题

1．辨析世界遗产的古今、大小问题。
2．分析世界遗产的哲学内涵。
3．阐释青年在世界遗产事务中的作用。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 21-36 页。
刘红婴等著《世界遗产概论》（第 2 版），中国旅游出版社，2005 年，第 1-13 页。

第三章　世界遗产与人类文明

本章教学目的和基本要求：本章展开世界遗产中文化遗产的部分，知识点主要强调以具体的世界遗产项串联人类文明发展的红线，重点为世界遗产如何见证人类文明，标准何在，难点是提炼各种层次类别的世界文化遗产的共性。

学时分配：4 学时

第一节　文化遗产见证文明

本节主要内容：曾经的文明和今天的文明，共同构成人类发展进程的脉络，世界遗产中的文化遗产正是在见证它们。

一、文化遗产的概念

《世界遗产公约》给“文化遗产”的概念是三个类型范畴。

二、文化遗产的标准

公约的配套文件《执行世界遗产公约的操作准则》（Operational Guide Lines for the Implementation of the World Heritage Convention）为世界遗产的评定提供了具体的依据。对于世界文化遗产，其中的Ⅱ.D 段规定凡提名列入《世界遗产名录》的文化遗产项目，必须符合的标准。

三、见证文明的主线

史前文明：我们从哪里来、岩画上的久远映像；

农业文明：亚洲的稻米文化、欧洲的葡萄酒文化、农业的博物与考古价值；

商业文明：商业中心、商贸之路；

城市文明：世界遗产城市、历史中心、完整的城市、城市的源泉、城市的灵魂、遗迹的辉煌、皇宫的地位；

居住文明：在水之坻、聚居、栖居、疆界的屏障；

宗教文明：东方的优雅、众神的故乡、欧洲的财富；

神秘的文明：为什么神秘、距离的美感、古老的山巅、玛雅的奇迹、真腊的风土、诡异的氛围、石头的密码、无价的墓葬；

移植的文明；

工业与科技文明。

第二节　新时期的综合文明理念

本节主要内容：理论和操作与时俱进；文化景观遗产的发展；文化景观范例说明；文化景观的确认。

一、文化景观遗产理念

世界遗产委员会在 1998 年第 22 届世界遗产大会上明确强调，应将眼光放宽放远，加强研究和补充尚有欠缺的部分，如田园景观、传统乡村、当代建筑等。

文化景观就是在世纪交替之际产生的全新遗产类型。它追求人与自然环境的协调、平衡关系，

以强调地球和人类的可持续发展。

二、文化景观遗产范例

新西兰的汤加里罗国家公园（Tongariro National Park）。
澳大利亚的乌卢鲁—卡塔曲塔国家公园（Uluru-Kata Tjuta）。

三、文化景观遗产确认

作为一个单独的遗产类别，文化景观以独特的视角和选取的范围，既不同于文化遗产对文化的倾情关注，也与自然遗产对自然的关爱有所区别。它主要体现的，是人类长期的生产、生活与大自然所达成的一种和谐与平衡，与以往的单纯层面的遗产相比，它更强调人与环境共荣共存、可持续发展的理念。从这个意义上来看，文化景观遗产的确定，标志着现代人类文明的一大进步。

第三节　现代遗产

本节主要内容：现代遗产释义；恢宏的现代乐章；注入多种元素的现代遗产；现代遗产的创造；现在就是未来的过去。

一、现代遗产涵义

“现代遗产”的概念可界定为 19 世纪以后产生的人类的杰出创造，属于文化遗产的范畴，结果上也可以是文化景观遗产和双重遗产。

二、现代遗产范例

以色列：特拉维夫白城—现代乐章
The White City of Tel-Aviv -- the Modern Movement
委内瑞拉：加拉加斯秀达大学
Ciudad Universitaria de Caracas

三、现代遗产的意义

世界遗产中的文化遗产以最高的人文价值见证人类的文明历程，而文明历程应当是不断线的，史前文明、农耕文明、宗教文明、城市文明、商业文明、产业文明、科技文明等等，都要以具体的遗产项作为文明见证的实体符号。

“现代遗产”是文化遗产红线上的必然段落，见证近两个世纪以来的人类发展步伐。

复习与思考题

1．世界遗产如何见证人类文明。
2．由文化景观遗产范例探讨这一类型遗产的理念发展。
3．分析现代遗产存在的理由与意义。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 37-112 页。
联合国教科文组织编《世界遗产与年轻人》，上海三联书店，2002 年，第 3-18 页。

第四章　世界遗产与地球的历史

本章教学目的和基本要求：本章解析世界遗产中自然遗产的法定标准及自然遗产体现的特点，知识点为自然遗产的多姿形态，重点是自然遗产的科学和审美价值，难点在于对自然遗产“整体环境”要求的理解深度。

学时分配：4 学时

第一节　地球的史书

本节主要内容：世界自然遗产的美名；地球的教科书；漫长的地球故事；生动的地质故事；达尔文理论与世界自然遗产。

一、自然遗产的含义和标准

自然面貌、地质地理结构和动植物生境区、天然名胜和自然区域。

《执行世界遗产公约的操作准则》（Operational Guide Lines for the Implementation of the World Heritage Convention）中Ⅱ.D 段对自然遗产规定了 4 个标准。

二、地球的教科书

由世界遗产的自然标准及自然遗产项实际构成的总体情况看，自然遗产以地质公园、自然保护区、生物圈或国家公园等形式构成。世界遗产将全球这些形式中最具科学价值的部分发掘出来，以择取自然中的精华为手段，写成了独特的“地球的教科书”。

三、自然遗产与科学理论

自然遗产诉说地球故事，解释地球生物进程，其学术依据的重要基础是进化理论。

第二节　天然的造化

本节主要内容：地球的艺术品，天然造化；浩荡冰川；九天银河；石针指天；丹霞映日；火山有情；波光潋滟；林海绿意。

一、自然遗产的审美标准

自然遗产有自己的特质和规则，对自然遗产的确认注重审美价值和科学价值这两个大的方面，审美价值比较直观，科学价值则需综合的验证，这两方面并重，缺一不可。

二、自然遗产的形态

审美当然是一种主客体互动的行为，人作为审美主体对于审美客体的大自然进行的审美活动至少包括：形态上的；色彩上的；声音上的。通过这三大因素的组合，展现神妙的审美价值。

三、自然遗产范例

匈牙利/斯洛伐克：阿格泰列克洞穴和斯洛伐克喀斯特

Caves of Aggtelek and Slovak Karst

阿根廷/巴西：伊瓜苏国家公园

Iguazu National Park
加拿大：落基山公园群
Canadian Rocky Mountain Parks

第三节　大区域原生态的样貌

本节主要内容：自然遗产的“整体环境”条件；主要案例，科莫多龙的家园；保护区的衍生发展。

一、“整体环境”条件

每项自然遗产地还必须符合《执行世界遗产公约的操作准则》规定的“整体环境”（conditions of integrity）条件。

“整体环境”就是在一个制度保障的框架里，有足够健康的可持续发展的环境和生态。在不同的地方，这个“整体环境”要求的构成因素和具体表现当然都会有自己的一套系统。

二、范例

科莫多国家公园（Komodo National Park）。
四川大熊猫栖息地。

三、保护区

《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)为保护区确定了一个概念：“保护区”是指一个划定的地理界限，为达到特定保护目标而指定或实行管制和管理的地区。

由保护区的性质而言，十分符合世界自然遗产的“整体环境”的要求。

第四节　国家公园精神

本节主要内容：国家公园体制；国家公园体制的优势；加拿大国家公园体制的法律及管理模式；亚非国家公园状况。

一、国家公园体制的特点

在世界遗产中，国家公园当然以最具完整性地保持整体生态原貌的样例为选择目标，从而通过这些遗产项诠释对于自然的态度。

二、国家公园体制的优势

国家公园体制有利于全方位保存、保持天然的地质地貌结构形态，区域生态系统的稳定发展。它的优势百余年来影响了许多国家，其合理性为全世界所认同，并具有普遍的共识及相互推动。

三、加拿大模式

尽管加拿大并非首创国家公园体制，但它对国家公园体制的发挥和升华却有重彩艳笔。加拿大地广人稀，自然遗产的资源极其丰富。其运用了美国国家公园的机制，又创建了有自己特色的体系。

复习与思考题

1．解析自然遗产的科学价值。

2．解析自然遗产的审美价值。
3．自然遗产“整体环境”的条件如何体现。
4．阐述国家公园体制对于自然遗产保护的优势。

拓展阅读书目

许学工等《加拿大的自然保护区管理》，北京大学出版社，2000 年，第 1-60 页。
〔美〕理查德·福斯特《美国国家公园》，大陆桥翻译社译，中国轻工出版社，2003 年，全书。

第五章　生物多样化与文化多样化

本章教学目的和基本要求：本章从理论高度阐述世界遗产与生物多样性、文化多样性的关系，知识点主要为两个多样性的涵义及法律规范，重点是世界遗产表达两个多样性的层次，难点在于如何理解两个多样性的共生关系。

学时分配：4 学时

第一节　生物多样性及其意义

本节主要内容：以地球为本的原则；生物多样性和生态系统的完整性；生物多样性的法律群及法律规范。

一、生物多样性的原则

世界遗产这项事务的存在就是要不断地表明其主张的价值观，坚守自己的职责。地球是可持续发展的根本，是一切生命、一切文明存续的前提。因而，只有以地球为本的大基础，才能实现以人为本。

二、生物多样性的构成

生物多样性是世界遗产对相关自然项目考察的核心条件，其包含的内容可以说是系统工程，与世界遗产事务所有的目标都有所关联。

三、生物多样性的法律规范

1992 年 6 月 5 日，联合国环境与发展大会通过的《生物多样性公约》(Convention on Biological Diversity)，对“生物多样性”进行了科学定义：生物多样性是指所有来源的活的生物体中的变异性，这些来源除其他外包括陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体；这包括物种内、物种之间和生态系统的多样性。

第二节　文化多样性及其意义

本节主要内容：文化的广义概念；文化特性；文化如何多样；文化多样性的法律群及法律规范。

一、文化特性与文化多样性

文化多样性通过不同的文化特性和谐共存，才能体现出来。由此可以说，文化特性是文化多样性的构成因素。每一种文化及其特性以独立的品格与其它文化对话、共荣，又是文化多样性的动态存续过程。

二、文化如何多样

教科文组织于 2001 年 11 月 2 日通过了《教科文组织世界文化多样性宣言》（UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity）。文化多样性首次被承认为“人类的共同遗产”，对文化多样性的捍卫被认为是伦理方面的切实的迫切需要，与尊重人的尊严是密不可分的。

三、文化多样性的法律规范

2005 年《保护和促进文化表现形式多样性公约》（Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions）在继续强调文化多样性是人类极其宝贵的共同遗产的同时，还提出了 8 条指导原则：尊重人权和基本自由原则、主权原则、所有文化享有同等尊严和尊重的原则、国际互助与合作原则、经济和文化的发展互为补充原则、可持续原则、共享原则及公开和平衡原则。

第三节　两个多样性的关系

本节主要内容：两个多样性相辅而生；世界遗产本身的多样性及其表现；世界遗产对两个多样性的诠释。

一、两个多样性的互生关系

文化多样性与生物多样性往往同体相生，互为诠释。生物多样性保障生态的健康完整，而以生物多样性为前提的环境，同样保障人类以某种群体社会构成，及文化框架模式，长久地延续与发展下去。同时，相容于环境当中的文化方式及其文化群体，在保持自身文化特性的时候，也将所依赖的生态系统维护在一个适宜的状态。

二、两个多样性互生理念的体现

国际社会愈来愈注重两个多样性的联系，并将两个多样性的紧密关系呈现出来。相关的行动亦体现出这一点，包括世界遗产的政策调整。

民族文化的特性，正是多样化的地理环境所造就的。他们各自的生命信仰、生活方式、衣食住行、价值体系，都与所生存的环境相依相伴。

三、两个多样性对世界遗产政策的影响

在整体的文化多样性原则基础上，世界遗产的实体符号所代表的文化内涵本身也会包含文化多元的特质。

为保证多样性的持续存在，所有种类之间的平衡也是世界遗产需要控制的。

复习与思考题

1．分析生物多样性的价值。
2．怎样实现文化多样性格局的构成。
3．如何理解生物多样性和文化多样性的互生关系和意义。

拓展阅读书目

《生物多样性公约》和《教科文组织世界文化多样性宣言》全文。

第六章　非物质文化遗产

本章教学目的和基本要求：本章给出非物质文化遗产完整立体的概念，知识点主要是非物质文化遗产事务的发展和非物质文化遗产的表现形式，重点为非物质文化遗产的认定标准，难点在于非物质文化遗产深层价值。

学时分配：4 学时

第一节　确认非物质文化遗产

本节主要内容：非物质文化遗产名称演化过程；非物质文化遗产的涵义和意义；综合的评价标准。

一、非物质文化遗产名称演化

“口头与非物质遗产”（Masterpieces Of Oral And Intangible Heritage）。

非物质文化遗产（Intangible Cultural Heritage）。

二、非物质文化遗产的涵义

(a) 口头传说和表述，包括作为非物质文化遗产媒介的语言；
(b) 表演艺术；
(c) 社会风俗、礼仪、节庆；
(d) 有关自然界和宇宙的知识和实践；
(e) 传统的手工艺技能。

三、非物质文化遗产评价标准

应当具有杰出的文化代表性，对有关群体和文化多样性具有特殊价值。

需要保护的紧迫性，特别是因面临社会变革等因素缺乏保护而将消失的文化艺术形式。

《保护非物质文化遗产公约》还特别要求，各个群体和团体随着其所处环境、与自然界的相互关系和历史条件的变化不断使代代相传的非物质文化遗产得到创新，同时使他们自己具有一种认同感和历史感，从而能够促进文化多样性和人类的创造力。

第二节　非物质文化遗产的表现形式

本节主要内容：分类阐发非物质文化遗产中文化空间、语言、舞蹈、音乐、史诗、仪式、节日和工艺等主要表现形式。

一、文化空间

文化空间（Cultural Space）是关于非物质文化遗产的重要术语，它是一种包容量很大的非物质文化遗产表现形式，将文化显现为日常化的细节，还可以容其它的非物质文化遗产类型于自己的形式之中。

文化空间是文化的综合凝聚形式、人是文化空间的灵魂。

二、与文化一同生长的艺术

语言、舞蹈、音乐和史诗：引吭同唱的集体形式；丰沛的原生态资源；激情的吟诵；西亚的木卡姆。

三、节庆和手工艺里的哲学

心灵手巧：手工的文化、沙地上的“短信”、雕刻与描绘。
仪式和节日：重要的生命仪式、让文化狂欢的节日。

第三节　雅俗同在的非物质文化遗产

本节主要内容：非物质文化遗产不问出身，符合条件即同享光荣；昆曲和古琴艺术的整体文化价值。

一、非物质文化遗产的雅俗问题

非物质文化遗产并不意味着只产生于民间，或只是大众文化形式。尽管 1989 年的建议书名称有民间的字样，但经过多年的斟酌与实践，需要加以全球性保护的非物质文化遗产的涵盖力，已经非常大。

公众狂欢与宫廷雅乐，神秘宗教仪式与日常生活方式，都是非物质文化遗产视野中的宝贵财富，共同享有人类非物质文化遗产代表作这个最高的荣誉。

二、作为非物质文化遗产的昆曲

昆曲不仅是一种综合的整体艺术形式，还是文字的优秀产物。由于有一批富于才华的文人创作，昆曲也创造和经历了独领风骚的繁盛时期。其曲词华丽优美，篇幅较长，文字剧本即可单独作为文学作品来欣赏。

三、作为非物质文化遗产的古琴艺术

古琴艺术的价值不只在于古琴这种乐器本身，亦不限于古琴曲目或弹奏技术。最为重要的在于以古琴为聚合点而构建的传统美学特质及哲学意味，贯穿于中华雅文化的发展当中。其中最显著的，我们可以称之为“知音文化”。“知音文化”的内核，其人文影响力与渗透力既深层又久远，辐射至极其宽广的范畴。

复习与思考题

1．从名称上分析非物质文化遗产的理念发展。
2．非物质文化遗产的主要表现形式有哪些大小层次。
3．论述昆曲和古琴艺术的整体文化价值。

拓展阅读书目

《保护非物质文化遗产公约》全文。

第七章　人权与和平文化

本章教学目的和基本要求：本章通过特殊的世界遗产诠释普适人类的重要意义，知识点在于与人权、战争有关的世界遗产解析，重点是升华和平的大主题，难点为建构以跨国遗产为主要手段的国际合作制度。

学时分配：4 学时

第一节　特殊的世界遗产

本节主要内容：特殊世界遗产的产生和地位；它们所表达的通向自由的漫长之路、人权的象征符号。

一、文化遗产的第 6 条标准

第 6 条标准表述为“与具特殊普遍意义的事件或现行传统或思想或信仰或文学艺术作品有直接或实质的联系”，归纳起来，主要与历史事件、特殊历史阶段、特殊人物密切相关。

二、范例一：自由之路

塞内加尔：戈雷岛

Island of Gore

戈雷岛濒临塞内加尔海岸，面向达卡尔，自 15 世纪至 19 世纪，殖民主义统治时期，它曾相继被葡萄牙、荷兰、英国和法国占领。最令人心颤的是，戈雷岛曾是非洲海岸最大的奴隶贸易中心。

三、范例二：人权象征

南非：罗宾岛

Robben Island

罗宾岛的名望，以其“维护南非种族隔离制度的监狱”的代名词，关押过南非新政权的第一位黑人总统曼德拉而响亮，它是人权的象征符号。

1991 年，罗宾岛上关押的最后一批政治犯被释放。1996 年 9 月岛上最后一批普通犯人离开罗宾岛。同年，罗宾岛被定为国家博物馆。1997 年 1 月 1 日罗宾岛国家博物馆正式向公众开放。1999 年 12 月 1 日罗宾岛被列入《世界遗产名录》。

第二节　世界遗产与战争

本节主要内容：炮火洗劫的遗产；波斯波利斯；奥斯威辛集中营；耶路撒冷；杜布罗夫尼克古城；巴米扬大佛何在；伊拉克全境濒危。

一、世界遗产与战争的联系

一些遗产不幸与战争产生了关系，因而战争就是谈及遗产不可回避的问题。战争与遗产的关系体现方式不尽相同，有战争对遗产的破坏，有为战争服务的，都见证一段历史。

二、战争的罪证

1979 年，记录第二次世界大战战争罪恶的奥斯维辛集中营也根据文化遗产的第 6 条标准，列

入《世界遗产名录》。

三、今天的战争

巴米扬是阿富汗著名的历史和文化重镇、巴米扬省的首府，位于中部巴米扬河谷，喀布尔西北135千米处。巴米扬是兴都库什山的重要隘口，是古代南下北上的商旅队的必经之地，也是佛教徒的朝拜之地，曾盛极一时。

2001年6月第25届世界遗产大会提前召开，开幕式上便率先就阿富汗问题进行了长时间的讨论，各国、各组织的代表纷纷发表意见：需要以“反文化罪”（crime against culture）的概念加强相应法律规范的约束力，希望《世界遗产公约》能够有强有力的法律群的支撑，构成严谨的可操作的国际法手段。

第三节　和平文化

本节主要内容：《和平文化宣言》；国家间协作；和平公园。

一、和平文化的法律文件

与苦难、战争有关的世界遗产，其终极目标当然是谱写光明的和平文化的篇章。

在和平文化国际会议所发表的《和平文化宣言》（马德里宣言）中，就表达了主体价值体系对和平文化的推崇与向往。

二、具体的表达

日本的原子弹爆炸地广岛，也在1996年世界遗产委员会第20届会议报告中，依据 “与具特殊普遍意义的事件有直接或实质的联系”的标准入选世界文化遗产。世界遗产委员会认为：“随着人类所创造的毁灭性力量的释放，广岛和平纪念公园成为人类半个多世纪以来为争取世界和平所取得成就的力量象征”。这项遗产无论其背景如何，目的是明确的，即追求和平。

第四节　跨国的共享项目

本节主要内容：共享是美好的；共享的目标与规则；案例一，和平之门永不关闭；案例二，十国共享一项世界遗产；一份令人欣慰的共享名单。

一、跨国世界遗产的思路

以合并、合作的思路及方式成功成为世界遗产的，称为“跨国项目”（transboundary property）。

由于世界遗产项具有完整性，很多遗产项尤其是自然遗产，往往跨地域、跨国界，有着不可分割的特性，因而两国或多国共同申报和拥有，就成为世界遗产委员会鼓励和倡导的做法。

二、跨国世界遗产的特性

所谓跨国是一个大概念，跨国项目或地域上相连，或本质上一致，或两者兼有。如巴洛克风格的建筑艺术，由欧洲殖民者带到了世界各地，也许远隔千山万水，但本质上是一致的。又如“文化路线”（Cultural Route），以文化的线性遗迹作为标志，寻迹文化的灵魂。“文化路线”这个概念涵盖文化的互动、延伸，呈现一种特殊的形态。

三、跨国世界遗产范例

和平之门永不关闭——加拿大 / 美国：沃特顿冰川国际和平公园

Waterton Glacier International Peace Park

十国共享一项世界遗产——芬兰、挪威、瑞典、俄罗斯、拉脱维亚、爱沙尼亚、立陶宛、乌克兰、白俄罗斯和摩尔多瓦：斯特鲁维测量地点

Struve Geodetic Arc

复习与思考题

1．阐述特殊世界遗产在人权、和平方面的特殊意义。

2．世界遗产何以与战争连在了一起。

3．跨国世界遗产有哪些典型范例，价值何在。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 189-212 页。

第八章　世界遗产的真实性和完整性

本章教学目的和基本要求：本章探讨世界遗产真实性和完整性的维度，知识点为法律规定的真实性完整性的基本内容，重点是理解真实性和完整性对于世界遗产的确切要求，难点在于将濒危世界遗产的规则与真实性、完整性联系起来。

学时分配：2 学时

第一节　世界遗产真实性的维度

本节主要内容：世界遗产是不可替代的；真实性的法定要求；真实性原则的实际应用；案例一，罗马边境长城与中国长城；案例二，圣彼得堡。

一、真实性的涵义

真实性（authenticity）之于世界遗产，就意味着不可替代性。不可替代，是世界遗产的重要特点之一。而世界遗产的不可替代，也就意味着惟一性。“惟一”的含义告诉我们，每一项世界遗产如果一旦消失，它就永远也不会回来了。它不能靠克隆、复制或其它的任何手段而再生。即便以各种形式“再生”，亦与世界遗产的真实性相悖。

每一项遗产皆有自身的特殊性，它们共同遵循法律和科学认可的真实性原则，同时又不拘泥于所有的细节。

二、真实性的应用范围

《执行世界遗产公约的操作准则》Ⅱ.E.79-86 段不仅规定了真实性的原则，还就真实性的基本范畴、内涵、表现形式及维护等问题做了规范。在重建的纬度上，要求必须为原有遗产的本来面貌，不能靠想象改变原有遗产，或添枝加叶增加原本没有的部分。

一个关键性问题即真实性的尺度。

三、真实性的问题的典型案例

罗马边境长城与中国长城的修复。

圣彼得堡的修复。

第二节　世界遗产完整性的维度

本节主要内容：世界遗产完整性的涵义；世界遗产完整性的层次；缓冲带的建设；案例一，萨加玛塔；案例二，伊瓜苏。

一、完整性的涵义

完整性（integraty）是针对世界遗产个体而言，即每一项世界遗产都应具备的完整性。

《执行世界遗产公约的操作准则》Ⅱ.E.87-95 段针对世界遗产的完整性做了相应的规定。完整性主要包括：纪录的完整性和生态的完整性。

为保持完整性不受侵害，无论文化遗产还是自然遗产，都必须设有“缓冲带”（buffer zone）。缓冲带的要求使得遗产与人类社会活动有可能的冲突有所缓解，也能有效预防遗产的无谓损失。早期的缓冲带观念主要用于自然遗产的保护，后来人们认识到文化遗产同样适用，且同样重要。缓冲

带的缺失会潜伏或直接出现一系列对遗产的危害，从而导致遗产失去完整性。

二、完整性的层次

文化遗产的完整性与真实性是密切联系的，其“完整”的含量要求根据不同遗产的不同内容而体现，大致的层次为：

第一，原真的整体面貌。如巴黎塞纳河沿岸，其城市的原真整体面貌始终保持，具有充分的完整性。

第二，修复而再现基本原貌或部分原貌。如印尼的婆罗浮屠、柬埔寨的吴哥古迹、中国的长城等，有些基本上将原貌的大致样态展现了出来，有的即使不能全部再现历史样貌，完整性依然不打折扣。

第三，残留遗迹。如伊朗的波斯波利斯、巴基斯坦的摩亨佐达罗、秘鲁的昌昌古城等，尽管是通常意义上的“死城”，而考古价值上的完整性却是极其到位的。

自然遗产的完整性，可以用两个“充足”予以概括。其一，遗产地叙述地球历史的证据材料的充足。比如科罗拉多大峡谷的地层、规模都占据了优势的“话语”地位。其二，生态系统构成的实体证据的充足。比如科莫多国家公园，岛上的每一个生态环节都得到保护，生态系统才能保持其说服力。

三、完整性问题的典型案例

萨加玛塔国家公园。

两个伊瓜苏国家公园。

第三节　濒危世界遗产

本节主要内容：一个进进出出的清单；进入清单即“制裁”；同时进入《世界遗产名录》和《濒危世界遗产清单》；濒危清单的政治敏感；濒危清单的悲悯情怀。

一、《濒危世界遗产清单》的设定

《濒危世界遗产清单》（World Heritage List in Danger）是《世界遗产名录》的附属名单，也是《世界遗产公约》的条文中所设定的。

二、濒危世界遗产清单的产生

在程序上，首先被批准为世界遗产，随即就有了成为濒危世界遗产的资格；濒危世界遗产的其它条件也必须符合，如吴哥古迹因战乱面临毁坏的危险，世界遗产委员会认定保护这项遗产开展国际合作十分必要，而柬埔寨政府也正式提出了援助申请。但是同时也必须看到，正因其面临危险，才加快了它成为世界遗产的步伐。

三、《濒危世界遗产清单》的立场

濒危世界遗产表达人道主义关怀，不以任何民族或宗教的文化取向为立场，只以主体价值观为原则，维护人类的共同利益。因而，这个活动频繁的清单的触角是敏感的，随时为捍卫自己遵循的原则而发出声音，并做出行动。

复习与思考题

1．分析世界遗产真实性的法律原则。

2．分析世界遗产完整性的法律原则。

3．设立《濒危世界遗产清单》这样一个附属名单有什么作用。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 213-222 页。

第九章　世界遗产的均衡性

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的是集中领会世界遗产的均衡性要求，知识点为均衡性的实际表现和构成，重点强调全球战略的政策实施，难点是世界遗产大国的综合指标和理论判定。

学时分配：2 学时

第一节　均衡性的几个层面

本节主要内容：类型均衡；地域均衡；国家均衡；文化均衡；历史均衡。

一、类型均衡

类型平衡是指世界遗产在种类分布上的均衡，均衡与否，集中体现在文化遗产与自然遗产在数量和覆盖面的差距大小上。

从一开始，就出现自然与文化的数量上的失衡。

文化遗产和自然遗产各自所包含的次级类型之间，也存在均衡与否的问题。如文化遗产中城市较多，而文化路线较少。自然遗产中喀斯特地貌较多，而冰川较少。这些次级种类的平衡，也是世界遗产事务的组成部分。

二、地域均衡

世界遗产在地域上的均衡是不可忽略的。世界遗产中心每年印制的世界遗产地图，以美洲、欧洲、亚太、非洲阿拉伯地区这四块版图为单位，标示所处位置，从中即能直观地看出世界遗产地域分布的均衡程度。

三、国家均衡

主权的国家在尊严和权利上都是平等的，世界遗产事务更应体现这种平等。教科文组织在世界遗产事务上的态度始终是善意的，鼓励非缔约国尽快签约，鼓励没有遗产项的缔约国积极申报。

所谓国家均衡，即体现为拥有世界遗产的国家应尽可能地多，且每个国家所拥有的世界遗产要与其综合实力相称。

四、文化均衡

文化均衡与地域均衡、国家均衡是相辅相成的，同时又有自己的独立性意义。世界遗产项作为文化的物像代表，应具备全方位的视角，囊括所有的人类精华。这其中，宗教的因素具有较重的份量。世界遗产考虑宗教的均衡，肯定它们同等的文化价值及作用，才能最终彰显主体价值观。

五、历史均衡

无论是地球的历史，还是人类的历史，无疑都要有一个基本连续的线索。这个线索上的每个阶段的实体见证物，以物质符号连贯起历史发展的脉络。这些物质实体被评定为世界遗产，应当考虑到历史阶段的连贯性，而不能造成某个阶段的“淤积”或某个阶段的“断层”。此为“历史均衡”的含义所在。

第二节　全球战略：相应的政策

本节主要内容：实现均衡的步伐；全球战略的出台；全球战略的内容和目标；全球战略的实施。

一、全球战略的出台

到 1994 年第 18 届世界遗产大会召开时，世界遗产的总数是 410 项，其中文化遗产 304 项，自然遗产 90 项，双重遗产 16 项，失衡状况依然严重，尤其在欧洲表现得更为突出。大会充分认识到，现状必须得到控制和扭转。同时，经多年酝酿的关于世界遗产整体均衡的政策此时业已成型。于是在这一年，一项以实现世界遗产均衡性、典型性、可信性为目标的“全球战略”（Global Strategy）正式启动。

二、全球战略的运行

全球战略作为覆盖世界的长期工作，它的实施需要主管国际组织、各国政府及相关学界的共同努力，要针对实际状况，归纳主要的问题，依次解决。

1999 年世界遗产大会上世界遗产委员会的报告对全球战略做了更细致的阐发，提出了“全球战略”的一揽子行动计划。

三、全球战略的实施情况

在经过若干年的努力后，全球战略取得了一些方面的成就。如国家均衡和地域均衡方面进展比较明显，新增世界遗产拥有国的国家数递增，北极和亚北极地区的遗产、热带雨林、草原、湖泊也都得到了补充。

同时，在实践中亦可看到，全球战略还有更为艰巨路程要走，需要解决的问题也还很多。比如，文化遗产与自然遗产的差距依然很大；海洋或海底的遗产在理念和操作上都不充足。

第三节　世界遗产大国

本节主要内容：单指标排名及单一层面的世界遗产大国；何以称大国，大国的要素；大国的责任。

一、世界遗产大国释义

世界遗产大国不是一个绝对概念。除总数占单一排名绝对优势的国家外，对大多数世界遗产拥有国而言，世界遗产大国一般是指拥有世界遗产项的数量水平超过国土面积及国家综合实力水平的国家。当然，这需要在与其他国家情况的对比中体现出来。

二、世界遗产大国综合指标

科学地确认世界遗产大国，还须有一套科学的方法及标准，单纯以数量指标确定无疑是不够的。那么，一个含有综合因素的指标应当怎样构成呢？综合分析，至少应当包括：国家地域面积与该国所拥有世界遗产的数量比；总人口与所拥有世界遗产的数量比；保护能力（对世界遗产保护的政策体系、资金投入、技术投入等方面）与所拥有世界遗产的数量比；预备级的文化与自然遗产资源与所拥有世界遗产的数量比；学界研究、政府和媒介宣传、民众知晓和热爱程度与所拥有世界遗产数量的比。这些因素汇总起来的较高指数，才构成更为可信的成为世界遗产大国的条件。

三、世界遗产大国的责任

构建本国的法律和基本政策框架。

均衡本国管辖的世界遗产。在国家一级的预备清单中就达到全面均衡，保证地区、种类的完整。同时，对现有世界遗产有全面的维护、管理。

完善科学研究的体系。设立专门的学术机构，有充足的研究人员，应定期召开学术会议，还应设立基金与研究基地。

加强对公众的宣传和教育。向公众传达正确的世界遗产理念，提升世界遗产的教育层次。

承担作为缔约国必须承担的国际义务。

复习与思考题

1．世界遗产均衡性包括哪些层面。

2．全球战略的实施发展情况如何。

3．世界遗产大国应当具备什么条件。

拓展阅读书目

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 223-236 页。

第十章　法律的框架

第一节　法律精神

本节主要内容：世界遗产保护的四个层次；立法体现新文明的理念；法律设定了一种全新的事物，也规定保护的方法。

一、世界遗产保护的四个层次

第一，公众自觉保护。每一个人都有可能与遗产项产生直接或间接的关系，人的行为体现着整体保护意识的高下，因而公众的自觉保护是最直接的。

第二，技术保护。对于不同的遗产项，需有相应的技术手段予以应用。这种保护科技含量较高，要将最为准确和先进的研究成果应用其中。

第三，行政保护。行政机关通过国家公权力进行相关的保护工作，效果应当是高于技术保护和民众自觉保护的，因为没有行政机关合法的管理、许可及指导，技术保护手段是无法实施的，保护理念和意识在公众中也不能得到及时的普及和树立。

第四，法律保护。法律保护是完整地实现所有保护的根本保障。所以，世界遗产的保护归根结底是法律框架下才能得以实现的事。

二、世界遗产体现新文明的理念

世界遗产事务以法律的框架对地球与人类的整体发展予以关注和行动，将一种理念积极地承载了起来。一方面，人类的杰出创造是不可否定的灿烂文明，是必须珍惜的宝贵财产。另一方面，20世纪末期以来，由于人类赖以生存的环境日益恶化，人们开始反思以己为大、以己为先所导致恶果的原因。法学上的生态主义从宏观的角度思考法律主导精神，试图对人与自然的关系在法律上重新调整和定位。

三、法律设定的保护方法

作为保护对象的世界遗产，需要与之性质相适应的科学方法予以保护。保护方法可以分两类，一是积极方法（如维护修缮），另一种是消极方法（如远离）。

积极的方法是常规性的，遵循科学规律和法律原则。消极的方法理论上不易理解，但在实际当中还是比较易于把握尺度的。

第二节　世界遗产的根本大法

本节主要内容：《世界遗产公约》和《保护非物质文化遗产公约》的诞生；两公约的基本内容；两公约珠联璧合的呼应。

一、两个公约

《世界遗产公约》之于世界遗产，当然是其根本大法。这个公约创造了一种事物，也构造出一个主题。由此，全世界才有了一个共同的认识文化和自然价值的准则。

2003年10月《保护非物质文化遗产公约》的出台，非常必要地地补充了《世界遗产公约》30年间一直未能涵盖的部分，即保护无形的文化遗产，使得语言、戏剧、音乐、舞蹈、宗教、神话、

礼仪、习惯、风俗、节庆、手工艺等不能够固化的人类财富也有了可认定的价值标准。

二、两公约主要内容

《世界遗产公约》包含了 4 个部分主要内容：

第一，确定文化遗产和自然遗产的定义和被列入《世界遗产名录》的条件。

第二，指出缔约国在确定潜在遗产项方面所负的责任，以及他们在保护这些遗产项时所起的作用。

第三，阐述世界遗产委员会的功能。

第四，解释如何使用和管理世界遗产基金。

公约的主要内容清晰而明确，辅之以其后的配套文件《操作准则》，保证了世界遗产事务在全球的广泛展开。

《保护非物质文化遗产公约》主张亦鲜明：承认全球化和社会变革进程除了为各群体之间开展新的对话创造条件，也与不容忍现象一样使非物质文化遗产面临损坏、消失和破坏的严重威胁；承认各群体，尤其是土著群体，各团体，有时是个人在非物质文化遗产的创作、保护、保存和创新方面发挥着重要作用，从而为丰富文化多样性和人类的创造性作出贡献。

三、两公约珠联璧合

可以说，这两个公约的内容合于一体，才是一个完整理念的全面体现。它们珠联璧合，为表达和坚持共同的价值观而相互支撑。为实现共同的大目标，互为观照。从这个意义上讲，它们都是根本大法的必需组成部分。

第三节　国际法的相关法律群

本节主要内容：文化政策导向；主题贯通的法律群；《国际重要湿地名录》和《世界遗产名录》的交叠；全球共同的自然客体。

一、法律群的文化政策导向

与世界遗产有关的国际法律群，以联合国及其各组织的法律文件为主，其它的政府间或非政府间组织或会议产生的法律文件为辅。

文本形式上除主体公约外，宪章、宣言等形式也是必要手段。从教科文组织常用的术语来看，“宪章”和“宣言”从本质上说是同一性质的文件，都指非约束性的规范文件，用相对短小的篇幅提出一些原则。

世界遗产以坚持文化尊重、文化多样性为主导原则，不仅从最高级别的公约来体现，而且带动整体的文化政策朝着一个积极的方向看齐。各个国家、各民族，也会在这样的大原则下增强本国家、本民族的文化坚定力和发展自信力，从而形成正确的文化政策。

二、法律群的基本状况

整体基础是非常乐观的。《保护非物质文化遗产公约》中，明确规定了保护和利用非物质文化遗产的义务。由于文化多样性与非物质文化遗产在概念上的紧密联系，《保护非物质文化遗产公约》的通过，已经为文化多样性新文件的制定和通过奠定了坚实的基础。

三、法律群主题的全球性

国际环境法在当今社会越来越成为国际事务中的主流问题，影响到各个方面。“全球共同”

(global commons)的环境理念，强调环境是全球共同的资源，国家或群体享有环境权，更有国际环境保护的责任和义务。一些重量级的国际法文件，也是构成国际环境法的重要支柱。

把环境保护纳入和平的概念，使之成为和平因素的一部分，是人类发展视野的扩大。人类社会的可持续发展，不仅要求人与人、民族与民族、国家与国家的和谐、安定，更要求人类与自然的协调共存。

第四节　国际法主体

本节主要内容：人类；国家；族群。

一、国际法主体的扩展

以“人类”为法律主体的事务，并非只体现于世界遗产，关于南极洲和外层空间的相关权利问题，也同样将“人类”推到了理论前沿。随着全球化的发展，人类整体命运的日益密切相连，许多事务已不可以再分割。在国际法当中，南极大陆、外层空间等可开拓领域的法律主体都已确定为“人类”，因而“人类”作为世界遗产的法律主体，亦应在同一个逻辑框架中。

二、作为法律主体的国家

尽管强调世界遗产为全人类所共有，但世界遗产的申报与日常保护工作主要还是以国家为单位进行，遗产所在地的政府、民族对其有特定的所有权利和管理责任。联合国教科文组织的法律文件也非常强调“国家一级”的重要作用，明确了国家在世界遗产事务方面的相关权利和义务。因此，与所有的国际法事务一样，国家是毋须争辩的法律主体。

三、作为法律主体的族群

所有的世界遗产都程度不同地与某个或某些族群紧密关联着，否则也无以成为世界遗产的前提。当某地某物成为世界遗产，缔造和拥有它们的族群，不仅承继着一惯的权利，当然也是最为直接的法律主体。

第五节　法理主张的理论与历史渊源

本节主要内容：普遍主义；民族主义；生态主义；泛普遍主义；主题集大成；相关罪名和刑事责任；国际合作的理论依据。

一、各种主张

当代国际法的三大主题：和平、人权、发展。这些主题辐射开来，涉及战争、民主、环境、文化等系列内容。世界遗产正是以其覆盖全球的具体文化项目和自然项目，将方方面面的内容皆涵盖起来。但是，世界遗产事务也会面对一些不易解决的理论和实际问题，需要跨越。

世界遗产可能涉及到的国际法理念，大致有三种：文化普遍主义、文化民族主义、生态主义。

二、公约的立场

《世界遗产公约》体现的是泛普遍主义，即主张世界遗产属于全人类，所以要加强政府间的合作，而同时又强调遗产地国自身独立而完整的保护系统，将所有积极性的主题集大成而贯彻之。

三、涉及的相关法律问题

（一）归还原有国问题

1997 年 11 月 25 日，联合国教科文组织第 55 次全体会议通过了《文化财产送回或归还原有国大会决议》，指出原有国非常重视把具有重大精神与文化价值的文化财产送还它们，使这些财产成为能代表它们文化遗产的珍藏,，这有助于加强国际合作、保存世界文化价值，并使其发扬光大。

（二）相关罪名和刑事责任

在阿富汗巴米扬大佛被毁后，世界遗产委员会大会即提出了设立“反人类共同遗产罪”（crime against the common heritage of humanity）之罪名，联合国教科文组织大会也在会议议程中将构成“反人类共同遗产罪”的行为进行了初步确定。

（三）国际合作的理论依据

世界遗产事务开展数十年来，国际合作行动一直没有停滞，大大小小的国际合作以更多的形式、更丰富的手段展开。

第六节　国际法与国内法的贯穿

本节主要内容：跨越、连贯和互动；国际法的约束力，积极约束与底线约束；国际环境下世界遗产保护成就；世界遗产 30 年回眸；缔约国概览；建立一个世界遗产的法律数据库。

一、国际法与国内法的连贯和互动

关于世界遗产的法律却并非停留和限制在国际法的层面。国际法与各缔约国的国内法相互支撑、相互连贯，有着密切的互动关系。

二、国际法的约束力

对于教科文方面事务，国际法的作用主要在于政策性的导向指引，善意鼓励各国政府及相关组织积极、正确地开展某些工作。

由世界遗产事务的特质所决定，国际法的约束力由积极约束和底线约束两个“对角”构成基本框架。积极约束主要包括程序、实体、国际合作及国际社会的监督等方面的综合内容，共同组成一种积极的力量，促进世界遗产事务的健康发展。

三、国际法对国内法的渗透

国际法宗旨的实现必须有缔约国国内法的配合，《世界遗产公约》对国内法也有总体的立法要求。

第七节　世界遗产国内立法要义

本节主要内容：世界遗产国内法的原则；国内法举要及比较；欧洲模式；美洲模式；澳洲模式。

一、世界遗产国内法的原则

缔约国尤其是遗产拥有国的国内法构建要保证《世界遗产公约》要旨的贯穿，还须体现基本的法理精神。

第一，契合公约的基本精神。

第二，针对本国特点立法。

第三，构建本国模式。

二、世界遗产国内法举要

澳大利亚的世界遗产立法有系统而连贯的特点。1983 年澳大利亚就有了本国的《世界遗产保护法》（World Heritage Properties Conservation Act），当时它已有 5 项世界遗产。

三、世界遗产国内法的国情因素和个体因素

由于每一项世界遗产都有自己不可替代的独特价值，因而遗产保护制度也需要在个体遗产中建立并不断成熟。

第八节　中国模式的实现

本节主要内容：中国的现状及立法资源；《四川省世界遗产保护条例》价值评析；《世界遗产保护条例》的承前启后；中国政府保护非物质文化遗产的积极行动及成果。

一、基本背景

中国是世界遗产事务内容最为丰富也最为繁杂的国家之一，遗产种类多，自然资源与文化资源分布状况复杂，方方面面的工作需条分缕析，协调运作。

二、总体形势

取得的成就与具备的优势：
第一，拥有的世界遗产项目数位居世界前列。
第二，世界遗产的潜在资源丰富。
第三，世界遗产的种类齐全。
同时，也存在的问题与负面案例。

三、现有法律的价值评析

《四川省世界遗产保护条例》。
《福建省武夷山世界文化与自然遗产保护条例》。
《世界文化遗产保护管理办法》。

四、中国世界遗产的法律构建

在立法原则上，要确立保护优先原则和权力集中原则。保护与利用之间，立法必须确立的就是保护的绝对优先地位。权力集中是指集中行政权力，使相关的管理权、审批权、处罚权等集中于一个系统的行政组织。

在法律体系构造上，国内法的法律群构成应当是纵横多向的，呈现出清晰的线条，触角能够力及所有的世界遗产。同时，法律重在执行，要最大可能保证法律效力，各地方的立法上承国家法律，下达遗产地的管理，将世界遗产精神贯穿一致。

复习与思考题

1．世界遗产的法律精神怎样体现出来。
2．阐释世界遗产国际法主体的新课题。
3．外国的世界遗产国内法有哪些可借鉴的经验。

4．如何实现中国模式的世界遗产法律保护机制。

拓展阅读书目

《世界遗产公约》全文。

刘红婴著《世界遗产精神》，华夏出版社，2006 年，第 237-282 页。

《中国宪政史：1840 - 1919》教学大纲

王人博　编写

目　录

第一章　导论（含前言）.....722
第一节　几个相关概念.....722
一、中国与西方.....722
二、宪法与宪政.....722
三、宪政与政治.....722
第二节　宪政的中国性（语境）问题.....722
一、中国宪政思想的内在矛盾：民族性与现代性的胶着.....722
二、西方宪政思想的价值及其局限性.....723
第三节　宪政在中国的合法性问题.....723
一、宪政的原生价值与剩余价值.....723
二、中国主义：宪政思想史上的激进与保守问题.....723
三、关键词：中国宪政的合法性.....723
第四节　阅读的方法.....723
一、体制化阅读方式的弊端.....723
二、注意细节的阅读方法.....724
三、贴近阅读的方法.....724
思考题.....724
参考书目.....724
第二章　中国的宪政思想.....725
第一节　“君民共主”的思想价值.....725
一、如何因应变故.....725
二、中学与西学.....725
三、遗产与资源.....725
第二节　戊戌变法：一个失败的个案.....725
一、体制与体制之外.....725
二、含混的宪政语义.....725
三、思想与行动中的杂音.....726
第三节　严复的价值.....726
一、严复的方法：如何想象西方.....726
二、自由的两面性.....726
三、严复的绝望.....726
思考题.....726
参考书目.....726
第三章　改革与革命.....727
第一节　求生之道.....727
一、为何要立宪.....727
二、寻求平衡.....727
三、政治家的见识.....727
第二节　如何借取外国的立宪经验.....727
一、“宪政考察”.....727

二、为何盯上了日本……727
第三节　宪法性文件……728
一、最差的宪法……728
二、用“传统”调和西方……728
三、为什么宪政的“预备”总是不充分……728
第四节　宪政与革命……728
一、论战……728
二、革命的再论说……728
三、用心很苦的“临时约法”……728
思考题……729
参考书目……729
第四章　五四新文化：民主的中国表达……730
第一节　中国的古典民主……730
一、词语的语义……730
二、被忽略的价值……730
第二节　民主与西方的相遇……730
一、传教士……730
二、几个相关的词汇……730
三、丁韪良为何如此翻译……730
第三节　五四时期的民主表达……730
一、平民主义……730
二、平民的价值……731
三、农民与人力车夫……731
四、人民的被重新发现……731
思考题……731
参考书目……731

第一章　导论（含前言）

本章要求掌握中西宪政问题的几个基本概念、中国宪政（思想）发生的特质、以及学习及其阅读的方法等问题。其重点是相关的概念解释或理解，难点是中国宪政思想发生的机理以及阅读中国宪政史的方法问题。

本章讲授的时间为 8 学时。

第一节　几个相关概念

一、中国与西方

（一）中国的他者化
（二）西方中心主义的弊端
（三）中国的主体性

二、宪法与宪政

（一）宪法概念的起源
（二）宪法概念中的歧义
（三）宪法概念的中国翻译
（四）社会契约论与宪政概念

三、宪政与政治

（一）政治概念的公民要素
（二）公民社会的规则
（三）宪政与“选票”的内在关联

总结：这一节主要从最普通的概念入手讨论中国宪政史的思维方式及其进路问题。“中国”是我们使用最为普遍的概念，但如何定义“中国”却颇为复杂。近代以后的中国表述主要受西方话语的宰制，讨论中国宪政史特别是有关中国宪政思想问题，必须从这种“他者化”的表述中摆脱出来，回到中国主体性的立场；宪政与宪法这两个概念互相关联，但要说清楚两者的关联方式并非简单，通过梳理，本节试图从宪法词语的中西两种不同的使用方法以及国人对西语宪法词语的翻译入手，解释宪法概念的发生问题；同时，对宪法与宪政概念的关联，主要通过“社会契约论”来解释；值得研究的还有“政治”这个概念与宪政的联系。本节还从古希腊的“公民社会”入手，通过“公民”与“政治”的考察，说明宪法本质上是政治法，并揭示宪法规则的“交往性”本质。

第二节　宪政的中国性（语境）问题

一、中国宪政思想的内在矛盾：民族性与现代性的胶着

（一）富强的中国价值
（二）民族身份认同与宪政化
（三）进化主义与中国宪政的思想基础

二、西方宪政思想的价值及其局限性

（一）被反复表述的西方
（二）宪政的逻辑与经验的界分
（三）中国与西方：不同的生活法则

总结：这一节主要回答宪政的中国性问题。中国对宪政的诉求源自于一个国家目标：富强；近代以来，中国近代宪政思想的发生以及对其价值的诉求主要受制于这样一个目标，这就决定了中国宪政史的基本式样；当国家的目标被同时设定为宪政的目标时，宪政的民族身份问题肯定会被提出来，换言之，宪政只能是中国的而不是人类的，中国人只能站在中国的立场发言，这就是为什么宪政思想从进化主义思想路径引入的原因。这是因为这一点，西方的宪政经验对中国而言是有局限性的。

第三节　宪政在中国的合法性问题

一、宪政的原生价值与剩余价值

（一）西方的自由主义与宪政的关联
（二）强国主义：中国的宪政价值诉求
（三）价值冲突中的选择

二、中国主义：宪政思想史上的激进与保守问题

（一）余英时的认知方式评价
（二）激进与保守的相对性
1．严复与孙中山的个案研究
2．陈独秀与胡适的意义
（三）“保守”价值的重估

三、关键词：中国宪政的合法性

（一）宪政需要合法性的认知
（二）宪政与国家目标的不开扯分性
（三）“小我”在宪政中位置

总结：这一节实际上是上节的问题延续。由于中国对宪政的诉求有着中国的意义，这就与西方的宪政价值有了分别，即本课程中所讲的“原生价值”和“剩余价值”。西方的宪政根源于自由主义，而中国的宪政则来源于进化主义和强国主义。然而，价值无论怎样转移，宪政与人权、自由的联系是不能完全割舍掉的，在中国宪政史里存在着这种价值冲突：即“小我”与“大我”的无法协调。由于诉求上的分野，我们就无法对上述问题用西方关于“激进”与“保守”的一个尺度来衡量中国的思潮、思想、人物、事件。

第四节　阅读的方法

一、体制化阅读方式的弊端

（一）思想的个性化

1．个案 1：康有为为什么要“反革命”
2．个案 2：孙中山五权宪法的内在混乱
3．个案 3：胡适宪政思想的价值
（二）思潮与事件的非意识形态化阅读的重要性
1．个案 1：慈禧太后：立宪中的矛盾缠绕
2．个案 2：五四新文化中的非理性主义
（三）如何看待“进步”与“历史局限”

二、注意细节的阅读方法

（一）思想中的表达方式
（二）文本的表述结构
（三）词语的运用

三、贴近阅读的方法

（一）“将心比心”：阅读的主体性
（二）注意文本背景
（三）常识的运用

总结：对中国近代史的阅读，的确存在着“体制化”或“意识形态化”的公式。对宪政史的阅读应该打破这种“脸谱化”的复述方式。一个好的阅读就是注意思想的“个性化”，以及思想文本以及规则文本的论证方式及其表述方式，特别不能忽略词语运用的语境。要做到这点，就应该“贴近阅读”，即“将心比心”，同情地理解历史。

思考题

1．宪法与宪政的概念如何理解？
2．公民与政治概念有何关系？

参考书目

1．[美]斯特劳斯：《自然权利与历史》，北京，三联书店，有关宪法概念部分。
2．[英]巴克：《希腊政治理论——柏拉图及其前人》，长春，吉林人民出版社，有关古希腊城邦的政治与概念部分。

第二章　中国的宪政思想

本章要求掌握中国宪政思想发生的背景、宪政思想的基本特质、中国宪政思想与西方之间的关联方式等。其重点掌握严复所倡导的进化主义与中国问题的处理方案，难点是中国宪政思想中的逻辑关系。

授课时间 8 学时。

第一节　“君民共主”的思想价值

一、如何因应变故

（一）魏源的公式
（二）议院价值的中国发现
（三）郑观应与王韬的“君民共主”思想解释

二、中学与西学

（一）西方思想的中国逻辑
1．“道器”、“本末”、“体用”概念
2．西方之“器”、“用”的价值
（二）体用观：宪政思想的中国性

三、遗产与资源

（一）儒家“民本”的记忆
（二）西方化的“君民关系”的建构
（三）“舟与水”：民主的中国隐喻

总结：中国在近代的挫折，迫使中国人向西方寻求医治国殇的良药，这个“寻找”是由浅入深的：先是看到了西方物质的优越，后则发现西方政制的优良。“君民共主”的思想与主张就是在此语境下提出来的。这是中国宪政思想发生的必要准备。这个是对西方政制的初步观察与中国传统的结合：如：民本思想。而结合的方式则是“体用”、“本末”、“道器”的中国方法。

第二节　戊戌变法：一个失败的个案

一、体制与体制之外

（一）上书：政治改革吁请的中国式表达方式
（二）主角：“体制外”的康有为的价值
（三）“体制内”的反映

二、含混的宪政语义

（一）“君权”的巩固与立宪的价值
（二）国家目标与民族认同
（三）对中央权力扩张的抵抗

三、思想与行动中的杂音

（一）一个错误的策略：康有为与他的《新学伪经考》与《孔子改制考》
（二）启蒙与改革的两难：严复的冷漠
（三）变法：一个缺乏思想准备的政治改革的失败尝试

总结：戊戌变法是中国历史上第一次试图参照西方政制进行政治改革的尝试，也是中国宪政思想最为活跃的时期之一；这次的政治改革失败的原因是多方面的：既有理论准备方面的问题，政策方面的问题，也有策略的失误。其中，对社会及其体制的承载力缺乏理性分析，对宪法和宪政的价值预设的不当等。重述这个政治改革失败的个案是有意义的。

第三节　严复的价值

一、严复的方法：如何想象西方

（一）中国进化主义的奠基者
（二）进化主义：中国现代性国家观发生的理论基础
（三）西方的“优胜”与中国“劣败”的政治观察

二、自由的两面性

（一）进化主义：中国自由主义的发生方式
（二）自由与“力本论”
（三）严复的妥协：“国群自由”与“小己自由”的区分

三、严复的绝望

（一）严复：宪政自由的启蒙失败者
（二）秩序重要性的重估
（三）儒家的尴尬胜利

总结：严复在中国宪政史上的重要地位，从思想方面讲是勿庸置疑的。他通过进化主义的介绍、消化吸收，奠定了中国人认知西方以及世界的方法。他通过进化主义的路径对西方自由价值、宪政价值的转述，使中国知识分子真正从理论上找到了宪政与国家富强目标之间的关联。严复对后世中国宪政价值的认知方式产生了巨大影响。

思考题

1．严复是如何接受宪政思想的？
2．中国宪政思想是如何发生的？

参考书目

1．王人博：《中国宪政思潮》，北京，法律出版社 2003 年版，第一章、第二章的内容。
2．王人博：《宪政的中国之道》，山东人民出版社 2003 年版，第一章内容。

第三章　改革与革命

本章要求掌握的重点是，清王朝进行的立宪改革、中国第一部宪法——《宪法大纲》的意义、共和革命与宪政的关系、临时约法的再认识，重点是两个宪法文本的解释，难点是掌握革命与宪政的关系问题。

讲授的时间为 8 学时。

第一节　求生之道

一、为何要立宪

（一）满汉的矛盾缠绕：来自革命党与立宪党的共同压力
（二）中国的文化传统：“改朝换代”的机制作用
（三）西方的介入

二、寻求平衡

（一）满族政权与特权的交织
（二）“政权开放”中的忧虑
（三）汉人与列强双重压力下的可能选择

三、政治家的见识

（一）慈禧太后：一个政治权谋的老手与现代政治的新手
（二）袁世凯：一个不可靠的汉人干才
（三）面对汉族官僚的压力的反映
（四）无法满足的革命党人

总结：对 1906 年的立宪改革的叙述一直受制于意识形态化阅读方式的支配。从历史事实出发，尽量地复原真相是对历史的尊重，也是重视历史经验价值的前提。这部分通过各方利益相关者的矛盾解释，以及满人政权的特性分析，说明中国的立宪为什么“准备”总是不充分。

第二节　如何借取外国的立宪经验

一、“宪政考察”

（一）“部长级”的宪政考察团
（二）考察团的挫折
（三）考察团的报告

二、为何盯上了日本

（一）别有用心的日本“宪政主义者”
（二）日本的宪法经验
（三）对日本立宪经验的某种误读

总结：这一节主要叙述清楚中国的第一次立宪尝试为什么要借鉴日本。这其中，既有满清政府

的主动选择，也有日本人的鼓动。重要的是借鉴日本立宪经验的方式。实际上，中国人对日本政制的理解一直存在某种误认，夸大了日本与中国的相似性。能够说清楚这个问题，对宪政史而言是重要的。

第三节　宪法性文件

一、最差的宪法

（一）皮肉之伤的“君上大权”
（二）未问世的宪法草案及其精神
（三）如何认识宪法中“总论”与“法理”

二、用“传统”调和西方

（一）丢不下的儒家传统
（二）君主官僚制的影子
（三）清廷的“宪政”本质

三、为什么宪政的“预备”总是不充分

（一）宪政的急躁情绪
（二）议会问题的焦虑
（三）分权与制衡的错位
（四）对“地方自治”的误认

总结：1908 年的《宪法大纲》是中国历史上最早的宪法性文件。对这个文本的解释是有问题的。本节主要通过对这个文本细心阅读，以及对文本所关涉的议问题、分权问题、地方自治问题的客观分析，试图复原那个政权的真相，唤起对历史的某种尊重。

第四节　宪政与革命

一、论战

（一）“排满”问题：“亡国”的争论
（二）立宪与共和
（三）国民资格问题
（四）论战中的问题：不充分的共和革命的思想准备

二、革命的再论说

（一）皇帝与辫子：不适当的革命符号
（二）队伍与旗帜：不清晰的革命理念
（三）民族主义与民权主义的不协调

三、用心很苦的“临时约法”

（一）共和主义的期待
（二）苦涩的妥协

（三）“约法”中矛盾

1．代议制与参与制的脱节

2．回避“中央与地方”的关系

3．没有规定实施“约法”的专门机构

总结：这一节包含的内容较多。革命党人与立宪党人关于是革命还是立宪的论战实际上就是共和革命的思想和理论准备。通过对这场论战的复述，以还原中国共和主义者的思想特质。共和革命的失败是多方面的，通过对革命本身的分析，以及对《临时约法》的“贴近阅读”，说明革命与宪政的关系。

思考题

1．1906 年的立宪改革的意义是什么？

2．临时约法为什么是个“用心很苦”的文件？

参考书目

1．王人博：《中国宪政思潮》，第四、第五章内容。

2．王人博：《宪政的中国之道》，第七章内容。

第四章　五四新文化：民主的中国表达

本章要求掌握民主这个概念与西方概念的关系、中国民主语义以及演变、特质等问题。其重点是民主这个概念从流行到定型化的过程，难点是这个演变过程的把握。

讲授的时间为 6 学时。

第一节　中国的古典民主

一、词语的语义

（一）“民”的价值的发现方法讨论
（二）汉语“民主”与西语的差异

二、被忽略的价值

（一）“民主”词语对君主概念的限制
（二）君主的合法性：为民之主的道德条件
（三）为什么纣王不是“民主”

第二节　民主与西方的相遇

一、传教士

（一）传教士对西方的传播
（二）中西语境下的传教士有关西方政治法律概念的翻译
（三）传教士在宪政文化上的双重作用

二、几个相关的词汇

（一）“民主”与“共和”
（二）“民主”与“总统”
（三）汉语的“民主”与英语的“德谟克拉西”的关系

三、丁韪良为何如此翻译

（一）《万国公法》的翻译
（二）为什么选用汉语“民主”一词

第三节　五四时期的民主表达

一、平民主义

（一）充满歧义的民主概念
（二）民主与平民主义的相遇
（三）民主的意识形态化

二、平民的价值

（一）“劳工神圣”的语义
（二）李大钊的民粹主义
（三）被拔扬的道德主义

三、农民与人力车夫

（一）为什么要贬损知识分子
（二）发现农民的美德
（三）人力车夫的符号意义

四、人民的被重新发现

（一）中国平民知识分子的“无力感”
（二）歌颂人民但并不欣赏人民
（三）民主：人民被表述的胜利

总结：五四新文化运动是中国宪政思想的最高成就。民主价值的信守是五四文化的宝贵遗产。本节考察了古汉语的民主词汇，近代传教士对西方政治术语的翻译，试图寻找五四新文化有关民主问题的最早联系。五四思想家从未给民主下过定义，他们主要是通过平民主义的视角认知民主价值的。民主不单纯是一个政治概念，它是一个无所不包的整体性概念。通过对五四思想家有关“农民”、“劳工”的关注，解释五四文化的民主与人民民主思想的内在联系。

思考题

1．中国古典的民主语词的含义是什么？
2．如何把握“五四”时代的民主概念？

参考书目

1．王人博：《庶民的胜利——中国民主话语考论》，北京，《中国法学》2006 年第三期。
2．王人博：《宪政的中国之道》，第二章内容。

《立法学》教学大纲

侯淑雯　编写

目　录

导论（含前言）.....738
绪　论.....739
一、　立法学研究的对象与范围.....739
二、立法学在法学体系中的地位.....739
三、立法学研究的方法与意义.....739
复习与思考题.....739
拓展阅读书目.....739
第一章　立法的概念.....740
第一节　法概念述论.....740
一、关于法的各种定义.....740
二、法的不同历史形态.....740
三、法的基本特征.....740
第二节　立法的起源.....740
一、人类早期的法意识.....740
二、立法意识的觉醒.....740
三、立法的产生.....740
第三节　立法的本质属性和立法概念.....741
一、立法的本质特征和立法概念.....741
二、判例法和制定法的区别.....741
三、中国古代的制定法和判例法.....741
复习与思考题.....741
拓展阅读书目.....741
第二章　立法的历史发展.....742
第一节　中国立法制度的沿革.....742
一、中国古代立法制度.....742
二、中国近代立法制度.....742
第二节 中国立法思想的发展.....742
一、奴隶制时期的立法思想.....742
二、过渡时期的立法思想.....742
三、封建制时期的立法思想.....742
四、明清之际的立法思想.....742
五、近代立法思想.....742
第三节　西方立法制度的沿革.....743
一、古希腊的立法制度.....743
二、古罗马的立法制度.....743
三、中世纪欧洲各国的立法制度.....743
四、现代西方立法制度.....743
第四节　西方立法思想的发展.....743
一、西方古代立法思想.....743
二、西方近代立法思想.....743

三、西方现代立法思想 743
复习与思考题 743
拓展阅读书目 744
第三章　立法权和立法体制 745
第一节　立法权 745
一、立法权的性质 745
二、行使立法权的主体 745
三、立法权的概念 745
第二节　立法体制 745
一、立法体制的概念 745
二、立法体制的类型 745
三、中国当代立法体制及其完善 745
第三节　立法机关 746
一、立法机关的概念与类型 746
二、立法机关的产生 746
三、立法机关的性质和作用 746
四、立法机关的体制 746
五、立法机关的职权 746
复习与思考题 746
拓展阅读书目 746
第四章　立法准备 747
第一节　立法预测 747
一、立法预测的概念与作用 747
二、立法预测的分类 747
三、立法预测的基本原则 747
四、立法预测的方法 747
第二节　立法决策 747
一、立法决策的概念 747
二、立法决策的分类 747
三、立法决策的主体 747
四、立法决策的内容 747
第三节　立法规划 748
一、立法规划的概念与意义 748
二、立法规划的分类及编制原则 748
三、立法规划的步骤和方法 748
第四节　起草法的草案 748
一、法的草案的概念及起草主体 748
二、草案起草条件和起草过程 748
复习与思考题 748
拓展阅读书目 748
第五章　立法程序 749
第一节　立法程序的概念 749
一、程序的概念 749

二、立法程序的概念.....749
第二节　立法程序的价值.....749
一、程序的功用.....749
二、中立性立法程序的标准.....749
第三节　立法程序的内容.....749
一、立法议程的安排.....749
二、立法程序中阶段的划分.....749
三、程序规则的设定.....749
第四节　当代立法的法定程序.....750
一、提出法律案.....750
二、审议法律案.....750
三、表决法律案.....750
四、公布法律.....750
复习与思考题.....750
拓展阅读书目.....750
第六章　立法的完善.....751
第一节　完善立法的概念.....751
一、完善立法的必要性.....751
二、完善的主要形式.....751
第二节　法律解释.....751
一、法律解释概念.....751
二、法律解释方法与规则.....751
三、法律解释的种类.....751
四、立法解释.....751
第三节　法律的补充、修改与废止.....752
一、法律补充.....752
二、法律修改.....752
三、法律废止.....752
复习与思考题.....752
拓展阅读书目.....752
第七章　立法技术.....753
第一节　立法技术的概念及其分类立法.....753
一、立法技术的概念.....753
二、立法技术的分类.....753
第二节　立法的结构技术.....753
一、立法的内部结构技术.....753
二、立法的外部结构技术.....753
第三节　立法的表述技术.....753
一、立法表述技术及其功能.....753
二、法律文本的风格.....753
三、法律文本的语言.....753
第四节　法的系统化技术.....754
一、法律清理技术.....754

二、法律汇编技术……754
三、法典编纂技术……754
复习与思考题……754
拓展阅读书目……754
第八章　立法监督……755
第一节　立法监督的概念及功能……755
一、立法监督的概念……755
二、立法监督的功能……755
第二节　立法监督主体……755
一、立法监督主体的分类……755
二、当代西方国家的立法监督主体……755
三、我国立法监督主体……755
第三节　立法监督内容……755
一、对立法机构的组成监督……755
二、对立法程序的监督……756
三、对立法内容的监督……756
第四节　立法监督方式……756
一、立法监督方式的分类……756
二、几种主要的立法监督方式……756
复习与思考题……756
拓展阅读书目……756

导论（含前言）

立法学是一门法学理论专业课，它以立法活动及其规律为研究对象，以立法原理、立法制度和立法技术为主要研究内容，范围不仅涉及立法本身的问题，还涉及与立法相关的其他部门、社会现象、社会关系以及世界各国的立法制度与技术问题。

立法学是我校本科教学中的一门专业选修课程，通常安排在第二学年的春季讲授。课程共计36 课时，2 个学分。其中包括课堂讲授 30 课时，课堂讨论 4 课时，课程作业若干和专业论文或课程考查一次（篇）。学习立法学的基本目标是：理解和掌握立法学基本理论，能够用所学知识解释现实立法现象并解决一般的立法问题。

这本立法学教学大纲的编写目的是，扼要介绍该课程的内容、结构和体例，使学生们对该门课程有一个概括式的把握。列出重点、难点和热点，使同学们对该学科理论和实务界的争论有所了解，掌握立法学的问题点，以便系统、全面、深刻地理解其理论，掌握其精髓，达到专业学习的目标。

该大纲由法学院法理学理论研究所教授侯淑雯编写，并承担文字责任。

绪　论

本章教学目的和基本要求：通过绪论部分的学习，理解立法学的研究对象是什么，其范围有多大；作为一门独立的学科，它是怎样形成的；立法学在整个法学体系中处于一个什么样的地位，以及研究立法学的方法和理论意义。

本章重点：立法学的对象与范围　研究立法学的意义

本章难点：立法学的对象、范围

学时分配：2 课时。

一、 立法学研究的对象与范围

立法学是一门以立法活动及其规律为研究对象的法学学科。它以立法原理、立法制度和立法技术为主要研究内容，研究范围十分广泛。不仅涉及立法本身的问题，还涉及与立法相关的其他部门、社会现象、社会关系以及世界各国的立法制度与技术问题。

立法学是一门新兴的法学学科。它随着立法、法学思想和立法学说的产生而形成和发展。目的是回答和解决立法实践中的大量问题。

二、立法学在法学体系中的地位

立法学是法学体系中的重要组成部分。由各分支学科构成的法学，其产生和发展是以立法和立法研究为前提的。立法学相对于理论法学来说，它的研究成果可以直接应用于立法实际工作，对提高立法质量有直接的推动作用。立法学对其他理论学科的综合利用对提高各理论学科的应用价值有重要作用。

作为法学学科一个部分的立法学与其他法学学科之间有内在联系。

立法学与法学外部学科也有不同程度的联系。

三、立法学研究的方法与意义

马克思主义哲学作为方法论对法学的各个学科都有普遍的指导意义。

实事求是，一切从实际出发是研究立法学的基本立场。具体方法包括：社会调查的方法；分析比较的方法；历史考察的方法；系统科学的方法。

意义：从立法角度看，可以提高立法素质，保证立法质量；从执法、司法角度看，有利于执法者和司法者理解法律，把握法律精神；从普法角度看，可以扩大法律宣传，增强法律意识。

复习与思考题

1．为什么要研究和学习立法学？

2．立法学的研究对象是什么？其范围包括哪些？

拓展阅读书目

1．孙敢、侯淑雯主编：《立法学教程》（绪论部分）中国政法大学出版社 2000 年 7 月版。

2．周旺生著：《立法学》（绪论部分）北京大学出版社 1988 年版。

3．郭道晖著《法的时代呼唤》中国法制出版社 1998 年版。

4．（德）弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著：《论立法与法学的当代使命》许章润译，中国法制出版社 2001 年 11 月版。

第一章　立法的概念

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，掌握法与立法的区别，明确立法是有确定目的和目标的活动，并理解中国古代判例法与英美判例法的本质区别，从而认识中国古代判例法的立法本质。

本章重点：法与立法的区别；立法是有确定目的和目标的活动；中国古代判例法与英美判例法的本质区别。

本章难点：法不是立法的产物，而是发现的产物；立法意识的觉醒；中国古代的判例法是一种特殊类型的立法。

学时分配：2 课时。

第一节　法概念述论

一、关于法的各种定义

中国古代政治家、思想家关于法的定义。西方思想家、法学家关于法的定义。我国当代法学界关于法的定义。

二、法的不同历史形态

法是一个发展着的概念：

1．法不是阶级社会特有的产物；

2．人类社会早期即产生了法；

3．法的本质是随着社会物质生活的变化而变化的。

三、法的基本特征

法是社会规范或行为规则。法具有权威性。法具有普遍适用性。法具有强制性。

第二节　立法的起源

一、人类早期的法意识

人类最早的法不是立法的产物，而是发现的产物。

二、立法意识的觉醒

立法意识的初步觉醒源于原始社会成员对法的有意违反。法可以制定和改变的意识是立法意识产生的标志。

三、立法的产生

最初的立法是不成文的命令、宣告，逐步发展为成文法律和法典。

第三节　立法的本质属性和立法概念

一、立法的本质特征和立法概念

（一）立法的本质特征

立法是主权者有意识的活动，具有意志性；立法是最高权力者制定法律的活动，具有权威性；立法是有特定目的和目标的活动，具有政治统治性；立法是提供明确和肯定规范的活动，具有工具性；立法是创制、认可、修改、补充和废止法律的活动，具有形式多样性。

（二）立法的概念

二、判例法和制定法的区别

判例法的主要表现形式是普通法和衡平法。它们是法官在司法过程“创造”的法，不具成文形式。制定法是国家机关制定的法，具有成文形式。

三、中国古代的制定法和判例法

中国是有悠久制定法历史的国家。中国古代也有判例法形式，但与英美判例法有本质的不同。中国古代的判例法是一种特殊类型的立法。

复习与思考题

1．什么是立法？它是什么时候产生的？

2．为什么说“不是所有的法都是立法的产物”？你是怎样理解的？

3．立法的本质特征是什么？认识它有何意义？

拓展阅读书目

1．哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来 张守东 李静冰译，中国大百科全书出版社 2000 年 1 月版。

2．邓正来：《法律与立法二元论》，上海三联书店 2000 年 10 月版。

3．梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版。

4．E·A·霍贝尔：《初民的法律》，周勇译，中国社会科学出版社 1993 年版。

5．约翰·麦·赞恩：《法律的故事》，刘昕译， 江苏人民出版社 1998 年版。

6．侯淑雯：《立法制度与技术原理》，中国工商出版社 2003 年 6 月版。

第二章　立法的历史发展

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解中外立法思想和立法制度的沿革和发展历史，进一步深化对第一章内容的理解。同时通过对中外立法思想和制度的比较式的学习，认识中外立法的不同传统，加深对现有制度的理解，以便对我国当代立法制度进行分析总结，提供借鉴。

本章重点：中外立法制度的特点。中外立法思想的特色。

本章难点：西方立法思想的发展线索。

学时分配：3 课时。

第一节　中国立法制度的沿革

一、中国古代立法制度

中国古代奴隶制和封建制立法的共同特点：国君享有最高立法权；不设专门的立法机关，也没有专门的立法程序；诸法合体，民刑不分。

中国古代奴隶制和封建制立法的不同点：立法渊源不同；立法方式不同；立法主体的组成不同；成文法的完善程度不同。

二、中国近代立法制度

清末及民国的立法制度。解放区的立法制度。新中国的立法制度。

第二节 中国立法思想的发展

一、奴隶制时期的立法思想

以神权思想为主要特征：“受命于天”；“以德配天”。

二、过渡时期的立法思想

以“儒法之争”为主要内容：“为国以礼”与“事断于法”；“以德去刑”与“以刑去刑”；“秘而不宣”与“布之与众”。法家的立法见解与主张。

三、封建制时期的立法思想

以儒为主、兼取各家的正统思想：将立法置于皇权的绝对支配之下；纳“礼”于法，“礼”与“刑”具有同等效力；注重立法技术。

四、明清之际的立法思想

“民主”、“平等”的立法主张。

五、近代立法思想

资产阶级改良派的主张：三权分立。资产阶级革命派的主张：实行民权。近代立宪主张。

第三节　西方立法制度的沿革

一、古希腊的立法制度

雅典奴隶制民主制立法机关的形成。制定包括“宪法”在内的多部奴隶制成文法。
雅典立法的主要内容。古希腊立法的主要特点。

二、古罗马的立法制度

从有限民主到帝国专制的古罗马立法机关。古罗马《十二表法》、市民法、万民法、“引证法”和《查士丁尼民法大全》的制定。罗马法的立法特征：立法贯穿客观正义理念；认可法学理论的法律效力；具有抽象、灵活、成熟的技术特色。

三、中世纪欧洲各国的立法制度

三种统治形式下的三种立法制度。封建共和国的立法制度。

四、现代西方立法制度

英国资产阶级国家的立法制度：由议会至上到扩大政府权力的“授权法”。法国资产阶级国家的立法制度：议会立法，总统制约，委托立法扩大。德国资产阶级国家的立法制度：立法分为联邦立法和各州立法；联邦立法高于州立法；联邦议会实行两院制，互相制约；联邦议院对立法具有决定意义。美国资产阶级国家的立法制度：实行三权分立和相互制衡的国家制度；中央、地方分权立法；国会实行两院制。

第四节　西方立法思想的发展

一、西方古代立法思想

以正义为核心。古希腊和古罗马的自然公正理念。托马斯·阿奎那的神学正义理论。

二、西方近代立法思想

以人类理性和主权论为中心。古典自然法学派的自然理性理论。霍布斯和格老秀斯的君主主权论。洛克、孟德斯鸠和卢梭的人民主权论。

三、西方现代立法思想

以多元化理论为特点。边沁的功利主义立法思想。奥斯丁的分析实证主义立法思想。萨维尼的民族主义立法理论。罗尔斯的新自然法学立法思想。

复习与思考题

1．中国古代立法制度对我国当代立法有何影响？
2．中外立法制度有何不同？
3．中外立法思想有何异同？
4．通过本章的学习，你在哪些方面有所感悟或思考？

拓展阅读书目

1．徐爱国 等：《西方法律思想史》，北京大学出版社 1982 年版。
2．张国华、饶鑫贤主编《中国法律思想史纲》，甘肃人民出版社 1987 年版。
3．张晋藩、张希坡、曾宪义编著:《中国法制史》第一卷， 中国人民大学出版社 1981 年版。
4．约翰·麦·赞恩：《法律的故事》，刘昕译，江苏人民出版社 1998 年版。
5．《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版。

第三章　立法权和立法体制

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，掌握有关立法权和立法体制的一般理论。了解西方各主要国家的立法权的规定和立法体制状况，同时认识我国的立法权性质和有关的制度设置，分析思考我国立法制度改革的可行道路。

本章重点：立法体制；立法机关。

本章难点：立法权和行使权的分离；我国区分的意义。

学时分配：3 课时。

第一节　立法权

一、立法权的性质

立法权是一项政治权力。立法权是一项法律权力。立法权是一项最高权力。立法权的性质影响立法权的归属和内容。

二、行使立法权的主体

卢梭的直接民主制理论。洛克的权力拥有和权力行使分离理论。中国立法权拥有者与行使者理论。区分的意义。

三、立法权的概念

关于立法权概念的不同理解。

定义：立法权即为主权者所拥有的由特定的国家政权机关所行使的，在国家中占据特殊地位的，旨在制定、认可或变动规范性法文件以调整一定社会关系的综合性权力体系。

第二节 立法体制

一、立法体制的概念

立法体制的概念界定。立法体制的内容要素：立法主体；权限划分。立法权限的划分理论。中国立法权限划分的规定。

二、立法体制的类型

专制立法体制与民主立法体制；单一立法体制与复合立法体制；一级立法体制与多级立法体制；独立型立法体制与制衡型立法体制；集权型立法体制与分权型立法体制。影响立法体制类型的因素。

三、中国当代立法体制及其完善

关于我国当代立法体制的四种观点。对不同观点的分析。中国独特的立法体制。中国当代立法体制的完善。

第三节　立法机关

一、立法机关的概念与类型

立法机关的概念。立法机关的发展与演变。立法机关的种类。

二、立法机关的产生

立法机关产生的概念。世界几种主要产生方式：选举制；任命制；世袭制；当然担任制。

三、立法机关的性质和作用

民意确定理论。几种主要的观点：委托说；代表说；国家机关说。中国宪法中的民意原则。

四、立法机关的体制

概念。主要内容：立法机关内部结构类型；立法机关内部领导机构；立法机关内部的议会党团；立法机关内部的委员会；立法机关的组成人员。我国的相关规定。

五、立法机关的职权

批准或通过国家预算、决算权。监督政府权。国政调查权。我国的相关规定。

复习与思考题

1．你认为哪种立法体制类型最合理？为什么？
2．你认为哪种立法体制类型最适合中国国情？为什么？
3．你认为代表应表达谁的意愿？我国代表事实上代表谁的意志？
4．我国的立法制度应否改革？理由是什么？

拓展阅读书目

1．吴大英、任允正、李林：《比较立法制度》，群众出版社 1992 年版。
2．张根大等：《立法学总论》，法律出版社 1991 年版。
3．洛克：《政府论》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1997 年版。
4．维纳等：《政党与政治发展》，1969 年英文版。

第四章　立法准备

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解立法的准备过程，并理解立法准备的理论和实践意义，为建立科学完整的立法规范提供知识基础。

本章重点：立法体制；立法机关。

本章难点：立法权和行使权的分离；我国区分的意义。

学时分配：3 课时。

第一节　立法预测

一、立法预测的概念与作用

立法预测的概念。立法预测的内涵。立法预测的作用。

二、立法预测的分类

从时间上分：短期立法预测；中期立法预测；长期立法预测。

从空间上分：宏观立法预测和微观立法预测；全国性立法预测和地方性立法预测。其他分类。

三、立法预测的基本原则

科学性原则。合宪性原则。系统性原则。效果性原则。

四、立法预测的方法

调查预测法。时间数列预测法。因果预测法。比拟预测法。先驱预测法。

第二节　立法决策

一、立法决策的概念

立法决策的两个含义。立法意识对立法决策的影响。

立法意识的形成：社会生活的需要；主体利益的驱动；立法条件的具备；共同意志的形成。

二、立法决策的分类

个人决策和集体决策。中央决策和地方决策。宏观决策和微观决策。

三、立法决策的主体

立法决策主体的概念。西方国家立法决策主体。我国立法决策主体。法定决策主体。事实决策主体。

四、立法决策的内容

确定立法方向和政策。确定立法项目。及时作出立法反应。确定立法模式与内容。

第三节　立法规划

一、立法规划的概念与意义

立法规划的概念。立法规划的含义。立法规划主体。

立法规划的意义：保证立法的协调统一；保证立法的进程和速度；保证立法取得预期的社会效果。

二、立法规划的分类及编制原则

分类：议会立法规划与政府立法规划；综合立法规划与专门立法规划；短期立法规划、中期立法规划和长期立法规划。

编制原则：合法原则；可行原则；科学原则。

三、立法规划的步骤和方法

落实起草规划的机构和人员。明确规划的目标。收集、处理、分析有关资料。起草立法规划。审查和公布立法规划。

第四节　起草法的草案

一、法的草案的概念及起草主体

法的草案的概念。法的草案与法案的区别。草案起草主体。

二、草案起草条件和起草过程

草案起草的形式目标和实质目标。

起草条件：准确领会立法意图；进行立法背景调查；熟练掌握立法技术。

起草过程：分析研究，提出建议；构思关系，设计结构；起草草案；审查完善。

复习与思考题

1．立法预测对科学立法有何积极意义？

2．结合我国的立法实际，谈谈立法意识是如何影响立法决策的。

3．草案起草的目标是什么？如何才能达到？

拓展阅读书目

1．郭道晖：《法的时代呼唤》，中国法制出版社 1998 年版。

2．郭道晖：“立法决策”，载《中外法学》1996 年第 3 期。

3．罗成典：《立法技术论》，文笙书局 1983 年修订版。

第五章　立法程序

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，掌握立法程序的概念，理解立法程序的独特价值，了解立法程序的内容，并认识西方国家立法程序的意义。深刻思考程序规则在现代立法中的作用，同时考虑如何完善我国的立法程序制度。

本章重点：程序的本质和立法程序的内涵；程序规则及其意义。

本章难点：程序规则的内容和意义；表决原则及其民主意义。

学时分配：3 课时。

第一节　立法程序的概念

一、程序的概念

程序的语义解释。

程序的本质含义：目的性；次序性；系统性；固定性。

二、立法程序的概念

立法程序的内涵。立法程序与立法活动的区别。立法程序的定义。

第二节　立法程序的价值

一、程序的功用

八个方面的功能。功能实现的必要条件。中立性程序的标准。

二、中立性立法程序的标准

民主；客观；公正。

现代立法强调的程序原则。

第三节　立法程序的内容

一、立法议程的安排

立法议程的概念。立法议程和立法议事日程的区别。

立法议程的编制：主体；内容。

二、立法程序中阶段的划分

立法程序的含义。

立法程序的阶段划分：提出立法议案；审议立法议案；表决立法议案；公布法律。

三、程序规则的设定

提案规则。提案规则的意义。规则内容。

审议规则：会议公开规则；讨论、辩论规则；提出修正案规则；一事不再议规则；立法听政规则。

表决和通过规则。表决规则：回避规则；法定人数规则；“两面俱呈”规则。通过规则：表决比例规则；有效比例规则；相等票数处理规则。

第四节　当代立法的法定程序

一、提出法律案

提案主体的规定。多数国家的提案主体。我国的提案主体。
受案主体。我国立法的受案主体。

二、审议法律案

我国的审议方式。我国的审议类别。西方国家的“三读”程序。

三、表决法律案

表决方式的种类。表决结果。多数决原则与相对多数决原则。普通表决程序与全民公决程序。法律批准程序。我国立法表决程序。

四、公布法律

公布法律的性质。公布法律的主体。公布法律的时间。公布法律的方式。

复习与思考题

1．立法程序为什么要由法律规定？
2．程序的意义是什么？程序规则在立法中有何特别作用？
3．不同的表决原则对立法有何意义？
4．如何认识公布法律的性质？我国法律的公布是什么意义的活动？
5．如何改革和完善我国的立法程序？

拓展阅读书目

1．董睿舆：“立法程序论”，载《宪法比较研究文集》，中国民主法制出版社 1993 年版。
2．李步云、汪永清主编《中国立法的基本理论和制度》，中国法制出版社 1998 年版。
3．季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版。
4．罗传贤：《立法程序》，台湾龙文出版社 1993 年版。

第六章　立法的完善

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，认识法律完善的必要性和必然性，了解完善法律的方式和手段，掌握完善法律的基本规则和技术，能够理解不同完善方式之间的区别并认识不同完善方式的作用和实践意义。

本章重点：完善法律的方式。法律补充与法律解释、法律修改的关系。法律修改。

本章难点：立法与其他相关解释的关系。

学时分配：3 课时。

第一节　完善立法的概念

一、完善立法的必要性

成文法的局限性：漏洞的不可避免；语言表述的有限性；相对的稳定性。

立法完善的概念与范围。

二、完善的主要形式

完善立法的内容和方式。

第二节　法律解释

一、法律解释概念

法律解释概念的界定。法律解释概念的要素。

二、法律解释方法与规则

法律解释方法：语法解释；逻辑解释；历史解释；目的解释；限制解释；扩充解释；字面解释；严格解释；自由解释。

法律解释的基本规则：先文义解释再论理解释；先本义解释再限扩解释；解释结果不得有复数；解释结果不得与文义相冲突。

三、法律解释的种类

根据解释效力的不同划分。根据解释对象的不同划分。根据解释权限的不同划分。根据解释方法的不同划分。根据解释权取得的方式不同划分。

立法与司法解释的关系。立法与行政解释的关系。立法与学理解释的关系。

四、立法解释

立法解释的概念。立法解释的性质。立法解释的内容。立法解释的方式与程序。

第三节　法律的补充、修改与废止

一、法律补充

法律补充的概念。法律补充与法律解释、法律修改的关系：相同点；不同点。实践中的问题。

二、法律修改

法律修改的概念。法律修改的性质。法律修改的原因。法律修改的种类。法律修改的方法。

三、法律废止

法律废止的概念。法律废止的性质。法律废止的原因。法律废止技术。法律废止与法律失效的区别。

复习与思考题

1．完善立法的方式有哪些？
2．法律补充与法律修改有何相同与不同？
3．通常在什么情况下需要修改法律？

拓展阅读书目

1．张根大等：《立法学总论》，法律出版社，1991 年版。
2．梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，1993 年版。
3．孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆，1987 年版。
4．亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1965 年，北京版。

第七章　立法技术

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，理解立法技术的概念与内容，掌握立法技术要领，为立法实践提供理论依据和理论基础。

本章重点：立法的结构技术。立法的表述技术。

本章难点：各种技术规则。

学时分配：3 课时。

第一节　立法技术的概念及其分类立法

一、立法技术的概念

立法技术的概念界定。立法技术的内涵。

二、立法技术的分类

根据立法活动的不同阶段划分。根据立法活动所用技术的综合性程度划分。根据立法活动的具体程度划分。根据法系的不同划分。

第二节　立法的结构技术

一、立法的内部结构技术

内部结构技术的概念。法律规则和法律条文。法律规则的技术规范。法律规则的设定技术。

二、立法的外部结构技术

法律形式。选择法律形式的技术规则。

法律的外部结构组成：名称；序言；本文；附则。

第三节　立法的表述技术

一、立法表述技术及其功能

立法表述技术的概念。立法表述技术的功能。两种功能的平衡和统一。

二、法律文本的风格

法律文本的目的。法律文本的要求：准确；简练；严谨；庄重；朴实。

三、法律文本的语言

法律文本的语言要素：词语；语法；修辞。

第四节　法的系统化技术

一、法律清理技术

法律清理的概念。法律清理的种类。法律清理的主体。

法律清理的技术要求：根据社会变化有计划地清理；根据政策、方针及时提出建议；根据实施效果，提出纠正办法；整理法律文件，发现法律漏洞；分析技术上的不足，提出修改建议。

二、法律汇编技术

法律汇编的概念。法律汇编的种类。

法律汇编的技术要求：准确确定范围；保持内容完整；进行科学编排。

三、法典编纂技术

法典编纂的概念。法典编纂的性质。法典编纂的意义。法典编纂的技术要求。

复习与思考题

1．为什么立法要强调技术规范？

2．我国立法在结构技术和表述技术方面有什么需要改进的？

3．为什么法律清理需要作出主体要求？

拓展阅读书目

1．孙潮：《立法技术学》，浙江人民出版社 1993 年版。

2．周旺生：《立法论》，北京大学 1994 年版。

3．陈顾远：《立法要旨》，1942 年民国版。

第八章　立法监督

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解立法监督的主体、内容、方式和基本功能，了解国外立法监督和我国立法监督的不同着眼点，继而形成的不同监督方式。理解监督对立法的重要意义，并思考如何建立、健全适合我国立法制度的有效的监督机制。

本章重点：国外主要监督方式。我国主要监督方式。

本章难点：国外监督方式。

学时分配：3 课时

第一节　立法监督的概念及功能

一、立法监督的概念

静态监督。动态监督。静态监督和动态监督监督的区别。

广义的监督。狭义的监督。

二、立法监督的功能

可以促进立法民主化的真正实现。可以保持法律统一性，维护宪法尊严。可以增强立法科学性，保证立法质量。

第二节　立法监督主体

一、立法监督主体的分类

按主体结构分：国家监督主体；社会监督主体。

按监督效力分：直接监督主体；间接监督主体。

按监督阶段分：事前监督主体；事后监督主体。

按监督方式分：纵向监督主体；横向监督主体

二、当代西方国家的立法监督主体

国家元首。政府内阁。宪法委员会或宪法法院。最高法院。

三、我国立法监督主体

全国人民代表大会。全国人大常委会。国务院。地方人民代表大会。地方人大常委会。各社会团体。人民群众。

第三节　立法监督内容

一、对立法机构的组成监督

对立法机构主体资格监督。对立法组成人员的监督。

二、对立法程序的监督

监督立法是否遵守了法定程序和步骤。监督立法是否遵守了民主化、科学化的原则。

三、对立法内容的监督

监督立法是否符合国家立法的基本精神和原则。监督立法是否符合技术规范。
对立法规划监督。

第四节　立法监督方式

一、立法监督方式的分类

直接监督和间接监督。会议监督和日常监督。封闭性监督和开放性监督。

二、几种主要的立法监督方式

国外主要监督方式：备案；批准或否决；审查；审议；裁决；检查；控诉。监督处理结果。
我国主要监督方式：备案；审查；质询；批评、建议。

复习与思考题

1．为什么说有效的监督可以保持法律统一性，维护宪法尊严？
2．我国是否适合建立制衡型的监督？为什么？
3．怎样才能建立起我国有效的立法监督方式？

拓展阅读书目

1．蔡定剑：《国家监督制度》，中国法制出版社 1990 年版。
2．吴大英 任允正：《比较立法学》，法律出版社 1985 年 12 月版。
3．龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社 1985 年版。

《西方宪政文化》教学大纲

王建勋　编写

目　录

前　言 760
第一章　“宪政”、“宪政文化”及“西方宪政文化” 761
第一节　“宪政”刍议 761
一、“宪政”概念的起源 761
二、古代的“宪政”与现代的“宪政” 761
三、“宪政”与“民主”、“法治”、“共和”等概念的关系 761
第二节　“宪政文化”与“西方宪政文化” 761
一、“宪政文化”的意涵 761
二、理解“西方宪政文化” 761
本章复习与思考题 761
本章拓展阅读书目 761
第二章　古希腊罗马时期的宪政文化 763
第一节　古希腊的宪政文化 763
一、古希腊的社会政治状况 763
二、雅典的民主实践 763
三、宪政观念的产生 763
第二节　古罗马的宪政文化 763
一、古罗马的政治制度 763
二、“共和”在古罗马的滥觞 763
三、古罗马的“宪政” 763
本章复习思考题 763
本章拓展阅读书目 764
第三章　中世纪欧洲的宪政文化 765
一、中世纪的政治演进 765
二、自治市（城市共和国）的兴起 765
三、地方自治与宪政 765
本章复习思考题 765
本章拓展阅读书目 765
第四章　英国的宪政文化 766
第一节　《大宪章》与英国宪政的起源 766
一、《大宪章》的社会政治背景 766
二、《大宪章》的主要内容 766
三、《大宪章》的宪政贡献 766
第二节　库克爵士与普通法宪政主义 766
一、库克爵士（Sir Edward Coke）的司法思想 766
二、“博纳姆医生案”与司法审查的起源 766
三、库克爵士与普通法宪政主义 766
第三节　17 世纪英国宪政的发展 766
一、“光荣革命”与“权利法案” 766
二、限制王权与英国宪政的发展 766

第四节　“议会主权”与英国宪政.....767
一、“议会主权”的含义.....767
二、“议会主权”与英国宪政.....767
三、“议会主权”与有限政府.....767
本章复习思考题.....767
本章拓展阅读书目.....767
第五章　美国的宪政文化.....768
第一节　美国宪政的起源.....768
一、美国宪政的殖民地起源.....768
二、美国宪政的地方根源.....768
三、美国宪政的思想根源.....768
第二节　1787 年《美利坚合众国宪法》及其贡献.....768
一、1787 年“制宪会议”.....768
二、《美利坚合众国宪法》的制度特点和基本内容.....768
三、《美利坚合众国宪法》对现代宪政的贡献.....768
第三节　联邦主义与美国宪政.....768
一、“联邦主义”的意涵.....768
二、联邦主义的制度原理.....768
三、联邦主义与宪政.....769
第四节　司法审查与美国宪政.....769
一、“马伯利诉麦迪逊案”介绍.....769
二、司法审查的种种理论.....769
三、司法审查与宪政.....769
本章复习思考题.....769
本章拓展阅读书目.....769
第六章　欧陆国家的宪政文化.....771
第一节　瑞士的宪政文化.....771
一、瑞士的宪政之路.....771
二、瑞士联邦主义的特点.....771
第二节　荷兰的宪政文化.....771
一、荷兰共和国的形成.....771
二、荷兰的宪政文化.....771
第三节　法国的宪政文化.....771
一、法国的政治演进.....771
二、宪政在法国的确立.....771
第四节　德国的宪政文化.....772
一、德国的政治制度史.....772
二、德国的宪政文化.....772
第五节　斯堪的纳维亚国家的宪政文化.....772
一、斯堪的纳维亚国家的民主传统.....772
二、福利国家与宪政.....772
本章复习思考题.....772
本章拓展阅读书目.....772

前　言

“西方宪政文化”（双语）课程旨在介绍西方主要法治国家的宪政文化，梳理它们的宪政历史和传统。该课程为法科学生本科阶段的专业选修课，适合于各个年级尤其是高年级的学生。通过该课程的学习，法科学生将基本了解和掌握西方主要法治国家的宪政文化，为进一步学习和研究西方宪政打下基础。

本课程既从历史的角度考察宪政在西方的产生和演变，又从国别的角度探讨宪政在西方主要法治国家的确立和发展。历史的考察包括从古希腊古罗马的宪政萌芽，到中世纪的宪政发展，再到十八、十九世纪现代宪政的确立；国别的分析以英国和美国为主，同时也对欧陆国家荷兰、瑞士、法国、德国及斯堪的纳维亚国家的宪政文化进行解读。由于英美的宪政之路在西方宪政文化中举足轻重，对它们的介绍将成为本课程的重点。

“西方宪政文化”为双语教学课程，其阅读材料几乎全部为英文原版。阅读材料的选取以与本课程的相关性为准则，既包括经典作品，也包括当代著述。同时，阅读材料的难易程度适中，有助于法科学生提高阅读能力甚至写作能力等。

本课程不使用“填鸭式教学法”，而是以学生的积极参与和互动为主。这种积极参与主要表现为，认真参与每堂课；每次上课前认真阅读老师所安排的材料；每次课堂上踊跃参与讨论、提出问题；认真及时完成老师所布置的作业；精心准备期末考查或者考试。平时的积极参与将占课程总成绩的相当比重，务请选修的学生认真对待。

本大纲的编写意在对该课程进行一简单的介绍和描述，并给学生以是否选修的参考依据。本大纲编写者系中国政法大学法学院王建勋。

第一章　“宪政”、“宪政文化”及“西方宪政文化”

本章教学目的和基本要求：本章的目的主要在于辨析几个基本的概念，即“宪政”、“宪政文化”和“西方宪政文化”。其重点和难点是对“宪政”概念的理解和把握。

学时分配：本章共占用 4 个学时，每节 2 个学时。

第一节　“宪政”刍议

一、“宪政”概念的起源

二、古代的“宪政”与现代的“宪政”

三、“宪政”与“民主”、“法治”、“共和”等概念的关系

阅读材料：

McIlwain, Charles 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter I “Some Modern Definitions of Constitutionalism”; Chapter II “The Ancient Conception of a Constitution”)

Sartori, Giovanni. 1962. “Constitutionalism: A Preliminary Discussion,” *American Political Science Review* 56(4): 853-864.

第二节　“宪政文化”与“西方宪政文化”

一、“宪政文化”的意涵

二、理解“西方宪政文化”

阅读材料：

Ludwikowski, Rett R. 2000. “Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies,” *Georgia Journal of International and Comparative Law* 29(1): 1-29.

Kraynak, Robert P. 1987. “Tocqueville’s Constitutionalism,” *American Political Science Review* 81(4): 1175-1195.

本章复习与思考题

1．什么是“宪政”？

2．什么是“宪政文化”？

3．如何理解“西方宪政文化”？

本章拓展阅读书目

Butleritchie, David. 2004. “The Confines of Modern Constitutionalism,” *Pierce Law Review* 3(1): 1-32.

Casper, Gerhard. 1989. “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century,”

Supreme Court Review 311-332.
Maddox, Graham. 1982. “A Note on the Meaning of ‘Constitution’,” *American Political Science Review* 76(4): 805-809.

第二章　古希腊罗马时期的宪政文化

本章教学目的和基本要求：宪政观念和制度萌芽于古希腊罗马时期。尽管当时并未出现现代意义上的宪政，但限制权力的思想已显露端倪。因而，了解古希腊罗马时期的宪政起源即是本章的教学目的。本章的重点和难点是了解宪政滥觞于古希腊罗马的社会政治背景。

学时分配：本章共占用 4 个学时，每节两个学时。

第一节　古希腊的宪政文化

一、古希腊的社会政治状况

二、雅典的民主实践

三、宪政观念的产生

阅读材料：

Gordon, Scott. 1999. Controlling the State: *Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 2 “Athenian Democracy”)

Greenidge, A. H. J. 1914. *A Handbook of Greek Constitutional History*. London: McMillan. (Chapter 2 “Early Development of the Greek Constitutions through Monarchy, Aristocracy, and Tyranny to Constitutional Government”; Chapter 7 “Federal Governments”)

第二节　古罗马的宪政文化

一、古罗马的政治制度

二、“共和”在古罗马的滥觞

三、古罗马的“宪政”

阅读材料：

McIlwain, Charles 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter III “The Constitutionalism of Rome and Its Influence”)

Gordon, Scott. 1999. Controlling the State: *Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 3 “The Roman Republic”)

本章复习思考题

1．为什么宪政观念起源于古希腊罗马？

2．古希腊罗马的“宪政”有何特点？

3．古希腊罗马的“宪政”对现代宪政的贡献什么？

本章拓展阅读书目

Aristotle. 2004. *The Athenian Constitution*. Trans. Sir Frederic G. Kenyon. Whitefish, MT: Kissinger Publishing.

Aristotle. 1962. *The Politics*. Trans. Ernest Baker. New York: Oxford University Press.

Buttle, Nicolas. 2001. “Republican Constitutionalism: A Roman Ideal,” *Journal of Political Philosophy* 9(3): 331-349.

第三章　中世纪欧洲的宪政文化

本章教学目的和基本要求：本章旨在对中世纪欧洲的宪政史和经验作一个初步的介绍。中世纪处在古希腊罗马和现代宪政兴起的过渡时期，为现代宪政的发端奠定了基础。本章的重点和难点在于重新认识所谓“黑暗的中世纪”，并理解其贡献。

学时分配：本章不分节，占用 2 个学时。

一、中世纪的政治演进

二、自治市（城市共和国）的兴起

三、地方自治与宪政

阅读材料：

McIlwain, Charles 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter IV *Constitutionalism in the Middle Ages*)

Gordon, Scott. 1999. Controlling the State: *Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 5 “The Republic of Venice”)

Berman, Harold. 1983. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 12 “Urban Law”)

本章复习思考题

1．宪政在中世纪获得了怎样的进展？
2．地方自治对宪政产生了怎样的影响？
3．如何认识中世纪对宪政的贡献？

本章拓展阅读书目

Downing, Brian. 1989. “Medieval Origins of Constitutional Government in the West,” *Theory and Society* 18(2): 213-247.

Tierney, Brian. 1982. *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gierke, Otto. 1987. *Political Theories of the Middle Age*. Trans. Frederick William Maitland. Cambridge: Cambridge University Press.

第四章　英国的宪政文化

本章教学目的和基本要求：现代宪政的诸多观念和制度都源自英国，因而熟悉英国的宪政史甚为重要。本章以时间为序较详细地介绍英国的宪政历程，系本课程的重点之一。本章的难点在于理解现代宪政诸因素起源于英国的原因和英国宪政的特点。

学时分配：本章共占 8 个学时，每节 2 个。

第一节　《大宪章》与英国宪政的起源

一、《大宪章》的社会政治背景

二、《大宪章》的主要内容

三、《大宪章》的宪政贡献

阅读材料：

Magna Carta (1215).

Kyle, John. 1952. “Magna Carta,” *Mississippi Law Journal* 23(2): 81-100.

第二节　库克爵士与普通法宪政主义

一、库克爵士（Sir Edward Coke）的司法思想

二、“博纳姆医生案”与司法审查的起源

三、库克爵士与普通法宪政主义

阅读材料：

Holdsworth, Sir William. 1934. “Sir Edward Coke,” *Cambridge Law Journal* 5: 332-346.

Coke, Edward. 1610. “Dr. Bonham’s Case,” in *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund. Pp. 264-283.

第三节　17 世纪英国宪政的发展

一、“光荣革命”与“权利法案”

二、限制王权与英国宪政的发展

George, Robert H. 1937. “A Note on the Bill of Rights: Municipal Liberties and Freedom of Parliamentary Elections,” *American History Review* 42(4): 670-679.

Gordon, Scott. 1999. Controlling the State: *Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 7 “The Development of Constitutional Government

and Countervailance Theory in Seventeenth-Century England")

第四节　“议会主权”与英国宪政

一、“议会主权”的含义

二、“议会主权”与英国宪政

三、“议会主权”与有限政府

Dicey, A.V. 1915. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Fund. (Chapter I “The Nature of Parliamentary Sovereignty")
McKenna, J.W. 1979. “The Myth of Parliamentary Sovereignty in Late-Medieval England," English Historical Review 94(372): 481-506.

本章复习思考题

1．《大宪章》如何影响了现代宪政的起源？
2．库克爵士对宪政的主要贡献何在？
3．普通法宪政主义的基本主张是什么？
4．英国是一个“议会主权”国家吗？
5．“议会主权”与宪政的基本理念矛盾吗？

本章拓展阅读书目

Holt, J.C. 1992. *Magna Carta*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press.
Allan, T.R.S. 1993. *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press.
Bagehot, Walter. 1867. *The English Constitution*. Garden City, NY: Doubleday & Company.
Maitland, F. W. 1965. *The Constitutional History of England*. Cambridge: Cambridge University Press. First published in 1908.
Adams, George Burton. 1908. “The Origin of the English Constitution," *American Historical Review* 13(2; 4): 229-245; 713-730.
North, Douglas and Barry Weingast. 1989. “Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in the Seventeenth-Century England," *Journal of Economic History* 49(4): 803-832.

第五章　美国的宪政文化

本章教学目的和基本要求：美国被认为是第一个确立了现代宪政的国家，其宪政史值得仔细研究。本章之目的即为考察美国自殖民地时代以来的宪政历程。该章之重点和难点为理解美国的联邦主义与宪政之间的关系。

学时分配：本章共占 8 个学时，每节 2 个。

第一节　美国宪政的起源

一、美国宪政的殖民地起源

二、美国宪政的地方根源

三、美国宪政的思想根源

阅读材料：

Lutz, Donald. 1988. The Origins of American Constitutionalism. Baton Rouge, LA: Louisiana State University. (Chapter 4 “Charters and the First Constitutions”)

Holcombe, Randall. 1998. “Constitutional Theory and the Constitutional History of Colonial America,” Independent Review 3(1): 21-36.

Sabetti, Filippo. 2004. “Local Roots of Constitutionalism,” Perspectives on Political Science 33(2): 70-78.

第二节　1787 年《美利坚合众国宪法》及其贡献

一、1787 年“制宪会议”

二、《美利坚合众国宪法》的制度特点和基本内容

三、《美利坚合众国宪法》对现代宪政的贡献

阅读材料：

The Constitution of the United States (1787).

Hamilton, Alexander, James Madison, and John Jay. 1788. *The Federalist Papers*. Ed. Clinton Rossiter. New York: Mentor. (No. 9, 10, 39, 45, 51)

第三节　联邦主义与美国宪政

一、“联邦主义”的意涵

二、联邦主义的制度原理

三、联邦主义与宪政

阅读材料：

Ostrom, Vincent. 1991. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. San Francisco: ICS Press. (Chapter One "The Meaning of American Federalism"; Chapter Nine "Polycentricity: The Structural Basis of Self-governing Systems")

Buchanan, James. 1995. "Federalism as an Ideal Political Order and an Objective for Constitutional Reform," *Publius* 25(2): 19-27.

第四节　司法审查与美国宪政

一、"马伯利诉麦迪逊案"介绍

二、司法审查的种种理论

三、司法审查与宪政

阅读材料：

Marbury v. Madison (1803).

Farber, Joseph. 2003. "Justifying Judicial Review: Liberalism and Popular Sovereignty," *Capital University Law Review* 32(1): 65-100.

本章复习思考题

1．美国宪政是如何起源的？
2．1787 年的《美利坚合众国宪法》有何制度特征？
3．何谓"联邦主义"？
4．如何理解联邦主义与宪政之间的关系？
5．如何理解司法审查与民主之间的关系？

本章拓展阅读书目

Farrand, Max. 1913. *The Framing of the Constitution*. New Haven: Yale University Press.

McLaughlin, Andrew. 1932. *The Foundations of American Constitutionalism*. New York: New York University Press.

McDonald, Forrest. 1979. *E Pluribus Unum: The Formation of the American Republic, 1776-1790*. Indianapolis: Liberty Fund.

McDonald, Forrest. 1985. *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.

Levy, Leonard W. 1987. *Essays on the Making of the Constitution*. 2nd ed. New York: Oxford University Press.

Rakove, Jack. 1997. *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. New York: Vintage Books.

Lutz, Donald. 1998. *Colonial Origins of the American Constitution: A Documentary*

History. Indianapolis: Liberty Fund.
Ostrom, Vincent. 1987. *The Political Theory of a Compound Republic: Designing the American Experiment*. 2nd ed. Lincoln: University of Nebraska Press.
Tocqueville, Alexis De. 1990. *Democracy in America*. New York: Vintage Books. First published in 1835 and 1840.
Stoner, James. 1992. *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.
Stoner, James. 2003. *Common Law Liberty: Rethinking American Constitutionalism*. Lawrence, KS: University Press of Kansas.
Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
Ackerman, Bruce. 1991; 1998. *We the People* (two volumes). Cambridge, MA: Harvard University Press.

第六章　欧陆国家的宪政文化

本章教学目的和基本要求：本章粗略地介绍一下欧洲大陆几个国家的宪政文化，包括瑞士、荷兰、法国、德国和斯堪的纳维亚国家。其重点和难点在于理解瑞士和荷兰的宪政之路。

学时分配：本章共占 10 个学时，每节 2 个。

第一节　瑞士的宪政文化

一、瑞士的宪政之路

二、瑞士联邦主义的特点

阅读材料：

Baker, J. Wayne. 1993. “The Covenantal Basis for the Development of Swiss Political Federalism: 1291-1848,” *Publius* 23(2): 19-41.

Fleiner, Thomas. 2002. “Recent Developments of Swiss Federalism,” *Publius* 32(2): 97-123.

第二节　荷兰的宪政文化

一、荷兰共和国的形成

二、荷兰的宪政文化

阅读材料：

Gordon, Scott. 1999. Controlling the State: *Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press. (Chapter 6 “The Dutch Republic”)

第三节　法国的宪政文化

一、法国的政治演进

二、宪政在法国的确立

阅读材料：

Hill, Henry Bertram. 1949. “French Constitutionalism: Old Regime and Revolutionary,” *Journal of Modern History* 21(3): 222-227.

John A. Rohr, 1992. "French Constitutionalism and the Administrative State: A Compartive Contextual Study," *Administration and Society* 24 (August): 224-259.

第四节　德国的宪政文化

一、德国的政治制度史

二、德国的宪政文化

阅读材料：

Kommers, Donald 1991. “German Constitutionalism: A Prolegomenon,” *Emory Law Journal* 40: 837- 873.

Schlink, Bernhard. 1992. “German Constitutional Culture in Transition,” *Cardozo Law Review* 14: 711-736.

第五节　斯堪的纳维亚国家的宪政文化

一、斯堪的纳维亚国家的民主传统

二、福利国家与宪政

阅读材料：

Anderson, Ingva. 1958. “Early Democratic Traditions in Scandinavia,” in *Scandinavian Democracy: Development of Democratic Thought and Institutions in Denmark, Norway and Sweden*. Ed. J. A. Lauwerys. Copenhagen: Schultz.

An-Na'im, A. 2004. “Welfare State and Constitutionalism: Nordic Perspectives,” *International Journal of Constitutional Law* Volume 1(4): 741-745(5)

本章复习思考题

1．瑞士的联邦主义有何特点？
2．荷兰确立宪政的原因是什么？
3．法国是如何从帝制走向共和的？
4．德国是如何走向宪政之路的？
5．斯堪的纳维亚国家的宪政传统有何独特之处？

本章拓展阅读书目

Elazar, Daniel J. 1993. “Communal Democracy and Liberal Democracy: An Outside Friend's Look at the Swiss Political Tradition,” *Publius* 23(2): 3-18.

Frey, Bruno S. and Iris Bohnet. 1993. “Democracy by Competition: Referenda and Federalism in Switzerland,” *Publius* 23(2): 71-81.

Tocqueville, Alexis De. 1955. *The Old Regime and the French Revolution*. Trans. Stuart Gilbert. New York: Doubleday. First published in1856.

Caldwell, Peter C. 1997. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham, NC: Duke University Press.

Caldwell, Peter C. 1996. “The Crucifix and German Constitutional Culture,**”** *Cultural Anthropology* 11(2): 259-273.
Hewitson, Mark. 2001. “The *Kaiserreich* in Question: Constitutional Crisis in Germany before the First World War,” *Journal of Modern History* 73: 725–780.
Weiler, Joseph H. H. and Marlene Wind, eds. 2003. *European Constitutionalism Beyond the State.* Cambridge University Press,
Siedentop, Larry. 2001. *Democracy in Europe*. New York: Columbia University Press.
Anderson, Eugene N. and Pauline R. Anderson. 1967. *Political Institutions and Social Change in Continental Europe in the Nineteenth Century*. Berkeley, CA: University of California Press.
Lauwerys, J. A. ed. 1958. *Scandinavian Democracy: Development of Democratic Thought and Institutions in Denmark, Norway and Sweden*. Copenhagen: Schultz.

《美国宪法》教学大纲

汪庆华　编写

目　录

PART ONE　Separation of Powers 777
PART TWO　Individual rights 784

PART ONE Separation of Powers

I. THE JUDICIAL POWER

No Advisory Opinions

Eg .: Declaration about the constitutionality of a proposed statute → Ct. won't decide.

➔ There must be specific present harm or threat of specific future harm.

(1) When legislation is not yet law (2) court cases where the court is not the final authority.

Ripeness: RQ: Actual harm or immediate threat of harm – consideration after the claims have been resolved

Mootness – consideration before claims developed

1. **Moot cases are:**
   a. Overripe
   b. Dismissed whenever they become moot:
      i. If issue becomes moot during the trial, dismissed at trial,.
      ii. If issue becomes moot during appeal, judgment below is vacated and the appeal is dismissed.

2. **Exception:**

   Controversies capable of repetition yet evading review are **not moot**, even though they look like moot.

   a. Cases always involve disputes w/ an internal time limit (issues that won't last long enough for the judicial system to decide them).

      Eg. restrictions on abortion – challenge on restriction on abortion by a

pregnant woman will not be moot by deliberation of a baby: it will be challenged over and over again b/c it is capable of repetition but will not be resolved. = not dismissed as moot.

class actions – Mootness doesn't depend on the named or representative party. A class action remains live so long as it is live as to any of the class members.

B. Standing

1. RQ: Injury + Causation + Redressability (ct. can give relief)
2. **Injury ***
   a. Virtually anything can constitute injury, particularly **if congress says so**.
   - doesn't have to be economic. past or future.
   b. Generally **NOT INJURY**:

      i. Mere ideological objection
      ii. Injury to someone else

      BUT, IF you have suffered (or will suffer) actual injury and IF you and the someone are related by exchange or transaction.

      Eg. Doctor sues to demand medicare compensation for performing abortions can raise the woman's rights, (3rd party standing). The doctor does not have a constitutional right to get paid but he can raise patient's right. (But Doctor's claim will be rejected on the merits, b/c patient has no right to abortion funding.

   c. **Organization**s have standing to challenge injury to their members, IF.

      i. * the members would have standing (actual injury);
      ii. their injury is related to the purpose of the organization; and
      iii. there's no reason that requires the presence of individual members in the suit. (mere objection of the member = no standing)

   d. **Taxpayers**
      i. Have standing to challenge their **tax liability (how much you pay)**. – spending power must be involved

      Have *no standing* to challenge **how the gov. spends its money** after taxes are collected (b/c it doesn't affect you, money is gone no matter what.), EXCEPT for Establishment Clause challenges to gov. funding.

3. **Causation** – never tested on bar exam, b/c factual issue. Essentially factual: did the

government's conduct cause or will it cause plaintiff's injury?

4. **Redressibility**
   a. Ct. can do something about the injury.
   b. the injury is past → the remedy is money damage.
   c. the injury is threatened → the remedy is injunction.

E.g. Company A applies for a license and is turned down. Company B applies for a license and is accepted. Company A sues to bar the government from giving a license to Company B. Does company A have standing to seek that relief? ➔ No. If A is alleging "give me license," then A has standing, but here, A is seeking to deny B's license = there is mismatch of injury and remedy.

Political Questions

5. **Non-judiciable** (ct. won't decide)

6. Examples
   a. the Republican Form of Government Clause
   b. true foreign affairs or military command decisions

eg. Whether the President fires a general, recalls an ambassador, chooses to attend a summit, sending troops to state.

   c. seating of delegates at a national political convention
   d. impeachment procedures

eg. Senate's procedures for trying impeachment and who they impeach.

C. 11th Amend. (not related to the provision itself)

ARTICLE III JUDGE – ENJOY THE CONSTITUTIONAL GRANT OF LIFE TENURE

II. The Legislative **POWER** * source of power and limitation

A. Enumerated Powers

1. In theory, fed. gov. has limited power.In fact, fed. gov. can do anything that doesn't violate the Bill of Rights.

a. **power over fed. Property – congress has power to dispose of all property belonging to the federal government (e.g. wild animals wandering onto federal lands are within the ambit of this power) - no express limits on this power.**
b. **Regulation of federal land (Article 4)**
c. **power over citizenship**
d. **bankruptcy, patent, copyright power**
e. **war power**
f. **power to raise an army and a navy, etc.**

2. **Taxing power** – if there is tax. E.g. tax and spend to provide for the general welfare. OK if it bears some reasonable relationship to revenue production or if Congress has the power to regulate the taxed activity.

3. **Spending power** – if they spend federal money.

Congress may investigate only matters upon which it can legislate, but it is not limited to matters as to which it has made appropriations of money.

4. **Commerce power**

Fed. gov. can regulate:

a. any product or activity in **interstate commerce** (something across state-lines)

b. even intrastate activity having a **substantial effect on interstate commerce**. (almost everything)
   i. "substantial effect" is judged in the aggregate. Answer is always yes.
      - It doesn't matter whether your act causes substantial effect. It does matter whether everyone's act causes substantial effect in total.

c. The S.Ct. has been *increasingly reluctant* to allow Congress to regulate activity that is both *local / non-commercial* on grounds of its effect on interstate commerce. In the future, the regulation of intrastate activity having a substantial effect on interstate commerce will be limited to intrastate *commercial* activity.

5. 13th Amend

- broad (legislative) power against **any and all racial discrimination**, *public or private*.

6. 14th Amend*

a. broad but not limitless power to *remedy* violations of individual rights, as those rights have been defined by the cts (equal protection, due process, civil liberty).
b. 14th Amend. rights exist **only AGAINST GOV**. So, Congress's 14th Amend enforcement power is similarly limited to rights against Gov. (14A does not protect rights against private actor)

7. Necessary and Proper Clause

a. It grants Congress **the power to make all laws necessary and proper** for carrying into execution any power granted to any branch of the fed. gov. (e.g. to regulated commerce, maintain army, to prevent racial discrimination)
b. It is not itself a basis of power. → never pick this clause on exam unless ***another enumerated fed. power is linked to it***.

8. Promote the general welfare

→ It is not Congress's power by itself. E.g. congress to tax and spend for the general welfare

Federal government can tax and spend for the general welfare; it cannot directly legislate for it. Thus, nonspending regulations cannot be supported by the general welfare clause.

B. Delegation

1. Delegation of legislative power to administrative agencies is PERMITTED, so long as Congress provides **standards** for the exercise of the delegated power. (e.g. by creation of FDA etc)

C. Congressional Veto → UNCONSTITUTIONAL

1. Congressional veto provision authorizes Congress to override individual executive action by simple resolution, it is UNCONSTITUTIONAL.
   b/c: Legislation can control executive actions by changing laws. For that change, it must follow the prescribed rule by Fed. Con. (vetoes in 2 Houses + President's sign/veto). Congressional veto would skip these procedures. (The president is the main player in the executive action)

III. THE EXECUTIVE POWER * POWERS AND LIMITATIONS, ESPECIALLY EXECUTIVE PRIVILEGES

A. Domestic Power Generally

1. Power to enforce the law, not to make it and not to break it.

   Eg. impoundment of funds: when Congress unambiguously orders funds to be spent on a certain project or in a certain way, the President cannot reject to obey that statute even if he thinks it is wasteful).

B. ** Exclusively Executive Powers (Congress cannot control the following powers)

1. Power to **prosecute**

   It may be done by *independent counsel* appointed by ct. to prosecute public official (ie. special prosecutor)

2. Power to **pardon**
   - President's pardon power cannot be controlled by Congress.
   - Pardon applies to all "offenses against the US," except in cases of impeachment.

3. Power to **hire/fire executive officers** (other than *impeachment* of high level officers, eg. President, Cabinet members)

   a. "Executive officers" – very broad. Anyone who takes actions on behalf of US whether it is high or low.

   b. **Congress can hire/fire legislative staff**: its own staff and others who perform staff-like functions. Congress can hire and fire those who advice them, monitor/audit/watch what they are doing
   (Congress cannot hire/fire an executive officer, and Congress cannot give executive power to anyone it can hire/fire.)

C. External Powers of the President

1. **No power to declare war**, but power to act militarily as **commander in chief** *even w/o Congressional approval*. But, subject to Congress's power to enact a military appropriation. Congress can also control the money spent on army.

D. Impeachment

1. Bills of Impeachment is an **accusation**, on a vote of majority of **the House** of Representatives.

2. Trial is **in the Senate**, w/conviction on a vote of 2/3.

3. Remedy on conviction is **removal from office**. (one and only remedy)

4. Until removed from office, only **President** is **absolutely immune** for all official acts.

PART TWO Individual rights

I. STATE ACTION * ANALYZE FIRST

Since Con. Law generally applies only to gov. action (eg. 14th Amend), state action must be involved to show constitutional violation. Constitutional right is a right against gov't.

A. State action = Gov. action, whether state or local

Eg. municipal ordinance, sheriff's decision to fire a deputy, county zoning variance

B. Not facilitating private discrimination – mere acquiescence not enough.

1. Gov. cannot encourage/facilitate private discrimination.
2. Gov. cannot profit from (i.e. be a financial partner in) private discrimination.
3. Constitution forbids discriminatory state action, not private bias → federal legislation that prohibits private discrimination is not constitutionally mandated, and state may aid anyone as long as it does not violate a specific constitutional restriction.

C. Government is *not required* to prevent private discrimination constitutionally

Generally, Gov. is acting constitutionally WHEN it is acting *evenhandedly*, even though a private person is discriminated. (Treating all alike is OK even if private person discriminates)

Eg. 1. It is constitutional for Gov. to enforce trespass laws when the landowner refuses to allow access on the basis or race. (so long as Gov't is regulating even-handedly on behalf of all the land-owner)

2. It is constitutional for Gov. to issue a liquor license to a racially exclusive private club, AS LONG AS Gov. treats all applications in the same way.

D. * Distinguish anti-discrimination statutes

When there is **anti-discrimination statutes**, the existence of state action is IRRELEVANT.

Eg. Title VII of the 1964 Civil Rights Act prohibits racial discrimination by employers.

1) Is there state action when a private company refuses to hire blacks?

→ No state action.

2) Is it illegal for a private company to refuse to hire blacks?

→ Yes. It is ILLEGAL under the statute, not Con.

PROCEDURAL DUE PROCESS

Basic Principles:

Right to **Notice & Hearing** before Intentional Deprivation of Life, Liberty, or Property by Gov.

2 Qs:

1) Is Life, Liberty, or Property being Taken?
2) If so, What Process is Due?

E. Life, Liberty, Property

1. **Life -** death penalty

2. Liberty

a. Confinement (parole, probation)
b. Physical punishment
c. Curtail of legal right

3. Property

a. Property = **Entitlement**, *not mere expectation.*
b. Entitlement to a gov. job/benefit is created WHEN they say so.

Eg. 1. County attorney is hired *at will.* 3 months later she is fired, w/o notice or explanation. Is she entitled to notice and a hearing?
→ No, she is no entitlement in that right.

2. County attorney is hired for 5 yrs, and told that she won't be discharged before that time except *for cause*. 3 months later she is fired. Is she entitled to notice and hearing?
→ Yes, she had entitlement for 5 yrs term job security.

F. Deprivation

Due process is triggered by **INTENTIONAL deprivation**, not accidents. (C.f. tort claim)

Eg. City garbage truck hit a person to death. → although it is a deprivation of life/liberty, No due process problem (can be a tort problem)

G. What process is due?

1. Balance 3 factors:
   a. **Importance of interest** at stake
   b. **Value of procedure** in protecting the interest (includes any kind of trial type

procedure)

c. What's **the cost** (Gov's interest and efficiency)

2. Timing of hearings – before, but sometimes after

- especially for discharge of public employees

a. Generally, a ***tenured* public employee*** is entitled to some opportunity to be heard **prior to** discharge. (* "tenured" employee = anyone who needs "for cause" to be discharged.)

b. **Exception**: When there is a **significant reason not to keep the employee on the job**, discharge first, then hearing.
That hearing must:
i. be prompt
ii. offer complete relief (if wrongfully discharged, the employee can get paid)

c. Eg. Police officer charged w/felony
1) Normal procedure: Suspend w/pay → Hearing → Discharge
2) Felony case: Discharge first → Hearing

ACCESS TO COURTS FOR INDIGENTS

H. Gov. has to **waive filing fees for *divorce*** but **NOT for *bankruptcy***. (timely issue!)
Waiver of filing fees for indigents is constitutionally **required** WHEN charging the fees would deny a ***fundamental right***.
Bankruptcy is just a statutory scheme, not a fundamental right.⇔ marriage and divorce are fundamental rights – 8th Amend.
Eg. Indigent cannot be required to bear the cost of a transcript in order to appeal a termination of parental rights, b/c *parental rights* are fundamental.

TAKING AND JUST COMPENSATION – 5TH AMEND.

Private property shall not be taken for public use, *w/o just compensation*.

- "Private property"
- "**Public use**" = whatever Gov. wants to do
- "Just compensation" = FMV at the time of taking ⇔ regulation under police power not requiring just compensation

INTRODUCTION TO THE 14TH AMEND.

I. Privileges and Immunities of National Citizenship

"No state shall enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the US" = applies only to attributes peculiar to US citizenship, such as right to petition congress."
→ means nothing!

⇔ **Article 4 of privileges and immunities**: provides that citizen of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens of other states w/regard to "fundamental rights," i.e., those involving important commercial activities or civil liberties.

J. Federal and State distinguished

1. 2 due process clauses:

a. 5th Amend. → National Gov.
b. 14th Amend. (which makes many of bill of rights provisions applicable to states).
→ States / localities

2. 1 equal protection clause:

a. 14th Amend
→ States / localities (NOT to federal gov't)
b. Technically, no equal protection clause for national gov. But, they have to obey the principle of equal protection clause, but by different standard. (usually by 5A)

K. Standard of Review

1. **STRICT SCRUTINY** – Is the law ***necessary*** **achieve** a ***compelling*** governmental **interest**?
   a. Burden of proof – on Gov.
   b. Applies when the law involves a **suspect classification** / **fundamental right**.

2. **INTERMEDIATE SCRUTINY** - Is the law ***substantially related*** **to** an ***important*** governmental **interest**?
   a. Burden of proof – on Gov.
   b. Applies to **legitimacy** and **gender**.

3. **RATIONAL BASIS**

– Is the law ***rationally relates*** to a **legitimate** governmental **interest**?

a. Burden of proof – on plaintiff
b. Applies to everything else.

EQUAL PROTECTION

L. Suspect Classifications: Race or Ethnicity

1. Checkpoints:

a. When is a law a racial/ethnic classification?
b. ➔ When there is proof of discriminatory purpose (intended to treat persons based on race, ethnicity). The purpose does not have to appear superficially discriminating.

2. School desegregation

a. *De jure* segregation (segregation on purpose) is **Uncon**.
b. *De facto* segregation is OK.
c. Remedy is **limited by the geographical area** of violation.
   Eg. **Busing** remedy may be ordered only w/i the city guilty.
   IF the suburbs are also involved, busing may be ordered to the suburbs.

3. Affirmative action "racial preference in favor of minority– unsettled issue

a. Test: *Strict scrutiny* b/c racial classification.
b. Results: Cts split (some uphold, others struck down).
c. Always valid WHERE it *specifically corrects past discrimination* against minorities.
   general, social concern → Not good enough
   specifically redress misconduct in the agency → OK

M. Suspect classifications: Alienage**

N. Quasi-Suspect classifications: Legitimacy → Intermediate scrutiny

O. Quasi-Suspect classifications: Gender → Intermediate scrutiny

P. Rational basis test: Everything else

- If no constitutional concern is found in a Q, use this test and uphold it.

FUNDAMENTAL RIGHTS

Q. Substantive Due process / Equal protection

- ✧ *Same strict scrutiny* and *same fundamental rights* under both.
- ✧ If not fudamental right → rational basis test.

R. RIGHT TO PRIVACY

1. **Marriage/Divorce** -Basically → Rational basis test (eg. Can you marry your cousin?)
   At the core → Strict scrutiny (b/c fundamental right)

2. **Contraception** - everyone has the right to buy and use them.

3. **Abortion** – 2 conflicting interests (Mother's right to decide v. Protection of mother's body and fetus)
   2 rules:
   a. **pre-viability** rule
      (Terminate pregnancy for any reason until when the baby can live outside (viability of fetus test)
      Procedural regulations are valid ONLY IF they impose ***NO undue burden*** to the woman's right to terminate her pregnancy.
      i. Informed consent RQ → OK
      ii. 24-hour waiting RQ → OK (to prevent hasty action)
      iii. Parental notification (for under-age female) → OK
      iv. Parental consent RQ (for under-age female) → NO, unless there is judicial bypass (= abotion w/judge's consent).
      v. Spousal consent RQ → NO
      vi. 30 days residence RQ to obtain abortion rights – likely to be unconst.

   b. **post-viability** rule
      Regulation is OK, unless the woman's health is threatened.
      Cf. Gov. financing → Never required (no gov. obligation to finance abortion)

4. **Obscenity** in the home → fundamental right. But, you cannot sell, buy, distribute, receive or transport it.

5. Certain **family relationship**s → fundamental right
   a. right to raise/educate children
   b. right to live together w/close relatives (if they want you to)

c. no right to outside family

6. No right to homosexual relations / sodomy

7. No right to hide – Gov. can investigate you, your personal data.

Voting rights

Voting fact pattern w/due process Q+ discrimination ➔ always equal protection basis.

8. **One person/one vote** (each district must have the same size of voters) applies to:
   a. US House of Rep.
   b. both houses of a state legislature
   c. local gov., if a ward system
   d. NOT elections for mayor of each city or a judge of each county
   e. NOT election of persons to serve on a special purpose gov. unit: if the gov. unit has a special impact on the class of enfranchised voters.
      Eg. "water storage districts"

9. **Gerrymandering** : Racial/Political
   You can take race into account so long as you don't go too far.
   → Race can be *a* factor, but not the predominant factor.
   IF the district looks funny, it is Uncon.
   a. Racial gerrymandering to *disadvantage* minorities (e.g. vote dilution = spread out blacks so that they are all margin of each district)→ Uncon. unless Gov. has a compelling interest.
   b. Racial gerrymandering to advantage minorities (e.g. voting rights act; bringing all the minority in one district and creating them a majority in that district)→ OK
   c. Political gerrymandering → In theory, violates equal protection.
      In fact, commonly occurs b/c proof RQ is almost never met.

S. RIGHT TO TRAVEL → fundamental

1. **Long-term residency RQs** (e.g. for citizenship) burden the fundamental right of interstate travel → **Violates** equal protection.
   a. How long is too long?
      - 2 yrs for welfare → too long
      - 1 yr → too long for most purposes
      - as long as 1 yr → has been upheld for in-state tuition / divorce jurisdiction

- 30 days to promote the compelling interest of assuring that only bona fide residence only = has been held OK.

2. Right to travel interstate = right to migrate from state to state

T. ***No other fundamental rights*** – Don't add the above list!

1. right to Wealth? → Not fundamental
2. right to Education → Not fundamental
   (Some basic public school opportunity → maybe fundamental)
3. right to Inherent → Not fundamental
4. right to control own body → Not fundamental
5. man's right to have short hair – may be an equal protection issue

FREEDOMS OF SPEECH AND PRESS

U. Vagueness / Overbreadth

1. **Vagueness** – If law gives no clear notice of what is prohibited, it is vague.
2. **Overbreadth** – If law burdens substantially more speech than necessary for a compelling interest, it is overbroad.

V. Freedom not to speak

Gov. cannot force you to endorse any symbol or slogan.
Eg. "Live Free or Die"
Eg. Statements from anti-nuclear power activists.

W. Fundamental distinction: Content-neutral v. Content-based

- First, distinguish one from another.
- Content neutral regulation = common/usually not so controversial/usually valid
- Content based restriction on speech = rare/intensely controversial/usually invalid

X. CONTENT-NEUTRAL REGULATION

1. 3 RQs: ***Time, Place, Manner*** of speech → not content-based reg.
   a. **Must be Content-neutral**
      i. *As administered*, as well as *on its face*.
      ii. * *No executive discretion*: If there is discretion, risk of content-based reg. exists.
         Eg. DC *anti-picketing* ordinance for 500-feet area around a foreign

embassy → Not content-neutral

Eg. Parade permit ordinance requires everyone to apply for a permit 24 hours in advance and to avoid routes used by emergency vehicles. Permits are given <u>first-come, first-served</u>.
→ OK (b/c evenhanded, no executive discretion)
If permits are issued <u>when the chief of police finds it in the public interest</u>, uncon. b/c the chief of police is given discretion.

b. **<u>Substantial other opportunities for speech to take place</u>**

Eg. City bans soundtrucks in residential neighborhoods bet. 11pm and 7am. → OK
If bans at all times and places, uncon.

c. **<u>Law must narrowly serve a *significant* state interest.</u>**
- not "compelling" "Significant" means everything that makes sense.

2. <u>Public forum doctrine</u>

a. "**<u>Public forum</u>**" = Gov. property *traditionally open* to a wide range of speech activities
- In public forum, ONLY **content-neutral reg**. of time or manner are **allowed**.

i. streets
ii. parks
iii. public sidewalks
iv. NOT airports

b. **<u>Non-public forum</u>** = Gov. property not traditionally open to speech activities (public school, public hall)
- **Relaxed scrutiny** applies even to content-based reg. Any *reasonable* reg. on speech is OK. (reasonableness depends on the purpose)

Eg. Prison can prevent public access for security. Court house and its ground

Y. <u>CONTENT-BASED REGULATION</u>

Generally, **<u>require a compelling</u>** <u>state</u> **<u>interest</u>** <u>and are invalid</u>. Subject to ***strict scrutiny***, usually struck down)

Eg. flag desecration (burning) → struck down b/c content-based

1. **<u>Exception 1</u>: INCITEMENT**
Speech intended to incite immediate violence → Can be restricted even before violence

2. **<u>Exception 2</u>: FIGHTING WORDS / HATE SPEECH**

a. In theory, not protected speech. Fighting words = words that are so insulting that

the person who heard it might hit back or breach peace)

b. In practice, all laws banning fighting words / hate speech are unconstitutionally **vague or overbroad**. Often cts say: "fighting words are not protected, but this statute is too broad"

Eg. "words tending to a breach of the peace"
"offensive or abusive language"
"hate speech"

3. **Exception 3**: **OBSCENITY**

a. Material must be:

i. **S**exy (erotic, itchy, appeals to prurient interest – bloodshed is insufficient)

ii. **S**ickening – grossly (patently) offensive to average member of community (community can be whole US, state or city, but has to be judge by ordinary person in the community)

iii. **S**tandards – average US citizen If the rule doesn't have standard – then it is too broad.

iv. Lack of **S**erious value – educational/political (if good reviews, no obscenity)

Eg. Can the law prohibit as obscene material that "excites lust"?
→ No, b/c "lust" is overbroad.

Eg. Can a city impose a tax on all films that show frontal nudity?
→ No, b/c overbroad. Some are obscene, some are not.

Eg. Communications Decency Act (federal ban on "indecent"/"patently offensive" but not legally obscene internet communications to minors)
→ Struck down, b/c no practical way to assure that communications sent through the internet would not be received by minors.

b. **Seven dirty words** – although not obscene, **broadcasting** during hours when children might hear CAN be BANNED.

c. **Child pornography** – CAN be BANNED, whether or not it is legally obscene.

d. **Zoning adult theaters** – CAN be BANNED.
But, "adult film" cannot be banned, b/c overbroad

4. **Exception 4**: **DEFAMATION** (covered in torts)

5. **Exception 5**: **COMMERCIAL SPEECH**

Must be allowed if ***truthful*** and ***informational.***
Can be subject to significantly more regulation than non-commercial speech.
E.g. advertisement

Can be suppressed in 3 circumstances:

a. **Misleading** attention cannot ban *political* misleading speech.

Eg. Marijuana
- commerce: cannot advertise
- political: can advocate to legalize it

b. Pertaining to **illegal product**

c. If the law **directly advances a *substantial* *state interest** and the degree of suppression is **no greater than is reasonably necessary**.
Has to be **narrowly tailored to serve the substantial interest.**
The law must be well-crafted.
(More and more cts. are likely to strike down commercial speech reg.)

*Substantial interest - not compelling "substantial" is a buzz word, this word is only here in speech area.
inclu. alcohol, tobacco, gambling

Eg. Can US Postal Service prohibit mailings of unsolicited advertisements on the ground that many recipients would find the ads offensive? → NO b/c ads are not misleading, condoms are legal/no substantial interest in limiting contraception.

Z. FREEDOM OF THE PRESS – generally, the freedom of *the owner/publisher*

The press have **no greater nor smaller 1st Amend. freedom** than private citizen's.

AA. ELECTORAL PROCESS (campaign, ads, etc.)

1. Contributions (& coordinated expenditures) → Can be limited (eg. $10000 to 1 party)
2. Expenditures (if direct) → Cannot be limited.
3. Regulation of the electoral process: if the law regulates "core political speech" rather than the surrounding election → strict scrutiny applies.
   e.g. state law prohibiting any campaigning on election day – invalid.

BB. SPEECH BY GOV. EMPLOYEES

1. General rule: Public employees cannot be HIRED/FIRED based on **political party, political philosophy, any act of expression**.

2. **Exception** – *High-level policymakers* / their *confidential advisers*

Can be fired for *Not Doing the Job* – Consider the **impact on the job** (if it affects the

job, Gov. can fire employees) e.g. police officer can be fired for belonging to certain groups b/c job is affected since public confidence is important for police officer in doing his job. You cannot firegov't employees just because they are jerks.

3. Oath to affirm that she will ***oppose*** to violent overthrow of the gov't = OK.

FREEDOM OF RELIGION

CC. FREE EXERCISE CLAUSE

1. **Religious belief** → **Absolute** protection

   Religious oath of office holders or employees requirement – invalid.
   Ct cannot declare a religious belief to be false.

2. **Religious conduct** → Gov. cannot restrict it for the reason that it is religious. **Gov.'s interference w/general conduct**, inclu. religious conduct, is VALID.

3. **No right to accommodation (no special treatment)**
   → govt accommodation is OK, if there is other permissible and has only an incidental affect of advancing religion.

   Free exercise clause prohibits government interference with religious **beliefs**, but it generally does not prohibit regulation of **conduct**. If the governmental action regulates general conduct – including religious conduct – it is valid (e.g., banning any use of peyote is valid even though a group's religious belief require its use during it ceremonies).
   The only exceptions to this rule are those pertaining to unemployment compensation and the education of Amish children.

   Eg. Snake handling, plural marriage, peyote → Can be restricted
   Eg. Law banning putting any message on air-force's uniform is VALID, b/c it is not aimed at religion (everyone is regulated).
   Eg. Religious Freedom Restoration Act.
   → Struck down as beyond fed. legislative power in attempting to require accommodation of religious belief by states and localities.
   Eg. If public high school allows political groups access to its facility, it must also allow religious groups equal access on the same terms. (technically, this is free speech problem)

DD.ESTABLISHEMENT CLAUSE

1. **3 part test** – still good law, but not focused on. (In essence, a prohibition against laws regarding establishment of religion)
   The law must have :
   a. a non-religious purpose

b. a non-religious primary effect
c. no excessive gov. entanglement w/religion.

2. **Endorsement*** – today

Gov. cannot ***endorse a particular religion or religion generally***, at least not in circumstances where the endorsement might be ***coercive*** (non-believers might feel coerced, isolated or humiliated). ➔ People have freedom of religion + freedom from religion.

Eg. Official sponsored school prayer in public school → NO (b/c no matter how general the prayer is, kids might feel isolated)

Bible reading in school → OK as literature. NO if it is inspirational.

Legislative prayer (to begin congress session w/prayer)→ OK

Nativity scenes (Christmas time display) on public property

→ OK so long as there is something diluting religion.

E.g. Jesus with Rudolf the red nose.

E.g. State lending text book on secular subject to all students, including those at religious schools, does not violate EC.

《国家赔偿法学》教学大纲

马怀德　编写

目　录

第一章　国家赔偿法概述.....825
第一节　国家赔偿责任.....825
一、国家赔偿责任的概念.....825
二、国家赔偿责任的特征.....825
三、国家赔偿与近似的概念.....825
第二节　国家赔偿法.....825
一、国家赔偿法的概念.....826
二、国家赔偿法的渊源.....826
三、国家赔偿法的性质.....826
四、国家赔偿法的作用.....826
第三节　国家赔偿制度的产生和发展.....826
一、国家赔偿制度产生发展的历史阶段.....826
二、国家赔偿制度的理论依据.....826
三、国外国家赔偿制度的历史与现状.....827
四、我国的国家赔偿制度.....827
本章课外读物.....827
本章思考题.....827
第二章　国家赔偿责任的构成.....828
第一节　国家赔偿责任构成要件概述.....828
一、国家赔偿责任的构成要件.....828
二、国家赔偿责任的构成要件的特征.....828
三、确定国家赔偿责任的构成要件的目的.....828
第二节　国家赔偿和构成要件之一：主体要件.....828
一、主体要件的概念和特征.....829
二、侵权主体的种类.....829
第三节　国家赔偿责任要件之二：行为要件.....829
一、执行职务行为的概念及特征.....829
二、执行职务行为违法（违法归责原则）.....829
第四节　国家赔偿责任之三：损害结果要件.....830
一、损害的范围.....830
二、损害的对象.....830
三、损害行为与损害结果之间的因果关系.....830
四、缺乏因果关系的事实.....830
第五节　国家赔偿责任的要件之四：法律要件.....830
本章课外读物.....830
本章思考题.....831
第三章　国家赔偿的主体、范围和程序.....832
第一节　国家赔偿的主体.....832
一、国家赔偿主体的概念和种类.....832
二、外国国家赔偿的主体.....832

三、我国国家赔偿的主体.....832
第二节　国家赔偿的范围.....832
一、国家赔偿范围的概念和意义.....833
二、确定国家赔偿范围的标准.....833
三、我国的国家赔偿范围.....833
第三节　国家赔偿的程序.....833
一、国家赔偿程序的概念.....833
二、国家赔偿程序的特点.....833
三、涉外国家赔偿程序.....833
本章课外读物.....833
本章思考题.....834
第四章　行政赔偿概述.....835
第一节　行政赔偿的含义.....835
一、行政赔偿的概念.....835
二、行政赔偿的特征.....835
三、行政赔偿的种类.....836
四、行政赔偿的意义.....836
第二节　行政赔偿的构成要件.....836
一、行政赔偿构成要件的含义.....836
二、行政赔偿构成要件的内容.....836
本章课外读物.....836
本章思考题.....837
第五章　行政赔偿的范围.....838
第一节　行政赔偿范围概述.....838
一、行政赔偿范围的含义.....838
二、行政赔偿范围的法律规定方式和制约因素.....838
三、行政赔偿范围的特殊问题探讨.....838
第二节　侵犯人身权的行为.....838
一、人身权的概念和范围.....839
二、侵犯人身自由的行为.....839
三、侵犯生命健康权.....839
第三节　侵犯财产权的行为.....839
一、财产权的概念和范围.....839
二、侵犯财产权的行政处罚.....839
三、侵犯财产权的行政强制措施.....839
四、违法征收财物、摊派费用.....839
五、其他侵犯财产权的违法行为.....839
第四节　国家不承担赔偿责任的情形.....839
一、概述.....839
二、行政机关工作人员实施的与行使职权无关的个人行为.....840
三、因受害人自己行为致损害发生的。.....840
四、国家不承担责任的其他情形.....840
本章课外读物.....840

本章思考题.....840
第六章　行政赔偿请求人和赔偿义务机关.....841
第一节　行政赔偿请求人.....841
一、行政赔偿请求人的概念和特征.....841
二、行政赔偿请求人资格.....841
三、行政赔偿请求人的范围.....841
第二节　行政赔偿义务机关.....841
一、行政赔偿义务机关的概述.....841
二、行政赔偿义务机关的确认.....842
本章课外读物.....842
本章思考题.....842
第七章　行政赔偿程序.....843
第一节　行政赔偿程序概述.....843
一、行政赔偿程序的概念和意义.....843
二、行政赔偿程序的特征.....843
三、行政赔偿程序的种类.....843
第二节　单独提出赔偿请求的程序.....843
一、单独提出赔偿请求程序的含义.....843
二、行政赔偿义务机关的先行处理程序.....844
三、对行政事实行为单独提出赔偿请求的程序问题.....844
第三节　一并提出赔偿请求的程序.....844
一、行政复议程序.....844
二、行政赔偿诉讼程序概述.....844
三、行政赔偿诉讼程序的内容.....844
本章课外读物.....844
本章思考题.....845
第八章　司法赔偿概述.....846
第一节　司法赔偿的含义.....846
一、司法赔偿的概念和特征.....846
二、司法赔偿的种类.....846
三、司法赔偿的立法形式.....846
四、司法赔偿的意义.....846
第二节　司法赔偿的归责原则和构成要件.....847
一、司法赔偿的归责原则.....847
二、司法赔偿的构成要件.....847
本章课外读物.....847
本章思考题.....847
第九章　司法赔偿范围.....848
第一节　司法赔偿范围概述.....848
一、司法赔偿范围的含义.....848
二、司法赔偿范围的确定标准.....848
三、司法赔偿范围的法律规定方式.....848
第二节　刑事司法赔偿的范围.....848

一、侵犯人身权的刑事赔偿.....848
二、侵犯财产权的刑事赔偿.....849
第三节　民事、行政司法赔偿范围.....849
一、违法采取排除妨害诉讼强制措施的司法赔偿.....849
二、违法采取保全措施的司法赔偿.....849
三、错误执行判决、裁定和其他生效法律文书的司法赔偿.....849
四、民事、行政诉讼中司法工作人员侵权的赔偿.....849
第四节　国家不承担赔偿责任的情形.....849
一、国家不承担赔偿责任情形的含义.....849
二、因公民故意作虚伪供述或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的.....849
三、法律规定不负刑事责任的人被羁押的.....849
四、依照《刑事诉讼法》第15条规定不追究刑事责任的人被羁押的.....850
五、司法机关工作人实施的与行使职权无关的个人行为.....850
六、因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的.....850
七、法律规定国家不承担赔偿责任的其他情形.....850
本章课外读物.....850
本章思考题.....850
第十章　司法赔偿请求人和司法赔偿义务机关.....851
第一节　司法赔偿请求人.....851
一、司法赔偿请求人的概念和特征.....851
二、司法赔偿请求人的确认.....851
第二节　司法赔偿义务机关.....851
一、司法赔偿义务机关的概念和特征.....851
二、司法赔偿义务机关的不同模式.....851
三、司法赔偿义务机关的确认.....852
本章课外读物.....852
本章思考题.....852
第十一章　司法赔偿程序.....853
第一节　司法赔偿程序概述.....853
一、司法赔偿程序的概念.....853
二、司法赔偿程序的特征.....853
三、司法赔偿程序的种类及其区别.....853
第二节　司法赔偿处理程序.....853
一、司法赔偿处理程序的含义.....853
二、司法赔偿处理程序的步骤.....854
第三节　司法赔偿复议程序.....854
一、司法赔偿复议程序的含义.....854
二、司法赔偿复议程序的步骤.....854
第四节　司法赔偿决定程序.....854
一、司法赔偿决定程序的含义.....854
二、司法赔偿决定程序的步骤.....854
本章课外读物.....855
本章思考题.....855

第十二章　国家赔偿的方式、标准和费用.....856
第一节　国家赔偿方式.....856
一、国家赔偿方式的含义.....856
二、金钱赔偿.....856
三、返还财产.....856
四、恢复原状.....856
五、国家赔偿的其他方式.....856
第二节　国家赔偿计算标准.....857
一、确定计算标准的原则.....857
二、人身权损害赔偿的计算标准.....857
三、财产权损害赔偿的计算标准.....857
第三节　国家赔偿的费用.....857
一、国家赔偿费用的来源.....857
二、国家赔偿费用的支付与管理.....858
本章课外读物.....858
本章思考题.....858
第十三章　国家追偿.....859
第一节　国家追偿概述.....859
一、国家追偿的概念.....859
二、国家追偿的法律性质.....859
三、国家追偿的时效.....859
四、国家追偿的金额.....859
五、国家追偿的意义.....859
第二节　行政追偿.....859
一、行政追偿的概念和条件.....859
二、行政追偿程序.....860
第三节　司法追偿.....860
一、司法追偿的含义.....860
二、司法追偿的范围.....860
三、司法追偿程序.....860
本章课外读物.....860
本章思考题.....860

第一章　国家赔偿法概述

本章通过主要对国家赔偿责任的概念、特征及近似概念的关系，国家赔偿法的概念、特征、性质及渊源，以及国家赔偿制度的历史发展与现状的介绍，使学生对国家赔偿法有一个初步的、整体性的了解，为后面章节具体内容的学习打下基础。

学习重点：国家赔偿责任的概念及特征。

学习难点：国家赔偿责任的概念及特征。

通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：国家赔偿责任的概念及特征。

掌握：国家赔偿法的概念及国家赔偿法的渊源。

一般了解：国家赔偿制度的历史发展和现状。

学时分配：3 学时

第一节　国家赔偿责任

本节通过对国家赔偿责任这一基本概念的含义、特征及与近似概念的关系的介绍，使学生对这一重点概念有一个比较明确、清晰的认识，并以此为基础对国家赔偿法作进一步的学习。

一、国家赔偿责任的概念

国家赔偿是指国家对国家机关及其工作人员违法行使职权造成的损害给予赔偿的活动。

二、国家赔偿责任的特征

与其他形式的赔偿责任相比，国家赠偿责任具有以下特征：

国家承担责任，机关履行赔偿义务；

赔偿范围有限；

赔偿方式和标准法定化；

赔偿程序多元化。

三、国家赔偿与近似的概念

国家赔偿与行政赔偿是种属关系。

国家赔偿与国家补偿的基本区别是原因不同。

国家赔偿与民事赔偿的责任主体、责任性质等均不相同，且适用的赔偿原则、标准和程序也有所不同。

行政赔偿与司法赔偿同属于国家赔偿的一部分，都是行使职权行为引起的国家责任，其责任性质、赔偿方式和标准是相同的。

国家赔偿与公有公共设施致害赔偿的最大区别是：前者是行使国家权力引起的国家责任，后者是非权力行为引起的国家责任。

第二节　国家赔偿法

本节通过对国家赔偿法的概念、渊源、性质及作用的介绍，使学生从各个角度对国家赔偿法的

含义有一个整体性的、较为完整的了解和掌握。

重点掌握：国家赔偿法的性质；

一般了解：国家赔偿法的概念和作用。

一、国家赔偿法的概念

国家赔偿法和概念有广义、狭义之分。

广义的国家赔偿法是指有关国家赔偿的所有法律规范的总称。包括宪法、民法、诉讼法、行政法和特别法中关于国家赔偿的各种法律规范。

狭义的国家赔偿法是指专门规定国家赔偿内容的法典。

二、国家赔偿法的渊源

国家赔偿法的渊源是指国家赔偿法律规范的根本来源和表现形式。包括：宪法、民法、诉讼法、行政法、判例、法律解释、国际条约。

三、国家赔偿法的性质

国家赔偿法的性质是指国家赔偿法在某种法律体系中所处的位置。

理论界关于国家赔偿法和性质有四种观点：

私法说，强调对权利的救济；

公法说，着眼于救济权利时所适用的规则；

折中说；国家法说。

四、国家赔偿法的作用

1．我国建立国家赔偿制度，是落实宪法原则；

2．保障公民、法人和其他组织的合法权益；

3．监督和改进国家机关工作，促进其依法行使职权。

第三节　国家赔偿制度的产生和发展

本节通过对国家赔偿制度产生发展的历史阶段、国家赔偿制度的理论根据、国外国家赔偿制度的历史与现状及我国的国家赔偿制度的介绍，使学生对国内外国家赔偿制度的产生及发展脉络有一个清晰地梳理。

学习重点、难点：国家赔偿制度的理论依据。

一般了解：国家赔偿制度产生发展的历史阶段。

一、国家赔偿制度产生发展的历史阶段

国家赔偿制度的全面否定阶段，19 世纪中叶以前，对于国家机关及其工作人员的侵权行为，没有哪个国家明确承担赔偿责任。

国家赔偿制度的相对肯定阶段，任何理论都是一定环境下的产物，与时俱进是一般规律。

国家赔偿的全面肯定阶段，二次大战后国家赔偿制度被普遍认同。

二、国家赔偿制度的理论依据

在国家赔偿制度的建立和发展过程中，出现了多种国家赔偿理论：

“国库理论说”；
“特别牺牲说”；
“公平负担说”；
“法律拟制说”等。

三、国外国家赔偿制度的历史与现状

法国的国家赔偿制度，法国是最早建立国家赔偿制度的国家之一，渊源以判例为主，赔偿的范围十分广泛，归责原则是公务过错原则，原则上由行政法院管辖适用行政法的原则。

德国的国家赔偿制度，立法内容丰富、体系完整，赔偿范围较宽，采用客观过错原则，赔偿方式灵活多样，由普通法院管辖。

美国的国家赔偿制度，以成文法为主要渊源，本质上属于民事侵权责任由普通法院管辖，司法赔偿案件由索赔法院管辖，赔偿的范围较窄，实行主观过错原则。

英国的国家赔偿制度，属于民法侵权责任由普通法院管辖，赔偿范围有限，司法机关及其司法人员享有豁免权。

日本的国家赔偿制度，采用过错加违法原则，赔偿的范围主要包括行政使公权力的损害赔偿和公共营造物的损害赔偿，存在比较完善的损失补偿制度。

四、我国的国家赔偿制度

我国国家赔偿制度的历史可以划分为三个阶段：
中华人民共和国成立前的国家赔偿制度；
中华人民共和国成立至 1994 年的国家赔偿制度；
1994 年以后的国家赔偿制度。

本章课外读物

1．马怀德著：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社 1994 年版。
2．马怀德主编：《国家赔偿问题研究》，法律出版社 2006 年版。
3．杨小军著：《国家赔偿法律问题研究》，北京大学出版社 2005 年版。
4．高家伟著：《国家赔偿法》，商务印书馆 2004 年版。
5．董保城：《国家责任法》，（台）神州图书出版有限公司 2002 年版。
6．刘春堂著：《国家赔偿法》（六刷），（台）三民书局 2001 年版。
7．廖义男：《国家赔偿法》（增订二版），自刊，1998 年版。
8．姬亚平：《论国家赔偿法的废止》，载《南华大学学报》(社科版) 2004 年 03 期。

本章思考题

1．国家赔偿责任的特点是什么？
2．国家赔偿的理论基础是什么？
3．国家赔偿法的性质是什么？
4．国家赔偿法的产生与发展具有哪些一般规律？

第二章　国家赔偿责任的构成

本章通过对国家赔偿责任的构成要件的概述及各构成要件的具体介绍，使学生对国家赔偿责任的构成问题有一个明确的认识，使其了解国家赔偿责任的构成情况，进而掌握国家承担赔偿责任的理论支撑与具体情形。

学习重点：国家赔偿责任的行为要件和后果要件。

学习难点：国家赔偿责任的行为要件。

通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：国家赔偿责任的行为要件和后果要件。

掌握：国家赔偿的主体要件和法律要件。

一般了解：国家赔偿的构成要件概述。

学时分配：3 学时

第一节　国家赔偿责任构成要件概述

本节通过对国家赔偿责任的构成要件的概念、特征及确定国家赔偿责任的构成要件的目的的介绍使学生对国家赔偿责任构成这一概念有个总体上的了解，以便在此基础上学习各构成要件的具体内容。

掌握：国家赔偿责任的构成要件的概念、特征。

了解：确定国家赔偿责任的构成要件的目的。

一、国家赔偿责任的构成要件

国家赔偿责任的构成要件是指国家承担赔偿责任的必要条件，是判断赔偿责任是否成立的重要标准，也是国家赔偿案件审理裁判的主要依据。

二、国家赔偿责任的构成要件的特征

国家赔偿责任构成要件的数量多；

每个构成要件的内容与民事赔偿责任都有较大的区别；

根据不同的损害种类会发生变化，而民事赔偿的构成要件比较稳定。

三、确定国家赔偿责任的构成要件的目的

1．界定国家赔偿范围

2．便于国家赔偿案件各方当事人行使权利履行义务

3．便于区分不同种类的国家赔偿责任形式

第二节　国家赔偿和构成要件之一：主体要件

本节通过对主体要件的概念、特征及侵权主体的种类的介绍，使学生对这一主体要件有一个深刻的认识。

重点掌握：侵权主体的种类

了解：主体要件的概念和特征

一、主体要件的概念和特征

国家赔偿责任的主体要件是指国家承担赔偿责任必须具备的主体条件，即国家对哪些组织和个人的侵权行为负责赔偿。

这里的主体要件是指侵权行为主体，而不是责任主体；侵权行为主体要件经历了由强变弱的过程。

二、侵权主体的种类

1．国家机关，是指依照宪法和组织法的规定设置的行使国家权力，实现国家职能的机关，包括国家行政机关、国家司法机关。

2．国家机关工作人员，是指国家依照法定方式和程序任用的，在各类国家机关工作的，行使国家权力执行公务的人员。

3．法律、法规授权的组织，是指根据具体法律、法规的授权而行使特定行政职能的非国家机关组织。

4．行政机关报委托的组织，是指受行政机关的委托行使一定行政职权的非国家机关的组织和非国家公务员的个人。

第三节　国家赔偿责任要件之二：行为要件

本节通过对执行职务行为的概念及特征、违法归责原则的介绍，使学生掌握国家赔偿责任要件中重点、难点的行为要件，进而加深对国家赔偿责任要件的认识。

重点掌握：违法归责原则、界定执行职务行为的标准

掌握：执行职务行为的概念、分类

一、执行职务行为的概念及特征

1．国家赔偿责任中的行为要件是指国家承担赔偿责任必须具备的行为条件，换言之，国家对侵权主体实施的何种行为承担赔偿责任。

2．界定执行职务行为的标准：

实质内容理论，又称主观标准说，主张采用主观标准即行为人的主观意思表示判断行为的性。

外表形式理论，又称客观标准说，主张执行职务的范围应当以社会观念为准。

有关论，是指凡是与执行职务、行使职权有关的行为，只要符合其他赔偿责任的构成要件，国家就应当对该行为造成的损害承担赔偿责任。

3．执行职务行为的分类

根据执行职务的行为是否具有强制命令的属性，可将其划分为两：权力行为和非权力行为。

根据执行职务的行为是否直接发生法律后果，可分为事实行为和法律行为。

二、执行职务行为违法（违法归责原则）

1．国家赔偿法的归责原则，指国家承担赔偿责任的依据和标准，也就是国家为什么要对某一行为承担赔偿责任。

2．国家赔偿责任的种类和设定

过错加违法或不法原则

过错归责原则

违法归责原则

3．我国国家赔偿法确定的归责原则

我国国家赔偿法采用的是违法原则，也就是说国家只对违法行使职权的行为才承担赔偿责任。

4．违法归责原则的理解和适用

违法归责原则是确定国家赔偿责任的基本准则，其中的“法”是广义的法；

既包括作为违法，也包括不作为违法；包括法律行为违法，也包括事实行为违法。

第四节　国家赔偿责任之三：损害结果要件

本节通过对损害的范围、损害的对象、损害行为与损害结果之间的因果关系、缺乏因果关系的事实的介绍，使学生掌握关于损害结果要件的具体内容。

重点掌握：损害的范围、因果关系

掌握：损害的对象

一般了解：缺乏因果关系的事实

一、损害的范围

损害包括人身损害和财产损害，对物的损害大多数国家原则上只赔偿直接损害，不赔偿间接损害。

二、损害的对象

一个人能否成为损害赔偿的对象，关键在于行政机关所负的职责是否为了直接保护他的利益。

三、损害行为与损害结果之间的因果关系

国家赔偿责任中的因果关系，是以国家机关及公务员的公职义务为基础，以受到法律保护的受害人权益为依托，以违反公职义务与权益遭到损害之间的关系为内容，用客观、恰当、符合正常社会经验的方式衡量确定的逻辑关系。

四、缺乏因果关系的事实

受害人的过错

不可抗力

第三者介入

第五节　国家赔偿责任的要件之四：法律要件

构成国家赔偿责任还必须满足“有法律规定”这一要件。

这里的法律规定指现实存在的所有规定国家赔偿责任的法律、法规和判例等，这一要件的目的是限制国家赔偿的范围。

本章课外读物

1．马怀德著：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社 1994 年版。

2．江必新：《国家赔偿法原理》，中国人民公安大学出版社 1994 年版。

3．肖峋：《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》，中国民主法制出版社 1994 年版。

4．杨小军：《国家赔偿的归责原则与归责标准》，载《法学研究》，2003．2。

5．高家伟著：《国家赔偿法》，商务印书馆 2004 年版。

6．董保城：《国家责任法》，（台）神州图书出版有限公司 2002 年版。

本章思考题

1．试论述国家赔偿责任中的因果关系认定？

2．试评价我国国家赔偿的归责原则及其完善？

3．如何判断一个行为是否为执行职务的行为？

4．我国国家赔偿中的侵权主体、责任主体、赔偿义务主体具有什么特征？其是否合理？如何完善？

5．试评价我国国家赔偿中属于赔偿范围的的损害类型。

第三章　国家赔偿的主体、范围和程序

本章通过对国家赔偿的主体、范围、程序的介绍，使学生更为具体地掌握关于国家赔偿的各细节及获得国家赔偿的具体步骤，对国家赔偿的操作性内容有一个比较清晰的掌握，以便为学习行政赔偿和司法赔偿奠定基础。

通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：我国国家赔偿的主体构成；我国国家赔偿范围的法律规定；国家赔偿程序的特点。

掌握：国家赔偿主体的各种模式；确立国家赔偿范围的标准；国家赔偿范围中存在的问题；涉外国家赔偿程序。

一般了解：外国国家赔偿的主体、范围和程序。

学时分配：4 学时

第一节　国家赔偿的主体

本节通过对国家赔偿主体的概念和种类、外国国家赔偿的主体及我国国家赔偿主体的介绍，使学生掌国家赔偿的主体构成、国家赔偿主体的各种模式等关于国家赔偿主体的重要内容。

重点掌握：我国国家赔偿的主体构成

掌握：国家赔偿主体的各种模式

一般了解：外国国家赔偿的主体

一、国家赔偿主体的概念和种类

国家赔偿主体是指对国家机关及其工作人员行使职权过程中的侵权行为承担赔偿责任的法律主体，即国家赔偿的责任主体。

在我国，国家机关及工作人员不是国家赔偿的责任主体，而只有国家作为赔偿的责任主体。

二、外国国家赔偿的主体

1．德国国家赔偿主体包括：国家；公共团体、公共设施和公法基金会；具有部分法律能力的行政机构；授权性行政主体；私法组织形式的行政主体。

2．法国国家赔偿主体包括：行政主体；公务员。

3．英国国家赔偿主体包括：公务员；国家；地方政府和公法人。

4．美国国家赔偿主体包括：国家；公务员；州和地方政府。

三、我国国家赔偿的主体

我国法律对国家赔偿责任主体的规定不一致，《国家赔偿法》规定“国家”是唯一的赔偿责任主体。

第二节　国家赔偿的范围

本节通过对国家赔偿范围的概念和意义、确定国家赔偿范围的标准、我国国家赔偿的范围等内容的介绍，使学生掌握我国国家赔偿范围的法律规定及国家赔偿范围中存在的问题等内容。

重点掌握：我国国家赔偿的法律规定

掌握：确立国家赔偿范围的标准、国家赔偿范围中存在的问题

一般了解：外国国家赔偿的范围

一、国家赔偿范围的概念和意义

国家赔偿范围是指国家承担赔偿责任和公民、法人和其他组织行使赔偿请求权的范围。
明确国家赔偿责任的范围有利于赔偿义务机关准确认定国家赔偿责任的大小；
有利于人民法院正确受理和审理国家赔偿案件；
有利于公民、法人或者其他组织正确行使国家赔偿请求权。

二、确定国家赔偿范围的标准

主体标准：国家机关及其工作人员。
行为标准：国家机关工作人员的职务行为。
损害标准：损害限于合法的人身权和财产权。

三、我国的国家赔偿范围

《国家赔偿法》采取概括与列举、排除与肯定、行为与权利相结合的方式规定国家赔偿的范围。

第三节　国家赔偿的程序

本节通过对国家赔偿程序的概念、特点及涉外国家赔偿程序的介绍，使学生对获得国家赔偿的具体方式及步骤有一个比较明确的掌握。

重点掌握：国家赔偿程序的特点
掌握：涉外国家赔偿程序
一般了解：外国国家赔偿程序

一、国家赔偿程序的概念

国家赔偿程序，是指赔偿义务机关办理赔偿案件、受害人行使赔偿请求权的步骤、顺序、时间、方式和方法。

二、国家赔偿程序的特点

违法确认程序：确认国家机关及其工作人员的行为违法是请求国家赔偿的前提条件。

赔偿义务机关先行处理：赔偿请求人单独请求国家赔偿的，要先经赔偿义务机关先行处理，然后才能起诉。

短时效：赔偿请求人请求国家赔偿的时效为 2 年。

适用调解：赔偿诉讼中可适用调解。

三、涉外国家赔偿程序

涉外国家赔偿是指赔偿请求人是外国人的国家赔偿，即涉外国家赔偿中的涉外因素限于赔偿请求人是外国人或无国籍人。

涉外国家赔偿程序，是有关国家机关处理涉外国家赔偿案件的程序，与一般的国家赔偿程序相比较，涉外国家赔偿的特殊性规定表现在代理、送达、期间等方面。

本章课外读物

1．马怀德著：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社 1994 年版。

2．江必新：《国家赔偿法原理》，中国人民公安大学出版社 1994 年版。
3．肖峋：《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》，中国民主法制出版社 1994 年版。
4．杨小军著：《国家赔偿法律问题研究》，北京大学出版社 2005 年版。
5．高家伟著：《国家赔偿法》，商务印书馆 2004 年版。
6．郭清君，周泽春，田玲：《五位法学专家谈国家赔偿制度缺陷》，载《检察风云》，2003．16．

本章思考题

1．抽象行政行为是否应当纳入国家赔偿范围？为什么？
2．国有公共设施是否应当纳入国家赔偿范围？为什么？
3．行政不作为是否有必要明确纳入国家赔偿范围？为什么？
4．国家赔偿的权利范围仅限于人身权和财产权是否妥当？如何完善？
5．现有国家赔偿程序具有哪些特点？是否合理？如何完善？

第四章　行政赔偿概述

本章主要介绍行政赔偿的的基础性问题，包括行政赔偿的概念、特征、种类和构成要件等。通过本章的学习，要求学生掌握以下内容；

重点掌握：行政赔偿的概念以及与相关概念的区别；行政赔偿的构成要件。

掌握：行政赔偿的特征和分类。

一般了解：行政赔偿的意义

学时分配：2 学时

第一节　行政赔偿的含义

本节系统介绍了行政赔偿的概念、特征、种类以及意义等内容。通过本章学习要求学生重点掌握：行政赔偿的概念和特征以及相关概念的联系。

一般了解：行政赔偿的意义。

一、行政赔偿的概念

行政赔偿是行政机关及其工作人员在行使职权过程中违法侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并并造成损害的，国家对此承担的赔偿责任。

其是国家的赔偿责任，而不是个人的责任；

其是国家对行政侵权行为承担的责任；

其是国家对工作人员的行为承担的责任；

其是对合法权益损害的赔偿责任。

二、行政赔偿的特征

（一）行政赔偿与行政补偿的联系与区别

1．原因不同;

2．范围不同;

3．程度不同;

4．程序不同;

5．性质不同;

6．依据不同。

（二）行政赔偿与民事赔偿的联系与区别

1．主体不同;

2．原因不同;

3．范围不同;

4．归责原则不同;

5．程序不同;

6．依据不同。

（三）行政赔偿与司法赔偿的联系与区别

1．实施侵权行为的主体不同

2．实施侵权行为的时间不同

3．追偿的条件不同

4．程序不同

（四）行政赔偿与行政诉讼的联系与区别

二者的联系具体体现在：共同构成完整的行政救济、赔偿最终要通过诉讼等；

二者的区别具体表现在：客体不同、受案范围不同、适用的程序不同等。

三、行政赔偿的种类

一般行政赔偿与涉外行政赔偿；

单独行政赔偿与连带的行政赔偿；

单独提起的行政赔偿与一并提起的行政赔偿；

侵犯人身权的行政赔偿和侵犯财产权的行政赔偿。

四、行政赔偿的意义

1．行政赔偿是对公民、法人和其他组织提供有效与充分救济的途径。

2．行政赔偿是督促和保障行政机关依法行政的有效手段。

3．行政赔偿有利于促进市场经济的健康发展。

第二节　行政赔偿的构成要件

本节详细介绍了行政赔偿的各个构成要件的含义和内容，要求学生掌握各个行政赔偿要件的准确含义和学会运用构成要件理论解决和分析实际案例。

一、行政赔偿构成要件的含义

行政赔偿构成要件是国家对行政侵权行为承担责任的必备条件，其与归责原则具有密切联系。

二、行政赔偿构成要件的内容

1．主体要件：行政机关及其工作人员等。

2．行为要件：在行使行政职权过程中的职务行为，包括具体行政习惯难为、事实行为和行政不作为。

3．违法要件：关键是理解违法的含义。

4．损害要件：我国行政赔偿的损害范围只限于人身权和财产权损害。

5．因果关系要件：在理论上有多种学说，但相当因果关系理论较有说服力。

本章课外读物

1．马怀德著：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社 1994 年版。

2．江必新：《国家赔偿法原理》，中国人民公安大学出版社 1994 年版。

3．肖峋：《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》，中国民主法制出版社 1994 年版。

4．王名扬：《法国公务员的行政赔偿责任》，载《比较法研究》1987 年第 1 期。

5．高家伟著：《国家赔偿法》，商务印书馆 2004 年版。

6．董保城：《国家责任法》，（台）神州图书出版有限公司 2002 年版。

7．刘春堂著：《国家赔偿法》（六刷），（台）三民书局 2001 年版。

8．王和雄著：《行政不作为之权利保护》，（台） 三民书局 1994 年版。

本章思考题

1．行政赔偿与行政补偿的关系?行政补偿是否有必要纳入统一的国家赔偿法中?为什么?
2．现行国家赔偿法中的“违法”的含义是什么？
3．行政赔偿与民事赔偿有什么关系？
4．行政赔偿中的因果关系如何认定?在行政不作为中，因果关系的认定是否有特殊性?为什么?

第五章　行政赔偿的范围

本章系统介绍了行政赔偿的范围问题，通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：我国现有行政赔偿范围的规定；

掌握：行政赔偿范围的基本概念、特殊行为的可赔性以及权益损害的范围等。

一般了解：有关行政赔偿范围问题上的有关争议。

学时分配：3 学时

第一节　行政赔偿范围概述

本节简略介绍了行政赔偿范围的一般理论，包括法律规定赔偿范围的模式、意义、制约因素并对一些特殊类型的行政是否属于国家赔偿范围问题进行了探讨。

通过本节的学习，要求学生对行政赔偿的范围有一些基本的认识，尤其要对有争议的行为是否属于国家赔偿问题有一定的认识。

一、行政赔偿范围的含义

国家对行政机关 及其工作人员在行使职权中侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成的损害的哪些行为承担赔偿责任。

其确定了受害人赔偿请求权的范围；

其确定了行政赔偿义务机关履行赔偿义务的范围；

限定了赔偿案件的范围。

二、行政赔偿范围的法律规定方式和制约因素

（一）法律规定方式

概括式、列举式、概括式与列举式相结合。我国是概括式与列举式相结合的模式。

（二）确定行政赔偿范围的制约因素

政治体制；经济因素；理论因素。

三、行政赔偿范围的特殊问题探讨

（一）抽象行政行为的可赔性问题

（二）国家行为

（三）行政裁量行为

（四）行政机关对公务员的管理行为

（五）行政事实行为

（六）最终裁决行为

第二节　侵犯人身权的行为

本节针对我国行政赔偿的侵犯人身权的行为进行了详细介绍，通过本章学习，要求学生掌握我国法律明确规定的侵犯人身权的行为。

一、人身权的概念和范围

民法上的人身权概念；
我国国家赔偿法中的人身权比较狭小，限于生命健康权、人身自由权、名誉权和荣誉权等。

二、侵犯人身自由的行为

行政拘留、限制人身自由的行政强制措施、非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民的人身自由。

三、侵犯生命健康权

暴力行为、违法使用武器和警械、其他造成公民身体伤害或死亡的违法行为。

第三节　侵犯财产权的行为

本节详细介绍了我国国家赔偿法中明确规定的侵犯财产权的行政职权行为。通过本节的学习，学生要掌握属于国家赔偿的侵犯财产权的行为活动。

一、财产权的概念和范围

财产权有广义和狭义之别。
国家赔偿法中的财产权应当属于广义概念，具体包括物权、债权、知识产权、经营权和物质帮助权。

二、侵犯财产权的行政处罚

罚款、没收、吊销许可证和执照、责令停产停业、其他行政处罚。

三、侵犯财产权的行政强制措施

查封、扣押、冻结、保全、拍卖等。

四、违法征收财物、摊派费用

乱收费、乱摊派。

五、其他侵犯财产权的违法行为

第四节　国家不承担赔偿责任的情形

本节主要介绍了行政赔偿领域中，国家不承担责任的情形，学生通过本节的学习，要能够在案件中准确适用国家不承担责任的情形。

一、概述

国家不承担责任与国家免责的关系；
我国国家赔偿法中规定的在行政赔偿领域中不承担责任的情形，包括：个人行为、自己行为和法律规定的其他行为。

二、行政机关工作人员实施的与行使职权无关的个人行为

人行为的识别和判断。

三、因受害人自己行为致损害发生的。

关键要掌握受害人的过错和行为以及要综合考虑行政机关的法定职责等因素。

四、国家不承担责任的其他情形

不可抗力、第三人过错、受害人从其他渠道获得救济的（保险、公费医疗等）。

本章课外读物

1．马怀德著：《行政赔偿的范围》，载《江海学刊》1994 年第 5 期。
2．王建民著：《行政赔偿范围与标准分析》，载《法律适用》2002 年第 4 期。
3．洪文：《国家赔偿范围研究》，载《人民司法》2001 年 12 月。
4．李召亮：《论行政赔偿范围的渐进扩展》，《政法论丛》2000 年第 5 期。
5．曹慧丽：《国家行政赔偿制度存在的问题及其完善对策》，载《江西社会科学》2003 年 12 月。
6．侯舒梅：《中国的行政赔偿制度及其在实践中的运用》，载《郑州大学学报》（社会科学版）2000 年 9 月。

本章思考题

1．我国国家赔偿法关于行政赔偿范围的规定具有哪些特点？如何完善？
2．抽象行政行为是否应当纳入国家赔偿范围？为什么？
3．如何认定行政不作为的国家赔偿责任？
4．受害人通过其他渠道获得的救济是否就应当免除国家的责任？为什么？
5．行政裁量行为造成的损害是否应当纳入国家赔偿的范围？为什么？

第六章　行政赔偿请求人和赔偿义务机关

本章介绍了行政赔偿请求人和概念、特征、范围和赔偿义务机关的概念、确认等问题，通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：行政赔偿请求人的概念、特征和种类；行使赔偿义务机关的种类；

掌握：行政赔偿请求人与行政诉讼原告的区别和联系；行政赔偿请求人资格；行政赔偿义务机关的概念和特征；

一般了解：有关行政赔偿义务机关的设立模式；行政赔偿义务机关确认中存在的问题。

学时分配：2 学时

第一节　行政赔偿请求人

本节介绍了行政赔偿请求人的概念和特征、行政赔偿请求人资格及范围等问题，通过本节的学习，要求学生全面掌握关于行政赔偿请求人的系统知识。

一、行政赔偿请求人的概念和特征

行政赔偿请求人是指依法享有取得国家赔偿的权利，请求赔偿义务机关确认和履行国家赔偿责任的公民、法人或者其他组织。

依法享有取得国家赔偿权利，以自己的名义请求，依法被确认为合格的公民、法人或其他组织。

二、行政赔偿请求人资格

行政赔偿请求人资格是指特定的公民、法人或者其他组织成为行政赔偿请求人所应具备的实体法条件，是公民、法人或者其他组织请求赔偿义务机关履行赔偿责任的法定条件之一。

三、行政赔偿请求人的范围

受害人，其主要是直接受害人。

间接受害人或利害关系人的赔偿请求人的资格问题探讨。

如何确立国家精神损害赔偿责任的话，则有必要探讨精神损害的请求权人的具体范围。

第二节　行政赔偿义务机关

本节主要介绍了行政赔偿义务机关的具体确认规则，学生通过本节学习，必须能够将我国现行行政赔偿义务机关的确认规则运用于实践中。

一、行政赔偿义务机关的概述

行政赔偿义务机关是代表国家处理赔偿请求、支付赔偿费用、参加赔偿诉讼的行政机关。

在我国行政赔偿义务机关不同于行政侵权行为人，也不同于国家赔偿责任的主体。

赔偿义务机关在世界范围内有四种类型，我国实行的是实施侵权行为的行政机关或公务员所属的行政机关作为赔偿义务机关。一般认为这种模式有利于督促行政机关依法行政、便于受害人获得救济和有利于精简机构。

二、行政赔偿义务机关的确认

1．单独的赔偿义务机关
2．共同的赔偿义务机关
3．法律法规授权的组织
4．委托的行政机关
5．行政机关被撤销时的赔偿义务机关
6．经过行政复议的赔偿机关之确认
7．派出机关作赔偿义务机关

本章课外读物

1．马怀德主编：《国家赔偿问题研究》，法律出版社 2006 年版。
2．王世涛：《论行政侵权主体》，载《国家检察官学院学报》2004 年 8 月。
3．高吉利：《论我国行政赔偿主体反及其拓展》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年 9 月。

本章思考题

1．试评价我国行政赔偿请求人的范围？
2．我国行政赔偿义务机关制度具有哪些特点？实践中暴露了哪些问题？如何完善？

第七章　行政赔偿程序

本章系统地介绍了行政赔偿的程序问题，通过本章的学习要求学生掌握获得国家行政赔偿的各种具体程序，进而完成对行政赔偿问题的系统学习。

重点掌握：我国行政赔偿程序的特点；行政侵权赔偿诉讼程序的特殊问题；单独提出赔偿请求程序的步骤。

掌握：行政赔偿程序的概念；与行政补偿程序的联系与区别；与民事赔偿程序、刑事赔偿程序的区别。

一般了解：行政赔偿程序的意义务分类。

学时分配：3 学时

第一节　行政赔偿程序概述

本节通过对行政赔偿程序的概念和意义、行政赔偿程序的特征及种类的介绍，使学生对行政赔偿程序有一个总体性的概念。

一、行政赔偿程序的概念和意义

行政赔偿程序是指受害人依法取得国家赔偿权利、行政机关或者人民法院依法办理行政赔偿事务应当遵守的方式、步骤、顺序、时限等手续的总称。

保障受害人依法取得和行使行政赔偿请求权；规范国家机关受理和处理赔偿请求的手续、及时确认和履行赔偿责任。

二、行政赔偿程序的特征

简便、迅速，方便受害人行使赔偿请求权。

三、行政赔偿程序的种类

单独提出赔偿请求的程序和一并提出赔偿请求的程序
行政赔偿处理程序和行政赔偿诉讼程序
行政先行处理程序、行政复议程序和行政赔偿诉讼程序
人身权侵权赔偿程序和财产权侵权赔偿程序
一般行政赔偿程序和涉外行政赔偿程序

第二节　单独提出赔偿请求的程序

本节介绍了单独提出赔偿请求程序的含义、行政赔偿义务机关的先行处理程序及对行政事实行为单独提出赔偿请求的程序问题，要求学生准确、全面、系统地掌握单独提出赔偿请求的程序。

一、单独提出赔偿请求程序的含义

与一并提出赔偿请求的程序相比较，单独提出赔偿请求程序的特点是赔偿义务机关的先行处理程序。

二、行政赔偿义务机关的先行处理程序

先行处理程序是指赔偿请求人在请求损害赔偿时，先向有关的赔偿义务机关提出赔偿请求，双方就有关赔偿的范围、方式、金额等事项进行自愿协商或由赔偿义务机关决定，从而解决赔偿争议的程序。

三、对行政事实行为单独提出赔偿请求的程序问题

受害人应当首先请求赔偿义务机关确认事实行为的职权性和违法性；如果赔偿义务机关拒绝，则受害人可以直接请求人民法院判决确认加害行为的违法性和赔偿义务机关的赔偿责任。

第三节　一并提出赔偿请求的程序

本节介绍了一并提出赔偿请求的行政复议程序和行政赔偿诉讼程序，通过学习，学生应当准确地掌握两种程序及之间的异同。

一、行政复议程序

申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求。

二、行政赔偿诉讼程序概述

行政赔偿诉讼程序是指人民法院受理行政赔偿请求的程序，是一种特殊的行政诉讼，受害人可以在提起行政诉讼时一并提出赔偿要求，即提起行政赔偿诉讼，也可以在行政复议机关作出决定或者赔偿义务机关作出决定之后，向法院提起行政赔偿诉讼。

三、行政赔偿诉讼程序的内容

1．行政赔偿诉讼的起诉条件

原告是受害人、有明确的被告、有具体的诉讼请求和事实依据、属于法院的受案范围和受诉法院管辖、在时效内、符合其他规定条件。

2．行政赔偿诉讼的审判组织

合议制。

3．举证责任的分配

不同于一般的行政诉讼举正规则。理论上存在一定的争议。

4．行政赔偿诉讼的审理方式

可以适用调解。

5．行政赔偿诉讼中的先予执行

6．行政诉讼裁判的执行

本章课外读物

1．马怀德：《国家赔偿法的理论与实务》，中国法制出版社 1994 年版。

2．江必新：《国家赔偿法原理》，中国人民公安大学出版社 1994 年版。

3．肖峋：《中华人民共和国国家赔偿法的理论与实用指南》，中国民主法制出版社 1994 年版

4．刘飞宇：《对行政赔偿先行处理程序的思考——兼论国家赔偿法的修改》，载《新东方》2004 年第 9 期。

5．张新奎：《浅析我国行政赔偿程序种类及其适用》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》

1999 年第 4 期。

本章思考题

1．世界上关于行政赔偿的程序有哪些做法？我国是哪种做法？为什么/

2．试评价我国行政赔偿程序？

3．试论述行政赔偿诉讼举证责任的分配？

第八章　司法赔偿概述

本章主要介绍司法赔偿的的基础性问题，包括悚地赔偿的含义、特征、种类和构成要件等。通过本章的学习，要求学生掌握以下内容：

重点掌握：司法赔偿的含义和归责原则

掌握：司法赔偿的特征和构成要件

一般了解：司法赔偿的种类和立法形式

学时分配：2 学时

第一节　司法赔偿的含义

本节介绍了司法赔偿的概念和特征、种类及立法形式，要求学生从整体性掌握司法赔偿的含义。

一、司法赔偿的概念和特征

司法赔偿是指司法机关及其工作人员在行使侦查权、检察权、审判权和监狱管理职权时违法给无辜的公民、法人或其他组织的生命、健康、自由和财产造成损害的，国家应当承担的赔偿责任。

从不同的角度可以认识其特点：

主体特点、原因特点、范围特点、程序特点。

二、司法赔偿的种类

刑事赔偿、民事诉讼中的赔偿和行政诉讼中的赔偿

侵犯人身权的司法赔偿和侵犯财产权的司法赔偿

一般司法赔偿和涉外司法赔偿

公安机关侵权的司法赔偿、人民检察院的司法赔偿、人民法院的司法赔偿和监狱管理机关的司法赔偿

三、司法赔偿的立法形式

国外司法赔偿的立法形式：既规定在宪法中，又规定在其他法律中；通过宪法、国家赔偿法、冤狱赔偿法等三个层次的立法规定司法赔偿；通过民法、国家赔偿法或有关诉讼法规定司法赔偿；通过判例及议会的法案确定。

国外的立法形式具有以下规律：

1．司法赔偿体现了一国民主法治的发展程度;

2．单独制定司法赔偿的法律已成趋势;

3．妥善协调好国家赔偿法与司法赔偿的关系，几乎是各国的共同任务.

我国司法赔偿的立法形式是:

1．宪法是司法赔偿立法的依据

2．司法赔偿规定在统一的国家赔偿法中

四、司法赔偿的意义

完善国家赔偿制度。

充实了公民、法人和其他组织的国家赔偿请求权‘

监督司法机关及其工作人员公正司法。

第二节　司法赔偿的归责原则和构成要件

本节对司法赔偿的归责原则和构成要件的特殊问题进行了阐述，要求学生要准确掌握这些问题。

一、司法赔偿的归责原则

司法赔偿的归责原则所关注的是以何种标准和依据来确定国家对司法侵权行为所承担的赔偿责任。

违法归责原则是我国国家赔偿法的唯一归责原则。但关于这个问题，有不同的理解和认识。

二、司法赔偿的构成要件

司法赔偿的构成要件是指国家承担司法赔偿责任应具备的条件。

（一）侵权主体：司法机关及其工作人员

（二）侵权行为：行使司法权执行职务时的违法行为

（三）损害

（四）因果关系

（五）法律规定

本章课外读物

1．司钦山、沈柳兰：《从我国的刑事赔偿看对人权的法律保护》，载《江苏警官学院学报》，1998.02。

2．陈茂华、向本阳：《论刑事赔偿的归责原则》，载《福建公安高等专科学校学报》，2003．06．

3．谢家友、 唐世月：《浅议侵犯公民人身权的刑事赔偿范围》载《法学评论》，1995 年 04 期。

本章思考题

1．为什么对法院的司法活动还要建立赔偿责任制度？这与司法独立、法官的豁免等观念是否有冲突？为什么？

2．如何理解我国司法赔偿的归责原则？

第九章　司法赔偿范围

本章系统介绍了司法赔偿的范围问题，通过本章的学习，要求学生：
重点掌握：司法赔偿的具体范围、国家不承担赔偿责任的形式
掌握：刑事赔偿、民事和行政诉讼中国家赔偿范围的具体情形
一般了解：司法赔偿范围的含义、确定标准和法律规定方式
学时分配：3 学时

第一节　司法赔偿范围概述

本节系统地介绍了司法赔偿范围的含义、确定标准及司法赔偿范围的法律规定方式，使学生对司法赔偿的范围这一问题有一个总体上的把握。

一、司法赔偿范围的含义

司法赔偿范围是指司法机关及其工作人员在行政使职权时违法侵犯公民、法人和其他组织合法权益并造成损害的，国家承担赔偿责任的范围。

司法赔偿范围针对的问题是国家对什么样的司法侵权行为造成的哪些损害承担赔偿责任，包括侵权行为的范围和损害的范围两个方面的内容。

二、司法赔偿范围的确定标准

刑事赔偿采取无罪羁押赔偿原则
民事诉讼、行政诉讼中的司法赔偿采取限制原则

三、司法赔偿范围的法律规定方式

司法赔偿范围的法律规定方式，是指法律规定司法赔偿范围的条文编排方式。

我国《国家赔偿法》规定司法赔偿范围方式的特点是：

1．通过专门的国家赔偿法典统一规定司法赔偿的范围。

2．从侵权行为的角度，结合遭受侵害的公民、法人以及其他组织的权利的种类具体规定司法赔偿的范围。

3．列举式规定与概括式规定相结合。

4．肯定性规定与否定性规定相结合。

5．明确区分刑事司法赔偿和民事、行政诉讼中的司法赔偿，分别列举规定各自的赔偿范围。

第二节　刑事司法赔偿的范围

本节分别对侵犯人身权的刑事赔偿和侵犯财产权的刑事赔偿的范围作了介绍，使学生掌握在这些情况下的刑事赔偿范围的具体内容。

一、侵犯人身权的刑事赔偿

（一）错误拘留

司法机关在不具备刑事诉讼法规定的条件的情况下实施的刑事拘留。

（二）错误逮捕

国家赔偿法上的错捕是指没有犯罪事实而实施的逮捕，即如果人民检察院因被捕的人无罪决定撤销的案件，或者作出不起诉决定的；

人民法院在一审、二审程序中所作的终审判决宣告被告无罪的，对被告的逮捕应定为错捕。

（三）无罪错判、原判刑罚已经执行的

（四）刑迅逼供和殴打等暴力行为

（五）违法使用武器、警械

二、侵犯财产权的刑事赔偿

（一）违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施

（二）再审无罪，原判罚金、没收财产已经执行

第三节　民事、行政司法赔偿范围

本节主要介绍了民事诉讼、行政诉讼中的司法赔偿范围问题，使学生了解这两大诉讼过程中的司法赔偿情形。

一、违法采取排除妨害诉讼强制措施的司法赔偿

1．违法罚款：人民法院不应当采取罚款措施而采取的，或者超过法定的幅度罚款的，即构成违法罚款，国家应当承担赔偿责任。

2．违法拘留：人民法院不应当采取拘留措施而采取或者超过法定期限采取拘留措施的，构成违法拘留，国家应当予以赔偿。

二、违法采取保全措施的司法赔偿

1．违法采取证据保全措施

2．违法采取财产保全措施

三、错误执行判决、裁定和其他生效法律文书的司法赔偿

四、民事、行政诉讼中司法工作人员侵权的赔偿

国家赔偿法的赔偿范围与民法通则第 121 条的关系

这个问题是一个法律适用问题，更是一个具有重大意义的实际问题。理论上有不同的认识。

第四节　国家不承担赔偿责任的情形

本节介绍了国家不承担赔偿责行的情形的含义及具体种类，要求学生牢记这六种具体情形。

一、国家不承担赔偿责任情形的含义

我国《国家赔偿法》第 17 条具体规定了国家不承担刑事赔偿责任的六类事项，对民事诉讼和行政诉讼中国家不承担赔偿责任的情形没有规定。

二、因公民故意作虚伪供述或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的

三、法律规定不负刑事责任的人被羁押的

四、依照《刑事诉讼法》第 15 条规定不追究刑事责任的人被羁押的

五、司法机关工作人实施的与行使职权无关的个人行为

六、因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的

七、法律规定国家不承担赔偿责任的其他情形

本章课外读物

1．苏彩霞：《从对国家赔偿法的理解看存疑不起诉的赔偿》，载《上海市政法管理干部学院学报》，2001(1).P66-69。

2．周国钧：《关于证据不足不起诉的国家赔偿问题》，上海市政法管理干部学院学报，2001(1).P61-65

3．崔建华：《国家刑事赔偿确认及赔偿之关系：兼议国家赔偿给付拍卖之立法缺陷与完善》，载《人民司法》，2002．7．71-72。

4 杨宇冠：《我国刑事赔偿制度之改革》，载《法学研究 》2004 年 01 期。

5 尹伊君、陈晓：《惩罚与保护的平衡点——刑事赔偿国家免责的理论与实践》，《中国社会科学》2004 年 01 期 。

本章思考题

1．试评价刑事赔偿的范围？

2．民事、行政诉讼中的国家赔偿责任的范围是什么？

3．在司法领域，国家不承担责任的情形有哪些?为什么?

第十章　司法赔偿请求人和司法赔偿义务机关

本章系统地介绍了司法赔偿的请求人的概念、特征、确认及司法赔偿义务机关的概念、特征、不同模式和确认等问题，通过本章的学习，要求学生：

重点掌握：司法赔偿义务机关的确认

掌握：司法赔偿请求人的特，赔偿义务机关的模式

一般了解：司法赔偿请求人的司法赔偿义务机关的概念

学时分配：2 学时

第一节　司法赔偿请求人

本节对司法赔偿请求人的概念和特征、司法赔偿请求人的确认进行了阐述，使学生了解哪些主体可提起司法赔偿的请求。

一、司法赔偿请求人的概念和特征

司法赔偿请求人是指人身权和财产权被违法司法行为侵害，依法享有国家赔偿请求权的人，包括公民、法人和其他组织。

司法赔偿请求人与行政赔偿请求人产生于不同性质的国家权力各自运行的特定范围中；行政赔偿请求人依其申请救济的不同程度而有不同的称谓，司法赔偿请求人的称谓始终如一。

二、司法赔偿请求人的确认

受害的公民、法人或者其他组织有权要求赔偿；受害的公民死亡的，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿；受害的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织有权要求赔偿。

第二节　司法赔偿义务机关

本节系统介绍了司法赔偿义务机关的概念和特征、司法赔偿义务机关的不同模式、司法赔偿义务机关的确认等有关司法赔偿义务机关的系列问题，使学生掌握关于司法赔偿义务机关的具体情形。

一、司法赔偿义务机关的概念和特征

司法赔偿义务机关是指在国家赔偿中代表国家接受赔偿请求、具体承担赔偿义务、并支付赔偿费用的国家机关。

司法赔偿义务机关代表国家履行司法赔偿义务；司法赔偿义务机关的确认复杂，这主要表现在刑事赔偿领域。

二、司法赔偿义务机关的不同模式

1．原处分或判决机关为赔偿义务机关，可称之为“分散制”模式。

2．由法院和政府司法行政机关分别受理赔偿请求，又可称为“双轨制”。

3．由特殊的国家机关统一受理，可称为“统一制”。

我国采用由作出违法司法决定和违法执行职务的司法人员所属的机关作为司法赔偿义务机关，

具体承担司法赔偿责任的“分散制”。

三、司法赔偿义务机关的确认

1．对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关。

2．对没有犯罪事实的人错误逮捕的，作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。

3．再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。

4．二审改判无罪的，作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为共同赔偿义务机关。

5．人民法院在民事诉讼、行政诉讼的过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定以及其他生效法律文书执行错误造成损害的，作出该行为的人民法院为赔偿义务机关。

6．司法工作人员违法行使职权造成公民、法人或者其他组织人身权、财产权损害的，该工作人员所在的机关为赔偿义务机关。

本章课外读物

1．马怀德：《司法赔偿研究》，载《人民检察》，1994 年 01 期 。

2．陈先超：《论我国的司法赔偿被请求人原则及设置》，载《郑州航空工业管理学院学报》(社科版) ，2004 年 03 期 。

3．朱广华、张清鸿：《简论刑事损害赔偿权》，载《中央检察官管理学院学报》1994．4。

本章思考题

1．试评价我国司法赔偿义务机关制度?

2．试论述司法赔偿构成要件?并试比较与行政赔偿构成要件的异同?

第十一章　司法赔偿程序

本章系统地介绍了司法赔偿的程序问题，通过本章的学习要求学生掌握获得国家司法赔偿的各种具体程序，进而完成对司法赔偿问题的系统学习。

重点掌握：司法赔偿程序的概念、特征

掌握：司法赔偿处理程序、复议程序和决定程序的具体步骤

一般了解：司法赔偿程序的种类及其区别，我国国家赔偿法有关规定及其存在的问题。

学时分配：3 学时

第一节　司法赔偿程序概述

本节介绍了司法赔偿程序的概念、特征、种类及其区别等关于司法赔偿程序的基础性问题，使学生对司法赔偿程序的含义有一个了解。

一、司法赔偿程序的概念

司法赔偿程序是指公民、法人或者其他组织行使司法赔偿请求权，要求有关的国家侦查、检察、监狱管理机关确认和履行司法赔偿责任的程序。

司法赔偿程序作为国家司法赔偿制度的重要组成部分，是受害人实现司法赔偿请求权的有利保障。

二、司法赔偿程序的特征

1．司法赔偿请求只能单独提出，即只有在一个司法行为被确认为违法之后，受害人才能提出司法赔偿的请求。

2．司法赔偿的程序是非讼程序，受害人提出司法赔偿请求，需先向司法赔偿义务机关提出，然后再向上级机关提出，最后向人民法院赔偿委员会提出。

3．司法赔偿最终由人民法院解决。

三、司法赔偿程序的种类及其区别

（一）司法赔偿先行处理程序、复议程序和赔偿委员会决定程序

（二）人身权侵权赔偿程序和财产权侵权赔偿程序

（三）刑事赔偿程序和民事、行政司法赔偿程序

（四）一般司法赔偿程序和涉外司法赔偿程序

第二节　司法赔偿处理程序

本节介绍司法赔偿处理程序的含义及具体步骤，使学生较为清晰地掌握司法赔偿处理程序的相关问题。

一、司法赔偿处理程序的含义

司法赔偿处理程序是指司法赔偿义务机关受理和处理受害人赔偿请求的程序。我国国家赔偿法规定，赔偿请求人要求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出，由赔偿义务机关予以先行处理，不服赔偿义务机关的裁决或者赔偿义务机关逾期不赔偿的，才能申请复议。

二、司法赔偿处理程序的步骤

（一）司法行为违法的确认是提出司法赔偿的前提
（二）司法赔偿请求的提出
（三）司法赔偿请求的受理
（四）赔偿义务机关初步审查
（五）司法赔偿请求的处理

第三节　司法赔偿复议程序

一、司法赔偿复议程序的含义

司法赔偿复议程序是指司法赔偿请求人不服赔偿义务机关的裁决或者未与其达成协议的，有权向赔偿义务机关的上一级机关提出复议申请，由复议机关进行审查并对司法赔偿争议作出决定的程序。

二、司法赔偿复议程序的步骤

（一）复议申请的提出和受理

请求人提出赔偿请求后，赔偿义务机关拒绝受理赔偿请求、作出不予赔偿的决定、逾期不予赔偿，或者赔偿请求人对赔偿的数额、赔偿方式等有异议的，赔偿请求人有权依法向赔偿义务机关的上一级机关提出复议，要求通过复议程序予以解决司法赔偿争议。

（二）对复议申请的审理和决定

复议机关受理复议申请后，应当指定与本案无利害关系的工作人员办理；复议机关作出的决定对于作为其下级机关的赔偿义务机关具有约束力。

第四节　司法赔偿决定程序

一、司法赔偿决定程序的含义

司法赔偿决定程序是指赔偿委员会受理司法赔偿请求、作出决定的程序。这是我国《国家赔偿法》规定的最终解决和确定司法赔偿问题所适用的程序。根据国家赔偿法的规定，中级以上人民法院设立赔偿委员会，负责处理有关司法赔偿案件。

（一）赔偿委员会的组成
（二）赔偿委员会的受案范围
（三）赔偿委员会的管辖

二、司法赔偿决定程序的步骤

（一）申请

复议机关逾期不作出复议决定或者受害人不服复议决定的，应当向与复议机关同级的人民法院提出申请，但必须符合一定的条件。

（二）立案

赔偿委员会收到申请后，应当在 7 日内决定是否立案，并及时通知赔偿请求人。

（三）审理

赔偿委员会决定立案审理的赔偿案件，应当指定专门的工作人员办理。

（四）决定

赔偿委员会审理的案件，应当分别情形依法作出如下决定：维持决定、撤销决定、变更决定、赔偿决定、不予赔偿的决定。

（五）执行

赔偿委员会决定一经作出，即发生法律效力，必须执行。

本章课外读物

李秀芬：《关于完善我国民事司法赔偿制度的思考》，《法学论坛》，2003．04。

高轩：《刑事赔偿程序的法治化问题研究》，《广东法学》，2004．4．P17-20。

徐志刚：《对刑事赔偿案件中“确认”程序的若干思考》， 载《法治论丛 》，2003．05。

苏戈：《国家赔偿法刑事赔偿程序的几点思考》，载《人民司法》，2002．9．50-52。

崔建华：《国家刑事赔偿确认及赔偿之关系：兼议国家赔偿给付拍卖之立法缺陷与完善》，载《人民司法》，2002．7．71-72。

樊崇义，胡常龙：《走向理性化的国家赔偿制度——以刑事司法赔偿为视角》，载《政法论坛》，2002．4。

本章思考题

1．司法赔偿程序的分类和区别是什么?

2．司法赔偿程序与行政赔偿程序的区别是什么?

3．试评析我国现行司法赔偿程序的问题?如何完善?

第十二章　国家赔偿的方式、标准和费用

本章介绍了国家赔偿的方式的含义及种类、国家赔偿的计算标准的确定原则及具体标准、国家赔偿费用的来源和支会等问题，通过学习，要求学生：

重点掌握：各种赔偿方式的含义及其适用范围、计算标准

掌握：国家赔偿的计算村准

一般了解：国家赔偿方式的含义、国家赔偿的费用，我国《国家赔偿法》有关规定及存在的问题。

学时分配：3 学时

第一节　国家赔偿方式

本节介绍了国家赔偿方式的含义及具体的种类，要求学生重点掌握各种赔偿方式的含义及其适用范围。

一、国家赔偿方式的含义

国家赔偿方式，是指国家对自己的侵权行为承担赔偿责任的各种形式。国家赔偿采用何种方式，直接影响到国家与被侵害主体的合法权益，因此有必要以法律的形式进行明确规定。

二、金钱赔偿

金钱赔偿，即将受害人的各项损失计算成金额，以金额折抵受损害人的损失。无论是对财产损失，还是对精神损害、人身损害的赔偿，都可以金钱赔偿。

三、返还财产

返还财产，是指国家机关将违法取得的财产返还给受害人的赔偿方式。适用情形：

1．行政机关违法采用罚款、没收财产等行政处罚。

2．行政机关违反国家规定征收财物、摊派费用。

3．司法机关或者行政机关违法适用罚金、没收、追缴等剥夺财产的措施。

4．国家机关违法采取的查封、扣押、冻结财产的措施。

四、恢复原状

恢复原状，是指使国家机关的违法行为侵害相对人的财产或权利恢复到损害前的形状、性能或状态的赔偿方式。

五、国家赔偿的其他方式

消除影响

恢复名誉

赔礼道歉

第二节　国家赔偿计算标准

本节介绍了确定国家赔偿计算标准的原则和侵犯人身权、财产权的具体计算标准和方法，要求学生掌握各种赔偿方式的具体计算标准。

一、确定计算标准的原则

国家赔偿的计算标准，是指国家支付受害人赔偿金时适用的标准。由于国家侵权损害的类型多样，损害造成的结果也各不相同，设定一个计算标准尤为重要。

惩罚性标准，侵权主体除向受害人补足其实际损失的费用外，还应支付自己侵犯他人合法权益的行为应负责的惩罚性费用。

补偿性标准，侵权主体支付的赔偿金仅是填平补齐受害人的实际损失，支付赔偿费用达到受害人在受到损害之前的状态。

抚慰性标准，国家赔偿不足以填补受害人的实际损失，仅是象征安慰性质给予一定的补偿，这种赔偿金的数额往往少于受害人的实际损失。

二、人身权损害赔偿的计算标准

（一）人身自由权损害赔偿的计算标准

侵犯人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。

（二）生命健康权损害赔偿的计算标准

1．造成身体损害的，应当支付医疗费，以及赔偿因误工减少的收入。

2．造成部分或全部丧失能力的，应当支付医疗费以及残疾赔偿金。

3．造成公民死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的 20 倍。

三、财产权损害赔偿的计算标准

（一）罚款、罚金、追缴、没收财产或者违反国家规定征收财物、摊派费用的赔偿。

（二）查封、扣压、冻结财产造成损害的赔偿。

（三）财产已经拍卖的赔偿

（四）吊销许可证和执照、责令停产、停业的损害赔偿。

（五）财产权其他扣害赔偿。

第三节　国家赔偿的费用

本节阐述了国家赔偿费用的来源及国家赔偿费用的支付与管理等问题，要求学生了解关于国家赔偿费用的这一系列问题。

一、国家赔偿费用的来源

国家赔偿费用是指国家机关赔偿受害人损失所需的费用，由于国家赔偿是以金钱赔偿为主，其他赔偿方式为辅，因而需要相当的费用，很多国家以立法形式规定国家赔偿的经费来源，大致有以下几种情形：

1．中央政府统筹编列赔偿预算。

2．各级政府分别编列赔偿预算，就本机关造成的损害自行负责。我国采用这种来源方式。

3．国家设立专项基金，国家与政府机关共同承担赔偿费用。

4．通过保险渠道支付赔偿费用。

二、国家赔偿费用的支付与管理

国家赔偿费用由各级政府开支，由各级财政部门拨款，由赔偿义务机关向请求人支付。

我国家赔偿经费的管理：

1．国家赔偿费用列入各级财政预算，由各级财政按照财政管理体制分级负担。

2．国家赔偿费用由赔偿义务机关先从本单位预算经费和留归本单位使用的资金中支付，支付后再向同级财政机关申请核拨。

3．财政机关审核行政赔偿的赔偿义务机关的申请时，发现该赔偿义务机关因故意或重大过失造成国家赔偿的，或者超出国家赔偿法规定的范围和标准赔偿的，可以提请本级政府责令该赔偿义务机关自行承担部分或者全部的国家赔偿费用。

4．各级财政机关应当加强对国家赔偿费用的监督管理，建立健全国家赔偿费用的管理和核拨制度。

本章课外读物

1．马怀德主编：《国家赔偿问题研究》，法律出版社 2006 年版。

2．马怀德、张红：《论国家侵权精神损害赔偿》，载《天津行政学院学报》2005 年第 2 期。

3．台运启，杨小君：《关于国家赔偿标准的问题与建议》，《中国人民公安大学学报》2003 年第 5 期。

4．郝明金：《精神损害与国家赔偿责任》，载《政法论坛》，2002．6。

本章思考题

1．我国是否应当建立国家侵权精神损害赔偿?如果建立，如何进行制度建构?

2．我国现行国家赔偿的计算标准是否合理?应当如何完善?

3．我国现有的国家赔偿费用的管理制度具有哪些特点?有哪些缺陷?如何完善?

第十三章　国家追偿

本章系统介绍了国家追偿的概念、性质、时效、金额、意义及行政追偿和司法追偿等具体追偿制度，通过本章学习，要求学生：

重点掌握：国家追偿的概念、行政追偿的条件的程序、司法追偿的范围

掌握：国家追偿的性质、数额确定标准、行政追偿的概念、司法追偿的概念

一般了解：国家追偿的意义、外国的国家追制度、国家追偿的时效

学时分配：3 学时

第一节　国家追偿概述

本节介绍了国家追偿的概念、法律性质、时效、金额及意义等问题，要求学生掌握国家追偿的概念，并了解关于国家追偿的基础性问题。

一、国家追偿的概念

国家追偿，是指赔偿义务机关在履行了国家赔偿责任之后，依法责令实施侵权行为的机构或者人员承担部分或全部赔偿费用的法律制度。

二、国家追偿的法律性质

国家追偿是工作人员因违反职务上的纪律而向国家承担的一种惩戒性的法律责任。

三、国家追偿的时效

国家追偿的时效是指追偿权的存续期间，赔偿义务机关必须在该法定期限之内行使追偿权，否则，即丧失该权利。

四、国家追偿的金额

（一）追偿金额应当以赔偿义务机关支付的金额为限

（二）追偿金额应当与工作人员的过错相适应

（三）确定追偿金额时应当考虑工作人员的工资收入

五、国家追偿的意义

（一）追偿是国家机关加强自我管理、彻底纠正错误的有效措施。

（二）追偿有利于实现国家管理的效率和合法的统一。

第二节　行政追偿

一、行政追偿的概念和条件

行政追偿，是指国家在向行政赔偿请求人支付赔偿费用之后，依法责令具有故意或重大过失的工作人员、受委托的组织或者个人承担部分或全部赔偿费用的法律制度。

赔偿义务机关行使行政追偿权，应具备下列条件：

（一）行政赔偿义务机关已经履行了赔偿责任

（二）行政机关工作人员具有故意或者重大过失

二、行政追偿程序

行政追偿程序，是指赔偿义务机关处理追偿事务、作出追偿决定的程序。

（一）行政追偿主体

（二）行政追偿的步骤

第三节　司法追偿

一、司法追偿的含义

司法追偿，是指司法赔偿义务机关在履行赔偿责任后依法责令有责任的工作人员承担部分或全部赔偿费用的制度。

二、司法追偿的范围

1．实施暴力侵权行为的工作人员。

2．违法使用武器或者警械造成公民身体伤害或者死亡的工作人员。

3．在执行职务过程中贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判的工作人员。

三、司法追偿程序

司法追偿程序，是指司法赔偿义务机关行使追偿权、作出追偿决定的步骤、顺序、时间的方式。

（一）司法追偿的机关

（二）司法追偿的条件

（三）司法追偿的步骤

本章课外读物

1．李秀梅：《行政赔偿制度的完善与责任政府的保障》，《北京行政学院学报》2003 年第 4 期，P60-63。

2．李德龙：《行政追偿标准探讨》，载《行政与法》2003 年第 2 期，P94-96。

3．蔺耀昌：《行政追偿权的法理分析》，载《兰州商学院学报》2003 年第 5 期。

4．刘劲钢、苏彦来：《行政追偿程序研究》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》2000(4).

5．李永升：《我国刑事赔偿中的国家追偿权浅析》，载《四川审判》1995．4。

本章思考题

1．如何理解国家追偿的法律性质？

2．我国国家追偿制度具有哪些特点？在实践中出现了哪些问题？如何克服？

《罗马公法》教学大纲

罗智敏　编写

目　录

前　言 3
第一章　罗马公法概述 4
第一节 罗马法中公法与私法的划分 4
一、古罗马法学家对公私法划分的标准 4
二、现代罗马法学家对罗马法中的公法私法的界定 4
三、现代法学家的公法私法的区分 4
第二节 罗马公法的历史及现实意义 4
一、罗马公法在《十二表法》及尤士丁尼的《学说汇纂》中的体现 4
二、罗马公法对现代国家宪政的影响 5
复习与思考题： 5
拓展阅读书目： 5
第二章　罗马王政时期 6
第一节 罗马王政时期的王权 6
一、罗马国家的起源 6
二、罗马王权时期王的地位与特征 6
第二节 平民的起源与赛尔维乌斯的改革 6
一、平民的起源 6
二、赛尔维乌斯的改革 7
复习与思考题： 7
拓展阅读书目： 7
第三章　罗马共和国时期 8
第一节 从王权向共和国的过渡 8
一、平民与贵族的斗争 8
二、共和国宪制的形成 8
第二节 共和国官职的一般特征 8
一、共和国官职的分类 8
二、共和国官职的一般特征 8
第三节 共和国时期各种官职 9
一、执政官 9
二、裁判官 9
三、营造司 9
四、财务官 9
五、监察官 9
六、独裁官与骑兵队长 9
七、护民官 10
八、其他官职 10
第四节 元老院 10
一、元老院的产生与构成 10
二、元老院的职权与功能 10
三、共和国后期元老院的衰落 10
四、元老院的作用 10
五、元老院的开会程序 11
第五节 民众会议 11
一、民众大会的种类 11
二、库里亚大会 11
三、百人团大会 11
四、部落会议 11

五、各种民众大会之间的关系及其局限性.....11
第六节 宗教团体.....12
一、祭祀团体.....12
二、占卜官团体.....12
第七节 平民及其组织.....12
一、平民官职.....12
二、平民大会.....12
三、平民会决议.....12
第八节 共和国时期的意大利与行省管理.....13
一、罗马对意大利的征服与对外扩张.....13
二、罗马对意大利的统治政策.....13
三、罗马的行省管理制度.....13
第九节 罗马共和国的衰落.....14
一、土地问题与格拉古改革.....14
二、马略的军事改革.....14
三、苏拉的宪政复辟.....14
四、凯撒的统治.....14
复习与思考题：.....14
拓展阅读书目：.....15
第四章 罗马帝国时期.....16
第一节 帝国前期的元首制.....16
一、罗马帝国的形成.....16
二、奥古斯杜元首制的建立.....16
三、帝国前期的政治组织.....16
第二节 帝国后期的君主制.....17
一、公元三世纪罗马帝国危机.....17
二、戴克里先的统治.....17
三、君士坦丁的统治.....17
四、帝国世纪早期机构的残余.....17
五、优士丁尼的立法活动.....17
复习与思考题：.....18
拓展阅读书目：.....18
第五章 罗马刑法与刑事诉讼法.....19
第一节 罗马刑法.....19
一、早期罗马刑法的特征.....19
二、罗马有关公诉的主要法律.....19
三、帝国时期罗马刑法的特征.....19
第二节 罗马的刑事诉讼法.....19
一、罗马的刑事诉讼法的主要特征.....19
二、罗马刑事诉讼法的主要形式.....19
复习与思考题：.....20
拓展阅读书目：.....20

前　言

罗马法是整个大陆法系的基础，对罗马法进行研究对于我国的法制建设具有积极意义。长期以来，我们学术界偏重研究罗马私法，对于罗马公法的内容则知之甚少，而罗马公法在罗马法中的地位也是不可或缺的，它对于欧洲整个宪政的发展具有重要的意义，对于欧洲以外其它国家的公法的发展也具有一定的影响。对于法学院的学生而言，了解罗马公法的基本知识对于丰富其知识结构、了解罗马法的历史及现实意义都是非常重要的。

罗马公法内容丰富，其主要内容包括罗马的官制、民众会议及元老院制度，罗马的行省制度，自治市制度，以及刑事诉讼制度。其中，罗马的官制、民众会议和元老院制度具有中心地位。这三种制度是罗马公法的核心内容，也是对后世公法的影响最深远的制度，而其中的每一种制度在罗马发展的不同历史时期具有不同的特点。本课程将以具体历史时期为背景，讲述罗马的官职体系，每一种官职的产生、任务、责任与任职期限；元老院的产生与发展，职责与功能；民众大会的产生与发展，其主要功能。这三种不同的组织之间的制约与平衡的关系以及对后世的影响。其中，罗马人对于“国家”“人民”的理解以及由此而发展的民主精神也是罗马公法中的重要内容。罗马的行省管理制度和自治市制度对于维护罗马对外的统治与扩张起着重要作用，该部分内容包括于罗马与各行省的关系、行省总督的任命与职权、对行省总督及其随员的制约制度。最后，课程将涉及到罗马的刑事诉讼制度，可将罗马的诉讼分为公诉和私诉两种，公诉涉及到集体利益，私诉是则是对个人案件的审查。在罗马法中，民事诉讼法属于私法的一部分，因为被认为是保护私人权利。公诉与我们现代的刑事诉讼相似，主要包括民众会议诉讼、普通刑事诉讼与特别刑事诉讼三种形式。

通过对本课程的学习，除了使学生了解上述基本知识外，还是学会分析研究的能力，掌握罗马法中公法与私法的划分，罗马公法在《十二表法》及《学说汇纂》中的体现，注意到罗马公法中所涉及到宪政体制和平等自由的思想以及在整个宪政体制中的对现代公法的影响和意义，学会用历史观察方法分析法的作用。

本课程教学大纲由比较法研究所教师罗智敏编写。

第一章　罗马公法概述

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1、罗马法中公法的含义；2、古罗马法学家对公法与私法的划分标准；3、罗马公法对现代宪政的影响

本章难点：1、罗马法中公法的范围界定；2、罗马公法中的宪政与现代宪政的区别。

学时分配：2 学时

第一节 罗马法中公法与私法的划分

一、古罗马法学家对公私法划分的标准

1、乌尔比安 D.1,1,1,2：

这个研究的论题有两个，公法和私法。公法是涉及罗马[公共]事务状态的法，私法是关于个人利益的法：实际上，有一些事务是公共利益的，一些事务是私人利益的。公法由神圣法、有关宗教祭司和执法官制度组成。私法由三部分组成，即自然法规则、万民法规则和市民法规则。

2、优士丁尼《法学阶梯》规定：“公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益”。

3、西塞罗 《论法律》前两卷也论述了宗教事务及执法官制度。

公法与私法的划分首先对罗马法本身的发展具有十分重要的意义；

公法和私法的划分还具有十分重要的宪政意义。

二、现代罗马法学家对罗马法中的公法私法的界定

1、蒙森

2、布勒代赛

三、现代法学家的公法私法的区分

作为古代世界最完善、最发达的法律体系，公法、私法分立的理念和制度安排，是罗马法对后世法律制度的最重要贡献之一。

1、利益说。

2、隶属说。

3、主体说。

第二节 罗马公法的历史及现实意义

一、罗马公法在《十二表法》及尤士丁尼的《学说汇纂》中的体现

1、罗马的第一部成文法《十二表法》就包含有较多的公法内容，其中第九表即“公法”，内容涉及法律的普遍性、权利分配等宪法性内容，还有犯罪与刑罚的刑法内容以及刑事诉讼程序的规定。

2、优士丁尼《学说汇纂》中可以找到公、私法的区分(D. 1.1.1.2)；公有物、神圣物和私有物的划分(D.1.8.1-10)； 各类执法官的职责与功能(D. 1.9-22)；保护公有物的民众令状（D. 43.7-15）；刑事法律法律制度（D.48）；有关税收的法律制度(D.49.14)以及有关自治市的公法内容（D.50）等。

3、通过考察公元前1世纪至公元1世纪有关自治市的法律（ lex coloniae Genetivae, lex municipii Malacitani, lex municipii Salpensani e lex municipalis Irnitana），可以得出，自治市的罗马公法制度包括： 1）有关神圣法和宗教事务法 ；2）有关执法官制度及民众会议的法；3）. 自治市所有权法; 4）公共审判与私人审判的司法程序。

二、罗马公法对现代国家宪政的影响

1、西塞罗的宪政思想

在《论共和国》西塞罗集中阐明了他的政体理论。〈法律篇》的第三卷则详尽地讨论了共和政体的法律制度。

西塞罗的宪政制度设计中非常重视不同权力之间的相互制约，这种观念经过孟德斯鸠的诠释，对后世的权力制约理论的影响是不言而喻的。

2、洛克与孟德斯鸠对罗马公法的阐述及对现代宪政的影响

3、罗马公法中一些制度的现实意义

1）民众诉讼与令状

2）监察官与护民官

复习与思考题：

1、罗马公法与私法的划分标准是什么？

2、罗马公法对现代宪政的产生与发展有何历史意义？

拓展阅读书目：

徐国栋 著：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社2007年版；

[美]哈耶克 著 邓正来译《自由秩序原理》，三联书店，1997年版

[美]麦基文 著 翟小波译 《宪政古今》，贵州人民出版社，2004年版

第二章　罗马王政时期

本章教学目的和基本要求：
本章重点：1、罗马王政时期王的地位与特征；2、塞尔维乌斯改革
本章难点：1、平民的起源与地位；2、塞尔维乌斯改革的意义。
学时分配：4 学时

第一节 罗马王政时期的王权

一、罗马国家的起源

1、关于罗马国家起源的各种理论
2、罗马城的建立

二、罗马王权时期王的地位与特征

1、拉丁王与埃特鲁斯王
拉丁萨宾四王与三个埃特鲁斯王
2、王的产生与地位
王由选举而产生、终身制：军事民主制
王、元老院与库里亚大会同时并存，王为首领，具有治权（imperium）
3、王的权力与特点
1)法律建议与行政权：开除、补充元老；向人民大会提交立法草案；具有财政权，处理被征服土地，管理公共城市设施；
2）军事指挥与外交权：负责征集并统帅军队、指挥作战；有权宣布战争，缔结和约；
3）司法权：有关国家秩序与安全的诉讼案件，王指定法官团进行审判；
4）宗教权：最高宗教首领，主持重大祭祀活动、宗教节庆活动，进行占卜，选派大祭司和其他祭祀，侍奉朱庇特、维斯塔等神；制定宗教法规、历法等。
注意：与专制君主的区别

第二节 平民的起源与赛尔维乌斯的改革

一、平民的起源

1、关于平民起源的不同观点
1）与种族相连，拉丁人、萨宾人、埃特鲁斯人？
2）蒙森：门客
3）综合考虑：移居的外邦人、门客等
2、平民的地位
住在罗马贵族居住的城区之外，有自己的组织活动、宗教和活动中心；不享有公民权、与贵族

通婚权和通商权。

二、赛尔维乌斯的改革

1、塞尔维乌斯改革的内容：

1）把国家按地域分为 21 部落（4 个城市部落，17 个乡村部落），以此对全体自由民进行人口普查，依财产的多寡和提供武器的能力将人民分为 6 个等级，作为征兵和纳税的基础。

2）将军事组织百人团创建为新的人民大会的形式——百人团会议，逐渐排挤库里亚大会。

2、塞尔维乌斯改革的意义：打破传统社会结构，以财产为标准重新划分社会等级

复习与思考题：

1、罗马王政时期王的地位？

2、塞尔维乌斯改革有何意义？

拓展阅读书目：

陈可风 著：《罗马共和宪政研究》，法律出版社 2004 年版；

第三章　罗马共和国时期

本章教学目的和基本要求：

本章重点：1、罗马共和国时期的时间划分；2、罗马共和国时期的民众会议制度；3、罗马共和国时期的元老院职责；4、罗马共和国时期具体官职及其职责；5、罗马共和国时期的行省管理制度

本章难点：1、罗马的正常官职与非正常官职；2、罗马执政官的产生与职责；3、护民官的地位及作用；4、民众会议的种类及其功能；6、罗马对行省的管理制度

学时分配：26 学时

第一节 从王权向共和国的过渡

一、平民与贵族的斗争

1、平民的分裂与护民官的产生
2、十二表法的颁布
3、《瓦勒里与奥拉兹法》(lex Valeria 449 a.c)
4、《卡努勒亚法》(lex Canuleia 445 a.c)
5、《李斯尼与塞斯特法》(Leggi Licinie Sestie 367 a.c)

二、共和国宪制的形成

第二节 共和国官职的一般特征

一、共和国官职的分类

1、贵族官职与平民官职；
2、正常官职与非正常官职；
3、高级官职与低级官职；
4、有治权的官职与无治权的官职；

二、共和国官职的一般特征

1、选举制；
2、集体制；
3、任期制；
4、无薪制；
5、卸任后追究责任制。

第三节 共和国时期各种官职

一、执政官

1、产生
时间：王被驱逐之后，产生两名执政官
由百人团会议选举产生
2、任期：1 年
3、职权
1）军事指挥权
2）行政权
3）司法权

二、裁判官

1、设立时间：城市裁判官：367 a.c；外事裁判官：242 a.c
2、权力：
1）司法权
2）其他权力
召集民众会议和元老院会议
提名候选人提交法案
军事权

三、营造司

1、贵族营造司与平民营造司；
2、产生与任期；
3、职权

四、财务官

1、产生与任期；
2、职权

五、监察官

1、产生与任期；
2、职权

六、独裁官与骑兵队长

1、设立与任期
2、职权：完全治权
3、有限独裁官
4、独裁官性质的转变

七、护民官

1、产生与任期；救助权；否决权；强制权

八、其他官职

1、26 人组成的 5 个委员会

2、3 人行刑委员会，负责监管监狱，执行死刑判决和有关公共安全工作，有一定的刑事司法权

3、 4 人司法委员会，负责行使司法权

4、 10 人审判委员会

5、 6 人清洁委员会

6、 3 人铸币委员会

第四节 元老院

一、元老院的产生与构成

1、元老院的产生；

1）王政时期的元老院：由王任命，300 人，王的咨询机构

2）共和国时期的元老院：最初由执政官任命，公元前 312 年，奥维尼亚法（lex Ovinia）将遴选权赋予了监察官。

2、元老院的构成；从王政时期到共和国时期的变化：从全部为氏族贵族到新贵的加入：从贵族元老院到贵族—平民元老院

二、元老院的职权与功能

1、立法权；

2、财政管理权：管理国家财政与国家财产：编制预算；规定税收的性质和数量；监督租税包收；领导钱币铸造等。

3、军事领导权：决定征兵的时间、数量；分派统帅将领；决定军事预算；监督军事首领；决定解散军队；安排凯旋仪式等。

4、 外交权：宣战、缔结和约等由其进行准备；接待外交使节及派出外交使团等。

5、 宗教方面的权力：制定节日，规定感恩和赎罪的牺牲奉献，解释占卜征兆，监督外国祭仪等。

三、共和国后期元老院的衰落

奥古斯杜建立元首制后，元老院实质上受君主的指导

四、元老院的作用

SPQR 是拉丁语 Senatus Populusque Romanus 的首字母缩写词，意思是「罗马元老院与人民」。

元老院实际上在罗马政体中具有核心作用

五、元老院的开会程序

1、召集：有权的执法官召集；
2、地点；
3、时间与方式；
4、表决

第五节 民众会议

一、民众大会的种类：

库里亚大会；百人团大会；部落会议

二、库里亚大会

1、库里亚大会的产生；
2、库里亚大会的职能：
1）有关宗教家庭事务：
2）选举职能：
3、库里亚大会的衰落

三、百人团大会

1、百人团大会的产生；
2、百人团大会的职能；
1）立法职能：通过或否决执法官的法律提案；
2）选举职能：选举最高级别的执法官，如执政官、监察官、裁判官；
3）司法职能：对剥夺公民权以及处以极刑等的审判权；
4）外交职能：有权决定宣战并缔结和约。

四、部落会议

1、部落会议的产生；
2、部落会议的职能；
1）立法权；
2）选举权；
3）司法权；

五、各种民众大会之间的关系及其局限性

第六节 宗教团体

一、祭祀团体

1、大祭祀团
1）组成人员
最初为 3 人，后增加到 6 人、9 人，15 人
2）产生
公元前 104《多米蒂法》规定选举产生
3）职权：负责组织国家的祭祀活动，监督有关宗教生活，享有部分司法权。
2、战和事物祭祀团体
处理罗马人民与其他民族之间的战争与和平的法律关系。
3、 其他祭祀团体
负责宴会的祭祀团
火神祭祀
农神祭司
战神祭祀
牧神祭师

二、占卜官团体

1、占卜师的种类
2、占卜师与享有占卜权的执法官
3、占卜官在罗马政治生活中的作用

第七节 平民及其组织

一、平民官职

1、护民官
2、平民营造司

二、平民大会

1、平民部落会议
2、平民大会

三、平民会决议

三部赋予平民会决议法律效力的法律：
《瓦勒里与奥拉兹法》
《布布里利和菲洛尼法》
《霍尔腾西法》

第八节 共和国时期的意大利与行省管理

一、罗马对意大利的征服与对外扩张

二、罗马对意大利的统治政策

1、联盟制度

1）卡西安条约：公元前 493 年山地部落频繁侵扰拉丁姆地区，拉丁诸城与罗马签订了同盟条约，即“卡西安条约”（Foedus Cassianus）。条约规定，双方提供同等数量的军队，共同对敌，军队的最高统帅权由罗马人掌握；双方互相授予公民权，并可以互相之间通商和通婚等等。

2）公元前 358 年，势力强大的罗马与拉丁诸城再订“盟约”。这一“盟约”的签定，使罗马与拉丁诸城的平等盟友关系彻底改变，拉丁诸城失去了一切与罗马平等的权利。

2、对拉丁同盟内部的城市分而治之

3、罗马对其他民族的联盟制度

平等条约

不平等条约

2、罗马的自治市管理制度

罗马在一些城市集中的发达地区，建立自治城市，推行城市化进程。它们可以保留原有的统治形式、宗教信仰、风俗习惯等。自治市制度也具有多样性。

有选举权的自治市：真正意义上的罗马公民，享有一切罗马公法和私法权利

无选举权的自治市：市民没有选举权与参政权，享有不完全罗马公民权，城市的最高管理权与法律制裁权也操纵在罗马统治者手中。

3、罗马、拉丁殖民地制度

三、罗马的行省管理制度

1、罗马行省的建立；

1）行省的含义：“行省”（provincia）一词初指元老院为拥有军事指挥权的执法官划定的行使职权的领域，有的在意大利境内，也有的在其境外。后来则专指意大利境外那些必须向罗马纳贡的属地。

2）第一次布匿战争后，罗马占领了西西里、撒丁和科西嘉。公元前 227 年，罗马增选两名裁判官，正式确立治理西西里行省和撒丁及科西嘉行省的建制。经过长期侵略和扩张，罗马在共和时期陆续建立了近西班牙（公元前 197）、远西班牙（公元前 197）、马其顿（公元前 148）、阿非利加（公元前 146）、亚细亚（公元前 133）等十几个行省。

2、行省总督的产生与职权、

1）最初罗马增选裁判官以治理行省；后根据元老院决议将执政官和裁判官的治权延长一年，担任行政执政官或行省裁判官。

2）行省总督产生的发展变化

公元前 123 年通过的《关于行政官职的森布罗尼法》规定，元老院应在执政官选举之前作出哪些行省归卸任执政官治理的决定，而当年当选的两名执政官在就职之前就应抽签决定卸任后各人治理哪个行省。

公元前 52 年根据庞培提议通过的法令规定，执政官和裁判官只有在卸任 5 年之后才能出任行省总督。凯撒将该法令废除，奥古斯独又将其恢复。

奥古斯都时期行省被分成两类：一类为元老院行省（有塞浦路斯、马其顿、亚细亚等 11 个），由元老院任命的总督管辖；另一类为皇帝直辖的行省（如叙利亚等），由皇帝指派的总督管理。

3）行省总督的职权

总督在行省享有治权

总督原则上任期一年，必要时可延长，任内可根据需要颁布谕令

3 对行省总督的监督

1）行省总督在卸职后要承担责任

2）公元前 149 年设立了审理总督渎职罪的专门法庭。

3）凯撒采取了一些整顿行省管理制度的措施，颁布了严厉惩治贪赃枉法的行省总督的法令。

第九节 罗马共和国的衰落

一、土地问题与格拉古改革

1、土地问题矛盾尖锐

2、格拉古改革：土地改革法

二、马略的军事改革

1、放弃征召有产公民服役的公民兵制，改行募兵制；

2、服役期为 16 年，国家负担武器装备并发薪饷，退伍后分给土地。

3、整顿军纪，严格训练，使士兵战斗力大为提高。

三、苏拉的宪政复辟

1、恢复独裁官，公元前 82 年，苏拉为独裁官，任期不限。。

2、改革元老院

3、削减护民官的权力

4、改革官制

四、凯撒的统治

1、公布一定的税则；

2、鼓励垦殖；

3、扩大罗马公民权；

4、指派高卢人及其他意大利人入元老院，促进各地的罗马化；

5、兴建各种工程，增加人民就业的机会；

6、废除原有的旧历，改用埃及传来的阳历。

复习与思考题：

1、共和国的官职都包括哪些？

2、罗马的执政官是如何产生的？

3、什么是治权？享有治权的执法官都有哪些？

4、元老院的职权都有哪些？
5、民众大会都有哪些？主要职能是什么？
6、罗马民众大会、元老院和执法官之间是如何制衡的？
7、罗马是如何对行省进行管理的？
2、罗马公法对现代宪政的产生与发展有何历史意义？

拓展阅读书目：

1、民法大全选译 《公法》张礼洪 译 ，中国政法大学出版社，
2、民法大全选译 《正义与法》黄风 译，中国政法大学出版社
3.《罗马法概论》，BARRY NICHOLAS， 黄风译， 法律出版社，2000年
4.《罗马法原论》，周枏，商务印书馆，1994年版
5.《罗马法教科书》，彼得罗·彭梵得，黄风译，中国政法大学出版社，1996年修订版
6.《罗马法基础》，江平、米健，中国政法大学出版，1987年
7.《法学阶梯》，盖尤斯，黄风译，中国政法大学出版社，1996年
8.《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社 1999年
9.《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆，1989年版
10 《学说汇纂》（第一卷）罗智敏 译，中国政法大学出版社，2008年

第四章 罗马帝国时期

本章教学目的和基本要求：

1、 本章重点：1、奥古斯杜元首制特征 2、戴克里先的君主宪政；3、皇帝的官僚体制

本章难点：1、元首制的产生及特征；2、罗马帝国的官职与共和国时期的区别；3、元老院在帝国时期的作用

学时分配：4 学时

第一节 帝国前期的元首制

一、罗马帝国的形成

二、奥古斯杜元首制的建立

1、元首制的含义：作为共和国的沿续及改革形式。 屋大维在国家制度上保存着共和的外衣，没有恢复公开的军事独裁制度。他把自已称为“第一公民”，意即元首。

2、屋大维元首制的统治

1）缩小元老院的规模，设立元老级咨询会议 ；

2）建立“元首金库 ；

3）改组行省，完善了税收制度；大兴土木，兴建神庙、大剧场、大浴池等有公众意义的设施，并改善了交通设施 ；

4）改组军队，将军队分成军团和辅助部队，还创设了近卫军，建立了一支职业常备军队；

5）颁布一系列尤利亚法，巩固统治元首制的特点

3、元首制的特点

1）元首的权威具有专制君主的地位

形式上来自于法律的授权：

职权具有终身性

元首职权范围扩及整个帝国

元首具有至高无上的权力，集政治、军事、宗教等一切大权于一身

2）建立皇帝的官僚机构

3）元首享有特殊的荣誉称号

三、帝国前期的政治组织

1、共和国残留的机构

1）民众会议；

2）元老院；

3）共和国官职

2、皇帝的官僚机构

1）皇帝设立的官职

禁军长官；城市长官；治安警长官；粮食供给长官；奥古斯都长官（埃及）

任期不确定；获取报酬；由皇帝委任。

2）皇帝的文秘官职

3、意大利和行省的组织

1）元老院行省；

2）皇帝直辖的行省；

3）埃及行政长官。

第二节 帝国后期的君主制

一、公元三世纪罗马帝国危机

1、经济危机；

2、社会危机；

3、政治军事危机；

二、戴克里先的统治

1、绝对君主制的建立

1）戴克里先称自己为主和神(Dominus et deus)，在形式等方面追随东方专制主义；

2）创立了四帝共治制，即是帝国东西两部分别由两位主皇帝统治，称为奥古斯都，再各以一位副皇帝辅政，称为凯撒。

2、戴克里先的改革

1）行政改革：

2）军事改革

3）财政改革

4）币制和物价改革

三、君士坦丁的统治

1、废除了“四帝共治制”

2、迁都

3、君士坦丁实行官阶制

4、承认基督教

四、帝国世纪早期机构的残余

执政官

财务官

营造司与护民官（在塞维鲁时期就已经不复存在）

元老院

五、优士丁尼的立法活动

复习与思考题：

1、罗马帝国是在什么时候建立的？
2、什么是元首制？
3、帝国前期人民大会与元老院的权力有哪些变化？

拓展阅读书目：

徐国栋 著：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社 2007 年版；

第五章　罗马刑法与刑事诉讼法

本章教学目的和基本要求：
本章重点：1、罗马刑法的特点；2、罗马刑事诉讼法的发展过程。
本章难点：1、罗马刑事诉讼法的三种形式。
学时分配：2 学时

第一节 罗马刑法

一、早期罗马刑法的特征

1、宗教色彩浓厚；
2、承认私力救助；
3、犯罪和刑罚的规定繁多；
4、区分公犯与私犯。

二、罗马有关公诉的主要法律

共和国时期，出台了一系列有关公诉的法律。

三、帝国时期罗马刑法的特征

1、明确规定犯罪与刑罚；
2、 刑罚多样化；刑罚的适用不统一；
3、 具有较为复杂的犯罪理论。

第二节 罗马的刑事诉讼法

一、罗马的刑事诉讼法的主要特征

在罗马，诉讼分为公诉和私诉两种，公诉是指对损害国家利益案件的审查，私诉是根据个人的申诉，对有关个人案件的审查。

二、罗马刑事诉讼法的主要形式

就罗马公诉程序的发展变化而言，其先后有三种不同的形式：

1.民众会议诉讼。这一诉讼形式存在于整个共和国时期。它是由执政官直接向民众会议提起指控，勒令被控告者在规定时间中向民众会议出庭，随后进行司法争辩进而由民众作出判决的诉讼形式。

2.普通刑事诉讼 。共和国后期和帝国前期盛行（公元前2世纪——公元3世纪）的一种诉讼形式。由专职法官和陪审团组成法庭对各种刑事犯罪（公犯）进行控告式审判的诉讼形式。在这种诉讼形式中确立起了公诉制度。

3.特别刑事诉讼 。在帝国后期成为主要的诉讼形式。它与普通刑事诉讼的重大区别是采用纠问制原则，特别刑事诉讼以国家权力为基础，法官以国家名义进行调查和判决，可强制当事人出庭和执行判决，也可缺席审判。

复习与思考题：

1、罗马刑法在帝国时期有何特征？

2、罗马刑事诉讼法有哪几种形式？

拓展阅读书目：

1、周枏：《罗马法原论》（上册），9-10页，商务印书馆，1994；何勤华：《西方法学史》，53-54页，中国政法大学出版社，1998年。

2、[意]彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，9页，中国政法大学出版社，1994。

3、学说汇纂 (第48卷):罗马刑事法 薛军译 中国政法大学出版社 2005年版

《军事法学》教学大纲

李强　编写

目　录

前　言 7
一、课程性质 7
二、编写目的 7
三、课程简介 7
四、参考教材 7
第一章　军事法概述 8
第一节　军事法概述 8
一、军事权的宪法地位 8
二、军事法的概念与调整范围 8
三、军事法学的概念和学科体系 8
第二节　军事法的渊源 9
一、军事法的渊源概述 9
二、军事法制定的权限划分 9
三、军事法的制定程序 9
四、军事法渊源的冲突及其解决 9
第三节　军事法的基本原则 9
一、军事法基本原则概述 9
二、军事法基本原则的确立 9
第四节　军事法的历史与发展 10
一、中国军事法的历史与发展 10
二、外国军事法的历史与发展 10
复习与思考题 10
拓展阅读书目 10
第二章　军事组织 11
第一节　军事领导体制 11
一、军事领导体制概述 11
二、中国的军事领导体制 11
三、中外比较 11
第二节　中国武装力量的构成 11
一、武装力量概述 11
二、我国武装力量的地位与任务 12
三、中国武装力量的构成 12
第三节　中国武装力量的组织结构 12
一、中国人民解放军 12
二、中国人民武装警察部队 13
三、民兵 13
第四节　外国武装力量 14
一、英国武装力量 14
二、美国武装力量 14
三、俄罗斯武装力量 14
四、日本武装力量 14
复习与思考题 14
第三章　军事管理 15
第一节　兵役制度 15
一、概念 15
二、中国历代兵役制度 15
三、中外兵役制度比较 15

四、中国现行兵役制度.....15
第二节　军人管理.....16
一、军人概述.....16
二、军人的组成范围.....16
三、军人的法律地位.....16
四、军人的基本义务与权益.....16
五、军人的管理制度.....16
第三节　军事装备、设施与后勤管理.....17
一、军事装备.....17
二、军事设施.....18
三、军事后勤.....18
复习与思考题.....18
拓展阅读书目.....18
第四章　军事行政法.....19
第一节　军事行政法概述.....19
一、概念辨析.....19
二、军事行政法的学科定位.....19
三、军事行政法的基本原则.....19
第二节　国防行政法.....19
一、国防行政主体.....19
二、国防行政行为.....20
三、国防行政诉讼.....20
四、国防行政领导体制的完善.....20
第三节　狭义的军事行政法.....20
一、军事行政主体.....20
二、军事行政行为.....20
三、军事行政诉讼.....21
第四节　国防动员法.....21
一、国防动员概述.....21
二、国防动员的前提.....21
三、国防动员的主要措施.....21
复习与思考题.....22
拓展阅读书目.....22
第五章　军事刑法.....23
第一节　概述.....23
一、概念.....23
二、历史沿革.....23
三、基本原则.....23
第二节　军事犯罪.....23
一、构成要件.....23
二、犯罪种类.....23
第三节　责任承担.....24
一、军事刑事责任.....24
二、军事刑罚.....24
第四节　军事刑事诉讼.....25
一、特点.....25
二、基本原则.....25
三、诉讼程序.....25
复习与思考题.....25
拓展阅读书目.....25

第六章　军事司法制度.....26
第一节　军事审判机关——军事法院.....26
一、概述.....26
二、军事法院的层级.....26
三、军事法院的主要任务.....26
四、军事法院的职能.....26
五、军事法院的受案范围和职权.....27
六、与地方法院权限相比的特点.....27
七、军事法官的任免.....28
第二节　军事检察机关——军事检察院.....28
一、概述.....28
二、军事检察院的任务.....28
三、军事检察院的受案范围.....29
四、军事检察官的任免.....29
第三节　军队保卫部门——刑事侦查机关.....29
一、职能管辖.....29
二、级别管辖.....29
复习与思考题.....30
拓展阅读书目.....30
第七章　战争法概述.....30
第一节　战争法的概念与目的.....30
一、战争法的价值体系.....30
二、对战争加以法律规制的可能性.....31
三、战争法与文化相对主义.....31
第二节　作为国际法分支的战争法.....31
一、诉诸战争权与战时法的基本区别.....31
二、战争法的适用范围.....31
三、战争法的调整对象.....32
四、战争法的历史发展.....32
第三节　战争法的渊源.....32
一、条约.....32
二、习惯法.....32
三、战争法的基本原则.....32
复习与思考题.....32
拓展阅读书目.....32
第八章　战斗员与战俘.....34
第一节　战斗员.....34
一、战斗员的定义.....34
二、战斗员的范围.....34
三、战斗员的权利义务.....34
第二节　战俘.....34
一、战俘的定义.....34
二、战俘待遇.....35
三、信息传递.....35
四、外部机构的监督.....35
五、战俘的遣返.....35
复习与思考题.....35
拓展阅读书目.....35
第九章　对伤者、病者和遇船难者的保护.....36
第一节　规则的起源及其内涵.....36

一、索尔弗利诺设想.....36
二、对伤者、病者和遇船难者尊重、保护与照顾，而不加任何不利区别.....36
第二节　医务和宗教人员.....36
一、定义.....36
二、保护.....37
三、医务人员的职责.....37
四、医疗物品和目标（包括医院、救护车等）的保护.....37
五、设立医院地带、安全地带和中立地带的可能.....37
六、红十字与红新月标志.....37
第三节　死者和失踪者.....38
一、概述.....38
二、辨认死者遗体与通知死亡的义务.....38
三、搜寻被报告失踪者的义务.....38
四、对待死者遗体.....38
复习与思考题.....38
拓展阅读书目.....38
第十章　对平民的保护.....39
第一节　关于平民保护的一般规定.....39
一、对所有平民有益的规则.....39
二、关于被保护平民的规则.....39
第二节　难民与流离失所者.....39
一、因武装冲突而在本国范围内避难的流离失所者.....39
二、因武装冲突而逃至第三国的人.....39
三、因躲避迫害而逃亡的人.....40
四、战争法中的不推回原则.....40
五、冲突结束后难民和流离失所者的返回.....40
第三节　有关被占领土的特殊规则.....40
一、战争法中有关军事占领的规则的地位.....40
二、有关被占领土的战争法规则的适用性.....40
三、被保护之人.....40
四、有关被占领土之规则的原理.....40
五、被占领土的法律秩序.....41
六、对被剥夺自由之人的保护.....41
七、私有财产的保护.....41
八、特定禁止性规定.....41
九、被占领土的管理.....41
十、经济、社会和文化权利的保护.....42
十一、有关被占领土之规则的停止适用.....42
复习与思考题.....42
拓展阅读书目.....42
第十一章　敌对行为.....43
第一节　保护平民居民不受敌对行动的影响.....43
一、基本规则.....43
二、适用范围.....43
三、基本定义.....43
四、禁止的行为.....43
五、被保护的物体.....43
六、攻击时的预防措施.....44
第二节　作战方法和手段.....44
一、基本原则.....44

二、使用武器的禁止或限制.....44
三、禁止的作战方法.....44
第三节　海战法.....45
一、适用范围.....45
二、海战法原则.....45
三、海上作战方法和手段.....45
四、受保护的物体.....45
五、海上战争受难者的地位和待遇.....45
第四节　空战法.....45
一、概述.....45
二、针对空中目标之战事的特殊规则.....46
三、机上受难者的地位和待遇.....46
复习与思考题.....46
拓展阅读书目.....46
第十二章　非国际性武装冲突法.....47
第一节　国际性和非国际性武装冲突之法律制度的比较.....47
一、非国际性武装冲突的定义.....47
二、制度比较.....47
三、受非国际性武装冲突法约束的主体.....47
第二节　共同第三条及《第二附加议定书》的明确规定.....47
一、共同第 3 条确立的原则.....47
二、《第二附加议定书》的附加规则.....47
第三节　其他规则的可适用性.....48
一、有关敌对行为的一般原则的适用性.....48
二、类推国际性武装冲突法的必要性.....48
第四节　非国际性武装冲突的不同类型.....48
一、冲突类型.....48
二、关于定性的问题.....48
三、由定性问题引起的实际困难.....49
复习与思考题.....49
拓展阅读书目.....49
第十三章　战争法的实施.....50
第一节　和平时期应采取的措施.....50
一、传播.....50
二、实施性立法.....50
第二节　武装冲突中的实施.....50
一、冲突各方的遵守.....50
二、保护国与红十字国际委员会的监督.....50
三、非政府组织的作用.....51
四、联合国.....51
五、非国际性武装冲突的实施.....51
六、促使战争法得到遵守的非法律因素.....51
第三节　国家责任.....51
一、对违法行为的评估.....51
二、违法行为的后果.....52
第四节　个人刑事责任.....52
一、犯罪的定义.....52
二、参与战争犯罪.....52
三、辩护.....52
四、对战争罪的指控.....52

五、国际刑事司法机构.....52
复习与思考题.....53
拓展阅读书目.....53
第十四章　战争法与人权法.....53
第一节　适用领域.....53
一、适用领域的互补性.....53
二、被保护人.....54
三、影响的关系.....54
第二节　受保护的权利.....54
一、同时受两个国际法分支保护的权利.....54
二、规则的差异.....54
第三节　执行.....54
一、差异.....54
二、相同点.....54
复习与思考题.....54
拓展阅读书目.....55
第十五章　红十字国际委员会.....56
第一节　红十字国际委员会概述.....56
一、组织简介.....56
二、红十字国际委员会的行动.....56
三、红十字国际委员会行动的法律基础.....56
四、红十字国际委员会的工作方法.....56
第二节　战争法在红十字国际委员会行动中的重要性.....57
一、红十字国际委员会与对某些局势的法律定性.....57
二、战争法的守护者.....57
三、在行动中援引战争法.....57
四、在未明确被援引时战争法所具有的重要性.....57
复习与思考题.....57
拓展阅读书目.....57

前　言

一、课程性质

军事法学是由法学院军事法研究所开设的一门法学专业选修课，共计 36 学时。军事法学是教育部确定的法学二级学科之一，本课程是该学科教学的基本配套课程，旨在介绍中外基本军事法律制度以及普遍适用的国际规则。本课程还可以作为行政法学或国际法学的专业选修课。

二、编写目的

本课程主要适用于法学专业本科生以及国防生，侧重于基本知识的介绍和梳理，同时结合当代国内与国际实践中的问题加以阐释，旨在让学生们了解并理解中国的基本军事法律制度和适用于战时的国际规则，为国防与军队的法制建设进行理论储备，为战争法在中国的普及与传播贡献力量。为了进一步明确本课程的基本教学内容和要求，特编写本教学大纲。

三、课程简介

本课程分为两个主要组成部分：以中国的军事法律制度为内容核心的国内军事法和以战争法为内容核心的国际法规则。其中，国内军事法侧重于研究和探讨和平时期关于国防和武装力量建设的法律构建，而战争法（又称国际人道法）则侧重于研究和介绍战时用以规制作战手段和方法及保护战争受难者的国际规则。本课程以法律规则的阐释为主线，以理论的铺陈为基础，辅以相关的国内外实践与判例，全面展示军事法的基本框架，让学生们了解、理解进而在实践中能应用相关的军事法律知识。

四、参考教材

薛刚凌、周健主编：《军事法学》，法律出版社 2006 年版
朱文奇：《国际人道法》，中国人民大学出版社 2007 年版

第一章　军事法概述

本章教学目的和基本要求：了解军事法的概念和调整范围。了解军事法渊源的种类和制定程序。了解军事法的基本原则。了解中外军事法的历史与发展。思考军事权在我国宪法中的地位并与国外加以比较。重点掌握军事法渊源产生冲突时的适用原则和裁决规则。

学时分配：2

第一节　军事法概述

一、军事权的宪法地位

1．军事权：是一种受约束的、对国家和社会的军事活动进行管理的国家权力，是一种通过汇集使用包括人力、财富以及其他形式的社会资源，建设和使用武装力量的公共权力。

2．特征：（1）典型的公权力；（2）内在需求无限性与外部实际有限性的冲突与矛盾；（3）具有极大的自由裁量空间；（4）具有自限性；（5）其行使与自我限制多依赖于人格因素。

3．内容：（1）组建、维持武装力量的权力；（2）战争权；（3）武装力量的组织、管理与指挥权。

4．基本形式：（1）决定权；（2）命令权；（3）执行权。

5．宪法地位：军事权独立于行政权，与立法权、行政权、审判权、检察权呈现五权并立的景象，受中国共产党的绝对领导。（注意《宪法》第 3 章第 4 节、第 62 条第 6 项、第 63 条第 3 项、第 67 条第 6 项、第 93 条、第 94 条等相关条款的规定）

6．与国外军事权宪法地位的比较：美国、英国、法国、日本、印度。

二、军事法的概念与调整范围

1．军事法：由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施的，调整军事社会关系和调控军事权的法律规范的总和。

2．基本特征：（1）军事法的调整对象是军事方面的公共事务；（2）军事法调整的军事社会关系式一种以其实质内容为标准而分类成立的社会关系；(3)军事法的调整手段突出政治性和强制性。

3．调整范围：（1）武装力量建设；（2）武装力量的组织、管理与指挥；（3）国防建设；（4）国家战争行为。

三、军事法学的概念和学科体系

1．军事法学：研究军事法律现象及其发展规律的一个重要法学分支学科。

2．历史发展：外国军事法学的形成与发展（美国、日本、德国、前苏联等）；我国军事法学的形成与发展（创立阶段、发展阶段）。

3．学科体系：不同认识之间的争鸣；按照通常的观点，军事法学科体系可划分为军事法基本理论、军事行政法、军事刑法、军事司法、战争法等；军事法学科体系的构建并非静止的，需要不断地发展和完善。

第二节　军事法的渊源

一、军事法的渊源概述

1．概念：由不同的国家机关包括军事机关依法制定的、具有不同法律效力的各种类型的军事法规范性文件。

2．形式：宪法性军事条款、军事法律、军事法规、军事规章、国际条约。

二、军事法制定的权限划分

1．全国人民代表大会制定、修改宪法中的军事条款；全国人民代表大会及其常务委员会制定军事法律。

2．中央军事委员会制定军事法规，国务院单独或与中央军事委员会联合制定军事行政法规。

3．中央军事委员会各总部、各军兵种、各军区制定军事规章，国务院各部、委单独或与中央军事委员会各总部联合制定军事行政规章。

4．地方有权立法的国家权力机关和国家行政机关制定地方性军事法规和规章。

三、军事法的制定程序

宪法性军事条款和军事法律的制定程序同于宪法和法律的制定程序。其他军事法规和规章的制定程序遵循中央军事委员会于2003年4月颁布的《军事法规和军事规章条例》，主要内容包括军事法规和军事规章制定的指导思想和原则、权限划分、立法计划、起草、审查、决定与公布、备案、修改与废止以及体例规范。

四、军事法渊源的冲突及其解决

1．冲突类型：（1）层级冲突；（2）特别冲突；（3）同级冲突；（4）新旧冲突。

2．适用原则：（1）上位法优于下位法原则；（2）特别法优于一般法原则；（3）新法优于旧法原则；（4）不溯及既往原则；（5）特定范围适用原则。

3．裁决规则：（1）同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定发生冲突时，军事法规的适用由中央军委决定，军事规章的适用由制定机关决定；（2）地方性军事法规与部门军事行政规章之间发生冲突时，由国务院提出意见，并根据情况需要提请全国人大常委会裁决；（3）军事规章之间发生冲突时，总部规章的适用由中央军委决定，军兵种、军区规章的适用由中央军委或主管该事项的总部决定。

第三节　军事法的基本原则

一、军事法基本原则概述

1．特征：规范性、本源性、普适性、稳定性。

2．功能：指导功能、规范功能、预测功能。

二、军事法基本原则的确立

1．维护国家军事利益

2．保障高度集中统一
3．保障军人权益
4．维护世界和平
5．开放性原则

第四节　军事法的历史与发展

一、中国军事法的历史与发展

1．中国古代军事法的历史
2．中国近代军事法的历史
3．中国现代军事法的发展

二、外国军事法的历史与发展

1．外国军事法的沿革
2．外国军事法的发展（主要通过例举的方式介绍）

复习与思考题

1． 如何认识我国军事权在宪法中的地位？与其他国家相比它有什么特色？
2． 什么是军事法？你对军事法是如何理解的？
3． 如何解决军事法渊源之间的冲突？

拓展阅读书目

1．杨福坤、朱阳明主编：《军事法学词典》，国防大学出版社 1993 年版。
2．周健：《军事法论纲》，海潮出版社 2000 年版。
3．中央军委法制局主编：《中国军事百科全书·军事法分册》，军事科学出版社 1993 年版。
4．陈学会主编：《中国军事法制史》，海潮出版社 1999 年版。
5．[台] 陈新民：《军事宪法论》，扬智文化事业股份有限公司（台北）2000 年版。
6．于恩志：《论美国军事法的价值理念》，载《中国军事法学论丛》第 1 卷，第 21-38 页。
7．闵光玉：《论晚清军事法的特点》，载《中国军事法学论丛》第 1 卷，第 39-65 页。
6．靳桦之：《成就、经验与展望：改革开放 30 年的军事法制建设》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 1-11 页。

第二章　军事组织

本章教学目的和基本要求：了解中国的军事领导体制。了解中国武装力量的组成部分及各自的组织结构。了解中国武装力量各组成部分的主要职能。了解国外武装力量的构成（英国、美国、俄罗斯、日本）并注意与中国进行对比。重点思考中国军事领导体制的特色及其形成的背景。

学时分配：3

第一节　军事领导体制

一、军事领导体制概述

1．概念：国家为执行军事事务，而设置机构、划分职能与权限，以及确定各种各类机构的相互关系等方面的组织制度。

2．基本内容：（1）组织和维持武装力量的权力配置；（2）对武装力量进行组织、管理和指挥的权力配置；（3）战争的决定和实施的权力配置。

3．基本模式（统——分）：（1）建军、宣战、统率军队的权力，基本上集中于中央政府（统）；（2）统率武装力量实施战争的权力，都是集中于以首长负责制为决策形成的机关（统）；（3）在中央政府的军事权中，建军、宣战的权力通常赋予以合议制为决策方式的国家机关（分）。

二、中国的军事领导体制

1．全国人民代表大会及其常务委员会对军事事务的领导权：（1）武装力量统率机关的组织权；（2）国家军事事务执行的监督权；（3）战争与和平的决定权；（4）对军人的荣典权；（5）其他职权。（《宪法》第 62 条、第 67 条）

2．国家主席对军事事务的领导权：主要是程序性的，规定在《宪法》第 80 条和第 81 条以及《国防法》第 11 条。

3．国务院对军事事务的领导权：领导和国防建设事业，规定在《宪法》第 89 条和《国防法》第 12 条。

4．中央军事委员会对军事事务的领导权：作为武装力量的统率机关，规定在《宪法》第 93 条和《国防法》第 13 条。

从总体上看，我国的军事领导体制属于文官统军、统分结合的体制。

三、中外比较

美国、英国、法国、日本、印度。

第二节　中国武装力量的构成

一、武装力量概述

1．概念：国家或者政治集团拥有的各种武装组织的总称。

2．特征：（1）武装力量是具有最强的对抗能力的社会组织；（2）武装力量总是为国家或者政治集团所特别倚重；（3）武装力量总是归属于国家或者政治集团。

3．文武关系：武装力量是否由文官机构指挥和控制（中国的传统制度；与国外制度的对比）。

二、我国武装力量的地位与任务

1．地位：在文官政府领导下的、担负特定国家职能的一种国家机构；武装力量受中国共产党的绝对领导。

2．任务：（1）制止分裂，促进统一；（2）防备和抵抗侵略，捍卫国家主权、领土完整和海洋权益；（3）保卫国内安全，维护正常的社会秩序和社会稳定，适当参加国家建设活动。

三、中国武装力量的构成

1．组成部分：中国人民解放军（现役部队和预备役部队）、中国人民武装警察部队、民兵。（《国防法》第 22 条）

2．规模：与保卫国家安全和利益的需要相适应（《国防法》第 23 条）。

3．组织体系：中央军事委员会——总部机关（总参谋部、总政治部、总后勤部、总装备部）、各大军区（沈阳、北京、兰州、济南、南京、广州、成都）、军兵种总部领导机关（海军、空军、第二炮兵）——省军区、集团军——军分区、师（旅）——人民武装部、团。

第三节　中国武装力量的组织结构

一、中国人民解放军

1．地位和职能：中国人民解放军现役部队是国家的常备军，主要担负防卫作战任务，必要时可以依照法律规定协助维护社会秩序；预备役部队平时按照规定进行训练，必要时可以依照法律规定协助维护社会秩序，战时根据国家发布的动员令转为现役部队。

2．陆军：（1）兵种：步兵、炮兵、装甲兵、工程兵、通信兵、防化兵、防空兵、陆军航空兵；（2）基本组织层次：集团军、师（旅）、团、营、连、排、班。

3．海军：（1）兵种：水面舰艇部队、潜艇部队、海军航空兵、海军岸防兵、海军陆战队；（2）基本组织层次：海军（司令部、政治部、后勤部、装备部）、舰队（北海、东海、南海）、航空兵部、基地、水警区、舰艇支队（相当于师级）、舰艇大队（相当于团级）、舰艇中队（相当于营级）。

4．空军：（1）兵种：航空兵、地空导弹兵、高射炮兵、雷达兵、空降兵；（2）基本组织层次：空军（司令部、政治部、后勤部、装备部）、军区空军、空军军（基地）、师（旅）、团（站）、飞行大队（营）、飞行中队（连）。

5．第二炮兵：（1）兵种：地地战略导弹部队、常规战役战术导弹部队；（2）基本组织层次：第二炮兵（司令部、政治部、后勤部、装备部）、基地、旅、营。

6．预备役：军种和兵种预备役师、团，平时隶属于省军区，战时归指定现役部队指挥。

7．驻港部队：由陆海空军部队组成，下辖一个陆军步兵旅、一个海军舰艇大队和一个空军航空兵团，隶属于中央军事委员会。

8．驻澳部队：集摩托化步兵、装甲步兵、通信兵、侦察兵等多兵种于一体，主要由陆军组成，指挥机关编有海空军人员，隶属于中央军事委员会。

二、中国人民武装警察部队

1．地位：专门性武装组织。

2．职责：担负国家赋予的安全保卫任务，维护社会秩序。（具体见《人民武装警察法》第 7 条）

3．领导体制：国务院编制序列，由国务院、中央军委双重领导，实行统一领导管理与分级指挥相结合。

“统一领导”：指人民武装警察部队由国务院、中央军委统一领导，国务院主要负责人民武装警察部队日常任务的赋予、规模、编制定额、指挥、业务建设、经费物资保障，通过有关职能部门组织实施对人民武装警察部队的领导。中央军委主要负责人民武装警察部队的组织编制、干部管理、指挥训练、政治工作，通过四总部组织实施对人民武装警察部队的领导。武警总部是人民武装警察部队的领导指挥机关，统一组织实施对人民武装警察部队的领导和指挥。

“分级指挥”：是指地方人民政府按照国务院、中央军委规定的具体权限和程序，对相应级别的人民武装警察部队执行安保任务实施指挥。

4．警种：内卫（特警）、交通、水电、黄金、森林（武警总部直属）；边防、消防、警卫（公安部直属）。

5．基本组织层次：武警总部、总队（省，师）、支队（地，团）、大队（县，营）、中队（县，连）。

三、民兵

1．地位：民兵是不脱离生产的群众武装组织，是中国人民解放军的助手和后备力量。民兵在军事机关的指挥下，担负战备勤务、防卫作战任务，协助维护社会秩序。

2．领导体制：国务院、中央军委领导下的民兵组织领导体制。

3．职责：（1）积极参加社会主义现代化建设，带头完成生产和各项任务；（2）担负战备勤务，保卫边疆，维护社会治安；（3）随时准备参军参战，抵抗侵略，保卫祖国。（《兵役法》第 36 条）

4．基本组织层次和成员：（1）乡、民族乡、镇和企业事业单位建立民兵组织。凡十八岁至三十五岁符合服兵役条件的男性公民，除应征服现役的以外，编入民兵组织服预备役。（2）民兵分为基干民兵和普通民兵。二十八岁以下的退出现役的士兵和经过军事训练的人员，以及选定参加军事训练的人员，编为基干民兵；其余十八岁至三十五岁符合服兵役条件的男性公民，编为普通民兵。根据需要，吸收女性公民参加基干民兵。陆海边疆、少数民族地区和城市有特殊情况的单位，基干民兵的年龄可以适当放宽。

5．我国实行民兵与预备役相结合的制度。

6．训练：民兵的军事训练由县人民武装部组织实施。专职人民武装干部的军事训练，由军分区组织实施。

7．战备执勤：（1）民兵战备执勤，由县人民武装部根据上级赋予的任务，制定计划，具体组织实施；（2）陆海边防地区和其它战备重点地区的民兵组织，应当根据上级军事机关的要求，与驻地的人民解放军和人民武装警察部队实行联防；（3）民兵担负勤务的报酬或者补助，由使用单位支付。

第四节　外国武装力量

一、英国武装力量

女王为名义上的最高统帅。最高国防决策机构为国防与海外政策委员会，由首相任主席。国防参谋部是最高军事指挥机构，分为战略政策部、计划人事部、武器系统部、作战部。三军参谋部负责本军种的部队训练和日常管理，没有作战指挥权。英军主要分为陆海空三个军种。

二、美国武装力量

1．领导指挥系统：总统为陆海空三军最高统帅，通过国防部长经两套系统领导和指挥全军：通过陆海空三军总部对全军实施行政领导；通过参谋长联席会议和联合司令部对全军实施作战指挥。国家安全委员会是最高军事决策机构。国防部是最高军事领导机关。参谋长联席会议是军事咨询和作战指挥机构。

2．军种：陆、海、空军、海军陆战队以及战略核力量（战略导弹部队、战略轰炸机部队和导弹核潜艇部队）。

三、俄罗斯武装力量

1．领导指挥系统：总统是武装力量的最高统帅。俄罗斯安全会议是最高军事决策机构，国防会议为常设咨询机构，国防部是最高军事行政机关，总参谋部为最高军事指挥机关。

2．组织体制：国防部、总参谋部——军（兵）种总司令领率机关——军区领率机关。

四、日本武装力量

1．领导指挥系统：内阁首相和防卫省长官构成“国家最高军事指挥当局”。内阁首相是最高统帅，防卫省对三军实施指挥。内阁会议（或安全保障会议）是最高军事决策机构。

2．军种：陆上自卫队、海上自卫队、航空自卫队。

复习与思考题

1．　我国的军事领导体制与其他国家相比有什么特色？

2．　我国的武装力量由哪几部分组成？其职能分别是什么？

拓展阅读书目

1．李保忠：《中外军事制度比较》，商务印书馆 2003 年版。

2．田思源、王凌：《国防行政法与军事行政法》，清华大学出版社 2009 年版。

第三章　军事管理

本章教学目的和基本要求：了解中国历代兵役制度和中国现行兵役制度。了解军人的构成、法律地位、基本权益和义务。了解军事装备工作的基本原则、军事设施的保护和军事后勤工作的主要内容。注意比较中外兵役制度的异同。重点思考军人的政治角色。重点掌握现役军人的管理以及退役安置制度。

学时分配：3

第一节　兵役制度

一、概念

国家关于公民参加军队或其他武装组织、承担军事任务或接受军事训练的一项重要的军事制度。它随着国家的出现而产生，又随着国家的经济水平、政治和军事需要而发生变化。

二、中国历代兵役制度

1．夏商周时期——民军制。
2．秦汉时期——征兵制。
3．三国两晋时期——世袭兵役制。
4．南北朝至隋唐时期——府兵制。
5．宋朝时期——募兵制度。
6．元明清时期——世袭兵役制。
7．民国初期——募兵制。
8．南京国民政府时期——征兵制。

三、中外兵役制度比较

1．美国、英国、日本——全募兵役制。
2．法国——1997 年 1 月 1 日起实行全募兵役制。
3．俄罗斯——向全募兵役制过渡。
4．以色列——义务兵役制。

四、中国现行兵役制度

1．概述：征募混合制——中华人民共和国实行义务兵与志愿兵相结合、民兵与预备役相结合的兵役制度。（《兵役法》第 2 条）

2．义务兵役制（征兵制）：国家以法律形式规定的关于公民在一定年龄都必须承担一定期限军事任务的制度，带有强制性。（《兵役法》第 12 条、第 13 条、第 18 条）

3．志愿兵役制（募兵制）：公民志愿参军、担负军事任务的制度。（《兵役法》第 12 条第 3 款、第 19 条）

第二节　军人管理

一、军人概述

1．概念：军队中拥有军籍的人员。

2．职业特性：（1）军人直接掌握武器，以准备和实施战争为职业；（2）军人受到的管制程度特别高，个人人身权利受到较多的限制；（3）军人群体与其他社会群体普遍缺少沟通。

3．政治角色：（1）国家或其他形式的政治共同体主权者的角色（否定）；（2）国家或社会共同体的主要政治斗争工具的角色（否定）；（3）专业化的国家公职人员——社会公器（肯定）。

4．衡平军人利益的方式：政治途径、法律途径。

二、军人的组成范围

1．军官：军官是被任命为排级以上专业技术职务，并被授予相应军衔的现役军人。按照职务性质可分为军事军官、政治军官、后勤军官、装备军官和专业技术军官。

2．士官：士官是相对于军官和义务兵而言的，是我军的重要组成部分，是指从服现役期满的义务兵中选取，或者直接从非军事部门具有专业技能的公民中招收，并被授予相应军衔的志愿兵役制士兵。其按照工作性质分为专业技术和非专业技术士官。士官分为 3 等 7 级，初级士官为下士、中士，中级士官为上士、四级军士长，高级士官为三、二、一级军士长。

3．义务兵：军队中被授予兵的军衔的军人。义务兵分为两级——列兵和上等兵。

三、军人的法律地位

1．军人首先是国家公民：现役军人和预备役人员，必须遵守宪法和法律，履行公民的义务，同时享有公民的权利；由于服兵役而产生的权利和义务，除本法的规定外，另由军事条令规定。(《兵役法》第 6 条）

2．军人是国家的公职人员：《国防法》第 17、19、25 条。

3．军人是特殊的国家公职人员，对国家承担与其他公职人员不同的、明显更重的职责。

四、军人的基本义务与权益

1．基本义务

（1）现役军人必须忠于祖国，履行职责，英勇战斗，不怕牺牲，捍卫祖国的安全、荣誉和利益。

（2）现役军人必须模范地遵守宪法和法律，遵守军事法规，执行命令，严守纪律。

（3）现役军人应当发扬人民军队的优良传统，热爱人民，保护人民，积极参加社会主义物质文明、精神文明建设，完成抢险救灾等任务。

2．基本权益：军人应当受到全社会的尊重；国家和社会优待现役军人（总的原则）。包括：(1) 荣誉、人格权益；（2）履行职务保障权；（3）生活优待的权益；（4）抚恤的权益；（5）保险的权益；（6）退役安置的权益。

五、军人的管理制度

1．军官的管理——《现役军官法》

（1）军官的选拔、军衔和待遇。

（2）军官的退役：转业（团职干部和军龄满 20 年的营职干部）、复员（连、排干部或个别营、

团职干部）、退休（师级以上干部）。

2．文职干部的管理——《中国人民解放军文职干部条例》

（1）法律地位：不授予军衔的现役军人。

（2）范围：①科学研究、工程技术、医疗卫生、教学、新闻、出版、图 书、档案、文化艺术 、体育等单位的部分专业技术干部职务；②机关、院校、医院等单位部分从事行政事务、服务保障的干部职务；③其他需要编制文职干部的职务。

（3）来源：①军队院校毕业学员；②地方高等学校毕业生；③现役军官；④地方专业技术人员；⑤博士后流动站出站人员和出国留学回国人员。

（4）其他方面与军官相同。

3．士兵的管理——《中国人民解放军现役士兵服役条例》

（1）士官、士兵的军衔、待遇、退役安置。

（2）士官制度改革。

4．预备役的管理——《预备役军官法》和《兵役法》

预备役军官的来源、选拔和待遇以及预备役士兵的来源和待遇。

第三节　军事装备、设施与后勤管理

一、军事装备

1．概念：用以实施和保障作战行动的武器、武器系统和军事技术器材的总称。主要包括武装力量编制内的武器、弹药、车辆、机械、器材、装具等。武器装备是武装力量的最基本物质要素，是军队战斗力构成的重要组成部分。

2．特征：（1）较强的系统性和完整性；（2）专业技术性强；（3）管理严格。

3．基本原则：

（1）坚持装备建设的集中统一领导，实行装备的全系统、全寿命管理

（2）坚持装备现代化建设与国家经济建设协调发展，满足军事需求，提高部队战斗力

（3）坚持从国情、军情出发，有所为、有所不为，走投入较少、效益较高的装备建设道路

（4）坚持科技强军，依靠科技进步，推动装备发展

（5）坚持自力更生为主，借鉴国外先进技术，努力提高装备的自主创新能力

（6）坚持质量第一，加强科学管理，推进装备的通用化、系列化和组合化

（7）坚持依法治装，严格规章制度，保持良好的装备工作秩序

（8）坚持人才为本，尊重知识，尊重人才，培养和造就高素质的装备人才队伍

（9）坚持继承优良传统，积极改革创新，建立符合装备建设规律和社会主义市场经济体制要求的运行机制。

4．工作体制：统一领导（总装备部），分级管理（总参谋部、总后勤部分管有关装备的部门、军区、军兵种和副大军区及其以下单位的装备机关，按照《装备条例》的有关规定，分别履行各自的职责）。

5．主要工作内容：（1）装备研制；（2）装备订货；（3）装备调配保障与日常管理；（4）装备技术保障；（5）装备合作与贸易。

二、军事设施

1．概念：国家直接用于军事目的的建筑、场地和设备。

2．分类：军事禁区（特殊措施重点保护）、军事管理区（严格措施予以保护）、未划区（一般保护）。

3．领导体制：中国人民解放军总参谋部在国务院和中央军事委员会的领导下，主管全国的军事设施保护工作；军区司令机关主管辖区内陆军、海军、空军的军事设施保护工作。

4．军事设施的保护：（1）军事禁区的保护；（2）军事管理区的保护；（3）未划区的保护。

5．军事设施的管理：（1）军地的共同职责；（2）军队的管理职责；（3）地方人民政府的管理职责；（4）执勤人员的职责。

三、军事后勤

1．概念：筹划、准备和运用人力、物力、财力、设施以及技术手段等，从经费物资、医疗卫生、交通运输、装备维修、基建营房等方面保障军队建设、作战及其他活动需要的各种工作的统称。

2．特征：广泛性、技术性、经济性、变动性。

3．基本原则：（1）顾全大局，服从整体；（2）平战结合，军民结合；（3）统筹兼顾，突出重点；（4）艰苦奋斗，勤俭节约；（5）科学管理，讲究效益。

4．主管机关：总后勤部是全军后勤工作的领导机关，在中央军委领导下，主管全军后勤工作。各级后勤机关是本级后勤工作的领导机关，在本级党委、首长的领导和上级后勤机关的指导下，主管本级后勤工作。

5．主要工作内容：军事后勤保障（军事经费、军事资产）、军事后勤建设、军事后勤指挥、军事后勤管理。

复习与思考题

1． 中国历代兵役制度经历了怎样的变迁？

2． 军人在一国政治中应当扮演什么角色？为什么？

3． 军人的法律地位是怎样的？与普通公民相比有什么不同？

4． 我国的军人退役安置制度是怎样设计的？

拓展阅读书目

1.“中国军事史”编写组：《中国历代军事制度》，解放军出版社 2006 年版。

2．李瑰华、王周户：《浅析我国军人退役安置制度及其完善》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 142-154 页。

3．杨永康：《美国军人退伍安置法律制度研究》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 155-170 页。

第四章　军事行政法

本章教学目的和基本要求：思考军事行政的基本内涵。了解各种观点之间的理论争鸣。设想我国军事行政诉讼制度的构建。重点掌握国防动员方面的相关法律与制度。

学时分配：3

第一节　军事行政法概述

一、概念辨析

1．两种观点的争鸣：

（1）军事行政是指国家行政机关根据法律的授权，依法对整个国家系统、武装力量系统和全体公民进行的有关军事方面的管理活动。（国防行政）

（2）军事行政仅仅是指主体为国家军事机关及其工作人员的军事行政，是对军队内部事务进行管理的活动。（狭义的军事行政）

2．广义的军事行政定义：军事行政主体为行使军事行政权而进行的决策、组织、管理和调控活动。其中，军事行政主体既包括军事机关（军事司法机关除外），也包括国家行政机关。

3．广义的军事行政包含国防行政和狭义的军事行政。

4．国防行政与狭义的军事行政的宪法考察：（1）“国防”与“军事”的关系；（2）“议行合一”体制下的“五权并立”的国家权力结构；（3）党对军队绝对领导下的“政令分离”的国防领导体制。

二、军事行政法的学科定位

1．概念：调整军事行政关系，规范和控制军事行政权的法律规范的总称。

2．调整对象：军事行政关系。

3．本质属性：规范、控制军事行政权。

4．渊源：宪法、军事法律、军事法规和军事规章、地方性法规和规章。

三、军事行政法的基本原则

1．依法军事行政原则。

2．军事行政信赖保护原则。

3．军事行政比例原则。

4．军事行政法从严原则。

第二节　国防行政法

一、国防行政主体

1．国防行政主体的基本问题：（1）法律内涵；（2）理论分类。

2．国防行政机关：（1）中央国防行政机关；（2）地方国防行政机关；（3）国防行政机关内设

机构；（4）国防事务议事协调机构。

3．国防行政授权组织。

4．国防行政公务员：一般情形、特殊现象。

二、国防行政行为

1．综合国防行政行为：（1）国防行政立法行为；（2）国防行政计划行为；（3）国防动员行为。

2．对人国防行政行为：（1）兵役征集行为；（2）民兵预备役管理行为；（3）革命烈士褒扬行为；（4）军人军属抚恤优待行为；（5）退役军人安置行为；（6）国防教育行为。

3．对事国防行政行为：（1）国防设施保护行为；（2）国防交通管理行为；（3）国防科技管理行为；（4）人民防空管理行为；（5）边防、海防、空防管理行为；（6）国防经费和资产管理行为。

三、国防行政诉讼

1．国防行政诉讼基本理论：（1）国防行政诉讼的概念、特征；（2）国防行政诉讼与普通行政诉讼的比较；（3）国防行政诉讼与狭义的军事行政诉讼。

2．国防行政诉讼制度的完善：（1）建立国防行政诉讼特殊制度的价值基础；（2）国防行政诉讼应当遵循的特殊原则；（3）国防行政诉讼特殊程序构想。

3.“国家国防行为”的分析与探讨：（1）行政诉讼法司法解释对国家国防行为的界定；（2）行政诉讼法中国家国防行为的内涵；（3）国家国防行为不可诉正反论据价值辨析。

四、国防行政领导体制的完善

1．现状与不足：（1）中央国防行政机构的“虚设”；（2）地方国防行政机构的“虚无”；（3）国防行政职能的“泛化”；（4）省军区系统国防行政“失权”；（5）军政国防议事协调机构“繁杂”。

2．完善构想：（1）中央国防行政机构的完善；（2）地方国防行政机构的建立；（3）军政机关相关职能的剥离；（4）省军区军事机关与国防行政机关的关系定位；（5）国防行政管理的制度保障。

3．重要意义：（1）现实意义；（2）战略利益。

第三节　狭义的军事行政法

一、军事行政主体

1．军事行政主体的基本问题：（1）法律内涵；（2）军事行政主体与军事机关；（3）军事行政主体与军事行政组织法。

2．军事机关：（1）概念；（2）性质、特征；（3）分类；（4）主要体系；（5）军事机关是典型的行政机关吗？

3．军事行政行为实施人：（1）法律内涵；（2）主要类别；（3）法律身份的四重性。

二、军事行政行为

1．军事行政行为的基本问题：（1）法律内涵；（2）狭义的军事行政行为与国防行政行为；（3）军事行政行为与军事指挥行为；（4）军事行政行为的法律分类。

2．军事行政行为的主要形式：（1）军事行政处罚；（2）军事行政强制；（3）军事行政命令；（4）军事行政许可；（5）军事行政合同。

3．武装力量特殊行为的性质：（1）紧急状态下执勤人员的执勤行为；（2）人民武装警察的执勤行为；（3）警备警务人员的执勤行为；（4）军事科研订货合同的性质问题。

三、军事行政诉讼

1．法律内涵：（1）近20年来军事行政诉讼研究的反思与述评；（2）目前关于军事行政诉讼概念的主要观点；（3）对目前军事行政诉讼概念的评判；（4）军事行政诉讼的科学内涵。

2．尽快建立我国的军事行政诉讼制度：（1）现实性；（2）必要性；（3）可行性。

3．军事行政诉讼基本问题探讨：（1）应当制定专门的军事行政诉讼法；（2）军事行政诉讼受案范围相对有限；（3）战争状态下的军事行政诉讼制度；（4）建立军事行政诉讼制度的实践路径。

4．军事行政复议：（1）目前研究的缺陷与不足；（2）法律内涵与立法实践；（3）完善我国军事行政复议制度的基本构想。

第四节　国防动员法

一、国防动员概述

1．国防动员的概念：为应对国家的主权、统一、领土完整和安全所遭受的威胁，国家进行准备、启动紧急措施以积聚国防力量的法律活动。

2．类型：（1）总动员——局部动员；（2）公开动员——秘密动员；（3）应急动员——持续动员；（4）分区动员——跨区动员。

3．特点：（1）目的的政治性；（2）主体的权威性；（3）对象的广泛性；（4）手段的计划性；（5）行为的强制性；（6）准备的前置性；（7）实施的快捷性。

4．基本原则：（1）统一领导，分级指挥；（2）统筹计划，严密组织；（3）分类准备，分级实施；（4）平战结合，军民兼容；（5）快速有序，协调高效；（6）双应一体，安全可靠。

5．基本内容：（1）武装力量动员；（2）国民经济动员；（3）人民防空动员；（4）交通运输动员；（5）政治动员。

6．组织领导机构及其职权：《国防动员法》第8-14条。

二、国防动员的前提

1．国防动员的能力、潜力和基础：三者之间的关系。

2．国防动员的需求和供给：供需对接与均衡。

3．国防动员潜力统计调查。

4．国防动员计划、预案和演练。

5．经济建设贯彻国防要求。

6．国防动员的信息化。

三、国防动员的主要措施

1．国防动员的主要阶段：动员准备——动员实施——复员。

2．预备役人员的储备与征召。

3．战略物资的储备与调用。

4．军品科研、生产与维修保障。
5．战争灾害的预防与救助。
6．国防勤务。
7．民用资源征用与补偿。
8．宣传教育。
9．特别措施。

复习与思考题

1．什么是军事行政？你赞成一元论还是国防行政与军事行政二元论？为什么？
2．试分析在我国建立军事行政诉讼制度的可行性。
3．什么是国防动员？我国的《国防动员法》涵盖了哪些方面？有什么不足？

拓展阅读书目

1．田思源、王凌：《国防行政法与军事行政法》，清华大学出版社 2009 年版。
2．张桂英：《军事行政法治论纲》，中国政法大学出版社 2008 年版。
3．任民：《国防动员学》，军事科学出版社 2008 年版。
4．谢丹、徐占峰：《军事行政复议制度构想》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 62-69 页。
5．毛国辉：《论国防行政立法》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 76-83 页。
6．薛刚凌、吴健：《国防动员启动法律问题研究》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 97-111 页。

第五章　军事刑法

本章教学目的和基本要求：了解军事刑法的概念及其历史沿革。了解军事刑法的基本原则。了解军事犯罪的种类。了解军事刑罚的种类和执行方式。了解军事刑事诉讼的特点。注意比较军事刑法与普通刑法的异同。思考现行军事刑法立法模式的优劣。

学时分配：2

第一节　概述

一、概念

（军事）刑法是规定（军事）犯罪、（军事）刑事责任与（军事）刑罚的法律规范的总和。就学科而言，军事刑法学既是刑法学的有机组成部分，也是军事法学的重要分支之一。

二、历史沿革

1．文革前：基本都是草案。

2．文革后：（1）1981 年《惩治军人违反职责罪暂行条例》；（2）1997 年《刑法》（危害国防利益罪、军人违反职责罪）。

三、基本原则

1．罪刑法定原则：如何保障军人人权？

2．法律面前人人平等：（1）军人犯罪——身份犯；（2）将功折罪，戴罪立功？（3）非法命令的执行问题。

3．罪责性相适应原则：（1）不同的犯罪种类与犯罪形态；（2）合理的刑罚种类与刑罚梯度；（3）不同的量刑情节。

第二节　军事犯罪

一、构成要件

1．客观方面：行为人实施了危害国家军事利益和国防利益的违法行为。

2．客体：国家军事利益和国防利益。

3．主观方面：故意和过失。

4．主体：（1）一般主体（达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人）；（2）特殊主体（军职人员）；（3）单位主体。

二、犯罪种类

1．危害国防利益罪：（1）危害国防安全利益（阻碍军人执行职务罪；阻碍军事行动罪；破坏武器装备、军事设施、军事通信罪；聚众冲击军事禁区罪；聚众扰乱军事管理区秩序罪）；（2）危害军队战斗力（故意提供不合格武器装备、军事设施罪；过失提供不合格武器装备、军事设施罪；

煽动军人逃离部队罪；雇用逃离部队军人罪；接送不合格兵员罪）；（3）危害军队声誉（冒充军人招摇撞骗罪；伪造、变造、买卖武装部队公文、证件、印章罪；盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪；非法生产、买卖军用标志罪）；（4）危害战争动员秩序和兵役制度（战时拒绝、逃避征召、军事训练罪；战时拒绝、逃避服役罪）；（5）危害军队作战利益（战时故意提供虚假敌情罪；战时造谣扰乱军心罪；战时窝藏逃离部队军人罪；战时拒绝、故意延误军事订货罪；战时拒绝军事征用罪）。

2．军人违反职责罪：（1）军事忠诚方面的犯罪（投降罪；军人叛逃罪；战时造谣惑众罪）；（2）军事行动方面的犯罪（战时违抗命令；隐瞒、谎报军情罪；拒传、假传军令罪；战时临阵脱逃罪；阻碍执行军事职务罪；违令作战消极罪；拒不救援友邻部队罪；战时自伤罪）；（3）军事秘密方面的犯罪（非法获取军事秘密罪；为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪；故意泄露军事秘密罪；过失泄露军事秘密罪）；（4）军事物品方面的犯罪（武器装备肇事罪；擅自改变武器装备编配用途罪；盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪；非法出卖、转让武器装备罪；遗弃武器装备罪；遗失武器装备罪；擅自出卖、转让军队房地产罪）；（5）军事服役与管理方面的犯罪（逃离部队罪；擅离、玩忽军事职守罪；指使部属违反职责罪；虐待部属罪；私放俘虏罪）；（6）军事人道方面的犯罪（遗弃伤病军人罪；战时拒不救治伤病军人罪；战时残害居民、掠夺居民财物罪；虐待俘虏罪）。

3．特征：（1）主体具有特殊性；（2）定罪起点具有特殊性；（3）应受刑罚处罚性；（4）战时具有特殊性。

第三节　责任承担

一、军事刑事责任

1．刑事责任的概念：（1）从行为人方面说：行为人违反刑事法律义务的行为引起的刑事法律后果的一种应有的承担标准；（2）从国家方面说：国家司法机关对实施刑事违法行为的人一种否定性评价。

2．军事刑事责任是刑事责任的一种。

3．军事刑事责任的实现：（1）认定犯罪适用刑罚；（2）认定犯罪适用非刑罚措施；（3）认定犯罪并予以宣告；（4）通过外交途径处理。

4. 军事刑事责任的变更：（1）减刑；（2）假释；（3）特赦。

5. 军事刑事责任的消灭：（1）犯罪已过追诉时效；（2）犯罪人已经死亡；（3）刑事责任已实现。

二、军事刑罚

1．种类：（1）主刑（管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑）；（2）附加刑（罚金、剥夺政治权利、没收财产）；（3）特殊附加刑（驱逐出境、剥夺军衔）。

2．注意：（1）危害国防利益罪不适用没收财产和剥夺军衔；（2）军人违反职责罪不适用管制、罚金、没收财产和驱逐出境。

3．执行方式：（1）拘役——军内拘役场所或看守所；（2）有期徒刑——被开除军籍的，送地方劳改场所或监狱；未被开除军籍的，在军内劳改场所；（3）无期徒刑——送地方监狱执行；（4）死刑——死缓（移送地方监狱）、死刑立即执行（枪决）。

第四节　军事刑事诉讼

一、特点

1．军事刑事诉讼中的专门机关是军事司法机关。

2．军事刑事诉讼的形式是法定的诉讼程序。

3．军事刑事诉讼中的被追诉人主要是军职人员。除军地人员共同犯军事罪的案件、涉及军事机密的犯罪案件、战时或执行军事任务的预备役人员犯军事罪的案件及严重危害国防和军事利益的犯罪案件外，军事刑事诉讼一般不以非军职人员为追诉对象。

4．军事刑事诉讼的首要任务是追诉军人违反职责的犯罪。与普通刑事诉讼相比较，军事刑事诉讼在追诉犯罪的性质上有所侧重。

二、基本原则

1．以事实为依据，以法律为准绳。

2．适用法律一律平等。

3．无罪推定。

三、诉讼程序

侦查起诉——一审普通程序

复习与思考题

1．　军事刑法是独立存在的吗？它有什么特点？

2．　军事刑法中的一些规定符合刑法的基本原则吗？

3．　我国刑法中的军事犯罪包含哪些类型？

4．　军事刑罚有什么特点？

5．　我国军事刑事诉讼有什么特点？

拓展阅读书目

1．钱寿根、王继主编：《军事刑法学》，国防大学出版社 2007 年版。

2．李昂主编：《军事检察学》，军事科学出版社 2003 年版。

3．李佑标：《试论军事刑事诉讼的特有原则》，载《中国军事法学论丛》第 1 卷，第 204-223 页。

4．李卫海：《论平民不受军事审判》，载《中国军事法学论丛》第 2 卷，第 227-251 页。

5．姜涛：《军事司法权配置之若干观念问题》，载《中国军事法学论丛》第 3 卷，第 39-50 页。

第六章　军事司法制度

本章教学目的和基本要求：了解军事法院的层级、任务和受案范围。了解军事法官的任免条件。注意对比军事法院和普通法院的异同。了解军事检察院的层级和受案范围。了解军事检察官的任免条件。了解军队保卫部门的职权。

学时分配：2

第一节　军事审判机关——军事法院

一、概述

1．性质：军事法院本质上和其他人民法院一样，都是国家的审判机关，但它是代表国家在军队内部行使审判权。

2．与普通法院的区别：（1）在领导关系上；（2）在案件管辖范围上；（3）在刑罚种类上；（4）在审判原则上；（5）在刑罚执行上。

二、军事法院的层级

1．各大军区、海军、空军所属的基层军事法院

大军区空军军事法院、海军舰队军事法院、各大军区地区军事法院（有的设置在省军区，有的设置在集团军，有的二者之中均有设置）、大军区级单位的直属军事法院、警备区军事法院。

编制：院长 1 人，审判员和书记员若干人，不分审判庭。

2．各大军区级单位的军事法院

各大军区军事法院、海军军事法院、空军军事法院、军委总直属队军事法院（分第一军事法院和第二军事法院）。

编制：院长 1 人，副院长 1 人，审判员和书记员若干人，设刑事审判庭和民事经济审判庭。

3．中国人民解放军军事法院

编制：院长 1 人，副院长 1 人，审判员和书记员若干人，设第一审判庭和第二审判庭。

院长由最高人民法院提请全国人大常委会任免。

三、军事法院的主要任务

1．审理军队内部的刑事案件，惩办危害国家军事利益和国家安全的刑事犯罪分子，维护军队的秩序和稳定，巩固国防。

2．审理军队内部民事、经济纠纷案件，调整军事社会关系，维护国家军事利益和军人合法权益。

3．宣传社会主义法制，教育全体军人忠于祖国，严守职责，自觉遵守宪法、法律，积极同违法犯罪现象作斗争。

四、军事法院的职能

1．惩罚：依法审判军内各种刑事案件，惩办卫海国家和军队建设的犯罪分子，确保部队的安全稳定和纯洁巩固。

2．调节：依据法律规定和授权，依法审理军内经济纠纷和民事纠纷，维护军内正常的经济和民事法律关系。

3．保护：通过公开、公正执法，有效地保护官兵的人身权利和民主权利，使无罪的人不受法律追究，维护案件当事人的合法权益。

4．服务：通过全部的审判活动，充分发挥军事法院业务特长，在法律宣传教育、法律咨询、解决涉法问题等方面，为部队和官兵提供优质高效的法律服务。

五、军事法院的受案范围和职权

1．基层军事法院（军级单位军事法院和副大军区级军事法院）

（1）军级单位的军事法院审理所辖部队副团职、技术 8 级、文职干部副处级以下犯罪人员可能判处无期徒刑以下刑罚的刑事案件；副大军区级单位军事法院审理正团职、专业技术 7 级、文职正处级以下人员的犯罪可能判处无期徒刑以下刑罚的刑事案件。

（2）审理本辖区内军内第一审民事、经济纠纷案件。

（3）指导所属部队开展法制教育和预防犯罪的综合治理工作。

2．大军区级单位军事法院

（1）审理法律规定的由中级人民法院管辖的案件。

（2）审理所辖部队除上述副大军区级单位军事法院审理以外的正团职、副师职、技术 7 级至4级、文职干部正处级和副局级可能被判处死刑的刑事案件。

（3）由本级军事法院管辖的第一审民事、经济纠纷案件。

（4）审理对基层军事法院的判决、裁定提出上诉或抗诉的案件和同级军事检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件以及发生法律效力的再审案件。

（5）解放军军事法院授权和指令审判的案件。

（6）如果发现基层军事法院的判决、裁定确有错误时，有权提审或指令下级法院再审。

（7）监督和指导基层军事法院的审判工作。

（8）指导部队进行法制教育、法律服务和预防犯罪的综合治理工作。

3．解放军军事法院

（1）审理法律规定的由高级人民法院管辖的案件。

（2）审理正师职、技术 3 级、文职干部正局级以上人员犯罪可能被判处死刑以下刑罚的普通刑事案件。

（3）审理军队涉外刑事案件。

（4）审理对下级军事法院的判决、裁定提出上诉或抗诉的案件和解放军军事检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件以及发生法律效力的再审案件。

（5）在全军有重大影响的民事、经济纠纷案件。

（6）审理最高人民法院授权和指令审判的案件。

（7）复合全军判处的死刑案件和对最高人民法院授权的部分死刑案件以及死缓案件的核准。

（8）发现下级军事法院已生效的判决或裁定确有错误时，有权提审或指令下级法院再审。

（9）监督和指导下级军事法院的审判工作。

（10）领导和管理全军法院的司法行政工作，指导部队法制教育、法律服务和参与预防犯罪的综合治理工作。

六、与地方法院权限相比的特点

1．把犯罪人员犯罪前的职务等级作为区分级别管辖的重要依据。

2．基层军事法院的审判权限较大。

3．将涉外军事案件的审理权限等级提高。

4．对审理民事、经济纠纷案件的权限加以限制。

七、军事法官的任免

1．任职资格：曾因犯罪受过刑事处罚的以及曾被开除公职的人员不得担任军事法官。

2．选拔程序：（1）从符合担任法官条件的地方或军校大学生、研究生、博士生中直接选拔；（2）从符合担任法官条件的军队领导干部中选拔；（3）选拔优秀的军队基层干部，经过院校法律专业的培养后充实到军事法官队伍中来。

3．德才条件：（1）良好的政治素质；（2）精良的业务素质；（3）高尚的职业道德。

4．任免：（1）解放军军事法院院长经中央军委批准后，由最高人民法院院长提请全国人大常委会任免；（2）解放军军事法院副院长以下的各级军事法官按照《现役军官法》第 12 条的规定定的军官职务任免权限任免。

第二节　军事检察机关——军事检察院

一、概述

1．性质：军事检察机关是国家设立在军队的专门法律监督机关，是统一的国家政权机关的重要组成部分。

2．层级：（1）军级单位军事检察院（省军区军事检察院、集团军军事检察院、大军区空军军事检察院、海军舰队军事检察院）；（2）大军区、海、空军军事检察院；（3）中国人民解放军军事检察院。

3．组织原则：（1）领导体制：军事检察院关向同级政治机关负责并报告工作，并接受最高人民检察院和上级军事检察院的领导；（2）内部组织原则：民主集中制——检察委员会。

二、军事检察院的任务

1. 根本任务：人民检察院通过行使检察权，镇压一切叛国的、分裂国家的和其他反革命活动，打击反革命分子和其他犯罪分子，维护国家的统一，维护无产阶级专政制度，维护社会主义法制，维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序，保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，保卫社会主义现代化建设的顺利进行。

2．具体任务

（1）通过行使军事检察权，镇压人民解放军中一切叛国的、分裂国家和军队的刑事犯罪活动，打击、制裁刑事犯罪分子，以纯洁巩固部队，维护军事法治。

（2）通过开展刑事检察、法纪检察、经济检察、监所检察等各项业务活动，同一切违反军人职责的军事犯罪行为作斗争，以教育全体官兵忠于社会主义祖国，认真履行军人誓词和职责，坚决执行军事条令、条例以及部队首长的命令。

（3）通过行使军事检察权，维护国家的军事利益，保障军职人员的民主权利和其他合法权益。

（4）通过行使军事检察职能，维护部队的管理秩序、训练秩序、战备秩序和生活秩序，从而保证军队建设的顺利进行。

（5）通过行使军事检察职能，向部队广大官兵宣传法制，提高军人的法律意识，帮助他们坚定依法治国、依法治军的信念，增强他们遵纪守法的自觉性以及同违法犯罪行为作斗争的积极性。

3．职权：（1）刑事检察职权（军事刑事诉讼监督权、批准逮捕权、侦查权、公诉权）；（2）民事检察职权（代为起诉权、民事诉讼监督权）。

三、军事检察院的受案范围

1．专门管辖：（1）军事检察院管辖下列人员的犯罪案件——现役军人、军队文职干部、军内在编职工、在军队劳改场所服刑的人员；（2）特殊情况下包括：在部队营区内共同犯罪，涉及军事机密的案件；退役军人在服役期间犯有违反军人职责罪案件。

2．职能管辖：（1）现役军人作为国家工作人员的职务犯罪；（2）军人利用职权实施的其他重大犯罪案件，需由军事检察院直接受理的时候，经解放军军事检察院决定，可以由军事检察院立案侦查。

3．级别管辖：（1）各大军区、海军、空军所属基层军事检察院（军级和副大军区级单位的军事检察院）——军级单位（如省军区、集团军）的军事检察院管辖副团职、专业技术 8 级、文职干部副处级以下人员犯罪可能被判处无期徒刑以下刑罚的案件；副大军区级单位的军事检察院管辖正团级、专业技术 7 级、文职干部正处级以下人员犯罪可能被判处无期徒刑以下刑罚的案件。（2）大军区级单位的军事检察院——上述案件以外的正团职、副师职、专业技术 7 至 4 级、文职正处级和副局级人员犯罪的案件，以及军级和副大军区级单位军事检察院所管辖人员犯罪可能被判处死刑的案件。（3）解放军总直属队的军事检察院——管辖副师职、专业技术 4 级、文职副局级以下人员犯罪的案件。（4）解放军军事检察院——管辖正师职、专业技术 3 级、文职正局级以上人员犯罪案件。

4．地域管辖：序列管辖；战区管辖；按片管辖。

四、军事检察官的任免

1．任职资格：同军事法官。

2．选拔：吸收、选调、录用。

3．任免：（1）解放军军事检察院检察长，由最高人民检察院检察长提请全国人大常委会任免；（2）副检察长经最高人民检察院检察长同意，按军队干部任免权限任免；（3）其他级别检察长，按军队干部任免权限任免。

第三节　军队保卫部门——刑事侦查机关

一、职能管辖

20 种刑事犯罪。

二、级别管辖

1．军级以下单位的保卫部门管辖副团职、专业技术 8 级、文职副处级以下人员的犯罪案件

2．副大军区级单位的保卫部门管辖正团职、专业技术 7 级、文职正处级以下人员的犯罪案件

3．大军区级单位的保卫部门管辖上述规定之外的正团职、副师职、专业技术 7 至 4 级、文职正处级和副局级人员犯罪的案件

4．正师职、专业技术 3 级、文职正局级以上人员犯罪案件的管辖，由总政治部的保卫部决定

5．犯罪嫌疑人兼有行政职务和专业技术等级职务的，按较高等级确定管辖权

6．上级保卫部门必要时可直接侦查下级保卫部门管辖的案件，也可将自身管辖的案件交由下级保卫部门侦查。

复习与思考题

1． 我国的军事法院与普通法院有何区别？其设置的层级如何？

2． 试述军事法院的受案范围。

3． 试述军事检察院的级别管辖。

4． 军队保卫部门的职责是什么？

拓展阅读书目

1．田龙海主编：《军事审判学》，军事科学出版社 2002 年版。

2．李昂主编：《军事检察学》，军事科学出版社 2003 年版。

3．Brian C. Baldrate：《略论美国最高法院与军事特别法庭管辖权》，张立、李国振译，载《中国军事法学论丛》第 1 卷，第 403-466 页。

第七章　战争法概述

本章教学目的和基本要求：了解战争法的概念及其目的。了解战争法的适用范围。了解战争法的历史发展。思考战争法存在的意义和价值。重点掌握“诉诸战争权”与“战时法”的基本区分以及战争法的基本原则。

学时分配：2

第一节　战争法的概念与目的

一、战争法的价值体系

国际人道法可以被定义为国际法的一个分支，在武装冲突中，它通过下列方式来限制武力的使用：

1．不伤害那些没有或不再直接参加敌对行动的人；

2．将武力的使用限定在实现冲突目标的必要限度之内，这一冲突目标仅限于削弱敌方的军事潜力，而不论其为何而战。

但战争法的局限性在于：

1，它并不禁止武力的使用；

2．它无法保护所有受武装冲突影响之人；

3．它无法根据冲突目的做出区分；

4．它无法禁止一方征服另一方；

5．它预先假定武装冲突各方均具有合理目标。

战争法是相当简单的法律：只要具有基本常识和一定程度的智慧，任何人都可以自行掌握它的基本规则，而无须成为法律专家。与此同时，战争法又是相当复杂的，因为它并不仅仅适用于某种

局势，而且由于相关局势的不同，同一个行为可能是合法的，可能是非法的，可能不仅是非法的，而且还构成一项刑事犯罪，又或者既不合法也不非法。

二、对战争加以法律规制的可能性

1．武装冲突仍然是一个现实。

2．没有任何理论能够说明，武装冲突这种社会现实为什么不应该由法律来加以调整。

3．人们从未怀疑过国内法（军事刑法和纪律法规）对于武装冲突中行为的适用性。

4．即便是在当代冲突的现实中，交战国的预期以及政府、叛军、政治家、外交官、战斗员所表达的见解，包括其采取的伪善立场，以及国内和国际上的公共舆论，都会援引一定的准则。

三、战争法与文化相对主义

1．普世性。

2．代表着共同的人类价值。

第二节　作为国际法分支的战争法

一、诉诸战争权与战时法的基本区别

1．禁止使用武力及其例外

2．禁止使用武力规则与战争法之间的冲突与协调

3.“诉诸战争权”与“战时法”的完全分离：（1）理由（逻辑上的理由、人道理由、现实理由）；（2）区分的结果（冲突各方在战争法面前的平等；战争法的适用与根据“诉诸战争权”对冲突性质的界定无关；有关“诉诸战争权”方面的论据不得用来解释战争法；“诉诸战争权”不应导致战争法的不适用；战争法不应导致“诉诸战争权”的不适用）；（3）关于此区分的当代威胁（有关“正义战争”的新概念；“国际警察行动”）。

4．在非国际性武装冲突中的区分：（1）国际法不禁止非国际性武装冲突，而国内法有此项禁止性规定；（2）战争法平等地对待非国际性武装冲突的当事方，但它不能要求国内法也这样做。

二、战争法的适用范围

1．适用的局势

（1）不由冲突当事方来决定冲突类型。

（2）国际性武装冲突：国家之间的冲突（旧有的战争概念被抛弃；交战占领的情形）；民族解放战争。

（3）非国际性武装冲突。

（4）恐怖主义行为？（值得进一步探讨）

（5）其它局势，

2．对人的适用范围

（1）被动的对人适用范围：谁受保护？

（2）主动的对人适用范围：谁应受约束？

3．适用上的时间范围：开始、结束。

4．适用上的地理范围

三、战争法的调整对象

1．个人——国家关系

2．国家——国家关系：（1）根据相互性原则适用条约，但在条约方面没有相互性；（2）受约束的方法；（3）意图的宣告；（4）解释；（5）保留；（6）谴责；（7）修正和修订程序；（8）条约保管机关的作用。

3．个人——个人关系

四、战争法的历史发展

1．中国古代关于战争法的思想和规则

2．战争法在西方的起源与发展

3．海牙法体系/日内瓦法体系

第三节　战争法的渊源

一、条约

1．1907 年《海牙公约》

2．1949 年四个《日内瓦公约》

3．1977 年两个《附加议定书》

二、习惯法

1．习惯法的形成

2．战争法条约与习惯的关系

三、战争法的基本原则

1．人道原则

2．必要原则

3．比例原则

4．区分原则：（1）平民与战斗员的基本区分；（2）军事目标与民用物体的基本区分；（3）现代冲突中区分的相对性（游击战争、种族灭绝战争、失败国家的局势、“反恐战争”）

5．禁止造成不必要痛苦原则

6．战时法独立于诉诸战争权原则

7.“马尔顿条款”

复习与思考题

1．什么是战争法？它的价值理念是什么？

2.“诉诸战争权”和“战时法”有何区别？为何要作出如此区分？

3．战争法的基本原则是什么？如何理解这些基本原则？它们在战争法中的地位如何？

拓展阅读书目

1. BEST Geoffrey, "The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective", in

Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 3-26.

2. WALZER Michael, *Just and Unjust Wars, A Moral Argument with Historical Illustrations*, 3rd ed, New York, Basic Books, 2000.

3. KOLB Robert, "Origin of the Twin Terms Ius ad Bellum - Ius in Bello", in *the International Review of Red Cross*, No. 320, October 1997, pp. 553-562.

4. ABI-SAAB Rosemary, "The 'General Principles' of Humanitarian Law According tothe International Court of Justice", in *IRRC*, No. 259, July 1987, pp. 367-375.

第八章　战斗员与战俘

本章教学目的和基本要求：了解战斗员的构成范围。了解战斗员身份的主要特征及其权利和义务的内容。了解战俘身份的确定标准。思考战斗员和战俘这两个概念之间的联系和区别。重点掌握战俘的待遇及其遣返。

学时分配：2

第一节　战斗员

一、战斗员的定义

1．战斗员是武装部队的成员。

2．在国际性武装冲突中，其身份的主要特征是：他们有权直接参与敌对行动。如果落入敌手，他们就成为战俘，而战俘不因直接参加敌对行动而受惩罚。

3．战斗员有义务遵守战争法，其中包括将自己与平民居民相区分的义务。如果违反了战争法，他们应受到惩罚，但他们并不因此失去战斗员身份。

二、战斗员的范围

1．广义上的武装部队成员。(《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 1 至 3 项；《第一议定书》第 43 条)

2．战时全国总动员。(《日内瓦第三公约》第 4 条第 1 款第 6 项)

3．例外情形：(1) 间谍(《第一附加议定书》第 46 条)；(2) 破坏者；(3) 雇佣兵(《第一附加议定书》第 47 条)；(4) 恐怖分子？

三、战斗员的权利义务

1．有权直接参加敌对行动。

2．不可仅因其参与敌对行动而受到惩罚。

3．有义务遵守战争法。

4．战斗员有将自己与平民相区分的基本义务。

第二节　战俘

一、战俘的定义

1．《日内瓦第三公约》第 4 条对战俘范围的界定。

2．战斗员及战俘身份的推定：《日内瓦第三公约》第 5 条；《第一附加议定书》第 45 条第 1、2 款。

3．“非法战斗员”身份。

二、战俘待遇

1．一旦落入敌方权力之下，便立刻受到《日内瓦第三公约》的保护：《日内瓦第三公约》第5条。

2．陷入特殊情境：《第一附加议定书》第41条第3款。

3．不能将战俘移交给不遵守《日内瓦第三公约》的国家：《日内瓦第三公约》第12条。

4．尊重他们对其所属国的忠诚。

5．不因参与敌对行动而受惩罚。

6．有关关押期间待遇的规定：《日内瓦第三公约》第12至81条。

7．有关刑事及纪律程序的规则：《日内瓦第三公约》第82至108条。

8．因被俘前之行为而受惩罚：《日内瓦第三公约》第85条。

9．对惩罚逃跑的限制：《日内瓦第三公约》第91至94条。

三、信息传递

1．被俘邮片：《日内瓦第三公约》第70条及附件四（乙）。

2．通知：《日内瓦第三公约》第69、94、104、107、120及122条。

3．通信：《日内瓦第三公约》第71、76条以及附件四（丙）。

四、外部机构的监督

1．保护国：《日内瓦第三公约》第8条、第126条；《第一附加议定书》第5条。

2．红十字国际委员会：《日内瓦第三公约》第9条、第126条第4款；《第一附加议定书》第5条第3、4款。

五、战俘的遣返

1．在敌对行动期间（《日内瓦第三公约》第109至117条）：

（1）患病的情形：《日内瓦第三公约》附件一和附件二。

（2）各方的协议。

2．实际敌对行动结束时：《日内瓦第三公约》第118至119条。

3．中立国收容：《日内瓦第三公约》第110条第2至3款以及附件一。

复习与思考题

1．何谓战斗员？《日内瓦公约》及其《附加议定书》是怎样规定的？战斗员的特权是什么？

2．何谓战俘？战斗员和战俘的概念有关联吗？二者的范围一致吗？

3．战俘应享有什么待遇？

拓展阅读书目

1. HINGORANI Rup C., *Prisoners of War*, New York, Oceana Publications, 2nd ed., 1982, 315 pp.

2. LEVIE Howard S. (ed.), "Prisoners of War in International Armed Conflict", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 59, 1978, 529 pp.

3. LEVIE Howard S. (ed.), "Documents on Prisoners of War", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol. 60, 1979, 853 pp.

4. ROSAS Allan, *The Legal Status of Prisoners of War: A Study of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1976, 523 pp.

第九章　对伤者、病者和遇船难者的保护

本章教学目的和基本要求：了解战争法规则的起源。了解保护伤者、病者和遇船难者的一般规则。了解战争法中关于死者和失踪者的规定。重点掌握对医务和宗教人员的特殊保护以及保护标志的类型和用途。

学时分配：2

第一节　规则的起源及其内涵

一、索尔弗利诺设想

索尔弗利诺的战场上成千上万受伤士兵的惨状促使亨利·杜南采取行动，并最终导致了日内瓦公约的确立。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》专门针对伤者、病者和遇船难者的保护，并规定了对他们提供帮助的（人员和装备方面）支持手段。一旦受伤、生病或遇船难，而且不再参加任何敌对行动，那么，即便是那些先前参战的战斗员也将成为“被保护人”。他们不能受到攻击，必须获得尊重和照顾，后者往往是通过将他们搬移出战区并给予公平照顾的方式实现的。《第一附加议定书》将这种保护扩展至未参加任何敌对行动的具有平民身份的伤者、病者和遇船难者。（放一段 7 分钟的视频短片）

二、对伤者、病者和遇船难者尊重、保护与照顾，而不加任何不利区别

1．受益人：

（1）《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》：军事人员。

（2）《第一附加议定书》：扩展至平民。

2．尊重。

3．保护。

4．照顾：

（1）平等待遇：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第 12 条。

（2）搬移：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第 15 条。

第二节　医务和宗教人员

一、定义

1．（常设性或临时的）军事医务人员。

2．由冲突一方指派的平民医务人员。

3．附属于武装部队或医疗机构的宗教人员。

4．由第三国或组织提供的供冲突一方使用的医务人员。

5．由冲突一方承认并专门授权的国家红十字会的人员。

二、保护

1．在战场上（包括战斗区内的居民）：（1）不应受到攻击；（2）应按照医疗伦理履行其医疗职责。

2．一旦落入敌方手中：（1）立即遣返，或（2）雇佣其照顾战俘。

3．在敌方的控制下：（1）有权履行其医务职责；（2）有权不实施与医务伦理相悖的行为；（3）除非法律要求，有权保守医疗秘密。

三、医务人员的职责

1．不直接参加敌对行动。

2．遵守医疗伦理。

3．无区别照顾。

4．遵守中立原则。

5．识别。

四、医疗物品和目标（包括医院、救护车等）的保护

国际人道法为医疗队、医务运输工具、和医疗器材建立了广泛而详细的保护机制。这些物品在任何时候均应受到交战方的尊重和保护，并且不应成为攻击目标。除非用于实施人道目的以外之有害于敌方的行为，否则，不应停止对医务设施的保护。

1．保护：《日内瓦第一公约》第 19 条、第 35 条。

2．丧失保护：《日内瓦第一公约》第 21 条和第 22 条。

五、设立医院地带、安全地带和中立地带的可能

《日内瓦第一公约》第 23 条；《日内瓦第四公约》第 14、15 条。

六、红十字与红新月标志

1．识别标志：红十字、红新月、红水晶（《日内瓦第一公约》第 38 条；2005 年《第三附加议定书》）。

2．识别的技术手段：《第一议定书》附件一。

3．为保护目的而使用：在冲突期间为战斗员指明某些受《日内瓦公约》及其《附加议定书》保护的人员与目标（例如医务人员、医疗队、运输工具等），并提供保护（《日内瓦第一公约》第 39 至 43 条、第 53 至 54 条）。

（1）用于识别医务人员和医疗队。

（2）在主管当局允许和控制下展示标志。

（3）红十字国际委员会和国际联合会可在任何时候都可以使用。

4．为识别目的而使用：主要运用于和平时期，在此情况下，对标志的使用表明，人员、设备以及（符合红十字原则的）活动与红十字或红新月有关（《日内瓦第一公约》第 44 条）。

5．遏制滥用和误用：在一定情形下，此类行为将构成战争犯罪（《日内瓦第一公约》第 53、54 条）。

第三节　死者和失踪者

一、概述

战争法中包含关于死者和失踪者的专门规则，这些规则的目的主要并不在保护他们本身，而是基于“家庭了解其亲属命运的权利”方面的考虑。如果其亲属或其依靠的组织没有关于其命运的消息，则他们将被认定为失踪。冲突方都有义务搜寻经敌方报告为失踪的人。如失踪者已死亡，那么通知其家庭十分重要。

二、辨认死者遗体与通知死亡的义务

1．各方并无义务对其发现的每一具尸体进行身份辨认。各方只是必须尽力收集有助于辨认尸体的信息。

2．如果成功地辨认出死者的身份，就必须通知其家庭。

三、搜寻被报告失踪者的义务

1．冲突方都有义务搜寻经敌方报告为失踪的人。

2．如果人员失踪是由冲突期间正常的通信关系中断以及频繁的人口流动造成，则应立即重建家庭联系。

3．如果失踪是由于被敌方拘留或住院治疗，其家人杳无音信的状态不应持续过长。

四、对待死者遗体

1．尊重：《日内瓦第一公约》第 15 条；《第一附加议定书》第 34 条第 1 款。

2．适当安葬：《日内瓦第一公约》第 17 条；《第一附加议定书》第 34 条第 1 款。

3．标记墓地。

4．家属有权前往墓地。

5．返还遗体：《第一议定书》第 34 条第 2 款、4 款。

复习与思考题

1．保护战争受难者规则起源于何时？

2．医务和宗教人员在战场上有何特殊地位？

3．红十字和红新月标志的作用是什么？使用它们需满足什么条件？

4．武装冲突中失踪和死亡的人如何予以处理？

拓展阅读书目

1. DE CURREA-LUGO Victor, "Protecting the health sector in Colombia: A step to make the conflict less cruel", in *IRRC*, No. 844, December 2001, pp. 1111-1126.

2. PERRIN Pierre (ed.), *Handbook on War and Public Health*, Geneva, ICRC, 1996, 446 pp.

3. DUNANT Henry, *A Memory of Solferino*, Geneva, ICRC, 1986 (1862), 147 pp., online: http://www.icrc.org.

第十章　对平民的保护

本章教学目的和基本要求：了解对冲突中妇女、儿童和新闻记者的特殊保护规则。了解被保护平民的定义及其权利。了解因冲突产生的难民和流离失所者的现有保护机制。了解有关军事占领的相关规则，包括军事占领的定义、战争法的可适用性、被占领土的管理、立法和司法以及占领的开始和结束。思考当代武装冲突中妇女和儿童可能扮演的新角色。思考现有保护难民和流离失所者的机制有哪些不足。思考占领国在被占领土行使立法权的界限。重点掌握与被占领土的管理有关的战争法规则。

学时分配：4

第一节　关于平民保护的一般规定

一、对所有平民有益的规则

1．帮助和救济。

2．对妇女的特殊保护：（1）女权主义对国际人道法的批评；（2）非歧视原则与特殊保护；（3）保护免受强奸和性暴力；（4）给予优待的正当理由：孕妇或产妇；7 岁以下儿童的母亲。

3．对儿童的特殊保护：（1）对儿童的尊重；（2）禁止招募入伍；（3）儿童士兵的地位和待遇。

4．对新闻记者的特殊保护。

5．离散家庭的重聚和家庭消息。

6. 基本保证（《第一附加议定书》第 75 条）。

二、关于被保护平民的规则

1．被保护平民的定义：在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。（《日内瓦第四公约》第 4 条第 1 款）

2．具体的规则：离境权；人道待遇；强迫工作；禁止集体惩罚；保护国及红十字国际委员会的探视；如被拘禁：被拘禁的平民；拘禁决定：个体的行政决定；拘禁的原因：迫切的安全理由，而非为了惩罚；被拘禁平民的待遇；释放被拘禁的平民。

3．可能的克减：《日内瓦第四公约》第 5 条。

第二节　难民与流离失所者

一、因武装冲突而在本国范围内避难的流离失所者

1．战争法的保护：禁止迁移人口。

2．是否需要一个专门的条约？

二、因武装冲突而逃至第三国的人

1．受《非洲统一组织公约》、1984 年《卡塔赫纳宣言》及联合国大会决议的保护

2．如出现下列情况，则受战争法的保护

（1）如该第三国是国际性武装冲突的敌对方；

（2）如该第三国被其他的武装冲突所影响。

三、因躲避迫害而逃亡的人

1．如第三国随后被武装冲突所影响，则他们就受战争法的保护

2．难民法和战争法保护的丧失

四、战争法中的不推回原则

男女被保护人在任何情况下不得移送于因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家。（《日内瓦第四公约》第 45 条第 4 款）

五、冲突结束后难民和流离失所者的返回

是否存在接受自愿返回者的义务？

第三节　有关被占领土的特殊规则

一、战争法中有关军事占领的规则的地位

1．调整国家间关系的规则：在两国之间出现一定情况后予以适用，但它也调整个人与国家间以及个人之间的关系

2．法律渊源：（1）《海牙章程》第 42 至 56 条；（2）《日内瓦第四公约》第一、三、四部；（3）《第一议定书》的贡献：第 44 条第 3 款、第 63 条、第 69 条、第 73 条及第 85 条第 4 款第 1 项。

二、有关被占领土的战争法规则的适用性

1．独立于有关“诉诸战争权”的规则。

2．发生武装冲突时。

3. 交战占领而未遇抵抗之时。

4. 占领国不行使主权。

5. 占领的开始。

6. 领土兼并不使国际人道法停止适用。

三、被保护之人

1．被占领国家的国民

2．第三国的国民（除非该国也是参战方）

3．难民，即便其为占领国的国民

四、有关被占领土之规则的原理

1．被占领土居民受保护的利益：其正常生活应尽可能得到维持

2．占领国受保护的利益：占领军的安全

3．被占领国受保护的利益：其地位不发生变化？

五、被占领土的法律秩序

1．有关立法的原则：占领国应使当地立法机构维持运转

（1）《海牙章程》第 43 条与《日内瓦第四公约》第 64 条之间的关系

（2）被占领国全面控制之地方当局进行立法时，《海牙章程》第 43 条的适用问题

2．禁止立法的例外情形

（1）占领国可为确保其安全进行立法；

（2）占领国可通过为贯彻国际人道法所必须的立法；

（3）占领国可在必要时为贯彻国际人权法而进行立法；

（4）占领国可为维护公共秩序之必要进行立法；

（5）占领国可否在被占领土为维护市民生活而进行立法？

（6）占领国可否在被占领土为强化市民生活而进行立法？

（7）安理会授权？

3．刑法方面的特殊规则

（1）具有效力的刑法由既有的当地法庭适用；

（2）由占领国（根据前述禁止立法的例外情形）制定的立法：不具有溯及力、对占领之前罪行的追诉、有权的军事法庭、详细的司法保障。

六、对被剥夺自由之人的保护

1．原则：与战斗员不同，平民不得被剥夺自由。

2．被诉或被定罪：（1）司法保障；（2）在被占领土上的监禁；（3）人道待遇；（4）占领结束时向地方当局移交。

3．被拘禁的平民：（1）拘禁决定或指定居所（因迫切的安全理由；个别的行政决定；上诉的可能性；每 6 个月复核一次）；（2）有关其待遇的详细规则。

4．对战俘的再拘禁。

七、私有财产的保护

1．禁止掠夺。

2．禁止没收私人财产。

3．征收许可的限制。

八、特定禁止性规定

1．驱逐。

2．将其本国平民移送至其所占领的领土。

3．破坏财产。

九、被占领土的管理

1．维持公共秩序与安全的职责：

（1）适用领域：不仅是为了安全，同时也为了福利；

（2）一项有关手段的义务，而非确保结果的义务；

（3）此项义务应受制于人权法为一切国家行为所设置的限制。

2．税收。

3．公共财产的管理：除非涉及可能被用于军事行动的财产，否则不得没收。

4．尊重平民身份

十、经济、社会和文化权利的保护

1．食物与医疗物资供应：（1）不干预当地供应系统的义务；（2）提供供应的义务；（3）允许援助之自由通过的义务。

2．公共保健和卫生：（1）确保公共保健与卫生的义务；（2）尊重医务人员；（3）尊重医院；（4）尊重各国红十字会或红新月会。

3．儿童及其教育。

4．对工人的保护：（1）对工作义务的限制；（2）禁止造成失业。

5．文化财产。

十一、有关被占领土之规则的停止适用

1．在占领期间根据《日内瓦第四公约》（第 6 条第 3 款）而非根据《第一议定书》（第 3 条第2款）而停止适用

2．因自治而停止适用？

3．因和平协定的签订而停止适用。

4．因占领国的撤军而停止适用。

5．因联合国安理会的决议而停止适用？

6．对继续被拘禁之人的保护。

复习与思考题

1．何谓平民？何谓被保护的平民？二者有何区别？

2．战争法中平民享有何种法律地位？应给予他们何种保护？

3．妇女和儿童在武装冲突中扮演什么角色？当代武装冲突中有何新现象？

4．武装冲突造成的难民和流离失所者应如何保护？现有的规则充分吗？

5．关于被占领土的特殊规则都包含哪些内容？

拓展阅读书目

1. BEST Geoffrey, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, London, Weidenfels & Nicholson, 1980, 400 pp.

2. DOSWALD-BECK Louise, "The Value of the 1977 Protocols for the Protection of Civilians",in MEYER Michael A. (ed.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1989, pp. 137-172.

3. KALSHOVEN Frits, "Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference,Geneva, 1974-1977, Part II", in *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9, 1978,pp. 107-171.

第十一章　敌对行为

本章教学目的和基本要求：了解军事目标、军事必要、民用物体、平民居民等基本定义。了解被保护物体的范围。了解有关预防措施的基本规则。了解作战手段和方法应遵循的基本原则。了解被限制或禁止的作战手段和方法。了解海战法和空战法中的特殊规则并注意与陆战法相比较。思考核武器的合法性。思考限制或禁止某些作战手段和方法背后的道德和法律基础。

学时分配：2

第一节　保护平民居民不受敌对行动的影响

一、基本规则

为了保证对平民居民和民用物体的尊重和保护，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别，因此，冲突一方的军事行动仅应以军事目标为对象。(《第一附加议定书》第 48 条）

二、适用范围

1．防御和进攻中的武力。

2．在任何领土上（包括在被敌方控制下的本方领土上）的攻击。

3．来自海、陆、空方面并对陆上平民产生影响的攻击。

三、基本定义

1．军事目标的定义/军事必要的概念。

2．平民居民的定义

（1）平民的定义：①失去平民身份保护的结果；②怎样的行为构成直接参加？③平民直接参加敌对行动多长时间就会使其丧失免遭攻击的保护？

（2）在平民居民中出现战斗员或军事目标。

四、禁止的行为

1．针对平民居民本身的攻击行为（包括那些以散布恐怖为目的的攻击行为）。

2．针对民用物体的攻击。

3．不分皂白的攻击：（1）未指向具体军事目标的攻击行为；（2）使用不能指向具体军事目标的武器；（3）将不同的军事目标当作一个军事目标对待；（4）比例原则。

4．通过报复手段对平民居民（或民用物体）的攻击。

5．利用平民居民掩护军事目标。

五、被保护的物体

1．民用物体：所有不是军事目标的物体。

2．受特别保护的物体：（1）文化物体；（2）对平民居民生存不可缺少的物体（例如水）；(3) 含有危险力量的工程和装置；（4）医疗设施。

3．自然环境。

六、攻击时的预防措施

1．如果发现攻击行动属于被禁止之列，则应取消该行动。

2．除非情况不允许，否则应给出事先警告。

3．应尽可能选择带给平民居民危险最小的目标。

4．计划或决定攻击行动之人的附带义务：（1）核实该目标不是非法的；（2）选择避免平民伤亡或使其最小化的方法和手段；（3）不实施造成不合理之平民伤亡的攻击行动。

5．防止攻击影响的预防措施：《第一附加议定书》第 58 条。

6．建立保护战争受难者免受敌对行为影响的地带。

7．民防。

第二节　作战方法和手段

一、基本原则

1．在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。

2．禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法。

3．禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。

二、使用武器的禁止或限制

1．爆炸性子弹。

2．达姆弹。

3．某些常规武器：（1）地雷；（2）燃烧武器；（3）无法检测的碎片；（4）致盲武器；（5）战争遗留爆炸物；（6）正在就其使用限制加以讨论的其他武器（激光武器、反车辆地雷、碎片武器）。

4．化学武器：《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》。

5．毒物。

6．细菌和生物武器：《禁止细菌（生物）及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》。

7．核武器：关于核武器合法性的讨论。

8．新武器。

三、禁止的作战方法

1．下令杀无赦。

2．背信弃义行为：注意背信弃义行为与合法战争诈术之间的区别。

3．使平民陷于饥饿。

第三节　海战法

一、适用范围

1．海域：（1）内水、领海和群岛水域；（2）国际海峡和群岛海道；（3）专属经济区和大陆架；（4）公海和国家管辖之外的海底。

2．受保护船舶的海域：（1）停泊在中立港口——时间限制在24小时内；（2）经各方同意——建立一个中立海域；（3）受保护船舶通过受限海域——禁航区。

二、海战法原则

1．传统原则：注意与陆战法原则的衔接。

2．海战中的中立规则："诉诸战争权"或"战时法"。

3．附加原则：（1）基本规则（民用物体与军事目标的区别）；（2）攻击中的预防措施；（3）军事目标。

三、海上作战方法和手段

1．水雷战。

2．潜艇战。

3．封锁。

四、受保护的物体

1．医院船：（1）特别保护（用于海岸营救的小艇、医疗运输船、中立船只）；（2）失去保护的情形（例如使用密码）。

2．其他受保护的船舶：（1）交战国间通过事先协议保证安全行驶的船舶（俘虏交换船；参与人道使命的船舶，包括运送为平民居民之生存所不可或缺之物资的船舶）；（2）客船；（3）负有宗教、非军事之科研或慈善使命的船舶；（4）运输受特别保护之文化财产的船舶；（5）小型近海渔船和从事地方贸易的小型船只；（6）从事海洋环境保护的船舶；（7）已投降的船只；（8）救生船和救生筏。

3．对敌方商船的保护。（例外：它们属于军事目标、存在使其成为军事目标的行为）

4．对中立国商船的保护：注意导致它们可被攻击的情形。

5．海洋环境的保护。

五、海上战争受难者的地位和待遇

注意与陆战中战争受难者的地位和待遇相衔接。

第四节　空战法

一、概述

1．空战环境的特殊性：（1）奇袭的危险与身份识别的困难；（2）让所有飞行器坠落地面或海上的重力法则。

2．一般原则的可适用性。

3．针对地面目标进行的空中轰炸应适用有关保护平民居民不受敌对行动影响的一般法律规则。

4．可能影响地面平民居民的空中行动应适用有关保护平民居民不受敌对行动影响的一般法律规则。

5．海面之上的飞机受海战法的调整。

二、针对空中目标之战事的特殊规则

1．不受攻击的飞行器：（1）对医务飞机的保护及其身份确认；（2）对民用飞机器及中立国航空器的保护。

2．军用飞机的投降？

3．战争诈术与背信弃义之行为

4．跳伞者的身份

5．预防措施：（1）进攻中的预防措施；（2）免受攻击后果的影响。

三、机上受难者的地位和待遇

注意与陆战中战争受难者的地位和待遇相衔接。

复习与思考题

1．何谓军事目标？《第一附加议定书》是如何定义的？

2．如何理解军事必要原则？该原则的适用应当有所限制吗？

3．针对平民居民和民用物体的何种行为是被禁止的？

4．战场上作战手段和方法的使用是无限制的吗？你怎么看待这个问题？

5．海战和空战与陆战相比在适用战争法规则上有什么特殊性？

拓展阅读书目

1. BAXTER Richard R., "The Duties of Combatants and the Conduct of Hostilities (The Law of the Hague)", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1986, pp. 93-133.

2. DINSTEIN Yoram, "Jus in Bello Issues Arising in the Hostilities in Iraq in 2003", in *Israel Yearbook of Human Rights*,Vol. 34, 2004, pp. 1-14.

3. DINSTEIN Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, CUP, 2004, 296 pp.

4. EPSTEIN Melissa & BUTLER Richard, "The Customary Origins and Elements of Select Conduct of Hostilities Charges before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Potential Model for Use by Military Commissions", in *Military Law Review*, Vol. 179, 2004, pp. 68-127.

5. KALSHOVEN Frits & ZEGVELD Liesbeth, *Constraints on the Waging of War*, Geneva, ICRC, 2001, 223 pp.

6. DOSWALD-BECK Louise (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge, CUP, 1995, 257 pp.

7. RONZITTI Natalino & VENTURINI Gabriella (ed.), *Current Issues in the International Humanitarian Law of Air Warfare*, Utrecht, Eleven, 2005, 272 pp.

第十二章　非国际性武装冲突法

本章教学目的和基本要求：了解非国际性武装冲突的定义和不同类型。了解非国际性武装冲突法的发展现状。注意比较适用于国际性和非国际性武装冲突的法律制度的异同。重点掌握共同第3条和《第二附加议定书》的主要内容。思考在非国际性武装冲突中类推适用国际性武装冲突法的必要性和可行性。思考非国际性武装冲突法可能面临的问题以及解决手段。

学时分配：2

第一节　国际性和非国际性武装冲突之法律制度的比较

一、非国际性武装冲突的定义

一国内部的政府当局与有组织的武装集团之间或这样的武装集团相互之间产生的长时间的武装暴力行为。

二、制度比较

1．基本差异：缺乏受保护者的身份界定。

2．相似点：（1）对那些没有或不再直接参加敌对行为之人的保护（哪些人受到保护？伤者和病者；禁止强奸与其他形式的性暴力；被拘禁者的待遇；司法保障）；（2）更绝对地禁止强迫迁移。

3．非国际性武装冲突的存在不影响各方的法律地位。

三、受非国际性武装冲突法约束的主体

1．双方。

2．所有属于一方的人员。

3．所有通过一项与武装冲突有关联的行为而造成受战争法保护之人受到影响的人员。

第二节　共同第三条及《第二附加议定书》的明确规定

一、共同第3条确立的原则

1．非歧视原则。

2．人道待遇原则。

3．司法保障。

4．收集并照顾伤者、病者的义务。

二、《第二附加议定书》的附加规则

1．有关下列事项更为精确的规则：（1）人道待遇的基本保障；（2）司法保障；（3）伤者、病者与与遇船难者。

2．有关下列事项的特别规则：（1）对儿童的保护；（2）对医务人员、医疗队、医务人员的职责及红十字与红新月标志的保护。

3．有关敌对行动的规则：（1）保护平民居民不受攻击；（2）对平民居民生存所不可缺少的物体的保护；（3）对含有危险力量的工程和装置的保护；（4）对文化物体的保护。

4．对强迫平民迁移的禁止。

5．救济行动。

第三节　其他规则的可适用性

一、有关敌对行为的一般原则的适用性

1．区分原则。

2．军事必要原则。

3．比例原则。

4．获得救济的权利。

5．为理解原则的准确意义而考察国际性武装冲突法（有时是国际人权法）的必要性。

二、类推国际性武装冲突法的必要性

1.“战斗员”必须将自己与平民居民区别开来。

2．必须尊重战争法：（1）扣留而非关押被俘的武装人员；（2）鼓励在冲突结束时给予特赦（针对参与敌对行动这一事实本身，但不包括战争罪行或其他违法行为）

3．有关使用标志的规则。

4．禁止使用某些武器。

5．类推的限制：（1）无“战斗员”身份；（2）无“占领区”概念。

第四节　非国际性武装冲突的不同类型

一、冲突类型

1．适用共同第 3 条的冲突类型：更低的门槛/底线。

2．同时受共同第 3 条及《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项调整的冲突类型。

3．同时也适用《第二附加议定书》的冲突类型。

4．战争法作为一个整体予以适用的冲突类型：（1）政府对交战状态的承认；（2）各派别间达成的特殊协定；（3）宣告目的的重要性。

二、关于定性的问题

1．传统上发生国际化的内部冲突。

2．以分离为目的的冲突类型。

3．不直接对抗政府军的外国干涉。

4．在非国际性武装冲突中的联合国维和及执行和平行动。

5．恢复或维持法律和秩序的联合国行动。

三、由定性问题引起的实际困难

1．谁是“受保护之人”？

2.“种族清洗”的法律规制：（1）战争法与种族屠杀；（2）战争法和危害人类罪。

3．工作义务与强行征募

4．什么是战争罪？

复习与思考题

1．何谓非国际性武装冲突？在法律适用上它与国际性武装冲突有何区别？

2．共同第 3 条和《第二附加议定书》的法律地位如何？

3．非国际性武装冲突的定性存在什么难题？

4．在非国际性武装冲突中类推适用国际性武装冲突法有必要吗？

拓展阅读书目

1. ABI-SAAB Georges, "Non-International Armed Conflicts", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1986, pp. 217-239.

2. ABI-SAAB Georges, "Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern", in *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 209-223.

3. CULLEN Anthony, "Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law", in *Military Law Review*, Vol. 183, Spring 2005, pp. 66-109.

4. JUNOD Sylvie S., "Additional Protocol II: History and Scope", in *The American University Law Review*, Vol. 33/1, Fall 1983, pp. 29-40.

5. KALSHOVEN Frits, "Applicability of Customary International Law in Non-International Armed Conflicts", in CASSESE Antonio (ed.), *Current Problems of International Law*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 267-285.

6. KWAKWA Edward, "The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application", Dordrecht, Kluwer, 1992, 208 pp.

7. MOIR Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, CUP, 2002, 297 pp.

8. MOIR Lindsay, "Humanitarian Protection in Non-International Armed Conflicts", in *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 30, 2000, pp. 1-226.

第十三章　战争法的实施

本章教学目的和基本要求：了解战争法的可执行性。了解缔约国在和平时期承担的实施战争法的义务。了解战争法在武装冲突中如何执行，重点掌握相关国际组织在促进战争法实施方面发挥的作用。了解国家对违反战争法的行为所承担的责任。了解个人因违反战争法的行为而承担的国际刑事责任，重点掌握国际刑事司法机制以及管辖罪行的种类。注意思考为什么个人可以直接承担国际刑事责任。

学时分配：3

第一节　和平时期应采取的措施

一、传播

1．对武装部队的教育。
2．对警力的培训。
3．大学教学。
4．在民间社会的传播。
5．（必要时的）翻译。

二、实施性立法

1．战争法中的自执行和非自执行规范。
2．需要涉及的特定领域：（1）刑事制裁；（2）标志的使用；（3）武装力量的构成。

第二节　武装冲突中的实施

一、冲突各方的遵守

1．遵守。
2．对其代理人的监督。
3．（自发进行的或是在收到指控后进行的）调查工作。
4．保护国的指派。
5．确保遵守的义务：（1）范围；（2）目的；（3）非交战国的义务；（4）使用的手段；（5）缔约国会议（关于一般问题；关于违法的特定环境）。

二、保护国与红十字国际委员会的监督

1．保护国：（1）保护国的概念；（2）保护国的指定机制；（3）保护国可能的替代者；（4）保护国的任务（探望被保护人员；接受被保护人的申请；信息和物品的传递；旁听司法程序）。

2．红十字国际委员会（ICRC）。（注意各国红十字或红新月会的作用）

三、非政府组织的作用

1．对冲突受难者的人道援助：（1）非政府组织在战争法下的权利和义务（人道行动的公正性；接触到需要帮助的受难者；两难境况）；（2）非政府组织对标志的使用。

2．对公众舆论的了解、报告与调动。

3．支持战争法的发展。

四、联合国

1．适用于威胁到国际和平与安全之局势的战争法。

2．威胁国际和平与安全的违反战争法的行为（包括在非国际性武装冲突中的违法行为）。

3．作为武装冲突中之人权的战争法。

4．联合国体系中人道组织的活动。

5．联合国军事力量与战争法：（1）联合国部队受战争法的约束，并受战争法的保护；（2）作为战争法实施机制的联合国部队。

6．战争法的遵守与经济制裁。

7．冲突解决与人道行动之间必要的区分：（1）冲突解决必须明确立场，而人道行动必须保持中立；（2）避免使人道行动成为相关借口的必要性（避免成为干预的借口；避免成为不解决武装冲突的借口）。

五、非国际性武装冲突的实施

1．传播。

2．其他预防性措施。

3．第三国确保法律得到遵守的义务。

4．红十字国际委员会的提议权：（1）意义；（2）对象（同时包括政府与反叛方）；（3）红十字国际委员会的活动。

5．国家及叛乱组织的国际责任。

6．对个人违反战争法行为的抑制。

7．为国际性武装冲突规定的其他机制的可适用性。

六、促使战争法得到遵守的非法律因素

1．惯例。

2．军事利益：（1）纪律；（2）军事效率；（3）手段的经济性与比例性策略原则。

3．舆论。

4．种族和宗教因素。

5．积极的对等性。

6．重返和平。

第三节　国家责任

一、对违法行为的评估

1．调查程序。

2．实况调查委员会。

二、违法行为的后果

1．缔约国之间的合作。
2．赔偿。
3．有关国家责任的一般规则的适用性，但是：
（1）对武装部队承担严格责任；
（2）不能以必要性为辩护理由；
（3）自卫并非排除不法性的事由；
（4）不得主张相互性；
（5）何时可以实施报复行为？（对被保护人不能实施报复；禁止对平民居民实施报复行为；允许实施报复的条件）
（6）战争法上的义务为针对所有国家的义务。

第四节　个人刑事责任

一、犯罪的定义

1．严重违反国际人道法的概念与战争犯罪的概念。
2．严重违法行为的概念延伸适用于非国际性武装冲突？
3．对并不严重的违反国际人道法行为的抑制。
4．危害人类罪。
5．灭绝种族。

二、参与战争犯罪

1．参与、共谋与教唆。
2．指挥官责任。

三、辩护

1．自卫？
2．上级命令不免责。
3．官方身份的无关性。

四、对战争罪的指控

1．打击严重破坏条约行为的普遍义务：（1）与特赦的关系；（2）没有成文法上的限制；（3）与国际豁免的关联。
2．刑事方面的相互协助。
3．对被控犯有战争罪行之人的司法保障。

五、国际刑事司法机构

1．特别法庭的建立：（1）前南斯拉夫国际刑事法庭（ICTY）；（2）卢旺达国际刑事法庭（ICTR）；

（3）混合法庭（塞拉利昂特别法庭、柬埔寨特别法庭）。

2．国际刑事法院（ICC）。

复习与思考题

1．《日内瓦公约》缔约国在和平时期承担何种义务？

2．冲突各方应采取何种措施尊重并确保尊重战争法？

3．国际组织在促进战争法的实施中发挥了怎样的作用？

4．国家对于违反战争法的行为应承担何种责任？

5．为什么违反战争法的个人能直接承担国际刑事责任？

6．最严重的国际法罪行包括哪些种类？

7. 现有国际刑事司法机构有哪些？它们各自的特点是什么？

拓展阅读书目

1. DOSWALD-BECK Louise, "Implementation of International Human-Itarian Law in Future Wars", in *International Law Studies*, US Naval War College, Vol.71, 1998, pp.39-75.

2. DRAPER Gerald I.A.D., "The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1977", in *Collected Courses*, Vol. 164, 1979, pp.5-54.

3. *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1995.

4. SANDOZ Yves, *Implementing International Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute, 1995, 28 pp.

5. SANDOZ Yves, "Implementing International Humanitarian Law", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1986, pp.259-282.

第十四章　战争法与人权法

本章教学目的和基本要求：了解国际人权法的起源。了解国际人权法的概念和范围。重点掌握战争法与人权法的相同之处和差别。思考战争法和人权法的互补性都表现在哪些方面。

学时分配：2

第一节　适用领域

一、适用领域的互补性

1．战争法适用于武装冲突。

2．人权法在任何情况下都适用，但：（1）在关乎国家存亡的局势下可以被克减；（2）其“核心部分”不得被克减；（3）在任何情况下，警察行动都受适用于针对平民之警察行动的特定国际人权法规范调整。上述警察行动绝不能像针对战斗员的敌对行为那样进行。

3．在国内动乱与紧张局势下的漏洞。

二、被保护人

1．战争法：被保护人的概念。
2．人权法：一切人（受一国管辖的人）。

三、影响的关系

1．战争法：（1）个人——国家；（2）国家——国家；（3）个人——个人。
2．人权法：个人——国家。

第二节　受保护的权利

一、同时受两个国际法分支保护的权利

1．战争法提供的具体规则更适于武装冲突：（1）生命权；（2）禁止不人道及有辱人格的待遇；（3）健康权；（4）获得食物的权利；（5）（在国际性武装冲突中）享有个人自由的权利。

2．人权法提供了更为详细的规定：（1）司法保障；（2）执法官员对武器的使用；（3）医疗伦理；（4）虐待的定义。

二、规则的差异

1．未被人权法涉及的战争法规则。
2．在战争法规范之外的人权。

第三节　执行

一、差异

1．由于武装冲突的特殊性。
2．在方法方面的差异：慈善对抗司法？
3．在行动方面的区别：（1）传统上（战争法在战场上采取永久的、保护性的和矫正性的控制；人权法则是一种应请求进行的事后控制，通过一种准司法程序开展）；（2）当代人权组织采用一种类似战争法工作方法的趋向。

二、相同点

1．以人权机制来实施战争法：（1）通过人权条约的条款（生命权的例外；援引克减条款；禁止“任意”拘留）；（2）间接地通过人权法的实施。
2．红十字国际委员会对人权的实施：（1）在武装冲突中；（2）在武装冲突外。
3．红十字国际委员会与人权组织之间的合作：传播、思想、行动。

复习与思考题

1．人权何时进入国际法领域？它取得了怎样的发展？
2．国际人权法与战争法有何异同？

拓展阅读书目

1. HADDEN Tom & HARVEY Colin, "The Law of Internal Crisis and Conflict", in *IRRC*, No. 833, March 1999, pp. 119-134.

2. HAMPSON Françoise, "Human Rights and Humanitarian Law in Internal Conflicts", in MEYER Michael A. (ed), *Armed Conflict and the New Law*, London, *The British Institute of International and Comparative Law*, vol II, 1993, pp. 53-82.

3. HEINTZE Hans-Joachim, "On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 856,December 2004, pp. 789-814.

4. KHANNA S.K., *War and Human Rights*, New Dehli, Dominant Publ., 1999, 336 pp.

5. KOLB Robert, "The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: a Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions", in *IRRC*, No. 324, September 1998, pp. 409-419.

6. MERON Theodor, "The Humanization of International Humanitarian Law", in *AJIL*, Vol. 94/2, 2000, pp. 239-278.

7. PROVOST René, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 332 pp.

8. SCHINDLER Dietrich, "The International Committee of the Red Cross and Human Rights", in *IRRC*, No. 208, January 1979, pp. 3-14.

9. WATKIN Kenneth, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", in *AJIL*, Vol. 3/3, 2004, pp. 99-113.

第十五章　红十字国际委员会

本章教学目的和基本要求：了解红十字国际委员会的历史。了解红十字国际委员会的职责和任务。了解红十字国际委员会的法律地位。了解红十字国际委员会与各国红十字会和红新月会、红十字会和红新月会国际联合会以及国际红十字和红新月运动之间的关系。重点掌握战争法在红十字国际委员会行动中的重要性。

学时分配：2

第一节　红十字国际委员会概述

一、组织简介

1．在国际红十字与红新月运动中的红十字国际委员会：（1）国家红十字会与红新月会；（2）红十字与红新月国际联合会；（3）国际会议；（4）国际红十字与红新月运动的基本原则：人道、公正、中立、独立、志愿服务、团结、广泛性。

2．红十字国际委员会的法律地位：国际法主体。

3．资金来源。

二、红十字国际委员会的行动

1．在武装冲突中：（1）探视被关押者（无人在旁情况下的会面）；（2）保护平民居民；（3）提供援助；（4）医疗帮助；（5）寻人服务；（6）红十字国际委员会实践对习惯国际人道法发展的重要性。

2．全球范围内：（1）有关国际人道法方面的咨询服务；（2）传播；（3）人道外交。

3．红十字国际委员会在由冲突前到冲突后的局势中持续发挥的作用。

4．红十字国际委员会与国家红会间的合作。

5．与其他人道组织间的合作。

6．与政治组织的合作。

三、红十字国际委员会行动的法律基础

1．在国际性武装冲突中：（1）对被保护人（战俘和受保护平民）的探视权；（2）提议权；（3）中央寻人局；（4）“保护国的代替者”。

2．在非国际性武装冲突中（《日内瓦公约》共同第3条规定的提议权）：（1）意义；（2）针对的对象。

3．在其他需要中立的人道调停人的局势下：红十字与红新月运动章程规定的提议权。

四、红十字国际委员会的工作方法

1．保密，而不公开。

2．合作而非对抗。

3．接近受害者，而非调查违法事件。

第二节　战争法在红十字国际委员会行动中的重要性

一、红十字国际委员会与对某些局势的法律定性

1．红十字国际委员会在对武装冲突定性方面的能力。

2．对武装冲突定性在实践中的重要性。

3．红十字国际委员会在对武装冲突定性方面的困难：（1）客观困难；（2）政治上的困难；（3）在行动介入方面的困难；（4）务实策略的优点与缺点。

二、战争法的守护者

1．维护战争法。

2．发展战争法。

3．促使人们反思战争法。

4．促使人们接受战争法。

5．传播战争法。

6．实施战争法：（1）监督他人的遵守情况；（2）通过自己的行为实施战争法。

7. 动员人们抵制违反战争法的行为

三、在行动中援引战争法

1．传播。

2．预防性地呼吁人们遵守战争法。

3．在红十字国际委员会接触武装冲突受害方面的交涉。

4．在有关交战方行为的谈判方面的交涉。

5．要求对个别违法行为进行调查和抑制

6．遣责违法行为：（1）双边框架下的谴责；（2）公开谴责。

7．在与第三国或国际社会的谈判中援引战争法：（1）要求支持红十字国际委员会；（2）根据《日内瓦公约》共同第 1 条发出呼吁。

四、在未明确被援引时战争法所具有的重要性

1．直接援引一条规则的内容而未指出其出处。

2．事实和问题的提出。

3．作为一种潜在政治压力的战争法。

复习与思考题

1．红十字国际委员会是如何建立的？它的目的和宗旨是什么？它具有怎样的法律地位？

2．红十字国际委员会行动的法律基础是什么？

3．红十字国际委员会的工作方法是什么？为什么要采用这种工作方法？其目的是什么？

4．战争法在红十字国际委员会行动中的重要性如何？

拓展阅读书目

1. BUGNION François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, Geneva/Oxford, ICRC/Macmillan, 2003, 1161 pp.

2. BUGNION François, "The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law", in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5/1,Summer 2004, 18 pp.

3. DÖRMANN Knut & MARESCA Louis, "The International Committee of the Red Cross and its Contribution to the Development of International Humanitarian Law in Specialized Instruments", in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5/1, Summer 2004, 12 pp.

4. FORSYTHE David P., *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross*, Cambridge, CUP, 2005, 356 pp.

5. FORSYTHE David P., "The International Committee of the Red Cross and International Humanitarian Law", in *Humanitäres Völkerrecht*, Vol. 2, 2003, pp. 64-77.

6. FREYMOND Jacques, WILLEMIN Georges & HEACOCK Roger, *The International Committee of the Red Cross*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 209 pp.

7. HUTCHINSON,John F., *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Colorado and Oxford, Westview Press, 1996, 448 pp.

《财政法》教学大纲

施正文　编写

目　录

前　言.....7
第一章　财政法总论.....8
第一节　财政法的概念和特征.....8
一、财政法的概念.....8
二、财政法的调整对象.....8
三、财政法的特征.....8
第二节　财政法的地位和作用.....9
一、财政法的地位.....9
二、财政法的作用.....9
第三节　财政法的体系与法源.....10
一、财政法的体系.....10
二、财政法的法源.....11
第四节　财政法基本原则.....11
一、财政法基本原则概述.....11
二、财政民主原则.....11
三、财政法定原则.....11
四、财政公平原则.....12
第五节　财政法的历史发展.....12
一、中国财政法的历史发展.....12
二、西方国家财政立法概况.....12
第六节　中国财政法律体系的建立与完善.....13
一、国外财政法律体系对我们的主要借鉴.....13
二、当前中国财政法律体系的现状与主要问题.....13
三、中国财政法律体系的构建思路和对策.....13
复习与思考题.....13
拓展阅读书目.....13
第二章　财政体制法.....14
第一节　财政体制法概述.....14
一、财政体制的概念.....14
二、财政体制的模式.....14
三、西方财政分权——财政联邦主义的理论观点.....14
四、财政体制法的概念、地位和体系.....15
五、财政体制法的原则.....15
第二节　财政体制基本法律制度.....15
一、财政级次设立制度.....15
二、政府事权与财政支出划分制度.....15
三、财政收入划分制度.....16
四、政府间转移支付制度.....17
五、分级财政预算制度.....17
第三节　国外财政体制法的比较与借鉴.....17
一、美国财政体制法.....17

二、日本财政体制法.....17
三、国外财政体制法的借鉴.....17
第四节　中国财政体制法的历史发展与完善.....17
一、中国财政体制法的历史发展.....17
二、中国财政体制法的完善.....18
复习与思考题.....18
拓展阅读书目.....18
第三章　财政转移支付法.....19
第一节　财政转移支付法概述.....19
一、财政转移支付的概念.....19
二、财政转移支付的类型.....19
三、财政转移支付的特征.....19
四、财政转移支付的功能.....19
五、财政转移支付的必要性和理论基础.....20
六、财政转移支付法的概念.....20
七、财政转移支付法的原则.....20
八、财政转移支付法的作用.....20
第二节　财政转移支付基本法律制度.....20
一、财政转移支付的模式.....20
二、财政转移支付的主体.....21
三、财政转移支付的形式.....21
四、财政转移支付的方式.....21
五、财政转移支付的环节.....21
六、财政转移支付数额的测算方法.....21
七、财政转移支付的规模.....21
八、财政转移支付的机构设置.....21
九、财政转移支付的监督管理.....21
第三节　中国财政转移支付制度.....22
一、我国现行的财政转移支付制度.....22
二、过渡期财政转移支付制度.....22
第四节　国外财政转移支付法的比较与借鉴.....22
一、国外财政转移支付法的主要内容.....22
二、国外财政转移支付法的借鉴.....22
第五节　中国财政转移支付法的完善.....23
一、中国财政转移支付法的主要问题.....23
二、中国财政转移支付法的完善.....23
复习与思考题.....23
拓展阅读书目.....23
第四章　预算法.....24
第一节　预算法概述.....24
一、预算的概念.....24
二、预算的功能.....24
三、预算的分类.....25
四、预算体系.....25

五、预算的原则.....25
六、预算的产生.....25
七、预算法的概念.....25
八、预算法的基本原则.....25
九、预算法的地位.....25
第二节　预算管理职权.....26
一、预算管理体制.....26
二、预算管理职权.....26
三、预算收支范围.....26
第三节　预算管理程序.....26
一、预算的编制.....26
二、预算的审查和批准.....27
三、预算的执行和调整.....27
四、决算.....27
第四节　预算监督.....27
一、预算监督的概念和种类.....27
二、我国的预算监督制度.....27
第五节　违反预算法的法律责任.....28
第六节　我国预算法的修改和完善.....28
一、现行《预算法》的主要问题.....28
二、我国《预算法》的修改和完善思路.....28
复习与思考题.....28
拓展阅读书目.....28
第五章　国库管理法.....29
第一节　国库管理法概述.....29
一、国库的概念.....29
二、国库的职能与权限.....29
三、国库制度的历史沿革.....29
四、国库管理的目标、内容和意义.....29
五、我国国库管理制度的变革与发展.....29
第二节　国库管理基本法律制度.....29
一、国库管理体制.....29
二、国库的运作制度.....30
第三节　国外国库管理法的比较与借鉴.....30
一、国外国库管理法的比较.....30
二、国外国库管理法的借鉴.....30
第四节　我国国库管理法的现状与完善.....30
一、我国国库管理法的现状.....30
二、我国国库管理法的完善.....30
复习与思考题.....30
拓展阅读书目.....31
第六章　公债法.....32
第一节　公债概述.....32
一、公债的概念和特征.....32

二、公债的法律性质.....32
三、公债的产生和发展.....32
四、公债的功能.....32
五、公债的种类与结构.....32
六、公债的负担和规模.....33
七、西方的公债理论.....33
八、从税收国家到债务国家.....33
第二节　公债法概述.....33
一、公债法的概念.....33
二、公债法的调整对象.....33
三、公债法的主要内容.....33
四、公债法的历史发展.....33
第三节　公债基本法律制度.....34
一、公债发行制度.....34
二、公债流通制度.....34
三、公债偿还制度.....34
四、公债管理制度.....35
五、公债的相关税法问题.....35
第四节　国外公债法律制度.....35
一、美国国债法律制度.....35
二、法国国债法律制度.....35
三、日本国债法律制度.....35
复习与思考题.....35
拓展阅读书目.....35
第七章　政府采购法.....36
第一节　政府采购法概述.....36
一、政府采购的概念.....36
二、政府采购的目标.....36
三、政府采购的作用.....36
四、政府采购的原则.....37
五、政府采购的起源与发展.....37
六、政府采购法的概念.....37
七、政府采购法的适用范围.....37
八、我国政府采购法的历史发展.....37
九、政府采购的国际规则.....37
第二节　政府采购当事人.....37
一、采购人.....37
二、供应商.....37
三、采购代理机构.....37
第三节　政府采购的方式与程序.....37
一、公开招标采购方式.....37
二、邀请招标采购方式.....38
三、竞争性谈判采购方式.....38
四、单一来源采购方式.....38

五、询价采购方式.....38
六、其他采购方式.....38
第四节　政府采购合同.....38
一、政府采购合同的性质.....38
二、书面形式.....38
三、政府采购合同必须具备的条款.....38
四、签订政府采购合同的期限.....38
五、政府采购合同的备案.....38
六、政府采购合同的转包、分包与再分包.....38
七、政府采购合同的补充协议.....38
八、政府采购合同的变更、中止或者终止.....38
九、政府采购合同中的义务群与合同责任.....38
十、政府采购合同的担保.....38
第五节　质疑与投诉制度.....39
第六节　监督检查制度.....39
第七节　政府采购法律责任.....39
复习与思考题.....39
拓展阅读书目.....39
第八章　政府投资法.....40
第一节　政府投资法概述.....40
一、政府投资概述.....40
二、政府投资法的概念和特征.....40
三、政府投资法的原则.....40
四、政府投资法的地位和作用.....40
第二节　政府投资基本法律制度.....41
一、政府投资体制.....41
二、政府投资宏观调控制度.....41
三、政府投资资金管理制度.....41
四、政府投资项目管理制度.....41
五、政府投资项目建设程序制度.....41
六、政府投资监督制度.....42
七、政府投资法律责任制度.....42
第三节　外国政府投资法的比较与借鉴.....42
一、外国政府投资法的比较.....42
二、国外政府投资法的借鉴.....42
第四节　我国政府投资法的现状与完善.....42
一、我国政府投资法的现状.....42
二、我国政府投资法的完善.....42
复习与思考题.....43
拓展阅读书目.....43

前　言

《财政法》（Public Finance Law）是调整国家财政分配关系的一门部门法，属于应用法学。对于保障国家职能的实现，提供公共产品和公共服务，维护社会公众的公共利益具有重要的功能。财政法既是法学专业的一门应用课程，也是行政学和公共管理专业、财经类专业的一门重要选修课程。

编写财政法教学大纲的目的，是阐释本课程的知识体系的结构和要点，对重要的基本概念、基本理论和基本制度作出提示，指出教学的难点和重点，安排教学进度，以便于组织教学。

财政法是国家法律体系中重要和基本的法律部门，主要规制政府和公共部门的经济行为，以实现保障人权、增进全民福利和社会发展的目标。其内容包括：一是基本理论，研究财政法的调整范围、体系、基本原则、法源、历史发展；二是基本制度，包括财政体制法、财政转移支付法、预算法、收费法、国库管理法、财政融资法、政府采购法、政府投资法、国有资产管理法、财政监督法。

本课程的教学大纲由民商经济法学院财税金融法研究所施正文教授编写。

第一章　财政法总论

本章的教学目的和基本要求：本章是财政法的基础理论，是研究财政法的基本概念、基本理论等原理问题，包括财政法的概念和特征、财政法的地位和作用、财政法的体系和法源、财政法的基本原则、财政法的历史发展、中国财政法体系的建立和完善。本章的重点是财政法的概念、调整对象、财政法的体系、财政法的基本原则；难点是财政法的特征、调整对象、财政法的体系、财政公平原则等，这些内容比较抽象，需要结合法理学、财政经济法等学科的知识来讲授。通过本章教学，使学生对财政法的基本概念、基本理论、学科体系、历史沿革、应用领域和功能作用等有基本的了解，为进一步学习以基本制度为内容的各论打好基础。

学时分配：6 学时。

第一节　财政法的概念和特征

一、财政法的概念

财政法是为了保障国家提供具有公共性的物品和服务、调节收入分配、促进社会经济发展等职能的实现为目标，而调整在财政收入、财政支出和财政管理活动中发生的社会关系的法律规范的总称。

二、财政法的调整对象

财政关系是指在财政收入、财政支出和财政管理等活动中所发生的社会关系。它主要包括：

（一）财政收支关系

包括财政收入关系（如税收征收关系、资产收益关系、国债发行关系、费用征收关系等）、财政支出关系（如公共拨款关系、政府采购关系、政府投资关系、转移支付关系等）。

（二）财政管理关系

包括财政预算关系、国库管理关系、财政监督关系。

（三）财政权限关系

是财政体制关系、财政权力分配关系，是上述两种关系产生的权力根源和前提。

三、财政法的特征

（一）在性质上，财政法是宪政性的公法，具有权力性

（二）在目的上，财政法是以保障实现国家公共职能、增进社会福利和促进经济发展为目标的法律，具有公共性

1．提供公共产品和公共服务，实现国家公共职能。

2．增进社会福利、实现社会公平。

3．促进经济发展。

（三）在内容上，财政法是调整财政关系的法律，具有经济性

1．财政法作用的领域是政府经济领域（公共经济活动），它是与私人经济相对应的一种公共经济。

2．财政法作用的政府经济领域以财政收入、财政支出和财政管理为内容，这些内容构成了政府经济活动的基础，是为政府经济行为提供财力保障。

（四）在手段上，财政法是以法律化的财政手段为主要调整方法的法律，具有财政性

在技术手段上，财政法的调整手段是运用法律化的财政手段（主要是税收、公债、公共支出、政府投资、财政补贴、预算等财政工具）对财政关系进行专门法律调整。

（五）在方法上，财政法是运用多种法律调整方法进行综合性调整的法律，具有综合性

在调整方法上，财政法运用宪法、行政法、经济法、民商法、刑法、诉讼法等多种部门法律的调整方法，对财政关系进行综合性的法律调整，以保证法律调整的实效和满足财政实践的需要。

第二节　财政法的地位和作用

一、财政法的地位

（一）财政法地位的含义

财政法的地位，是指财政法在法律体系中是否具有自己的位置，其独立存在是否具有不可替代的理由和价值。

（二）财政法是一个相对独立的法律部门

1．部门法划分标准的反思与财政法的地位。现在很多学者主张，可以按照法域（行业）、综合性调整方法、法律实践的需要来划分法律部门。

2．两类不同的财政法律规范与财政法的地位。国家的财政活动可以区分为两个不同的层次：第一层次是作为行政范畴的财政活动，其目的在于满足国家机关活动经费的需要；第二层次是作为经济范畴的财政活动，其目的在于调节社会经济。前者是国家进行一般行政管理的法律，属于行政法的范畴，后者是国家调节社会经济的法律，属于经济法的范畴。在现实生活中，这两类法律一般都由国家财政机关负责执行，很难区分哪些规范是经济法性质，哪些规范是行政法性质，也没有必要区分。事实上，财政法既属于经济法，又属于行政法，是经济法和行政法交叉综合的产物。

确立财政法是相对独立的综合法律部门，对推动财政法理论研究和健全财政法律体系有重要意义。

（三）财政法与其他法律部门的关系

1．财政法与宪法的关系

2．财政法与行政法的关系

3．财政法与经济法的关系

4．财政法与民法的关系

5．财政法与社会法的关系

6．财政法与刑法的关系

7．财政法与诉讼法的关系

二、财政法的作用

财政法的作用，又叫财政法的功能，是指财政法对财政行为以及最终对财政关系所产生的影响，即是指财政法在调整财政关系过程中所表现出的一种外在功效。

（一）从财政权力的角度看财政法的作用

财政权力授予功能、财政权力规范功能、财政权力监督功能

（二）从财政职能的角度

保障资源配置的作用、保障收入分配的作用、保障经济和社会稳定的作用

第三节　财政法的体系与法源

一、财政法的体系

（一）财政法体系的概念

（二）财政法体系的构成

1．从财政法规范的内容上进行分类

（1）财政基本法。主要涉及财政法的一些基本制度，如财政法的原则、财政权力的分配、政府间的财政关系，财政收入和支出的形式，重要的财政收支制度、预算制度、监督制度等。

（2）财政体制法。主要涉及政府间的财政关系，又可称为财政收支划分法，在很多国家都规定在财政法典中，有些国家采取财政收支划分法的形式规定。

（3）财政管理法。主要是财政预算法、国库管理法、公共支出绩效管理法、税收征管法、财务管理法、会计管理法、注会管理法。

（4）财政支出法。主要包括财政拨款法、财政转移支付法、政府采购法、政府投资法、财政贷款法、财政补贴法。

（5）财政收入法。主要包括税法、国债法和收费法，除此之外还包括一些特别的财产收益法。

（6）财政监督法。是专门规范和保障财政监督机关依法行使财政监督权，其内容涉及财政监督机关的设立、财政监督机关的职权、财政监督的途径与程序等。

（7）财政责任法。包括行政责任、刑事责任、民事责任、违宪责任、政治责任等。

（8）财政争讼法。包括财政行政复议、财政行政诉讼、财政刑事诉讼、财政国家赔偿、财政违宪审查和财政宪法诉讼等。

2．从财政法规范的性质上进行分类

（1）财政宪法。主要调整财政税收领域的一些根本性事项，如财政法的基本原则、财政权力的分配、中央与地方的财政关系等，很多国家的宪法都花费较大的篇幅规范财政行为，如德国 1949 年《联邦基本法》专辟第十章规定财政。

（2）财政行政法。财政法中的基础法律规范很多仍然属于行政法，从而使财政行政法在财政法中的地位举足轻重。

（3）财政经济法。财政政策是重要的宏观调控的手段，作为经济法的财政法关心的是财政法律规范背后的政策取向问题，以及法律施行之后的经济效果。

（4）财政社会法。特别是社会保障法，从社会保障资金的筹集、管理，到资金的依法支出，始终在财政机关的监督控制之下，这其实就是政府财政活动的全过程。随着行政国家向福利国家的转型，财政社会法发展潜力十分巨大。

（5）财政私法。财政私法主要是指财政以民事主体的身份（平等、自愿、有偿）参与经济生活的相关法律规定，如发行国债、对外担保、政府投资、政府采购等。这些行为虽然有政府公权力的性质，但是它们采取了非权力的形式，在法学理论上符合私法的要求。

（6）财政刑法。财政刑法规范和调整的是财政税收领域的犯罪行为及其惩处，如贪污罪、挪用公款罪、偷税罪、抗税罪等。对财政收支关系适用适度的刑罚调整有助于强化财政法律意识，提高人们遵从财政法的自觉程度。

（7）财政诉讼法。是专门用于解决财政纠纷的法律程序，随着法治进程的深入，司法解决财政纠纷必然成为一种重要形式。

二、财政法的法源

（一）宪法
（二）法律
（三）行政法规
（四）地方性法规
（五）自治条例和单行条例
（六）部门规章和地方政府规章
（七）特别行政区法律
（八）国际条约

第四节　财政法基本原则

一、财政法基本原则概述

所谓财政法基本原则，是指贯穿于财政法的制定和实施过程中，为财政法律关系主体必须遵循的基本行为准则。这些基本原则贯穿于财政权力运行过程的始终，对财政活动具有普遍的指导意义。财政法基本原则的内容具有根本性，直接体现了财政活动的价值追求，对财政权力民主公正行使和基本人权保护具有宏观上的保障作用。财政法基本原则的效力具有普遍性，对财政活动的进行具有普遍的指导和规范作用，不同于适用于某一方面或环节的具体原则。财政法基本原则的实现具有间接性，虽然有时其起到规则同样的法律效力，但它与财政法具体规则（制度）的作用也不同。财政法基本原则的作用表现在：对财政立法行为的适用效力、对财政行政行为的适用效力、对财政司法行为的适用效力。我国财政法基本原则体系应由下列基本原则构成：财政民主原则、财政法定原则、财政公共原则、财政公平原则、财政调控原则、财政比例原则、财政健全原则、财政效率原则。

二、财政民主原则

财政民主原则所要求的是，人民通过一定的程序和方式，行使对重大财政事项的决定权。其直接的要求是，一国的重大财政事项必须经过议会的同意（或由议会制定法律予以规范）才能付诸实施，否则即属于违法。一般情况下，财政民主主义主要表现为财政议会主义，即重大财政事项必须经过议会审批，其具体表现就是议会审批年度财政预算。除此之外，财政民主原则还要求赋予人民对财政事项的广泛监督权。财政民主是现代财政法关注的核心，也是整个财政法的立法基础。财政民主原则的实施，对确立财政法的发展方向，解决现实生活中的财政混乱，树立中国财政法治的形象具有重要的现实意义。

三、财政法定原则

财政法定原则是法治精神在财政领域的体现，由于财政活动关系到国家财政权与国民财产权等宪法层面的关系，应当依法进行。我国《立法法》第 8 条规定，财政税收基本制度只能由全国人民代表大会及其常委会立法。财政法定原则是财政民主主义的重要实现形式，它强调财政运行的稳定性、规范性和可预测性，对我国财政实践具有重要的指导意义。

财政法定原则一般表现在：①财政权力（利）法定。既包括立法机关的财政立法权，也包括政府及其所属各部门就财政事项所享有的决策权、执行权和监督权等；既包括上级政府对下级政府的财政权力，也包括下级政府对上级政府的财政权利；既包括政府作为整体对财政相对人所享有的命令权、禁止权，也包括财政相对人对政府依法享有的监督权、请求权等。②财政义务法定。法律应

当对财政义务的种类、构成要件、具体内容、衡量标准等作出明确规定。③财政程序法定。其目的在于保障财政权力在既定的制度框架内有效运作，保障财政行为的透明度、公正性和规范性，为财政民主奠定良好的法治基础，包括财政立法程序、财政行政程序、财政监督程序和财政司法救济程序。④财政责任法定。

四、财政公平原则

财政公平包含着对正义的价值追求，它既包括财政收入方面义务人的平等牺牲，也包括财政开支方面权利人的平等受益，还包括在财政程序方面的同等条件同等处理。例如，在政治程序方面，人民享有平等的参与权；在税收课征方面，应当根据纳税人税负能力的大小设计税制；在费用征收方面，公平主要体现在受益的关联度上；在地区间财政关系方面，财政法应该保证最低限度的财政均衡；在最低人权的保护方面，财政应当保障每一个公民的生存权、受教育权等基本人权，为社会弱者提供力所能及的帮助和救济等。

第五节　财政法的历史发展

一、中国财政法的历史发展

（一）中国古代财政法的发展

汉代重农抑商，对盐铁等商人征重税，并实行盐铁酒官营专卖制，工商税制逐渐形成。北朝从北魏孝文帝开始推行“均田制”，使土地占有规范化，税负均平。唐初实行租庸调制，唐后期，公元 780 年杨炎改制，唐改行“两税法”，明确提出了量出为入的财政立法原则，也是财政法史上从实物之征向货币之征转化、从对人税向对物税转化的开端，为此后历朝田赋税法的基干。明朝万历 9 年（1581 年），大学士张居正在全国推行一条鞭法：赋役合一，计亩征银，一办于官。一条鞭法从税制上结束了我国两千多年赋役分征的历史，基本完成了从对人税向对物税、从实物之征向货币之征的转化，这是我国财政法发展史上的又一次重大改革。康熙 55 年，开始实行地丁合一、摊丁入亩制度，完全征收货币，彻底完成了我国封建赋役制度的变革。

（二）中国近现代财政法的发展

1．清王朝后期的财政法

2．北洋政府时期的财政法

3．南京国民政府时期的财政法

4．革命根据地时期的财政法

（三）新中国财政法的发展

1．社会主义财政法的建立时期

2．社会主义财政法的停滞时期

3．社会主义财政法的恢复和迅速发展时期

4．建立适应市场经济体制要求的财政法律制度时期

二、西方国家财政立法概况

（一）德国财政立法

（二）日本财政立法

（三）英国财政立法

（四）美国财政立法

第六节　中国财政法律体系的建立与完善

一、国外财政法律体系对我们的主要借鉴

二、当前中国财政法律体系的现状与主要问题

三、中国财政法律体系的构建思路和对策

1．制定财政法，规范财政管理体制
2．健全预算法律制度，强化财政的依法管理
3．制定税收通则法，完善税收法律体系
4．制定国债法，建立非税收入法律体系
5．完善政府采购制度，建立财政支出法律制度
6．制定财政监督法，完善财政法律责任制度
7．完善财政救济法律制度。

复习与思考题

1．财政法的概念和特征是什么。
2．如何认识财政法的调整对象。
3．如何认识财政法的体系。
4．什么是财政民主原则。
5．我国财政法律体系建立的内容和思路

拓展阅读书目

1．张守文主编：《财税法》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 1－30 页。

2．熊伟：《关于财政法体系的再思考》，载刘剑文主编《财税法论丛》第 3 卷，法律出版社 2004 年版，第 239－254 页。

3．俞光远：《加快适应社会主义市场经济发展需要的中国财税法治建设》，载《法学家》2004 年第 5 期。

第二章　财政体制法

本章的教学目的和基本要求：财政体制法是有关财政权限划分的财政根本法律制度，在财政法中具有基础和主导地位。本章的重点是财政体制的模式、关于财政分权的理论学说、财政体制法的体系和原则、财政级次设立制度、财政支出划分制度、财政收入划分制度、我国现行分税制财政体制的问题与完善。本章的难点是财政联邦主义、财政支出划分的原则、税收收入划分的原则。

学时分配：4 学时。

第一节　财政体制法概述

一、财政体制的概念

财政体制，是指中央政府与地方政府之间以及地方各级政府之间，划分财政收支范围和财政职权的根本制度，它的核心内容是划分财政收支范围，实质是对财政权力的分配。财政体制是国家财政活动的根本制度，是整个财政活动的基础和前提。财政体制的内容包括财政体制主体和级次的设定、财政收支范围的划分、财政职权的划分`政府间的转移支付制度。

二、财政体制的模式

是根据在财政收支划分中中央政府与地方政府之间权限的对比关系而归纳出的相对稳定的标准形式或样式。大体可以概括为三种：

（一）集权型财政体制

其特点是绝大部分财政权限、财政收入划归中央，绝大部分财政支出由中央政府承担。从财政上看，地方政府实质上是中央政府在地方的分支机构。历史上我国封建君主专制时期、我国计划经济的统收统支时代、西欧封建社会末期的财政体制属于这种类型。

（二）分散型财政体制

其特点是地方政府俨然成了与中央政府平起平坐的政治实体，中央财政与地方财政彼此独立，“中央”只是名义上的，形同虚设。如中国夏、商、周“封诸侯，建藩卫”；中世纪的欧洲等的财政体制属于这种类型。

（三）分权型财政体制

其特点是根据国情合理划分中央与地方的事权，在此基础上，划分财权，中央财政与地方财政都有各自的收支范围，彼此相互独立，但中央与地方并不是绝对不相往来，而是通过转移支付制度来平衡相互间的财政收支。绝大部分国家都实行这种模式。

三、西方财政分权——财政联邦主义的理论观点

所谓财政分权，就是给予地方政府一定的税收权力和支出责任范围，并允许地方政府自主决定其预算支出规模与结构，使处于基层的地方政府能够自由选择其所需要的政策类型，并积极参与社会管理，其结果便是地方政府能够提供更多更好的服务。财政分权的精髓在于地方政府拥有合适与合意的自主权进行决策。

（一）施蒂格勒的分权“菜单”（“Menu”）理论

（二）奥茨的分权定理

（三）布坎南的分权“俱乐部”理论

（四）特里西的“偏好误识”理论

（五）蒂布特的“以足投票”理论

（六）马斯格雷夫等人的“新财政联邦主义”理论

（七）财政联邦制评析

1．各级财政主要对相应级别的议会负责。

2．按照公共产品受益范围的大小程度确定各级政府的职责和各级财政的支出范围。

3．各级政府均有自己相对独立的税收收入。

4．在财政体制中，保证中央财政的宏观调控主导地位。

四、财政体制法的概念、地位和体系

（一）财政体制法的概念

财政体制法是财政体制的法律化，它是调整中央政府与地方政府之间以及地方各级政府之间在划分财政收支范围和财政职权过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。其实质是财政职权分配法或划分法，主要表现为对财政权限的确定和财政收支范围的划分。我国至今尚无完善的财政体制法，有关财政体制的规定主要是 1993 年 12 月 15 日国务院发布的《关于实行分税制财政管理体制的决定》。

（二）财政体制法的地位

（三）财政体制法的体系

财政级次（主体）设立制度；（财政权限划分制度）；财政支出划分制度；财政收入划分制度；财政转移支付制度；分级财政预算制度。

五、财政体制法的原则

（一）适度分权原则

（二）事权与财权相结合原则

（三）公平与效率兼顾原则

（四）法治原则

第二节　财政体制基本法律制度

一、财政级次设立制度

（一）概述

财政级次设立制度是关于一国是否设立多级财政级次、设立几级财政级次以及如何设置各级财政级次的制度。财政级次划分制度是由一国的政权结构所决定的，基本原则是“一级政权，一级财政”。

（二）我国现行财政级次设立制度

我国《预算法》第 5 条规定：“国家实行一级政府一级预算”，从而在法律上确立了一级政府一级预算的原则，由此，我国财政级次分为五级：（1）中央财政；（2）省、自治区、直辖市财政；（3）设区的市、自治州财政；（4）县、自治县、不设区的市、市辖区财政；（5）乡、民族乡、镇财政。

二、政府事权与财政支出划分制度

（一）政府间事权划分制度

1．政府间事权划分的理论依据

（1）公共产品的层次性——经济标准

公共产品的层次性、外溢性、政府行为目标的差异。

（2）集权与分权的关系——政治标准

历史表明，各国始终是以集权为轴心，分权是围绕集权进行调整。一般而言，联邦制国家侧重分权，单一制国家侧重集权。

2．政府间事权划分的一般规则

中央政府所应履行的职责一般包括：提供国防安全、外交以及全国性的维持社会秩序服务；实现全国范围内资源的有效配置，弥补市场缺陷；实现公平、合理的收入分配；实现全国经济的稳定和增长。地方政府所承担的职能一般包括：提供本地区内的社会秩序服务；提供本地区内的基础设施和公共事业服务；在本地区内有效配置资源，实现地区经济的稳定与发展。

3．我国政府间的事权划分

中央政府的事权：中央主要承担国家安全、外交和中央国家机关运转，调整国民经济结构、协调地区发展、实施宏观调控以及由中央直接管理的事业发展职责。地方政府的事权：地方主要承担本地区政权机关运转以及本地区经济、事业发展职责。

（二）财政支出划分制度

1．支出划分的原则

英国学者巴斯特布尔（C・F・Bastable）提出了三项原则：受益原则、行动原则、技术原则。

2．我国现行财政支出划分制度

中央财政主要承担国家安全、外交和中央国家机关运转所需经费，调整国民经济结构、协调地区发展、实施宏观调控所必需的支出以及由中央直接管理的事业发展支出。具体包括：国防经费，武警经费、外交和援外支出，中央级行政管理费，中央统管的基本建设投资，中央直属企业的技术改造和新产品试制费，地质勘探费，由中央财政安排的支农支出，由中央负担的国内外债务的还本付息支出，以及中央本级负担的公检法支出和文化、教育、卫生、科学等各项事业费支出。 地方财政主要承担本地区政权机关运转所需支出以及本地区经济、事业发展所需支出。具体包括：地方行政管理费，公检法支出，部分武警经费，民兵事业费，地方统筹的基本建设投资，地方企业的技术改造和新产品试制经费，支农支出，城市维护和建设经费，地方文化、教育、卫生等各项事业费，价格补贴支出以及其他支出。

三、财政收入划分制度

（一）概述

1．收入划分的原则

马斯格雷夫的七原则：

（1）以收入再分配为目标的累进税应划归中央，因为对收入的再分配应该由中央政府在全国范围内进行调节，实现公平目标应该以全国为疆界。

（2）作为稳定经济手段的税收应划归中央，而具有周期性稳定特征，收入起伏不大的税收应划归地方。

（3）地区间收入分布不均的税源划归中央，否则会引起地区间税收收入的不平衡。

（4）课征于流动性生产要素的税收最好划归中央，否则会引起资源在地区间的不合理流动，扭曲资源在地区间的合理配置。

（5）依附于居住地的税收（销售税和消费税）较适合划归地方。

（6）课征于非流动性生产要素的税收最好划归地方，这不会引起资源在地区间的流动。

（7）受益性税收及收费对各级政府都适用。

2．收入划分的方法

（1）税额分割法。

（2）税率分割法。

（3）税种分割法。

（4）税权分割法。

（二）我国现行财政收入划分制度

国务院《关于实行分税制财政管理体制的决定》规定，根据事权与财权相结合的原则，采用税种分割法，按税种划分中央与地方的收入。将维护国家权益、实施宏观调控所必需的税种划为中央税；将同经济发展直接相关的主要税种划为中央与地方共享税；将适合地方征管的税种划为地方税，并充实地方税税种，增加地方税收入。其他印花税收入归地方。

四、政府间转移支付制度

五、分级财政预算制度

第三节　国外财政体制法的比较与借鉴

一、美国财政体制法

二、日本财政体制法

三、国外财政体制法的借鉴

1．采取适合国情的财政体制模式

2．事权与财权相结合，具体内容清晰明确

3．采用法律的方式将财政体制制度予以固定

4．有规范的政府间转移支付制度

第四节　中国财政体制法的历史发展与完善

一、中国财政体制法的历史发展

（一）中国财政体制法的演进

1．统收统支体制（1950－1952 年）

2．统一领导、分级管理体制（简称分成体制，1953－1979 年）

3．划分收支、分级包干体制（简称财政包干体制，1980－1993 年）

4．分税制体制（1994 年至今）

分税制是指在中央政府与地方政府之间以及地方各级政府之间，以划分各级政府事权为基础，以税收划分为核心，相应明确各级财政支出范围和权限的一种分级财政体制。它是市场经济国家普遍推行的一种财政管理体制模式。1994 年 1 月 1 日，我国开始实行分税制的财政管理体制，主要规范性文件为 1993 年 12 月 15 日国务院发布的《关于实行分税制财政管理体制的决定》。

（二）中国财政体制法的主要问题

1．立法层次低、法律体系不健全

2．政府间事权划分不清，财政支出范围混乱
3．财政收入权划分不合理
4．省以下财政体制（基层财政体制）不明确
5．预算外收入没有纳入到分税制财政体制体系中

二、中国财政体制法的完善

（一）推进财政立宪，在宪法上确立财政分权框架
（二）科学界定政府职能，进一步明确中央与地方政府的事权划分和支出范围
（三）推动省以下财政体制改革，减少政府财政级次
（四）合理划分中央与地方的财政收入权
（五）完善财政转移支付制度
（六）完善分级预算制度
（七）制定财政法并完善相关配套法律制度

复习与思考题

1．什么是财政体制。
2．试述西方财政分权的理论观点。
3．试述划分事权和财权的关系。
4．税收收入划分的方法有哪些。
5．试述我国分税制财政体制的内容及其完善

拓展阅读书目

1．中国社会科学院财贸所：《走向“共赢”的中国多级财政》，中国财政经济出版社 2005 年版。
2．白彦锋著：《税权配置论》，中国财政经济出版社 2006 年版。
3．倪红日：《应该更新“事权与财权相统一”的理念》，载《涉外税务》2006 年第 5 期。

第三章　财政转移支付法

本章的教学目的和基本要求：财政转移支付法是调整政府间财政关系的法律，是分税制财政体制的重要内容。本章的重点是财政转移支付的类型、财政转移支付的理论基础、财政转移支付的模式、财政转移支付的形式、我国财政转移支付的形式、过渡期财政转移支付制度、我国财政转移支付法的完善。本章的难点是财政转移支付的形式、财政转移支付的测算、德国的财政转移支付制度。

学时分配：4 学时。

第一节　财政转移支付法概述

一、财政转移支付的概念

财政转移支付一般简称为“转移支付”（Transfer Payments），是源自西方经济学和西方财政学的一个概念。美国经济学家 D·格林沃尔德将之定义为“政府或企业的一种不以取得商品或劳务补偿的支出”。从本质上看，财政转移支付属于财政再分配范畴（是对政府收入的一种再分配），是一种补助，一种财政平衡制度。从作用方式看，财政转移支付表现为“抽肥补瘦”，“抽肥”指的是在财政初次分配中，上级政府从下级财力充裕地区集中部分收入；“补瘦”指的是通过转移支付形式对那些较为贫困的下级地区给以财力援助。从功能上看，财政转移支付是政府调节财政收入分配的一种宏观调控的手段。从目标上看，财政转移支付以实现各地公共服务水平的均等化为主旨。

二、财政转移支付的类型

（一）广义转移支付与狭义转移支付

在广义上，财政转移支付是指各级政府之间以及政府向企业和居民无偿让渡财政收入所发生的财政支出。在狭义上，财政转移支付是指上级政府将财政收入无偿让渡给下级政府而发生的财政支出，反映的是政府间财政转移关系。

（二）政府间转移支付与政府对国民的转移支付

（三）纵向转移支付与横向转移支付

（四）补助支出、捐赠支出和债务利息支出

三、财政转移支付的特征

（一）政策性

（二）无偿性

（三）多层次性

（四）对称性

（五）科学性

（六）法治性

四、财政转移支付的功能

（一）保障功能

（二）配置功能

（三）激励功能

（四）救济功能

五、财政转移支付的必要性和理论基础

（一）财政转移支付的必要性

由于体制等诸多方面的原因，一个国家的各个地区的发展是不均衡的，其经济状况也都是不一样的，这就必然存在财政失衡问题。财政失衡包括两个方面，即纵向失衡和横向失衡，前者是指上下级政府之间的财政收支状况的不平衡，后者是指同级政府之间的财政收支状况的不平衡。财政失衡就影响各级政府提供的公共产品。过度的财政失衡是有害的，它不仅是严重的经济问题，而且会引发严重的社会问题乃至政治问题。为此，必须通过转移支付制度来解决财政失衡问题，以使各级政府在自然资源禀赋、人口密度、历史文化、经济结构和经济发展程度存在诸多差异的情况下，能够依其级次提供相应的、差别不大的公共产品，即在公共产品的提供方面要大略实现“均等化”。

（二）财政转移支付的理论基础

1．分税制理论。

2．公平理论。

3．调整利益外溢性理论。

4．修正过分提供公共服务理论。

六、财政转移支付法的概念

七、财政转移支付法的原则

（一）科学性原则

（二）突出公平兼顾效率原则

（三）公开性原则

（四）法治化原则

八、财政转移支付法的作用

第二节　财政转移支付基本法律制度

一、财政转移支付的模式

（一）单一纵向模式与纵横交错模式

按照转移支付资金流动方向，政府间转移支付的模式可分为下列两种：

1．单一纵向模式。它是指上级政府通过特定的财政体制把各地区所创造的财力数量不等地集中起来，再根据各地区财政收支平衡状况和实施宏观调控政策的需要，将集中起来的部分财政收入数量不等地分配给各地区，以此实现各地区间财力配置的相对均衡。这是一种单一的自上而下的纵向财政平衡模式。

2．纵横交错模式。它是指对于政府间的转移支付，中央不仅统一立法，并且直接通过特定手段进行纵向的转移支付，同时又负责组织各地区之间直接的财政转移支付。这是一种纵向为主、纵横交错的财政平衡模式。

（二）补助金模式、税收返还模式与财政均等化模式

按照转移支付资金的形式，转移支付的可分为下列三种模式：

1．补助金模式。

2．税收返还模式。

3．财政均等化模式。

二、财政转移支付的主体

三、财政转移支付的形式

（一）一般性转移支付

又叫一般均衡拨款、非对称性补助，是指上级政府将其本级财政收入不规定任何用途和要求，无偿转作下级政府收入来源的转移支付形式。它是按照现行的财政体制所实施的无条件拨款，是政府间转移支付的最初的、最基本和最主要的形式。其作用目标就是解决两个“失衡”，实现不同层次政府间财政收支的纵向平衡或同一层次政府间的横向平衡。

（二）专项转移支付

又叫专项拨款、政策性转移支付，是为了特定的目标或专项任务，而有确定的用途、使用期限以及附加条件的拨款，它是一种专案拨款，或支付的相应配套的财政资金。

（三）其他转移支付

四、财政转移支付的方式

（一）资金转移

是指某政府将其财政资金的一部分，以补助、拨款或上缴的形式无偿转移给另一个政府。

（二）税收分享

是指一级政府将其征收的某种税收，按照一定的标准与另一级政府分享。

（三）税收空间的转移

是指一级政府以降低税率的形式，将一定的税收空间转让给另一级政府，使其有可能在不提高居民税收负担的情况下，提高自己的税率或开征新的税种。

五、财政转移支付的环节

六、财政转移支付数额的测算方法

国际上转移支付的测算大多采用因素分析法。所谓因素法，是对影响某一地区财政收入能力和财政支出需求的各种变量综合地加以测算和分析，并以此为依据，确定对该地区的转移支付政策的一种方法。从定性分析的意义上讲，因素法的核心是如何确定各种因素在影响财政收入能力和财政支出需求方面所处的地位；从定量分析的角度来看，问题的关键在于找出各种因素在决定收入能力和支出需求过程中所占据的权数。这里的财政收入能力系指理论收入，财政支出需求是指理论支出。因为各地自然条件和经济发展水平存在着客观差距，为达到同等施政水平提供每地居民基本服务水平的成本也必然不同，这就要求必须根据每地确实存在的影响因素，综合测算后得出其与基本支出标准的差异幅度，确定一个适当的调整系数，然后再据此系数，测算出该地实际需要的支出总额。因此，理论收入、理论支出和调整系数构成了转移支付的测算体系。

七、财政转移支付的规模

八、财政转移支付的机构设置

九、财政转移支付的监督管理

第三节　中国财政转移支付制度

一、我国现行的财政转移支付制度

（一）税收返还
（二）体制补助和体制上解
（三）专项补助
（四）财力性转移支付

二、过渡期财政转移支付制度

从 1995 年开始，我国实行了过渡期财政转移支付制度，至 2002 年止。其内容包括：
1．过渡期财政转移支付额的确定
2．计算确定客观因素转移支付额
3．计算确定政策性转移支付

第四节　国外财政转移支付法的比较与借鉴

一、国外财政转移支付法的主要内容

（一）美国的财政转移支付制度
1．有条件拨款
2．配套拨款
3．无条件拨款
（二）德国的财政转移支付制度
1．纵向平衡
2．横向平衡
（三）日本的财政转移支付制度
1．地方让与税
2．地方交付税
3．国库支出金

二、国外财政转移支付法的借鉴

1．实现全国各地公共服务水平的均等化是转移支付的基本目标
2．明确划分各级政府的事权是建立财政转移支付制度的基础
3．中央政府拥有较大财力是进行财政转移支付的基本条件
4．多种形式的财政转移支付配合使用
5．财政转移支付的分配都有统一的计算公式和客观标准
6．财政转移支付都有明确的法律依据，注重法治化

第五节　中国财政转移支付法的完善

一、中国财政转移支付法的主要问题

1．政策目标不够明确，定位不准。
2．转移支付形式偏多，一般转移支付力度小，均等化功能弱。
3．转移支付资金分配办法不够规范。
4．省以下转移支付制度有待完善。
5．财政资金在中央与地方政府之间的转移是双向性的。
6．转移支付缺乏法律权威性。
7．转移支付缺乏有效的监督机制。

二、中国财政转移支付法的完善

1．明确转移支付制度的调节目标。
2．在转移支付模式上，选择纵向为主、纵横交错模式。
3．确定合理适度的转移支付规模。
4．在财政转移支付数额确定上，用“因素法”替代“基数法”。
5．简化与完善财政转移支付形式。
6．推动省以规范化财政转移支付制度的建设。
7．设立专门性、权威性和公正性的转移支付管理机构。
8．健全财政转移支付的监督机制。
9．制定《财政转移支付法》，完善财政转移支付法律体系。

复习与思考题

1．什么是财政转移支付，它有哪些类型。
2．试述财政转移支付的模式。
3．试述财政转移支付的形式。
4．试述财政转移支付额的测算方法。
5．我国财政转移支付有哪些类型。
6．如何完善我国的财政转移支付制度。

拓展阅读书目

1．杜放著：《政府间财政转移支付制度理论与实践》，经济科学出版社 2001 年。
2．刘剑文主编：《财税法学研究述评》，高等教育出版社 2004 年版，第 118－120 页。
3．杨志勇：《财政转移支付制度：国际比较与中国未来》，载《厦门大学法律评论》第十辑。

第四章　预算法

本章的教学目的和基本要求：预算法是调整预算收支分配关系的法律，它综合反映财政收支活动的计划及其实施，在财政法中具有核心的地位。本章的重点是预算的概念、分类、预算体系、预算管理职权、预算管理程序、我国预算法的完善。本章的难点是预算的法律性质、预算的分类、预算的编制等。

学时分配：6 学时。

第一节　预算法概述

一、预算的概念

（一）预算的词源

（二）预算的定义

预算，又称政府预算或公共预算，是经立法机关审批的政府年度财政收支计划。

从形式（技术）上看，政府预算就是按一定标准将财政收入和支出分门别类地列入特定的表格，称为财政活动的数字估算表，成为反映政府财政活动的一面镜子。从内容（实质）上看，政府预算的编制是政府对财政收支的计划安排，是对一个财政年度内政府岁入岁出的预测、算定，预算的执行是财政收入的筹措和财政支出的使用过程，决算则是政府预算执行情况的总结。所以，政府预算反映政府活动的范围、方向和政策。从性质（形式）上看，由于政府预算要经过权力机关的审批才能生效，因此它又是一种立法文件（法律性文件），体现权力机关和全体公民对政府活动的制约与监督。

（三）预算的法律性质

1．预算行政说。

2．预算法规范说（“特殊国法形式说”）。

3．预算法律说。

（四）预算的特征

1．技术性。

2．计划性。

3．统一性。

4．公开性。

5．法律性。

6．政治性。

二、预算的功能

1．政治功能。

2．财政功能。

3．财务统制功能。

4．经济政策功能。

5．计划功能。

三、预算的分类

（一）预算的基本分类

1．单式预算和复式预算

这是以预算编制形式差别为依据进行的分类。单式预算，指政府全部财政收支汇编在一个统一的预算表格中的预算制度。复式预算，指政府财政收支按其性质分别通过两个或两个以上的表格来反映的预算制度。复式预算是在单式预算的基础上发展演变而成的，它以特定的预算收入来源保证特定的预算支出，并使两者具有相对稳定的对应关系。一般分为经常预算和资本预算。

2．增量预算和零基预算

这是以预算内容（编制方法）上的差别为依据进行的分类。增量预算，指新的财政年度的收支计划指标以上年度指标执行数为基础，并考虑本年度的实际情况之后进行调整确定的预算。零基预算，是指财政收支计划指标的确定，只以当时社会经济发展的实际为依据，不考虑以前的财政收支状况

（二）其他预算分类

1．政府预算和单位预算

2．中央预算和地方预算

3．项目预算与绩效预算

4．年度预算与中长期预算

5．概算、预算案、法定预算和分配预算

四、预算体系

所谓预算体系，是依据国家的政权结构形成的国家预算的协调统一的整体。以预算的级次为标准，可分为中央预算与地方预算。中央预算由中央各部门（含直属单位）的预算组成，地方预算由各省、自治区、直辖市总预算组成。

五、预算的原则

1．完整原则。

2．统一原则。

3．真实原则。

4．年度原则。

5．事前原则。

6．公开原则。

六、预算的产生

七、预算法的概念

八、预算法的基本原则

（一）预算民主原则

（二）预算法定原则

（三）预算公开原则

九、预算法的地位

第二节　预算管理职权

一、预算管理体制

预算管理体制，简称预算体制，是指规定中央与地方之间（以及上下级地方政府之间）以及同级的国家机关之间划分预算收支范围和预算管理职权的根本预算制度。所谓预算收支范围，是指国家财力在中央和与地方之间进行分配的具体形式。所谓预算管理职权，简称预算权，是指国家机关有关预算管理方面的职权，如预算的编制权、审批权、执行权、调整权、决算权、监督权等。分税制预算体制是我国现行的预算管理体制。

二、预算管理职权

（一）预算管理职权的含义和特征

（二）预算管理职权的内容

1．各级权力机关的预算权

全国人大的预算权：审查权、批准权、变更撤销权。

全国人大常委会的预算权：监督权、审批权、撤销权。

2．各级政府的预算权

国务院的预算权：编制权、报告权、执行权、决定权、监督权、变更撤销权。

3．各级财政部门的预算权

4．各部门、各单位的预算权

三、预算收支范围

（一）预算收入

预算收入的种类：中央预算收入、地方预算收入、中央和地方预算共享收入。

预算收入的形式：税收收入、国有资产收益、专项收入、其他收入。

（二）预算支出

经济建设支出、事业发展支出、国家管理支出、国防支出、补贴支出、其他支出。

第三节　预算管理程序

一、预算的编制

预算编制，是指制定筹集和分配预算资金的年度计划的活动。预算编制是预算管理程序的首要环节和起点，是一种基础性的程序活动。

（一）预算编制的原则

1．复式预算原则

2．不列赤字原则

3．真实性原则

4．节约统筹原则

（二）预算编制的依据

（三）预算编制的内容

（四）预算编制的方法

（五）预算编制的时序

二、预算的审查和批准

预算的审批，是指国家各级权力机关对同级政府所提出的预算草案进行审查和批准的活动。预算的审批是使预算草案转变为正式预算的关键阶段，只有经过审批的预算才是具有法律效力的、相关的预算主体必须遵守的正式预算。

（一）预算草案的初审

（二）预算审批的一般程序

（三）预算的批复

（四）预算的备案

三、预算的执行和调整

（一）预算的执行

1．预算执行的主体

2．预算执行的依据

3．预算收入的组织执行

4．预算支出的组织执行

5．国家金库制度

6．预算预备费和预算周转金的使用和管理

7．各类预算主体在预算执行方面的义务

（二）预算的调整

预算调整是因特殊情况而在预算执行中对原来收支平衡的预算作部分调整和变更。我国预算法规定的预算调整，是指经全国人民代表大会批准的中央预算和经地方各级人民代表大会批准的本级预算，在执行中因特殊情况需要增加支出或者减少收入，使原批准的收支平衡的预算的总支出超过总收入，或者使原批准的预算中举借债务的数额增加的部分变更。

四、决算

决算，在形式上是对年度预算收支执行结果的会计报告，在实质上则是对年度预算执行结果的总结。

（一）决算草案的编制

（二）决算草案的审查和批准

第四节　预算监督

一、预算监督的概念和种类

二、我国的预算监督制度

（一）立法机关的监督

（二）政府的监督

（三）各级政府专门机构的监督

（四）其他监督

第五节　违反预算法的法律责任

第六节　我国预算法的修改和完善

一、现行《预算法》的主要问题

1．《预算法》滞后于预算管理制度改革实践
2．复式预算制度没有真正建立
3．预算外资金的规定过于原则，预算缺乏完整统一性
4．预算法的某些规定与实际不符，难以操作
5．初审机构的法律地位规定不明确
6．审议下级地方总预算，造成制度性资源的浪费
7．预算调整的规定不明确
8．预算监督职责名义上规定比较明晰，实际上难以操作
9．法律责任的规定范围较窄，处罚较轻，不利于树立法律权威

二、我国《预算法》的修改和完善思路

1．明确规定预算法的基本原则
2．预算编制制度的改革与完善
3．预算审批制度的改革与完善
4．预算执行制度的改革与完善
5．完善预算法律责任制度，保证预算审批监督权威性

复习与思考题

1．什么是预算，如何认识预算的法律性质。
2．预算有哪些类型。
3．试述我国的预算收支范围。
4．试述预算编制的方法。
5．试述我国预算审批的程序。
6．如何完善我国的预算法。

拓展阅读书目

1．项怀诚：《中国财政管理》，中国财政经济出版社 2001 年版。
2．张馨等著：《部门预算改革研究》，经济科学出版社 2001 年版。
3．[美]爱伦·鲁宾著，叶娟丽等译：《公共预算中的政治：收入与支出，借贷与平衡》，中国人民大学出版社 2001 年版。

第五章　国库管理法

本章的教学目的和基本要求：本章的重点是国库的概念和职能、国库的类型、我国国库管理体制、国库收入制度、国库支出制度、我国国库制度的改革。本章的难点是国库的类型、国库集中收付制度的运行机制。

学时分配：4 学时。

第一节　国库管理法概述

一、国库的概念

所谓国库，是指政府将所有的财政性资金（在我国，包括预算内资金和预算外资金）集中在指定的代理银行开设的账户，进行归口管理，所有财政性资金的收支都通过这一账户进行集中收缴、拨付和清算的运作模式。它由国库集中收入制度和国库集中支付制度构成，是市场经济国家普遍实行的政府资金收付模式。

二、国库的职能与权限

（一）国库的职能

1．确保库款足额、安全和有效率地使用。

2．提供有关国家预算收支执行情况的准确及时的信息资料。

（二）国库的权限

三、国库制度的历史沿革

（一）世界主要国家和地区国库制度的历史沿革

（二）我国国库制度的历史沿革

四、国库管理的目标、内容和意义

五、我国国库管理制度的变革与发展

第二节　国库管理基本法律制度

一、国库管理体制

（一）现代国库基本制度的类型

1．独立国库制

是指国家专设独立的机构，专司政府预算收支的出纳、保管和划拨等事项。

2．委托国库制

也称银行经理制或代理制，是国家不独立设置国库机构，而是委托银行代理国库业务，负责财政收支的收纳、保管和划拨等工作。

3．银行存款制

是指国家不自行设立国库机构，也不委托银行代理国库业务，而是由财政部门在银行开立账户

办理收支业务，财政账户的性质与一般存款账户相同，实行存款有息，结算付费。

（二）我国国库管理体制

（三）我国国库的职责权限

二、国库的运作制度

（一）国库运作的基础——从分散到集中，从支付到收入

（二）国库集中收入制度

国库集中收入制度是指对公共收入（包括税收收入、公债收入及其他收入等）从取得到划入国库过程的监控制度。

（三）国库集中支付制度

国库集中支付制度是对从预算分配到资金拨付、资金使用、银行结算，直到资金达到商品和劳务供应者账户全过程的监控制度。

第三节　国外国库管理法的比较与借鉴

一、国外国库管理法的比较

（一）法国

（二）巴西

（三）日本

二、国外国库管理法的借鉴

第四节　我国国库管理法的现状与完善

一、我国国库管理法的现状

二、我国国库管理法的完善

（一）国库单一账户的设立

（二）国库相关机构的设置与协调

（三）管理模式与体制的改革

（四）法律制度的完善

（五）配套措施的建立

复习与思考题

1．什么是国库，国库有哪些职能。

2．国库有哪些类型。

3．试述国库收入制度的操作方式和操作过程。

4．试述国库支出制度的操作方式和操作过程。

5．如何完善我国的国库管理法。

拓展阅读书目

1．马海涛：《国库集中收付制度问题研究》，经济科学出版社 2004 年版；
2．王雍君：《中国国库体系的改革：从分散化到集中化》，载《财贸经济》，2003 年第 5 期。
3．楼继伟：《财政国库管理制度改革》，载《资本市场》2002 年第 5 期。

第六章　公债法

本章的教学目的和基本要求：公债是凭借政府信誉而取得的一种财政收入，并具有宏观调控的重要功能。本章的重点是公债的概念、特征、功能，公债的种类，公债法的调整对象，公债发行制度，公债流通制度，公债偿还制度，公债管理制度。本章的难点是公债的法律性质，公债法的属性，公债的负担，公债发行制度。

学时分配：4 学时。

第一节　公债概述

一、公债的概念和特征

公债（public debt）是国家债务、公共债务、政府债务的简称，它是指政府为了实现其职能，按照有借有还的信用原则，从国内外筹集资金时形成的政府债务，即政府举借的债务。

二、公债的法律性质

公债是一种兼有公法契约和私法契约属性的特殊债务。

三、公债的产生和发展

（一）国外公债的产生和发展

（二）我国公债的历史演进

四、公债的功能

（一）弥补财政赤字

（二）筹集建设资金

（三）进行宏观调控

五、公债的种类与结构

（一）公债的种类

1．国内公债和国外公债

2．短期公债、中期公债和长期公债

3．可流通公债和不可流通公债

4．中央公债和地方公债

5．固定利率公债、市场利率公债和保值公债

6．强制公债和自由公债

7．金钱公债、实物公债和折实公债

8．国家借款和发行债券

9．赤字公债、建设公债和特种公债

10．有纸公债和记账式公债

11．普通公债和有奖公债

（二）公债的结构

六、公债的负担和规模

（一）公债的负担

1．债务人负担。是指政府举借的债务到期还本付息的负担。

2．债权人负担。是指公债认购者对可支配收入使用权的让渡，特别是在政府发行公债带有一定程度的强制性的情况下，认购者不得不减少生活用或生产用资源，对他的经济行为会产生一定的影响，发债必须要考虑认购人的实际负担能力。

3．纳税人负担。是指政府还本付息的资金来源最终来自纳税人缴纳的税收，政府的债务负担变成了纳税人的纳税负担。

4．代际负担。是指现代人的债务负担转移给后代人，或者说现代人把应当承担的政府提供公共产品和服务的成本推给后代人。

（二）公债规模和限度

1．公债负担率。指公债余额占 GDP 的比率，它反映了一国经济总量对未偿债务的负担能力。

2．公债依存度。指当年公债发行额占中央财政支出的比率，它表明在一定时期内财政支出中有多少是依赖发行公债筹措的收入。

3．公债偿债率。指当年公债还本付息额与当年中央财政收入的比率，它衡量一国在一定时期内中央政府偿还债务的能力。

4．公债借债率。指当年公债发行规模与当年 GDP 的比率，它反映一国经济总量对公债新增的承担能力。

5．居民应债能力。是指当年公债发行额与居民储蓄余额的比率。

七、西方的公债理论

八、从税收国家到债务国家

第二节　公债法概述

一、公债法的概念

公债法，是指调整在公债的发行、流通、使用、偿还和管理过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。它规范国家（政府）、公债中介机构和公债投资人的各种涉债行为及公债关系。

二、公债法的调整对象

1．公债发行关系。
2．公债流通关系。
3．公债使用关系。
4．公债偿还关系。
5．公债管理关系。

三、公债法的主要内容

四、公债法的历史发展

（一）国外公债立法

（二）我国的公债立法

第三节　公债基本法律制度

一、公债发行制度

（一）公债发行规模

大部分发达国家实行公债余额限额管理。我国 2006 年中央财政国债余额为 35568 亿元，并且提出将推动实施国债余额管理工作。

（二）公债发行条件

是指政府对发债的具体内容所作的设计和要求，包括债券面值、公债利率、发行价格、偿还期限、发行日期、利息支付方式、有无担保等方面的内容，其中，债券面值、偿还期限、发行利率和发行价格属于公债发行的基本条件。

（三）公债发行方式

1．直接发行方式。

2．承购包销方式。

3．公募招标方式。

4．连续销售方式。

5．摊派法。

（四）公债一级自营商制度

二、公债流通制度

（一）公债的交易方式

1．现货交易方式。

2．回购交易方式。

3．期货交易方式。

4．期权交易方式。

5．互换交易方式。

（二）公债的交易程序

（三）公债的托管

（四）我国的公债流通市场

三、公债偿还制度

（一）公债偿还的方式

1．公债的还本方式

（1）一次偿还法。

（2）分期偿还法。

（3）抽签偿还法。

（4）轮次偿还法。

（5）选择偿还法。

（6）市场购销偿还法。

（7）以新替旧偿还法。

（8）延期偿还法。

2．公债的付息方式

（1）到期一次支付法。

（2）按期分次支付法。

（二）公债偿还的资金来源

1．预算列支

2．预算盈余

3．举借新债

4．债务投资收益

5．偿债基金

四、公债管理制度

（一）公债管理的原则和政策

（二）公债管理体制

（三）公债管理的内容

1．公债规模管理

2．公债结构管理

3．公债利率管理

（四）外债管理制度

五、公债的相关税法问题

第四节　国外公债法律制度

一、美国国债法律制度

二、法国国债法律制度

三、日本国债法律制度

复习与思考题

1．公债的概念和特征是什么。

2．如何认识公债和公债法的法律性质和属性。

3．公债有哪些类型。

4．试述公债的发行制度。

5．试述公债的流通制度。

拓展阅读书目

1．高培勇：《公共债务管理》，经济科学出版社 2004 年版。

2．高坚：《中国国债——国债的理论与实务》，经济科学出版社 1995 年版。

3．刘剑文主编：《财税法学研究述评》，高等教育出版社 2004 年版。

第七章　政府采购法

本章的教学目的和基本要求：本章的重点是政府采购的概念和作用，政府采购法的适用范围，政府采购的原则，政府采购当事人，政府采购的方式和程序，政府采购合同，质疑与投诉制度。本章的难点是政府采购的性质和特征，政府采购法的适用范围，政府采购合同的性质和内容。

学时分配：4 学时。

第一节　政府采购法概述

一、政府采购的概念

我国《政府采购法》第 2 条规定，政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。

政府采购与一般民事采购的不同之处在于：

1．采购资金的来源不同。

2．采购的目的不同。

3．采购的程序不同。

4．采购合同的性质不同。

政府采购的特征：

1．政府采购的主体是公共组织。

2．政府采购的目的具有公共性。

3．政府采购的资金来源具有公共性。

4．政府采购权是一种公共权力。

5．政府采购合同是具有特殊性的民事合同。

6．政府采购适用专门的程序。

7．政府采购争议的救济既有适用私法救济方式，也有适用公法救济方式。

二、政府采购的目标

1．经济目标。

2．效益目标。

3．非歧视目标。

4．透明目标。

5．责任意识。

6．促进国内产业发展目标。

7．促进中小企业发展目标。

8．其他政策考量。

三、政府采购的作用

1．有利于加强财政支出管理，提高财政资金使用效益。

2．有利于社会经济政策目标的实现。

3．有利于提高采购活动的透明度，加强财政监督，促进反腐倡廉。

四、政府采购的原则

1．公开透明原则
2．公平竞争原则
3．公正原则
4．诚实信用原则

五、政府采购的起源与发展

六、政府采购法的概念

七、政府采购法的适用范围

（一）地域范围
（二）采购主体范围
（三）采购资金范围
（四）采购形式范围
（五）采购项目范围
（六）采购对象范围
（七）适用除外

八、我国政府采购法的历史发展

九、政府采购的国际规则

第二节　政府采购当事人

一、采购人

二、供应商

三、采购代理机构

（一）集中采购机构
（二）社会中介代理机构

第三节　政府采购的方式与程序

一、公开招标采购方式

（一）法律适用
（二）招标
（三）投标
（四）开标

（五）评标
（六）定标
（七）废标

二、邀请招标采购方式

三、竞争性谈判采购方式

四、单一来源采购方式

五、询价采购方式

六、其他采购方式

第四节　政府采购合同

一、政府采购合同的性质

从我国《政府采购法》的规定来看，政府采购合同是一种民事合同。该法第 43 条规定：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”因此，政府采购合同属于特别合同、有名合同，《政府采购法》对政府采购合同的规定属于特别法，而《合同法》为一般法。一般法与特别法的关系是，特别法有不同规定的，特别法优先；特别法缺乏规定的，参照一般法进行补充。

二、书面形式

三、政府采购合同必须具备的条款

四、签订政府采购合同的期限

五、政府采购合同的备案

六、政府采购合同的转包、分包与再分包

七、政府采购合同的补充协议

八、政府采购合同的变更、中止或者终止

九、政府采购合同中的义务群与合同责任

十、政府采购合同的担保

第五节　质疑与投诉制度

第六节　监督检查制度

第七节　政府采购法律责任

复习与思考题

1．政府采购的概念和特征是什么。
2．如何认识我国政府采购法的适用范围。
3．我国政府采购法对政府采购当事人是如何规定的。
4．政府采购的方式有哪些，其具体程序如何。
5．试述政府采购合同的性质和内容。

拓展阅读书目

1．肖捷主编：《政府采购法辅导读本》，经济科学出版社 2002 年版。
2．肖北庚著：《政府采购之国际规则》，法律出版社 2005 年版。
3．王全兴：《政府采购制度研究》，载漆多俊主编《经济法论丛》第 3 卷，中国方正出版社 2003 年版。

第八章　政府投资法

本章的教学目的和基本要求：本章的重点是政府采购的概念和分类，政府投资法的原则，政府投资体制，政府投资宏观调控制度，政府投资项目管理制度，政府投资项目建设程序制度，我国政府投资法的完善。本章的难点是政府投资的分类，政府投资体制，政府投资项目管理制度。

学时分配：4 学时。

第一节　政府投资法概述

一、政府投资概述

（一）政府投资的概念

政府投资又叫公共投资、财政投资，是指国家为了实现其职能，满足社会公共需要，由政府通过投入财政资金，以建造固定资产等实物资产的行为和过程。

（二）政府投资的分类

1、按照投资与再生产的关系，分为固定资产投资与流动资产投资

2、按照投资项目的性质，分为基础性项目投资和公益性项目投资

3、按照投资对象的经济用途，分为补偿性投资与积累性投资

4、按照投资的管理权限层次，分为中央投资和地方投资

5、按照投资资金的来源，分为预算内投资和预算外投资

二、政府投资法的概念和特征

（一）政府投资法的概念

政府投资法是调整政府投资关系的法律规范的总称。

（二）政府投资法的特征

1．主体的特定性

2．目标的宏观性和公共性

3．方法的综合性

4．行为的规范性

三、政府投资法的原则

（一）为政府职能服务原则

（二）投资规模适度原则

（三）优化投资结构、促进经济结构和区域经济合理均衡原则

（四）推行责任制、提高投资效益原则

四、政府投资法的地位和作用

第二节　政府投资基本法律制度

一、政府投资体制

（一）政府投资主体资格

（二）政府投资体制

1．投资主体与投资范围

2．融资渠道

3．投资方式

（1）政府直接投资，无偿提供。

（2）政府直接投资或融资，以经营方式提供。

（3）财政投融资。

（4）建设－经营－转让方式（BOT）。

4．投资决策机制

5．项目审批

6．项目管理

二、政府投资宏观调控制度

（一）政府投资的宏观决策

（二）政府投资的计划管理

（三）政府投资的财税管理

（四）政府投资的结构管理

三、政府投资资金管理制度

（一）基本建设拨款的管理

（二）基本建设贷款的管理

（三）专项建设基金的管理

四、政府投资项目管理制度

（一）项目法人责任制

项目法人责任制是指由项目法人对项目的策划、资金筹措、建设实施、生产经营、偿还债务和资产的保值增值，实行全过程负责的一种项目组织管理制度。

（二）项目资本金制

（三）项目招标投标制

（四）项目合同管理制

（五）项目工程监理制

（六）财政性基本建设资金效益分析报告制度

五、政府投资项目建设程序制度

（一）提出项目建议书

（二）进行可行性研究

（三）进行设计

（四）组织施工
（五）竣工验收、交付使用

六、政府投资监督制度

1．立法机关监督。
2．行政机关监督。
3．司法机关监督。
4．社会组织监督。

七、政府投资法律责任制度

第三节　外国政府投资法的比较与借鉴

一、外国政府投资法的比较

（一）政府投资体制的比较
1．美国政府投资体制
2．日本政府投资体制
3．其他国家政府投资体制
（二）政府投资项目监督管理制度的比较

二、国外政府投资法的借鉴

1．投资主体多元化。
2．融资渠道多样化。
3．加强落后地区开发和投资，促进地区经济均衡发展和经济结构优化。
4．按照市场机制的要求，建立政府投资项目运营模式。
5．转变政府职能，改进对政府投资的调控和管理。
6．改进政府投资项目管理方式，培育完善的政府投资服务体系。
7．健全项目管理制度，提高项目管理的制度化、规范化水平。

第四节　我国政府投资法的现状与完善

一、我国政府投资法的现状

二、我国政府投资法的完善

1．制定政府投资法。
2．完善政府投资体制法。
3．完善政府投资调控和监督法。
4．完善政府投资项目管理法。
5．完善政府投资责任法。

复习与思考题

1．政府投资的概念和特征是什么。
2．政府投资有哪些类型。
3．试述政府投资体制。
4．试述项目法人责任制。
5．试述我国政府投资法的完善。

拓展阅读书目

1．王学武著：《当代美国投资研究》，经济管理出版社 2001 年版。
2．王耀中著：《中国投资体制转型研究》，人民出版社 2002 年版。
3．白冰主编：《公共投资引论》，四川人民出版社 2001 年版。

《会计学与会计法》教学大纲

李美云　编写

目　录

前　言.....622
第一章　会计学概述.....623
第一节　会计的历史沿革.....623
一、世界主要国家会计发展的历史.....623
二、我国会计发展的历史.....624
第二节　会计的概念、目标及作用.....624
一、会计的概念和特征.....624
二、会计的基本职能及目标.....624
三、会计的作用.....625
第三节　会计分类与会计信息化.....625
一、会计的分类.....625
二、会计的信息化.....625
复习与思考题.....625
思考题.....626
第二章　会计法概述.....627
第一节　会计法的历史发展.....627
一、西方国家会计法的发展历史.....627
二、我国会计法发展的历史.....627
第二节　会计法的概念、特征及法律地位.....627
一、会计法的概念.....627
二、会计法的特征.....627
三、会计法的作用.....628
四、会计法的法律地位.....628
第三节　会计法律关系.....628
一、会计法律关系的概念.....628
二、会计法律关系的特点.....628
三、会计法律关系要素.....628
第四节　会计法的立法宗旨及管理体制.....628
一、会计法的立法宗旨.....628
二、会计法的适用范围.....629
三、会计工作的管理体制.....629
复习与思考题.....629
第三章　会计核算的基本前提、会计要素与会计信息质量原则.....630
第一节　会计核算的基本前提.....630
一、会计主体.....630
二、持续经营.....630
三、会计期间.....630
四、货币计量.....630
第二节　会计要素.....631
一、会计要素概述.....631

二、资产、负债及所有者权益.....631
三、收入、费用及利润.....631
四、会计要素之间的关系.....631
第三节　会计信息质量原则.....631
一、客观性原则.....631
二、相关性原则.....631
三、明晰性原则.....632
四、可比性原则.....632
五、实质重于形式原则.....632
六、重要性原则.....632
七、谨慎性原则.....632
八、及时性原则.....632
第四节　会计核算方法.....632
一、设置会计科目和账户.....632
二、复式记账.....632
三、填制和审核会计凭证.....632
四、登记账簿.....633
五、成本计算.....633
六、财产清查.....633
七、编制会计报表.....633
复习思考题.....633
第四章　复试记账原理与会计循环.....634
第一节　会计科目与账户.....634
一、会计科目.....634
二、账户.....634
第二节　复式记账法.....634
一、记账方法的概念.....634
二、借贷记账法.....634
第三节　总分类账与明细分类账的平行登记.....635
一、总分类账与明细分类账的关系.....635
二、总分类账与明细分类账的平行登记.....635
第四节　会计循环.....635
一、会计循环的概念.....635
二、会计循环的主要步骤.....636
三、会计循环案例.....636
复习思考题.....636
第五章　会计凭证与会计账簿的法律规定.....637
第一节　会计凭证的法律规定.....637
一、会计凭证的概念和种类.....637
二、会计凭证的填制和审核.....637
三、会计凭证的传递和保管.....637
第二节　会计账簿的法律规定.....637
一、会计账簿的概念.....637

二、账簿的种类.....637
三、账簿的基本内容.....637
四、账簿的格式和登记方法.....638
五、登记账簿的规则.....638
复习思考题.....638
第六章　制造业会计核算制度.....639
第一节　采购业务的会计核算制度.....639
一、采购业务核算的内容.....639
二、供应过程核算应设置和运用的账户.....639
第二节　生产业务的会计核算制度.....640
一、生产业务核算的主要内容.....640
二、生产业务核算设置和运用的账户.....640
三、生产过程业务核算举例.....641
第三节　销售业务的会计核算制度.....641
一、销售过程业务核算的主要内容.....641
二、销售业务核算设置和运用的账户.....641
三、销售过程业务核算举例.....641
第四节　财务成果业务的会计核算制度.....642
一、财务成果核算的内容.....642
二、财务成果核算设置和运用的账户.....642
三、财务成果核算举例.....642
复习思考题.....642
第七章　财务会计报告.....644
第一节　财务会计报告的法律规定.....644
一、财务会计报告的概念.....644
二、财务会计报告的内容.....644
三、财务会计报告的法律规定.....644
第二节　资产负债表.....644
一、资产负债表的概念.....644
二、资产负债表作用.....645
三、资产负债表的构成.....645
第三节　利润表.....645
一、利润表的概念.....645
二、利润表的作用.....645
三、利润表的构成.....645
第四节　现金流量表.....645
一、现金流量表的概念.....645
二、现金流量表的作用.....646
三、现金流量表的构成.....646
复习与思考题.....646
第八章　会计监督.....647
第一节　单位内部的会计监督.....647
一、内部监督的概念和总体要求.....647

二、内部监督的依据.....647
三、内部监督的内容.....647
四、内部监督应建立健全的会计管理制度.....648
第二节　单位外部的会计监督.....648
一、国家监督.....648
二、社会监督.....648
复习思考题.....648
第九章　会计机构和会计人员.....650
第一节　会计结构和会计人员的设置.....650
一、会计机构和会计人员的设置的原则规定.....650
二、会计机构负责人和会计主管人员的条件和任免.....650
三、会计人员的资格.....650
四、代理记账.....650
第二节　会计工作的交接.....651
一、会计工作交接的总体要求.....651
二、会计工作交接前的准备工作.....651
三、移交手续.....651
四、移交签章.....651
五、临时交接.....651
第三节　注册会计师.....652
一、注册会计师的考试和注册.....652
二、注册会计师的业务范围.....652
三、注册会计师的义务.....652
四、会计师事务所.....652
五、注册会计师协会.....652
复习思考题.....653
思考题.....653
拓展阅读书目.....653

前　言

本课程属于法学专业选修课，隶属于经济法学科。通过编写该大纲，可以给学生学好这门课程打下一个良好的基础，进一步规范教学内容和考核范围，为开展好本课程的教学工作提供基本依据。会计学与会计法这门课，目前没有教材，在教学过程中，教学效果不是很理想，因为该门课程，是会计学与会计法相结合的一门边缘性课程，特别是会计学的内容对于法学学生来讲，专业性很强，理解有一定的难度，因此，该大纲即为教学服务，也为以后教材的编写提供一个基础框架，以便在今后的教学活动中，教学相长，使教学大纲更趋完善，教材更适合本科学生的学习要求。

该门课程是一门边缘性的学科，既涉及会计学基础知识又涉及会计法的全部内容。二者的相互融合，有利于法学学生既掌握会计学的基础知识，又能站在法学的角度理解司法实践中与会计活动有关的法律问题。通过该门课程的学习，一方面，为学生学习其他相关课程的学习打下坚实的基础；另一方面，从 2007 年 1 月 1 日开始施行的新修订的企业会计准则—基本准则、38 个具体准则及企业财务通则，实现了我国会计准则与国际会计准则的趋同。公司法与证券法的修订，使会计学与会计法课程的内容都发生了很大的变化。因此，加强此学科的建设，一方面要加大对会计学知识及相关知识的研究，另一方面要加强相关法学基础理论的研究，使二者很好地加以结合，为我国会计法制建设培养所需人才。

教学方法与手段：采用多媒体教学、案例分析、课堂讨论及布置作业。

第一章　会计学概述

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，为以后的学习打下一个基础。
重点掌握：会计的概念、会计的目标及作用。掌握会计的分类及会计信息化的作用。
了解：会计的历史发展。
学时分配：3 学时

第一节　会计的历史沿革

一、世界主要国家会计发展的历史

经济的快速发展是会计产生和发展的重要前提，会计的发展总是与经济的发展息息相关的，只有发达的经济才能有先进的会计。世界主要经济发达国家的会计发展历史充分地证明了这一点。

（一）意大利

从 1069 年起至 1291 年止，罗马天主教会、西欧封建主和大商人为了掠夺财富，缓和西欧社会的危机，先后发动了八次十字军东征，促成了意大利近 300 年的商业革命。意大利不仅成为中世纪最活跃的商人，而且几乎垄断了当时的国际金融业。当时意大利最发达的地区为佛罗伦萨、热那亚和威尼斯。佛罗伦萨是当时欧洲的金融中心，金融业的发展繁荣，为意大利复式簿记产生创造了条件，为了反映银行业债权债务的发生及清偿情况，银行家们开始采用账簿记录，既形成了意大利复式簿记。热那亚和威尼斯贸易的发展，对意大利复式簿记的发展做出了贡献。热那亚式簿记在账户体系方面取得了成就，引进损益账户，达到商品账户平衡。威尼斯式簿记引进了资本账户和余额账户，使损益账户达到平衡。

从 16 世纪开始社会发展进入了资本主义时期，意大利成为当时全欧最重要的贸易区，经济的发展促进了会计记录的发展和完善，15 世纪既 1494 年意大利数学家卢卡.帕乔利出版了《算术、几何、比及比例概要》一书，将在实践中运用很久的记账方法较为完整的阐述出来，从而奠定了现代会计的基础。

（二）英国

在 14．15 世纪的时期，英国经济发展还比较落后，进入 16 世纪后，资本主义经济迅速发展，单式簿记法已不适应当前经济的发展，意大利式簿记进入英国并传播开来。英国工业革命给会计的发展带来了新的契机，会计报表应运而生。经济危机、破产清算及公司法的颁布催生了注册会计师职业的诞生。

（三）美国

美洲的土著居民为印第安人，伴随着西欧殖民者的侵入，他们也将先进的会计方法即意大利式簿记带入了美洲，美国开始普遍推行会计教育，这为日后美国会计的后来居上提供了条件。

美国独立战争后，会计蓬勃发展起来，著作颇丰。到了 19 世纪至 20 世纪成本会计得到了惊人的发展。二战后，美国成为世界经济发展的中心，由美国人开拓的“管理会计”在 70 年代风靡世界。美国是世界上制定会计准则最早的国家。其主要是在官方的支持和干预下由民间机构制定会计准则，代表着目前世界上比较先进的准则体系。

（四）法国和德国

法国会计和德国会计与意大利会计同出一辙，在意大利会计迅速发展的 13．14 世纪，法国和德国的会计也有了很大的发展。这一时期比较有代表性的簿记是波尼斯的账簿、奥里维埃家的账簿，该时期的法国商家账簿引入了二重性因素，为后来的复式簿记的发展奠定了基础。意大利式簿记的

传入，引起了法国簿记的革命。法国的殖民扩张、工业革命都促进了会计的发展，法国是西方国家中由政府制定颁布全国统一的《会计方案》的大陆法系国家。

德国会计在中世纪的发展可以分为北部和南部。北部典型的单式账簿是在 1329—1390 年维特博尔格家的一套商业账簿。15 世纪中叶，出现引入双重观念的单式账簿。南部商家会计要早于北部。15 世纪末至 16 世纪初，以海因里希.施雷贝尔的《新技术著作》为标志，德国的复式簿记进入了新的会计历史发展时期。到了 16 至 18 世纪上半叶，意大利式簿记的全面引进，成本会计的产生，促进了德国会计的发展。德国会计是服从于法律要求的会计模式，主要服从于税法、商法和公司法。

二、我国会计发展的历史

（一）1949 年以前的会计发展历史

在原始计量记录阶段，计量方式主要采取实物记事、绘画记事、结绳记事及刻契记事等方法，是簿记的雏形。在单式记账阶段，主要采用“四柱结算法”。在复式簿记阶段，明清时代运用的是“龙门账”和“四脚账”复式账法。19 世纪末西式簿记传入中国，其代表作为蔡锡勇的《连环账谱》及谢霖和孟森的《银行簿记学》。北洋政府和国民政府都仿效西方的做法，建设财政会计组织、会计制度及改善政府的会计方法。中华人民共和国成立前，人民政府和革命根据地开展了相应的会计工作。

（二）1949 年以后会计发展历史

50 年代至 70 年代，会计基本按照前苏联的模式，建立的是一套计划经济体制下的“报账型”会计。80 年代初开始，我国高度集中的计划经济向市场经济转变，会计也由“报账型”会计转变为“经营管理型”的会计。管理会计也进入了我国会计领域。进入 90 年代，为了使我国会计工作符合国际惯例，实现我国会计工作的转换与转轨，由计划导向模式向市场导向模式转变，1993 年 7 月 1 日起，我国历史上第一个会计准则《企业会计准则》开始实施。使我国会计工作走向了世界。

第二节　会计的概念、目标及作用

一、会计的概念和特征

（一）会计的概念

对于会计的概念，一直以来都是各国会计学界争论不休的话题。按照辞海的解释，会计是监督和管理财务的工作，包括填制记账凭证，处理账务，编制报表等；它把会计定义为是做会计工作的人。会计是以货币计量为基本形式，采用专门的方法，连续地、系统地、全面地对经济活动进行核算和监督的一种管理活动。美国会计师协会认为，会计是一项以货币为计量单位，系统而有效地记录、分类和汇总仅限于财务性质方面交易和事项的过程及解释其结果的一种应用技术。

（二）会计的特征

会计作为一种经济管理活动，主要是从价值量方面反映经济活动中的资金运动，并且是以会计专门的方法来反映，这是会计的主要特征。

二、会计的基本职能及目标

（一）会计的基本职能

会计管理是通过会计职能来实现的。会计的基本职能是指会计在管理经济的过程中应该具有的作用。我国《会计法》第五条规定：“会计结构、会计人员依照本法规定进行会计核算，实行会计监督。”也就是把会计的职能概括为：核算和监督。

1．会计核算职能；2．会计监督职能。

（二）会计的目标

会计目标，在国外又被称为财务报表的目标。会计目标是向财务会计报告使用者提供与企业财务状况、经营成果和现金流量等有关的会计信息，反映企业管理层受托责任履行情况，有助于财务会计报告使用者做出经济决策。会计目标具体是强调会计信息的真实可靠，规范会计行为，维护公众利益，以满足投资人、债权人、政府监管部门以及企业管理层的需要。

三、会计的作用

（一）为投资者提供可靠、相关的信息，以保证资本市场稳定、有序地运行；
（二）为公司外部利益集团提供有用的信息，以利于决策；
（三）为政府监管部门提供信息，以利于保证经济的稳定发展；
（四）为企业管理层提供信息，以利于加强经济管理。

第三节　会计分类与会计信息化

一、会计的分类

按照会计主体及管理对象的不同而进行的分类，分为官厅会计与民间会计；官厅会计也叫政府会计，是指记录国家各级政府财政收支和财物保管的会计活动。民间会计，是指计量、记录及核算以盈利为目的的活动或者经营单位的会计。

按照会计服务的对象进行分类，分为财务会计与管理会计。财务会计，是指在会计法规、会计准则的指导下，以货币作为主要计量单位，对公司的整个财务活动、经营成果和现金流量进行确认、计量和报告，为公司管理者及公司的投资人、债权人、政府等与公司有利害关系的集团和个人定期提供公司财务会计信息的活动。是对外报告会计；管理会计，是利用财务会计提供的会计信息及其他生产经营活动中的有关资料，运用数学、统计等技术方法，对财务会计信息进行整理、计算、对比、分析，向企业内部各级管理人员提供用于未来决策的信息。

二、会计的信息化

会计常常被人们理解为经济信息系统，这个信息系统的载体就是会计报表。会计通过对经济活动进行连续地、系统地计量、记录、确认，反映各会计主体的财务状况、经营成果及现金流量的经济信息，这些信息向企业内部及外部信息使用人提供，为其决策提供有用的会计信息。

会计信息与法律职业活动息息相关，其核心内容都是对财产关系的保护及在保护财产关系过程中实现利益的公平分配。

复习与思考题

一、名词解释

1．意大利复式簿记
2．会计

二、简答题

1．简述意大利复式簿记的产生。
2．简述会计产生的条件是什么？
3．简述会计的目标
4．简述会计的分类

思考题

1．会计的作用
2．会计信息化的意义

第二章　会计法概述

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，目的是重点掌握会计法及会计法律关系的构成要素，会计法的立法宗旨。

掌握；会计法的特征、作用及会计法律关系的特征。

了解：会计法的历史发展，会计法的法律地位及会计管理体制。

学时分配：3 学时

第一节　会计法的历史发展

一、西方国家会计法的发展历史

在大陆法系国家，采用的是法典式的会计制度，法国 1947 年颁布了《会计总计划》，具有法律强制力，是世界上最早实行全国统一会计制度的资本主义国家。日本于 1890 年颁布《会计法》；英美法系国家，是不成文法系国家，1921 年美国颁布了《预算与会计法案》。瑞典于 1976 年颁布了《会计法》。

二、我国会计法发展的历史

在我国，1912 年初南京临时政府财政部制定了《会计法草案》，1914 年北洋政府时期颁布了《会计法》，1935 年国民政府也颁布了《会计法》，因此说我国是世界上比较早制定会计法的国家。中华人民共和国成立后，于 1985 年颁布《中华人民共和国会计法》。

第二节　会计法的概念、特征及法律地位

一、会计法的概念

会计法有广义和狭义之分。广义的会计法是调整会计法律关系的法律规范的总称。狭义的会计法是法律形式表现出来的会计法，即 1985 年通过、1993 年和 1999 年分别修改的《中华人民共和国会计法》（下称《会计法》）。

二、会计法的特征

（一）规制性

《会计法》是规范会计行为和会计关系的，因此会计法的规制功能包括规范功能、约束功能、强制功能、确认功能和保护功能。

（二）技术性

会计工作是一项专业性、技术性很强的工作。具体体现在会计核算的方法、技术、程序等方面，属于技术性规范。

（三）协同性

会计法律主体的多元性和广泛性，会计法必然要与其他有关法律调整的对象发生交叉和重合，因此会计法的内容和其他相关法律规定的内容应该相协调。

（四）选择性

会计核算方法的多样性，导致会计核算在规定的法律限度内进行合理的选择。

三、会计法的作用

（一）会计法是行为法，主要规范会计行为，以此保护市场经济各方主体的财产权益，实现利益的均衡。

（二）保障会计机构和会计人员的合法权益

（三）建立了有效的会计监督体系

（四）有利于促进国际会计趋同

四、会计法的法律地位

会计法的法律地位是指会计法在我国法律体系中所处的层次与位置。会计法是经济法的重要组成部分，其与其他法律的关系体现为：

（一）会计法与宪法的关系

（二）会计法与公司法的关系

（三）会计法与证券法的关系

（四）会计法与税法的关系

（五）会计法与审计法的关系

（六）会计法与刑法及民法的关系

第三节　会计法律关系

一、会计法律关系的概念

会计法律关系是指参与会计活动或者会计关系的各方当事人受会计法律规范确认和调整而形成的权利义务关系。

二、会计法律关系的特点

（一）会计法律关系的广泛性

会计法律关系的广泛性体现在主体的广泛性、内容的广泛性和存在的广泛性。

（二）会计法律关系所体现的权利与义务的一致性

会计法律关系所体现的权利具有“职权”的性质，是职权与职责的统一体；而义务既体现法律的强制性要求，也体现其自身的利益。二者具有一致性。

三、会计法律关系要素

会计法律关系要素与其他法律关系一样，具有三个要素，即会计法律关系主体、内容与客体。

第四节　会计法的立法宗旨及管理体制

一、会计法的立法宗旨

根据《会计法》第 1 条的规定，会计法的立法宗旨为：

（一）规范会计行为，保证会计资料真实、完整

最近几年，随着我国市场经济的建立，各单位由于受追求经济效益的影响，或者受自身经济利益的驱使，作假账现象十分突出，为了避免在检查中受到处罚，有的单位有好几本账，分别提供给

不同的检查监督机关。会计核算失真，会计信息失真，偷漏税情况相当严重，给国家造成了极大的损害同时也损害了投资人及债权人的合法权益。因此，如何规范会计行为，保证会计资料真实、完整，是会计工作的重要课题，也是会计立法首先应当解决的问题。

（二）加强经济管理，提高经济效益，维护社会主义市场经济秩序。

市场经济就是法制经济，市场经济越发展，法制建设越重要。而发展社会主义市场经济，会计法律规范及会计工作应充分发挥其作用。要保证会计工作在社会主义市场经济中发挥应有的作用，对会计工作的管理方法、手段和保证会计发挥职能作用的措施，必须按照社会主义市场经济的要求加以调整和完善。1993 年发布实施的《会计法》，有些体现的是有计划的商品经济的要求，对会计工作的管理以直接管理为主，对会计工作的要求也是以国家直接管理微观经济为主要出发点，这些做法和要求与社会主义市场经济的要求不相适应。因此，《会计法》必须从加强经济管理，提高经济效益为基本出发点，并最终达到维护社会主义市场经济秩序的目的。

二、会计法的适用范围

根据《会计法》的规定，国家机关、社会团体、企业、事业单位和其他组织办理会计事务，都要遵守会计法的规定。个体工商户设置会计账簿，进行会计核算，由国务院财政部门依据《会计法》的原则另行规定。

三、会计工作的管理体制

（一）会计工作的管理体制

1．国务院财政部门管理全国的会计工作；

2．县级以上地方各级人民政府财政部门管理本行政区域内的会计工作。

（二）制定会计制度的权限

1．国家统一的会计制度由国务院财政部门根据本法制定。

2．国务院有关部门在同本法和国家统一的会计制度不相抵触的前提下，可以制定对会计核算和会计监督有特殊要求的行业实施国家统一的会计制度的具体办法或者补充规定，报国务院财政部门审核批准。

中国人民解放军总后勤部在同本法和国家统一的会计制度不相抵触的前提下，可以制定军队实施国家统一的会计制度的具体办法，报国务院财政部门备案。

复习与思考题

一、名词解释

1．会计法

2．会计法律关系

3．国家统一会计制度

4．会计法律关系主体

5．会计法律关系客体

二、简答题

1．我国会计法的发展历史

2．会计法的特征

3．会计法作用

4．会计法的适用范围

三、思考题

1．会计法的法律地位

2．会计法立法宗旨的变迁

第三章　会计核算的基本前提、会计要素与会计信息质量原则

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握会计六大要素及它们之间的关系。
掌握：会计核算的基本前提及会计信息质量的原则。
学时分配：3 学时

第一节　会计核算的基本前提

一、会计主体

会计主体也称会计实体，是指会计工作为之服务的特定单位或组织。《会计法》第九条规定：“各单位必须根据实际发生的经济业务事项进行会计核算，填制会计凭证，登记会计帐簿，编制财务会计报告。”这里所说的“各单位”，就是会计主体的概念。各单位所发生的经济业务总是与其他单位的经济活动相联系，这样，对于会计人员来说，首先就需要确定会计核算的范围。对于一个会计主体，应当明确哪些经济活动应当予以确认、计量和报告，哪些不应包括在其核算的范圈内、也就是要确定会计主体。

二、持续经营

持续经营是指企业的生产经营活动将无限期地延续下去，在可以预见的未来，企业不会面临清算、解散、倒闭。只有在这种情况下，会计核算才能采用会计准则所规定的一系列的会计处理程序和方法。如果没有这一前提条件，一些公认的会计处理方法将缺乏存在的基础，也就无法采用。企业也就不能按照正常的会计原则、正常的会计处理方法进行会计核算，不能采用通常的方式提供会计信息。

三、会计期间

会计分期是指将企业持续不断的生产经营活动人为地划分为一定的期间，以便会计结算帐目，编制会计报表，及时地向有关方面提供有关的信息。

会计期间的划分，使企业连续不断的经营活动划分为若干个较短的会计期间，有利于企业及时结算帐目、编制会计报表，有利于及时提供反映企业财务状况和经营成果的财务信息，能够及时满足企业内部加强经营管理及其他有关方面进行决策的需要。

四、货币计量

货币计量是指企业在会计核算过程中以货币为计量单位，记录、反映企业的经营情况，并假设币值保持不变。

货币计量以币值稳定为条件。因为，只有在币值稳定或相对稳定的情况下，会计才能把会计主体发生的经济活动进行连续、系统地记录，综合地反映，并对企业不同时期的会计信息进行比较、分析和评价。

第二节　会计要素

一、会计要素概述

（一）会计要素的概念

会计要素是对经济交易中的资金运动状态和存在状态进行基本分类而形成的一些概念。

（二）会计要素的法律规定

我国会计法第 10 条明确规定了会计核算的对象和范围。用会计术语表示就是会计主体内部的资金运动，用会计法规确认的会计要素可以分为资产、负债、所有者权益、收入、费用和利润。

二、资产、负债及所有者权益

（一）资产，是指企业过去的交易或者事项形成的，由企业拥有或者控制的，预期会给企业带来经济利益的资源。

（二）负债，是指企业过去的交易或者事项形成的，预期会导致经济利益流出企业的现时义务。

（三）所有者权益，是指企业资产扣除负债后，由所有者享有的剩余权益。

（四）三大会计要素之间的关系

资产=负债+所有者权益

三、收入、费用及利润

（一）收入，是指企业在日常活动中形成的，与所有者投入资本无关的、会导致所有者权益增加的经济利益的总流入。

（二）费用，是指企业在日常活动中发生的，与所有者利润分配无关的、会导致所有者权益减少的经济利益的总流出。

（三）利润，是指企业在一定会计期间的经营成果。

（四）三大要素之间的关系

收入—费用=利润

四、会计要素之间的关系

资产=负债+所有者权益+（收入—费用）

第三节　会计信息质量原则

一、客观性原则

根据企业会计准则—基本准则的规定，企业应当以实际发生的交易或者事项为依据进行确认、计量和报告，如实反映符合确认和计量要求的各项会计要素，保证会计信息真实可靠、内容完整。

二、相关性原则

企业提供的会计信息应当与财务会计报告使用者的经济决策需要相关，有助于财务会计报告使用者对企业过去、现在或者未来的情况做出评价或者预测。

三、明晰性原则

企业提供的会计信息应当清晰明了，便于财务会计报告使用者理解和利用。

四、可比性原则

企业提供的会计信息应当具有可比性。同一企业不同时期发生的相同或者相似的交易或者事项，应当采用一致的会计政策，不得随意变更。确需变更的，应当在附注中说明。不同企业发生的相同或者相似的交易或者事项，应当采取规定的会计政策，确保会计信息口径一致，相互可比。

五、实质重于形式原则

企业应当按照交易或者事项的经济性质进行确认、计量和报告，不应仅以交易或者事项的法律形式为依据

六、重要性原则

企业提供的会计信息应当反映与企业财务状况、经营成果和现金流量有关的所有重要交易或者事项。

七、谨慎性原则

企业对交易或者事项进行确认、计量和报告应当保持应有的谨慎，不应高估资产或者收益、低估负债或者费用。

八、及时性原则

企业对于已经发生的交易或者事项，应当及时进行确认、计量和报告，不得提前或者延后。

第四节　会计核算方法

会计核算的方法是对企业单位经济活动进行连续、系统、完整地核算和监督所应用的专门方法，主要包括：设置会计科目和账户、复式记账、填制和审核凭证、登记账簿、成本计算、财产清查和编制会计报表等七种方法。

一、设置会计科目和账户

设置会计科目和账户是对会计对象的具体内容进行分类、核算和监督的一种专门方法．会计对象的具体内容既包括企业的资产、负债、所有者权益、收入、费用和利润六个要素，也包括行政事业单位的资产、负债、权益、收入、支出、结余六个会计要素。为了对会计对象的具体内容进行系统地核算和经常地监督，就要对它们进行科学的分类。通过会计科目和账户连续记录各项经济业务，为管理者提供各种不同性质的核算指标。

二、复式记账

复式记账是指对于每一项经济业务的发生，都要以相等的金额，在两个或两个以上相互联系的账户中进行登记，以表明其对应关系。

三、填制和审核会计凭证

会计凭证分为原始凭证和记账凭证。对于发生的每一项经济业务，都应取得或填制原始凭证，

并经过审核无误后，应用复式记账原理，将经济业务填制在记账凭证上，作为登记账簿的依据。通过凭证的填制和审核，可以提供既真实可靠，又合理合法的原始依据，它是保证核算质量的必要手段，也是实行会计监督的重要方面。

四、登记账簿

登记账簿就是在账簿上连续、完整、科学地记录和反映经济业务的一种方法。通过登记账簿，定期进行结账和对账，为编制会计报表，提供完整而又系统的会计数据。

五、成本计算

成本计算是按照一定对象归集和分配生产经营各阶段中所发生和各项费用，确定各该对象的总成本和单位成本的一种专门方法。通过成本计算，可以确定材料采购、生产和销售的成本，可以核算和监督生产经营过程中发生的各项费用。

六、财产清查

财产清查就是通过盘点实物，核实账面数额保持账实相符的一种方法。通过清查财产可以发现财产物资和资金的实有数与账面数的差错情况，进而进行必要地处理，以保证会计核算指标的正确性和真实性。

七、编制会计报表

编制会计报表是定期总括地反映经济活动和财务收支情况，考核计划、预算执行结果的一种专门方法。会计报表所提供的各项指标，可以为不同的主体提供分析、预测以及进行投资决策的依据。

复习思考题

一、名词解释

1．会计主体
2．持续经营
3．会计分期
4．货币计量
5．资产
6．负债
7．所有者权益
8．收入
9．费用
10．利润

二、简答题

1．会计核算基本前提的法律意义
2．会计要素之间的内在关系

三、思考题

1．实质重于形式原则的法律意义
2．重要性原则的具体运用
3．谨慎性原则在会计上与税法上的具体运用

第四章　复试记账原理与会计循环

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握借贷记账法及其具体运用。

掌握：会计科目、会计账户及平行登记

了解：会计循环

学时分配：4 学时

第一节　会计科目与账户

一、会计科目

（一）会计科目的概念

会计科目是对会计对象具体内容，即资产、负债、所有者权益、收入、费用和利润会计要素进行分类核算的项目。

（二）会计科目的设置

设置会计科目的主要依据是按照会计对象具体内容，即会计要素的性质来设置，同时还要考虑管理的要求。

（三）会计科目的法律规定

二、账户

（一）账户的概念

账户是根据规定的会计科目开设的，用来记录各个会计科目所反映的经济业务的内容。

（二）账户的基本结构

账户的基本结构，一般应包括以下内容：

1．账户的名称，即会计科目；

2．日期和摘要，即登记经济业务的日期和概要说明经济业务的内容；

3．增加和减少的金额及余额；

4．凭证号数，即说明账户记录的依据。

（三）账户的法律规定

账户的法律规定主要涉及账户设置和账户使用的法律规定。

第二节　复式记账法

一、记账方法的概念

所谓记账方法，就是在账簿中登记各项经济业务的方法，它是以会计凭证为依据，运用一定的记账原理和规则，把经济业务登记到账簿中去，并通过试算平衡来检查账簿记录是否正确。

二、借贷记账法

（一）借贷记账法的概念

借贷记账法是以“借”、“贷”作为记账符号的一种复式记账法。

（二）记账符号与账户结构

借贷记账法以借、贷作为记账符号来反映资金的增减变化。在借贷记账法下，任何账户都分为借方和贷方两个基本部分，通常是左方为借方，右方为贷方。一般账户格式如图表所示：图表 1—2

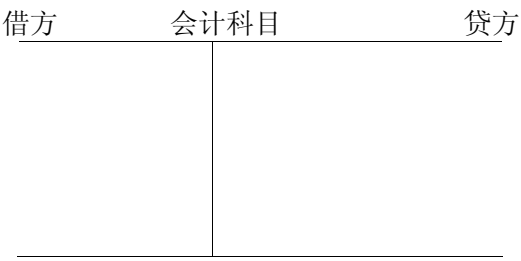


图 1—2

（三）记账规则

借贷记账法的记账规则，就是“有借必有贷，借贷必相等”。

（四）会计分录

会计分录简称分录，就是标明某项经济业务应记入的账户及其登记的方向和金额的记录。会计分录分为简单会计分录和复合会计分录两种。

简单会计分录是指涉及到两个账户的分录，即一借一贷。复合会计分录是指涉及两个及两个以上账户的分录，即一借多贷或多借一贷的分录。

（五）试算平衡

在借贷记账法下，运用规定的记账规则在账户中记录经济业务的过程中，可能发生这样或那样的人为错误。为此，还必须确立科学的、简便的、用于检查和验证账户记录是否正确的方法，以便找出错误及其原因，及时予以改正。这种检查和验证账户记录正确性的方法，在会计上称之为试算平额．具体包括：发生额平衡及余额平衡

第三节　总分类账与明细分类账的平行登记

一、总分类账与明细分类账的关系

对于会计核算的内容，会计不仅要提供总括核算指标，而且要提供明细核算指标．总分类账户提供的总括核算资料，是对其所属的明细分类账户资料的综合。明细分类账户提供的明细核算资料、是对总分类账户资料的具体化。因此，总分类账户对其所属的明细分类账户起着控制的作用，而明细分类账户对其总分类账户起着辅助和补充的作用。

二、总分类账与明细分类账的平行登记

在会计核算中，为了便于进行账户记录的核对，保证核算资料的完整性和正确性，总分类账户与其所属明细分类账户必须采用平行登记的方法。也就是说，根据记账凭证一方面要登记有关总分类账户，同时又要登记该总分类账户所属有关明细分类账户。

第四节　会计循环

一、会计循环的概念

会计循环是指以账户的设置和复式记账原理的运用为中心，把账户组织起来进行确认、计量和记录，以及会计报表和其他会计报告的编报。

二、会计循环的主要步骤

会计循环有以下七个基本步聚：
（一）编制会计分录
（二）登记账簿
（三）作调整分录
（四）对账
（五）结账
（六）试算平衡

三、会计循环案例

略

复习思考题

一、名词解释
1．会计科目
2．会计账户
3．记账方法
4．借贷记账法
5．会计分录
6．会计循环

二、简答题
1．会计科目的设置
2．总账与明细帐的平行登记
3．会计循环

第五章　会计凭证与会计账簿的法律规定

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握会计凭证的填制和审核，会计账簿种类；
掌握会计凭证的概念和种类，凭证的填制和审核；
了解凭证的传递与保管，账簿的格式与登记方法及登记账簿的规则。
注重实验教学
学时分配：2 学时

第一节　会计凭证的法律规定

一、会计凭证的概念和种类

所谓会计凭证是指对经济业务的发生和完成进行记录，并据以登记账簿的书面证明。会计凭证种类很多，按照填制程序和用途的不同可以分为原始凭证和记账凭证。

二、会计凭证的填制和审核

（一）原始凭证的填制与审核

原始凭证是在经济业务发生时直接取得或者填制的，是用来记录经济业务发生和完成情况，明确经济责任的书面证明。它是进行会计核算的原始资料和重要依据。

（二）记账凭证的填制和审核

1．记账凭证的概念和种类

2．记账凭证的基本内容及填制方法

3．记账凭证的审核

三、会计凭证的传递和保管

（一）会计凭证的传递

（二）会计凭证的保管

第二节　会计账簿的法律规定

一、会计账簿的概念

账簿，是以会计凭证为依据，分类、连续、系统、全面地记录和反映各项经济业务的簿籍。

二、账簿的种类

按照不同的标准，账簿可以分为多种：

（一）账簿按其用途不同，一般分为序时账簿、分类账簿和备查账簿三种。

（二）账簿按形式分类，可分为订本式账簿、活页式账簿和卡片式账簿。

三、账簿的基本内容

各种账簿所记录的经济业务不同，尽管账簿的种类和格式可以多种多样，但各种主要账簿应具备下列基本内容：

（一）封面。写明账簿的名称和记账单位名称。

（二）扉页。填列账簿启用的日期和截止日期，页数，册次；经管账簿人员一览表和签章；会计主管人员签章；账户目录等。

（三）账页。账页的格式，因反映经济业务内容的不同，可以有不同格式。

四、账簿的格式和登记方法

（一）现金和银行存款日记账的格式和登记方法

（二）总分类账的格式和登记方法

（三）明细分类账的格式和登记方法

明细分类账作为总分类账的补充，其账簿格式是多种多样的，一般有三栏式、数量金额式和多栏式明细账三种。

五、登记账簿的规则

登记账簿应当遵循下列规则：

（一）记账必须以审核无误的会计凭证为依据

（二）记账要使用钢笔和蓝黑墨水书写

（三）记账的文字和数字必须书写整齐和准确

（四）记账应逐行连续登记

（五）账页记满时，应办理转页手续

复习思考题

一、名词解释

1．会计凭证

2．原始凭证

3．记账凭证

4．总分类账

5．明细分类账

6．账簿

二、简答题

1．原始凭证错误的更正

2．会计账簿设置的法律规定

3．会计账簿的分类

4．会计凭证的保管

第六章　制造业会计核算制度

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握会计核算所运用的账户及具体会计核算。掌握会计核算的内容和主要流程。

学时分配：10 学时

第一节　采购业务的会计核算制度

一、采购业务核算的内容

企业在采购材料过程中，采购人员以货币资金购入各种所需材料，并支付购买材料的各项费用及税金，从而形成了采购业务。与此同时，企业在购买材料和支付采购费用时，必须与供应单位之间发生各种货款结算关系，从而形成了材料的结算业务．因此，采购业务和结算业务，是供应过程核算的主要内容．

二、供应过程核算应设置和运用的账户

为了有效地核算和监督材料采购业务和结算业务，企业必须设置和运用以下几个账户．

（一）“库存现金”账户

库存现金是指企业持有的库存现金。

（二）“银行存款”账户

银行存款就是企业存放在银行或其他金融机构的各种款项。

（三）“在途物资”账户

在途物资是指企业已经付款或已开出承兑的商业汇票，但尚在途中没有最终到达企业或虽已到达企业但尚未验收入库的各种材料。该账户适用于按实际成本核算的企业。

（四）“材料采购”账户

材料采购是指企业已经付款或已开出承兑的商业汇票，但尚在途中没有最终到达企业或虽已到达企业但尚未验收入库的各种材料。该账户适用于按计划成本核算的企业。

（五）“原材料”账户。

原材料的形成主要有外购和自制两个途径。外购原材料的实际成本主要由买价、包装费、运杂费、运输及存储过程中的保险费和有关税金等组成。自制原材料的实际成本由生产成本组成。

（六）“应付账款”账户

应付账款是企业在采购材料业务核算中，企业因采购材料与供应单位发生货款结算的情况，在款项尚未支付以前，产生了对供应单位的债务．为了反映这种债务的增减变动情况，需要设置和运用应付账款账户．

（七）“应交税费”账户

应交税费账户是负债类账户，主要核算和反映企业应交纳的各种税费。

（八）“预付账款”账户

预付账款是企业在采购材料过程中，按照购货合同的规定预付给供应单位的款项。

供应过程业务核算举例

略

第二节　生产业务的会计核算制度

一、生产业务核算的主要内容

生产产品是工业企业生产过程的主要业务．工业企业生产产品的过程，也可以说是各种费用的发生过程．因此，在企业生产过程核算中，生产费用的发生、归集和分配，产品成本的形成，以及与有关方面的结算业务是生产业务核算的主要内容．

二、生产业务核算设置和运用的账户

为了有效地核算生产过程中所发生的各项生产费用，了解产成品的形成过程及与各方所形成的结算关系，企业应设置如下一些账户：

（一）“生产成本”账户

生产成本是成本类账户，用来核算企业进行工业性生产而发生的各项生产成本，计算产品的实际生产成本。

（二）“制造费用”账户

制造费用是成本类账户，用来核算企业生产车间（部门）为生产产品和提供劳务而发生的各项间接费用。

（三）“库存商品”账户

库存商品是指企业已经完成全部生产过程并已验收入库合乎标准规格和技术条件，可以按照合同规定的条件送交订货单位，或者可以作为商品对外销售的商品．

（四）“管理费用”账户

管理费用账户是损益类账户，是指企业行政管理部门为组织和管理生产经营活动而发生的各项费用。

（五）“应付职工酬薪”账户

应付职工酬薪是负债类账户，用来核算企业应付给职工的各种酬薪。主要包括工资、职工福利、社会保险费、住房公积金、工会经费、职工教育经费、非货币性福利、股份支付等。

（六）“固定资产”账户

固定资产是资产类账户，主要反映企业持有的固定资产的原始价值。

（七）“累计折旧”账户

折旧是指固定资产在生产过程中，由于使用而发生的有形或无形损耗的价值。折旧的货币表现形式，称为折旧费．计提固定资产折旧，表明企业固定资产价值因磨损而减少，固定资产价值的减少，本应记入固定资产账户的贷方，但为了反映固定资产的原始价值、折旧及净值情况，固定资产因磨损而减少的价值，不直接记人固定资产账户的贷方，而是在累计折旧账户中反映。因此，需要设置‘累计折旧’账户。

累计折旧是资产类账户，用来核算固定资产累计折旧的增减变化。

（八）“财务费用”账户

财务费用是损益类账户，用来核算企业为筹集生产经营资金而发生的筹资费用。

（九）“其他应收款”账户

其他应收款账户是资产类账户，主要核算企业除存出保证金、买入返售金融资产、应收票据、应收账款、预付账款、应收股利、应收利息、应收代位追偿款、应收分保账款、应收分保合同准备金、长期应收款等以外的其他各种应收及暂付款项。

三、生产过程业务核算举例

略

第三节　销售业务的会计核算制度

一、销售过程业务核算的主要内容

企业的生产过程结束后，形成了库存的产成品，这样企业的生产经营活动就进入了产品的销售阶段。销售过程核算的主要内容包括：

（一）实现产品销售收入，办理结算，收回货款，形成结算关系；

（二）确定和结转产品销售成本；

（三）计算和缴纳产品销售税金；

（四）支付产品销售费用。

二、销售业务核算设置和运用的账户

针对销售业务核算的主要内容，在不同的环节应设置不同的账户进行体现，反映企业销售环节的经营活动。为此，企业应设置和运用以下一些账户：

（一）“主营业务收入”账户

主营业务收入是损益类账户，主要反映企业确认的销售商品、提供劳务等主营业务的收入。

（二）“主营业务成本”账户

主营业务成本账户是损益类账户，主要核算企业确认销售商品、提供劳务等主营业务收入时应结转的成本。

（三）“商品税金及附加“账户

商品税金及附加是损益类账户，主要用来核算企业经营活动发生的营业税、消费税、城市维护建设税、资源税和教育费附加等相关税费。

（四）“销售费用”账户

销售费用账户是损益类账户，主要核算企业在销售商品和材料、提供劳务的过程中所发生的各项费用及专设的销售机构的各项经费，如销售人员的职工薪酬、福利费、产品广告费等。

（五）“应收账款”账户

应收账款是资产类账户，主要核算企业因销售商品、提供劳务等经营活动应收取的款项。

（六）“应收票据”账户

应收票据是指企业持有的、尚未到期兑现的商业汇票。商业汇票是指收款人或付款人签发，由承兑人承兑，并于到期日向收款人或被背书人支付款项的票据。

应收票据账户是资产类账户，主要核算企业因销售商品、提供劳务等而收到的商业汇票，包括银行承兑汇票和商业承兑汇票。

三、销售过程业务核算举例

略

第四节　财务成果业务的会计核算制度

一、财务成果核算的内容

企业通过供应过程、生产过程和销售过程的核算，最终实现了产品销售利润或销售亏损，但这并不是最终的财务成果，企业的最终财务成果是指利润总额或亏损总额，而最终归企业所有的利润是指企业的净利润，即企业上缴所得税后的利润。

二、财务成果核算设置和运用的账户

为了正确地核算财务成果的最终结果，我们应设置以下账户：

（一）“营业外收入”账户

营业外收入是损益类账户，主要是核算企业发生的各项营业外收入，主要包括非流动资产处置利得、非货币性资产交换利得、债务重组利得、政府补助、盘盈利得及捐赠利得。

（二）“营业外支出”账户

营业外支出的损益类账户，主要核算企业发生的各项营业外支出，包括非流动资产处置损失、非货币性资产交换损失、债务重组损失、公益性捐赠支出、非常损失及盘亏损失等。

（三）“本年利润”账户

本年利润是所有者权益类账户，主要核算企业本年度实现的净利润（或发生的净亏损）。

（四）“所得税费用”账户

所得税是损益类账户，主要核算企业确认的应当从当期利润总额中扣除的所得税费用。

（五）“利润分配”账户

利润分配是所有者权益类账户，主要核算企业利润分配或亏损弥补和历年分配（或弥补）后的结存余额。

（六）“实收资本”账户

实收资本是所有者权益类账户，主要核算企业接受投资人投入的实收资本。

（七）“资本公积”账户

资本公积是指企业收到投资者出资额超出其在注册资本或股本中所占份额的部分，也包括直接计入所有者权益的利得和损失。

（八）“盈余公积”账户

盈余公积是指企业按照规定从净利润中提取的各种积累资金。

（九）“应付股利”账户

应付股利是负债类账户，用来核算企业应付给投资者的现金股利或利润。

三、财务成果核算举例

略

复习思考题

某企业为一般纳税人企业，假设该企业材料核算采用计划成本方法进行核算，其实际成本等于计划成本，该企业某年 11 月份发生以下经济业务：

一、采购业务核算如下：

1．、购进甲材料 1000 斤，单价 20 元，即 20000 元，增值税 3400 元，款项全部以银行存款支付。

2．购进乙材料一批，发票注明价款 35100 元（含税），款项尚未支付。

3．以银行存款支付甲、乙两种材料的运输费用计 700 元。

4．结转甲、乙两种物资的采购成本。

5．按照合同规定预付供货方物资款 20000 元，通过银行办理结算。

二、生产过程的核算

1．从银行存款 26000 元发放工资。

2．生产车间领用原材料 200 元，厂部管理部门领用原材料 500 元。

3．计提本月固定资产折旧费 8000 元，其中：生产一线 4000 元，车间管理部门 3000 元，厂部管理部门 1000 元。

4．计提应由本月负担的短期借款利息 1000 元。

5．分配本月工资费用 26000 元，其中：A 产品生产工人工资 12000 元，B 产品生产工人工资 8000 元，车间管理人员工资 2000 元，厂部管理人员工资 4000 元。

6．用银行存款支付诉讼费 1000 元。

7．采购员刘某借差旅费 600 元。

8．用银行存款 2000 元上缴增值税。

9．结转本月制造费用。

10．结转本月完工产品制造成本（产品当月全部完工验收入库）。

三、销售过程的核算

1．向甲公司销售 A 产品 6000 件，每件售价 20 元，即 120000 元，销项税额为 20400 元，货款及税款已送存银行。

2．向乙公司销售 B 产品 4000 件，每件售价 25 元，即 100000 元，销项税额为 17000 元，货款及税金均未收到。

3．以银行存款支付广告公司广告费 1400 元。

4．预收丙公司购买 A 产品货款 40000 元。

5．本月应交纳的城建税 1000 元。

6．结转本月已销产品的实际生产成本（A 产品单位成本 16 元，B 产品单位成本 20 元）。

7．用银行存款支付销售产品运费 300 元。

四、财务成果的核算

1．本月以银行存款支付税收罚款 6000 元。

2．采购员刘某出差报销差旅费 540 元，退回现金 60 元。

3．将确实无法支付的应付账款 10000 元，转作营业外收入。

4．收到前欠货款 26800 元存入银行。

5．企业购买机器设备一台,价值 100000 元,增值税进项税额 17000 元,款项尚未支付。

6．结转本月收入。

7．结转本月费用。

8．按规定的税率计算企业本月应交纳的所得税。

9．结转本月所得税。

10．结转本年利润

11．按利润净额的 10%提取盈余公积金。

12．按规定向投资者分配利润 20000 元。

13．以银行存款向投资者分配利润 20000 元。

第七章　财务会计报告

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握资产负债表和利润表的编制。
掌握财务会计报告的概念和内容，资产负债表、利润表和现金流量表的概念和作用。
了解三张报表之间的勾稽关系
学时分配：4 学时

第一节　财务会计报告的法律规定

一、财务会计报告的概念

所谓财务会计报告是指企业对外提供的反映企业某一特定日期财务状况和某一会计期间经营成果、现金流量等会计信息的文件。

依据《企业会计准则-基本准则》的规定，财务会计报告包括财务报表和其他应当在财务会计报告中披露的相关信息和资料。财务报表至少应当包括资产负债表、利润表、现金流量表等报表及其附注。财务报表附注是对在财务报表中列报项目所作的进一步说明，以及对未能在这些报表中列报项目的说明等。

二、财务会计报告的内容

按照《企业财务会计报告条例》的规定，公司对外编制的财务会计报告分为年度、半年度、季度和月度财务会计报告。半年度、季度和月度财务会计报告称为中期财务会计报告。

（一）年度财务会计报告

年度财务会计报告是指年度终了对外提供的财务会计报告。年度财务会计报告包括会计报表、会计报表附注和财务情况说明书，是对公司一年的财务状况、经营成果和现金流量的综合反映。上市公司的财务会计报表还包括注册会计师出具的审计报告。年度财务会计报告应当于年度终了后 4 个月内对外提供。

（二）中期财务会计报告

中期财务会计报告分为月度中期财务会计报告、季度中期财务会计报告及半年度中期财务会计报告。

三、财务会计报告的法律规定

财务会计报告是企业对外披露的会计信息载体，反映着多方利益主体的经济利益关系，因此，企业对外公布的财务会计报告不仅由会计法律制度加以规范，而且各国通常也由公司法、证券法等加以规范。如果提供虚假的财务会计报告造成了报表使用人的损失，企业还要承担相应的赔偿责任，甚至刑事责任。

第二节　资产负债表

一、资产负债表的概念

资产负债表是反映企业某一特定日期财务状况的会计报表，它是根据资产、负债和所有者权益之间的相互关系，按照一定的分类标准和一定的顺序，把企业在一定日期的资产、负债、所有者权

益各项目予以适当排列并对日常工作中形成的大量数据进行高度浓缩整理后编制而成的。它表明企业在某一特定日期所拥有或控制的经济资源、所承担的现有义务和所有者对净资产的要求权。

二、资产负债表作用

资产负债表能够提供资产、负债和所有者权益的全貌。通过编制资产负债表可以提供某一日期资产的总额，表明企业拥有或控制的经济资源及其分布情况，是分析企业生产经营能力的重要资料；通过资产负债表，可以反映某一日期的负债总额以及结构，表明企业未来需用多少资产或劳务清偿债务；通过资产负债表，可以反映所有者权益的情况，表明投资者在企业资产中所占的份额，了解权益的构成情况。资产负债表还能够提供进行财务分析的基本资料，通过资产负债表可以计算流动比率、速动比率，以了解企业的短期偿债能力等。

三、资产负债表的构成

资产负债表的格式，目前国际上流行的主要有账户式和报告式两种。

其基本公式是：资产=负债+所有者权益。

账户式的资产负债表，是将资产项目列在报表的左方，负债和所有者权益项目列在报表的右方，从而使资产负债表左右两方平衡。

报告式资产负债表，是将资产负债表的项目自上而下排列，首先列示资产的数额，然后列示负债的数额，最后再列示所有者权益的数额。企业的资产负债表一般采用账户式。

第三节　利润表

一、利润表的概念

利润表，是反映企业一定期间生产经营成果的会计报表。

二、利润表的作用

通过利润表反映的收入、成本和费用等情况，能够反映企业生产经营的收益情况、成本耗费情况，表明企业生产经营成果；同时，通过利润表提供的不同时期的比较数字（本月数、本年累计数、上年数），可以分析企业今后利润的发展趋势、获利能力，了解投资者投入资本的完整性。由于利润是企业经营业绩的综合体现，又是进行利润分配的重要依据，因此，利润表是会计报表中的主要报表。

三、利润表的构成

利润表是通过一定表格来反映企业的经营成果。由于不同的国家和公司对会计报表的信息要求也不完全一样、利润表具体项目的排列也不完全一致。但目前比较普通的利润表格式主要有多步式利润表和单步式利润表两种。目前，我国公司的利润表就是采用多步式格式。

第四节　现金流量表

一、现金流量表的概念

现金流量表是反映企业一定会计期间现金和现金等价物流入和流出的报表。它与资产负债表和利润表一起共同构成企业对外报送的基础报表。

二、现金流量表的作用

现金流量表能更直接、客观地反映企业的财务状况，有助于评价企业的偿债能力、支付能力和资金周转能力；有利于预测企业未来的现金流量；有助于对企业损益的质量进行分析；有助于我国发展对外经济交往，与国际惯例接轨。

三、现金流量表的构成

现金流量表是为会计报表使用者提供企业一定会计期间内现金和现金等价物流入和流出的信息，以便报表使用者了解和评价企业获取现金和现金等价物的能力，通过突出一项业务产生或消耗现金的程度，使人们对公司偿付能力有所认识，并据以预测企业未来现金流量。

现金流量表的内容主要包括经营活动产生的现金流量、投资活动产生的现金流量、筹资活动产生的现金流量及其补充资料。

复习与思考题

一、概念

1．财务会计报告

2．资产负债表

3．利润表

4．现金流量表

二、计算题

某企业 11 月份简易利润表如下

简易利润表

会企 02 表

编制单位：　　年　　月　　单位：元

项　　目	本期金额	上期金额（1—11 月）
一、营业收入	略	300000
减：营业成本		210000
营业税金及附加		16500
销售费用		12000
管理费用		18000
财务费用		9000
二、营业利润		34500
加：营业外收入		1500
减：营业外支出		2000
三、利润总额		34000
减：所得税费用		9180
四、净利润		24820

根据第六章的会计核算题编制某企业 12 月份的资产负债表和利润表

三、思考题

1．三张报表的作用及它们之间的勾稽关系

第八章　会计监督

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，重点掌握单位内部监督和社会监督
掌握国家监督
学时分配：3 学时

第一节　单位内部的会计监督

一、内部监督的概念和总体要求

内部监督是单位内部的会计机构和会计人员的监督。单位内部会计监督制度应当符合内部监督的总体要求。

二、内部监督的依据

会计机构、会计人员依据法律、法规、规章、制度进行会计监督。具体依据包括五个方面：
（一）国家财经法律、法规、规章；
（二）会计法律、法规和国家统一会计制度；
（三）各省、自治区、直辖市财政厅、局和国务院业务主管部门根据《中华人民共和国会计法》和国家统一会计制度制定的具体实施办法或者补充规定；
（四）各单位根据《会计法》和国家统一会计制度制定的单位内部会计管理制度；
（五）各单位内部的预算、财务计划、经济计划、业务计划等。

三、内部监督的内容

（一）对原始凭证进行审核和监督
对原始凭证进行审核和监督，是对会计信息质量实行源头控制的重要环节，是会计基础工作的一项重要内容。
（二）对会计账簿的监督
会计机构、会计人员对伪造、变造、故意毁灭会计账簿或者账外设账行为，应当制止和纠正；制止和纠正无效的，应当向上级主管单位报告，请求做出处理。
（三）对实物、款项的监督
会计机构、会计人员应当对实物、款项进行监督，督促建立并严格执行财产清查制度。发现账簿记录与实物、款项不符时，应当按照国家有关规定进行处理；超出会计机构、会调人员职权范围的，应当立即向本单位领导报告，请求查明原因，做出处理。其目的是认真执行财产清查制度，分清责任，保护公共财产的安全、完整。
（四）对财务报告的监督
会计机构、会计人员对指使、强令编造、篡改财务报告行为，应当制止和纠正；制止和纠正无效的，应当向上级主管单位报告、请求处理。
（五）对财务收支的监督
会计机构、会计人员对单位的财务收支实行监督，《会计基础工作规范》主要规定了六个方面
（六）对其他经济活动的监督
计机构、会计人员对违反单位内部会计管理制度，以及单位制定的预算、财务计划、经济计划、业务计划等的经济活动实行收督。

四、内部监督应建立健全的会计管理制度

（一）制定内部会计管理制度的原则

内部会计管理制度应遵循六个方面的原则

（二）内部会计管理制度的内容

内部会计管理制度应包括 12 个方面的内容

第二节　单位外部的会计监督

一、国家监督

国家监督是指财政、审计、税务、人民银行、证券监管、保险监管等机构代表国家对各单位的财务会计工作实行的监督。

（一）财政监督

财政监督是指各级财政部门在资金积累、分配和使用过程中，对各单位的经济活动和业务活动所实行的监督。根据会计法的规定主要实施五个方面的监督

（二）审计监督

根据《审计法》的有关规定，审计机关要履行监督的职责。

（三）税务监督

税务机关在税收征收过程中，可以对单位的纳税情况进行检查，通过检查，进行会计监督。而税务检查是税务机关依据国家税收法规的规定，对纳税人、扣缴义务人履行纳税义务和履行代收、代扣义务的情况进行检查监督的一种手段。

（四）人民银行监督

中国人民银行对金融机构业务范围、财务会计、统计数据及报表的监督

（五）证券监管机构监督

证券的监管机构是指国家或政府组建的对证券市场实施监督管理的机构。根据《证券法》的规定，国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。

（六）保险监管机构监督

根据《保险法》的规定，保险监管机构主要对保险业进行监督。

二、社会监督

社会监督，是指社会中介机构依法对单位的经济活动进行审计，并据实做出客观评价的一种监督形式。

根据《会计法》第 31 条的规定，有关法律、行政法规规定，经注册会计师进行审计的单位，应当向受委托的会计师事务所如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他资料以及有关情况。

任何单位或者个人不得以任何方式要求或者示意注册会计师及其会计师事务所出具不实或者不当的审计报告。

复习思考题

一、名词解释

1．内部监督

2．社会监督

3．国家监督

4．财政监督

二、简答题

1．内部监督的依据

2．财政监督的作用

3．税务监督作用

三、论述题

1．内部监督的意义

2．国家监督的作用

3．内部监督、国家监督及社会监督之间的关系。

4．注册会计师的法律地位

第九章　会计机构和会计人员

本章教学目的与基本要求：通过本章的学习，重点掌握会计机构负责人和会计主管人员的任免资格和条件，会计人员的任免资格和条件及注册会计师的注册及业务范围；

掌握注册会计师的权利与义务

了解会计代理记账及会计工作交接。

课时：2 学时

第一节　会计结构和会计人员的设置

一、会计机构和会计人员的设置的原则规定

《会计法》第 36 条规定，各单位应当根据会计业务的需要，设置会计机构，或者在有关机构中设置会计人员并指定会计主管人员；不具备设置条件的，应当委托经批准设立从事会计代理记账业务的中介机构代理记账。国有的和国有资产占控股地位或者主导地位的大、中型企业必须设置总会计师。

二、会计机构负责人和会计主管人员的条件和任免

（一）条件

会计机构负责人和会计主管人员是单位负责会计工作的中层领导人员，对包括会计基础工作在内的所有会计工作起组织、管理等作用。《会计基础工作规范》第 6 条规定，设置会计机构，应当配备会计机构负责人；在有关机构中配备专职会计人员，应当在专职会计人员中指定会计主管人员。

（二）会计机构负责人、会计主管人员的任免

《会计基础工作规范》第 6 条第 4 款规定：“会计机构负责人、会计主管人员的任免，应当符合《中华人民共和国会计法》和有关法律的规定”。

三、会计人员的资格

《会计法》第 38 条规定：“从事会计工作的人员，必须取得会计从业资格证书。担任单位会计机构负责人（会计主管人员）的，除取得会计从业资格证书外，还应当具备会计师以上专业技术职务或者从事会计工作三年以上经历。会计人员从业资格管理办法由国务院财政部门规定。”

（一）一般会计人员的从业资格

《会计证管理办法》第 2 条规定：“会计证是具备一定会计专业知识和技能的人员从事会计工作的资格证书。未取得会计证的人员，各单位不得任用其担任会计岗位的工作。”从这一规定看，从事会计工作，必须取得“会计证”。

（二）会计机构负责人和会计主管人员的任职资格

会计机构负责人和会计主管人员除取得会计证外，还应当具有会计师以上的专业技术职务资格或者从事会计工作三年以上。

根据《会计专业职务试行条例》的规定，我国会计专业职务分为：高级会计师、会计师、助理会计师、会计员。

四、代理记账

代理记账是指由社会中介机构即会计咨询、服务机构或者具备一定条件的单位代替独立核算单

位办理记账、算账、报账业务。

对于代理记账，我国《代理记账管理暂行办法》作了比较明确的规定。

（一）代理记账业务机构的条件

（二）代理记账业务的内容

（三）代理记账委托合同

（四）委托代理记账人的义务

（五）代理记账机构人员的义务

第二节　会计工作的交接

一、会计工作交接的总体要求

会计工作的交接是指会计人员调动工作或者离职时，就其所承担的各项工作、所持有的各项会计数据资料，按照规定转交给接替其工作的其他会计人员，并明确各自责任的一种工作手续。

《会计法》第 41 条规定：“会计人员调动工作或者离职，必须与接管人员办清交接手续。一般会计人员办理交接手续，由会计机构负责人（会计主管人员）监交；会计机构负责人（会计主管人员）办理交接手续，由单位负责人监交，必要时主管单位可以派人会同监交。”

二、会计工作交接前的准备工作

会计人员办理移交手续前，必须及时做好以下工作：

（一）已经受理的经济业务尚未填制会计凭证的，应当填制完毕。

（二）尚未登记的账目，应当登记完毕，并在最后一笔余额后加盖经办人员印章。

（三）整理应该移交的各项资料，对未了事项写出书面材料。

（四）编制移交清册，列明应当移交的会计凭证、会计账簿、会计报表、印章、现金、有价证券、支票簿、发票、文件、其他会计资料和物品等内容；实行会计电算化的单位，从事该项工件的移交人员还应当在移交清册中列明会计软件及密码、会计软件数据磁盘（磁带等）及有关资料、实物等内容。

三、移交手续

移交人员在办理移交时，要按移交清册逐项移交；接替人员要逐项核对点收。

会计机构负责人、会计主管人员移交时，还必须将全部财务会计工作、重大财务收支和会计人员的情况等，向接替人员详细介绍。对需要移交的遗留问题，应当写出书面材料。

四、移交签章

交接完毕后，交接双方和监交人员要在移交清册上签名或者盖章。并应在移交清册上注明：单位名称，交接日期，交接双方和监交人员的职务、姓名，移交清册页数以及需要说明的问题和意见等。移交清册一般应当填制一式二份，交接双方各执一份，存档一份。

五、临时交接

会计人员临时离职或者因病不能工作且需要接替或者代理的，会计机构负责人、会计主管人员或者单位领导人必须指定有关人员接替或者代理，并办理交接手续。

临时离职或者因病不能工作的会计人员恢复工作的，应当与接替或者代理人员办理交接手续。

移交人员因病或者其他特殊原因不能亲自办理移交的，经单位领导人批准，可由移交人员委托

他人代办移交，但委托人应对移交的会计凭证、会计账簿、会计报告和其他有关资料的合法性、真实性承担法律责任。

第三节　注册会计师

一、注册会计师的考试和注册

（一）注册会计师的概念

注册会计师是依法取得注册会计师证书并接受委托从事审计和会计咨询、会计服务的执业人员。

（二）注册会计师的考试

国家实行注册会计师全国统一考试制度。注册会计师全国统一考试办法，由国务院财政部门制定，由中国注册会计师协会组织实施。

（三）注册会计师的注册

注册会计师注册包括注册、禁止注册、撤销注册。

二、注册会计师的业务范围

注册会计师的业务范围包括两大方面：

（一）审计业务

包括审计业务的内容、出具审计报告。

（二）咨询、服务业务

注册会计师可以承办会计咨询、会计服务业务。

三、注册会计师的义务

注册会计师有下列义务：

（一）注册会计师与委托人有利害关系的，应当回避；委托人有权要求其回避。

（二）注册会计师对在执行业务中知悉的商业秘密负有保密义务。

（三）注册会计师不得有下列行为：

四、会计师事务所

会计师事务所是依法设立并承办注册会计师业务的机构。注册会计师执行业务，应当加入会计师事务所。

（一）会计师事务所的设立

会计师事务所的设立包括：设立申请、审批。

（二）会计师事务所的组织形式

包括合伙形式和公司形式。

五、注册会计师协会

注册会计师协会是由注册会计师组成的社会团体。中国注册会计师协会是注册会计师的全国组织，省、自治区、直辖市注册会计师协会是注册会计师的地方组织。

复习思考题

一、名词解释

1．会计人员

2．代理记账

3．会计机构

4．注册会计师

二、简答题

1．会计机构及会计人员的设置原则

2．会计人员的资格

3．会计工作交接的总体要求

4．注册会计师的业务范围

思考题

1．注册会计师的权利与义务

2．会计人员的法律地位

3．会计师事务所的组织形式

拓展阅读书目

1．海渥（荷兰）著　文硕等译　《会计史》　中国商业出版社　1991．10

2. 全国人大法制工作委员会经济法室　中华人民共和国会计法阐释及法律适用　北京 中国经济出版社　1999

3．常勋著　国际会计　东北财经大学出版社　2001．6

4．李美云　会计法理论实务　北京 首都经济贸易大学出版社　2000．6

5．刘燕　会计法　北京　北京大学出版社　2001．2

6．贺永生　会计法通论　人民法院出版社　2003．7

7．最新企业会计准则讲解与运用　上、下册　立信会计出版社　2006．4

8．中华人民共和国财政部　企业会计准则—应用指南　中国财政经济出版社　2006．10

《民法学原理四（亲属法和继承法）》
教学大纲

夏吟兰　编写

目　录

前　言 7
第一章　婚姻家庭学说的理念和发展 8
第一节　婚姻家庭的理念及属性 8
一、婚姻、家庭理念 8
二、婚姻家庭关系的属性 8
第二节　婚姻家庭制度及其历史类型 8
一、婚姻家庭制度 8
二、原始社会的婚姻家庭制度 9
三、一夫一妻制的确立和婚姻制度的发展 9
复习与思考： 9
第二章　婚姻家庭法的性质与变革 10
第一节　婚姻家庭法概述 10
一、婚姻家庭法的概念及特征 10
二、婚姻家庭法律关系 10
三、婚姻家庭法的渊源 10
四、婚姻家庭法与其他法律的关系 10
五、婚姻家庭法的效力 10
第二节　我国婚姻家庭立法沿革 11
一、中国古代婚姻家庭立法的发展 11
二、半殖民地半封建社会的婚姻家庭立法 11
三、建国前革命根据地的婚姻家庭立法 11
四、建国后的婚姻家庭立法 11
复习与思考： 12
第三章　亲属制度 13
第一节　亲属的概念和种类 13
一、亲属的概念 13
二、亲属的种类 13
三、法定近亲属范围 13
第二节　亲属关系远近计算法 13
一、罗马法亲等计算法 13
二、寺院法亲等计算法 14
三、我国的亲属关系计算法 14
第三节　亲属关系的发生、终止和法律效力 14
一、亲属关系的发生和终止 14
二、亲属的法律效力 14
复习与思考： 14
第四章　婚姻法基本原则 15
第一节　婚姻自由 15
一、婚姻自由的意义 15
二、婚姻自由的内容 15
三、保障婚姻自由原则贯彻实施的禁止性规定 15
第二节　一夫一妻 16
一、一夫一妻制的意义 16
二、保障一夫一妻制原则贯彻实施的禁止性规定 16
第三节　男女平等 16
一、男女平等的意义 16
二、男女平等的内容 16

第四节　保护妇女、儿童和老人的合法权益.....17
一、保护妇女的合法权益.....17
二、保护儿童的合法权益.....17
三、保护老年人的合法权益.....17
四、保障保护妇女、儿童和老人合法权益原则贯彻实施的禁止性规定.....17
第五节　计划生育.....18
一、实行计划生育的意义.....18
二、计划生育的内容.....18
第六节　对夫妻关系和家庭成员关系的倡导性规定.....18
一、夫妻应当相互忠实、相互尊重.....18
二、家庭成员应当敬老爱幼、互相帮助.....18
复习与思考：.....18
第五章　婚姻的成立.....20
第一节　结婚制度概述.....20
一、结婚的概念.....20
二、结婚制度的沿革.....20
第二节　结婚要件.....20
一、结婚的必备条件.....20
二、结婚的禁止条件.....20
第三节　结婚程序.....21
一、结婚程序的概念及其类型.....21
二、我国结婚登记制度.....21
第四节 无效婚姻.....21
一、概说.....21
二、无效婚姻、可撤销婚姻的请求权主体和宣告机关.....21
三、我国无效婚姻与可撤销婚姻的异同.....22
四、无效婚姻和可撤销婚姻的法律后果.....22
第五节　与结婚制度相关的规定.....22
一、婚约.....22
二、事实婚姻.....22
复习与思考：.....22
第六章　婚姻的效力.....24
第一节　婚姻效力概述.....24
一、婚姻效力概说.....24
二、夫妻关系演进.....24
第二节　夫妻人身关系.....24
一、夫妻姓名权.....24
二、夫妻人身自由权.....25
三、夫妻住所选定权.....25
四、夫妻计划生育义务.....25
第三节　夫妻财产关系.....25
一、夫妻财产制.....25
二、夫妻相互扶养义务.....26
三、夫妻相互继承权.....26
复习与思考：.....26
第七章　婚姻终止.....27
第一节　婚姻终止概述.....27
一、婚姻终止的概念.....27
二、婚姻终止的原因.....27
三、离婚制度的历史沿革.....27

第二节　行政离婚.....28
一、行政离婚概说.....28
二、行政离婚的条件.....28
三、行政离婚的程序.....28
第三节　诉讼离婚.....28
一、诉讼离婚概说.....28
二、诉讼外调解.....28
三、诉讼程序.....29
四、判决离婚法定理由.....29
五、诉讼离婚的两项特别规定.....29
复习与思考：.....29
第八章　离婚效力.....31
第一节　离婚对当事人身份上的效力.....31
一、夫妻身份、称谓终止.....31
二、当事人均享有再婚的权利.....31
三、夫妻间扶养义务终止.....31
四、夫妻间继承权消灭.....31
第二节　离婚对当事人财产上的效力.....31
一、夫妻共同财产分割.....31
二、债务的清偿.....32
第三节　离婚对子女的效力.....32
一、离婚后的父母子女关系.....32
二、离婚后子女抚养问题.....32
第四节　离婚时的救济方式.....33
一、离婚时的家务补偿.....33
二、离婚时对生活困难方的经济帮助.....33
三、离婚时的损害赔偿.....33
复习与思考：.....34
第九章　父母子女关系.....35
第一节　父母子女关系概述.....35
一、父母子女关系的概念和种类.....35
二、父母子女法律地位.....35
第二节　监护.....36
一、监护的概念.....36
二、监护的功能和特征.....36
三、监护的设定.....36
四、监护人法律地位的界定.....36
第三节　亲权.....36
一、亲权的概念与特征.....36
二、亲权的主体、客体及内容.....37
三、亲权的中止、停止和消灭.....37
第四节　婚生子女.....38
一、婚生子女的概念及其法律地位.....38
二、人工授精与婚生子女.....38
第五节　非婚生子女.....38
一、非婚生子女的概念及法律地位.....38
二、非婚生子女的准正和认领.....38
第六节　继子女.....39
一、继父母子女的概念及类型.....39
二、继父母子女法律地位.....39

三、继父母子女关系的终止及效力.....39
第七节　养子女.....39
复习与思考：.....39
第十章　收养关系.....41
第一节　收养制度概述.....41
一、收养的概念及特征.....41
二、我国收养制度的历史沿革.....41
第二节　收养制度的基本原则及意义.....41
一、收养制度的基本原则.....41
二、收养的意义.....42
第三节　收养的成立.....42
一、收养成立的实质要件.....42
二、收养成立的形式要件.....42
三、收养成立的效力.....42
四、收养关系的无效.....43
五、与收养有关的几个问题.....43
第四节　收养的终止.....43
一、收养终止的条件.....43
二、收养终止的程序.....43
三、收养终止的效力.....43
复习与思考：.....44
第十一章　其他家庭成员关系.....45
第一节　祖孙关系.....45
一、（外）祖父母抚养（外）孙子女需具备的条件.....45
二、（外）孙子女赡养（外）祖父母需具备的条件.....45
第二节　兄弟姐妹关系.....45
一、兄、姐扶养弟、妹需具备的条件.....45
二、弟、妹扶养兄、姐需具备的条件.....45
复习与思考.....45
第十二章　婚姻法附论.....47
第一节　民族婚姻.....47
一、民族自治地方制定婚姻法变通规定的情况.....47
二、民族自治地方对婚姻法的变通、补充规定的内容.....47
第二节　涉外与涉及华侨、港澳台同胞的婚姻.....47
一、我国法律对涉外婚姻的限制与法律适用.....47
二、涉外与涉及华侨、港澳台同胞的结婚.....47
三、涉外与涉及华侨、港澳台同胞的诉讼离婚.....47
第三节　涉外与涉及华侨、港澳台同胞的收养.....48
一、涉外收养.....48
二、华侨、港澳台同胞收养子女的条件.....48
三、华侨、港澳台同胞收养子女的程序.....48
第四节　救助措施与法律责任.....48
一、救助措施.....48
二、违反婚姻法的法律责任.....48
复习与思考:.....49
第十三章　继承法概述.....50
第一节　继承概述.....50
一、继承理念和种类.....50
二、财产继承的法律特征.....50
第二节　继承制度的沿革.....50

一、继承法的概念.....50
二、继承法的特征.....50
三、中国继承立法的发展.....50
四、继承制度的本质.....51
第三节　我国继承法基本原则.....51
一、保护公民私有财产继承权原则.....51
二、继承权男女平等原则.....51
三、养老育幼、照顾病残原则.....51
四、互谅互让、团结和睦原则.....52
第四节　继承权.....52
一、继承法律关系与继承权.....52
二、继承权的内容.....52
三、继承权的取得和行使.....52
四、继承权的放弃与丧失.....53
第五节　遗产的概念、特征及其范围.....53
一、遗产的概念与特征.....53
二、遗产的范围.....53
第六节　继承权的诉讼时效.....53
一、继承权回复请求权.....53
二、继承权回复请求权的诉讼时效.....53
复习与思考.....54
第十四章　法定继承.....55
第一节　法定继承的概念和适用范围.....55
一、法定继承的概念和特征.....55
二、法定继承的适用范围.....55
第二节　法定继承人的范围和继承顺序.....55
一、法定继承人的范围.....55
二、法定继承人的继承顺序.....55
第三节　继承人之外的遗产取得人.....56
一、继承人之外的遗产取得人.....56
二、继承人之外的遗产取得人获得遗产的份额.....56
三、继承人之外的遗产取得人对遗产的独立权利.....56
第四节　代位继承与转继承.....56
一、代位继承.....56
二、转继承.....56
第五节　法定继承人之间的遗产分配.....56
一、遗产分配原则.....56
二、遗产份额的确定.....57
复习与思考：.....57
第十五章　遗嘱继承.....58
第一节　遗嘱继承概述.....58
一、遗嘱继承的概念与特征.....58
二、遗嘱继承的历史发展.....58
第二节　遗　嘱.....58
一、遗嘱的概念与特征.....58
二、遗嘱能力.....58
三、遗嘱的形式.....59
四、遗嘱的内容.....59
第三节　遗嘱的变更、撤销和执行.....59
一、遗嘱的变更和撤销.....59

二、遗嘱的执行.....59
复习与思考：.....60
第十六章　遗赠和遗赠抚养协议.....61
第一节　遗赠.....61
一、遗赠的概念.....61
二、遗赠的法律特征.....61
三、受遗赠权的接受、放弃与丧失.....61
四、遗赠的执行.....61
第二节　遗赠扶养协议.....61
一、遗赠抚养协议的概念.....61
二、遗赠扶养协议的法律特征.....61
三、遗赠扶养协议的意义.....62
四、遗赠扶养协议的内容.....62
复习与思考：.....62
第十七章　遗产的处理.....63
第一节　继承的开始.....63
一、继承开始的时间和地点.....63
二、继承开始的通知与遗产管理.....63
第二节　遗产的分割与债务清偿.....63
一、遗产的分割.....63
二、遗产债务的清偿.....64
第三节　无人继承遗产的处理.....64
一、无人继承遗产的概念和成因.....64
二、无人继承遗产的处理.....64
复习与思考.....64
第十八章　继承法附论.....65
第一节　涉外继承.....65
一、涉外继承的含义.....65
二、我国涉外继承的法律适用.....65
第二节　涉侨、港澳台同胞继承.....65
一、涉及华侨、归侨和侨眷的继承.....65
二、港澳台同胞的继承.....65
复习与思考.....65
参 考 书 目.....65

前　言

婚姻家庭法和继承法是民法的组成部分，是以婚姻家庭和继承法律制度、法律关系及与此相关的法律现象为研究对象的。作为民法学的分枝学科，婚姻家庭继承法既与民法学的其他学科密不可分，同时又具有其特殊性和相对独立性。这是由婚姻家庭法的自然属性、身份属性和伦理属性所决定的。而以亲属身份关系为继承发生依据的继承法也必然与一般的财产法相区别。

第一章　婚姻家庭学说的理念和发展

教学目的和要求：了解婚姻家庭的基本理念及属性，掌握婚姻家庭的概念和基本职能，了解婚姻家庭在不同的历史时期的特点以及其作为一种特定的法律制度与经济基础和其他相关上层建筑的关系，为今后学习婚姻家庭法律作好理论准备。

计划将授课时数： 2 课时

教 学 内 容

第一节　婚姻家庭的理念及属性

一、婚姻、家庭理念

1、婚姻的概念

婚姻是为当时社会制度所确认的男女两性的结合。该结合具有夫妻的身份，受法律的保护。

2、婚姻的性质

契约说，婚姻伦理说，信托关系说，制度说，身份关系说。

3、家庭的概念

家庭是由一定范围的亲属所构成的社会生活单位。它具有同财共居的特点，由一定范围内的亲属所构成。

4、家庭职能

婚姻家庭是适应人类社会发展的客观需要而产生的，家庭的社会职能主要包括经济职能与生活职能。生活职能又可分为生育职能、教育职能与扶养职能。

二、婚姻家庭关系的属性

1、婚姻家庭关系的自然属性

男女两性基于性本能和繁衍后代的需要，而形成的有血缘关系的亲属团体，是婚姻家庭赖以形成的自然因素。这些因素是与生俱来、客观存在、难以改变的。

2、婚姻家庭关系的社会属性

婚姻家庭以人为主体，是一种人与人之间的社会关系。社会性是人类婚姻家庭从低级向高级发展的根本动因。婚姻家庭是一定社会物质社会关系和思想社会关系的统一。

自然属性是婚姻家庭的特点与形成的前提条件，社会属性是婚姻家庭的本质属性，它决定着婚姻家庭演进的发展方向。

第二节　婚姻家庭制度及其历史类型

一、婚姻家庭制度

婚姻家庭制度是一定社会中占统治地位的婚姻家庭形态在上层建筑领域的集中反映，并以行为规范的形式对其予以确认和保护。经济基础决定婚姻家庭制度，但婚姻家庭制度对经济基础又有反

作用力。婚姻家庭的发展与演变又受到政治、法律、道德、宗教、文化与风俗习惯等上层建筑诸领域的影响与制约。

二、原始社会的婚姻家庭制度

摩尔根对婚姻家庭制度历史类型的分析。

群婚制的各种主要形式。血缘家庭和亚血缘家庭。

对偶婚制的出现及其作用。

三、一夫一妻制的确立和婚姻制度的发展

建立在私有制的经济基础和阶级剥削制度之上的一夫一妻制婚姻，是文明时代开始的标志之一。

一夫一妻制形成的社会条件。

奴隶制社会、封建制社会、资本主义社会和社会主义社会的婚姻家庭制度及其主要特点。

复习与思考：

1、试述婚姻的概念及其含义。

2、从家庭结构的变化看家庭职能的发展演变。

3、为什么说自然属性是婚姻家庭的固有属性。

4、试析婚姻家庭制度与婚姻家庭关系的联系与区别。

5、试述婚姻家庭制度的历史类型。

6、违反法律规定的性结合能否称之为婚姻，为什么？

7、一对夫妻办理了结婚登记手续是否就意味着他们之间缔结了一种身份契约，一方要求离婚是否应承担违约责任？

8、一夫一妻制是人类社会的自主选择吗？它的根本动因是什么？

9、举例说明上层建筑对婚姻家庭的影响。

10、采取人工生殖技术生育的子女可能有两个以上的母亲或父亲，如何解释自然属性与社会属性在其中的作用。

11、我国婚姻家庭立法的价值取向及其现实意义。

第二章　婚姻家庭法的性质与变革

教学目的和要求：掌握婚姻家庭法的概念和特征，理解婚姻家庭法律关系的主体、客体和主要内容，了解婚姻家庭法的渊源及其与相关部门法的关系。了解中国婚姻家庭立法的进程和概念。

计划讲授时数： 1 课时

教学内容

第一节　婚姻家庭法概述

一、婚姻家庭法的概念及特征

我国婚姻家庭法的概念和特征。

婚姻家庭法是规定和调整婚姻家庭关系的法律规范的总和。调整的对象是婚姻家庭关系。婚姻家庭法具有普遍性、身份性、伦理性和强制性特征。

二、婚姻家庭法律关系

婚姻家庭法律关系是指婚姻家庭法所调整的婚姻家庭法律关系。双方当事人的关系已经不是纯粹意义上的社会关系，而是已经纳入到了法律的调整之中，其权利受到法律的保护。

婚姻家庭法律关系的主体是指依法享有婚姻法规定的权利和承担其相应义务的人，婚姻家庭法律关系的主体范围是具有婚姻、血缘或法律拟制血亲关系的自然人。

婚姻家庭法律关系的内容是指主体依法享有的婚姻家庭权利和承担的相应的婚姻家庭义务。根据婚姻家庭权利的性质，可将其权利分为人身权和财产权两大类。

婚姻家庭法律关系的客体是指婚姻家庭权利与义务所指向的对象。表现为利益、行为和物。

三、婚姻家庭法的渊源

1、 宪法和法律。
2、 国务院和所属有关部门制定或发布的行政法规和行政规章。
3、 地方性法规和民族自治地方的有关规定。
4、 最高人民法院的司法解释。
5、 我国缔结和参加的国际条约。

四、婚姻家庭法与其他法律的关系

1、婚姻家庭法与宪法。
2、婚姻家庭法和《民法通则》。
3、婚姻家庭法和行政法。
4、婚姻家庭法和刑法。
5、婚姻家庭法和民事诉讼法。

五、婚姻家庭法的效力

1、婚姻家庭法的时间效力

婚姻家庭法的时间效力，是指婚姻家庭法的生效时间、失效时间、及有无追溯力问题。

我国婚姻法的生效和失效时间，一般由法律明确。我国现行的婚姻家庭法的规定不溯及既往。

2、 婚姻家庭法的空间效力

婚姻家庭法的空间效力是指婚姻家庭法发生效力的地域范围，全国性的婚姻家庭立法适用于国家主权领域的一切地区；地方各级政权机关根据各自的权限颁布的婚姻家庭法规，只在各该政权机关管辖区域内发生效力。

3、婚姻家庭法对人的效力

婚姻家庭法对人的效力是指婚姻家庭法律规范对于哪些人适用。凡在中华人民共和国领域内的中国公民之间的结婚、离婚、收养等婚姻家庭事宜，都适用我国婚姻家庭法。

第二节　我国婚姻家庭立法沿革

一、中国古代婚姻家庭立法的发展

奴隶社会婚姻家庭制度的本质是宗法制度的组成部分。

封建社会的婚姻家庭制度的特征：包办强迫、买卖婚姻，没有婚姻自由；一夫一妻多妾制；男尊女卑，夫权统治；家长专制，漠视子女利益；男子享有“休妻”的离婚特权。

二、半殖民地半封建社会的婚姻家庭立法

婚姻家庭立法一方面保留大量的封建社会的法律内容，另一方面又仿效资本主义国家的法律条文，从而使婚姻家庭法具有半殖民地半封建的性质和特点。

清末婚姻家庭立法。

北洋军阀统治时期婚姻家庭立法。

国民党政府婚姻家庭立法。

三、建国前革命根据地的婚姻家庭立法

1、中华苏维埃共和国婚姻立法

1931 年 12 月 1 日公布施行的《中华苏维埃共和国婚姻条例》和 1934 年 4 月颁布实施的《中华苏维埃共和国婚姻法》，确定了婚姻自由、男女平等、一夫一妻、保护妇女和子女利益的原则，对结婚、离婚的条件和程序以及离婚后的子女和财产问题等都作了具体的规定。上述法律和条例为我国新的婚姻家庭制度的建立奠定了初步基础。

2、 抗日战争、解放战争时期地区性的婚姻条例

各革命根据地的婚姻条例的特点和婚姻家庭制度改革的概况。

民主革命时期改革婚姻家庭制度的基本经验。

四、建国后的婚姻家庭立法

1、1950《婚姻法》

1950 年婚姻法的基本内容。

1950 年婚姻法的基本精神和意义。

2、1980 年《婚姻法》

1980 年婚姻法是在 1950 年婚姻法的基础上，依据婚姻家庭领域的实践经验和新情况作出的修

改和补充。

修改补充的基本内容。

3、2001 年修订的《婚姻法》

2001 年修订的婚姻法是进入 21 世纪后，总结婚姻法的实施经验，针对存在的问题，为完善婚姻家庭立法对婚姻法作出了新的修改和补充。

修改和增加的具体内容。

婚姻法修正案的意义和作用。

复习与思考：

1．婚姻家庭法的概念和特征。
2．婚姻家庭法的调整对象。
3．婚姻家庭法律关系的内容。
4．1980 年婚姻法对 1950 年婚姻的发展。
5．2001 年婚姻法（修正案）对 1980 年婚姻法修改增补的主要内容。
6．我国婚姻家庭立法的价值是什么？
7．婚姻家庭人身权和财产权的特点是什么？
8．如何理解身份权？其受到侵害时应如何保护及救济？

第三章　亲属制度

教学目的和要求：理解亲属的概念、亲属关系的产生及终止；掌握亲属的主要分类及其亲等的概念，能够熟练地运用罗马法亲等计算方法计算亲属关系的亲疏远近。认识亲属关系的法律意义，特别是亲属在婚姻家庭法方面的法律效力。

计划将授课时：2 课时

教学内容

第一节　亲属的概念和种类

一、亲属的概念

亲属有广义和狭义的概念。狭义的亲属是指具有婚姻、血缘或拟制血亲关系的，同时彼此具有法律上的权利义务关系的亲属。

亲属的特征。以婚姻和血缘为纽带，有固定的身份和称谓，体现为权利义务关系。

亲属和家长、家属、家庭成员的区别。

二、亲属的种类

1、 我国古代亲属分类

宗亲、外亲、妻亲的概念及范围。

2、 现代亲属的分类

配偶。男女双方因结婚而形成的亲属关系；是血亲的源泉，姻亲的基础。

血亲。指有血缘关系的亲属。依据血缘来源不同分为自然血亲和法律拟制血亲；依据血缘联系不同分为直系血亲和旁系血亲；依据辈分不同分为长辈亲、晚辈亲、同辈亲。

姻亲。指以婚姻关系为中介而产生的亲属。

三、法定近亲属范围

法律对于亲属关系的调整须规定特定的范围。关于亲属范围的限定，一般有两种法例：一是总体概括性限定法；二是个别实用性限定法。我国法律就是采用个别适用性限定法。

第二节　亲属关系远近计算法

一、罗马法亲等计算法

1、直系血亲计算法

从自己往上数，每经一代为一亲等；从自己往下数，每经一代也是一亲等。

2、旁系血亲计算法

从自己往上数至双方共同的直系血亲即同源人，每经一代为一亲等；再往下数至要计算的人，也是每经一代为一亲等，所有数字相加即得出亲等数。

二、寺院法亲等计算法

寺院法亲等计算法是中世纪教会法计算亲属关系远近的的单位，目前为少数国家所采用。

三、我国的亲属关系计算法

1、我国古代的丧服制计算法
2、我国婚姻法的亲属计算法

第三节　亲属关系的发生、终止和法律效力

一、亲属关系的发生和终止

自然血亲因出生而发生，因死亡而终止。
拟制血亲因一定的法律行为而发生，因死亡或一定的法律行为而终止。
配偶关系因结婚而发生，因配偶的死亡或离婚而结束。
姻亲关系以婚姻为中介而发生。婚姻成立时姻亲关系成立，一般依离婚或一方的死亡而终止。

二、亲属的法律效力

亲属关系一经法律调整，就会产生一定的法律后果，即为亲属的法律效力。
亲属关系在家庭法上的效力。如禁婚亲、抚养、扶养和赡养、继承权等。
亲属关系在民法上的效力。如监护、法定代理等。
亲属关系在刑法上的效力。如重婚罪、遗弃罪的犯罪主体等。
亲属关系在诉讼法上的效力。如回避、辩护、诉讼的法定代理人等。
亲属关系在国籍法上的效力。如依据一定的亲属关系才能取得国籍。

复习与思考：

1．试述亲属概念和亲属关系的特点。
2．亲属的种类。
3．直系血亲和旁系血亲的区别。
4．亲等的概念。
5．罗马法与寺院法亲等制计算亲属关系远近的方法。
6．亲属关系发生和终止的原因。
7．亲属关系在婚姻家庭法和其他民事法律上的效力。
8．传统亲属制度对我国现代婚姻家庭制度有何影响？

第四章　婚姻法基本原则

教学目的和要求：掌握我国婚姻法的各项基本原则的精神实质，并以此为依据理解我国现行婚姻法的价值取向，了解婚姻法为保障各项基本原则的贯彻实施所做的禁止性规定，及在现实中存在的问题。

计划将授时数；3 学时

教学内容：

第一节　婚姻自由

一、婚姻自由的意义

1、婚姻自由的概念

婚姻自由，是指婚姻当事人在法律规定的范围内，依照自己的意志决定其婚姻问题所享有的权利，对此，任何人不得强制或干涉。

2、婚姻自由的由来

在古代社会，没有自由婚姻，几乎在所有国家都实行包办强迫婚姻。婚姻的目的是实现家族的利益。婚姻自由是新兴的资产阶级在反封建斗争过程中提出来的，作为“民主、自由、平等”的口号的一部分，婚姻自由也被宣布为“天赋人权"。从资产阶级革命到现在的数百年间，婚姻自由已成为世界大多数国家普遍认同的一项法律原则。

由于实现婚姻自由的前提尚未完全实现，私有制和男女地位的不平等，真正的婚姻自由还不可能完全实现。

二、婚姻自由的内容

1、结婚自由

结婚自由，是指婚姻当事人有依法缔结婚姻关系的自由。自愿是实现婚姻自由的前提，双方意思表示一致是其法律基础。

2、离婚自由

离婚自由，是指夫妻有依法解除婚姻关系的自由。离婚制度为那些已无法共同生活的夫妻，提供了救济办法。

3、结婚自由和离婚自由的关系

结婚自由与离婚自由共同构成婚姻自由的完整内涵，二者的关系是相辅相成，互为补充的。

婚姻法有关结婚法定条件和离婚法定条件的法律意义。

婚姻自由原则的现实意义。

三、保障婚姻自由原则贯彻实施的禁止性规定

1、禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为

包办婚姻，是指第三者（包括父母）违背婚姻自由的原则，无视婚姻当事人的意志，强迫他人缔结的婚姻。

买卖婚姻，是指第三者（包括父母）以索取大量财物为目的，包办强迫他人缔结的婚姻。

包办婚姻与买卖婚姻的联系与区别。
包办、买卖婚姻以外的违反婚姻自由原则的行为及其表现形式。
对各种违反婚姻法行为应区分情况分别处理，课以相应的民事、行政及刑事责任。
2、禁止借婚姻索取财物
借婚姻索取财物，是指当事人自愿结婚但以索取一定财物作为结婚必要条件的行为。
划清买卖婚姻和一般借婚索取财物的界限。
我国婚姻法对于彩礼等在实践中存在的问题的具体处理办法。

第二节　一夫一妻

一、一夫一妻制的意义

一夫一妻制，是指一男一女结为夫妻的婚姻制度。
一夫一妻制产生的历史条件和经济根源。
社会主义当代一夫一妻制的基本特征和意义。
一夫一妻制已经成为当代世界各国普遍采用的婚姻法律制度。它符合婚姻的本质。

二、保障一夫一妻制原则贯彻实施的禁止性规定

（一）禁止重婚
重婚，是指有配偶者又与他人结婚的行为。
法律重婚与事实重婚的概念及区别。
重婚的法律后果：民事责任与刑事责任的界定。
（二）禁止有配偶者与他人同居
有配偶者与他人同居是指男女一方或双方有配偶，而又与婚外异性不以夫妻名义持续、稳定地共同生活
有配偶者与他人同居与事实重婚的相同点与区别。
有配偶者与他人同居行为的性质与法律责任。
其他破坏一夫一妻制的行为，如通奸等行为的界定及其在实践中的处理方法。

第三节　男女平等

一、男女平等的意义

男女平等，是指男女两性在婚姻家庭关系中，享有同等的权利，负担同等的义务。
男女平等是我国《宪法》规定的重要原则。
男女平等取决于一定的社会制度。
社会主义男女平等为解放妇女开辟了广阔的天地，具有重要的现实意义。

二、男女平等的内容

在婚姻关系方面权利义务平等。

在家庭关系方面地位平等，不同性别的家庭成员权利和义务平等。
从法律上的平等过渡到实际生活中的平等，是婚姻、家庭中两性关系的重要目标。

第四节　保护妇女、儿童和老人的合法权益

一、保护妇女的合法权益

1、意义
对妇女权益进行保护的必要性。
新中国法律对妇女权益保护的发展进程。
保护妇女权益的原则是对男女平等原则的重要补充。
2、保护妇女权益的规定
在离婚程序方面。
在离婚分割财产效力方面。
《妇女权益保障法》对妇女的各项权利有针对性地作出了更加全面、具体、系统地保障性规定 。

二、保护儿童的合法权益

1、意义
保护儿童合法权益的必要性和重要性。
在不同的社会制度下，儿童的法律地位有很大差别。中国把保护儿童权益列入宪法。
2、保护儿童合法权益的规定
保护儿童的具体规定。禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为，并明确规定了父母对子女的抚养教育的义务。规定了不同情况的子女地位平等。
《未成年人保护法》对我国儿童的保护作出了更为具体和全面的规定。

三、保护老年人的合法权益

1、意义
尊重、赡养和爱护老年人是中华民族的传统美德。
加强对老年人合法权益的保护是社会的要求，同时具有重要的法律意义。
2、保护老年人合法权益的规定
对老年人合法权益的保护包括人身权利与财产权利两个方面。
子女对父母有赡养义务。
禁止遗弃和虐待老人。
《老年人权益保障法》，全面具体地对老年人合法权益的保护作出了明确规定。

四、保障保护妇女、儿童和老人合法权益原则贯彻实施的禁止性规定

1、禁止家庭暴力
家庭暴力的概念和内容。
家庭暴力是全球性的问题，制止家庭暴力的必要性和意义。
我国婚姻法增设的关于禁止家庭暴力的相关规定。
家庭暴力的救助手段：社会救助，行政处罚，民事救济，刑事责任。

2、禁止家庭成员间的虐待和遗弃

虐待、遗弃的概念。

家庭暴力、虐待行为、虐待罪三者的区别及其在处理上的差异。

对虐待、遗弃行为的处理：社会救助，行政处罚，民事救济，刑事责任。

第五节　计划生育

一、实行计划生育的意义

计划生育的概念。我国计划生育是指节制生育，降低人口发展速度。

实行计划生育是社会主义制度下人口再生产的客观要求，是提高人民生活水平，实现社会主义现代化建设的需要

计划生育有利于减轻家庭的经济负担，提高人口素质

二、计划生育的内容

提倡和奖励生育一胎。

合理安排和严格控制生育二胎。

禁止计划外生育和生育多胎。

第六节　对夫妻关系和家庭成员关系的倡导性规定

一、夫妻应当相互忠实、相互尊重

夫妻之间相互忠实、相互尊重的内容、意义以及伦理价值。

夫妻之间相互忠诚的义务在各国民法中的体现和具体规定。

二、家庭成员应当敬老爱幼、互相帮助

家庭成员间应当敬老爱幼，互相帮助，是家庭成员之间相互关系的基本准则。是建立平等、和睦、文明的现代家庭的内涵。

尊老爱幼，敬老爱幼的现实意义及其在我国法律中的体现和价值

复习与思考：

1．试析婚姻自由原则的含义。

2．包办婚姻、买卖婚姻、借婚姻索取财物的区别何在。

3．试述重婚与有配偶者与他人同居的异同。

4．禁止家庭暴力的意义是什么？为什么到 20 世纪 90 年代才在世界范围内引起广泛关注？

5．家庭暴力与虐待、遗弃有何异同？

6．计划生育原则的含义及基本内容是什么？如何认识与对待计划生育的利弊得失。

7．如何理解《婚姻法》第四条的立法精神和规范意义。

8．在婚姻法中设立基本原则的意义何在？

9．真正实现婚姻自由的前提与基础是什么？

10．在婚姻法中如何体现法律与道德的关系？

11．如何理解一夫一妻制是人类文明时代的标志？为什么至今在世界上的一些国家仍然存在着重婚、通奸和卖淫现象？

第五章　婚姻的成立

教学目的和要求：了解结婚的概念和结婚制度的历史沿革，掌握婚姻成立的必备要件和禁止要件，了解结婚的程序，掌握无效婚姻、可撤销婚姻的具体内容及法律后果，理解婚约、事实婚姻等司法实践中与结婚制度相关的具体规定。

计划将授课时数： 2 课时

第一节　结婚制度概述

一、结婚的概念

结婚是指男女双方依照法律规定的条件和程序，建立夫妻关系的民事法律行为。

结婚行为的特征。

二、结婚制度的沿革

结婚制度始于个体婚制，是原始社会末期私有制的产物。

结婚制度的发展阶段：掠夺婚、有偿婚、聘娶婚、宗教婚、合意婚。

第二节　结婚要件

一、结婚的必备条件

必备条件，又称结婚的积极要件，指当事人结婚时必须具备的法定条件。

1、必须男女双方完全自愿

这是婚姻自由原则在结婚制度中的具体体现。

男女双方完全自愿的三层含义。

违反自愿原则的法律后果。

2、必须达到法定婚龄

法定婚龄是指法律规定的最低的结婚年龄，即结婚当事人在此年龄以上始得结婚，在此以下不许结婚。这是婚姻关系的自然属性和社会属性的要求。

我国婚姻法规定的法定婚龄为男子达到 22 周岁，女子达到 20 周岁。提倡晚婚晚育。

未达法定婚龄缔结婚姻的法律后果。

3、必须符合一夫一妻

有配偶者不得重婚。有配偶者只有在离婚或另一方死亡后方可再结婚。

违反一夫一妻制的后果。

二、结婚的禁止条件

结婚的禁止条件又称消极条件，或婚姻的障碍，是法律不允许结婚的情况。

1、禁止结婚的血亲关系

禁婚亲是指禁止结婚的亲属。

确定禁婚亲范围的依据。

我国婚姻法关于禁婚亲的具体规定。

2、禁止患一定疾病的人结婚

外国法关于禁止结婚疾病的规定。

我国婚姻法及相关的规定中对禁止结婚疾病的具体规定及举例说明。。

患有禁止结婚的疾病而结婚的婚姻的法律后果。

第三节　结婚程序

一、结婚程序的概念及其类型

结婚的程序又称结婚的形式要件，指法律规定结婚必须采取的方式。符合结婚实质要件的当事人，只有履行法定的结婚程序，其婚姻关系才被国家和社会承认，产生法律效力。

世界各国结婚的程序主要有登记制、仪式制、登记与仪式结合制。

二、我国结婚登记制度

1、结婚登记的目的和意义

2、结婚登记的机关和程序

城市和农村的结婚登记的机关。

登记的程序：申请、审查、登记。

第四节 无效婚姻

一、概说

无效婚姻，是指违反婚姻成立要件的违法婚姻，由于欠缺婚姻成立的有效要件，因而不具有婚姻的法律效力。

无效婚姻制度的起源。

外国法中关于无效婚姻和可撤销婚姻的规定。

我国《婚姻法》（修正案）增设无效婚姻制度的具体规定。

二、无效婚姻、可撤销婚姻的请求权主体和宣告机关

无效婚姻的请求权主体，是指有权向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，我国包括婚姻当事人及利害关系人。

利害关系人范围。

我国宣告婚姻无效的机关是人民法院。经审查确属无效婚姻的，法院依法作出宣告婚姻无效的判决。

婚姻撤销请求权人，既可以依行政程序向婚姻登记机关申请宣告婚姻撤销，也可以依诉讼程序向人民法院申请宣告婚姻撤销。

关于无效婚姻的宣告程序及时间限制的具体规定。

三、我国无效婚姻与可撤销婚姻的异同

1、两者的共同点
2、两者的区别

四、无效婚姻和可撤销婚姻的法律后果

世界各国无效婚姻的三种法律后果。
我国采用的是有追溯力的法律制度，宣告婚姻无效或撤销导致的法律后果：
1、人身关系
无效婚姻和可撤销婚姻均视为婚姻未成立，即该婚姻从一开始就不受法律保护，自始无效。
2、财产关系
婚姻被确认无效或者被撤销，同居前属于个人的财产，应归各自所有。同居前一方自愿赠给对方的财物，可按照赠与关系处理。同居期间双方共同创造的财产和经营权，按共同共有处理，但有证据证明为当事人一方所有的除外。当事人对共有财产应当协商分割，协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。
3、子女方面
婚姻被宣告无效或被撤销后，当事人所生的子女作为非婚生子女，仍享有婚姻法规定的关于子女的各项权利。

第五节　与结婚制度相关的规定

一、婚约

婚约是男女双方以将来结婚为目的所作的事先约定。
婚约的沿革。古代的婚约和近代、现代的婚约。两者的区别及不同的法律效力。
外国法中有关婚约的相关规定。
我国婚姻法对婚约的态度和处理原则。

二、事实婚姻

广义事实婚姻和狭义事实婚姻的概念。
事实婚姻的特征。
世界各国对事实婚姻的法律态度：不承认主义，承认主义和相对承认主义。
事实婚姻的危害。
我国法律、法规和司法解释关于事实婚姻的具体规定。

复习与思考：

1．结婚的必备条件和禁止条件。
2．确定法定婚龄的依据。
3．结婚登记的程序及意义。

4．无效婚姻与可撤销婚姻的区别。
5．处理因解除婚约引起的人身和财产纠纷的政策。
6．婚前赠与财产的法律性质是什么？
7．法律关于禁止结婚的条款如何实现？
8．无效婚姻的立法价值是什么？

第六章　婚姻的效力

教学目的和要求：了解婚姻效力的概念及夫妻关系的演进，学习和掌握夫妻双方在人身关系方面的权利和义务。理解和运用夫妻财产关系的各项规定，特别是有关夫妻财产制度的各项规定及其立法意图。

计划将授课时数：　3 课时

第一节　婚姻效力概述

一、婚姻效力概说

婚姻的效力是婚姻成立所导致的法律后果。

广义的婚姻效力和狭义的婚姻效力的具体内容。

婚姻效力就其性质而言，分为夫妻人身关系和夫妻财产关系。

二、夫妻关系演进

1、夫妻一体主义

夫妻一体主义是指男女因结婚而合为一体，夫妻的人格互相吸收。依据法律和伦理规定，实际上是妻子的人格被丈夫所吸收，丧失了独立的人格。

夫妻一体主义下夫妻关系在人身和财产上的特点。

2、夫妻别体主义

夫妻别体主义又称夫妻异体主义，指男女婚后各保持独立的人格，相互之间有权利义务关系，有独立的财产权，在法律地位上平等。

夫妻别体主义的历史渊源、实质和意义。

3、我国婚姻法关于夫妻家庭地位平等的规定

夫妻在家庭中地位平等具体要求夫妻间的权利义务平等，这一规定有助于建立新型平等的夫妻关系，促进家庭成员的幸福和睦。

第二节　夫妻人身关系

夫妻人身关系是与夫妻的人格和身份有关的双方的权利和义务关系。

一、夫妻姓名权

姓名权是人格权的重要组成部分，是公民的一项重要的人身权利。公民无使用自己姓名的权利，就是没有独立人格的标志。

我国婚姻法规定“夫妻双方都有各用自己姓名的权利”，是男女平等的具体体现，也是夫妻在家庭中地位平等的体现。

婚姻法赋予当事人选择权，允许双方就姓名问题达成自愿合法的协议。

姓名权还表现在子女的姓氏的确定上，我国婚姻法规定子女可以随父姓也可以随母姓。

二、夫妻人身自由权

《婚姻法》（修正案）规定：“夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制和干涉”。

保障夫妻人身自由权的意义和立法目的。保障妇女婚后享有的人身自由权利，特别是已婚妇女的职业选择权和社会活动参与权是宪法保障妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭生活等方面的同男子平等权利的具体体现，也是实现妇女生存权和发展权的基础。

三、夫妻住所选定权

住所选定权是指选择确定夫妻婚后共同居住场所的权利。其立法目的在于破除男婚女嫁、妻从夫居的传统观念，提倡男到女家落户，有助于改变旧的婚姻习俗，倡导男女平等。同时，有利于解决有女无儿户的实际困难。

四、夫妻计划生育义务

我国《婚姻法》对夫妻计划生育义务的具体规定及基本精神。

婚姻法中的计划生育制度与公民生育权的关系。

世界各国的亲属法关于夫妻同居义务、夫妻忠实义务和家事代理权等的相关规定。

第三节　夫妻财产关系

一、夫妻财产制

1、概念和种类

夫妻财产制又称婚姻财产制，是有关夫妻婚前财产和婚后所得财产的归属、使用、管理、收益、处分以及债务清偿、离婚时的财产清算等方面的法律制度。

夫妻财产制的发展阶段：

封建法的夫妻财产制。夫妻财产制在古代社会与夫妻一体主义的立法思想相适应，具有男女不平等的特点。形式主要有吸收财产制、统一财产制和联合财产制。

市民法的夫妻财产制——分别财产制。分别财产制的内容，起源以及产生的意义。

社会法的夫妻财产制——共同财产制。共同财产制指除特有财产外，夫妻任何一方或双方的财产归双方共同所有，双方享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。共同财产又分为一般共同制和婚后所得共同制。

2、我国现行夫妻财产制度

1）夫妻共同财产制

夫妻共同财产制是我国的法定财产制。

夫妻共同财产的概念。夫妻共同财产指夫妻双方在婚姻关系存续期间所得的财产。

夫妻共同财产的范围。我国婚姻法及司法解释的具体规定。

夫妻对共同财产有平等的处理权。平等的处理权是指夫妻在对共同财产行使处分权时，应平等协商，取得一致意见。

2）夫妻个人特有财产制

婚姻法特殊规定为夫妻一方的财产为夫妻个人特有财产。

婚姻法及司法解释的具体规定。

3）夫妻约定财产制

夫妻约定财产制概念。夫妻约定财产制是规范夫妻对其婚前财产、婚后财产的占有、使用、管理、收益、处分协议的法律制度。

夫妻约定财产制的条件。夫妻必须双方自愿；约定的内容必须合法；约定的财产包括夫妻婚前财产与婚姻关系存续期间的财产；约定的时间可以是婚前也可以是婚后，约定订立之后可以变更废止；约定应以书面形式，最好经过公证。

夫妻约定财产制的效力。约定财产制和法定财产制可以同时并用，但夫妻约定财产制的效力高于法定财产制，有约定的从约定，无约定或约定无效的从法定。

为维护交易安全和第三人的利益，对夫妻财产进行约定的，在与第三人进行财产交易时有告知义务。

二、夫妻相互扶养义务

1、扶养的概念和特征

扶养是指一定范围内的亲属间相互供养和扶助的行为。

扶养的特征： 扶养发生在法律规定的一定范围内的亲属之间； 扶养关系的主体双方具有身份关系；扶养是一种法律行为；扶养义务以义务人有扶养能力和权利人需要扶养为条件； 扶养是一种双方法律行为，主体之间的权利义务是相一致的。

2、夫妻相互之间的扶养

夫妻是共同生活的伴侣，夫妻之间的扶养有以下特征：夫妻之间的扶养关系是基于夫妻人身关系产生的；夫妻之间的扶养义务是对等的，任何一方既是权利人，也是义务人；夫妻之间的扶养义务具有强制性。

三、夫妻相互继承权

夫妻相互继承权是由夫妻身份关系决定的。

在司法实践中，处理夫妻间的继承案件应注意的问题。

复习与思考：

1．婚姻的效力。

2．我国婚姻法关于夫妻间人身和财产方面权利义务的规定。

2．如何理解我国法定夫妻财产制。分析夫妻共同财产和夫妻个人特有财产。

3．我国约定财产制的内容。

4．什么是夫妻间扶养义务。

5．如何理解夫妻家事代理权。

6．夫妻共同财产制与夫妻分别财产制的立法价值何在？

7．夫妻共同财产制除因离婚终止外，可否因其他原因终止？

8．夫妻间发生人身和财产侵权行为，是否应承担法律责任，其依据是什么？如何承担法律责任？

9．什么是配偶权？应否从法律上规定配偶权？

10．如何完善我国现行夫妻财产制？

第七章　婚姻终止

教学目的和要求：了解婚姻终止的概念和原因；认识离婚制度的历史沿革及我国离婚制度的发展；熟悉行政离婚和诉讼离婚的程序；能够掌握和运用离婚的法定条件；以及对军婚和女方权益保护的特殊规定。

计划将授课时数：　2 课时

第一节　婚姻终止概述

一、婚姻终止的概念

婚姻的终止,是指合法有效的婚姻关系因发生一定的法律事实而消灭。

二、婚姻终止的原因

1、婚姻因配偶一方死亡而终止，因配偶宣告死亡而终止婚姻关系的特殊规定。

2、婚姻因离婚而终止

离婚，是婚姻关系当事人在生存期间依法解除婚姻关系的法律行为，是终止婚姻关系的另一种形式。

三、离婚制度的历史沿革

1、关于离婚的立法主义

禁止离婚主义，是指婚姻关系在夫妻生存期间不可离异的立法思想。它是欧洲中世纪基督教教会法的原则，现代已经基本不采用。

许可离婚主义。主要有专权离婚、限制离婚。专权离婚是指丈夫、或者夫家单方面享有或享有较多离婚的权利，而妻子没有离婚的权利或者离婚权利受到严格限制；限制离婚主义，是指法律虽许可夫妻离婚，但必须具有法律规定理由的立法主张，也称之为过错离婚主义或有责离婚主义。

破绽离婚主义。指只要一方当事人向法院提供一定的证据，说明婚姻关系已不可挽救的破裂即可获准离婚的立法思想。也称为自由主义或者无责主义。当今世界主要国家大都实行破绽离婚主义，但各国在实行破绽离婚主义的同时，为平衡夫妻双方的利益、维护子女的利益、稳定婚姻关系，对婚姻关系当事人的权利进行了一定限制。

2、我国离婚制度的发展

我国古代的离婚制度与宗法家族制度相适应，实行男尊女卑，男子有离婚特权的制度，包括“七出”、“和离”、“义绝”以及呈诉离婚四种形式。

国民党时期离婚制度：两愿离婚和判决离婚的内容。

新中国成立后的离婚制度：　1950 年婚姻法中的离婚制度、1980 年婚姻法中的离婚制度和修正后的 2001 年婚姻法中的离婚制度。

第二节　行政离婚

一、行政离婚概说

行政离婚是指婚姻当事人自愿离婚，并就离婚的有关事宜达成协议，通过有关部门认可即可解除婚姻关系。

二、行政离婚的条件

1．婚姻当事人已经登记结婚。当事人没有登记结婚的，婚姻自始不存在，也就不存在离婚的问题。

2．双方当事人自愿离婚。这要求双方当事人必须具有完全民事行为能力；登记离婚不得代理，须当事人亲自完成。

3．双方对子女和财产等问题已有协议，未达成协议的，应通过诉讼程序解除婚姻关系。

三、行政离婚的程序

1．申请——凡男女双方自愿离婚的，必须双方亲自携带有关的证件与材料到一方常住户口所在地的婚姻登记机关申请离婚登记。

2．审查——婚姻登记机关对当事人的离婚申请，必须进行严格审查。

3．批准——婚姻登记机关对符合离婚登记条件的，发给离婚证，注销结婚证。当事人自取得离婚证起，解除婚姻关系。离婚当事人一方不按照离婚协议履行应尽义务的，另一方可以向人民法院提起民事诉讼。对不符合离婚登记法定条件的，婚姻登记机关不予登记。

第三节　诉讼离婚

一、诉讼离婚概说

现代意义上的诉讼离婚的起源及发展历程。

各国诉讼离婚制度概况。

我国《婚姻法》（修正案）的具体规定。

二、诉讼外调解

1、诉讼外调解的含义与作用

诉讼外调解，是指法院以外的有关部门，包括当事人所在单位、妇联、基层调解组织和行政主管部门的调解。

诉讼外调解必须遵循自愿、合法原则，不得对婚姻当事人进行强迫调解。诉讼外调解不具有法律效力。

诉讼外调解的意义。

2、诉讼外调解的结果

双方和好；双方达成离婚协议；调解无效，由一方当事人向人民法院提起离婚诉讼。

三、诉讼程序

1、管辖

离婚诉讼属于民事诉讼案件。民事诉讼法的相关规定。

2、调解

调解是离婚案件的必经程序。

调解的意义及所应遵循的原则。

调解的三种结果。

3、审理与判决

诉讼离婚案件，当事人除不能表达意志的以外，均应出庭。

对于调解无效的离婚案件，人民法院应依据具体情况及时作出判决。

四、判决离婚法定理由

1、夫妻感情确已破裂，调解无效是判决离婚法定理由

它有两层含义：一是如果夫妻感情确已破裂，调解无效应准予离婚;二是如果夫妻感情没有破裂或没有完全破裂，即使调解无效也不准予离婚。

2、夫妻感情确已破裂的例示性规定

凡具有婚姻法（修正案）第 32 条规定所列举的五种具体情形之一的，可认定为夫妻感情确已破裂，经调解无效，应准予离婚：重婚或有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；因感情不和分居满 2 年的；其他导致夫妻感情破裂的情形。

各项例示性规定的法律意义。

公告离婚。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。

3、认定感情确已破裂的方法

认定夫妻感情破裂根据我国长期的司法实践经验应从婚姻关系的四个层面来进行分析评判，即看婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状及有无和好可能性。

相关司法解释中所列举的可视为夫妻感情确已破裂的情形可以作为具体审理案件的参考。

关于判决离婚的法定理由的两种立法例：绝对主义与相对主义。

五、诉讼离婚的两项特别规定

1、对军人婚姻的特殊保护

对军人婚姻的保护方法：现役军人的配偶要求离婚，除军人一方有重大过错的，须得军人同意 。

保护军婚的意义。

适用保护军婚时应当注意的各项问题。

2、诉讼离婚中对女方的特殊保护

保护的方法是在一定条件下限制男方的离婚诉权。

我国《婚姻法》的具体规定。

对女方特殊保护的意义。

适用时应注意的问题。

复习与思考：

1．在我国适用行政离婚应当具备哪些条件？

2．我国诉讼离婚有哪些特点？
3．我国判决离婚的法定理由是什么？
4．我国诉讼离婚两项特别规定的内容是什么？
5．为什么对判决不准离婚或调解和好的离婚案件当事人再次起诉离婚的时间进行限制？
6．试分析我国裁判离婚法定理由的特点？
7．简述离婚制度的两大立法主义
8．评述我国 2001 年诉讼离婚法定理由立法的变化。

第八章　离婚效力

教学目的和要求：熟悉婚姻法中有关离婚后夫妻双方在身份、财产以及子女抚养问题上的处理规定，掌握离婚后的几种救济方法的具体使用条件和实施的意义，结合实际，领会这些制度所体现的男女平等、保护妇女儿童、照顾弱势群体利益的立法精神。

计划将授课时数： 3 课时

第一节　离婚对当事人身份上的效力

一、夫妻身份、称谓终止

离婚为婚姻关系的终止，双方不再互为配偶，当事人的夫妻身份、称谓终止。

我国法律未对姻亲关系进行明确的规定。

二、当事人均享有再婚的权利

双方在离婚生效后，取得再婚自由权。

注意行政离婚与诉讼离婚发生法律效力的时间。

三、夫妻间扶养义务终止

夫妻离婚后，夫妻身份消灭，夫妻间的相互扶养义务终止。

我国婚姻法虽未对夫妻同居义务作明文规定，当婚姻关系因离婚终止时，双方当事人共同生活的基础已不复存在，共同管理家务、生活上互相帮助以及同居关系自然终止。

四、夫妻间继承权消灭

夫妻离婚后，相互继承遗产的权利消灭。

第二节　离婚对当事人财产上的效力

一、夫妻共同财产分割

1、分割的原则与方法

对夫妻共同财产的分割，当事人可以自由协商，协商不成，由法院按照坚持男女平等，保护女方、子女权益，照顾无过错方，有利生产、方便生活的原则判决。

分割的方法：实物分割、价金分割、价格补偿等。

2、财产性质的认定与归属

确定夫妻共同财产的范围，首先要区分夫妻共同财产与夫妻个人财产、约定财产、家庭财产的界限。

在一些特殊情形下，对夫妻共同财产范围界定的具体规定。

3、离婚时住房问题的处理

司法解释处理离婚后住房的具体规定。

4、侵占共同财产的责任

离婚时，一方因隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产，或伪造债务企图侵占另一方财产的，侵占方应分别情况承担责任：

分割夫妻共同财产时，人民法院可以少分或不分；如果离婚后，才发现对方有隐藏、转移、变卖、毁损的夫妻共同财产，或一方伪造债务的行为，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

二、债务的清偿

1、共同债务的清偿

共同债务的含义。共同债务是指在婚姻关系存续期间为维持夫妻共同生活、经营活动，或为履行抚养、赡养义务等所负的债务。

共同债务的范围。

对共同债务，夫妻负连带责任。

2、个人债务

个人债务是与夫妻共同生活无关的债务。

个人债务的范围。

个人债务应由一方以个人财产清偿。

第三节　离婚对子女的效力

一、离婚后的父母子女关系

父母子女关系基于出生这一法律事实而发生，不因夫妻离婚而解除。

无论生父母离婚后的父母子女关系，养父母离婚后的养父母子女关系，继父（母）与生（父）母离婚后与已经形成抚养教育关系的继父母子女关系均适用这一规定。

二、离婚后子女抚养问题

1、直接抚养方的确定

离婚后子女由何方直接抚养，父母可以进行协商。如双方协商不成，由人民法院从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况判决。

司法解释的相关具体规定。

2、离婚后子女抚养关系的变更

因父母抚养条件的变化或者子女一方的要求均可以变更抚养关系。具体变更方式，可先由父母双方协议，协议不成时，人民法院应根据子女的利益和父母双方的具体情况进行判决。

3、离婚后子女抚育费的负担与变更

离婚后子女抚养费负担费用的多少和期限的长短，由双方协议；协议不成时，由人民法院判决。

司法解释的相关具体规定。

抚养费给付的期限与方式：抚育费的给付期限一般至子女十八周岁；抚养费原则上应定期给付。

抚养费的变更：在父母或子女情况发生变化时，男女双方及子女都可以要求依法予以变更。变更的方式，可以先由父母双方协议，如协议不成，由人民法院判决。

4、离婚后的子女探望权问题

婚姻法对探望权的规定。

合理行使探望权的意义。

探望权的行使方式。双方在离婚时应对探望方法、时间、地点等进行协商。不能达成协议的，由人民法院在处理离婚案件时一并判决。间接扶养方在行使探望权时，直接抚养子女的一方有协助的义务。

探望权的中止与恢复。由法院根据法定的中止事由作出判决，中止事由消失后，应当恢复间接抚养方的探望权利。

第四节　离婚时的救济方式

一、离婚时的家务补偿

1、家务补偿的概念和作用

家务补偿是对实行分别财产制从事家务劳动的一方配偶离婚时的补偿。

确立家务补偿制度的立法价值和实际意义。

2、适用家务补偿的条件

夫妻对于婚后所得财产进行了分别所有的约定。

夫妻一方付出了较多义务。

在离婚时行使。

3、数额

根据权利义务相一致的原则，同时考虑一方在抚育子女、照料老人、协助另一方工作等方面尽义务的状况、时间的长短、另一方的受益情况和目前经济状况等因素确定。

二、离婚时对生活困难方的经济帮助

1、经济帮助的含义与性质

离婚时，如一方生活困难，另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。

对离婚时生活困难方实施经济帮助，不是夫妻相互抚养义务在离婚后的延伸，而是对生活困难一方的救助。

2、实施经济帮助的条件

生活困难在离婚时已经存在。

提供帮助的一方必须有负担能力。

3、经济帮助的方式

双方在自愿的基础上达成协议。双方协议不成的，由人民法院判决。

可以短期或一次性帮助；或多方面、长期性帮助；帮助方应以个人财产实施经济帮助。

4、经济帮助的终止

困难方另行结婚，或者其经济收入足以维持其生活的，应当终止。

三、离婚时的损害赔偿

1、离婚时损害赔偿的概念和作用

离婚时的损害赔偿，是指因夫妻一方的法定过错导致离婚的，他方可请求损害赔偿。

离婚时损害赔偿具有填补损害、精神慰抚、制裁、预防违法行为的功能。

2、损害赔偿发生的原因

法定的四种情形：重婚的；有配偶者与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的 。

3、赔偿义务人、赔偿范围

承担离婚时损害赔偿责任的义务人为有特定过错的配偶。

赔偿范围，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。

司法解释的相关具体规定。

4、离婚时损害赔偿的提起

无过错方为原告在离婚诉讼中提出损害赔偿的情况。

无过错方为被告如何在离婚诉讼中提起损害赔偿的情况。

登记离婚如何提起损害赔偿。

其他国家离婚损害赔偿制度概况。

复习与思考：

1．试述离婚的法律后果。
2．试述共同债务的范围与清偿方法。
3．我国离婚时家务劳动补偿的适用条件是什么？
4．我国离婚损害赔偿请求权成立的条件是什么？如何行使？
5．试述我国离婚时经济帮助的适用情形。
6．试述我国离婚时未成年子女抚养权如何确定。
7．评述我国法律对离婚时一方隐匿、毁损共同财产，扩大债务的罚则。
8．评述探望权及其适用。
9．试述我国判决离婚时对财产性质的认定与归属。

第九章　父母子女关系

教学目的和要求：掌握父母子女关系的概念、种类以及法律地位，理解监护制度的概念、功能与特征，了解关于监护制度性质的不同法律学说，了解亲权的概念、特征和内容并理解其与监护制度的异同。掌握我国法律对婚生子女、非婚生子女、继子女、养子女的概念、法律地位的规定，结合实践认识科技的发展对传统的父母子女关系的挑战。

计划将授课时数： 3 课时

第一节　父母子女关系概述

一、父母子女关系的概念和种类

1、父母子女关系概念

父母子女关系法律上是指父母和子女之间的权利、义务关系。父母子女关系法，是亲属法的重要内容之一。

2、父母子女关系的种类

自然血亲的父母子女关系：是基于子女出生的法律事实而发生的。

拟制血亲的父母子女关系：是基于收养法律行为或再婚后事实上形成抚养关系，由法律认可而人为设定的。

古代亲子分类法有远近、亲疏之别，不同称谓者在法律地位上也不相同。

二、父母子女法律地位

1、父母对子女有抚养的义务

抚养的内容和期限：抚养，指父母从物质上、经济上对子女的养育和照料。期限为自子女出生时起，至子女能够独立生活时为止。

司法解释的相关具体规定。

对于不履行抚养义务者的强制措施。

禁止通过任何手段危害婴儿的生命。

2、父母对未成年子女有保护和教育的权利和义务

保护和教育的含义及其必要性。

在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时，父母有承担民事责任的义务。

3、子女对父母有赡养扶助的义务

赡养扶助的内容：赡养指子女在物质上、经济上为父母提供必要的生活费用和条件，扶助指给予父母精神上的安慰和生活上的照料。

对拒不履行赡养义务者的强制措施。

4、父母子女有相互继承遗产的权利

第二节　监护

一、监护的概念

监护制度是一种对缺乏自我保护和自我生活能力的人的一种监督或照顾的制度，它交织在民事主体制度、民事权利制度和亲属制度三个民事法律制度之中。有广义和狭义之分。

二、监护的功能和特征

1、监护的功能

弥补无民事行为能力人和限制民事行为能力人的能力瑕疵。

维护社会的正常秩序。

提供替代社会保障的功能。

2、监护的特征

监护法律关系的内容具有法定性。

设立监护制度具有明确的目的性。 现代监护制度的首要目的是为了保护无民事行为能力或限制民事行为能力人的人身和财产权利。

监护关系的主体具有特定性。被监护人、监护人、监护监督人以及处理和解决监护问题的国家公力机构特定。我国现行法律只做到了被监护人和监护人的特定化，对其他主体未做规定。

三、监护的设定

1、对未成年人设定监护人

《民法通则》对未成年人的法定监护人和指定监护人的规定。

2、对成年精神病人设定监护人

《民法通则》对精神病人的法定监护人和指定监护人的规定。

四、监护人法律地位的界定

1、监护权说。

2、监护义务说。

3、监护人权利义务一体说。

第三节　亲权

一、亲权的概念与特征

1、亲权的概念

亲权是父母基于其身份，依法享有对未成年子女人身上养育管教和财产上保护管理的权利义务的总和。它既是一种民事权利同时又是父母的法定义务。

学术著作中对亲权概念界定的代表性观点。

2、亲权的法律特征

亲权制度来源于罗马法的家父权和日耳曼法的保护权。具有以下几个特征：

亲权是基于父母身份对未成年子女所产生的权利义务，即为一种身份权；

亲权具有权利义务双重性；

亲权是绝对权、支配权、专属权。

3、亲权与监护法律关系的差异

监护通常是指对不在亲权下的未成年人和无完全民事行为能力的成年人的人身及财产权益的监督和保护。

亲权与未成年人的监护存在着重大的区别：

性质不同：亲权具有权利义务双重性，监护则是一种纯粹的义务性职责。

权利的行使限制程度不同：亲权的行使法律限制多采宽松态度，监护权的行使则受到法律种种限制。

是否可索取报酬的规则不同：亲权人不得索要报酬，监护人有请求从被监护人财产中取得自己应得报酬的权利。

主体不同：亲权产生的基础是父母子女之间的身份关系，监护的义务主体则较为广泛，可以是父母、其他亲属、朋友或监护机构

我国《民法通则》监护制度存在的缺陷。

二、亲权的主体、客体及内容

1、亲权人及受亲权保护的子女

亲权人，即行使亲权的权利义务主体。

各国法律对婚生子女、非婚生子女、养子女以及继子女的亲权人的具体规定。

受亲权保护的子女，各国民法都仅指未成年子女而言。

2、亲权的客体

有关身份权客体的几种学说及评价：特定人说，利益说，身份说。

亲权的客体可分为两部分：亲权的人身照护权的客体为受亲权保护的未成年子女的人身；财产照护权中亲权人对其未成年子女的财产管理权、使用权、处分权的客体为未成年子女的财产。

3、亲权的内容

父母对子女人身上的权利义务：管教和保护权；法定代理权和同意权；子女交还请求权；必要范围内的惩戒权；职业许可权；居所指定权。

父母对子女财产上的权利和义务：财产管理权；使用收益权；处分权。

三、亲权的中止、停止和消灭

1、亲权的中止

亲权人因事实上原因或法律上原因不能行使亲权时，依法宣告其亲权中止，当中止亲权事由消失时，仍恢复其亲权的制度。

2、亲权的停止

分为自动停止或宣告停止。自动停止和宣告停止的原因。

3、亲权的消灭

分为绝对消灭和相对消灭，绝对消灭和相对消灭的原因。

我国在制定民法典亲属编时建立亲权制度的必要性。

第四节　婚生子女

一、婚生子女的概念及其法律地位

1、婚生子女的概念

婚生子女是指婚姻关系成立后，妻受胎所生的子女。婚生子女应具备的要件。

2、婚生子女的法律地位

父母对子女有抚养教育的义务；父母对未成年子女有保护和教育的权利和义务；子女对父母有赡养扶助的义务；父母和子女有相互继承遗产的权利。

3、外国亲属法关于受胎期及婚生子女的推定，即凡在婚姻关系存续期间，妻子受胎所生的子女，可推定为婚生子女的法律制度。

4、外国亲属法关于婚生子女否认的规定

否认婚生子女的原因：丈夫在妻子受胎期间未与之同居，或者能证明妻非与夫受胎。

否认婚生子女之诉的时效：各国规定的时效长短不一。

二、人工授精与婚生子女

1、人工授精技术

人工授精，是指采用人工方法取出精子或卵子，然后用人工方法将精子或授精卵胚胎注入妇女子宫内，使其受孕的一种新生殖技术。一般可分为同质人工授精（AIH）和异质人工授精（AID）。

2、人工授精子女的法律地位

一般而言，同质人工授精方式而出生的子女，属父母的直系血亲并为婚生子女。异质人工授精子女的法律身份的确认，则涉及较复杂的问题，夫妻双方的共同意向是十分重要的。

我国的相关规定。

3、外国亲属法关于人工授精子女法律地位的规定

在立法上，发达国家倾向于保护 AIH，但允许有限制地使用 AID。

各国的具体规定。

第五节　非婚生子女

一、非婚生子女的概念及法律地位

1、非婚生子女的概念

非婚生子女，指没有婚姻关系的男女所生之子女。分为“准婚生子女”和事实上的非婚生子女。

2、非婚生子女的法律地位

非婚生子女的法律地位从否定歧视、消极的肯定发展到今天的积极肯定、平等对待。

我国婚姻法明确规定非婚生子女享有与婚生子女相同的法律地位，并给予的必要保护。

二、非婚生子女的准正和认领

1、非婚生子女的准正是指已出生的非婚生子女因生父母结婚或司法宣告而取得婚生子女资格的制度。

准正的形式：因生父母结婚而准正和因法官宣告而准正。

准正的要件：血统上的非婚生父母子女关系；生父母的婚姻或司法宣告；准正为法律事件，是结婚的附随效力。

准正的效力：使非婚生子女取得婚生子女资格。

2、非婚生子女的认领是指通过法定程序使非婚生子女实现婚生化的法律行为。

认领的特征：生父承认的单独的意思表示；有形成权的性质；双方之间以生理上的父子血缘联系为前提。

认领的形式：分为主观主义和客观主义；任意认领与强制认领。

认领的否认：非婚生子女或生母对于生父的认领有否认权，可提起否认之诉。

第六节　继子女

一、继父母子女的概念及类型

1、继父母子女的概念

通常指配偶一方对他方与前配偶所生的子女，称为继子女；子女对母亲或父亲的后婚配偶，称继父或继母。

2、继父母子女关系的类型：名分型，共同生活型和收养型。

二、继父母子女法律地位

形成抚育关系的继父母子女间的权利义务，完全等同于生父母与子女间的权利义务。相互间不得虐待或歧视。

三、继父母子女关系的终止及效力

关于已形成抚育关系的继父母子女之间的权利、义务能否解除的问题，现行婚姻法未作明文规定。

司法解释及相关规定。

第七节　养子女

（见第十章收养关系）

复习与思考：

1．试述父母子女之间权利义务。
2．剖析监护的涵义。
3．简述亲权的内容及其法律特征。
4．继子女的类型及其法律地位。
5．监护和亲权的区别主要表现在哪些方面？
6．你认为应如何完善我国的人工生育立法？
7．我国是否应当建立亲权制度？为什么？

8．我国是否应确立婚生子女受胎期推定制度？
9．我国有制定非婚生子女的准正与认领制度的必要性吗？
10．在我国，继子女的法律地位应当淡化还是强化？

第十章　收养关系

教学目的和要求：了解收养的概念，特征及历史沿革，明确收养制度的立法原则和现实意义，掌握收养关系成立必须具备的实质要件，形式要件，以及收养成立后所产生的法律后果。熟悉收养关系中止的条件，程序及法律效力，从而理解收养制度作为亲属制度的重要组成部分的现实意义。

计划讲授课时数：1.5 课时

第一节　收养制度概述

一、收养的概念及特征

1、收养的概念

收养，是指收养人、被收养人依照收养法的规定成立拟制父母子女关系的民事法律行为。2、收养的特征：收养是一种民事法律行为；收养是要式法律行为；收养是变更亲属身

份和权利、义务关系的行为；收养只能发生在非直系血亲关系的长辈对晚辈之间；收养形成一种拟制血亲关系，可以依法设立及依法解除。

二、我国收养制度的历史沿革

设立收养制度的目的，依时代、国家而不同，先后大约经历了“为家的收养”、“为亲的收养”和“为子女的收养”三个阶段。

1、我国古代与近代社会的收养制度

在我国古代宗法制度下，以男性为中心的宗祧制度下收养分为“立嗣”和“乞养”两类。

由于封建思想影响深远，1930 年的国民党政府民法亲属编，在法律形式上实现了收养制度的近代化。但是，在有关规定中仍有歧视养子女的内容。

2、我国现代社会的收养制度

我国建国后，以保护未成年人利益为其基本目的和职能的收养制度， 经过几个阶段的发展和完善，已经日趋成熟，在政府的监督和干预下，收养制度体现了社会主义制度下的人文关怀。

第二节　收养制度的基本原则及意义

一、收养制度的基本原则

1、有利于被收养的未成年人的抚养、成长，充分保障其利益的原则

收养关系建立后，应为未成年人可以提供一个良好健康的生活环境，收养法的很多规定都体现了这一原则，例如对收养人抚育能力的要求，收养年满十周岁以上的未成年人要征得其本人同意等等。

2、保障收养人的合法权益的原则

保障收养人通过养育儿童，得到精神上的安慰和寄托，使丧失劳动能力的养父母得到养子女在生活上的照料，很好地安度晚年。

3、遵循平等、自愿的原则

收养是民事法律行为，因此，应当遵循平等自愿的民事活动原则。

4、不得违背社会公德的原则

5、收养不得违背计划生育法律、法规的原则

二、收养的意义

收养制度是社会亲属制度不可缺少的组成部分。

收养是解决社会问题的重要途径。

第三节　收养的成立

根据收养法（修正案）的规定，收养关系依法成立时，须同时具备实质要件与形式要件，收养才具有法律效力。

一、收养成立的实质要件

1、收养成立的一般实质要件

被收养人的条件。

送养人的条件。

收养人的条件。

2、收养成立的特殊实质要件

在无配偶的男性收养女性，一般公民或华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女，继父（或继母）收养继子女，收养孤儿、残疾儿童或者社会福利院机构抚养的查找不到生父母的弃婴和儿童这些特殊情况下，收养法对收养的条件作出了放宽或限制性的规定。

二、收养成立的形式要件

1、由民政部门办理收养登记是收养成立的必经程序。

申请——收养未成年子女，应当由收养人、被收养人和送养人（含社会福利院的负责人），携带相关的材料和证件共同到民政部门登记机关申请办理收养登记。

审查——收养登记机关收到收养登记申请书及有关材料后，应当自次日起 30 日内进行审查。

登记——经审查，对证件齐全有效、符合收养法条件的，为当事人办理收养登记，办理相应手续后发给《收养登记证》。

2、允许当事人订立书面收养协议

3、允许依当事人的要求办理收养公证

收养公证属于可选择性的、非必经的程序。

三、收养成立的效力

1、养父母与养子女间产生拟制直系血亲关系

养子女取得与婚生子女完全相同的法律地位。

2、养子女与养父母的近亲属间形成拟制直系或旁系血亲关系

3、养子女与生父母及其他近亲属之间的权利义务关系消除

但要注意养子女与原有自然血亲间的血缘关系并不消除。

四、收养关系的无效

1、收养无效的条件

违反了《民法通则》第 55 条规定时，收养行为无法律效力。

违反了《收养法》（修正案）规定的某些收养实质要件或未遵循收养的形式要件时，收养行为无法律效力。

2、确认收养无效的机关及其法律后果

诉讼程序——由人民法院确认某一收养行为无效。

行政程序——由办理收养登记的机关确认某一收养行为无效。

五、与收养有关的几个问题

1、保守收养秘密

收养人、送养人要求保守收养秘密的，其他人应当尊重其意愿，不得泄露。这一规定有助于稳定收养关系。

2、被收养子女户口的迁移

收养关系成立后，需要为被收养人办理户口登记或者迁移手续的，由收养人持收养登记证到户口登记机关按照国家有关规定办理。

第四节　收养的终止

一、收养终止的条件

1、收养人、送养人双方协议解除收养关系

收养法这一规定，是基于“有利于未成年人抚养成长”和“平等自愿”的基本原则而制定的，以便防止发生因收养人、送养人相互推卸抚育责任而侵害未成年被收养人权益的现象。

2、收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的

送养人在收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为时，有权要求解除收养关系。

3、养父母与成年养子女关系恶化，无法共同生活

养父母或者成年养子女中的任一方，都可以要求解除收养关系。

二、收养终止的程序

1、行政程序解除收养

收养当事人双方已自愿达成解除收养关系的协议，对财产和生活无争议，且解除收养关系的协议不违反《民法通则》第 55 条规定的民事法律行为应当具备的条件的，可以到民政部门办理解除收养关系的登记。”

2、诉讼程序解除收养

收养双方当事人不能自愿达成解除收养关系的协议，或者虽然双方同意解除收养关系，但对财产或生活有争议的，可以通过向人民法院起诉解除收养关系。

三、收养终止的效力

收养关系终止的效力分为直接后果和间接后果。

收养终止的直接后果。

收养终止的间接后果。

复习与思考：

1．结合收养法的条文，谈收养法基本原则的内容。

2．简述收养的概念和特征。

3．试析收养成立的实质要件。

4．试析收养成立的形式要件。

5．简述收养的拟制效力和解销效力。

6．简述无效收养行为。

7．分析收养解除应遵循的法定条件和程序。

8．收养解除后的法律后果。

9．试采用比较收养法学的研究方法，分析今后我国有无必要建立“不完全收养制度”。

10．有些国家法律规定了在正式收养之前，需经过“试收养阶段”，你认为中国有无设立的必要？

第十一章　其他家庭成员关系

教学目的和要求：掌握祖孙、兄弟姐妹之间扶养关系的适用条件及法律性质，理解在家庭成员之间设立扶养制度的立法精神与现实作用。

计划讲授课时数： 0.5 课时

第一节　祖孙关系

一、（外）祖父母抚养（外）孙子女需具备的条件

1、抚养人有负担能力；
2、被抚养人的父母已经双亡或一方死亡、另一方确无能力抚养；或者父母均丧失抚养能力；
3、被抚养人必须为未成年人。

二、（外）孙子女赡养（外）祖父母需具备的条件

1、赡养人为有负担能力的成年人；
2、被赡养人的子女已经死亡或子女确无力赡养；
3、被赡养人必须是需要赡养的人。

第二节　兄弟姐妹关系

一、兄、姐扶养弟、妹需具备的条件

1、扶养人有负担能力；
2、被扶养人的父母已经死亡或父母无力抚养；
3、被扶养人必须是未成年人。

二、弟、妹扶养兄、姐需具备的条件

1、扶养人有负担能力；
2、被扶养人的父母已经死亡或父母无力抚养；
3、被扶养人必须是未成年人。

复习与思考

1．简述我国现行扶养制度的主要内容及其瑕疵。
2.（外）祖父母抚养（外）孙子女需具备的条件是什么？
3.（外）孙子女赡养（外）祖父母需具备的条件是什么？
4．试析兄、姐扶养弟、妹需具备的条件。
5．试析弟、妹扶养兄、姐需具备的条件。

6．针对我国目前的婚姻法（修正案）关于扶养关系的规定，谈我国扶养制度的完善。

7．试采用比较法学的研究方法，研究世界各国关于“扶养义务人、权利人的顺序”规定，其中“概括主义、列举主义和回避主义”的立法模式，哪种更值得我国亲属立法借鉴？

第十二章　婚姻法附论

教学目的和要求：了解民族自治地方制定婚姻法变通规定的情况，熟悉我国关于涉外、涉华侨、港澳台同胞的婚姻和收养的具体规定，掌握婚姻法规定的救助措施以及违反婚姻法的法律责任，维护婚姻法的严肃性，保护当事人的合法权益。

计划讲授课时数：　1 课时

第一节　民族婚姻

一、民族自治地方制定婚姻法变通规定的情况

由于生产条件、生活方式、文化宗教传统、风俗习惯的差异，各民族之间的婚姻风俗习惯很不相同，为尊重少数民族，我国婚姻法许可民族自治地方根据本民族的具体情况制定变通规定。

二、民族自治地方对婚姻法的变通、补充规定的内容

1、对法定婚龄的变通

2、对旁系血亲禁止结婚的变通

3、对实行计划生育的变通

4、对民族通婚问题的补充

5、对禁止宗教干涉婚姻家庭的补充

第二节　涉外与涉及华侨、港澳台同胞的婚姻

一、我国法律对涉外婚姻的限制与法律适用

对涉外婚姻主体的限制。法律对一些特定身份的人员作出限制性规定，不准与外国人结婚。

结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。

二、涉外与涉及华侨、港澳台同胞的结婚

1、登记机关——省级人民政府民政部门或其确定的登记机关。

2、申请结婚登记双方所应持有的证件与证明材料。

3、申请离婚登记双方所应持有的证件与证明材料。

三、涉外与涉及华侨、港澳台同胞的诉讼离婚

诉讼离婚的条件按我国婚姻法的规定处理。

第三节　涉外与涉及华侨、港澳台同胞的收养

一、涉外收养

1、涉外收养的含义与法律适用

外国人或无国籍人在我国境内收养中国公民的子女，应当符合中国有关收养法律的规定，并应当符合收养人所在国有关收养法。

2、涉外收养的条件与程序

二、华侨、港澳台同胞收养子女的条件

1、华侨回国收养子女的条件

华侨在国内的收养较一般公民收养子女要宽松，更多的尊重了我国传统收养习惯。

2、港澳台同胞回内地收养子女的条件

属于国内公民之间的民事法律行为，收养法未作特殊规定。

三、华侨、港澳台同胞收养子女的程序

收养登记机关。

办理收养登记时当事人应持有的证件与证明材料。

第四节　救助措施与法律责任

一、救助措施

1、救助措施概述

概念。是指有救助义务的机关依据遭受家庭成员非法侵害受害人的请求或者在加害人的行为构成犯罪时而为受害人所提供救援和帮助的各种措施的总称。

救助措施的必要性。

2、我国救助措施的特征

选择性。设立非诉性救助措施供受害人选择。

和解性。救助措施的主要目的是促成和解、制止犯罪。

维护稳定性。救助措施是维护家庭关系稳定的手段。

3、救助措施的适用

救助的条件——当事人的申请。

救助机关——包括居民委员会、村民委员会、所在单位及公安机关。

救助措施——劝阻、调解、制止、予以行为人行政处罚和追究其民事、刑事责任。

救助措施适用的情形——婚姻法的具体规定。

二、违反婚姻法的法律责任

1、行政处分

行政处分也属于广义上的法律制裁，是违法者所在单位或者有关单位对违法者作出的处分。

2、法律制裁

民事制裁、刑事制裁和行政制裁。

复习与思考:

1．我国民族自治地区一般对婚姻法做了哪些变通规定？
2．在我国哪些人不得与外国人结婚？
3．对华侨在国内收养有哪些例外规定？
4．在我国当违反婚姻法的行为尚为构成犯罪的，如何实施救助措施？
5．我国为什么对外国人在我国登记离婚做出了限制？
6．简述允许民族自治地区对婚姻法做变通规定的意义。
7．如何能够有效的制止家庭暴力？

第十三章　继承法概述

教学目的和要求：理解继承的概念、种类和财产继承的法律特征，了解继承制度的历史沿革及其在中国的发展情况，理解继承制度的本质，了解我国继承法的基本原则，掌握继承法律关系的特征和继承权的相关内容，理解遗产的概念、特征及范围。

计划讲授课时数：3 课时

第一节　继承概述

一、继承理念和种类

1、继承理念，有广、狭之分。广义的继承，包括财产继承和身份继承。狭义的继承，专指财产继承。当代法学中的继承一词，是在狭义上使用的。

2、继承种类

依据不同的标准可以分为：法定继承和遗嘱继承，均等份额继承和不均等份额继承，限定继承和不限定继承，共同继承和单独继承，有限继承和无限继承。

二、财产继承的法律特征

1、财产所有人死亡是继承开始的法定原因。

2、被继承人死亡时，必须要有遗产。

3、必须要有合法的继承人或受遗赠人。

4、继承遗产和有限清偿死者的债务相统一。

第二节　继承制度的沿革

一、继承法的概念

当代继承法的概念，是指调整因人的死亡而发生的财产继承关系，确定遗产归属的法律规范的总称。可以分为广义和狭义的继承法、形式意义和实质意义上的继承法、纯粹和非纯粹的继承法。

二、继承法的特征

1、 继承法是与亲属身份相联系的财产法。

2、继承法属于私法范畴。

3、继承法是普通法，适用于一切中国公民。

4、继承法是强行法，继承法中大多数规范是强行性的。

三、中国继承立法的发展

1、中国古代的继承制度

在“父死子继、嫡庶有别”的宗法继承原则下，实行嫡长子继承制，宗祧继承是由封建社会的

经济基础决定的。

2、 中国近代的继承制度

国民党民法继承编的规定。

3、中国现代的继承制度

从国家依照法律保护公民的私有财产继承权这一宪法原则出发，继承法律制度不断地发展和完善。1985 年 4 月 10 日颁布《中华人民共和国继承法》。

四、继承制度的本质

1、继承制度的本质

在西方法学界的不同学说，具体有意思说，死后扶养说，家庭协同说，死者权利延伸说，无主财产之归属说，崇拜祖先说和公益说。

马克思主义关于继承本质的学说。

2、我国设立继承制度的必要性

第三节　我国继承法基本原则

一、保护公民私有财产继承权原则

1、凡是公民死亡时遗留的个人合法财产，继承人都可以依法继承。

2、法定继承和遗嘱继承方式都力求反映财产所有人处分其死后财产的意志，尊重被继承人生前的意愿。

3、继承人的继承权不得被非法剥夺。

4、继承人享有继承权不受有无民事行为能力的限制。

5、公民的继承权受到他人的不法侵害时，有权在法定诉讼时效期间内请求人民法院依法给予法律保护。

二、继承权男女平等原则

1、男女公民财产继承权相同。不论女子已婚未婚，也不论其是参加社会工作，还是从事家务劳动，均享有与男子同等的继承权。

2、在确定法定继承人范围和顺序时，是以亲等来划分的，而非依性别来划分的。

3、同一顺序的男女法定继承人的应继份额相等。

4、代位继承权和转继承权男女平等。

5、对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿，享有平等的继承权，均可作为第一顺序的法定继承人。

6、寡妇有权带产改嫁。

三、养老育幼、照顾病残原则

1、在遗产分配上，体现了照顾生活有困难又缺乏劳动能力的继承人的精神。

2、遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，保留必要的遗产份额。

3、允许公民生前与扶养人或者集体所有制组织订立遗赠扶养协议。

4、在确定继承人的范围和法定继承顺序上，是从继承人与被继承人之间相互扶助的法律关系

出发的。

5、明文鼓励养老育幼。

6、规定保留胎儿的应继份额。

四、互谅互让、团结和睦原则

1、遗产分割的时间、办法，可以由继承人协商确定，待期限到来时按协议进行分割。

2、分配遗产的均等原则，受到了“以互谅互让、团结和睦为基础分配遗产”精神的制衡。

3、如果继承人严重地违反社会公德，则依法丧失继承权。

4、允许公民在不违法的前提下，通过遗赠的方式，将个人财产遗赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

5、明文鼓励社会成员之间发扬互助友爱的风格。

第四节　继承权

一、继承法律关系与继承权

1、继承法律关系概述

继承法律关系的概念，继承法律关系是由继承法规范所调整的、基于公民死亡而发生的继承人之间、继承人与其他公民（受遗赠人、继承参与人等）之间的财产权利义务关系。

继承法律关系的特征。

2、继承权的概述

继承权的概念，继承权是指民事权利主体，依照法律规定或被继承人生前所立下的合法有效遗嘱，承受被继承人遗产的权利。

继承权可以分为客观意义和主观意义上的继承权两种。

继承权的法律特征：继承权是财产权、绝对权，发生根据是法律的直接规定或合法有效的遗嘱，是以一定的法律事实的出现为前提的，继承权的接受和放弃，取决于继承人的主观意志。

二、继承权的内容

1、接受或放弃继承遗产的权利。

2、取得遗产的权利。

3、继承权受到侵害时的回复请求权。

三、继承权的取得和行使

1、继承权的取得

法律根据，事实根据和身份根据。

2、继承权的行使

继承的行为能力意味着公民能够使自己的继承行为发生法律效力并对其后果承担责任，这就要求其必须为完全行为能力人。无行为能力和限制行为能力人的继承权由其法定代理人本着维护被代理人的合法权益的原则行使代理权。

四、继承权的放弃与丧失

1、继承权的放弃

放弃继承权的性质。继承权的放弃，是继承人于继承开始后、遗产分割前所作出的放弃其继承被继承人遗产的权利的意思表示。放弃继承权是对既得财产权利的自愿抛弃，因此不能附加条件。

放弃继承权的效力溯及自继承开始之时。

2、继承权的丧失

继承权丧失的概念，是指继承人因对被继承人或其他继承人犯有某种罪行或者有其他违法、不正当行为而被依法剥夺其继承资格。有广义和狭义之分。在性质上不同于继承权的放弃。

继承权丧失的法定事由。故意杀害被继承人的；为争夺遗产而杀害其他继承人的；遗弃被继承人或虐待被继承人情节严重的伪造、篡改或者销毁遗嘱情节严重的。

继承权丧失的效力，分为绝对丧失和相对丧失两种。

第五节　遗产的概念、特征及其范围

一、遗产的概念与特征

遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。具有特定的时间性、财产性、专属性、权利和义务的统一体，以及限定性。

二、遗产的范围

1、公民个人财产所有权。

2、与财产所有权有关的部分财产权。

3、公民的知识产权中的财产权利。

4、公民的履行标的为财物的债权、债务。

5、公民的其他合法财产。

第六节　继承权的诉讼时效

一、继承权回复请求权

继承权回复请求权的概念。指继承人在其继承权受到不法侵害时，通过诉讼程序请求人民法院予以确认、保护并加以恢复的权利。是由法律赋予的特别独立的请求权。

二、继承权回复请求权的诉讼时效

1、一般诉讼时效 2 年

从继承人知道或者应当知道其权利被侵犯之日起，继承人在 2 年之内向法院提起诉讼请求，人民法院应当受理。

2、长期诉讼时效 20 年

在继承人不知道或无法知道其权利被侵犯的情况下，继承人有权在自继承开始之日起 20 年内，向人民法院提起保护其继承权的诉讼。

复习与思考

1．简述继承的含义和法律特征。
2．试述继承制度的本质。
3．分析我国继承法基本原则的具体体现。
4．简述继承法律关系的三要素。
5．继承权的特征和内容是什么？
6．分析继承权与物权、债权之间的区别。
7．简析继承人缺格与继承人废除的区别。
8．分析继承权的丧失与放弃的区别。
9、简述遗产的范围。
10.“权利与义务相一致”是否可作为我国继承法的基本原则？
11．被继承人生前的股权与合伙权益可否作为遗产继承？保险赔偿金、人身损害赔偿金能否作为遗产继承？

第十四章　法定继承

教学目的和要求：了解法定继承的概念和适用范围，熟悉法定继承人的范围和继承顺序，了解继承人之外遗产取得人可以分得遗产的条件、份额，理解代位继承和转继承制度，掌握法定继承人之间遗产份额的确定以及遗产的分配原则。

计划讲授课时数：3 课时

第一节　法定继承的概念和适用范围

一、法定继承的概念和特征

法定继承的概念，是指按照法律直接规定的继承人范围、继承顺序、遗产分配原则等进行财产继承的一种继承制度。法定继承人的范围、继承顺序和遗产分配原则等各方面的内容，都是强制性规范，是以一定的人身关系为前提的。

二、法定继承的适用范围

《继承法》的有关具体规定。

第二节　法定继承人的范围和继承顺序

一、法定继承人的范围

世界各国的法定继承一般以血缘远近和婚姻关系来划分法定继承人的范围和顺序。

我国《继承法》规定的法定继承人：

1、配偶：夫妻基于婚姻关系而产生相互继承权。配偶继承将涉及的一些相关问题。

2、子女：包括婚生子女、非婚生子女、有扶养关系的继子女和养子女。子女继承父母遗产时涉及的问题。

3、父母：包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。

4、兄弟姐妹。

5、祖父母、外祖父母。

6、对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳与丧偶女婿。

司法解释的相关具体规定。

二、法定继承人的继承顺序

我国继承法按照血缘和婚姻的亲疏远近关系排列继承顺序。

第一顺序：配偶、子女、父母；

对公婆、岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿，作为第一顺序继承人。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

第三节　继承人之外的遗产取得人

一、继承人之外的遗产取得人

主要包括依靠被继承人生前扶养的、缺乏劳动能力又没有生活来源的人和对被继承人生前扶养较多的人。以上两类人都不享有继承权，仅是“可以酌分遗产人”。

二、继承人之外的遗产取得人获得遗产的份额

法院根据具体情况可以作出多于或少于继承人份额的判决。

三、继承人之外的遗产取得人对遗产的独立权利

在其依法取得被继承人遗产的权利受到侵犯时，遗产取得权人有权以独立的诉讼主体资格向法院提起诉讼。

第四节　代位继承与转继承

一、代位继承

1、代位继承的概念及其法律特征

所谓代位继承，是指被继承人的子女先于被继承人死亡时，由被继承人子女的晚辈直系血亲，代替其父母的继承顺序继承被继承人遗产的法律制度。

代位继承的法律特征。

2、代位继承的性质和意义

关于代位继承权的性质，在法学理论上有不同的学说：继承权转移说，法律推定意志说，固有权利说，代表权利说。

二、转继承

1、转继承的概念

转继承，又称为再继承、连续继承，它是指继承人在继承开始后、遗产分割前死亡，其应继承的遗产转由他的合法继承人来继承的制度。

转继承在本质上是两个先后相继的继承，转移的应当是遗产所有权而非继承权。

2、转继承与代位继承的区别

适用的条件与时间不同，适用继承的范围不同，适用的主体不同，客体不同，继承权利与义务不同，应继份额的归属不同。

第五节　法定继承人之间的遗产分配

一、遗产分配原则

1、同一顺序继承人，一般应当均等分配遗产的原则。

2、考虑继承人和被继承人生前扶养关系的原则。

3、特殊照顾的原则。

4、经继承人协商同意，也可以不均等原则。

二、遗产份额的确定

遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或直接向人民法院提起诉讼。

近现代外国继承立法中关于法定继承方式中的遗产分配原则与方法。

在对待配偶的应继份上，世界各国的继承立法的五种立法例。

复习与思考：

1．试述法定继承的概念和特征。

2．简述法定继承与遗嘱继承的关系。

3．试析法定继承人的范围和继承顺序及其原因。

4．试述代位继承的概念和法律特征。

5．试析代位继承和转继承的区别。

6．简述法定继承的遗产分配原则。

7．简述继承人之外的遗产取得人的概念和特征。

8．我国法定继承人范围的确定是否符合继承的目的与宗旨？

第十五章　遗嘱继承

教学目的和要求：了解遗嘱继承的概念和特征及其历史发展，熟悉遗嘱的概念，掌握遗嘱的能力、形式、内容、效力以及遗嘱的变更、撤销和执行的具体规定，理解遗嘱继承制度的本质和意义。

计划讲授课时数：　2 课时

第一节　遗嘱继承概述

一、遗嘱继承的概念与特征

1、遗嘱继承的概念

遗嘱继承，是指继承人按照被继承人合法有效的遗嘱继承遗嘱人遗产的法律制度。

2、遗嘱继承的特征

发生遗嘱继承的法律事实不是单一的，它直接体现着遗嘱人的意愿，效力高于法定继承。

二、遗嘱继承的历史发展

遗嘱继承的起源及其在西方社会的发展进程。

我国古代也存在遗嘱继承。

现代社会对遗嘱自由制度的规定及其对遗嘱自由的限制。我国法律法规的相关规定。

第二节　遗 嘱

一、遗嘱的概念与特征

1、遗嘱的概念

遗嘱，是指公民生前按照法律规定的方式处分自己的财产及有关事务并于其死亡后发生效力的单方法律行为。

2、遗嘱的特征

遗嘱是单方的法律行为，是要式法律行为，是在遗嘱人死后发生法律效力，内容必须符合法律规定，必须由本人实施的法律行为，遗嘱继承人的法律地位不能被替代。

二、遗嘱能力

1、遗嘱能力的概念

遗嘱能力，是指公民依法享有的设立遗嘱，依法自由处分自己财产的资格，亦即遗嘱人的行为能力。只有具有完全民事行为能力的人才有遗嘱能力。

2、确定遗嘱能力的时间

确定遗嘱人的遗嘱能力以立遗嘱时遗嘱人的状态为标准。

三、遗嘱的形式

遗嘱是要式法律行为，法律对遗嘱的形式作出明确规定。我国继承法规定，遗嘱的法定形式有以下五种：公证遗嘱，自书遗嘱，代书遗嘱，录音遗嘱，口头遗嘱。

每种遗嘱形式的具体要求。

四、遗嘱的内容

1、继承人、受遗赠人的指定
2、有关遗产的分配方法和数额
3、关于继承人、受遗赠人的附加义务
4、其他事项
5、遗嘱的无效
下列遗嘱无效：
1、无遗嘱能力的人所立的遗嘱
2、遗嘱的形式不合法
3、受胁迫、欺骗所立的遗嘱
4、伪造的、被篡改的遗嘱
5、遗嘱对必继份进行处分的部分
6、遗嘱人以遗嘱处分不属于自己的财产
7、遗嘱继承人有丧失继承权的情形

第三节　遗嘱的变更、撤销和执行

一、遗嘱的变更和撤销

1、遗嘱的变更和撤销的概念
遗嘱的变更是指遗嘱人在遗嘱设立后对遗嘱内容的部分修改。
遗嘱的撤销是指遗嘱人在设立遗嘱后又取消原来所立的遗嘱。
2、遗嘱的变更和撤销的条件
遗嘱变更、撤销时遗嘱人须具有遗嘱能力
遗嘱的变更、撤销须为遗嘱人的真实意思表示
遗嘱的变更、撤销须由遗嘱人亲自依法定的方式而为
3、遗嘱变更、撤销的效力
遗嘱的变更、撤销的效力在于使原遗嘱的内容不能发生效力，变更、撤销后的新遗嘱发生效力。

二、遗嘱的执行

1、遗嘱执行的含义
遗嘱的执行，是指于遗嘱生效后为实现遗嘱的内容所必要的程序。遗嘱的执行是实现遗嘱内容，实现被继承人的遗愿，保护继承人与利害关系人利益的重要环节。
执行遗嘱的目的，是为了实现遗嘱人在遗嘱中所表述的意思。
2、遗嘱执行人的确定
遗嘱执行人应为完全民事行为能力人。司法实践中确定遗嘱执行人的三种情况。
3、遗嘱执行人的职责

查明遗嘱是否合法真实，清理遗产，管理遗产，召集全体遗嘱继承人和受遗赠人，按照遗嘱内容将遗产最终转移给遗嘱继承人、受遗赠人。

复习与思考：

1．试述遗嘱无效的情形。
2．试析我国五种遗嘱形式的区别。
3．试述我国继承法第 19 条有关必继份的内容
4．怎样变更、撤销遗嘱？
5．我国的必继份与外国的特留份有何不同？
6．你认为在我国是否应当承认共同遗嘱的效力？原因何在？
7．哪些人不得作为遗嘱的见证人？
8．对遗嘱自由是否应当限制，应如何限制？

第十六章　遗赠和遗赠抚养协议

教学目的和要求：了解遗赠的概念、法律特征、受遗赠权的接受、放弃与丧失以及遗赠的执行等相关规定，掌握遗赠扶养协议的概念、法律特征和内容，理解遗赠抚养协议的现实意义。

计划讲授课时数： 1 课时

第一节　遗赠

一、遗赠的概念

遗赠，是指公民以遗嘱的方式将其所拥有的个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的公民，而于其死亡后发生法律效力的法律行为。

二、遗赠的法律特征

遗赠的法律特征与遗嘱有共同之处，只是受遗赠人与遗嘱继承人范围不同，受遗赠人为法定继承人以外的人。

三、受遗赠权的接受、放弃与丧失

受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

四、遗赠的执行

受遗赠人在知道受遗赠后两个月内，向遗嘱执行人作出接受遗赠的意思表示的，即享有请求遗嘱执行人依遗嘱将遗赠物交付其所有的请求权。

第二节　遗赠扶养协议

一、遗赠抚养协议的概念

遗赠扶养协议是受扶养人与扶养人签订的关于扶养人承担受扶养人生养死葬的义务，受扶养人将自己的财产于死后赠与扶养人的协议。扶养人可以是公民也可以是集体经济组织。

遗赠扶养协议的当事人之间是平等、有偿、互利的民事法律关系。带有明显的互助性质，是我国特有的一种继承制度。

二、遗赠扶养协议的法律特征

1、遗赠扶养协议是双方法律行为
2、遗赠扶养协议是诺成性的要式法律行为
3、遗赠扶养协议是一种双务法律行为
4、遗赠扶养协议是有偿法律行为
5、遗赠扶养协议是公民生前对自己死亡后遗留财产的一种处置方式

三、遗赠扶养协议的意义

1、遗赠扶养协议有利于解决农村“五保户”问题
2、遗赠扶养协议制度有利于保护老年人、残疾人的合法权益
3、遗赠扶养协议制度有利于减轻国家和社会的负担

四、遗赠扶养协议的内容

1、遗赠抚养协议的主体
受扶养人也就是遗赠人，只能是公民；扶养方，可以是公民，也可以是集体所有制经济组织。
2、扶养人的主要权利义务的具体规定。
3、受扶养人的主要权利义务的具体规定。

复习与思考：

1．试析受遗赠人与遗嘱继承人的区别。
2．遗赠抚养协议的效力为何高于遗嘱？
3．遗赠抚养协议的双方当事人有哪些权利义务？
4．我国遗赠抚养协议与外国的继承契约有何区别？
5．遗赠与遗嘱继承、遗赠抚养协议的区别是什么？

第十七章　遗产的处理

教学目的和要求：知晓继承开始的时间和地点及其法律意义；掌握遗产分割和债务清偿的原则和方法；了解无人继承的遗产如何处理。

计划讲授课时数：0.5 课时

第一节　继承的开始

一、继承开始的时间和地点

1、继承开始时间的确定

被继承人死亡的时间就是继承开始的时间。

自然死亡和宣告死亡的确定方法。

互有继承权的继承人在同一事故中死亡时间的确定。

2、继承开始时间的法律意义

确定继承人的范围，确定遗产的范围，确定遗产所有权的转移，确定继承人的应继份，确定放弃继承权的溯及力，确定遗嘱生效时间，确定 20 年最长时效的起算点。

3、继承开始的地点的确定

我国继承法没有明确规定继承开始的地点。我国司法实践采取的是以被继承人的生前最后住所地或主要遗产所在地为继承开始的地点。

4、确定继承开始地点的法律意义

继承开始的地点往往也就是遗产的集中地。这有利于调查及确定被继承人的遗产范围、数额等情况，也有利于法院查清案件事实。

二、继承开始的通知与遗产管理

1、继承开始的通知

继承开始后，应将被继承人死亡的事实通知继承人或遗嘱执行人，以便继承人、遗嘱执行人及时地处理有关继承问题。

对负有继承开始通知义务者的规定。

2、遗产的保管

遗产保管人的确定及遗产保管人的义务。

第二节　遗产的分割与债务清偿

一、遗产的分割

1、遗产分割的概念

遗产分割是指继承开始后，依法在数个继承人之间分配遗产，而使遗产实际归转各继承人所有的法律行为。

2、遗产分割的时间

继承开始后的任何时间内，任何一个继承人都有权要求分割遗产，除非遗嘱规定在一段时间内禁止分割或者未清偿债务就要求分割遗产，或者继承人达成限制分割的协议。

3、遗产分割的原则

遗产分割自由原则；保留胎儿继承份额原则；互谅互让、协商分割原则；物尽其用原则。

4、遗产范围的确定

遗产分割前要注意将遗产从夫妻共同财产、家庭共同财产、以及其他形式的共同财产中区分出来。

5、遗产分割的方式

可以采取实物分割、折价、适当补偿或共有等方法处理。

二、遗产债务的清偿

1、遗产债务的概念

遗产债务是指被继承人生前个人所欠的债务，包括应当缴纳的税款。

2、遗产债务的清偿原则

全部继承原则，限定继承原则，保留必留份原则，清偿债务优先于执行遗赠原则。

3、遗产债务的清偿方法

司法实践中一般采用以下两种方法：先清偿债务后分割遗产，先分割遗产后清偿债务。4、遗产债务的清偿时间

我国继承法上没有关于遗产债务清偿时间的规定。根据司法实践的一般作法，继承开始后，继承人或遗产保管人在清点完遗产之后，应当及时通知债权人声明债权，以便于继承人清偿债务。

第三节　无人继承遗产的处理

一、无人继承遗产的概念和成因

无人继承遗产是指没有继承人或受遗赠人承受的遗产。

无人继承遗产的主要情况。

二、无人继承遗产的处理

我国继承法的特殊规定：按死者的身份来确定无人继承遗产归属。

处理无人继承的遗产时应当注意的问题：债务的清偿；非继承人可以取得遗产的情况。

复习与思考

1．试述继承开始的法律意义。

2．无人继承的遗产如何处理？

3．相互有继承关系的几个继承人在同一事件中死亡，死亡时间不能确定时如何推定？

4．我国法律目前如何避免无人继承遗产的情况出现？

5．为什么有遗产分割自由的原则？遗嘱人是否可以限制分割自由？

第十八章　继承法附论

教学目的和要求：了解涉外继承和涉港澳台同胞继承的相关规定，理解其中的特殊性。
计划讲授课时数： 0.5 课时

第一节　涉外继承

一、涉外继承的含义

涉外继承是指在继承法律关系的构成要素中有一个或者几个涉外因素，如继承人或被继承人为外国人，遗产的一部分或全部在国外，与继承有关的法律事实在国外等等。

世界上主要有两种不同的原则：同一制与区别制。

二、我国涉外继承的法律适用

我国《继承法》的具体规定以及我国与外国签订的条约、协定的具体规定。

第二节　涉侨、港澳台同胞继承

一、涉及华侨、归侨和侨眷的继承

华侨回国继承遗产和归侨、侨眷继承境外遗产的具体规定。

二、港澳台同胞的继承

目前涉港澳台继承仍然参照涉外继承法律适用的规定。

为保护去台人员和台胞的合法权益，考虑到历史的特殊性，对涉台继承案件的诉讼时效作了特殊规定。

复习与思考

1．涉外继承中动产与不动产的法律适用有何区别？
2．对涉台继承我国法律有什么特殊规定？
1．将涉外继承中动产与不动产分别适用不同的法律在实务中有何弊端？

参 考 书 目

1． 恩格斯著：《家庭、私有制和国家的起源》，人民出版社 1956 年版。
2． 瞿同祖著：《中国法律与中国社会》，中华书局 1981 年版。
3． 陈顾远著：《中国婚姻史》，台湾商务印书馆 1997 年版。
4． 史尚宽著：《亲属法论》， 中国政法大学出版社 2000 年版。
5． 史尚宽著：《继承法论》，中国政法大学出版社 2000 年版。

6. 胡长清著:《中国民法亲属论》，台湾商务印书馆 1978 年版。
7. 巫昌祯主编:《婚姻家庭法》，中国政法大学出版社 2001 年版。
8. 巫昌祯主编:《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社 2001 年版。
9. 杨大文主编:《婚姻家庭法学》，复旦大学出版社 2004 年版。
10. 杨大文主编:《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社 2001 年版。
11. 李志敏主编:《比较家庭法》，北京大学出版社 1988 年版。
12. 夏吟兰主编:《婚姻家庭继承法》，中国政法大学出版社 2005 年版。
13. 王洪著:《婚姻家庭法》，法律出版社 2003 年版。
14. 郭明瑞、房绍坤著:《继承法》，法律出版社 2004 年版。
15. 林秀雄著:《夫妻财产制之研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。
16. 林秀雄著:《婚姻家庭法之研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。 .
17. 陶毅、明欣著:《中国婚姻家庭制度史》，东方出版社 1994 年版。
18. 龙翼飞著:《香港家庭法》，河南人民出版社 1997 年版。
19. 林荫茂著:《婚姻家庭法比较研究》，澳门基金会 1997 年版。
20. 夏吟兰著:《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社 1999 年版 。
21. 陈小君主编:《海峡两岸亲属法比较研究》，中国政法大学出版社 1996 年。
22. 张玉敏著:《继承法律制度研究》，法律出版社 1999 年版。
23. 巫昌祯、杨大文主编:《走向 21 世纪的中国婚姻家庭》，
吉林人民出版社 1995 年版。
24. 李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》，光明日报出版社 1999 年版。
25. 夏吟兰、蒋月、薛宁兰著:《21 世纪婚姻家庭新规制》，检察出版社，2001 年版。
26. 陈苇著:《中国婚姻家庭立法专论》，群众出版社 2000 年版。
27. 王歌雅著:《中国现代婚姻家庭立法研究》，黑龙江人民出版社 2004 年版。
28. 曹诗权著:《未成年人监护制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版。
29. 李霞著:《监护制度比较研究》，山东大学出版 2004 年版。
30. 王丽萍著:《亲子法研究》，法律出版社 2004 年版。
31. 张学军著:《论离婚后的扶养立法》，法律出版社 2004 年版。
32. 陈苇主编:《外国婚姻家庭比较法研究》，群众出版社 2005 年版。
33. 杨立新著:《亲属法专论》，高等教育出版社 2005 年版。
34. 田岚主编:《婚姻家庭继承法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版。
35. 张贤钰主编:《外国婚姻家庭法资料选编》，复旦大学出版社 1991 年版。
36. 王叔文等主编《最新香港民商法律》(婚姻家庭法上下卷)，
人民法院出版社 1997 年版
37. 刘素萍主编:《婚姻法学参考资料》，中国人民大学出版社 1989 年版。
38. 法学教材编辑部:《婚姻立法资料选编》，法律出版社 1982 年版。
39. 王胜明、孙礼海主编:〈中华人民共和国婚姻法修改立法资料选〉，
法律出版社 2001 年版。
40. 李忠芳主编:《外国婚姻家庭法汇编》，群众出版社 2000 年版。

《税　法》教学大纲

杨　萍　编写

目　录

前　言.....214
定位.....214
结构.....214
学习方法.....215
第一编　税法基础理论——走进税法世界的大门.....216
第一章　税法及其调整对象.....216
第一节　税法的概念.....216
一、税收的概念.....216
二、税法的概念.....216
第二节 税法渊源及其调整对象.....216
一、税法渊源.....216
二、税法的调整对象.....217
思考与应用.....217
第二章　税法在中国.....218
第一节　改革开放前的税法（1950 年至 1978 年）.....218
第二节　改革开放后的税法（1978 年至今）及发展目标.....218
思考与应用.....218
第三章　税收法律关系.....219
第一节　税收法律关系概述.....219
一、税收法律关系的概念.....219
二、税收法律关系的性质.....219
三、税收法律关系的本质.....219
第二节　税收法律关系的构成要素.....219
一、税收法律关系的主体.....219
二、税收法律关系的内容.....219
三、税收法律关系客体.....220
第三节　税收法律关系的产生、变更与终止.....220
一、税收法律事实.....220
二、税收法律关系的产生、变更与终止.....220
思考与应用.....220
第四章　税法原则.....222
第一节　税法原则概述.....222
一、税法原则的概念.....222
二、税法原则的地位及意义.....222
第二节　税法基本原则各论.....222
一、税收法定原则.....222
二、税法公平规定.....222
三、税法效益原则.....222
第三节　税法的具体原则各论.....222
一、社会政策原则.....222

二、适度税收原则.....223
三、税法简化原则.....223
四、实质征税原则.....223
思考与应用.....223
第五章　税法的构成要素及其分类.....224
第一节　税法的构成要素.....224
一、纳税人.....224
二、征税对象.....224
三、税目.....224
四、计税依据.....224
五、税率.....224
六、纳税环节.....224
七、纳税期限和申报期限.....224
八、纳税地点.....225
九、税收优惠.....225
第二节　税法分类.....225
一、按照税法的功能作用不同划分.....225
二、按照征税对象不同划分.....225
三、按照税收是否转嫁划分.....225
四、按照税法适用的主体不同划分.....225
思考与应用.....225
第二编　实体税法——一个个具体税种单行税法构成的统一体.....227
第六章　商品及劳务税法.....227
第一节　增值税法.....227
一、增值税法概念.....227
二、增值税法的基本内容.....227
第二节　消费税法.....228
一、消费税法概述.....228
二、消费税法的基本内容.....229
第三节 营业税法.....230
一、营业税法概述.....230
二、营业税法的基本内容.....230
第四节　城市维护建设税法.....230
一、城市维护建设税法概述.....230
二、城市维护建设税法的基本内容.....231
第五节 关税法.....231
一、关税法概述.....231
二、关税法的内容.....231
思考与应用.....232
第七章　所得税法.....233
第一节 企业所得税法.....233
一、企业所得税法概述.....233
二、企业所得税法的基本内容.....233

第二节　个人所得税法.....234
一、个人所得税法概述.....234
二、个人所得税法制度的内容.....234
思考与应用.....235
第八章　财产税法.....236
第一节　契税法.....236
一、契税法概述.....236
二、契税法的基本内容.....236
第二节　房产税法.....236
一、房产税法概述.....236
二、房产税法的基本内容.....237
第三节　车辆购置税法.....237
一、车辆购置税法概述.....237
二、车辆购置税法的基本内容.....237
第四节　车船税法.....238
一、车船税法概述.....238
二、车船使用税法基本内容.....238
思考与应用.....238
第九章　行为及目的税法.....240
第一节　印花税法.....240
一、印花税法概述.....240
二、印花税法的基本内容.....240
第二节　城镇土地使用税法.....240
一、城镇土地使用税法概述.....240
二、城镇土地使用税法的基本内容.....241
第三节　耕地占用税法.....241
一、耕地占用税法.....241
二、耕地占用税法的基本内容.....241
第四节　资源税法.....242
一、资源税法概述.....242
二、资源税法基本内容.....242
第五节　土地增值税法.....243
一、土地增值税法.....243
二、土地增值税法的基本内容.....243
思考与应用.....244
第二编的综合思考与应用.....244
第三编　程序税法.....245
第十章　税收征收管理法.....245
第一节　税务管理制度.....245
一、税务登记制度.....245
二、账簿、凭证管理制度.....245
三、纳税申报制度.....246
第二节　税款征收制度.....246

一、税款征收方式……246
二、征税主体与纳税主体及相关当事人在税款征收中的权力（利）与义务……246
三、税款的退还与追征……248
第二节　税务检查制度……248
一、税务检查制度的概念……248
二、税务机关在税务检查中的权力与义务……248
三、纳税人、扣缴义务人在税务检查中的权利与义务……249
四、有关单位和个人在税务检查中的权利与义务……249
五、税务稽查制度……249
第三节　法律责任……249
一、纳税人、扣缴义务人涉及的违反税收征收管理法的行为及其法律责任……249
二、税务机关、税务人员涉及的违反税收征收管理法的主要行为及其法律责任……250
三、纳税人、扣缴义务人、税务人员及其他人涉及的违反税收征收管理法的主要行为及其法律责任……251
思考与应用……253
第十一章　税收救济法……254
第一节　税收救济法概述……254
一、税收救济法的概念……254
二、税收救济法的意义……254
三、税收救济法的途径……254
第二节　税务行政复议与行政诉讼制度……254
一、税务行政复议与行政诉讼制度的概念……254
二、税务行政复议与行政诉讼制度的范围……254
三、税务行政复议与行政诉讼管辖……255
四、税务行政复议与税务行政诉讼制度的程序……256
第三节　税务行政赔偿制度……256
一、税务行政赔偿制度概述……256
二、税务行政赔偿制度的内容……257
思考与应用……257
参考文献……258

前　言

“普通教育的目的之一是让人们更多地了解世界，以便使他们成为好公民。经济学的学习和任何一门学科的学习一样是服务于这个目的的。因此，写一本经济学的教科书是一种极大的荣誉和职责。这也是经济学家促进政府更健全、未来更繁荣的一种方法。正如伟大的经济学家保罗•萨缪尔森所指出的：‘如果我能够写一国的经济学教科书，我就不管谁制定该国的法律，或者谁起草高深的条约’。” [曼昆（美国）：《经济学原理》，生活• 读书•新知三联书店与北京大学出版社出版，1999 年 9 月第一版，第 6 页]

美国经济学家曼昆以自己丰厚的经济学知识和将写教科书作为自己荣誉和职责的态度，写出了通俗易懂的《经济学原理》，使那些从未接触过经济学或对经济学不感兴趣的读者，因他的《经济学原理》而对经济学产生了浓厚的兴趣。每每读此书，我的脑海里总会浮现出这样的念头：“如果能够写出这样一本书，此生无撼！”中国政法大学张俊浩教授以自己多年积淀的民法学知识和对教科书严谨的态度，写出了一版再版的《民法学原理》，使那些对民法学感到博大精深、难以读懂的读者，因他主编的《民法学原理》而对民法产生了极大的兴趣。一个学生讲：“原来读张俊浩老师的书有点读不懂，但越读越觉得只有这本书才是最好的。”

从中我们已深深地领悟到：好教科书的真正价值所在。它们会使读者产生读了此书是其一生之幸事和不读此书是其一生之憾事之感。因为，它们不仅仅给予读者知识和原理，更重要的是，它们在通过传授知识、原理的过程中给读者更深层次的东西，即如何思考，如何创造性地思考；而且是以严谨、认真的方式去思考。正是这种认真、严谨，同时又有创造性的思考能力才是给读者的最重要的东西。换句话讲，好的教科书不是授之以鱼，而是授之以渔，使读者读后达到知识—方法—理念三大阶梯的升华。

我深知我的功底远不如上述两位“家”，但我从他们身上学到了做事的态度—虔诚、认真和严谨。

定位

与其他许多税法学教材相比，本书将较多的篇幅用于税法学原理，而将较少的篇幅用于相关理论的探讨。我们常说，资源是稀缺的，但我们几乎没有意识到学生的时间也是稀缺资源之一。为了尊重学生的时间，我们将本书定位在如书名《税法学原理》的“原理”二字。

为了提炼出税法学的精华，我们必须考虑对于大学本科生来说，真正需要的是什么。据我了解，大学本科生在入学之前，很少或几乎没有接触税法学知识。税法学是法学课程的组成部分，但由于其自身的专业性、相关教科书书写的内容和方式以及教师的教学方式，使学生在大量接触法学课程之后，仍然认为税法学枯燥、难懂。因此，我们的目标是学生在学完税法学这门课后，不仅发现税法学是有兴趣的，而且学会从一个新的角度和更有见解地思考问题和解决问题。

结构

为了给学生一本简单明了的教科书，本书共分三编：税法基础理论、实体税法、程序税法。

第一编包括税法及其调整对象、税法在中国、税收法律关系、税法的基本原则、税法的构成要素及其分类等内容。在这一领域，首先让学生领略税法的基础知识，它是学生认识税法的第一步，是他们进入实体税法和程序税法和通向税法最高境界的基石。

第二编包括商品及劳务税法、所得税法、财产税法和行为及目的税法等内容。学生以第一领域的知识作为基础，自然走进实体税法领域。在这一领域，学生将会领略世界各国、尤其是中国一个个具体税种在法律制度上的产生、发展及其内容。从中学生会感受到实体税法的趣味性和奇妙性。

第三编包括税收征收管理法、税务行政复议与行政诉讼制度等内容。在这一领域，让学生了解如何使有趣、丰富、具体的实体税法得以实现，使学生明白如果没有程序税法，再好的实体税法也只是一纸空文。

学习方法

本书目的是帮助学生学习税法学的基本原理，并向学生提供如何将这些原理运用到其所在的生活及工作实践中。

●每编对象　每编都从列出该编所包含的各章内容开始，使学生对该编内容有一个宏观上的认识。

●每章对象　每章都从列出该章所包含的主要内容开始，使学生对该章的主要内容有所认识。

●脚注的灵活运用　本书的脚注不仅局限于注释引用语的出处，而是灵活使用。如在书中正文中解释过于细化、但又需要解释的内容；关于一个问题的多种观点或自己的看法；等等；都可以通过脚注的形式处理。这样，既可以实现本书简单明了的目的，又可以使那些想了解相关问题更多的读者得到满足。

●思考与应用　每章结束时都给出该章的主要思考题和应用题。思考与应用题是本书的一大特色，这些思考与应用题不是对教科书主要问题的简单重复，而是经过深思熟虑设计出来的。其中，思考题的目的是让学生在学完该章内容后检验其对该章主要原理的掌握情况；应用题的目的是使学生运用其已学过的原理，学会能够继续研究一些理论问题和解决一些实际问题。通过思考与应用题，一方面提高学生搜集资料、检索资料、分析资料、最终达到产生自己观点的研究能力；另一方面，让学生走入社会做相关的社会调查，在调查中使学生学会接触社会以及解决问题的能力。在这两个过程中，都要求学生将自己的研究结果或调查结果以书面形式表达出来，再以口头形式表达出来，使学生的书面表达和口头表达的能力得以提高。

第一编　税法基础理论——走进税法世界的大门

在这一领域，我们将领略税法的基础知识，它是我们认识税法的第一步，是我们走向税法第二、第三领域和通向税法最高境界的基石。

在本编你将了解——

1．税法及其调整对象

2．税法在中国

3．税收法律关系

4．税法的基本原则

5．税法的构成要素及其分类

第一章　税法及其调整对象

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解税收、税法的概念，税法的法律渊源及税法的调整对象。

第一节　税法的概念

一、税收的概念

“税收是人们享受国家（政府）提供的公共产品或公共服务而支付的价格费用。国家（政府）提供公共产品或公共服务，由社会成员私人消费和享受，国家（政府）由此而支付的费用必须由社会成员通过纳税来补偿。私人为了得到公共产品或公共服务而支付的费用的现象，正是市场经济等价交换行为在公共财政活动中的反映。”（张馨：《公共财政论纲》，经济科学出版社 1999 年版，第 232 页）

二、税法的概念

税法的概念有狭义与广义之分。狭义上的税法是指国家最高权力机构制定的关于调整和确认征税主体与纳税人在税务活动中形成的税务关系的法律性文件的总称。广义上的税法是指国家立法机构制定的关于调整和确认征税主体与纳税人之间在税务活动中形成的税务关系的法律规范的总称。这里的“法律规范”包括 WTO 原则、国际税收协议或者协定、宪法中有关税法方面的条款、税收法律、行政法规、行政规章、地方性税收法规、自治条例、单行条例及税法解释。本书中的“税法”是指广义上的税法。

第二节 税法渊源及其调整对象

一、税法渊源

（一）WTO 原则

WTO 原则是 WTO 各成员国立法时应遵循的基本准则。WTO 原则对各成员国都具有法律上的约束力，即 WTO 原则构成 WTO 各成员国法的渊源。我国是 WTO 成员国之一，因此，WTO 原则

属于我国法的渊源，相应地，WTO 原则中相关税法方面的规定则构成我国的税法渊源之一。

（二）国际税收协议或者协定

国际税收协议或者协定是指我国与相关主权国家签订的双边或多边关于税收方面的书面协议或协定。从严格意义上讲，国际税收协议或者协定属于国际税法范畴，但根据“条约必须遵守”的国际惯例，国际税收协议或者协定对各缔约国具有法律上的约束力，国际税收协议或者协定也属于我国国内税法渊源。

（三）宪法

宪法是税法的重要渊源。

（四）税收法律

根据立法法的规定，财政部、国家税务总局和海关总署，有权根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定税收规章。因此，税收规章构成我国税法渊源。

（七）地方性税收法规、自治条例和单行条例及规章

根据立法法的规定，省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会根据本行政区和具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性税收法规；民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定税收自治条例和单行条例；省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，可以法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性税收法规，制定税收规章。以上地方性税收法规、税收自治条例和单行条例及规章构成我国的税法渊源。

（八）税法解释

税法解释是指全国人大常务委员会、国务院、财政部、国家税务总局和地方权力机关和行政机关对税法做出的解释，构成税法渊源之一。

二、税法的调整对象

税法的调整对象，是指征税主体与纳税人之间在税务活动中形成的社会关系。简称为税务关系。

税务关系包括两个方面：一是征税主体与纳税人之间形成的税收经济分配关系；二是征税主体与纳税人之间形成的税收程序关系。

思考与应用

1．你对税收概念如何理解？为什么？以书面形式予以表达。

2．考察税收的用途，列举几个在你身上发生的税收例子，并从国家和你个人的角度谈谈对税收的看法。

3．考察中西方国家的税收、税法环境，分析其各自的成因，并以书面形式予以表达。

4．你认为应该如何界定税法的调整对象？

第二章　税法在中国

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解税法在新中国的发展历程，并在此基础上规划我国税法的发展目标。

第一节　改革开放前的税法（1950 年至 1978 年）

一、1950 年新中国税法的建立
二、1953 年工商税法制度的修正
三、1958 年工商税法制度的改革和国家农业税法制度的统一
四、1973 年工商税法制度的改革

第二节　改革开放后的税法（1978 年至今）及发展目标

一、1978 年至 1982 年我国税法制度的恢复与建立
二、1983 年至 1993 年“利改税”与工商税制全面改革
三、我国现行的税法制度（1993 年至今）
四、我国税法改革的目标

思考与应用

1．考察我国在改革开放后，恢复、建立税法制度时，为什么首先涉及涉外方面？
2．请分析我国在 1983 和 1984 的两步“利改税”好在哪里？错在哪里？
3．以拉伐曲线原理对我国历史上国有企业所得税税率曾经设计为 55%的状况进行分析。
4．从我国税法发展的历程中，你得到的启迪是什么？
5．你认为应该如何设计我国的税法的发展目标？

第三章　税收法律关系

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解什么是税收法律关系，重点了解并讨论税收法律关系的性质、本质及其意义，了解税收法律关系的构成要素，了解税收法律关系的产生、变更和终止。

第一节　税收法律关系概述

一、税收法律关系的概念

税收法律关系，是指通过税法确认和调整的征税主体与纳税人之间在税法关系中形成的权利义务关系。

二、税收法律关系的性质

税收法律关系的性质属于债券债务关系。

三、税收法律关系的本质

税收法律关系的本质是指征税主体与纳税人之间的法律地位是平等的。

第二节　税收法律关系的构成要素

一、税收法律关系的主体

税收法律关系的主体，是指在税收法律关系中依法享有权利和承担义务的当事人。包括征税主体和纳税主体

（一）征税主体

从应然角度讲，征税主体是指国家，但国家是一个是看不见、摸不着的抽象实体，它不能亲自履行自己的征税权，而只能通过立法形式将征税权授权给具体履行征税的行政机关。因此，从实然角度讲，征税主体是指具体履行征税职能的行政机关。

目前，在我国，具体行使征税权的职能机关包括各级税务机关、财政机关和海关。

（二）纳税主体

纳税主体有广义与狭义之分。广义上的纳税主体，是指法律、法规规定的享有基本权利和具体权利并承担纳税义务的单位和个人；狭义上的纳税主体，是指税收法律、法规规定的享有权利并承担纳税义务的单位和个人。

二、税收法律关系的内容

税收法律关系的内容是指税收法律关系主体依法应享有的权利（力）和应承担的义务。

（一）征税主体的权利与义务

征税主体的权利与义务有基本权利和基本义务与具体权利和与具体义务之分。

1．征税主体的基本权利与基本义务

征税主体的基本权利是征税权；基本义务向人民返还公共产品或公共服务。

2．征税主体的具体权力（利）与义务

征税主体的具体权力主要包括：税务管理权；税款征收权；税务检查权；税务违法处理权等等。

征税主体的具体义务主要包括：不得违反法律、法规的规定开征、停征、多征或者少征税款、提前征收、延缓征收或者摊派税款；依照法定程序征税及依法确定税收征收管理的有关事项；按照规定付给扣缴义务人代扣、代收税款的手续费，且不得要求非扣缴义务人代扣、代收税款；征税时，必须给纳税人开具完税凭证；税务机关应当严格按照法定程序实施和解除税收保全措施、强制执行措施等等。

（二）纳税主体的权利与义务

纳税主体包括自然人与非自然人，这两类人的权利与义务是不同的，即自然人除了具体权利与义务权利外，还有基本权利与基本义务。

1．纳税主体（自然人）的基本权利与基本义务

纳税主体的基本权利是从国家获取公共产品或公共服务。具体主要包括：选举权和被选举权、政治自由权、人身自由权、人格自尊权、住宅不受侵犯权、监督权、受教育权等等。

纳税主体的基本义务是向国家纳税。

2．纳税主体的具体权利与具体义务

纳税主体的具体权利主要包括：税法适用的公正权；法定最低限额纳税权；获取信息权；保护隐私权；忠诚推定权；税务行政复议和诉讼权等等。

纳税主体的具体义务主要包括：依法办理、变更或注销税务登记；依法设置账簿、凭证并妥善对其进行保管；依法进行纳税申报；依法接受征税主体的税务检查和处罚等等。

三、税收法律关系客体

税收法律关系客体，是指税收法律关系主体权利义务共同指向的对象，即税收利益。

第三节　税收法律关系的产生、变更与终止

一、税收法律事实

税收法律事实，是指能够引起税收法律关系产生、变更和终止的事件或行为。

二、税收法律关系的产生、变更与终止

（一）税收法律关系的产生

税收法律关系的产生，是指因税收法律事实的发生使征税主体与纳税主体之间产生了税收法律关系。

（二）税收法律关系的变更

税收法律关系的变更，是指征税主体与纳税主体之间已经形成的税收法律关系因一定的税收法律事实的发生而发生了变化。

（三）税收法律关系的终止

税收法律关系的终止，是指征税主体与纳税主体之间已经形成的税收法律关系因一定的税收法律事实的发生而消失。

思考与应用

1．如果你是一个立法者，在税收法律关系性质方面，你会以哪一种学说作为你的立法理念，为什么？并以书面予以表达。

2．区分税收法律关系的债务关系与民法上的债务关系。

3．你如何理解税收法律关系的本质？

4．你认为如何界定征税主体？为什么？以书面形式予以表达。

5．考察中西方国家纳税人的法律地位区别，以书面形式予以表达。

6．请亲自考察你所在地区的税务机构的组成，并以图示方式表达出来。

第四章　税法原则

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解税法的基本原则的概念与地位，了解并讨论税收法定主义，税法公平原则和税法效益原则。

第一节　税法原则概述

一、税法原则的概念

税法原则是指导税法活动的准则。包括税法基本原则和具体原则。基本原则是指能够贯穿税法活动始终、融化于税法内在精髓的准则。具体原则是指某一税法活动应遵循的原则。

二、税法原则的地位及意义

税法原则属于税法法理的构成部分。研究税法的原则，既有理论意义又有实践意义。其理论意义在于，有助于人们更深刻地认识税法的本质等基础理论问题；其实践意义在于对建设和实施税法的过程具有指导作用。

第二节　税法基本原则各论

一、税收法定原则

税法定原则，又称税收法定主义、租税法律主义，是指没有法律依据，任何主体不得征税，国民也不得被要求缴纳税款。该原则起初仅指税收立法法定，包括税种法定、税收要素法定和税收程序法定。但随着经济和法的理论的发展及其作为基本原则，还应赋予其更广泛的内涵，即除了税收立法法定外，还应包括税收执法法定与税收司法法定，即税收法定应贯穿税法活动始终。

二、税法公平规定

税法公平原则是指税法活动始终遵循社会公平。具体包括税收法律关系主体公平和税收立法公平、执法公平及司法公平。

三、税法效益原则

税法效益原则是指税收立法、执法和司法自始至终应遵循社会效益。它是政治安定效益、经济效益（纳税效益和征税效益）、伦理道德效益、社会公平效益、社会和谐效益等效益的综合体。而非税收效益。税收效益是指纳税效益与征税效益。其中，纳税效益是指纳税人在依法纳税时使其纳税成本达到最小化。征税效益是指征税主体付出最小的征税成本获得最大的税收收入。但不论是纳税效益还是征税效益都属于经济效益，仅是税法效益的小部分。

第三节　税法的具体原则各论

一、社会政策原则

社会政策原则，是指国家通过税法工具实现国家在环境保护、资源配置、财富分配、经济和社

会管理等方面的政策目标。

二、适度税收原则

适度税收原则，也称税收中性原则，是指国家制定税法时应做到尽量不妨碍纳税人正常的生产与生活。

三、税法简化原则

税法简化原则，是指国家在制定税法时应立足于易于征税主体和纳税人理解，使征纳双方的征税成本和纳税成本达到最小化。

四、实质征税原则

实质征税原则，是指征税主体在征税时必须注重纳税人的实质，而非其表面形式。

思考与应用

1．请比较税法基本原则与税收基本原则的区别

2．按照税收法定主义原则，你认为我国哪些税收法律、法规应该进一步完善？

3．你认为税收公平原则的准确含义是什么？为什么？以书面形式予以表达。

4．你认为税收效率原则的准确含义是什么？为什么？以书面形式予以表达。

5．以史料来论证违背税收公平原则给国家和纳税人带来什么不良后果。

6．解释国家对收入高的人实行高个人所得税税率的动机是什么？是注重税收公平还是税收效率？

7．假设你是政府立法部门智囊团的成员之一，国家在制定税法时，你我应该如何更好地处理税收公平与税收效率之间的关系？并以书面形式予以表达。

8．在学习了后面有些实体税法之后，回头再思考税法效率原则，最好能以实例进行分析和说明。

第五章　税法的构成要素及其分类

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解实体税法的构成要素及税法的分类。

第一节　税法的构成要素

在这里，税法的构成要素是指实体税法的构成要素。

一、纳税人

纳税人是指税法规定的享有权利和承担义务的单位和个人。

二、征税对象

征税对象，也称征税客体，是指征税主体和纳税主体共同指向的对象。简单地讲，就是对什么征税。

三、税目

税目，也称课税品目，是征税客体的具体化，代表着某一税种的征税界限或征税范围的广度。

四、计税依据

计税依据，是指计算应纳税额的基数。

五、税率

（一）税率的概念

税率是应纳税额与计税依据之间的比例。它是计算税额的尺度，代表着征税的深度。

（二）税率形式

一般世界各国的税率形式主要有：定额税率、比例税率、定额税率与比例税率相结合及累进税率。

1．定额税率，又称固定税额或单位税额，是按照单位征税对象直接规定固定的税额。

2．比例税率，是指对同一征税对象，不分数额大小，均规定相同的征收比例。

3．累进税率，是指将征税对象按数额大小划分成若干等级，不同等级适用由低到高的不同税率。我国现行税法中累进税率有超额累进税率和超率累进税率两种形式。

（1）超额累进税率，是指将同一征税对象划分为若干个等级，每个等级规定相应的税率，分别计算税额，一定数量的征税对象，可以同时适用几个等级部分的税率。

（2）超率累进税率，是指将征税对象数额的相对率划分成若干个等级，每个等级规定相应的税率，一定数量的征税对象，可以同时适用几个等级部分的税率。

六、纳税环节

纳税环节，是指税收法律、行政法规规定的商品从生产到最终消费的过程中应当缴纳税款的环节。

七、纳税期限和申报期限

纳税期限，是指税收法律、行政法规规定的或征税机关依据法律、行政法规核定的纳税人计算

应纳税款的时间界限。

纳税申报期限，是指税收法律、法规规定的或征税机关依据法律、行政法规核定的纳税人、扣缴义务人履行纳税义务或解缴税款义务的时间界限。

八、纳税地点

纳税地点，是指法律、行政法规规定的纳税人申报缴纳税款的地点。

九、税收优惠

税收优惠，是指税法根据国家一定时期政治、经济和社会发展的需要，对某类纳税人或者某些征税对象给予的税收优惠。具体包括减税、免税、起征点、免征额、加速折旧、亏损弥补、境外税款抵扣等等。

第二节　税法分类

税法的内容丰富而繁杂，为了更好地研究、运用税法，可以按照不同标准，或从不同角度，对税法进行科学地分类。这里，主要介绍四种分类方法。

一、按照税法的功能作用不同划分

按照税法的功能作用不同划分，我国的税法可以分为实体税法和程序税法。

二、按照征税对象不同划分

（一）商品及劳务税法，指国家制定的调整和确认在商品及劳务税的税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

（二）所得税法，是指国家制定的调整和确认在所得税税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

（三）财产税法，是指国家制定的调整和确认在财产税税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

（四）行为及目的税法，是指国家制定的调整和确认在行为及目的税税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的法律规范的总称。

三、按照税收是否转嫁划分

按照税收是否转嫁划分，税法可以划分为间接税法和直接税法。间接税法，是指国家制定的调整和确认关于间接税税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。直接税法，是指国家制定的调整和确认在直接税税务活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

四、按照税法适用的主体不同划分

按照税法适用的主体不同划分，税法可以分为涉内税法、涉外税法和国际税法。涉内税法，是指国家制定的适合国内纳税人方面的法律规范的总称。涉外税法，是指国家制定适合涉外纳税人方面的法律规范的总称。国际税法，是指国家与国家之间制定的关于税收方面的协议或协定。

思考与应用

1．查找拉伐曲线原理的提出者、时间和内容。如果你是一个立法者，你是否会采用拉伐曲线

原理来设计国家的宏观税率？请参阅美国经济学家曼昆所著的《经济学原理》（北京大学出版 1999 年 9 版社上册）第八章的内容，并重点谈谈你对其中关于里根总统曾以拉伐曲线原理设计其税收政策的看法。

2．在 1990 年，美国国会对购买豪华汽车征收销售税。从税收中得到的收益等于税率成以用于这类汽车的总支出。几年后当政府需要更多的收入时，它建议提高这种税率。这种税率提高一定能增加税收吗？并解释之。[曼昆（美国）：《经济学原理》，生活• 读书•新知三联书店与北京大学出版社出版，1999 年 9 月第一版，第 113 页]

3．你如何理解累进税率的内在含义？这样的税率形式应该用于哪些税种比较科学？

4．你如何理解税目的法律意义？

5．区分起征点与免征额。

第二编　实体税法——一个个具体税种单行税法构成的统一体

在第一领域的基础上，我们将走进实体税法领域。在这一领域，你将会领略世界他国、尤其是我国一个个具体税种在法律制度上的产生、发展及其内容。从中你会感受到税法的趣味性和奇妙性。

在本编你将了解——

第六章　商品及劳务税法

第七章　所得税法

第八章　财产税法

第九章　行为及目的税法

第六章　商品及劳务税法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生掌握增值税法、消费税法、营业税法的主要内容，了解城市维护建设税法和关税法的主要内容。

第一节　增值税法

一、增值税法概念

（一）增值税的概念

增值税是指以商品和劳务的增值额为征税对象所征收的一种税。

（二）增值税的特征

增值税具有以下特征：

克服了重复征税；税负公平；多环节课征；税率档次少；税收转嫁性。

（三）增值税法的概念

增值税法，是指国家制定的调整和确认在增值税税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

二、增值税法的基本内容

（一）纳税人

增值税的纳税人，是指在中华人民共和国境内销售货物或提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。增值税的纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。

（二）征税范围

从征税范围角度看，各国的增值税可以分为两类：一是全面的增值税，即指增值税的征税范围包括所有商品和劳务；二是非全面的增值税，即指增值税的征税范围仅限于部分商品和部分劳务，或全部商品和部分劳务。我国的增值税属于非全面增值税。我国增值税法的征税范围包括五类：销售货物；提供加工、修理修配劳务；进口货物；混合销售行为和兼营非应税劳务。

（三）税率

理想化的增值税应当实行单一的税率，但在实行增值税的国家中，真正实行单一税率的国家为数很少，大部分国家采用的是多档次税率，综观世界各国，增值税的税率分为四个档次：重税率、基本税率、低税率和零税率。我国增值税税率包括三个档次：基本税率、低税率和零税率。

（四）计税原理

1．一般纳税人应纳税额的计算

关于一般纳税人应纳税额的计算，几乎所有实行增值税制度的国家采用税额扣除法。税额扣除法，或称之为发票抵扣法，即本环节当期实现的销售额（是指销售方从购买方取得的全部价款及价外费用，但不包括向购货方取得的销项税额）与规定税率之乘积（销项税额），减去当期用于生产应税产品或劳务的购进商品和劳务支出额已负担过的税额（进项税额）。用公式表示为：

应纳税额=当期销项税额-当期进项税额

其中：销项税额=销售额×税率

2．小规模纳税人应纳税额计算

应纳税额=销售额×征收率

3．进口货物应纳税额的计算

应纳税额=组成计税价格×税率

组成计税价=关税完税价+关税

或：=（关税完税价+关税）/（1-消费税税率）

（五）免税

根据增值税法的规定，增值税的免税范围主要有：农业生产者销售的自产农业产品；来料加工复出口的货物；避孕药品和用具；古旧图书和销售的自己使用过的物品等等。

（六）纳税义务发生的时间、纳税期限及纳税申报期限

1．纳税义务发生的时间

纳税人销售货物或应税劳务，其增值税纳税义务发生的时间为收讫销售款或取得销售款凭据的当天。

2．纳税期限

增值税的纳税期限，由税务机关根据纳税人应纳税额的大小，分别核定为 1 日、3 日、5 日、10 日、15 日或 1 个月。纳税人不能按固定期限纳税的，可以按照每次取得的销售收入计算纳税。

3．纳税申报期限

纳税人以一个月为一期缴纳增值税的，应当从期满之日起 10 日内申报纳税；以 1 日、3 日、5 日、10 日和 15 日为一期纳税的，应当从期满之日起 5 日内预缴税款，于次月 1 日起 10 日内 以内申报纳税，并结清上月应纳税额。

（七）纳税地点

1．固定业户应当向其机构所在地的税务机关申报缴纳增值税；固定业户到外县（市）销售货物的，应当向其机构所在地的税务机关申请外出经营活动税收管理证明，向其向其机构所在地的税务机关申报缴纳增值税。未持有其机构所在地的税务机关核发的上述证明到外县（市）销售货物或应税劳务的，应当向销售地的税务机关申报，并且按照 4%的征收率缴纳增值税；没有向销售地的税务机关申报纳税的，由其机构所在地的税务机关补征税款。

2．非固定业户应当向销售地的税务机关申报纳税。

3．进口货物应当由进口人或其代理人向报关地海关申报缴纳增值税。

第二节　消费税法

一、消费税法概述

（一）消费税的概念及其特点

消费税是以消费品或消费行为征税对象的一种税。

（二）消费税的特征

消费税具有以下特征：选择性征收；单环节课征；税率的差别性；税收转嫁性。

（三）消费税的作用

消费税具有以下作用：调整产业结构；调节消费结构；调节收入，缓解社会分配不公。

（四）消费税法的概念

消费税法，是指国家制定的调整和确认在消费税税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

二、消费税法的基本内容

（一）纳税人

消费税纳税人，是指生产、销售、进口消费税法规定的应税消费品的所有单位和个人。我国消费税的纳税人，是指在中华人民共和国境内生产、委托加工、零售和进口应税消费品的单位和个人。

（二）征税范围

各国消费税课征范围可以分为三种类型：有限型消费税、中间型消费税和延伸型消费税。

我国消费税属于有限型消费税。根据消费税法的规定，我国消费税的征税范围包括五大类：过度消费会对人类健康、社会秩序、生态环境等方面造成危害的消费品；奢侈品和非生活必须品；高能耗及高档消费品；不能再生和不可替代的石油类消费品；具有财政意义的消费品。

（三）税率

实行消费税国家，一般采用比率税率和定额税率两种形式，有些国家采用比率税率、定额税率和比率税率兼定额税率的复合税率三种形式，如我国。

（四）计算原理

消费税的计算方法可以分为三种：从价计征、从量计征和从价计征兼从量计征。

1．从价计征

从价计征是指按照应税消费品的价格和规定的税率计算应纳消费税额。

计算公式为：应纳税额=销售收入×税率

2．从量计征

从量计征是指以应税消费品销售数量和规定固定税额计算应纳消费税额。

计算公式为：应纳税额=销售数量×单位税额

3．从量计征兼从价计征

从量计征兼从价计征，是指从量计征与从价计征同时使用。

计算公式为：应纳税额=销售总量×（单位税额+出厂价/单位征税对象×税率）

（五）免税

为了鼓励出口，提高本国应税消费品在国际市场上的竞争能力，实行消费税国家一般对出口应税消费品都实行免税。

（六）纳税义务发生的时间、纳税期限及纳税申报期限

基本原理与增值税法规定相同，这里不再赘述。

（七）纳税地点

纳税人生产销售以及自产自用应税消费品的，均应在纳税人核算地缴纳消费税；委托加工应税消费品，由受托者向所在地主管税务机关缴纳消费税；进口应税消费品，由进口人或其代理人报关地海关缴纳消费税。

（八）纳税环节

实行消费税的国家，大多将消费税纳税环节确定在生产环节或进口环节。有些国家将某些应税消费品的纳税环节确定在零售环节。我国消费税的纳税环节为：生产环节或进口环节或零售环节。

第三节 营业税法

一、营业税法概述

（一）营业税的概念

营业税，是指对在中华人民共和国境内提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产的单位和个人就其营业额征收的一种税。

（二）营业税法的概念

营业税法，是指国家制定的调整和确认在营业税税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

二、营业税法的基本内容

（一）纳税人

营业税的纳税人，是指在中华人民共和国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人。

（二）征税范围

现行营业税的征税范围，主要集中在大部分第三产业和部分特殊货物销售方面。根据营业税法的规定，营业税的征税范围包括：在中华人民共和国境内提供应税劳务、转让无形资产和销售不动产。

（三）税率

营业税税率实行行业差别比例税率。共设置了 3 挡，分别为 20%，5%和 3%。

（四）计算原理

应纳税额=营业额（销售额）×税率

（五）免税

根据营业税法的规定，营业税的免税主要包括提供社会公益事业服务；残疾人个人提供的服务；医疗服务；教育服务；等等。

（六）纳税义务发生的时间、纳税期限及纳税申报期限

基本原理与增值税法规定相同，这里不再赘述。

（七）纳税地点

纳税人提供劳务应当向应税劳务发生地的税务机关申报纳税，纳税人从事运输业务应当向其机构所在地的税务机关申报纳税；纳税人转让土地使用权，应当向土地所在地的税务机关申报纳税；纳税人转让其他无形资产，应当向其机构所在地的税务机关申报纳税；纳税人不动产，应当向不动产所在地的税务机关申报纳税。

第四节 城市维护建设税法

一、城市维护建设税法概述

（一）城市维护建设税的概念

城市维护建设税，是指国家为了扩大和稳定城市维护建设资金的来源，加强城市维护建设而开征的一种税。

（二）城市维护建设税法的概念

城市维护建设税法，是指国家制定的调整和确认在城市维护建设税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的税务关系的法律规范的总称。

二、城市维护建设税法的基本内容

（一）纳税人

根据城市维护建设税法的规定，凡是缴纳增值税、消费税和营业税的单位和个人为城市维护建设税的纳税人，但不包括涉外企业和个人。

（二）计税依据

城市维护建设税的计税依据为增值税、消费税和营业税的税额。

（三）税率

城市维护建设税的税率分为三个档次：7%、5%和 1%。

第五节 关税法

一、关税法概述

（一）关税的概念

关税，是指关税法规定的对进出口国境或关境的货物或物品课征的一种税。

（二）关税的分类

关税的分类方法很多，概括起来主要有：一是从课征目的看，关税可以分为财政关税和保护关税；二是从进出口货物的流向看，关税可以分为进口关税、出口关税和过境关税；三是从课征标准看，关税可以分为从价关税、从量关税、混合关税、选择关税和机动关税；四是从不同国家货物或货物不同输入情况的差别征税，关税可以分为加重关税和优惠关税。

（三）关税法的概念

关税法，是指国家制定的调整和确认在关税税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、关税法的内容

（一）纳税人

关税的纳税人为进口应税货物的收货人或其代理人；出口货物的发货人或其代理人；进出口应税的行李物品、邮递物品和其它物品的所有人或收件人。

（二）征税对象

根据关税法的规定，关税的征税对象是指进出口国境或关境的货物或物品。

（三）税率

综合世界各国的关税法律制度，进口税率多采用复式税率。所谓复式税率是指国家为了实施关税保护政策，对从不同国家进口的同类货物规定高低不同的税率。根据我国关税法的规定，进口关税设最惠国税率、协定税率、特惠税率和普通税率。进口货物大部分采用比例税率，少量采用定额税率和复合税率。出口关税税率，一般采用比例税率。

（四）计税原理

1．进口关税的计算

进口关税税额是进口商品的关税完税价格与规定税率计算的。公式为：

应纳税额＝关税完税价格×税率

关税完税价包括：货物的货价、货物运抵中国境内输入地点起卸以前的运输及其相关费用及保险费。

2．出口关税的计算

出口关税税额是根据出口商品关税完税价与规定的税率计算的。公式为：

应纳税额＝关税完税价格×税率

关税完税价包括：货物的货价、货物运至中国境内输出地点转载以前的运输及其相关费用及保险费，但其中不包含出口关税。

思考与应用

1．考察我国增值税法制度实施效果。

2．举例说明增值税与消费税之间的关系。

3．举例说明增值税与营业税之间的关系。

4．举例说明增值税、消费税、营业税分别与城市维护建设税之间的关系。

5．举例说明关税与增值税、消费税之间的关系。

第七章　所得税法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生掌握企业所得税法和个人所得税法的重要内容。

第一节 企业所得税法

一、企业所得税法概述

（一）企业所得税的概念

企业所得税，是指以企业的纯所得为课税对象的一种税。

（二）企业所得税法的概念

企业所得税法，是指国家制定的调整和确认在企业所得税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、企业所得税法的基本内容

（一）纳税人

企业所得税的纳税人是指在中华人民共和国境内的各类企业和其他经济组织，但不包括依法成立的独资或合伙性质的私营企业、个人独资企业和合伙性质的机构或组织。

（二）征税对象

企业所得税的征税对象因纳税人的法律地位不同而不同，其中，在中华人民共和国境内的各类企业和其他经济组织（简称为内资企业）和外商投资企业的征税对象为来自中华人民共和国境内外的全部所得；外国企业的征税对象来自中华人民共和国境内的所得。

（三）计税依据

企业所得税的计税依据为企业的应纳税所得额。应纳税所得额为纳税人每一纳税年度取得的全部收入扣除允许扣除的项目后的余额。

（四）资产的税务处理

这里的资产包括固定资产和无形资产。关于固定资产的税务处理主要包括：企业所得税法中规定的固定资产的含义、提取折旧的范围及其计价原则等内容；关于无形资产的税务处理主要包括企业所得税法中规定的无形资产的含义、计价原则及其摊销方法等内容。

（五）税率

目前，我国企业所得税实行 25%的比例税率；外加两档低税率：纳税人年应纳税所得额不超过 3 万元的，税率为 18%，纳税人年应纳税所得额超过 3 万元至 10 万元的，税率为 27%。对在中华人民共和国境内没有设立机构、场所但有来源于中国境内的外国企业或其他经济组织实行 20%的比例税率。

（六）境外所得已纳税款的扣除

对来源于境外所得已经缴纳的所得税，多数国家采取限额抵免，即抵免税额是按照本国税法规定的企业在他国取得的所得应缴纳的税款。

（七）税收优惠

企业所得税的税收优惠从优惠对象来看，可以分为地区性优惠、行业性优惠、对投资的优惠、对外资的优惠等；从优惠的方式看，税收优惠可以分为费用的宽限扣除；减免税、低税率、再投资退税优惠；从亏损弥补方式分，税收优惠可以分亏损前转和亏损后转，我国采用的是后转弥补方式，即企业当年的亏损可以用下一年度的所得予以弥补，下一年度所得不足弥补的，可以逐年延续弥补，

但最长不得超过 5 年。

（八）纳税期限与申报期限

企业所得税期限为一年，即按年计算缴纳企业所得税，分月或分季预缴。清算企业的纳税期限为清算期间。纳税人应当在月份或者季度终了后 15 天内，向其所在地主管税务机关报送会计报表和预缴所得税申报表；年度终了后 45 天内，向其所在地主管税务机关报送会计决算报表和所得税申报表。

第二节　个人所得税法

一、个人所得税法概述

（一）个人所得税的概念

个人所得税，是指以个人的纯所得为课税对象的一种税

（二）个人所得税法的概念

个人所得税法，是指国家制定的调整和确认在个人所得税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、个人所得税法制度的内容

（一）纳税人

个人所得税的纳税人，除自然人外，还包括个体工商户、对企事业单位的承包与承租者、合伙企业、个人独资企业。从法律地位上讲，这些纳税人分为两种：居民与非居民。

（二）征税对象

我国个人所得税法征税对象包括：工资、薪金所得；个体工商户的生产、经营所得；对企事业单位的承包经营、承租经营所得；个人独资企业取得的所得；合伙企业取得的所得；劳务报酬所得；稿酬所得；特许权使用费所得；利息、股息、红利所得；财产租赁所得；财产转让所得；偶然所得和经国务院财政部门确定征税的其他所得。

（三）计税依据

我国实行的是分项所得税制。各项所得的计税依据分别规定如下：工资、薪金所得，为每月收入额减除费用 1600 元后的余额；个体工商户、个人独资企业、合伙企业的生产经营所得，为每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用以及损失后的余额；个人对企事业单位的承包经营、承租经营所得，为每一纳税年度的收入总额，减除必要的费用后的余额；劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得，计税依据分为两个档次：每次收入不超过 4000 元的，为每次收入减除费用 800 元后的余额；每次收入超过 4000 元的，为每次收入扣除其 20%费用后的余额；财产转让所得，为转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额；偶然所得、利息、股息、红利所得和其他所得为每次收入额。

（四）税率

我国现行个人所得税税率，采用超额累进税率与比例税率。工资、薪金按月合并计税，税率为 5%-45%的 9 级超额累进税率。个体工商户的生产经营所得、对企事业单位的承包经营、承租经营所得、个人独资企业所得和合伙企业所得适用 5%-35%的 5 级超额累进税率。其余项目均适用 20%的比例税率。其中，稿酬所得，减征应纳税额的 30%；劳务报酬畸高的，实行加成征收。

（五）申报核定与缴纳

个人所得税的申报一般分为两种情况：自行申报和源泉扣缴。

（六）免税

下列各项所得免征个人所得税：各省人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；国债和国家发行的金融债券利息；按照国家统一规定发给的补贴、津贴；福利费、抚恤金、救济金；保险赔款；军人的转业费、复员费；按照国家规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；经国务院财政部门批准免税的所得。

思考与应用

1．解释政府对收入高的人实行高个人所得税率的动机？

2．设想你是一个立法者，决定更好地解决社会收入分配不公问题，你在了解社会收入分配不公的基础上，准备如何改革相关的税法制度？

3．考察我国政府 1999 年 11 月决定开始对个人银行储蓄存款利息征收个人所得税的动机及其结果，并阐明你个人对政府此举的看法。

4．格里格·雷蒙德是美国的一位成功但工作得很累的医务工作者，他讲：“我一个星期干 80 到 100 个小时，交的税比日常的开支还多。”后来当他读了《你的金钱或你的生活》一书之后，他决定过较俭朴的生活，而不再像以前那样拼命工作。（美国驻华大使馆新闻交流处出版《交流》2002 年第一期第 60 页）你对雷蒙德的做法有何看法，如果是你呢？

5．你认为我国企业所得税法存在的主要问题是什么？并针对这些问题提出完善的建议。

第八章　财产税法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解契税法、房产税法、车辆购置税法和车船税法主要内容。

第一节　契税法

一、契税法概述

（一）契税的概念

契税是在土地使用权、房屋等所有权转移时，向取得者征收的一种税。

契税法的概念

契税法，是指国家制定的调整和确认在契税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、契税法的基本内容

（一）纳税人

契税的纳税人为土地使用权、房屋等所有权发生转移时的取得者。

（二）课税范围

我国契税的征税范围包括：国有土地使用权出让、土地使用权转让（包括出售、赠与和交换）、房屋买卖、房屋赠与和房屋交换。

（三）计税依据

国有土地使用权出让、土地使用权转让、房屋买卖为成交价格；土地使用权赠与、房屋赠与，由征收机关参照土地使用权转让、房屋买卖的市场价格核定；土地使用权交换、房屋交换，为所交换的土地使用权、房屋价格的差额。

（四）税率

契税的税率一般采用比例税率。我国契税的税率为 3%—5%的幅度税率。

（五）免税

政府机关、社会团体、学校等非营利性单位等所用而获得的土地使用权或房产，免征契税。

（六）纳税义务发生的时间、纳税申报时间

契税的纳税义务发生时间，为纳税人签订土地、房屋权属转移合同的当天，或纳税人取得其他具有土地、房屋权属转移合同性质凭证的当天。

纳税人应当自纳税义务发生之日起 10 日内，向土地、房屋所在地的契税征收机关办理纳税申报，并在契税征收机关核定的期限内缴纳税款。

第二节　房产税法

一、房产税法概述

（一）房产税的概念

房产税是以房产为课税对象的一种税。

（二）房产税法的概念

房产税法，是指国家制定的调整和确认在房产税的税收活动中征税主体与纳税主体形成的社会关系的法律规范的总称。

二、房产税法的基本内容

（一）纳税人

房产税的纳税人为房产的所有者或使用者或承典人或代管人。

（二）计税依据

房产税的计税依据为房产的原值扣除一定的折旧后的余额或房产的租金收入。

（三）税率

房产税的税率一般为比例税率。具体讲，以房产余值为计税依据的，税率为 1.2%；以房产的租金收入为计税依据的，税率为 12%。

（四）免税

房产税法的免税范围一般涉及政府机构使用的房屋、建筑物，外国使馆的办公用房、慈善宗教机构的房屋、社会公益事业和科研机构的办公用房、国家历史古迹、国家博物馆等。

第三节　车辆购置税法

一、车辆购置税法概述

（一）车辆购置税的概念

车辆购置税，是指对在中华人民共和国境内对购置车辆的单位和个人征收的一种税。

（二）车辆购置税法的概念

车辆购置税法，是指国家制定的调整和确认在车辆购置税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、车辆购置税法的基本内容

（一）纳税人

在我国境内购买、进口、自产、受赠、获奖或者以其他方式取得并自用应税车辆的单位和个人，为车辆购置税的纳税人。

（二）征收范围

车辆购置税的征税范围包括：汽车、摩托车、电车、挂车、农用运输车。

（三）税率

车辆购置税的税率为 10％。

（四）计税原理

车辆购置税实行从价计征。公式为：

应纳税额＝计税价格×税率

计税价格分别为：纳税人购买自用的应税车辆，为纳税人购买应税车辆而支付给销售者的全部价款和价外费用，不包括增值税税款；纳税人进口自用的应税车辆，为关税完税价格、关税与消费税之和；纳税人自产、受赠、获奖或者以其他方式取得并自用的应税车辆，由主管税务机关参照最低计税价格核定。

（五）纳税申报

购买自用应税车辆的，应当自购买之日起 60 日内申报纳税；进口自用应税车辆的，应当自进口之日起 60 日内申报纳税；自产、受赠、获奖或者以其他方式取得并自用应税车辆的，应当自取

得之日起 60 日内申报纳。

（六）纳税地点

购置应税车辆，应当向车辆登记注册地的主管国税机关申报纳税；购置不需要办理车辆登记注册手续的应税车辆，应当向纳税人所在地的主管国税机关申报纳税。

（七）免税

车辆购置税的免税范围主要包括：外国驻华使馆、领事馆和国际组织驻华机构及其外交人员自用的车辆；中国人民解放军和中国人民武装警察部队列入军队武器装备订货计划的车辆；设有固定装置的非运输车辆；等等。

第四节　车船税法

一、车船税法概述

（一）车船税的概念

车船税，是指对拥有并管理车船的单位和个人而的一种税。

（二）车船税法的概念

车船税法，是指国家制定的调整和确认在车船使用税的税收活动中征税主体与纳税主之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、车船使用税法基本内容

（一）纳税人

车船使用税的纳税人为中华人民共和国境内，车辆、船舶（以下简称车船）的所有人或者管理人。

（二）征税范围

征税范围是指依法应当在车船管理部门登记的车船。

（三）税率

载客汽车每辆 60 元至 660 元包括电车载货汽车按自重每吨 16 元至 120 元包括半挂牵引车、挂车三轮汽车低速货车按自重每吨 24 元至 120 元；摩托车每辆 36 元至 180 元；船舶按净吨位每吨 3 元至 6 元拖船和非机动驳船分别按船舶税额的 50%计算注：专项作业车、轮式专用机械车的计税单位及每年税额由国务院财政部门、税务主管部门参照本表确定。

（四）应纳税额计算公式：

1．应纳税额=应纳税车辆数量（或者净吨位）×适用税额标准

2．应纳税额=应纳税船舶净吨位（或者载重吨位）×适用税额标准

（五）免税

下列车船免征车船税：非机动车船（不包括非机动驳船）；拖拉机；捕捞、养殖渔船；军队、武警专用的车船；警用车船；按照有关规定已经缴纳船舶吨税的船舶；依照我国有关法律和我国缔结或者参加的国际条约的规定应当予以免税的外国驻华使馆、领事馆和国际组织驻华机构及其有关人员的车船。

思考与应用

1．有些国家将土地方面的税归为财产税类，而有些国家则将其归为资源税类？背后的根本区别是什么？

2．考察他国财产税的管理制度与我国财产税管理制度的区别？

3．举例说明房产税与企业所得税之间的关系。
4．调查你附近房产税法的执行情况，提出问题及其解决问题的法律对策。
5．从法律角度思考契税为什么要由取得者缴纳？
6．考察契税与营业税、土地增值税和印花税的关系。
7．考察他国的遗产与增与税法制度，你认为我国是否应该建立该制度？

第九章　行为及目的税法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解印花税法、城镇土地使用税法、耕地占用税法、资源税法和土地增值税法的主要内容。

第一节　印花税法

一、印花税法概述

（一）印花税的概念

印花税是指对经济活动中书立、领受的凭证征收的一种税。

（二）印花税法的概念

印花税法，是指国家制定的调整和确认在印花税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、印花税法的基本内容

（一）纳税人

印花税的纳税人为书立、领受应税凭证的单位和个人。

（二）征税范围

印花税的征税范围包括合同或合同性质的凭证；产权转移书据；营业账簿；权利、许可证照和经财政部确定征税的其他凭证。

（三）税率

印花税一般采用比例税率和定额税率。各类经济合同性质的凭证、账簿、产权转移书据等适用比例税率，分为 5 档：千分之一、万分之五、万分之三、万分之零点五和万分之零点三；各种权利、许可证照等适用定额税率，按照每件 5 元的税率征收。

（四）纳税方法

印花税采用纳税人自行计算应纳税额，自行购买印花税票，自行完税，自行注销的纳税方法。

（五）免税

印花税的免税范围主要包括：已经缴纳印花税凭证的副本或抄本；财产所有人将财产赠给政府、抚养孤老伤残人员的社会福利单位、学校书立的书据；等等。

第二节　城镇土地使用税法

一、城镇土地使用税法概述

（一）城镇土地使用税的概念

城镇土地使用税，是指对在中华人民共和国境内城市、县城、建制镇、工矿区范围内使用土地的单位和个人征收的一种税。

（二）土地使用税法的概念

城镇土地使用税法，是指国家制定的调整和确认在土地使用税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、城镇土地使用税法的基本内容

（一）纳税人

城镇土地使用税的纳税人，为在城市、县城、建制镇、工矿区范围内使用土地的单位和个人。单位包括国有企业、集体企业、私营企业、股份制企业、外商投资企业、外国企业以及其他企业和事业单位、社会团体、国家机关、军队以及其他单位；个人包括个体工商户以及其他个人。

（二）征税范围

城镇土地使用税的征税范围包括城市、县城、建制镇、工矿区的属于国家所有和集体所有的土地。

（三）税率

城镇土地使用税采用的是定额税率，具体为：大城市 1.5 元至 30 元；中等城市 1.2 元至 24 元；小城市 0.9 元至 18 元；县城、建制镇、工矿区 0.6 元至 12 元。

（四）计税原理

城镇土地使用税以纳税人实际占用的土地面积和按照规定的单位税额计算应纳税额。公式为：

应纳税额=纳税人实际占用的土地面积×单位税额

（五）免税

城镇土地使用税的免税范围主要包括：国家机关、人民团体、军队自用的土地；由国家财政部门拨付事业经费的单位自用的土地；宗教寺庙、公园、名胜古迹自用的土地；市政街道、广场、绿化地带等公共用地；直接用于农、林、牧、渔业的生产用地；经批准开山填海整治的土地和改造的废弃土地，从使用的月份起免缴土地使用税 5 年至 10 年；由财政部另行规定免税的能源、交通、水利设施用地和其他用地。

（六）纳税期限与纳税申报期限

城镇土地使用税按年计算，分期缴纳。具体缴纳期限由各省、自治区、直辖市人民政府确定。目前，各地一般规定为每个季度缴纳一次或者半年缴纳一次，每次征期 15 天或者 1 个月。新征用的土地，依照下列规定缴纳土地使用税：征用的耕地，自批准征用之日起满 1 年时开始缴纳土地使用税；征用的非耕地，自批准征用次月起缴纳土地使用税。

（七）纳税地点

城镇土地使用税一般应当向土地所在地土地的主管税务机关缴纳。

第三节　耕地占用税法

一、耕地占用税法

（一）耕地占用税的概述

耕地占用税，是指对在中华人民共和国境内站用耕地建房或从事其他非农业建设用土地的单位和个人征收的一种税。

（二）耕地占用税的概念

耕地占用税法，是指国家制定的调整和确认在耕地占用税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、耕地占用税法的基本内容

（一）纳税人

耕地占用税，为在中华人民共和国境内占用耕地建房或者从事其他非农业建设的单位和个人。

（二）征税范围

耕地占用税的征税范围，包括属于国家所有和集体所有的耕地。

（三）税率

耕地占用税采用定额税率形式，具体为：人均耕地在 1 亩以下的地区，每平方米 2～10 元；人均耕地超过 1 亩至 2 亩的地区，每平方米 1.6～8 元；人均耕地超过 2 亩至 3 亩的地区，每平方米 1.3～6.5 元；人均耕地在 3 亩以上的地区，每平方米 1～5 元。

（四）计税原理

应纳税额=纳税人实际占用的耕地面积×单位税额

（五）免税

耕地占用税免税范围主要包括：部队军事设施用地；铁路线路、飞机跑道和停机坪用地；炸药库用地；学校、幼儿园、医院用地；直接为农业生产服务的农田水利设施用地；农村居民搬迁，原宅基地恢复耕种，且新建住宅地不超过原宅基地的；安置水库移民、灾民、难民建房用地及经批准征用的耕地等。

（五）纳税期限

纳税人应当在土地管理部门批准其占地之日起 30 日之内缴纳耕地占用税。

（六）纳税地点

耕地占用税实行同级批地同级征收办法，即由哪级土地管理部门批地，就由同级征收机关（财政部门）征收耕地占用税。

第四节　资源税法

一、资源税法概述

（一）资源税的概念

资源税，是指对在中华人民共和国境内开采或生产应税资源单位和个人，就资源及其开发条件的差异形成的级差收入而征收的一种税。

（二）资源税法的概念

资源税法，是指国家制定的调整和确认在资源税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、资源税法基本内容

（一）纳税人

资源税的纳税人，为在中华人民共和国境内开采或生产应税资源的单位和个人。

（二）征税范围

资源税的征税范围包括：矿产品和盐。

（三）税率

资源税采用的是定额税率。具体为：原油每吨 8～30 元；天然气每千立方米 2～15 元；煤炭每吨 0.3～5 元；其他非金属矿原矿，每吨或者每立方米 0.5～20 元；黑色金属矿原矿，每吨 2～30 元；有色金属矿原矿，每吨 0.4—30 元；固体盐每吨 10～60 元；液体盐每吨 2～10 元。

（四）计税原理

资源税采用从量计征的方法，即资源税的应纳税额，按照应税产品的课税数量和规定的单位税额计算。公式为：

应纳税额=课税数量×单位税额

（五）免税

资源税的免税范围包括：原油过程中用于加热、修井等的自用的原油；等等。

（六）纳税义务发生的时间与纳税期限及申报期限

原理同增值税，这里不再赘述。

（七）纳税环节

资源税的纳税环节为：纳税人直接对外销售的矿产品和盐，在销售环节纳税；纳税人自产自用的矿产品和盐，在移送使用环节纳税；扣缴义务人代扣代缴的资源税，在收购未税矿产品的环节纳税。

（八）纳税地点

资源税的纳税地点为：纳税人应向应税产品的开采或者生产所在地的主管税务机关缴纳。

第五节 土地增值税法

一、土地增值税法

（一）土地增值税的概念

土地增值税，是指对在中华人民共和国境内转让房地产并取得收入的单位和个人征收的一种税。

（二）土地增值税法的概念

土地增值税法，是指国家制定的调整和确认在土地增值税的税收活动中征税主体与纳税主体之间形成的社会关系的法律规范的总称。

二、土地增值税法的基本内容

（一）纳税人

土地增值税的纳税人，为在中华人民共和国境内以出售或者以其他方式有偿转让国有土地使用权、地上建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人。

（二）计税依据

土地增值税的计税依据为纳税人转让房地产所取得的增值额。增值额，是指纳税人转让房地产取得的收入减除规定扣除项目金额之后的余额。

（三）税率

土地增值税实行四级超率累进税率：增值额未超过扣除项目金额 50％的部分，税率为 30％；增值额超过扣除项目金额 50％、未超过 100％的部分，税率为 40％；增值额超过扣除项目金额 100％、未超过 200％的部分，税率为 50％；增值额超过扣除项目金额 200％的部分，税率为 60％；

（四）计税原理

土地增值税应纳税额的计算，可以采用下列两种方法：

1．先计算出增值额所属规定级别税率的不同部分，对不同部分适用相应税率，依次计算各部分增值额的应纳税额，各部分应纳税额之和为纳税人的全部应纳税额。公式如下：

应纳税额=∑（增值额×税率）

2．先计算出增值额与扣除项目金额之间的比率，以确定适用的税率；然后用增值额乘以适用税率减去扣除项目金额乘以速算扣除系数的方法，公式如下：

应纳税额=增值额×税率-扣除项目×速算扣除率

速算扣除率分别为：0%、5%、15%和 35%。

（五）免税

土地增值税的免税范围包括：建造普通标准住宅出售，增值额未超过各项规定扣除项目金额20％的部分；由于城市实施规划、国家建设需要依法征用、收回的房地产；由于城市实施规划、国家建设需要而搬迁，由纳税人自行转让的房地产；等等。

（六）纳税申报期限和地点

纳税人应当自转让房地产合同签订之日起7日内向房地产所在地主管税务机关办理纳税申报，并提交房屋及建筑物产权、土地使用权证书，土地转让、房产买卖合同，房产评估报告和其他有关资料。之后，在税务机关核定的期限内缴纳土地增值税。

思考与应用

1．你认为印花税的法律意义是什么？

2．印花税的征税范围包括营业账簿，现在许多纳税人用电脑记账，你认为对于这种情况应该如何解决？想一想是否有同样的问题存在于其他的税种之中？深入思考这背后的原因是什么？

3．举例说明城镇土地使用税与企业所得税之间的关系。

4．举例说明资源税与增值税、企业所得税之间的关系

5．设想自己是一个立法者，分析我国现行资源税法存在的不足。

6．土地增值税与营业税、契税、印花税之间的关系。

7．考察土地增值税与我国目前的财政政策之间的关系。

第二编的综合思考与应用

1．画出我国税制体系（指具体税种所组成的税制体系）图，并说明税类与税类之间的关系，税种与税种之间的关系。从中你是否能够发现我国税制体系存在的问题？如果发现问题，能否提出解决问题的办法。

2．请把实体税法所涉及的税种放在某一具体的纳税人身上，分析其应缴纳哪些现行税种？

（1）生产彩电的企业

（2）生产烟的企业

（3）服装加工厂

（4）邮局

（5）银行

（6）房地产开发公司

（7）盐场

（8）大型百货商场

第三编　程序税法

从上一部分，我们已领略了有趣、丰富、具体的实体税法，但如果没有程序税法，再好的实体税法也只是一纸空文。因此，可以说，程序税法是实体税法的实现法。

在本编你将了解——
第十章　税收征收管理法
第十一章　税务救济法

第十章　税收征收管理法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生掌握税务管理制度、税款征收制度、税务检查制度和税收征管法的法律责任等内容。

第一节　税务管理制度

税务管理制度包括三大内容：税务登记制度；账簿、凭证的管理制度和纳税申报制度。

一、税务登记制度

（一）概念

税务登记是指纳税人对其开业、变动、歇业等一系列涉税经济活动在规定的时间内向税务机关办理登记的法定手续。

（二）税务登记的形式

税务登记分为：设立税务登记、变更税务登记和注销税务登记。设立税务登记，是指纳税人在其开业时办理的税务登记。从事生产、经营的纳税人，自领取营业执照之日起 30 日内，持有关证件，向税务机关申报办理登记。变更税务登记，指从事生产经营的纳税人的税务登记内容发生变化时，应依法向原税务登记机关申报办理变更税务登记。注销税务登记，是指当纳税人发生解散、破产、撤销及其他依法终止纳税义务的，应当申报办理注销税务登记，并应在办理注销税务登记前，向税务机关结清应缴纳的税款、滞纳金和罚款，缴销所有的发票和发票领购簿、缴款书及税务机关发给的其他证件。

二、账簿、凭证管理制度

（一）账簿、凭证管理制度的概念及内容

账簿凭证管理制度，是指国家制定的关于账簿、凭证管理方面的法律规范的总称。

账簿、凭证的管理制度的内容主要包括：从事生产经营的纳税人和扣缴义务人，除经税务机关批准可以不设账的外，都必须依法设置、管理账簿；从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人应按有关规定妥善保管账簿、凭证；纳税人应当按照规定安装、使用税控装置，不得损毁或者擅自改动税控装置。并按照税务机关的规定报送有关的数据和资料。

（二）发票管理制度

发票属于上述凭证范畴，考虑其在凭证中所处的重要地位，我们将发票管理制度专门作为一个问题来讲述。

1．发票及其管理制度的概念

发票是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收款或付款凭证。它是财务收支的法定凭证，是进行会计核算和税务稽查的重要依据。发票管理制度，是指国家规定关于发票的印制、领购、开具、取得、保管等一系列规范的总称。

2．发票管理制度的内容

发票管理制度主要包括：发票的联次、基本内容、印制、领购、使用、保管、检查和法律责任等。

三、纳税申报制度

（一）概念

纳税申报制度，是指国家制定的纳税人或扣缴义务人向税务机关申报办理有关纳税或扣缴税款资料方面的法律规范的总称。

（二）纳税申报的时间、方式和内容

纳税人、扣缴义务人必须依照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的申报期限办理纳税申报，报送纳税申报表、财务会计报表以及税务机关根据实际需要要求纳税人报送的其他纳税资料，或报送代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求扣缴义务人报送的其他有关资料。纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收万分之五的滞纳金。

纳税人、扣缴义务人可以直接到税务机关办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表，也可以按照规定采取邮寄、数据电文或者其他方式办理上述申报、报送事项。

纳税人、扣缴义务人的纳税申报或者代扣代缴、代收代缴税款报告表的主要内容包括：税种，税目，应纳税项目或者代扣代缴、代收代缴税款项目，适用税率或者单位税额，计税依据，扣除项目及标准，应纳税额或者应代扣代缴、代收代缴税额，税款所属期限等。

第二节　税款征收制度

一、税款征收方式

（一）查账征收

查账征收，是指纳税人自行计算应纳税额，并按规定期限向税务机关申报，经税务机关审查核实填写缴款书后，由纳税人向国库或国库经收处缴纳税款的一种方式。这种方式适用于财务会计制度较健全，能够做到正确计算应纳税额和依法纳税的纳税人。

（二）查定征收

查定征收，是指由税务机关查实纳税人的生产经营状况，并据此核定其应纳税额的一种征收方式。这种征收方式，适用于经营规模较小，财务制度不够健全、凭证不够完备的小型企业。

（三）查验征收

查验征收，是指税务机关对某些税源难以控制的征税对象，通过查验证照和实物，据以征税的一种方式。该方式一般适用于城乡农贸市场、车站、码头、机场、口岸等场所的征税。

（四）定期定额征收

定期定额征收，是指税务机关根据纳税人的生产经营情况，核定其应纳税额或征收率，并定期进行相关税种合并征收的一种征收方式。这种方式适用于一些经营范围小、账证不健全或无条件进行记账的个体工商户。

二、征税主体与纳税主体及相关当事人在税款征收中的权力（利）与义务

（一）核定税款的权力（利）与义务

当纳税人有下列情形之一的，税务机关有权核定其应纳税额：依法可以不设置账簿的；依法应当设置账簿但未设置的；擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的；虽设置账簿，但账目混乱，难以查账的；发生纳税义务，未按照规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期仍不申报的；纳税人申报的计税依据明显偏低，又无正当理由的。

税务机关在核定时，必须严格按照法律、法规的规定程序和方法进行核定。

（二）关联企业不按照独立企业之间进行正常业务往来时的权力（利）与义务

关联企业未按照独立企业之间进行正常的业务往来时，税务机关有权力对其进行调整。但税务机关在调整时必须按照法律规定的方法进行。

（三）对未依法办理税务登记和临时从事经营的纳税人征收税款时的权力（利）与义务

未按照规定办理税务登记的从事生产、经营的纳税人，包括到外县（市）从事生产、经营而未向营业地税务机关报检登记的纳税人，及临时从事经营的纳税人，由税务机关核定其应纳税额，责令其缴纳；不缴纳的，税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后缴纳应纳税款的，税务机关必须立即解除扣押，并归还所扣押的商品、货物；扣押后仍不缴纳税款的，税务机关可以依法拍卖或变卖所扣押的商品、货物，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

（四）实施税收保全措施时的权力（利）与义务

税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的，可以在规定的纳税期之前，责令纳税人限期缴纳应纳税款；在期限内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，税务机关可以依法采取下列保全措施：

一是书面通知纳税人的开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款；

二是扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

税务机关在实施该措施时必须在执法主体、程序及范围等方面保证其合法性。

（五）实施税收强制执行措施的权力（利）与义务

从事生产经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由有税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，税务机关依法可以采取下列强制执行措施：

一是书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款；

二是扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关在实施该措施时必须在执法主体、程序及范围等方面保证其合法性。

（六）实施离境清税措施时的权力（利）与义务

欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金，又未提供担保的，税务机关可以通知出境管理机关阻止其出境。

（七）实施税收优先权时的权力（利）与义务

税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定能够的除外；纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、置权、留置权执行。纳税人欠缴税款，同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的，税收优先于罚款、没收违法所得。”

（八）实施税收代位权与撤销权时的权力（利）与义务

欠缴税款的纳税人因怠于行使到期债权，或者放弃到期债权，或者无偿转让财产，或者以明显不合理的低价转让财产而受让人知道该情形，对国家税收造成损害的，税务机关可以依照合同法的规定行使代位权、撤销权。税务机关依法行使代位权、撤销权时，不免除欠缴税款的纳税人尚未履

行的纳税义务和应承担的法律责任。

三、税款的退还与追征

（一）税款的退还

纳税人超过应纳税款多纳的税款，税务机关发现后应当自发现之日起 10 日内办理退还手续；纳税人自结清税款之日起 3 年内发现的，可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息，税务机关应当自接到纳税人退还申请之日起 30 日内查实并办理退还手续。

（二）税款的追征

因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关可以自应纳税款或结算之日起 3 年内要求纳税人、扣缴义务人补缴税款，但不得加收滞纳金；因纳税人、扣缴义务人计算等失误，未缴或者少缴的，税务机关在 3 年内可以追征税款、滞纳金；有特殊情况的，即纳税人或者扣缴义务人因计算错误等失误，未缴或者少缴、未扣或少扣、未收或少收税款累计数额在 10 万元以上的，追征期可以延长到 5 年。

对于偷税、抗税、骗税的，税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款，不受期限的限制。

第二节　税务检查制度

一、税务检查制度的概念

税务检查，是指税务机关依据税收法律、法规和财务会计制度等，对纳税人、扣缴义务人履行纳税义务和代扣代缴、代收代缴税款义务情况进行审查和监督的活动。税务检查制度，是指国家制定关于税务检查活动方面法律规范的总称。

二、税务机关在税务检查中的权力与义务

（一）检查纳税人的账簿、记账凭证、报表和有关资料，检查扣缴义务人代扣代缴、代收代缴税款账簿、记账凭证和有关资料。

（二）到纳税人的生产、经营场所和货物存放地检查纳税人应纳税的商品、货物或者其他财产，检查扣缴义务人与代扣代缴、代收代缴税款有关的经营情况。

（三）责成纳税人、扣缴义务人提供与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的文件、证明材料和有关资料；

（四）询问纳税人、扣缴义务人与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的问题和情况；

（五）到车站、码头、机场、邮政企业及其分支机构检查纳税入托运、邮寄应纳税商品、货物或者其他财产的有关单据、凭证和有关资料；

（六）经县以上税务局(分局)局长批准，凭全国统一格式的检查存款账户许可证明，查询从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在银行或者其他金融机构的存款账户。税务机关在调查税收违法案件时，经设区的市、自治州以上税务局(分局)局长批准，可以查询案件涉嫌人员的储蓄存款。税务机关查询所获得的资料，不得用于税收以外的用途。

（七）税务机关对从事生产、经营的纳税人以前纳税期的纳税情况依法进行税务检查时，纳税人有逃避纳税义务行为，并有明显的转移、隐匿其纳税的商品、货物以及其他财产或应税收入的迹象的，可以根据法律所赋予的权限采取税收保全措施或强制执行措施。

三、纳税人、扣缴义务人在税务检查中的权利与义务

上述关于税务机关在税务检查中的义务，即法律、法规对税务机关的限制性规定，就构成纳税人、扣缴义务人的权利，这是一个问题的两个方面。另外，纳税人、扣缴义务人有权要求税务人员出示税务检查证和税务检查通知书；税务人员没有税务检查证和税务检查通知书的，纳税人、扣缴义务人有权拒绝检查。

纳税人、扣缴义务人在税务检查中的义务是必须接受税务机关依法进行的税务检查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。

四、有关单位和个人在税务检查中的权利与义务

税务机关在进行税务检查时，有关单位和个人有权要求税务人员出示税务检查证和税务检查通知书；否则，有关单位和个人有权拒绝检查。

有关单位和个人在税务机关调查纳税人、扣缴义务人纳税或代扣代缴、代收代缴情况时，有义务向税务机关如实提供有关资料和证明材料。

五、税务稽查制度

（一）税务稽查制度的概念

所谓税务检查制度，是指国家制定的关于税务稽查活动方面的法律规范的总称。

（二）税务稽查组织机构及其职责

我国税务稽查机构为稽查局。稽查组织机构体系可以分为：国家级稽查局；省、自治区、直辖市级稽查局；市（地）、县（市）级稽查局。在市（地）的全部城区、直辖市的区和县（市）的全域集中设立稽查局进行的全域集中设立稽查局进行稽查统一稽查。在大城市或城区较大、交通不便的城市，市稽查局可以适当设立少数分支机构或派出机构。

稽查局内设选案、检查、审理和执行四个机构，严格分工负责。国家税务总局稽查局和省、自治区、直辖市稽查局以系统业务管理为主兼具直接办案职能；省以下稽查局以实施稽查、办案为主兼具系统业务管理职能。稽查局在主管税务局直接领导下进行工作，贯彻落实同级税务局和上级税务局的工作部署。上级税务局有权监督检查下级税务局的稽查工作。

（三）税务稽查程序

我国税务稽查程序主要有以下几个步骤：制定税务稽查计划；税务稽查对象的确定、管辖与立案；税务稽查的实施；税务稽查的审理；税务处理决定的执行。

第三节 法律责任

一、纳税人、扣缴义务人涉及的违反税收征收管理法的行为及其法律责任

（一）违反税务管理的主要行为及其法律责任

1．按照税收征收管理法征管法律、法规的规定，纳税人有下列行为之一的，有税务机关责令限期改正，可以处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2000 元以上 10000 元以下的罚款：未按规定期限申报办理税务登记、变更或注销登记的；未按照规定设置、保管帐薄或保管记帐凭证和有关资料的；未按照规定将财务、会计制度或财务、会计处理办法和会计核算软件报送税务机关备查的；未按照规定将其全部银行账号向税务机关报告的；未按照规定安装、使用税控装置，或者损毁或者擅自改动税控装置的。

扣缴义务人未按规定设置、保管代扣代缴、代收代缴税款账簿或保管代扣代缴、代收代缴税款

记账凭证和有关资料的，由税务机关责令限期改正，可以处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2000 以上 5000 以下的罚款。

2．纳税人未按照规定使用税务登记证件或者转借、涂改、损毁、买卖、伪造税务登记证件的，处以 2000 元以上 10000 元以下的罚款；情节严重的，处以 10000 元以上 50000 元以下的罚款。纳税人末按照规定办理税务登记证件验证或者换证手续的，由税务机关责令限期改正，可以处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处 2000 元以上 1 万元以下的罚款。

3．纳税人未按规定期限办理纳税申报的和报送纳税资料的，或者扣缴义务人未按规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表和有关资料的，由税务机关责令限期改正，可处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2000 元以上 10000 元以下的罚款。

纳税人不进行纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴税款 50%以上 5 倍以下的罚款。

（二）偷税行为及其法律责任

偷税，是指纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐薄、记帐凭证，或者在帐薄上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关同志申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报手段，不缴或少缴应纳税款的行为；或者扣缴义务人采取上列手段不缴或者少缴已扣、已收税款的行为。

纳税人、扣缴义务人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款 50%以上 5 倍以下的罚款；构成犯罪的，依据刑法，具体处罚为：一是纳税人偷税数额占应纳税额的 10%以上不满 30%并且偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元的，或者或因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处偷税数额 5 倍以下的罚金；偷税数额占应纳税额 30%以上并且偷税数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下的罚金。二是扣缴义务人偷税数额占应纳税额 10%以上并且数额在 1 万元以上的，依照关于纳税人的偷税罪规定进行处罚。

（三）逃避追缴欠缴税款行为及其法律责任

逃避追缴欠缴税，是指纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，妨碍税务机关追缴欠缴的税款的行为。

纳税人逃避追缴欠缴税未构成犯罪的，由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金，并处欠缴税款 50%以上 5 倍以下的罚款；构成犯罪的，依据刑法，具体处罚为：一是逃避追缴欠缴税数额 1 万以上不满 10 万元的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处或者是单处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金；二是逃避追缴欠缴税款数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金。

（四）抗税行为及其法律责任

抗税是指纳税人、扣缴义务人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

纳税人、扣缴义务人抗税情节轻微未构成犯罪的，由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金，并处拒缴纳税款 1 倍以上 5 倍以下的罚款。构成犯罪的，除了由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金外，依据刑法规定，具体处罚如下：一是处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下的有期徒刑，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金。

二、税务机关、税务人员涉及的违反税收征收管理法的主要行为及其法律责任

（一）税务人员发售发票、抵扣税款、出口退税工作中玩忽职守的法律责任

税务人员发售发票、抵扣税款、出口退税工作中玩忽职守，致使国家利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或拘役，致使国家利益遭受特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。

（二）税务人员利用职务上的便利，收受或者索取纳税人、扣缴义务人财物或者谋取其他不正

当利益的行为及其法律责任

税务人员利用职务上的便利，收受或者索取纳税人、扣缴义务人财物或者谋取其他不正当利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够成犯罪的，依法给予行政处罚。

（三）税务机关、税务人员查封、扣押纳税人个人及其所抚养家属维持生活必须的住房和用品的法律责任

税务机关、税务人员查封、扣押纳税人个人及其所抚养家属维持生活必须的住房和用品的，责令退还，依法予以行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（四）税务人员与纳税人、扣缴义务人勾结，唆使或或者协助纳税人、扣缴义务人偷税、逃避追缴欠税、骗取国家出口退税及抗税的行为 及其法律责任

税务人员与纳税人、扣缴义务人勾结，唆使或或者协助纳税人、扣缴义务人偷税、逃避追缴欠税、骗取国家出口退税及抗税的行为，构成犯罪的 ，依法追究刑事责任；尚不够成犯罪的，依法给予行政处分。

（五）税务人员私舞弊或者玩忽职守，不征或者少征应纳税款的行为及其法律责任

税务人员私舞弊或者玩忽职守，不征或者少征应纳税款，致使国家税收遭受重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

（六）税务人员滥用职权，故意刁难纳税人、扣缴义务人的行为及其法律责任

税务人员滥用职权，故意刁难纳税人、扣缴义务人的，调离税收工作岗位，并依法给予行政处分。

（七）擅自作出税收的开征、停征等决定或者其他同税收法律、行政法规相抵触的决定的法律责任

违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收的开征、停征或者减税、免税、退税、补税以及其他同税收法律、行政法规相抵触的决定的，除依照本法规定撤销其擅自作出的决定外，补征应征未征税款，退还不应征收而征收的税款，并由上级机关追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、纳税人、扣缴义务人、税务人员及其他人涉及的违反税收征收管理法的主要行为及其法律责任

（一）骗取出口退税行为及其法律责任

骗取国家出口退税，是指以假报出口或者其他欺骗手段骗取的国家出口退税款的行为。

骗取国家出口退税未构成犯罪的，由税务机关追缴其骗取的税款，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下的罚款；构成犯罪的，依据刑法，具体处罚为：一是数较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；二是数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；三是数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金或者没收财产。

（二）为纳税人、扣缴义务人非法提供银行账户、发票、证明或者其他方便，导致未缴、少缴税款或名骗取国家出口退税款的法律责任

为纳税人、扣缴义务人非法提供银行账户、发票、证明或者其他方便，导致未缴、少缴税款或名骗取国家出口退税款的，税务机关除没收具违法所得外，可以处未缴、少缴或者骗取的税款 1 倍以下的罚款。

（三）银行和其他金融机构未依照税收征管法的规定在从事生产、经营的纳税人的账户中登录税务登记证件号码，或者未按规定在税务登记证件中登录从事生产、经营的纳税人的账户账号的法律责任

银行和其他金融机构未依照税收征管法的规定在从事生产、经营的纳税人的账户中登录税务登

记证件号码，或者未按规定在税务登记证件中登录从事生产、经营的纳税人的账户账号的，由税务机大责令其限期改正，处 2000 元以上 2 万元以下的罚款；情节严重的，处 2 万元以上 5 万以下的罚款。

（四）银行或者其他金融机构拒绝接受税务机关依法检查纳税人、扣缴义务人存款账户的行为及其法律责任

纳税人、扣缴义务人的开户银行或者其他金融机构拒绝接受税务机关依法检查纳税人、扣缴义务人存款帐户，或者拒绝执行税务机关作出冻结存款或者扣缴税款的决定，或者在接到税务机关的书面通知后帮助纳税人、扣缴义务人转移存款，造成税款流失的，由税务机关处 10 万元以上 50 万元以下的罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 1000 元以上 1 万元以下的罚款。

（五）对非法携带、邮寄、运输或存放空白发票的法律责任

对非法携带、邮寄、运输或存放空白发票的，由税务机关收缴发票，没收非法所得，可以并处以 1 万元以下的罚款。

（六）私自印制、伪造变造、倒买倒卖发票，私自制作发票监制章、发票防伪专用品的法律责任

私自印制、伪造变造、倒买倒卖发票，私自制作发票监制章、发票防伪专用品的，由税务机关依法予以查封、扣押或销毁，没收非法所得和作案工具，可以并处以 1 万元以上 5 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（七）违反发票管理法规，导致其他单位或个人未缴、少缴或骗取税款的法律责任

违反发票管理法规，导致其他单位或个人未缴、少缴或骗取税款的，由税务机关没收非法所得，可以并处未缴、少缴或骗取的税款 1 倍以下的罚款。

（八）虚开增值税专用发票的法律责任

虚开增值税专用发票，是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开专用发票行为之一的。

虚开增值税专用发票的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处 2　万元以上 20 万元因的罚金；虚开的税款数额较大或有其他严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚金；虚开的税款数额巨大或有其他特别严重情节的，处 10 以上有期徒刑或无期徒刑，并处没收财产。

（九）伪造或出售伪造的增值税专用发票的法律责任

伪造或出售伪造的增值税专用发票的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处 2 万元以上 20 万元因的罚金；数量较大或有其他严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚金；数量巨大或有其他特别严重情节的，处 10 以上有期徒刑或无期徒刑，并处没收财产。

伪造并出售伪造的增值税专用发票，数量特别巨大、情节特别严重、严重破坏经济秩序的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

（十）非法出售增值税专用发票的法律责任

非法出售增值税专用发票的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处 2 万元以上 20 万元因的罚金；数量较大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚金；数量巨大或有其他特别严重情节的，处 10 以上有期徒刑或无期徒刑，并处没收财产。

（十一）非法购买增值税专用发票或购买伪造的增值税专用发票的法律责任

非法购买增值税专用发票或购买伪造的增值税专用发票的，处 5 年以下有期徒刑、拘役，并处或单处 2 万元以上 20 万元因的罚金。

（十二）伪造、擅自制造或出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的法律责任

伪造、擅自制造或出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处3年以下有期徒刑或拘役，并处2万元以上20万元因的罚金；数量巨大的，处3 年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下的罚金；数量特别巨大的，处7年以上有期徒刑或无期徒刑，并处没收财产。

思考与应用

1．比较我国与发达国家的税务登记制度，设想自己一个立法者，你会如何借鉴他国的长处来完善我国目前的税务登记制度。

2．请亲自到附近税务机关考察纳税人是如何办理开业、变更和注销税务登记的?

3．你认为税控装置能否真正解决偷税，请亲自考察再作回答。

4．结合中外会计法、税法相关知识，谈谈如何使我国的账簿、凭证管理制度从立法环节、执法环节得以改善？

5．设想自己是一个立法者，你认为如何完善发票管理制度，杜绝税收违法行为？

6．考察国外的纳税申报制度，并将其与我国的纳税申报制度进行比较。

7．考察我国税款征收方式在实践中的运用情况。

8．考察税收保全措施的由来及其在实践中的应用情况。

9．用你身边的例子说明并分析税收强制执行措施。

10．什么是税收优先权？考察税收优先权的理论依据，为什么税收征管法要引进税收优先权？

11．什么是税收代位权、撤消权？考察它们的理论依据是什么，为什么税收征管法要引进税收代位权、撤消权？

12．税款的退还和追征背后的理论支撑是什么？以书面形式谈谈你自己的认识。

13．查阅国外税务检查制度，并对如何完善我国的税务检查制度提出建议。

14．以刘晓庆税案为例，考察我国税务稽查步骤。

15．比较我国与发达国家的税务稽查制度，谈谈你自己对我国税务稽查制度完善的建议。

17．结合他国关于偷税在法律上的界定，谈谈你对偷税定义的理解。

18．请如实回答，如果你是一个纳税人，你内心深处是否想偷税？为什么？并考察我国存在普遍偷税的根源。

19．总结偷税行为罪与非罪的界限；并谈一谈你对偷税罪量刑规定的看法。

20．逃避追缴欠税、抗税、骗取国家出口退税构成要件是什么？

21．谈谈你对增值税专用发票方面犯罪的看法？请思考、分析为什么刑法在此方面已规定了相当重的量刑却不能抵挡此方面犯罪的原因。

第十一章　税收救济法

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解税收救济法的意义及税收救济途径。

第一节　税收救济法概述

一、税收救济法的概念

（一）税务争议的概念

税务争议，是指征税主体与纳税主体之间在征、纳税过程中关于征纳税、税收行政处罚、税收行政执行措施等方面而产生的分歧。

（二）税收救济法的概念

税收救济法，是国家制定的关于制止和纠正征税主体侵害纳税主体的合法权益的行为，使纳税主体的合法权益获得补救的法律规范的总称。

二、税收救济法的意义

税收救济法的意义在于维护和监督税务机关依法行使税收执法权，防止和纠正违法或者不当的税务具体行政行为，当纳税人和其他税务当事人的合法权益因税务具体行政行为受到侵害时对其提供法律援助和司法救济，以保护其合法权益。

三、税收救济法的途径

税收救济法包括行政救济制度和司法救济制度。行政救济制度即指税务行政复议制度；司法救济制度即指税务行政诉讼制度。税收行政赔偿制度分散于税务行政复议制度和税务行政诉讼制度。可以说，税收救济法是由税务行政复议制度、税务行政诉讼制度和税收赔偿制度构成的统一体。实践中，解决税务争议的途径除了上述提到的法律途径外，还可通过非法律途径，如权力机关的监督、公众舆论的监督、个体的监督、政党监督及专门机构的监督等。

第二节　税务行政复议与行政诉讼制度

一、税务行政复议与行政诉讼制度的概念

（一）税务行政复议制度的概念

税务行政复议制度，是指纳税人、扣缴税款人、纳税担保人以及其他当事人不服税务机关的具体行政行为，依法向税务行政复议机关提出重新处理申请，税务行政复议机关根据申请人的申请，对原处理决定重新审议，并依法根据不同情况作出维持、变更或撤消决定的法律制度。

（二）税务行政复议制度的概念

税务行政复议制度是指纳税人、扣缴税款人、纳税担保人以及其他当事人认为税务机关具体的行政行为不当或违法，侵害了其合法权益，依法向人民法院提起行政诉讼，由人民法院对税务机关具体行政行为的适当性、合法性进行审理并作出裁决的司法制度。

二、税务行政复议与行政诉讼制度的范围

（一）税务行政复议的范围

税务行政复议的范围主要包括税务机关做出下列行为：征税行为，包括税收税款、加收滞纳金、审批减免税和出口退税、税务机关委托扣缴税款人作出的代扣代收税款行为；责令纳税人提供纳税担保行为；采取的税收保全措施，包括书面通知银行或者其他金融机构暂停支付存款，扣押、查封商品、货物或者其他财产；采取的税收强制执行措施；采取的税收强制执行措施，包括书面通知银行或者其他金融机构扣缴税款，拍卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产以抵缴税款；税务行政处罚行为，包括罚款、销毁非法印制的发票，没收违法所得，对为纳税人、扣缴义务人非法提供银行账户、发票、证明或者其他方便，导致未缴、少缴税款或者骗取国家出口退税款的，没收其非法所得；不予依法办理或答复的行为；取消增值税一般纳税人资格的行为；通知出境管理机关阻止出境行为及其法律、法规规定税务机关受理复议的其他具体行政行为。

（二）税务行政诉讼的范围

税务行政诉讼范围与税务行政复议的范围相同。

三、税务行政复议与行政诉讼管辖

（一）税务行政复议管辖

1．对税务机关的具体行政行为不服申请的复议，由其上一级税务机关管辖。

2．对税务机关设立的派出机构根据税收法律、法规和规章的规定以自己的名义作出的具体行政行为不服申请的复议，由设立该派出机构的税务机关管辖。

3．对扣缴税款人作出的代扣、代收税款行为不服申请的复议，由主管该扣缴税款人的税务机关的上一级税务机关管辖。

4．对法律、法规规定需要上级批准的具体行政行为不服申请的复议，由最终批准的税务机关管辖。

5．对各省、自治区、直辖市税务局和计划单列市税务局，以及国家税务总局直属征收局、海洋石油税务管理局，国家税务总局派驻各地的进出口税收管理处作出的具体行政行为不服申请的复议，由国家税务总局管辖。

6．税务行政复议机关发现受理的案件不属于自己管辖，应当移送有管辖权的复议机关。受移送的复议机关不得再自行移送。

7．税务机关因复议管辖发生争议，争议双方应当协商解决。协商不成的，由它们的共同上一级税务机关指定管辖。

8．对被撤销的税务机关在其被撤销前作出的具体行政行为不服申请的复议，由继续行使其职权的税务机关的上一级税务机关管辖。

（二）税务行政诉讼管辖

税务行政诉讼管辖，是指在人民法院系统内部受理第一审税务行政案件的分工和权限。税务行政诉讼管辖可以分为级别管辖、地域管辖和裁定管辖。

1．级别管辖，是指划分上下级人民法院之间受理一审行政案件的分工和权限。级别管辖的主要内容包括：基层人民法院法院管辖一般的行政诉讼案件；中级人民法院和高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的行政诉讼案件；最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的行政诉讼案件。

2．地域管辖，是指同级人民法院之间受理第一审行政案件的分工和权限。它包括一般地域管辖、特殊地域管辖、选择管辖和顺序管辖。

（1）一般地域管辖，是指按照最初作出具体行政行为的税务机关所在地确定管辖法院。凡是没有经过税务行政复议直接向人民法院提起税务行政诉讼的；或经过税务行政复议，裁决维持原具体行政行为，当事人不服，向人民法院提起税务行政诉讼的，均由最初作出具体行政行为的税务机关所在地确定管辖法院。

（2）特殊地域管辖，是指根据特殊行政法律关系或特殊行政法律关系所指的对象确定管辖法

院。主要包括三种情况：一是经过税务行政复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，可以由复议机关所在地的人民法院管辖；二是在税务行政诉讼案件中，未结清税款，又不提供担保的原告对税条机关通知出境管理机关阻止其出境的行政强制措施不服而提起的诉讼，由作出上述行为的税务机关所在地或原告所在地的人民法院管辖；三是因不动产而提起的税务行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

（3）选择管辖，是指对两个以上的人民法院都有管辖权的税务行政诉讼案件，可由原告选择的确定管辖法院。

（4）选择管辖，是指原告向两个以上有管辖权的人民法院提起的税务行政诉讼，由最先收到的起诉状的人民法院管辖。

3．裁定管辖，是指人民法院依法自行裁定的管辖，包括移送管辖、指定管辖和管辖权的转移。

（1）移送管辖

移送管辖，是指人民法院发现受理的税务行政案件不属于自己管辖时，应当将其移送有管辖权的人民法院。

（2）指定管辖

指定管辖，是指有税务行政诉讼管辖权的人民法院，由于特殊原因不能行使其管辖权的，由其上级人民法院指定管辖。人民法院对管辖权发生争议，由争议双方协商解决；协商不成，报其共同上级人民法院指定管辖。

（3）管辖权的转移

管辖权的转移，是指上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审税务行政案件，也可以把自己管辖的第一审税务行政案件移交下级人民法院审判。下级人民法院对其管辖的第一审税务行政案件，认为需要由上级人法院审判的，可以报请上级人民法院决定。

四、税务行政复议与税务行政诉讼制度的程序

（一）纳税上争议的解决的程序

纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依照法律、行政法规的规定交纳或解缴税款及滞纳金，然后可以在收到税务机关填发的缴款凭证之日起 60 天内向上一级税务机关申请复议。上一级税务机关应当自收到复议申请之日起 60 天内作出复议决定。对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

（二）处罚决定、强制执行措施或税收保全措施方面争议解决的程序

当事人对税务机关的处罚决定、强制执行措施或税收保全措施不服的，可以在接到处罚通知之日起或税务机关采取强制执行措施或税收保全措施之日起 15 天内向作出处罚决定或采取强制执行措施或税收保全措施的机关的上一级机关申请复议；对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

当事人也可以在接到处罚通知之日起或税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 天内直接向人民法院起诉。复议和诉讼期间，强制执行措施和税收保全措施不停止执行。

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请复议也不向人民法院起诉、又不履行的，作出处罚决定的税务机关可以依法对其采取强制执行措施，或者申请人民法院强制执行。

第三节　税务行政赔偿制度

一、税务行政赔偿制度概述

（一）税务行政赔偿的概念

税务行政赔偿，是指纳税人、扣缴义务人、纳税担保人以及其他当事人的合法权益因税务机关或税务人员作出的税务具体行政行为受到侵犯造成损害时，有权请求国家予以赔偿。

（二）税务行政赔偿制度的概念

税务行政赔偿制度，是指国家制定的关于税务行政赔偿方面的法律规范的总称。

二、税务行政赔偿制度的内容

（一）税务行政赔偿的范围

税务行政赔偿的范围主要包括：侵犯人身权的赔偿和侵犯财产权的赔偿。

侵犯人身权的赔偿包括：违法通知出入境管理部门阻止纳税人出境的；非法拘禁或以其他方式非法剥夺公民人身自由的；违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；以殴打等暴力行为或唆使他人以殴打等暴力造成公民身体伤害或死亡的；违法使用武器、警械造成公民身体伤害或死亡的；造成公民身体伤害或死亡的违法行为。

侵犯财产权的赔偿包括：违法征税行为；违法处罚行为；违法强制行为；不作为违法；违法保全行为；违法给惠行为及其他违法行为。

（二）税务行政赔偿的免责范围

税务行政赔偿的免责范围包括：税务人员行使的与职权无关的个人行为造成损害的；因受害者自身行为导致损害发生的及法律规定的其他情形。

（三）税务行政赔偿的程序及方式

税务行政赔偿的程序为：提起；受理与审决；追尝。

税务行政赔偿的方式为：支付赔偿金；反还财产；恢复原状；消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。

思考与应用

1．税务争议解决的理论依据是什么？

2．纳税人上的争议如何解决？

3．税收处罚、税收保全措施和税收强制执行措施上的争议如何解决？

4．考察实践中税务行政复议与行政诉讼制度执行情况，并分析其中的社会根源。

参考文献

1．王传纶、王平武主编：《中国新税制业务全书》，中国金融出版社，1994 版，第 892 页。

2．陈刚 杨建广等译，北野弘久日著，《税法学原理》，中国检察出版社，2001 年 1 月第一版

3．杨萍、靳万军、窦清红：《财政法新论》，法律出版社，2000 年 2 月第 1 版。

4．刘佐：《中国税制五十年》，中国税务出版社，2000 年 1 月第 1 版。

5．刘佐：《中国税制概榄》，经济科学出版社，2006 年版。

6．爱伦·A·泰特著，国家税务总局科学研究所译：《增值税国际实践和问题》，中国财经出版社，1992 年 7 月第一版

7．张培森、李本贵：《“罗宾汉”税种》，人民出版社 1992 年版。

8．《税收程序法论》，北京大学出版社 2003 年版。

9．高尔森主编的《国际税法》，法律出版社 1993 年 6 月第 2 版

10．曼昆（美国）：《经济学原理》，生活· 读书·新知三联书店与北京大学出版社出版，1999 年 9 月第一版

11．刘剑文主编《财税法学》，高等教育出版社 2004 年 4 月 1 版。

12．刘剑文主编《财政法教学案例与法理研究》，高等教育出版社 2004 年 11 版。

13．刘剑文著《税法专题研究》，北京大学出版社 2002 年 9 月第 1 版。

14．张馨：《公共财政论纲》，经济科学出版社 1999 年版。

《民事强制执行法》教学大纲

王　娣　编写

目　录

前　言.....305
第一编　绪　论.....306
第一章　民事强制执行法学概述.....306
第一节　民事强制执行法学的概念及研究对象.....306
一、民事强制执行法学的概念.....306
二、民事强制执行执行法学的研究对象.....306
第二节　民事强制执行法学的体系.....306
第三节　民事强制执行法学与相邻学科的关系.....306
思考题.....306
第二章　民事强制执行.....307
第一节　民事强制执行的概念及特征.....307
一、民事强制执行的概念.....307
二、民事强制执行的特征.....307
第二节　民事强制执行的种类.....307
一、终局执行与保全执行.....307
二、金钱债权的执行和非金钱债权的执行.....307
三、对行为的执行与对财产的执行.....307
四、直接执行、间接执行与替代执行.....307
五、一般执行与个别执行.....308
第三节　民事强制执行的历史发展.....308
第四节　民事强制执行的功能.....308
思考题.....308
第三章　民事强制执行法.....309
第一节　民事强制执行法的概念.....309
第二节　民事强制执行法的性质.....309
第三节　民事强制执行法的立法体例.....309
一、各国立法例比较.....309
二、我国强制执行立法的特点.....309
思考题.....309
第四章　民事强制执行法律关系.....310
第一节　民事强制执行法律关系的概念.....310
一、民事强制执行法律关系的概念.....310
二、民事强制执行法律关系的特点.....310
第二节　民事强制执行法律关系的要素.....310
一、民事强制执行法律关系的主体.....310
二、民事强制执行法律关系的内容.....310
三、民事强制执行法律关系的客体.....310
第三节　民事强制执行法律关系的发生、变更和消灭.....310
一、执行事件.....310
二、执行行为.....311

思考题.....311
第二编　总　论.....312
第五章　民事强制执行的基本原则.....312
第一节　民事强制执行基本原则概述.....312
一、民事强制执行基本原则的概念.....312
二、民事强制执行基本原则的意义.....312
第二节　民事强制执行的基本原则的内容.....312
一、执行标的有限原则.....312
二、保障债务人生存权原则.....312
三、执行经济的原则.....312
思考题.....312
第六章　民事强制执行机关.....313
第一节　民事强制执行机关概述.....313
一、民事强制执行机关的概念.....313
二、民事强制执行机关的性质.....313
第二节　民事强制执行机关的设置.....313
一、民事强制执行机关设置的理论基础.....313
二、外国民事强制执行机关设置的情况.....313
三、我国民事强制执行机关的设置.....313
第三节　民事强制执行管辖.....313
一、民事强制执行管辖的概念.....313
二、民事强制执行管辖的确定原则.....313
三、民事强制执行管辖的种类.....314
思考题.....314
第七章　民事强制执行当事人.....315
第一节　民事强制执行当事人概述.....315
一、民事强制执行当事人的概念和特征.....315
二、民事强制执行当事人的执行权利和义务.....315
第二节　民事强制执行当事人的权利能力和行为能力.....315
一、民事强制执行当事人的权利能力.....315
二、民事强制执行当事人的行为能力.....315
第三节　民事强制执行当事人的变更和追加.....315
一、民事强制执行当事人的变更.....315
二、民事执行当事人的追加.....315
思考题.....315
第八章　民事强制执行标的.....317
第一节　概　述.....317
一、民事强制执行标的的概念.....317
二、民事强制执行标的的特征.....317
第二节　可供执行的财产范围.....317
第三节　不得执行的财产种类.....317
思考题.....317
第九章　民事强制执行根据.....318

第一节　概　述.....318
一、执行根据的概念.....318
二、执行根据的条件.....318
第二节　执行根据的种类.....318
一、一般的执行根据.....318
二、特殊的执行根据.....318
第三节　执行根据的效力.....318
一、执行根据的时间效力，.....318
二、执行根据的地域效力.....319
三、执行根据的对人效力.....319
思考题.....319
第十章　民事强制执行程序.....320
第一节　执行程序的开始.....320
一、执行开始的方式.....320
二、执行审查和受理.....320
三、执行准备.....320
第二节　执行程序的暂缓、中止与执行和解.....320
一、执行程序的暂缓.....320
二、中止执行.....320
三、执行和解.....321
第三节　执行程序的终结.....321
第四节　执行回转.....321
一、执行回转的概念.....321
二、执行回转的原因.....321
三、执行回转的条件.....321
思考题.....321
第十一章　民事强制执行竞合.....322
第一节　民事强制执行竞合概述.....322
一、民事强制执行竞合的概念.....322
二、民事强制执行竞合的特征.....322
第二节　民事强制执行竞合的类型.....322
一、终局执行之间的竞合.....322
二、保全执行之间的竞合.....322
三、保全执行与终局执行之间的竞合.....322
第三节　民事强制执行竞合的解决.....322
一、基于不同性质的债权而产生的执行竞合的解决.....323
二、终局执行与保全执行竞合的解决.....323
第四节　参与分配.....323
一、参与分配的概念.....323
二、参与分配的条件及程序.....323
思考题.....323
第十二章　民事强制执行救济.....324
第一节　民事强制执行救济概述.....324

一、民事强制执行救济的概念.....324
二、民事强制执行救济的种类.....324
第二节　程序上的执行救济.....324
一、程序上的执行救济的概念.....324
二、程序上执行救济的方式.....324
第三节　实体上的执行救济.....324
一、实体上的执行救济的概念.....324
二、实体上执行救济的方式.....324
第四节　我国民事强制执行救济制度存在的问题及完善.....325
一、我国民事强制执行救济制度存在的问题.....325
二、我国民事强制执行救济制度的完善.....325
思考题.....325
第十三章　对妨害民事强制执行的强制措施.....326
第一节　对妨害民事强制执行的强制措施概述.....326
一、妨害民事执行强制措施的概念.....326
二、对妨害民事强制执行的强制措施的特征.....326
第二节　妨害民事强制执行行为的种类.....326
一、妨害民事强制执行行为的概念和构成要件.....326
二、妨害民事强制执行行为的种类.....326
第三节　对妨害民事强制执行行为的强制措施.....327
一、拘传.....327
二、罚款.....327
三、拘留.....327
思考题.....327
第三编　分　论.....328
第十四章　实现金钱债权的执行.....328
第一节　实现金钱债权的执行概述.....328
一、金钱债权的概念.....328
二、金钱债权的执行标的物.....328
第二节　对于动产的执行.....328
一、对于动产的执行概述.....328
二、查封.....328
三、拍卖和变卖.....328
第三节　对于不动产的执行.....329
一、对于不动产的执行概述.....329
二、查封.....329
三、拍卖.....329
四、强制管理.....329
第四节　对于船舶及航空器的执行.....329
一、对于船舶及航空器的执行概述.....329
二、船舶的查封.....329
三、船舶的拍卖与变卖.....329
第五节　对于其他财产权的执行.....330

一、对于其他财产权的执行概述.....330
二、关于债务人对第三人金钱债权的执行.....330
三、其他各种财产权的执行.....330
思考题.....330
第十五章　实现非金钱债权的执行.....331
第一节　概　述.....331
一、概念.....331
二、种类.....331
第二节　实现物之交付请求权的执行.....331
一、实现物之交付请求权的执行概述.....331
二、交付动产的执行.....331
三、交付不动产的执行。.....332
第三节　实现行为请求权的执行.....332
一、实现行为请求权的执行概述.....332
二、作为请求权的执行.....332
三、不作为请求权的执行.....332
四、意思表示请求权的执行.....332
思考题.....333

前　言

为了适应我校法学本科教学需要，特编写《民事强制执行法学教学大纲》。《民事强制执行法学》属任选课程，共 36 学时，2 学分。

本课程以培养学生的民事强制执行理论素养为主要目的，同时使学生谙熟现行法律和法规，从而为将来从事民事强制执行理论的研究和实践工作打下良好的基础。课程讲授的主要内容有：民事强制执行制度的基本原则、基本制度、民事强制执行制度中的基本原理和基本作用机制，民事强制执行程序以及强制执行措施等。在教学方法上，采用比较分析方法、理论与实际相结合的方法、程序法与实体法相结合的方法进行教学。授课方式以课堂讲授为主，占 28 学时，课堂讨论占 8 学时。

本课程的主要参考书目有：

《民事执行原理研究》（谭秋桂著，中国法制出版社 2001 年版）；

《强制执行理论与实务》（常怡主编，重庆出版社 1990 年版）；

《中国强制执行制度概论》（孙加瑞著，中国民主法制出版社 1999 年版）；

《〈关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）〉实用解析》（黄金龙著，中国法制出版社 2000 年版）；

《强制执行法论》（杨与龄编著，中国政法大学出版社 2001 年版）等。

第一编　绪　论

本编是关于民事强制执行法和民事强制执行法学的简要论述，共包括四章：民事强制执行法学概述、民事强制执行、民事强制执行法和民事强制执行法律关系。学习绪论，对于理解民事强制执行制度和进一步学习以后各编内容，具有重要意义。

第一章　民事强制执行法学概述

教学目的和要求：

了解民事强制执行法学的概念、研究对象及其体系结构，明确民事强制执行法学与相邻学科的关系，为学习本课程打下初步的基础。

第一节　民事强制执行法学的概念及研究对象

一、民事强制执行法学的概念

民事强制执行法学，是研究民事强制执行行为及其法律制度的本质与发展规律的科学。

二、民事强制执行执行法学的研究对象

民事强制执行法学的研究对象包括：民事强制执行行为、民事强制执行法及其关系法、有关民事强制执行的规范性文件、民事强制执行活动和民事强制执行实践以及外国的民事强制执行法律制度与理论。

研究方法：理论与实践相结合的方法、程序法与实体法相结合的方法、比较分析的方法等。

第二节　民事强制执行法学的体系

民事强制执行法学的体系，主要包括民事强制执行法学基础理论、民事强制执行主体、民事强制执行客体、民事强制执行程序、民事强制执行措施以及民事强制执行救济等内容。

第三节　民事强制执行法学与相邻学科的关系

民事强制执行法学作为一门独立的学科，与刑事强制执行法学、行政强制执行法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政诉讼法学以及民法学等学科既存在着明显的区别，同时又有着密切的联系。

思考题

1．民事强制执行法学的概念和研究对象是什么？

2．怎样认识民事强制执行法学的体系？

3．为什么要了解民事强制执行法学与相邻学科的关系？如何从这些关系中进一步认识民事强制执行法？

第二章　民事强制执行

教学目的和要求：

了解强制执行的概念、特征、种类及历史发展，深刻理解民事强制执行的功能。

第一节　民事强制执行的概念及特征

一、民事强制执行的概念

民事强制执行，是指民事强制执行机关，依照法定程序行使民事强制执行权，强制义务人履行生效法律文书所确定的义务的活动。

二、民事强制执行的特征

强制执行民事强制执行具有如下特征：（1）强制执行只能由国家规定的执行机关实施；（2）强制执行必须具有执行根据；（3）强制执行的手段具有强制性；（4）强制执行必须按照法律规定的程序与方式进行；（5）强制执行的目的是债务人履行义务，以实现债权人的权利。

人民法院对民事案件的强制执行，是民事诉讼的完成阶段。它是维护法律尊严的必不可少的措施，是实现当事人合法权益的重要手段。

第二节　民事强制执行的种类

按照不同的标准，可以把强制执行分为以下几种类型：

一、终局执行与保全执行

根据执行结果的不同，民事强制执行可以分为终局执行与保全执行。终局执行就是使债权人的债权获得实现的执行；保全执行是指为了预防将来可能出现的执行困难的情况而采取的维持现状的执行。

二、金钱债权的执行和非金钱债权的执行

根据请求实现的实体请求权的不同，民事强制执行可以分为金钱债权的执行和非金钱债权的执行。金钱债权的执行，是指以给付一定数额的金钱为内容的强制执行，金钱债权的执行可以对债务人的全部财产包括动产、不动产或其他财产权采取执行措施；非金钱债权的执行，是指不以实现金钱债权为内容的强制执行，即强制债务人履行非金钱给付义务的执行，包括物的交付请求权的执行和行为请求权的执行。

三、对行为的执行与对财产的执行

根据执行标的的不同，民事强制执行可以分为对行为的执行和对财产的执行。对行为的执行，是指以债务人的行为作为执行标的，强制债务人履行某种行为义务的执行。对财产的执行，是指以债务人的财产作为执行标的，要求债务人给付金钱或者交付标的物的执行。

四、直接执行、间接执行与替代执行

以民事强制执行机关的执行行为是否直接作用于执行标的为标准，可以将民事强制执行分为直

接执行、间接执行和替代执行。直接执行，是指民事强制执行机关的执行行为直接实现债权人的请求内容；间接执行，是指民事强制执行机关不直接对执行标的采取执行措施，而是通过对债务人进行处罚迫使其亲自履行义务。代替执行，是指民事强制执行机关委托债权人或者第三人代替债务人履行义务，其费用由债务人负担。

五、一般执行与个别执行

根据执行范围的不同，可以将民事强制执行分为一般执行与个别执行。一般执行，是指为了使债务人的全体债权人的债权得到清偿，而对债务人的全部财产实施的执行。个别执行，是指为了实现个别债权人的请求权，而对债权人的部分财产进行的执行。

第三节　民事强制执行的历史发展

民事强制执行在其历史发展过程中，经历了以下几个方面的变化：（1）从自力救济到公力救济的变化；（2）从对人执行到对物执行的变化；（3）从民刑交叉、以刑代执到刑执严格区分的变化；（4）从审执不分到审执分立的变化。

第四节　民事强制执行的功能

民事强制执行具有如下功能：

一、通过强制执行程序实现债权人的债权，保护债权人的合法权益；

二、保障国家法律的实施、维护法律尊严；

三、维护社会和经济秩序；

四、教育公民自觉遵守法律。

思考题

1．什么是民事强制执行？其特征是什么？

2．民事强制执行的种类有哪些？

3．民事强制执行制度具有哪些功能？

第三章　民事强制执行法

教学目的和要求：

了解民事强制执行法的概念，深刻理解民事强制执行法的性质，明确民事强制执行法的立法体例。

第一节　民事强制执行法的概念

民事强制执行法，是指国家制定或认可的，调整和规范民事强制执行机关的民事执行活动以及由此而产生的法律关系的法律规范的总和。

民事强制执行法有广义与狭义之分，狭义的民事强制执行法是指民事强制执行法典，广义的民事强制执行法是指所有的有关民事强制执行的规范性文件，既包括民事强制执行法典，也包括其他法律、法规以及司法解释中有关民事强制执行的规定。我国目前尚未制订独立的民事强制执行法典，所以民事强制执行法是从广义的概念来理解的。

第二节　民事强制执行法的性质

民事强制执行法的性质，可以从以下几个方面理解：

1．民事强制执行法是基本法

2．民事强制执行法是部门法

3．民事强制执行法是程序法

4．民事强制执行法是强行法

第三节　民事强制执行法的立法体例

一、各国立法例比较

从世界范围看，各国民事强制执行法的立法体例主要有三种模式：民事强制执行单独立法、民事强制执行与民事诉讼混合立法以及民事强制执行与其他程序混合立法。

二、我国强制执行立法的特点

我国的民事强制执行立法，采取的是民事强制执行程序与民事审判程序混合立法的体例，将民事强制执行程序规定在民事诉讼法典中。

思考题

1．什么是民事强制执行法？

2．如何理解民事强制执行法的性质？

3．各国民事强制执行法的立法体例主要有几种模式？我国采取哪一种模式？

第四章　民事强制执行法律关系

学习目的和要求：

了解民事强制执行法律关系的概念，掌握民事强制执行法律关系的要素，明确民事强制执行法律关系的发生、变更和消灭。

第一节　民事强制执行法律关系的概念

一、民事强制执行法律关系的概念

民事强制执行法律关系是法律关系的一种，是指执行程序中，执行机关和执行当事人以及其他执行参与人之间发生的权利义务关系。

二、民事强制执行法律关系的特点

执行法律关系是因债权人申请和执行机关行使执行权两种行为的结合而发生的；它的一方必然是执行机关，而且起主导作用；执行法律关系既统一又分立。

第二节　民事强制执行法律关系的要素

民事强制执行法律关系由主体、内容、客体三个方面的要素构成。

一、民事强制执行法律关系的主体

民事强制执行法律关系的主体，是指执行法律关系的参与者，包括执行机关、执行当事人、利害关系人、执行代理人和协助执行人等。

二、民事强制执行法律关系的内容

民事强制执行法律关系的内容，是指执行法律关系主体所享有的执行程序中的权利和义务。

三、民事强制执行法律关系的客体

民事强制执行法律关系的客体，是执行法律关系主体之间执行程序中的权利义务所指向的对象。

第三节　民事强制执行法律关系的发生、变更和消灭

民事强制执行法律关系，因一定的法律事实而发生、变更和消灭。能够引起民事强制执行法律关系发生、变更和消灭的民事强制执行法律事实分为执行事件和执行行为。

一、执行事件

执行事件是不以执行法律关系主体的意志为转移的、能够引起民事执行法律关系发生、变更和消灭的客观情况。

二、执行行为

执行行为，是民事强制执行法律关系主体，根据民事强制执行法的规定，为实现生效法律文书的内容而进行的能够引起民事强制执行法律关系发生、变更和消灭的活动。

思考题

1．什么是民事强制执行法律关系？
2．民事强制执行法律关系的要素有哪些？
3．如何理解引起民事强制执行法律关系发生、变更和消灭的法律事实？

第二编　总　论

总论是关于民事强制执行的一般规定，是民事强制执行制度共同适用的法则。本编共九章，包括基本原则、执行机关、执行当事人、执行标的、执行根据、执行程序、执行竞合、执行救济以及对妨害执行行为的强制措施。以上各章内容是对民事强制执行基础理论的研究，学习总论，对于理解和掌握民事强制执行法具有主要意义。

第五章　民事强制执行的基本原则

教学目的和要求：
了解民事强制执行基本原则的概念和意义，深刻理解民事强制执行基本原则的基本内涵。

第一节　民事强制执行基本原则概述

一、民事强制执行基本原则的概念

民事强制执行基本原则，是指在民事强制执行法的制定和实施过程中起指导作用的根本准则。

二、民事强制执行基本原则的意义

分析民事强制执行的基本原则，对于把握民事强制执行的精神实质，指导民事强制执行工作具有十分重要的意义。首先，民事强制执行的基本原则，是制定民事强制执行法的重要依据；其次，也是民事强制执行法律关系主体的行为准则。

第二节　民事强制执行的基本原则的内容

一、执行标的有限原则

在执行案件案件中，执行活动只能针对债务人的财产和行为，不能对债务人的人身采取执行措施，不得以羁押人身的方式迫使或者代替债务人履行义务。

二、保障债务人生存权原则

对债务人的财产实施执行时，应当从人权保障的角度出发，为债务人及其所扶养的家属保留生活的必须费用和生活必需品。

三、执行经济的原则

在执行程序中，执行机关应当以最快的速度、最小的代价实现债权人的权利，尽量缩短执行周期，降低执行成本，以保护债权人的合法权益。

思考题

1．民事强制执行的基本原则的概念和意义是什么？
2．试述执行标的有限原则的具体内容。
3．什么是保障债务人生存权原则？其具体要求是什么？
4．执行经济原则的含义和要求是什么？

第六章　民事强制执行机关

教学目的和要求：

了解民事强制执行机关的概念、性质与设置，明确民事强制执行机关的职能和责任，掌握民事强制执行案件管辖的具体规定和要求。

第一节　民事强制执行机关概述

一、民事强制执行机关的概念

民事强制执行机关，是依法行使民事强制执行权，办理民事强制执行事务的专门职能机构。

二、民事强制执行机关的性质

民事强制执行机关所行使的权力是国家审判权的重要组成部分，因此，民事强制执行机关在性质上属于司法机关。

第二节　民事强制执行机关的设置

一、民事强制执行机关设置的理论基础

民事强制执行权的性质、定位及其构成是设置民事强制执行机关的理论基础，而理论界对于以上问题的不同认识，影响了强制执行机关的设置。

二、外国民事强制执行机关设置的情况

主要介绍法、德、日、英、美等国家各有特色的民事强制执行机关的设置情况。

三、我国民事强制执行机关的设置

在我国，人民法院是行使民事强制执行权、办理民事强制执行事务的法定机关。在人民法院内部，实行审执分立的制度。

第三节　民事强制执行管辖

一、民事强制执行管辖的概念

民事强制执行管辖，是指不同级别的民事强制执行机关之间以及同一级别的不同民事强制执行机关之间受理民事强制执行案件、实施民事执行行为的分工和权限。

二、民事强制执行管辖的确定原则

确定民事强制执行管辖，应当遵循以下原则：其一，便利民事强制执行机关实施民事强制执行的原则；其二，便利债权人申请执行的原则；其三，原则性与灵活性相结合的原则；其四，有利于维护国家主权的原则。

三、民事强制执行管辖的种类

民事强制执行管辖的内容包括级别管辖、地域管辖和裁定管辖。

思考题

1．简述民事强制执行机关的概念与性质。
2．民事强制执行机关设置的理论基础是什么？
3．什么是民事强制执行管辖？如何确定民事强制执行管辖？
4．民事强制执行管辖制度的主要内容是什么？

第七章　民事强制执行当事人

教学目的和要求：

了解民事强制执行当事人的概念和特征，明确当事人在执行程序中的权利和义务以及当事人的权利能力和行为能力，掌握变更和追加当事人的具体要求和情形。

第一节　民事强制执行当事人概述

一、民事强制执行当事人的概念和特征

民事强制执行当事人，是指在民事强制执行程序中，以自己的名义主张权利、履行义务并受民事强制执行机关的执行行为约束的自然人、法人或者其他组织。

民事强制执行当事人的特征有三：其一，以自己的名义参加民事强制执行程序；其二，是执行根据中所确定的民事权利义务关系的主体；其三，受民事强制执行机关的执行行为的约束。

二、民事强制执行当事人的执行权利和义务

民事强制执行当事人在执行程序中享有的权利包括：执行请求权、执行抗辩权、申请回避权、执行和解权等。应当承担的义务是：依法行使权利、遵守执行秩序、按时交纳执行费用等。

第二节　民事强制执行当事人的权利能力和行为能力

一、民事强制执行当事人的权利能力

民事强制执行当事人的权利能力，是指民事强制执行当事人实施民事强制执行行为、承受民事强制执行效果所必须具有的法律上的资格。

二、民事强制执行当事人的行为能力

民事强制执行当事人的行为能力，是指主体自己实施民事强制执行行为的法律资格。

第三节　民事强制执行当事人的变更和追加

一、民事强制执行当事人的变更

执行当事人的变更是既判力主观范围的扩张的结果，是将执行根据上原载明的当事人变更为其他人，由其取代执行根据上载明的原执行当事人。

二、民事执行当事人的追加

执行当事人的追加，是指基于法定事实和理由，追加案外人与执行当事人一起承担责任。

思考题

1．什么是民事强制执行当事人？有哪些特征？

2．简述民事强制执行当事人的权利和义务。

3．如何理解执行当事人的权利能力和行为能力？

4．什么是执行当事人的变更和追加？如何变更和追加执行当事人？

第八章　民事强制执行标的

教学目的和要求：

了解民事强制执行标的的概念及其法律特征，明确并深刻理解可供执行的财产范围及不得执行的财产的种类。

第一节　概　述

一、民事强制执行标的的概念

民事强制执行标的，是指民事强制执行行为的对象，即用于满足债权人实体权利请求的对象，包括财产和行为两个方面。

财产，是指债务人应当交付给债权人的金钱、物品、有价证券等有体或无体财产。

行为，是指生效法律文书确定债务人一定履行的一定行为，包括作为和不作为。

二、民事强制执行标的的特征

民事强制执行标的的特征是：其一，执行标的范围的有限性；其二，执行标的的确定性；其三，执行标的的非抗辩性。

第二节　可供执行的财产范围

以下财产可以作为执行标的：（一）债务人现有的财产；（二）债务人可取得的财产；（三）债务人已处分的财产；（四）执行根据限定的财产。

第三节　不得执行的财产种类

禁止流通物、法律规定不得强制执行的财产以及性质上不适于强制执行的财产不得强制执行。

思考题

1．什么是民事强制执行标的？其特征是什么？

2．试述可以作为执行标的的财产范围。

3．哪些财产不得作为执行标的？

第九章　民事强制执行根据

教学目的和要求：

了解民事强制执行根据的概念，明确和掌握执行根据的条件，了解执行根据的种类及其效力。

第一节　概　述

一、执行根据的概念

执行根据，是指记载债权人、债务人姓名，表明一定的实体请求权存在及其范围的法律文书，是债权人向法院申请强制执行和人民法院采取执行措施的依据。

二、执行根据的条件

作为执行根据的法律文书，必须具备一定的形式要件和实质要件。

形式要件主要包括：（1）必须是生效的法律文书；（2）载明债权人和债务人；（3）表明应执行的事项和具体内容。

实质要件主要有：（1）必须具有给付内容；（2）给付的内容须在客观上可能且合法；（3）给付的内容在性质上适合于强制执行。

第二节　执行根据的种类

一、一般的执行根据

一般的执行根据以执行根据的制作机关为标准可分为两大类，即我国法院制作或确认的法律文书和其他机构制作的法律文书。

我国法院制作或确认的法律文书包括民事判决书、裁定书、调解书、支付令、决定书，以及人民法院作出的承认并执行外国法院判决、裁定以及外国仲裁裁决的裁定书；其他机构制作的法律文书主要包括仲裁机构作出的裁决书、调解书以及公证机构作出的依法赋予强制执行效力的公证债权文书。

二、特殊的执行根据

包括附条件的执行根据和附履行期限的执行根据。

附有条件或者期限的执行根据，是指执行根据规定只有当某种条件成就或某种期限届至时，义务人才履行法律文书所确定的义务。在这种情况下，该条件或期限成为强制执行程序开始的条件，只有在该条件成就或期限届至时，执行机关才能开始强制执行。

第三节　执行根据的效力

执行根据的效力，是指执行根据的时间效力、地域效力和对人的效力。

一、执行根据的时间效力，

是指债权人在什么时间范围内可以依执行根据申请民事强制执行机关采取执行措施。我国民事

诉讼法规定，申请执行的期限，双方或者一方当事人是公民的为 1 年，双方是法人或者其他组织的为 6 个月。

二、执行根据的地域效力

执行根据的地域效力是指执行根据在什么土地范围内产生一定的效果。

三、执行根据的对人效力

执行根据对人的效力，是指执行根据效力所及之人的范围。执行根据的适用对象一般只能是当事人，其具体范围包括自然人、法人和其他组织。在特殊情况下，执行根据也可以适用于非当事人的其他人。

思考题

1．执行根据的概念和特征是什么？
2．执行根据的种类有哪些？
3．简述执行根据的效力。

第十章　民事强制执行程序

教学目的和要求：

了解执行程序开始的方式，申请执行的条件，明确执行程序的暂缓、中止、执行和解以及执行程序终结的情形及其发生的原因，掌握执行回转的概念和条件。

第一节　执行程序的开始

一、执行开始的方式

执行程序因当事人申请执行或者审判组织移交执行而开始。

（一）申请执行

申请执行，是根据生效的法律文书，享有权利的一方当事人，在负有义务的当事人拒不履行义务时，于申请执行的期限内，请求有执行管辖权的人民法院强制执行。

申请执行的条件是：当事人必须向有管辖权的人民法院提出申请；申请必须在申请执行的期限内提出；申请人必须向人民法院递交申请执行书和据以执行的法律文书。

（二）移交执行

移交执行，是指由承办案件的审判人员，依职权主动将发生法律效力的判决书、裁定书或调解书交付执行人员，从而开始执行程序的方式。

移交执行的案件范围，由审理案件的审判人员根据法律规定，结合案件中实际情况决定。审判组织移交执行时，应当填写移交执行通知书，写明执行事项和要求，并连同执行根据一并移交执行组织。

二、执行审查和受理

执行员收到申请执行书或者移送执行书后，应进行必要的审查以决定是否受理。经过审查，认为符合受理条件的，应当在 7 日内予以立案；不符合受理条件的，应当在 7 日内裁定不予受理。

三、执行准备

在强制执行前，应当作好以下工作：（1）审查执行根据；（2）审查开始执行的条件是否具备；（3）对被执行人的财产状况进行调查；（4）向被执行人发出执行通知。

第二节　执行程序的暂缓、中止与执行和解

一、执行程序的暂缓

执行程序的暂缓，是指民事强制执行程序启动后，经当事人合意约定或者由民事强制执行机关依职权决定，暂缓实施执行措施而导致的执行程序的暂时停止。

暂缓执行的条件是：（1）须经当事人及有关人员提出书面申请；（2）须具有法定情形；（3）暂缓执行须依法院裁定。

二、中止执行

中止执行，是指在执行程序中，因发生特殊情况，暂停执行程序，待原因消失后，再恢复执行

程序。

中止执行的原因发生后，执行机构应依职权作出中止执行的裁定。中止执行的裁定自执行当事人签收后生效。

三、执行和解

执行和解，是指在执行程序中，执行当事人双方就执行标的达成协议，从而结束执行程序的行为。

执行当事人达成和解协议的，民事强制执行机关应当对和解协议进行审查。和解协议合法有效的，视为债权人撤回执行申请。协议不合法或者有无效事由的，通知执行当事人继续执行。

当事人达成和解协议后，债务人不履行和解协议或不完全履行和解协议的，债权人不能向执行机关申请执行和解协议，只能向执行机关再申请执行原执行根据。

第三节　执行程序的终结

执行终结，是指在执行程序进行中，由于发生某种特殊情况，使执行程序不能或者无需继续进行，从而结束执行程序。

人民法院终结执行，应当制作裁定书。该裁定书一经送达即具有法律效力。终结执行具有程序上和实体上的法律效力。程序上的效力，是指裁定终结执行后，在执行程序中采取的执行措施应予解除。实体上的效力在于执行终结后，法院不再以国家强制力迫使债务人履行义务。

第四节　执行回转

一、执行回转的概念

执行回转，是指在执行程序结束后，由于据以执行的法律文书依法被撤消或变更，民事强制执行机关根据原债务人的申请或者依职权采取执行措施，强制原债权人将执行所得的财产的一部或全部退还给原债务人，使财产权利恢复到执行程序开始时的状态的一种法律制度。

二、执行回转的原因

执行回转的的原因包括：作为执行根据的判决、裁定被本院或上级法院依法撤消；其他机关制作的由人民法院强制执行的法律文书，被制作机关或上级机关依法撤消。

三、执行回转的条件

执行回转的条件是：须有明确否定作为执行根据的法律文书的新的法律文书；执行程序已经结束；根据新的法律文书取得财产的原申请执行人丧失了取得财产权利的依据。

思考题

1．什么是申请执行？什么是移交执行？它们在什么情况下适用？
2．什么是暂缓执行？执行机关在什么情况下可以暂缓执行？
3．中止执行的情形有哪些？
4．简述执行和解的概念、条件及效力。
5．在什么情况下可以终结执行？
6．简述执行回转的原因和条件。

第十一章　民事强制执行竞合

教学目的和要求：

了解民事强制执行竞合的概念、类型，理解民事强制执行竞合的解决的实践意义及途径，明确我国参与分配制度的概念及内容。

第一节　民事强制执行竞合概述

一、民事强制执行竞合的概念

民事强制执行竞合，是指在民事强制执行过程中，两个或两个以上的债权人同时或先后依不同的执行根据对同一债务人的特定财产，申请法院强制执行而产生的各债权人的请求之间相互重合或排斥的状态。

二、民事强制执行竞合的特征

民事强制执行竞合的特征主要有以下方面：其一，存在两个或两个以上的债权人；其二，存在两个或两个以上的执行根据；其三，债务人应为两个或两个以上的给付；其四，以债务人的同一财产作为执行标的；最后，同时或先后提出给付请求。

第二节　民事强制执行竞合的类型

根据执行根据的种类及债权人请求的内容等构成要件，可以将民事强制执行竞合划分为三种类型：终局执行之间的竞合；保全执行之间的竞合以及保全执行与终局执行之间的竞合。

一、终局执行之间的竞合

对已开始实施终局执行的特定财产，其他债权人依据不同的执行根据对其申请强制执行，就形成终局执行与终局执行之间的竞合。

二、保全执行之间的竞合

是指针对债务人的同一财产，有多个保全裁定，而在强制执行时发生的互相排斥的现象。

三、保全执行与终局执行之间的竞合

是指在实施保全执行过程中，其他债权人依据终局执行根据针对债务人的同一特定财产请求实施强制执行；或者在实施终局执行过程中，其他债权人依据保全裁定请求对债务人的同一特定财产实施保全执行所发生的执行竞合现象。

第三节　民事强制执行竞合的解决

民事强制执行竞合的解决，必须考虑债权的不同性质以及执行的不同结果，从以下两个方面入手：

一、基于不同性质的债权而产生的执行竞合的解决

包括解决金钱债权执行竞合、金钱债权与非金钱债权执行竞合以及非金钱债权执行竞合的方法；

二、终局执行与保全执行竞合的解决

第四节　参与分配

一、参与分配的概念

参与分配，是指在实现金钱债权的执行中，民事强制执行机关依债权人的申请对债务人的财产实施执行后，他债权人请求就执行已得的金额受偿，以实现自己的债权的一种执行法律制度。

二、参与分配的条件及程序

参与分配必须具备法定的条件并依法定的程序进行。

在我国，申请参与分配应当符合以下条件：（1）债务人是公民或其他组织；（2）债务人没有其他财产可供执行或者其他财产不足清偿全部债权；（3）债权人必须已经取得执行根据；（4）实行参与分配的债权必须全部是金钱债权；（5）已实施强制执行措施；（6）他债权人应当在债务人的财产执行完毕前提出请求。

参与分配的程序主要有以下几个步骤：（1）他债权人以书面形式提出参与分配申请；（2）提出证明；（3）预交执行费用；（4）通知各债权人及债务人；（5）制作分配表；（6）实施分配。

思考题

1．强制执行竞合的概念及构成要件是什么？
2．强制执行竞合的类型及解决途径是什么？
3．简述参与分配的概念及条件。

第十二章　民事强制执行救济

教学目的与要求：

了解民事强制执行救济的概念与意义，明确程序上的救济与实体上的救济的制度的各自的条件与区别，掌握民事强制执行救济制度的程序规定，分析我国民事强制执行救济制度存在的问题。

第一节　民事强制执行救济概述

一、民事强制执行救济的概念

民事强制执行救济，是指在民事强制执行程序中，民事强制执行当事人或案外人因自己的合法权益受到或者可能受到侵害，依法向有关机关提出请求，要求有关机关采取保护和补救措施以维护其合法权益的行为。

二、民事强制执行救济的种类

根据救济的内容不同，民事强制执行救济可分为程序性救济和实体性救济两种。两种执行救济制度，在发动的主体、受理的机关、目的以及裁判的程序和形式等方面存在着根本的区别。

第二节　程序上的执行救济

一、程序上的执行救济的概念

程序上的执行救济，是指执行当事人或者案外人就执行行为在程序上的问题，认为不合法或不当，而要求原执行机关采取保护或补救措施，以维护其合法权益。

二、程序上执行救济的方式

执行当事人或案外人一般可以通过以下方式请求程序性救济：请求作为或不作为、声明异议、提出执行抗告以及参与分配异议。

第三节　实体上的执行救济

一、实体上的执行救济的概念

实体上的救济，是指债务人或第三人对于债权人的请求存在着实体上的争议，因而请求对争议的实体法律关系进行裁判，以排除强制执行的救济方法。

二、实体上执行救济的方式

执行当事人或案外人请求实体性救济的方式主要有：债务人异议之诉、第三人异议之诉和参与分配之诉。

第四节　我国民事强制执行救济制度存在的问题及完善

一、我国民事强制执行救济制度存在的问题

其一，民事诉讼法没有规定程序上的执行救济制度，对于程序上的违法、不适当的执行行为没有相应的救济方法，无法保护执行当事人在执行程序上的合法权益；其二，民事诉讼法没有规定对债务人实体救济的措施，不利于保护债务人的合法权益。

二、我国民事强制执行救济制度的完善

（一）实行程序性救济与实体性救济的分离

（二）建立和完善程序性救济制度及实体性救济制度，明确区分两种救济制度的适用范围和功能

思考题

1．简述民事强制执行救济制度的概念及意义

2．程序上的执行救济和实体上的执行救济有什么区别？

3．我国民事强制执行救济制度存在的问题是什么？如何完善我国的执行救济制度？

第十三章　对妨害民事强制执行的强制措施

教学目的和要求：

了解妨害民事强制执行的强制措施的概念、意义，明确妨害民事强制执行行为的种类，了解和掌握强制措施的适用条件及程序要求。

第一节　对妨害民事强制执行的强制措施概述

一、妨害民事执行强制措施的概念

妨害民事执行强制措施，是指执行机关为保障执行活动的顺利进行，对妨害执行行为的行为人所采取的一种强制手段。

二、对妨害民事强制执行的强制措施的特征

强制措施的特征如下：（1）强制措施的目的，是为了保障强制执行活动的顺利进行；（2）适用强制措施，以强制执行程序中存在妨害执行行为为前提；（3）适用强制措施的对象，是实施了妨害强制执行行为的行为人；

第二节　妨害民事强制执行行为的种类

一、妨害民事强制执行行为的概念和构成要件

妨害民事强制执行行为，是指在民事强制执行程序中所实施的，破坏执行秩序、阻碍执行活动的违法行为。

妨害民事强制执行行为的构成要件：必须有妨害执行的行为存在；该行为发生在执行程序进行期间；该行为必须是行为人故意实施的行为；该行为人的行为造成了妨害执行的客观后果。

二、妨害民事强制执行行为的种类

1．必须到人民法院接受询问的债务人或债务人的法定代表人或负责人，经两次传票传唤，无正当理由拒不到场的；

2．隐藏、转移、变卖、毁损向人民法院提供执行担保的财产的；

3．案外人与债务人恶意串通转移债务人财产的；

4．故意撕毁人民法院执行公告、封条的；

5．伪造、隐藏、毁灭有关债务人履行能力的重要证据，妨碍人民法院查明债务人财产状况的；

6．指使、贿买、胁迫他人对债务人的财产状况和履行义务的能力问题作伪证的；

7．妨碍人民法院依法搜查的；

8．以暴力、威胁或者其他方法妨碍或抗拒执行的；

9．哄闹、冲击执行现场的；

10．对人民法院执行人员或协助执行人员进行侮辱、诽谤、诬陷、围攻、威胁、殴打或者打击报复的；

11．毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆、其他执行器械、执行人员服装和执行公务证件的。

第三节　对妨害民事强制执行行为的强制措施

强制措施的种类有拘传、训诫、罚款和拘留等。

一、拘传

拘传，是强制债务人到场的一种措施。其适用条件为：被拘传人是必须到执行机关接受询问的债务人或其法定代表人或负责人；必须经两次传票传唤；债务人无正当理由拒不到场。对被拘传人的调查询问不得超过 24 小时。

二、罚款

罚款，是指执行机关对妨害执行的行为人，责令其交纳一定数额的金钱以示惩罚。

三、拘留

拘留，是指执行机关对妨害执行的人采取的依法限制其人身自由的强制措施。

对妨害民事强制执行的行为采取强制措施，只能由执行机关按法定程序进行，保证适用强制措施的合法性和与行为的相应性。

妨害民事强制执行的行为，情节严重构成犯罪的，还应依法追究其刑事责任。

思考题

1．强制措施的概念和特征是什么？
2．妨害民事强制执行行为的构成要件是什么？
3．简述强制措施的种类及适用条件。

第三编　分　论

民事强制执行措施，是执行法院采取的强制债务人履行义务的方式与手段，因执行内容的不同而有所不同。本编包括实现金钱债权的执行和实现非金钱债权的执行，是对各种民事强制执行措施的具体论述，是强制执行法教学的重要内容。学好本编，对学好全部课程，具有重要意义。

第十四章　实现金钱债权的执行

教学目的和要求：

了解金钱债权的概念、执行标的物及范围；明确和掌握对于动产、不动产、船舶及航空器的执行措施，了解其他财产权的范围及执行措施。

第一节　实现金钱债权的执行概述

一、金钱债权的概念

金钱债权，是指以给付一定数额金钱为内容的债权。

二、金钱债权的执行标的物

金钱债权的执行标的物是债务人所有的财产，不得对非债务人所有的财产执行。

金钱债权的执行，一般包括需要两个基本步骤来完成：一是对财产采取查封、扣押等控制性措施，二是将财产折价变为金钱，清偿债权人。

第二节　对于动产的执行

一、对于动产的执行概述

对于动产的执行，原则上是以民法规定的动产作为执行标的物。对于动产的执行措施因执行内容是否为给付金钱而有所不同。以给付金钱为内容的，具体的执行方法包括查封、拍卖和变卖。

二、查封

查封，是指民事强制执行机关对债务人的财产就地封存，禁止债务人转移或处分的执行措施。

民事强制执行机关查封的财产，应当是债务人所有的财产。对于债务人所有，其他人享有抵押权、质押权或留置权的财产，民事强制执行机关也可以采取查封措施，但是必须保证上述有财产担保的债权人的优先受偿权。

三、拍卖和变卖

拍卖，是指对于已被查封的财产，以公开竞价的方式卖给出价最高的买受人，将所得价款交给债权人的执行措施。

变卖，是指将已被查封的财产予以强制出卖，把所得价款交给债权人的执行措施。

拍卖和变卖的目的在于实现对查封财产的变价，以最终实现债权人的金钱债权，因此，它们是查封措施的进一步发展。

第三节　对于不动产的执行

一、对于不动产的执行概述

对于不动产的执行，是指在实现金钱债权的执行中，以不动产为执行标的物所实施的强制执行。不动产是指土地及其定着物，后者主要是指房屋及其他建筑物。

对不动产执行的基本方法有三种：即查封、拍卖和强制管理。

二、查封

查封是民事强制执行机关限制债务人处分其不动产的一种临时性措施。不动产执行必须经过查封程序，未经查封，不得对不动产采取拍卖、强制管理等换价措施。

三、拍卖

拍卖是指民事强制执行机关将债务人的不动产以公开竞价的方式卖给出价最高的人，并以所得价金清偿债权人债权的一种执行措施。

四、强制管理

强制管理，是指民事强制执行机关选任管理人对已查封的不动产实施管理，以管理所得收益清偿债权。

强制管理是与拍卖并列的对不动产进行换价的执行措施。当不动产经拍卖不能卖出又有收益可供清偿债权时，或者当债权额很小但不动产的价值很大而不适宜拍卖或有其他情况时，实施强制管理既能清偿债权人的债权，又不使债务人失去对不动产的所有权，对执行双方当事人都有益处。

第四节　对于船舶及航空器的执行

一、对于船舶及航空器的执行概述

可以作为执行标的的船舶，是指海船和其他海上移动式装置，具体包括停泊的船舶、运营中的船舶和建造中的船舶。

航空器与船舶具有类似性，均是特殊类型的动产，所以，对于航空器的执行措施应当参照船舶执行的有关规定办理。

二、船舶的查封

查封船舶主要有两个方面的工作：一是制作书面裁定，向义务人及有关人员明确该船舶已经被查封；二是要求有关机关协助执行。

船舶被查封后，原则上应当迫使船舶所有人将船舶的有关证件、执照交出来并存放于执行机构，由执行机构指定船舶的停靠地，禁止其继续航行。但经执行当事人或者利害关系人申请，并征得权利人同意，可以准许其航行。

三、船舶的拍卖与变卖

船舶的拍卖，就是以公开竞价的方式将船舶卖给出价最高的人的变价方式。变卖是以固定价格将船舶卖给愿意出此价格的人变价方式。

船舶优先权人有权从船舶拍卖所得的价款中优先得到支付。

第五节　对于其他财产权的执行

一、对于其他财产权的执行概述

对其他财产权的执行，是指在实现金钱债权的执行中，对于债务人所有的动产、不动产以及债权以外的财产权所实施的强制执行。所谓其他财产权，是指债务人所有的动产、不动产、债权以外的财产权，如出版权、著作权、商标权、专利权等。

二、关于债务人对第三人金钱债权的执行

第三人，是指作为执行当事人的债务人的义务人。

对于债务人对第三人享有的已经到期的金钱债权，执行机构应当制作裁定书，禁止债务人收取或者处分该债权，并向第三人发出履行通知书，责令第三人向权利人清偿或者通过执行机构向权利人清偿。

对于尚未到期的债权，执行机构应当制作查封债权的裁定书，禁止债务人要求提前清偿或者对该债权进行处分，同时，向第三人发出查封债权令，责令第三人在债权到期后向权利人清偿或者通过执行机构向权利人清偿。

三、其他各种财产权的执行

包括对知识产权的执行和对股权及其他投资权益的执行。

思考题

1．什么是金钱债权？其执行标的物和范围是什么？
2．简述查封的概念及效力。
3．什么是拍卖？拍卖财产在程序上有哪些要求？
4．什么是变卖？我国法律对变卖财产有哪些特别规定？
5．简述强制管理的适用条件和方法。
6．简述对于债务人对第三人享有的金钱债权的执行。

第十五章　实现非金钱债权的执行

教学目的和要求：

了解物的交付请求权及行为请求权的概念、明确和掌握交付动产及交付不动产的执行措施，了解作为请求权和不作为请求权以及意思表示请求权的具体执行方法及要求。

第一节　概　述

一、概念

实现非金钱债权的执行措施，就是民事强制执行机关为实现债权人的非金钱债权而采取的方法与手段。

二、种类

根据实现的债权的性质不同，它又分为实现物的交付请求权的执行措施和实现行为请求权的执行措施。

所谓物的交付请求权，是指债权人请求债务人交付法律文书指定的物的权利。物的交付请求权可以是基于物权而产生，也可以是基于债权而产生。

行为请求权，是指债权人请求债务人为或不为一定行为的权利。

行为请求权的执行，是执行机关采取一定措施迫使债务人按照法律文书规定履行行为义务，从而使债权人的行为请求权发生实行的效果。

第二节　实现物之交付请求权的执行

一、实现物之交付请求权的执行概述

实现物之交付请求权的执行的基本方法，就是直接从债务人处将执行标的物取交于债权人。该类案件的执行方法与实现金钱债权请求权的执行方法的主要区别是：在该类案件的执行中以指定物的交付即可实现债权人的请求，所以不需要查封和拍卖程序。

对于物的交付请求权的执行程序，因执行标的物的不同，可以分为交付动产的执行和交付不动产的执行。

二、交付动产的执行

交付动产的执行，是指执行标的物为动产时所实施的关于物的交付请求权的执行。又包括被执行人占有标的物时的执行和第三人占有标的物时的执行。

交付特定物的执行，是指当执行根据指定交付的动产为特定物时，所实施的物的交付请求权的执行。交付特定物的执行方法，是将法律文书指定的特定动产取交给债权人。交付特定物的执行程序，因标的物由债务人或第三人持有而有所不同。

交付种类物的执行，是指执行根据指定交付的动产为种类物时，所实施的物之交付请求权的执行。该类执行的基本方法是，将债务人持有的种类物取交给债权人，可传唤双方当事人当面交付，也可以由执行人员转交，并由被交付人签收。

三、交付不动产的执行。

是指在关于物的交付请求权的执行中，执行标的物为不动产时所实施的执行。

该类执行的基本方法，是剥夺债务人对不动产的占有，将不动产点交给债权人占有。

第三节　实现行为请求权的执行

一、实现行为请求权的执行概述

关于行为请求权的执行，是指执行法院采取一定措施迫使债务人按照法律文书规定履行行为义务，使债权人的行为请求权发生实行的效果。

行为请求权可分为作为请求权和不作为请求权。

在执行方法上，行为请求权并不以一定的物为客体，不能采取直接强制执行的方法，在债务人拒绝履行行为义务时，只能通过间接执行的方法迫使债务人履行义务或达到履行义务的状态。

二、作为请求权的执行

是指当法律文书要求债务人为一定行为时，为实现债权人的行为请求权而实施的执行。

为一定行为的执行，因法律文书要求履行的行为是否可替代，又可分为可替代行为的执行和不可替代行为的执行。

可替代行为的执行，是指在法律文书指定履行的行为是可替代行为时，所实施的行为请求权的执行。该类执行的基本方法，是代替履行。即在债务人不履行法律文书指定的可替代行为时，民事强制执行机构可委托第三人代为完成，代为履行的费用则由债务人负担；债务人拒绝负担费用时，按照关于金钱债权的执行程序对债务人强制执行。

不可替代行为的执行，是指当法律文书指定履行的行为不可替代时，所实施的关于行为请求权的执行。

对不可替代行为的执行方法，一般是间接执行，即执行法院通过采取一定的强制措施对债务人施加压力，迫使其实施法律文书指定的行为。

三、不作为请求权的执行

不作为请求权的执行，是指当法律文书要求债务人不为一定行为时，为实现债权人的行为请求权而实施的强制执行。

不作为是一种消极行为，此义务只能由债务人履行，他人无法替代。但是，如果义务人违反了不作为义务，实施了执行根据禁止实施的行为并拒绝主动除去该行为的结果的，民事强制执行机关可裁定由权利人或第三人代替履行，代替履行的费用由义务人承担。

该类执行的主要方法是：（1）对债务人罚款、拘留等强制措施；（2）责令义务人支付迟延履行金；（3）除去义务人行为的后果。

四、意思表示请求权的执行

意思表示请求权的执行，是指当执行根据指定债务人为一定的意思表示的，义务人拒不作出意思表示的，民事强制执行机关所实施的强制执行。

对意思表示行为的执行，包括无对待给付条件的意思表示行为的强制执行和附对待给付条件的意思表示行为的强制执行。

思考题

1．是物的交付请求权？其具体类型有哪些/
2．物的交付请求权的执行措施有哪些？
3．是行为请求权？行为请求权的执行包括哪些内容？
4．如何实现债权人的行为请求权？

《金融法》教学大纲

刘少军　编写

目　录

前　言.....339
第一章　金融法总论.....342
第一节　金融法的概念.....342
第二节　金融法的特征.....342
一、金融法的原则.....342
二、金融法律关系.....343
第三节　金融法的地位.....344
一、金融法的基本体系.....344
二、金融法的部门关系.....344
复习题.....344
思考题.....344
课堂讨论.....344
参考文献.....344
第二章　金融机构组织法律制度.....346
第一节　中央银行.....346
第二节　监管机构.....347
第三节　经营机构.....347
一、银行经营机构.....347
二、保险经营机构.....347
三、证券经营机构.....348
四、其他经营机构.....348
第四节　其他机构.....348
一、政策性银行.....348
二、证券中介机构.....349
三、保险中介机构.....349
四、资产管理机构.....349
复习题.....350
思考题.....350
课堂讨论.....350
参考文献.....350
第三章　货币基本法律制度.....351
第一节　货币制度.....351
一、货币及其类型.....351
二、货币制度的内容.....351
三、货币制度的类型.....352
第二节　货币财产.....352
一、货币财产的属性.....352
二、货币财产的权能.....352
第三节　现钞管理.....352
第四节　外汇管理.....353
复习题.....353

思考题.....353
课堂讨论.....354
参考文献.....354
第四章　支付结算法律制度.....355
第一节　银行账户.....355
第二节　国内结算.....355
第三节　国际结算.....356
第四节　电子支付.....357
复习题.....357
思考题.....357
课堂讨论.....358
参考文献.....358
第五章　票据结算法律制度.....359
第一节　票据关系.....359
一、票据基本法律特征.....359
二、票据的种类与特征.....359
三、票据主体法律关系.....360
四、票据的权利与救济.....361
第二节　票据行为.....364
第三节　票据清算.....364
复习题.....365
思考题.....365
课堂讨论.....365
参考文献.....365
第六章　存贷业务法律制度.....366
第一节　存款业务.....366
第二节　贷款业务.....366
第三节　贷款担保.....367
第四节　同业拆借.....367
复习题.....367
思考题.....367
课堂讨论.....368
参考文献.....368
第七章　信托业务法律制度.....369
第一节　信托主体.....369
第二节 信托业务.....369
第三节　信托合同.....369
复习题.....370
思考题.....370
课堂讨论.....370
参考文献.....370
第八章　证券业务法律制度.....371
第一节　证券市场.....371
第二节　证券发行.....371

第三节　证券交易.....372
第四节　信息披露.....372
复习题.....373
思考题.....373
课堂讨论.....373
参考文献.....373
第九章　保险业务法律制度.....374
第一节　保险关系.....374
一、保险主体法律关系.....374
二、保险关系法律客体.....377
三、保险种类与特征.....378
第二节　保险程序.....379
第三节　保险合同.....380
复习题.....380
思考题.....381
课堂讨论.....381
参考文献.....381
第十章　其他融资法律制度.....382
第一节　融资租赁.....382
第二节 民间借贷.....382
第三节　资产证券化.....382
复习题.....383
思考题.....383
课堂讨论.....383
参考文献.....383
第十一章　金融调控法律制度.....384
第一节　货币政策目标.....384
第二节　货币政策媒介.....384
第三节　货币政策工具.....384
复习题.....385
思考题.....385
课堂讨论.....385
参考文献.....385
第十二章　金融监管法律制度.....386
第一节　金融监管理论.....386
第二节　金融监管体系.....386
第三节　组织与业务监管.....386
第四节　金融市场监管.....387
复习题.....387
思考题.....387
课堂讨论.....387
参考文献.....388

前　言

金融法是一门新兴的法学学科，它是随着金融业不断成为现代社会的特种行业，金融财产成为现代社会的特殊财产，金融行为成为现代社会的特种行为，而不断发展和从其他学科中独立出来的。金融法是一个相对独立的法学学科，有相对独立的法学思想体系，这已经成为法学界的共识。但是，由于金融法的发展时间较短，目前还没有一部具有完整法学思想体系的金融法教材问世。我国目前的金融法教材基本上是法律汇编和法律解释型的，这固然有利于读者全面掌握具体金融法规的各项内容，但它却难以使读者从金融法特有的法学思维上去准确地掌握这门学科的真谛。

法不同于法律，法学不同于法律解释，要真正地掌握法不能仅从法律条文上去研究，而必须通过系统地掌握某学科所体现的法律思想中去理解，任何法律条文只有放在一个法学思想体系中才能清楚它的真实涵义。法学的功夫在法条之外，而不是在法律之内。法学不是数学，它是不可能完全靠概念和逻辑来解决问题的。法学所面对的不是抽象的教条，而是纷繁复杂和不断变化的具体社会关系。因此，我们编写本教材的核心指导思想，是使读者能够准确地掌握金融法的特殊法学理念，同时奠定比较好的金融法律基础，以便在具体的司法实践中能够做出切合实际的法律判断。

为了达到这一目的，本教材和本学科教学工作的核心，应是使学生掌握金融法的基本法律思想，掌握金融法的法学思想与其他法律学科的区别，掌握各项金融业务活动中所应遵守的基本法律规范，掌握各种金融法律纠纷中的司法裁判准则。这主要是基于以下几个方面的考虑：首先，法学教学应以培养学生分析问题解决问题的能力为主，而不应以解释具体法律条文为主，教师的主要职责是分析和解决问题而不是解释答案，具体条文的理解与记忆应是学生自学的内容。第二，金融法的具体内容非常多，不仅是学生，即使是专业人员也不可能将所有的金融法规范全部记清楚。因此，金融法教学也不可能以具体条文的解释作为其基本内容，而应以讲解基本规范从而保证学生能够具有这方面的自学能力为主。第三，金融法是具有基础学科的法学体系，它以金融学作为其基础学科。因此，在金融法的教学过程中还必须适当讲解基础学科的内容。第四，金融法的基本法律规范是司法考试的重要内容，也是正确地理解其他具体规范的基础。因此，对于金融法的基本法律规范，要求学生必须熟练掌握。

在本教学大纲中，将教学内容分为重点掌握的内容、一般了解的内容和深入思考的内容。其中，要求学生重点掌握的内容，是考试中学生达到及格成绩所必须掌握的内容，这些内容不掌握学生将不可能达到及格成绩。要求学生一般了解的内容，是考试中学生达到良好成绩所必须掌握的内容，这些内容不掌握学生将不可能达到良好成绩。要求学生深入思考的内容，是考试中学生达到优秀成绩所应该掌握的内容，这些内容不掌握学生将不可能达到优秀成绩。

教学总进程与课时安排

第一章　金融法总论	**3 课时**
第一节　金融法的概念	1 课时
第二节　金融法的原则	1 课时
第三节　金融法的地位	1 课时
第二章　金融机构组织法律制度	**4 课时**
第一节　中央银行	1 课时
第二节　监管机构	1 课时
第三节　经营机构	1 课时
第四节　其他机构	1 课时

第三章　货币基本法律制度　　4 课时
第一节　货币制度　　1 课时
第二节　货币财产　　1 课时
第三节　现钞管理　　1 课时
第四节　外汇管理　　1 课时

第四章　支付结算法律制度　　7 课时
第一节　银行账户　　1 课时
第二节　国内结算　　2 课时
第三节　国际结算　　2 课时
第四节　电子支付　　2 课时

第五章　票据结算法律制度　　9 课时
第一节　票据关系　　3 课时
第二节　票据行为　　3 课时
第三节　票据清算　　3 课时

第六章　存贷业务法律制度　　3 课时
第一节　存款业务　　1 课时
第二节　贷款业务　　1 课时
第三节　同业拆借　　1 课时

第七章　信托业务法律制度　　3 课时
第一节　信托主体　　1 课时
第二节　信托业务　　1 课时
第三节　信托合同　　1 课时

第八章　证券业务法律制度　　6 课时
第一节　证券市场　　1 课时
第二节　证券发行　　1 课时
第三节　证券交易　　2 课时
第四节　信息披露　　2 课时

第九章　保险业务法律制度　　6 课时
第一节　保险关系　　2 课时
第二节　保险程序　　2 课时
第三节　保险合同　　2 课时

第十章　其他融资法律制度　　3 课时
第一节　融资租赁　　1 课时
第二节　民间借贷　　1 课时
第三节　资产证券化　　1 课时

第十一章　金融调控法律制度	**3 课时**
第一节　货币政策目标	1 课时
第二节　货币政策媒介	1 课时
第三节　货币政策工具	1 课时
第十二章　金融监管法律制度	**2 课时**
第一节　金融监管理论	0.5 课时
第二节　金融监管的体系	0.5 课时
第三节　组织与业务监管	0.5 课时
第四节　金融市场的监管	0.5 课时
总复习	**1 课时**

第一章　金融法总论

学习目的和要求：金融法总论是对金融法的总体归纳和概括，目的在于使学生了解金融法的概念和历史沿革，金融法的基本特征及其法律地位，为进一步学习金融法的具体规范奠定基本的理论基础，也为深入理解各项法律规范提供基本的知识储备。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：金融的概念；金融法的概念；金融法的基本原则；金融法律关系的特征。

一般了解：金融的沿革；金融法的沿革；金融法的基本体系；金融法的部门关系。

深入思考：金融法与其他法律部门的关系；金融法相对独立的理由。

第一节　金融法的概念

金融是货币与货币流通、货币融通与调控监管活动的统称，也有人称之为是货币流通和信用活动以及与之相关的经济活动的总称。金融活动是随着社会经济的产生而产生，并伴随着经济活动的发展而发展的。金融法是调整金融关系的法律规范的总称，它的调整对象包括金融组织关系、金融财产关系、金融经营关系、金融调控关系和金融监管关系，是法律化、系统化的金融经济关系。也有人称之为调整金融关系的各种法律规范的集合，是调整货币流通和信用活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。

金融法按照其在金融法律体系中的地位有狭义和广义之分，狭义的金融法是指国家权力机关依照法定权限和法定程序制定或认可的，并以国家强制力保障实施的调整金融关系的规范性文件，也就是我们通常所称的金融法律。它是最基本的金融法，也是我们进行金融执法和金融司法的基本依据。广义的金融法除金融法律外，还包括金融行政法规、行政规章、司法解释，以及地方性法规和国际条约等。

我国目前主要的金融法律包括，中国人民银行法、商业银行法、票据法、反洗钱法、银行业监督管理法、证券法、证券投资基金法、保险法、信托法等。同金融法相关的法律主要包括，公司法、合同法、担保法等。这些法律是我国金融执法与司法的基础性依据。

我国目前主要的金融法规包括，货币政策委员会条例、非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法、金融违法行为处罚办法、金融资产管理公司条例、金融机构撤销条例、外资金融机构管理条例、金融租赁公司管理办法、企业集团财务公司管理办法、金融许可证管理办法；储蓄管理条例、个人存款实名制规定、查询冻结扣划银行存款的通知、人民币存款管理办法、贷款通则、国内信用证结算办法、支付结算办法、网上银行业务管理暂行办法、人民币银行结算账户管理办法、人民币管理条例、现金管理暂行条例、货币出入境管理办法、残缺人民币兑换的规定、大额现金支付登记备案规定、假币收缴鉴定管理办法、外汇管理条例；证券交易所管理办法、信托投资公司管理办法、保险代理人管理暂行规定、保险经纪人管理规定；以及因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定等。

第二节　金融法的特征

一、金融法的原则

法律的原则指贯穿于整个法律体系的基本指导思想或者基本准则，金融法的原则是指贯穿于整个金融法律体系的基本指导思想或基本规则，是对金融法所要调整社会关系的本质和规律的反映，

其效力贯穿整个金融法律体系的始终。按照我国现行法律规定和各项金融法律的核心指导思想，金融法的基本原则主要包括，整体金融利益原则、金融业务特征原则和保护主体利益原则。

金融活动在整体经济中占有主导性地位，金融活动状况直接决定着国家的整体经济运行和增长状况，影响着居民生活水平能否稳定和不断得到改善，并最终影响着所有社会主体的财产利益。因此，金融法的首要原则就是整体金融利益原则。它要求任何金融法律的制定和执行，任何金融服务的提供和金融业务的经营，都必须有利于促进和维护整体金融利益的提高，至少不得有损于社会的整体金融利益。凡是促进和维护整体金融利益的行为，金融法就认为它是应当鼓励和肯定的合法行为，凡是阻碍和影响整体金融利益的行为，金融法就认为它是应当限制和约束的行为。具体来讲，整体金融利益主要包括整体金融效率、整体金融秩序和整体金融安全三个方面。

当代社会的金融活动是一种整体性经济活动，金融机构不仅是整个社会的货币流通中心，也是整个社会的货币融通中心，它的每项业务活动都与整个社会具有直接或间接的联系。它们的业务相对人是整个社会的所有经济活动主体，这样就使其业务对象具有高度的流动性；它们的业务客体是人类高度抽象设计的货币和货币衍生物，这些客体具有非常复杂和严格的内在客观运行机制，这些运行机制是不能主观地任意改变的。同时，在金融部门内部各金融机构之间及其内部还具有严格的业务协作机制，这些业务协作机制是保证社会货币流通秩序和货币融通秩序的必要条件，我们也不能主观地任意进行调整。因此，金融法的制定与实施必须遵守和保护这些客观的金融业务特征，按照金融业务特征来制定和实施金融法，它具体包括技术特征和操作特征两个方面。

金融主体利益既包括金融机构的利益也包括金融业务相对人的利益，保护金融活动双方的利益是金融法的又一重要原则也是最根本的原则，它既是金融法的起点也是金融法的终点。金融机构的业务收入来源于业务相对人，没有业务相对人金融机构就没有业务来源，金融产业也就不可能得到发展。因此，金融法必须保护业务相对人的利益。同时，投资人的投资安全和投资收益又取决于金融机构的业务经营收益，没有金融机构的经营收益，投资人的收益也就没有了最终的来源。因此，金融法也必须保护金融机构的利益。具体来讲，就是要坚持形式上的平等保护原则和实质上的倾斜保护原则。

二、金融法律关系

金融法的基本原则从总体上决定着金融法律关系，金融法律关系是由金融法所规定的不同金融主体之间的权利义务关系，它具体由金融法律关系主体、内容和客体构成。但是，金融法律关系不同于其他法律关系，它无论是在主体、内容还是在客体上都具有自身的特征。

金融法律关系主体是指参加金融活动，依法享有权利和承担义务的金融法律关系当事人。金融法律关系主体主要包括四种基本类型：一是执行国家金融监督管理职能的金融监管机构；第二种类型的金融法律关系主体是金融业的自律管理主体；第三种类型的金融法律关系主体是金融企业；第四种类型的金融法律关系主体是实施金融活动的普通单位和个人，它们是金融企业的业务经营相对人。金融法律关系内容，是指各金融法律关系主体在从事金融活动中，依法享有的权利和应承担的义务。

金融法律关系客体，是指金融法律关系主体之间的权利和义务所共同指向的客观对象。金融法律关系的客体主要有三种：一是作为现代社会流通手段和支付手段的信用货币；二是在信用货币基础上衍生出来的用以作为货币流通或融通工具的各种金融证券；三是为货币流通和融通目的而实施的各种金融行为。这些金融法律关系客体既不同于民事法律关系客体，也不同于行政法律关系客体。

当然，这是一种以法律文件为研究对象的划分，如果将法律与法相区别，将法作为按照其道义价值、功利价值和实证价值共同决定的一种行为规范，则金融法关系就表现为，金融法的主体、金融法的客体和金融法的行为三者之间的关系，这是两种完全不同的法学思维。

第三节　金融法的地位

一、金融法的基本体系

金融法的基本体系可以从不同的角度构建，按照金融法律文件与金融法理论的关系，可以将其分为金融法的立法体系和理论体系。通常，各国的金融立法主要包括，中央银行法、商业银行法、票据法、外汇法、信托法、证券法、基金法、保险法和金融监管法。此外，还包括大量与之配套的政府金融行政法规、金融行政规章，以及金融司法解释和国际金融条约等。按照法律理论体系的构成要素，即主体、客体和行为的基本思路。通常，一个完整的金融法理论体系主要由金融机构组织法律制度、货币流通法律制度、货币融通法律制度、金融调控法律制度和金融监管法律制度构成。

二、金融法的部门关系

金融法的部门关系，是指金融法同其他相关法律部门的关系，它直接决定着金融法在整个法律体系中的地位，同时也是在实际金融司法或执法过程中，将金融法律规范同相关法律规范之间进行融合，以确定它们之间相互关系的重要依据。法律部门的划分首先应清楚部门划分的目的。在整体社会条件下，法应该有三个基本目标，即个体利益目标、整体行政利益目标和整体经济利益目标。按照这一划分标准金融法应属于经济法的一个分支。当然，肯定金融法是经济法的一个组成部分，并不否认金融法同民商法和行政法的联系。整个社会的全部法律必须是一个完整的统一体。

复习题

1．金融的概念
2．金融法的概念
3．金融法的基本原则
4．金融法律关系的特征
5．金融法的基本体系

思考题

1．经济发展与金融法的关系
2．当代社会金融法的地位
3．金融法的理论体系
4．金融法是否具有相对独立性
5．金融法与商法的关系
6．金融法与经济法的关系

课堂讨论

1．金融法与金融业产生与发展的关系
2．金融法的原则与当代社会的正义观
3．金融法是否能够成为独立的学科
4．金融法与商法、经济法的关系

参考文献

1．黄鉴晖　著　《中国银行业史》　山西经济出版社　1994 年版。

2．王广谦　主编　《中国证券市场》　中国财政经济出版社　1991 年版。
3．董保华　等著　《社会法原论》　中国政法大学出版社　2001 年版。
4．刘少军　等著　《经济本体法论》　中国商业出版社　2000 年版。
5．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
6．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社
7．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。

第二章　金融机构组织法律制度

学习目的和要求：法律主体是任何法律首先必须研究的内容，金融机构组织法律制度是对金融机构组织制度的概括和总结，目的在于使学生全面了解金融机构的种类，以及这些金融机构的基本组织制度；了解金融机构组织制度的特征，并通过同其它法律主体组织制度的比较，认识金融法律主体的特殊性质。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：中央银行的基本组织制度；监管机构的基本组织制度；经营机构的基本组织制度；以及其它机构的基本组织制度。

一般了解：中央银行的产生和发展趋势；监管机构的产生和发展趋势；经营机构的产生和发展趋势；以及其它金融机构的产生与发展趋势。

深入思考：金融机构与其他社会主体组织制度的区别；金融机构特殊组织制度形成的原因。

第一节　中央银行

中央银行是一国金融体系中居于核心地位，负责制定和执行货币政策，通过调节和控制货币流通和信用活动调控国家经济，依法进行金融监管，防范和化解金融风险，从而为实现金融稳定服务的特殊的金融机构。由于各国金融制度上的差异，中央银行形成与产生的背景不同，以及世界金融一体化诱发的各国中央银行制度的变革，使得关于中央银行的这一表述，仅仅能够概括出中央银行的主要特征，具体到某一国家，这一概括不见得是全面准确的。我国的中央银行为中国人民银行。

在传统上，通常认为中央银行具有发行的银行、政府的银行、银行的银行三项基本职能。在当代则将中央银行的基本职能应概括为，货币政策职能、金融监管职能和公共服务职能三个方面。中央银行的组织机构是中央银行立法的重要内容，但由于各国的国情不同，立法关于中央银行组织机构的规定差异较大。纵观世界各国的中央银行法，可以将中央银行的组织机构归纳为，决策机构、执行机构、监督机构、咨询机构、内部机构和分支机构几个部分。

由于各国中央银行形成和产生的背景各不相同，政治制度各异，因而在中央银行的体制上也就必然存有许多差异。通常，中央银行体制可以分为，单一制中央银行、复合制中央银行、跨国制中央银行和准中央银行。单一制中央银行即由国家设立中央银行，专司中央银行职能。单一制中央银行又分为一元制中央银行和二元制中央银行。一元制中央银行是一国只设立独家中央银行和众多的分支机构执行其职能，它是由总分行组成的高度集中的中央银行制。二元制中央银行是在联邦和州设立两级中央银行机构，联邦级机构是最高权力或者管理机构，州级机构也有其相对独立的权力。

复合制中央银行即在一个国家内，没有单独设立中央银行，而是把中央银行的业务和职能与普通银行的业务与职能集于一家银行。复合制中央银行也可以分为两种模式：一体制中央银行和混合制中央银行。一体制中央银行几乎集中了中央银行和普通银行的全部业务和职能。混合制中央银行是既设立中央银行又设专业银行，中央银行兼办一部分专业银行业务。

跨国制中央银行又称区域性的中央银行，这种体制总是与一定的货币联盟相联系，是指货币联盟内的所有主权国家共同设立一家中央银行，统一执行中央银行的职能。准中央银行即在一个国家内不设中央银行，而设置类似中央银行的机构，执行中央银行的部分职能。

中央银行的性质和地位也具有特殊属性，是一种特殊的法律主体。中央银行的地位，直接决定着中央银行的权限、独立性及在整个国民经济中的地位。中央银行的法律地位主要包括两个方面，一是中央银行在整个金融体系中的地位，这方面各国的规定基本是相同的，即中央银行处在金融体系的核心地位；二是中央银行在整个国家机构中的地位，主要是中央银行与立法机关、政府及财政部门的关系。

中国人民银行是我国的中央银行，成立于 1948 年 12 月 1 日，全部资本为国家所有。1995 年 3 月 18 日八届全国人大第三次会议通过了《中国人民银行法》，对中国人民银行的性质、地位、职能、组织机构、货币政策、金融监管等事宜做出了较为具体的规定，2003 年 12 月 27 日十届人大常委会第六次会议对《中国人民银行法》进行了第一次修正。

第二节　监管机构

金融监管结构是指金融监管机构之间的内在关系。一个国家采用什么样的金融监管结构通常由这个国家的金融结构所决定，并受到政治的、经济的、地理的、历史的影响。并且，金融危机、金融创新所引起的监管理念的变化也是影响金融监管结构的重要因素。金融监管主要是分业监管与综合监管两种格局。在分业监管的格局下，通常是设置若干个监管机构，各监管机构之间分工负责，同时又存在一定的协作。在综合监管的格局下，通常只设一个监管机构，全方位地对金融机构与金融市场进行监管。金融业实行分业经营的国家，多采用分业监管的模式；实行混业经营的国家，多采用综合监管的模式。

我国实行分业经营、分业监管的经营和监管法律原则，同这一法律规定相适应，现行的监管机构有：中国银行业监督管理委员会（简称为“银监会”）、中国证券监督管理委员会（简称为“证监会”）、中国保险监督管理委员会（简称为“保监会”）和中国人民银行。

世界各国的金融监管模式大体分为三种：政府集中监管型、行业自律主导型和中间型，在后两种模式下，行业自律机构在金融监管方面发挥较大或一定作用。我国的金融监管采用的是政府集中监管为主、行业自律为辅的中间型模式，现存的行业自律机构主要有：中国银行业协会、中国证券业协会、中国保险业协会。中国信托业协会也在筹建之中，即将成立。

第三节　经营机构

一、银行经营机构

商业银行是经营货币商品的一类特殊企业。在其发展初期，主要以吸收短期存款、发放短期商业贷款为基本业务，故称为商业银行。今天商业银行的业务已远远超出了传统范围。商业银行是一个抽象的概念，是对具有这一类特质的银行机构的总称。世界各国都有商业银行，但称谓各不相同。在美国，商业银行分为在联邦注册的国民银行和在各州注册的州银行；在英国商业银行的种类包括贴现银行、商人银行、存款银行；在日本，商业银行分为城市银行和地方银行。

商业银行因具有一定的特质，而与其它的金融机构相区别。商业银行的特质可以概括为以下几点：⑴它是以营利为目的的金融法人企业，有别于中央银行和政策性银行。⑵它是依《商业银行法》成立的金融组织，能够在名称中使用“银行”字样，以此区别于非银行金融机构。⑶它以吸收存款、发放贷款和办理结算为基本业务，以此区别于从事投资业务的银行。当然这种界限不是绝对的，在实行全能银行制度的国家，商业银行也能广泛从事投资业务，非银行金融机构也从事某些商业银行的业务。⑷商业银行具有创造派生存款的能力，有别于其它金融机构。⑸商业银行的设立必须采取特殊的设立条件和设立程序。⑹商业银行在接管和破产实行的是特殊的法律制度。

二、保险经营机构

保险经营机构是专门经营危险的一类金融企业，以财产保险、人身保险及再保险业务为其基本业务。在保险业的发展史上，主要出现过个人保险组织、保险合作组织和公司保险组织。个人保险组织是由个人经营的保险组织。个人经营保险业的典型当推英国伦敦的劳合社。目前，世界上除英

国劳合社保险商仍具有相当的实力外，其它国家个人保险商已逐渐减少。保险合作组织，是社会上需要保险的人或单位共同组织起来采取合作的方式办理保险。保险的合作有两种形式：一是保险合作社，二是相互保险公司。保险合作社既非公司组织，也非个人合伙组织。其特点在于：如果某个成员遭受保险事故，其损失由全体成员共同分摊，每一成员仅对其同意分摊的损失与费用负责，这一责任的最大限额可以在合同中定明；每一成员缴纳的保险费是其分摊的预期损失加上经营费用的总和。相互保险公司实际上是公司保险与合作保险相结合的一种形式，是保险业特有的公司组织形式。这类公司只为自己组织的成员提供保险服务，股东就是被保险人，即保险单持有人。相互保险公司具有法人资格，不以营利为目的。公司不按资本进行利润分配，公司在支付各种保险赔款和各项经营费用后，如有盈余，一部分以“保单分红”名义分配给保单持有人，一部分充实公司财务；如有亏损，用摊交保险费的方式由保单持有人予以弥补，或者动用以前盈余资金。保险经营机构的典型形式是保险公司。

保险公司作为融通资金的机构，其融资的具体方式与商业银行不同。它是通过收取保险费建立保险基金，通过保险基金的运用实现其收益。随着社会经济的发展，保险公司的经营成败对社会经济的影响越来越大，各国法律一般都对保险公司的业务范围加以规定，并作出某些限制。保险公司的设立必须采取特殊的设立条件和设立程序，保险公司在破产上实行的是特殊的法律制度。从险种上来看，保险公司的业务主要分为财产保险业务、人身保险业务和再保险业务。其中，财产保险业务是以财产或者有关的利益为标的的保险业务；人身保险业务是以人的生命或者身体为标的的保险业务；再保险业务是以原保险为标的的保险业务，包括分出保险和分入保险。

三、证券经营机构

证券经营机构又称证券商，是依法成立的从事有价证券的承销、经纪、自营等业务的金融机构。证券经营机构，在不同的国家其名称不尽相同，如美国称为“投资银行”，我国及日本称为“证券公司”。在不同的证券市场上，称谓也有差异，在发行市场上称为承销商，在交易市场上做自营业务时称为自营商，做经纪业务时称为经纪商。

证券经营机构的业务主要包括以下四个方面:⑴证券的承销与保荐,即在证券发行市场上包销、代销股票、债券等有价证券，并向交易市场作上市交易的辅导和推荐；⑵证券的自营，即作为交易者进入交易市场参与证券的买卖；⑶证券的经纪，即充当交易双方的中介人，代理客户买卖证券。⑷证券投资咨询，与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问，证券资产管理等业务。证券经营机构可以根据自身的情况，向证券主管机构申请经营上述业务中的一项或几项业务，经营不同类型的业务具有不同的经营条件要求。证券公司不得超出核定的业务范围经营证券业务和其它业务。

四、其他经营机构

在金融经营机构中，银行经营机构、保险经营机构和证券经营机构，是最基本的金融经营机构。但是，现代金融业是一个非常复杂的产业体系，除上述经营机构外它还包括，信托投资机构、融资租赁机构、信用合作机构、财务经营机构、汽车金融机构和典当经营机构等金融经营机构。

第四节　其他机构

一、政策性银行

政策性银行是由政府创立、参股或保证的不以营利为目的，专门为贯彻、配合政府社会经济政策或意图，在特定业务领域内直接或间接地从事政策性融资活动，充当政府发展经济、促进社会进步，以及进行宏观经济管理工具的金融机构 。政策性银行的产生和发展是国家干预、协调经济的

产物，从出现至今已有半个多世纪的历史。我国政策性银行的设立相对较晚，设立有三家政策性银行，即国家开发银行、中国农业发展银行和中国进出口银行。随着经济发展的需要，我国还可能设立其他政策性银行。

二、证券中介机构

证券中介机构是指在证券市场上，为证券投资人提供中介服务并收取费用的证券机构。通常，证券中介机构主要包括，证券交易所、证券登记机构和证券服务机构。证券交易所是依照法律规定，设置场所、配备设施和专业管理服务人员，制定规则和制度，以提供证券集中交易市场为目的的证券中介组织。证券交易所既不直接参与交易，也不决定交易价格，只是为证券交易提供场所、设施及相关服务。

证券登记机构是指为证券交易提供集中登记、托管与结算服务，不以营利为目的的法人。按照世界各主要证券市场的通行做法，证券登记结算通常实行集中统一的模式。我国原来实行分散型的证券登记结算体制，《证券法》通过并生效后，于 2001 年实现了证券登记结算的集中统一。这种集中统一的证券登记结算模式，可以降低开户成本，提高结算效率，增强风险控制能力。

证券服务机构主要包括，证券投资咨询机构、资信评估机构和中介服务机构。证券投资咨询机构是依法成立的，向投资者或者客户提供涉及证券发行、交易及相关业务活动的咨询服务，并收取相关费用的一类证券企业。证券资信评估机构是对已发行或拟发行的证券的质量、信用和风险进行评价，判断其投资价值的一类机构。中介服务机构是指为证券发行、上市、交易等活动出具法律意见书、审计报告、资产评估报告等文件的律师事务所、注册会计师事务所（或审计师事务所）和资产评估所。

三、保险中介机构

保险中介服务机构又称保险辅助人，是为保险合同的订立、履行提供中介服务的一类人，包括保险代理人、保险经纪人和保险公估人。保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权范围内代为办理保险业务的单位或个人。保险代理人是保险人的代表，根据保险人的授权代为办理保险业务，保险代理的后果由被代理的保险人承担。

保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立合同提供中介服务，并依法收取佣金的一类人。保险经纪人是投保人的代表，因保险经纪人在办理保险业务中的过错，给投保人、被保险人造成损失的，由保险经纪人承担赔偿责任。保险公估人是为保险当事人办理保险标的的查勘、鉴定、估损、理算等业务，并向委托人收取费用的一类人。保险公估人应站在独立的立场上，对委托的事项作出客观、公正的评价，为保险当事人提供服务。保险公估人只有取得资格才能开展公估业务。

四、资产管理机构

金融资产管理机构的主要形式是资产管理公司，它是收购银行不良资产，管理和处置因收购银行不良资产形成的资产的非银行金融机构。金融资产管理公司以最大限度保全资产、减少损失为主要经营目标，依法独立承担法律责任。1989 年为了处理储蓄与贷款协会不良债权的问题，美国最先在处理不良资产方面进行了有益的探索，主要举措是联邦存款保险公司设立了“清算信托公司”（The Resolution Trust Corporation，简称为 RTC），接收储贷系统的不良资产，其核心内容就是实行资产分离与折价出售。清算信托公司用了近 7 年的时间，彻底整肃了储贷系统。取得了成功经验以后，欧洲和亚洲地区的一些国家相继效仿。

复习题

1．中央银行的组织体制
2．中央银行的资本制度
3．中央银行的法律性质
4．中央银行的法律地位
5．中央银行的基本职能
6．我国的金融监管体系
7．我国的金融自律体系
8．商业银行的组织体制
9．我国商业银行的业务范围
10．商业银行的终止制度
11．保险公司的基本组织制度
12．保险公司的终止制度
13．证券公司的基本组织制度
14．政策性银行的基本组织制度
15．证券交易所的基本组织制度
16．金融分业经营制度的内容

思考题

1．中央银行在国家组织体系中的地位
2．中央银行的发展趋势
3．比较分业监管与综合监管的优劣
4．行业自律机构的法律地位
5．商业银行的法律主体性质
6．比较普通公司与保险公司的破产制度
7．信托投资公司在金融体系中的地位
8．信用合作机构在金融体系中的地位
9．金融资产管理公司的功能
10．证券交易所的法律主体性质

课堂讨论

1．金融机构超范围经营的合同有效性
2．分业经营与混业经营的优劣分析
3．金融企业与工商企业的联系与区别

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。

第三章　货币基本法律制度

学习目的和要求：货币基本法律制度是对货币和货币流通法律制度进行概括性的总结，首先使学生清楚货币制度的基本内容，掌握货币财产的特殊属性，并在此基础上介绍现钞货币管理法律制度和外汇管理法律制度。为进一步学习存款货币支付结算法律制度和票据流通法律制度奠定基础。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：货币的概念；货币的类型；货币制度的内容；货币制度的类型；货币财产的属性与特征；现钞监管的内容；流通中现钞的监管；外汇基本制度。

一般了解：不同类型货币制度的内容；信用货币本位制度；现钞管理机制；外汇管理方式。

深入思考：不同类型的货币制度与物权的关系；货币财产是否是独立的财产权。

第一节　货币制度

一、货币及其类型

货币在其长期的发展历程中形成了许多种类型，按照不同的标准可以对其进行不同的划分。按照货币的法律性质可以将其具体分为：习惯货币与法定货币，本位货币与辅助货币，法偿货币与非法偿货币，有限法偿货币与无限法偿货币。其中，习惯货币是指一定范围内的交易主体，通过商品交易习惯逐渐形成的能够被该范围内的各交易主体共同承认的货币。法定货币则是指由国家法律特别规定的货币，其货币地位是国家法律承认的，具有强制力，任何社会主体都不得否认它的货币地位。现代社会各国的货币基本上都是法定货币。本位货币也称为主币，在以金属铸币流通的条件下，它是指以法定货币材料铸造而成的符合法律要求的金属铸币或法定货币材料本身；在以货币材料流通的条件下，它是指法定货币材料本身；在以信用货币流通的条件下，是指法定货币单位以上的信用货币。辅助货币是指本位货币单位以下的，用于零星支付的小面额货币。

法偿货币是指具有法定偿付能力的货币。法偿货币具有绝对的支付效力，任何非特别约定给付标的的债务人都有权以法偿货币清偿债务，债权人不得拒绝接受。非法偿货币是指不具有法定偿付能力的货币。非法偿货币不具有绝对的支付效力，以非法偿货币清结债权债务，对方有权拒绝接受，或者要求支付其他种类的货币。通常，非法偿货币也是法定货币。无限法偿货币是指具有无限法定偿付能力的货币，具有法偿效力的本位货币都是无限法偿货币；有限法偿货币是指仅具有有限法定偿付能力的货币，具有法偿效力的金属辅助铸币通常都是有限法偿货币，它们只能进行一个货币单位以下的零星支付。

二、货币制度的内容

货币制度是规定国家货币性质，货币流通的结构和组织形式的法律制度。货币制度是金融法的基本制度，金融法的其他制度都是在货币制度的基础上建立起来的。它对保持社会的正常流通秩序和经济秩序，保障居民生活安定和不断提高都具有重要意义。货币制度是伴随着国家统一铸造货币的客观要求形成的，随着国家权力的稳定和商品经济的发展而不断发展，并在市场经济取得统治地位后得到了进一步的完善。目前，货币制度还处于不断发展过程中，随着虚拟经济的不断发展和世界经济的不断融合，货币制度也在逐渐走向一体化和全球化，并最终成为一种国际性的法律制度。货币制度的内容主要包括，货币性质制度、货币发行制度、发行准备制度和货币流通制度。

三、货币制度的类型

在货币制度的历史发展过程中，主要采用过金属货币和信用货币两种基本货币本位制度。金属货币本位制度，是规定货币单位同某种特定的货币金属保持固定关系，以该货币金属作为衡量货币价值标准的货币制度。它是个体经济条件下的一种特有的货币制度，主要适用于商品经济已经有了一定程度的发展，但还没有完全发展成为整体经济的社会经济状况。在货币制度的发展历史上，各国先后采取过铜本位制度、银本位制度、金银复本位制度和金本位制度四种基本的金属货币本位制度。

信用货币是以法定货币发行机关和国家的信用为基础，以法律保证其发行和流通的，固定充当价值尺度、流通手段和支付手段的价值符号。信用货币是流通中货币性质的重大变革，这主要表现在它与金属货币和信用票据的区别上。信用货币与金属货币的区别主要表现在，它们的信用基础、价值基础和数量基础三个方面。就信用基础来看，金属货币的信用基础是具体的货币金属，信用货币的信用基础是货币发行机关的信用。就价值基础来看，金属货币的价值基础是货币金属的商品价值量，信用货币的价值基础是国家法律的规定和信用货币量与商品量的对比关系。就数量基础来看，金属货币的数量取决于流通和货币金属的数量，信用货币的数量取决于国家的货币政策。

第二节　货币财产

一、货币财产的属性

按照传统财产理论财产权分为物权和债权，但从目前世界各国的法律规定来看，信用货币既不是纯粹的物权也不是纯粹的债权，而是一种现代社会的独立财产权。物权的客体必须是有体物，虽然金属货币是有体物，但现代货币已转化为信用货币，它们不再是有体物。物权客体是有体物，“以有体物为限”，任何主体都有权创制；货币财产权的客体是货币权利，只有法定机构才能创制。物权是客观权利必须一物一权；货币财产权是主观权利可以一货币多权，一个单位的基础货币可派生出多倍的现实货币,一个单位的现实货币可以由存款人和银行同时使用。物权的价值在于明确有体物的归属，它的核心权利是支配权，以保障财产的归属；货币财产权的价值在于流通，它的核心权利是支付权，以保障财产流通的秩序和效率。物权具有优先效力和请求效力；货币财产权则不具有物权上的优先效力和请求效力。

二、货币财产的权能

信用货币是在现代虚拟经济社会中，为媒介财产交易、提高流通效率和保障流通安全，而纯粹由法律拟制出来的以法定证券作为其形式载体，固定充当普通财产一般等价财产的法定价值符号。它具有主权财产权、通用财产权、流通财产权、兑换财产权和证券财产权等五项基本权能。

第三节　现钞管理

现钞货币管理制度是货币法的重要内容，各货币区域都有比较完善的现钞货币管理制度。通常，一个完整的现钞货币管理制度主要包括，现钞监管机制制度、现钞监管内容制度和流通现钞监管制度。现钞监管机制制度，是规定现钞货币流通监督管理系统内部相互关系的法律制度，它是各货币区域进行现钞货币流通监督管理的基础。它的主要目的是维护正常的货币流通秩序、金融秩序和经济秩序，保证现钞货币各项职能的实现。通常，现钞监管机制制度主要包括监管机构和监管对象制度。

现钞监管内容制度，是指按照货币法律规定必须进行监督管理的现钞货币流通行为。它是现钞流通监管机关实施其监督管理职能的依据，也是具体实现现钞货币流通监管的必要条件。现钞货币监督管理的内容主要包括，现钞货币的库存限额制度、使用范围制度和收支管理制度。流通现钞监管制度，是规定对处在流通中现钞货币进行监督管理的法律制度。它对维护法定现钞货币在流通中的地位，保护现钞货币流通秩序，保持流通中现钞货币的票面完整和清洁具有重要意义。通常，流通中现钞货币的监管制度主要包括，现钞流通保护制度和现钞残损兑换制度。

第四节　外汇管理

外汇是国际汇兑的简称，是以外国货币表示的用于国际结算的各种信用工具和支付手段。包括在国外银行的外币存款，在国外能得到偿付的外币、外币票据、外币支付凭证、外币股票、外币债券，以及可以用于清偿国际间各种债务的其他外币资产。按照外汇的流通范围，可以将其具体分为自由外汇和记账外汇。其中，自由外汇是以外币表示的可以在市场上流通，并能自由兑换成其他国家货币或向第三国办理支付的外汇。记账外汇是只能根据双边协议规定在签约国之间使用，不经货币发行国家外汇管理当局批准，不能自由兑换成其他国家货币的外汇。

根据各国外汇管理的严格程度，可将外汇管理制度分为自由外汇型、部分管制型和严格管制型三种基本类型。外汇管理的对象是外汇管理的直接目标，它主要包括外汇关系人、外汇财产和地区三个方面。外汇管理方式是指外汇管理机构，具体实现外汇管理的法定途径或手段。它是外汇管理制度的主要内容，是外汇管理制度的具体表现形式。不同的外汇管理方式制度，直接决定着其外汇管理的严格程度，决定着它在社会经济运行中的地位和作用，并最终影响和决定着社会经济的运行和增长状况。通常，它主要包括外汇收支管理制度、汇率管理制度和外汇出入境管理制度三个方面。

复习题

1．货币的概念
2．货币的类型
3．货币制度的内容
4．货币流通机制
5．金属货币本位制度
6．信用货币本位制度
7．银行券与现钞货币的区别
8．银行券与信用票据的关系
9．现钞货币监管的内容
10．现钞流通的保护制度
11．残损现钞的兑换制度
12．外汇管理制度的内容

思考题

1．不同货币制度下货币的财产属性
2．货币发行准备制度的意义
3．货币财产权主要属性的原因
4．现钞货币管理的现实意义
5．货币法的历史发展趋势
6．外汇管理制度的法理依据

课堂讨论

1．货币财产权与物权的关系
2．残损货币可以兑换的法理基础
3．国家外汇管理权的法理基础

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
4．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第四章　支付结算法律制度

学习目的和要求：支付结算是存款货币流通的基本形式，支付结算法律制度是对存款货币流通法律制度的概括和总结，目的在于使学生掌握现钞货币流通和外汇流通法律制度的基础上，进一步掌握银行结算账户的基本法律知识，国内结算的基本法律知识，国际结算的基本法律知识，以及电子支付的基本法律知识。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：结算账户的种类；结算账户行为；国内结算的基本原则和主要方式；国际结算的主要方式和法律关系；以及电子支付的主要方式和法律关系。

一般了解：结算账户的监督管理；国内结算的风险与控制；国际结算的风险与控制以及电子支付的风险与控制。

深入思考：支付结算的发展趋势；如何建立电子支付条件下的风险控制法律机制。

第一节　银行账户

银行结算账户是指银行为存款人开立的办理货币收付结算的活期存款账户。银行结算账户按照存款人的法律地位分为单位银行结算账户和个人银行结算账户。单位银行结算账户是指机关、团体、部队、企业、事业单位和其他组织开立的银行结算账户。个人结算账户是指存款人凭个人身份证以自然人的名称开立的银行结算账户。个体工商户凭营业执照或经营者姓名开立的银行结算账户纳入单位银行结算账户管理，凭个人身份证以个人名称开立的银行结算账户纳入个人银行结算账户管理。单位银行结算账户按照账户的用途分为基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户、临时存款账户四种。

银行对结算账户的监管不仅包括账户开立的监管，还包括账户使用的监管。通常，银行对结算账户使用的监管主要应遵守下列原则：禁止账户出租、转借原则。存款人应按照有关规定使用银行结算账户办理结算业务，不得出租、出借银行结算账户，不得利用银行结算账户套取银行信用。现金管理原则。使用结算账户提取现金或支付现金给个人要遵守有关现金管理的规定，不得利用银行结算账户违法套取现金。可疑支付报告原则。按照有关法律规定，银行有义务对存款人使用银行结算账户的情况进行监督，对存款人的可疑支付应按照中央银行规定的程序及时报告。年度检查原则。银行应对已开立的单位银行结算账户实行年检制度，检查开立的银行结算账户的合规性，核实开户资料的真实性，对不符合规定开立的单位银行结算账户应予以撤销。对经核实的各类银行结算账户的资料变动情况，应及时报告中央银行当地分支行。单位遗失预留公章或财务专用章需要变更预留印鉴的，应向开户银行出具书面申请、开户登记证、营业执照等相关证明文件方能办理；单位更换预留公章或财务专用章的，应向开户银行出具书面申请、原预留签章的式样等相关证明文件。个人遗失或更换预留个人印章或更换签字人的，应向开户银行出具经过签名确认的书面申请，以及原预留印章或签字人的个人身份证件。银行应留存相应的复印件，并凭以办理预留银行签章的变更。

第二节　国内结算

我国银行结算一直坚持三项基本原则，即恪守信用、履约付款，谁的钱进谁的账，银行不垫款。按照我国现行法律规定，国内结算的主要方式包括汇兑结算、托收承付、委托收款、银行卡、信用证和票据结算等。由于银行卡属电子货币结算，信用证主要在国际结算中使用，票据结算另设专章阐述，这里仅介绍汇兑结算、托收承付和委托收款结算法律制度。

存款货币的汇兑结算是指汇款人委托银行，将其款项汇给外地收款人的存款货币流通方式。它

具有适用范围广泛、手续简便和划款迅速等特点。各单位间的资金划转、交易货款、采购资金、清理旧欠、往来款项，以及居民个人之间的款项划转等均可使用存款汇兑方式结算。汇款人委托银行办理汇兑结算时，应向汇出银行填写特定种类的汇款凭证，详细填明汇入地点、汇入银行名称、收款人名称、汇款用途等项内容。汇兑结算按凭证的传递方式不同，可以分为信汇和电汇，汇款人可以根据需要选择使用。需要转汇存款的应委托汇入行重新办理信汇或电汇结算，转汇的收款人必须是原收款人，转汇的用途必须是原来的用途。目前，存款汇兑也可以直接采用电子汇兑的方式进行。

委托收款结算是收款人委托银行，向付款人收取款项的存款货币流通方式。单位和个人的商品交易和劳务款项，以及其他向用户收取水电费、邮电费、煤气费租金等的结算，均可以使用这种结算方式。委托收款在同城、异地都可以使用，不受结算金额起点的限制，也不强调有买卖合同和发运证明，收款单位只需提供足以证明收款的依据银行即可办理。银行不承担审查拒付理由和代收款单位分次扣款的责任，如果付款人有疑义应向收款人提出。委托收款按款项划回的方式不同，可分为邮划和电划两种。付款期满日银行营业终了前，付款人账户无足够资金支付全部款项时，银行应通知付款人在限期内退回有关单证，并将有关结算凭证连同单证退回收款人开户银行并转交收款人。

托收承付结算，是收款人根据买卖合同发货后，委托其开户银行向异地付款人收取货款，异地付款人在根据买卖合同验单或验货后，向银行承认付款的一种存款货币流通方式。它主要适用于不同城市各单位间的商品交易，以及劳务供应等款项的结算。按照其存款货币的划转方式，它又可具体分为邮寄划款和电讯划款两种形式。托收承付是适应于计划经济的一种结算方式，它在一定程度上增加了企业间的信用风险，容易导致拖欠货款的现象。它使银行承担了过多的行政监督责任，超越了银行的结算职权，在一定程度上违背了普通银行与企业的平等关系，但它也有其适用的合理范围。

第三节　国际结算

国际结算的主要方式有汇付、托收和信用证三种基本形式。汇付又分为信汇、电汇和票汇三种形式。托收根据是否附有商业单据，可分为光票托收和跟单托收两种。跟单托收按照交单的方式又分为付款交单和承兑交单两种方式。信用证是国际上使用最广泛的一种结算方式，一般意义上所说的信用证都是指“跟单不可撤销的信用证”。它是付款人向其开户银行提交邮寄或电寄信用证委托书，并将款项预先交付银行作为付款保证金，委托银行开出银行保证付款的信用证，通知异地收款人开户银行，并由收款人开户银行转告收款人；收款人按照合同和信用证规定的条款发货后，银行即代付款人结算货款的一种存款货币流通方式。信用证结算的过程中，信用证开证行负第一付款责任，由它直接对信用证的受益人负责；信用证是自足文件，开证行只对信用证负责，只要信用证所规定的全部条款与单据相符，即银行为收款人付款。由于有人利用信用证付款的形式审核特征进行信用证欺诈，因此有此国家规定发现有欺诈现象可以向法院申请暂时停止付款，以保护开证行的利益。

国际汇兑常采取的方法有两种，一是顺汇，二是逆汇。顺汇也称汇出法，是指汇款人通过银行将款项汇给国外收款人的结算方式，在银行业务中表现为汇款方式。逆汇也称出票法，是指收款人向汇款人开出汇票，委托银行代为收款的结算方式，在银行业务中，多表现为托收的方式和信用证方式。托收是指银行依据所受指示，处理金融单据和（或）商业单据，以取得付款和（或）承兑、或付款和(或)承兑交付单据、或其他条件交付单据。按照国际商会《跟单信用证统一惯例》(UCP500)的规定，跟单信用证是一家银行（开证行）应客户（申请人）的要求和指示，以自己的名义，在符合信用证条款的情况下，凭规定的单据向第三人（受益人）或其指定的人付款、承兑并支付受益人

出具的汇票，或授权另外一家银行付款、承兑支付受益人出具的汇票，或授权另外一家银行议付的结算方式。

第四节　电子支付

支付手段的电子化是指通过计算机和电子通信设备进行存款、货币的支付。电子支付的特点是没有物理形式的货币，取而代之的是纯粹电子形式的货币。随着计算机技术日渐成熟和推广，它日益广泛地被运用到金融服务业中，以降低资金流通的成本、提高效率。计算机的广泛运用带来了银行业的革命，通过计算机，银行将现钞、票据等以实物表示的资金，转变成由计算机存储数据表示的电子货币，将货币流通、票据流通转变为计算机网络中的数据流动。这种以数据形式存储在计算机中并通过计算网络而被使用的资金被形象地称为“电子货币”。借助电子货币，通过电子通讯技术就可以快捷、廉价地完成交易中的支付和资金的划拨。通常，以电子货币进行的支付就被称之为电子支付。

目前普遍使用的电子支付手段主要是银行卡和电子支票等，使用银行卡和电子支票等进行结算具有不同于普通支付的特点，以及结算过程中各方当事人的权利义务关系，它在现代支付结算法律制度体系中占有重要地位。银行卡是指由商业银行向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具。银行卡包括信用卡和借计卡。随着电子商务的发展，网络支付也越来越流行。网络支付主要有以下几种方式：⑴付款人通过互联网从自己银行结算账户直接划出资金给收款人以完成支付。这些支付工具包括电子支票（electric check）、网上贷记卡（internet debit card）等。电子支票是用数字化的信息取代纸质支票进行支付的一种结算形式。数字货币（digital currency）或数字现金（digital cash）。数字现金是网络银行开展的一项结算业务。

复习题

1．结算账户的种类
2．结算账户的开立条件
3．结算账户开立的法律效力
4．结算账户使用中的法律关系
5．结算账户撤销的法律问题
6．结算账户监管的要点
7．银行结算的基本原则
8．国内结算的主要方式
9．国际结算的主要方式
10．国际结算的法律关系
11．电子支付的主要方式
12．支付结算的基本法律关系

思考题

1．结算账户的监督管理
2．国内结算的风险与控制
3．国际结算的风险与控制
4．电子支付的风险与控制
5．支付结算制度的发展趋势
6．支付结算现代化与相关法律的完善

课堂讨论

1．现钞货币与存款货币的区别
2．结算关系与普通债权关系的区别
3．电子支付对传统货币体系的影响

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
4．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第五章　票据结算法律制度

学习目的和要求：票据结算法律制度是支付结算法律制度的重要组成部分，是现代货币流通体系中具有相对独立性的制度体系。本章的目的是向学生完整系统地介绍票据结算的基本法律制度，使学生了解票据的基本法律关系，了解不同票据行为的法律要求，并了解票据清算的基本原理，以便在具体的法律实践中能够准确地应用相关法律。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：票据的基本法律特征；票据主体之间的法律关系；票据权利及其救济手段；票据行为的生效条件和法律效力；以及票据清算的基本制度。

一般了解：票据的种类与特征；票据行为之间的关系；以及票据清算的基本原理。

深入思考：现代票据法与传统票据法的区别；票据法的发展趋势。

第一节　票据关系

一、票据基本法律特征

货币票据简称票据，是出票人依法发行的由自己承诺无条件支付，或委托他人无条件支付确定金额的法定货币流通证券。票据是一种有价证券，是非资产证券中的货币证券。票据作为存款货币流通的基本工具，同其他有价证券相比具有其自身特有的法律特征。这些特征主要包括，它是货币证券、设权证券、无因证券、文义证券、要式证券、独立证券和流通证券等七个方面。

二、票据的种类与特征

信用票据作为存款货币流通的基本手段，可以按照不同的标准将其划分为不同的种类。有的票据法律将票据分为汇票和本票，将支票作为一种特殊的汇票。有的票据法律只包括汇票和本票，而不将支票作为票据法律中的票据，并对其进行专门的支票立法。但在现代任何票据最终都必须通过银行才能实现其货币流通的职能，因此现代票据应该既包括汇票和本票，也包括支票。

汇票（Bill of Exchange）是出票人签发的，委托付款人在见票时或在指定日期或将来可确定的日期，无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。通常，汇票可以根据不同的形式、内容和使用范围等划分为许多种类。按汇票的出票人不同，可以分为商业汇票和银行汇票；按汇票的承兑人不同，可以分为商业承兑汇票和银行承兑汇票；按付款的期限不同，可以分为即期汇票和远期汇票；按是否附带单据，可以分为跟单汇票和光票；按汇票使用地区的范围不同，可以分为国内汇票和国际汇票等。

本票（Promissory Note）是由出票人签发的，承诺自己在见票时或指定日期，无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本票有两个基本当事人，即出票人和收款人。本票的出票人就是付款人，它在任何情况下都处于主债务人的地位，对收款人或被背书人或持票人负有绝对的清偿票款的责任。通常，本票可以根据不同的形式、内容和使用范围等划分为许多种类。按照本票出票人的不同，可以分为银行本票和商业本票；按照本票付款时间的不同，可以分为即期本票和远期本票；按照它的票面金额是否是固定的，可以分为定额本票和不定额本票。

支票(Cheque or Check)是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或其它金融机构，在见票时无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。支票以存款人在银行有足够的存款或透支额度为基础，是一种向银行支取款项的支付凭证，但它通常不能作为信用工具使用。因此，出票人通常只能签发即期支票，不能签发远期支票。支票经过背书，可以流通转让。当出票人存款或透支额度不足时，付款银行可以退票拒绝付款，持票人对拒绝付款的支票可以依法进行追索。

三、票据主体法律关系

票据主体是指票据的当事人。票据主体的法律关系是指票据当事人之间，依据票据法律的有关规定和当事人的票据行为而产生的权利义务关系。票据具有多个主体，按照出票时当事人是否已经存在，可将其分为基本当事人和非基本当事人。基本当事人是指在票据出票时，就已经存在的票据当事人。基本当事人是票据法律关系的必要主体，这些主体不存在或者不完全，票据即属无效。非基本当事人是指在票据发出后，由各种票据行为而形成的票据关系当事人。票据基本当事人主要包括出票人、付款人和收款人，非基本当事人主要包括承兑人、背书人和保证人。

（一）出票人的权利义务

出票人是指依法定方式做成票据，并在票据上签章将票据交付给收款人的票据法律关系当事人。出票人的主要义务包括：本票出票人和承兑的汇票出票人，是主债务人，要承担保证付款的责任；汇票的出票人在汇票承兑前是主债务人，并要承担保证承兑的责任；在汇票不获承兑或不获付款时，持票人可做成拒绝证书，向其前手以至出票人行使追索权；支票的出票人，在支票不获付款时应负清偿责任，即使持票人因保全手续欠缺而丧失追索权时，出票人也不能因此免除清偿票款的责任。

票据的出票人在承担上述义务的同时，也享有相应的权利。通常，这些权利主要包括：按照票据法律的有关规定，签发票据的权利；当出票人即为收款人或付款人时，出票人可同时视为收款人或付款人，具有与收款人或付款人同等的权利；出票人出票时，有权对票据做出票据法律或当事人许可的限制性规定；票据出票人有权委托其代理人在票据上签章；除票据金额、日期、收款人名称不得更改外，出票人有权在签章证明的条件下，更改其记载的事项。

（二）付款人的权利义务

付款人是指根据出票人的命令，必须向持票人支付确定金额的票据法律关系当事人。付款人的主要义务是按出票人的命令，向持票人支付确定金额的款项。在票据法律关系中，虽然凡是在票据上签名的人都对票据的到期付款负有责任，但是不同的签名人，对持票人承担的付款责任是不同的。本票的出票人和支票的付款人，以及未承兑汇票的出票人和承兑汇票的承兑人，是第一责任的付款人，负有到期付款的责任；票据背书人、保证人、参加人等是第二责任付款人，负有担保票据付款的责任。付款人不履行义务或拖延支付，应承担持票人的损失赔偿责任。

付款人在承担上述义务的同时，也享有同等的权利。付款人享有的权利主要是抗辩权，即付款人以合法的理由为依据而提出拒绝付款的权利。付款人的抗辩权可以具体分为，对物的抗辩权和对人的抗辩权。付款人对物的抗辩权是对票据本身的抗辩，当票据本身不符合付款条件或票据本身缺乏有效要件，如票据在未到期而行使债权时，票据有伪造、变造现象时等，付款人可行使对物的抗辩权拒绝付款。并且，这种抗辩权可用来对抗任何票据当事人。付款人对人的抗辩权，主要是对特定票据权利人的抗辩，这主要是对恶意取得票据的人的抗辩。

（三）收款人的权利义务

收款人是指在出票时享有收取票款权利的人，收款人票据的主债权人。如果票据不进入流通向其它人转让，则实际的收款人就是其本人。如果票据经收款人背书转让或仅凭交付而转让，则实际收款人是票据的持票人。因此，收款人的权利与义务实际上就是持票人的权利与义务。持票人的主要义务包括：在票据转让后，必须承担担保票据付款的责任；在收取票款时，必须将票据交付给付款人。

收款人在承担上述义务的同时，也享有相应的权利。收款人作为票据的债权人，它的主要权利包括：对票据主债务人及其保证人的付款请求权；此外，在收款人对票据主债务人行使付款请求权时，如果票据不能获得付款，付款请求因故被主债务人拒绝时，依法享有对次债务人的票款追索权。

（四）承兑人的权利义务

承兑人是指在汇票到期前，对票据记载事项在票面上做出表示承认付款的文字记载及签章的票据法律关系当事人。汇票承兑人的主要义务包括，承担在汇票到期时按照出票人的指示，对正当持票人支付票款的义务。承兑人在对票据承兑后，就是汇票的主债务人，出票人则居于从债务人的地位。在付款人承兑汇票时，通常不得附有条件，否则视为拒绝承兑。如果承兑人不履行付款义务，或者在付款时故意压票拖延支付，给持票人造成损失的应承担赔偿责任。

承兑人的权利主要包括：在汇票未办理承兑前不对其承担法律责任。在非出票人承兑时，有权向出票人收取一定的承兑手续费；并且，在汇票到期前承兑人有权要求出票人交付足额的票款，以便到期无条件付款给持票人。在非出票人承兑的条件下，承兑人有权选择是否办理承兑，也有权选择是进行单纯性承兑还是只进行限制性承兑。票据承兑人有权委托其代理人在票据上签章；除票据金额、日期、收款人名称不得更改外，承兑人有权在签章证明的条件下更改其记载的事项。

（五）背书人的权利义务

背书人是指以转让票据权利或授予他人一定的票据权利为目的，在票据背面签章并将此票据交付受让人或被授权人的票据法律关系当事人。背书人对其后手承担担保票据付款的责任。汇票背书人还要承担担保票据承兑的责任，在不获承兑或不获付款时应负清偿责任。背书人有义务通过证明其前手签章的真实性，以及背书的连续性，证明其权利的正当性。在票据背书后有向被背书人交付票据的义务。

背书人在承担上述义务的同时，也享有相应的权利。这些权利主要包括：背书人有背书转让票据的权利；在向被背书人转让票据时，有取得相应对价的权利；背书人在转让票据时，有权进行限制性背书，但有的票据法律规定票据背书不得附有条件，背书时即使附有条件，这些条件也不具有票据上的效力；票据背书人有权委托其代理人在票据上签章；背书人有权在签章证明的条件下更改其记载的事项；当其承担了清偿票款的责任后，有向其前手行使再追索的权利。

（六）保证人的权利义务

票据的保证人是指在票据债务人以外，对当事人的票据行为所发生的债务予以保证的票据法律关系当事人。票据保证人的义务既有从属性，又有独立性。它的从属性主要表现在，保证人的债务从属于被保证人的债务，同被保证人负同一责任，对持票人负连带责任。它的独立性主要表现在，当被保证人不能履行债务时，保证人应承担债务履行责任；被保证人的债务即使无效，保证人仍负票据上的责任，除非被保证人的债务因票据要式的欠缺而无效，保证人的债务才可以免除。

保证人在承担上述义务的同时，也享有相应的权利。这些权利主要包括，保证人有决定是否为某当事人提供保证的权利，有决定保证条件和保证内容的权利，并有权取得相应的保证报酬。但有的票据法律规定保证不得附有条件，并且即使附有条件也不影响其保证责任。在票据保证人承担保证义务并偿付票款后，即可行使持票人的权利，享有对承兑人、被保证人及其前手的追索权。

四、票据的权利与救济

票据权利是指票据所赋予持票人的权利，它是持票人能够依据票据行使的，以票据金额的支付为直接目的的权利。票据权利在票据法律中占有重要地位，它的主要内容包括，请求履行票据债务的付款请求权；以及在付款请求权未能实现或不能实现时，向其前手要求清偿票据金额、利息及有关费用的追索权。付款请求权又称第一次请求权，而追索权一般是在行使付款请求权后才使用的权利，故称第二次请求权。票据法上的其他权利，如利益返还请求权、汇票持票人的发行复本请求权、付款人的交出票据请求权、票据抗辩权等，由于它们不是票据所固有的权利，只是为维护票据的信用和实现票据权利而由法律规定的，因此是一种辅助性的权利，它们本身不是票据权利，故称为票据法上的权利。

（一）票据权利的取得

票据权利取得，是通过一定途径取得成为票据持票人，并由此获取票据金额的权利的行为。票

据权利的取得主要包括，原始取得与继受取得，善意取得与恶意取得四种基本情况。原始取得是持票人自出票人手中取得的票据权利。票据权利的继受取得是持票人通过某种法律行为而从有正当处分权的当事人手中取得的票据权利。继受取得根据取得的方式不同又可以分为，票据法律上的继受取得和非票据法律上的继受取得。前者是指持票人依背书或交付等方式取得票据权利，后者则主要是因普通债权的转让以及继承、受赠或者合并等原因而取得的票据权利。

善意与恶意取得票据权利，是相互对立的两个概念。票据权利的善意取得，是指持票人在善意或无重大过失的情况下，依法定的转让方法支付对价或依法取得票据后取得的票据权利。票据在善意取得的条件下，即使让予人在权利上有瑕疵，持票人的票据权利也不受影响，债务人也不得拒绝对持票人履行义务。票据权利的恶意取得，是持票人明知、应知或能知出让人无正当处分权，或者以欺诈、偷盗或胁迫等手段，出于恶意取得票据权利。恶意取得票据者不得享有票据上的权利，债务人可以拒绝付款。但债务人必须举证证明持票人恶意取得票据的事实。

（二）票据权利的行使

票据权利的行使，是指票据权利人通过自己或他人的特定行为，实现票据权利的过程。它是票据法律的重要内容，也是票据行为的核心内容。持票人可以通过请求票据债务人履行票据债务而行使票据权利，也可以为防止票据权利丧失而进行权利保全。由于票据权利主要包括付款请求权和偿还请求权，因此票据权利的行使也主要是指付款请求权和偿还请求权的行使。

1．付款请求权的行使

付款请求权是指持票人向汇票承兑人、本票出票人或支票的付款人提示票据，要求付款的权利。付款请求权的行使是持票人实现其付款请求权的过程，它通常主要包括提示付款和做成拒绝证书两个方面。票据的提示付款是持票人在票据上签章并向付款人出示票据，请求履行债务的行为。持票人必须如期提示票据，否则不发生票据权利行使的法律效果。提示付款不仅具有行使票据权利的作用，也是票据保全的重要措施，它是行使追索权的必备要件。持票人如果未在票据有效期限内提示付款，在付款人拒绝付款的条件下，就会丧失其追索权。

在票据付款请求权无法行使或被拒绝的条件下，应制作拒绝证书或称为拒绝付款理由书。拒绝证书或拒绝付款理由书，是证明持票人在票据法律规定的期间内已依法行使票据权利，但被拒绝或者无法实现的一种证明书，它是持票人行使追索权的重要依据。制作拒绝证书是持票人在行使票据权利被拒绝或者票据权利无法实现的条件下，请求付款人或有权做出该证书的机关实际做成拒绝证书的过程。拒绝证书是要式证书，应明确记载拒绝人和被拒绝人的姓名或名称，被拒绝人已经提示付款的地点及时间，拒绝证书的制作机关和制作时间，并且必须具有制作机关的签章。

2．票据追索权的行使

票据追索权是指持票人在不能获得付款或承兑时，向其前手请求偿还票据金额及损失的权利。持票人作为追索权人，可以对任何被追索人行使追索权，他们原则上都对追索权人负有连带的清偿责任。但是，当追索权人为出票人时，他只对承兑人有追索权；在追索权人为背书人时，他只对其前手有追索权。追索权人行使追索权，必须有合法的追索原因，并且必须按照特定的追索程序进行。追索原因包括，到期前追索原因和到期后追索原因。其中，到期前追索原因主要是，因付款人死亡、逃避、解散或破产等，使持票人无法提示承兑或者提示付款。到期后追索原因主要是，票据到期提示付款而被付款人拒绝。

追索权的行使程序包括，提示原票据、制作拒绝证书和通知偿还请求三个基本步骤。首先，持票人应提示原票据，请求承兑或付款；在被拒绝或无法实现时，请求制作拒绝证书，或取得有同等效力的证明文件；最后，通知全部被追索人请求偿还追索金额。追索金额应包括：被拒绝承兑或付款的票据金额，从到期日到清偿日的利息和制作拒绝证书与通知等的费用。根据相关规定，持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起规定期限内，将被拒绝事由书面通知其前手，其前手应当自收到通知之日规定期限内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各汇票债务人

发出书面通知。因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的汇票当事人承担对该损失的赔偿责任，所赔偿的金额以汇票金额为限。被追索人向追索权人清偿债务后，就取得了追索权人的权利，有权对其前手行使再追索权。追索人行使追索权，必须在出现追索原因后的规定期限内通知其前手，也可以同时通知全部的被追索人。如果超过期限，应赔偿因此给其前手或出票人造成的损失，赔偿金额以票据金额为限。持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起规定期限内不行使而消灭；持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起规定期限内不行使而消灭。

（三）票据权利的消灭

票据权利的消灭，是指由特定原因引起的票据主体之间法律关系的灭失。票据权利消灭后，票据上的权利义务关系即不复存在，但这并不影响其它相应权利义务关系的继续存在。通常，票据权利的消灭主要包括付款消灭、时效消灭、瑕疵消灭和丧失消灭。票据权利的付款消灭，是由于票据债务人实际履行了付款义务，而导致票据权利消灭，这是正常条件下票据权利的基本消灭方式。在持票人提示付款时，付款人如果按照票据金额实际支付了相应的款项，持票人的付款请求权即随之消灭。在付款请求被拒绝或者无法实现的条件下，如果被追索人向其支付了相应的追索金额，则票据持票人的追索权利也就随之消灭。同时，支付了追索金额的当事人的追索权利随之产生。

票据权利的时效消灭，是指因票据权利在法定时限内未行使而消灭。票据权利因时效而消灭后，持票人仍能向出票人或承兑人行使利益返还请求权。但此时持票人的票据权利必须曾经有效存在，并且票据的出票人或承兑人必须因票据权利的消灭而取得票据上的利益。持票人只能向因票据权利的时效消灭，而取得票据利益的当事人行使利益返还请求权。票据权利的瑕疵消灭，是指因票据记载事项欠缺而导致的票据权利消灭。在票据权利因瑕疵而消灭的情况下，持票人也享有利益返还请求权。票据权利的丧失消灭，是指因票据本身丧失而使票据权利消灭。票据权利因丧失而消灭，并不一定消灭票据上的权利与义务关系。在票据丧失的条件下，票据权利人可以通过特定的补救措施恢复权利。

（四）票据丧失的补救

票据丧失是指持票人非自愿地失去对票据的占有，而无法重新占有或不明其所在的状况，包括绝对丧失和相对丧失两种情况。票据丧失，其票据权利并不随之丧失，可采取特定的补救措施予以补救。通常，能够采取的补救措施主要包括：挂失止付、公示催告和提起诉讼。挂失止付是失票人将其失票的事实通知付款人并请求停止付款的观念通知。挂失止付只对恶意取得票据人适用，如果付款人根据失票人的挂失止付通知，拒绝对善意取得票据的持票人付款，则构成持票人不获付款的追索事由。另外，挂失止付只发生付款人暂停付款的法律效果，并不能使其恢复应有的票据权利。付款人虽然应保存依法止付的金额，但至于付款人应向谁支付票款，只能经法院的公示催告程序或者除权判决才能予以确定。

公示催告是指具有管辖权的法院，根据当事人的申请以公示的方法催告不明的利害关系人在规定期限内申报票据权利，否则即产生失权效果的法律程序。失票人应在挂失止付后的限定时间内，向法院申请公示催告。法院受理后应同时通知付款人停止支付票据款项，并发出公告催促利害关系人申报权利。公告期满无人申报或申报被驳回时，申请人可请求法院作出除权判决宣告票据无效，自判决公告之日起有权向付款人请求支付。提起诉讼是指通过向法院提出诉讼请求的方法，来实现持票人应有票据权利的补救措施，即失票人通过提起诉讼的方法，由法院依据丧失票据的事实判决失票人有权继续享有票据权利。失票人通过法院关于票据权利的这种诉讼判决，即可重新取得票据权利，要求付款人支付票款。

（五）票据欺诈的处理

票据欺诈行为是指违反票据诚实信用的原则，以欺骗等违法手段滥用票据制度的行为。通常，票据欺诈行为主要包括：伪造票据、变造票据和涂销票据。伪造票据是指行为人假冒他人名义，在

票据上为特定的票据行为的现象。票据伪造具体可以分为票据本身的伪造和票据签名的伪造。票据本身的伪造，它从产生之时起就是虚假票据，因此属无效票据。票据签名的伪造，票据本身仍为有效票据，凡真正签名于票据上的当事人，仍需承担相应的票据责任不受伪造签名的影响。并且，被伪造人也不负因自身签名被伪造而产生的票据责任，他可以对抗所有的债权人。

变造票据是指无权为此行为者，变更票据签名以外的票据记载事项或者文义的行为。票据变造虽使其权利义务关系发生变化，但票据仍是形式上的有效票据。变造前的所有签名人，应按变造前的原有文义对票据负责。变造之后签章的，也应对其记载事项负责。不能辨别变造前后签章的，视同在变造前签章。如果票据变造人变造票据后又签名于票据上，应负票据被变造后的文义责任。持票人变造票据仍可对变造前的债务人行使票据权利，但应承担因此给被变造人造成的损失责任。涂销票据是指将票据上的签名或其它记载事项予以涂抹或销除的行为。通常，如果涂销是由票据权利人非故意所为，则不影响票据的效力；如果是故意所为，则应对其涂销行为承担责任。如果票据涂销是非票据权利人所为，则不影响票据的效力。如果涂销程度过重无法辨认是否票据时，应视为票据的丧失。

第二节　票据行为

票据行为是同票据相关的法律行为，它有广义和狭义之分。广义的票据行为是指以设立、变更或者消灭票据关系为目的的法律行为，包括各种票据共有或某种票据所独有的各种相关行为。狭义的票据行为是指以负担票据债务为目的的要式法律行为，即以负担票据债务为目的而在票据上为意思表示的法律行为。具体包括各种票据共有或某票据所独有的出票、承兑、背书、保证、保付和付款等行为。

出票亦称发票，是汇票、本票和支票共有的票据行为，它是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为，它具体包括签发票据和交付票据两个过程。背书是所有票据共有的票据行为，是持票人为了转让票据或其它目的，而在票据背面或粘单上记载有关事项并签章的票据行为。在票据行为中，出票行为是为了创设票据权利，背书行为主要是为了转让票据权利。

承兑是汇票特有的一种票据行为，是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。它是独立于汇票出票行为之外的单方面的法律行为，承兑行为是否生效完全取决付款人的意思表示。保证是汇票和本票共有的票据行为，它是保证人对因票据行为所产生的债务提供担保的票据行为。保付是支票特有的一种票据行为，是银行对出票人签发的支票所作的保证付款的票据行为。付款是所有票据共有的票据行为，它是票据付款人或承兑人向持票人支付票据金额以消灭票据关系的行为。

第三节　票据清算

票据清算制度是银行之间，以实现存款货币的票据流通为目的，通过票据清算机构集中进行票据交换和存款货币划转的存款货币流通制度。它在存款货币流通制度中占有重要地位，是实现存款货币流通的重要手段。票据清算制度的内容主要包括，清算机构制度，票据清算管理制度和票据清算程序制度。

票据清算最初是在两个银行之间进行的，在两个银行之间相互交换其应收和应付票据并结算其差额货币。以后逐步发展成为多家银行，甚至某区域内所有银行都参加的，相互代收、代付和集中交换票据、集中划转存款货币的票据清算机构。随着中央银行制度的产生和发展，又建立起区域间所有主要银行都参加的，相互代收、代付和集中交换票据、集中划转存款货币的票据清算机构。

复习题

1．票据的基本特征
2．汇票的种类与特征
3．本票的种类与特征
4．支票的种类与特征
5．出票人的权利义务
6．付款人的权利义务
7．收款人的权利义务
8．承兑人的权利义务
9．背书人的权利义务
10．保证人的权利义务
11．票据权利的内容与取得
12．票据付款人的抗辩权
13．票据权利的消灭
14．票据的记载事项
15．背书成立的要件与效力
16．承兑成立的要件与效力
17．保证成立的要件与效力
18．票据清算基本制度

思考题

1．票据的发展趋势
2．票据行为之间的关系
3．票据清算的基本原理
4．票据清算与电子货币
5．票据丧失补救与银行业务
6．票据欺诈的处理方法
7．票据付款的实际程序
8．票据的付款期限
9．票据清算与货币政策

课堂讨论

1．当代票据与传统票据的区域
2．票据结算未来发展的预测

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融经济法纲要》　人民法院出版社　1999 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
4．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第六章　存贷业务法律制度

学习目的和要求：存款和贷款业务是银行的传统业务，虽然随着国际上货币融通证券化趋势的不断加强，银行的存贷业务量在不断下降，但它仍然是银行业的重要业务。银行业的存款法律制度，主要包括存款法律关系、对存款人的保护制度、对存款的监管制度；银行业的贷款法律制度，主要包括，贷款法律关系、贷款风险的监管与控制、以及对贷款的法律规范；同业拆借法律制度主要包括同业拆借的特点和监管。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：存款人的保护制度；存款的监管制度；贷款风险的监控制度；贷款的法律规范；同业拆借的特点。

一般了解：存款的法律性质；贷款的法律性质；同业拆借的监管。

深入思考：存款法律关系的属性；存贷融通与证券融通的优劣比较。

第一节　存款业务

通常所说的存款有两层含义，作动词使用时，它是指存款人将款项存入银行并取得相应存款凭证的行为；作为名词使用时，是指以存款形式表现的财产，构成个人财产和单位资产的一个部分。存款是商业银行运营资金的重要来源，商业银行通过吸收社会公众的存款，可以将社会闲散资金集中并将其转化为生产经营资金贷给资金需求方，从而实现资金盈余方与资金需求方之间的资金流通。

商业银行运营资金主要来源于存款，存款安全不仅关系到广大存款户的利益，也关系到金融安全。为维护金融安全，法律上对存款采取了一些不同于普通债权的特别保护措施。它主要是规定了商业银行的特殊义务和存款人的特殊权利，它们主要包括：保证支付义务；存款保密义务；强制措施限制；存款保全义务；以及对个人储蓄存款的特殊义务等。

第二节　贷款业务

贷款是商业银行作为贷款人以还本付息为条件，将一定数量货币提供给借款人使用的一种借贷行为。贷款是商业银行的传统核心业务，是商业银行实现利润最大化的主要手段。贷款按照不同的标准可以分为不同种类，按照贷款的期限可以分为活期贷款、定期贷款和透支贷款；按照贷款的保障条件可以分为信用贷款、担保贷款和票据贴现；按照贷款用途可以分为固定资产贷款和流动资产贷款；按照风险承担的主体不同，可以分为自营贷款和委托贷款；按照贷款的质量和风险程度不同，可以分为正常贷款、关注贷款、次级贷款、可疑贷款和损失贷款。它们可以从不同的侧面反映贷款的性质。

贷款的回收，是指金融机构要求借款人按期归还贷款的活动。贷款回收应按照贷款合同的约定进行，通常可以采取的主要方法包括非强制方法、强制方法和诉讼方法。贷款回收的非强制方法主要包括，借款人主动清偿、双方债务相互抵销、以借款人的存款进行拨充抵偿、第三人代位清偿和第三人的债务承担。贷款回收的强制方法主要包括，普通财产的变卖回收、抵押物出售回收、质押品出售回收，以及财产留置回收和请求法院发出支付令进行督促回收。贷款回收的诉讼方法，是在不能采取非强制方法和强制方法的情况下，在法律规定的诉讼时效内，通过诉讼途径实现债权，收回贷款本息。

第三节　贷款担保

担保是指以债务人的特定财产或者以第三人的特定财产或信用为基础，督促债务人清偿债务，保障债权实现的手段。担保分为人的担保、物的担保、货币担保和其他类型的担保。以第三人的信用为基础的担保称为人的担保，主要是保证。以债务人或第三人的特定财产为基础的担保称为物的担保，主要包括抵押、质押和留置。将一定数额货币交与债权人作为债务清偿保障的担保称为货币担保，主要包括定金和押金。贷款担保是指以借款人的特定财产或者以第三人的特定财产或信用为基础，督促借款人清偿债务，保障银行贷款财产权实现的手段。由于贷款财产权的货币性特征，它一般不适用留置，也不适用以货币本身作担保。因此，贷款担保的方式主要包括抵押、质押和保证三种基本形式。此外，作为债权债务关系消灭原因的法定抵销，也具有保障贷款财产权实现的功能，有学者将之称为非典型担保。

第四节　同业拆借

同业拆借是指银行、非银行金融机构之间相互融通短期资金的行为。同业拆借主要是银行或非银行金融机构之间为解决短期资金余缺，调剂法定准备金头寸而进行的资金融通。商业银行同业拆借一般是通过其在中央银行的存款账户进行的，实际上是超额储备金的调剂，因此，又被称之为中央银行基金，在美国则被称之为联邦基金。同业拆借市场是一种特殊的金融市场，参与同业拆借的必须是金融机构，而且还必须经过监管机构批准。同业拆借的利率一般高于存款利率，低于短期贷款利率和中央银行再贷款利率。如果同业拆借利率高于中央银行再贷款利率，需要资金的银行就可能选择向中央银行贷款。

复习题

1．存款的分类
2．存款人的保护制度
3．存款的监管
4．贷款的分类
5．贷款的限制制度
6．贷款的回收方法
7．抵押法律制度
8．质押法律制度
9．保证法律制度
10．贷款法定抵销制度
11．贷款法定抵销的要件
12．同业拆借的特点

思考题

1．存款的法律性质
2．贷款的法律性质
3．同业拆借的监管
4．存款法律关系的属性

课堂讨论

1．贷款法定抵销与民事抵销的区别
2．抵押与质押贷款在破产清偿中的顺序

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
3．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第七章　信托业务法律制度

学习目的和要求：信托业务法律制度是金融业务法律制度的重要组成部分，是对相关信托法律制度的概括和总结。目的是使学生掌握信托关系与其他法律关系的区别，掌握信托主体之间的法律关系，掌握信托业务的基本类型及不同信托业务的特点，以及信托合同的基本特征和基本内容。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：信托的概念；信托的当事人；信托财产的性质；信托的基本类型；信托无效和可撤销的规定；信托变更与终止的规定。

一般了解：不同信托主体的权利与义务；我国的基本信托业务；信托合同的特征和基本内容。

深入思考：信托财产权与物权和债权的关系；信托法在法律体系中的地位。

第一节　信托主体

信托是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按照委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定的目的，进行管理或者处分的行为。信托在实践中是指财产权利人因为没有理财经验或者缺少管理时间，将其财产或者财产权利交给第三人代为管理和处分的一种特殊代理活动。信托是一种特别的财产管理和专业理财制度，是人们在运用普通合同制度和代理制度不能解决财产问题的特殊需要时，而制定的一种特别的合同代理制度。信托具有财务管理、融通资金、沟通协调、投资和咨询职能。信托的财务管理职能有四个特点。信托当事人是指信托行为所直接涉及到的法律主体，狭义信托法律关系的主体主要包括，委托人、受托人和受益人。广义的信托法律关系主体还包括信托管理人、信托财产管理人以及公益信托中的信托监察人。

第二节 信托业务

信托财产是一种特殊的财产，这种特殊性主要表现在它的代位性、独立性和约束性上。信托财产的代位性，是指任何信托财产在信托关系终止之前，无论其形态如何变化，并不改变其信托财产的性质。信托财产的独立性，是指受托人须对信托财产单独设账分别管理，防止利益互侵和利益互扰。信托财产的约束性，是指受托人须在诚实信用的基础上，遵守信托法和一般代理法律的规定经营管理信托财产，将财产收益交付给受益人，并按照约定或者依法院判决的内容取得信托报酬。

信托业务按照不同的分类标准可以分为许多种类型，通常采用的分类标准主要包括，信托事项的内容、信托目的、信托法律、信托标的和信托性质。按照信托事项的内容分类，可以将其分为表示信托、法定信托、强制信托和鉴定信托。根据信托目的的不同，可以将其分为担保信托、管理信托和处分信托。根据信托事项的法律立场不同，可以将信托分为民事信托和金融信托。按照信托标的物不同，可以将其分为货币信托、动产信托、不动产信托、货币权利信托等。按照信托的性质可以将其分为，生前信托、身后信托、遗嘱信托，以及公益信托、私益信托、他益信托和自益信托等。生前信托是指信托合同在委托人在世时具有法律效力的信托。信托业务主要由不同类型的信托公司经营，信托业务的主要内容包括，资金信托、证券信托、基金信托、不动产信托和公益信托。

第三节　信托合同

信托合同是指委托人与受托人之间为了受益人的利益而成立的，以信托财产的经营、管理与处

分为基本内容的合同。构成信托合同至少具备四个基本条件：第一，信托当事人的自由意思表示；第二，委托人将财产信托的目的合法；第三，以交付和经营管理信托财产为中心的信托必须交付信托财产；第四，当事人约定的信托须以互相信任为基础。信托合同的内容主要包括，信托合同的主体条款、信托财产的经营条款和信托合同的终止条款。

签订信托合同只是表明信托合同的成立，信托合同是否生效，信托合同是否可以撤销还要取决于是否符合无效或可撤销的条件。信托的变更包括变更受益人、变更受托人和变更信托管理方式三个方面。信托的终止的法律问题主要包括，终止的条件、财产的归属和债务的处理三个方面。

复习题

1．信托的概念
2．信托的性质
3．信托当事人的关系
4．信托财产的特点
5．信托财产的性质
6．信托财产的范围
7．信托的基本类型
8．公益信托的特征
9．无效的信托行为
10．可撤销的信托行为
11．信托变更的条件
12．信托终止的财产归属
13．信托中终止的事由

思考题

1．信托权与其他类似权利的比较
2．信托财产与其他财产的比较
3．我国信托业务的范围
4．我国信托业的法律地位

课堂讨论

1．信托财产权在财产体系中的地位
2．应如何协调信托财产权与民法财产权的关系

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
3．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第八章　证券业务法律制度

学习目的和要求：证券业务法律制度是直接融资的基本法律制度，随着银行业货币流通化和货币融通证券化趋势的不断加强，以及证券市场整体化和国际化趋势的不断加深，证券业务法律制度在金融法律制度中占有越来越重要的地位。证券业务法律制度主要包括，证券市场法律制度、证券发行法律制度、证券交易法律制度和信息披露法律制度。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：证券的基本类型；证券市场的基本类型；证券发行审核制度；禁止的证券交易行为；上市公司的收购制度；发行信息披露制度；持续信息披露制度。

一般了解：证券发行的类型；证券发行的承销制度；证券上市制度；信息披露的标准。

深入思考：股票的财产权属性；基金的财产权属性；现代证券法的法律部门。

第一节　证券市场

证券按照不同的标准，可以作不同的分类。通常主要包括，有价证券与无价证券；设权证券与证权证券；实物证券与簿记证券；记名证券与不记名证券；上市证券与非上市证券。根据我国《证券法》规定，我国证券法上的证券主要是股票、公司债券，以及国务院依法认定的其他证券。目前，我国证券市场上发行和流通的证券，主要是股权证券、债权证券和基金证券。

证券市场是证券发行与交易活动场所的总称。它由金融工具、交易场所以及市场参与主体等要素构成，是现代金融市场的重要组成部分。证券市场的参与主体，包括证券发行人、证券投资人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构、证券业协会和证券监督管理机构等。按照不同的标准或角度，证券市场可以分为不同的类型。按照证券市场的功能，可分为证券发行市场和证券流通市场。按照证券市场的组织形式，可分为场内交易市场和场外交易市场。按照证券市场交易对象的种类，可分为股票市场、债券市场、基金市场和衍生证券市场。

第二节　证券发行

证券发行，是指证券发行人以募集资金为目的而发行证券的行为。证券发行主体由发行人、中介人、认购人三种主体构成。发行人是申请发行证券的当事人。它主要包括股份有限公司、有限责任公司、企业、金融机构和国家政府部门等，不同的发行人有权发行不同类型的证券。中介人是为证券发行提供中介服务的当事人。担当中介人的大多是证券经营机构、商业银行、资产评估机构、会计师事务所和审计师事务所。认购人又称投资者，即购买证券的当事人。

证券的发行方式是指证券发行人发行证券的法定或约定程序。按照证券种类，可分为股票发行、债券发行、基金发行。股票发行是指发行人以募集资金或实施股利分配为目的，按照法定程序向不特定投资者或原股东招募股份或无偿送股的行为。股票发行包括设立发行、增发新股、配股和无偿送股。债券发行是指发行人以筹集资金为目的，按照法定程序向不特定投资者出售到期还本付息债券的行为。按照发行主体和债券性质的不同，债券发行又可分为政府债券发行、金融债券发行、企业债券发行、公司债券发行等。基金发行是指发行人为募集资金进行集合投资向不特定投资者出售利益共享、风险共担的证券投资基金的行为。按照基金份额能否赎回，基金发行可分为开放型基金发行和封闭型基金发行。

证券投资虽然是一种直接投资，但投资人通常难以直接了解发行人的情况。并且，由于证券发行是一种非常复杂的财产行为，普通投资人不一定都具备审查发行人财务和财产状况的能力。因此，必须由政府监管机关对证券发行的基本情况进行审核，并将审核合格的资料对社会公开。证券发行

审核，是证券监管机关依法对除豁免证券之外的证券发行做出是否准予发行的审查和核准制度。豁免证券是依照法律制度规定，免于证券监管机关的审查即可径行发行和上市的证券，如国家债券。世界各国对证券发行的审核主要有三种方式：一是以美国为代表的注重公开原则的注册制；另一种是以大陆法系国家为代表的注重实质管理原则的核准制；三是某些国家实行的审批制。

证券承销是指证券承销机构依照承销协议，包销或者代销发行人所发行的股票、债券等证券，并依照法律和合同收取一定比例承销费的行为。根据我国《证券法》的规定，凡向社会公开发行的证券均须通过证券公司承销。发行数量较大者，还需由多家证券公司组成承销团共同承销。

第三节　证券交易

证券上市是指公开发行的有价证券，依据法定条件和程序，在证券交易所公开挂牌交易的行为。证券上市制度，是指有关证券上市的条件和程序、上市证券的暂停与终止等一系列规则的总称。证券上市条件，也称证券上市标准，是指证券交易所制定的、证券发行人获得上市资格的基本条件和要求。各国证券法对证券上市的条件规定、宽严不同，但基本标准大致相同，通常包括上市公司的资本额、资本结构以及盈利能力、偿债能力、股权分散状况、公司财务情况、开业时间等。证券上市程序，则是指证券发行人申请证券上市，上市审核机构对其证券上市的条件进行审核，并依法核准该证券在证券交易所公开挂牌交易的步骤。证券上市通常包括股票上市和公司债券上市。

证券上市暂停是指证券发行人出现了法定原因时，它的上市证券暂时停止在证券交易所挂牌交易的情形。暂停上市的证券因暂停的原因消除后，可恢复上市。证券上市的终止是指证券发行人出现了法定原因后，它的上市证券被取消上市资格，不能在证券交易所继续挂牌交易的情形。终止上市的证券可以在终止上市原因消除后，重新申请证券上市。证券交易程序，是指进入证券市场买卖证券的具体步骤。我国上市证券交易主要通过证券交易所电脑竞价方式进行，其交易程序主要分为：开户、委托、成交、清算、交割和过户等步骤。

在证券市场上，充满了投机与风险，为保护投资者利益，维护证券市场的公平、秩序、效率与安全，促进社会公共利益的发展，各国证券法都对证券市场中的各种欺诈行为有禁止性规定，并采取相应的法律救济措施。根据我国《证券法》和相关法规的规定，禁止的交易行为主要包括，内幕交易、操纵市场、欺诈客户、虚假陈述等证券欺诈行为，以及其他禁止的交易行为。

上市公司收购是指收购人通过法定方式，取得上市公司一定比例的发行在外的股份，以实现对该上市公司控股或者合并的行为。它是公司并购的一种重要形式，也是实现公司兼并控制的重要手段。在公司收购过程中，采取主动的一方称为收购人，而被动的一方则称为目标公司。上市公司收购按照不同的标准可分为不同类型。按照收购方式，可分为要约收购、协议收购和集中竞价收购。按照收购人与目标公司是否合作，可分为敌意收购和友好收购。按照收购是否构成法律义务，可分为自愿收购与强制收购。按照收购目标公司股份的比例和数量，可分为部分收购和全部收购。

第四节　信息披露

信息披露(Disclosure of Information)又称信息公开,是指证券发行人或其他相关负有信息披露义务人，在证券发行与流通诸环节中，依法将其财务、经营情况及其他影响证券投资者投资决策的信息向证券监督管理机构和证券交易所报告并向社会公众公告的活动。信息披露制度是信息披露的原则、内容、程序等一系列法律规范的总称。它是现代证券市场的核心内容，贯穿于证券发行与流通的全过程。

信息披露按照不同的标准，可以分为不同的类型。按照信息披露的目的和阶段，分为发行信息披露和持续信息披露。按照信息披露的强制性要求，可分为强制性信息披露和非强制性信息披露。

按照披露文件的记载事项要求，可以分为简式披露和完整式披露。按照披露的时间，可分为定期披露和不定期披露。按照信息披露内容的性质，可分为描述性信息披露、评价性信息披露和预测性信息披露。

复习题

1．证券的概念
2．证券的类型与法律特征
3．基金法律关系
4．证券市场
5．证券发行价格
6．股票发行核准制度
7．基金发行核准制度
8．证券承销资格
9．股票上市程序
10．禁止内幕交易制度
11．禁止操纵市场制度
12．禁止欺诈客户制度
13．禁止虚假陈述制度
14．上市公司收购制度
15．信息披露的标准

思考题

1．证券投资基金的性质
2．证券市场的功能
3．证券承销方式的比较
4．不同市场证券的比较
5．证券交易程序
6．虚假陈述的民事诉讼制度
7．协议收购制度的功能
8．信息披露制度的功能

课堂讨论

1．证券法的立法目的和作用
2．证券法的部门性质
3．证券法律关系的性质

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。

第九章　保险业务法律制度

学习目的和要求：保险业务法律制度是保险融通的基本法律制度，随着银行业货币流通化和社会未来生活保险化趋势的不断加强，以及保险市场整体化和国际化趋势的不断加深，保险业务法律制度在金融法律制度中将占有越来越重要的地位。保险业务法律制度主要包括，保险关系法律制度、保险程序法律制度和保险合同法律制度。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：保险主体的关系；保险客体；不同保险的法律特征；保险合同订立制度、变更制度和终止制度。

一般了解：财产保险与人身保险在补偿原则上的区别；保险索赔与理赔制度。

深入思考：现代保险人的法律地位；现代保险人与其他商事主体的区别；保单的财产属性。

第一节　保险关系

一、保险主体法律关系

保险业务是单位和个人管理危险的重要对策，它既是一种经济补偿制度，同时又是一种法律关系。保险是投保人亲自或通过经纪人与保险人或保险代理人约定，投保人向保险人支付保险费，当被保险人发生合同约定的事故时，保险人承担向受益人赔偿或给付保险金责任的法律行为。保险主体的法律关系，是由保险行为而形成的以保险标的和可保利益为基础的，在保险当事人、关系人和辅助人等之间形成的法律上的权利与义务关系。其中，保险当事人是指保险业务的投保人和保险人，保险关系人是指保险业务的被保险人和受益人，保险辅助人是指保险代理人和其他辅助人。

（一）投保人的权利与义务

投保人是指与保险人签订保险合同，并按照保险合同约定负有支付保险费义务的保险当事人。投保人既可以是法人也可以是自然人，但无论是法人还是自然人都必须具有权利能力和行为能力。并且，在投保人与保险标的之间必须具有在法律上认可的可保利益。支付保险费、具有可保利益、具有相应的保险权利能力和行为能力，是取得投保人资格的三个必须具备的要件，不具备这些条件就不能成为合格的投保人，它所签订的保险合同也属无效合同。投保人可以为自己的利益签订保险合同，也可为他人的利益签订保险合同，还可以为自己利益并兼为他人利益签订保险合同。

按照世界各国保险法律的一般性规定，投保人在保险关系中必须承担特定的义务。这些义务主要包括：按保险合同规定支付保险费义务。对保险标的或被保险人情况在保险人询问时的如实告知义务，如果投保人故意隐瞒事实，不履行如实告知义务的，或者因过失未履行如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除保险合同。投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。投保人因过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或给付保险金的责任，但可以退还保险费。在投保人与被保险人为一个时应承担尽力保护保险标的的义务，保险事故发生时的合理施救义务，以及保险事故发生后的及时通知义务，提供保险事故性质、原因、损失程度等证明材料的义务等。

投保人在承担上述义务的同时也享有特定的权利，这些权利主要包括：在保险合同成立后，除货物运输保险合同和运输工具航程保险合同，以及法律另有规定或合同另有约定之外的解除保险合同权；在保险合同解除后，就保险人没有承担保险责任的期限，享有保险费退还请求权；在保险标的危险程度明显降低或保险价值明显减少时，除保险合同另有约定外有要求相应降低保险费率和退还相应保险费的请求权；经被保险人同意，有指定人身保险的受益人或者变更受益人权；以及保险

事故发生后，合理保护与施救费用的补偿请求权，但该补偿额最高不超过保险金额。在人身保险中，如果被保险人同意投保人为其订立合同的，除法律另有规定外，应该视为投保人对被保险人具有保险利益； 投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾二年的除外； 投保人申报的被保险人年龄不真实，致使投保人支付的保险费少于应付保险费的，保险人有权更正并要求投保人补交保险费，或者在给付保险金时按照实付保险费与应付保险费的比例支付。投保人申报的被保险人年龄不真实，致使投保人实付保险费多于应付保险费的，保险人应当将多收的保险费退还投保人。

（二）保险人的权利与义务

保险人是指依法成立并允许经营保险业务，享有保险基金的组织、管理和使用权利的保险机构。由于保险业务涉及社会公众利益，世界各国保险法律对保险机构的资格及组织形式都有严格的限定。通常，保险业务只有特定的金融机构才能经营，自然人不允许经营保险业务。同时，保险机构在经营保险业务的过程中必须承担特定的义务。通常，这些义务主要包括：按照保险合同约定的时间承担保险责任；除法律另有规定或者保险合同另有约定外，合同成立后保险人不得解除保险合同；向投保人说明保险合同的条款内容，通常未明确说明的责任免除条款不产生法律效力；在规定期限内，承担赔偿或给付保险金义务；对再保险接受人有如实告知义务；对投保人、被保险人的业务和财产情况负有保密义务。

保险机构在承担上述义务的同时也享有相应的权利，这些权利主要包括：有权按照保险合同规定向投保人收取保险费；对因投保人未如实告知而签订的保险合同享有解除权，且无须承担合同解除前的保险责任；有权依法确认应承担的保险责任，对非保险责任有权拒绝赔偿或支付保险金；有权拒绝任何单位或者个人非法干预保险人履行赔偿或者给付保险金的义务，有权拒绝任何单位或者个人非法限制被保险人或者受益人取得保险金的权利。此外，它有权对保险标的的安全状况进行检查，并及时向投保人、被保险人提出消除不安全因素和隐患的建议；投保人和被保险人未按照约定履行对保险标的的保护义务的，保险人有权要求其增加保险费或解除合同；经被保险人同意，有权对保险标的采取安全预防措施；在保险标的危险程度增加时，有权要求增加保险费或解除保险合同；危险程度增加不通知保险人，因保险标的危险程度增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿责任；保险事故发生并赔偿后，享有全部或部分受损保险标的的所有权，同时对引起保险标的损害的第三者有赔偿请求权；保险人对任何以欺诈手段获取保险金和赔偿的有权拒绝，并有权在不退还保险的条件下解除合同，对已经支付的保险金或赔偿有权追回；对于理赔过程中发现虚假的损失，有权拒绝赔偿或者给付保险金。

（三）被保险人的权利义务

被保险人是指其财产或者人身受到保险合同保障，享有保险业务的保险金请求权的保险关系人。财产保险的被保险人是其财产取得保险保障的人；人身保险的被保险人是其生命或者身体取得保险保障的人。被保险人与投保人可以是同一个人，也可以不是同一个人。根据各国保险法律的相关规定，由第三人订立的死亡保险合同，未经被保险人书面同意不得转让或质押；未经被保险人的书面同意并约定保险金额的，该保险合同不具有法律效力。投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险，保险人也不得承保；父母为其未成年子女投保的人身保险的，其死亡给付保险金额总和不得超过监管机关规定的限额。因为，这种保险合同可能会导致谋财害命等非正常保险行为。

在保险业务过程中，无论被保险人是否投保人都应承担特定的义务。被保险人的义务主要包括：保险事故发生后负有及时通知义务，以及提供保险事故性质、原因、损失程度等证明材料的义务；具有遵守法律关于消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定，正常维护保险标的安全的义务；当保险标的危险程度增加时，负有向保险人通知的义务；当保险事故发生时，有采取必要措施防止

或者减少其损失的义务。被保险人在承担上述义务的同时也享有相应的权利，按照各国保险法律的有关规定，这些权利主要包括：在保险合同有效期内享有损失赔偿或者保险金支付请求权；在保险事故发生后，享有必要施救费用补偿的请求权；在因第三人造成损害的保险事故中，享有必要的仲裁费用或诉讼费用的请求权；在人身保险中有权指定人身保险关系中的受益人，或者变更其保险受益人。

（四）受益人的权利与义务

保险业务关系中的受益人亦即保险金领受人，它是保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有赔偿或者保险金请求权的保险关系人。保险关系的受益人可以是保险业务中独立的法人或自然人，也可以是投保人或被保险人本人。人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定，投保人指定受益人时须经被保险人同意。 被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。被保险人或者投保人可以指定一人或者数人为受益人，受益人为数人的，被保险人或者投保人可以确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。通常，受益人仅独立存在于人身保险中，财产保险的受益人多是投保人或者被保险人。受益人是可保利益的无偿享有主体，它既不需要承担交付保险费的义务，保险机构也无权向其追索保险费。

受益人对其取得的保险金享有独立的所有权，不能作为被保险人的遗产处理。但在未指定受益人、受益人先于被保险人死亡，以及受益人丧失受益权或放弃受益权时，被保险人的法定继承人即为受益人。按照世界各国保险法律的规定，受益人的主要义务是保险事故发生后的及时通知义务，以及向保险机构提供保险事故的性质、原因、损失程度等证明材料的义务。受益人的主要权利是在保险合同有效期内，享有赔偿金或者保险金的请求权。但是，投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任，投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值；受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权；以死亡为给付保险金条件的合同，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但对投保人已支付的保险费，保险人应按保险单退还其现金价值；如果以死亡为给付保险金条件的合同，自合同成立之日起满二年后被保险人自杀的，保险人可以按照合同给付保险金。 此外，被保险人故意犯罪导致其自身伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照保险单退还其现金价值。

（五）辅助人的权利与义务

保险辅助人是指在保险当事人与保险关系人之外，不享有保险合同中的权利也不承担其中的义务，但又同保险关系的建立和履行具有一定关系的人。通常，保险辅助人主要包括保险代理人、经纪人和公证人。保险公证人是指为保险当事人办理保险标的的查勘、鉴定、估价，以及对赔款的理算、洽商等予以证明的保险业务参与人。它既可以是接受保险人的委托而进行工作，也可以是接受被保险人的委托而进行工作。保险公证人的酬金，由其相应的委托人支付。保险公证人由于工作中的过错，造成委托人权益受到损害的，应独立承担相关法律责任。

保险代理人是根据保险人的委托，在保险人授权的范围内代为办理保险业务并从中收取手续费的单位和个人。保险代理人有许多种类，包括专职保险代理人、兼职保险代理人，以及专门代理人和独立代理人。代理人办理保险业务应由保险人承担责任。保险代理人在代理权限内，即使因过错而有侵害了他人利益的行为，也对保险人有约束力。在订立保险合同时，保险代理人所获悉的业务事项无论是否实际告知保险人，均假定保险人已获知，投保人履行了如实告知义务。但对代理人的越权代理、无权代理，或代理终止后的行为，保险人不承担责任，除非经保险人的追认或者投保人有理由相信代理人有代理权，并已经订立了保险合同。通常，人身保险采取专门代理人制度，财产保险则采用独立代理人制度，个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上

保险人的委托。

保险经纪人主要是为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的单位和个人。经纪人不是保险人或投保人的代理人，而是独立为保险业务提供中介服务。经纪人无论是法人还是自然人，都必须取得保险监管机关的保险经纪许可。经纪人的收入来自于保险佣金，它在成立保险合同时由保险机构支付，在向保险人请求赔偿时由被保险人支付。保险代理人、保险经纪人在办理保险业务活动中，不得有欺骗保险人、投保人、被保险人或者受益人的行为，不得有隐瞒与保险合同有关的重要情况的行为，不得有阻碍投保人履行如实告知义务，或者诱导其不履行如实告知义务的行为，不得有承诺向投保人、被保险人或者受益人给予保险合同规定以外的其他利益的行为，也不得利用行政权力、职务或者职业便利以及其他不正当手段强迫、引诱或者限制投保人订立保险合同。如果因代理人、经纪人的故意或过失导致的过错，造成保险损失的还应承担赔偿责任。

二、保险关系法律客体

保险关系的客体，是指保险关系主体的权利和义务所指向的对象，即保险人向被保险人提供约定保险保障的事物。保险关系的客体并不是特指某个保险关系的对象，而是指全部保险保障关系对象的总和。通常，完整的保险关系客体主要由保险标的、保险危险、保险事故和可保利益四个部分构成。

（一）保险标的

保险标的是指投保人申请投保，而由保险人承担风险的标的物或对象。在财产保险中，它是指作为保险对象的财产及其相关利益；在人身保险中，它则是指作为保险对象的人的寿命或者身体。在建立保险关系的过程中，确定保险标的是明确投保人与保险标的之间的法律关系，确定其投保是否有效的前提。同时，明确保险标的也是投保人确定其保险种类的基本条件。另外，明确保险标的还可以进一步确定保险人承担保险责任的范围，它是进行保险决策和保险赔偿的重要依据。保险标的的转让应当通知保险人，除货物运输保险合同和另有约定的合同外，经保险人同意继续承保后依法变更合同。

（二）保险危险

保险危险是指投保人投保所针对的，保险标的遭到损害的可能性。它是开展保险业务的理由，也是确定保险费率的基本依据。它是保险合同中必须载明的必要条款，也是确定保险人责任范围的依据。通常，构成保险危险的要件主要包括：保险危险必须是客观上存在的，有可能发生的对保险标的造成损害的危险；保险危险的发生必须是偶然的，并能够对保险标的造成不确定性损害；此外，保险危险所能够造成的保险标的损害必须有一定的范围，能够使保险人的责任有明确的界限。不具备这几项基本条件的危险，不能构成保险危险。

（三）保险事故

保险事故是保险合同中规定的，保险责任范围以内使保险标的遭受损失的各种自然灾害或意外事故。它是导致可保利益发生的直接原因，是保险人应负责赔偿的事由，是已经发生的保险危险。保险事故在保险客体中占有重要地位，发生保险事故是受益人申请损失赔偿或者给付保险金的基本前提。因此，保险事故必须在保险合同中具体规定，只有保险合同中规定的已经发生的保险危险，才构成保险事故；只有已经实际发生保险事故，保险人才承担赔偿责任。

（四）可保利益

可保利益是投保人对保险标的具有的法律上承认的利益，即保险事故发生时投保人因保险标的的损害在经济上失去的利益。可保利益必须具有适法性、确定性和有价性，即可保利益必须是投保人享有的合法利益，受法律承认并为法律所保护；投保人对保险标的所具有的利益，必须是已经确定的现实利益，或者是由现实利益而产生的可以确定的期待利益和责任利益；可保利益必须是经济上有价值的利益，可以用货币计量。否则，不具有适法性、确定性和有价性的利益不是可保利益。

投保人必须对保险标的具有可保利益，否则保险合同无效。这是由于保险是一种经济补偿制度，对保险标的没有可保利益就没有取得经济补偿的理由。另外，可保利益是赔偿金额的标准，保险人只能对其可保利益的损失予以赔偿，而不能进行超过可保利益的赔偿。否则，就失去了保险的经济补偿性质。按照这一原则，财产保险的投保人主要包括，财产的所有人、经营管理人、保管人、抵押权人、承揽人、承运人和承租人等。人身保险中的被保险人必须是与投保人具有以下几种关系的人，本人、配偶、子女、父母，以及与投保人有抚养、赡养，或者有扶养关系的家庭其他成员和近亲属。通常，如果被保险人同意投保人为其订立人身保险合同，也可以视为投保人与被保险人之间具有某种可保利益。但是，对于不可能出现道德风险，或者仅会给被保险人带来利益的投资或储蓄性保险则不需要可保利益。

三、保险种类与特征

保险业务是一种法律关系比较复杂的金融业务，同时又是一种具有严格法律要求的业务，为使各保险当事人、关系人与辅助人之间的关系更加明确，以进一步规范各种不同属性的保险业务活动，维护社会的保险业务秩序，通常，按照保险业务中有关各方之间保险关系和属性的不同，适用的法律以及所产生的法律后果不同，可将其分为许多种类。它们各自有不同的法律特征，适用不同的法律制度。

（一）商业保险与社会保险

按照保险业务的性质，可以将保险分为商业保险和社会保险。商业保险是投保人和保险人在自愿互利的基础之上，按照商业经营活动的运行标准成立的保险法律关系。商业保险以盈利为保险人的经营目的，通过市场调节保险的供给与需求，通过合同来规范保险的权利义务关系。商业保险以诚实信用、平等互利和自愿公平为基本经营原则，通过建立保险基金保障社会生活和经济秩序的稳定。从法律的适用来看，商业保险适用普通保险法律的规定，是普通保险法律的调整对象。

社会保险是国家社会保障体系的组成部分，是依照国家的法律、行政法规开办和经营的，它的最终目的是为社会创造公平合理的社会福利，社会保险不以盈利为目的。社会保险在它的保险建立基础、保险基金来源和保险的经营方式，以及保险的实施对象、保险金给付标准和保险经营目的等方面，都与商业保险存在着明显的差异。从保险法律的适用来看，社会保险主要通过专门的社会保障立法，来进行规范和调整的，它不适用于普通保险法律制度的规定。

（二）财产保险与人身保险

按照保险标的的不同，可以将保险分为财产保险和人身保险。财产保险是指以各种物质财产及其相关利益，或责任、信用为保险标的的一种商业保险。财产保险的保险标的是有形财产和无形财产；它的可保利益主要是保险标的的所有利益、使用利益、收益利益、责任利益和费用利益；它的保险主体之间的关系，主要是投保人、保险人与被保险人之间的关系，通常很少涉及到其他人。

人身保险，是以人的寿命或健康为保险标的的一种商业保险。它的保险标的是被保险人的寿命或健康；它的可保利益主要是收益利益和费用利益；它的保险主体关系往往比较复杂，通常要涉及到投保人、保险人、被保险人与受益人之间的保险关系。人身保险主要不是补偿而是给付，它的保险金额往往不受保险标的价值高低的限制，而是由当事人双方协议确定，人身保险的危险具有稳定性和规律性。

（三）自愿保险与强制保险

按照保险的实施形式，可以将其分为自愿保险与强制保险。自愿保险是出于投保人自己的主观意愿，同保险人签订保险合同而建立起来的保险。在这种保险方式下，投保人可以自由选择保险机构，自由确定保险的种类、保险对象、保险金额、保险期限等。一般情况下，投保人有权中途变更或者解除保险合同，但保险人在承保后除非遇到特殊情况，否则不能解除保险合同。

强制保险是通过国家颁布法律、法令的形式来实施的，在法律规定的范围内必须全部投保，保

险人、投保人都没有承保或投保选择权的保险。按照某些国家法律的规定，凡属强制保险范围的保险标的，无论形式上是否办理保险手续都视同参加了保险；强制保险的保险金额，不是当事人协商的结果而是直接由法律规定。并且，保险人不能因被保险人未履行缴纳保险费的义务而终止合同。投保人因故未缴纳保险费，保险人只能按规定收取滞纳金，但不能以此为由解除保险责任。

（四）单一保险与重复保险

按照同一保险的保险次数分类，可分为单一保险与重复保险。单一保险是指投保人以同一可保利益、同一保险事故，与同一保险人订立一个保险合同的保险。如果是两个或两个以上保险人对同一保险业务各自承保一定的份额，或者保险单规定要求投保人分担同一危险中的一定份额则属于共同保险。重复保险是指投保人对于同一可保利益和保险事故，向两个以上保险人分别订立两个以上保险合同的保险。重复保险的投保人应当将有关情况通知各保险人。恶意的重复保险，其保险合同不具有法律效力。善意重复保险的金额超过保险标的价值的，它的赔偿金额的总和也不得超过保险价值。各保险人赔偿的份额，通常采取共同分摊法承担。分摊的方式主要包括，比例分摊、限额分摊和顺序分摊三种。

比例分摊是以各保险机构的保险金额为基础进行分摊，将各家保险机构的保险金额累加起来，按照各家保险机构的保险金额得出每家的分摊比例，然后按比例分摊需要向受益人进行赔偿的金额。限额分摊是以各保险机构的赔偿责任限额为基础进行分摊，将各家保险机构单一保险情况下应负的赔偿责任限额累加起来，再按照各家的赔偿责任限额得出每家的分摊比例。顺序分摊是按照保险合同成立的顺序，由先出具保险单的保险人按单一保险负责赔偿，后出具保险单的保险人只在承保的财产损失额超过前面保单的保险金额时，才依次承担超出部分的赔偿责任。

（五）原有保险与再次保险

按照保险人所负保险责任的次序，可将保险业务分为原有保险与再次保险。原有保险亦称第一次保险，它是相对于再次保险而言的，是指保险人对被保险人因保险事故所造成的损失，承担直接的原始赔偿责任的保险。再次保险是为了稳定保险业务的经营，扩大承保能力，避免非常损失，保险人将自己所承担保险责任的一部分或者全部再次投保，分摊给其他保险人承担的保险业务行为。

再保险是一种合同行为，分出保险的一方称为分出人或原保险人，接受再保险的一方称再保险人。双方通过订立再保险合同，原保险人将超过其本身承担能力的责任转嫁给了再保险人。再保险人仅对原保险人负责，与原来的被保险人无直接联系。但再保险合同以原保险合同的存在为前提，再保险人的责任以原保险人的责任为限，原有保险合同失效时再保险合同也同时失效。再保险是目前世界各国普遍采用的保险方式，许多国家保险法律规定某些特定的保险业务必须办理再保险。

第二节　保险程序

保险程序是按照保险法律和保险业务的需要制定的，保险业务活动中各项工作的先后顺序。它是保险经营规律的反映，是规范保险业务的重要措施。由于各国法律规定和保险业务的种类不同，保险业务的具体程序也不完全一致，但其基本程序还是具有一致性的。通常，保险业务的基本程序主要包括，开展保险业务、保险承保决策、经营保险基金、进行危险管理和保险索赔理赔五个基本步骤。

保险理赔过程中的代位求偿，实质上是一种权利代位制度。它是指由于第三人的过错，致使保险标的发生保险责任范围内的损失，在保险人按照合同约定给付了保险金后，有权把自己置于被保险人的地位，获得被保险人有关该项损失的一切权利和应得补偿。保险人所享有的这项权利，称作代位求偿权。保险人代位求偿权的行使取决于受益人对保险事故的处理方式，受益人如果选择向第三者求偿，则只能就其与保险赔偿的差额向他人求偿。保险人行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。人身保险的被保险人因第三者的行为而发生

死亡、伤残或者疾病等保险事故的，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不得享有向第三者追偿的权利。但被保险人或者受益人仍有权向第三者请求赔偿。

保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。 保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。 由于被保险人的过错致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以相应扣减保险赔偿金。 除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成的保险事故以外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。保险人、被保险人为查明和确定保险事故的性质、原因和保险标的的损失程度所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担。 保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，除合同另有约定外，由被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，由保险人承担。

第三节　保险合同

保险合同是具体确定保险关系的契约，具有诚信性、保障性和射幸性。投保人与保险人之间，应以诚实信用为原则订立保险合同。在保险合同的有效期内，无论保险标的是否遭到损失或人身保险事件是否发生，保险人均应保障被保险人的经济利益。另外，保险人的赔偿或者给付义务是不确定的，是否赔偿或给付取决于保险事故或人身保险事件是否发生，以及保险标的遭受损失的程度。

保险合同的订立是保险人与投保人之间的法律行为，通常要经过投保和承保两个基本步骤才能完成。投保是投保人把要求投保的意思以及主要条件向保险人做出明确表示的过程，即发出保险要约的过程。承保是保险人对投保人的要约，经过评价和协商做出承诺的过程，保险人承诺后保险合同即告成立。

从目前世界各国的情况来看，保险合同在有些国家可以以口头的方式订立，但多数国家不承认口头保险合同的法律效力，它们的保险法律都规定保险合同必须采取书面形式。书面保险合同的内容和具体形式，原则上可以由保险双方当事人协商确定。但随着保险业的不断发展和保险经营的需要，保险合同日益向着标准化的方向发展，最终多被固定在几种特定形式的格式合同上。目前，保险合同普通采取的形式主要包括，要保书、暂保单、保险单和保险凭证四种形式。

复习题

1．投保人的资格
2．投保人的义务
3．投保人的权利
4．保险人的义务
5．保险人的权利
6．保险代理人的性质
7．保险经纪人的性质
8．可保利益与合同效力
9．单一保险与重复保险
10．保险价值与保险金额
11．保险投资的范围
12．保险的代位求偿
13．保险合同的生效条件

14．保险合同的失效与复效
15．保险合同的终止

思考题

1．保险的经济补偿原则
2．被保险人与投保人的关系
3．被保险人与受益人的关系
4．保险客体之间的关系
5．保险业与经济发展的关系
6．保险合同与一般合同的区别

课堂讨论

1．保险利益与保险合同的有效性
2．保险以补偿为原则的理由

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。

第十章　其他融资法律制度

学习目的和要求：其他融资法律制度是在存贷业务法律制度、信托业务法律制度、证券业务法律制度和保险业务法律制度之外的金融业务法律制度，它主要包括融资租赁制度、民间借贷制度和资产证券化制度。这些业务制度也同样属于金融业务制度，具有同其他金融业务一样的性质，也需要通过金融法进行规范和调整，需要监管机关对其进行监督管理。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：融资租赁的特征；融资租赁的法律性质；融资租赁主体的法律关系；民间借贷的法律规范；资产证券化的结构。

一般了解：融资租赁的类型；融资租赁的程序；民间借贷的特征；资产证券化的特征。

深入思考：融资租赁的财产属性；民间金融机构的规范；资产证券化的证券性质。

第一节　融资租赁

融资租赁亦称金融租赁，是租赁机构根据承租人的需要出资购进租赁物，出租给承租人有偿使用的一种金融业务。融资租赁实质上是一种向企业融通资金的行为，它既是重要的货币资金融通方式，也是一种重要的金融业务。融资租赁是一种特殊的金融业务，也是一种特殊的信托业务和租赁业务。作为特殊的金融业务，它与银行信用、商业信用、消费信用等有明显的区别。作为特殊的信托业务，它与普通信托业务有明显的区别。作为特殊的租赁业务，它又不同于普通租赁业务。

融资租赁是一类金融业务，按照不同性质可以将其分为许多种类型。根据出租人取得租赁标的物的方式，可以将融资租赁分为直接租赁、转租赁、回租和混合租赁。融资租赁除包括上述类型外，按照租赁关系中出租人的出资比例可将其分为单一租赁和杠杆租赁两种。单一租赁是指在融资租赁中，出租人独自承担购买租赁物资金的租赁。杠杆租赁是指出租人购买租赁物的资金大部分都是通过对外融资取得，只有少部分属于自有资金的融资租赁。

第二节 民间借贷

民间借贷是指公民与公民之间，公民与非金融机构法人之间以及公民与其他组织之间发生的货币借贷关系。它具有以下几个方面的基本特征：提供借贷的主体资格没有法律的明确限制。民间借贷不具有营利的性质。贷款利率不同。商业信贷的利率要受到利率管制的限制，而民间借贷利率则是由当事人之间根据公平、合理原则自行约定，但也不得超过国家管制的法定限度。

民间借贷既是民间的自发行为也是金融行为，没有专门的监管机构进行监管，容易出现各种违法和失控的风险，对正常金融秩序造成影响。因此，必须对民间借贷进行有效的监控。我国对民间借贷的监控主要表现在以下几个方面：第一，禁止非法集资；第二，禁止高利贷；第三，禁止欺诈、强迫交易；第四，违法借贷关系不受法律保护。

第三节　资产证券化

资产证券化是指将原始权益不流通的存量资产,或可预见的未来收入构造和转变成为资本市场可销售和流通的金融产品的过程。资产证券化起源于 20 世纪 80 年代的美国，后在英、法、日、德等国得到了广泛地运用。二战后，美国私人住宅的需求量剧增，房地产的开发和消费需要巨额资金，资金供给紧张，无法满足住房贷款的需求。到了 70 年代，美国政府鼓励联邦国民抵押协会、政府国民抵押协会、联邦住房贷款抵押公司,以及其他从事住房抵押贷款的金融机构进行住房抵押贷款

证券化的尝试，即将其持有的住房抵押贷款进行标准化组合，以此为支撑通过信用评级和其他信用支持安排后，在资本市场上发行抵押支持证券（Mortgage-Backed Securities，MBS）。

证券化通常是将多个权益人的资产集中成为一个资产池，通过结构性重组并进行证券化而实现资产的流动性和可转让性。适合于证券化的信贷资产必须具备以下几个特征：能在未来产生可预测的稳定的资金流。资金流入的期限与条件易于把握。持续一定时期的违约率、低损失率的历史记录。本息的偿还分摊于整个资产的存续期间。金融资产的债务人有广泛的地域和人口统计分析。原所有者已持有一段时间，且资产达到一定的信用标准。金融资产的抵押物有较高的变现价值或它对于债务人的效用很高。金融资产具有标准化、高质量的合同条款。

复习题

1．融资租赁的概念
2．融资租赁的法律特征
3．融资租赁的基本类型
4．承租人的权利与义务
5．供货人的权利与义务
6．承租人的权利与义务
7．民间借贷的法律规范
8．资产证券化的程序
9．资产证券化的模式

思考题

1．融资租赁与其他金融业务的关系
2．融资租赁的法律性质
3．不同类型融资租赁的程序
4．民间借贷的基本特征
5．民间借贷的监管与调控
6．资产证券化的法律性质
7．我国资产证券化的法律障碍

课堂讨论

1．融资租赁法律关系是否能在民商法中概括
2．民间金融与非法金融机构的区别
3．特殊目的机构的法律性质

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．刘少军　著　《金融法原理》　知识产权出版社　2006 年版。
3．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
4．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第十一章　金融调控法律制度

学习目的和要求：金融调控法律制度，是对该货币区域内的货币供应总量进行调节与控制的法律体系。货币供应总量在现代社会是影响经济运行状况的重要因素，调节与控制货币供应总量是国家宏观经济调控的重要内容。因此，对金融调控的目标、媒介和工具，以及调控的决策权、执行权和调控程序都必须有严格的法律规定，金融调控法律制度是各国中央银行法的重要内容。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：货币政策的基本目标；货币政策中介目标；货币供应调控机制；货币供应与流通机制；基础货币调控工具；货币乘数调控工具。

一般了解：货币政策与经济调控的关系；货币政策目标的确定；货币政策中介目标的选择。

深入思考：货币政策法律在金融法律体系中的地位；货币政策与财政政策的关系。

第一节　货币政策目标

货币政策是中央银行为实现特定的经济目标，通过调节、控制货币供求行为和社会需求，实现对经济运行状态的调节与控制的方针和措施的总称。它的基本职能是维持适度的货币供求，为经济运行提供相对稳定的货币环境。在经济运行失常时进行逆向调控，适当降低过快的经济增长速度，合理阻止经济的衰退。货币政策制度的内容具体包括，政策目标、传导机制和政策工具。货币政策的基本目标主要包括，稳定币值、经济增长、充分就业和保持国际收支平衡四个方面。

第二节　货币政策媒介

实施货币政策首先应确定政策目标，再进一步确定与政策目标相关性较强的中介目标，最后选择能够对中介目标产生敏感影响的货币政策工具，并以此具体调节与控制中介目标，通过中介目标对经济的调控作用实现货币政策目标。货币政策中介目标的选择，是国家货币政策的决策机关和中央银行在众多的金融变量中，按照中介目标的选择原则寻找中介目标，并以法律形式加以强制确定的过程。货币政策中介目标的选择原则主要包括，相关性、可测性、独立性、敏感性和适应性。

在市场经济条件下，货币供应量是所有可供选择的各中介目标中，最接近各项选择原则要求的金融经济变量，在整个货币政策中介目标体系中居于主导地位。这是由于货币政策的基本目标是稳定币值和促进经济增长，而对稳定币值和经济增长起主要决定作用的是社会总需求，决定社会总需求规模和状况的主要金融变量是货币供应量。另外，货币政策的其他中介目标如市场利息率、信用总规模、股权收益率等，也都在一定程度上直接或间接地受货币供应量的影响。因此，货币供应量是现代社会货币政策中介目标的核心，是货币政策的主要中介目标。

第三节　货币政策工具

货币政策工具是中央银行直接用于调控货币政策中介目标，进而实现对货币政策目标的调节与控制的工具。货币政策工具的基本类型主要包括，基础货币的调控工具、货币乘数的调控工具和其他货币政策调控工具。基础货币调控工具，是指能够调控基础货币总量和其他相关金融变量，进而实现对货币政策中介目标的调节与控制，并最终实现对货币政策目标的调节与控制的货币政策工具。基础货币的调控工具主要包括，再贷款政策、再贴现政策、公开市场政策、基准利率政策和其他调控工具。

标的调节与控制，并最终实现对货币政策目标的调节与控制的货币政策工具。通常，在信用货币制度下，货币乘数的基本调控工具包括，法定存款准备金政策、超额存款准备金政策和其他调节、控制工具。通常，这些选择性的其他调节、控制工具主要包括，直接信用控制制度、间接信用控制制度，以及消费信用控制制度、证券信用控制制度和不动产信用控制制度等。

复习题

1．货币政策的概念
2．货币政策的基本目标
3．货币政策中介目标的选择原则
4．货币供应调控机制
5．货币供应量的影响因素
6．再贷款政策制度
7．再贴现政策制度
8．公开市场政策制度
9．基准利率政策制度
10．法定存款准备金制度

思考题

1．货币供应与经济运行的关系
2．货币政策目标之间的关系
3．货币供应调控机制与货币本位制度的关系
4．我国当前货币政策法律体系的运行

课堂讨论

1．金融调控与公众财产权保护的关系
2．金融调控与金融企业经营限制的关系

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
3．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

第十二章　金融监管法律制度

学习目的和要求：金融监管法律制度，是规范金融监督与管理行为的法律体系。金融业是国民经济中的特种行业，是社会的主导型产业，金融业经营的安全、秩序与效率直接决定和影响着国家的经济安全、秩序与效率。因此，必须建立金融业监督管理法律制度。金融监管法律制度主要包括，银行业监管法律制度、保险监管法律制度和证券监管法律制度。通过本章的学习要求学生：

重点掌握：金融监管的基本理论；金融监管的基本原则；我国的金融监管模式和体制；银行业务监管的主要内容；保险业务监管的主要内容；证券业务监管的主要内容。

一般了解：金融监管的沿革；金融监管的模式；金融监管的体制；金融市场的监管内容。

深入思考：金融业监管与其他产业监管的区别；金融业监管制度与金融法的关系。

第一节　金融监管理论

金融监管是现代社会一种非常重要的金融活动，它必须有比较系统的理论为指导才可能取得预期的监管效果。金融监管理论包括，监管的理论基础、监管的基本理念和监管的基本目标。金融监管的历史虽然不长，但由于金融监管的重要性与现实需要性，使得金融监管的基础理论研究一直是非常活跃的，产生了动机理论、社会利益论、特殊利益论、社会选择论、法律的不完备论、多元利益论、信息不对称论等等。金融监管的指导思想经历了三个阶段：合规为本的监管、资本为本的监管和风险为本的监管。金融监管的直接目的主要有四个：保护投资者的利益，保持市场的信心，增进公众对现代金融的了解，减少金融犯罪，维护金融稳定。金融监管应遵循依法监管、系统监管与区别对待、预防风险为主、加强内部控制、加强国际合作，以及加强行业自律与外部审计的原则。

第二节　金融监管体系

按照中央银行是否负有监管的职能以及中央银行在监管组织体系中的地位，可以分为独立于中央银行的综合监管模式、中央银行与其他机构分工监管的模式和以中央银行为主的监管模式。按照监管呈现的特点，可以分为分业监管的模式和综合性的功能监管模式。按照监管是否制度化，可以分为自律主导的英国模式、政府监管的美国模式和政府监管为主、行业自律为辅的中间型模式。按照监管组织体系的设置，可以分为统一的金融监管模式、分工监管模式和不完全统一的监管模式。

世界各国由于政治、经济、地理、历史等条件的不同，以及所依据的金融监督与管理理论不同，分别建立或采用了不同的金融监管体制。根据监管主体的多少和监管权限的大小，可以将其分为：一元化监管体制、一级多头监管体制、两级多头监管体制和跨国监管体制。我国目前采用的是分业监管模式，实行的是一级多头的金融监管体制，强调政府在监管中的作用。目前，我国的监管机构有：银行业监督管理委员会、保险监督管理委员会、证券监督管理委员会和中国人民银行。

第三节　组织与业务监管

金融机构的类型不同，业务活动领域不同，监管的目标、内容、采用的措施及监管的重点也就有所差异。银行业在一个国家通常是资金融通的主要承担者，商业银行在很多国家是金融组织体系的主体。基于此，银行业是各国金融监管的重点。银行业监管的目标是多重的，一般包括促进银行业的合法、稳健运行；保护存款人的合法权益；维持银行业的公平竞争；维护公众对银行业的信心；促使商业银行的经营活动与中央银行的政策意向保持一致。银行业监管的手段以非现场的监督为

主，现场检查为辅，近年又引入了信息披露的手段，我国银行业监管法还确立了谈话机制。银行业监管强调审慎原则。银行业的监管在金融监管中的历史是最长的，综观各国的监管，主要是构建三道监管的防线：事前的预防性措施；事中的救援性措施；事后的补救性措施。这“三道防线”构成了银行监管的基本制度。

保险业与银行业相比，在经营风险上有很大的不同，因而在监管目标、监管内容与措施上有所差异。保险业的监管以确保保险公司的偿付能力，维护被保险人、受益人的合法权益，维持保险市场的公平竞争为目标。保险业的监管主要集中在组织、经营和财务三个方面。证券业进行监管的主要目标是：保护投资者的利益，维持证券市场的稳定、秩序与效率。证券业的监督与管理，也体现在组织、行为和财务三个方面，在监管的理念上证券业的监管以合规性为本。

第四节　金融市场监管

金融市场，广义上是指货币的借贷、各种票据和有价证券的买卖等融资活动的场所。按市场职能划分，金融市场可分为货币市场、资本市场、外汇市场和黄金市场。狭义上的金融市场一般是指资产证券市场，即股票和债券的发行和买卖场所，这里所称的金融市场是指证券市场。通常认为，金融监管重点是针对银行业与证券市场。金融市场的监管目标主要包括四个方面：一是保护投资者的合法权益；二是维护证券市场的稳定、秩序与效率，为直接融资提供良好的场所；三是维持社会公众对市场的信心；四是实现金融资源的最优配置，使社会资金流向效率最高的主体。

复习题

1．金融监管的概念
2．金融监管的目的
3．金融监管的原则
4．金融监管的基本模式
5．金融监管的基本体制
6．我国的金融监管体系
7．银行业务的监管
8．保险业务的监管
9．证券业务的监管
10．证券市场监管的内容

思考题

1．金融业的发展与金融监管
2．金融监管理论的评价
3．金融监管理念的评价
4．金融监管模式的决定因素
5．金融监管体制的决定因素
6．金融市场的构成要素

课堂讨论

1．监管机关与检察机关的联系与区别
2．监管机关与诉讼程序之间的关系

参考文献

1．昌伶芬　主编　《金融法律法规》　中国政法大学出版社。
2．李爱君　主编　《金融法概论－名篇导读》　中国政法大学出版社。
3．魏敬淼　贺绍奇　主编　《金融法案例集》　中国政法大学出版社。

《审计学审计法》教学大纲

于庆华　编写

目　录

第一章　审计学概述.....750
第一节　审计的产生与发展.....750
一、我国审计的产生与发展.....750
二、西方现代审计的起源和发展.....750
第二节　审计的概念与特征.....750
一、审计参与方.....750
二、审计对象.....750
三、审计依据.....750
四、审计目标.....750
第三节　审计的职能和作用.....751
一、审计的职能.....751
二、审计的作用.....751
复习与思考题.....751
第二章　审计的分类、方法和程序.....752
第一节　审计的分类.....752
一、审计的基本分类.....752
二、审计的其他分类.....752
第二节　审计的方法.....753
一、审查书面资料的方法.....753
三、证实客观事物的方法.....754
第三节　审计程序.....754
一、审计程序概述.....754
二、政府审计程序.....754
三、民间审计程序.....755
四、内部审计程序.....756
复习与思考题.....756
第三章　审计证据和审计工作底稿.....757
第一节　审计证据的概念、作用、种类及特征.....757
一、审计证据的概念及作用.....757
二、审计证据的种类.....757
三、审计证据的特征.....757
第二节　审计证据的获取、整理与保管.....757
一、审计证据的获取.....757
二、审计证据的整理与保管.....757
第三节　审计工作底稿的概念及种类.....758
一、审计工作底稿的概念.....758
二、审计工作底稿的种类.....758
第四节　审计工作底稿的基本内容与基本要求及审计档案管理.....758
一、审计工作底稿的基本内容.....758
二、审计工作底稿的基本要求.....758

三、审计档案的管理……759
复习与思考题……759
第四章　审计的组织形式……760
第一节　政府审计机关……760
一、政府审计组织体制的确立……760
二、政府审计机关的职责和权限……760
第二节　内部审计机构……761
一、内部审计机构和人员的设置……761
二、内部审计机构的职责和权限……761
三、内部审计的行业管理……761
第三节　民间审计组织……761
一、民间审计组织……761
二、民间审计人员……762
三、注册会计师行业监督……762
第四节　国际审计组织……762
一、最高审计机关国际组织……762
二、国际内部审计师协会……762
三、国际会计师联合会……763
复习与思考题……763
第五章　审计准则……764
第一节　概　述……764
一、审计准则的产生……764
二、审计准则的结构和内容……764
三、审计准则的作用……764
第二节　我国审计准则的建立……764
一、民间审计准则……764
二、政府审计准则……765
三、内部审计准则……765
第三节　国际审计准则……765
一、《国际审计准则》……765
二、《利马宣言－审计规则指南》（简称《利马宣言》）……766
三、《内部审计准则》……766
复习与思考题……766
第六章　审计法……767
第一节　概　述……767
一、审计法的概念与特征……767
二、审计法的基本原则……767
三、地方审计机关实行双重领导体制的原则……768
四、审计法的产生和发展……768
第二节　审计法律关系……768
一、审计法律关系的概念与特征……768
二、审计法律关系的要素……768
第三节　审计法律责任……769

一、被审计单位违法行为及法律责任.....769
二、被审计单位直接责任人员的法律责任.....769
三、审计人员的法律责任.....769
第四节　审计行政复议和审计行政诉讼.....769
一、审计行政复议.....769
二、审计行政诉讼.....769
复习思考题.....769
第七章　审计计划、重要性和审计风险.....770
第一节　审计计划.....770
一、审计计划的作用.....770
二、审计计划的内容及编制.....770
三、审计计划的审核.....770
第二节　重要性.....770
一、重要性的定义及适用范围.....770
二、重要性的适用.....770
三、编制审计计划时对重要性的评估.....770
四、评价审计结果时对重要性的考虑.....771
第三节　审计风险.....771
一、审计风险的组成要素及其相互关系.....771
二、评估固有风险应考虑的因素.....771
三、控制风险的初步评估.....771
四、符合性测试与控制风险的进一步评估.....771
五、实质性测试与控制风险的最后评估.....771
六、检查风险的评估基础.....771
七、检查风险对确定实质性测试性质、时间和范围的影响.....771
八、检查风险与审计意见的类型.....771
复习与思考题.....771
第八章　内部控制系统评审.....772
第一节　内部控制概述.....772
一、内部控制的概念.....772
二、内部控制要素的内容.....772
三、内部控制的作用.....772
第二节　内部控制的了解与描述.....772
一、内部控制的了解.....772
二、内部控制的描述.....772
第三节　内部控制的评审.....772
一、评审内部控制系统的健全性.....772
二、评审内部控制系统的有效性.....772
三、评审控制系统的可信赖程度.....773
复习与思考题.....773
第九章　销售与收款循环统计.....774
第一节　销售与收款循环的特征.....774
第二节　销售与收款循环业务的审计测试.....774

一、销售业务内部控制的符合性测试.....774
二、销售交易的实质性测试.....774
三、收款业务的符合性测试和实质性测试.....774
第三节　收入审计.....774
一、收入审计的范围.....774
二、主营业务收入审计.....775
三、销售退回、销售折扣与折让审计.....775
四、其它业务利润审计.....775
五、营业外收入审计.....775
第四节　应收及预收款项审计.....775
一、应收账款审计.....775
二、坏帐准备审计.....776
三、应收票据审计.....776
四、预收账款审计.....776
第五节　其它相关项目审计.....776
复习与思考题.....776
第十章　购货预付款循环审计.....777
第一节　购货预付款循环特征.....777
第二节　购货与付款循环业务的审计测试.....777
一、购货业务内部控制的符合性测试.....777
二、购货交易的实质性测试.....777
三、付款业务的符合性测试及实质性测试.....777
第三节　应付账款审计.....777
一、应付账款的审计目标.....777
二、应付账款的实质性测试.....777
第四节　固定资产审计.....778
一、固定资产审计的范围.....778
二、固定资产内部控制的符合性测试.....778
三、固定资产实质性测试.....778
四、累计折旧审计.....778
五、固定资产清理审计.....778
第五节　其它相关项目审计.....778
复习与思考题.....778
第十一章　生产循环审计.....779
第一节　生产循环的特征.....779
第二节　生产循环内部控制的符合性测试.....779
一、生产循环内部控制的调查.....779
二、成本核算制度的符合性测试.....779
三、工资内部控制的符合性测试.....779
第三节　存货审计.....779
一、存货审计的目标.....779
二、存货的实质性测试.....779
三、存货.....780

第四节　工资审计.....780
一、应付工资的审计.....780
二、应付福利费的审计.....780
第五节　其它相关账户审计.....780
复习与思考题.....780
第十二章　筹资与投资循环审计.....781
第一节　筹资与投资的循环特征.....781
第二节　筹资与投资循环内部控制的符合性测试.....781
一、筹资活动内部控制的符合性测试.....781
二、投资活动内部控制的符合性测试.....781
第三节　借款审计.....781
一、审计目标.....781
二、短期借款的实质性测试.....781
三、长期借款的实质性测试.....781
四、应付债券的实质性测试.....782
五、相关项目的审计.....782
第四节　所有者权益审计.....782
一、审计目标.....782
二、投入资本的实质性测试.....782
三、资本公积的实质性测试.....782
四、盈余公积的实质性测试.....782
五、未分配利润的实质性测试.....782
第五节　投资审计.....782
一、审计目标.....782
二、投资的实质性测试.....782
复习与思考题.....782
第十三章　货币资金审计.....783
第一节　货币资金与业务循环.....783
第二节　货币资金符合性测试.....783
一、货币资金的内部控制.....783
二、货币资金内部控制的符合性测试.....783
第三节　现金审计.....783
一、审计目标.....783
二、现金的实质性测试.....783
第四节　银行存款审计.....784
一、审计目标.....784
二、银行存款的实质性测试.....784
第五节　其他货币资金审计.....784
一、审计目标.....784
二、其他货币资金的实质性测试.....784
复习与思考题.....784
第十四章　会计报表审计.....785
第一节　会计报表审计概述.....785

一、会计报表审计的意义和目的.....785
二、会计报表审计范围.....785
第二节　主要会计报表审计.....785
第三节　期初余额审计.....785
第四节　期后事项审计.....785
第五节　或有损失的审计.....785
复习与思考题.....786
第十五章　审计报告.....787
第一节　审计报告概述.....787
一、审计报告的概念与作用.....787
二、审计报告的种类.....787
第二节　审计报告的内容与类型.....787
一、审计报告的内容.....787
二、审计报告的类型.....787
第三节　编制审计报告的要求与步骤.....788
一、审计报告的编制要求.....788
二、审计报告编制步骤.....788
复习与思考题.....788
拓展阅读书目.....788

第一章　审计学概述

本章教学目的和基本要求：全面了解审计产生发展的历史，尤其是新中国成立以来审计发展的历程；掌握审计的基本特征和审计所固有的功能及作用。

学时分配：2 课时

第一节　审计的产生与发展

一、我国审计的产生与发展

（一）奠基时期（西周－秦、汉）
（二）发展时期（三国、两晋、南北朝、隋、唐）
（三）中衰时期（元、明、清）
（四）演进时期（1912 年－1949 年新中国成立之前）
（五）振兴时期（1982 年－至今）

二、西方现代审计的起源和发展

以民间审计为主要内容的西方现代审计发源于英国，经历了详细审计、财务报表审计和管理审计三个阶段。

（一）详细审计阶段。形成于十九世纪后期，又称“英国式审计”。
（二）财务报表审计阶段。出现于 20 世纪 30 年代，也称“美国式审计”。
（三）管理审计阶段。20 世纪中叶管理审计的兴起是现代企业内部审计进一步发展的主要标志。

第二节　审计的概念与特征

“审计”的词义，通常是指审核、稽查和计算。现代审计可定义为：是由独立的专职机构或人员根据授权或委托，依法对被审计单位的会计报表及其他有关资料的真实性、合法性、效益性进行审查，评价经济责任、维护财经法纪，改善经营管理，提高经济消息的经济监督活动。它由以下几个要素构成：

一、审计参与方

审计参与方是指审计主体、被审计单位和审计授权者（委托方），三方是构成审计的基本条件。

二、审计对象

审计对象是被审计单位会计资料及其有关经济活动的真实性、正确性、合法性和有效性。

三、审计依据

审计依据是审计时对被审计事项的是非曲直提出审计意见、形成审计结论的客观尺度和判断标准。

四、审计目标

审计目标是审查和评价审计对象所要达到的目的和要求。

（一）审计的特征

审计与同属于经济监督体系中的会计监督、财政监督、税收监督和工商监督等相比，具有三个基本特征：

（二）独立性

最高审计机关国际组织通过的《利马宣言》中将审计独立性概括为：组织机构的独立、审计人员的独立和审计经费的独立。

（三）权威性

审计独立性是保障其具有权威性的前提。国家通过《审计法》、《公司法》、《证券交易法》和《破产法》等法律赋予审计在市场经济中监督、评价和鉴证的职能，强化了审计的权威性。

（四）广泛性

财政金融等专业监督的内容往往取决于其本身的业务内容，有着一定的局限性，而审计监督的内容既包括财政、金融部门的财政收支和信贷收支，也包括行政事业组织的经费开支和企业的财务收支及有关经营管理活动。

第三节　审计的职能和作用

一、审计的职能

审计的职能是审计固有的内在功能，是审计本质的客观反映。

（一）经济监督职能

经济监督职能是审计对经济运行的真实、正确、合法所具有的检查和督导的功能。经济监督是审计最原始、最基本的功能。

（二）经济评价职能

经济评价职能是审计对经济活动的计划、预算、方案和决策等是否先进可行所具有的评估和判断的功能。

（三）经济鉴证职能

经济鉴证职能是审计对被审计单位的财务收支和相关经济活动的公允性和合法性进行审核检查，并对其可信赖度提供书面证明所发挥的鉴定和证明的功能。

二、审计的作用

审计的作用是履行审计职能过程中产生的客观效果。

（一）制约作用

制约作用概括为：揭示差错和弊端，维护财经法纪。

（二）促进作用

促进作用概括为：改善经营管理，提高经济效益，加强宏观调控。

复习与思考题

1．中各国审计的发展经历了哪些阶段？

2．民间审计产生的历史背景是什么？

3．审计的职能和特征有哪几个方面？

第二章　审计的分类、方法和程序

本章教学目的和基本要求：了解审计的分类，加深对审计及审计作用的认识，拓展新的审计领域；掌握审计的基本方法和技术方法；熟悉审计程序，认识审计程序规范化对审计工作法制化、制度化、规范化的重要意义。

学时分配：3 课时

第一节　审计的分类

参照国际审计分类的惯例，结合我国国情和审计特点，将我国审计分类划分为基本分类和其他分类两大类：

一、审计的基本分类

（一）按审计主体分类

1．政府审计。政府审计又称国家审计，是指国家审计机关所进行的审计。

2．民间审计。民间审计又称社会审计，是指财政部门审核批准成立的会计师事务所进行的审计。

3．内部审计：内部审计是指由单位内部设置的专职审计机构和人员进行的审计。

（二）按审计内容和目的分类

1．财政财务审计。财政财务审计又称传统审计。财政审计是指政府审计机关对国务院各部门、地方各级政府财政预算的执行和决算的真实、合法和效益所进行的审计；财务审计是指专职审计机构或人员对被审计方的财务收支及其相关经济活动的真实、合法以及会计报表的公允性所进行的审计。

2．财经法纪审计。财经法纪审计是指审计机构对被审计单位和个人严重违反财经法纪和财经纪律，严重损害国家经济利益的行为所进行的专案审计。

3．经济效益审计。经济效益审计是指审计机构对被审计单位的财政财务收支及经营管理的经济效益所进行的审计。

4．经济责任审计。经济责任审计是指审计机构对党政领导干部、企事业单位法人代表或经营承包人在任职期内所负的经济责任进行的审计，以考核其任职期间的经济行为、经营成果是否真实、合法。

二、审计的其他分类

（一）按审计进行的时间分类

1．事前审计。事前审计又称预防性审计。是指审计机构在被审计单位具体经济业务未发生以前所进行的审计。

2．事中审计。事中审计是指审计机构在被审计单位经济业务进行过程中实施的审计。

3．事后审计。事后审计是指审计机构在被审计单位经济业务结束后所实施的审计。

（二）按审计范围分类

1．全部审计。全部审计又称全面审计，是指审计机构对被审计单位一定会计期间的经济业务及其有关资料进行全面的审计。

2．局部审计。局部审计又称部分审计，是指审计机构对被审计单位一定会计期间的经济业务及其有关资料进行部分的、有侧重点的审计。

3．专项审计。专项审计又称专题审计，是指审计机构对被审计单位特定的审计项目所进行的审计。

（三）按审计执行地点分类

1．报送审计。报送审计又称送达审计。是指审计机构对被审计单位按期报送的计划、预算、会计报表及相关帐、证等资料进行的审计

2．就地审计。就地审计又称现场审计。是指审计机构派出审计人员到被审计单位所在地进行的审计。

（四）按审计动机分类

1．强制审计。强制审计又称法定审计。是指审计机构根据法律、法规规定对被审计单位所进行的审计。无论被审计单位是否愿意接受审计都应依法进行。

2．任意审计。任意审计是指审计机构接受被审计单位的委托，在委托事项范围内进行的审计。

（五）按审计之前是否通知被审计单位分类

1．预告审计。预告审计是指审计机构在对被审计单位进行审计之前，将审计的日期、范围、内容和目的预先通知被审计单位的审计方法。

2．突击审计。突击审计是指审计机构在对被审计单位进行审计之前，不预先通知审计的日期、范围、内容和目的而进行的审计。

审计还可以按审计客体的行业分类，分为工业企业审计、商业审计、财政审计、金融审计、农业审计等；也可按审计采用的技术和方法分类，分为账表导向审计、系统导向审计、风险导向审计等。

第二节　审计的方法

一、审查书面资料的方法

（一）按审查书面资料的技术划分，分为审阅法、核对法、比较法分析法和查询法。

1．审阅法。审阅法是指通过翻阅和审查会计资料和其他有关文件资料，查明财务收支和经济活动的真实性、合规性和合法性，发现问题、收集书面证据的一种方法。

2．核对法。核对法是指将有关凭证、账簿、报表等书面资料中的数据进行查对、相互验证，借以查明其是否相符，有无错弊的一种方法。

3．比较法。比较法是指通过对比相关数据，确定彼此之间差异，判断各种变动趋势是否正常，从中发现问题取得证据的一种方法。

4．分析法。分析法是指通过分解和综合被审事项，了解其构成要素的相互关系的一种方法。

5．查询法。查询法是指审计人员对审计过程中发现的疑点和问题，通过向有关方面调查询问，弄清事实并取得证据的一种方法。

（二）按审查书面资料的顺序划分，分为顺查法和逆查法

1．顺查法。顺查法是指与会计核算程序保持顺向的次序，依次核对证、账、表的一种方法。

2．逆查法。逆查法是指与会计核算程序呈逆向的次序，依次审查和分析报表、账簿、凭证的一种方法。

（三）按审查书面资料的数量划分，可分为详查法和抽查法

1．详查法。详查法是指对被审计单位一定时期内或某一范围内的会计资料或经济活动进行详细审查的一种方法。

2．抽查法。抽查法是指从被审计审查期的全部会计资料中抽选部分资料为样本进行审查，并根据审查结果推断总体正确性的一种方法。

三、证实客观事物的方法

（一）盘点法

盘点法又称盘存法，是指对被审计单位各项财产物资进行实物清点，确定其数量、品种、规格和金额等存在状况，借以证实有关实物账户余额是否真实、正确的一种方法。盘点法又分为直接盘点和间接盘点两种。

（二）观察法。

观察法是指审计人员在被审计单位，亲临现场实地察看、检查、查明其经济活动真相的一种方法。

（三）调节法

调节法是指为了证实证据的真实性和正确性，对其中一些因素进行必要的增减调整，以求得需要证实的数据的一种方法。

（四）鉴定法

鉴定法是指运用专门技术，对有关被查项目进行分析鉴别的一种方法。

第三节　审计程序

一、审计程序概述

（一）审计程序的概念

审计程序是指审计人员实施审计工作的先后顺序。广义的审计程序是指审计机构和审计人员对审计项目从开始到结束的整个过程采取的系统性工作步骤。狭义的审计程序是指审计人员在实施审计的具体工作中所采取的审计方法和审计内容的总和。

（二）审计程序的法律体系

我国对不同的审计主体所执行的审计程序作了相关的规定，形成了各自不同的法律法规体系。

政府审计的审计程序主要依据：1995 年 1 月 1 日实施 2006 年　修订的《中华人民共和国审计法》及其《中华人民共和国审计法实施条例》；《中华人民共和国国家审计基本准则》及其各项基本准则。

民间审计的审计程序的主要依据：1994 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国注册会计师法》及其实施细则；1996 年 1 月 1 日实施的《独立审计基本准则》及其他具体准则。

内部审计的审计程序主要依据：2003 年 5 月 1 日实施的《审计署关于内部审计工作的规定》；2003 年 6 月 1 日实施的《内部审计准则》及各项具体准则。

二、政府审计程序

政府审计程序是指国家审计机关和人员实施审计时，从开始至结束的审计工作步骤和顺序，主要包括审计准备阶段、实施阶段和终结阶段。

（一）审计准备阶段

审计准备阶段是指审计机关从编制审计计划开始到确定审计工作方案为止的过程。一般包括以下几个方面：

1．编制审计项目计划，确定审计事项。

2．委派审计人员，组成审计小组

3．初步确定被审计单位或被审计项目的基本情况。

4．拟订审计方案。

5．下达审计通知书。

（二）审计实施阶段

审计实施阶段是指将审计计划付诸实施的过程，是审计全过程中最主要的阶段。

1．深入调查研究，实施修改原审计方案。

2．实施审计，获取审计证据。

（三）审计的终结报告阶段　　审计的终结报告阶段是指审计人员对审计工作底稿进行归类、分析、整理，最后向审计机关报送审计报告的过程。

1．编写及报出审计报告

（1）整理和分析审计工作底稿，审查鉴定审计证据；

（2）编写审计报告；

（3）征求被审计方意见；

（4）报送审计报告。

2．审计机关审定审计报告

（1）审计报告的复核制度；

（2）出具审计意见书。

（四）后续审计和行政复议

1．后续审计。后续审计是指审计机关在审计决定书发出后的规定期限内，对被审计单位执行审计决定的情况所进行的审计，后续审计的目的在于：确保审计决定的贯彻执行，维护审计监督的权威性和严肃性，提高审计工作质量。

2．行政复议。审计机关的审计决定送达后，被审计单位对审计机关做出的具体行政行为不服的，可以申请复议。审计行政复议的四个步骤：申请、受理、决定、送达。

三、民间审计程序

民间审计程序的主要业务是会计报表审计鉴证，审计程序包括准备、实施、报告三个阶段

（一）审计准备阶段

1．签订审计业务约定书。我国《独立审计具体准则第 2 号－－审计约定书》规定，审计约定书是指会计师事务所与委托人共同签订的，据以确认审计业务的委托与受托关系，明确委托目的、审计范围及双方责任与义务等事项的书面合约。

签订审计业务约定书的步骤是：了解被审计单位的基本情况；初步评价审计风险；商议约定事项。

2．编制审计计划。我国《独立审计准则第 3 号－审计计划》规定，审计计划是指注册会计师为了完成年度会计报表审计业务，达到预期的审计目的，在具体执行审计程序之前编制的工作计划。

编制工作计划的步骤是：了解被审计单位的基本情况；查阅上一年度的审计档案，关注相关事项并考虑对其本期审计工作的影响；应特别考虑的十一项因素；对审计重要性、审计风险进行适当评估；在具体实施审计前将审计计划下达指审计小组全体成员。

3．审核审计计划。审计计划应当经会计师事务所的有关业务份额责任审核和批准，并将审计计划的审核和批准意见记录与审计工作底稿。

（二）审计实施阶段

审计实施阶段又称审计外勤工作阶段，是审计人员根据审计计划确定的审计范围、审计重点、审计步骤和方法，对各审计项目进行审核检查，收集审计证据并进行评价，借以形成审计结论，实现审计目标的过程，是审计全过程的中心环节。

1．内部控制的调查与评价。注册会计师按照审计计划的安排，对应予信赖的内部控制进行符合性测试，并对各会计报表项目实施实质性测试。

2．初步评价内部控制。对内部控制的可信赖程度做出初步评价，根据测评结果修订、补充原

审计计划。

3．内部控制的符合性测试。符合性测试是为了证实被审计单位内部控制政策和程序设计是否适当，运行是否有效而实行的审计程序。

4．收集、评价审计证据。根据我国《独立审计准则》的要求，注册会计师在审计过程中，可以采用检查监督、观察、查询及函询、计算和分析性复核等审计技术方法，获取所需要的审计证据。

5．审计工作底稿的建立。审计工作底稿是审计人员在审计过程中形成的审计工作记录和获取的资料。

（三）审计报告阶段

审计报告阶段又称审计终结阶段，是实质性的项目审计工作的结束。

1．审计报告的内容。审计报告中应当说明审计的范围、会计责任和审计责任、审计依据和已实施的主要审计程序等事项。审计人员应当考虑审计范围是否受到限制是否存在为调整事项及未充分披露事项等，并根据其对会计报表反映的影响程度，分别出具无保留意见、有保留意见、否定意见或无法表示意见的四种类型的审计报告。

2．审计报告的审计预报出

3．整理审计档案

四、内部审计程序

内部审计程序通常包括准备阶段、实施阶段、终结阶段三个环节，在需要跟踪了解审计结果的执行情况时，还需开展后续审计。

（一）审计准备阶段

1．选择审计项目。

2．委派审计人员，编制审计计划。

3．制定审计实施方案，向被审计方发出审计通知书

（二）审计实施阶段

1．调查和内部控制测试；

2．收集审计证据；

3．编制审计工作底稿

（三）审计终结阶段

1．编制内部审计报告；

2．审核审计报告；

3．报送审计报告；

4．建立审计档案。

（四）后续审计

后续审计的主要步骤：分析被审计单位的反馈意见；与被审计单位沟通；进行现场追踪审计和测试；对各项措施和控制风险进行评估；提交后续审计报告。

复习与思考题

1．按审计的内容和目的不同，审计可以分为哪几类？

2．开展经济责任审计的意义是什么？

3．选用审计方法应注意哪些问题?举例对比说明不同审计技术方法的优缺点。

4．我国法律、法规是如何规范审计程序的？

5．政府审计与民间审计在审计程序上有何差异？

6．审计业务约定书的作用是什么？

第三章　审计证据和审计工作底稿

本章教学目的和基本要求：了解什么是审计证据、审计证据的种类及特征；掌握编写审计工作底稿的基本要求，领会审计工作底稿在整个审计工作中的重要意义。

学时分配：2 课时

第一节　审计证据的概念、作用、种类及特征

一、审计证据的概念及作用

（一）审计证据的概念

审计证据是指审计人员在实施审计程序过程中收集的，为发表审计意见并出具审计报告提供证明的事实凭据和资料。

（二）审计证据的作用

二、审计证据的种类

（一）实物证据。实物证据是指通过实地考察或清查盘点所取得的、用以确定某些实物资产是否确实存在的证据。

（二）书面证据。书面证据是指通过各种渠道所获取的书面文件形式的审计证据。书面证据按其来源分为外部证据和内部证据。

（三）口头证据。口头证据是指审计人员通过提问，从被审计单位有关人员那里得到的口头答复而形成的证据。

（四）分析性证据。分析性证据是指审计人员通过对各种情况进行分析之后得出的证据。

三、审计证据的特征

（一）审计证据的充分性

审计证据的充分性是指审计证据的数量足以使得审计人员形成审计意见。“充分性”是审计人员形成审计意见所需审计证据的最低数量要求。

（二）审计证据的适当性

审计证据的适当性是指审计证据的相关性和可靠性。“适当性”是对审计证据质量的一个要求。

第二节　审计证据的获取、整理与保管

一、审计证据的获取

《国际审计准则——审计证据》指出，审计人员获取审计证据的方法包括检查、观察、询问及函证、计算、分析程序。

我国《独立审计具体准则》规定，审计人员在审计过程中可以采取检查、监盘、观察、查询及函证等具体方法获取审计证据。

二、审计证据的整理与保管

（一）审计证据整理与保管的意义、

审计证据整理与保管工作，有助于形成充分、适当、具有说服力的证据，并在此基础上拟定审计报告；有效防止审计证据的丢失、毁损；有利于审计证据的进一步补充和更新；有利于审计证据的查阅和使用，为以后会计期间的后续审计提供方便，为可能发生的诉讼提供证据。

（二）审计证据整理与保管的方法

审计证据的整理过程就是研究、分析的过程，一般采用分类、比较、计算、小结和综合等方法。

审计证据的保管包括两个方面：一是在审计过程中的资料整理中的保管，即审计证据的保管；二是全部审计过程完成后的保管，即审计档案管理。

第三节　审计工作底稿的概念及种类

一、审计工作底稿的概念

审计工作底稿是指审计人员在审计过程中形成的审计工作记录和获取的资料。内容包括两大部分：一是审计人员收集的各种作为审计证据的原始资料，包括审计业务约定书、审计计划、内部控制制度测评、各种书面证据、工作记录及审计报告副本等；二是审计人员在审计过程中所作的各类记录。

（一）审计工作底稿是连接审计工作的纽带

（二）审计工作底稿是审计质量控制和监督的基础

（三）审计工作底稿是形成审计结论、发表审计意见的直接依据

（四）审计工作底稿对未来审计业务具有参考或备考价值

二、审计工作底稿的种类

（一）综合类工作底稿

综合类工作底稿是审计人员在审计计划和审计报告阶段，为规划、控制和总结整个审计工作并发表审计意见所形成审计工作底稿。

（二）业务类工作底稿

业务类工作底稿是审计人员在审计实施阶段执行具体审计程序所编制和取得的审计工作底稿。

（三）备查类工作底稿

备查类工作底稿是审计人员在审计过程中形成的、对审计工作仅具有备查作用的审计工作底稿。

第四节　审计工作底稿的基本内容与基本要求及审计档案管理

一、审计工作底稿的基本内容

审计工作底稿的基本内容包括：被审计单位名称、审计项目名称、审计项目时间或期间；审计过程的记录；审计标识及其说明；审计结论；索引号及页次；编制者姓名及编制日期；复核者姓名及复核日期；其他应说明事项。

二、审计工作底稿的基本要求

（一）编制审计工作底稿时要求：内容完整、格式规范、标识一致、记录清晰、结论明确

（二）取得审计工作底稿时要求：注明资料来源、实施必要审计程序、形成相应的审计记录

（三）审计工作底稿的繁简程度应考虑到的基本要素

（四）审计工作底稿的十二种类型

三、审计档案的管理

（一）审计档案的分类
（二）审计档案的所有权与保管
（三）审计档案的保密与查阅

复习与思考题

1．审计证据有哪几种种类？
2．如何理解审计证据的充分性和可靠性？
3．审计工作底稿的作用有哪几方面？

第四章　审计的组织形式

本章教学目的和基本要求：全面了解我国审计组织体系的构成，以及政府审计、内部审计、民间审计的机构设置、人员组成、职责权限和业务范围；了解国外审计组织的构成及部分重要的国际审计组织。

学时分配：3 课时

第一节　政府审计机关

一、政府审计组织体制的确立

政府审计机关是代表政府行使审计监督权的行政机关，我国政府审计机关始建于 1983 年。

（一）政府审计机关的领导体制和机构设置

审计机关的领导体制是指审计机关的隶属关系和审计机关内部上下级之间领导与被领导的关系。我国审计机关领导体制具有三个特征：一是审计机关只接受本级政府行政首长领导；二是地方审计机关实行双重领导体制，即受地方政府行政首长和上一级审计机关领导；三是地方审计机关的审计业务以上级领导为主。审计机关的设置分两大层：中央和地方审计机关。

（二）审计机关工作人员

为保证审计机关和审计人员依法独立行使审计监督权，《中华人民共和国审计法》和《审计机关审计人员职业道德准则》等审计规范，明确规定了审计机关负责人的任免程序、撤换条件以及审计人员的任职条件。

（三）国外政府审计组织体制

由于各国政治体制、经济发展和文化传统等方面存在差异，政府审计组织模式呈现多样性，审计体制大致可分为四种模式：

1．以美国为代表的立法型审计模式

2．以法国为代表的司法型审计模式

3．以德国为代表的独立型审计模式

4．以瑞典为代表的行政型审计模式

二、政府审计机关的职责和权限

（一）政府审计机关的职责

根据《中华人民共和国审计法》规定，政府审计机关的主要职责包括：财政审计、金融审计、事业组织财务审计、企业审计、国家建设项目审计、有关基金和资金审计、国际组织和外国政府援助及贷款项目审计、专项审计调查、确定审计管辖范围、对内部审计业务指导和监督、对社会审计机构进行指导监督和管理等。

（二）政府审计机关的权限

根据《中华人民共和国审计法》和《实施条例》的规定，审计机关有以下权限：要求报送资料权、审计检查权、调查取政权、采取行政强制措施权、审计建议权、通报或公告审计结果权、审计处理处罚权等。

第二节　内部审计机构

一、内部审计机构和人员的设置

2003 年中国内部审计协会发布的《内部审计基本准则》将内部审计定义为：内部审计是指组织内部的一种独立客观的监督和评价活动，它通过审查和评价经营活动及内部控制的适当性、合法性和有效性来促进组织目标的实现。

内部审计机构是各部门、各单位为了加强审计监督。依法设立的相对独立的专职审计机构。

（一）内部审计机构设置的原则

《中华人民共和国审计法》规定“国务院各部门和地方各级人民政府各部门、国有的金融机构和企业事业单位，应当按照国家有关规定建立健全内部审计制度。

我国内部审计机构包括部门内部审计机构和单位内部审计机构两大类。各单位可以根据本单位实际情况，选择适宜的内部审计机构形式，内部审计机构的设置应该符合独立性和权威性的原则。

（二）内部审计机构设置的模式

（三）内部审计人员

2003 年中国内部审计协会发布的《内部审计基本准则》规定了内部审计人员应具备的四项基本条件。

二、内部审计机构的职责和权限

（一）内部审计机构的职责

《审计署关于内部审计工作的规定》第 9 条指出，内部审计机构的职责是：财政财务审计、资金管理审计、任期经济责任审计、固定资产投资审计、内部控制与风险管理审计、管理审计与效益审计、执行其他审计事项等。

（二）内部审计机构的权限

《审计署关于内部审计工作的规定》第 11 条至第 13 条赋予内部审计人员拥有以下权限：要求报送资料权、参与决策权、检查权、调查权、强制措施权、建议权、通报批评权。

三、内部审计的行业管理

实行内部审计的单位其内部审计的管理体制大致可分为三种形式：行业自律管理、政府间接管理、政府直接管理。

2003 年颁布的《审计署关于内部审计工作的规定》指出，中国内部审计协会是内部审计行业的自律性组织，是社会团体法人，依照法律和章程履行职责，协会接受审计机关的指导、监督和管理。逐步实现了我国内部管理体制由政府直接管理向间接管理的转变。

第三节　民间审计组织

一、民间审计组织

民间审计是一项以注册会计师为主体，依法接受委托，独立执业，有偿提供审计服务的职业行为，在我国又称“社会审计”.

（一）民间审计的组织形式

1994 年 1 月 1 日正式实施的《中华人民共和国注册会计师法》规定，民间审计的组织形式有

两种：合伙会计师事务所和有限责任会计师事务所。

随着市场经济的发展，为了适应审计业务的需要，会计师事务所的组织形式应多样化，如允许设立个人事务所，尝试有限责任合伙制事务所，以促进我国民间审计组织的发展。

（二）民间审计组织的业务范围和职权

1．民间审计组织的业务范围包括：审计业务、会计咨询和会计服务业务、法定业务等。

2．民间审计组织的职权是：接受委托，执行审计业务，要求被审计单位提供协助；向有关单位函证，获取有关证明材料；在出现法定情形时，行使拒绝出具业务报告的权力等。

（三）西方国家的民间审计组织

综观西方国家注册会计师行业的发展，其组织形式先后出现了独资、合伙制、有限责任公司制、有限责任合伙制等四种主要形式。

国际会计师事务所是当今被公认的世界先进民间审计组织，目前仍称雄民间审计业的四大著名会计师事务所分别是：普华永道、安永、毕马威和德勤。

二、民间审计人员

（一）注册会计师资格的取得

注册会计师是指依法取得注册会计师证书并接受委托从事审计和会计咨询、会计服务的执业人员。

《中华人民共和国注册会计师法》（简称《注册会计师法》）分别就报名考试资格以及申请注册的条件做出了规定。

（二）注册会计师的执业规则

《注册会计师法》规定了注册会计师应依法行使审计职权、 执行回避制度、履行保密义务等执业规则。同时，以列举方式规定了禁止性的行为。

三、注册会计师行业监督

注册会计师行业监督的主要内容包括：注册会计师执业资格的认定与注册管理；会计师事务所的审批与管理；执业准则的制定与执行；执业的监督检查与奖惩等。国内国际通行的会计师行业监督模式主要有三种：自律监管、政府监管、独立监管。

借鉴国外民间审计监管的基本模式，结合我国国情，我国实行以政府监管为主，行业自律为辅的监管模式。

第四节　国际审计组织

一、最高审计机关国际组织

最高审计机关国际组织是联合国经社理事会下属的由联合国成员国的最高审计机关组成的非政府间的国际审计组织。其宗旨是：互相介绍情况、交流经验、提出建议，推动和促进各国最高审计组织更好的完成本国的审计工作。中国在 1983 年审计署成立后正式加入该组织。

二、国际内部审计师协会

国际内部审计师协会是世界范围的内部审计师民间组织。中国内部审计师协会于 1987 年以中国内部审计师协会的名义作为国家分会加入国际内部审计师协会。协会的宗旨是：为促进全世界内部审计事业的发展作贡献。该组织的座右铭是：“经验分享、共同进步”。

三、国际会计师联合会

国际会计师联合会是世界上主要的会计组织，成立于 1977 年 10 月，由 49 个国家的 63 个会计师团体组成。会员现已发展到 50 多个国家的 100 多个会计师团体。联合会的宗旨是：协调各会员国的关系，制定会计、审计准则，发展和提高审计职业。

复习与思考题

1．政府审计组织体制有哪几种模式？对我国审计组织体制采用“行政模式”你有何看法？
2．我国法律赋予政府审计的职责和权限有哪些？
3．如何理解内部审计机构设置的原则？
4．我国注册会计师行业监督有什么特点？

第五章　审计准则

本章教学目的和基本要求：学习并认识什么是审计准则和审计准则存在的意义，了解我国政府审计准则、内部审计准则和民间审计准则的结构内容以及一些重要的国际审计准则。

学时分配：3 课时

第一节　概　述

一、审计准则的产生

审计准则是审计人员执行审计业务时必须遵循的行为规范和指南，也是衡量审计工作质量的具体尺度和标准。从世界审计的发展历史来看，审计准则是由美国的民间审计向政府审计和内部审计扩展，并且是从美国向世界各国传播的。

二、审计准则的结构和内容

美国注册会计师协会颁布的《一般公认审计准则》适用于注册会计师从事的财务报表审计。内容包括：一般准则、现场工作准则、报告准则三个部分。

三、审计准则的作用

1．通过颁布审计准则，促使审计工作规范化，可以赢得社会公众对审计结论的信任。

2．通过颁布审计准则，指导、规范审计行为，提高审计工作质量。

3．审计准则的颁布可以维护审计组织和审计人员的合法权益。

审计准则的颁布也促进了国际间审计经验的交流，推动了国际审计准则的制定和实施。

第二节　我国审计准则的建立

一、民间审计准则

（一）民间审计准则体系的形成

我国的注册会计师执业准则是由中国注册会计师协会负责拟定，报请财政部批准后实施的。自 1996 年 1 月 1 日实施第一批注册会计师审计准则至今，我国已基本建立了注册会计师独立审计准则体系，它由三个层次组成：

1．独立审计基本准则。独立审计基本准则是我国民间审计准则的总纲，是对注册会计师专业胜任能力的基本要求和职业行为的基本规范，也是制定独立审计具体准则、务实公告和执业规范指南的基本依据。

2．独立审计具体准则和独立审计务实公告：独立审计具体准则是注册会计师执行一般审计业务、出具审计报告的具体规范；独立审计实务公告则是对注册会计师执行各项特殊行业、特殊目的、特殊性质的审计业务的具体规范。

3．执业规范指南。执业规范指南是指导注册会计师执行独立审计具体准则和实务公告的行为规范。

除审计准则体系外，注册会计师审计执业规范体系中还包括职业道德、质量控制标准以及后续教育等。

（二）《独立审计准则》的结构内容

1996 年 1 月 1 日起实施的《独立会计准则》共有五章，分别是：总则；一般准则；外勤准则；报告准则和附则，全文共 25 条，其中第二、三、四章是准则的核心内容。

二、政府审计准则

（一）政府审计准则体系结构

政府审计准则通常由国家最高审计机关制定和颁布，具有行政规章的法律效力。1985 年在奥地利召开的政府会计和审计研讨会上，联合国技术合作发展部提交的《政府审计准则的比较分析》专题文件中描述，政府审计准则可以由以下内容构成：审计准则的序言；专业准则；实施准则；报告准则；扩大范围的审计准则；质量保证准则；其他准则。这一建议对各国政府的审计准则的构建和完善产生了重要的影响。

我国从 1989 年起着手研究制订政府审计准则，并从 1996 年 12 月起由国家审计署陆续发布各项审计规范。目前，我国政府审计准则由审计基本准则、具体审计准则和审计实务指南三部分构成。

（二）《中华人民共和国国家审计基本准则》（简称《国家审计基本准则》）的主要内容　现行的《国家审计基本准则》是 2000 年由审计署颁布的，全文 6 章 47 条，其中一般准则、作业准则、报告准则和审计报告处理准则是核心内容。

1．一般准则。一般准则是审计机关及其审计人员应当具备的基本资格条件和职业要求。

2．作业准则。作业准则是审计机关和审计人员在审计计划、准备和实施审计阶段应当遵循的行为规范。

3．报告准则。报告准则是审计组反映审计结果，提出审计报告以及审计机关审定审计报告时应当遵循的行为规范。

4．审计报告处理准则。审计报告处理准则是审计机关审定审计报告，出具审计意见书，做出处理、处罚的审计决定，或是提出审计建议以及审计工作时应当遵循的行为规范。

在制定国家审计基本准则的基础上，审计署又陆续发布了一系列执行业务的具体准则。

三、内部审计准则

（一）内部审计准则的形成

我国内部审计准则起步较晚，借鉴国际内部审计准则，结合我国国情，中国内部审计协会于 2003 年 4 月 12 日发布并于同年 6 月 1 日起实施第一批内部审计准则。

（二）《内部审计准则》的主要内容

《内部审计准则》共 6 章 27 条，核心内容是一般准则；作业准则；报告准则；内部管理准则四章。

第三节　国际审计准则

为了使审计报告能够取得有关国家社会公众的信任，消除各国审计准则和实务中存在的分歧

同时协调各国审计组织处理国际间审计问题，提高审计质量，一些国际组织之开始研究制订国际审计准则。

一、《国际审计准则》

《国际审计准则》由国际会计师联合会颁布，适用于民间审计从事的以发表审计意见为目的的独立审计。

（一）一般准则

1．注册会计师应具备的技术条件。
2．注册会计师应具备的身份条件。
3．注册会计师应具备的执业道德条件。
（二）工作准则
1．关于制定审计计划。
2．关于确定审计范围。
3．关于获取审计证据。
4．关于实施审计行为。
（三）报告准则
1．审计报告记载的事项。
2．发表审计意见。
3．审计报告报送对象及报告时间。

二、《利马宣言－审计规则指南》（简称《利马宣言》）

《利马宣言》由最高审计机关国际组织于 1977 年通过的关于政府审计规则的国际性文件。主要内容包括：审计的基本原则；审计的独立性；最高审计组织与议会和政府的关系；最高审计组织的职权；审计方法和审计人员；审计报告；最高审计机关的审计范围。

“最高审计机关国际组织”于 1984 年陈立了审计准则委员会，委员会依据《利马宣言》、《东京宣言》和联合国专家小组报告所制定的《政府审计准则》在 1989 年获得通过，并于 1992 年进行了修订。

三、《内部审计准则》

为了提高内部审计工作的质量和效率，国际内部审计师协会于 1974 年成立了职业准则和责任委员会，负责内部审计准则的研究与制定。1978 年国际内部审计师协会正式通过第一步内部实务准则，并于 1993 年和 2001 年两次进行全面修订。准则对内部审计人员组织实施的审计提出以下基本要求：独立性；业务能力；工作范围；审计工作的实施；内部审计部门的管理。

复习与思考题

1．什么是审计准则？审计准则产生的历史背景是什么？
2．审计准则的结构内容有何特点？
3．颁布实施审计准则的意义是什么？
4．目前有哪些重要的国际审计准则？

第六章　审计法

本章教学目的和基本要求：学习了解审计法的概念与特征，掌握审计法的基本原则和法律渊源，知悉新中国审计法的发展历史；了解审计法律关系的特征和要素以及审计法律责任；掌握审计行政复议和行政诉讼的基本要点。

学时分配：2 课时

第一节　概　述

一、审计法的概念与特征

（一）审计法的概念

审计法是由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施，具有普遍约束力的调整审计关系的法律规范的总称。

广义的审计法，从法律效力的层次上既包括全国人大及其常委会制定颁布的审计法律，也包括宪法、其他法律、行政法规、行政规章等规范性文件中有关审计的规范；从审计主体上既包括了政府审计法，也包括内部审计法和民间审计法。

狭义的审计法仅指全国人大常委会制定颁布的，于 1995 年 1 月 1 日起施行的适用于政府审计的《中华人民共和国审计法》。

我国审计法制体系由三部分构成，即政府审计法律制度、内部审计法律制度和民间审计法律制度，三者既相互联系又互为独立。本章从狭义审计法的角度，重点介绍政府审计法律制度。

（二）审计法的特征

1．审计法具有特殊的调整对象和内容

2．审计法具有特殊的经济性

二、审计法的基本原则

审计法的基本原则是指国家调整审计关系的基本规律的概括，是贯穿于政府审计行为始终，对全部审计活动具有普遍性指导意义的法律准则，是政府审计制度和体系的理论基础。

（一）依法审计原则

1．政府审计职权只能由法定的政府审计机关行使。

2．审计机关必须依照法律规定的职责、权限和程序开展审计活动。

3．审计机关必须在事实清楚的基础上依法做出审计结论和决定。

4．对审计争议事项必须通过法定的方式和途径解决。

5．审计机关和审计人员对其违反法律规定的职责、权限和程序的行为，必须承担相应的法律责任。

（二）独立审计原则

《利马宣言》将政府审计独立性表述为，审计机关组织的独立性、审计人员的独立性和审计机关经费的独立性。我国政府审计立法，从以下几方面为审计机关独立行使审计职权提供法律保障：

1．审计机关组织地位上的保障。

2．审计机关行使职权的保障。

3．审计机关负责人和审计机关人员执行职务的保障。

4．审计机关经费的保障。

三、地方审计机关实行双重领导体制的原则

双重领导体制的原则是指地方各级审计机关受本级政府行政首长和上一级审计机关的双重领导，其中审计业务以上级审计机关领导为主。

审计法的渊源

审计法渊源是指审计法律规范的具体表现形式。我国审计法渊源从制定的机构和法律效力看，包括以下几个层次：

（一）宪法中有关审计的法律规范。

（二）审计法律及其他法律。

（三）审计行政法规

（四）审计部门规章

（五）地方性审计法规与规章

（六）审计法律解释

（七）国际条约

四、审计法的产生和发展

新中国建国初期，由于全面学习苏联经验，国家实行高度集中的计划经济体制，国家资源财产的所有权与经营管理权长期一体化，国家没有实行政府审计制度。1982 年实行审计监督制度被载入宪法，标志着我国政府审计进入了一个崭新的发展时期。新中国政府审计法的发展大体分为三个阶段：

（一）政府审计法的初始阶段（1982 年－1985 年）

（二）政府审计法的发展阶段（1985 年－1994 年）

（三）政府审计法的完善阶段（1994 年－至今）

第二节　审计法律关系

一、审计法律关系的概念与特征

审计法律关系是由审计法律规范确认和调整的国家和被审计方之间发生的具有权利和义务内容的社会关系。广义的审计法律关系还包括：在审计立法和审计管理等活动中，国家权力机关之间、由其授权的行政机关之间以及两者之间产生的审计法律关系。

1．审计法律关系的一方主体始终是国家。

2．审计法律关系具有单方面的权利与义务内容

3．审计法律关系具有国家先行确定力

4．审计法律关系的产生以发生了审计法所规定的行为或事实为前提。

二、审计法律关系的要素

（一）审计法律关系的主体

审计法律关系的主体是指审计法律关系中依法享有的权利和承担的义务的当事人。

1．审计方。参加审计法律关系、享有审计权限、履行审计职能、依法对被审计方进行审计监督的国家行政机关。

2．被审计方。被审计方是指法律、行政法规规定依法接受审计的单位和个人。

（二）审计法律关系的内容

审计法律关系的内容是指审计法律关系的主体依法享有的权利和承担的义务。

（三）审计法律关系的客体

审计法律关系的客体是审计法律关系的主体的权利和义务共同指向的对象。包括物和行为两大类。

第三节　审计法律责任

审计法律责任是指审计法律关系的主体因违反审计法和有关财经法所应承担的法律后果。

一、被审计单位违法行为及法律责任

（一）违反审计法的行为及其法律责任

1．拒绝接受审计机关的审计监督。

2．不执行审计机关的审计决定。

（二）违反财经纪律的行为及其法律责任

1．违反财政收支的行为。

2．违反财务收支的行为。

二、被审计单位直接责任人员的法律责任

三、审计人员的法律责任

第四节　审计行政复议和审计行政诉讼

一、审计行政复议

审计行政复议是指被审计单位不服审计机关对审计事项所作的具体行政行为，向法定复议机关提出申请，复议机关对原行政行为进行复查并做出决定的一项制度。

（一）审计行政复议的范围

（二）审计复议机关

（三）审计行政复议的申请人

（四）审计行政复议的程序

二、审计行政诉讼

审计行政诉讼是指审计相对人不服审计机关的具体行政行为而向法院提起诉讼，由法院对审计机关的具体行政行为的合法性进行审理，做出裁判的司法活动。其程序主要包括：起诉、受理、审理和判决四个环节。

复习思考题

1．如何理解审计法的基本原则？

2．审计法律关系有何特征？

3．审计法律关系的主体享有哪些权利？

4．什么是审计行政复议？

第七章　审计计划、重要性和审计风险

本章教学目的和基本要求：了解审计计划的作用、内容及如何编制；正确理解并运用其重要性；正确评估审计风险。

学时分配：2 课时

第一节　审计计划

一、审计计划的作用

1．可以使审计人员能根据具体情况收集充分、适当的证据。
2．可以保持合理的审计成本，提高审计工作的效率和质量
3．可以避免与被审计单位之间发生误解

二、审计计划的内容及编制

（一）审计计划的内容
（二）审计计划的编制

三、审计计划的审核

第二节　重要性

一、重要性的定义及适用范围

（一）重要性的定义

国际会计准则委员会（AISC）对重要性的定义是：“本准则所称重要性，是指被审计单位会计报表中错报或漏报的严重程度，这一程度在特定环境下可能影响会计报表使用者的判断或决策。”

（二）重要性的适用范围

二、重要性的适用

（一）运用重要性原则的一般要求
（二）金额和性质的考虑
（三）两个层次重要性的考虑
（四）重要性与审计风险的关系

三、编制审计计划时对重要性的评估

（一）对重要性评估的总体性要求
（二）对重要性水平做出初步判断时应考虑的因素
（三）会计报表层次重要性水平的确定
（四）账户或交易层次重要性水平的确定

四、评价审计结果时对重要性的考虑

（一）评价审计结果所运用的重要性水平
（二）错报或漏报的汇总
（三）汇总数超过重要性水平时的处理
（四）汇众数接近重要性水平的处理

第三节　审计风险

审计风险是指会计报表存在重大错报或漏报，而审计人员审计后发表不恰当审计意见的可能性。

一、审计风险的组成要素及其相互关系

审计风险包括固有风险、控制风险和检查风险，三个构成要素的相互关系，可以从定性或定量两个方面加以考察

二、评估固有风险应考虑的因素

审计人员评估被审计单位的固有风险时，应当考虑的因素有两大类：一类与会计报表认定有关；另一类与账户金额或交易类别有关。

三、控制风险的初步评估

审计人员应当遵循稳健原则，宁可高估控制风险，不可低估控制风险。

四、符合性测试与控制风险的进一步评估

审计人员根据符合性测试与控制风险的评估结果，适时修正实质性测试程序的性质、时间和范围。

五、实质性测试与控制风险的最后评估

六、检查风险的评估基础

七、检查风险对确定实质性测试性质、时间和范围的影响

八、检查风险与审计意见的类型

本章综合案例分析：有意错报漏报项目，隐匿非法交易

复习与思考题

1．编制审计计划的意义是什么？
2．如何理解审计的重要性？
3．什么是审计风险？如何评估审计风险？

第八章　内部控制系统评审

本章教学目的和基本要求：了解内部控制的概念、内容和作用；掌握内部控制的了解、描述、评审的基本方法和程序。

学时分配：2 课时

第一节　内部控制概述

一、内部控制的概念

内部控制是指一个单位的经营管理者为了保护经济资源的安全完整，确保会计信息和其他有关经济信息的正确可靠，利用单位内部因分工而产生的相互制约、相互联系的关系，形成一系列具有控制职能的各种方法、措施和程序的体系。

二、内部控制要素的内容

内部控制的内容由三个要素组成：控制环境、会计制度和控制程序。

三、内部控制的作用

第二节　内部控制的了解与描述

一、内部控制的了解

审计人员通过询问、检查、观察以及“穿行测试”等途径了解被审计单位的内部控制。

二、内部控制的描述

为了深入了解和评价内部控制，审计人员必须对被审计单位的内部控制进行描述，以便制定、修改审计计划和程序。最常见的描述方法有三种：文字叙述法、调查表法和流程图法。

第三节　内部控制的评审

内部控制评审的方法可以减少审计工作量，提高审计效率，是审计人员必须具备的专业知识。评审的最终目的是确定被审计单位内部控制的健全性、有效性和可信赖程度，从而决定实质性测试的性质、时间和范围。

一、评审内部控制系统的健全性

评审内部控制系统健全与否的标志是各项内部控制制度是否符合内部控制的基本原则，关键控制点是否进行了控制。

二、评审内部控制系统的有效性

评审内部控制系统是否行之有效，即对内部控制系统的执行情况进行评审，这一过程被称之为“符合性测试”。

（一）符合性测试的类型和方法
（二）符合性测试的范围和时间

三、评审控制系统的可信赖程度

经评审内部控制系统的可信赖程度分为三个层次：高信赖程度、中信赖程度和低信赖程度。

复习与思考题

1．什么是内部控制？内部控制构成要素有哪些？
2．什么是符合性测试？
3．内部控制评审的意义是什么？

第九章　销售与收款循环统计

本章教学目的和基本要求：了解销售与收款循环的特征以及审计测试的方法和程序；掌握收入审计、应收及预收款项审计和其它相关项目审计的要点。

学时分配：3 课时

第一节　销售与收款循环的特征

销售与收款循环的特征主要体现在该循环中的主要业务活动和内部控制。典型的销售与收款循环所涉及的主要业务活动及其适当的内部控制应包括以下内容：接受顾客订货单；批准赊销；按销售单发货；按销售单运货；开票；记录销售；办理和记录收款；办理和记录销售运回、销售折扣与折让；坏帐处理等。

第二节　销售与收款循环业务的审计测试

一、销售业务内部控制的符合性测试

（一）明确的职责分工
（二）适当的授权审批
（三）充分的凭证和记录
（四）凭证的预先编号
（五）按月寄出对账单
（六）内部核查程序

二、销售交易的实质性测试

（一）登记入账的销售业务是真实的
（二）已发生的销售业务均已入账
（三）登记入账的销售业务的估价准确
（四）登记入账的销售分类正确
（五）销售业务的记录及时性
（六）销售业务已正确计入明细账并准确汇总

三、收款业务的符合性测试和实质性测试

有关收款业务的符合性测试和实质性测试的内容在第十三章货币资金审计一章中进行讨论

第三节　收入审计

一、收入审计的范围

收入审计的范围与收入核算的范围相一致，包括营业收入、投资收益和营业外收入等。

二、主营业务收入审计

主营业务收入的审计目标一般包括：确认主营业务收入的确认与计量是否合理、正确和完整；对销售退回、销售折扣与折让的处理是否适当；主营业务收入的会计处理是否正确以及在会计报表上的披露是否恰当等。主营业务收入的实质性测试内容如下：

（一）获取或编制主营业务收入明细表

（二）实施分析性复核

（三）查明主营业务收入的确认原则和方法

（四）审查售价是否合理

（五）审查主营业务收入的会计处理是否恰当

（六）实施销售的截止测试

（七）查找未经认可的大额销售

（八）审查外币收入

（九）检查有无特殊的销售行为

（十）确定主营业收入是否被恰当披露

三、销售退回、销售折扣与折让审计

（一）审计目标

销售退回、销售折让与折扣的 审计目标与主营业务收入审计目标相似

（二）实质性测试

四、其它业务利润审计

（一）审计目标

其他业务利润的审计目标一般包括：确定其他业务利润的记录是否完整、其他业务利润的计算和会计处理是否正确、在会计报表上的披露是否恰当等。

（二）实质性测试

五、营业外收入审计

内容包括审计目标和实质性测试程序

第四节　应收及预收款项审计

销售与收款循环中的应收及预收款项包括应收账款、坏账准备、应收票据和预收账款。

一、应收账款审计

应收账款的审计目标一般包括：确定应收账款是否存在、是否归被审计单位所有、应收账款增减变动的记录是否完整、期末余额是否正确、在会计报表上的披露是否恰当以及应收账款是否可收回等。应收账款的实质性测试程序内容如下：

（一）获取或编制应收账款明细表

（二）分析应收账款账龄

（三）向债务人函证应收账款

（四）审查已收回应收账款

（五）审查未函证应收账款

（六）审查坏帐的确认和处理
（七）抽查结算业务的债权
（八）审查外币应收账款的折算
（九）分析应收账款明细账余额
（十）确认应收账款在资产负债表上是否恰当披露

二、坏帐准备审计

（一）审计目标　坏帐准备的审计目标包括：确定计提坏帐准备的方法和比例是否恰当、坏帐准备增减变动的记录是否完整、期末余额是否正确以及坏帐准备在会计报表上的披露是否恰当等。

（二）坏帐准备的实质性测试程序

三、应收票据审计

（一）审计目标
（二）应收票据的实质性测试

四、预收账款审计

（一）审计目标
（二）预收账款的实质性测试

第五节　其它相关项目审计

其它相关项目包括代销商品款、应交税金、其它应交款、主营业务税金及附加、营业费用等。审计的内容和程序均包括两大部分，即确定审计目标和进行实质性测试。

本章综合案例分析：预收款提前转入销售收入，虚增利润

复习与思考题

1．销售与收款循环的主要特征是什么？
2．如何对销售交易进行符合性测试和实质性测试？
3．应收账款与应交税金的审计目标是什么？
4．试述应收票据实质性测试的程序。

第十章　购货预付款循环审计

本章教学目的和基本要求：了解购货与付款循环的特征；掌握购货与付款循环业务审计测试方法和程序，以及应付账款审计、固定资产审计和其它相关项目审计的要点。

学时分配：3 课时

第一节　购货预付款循环特征

企业的购货与付款循环是由向供货商购入商品、劳务或其他资产，以及支付现金等有关业务活动组成的。购货与付款循环的特征体现在该循环中的主要业务活动和内部控制。

第二节　购货与付款循环业务的审计测试

一、购货业务内部控制的符合性测试

审计人员通过编写内部控制说明、设计内部控制调查表及绘制内部控制流程图等方式，运用审阅、查询、调查等程序，了解被审计单位购货业务的内部控制，确定其关键的内部控制机及控制目标，评估风险，确定其对实质性测试工作的影响。

二、购货交易的实质性测试

购货业务交易实质性测试原理与销售业务基本相同，除此之外还包括以下三方面内容。

（一）登记入账的购货都确已收到

（二）已发生的购货业务均已入账

（三）购货业务的估价正确

三、付款业务的符合性测试及实质性测试

具体内容在第十三章货币资金审计中进行讨论

第三节　应付账款审计

一、应付账款的审计目标

应付账款的审计目标一般包括：确定发生的应付账款是否已完整入账、应付账款发生和偿还的会计处理是否正确、期末余额是否正确以及应付账款在会计报表上的披露是否恰当等。

二、应付账款的实质性测试

（一）获取或编制应收账款明细表

（二）实施分析性复核

（三）函证应付款

（四）查找未入账的应收账款

（五）检查应付账款是否存在借方余额

（六）检查长期挂账的应付账款

（七）审查外部应付账款的折算
（八）确定应付账款在资产负债表上的披露是否恰当

第四节　固定资产审计

一、固定资产审计的范围

固定资产审计的范围很广，其中固定资产原值和累计折旧两项是重点审计范围。

二、固定资产内部控制的符合性测试

（一）固定资产内部控制制度
（二）固定资产的符合性测试

三、固定资产实质性测试

（一）审计目标
固定资产的审计目标包括：确定固定资产是否存在、是否归被审计单位所有、固定资产增减变动的记录是否完整、计价方法是否恰当、期末余额是否正确以及固定资产在会计报表上的披露是否恰当等。
（二）固定资产的实质性审计程序

四、累计折旧审计

（一）审计目标
（二）累计折旧的实质性测试程序

五、固定资产清理审计

（一）审计目标
（二）固定资产清理的实质性测试程序

第五节　其它相关项目审计

其它相关账目包括预收账款、在建工程物资、待处理固定资产净损失和应付票据等项目。审计内容和程序包括：
确定审计目标和实质性测试两大部分。
本章综合案例：购置设备冲减销售收入，蓄意逃税

复习与思考题

1．如何对购货与付款循环业务进行审计测试？
2．应付账款的审计目标是什么？
3．固定资产审计的范围有哪些？
4．累计折旧的审计目标和程序是什么？

第十一章　生产循环审计

本章学习目的和基本要求：了解生产循环的基本特征，掌握生产循环内部控制符合性测试的方法和程序，以及存货审计、工资审计、其它相关账户审计的要点。

学时分配：2 课时

第一节　生产循环的特征

生产循环涉及的主要业务活动包括：计划和安排、生产领用、生产加工、成品入库、核算成本和存货余额等。生产循环的特征包括该循环涉及的主要业务活动和内部控制两个方面。

第二节　生产循环内部控制的符合性测试

一、生产循环内部控制的调查

生产循环内部控制的调查包括存货内部控制、成本会计制度和工资内部控制三项内容。

二、成本核算制度的符合性测试

成本核算制度符合性测试包括直接成本测试、直接人工成本测试、制造费用测试和生产成本在当期完工产品和在产品之间分配的测试等。

三、工资内部控制的符合性测试

对工资内部控制的符合项测试一般集中在企业定期编制的工资结算单、工资汇总表以及人工费用分配表等几个方面。

第三节　存货审计

一、存货审计的目标

存货审计的目标在于验证资产负债表上存货项目余额的真实性和正确性。

二、存货的实质性测试

（一）获取或编制存货明细表
（二）实施分析性复核
（三）实地监盘
（四）查验存货所有权与保管状况
（五）实施存货的计价测试
（六）实施存货的截止测试
（七）确定存货是否已在资产负债表上恰当披露

三、存货

相关账户的实质性测试

存货相关账户的实质性测试范围涉及在途物资、原材料和包装物、低值易耗品、材料成本差异、库存商品、委托加工、委托代销、受托代销、分期收款发出商品、生产成本以及主营业务成本等诸多方面。

第四节　工资审计

一、应付工资的审计

（一）审计目标

（二）应付工资的实质性测试

二、应付福利费的审计

（一）审计目标

（二）应付福利费的实质性测试

第五节　其它相关账户审计

在生产循环中，相关账户审计还涉及存货跌价准备、存货跌价损失、待摊费用、待处理资产净损失、预提费用和管理费用等项目。审计内容包括确定审计目标和实质性测试两大方面。

本章综合案例分析：“原材料”账户的秘密

复习与思考题

1．生产循环有哪些主要特征？

2．存货审计的重要性有哪些方面？

3．存货盘点在审计中的意义？审计人员如何参与存货盘点？

4．应付工资审计的目标是什么？

5．生产循环中，相关账户的审计涉及哪几个方面？

第十二章　筹资与投资循环审计

本章教学目的和基本要求：了解采购与投资循环的特征，掌握筹资与投资循环内部控制符合式测试的方法和程序，以及借款审计、所有者权益审计、投资审计的要点。

学时分配：2 课时

第一节　筹资与投资的循环特征

筹资与投资循环业务具有：审计年度内发生的业务较少，且单笔业务金额交大的特点，审计人员应重视对该项目的审计。筹资与投资循环的具体特征也是通过业务活动与内部控制两个方面体现的。

第二节　筹资与投资循环内部控制的符合性测试

一、筹资活动内部控制的符合性测试

（一）借款业务的符合性测试

企业借款业务通常涉及短期借款，长期借款和应付债券，它们的内部控制基本相同，教材以应付债券为例，说明内部控制的符合性测试。

（二）所有者（股东）权益业务的符合性测试

测试投入资本的内部控制，是所有者权益审计的一项重要内容。

二、投资活动内部控制的符合性测试

投资活动内部控制的符合性测试一般包括：了解内部控制、简易抽查、审阅内部盘点报告，分析投资业务报告和评价投资内部控制。

第三节　借款审计

借款审计的主要内容包括短期借款、长期借款和应付债券，其相关内容包括长期应付款和财务费用。

一、审计目标

二、短期借款的实质性测试

审计人员应根据被审查单位年末短期借款余额的大小，占负债总额的比重，以前年度审计发现问题的多少以及相关内部控制的强弱等确定短期借款的实质性测试程序和方法。

三、长期借款的实质性测试

由于长期借款与短期借款一样，都是企业向银行或其他金融机构借入的款项，因此，其实质性测试与短期借款的实质性测试较为相似。

四、应付债券的实质性测试

五、相关项目的审计

为了保证借款审计的完整性，应该对长期应付款和财务费用等相关项目进行审计。

第四节　所有者权益审计

由于所有者权益具有增减变动业务较少，金额较大的特点，所以它对会计报表的公允反映有着重大影响，但审计花费时间通常较少。

一、审计目标

二、投入资本的实质性测试

（一）股本的实质性测试
（二）实收资本的实质性测试

三、资本公积的实质性测试

四、盈余公积的实质性测试

五、未分配利润的实质性测试

第五节　投资审计

投资审计的内容按投资项目的分类，可分为短期投资审计和长期投资审计两部分。

一、审计目标

二、投资的实质性测试

投资的实质性测试的步骤与内容包括：获取或编制投资明细表、分析性复核、实地盘点审查入账价值和投资收益、审查投资业务合法性、审核核算方法和期末价值以及资产负债表披露的恰当性等等。

本章综合案例：盈余公积形成不真实，随意转销营业外收入

复习与思考题

1．筹资与投资循环的特征是什么？
2．借款审计的目标是什么？
3．所有制权益审计的目标和特点是什么？
4．长期投资的核算方式重点审查哪些内容？

第十三章　货币资金审计

本章教学目的和基本要求：了解货币资金与业务循环的特征，掌握货币资金符合性测试的程序和方法，以及现金审计、银行存款审计、其他货币资金审计的要点。

学时分配：3

第一节　货币资金与业务循环

货币资金审查是会计报表审计中很重要的一个方面，通常作为一个独立的项目加以审核。由于货币资金与各种业务循环直接相关，通过对货币资金的审计，有助于审计人员进一步了解各种业务循环。

本章节选择各业务循环中具有代表性的账户，列示它们与货币资金的关系。

第二节　货币资金符合性测试

一、货币资金的内部控制

（一）收款内部控制
（二）付款内部控制

二、货币资金内部控制的符合性测试

（一）了解货币资金业务的内部控制
（二）抽取并审查收付款凭证
（三）抽取现金、银行存款日记账与总账核对
（四）抽查验证银行余额调节表
（五）评价货币资金内部控制系统

第三节　现金审计

一、审计目标

现金的审计目标一般包括：确定资产负债表中的现金是否确实存在、是否为被审计单位所拥有、现金收支业务记录是否完整、期末余额是否正确以及现金在会计报表上的披露是否恰当等。

二、现金的实质性测试

（一）核对日记账与总账余额是否相符
（二）盘点库存现金
（三）抽查大额现金收支
（四）审查现金收支的正确性
（五）审查外币现金的折算是否正确
（六）确定现金是否在资产负债表上恰当披露

第四节　银行存款审计

一、审计目标

银行存款的审计目标与现金审计目标相似。

二、银行存款的实质性测试

（一）核对日记账与总账的余额是否相符
（二）函证银行存款余额
（三）审查银行存款余额调节表
（四）抽查大额银行存款收支
（五）审查银行存款收支的正确性
（六）审查外币银行存款的折算是否正确
（七）确定现金是否在资产负债表上恰当披露

第五节　其他货币资金审计

一、审计目标

二、其他货币资金的实质性测试

本章综合案例：追寻留在账上的线索，防止货币资金流失

复习与思考题

1．直接与货币资金相关的业务循环有哪些？
2．良好的货币资金内部控制系统应该达到那些要求？
3．说明盘点库存现金的步骤与方法。
4．银行存款审计的目标是什么？

第十四章　会计报表审计

本章教学目的和基本要求：了解会计报表审计的目的、意义和范围；掌握主要会计报表审计、期初余额审计、期后事项审计以及或有损失审计的要点。

学时分配：2 课时

第一节　会计报表审计概述

一、会计报表审计的意义和目的

会计报表审计无论对债权人、投资人、管理层还是对财政、税务、银行都具有十分重要的意义。

会计报表审计的目的在于：对被审计单位会计报表的公允性、合法性以及会计处理方法的一贯性发表客观公正的审计意见。

二、会计报表审计范围

会计报表审计范围，应当根据审计准则和有关法规的规定以及审计业务约定书的要求确定。

第二节　主要会计报表审计

一、资产负债表审计

二、利润表审计

三、现金流量表审计

上述三张会计报表的审计均可从两方面进行：一是其外在形式和编制技术；二是其内在项目和反映的内容

第三节　期初余额审计

一、期初余额审计的必要性

二、期初余额审计

三、期初余额审计对审计意见的影响

第四节　期后事项审计

一、期后事项审计的意义

二、期后事项审计的种类

三、期后事项的审计

四、期后事项对审计报告的影响

第五节　或有损失的审计

一、损失的种类

二、或有损失的审计

三、或有损失对审计报告的影响

本章综合案例：作假账虚拟利润表，欺骗外部投资人

复习与思考题

1．会计报表审计的目的和范围是什么？

2．如何对资产负债表、利润表和现金流量表进行审计？

3．期初余额审计的意义是什么？

第十五章　审计报告

本章教学目的和基本要求：了解审计报告的概念、作用和种类；熟悉审计报告的内容和类型。本章主要阐述民间审计组织编制的审计报告。

学时分配：2 课时

第一节　审计报告概述

一、审计报告的概念与作用

1．审计报告的概念

审计报告是指审计人员根据独立审计准则的要求，在实施审计工作的基础上，对被审计单位年度会计报表发表审计意见的书面文件。

2．审计报告的作用

审计报告的作用可概括为：鉴证作用、保护作用和证明作用。

二、审计报告的种类

（一）按照审计报告使用目的不同，分为公布目的审计报告和非公布目的审计报告。

（二）按照审计报告的性质不同，分为标准审计报告和非标准审计报告。

（三）按照审计报告的详略程度不同，分为简式审计报告和详式审计报告。

（四）按照审计报告的编制主题不同，分为政府审计报告、民间审计报告和内部审计报告。

第二节　审计报告的内容与类型

一、审计报告的内容

根据我国《独立审计准则》的规定，审计报告的基本内容包括：标题；收件人；引言段；范围段；意见段；注册会计师的签名与盖章；会计师事务所的名称、地址及盖章；报告日期等。

二、审计报告的类型

（一）无保留意见审计报告

无保留审计意见报告，又可分为标准无保留意见审计报告和带说明段无保留意见审计报告。

（二）保留意见审计报告

保留意见审计报告是指由于某些事项的存在，影响了被审计单位会计报表的表达，致使审计人员对会计报表发表的审计意见有所保留。

（三）否定意见审计报告

否定意见审计报告是指与无保留意见相反，提出否定会计报表公允地反映被审计单位财务状况、经营成果和现金流量的审计意见。

（四）无法表示意见审计报告

无法表示意见审计报告是指审计范围受到限制，可能产生的影响非常重大和广泛，不能获取充分适当的审计证据，以致注册会计师无法对会计报表发表意见。

第三节　编制审计报告的要求与步骤

一、审计报告的编制要求

（一）形式结构应清晰合理
（二）责任划分应分清责任界限
（三）审计证据要确凿充分
（四）内容上要全面合法

二、审计报告编制步骤

（一）整理、分析审计工作底稿
（二）提请被审计单位调整会计报表
（三）确定审计意见的类型与措辞
（四）编制和出具审计报告

复习与思考题

1．什么是审计报告？民间审计报告有哪几种类型？
2．审计报告编制的步骤和要求有哪些？
3．审计报告的作用是什么？

拓展阅读书目

1．吴秋生：《审计学》，上海财经大学出版社 2006 年版。
2．郭振乾：《中国审计学》，中国审计出版社 1997 年版。
3．魏礼江：《政府审计法律理论与实务》，中国审计出版社 1998 年版。
4．中国内部审计协会编：《内部审计理论与实务》，中国石化出版社 2004 年版。
5．刘华：《审计理论与案例》，复旦大学出版社 2005 年版。
6．葛长银：《审计经典案例评析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
7．来明敏：《财务审计实务——基于会计信息鉴证的视角》，南开大学 2005 年版。
8．注册会计师考试委员会编撰：《审计》，中国财政经济出版社 2006 年版。
9．《聚焦审计风暴》，中国时代经济出版社 2004 年版。
10．文建秀：《证券市场信息披露中注册会计师的法律责任》，法律出版社 2003 年版。
11．石爱中、胡继荣：《审计研究》，经济科学出版社 2004 年版。
12．项俊波：《国家审计法律制度研究》，中国时代经济出版社 2002 年版。
13．李凤鸣、王会金：《审计技术方法》，北京大学出版社 2001 年版。
14．刘伦伟、黄祥明：《审计法实例说》，湖南人民出版社 2003 年版。
15．贝尔乌德 E·利德斯　等著：《十国审计准则介绍与比较》奥林匹克出版社 1996 年版。

《劳动法学》教学大纲

金英杰　编写

目　录

前　言.....397
绪　论.....398
一、中国大陆劳动法学教学、科研的落后及其原因.....398
二、劳动法学学科地位.....398
三、劳动法学的学习、研究方法.....398
复习与思考题.....398
第一章　劳动法的产生和发展.....399
第一节　劳动法产生的社会背景.....399
第二节　劳动法产生的法律基础.....399
第三节　国外劳动法的发展与现状.....399
一、20 世纪国外劳动法的发展.....399
二、国外当代劳动法.....399
第四节　中国劳动法的产生与发展.....399
复习与思考题.....399
第二章　劳动法学原理.....400
第一节　劳动法的概念和调整对象.....400
一、劳动法的概念.....400
二、劳动法的调整对象.....400
第二节　劳动法的体系与特征.....400
第三节　劳动法律渊源.....400
第四节　劳动法的地位.....401
复习与思考题.....401
第三章　劳动法律关系（胡彩霄）.....402
第一节　劳动法律关系概述.....402
一、劳动法律关系的概念和特点.....402
二、劳动法律关系的种类.....402
第二节 劳动法律关系要素.....402
一、劳动法律关系的主体。.....402
二、劳动法律关系的内容.....403
三、劳动法律关系的客体.....404
第三节　劳动法律关系的产生、变更和消灭.....404
一、劳动法律关系产生、变更和消灭的概念.....404
二、劳动法律关系产生、变更和消灭的法律事实.....404
第四节　附随劳动法律关系.....404
一、附随劳动法律关系的概念.....404
二、附随劳动法律关系的种类.....404
复习与思考题.....404
第四章　劳动基本权与具体劳动权利义务.....405
第一节　基本权利及其演变.....405
第二节　劳动基本权利.....405

一、国外关于劳动基本权的规定 405
二、我国劳动基本权的种类 405
第三节　劳动法规定之具体权利义务 405
一、平等就业权和选择职业权 405
二、取得劳动报酬的权利 405
三、休息休假的权利 405
四、获得劳动安全卫生保护的权利 405
五、接受职业培训的权利 406
六、享受社会保险和福利的权利 406
七、提请劳动争议处理的权利 406
复习与思考题 406
第五章　国际劳工立法的产生和发展 407
第一节　国际劳工组织 407
一、国际劳工组织的发展历史 407
二、国际劳工组织的宗旨、目标与基本原则 407
三、国际劳工组织的主要机构 407
第二节　国际劳工立法 407
一、国际劳工立法的概念与形式 407
二、国际劳工公约的类型与意义 407
第三节　国际劳工立法与中国 408
一、国际劳工组织与中国的关系 408
二、我国批准和加入国际劳工公约的情况 408
第四节　中国加入 WTO 与劳动立法 408
一、WTO 中“社会条款”争议的由来 408
二、核心劳动标准与国际贸易的关系 408
三、完善我国劳动标准，迎接加入 WTO 带来的挑战 408
复习与思考题 408
拓展阅读书目 408
第六章　劳动合同法（胡彩霄） 410
第一节　个别劳动关系的法律调整 410
第二节　劳动合同的的概念、特征和作用 410
一、劳动合同的概念 410
二、劳动合同的特征 410
三、劳动合同的作用 410
第三节 劳动合同的性质和种类 411
一、劳动合同的性质 411
二、劳动合同的种类 411
第四节　劳动合同的主要内容和形式 411
一、劳动合同的主要内容 411
二、劳动合同的形式 412
第五节　劳动合同的订立 412
一、劳动合同订立的概念和原则 412
二、劳动合同订立的程序 412

三、劳动合同的续订.....412
第六节　劳动合同的法律效力.....412
一、劳动合同的有效.....412
二、无效劳动合同.....413
第七节　事实劳动关系.....413
一、事实劳动关系的概念.....413
二、事实劳动关系的处理.....413
第八节　劳动合同的履行、变更、解除和终止.....414
一、劳动合同的履行.....414
二、劳动合同的变更.....414
三、劳动合同的解除.....414
四、劳动合同的终止.....416
复习与思考题.....416
拓展阅读书目.....416
第七章　集体劳动关系的法律调整.....418
第一节　集体谈判制度.....418
一、集体谈判的概念及其特征.....418
二、集体谈判制度的意义.....418
第二节　工会及工会法及团体协约制度.....418
一、工会制度.....418
二、工会法.....418
三、团体协约制度.....418
第三节　产业行为.....418
一、罢工制度.....418
二、闭厂（lockouts）.....419
第四节　中国集体协商与集体合同制度.....419
一、集体协商制度.....419
二、集体合同制度.....419
复习与思考题.....419
第八章　劳资合作与劳动者民主参与.....420
第一节　产业民主制及劳资合作.....420
第二节　中国职工民主管理与改革.....420
一、我国职工民主管理的法律渊源.....420
二、我国职工民主管理制度赖依存在的经济基础和法理基础.....420
三、我国职工民主管理制度存在的不足和现阶段法律规制的缺失.....420
第三节　我国产业民主制与职工民主参与制度改革.....420
一、产业民主制不仅是资本权利——所有权划分问题，而且是经营权的架构问题。....420
二、产业民主制既不是单纯的职工民主管理，也非抛弃职工民主参与。.....420
复习与思考题.....420
第九章　就业法律制度.....421
第一节　就业保障政策与立法.....421
一、就业保障政策.....421
二、我国劳动就业立法概况.....421

三、劳动就业方针 421
第二节　劳动力市场 422
一、劳动力市场的概念 422
二、就业准入制度 422
三、职业技能鉴定 422
四、职业资格证书制度 422
第三节　职业教育与就业服务 422
一、职业教育 422
二、就业服务 422
第四节　我国劳动就业的法律规定 423
一、平等就业 423
二、特殊群体的就业保障 423
三、流动就业的监督与管理 423
四、外国人在中国就业的规范与管理 423
课堂讨论 423
复习与思考题 423
拓展阅读书目 423
第十章　工资法律制度 424
第一节　工资概述 424
一、工资的概念和特征 424
二、工资分配的基本原则 424
三、我国现行的基本工资制度 424
四、工资形式 424
第二节　最低工资法 425
一、最低工资的概念 425
二、最低工资的组成 425
三、最低工资的适用范围 425
四、最低工资标准的确定和调整 425
五、最低工资保障与监督 426
第三节　特殊情况下的工资支付 426
一、特殊情况下工资的概念 426
二、特殊情况下工资的种类及支付 426
第四节　工资的法律保障 426
一、工资支付的保障 426
二、工资支付的监督 426
复习与思考题 427
拓展阅读书目 427
第十一章　职业安全卫生法律制度 428
第一节　职业安全卫生标准制度 428
一、工业风险与职业安全卫生 428
二、安全生产保障制度 428
三、劳动卫生与职业病防治 428
第二节 职业安全卫生责任制度 428

一、生产经营单位的责任.....428
二、生产经营单位主要负责人的责任.....429
三、生产经营单位从业人员的责任.....429
第三节 伤亡事故处理制度.....429
一、伤亡事故报告制度.....429
二、伤亡事故的救助制度.....429
三、安全生产监督检查制度.....429
第四节 女职工与未成年工特殊保护规定.....429
一、女工的特别劳动保护.....429
二、工作场所中的性骚扰问题.....430
三、最低就业年龄与禁止使用童工.....430
四、对未成年工的特别劳动保护.....430
复习与思考题.....430
拓展阅读书目.....430
第十二章 社会保险法与职工福利法.....431
第一节 概 述.....431
一、社会保险的概念.....431
二、社会保险的特征.....431
三、社会保险与相关制度的关系.....431
四、社会保险法的概念.....431
五、社会保险法的作用.....431
第二节 社会保险法原理.....432
一、社会保险法的原则.....432
二、社会保险法律关系.....432
三、社会保险的结构层次.....432
四、社会保险费的征缴.....432
第三节 职工福利.....432
一、职工福利的概念和特点.....432
二、职工福利的作用.....433
三、职工福利的立法概况.....433
四、职工福利的内容.....433
课堂讨论.....433
复习思考题.....433
拓展阅读书目.....433
第十三章 社会保险法分论（金英杰）.....434
第一节 养老保险法.....434
一、养老保险的概念及特点.....434
二、养老保险立法概况.....434
三、养老保险基金.....434
第二节 医疗保险法.....434
一、医疗保险的概念和特点.....434
二、医疗保险立法概况及我国医疗保险改革.....435
三、基本医疗保险金的管理和使用.....435

第三节　失业保险法……435
一、失业保险的概念和特点……435
二、失业保险立法……435
三、失业保险基金的来源及管理……435
四、失业保险待遇的停止……436
五、违反失业保险规定应承担的法律责任……436
第四节　工伤保险……436
一、工伤保险的概念和特点……436
二、工伤保险立法概况……436
三、工伤的概念和范围……436
四、工伤的认定程序……437
五、劳动鉴定和工伤评残……437
六、工伤保险基金的筹集……437
七、工伤保险待遇……437
第五节　生育保险……437
一、生育保险概念和特点……437
二、生育保险立法概况……438
三、生育保险基金的筹集、支付、管理……438
四、生育保险待遇……438
课堂讨论……438
复习思考题……438
拓展阅读书目……438
第十四章　劳动监督检查……439
第一节　劳动监督检查概述……439
一、劳动监督检查制度的演变与发展……439
二、劳动监督检查的性质和意义……439
第二节　劳动监督检查机构、人员及相关权限……439
一、劳动保障行政部门专门机构的设置和权限……439
二、其他有关行政部门对劳动法执行情况的监督检查……439
三、工会对劳动法执行情况的监督检查……439
四、群众性组织和个人对劳动法执行情况的监督……439
第三节　劳动监督检查的工作程序……440
复习与思考题……440
第十五章　劳动争议处理程序法……441
第一节　劳动争议概述……441
一、劳动争议的概念及种类……441
二、我国劳动争议的界定……441
三、我国劳动争议的主要类型……441
第二节　劳动争议处理制度概述……441
一、劳动争议处理制度的概念……441
二、劳动争议处理制度的制度价值……442
三、劳动争议处理制度的原则……442
四、世界主要国家有关劳动争议处理制度的立法……442

五、我国现行有关劳动争议处理制度的立法 442
第三节　我国劳动争议处理制度 442
一、劳动争议处理的机构 442
二、劳动争议处理的方式及相互关系 442
三、劳动争议处理的原则 442
第四节　我国劳动争议的具体规定 443
一、劳动争议调解 443
二、　劳动争议仲裁 443
三、人民法院审理 444
四、对我国劳动争议处理制度的反思 444
复习与思考题 444
拓展阅读书目 444

前　言

劳动法学是以有关劳动法的理论与实践为研究对象的法律学科，是我国法学体系的一个重要分支学科，是法学专业的选修课，学分为 3 学分。

本教学大纲的编写目的，是为学生系统掌握劳动法学的基础理论和基本知识，了解劳动法学科产生与发展的历史，以及我国各项劳动法律制度的基本内容提供辅助作用。

本课程的主要讲授内容为：劳动法学的基本理论，包括劳动法的产生和发展，劳动法原理，劳动法律关系，劳动基本权与具体劳动权利与义务，国际劳工立法的产生和发展，；劳动关系协调法律制度，包括劳动合同法，集体劳动关系的法律调整，劳动合作与劳动者民主参与；劳动权利保障与基准法，包括工资法律制度，工作时间与休息休假法律制度，职业安全卫生法律制度，社会保险与职工福利法，包括社会保险与职工福利法，社会保险法分论；劳动程序法，包括劳动监督检查法，劳动争议处理法。

本教学大纲的编写人员：

郑尚元　绪论、第一章、第二章、第四章、第七章、第八章、第十五章

金英杰　第九章、第十一章、第十三章、第十四章

胡彩霄　第三章、第六章、第十章

陆伟丰　第五章、第十二章

喜　佳　第十六章

统稿：金英杰

绪　论

本章教学目的和基本要求：介绍劳动法学科在大陆地区教学、科研落后的现状和原因、劳动法学科的定位、劳动法学科的学习和研究方法等。

本章重点和难点：着重理解劳动法学科的背景性知识。

学时分配：2 课时

一、中国大陆劳动法学教学、科研的落后及其原因

1．社会发展尚处于经济快速上升期，劳动法的价值尚不能发挥应有的作用。目前，我国社会发展尚处于经济快速上升期，效率优先的法则在较短的时期内不会改变。

2．资料匮乏，文献稀少。

3．与传统断档。法学是传统文化的组成部分，继承传统文化应当包括传统文化的学习、传承与光大。

二、劳动法学学科地位

1．学科没有相应的地位。法学界大多数学者认为，劳动法是一个独立法律门类，“劳动法”一词对大多数人而言也不陌生。然而，现实中的劳动法学学科都以“挂靠”的方式存在，有的高校挂靠在民法专业之下，设劳动法方向；有的高校挂靠在经济法专业之下，设劳动法方向！

2．中国法学级别怪象。劳动法属于三级法学学科，该法学学科只能以挂靠的方式招收硕士、博士研究生，没有独立招收劳动法专业硕士、博士研究生的资格。

3．劳动法学学科成长及强制学科扶持。

三、劳动法学的学习、研究方法

1．摆脱注释法学的巢臼。劳动法学学科成长最重要的因素是劳动法学教学、科研人员艰苦探索、不断努力的科学精神，而科学研究须按照自身的规律，科学的方法开展相关研究。最为重要的方法是摆脱注释法学的巢臼，避免将现行法律、法规的解释当作学术研究。

2．理念与制度并重的学习、研究方法。法学学科首先要学习法律制度，现行法律制度的学习是重要的，所学不能所用不是真正的学科。劳动法学的学习、研究当基于实践。

3．一切来源于实践，来源于人民群众。法律制度构筑于一定的经济基础上之上，劳动法根源于社会生活，丰富的社会实践是最好的课堂。

4．比较、分析的方法。

复习与思考题

1．试分析中国大陆地区劳动法学教育落后的原因。

2．劳动法学究竟是什么样一门学科？

3．如何才能学好劳动法？

第一章　劳动法的产生和发展

本章教学目的和基本要求：介绍劳动法产生的社会背景、国外当代劳动法的发展趋势、民国时期的劳动立法、新中国成立后，大陆劳动立法。

本章重点和难点：了解劳动法产生和发展的历程和原因。

学时分配：2 课时

第一节　劳动法产生的社会背景

一、产业社会与劳动关系的法律调整

二、产业雇佣劳动与工厂法

第二节　劳动法产生的法律基础

一、普通法系国家中的劳动法

二、大陆法系国家中劳动法与传统私法之分离

三、劳动法与公法私法融合——国家公力对劳动关系的干预

第三节　国外劳动法的发展与现状

一、20 世纪国外劳动法的发展

二、国外当代劳动法

（一）劳资关系相对缓和，意识形态枷锁被打破。

（二）劳资关系的法律调整向社会安全（社会保障）领域拓展。

（三）全球经济一体化对当代劳动法形成的挑战。

（四）产业升级及经济转型对劳动法产生的影响。

第四节　中国劳动法的产生与发展

一、民国初期劳动立法活动

二、南京国民政府时期的劳动立法

三、苏区、边区、解放区劳动法规与改革开放前的劳动立法

四、新中国成立后的大陆劳动立法

复习与思考题

1．劳动法产生与产业雇佣劳动有何联系？

2．如何认识 19 世纪的英国《工厂法》？

3．简述国外劳动法的发展趋势。

4．20 世纪 30 年代，南京国民政府时期劳动立法的内容有哪些？其影响如何？

5．大陆劳动立法及《中华人民共和国劳动法》颁布的意义如何？

第二章　劳动法学原理

本章教学目的和基本要求：介绍劳动法的概念和调整对象、劳动法的体系和特征、劳动法的渊源、劳动法与相邻法律关系等。

本章重点和难点：了解、掌握劳动法的调整对象、劳动法的体系、特征和法律渊源、领会劳动法与其他法律之间的关系等。

学时分配：2 课时

第一节　劳动法的概念和调整对象

一、劳动法的概念

二、劳动法的调整对象

1．劳动法调整的对象属于雇佣关系。

2．劳动法调整的雇佣关系是产业雇佣关系。

3．劳动法调整的雇佣关系是公力干预之后的私法关系。

4．在我国，劳动法调整的产业雇佣关系主体一方必须是一个“单位”，“用人单位”与劳动者之间发生的雇佣关系才属于劳动法的调整对象。

除去产业雇佣关系，附属于产业雇佣关系的社会关系包括：

1．工会组织关系、工会监督关系等。

2．社会保险关系。

3．劳动争议处理程序关系。

4．劳动监督检查所产生的社会关系。

第二节　劳动法的体系与特征

一、劳动法律体系

二、劳动法的特征：公法私法融、倾斜性、规范的多样性、调整社会关系的特定性

第三节　劳动法律渊源

一、宪法中有关劳动者基本权利义务的规定

二、劳动法律及其他相关法律中的劳动法律规范

三、劳动行政法规

四、地方劳动法规

五、劳动行政规章

六、最高人民法院有关司法解释

七、全国总工会发布的规章和规范性文件

八、我国批准生效的国际劳工组织通过的劳动公约和建议书

第四节　劳动法的地位

一、劳动法与民法的关系
二、劳动法与社会法的关系
三、劳动法与行政法的关系
四、劳动法与刑法的关系

复习与思考题

1．为什么说劳动法的调整对象是产业雇佣关系？
2．与劳动法调整的产业雇佣关系相联系的社会关系有哪些？
3．劳动法有哪些特征？
4．劳动法的渊源包括哪些内容？
5．分析劳动法与民法、社会法、刑法之间的关系。

第三章　劳动法律关系（胡彩霄）

本章教学目的和基本要求：使学生了解和掌握劳动法律关系的概念和特征、劳动法律关系的要素、劳动法律事实以及劳动权利能力和劳动行为能力。

本章重点和难点：劳动法律关系的特征；劳动法律关系的要素；劳动法律事实。

学时分配：2 课时

第一节　劳动法律关系概述

一、劳动法律关系的概念和特点

劳动法律关系是指劳动法律规范在调整劳动关系过程中形成的法律上的劳动权利和劳动义务关系。

（一）就劳动法律关系与劳动关系的关系而言，两个是既有联系又有区别的不同范畴的概念。

（二）劳动法律关系与民事法律关系在性质上、产生的法律依据和前提条件以及内容上均不相同。

（三）在我国，只有合法的劳动关系才受到法律的保护，不符合国家法律规定的劳动关系，不得具有劳动法律关系的形式。

二、劳动法律关系的种类

（一）按照生产资料所有制形式不同划分

国有单位劳动法律关系；集体单位劳动法律关系；劳动者个体经营单位劳动法律关系；私营企业劳动法律关系；中外合资经营企业、中外合作经营企业劳动法律关系；外商独资经营企业劳动法律关系；港、澳、台投资企业劳动法律关系。

（二）根据劳动法律关系当事人是否具有涉外因素划分

国内劳动法律关系和涉外劳动法律关系。

（三）根据劳动者的人数来划分

个别劳动法律关系和集体劳动法律关系。

（四）按照劳动者的户籍类型不同划分

城镇劳动者劳动法律关系和农村劳动者劳动法律关系，

（五）按劳动者是否兼职划分

本职劳动法律关系和兼职劳动法律关系。

第二节 劳动法律关系要素

一、劳动法律关系的主体。

（一）劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力

1．劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力的概念。法律赋予自然人劳动权利能力与劳动行为能力是基于以下两个条件：

达到法定年龄。

（2）具有劳动能力。

2．劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力的特点。

（1）劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力，迟于其民事权利能力，早于其民事行为能力。

（2）劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力是同时产生、同时消灭。

（3）劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力是统一而不可分割的，只能由本人实施，不能由他人代替。

（4）劳动者劳动权利能力和劳动行为能力的行使要受其劳动能力所表现出来的各种因素差别的限制。

（5）一个全日制的劳动者在行使劳动权利能力和劳动行为能力实现劳动权利时，一般不允许同时存在双重或多重劳动法律关系。

（二）用人单位的劳动权利能力和劳动行为能力

1．用人单位的劳动权利能力和劳动行为能力的概念。

2．用人单位劳动权利能力与劳动行为能力的特点。

（1）用人单位的用人权利能力和用人行为能力产生的时间通常迟于其民事权利能力和民事行为能力产生的时间。

（2）用人单位的用人权利能力和用人行为能力的行使受到国家的制约较多。

（3）用人单位的用人权利能力与用人行为能力和其民事权利能力与民事行为能力，都可通过其法定法定代表人或代理人来实现，但后果不同。

二、劳动法律关系的内容

（一）劳动法律关系主体一方——劳动者的权利与义务

1．劳动者的权利。（1）依法同用人单位签订、变更、解除、终止劳动合同的权利；（2）通过工会或职工推举的代表同用人单位签订、变更、解除、终止集体合同的权利；（3）取得劳动报酬的权利；（4）享有休息休假的权利；（5）获得劳动安全卫生保护的权利；（6）女职工和未成年工获得特殊劳动保护的权利；（7）接受职业技能培训的权利；（8）享有社会保险和福利的权利；（9）有提请劳动争议处理的权利；（10）享有法律规定的其他劳动权利，如民主管理企业的权利、与用人单位进行平等协商的权利、依法参加工会和组织工会的权利等。

2．劳动者的义务。（1）必须积极、按时、保质、保量地完成劳动任务，以保证劳动过程的畅通和生产的发展；（2）在学习和实践中不断接受新的业务知识，提高业务能力和操作技能，以适应生产需要；（3）认真执行劳动安全卫生规程，以防止和消除生产过程中的伤亡事故和职业危害；（4）严格遵守劳动纪律和职业道德，以使整个劳动过程能有序进行；（5）依法保守用人单位的商业秘密；（6）法律规定的其他义务。

（二）劳动法律关系主体另一方——用人单位的权利与义务

1．用人单位的基本劳动权利。（1）要求劳动者按时、按质、按量完成劳动任务的权利；（2）要求劳动者努力提高自己的职业技能，以适应生产需要的权利；（3）要求劳动者认真执行劳动安全卫生规程的权利；（4）要求劳动严格遵守劳动纪律和职业道德的权利。

2．用人单位应承担的劳动义务。（1）依法与劳动者签订、变更、解除、终止劳动合同或集体合同的义务；（2）支付劳动者劳动报酬的义务；（3）保证劳动者享有休息休假的义务；（4）为劳动者提供安全卫生和劳动保护的义务；（5）为女职工和未成年工提供特殊劳动保护的义务；（6）为劳动者提供职业培训的义务；（7）为劳动者提供社会保险和福利的义务；（8）配合解决劳动争议的义务；（9）保证劳动者实现法律规定的其他权利的义务；（10）依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

三、劳动法律关系的客体

劳动法律关系的基本客体是劳动行为，或者叫劳动活动。劳动法律关系的辅助客体是劳动待遇和劳动条件。目前还有观点认为，劳动法律关系的客体是劳动力。

第三节　劳动法律关系的产生、变更和消灭

一、劳动法律关系产生、变更和消灭的概念

二、劳动法律关系产生、变更和消灭的法律事实

（一）劳动法律事实的概念和种类

劳动法中的法律事实，是指劳动法规定的能够引起劳动法律关系产生、变更或消灭的一切客观情况。

1．行为。包括劳动法律行为、劳动行政管理行为、劳动仲裁行为和劳动司法行为四类。

2．事件。是指不以行为人的意志为转移的客观现象。

（二）劳动法律事实的特点

1．产生劳动法律关系的法律事实，只能是双方当事人一致的合法意思表示的劳动法律行为，即合法行为。而且仅是合法行为中采取签订劳动合同形式的劳动法律行为。

2．产生劳动法律关系的法律事实也不同于引起变更、消灭劳动法律关系的法律事实。

第四节　附随劳动法律关系

一、附随劳动法律关系的概念

附随劳动法律关系，是指劳动法在调整与劳动关系密切相联系的其他社会关系时所形成的权利义务关系。。

二、附随劳动法律关系的种类

（一）劳动行政法律关系

（二）劳动服务法律关系

（三）工会活动方面的法律关系

复习与思考题

1．什么是劳动法律关系？

2．动法律关系有哪些特征？

3．劳动法律关系包括哪些要素？

4．劳动权利能力与劳动行为能力有何区别？

5．比较劳动权利能力、劳动行为能力与民事权利能力、民事行为能力。

6．什么是劳动法律事实？有哪些特征？

第四章　劳动基本权与具体劳动权利义务

本章教学目的和基本要求：介绍劳动基本权的概念、国外劳动基本权创制的背景、我国劳动基本权的分类和劳动法上当事人的权利义务问题。

本章重点和难点：了解、掌握劳动基本权概念、国外劳动基本权的创制、我国劳动基本权的种类、劳动基本权与劳动法上权利义务的关系。

学时分配：2 课时

第一节　基本权利及其演变

一、基本权利的概念与理念

二、基本权利的演变

第二节　劳动基本权利

一、国外关于劳动基本权的规定

1．工作权或劳动权。
2．结社权与劳动团结权。
3．生存权和社会安全权。
4．经济参与权。
5．团体交涉权和争议权。

二、我国劳动基本权的种类

目前，我国劳动基本权可以分为以下几类：
1．劳动权。
2．休息权。
3．获得物质帮助权。
4．女性劳动者的平等权。
5．劳动者的结社权。

第三节　劳动法规定之具体权利义务

一、平等就业权和选择职业权

二、取得劳动报酬的权利

三、休息休假的权利

四、获得劳动安全卫生保护的权利

五、接受职业培训的权利

六、享受社会保险和福利的权利

七、提请劳动争议处理的权利

《劳动法》规定了劳动者应履行的劳动义务，具体包括：

1．完成劳动任务

2．提高职业技能

3．执行劳动安全卫生规程

4．遵守劳动纪律和职业道德

复习与思考题

1．阐释劳动基本权的涵义。

2．国外宪法创制的劳动基本权一般包括哪些内容？

3．我国目前劳动基本权有哪些？

4．目前，我国《劳动法》规定的劳动权利与义务有哪些？

第五章　国际劳工立法的产生和发展

本章教学目的和基本要求：重点掌握国际劳工组织的概念、国际劳工组织的宗旨、国际劳工组织的机构设置及其特点、国际劳工立法形式与主要内容、中国与国际劳工组织的关系、WTO 与国际劳工法对中国劳动立法的影响。

本章重点和难点：掌握国际劳工组织的演进过程及国际劳工法与中国劳动立法关联性。

学时分配：2 课时

第一节　国际劳工组织

一、国际劳工组织的发展历史

国际劳工组织立法思想的起源及该组织的来龙去脉。国际劳工组织（International Labour Organization,ILO）是联合国的一个专门组织，负责国际劳动与社会政策事务。

二、国际劳工组织的宗旨、目标与基本原则

国际劳工组织的活动宗旨、创设目标、遵循的基本原则。

国际劳工组织的宗旨，是国际劳工组织制定国际劳工标准，以及开展一切活动的根本依据。一切国内、国际的政策和措施，特别是具有经济和财政性质的措施，均应以此观点加以衡量，只有能够促进而不是妨碍达成这一基本目标的措施才能予以接受。

国际劳工组织的目标，是国际劳工组织根据其宗旨所制定的更为具体的工作重点和努力方向。《费城宣言》第三部分规定国际劳工组织要努力达到以下十项目标。

国际劳工组织的原则，是国际劳工组织在各项活动中所必须遵守的主要依据。1919 年《国际劳工组织宪章》规定了国际劳工组织的 9 项原则，在 1944 年通过的《费城宣言》第一部分中，又重新对国际劳工组织的基本原则做了规定。新的基本原则包括四项。

三、国际劳工组织的主要机构

内部组织形式及职责。

1．国际劳工大会（The International Labour Conference）

2．理事会（The Governinng Body）

3．国际劳工局（The International Labour Office）

第二节　国际劳工立法

一、国际劳工立法的概念与形式

阐述国际劳工组织的主要工作成果——国际劳工立法情况，并介绍其表现形式。国际劳工立法又称国际劳工标准，是指国际劳工组织制定的与劳动者权益有关的国际最低标准。

二、国际劳工公约的类型与意义

介绍国际劳工公约的类型及其作用。国际劳工公约可以分为基本国际劳工公约、优先国际劳工公约与一般国际劳工公约三大类。其中，最重要的是基本国际劳工公约（Fundamental ILO Conventions）。

第三节　国际劳工立法与中国

一、国际劳工组织与中国的关系

国际劳工标准可分为政治性标准和技术型标准两大类。所谓政治性标准，即基本人权公约部分，包括八个基本劳工公约。其他公约和建议书则属于技术性标准。

二、我国批准和加入国际劳工公约的情况

第四节　中国加入 WTO 与劳动立法

一、WTO 中“社会条款”争议的由来

“社会条款”提出的背景，由此产生的国际间分歧，它对中国的劳动立法影响前瞻。“社会条款”（social clause），是指在 WTO 协议中写入关于保护劳动权的条款，缔约方如果违反该条款，其他缔约方可以予以贸易制裁。其目的在于通过贸易制裁来保证有关社会基本权利的实现。相对于保护环境的“绿色条款”而言，社会条款有时也被称为“蓝色条款”。

二、核心劳动标准与国际贸易的关系

介绍核心劳动标准的内容和对国际贸易所产生的制约。“基本劳工公约”是指已经被国际劳工组织理事会确认的，不论成员国经济发展水平状况如何，为保护工作中的人权而应遵守的八项最基本的国际劳工公约。

三、完善我国劳动标准，迎接加入 WTO 带来的挑战

我国劳动立法的应对措施情况介绍。

我国在劳动标准立法方面应采取以下两个方面的对策：

1．适应贸易自由化的趋势，适当放松劳动标准管制

2．参照核心劳动标准，完善我国劳动法制

复习与思考题

1．国际劳工组织的宗旨是什么？

2．国际劳工组织的机构设置如何？

3．国际劳工立法的基本形式有哪些？国际劳工立法对各国劳动立法有何影响？

4．中国与国际劳工组织的关系如何？

5．中国加入 WTO 后，如何协调中国劳动立法与国际劳工立法之间的关系？

拓展阅读书目

1．林燕玲著：《国际劳工标准》，中国工人出版社，2002 年 2 月第 1 版，第 35—36 页。

2．周长征：《全球化与中国劳动法制问题研究》，南京大学出版社，2003 年 10 月第 1 版，第 178 页。

3．张庚辰：《劳动法重要理论与政策问题国际比较研究——兼论我国劳动立法与国际劳动立法接轨问题》，载夏积智主编：《中国劳动法若干重要理论与政策问题研究》，中国劳动社会保障

出版社，1999 年 8 月第 1 版，第 245-249 页。

4．（美）威廉.盖里.沃斯：《国际贸易与投资—后冷战时代国际商务活动的法律环境》，广东人民出版社，1998 年 10 月第 1 版，第 103 页。

5．[法]雅克.阿达著：《经济全球化》，何竟、周晓幸译，中央编译出版社，2000 年 3 月第一版，第 244-246 页。

6．国际劳工组织网站资料：《国际劳工组织的历史》，网址：www.ilo.org。

第六章　劳动合同法（胡彩霄）

本章教学目的和基本要求：使学生了解和掌握个别劳动关系的法律调整问题、劳动合同的概念和特征、性质和种类、形式和内容、劳动合同的订立、无效劳动合同及其认定、事实劳动关系、劳动合同的履行、变更与解除及解除劳动合同的经济补偿等问题。

本章重点和难点：劳动合同的概念和特征；劳动合同的形式与内容；劳动合同的解除情况及经济补偿。

学时分配：6 课时

第一节　个别劳动关系的法律调整

个别劳动关系是指单个劳动者本人与用人单位通过劳动合同而确立的相互之间的社会经济关系。

个别劳动关系的法律调整立法模式主要有三种：一是在劳动法典或其他劳动基本法中将劳动合同单列为一章或一篇。二是制定劳动合同的专门法律。三是把劳动合同作为民法的一部分。

第二节　劳动合同的的概念、特征和作用

一、劳动合同的概念

劳动合同有以下含义：

（一）劳动合同的主体是劳动者和用人单位。

（二）劳动合同的内容是劳动合同中所确定的当事人双方的权利和义务。

（三）劳动合同的目的是为了确立劳动者和用人单位之间的劳动关系

二、劳动合同的特征

（一）劳动合同的主体，即双方当事人具有法律上的特定性。

（二）劳动者在签订和履行劳动合同中的地位具有特殊性。

（三）对劳动合同的内容的规定具有特殊性。

（四）劳动合同属于继续性合同。

（五）在一定条件下，劳动合同往往要涉及到与劳动者有关的第三人的物质利益关系

（六）劳动合同的目的在于劳动过程的实现，而不是劳动成果的实现。

（七）劳动合同必须按法定程序订立。

（八）劳动合同是诺成合同、双务有偿合同、要式合同。

三、劳动合同的作用

（一）劳动合同是劳动者实现劳动权的法律途径。

（二）劳动合同是维护双方当事人合法权益的重要法律手段

（三）劳动合同是劳动者和用人单位实现双向选择的法律形式。

（四）劳动合同是提高劳动生产率的重要手段。

（五）劳动合同是减少和防止发生劳动争议的重要措施

第三节 劳动合同的性质和种类

一、劳动合同的性质

学理上有以下几种观点：身份契约说；租赁契约说；劳动加工说；特种契约说。

我们同意第四种观点，认为劳动合同是一种独立于民事合同以外的一种独立的合同。

二、劳动合同的种类

（一）按照用工形式划分分为三种

1．合同制工人劳动合同。

2．农民轮换工劳动合同。

3．临时工、季节工劳动合同。

（二）按照生产资料所有制形式不同来划分可分为

国有单位劳动合同；集体单位劳动合同；私营企业劳动合同；个体经营单位劳动合同；联营单位劳动合同；股分制企业劳动合同；外商投资企业劳动合同；港、澳、台投资企业劳动合同等。

（三）按照劳动者个人的特定身份划分

又有三种分类方法：一是，按劳动者是否具有中国国籍划分可分为：中国劳动者劳动合同；外国劳动者劳动合同，即在中国境内的、不具有中国国籍的劳动者（包括外国人、无国籍人）与用人单位依法签订的劳动合同。二是，按劳动者的户籍类型可划分为：城镇劳动者劳动合同和农村劳动者劳动合同，后者是指纳入劳动法调整范围之内的农村户籍的劳动者与用人单位依法签订的劳动合同。三是，按劳动者在工作中的身份可划分为：工人劳动合同、技术人员劳动合同、管理人员劳动合同、学徒工劳动合同、帮工劳动合同。

（四）按照合同目的为标准划分可分为

1．录用合同。

2．聘任合同或聘用合同。

3．借调合同。

4．停薪留职合同。

5．学徒培训合同。

（五）按劳动合同期限为标准来划分

1．有固定期限的劳动合同（定期劳动合同）。

2．无固定期限的劳动合同（不定期劳动合同）。

3．以完成一定工作为期限的劳动合同。

（六）按劳动者一方人数为标准划分

个人劳动合同和集体劳动合同。

第四节 劳动合同的主要内容和形式

一、劳动合同的主要内容

（一）必备条款

1．劳动合同的期限

2．工作内容

3．劳动保护和劳动条件
4．劳动报酬
5．劳动纪律
6．劳动合同终止的条件
7．违反劳动合同的责任
（二）协商约定条款
1．法定的协商约定条款。（1）试用期条款（2）保守商业秘密条款
2．补充的协商约定条款。
（三）禁止性条款
禁止性条款，是指法律、法规明确禁止劳动合同规定的条款。

二、劳动合同的形式

第五节　劳动合同的订立

一、劳动合同订立的概念和原则

（一）平等自愿、协商一致原则
（二）合法原则

二、劳动合同订立的程序

（一）提出签订劳动合同的建议（要约）
要约是劳动合同的一方当事人向另一方当事人提出的订立劳动合同的建议。也就是一方当事人以订立劳动合同为目的向另一方就合同主要内容作出的意思表示。
（二）接受提议（承诺）
是指受要约人完全无条件地接受要约以成立合同的意思表示
实践中劳动合同签订的程序多为：用人单位拿出书面合同草案，经与劳动者协商达成一致意见，双方签字或盖章，合同即告成立。

三、劳动合同的续订

劳动合同的续订，是指合同当事人双方依法达成协议，使原订的即将期满的劳动合同延长有效期限的法律行为。（1）它是在合同双方当事人既定的前提下进行的，不需要再确定当事人阶段；（2）它是原订合同所确定的劳动关系的延期，而不是在原劳动关系终止后再次确立劳动关系；（3）它以原合同为基础，当事人继续享有和承担与原合同期满前一样或者基本相同的权利和义务；（4）对劳动者不再实行试用期。

第六节　劳动合同的法律效力

一、劳动合同的有效

劳动合同有效要件一般包括：
（一）合同主体必须合格
（二）合同内容必须合法

（三）当事人意思表示真实

（四）合同形式和程序合法

二、无效劳动合同

（一）无效劳动合同的概念

无效劳动合同是和有效劳动合同相对而言的。是指当事人所订立的劳动合同不符合法定条件，不能发生当事人预期的法律后果的劳动合同。

（二）无效劳动合同的认定（种类）

1．违反法律、行政法规的劳动合同。（1）订立劳动合同的主体不合格。（2）劳动合同的内容不合法。（3）订立劳动合同的形式和程序不合法。

2．采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

（三）无效劳动合同的处理

1．劳动合同的全部无效和部分无效。

2．无效劳动合同的处理。（1）撤销劳动合同并折价价补偿。（2）修正劳动合同。（3）赔偿损失。（4）追缴财产。还可能产生行政责任和刑事责任

3．无效劳动合同的确认机关（1）劳动争议仲裁委员会。（2）人民法院。

第七节　事实劳动关系

一、事实劳动关系的概念

是指用人单位与劳动者没有订立书面劳动合同，但双方实际履行了劳动权利义务，而形成的劳动关系。从实际生活看，形成事实劳动关系的情形主要有以下几种：

（一）用人单位与劳动者之间未依法办理劳动合同签订等手续而形成的事实劳动关系。

（二）用人单位与劳动者订立了书面劳动合同，但劳动合同期满后用人单位与劳动者未依法办理续订手续而形成的事实劳动关系。

（三）无效劳动合同而形成的事实劳动关系。

（四）双方当事人订立了书面劳动合同，但在合同履行中，又以口头形式变更了书面合同的某些条款。

二、事实劳动关系的处理

（一）对用人单位与劳动者之间未签订书面劳动合同而形成的事实劳动关系的处理

1．对自始未订立书面劳动合同而形成的事实上劳动关系引发的劳动争议的处理。

2．对劳动合同期满后用人单位与劳动者未办理续订手续而形成的事实劳动关系的处理。

（二）无效劳动合同而引起的事实劳动关系的处理

用人单位对劳动者付出的劳动，可参照本单位同期、同工种、同岗位的工资标准支付劳动报酬；如果订立无效劳动合同是用人单位所致，给劳动者造成损失的，则劳动者可以获得赔偿，赔偿标准为用人单位解除劳动合同经济补偿金的支付标准。

第八节　劳动合同的履行、变更、解除和终止

一、劳动合同的履行

劳动合同履行的概念和要求

劳动合同履行的概念。

劳动合同履行的要求。

（1）履行的主体必须是劳动合同的双方当事人，并且是合同当事人之间的相互履行。

（2）劳动合同履行的标的必须明确。

（3）劳动合同中要有明确的履行期限。

（4）劳动合同必须按约定的履行地点履行，不得随意变更。

（5）劳动合同的履行方法要与合同的性质和内容相适应。

劳动合同履行的原则

1．亲自履行原则。

2．全面履行原则。

3．协作履行原则。

4．权利义务一致原则。

二、劳动合同的变更

（一）劳动合同变更的概念和条件

劳动合同的变更应具备下列条件：

合同当事人双方经协商同意。

2．变更劳动合同不得违反法律和行政法规。。

3．变更劳动合同必须有法定事由。

4．劳动合同的变更应遵循相应的程序。

（二）劳动合同变更的程序

及时提出变更劳动合同的建议。

2．按期作出答复。

3．双方签订书面变更协议，经双方签字盖章生效。

三、劳动合同的解除

（一）劳动合同解除的概念和分类

协商解除和法定解除。协商解除又称双方解除或约定解除。法定解除又称单方解除，单方解除劳动合同又可分为劳动者单方解除和用人单位单方解除两种。

（二）双方当事人协商解除劳动合同

双方协商解除劳动合同的条件是：

1．双方自愿。

2．平等协商。

3．不得损害对方的利益。

（三）用人单位单方解除劳动合同

1．用人单位可随时通知劳动者解除劳动合同的情况。一般适用于因劳动者不符合录用条件或者严重违纪违法的情形。也叫过失性辞退。

（1）在试用期间被证明不符合录用条件的。

（2）严重违反劳动纪律和用人单位的规章制度的。

（3）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害。

（4）被依法追究刑事责任的。

用人单位需要预先通知劳动者解除劳动合同的情况。一般适用于劳动者一方没有过错但因主客观情况变化而导致劳动合同无法履行的情形。也叫非过失性辞退。

（1）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事用人单位另行安排的工作的。

（2）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

（3）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

3．因经济性裁员，用人单位按照法定程序与被裁减人员解除劳动合同的情况。

（1）用人单位濒临破产进行法定整顿期间。

用人单位的生产经营发生严重困难。

（3）裁员的法定程序。①提前 30 天向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料。②提出裁减人员方案，内容包括：被裁人员名单、裁减时间、及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员的经济补偿办法。③将裁减人员方案征求工会或全体职工意见，并对方案进行修改和完善。④向当地劳动行政部门报告裁人员方案以及工会或全体职工的意见，并听取劳动行政部门的意见。⑤由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

4．用人单位不得单方解除劳动合同的情况。

（1）患职业病或者因工负伤并被确认丧失或部分丧失劳动能力的；

（2）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；

（3）女职工在孕期、产期、哺乳期内的；

（4）法律、法规规定的其他情形。

用人单位不得解除劳动合同的上述规定是有前提的，即劳动者必须是无《劳动法》第 25 条规定的过失性辞退的几种情形。

（四）劳动者单方解除劳动合同

劳动者预先通知用人单位解除劳动合同的情况。

劳动者随时通知用人单位解除劳动合同的情况。

（1）在试用期内的。

（2）用人单位以暴力、威胁或非法限制人身自由的手段强迫劳动的。

（3）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或提供劳动条件的。

（五）解除劳动合同的经济补偿

解除劳动合同的经济补偿，是指因解除劳动合同而由用人单位给予劳动者的一次性经济补偿。具体补偿办法为：

1．经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的。用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。工作时间不满 1 年的按 1 年标准发给经济补偿金。

2．劳动者患病或非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的。用人单位应按其在本单位工作年限，每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于 6 个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费。患重病的增加部分不低于医疗补助费的 50%，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的

100%。

3．劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作，由用人单位解除劳动合同的。用人单位按其在本单位工作的年限，工作时间每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。

4．劳动合同订立时所依据的客观情况发生发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议，由用人单位解除劳动合同的。用人单位按劳动者在本单位的工作年限，工作时间每满 1 年，发给相当于 1 个月工资的经济补偿金。

5．用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，必须裁减人员的。用人单位按被裁减人员在本单位工作的年限支付经济补偿金。在本单位工作的时间每满 1 年，发给相当于 1 个月工资的经济补偿金。

用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除足额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的 50%支付额外经济补偿。上述经济补偿金的工资计算标准是按企业正常生产情况下劳动者解除合同前 12 个月的月平均工资。

四、劳动合同的终止

（一）劳动合同期限届满。

（二）当事人约定的终止劳动合同的条件出现。

复习与思考题

1．如何理解个别劳动关系的法律调整？

2．什么是劳动合同？有哪些特征？

3．劳动合同的性质如何？现行法律制度中，劳动合同有哪几种？

4．劳动合同的内容有哪些？如何理解劳动合同的法定条款与约定条款？

5．订立劳动合同的原则有哪些？

6．什么是无效劳动合同？如何认定无效劳动合同？

7．什么是事实劳动关系？如何认识、对待事实劳动关系？

8．劳动合同履行的原则有哪些？

9．用人单位在什么情况下可以随时解除劳动合同？

10．用人单位提前解除劳动合同的要件有哪些？

11．用人单位在什么情形下可经济性裁减人员？应履行什么程序？

12．用人单位什么情况下不得单方解除劳动合同？

13．劳动者单方解除劳动合同有哪几种情况？

14．解除劳动合同用人单位如何发放经济补偿金？

拓展阅读书目

1．郑尚元主编《劳动法学》　中国政法大学出版社　2004 年 9 月第 1 版第 94-135 页。

2．王昌硕主编《劳动和社会保障法学》　中国劳动社会保障出版社　2005 年 6 月第 1 版第 78-99 页。

3．王全兴著《劳动法》（第二版）法律出版社　2004 年 9 月第 1 版第 121-159 页。

4．关怀主编《劳动法》　中国人民大学出版社　2001 年 3 月第 1 版第 118-137 页。

5．管火明主编《劳动和社会保障法》　中国政法大学出版社　2005 年 7 月第 1 版第 51-69 页。

6．郭婕、刘俊、杨森编著《劳动法学》（修订本）　中国政法大学出版社　1999 年 6 月修订第 1 版第 114-137 页。

7．王昌硕主编《劳动法学》　中国政法大学出版社　1999 年 4 月第 1 版第 104-139 页。

8．黄越钦著《劳动法新论》 中国政法大学出版社　2003 年 4 月第 1 版第 81-194 页。

9．林嘉主编《劳动法评论》（第一卷）　中国人民大学出版社　2005 年 12 月第 1 版第 11-54 页。

10．北京市劳动和社会保障法学会编 关怀主编《劳动合同与女职工合法权益的保护研究》 人民日报出版社　2005 年 12 月第 1 版第 1-227 页。

第七章　集体劳动关系的法律调整

本章教学目的和基本要求：介绍集体劳动关系、集体谈判制度概念、集体谈判制度的意义、工会、工会法与团体协约制度、产业行为制度、中国集体协商和集体合同制度。

本章重点和难点：了解、掌握集体劳动关系、集体谈判制度概念、了解工会、工会法与团体协约制度、了解中国集体协商和集体合同制度等。

学时分配：2 课时

第一节　集体谈判制度

一、集体谈判的概念及其特征

1．集体谈判是集体劳动关系双方之间“自治性“的协调劳资关系的法律机制。
2．集体谈判的当事人，也就是法律关系的主体是特定的。
3．集体谈判是梳理劳资关系的调节器。

二、集体谈判制度的意义

1．集体谈判制度的建立，是产业组织化以后，改变强资本弱劳动的重要措施。
2．集体谈判制度有利于创建劳资合作的氛围，以最小代价避免巨大的社会危机。
3．集体谈判制度的建立，有利于产业民主制的形成。
4．集体谈判制度的建立，有利于弥补劳动法立法漏洞和劳动合同本身的缺陷。

第二节　工会及工会法及团体协约制度

一、工会制度

二、工会法

三、团体协约制度

1．团体协约主体。
2．团体协约的订立。
3．团体协约的内容
4．团体协约的终止。

第三节　产业行为

一、罢工制度

1．罢工的概念及其意义。
2．罢工的分类。
3．罢工的条件。

二、闭厂（lockouts）

1．合法的目的和期限。
2．闭厂行为不得达到摧毁对手的程度。
3．闭厂须以和平方式进行，不得以暴力方式实行闭厂。
4．闭厂行为结束后，集体谈判双方应尽快恢复生产和工作秩序。

第四节　中国集体协商与集体合同制度

一、集体协商制度

1．集体协商的概念。
2．集体协商代表。
3．集体协商的程序。

二、集体合同制度

1．集体合同的概念和特征
2．集体合同的性质及与劳动合同的区别
3．集体合同的内容。
4．集体合同的变更、解除与终止。

复习与思考题

1．什么是集体劳动关系？
2．什么是集体谈判制度？有哪些特征？
3．集体谈判制度有哪些意义？
4．工会制度的形成有何意义？什么是团体协约制度？
5．何为产业行为？产业行为包括哪些内容？
6．我国集体协商制度有哪些特征？
7．什么是集体合同？集体合同争议如何处理？

第八章　劳资合作与劳动者民主参与

本章教学目的和基本要求：介绍产业民主制的基本常识、中国职工民主管理制度、中国职工代表大会制度、职工民主参与制度改革等。

本章重点和难点：了解产业民主制的基本常识、了解中国职工民主管理制度、中国职工代表大会制度、领会职工民主参与制度改革。

学时分配：2 课时

第一节　产业民主制及劳资合作

一、劳资合作的社会意义
二、劳资合作的路径
三、劳资合作的社会经济基础——产业民主
四、德国产业民主制及劳资合作

第二节　中国职工民主管理与改革

一、我国职工民主管理的法律渊源

二、我国职工民主管理制度赖依存在的经济基础和法理基础

三、我国职工民主管理制度存在的不足和现阶段法律规制的缺失

1．职工民主管理权的权利属性不清晰。
2．职工民主管理在不同性质企业的体现。
3．工会与职工代表大会之间的关系没有理清。
4．市场经济体制下，职工民主参与法律规制不足，职工民主参与权利缺失。

第三节　我国产业民主制与职工民主参与制度改革

一、产业民主制不仅是资本权利——所有权划分问题，而且是经营权的架构问题。

1．产业民主制不是产权民主制。
2．产业民主制要求重新理解所有权与经营权问题。

二、产业民主制既不是单纯的职工民主管理，也非抛弃职工民主参与。

复习与思考题

1．如何理解产业民主制？产业民主制的基础是什么？
2．中国职工民主管理的形式是什么？
3．市场经济条件下，国有独资企业如何利用职工代表大会制度？
4．分析建立我国职工民主参与制度的必要性。
5．阐述我国《公司法》实施以来，职工民主参与的制度缺漏。

第九章　就业法律制度

本章教学目的和基本要求：掌握劳动就业和内涵，失业的概念；我国劳动就业方针和劳动就业原则；职业介绍和职业介绍所的概念；熟悉我国就业保障制度；理解国家在劳动就业上的职责；熟悉职业介绍所的种类和职能；了解我国职业资格证书与职业技能鉴定的主要内容。

本章重点和难点：劳动就业的概念和内涵。

学时分配：2 课时

第一节　就业保障政策与立法

一、就业保障政策

就业保障政策是国家为保障劳动者劳动权的实现所制定的在一定时期内实行的解决失业问题的行动准则。

（一）劳动就业的概念及内涵

劳动就业，是指具有劳动能力的公民在法定劳动年龄内从事某种有报酬或经营收入的社会职业的法律活动。

1．劳动者须具有就业资格。

2．劳动者须有就业愿望。

3．劳动者必须从事为国家和社会承认的社会职业，即是合法的劳动。

4．劳动者所从事的社会职业必须是有一定的劳动报酬或经营收入，能够用来维持劳动者本人及其赡养一定的家庭人口的基本生活需要。

（二）失业的概念和内涵

失业，是指在法定劳动年龄范围内，有劳动能力和就业愿望的公民得不到劳动机会或就业后又失去工作的状态。

（三）政府就业保障政策

我国政府的就业保障政策主要在于促进就业，保障就业，实现充分就业。

二、我国劳动就业立法概况

（一）国民经济恢复时期的劳动就业立法

（二）计划经济体制下的劳动就业立法

1．1953 年至 1965 年，劳动就业立法形成阶段

2．1966 年至 1976 年劳动就业立法停滞阶段

3．1977 年至 1992 年劳动就业立法恢复与初步发展阶段

（三）市场经济体制下的劳动就业立法

三、劳动就业方针

我国市场经济条件下实行“劳动者自主择业，市场调节就业，政府促进就业”的方针。这一方针的贯彻实施，必将在我国形成一个市场就业、政府指导、社会服务的全方位劳动就业制度。

第二节　劳动力市场

一、劳动力市场的概念

广义的劳动力市场，是按照市场规律和劳动力的价值规律、供求规律、竞争规律，自觉运用市场竞争机制调节、配置劳动力资源的一种机制，是市场体系的一个重要组成部分。狭义的劳动力市场，是指劳动力流动和交换的场所，在劳动力管理和就业领域中，具体而言，是指我国劳动管理部门筹建的为劳动力供求双方相互选择进行运作的场所。

二、就业准入制度

就业准入制度是指根据《劳动法》和《职业教育法》等的有关规定，对进入劳动力市场的劳动者及用人单位规定一定准入规则的各项制度的总称。

三、职业技能鉴定

（一）职业技能鉴定的概念和特点
（二）职业技能鉴定的机构和管理体制
（三）职业技能鉴定的对象和内容

四、职业资格证书制度

（一）职业资格证书制度的概念和意义
（二）职业资格证书的核发与管理

第三节　职业教育与就业服务

一、职业教育

（一）职业教育的概念和意义
（二）我国职业教育的立法概况
（三）职业教育的形式

二、就业服务

（一）就业服务的概念
（二）就业服务机构
1．劳动保障行政部门就业服务机构
2．职业介绍机构
（三）就业服务的内容
1．就业登记。
2．职业指导。
3．职业介绍。
4．就业训练。
5．失业保护。
6．组织生产自救。

第四节　我国劳动就业的法律规定

一、平等就业

平等就业是社会公平原则在劳动就业上的体现，反映了劳动者的愿望和要求，反映了市场经济对就业规则的要求。

1．就业权利平等。2．就业机会均等。3．禁止就业歧视。

二、特殊群体的就业保障

（一）妇女就业保障

1．就业权男女平等，反对性别歧视；

2．就业机会平等、就业岗位平等，凡适合妇女的工种或岗位，用人单位不得以性别为由拒绝录用妇女或提高对妇女的录用标准；

3．用人单位不得以结婚、孕期、产期、哺乳期为由单方解除与女职工的劳动合同。

（二）残疾人就业保障

（三）少数民族人员就业保障

（四）退出现役的军人的就业保障

三、流动就业的监督与管理

四、外国人在中国就业的规范与管理

课堂讨论

结合我国劳动力市场的实际,讨论如何实现平等就业权。

复习与思考题

1．如何理解劳动就业和失业的概念？

2．如何理解我国劳动就业的方针？

3．政府在劳动就业问题上应有哪些职责？

4．如何理解我国劳动就业准入制度？

5．简述职业介绍机构的法律性质。

6．为什么要对特殊群体就业进行特殊保障？

7．职业教育有何意义？

拓展阅读书目

王全兴著，《劳动法学》第十四章劳动就业，法律出版社 2004 年 9 月版。

第十章　工资法律制度

本章教学目的和基本要求：使学生了解和掌握工资概念和特征；工资分配的原则；工资分配形式；最低工资制度；特殊情况下的工资支付；工资支付的法律保障等。

本章重点和难点：工资特征、工资的形式，最低工资、特征，最低工资的适用范围及组成，特殊情况下的工资支付。

学时分配：2 课时

第一节　工资概述

一、工资的概念和特征

（一）工资的概念

（二）工资的特征

1．工资是劳动者基于劳动关系所取得的劳动报酬。

2．工资是劳动者履行劳动义务后而应该得到的物质补偿。

3．工资标准必须是事先规定的。

4．工资必须以法定货币形式定期支付给劳动者本人。

5．工资的支付是以劳动者提供的劳动数量和质量为依据的。

二、工资分配的基本原则

（一）工资总量宏观调控原则

（二）用人单位自主分配，劳动者参与工资分配过程的原则

（三）按劳分配为主体，各种分配方式并存原则

（四）同工同酬原则

（五）在经济发展的基础上逐步提高工资水平的原则

三、我国现行的基本工资制度

基本工资制度是指用人单位依法确定的工资总额、工资标准、工资水平、工资形式和工资增长办法等一系列规则的总称。

（一）企业基本工资制度

1．等级工资制。

2．效益工资制。

3．岗位技能工资制。

（二）国家机关的基本工资制度

（三）事业单位基本工资制度

四、工资形式

（一）基本工资形式

1．计时工资。

2．计件工资。

（二）工资的辅助形式

1．奖金。

2．津贴。

3．补贴。

（三）工资的特殊形式——年薪

年薪是一种特殊的工资形式，在目前，这种工资形式只适用于企业的承包者或经营者。年薪制充分体现了按劳分配、责任、风险、利益相一致的原则

第二节　最低工资法

一、最低工资的概念

最低工资是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。

二、最低工资的组成

最低工资由国家规定的报酬项目所组成。包括工资、奖金、津贴、补贴等。下列劳动收入不列入最低工资的范畴：（1）延长工作时间工资，即加班加点工资。（2）中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴。（3）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。（4）根据 1994 年 10 月 8 日原劳动部《关于实施最低工资保障制度的通知》的规定，用人单位通过贴补伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入亦不包括在内。（5）职工所得的非经常性奖金，也不得纳入企业最低工资的范畴。

三、最低工资的适用范围

（一）最低工资适用的劳动者范围

《最低工资规定》第 2 条规定：“本规定适用于中华人民共和国境内的企业、民办非企业单位、有雇工的个体工商户和与之形成劳动关系的劳动者。国家机关、事业单位、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本规定执行。”在下列范围内的企业和劳动者不适用最低工资制的规定：

1．公务员和公益团体的人员。

2．租赁经营企业或承包经营企业的租赁人或承包人。

3．学徒、利用假期勤工俭学的学生、身体残疾的人等。

（二）最低工资的时间适用范围

劳动者享受最低工资保障的时间范围，应当是法定的工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间之内。

（三）最低工资的劳动种类的适用范围

劳动者只有在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的，才有权享受最低工资保障。“劳动者依法享受带薪年休假、探亲假、婚丧假、生育（产）假、节育手术假等国家规定的假期间，以及法定工作时间内依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动。”

四、最低工资标准的确定和调整

（一）最低工资标准的确定

一般采用月最低工资标准和小时最低工资标准形式，“最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。”确定和调整最低工资标准应当综合考虑下列因素：

1．劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用。

2．社会平均工资水平。
3．劳动生产率。
4．就业状况。
5．地区之间经济发展水平差异。
6．地区职工生活费用价格指数。
7．职工个人缴纳的社会保险费和住房公积金因素。
8．确定和调整小时最低工资标准。
（二）最低工资标准的调整
最低工资标准每两年至少调整一次。

五、最低工资保障与监督

（一）最低工资保障
（二）对执行最低工资标准的监督
（三）违反最低工资规定的法律责任

第三节　特殊情况下的工资支付

一、特殊情况下工资的概念

特殊情况下的工资，是指依照法律规定或按当事人的协议在非正常情况下，由用人单位支付给劳动者的工资。

二、特殊情况下工资的种类及支付

（一）依法参加社会活动期间的工资支付
（二）法定休假日期间的工资支付
（三）婚丧假期间的工资支付
（四）探亲假期间的工资支付
（五）加班加点工资支付
（六）企业依法破产时的工资支付
（七）停工期间的工资支付
（八）关于特殊人员的工资支付问题

第四节　工资的法律保障

一、工资支付的保障

（一）用人单位支付工资的方式
（二）用人单位不得克扣劳动者工资
（三）用人单位不得无故拖欠劳动者工资

二、工资支付的监督

各级劳动保障行政部门、各级工会组织、职工大会、劳动者有权对用人单位支付工资的进行监督。

复习与思考题

1．什么是工资？有哪些特征？
2．我国工资分配的原则有哪些？
3．现行制度中，工资分配形式有哪些？
4．什么是最低工资？最低工资制定包括哪些程序？
5．什么是特殊情况下的工资支付？我国关于加班加点工资支付的规定有哪些？
6．我国规定了哪些工资支付的法律保障措施？

拓展阅读书目

1．郑尚元主编《劳动法学》　中国政法大学出版社　2004 年 9 月第 1 版第 196-216 页。
2．王昌硕主编《劳动和社会保障法学》　　中国劳动社会保障出版社　2005 年 6 月第 1 版第 185-200 页。
3．王全兴著《劳动法》（第二版）法律出版社　2004 年 9 月第 1 版第 231-261 页。
4．关怀主编《劳动法》，中国人民大学出版社　2001 年 3 月第 1 版第 166-182 页。
5．管火明主编《劳动和社会保障法》　中国政法大学出版社　2005 年 7 月第 1 版第 98-120 页。
6．郭婕、刘俊、杨森编著《劳动法学》（修订本）　中国政法大学出版社　1999 年 6 月修订第 1 版第 168-190 页。
7．王昌硕主编《劳动法学》　中国政法大学出版社　1999 年 4 月第 1 版第 176-202 页。
8．黄越钦著《劳动法新论》 中国政法大学出版社　2003 年 4 月第 1 版第 209-226 页。

第十一章　职业安全卫生法律制度

本章教学目的和基本要求：介绍安全生产法律制度，包括职业安全卫生标准、职业安全卫生责任制度、伤亡事故报告和处理制度、女职工和未成年工的特殊劳动保护等内容。

本章重点和难点：了解安全生产法、职业病防治法的基本原则和重要制度内容。

学时分配：2 课时。第一课时用于介绍职业安全卫生标准制度、职业安全卫生责任制度；在第二课时介绍伤亡事故报告和处理制度、女职工和未成年工的特殊劳动保护内容。

第一节　职业安全卫生标准制度

一、工业风险与职业安全卫生

工业风险的防范、劳动安全与卫生方面的立法体系。

我国目前在劳动安全与卫生方面的立法比较健全，已经基本形成了一个多层次立法相结合的法律体系。主要的法律包括 1992 年 11 月颁布《中华人民共和国矿山安全法》、2001 年 10 月颁布《中华人民共和国职业病防治法》、2002 年 6 月颁布的《中华人民共和国安全生产法》等。国务院制定的行政法规主要包括：《工厂安全卫生规程》（1956 年 5 月）、《企业职工伤亡事故报告和处理规定》（1991 年 3 月）、《锅炉压力容器安全监察暂行条例》（1982 年 2 月）等。另外，国家劳动主管部门与各地方也都制定了很多实施规定，使各项法律与行政法规的规定能够得到贯彻落实。

二、安全生产保障制度

安全生产保障制度主要内容。

安全生产保障制度主要包括以下几个方面的内容：

1．安全生产设施

2．安全生产管理机构与人员

3．安全教育与培训

三、劳动卫生与职业病防治

劳动卫生的基本任务及更高的标准。劳动卫生是指生产场所应当符合一定的卫生标准，从而保护劳动者的健康，防止在劳动过程中发生各类职业病或者其他职业伤害。

第二节 职业安全卫生责任制度

一、生产经营单位的责任

生产经营单位的责任主要包括三个方面。

（一）一般性违反安全生产管理法规的责任。

（二）严重违反安全生产管理法规的责任。

（三）直接对员工人身安全造成危险的责任。

二、生产经营单位主要负责人的责任

生产经营单位主要负责人对于安全生产可能要承担的法律责任主要有三个方面。

（一）未履行安全生产管理职责的责任。

（二）事故抢救、调查或者报告方面的责任。

（三）对安全设施资金投入方面的责任。

三、生产经营单位从业人员的责任

劳动者对于安全生产也承担着一定的责任。生产经营单位的从业人员服从安全生产管理，遵守安全生产规章制度或者操作规程。否则生产经营单位给予批评教育，依照有关规章制度给予处分；造成重大事故，构成犯罪的，同样要依照刑法有关规定追究刑事责任。

第三节 伤亡事故处理制度

一、伤亡事故报告制度

国家建立伤亡事故和职业病统计报告和处理制度。

企业职工伤亡事故按照伤害程度和伤亡人数的分类，并按类别上报制度。

按照 1991 年 3 月国务院颁布的《企业职工伤亡事故报告和处理规定》，企业职工伤亡事故按照伤害程度和伤亡人数可以分为五类：

1．轻伤：指损失工作日数为一天的伤害事故；

2．重伤事故：指等于或超过 105 日的失能伤害。例如严重烧伤、烫伤、肢体残废、严重骨折、严重脑震荡，等等；

3．死亡事故：指一次死亡 1-2 人的事故；

4．重大伤亡事故：指一次死亡 3-9 人的事故；

5．特大伤亡事故：指一次死亡 10 人以上（含 10 人）的事故。

二、伤亡事故的救助制度

我国《安全生产法》从救援组织与救援行动两个方面对生产事故的救援工作作了规定。

三、安全生产监督检查制度

县级以上地方各级人民政府应当根据本行政区域内的安全生产状况，组织有关部门按照职责分工，对本行政区域内容易发生重大生产安全事故的生产经营单位进行严格检查。

第四节　女职工与未成年工特殊保护规定

一、女工的特别劳动保护

1．禁忌劳动范围

2．四期保护

3．解雇保护。

二、工作场所中的性骚扰问题

工作场所的性骚扰分为两种，敌意性骚扰（Hostile Sexual Harassment）、对价性骚扰（Quid Pro Quo Harassment）两种。侵权分析，雇主责任。

三、最低就业年龄与禁止使用童工

“儿童”的标准在不同的国家有着很大的差别。有的国家将 18 周岁以下的未成年人都视为儿童。而在我国，儿童是指所有不满 16 周岁的未成年人。16 周岁是我国的最低就业年龄，劳动使用者招用低于 16 周岁的未成年人，就属于使用童工，应受到法律的处罚。

最低就业年龄的国际公约及我国立法情况。

四、对未成年工的特别劳动保护

未成年工是指年满 16 周岁未满 18 周岁的劳动者。未成年工仍然是儿童，他们正处于成长发育时期，生理与心理尚不成熟，因此需要特别加以保护。我国保护未成年工的有关立法包括《劳动法》第七章、1994 年 12 月 9 日劳动部发布《未成年工特殊保护规定》以及 1991 年 9 月 4 日第七届全国人大常委会通过的《未成年人保护法》。

保护措施的主要内容。

复习与思考题

1．任何认识工业社会风险控制与劳动安全卫生法律制度建立的必要性？

2．我国颁布哪些劳动安全卫生方面的法律、法规？

3．生产经营单位及其主要负责人的劳动安全卫生责任有哪些？

4．用人单位发生伤亡事故后，应按照什么程序报告和处理？

5．我国对女职工和未成年工的特殊劳动保护有哪些？

拓展阅读书目

1．郑尚元著《工伤保险法律制度研究》，北京大学出版社 2004 年 8 月第一版，第 146 页—167 页，第 207 页—220 页。

2．吕琳著《劳工损害赔偿法律制度研究》，中国政法大学出版社 2005 年 5 月第一版，第 59 页—100 页。

3．徐康平主编《劳动工伤事故保险与损害赔偿》，人民法院出版社 2002 年月第 1 版，全书内容。

第十二章 社会保险法与职工福利法

本章教学目的和基本要求：掌握社会保险的概念和特征，社会保险法的概念和特征，社会保险法律关系概念，社会保险费的筹集与分担；理解社会保险法的作用，社会保险法的原则。了解社会保险法律关系的内容，职工福利的相关内容。

本章重点和难点：社会保险法律关系，社会保险费的筹集与分担，社会福利的特征，公共福利与职业福利的区别

学时分配：2 课时

第一节 概 述

一、社会保险的概念

社会保险，是指具有一定劳动关系的劳动者在暂时或永久丧失劳动能力或在失业期间，为保障其基本生活需求，由国家和社会提供物质帮助的一种制度。

社会保险生产的历史原因有：1．生产的社会化；2．社会风险加大；3．社会财富的增加。

最早的社会保险立法出现于 19 世纪 80 年代的德国。我国的社会保险项目主要有：养老保险、失业保险、工伤保险、医疗保险和生育保险等。

二、社会保险的特征

1. 社会保险具有国家强制性。2. 社会保险具有社会性：（1）社会保险的范围具有社会性；（2）社会保险的组织和管理具有社会性。3．社会保险具有保障性。4．社会保险具有福利性。 5．社会保险具有互助性

三、社会保险与相关制度的关系

（一）社会保险与社会保障

社会保障是指国家通过立法和行政措施设立的、旨在保证社会成员基本经济生活安全的各种项目的总和。在我国，社会保障主要由社会保险、社会福利和社会救济、社会优抚组成。

（二）社会保险与社会救济、社会福利的区别

社会保险与社会救济、社会福利的区别有：

1．实施对象不同。2．资金来源不同。3．实施依据和条件不同。4．保障程度不同。

（三）社会保险与商业保险

1．性质不同。2．保险对象不同。3．费用负担不同。4．作用不同。5．适用法律和管理体制不同

四、社会保险法的概念

社会保险法是调整社会保险当事人之间的权利义务关系的法律规范的总和。

五、社会保险法的作用

1．保证劳动者在特殊情况下的基本生活，维护社会秩序稳定。2．促进社会发展和进步。3．调节国民收入分配和再分配。4．促进社会精神文明建设。

第二节　社会保险法原理

一、社会保险法的原则

（一）社会保险水平与社会生产力发展水平相适应原则
（二）权利与义务相统一的原则
（三）社会化原则
（四）保障功能与激励机制相结合的原则

二、社会保险法律关系

社会保险法律关系，狭义上是指社会保险关系当事人之间因社会保险费用的缴纳、支付、管理和监督而发生的权利义务关系。广义上，还应包括中央政府、地方各级政府与全体劳动者的关系，社会保险机构与政府之间的关系，社会保险基金管理运营中社会保险机构与投资市场不同主体之间的关系，社会保险运行中的监督关系等。

三、社会保险的结构层次

（一）国家基本保险
（二）用人单位补充保险
（三）个人储蓄保险

四、社会保险费的征缴

（一）社会保险费的征缴范围

基本养老保险费的征缴范围为：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，实行企业化管理的事业单位及其职工。

基本医疗保险费的征缴范围为：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，国家机关及其工作人员，事业单位及其职工，民办非企业单位及其职工，社会团体及其专职人员。

失业保险费的征缴范围为：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，事业单位及其职工。

（二）社会保险费的征收

社会保险费的征收机构由省、自治区、直辖市人民政府规定，可以由税务机关征收，也可以由劳动保障行政部门按照国务院规定设立的社会保险经办机构征收。

（三）社会保险费的征缴管理

1．社会保险登记。 2．社会保险费的缴纳。3.社会保险费征缴的管理和监督检查。4．违反国家社会保险费征缴规定应承担的法律责任。

第三节　职工福利

一、职工福利的概念和特点

职工福利，是企、事业单位和机关团体在工资、社会保险之外免费为全体职工举办的集体生活福利设施、文化福利等设施以及给予职工各项补贴制度的总称。

职工福利有如下特点：1．享受的对象特定。2．消费的集体性。3．普遍性。

二、职工福利的作用

1．促进劳动力再生产的顺利进行。2．满足劳动者日益增长的物质文化生活需要。3．有助于激发职工的劳动积极性，促进企业效益的提高和国家经济的发展。4．是建设社会主义精神文明和企业文化的具体措施。

三、职工福利的立法概况

我国目前没有统一的职工福利法，相关的一些规定散见于《宪法》、《劳动法》及《工会法》中。

四、职工福利的内容

职工福利的内容大致有三个方面：1．举办的集体福利设施，。2．为减轻生活开支而建立的福利补贴。3．为改善职工文化生活，建设精神文明和企业文化而建立的福利事业。

课堂讨论

社会保险与社会保障、社会救济、社会福利及商业保险之间有哪些区别？

复习思考题

1．如何理解社会保险概念和特点？
2．什么是社会保险法？其调整的社会关系？
3．简述社会保险的作用。
4．社会保险法有哪些原则？
5．简述我国社会保险结构层次。
6．我国社会保险费是如何分担的？
7．什么是职工福利？职工福利包括哪些内容？

拓展阅读书目

史探径著：《社会保障法研究》，法律出版社 2000 年 4 月版。

第十三章　社会保险法分论（金英杰）

本章教学目的和基本要求：掌握养老保险的特点及养老保险法、医疗保险及医疗保险法、工伤保险及工伤保险法；熟悉养老保险待遇享受的法定条件、失业保险及失业保险待遇、生育保险待遇；理解工伤认定与工伤保险待遇，生育保险的作用；了解养老保险基金、企业劳保医疗。

本章重点和难点：养老保险的特征。疾病保险的范围和对象工伤保险的责任原则，工伤保险的范围。

学时分配：2 课时

第一节　养老保险法

一、养老保险的概念及特点

养老保险，是劳动者因年老或病残退休后，由国家和社会向其定期发放一定数额退休费的一种社会保险制度。

我国养老保险具有如下特点：

（一）适用范围广泛，社会性强。

（二）养老保险待遇的享受必须符合法定条件

1．退休。2．离休。3．退职。

（三）养老保险实行多层次的保险结构

1．国家基本养老保险

2．企业补充养老保险

3．个人储蓄性养老保险

二、养老保险立法概况

养老保险立法的产生标志为 1889 年德国颁布的《残疾和老年保险法》

三、养老保险基金

（一）养老保险基金的来源

基本养老保险基金的负担实行国家、企业、个人三方共同负担，以企业负担为主

（二）养老保险基金的管理

（三）建立基本养老保险个人账户

（四）养老保险基金的支付

符合退休条件的职工退休后，享受的退休待遇有：（1）退休金。（2）医疗待遇和死亡待遇与在职期间相同。（3）其他待遇。

第二节　医疗保险法

一、医疗保险的概念和特点

医疗保险是劳动者在疾病、非因工致残等情况下，从社会和企业获得是生活和医疗方面的物质帮助的一种社会保险制度。

我国医疗保险有如下特点：

（一）覆盖面最广泛。

（二）基本医疗保险费由用人单位和劳动者负担。

二、医疗保险立法概况及我国医疗保险改革

1883 年德国颁布的《劳工疾病保险法》，是社会保险立法的开端。

三、基本医疗保险金的管理和使用

1．实行属地管理。

2．建立基本医疗保险统筹基金和个人账户。

3．医疗保险费的支付。

4．基本医疗保险基金的管理和监督机制。

第三节　失业保险法

一、失业保险的概念和特点

失业保险（我国曾称为待业保险），是指在劳动者失业期间由国家或社会保险管理机构定期发放失业救济金，以保障其基本生活并促进其再就业的一种社会保险制度。

失业保险的特点在于：

（一）失业保险的对象特定。其对象为有劳动能力并有就业愿望但失去工作岗位的劳动者。

（二）失业保险待遇只在法定期限内享受。

（三）失业保险基金来源于三方。失业保险费由用人单位和劳动者按规定缴纳，在失业保险金不敷使用时，由国家财政予以补贴。

二、失业保险立法

1905 年法国颁布《失业保险法》。

1999 年 1 月我国国务院颁布《失业保险条例》，使我国失业保险制度纳入法制轨道。

三、失业保险基金的来源及管理

根据《失业保险条例》的规定，我国失业保险基金由下列各项构成：

1．城镇企业事业单位、城镇企业事业单位职工缴纳的失业保险；

2．失业保险基金的利息；

3．财政补贴；

4．依法纳入失业保险基金的其他资金。

失业保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，事业单位及其职工。省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以规定将社会团体及其专职人员、民办非企业单位及其职工以及有雇工的城镇个体工商户及其雇工纳入失业保险的范围。

城镇企业事业单位按照本单位工资总额的 2%缴纳失业保险费。城镇企业事业单位职工按照本人工资的 1%缴纳失业保险费。

1．享受失业保险待遇的对象

（1）按照规定参加失业保险，所在单位和本人已按照规定履行缴费义务满 1 年的；（2）非因

本人意愿中断就业的；（3）已办理失业登记，并有求职要求的。

2．失业保险金的领取

城镇企业事业单位职工失业后，应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的社会保险经办机构办理失业登记，失业保险金自办理失业登记之日起计算。

3．失业保险金的领取期限

失业人员失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间满 1 年不足 5 年的，领取失业保险金的期限最长为 12 个月；累计缴费时间满 5 年不足 10 年的，领取失业保险金的期限最长为 18 个月；累计缴费时间 10 年以上的，领取失业保险金的期限最长为 24 个月，重新就业后，再次失业的，缴费时间重新计算，领取失业保险金的期限可以与前次失业应领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，但是最长不得超过 24 个月。

4．失业保险待遇的范围

失业保险待遇包括：失业保险金、医疗补助金、家属的供养费、生活补助费等。

四、失业保险待遇的停止

凡发生下列情形之一的，停止发给失业保险金，并同时停止享受其他失业保险待遇：（1）重新就业的；（2）应征服兵役的；（3）移居境外的；（4）享受基本养老保险待遇的；（5）被判刑收监执行或者被劳动教养的；（6）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定的部门或者机构介绍的工作的；（7）有法律、行政法规规定的其他情形的。

五、违反失业保险规定应承担的法律责任

1．骗取失业保险待遇应承担的法律责任。

2．社会保险经办机构工作人员违法应承担的法律责任。

3．劳动保障行政部门和社会保险经办机构的工作人员违法应承担的法律责任。

4．挪用失业保险基金应承担的法律责任。

第四节　工伤保险

一、工伤保险的概念和特点

工伤保险，又称职业伤害赔偿保险，是指职工因工而致伤、病、残、死亡，而依法获得经济补偿和物质帮助的一种社会保险制度。

我国工伤保险的特点在于：

（一）遵循无过错补偿原则、无责任补偿

（二）工伤保险适用于我国境内的各类企业、有雇工的个体工商户

（三）工伤保险费由用人单位承担，劳动者不须缴纳任何费用。

（四）工伤保险待遇由法律直接规定。

二、工伤保险立法概况

最早的工伤保险立法是德国于 1994 年颁布的《劳工伤害保险法》。

三、工伤的概念和范围

工伤，是指劳动者在生产、劳动过程中，因工作、执行职务行为或从事与生产劳动有关的活动，发生意外事故而受到的伤、残、亡或患职业性疾病。包括工业事故造成的伤害，职业病造成的伤害等。

根据国务院《工伤保险条例》的规定，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

1．在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；2．工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；3．在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；4．患职业病的；5．因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；6．在上下班途中，受到机动车事故伤害的；7．法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

职工有下列情形之一的，视同工伤：

1．在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 4 8 小时之内经抢救无效死亡的；

2．在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；

3．职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

1．因犯罪或者违反治安管理伤亡的；2．醉酒导致伤亡的；3．自残或者自杀的。

2002 年颁布的《中华人民共和国职业病防治法》将职业病确定为 10 大类确定为职业病，共 115 种。职工经确认患职业病，享受与工伤同样的待遇。

四、工伤的认定程序

五、劳动鉴定和工伤评残

劳动能力鉴定是指劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。

劳动能力鉴定标准由国务院劳动保障行政部门会同国务院卫生行政部门等部门制定。

六、工伤保险基金的筹集

工伤保险基金来源于以下几个方面：

1．用人单位缴纳的工伤保险费；2．工伤保险费滞纳金；3．工伤保险基金的利息；4．法律、法规规定的其他资金。

七、工伤保险待遇

工伤保险待遇主要有：

（一）工伤医疗期间待遇

（二）伤残待遇

（三）工亡保险待遇

第五节　生育保险

一、生育保险概念和特点

生育保险是对女性劳动者因怀孕、分娩而暂时中断正常收入来源时，由社会和国家给予其必要的物质帮助的一种社会保险制度。

我国生育保险有如下特点：

1．生育保险实施的对象在我国限于城镇企业的女职工。

2．生育保险费由企业负担，职工个人不负担。

二、生育保险立法概况

三、生育保险基金的筹集、支付、管理

我国生育保险基金按照“以支定收，收支基本平衡”的原则筹集，由当地人民政府根据计划内生育人数和生育津贴、生育医疗费等项费用的实际情况确定，最多不超过职工工资总额的 1%。企业按照当地政府规定的费率向社会保险机构缴纳。

生育保险基金按照属地原则组织，实行社会统筹。

四、生育保险待遇

我国女职工生育保险待遇包括：产假、医疗服务和生育津贴、生育期间的特殊保护等。

课堂讨论

工伤保险为什么实行无过错责任原则？

复习思考题

1．如何理解养老保险法？养老保险有哪些特点？
2．养老保险享受的法定条件有哪些？
3．什么是养老保险基金？
4．什么是医疗保险？医疗保险有哪些特点？
5．谈谈我国医疗保险改革。
6．什么是失业保险？失业保险待遇包括哪些内容？
7．什么是工伤保险？什么是工伤保险法？
8．如何认定工伤？工伤保险待遇有哪几种？
9．什么是生育保险？生育保险待遇主要包括哪些内容？

拓展阅读书目

史探径著：《社会保障法研究》，法律出版社 2000 年 4 月版。

第十四章　劳动监督检查

本章教学目的和基本要求：介绍劳动监督检查制度的历史、性质和意义；劳动监督检查机构、人员、权限及工作程序。

本章重点和难点：了解劳动监督检查制度的历史、性质和意义；劳动监督检查机构、人员、权限及工作程序。

学时分配：2 课时

第一节　劳动监督检查概述

一、劳动监督检查制度的演变与发展

二、劳动监督检查的性质和意义

1．劳动保障行政部门专门机构所实施的劳动监督检查行为。
2．特别劳动监督检查机构。
3．其他行政部门所实施的劳动监督检查。
4．工会组织对《劳动法》实施情况的监督检查。
5．群众监督。

劳动监督检查法律制度的意义体现在以下几个方面：

1．强化各种劳动法主体的法律意识，尤其是用人单位依法用工的意识。
2．快捷地实现当事人的权益维护。
3．维护劳动力市场的良性秩序。
4．预防和减少侵害劳动者权利的行为的发生。

第二节　劳动监督检查机构、人员及相关权限

一、劳动保障行政部门专门机构的设置和权限

1．劳动监察机构的设置及其权限。
2．劳动监察员的条件、任命及其职权。
3．劳动监察的内容。
4．劳动保障行政部门其他非专门机构的监督及其权限。

二、其他有关行政部门对劳动法执行情况的监督检查

三、工会对劳动法执行情况的监督检查

四、群众性组织和个人对劳动法执行情况的监督

第三节　劳动监督检查的工作程序

一、一般劳动监察的监察程序
二、特别劳动监察程序

复习与思考题

1．谈谈劳动监督检查制度的历史渊源。
2．如何理解劳动监督检查的性质？劳动监督检查有哪些意义？
3．我国劳动监督检查机构及其工作人员的权限和职责有哪些？
4．劳动监督检查的工作程序有哪些？

第十五章　劳动争议处理程序法

本章教学目的和基本要求：介绍劳动争议概念及其分类、劳动争议的范围、劳动争议处理程序、劳动争议处理模式、劳动争议仲裁与诉讼的关系。

本章重点和难点：劳动争议的范围、劳动争议处理模式、劳动争议仲裁与诉讼的关系。

学时分配：2 课时

第一节　劳动争议概述

一、劳动争议的概念及种类

劳动争议的概念有广义和狭义之分。劳动争议按照不同的标准，可以进行不同种类的划分。

二、我国劳动争议的界定

（一）我国劳动争议主体的界定

劳动争议主体即劳动争议的当事人，包括劳动者和用人单位，是劳动法律关系中权利的享有者和义务的承担者。

（二）我国劳动争议范围的界定

我国涉及劳动争议范围的法律规定主要包括国务院 1993 年制定的《企业劳动争议处理条例》、原劳动部《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》。

三、我国劳动争议的主要类型

（一）开除、除名、辞退、辞职、自动离职发生的争议

职工违反劳动纪律或其他原因，企业依照有关规定给予相应处分或处理，而职工不服由此发生争议。

（二）由于工资支付、社会保险产生的劳动争议

因为工资支付产生的劳动争议主要表现为：用人单位不依法支付加班工资产生的劳动争议等。

（三）履行劳动合同引发的劳动争议

1．在劳动合同订立、续订过程中存在问题引起的争议。

2．因劳动合同变更引起的争议。

3．因劳动合同解除、终止引起的争议。

（四）事实劳动关系

用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否签订劳动合同，只要存在事实劳动关系，并符合《企业劳动争议处理条例》的受案范围，劳动争议仲裁委员会均应受理。

第二节　劳动争议处理制度概述

一、劳动争议处理制度的概念

劳动争议处理制度，是指由劳动争议处理的各种方式、机构以及其在劳动争议处理过程中的地位和相互关系所构成的有机整体。

劳动争议解决方式主要涉及和解、调解、仲裁和诉讼。

二、劳动争议处理制度的制度价值

（一）正义
（二）效率

三、劳动争议处理制度的原则

（一）劳动争议当事人主体地位平等原则
（二）劳动争议主体意思自治原则
（三）公力救济最终解决原则

四、世界主要国家有关劳动争议处理制度的立法

（一）单一劳动仲裁程序模式
（二）单一司法程序模式
（三）劳动仲裁与司法程序相结合和模式

五、我国现行有关劳动争议处理制度的立法

目前我国处理劳动争议案件适用的法律法规主要有《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》以及与其相配套的规章和其他规范性文件等。

第三节　我国劳动争议处理制度

一、劳动争议处理的机构

（一）劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会是负责调解本企业内部劳动争议的群众性组织。

（二）劳动争议仲裁委员会。它是专门的劳动争议仲裁机构。

（三）人民法院。它是处理劳动争议的司法机关。

二、劳动争议处理的方式及相互关系

（一） 劳动争议和解。即当事人双方自行协商，达成解决劳动争议的协议。

（二）劳动争议调解。即在第三方主持下，通过说服、协调，使劳动争议在当事人双方相互谅解中得以解决。

（三） 劳动争议仲裁。在我国是一种强制仲裁，要求劳动争议仲裁机构对当事人请求解决的劳动争议，依法调解、裁决。

（四） 劳动争议诉讼。指劳动争议当事人不服仲裁裁决，向人民法院起诉。

我国现行劳动争议处理采用的是“一调一裁二审”，“先裁后审”制度。

三、劳动争议处理的原则

（一）当事人适用法律上一律平等原则。

劳动争议处理在处理争议时给予各方当事人以平等参与的机会，对各方的主张、意见和证据给予同等的尊重和关注。

（二）着重调解原则。

调解既是劳动争议处理的一道专门程序，也是仲裁与审判程序中的重要方法。

（三）及时处理的原则。

及时处理的原则体现在劳动争议发生后，当事人应当及时协商、调解或者申请仲裁，以免超过仲裁申请时效，丧失申请仲裁的权利。

（四）在查清事实的基础上，依法处理原则。

在处理劳动争议过程中，劳动争议处理机构和劳动争议当事人，必须在查清事实的基础上依法协商、解决劳动争议。

（五）基层解决争议原则。

我国劳动争议案件应主要由企业设立的调解委员会、当地县、市、市辖区仲裁委员会解决，以及由有管辖权的当地基层法院受理。

第四节　我国劳动争议的具体规定

我国劳动争议处理采用的是“一调一裁二审”，“先裁后审”制度，其具体程序表现为：

一、劳动争议调解

（一）劳动争议调解委员会的组成

《企业劳动争议调解委员会组织及工作规则》第八条规定调解委员会由下列人员组成：职工代表；企业代表；企业工会代表。

（二）劳动争议调解委员会的调解程序

当事人申请和调解委员会受理。调解委员会应在四日内作出受理或不受理申请的决定，对不受理的，应向申请人说明理由。

（三）申请时效的规定

《企业劳动争议调解委员会组织及工作规则》规定，当事人自劳动争议发生之日起 30 日内提出调解申请。

二、 劳动争议仲裁

（一）劳动争议仲裁的性质和原则

就法律性质而言，我国的劳动争议仲裁不同于一般的民商事仲裁，它兼有行政性和准司法性，劳动争议仲裁贯穿的原则包括：

1．劳动争议仲裁前置原则。劳动争议仲裁是劳动争议处理的必经环节，劳动争议未经仲裁的，当事人不得提起诉讼。

2．三方原则是劳动争议仲裁的基本原则，也是劳动争议处理的灵魂。

3．以调解为主，以仲裁为保障。调解贯穿劳动争议处理各个环节中。

（二）劳动争议仲裁参加人

劳动争议仲裁参加人包括劳动争议仲裁的当事人、劳动争议仲裁当事人的代理人、以及与劳动争议处理结果有利害关系的第三人。

（三）劳动争议仲裁的步骤

1．当事人申请

2．仲裁委员会受理

3．案件仲裁准备

4．仲裁审理

（四）仲裁申诉时效

仲裁申诉时效是指劳动争议当事人提出仲裁要求的一方应自劳动争议发生之日起 60 日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。

三、人民法院审理

劳动争议当事人对仲裁委员会的裁决不服，应当向人民法院进行起诉。这是司法最终解决劳动争议原则的体现。

（一)劳动争议案件经劳动争议仲裁委员会仲裁是提起诉讼的必经程序，民事案件则无此限制。

（二）劳动争议案件当事人的范围限定

民事案件的当事人可以是任何法人、自然人、非法人团体等，而劳动争议案件的当事人只是用人单位和劳动者。

（三）部分劳动争议案件实行举证责任倒置

因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

四、对我国劳动争议处理制度的反思

我国劳动争议处理实行“一裁两审”制度，在运行过程中已不断暴露出其弊端和不足。

（一）“一裁两审”制度的缺陷

1．现行劳动争议处理体制中“仲裁前置”的规定导致解决争议的周期长、成本高，不利于保护当事人的合法权益。

2．劳动仲裁程序存在诸多缺陷。

3．劳动仲裁和民事诉讼衔接不畅。法院没有设立专门劳动法庭，由民事庭法官审理劳动争议案件。

（二）我国劳动争议处理制度的重建

我国劳动争议处理制度的重建的关键是要完善劳动仲裁体制和劳动审判制度，理顺仲裁与审判之间的关系。目前学界比较普遍的观点是“裁审分轨、各自终局”的双轨制。实行“裁审分轨、各自终局”制需要相应的立法改革。

复习与思考题

1．如何界定我国劳动争议的范围？

2．如何理解劳动争议处理制度的概念、原则？

3．简述各国有关劳动争议处理制度的主要模式？

4．如何理解我国劳动争议处理的方式及其相互关系？

5．我国现行劳动争议处理制度的利弊分析？

拓展阅读书目

1．史尚宽：《劳动法原论》，正大印书馆，1934 年版，1978 年重印，第 241 页。

2．王全兴：《劳动法》，法律出版社 1997 年版，第 226 页。

3．张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社，1997 年版，284 页。

4．王益英主编：《外国劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社，2001 年版，第 570—573 页。

5．马强，《澳大利亚劳动争议解决机制及其启示》，《法律适用》，2002 年第 4 期，第 78—79 页。

6．姜学清，《美国解决劳动争议仲裁的形式》，《中国公务员》，2002 年第 8 期，第 56 页。

《民事证据法》教学大纲

纪格非　编写

目　录

说　明.....264
第一章　证据制度的历史发展.....265
第一节　外国证据制度的历史发展.....265
一、证据制度与证据法.....265
二、外国证据制度的历史沿革.....265
第二节　我国证据制度的历史沿革及发展趋势.....266
一、中国古代及近代的证据制度.....266
二、新中国成立后的证据制度及发展趋势.....266
复习与思考题.....266
第二章　民事证据概述.....267
第一节　民事证据的概念.....267
一、证据的概念.....267
二、证据材料的概念.....267
第二节　民事证据的特征.....267
一、客观性.....267
二、关联性.....267
三、合法性.....268
第三节　民事证据的作用.....268
复习与思考题.....268
第三章　民事证据的分类.....269
第一节　民事证据的分类的概念与意义.....269
一、证据的分类的概念.....269
二、国外关于证据分类的学说.....269
三、证据分类的意义.....269
第二节　言词证据与实物证据.....269
一、言词证据与实物证据的概念.....269
二、言词证据与实物证据的特点.....269
三、言词证据与实物证据的收集与判断.....270
第三节　本证与反证.....270
一、本证与反证的概念.....270
二、反证与反驳的区别.....270
三、区分本证与反证的意义.....270
第四节　直接证据与间接证据.....270
一、直接证据与间接证据的概念.....270
二、直接证据与间接证据的特点.....271
三、直接证据与间接证据的运用.....271
第五节　原始证据与传来证据.....271
一、原始证据与传来证据的概念.....271
二、原始证据与传来证据的运用.....271
复习与思考题.....271

第四章　民事证据法的原则.....272
第一节　当事人主导原则.....272
一、当事人主导原则与当事人主义.....272
二、当事人主导原则在我国民事证据制度中的表现.....272
第二节　直接言词原则.....272
一、直接言词原则的概念.....272
二、直接言词原则在我国证据制度中的贯彻.....272
第三节　自由心证原则.....273
一、自由心证原则的含义.....273
二、自由心证原则在我国民事诉讼法上的体现.....273
复习与思考题.....273
第五章　民事证据的基本制度.....274
第一节　举证时限制度.....274
一、举证时限的含义.....274
二、《民事证据规定》中关于举证时限制度的具体规定.....274
三、不受举证期间制约的“新证据”.....274
四、举证时限届满的法律后果.....275
第二节　证据开示制度.....275
一、证据开示制度的含义和功能.....275
二、我国民事诉讼中的证据交换制度.....275
第三节　证人作证制度.....275
一、证人的资格.....275
二、证人出庭作证的义务.....276
复习与思考题.....276
第六章　证明与证明对象.....277
第一节　证明.....277
一、证明的概念与特征.....277
二、证明的构成要素.....277
第二节　民事诉讼中的证明对象.....277
一、证明对象的概念.....277
二、民事诉讼中证明对象的范围.....277
三、免于证明的事实.....278
复习与思考题.....279
第七章　举证责任.....280
第一节　证明责任的概念.....280
一、证明责任的概念与法律性质.....280
第二节　证明责任的分配.....280
一、证明责任分配的主要学说.....280
二、我国民事诉讼中证明责任的分配规则.....280
第三节　举证责任的倒置.....281
一、举证责任的倒置.....281
二、立法对举证责任倒置的规定.....281
复习与思考题.....281

第八章　证明标准.....282
一、证明标准的概念.....282
二、两大法系国家关于民事诉讼证明标准的规定.....282
三、有关我国证明标准的学说的评介.....282
复习与思考题.....283
第九章　民事证据的法定分类.....284
第一节　书　证.....284
一、书证的概念与特征.....284
二、书证的分类.....284
三、书证的审查与判断.....284
第二节　物　证.....285
一、物证的概念与特征.....285
二、物证的分类.....285
三、物证与书证的区别.....285
四、物证的审查与判断.....286
第三节　视听资料.....286
一、视听资料的概念与特征.....286
二、视听资料的分类.....286
三、视听资料与书证、物证的区别.....286
四、对视听资料的审查与判断.....286
第四节　证人证言.....287
一、证人证言的概念与特征.....287
二、证人的范围与资格.....287
三、证人的权利与义务.....287
四、证人证言的审查与判断.....287
第五节　当事人陈述.....288
一、当事人陈述的概念与特征.....288
二、当事人陈述的效力.....288
三、当事人陈述的分类.....288
四、当事人陈述的审查与判断.....288
第六节　鉴定结论.....289
一、鉴定结论的概念与特征.....289
二、鉴定人与证人及专家辅助人的区别.....289
三、鉴定人的选任.....289
四、鉴定人的权利和义务.....289
五、鉴定结论的提出、审查及效力.....290
第七节　勘验笔录.....290
一、勘验笔录的概念和特征.....290
二、勘验笔录的制作.....290
三、勘验笔录的审查与判断.....290
复习与思考题.....291
第十章　民事证据的运用程序.....292
第一节　证据的保全.....292

一、证据保全的概念.....292
二、证据保全的种类.....292
三、证据保全的程序与方法.....292
第二节　质　证.....292
一、质证的概念.....292
二、质证的主体.....292
三、质证的客体.....293
四、质证的内容.....293
五、质证的模式.....293
六、质证的程序.....293
第三节　认　证.....293
一、认证的概念.....293
二、认证的对象.....293
三、认证的方法.....294
复习与思考题.....295
参考文献目录.....296
一、中文类.....296
二、外文类.....296
缩写索引.....298

说　明

民事证据法学是法学专业一门选修课程，是为培养和检验学生民事证据法的理论知识和正确运用民事证据进行诉讼的实践能力而设置的专业基础课。民事证据法学的主要研究对象是中外民事证据制度的原理、内容及民事证据在程序中的运用。通过本课程的教学，让学生了解中外民事证据制度的历史发展，民事证据法学的各种学术观点，全面掌握民事证据法的基本原理和基础知识，熟悉各种民事证据规范，正确理解各种民事证据的程序规定，提高在各种解决纠纷程序中运用证据的能力。

本课程教学学时为 36 学时，2 学分，其中课堂讲授为 32 学时，结合案例进行课堂讨论为 4 学时。为提高教学质量，强化教学效果，在教学中可以采取多媒体教学方式。本课程因教材尚未编写出来，目前选用教材及参考书目有：

1．宋朝武著面向 21 世纪课程教材《民事证据法学》，高等教育出版社 2003 年 7 月版。

2．樊崇义主编《证据法学》（第三版），法律出版社 2003 年 9 月版。

3．何家弘主编《新编证据法学》，法律出版社 2000 年版。

《民事证据法学教学大纲》虽经多次讨论与修改，但不妥之处在所难免，请广大读者与学生提出宝贵意见。

教学总进程课时安排

第一章　2 课时

第二章　2 课时

第一章　4 课时

第四章　4 课时

第五章　4 课时

第六章　2 课时

第七章　6 课时

第八章　2 课时

第九章　4 课时

第十章　2 课时

第十一章　综合案例分析与讲解：4 课时

第一章　证据制度的历史发展

教学目的与要求：

1．掌握证据法的概念

2．掌握国内外证据制度不同的发展阶段以及各阶段的特征

第一节　外国证据制度的历史发展

一、证据制度与证据法

1．证据法律制度

证据法律制度是一个国家各种法律规范中与证据有关的规定和规则的总称，亦可简称为证据制度。

2．证据制度与证据法

证据制度与证据法之间的关系：（证据法有广狭二义,此处指单独的证据立法）

一方面，证据法是证据制度法制化成文化的体现，是关于证据问题的规则的载体和集中反映。

另一方面，不能把证据制度等同于证据法，证据制度不仅仅指证据法，特别不仅仅指证据成文法或成文法典。

二、外国证据制度的历史沿革

1．非理性的阶段

非理性证明主要存在于奴隶制社会以及封建社会早期，受制于当时较低的生产力发展水平低，人类对自然界及社会的认识处于低级的原始蒙昧状态。在司法证明方式上以神誓法、神判法和决斗法为主要特征。

2．理性阶段

现代意义的证据制度是随着理性证明方式的出现而出现的。但是理性证明方式对证据制度的影响在英美法系国家与大陆法系国家产生了截然不同的表现形式。

（1）英美法系国家：英美法系国家的证据制度是由判例法制度逐渐发展而来，直到 18 世纪后期的时候，英美证据法学的理论还几乎是由互不相干的、分散的、零星的判例法组成。二十世纪后，英美法系国家纷纷对本国的证据规则进行整理，形成了统一的证据立法。总体而言，英美法系国家证据制度的发展呈现出一种渐进的趋势。

（2）大陆法系国家：大陆法系国家的证据制度的历史发展经历了法定证据制度时期和自由心证证据制度两个阶段。

法定证据制度的特征：

①各种证据的证据力以及证据收集到何种程度即可认定案件事实，均由法律预先明文做出规定，法官不得自由评判和取舍。

②封建等级观念强烈。

③证据的形式决定了证明力的大小及强弱。

④刑讯逼供成为获取证据的合法方式。

第二节　我国证据制度的历史沿革及发展趋势

一、中国古代及近代的证据制度

1．中国古代证据制度的特征：

（1）神判法消失的比较早。

（2）中国古代的证据制度，没有经历过法定证据制度时期。

（3）口供主义和刑讯逼供盛行。

（4）体现宗法家族的统治。

（5）维护等级特权，实行公开的不平等。

（6）有重视勘验的传统。

2．近代的证据制度

清末随着资产阶级思想的侵入，我国的证据制度发生了一些变化。比如确立了无罪推定原则，自由心证、言词辩论原则、禁止刑讯逼供原则。但是由于长年的战乱和国民政府实行法西斯统治，没有将这些原则贯彻始终。

二、新中国成立后的证据制度及发展趋势

新中国成立后，我国通过《宪法》、《人民法庭组织通则》、《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》等一系列法律法规为新中国证据制度的建设提供了根本依据，确立了实事求是、重视调查研究、重证据不轻信口供等司法证明活动的原则。粉碎四人帮后，我国的证据制度又得到进一步的晚上和发展，通过《宪法》的修订和三大诉讼法的颁布，我国逐步形成了现有的证据制度。

复习与思考题

1．简述法定证据制度的主要特征。

2．简述我国古代证据制度的特征。

第二章　民事证据概述

教学目的与要求：

1．掌握证据与证据材料的概念。

2．掌握证据的特征。

3．理解民事证据在民事诉讼中的作用。

4．了解关于证据的概念和特征在理论上的争议。

第一节　民事证据的概念

一、证据的概念

“证据”指人民法院用以证明案件真实情况，正确处理案件的根据。

二、证据材料的概念

所谓“证据材料”是指当事人向法院提供的或者法院依职权调查收集的用以证明案件事实的各种资料。证据材料与证据的区别就在于，证据材料可能存在虚假的可能，因此证据材料必须经过法院查证属实才能作为认定事实的依据。

第二节　民事证据的特征

一、客观性

所谓客观性是指证据所反映的内容必须是客观存在的事实，不是主观臆想的或虚构的主观之物。证据的客观性表现在内容和形式两个方面：

1．证据内容的客观性指证据的内容必须是客观存在的事实，必须反映客观实际。强调证据内容的客观性的意义在于强调证据的真实性，证据必须是真实的，只有是真实的证据才可能成为法院认定事实的基础。

2．证据形式的客观性指证据必须能够以某种方式为人所感知。证据只有以特定的物质载体表现出来并以某种方式为人们所感知才能够对案件事实起到证明作用。

证据具有客观性并不意味着证据不具有丝毫主观的成分。诉讼证明的目的就在于使法院对证据的判断达到主观认识与客观实际相吻合的程度，实现主观符合客观。

二、关联性

民事证据的关联性又称相关性，是指民事证据必须与待证的案件事实存在客观的联系。证据的关联性具有以下两层含义：

1．从形式上看，证据与待证事实之间必须存在逻辑上的联系，即我们运用逻辑推理的方法可以从已知的证据推导出案件事实。

2．从内容上看，由于证据与案件事实之间的联系有直接联系、间接联系、偶然联系、必然联系，联系的方式不同证据对证明案件事实的帮助也不同。证据的关联性标准要求每一个具体的证据必须对证明案件事实具有实质性意义，要求证据对证明案件事实有帮助。

三、合法性

证据的合法性是指在诉讼过程中使用的证据必须符合法律对证据的要求，并且以合法的手段和程序收集、提供。证据的合法性具有以下三层含义：

1．从形式上看，证据必须具备法定的表现形式。我国民事诉讼法规定，证据有 7 种表现形式，只有属于这 7 种表现形式的证据才能在诉讼中使用。此外，如果实体法规定对某些法律事实或法律行为必须用特定形式的证据加以证明时，应当使用特定形式的证据。

2．从取证的方法方面看，证据必须由法定人员依据法律规定的程序和方法收集。无论是当事人还是人民法院，收集证据的行为必须合法。最高人民法院颁布的《民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）第 68 条规定：“以侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”

3．从证据使用的程序方面看。当事人提供的证据材料最终成为定案根据必须经过法定的程序。这一法定程序指证据的质证程序，我国法律规定，证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经当事人质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。但是，如果当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以不经过质证，直接作为认定案件事实的根据。

第三节　民事证据的作用

一、民事证据是民事诉讼的基础

二、证据是正确处理民事案件的前提

三、证据是彻底解决民事纠纷的保障

复习与思考题

1．什么是证据及证据材料？

2．简述民事证据的特征。

第三章　民事证据的分类

教学目的与要求：

1．掌握民事证据的不同分类方法以及分类标准。

2．掌握不同类型的证据的特征。

3．了解在司法实践中审查判断不同种类的证据应当注意的问题。

第一节　民事证据的分类的概念与意义

一、证据的分类的概念

证据的分类是学理上根据证据的某些本质特征或外部形式等，依据特定的标准将证据划分为不同的类别。

二、国外关于证据分类的学说

1．英美法系国家

英美法系国家偏重于实务，以判例法为主要特色。英国在理论上将证据分为：（1）直接证据与环境证据；（2）原始证据与传闻证据；（3）最佳证据与次要证据；（4）口头证据、书面证据、实物证据。美国在学理上将证据划分为四类：实物证据；书面证据；证言，司法认知。

2．大陆法系国家

法国民事诉讼中，证据被分为书证、证言、推定、自认以及宣誓五种。德国《民事诉讼法》规定了六种证据方式，即询问当事人、人证、勘验、鉴定、书证、宣誓与具结。

三、证据分类的意义

1．对研究对象进行分类，可以从多个侧面探讨研究对象的本质，分析其特点，发现其规律。

2．可以指导司法和执法人员明确各种不同种类证据的各自特点、作用和证明力的大小，全面地收集证据，正确地运用证据。

第二节　言词证据与实物证据

一、言词证据与实物证据的概念

以存在和表现的形式不同为划分标准，证据可以分为言词证据与实物证据两类。

1．言词证据是以人的陈述为表现形式的证据，也称人证。

2．实物证据是以实物形态为存在和表现形式的证据。实物证据又被称为广义的物证，包括物证、书证、音像资料、勘验笔录等。

二、言词证据与实物证据的特点

1．言词证据的特点

（1）言词证据具有生动形象的特征，证明作用比较明显。

（2）言词证据源不易灭失。

（3）言词证据的真实性易受言词证据的提供者的主、客观因素的影响。

2．实物证据的特点

（1）实物证据能够比较客观地反映案件真实情况。

（2）实物证据容易受环境影响而发生物理或化学变化。

（3）实物证据关联性不明显，并且只能从静态上证明案件事实。

三、言词证据与实物证据的收集与判断

1．证据的收集。言词证据的收集与审查、判断应当遵循直接言词原则。实物证据的审查与判断应当遵循最佳证据规则。

2．证据的保全。对言词证据应当用采用录取证言的方式，对实物证据可以采取保全、勘验、鉴定等方式。

3．证据的审查。对言词证据应当审查证人与案件事实的联系，证人的感知、记忆和叙述能力等。对实物证据应当主要审查其与案件事实的关联性。审查证据的来源、证据是否可靠、出处是否确切、是否确与本案有关等方面。

4．认定案件事实。应当注意将言词证据与实物证据结合起来使用，相互印证、相互补充，发挥各自的优势，避免各自的弱点。

第三节　本证与反证

一、本证与反证的概念

根据证据对当事人所主张的事实的证明作用，将证据区分为本证和反证。

1．本证是对待证事实负有举证责任的一方当事人提出的，能够证明待证事实成立的证据。

2．反证是指对证明待证事实不负举证责任的一方当事人提出的，能够证明该事实不存在或不真实的证据。

二、反证与反驳的区别

反驳指对于一方当事人提出的事实和理由，另一方当事人提出证据加以反对、驳斥的诉讼活动。在民事诉讼中，反驳与反证是不同的法律概念，不能混同。提出反证的主体是对待证事实不承担举证责任的一方当事人，反驳的主体可能是双方当事人；反驳的目的在于证明对方当事人提出的证据不具有客观性、关联性或合法性，或证明价值微弱，因此不能作为法院认定案件事实的依据，反证的目的在于证明对方当事人所主张的事实不存在；当事人在对某一证据进行反驳时无须提出新的事实或证据，当事人在进行反证时必须提出证据。

三、区分本证与反证的意义

1．有利于调动双方当事人举证的积极性，增强诉讼的对抗性。

2．法律对本证与反证规定了不同的证明标准。

3．有利于法院迅速了解当事人争议的焦点，正确认定案件事实。

第四节　直接证据与间接证据

一、直接证据与间接证据的概念

以证据与案件事实的关系为标准，证据可以分为直接证据与间接证据。

直接证据是能够直接、单独证明案件主要事实的证据。

间接证据是单独一个证据不能直接证明案件主要事实，必须与其他证据结合才能证明案件主要事实的证据。

二、直接证据与间接证据的特点

1．直接证据的特点：

（1）简化证明过程、运用便利、省时省力。

（2）数量少，不易收集。

（3）多数直接证据是言词证据，易受当事人主观因素的影响，造成证据失实。

2．间接证据的特点：

（1）证明关系的间接性。

（2）证明过程的依赖性。

（3）间接证据的数量比较多，易收集。

三、直接证据与间接证据的运用

1．直接证据的运用

（1）应当重视直接证据的收集。

（2）严禁以违法手段收集直接证据。

（3）直接证据必须经过查证属实才能作为认定事实的依据。

2．间接证据的运用

（1）单个间接证据不能单独证明案件事实；

（2）间接证据本身必须真实可靠并且必须具有关联性；

（3）各个间接证据之间必须协调一致，相互印证，不存在矛盾；

（4）运用间接证据组成的证据体系进行推理时，所得出的结论应当是肯定的、唯一的。

第五节　原始证据与传来证据

一、原始证据与传来证据的概念

根据证据来源的不同，可以将证据分为原始证据与传来证据。

1．原始证据是指直接来源于案件事实的证据，也称第一手证据。

2．传来证据是经过复制、复印、传抄、转述等中间环节，间接来源于案件事实的证据。

二、原始证据与传来证据的运用

1．原始证据的证明力大于传来证据，证据的收集和提供尽量提供原始证据。

2．收集原始证据有困难，应当注意发挥传来证据的作用。

3．在运用传闻证据时有注意审查传闻证据的来源、制作和复制的过程中是否存在错误、失真的主观因素和客观因素。

复习与思考题

1．论述言词证据与实物证据的分类标准及特征。

2．论述本证与反证的分类标准及特征。

3．论述直接证据与间接证据的分类标准及特征。

4．论述原始证据与传来证据的分类标准及特征。

第四章　民事证据法的原则

教学目的与要求：

掌握民事证据法的几项基本原则及其在证据制度中的体现。

第一节　当事人主导原则

一、当事人主导原则与当事人主义

当事人主导原则是民事诉讼中当事人主义在证据学领域的延伸。当事人主义是民事诉讼的一种基本模式，主要包括以下两个方面的内容：其一，民事诉讼程序的启动、继续依赖于当事人，法官或法院不能依职权启动和推进民事诉讼程序。其二，法院或者法官裁判所依据的证据资料只能依赖于当事人，法官不能在当事人指明的证据范围之外，主动收集证据。

二、当事人主导原则在我国民事证据制度中的表现

1．当事人在民事诉讼中负举证责任。

2．当事人是调查收集证据的主要主体。

（1）法院主动调查收集的证据包括：①涉及可能有损国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实；②涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

（2）当事人可以申请法院调查收集证据包括：①申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案资料；②涉及国家秘密、商业秘密个人隐私的材料；③当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他材料。

3．在质证程序中，当事人是唯一的主体。

第二节　直接言词原则

一、直接言词原则的概念

直接言词原则是直接审理原则与言词原则的合称，直接审理原则是与按他人的审理结果进行裁判的见解审理原则相对立的，指的是判决只能由直接参加法庭调查、听取法庭辩论的审判人员亲自作出。言词原则又称言词审理主义，它是与书面审理原则相对而言的，从诉讼角度看，它是指在庭审过程中，当事人以及法院的诉讼行为，特别是质证、辩论、证据调查、都要以言词的形式进行。

二、直接言词原则在我国证据制度中的贯彻

从我国诉讼制度的现实状况来看，直接言词原则的实现还存在以下几个方面的障碍：

1．对证人出庭作证缺乏有效的保护与制约机制。

2．审判委员会评议案件的作法违背了直接言词原则。

3．单位作证的规定违反了直接言词原则。

第三节　自由心证原则

一、自由心证原则的含义

自由心证原则是指法官对证据证明力依据理性和良知原则自由裁断之，不受预先存在之规则的限制。它是资产阶级革命胜利后的成果，是对法定证据制度的直接否定。

二、自由心证原则在我国民事诉讼法上的体现

《民事证据规则》第 64 条规定，审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法律职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力的大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。从实质上承认了自由心证原则。

复习与思考题

1．阐述当事人主导原则在民事证据制度中的体现。
2．简述直接言词原则的含义。
3．什么是自由心证原则？

第五章　民事证据的基本制度

教学目的与要求：

1．掌握举证时限制度的概念、意义以及我国民事证据法中关于举证时限的规定。

2．掌握我国民事证据法中关于证据交换制度的规定。

3．我国民事证据法中关于证人出庭作证的规定。

4．了解英美法系国家的证据开示制度。

第一节　举证时限制度

一、举证时限的含义

举证时限是指按照法律规定或法院指定，当事人必须在一定的期间内提出证据，否则就会导致不利的法律后果。在民事诉讼中对当事人提出证据的时间加以限定具有以下几个方面的意义：

1．避免当事人恶意拖延诉讼，节约司法资源。

2．切实落实举证责任。

3．保证双方当事人力量的均衡，实现平等对抗。

4．切实落实我国民事诉讼法关于审级制度的规定。

二、《民事证据规定》中关于举证时限制度的具体规定

1．举证时限的确定

举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于三十日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

2．举证期间的延长和重新指定

（1）举证时限的延长指当事人由于客观原因无法在举证时限届满前提交证据，因此向法院提出申请，经法院审查允许当事人延长举证时限。但是，当事人的申请必须在举证期限内向法院提出。

（2）举证期限的重新指定是指法院指定举证期限后，因出现了特殊情形，法院为当事人重新指定举证期限。根据《民事证据规定》第 36 条的规定，在诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实做出的认定不一致的，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

三、不受举证期间制约的“新证据”

1．一审中的“新证据”

（1）当事人在举证期间届满后新发现的证据。

（2）当事人确因客观原因无法在举证期间内提供，经法院允许，在延长的期间内仍无法提供的证据。

2．二审中的“新证据”：

（1）一审庭审结束后新发现的证据；

（2）当事人在一审举证期间届满前申请人民法院调查取证未获允许，二审法院经审查认为应当允许并经当事人申请调取的证据。

二审中提出新证据应当在开庭审理前或开庭审理时提出。二审不开庭审理的，应当在法院指定

的期间内提出。

3．再审程序中的新“证据”

再审中提出新证据应当在申请再审时提出。

4．视为“新证据”

当事人被允许延期举证，但因客观的原因未能在合理的期限内提供，且不审理该证据将导致裁判明显不公的，其提供的证据可视为“新证据”。

四、举证时限届满的法律后果

当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

第二节　证据开示制度

一、证据开示制度的含义和功能

1．证据开示制度的含义

证据开示是英美法系国家审前程序的重要内容，是指民事案件的当事人或代表民事案件当事人的律师，通过询问证人、审查物证等其他方法从另一方获得与案件有关的事实情况和其它信息，从而为审判作准备。

2．证据开示制度的功能

一般认为证据开示制度设置的目的有五点：争点之整理、明确化；法院审理之准备；证据保全；和解之促进、成立；使诉讼之提起、进行容易化。

二、我国民事诉讼中的证据交换制度

我国《民事诉讼法》中没有证据开示程序的规定，但是最高人民法院颁布的《民事证据规定》中规定了证据交换制度，该制度部分地实现了证据开示的功能。证据交换是指于诉讼答辩期届满之前，在人民法院的主持下，当事人之间相互明示其持有的证据的行为和过程。

1．证据交换制度的开始方式

经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

2．证据交换的时间

（1）证据交换的时间可以由当事人协商并经法院认可，也可以由法院指定。

（2）对于证据较多或者重大疑难的案件，证据交换的时间应当在答辩期届满后，开庭审理之前。

（3）当事人在收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

第三节　证人作证制度

一、证人的资格

证人的资格也称证人的适格性，指由法律规定的证人作证应当具备的条件。

现代关于证人作证资格的限制主要有两个方面：

（1）对案件事实有所感知。证人必须知道案件情况。

（2）必须能够正确表达。

根据我国《民事诉讼法》第 70 条的规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。”因此，在我国，证人包括自然人与单位两类。其中，自然人既包括中国人，也包括外国人和无国籍人。

但是，在我国，下列人员一般不得作为证人：

1．不能正确表达意志的人。

2． 诉讼代理人。

3 、办理本案的法官、书记员、鉴定人、翻译人员、勘验人员。

二、证人出庭作证的义务

在我国，《民事证据规定》第五十四条第三款规定：证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

根据《民事证据规定》的规定规定，证人在以下情况下可以不出庭作证：

1．年迈体弱或者行动不便无法出庭的；

2．特殊岗位确实无法离开的；

3．路途特别遥远，交通不便难以出庭的；

4．因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；

5．其他无法出庭的特殊情况。

复习与思考题

1．阐述举证时限制度的概念与意义及我国民事证据法中关于举证时限的规定。

2．简述我国的证据交换制度。

3．简述证人的适格要件。

第六章　证明与证明对象

教学目的与要求：

1．掌握民事诉讼证明的概念与特征。

2．掌握民事诉讼证明对象的概念与范围。

3．掌握民事诉讼中免于证明的事实。

第一节　证明

一、证明的概念与特征

民事诉讼中的证明就是当事人运用证据材料阐明系争事实，论证诉讼主张的活动，它具有以下特征：

1．当事人是民事诉讼中的证明主体。

2．民事诉讼证明的客体即证明对象是民事争议所涉及的事实或法律问题。

3．民事诉讼中的证明必须按照法定的程序、范围和方法进行。

二、证明的构成要素

民事诉讼中的证明由证明的主体、证明对象和证明的程序三要素构成。

第二节　民事诉讼中的证明对象

一、证明对象的概念

在民事诉讼过程中，凡是需要当事人用证据加以证明的事实就是证明对象。

二、民事诉讼中证明对象的范围

1．实体法事实

需要由当事人用证据加以证明的实体法事实可以进一步划分为关于民事法律关系发生、变化和消灭的事实以及发生民事争议的事实两个组成部分。

2．程序性事实

作为民事诉讼中证明对象的程序性事实是指能够引起民事诉讼法律关系发生、变更或消灭的事实。

3．证据性事实

按照学理上对证据的分类，证据可以分为直接证据和间接证据两种类型，直接证据是能够直接反映案件主要事实的证据，与案件事实有某种程度的重合，所以不能成为证明对象；间接证据则不能单独证明案件的主要事实，而是必须与其他证据结合起来才能起到证明作用，所以间接证据属于需要证明的证据，当运用间接证据证明案件的主要事实时，间接证据本身就会成为证明对象。

4．外国法律和地方性法规、习惯

由于我国幅员辽阔，各级地方政府在本行政区域内制定的地方性法规或当地通行的习惯则不一定为法官所了解，因此为了审理民事案件的需要，地方性法规和习惯应当成为证明对象。

在审理涉外案件的过程中，如果一方当事人主张援引某一外国法律来解决纠纷，则对该外国法的内容，应当作为证明对象，由主张方加以证明。

三、免于证明的事实

根据民事诉讼法的规定，对特定的事实无需当事人证明之，而由法院直接予以认定，这类事实就是免于证明的事实。

在我国民事诉讼中，属于免于证明的事实有以下几类：

1．当事人于诉讼上自认的事实

诉讼上的自认指当事人或其代理人在诉讼程序进行的过程中，承认对方当事人所主张的事实为真实，在这种情况下，对方当事人无须提出证据证明之。自认应具备以下几个要件：

（1）当事人自认的时间必须发生在口头辩论或准备程序中。

（2）当事人的自认必须针对法律允许自认的事实，而不能针对另一方提出的诉讼请求或法律、法规、法律的解释。

（3）自认的事实必须对作出自认的一方当事人不利。

（4）自认必须采用法律认可的方式。

（5）自认必须就对方当事人主张的事实而进行。

2．众所周知的事实

众所周知的事实是指在一定的时间和地域范围内为受理案件的法官和一般社会成员所共知的事实。

3．自然规律及定理

自然规律是对客观事物的性质或其发展规律的反映，具有科学性。定理是在科学上被证明为正确的，规律性的命题或原则。各种自然科学上的定理由于是被社会生活实践和科学技术证明的真理，因此无须当事人举证证明。

4．推定的事实

根据法律规定或者日常生活的经验从已知的事实经过推论推断出的另一事实的思维活动就是推定。推定可以分为事实上的推定与法律上的推定两类。

事实上的推定是法官根据已经知道的事实推论出另一事实。事实上的推定具有高度的概然性，因此主张事实存在的当事人不承担举证责任，但是如果对方当事人提出了充分的证据证明推定的事实不存在，该推定无效。

法律上的推定又进一步可以分为法律上的事实推定和法律上的权利推定两类，前者指法律明确规定当某一事实存在时可以推知另一事实存在。后者指法律对于某种权利或法律关系是否存在直接加以推论的情况。此，只要作为推定前提的事实成立，推定就能成立。

5．已为法院生效裁判确认的事实

由于人民法院的生效判决和裁定具有既判力，对于当事人之间的权利义务关系及法律事实的确认具有终局的效力，因此，对于已生效判决中记载的事实，无须当事人加以证明。

6．已为仲裁机构生效的仲裁裁决确认的事实

按照我国法律的规定，仲裁机构作出的生效的仲裁裁决与法院的生效判决具有同等的法律效力。因此，仲裁机构在已经生效的仲裁裁决中确认的事实理应得到当事人和人民法院的尊重。

7．已为有效的公证文书所证明的事实

依据我国《民事诉讼法》第 67 条规定，经过法定程序公证证明的法律行为或法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但是有相反的证据足以推翻公证证明的除外。

复习与思考题

1．什么是民事诉讼中的证明？它具有那些特征？由哪些要素构成？
2．什么是证明对象？民事诉讼中的证明对象有哪些？
3．我国民事诉讼中免于证明的事实有哪些？
4．当事人于诉讼上的自认的构成要件有哪些？

第七章　举证责任

教学目的与要求：

1．掌握证明责任的概念与特征。

2．了解证明责任分配的各种学说。

3．掌握我国民事诉讼中证明责任分配的规则。

4．掌握证明责任倒置的概念与意义以及我国民事诉讼中关于证明责任倒置的规定。

第一节　证明责任的概念

一、证明责任的概念与法律性质

1．证明责任的概念

证明责任是指诉讼当事人就诉讼上特定的待证事实，根据法律规定提出证据加以证明，并在事实真伪不明时所应承担的责任。

2．证明责任的性质

证明责任是一种特殊的法律责任，是在事实真伪不明的情况下，当事人负担的败诉风险。

第二节　证明责任的分配

一、证明责任分配的主要学说

证明责任的分配，是指按照一定的标准，将不同法律要件事实的证明责任，在双方当事人之间预先进行分配，使原告对其中的一部分事实负有证明责任，被告对另一部分事实负有证明责任。

关于证明责任的分配主要形成了以下学说：

1．待证事实分类说。待证事实分类说的特点是着眼于待证事实本身的性质。依据诉讼中有待证明的事实本身的性质，将待证事实是否有可能得到证明以及证明的难易程度来分配证明责任。该说又可进一步分为消极事实说和内界事实说。

2．法规分类说。法规分类说依据实体法规定的法律要件的不同类型分配证明责任。

二、我国民事诉讼中证明责任的分配规则

1．我国民事诉讼中证明责任分配的一般规则

（1）凡主张权利或法律关系存在的当事人，应当对作为该权利或法律关系构成的要件事实负证明责任，不必对不存在权利妨碍要件事实承担证明责任。否认权利或事实存在的当事人应当对存在权利或法律关系妨碍要件事实承担证明责任。

（2）凡主张权利或法律关系已经或者应当变更或消灭的当事人，应当对变更或消灭权利或法律关系的事实负证明责任，主张阻碍权利变更或法律关系消灭的事实不存在的当事人应当对其主张承担证明责任。

（3）凡主张权利受制的当事人，应当对排除权利行使的事实负证明责任。

2．《民事证据规定》第 5 条、第 6 条对于合同案件、劳动争议案件证明责任分配的具体规定

《民事证据规定》第 5 条第 1 款规定：“在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事

人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。” 第 2 款规定：“对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。”第 3 款规定；“对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。”

《民事证据规定》第 6 条规定：“在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。”

3．民事诉讼证明责任分配的司法裁量权

《民事证据规定》第 7 条赋予了法官分配证明责任的司法裁量权，即“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任的承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”

第三节　举证责任的倒置

一、举证责任的倒置

举证责任的倒置，是指在一定情形下，不按照举证责任分配规则决定某个案件中举证责任的分配，而是实行相反的规则，将原来由一方当事人负担的举证责任转由另一方当事人承担。举证责任的倒置实际上是将真伪不明的风险在当事人之间重新分配。

二、立法对举证责任倒置的规定

我国民事诉讼法中举证责任的倒置主要体现在《民事证据规定》第 4 条，该条针对某些特殊案件中的证明责任分配问题做了具体的规定，包括：

（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；

（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；

（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；

（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；

（六）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；

（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。在这一法律条文中，第（一）、（三）、（四）、（七）、（八）项属于举证责任倒置的规定。

复习与思考题

1．简述举证责任的概念与性质。

2．阐述我国民事诉讼中关于举证责任分配的规定。

3．什么是举证责任的倒置？该制度在我国民事诉讼法中是怎样体现的？

第八章　证明标准

教学目的与要求：

1．掌握证明标准的概念。

2．掌握我国民事诉讼法关于举证责任的规定。

3．了解关于民事诉讼证明标准的理论争议。

一、证明标准的概念

证明标准是指为了避免遭到于己不利的裁判，负有证明责任的当事人履行其责任必须达到法律所要求的程度。

二、两大法系国家关于民事诉讼证明标准的规定

1．英美法系国家民事诉讼中的证明标准

英美法系国家在民事诉讼中采取“盖然性占优”的证明标准。

2．大陆法系国家民事诉讼中的证明标准

在大陆法系国家，实行自由心证的证据制度。自由心证在证明标准的问题上体现为“高度盖然性标准”。

三、有关我国证明标准的学说的评介

1．客观真实说

客观真实是我国诉讼法所确认的证明标准。我国《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定，“人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据”，总之，诉讼法提出的证明要求是“事实清楚，证据确实、充分”。该学说的主要问题在于混淆了诉讼证明与科学证明的界限，对诉讼证明提出了不切实际的要求。

2．法律真实

针对客观真实的种种缺陷，有学者提出应将法律真实作为诉讼证明的标准，所谓“法律真实”是指在诉讼证明的过程中，运用证据对案件真实的认定应当符合实体法和程序法的规定，应当达到从法律角度认为是真实的程度。它之所以应当成为诉讼证明的标准是因为对案件事实的最终确定是法官源自于证据而形成的‘法律真实’。并且这种真实的确信是通过诉讼程序依据合法的证据形成的。[1]但是，法律真实究竟是一种怎样的真实，它与客观真实有何联系呢？主张法律真实者认为，客观事实向法律事实转化，必须达到“三统一”，即证据自身统一，证据与证据统一，证据与案件统一，这实际上又回到了客观真实的标准上，法律真说陷入了循环论证，没有从根本上回答证明标准的问题。

3．相对真实

《民事证据规定》第 73 条第 1 款规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。”该规定反映了相对真实说的精神本质。

[1]毕玉谦著：《民事证据法及其程序功能》，法律出版社，1997 年版，第 76-78 页。

复习与思考题

1．什么是证明标准？

2．我国民事诉讼法对证明标准是如何规定的？

第九章　民事证据的法定分类

教学目的与要求：

1．掌握我国民事诉讼法对证据的分类。

2．掌握各种类型的证据的概念与特征。

3．了解不同证据的审查与判断规则。

第一节　书　证

一、书证的概念与特征

所谓书证、是指以文字、符号、图形等表达的思想内容对案件事实起证明作用的证据。

书证具有以下特征：

1．书证是以材料记载的思想内容来证明待证事实的。

2．书证的思想内容必须通过一定的物质载体表现出来。

3．书证一般能够起到较好的证明效果，往往能够直接证明案件的主要事实。

二、书证的分类

1．以书证记载的内容及其法律后果不同为标准

按照书证的内容及其法律后果不同，可以将书证划分为处分性书证与报道性书证两种。

处分性书证，是指具有确立、变更或消灭某一特定法律关系的内容书证。比如合同书、结婚证书、离婚证书等。报道性书证，是指只是记载了某种具有法律意义的事实，不能引起民事法律关系发生、变更或消灭的书证，如普通的信件，档案等。

2．以书证制作主体不同为标准

按照书证制作主体的不同，可以将书证划分为公文书和非公文书。

公文书，是指国家机关或者由具有公信权限的机构制作的文书，如判决书、裁定书、公证书、会计师事务所出具的验资报告等。非公文书，是指公民个人、企事业单位和不具有公信权力的社会团体制作的文书。

3．以书证的制作是否必须具备特定的形式要求为标准

以书证的制作是否必须具备特定的形式要求为标准，可以将书证划分为普通形式的书证与特殊形式的书证两种。

普通形式的书证，是指对形式和手续没有特定要求的书证。特定形式的书证，是指法律规定必须具备一定形式或履行一定手续的书证。

4．以书证的来源的不同为标准

按照书证来源的不同，可以把书证分为原本、正本、副本、复印件和节录本。

原本（或称原件）是指文件制作人最初制成的文本。正本是指按原本抄录或印制，与原本具有相同效力的文本。副本是该文书的全部内容照原本制作，对外具有与原本同样效力的文书。复印件是指用复印的手段制作的材料。节录本（或称节本），是指摘抄了原本文件部分内容的文本。

三、书证的审查与判断

1．对书证真实性的审查与判断

书证真实性的审查应当主要集中于审查书证的制作过程中是否存在伪造和变造的情况。

对书证的真实性进行审查还应当查清书证记载的思想内容是否反映了案件的真实情况，书证的制作人在制作书证的过程中有无受到暴力威胁、胁迫、利诱、欺骗的情况。

2．对书证关联性的审查与判断

不同的书证由于记载的思想内容不同，因此与案件事实的关联性也不同。具有使法律关系发生、变更和消灭作用的书证属于处分性书证，当书证所记载的法律关系的状况成为案件争议的主要事实时，该书证可以起到直接的证明作用，属于直接证据，其与案件事实之间的关联性表现为直接联系，法院可以根据该证据直接认定案件事实。

不具有使法律关系发生、变更和消灭作用的书证属于报道性书证。此类书证在多数情况下不能形成直接证据，只有与其他证据结合使用，才能对案件事实起到证明作用。

3．对书证合法性的审查与判断

对于某些特殊形式的书证，必须由法定的主体按照法定的程序制作才具有证明力。

此外，还应审查书证所记载的内容是否存在错误，是否与国家的法律、法规相抵触。

第二节　物　证

一、物证的概念与特征

1．物证的概念

物证是以其外形、质量、数量、特征等客观存在来证明案件事实的实体物或痕迹。

2．物证的特征

（1）物证是以其外部特征、内在属性以及其存在的位置、状态等对案件事实起证明作用的证据。

（2）物证具有较强的客观性与稳定性。

（3）物证与待证事实之间的关联性差。

二、物证的分类

1．以物证外观形态不同为标准

以物证的外观形态为标准，可将物证划分为固体物证、液体物证、气体物证和无形物证。

2．以物证是否具有可以替代性为标准

以物证是否具有可以替代性为标准，可以将物证划分为种类物证和特定物证。

3．以人们发现或认识物证所依赖的感官不同为标准

以人们发现或认识物证所依赖的感官不同，可以将物证划分为视觉物证、触觉物证、味觉物证、听觉物证。

三、物证与书证的区别

1．书证具有一定的思想内容，并以此证明案件事实，物证本身不具有思想内容，而是以其存在、外型、特征等证明案件事实。

2．法律对某些书证的形式有特殊的要求，只有符合法律的要求的书证才能起到证明作用，但是法律对物证的形式则没有特殊的要求。

3．书证只要保持完好，在相当长的一段时间内都可以起到证明作用。而物证随着时间的推移、环境的变化有变质、损毁、灭失的可能。

四、物证的审查与判断

1．对物证真实性的审查与判断

首先，应当查明物证是原物还是复制物。其次，应当查明物证是否经过伪造、变造。最后，还应当审查物证的提取、保存手段是否可能改变了物证的物理、化学特征。

2．对物证关联性的审查与判断

对物证关联性的审查就是要查明某一物证的存在是否对审理者认定案件事实具有实质性的帮助。

3．物证合法性的审查与判断

对物证的合法性进行审查应当确定物证的来源以及收集的程序是否合法。

第三节　视听资料

一、视听资料的概念与特征

1．视听资料的概念

视听资料，是指利用录音、录像或电子计算机储存的数据和资料来证明案件真实情况的一种证据。

2．视听资料的特征

（1）生动形象。

（2）储存信息量大，易于保存、携带。

（3）容易被伪造。

二、视听资料的分类

以制作视听资料的手段为标准，视听资料时以划分为录音资料、录像资料、电脑资料和其他电子音像资料。

三、视听资料与书证、物证的区别

视听资料与书证虽然都以一定的思想内容来证明案件事实。但是，视听资料是以音响、图像、数据反映的内容，而不是以文字、符号表达的内容证明案件事实；视听资料可以以动态和静态两种方式证明案件事实，而书证只能以静态方式证明案件事实。

视听资料由于离不开一定的物质载体，因此从外观上，视听资料也表现为一定的物质形式。但是，与物证不同，视听资料是以其记载的图象、声音、色彩等对案件事实起证明作用的，而物证则是以其外部特征、物理或化学状态对案件起证明作用；视听资料可以以动态和静态两种方式证明案件事实，而物证只能以静态方式证明案件事实；视听资料往往可以形成直接证据，直接、单独地证明案件主要事实，而物证一般属于间接证据，只能证明案件事实的一个情节或片段。

四、对视听资料的审查与判断

1．对视听资料真实性的审查与判断

法官在审查视听资料的真实性的时候，可以采用重放、慢放、放大、定格等简单方法，也可以借助专门的技术手段，以确定视听资料是否经过当事人的伪造、篡改。对视听资料真实性的审查还应当确定制作、储存视听资料的技术、设备是否足以保证记录内容的准确性。

2．视听资料关联性的审查与判断

视听资料的关联性决定着视听资料能否被采纳以及对证明案件事实发挥的作用的大小。

视听资料合法性的审查与判断

对视听资料合法性进行审查具有重要的实践意义。按照《民事证据规定》，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第四节　证人证言

一、证人证言的概念与特征

1．证人与证人证言的概念

证人是指就其感知的案件真实情况向人民法院作证的人。证人证言则指证人就其所感知的情况在民事诉讼过程中向审判人员所做的陈述。

2．证人证言的特征

（1）证人证言具有不可替代性。

（2）虚假、失实的可能性大。

（3）具有较好的证明效果。

二、证人的范围与资格

1．证人的范围

在我国，证人包括自然人与单位两类。

2．证人的资格

证人必须具备以下两个条件才能作证：（1）对案件事实有所感知。证人必须知道案件情况，这是证人作证的首要条件。（2）必须能够正确表达。

三、证人的权利与义务

1．证人的权利

（1）使用本民族的语言文字提供证言的权利。

（2）补充、更正笔录权。

（3）受到保护权。

（4）获得补偿权。

2．证人的义务

（1）按时出庭作证的义务。

（2）如实陈述的义务。

（3）保守秘密的义务。

四、证人证言的审查与判断

1．对证人证言真实性的审查与判断

（1）对证人证言进行审查判断应当首先审查证人是否具备作证的资格。

（2）对证人证言进行审查判断还应当审查证人证言形成的过程。

（3）对证人证言进行审查判断还应当审查证人与当事人或与案件是否有利害关系。

（4）还应当审查证人是否有受到胁迫、收买而作假证的情况以及证人的品格、操行是否会对证言的真实性造成影响等等。

2．对证人证言关联性的审查与判断

《民事诉讼法》对意见证据的使用没有作出规定。但是，根据《民事证据规定》第 57 条，出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实……证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

3．证人证言合法性的审查与判断

对证人证言的合法性进行审查应当集中审查证人证言在形成的过程中是否存在违反法律规定的情况。

第五节　当事人陈述

一、当事人陈述的概念与特征

1．当事人陈述的概念

当事人陈述是指当事人在诉讼中就与案件有关的事实，向法院所作的陈述。

2．当事人陈述的特征

（1）如果当事人能够客观地陈述案件事实，往往能够对事实的认定起到重要的作用。

（2）当事人由于与案件的处理结果有利害关系，因此在诉讼过程中往往只陈述对自己有利的事实，不陈述对自己不利的事实。

二、当事人陈述的效力

按照当事人陈述内容的不同，在我国民事诉讼中，当事人的陈述分别产生以下效力：

1．无需对方当事人证明的效力。《民事证据规定》第 8 条规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”“对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”

2．具有证据效力。当事人所作的对自己有利的陈述，经其他证据证明为真实后，法院可以将当事人的陈述作为认定案件事实的根据之一。

3 不具有证据效力。《民事证据规定》第 76 条规定：“当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。”

三、当事人陈述的分类

1．当事人的确认性陈述是指当事人以事实为依据，主张某一案件事实存在的陈述。

2．否认性陈述是指当事人在诉讼过程中所作的否认某一事实存在的陈述。

3．当事人的承认性陈述也称当事人的自认，是指当事人对对方当事人提出的于己不利的事实明确予以认可或不加争执。

四、当事人陈述的审查与判断

在民事诉讼中，对于当事人陈述应当主要审查当事人是否基于不良动机或目的，向法院提供了虚假的陈述。

对于当事人的陈述，应当结合案件中的其他证据，审查判断当事人陈述与其他证据有无矛盾之处，是否可以相互印证。

第六节　鉴定结论

一、鉴定结论的概念与特征

1．鉴定结论的概念

所谓鉴定结论，是指鉴定人运用专门知识，根据案件材料，对案件所涉及的专门性问题进行分析鉴别后做出的结论。鉴定人则是指对所需要鉴定的问题具有专业知识，受法院指定或当事人聘请从事鉴定工作，提出鉴定意见的人。

2．鉴定结论的特征

（1）科学性、可靠性。

（2）鉴定结论针对的是事实问题而不是法律问题。

二、鉴定人与证人及专家辅助人的区别

1．鉴定人与证人的区别

（1）是否需要专业知识不同。

（2）了解案件事实的时间不同。

（3）能否发生回避问题不同。

（4）是否具有可以替代性不同。

（5）向法庭提供的信息不同。

2．鉴定人与专家辅助人的区别

（1）参加诉讼的根据不同。

（2）在诉讼中发挥的作用不同。

三、鉴定人的选任

我国的鉴定人选任制度，综和了英美法系国家和大陆法系国家的特点，对鉴定人的选任有以下几种方式：

1．法院依职权确定。我国《民事诉讼法》第 72 条第 1 款规定：“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”

2．当事人协商确定。《民事证据规定》第 26 条规定：“当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定。”

四、鉴定人的权利和义务

1．鉴定人的权利

（1）有权了解鉴定所需要掌握的材料，必要时可以询问当事人、证人，进行现场勘验。

（2）有权独立地提出鉴定意见。

（3）有拒绝鉴定权。

（4）有权要求给付必要的鉴定费用和劳务报酬。

2．鉴定人的义务

（1）客观、公正地进行鉴定的义务。

（2）提交鉴定结论，出庭接受质证和审查的义务。

五、鉴定结论的提出、审查及效力

1．鉴定结论的提出

鉴定人在接受鉴定任务后应当及时提交鉴定结论，鉴定结论应当采用书面形式，鉴定部门和鉴定人应当在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

2．鉴定结论的审查

法院对鉴定结论的审查应当从鉴定机构和人员的资格、能力，鉴定所依据的知识和技术，鉴定的程序等方面对鉴定结论的客观性、关联性和合法性作出判断。

鉴定人应当亲自出庭接受当事人和法院的询问。

3．鉴定结论的效力

经法院审查符合法律规定的鉴定结论可以作为认定案件事实的依据。

根据《民事证据规定》第 27 条规定，当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，只有在提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院才予准许：

1．鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；

2．鉴定程序严重违法的；

3．鉴定结论明显依据不足的；

4．经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对于不属于上述情况的鉴定结论，不予重新鉴定。但是确实存在缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决。

第七节　勘验笔录

一、勘验笔录的概念和特征

1．勘验笔录的概念

勘验笔录是指法院的审判人员在诉讼过程中对与案件有关的物品或现场进行查验、测量、拍照后制作的笔录。

2．勘验笔录的特征

（1）勘验笔录具有较强的客观性。

（2）勘验笔录具有综合的证明力。

二、勘验笔录的制作

勘验笔录应当由人民法院的工作人员主持制作。人民法院在进行勘验的过程中可以根据需要邀请具有专业知识的人员协助工作。

三、勘验笔录的审查与判断

1．勘验笔录作为一种法定的证据形式，必须经过人民法院查证属实，才能作为认定事实的依据。

2．对勘验笔录的审查与判断首先应当确定实施勘验的主体是否符合法律的规定。

3．还应当审查勘验的程序是否合法。

4．还应当审查被勘验的物品和现场是否受到人为的或自然力的破坏。

复习与思考题

1．简述书证的概念与特征。
2．什么是物证？物证与书证有何区别？
3．简述证人证言的概念与特征。
4．简述当事人陈述的效力。
5．简述视听资料的概念与特征。
6．简述我国《民事证据规定》中关于重新鉴定问题的规定。
7．简述勘验笔录的概念与特征。

第十章　民事证据的运用程序

教学目的与要求：

1．掌握证据保全的概念、种类与方法。

2．掌握质证的概念、主体、客体、内容模式和程序。

3．掌握认证的概念、对象与方法。

第一节　证据的保全

一、证据保全的概念

民事诉讼证据保全，是指在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，人民法院或其他有权采取保全措施的机关，根据当事人及其诉讼代理人的申请或者依职权主动采取一定措施对证据加以固定的调查取证措施。

二、证据保全的种类

证据保全在民事诉讼中有诉讼证据保全和诉前的证据保全两种形式。

1．诉讼中的证据保全，是指在诉讼进行中，证据有可能灭失或以后难以取得的情况下，法院采取的固定和保护证据的制度；

2．诉前证据保全，是指在起诉之前，人民法院以外的其他有权采取保全措施的机关根据利害关系人的申请，对可能灭失或者以后难以取得的证据予以提取、保存或者封存的制度。

三、证据保全的程序与方法

（1）申请　当事人在遇到证据有可能灭失或以后难以取得的情况下，可以向人民法院以及其他有权采取保全措施的机关提出证据保全的书面申请。

人民法院在诉讼过程中也可以无须当事人申请，依职权主动采取保全措施。

（2）审查　人民法院在接到当事人的保全申请以后，应当进行审查，认为符合证据保全的条件的，做出准予证据保全的裁定书，认为不符合证据保全条件的，裁定驳回申请。

（3）证据保全的方法　人民法院在对证据采取保全措施时，应当根据不同种类的证据有针对性地采取相应的证据保全方法。常见的证据保全方法有笔录、录音、照相、录像、提取实物、查封、扣押等方法。对证人证言的保全，一般采用录取证言的方法，也可以用录音、录像的方法。

第二节　质　证

一、质证的概念

质证是民事诉讼中的一个重要的环节，它是指在法庭审理过程中双方当事人在法官的主持下，采用询问、辨认、质疑、辩驳、核实等方式对证据的效力进行质辩的诉讼活动。

二、质证的主体

质证主体指有权在质证程序中向法庭出示证据，对证据提出质疑、反驳的行为人。

在我国民事诉讼中，质证应当在当事人之间进行，而不应当在当事人与法官之间进行，法官在

质证程序中的作用仅体现在组织和保障质证程序有序进行方面。具体而言，有权参加质证的当事人包括原告、被告、第三人以及诉讼代表人。

三、质证的客体

质证的客体是指在质证程序中应当由当事人出示的并允许对方当事人提出质疑、反驳的证据的范围。具体而言，民事诉讼的质证客体包括双方当事人之间有争议的证据材料和人民法院调查收集的证据材料。

四、质证的内容

《民事证据规定》第 50 条规定：“质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。”

五、质证的模式

英美法系国家强调当事人在质证程序中的主导地位，用交叉询问的方式进行质证。大陆法系国家则强调法官在质证过程中的主导作用，在询问方式上，一般采用以法官询问为主，当事人询问为辅的方式。

我国的《民事证据规定》所确立的质证模式是：以当事人为主导，证据主要当事人出示，并且由当事人进行质证。法院在质证程序中起组织、管理质证程序和引导当事人及律师围绕证据的“三性”及证明力的有无、大小问题进行质证的作用。

六、质证的程序

最高人民法院的《民事证据规定》第 51 条第 1 款对质证的程序作出了明确的规定，我国民事诉讼中的质证可以分为以下三个环节：

1．出示证据。出示证据指承担举证责任的当事人将证据展示给法官和对方当事人的诉讼活动。

2．辨认证据。一方当事人出示证据后，应当交由另一方当事人进行辨认。经过辨认后如果没有异议的，可以记录在案，无须做进一步的质证。对当事人有异议的证据，应当允许提出质疑。

3．质疑和反驳。当事人对证据进行辨认后，可以针对证据的客观性、关联性与合法性提出质疑。在质疑方提出质疑后还应当允许出示证据的一方当事人对质疑提出反驳意见。

质证可以采取多种方法进行，既可以一证一质，逐个进行，也可以将多个证据综合起来进行质证。

第三节　认　证

一、认证的概念

认证是指审判人员在当事人双方质证、辩论后，对庭审中出示的证据材料的客观性、关联性、合法性进行分析判断，从而确认其能否成为案件定案根据的诉讼活动。

二、认证的对象

对证据的认定，应当针对证据的客观性、关联性与合法性以及证明力的有无及大小，符合“三性”要求的证据可以成为法院认定事实的依据。

三、认证的方法

1．认证方法的一般原则

《民事证据规定》第 64 条规定：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”

《民事证据规定》第 66 条规定：“审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。”

2．最佳证据规则

《民事证据规定》第 10 条规定，当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。作为最佳证据规则的例外，《民事证据规定》第 49 条规定：“对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外： （一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；（二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。”

3．单一证据的认证规则

《民事证据规定》第 65 条规定：“审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：（一）证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；（二）证据与本案事实是否相关；（三）证据的形式、来源是否符合法律规定； （四）证据的内容是否真实；（五）证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系。”

《民事证据规定》第 76 条规定：“当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。”

4．综合认证规则

《民事证据规定》第 66 条规定：“审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。”

5．证明力的审查与判断规则

（1）不同证据的证明力的审查与判断规则

《民事证据规定》对不同证据的证明力作出了原则性的规定。《民事证据规定》第 79 条规定：“人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。”

（2）具有完全证据力的证据

我国的《民事证据规定》第 70 条规定：“一方当事人提出的下列证据，对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的，人民法院应当确认其证明力：

（一）书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本；

（二）物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等；

（三）有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件；

（四）一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。”

《民事证据规定》第 71 条规定：“人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，可以认定其证明力。”

（3）相反证据的证据力的确认

《民事证据规定》第 72 条规定：“一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。一方当事人提出的证据，另一方当事人有异议并提出反驳证据，对方当事人对反驳证据认可的，可以确认反驳证据的证明力。”

《民事证据规定》第 73 条第 1 款规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。”

《民事证据规定》第 73 条第 2 款规定：“因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据证明责任分配的规则作出裁判。”

6．补强证据规则

补强证据规则，是指某一证据材料不能单独作为认定案件事实的依据，只有在其他证据材料佐证补强的情况下，才能作为案件的定案证据。《民事证据规定》第 69 条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：

（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；

（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；

（三）存有疑点的视听资料；

（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；

（五）无正当理由未出庭作证的证人证言。”

7．证据合法性规则

《民事证据规定》第 68 条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”

此外，按照《民事证据规定》的要求，法官判断和认定证据的心证必须公开．必须公开形成心证所依据的证据以及证明过程和结果。还应阐明对证据采信或不采信的理由，以供当事人和上级人民法院进行监督。

复习与思考题

1．简述证据保全的概念与种类。

2．论质证。

3．简述认证的对象与方法。

参考文献目录

一、中文类

1．陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》，中国政法大学出版社 1996 年版。

2．江伟著：《证据法学》，法律出版社，1999 年版。

樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社，2001 年版。

3．陈桂明著：《诉讼公正与程序保障》，中国法制出版社 1996 年版。

4．何家弘主编：《新编证据法学》，法律出版社 2000 年版。

5．毕玉谦著：《民事证据法及其这种真实的确信是通过诉讼程序依据合程序功能》,法律出版社 1997 年出版。

6．毕玉谦著：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社 1999 年版。

7．叶自强著：《民事证据研究》，法律出版社 1999 年版。

8．（台湾地区）骆永有著：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆，1981 年第 3 版。

9．（台湾地区）李学灯著：《证据法比较研究》，台湾五南图书版公司 1992 年版。

10．（台湾地区）陈玮直著：《民事证据法研究》，台湾新生印刷厂印刷，1970 年版。

11．（台湾地区）周叔厚著：《证据法论》，三民书局 1995 年第 3 版。

12．吴宏耀、魏晓娜著：《诉讼证明原理》， 法律出版社，2002 年版。

13．沈达明著：《英美证据法》，中信出版社，1996 年版。

14．刘善春等著：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社，2000 年版。

15．刘金友主编：《证据理论与实务》，法律出版社 1992 年版。

16．（美）理查德.A.波斯纳著：《证据法的经济分析》，徐昕、徐昀 译，中国法制出版社，2001 年版。

17．（美）乔恩.R.华尔兹著：《刑事证据大全》，何家弘译，中国人民公安大学出版社，1983 年版。

18．（美）摩根著：《证据法之基本问题》，李学灯译，世界书局，1982 年版。

19．（美）达马斯卡著:《漂移的证据法》，李学军等译,中国政法大学出版社,2003 年版.

20．何家弘、张卫平等编译：《外国证据法选译》（下），人民法院出版社，2000 年版。

21．卞建林译：《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社，1996 年版。

二、外文类

1．Peter Murphy, Murphy on Evidence, Blackstone Press Limited, 2000.

2．Ronald L. Carlson, Marterials for the Study of Evidence, The Michie Company, 1983.

3．Kalven & H.Zeisel, The American Jury, Little, Brown & Co. 1966.

4．Peter Murphy, Evidence & Advocacy, Blackstone Dress Limited, 1990.

5．Leon Letwin, Evidence Law: Commentary, Problems and Cases, Mattew Bender & Co. 1986.

6．Allen Kuths, An Analytical Approach to Evidence, Little, Brown and Company, Boston, 1989.

7．Michael H.Graham, Evidence National Institute for Trial Advocacy, Inc, Minnesota, 1983.

8．Plulf.Rothstin, Evidence: Cases, Materials and Problems, Marthew Bender, Co. Newyork, 1986.

9．Eric.D.Green, Charles.R.Nesson, Problems Cases and Matterials on Evidence, Little, Brownand company. Boston. 1983.

10．Rupert Cross, Cross on Evidence, Butterworths, 1979.

11．Hssein Safai, The Probative Value of Testimony in Private Law, by Kluwer Law Internatinal, 1995.

12．William Twining, Theories of Evidence, Bentham and Wigmore, Stanford University Press, 1985.

13．Daniel Hall, Criminal Law and Procedure, LCP, 1992.

缩写索引

1. 《中华人民共和国民事诉讼法》简称《民事诉讼法》

2. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》简称《民诉法适用意见》

3. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》简称《民事证据规定》。

《罗马法》教学大纲

刘家安　编写

目　录

前　言 1046
教学进度安排 1046
教学目的和要求 1046
教学基本内容 1047
第一部分　导　论 1048
第一章　引　论 1048
第一节　罗马法的研究对象与研究意义 1048
一、罗马法的概念 1048
二、罗马法的研究对象 1048
三、学习罗马法的意义 1048
第二节　法的概念与分类 1049
一、法的概念 1049
二、分类 1049
复习与思考 1049
第二章　罗马法的历史 1050
第一节　罗马政体的历史演变 1050
一、王政时期（公元前 754－公元前 510） 1050
二、共和国时期（公元前 510－公元前 27） 1050
三、帝政前期（公元前 27－公元 284 年）——元首制 1050
四、帝政后期（公元 284 年－公元 565 年）——君主制 1051
第二节　罗马法的分期 1051
一、关于分期的各种学说 1051
二、古代时期 1051
三、前古典时期 1051
四、古典时期 1051
五、后古典时期 1052
复习与思考 1052
第三章　法律渊源与尤士丁尼立法 1053
第一节　罗马法的渊源 1053
一、法律渊源的概念 1053
二、习惯法（mores） 1053
三、法律（leges）和平民大会决议（plebiscita） 1053
四、执法官告示（Edicta magistratuum） 1053
五、元老院决议(senatusconsulta) 1053
六、皇帝谕令(constitutions principum) 1053
七、法学家的解释（interpretatio prudentium） 1054
第二节　尤士丁尼立法活动 1054
一、概述 1054
二、《法典》（*codex*）——C、CI 1054
三、《学说汇纂》（digesta o Pandectae）——D 1054

四、《法学阶梯》（*Institutiones*）——I 1054
五、《新律》（Novellae）——N 1055
复习与思考 1055
第二部分　诉　讼 1056
第一章　诉讼概述 1056
一、诉权与实体权利的关系：罗马法与现代法 1056
二、罗马诉讼制度的历史沿革 1056
复习与思考 1056
第二章　法定诉讼 1057
一、法定诉讼的基本特征 1057
二、宣誓诉讼（誓金之诉）——*sacramenti* 1057
三、申请任命承审员仲裁员诉讼（per iudeis arbitrive postulationem） 1057
四、请求返还诉（condictionem） 1057
五、拘押诉讼（per manus iniectionem） 1057
六、扣押诉讼（per pignoris capionem） 1058
第三章　程式诉讼 1059
一、概述 1059
二、程式诉讼的程序 1059
三、程式的内容 1059
四、讼诉的分类 1059
复习与思考 1060
第四章　非常诉讼 1061
一、程式诉讼的消亡 1061
二、非常程序的特点 1061
复习与思考 1061
第三部分　人　法 1062
第一章　人　格 1062
第一节　概　述 1062
一、罗马法上的人 1062
二、权利能力的构成 1062
第二节　自由身份 1062
一、自由身份：自由人与奴隶 1062
二、奴隶的法律地位 1062
三、奴隶特有产 1062
四、奴隶身份的终止 1063
第三节　市民身份 1063
一、概述 1063
二、市民 1063
三、拉丁人 1063
第四节　家族权 1064
一、概念 1064
二、自权人 1064
三、他权人 1064

第五节　人格的变更.....1064
一、意义.....1064
复习与思考.....1064
第二章　罗马家庭.....1065
第一节　家父权.....1065
一、罗马家庭的实质.....1065
二、家父权的构成.....1065
第二节　父　权.....1065
一、意义.....1065
二、父权的产生（罗马家庭对家子的接纳）.....1065
三、纯正的收养.....1065
四、自权人收养.....1065
五、收养的后果.....1065
六、尤士丁尼所作的改革——完全收养与不完全收养.....1066
七、父权的终止.....1066
第三节　罗马婚姻制度与夫权.....1066
一、婚姻的成立.....1066
二、婚姻的解除——离婚.....1066
三、夫权的取得.....1066
四、婚姻财产——嫁资.....1066
第四节　行为能力、监护和保佐.....1067
一、行为能力.....1067
二、未成年人监护.....1067
三、妇女监护.....1067
四、保佐.....1068
复习与思考.....1068
第四部分　物　法.....1069
第一章　概　述.....1069
一、物的概念.....1069
二、物权：与债权的区分.....1069
三、物的分类.....1069
复习与思考.....1069
第二章　所有权.....1070
第一节　所有权的概念.....1070
第二节　所有权的取得方式.....1070
一、原始取得的自然方式.....1070
二、市民法的原始取得方式——取得时效（*usucapio*）.....1070
三、市民法的继受取得.....1070
四、万民法的继受取得方式——让渡（*traditio*）.....1071
第三节　所有权的保护.....1071
复习与思考.....1071
第三章　役　权.....1072
第一节　役权概述.....1072

一、他物权（ius in re aliena）概述 1072
二、役权的概念与类型 1072
三、役权的特征 1072
第三节　地役权 1072
一、概念与特征 1072
二、地役权的类型 1073
第四节　人役权 1073
一、概述 1073
二、用益权(usus fructus) 1073
三、使用权（usus） 1073
四、居住权（habitatio）与劳作使用权（operae servi vel animalis） 1074
第五节　役权的设立 1074
一、通过法律行为设立役权 1074
二、时效取得 1074
第六节　役权的保护 1074
一、役权确认诉 1074
二、准役权确认诉 1074
复习与思考 1074
第四章　永佃权和地上权 1075
第一节　永佃权 1075
一、概念 1075
二、起源 1075
三、永佃权人的权利 1075
四、永佃权人的义务 1075
五、永佃权的保护 1075
六、永佃权的设定和消灭 1075
第二节　地上权 1076
一、意义 1076
二、特征 1076
三、地上权人的权利 1076
四、地上权的消灭 1076
复习与思考 1076
第五章　占　有 1077
一、占有的概念与要件 1077
二、占有的类型 1077
三、占有的保护——占有令状 1077
复习与思考 1078
第六章　债法总论 1079
第一节　债的意义 1079
一、债的概念 1079
二、债的性质 1079
第二节　债的标的 1079
一、给付的类型 1079

二、给付的要件.....1079
第三节　债的类型.....1080
一、种类之债与选择之债.....1080
二、可分之债与不可分之债.....1080
三、按份之债与连带之债.....1080
第四节　债的渊源（发生原因）.....1081
一、意义.....1081
二、债的渊源类型.....1081
第五节　债的担保.....1081
一、概述.....1081
二、第三人提供的担保.....1081
三、物保：信托让与.....1081
四、物保：质押.....1081
五、物保：抵押.....1081
第六节　债的消灭.....1082
一、概述.....1082
二、履行或清偿.....1082
三、更新.....1082
四、免除.....1082
五、抵销.....1082
复习与思考.....1083
第七章　债法分论.....1084
第一节　契　约.....1084
一、概述.....1084
二、口头契约.....1084
三、文字契约.....1084
四、实物契约.....1084
五、合意契约.....1084
六、无名契约.....1085
七、简约.....1085
第二节　准契约.....1085
一、概述.....1085
二、无因管理.....1085
三、不当得利.....1085
第三节　私犯与准私犯.....1085
一、私犯.....1085
二、准私犯.....1086
复习与思考.....1086
第八章　继承法.....1087
第一节　概　述.....1087
一、遗产继承的概念.....1087
二、遗产继承的限度.....1087
三、继承人.....1087

四、增添权（ius adcrescendi） 1087
五、遗产占有（bonorum possessio） 1087
第二节　遗嘱继承 1087
一、概念与特征 1087
二、遗嘱能力与遗嘱继承能力 1087
三、遗嘱的类型 1087
四、继承人的设立 1088
五、继承替补 1088
六、遗嘱的无效 1088
第三节　无遗嘱继承 1088
一、《十二表法》上的无遗嘱继承 1088
二、古典法上的无遗嘱继承 1088
三、尤士丁尼法的调整 1088
第四节　遗赠和遗产信托 1088
一、遗赠的概念与历史 1088
二、遗赠的种类 1088
三、遗赠的无效与撤销 1089
四、遗产信托 1089
复习与思考 1089
参考文献目录 1090
一、教材、著作类 1090
二、文献、资料类 1090

前　言

发端于两千多年前古代罗马社会的罗马法是全人类共同的文化遗产。罗马法是历史的。其自身之成长与兴盛依托的是罗马国家的崛起与强盛，同样，随着罗马国家的衰亡它也逐渐被人们淡忘。罗马法又是现实的。在度过中世纪的“黑暗时代”之后，罗马法的复兴运动首先吹响了近代理性主义的号角。近代，罗马法在欧洲各国乃至在世界更大范围内的继受基本上是一个自觉的过程。尽管由于近代民族国家的出现以及各国法典的制定扰动了罗马法作为“普通法”的历史地位，但是，我们仍然可以说，古老的罗马法规则与精神正存活于现代的法典之中。

因此，凡治民法者，欲评判古今制度之得失，探究私法之本源，非于罗马法有一定之研究，殊不可得。深值欣慰者，经几代学人悉心灌浇，罗马法这一典型的舶来之物，在中华土壤之上虽命途多舛，但已然成为中国法学之不可或缺的基础。需要特别指明的是，本课程虽称“罗马法”，但实际上讲授的内容基本限于罗马私法。这既与罗马法研究与教学的传统相关，同时也反映了我们在罗马公法研究方面的薄弱。就这一点而言，在承认公、私法划分的前提下，或许我们的课程应改称“罗马私法”更为恰当。

在罗马法的教学与研究方面，中国政法大学有其优良的传统与一定的优势。早在上世纪 80 年代初，江平教授就开设了罗马法的课程。多年来，在老中青多代教师的努力之下，该课程一直延续至今，无数的法大学子得以通过这一课程领略了罗马法的博大精深。在罗马法的研究方面，上世纪 90 代初我校设立了罗马法研究中心。该中心与意大利各教学科研机构之间开展了密切的合作，产生了令学术界瞩目的研究成果，其中最有意义的是罗马法原始文献的翻译工作。不过，令人略感遗憾的是，在罗马法课程的教材与教学大纲建设方面，我们尚有所欠缺。在教材方面，除江平与米健两位教授在上世纪 90 年代出版的《罗马法基础》外，我们并未推出其他吸收新近罗马法研究成果的教材。不过，这一新教材预计很快就能出版。本教学大纲也是为了填补我们过去在教学资料上的不足而编写的。

教学进度安排

总课时：36

其中：

导论	6 课时
诉讼	4 课时
人法	10 课时
物法	16 课时（物权 6 课时、债 6 课时，继承 4 课时）

教学目的和要求

一、教学目的

1．了解罗马法发展的概况；

2．将罗马法作为法律史加以学习；

3．了解罗马法的基本法律观念；

4．大体了解罗马法的各项制度（人法、物法与诉讼法）；

5．联系近现代私法制度与观念，体会罗马法对后世的深远影响。

二、教学要求

要求具备相当的私法基础，并依此为出发点学习罗马法的相关概念范畴与制度；

要求掌握罗马法发展的基本脉络；

要求掌握罗马法的基本体系，以及该体系与后世民法体系之间的关联；
要求对罗马法学的基本方法有初步的了解和体验；
要求大体掌握罗马法的主要制度；

教学基本内容

第一部分　导　论

第一章　引　论

第一节　罗马法的研究对象与研究意义

一、罗马法的概念

罗马法的影响力。

耶林：罗马三次征服世界（武力、宗教与法律）。

萨维尼《当代罗马法体系》与《学说汇纂现代应用》

（一）罗马法作为国家法——实在法体系

（二）罗马法的历史性

1．延续 1300 多年，公元前 754（罗马建城）年到 565 年（尤士丁尼皇帝死亡）

2．分期问题（法律本身所经历的变化）；罗马法史课程的设置。

3．罗马法的第二阶段　11 世纪起的罗马法复兴——欧洲大陆普通法——民法法系

（三）罗马法作为法学

1．在古代法中，罗马法是唯一得到科学表述的法律体系；

2．法律与法学（在罗马法上的统一性——学说的法律渊源地位），　罗马法学家的科学方法：

3．法学方法：具体案件——指导案件处理的规则——更为一般的规则（概念）——体系。

二、罗马法的研究对象

（一）罗马私法

1．公法与私法的区分

（1）乌尔比安：公法“有关罗马国家的稳定”，私法“涉及个人福利”。

（2）强调公法的强制性

2．罗马私法是罗马法中最突出的部分。

罗马法课程主要研究罗马私法（这也是古代 institutiones 的传统）。有关诉讼程序的法律规范亦属于私法的范畴。

（二）时间跨度

从时间上看，罗马法主要研究《十二表法》（公元前 450 年）到尤士丁尼立法这一时期。从罗马建城开始的第一阶段无史料，法律不成文，习惯法，而该法是早期习惯法的记录；尤士丁尼之后东罗马帝国的罗马法全面衰退，研究价值不大。

三、学习罗马法的意义

1．作为法史的罗马法：历史研究的一般价值。

2．罗马法学家方法的借鉴意义

3．罗马法与现代民法

民法制度的罗马法渊源（维柯：事物的本质应在其本源中把握）。

罗马法对现代民法的影响：从体系到具体的概念、规则。

例如 1：抗辩权的罗马法起源（裁判官法——市民法）；

例如 2：买卖契约中的二元责任——违约责任、瑕疵担保责任（权利瑕疵），出卖人不负移转标的物所有权之义务。

第二节　法的概念与分类

一、法的概念

罗马法重实用、轻理论，没有关于法的抽象的定义，法的实际效力由法律渊源问题加以解决。

ius(iustus——正义)：既指法律，也指权利。

Lex：专指民众会议制定的成文法。

罗马法学家在少数抽象探讨法的性质的场合，强调法律的公正性，倡导自动实现法的各项规则的美德。

二、分类

（一）市民法、万民法、自然法

1．自然法

（1）自然法的普适性、永恒性、正义性。 该观念来自希腊。

（2）罗马法学家似乎并未过多地强调自然法的“高级法”属性。

2．万民法

（1）罗马人与其他民族所共有的法。

（2）万民法的灵活性，罗马私法的活跃因素。公元 212 年，卡拉卡拉皇帝把市民权授予帝国境内所有居民，市民法与万民法从而走向融合。

（3）万民法与自然法的关系。

（4）广义的市民法概念包含万民法在内，从而与裁判官法相对应。

3．市民法

市民法的两重含义：（1）指罗马城邦的所有法律，罗马人民自己的法律（源自古老的习惯），相对万民法而言；（2）仅指私法部分——较晚近的用法。

市民法最古老、最核心的部分被称为奎里蒂法（Ius Quiritium）。

（二）市民法与裁判官法

1．裁判官：内务裁判官（公元前 367 年）、外务裁判官、贵族营造司、行省总督等。

2．裁判官告示、程式诉讼

3．裁判官法与市民法的关系：（1）裁判官不得直接改变市民法；（2）裁判官不能创设市民法权利（裁判官法权利）；（3）裁判官法对市民法权利的影响。

复习与思考

1．为什么要学习罗马法？

2．罗马法划分公法与私法对现代法的意义

3．裁判官法与市民法的关系

第二章　罗马法的历史

第一节　罗马政体的历史演变

一、王政时期（公元前 754－公元前 510）

（一）概况

最初的氏族社会：部落、库里亚、氏族、家庭。库里亚的成员为贵族。

农业社会，地域狭小、人口少。

（二）政治组织：

1．王（rex）。非现代意义上的君主，而相当于部落首脑；由库里亚大会选举产生，终身制。宗教、政治、军事、司法最高首脑。

2．元老院（*senatus*）。由氏族首长组成，咨询机构。

3．库里亚大会达到从军年年龄的男子参加（17-60），政治军事组织；表决时以一个库里亚作为一个单位，16 票定案；

4．军伍大会（百人团大会）。罗马居民不论贵族、平民，按财产分为 5 等；首先是军事组织，但后来成了政治组织，并很快取代了库里亚大会的大部分权力和职能。表决时以百人团为单位，依等级次序投票。

二、共和国时期（公元前 510－公元前 27）

（一）概况

公元前 510 年第七王被放逐，替代王的是由军伍大会选出并经元老院批准的两名执政官（权利相等），任期一年，到期更换。

罗马积极扩张，首先统一意大利，通过三次布匿战争（264a.c.－146a.c.）打败迦太基，横跨亚、非、欧；战争导致奴隶大量增加；

外国人在罗马的活动增加，公元前 242 年设立外事裁判官。

（二）政治组织

1．元老院、库里亚大会、军伍大会继续存在。元老院成员开始由有声望的高级退职官吏组成，其重要性增强。平民开始进入元老院。库里亚大会式微；军伍大会仍是重要的议会。

2．执政官以及其他高级官吏。执政官由军伍大会选举；其他高级官吏，如前 367 年设置内务裁判官，242 年外事裁判官 ，367 年贵族营造司（市政官）；前 443 年监察官。

3．平民大会。前 494 年产生，有平民组成，其职责是选举保民官及通过对平民有效的法律（后来平民大会决议直接对全体罗马市民有效，开始称 *Lex*）。

4．保民官（护民官），设立于前 494 年，两人，任期 1 年，源于平民与贵族的斗争（前 494 年大规模爆发），保民官有权否决、抵制执政官等采取不利于平民的措施。

5．部落大会。地域性的民众会议，通过高级官吏的提案。

三、帝政前期（公元前 27－公元 284 年）——元首制

（一）概况

罗马的扩张所带来的经济、政治结构的变化导致了共和国的衰亡。

前 27 年屋大维被元老院奉为“奥古斯都”、“第一市民”（元首）。表面上，宪政制度没有

改变，执政官制度仍然保留，但权力已集中到奥古斯都一人手中。民众会议尚未完全消亡，但它的活动仅限于对皇帝的意愿进行批准。元老院的权利增强，民众会议的立法权转归元老院享有，公元二世纪元老院决议就具有了法律的效力。国家权力由元老院与皇帝分享，但后者居于主导地位。

四、帝政后期（公元 284 年－公元 565 年）——君主制

（一）概况

共和国的最后残余已经被抛弃，皇帝已公开称自己为“君主”（dominus）。皇帝具有绝对的权力。帝国的孱弱。元老院失去了权力机构的形象，萎缩成了罗马城市议会；执政官成为纯粹荣誉性的职位。 帝国在行政上开始分为东、西两部，395 年固定下来，帝国并未分裂；330 年迁都君士坦丁堡，帝国中心转移。476 年西罗马帝国灭亡。527 年，尤士丁尼即位，565 年去世。

第二节　罗马法的分期

一、关于分期的各种学说

1．二分法——市民法时期（王政与共和国时期）与万民法时期

2．三分法——古代法时期（持续 6 个世纪，到罗马私法的奠基人 manilius、scaevola、brutus 产生；罗马法处于幼稚阶段）、法学昌明时期（四个半世纪，到戴克里先皇帝）与帝政后期（两个半世纪）

3．四分法——如人之幼年、少年、壮年（法律昌明）、老年

4．五分法——以罗马宪政为线索，但将共和国分为两个时期（前二世纪程式诉讼的出现）。

四分法——古代时期、前古典时期、古典时期、后古典时期。不按宪政进程，而是按法学的自身发展分期。

二、古代时期

1．罗马建城——公元前三世纪中期。相应的宪政体制首先是王政，然后是共和政体。罗马统一了意大利，由农耕社会向商业社会转化。

2．罗马私法主要体现为习惯法，市民法仍然是一个封闭的体系，缺乏自身的演进。法律知识由祭司阶层掌握并解释，缺乏科学方法。

3．该时期罗马法的特点：（1）结构的简陋；（2）形式主义；（3）农业性；（4）属人性。

由于史料的缺乏，该时期法律的状况尚有许多不明之处。

三、前古典时期

1．公元前 3 世纪中期——公元前 27 年元首制开始。

2．私法发展：（1）更多的权利得到承认，更多的侵权类型；（2）罗马人与外国人的商业交往中采取的新法律行为得到认可；（3）程式诉讼的使用，从而使罗马法改变了原来结构的简陋性。

3．裁判官对私法的发展所作出的贡献——裁判官法。

开始出现法律科学。

四、古典时期

1．共和国时期的结束——公元三世纪。混合政体：不是共和制，也不是绝对的君主制。罗马进一步扩张

2．罗马私法进一步发展，出现新的法律渊源：元老院决议；皇帝敕令。民众会议的立法活动

停止（96-98 最后一个 lex）；2 世纪中期后裁判官失去了对法律进行创新的能力。

3．法学的昌明。古典法学。

4．该时期的资料的丰富性。

五、后古典时期

1．公元三世纪——公元 656 年尤士丁尼皇帝去世。

2．私法和法学的衰退期。

复习与思考

1．罗马政体演变与罗马法发展之间的关系

第三章　法律渊源与尤士丁尼立法

第一节　罗马法的渊源

一、法律渊源的概念

1．法的制定方式（表现形式）
2．关于法的知识的材料

二、习惯法（mores）

1．市民法最古老的组成部份，可以上溯到古老的时代（*maiores*——罗马人的祖先）。
2．法律信念、对规范的自发遵守。
3．奎利蒂法（*ius Quiritiuum*）是其代表：家、家父权、要是买卖、誓金诉讼、夫妻间禁止赠与等

三、法律（leges）和平民大会决议（plebiscita）

1．法律（*leges*）：*leges datae*（民众会议授权执法官制定，完成后在民众会议面前公布立即生效）和 *leges rogata*（由执法官提出法律案，民众会议表决通过）；对全体市民具有约束力的一般规范；
2．民众大会：里亚大会、军伍大会、部落大会
3．平民大会决议开始时只对平民有约束力，前 286 年与法律（leges）取得了同等的效力。
4．所知的最后一项 *leges* 出现于 96-98 年（*lex agraria*）。
5．法律对私法的影响有限。

四、执法官告示（Edicta magistratuum）

1．执法官法与市民法的关系。裁判官将保守与变革的需要相结合。
2．裁判官的一般职能——发布告示。
3．告示的创造性活动在共和国末期基本结束。后来法的发展更依赖于法学家的解释和皇帝的谕令。
4．发布告示的执法官主要有：内政（城市）裁判官、外事裁判官、行省总督、贵族营造司。

五、元老院决议(senatusconsulta)

1．元老院的咨询意见在共和国时期对于执法官就具有了约束力。1 世纪起，元老院决议直接对市民产生约束力。
2．由元老院决议而产生的法被称为“新法”，以区别于古老的市民法。它在继承等方面有所革新。
3．元首制时期，元老院取代民众会议成为立法机关。
4．三世纪中期后元老院不再有任何立法活动。

六、皇帝谕令(constitutions principum)

1．帝国后期的著名准则：皇帝喜欢的东西就具有法律的效力。

2．皇帝谕令既可以是一般规范，也可以是针对具体案件的。

3．裁决和批复虽然仅针对具体的案件的处理，但是由于皇帝的权威，实际上在以后类似的案件中同样会适用，其效力等同于法律（leges）。

4．在古典时期的末期，随着法学的衰退、元老院立法活动的停止，皇帝的谕令成为唯一的活的法源。

七、法学家的解释（interpretatio prudentium）

1．法学家的解释：当代与古罗马——解释的约束力问题

2．法学家的工作：写作、咨询、教学。

3．奥古斯都授予部分法学家以解答权。426 年的援引法：帕比尼安、保罗、乌尔比安、莫德斯丁、盖尤斯。

4．萨宾学派与普罗库斯学派。

5．法学作品的形式：教科书、评论集、针对某一问题的论著、专著。

6．公元 3 世纪中期以后，法学衰退，没有再出现知名的法学家。

第二节　尤士丁尼立法活动

一、概述

1．尤士丁尼之前的法典编纂

294 年（戴克里先皇帝在位）*codex Gregorianus*，收集了自哈德良皇帝（117－138）到 294 年间的敕令； 314-324，*codex Hermogenianus*，收集 294-324 年间的敕令；439 年 *codex Theodosianus*（狄奥多西法典），历代法令与先哲学说，3000 多条；

2．该时期“法典编纂”的含义

3．《民法大全》的组成　C、D、I、N

二、《法典》（*codex*）——C、CI

1．528 年，尤士丁尼任命了特里波尼安为首的十人委员会，负责重新汇编谕令，重复 Theodosianus 的工作；法典于 529 年 4 月颁布，只是在 534 年前具有效力。

2．529 年之后的数年，尤士丁尼颁布了许多改革性的谕令，使得 529 年《法典》的内容过时。在特里波尼安的主持下，一部新的法典于 534 年被编纂出来，并且于当年生效，替代了 529 年的法典。收集了哈德良皇帝以来的 5000 多条谕令，共 12 卷。

三、《学说汇纂》（digesta o Pandectae）——D

1．530 年 12 月特里波尼安受托编辑一部包含古典法学精华并且能够为现行法提供说明的 *Digesta*，他组织了一个包含 16 人的委员会。

2．《学说汇纂》共分 50 编，摘录自 39 位法学家的著作，注明出处。

3．计划 10 年，但 3 年就完成了。罗马法作重要的文献。

四、《法学阶梯》（*Institutiones*）——I

1．特里波尼安与其他两位教授受托去完成为学生编辑一本正式的法学基础教材；533 年 12 月颁布。

2．从结构（人、物、诉讼）到内容，深受盖尤斯的法学阶梯的影响

五、《新律》（Novellae）——N

1．并非尤士丁尼的作品，在其死后由私人编纂。
2．收录从 535 年到 565 年间该皇帝颁发的 200 多条新敕令。

复习与思考

1．学理的法源地位——罗马法与现代法
2．尤士丁尼“立法”的内涵

第二部分　诉　讼

第一章　诉讼概述

一、诉权与实体权利的关系：罗马法与现代法

1．诉权。现代民事诉讼学者的两种观点：（1）程序意义上的提起诉讼的权利，而无需考虑其基础；（2）实体说，实体权利的享有者提起诉讼要求确认和保护其权利的权利。

2．罗马法上诉权的典型性

3．现代法上，先确定实体权利，诉权是实体权利的当然结果，诉权是实体权利的工具，是权利的要素。而罗马法上的情形正好相反，先有诉权，后有实体权利。只有具备程序上的保护手段（除诉权外还包括令状等），“权利”才有意义。

4．因此，在罗马法上，实体权利常常要受制于诉权的结构。

5．罗马法学家习惯于从诉权而非实体权利的角度观察。

二、罗马诉讼制度的历史沿革

法定诉讼（公元前 2 世纪前，公元前 17 年被明令禁止）
程式诉讼（到公元 3 世纪末）
非常程序

复习与思考

诉权与实体权利：罗马法与现代法的差异

第二章　法定诉讼

一、法定诉讼的基本特征

1．属于市民法上的制度，仅适用于罗马市民；

2．实行严格的形式主义——特定语言及动作。

3．口头审

4．要求当事人亲自到场；被告由原告于公共场合传唤（以庄重的、固定的语言），不出庭者，原告得以武力强制。

5．法定诉讼分为两个阶段：法律审与事实审。

6．诉权必须有严格的市民法上的基础：无善意诉讼等。

7．法定诉讼共有五个具体形态（盖尤斯），其中三个是宣示性程序（对不确定或有争议的情形予以确定），两个是执行程序（对确定的法律事实的实现）。前者包括宣誓诉讼（*sacramenti*），申请任命承审员或仲裁员诉讼（*per iudeis arbitrive postulationem*）以及请求返还诉（*condictionem*）；后者包括拘押诉讼（*per manus iniectionem*）和扣押诉讼（*per pignoris capionem*）

8．公元前 2 世纪中期以后逐渐被程式诉讼取代，前 17 年被两项尤里亚法（私诉法、公诉法）取消。

二、宣誓诉讼（誓金之诉）——*sacramenti*

1．一般的诉讼形式，法律未规定其他诉讼形式时采用该形式——既可以适用于对无之诉，也可以适用于对人之诉；

2．历史最久（同拘押诉讼），存在时间也最长；

3．典型的宣誓诉讼是后来被称为原物返还之诉（*rei vindicatio*）的对物之诉——参见 GAI4，16；

三、申请任命承审员仲裁员诉讼（per iudeis arbitrive postulationem）

1．没有宣誓诉讼古老，但在 12 表法颁布时已存在——该法规定，因要式口约而产生的债权必须依此程序追索；

2．遗产分割、共有物分割等也适用该程序；

3．仪式相对比较简单，参见 GAI4，17（针对要式口约）。

四、请求返还诉（condictionem）

1．法律诉讼中最晚近的类型，公元前三世纪由 *lex silia* 引进；参见 GAI4，18、19、20

2．开始仅针对一笔确定金额的金钱之债，后来扩大适用于其他非金钱的确定物的债权（*lex Calpurnia*）

3．原告向被告作其负债的宣告，如后者否认，则前者要求后者 30 日后为任命处理该案件的承审员而出庭

五、拘押诉讼（per manus iniectionem）

1．执行诉。相当古老。

2．已决案的拘押（在 *sacramenti* 之后）——判决确定债务，债务人在 30 天的宽限期内未履行的；债务人在法律审阶段承认债务的亦同； 准判决拘押（保证人在替债务人清偿之后，向主债务

人追索）

3．该诉的程序：Gai，4.21；

六、扣押诉讼（per pignoris capionem）

1. 债权人不经审判程序，对不履行债务者的财产直接实行扣押，以迫使其履行给付的行为；拘押为对人执行，扣押则为对物执行；

2．债权与宗教（如出卖牲畜供祭神之用）或军事有关（如为取得购买军马的价金而向债务人追偿），也相当古老（*mores*）；

3．程序：债权人说特定的语言，同时取得属于债务人的物的占有，并取得物的质权（不直接以扣押物实现债权，而是以此强制债务人履行债务）

第三章　程式诉讼

一、概述

1．程式诉讼是诉讼当事人的陈述经裁判官审查认可后作成程式书状，交由承审员根据程式所载争点和指示而为审判的程序；

2．起源：法律诉讼的局限性（不适用于外邦人）——外邦人的诉讼（外事裁判官主导）开始使用程式——也开始在罗马人之间的诉讼中使用（与法律诉讼并行）——法律诉讼被取消，成为标准的诉讼程序；

3．只有一种统一的诉讼程序，适用于各种诉权，每种诉权对应各自的诉讼程式；

4．该诉讼形式也适用于外邦人；分为两个阶段：法律审与事实审，在每个阶段当事人都能自由表达自己的意思，不受特定形式的约束；诉讼中涉及书面材料；

二、程式诉讼的程序

1．传唤。 仍由原告向被告为之，无须以特定的语言为出庭的通知，但须说明请求的原因；被告拒不出庭的，由裁判官允许原告得占有被告的全部财产，借此间接地强制被告出庭；；

2．法律审阶段。原被告双方均应出庭；双方各自陈述自己的理由：原告向被告提出他想援引的诉讼程式，然后向裁判官提出以此裁决的请求；如果被告方不同意此程式，则双方展开非正式的辩论，可能出现异议、抗辩、答辩（replicatio，原告针对被告抗辩的答辩）等； 裁判官可能会得出原告的主张站不住脚的结论，因而否认诉权（*denegatio actiones*），结束诉讼； 更常见的情况是裁判官同意诉讼，并进而在双方当事人同意的情况下拟定诉讼程式。原告宣读程式，被告表示接受，即构成证讼。

3．事实审。 程式指定承审员；无形式要求，自由举证，承审员的自由心证；承审员必须严格遵守诉讼程式的指示； 该阶段以判决为结束；判决是终局性的，不能上诉；判罚总是以一笔金钱的形式作出；

4．执行程序包括对人执行和对物执行（财产查卖）。

三、程式的内容

（一）主要部分

承审员的任命

原告请求（*intentio*）：必有部分，列明原告的要求。

请求原因（*demonstratio*）：非绝对必要部分，列明请求的理由、事实依据。

判决要旨（*condemnatio*）：法官对于承审员关于本案应如何处理的指示。

（二）附加部分

1．前书（*praescriptio*）：被书写在诉讼程式之前（任命承审员之前）；

2．抗辩（*exceptio*）：对于被告有利的救济手段；加在“原告请求”与“判决要旨”之间；实际上是一个判罚的消极要件；针对被告的抗辩，原告可以提出“反辩”（replicatio）。

3．仲裁条款。

四、讼诉的分类

（一）市民法诉讼与裁判官法诉讼

1．根据诉讼的基础分类，以市民法为基础的诉讼和以裁判官法为基础的诉讼；

2．原告请求部分能够反映出诉讼属于何种类型；

3．市民法诉讼中包括所谓诚信诉讼与严法诉讼；

裁判官法诉讼包括：扩用诉讼、主体置换诉讼和事实诉讼。

（二）对物之诉、对人之诉

1．罗马法系物权、债权区分的起源

2．在对物之诉中，原告的请求可以对抗任何人（*erga omnes*）；原告请求（*intentio*）中仅提及原告的名字（被告的名字仅出现在判决要旨中）；

3．对人之诉的原告对特定之人提起诉讼，被告的姓名与原告的姓名同时出现在“原告请求”中。

复习与思考

1．程式诉讼与罗马法的发展演进

2．对物之诉与对人之诉——从程式的差异看后世物权与债权的差异

第四章　非常诉讼

一、程式诉讼的消亡

首先在行省，发生了程式诉讼形式的变化（传唤被告方式、任命承审员、程式无须双方合意等），非常程序开始出现；在戴克里先皇帝之后，裁判官职位消失，程式诉讼消亡的速度加快。342 年，程式诉讼被明文废止，私讼程序就此终结。

二、非常程序的特点

1．被告的传唤开始有公共机构的介入；被告不出庭的，可以缺席判决（但法官仍应考虑有利于被告的因素）；——自力救济到公力救济： 执行开始由司法官吏负责

2．审判不再区分法律审与事实审两个阶段，案件不再交由私人承审员处理，而是由公共机构处理；

3．法官更加自由，无论对于决定法律问题方面，还是诉讼程序方面；当事人也更加自由地提出主张和抗辩；

4．开始有上诉程序——皇帝及其他帝国官吏

复习与思考

私讼程序对罗马法制度发展的影响

第三部分　人　法

《法学阶梯》的结构——人法、物法、诉讼

第一章　人　格

第一节　概　述

一、罗马法上的人

1．人：仅指自然人；并非所有自然人都有权利能力。
2．罗马人实际上也承认一定组织可以作为权利义务的中心，但是缺乏一般的法人概念。

二、权利能力的构成

1．由身份组成权利能力——status libertatis, status civitatis, status familiae. Status 表明一个人的法律地位：自由身份与自由民所组成的社会相关；市民身份与市民社会（罗马国家）有关；与家庭相关的是家族身份。

2．原则上，只有具备全部三种身份（自由人、市民、家父或不处于他人权力之下），才具有完整的能力——被称为“自权人”，相对应的是“他权人”

第二节　自由身份

一、自由身份：自由人与奴隶

1．自由身份是在罗马具有权利能力的首要条件。
2．自由身份：基于出身而取得；奴隶因被解放而成为自由人。
3．奴隶制是罗马古老的制度。
4．奴隶制是市民法的制度，同时也是万民法上的制度，但不是自然法的制度（人人生而自由）。
5．奴隶身份：基于出身（女奴所生之子为奴隶）；被俘。

二、奴隶的法律地位

1．奴隶不具有权利能力。
2．奴隶属于他权人，受其主人的“市民法上的所有权”的约束。
3．奴隶尽管被剥夺权利能力，但法律承认奴隶的某种行为能力。
4．奴隶因私犯对他人造成损害时，受害人能够占有该奴隶并直接对其进行报复。如果主人想避免这一结果，可以向受害人支付一笔金钱。
5．奴隶的处分行为及承担债务的行为不具有效力。

三、奴隶特有产

1．最初可能仅仅是奴隶通过自己的劳动或者在一些小的商业机会中赚取的钱，后来也包含了其他财产，包括其他奴隶，甚至不动产；

2．特有产的所有权仍保留在主人手中，但是奴隶能够以负义务的形式移转特有产的占有（如果为非要式物，还可移转其所有权）；

3．主人可随时撤销特有产；

4．因此，拥有特有产的奴隶可以与第三人进行交易，对奴隶转让的特有产，主人不得向受让人要求返还。

5．奴隶能够因法律行为而承担债务，但是该类型的债为自然之债，而非市民法之债；

6．裁判官创制的被称为“补充诉讼”的几种诉权：受命之诉（actio quod iussu）、航海经营之诉(action exercitoria)、督导之诉（actio institoria）、特有产转化之诉以及分配之诉（actio tributoria）。

四、奴隶身份的终止

奴隶可以因主人的解放而获得自由。

1．解放奴隶的方式（要式解放）有三：

（1）诉请解放(manumissio vindicta)：采取类似拟诉弃权的方式。

（2）登记解放（manumissio censu）：监察官每五年登记一次户口，如果主人在登记户口时将奴隶登记为自由人，则可产生解放的效果。

（3）遗嘱解放（manumissio testamento）

2．略式解放，开始不产生市民法上的效力，后来大法官赋予被解放的奴隶以抗辩权。奥古斯都时期，一项法律（lex iulia Norbana）赋予略式解放人一殖民地拉丁人的地位，称尤利亚拉丁人。

第三节　市民身份

一、概述

1．类似今天的公民权，包括公权与私权（婚姻权、财产权、遗嘱权、诉讼权）

2．罗马法将其境内的居民分为市民、拉丁人与外国人

二、市民

1．市民资格的取得：（1）出生，采国籍主义，父母为市民的，所生子女为市民；如果父母身份不同，则：婚生子女身份从父；非婚生子女身份从母。（2）入籍，经法定手续，解放自由人取得市民籍。 奖赏、恩赐等

2．罗马人认为自己是高贵的民族不愿意轻易扩散市民权。

3．非市民处于无权能状态，但万民法的发展缓解了这种无权能状态。

三、拉丁人

1．罗马人很早的时候就把市民法中一些有限的权利给与他们的邻居——拉丁人；

2．类似的权利后来不断的被授予给新建立的殖民地；

3．这种介于市民与非市民之间的身份被称为“拉丁权”；

4．拉丁权包括三种权利：贸易权、通婚权、遗嘱；

5．尤利亚法所创造的“尤利亚拉丁人”；

6．后来罗马人逐渐放宽给与市民权的条件。

第四节　家族权

一、概念

1．家族团体中的成员在家族关系中所处的地位和所享有的权利。
2．罗马法据此将人分为自权人与他权人。

二、自权人

1．罗马家庭的特点——主权性
2．家父是唯一的完人，不受制于任何他人的权利
3．其子女无论年龄长幼，均处于其权力之下。
4．罗马家庭是以宗亲属关系建立起来的。

三、他权人

处在他人权力支配之下的人.
家长权——家子无权能；特有产制度，军营特有产。
夫权：在有夫权婚姻中，妻子受丈夫的父权的支配
买主权（mancipium）：家属被家长出卖后处在买主权之下；家属造成他人损害后，如家长进行委付投偿，则该家属处于他人买主权之下。

第五节　人格的变更

一、意义

享有完全人格的人有自由权、市民权和家族权，这些权利的一部或全部丧失或变更，叫做人格变更。
人格变更的种类
盖尤斯在其《法学阶梯》中，将人格变更分为三种。
1．人格大变更：丧失自由权而沦为奴隶（人格的消灭或法律上的死亡）。
2．人格中变更：罗马市民丧失市民权而成为拉丁人或外国人。 因为家族权以市民权为前提，丧失市民权就当然丧失家族权。
3．人格小变更：丧失原有的家族权而取得新的家族权，自由权与市民权不变。

复习与思考

1．罗马法上的“人”与“人格”
2．奴隶特有产制度如何体现罗马法的技术性？

第二章　罗马家庭

第一节　家父权

一、罗马家庭的实质

罗马家庭：单纯由权力联合在一起的人的团体，在这一团体中，一人对其他人行使权力，以实现比维护家秩序更高的宗旨。

家长对于家庭内部事务的自主权：在真正的罗马法时代，罗马私法就是“家父”的法。

二、家父权的构成

1．对财产的权利

2．对人的权利，包括：夫权”；家父权；对奴隶行使的权利（包括对解放自由人行使的庇主权）；买主权；“家父”、“家子”都不是亲属意义上的术语，“父”同其原始含义“君主”有关。

第二节　父　权

一、意义

家父对于家子的权利

二、父权的产生（罗马家庭对家子的接纳）

1．取得某一罗马家庭的“家子”地位，是通过遵从家长的家庭主权而实现的，其方式类似于在某一国家取得公民身份。

2．原因有二：该家庭的男性个人在合法婚姻中生育；“家父”的接纳——收养（包括自权人收养和纯正的收养）

三、纯正的收养

1．某人从一个父权之下转移到另一个父权之下；

2．尤士丁尼前收养须采取极其复杂的程序；

3．尤士丁尼时期，收养的程序大大简化。

四、自权人收养

1．自权人被他人收养，从而成为他人的家子。

2．在早期要求必须在罗马当着由大祭司主持的库里亚民众会议进行。

3．在帝国时代，安东尼·比乌允许通过皇帝的批复在行省进行自权人收养，而且可以对未适婚人和妇女进行自权人收养。

五、收养的后果

1．使被收养人在所有的法律意义上均取得收养人子女的地位——宗亲属关系。

2．收养关系同自然亲属关系一样，构成婚姻关系的障碍。

3．在自权人收养中，自权人的财产归其养父，处于被收养人父权之下的子女转归养父的父权之下。

六、尤士丁尼所作的改革——完全收养与不完全收养

1．完全收养：由尊亲属进行的收养（产生前述收养的效力）；
2．不完全收养：由家外人进行的收养。

七、父权的终止

1．收养或自权人收养、死亡、丧失自由权或市民籍等；
2．脱离父权。

第三节　罗马婚姻制度与夫权

一、婚姻的成立

1．男人和女人以作夫妻为目的而实行的同居。
2．严格的一夫一妻制。
3．婚姻的缔结无需任何法定形式，所需的两个必备要素为：同居与婚意。
4．婚姻的其他要件包括：具备“结婚能力”、自然能力（未适婚人不能结婚——男 14、女 12）、“家父”的同意。
5．消极要件（婚姻障碍），包括：已存婚姻、夫妻一方处于受奴役状态、血缘关系、姻亲关系、通奸与抢夺妇女、监护关系和公职关系

二、婚姻的解除——离婚

1．婚姻因配偶一方死亡、丧失能力或“婚意”丧失而解除。
2．离婚——婚意丧失：罗马的婚姻观念要求持续性的婚姻合意。

三、夫权的取得

1．在早期罗马法上，已出嫁的妇女通常属于丈夫家庭的成员，服从丈夫的权力，这种服从就是“归顺夫权”；
2．通过归顺夫权，妻子变成“家女”，服从新的家父；
3．夫权通过有夫权婚姻的缔结而取得；
4．“祭祀婚”：采用专门的宗教仪式；
5．“买卖婚”：采用要式买卖形式对妇女实行的虚拟买卖；
6．在这两种仪式未进行的情况下，妻子（婚姻完全可以有效）就不属于丈夫的家庭，而保留在原有的家庭内；
7．在丈夫家居住一年后，妇女就受制于“夫权”——时效婚， 妻子可以通过每年离家三天居住的办法中断时效；

四、婚姻财产——嫁资

1．无夫权婚姻中，“自由婚姻”的性质决定了不存在现代法上的夫妻财产共有制，夫妻均不受限制地拥有自己的财产；
2．这种完全分离的状况受到了嫁资制度的影响；

3．罗马的嫁资制度经历了由丈夫获得全部财产的所有权到丈夫仅对婚姻存续期间的嫁资享有收益权的变化；

4．早期，嫁资完全地、不可撤销地成为丈夫的财产；

5．妻子或者其他嫁资设立人可以明确约定在婚姻终结时对嫁资进行返还；

6．随着离婚的增加，嫁资开始服务于第二个目的：为离婚后的妻子提供生活保障。 于是，妻子在离婚时或丈夫死亡时，当然地（无需任何明确的协议）可以提起“妻物之诉”；

7．丈夫仍然是嫁资名义上的所有人，但是在离婚时负有返还义务，并负有嫁资管理情况的报告义务；

8．妻子的权利是对人权（嫁资价值的返还）。丈夫可以有效地转让嫁资财产，所以妻子可能面临丈夫的清偿风险。 改善：奥古斯都禁止在未经妻子同意的情况下对属于嫁资的意大利土地进行转让或抵押；在丈夫无清偿能力的情况下，妻子对这些土地享有优先权；

9. 尤士丁尼受希腊法的影响致力于削弱丈夫的权利：1）意大利土地的规则被扩及所有的土地，甚至，即使获得妻子的同意，对土地的转让也不再被允许；2）允许妻子对丈夫的所有财产实行默示抵押，优先于有担保债权人。这种抵押最初只是从婚姻缔结之日起具有优先性，后来被允许优先于结婚以前设立的担保。

第四节　行为能力、监护和保佐

一、行为能力

1．现代法上，行为能力以权利能力为前提；而罗马法上，他权人也可能具有行为能力

2．行为能力主要取决于年龄。 罗马人以是否具有生育能力来区分适婚人与未适婚人

3．成年标准：萨宾学派与普罗库斯学派的不同观点

4．未适婚人又可分为幼儿和儿童，已年满 7 周岁为界限（是否具有说理能力）

5．适婚男性具有完全的行为能力，女性则不完全；幼儿完全不具有行为能力；儿童的行为能力限于独立进行取得一项权利的行为

二、未成年人监护

监护的对象是自权人未成年人，他权人无权利能力，且服从于他人的权利，因此无监护的必要

（一）监护的目的

现代法在于保护被监护人的利益，而罗马法（尤其是早期）主要在于保护监护人的利益。

（二）监护人的确定

1．法定监护人：亲等最近的宗亲属——有权继承其财产之人

2．遗嘱监护人：父亲通过遗嘱指定监护人

3．指定监护人（官选监护人）

（三）监护人的职责

1．现代法上的监护制度以保护被监护人为其基本宗旨，而罗马法的监护制度则更着重于被监护人财产的保全。 “监护之诉”——由此，监护逐渐由特权演变为义务

2．监护人的行为方式包括：第一，直接管理财产的行为； 第二，对被监护人的行为予以许可。

三、妇女监护

1．在罗马法上，妇女原则上应接受终身监护；

2．帝制时期，妇女地位提高，监护形式化。

四、保佐

1．随着罗马经济的发展，达到适婚年龄的人所具有的认识能力已不足以应付其交易上的需要；

2．公元前 200 年前后，《拉托里亚法》（lex Laetoria）建立了一项“拉托里亚法诉权”；

3．“拉托里亚法抗辩”和“恢复原状宣告”；

4．上述对年轻人的保护机制，导致人们不愿意同不满 25 周岁的人进行交易，为解决这个问题，出现了 “保佐人”；

5．保佐人的同意与监护人的同意的差异

6．罗马法上还有对精神病人和浪费人设立保佐人的制度

复习与思考

1．罗马家庭的特点

2．罗马法上“家父”的形象

3．罗马的自由婚姻制度与夫权的关系

4．嫁资制度的历史演进

5．监护制度与继承之间的关联

第四部分　物　法

第一章　概　述

一、物的概念

1．盖尤斯《法学阶梯》第二编——物法
2．有体物与无体物
3．罗马法上广义的物的概念相当于现代法上“财产”的概念
4．所谓“物法”采用的是广义的物的概念；物法——物权法、债法、继承法

二、物权：与债权的区分

1．大陆法系私法传统的一个核心制度；
2．罗马法不从实体权利角度做区分（物权、债权），而是从诉讼程序（诉权）方面做区分——对物之诉、对人之诉（condictio，请求给付之诉）
3．罗马法还严格区分产生物权效果（所有权移转）的法律行为与产生债权效果的法律行为
4．物权法定主义——尤士丁尼法上的物权类型：所有权；地役权、用益权、永佃权、地上权（用益物权）；抵押权、质权（担保物权）

三、物的分类

（一）交易物、非交易物
1．交易物：可以成为私人所有权（财产性法律关系）的客体的物
2．非交易物：从私法的角度观察，非交易物不是物。
（二）要式物、非要式物（略式物）
罗马法对物的基本区分
1．要式物：意大利土地（及其上的建筑物）、奴隶、用于牵引或负重的牲畜、乡村地役权
2．其他物均为略式物
3．二者在移转方式上存在重大区别（前者要式买卖或拟诉弃权，后者交付）
（三）可动物与不可动物
在罗马法上并不是重要的物的分类方式
意义：（1）取得实效期间不同；　（2）占有令状保护不同

复习与思考

1．如何理解罗马法上的“物法”？
2．现代法上区分物权与债权，可否为此区分寻找到罗马法的基础？
3．如何理解罗马法上的“要式物”？

第二章　所有权

第一节　所有权的概念

1．所有权：对物的一般的实际的或潜在的支配权；

2．所有权始终与一种抽象的归属的观念相伴随，罗马法上占有作为完全独立于所有权的一项制度的事实对此点是一个很好的说明；

3. 罗马人如何表述所有权的观念：“此物是我的”、“*mancipium*”、“*proprietas*”和“*dominium*”；

4．*Dominium ex iure Quiritium*（市民法上所有权）与裁判官法所有权

第二节　所有权的取得方式

原始取得与继受取得、市民法的取得方式与万民法（自然法的、自然的）的取得方式

一、原始取得的自然方式

（一）先占

1．以据为己有的意图占有不属于任何人所有的物（无主物）的事实；

2．以对野生动物的先占最为典型；

（二）添附（*accessio*）

1．因不同所有主之两物（具有主从关系）的结合而发生的所有权取得——狭义的添附概念，相当于现代法上的“附合”

2．两物有主从之分，从物添附于主物

3．物的紧密结合，不可分离（重新获得原先的个性），适用添附（如果是机械的、简单的、可分离的结合，则可提起出示之诉、返还原物之诉）

（三）收取孳息

孳息与原物分离后，成为独立之物。

孳息原则上归原物所有人（如果善意占有人收取，则归善意占有人）

二、市民法的原始取得方式——取得时效（*usucapio*）

1．十二表法中规定了取得时效

2．取得时效的要素：盗窃物和暴力占有之物不适用取得时效；自主占有；时间：不动产 2 年，动产 1 年；持续的占有，不能有中断；自共和国末期开始，要求占有人在占有开始时为善意；须有“正当原因”——取得占有的客观原因。

三、市民法的继受取得

1．要式买卖与拟诉弃权　卖主必须保证物的所有权，如果物被追夺，出卖人须承担双倍返还价金的责任（合法性之诉）

2．善意所有——未进行要式买卖的法律效果

救济：（1）取得时效；　（2）针对出卖人“物已出卖并让渡物的抗辩”　（3）针对第三人：占有令状；布布里奇安之诉

四、万民法的继受取得方式——让渡（*traditio*）

1．让渡的效力取决于它的原因

2．让渡原则上要求占有的现实取得，后来由于社会心理以及普罗库斯学派的影响逐渐摆脱了唯物主义的、直观的的观念

拟制交付：象征性交付、长手交付、短手交付、占有协议

第三节　所有权的保护

所有权的保护：所有物返还之诉——rei vindicatio

1．由市民法上所有人向非所有人的占有人提出——回复占有；

2．在法律诉讼阶段，适用“誓金诉讼”；

3．程式诉讼阶段“所有物返还之诉”的程式：“提图斯是承审员。如果判定讼争物依市民法归 Aulo Agerio 所有，并且该物未被返还给 Aulo Agerio，则承审员应判决 Numerio Negidio 向 Aulo Agerio 支付相当于该物价值的金钱。如果结果不是这样，则对被告开释”。

复习与思考

1．罗马法的“所有权”观念

2．从“善意所有”分析罗马裁判官法对市民法的修正作用

3．罗马法上的规则是否包含后世德国法上的物权行为理论的某些要素？

第三章　役　权

第一节　役权概述

一、他物权（ius in re aliena）概述

1．他物权：所有权以外的对物权利，评释法学派称这种权利为“对他人之物上的权利”。

2．罗马法上的用益物权包括役权、地上权和永佃权；担保物权包括质权、抵押权。

3．役权和质权是市民法上的权利；地上权、抵押权为裁判官法所创设额；永佃权为皇帝的敕令所规定。

二、役权的概念与类型

役权是为特定的土地或特定人的便利和收益而利用他人之物的权利。

役权是罗马法上他物权的最古老的类型。

役权包括两大类：地役权（为自己土地的便利而利用他人人土地的权利）和人役权（为特定人的利益而利用他人所有之物的权利）。

其实两种权利有相当大的差异（功能与性质），尤士丁尼将人役权并入役权。

三、役权的特征

1．役权属于物权，役权人对供役物具有支配性的权利。

2．役权不适用于任何自己之物。

3．役权不得表现为要求作为。

4．役权为特定的土地或特定人设立，不能和需役地或享用人相分离——需役地或供役地出让时，地役权随之转移；享用人死亡，人役权消灭。

第三节　地役权

一、概念与特征

（一）概念

1．为自己土地的便利而利用他人人土地的权利。

2．房屋等建筑物在罗马法上视为土地的附属物，所以“土地”包括房屋在内。

3．承担地役权的土地称为供役地，利用地役权的土地称为需役地。

4．地役权为需役地而设立，几乎被看作需役地的附属品。

（二）特征

1．地役权是对他人土地的权利；

2．直接为需役地的利用而设：导水、通行等；

3．地役权具有永久性，随土地而始终，设定地役权时原则上不得附条件和期限；

4．地役权具有不可分性；

5．地役权在相邻或至少在邻近的土地之间存在（不必相邻，如远眺役权）

二、地役权的类型

（一）乡村地役权

1．最古老的役权，属于“要式物”

2．主要是两类：通行权与用水权。

3．通行权。 包括：（1）个人通行权（iter）；（2）负重通行权（actus）；（3）道路通行权（via）。

4．用水权（iura aquarum）。包括：（1）导水权；（2）汲水权；（3）饮畜权等。

5．其他较不重要的乡村役权还包括：放牧权、采掘权（矿物、石灰）等。

（二）城市地役权

1．在早期住宅的独立性失去后，逐渐较为常见。

2．包括三大类：通水地役；立墙地役、采光地役。

第四节　人役权

一、概述

1．为特定人的利益而利用他人所有之物的权利，以他人之物供自己使用和收益。

2．为特定人的利益而设。

3．暂时性，以期限届满或权利人的终身为限。

4．人役权不能让与，而权利的行使可以转让。

5．通常由遗嘱加以设定，以契约设定的并不多见。

6．在尤士丁尼法上共有四个类型：用益权、使用权、居住权、劳作使用权

二、用益权(usus fructus)

1．最古老、最重要的人役权。

2．概念：在不损坏物的实体的情况下使用他人物品并收获其孳息的权利。

3．最常见的目的在于进行家庭“安置”，所以主要以遗嘱设定。

4．用益权的标的物：为他人所有物；可以是动产和不动产；须为不可消耗物。

5．用益权人的权利：（1）使用权，以“善良家父”的注意义务使用、保管用益物，原则上不得对物进行改良；（2）收益权，自然孳息、法定孳息，其范围在设定用益权时可以约定。

6．用益权人与虚有权人之间的关系。

7．用益权人的义务：（1）在用益权开始的时候，应提供有清偿能力的保证人；（2）于用益物权存续期间，应尽“善良家父”的注意； （3）不得变更用益物原有的或约定的用途； （4）应承担用益物的日常负担； （5）用益权终结时返还原物和附属物。

三、使用权（usus）

1．权利人在个人需要的范围内，对他人的物按其性质加以使用的权利。

2．使用权无收益的权能。帝政以后，法学家对使用权的权能作了扩张解释，可以包含一定限度内的收益权在内

3．与债权性使用权的不同：虚有权人对标的物不负任何义务，而出租人则负担保与维持出租物合于使用收益状态等义务。

4．使用权的其他方面均与用益权相同。

四、居住权（habitatio）与劳作使用权（operae servi vel animalis）

1．前者指居住他人房屋的权利；后者为利用他人的奴隶或家畜的权利。

2．二者都属于“使用权”，但其权利都大于一般的使用权。如承认权利人对房屋和奴隶牲畜的出租权。

3．是基于事实的权利，不因“人格减等”或权利的不行使而消灭。

第五节　役权的设立

一、通过法律行为设立役权

1．早期法上权利与权利标的物的不分：导致役权也被看作要式物。

2．在古典法中，乡村役权必须以要式买卖或拟诉弃权设立；城市役权与用益权等须以拟诉弃权设立。

3．设立役权可以采用“役权的移转”或“役权的扣除”的方法。

4．以简约方式设立役权的，不具有相应的效力。为使其具有约束力，当事人会附加一个要式口约的保证，后来，裁判官改此项契约为物权性质，给与“准物权诉”的保护。

5．尤士丁尼法中，役权设立契约成为非要式契约。

二、时效取得

1．公元前 1 世纪前，役权的取得适用取得时效（土地 2 年），Lex Scribonia（公元前 1 世纪末）取消了时效取得。

2．长期时效的适用：自公元 3 世纪起；须有行使役权的事实；持续 10 年或 20 年（同省或异省）；准占有无强暴、隐匿和临时受让的瑕疵。

第六节　役权的保护

保护役权的方法有诉权和占有令状

一、役权确认诉

1．为维护役权而提起的对物之诉被称为“役权确认之诉”(actio confessoria)；

2．原告须证明役权的存在，在地役权中，原告还须证明自己对需役地的所有权。

3．该诉属于市民法诉讼

二、准役权确认诉

1．大法官法上的诉讼。

2．如役权让与人对供役地无市民法所有权或设定时仅用简约而不受市民法诉讼保护时，需要该诉权的保护。

复习与思考

如何理解罗马法的人役权制度？

第四章　永佃权和地上权

第一节　永佃权

一、概念

一种可以转让并可移转给继承人的物权，是支付租金，长期或永久地使用、收益他人的土地的权利。

二、起源

1．在罗马法上的先例：（1）“公田占有”；（2）“赋税田的出租”：。

2．希腊——东罗马的传统。

三、永佃权人的权利

1．享有对土地不受限制地使用的权利（包括改良与改变用途），以不破坏土地为限；

2．收取孳息；

处分永佃权：出让永佃权；设立役权或抵押权。

四、永佃权人的义务

1．不得损害土地的价值；

2．承担一切费用及一切由物所负担的义务（赋税等）；

3．按期缴纳租金（不得以歉收等理由要求减少或免除租金）；

4．出让永佃权时须预先通知所有人，后者有优先受让的权利；如果所有人不赎回永佃权，则有权获得价款的百分之二。（中世纪称为“认可税”）

五、永佃权的保护

1．债权诉：对人诉讼，地位同租赁契约中的承租人的诉权

2．物权诉：为重新取得物，1）“赋税田之诉”；2）“扩用的返还原物之诉”；3）“永佃权之诉”；为取得有利于永佃地的役权，可提起“扩用的役权确认之诉”； 针对在永佃地上非法行使役权的行为，可提起“排除妨碍之诉”。

六、永佃权的设定和消灭

1．设定：永佃权契约（法学家曾讨论该契约是买卖契约还是租赁契约，芝诺皇帝将其规定为独立的契约类型）、遗嘱或死因赠与等。

2．消灭：土地的灭失、主体的混同、赎回、时效（永佃权人不行使权利且所有人在该时期内占用了土地）、失权（如三年不缴纳租金或其他税赋、转移永佃权时不履行通知义务，未保障所有人的优先权或未给付“认可税”等，所有人提起的是“返还原物之诉”）。

第二节　地上权

一、意义

指利用他人的土地建筑房屋而充分享用的、可转让并可转移给继承人的权利。

二、特征

1．根据市民法的原则，房屋的所有权应归属于土地所有人。所以，地上权人仅享有房屋的使用权，其法律上的所有权归属于土地所有人。

2．地上权被视为对房屋的利用，而非土地的负担。所以，一旦房屋倒塌，地上权就消灭（房屋的建筑材料归土地所有人，因为他是房屋的所有人）。

3．通常以支付年租的方法长期使用：1）往往是永久的；2）不以支付租金为成立的前提

4．具物权的属性，受物权诉的保护（对物之诉、扩用的原物返还之诉）。

三、地上权人的权利

1．地上权人对建筑物享用使用、出租、转让、继承、抵押、设定役权等权利。

2．地上权人的权利比永佃权更绝对，不受任何限制，并且对于所有人不负任何义务。

3．在转让时，所有人无优先购买权，也不能抽取手续费。

四、地上权的消灭

地上权消灭的原因与永佃权消灭的原因相同，但不发生失权的情形。

复习与思考

罗马法的永佃权与地上权对后世民法的影响

第五章　占　有

一、占有的概念与要件

1．占有是对物的事实上的支配、管领。

2．问题的关键是当事人是否要有所有的意思，这涉及占有的要件的问题：体素（对物的控制）与心素（据为己有的意图）；萨维尼与耶林的观点。

3．在罗马人那里，占有可以说是所有权的外部形象（占有作为所有权的推定，使当事人证明自己为所有人之前就可获得法律保护——令状保护）。

4．持有——单纯的物的占有，在罗马法上不具有占有的效力与诉讼保护，因为缺乏占有的心素（如承租人、借用人的占有）。

5．缺乏占有心素而受占有保护的几种情形：质押债权人的占有；讼争物保管人的占有；容假占有人（临时受让人）的占有；永佃人的占有。

二、占有的类型

（一）自然占有（possessio naturalis）与民法占有（possessio civilis）

1．自然占有：无占有心素的单纯持有，本来是一种得不到占有保护的事实关系，尤士丁尼在一些经过添加的文献中使用这个词表示那些缺乏占有心素但在当时受占有保护的占有，后者在新法中大大增加。

民法占有：有正当原因的占有，是一种真正受诉权保护的权利，包括所有权、善意所有（大法官法所有权）等

（二）正当占有与不正当占有

1．正当占有(possessio iusta)：具有正当原因的占有，无暴力、隐匿、容假（临时受让占有）等瑕疵；

2．不正当占有(possessio iniusta)：具有前述瑕疵的占有。

（三）善意占有（possessio bona fides）与恶意占有（possessio mala fides）

1．善意占有：占有人认为自己有正当权利而为占有。

2．恶意占有：占有人明知或可得而知其无正当理由而为占有。

三、占有的保护——占有令状

（一）概述

1．对占有的保护是通过请求令状的程序以非常方式给与的。

2．令状是裁判官颁发的一种谕令，分禁令与命令两种。

（二）“维护占有令状”（占有保持令状）

1．指以保持现实占有为目的的令状。

2．包括不动产占有保持令状与动产占有保持令状：1）不动产占有保持令状；2）动产占有维持令状。

3．该令状是禁止令状、双重令状（对双方当事人颁布）。

4．请求应该在遭受侵害或一年内提出。

（三）“恢复占有令状”（占有回复令状）

1．以收回所丧失的占有为目的的令状。

2．该令状的颁布主要针对其对土地的占有遭到暴力剥夺的情形。

3．不仅获得占有的返还，而且如果在当年内请求该令状，可以获得因占有被剥夺而蒙受的损失的赔偿；如果在一年后提出，则侵占者只对他从剥夺中所获利益负责。

复习与思考

1．占有是权利，抑或是事实？
2．占有的“心素”？
3．占有的令状保护与后世的占有之诉？

第六章　债法总论

第一节　债的意义

一、债的概念

1．obligatio 的动词形态 obligare，来自 ligare（捆绑）——法律约束

2．尤士丁尼《法学阶梯》的定义（J.3,13,pr）：债即法锁，它使我们必须依据我们城邦的法律履行某种给付义务。

3．obligatio 一词原先仅是用来表示上述法律约束，但后来也用来表示债务人的义务，甚至用来表示债权人的权利——债的法律关系

4．保罗（D.44,7,3pr）：债的本质不在于我们取得某物的所有权或者获得役权，而在于其他人必须给我们某物或者做或履行某事——债权与物权的基本区分。

二、债的性质

（一）人身义务——财产义务

1．罗马债的历史起源是对犯私的责任（同态复仇），契约责任从属于这一概念；

2．后来，法律要求应该首先要求“罚金”，但此时这种罚金仍然只是具有赎金的性质，“给付”的观念尚未产生；后来债才开始获得完整的财产关系的意义，从此，诉权和清偿的对象变成了罚金或钱款，而不再是人身（受役状态只是一种次要的执行程序）。

3．债的标的从起初时的债务人的人身，演进到债务人的行为——给付

（二）与物权的区别——侵害与司法保护

1．物权可能受到任何人的侵害，并且人们不可能预先知道谁有可能预先侵害它；而债权的侵害只可能来自于特定的债务人；

2．维护物权的诉讼是绝对的，针对所有的人，是对物诉讼；而维护债权的诉讼是对人之诉。

第二节　债的标的

一、给付的类型

债的标的分为 dare、facere，或者再增加 praestare

1．Dare（给）：在古典法学家那里，其意思是移转所有权或者创设其他物权；不仅关注行为本身，而且强调其效果。

2．Fare（*facere,*为）：dare 以外的所有情形，包括 non facere。

3．Praestare（履行）：前两类似乎已经穷尽了债的标的，但是在罗马法上有时还提到 praestare，这个词在罗马法的后期具有了现代的“给付”的意义，所以能够包容一切债的标的。

二、给付的要件

1．给付须具有财产性；

2．债务与责任必须归属于同一个人；

3．给付必须是可能的。*Impossibilium nulla obligatio est* (D.50.17.185)；

4．给付必须是合法的——以不法给付为对象的行为无效。

5．给付是确定的；或者是可以加以确定的。

第三节　债的类型

一、种类之债与选择之债

（一）种类之债

1．指标的物被确定为某一类物或某个范围内的物的债

2．一般来说，可混合之物均为种类物，但也有特例（例如，“我将遗赠我钱柜中所有的钱”）；而有时不可混合物则被视为种类物（如我将我的一所房子遗赠给你）。

3．在罗马法一般不承认种类物出卖，参见 D.18,1,35,5。

4．“种类物不可能灭失”。

（二）选择之债

1．指其标的可以在一组特定的物之间进行选择的债；多发生在要式口约、买卖契约、间接遗赠中。

2．选择权的归属：1）选择权一般归属于债务人；2）选择权人（债务人或债权人）怠于行使选择权的，选择权向对方移转；第三人不行使的，向债务人移转；3）债务人或债权人有权改变选择（ius variandi）,只要债务人尚未清偿或债权人尚未提出清偿的请求，第三人的选择一旦作出，不得再予以变更。

3．标的物灭失对选择权的影响。

4．选择之债与风险承担——D.18,1,34,6

二、可分之债与不可分之债

1．可分之债：给付可以被分割为几个同质的部分，债可以被部分地履行而不改变其实质；相反则为不可分之债；

2．以“*dare*”为标的的债一般为可分之债；

3．以“*facere*”为标的的债为不可分之债；

4．当对同一债存在多个债权人或多个债务人时，这种区分才具有意义；

5．《十二表法》曾规定：债权和债务在数个共同继承人之间是“当然”可分的，相应的权利与义务被划分为多个权利与义务。

三、按份之债与连带之债

1．当债权人或债务人为复数时，可能存在的三种情形：一个总给付分割为数个分给付、并存完整的数债、单一且连带。

2．按份之债：债在不同的债权人或债务人间进行分割，每个债务人只承担给付总额的一部分或者债权人只有权要求其中一部分。

3．连带之债：具有数个主体和完全同一的和单一的标的的债。在这种债中，各个债权人均有权要求债务人履行债务（主动连带之债），各个债务人均对债的整体负责（被动连带之债）；但债不表现为累加的方式，而是表现为选择的方式；债因共同债务人之一人的清偿或向共同债权人之一人清偿而消灭。

4．在罗马法上，连带之债，无论是主动的还是被动的，一般均产生于要式口约。

5．多数人之债何时是按份的，何时发生累积之债，何时成立连带之债，取决于法律关系的性质。

6．古典的连带之债排除追索权。

7．在债务人间不存在其他关系的情形，古典法学家承认一些原则与照顾。例如：1）“诉权转让照顾”； 2）为担保人设立“诉权划分照顾”。

第四节 债的渊源（发生原因）

一、意义

1．债的渊源或发生原因指的是可能产生债的效果的法律事实

2．债的原因具有典型性，如同它所对应的对人之诉。典型性不仅表现在这些学理类型上，而且也表现在各个类型所包含的具体种类之上，例如，契约的类型在罗马法上是典型化的。

二、债的渊源类型

1．二分法：债产生于适法行为与不法行为。

2．三分法： (D.44.7.1,4 和 5)债产生于契约、私犯或其他原因（既不属于契约用不属于私犯的类型，包括非债清偿、无因管理、监护、遗赠等）。

3．四分法：东罗马帝国后古典时期的法学家发展了盖尤斯的理论，提出了债的渊源的四分法：债或者产生于契约，或者产生于准契约，或者产生于私犯，或者产生于准私犯（I. 3,13,2）。

第五节 债的担保

一、概述

1．债的担保包括人的担保与物的担保；

2．人保区分债务人自己提供的担保与第三人提供的担保；

3．债务人自己的人保包括：1）定金；2）违约金协议。

二、第三人提供的担保

1．最早的两种保证形式是所谓“誓约”（sponsio）和承保（fidepromissio）；

2．共和国后期起，出现了第三种担保的形式——fideiussio（偿还担保）。

三、物保：信托让与

1．以提供担保为目的实现所有权转移，在习惯上主要针对要式物。它还包括一项约定：信托人保留在清偿债务后向债权人（受信托人）索还物品的权利（相应的诉权为“信托之诉”）。

2．评价：对债务人不利。

四、物保：质押

1．不涉及所有权的移转，只是转移对物的占有，债权人的占有受裁判官令状的保护。

2．任何可转让的物都可以成为质权的标的，尤士丁尼将质权标的扩及权利。

五、物保：抵押

1．具有裁判官法的起源。

2．罗马抵押权制度的缺陷： 1）缺乏登记制度对交易安全的损害 2）后古典时期大量存在的

默示抵押对明示抵押权的影响。

第六节　债的消灭

一、概述

1．任何使债的关系终止的法律事实均构成债的消灭原因；

2．债的消灭的效果包括两种情形：当然消灭和因抗辩消灭。

二、履行或清偿

1．清偿构成债的消灭的最自然的原因，但是，在早期法上，为解除债必须采用同设立债时相同的程式，例如，对通过要式口头契约缔结的债的解除，需要以要式免除（l'acceptilatio）为之，在古法末期，清偿的一般效力逐渐被认可。

2．清偿(solutio)具有消灭一切类型的债的效力，而且其消灭是“当然的”（ipso iure）。

3．清偿人：通常是债务人，但是第三人清偿也具有消灭债的效力。

4．受清偿人：原则上是债权人，也可以是其代理人或其指定的其他人。

5．清偿的方法依给付的不同而各异。

6．债务原则上应完整地、一次性地履行，主要的例外是所谓“能力限度照顾”（beneficium cempetentiae）。

7．清偿物：依债的标的而为清偿，只有在征得债权人同意之后，才能进行代物清偿。

三、更新

1．以一个新债的成立来取代旧债，而使旧债消灭；

2．在罗马法上债的更新主要通过要式口约来实现，要求当事人具有消灭前债的意思，并且新债与旧债具有相同的给付内容；

3．新债必须是在某个方面包含了新的要素；

4．效力：更新使债“当然地”消灭，对债的担保权利也归于消灭；

四、免除

1．债权人放弃债权的行使，在罗马法上涉及三种形式：solutio per aes et libram（铜和秤式清偿）; acceptilatio（正式免除）；pactum de non petendo（关于不要求的简约）。

2．solutio per aes et libram：与 mancipatio 同，属于“铜和秤式”行为（债务人表明用铜块清偿债务，从而获得解脱）。

3．Acceptilatio：与要式口约相对应，一问一答； 正式免除使债“当然”消灭。

4．pactum de non petendo：没有采用特定要式行为的免除债务的简约；债务人可以据此提出“既定简约的抗辩”，对抗其后要求其履约的债权人——债因抗辩而消灭。

五、抵销

1．债权人和债务人间互负债务时，在同等数额内消灭；

2．罗马法上不承认任何形式的法定抵销。早期法律也不承认裁判抵销，因为每一个债都对应各自的诉权；从共和国末期起，开始在诚信诉讼中承认裁判抵销；

3．并非所有的债都能以此方式抵销，而要求两债产生于相同的原因（例如委任、寄托等）；另一方面，无需给付为同类（如一为金钱，一为特定物，因为判罚都是以金钱形势作出的）；

4．马可·奥勒留皇帝赋予严法诉讼中的被告通过“欺诈抗辩”的方法实现抵销；
5．尤士丁尼对抵销制度的改革：将抵销作为消灭债的一般方式

复习与思考

1．罗马法学家对“债”的概念表述与性质描述
2．如何理解债的标的中的“给”（dare）
3．债的发生原因
4．更新作为债的消灭原因
5．抵押权的裁判官法起源

第七章　债法分论

第一节　契　约

一、概述

1．得到法律承认的协议；可强制执行的协议；受诉权保护的协议。

2．早期法上，没有契约的观念，仅有债的一般观念。古典法学家开始在“协议”的意义上使用“契约”一词。

3．罗马法上的契约强调“原因”——契约的典型性。

4．在要式口约中，协议既不是充分条件（需要特定的形式），也不是必要条件（当事人不能提出其真实意思与要式口约的内容不符）。

5．契约的典型性所造成的对当事人意思自治的限制很大程度上受到要式口约这一抽象契约的补救。

6．罗马法上契约的分类。依原因而未分类，盖尤斯的分类——四分法：债或者产生于物（通过物的移转，要物契约），或者产生于话语，或者产生于文字（特种书面形式），或者产生于合意。

二、口头契约

1．在罗马法史上，包括嫁资口约、誓言和要式口约，后者是最重要的。

2．传统的市民法具有形式主义的特点，而口头形式是其首选的形式。

3．双方当事人出席，连续的问答（Sondes mihi dare centum? Spondeo）。

4．与其说是一种契约，不如说它是一种缔约方式：任何一种协议只要不是非法的，都能以该形式获得执行力。

5．由其所产生的诉权为“要式口约诉”。

6．属于典型的单务契约，以其完成买卖须采用双重要式口约。

7．后古典时期，随着书面形式的采用（希腊传统），该种形式衰退。

三、文字契约

1．主要的类型是“债权誊帐”——源于罗马家庭使用的“收支簿”

2．由债权人将债权誊写在“收支簿”的支出栏，并取得债务人的认可（通常债务人会在自己的帐本的收入栏中做相应的记载）

3．只以一笔金钱为对象

4．可以用于债的更新

5．在希腊——东罗马时代消灭

四、实物契约

1．债不是产生于协议本身，而是产生于对物的交付；

2．罗马法上有四种实物契约：消费借贷、使用借贷、寄托、质押；

五、合意契约

1．债的效果产生于单纯的协议，无需任何形式或交付行为

2．包括四个类型：买卖、租赁、合伙、委托；

3．属于典型的诚信契约；

4．买卖契约：1）对于出卖人可以向买受人移转的任何权利都可以成为买卖的标的物； 2）以货币作为价金，从而与互易相区别； 3）出卖人不负移转标的物所有权的义务；

5．租赁契约：罗马法上的租赁契约的范围实际上包括相当于现代法上的租赁（物的租赁）、雇佣（提供劳务）、承揽三种类型的契约

6．合伙：两个或两个以上的当事人为某一共同目的而相互合作的协议。合伙并不一定要求具有营利的目的； 合伙人的权利义务是一致的，相应的诉权也是单一的（合伙人之诉）； 合伙仅仅涉及内部关系，对外合伙人独立地承受法律行为的效果。

7．委任：无偿性，后来关于报酬的约定也成为有效的；

六、无名契约

1．四种类型：do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias。 以自己之给付交换他方之给付，而自己的给付已经作出了。最早的类型是互易（受 conditio 的诉权保护）。

2．后古典时期获得“无名契约”的一般称谓，受“依诉求前书之诉”（对待给付之诉）的保护

七、简约

1．缺乏形式，而且不是根据某一债因所达成的协议

2．简约不产生债，而只产生抗辩——“简约抗辩”

第二节　准契约

一、概述

1．产生债的契约以外的适法行为

2．主要包括无因管理与不当得利

二、无因管理

1．无因管理的要件

2．相关诉权：“无因管理之诉”与反诉讼

三、不当得利

1．不当得利的类型

2．具体救济手段——*condictio* 的各个类型

第三节　私犯与准私犯

一、私犯

1．犯罪区分为公犯与私犯，私犯是债的最原始的渊源（具有罚金性质）

2．损害投偿

3．盖尤斯和尤士丁尼的《法学阶梯》都只列举了四类私犯行为：盗窃、抢劫、非法损害（由

《阿奎利亚法》确定）、侵辱（任何对他人权利或者人格的轻蔑无视，原先规定固定的罚金 25 阿斯）

4．过错（*culpa*）

二、准私犯

《法学阶梯》规定了四类准私犯：

1．审判员误判致害；

2．建筑物的占有人对从该建筑物向公共场所投掷或倾倒的任何物对他人造成的损害承担赔偿责任；

3．悬挂物致害；

4．雇主责任（船舶、旅馆等的主人对其奴隶或雇员实施的盗窃或侵害承担赔偿责任）

复习与思考

1．罗马法上是否承认“契约自由”？

2．如何理解“简约”？

3．罗马法上所谓“无名契约”与当代契约法中的“无名契约”有无不同？

4．私犯与准私犯的具体类型

第八章　继承法

第一节　概　述

一、遗产继承的概念

概括的死因继承——对死者法律地位的概括承受

二、遗产继承的限度

1．后世限定继承原则的起源
2．财产清单照顾（*beneficium inventarii*）
3．弃权照顾（*beneficium abstinendi*）
4．分离照顾（*beneficium separationis*）

三、继承人

1．自家继承人（*heredes sui*）
2．必要继承人（*heredes necessarii*）——当然地取得继承人身份
3．家外继承人（*heredes extranei*）——需要对继承的接受

四、增添权（ius adcrescendi）

1．指取得落空遗产份额（由于其他继承人放弃继承权等）的权利。
2．既可适用于遗嘱继承，也可适用于无遗嘱继承。

五、遗产占有（bonorum possessio）

1．遗产占有的起源
2．裁判官法制度——依据公平原则，纠正市民法的传统继承规则
3．遗产占有的各种类型

第二节　遗嘱继承

一、概念与特征

1．乌尔比安与莫德斯丁的定义
2．特征：市民法行为；要式行为；单方行为；死因行为

二、遗嘱能力与遗嘱继承能力

1．遗嘱能力：订立遗嘱的能力（法律资格和事实能力）
2．遗嘱继承能力：接受继承的能力——限制比较宽松

三、遗嘱的类型

1．尤士丁尼法之前的遗嘱形式——会前遗嘱、战前遗嘱、称铜式遗嘱等

2．新法上的遗嘱

四、继承人的设立

1．设立继承人的形式与要件
2．设定继承人的各种情形

五、继承替补

1．设立候补继承人：遗嘱人为可能出现的第一继承人不能取得遗产情形所做的安排。
2．具体类型：一般替补；未适婚人替补和准未适婚人替补

六、遗嘱的无效

1．包括当然（ipso jure）无效与可使之无效（可撤销）
2．无效原因：不合法遗嘱；遗嘱中止；遗嘱失效；遗嘱弃置；不合义务遗嘱。

第三节　无遗嘱继承

一、《十二表法》上的无遗嘱继承

1．无遗嘱继承适用的情形：被继承人未立遗嘱；遗嘱无效、被设立的继承人放弃接受等
2．无遗嘱继承人的范围与顺序：自家继承人；宗亲属；族人

二、古典法上的无遗嘱继承

1．裁判官在革新无遗嘱继承制度中发挥的重要作用
2．无遗嘱继承人的顺序：子女；法定继承人；血亲、配偶

三、尤士丁尼法的调整

《新律》118、127

第四节　遗赠和遗产信托

一、遗赠的概念与历史

1．遗赠也属于死因取得
2．遗赠与遗产继承的区别：遗赠是一种单纯的和直接的财产转移
3．遗赠的历史发展

二、遗赠的种类

1．直接遗赠：在接受遗赠后，物立刻为受遗赠人所有。
2．间接遗赠：遗嘱人要求继承人向受遗赠人履行一定义务。
3．先取遗赠
4．容受遗赠

三、遗赠的无效与撤销

1．无效的各种原因
2．简单撤销与遗赠转移

四、遗产信托

1．遗产信托的特点
2．遗产信托的规则

复习与思考

1．思考罗马继承法的整体结构
2．罗马的继承制度是财产继承还是身份继承？
3．如何理解遗产占有制度与遗产继承制度的并存？
4．遗赠的不同类型与权利变动规则
5．从罗马继承法反观我国继承法：后者是否有需要改善之处？

参考文献目录

一、教材、著作类

1. 《罗马法概论》，巴里·尼古拉斯著，黄风译，法律出版社，2000 年版
2. 《罗马法原论》（上下册），周枏著，商务印书馆，1994 年版
3. 《罗马法教科书》，彼得罗·彭梵得，黄风译，中国政法大学出版社，96 年修订版
4. 《罗马法基础》，江平、米键，中国政法大学出版

二、文献、资料类

1. 《法学阶梯》，尤士丁尼，徐国栋译，中国政法大学出版社，99 年版
3. 《十二铜表法》（世界著名法典汉译丛书），法律出版社，2000 年版
4. 《罗马法词典》，黄风，法律出版社，2002 年版
5. 中国政法大学出版社出版之《民法大全选译》系列十余种（1992 年至 2001 年）：正义与法；司法管辖、审判、诉讼；人法、法律行为，物与物权；契约之债与准契约之债；私犯之债；私犯之债（II）与犯罪；婚姻、家庭与遗产继承；买卖契约；公法等。

《仲裁制度》教学大纲

宋朝武　编写

目　录

前　言.....1005
第一章　仲裁法学导论.....1006
第一节　仲裁法学概述.....1006
一、仲裁的概念与特征.....1006
二、仲裁的性质.....1006
三、仲裁的分类.....1006
第二节　仲裁制度的历史演进.....1007
一、仲裁制度的起源、确立和历史发展.....1007
二、我国仲裁制度的确立与历史发展.....1007
第三节　仲裁与民事诉讼之关系.....1007
一、仲裁与诉讼关系的历史考察.....1007
二、仲裁与民事诉讼的异同.....1007
三、仲裁与民事诉讼的关系.....1008
复习与思考题.....1008
第二章　仲裁法与仲裁规则.....1009
第一节　仲裁法的概述.....1009
一、仲裁法的概念.....1009
二、我国仲裁法的立法背景.....1009
三、我国仲裁法的基本内容和重要突破.....1009
四、仲裁法的效力范围.....1009
第二节　仲裁法的基本原则与基本制度.....1010
一、仲裁法的基本原则.....1010
二、仲裁法的基本制度.....1010
第三节　仲裁规则概述.....1010
一、仲裁规则的含义.....1010
二、仲裁规则的制定及其制定依据.....1010
三、仲裁规则的确定.....1011
四、仲裁规则的特征.....1011
五、仲裁规则与仲裁法的关系.....1011
第四节　仲裁规则的内容和作用.....1011
一、仲裁规则的内容.....1011
二、仲裁规则的作用.....1011
复习与思考题.....1011
第三章　仲裁组织.....1012

第一节　仲裁协会.....1012
一、仲裁协会概述.....1012
二、中国仲裁协会.....1012
第二节　仲裁机构.....1012
一、仲裁机构的概念和特征.....1012
二、仲裁机构的法律地位.....1012
三、我国的仲裁机构——仲裁委员会.....1012
第三节　仲裁庭.....1013
一、仲裁庭的概念与特征.....1013
二、仲裁庭与仲裁机构的关系.....1013
三、仲裁庭的权力与职责.....1013
复习与思考题.....1013
第四章　仲裁员.....1014
第一节　仲裁员的任职资格.....1014
一、国籍条件.....1014
二、品德条件.....1014
三、专业条件.....1014
第二节　仲裁员的行为.....1014
一、仲裁员的行为特点.....1014
二、仲裁员的行为规范.....1014
第三节　仲裁员的责任.....1015
一、仲裁员责任的理论.....1015
二、我国的仲裁员责任制度.....1015
复习思考题.....1015
第五章　仲裁协议.....1016
第一节　仲裁协议概述.....1016
一、仲裁协议的概念.....1016
二、仲裁协议的特征.....1016
三、仲裁协议的类型.....1016
四、仲裁协议的形式.....1016
第二节　仲裁协议的内容.....1017
一、我国仲裁协议的法定内容.....1017
二、仲裁协议的约定内容.....1017
三、示范仲裁条款.....1017
第三节　仲裁协议的效力.....1017
一、仲裁协议的有效要件.....1017

二、仲裁协议效力的认定机构.....1017
三、仲裁协议效力的体现.....1017
四、仲裁协议的无效与失效.....1018
第四节　仲裁协议的独立性.....1018
一、问题的提出.....1018
二、传统的观点.....1018
三、仲裁条款独立性理论.....1018
四、我国的仲裁立法及实践.....1018
复习思考题.....1018
第六章　商事仲裁管辖权.....1020
第一节　商事仲裁管辖权概述.....1020
一、商事仲裁管辖权的概念.....1020
二、商事仲裁管辖权的取得.....1020
第二节　商事仲裁管辖权异议.....1020
一、商事仲裁管辖权异议的概念.....1020
二、提出商事仲裁管辖权异议的期限.....1020
三、商事仲裁管辖权异议的种类.....1020
四、商事仲裁管辖权异议的认定机构.....1020
第三节　我国商事仲裁庭管辖权异议的处理.....1021
一、我国仲裁庭管辖权异议的种类.....1021
二、我国仲裁庭管辖权异议的认定机构.....1021
三、实践及完善.....1021
复习思考题.....1021
第七章　仲裁程序.....1022
第一节　仲裁当事人与代理人.....1022
一、仲裁当事人.....1022
二、仲裁代理人.....1022
第二节　仲裁程序的启动与发生.....1023
一、仲裁申请.....1023
二、受理.....1023
三、仲裁答辩.....1023
四、仲裁反请求.....1023
第三节　仲裁保全.....1023
一、仲裁财产保全.....1023
二、仲裁证据保全.....1024
第四节　仲裁庭的组成.....1024

一、仲裁庭的组成形式.....1024
二、仲裁庭的具体组成程序.....1024
三、仲裁员的更换.....1024
第五节　仲裁审理.....1024
一、仲裁审理的原则.....1024
二、审理的方式.....1025
三、证据和举证.....1025
四、仲裁审理中特殊情形的处理.....1025
五、仲裁调解与和解.....1025
第六节　仲裁裁决.....1025
一、仲裁裁决概述.....1025
二、仲裁裁决的作出.....1026
三、仲裁裁决的效力.....1026
第七节　简易程序.....1026
一、简易程序的概念和特点.....1026
第八节　仲裁程序与民事诉讼程序比较.....1026
复习思考题.....1027
第八章　国际商事仲裁.....1028
第一节　国际商事仲裁概述.....1028
一、国际商事仲裁的含义.....1028
二、国际商事仲裁与其他争议解决方式的比较.....1028
第二节　国际上的主要商事仲裁机构.....1028
一、国际商事仲裁机构.....1028
二、主要的国家性商事仲裁机构.....1028
第三节　国际商事仲裁中的法律适用.....1028
一、国际商事仲裁程序法的适用.....1028
二、国际商事仲裁实体法的适用.....1029
复习思考题.....1029
第九章　仲裁裁决的执行.....1030
第一节　我国仲裁机构的仲裁裁决在中国内地的执行.....1030
一、我国仲裁机构的国内仲裁裁决在中国内地的执行.....1030
二、我国仲裁机构的国际商事仲裁裁决在中国内地的执行.....1030
第二节　仲裁裁决在中国内地 与香港、澳门、台湾之间的协助执行.....1030
一、仲裁裁决在中国内地与香港之间的协助执行.....1030
二、仲裁裁决在中国内地与澳门之间的协助执行.....1031
三、仲裁裁决在中国内地与台湾之间的协助执行.....1031

第三节　仲裁裁决承认与执行的国际司法协助 1031
一、外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行 1031
二、中国仲裁裁决在域外的承认与执行 1032
第四节　仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行 1032
一、中止执行 1032
二、终结执行 1032
三、恢复执行 1032
复习思考题 1032
第十章　仲裁的司法监督 1033
第一节　仲裁司法监督概述 1033
一、仲裁司法监督的概念 1033
二、仲裁司法监督的必要性 1033
三、仲裁司法监督的原则 1033
四、仲裁司法监督的法律后果 1033
第二节　撤销仲裁裁决 1033
一、　撤销仲裁裁决的概念及条件 1033
二、审理撤销仲裁裁决的程序 1034
三、撤销仲裁裁决裁定的效力 1034
四、撤销国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的比较 1034
第三节　不予执行仲裁裁决 1034
一、不予执行仲裁裁决的概念及条件 1034
二、审理不予执行仲裁裁决的程序 1035
三、不予执行仲裁裁决裁定的效力 1035
四、不予执行国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的比较 1035
第四节　撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的关系 1035
一、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的相同点 1035
二、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的不同点 1035
三、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的联系 1035
第五节　我国仲裁司法监督制度的完善 1036
一、司法监督模式的选择 1036
二、司法监督范围的完善 1036
三、司法监督方式的协调 1036
复习与思考题 1036
主要参考文献目录 1037

前　言

商事仲裁是与民事诉讼并行的一种法定的解决民商事纠纷的方式。随着市场经济的完善和发展，商事仲裁以其经济、快捷、灵活、保密和当事人主体性地位突出等优势而备受当事人的青睐，在民商事纠纷解决机制中的地位也越来越重要，特别是在国际经济贸易纠纷解决机制中。因此，开设商事仲裁法学课程，既符合民事程序知识体系拓展的需要，也适应了社会经济发展的需求。通过知识讲解，课堂讨论、案例教学以及比较分析等课堂教学，使学生系统的了解和掌握商事仲裁制度的基础理论、基本知识；正确理解商事仲裁的程序规则以及其与民事诉讼程序的关系，提高运用仲裁法以及仲裁规则进行仲裁，解决民商事就纠纷的能力。

教学总进程课时安排

本课程教学课时为 36 学时，2 个学分，其中课堂讲授 32 学时，实践性教学环节（案例讨论）4 学时。

第一章　仲裁法学导论

教学目的和要求：掌握商事仲裁的概念、特征和分类；了解商事仲裁制度的历史演进过程以及我国商事仲裁制度的发展历史，正确理解商事仲裁的性质、民事诉讼与商事仲裁的关系。

第一节　仲裁法学概述

一、仲裁的概念与特征

1．仲裁的概念

仲裁是指纠纷当事人通过合意，自愿将有关争议提交非司法机构的第三者审理，由其依据法律或依公平原则作出对争议双方均有约束力的裁决的一种纠纷解决制度、方法或方式。

2．仲裁的特征

仲裁与其它民事纠纷解决方式比较，具有：自主性、灵活性、专业性、经济性、强制性、秘密性以及国际性等特征。

二、仲裁的性质

1．有关仲裁性质的四种基本理论

司法权理论、契约理论、混合理论和自治理论

2．我国有关仲裁性质的理论和观点

准司法权理论、非行政性理论、民间性理论和仲裁性质的综合论

三、仲裁的分类

1．国内仲裁与涉外仲裁

根据所处理的纠纷是否具有涉外因素，仲裁可分为国内仲裁和涉外仲裁。 国内仲裁是指本国当事人之间为解决没有涉外因素的国内民商事纠纷进行的仲裁； 涉外仲裁，也可称为国际商事仲裁，是指为解决具有涉外因素的民商事纠纷或国际性民商事纠纷进行的仲裁。

2．机构仲裁与临时仲裁

根据仲裁组织产生和存续的状态，仲裁可分为机构仲裁与临时仲裁。

临时仲裁也称为特别仲裁、临时性仲裁，是指在事先并不存在仲裁组织的情况下，当事人根据其仲裁协议，将其争议提交给临时组成的仲裁庭进行审理并作出裁决，该仲裁庭在解决完争议后即自行解散的仲裁。

机构仲裁，也称为制度性仲裁、常设仲裁，是指当事人根据其仲裁协议，将其争议提交给某一常设的仲裁机构所进行的仲裁。

3．依法仲裁与友好仲裁

根据仲裁裁决的依据，仲裁可分为依法仲裁与友好仲裁。

依法仲裁是指仲裁庭依据一定的法律规定对纠纷进行裁决。

友好仲裁，或称友谊仲裁、依原则仲裁，是指仲裁庭依当事人的授权，依据其所认为的公平的标准和商业惯例对纠纷进行仲裁，从而作出对当事人有约束力的裁决。

4．传统仲裁与网上仲裁

根据仲裁的审理模式不同，仲裁可分为传统仲裁与网上仲裁。

传统仲裁包括口头审理模式和书面审理模式。

网上仲裁是指从仲裁当事人提出仲裁申请、仲裁机构立案受理仲裁案件、到仲裁庭开庭审理并作出仲裁裁决的整个过程都在国际互联网上进行的一种仲裁模式。

第二节　仲裁制度的历史演进

一、仲裁制度的起源、确立和历史发展

1．仲裁制度的起源：仲裁的起源可以追溯到原始社会氏族部落首长对内部纠纷的居中公断，但其作为一项制度最早为政治国家所接纳的是古希腊和古罗马

2．仲裁制度的确立和发展

确立于中世纪的欧洲，19 世纪中期以后，各国以及国际社会普遍承认了仲裁是解决民商事争议的一种常用方法，并且赋予其法律上的意义，19 世纪末到 20 世纪初，仲裁制度得到了发展，各国纷纷制定仲裁法。进入 20 世纪中后期，西方各国都根据其社会发展的需要，多次修改，或者重新制定了其各自的商事仲裁法制，同时，也加快了商事仲裁的国际立法工作。

二、我国仲裁制度的确立与历史发展

新中国的仲裁制度始于新民主革命时期的革命根据地，当时仲裁的方式仅适用于解决劳动争议，真正建立和发展应当是在新中国成立之后。中国分别建立了国内仲裁制度和涉外仲裁制度，两种制度有着不同的发展过程。

我国在涉外仲裁领域，自二十世纪 50 年代就确立起了现代意义上的仲裁制度。

国内仲裁制度的发展比较复杂，从一开始就受到国家权力强大的干预，大致经历了 4 个阶段：

1．只裁不审阶段.即一般案件，实行两裁终审；涉及重大项目的经济合同的案件，实行三裁终审制。

2．先裁后审（或称又裁又审、两裁两审）阶段：即合同纠纷案件先经过两级仲裁机构仲裁解决，当事人对仲裁裁决不服的，在法定期间可以向有管辖权的人民法院起诉，然后进入两审终审的诉讼阶段。

3．或者裁或审，一裁两审阶段：即对于合同纠纷，当事人可以向仲裁机构申请仲裁，对仲裁裁决不服的，直接向有管辖权的人民法院起诉，进入两审终审的诉讼阶段；也可以不经过仲裁程序而直接向有管辖权的人民法院起诉。

4．或裁或审和一裁终局阶段：仲裁法实施后，就具有可仲裁性的争议案件，当事人可以通过签订仲裁协议的方式选择仲裁，仲裁裁决一经作出即具有法律效力。

第三节　仲裁与民事诉讼之关系

一、仲裁与诉讼关系的历史考察

从历史上考察，仲裁与诉讼的关系经历了三个阶段：

1．诉讼对仲裁的完全不干涉阶段

2．诉讼对仲裁的过度干预阶段

3．诉讼对仲裁的适度干预阶段

二、仲裁与民事诉讼的异同

1．仲裁与民事诉讼的相同之处

所属程序体系相同；解决争议案件的性质有相同之处；一些原则和制度相同；一些当事人的程序权利具有相同之处；某些程序性规则相同；裁决的法律效力相同。

2．仲裁与民事诉讼的不同之处

性质不同；受理案件的基础不同；一些具体程序规则不同；裁决作出的依据不同；裁判的执行程序不同。

三、仲裁与民事诉讼的关系

1．立法上的借鉴和互相补充

2．司法上的支持与监督

复习与思考题

1．什么是仲裁？有什么特征？

2．仲裁的分类有哪些？

3．简述仲裁与民事诉讼。

第二章　仲裁法与仲裁规则

教学目的和要求：掌握仲裁法的含义和基本内容；了解我国仲裁法的立法背景和内容上的重要突破；掌握仲裁法的效力范围，特别是仲裁事项的范围；仲裁法的基本原则和基本制度；了解仲裁规则的特征、制定、确定方式以及基本内容；明确仲裁法与仲裁规则的关系

第一节　仲裁法的概述

一、仲裁法的概念

仲裁法，是指国家制定或认可的，规范和调整仲裁程序和仲裁机构、仲裁庭及仲裁当事人进行仲裁活动所产生的仲裁法律关系的法律规范的总称。

仲裁法有广义和狭义之分。狭义的仲裁法，又称形式意义上的仲裁法，专指仲裁法典，如《中华人民共和国仲裁法》（后简称《仲裁法》）。广义的仲裁法，又称为实质意义上的仲裁法，是指由国家制定或认可的关于仲裁的一切法律规定，除包括仲裁法典外，还包括其他法律、法规、条例中关于仲裁的规定。

二、我国仲裁法的立法背景

三、我国仲裁法的基本内容和重要突破

基本内容：包括总则、仲裁委员会和仲裁协会、仲裁协议、仲裁程序、申请撤销仲裁裁决、执行、涉外仲裁的特别规定以及附则 8 章，共 80 条内容。

重要突破：

1．废除了强制仲裁的制度，确立了自愿原则和协议仲裁的制度。

2．废除仲裁机构和行政机关之间的隶属关系，即确立了我国仲裁的民间性质和独立仲裁的原则。

3．废除条块分割的仲裁体例，建立了统一的仲裁制度。

4．废除了“一裁二审”，实行或裁或审制度和一裁终局的制度。

5．明确规定了法院对仲裁进行司法监督的具体方式。

四、仲裁法的效力范围

1．仲裁法效力范围的概念

仲裁法的效力范围，也称为仲裁法的适用范围，是指仲裁法对什么人、什么事、在什么时间和空间范围内可以发生法律效力。仲裁法的效力范围包括对人的效力、对事的效力、时间效力和空间效力。

2．我国仲裁法的效力范围

仲裁法对事的效力：即可仲裁的事项或争议的范围、仲裁范围。《仲裁法》第 2 条正面规定仲裁范围：“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁”；第 3 条对仲裁范围作了列举式的排除，即“下列纠纷不能仲裁：（一）婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷；（二）依法应当由行政机关处理的行政争议。”第 77 条规定：“劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁，另行规定。”

仲裁法对人的效力：平等主体的公民、法人和其他组织

仲裁法的时间效力：自 1995 年 9 月 1 日起施行

仲裁法的空间效力：中华人民共和国领域内（除香港、澳门、台湾地区外）

第二节　仲裁法的基本原则与基本制度

一、仲裁法的基本原则

仲裁法的基本原则是指贯穿于仲裁过程始终，对仲裁活动起着指导作用的行为准则。它是仲裁机构、仲裁员和当事人及其代理人在整个仲裁活动中都必须严格遵守的行为准则。我国仲裁法确立了以下基本原则：

1．当事人自愿原则

也称当事人意愿原则，当事人意思自治原则，不仅反映了仲裁制度的基本特点，同时也是仲裁制度区别于民事诉讼制度的显著标志之一。

2．独立仲裁的原则

独立仲裁的原则体现为仲裁机构的设置、仲裁机构之间的相互关系以及仲裁庭审理纠纷的过程都具有法定的独立性。

3．根据事实、符合法律规定、公平合理解决纠纷的原则

该原则是对“以事实为根据、以法律为准绳”的法律原则的新发展。也就是说，在法律没有规定或法律规定不完备的情况下，仲裁庭可以按照公平合理的一般原则来解决经济纠纷。

二、仲裁法的基本制度

1．协议仲裁制度

协议仲裁制度是仲裁自愿原则的具体体现，也是整个仲裁活动进行的基础。即当事人申请仲裁和仲裁机构受理仲裁案件都必须依据当事人之间订立的有效的仲裁协议。没有仲裁协议，一方当事人申请仲裁的，仲裁机构不能受理。

2．或裁或审制度

或裁或审制度是指双方当事人对发生的争议只能选择仲裁或诉讼中的一种方式解决。即当事人选择仲裁或选择诉讼是相互排斥的，有效的仲裁协议排除法院的管辖权。没有仲裁协议或者仲裁协议无效的，法院可以行使管辖权。

3．一裁终局制度

一裁终局制度是指仲裁裁决书一经作出，即具终局效力，对当事人产生既判力和约束力。

第三节　仲裁规则概述

一、仲裁规则的含义

仲裁规则是指规范仲裁进行的具体程序及其相应的仲裁法律关系的程序规则。仲裁规则用于调整仲裁的内部程序，为具体的仲裁活动提供行为准则，直接制约着仲裁活动的进行。

二、仲裁规则的制定及其制定依据

一般而言，仲裁规则由仲裁机构自己制定。在某些情况下，仲裁规则也可以由当事人制定，特别是在临时仲裁中。在我国，仲裁规则由仲裁机构制定。

我国仲裁机构制定仲裁规则的依据是《仲裁法》和《民事诉讼法》

三、仲裁规则的确定

1．由当事人确定仲裁规则
2．由仲裁机构确定仲裁规则
3．由仲裁庭确定仲裁规则

四、仲裁规则的特征

1．仲裁规则具有明显的契约性
2．仲裁规则具有必要的强制性
3．仲裁规则具有一定的局限性。

五、仲裁规则与仲裁法的关系

1．仲裁法与仲裁规则的联系

仲裁规则和仲裁法都是仲裁程序中的仲裁当事人、仲裁机构、仲裁庭进行仲裁活动的行为规范；仲裁法是制定仲裁规则的依据，仲裁规则是仲裁法的细化；对于仲裁规则规定不明确或当事人在仲裁规则中没有明确约定的事项，仲裁法自动起补充的作用；

2．仲裁法与仲裁规则的区别

两者的性质不同；两者规范的内容侧重点不同；两者的效力不同；两者对法院的约束力不同。

第四节　仲裁规则的内容和作用

一、仲裁规则的内容

仲裁规则一般应该包括如下内容：仲裁管辖，仲裁组织，仲裁申请、答辩及反请求的程序，送达，仲裁庭的组成及权力，审理程序，裁决程序等；另外，还有关于仲裁机构、仲裁员和当事人的权利与义务，仲裁应该使用的语言、法律适用、翻译、仲裁费用、仲裁地点等方面的内容。

二、仲裁规则的作用

1．为当事人提供了一套科学、系统而又方便的采用仲裁方法解决其争议的程序。
2．为仲裁机构、仲裁庭进行仲裁活动提供了程序规则。
3．为当事人和仲裁机构、仲裁员提供了程序上的权利义务规范。
4．为对仲裁的支持和监督提供了依据。

复习与思考题

1．什么是仲裁法？仲裁法的效力范围包括哪些？
2．仲裁法的基本原则包括哪些，其基本内容是什么？
3．仲裁法的基本制度有哪些，其基本内容是什么？
4．什么是仲裁规则？其特征是什么？
5．仲裁规则是如何制定以及被确定的？
6．简述仲裁法与仲裁规则的关系。

第三章　仲裁组织

教学目的和要求：了解中国仲裁协会的性质、组成以及其职能；掌握仲裁机构的特征以及我国仲裁委员会设立的条件和程序；充分认识仲裁委员会的法律地位；了解仲裁委员会的内部组织； 掌握仲裁庭的概念、特征及其权力；明确仲裁庭和仲裁机构的关系

第一节　仲裁协会

一、仲裁协会概述

仲裁协会是仲裁行业协会的简称，是以仲裁机构和仲裁员为成员的自律性行业管理组织。

二、中国仲裁协会

1．中国仲裁协会的性质

对外而言，中国仲裁协会是社会团体法人; 对内而言，中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织。中国仲裁协会依法独立行使法律赋予的权力，履行法律规定的各种职能。

2．中国仲裁协会的组成

中国仲裁协会实行会员制，各仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。

3．中国仲裁协会的职能

第一、根据仲裁法与民事诉讼法制定仲裁规则；

第二、对仲裁机构及仲裁员的违纪行为进行监督。

第二节　仲裁机构

一、仲裁机构的概念和特征

仲裁机构是指由商事法律关系的双方当事人通过仲裁协议自主选择的，通过仲裁方式解决当事人之间仲裁协议约定事项所发生争议的民间性机构。

仲裁机构通常具有以下特征：

1．民间性

2．管理性和服务性

二、仲裁机构的法律地位

目前对仲裁机构法律定性的模式主要有以下几种：

1．明确规定仲裁机构是法人

2．明确规定仲裁机构是公司

3．没有法律上独立的地位，仅作为民间性机构而存在或是其他有独立地位机构的附属

三、我国的仲裁机构——仲裁委员会

1．仲裁委员会的设立和注销

2．仲裁委员会的法律地位及性质

3．仲裁委员会的内部组织

第三节　仲裁庭

一、仲裁庭的概念与特征

仲裁庭是指由当事人选定或者仲裁委员会主任指定的仲裁员组成的，对当事人依据仲裁协议提请仲裁的争议案件按照仲裁程序进行审理并作出仲裁裁决的仲裁组织。

仲裁庭不同于仲裁委员会，具有以下特征：

1．仲裁庭是仲裁权的行使主体

2．仲裁庭具有临时性

3．仲裁庭的形式具有灵活性

二、仲裁庭与仲裁机构的关系

仲裁机构对仲裁庭行使仲裁权提供服务和监督

仲裁庭独立于仲裁机构行使仲裁权

三、仲裁庭的权力与职责

1．仲裁庭的权力

对案件仲裁管辖权的认定权

证据的获得与认定权

开庭审理权

争议案件的调解权

争议案件的裁决权

仲裁程序的指挥权

2．仲裁庭的职责

及时、独立、公平合理地审理并裁决争议案件

保守商事仲裁秘密

复习与思考题

1．什么是仲裁机构？有何特征？其法律地位是什么？

2．什么是仲裁庭？有何特征？有何权力与职责？

3．简述仲裁协会、仲裁机构与仲裁庭的关系

第四章　仲裁员

教学目的与要求：掌握仲裁员的任职资格；了解仲裁员的行为特点和行为规范；了解仲裁员责任豁免论、仲裁员责任论以及有限的仲裁员责任豁免论理论的产生背景和内涵，明确仲裁员责任理论的目的；了解我国仲裁员责任制度的现状，结合我国的实践和国外的相关制度，以完善我国的仲裁员责任制度。

学时：2 学时

第一节　仲裁员的任职资格

一、国籍条件

我国《仲裁法》没有明确规定仲裁员的国籍问题，根据仲裁法、仲裁规则的相关规定，可以受理涉外案件的仲裁委员会可以聘任外籍人士作仲裁员

二、品德条件

公道正派

三、专业条件

1．从事仲裁工作满八年的；
2．从事律师工作满八年的；
3．曾任审判员满八年的；
4．从事法律研究、教学工作并具有高级职称的
5．具有法律知识、从事经济贸易等专业工作并具有高级职称或者具有同等专业水平的。

第二节　仲裁员的行为

一、仲裁员的行为特点

1．仲裁员行为的民间性
2．仲裁员行为的独立性
3．仲裁员行为的公正性

二、仲裁员的行为规范

1．独立公正地仲裁争议案件
2．不得私自接触当事人及其代理人
3．自觉履行其披露义务
4．履行保密义务
5．勤勉审慎履行其职责

第三节　仲裁员的责任

一、仲裁员责任的理论

1．仲裁员责任豁免论

该理论流行于普通法系国家，认为即使仲裁员违背了公正、谨慎、合理勤勉地实施仲裁的基本职责，也无需承担诸如损害赔偿之类的一般民事责任。该理论源自法官的“司法豁免论”。

2．仲裁员责任论

“仲裁员责任论”是针对“仲裁员责任豁免理论”提出的，认为仲裁员违背了公正、谨慎、合理勤勉地实施仲裁的基本职责，需要承担诸如损害赔偿之类的一般民事责任。

3．有限的仲裁员责任豁免论

该理论认为仲裁员仅在一定的范围内享有责任豁免，如果仲裁员因故意或者重大过失导致其未能履行其接受指定时当事人所赋予的职责，则必须为其不当行为给当事人造成的损失承担民事责任。

二、我国的仲裁员责任制度

我国《仲裁法》目前对仲裁员的责任问题规定得不够完整和明确。对于仲裁员的法律责任仅第38条作了规定，并且没有明确是何种法律责任。一般认为，该条涉及的法律责任主要是刑事责任。至于仲裁员是否应承担民事责任，《仲裁法》则没有明确。

复习思考题

1．仲裁员的任职资格包括哪些条件？

2．简述仲裁员的行为特点与行为规范？

3．如何完善我国的仲裁员责任制度。

第五章　仲裁协议

教学目的与要求：掌握仲裁协议的概念和特征；了解仲裁协议的类型和有效形式；掌握对仲裁协议书面形式的认定；了解仲裁协议的内容，明确法定内容与仲裁协议效力的关系；掌握仲裁协议的有效要件和对仲裁协议有效性有认定权的机构；掌握仲裁协议的效力；了解仲裁协议的无效和失效的情形；掌握仲裁协议的独立性理论以及在实践中的运用。

第一节　仲裁协议概述

一、仲裁协议的概念

仲裁协议是争议发生之前或者争议发生之后，双方当事人自愿达成的将特定争议事项提请约定的仲裁委员会进行审理并作出仲裁裁决的书面意思表示。

二、仲裁协议的特征

1．仲裁协议主体的特定性
2．仲裁协议约定事项具有可仲裁性
3．仲裁协议的要式性
4．仲裁协议的间接性
5．仲裁协议的广延性
6．仲裁协议内容的同一性
7．仲裁协议的独立性

三、仲裁协议的类型

1．仲裁条款

仲裁条款是指当事人在订立民商事合同时，在该合同中订立的约定将可能发生的民商事法律争议提交仲裁解决的条款。

2．仲裁协议书

仲裁协议书是指当事人按平等协商原则在争议发生之前或之后达成并共同签署的将有关民商事法律争议提交仲裁解决的一种独立于民商事合同书的专门性书面协议。

3．其他书面文件中的商事仲裁协议

其他书面文件中的仲裁协议是指在双方当事人针对有关民商事合同关系而相互往来的信函、电传、电报、传真和其他书面材料中所包含的仲裁协议。

四、仲裁协议的形式

1．仲裁协议的有效形式

世界各国现行仲裁立法、有关仲裁的国际条约以及仲裁实践虽然关于仲裁协议的形式要求不尽一致，但绝大多数均要求仲裁协议必须采取书面形式。

2．仲裁协议书面形式的认定

第二节　仲裁协议的内容

一、我国仲裁协议的法定内容

1．请求仲裁的意思表示
2．仲裁事项
3．选定的仲裁委员会

二、仲裁协议的约定内容

1．仲裁地点
2．仲裁规则

三、示范仲裁条款

第三节　仲裁协议的效力

一、仲裁协议的有效要件

1．当事人具有订立仲裁协议的民事行为能力
2．当事人之间有提交仲裁的真实一致的意思表示
3．仲裁协议约定的争议事项具有可仲裁性
4．仲裁协议的形式需合法

二、仲裁协议效力的认定机构

1．仲裁机构

《仲裁法》第 20 条规定，当事人对仲裁协议效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定。

2．法院

法院对仲裁协议效力的认定享有管辖权，已得到各国仲裁立法和司法实践的普遍认可。我国《仲裁法》第 20 条规定，当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求人民法院作出裁定的，由人民法院裁定。可见，我国仲裁法对此采取了法院享有最终决定权的立法体例。

3．仲裁庭

许多国家的仲裁立法通常赋予仲裁庭有权就仲裁协议有效与否的问题作出决定或者中间裁决。我国仲裁法目前没有赋予仲裁庭有对仲裁协议效力的认定权。

三、仲裁协议效力的体现

1．对当事人的效力：仲裁协议有效成立后，在对当事人产生妨碍起诉权行使的效力

2．对法院的效力：产生以当事人的自由意志排除法院司法管辖权的效力．除非该仲裁协议无效或无法实现。这种效力能够排除法院的一般司法管辖权和专属管辖权。

3．对仲裁机构（仲裁庭）的效力：主要体现在两个方面：其一、授权效力；其二、限制仲裁权行使的范围。

4．对仲裁裁决的效力：是当事人自觉履行仲裁裁决或者法院强制执行仲裁裁决的根据

四、仲裁协议的无效与失效

（一）仲裁协议的无效

1．仲裁协议无效的法定情形

约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；一方采取协迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

2．实践中常见的无效仲裁协议

无法实现的仲裁协议；仲裁终局性不确定的仲裁协议。

（二）仲裁协议的失效

1．仲裁协议因基于仲裁协议作出的终局裁决得以履行或者执行而失效

2．仲裁协议因当事人协议放弃而失效

3．附期限的仲裁协议因期限届满而失效

4．仲裁协议因基于仲裁协议作出的仲裁裁决被人民法院裁定撤销或者裁定不予执行而失效

第四节　仲裁协议的独立性

一、问题的提出

二、传统的观点

传统的观点认为：仲裁协议是包该仲裁协议的合同的不可分割的组成部分，合同的效力应当及于该仲裁协议，即合同的无效、失效、不存在、变更、解除、终止决定了仲裁协议也具有同样的效果。如果当事人对合同的有效性提出异议，仲裁协议的有效性须提交法院确定。

三、仲裁条款独立性理论

仲裁条款独立性理论,又称为仲裁协议的可分离性、可分割性理论，仲裁条款自治理论，是指仲裁协议在与包含它或者与它相关的基础合同的关系问题上的独立或者相互分离。其基本内容为：仲裁协议与主合同或合同条款是各自独立的契约，其效力不受主合同效力的影响。即仲裁协议的效力不因主合同不成立、不存在、无效、失效或不可执行而受任何影响；当事人对主合同存在与否、有效与否的异议，应当由仲裁庭、而不是法院来解决。目前，仲裁条款的独立性理论得到了各国和国际商事仲裁立法的普遍承认。

四、我国的仲裁立法及实践

在仲裁法颁布之前，中国国际经济贸易仲裁委员会在其仲裁规则中已经明确地确认了仲裁协议的独立性。

1995 年 9 月 1 日开始实施的我国《仲裁法》第 19 条明确规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。仲裁庭有权确认合同的效力。这一条款明确确定了仲裁协议的独立性问题。

复习思考题

1．什么是仲裁协议？有何特征？

2．仲裁协议有哪些类型？

3．仲裁协议的有效要件包括哪些？如何认定仲裁协议的书面形式？

4．仲裁协议的基本内容包括什么？如何理解仲裁协议的有效要件与基本内容的关系？
5．哪些机构对仲裁协议的效力有认定权？有效的仲裁协议有什么法律效力？
6．仲裁协议的独立性是指什么？
7．仲裁协议无效的情形有哪些？

第六章　商事仲裁管辖权

教学目的与要求：掌握商事仲裁管辖权的概念和取得途径；掌握商事仲裁管辖权异议的概念、种类、提出期限以及异议的认定机构；了解我国商事仲裁管辖权异议制度及其实践，明确我国商事仲裁管辖权异议制度存在的不足以及完善途径

第一节　商事仲裁管辖权概述

一、商事仲裁管辖权的概念

仲裁管辖权,是指仲裁协议赋予商事仲裁庭对有关商事仲裁案件进行审理并作出裁决的权限。仲裁管辖权的内容包括：仲裁协议的有效性、提交的争议事项是否为仲裁事项等。

二、商事仲裁管辖权的取得

1．当事人协议授权
2．法律的规定

第二节　商事仲裁管辖权异议

一、商事仲裁管辖权异议的概念

仲裁管辖权异议是指当事人否定受理案件的仲裁机构或仲裁庭对该案件有管辖权的主张

二、提出商事仲裁管辖权异议的期限

有关公约和各国仲裁立法以及仲裁机构的仲裁规则中，对提出商事仲裁管辖权异议的期限规定主要有四种：

1．在第一次实体答辩之前提出
2．在首次开庭前提出
3．针对不同的异议类型分别规定时限
4．没有时限要求

三、商事仲裁管辖权异议的种类

1．对仲裁协议及其效力的异议
2．对仲裁机构的异议
3．对仲裁事项的异议

四、商事仲裁管辖权异议的认定机构

1．仲裁机构
2．仲裁庭
3．法院

第三节　我国商事仲裁庭管辖权异议的处理

一、我国仲裁庭管辖权异议的种类

二、我国仲裁庭管辖权异议的认定机构

1．仲裁委员会
2．人民法院

三、实践及完善

复习思考题

1．什么是商事仲裁管辖权？包括哪些内容？
2．商事仲裁管辖权的取得途径是什么？
3．什么是商事仲裁管辖权异议？哪些机构对商事仲裁管辖权异议有认定权？
4．你认为如何完善我国的商事仲裁管辖权异议制度。

第七章　仲裁程序

教学目的与要求：掌握仲裁当事人、仲裁代理人的概念和特征；了解仲裁当事人与仲裁参加人和仲裁参与人的关系、仲裁第三人的问题以及仲裁当事人的权利和义务；了解仲裁程序的启动与发生；掌握仲裁中财产保全和证据保全制度；掌握仲裁庭的组成形式、具体组成程序和仲裁员的更换；了解仲裁审理的原则、方式、证据与举证以及特殊情形的处理；掌握仲裁的和解与调解；掌握仲裁裁决的概念、类型以及作出；了解仲裁的简易程序的具体规定，掌握仲裁程序与诉讼程序的比较

第一节　仲裁当事人与代理人

一、仲裁当事人

1．仲裁当事人的概念与特征

仲裁当事人，是指因仲裁协议约定事项发生争议，为维护自身的合法权益，基于仲裁协议以自己的名义独立地提起或者参加仲裁程序，并接受仲裁裁决约束的自然人、法人或者其他组织。

仲裁当事人具有以下特征：

必须是仲裁协议的当事人；以自己的名义参加仲裁程序；当事人之间必须发生了仲裁协议所约定事项的争议；受仲裁裁决的约束

2．仲裁当事人与仲裁参加人和仲裁参与人

3．仲裁第三人的问题

4．仲裁当事人的权利与义务

5．仲裁当事人的更换

二、仲裁代理人

（一）仲裁代理人的概念与特征

仲裁代理人，是指根据法律规定或者当事人、法定代理人的授权委托，以被代理人的名义，为维护被代理人的合法权益，在代理权限范围代理一方当事人进行仲裁活动的人。

仲裁代理人具有以下特征：

1．仲裁代理人必须以被代理人的名义进行仲裁活动

2．仲裁代理人代为进行仲裁活动的目的是维护被代理人的利益

3．仲裁代理人在代理权限范围内进行代理活动所产生的法律后果由被代理人承担。

4．在同一案件的仲裁程序中，代理人只能代理当事人一方进行仲裁活动。

（二）仲裁代理人的种类

1．法定代理人

在仲裁程序中，出现下列情形时，法定代理人的代理权限即消灭：被代理人取得或者恢复了行为能力；法定代理人死亡或者丧失行为能力；法定代理人失去对被代理人的亲权或者监护权。

2．委托代理人

委托代理权产生以后，出现下列情形之一的，委托代理权即归于消灭：仲裁程序终结；委托代理人死亡或者丧失行为能力；委托人解除委托或者代理人辞去委托。

第二节　仲裁程序的启动与发生

一、仲裁申请

1．仲裁申请的概念

仲裁申请，是指平等主体的公民、法人和其他组织就他们之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，根据双方当事人之间自愿达成的仲裁协议，提请仲裁协议中选定的仲裁委员会通过仲裁方式解决争议的行为。

2．申请仲裁的条件

有仲裁协议

有具体的仲裁请求和事实、理由

属于仲裁委员会的受理范围

3．仲裁申请书

二、受理

1．仲裁受理的概念

仲裁受理，是指仲裁委员会对当事人提出的仲裁申请经过审查，认为符合法律规定的申请仲裁条件，从而决定立案审理的行为。

2．仲裁申请的审查与受理

3．受理后的准备工作

三、仲裁答辩

仲裁答辩，是指在仲裁程序中，被申请人为了维护自己的合法权益，针对仲裁申请人在仲裁申请书中所提出的仲裁请求和该仲裁请求所依据的事实、理由进行答复与抗辩的行为。

四、仲裁反请求

1．仲裁反请求的概念与特征

仲裁反请求，是指在已经开始的仲裁程序中，被申请人以原仲裁申请人为被

申请人，向仲裁委员会提出的与原仲裁请求在事实和法律上有牵连的，目的在于抵销或者吞并仲裁申请人的仲裁请求的独立的反请求。

仲裁反请求具有以下特征：

当事人地位的特定性与双重性；反请求的独立性；反请求目的的对抗性；反请求时间的限定性；反请求事实理由的牵连性。

2．反请求的提出和审理

第三节　仲裁保全

一、仲裁财产保全

1．仲裁财产保全的概念与条件

2．仲裁财产保全的程序

二、仲裁证据保全

1．仲裁证据保全的概念与条件
2．仲裁证据保全的程序
3．证据保全的措施及效力

第四节　仲裁庭的组成

一、仲裁庭的组成形式

仲裁庭通常有两种形式，即合议制仲裁庭和独任制仲裁庭

二、仲裁庭的具体组成程序

确定仲裁庭的形式
选定仲裁员组成仲裁庭
合议制仲裁庭的具体组成
独任制仲裁庭的具体组成

三、仲裁员的更换

（一）仲裁员的回避
1．回避的法定情形
（1）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；
（2）与本案有利害关系；
（3）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；
（4）私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。
2．回避的方式：（1）仲裁员自行回避；（2）当事人申请回避。
3．回避的处理及后果
仲裁员是否回避，由仲裁委员会主任决定；仲裁委员会主任担任仲裁员时，由仲裁委员会集体决定。
仲裁员因回避不能履行其职责的，当事人应当按照仲裁法的规定重新选定仲裁员或者由仲裁委员会主任重新指定仲裁员，因回避而重新选定或者指定仲裁员后，当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行，是否准许，由仲裁庭决定；
仲裁庭也可以自行决定已进行的仲裁程序重新进行。
（二）仲裁员的更换
仲裁庭组成后，因仲裁员死亡、丧失行为能力、临时出国等原因不便继续履行仲裁职责时，也涉及更换问题。

第五节　仲裁审理

一、仲裁审理的原则

1．不公开原则，包括不公开进行开庭审理和不公开宣告对争议案件做出的裁决，当然，如果当事人协议选择公开审理，则仲裁庭可以对争议案件进行公开审理，涉及国家秘密的案件除外。

2．开庭审理与书面审理相结合原则，即仲裁庭审理案件应当开庭审理，但是当事人协议选择书面审理的除外。

二、审理的方式

1．口头审理（开庭审理）
2．书面审理（不开庭审理）

三、证据和举证

1．证据的种类
2．证据的收集
3．举证责任

四、仲裁审理中特殊情形的处理

1．撤回仲裁申请
申请撤回
按撤回仲裁申请处理
2．缺席裁决
3．延期开庭

五、仲裁调解与和解

1．仲裁中的调解
商事仲裁调解：是指在商事仲裁程序中，仲裁庭根据双方当事人的申请，或者在征得双方当事人同意的情况下，主持双方当事人，就有关争议的实体权利义务关系协商一致，达成调解协议，以解决有关商事法律争议的活动。
2．仲裁中的和解
商事仲裁和解，是指在仲裁机构受理案件以后，仲裁庭作出仲裁裁决之前，双方当事人在自愿的基础上经协商一致，达成和解协议，以解决彼此间的商事争议，从而终结仲裁程序的活动
3．仲裁调解与仲裁和解的比较

第六节　仲裁裁决

一、仲裁裁决概述

1．仲裁裁决的概念
仲裁裁决是仲裁庭依法对提交仲裁的案件在审理过程中或审理后，在认定证据、查明事实的基础上，依照所应使用的法律，对当事人提出的仲裁请求或反请求以及与前述请求相关事项做出的书面决定。
2．仲裁裁决的类型
对席裁决和缺席裁决
中间裁决、部分裁决和终局裁决
合意裁决与非合意裁决
裁明事实和理由的裁决与不裁明事实和理由的裁决
补充裁决和被补充裁决

二、仲裁裁决的作出

1．作出裁决的时限与方式

作出裁决的时限是指仲裁案件从组庭到做出最终仲裁裁决的时限。我国仲裁法没有规定仲裁时限，各仲裁委员会在仲裁规则中规定了本会的仲裁时限

独任制仲裁庭由独任仲裁员作出裁决；合议制仲裁庭实行少数服从多数的原则作出裁决；如果达不成多数意见，以首席仲裁员的意见作出裁决

2．裁决书的形式和内容要求

形式要求：裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名

内容要求写明：仲裁请求，争议事项，裁决理由，裁决结果，仲裁费用的负担，裁决日期等。其中，当事人可以协商在裁决书中不写明争议事项，裁决理由。

3．裁决书的补正

对于裁决书的文字、计算错误或者仲裁庭已经裁决但在裁决书中遗漏的事项，仲裁庭应当通过补正裁决加以补正。补正裁决应当由当事人在做出裁决后的一定期限内提出申请，我国《仲裁法》规定，当事人应在收到裁决书之日起 30 日内提出。

三、仲裁裁决的效力

1．裁决的终局性

2．裁决的执行性

第七节　简易程序

一、简易程序的概念和特点

简易程序，即普通程序的简化，是仲裁机构审理简单的仲裁案件或根据当事人的协议进行仲裁时所适用的一种简便易行的仲裁程序

仲裁简易程序的特点

1．仲裁庭的组成方式简便

2．审理方式灵活

3．各种期限的规定相对较短

4．在简易程序中未作规定的事项应适用仲裁规则的相关规定

二、适用简易程序的条件

1．争议标的不大

2．案情简单

3．经双方当事人默示或者书面同意

三、适用简易程序的审理

第八节　仲裁程序与民事诉讼程序比较

一、主管范围

二、管辖权来源

三、具体管辖

四、保全制度：财产保全和证据保全
五、组成仲裁庭和审判组织
六、审理方式
七、审理原则
八、审级制度
九、和解和调解
十、仲裁裁决和法院判决裁定的作出

复习思考题

1．什么是仲裁当事人？有何特征？与仲裁参与人和仲裁参加人是怎样的关系？
2．仲裁庭的形式有哪些？其具体组成程序是什么？
3．仲裁员的回避条件是什么？回避决定权由谁行使？
4．仲裁中财产保全、证据保全的条件和程序是什么？
5．简述仲裁中的调解制度和和解制度？
6．仲裁裁决有哪些种类？如何作出？有何效力？
7．简述仲裁程序与民事诉讼程序的不同。

第八章　国际商事仲裁

教学目的与要求：掌握国际商事仲裁的含义；理解国际商事仲裁与其他争议解决方式的不同；了解国际上主要的商事仲裁机构；了解国际商事仲裁中程序法以及实体法的适用。

第一节　国际商事仲裁概述

一、国际商事仲裁的含义

国际商事仲裁，通常也称涉外商事仲裁，是指商事活动中的当事人通过合意，自愿将将他们之间的具有国际性质的商事争议提交非司法机构的第三者审理，由其依据法律或依公平原则作出对争议双方均有约束力的裁决的一种纠纷解决方式或制度。

二、国际商事仲裁与其他争议解决方式的比较

1．国际商事仲裁与国际仲裁
2．国际商事仲裁与国内仲裁
3．国际商事仲裁与国际民事诉讼

第二节　国际上的主要商事仲裁机构

一、国际商事仲裁机构

1．国际商会仲裁院
2．解决投资争议国际中心

二、主要的国家性商事仲裁机构

1．伦敦国际仲裁院
2．瑞士苏黎世商会仲裁院
3．瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院
4．美国仲裁协会
5．中国国际经济贸易仲裁委员会

第三节　国际商事仲裁中的法律适用

一、国际商事仲裁程序法的适用

仲裁程序法是指一国制定或多国通过订立国际公约所制定的支配仲裁程序的法律原则和规则的总和。

1．当事人选择的仲裁程序法
2．仲裁地法的适用
3．“非当地化”（delocalisation）理论与仲裁程序的法律适用

二、国际商事仲裁实体法的适用

1．当事人通过协议选择仲裁实体法

2．根据冲突法规则确定仲裁的实体法

适用仲裁地国的冲突规则；适用仲裁员认为最为适当的或可适用的冲突规则；适用与争议有最密切联系的冲突规则

3．直接确定适用的仲裁实体法

4．非国内法规则与非法律标准的适用

国际法；一般法律原则；商事习惯法；公平善意

复习思考题

1．什么是国际商事仲裁？有何特征？

2．在国际商事仲裁中，如何适用法律？

第九章　仲裁裁决的执行

教学目的与要求：掌握我国仲裁机构的仲裁裁决在中国内地的执行的法律依据、申请执行期限、管辖法院以及执行的条件；了解仲裁裁决在中国内地与香港、澳门、台湾之间的协助执行的有关规定；掌握外国仲裁裁决在中国内地承认与执行的法律依据以及条件；了解中国仲裁裁决在域外得到承认与执行的规定；掌握仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行的法定情形。

第一节　我国仲裁机构的仲裁裁决在中国内地的执行

一、我国仲裁机构的国内仲裁裁决在中国内地的执行

1．国内仲裁裁决执行的法律依据

《仲裁法》第六章，《民事诉讼法》第 3 编“执行程序”中的有关规定，以及最高人民法院发布的有关司法解释。

2．国内仲裁裁决在内地执行的期限和管辖法院

凡执行程序双方或一方当事人是自然人时，申请执行期限为 1 年；双方当事人是法人或其他组织的，申请执行期限为 6 个月。该期限从裁决书规定的履行期的最后一日的次日起算；裁决书规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日的次日起算。

对国内商事仲裁裁决具有执行管辖权的法院是被执行人住所地或财产所在地的基层人民法院。

3．国内仲裁裁决执行的条件

对于仲裁裁决得到执行的条件的规定，是通过否定清单的形式规定了不予执。

行仲裁裁决的条件的方式来规定的。《仲裁法》第 63 条和《民事诉讼法》第 217 条第 2 款的规定。

二、我国仲裁机构的国际商事仲裁裁决在中国内地的执行

1．中国内地国际商事仲裁裁决的认定

2．中国内地国际商事仲裁裁决在中国内地执行的法律依据

《仲裁法》第 71 条，《民事诉讼法》第 259 条、260 条和第 3 编“执行程序”中的有关规定，以及最高人民法院发布的有关司法解释。

3．中国内地国际商事仲裁裁决在中国内地执行的期限和管辖法院

执行期限同上

对国际商事仲裁裁决具有执行管辖权的法院是被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院。

4．中国内地国际商事仲裁裁决在中国内地执行的条件

对于仲裁裁决得到执行的条件的规定，也是通过否定清单的形式规定了不予执行仲裁裁决的条件的方式来规定的。《仲裁法》第 71 条和《民事诉讼法》第 260 条第 1 款的规定

第二节　仲裁裁决在中国内地
与香港、澳门、台湾之间的协助执行

一、仲裁裁决在中国内地与香港之间的协助执行

1．中国内地与香港之间相互承认和执行仲裁裁决的法律依据

在香港回归之前，中国香港与内地之间相互承认和执行仲裁裁决的法律基础是《承认和执行外国仲裁裁决公约》；在香港回归之后，中国香港与内地之间相互承认和执行仲裁裁决的主要法律依据是 1999 年 6 月 21 日最高人民法院与香港特别行政区代表正式签署的《关于内地与香港特别行政区相互执行商事仲裁裁决的安排》

2．仲裁裁决在中国内地或香港之间申请执行的期限和管辖法院

在内地的执行期限同上

执行管辖法院是被申请执行人住所地或其财产所在地的有关法院。对内地而言，是指被申请执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院；而对香港特别行政区而言，是指香港特别行政区高等法院。

3．中国内地与香港之间相互承认和执行仲裁裁决的条件

二、仲裁裁决在中国内地与澳门之间的协助执行

澳门回归之前，中国内地与澳门特别行政区之间尚无相互承认与执行商事仲裁裁决的先例，而且两地的法律都未涉及到这一问题。澳门回归之后，一方面，中国政府将《承认和执行外国仲裁裁决公约》在互惠保留的前提下扩展适用于澳门特区。另一方面，中国内地与澳门之间作出一个有关相互执行商事仲裁裁决的安排，以此作为两地间在相互承认和执行商事仲裁裁决区际司法协助的法律依据。在安排出台之前，对中国内地所作出的商事仲裁裁决的承认或执行只能依照澳门《涉外商事仲裁法》第 35 条及第 36 条的规定，可以在对等条件下在澳门地区获得承认和执行；对澳门所作出的仲裁裁决，如向内地请求承认或执行，只可按照我国《民事诉讼法》第 269 条的一般制度处理。

三、仲裁裁决在中国内地与台湾之间的协助执行

在 1982 年以前，台湾没有承认和执行外国仲裁裁决的立法，也没有承认和执行大陆仲裁裁决的有关规定。1992 年，台湾当局颁布《台湾地区和大陆地区人民关系条例》，规定内地裁决不违反台湾地区公共秩序或善良风俗者，可以向台湾申请认可及执行。

台湾地区的仲裁裁决在内地得到承认和执行的依据是 1998 年 5 月，最高人民法院发布的《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。该规定不仅允许内地人民法院认可台湾地区的民事判决，同样也适用于在内地法院申请承认和执行台湾地区仲裁机构在台湾所作出的仲裁裁决。

第三节　仲裁裁决承认与执行的国际司法协助

一、外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行

1．中国内地执行外国商事仲裁裁决的法律依据

中国加入的 1958 年《承认和执行外国仲裁裁决的公约》，和最高人民法院发布的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国商事仲裁裁决公约〉的通知》，以及 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》第 269 条的规定。

2．中国内地承认和执行《承认和执行外国仲裁裁决的公约》缔约国仲裁裁决的具体制度

中国内地承认和执行公约裁决的范围；中国内地承认和执行公约裁决的程序；申请承认和执行公约裁决的期限及管辖法院；承认和执行公约裁决的条件。

3．中国内地承认和执行非《承认和执行外国仲裁裁决的公约》缔约国仲裁裁决的依据

双方签订的双边条约或根据互惠原则

二、中国仲裁裁决在域外的承认与执行

1．我国的法律规定

《仲裁法》第 72 条和《民事诉讼法》第 266 条第 2 款都明确规定，如果一方当事人申请执行商事仲裁机构作出的已经发生法律效力的商事仲裁裁决，而被执行人或其财产不在中华人民共和国境内，应直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

2．中国仲裁裁决在《承认和执行外国仲裁裁决的公约》缔约国的承认和执行

3．中国仲裁裁决在非《承认和执行外国仲裁裁决的公约》缔约国的承认和执行

第四节　仲裁裁决的中止执行、终结执行和恢复执行

一、中止执行

中止执行是指在执行程序开始后，由于出现特定的原因，暂时停止执行程序，等到该特定原因消除之后，在决定执行程序是否继续进行的情形。

中止执行的法定情形

二、终结执行

终结执行，即执行终结，是指在执行过程中，由于出现某些特定的情形，使执行程序没有必要或没有可能进行，从而结束执行程序。

终结执行的法定情形

三、恢复执行

恢复执行是指对已经中止执行的裁决，由于中止原因消失而继续执行程序的情形

复习思考题

1．我国仲裁机构的国内仲裁裁决在中国内地的执行的依据和条件是什么？

2．我国仲裁机构的国际商事仲裁裁决在中国内地的执行依据和条件是什么？

3．外国仲裁裁决在中国内地如何得到承认与执行？

4．仲裁裁决在何种情形下会被中止执行、终结执行和恢复执行？

第十章　仲裁的司法监督

教学目的与要求：掌握仲裁司法监督的概念；了解仲裁司法监督的必要性、原则以及法律后果；掌握我国撤销仲裁裁决的概念、条件、审理程序以及撤销仲裁裁决裁定的法律效力；了解撤销国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的不同；掌握我国不予执行仲裁裁决的概念、条件、审理程序以及不予执行仲裁裁决裁定的法律效力；了解不予执行国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的不同；掌握撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的两种制度的区别和联系；了解我国现行仲裁司法监督制度的缺陷以及完善途径。

第一节　仲裁司法监督概述

一、仲裁司法监督的概念

仲裁的司法监督，也即法院对仲裁的监督，是指一国法院依据其国内法律或有关国际公约的规定，对仲裁程序中的有关仲裁协议、仲裁庭的组成、仲裁的审理和裁决程序以及仲裁裁决等事项进行审查，以决定是否给予否定的行为。

二、仲裁司法监督的必要性

仲裁的基石是当事人的意思自治，这决定了在仲裁中必须充分尊重当事人的程序主体性，赋予其高度的自主性和灵活性。同时，仲裁还具有解决纠纷的及时性和秘密性等特征和优势。而恰恰是这些特征和优势，导致了监督仲裁的必要性。

三、仲裁司法监督的原则

1．充分尊重当事人意思自治、积极支持鼓励仲裁原则
2．严格依法行使监督权原则

四、仲裁司法监督的法律后果

1．法院撤销仲裁裁决；
2．变更或撤销仲裁裁决；
3．法院发回重裁（重新仲裁）；
4．不予执行仲裁裁决

第二节　撤销仲裁裁决

一、 撤销仲裁裁决的概念及条件

1．撤销仲裁裁决的概念

撤销仲裁裁决，是指有管辖权的法院，根据一方当事人的申请，依据特定的事由，依法裁定否决仲裁裁决效力的司法监督活动。

2．申请撤销仲裁裁决的条件

提出撤销仲裁裁决申请的主体只能是当事人

当事人必须在法定的期限内提出申请

当事人必须向有管辖权的人民法院提出申请

当事人必须有证据证明仲裁裁决具有应予撤销的法定情形

3．申请撤销仲裁裁决的法定情形

申请撤销国内仲裁裁决的法定情形

申请撤销涉外仲裁裁决的法定情形

二、审理撤销仲裁裁决的程序

1．审理撤销仲裁裁决程序的启动——当事人在法定期限内提出申请

2．依法组庭组成合议庭，对仲裁裁决是否具有法定撤销情形进行审理

3．对撤销仲裁裁决申请的处理

裁定撤销该仲裁裁决：对于国内仲裁裁决的撤销，有管辖权的人民法院可以直接裁定撤销。对于涉外仲裁裁决的撤销，则实行“逐级报告制度”

驳回申请

重新仲裁：涉外仲裁裁决的重新仲裁，实行“逐级报告制度”

三、撤销仲裁裁决裁定的效力

撤销仲裁裁决的裁定一经作出，即发生完全否定仲裁裁决效力的法律效力。当事人不得就该裁定提出异议。仲裁裁决被依法撤销后，当事人可以重新达成仲裁协议通过仲裁的方式解决纠纷，或者向人民法院提起诉讼。

四、撤销国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的比较

撤销法定事由的比较

撤销程序的比较

第三节　不予执行仲裁裁决

一、不予执行仲裁裁决的概念及条件

1．不予执行仲裁裁决的概念

不予执行仲裁裁决，是指执行法院，根据被执行申请人的申请，依据特定的事由，依法裁定不予执行仲裁裁决的司法监督活动

2．申请不予执行仲裁裁决的条件

提出不予执行仲裁裁决申请的主体只能是仲裁裁决的败诉方或者在裁决中负有义务的当事人，即被申请执行人

申请不予执行仲裁裁决必须在执行程序过程中提出

申请不予执行仲裁裁决必须向已受理执行申请的法院提出。

被申请执行人必须有证据证明仲裁裁决具有应予不予执行的法定情形

3．申请不予执行仲裁裁决的法定情形

申请不予执行国内仲裁裁决的法定事由

申请不予执行涉外仲裁裁决的法定事由

申请拒绝承认和执行外国仲裁裁决的法定事由

二、审理不予执行仲裁裁决的程序

1．审理不予执行仲裁裁决程序的启动

2．依法组庭组成合议庭，对仲裁裁决是否具有法定不予执行的情形进行审理

3．对不予执行仲裁裁决申请的处理

裁定不予执行仲裁裁决：对国内仲裁裁决的不予执行的裁定由有管辖权的法院直接作出，对涉外仲裁裁决或外国仲裁裁决的不予执行的裁定，则实行“逐级报告制度”。

驳回被申请执行人的不予执行申请，执行仲裁裁决

三、不予执行仲裁裁决裁定的效力

不予执行仲裁裁决的裁定一经作出，即发生否定仲裁裁决执行力的法律效力，当事人不得就该裁定提出异议。

我国仲裁法规定，仲裁裁决被依法裁定不予执行后，当事人可以重新达成仲裁协议通过仲裁的方式解决纠纷，或者向人民法院提起诉讼。

四、不予执行国内仲裁裁决与涉外仲裁裁决的比较

1．不予执行法定事由的比较

2．不予执行程序的比较

第四节　撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决的关系

一、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的相同点

1．两者均属法院对仲裁的司法监督活动

2．仲裁裁决的撤销和不予执行均需要由当事人提出请求，并提出证据证明存在相应的法定理由，法院仅在援用社会公共利益和可仲裁性问题上可以依职权裁定

3．法律为防止法院滥用司法监督权，都明确规定了有限的可援用的理由

4．撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决都是对裁决的否定，

二、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的不同点

1．提出请求的当事人不同

2．提出请求的期限不同

3．管辖法院不同

4．法定的理由不同

5．法律后果不同

三、撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决两种制度的联系

仲裁裁决一经裁定撤销，则丧失执行力，不能再作为执行依据

第五节　我国仲裁司法监督制度的完善

一、司法监督模式的选择

1．“双轨制”的监督模式，即监督内容和方式因是国内仲裁或涉外仲裁而不同

2．“单轨制”的监督模式

二、司法监督范围的完善

1．“全面监督”理论

2．“程序监督”理论，即对国内仲裁裁决和涉外仲裁裁决的司法监督的内容，应当限于程序性事项、仲裁员的违法行为以及公共秩序的范围，不应当对仲裁裁决的实体问题进行审查

三、司法监督方式的协调

1．现行撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决制度之间存在的冲突

现行法律对两种制度管辖法院级别的不同规定，造成法院在司法监督中审级上的混乱，出现审查权限的本末倒置。

两种制度之间缺乏协调，导致对双方当事人在权利救济方面的不平等，出现对仲裁裁决胜诉一方的保护不力的情形。

两种制度之间没有科学的衔接，撤销裁决制度与不予执行制度各自为战，对于仲裁裁决实行重复监督，造成资源的浪费，有损公正。

根据我国《仲裁法》的规定，不予执行仲裁裁决的法律后果与撤销仲裁裁决的法律后果相同，造成不予执行的仲裁裁决“法律上有效，事实上无效”的局面。

2．撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决制度之间冲突的解决办法

复习与思考题

1．什么是仲裁的司法监督？其法律后果是什么？

2．撤销仲裁裁决的条件和理由是什么？撤销仲裁裁决裁定的法律效力是什么？

3．不予执行仲裁裁决的条件和理由有哪些？不予执行仲裁裁决的裁定的法律效力是什么？

4．不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决有何区别？

5．你认为如何完善我国仲裁的司法监督制度？

主要参考文献目录

1．谭兵主编：《中国仲裁制度研究》，法律出版社 1995 年底 1 版

2．河山、肖水：《仲裁法概要》，中国法制出版社 1995 年底 1 版

3．全国人大常委会法制工作委员会：《中华人民共和国仲裁法律释评》，法律出版社 1997 年第 1 版

4．黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2002 年 6 月修订版

5．谢石松主编：《商事仲裁法学》，高等教育出版社 2003 年 2 月第 1 版

6．张斌生主编：《仲裁法新论》，厦门大学出版社 2002 年 3 月第 1 版

7．宋朝武：《中国仲裁制度：问题与对策》，经济日报出版社 2002 年 1 月版

8．乔欣主编：《比较商事仲裁》，法律出版社 2004 年 11 月第 1 版

9．刘景一、乔世民著：《仲裁法理论与适用》，人民法院出版社 1997 年第 1 版

10．赵健著：《国际商事仲裁的司法监督》，法律出版社 2000 年版。

11．宋航著：《国际商事仲裁裁决的承认与执行》，法律出版社 2000 年版。

12．杨崇森、黄正宗、范光群、张西良、林俊益、李念祖、朱丽容合著：《仲裁法新论》，中华民国仲裁协会出版 1999 年版。

13．韩健著：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》（修订本），法律出版社 2000 年版。

14．李井杓著：《仲裁协议与裁决法理研究》，中国政法大学出版社 2000 年版。

15．肖峋主编：《仲裁制度仲裁程序与仲裁实例分析》，中国法制出版社 1997 年版。

16．刘秀凤著：《商事仲裁与诉讼》，人民法院出版社 1999 年 12 月版

17．齐树洁主编：《民事司法改革研究》，厦门大学出版社 2000 年 11 月版

18．刘家兴主编：《新中国民事程序理论与适用》，中国检察出版社 1997 年版

19．赵秀文：《国际商事仲裁及其适用法律研究》，北京大学出版社 2002 年 1 月第 1 版

20．杨良宜著：《国际商务仲裁》，中国政法大学出版社 1997 年版

《外国民事诉讼法》教学大纲

杜　闻　编写

目　录

课程说明.....452
第一编　英美民事诉讼法学.....453
第一章　英美的民事法院系统.....453
第一节　英国的民事法院系统.....453
一、英国民事法院的传统分类.....453
二、英国民事法院的具体组成.....453
三、英国的民事诉讼改革.....453
第二节　美国的民事法院系统.....453
一、联邦法院系统.....453
二、州法院系统.....454
复习思考题.....454
第二章　美国民事案件的管辖.....455
第一节 民事管辖权概说.....455
一、决定管辖权的宪法性因素.....455
二、管辖权的概念.....455
第二节 联邦法院的民事管辖权.....455
一、联邦事物管辖权.....455
二、联邦问题管辖权.....455
三、异籍管辖权.....455
四、移送管辖权、附带管辖权和关联管辖权.....456
五、对人管辖权.....456
六、对物管辖权和准对物管辖权.....456
第三节　审判地及移送.....456
一、决定审判地的原则.....456
二、移送案件或驳回诉讼.....457
复习思考题.....457
第三章　审前程序.....458
第一节　发现程序.....458
一、出示的义务（duty of disclosure）.....458
二、现代常用的五种发现方法.....458
三、制止滥用发现程序的法律手段.....458
四、对滥用发现程序的法律制裁（sanctions）.....458
第二节　审前会议.....458
一、审前会议（pretrial conference）的性质和目的.....458
二、审前会议的程序.....459
三、审前会议的决议和法官的命令.....459
第三节　和解和替代性纠纷解决方式.....459
一、审前和解.....459
二、替代性纠纷解决方式.....459
复习思考题.....459

第四章　证据规则.....460
第一节　举证责任和提出证据责任.....460
一、举证责任的概念和功能.....460
二、提出证据责任的概念和功能.....460
第二节　证据规则概说（一）：关联性规则和可采性规则.....460
一、关联性规则.....460
二、可采性规则.....460
第三节　证据规则概说（二）：预防规则和特权规则.....461
一、预防规则.....461
二、特权规则.....461
第四节　证据规则概说（三）传闻规则和意见规则.....461
一、传闻规则和其典型例外.....461
二、意见规则和专家证人.....461
复习思考题.....462
第五章　陪审团制度.....463
第一节　制度概说.....463
一、陪审团的概念和历史演变.....463
二、陪审团的制度价值.....463
第二节　陪审团的制度内容和运作方式.....463
一、法官和陪审团的职责划分.....463
二、如何选定陪审员.....463
三、陪审团制度在现代英美民事审理中的衰落.....464
复习思考题.....464
第六章　一审程序.....465
第一节　概　述.....465
一、开庭审理的概念.....465
二、最初陈述（opening statement）.....465
三、交叉询问.....465
四、最后辩论（closing argument）.....465
第二节　一审案件的裁判方式.....466
一、法官对陪审团的指示.....466
二、陪审团的裁判及判决.....466
三、法官独任审判.....466
第三节　动议和相应的裁判方式.....466
一、概说.....466
二、答辩前要求撤销案件的动议（pre-answer motion for dismiss）.....466
三、对诉辩状的判决（judgment on the pleadings）.....467
四、要求即决判决的动议（motion for summary judgment）.....467
五、作为法律事项的判决：指示判决（directed judgment）.....467
六、作为法律事项的判决：无视裁决的判决（judgment of NOV）.....467
七、要求重新审理的动议（motion for a new trial）.....467
八、对判决的救济（post relief from judgment）.....468
复习思考题.....468

第七章　法律上诉.....469
第一节　上诉的审理范围和上诉的种类.....469
一、上诉的审理范围.....469
二、终局判决规则与权利上诉.....469
三、许可上诉与移送令状.....469
第二节　上诉审诉讼程序.....469
一、上诉期间与上诉通知.....469
二、上诉理由书（brief）.....470
三、开庭审理及判决.....470
四、向联邦最高法院移送令状的申请.....470
复习思考题.....470
第二编　大陆法系民事诉讼.....471
第一章　德日的民事审判概述.....471
第一节　德国的民事司法.....471
一、德国民事司法概说.....471
二、德国民事法院简介.....471
第二节　日本的民事司法.....472
一、日本民事司法概说.....472
二、日本的民事法院简介.....472
三、1945 年后，日本对美国民事诉讼制度的吸收和借鉴.....473
复习思考题.....473
第二章　诉讼审理的基本原则.....474
第一节　处分权主义.....474
一、无诉权，则无审判权.....474
二、法院不得主动启动民事诉讼程序.....474
三、原告的起诉行为同时确定了诉讼标的的范围.....474
四、当事人处分权贯穿于诉讼的全过程.....474
第二节　辩论权主义和法官释明权.....474
一、诉讼资料及其收集.....474
二、当事人辩论权主义的含义.....474
三、辩论主义的必要补充——法官的释明权.....475
四、职权进行主义和职权探知主义.....475
第三节　直接主义、言词主义和公开主义.....475
一、直接主义.....475
二、言词主义.....475
三、公开主义.....475
第四节　真实义务和诉讼促进义务.....476
一、真实义务.....476
二、诉讼促进义务.....476
复习思考题.....476
第三章　诉讼成立和诉讼过程的阶段构造.....477
第一节　诉讼成立.....477
一、起诉.....477

二、起诉的法律效果.....477
第二节　诉讼过程的阶段构造.....477
一、起诉要件.....477
二、诉讼要件.....477
三、诉讼上的障碍.....478
四、实体法意义上的权利保护要件（本案要件）.....478
复习思考题.....478
第四章　诉讼主体和诉讼客体.....479
第一节　诉讼主体.....479
一、当事人的概念.....479
二、当事人能力.....479
三、当事人适格——诉讼实施权.....479
四、诉讼能力和辩论能力.....479
五、共同诉讼.....479
六、主参加.....480
七、辅助参加.....480
第二节 诉讼客体.....480
一、诉讼客体（诉讼标的）的概念.....480
二、诉讼标的在民事诉讼中的重要意义.....480
三、大陆法系诉讼标的主要理论观点简介.....480
复习思考题.....481
第五章　证　据.....482
第一节　证据的概念.....482
一、证据的概念.....482
二、证明、疏明.....482
三、严格证明与自由证明.....482
四、本证、反证、间接反证.....482
五、直接证据和间接证据.....482
第二节　自由心证主义.....483
一、自由心证和内心确信.....483
二、高度盖然性的证明标准.....483
第三节　主张责任和证明责任.....483
一、主张责任（Bechauptungslast）.....483
二、证明责任（Beweis last）.....483
三、法律上的推定.....483
第四节　证据能力.....483
一、证据能力的概念.....483
二、证据能力的种类.....484
第五节　立证的对象（iura novit curia）.....484
一、案件事实.....484
二、法规.....484
三、经验法则.....484
第六节　非要证之事实.....484

一、裁判上自认的事实.....484
二、裁判上被视为自认的事实.....484
三、法院的显著事实.....485
复习思考题.....485
第六章　口头辩论的进行和准备.....486
第一节　口头辩论的准备.....486
一、准备文书及其它.....486
二、争点、证据之整理程序.....486
第二节　口头辩论的进行.....486
一、概说.....486
二、口头辩论的构成.....486
三、口头辩论的笔录.....487
第三节　口头辩论期日的懈怠.....487
一、对原告的缺席判决.....487
二、对被告的缺席判决.....487
三、真正的缺席判决.....487
四、依现存记录裁判.....487
复习思考题.....487
第七章　裁判种类及其效力.....488
第一节　民事裁判的种类.....488
一、判决（Urteil）.....488
二、决定（在德国法上，该种裁判形式被称为“裁定”Beschluß）.....488
三、命令（Verfugung）.....488
第二节　判决的成立.....488
一、判决事项.....488
二、判决程序.....488
三、判决的变更、更改及补充.....489
四、判决的无效.....489
第三节　民事裁判的各种法律效力.....489
一、自缚力.....489
二、形式既判力.....489
三、实质既判力.....489
四、形成力的概念和生效条件.....489
五、执行力的概念和生效条件.....489
六、争点效的概念和生效条件.....489
七、反射效的概念和生效条件.....489
八、参加效力的概念和生效条件.....490
九、什么是司法裁判的事实效果.....490
复习思考题.....490
第八章　上诉和再审.....491
第一节　控诉审.....491
一、概说.....491
二、控诉审提起程序.....491

三、控诉审的法律构成要件……491
四、控诉审的审理范围……491
五、控诉审的终结……491
第二节　上告审……491
一、概说……491
二、上告理由和上告许可制度……492
三、上告审的诉讼程序、审理及裁判……492
四、特别上告……492
第三节　抗　告……492
一、概念……492
二、一般抗告……492
三、特别抗告……493
第四节　民事再审……493
一、概念……493
二、申请再审之法定理由……493
三、再审诉讼程序的内容……493
四、准再审……493
复习思考题……493
参考书目……494
一、综合类……494
二、英美法系……494
三、大陆法系……494

课程说明

本课程为法学选修课，适用对象为法学本科生。通过本课的学习，试图达成以下四项目标：（一）使学生对两大法系的民事诉讼程序有一个较为全面的了解；（二）使学生初步具备以比较法来研讨民事诉讼问题的能力；（三）为学生进一步的专业学习打下基础；（四）开阔学生的学术视野。由于课时有限，本课程只简介最典型国家的相关内容（英美法系为美国，大陆法系为德国和日本）。此外，本课程只介绍两大法系的诉讼审理程序，有关强制执行程序和替代诉讼纠纷解决机制（ADR）的体系化知识不属于本课程讲授的范围。

本课程总上课时间为 18 周，每周 2 课时（其中前 17 周为授课时间，最后 1 周为随堂开卷考试时间）。

《外国民事诉讼法教学大纲》虽经多次讨论和认真修改，但不妥之处在所难免，欢迎读者和学生提出宝贵意见。

第一编　英美民事诉讼法学

通过本编的教学，学生应对英美民事诉讼制度有一个整体的了解。具体而言，通过本编的教学，学生应对英美的民事法院设置、案件管辖制度、审前证据发现和交换机制、陪审团审理、证据规则，以及法律上诉等内容有一个初步认识。

第一章　英美的民事法院系统

掌握英国和美国各自的民事法院设置情况，以及英国民事司法改革的概况。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　英国的民事法院系统

一、英国民事法院的传统分类

1．高级法院和低级法院。

2．“原始管辖权法院”和“上诉管辖权法院”。

二、英国民事法院的具体组成

1．上议院。

2．“枢密院司法委员会”（Judicial Committee of Privy Council）。

3．民事上诉法院。

5．郡法院（County court）。

6．治安官法院（Magistrates Courts）。

三、英国的民事诉讼改革

1．英国传统民事诉讼贯彻“司法竞技理论”（the sporting theory of justice）。

2．英国传统民事诉讼程序的主要弊端。

3．（沃尔夫勋爵）英国民事司法改革应遵循的主要原则。

4．改革的主要内容。

5．改革虽然增强了法官的案件管理权力，但英国民事诉讼的当事人主义模式并未发生本质变化。

第二节　美国的民事法院系统

一、联邦法院系统

1．《美国联邦宪法》第 3 条第 1 款规定：司法审判权专属于联邦最高法院，以及以后联邦国会所要设立的其他低级别法院。

2．“根据宪法而产生的法院”和“根据立法而产生的法院”。

3．“普通的联邦法院”和“特别的联邦法院”。

4．美国是一个联邦制国家，全国共有 54 个相对独立的法域（Jurisdiction）。

5. 联邦最高法院：联邦最高法院由 9 名法官组成。联邦最高法院具有独特的司法权力——“调卷令”。

6. 联邦上诉法院：也被称为巡回上诉法院。美国全国被划分为 13 个巡回区，因此，存在 13 个联邦上诉法院。

7. 联邦地区法院：美国全国共有 100 多个联邦地区法院，共有 400 多名地区法院的法官。

二、州法院系统

1. 在美国，除了少数涉及国家整体的民事案件由联邦法院进行审理之外，绝大多数民事案件都由各个地方的州法院专属管辖。

2. 低级法院的概念和种类。

3. 郡法院的概念和基本特征。

4. 中间上诉法院的概念和基本特征。

5. 州最高法院的概念和基本特征。

复习思考题

1. 简述英国民事高等法院和民事上诉法院的关系？

2. 什么是“调卷令”？

第二章　美国民事案件的管辖

掌握支撑美国民事案件管辖制度的宪法分权理念、联邦法院民事管辖权的范围具体种类等知识。

本章计划讲授 1 学时。

第一节 民事管辖权概说

一、决定管辖权的宪法性因素

1．美国法院管辖权的基础理念：权力的分离制衡原则和联邦主义。

2．美国民事案件管辖问题不但是诉讼法问题，也是宪法性问题。

3．针对管辖权争议，向联邦最高法院提起“违宪上诉”。

4．根据联邦宪法的分权原则，联邦法院只是享有有限管辖权的法院。而州法院则是具有一般管辖权的法院。

二、管辖权的概念

1．美国民事诉讼中的“管辖权”（jurisdiction）的概念接近于国际私法上的涉外民事案件的管辖权。该种管辖权是确定联邦法院或州法院有无受理并审理某一案件的司法审判权。

2．在民事案件管辖上，联邦法院和各州法院的关系是：州法院有权审理私人当事人之间产生的一切民事纠纷，已制定有联邦法律的问题除外，此时联邦法院有管辖权。

3．具有案件管辖权的必备前提：合法及时的通知和送达。

第二节 联邦法院的民事管辖权

一、联邦事物管辖权

1．联邦事物管辖权的含义。

2．享有事物管辖权不见得就意味着同时享有对人管辖权。

3．如果违反事物管辖权的规定，原则上判决无效。

4．《联邦民事诉讼规则》第 8 条第 3 款第（1）项对事物管辖权的规定。。

二、联邦问题管辖权

1．联邦问题管辖权（federal question jurisdiction）是对于联邦法律请求的争点有管辖权。

2．所谓联邦法律包括：联邦宪法、联邦判例法、联邦制定法，以及美国缔结的国际条约等。

3．在发生管辖权竞合的情况下，原告在联邦法院和州法院之间具有起诉的选择权，除非该案件属于联邦法院专属管辖的范围。

4．联邦法院专属管辖的民事案件类别。

三、异籍管辖权

1．异籍管辖权的概念。

2．制度设置原因：防止地方保护主义。

3. 适用该种管辖的前提要件：（1）诉讼当事人应具有不同州籍；（2）诉讼标的金额应在 50000 美元以上。

四、移送管辖权、附带管辖权和关联管辖权

1．移送管辖权的概念。

2．对州法院错误受理的“联邦问题”和“异籍民事纠纷”，本案被告都可以适法提出移送申请。

3．移送管辖权实际上是一种纠正管辖错误的措施，类似于大陆法系的“移送管辖”。

4．对不同州居民之间的民事案件申请向联邦法院移送，只有被告不属于诉讼系属法院州的居民才有申请移送的权利。

5．附带管辖权的概念和适用条件。

6．通过运用该管辖制度将有效扩大联邦法院案件管辖的范围。

7．“强制反诉”（compulsory counterclaim）和“交叉请求”（cross-claim）的合并管辖问题。

8．关联管辖权的概念和适用条件。

五、对人管辖权

1．对人管辖权（personal jurisdiction）的概念。

2．诉讼是原告主动向法院提起的，因此法院对原告的对人管辖权一般不成问题。对人管辖权制度主要解决对被告的管辖问题。

3．对人管辖权既适用于自然人，也适用于法人。

4．对人管辖权产生的前提。

5．通过案例确立的相关原则。

6．“最低限度的接触”（minimum contact）和“对人管辖权”。

六、对物管辖权和准对物管辖权

1．对物管辖权（jurisdiction in rem）的概念。

2．对人及对物管辖权在产生方面的不同点。

3．州对其领域内的物具有物理支配力是“对物管辖权”产生的基础。

4．“对物管辖权”的产生也可能适用“最低限度接触”的原则。

5．“准对物管辖权”（jurisdiction quasi in rem）的概念。

6．准对物管辖权和对物管辖权的区别和联系。

7．美国判例规定，在适用准对物管辖权时，也要求被扣押的物于法院所在州之间具有“最低程度的接触”，否则构成违宪。

8．具体产生“准对物管辖权”的两种方式：（1）财产扣押（attachment）；（2）债权扣押（garnishment）

第三节　审判地及移送

一、决定审判地的原则

1．“审判地的确定问题”（venue）之含义。

2．原告一般不可能就“审判地”提出异议。

3．“审判地的确定”之本质。

4．诉讼开始后，被告应及早向法院提出审判地异议申请，否则将视为放弃该权利。

5．异籍居民之间的纠纷，法院确认审判地的原则。

6．涉及联邦问题的案件，法院确认审判地的原则。

7．如果外国人不居住在美国，可以以美国任何联邦地区法院作为审判地。但对外国人起诉必须具备对人管辖权。

二、移送案件或驳回诉讼

1．“不方便法院地”原则（forum non convenience）和移送案件。

2．在美国，移送案件完全是法院的职权行为，不需要征询当事人的意见。

3．驳回诉讼的概念和适用条件。

复习思考题

1．什么是异籍管辖权？请简述其内容。

2．辨析“不方便法院地”原则和移送案件之间的关系。

第三章　审前程序

通过本章的教学，学生应掌握以下三方面知识：一是美国发现程序的含义和五种常用的证据发现方法；二是审前会议的功能和作用；三是有关审前庭外和解以及 ADR 纠纷解决机制的知识。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　发现程序

一、出示的义务（duty of disclosure）

1．双方当事人为了制定发现程序的计划日程，有义务召开当事人会议。

2．根据《联邦民事诉讼规则》第 26 条第 1 款的规定，当事人负有一系列最初出示义务（duty of initial disclosure）。

3．专家作出的鉴定报告也属于出示义务的对象之一。如果不出示，则在法庭上就不得把该报告作为证据资料使用。

4．在开庭审理 30 之前，当事人原则上有义务向对方出示将在法庭上提出的证人名单和文书目录。

二、现代常用的五种发现方法

1．庭外笔录证言（deposition）；

2．质问书（Interrogatories）；

3．要求提供文书和物证；

4．要求自认（request for admission）；

5．检查身体和精神状态（physical and mental inspection）。

三、制止滥用发现程序的法律手段

1．不准当事人利用发现程序来“折磨”对方当事人。而请求保护命令的申请人有义务其申请的正当理由。

2．《联邦民事诉讼规则》第 26 条第 3 款规定了 8 种具体的保护措施。

四、对滥用发现程序的法律制裁（sanctions）

1．只有当事人提出相应的动议（motions）后，法院才会斟酌是否采取相应的措施。

2．具体的制裁措施。

3．对上述制裁命令，在法院一审判决未作出前，当事人不得单独不服。但在法院驳回诉讼或作出缺席判决时，当事人可以立即提出上诉。

第二节　审前会议

一、审前会议（pretrial conference）的性质和目的

1．审前会议制度在传统的普通法上并不知名。

2．审前会议是指在一审开庭审理之前，法官传唤双方当事人对本案证据和事实争点进行整理

的会议。

3. 该制度的两个目的：（1）缩小证据和事实争点范围，为集中审理主义的实现提供条件；（2）促进诉讼和解，减轻法院审案压力。

二、审前会议的程序

1．一旦法院召集审前会议，律师必须出席。

2．律师应为出席审前会议作好充分的准备。

3．多数法域（jurisdictions）准许审前会议处理范围较为广泛的问题：确定有争议的事实和证据范围、剔除无争议的诉讼资料、命令当事人修正诉讼文书、取消不必要的举证项目、限定专家证人的人数等。

4．如果一次会议不能全面解决问题，则法院有权召集几次审前会议。

5．法律鼓励当事人在审前会议上达成和解并撤诉。

6. 在当事人及其律师存在法定情形时，法官可援用《联邦民事诉讼规则》第 37 条第 2 款（B）、（C）及（D）对行为人进行制裁。

7．美国多数法域（jurisdictions）认为：最好主持审前会议的法官就是主持一审庭审的法官。

三、审前会议的决议和法官的命令

1．审前命令的概念。

2．作出审前命令的目的：防止诉讼突袭（失权效果）和提高诉讼效率。

3．审前命令的内容：列举双方当事人在法官主持之下，在最后一次审前会议上达成的诸事项内容。

第三节　和解和替代性纠纷解决方式

一、审前和解

1．和解（settlement）的概念。

2．和解无论是在诉讼程序中达成，还是在诉讼外达成，性质上都是当事人之间成立的私权契约。

3．当事人双方达成和解后，应向法院书记官提出撤诉申请。

4．和解会议的概念和制度内容。

5．《联邦民事诉讼规则》第 68 条对判决方案要约（offer of judgment）的规定。

6．和解契约的内容。

二、替代性纠纷解决方式

1．替代诉讼的纠纷解决方式（alternative dispute resolution）/ADR 的概念和兴起原因。

2．附设于法院的 ADR（court annexed ADR）：（1）附设在法院的仲裁；（2）附设在法院的调停；（3）早期中立评估；（4）无拘束力的简易陪审审理和法官审理。

3．民间的 ADR：（1）仲裁；（2）调停。

复习思考题

1．什么是质问书（Interrogatories）？其主要的功能是什么？

2．审前会议和“集中审理原则”之间有什么联系？

第四章　证据规则

了解英美证据法上的两项知识：一是举证责任和提出证据责任；二是以证据可采性和关联性为代表的六种主要证据规则的涵义。

本章计划讲授 2 学时。

第一节　举证责任和提出证据责任

一、举证责任的概念和功能

1．举证责任（burden of proof）的概念。

2．针对特定的事实主张或请求，该种责任只能由一方当事人负担，并且不会在当事人之间来回转换。

3．陪审团认定案件事实时只考虑说服责任的完成情况。

4．指示判决（directed judgment）和举证责任完成的联系。

二、提出证据责任的概念和功能

1．提出证据责任（burden of producing evidence）的概念。

2．诉讼双方当事人都肩负该项法律责任。该责任能在当事人之间进行转移。

3．如果当事人在审理中未尽到提出证据责任，案件将排除陪审团之审理方式，而由法官将其作为法律问题作出裁判。

4．陪审团不服从法官的有关指示和重新审理的决定（a new trial）。

5．是将案件交付陪审团裁判，还是留待法官进行裁判的标准：双方当事人之证据提出责任完成的情况。

6．一般民事案件适用“盖然性占优势”的证明标准/证明尺度（preponderance of evidence）。在如欺诈、确认专利权无效等个别民事案件中，则适用“使人确信”的证明标准（clear and convincing evidence）。

第二节　证据规则概说（一）：关联性规则和可采性规则

一、关联性规则

1．证据具有关联性的两个前提：实质性和证明价值。

2．实质性的含义。

3．证明价值的含义。

4．在功能上，大陆法系的“证据资格”/“证据形式”/“证据能力”大致相当于英美法系的“证据关联性”加上“可采性”。

5．在功能上，大陆法系的“证明力”/“证据力”大致相当于英美法系关联性之证明价值要素。

6．英美证据法重视“证据关联性”，而大陆法系则重视证明力的程度高低。

二、可采性规则

1．可采性（admissibility）（或称容许性）的含义。

2．凡是某一证据与待证事实具有关联性后，才能产生该证据是否具有可采性的问题。

3．证据可采性与民事诉讼之当事人进行主义模式有相当的关联。

4．可采性与英美证据法上一系列排除规则相联系，可采性是一个表示反面、消极和排除的法律概念。

5．可采性规则的主要功能。

6．证据资料可采性和 “证明的自由”（freedom of proof）的关系。

7．《联邦证据规则》第 403 条对证据资料可采性的规定。

8．排除规则的分类：（1）绝对的排除规则（rules of absolute exclusion）；（2）附条件的排除规则（rules of conditional exclusion）。

第三节　证据规则概说（二）：预防规则和特权规则

一、预防规则

1．预防规则（prophylactic rules）的概念。

2．预防规则的主要内容：（1）证人的宣誓。（2）证人的隔离制度。（3）证据的披露。（4）伪证行为的法律制裁。（5）审理程序的公开。

二、特权规则

1．特权规则（rules of privileges）的概念。

2．该特权的实质。

3．设置特权规则的基本原因。

4．拒证特权的具体种类。

第四节　证据规则概说（三）传闻规则和意见规则

一、传闻规则和其典型例外

1．普通法中的传闻（hearsay）所包含的内容广泛，包括行为、口头或书面的资料。

2．传闻证据的具体含义。

3．传闻规则同当事人进行主义的审理模式，以及陪审团审判方式有密切联系。

4．设置反（排除）传闻规则的理由。

5．反传闻规则的例外：参见《联邦证据规则》第 803 条和第 804 条的规定。

6．《联邦证据规则》第 805 条就“传闻中的传闻”问题（hearsays in hearsays）作了规定。

二、意见规则和专家证人

1．意见规则（rules of opinions）的概念。

2．专家证人的基本特点。

3．英美法系的专家证人（science witness）的“党派性”（party bias）。

4．专家证人和普通证人（lay witness）的主要区别。

5．如果当事人只就特定事项咨询专家的意见，不打算让其出庭作证的话，则该当事人不用将此专家的信息透露给对方当事人。如果当事人聘请专家进行科学鉴定，则必须将该专家的有关情况开示给对方当事人。

6．就其书面鉴定结论的内容，专家应出庭接受交叉询问。

复习思考题

1．陪简述举证责任和提出证据责任的区别。
2．1 为什么要对传闻证据加以排除？
3．什么是排除传闻的法定例外？请举例说明。

第五章　陪审团制度

通过本章内容的讲授，学生应对陪审团制度的历史渊源，该制度的内容和具体运作方式等问题有一个初步的认识和了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　制度概说

一、陪审团的概念和历史演变

1．陪审团的概念。

2．11 世纪时，编辑《末日审判书》（the doomsday book）的过程是原始陪审团的第一次大规模运用。

3．近代以前的陪审团的三大特点。

4．接受陪审团审理示美国宪法赋予国民的权利（参见《美国联邦宪法修正案》第 5 条和第 6 条的规定）。

二、陪审团的制度价值

1．政治参与价值：陪审团是国民享有直接性司法民主的体现。

2．陪审团能有效分散法官所担负的裁判风险。

3．陪审团裁判制度能有效防止法官的恣意裁判和司法腐败。

4．陪审团和法官的关系体现了西方政治学上的分权制衡原理。

5．陪审团制度的适用必然要求诉讼审理集中进行。

6．通过作陪审员，受到法治教育。

7．陪审团审理有助于法庭审理的通俗化。

8．陪审团集体裁判为错误的可能性较小。

9．陪审团审理使得法院裁判较容易得到执行。

第二节　陪审团的制度内容和运作方式

一、法官和陪审团的职责划分

1．在庭审中，陪审团听取双方律师进行的交叉询问。

2．在听取法庭辩论的基础上，陪审团负责对案件实体争议作出裁判（verdict）。

3．法官负责对法律问题的解释和指示，并负责以陪审团裁判为基础制作法律判决（judgment）。

4．法官负责处理的一些问题。

二、如何选定陪审员

1．《联邦民事诉讼规则》第 48 条规定，陪审团成员为 6 到 12 人。

2．作为陪审员候选者的条件是：（1）成年；（2）是本法院辖区的居民；（3）具备英语听、说、读，写能力。

3．由法院从陪审团候补名单（jurors’ pool）中任选出 20 名陪审团候选人。

4．挑选陪审员程序（voir dire）。

5．法官和律师向候选人提出的典型问题。

6．陪审团候选人经过宣誓后要真实回答所有的提问。如果其中一人隐瞒了重要的事实，则将导致整个陪审团裁判的无效。

7．“附理由的回避”（challenge for cause）的含义和运用。

8．“无因回避”（peremptory challenge）的含义和运用。

三、陪审团制度在现代英美民事审理中的衰落

1．陪审团审理是可望而不可及的“司法奢侈品”。

2．英国 1883 年《最高法院规则》规定，除了诽谤、私禁和违背婚约等案件外，法院对其他的案件有不采取陪审团审理的权力。

3．美国 1933《司法法》也将陪审团审理方式局限在个别民事案件种类上。

复习思考题

1．简述陪审团的制度价值。

2．什么是“有因回避”？什么是“无因回避”？

第六章　一审程序

通过该章内容的讲授，学生应对英美民事一审程序的各个阶段、法院审理裁判的方式，以及各种针对一审裁判的救济方式有所了解和认识。

本章计划讲授 2 学时。

第一节　概　述

一、开庭审理的概念

1．开庭审理/事实审理（Trial）的概念。

2．两种方式：陪审团裁判（jury trial）或法官独任审理（bench trial）。

二、最初陈述（opening statement）

1．顺序：先原告方，后被告方。

2．内容：就本案重要事实、证据的情况进行概括性的陈述，并表明代理律师的态度。

3．此阶段不得提交证据。

三、交叉询问

1．交叉询问分为两种：主询问（examination-in-chief）和反询问（cross examination）两种。

2．主询问/“直接询问”（direct examination）的概念。

3．主询问的功能。

4．律师的主询问，原则上只能问“谁”（who）、“什么”（what）、“何时”（when）、“何地”（where）、“如何”（how）、“为什么”（why）等问题，而不能提出诱导性的问题（leading questions）。

5．例外。

6．反询问/交叉询问的概念。

7．反询问的目的：（1）暴露对方证人证言的矛盾、错误或不实之处；（2）旨在使对方证人承认对本方有利的涉案事实。

8．根据《联邦证据规则》第 611 条 b 项和 c 项的规定，交叉询问的范围限于主询问时的主题和与证人诚信有关的问题。

9．主询问和反询问顺序进行，直到无新的问题可问，无新的证据或证言可以提供时终结。

四、最后辩论（closing argument）

1．在双方当事人都宣布证明终了后（rest），代理律师可进行最后辩论。

2．顺序：先原告律师，后被告律师。

3．最后辩论时的禁止事项。

第二节　一审案件的裁判方式

一、法官对陪审团的指示

1．法官对陪审团指示（instruction）的含义。

2．服从法官的指示是陪审团的法定义务。

3．如果陪审团违反了法官指示，则构成上诉审法院驳回判决的一个主要理由。

4．通常法官指示的内容先由双方代理律师提出，并经过法官的认可。

5．根据《联邦民事诉讼规则》第 51 条的规定，双方的代理律师有权对法官指示内容提出异议。

6．法官指示的对象范围。

二、陪审团的裁判及判决

1．法官作出指示后，陪审团进入评议室。

2．评议秘密进行。

3．按照传统，对案件的裁判结论必须全体陪审员一致通过。

4．当事人可以事先协商决定是否陪审团可以以多数票通过裁判。如果当事人之间无此种协议，联邦法律则坚持全体一致的原则。

5．评议结束后，陪审团回到法庭并宣布裁判结论，然后解散。

6．法官根据陪审团裁判之结论（the contents of verdict）适用相应的法律条文，制作判决（judgment），由书记官在诉讼记录上登记。

三、法官独任审判

1．法官独任审判的程序进行和陪审团审理的程序进行基本一样。

2．不同点：无陪审团，法官既审事实，又审法律。

3．在美国联邦法院系统，一审民事案件只以独任法官进行审理，不组成合议庭。

第三节　动议和相应的裁判方式

一、概说

1．动议（motion）的概念。在诉讼的任何阶段，任何一方当事人都有权提出动议。

2．动议的提出方式。

3．提出动议是当事人向法官寻求帮助的重要手段。所有的动议都必须向审案法院提出。

二、答辩前要求撤销案件的动议（pre-answer motion for dismiss）

1．在英美民事诉讼中，无人提出异议，则法院不会主动审查起诉状的内容是否符合法律的规定。

2．原告起诉后，被告的一种抗辩是提出“答辩前要求撤消案件的动议”。

3．《联邦民事诉讼规则》第 12 条的规定。

4．该动议的典型理由：或指出法院对本案无管辖权、或指出必要的当事人没有被合并进来、或指出原告请求缺乏法律依据等。

5．如果法院认可该动议的意见，则案件将被驳回/“无不利影响的撤消”（dismissal without

prejudice）。原告可以在适当的法院再次起诉。

三、对诉辩状的判决（judgment on the pleadings）

1．该种动议提出的时间和条件。

2．当事人提出该动议的三种法定情形。

3．法院认可该动议的法律效果：案件未经开庭审理即告审理终结。

四、要求即决判决的动议（motion for summary judgment）

1．提出该动议的主体范围、时间和条件。

2．提出该动议的理由。

3．如果法院认可了该动议，则会作出对方当事人实体败诉的判决。对方当事人可就此提出法律上诉。

4．如果法院驳回（程序性驳回）了该动议，则提议方当事人能够在审判中再次提出该动议。

5．对法院驳回该动议的裁判，提议方当事人不得提起即时法律上诉。

6．美国法院常用即决判决制度来整理和缩小案件争点的范围。

五、作为法律事项的判决：指示判决（directed judgment）

1．《联邦民事诉讼规则》第 50 条的规定。

2．在提出该动议时，当事人必须清楚说明法院应作出“指示判决”的理由。

3．“指示判决”是终局判决，它会阻止相同的当事人就相同的起诉再次起诉。

4．如果原告是依据几个诉讼原因（causes of action）提起诉讼，则法官可以就一个诉讼原因作出一项单一的“指示判决”，而将其他诉因交付陪审团进行事实裁判。

六、作为法律事项的判决：无视裁决的判决（judgment of NOV）

1．“无视裁决的判决动议”（motion for JNOV）的含义。

2．如果法院认可了该动议的内容，则会废止陪审团的裁判结果，法院将作出一项新的“指示判决”取前者而代之。

3．该动议提出的时间为陪审团裁判作出之后。

4．提出该动议的必要前提。

5．制度功能。

七、要求重新审理的动议（motion for a new trial）

1．“重新审理”（new trial）的概念。

2．美国司法实践中所常用的一些重新审理的理由有：（1）司法错误。（2）当事人、证人或诉讼代理人之偏私不当行为。（3）陪审员之不恰当行为。（4）有违证据分量的陪审团裁判。（5）过分或不足之陪审团裁判。（6）新发现的证据。

3．《联邦民事诉讼规则》第 59 条第 2 款对该动议提出时间的规定。

4．动议申请的范围。

5．当事人提出的该动议获得法院认可的必要前提是：在原法庭审理程序中，当事人曾就有关的错误或瑕疵及时提出过异议（objection）。

6．就当事人提出的重新审理的动议，法官或准许之，或不准许之。

7. 法院所作出的关于重新审理的命令在性质上不是终局裁决，而是一种中间命令（interlocutory order）。

8．当事人不得对该命令提起即时上诉，只能在新裁判作出之后将该命令作为法律争点提交二审法院。

八、对判决的救济（post relief from judgment）

1．对判决的救济的概念。该制度直接来源于衡平法。

2．在美国，各法域（jurisdiction）都规定了某些有限的救济途径。

3．当事人寻求对判决救济的法定期间。该法定期间一般为判决登记之后的 6 个月内或 1 年以内。但也有个别州规定，当事人只能在“合理的期间范围内”（a reasonable time）寻求这种特别救济。

4．《联邦民事诉讼规则》第 60 条第 2 款对判决救济的法定事由作出规定。

5．动议既可以向作出原判决的法院提出，也可以向其他法院提出.

6．对是否准许该动议所请之问题，法院具有完全的自由裁量权。

7．美国多数法域都承认原审当事人可以“对法院欺诈”（fraud on the court）为理由申请法院撤消原判，重新审理。

8．该制度在功能上类似于大陆法系民事诉讼法中规定的“再审程序”。

复习思考题

1．简述交叉询问制度的主要内容。

2．什么是指示判决（directed judgment）？

3．什么是无视裁决的判决（judgment of NOV）？

第七章　法律上诉

通过对该章的学习，学生应对英美民事上诉审理的范围、许可上诉和移送令状、上诉审的程序，以及向最高级别法院上诉的特则等问题有所了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　上诉的审理范围和上诉的种类

一、上诉的审理范围

1．上诉法院不适用陪审团进行审理，只进行单纯的法律审。

2．在上诉审理理念方面，英美上诉审采取的是“事后审主义”。

3．如果当事人未曾在一审中对特定问题及时提出过各种“动议”，并被法院记录在案，则其提出的上诉会被二审或三审法院驳回。

4．英美民事上诉审的对象范围和特点。

5．上诉审的对象范围的扩大和例外。

6．衡平法的案件和由法官独任审理作出一审裁判的案件，在一般情况下，上诉审法院可以对案件事实进行再次斟酌。

二、终局判决规则与权利上诉

1．终局判决（final judgment）的概念。

2．终局判决规则的目的。

3．终局判决规则的功能。

4．终局判决规则的具体内容：（1）终局判决不一定是诉讼终了时的最后一个判决；（2）虽然是对程序性争点作出的附带性的裁判，但如对诉讼进程影响较大，则作为例外，也承认当事人对其提出即时上诉的权利。

6．根据《美国法典》第 28 篇第 1292 条第 1 款的规定，当事人对四种中间性裁判可以提出即时上诉。

三、许可上诉与移送令状

1．“许可上诉制度”的含义。

2．“移送令状”（certirorari）。

3．上诉审法院对中间裁判进行审理的特别规定。

4．为了防止诉讼审理过分拖延，美国法院严格限制适用“许可上诉制度”。

第二节　上诉审诉讼程序

一、上诉期间与上诉通知

1．提出上诉通知的主体和时间要求。

2．如此操作的原因：一旦当事人提出上诉通知，该法院就可立即停止处理该当事人提出的其他相关动议。

3．提出上诉请求的一方被称为上诉人（appellant），对方当事人叫做被上诉人（appellee）。
4．交叉上诉（cross appeal）。

二、上诉理由书（brief）

1．上诉理由书的提交和法院送达。
2．送达反驳书（reply brief）。
3．送达再反驳书。
4．上诉审开庭前也要组织双方当事人整理证据和争点，但不再进行证据发现程序。

三、开庭审理及判决

1．联邦法院上诉审合议庭组成方式。
2．上诉审口头方式进行。一般当事人辩论时间被限制在 30 分钟之内。
3．上诉审中不再询问证人，其他内容参照一审程序进行。
4．双方当事人作最后陈述后，合议庭作出法律判决意见。
5．判决意见由法院书记官制作成判决形式并由法官签名，然后进行登记。
6．一般上诉审法院在宣判后 21 天内作出书面的判决（mandate）。
7．二审中的 “重新审理的动议”（motion for a new trial）。

四、向联邦最高法院移送令状的申请

1．美国法律严格限制当事人向联邦最高法院提出上诉。
2．当事人在上诉审法院判决后 90 天内可以向最高法院提出法律上诉。
3．该法律上诉的理由必须是：上诉审判决存在违反法律（包括违反联邦宪法）的重大问题。
4．对当事人的上诉请求，联邦最高法院有是否许可的自由裁量权。
5．每年向联邦最高法院提出上诉请求的案件有 5000 多件，但法院实际审理的只有 100 到 200 件左右，而真正最后能得到法院书面判决的案件就更少。

复习思考题

1．为什么英美的上诉审均为单纯的法律审？其原因何在？
2．什么是“移送令状”（certirorari）？简述其主要功能。

作业一：“浅论英美陪审团制度对我国的借鉴可能性和意义”（1000 字左右，在总成绩中占 10%）。

第二编　大陆法系民事诉讼

通过本编的教学，学生应对（以日、德为代表的）大陆法系民事诉讼制度有一个概括的认知。具体而言，学生应对大陆法系国家的民事法院体系、民事诉讼之诸项基本原则、诉讼成立和诉讼阶段的构造、证据制度、审前准备的途径和方式、诉讼主体和客体、辩论期日的指定及进行、控诉和上告审的启动及进行方式、民事再审程序的法定瑕疵补救功能，以及民事裁判所具有之各种法律效力等知识要点有一个初步的了解。

第一章　德日的民事审判概述

通过本章内容的学习，学生应对德日两国的民事法院设置情况、司法独立保障措施、民事法官的任职资格、民事案件的管辖，以及日本战后向英美法靠拢的司法改革等问题有一个初步的认知。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　德国的民事司法

一、德国民事司法概说

1．《联邦基本法》第 19 条规定了德国国民获得司法保护的权利。

2．《联邦基本法》第 92 条规定：“司法权赋予法官：它由联邦宪法法院、联邦最高法院、本基本法所规定的各联邦法院和各州法院行使之”。

3．《联邦基本法》第 97 条、《法院组织法》第 1 条、《法官法》第 25 条都规定：法官具有独立性，只服从法律。

4．德国现有的八大法院系统。其中，和民事审判相关的主要是普通法院和宪法法院。

5．德国 “违宪抗告”制度。

6．《德国法院组织法》第 13 条规定，所有民事案件都由普通法院受理。

7．在德国，航运法院、专利法院和劳动法院也受理部分民事起诉。

8．在《德国民事诉讼法》中没有“审限”的规定，诉讼审理较为拖延。

9．在德国，事物管辖/级别管辖以 5000 欧元为界限，只存在于地方法院和州法院之间（日本也是一样）。

10．德国的民事诉讼管辖分为地域管辖、级别管辖、专属管辖、协议管辖、指定管辖，以及应诉管辖等六种。

11．一般仅在商事案件和劳动案件的审理中适用专业人事的“参审制度”。

12．在德国，法官的资格通过两次国家司法考试获得。

13．在日、德等大陆法系国家，法院不受判例（Prajudizien）的拘束是一项基本原则。

14．《德国基本法》第 100 条第 1 款规定了德国式的“违宪审查权”（但具体程序上和日本不同）。

15．大陆法系民事案件一般是四级三审制（英美法系为三级三审制）。

二、德国民事法院简介

1．地区法院（初级法院）为德国的基层法院。

2．地区法院实行独任审判制度。

3．地区法院管辖诉讼标的额 5000 欧元以下的民事案件。

4．州法院法官同时兼任辖区内地区法院的法官。

5．州法院审理民事案件使用合议制度。

6．当事人不服地区法院一审裁判时，可向州法院控诉（也可以进行“飞跃上告”）。

7．州法院管辖标的额 5000 欧元以上的民事案件。

8．州高等法院不审理一审民事案件，只审理上诉案件。

9．联邦最高法院的组成。

10．联邦最高法院只进行法律审，一般由 5 名法官组成合议庭进行审理。作出的判决为确定的终局判决。

第二节　日本的民事司法

一、日本民事司法概说

1．《日本国宪法》第 76 条的规定。

2．《日本国宪法》第 78 条规定了两项内容：一是对法官身份的保障；二是禁止行政机关对法官给予惩戒处分。

3．日本法院的预算统一由国会审议确定，和地方政权没有关系。

4．日本最高裁判所裁判案件适用“个别意见制度”，其他法院裁判案件时不公开少数法官的异议。

5．《日本国宪法》第 81 条规定了最高裁判所的“法令审查权”/“违宪审查权”，以及下级裁判所的“随附于案件的法令审查权”。

6．民事案件实行三审终审制度。

7．日本的民事诉讼管辖分为地域管辖、级别管辖、专属管辖、协议管辖、指定管辖，以及应诉管辖等六种。

8．《日本民事诉讼法》中没有规定“审限”制度，这导致诉讼审理期间过长。

9．《日本民事诉讼法》第 202 条规定了“日本式”的“交叉询问制度”。

10．《日本民事诉讼法》新设了“小额民事诉讼程序”。

12．日本法官的任职资格。

13．“司法官僚垄断”主义。

二、日本的民事法院简介

1．日本法院的数量和分布情况。

2．日本最高裁判所的两个功能：一是审判。二是司法行政之管理。此外，最高裁判所的机构还包含“司法培训中心”。

3．最高裁判所只进行法律审。

4．最高裁判所拥有一定的规则制定权（《日本国宪法》第 77 条）。

5．日本的高等裁判所不审理一审民事案件，只审理上诉案件。

6．高等裁判所审理案件时，一般由 3 到 5 名法官组成合议庭进行。

7．地方裁判所的有关制度内容。

8．家庭裁判所的有关制度内容。

9．简易裁判所的有关制度内容。

三、1945 年后，日本对美国民事诉讼制度的吸收和借鉴

1．借鉴美国司法制度的前提条件。
2．吸收、借鉴的主要立法成果。
3．设置日本式的“国民参与民事审判制度”，改变“司法官僚垄断”主义。

复习思考题

1．简述德国“违宪抗告”制度的内容。
2．简述日本对美国民事诉讼制度吸收和借鉴的有关内容。
3．试分析比较大陆法系级别管辖和我国级别管辖的区别之处。

第二章　诉讼审理的基本原则

通过本章内容的学习，学生应对作为大陆法系民事诉讼基本原则的处分权主义、辩论权主义、直接原则、言辞原则等问题有一个初步的了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　处分权主义

一、无诉权，则无审判权

1．是否发生诉讼，原则上仅由个人掌握。

2．民事纠纷当事人既可起诉，也可选择不起诉：公权力尊重国民的意思自治。

二、法院不得主动启动民事诉讼程序

1．无原告就无法官。

2．在个别情况下，经过立法的确认，法律例外承认某个公法机构作为民事原告或被告的资格。

三、原告的起诉行为同时确定了诉讼标的的范围

1．法院应当只对诉讼标的进行判决。

2．原告不仅仅是轮廓式地说明诉讼标的。他也应详细地引证其所追求的判决应当包含那些内容。

3．当事人对法院提出之申请是一种处分行为。法院应受该申请的约束。

四、当事人处分权贯穿于诉讼的全过程

1．诉讼处分权的行使范围为整个诉讼系属期间。典型的处分行为有：撤诉、反诉、自认、认诺、提起上诉等。

2．法律对处分权规定的特别限制：在人事和家事案件中，禁止或限制当事人作出有关的处分行为。

第二节　辩论权主义和法官释明权

一、诉讼资料及其收集

1．为了最终作出裁判，法院必须首先进行证据调查，以便弄清案件事实的真伪。

2．近代民事诉讼法均采用辩论主义的形式。

二、当事人辩论权主义的含义

1．“当事人辩论主义”（verhandlungsmaxime）的概念。

2．处分权主义和辩论权主义的关系。

3．辩论权主义的根据：（1）因为民事诉讼的对象为私权纠纷，在解决该纠纷时，诉讼资料的收集应该时当事人的责任；（2）让当事人提供诉讼数据在程序上是最合理的方法：因为诉讼当事人是最了解案情的人。

三、辩论主义的必要补充——法官的释明权

1．“法官释明权”（Fragr-und Aufklarungspflicht）的含义。

2．释明权的必要性。

3．大陆法系各国民事诉讼法多规定法官有释明权。

4．虽然法官有释明之义务，但提供诉讼数据的主体始终是当事人。即便法院进行释明，但如果当事人不服，法院也不能依职权独自进行调查。

四、职权进行主义和职权探知主义

1．由于法院依职权进行诉讼数据的收集是辩论权主义的例外，因此只适用于法律明文规定的场合。

2．“职权探知主义”的含义。

3．职权进行主义和职权探知主义的联系与区别。

第三节　直接主义、言词主义和公开主义

一、直接主义

1．“直接主义”（Unmittelbarkeit）的含义。

2．应注意的一点是：直接主义不必然与“口头主义”结合在一起。纯书面程序也可适用直接主义。

3．《日本新民事诉讼法》第 249 条对裁判直接主义的规定。

4．《德国民事诉讼法》第 309 条规定：“判决，只能由曾参与为判决基础的言词辩论的法官作出”。

二、言词主义

1．只要当事人和法官不精通于读和写，程序就必须以口头言词方式进行。

2．大陆法系民事诉讼并不采取单纯的言词主义，而采取言词和书面的混合主义。

3．书面主义的适用情形。

4．言词主义并非宪法所规定的原则，而是单纯由诉讼法规定的一项诉讼基本原则。

5．判决原则上只允许在言词辩论之后作出。

6．任意的言词辩论和中间判决事项，必要的言辞辩论和本案判决事项。

三、公开主义

1．公开主义的含义。

2．公开主义的另一个重要组成部分：对法官判案心证过程的公开。

3．注意：民事案件的审理既可以是口头和公开的，也可以口头和不公开的。

4．公开主义的功能：（1）程序的公开有助于增强国民对司法裁判的信任度（黑格尔）；（2）使国民能有效监督司法的运作程序，防止法官“暗箱操作”的恣意并遏止司法腐败。

5．不公开审理的法定例外。

6．公开主义不完全适用于新闻报告：德国、日本和美国法院对“法庭采访”的限制。

第四节　真实义务和诉讼促进义务

一、真实义务

1．原则上法律没有规定双方当事人的程序义务。

2．设置当事人诉讼义务的前提条件为：（1）诉讼法的表示主义；（2）当事人自己行为，自己负责的原则。

3．当事人义务并非民事诉讼的异物。在民事诉讼的“场”中，如同私法交往一样，不赞成不诚实的行为。为权利而“战”是不能不择手段的。

4．规定真实义务的德国法条之具体内容。

5．这种义务指向主观真实，而非客观真实。在本质上，真实义务是一种诚实义务。

6. 真实义务是一种真正的法律义务。如果确认当事人违反了此义务，法官应对其斟酌制裁（《德国民事诉讼法》第 286 条）。

7．真实义务的难点为“真实义务的确切界限识别问题”。

8．真实义务的界限问题。

二、诉讼促进义务

1．诉讼促进义务的概念。

2．当事人的诉讼促进义务是加快诉讼程序的重要内容之一。

3．在德国，加快诉讼程序的其他方法。

3．诉讼促进义务在法律中的具体体现。

4．当事人是否被认定为迟延，以及考虑其陈述是否会使诉讼迟延，一直由法院依自由心证来决定。对此不需要进行证据调查。

5．排除失权效果的法定方法。

6．如何处理“不可避免的强制”与“必要的自由”之间的关系是“诉讼促进义务”设置中的难题。注意保障当事人的法定听审权不受损害。

复习思考题

1．试分析辩论权主义和阐明权之间的关系。

2．什么是当事人真实义务？你认为我国应引进该项诉讼原则吗？为什么？

3．德国诉讼当事人如何通过缺席判决之申请而“逃入控诉审”中？

第三章　诉讼成立和诉讼过程的阶段构造

通过对本章内容的学习，学生应对作为诉讼成立前提的起诉要件、诉讼要件、诉讼法上之障碍，以及诉讼系属的含义和法律效果等问题有一初步认知。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　诉讼成立

一、起诉

1．民事起诉的概念。

2．诉状的必要记载事项。

3．诉状的任意记载事项。

4．法院依职权对诉状内容进行审查。在驳回诉状的情况下，当事人可就此即时抗告。

二、起诉的法律效果

1．起诉在程序法上的法律效果：（1）诉讼系属；（2）受诉法院的确定；（3）当事人的确定；（4）诉讼对象的确定；（5）禁止重复起诉。

2．起诉在实体法上的法律效果：（1）诉讼时效的中断；（2）权利扩张的效果；（3）权利强化的效果。

作业二：“试分析辩论权主义同我国辩论原则的异同”（小论文，1000 字左右，占总成绩的 10%）。

第二节　诉讼过程的阶段构造

一、起诉要件

1．起诉要件的概念。欠缺此要件时，即使存在起诉的行为，法院也会以不合法为理由将诉驳回。

2．起诉要件的内容。

3．不待当事人申请，审判长依职权审查诉状是否具备起诉要件。

二、诉讼要件

1．诉讼要件的概念。

2．是否具备该要件由法院依职权进行调查，不用以当事人之申请为前提。

3．诉讼要件属于广义上的判决事项，原则上法院应指定程序辩论期日进行。

4．“诉讼审理”和“诉讼判决”。

5．诉讼要件的具体内容：（1）有关法院的诉讼要件；（2）有关当事人的诉讼要件；（3）有关诉讼对象的诉讼要件。

6．对诉讼要件的“诉讼审理”适用于诉讼系属中的各个阶段，包括本案审理进行了相当长的情形以及上级审理的情形。

7．以中间判决或本案判决理由的方式对“诉讼审理”结果进行记载。

三、诉讼上的障碍

1．诉讼上的障碍的概念。

2．典型的诉讼上的障碍：（1）存在合法之仲裁协议；（2）原告应提供诉讼费用的担保而未提供；（3）诉讼时效是否届满的问题。

3．法院对“诉讼上障碍”进行处理的其他事项按“诉讼审理”制度进行。

四、实体法意义上的权利保护要件（本案要件）

1．定具备诉讼要件，确定不具有“诉讼上的障碍”时，案件的审理进入实体审阶段。

2．实体审理阶段是法庭审理的重心。在该阶段，以当事人的举证辩论内容为基础，应查明民事纠纷之“权利保护要件”/“本案要件”是否存在。

3．原则上应以本案判决形式对本案要件作出审理结论。

复习思考题

1．简述起诉的法律效果。

2．法官能够对“本案实体争议之诉讼时效是否届满”的争议行使阐明权？为什么？

第四章　诉讼主体和诉讼客体

通过对本章学习，学生应对诉讼当事人的概念、当事人能力、辩论能力、主参加和辅助参加等问题有一个初步的了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　诉讼主体

一、当事人的概念

1．当事人的概念。

2．当事人在不同的程序中有不同的称谓。

二、当事人能力

1．当事人能力的概念。

2．（以民事实体法之规定为准）实质的当事人能力：自然人和法人。

3．（以民事诉讼法之规定为准）形式的当事人能力：无法人资格的社团和财团，政府机关及其他团体。

三、当事人适格——诉讼实施权

1．当事人适格、“诉讼实施权”，以及“正当当事人”的概念。

2．实体的诉讼实施权与程序的诉讼实施权。

3．具有诉讼实施权的主体范围：（1）法定之任意诉讼担当/诉讼信托；（2）法定的诉讼担当。

四、诉讼能力和辩论能力

1．诉讼能力的概念。

2．诉讼能力人的分类：完全的诉讼行为能力人、限制的诉讼行为能力人，以及无诉讼行为能力人。

3．日本法原则上对外国人的诉讼行为能力采对等原则，但也有例外（《德国民事诉讼法》第 55 条）。

4．辩论能力的概念。

5．“当事人本人诉讼”和“有限的律师强制代理制度”。

6．辩论更正权。

五、共同诉讼

1．“共同诉讼”/“诉的主体合并”（Streitgenossenschaft）的概念。

2．学理种类：（1）权利共有或义务共有型；（2）原因共通；（3）请求的同类。

3．形式要件：（1）各诉讼的诉讼对象可适用同一程序；（2）受诉法院对各诉讼对象具有管辖权；（3）没有其他专属管辖的规定，且没有禁止合并的规定。

4．普通的共同诉讼。

5．固有之必要共同诉讼。

6．类似之必要共同诉讼。

六、主参加

1．“主参加”的概念。

2．在“主参加”的情形下，参加申请就本质而言其实是提起诉讼（行使诉权）。因此必须采取起诉书方式提出“主参加”申请。

3．法院对参加之诉的处理程序与方式。

4．本质上，主参加属于“三面对立诉讼”的类型。其制度功能类似于我国的有独立请求权的第三人。

七、辅助参加

1．辅助参加的概念。

2．辅助参加的要件：（1）他人间的诉讼处于诉讼系属之状态；（2）辅助参加人对该诉讼结果存有利害关系。

3．利害关系的特定含义。

4．辅助参加申请既可以书面方式提出，也可以口头方式提出。

5．对辅助参加有争议时，则法院应指定辩论期日对此进行审理。异议不及时提出者，发生失权效果。

6．“诉讼诈害的第三人防止参加”。

7．“参加效力”（Interventionswirkung）。

8．“参加效力”类似于英美法系的“禁反言”规则。

第二节 诉讼客体

一、诉讼客体（诉讼标的）的概念

1．诉讼标的/诉讼对象/诉讼客体/诉讼物（Der Streitgegenstand）的概念。

2．英美法系的“诉讼原因”（cause of action）在功能上类似于大陆法系的诉讼标的。

3．诉讼请求/诉讼目标（法国）/诉讼意旨（日本）/诉的声明（我国台湾）是指当事人在诉讼过程中根据诉讼标的向法院提出的具体权益声请。

4．诉讼标的和诉讼请求的区别。

二、诉讼标的在民事诉讼中的重要意义

1．诉讼标的是民事诉讼的构成要素；

2．诉讼标的是法院审理裁判的对象；

3．诉讼标的是判定当事人的起诉是否属于重诉的重要根据；

4．诉讼标的是解决诉讼客体合并、分离、变更和追加的关键。

三、大陆法系诉讼标的主要理论观点简介

1．旧实体法说。

2．诉讼法说。

3．新实体法说。

复习思考题

1．什么是法定的诉讼担当？试举例说明。
2．试比较大陆法系“诉讼辅助参加认”和我国“无独立请求权第三人”的异同。
3．简述诉讼标的和诉讼请求的区别。

第五章　证　据

通过对本章的学习，学生应对证据的概念、证据能力、自由心证和内心确信、本证和反证以及证明责任等范畴有一个初步的认识。

本章计划讲授 2 时。

第一节　证据的概念

一、证据的概念

1．“证据”的概念。

2．“证据方法”/“证据（法定）形式”/“证据能力”/“证据资格”（Beweismittel）的含义。

3．“证据资料”（Beweisgrund）和 “证据原因”的含义。

4．“证据力”或“证明力”的含义。

5．同英美法系证据法的不同点：（1）证据规范作为民事诉讼法典的组成部分，一般无单独的证据法典；（2）在大陆法系的民事诉讼法中，除了个别的例外，原则上认可一切证据方法的证据能力。

二、证明、疏明

1．证明是指让法官确信要证事实，或为了让法官确信而进行的诉讼行为。

2．疏明的含义和适用情形。

三、严格证明与自由证明

1．“严格证明”和“自由的证明”的概念，及联系与区别。

2．有关本案要件等事项，法律原则上要求进行严格的证明。而对起诉要件、诉讼要件等程序审理事项，法律则只要求自由的证明。非讼案件适用自由的证明方式。

四、本证、反证、间接反证

1．“本证”和“反证”的概念。

2．“本证”和“反证”与诉讼请求提出之间的关系。

3．“间接反证”的概念。

4．本证如果不能让法官对该事实的真实性产生内心确信，便未能实现其目的。而反证如果能够阻止法官确信该事实，便实现其提出之目的。

4．间接反证是对方当事人就间接事实进行的本证，必须让法官对其事实的真实性形成内心确信。

五、直接证据和间接证据

1．就构成判决基础的案件主要事实，给予直接心证根据的证据被称为“直接证据”。

2．证明辅助事实以便间接能推断出案件主要事实的间接事实，或证明系争材料具有证据能力、证据力的证据被称为“间接证据”。

第二节　自由心证主义

一、自由心证和内心确信

1．“自由心证主义”（Prinzip der frein Beweiswurdigung）的含义。
2．对自由心证主义本质的解说。
3．自由心证主义在裁判上的具体适用。
4．对“自由心证”的经典表述：1806 年的《法国民事诉讼法典》。
5．不属于法官法官自由心证作用范围的法定例外事项。

二、高度盖然性的证明标准

1．证明标准/证明尺度的概念。
2．大陆法系的证明标准和自由心证主义密切联系。

第三节　主张责任和证明责任

一、主张责任（Bechauptungslast）

1．“主张责任”的概念。
2．“主张责任”的内容和特点。

二、证明责任（Beweis last）

1．证明责任/客观证明责任/立证责任的概念。
2．立证责任的唯一功能是将法官从该“特殊困境”中解脱出来。
3．立证责任一般事先（主要）由民事实体法根据罗森贝克的“规范说”进行立法性分配。
4．立证责任一般不会在双方当事人之间来回转换。
5．“立证责任的转换”/“举证责任的倒置”。
6．立证责任的唯一功能。

三、法律上的推定

1．“推定”的概念。

2．“法律上的事实推定”的含义。在“事实推定”的情况下，举证责任会发生倒置（“立证责任的转换”）。

3．“法定的权利推定”分两种：从某一前提事实推断权利的合法性；无前提事实直接推断权利的存在、有效或现状。

4．在“权利推定”的情况下，也发生举证责任的倒置（“立证责任的转换”）。

第四节　证据能力

一、证据能力的概念

“证据能力”的概念。它也被称为“证据（法定）形式”/“证据能力”/“证据资格”。

二、证据能力的种类

1．勘验。
2．证人证言。
3．鉴定结论。
4．书证。
5．讯问当事人。

第五节　立证的对象（iura novit curia）

一、案件事实

1．成为判决基础的事实必须真实。如有争议，必须出示证据来加以证明。

2．当事人辩论权主义的作用范围原则上限于案件的主要事实。对辅助事实和间接事实，法官可进行职权调查。

3．即使对方自认，又无争议的事实，仍属于职权调查之事项。如果法官对此持有疑念，将会成为立证的对象。

二、法规

国内成文法只属于法院的调查责任，不能成为立证之对象。但对习惯法、规约或外国法等，则在法院加以调查的同时，当事人也承担依证据来证明的责任。

三、经验法则

“经验法则”的含义。裁判上必须的经验法则与法规一样，一般由法院承担调查义务。但有时，也可依辩论权主义由当事人主张该法则，并加以立证。

第六节　非要证之事实

一、裁判上自认的事实

1．“裁判上的自认”的含义。
2．自认的要件。
3．自认的效力。
4．自认的撤回及其条件。

二、裁判上被视为自认的事实

1．“拟制自认”/“准自认”的含义。

2．如果对对方当事人提出之事实主张表示“不知道”“不清楚”的，将推断为其对该事实是有争议的。

3．当事人在口头辩论期日不出庭，适用“拟制自认”制度。即使当事人在期日出庭，但保持沉默的情况下，也适用该制度。

4．如果当事人收到的是公告送达的出庭传票时，则不适用该制度（应保护当事人的法定听审权）。

5．“拟制自认”的效力不及于上级审。

三、法院的显著事实

1．众所周知事实的含义。

2．众所周知事实的种类。

3．法院不要求对显著事实作出证明。法院不待当事人的申请，应直接将其作为裁判之基础心证资料（职权探知事项）。

复习思考题

1．什么是本证、反证和间接反证？

2．客观证明责任的唯一功能是什么？

3．在大陆法系民事诉讼中，哪些事实为非要证事实？

第六章　口头辩论的进行和准备

通过对本章的学习，学生应对各项审前准备措施、辩论期日的进行方式、真正的缺席判决等问题有一个初步的认知。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　口头辩论的准备

一、准备文书及其它

1．“准备文书”的概念。

2．“准备文书”记载口头辩论期日里进行攻击或防御的方法，或就对方请求、攻击防御方法而作的陈述。

3．在向法院提交准备文书之际，应为对方留出答辩的必须期间。

4．如果对方没有出庭，在口头辩论时便不能主张准备文书里没有记载的事实。相反，递交准备文书之后，即使本人在第一次口头辩论期日缺席，仍然可以陈述准备文书里所记载的事项。

5．当事人照会制度（《日本民事诉讼法》第 163 条）。

6．法官的“期日外释明”和“协议期日”制度。

二、争点、证据之整理程序

1．日本法律规定了三中准备、整理程序：准备性的口头辩论、辩论准备程序和书面准备程序。

2．准备程序设置的理论前提：审理的集中主义（Konzentrationsmaxime）。

3．准备性口头辩论：公开进行。目的是对案件争点和证据进行整理，由法官制作总结文书。

4．辩论准备程序：不公开进行。目的同于“准备性口头辩论”。

5．书面准备程序：不公开的书面方式。适用于双方当事人住在外地或因病不能出庭的情形。目的同于“准备性口头辩论”。

6．争点、证据整理程序的法律效果：后续争点、证据提出的相对性失权效果。

第二节　口头辩论的进行

一、概说

1．“口头辩论期日”的概念。

2．口头辩论期日应贯彻直接、口头和言词的原则。

3．“本案辩论”/“本案审理”，以及“诉讼上的辩论”/“诉讼审理”的联系与区别。

4．“攻击方法”和 “防御方法”的概念。

5．在存在主观过错的情况下，当事人错过时机后才提供攻击或防御方法，从而导致诉讼迟延时，法院可根据对方的请求，排除前者提出的攻击或防御方法。

二、口头辩论的构成

1．原告、被告关于请求的陈述。

2．“拟制自认”的概念和运用。

3．抗辩和再抗辩。

4．“否认”和“抗辩”的联系与区别。

4．“谁主张，谁举证”。

5．其他问题。

三、口头辩论的笔录

1．将口头辩论作成笔录，称为“口头辩论笔录”。其目的在于谋求程序的稳定，便于以后可以调查案件。

2．笔录的记载事项。

3．口头辩论笔录作为公文书，具有较强的证明效力。

第三节　口头辩论期日的懈怠

一、对原告的缺席判决

原告于言词辩论期日不到场，应依申请为缺席判决，驳回原告之诉。

二、对被告的缺席判决

1．被告在言词辩论期日不到场，原告申请为缺席判决时，原告所为关于事实的言词陈述，视为得到被告的自认。

2．如果认为诉之申请为正当，即依其申请为判决；认为不正当的，驳回其诉。

三、真正的缺席判决

1．上述所言之判决制度被称为“真正的缺席判决”。德国法有规定，日本法则没有规定。

2．针对缺席判决，不得直接上诉，应先提出“缺席判决异议之诉”。

3．德国“缺席判决异议之诉”的具体内容和运作方式。

4 2002 年《德国民事诉讼法改革法》第 321a 条规定的“听审责问”（Gehorsruge 或 Anhorungsruge）制度。

四、依现存记录裁判

1．“依现存记录裁判”的含义。

2．对此裁判表示不服时，当事人不得提出“缺席判决异议之诉”，而只能适法提出上诉请求。

3．依现存记录之判决在性质上是对“对审主义”的一种拟制。

复习思考题

1．简述当事人照会制度的内容。

2．什么是“攻击方法”？什么是“防御方法”？试举例说明之。

3．试比较“真正缺席判决”和“依现存记录裁判”之间的异同。

第七章　裁判种类及其效力

通过对本章的学习，学生应对民事判决的种类、判决的成立和无效，以及各种生效判决所具有之法律效力有所了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　民事裁判的种类

一、判决（Urteil）

1．判决的概念。
2．民事判决的分类：
（1）本案判决和诉讼判决；
（2）给付判决、确认判决和形成判决；
（3）终局判决和中间判决；
（4）全部判决和部分判决。

二、决定（在德国法上，该种裁判形式被称为“裁定”Beschluß）

1．决定的概念和适用范围。
2．裁定的概念和适用范围。

三、命令（Verfugung）

命令的概念，适用范围和救济途径。

第二节　判决的成立

一、判决事项

1．“判决事项”的概念。
2．“判决事项”和诉讼标的、诉讼请求的关系。
3．反诉和中间确认之诉的内容也是本案判决的事项。
4．裁判理由中有关债务抵消的内容也是本案判决的事项。
5．诉讼法意义上的“判决事项”有：诉讼费用的负担、假执行的宣告、对滥用控诉的制裁等。

二、判决程序

1．根据直接原则，判决应由参与基本口头辩论的法官作出。
2．当诉讼裁判时机成熟时，法院可终结口头辩论，作出终局判决。
3．法官或合议庭内心确信的形成机制。
5．起诉书和判决书应具有内容的对应性。
6．判决依宣告而产生效力。

三、判决的变更、更改及补充

1．判决变更的概念和适用情形。

2．当判决出现技术性错误，即计算错误、误记以及其他明显错误时，法院可以依当事人申请或依职权作出更改之裁判。

3．当法院就请求的某些部分遗漏裁判时，将适用部分判决之方式进行处理。对遗留的部分，当事人继续保有诉权。

四、判决的无效

具有下列情况的判决为无效判决：

1．未制作判决原本，也未宣判的；

2．法院审判人员或审判组织不适法的；

3．判决内容违背社会公序良俗的；

4．接受判决的当事人不具备当事人能力、诉讼行为能力以及诉讼实施权的。

具有上述情况的判决是实体上无效，但在程序上成立的判决。因此，如果终结该审级或判决已确定时，将终结诉讼。

第三节　民事裁判的各种法律效力

一、自缚力

自缚力/“羁束力”的概念和生效条件。

二、形式既判力

形式上的确定力/形式上的既判力的概念和生效条件。

什么是“终局判决”/“生效判决”/“终审判决”/“确定判决”。

三、实质既判力

1．实质的确定力/实质的既判力（RES JUDICATA）的概念。

2．实质既判力的本质。

3．实质既判力的两项法律效果。

4．实质既判力发生效力的标准时间问题。

5．既判力的客观范围。

6．既判力的主观范围，以及 “实质既判力主观范围的扩张”现象。

7．实质既判力的法定排除。

四、形成力的概念和生效条件

五、执行力的概念和生效条件

六、争点效的概念和生效条件

七、反射效的概念和生效条件

八、参加效力的概念和生效条件

九、什么是司法裁判的事实效果

复习思考题

1．什么是中间判决？其主要的功能是什么？
2．本案判决理由部分的内容一般发生何种法律效力？为什么？
3．什么是自缚力？我国的民事法官是否受自缚力的拘束？为什么？
4．简述实质既判力的内容。

第八章　上诉和再审

通过对本章的学习，学生应对大陆法系的上诉制度，即控诉审、上告审、抗告审，以及民事再审的内容加以认知和了解。

本章计划讲授 1 学时。

第一节　控诉审

一、概说

1．控诉的概念。
2．控诉审之基础理念：复审主义、事后审主义和续审主义。

二、控诉审提起程序

1．控诉审的诉讼程序，除有特别规定外，可援用一审程序的有关规定进行。
2．控诉的提起从控诉状向一审法院提交开始。
3．控诉状提交后，控诉不合法时的处理方法。
4．法院决定受理控诉状后，应指定口头辩论期日，并将控诉状副本送达被控诉人。
5．控诉审法院有权对一审未确定判决宣告“假执行”。

三、控诉审的法律构成要件

1．控诉要件的内容。
2．控诉利益因当事人之间达成不控诉的合意，或拥有控诉利益者放弃控诉权而消灭。
3．遭受一审裁判不利益者才具有控诉的利益。

四、控诉审的审理范围

1．控诉审的范围划定问题。
2．控诉审的程序内容简介。
3．附带控诉的概念和适用条件。

五、控诉审的终结

1．驳回控诉的诸种裁判结果。
2．当事人处分权主义对控诉审裁判的制约。
3．“必要的驳回重审裁定”和 “任意的驳回重审裁定”。
4．因案件管辖错误而撤消第一审判决时，依裁定将案件移送有管辖权的法院。
5．其他终结控诉审的方式。

第二节　上告审

一、概说

1．上告的概念。

2．飞跃上诉的概念和适用条件。

3．“上告利益”的内涵。

4．和控诉一样，适法的上诉也产生两项法律效果：截断效果和移审效果。

二、上告理由和上告许可制度

1．上告理由：（1）违反宪法。（2）绝对上告事由。（3）违反法令（“相对的上告理由”）。2．德国法的“上告价额”和“上告的准许”两制度。

2．“裁量上告制度”。

三、上告审的诉讼程序、审理及裁判

1．先由原审法院对上告状进行程序要件审查。

2．对上告请求的程序审查和处理。

3．在上告审中采取书面审理优先，口头审理补充的原则。直接、口头和言词原则在上告审中只具有辅助地位。

4．经过书面审理，分别作出如下之裁判：（1）驳回上告的决定；（2）撤消上告的决定；（3）驳回上告的判决。

5．经过补充的口头审理，分别作出如下之裁判：（1）驳回上告；（2）撤消原判，发回重审；（3）撤消原判决，自为裁判。

四、特别上告

1．在日本，对高等裁判所作为上告审所作的终局判决，通常不准许上告到最高裁判所。

2．最高裁判所具有日本宪法所规定的违宪审查权（《日本宪法》第 81 条），当事人可以高等裁判所之裁判违反宪法为理由而向前者申明不服。此称之为“特别上告（《日本民事诉讼法》第 327 条）。

3．对特别上告的审理可援用有关上告的规定进行。

第三节　抗　告

一、概念

1．抗告的概念。

2．抗告的目的：（1）就裁定、命令设置简易的不服申述程序；（2）据此防止控诉及上告审的过分复杂化。

3．抗告只有一方当事人（抗告人），而无对方当事人（即无所谓的“被抗告人”）。

二、一般抗告

1．抗告的分类。

2．“普通抗告”的概念和制度内容。

3．符合法律准许即时抗告的规定而认可的抗告。这种抗告自裁判送达之日其两周不变期间内必须提起（日本的不变期间为一周）。

4．上述两种抗告只能针对简易裁判所或地方裁判所的决定、命令提起。对高等裁判所所作的裁定、命令只准许适用特别抗告或许可抗告。

5．在抗告标的金额低于一定数量时，德国法律禁止当事人就此提出抗告。。

6．“再度考虑之更正”制度。
7．经过审查，原法院认为抗告理由不成立的，须附上意见，将案件送付抗告法院。
8．抗告的提起尽管产生移审效力，但只有即时抗告裁产生执行停止的效力。
9．抗告的审理方式为任意性的言词辩论。
10．对于抗告法院作出的裁判，只有在法律有特别规定时，才准许当事人提出再抗告。

三、特别抗告

1．特别抗告的概念和适用条件。
2．“许可抗告”制度（《日本民事诉讼法》第 337 条）。
3．德国的“违宪抗告”制度。

第四节　民事再审

一、概念

1．再审和再审之诉的概念。
2．民事再审是一种法定的排除确定判决实质既判力之方法。
3．日本和德国在再审程序规定上的不同点。
4．德国法上的“回复原状之诉的补助性质”。

二、申请再审之法定理由

1．大陆法系国家和地区的典型再审法定事由。
2．禁止当事人以法定事由之外的其他理由提出再审之诉。

三、再审诉讼程序的内容

1．再审之诉的管辖规定。
2．民事再审程序不是免费的。
3．适法再审之诉的法定要件。
4．民事再审程序的“两阶段”或“三阶段”。
5．根据再审之结果，或维持原判、或撤消原判，驳回起诉、或撤消原判，作出新判决。

四、准再审

准再审的概念和适用条件。

复习思考题

1．什么是“续审主义”？
2．什么是“即时抗告”？提出这种抗告需要满足哪些条件？
3．上告审采取纯书面审的原因何在？
4．为什么说“民事再审只是原审判程序的再开和续行”？

期末考试：开卷考试。考试时间为第 18 周的 2 课时。考试内容：两道论述题（英美法系和大陆法系各有一道题）。该考试成绩占学生总成绩的 80%。

参考书目

一、综合类

1．沈达明：《比较民事诉讼法初论》（上、下册），中信出版社 1991 年版。
2．乔欣、郭纪元：《外国民事诉讼法》，人民法院出版社．中国社会科学出版社 2002 年版。

二、英美法系

1．白绿铉：《美国民事诉讼法》，经济日报出版社 1998 年版。
2．汤维建：《美国民事司法制度与民事诉讼程序》，中国法制出版社 2001 年版。
3．（美）杰佛里 ．C ．哈泽德，米歇尔 ．塔鲁伊：《美国民事诉讼法导论》，张茂 译，中国政法大学出版社 1998 年版。
4．徐昕（译）：《英国民事诉讼规则》，中国法制出版社 2001 年版。
5．（美）理查德．A．波斯纳：《证据法的经济分析》，徐昕等 译，中国法制出版社 2001 年版。
6．（美）史蒂文．苏本，马格瑞特．伍：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏 等译，法律出版社 2002 年版。
7．刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版。
8．白绿炫、卞建林：《美国联邦民事诉讼规则、证据规则》，中国法制出版社 2000 年版。
9．（美）杰克．H．佛兰德泰尔 等：《民事诉讼法》，夏登峻 等译，中国政法大学出版社 2003 年版。
10．（美）约翰．W．斯特龙 等：《麦考密克论证据》，汤维建 等译，中国政法大学出版社 2004 年版。
11．（美）罗伯特．麦克洛斯基 等：《美国最高法院》，任东来 等译，中国政法大学出版社 2005 年版。

三、大陆法系

1．（日）兼子一，竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉 译，法律出版社 1995 年版。
2．谢怀拭（译）：《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社 2001 年版。
3．白绿铉（译）：《日本新民事诉讼法》，中国法制出版社 2000 年版。
4．王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社 2002 年版。
5．（日）高桥宏志：《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》，林剑锋 译，法律出版社 2003 年版。
6．（日）中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚等 译，法律出版社 2001 年版。
7．（德）奥特马 ．尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠 译，法律出版社 2003 年版。
8．（日）棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新 译，中国政法大学出版社 2004 年版。
9．冷罗生：《日本现代审判制度》，中国政法大学出版社 2003 年版。
10．（德）汉斯—约阿希姆．穆泽拉克：《德国民事诉讼发基础教程》，周翠 译，中国政法大学出版社 2005 年版。
11．李龙：《民事诉讼标的理论研究》，法律出版社 2003 年版。
12．（德）米夏埃尔．施蒂尔纳（主编）：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举 译，中国政法大学出版社 2005 年版。
13．（德）狄特．克罗林庚：《德国民事诉讼法律与实务》，刘汉富 译，法律出版社 2000 年版。
14．（日）山本佑司：《最高裁物语——日本司法 50 年》，孙占坤 等译，北京大学出版社 2005 年版。

《竞争法》教学大纲

刘继峰　刘　丹　编写

目　录

第一章　竞争的经济学解释.....548
一、竞争的经济学解释.....548
二、经济学中有关竞争的基本分析方法和分析工具.....548
复习与思考题.....548
参考文献目录.....548
第二章　竞争法的特点和地位.....549
一、竞争法的认识与评价.....549
二、竞争法的特点.....549
三、竞争法的地位.....549
复习与思考题.....549
参考文献目录.....549
第三章　竞争法的立法模式.....550
一、分立式立法模式及其特点.....550
二、合并式立法及其特点.....550
三、混合式立法模式及其特点.....550
四、立法内容的格式化.....550
复习与思考题.....550
参考文献目录.....551
第四章　反不正当竞争法原理与制度.....552
第一节　反不正当竞争法的调整机制.....552
一、列举条款的基本调整.....552
二、原则条款的辅助调整和补充调整.....552
三、一般条款扩张调整.....552
第二节　一般条款的地位及我国法一般条款的分析.....552
一、一般条款的地位.....552
二、我国反不正当竞争法控制工具的缺失.....552
复习思考题.....553
参考文献目录.....553
第五章　反垄断法律制度.....554
第一节　反垄断法概述.....554
一、垄断.....554
二、反垄断法的概念、特征.....554
三、反垄断法的性质、地位.....555
四、反垄断立法情况.....555
五、垄断形式.....555
六、对垄断的法律规制.....555
第二节　对经济性垄断的规制.....555
一、经济性垄断的概念、特征.....555
二、经济性垄断的危害.....555
三、经济性垄断的成因.....555

四、经济性垄断的类型.....555
第三节　对行政性垄断的规制.....556
一、概念和特征.....556
二、行政性垄断的种类.....556
三、行政性垄断的危害及成因.....556
四、法律规制.....556
第四节　反垄断法的实施.....557
一、适用原则.....557
二、主管机构.....557
三、适用除外制度.....557
复习思考题.....557
参考书目.....557

第一章　竞争的经济学解释

教学目的及要求：通过本章的教学，使学生了解竞争的两面性，进而引导出竞争法的产生条件。同时，通过经济学中对竞争要素的分析，初步了解竞争法所调整的内容。经济学是竞争法在分析某些具体问题时非常重要的一个工具，本章教学的另一个目的是让学生形成分析竞争法问题的经济学方法论意识。

重点及难点：教学重点是有关竞争的经济学的思想的领会，弗莱堡学派的秩序经济理论。教学难点是经济学方法的理解和掌握。

教学时数　4

一、竞争的经济学解释

1．古典经济学竞争理论
2．新古典竞争理论－新自由主义
3．弗莱堡学派
4．现代竞争理论

二、经济学中有关竞争的基本分析方法和分析工具

1．成本分析
2．效益分析

复习与思考题

1．弗莱堡学派的主要思想
2．有关竞争理论的哈佛学派和芝加哥学派的区别

参考文献目录

1．〔挪威〕A·J·伊萨克森、〔瑞典〕C·B·汉密尔顿、〔冰岛〕T·吉尔法松：《理解市场经济》，张胜纪、肖岩译，商务印书馆 1996 年版。

2、〔美〕熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆 1999 年版。

3．〔英〕亚当·斯密：《国民财富的性质与原因研究》，郭大力、王亚南译，商务印书馆 1972 年版。

4．〔美〕A·萨缪尔森、D·诺德豪斯：《经济学》（第 12 版），高鸿均译，中国发展出版社 1992 年版。

第二章　竞争法的特点和地位

教学目的及要求：通过本章的教学，使学生了解竞争法的特殊性。并通过与其他相近学科的比较得出竞争法在经济法学科中的地位。

重点及难点：教学重点是领会有关竞争法的公法、私法相融合、判例法与成文法相融合的特性。教学难点是竞争法与知识产权法、与公司法、与消费者权益保护法的关系。

教学时数　6

一、竞争法的认识与评价

1．竞争法系统的定性分析
2．竞争法系统的定量描述

二、竞争法的特点

1．竞争政策和产业政策的融合
2．公法与私法的融合
3．判例法与成文法融合

三、竞争法的地位

1．与有关学科的关系
2．与知识产权法的关系
3．消费者权益保护法的关系
4．与公司法的关系
5．竞争法的地位

复习与思考题

1．如何理解竞争法的判例法与成文法融合
2．竞争法与知识产权法的关系
3．竞争法中的消费者地位

参考文献目录

1．〔日〕 金泽良雄：《当代经济法》，刘瑞复译，辽宁人民出版社 1988 年版。
2．〔日〕富田彻男：《市场竞争中的知识产权》，廖正衡等译，商务印书馆 2000 年版。
3．〔德〕瓦尔特·欧根：《经济政策的原则》，李道斌译，上海人民出版社 2001 年版。
4．〔法〕蒲鲁东：《贫困的哲学》，余叔通、王雪华译，商务印书馆 1988 年版。
5．〔法〕热拉尔·卡：《消费者权益保护》，姜依群译，商务印书馆 1997 年版。

第三章　竞争法的立法模式

教学目的及要求：通过本章的教学，使学生了解竞争立法的类型并分析类型化的原因、各种类型的优缺点。

重点及难点：教学重点是竞争法立法模式优缺点分析及竞争立法的格式化问题。教学难点是各个不同模式形成的原因。

教学时数　4

一、分立式立法模式及其特点

分立式立法模式是将限制竞争法和反不正当竞争法分别立法。依两部法律的先后制定顺序有所不同，可以分为两种：制定反不正当竞争法在先，制定反垄断法在后，如德国、日本等国；制定反垄断法在先，制定反不正当竞争法在后，如韩国。

以德、日、韩为代表的分立式立法模式具有以下明显的长处：

第一，立法目的明确。第二，立法内容界限清楚。第三，竞争执法相对容易。

二、合并式立法及其特点

反垄断与反不正当竞争合并立法的有匈牙利 1990 年《禁止不正当竞争法》、保加利亚 1991 年《保护竞争法》、1991 年俄罗斯《竞争与限制商品市场垄断行为法》、我国台湾省 1991 年《公平交易法》以及南非、澳大利亚的竞争立法等。

合并式立法的优势在于：

第一，突出反垄断与反不正当竞争所具有的共性，照顾到了两法之间的内在关系。第二，便于在技术上处理反垄断法的内容。第三，有利于对不正当竞争进行有力的法律调控。

三、混合式立法模式及其特点

混合式立法模式是将反垄断法和反不正当竞争法分别纳入若干单行法律、法规之中进行综合调整。美国和英国是典型代表。

混合式立法模式具有以下优点：

第一，具有较强的针对性。对限制竞争行为和不正当竞争行为在法律上不作明确划分。轻法典而重单行法规和个别案件的单项调整。第二，司法判例具有的灵活性。英、美本身属普通法系国家，司法判例在确定具体的法律标准方面，自始至终都充当着一个特别重要的角色。

四、立法内容的格式化

首先，反竞争行为的范围依概括加列举的方式确定。其次，禁止、限制与适用中的豁免规定相结合。再次，实体法和程序法相结合。最后，民事责任、行政责任、刑事责任相互配合适用。

复习与思考题

1．立式立法模式的优缺点

2．正当竞争行为和垄断的区别

3．并式立法模式的优缺点

参考文献目录

1．吴宏伟：《竞争法有关问题研究》，中国人民大学出版社 2000 年版。
2．潘华仿：《英美法论》，中国政法大学出版社 1997 年版
3．沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社 1998 年版。

第四章　反不正当竞争法原理与制度

教学目的及要求：通过本章的教学，使学生了解反不正当竞争法的基本原理和具体制度。掌握一般条款的性质、作用。分析我国现行法律调整结构上的不足。

重点及难点：教学重点是反不正当竞争法调整结构及一般条款的地位。教学难点是各种不同调整工具之间的区别及我国反不正当竞争法调整机制的缺失。

教学时数 8

第一节　反不正当竞争法的调整机制

反不正当竞争法调整机制即各种调整手段的综合运用及其实现的调整效果。各种手段的综合运用关系表现为，列举条款的基本调整、原则条款的辅助调整、一般条款的扩张调整。

一、列举条款的基本调整

列举条款不仅在形式上占据竞争法条文的绝对份额，实质上，也是一定经济状态下反竞争行为的主要控制力量。一国反不正当竞争立法成熟、稳定与否是以列举条款能否做到基本控制市场行为为主要标志。如果市场反竞争行为大都在现行法律明确规定之外，那么，要么是法律规定不健全，要么是竞争法律制度不独立。

二、原则条款的辅助调整和补充调整

法理学上，原则条款不同于列举条款之处在于法律条文的性质。前者属于非规范性法律条文，后者属于规范性法律条文。在法的适用上，法律原则和法律规范也有一定的区别，前者并不必然限定某一种预期；后者是以要么予以适用，要么不适用的方式发生作用，它的作用是受限制的。不限于一种预期的原则的作用在竞争法领域表现为两个方面：辅助调整和补充调整。

三、一般条款扩张调整

一般条款被奉为“整个竞争法领域之帝王条款”。

第二节　一般条款的地位及我国法一般条款的分析

一、一般条款的地位

一般条款具有规范性、模糊性；在法律适用上具有授权裁量性。这三个特性决定了一般条款地位及其影响。

规范性使一般条款具有控制性，模糊性是控制力量的来源，授权性诞生新的控制方式。上述特性整体上改变了竞争法的形象和气质，直接扩大了竞争法的适用空间，使一般条款具有支配整部法律的作用——在具体法律规定的条件不敷适用的地方，都应适用该一般条款。从而其具有“整个竞争法领域之帝王条款”之地位。

二、我国反不正当竞争法控制工具的缺失

一般条款在竞争法的调整规则体系中处于核心地位，但我国法缺少这一核心控制工具。

（1）我国《反不正当竞争法》没有一般条款

（2）不正当竞争的概念限制了原则的功能发挥

我国反不正当竞争法调控机制缺失之补足

有三种完善立法方式供选择适用：

第一，增加列举条款的数量，扩充不正当竞争行为的类型。 即将新出现的典型的不正当竞争行为直接纳入法律调整范围，扩充不正当竞争行为的具体类型。依这种方法增设的法律内容针对性强，利于执法。传统的法律修改、完善多依据此种方式。这种方法的优点是将问题单项划分，分类解决。其缺点是完善法律的速度无法跟上竞争违法行为滋生的速度，往往使立法滞后于实践。另外，修订次数过多可能影响法的稳定性和形象。

第二，设置一般条款。

第三，是依法律原则，授予司法机关自由裁量权。

复习思考题

1．律原则和具体条款及一般条款的区别
2．般条款的性质
3．争法的调整结构与民法的调整结构有何不同
4．国法律是否存在一般条款

参考文献目录

1．陈锐雄：《民法总则新论》，三民书局 1982 年版。
2．徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社 1992 年版。
3．邵建东：《德国反不正当竞争法研究》，人民大学出版社年 2001 版。
4．黄茂荣：《法学方法与现代民法》，台湾大学法学丛书 1993 年版。
5．赖源河：《公平交易法论》，中国政法大学出版社 2002 年版。

第五章　反垄断法律制度

教学目的及要求：通过本章的教学，使学生了解反垄断法律制度的基本内容。掌握反垄断法的基本原理，包括：垄断的概念、特征、分类、危害；反垄断法的概念、特征、性质、地位、垄断形式。

重点及难点：教学重点是经济性垄断和行政性垄断的概念、种类、危害、表现方式、法律规制以及反垄断法的实施等法律制度的主要内容。难点是我国反垄断法的价值分析、具体制度的构建。

教学时数　14

第一节　反垄断法概述

一、垄断

（一）垄断的概念

是指主体在市场运行过程中通过排他性控制，或对市场竞争进行实质性限制，而妨碍公平竞争秩序的行为或状态。

（二）特征

1．危害性

2．违法性

3．形成的主要方式是独占或有组织的联合行动。

4．垄断者凭借的是经济优势或行政权力。

5．垄断限制和排斥了竞争。

（三）分类

1．独占垄断、寡头垄断和联合垄断。

2．经济垄断、国家垄断、行政垄断、自然垄断等。

3．合法垄断与非法垄断。

（四）危害性

1．妨害市场竞争。

2．妨害科技进步。

3．损害消费者利益。

4．损害经济民主。

二、反垄断法的概念、特征

（一）概念

反垄断法是通过规制行为人在特定市场上非法排除或者限制竞争的状态和行为，进而调整行为人之间的竞争关系的法律规范的总称。

（二）特征

1．国家干预性。

2．社会整体为本位。

3．经济政策性。

4．综合性。

5．反垄断法集实体法与程序法于一身。

三、反垄断法的性质、地位

（一）性质
（二）地位

四、反垄断立法情况

（一）国外立法情况
（二）我国立法情况

五、垄断形式

（一）经济性垄断
1．滥用行为
2．垄断协议
3．经营者集中
（二）行政性垄断

六、对垄断的法律规制

第二节　对经济性垄断的规制

一、经济性垄断的概念、特征

经济性垄断是指市场主体利用自己的经济优势，或者通过联合组织或合谋等方式，限制、排斥或阻碍市场竞争的行为。

特征：
1．主体是市场主体 。
2．形成的基础是经济优势。
3．目的是为了获取高额垄断利润。

二、经济性垄断的危害

1．影响资源的优化配置。
2．影响效率的提高。
3．损害消费者的利益。
4．阻碍社会进步。

三、经济性垄断的成因

（一）资本主义国家
（二）我国

四、经济性垄断的类型

（一）滥用行为
1．概念：是指在相关市场中占有支配地位的经营者，滥用其市场支配地位，所实施的垄断行为。
2．特征

3．表现形式
4．法律规制
（二）垄断协议
1．概念：是指经营者之间为排除、限制竞争而以协议、决定、一致行动或其他方式达成的合意。
2．分类
3．表现形式
4．法律规制
（三）经营者集中
1．概念：是指经营者之间的合并以及经营者直接或间接取得对其他经营者控制权的行为。
2．种类
3．危害
4．表现形式
5．法律规制

第三节　对行政性垄断的规制

一、概念和特征

行政性垄断是指中央政府所属的各部门和地方政府及其所属的各部门以及被上述政府和政府部门授予行政管理权的组织滥用行政权力，限制或者排除经营者间竞争的违法行为。特征：

1．　主体是中央政府所属的各部门、地方各级政府、地方各级政府所属的各部门以及上述各级政府、各政府部门授予行政管理权的有关组织　。

2．非法垄断。
3．抽象行为。
4．强制性。

二、行政性垄断的种类

1．地区垄断
2．部门垄断

三、行政性垄断的危害及成因

（一）危害
（二）成因
1．改革的相对滞后。
2．利益的趋动。
3．法律意识的淡薄。

四、法律规制

（一）国外
（二）我国现有法律、法规对行政性垄断规制的现状、缺陷及完善
1．现状
2．缺陷
3．完善行政性垄断规制立法的若干思考

第四节　反垄断法的实施

一、适用原则

二、主管机构

（一）设置与职权
（二）特点

三、适用除外制度

（一）概念

反垄断法的适用除外是指反垄断主管机构或法院对反垄断法和其他专门性法律明确规定的特定行业的企业的合法垄断行为不适用反垄断法加以禁止的例外情况。

（二）适用除外的范围

复习思考题

1．什么是垄断？
2．垄断的特征是什么？
3．垄断的危害是什么？
4．反垄断法的概念是什么？
5．简述反垄断法的性质。
6．简述反垄断法的地位。
7．什么是经济性垄断？
8．经济性垄断的表现形式有哪些？
9．简述对经济性垄断的法律规制。
10．什么是行政性垄断？
11．行政性垄断的表现形式有哪些？
12．简述对行政性垄断的法律规制。
13．简述反垄断法的适用原则。
14．简述反垄断法主管机构的设置与职权。
15．简述反垄断法的适用除外制度。

参考书目

1．王晓晔：《竞争法研究》，法律出版社，1999 年。
2．曹士兵：《反垄断法研究》，法律出版社，1996 年。
3．阮方民：《欧盟竞争法》，中国政法大学出版社，1998 年。
4．种明钊：《竞争法》，法律出版社，1997 年。
5．吴宏伟：《竞争法有关问题研究》，中国人民大学出版社，2000 年。
6．王长河、周永胜、刘凤景译：《日本禁止垄断法》，法律出版社，1997 年。
7．[美]马歇尔.C.霍华德：《美国的反托拉斯法与贸易法规》，孙南申译，中国社会科学出版社，1991 年。
8．[英]约翰.亚格纽：《竞争法》，徐海等译，南京大学出版社，1992 年。

9．[美]哈罗德.德母塞茨：《竞争德经济、法律和政治纬度》，陈郁译，上海三联书店，1992 年。
10．孔祥俊：《反不正当竞争法的适用与完善》，法律出版社，1998 年。
11．孔祥俊：《反不正当竞争法新论》，人民法院出版社，2001 年。
12．王晓晔：《欧共体竞争法》，中国法制出版社，2001 年。
13．沈敏荣：《法律的不确定性——反垄断法规则分析》，法律出版社，2001 年。
14．季晓南：《中国反垄断法研究》，人民法院出版社，2001 年。
15．赖源河：《公平交易法新论》，中国政法大学出版社，2002 年。
16．刘宁元等：《国际反垄断法》，上海人民出版社，2002 年。

《网络与电子商务法》教学大纲

陈　健　编写

目　录

第一编　网络法.....565
第一章　网络法主体制度.....565
第一节　网站及其设立法律制度.....565
一、网站及设立主体.....565
二、网站设立法律制度.....565
第二节　网络服务提供商的法律责任.....566
一、网络服务提供商的概念.....566
二、网站经营者作为公共信息服务提供者的义务.....566
三、网站经营者与特定用户之间的网络信息服务合同.....566
四、网络服务提供商的侵权责任.....566
复习与思考题.....567
拓展阅读书目.....567
第二章　域名制度.....568
第一节　概　述.....568
一、域名的概念.....568
二、IP 地址问题.....568
三、域名的结构.....568
四、域名的特征.....569
第二节　商标与域名的冲突.....569
一、商标与域名冲突的类型.....569
二、商标与域名冲突的解决.....569
第三节　域名的管理.....569
一、域名的管理机构.....569
二、域名注册.....570
三、我国域名管理制度.....571
第四节　域名争议的解决.....571
一、争议的诉讼时效.....571
二、域名争议的解决机构.....571
三、域名争议的投诉条件.....571
四、争议的解决方式.....571
复习与思考题.....571
拓展阅读书目.....572
第三章　网络有害信息.....573
第一节　概　述.....573
一、有害信息概说.....573
二、有害信息的危害.....573
三、有害信息产生的原因分析.....573
第二节　国外关于有害信息控制的概况.....573
一、英国.....573
二、美国.....573

三、澳大利亚.....574
四、新加坡.....574
五、日本.....574
第三节　我国对有害信息的控制.....574
一、法律手段.....574
二、管理手段.....575
三、道德手段.....575
四、技术手段.....575
五、行业自律.....575
复习与思考题.....575
拓展阅读书目.....575
第四章　网络犯罪.....576
第一节　概　述.....576
一、网络犯罪的概念.....576
二、网络犯罪的类型.....576
三、网络犯罪的特点.....577
四、网络犯罪的表现形态.....577
第二节　网络犯罪构成要件.....578
一、非法侵入计算机信息系统罪.....578
二、破坏计算机信息系统功能罪.....578
三、破坏计算机数据和应用程序罪.....578
四、制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪.....579
第三节　网络犯罪的预防与控制.....579
一、网络犯罪的立法方面的问题.....579
二、网络犯罪的防止.....579
复习与思考题.....579
拓展阅读书目.....579
第五章　网络隐私权保护.....580
第一节　网络隐私权概述.....580
一、个人资料的概念.....580
二、个人资料所有者的权利.....580
三、个人资料的不当利用情况.....581
第二节　网络隐私权的保护.....581
一、网络隐私权保护的原则.....581
二、资料收集者和资料提供者的权利义务.....581
三、网站或在线企业（商店）个人资料收集、利用规则.....582
四、网络环境下特殊资料收集和利用规则.....583
复习与思考题.....583
拓展阅读书目.....583
第六章　网络安全.....585
第一节　网络安全概述.....585
一、网络安全的概念.....585
二、安全网络的要素.....585

三、网络安全评价标准.....585
四、网络的安全威胁.....586
第二节　网络安全技术与安全管理.....586
一、网络安全技术.....586
二、网络安全管理.....587
三、我国网络安全立法.....587
复习与思考题.....587
拓展阅读书目.....588
第七章　网络电子证据.....589
第一节　概　述.....589
一、证据裁判主义及其挑战.....589
二、解决途径.....589
第二节　网络电子证据的性质和类型.....589
一、网络电子证据的性质.....589
二、电子证据的类型.....590
第三节　网络电子证据的收集与保全.....590
一、网络电子证据的收集.....590
二、网络电子证据的保全.....591
第四节　网络电子证据的认定.....591
一、非歧视的基本原则.....591
二、可采性的认定.....591
三、证明力的认定.....591
复习与思考题.....592
拓展阅读书目.....592
第二编　电子商务法.....593
第八章　电子商务法概述.....593
第一节　电子商务概述.....593
一、电子商务的概念.....593
二、电子商务的特征.....593
三、电子商务的类型.....594
第二节　电子商务法.....594
一、电子商务法的概念.....594
二、电子商务法性质与特征.....594
三、电子商务立法.....594
四、电子商务法律体系.....595
五、电子商务法提出的问题和挑战.....595
复习与思考题.....595
拓展阅读书目.....595
第九章　在线交易主体及其规制.....597
第一节　在线交易主体概述.....597
一、在线交易主体的概念.....597
二、在线交易的标的物.....597
三、在线交易的模式.....597

第二节　在线交易主体的管理.....597
一、在线交易主体的登记管理.....597
二、在线企业（在线商店）的设立中的法律问题.....598
三、网站作为商业信息发布者的义务和责任.....598
复习与思考题.....598
拓展阅读书目.....598
第十章　电子合同.....599
第一节 电子合同的概述.....599
一、电子合同的产生.....599
二、电子合同的定义.....599
第二节　电子合同的订立.....599
一、电子商务中要约和要约邀请的判断.....599
二、在线交易中要约和承诺的特殊规则.....599
第三节　电子合同订立的特殊法律问题.....600
一、电子自动交易及相关问题.....600
二、点击合同订立中的法律问题.....601
三、电子错误对合同效力的影响.....601
第四节　电子合同的履行及违约救济.....601
一、电子合同的履行概述.....601
二、电子合同的违约救济.....602
复习与思考题.....602
拓展阅读书目.....602
第十一章　电子签名与认证.....603
第一节　电子签名概述.....603
一、电子签名的产生.....603
二、电子签名的类型.....604
第二节　数字签名与数字认证.....604
一、数字签名.....604
二、数字认证.....604
三、我国电子签名法的规定.....605
复习与思考题.....605
拓展阅读书目.....606
第十二章　电子支付.....607
第一节　电子资金传输的历史发展.....607
一、磁性墨水特征识别（MICR）.....607
二、信用卡.....607
三、支票截断.....607
四、自动票据结算所系统.....607
五、预先授权的借记和存款.....607
六、自动柜员机.....607
七、销售点系统.....607
八、大额电汇.....608
九、支票担保和支票确认.....608

十、智能卡.....608
十一、家庭银行和电子银行.....608
第二节　电子资金传输法的立法发展.....609
一、UCC 第 4A 章和规则 J 的 B 部分.....609
二、EFT 法（Federal Electronic Fund Transfer Act）和规则 E.....609
三、GRAMM-LEACH-BLILEY 法的第五章.....609
四、TILA 和规则 Z、FCRA 和规则 V、ECOA 和规则 B.....609
五、美国二十一世纪支票结算法、促进资金有效性法（THE EXPEDITED FUNDS AVAILABILITY ACT/EFAA）、规则 CC 和规则 J 的 A 部分.....610
六、2002 年电子政务法（E-GOVERNMENT ACT OF 2002）.....610
七、健康保险可携性与责任法（HEALTH INSURANCE PORTABILITY AND ACCOUNTABILITY ACT）.....610
复习与思考题.....610
拓展阅读书目.....610
第十三章　电子商务中的消费者权益保护.....611
一、概述.....611
二、在线交易中的消费者权益保护.....611
三、数字化商品交易之消费者保护的特殊问题.....612
复习与思考题.....612
拓展阅读书目.....612
第十四章　网络纠纷的解决.....613
第一节　网络管辖权及其解决办法.....613
一、对网络管辖权问题的基础分析.....613
二、各国法律分析.....613
第二节　网络管辖权的国际立法和在线争端解决机制.....614
一、网络管辖权的国际协作.....614
二、网络纠纷的在线争端解决机制.....615
复习与思考题.....615
拓展阅读书目.....615

第一编　网络法

第一章　网络法主体制度

本章教学目的和基本要求：网站的基本概念、网站设立的法律制度、网络服务提供商的类型、网络服务提供商的法律责任等，是本章的重要知识点。本章的重点在于理解网站及其设立条件，理解网络服务提供商的法律责任问题。

学时分配：2 学时

第一节　网站及其设立法律制度

一、网站及设立主体

1．网站的概念

网站是互联网中的一个站点，通常是指 Web 服务器。其功能是管理和处理网上其他计算机向提出的请求，并按要求发送文件，提供 WWW 服务。网站本身并不具有主体资格，而是网站经营者的产品、工具。网站的法律主体应是网站的设立人。

2．网站设立主体的概念

网站设立人是投资设立网站，从事电子商务经营的人。原则上，任何民事主体（个人、法人和其他组织）均可以设立网站。

二、网站设立法律制度

互联网信息服务分为经营性和非经营性两类：

经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。

非经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户无偿提供具有公开性、共享性信息的服务活动。

我国根据互联网信息服务的种类和性质不同，对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。

1．公益性网络信息服务备案制度

2．特种行业信息服务审批制度

从事新闻、出版、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务，依照法律、行政法规以及国家有关规定，须经有关主管部门审核同意，在申请经营许可或者履行备案手续前，应当依法经有关主管部门审核同意。

3．从事特殊信息服务专项备案制度

从事互联网信息服务，拟开办电子公告服务的，应当在申请经营性互联网信息服务许可或者办理非经营性互联网信息服务备案时，按照国家有关规定提出专项申请或者专项备案。

4．经营性网站设立的条件和程序

从事 B2C 或 B2B 等在线交易，或提供在线交易平台服务的，明显具有经营性特征，同时，从事广告服务、有偿信息服务和其他有偿服务的行为，也应属于经营性信息服务。

经营性信息服务内容的网站，必须办理两项手续：一是获得增值电信业务经营许可证；二是在工商管理部门办理登记手续。

第二节　网络服务提供商的法律责任

一、网络服务提供商的概念

1．网络内容服务商，是指向社会公众或特定用户提供信息内容服务的网络服务公司。

2．网络中介服务提供商指为网络提供信息传输中介服务的主体。网络中介服务提供商可以分为接入服务提供商和主机服务提供商。

二、网站经营者作为公共信息服务提供者的义务

（一）服务行为合法义务

1．互联网信息服务提供者应当按照经许可或者备案的项目提供服务，不得超出经许可或者备案的项目提供服务。

2．互联网信息服务提供者应当在其网站主页的显著位置标明其经营许可证编号或者备案编号。

（二）保证信息内容合法义务

1．互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务，并保证所提供的信息内容的合法性。

2．互联网信息提供者发现其网站传输的信息明显属于违法内容的，应当立即停止传输，保存有关记录，并向国家有关机关报告。

三、网站经营者与特定用户之间的网络信息服务合同

（一）网络信息服务合同概述

主要根据法律一般原则、行业习惯，网站经营者提供的格式合同，来确定双方的权利、义务和责任。

（二）网络信息服务合同中网络服务提供商的义务

1．对信息内容的一般义务

在向特定用户提供信息服务的过程中，网络服务提供者对于信息内容承担的义务要超出作为公共信息服务者的义务，除了保证信息的合法外，还应当保证信息真实、有效。

2．中止义务

由于网络服务提供商对于网络内容存在监控能力有限，如果其主动删除或接到权利人发出通知而采取删除等措施制止侵权行为，则不再承担更多的法律责任。如果未及时删除，则应当承担相应的法律责任。

四、网络服务提供商的侵权责任

（一）国外立法模式

1．欧盟

《欧盟电子商务指令》

指令要求成员国保证在满足指令规定的条件下，服务提供者在履行传输服务、存储服务、主机服务中不承担责任。

如果服务提供者在其他服务接受者的要求下自动地、中间性地、短暂地储存传输信息的唯一目的是使信息传输更有效，则服务提供者对这样的信息储存不负责任：

主机服务提供者对在服务接受者的要求下储存的信息不负责任：

服务提供者在所有情形下均应当承担停止侵害责任，或者说指令只免除赔偿责任，而不免除停止侵权或防止侵权行为发生的责任。免责条款不妨碍法庭或行政机关根据成员国法制有可能要求服务提供者停止或防止侵权行为的发生，也不妨碍成员国有可能制定调整信息删除或禁止获取的程序规则。

2．美国

美国目前只对 ISP 的版权侵权责任作出了系统、详细的规定。

对于 ISP 版权侵权责任的认定，美国立法者走过了从严格责任到限制责任这样一个过程。

一旦 ISP 在收到侵权告知后立即撤下侵权信息或阻挡对该信息的访问后，即可被免除经济赔偿责任；ISP 对任何因其在上述情况下撤下信息的投诉不负任何责任。

（二）网络服务提供商的侵权责任

我国最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（二〇〇〇年十一月二十二日）

复习与思考题

1．试述网站设立的法律制度；

2．试述网络信息服务合同的性质；

3．试述网络服务商的侵权责任规则。

拓展阅读书目

1．张楚，《电子商务法教程》，清华大学出版社，2005 年 7 月版，第 27—37 页；

2．张楚，《网络与电子商务法教程》，首都经济贸易大学出版社，2005 年 1 月第一版，第二章；

3．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 477—540 页；

4．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 27—39 页；

5．最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2005 年 11 月 22 日）。

第二章　域名制度

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的，是使学生了解域名的概念、域名与 IP 地址之间的关系、域名的结构与特征，知晓商标与域名冲突的类型及其解决办法，对于域名的管理制度、注册制度和域名争议解决制度有良好的掌握。重点问题是商标与域名的冲突问题、域名争议的解决机制问题。

学时分配：3 学时

第一节　概　述

一、域名的概念

域名（Domain Name），是指与因特网上数码地址相应的字母数字混合语符列，是互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标识，与该计算机的互联网协议（IP）地址相对应。

域名是因特网协议（IP）地址的一种容易记忆的字符串，它对应的是纯数字的地址，用以表示一个单位、机构或个人在网上的一个确切位置。在超级链接和搜索引擎中，域名充当技术参数功能的标识符。

我国互联网络域名体系中各级域名可以由字母（A—Z，a—z，大小写等价）、数字（0—9）、连接符（－）或汉字组成，各级域名之间用实点（.）连接，中文域名的各级域名之间用实点或中文句号（。）连接。

二、IP 地址问题

（一）国际 IP 地址分配管理现状

网际协议（Internet Protocol /IP）是一个网络层协议，它包含寻址信息和控制信息 ，可使数据包在网络中路由。 IP 协议是 TCP/IP 协议族中的主要网络层协议，与 TCP 协议结合组成整个因特网协议的核心协议。

国际互联网 IP 地址最初由美国政府与互联网编号分配机构 IANA （Internet Assigned Numbers Authority） 签署协议授权其进行分配。在 ICANN 成立以后则由 ICANN 统一负责对 IP 地址的分配进行管理。但是具体执行还是由 IANA 负责。

IANA 并不直接面向用户，它是先把地址分配给地域性的 IP 地址管理机构 RIR（Regional Internet Registry）。这些地域性的 IP 地址管理机构目前有 5 个：ARIN（北美地区）、LACNIC（拉丁美洲）、RIPE NCC（欧洲地区）、APNIC（亚太地区）、AFRINIC（非洲地区）。在 RIR 之下是国家级注册机构（NIR）和本地区注册机构（LIR），我国的国家级注册机构是中国互联网络信息中心（CNNIC）。

IP 地址分配的基本策略是“先到先得、按需分配”。

（二）我国 IP 地址管理制度

《互联网 IP 地址备案管理办法》（2005 年 2 月 8 日）

三、域名的结构

1．顶级域名

顶级域名，是指域名体系中根节点下的第一级域的名称。顶级域名一般指国家代码顶级域名，如我国的顶级域名是 cn。

2．二级域名

二级域名分为“类别域名”和“行政区域名”。

3．三级域名

三级域名由字母（A—Z，a—z，大小写等价）、数字（0—9）和连接符（-）组成。

三级域名的命名原则

三级域名命名的限制原则

《关于中国互联网络域名体系的公告》也允许注册中文域名，我国互联网络域名体系在顶级域名“CN”之外暂设“中国”、“公司”和“网络”3 个中文顶级域名。

四、域名的特征

（一）域名的识别性

（二）域名注册规则

（三）域名的无地域性、唯一性和表面相似性的特征

第二节　商标与域名的冲突

一、商标与域名冲突的类型

1．域名囤积（网上占地）

2．网上混淆（网上弱化）

3．网上丑化

二、商标与域名冲突的解决

美国通用顶级域名管理机构（网络名称及编码分配公司，ICANN）于 1999 年 8 月通过了《统一域名争议解决办法》（UDRP）、《域名注册协议》、《统一域名争议解决办法程序规则》、《域名争议解决机构的补充规则》，1999 年 11 月美国国会通过了《域名反抢注法》。

我国关于域名反抢注的有关规定。

第三节　域名的管理

一、域名的管理机构

（一）国际域名管理机构

1987 年美国国家科学基金（National Science Foundation，简称 NSF）将全美 4000 多个科研、教育机构的网络联在一起建立 NSFNET（即今天 INTERNET 的前身），原本用于军事目的的网络，开始逐渐转向服务于科研及民用，NSF 成为此网络的管理机构。

1992 年 12 月，NSF 与私营公司网络解决方案公司（Network Solutions， Inc.，简称 NSI）达成一项合作协议，规定由 NSI 自 1993 年 1 月 1 日起至 1998 年 9 月 30 日止的期间内，提供通用顶级域名（.com、.org 和.net）的注册登记服务，并维持域名与相应 IP 地址的对照目录，维护域名登记的权威数据库。

作为互联网自治管理机构的互联网名称与编码分配公司（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers，简称 ICANN）于 1998 成立，并在 2000 年 9 月 30 日 NSI 的合同到期后全面接管.com、.org 和.net 顶级域名的登记管理工作。

（二）我国域名管理机构

1．我国域名管理机构是，中国互联网络信息中心（简称 CNNIC）工作委员会，办理我国互联网络域名注册。

委托公司提供域名注册的注册服务。

2．国务院信息化工作领导小组办公室是我国互联网络域名系统的管理机构，负责：

3．工作方式。

采用逐级授权的方式确定三级以下（含三级）域名的管理单位。各级域名管理单位负责其下级域名的注册。二级域名管理单位必须定期向 CNNIC 提交三级域名的注册报表。

（三）我国域名管理法律体系

1．域名注册类法律制度

2．域名争议解决类法律制度

3．域名管理类法律制度

二、域名注册

域名注册服务遵循“先申请先注册”原则。

（一）域名注册的基本要求

1．申请人有选择上一级域名的权利。在“类别域名”下申请域名的单位，应当根据其单位的性质在相应的二级域名下申请注册域名。

申请域名注册的，必须向上一级域名管理单位提出申请。

2．申请域名注册的，必须满足的条件。

3．申请域名的方式。可以用电子邮件、传真、邮寄等方式提出注册申请。

4．注册域名实行年检制度，由各级域名管理单位负责实施。

5. 在中国境内接入中国互联网络，而其注册的顶级域名不是 CN 的，必须在 CNNIC 登记备案。

（二）域名预留

中国互联网络信息中心 2001 年 8 月 3 日《关于通用网址预留的通告》

（三）二级域名的限制问题

我国中华人民共和国信息产业部《关于中国互联网络域名体系的公告》（二 OO 二年十一月二十二日 ）对于域名作出了新的规定，允许.cn 之下直接注册二级域名。

关于 CN 二级域名注册实施方案的通告（2002 年 12 月 12 日）

1．基于技术原因的限制

2．基于保护公共利益原因的限制

3．优先注册

允许优先注册的范围：

（四）中文域名问题

1．申请人注册中文域名时，必须已经拥有了属于申请人自己的英文域名。

2．申请人应当对自己选择的中文域名负责。不得使用对国家、社会或者公共利益有损害的名称。申请人在填写、提交中文域名注册申请表时，应当保证其内容的真实性，并且保证所选定的中文域名的注册不侵害任何第三方的权益。申请人必须保证其中文域名的注册不是为了任何非法目的。注册中文域名不许买卖等行为；如违反，由ＣＮＮＩＣ撤销该中文域名。

3. 暂定同一中文域名注册申请人最多可以注册 50 个中文域名；同一天只能注册 5 个中文域名，超出 5 个的中文域名申请无效。

4．中文域名应当包含汉字，并可以含字母（Ａ－Ｚ， ａ － ｚ，大小写等价）、数字（0－9）和连接符（－）。各级中文域名之间用（．）连接，中文域名的长度不得超过 25 个汉字或字符。

三、我国域名管理制度

1．在中华人民共和国境内设置域名根服务器及设立域名根服务器运行机构，应当经信息产业部批准。

在中华人民共和国境内设立域名注册管理机构和域名注册服务机构，应当经信息产业部批准。

2．从事域名注册服务活动的机构，应当具备的条件

3．为维护国家利益和社会公众利益，域名注册管理机构可以对部分保留字进行必要保护，报信息产业部备案后施行。

第四节　域名争议的解决

一、争议的诉讼时效

所争议域名注册期限满两年的，域名争议解决机构不予受理。

二、域名争议的解决机构

域名争议的解决，由中国互联网络信息中心认可的争议解决机构受理解决。

国内第一家通用网址争议解决机构--中国国际经济贸易仲裁委员会

三、域名争议的投诉条件

（一)被投诉的域名与投诉人享有民事权益的名称或者标志相同,具有足以导致混淆的近似性；

（二）被投诉的域名持有人对域名或者其主要部分不享有合法权益；

（三）被投诉的域名持有人对域名的注册或者使用具有恶意。

四、争议的解决方式

（一）恶意注册或者使用域名的条件

1．注册或者受让域名是为了出售、出租或者以其他方式转让该域名，以获取不正当利益；

2．多次将他人享有合法权益的名称或者标志注册为自己的域名，以阻止他人以域名的形式在互联网上使用其享有合法权益的名称或者标志；

3．注册或者受让域名是为了损害投诉人的声誉，破坏投诉人正常的业务活动，或者混淆与投诉人之间的区别，误导公众；

4．其他恶意的情形。

（二）被投诉人对该域名享有合法权益的条件：

1．被投诉人在提供商品或服务的过程中已善意地使用该域名或与该域名相对应的名称；

2．被投诉人虽未获得商品商标或有关服务商标，但所持有的域名已经获得一定的知名度；

3．被投诉人合理地使用或非商业性地合法使用该域名，不存在为获取商业利益而误导消费者的意图。

（三）相关司法解释

最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（二〇〇一年七月十七日 ）

复习与思考题

1．试述商标与域名冲突的解决办法；

2．试述我国域名注册的法律制度；

3．试述域名争议解决机制。

拓展阅读书目

1．杨坚争等，《计算机与网络法》，华东理工大学出版社，2001 年 4 月第一版，第五章；

2．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 331—379 页；

3．（美国）格拉德·佛里拉等著，《网络法—课文和案例》，社会科学文献出版社，2004 年 5 月第一版，第 37—89 页；

4．《互联网 IP 地址备案管理办法》（2005 年 2 月 8 日）；

5．关于 CN 二级域名注册实施方案的通告（2002 年 12 月 12 日）；

6．最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（2001 年 7 月 17 日）。

第三章　网络有害信息

本章教学目的和基本要求：本章的知识点是：网络有害信息的概念、有害信息的主要危害、国外对于网络有害信息的管理制度、我国关于有害信息的立法和管理手段。其中的重点问题在于，理解和掌握我国关于网络有害信息的立法和预防管理措施。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、有害信息概说

有害信息，是指通讯系统中传播的对国家、社会或者个体构成威胁或者损害的不良信息。

二、有害信息的危害

1．威胁国家的安全和稳定。
2．扰乱社会的秩序。
3．导致犯罪率提高。

三、有害信息产生的原因分析

（一）政治因素
（二）经济因素
（三）文化因素
（四）技术因素
（五）法制因素

第二节　国外关于有害信息控制的概况

一、英国

1．英国的《三 R 互联网络安全法》
2．“分级认定、举报告发、承担责任”原则

对于网络内容进行级别认定，鼓励社会各界对于扰乱网络秩序的有害信息的制造者、发布者、传播者进行举报，国家依法追究违法者的法律责任。

二、美国

1．美国政府于 1997 年宣布对互联网采取“不干预政策”，认为不必要的限制会妨碍互联网的发展，同时支持行业自律。

2．加强网络有害信息管理

“儿童在线隐私保护法”于 1998 年 4 月获得通过，2000 年 4 月开始实施。

至少已经有 13 项网络个人隐私保护法出台。

建立举报制度

提高全民的网络安全意识

三、澳大利亚

1．1999 年 9 月，澳大利亚互联网协会公布其《网上业务规范草案》，要求网络服务提供商向用户提供必要的网上内容过滤软件。

2．1999 年 12 月，澳大利亚广播局颁布《关于成年身份验证系统的决定》，规定含有 R 级内容（18 岁以下青少年须有家长陪同方可观看）的网站必须核实其用户确为 18 岁以上的成年人。

3．2000 年 1 月，澳大利亚政府开始实施《联邦政府互联网审查法》，规定建立对不良内容的举报机制。

四、新加坡

五、日本

1．1996 年 12 月，邮政省电器通讯局作为政府互联网主管部门发布“关于互联网上信息的流通”报告书，指出，互联网管理以自我约束为主，“不宜用法律作出新的规定”。在这一原则的指导下，日本的互联网管理基本上采取行业自主管理、自我约束的方针。

2．迄今日本互联网行业颁布的行业规范有：

（1）《正当行为指针》；

（2）《电子网络运营中的伦理纲领》；

（3）《为计算机通信服务用户提供的规则与方法集》；

（4）《关于电子网络事业中有关伦理的自主指针》；

（5）《电子网络运营中有关个人信息保护的指针（修订版）》；

（6）《互联网用户规则与方法集》。

3．1996 年，针对网上犯罪现象增加以及邪教组织奥姆真理教利用互联网进行活动的问题，日本警察厅成立了“信息系统安全对策研究会”。

第三节　我国对有害信息的控制

一、法律手段

（一）立法状况

1．1996 年 2 月 1 日国务院发布的《中华人民共和国计算机信息网络国家联网管理暂行规定》；

2．1996 年 4 月 9 日邮电部发布的《中国公用计算机互联网国际联网管理办法》；

3．1998 年 2 月 13 日国务院信息化工作领导小组发布的《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》。

（二）专项整治工作

（三）“国家信息安全政策”

这一政策的第一要件就是要确立新型的信息自由原则，即个人的信息自由不能建立在妨害公共信息自由和国家信息安全的基础之上，也就是说，为了保障公众和国家的信息利益与安全，有限制地牺牲一些个人信息自由是必要的。在此原则之下，政府有权采取必要的有限度的手段将信息网络置于有效的控制之下，在尽可能不影响个人信息自由的前提下，将信息网络现存的自由运行机制逐步转化为政府适当施控的运行机制，以防止那种滥用网络行为的产生，网络的信息自由才能得到真正意义上的保障；

二、管理手段

（一）许可制度

凡计算机网络进行国际联网必须使用邮电部公用电信网的国际出入口信道；

公安部发出的《关于对与国际联网的计算机信息系统进行备案工作的通知》要求：凡与国际联网的计算机系统的使用单位与个人都必须到指定公安机关办理备案手续。

（二）电子审查制度

联网登记许可制度为电子审查制度提供了前提条件，在此基础上，可以运用先进的网络监测技术在网络的各级出入口局对来往信息尤其是越境数据流进行过滤，将不宜出口的保密或宝贵的信息资源留在国内，将不符合国情或有害的信息挡在网络之外；同时还应允许公安部门在手续完备的情况下对有重大犯罪嫌疑的站点进行监听或破译。

（三）信息分级制度

联网登记机构要求用户的上载信息具有下述三项标志：版权标志，表示该信息是否享有版权保护；分级标志，表示该信息适合何种年龄段的用户；密级标志，表示该信息是否属于公私秘密和机密程度；有关部门应公布统一的级别标准供用户参照使用。

（四）鼓励举报制度

（五）加强教育制度

三、道德手段

四、技术手段

（一）发展防护技术和过滤技术。

（二）加强技术培训。

五、行业自律

众多的欧美国家以及日本、新加坡等都实行这种方针。行业自律不仅可以减轻政府的压力，而且给予行业更多的灵活性来应对快速变化的网络环境。

我国已经建立了互联网协会，今后在互联网行业内部的管理中应该加强行业组织的作用，通过行业自我约束、自我管理、行业制裁等方式对发布、传播有害信息、污染网络的行为和人员、组织进行管理。

复习与思考题

1．试述网络有害信息的危害及其防治；

2．试述信息分级制度及其现实意义。

拓展阅读书目

1．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 619—628 页；

2．屈茂辉、凌立志，《网络侵权行为法》，湖南大学出版社，2002 年 4 月第一版，第九章；

3．约纳森·罗森诺，《网络法-关于因特网的法律》，中国政法大学出版社，2003 年 8 月第一版，第六章。

第四章　网络犯罪

本章教学目的和基本要求：本章的学习，目的是使学生掌握网络犯罪的类型、特点，对于重要的网络犯罪的罪名及其构成要件有良好的掌握，同时知晓网络犯罪的预防与控制措施。本章的重点在于，我国立法明确规定的典型网络犯罪行为的构成要件。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、网络犯罪的概念

计算机犯罪与网络犯罪的区别。

网络犯罪系指行为人通过计算机、通信等技术手段，或者利用其所处的特殊地位（如 ISP），在网络环境中实施的，侵害或威胁法律所保护的利益的行为。

1．网络犯罪，是在网络环境中实施的犯罪行为。

2．行为人实施网络犯罪，必须是通过计算机、通信等技术手段或者利用其所处的特殊地位（如 ISP）。

3．网络犯罪必须是侵害或威胁法律所保护的利益的行为。

二、网络犯罪的类型

1．在刑法意义上，网络犯罪可以分为三类：

（1）非法侵入计算机信息系统罪

指违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。

（2）破坏计算机信息系统罪

包括破坏计算机信息系统功能，破坏计算机信息数据和应用程序以及故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序三个方面。

（3）利用计算机网络实施的传统犯罪

包括利用计算机网络实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪。

2．根据网络在犯罪中的不同角色，可以将网络犯罪分为两类：

（1）网络工具犯罪

犯罪人借助网络信息系统，所实施的主要是传统意义上的犯罪。

（2）网络对象犯罪

计算机系统及通信网络成为犯罪人实施犯罪的目标，但他们必须借助于网络才能对网络信息系统实施攻击。这类犯罪主要有非法侵入计算机系统，破坏计算机系统，制作、传播破坏性程序等犯罪。

3．根据网络犯罪侵犯的客体不同，可将其分为下列几种：

（1）妨害互联网运行安全的犯罪

如侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统；故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，攻击计算机系统及通信网络，致使计算机系统及通信网络遭受损害；违反国家规定，擅自中断计算机网络或者通信服务，造成计算机网络或者通信系统不能正常运行等。

（2）妨害国家安全和社会稳定的犯罪

如利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制

度，或者煽动分裂国家、破坏国家统一；通过互联网窃取、泄露国家秘密、情报或者军事秘密；利用互联网煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结；利用互联网组织邪教组织、联络邪教组织成员，破坏国家法律、行政法规实施等。

（3）妨害市场经济秩序和社会管理秩序的犯罪

如利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传；利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉；利用互联网侵犯他人知识产权；利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息等。

（4）妨害人身、财产权利的犯罪

如利用互联网侮辱他人或者捏造事实诽谤他人；非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密；利用互联网进行盗窃、诈骗、敲诈勒索等。

（5）其他网络犯罪行为。

三、网络犯罪的特点

1．高犯罪黑数

造成网络犯罪案件黑数大的主要原因是：（1）网络的数字化、犯罪行为的网络化等，使得网络犯罪具有极高的隐蔽性；（2）虚拟的犯罪现场，有时甚至不存在犯罪现场；（3）调查官员往往缺乏足够的训练，不能处理复杂的数据环境中的问题；（3）受害者对网络安全缺乏认识，以致给犯罪人以可乘之机；（4）受害者尤其是企业因担心信誉受损或失去投资者，不愿报告所发现的网络犯罪案件。

2．传统犯罪的网络化

3．网络犯罪的跨国化

4．侦查取证难度大

（1）网络犯罪没有可以感知的物理现场；

（2）犯罪人、犯罪行为、犯罪对象数字化，犯罪时间、犯罪地点难以确定，犯罪手段推陈出新；

（3）侦查人员缺乏专门的训练，对网络犯罪一知半解；

（4）网络犯罪往往行为地与结果地相分离，行为进行的时间和结果发生的时间相分离，犯罪人可以利用这一段时间毁灭犯罪证据；

（5）电子证据的效力如何，法律规定不明确，理论上意见不一。

5．危害的严重性和不可预计性

6．犯罪对象的广包容量和相对集中性

7. 网络及系统安全漏洞广泛存在。

四、网络犯罪的表现形态

刑法第 285 至多 287 条规定的非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪利用计算机实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或其他犯罪。

2000 年 12 月全国人大会常委会通过了《关于维护互联网安全的决定》，对网络犯罪做了较为详细的规定。

1．制造、传播计算机病毒

2．非法侵入计算机系统

3．网上诈骗

（1）数据欺诈主要有：（1）假冒，即通过非法取得管理员或合法用户的口令，进而假冒管理员或合法用户进行诈骗；（2）伪造，即非法建立文件或纪录，企图把他们作为有效的、正式的文件或纪录；（3）发布虚假信息，诈骗者通过网络发布谣言或虚假信息，如隐瞒风险、欺骗性报价，

诱使他人与之订立合同，骗取财物。

（2）程序欺诈主要是指编制或篡改程序，通过编制或篡改计算机程序，向计算机系统输入非法指令来骗取财物。

4．网上盗窃

5．网上侵犯个人隐私权

6．网上侵犯知识产权

7．网上非法交易

8．电子洗钱

9．网上侮辱、诽谤

10．网上色情

11．网上窃取、泄漏国家秘密

12．在线赌博

13．网上传授犯罪方法

14．非法占用或控制计算机网络资源

15．网上毁损商誉

16．网上组织邪教组织

第二节　网络犯罪构成要件

一、非法侵入计算机信息系统罪

非法侵入计算机信息系统罪，是指违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。

计算机信息系统，按照《计算机信息系统安全保护条例》的规定，是指由计算机及其相关的和配套的设备、设施（含网络）构成的，按照一定的应用目标和规则对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。

1．犯罪主体

2．犯罪主观方面

3．犯罪客观方面

4．犯罪客体

二、破坏计算机信息系统功能罪

破坏计算机信息系统功能罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的行为。

1．犯罪主体

2．犯罪主观方面

3．犯罪客观方面

4．犯罪客体

三、破坏计算机数据和应用程序罪

破坏计算机数据和应用程序罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的行为。

1．犯罪主体

2．犯罪主观方面
3．犯罪客观方面
4．犯罪客体

四、制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪

制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪，是指故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的行为。

1．犯罪主体
2．犯罪主观方面
3．犯罪客观方面
4．犯罪客体

第三节　网络犯罪的预防与控制

一、网络犯罪的立法方面的问题

1．犯罪主体问题
2．单位犯罪问题
3．增加罚金刑和资格刑

二、网络犯罪的防止

（一）网络犯罪与刑事立法
（二）网络犯罪与网络伦理

复习与思考题

1．试述网络犯罪的新特点；
2．试述网络犯罪的立法完善与发展。

拓展阅读书目

1．杨坚争等，《计算机与网络法》，华东理工大学出版社，2001 年 4 月第一版，第四、六章；
2．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 579—614 页；
3．（美国）格拉德·佛里拉等著、张楚等译，《网络法:课文和案例》，社会科学文献出版社，2004 年 5 月第一版，第 296—333 页。

第五章　网络隐私权保护

本章教学目的和基本要求：本章通过网络隐私权的讲解，使学生能够掌握网络中个人资料的隐私属性，了解个人资料所有者和收集者之间的具体权利和义务，对于特殊资料收集的严格规则有所理解和掌握。本章的重点在于资料所有者和资料收集者之间的权利义务的把握。本章的难点在于网络环境下特殊资料的收集规则。

学时分配：3 学时

第一节　网络隐私权概述

一、个人资料的概念

（一）个人资料与传统的隐私权

个人资料强调的是这些信息私人性质，因而不得随意公开，具有识别性的个人身份和特性的信息即属于个人资料。

所谓可识别性是指通过资料中所反映的各种信息加上人们的判断就可以确定这些数据是有关某个人的，或者说可以识别数据主体。

（二）各国和地区的界定

1．英国 1984 年的《数据保护法》对个人资料界定为：“个人资料是由有关一个活着的人的信息组成的数据，可以通过该信息（或者通过数据用户拥有的该信息的其他信息）识别出来该个人，该信息包括对有关该个人的评价，但不包括对该个人数据用户表示的意图。”

2．台湾省于 1995 年 8 月 21 日正式实施的《电脑处理个人资料保护法》，并公布了《计算机处理个人数据保护法实施细则》，对法律应当保护的个人资料作了详细的规范。

（三）个人资料的概念

1．个人资料指尚生存自然人的足资识别该个人之资料，包括自然人之姓名、出生年月日、身份证统一编号、特征、指纹、婚姻、家庭、教育、职业、健康、病历、财务情况、社会活动及其它足资识别该个人之资料。

个人资料本质特征是足以识别某个主体身份的个人信息，即凡“足资识别该个人之资料”均可构成个人资料。

2．1996 年 8 月法务部等公布了《计算机处理个人数据保护法之个人资料类别》又将个人资料细分为识别类、特征类、家庭情形、社会情况、教育、技术或其它专业、受雇情形、财务细节、商业信息、健康与其它各类信息等 10 大类共 133 项个人资料类别。

3．个人资料范围非常广泛，包括一切有关个人身份、生理的、思想的、生活习惯、社会关系等方面的信息。一般包括姓名、职业、履历、病历、婚姻、健康状况、住址、电话号码、银行帐户、保险情况、特殊爱好、宗教信仰等。这些个人资料也属于传统隐私的范畴。

二、个人资料所有者的权利

1．控制权。资料主体对有关本人的数据享有最终的决定权，他人收集、使用这类数据必须经本人的同意，否则就构成侵权。

2．收回权。对于他人合法或非法取得的有关个人数据，资料有权收回或取回。

3．知悉权。数据主体有被告知或要求资料使用人告知其个人信息被收集、处理、使用的情况。

4．修改权。数据主体有要求数据用户或者有关政府机构对其档案中不准确、不恰当、不适当

或者不完整的部分进行更正的权利。

5．请求司法救济权。个人资料权利得不到实现或受到侵害时，权利人都有权要求排除妨害、赔偿损失等法律救济。

三、个人资料的不当利用情况

1．未经当事人知晓或同意收集个人资料；
2．个人数据二次开发利用；
3．个人数据交易；
4．个人资料的失控。

第二节　网络隐私权的保护

一、网络隐私权保护的原则

1．收集限制原则（Collection Limitation Principle）。

个人资料收集应存在限制，获得资料的手段必须合法和公平，且须经资料享有人知晓或同意。

2．资料定性原则（Data Quality Principle）。

个人资料应当与使用的目的有关，且适用于该目的的资料应当正确、完全、有效。

3．目的特定化原则（Purpose Specification Principle）。

资料收集的目的应当在收集时确定，随后的使用限制在该目的的实现，或者用于其他与该目的不相冲突（相匹配）的目的和每次目的改变时确定的相关目的。

4．使用限制原则（Use Limitation Principle）。

个人资料为不得被公开、被利用于或被使用于超出根据前项原则确定的目的，除非资料主体同意或法律有如此的授权。

5．安全原则（Security Safeguards Principle）。

个人资料应当得到安全保护，防止丢失或未经授权的接触、毁坏、使用、修改或公开。

6．开放原则（Openness Principle）。

应当存在有关个人资料的开发、实践和操作规则的公开政策。应当提供现实可行的手段证实个人资料的存在和性质、被使用的目的以及资料持有人身份和住址。

7．个人参与原则（Individual Participation Principle）。

个人有以下权利：要求资料持有人或其他什么人确认资料持有人是否持有有关他件资料；在合理的时间内、以不过分的费用（如果有的话）、以合理的方式、以可辨识的形式向个人通告与他有关的信息；如果上述两项要求被拒绝，那么可要求说明理由且对拒绝可以提出反对意见；对有关他的资料正当性提出质疑；如果正确，可删除、校正、完善或修改该资料。

8．可解释原则（Accountability Principle）。

资料持有人应当对是否遵守了上述原则做出说明。

二、资料收集者和资料提供者的权利义务

（一）资料收集者的义务

1．资料合法处理义务

（1）资料控制者，必须确保个人资料是在公平合法的情况下处理。

（2）资料的处理必须经当事人明示同意；当事人为合同一方的，为履行合同或依当事人申请可以对资料进行处理；资料管理者为履行法定义务而对资料的处理；为保护当事人的重大权益而作

的处理；为增进公共利益，资料管理人或接收为执行法定事务而必须进行的处理；不得危害当事人自由与基本人权。

（3）有关种族血缘、政治意向、宗教或哲学信仰、商会会员、健康等都属于敏感资料（sensitive data），原则上禁止处理。

2．安全保管或保存义务

（1）资料安全方面

（2）资料稽核方面

（3）计算机设备管理

（4）其它安全维护事项

3．告知义务

资料管理人在使用个人数据期间向告知当事人以下事项——

资料管理人或其代表人；资料处理的目的；资料传递的接收者或接收者的类别；当事人是志愿或有义务的回复提供资料的，如不提供资料的后果；当事人查询及更正资料的权利。

（二）资料提供者的权利

1．查询的权利。

当事人可以查询其已经提供的资料，包括：确认与其资料有关的处理，至少包括处理的目的、有关资料的类别、资料的接收者及其类别；应以当事人明了的方式取得个人资料；获知有关资料自动化处理的条件。

2．更正、删除或封存个人资料。如果对当事人的资料的处理不合法律规定，特别是资料不完整或不正确的，应予适当更正、删除或封存。

3．拒绝的权利。

为增进公共利益，资料管理人或接收人为执行法律事务或因国家立法保存有关个人资料的，当事人有正当理由也可以拒绝该特定资料的处理；资料管理人为直接销售的目的处理的资料或为直接销售目的初次传递给第三人的，应告知当事人，当事人可以拒绝该使用及传递。资料管理人应明确告知当事人其权利，并提供免费表达拒绝的方式。

4．个人资料的商业性利用

消费者同意收集一般仅仅是限于收集者自身特定目的的使用，不包括转让给他人使用。除非在收集声明中已经作出类似声明并征得消费者同意，不得将已收集的个人资料用于其他目的或转让给他人用于经营目的。

当然，在线企业将收集的个人数据交付他人进行单纯的数据分析，并不构成这里交由他人商业性利用。

三、网站或在线企业（商店）个人资料收集、利用规则

1．在线经营者应当事先取得许可

（1）非公务机关未经目的事业主管机关依本法登记并发给执照者，不得为个人资料之收集、电脑处理或国际传递及利用。

（2）对征信业采取许可制，必须事先取得目的事业主管机关许可并经登记才可以发给执照。

2．收集和使用个人资料的规则

对于一般从事在线交易或网上经营活动的企业而言，收集和使用个人资料应当遵循下列规则：

（1）目的特定化原则

在线经营者采集个人信息或资料时必须明确并限定其用途或目的。

（2）公告或告知原则

通告必须明确告诉消费者要他们作出选择，即在个人阅读这些信息后，以决定是否接受所提供

的服务或同意使用。

（3）当事人事先同意

对于个人资料的收集大多要求事先征得当事人的同意或者让当事人知道其个人资料被收集用于特定目的。

对于公益性或无损于个人人格利益的个人资料收集毋须征得个人同意。

（4）合理、合法使用个人数据

对于收集的个人资料，资料收集者应当按照明确的目的和范围使用，并履行法律规定的义务。而且，除非经事先授权或同意，不得将资料转让他人为商业利用。

四、网络环境下特殊资料收集和利用规则

（一）对儿童个人资料收集和利用的规制

1998 年美国国会通过了《儿童在线隐私保护法》（The Children's Online Privacy Protection Act ，简称 COPPA）。联邦贸易法委员会根据 COPPA 又制定了《儿童在线隐私保护规则》（2000 年 4 月 21 日生效）。网站和在线服务收集 13 岁以下儿童个人资料时应当遵守这两部法律和规章。

（二）个人金融隐私保护

Gramm-Leach-Bliley 法第五章

这部法律的宗旨是使每一个金融机构都有肯定的和持续的责任，以尊重其客户的隐私并且保护这些客户非公开个人信息的安全和秘密。

（三）销售记录及其买卖问题

销售记录的信息源有三种：公共记录、内部记录和外部记录。

1．公共记录

公共记录是政府为了种种研究、签发许可证、管理和评判而搜集的记录。它可通过某种方式供公共审查。比如，人口调查数据、实际调动记录、选举记录、诉讼记录、商务与专业执照、驾驶执照、专业证书等，都可成为公共记录的信息源。

2．内部记录

内部记录包括两种情形，一种是经销商或制造商在从事销售过程中附带收集的客户信息；另一种是专门从事制作销售记录的商家从个人处直接搜集到的记录。

3．外部记录

外部记录是指不是直接从个人而是从第三人得到的信息记录。这里的第三人包括社会和政治组织、新闻和娱乐性的出版物、向外部厂商出售内部会员、订户或客户记录的商家等。

（四）通信隐私与与政府监控

复习与思考题

1．试述个人资料所有人的权利和义务；

2．试述个人资料不当利用的法律责任；

3．试述个人金融信息的管理与控制。

拓展阅读书目

1．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 433—472 页；

2．（美国）格拉德·佛里拉等著、张楚等译，《网络法:课文和案例》，社会科学文献出版社，2004 年 5 月第一版，第 185—266 页；

3．屈茂辉、凌立志，《网络侵权行为法》，湖南大学出版社，2002 年 4 月第一版，第四、五章；

4．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 105—127 页；

5．梅绍祖，《网络也隐私》，清华大学出版社，2003 年 4 月第一版。

第六章　网络安全

本章教学目的和基本要求：本章的知识点是网络安全的概念、要素、评价标准，网络安全技术、网络安全管理措施。本章的重点问题，是理解安全网络的要素，了解各国网络安全管理的具体措施和相关立法。

学时分配：3 学时

第一节　网络安全概述

一、网络安全的概念

网络安全是指网络系统的硬件、软件及其系统中的数据受到保护，不因偶然的或者恶意的原因而遭到破坏、更改、泄漏，系统连续可靠正常地运行，并且提供相关网络服务。

1．网络安全首先是一个技术问题，同时也是一个管理问题和法律问题。

2．网络安全是一个动态的体系

二、安全网络的要素

（一）用户安全

包括鉴别、授权、访问控制、禁止否认以及基于内容的个人隐私、知识产权等的保护，保障用户的网络应用，保护个人的信息等的措施与机制。

1．鉴别，分为身份鉴别和信息鉴别。身份鉴别是提供对信息收发方（包括用户、设备和进程）真实身份的鉴别；信息鉴别是提供对信息的正确性、完整性和不可否认性的鉴别。

2．授权，即用户需要控制谁能够访问网络上的信息并且能够进行何种操作。

3．访问控制，指对主体访问客体的权限或能力的限制，以及限制进入物理区域（出入控制）和限制使用计算机系统和计算机存储数据的过程（存取控制）。

4．不可抵赖和不可否认， 即信息发送者不可否认对信息的发送，信息的接受者不可否认对信息的接收。

（二）信息安全

保障信息的保密性、完整性、可用性以及可控性，防止信息财产被故意的或偶然的非授权泄漏、更改、破坏或使信息被非法的系统辨识、控制。

1．保密性，即信息不向未经授权的人泄露或揭示。

2．完整性，即防止信息被未经授权的篡改，保证真实的信息从真实的信源无失真地到达真实的信宿。

3．可用性，即保证信息及信息系统确实为授权使用者所用，防止由于计算机病毒或者其他人为因素造成的系统拒绝服务，或为他人利用。

4．可控性，即计算机信息系统的管理者可以控制、管理系统和信息。

三、网络安全评价标准

我国于 1999 年 10 月发布的中华人民共和国国家标准 GB17895-1999《计算机信息系统安全保护等级划分准则》，将信息系统安全分为 5 个等级，主要的安全考核指标有身份认证、自主访问控制、数据完整性、审计、隐蔽信道分析、客体重用、强制访问控制、安全标记、可信路径和可信恢复等，这些指标涵盖了不同级别的安全要求。

该准则所划分的计算机安全级别为：

1．用户自主保护级。该安全保护机制使用户具备自主的安全保护能力，保护用户的信息免受非法的读写破坏。

2．系统审计保护级。该级别在前一级别安全要求的基础上，还要求创建和维护访问的审计跟踪记录，使所有的用户对自己的行为的合法性负责。

3．安全标记保护级。该级别除具备前一级的安全功能外，还要求以访问对象标记的安全级别限制访问者的访问权限，实现对访问对象的强制保护。

4．结构化保护级。该级别不单具备前一级的安全保护功能，还在此基础之上，将安全保护机制分为关键部分和非关键部分，对关键部分直接控制访问者对访问对象的存取，从而加强系统的抗渗透能力。

5．访问验证保护级。该级别除具备前面级别的安全保护功能外，还增设了访问验证功能，负责验证访问者对访问对象的所有访问活动。

四、网络的安全威胁

1．病毒。计算机病毒是一种可执行的计算机程序，除了自我复制外，某些病毒被设计成为具有破坏程序、删除文件甚至重新格式化硬盘的能力。

2．黑客。他们采用各种技术手段，或者攻击政府网站或军事机构网站，危及国家安全利益，损害政府形象；或者盗取企业、金融机构的商业信息以获得某种非法利益，危害国家经济安全和秩序；或者盗取个人秘密信息，侵犯隐私权或盗取现金。这些行为严重阻碍着信息网络的正常运行。

3．来自内部的安全威胁。它主要表现为来自内部的非授权访问、内部人员的误操作、内部人员滥用网络、专利信息被窃取、内部人员的财务欺骗、资料或网络被破坏等。

此外，内部行为常常会产生安全漏洞，而被来自外部的攻击者所利用。

4．由于系统缺陷而产生的安全问题，

5．自然灾害、意外事故、秘密信息的泄漏等安全威胁。

第二节　网络安全技术与安全管理

一、网络安全技术

（一）网络安全体系结构

国际标准化组织（ISO），在开放系统互连参考模型（OSI）的基础上，制定了一个网络安全体系结构。

针对网络系统受到的威胁，OSI 安全体系结构要求的安全服务有以下六种。

1．对等实体鉴别服务。这种服务是在两个开放系统中的同等级实体之间，建立连接和数据传送期间，为提供连接实体身份的鉴别而规定的一种服务。

2．访问控制服务。该服务可以防止未经授权的用户非法使用系统资源。既可向单个用户，也可向封闭的用户组中的所有用户提供。

3．数据保密服务。此服务的目的是保护网络中各系统之间交换的数据，防止被截获而造成泄密。

4．数据完整性服务。该服务用来防止非法实体（用户）的主动攻击，以保证数据接收方收到的信息，与发送方发送的信息完全一致。

5．数据源鉴别服务。这是某一层向上一层提供的服务，用来确保数据是由合法实体发出的，为上一层提供对数据源的对等实体进行鉴别，以防假冒。

6．禁止否认服务。此服务用来防止信息发送者在发送数据后否认自己发送过数据，信息接受者在收到信息后否认自己收到次信息或伪造接受信息。

（二）相关网络安全技术

1．密码技术

2．网络安全协议

3．防火墙技术

二、网络安全管理

（一） 安全策略

安全策略的制定应当遵循以下原则：

1．均衡原则

2．整体性和一致性原则

3．动态性原则

4．适应性和灵活性原则

5．易操作性的原则

（二）网络安全技术管理

1．实体安全管理

实体安全管理包括环境安全、设备安全和媒体安全三个方面。环境安全保护主要有灾害防护和区域防护。设备安全保护主要有设备的防盗和防毁、防止电磁信息泄漏、防止线路截获、抗电磁干扰以及电源保护等方面。媒体安全保护是指对媒体数据和媒体本身的安全保护。

2．系统安全管理

3．安全服务管理

4．安全机制管理

5．安全事故处理管理

6．安全审计管理

6．安全恢复管理

（三）安全行政管理

1．安全组织机构

2．安全责任与监督

2．安全人事管理。

三、我国网络安全立法

《商用密码管理条例》、《计算机信息系统安全专用产品检测和销售许可证管理办法》、《计算机病毒防治管理办法》、《计算机信息系统保密管理暂行规定》、《计算机信息系统国际联网保密管理规定》、《电子出版物管理规定》、《金融机构计算机信息系统安全保护工作暂行规定》等。

网络安全法应当具备以下几个特点：

1．体系性

2．开放性

3．兼容性

4．可操作性

复习与思考题

1．试述网络安全的要素和评介标准；

2．试述网络安全的管理制度。

拓展阅读书目

1．（美国）格拉德·佛里拉等著、张楚等译，《网络法:课文和案例》，社会科学文献出版社，2004 年 5 月第一版，第 266—296 页；

2．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 58—78 页；

3．孙昌军等，《网络安全法》，湖南大学出版社，2002 年 2 月第一版。

第七章　网络电子证据

本章教学目的和基本要求：本章通过网络带给证据裁判主义的挑战，阐述了网络电子证据的性质、类型，网络电子证据的收集和保全规则，对于网络电子证据的证明力的认定等问题进行了探讨。本章的重点在于电子证据的类型、电子证据的收集和保全。难点是网络电子证据的证明力认定问题。

学时分配：3 学时

第一节　概　述

一、证据裁判主义及其挑战

1．证据形式方面

2．证据调查方面

其一，因特网具有开放性，这就造成了能够证明网络纠纷事实真相的电子证据，往往分散在网络的各个角落。其二，网络电子证据受到改动或破坏的可能性较大，且不易被及时察觉，这就给证据调查设置了障碍。

3．证据认定方面

二、解决途径

（一）立法途径

可分为两种类型：一种是在原有证据法的基础上适当修改、变动，使传统法律能够适用于网络电子证据，可称之为变通式；第二种是颁行全新的电子证据法或计算机证据法，专门解决网络电子证据的可采性与证明力等问题，称之为创新式。

（二）司法途径

司法途径，是指由法官通过判决或判例的方式，自由裁量是否可以采纳和采信某一网络电子证据的途径。

（三）合同途径

证据合同，是民商事当事人就证据问题所达成的协议，它是个人意思自治的一种方式，能在一定程度上消除民商事纠纷发生后证据不清的问题。

第二节　网络电子证据的性质和类型

一、网络电子证据的性质

（一）视听资料说

（二）书证说

（三）物证说

（四）鉴定结论说

（五）独立证据说

（六）评述

网络电子证据与传统证据之间的不同之处，在于其载体方式方面，而非证明机制。这就决定了网络电子证据绝非一种全新的证据，而是传统证据的演变形式。

网络电子证据基本也可应分为电子物证、电子书证、电子视听资料、电子证人证言、电子当事人陈述、关于电子证据的鉴定结论以及电子勘验检查笔录七种。

1．电子物证

“痕迹”系计算机自动生成的，而且是以其存在状态来证明案件事实的。

2．电子书证

即电子形式的“书面证据（Document Evidence）”，它记载的是当事人之间的意思表示。

3．电子视听资料

4．电子证人证言

5．电子当事人陈述

6．关于电子证据的鉴定结论

关于电子证据的鉴定结论，是指由电子技术专家对电子数据的同一性、种属、真伪及内容等进行鉴定，所出具鉴定书中反映的鉴定结论。

7．电子勘验检查笔录

电子勘验检查笔录，是指司法人员与行政执法人员在办理案件过程中，以电子形式作出的勘验、检查笔录。

二、电子证据的类型

（一）计算机生成证据、存储证据与混成证据

1．计算机生成证据（Computer-generated Evidence），是指完全由电子计算机等设备自动生成的证据。

它是完全基于计算机等设备的内部命令运行的，其中没有掺杂人的任何意志。

2．计算机存储证据（Computer-stored Evidence），是指纯粹由电子计算机等设备录制人类的信息而得来的证据。

3．计算机混成证据（Computer-derived Evidence），即计算机存储兼生成证据，是指由电子计算机等设备录制人类的信息后，再根据内部指令制动运行而得来的证据。

（二）数据电文证据、附属信息证据与系统环境证据

1．数据电文证据，是指电子数据本身，即记载法律关系发生、变更与灭失的数据。

2．附属信息证据，是指对数据电文生成、存储、传递、修改、增删而引起的记录。

3．系统环境证据，是指数据电文运行所处的硬件和软件环境，即某一电子数据在生成、存储、传递、修改、增删的过程中所依靠的计算机环境，尤其是硬件或软件名称和版本。

（三）原生证据与派生证据

第三节　网络电子证据的收集与保全

一、网络电子证据的收集

1．网络勘查

网络勘查，是指调查人员对由许多计算机构成的数字化网络进行勘验、检查，提取痕迹物证的专门方法。

2．网络搜查与扣押

网络搜查与扣押，是国家侦查机关拥有的专门刑事调查措施。

3．计算机鉴定

运用计算机理论和技术，对通过非法手段使计算机系统内数据的安全性、完整性或系统正常运

行造成的危害行为及其程度等的一种鉴定。

二、网络电子证据的保全

1．网络公证保全

网络公证（Cyber Notary Authority，简写为 CAN），是指由特定的网络公证机构，利用计算机和互联网技术，对互联网上的电子身份、电子交易行为、数据文件等提供增强的认证和证明以及证据保全等的公证行为。

2．电子档案管理

电子档案管理是专门针对电子文件进行保全的有效措施。

第四节　网络电子证据的认定

一、非歧视的基本原则

在任何法律诉讼中，证据规则的适用在任何方面均不得以下述任何理由否定一项数据电文作为证据的可接受性。对于以数据电文为形式的信息，应给予应有的证据力。

二、可采性的认定

（一）合法性标准

1．通过窃录方式获得的电子证据，不予采纳；

2．通过非法搜查、扣押等方式获得的电子证据，情节严重的一般不予采纳；

3．通过非核证程序得来的网络电子证据，在电子商务纠纷案件中不予采纳；

4．通过非法软件得来的电子证据，在民事诉讼中一般不予采纳。

（二）真实性标准

1．诉讼当事人双方均认可的网络电子证据，一般予以采纳；

2．由适格证人通过具结方式证明其为真的电子证据，一般予以采纳；

3．有证据证明计算机系统在关键时刻处于正常状态的，推定网络电子证据具有真实性，予以采纳；

4．附有电子签名的，或附加其他适当安全程序保障的电子书证，推定其具有真实性，一般予以采纳；

5．由适格专家鉴定未遭修改的电子证据，一般予以采纳。

三、证明力的认定

“自由认定为主、参照标准为辅”

（一）认定的标准

电子证据证明力的大小，主要取决于电子证据的可靠性以及完整性两大要素。

（二）可靠性的认定

1．从生成环节上，即要考虑网络电子证据是如何形成的；生成或录入网络电子证据的系统是否被非法人员控制，系统的维护和调试是否处于正常控制下；自动生成网络电子证据的程序是否可靠；由人工录入网络电子证据时，录入者是否是在严格的控制下、按照严格的操作规程、采用可靠的操作方法合法录入；等等。

2．从存储环节上，即要考虑网络电子证据是何存储的；

3．从传送环节上，即要考虑传递、接收网络电子证据时所用的技术手段或方法是否科学、可

靠，传递的“中间人（Intermediary）”如网络运营商等是否公正、独立，在传递的过程中有无加密措施、有无可能被非法者截获等；

4．从收集环节上，即网络电子证据是由谁收集的，收集者与案件有无利害关系，收集的过程是否遵守了法律的有关规定，以秘密方式收集网络电子证据的是否经过授权、是否符合法定的秘密取证程序，收集的方法（如备份、打印输出等）是否科学、可靠；面对网络中浩如烟海的电子证据，收集者在决定对其进行重组、取舍时，所依据的标准是什么，所采用的方法是否科学可靠，所经历的过程是否客观合法，等等。

（三）完整性的认定

完整性共有两层意义：一是证据本身的完整性，二是其所依赖的计算机系统的完整性。

1．电子证据本身意义上的完整性，它是构成电子证据原件的一个要素。

2．计算机系统意义上的完整性，也称为电子系统的完整性

电子系统的完整性主要表现为：第一，记录该数据的系统必须处于正常的运行状态；第二，在正常运行状态下，系统对该项业务必须有完整的记录；第三，该数据记录必须是在该项业务活动的当时或即后制作的。

复习与思考题

1．试述电子证据的类型；

2．试述电子证据的收集和保全规则；

3．如何认定电子证据的认明力。

拓展阅读书目

1．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 651—674 页；

2．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 244—255 页。

第二编　电子商务法

第八章　电子商务法概述

本章教学目的和基本要求：本章的知识点是：电子商务的概念、特征、类型，电子商务法的概念、性质与特征，电子商务的法律体系。其中，电子商务的特征、类型是本章的重点。

学时分配：2 学时

第一节　电子商务概述

一、电子商务的概念

1．电子商务的词源

Electronic Commerce（又简称为 E-Commerce 或 EC）

Electronic Trade（又简称为 E-Trade）

Electronic Business（又简称为 E-Business）

Electronic Service（又简称为 E-Service）。

2．电子商务的各种定义

（1）世界贸易组织　（WTO）的定义

（2）国际商会的定义

（3）经济合作发展组织　（OECD）的定义

（4）欧共体的定义

3．广义的电子商务概念

电子商务是一种商务活动的新形式，它通过采用信息技术手段，以数字化通信网络和计算机装置替代传统交易过程中纸介质信息载体的存储、传递、统计、发布等环节，从而实现商品和服务交易，以及交易管理等活动的全过程无纸化，并达到高效率、低成本、数字化、网络化、全球化等目的。

广义电子商务包括企业外部的交易活动和企业内部管理活动，商务范围几乎涵盖了所有经营性和非经营性活动、契约性活动和非契约性活动，包括所有生产、销售、服务和从事这些活动所涉及的活动。

4．狭义的电子商务概念

通常意义上的电子商务即指利用互联网开展的电子商务，电子商务是在互联网开放的环境下，基于浏览器或服务器应用方式，实现消费者、商户和银行之间的网上交易和在线实时交易支付的一种新型商业运作模式。

二、电子商务的特征

1．电子商务具有世界性。

2．电子商务不受时间的局限。

3．电子商务的介质是无形的电子信息。

4．电子商务具有低成本、高效率性。

三、电子商务的类型

1．贸易型电子商务和服务型电子商务

贸易型电子商务是移转财产权利的电子商务，包括有形货物的贸易和无形的信息产品的贸易。

服务型电子商务包括为开展电子商务提供服务的经营活动和通过网络开展各项有偿服务活动的经营活动。

2．企业—消费者电子商务、企业—企业电子商务和企业—政府电子商务

3．完全电子商务和简单电子商务

简单电子商务，也称为间接电子商务，是通过网络达成交易，但在网下完成支付的电子商务。能够通过网络达成交易，也能够实现网上支付的电子商务，是完全电子商务或直接电子商务。

4．从 EDI 商务到因特网商务

EDI（Electronic Data Interchange，电子数据交换）商务是电子商务发展初期主要形式。

EDI 商务，按照国际标准组织的定义，是“将商务或行政事务按照一个公认的标准，形成结构化的事务处理或文档数据格式，从计算机到计算机的电子传输方法”。简单地说，EDI 就是按照商定的协议，将商业文件标准化和格式化，并通过计算机网络，在贸易伙伴的计算机网络系统之间进行数据交换和自动处理。

随着计算机降价、Internet 网络的迅速普及，EDI 也开始利用因特网，出现使用可扩展标识语言（Extensible Mark Language，XML）的 EDI，即 web-EDI，或称 Open-EDI，逐步取代传统的 EDI。

第二节　电子商务法

一、电子商务法的概念

电子商务法，即是调整以数据电讯（DATA MESSEGE）为交易手段而形成的因交易形式所引起的商事关系的规范体系。

二、电子商务法性质与特征

电子商务法是一个非常庞杂的法律体系，涉及许多领域，即包括传统的民法领域如合同法、著作权法等，又有新的领域如数字签字法、数字认证法等，这些法律规范从总体上属于商法范畴。

电子商务法的特征在于——

1．全球性

2．程式性

3．技术性

4．开放性

5．复合性

三、电子商务立法

1．电子商务早期立法

2．电子商务法律框架形成时期

（1）1996 年 6 月联合国国际贸易法委员会通过了《电子商务示范法》。它是经过众多的国际法律专家多次集体讨论后制定的，意在向各国政府的执行部门和议会提供电子商务立法的原则和框架，尤其是对以数据电文为基础的电子合同订立和效力等作出了开创性规范，成为各国制定本国电子商务法规的“示范文本”。

（2）1999 年 9 月 17 日，联合国国际贸易法委员会电子商务工作组颁布了《电子签字统一规则（草案）》，旨在解决障碍电子交易形式推广应用基础性问题－－电子签字及其安全性、可靠性、真实性问题。草案提出电子签字与强化电子签字的概念，并对电子签字、认证证书即、认证机构等作了规范。

2001 年 3 月 23 日正式公布了《电子签字示范法》。

3．我国立法状况

（1）1999 年 3 月我国颁布了新的《合同法》。

第 11 条明确了数据电文为书合同形式：“书面形式是指合同书、信件以及数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”第 16 条和第 34 条分别规定了采用数据电文形式订立合同的成立时间和地点。

（2）中华人民共和国电子签名法

（2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过）

四、电子商务法律体系

1．网络服务和网络管制立法。
2．电子商务主体立法和市场管制立法。
3．电子商务交易法。
4．在线电子支付立法
5．网上商行为的规制。
6．电子商务税收立法。
7．消费者权益保护法。
8．客户资料利用规范与个人隐私的保护立法。
9．电子商务争议解决机制。

五、电子商务法提出的问题和挑战

1．电子商务网站建设及其相关法律问题
2．在线交易主体及市场准入问题
3．数据电文引起的法律问题
4．电子商务中产品交付的特殊问题
5．特殊形态的电子商务规范问题
6．网上电子支付问题
7．在线不正当竞争与网上无形财产保护问题
8．在线消费者保护问题
9．网上个人隐私保护问题
10．网上税收问题
11．在线交易法律适用和管辖冲突问题

复习与思考题

1．试述广义和狭义的电子商务的概念；
2．试述电子商务法的法律体系。

拓展阅读书目

1．张楚，《电子商务法教程》，清华大学出版社，2005 年 7 月版，第 1—24 页；

2．张楚，《网络与电子商务法教程》，首都经济贸易大学出版社，2005 年 1 月第一版，第一章；

3．杨坚争等，《计算机与网络法》，华东理工大学出版社，2001 年 4 月第一版，第八章；

4．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 1—22 页。

第九章　在线交易主体及其规制

本章教学目的和基本要求：本章探讨了在线交易主体的概念、在线交易当事人的类型、在线交易模式、在线交易主体的管理制度等问题。其中在线交易主体的管理制度是本章的重点。

学时分配：2 学时

第一节　在线交易主体概述

一、在线交易主体的概念

（一）在线交易当事人

在线交易当事人是直接通过网络缔结买卖合同或服务合同的在线交易参与主体，转让某种财产或提供某种服务的为卖方，而受让某种财产或接受某种服务的为买方。

（二）在线交易服务提供者

1．银行等金融机构

2．认证机构

3．交易平台或网络服务提供商

4．货物配送机构

二、在线交易的标的物

1．有形商品

2．数字化商品或信息产品

3．在线服务

三、在线交易的模式

（一）在线交易的直接模式

网络商品直销是消费者和生产者，或者是需求方和供应方直接利用网络形式所开展的买卖活动。这种买卖交易的最大特点是供需直接见面，环节少，速度快，费用低。

（二）在线交易的中介模式

通过网络商品中介进行交易具有许多突出的优点——

1．网络商品中介为买卖双方展现了一个巨大的世界市场。

2．网络商品交易中心可以有效地解决传统交易中的履行难题。

3．在结算方式上，网络商品交易中心一般采用统一集中的结算模式，即在指定的商业银行开设统一的结算帐户，对结算资金实行统一管理，有效地避免了多形式、多层次的资金截留、占用和挪用，提高了资金的风险防范能力。

第二节　在线交易主体的管理

一、在线交易主体的登记管理

1．根据北京市工商局的通告，网上经营行为包括：依照国家法律、法规领取营业执照的市场主体（以下简称网络经济组织），利用互联网从事以营利为目的经营活动，通常为经济组织进行形

象设计、产品宣传、拍卖、发布广告的行为。

2．有下列行为的网络经济组织应申请网上经营行为登记备案：

（1）利用互联网签订合同，从事经营活动，进行网上交易；

（2）利用互联网发布经营性广告；

（3）利用互联网进行经营性形象设计、产品宣传；

（4）利用互联网专业从事国际互联网接入业务、网络技术服务、电子商务、提供信息源服务；

（5）其他以营利为目的活动。

3．网上经营行为登记备案的主要事项包括：网络经济组织名称、注册号（或有效证件号码）、住所（家庭地址）、法定代表人、注册资本（金）、类型、经营范围、网络管理负责人、网络从业范围、通信地址、联系电话、电子邮件地址、注册域名、IP 地址及网络提供商、网络地址、服务器的机器名及所在地点、其他事项。备案通过互联网进行，完成后编制网上经营行为备案代码并通过互联网提供备案标志，该网络经济组织应在其网站首页设置备案标志。

二、在线企业（在线商店）的设立中的法律问题

1．合伙关系说；

2．租赁关系说；

3．居间关系说；

4．技术服务关系说。

5．评述

网站与设立专卖店企业之间特殊性就在于它反映了企业为从事在线交易而在他人的交易平台上设立在线企业的一种复杂行为，这种行为既具有合作因素，但又不以成立共同的主体为目的，是网站通过提供设备、技术服务为设立人从事在线交易准备了手段和条件，而这种服务又具有传递双方信息的作用。

三、网站作为商业信息发布者的义务和责任

（一）网站对发布的商业信息的责任

（二）商业信息的发布和传输：消费者的特殊保护

复习与思考题

1．试述在线交易当事人的类型及其法律关系；

2．试述在线交易主体的管理制度。

拓展阅读书目

1．张楚，《电子商务法教程》，清华大学出版社，2005 年 7 月版，第 45—50 页；

2．张楚，《网络与电子商务法教程》，首都经济贸易大学出版社，2005 年 1 月第一版，第二、三章；

3．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 231—244 页。

第十章　电子合同

本章教学目的和基本要求：本章主要讨论了电子合同的概念、电子合同的订立的特点、电子合同订立过程中的特殊问题、电子合同的履行及违约救济等问题。电子合同的订立过程，特殊规则以及电子合同的履行是本章的重点和难点问题。

学时分配：3 学时

第一节 电子合同的概述

一、电子合同的产生

电子合同是合同的一种表现形式。其特殊性主要在于其记载当事人意思表示内容的方式或形式发生了变化。简单地说，也就是记载合同内容的方式或手段被电子化了。

电子合同是数字化形式表现的合同。电子合同是人类信息处理和储存技术进步的结果，是人类进入信息（数字）时代的产物。

二、电子合同的定义

“合同”系指当事人根据本法案和其他适用法订立的协议所产生的全部法律义务；“电子方式”系指采用电学、数字、磁、无线、光学、电磁或相关手段的技术。

第二节　电子合同的订立

一、电子商务中要约和要约邀请的判断

（一）通过访问页面进行交易时，要约和要约邀请的判断

分三种情况，判断要约和要约邀请。

一种是在线支付，在线下载；第二种是在线支付，离线交货；第三种是离线交货，货到付款。

（二）网络广告性质判断

商业广告一般视为要约邀请，但其内容符合要约规定时，视为要约

广告是否为要约主要看其是否具备要约的基本条件：即内容具体确定和具有缔约意图。

二、在线交易中要约和承诺的特殊规则

（一）要约的撤回、撤销与承诺的撤销问题

1．要约的撤回

在线交易中，由于信息传输的高速性，要约一旦发出，受要约人即刻就可收到，几乎不存在撤回的可能。

2．要约的撤销

如果当事人采用电子自动交易系统从事电子商务，承诺的作出是即刻的，要约人没有机会撤销要约。

但是，如果是通过电子邮件方式订立合同，在一般情形下，要约是可以撤销的。另外，如果当事人在网上协商，这与口头方式无异，要约人在受要约人作出承诺前是可以撤销的。

3．承诺的撤销

严格地讲，通过网络通信订立合同不存在撤销问题。这一点尤其适用于是点击合同，一旦点击确认图标，承诺在瞬间即到达要约人，根本不无机会撤销。

（二）到达主义规则

关于要约和承诺生效规则存在两种规则，一种到达主义，为大多数大陆法国家所采纳；一种是发送主义，为英美法国家所采纳。两种规则各有其优点，发送主义更注重交易效率，而到达主义更注重保护交易安全。

我国《合同法》明确规定了采取数据电文形式的要约或承诺到达（或生效）的时间：“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”

（三）确认收讫规则及其运用

确认收讫是指在接收人收到发送的信息时，由其本人或指定的代理人或通过自动交易系统向发送人发出表明其已收到的通知。

确认收讫不是合同订立的必经程序。在合同订立过程中是否需要设立确认收讫这一环节应由当事人自己决定，确认收讫一方面能减少风险，但同时也增加了商业成本，法律应赋予市场主体自由选择的权利。

第三节　电子合同订立的特殊法律问题

一、电子自动交易及相关问题

（一）电子自动交易的概况

电子自动交易是指当事人通过事先设置的程序，该程序能根据需求状况自动的发出和接收信息并作出判断以订立合同。

自动交易的使用基本上有两种情况，一种是由当事人双方各自拥有自己的交易系统，通过该系统进行交易。另一种是自动竞价系统。

（二）电子代理人的法律性质

电子代理人是指在电子自动交易中能全部或部分独立地发起某种行为或应对电子记录或履行的计算机程序、电子手段或其他自动化手段。

电子代理人最大特点是具有智能，能完全或部分独立进行判断，自动完成交易，不需要当事人的干预。但在实质上它不具有自己独立的意思能力，仅仅是当事人设立一种智能化工具，它的行为即是当事人的行为。

（三）电子自动交易信息的效力归属

由于电子代理人只是交易当事人的交易工具，所以电子自动交易中所发出的数据电文应归属于该自动交易程序的设立人，信息的发出人不得以所发送的信息未经自己审查为由而否认。

接收人的自动交易系统即使收到该信息，接收人也可以不接受该信息；

如果接收人明确知道该信息由何人发送，自接收人收到后，可以在合理时间内告知发送人，由发送人确认，否则该信息不能归属于发送人；

接收人也可以接受该信息并按该信息从事，但当发送人否认信息归属于自己，接收人应举证证明该信息的归属。

（四）电子代理人的要约和承诺

这种要约在理论上称为交叉要约，只要双方当事人互为意思表示，且意思表示内容一致即可，并不限于一方是要约，另一方是承诺的形式。所以，在自动竞价系统中，要约和承诺仍然由人来进行的，电子代理人不过是交易的媒介而已。

二、点击合同订立中的法律问题

（一）点击合同的概念

1．点击合同经历了由传统格式合同到拆封合同再到点击合同的形式演变过程。

2．拆封合同（shrink-wrap contract）是指合同提供人将其与不特定第三人之间权利义务关系的相关条款，印在标的物的包装上面，并在合同中声明只要消费者在购买后拆开包装，即视为接受的格式合同。

3．点击合同（click-wrap contract）系指由商品或服务的提供人通过计算机程序预先设定合同条款的一部或全部，以规定其与相对人之间法律关系，相对人必须点击同意键后才能订立的合同。占有合同具有附合性，是网络环境下的格式合同。

（二）点击合同有效的原则

1．根据公平原则拟定条款。

2．合理提醒消费者注意免责或限制责任的条款

提醒的要件有二：其一是须在订约时提醒；其二须以合理方式提醒。

3．按照对方要求对格式条款进行说明解释

（三）点选条款或格式条款的无效

1. 条款使用人为自己对要约的承诺或拒绝以及债务履行期间保留了过长的时间或时间不确定；

2．条款使用人就已届履行期的义务，为自己保留了过长或不确定的履行期间；

3．条款使用人不必有正当的理由，也不必有合同规定的理由，即可任意解除合同；

4．其它不符合商业习惯的条款。

三、电子错误对合同效力的影响

（一）什么是电子错误

所谓“电子错误”是指在线交易过程中，交易双方因使用信息处理系统时产生的错误。从广义上说，电子错误包括传统合同错误的电子化表现形式；狭义的电子错误仅指计算机信息处理系统产生的错误。

（二）电子错误的法律归类和构成

电子错误可归入表示行为错误一类。为此，电子错误应符合以下构成要件：

1．电子信息须经当事人使用或指定的计算机信息处理系统进行信息传递或信息处理。

2．该计算机信息处理系统的程序设置正当。即当事人不得故意设置某一程序以改变原始信息的内容。

（三）电子错误的法律调整

对于错误，由于其非当事人真实的意思表示，所以原则上应允许当事人撤销，在合同成立之前，当事人可得撤销错误的表示行为，在合同成立或生效后，可得撤销法律行为。我们根据交易的不同类型来确立相关的规则。

第四节　电子合同的履行及违约救济

一、电子合同的履行概述

（一）电子合同履行的原则

我国合同法虽然没有明确规定合同履行的原则，但是，通说认为，合同的履行原则主要有：适当履行原则和协作履行原则。这些基本原则仍然使用于电子合同的履行。

（二）电子合同履行的基本模式

从我国当前电子商务开展的情况看，基本上有这样三种合同履行方式：第一种是在线付款，在线交货。此类合同的标的是信息产品，例如音乐的下载。第二种是在线付款，离线交货。第三种是离线付款，离线交货。

二、电子合同的违约救济

（一）违约的归责原则

电子合同的违约责任仍然是严格责任。严格责任意味着只要有违约行为发生就得承担违约责任，而不再以违约人是否存在过错、守约人是否因此受到损害为要件。当然如果电子合同中没有事先约定违约金，在当事人没有实际损失，违约人也毋须承担损失赔偿责任。

（二）免责事由

免责事由分约定的免责事由和法定免责事由。

在电子商务中，下述情形是不可抗力还是意外事件可能还需要根据具体情况分析。

1．文件感染病毒。

2．非因自己原因的网络中断。

3．非因自己原因引起的电子错误。

（三）违约救济的主要方式

电子合同的违约救济主要有实际履行、停止使用、中止访问和损害赔偿等措施。

1．实际履行

2．停止使用

停止使用是指因被许可方的违约行为，许可方在撤销许可或解除合同时，请求对方停止使用并交回有关信息。

3．继续使用

继续使用是指在合同终止或许可方有违约行为时，被许可人可以继续使用许可方的信息。

4．中止访问

中止访问是对信息许可访问合同的救济，当被许可方有严重违约行为时，许可方可以中止其获取信息。

（四）损害赔偿

损害赔偿是违反以支付金钱的方式弥补受害方因违约行为所减少的财产或者所丧失的利益。损害赔偿是最基本和最重要的违约救济方式。

1．损害赔偿的范围

直接损害和间接损害赔偿。

2．损害赔偿的计算

复习与思考题

1．简述电子合同的概念、性质与分类。

2．试述电子合同的订立。

3．试论述信息产品合同履行的一般规则。

拓展阅读书目

1．张楚，《网络与电子商务法教程》，首都经济贸易大学出版社，2005 年 1 月第一版，第四章；

2．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 40—71 页；

3．约纳森·罗森诺，《网络法-关于因特网的法律》，中国政法大学出版社，2003 年 8 月第一版，第八章。

第十一章　电子签名与认证

本章教学目的和基本要求：本章学习电子签名、数字签名及数字认证问题。涉及的知识点比较多、技术性较强。本章的知识点有：电子签名的概念、特点、类型，数字签名的概念、数字签名的运行过程、数字认证的概念和作用，我国电子签名法的有关规定等。数字签名和数字认证的理解，对我国电子签名法的掌握，是本章的重点。

学时分配：3 学时

第一节　电子签名概述

一、电子签名的产生

（一）电子商务的安全要求

1．信息的保密性

2．交易各方身份的认证

3．信息的防抵赖性

4．信息的完整性、防篡改性

（二）电子签名产生的原因

计算机网络、电子支付系统和自动化交易系统的广泛应用，使得电子签名问题显得越来越突出。因为在许多应用系统中，电子签名问题不解决，交易安全无法保障，实际上就不具有应用价值。

（三）电子签名的概念

1．电子签名，是指附加于数据电讯中的，或与之有逻辑上联系的，电子形式的数据。它可用来证明数据电讯签署者的身份，并表明签署者同意数据电讯中所包涵的信息内容。

2．一个较完善的签名，一般应满足以下三个条件：

（1）签名者事后不能否认自己签署的事实；

（2）任何其它人均不能伪造该签名；

（3）如果当事双方关于签名的真伪发生争执，能够由公正的第三方仲裁者，通过验证签名来确认其真伪。

（四）电子签名与传统签名之间的差异

1．电子签名一般是通过在线签署的，是一种远距离的认证方式，它不能象传统签名一样，保证签名人亲临交易现场，即便是生物特征法电子签名，也不能如此。

2．电子签名本身是一种数据，它很难像纸面签名一样，将原件向法庭提交。因此，传统证据规则拒绝将电子签名与传统签名相等同。

3．大多数人只有一种手书签名样式，虽然事实上它可能发生演变。但一个人可能同时拥有许多个电子签名，每使用一个信息系统，就有可能配发一个。

4．传统签名几乎不存在被签署者完全忘记的情况，而电子签名则有可能被遗忘。

5．传统手书签名可以视觉比较，而电子签名一般需要计算机系统进行鉴别。

（五）电子签名的技术方式

1．电子签名的具体技术方式，是多样化的、开放性的，并且在不断发展之中，所有能够生成与传统签名的功能相等价的电子签名方法，都可以包含在其中，它包括了从普通的个人口令、密钥，到非对称加密，以及生物特征鉴别法等高级的电子签名技术方式。

2．一般可将广义的电子签名分成两大类。第一类是个人身份密钥或个人身份号码（PIC/PIN），

即以人为的特征（如密钥的记忆与拥有）作为鉴别的参照物。

第二类电子签名，是与用户个人生物特征相联系的。譬如指纹，视网膜纹，脑电波或声波等，都可用来辨别用户。此外，通过动态签名的识别（又称生物笔迹鉴别法），也可使个人身份与其签名发生特定的联系。

二、电子签名的类型

1．广义的电子签名

广义的电子签名，是指包括各种电子手段在内的电子签名。

2．狭义的电子签名

狭义的电子签名，是以一定的电子签名技术为特定手段的签名，通常指数字签名，它是以非对称加密方法产生的数字签名。

第二节　数字签名与数字认证

一、数字签名

（一）相关概念与术语

1．密钥术

密钥术是应用数学的一个分支，研究如何将原讯息转换为表面无法理解的并可予以复原的科学。

2．公钥与私钥

被用于数字签名的补充密钥被称作“私钥（私密钥）”，它只能由签署名者用来生成电子签名。而为公众所知悉的“公钥（公共密钥）”，则主要是被相对方用于确认数据签名。密钥用户必须对其私密钥保密。

3．哈氏函数

当使用统一哈氏函数功能时，对讯息的任何改变，都不可避免地产生不同的哈氏函数结果。在安全的哈氏函数功能（有时被称作单向哈氏函数功能）情形下，要想从已知的哈氏函数结果中推导出原讯息来，实际上是不可能的。

4．数字签名

签署文件或其他条款时，签署者首先须准确界定要签署内容的范围。再用签名软件中的哈氏函数功能，计算出被签署信息唯一的哈氏函数值（为实用目的）。然后使用其私密钥，将哈氏函数值转化为数字签名。得到的数字签名，对于被签署的信息和用以生成数字签名的私密钥而言，都是独一无二的。

（二）数字签名的运行环境与过程

1．数字签名应用步骤

2．数字签名运行的环境

通过一个或几个值得信赖的第三方，将被认定的签名或签署者的姓名与特定的公共密钥联系起来。可信赖的第三方在多数技术标准中，被称为“认证机构”，“证书服务供给者”，或“证书服务提供者”

二、数字认证

数字证书的主要功能是将公共密钥与特定的持有人相联系。信赖证书中表明的公共密钥持有者数字签名的“证书接受者”，可以通过证书中所列明的公共密钥，来确认数字签名是由相应的私密

钥签署的。如果确认成功，则可保证数字签名是由证书标明的公密持有者签发的，相应的讯息自签署后未曾改变过。

为使网络交易各方相互信任，PKI 可提供许多服务，具体包括：（1）管理为数字签名使用的加密密钥；（2）确认公共密钥与私密钥相符；（3）为最终用户提供密钥；（4）决定用户在系统上享有何种特权；（5）公布可靠的公共密钥或证书目录；（6）管理能以独特的个人身份信息识别用户或能生成和储存私密钥的个人标识（如智能卡）；（7）检查最终用户身份，并提供相关服务；（8）提供“不得否认”服务；（9）提供时间记录服务；（10）在为保密而被授权使用密钥技术的场合，管理加密密钥。

三、我国电子签名法的规定

《中华人民共和国电子签名法》由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于 2004 年 8 月 28 日通过，自 2005 年 4 月 1 日起施行。

（一）相关概念

1．电子签名。

2．数据电文。

3．电子签名人；

4．电子签名依赖方；

5．电子签名认证证书；

6．电子签名制作数据；

7．电子签名验证数据。

（二）数据电文及其效力

1． 民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。

2．能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。

3．数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。

4．数据电文的发送

5．数据电文的发送时间与接收时间

6．数据电文的发送地点和接收地点

（三）电子签名与认证

1．可被视为可靠的电子签名的条件；

2．电子签名的效力；

3．电子签名需要第三方认证的，由依法设立的电子认证服务提供者提供认证服务。

4．提供电子认证服务的条件；

5．电子认证服务机构的成立；

6．电子认证业务规则.

复习与思考题

1．试述电子签名的类型；

2．试述数字签名的运行过程；

3．试述我国的数字认证管理制度。

拓展阅读书目

1．张楚，《电子商务法教程》，清华大学出版社，2005 年 7 月版，第五章；

2．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 81—129 页；

3．约纳森·罗森诺，《网络法-关于因特网的法律》，中国政法大学出版社，2003 年 8 月第一版，第八章。

第十二章　电子支付

本章教学目的和基本要求：本章主要以介绍美国电子支付工具及电子支付立法为主，这主要是因为我国相关方面的立法还处于较为欠缺的状况。本章介绍了电子支付的工具、电子支付立法的发展状况等问题。对于电子支付工具的理解和掌握，是本章的难点问题。

学时分配：2 学时

第一节　电子资金传输的历史发展

一、磁性墨水特征识别（MICR）

磁性墨水特征识别技术，是为了解决支票的手工分检操作的低效而创制的一种自动化技术。

二、信用卡

1．信用卡的产生和演变

2．信用卡的增长状况

三、支票截断

在电子支付的发展过程中，支票截断是一个重要的标志，它意味着诸多电子手段在资金传输中的综合应用。支票截断主要解决的是支票传输中的效率和自动处理问题，目前支票截断通过 Check21 法，将在美国普遍采用。

四、自动票据结算所系统

ACH 系统的发展，可以看作从自动化系统向完全电子化转变的另一进程。ACH 系统的发展对于支付系统来说，有非常大的意义。ACH 系统将资金转换成 ACH 项目进行处理，ACH 项目是由一系列编码和分类支付数据组成的，以供高度精密复杂的数据处理设备进行处理。ACH 系统的意图在于，为大量有规律重复发生的小额客户支付和一些大额商业付款，提供便宜并更有效率的处理支付的方法。

五、预先授权的借记和存款

在诸多减少支付系统中的纸件文件数量的方法中，人们考虑到可以自动处理有规律发生的资金传输项目，例如工资发放、养老金和退休金的发放、保险费的付款、水电煤气费用的付费等。由此，预先授权借记和预先授权存款相应发展起来，这些预先授权的借记和存款大多依托于 ACH 系统进行，因此也大大增加了 ACH 系统的处理量。

六、自动柜员机

现代社会中，银行客户进行日常金融交易的便利方式，主要是 ATM 服务。ATM 可以被定义为一种能够为客户执行一些日常银行服务的电子银行终端。ATM 技术通过高级的双向计算机设备——这一设备允许客户对终端指令进行回应——的发展而成为可能。

七、销售点系统

随着零售银行业的发展，金融机构开始考虑，在消费者购物或其它付款场合，纸件支票处理的

成本如何减少。在销售点，为了进行交易，电子处理可以取代纸件处理。因而，在消费者为了商品或服务而进行付款的场合发明的 POS 处理（POINT-OF-SALE）成为一种电子资金处理方式。

八、大额电汇

在电子资金传输方面，大额电汇主要用于银行间资金传输，这是大额资金电子传输的主要形式。金融机构非常便利和主要地使用银行间传输，以提高和发展电子银行服务水平。大额电汇与 ACH 系统不同，ACH 系统负担了大量小额资金的电子传输，预先授权的借记和存款交易，但也涉及一些大额商业性资金传输。电汇则主要服务于银行间的大额资金传输。

Fedwire， CHIPS 和 SWIFT 是美国目前三个主要电汇服务系统，它们处理银行到银行的大额资金传输。

九、支票担保和支票确认

支票授权系统得到关注，主要是因为支票授权和担保服务的硬件、软件和程序的发展，为其他电子银行服务的发展铺平了道路。在操作中，支票授权系统没有减少纸件的移动。然而，很多银行支票担保或确认系统，是通过商人结帐柜台以及类似的为 POS 传输所必需的程序而运作的。

十、智能卡

法国工程师 Roland Moreno，是半导体芯片发展中的一位主要人物。半导体芯片卡，是将半导体芯片植入客户卡中，从而芯片可以起到象个人微型计算机一样的作用。这种芯片卡技术，直接导致了电子资金可能通过小型电子设备进行小额转让，为人们开拓了 C to C 小额电子资金传输的前景。

现在智能卡已经有很大的存储能力，允许存储很多交易信息，允许存储文本文件，而不只是客户的名字和其他身份识别信息。智能卡也可以再充值，反复使用，同时也具备了读写能力。保护卡上信息的其它新颖的方法，如生物学测定法，也已经采用了。

十一、家庭银行和电子银行

1．家庭银行的发展

随着各种在线 EFT 产品的发展，随着个人电脑（PC）、个人数字助理（Personal digital assistant /PDA）和无所不在的数字蜂窝电话的成功，银行和其它金融服务提供者创造了新一代产品——使用家庭终端和移动远程访问终端的家庭银行。家庭银行终端允许客户获得有关他们银行帐户的信息，并且在远离 ATM 和银行所在地的地方为金融交易而完成指令，或者参与股票和证券经纪交易。这些金融交易行为，可以使用金融机构和家庭电脑之间直接或间接的电话、电缆或互联网通信方式完成。家庭银行可以使客户节约金融交易的时间和成本，加快交易速度，充分利用已有的电子设备，对于电子商务向一般消费者群体发展将起到了重要的推动作用。

2．电子银行的发展

各种电子资金传输模式，发展并且集中到一点，它们将变成一般称之为“电子银行”的技术的一部分。家庭银行可以看作电子银行发展的中间阶段，电子银行主要基于互联网为平台而运行，但在广义上也不排除利用其它专门网络进行的电子银行业务。电子银行模式也许可以定义为，通过电子交互式通信，将新型的和传统的银行产品和服务直接地向客户进行自动化传输。电子银行包括这样一些系统，它们使金融机构的客户——个人或商人——能够通过公共或私营的网络，包括互联网，访问帐户、处理交易或获取金融产品和服务的信息等。

第二节　电子资金传输法的立法发展

一、UCC 第 4A 章和规则 J 的 B 部分

在 1985 年，统一州法委员会国家会议（NCCUSL），美国法律学会（American Law Institute）和 UCC 董事会决定不再继续统一的新支付法典的制订工作，而代之以修订 UCC 第 3 和 4 章的书面票据的规定，以及起草适用于电汇传输的计划。在 1987 年 8 月，被提议的对第 3 和 4 章的修订本以及新的有关电汇传输的第 4A 章被提交 NCCUL 进行正式一读。在 1989 年，NCCUSL 最终批准了新的 UCC 的第 4A 章。第 4A 章适用于大额电汇传输和 ACH 大额存款的传输，并且规定了这种传输中当事人的权利和义务。它不调整客户的 EFTs 处理——这是联邦 EFT 法的对象，不调整支票收款程序以及其他借记传输。第 4A 章已经在美国 49 个州和哥伦比亚特区被采用。此外，它已经被制订进联系储备规则 J 以及 ACH 操作文件中，它通过纽约结算所协会和 NACHA 对各自操作规则的修改，已经适用于结算所银行间支付系统（Clearing House Interbank Payment Systems /CHIPS）和 ACH 处理之中。

二、EFT 法（Federal Electronic Fund Transfer Act）和规则 E

1978 年联邦金融机构调整和利息率控制法（Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act of 1978），电子资金传输法（Federal Electronic Fund Transfer Act/EFT）是这部法律中的一部分。

EFT 法被给予了两个不同的有效期限。调整未经授权的电子资金传输和 EFT 卡发行的客户责任的两个规定，在 1979 年 2 月 10 日生效，大约在该法通过后的 90 天。法律的其它部分在 1980 年 5 月 10 日生效，在该法通过后的 18 个月。18 个月的延迟，是考虑到使美联储能够充分并更好地制订规则 E，以调整执行该法令。

三、GRAMM-LEACH-BLILEY 法的第五章

1999 年 3 月 4 日，参议院银行委员会批准了金融服务现代化法。1999 年 5 月 6 日，参议院批准了这一法案。在 1999 年 11 月 11 日由克林顿总统签署而成为法律（113 Stat. 1338）。

美国国会于 1999 年修订了电子资金传输法，将 ATM 费用改革法（ATM Fee Reform Act）合并入 Gramm-Leach-Bliley 金融服务改革法（Gramm-Leach-Bliley Financial Services Reform Act/GLBA）中。联邦储备董事会为执行该法令，相应修订了规则。

Gramm-Leach-Bliley 法第五章是专门关于隐私的规定，其主要内容如下：

1．要求所有金融机构清楚披露涉及其成员和第三方当事人共享非公开个人信息的隐私政策；

2．除某些限制之外，要求向客户进行通知，并且给客户“选择”（“opt-out”）权，使客户具有向非成员第三方当事人公开其个人信息的机会。

3．处理大金融服务机构和小型银行的待遇上的不平等，但在金融机构之间共同市场行销安排方面，有严格控制的一些例外。

4．明确了金融机构隐私政策的披露是金融机构和客户建立客户关系之时的必要条件，并且在这种关系存续期间每年至少披露一次。

5．明确该法的规定不能修改、限制或代替公平信用报告法的规定。

四、TILA 和规则 Z、FCRA 和规则 V、ECOA 和规则 B

最初的联邦客户信用法令是真实贷款法（Truth in Lending Act /TILA）、公平信用报告法（Fair

Credit Reporting Act /FCRA）和公平贷款机会法（Equal Credit Opportunity Act /ECOA）。这些法令是美国信用卡方面的主要法律规定，这三个法令也是联邦客户信用保护法的第一、六、七章，甚至EFT 法和规则 E 的许多规定都是以这三部客户信用法令为基础的。

美国的信用管理执法部门是联邦贸易委员会（Federak Trade Commission/FTC）。FTC 是有关信用管理法案的主要提案单位和法律指定的执法机构，它管辖的范围包括全国的零售企业、提供消费信贷的金融机构、不动产经纪商、汽车经销商、信用卡发行公司，等等。对于规范商业银行的信用管理相关法律的执法机构是联邦储备委员会。

五、美国二十一世纪支票结算法、促进资金有效性法（THE EXPEDITED FUNDS AVAILABILITY ACT/EFAA）、规则 CC 和规则 J 的 A 部分

1987 年 8 月 10 日公布的促进资金有效性法（Expedited Funds Availability Act/EFAA），以及按照该法令制定的美联储规则 CC，都首先适用于支票，而不是 EFT 行为。在该法中，“电子支付”被定义为电汇或 ACH 存款传输。规则 CC 的官方注释规定，规则 CC 对于其它要求资金更迅速可用的操作规则（rules）、规则（regulations）或协议，包括 ACH 协会的规则或财政部规则，没有优先效力。

六、2002 年电子政务法（E-GOVERNMENT ACT OF 2002）

2002 年的电子政务法（E-Government Act of 2002），包含一些有关 EFTs，尤其是智能卡实施的规定，该法推动政府走向电子化处理。电子政务法授权美国管理和预算办公室（U.S. Office of Management and Budget /OMB）指导政府机构如何从纸件向电子处理转变。

七、健康保险可携性与责任法（HEALTH INSURANCE PORTABILITY AND ACCOUNTABILITY ACT）

1996 年颁布的健康保险可携性和责任法（Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 /HIPAA），为电子处理、隐私和安全设定了标准，其适用于卫生保健业的所有实体法人。在某种意义上，HIPAA 是卫生保健业的 Gramm-Leach-Bliley 法。HIPAA 保护客户数据的机密性，要求卫生保健业的实体法人与其客户要签订协议，该协议要包含按照该法的安全和隐私的规定的担保，从而以这些措施，保护隐私。

复习与思考题

1．试述信用卡的发展历程；
2．试述电子支票法律制度。

拓展阅读书目

1．陈健，《电子支付法研究》，中国政法大学出版社，2006 年 6 月第一版；
2．王蜀黔，《电子支付法律问题研究》，武汉大学出版社，2005 年 1 月第一版；
2．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 132—158 页。

第十三章　电子商务中的消费者权益保护

本章教学目的和基本要求：本章介绍了经合组织关于电子商务中消费者保护指南的建议中的基本原则，从中帮助学生掌握电子商务消费者权益保护的基本理念，研究了在线交易中消费者权利的各国立法规范，以及在数字化商品交易中的消费者权益保护问题。电子商务中的消费者权益保护的基本原则，是本章的重点。

学时分配：3 学时

一、概述

经合组织消费者保护主要框架——

《经合组织关于电子商务中消费者保护指南的建议》

（一）信息透明的、有效的保护

参与电子商务的消费者应该享有不低于在其他商业形式中享有的透明的和有效的保护的水平。

（二）公平的商业、广告及销售行为

应根据公平的商业、广告及销售行为而行动。

（三）在线信息披露

（四）确认过程

为了避免消费者购买意思的模糊，消费者应该能够在决定购买之前准确地确认他/她想购买的商品或服务；确认并纠正任何错误或修改订单；表达有依据的和明确的购买意愿；并且保留完整及准确的交易记录。消费者还应该能够在缔结交易前取消交易。

（五）支付

消费者应得到易用的、安全的支付体制并被告知该体制给予的安全水平的信息。未经授权或欺诈性使用付款体系的消费者责任受到限制；退款机制是增强消费者信心的有力工具，应鼓励在电子商务环境中发展和使用该机制。

（六）争议解决和救济

寻求不会给消费者带来不合理费用或负担的非诉争议解决方式、内部解决机制、自律机制，要求企业、消费者代表和政府应该共同努力来继续使用和发展公平、有效、透明的自律性规范及其他的政策和程序，包括非诉争议解决机制，来处理消费者的申诉，解决企业与消费者之间的电子商务中出现的争议，尤其要注意跨境交易中的问题。

（七）隐私

企业与消费者的电子商务应该遵循 1980 年颁布的“经合组织关于规范隐私保护和个人信息跨境传输的指导原则”所提出的保护隐私原则相一致，该原则已被公认，同时应考虑 1998 年颁布的“经合组织关于全球网络隐私保护的部长宣言”，为消费者提供合适的、有效的保护。

二、在线交易中的消费者权益保护

就网上交易消费者保护而言，主要涉及三个方面的问题，一是缔约前要求经营者尽一定的提示义务，防止欺诈消费者；二是给予消费者退货权利，以减少消费者因未真实地看货验货产生的风险；三是履行合同过程中的其他保护。

（一）供应商缔约前的义务

1．供应商（含货物出卖人和服务提供者）在缔约前应当向消费者提供清晰的、可理解的、确定化的信息。

2．还应给消费者额外的提示信息，包括解除合同的权利行使的条件和程序；售后服务和保证

以及投诉地点；在解除的情形下归还原物于供应商的要求和谁负责返还原物的费用的信息。

3．上述信息必须是以书面或者其他可为销售者获得和阅读的媒体提供给消费者，而且必须在缔约前至少是在货物交付前或服务提供前提供给消费者。

（二）消费者解除合同的权利

1．欧盟《远距离规则》规定，除非有例外情形，在货物交付或涉及服务条款的合同缔结日起7日以内（被称为cooling off period，即冷却期），消费者享有无条件退解除合同的权利。在供应商没有以适当方式提供必要信息的情况下，冷却期将延长3个月；如果信息是在七天之后提供的，那么，从信息提供之日起算。

一旦合同被解除，供应者必须在收到通知30天内退还消费者支付的任何款项；任何相关的信贷协议了自动解除。

2．日本《访问交易法》规定的比较笼统，只有两点：

（1）消费者在接到相关书面告知信息后8日内没有行使权利的；

（2）特定商品的全部或一部在使用或消费时，其价值有显著减少的，且政令已规定，一经使用或消费则不得解除合同。

3．在台湾，网络购物被解释为属于消保法特种买卖之邮购买卖。邮购买卖的特殊性在于，消费者在买卖契约成立前，尚未接触到商品，对商品的认识性不足，因而需要给予法律上特别保护。

（三）合同履行中的特殊保护

1．欧盟《远距离规则》为经营者履行合同规定了法定的最长履行期限，规定供应商必须在至多30天内履行合同，30天自消费者向供应商发出订单起算。不管什么原因，只要供应商未能在规定的日期履行合同，必须尽可能快地通知和返还所涉款项，无论如何要在履行期满后的30天内履行这一义务。不过，规则允许当事人排除这一规则，在当事人另有约定时可以不适用该期限。

2．在履行期限内没有履行的合同被视为自始没有订立，但消费者并不因此丧失因未履行而所享有的权利或救济。在供应商不能供应消费者订购的货物或提供服务的情况下，供应商可能以相同质量和价格的替代货物或服务履行之，其前提是合同有类似条款并且供应商在缔结合同之前以必要的方式通知消费者这种可能性。

3．在未经请求货物发至消费者时，欧盟的《远距离规则》也作出了非常有利于消费者的规定：消费者可视该货物为无任何条件的赠品。发送货物的供应商对所发货物丧失任何权利。

三、数字化商品交易之消费者保护的特殊问题

美国《统一计算机信息交易法》

1．要求经营者（许可方）对于许可证的标准条款在交易前披露。该法第211条规定，在许可方发送信息或被许可方负有付款义务之前（以先发生者为准），显示并使被许可方能够审查许可证的标准条款。

2．对信息产品的品质保证作出了详尽的规定。

3．规定消费者付款前检验权。

复习与思考题

1．试述电子商务中的消费者权利的内容；

2．试述电子商务中的消费者解除权的基本规则。

拓展阅读书目

1．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003年11月第一版，第215—226页；

2．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005年1月第一版，第127—147页。

第十四章　网络纠纷的解决

本章教学目的和基本要求：本章通过各国解决网络管辖权纠纷的司法实践的学习，使学生对于网络管辖权的处理原则有较好的理解，对于网络管辖权的国际立法努力有所掌握，同时掌握网络纠纷的在线争端解决机制的发展状况。各国关于网络管辖权的解决办法，是本章学习的重点。

学时分配：3 学时

第一节　网络管辖权及其解决办法

一、对网络管辖权问题的基础分析

（一）因特网对管辖权的影响

从因特网的特点来看，对于管辖权的传统理解会造成影响。

（二）因特网的性质观

1．虚拟存在论 （the virtual presence view）

因特网可以被看作是相互连接的计算机网络，信息能够在计算机之间相互传输和接收，因此，用户从网络的任何一点进入，都能够通过众多不同的路径和连接点与其他各点相互发生联系和作用，相应的，这张网上的任何一点都和用户的计算机相连。

2．特定存在论 （the single point presence view）

因特网上的每一个服务器和其特定的物理位置相联系，由此，当用户通过因特网传输信息时，事实上可被看作是从一个服务器所在的物理位置到另一个服务器所在的物理位置。为了决定法院有无属人管辖权，法院就会探求当事人住所地或其主服务器所在地，因此，一般情况下法院对于域外居民将不行使管辖权。

3．非领土论或赛博空间模式 （the non-territorial view or cyberspace model）

因特网是“虚拟现实”（virtual reality）的一部分，因此不和任何特定的法域相联系。换言之，如果某人在因特网上出现，并不能为了属人管辖的目的而将其和特定的地域相连。采纳这种观点的法院在决定管辖权的问题上，会考虑因特网以外的因素，并以方便法院审理的原则来判断是否行使属人管辖权。从这一点来说，网络的存在与否并不会影响法院对于管辖权问题的判断。

二、各国法律分析

（一）美国法中的相关实践

1．“最低联系”标准和以网址作为管辖基础

网络管辖权的一个基本问题是，仅有被告在因特网出现的事实能否成为法院行使管辖权的充分理由。在美国法院早期对这个问题给出了肯定的回答，法院的论证过程也主要建立于分析被告在因特网上的出现是否能满足“最低联系”标准。

2．“滑动标尺”（a sliding scale）标准

1997 年，宾夕法尼亚地区法院在 Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com， Inc.案件中创立了著名的“滑动标尺”的标准，作为判断有无属人管辖权的依据，并在以后的案件中多次被引用。

3．网址之外的管辖权基础

滑动标尺标准关注的重点仍然主要限于网址和管辖权的关系，而对于不同的网络纠纷而言，网址显然不应当成为确定管辖权的唯一依据，这一点也在许多法院的司法实践中得到了认可，并且发展出了一些修正性的规则。

（1）目标要素（The "Targeting" Component）

为了促进目标基础的分析，加拿大渥太华大学的 Michael Geist 教授提出了代替 Zippo 滑动标尺标准的三要素分析：①当事人是否通过其合同预先合理的同意特殊管辖权；②当事人是否采用了地理上的辨认技术，避免某一特定的管辖或者确定某一特定的管辖；③当事人是否知道或者应当知道在线活动的地理位置。

（2）“故意行为”的要求（The "Deliberate Action" Requirement）

在 Millenium Enterprises， Inc. v. Millenium Music， LP 一案中，法院认为，为了确定属人管辖权的基本要求，像在 Zippo 案中描绘的交互性的因特网联系还需要进一步的限定，应当包括在法院地的“故意行为”。按照这一标准，管辖权要求被告有意的通过网络指向法院地，有目的的利用在法院地从事商业的利益。

（3）效果测试 （The "Effects" Test）

法院将分析的重点放在网站在一个特定的法域产生的实际效果，而不是网站所采用的技术。根据这一原则，当被告故意的侵权行为明确指向法院地，并对法院地的原告造成了损害，而且被告知晓损害将会在法院地发生时，对被告行使属人管辖权是适当的。

（二）法国 Yahoo 案

第二节　网络管辖权的国际立法和在线争端解决机制

一、网络管辖权的国际协作

（一）目的地国（country-of-destination）管辖原则和来源地国（country-of-origin）管辖原则

1．目的地国（country-of-destination）管辖原则

在大多数情况下，现存司法体系采用的是目的地国模式，允许消费者主要依赖于国内的实质性保护并可以在居住地法院得到救济，通常消费者能够通过其本国法律、法院和法律执行，得到有效的保护和救济。

2．来源地国（country-of-destination）管辖原则

对于网络中的消费者合同，应当适用来源地国/销售者规定模式。商家只受制于其本国或其登记地国法律、法院，而不考虑消费者的位置。因为它使商家具有可预见的管理环境，并减少了执行成本。

（二）欧盟的《布鲁塞尔规则》

《布鲁塞尔公约》于 1968 年签订，后由于欧共体成员国的增加，历经两次修改。布鲁塞尔公约确立了关于跨境交易中产生的管辖权争议规则。但是，由于该公约制定之时因特网和电子商务对于世界的影响还没有显现出来，公约对于网络问题显然缺乏相应的规则，对此，欧盟理事会于 1997 年授权成立一个专家小组，着手对公约的修订。

1999 年 12 月向欧盟理事会正式提出了一项《民商事案件管辖权和判决执行的规则草案》。该草案在经过充分的讨论之后，最终于 2000 年 12 月 22 日得以通过并颁布，并于 2002 年 3 月 1 日起正式生效。

（三）《海牙草案》

国际私法海牙会议（Hague Conference on Private International Law）从 1997 年起召开特别委员会，致力于解决由于因特网的出现而带来的管辖权问题，以及民商事国外判决的效力问题。

1999 年 10 月，海牙会议发布了《有关管辖权及外国民刑事判决问题的初步草案》（以下简称《海牙草案》），其目的在于：第一，调和各国管辖之规定，并限制在若干适格管辖法院提出诉讼，以避免多数的诉讼程序之可能及冲突的发生；第二，简化并促进对于外国判决之承认与执行，并在

草案中提供可供遵守之规则。

二、网络纠纷的在线争端解决机制

（一）网络在线争端解决机制的概念

ODR 即是 Online ADR，全称是 Online Alternative Dispute Resolution，一般被称作“在线争端解决机制”。据美国联邦贸易委员会、欧盟、OECD 以及全球电子商务论坛（Global Business Dialogue on Electronic Commerce， GBDe）所下的定义，ODR 是指“涵盖所有网络上由非法庭但公正的第三人，解决企业与消费者间因电子商务契约所生争执的所有方式。”

（二）ODR 的优势

ODR 的优势主要表现在：

1．解决纠纷方式的灵活性。

2．处理争端的效率性。

3．解决争议的经济性。

4．适用规则的灵活性。

5．克服了管辖权和法律适用的问题。

（三）ODR 的主要形式

1．网上仲裁

2．网上调解

3．网上谈判

4．网上投诉

复习与思考题

1．试述互联网带给管辖权认定的冲击；

2．试述网络在线争端解决机制的运作过程。

拓展阅读书目

1．胡鸿高，《网络法概论》，法律出版社，2003 年 11 月第一版，第 633—651 页；

2．（美国）格拉德·佛里拉等著、张楚等译，《网络法:课文和案例》，社会科学文献出版社，2004 年 5 月第一版，第十三章；

3．饶传平，《网络法律制度-前沿与热点专题研究》，人民法院出版社，2005 年 1 月第一版，第 208—231 页，第 255—272 页；

4．欧盟《布鲁塞尔公约》；

5．1999 年 12 月向欧盟理事会《民商事案件管辖权和判决执行的规则》。

《消费者法》教学大纲

吴景明　孙 虹　张 挥　编写

目　录

第一章　消费者法概述 687
第一节　消费者权益保护法的概念及特征 687
一、消费者权益保护法的概念 687
二、消费者权益保护法的特征 687
第二节　消费者权益保护法的基本原则 688
一、对消费者给予特殊保护的原则 688
二、国家干预及社会参与原则 688
三、加强消费者权益保护与促进市场经济发展相协调的原则 688
四、自愿、平等、公平、诚实信用的原则 688
第三节 我国《消费者权益保护法》概述 689
一、消费者权益保护立法过程 689
二、《消费者权益保护法》的内容 689
三、《消费者权益保护法》的适用范围 689
思考题 689
参考书目 689
第二章　消费法律关系 690
第一节　消费法律关系的主体 690
一、消费者 690
二、经营者 690
第二节　消费法律关系中的客体 692
一、法律关系中的客体 692
二、消费法律关系中的客体 692
思考题 692
参考书目 692
第三章　消费者权利 693
第一节　消费者权利的含义 693
一、消费者权利的起源与发展 693
二、消费者权利的内容和特点 693
三、消费者权利的分类 693
第二节　消费者的具体权利 694
一、安全保障权 694
二、知情权 694
三、自主选择权 694
四、公平交易权 694
五、获取赔偿权 694
六、结社权 695
七、知识获取权 695
八、人格尊严与民族风俗习惯受尊重权 695
九、监督批评权 695
思考题 696

参考书 696
第四章　经营者义务 697
第一节　经营者及其义务的一般问题 697
一、经营者的内涵界定 697
二、经营者义务的一般问题 697
第二节　经营者义务的具体内容 697
一、经营者必须履行法定的义务和约定的义务 697
二、接受消费者监督的义务 698
三、保证商品和服务安全的义务 698
四、提供商品和服务真实信息的义务 698
五、标明真实名称和标记的义务 699
六、出具购货凭证或服务单据的义务 699
七、保证商品和服务质量的义务 699
八、履行“三包”或其它责任的义务 699
九、不以格式合同等方式损害消费者权益的义务 700
十、尊重消费者人格权的义务 700
思考题 700
参考书目 700
第五章　国家对消费者合法权益的保护（吴景明）（2500） 701
第一节　国家对消费者合法权益的立法保护 701
一、法律的制定 701
二、法规的制定 701
三、行政规章的制定 701
第二节　国家对消费者合法权益的行政保护 701
一、工商行政管理部门保护消费者合法权益的职责 701
二、技术监督管理部门保护消费者合法权益的职责 702
三、卫生监督管理部门保护消费者合法权益的职责 702
四、进出口商品检验部门保护消费者合法权益的职责 702
第三节　国家对消费者合法权益的司法保护 702
一、惩处侵犯消费者合法权益的违法行为和犯罪行为 702
二、方便消费者提起诉讼，依法及时审理消费者权益争议案件 703
思考题 703
参考书目 703
第六章　消费者组织 704
第一节　消费者组织概述 704
一、消费者组织的定义 704
二、消费者组织的类型 704
三、消费者组织的功能或者作用 705
第二节　中国消费者组织（孙虹 1900） 705
一、消费者组织的产生 705
二、我国消费者组织的职能 705
第三节　国际消费者联盟组织（吴景明）（2000） 706
一、国际消费者联盟组织概况 706

二、国际消费者联盟组织的活动 707
思考题 707
参考书目：（孙虹提供） 707
第七章　消费争议的解决（张挥）（3900） 708
第一节　消费争议的解决途径 708
一、消费争议的概念及表现形式 708
二、消费争议的解决途径 708
第二节　消费者求偿主体的法律规定 709
一、向销售者要求赔偿 709
二、向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿 709
三、向服务者要求赔偿 710
四、向变更后承受其权利和义务的企业要求赔偿 710
五、向营业执照的持有人要求赔偿 710
六、向展销会、租赁柜台的销售者或者服务者要求赔偿，也可以向展销会举办者、柜台出租者要求赔偿 710
七、因虚假广告权益受到损害的，可以向经营者或者广告的发布者要求赔偿 710
八、国家对消费者合法权益的司法保护 711
思考题：欠缺 711
参考书：（孙虹提供） 711
第八章　违反消费者法的法律责任（吴景明）（3000） 712
第一节　违反消费者法——私人赔偿责任 712
一、《消费者权益保护法》对应当承担私人赔偿责任的规定 712
二、私人赔偿责任的具体内容 713
第二节　违反消费者法——行政处罚 715
一、　侵犯消费者合法权益承担行政责任的情形 715
二、行法律、法规对经营者侵犯消费者权益行政处罚的规定 716
第三节　违反消费者法——刑事处罚 716
一、侵犯消费者权益刑事责任概述 716
二、现行法律对侵犯消费者权益刑事责任的规定 716
思考题 717
参考文献 717

第一章　消费者法概述

教学要求：通过本章的学习，要求学生掌握消费者权益保护法的概念、特征及基本原则，同时了解：我国消费者权益保护法的制定过程及其内容。

重点：1．消费者权益保护法的概念、特征；2．消费者权益保护法的基本原则

难点：XXXXXXXX

第一节　消费者权益保护法的概念及特征

一、消费者权益保护法的概念

消费者权益保护法通常有广义和狭义之分。

（一）狭义的消费者权益保护法一般是指消费者权益保护基本法，即 1993 年 10 月 31 日八届全国人大常委会第四次会议通过的，1994 年 1 月 1 日生效的《中华人民共和国消费者权益保护法》；

（二）广义的消费者权益保护法是指所有由全国人大及其常委会、国务院、地方省一级人大、有立法权的经济特区人大颁布的与消费者权益保护有关的法律、行政法规和地方性法规及由国务院各部门颁布的相关的部门规章等规范性文件的总称。

二、消费者权益保护法的特征

（一）消费者权益保护法是一系列法律规范的综合体

作为一个独特法律类别的消费者权益保护法，其法律渊源十分广泛。从纵向效力等级来看，它既包括宪法有关消费者权益保护的内容，也包括国家最高权力机关及其常设机构颁布的基本法，还包括国务院制定的行政法规和最高人民法院、最高人民检察院的司法解释以及地方省一级人大通过的规范性文件，另外还包括国务院各部门制定的行政规章；从横向来看，消费者权益保护法既有单行法，又不同程度地存在于其他法律规范之中。

（二）消费者权益保护法具有突出的综合性

1．从消费者权益保护法调整的社会关系看，其除了调整消费者与经营者的消费法律关系外，还调整平等的交易主体——经营者与经营者之间的竞争关系，还调整不平等主体——国家机关与经营者之间的经济管理与被管理关系。

2．从消费者权益保护法规定的内容看，既包括消费者权利、经营者义务、有关行政机关及消费者组织保护消费者的职责等实体性内容，也包括消费争议解决途径等程序性内容。

3．从对违法经营者的法律制裁的规定看，经营者不履行法定义务给消费者造成损害的，不仅要追究其民事责任，而且还要对其给予行政制裁，情节严重，构成犯罪的，还要追究其刑事责任。

（三）消费者权益保护法是事先预防和事后补救相统一的法律

1．消费者权保护法以规定经营者必须履行的法定义务的方式，对经营者生产的商品和提供的服务的质量标准，安全、卫生标准等都作出了明确的规定。

2．因经营者不履行法定义务给消费者造成损害，消费者权益保护法规定消费者有权通过消费者组织、有关国家行政机关、仲裁机构和司法机关以调解、申诉、仲裁和诉讼等途径来获得及时充分的补救。

（四）消费者权益保护法保护的对象是消费者的合法权益

这是消费者权益保护法区别于其他法律规范的根本特征。消费者权保护法首先明确赋予消费者各项权益，然后通过规定经营者的义务，国家立法机关、行政机关、司法机关以及仲裁机构和消费

者组织在保护消费者合法 权益方面的职责，以及规定对侵害消费者合法权益的行为的制裁手段和惩罚措施达到保护消费者合法权益的目的。

第二节　消费者权益保护法的基本原则

消费者权益保护法的基本原则集中体现消费者权益保护法的基本价值和调整方法，并对消费者权益保护法的制定、执行、实用以及解释具有普遍指导意义，贯穿于消费者权益保护法始终的基本准则和基本精神。

一、对消费者给予特殊保护的原则

对法律关系的一方主体给予比另一方主体更优越的特殊保护，这是消费者权益保护法特有的也是最重要的原则。确定这一原则的依据是：

1．在消费法律关系当中，双方当事人的地位是不平等的。

2．消费者与经营者追求的利益形态不同。

3．消费者权益保护法在立法时即不能因片面追求消费者和经营者地位的绝对平等而忽视消费者的弱者地位与特殊的利益要求，而应当站在消费者的立场上，赋予消费者更多、更充分的权利，并为这些权利提供严密的保障措施。

二、国家干预及社会参与原则

因消费者都是自然人个体，其与经营者抗衡的能力极为有限。这就要求国家应当从消费者的立场出发，以国家强制力对消费领域进行适度干预，在预防消费者损害和消费者遭受侵害的补救方面提供各种支持。

（一）国家干预。首先，需要国家立法机关及行政机关通过制定各种法律规范，使消费者保护有法可依；其次，需要国家设立各种一般的和专门的消费者保护行政机构；再次，需要国家加强消费者保护的行政执法和建立完善的消费者保护的诉讼制度，使消费者受到不法侵害时能够得到及时有效的行政救济和司法救济。

（二）社会参与。消费者权益保护除国家必要的适度干预外，也是全社会的共同职责。

三、加强消费者权益保护与促进市场经济发展相协调的原则

从世界各国消费者运动发展的历程来看从对消费者保护的程度是与当地、当时的生产力发展水平相适应的。一个国家经济越发达，其消费者的消费需求越能得到充分的满足；而在一个经济落后的国家里，消费者的各种消费需求是难以实现的。正因如此，改善消费者的地位与发展生产是不可分割的。

四、自愿、平等、公平、诚实信用的原则

消费者权益保护法在强调对消费者给予特别保护的同时，仍注重民法所确定的自愿、平等、公平和诚实信用的原则。我国《消费者权益保护法》第 4 条明确规定：“经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”

第三节 我国《消费者权益保护法》概述

我国《消费者权益保护法》即《中华人民共和国消费者权益保护法》是我国第一部消费者权益保护基本法。它的颁布实施是我国消费者运动的组成部分，是消费者运动走向成熟及法制化过程的重要体现。

一、消费者权益保护立法过程

1985 年，国家工商行政管理局即开始组织起草《保护消费者权益条例》，该条例草案于 1989 年完成。消费者权益保护问题在进入 90 年代后已成为具有普遍性的社会问题，消费者权益保护法律规范以条例形式出现已不能满足我国在保护消费者权益方面的客观要求，需要一个更高的层次，即应当采取法律形式。从 1992 年初，国家工商行政管理局在全国人大法制工作委员会的指导下，着手起草《中华人民共和国消费者权益保护法》，于 1993 年 10 月 31 日全票通过了《中华人民共和国消费者权益保护法》，我国的第一部《消费者权益保护法》诞生了。具有如下特征：

（一）《消费者权益保护法》保护的对象具有特定性。

（二）《消费者权益保护法》调整的社会关系具有特定性。

（三）《消费者权益保护法》是一部向弱者倾斜的法律。

二、《消费者权益保护法》的内容

《消费者权益保护法》共分 8 章，55 条。第一章为总则；第二章是消费者的权利；第三章是经营者义务；第四章是国家对消费者合法权益的保护；第五章消费者组织；第六章争议的解决；第七章法律责任；第八章附则。

三、《消费者权益保护法》的适用范围

根据《消费者权益保护法》的规定，该法的适用范围包括三个方面：

第一，该法第二条规定，消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护。这一适用范围明确了《消费者权益保护法》只调整消费者为生活消费需要而产生的社会关系，为生产消费需要而产生的社会关系不受该法调整。

第二，该法第三条规定，经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务，应当遵守本法；本法未作规定的，应当遵守其它法律法规。这是从经营者角度规定的《消费者权益保护法》的调整范围也限于为生活消费需要而提供的商品或服务。

第三，该法第五十四条规定，农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。这一条规定的是《消费者权益保护法》特殊的适用范围。

思考题

1．消费者权益保护法有哪些基本特征？

2．消费者权益保护法有哪些基本原则？

参考书目

吴景明：《消费者权益保护法》，中国政法大学出版社，2002 年

第二章　消费法律关系

教学要求：通过本章的学习，要求学生首先了解消费法律关系的构成，继而掌握消费法律关系与一般买卖合同、服务合同所形成的法律关系的区别。

重点：消费者主体的特点；

对消费法律关系客体的认识。

难点：1．确定消费者主体身份的要素究竟有哪些？2．客体的不同对消费者法保护范围的确定有何影响？

第一节　消费法律关系的主体

消费法律关系的主体不同于消费者法上的主体。前者指消费者和经营者，后者还包括消费者组织、以及与消费者或者经营者有关并受消费者法调整的主体。

法律关系，本质上是人与人的关系。消费法律关系的主体，是消费活动的当事人。消费活动的当事人自然指消费一方和提供消费方，即经营者。无消费者，便无所谓经营者；无经营者，便无所谓消费者。当自然人从经营者处购买商品或使用经营者提供的商品或服务，以满足个人生活需要时，才具有作为消费者的身份或地位。

一、消费者

（一）消费者的概念

消费者法中的消费者，不同于经济学理论中的消费者。

消费者，是为了满足生活消费需要而购买、使用商品或接受服务的个体社会成员。农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，虽然不是为个人生活消费，但是作为卖方即经营者的相对方，其弱势地位是不言而喻的。我国消费者法将其纳入调整范围。

（二）消费者的特点

1．消费者是自然人个人。只有自然人才能成为终极消费的主体。家庭是人得以生存的最初的自然形式和最小单位，应该视为消费者。

2．消费者是购买、使用商品或接受服务的自然人。没有社会性的交换关系，就没有消费者存在的价值。

3．作为消费者的自然人是为自身或者家庭生活消费，而向经营者购买商品或者接受其服务的。

删除的内容:

二、经营者

（一）经营者的概念

所谓经营者，是指通过市场为消费者提供其生产、销售的商品或提供服务的法人、其他经济组织或个人。经营者是与消费者相对应的一方主体。

（二）经营者的特征：

1．经营者以获利为存在目的，以有对价的交换为活动手段。消费者取得商品或接受服务都是通过交易的方式进行，如果没有商品交换也就不存在经营者。

2．经营者经营活动的表现形式主要有：生产产品并投入流通领域，使产品成为商品；通过流通环节，向消费者销售商品；或者向消费者提供服务并收取报酬。因此按经营活动的范围可以分为提供商品的生产者、销售者和提供服务者。

3．经营者作为消费关系中的一方主体，其外在形式为法人、其他经济组织和个人。

第二节　消费法律关系中的客体

一、法律关系中的客体

法学一般理论告诉我们，客体是权利义务指向的对象。因此，它也应该是主体可以支配或者影响的物、行为及利益。

二、消费法律关系中的客体

一般认为，根据消费者法的条款可以推论出消费者、经营者交易指向的“商品”和“服务”为消费法律关系中的客体。还原成社会生活中具体的事物和行为，消费关系当事人权利义务指向的对象不同于法理学上抽象化且泛指的客体。因此，“物、行为及利益”若不能满足“个人”的“生活消费”条件，不属于消费者法客体的范围。例如艺术收藏品、个人生活无法直接消费的物品（如大坝）；而医疗、教育或者律师服务是否属于消费者法所说的“服务”也存在较大的争议。

可见，客体的种类、活动的领域影响到是否属于“生活消费”的判断，因此与主体必须是“个人”、目的必须是“生活消费”共同构成是否适用消费者法的标准。

思考题

1．如何确定一个自然人的消费者身份？

2．买卖活动涉及的客体的差异是否会影响消费法律关系的生成？

参考书目

1．[美] E.博登海默：《法理学》[M]，邓正来译，中国政法大学出版社,1998。

2．[台]杨秀仪：论医疗伤害赔偿责任适用消费者保护法之争议，载《民法七十年之回顾与展望纪念论文集（一）——总则.债编》，中国政法大学出版社，2002 年 9 月第 1 版，第 203-231 页。

第三章　消费者权利

教学要求：通过本章的学习，要求学生了解消费者权利产生的背景及其演变过程，掌握消费者权利的基本内容。

重点：1．消费者权利的内容和特点；2．消费者权利在学理上的分类及其价值。

难点：消费者权利与消费者义务的关系。

第一节　消费者权利的含义

一、消费者权利的起源与发展

如前所述，消费者是由买卖当事人之一方的买方转化而来；因此，消费者权利，似乎应该是买方的权利。但是，自从有了消费者法，这种权利就具有了特殊性质。

它是消费者作为弱者在买卖关系中所享有的带有身份性的权利。

随着社会的演变、经济的发展及交易方式的变化，消费者权利在不同的领域将有相应的变化和新的表现形式。

二、消费者权利的内容和特点

通常，各国的消费者法采取列举方式标明消费者拥有的权利。我国《消费者权益保护法》列举了 9 项，国际消费者联盟组织列举 8 项。

消费者权利的特点：1．法定性；2．多样性；3．具体性。

三、消费者权利的分类

分类是必要的。其意义在于从不同角度认识消费者权利的本质，及其权利之间的相互关系，以便设计出与该法目的相一致的具体规则。

（一）按照义务人的不同进行分类

权利对应的是义务。我国《消费者权益保护法》列举的消费者 9 项权利，可以依其对应的义务承担者的不同，作如下的划分：

1．以经营者作为义务人，消费者的权利有：安全保障权、知情权、自主选择权、公平交易权、获取赔偿权和人格尊严与民族风俗习惯受尊重权。

2．以国家与相关的行政部门作为义务人，消费者的权利有结社权。

3．以经营者及其行业协会及国家和相关的行政部门，社会媒体为义务人，消费者的权利有：知识获取权和监督批评权。

（二）对 9 项权利之间相互关系的认识

安全保障权、知情权、自主选择权、公平交易权、人格尊严与民族风俗习惯受尊重权是消费者的基础性权利（其中又有自由权、人身权和财产权之分）；而获取赔偿权是上述权利的派生性权利（又称救济权）。

结社权是政治性权利。知识获取权、监督批评权是消费者基础性权利的衍生，虽然重要但是无法获取赔偿。

第二节　消费者的具体权利

一、安全保障权

安全保障权是指：消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。安全保障权是消费者最重要的权利，是消费者享有其他权利的前提和基础，也是宪法赋予公民的人身权、财产权在消费领域的具体体现。

安全保障权包括两方面的内容：

一是消费者享有人身、财产安全不受损害的权利，亦即人身安全保障权和财产安全保障权。

二是消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求，这实际上是对消费者安全保障权的一种保障措施。

争议点：消费者是否有权要求经营者在其购买商品、接受服务时保障其人身，财产不受到他人的侵害？例如，顾客在选购商品，营业员发现有人趁机扒顾客的钱却直到扒手离去才对顾客说。顾客的财产安全显然是在购买和接受服务时受到损害的，此时消费者是否有权向经营者提出赔偿要求？

二、知情权

消费者的知情权是指：消费者享有知悉其购买、使用的商品或接受服务的真实情况的权利。这一规定应该包括三方面的内容：

一是消费者在购买、使用商品或接受服务时，有权询问、了解商品或服务的有关真实情况。

二是经营者应消费者的要求，或者即使消费者没有要求了解上述涉及消费者切身利益的情况。

三是经营者无论从静态还是动态方面都应主动提供真实的信息。

三、自主选择权

消费者的自主选择权是指：消费者享有自主选择商品或者服务的权利；其核心在于自愿，购买与否、购买什么、何时购买的决定权应完全掌握在消费者手里。　　经营者应当充分尊重消费者的自主选择权，并为该项权利的行使创造充分的有利条件，不得以任何方式干涉消费者行使自主选择权。

四、公平交易权

消费者的公平交易权是指：消费者享有公平交易的权利。所谓公平，是指交易双方在平等的法律地位基础上所作的权利与义务对等的交易；对等，意味者付出（义务）与获得（权利）基本等价，不能一方凭借处于优势的经济或政治地位，承担较少的义务而享有较多的权利。公平交易即是要经营者与消费者之间的交易处于平等的基础上、达到公正的结果。

五、获取赔偿权

消费者的获取赔偿权是指：消费者在购买、使用商品和接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。获取赔偿权是法律赋予消费者在其权益受到损害时的一种救济权，而双倍赔偿制度的设立则是对经营者的惩罚。

享有获取赔偿权的主体是因购买，使用商品或者接受服务而受到人身、财产损害的消费者，包括以下几种类型：（1）商品的购买者；（2）商品的使用者；（3）服务的接受者；（4）第三人：即除商品的购买者、使用者或者服务的接受者之外的，因偶然原因而在事故现场受到损害的其它人。

此外，在特殊情况下，例如发生大范围内的食物中毒事件，生产经营者又因破产，逃亡，被处承担刑事责任等原因又无力赔偿损害时，消费者受到的损害还是得不到补偿或赔偿，这显然并未完全保护消费者的权益，因此，根据该法第 11 条的规定，消费者应享有获得国家救济的权利。

六、结社权

消费者的结社权是指：消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。该规定是宪法赋予公民结社权在消费领域的具体化。

消费者组织在世界发达国家是比较成熟的社团组织，它们在维护消费者利益方面取得了令人瞩目的成绩，得到了社会和政府的有力支持；目前，中国消费者协会及地方各级消费者协会已经成立。我国现有的消费者协会（委员会）是半官方组织，办事机构挂靠在各级工商管理部门，实行机关编制，执行国家的政策，维护消费者的利益，起着代表消费者利益的政府职能机构的作用。实践证明，消费者组织的工作对推动我国消费者运动的健康发展，沟通政府与消费者的联系，解决经营者与消费者的矛盾，更充分地保护消费者权益，起到了积极的作用。

七、知识获取权

消费者的知识获取权是指：消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。从这一规定看，消费者的这项权利包括两方面的内容：

其一，获得有关消费方面的知识。

其二，获得有关消费者权益保护方面的知识。

消费者不仅有权要求经营者告知有关产品使用与维护、服务安全与保持效果等有关消费知识，而且有权要求政府机构和有关社会团体提供有关消费者权益保护的法律、法规知识和有关消费的知识，政府机构不应该懈怠和推拖。

实现消费者知识获取权的方式有专题讲座、电视、报纸、杂志宣传、学校教育等等。譬如央视《生活频道》有主要传授消费知识、揭露经营骗局的节目。

八、人格尊严与民族风俗习惯受尊重权

消费者的人格尊严与民族风俗习惯受尊重权是指：消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

这一权利包括以下两方面的内容：

其一，消费者在购买、使用商品和接受服务时，其人格尊严得到尊重的权利。

其二，消费者在购买、使用商品和接受服务时，其民族风俗习惯得到尊重的权利。

侵犯人格尊严与民族风俗习惯受尊重权的主要表现有：（1）搜身、扣留、打骂；（2）购物是受到无端的怀疑，尤其表现为购物出门检查购物袋；（3）阻止容貌丑陋者进入，譬如丑女高彬被租进入酒吧案；（4）照相馆、摄影厅不经消费者同意，随意使用其肖像做广告宣传或转让给媒体做广告宣传；（5）其他。

九、监督批评权

消费者的监督批评权是指：消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。

这一权利可具体表现为：一是不管是不是直接购买者，消费者有权对经营者的商品和服务提出批评、建议，进行监督，在权利受到侵害时有权提出检举或控告。二是有权对国家机关及工作人员的监督，对其在保护消费者权益工作中的违法失职行为进行检举、控告。三是表现为对消费者权益

工作的批评，建议权。

该权利的行使方式主要包括：一是消费者主动提出，向工商局、消协等投诉；二是经营者主动征求意见。

思考题

1．消费者权利的特点是什么？

2．我国消费者法列举的消费者权利有哪些？

3．对消费者权利梳理分类的意义何在？

参考书

1．王泽鉴,《侵权行为法》（第 1 册）[M].北京:中国政法大学出版社,2001.

2．严学军、王俊豪、宋华主编：《中国消费者权益保护规则研究》。北京：中国商业出版社，年代？

3．张严方：《消费者保护法研究》，法律出版社，2003 年版。

4．刘光华：“关于中国消费者权益保护政策的若干思考”，载《科学 经济 社会》，2000 年第 1 期。

5．张新宝、唐青林：《经营者对服务场所的安全保障义务》，《法学研究》，2003 年第 3 期。

第四章　经营者义务

教学要求：通过本章的学习，要求学生掌握经营者的概念、构成要件及经营者义务的基本内容。

重点：1．经营者的概念和构成要件；2．经营者义务的具体内容。

难点：XXXXXXXX

第一节　经营者及其义务的一般问题

一、经营者的内涵界定

（一）经营者的含义

我国《消法》没有对经营者下一个明确的定义，只是在第 3 条规定，“经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务，应当遵守本法”。 实际上， 经营者是一个很宽泛的概念，但是，具体到《消法》对经营者规定的适用范围却没有这么大。该法所称的经营者，单指向消费者提供其生产、销售的商品或者提供营利性服务的公民、法人及其它经济组织。

（二）经营者的构成要件

1．经营者包括生产者、销售者和服务的提供者。

2．在消费法律关系中，经营者是与消费者相对应的另一方当事人。有消费者就有经营者。但是，这里的经营者是狭义的，不是指所有从事生产经营活动的人，而仅指那些向消费者提供与生活消费有关的商品和服务的公民、法人及其它经济组织。

3．经营者都是以营利为目的的。营利即是通过经营活动获得经济效益，亦即以尽可能小的劳动及物质消耗，获得尽可能大的经济效益。营利是经营者最主要的构成要件，也是所有经营者追求的目标和其从事经营活动的直接动因。

二、经营者义务的一般问题

由于经营者是与消费者相对应的消费法律关系主体，因而消费者权利与经营者义务是一个问题的两个方面，即消费者的权利在某种程度上就是经营者的义务，消费者的权利是通过经营者履行义务来实现的。经营者的义务是经营者在向消费者提供商品和服务等经营活动中必须依法履行的责任。作为义务，必须具备如下特征：

义务的主体是经营者，即生产者、销售者和服务提供者。

（二）从消费者角度讲，经营者的义务表现为消费者要求经营者必须作出一定行为，也可表现为消费者有权要求经营者必须拟制一定行为。

（三）经营者义务因法律规定或与消费者约定而产生，消费者不能凭空为经营者设定义务。

（四）经营者不履行义务即产生相应法律后果

第二节　经营者义务的具体内容

《消法》从第 16 条至 25 条全面地规定了经营者的十项义务。

一、经营者必须履行法定的义务和约定的义务

《消法》第 16 条规定，经营者向消费者提供商品和服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其它法律、法规的规定履行义务。经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但

双方的约定不得违背法律、法规的规定。

（一）履行法定义务

首先，经营者应履行《产品质量法》规定的义务。《产品质量法》明确地规定了生产者、销售者的产品质量责任和义务，是规定经营者产品质量义务的重要法律。因此，《消法》非常明确地规定了经营者向消费者提供商品和服务应当依照该法履行义务。其次，经营者应当履行其它法律法规规定的义务。凡是我国现行有效的法律法规规定经营者应履行的义务，经营者必须严格履行。

（二）履行与消费者约定的义务

在消费法律关系中，经营者与消费者之间的关系是一种合同关系，双方就商品和服务所实施的行为是一种合同行为。不论是口头合同还是书面合同，双方必然要在合同中约定各自的权利和义务。

二、接受消费者监督的义务

《消法》第 17 条规定，经营者应当听取消费者对其提供的商品或服务的意见，接受消费者的监督。这是基于消费者的监督权对经营者提出的要求。法律上赋予消费者的监督权只是对消费者行使批评建议和检举控告权提供了法律依据，但消费者的监督权真正得以实现，有赖于经营者主动听取消费者的意见和主动接受消费者的监督。

三、保证商品和服务安全的义务

《消法》第 18 条规定，经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求，对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或接受服务的方法以及防止危害发生的方法。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。根据此条规定，要保证消费者在购买商品使用商品或接受服务时其人身、财产安全不受侵害，必须做到以下几点：

（一）经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。

（二）对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应明确说明和警示，并说明或标明正确使用或接受服务及防止危害发生的方法。

（三）经营者发现其提供的商品或服务存在严重缺陷，即使正确使用或接受仍无安全保障，应立即向有关行政部门报告和告知消费者，并积极采取措施防止危害发生。

四、提供商品和服务真实信息的义务

《消法》第 19 条规定了经营者这项义务。它包括三个方面的内容：

（一）经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。

（二）经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。

（三）商店提供商品应当明码标价。商店提供商品明码标价是保障消费者合法权益的有效措施之一。 明码标价是将标明价格金额的价格标签放置于其所指示商品的醒目位置处。明码标价要做到以下几点：

第一，标价方式可以是价签，也可以是价目表。

第二，价签要内容完整、齐全，应包括品名、产地、规格、等级、计价单位、零售价格等内容。

第三，标价要真实、准确。

第四，要货签对位，一货一签，标示醒目，字迹清晰，价格变动时应及时更换。

五、标明真实名称和标记的义务

《消法》第 20 条规定，经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明真实名称和标记。《消法》将标明经营者的真实名称和标记规定为经营者的一项义务，主要是从保护消费者合法权益考虑的，但同时也是为了保护经营者名称专用权经营者必须按下列要求来履行自己的这一法定义务：

（一）经营者在向消费者提供商品和服务时，应标明自己的真实名称和标记。我国有多部法律、法规对经营者的名称权、姓名权及使用专用标记权都作了规定。综合起来，经营者这项义务的内容包括以下几方面：

第一，经营者对经核准登记的企业名称及取得商标权的营业标记享有专用权，未经权利人许可，他人不得使用；

第二，经营者木得使用未经核准登记的企业名称；

第三，经营者不得擅自改动使用经核准登记的企业名称；

第四，经营者不得冒用他人企业名称和他人特有的营业标记；

第五，经营者不得使用与他人企业名称或营业标记相近似的并足以造成消费者误认的企业名称或营业标记。

（二）租赁他人柜台或者场地的经营者应当标明真实名称和标记。

六、出具购货凭证或服务单据的义务

《消法》第 21 条规定，经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。根据《消法》规定，经营者的此项义务包括两方面：

（一）经营者在提供商品或服务时，应当依国家规定或商业惯例主动向消费者出具购货凭证或服务单据。

（二）消费者索要购货凭证或服务单据的，经营者必须出具。

七、保证商品和服务质量的义务

商品及服务的质量直接体现着商品及服务的使用价值，也直接关系到消费者的财产、人身安全及其它切身利益。无质量保障的商品和服务必然给消费者的合法利益造成损害。因此，《消法》第 22 条具体而详细地规定了经营者的这项义务，这条规定包含以下两方面的内容：

（一）经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下，其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限，但消费者在购买该商品或者接受服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

（二）经营者以广告、产品说明、实物样品或者其它方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

八、履行“三包”或其它责任的义务

《消法》第 23 条规定，经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定、承担包修、包换、包退或者其它责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。从这一规定可以看出，所谓“三包”，即包修、包换、包退。

（一）经营者的三包义务

1．销售者的三包义务

2．修理者的义务

3．生产者的义务

（二）修理、更换、退货的适用条件，费用承担及不实行三包的情形

（三）三包目录所列 18 种商品之外商品的三包

（四）特价商品的三包

九、不以格式合同等方式损害消费者权益的义务

（一）格式合同等方式的含义

1．格式合同。格式合同又称定型化合同或标准化合同。在消费领域中，格式合同是指由经营者单方拟订全部合同条款的合同。

2．通知、声明、店堂告示等其它方式。这类单方面的意思表示，即经营者通过明示手段将相关事项告知不特定的消费者。《消法》上所规定的通知、声明、店堂告示等方式只是针对涉及与消费者交易内容的通知、声明、店堂告示。

（二）格式合同等方式的内容

1．不得作出对消费者不公平、不合理的规定。

2．不得作出为减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任的规定。

（三）格式合同等方式的效力

只要其内容是受法律所承认和保护的，其内容即具有法律效力。如果其内容有对消费者不公平、不合理的规定，或者有减轻、免除经营者损害消费者合法权益应承担的民事责任的内容，那么，其内容无效。

十、尊重消费者人格权的义务

消费者的人格尊严受尊重权是《消费者权益保护法》赋予消费者的最基本的权利之一。《消费者权益保护法》第 25 条从经营者义务角度对这个问题做了进一步的规定，充分体现了对消费者这一权利保护的重视。其具体内容包括以下三个方面：

经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤。

经营者不得搜查消费者的身体及其携带的物品。

经营者不得侵犯消费者的人身自由。

思考题

营者的义务有哪些？

xxxxx

参考书目

吴景明：《消费者权益保护法》，中国政法大学出版社，2002 年

第五章　国家对消费者合法权益的保护（吴景明）（2500）

教学要求：通过本章的学习，要求学生掌握国家对消费者合法权益保护的途径，国家对消费者合法权益立法保护的内容和形式。

重点：1．国家对消费者合法权益保护的途径；2．国家对消费者合法权益立法保护的内容和形式。

难点：XXXXXXXX

第一节　国家对消费者合法权益的立法保护

国家通过制定有关消费者保护的法律、法规和行政规章来不断健全和完善消费者权益保护的法律制度。《中华人民共和国消费者权益保护法》的颁布实施，则是国家通过立法保护消费者合法权益的重要步骤。

一、法律的制定

目前，正在实施的与消费者权益保护有关的法律除《消费者权益保护法》外，还有《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《民法通则》，以及《民事诉讼法》、《仲裁法》等。我国的消法是第一部在全国人大常委会获全票通过的法律。

二、法规的制定

法规分为行政法规和地方性法现两种。行政法规的效力及于全国，地方性法现只在本行政区内有效。对于消费者权益保护法规，在起草及审查阶段应广泛征求和听取消费者的意见和建议，以便能更充分地体现广大消费者的意见。地方性法规的制定过程同法律的制定过程相似。

三、行政规章的制定

行政规章是由国务院各部、委、办、局和省、自治区、直辖市人民政府发布的规范性文件。目前适用于全国范围内的有关消费者权益保护的行政规章有：《欺诈消费者行为处罚办法》、《工商行政管理机关受理消费者申诉暂行办法》《工商行政管理所处理消费者申诉实施办法》等。消费者保护领域的行政规章必须依据消费者权益保护法的规定，制定时应充分听取消费者的意见和要求。

第二节　国家对消费者合法权益的行政保护

包括国务院在内的各级人民政府及其所属行政机关在国家对消费者权益的保护方面处于十分重要的地位。它们依照《消法》及其它相关法津、法规、保护消费者合法权益是其行使行政权力、履行法定职责的重要体现。

一、工商行政管理部门保护消费者合法权益的职责

（一）通过企业登记管理维护消费者利益。

（二）通过市场管理和经济监督来维护市场交易秩序，为消费者提供公平、安全的消费环境，通过对直接损害消费者合法权益的虚假广告、虚假的有奖销售、垄断货源、欺行霸市、哄抬物价、扰乱市场行为的查处，制止不正当竞争，保护国家和消费者的利益。

（三）通过加强商标保护名优商品，打击商标侵权行为，维护商标信誉，保证商品质量。

（四）通过宣传普及消费者权益保护法律知识，提高消费者自我保护法律意识。

（五）建立健全执法机构及投诉、申诉、举报服务网络，从组织上保证《消法》的实施。

（六）不断完善配套法规、规章、全面促进《消法》的贯彻实施。

二、技术监督管理部门保护消费者合法权益的职责

（一）制定标准，保证消费者的人身财产安全。

（二）加强计量监督，保证消费者享有公平交易条件。

（三）加强产品质量监督，使消费者的合法权益落到实处。

（四）处罚经营者的违法行为，保护消费者合法权益。

三、卫生监督管理部门保护消费者合法权益的职责

卫生监督管理部门包括中央卫生监督管理机关和地方各级卫生监督管理机关。卫生监督管理部门对消费者合法权益的保护主要是通过履行对食品和药品卫生进行监督管理的职责来实现的。

四、进出口商品检验部门保护消费者合法权益的职责

根据《进出口商品检验法》及其《实施条例》规定，进出口商品检验部门的职责是依法对进出口商品实施检验，保证进出口商品的质量，根据对外贸易发展的需要，制定、调整并公布《商检机构实施检验的进出口商品种类表》，列人表内的进出口商品及其它法律法规规定必须经商检机构检验的进出口商品，必须经过商检机构或其指定的检验机构检验，否则，不准销售、使用或出口。

第三节　国家对消费者合法权益的司法保护

国家检察机关、审判机关承担国家对消费者合法权益保护的职责。这是我国对消费者合法权益保护的最后一道防线。根据《消法》的规定，对消费者合法权益的保护应由司法机关依照法律、法规规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为，人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。

一、惩处侵犯消费者合法权益的违法行为和犯罪行为

在这里，违法犯罪行为是指违反消费者权益保护法律规范，侵犯消费者合法权益，以及触犯了刑法相关规定构成的犯罪行为。侵犯消费者合法权益的违法犯罪行为的表现有下列几种：

（一）生产者、销售者在产品中掺杂、掺假、以假充真、以次充好或以不合格产品冒充合格产品。

（二）生产、销售假药、劣药，并足以危害人体健康，对人身健康造成严重危害，致人死亡或对人体健康造成特别严重危害。

（三）生产、销售不符合卫生标准的食品，造成中毒事故或其它严重食源性疾患，对人身健康造成严重危害。

（四）在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，并者销售明知掺有有毒有害的非食品原料的食品，造成食源性中毒或其它食源性疾患，致人死亡或伤残。

（五）生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害。

（六）生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其它不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上产品，

造成严重后果。

（七）生产假农药、假兽药、假化肥，销售明知是假的或者失去使用效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受损失。

（八）生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果。

二、方便消费者提起诉讼，依法及时审理消费者权益争议案件

人民法院对消费者权益所作的正确裁决具有最终法律效力和最高的权威性。

第一，人民法院应采取措施，为消费者起诉提供方便。

第二，及时受理和审理消费者权益争议案件。

思考题

1．国家从哪些方面对消费者合法权益进行立法保护？

2．各级工商行政管理机关如何保护消费者的合法权益？

参考书目

吴景明：《消费者权益保护法》，中国政法大学出版社，2002 年

第六章　消费者组织

第一节　消费者组织概述

一、消费者组织的定义

（一）消费者组织的产生

消费者组织是消费者运动的产物；反过来，消费者组织又促使消费者运动蓬勃发展。它们是消费者立法不可缺少的力量，也是消费者利益的共同创造者和守护者。美国是消费者运动的发源地，也是消费者组织的诞生地。1898 年美国各个地方的消费者组织联合起来建立了“美国消费者联盟（Consumer Federation of American）”，这是世界上第一个全国性的消费者组织。英国、澳大利亚、法国、比利时、日本、印度、韩国等国家，以及我国的台湾、香港地区均设有消费者组织。

中国大陆的消费者协会 1989 年在北京成立。它是大陆目前唯一的全国性消费者组织。

国际消费者联盟组织 1960 年成立，目前有 170 多个消费者组织是其成员，这些成员来自于 67 个国家和地区。消费者国际性组织正在发挥越来越重要的作用。

（二）消费者组织的定位

消费者组织是维护消费者利益的社会组织。因此，为消费者利益而存在，以维护消费者利益为宗旨的组织才是本文作者认为的消费者组织。间接维护消费者利益的组织不属于此处所说的消费者组织。

通常，消费者组织具有法人资格。在社会学上归属于非政府组织。

消费者组织的名称虽然不尽相同，类型也不止一种，但是其共同点在于：一是以发散性的消费者利益为保护对象；二是作为消费者群体的代言人在政府和消费者之间、消费者和经营者之间搭建桥梁；三是不以盈利为目的。

二、消费者组织的类型

从实证的角度出发，消费者组织可以进行以下分类：

（一）民办与官办

消费者组织由民间发起，且主要资金来源于民间的为民办消费者团体。由政府发起，由有官方背景的人担任领导人，并且主要依靠国家财政或者地方政府财政运作的为官办消费者组织。介于其间的可以称为半官方消费者组织。在西方国家，民众可以依法自由建立消费者组织；民间消费者组织可以竞争获取政府资金与其他方面的支持。

（二）有成员与无成员

有以消费者名义设立的机构和专门的工作人员，却没有个体会员的消费者组织是无成员的消费者组织；通过向符合条件的成员开放，由自愿成为个体会员的消费者构成的组织为有成员的消费者组织。

（三）地方性组织与全国性组织

活动范围或者成员构成限制在一定区域内的消费者组织为地方性消费者组织。这种分类在我国具有代表性。我国除了中国消费者协会是全国性组织以外，其他均为地方性组织。并且这些组织的活动范围与行政区划相一致。

三、消费者组织的功能或者作用

消费者组织存在的价值在于将分散的、羸弱的消费者个人的利益作为一个阶层或者群体的利益寻找到合适的载体，还在于恢复大工业化及城市化带来的生产者和消费者之间失衡的天平。所以，它的使务与其说是以经营者为对立面，争取消费者群体的利益；毋宁说是保持一个可以与经营者合作的谈判对手。

第二节　中国消费者组织（孙虹 1900）

一、消费者组织的产生

1983 年 5 月，河北省新乐县发起并报上级批准成立了全国第一个消费者组织。1989 年全国性的消费组织——中国消费者协会经国务院批准在北京成立。到 1999 年底，全国已经建立县以上的消费者组织 3086 各，并在农村、乡镇、城市街道设有 23819 个分会。中国的消费者组织主要由各级政府工商管理部门建立与管理。

中国消费者协会从 1988 年开始，每年都与国家工商局、技术监督局和新闻机构联合组织“3 •15”国际消费者权益日的纪念活动，提高消费者权益保护的法制理念，普及商品和服务的基本知识。同时消费者协会还运用多种媒体传播信息的手段，宣传消费者权益保护信息、传播商品知识，其中比较著名的有《中国消费者报》、《消费者》、《中国消费者通讯》等专门性刊物，另外消费者组织还举办消费者咨询窗口，消费者知识讲座和消费知识竞赛等活动，大大丰富了消费运动的内容。

鉴于我国消费者组织的特点，它开展任何活动都不得向消费者或者经营者收取费用。

二、我国消费者组织的职能

消费者组织在消费者运动中的作用非常重要，具体体现在其职能的发挥。根据我国消费者权益保护法的规定，其职能为以下几个方面：

1．搜集市场和商品信息，将其提供给消费者并提供咨询服务

消费者组织利用自己的专业优势和资源优势来搜集市场信息和商品信息，加工整理之后提供给消费者。这些信息的提供能够使得消费者的消费行为更加理性，在事前就给予消费者权益以保护，避免事后的权益损害与赔偿，从整体上节约社会成本。

另外向消费者提供多种途径的咨询服务，是消费者组织设立和运作的日常工作之一。

2．收集消费者意见，并将其反馈给经营者和政府部门

消费者组织是消费者与经营者以及政府执法部门之间的桥梁。

消费者组织听取消费者对商品、服务和市场的态度和意见；将这些意见反馈给经营者，以促使经营者改进生产、改进服务态度。

消费者组织的意见还对政府执法部门具有重要的价值。政府部门及时接收消费者对商品的评价和意见，也便于其对商品质量和经营厂商的监督和管理。

3．参与或直接对商品、服务进行检查、检验监督

消费者组织可以自己组织力量对市场上的消费品或专门针对某一种商品进行检验和监督，也可以采取与行政机关协作进行检查、检验，这种方式由于国家强制力的介入可以大大提高检查、检验的效率，提高社会监督和国家公权力监督的力度。

4．接受消费者的投诉

消费者组织通常在内部设立专门处理消费者投诉的机构。

消费者组织对于造成严重后果的损害消费者权益的行为可以自行进行调查和检验，以便于全面的掌握问题的案由以及商品在质量等方面存在的瑕疵。调查结果可以向公众公布，使得信息透明化提高社会监督力度；也可以呈报执法机关，作为执法的依据。

5．向消费者提供法律服务，支持消费者起诉

消费者组织应该向自己的成员及其他消费者开展法律服务活动，并在适当情况下支持消费者起诉。

消费者组织支持起诉既包括精神支持也包括物质支持，前者是鼓励消费者起诉的勇气，帮助其克服放任侵权行为或害怕法律诉讼的心理，坚定消费者进行诉讼的信心；后者是提供财力上的支持，或是介绍代理律师，甚至在必要时由消费者组织作为消费者的诉讼代理人参加诉讼。

6．利用传媒手段开展宣传，拓宽消费者获取信息的途径

消费者组织应该充分利用传媒手段，组办自己的专门性消费刊物、开办消费者专栏、开展电视讲座以及建立自己的专门性网站。利用舆论压力来影响经营者的行为以提高商品质量，有效保护消费者的合法权益。

7．建立消费者组织之间的联系，扩大消费者组织的社会影响

国家应该允许建立不同类型的消费者组织，使消费者运动蓬勃发展。

消费者组织之间可以开展协作和交流等活动，也可以在时机成熟时建立全国联盟。

8．开展消费者教育和相关理论的研究

消费者组织应该开展对消费者的教育活动，使消费者拥有良好的权利意识和自我保护意识，在正确消费观念的指引下作出理性的消费行为。

消费者组织在教育消费者的同时，也应进行消费理论和消费者权益保护理论的研究。增强与经营者对话的效果以及与政府部门沟通的能力。

9．积极参与立法、推动消费者保护法制建设

消费者组织应该积极参与到消费者权益保护的立法工作当中，运用自己的专业法律知识和所掌握的详细信息，为国家立法出谋划策，提高立法的科学性和实际应用性，推动国家消费者保护的法制建设。

10．开展国际交流，推动消费者权益保护的国际合作

消费者组织应该在相关理论和制度研究方面开展国际交流，有选择的为本国消费者运动和消费者权益保护立法增添新的元素。

同时，经济全球化和信息化所带来的消费国际化逐渐成为消费领域的新特点。开展国际交流可以使得两国消费者组织对消费情况更加了解，便于给消费者提供域外的消费信息和法律信息，从而使跨国消费保护程度不断提高。

第三节　国际消费者联盟组织（吴景明）（2000）

一、国际消费者联盟组织概况

国际消费者联盟组织简称 IOCU（是 International　Organization of Consumers Unions 的缩写），是由美国消费者联盟、英国消费者协会、澳大利亚消费者协会、荷兰消费者联盟和比利时消费者协会等 5 个消费者组织于 1960 年发起成立的消费者团体国际联络组织，也是一个独立的、非营利和非政治性的组织。现有成员包括 67 个国家和地区的 174 个消费者组织。总部设在荷兰的海牙，并在马来西亚的槟城、乌拉圭的蒙得维的亚设立亚洲与太平洋地区办事处和拉丁美洲与加勒比海地区办事处，有工作人员 55 名。

国际消费者联盟组织的机构：

1．体大会

全体大会由每个会员派一名代表组成。IOCU 每 3 年召开一次全体大会。

2. 理事会

IOCU 的理事会由 20 个会员组成，其中一部分为 IOCU 创始人，另一部分由每次例行的定期会议的全体大会选举 5 个 IOCU 会员作为理事会理事组成

3．主席

IOCU 设主席一人，他既是全体大会的主席，又是理事会主席和执行委员会主席。设副主席一人。IOCU 章程规定，任何人作为主席，其连任均不得超过 3 任

4．执行委员会

IOCU 执行委员会由主席、副主席、一名名誉司库、一位名誉秘书和可能被执行委员会指派的为特殊时期或特殊目的的理事会的不超过两名的其他理事组成。

二、国际消费者联盟组织的活动

IOCU 成立初期从事的活动仅限于产品检验和消费者情报两个方面：

1．产品检验。产品检验是 IOCU 初创阶段的主要工作范围。

2．消费者情报。通过新闻汇集，报道世界各国的消费者运动新闻，

以及不定期地发行专门刊物、报告和读者指南等，收集、传播与消费者利益有关的立法、技术、教育资料。

（二）70 年代以后，随着组织的不断发展和扩大，IOCU 的活动领域及工作范围也越

来越广泛。除原有的产品检验，情报工作外，其活动还有下列各方面：

1．支持其不同的成员（包括国家的、地区的、行政部门的、大检验组织和志愿协会及一些小团体）工作。

2．IOCU 通过现有的三个工作网，联系着各成员组织的活动。这三个工作网包括：国际消费者监督网、消费教育工作者联络网、情报和书籍出版者工作网和杀虫剂行动网。

思考题

1．消费者组织应该如何进行定位？

2．消费者组织可以有哪些类型？

3．国际消费者联盟组织的活动有什么特点？

参考书目：（孙虹提供）

1．[法]热拉尔.卡：《消费者权益保护》，姜依群译，商务印书馆，1997 年 5 月。

2．[美]约翰.罗尔斯：《正义论》，何怀红等译，中国社会科学出版社，1988 年。

3．[美]曼瑟尔.奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，上海三联书店,1995 年。

第七章　消费争议的解决（张挥）（3900）

教学要求：通过本章的学习，学生应重点掌握消费争议的解决途径及特殊求偿主体的法律规定内容。了解消费争议的表现形式。

重点：欠缺

难点：欠缺

第一节　消费争议的解决途径

一、消费争议的概念及表现形式

消费争议又称消费纠纷或者消费者权益争议，是指在消费领域中，消费者与经营者之间因权利和义务关系而产生的矛盾纠纷。消费争议的表现形式主要有：

1．消费者在购买、使用商品或者接受服务时，由于经营者不依法履行义务或者不适当履行义务，使消费者合法权益受到损害，在经营者和消费者之间发生的争议。

2．消费者对经营者提供的商品或服务不满意，双方因此而发生的争议。

二、消费争议的解决途径

从消费争议的法律性质上看属于民事权益争议的范畴，因此解决争议的途径具有多重性，而且在一定条件下争议双方可以选择利用某种途径来解决争议。为此，《消费者权益保护法》第 34 条对消费争议的解决途径作了明确规定。

（一）消费者与经营者协商和解。它是指消费争议双方当事人就争议事项，在平等自愿的基础上，本着公平、合理解决问题的态度和诚意，通过弄清事实，分清责任，交换意见，取得沟通，从而找出解决争议的方式、办法的一种方式。这是消费者和经营者在发生纠纷后采用最多的一种解决途径。但协商和解是有条件的：其一，争议双方要有解决问题的诚意；其二，当事人对争议的原因、责任等认识分歧不大，有和解的基础；其三，双方都能以公平、合理的态度待人，能互谅互让并有能让双方都可以接受的解决方案。

（二）请求消费者协会调解。它是指争议双方当事人在消费者协会主持下就有争议的问题进行自愿协商，达成协议，以解决争议的一种方式。由于消费者协会是一个半官方的社会团体，因此在调解时不同于一般的调解，它可以依法行使调查权。

消费者协会在主持调解时必须遵守下列原则：

（1）自愿原则。调解解决消费争议，必须充分尊重当事人的意愿，不论是申请调解还是达成调解协议，必须双方当事人自愿，消费者协会不得将其意愿强加给当事人，更不得以欺诈、胁迫等手段强迫当事人接受某一调解方案。

（2）合法原则。调解解决消费争议，必须依据法律、法规和行政规章的规定进行，调解所达成的协议也必须符合法律、法规及规章的规定。

（3）实事求是的原则。调解解决消费争议必须在查明事实、分清是非的基础上促使双方当事人达成调解协议。

消费者协会调解消费争议的程序包括下列步骤：

（1）受理投诉。投诉是指在购买、使用商品或者接受服务过程中，消费者和经营者就权利和义务关系发生争议，向消费者协会反映情况并请求予以解决的行为。消费者协会接受投诉即为受理。

（2）调查。消费者协会在受理了投诉并决定予以调解时，应尽快对争议进行调查，包括向双

方当事人及其他知情人调查了解争议产生的原因、经过，争议所涉及的商品或者服务的情况。

（3）调解。在对事实调查清楚的基础上，消费者协会可以将双方当事人邀到一起，在其自愿的基础上进行调解。

（三）向有关行政部门申诉。它是指消费者在消费过程中其合法权益受到侵害时，就有关事实以口头或书面形式向有关行政机关反映情况，请求解决争议，以维护自身合法权益并对经营者的违法行为给予处理的行为。“有关行政机关”是指有保护消费者权益职能的各级人民政府所属部门，如工商行政管理部门、旅游行政管理部门、质量监督管理部门、卫生行政管理部门、进出口商品检验部门等等。

行政机关处理消费争议案件包括两个方面的工作：

1．在事实调查清楚的基础上，依法对争议进行调解，使双方在自愿、平等协议的基础上达成协议。

2．在处理纠纷过程中如果发现经营者有违法行为并查证属实的，有关行政机关应给予行政处罚。

（四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁。消费者与经营者根据事先或事后达成的仲裁协议自愿将争议提交第三方裁决解决争议的一种法律制度。仲裁必须以当事人双方自愿为前提，而且必须达成书面的仲裁协议，否则，任何一方当事人申请仲裁，仲裁机构都不予受理。

（五）向人民法院起诉。当消费者的合法权益受到侵害时，可以向人民法院通过提起诉讼来解决消费争议。通过诉讼方式解决的消费争议，具有最高的权威性和最终的决定力，任何其他机关、团体、个人都无权从根本上否定其作出的已生效的判决或裁定。

消费者向人民法院提起诉讼必须符合下列条件：

1．提起诉讼的消费者应与所提起的争议案件有直接的利害关系；

2．有明确的被告；

3．有具体的诉讼请求和事实理由；

4．属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

第二节　消费者求偿主体的法律规定

消费者在购买、使用商品或者接受服务时，直接或间接地与多个经营者产生利害关系，当消费者的合法权益受到侵害时，应向谁主张权利呢？为此，《消费者权益保护法》作了具体规定。

一、向销售者要求赔偿

消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到侵害的，可以向销售者要求赔偿。这就从法律上为消费者简化了与经营者之间的复杂关系。只要消费者的合法权益受到侵害，就可首先向销售者要求赔偿，而不管实际侵权人是否销售者，这就使消费者受到侵害的权利及时得到了补救。但如果不是销售者的错误，在销售者先行赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或其他销售者追偿。

二、向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿

消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。这一规定明确了当商品缺陷造成人身、财产损害时，有权要求赔偿的权利主体不只限于受到损害的消费者，还包括其他与购买、使用缺陷商品没有关系却因他人购买、使用而受到意外伤害的人。受害人在行使求偿权时，既可以向销售者求偿，也可以向生产者求偿。

三、向服务者要求赔偿

当消费者接受服务时，其合法权益受到侵害的，可以向服务者要求赔偿。由于服务的消费在消费者和服务者之间没有中间环节，因此，消费者在接受服务时造成其合法权益损害的，一般是由于服务提供者不履行或不适当履行其法定义务或者约定义务造成的，消费者可直接向服务者要求赔偿。

四、向变更后承受其权利和义务的企业要求赔偿

当消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害的，遇到销售者、生产者或提供服务者因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利和义务的企业要求赔偿。这是为避免因企业分立或合并后推卸责任，更好地保护消费者而作的具体规定。

五、向营业执照的持有人要求赔偿

使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。根据相关法规的规定，营业执照的持有权和使用权只能由登记机关核准的经营者使用，持有人不得出租、出借或转让给他人使用，否则即构成违法。为有效地维护市场秩序，依法对经营者进行监管，避免当消费者合法权益受到侵害时，营业执照的持有人和使用人为逃避责任而互相推委，法律明确规定，违法使用他人营业执照的经营者和营业执照的持有人对消费者负有连带赔偿的责任。消费者既可以向侵犯其合法权益的经营者求偿，也可以向营业执照的持有人求偿。

六、向展销会、租赁柜台的销售者或者服务者要求赔偿，也可以向展销会举办者、柜台出租者要求赔偿

消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务时其合法权益受到损害时可以通过法定途径直接向经营者（销售者）或服务提供者要求赔偿。

展销会结束或者柜台租赁期届满后，消费者发现自己的合法权益受到侵害的，如果能够找到销售者或承租者的，可以向其要求赔偿；但同时也可以向举办者或出租者要求赔偿。无论举办者或出租者对消费者的损害有无直接责任，都有先行全部赔偿的义务。

对于因销售者或者服务者单方过错导致消费者受到损害的，展销会举办者、柜台出租者向消费者先行赔偿后，有权向销售者或者提供服务者追偿。

七、因虚假广告权益受到损害的，可以向经营者或者广告的发布者要求赔偿

因经营者利用虚假广告，致使消费者造成下列危害的：

1．误导消费者，诱使其作出错误的意思表示，购买或接受与自己真实意愿不相符的商品或服务；

2．由于虚假广告隐瞒了商品或服务的缺陷，造成消费者在使用过程中的人身及财产损害；

3．由于虚假广告隐瞒了商品或服务的真实情况，使消费者购买了并不适合自己的商品或接受了不适合自己的服务。

消费者因上述情况，使其合法权益受到损害的，可以向利用虚假广告提供商品或者服务的经营者要求赔偿。

广告的经营者发表虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩罚。

广告的经营者不能提供经营者的真实名称、地址的，应当承担赔偿责任。

八、国家对消费者合法权益的司法保护

依据《消费者权益保护法》的规定，对消费者合法权益的司法保护应由司法机关依照国家法律法规的规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为，人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。这是国家司法机关应承担的国家对消费者合法权益保护的职责。

（一）惩处侵犯消费者合法权益的违法行为和犯罪行为

侵犯消费者合法权益的违法和犯罪行为是指违反消费者权益保护法律规范，侵犯消费者合法权益，以及触犯了刑法相关规定构成的犯罪行为。侵犯消费者合法权益的违法行为，主要由有关行政机关依法追究其行政责任和由人民法院追究其民事责任，犯罪行为由人民法院追究刑事责任。

惩处经营者在提供商品或服务中侵犯消费者合法权益的违法行为和犯罪行为的法律依据是：一是《刑法》；二是《消费者权益保护法》及其他法律、法规。

（二）方便消费者提起诉讼，依法及时审理消费者权益争议案件

人民法院对消费者权益所作的正确裁决具有最终法律效力和最高的权威性。因此，为了及时解决消费权益争议，避免争议久拖不决给消费者造成更大的损害，加强对消费者合法权益的司法保护，人民法院应采取措施，为消费者起诉提供方便；对具备起诉条件的消费者权益争议案件，人民法院就必须受理，及时审理。

思考题：欠缺

参考书：（孙虹提供）

1．王利明：《惩罚性赔偿研究》[J].《中国社会科学》,2000（4）.

2．王成：《侵权损害赔偿的经济分析》[M].北京:中国人民大学出版社,2002.

3．王卫国：《中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿》,《法学》1998 年第 3 期,第 25 页。

4．王立峰：《论惩罚性损害赔偿》,《民商法论丛》（第 15 期）. 梁彗星主编,北京:法律出版社,2000.

5．金海福：论惩罚性赔偿责任的性质[J]．法学评论，2004,（3）.

6．薛虹：演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决[A].梁慧星.民商法论丛（第 5 卷）[C].北京:法律出版社，1996.

7．王利明：美国惩罚性赔偿制度研究.[J].比较法研究.2003.（5）.

第八章　违反消费者法的法律责任（吴景明）（3000）

教学要求：通过本章学习，要求学生掌握侵害消费者合法权益的私人赔偿责任、刑事责任；私人赔偿责任的特点、情形和种类；刑事责任的种类。一般了解侵害消费者合法权益的行政责任的情形。

重点：精神损害赔偿的适用情形、惩罚性赔偿的适用情形。

难点、疑点：精神损害赔偿是否只适用于侵权领域？在消法中和民法中的适用应否有所差异？我国的惩罚性赔偿制度是否完善？应如何进一步发展？

第一节　违反消费者法——私人赔偿责任

私人赔偿责任是消费领域中最主要也是最重要的责任形式，在《消法》中具有极为重要的地位。所谓私人赔偿责任是指消费法律关系主体违反法律或合同，不履行或不适当履行民事义务所应承担的法律后果。它是消费者权利得以保护的重要手段。私人赔偿责任的特征表现为：

第一，私人赔偿责任以违反经营者义务为前提，没有经营者义务，私人赔偿责任即不存在。

第二，私人赔偿责任主要是财产责任。虽然也有消除影响、赔礼道歉、恢复名誉等一些非财产内容，但私人赔偿责任的构成主要是赔偿损失、恢复原状、返还原物等。　　第三，私人赔偿责任具有补偿性，是发生在消费法律关系主体之间的以补偿一方当事人因另一方当事人的行为对其造成的损害为主要内容。

第四，私人赔偿责任的承担方式和范围可以由当事人自由协商。

私人赔偿责任的构成要件包括：首先，必须有损害事实的发生，损害包括人身损害和财产损害，可能是直接损失，也可能是间接损失。其次，行为具有违法性，必须是违反了我国现行的法律法规的规定。再次，损害事实与违法行为之间存在必然的因果联系。

《消法》规定的私人赔偿责任与其它法律如《民法通则》、《产品质量法》等规定的民事责任相比较，具有如下特点：

第一，对一般民事责任，其它法律有规定的，适用其它法律的规定。这种处理技术使现有的法律之间能协调一致，可避免不必要的重复。如《消法》第 40 条规定，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其它有关法律、法规的规定，承担民事责任。

第二，《消法》在私人赔偿责任方面的规定，对我国民事赔偿制度作了重大突破。这主要体现在“两个第一”上，即：第一次间接规定了人身损害的精神赔偿，增加了残疾赔偿金和死亡赔偿金的规定；第一次直接规定了惩罚性赔偿金，突破了我国在民事赔偿方面历来奉行的赔偿实际损失的原则。

一、《消费者权益保护法》对应当承担私人赔偿责任的规定

《消法》第 40 条以列举方式明确规定了几种主要的侵害消费者合法权益的行为。这些行为在日常生活中是最常见发生最多的行为。经营者实施了这些行为，都应依法承担私人赔偿责任。

（一）提供的商品存在缺陷。

（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明。

（三）不符合在商品或者包装上注明采用的商品标准。

（四）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

（五）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品。

（六）销售的商品数量不足。这是指经营者出售给消费者的商品少于约定的数量或少于商品说明上表明的数量。

（七）服务的内容和费用违反约定。

（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货。补足商品数量、退还贷款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝。

（九）法律、法规规定的其它损害消费者权益的情形。

二、私人赔偿责任的具体内容

《消法》对经营者损害消费者权益的私人赔偿责任是从人身损害和财产损失两方面加以规定的。

（一）人身损害的私人赔偿责任

人身损害的私人赔偿责任是指经营者提供商品或服务造成消费者一般的人身伤害、残疾、死亡和侵犯消费者人格尊严应承担的私人赔偿责任。这里除了对消费者受到的损害应承担私人赔偿责任外，对他人所造成的与经营者提供商品或服务有关而导致的损害，经营者同样应承担私人赔偿责任。

1．经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应承担下述赔偿责任：

（1）医疗费。

（2）治疗期间的护理费。

（3）因误工减少的收入。

（4）其它合理费用。

2．经营者提供商品或服务造成消费者或其他人残疾的，除应赔偿上述费用外，还应支付下列费用：

（1）残疾者生活自助具费。

（2）生活补助费。

（3）残疾赔偿金。

（4）由受害人扶养的人必需的生活费。

3．经营者提供商品或者服务，造成消费者或其他人死亡的，应支付下列费用：

（1）丧葬费。安葬死者所需的合理费用。

（2）死亡赔偿金。对死者亲属支付的精神抚慰金。

（3）由死者生前扶养的人所必需的生活费。

4．经营者违反《消法》规定，侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，即对消费者进行侮辱、诽谤、非法搜查消费者身体及携带的物品和限制、剥夺消费者人身自由的，应承担下列责任：

（1）停止侵害。

（2）恢复名誉。

（3）消除影响。

（4）赔礼道歉。

（5）赔偿损失。

（二）精神损害赔偿

关于精神损害，通常表现为人格形象和人体特征形象以及人体器官及其功能的毁损所造成的心理痛苦和生理痛苦以至思想、行为的变异，自我心理评价的失衡。精神损害虽是无形的，但所带来的精神创伤却很严重。因此，以有形有价的金钱弥补无形的精神损害，只能是对受害人及其家属进行精神抚慰而已。因为不论赔偿额多么巨大，都无法买回受害者失去的器官和永不会再生的生命。基于此，赔偿额的确定是次要的，重要的是有这一法律制度，即符合《消法》保护弱者的合法原则

和精神。

1．精神损害赔偿的法律依据

《消费者权益保护法》第 41 条、第 42 条和第 43 条规定的残疾赔偿金、死亡赔偿金和消费者人格尊严、人身自由受到侵害的损害赔偿，《产品质量法》第 44 条规定的残疾赔偿金、死亡赔偿金，都是精神损害赔偿的法律依据。此外，2001 年 2 月 26 日最高人民法院公布、2001 年 3 月 10 日实施的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》为我国各级法院审理消费者纠纷案件中精神损害赔偿的确定提供了具体的法律依据。

2．精神损害赔偿的范围

消费者在消费过程中，下列人格权遭受非法侵害的，可以向法院起诉时一并或者单独提出精神损害赔偿请求：（1）生命权、健康权、身体权；（2）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（3）人格尊严权、人身自由权；（4）具有人格象征意义的特定纪念物品。

3．精神损害赔偿额的确定依据

关于精神损害赔偿额的确定，应参照以下各要素确定：（1）侵权人的过错程度，但法律另有规定的除外；（2）侵权人的手段、场合、行为方式等具体情节；（3）侵权行为所造成的后果；（4）侵权人的获利情况；（5）侵权人承担责任的经济能力；（6）受诉法院所在地的平均生活水平。

（三）财产损害的私人赔偿责任

消费者在购买、使用商品或接受服务过程中遭受财产损失，必然给消费者生活和精神造成不利影响。因此，《消法》对经营者提供商品或服务中损害消费者财产利益规定了私人赔偿责任，具体有以下几种形式：

1．修理。

2．重作。

3．更换。

4．退货。

5．补足商品数量。

6．退还货款和服务费用。

7．赔偿损失。

8．支付其他合理费用。

（四）惩罚性赔偿制度

《消法》第 49 条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”这一规定，在我国立法史上首次确立了惩罚性赔偿金制度，是我国民事赔偿理论的一次革命，进一步发展和完善了我国的民事赔偿制度。但在我国，惩罚性赔偿制度的适用范围只限于欺诈。关于欺诈，最高人民法院关于《民法通则》的司法解释中明确规定，一方故意告知对方虚假情况或故意隐瞒真实情况，诱使对方作出错误的意思表示的为欺诈。国家工商行政管理局发布的《欺诈消费者行为处罚办法》第 2 条也规定，欺诈消费者行为是指经营者在提供商品（以下所称商品包括服务）或者服务中，采取虚假的或者其它不正当手段欺骗、误导消费者，使消费者的合法权益受到损害的行为。它包括：

1．售掺杂、掺假，以假充真，以次充好的商品的；

2．采取虚假或者其它不正当手段使销售的商品份量不足的；

3．销售“处理品”、“残次品”、“等外品”等商品而谎称是正品的；

4．以虚假的“清仓价”、“甩卖价”、“优惠价”或者其它欺骗性价格表示销售商品的；

5．以虚假的商品说明、商品标准、实物样品等方式销售商品的；

6．不以自己的真实名称和标记销售商品的；

7．采取雇佣他人等方式进行欺骗性的销售诱导的；

8．作虚假的现场演示和说明的；

9．利用广播、电视、电影、报刊等大众传播媒介对商品作虚假宣传的；

10．骗取消费者预付款的；

11．利用邮购销售骗取价款而不提供或者不按照约定条件提供商品的；

12．以虚假的“有奖销售”、“还本销售”等方式销售商品的；

13．以其它虚假或者不正当手段欺诈消费者的行为。

经营者在向消费者提供商品中，有下列情形之一，且不能证明自己确非欺骗、误导消费者而实施此种行为的，应当承担欺诈消费者行为的法律责任：

1．销售失效、变质商品的；

2．销售侵犯他人注册商标权的商品的；

3．销售伪造产地、伪造或者冒用他人的企业名称或者姓名的商品的；

4．销售伪造或者冒用他人商品特有的名称、包装、装演的商品的；

5．销售伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的商品的。

（五）以邮购方式和预收款方式提供商品或服务的民事责任

邮购销售商品是指卖方通过邮政媒介将商品卖给买方的交易活动。它有买卖双方不直接见面，交易不受空间限制以及款到付货、异地交易等特点。因此，这种方式最容易被经营者利用，损害消费者的合法权益。正因为如此，《消法》第 46 条规定，经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款，并应当承担消费者必须支付的合理费用。

以预收款方式销售商品或提供服务，一般发生在卖方市场的情况下，商品或服务供不应求，经营者没有现货或者即时服务可提供。《消法》第 47 条规定，经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款，并应当承担预付款的利息，消费者必须支付的合理费用。

第二节　违反消费者法——行政处罚

侵犯消费者合法权益的行政责任，是行为人实施违反消费者权益保护法律、法规所必须承担的行政法律后果，表现为保护消费者合法权益的国家行政机关对侵犯消费者合法权益行为人所作的各种行政处罚和行政处分。

一、　侵犯消费者合法权益承担行政责任的情形

按照《消费者权益保护法》的规定，行政责任适用于下述各种侵犯消费者合法权益的行为：

1．生产、销售的商品不符合保障人身、财产安全要求的；

2．在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；

3．生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；

4．伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志、名成标志等质量标志的；

5．销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；

6．对商品或者服务作引人误解的虚假宣传的；

7．对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失，故意拖延或者无理拒绝的；

8．侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，等等。

二、行法律、法规对经营者侵犯消费者权益行政处罚的规定

根据现行的法律、法规的规定，对经营者违法行为的行政处罚主要有：

（一）生产、销售的商品不符合保障人身、财产安全的要求。

（二）在商品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的。

（三）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的 。

伪造商品的产地、伪造或者冒用他人的厂名、厂址、伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的。

销售的商品应当检验、检疫而未报经检验、检疫或者伪造检验、检疫结果。

（六）对商品或者服务作引人误解的虚假宣传的。

（七）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或

（八）侵害消费者人格尊严或者侵犯消费者人自自由的。

（九）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

第三节　违反消费者法——刑事处罚

一、侵犯消费者权益刑事责任概述

刑事责任是指行为人实施刑事法律禁止的行为所必须承担的法律后果，也就是犯罪行为所要受到的刑罚制裁。常见的损害消费者利益的犯罪行为包括五类：一为制售假冒伪劣商品型犯罪，其中包括掺杂使假罪，生产制造假药、劣药罪，生产、销售伪劣食品罪，生产、销售有毒有害食品罪，生产、销售伪劣医用器械材料罪，生产、销售有害人身、财产安全产品罪，生产、销售伪劣农业生产资料罪，生产、销售伪劣化妆品罪等。二为扰乱市场秩序型犯罪，其中主要有刑法第三章第 8 节规定的发布虚假广告罪，利用合同骗取财物罪，非法经营罪，强买强卖罪，其中与消费者关系密切的有：假冒注册商标罪，销售假冒注册商标商品罪，制售注册商标标识罪，假冒专利罪，侵犯著作权罪等。四为危害公共卫生型犯罪，其中包括医疗责任事故罪，非法行医罪等。五为渎职型犯罪，其中与消费者利益最为密切的有：刑法第 414 条规定的对生产、销售伪劣商品的犯罪行为徇私舞弊罪，第 413 条规定的伪造商品检验结果罪等。

二、现行法律对侵犯消费者权益刑事责任的规定

（一）假冒注册商标罪

（二）制售注册商标标识罪

（三）销售假冒注册商标的商品罪

（四）掺杂使假罪

（五）制售假药罪

（六）制售劣药罪

（七）制售不卫生食品罪

（八）制售有毒有害食品罪

（九）生产、销售劣质医用器材罪

（十）生产、销售劣质安全管制商品罪

（十一）生产、销售伪劣农用生产资料罪

（十二）生产销售劣质化妆品罪

思考题

1．《消费者权益保护法》规定的私人赔偿责任的种类有哪些？

2．如何理解精神损害及其赔偿？

3．如何适用《消费者权益保护法》第 49 条？

参考文献

1．王利明：《惩罚性赔偿研究》[J].《中国社会科学》,2000（4）.

2．王成：《侵权损害赔偿的经济分析》[M].北京:中国人民大学出版社,2002.

3．王卫国：《中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿》,《法学》1998 年第 3 期,第 25 页。

4．王立峰：《论惩罚性损害赔偿》,《民商法论丛》（第 15 期）. 梁彗星主编,北京:法律出版社,2000.

5．金海福：论惩罚性赔偿责任的性质[J]．法学评论，2004,（3）.

6．薛虹：演变中的侵权责任和人身伤亡事故问题的解决[A].梁慧星.民商法论丛（第 5 卷）[C].北京:法律出版社，1996.

7．王利明：美国惩罚性赔偿制度研究.[J].比较法研究.2003.（5）.

《环境法学》教学大纲

杨素娟　编写

目　录

前　言.....501
一、课程性质与设置目的.....501
二、课程简介.....501
三、开课时间与学时学分.....501
参考教材.....501
第一章　导　论.....502
第一节　环境与环境问题的基本概念.....502
一、环境.....502
二、自然资源.....502
三、生态平衡.....503
四、环境问题.....503
五、环境保护.....503
第二节　环境法学与环境科学的关系.....503
一、环境经济学的基本理论.....503
二、环境伦理学的基本理论.....504
三、环境管理学的基本理论.....504
本章思考题.....504
第二章　环境法概述.....505
第一节　环境法的概念与作用.....505
一、环境法概念与特点.....505
二、环境法的作用.....505
第二节　环境法的目的与任务.....505
一、我国《环境保护法》对立法目的和任务的规定.....505
二、21 世纪以来，新修订或新制定的环境单行法对立法目的和任务的阐释.....506
三、环境法与其他部门法的区别与联系.....506
第三节　环境法的产生与发展.....506
一、外国环境法的产生与发展.....506
二、中国环境法的产生与发展.....506
三、环境法的发展规律和趋势.....506
本章思考题.....507
第三章　环境法律关系与环境法体系.....508
第一节　环境法律关系.....508
一、环境法律关系及其构成.....508
二、环境法律关系客体包括：环境资源、环境行为，环境资源具有很强的生态性。....508
第二节　环境法体系.....508
一、环境法体系的基本概念.....508
二、我国现行的环境法体系.....508
课堂讨论内容.....509
本章思考题.....509
第四章　环境法基本原则.....510

第一节　环境法基本原则概述.....510
一、环境法基本原则的概念.....510
二、环境法基本原则确立的依据.....510
第二节　环境保护与经济社会发展相协调的原则.....510
一、“协调发展”与“可持续发展”.....510
二、协调发展原则的法律依据.....510
三、协调发展原则的贯彻落实.....510
第三节　预防为主防治结合的原则.....510
一、预防为主防治结合原则的提出.....510
二、预防为主防治结合原则的法律依据.....511
三、预防为主防治结合原则的作用.....511
四、预防为主防治结合原则的贯彻与落实.....511
第四节　开发者养护、污染者负担（受益者负担）原则.....511
一、开发者养护、污染者负担（受益者负担）原则的含义.....511
二、污染者负担原则的法律依据.....511
三、污染者负担原则的作用.....512
四、污染者负担原则的贯彻、落实.....512
第五节　公众参与环境保护的原则.....512
一、公众参与环境保护原则的含义.....512
二、公众参与环境保护原则的法律依据.....512
三、公众参与环境保护原则的作用.....512
四、公众参与环境保护原则的贯彻.....512
本章思考题.....512
第五章　环境污染防治的基本法律制度.....513
第一节　概　述.....513
一、环境法基本原则与基本制度的关系.....513
二、环境法律制度的含义和特征.....513
三、我国关于环境污染防治基本法律制度.....513
第二节　环境影响评价制度.....513
一、环境影响评价制度概述.....513
二、环境影响评价制度的适用范围.....514
三、环境影响评价的基本内容.....514
四、环境影响评价的程序及重要问题.....514
五、违反环境影响评价制度的法律责任.....515
第三节　“三同时”制度.....516
一、“三同时”制度概念.....516
二、“三同时”制度的法律规定.....516
三、违反三同时制度的法律责任.....516
第四节　排污许可证制度.....517
一、排污许可证制度的概念.....517
二、我国环境管理中的排污许可证.....517
第五节　排污收费制度.....518
一、排污费制度的概念与性质.....518

二、排污费制度的适用范围.....518
三、排污费的管理与使用.....518
四、征收排污费制度中的几个问题.....518
第六节　限期治理制度.....519
一、限期治理制度概念.....519
二、限期治理制度的适用对象.....519
三、限期治理的决定机关.....519
四、限期治理的目标和期限.....519
五、逾期未完成限期治理的法律责任.....519
第七节　环境污染与破坏事故的报告和处理制度.....519
一、环境污染与破坏事故的报告和处理制度 概念与意义.....519
二、环境污染与破坏事故的报告和处理制度的主要内容.....520
本章思考题.....520
第六章　环境标准和环境监测.....521
第一节　环境标准.....521
一、环境标准的概念和作用.....521
二、环境标准体系.....521
三、环境标准的制定.....521
四、环境标准的法律意义.....522
第二节　环境监测.....522
一、环境监测的概念和作用.....522
二、环境监测报告制度.....522
思考题.....522
第七章　环境行政责任.....523
第一节　环境行政责任概述.....523
一、环境行政责任的概念.....523
二、环境行政责任的构成要件.....523
三、环境行政制裁.....524
第二节　环境行政处罚.....524
一、环境行政处罚的概念.....524
二、行政处罚的原则.....524
三、环境行政处罚的种类.....525
四、行政处罚的程序.....525
第三节　环境行政处分.....525
一、环境行政处分概念.....525
二、环境行政处分的程序.....526
第四节　环境行政纠纷及其解决机制.....526
一、概念.....526
二、环境行政复议.....526
三、环境行政诉讼.....526
案例讨论.....527
本章思考题.....527
第八章　环境民事责任与环境刑事责任.....528

第一节　环境民事责任.....528
一、环境民事责任的概念.....528
二、环境民事责任的归责原则.....528
三、环境民事责任的构成要件.....529
四、环境民事责任的承担方式.....529
第二节　环境民事纠纷解决机制.....529
一、环境民事纠纷及特点.....529
二、环境民事纠纷的解决方式.....530
三、环境民事纠纷解决的主要途径.....530
第三节 环境刑事责任.....531
一、环境刑事责任的概念和立法模式.....531
二、环境刑事责任的构成要件.....531
三、破坏环境资源保护罪类概述.....532
案例讨论.....533
本章思考题.....533
第九章　环境污染防治法.....534
第一节　环境污染防治及其立法.....534
一、概述.....534
二、环境污染防治法体系.....534
第二节　大气污染防治法.....534
一、大气污染防治法概述.....534
二、大气污染防治法的主要法律规定.....535
第三节　水污染防治法.....535
一、水污染防治法概述.....535
二、水污染防治法的主要法律规定.....536
第四节　海洋环境保护法.....536
一、海洋环境保护法法概述.....536
二、海洋环境保护法的主要法律规定.....537
第五节　固体废物污染环境防治法.....537
一、固体废物污染防治法概述.....537
二、固体废物污染防治法的主要法律规定.....538
第六节　环境噪声污染防治法.....538
一、环境噪声污染防治法概述.....538
二、环境噪声污染防治法的主要法律规定.....538
第七节　有毒有害物质污染控制的法律规定.....539
一、基本概念.....539
二、化学物质污染控制的法律规定.....539
三、防治农药污染的法律规定.....539
四、防治放射性污染的法律规定.....539
本章思考题.....539
第十章　自然资源保护法概述.....540
第一节　自然保护法概述.....540
一、自然保护和自然保护法.....540

二、自然保护法与自然资源法的关系.....540
三、自然保护的立法.....540
第二节　自然资源保护法概述.....540
一、自然资源及其特点.....540
二、自然资源保护立法.....540
本章思考题.....541
第十一章　国际环境法.....542
第一节　国际环境保护法概述.....542
一、国际环境问题对国际法的挑战.....542
二、国际环境法的基本问题.....542
第二节　主要领域的国际环境保护法律文件.....542
一、大气层的环境保护.....542
二、海洋环境保护.....543
三、有害废物的国际管制.....543
四、核污染防治.....543
五、陆地生物资源的保护.....543
本章思考题.....543
本课拓展阅读书目.....543

前　言

一、课程性质与设置目的

环境法学是教育部规定的高等教育院校法学专业本科生应当选学的基础课程之一，是报考环境与资源保护法学专业硕士研究生必考的专业课。

环境问题是影响我国以及全世界人民的生存与发展的大问题。环境法学是伴随着现代环境问题的出现而产生、发展起来的新兴部门法学，对于我国构筑和谐社会、实施可持续发展战略的具有重要的、很强的应用价值。因此，毫不夸张地说，系统学习和掌握环境与资源保护法学的基础知识，培养环境保护的法律意识，明确环境保护法的价值追求与目的，提高在司法实践中正确运用环境法学知识的能力，是法学专业学生为了能够胜任将来的工作、为社会提供优质的法律服务所应具备的基本素养，更是立志专门从事环境与资源保护法学研究的学生应当学习的基础性必修课程。

二、课程简介

环境法学（Science Environmental Law）是“环境与资源保护法学”的核心内容，它不仅涉及宪法、民法、行政法、刑法、三大诉讼法、国际法等传统法学学科，而且还涉及环境科学、环境经济学、环境伦理学、环境管理学等其他自然科学和社会科学学科。即，环境法学与传统法学和环境科学均具有很密切的联系，但是，作为独立的部门法学，它具有自身特有的研究内容和系统化的知识体系。本课程重点讲授与环境问题相关的基本理论、环境法的概念与特点、环境法基本原则、环境法基本制度、环境标准、环境法律责任、环境纠纷的解决等环境法的基础知识，同时，还向同学们分别讲解环境污染防治法、自然资源保护法、国际环境法等环境法的基本内容。

本课采用理论分析、中外比较、案例研究的授课方法。旨在帮助学生提高环境保护和依法维护环境权益的意识，培养和提高学生对现实问题进行综合思维与分析的习惯和能力，培养学生在人类行为中必须以及如何考量环境利益的法律思维方式，以适应现代社会对法律职业人士的高素质要求。同时，可以为有志于从事专门的环境法学研究和从事环境立法、环境行政执法、环境司法、环境律师工作的学生，打下一定的研究和工作基础。

三、开课时间与学时学分

法学本科学生于第 5 学期选修，共计 54 学时，3 学分。
先修课程：民法学、民事诉讼法学、行政法学

参考教材

王灿发著《环境法学教程》，中国政法大学出版社 1997 年出版
金瑞林主编《环境法学》，北京大学出版社 1999 年 6 月出版
韩德培主编《环境保护法教程》，法律出版社 2004 年 4 月第 4 版

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：本章学习影响环境法学产生与发展的理论基础，使学生了解和掌握与环境法学密切相关的生态学、环境经济学、环境伦理学、环境管理等环境科学的基本知识。本章重点讲解环境法与其他环境科学之间的区别与联系，使学生能够正确理解和把握之。

课时分配：本章讲授 4 学时

第一节　环境与环境问题的基本概念

一、环境

1．环境的概念、特点

环境，是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。

环境的特点：

环境的中心事物是“人”

环境包括自然环境和人工环境

环境是各种自然因素的总体

环境的分类

依据不同的标准，环境有很多分类分式，常用的环境分类有：

依据环境要素的形成原因分为人工环境与自然环境，这是环境科学常用的分类方法；依据环境要素与人类联系的密切程度分为生活环境与生态环境，这是我国宪法的分类方法；依据环境要素的形态分为大气环境、水环境、土壤环境、生物环境，这是环境单行立法采用的分类方法。

二、自然资源

1．自然资源的概念、特点

严格讲，“自然资源”不是一个明确的法律术语。根据《中国自然保护纲要》（1987 年）的定义是“在一定经济技术条件下，自然界中对人类有用的一切物质和能量都被称为自然资源。”

自然资源的特点：

时代性，一定经济技术条件下能够被人类利用的。

有用性，满足人们的某种需要的自然存在物或能量。

稀缺性，自然资源是有限的。

自然资源的分类

自然资源可分为无限资源和有限资源。有限资源又可再分为可再生资源和不可再生资源。

3．环境与自然资源的关系：

第一、大多情况下二者指同一对象，但是，强调其生态功能时称之为环境，强调其经济功能时称之为自然资源。

第二、环境大于自然资源，有些环境要素一般不属于自然资源（如臭氧、气候等）虽不能被利用，但却为人类提供良好的生存环境。

第三、环境具有综合性，有时也可以单独存在或发挥效益

第四、自然资源带有主观性，环境则是客观的

三、生态平衡

1．生态系统的组成及功能

生态系统是指自然界里由生物群体和一定的空间环境共同组成的具有一定结构和功能的综合体系。

生态系统由生产者、消费者、分解者和无生命物质四部分组成。

生态系统具有能量流动和物质循环两大功能。

2．生态平衡及生态基本规律

生态平衡是指，生物物种之间和生物与生境之间物质和能量流动保持相对稳定的状态。

生态基本规律有：物物相关律、相生相克律、能流物复律、负载有额律、协调稳定律。

四、环境问题

1．环境问题的概念

所谓环境问题是指，由于自然或人类活动的原因，使环境质量下降或失调，对人类的社会经济发展、身体健康以致生命安全及其他生物产生有害影响的现象。

2．环境问题的分类

由自然原因引发的环境问题称为第一环境问题或原生环境问题；由人为原因引发的环境问题称为第二环境问题或次生环境问题。

第一、第二环境问题之间相互联系并相互影响。

第二环境问题包括：环境破坏与环境污染。

所谓环境污染主要是指，由于工农业生产和城市生活把大量污染物排入环境，使环境质量下降，以致危害人体健康，损害生物资源，影响工农业生产的现象。

所谓环境破坏主要是指，由于人类不合理开发利用资源或进行大型工程建设，使自然环境和资源遭到破坏，引发诸如水土流失、土壤沙漠化、盐碱化、资源枯竭、气候变异、生态平衡失调等等一系列环境变异、恶化的现象。其危害后果往往需要很长时间才能恢复，有的甚至不可逆转。

世界性 5 大环境问题：酸雨、二氧化碳温室效应、臭氧空洞、土地沙漠化、生物多样性锐减。

五、环境保护

1．环境保护的概念

环境保护是指，采用行政、经济、科学技术、宣传教育和法律等手段，保护和改善生活环境与生态环境，防治污染和其他公害，使环境更符合人类的生存和发展。

环境保护的内容和作用

我国目前的环境保护主要有两方面的内容：一是保护和改善生活环境与生态环境，二是防治环境污染和其他公害。

环境保护的作用：环境保护是我国的一项基本国策；保护和发展生产力实现社会的可持续发展。

第二节　环境法学与环境科学的关系

一、环境经济学的基本理论

1．外部性理论

所谓外部性，是指在实际经济活动中，生产者或消费者的活动对其他消费者和生产者的超越活动主体范围的利害影响。它包括正、负两方面影响，正面的影响亦称正外部性或外部经济性，负面

的影响亦称负外部性或外部不经济性。环境问题是典型的、伴随着人类生活、生产活动而产生的外部不经济性。

2．柯斯定律

美国经济学家R·柯斯认为，适当地确定资源的财产权或使用权有利于消除外部不经济性。柯斯假定，如果外部不经济性的受害方对资源享有所有权和使用权，这样当局便可以根据受害方的请求，强制行为方将外部不经济性的数量减至为零。即，受害方有免受外部不经济性的权利，并且这种权利可以在政府强制或法律规定下转让（享有资源所有权的一方可以通过接受补偿损失的方式将免受外部不经济性的权利转让给行为方）。这样便在行为方与受害方之间存在了交易的可能性。

3．环境法学与环境经济学的关系

二、环境伦理学的基本理论

1．“敬畏自然”与“生命中心”的伦理观念

自然中心论认为，所有的自然存在物都有其不依赖于对人类的价值而客观存在的固有价值和发展权利，人类应当给予尊重和关爱，并且这种关爱是为了自然本身而非人类自己。人类应把自然的固有价值和权利作为评判人类行为美恶的尺度。

生命中心论认为，所有生命体均有自身的道德价值，人类应当给予生命体以同等的道德尊重。当人的利益与其他生命的基本利益发生冲突时，要根据公平正义补偿的人类的原则去解决。

环境法学与环境伦理学的关系

三、环境管理学的基本理论

1．环境管理的原则

环境管理是国家采用行政、经济、法律、科学技术、教育等多种手段，对各种影响环境的活动进行规划、调整和监督，目的在于协调经济发展和环境保护之间的关系，防治环境污染和破坏，维护生态平衡。

环境管理的原则：综合性原则、区域性原则、预测性原则、协调性原则

2．环境管理的国家职责

环境管理是国家公共管理职责的一个组成部分，环境管理应遵循国家管理的一般原则和环境管理的特有原则，并且，设立专门机构执行国家环境管理的职责。

3．环境法学与环境管理学的关系

本章思考题

1．何谓环境问题？世界性的环境问题有哪些？人类面对日益严重化和世界性的环境问题，应该采取那些有效的对策？

2．何谓环境保护？为什么说环境保护是我国的一项基本国策？

3．试论环境经济学、环境伦理学、环境管理学的产生与发展对环境法学的影响。

第二章　环境法概述

本章教学目的和基本要求：本章讲述环境法的基本问题，要求学生通过学习了解环境法的概念、特点与产生发展的历史，明确环境法的目的与任务，掌握环境法与其他部门法的区别与联系。

课时分配：本章讲授 5 课时

第一节　环境法的概念与作用

一、环境法概念与特点

1．环境法概念：环境法是调整人们在开发、利用、保护和改善环境的活动中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。

2．环境法特点

1）综合性。环境社会关系涉及生产、流通、生活各个领域和方面，并与开发利用、保护环境和资源的广泛社会活动有关，因此，需要多种法律规范、多种方法、从多个方面对与环境相关的社会关系进行综合性调整。

2）科学技术性。环境法的产生和发展是与科学技术的发展紧密相连的。环境法中有大量的技术性规范。环境法的实施需要科学技术的保证。

3）社会公益性。环境法的社会公益性是指，环境法不仅是统治阶级意志的反映，要为统治阶级的利益服务，而且，它还要反映社会公众的要求，为全社会的公共利益服务。

4）人类共同性。环境问题是整个人类所面临的共同问题，其产生的原因，各个国家大体相同，解决环境问题的理论根据、途径和方法也基本相似。

二、环境法的作用

1．环境法是公民与污染和破坏环境的违法行为进行斗争的重要武器。

2．环境法为国家实施科学、规范的环境管理提供了依据。

3．环境法为我国社会的可持续发展提供了法律保障。

4．环境法是维护国家环境权益的重要工具。

第二节　环境法的目的与任务

一、我国《环境保护法》对立法目的和任务的规定

1．环境法的目的：

环境法的直接目的是保护生态环境，但是，间接或终极目的上存在着“目的一元论”和“目的二元论“之别，日本将保障人体健康作为环境法的唯一的终极目的，称“目的一元论”；我国将保障人体健康、与实现环境保护与社会发展的协调发展作为环境法的终极目的，称“目的二元论”

2．环境法的任务：

1）合理利用环境与资源，防治防治环境污染和环境破坏

2）建设清洁适宜的环境，保护人民健康，

3）协调环境与经济的关系，促进社会可持续发展

二、21 世纪以来，新修订或新制定的环境单行法对立法目的和任务的阐释

分析《防沙治沙法》《环境影响评价法》《固体废物污染环境防治法》等第一条的有关规定。

三、环境法与其他部门法的区别与联系

1．环境法与民法。环境法重在保护各个环境要素之间以及每个环境要素内部的相关关联性，目的使其能够发挥生态效能；民法重在保护脱离了环境的某一环境要素的所有权、使用权关系。

2．环境法与刑法。环境犯罪行为人在主观上并无犯罪的直接故意，是通过环境这一媒介间接地毒害或危害被害人的犯罪行为；传统刑法所惩罚的杀人、投毒等危害公共安全犯罪，是直接针对被害人实施的犯罪行为。

3．环境法与行政法。行政法重在约束、规范政府机关依法行使行政管理权，行政管理强调各种利益的综合衡量；环境法强调独立地考虑生态利益、环境容量，明确一定的环境保护目标，通过调动诸法力量、手段实现环境保护。

4．环境法与经济法。环境法重在保护自然资源的生态价值；经济法重在保护利用自然资源的经济利益。

第三节　环境法的产生与发展

一、外国环境法的产生与发展

1．外国环境法产生时期 （18 世纪 60 年代至 20 世纪初）

产业革命带来社会进步、生产力提高的同时，也带来了环境问题。西方发达国家公害事件频出。大气、水污染立法，要求行为人限制排放或采取治理技术。

2．外国环境法发展时期（20 世纪初至 20 世纪 60 年代）

西方工业化国家公害发展和泛滥的时期。公害运动盛行，公民反对公害促使国家必须加强环境管理，加快立法规范。制定了数量较多、涉及多个环境要素的环境污染防治法。

3．外国环境法完善时期（20 世纪 70 年代至今）

人类关于环境保护的认识更加科学，国家的相关立法更加全面、完善。形成了以宪法、环境基本法、环境要素单行法及循环经济促进法等为主要内容的逐步成熟的环境法体系。

二、中国环境法的产生与发展

1．中国古代的环境保护思想与立法

2．中华民国时期的环境立法

3．中华人民共和国成立后的环境立法

1）环境法产生时期（新中国建国初级至 1979 年经济体制改革初期）、

2）环境法发展时期（20 世纪 80 年代到 90 年代）

3）环境法完善发展时期（20 世纪末本世纪初期以来）

三、环境法的发展规律和趋势

1．环境法产生发展的主要规律：

1）环境问题的严重程度决定着国家所采取的环境管理指导思想和管理制度与措施，国家环境管理的广度和深度又决定着一国环境立法的形式和内容；

2）科学技术的进步不仅可以极大地提高社会生产力，而且也会使环境立法的内容不断丰富和

科学化；

3）环境立法关于环境保护措施的严格程度，不仅由一国的经济技术条件决定，而且也受一国人民的环境保护意识的影响。

2．环境法发展的新趋势：

1）环境立法的协调化和系统化；

2）环境法的法典化；

3）环境法的国际化。

本章思考题

1．何谓环境法及其特征？它与民法、刑法、行政法、经济法的关系？

2．试论环境法的立法目的与任务？

3．简述外国环境法在不同发展时期的立法特点

4．结合中国古代的环境保护思想，试谈传统文化对现代环境保护立法的影响。

第三章　环境法律关系与环境法体系

本章教学目的和基本要求：通过本章学习明确环境法律关系、环境法体系的概念，重点把握环境法律关系及各构成要素的特点，对环境法体系有一个整体的了解。同时，理解和把握宪法关于环境保护的规定，环境保护基本法、环境保护单行法以及环境标准、其他部门法中关于环境保护的法律规范等。

课时分配：本章讲授 4 课时，课堂讨论 2 课时

第一节　环境法律关系

一、环境法律关系及其构成

环境法律关系的定义与特征

1．环境法律关系是指由环境法律规范所确认和调整的具有环境权利和义务内容的人与人之间的社会关系。

特征：环境法律关系是基于环境而产生的人与人之间的社会关系；是由环境法律规范所确认和调整的社会关系；是具有权利义务内容的法律关系；是当事人之间地位平等与不平等相结合的社会关系。

2．环境法律关系的构成要素

环境法律关系主体：具有广泛和多元性。包括国家、国家机关、企事业单位、其他社会组织、公民个人。

二、环境法律关系客体包括：环境资源、环境行为，环境资源具有很强的生态性。

环境法律关系内容：指环境法当事人的权利义务的总和。环境法权利，法律规定的环境法律关系主体主张其法定利益的可能性。环境法义务，环境法律规范对环境法律关系主体做出一定行为和不得做出一定行为的拘束力或要求力。

第二节　环境法体系

一、环境法体系的基本概念

1．环境法是独立的部门法

划分法律部门的标准，主要是根据其所调整的不同社会关系。

环境法调整的社会关系具有特殊性，决定了环境法是独立的部门法。

2．环境法体系的概念

是指由调整因保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害的社会关系而产生的法律规范所形成的有机联系的统一整体。

二、我国现行的环境法体系

1．《宪法》中有关环境保护的法律规范

宪法第九条第二款、第十条第五款、第二十二条第二款和第二十六条，明确规定环境保护是我国的一项基本国策，具体规定了环境保护的任务、内容和范围，为我国实行环境监督管理、制定环

境保护法律、法规、规章提供了根本依据。不足之处是，未对公民环境权作出明确规定。

2．环境保护基本法

是国家对环境保护的方针、政策、原则和措施的基本规定，是原则性和综合性的法律规范，是制定环境保护单行法、法规、规章的基本依据。目前，我国的环境保护法因存在着重污染防治轻自然资源保护、没有明确可持续发展思想等问题，尚不能承担起环境保护基本法的作用。

3．环境保护单行法律、法规

主要包括：以防治某一污染物为主要内容的环境污染防治法律、法规，如《大气污染防治法》《水污染防治法》《固体废物污染防治法》《环境噪声污染防治法》《海洋环境保护法》《环境影响评价法》等；和以保护某一自然资源为主要内容的自然资源保护法律、法规，如《土地管理法》《水法》《草原法》《森林法》《野生动物保护法》等。

4．环境标准中的环境保护规范

环境标准是环境法特有的重要的组成部分。环境质量标准与污染排放标准均为强制性标准。根据环境保护法的规定，环境标准分为国家和地方标准。有《空气质量标准》《土壤环境质量标准》《地表水环境质量标准》《城市区域环境噪声标准》《污染水综合物排放标准》等。

5．其他部门法中的环境保护规范

如《民法通则》关于自然资源使用者负有保护、合理利用义务的规定，污染环境造成他人损失应承担民事责任的规定，相邻关系的规定等等；《刑法》第六章第六节关于破坏环境资源保护罪的规定，关于走私废物罪、环境监管失职罪的规定。等等。

6．国务院及部委、地方性的环境法规、规章

法规及规章具有填补环境保护法律空白和细化环境保护法律，以保证环境法实施的作用。由于环境问题具有很强的地域、区域性特点，因此，制定地方环境保护法规、规章具有很重要的意义。

7．我国加入和批准签署的国际环境保护公约和条约的规定

我国加入和批准签署的国际环境保护公约和条约，是我国环境法体系的一个组成部分，只是这些国际公约和条约需通过国内法予以规定才能得到贯彻和落实，执法、司法机关不能直接引用这些国际环境保护公约和条约的规定作为处理、审判环境纠纷的依据。

课堂讨论内容

在以下三个主题中任选一个，组织学生进行课堂讨论。

1．环境法律关系的特点

2．环境法的独立性

3．环境法体系的完善

本章思考题

1．简述环境法律关系的特点

2．环境法的调整对象是什么？强调环境法是一个独立的法律部门有何意义？

3．试论如何完善我国环境法体系。

第四章　环境法基本原则

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，明确环境法各项基本原则的含义及其确立依据，理解和掌握环境法各项基本原则的内容以及如何贯彻和落实。本章是学习环境法学应重点掌握的基本内容。

课时分配：本章讲授 4 课时。

第一节　环境法基本原则概述

一、环境法基本原则的概念

是指为我国环境与资源保护法所确认的、体现环境保护工作基本方针、政策，并为国家环境管理所遵循的基本准则。

二、环境法基本原则确立的依据

1．环境法基本原则是由法律确认的，在环境与资源保护法中有所体现；

2．不能把环境保护必须遵循的基本原则同一般立法、司法原则或其他法律原则混为一谈。

3．环境法基本原则不同于一般法律规范，它是环境保护的基本方针、政策在法律上的体现，是贯穿于整个环境与资源保护法的，具有普遍意义和指导性的规范。

第二节　环境保护与经济社会发展相协调的原则

一、“协调发展”与“可持续发展”

“协调发展”就是要求经济建设、城乡建设和环境建设的同步规划、同步实施、同步发展，实现经济效益、社会效益和环境效益的统一。

“可持续发展”的终极目的是既满足当代人的需要，又不对后代人构成危害。其核心概念是“需要”与“限制”。

二、协调发展原则的法律依据

由我国第二次全国环境保护会议首次提出，体现在《环境保护法》第 4 条规定中。

三、协调发展原则的贯彻落实

1．加强环境保护与社会发展的综合决策

2．把环境保护切实纳入国民经济和社会发展计划

3．采取有利于环境保护的经济、技术政策和措施

第三节　预防为主防治结合的原则

一、预防为主防治结合原则的提出

针对环境问题的特点和性质而采取预防为主、防治结合的原则是极为重要的

1．环境问题一旦发生，往往难以消除和恢复，甚至具有不可逆转性。

2．环境造成污染和破坏以后，再进行治理，从经济上来说是最不合算的，往往要耗费巨额资金。这对经济发展是一个沉重的负担。

3．环境问题具有时空可变性大、后果显现缓发、潜在性强等特点，而人类对环境问题的认识却具有局限性。

1980 年联合国环境规划署等起草的《世界自然资源保护大纲》在环境与资源保护方面，首先提出了“预期的环境政策”。同时，《经济合作与发展组织》环境委员会也提出建议：各国环境政策的核心，应该是预防为主。20 世纪 80 年代后各国在环境政策的调整和转变过程中，预防为主的原则越来越受到重视，并成为国家环境管理和立法中的重要指导原则。

二、预防为主防治结合原则的法律依据

我国《环境保护法》及《水污染防治法》等各项环保单行法均有规定。

三、预防为主防治结合原则的作用

1．含义：

预防为主，是指在国家的环境管理中，通过计划、规划及各种管理手段，采取防范性措施，防止环境损害的发生。防治结合是指，预防为主不能代替治理措施，对于已经发生的环境污染与破坏，要采取积极的治理措施，作到防治结合

2．采取预防为主防治结合的原则作用：

第一、可尽量避免环境损害或者将其消除于生产过程之中，做到防患于未然；

第二、对于不可避免的污染，则通过各种净化治理措施，达到环境目标的要求；

第三、预防为主、防治结合的原则同经济建设与环境保护协调发展的原则是相互渗透和相辅相成的，是从对环境问题的具体措施上保证协调发展原则的实现。

四、预防为主防治结合原则的贯彻与落实

1．全面规划与合理布局

2．制定和实施具有预防性的环境管理制度。如：土地利用规划制度、环境影响评价制度等。贯彻“防治结合”的原则，我国确立有“三同时”制度等。

第四节　开发者养护、污染者负担（受益者负担）原则

一、开发者养护、污染者负担（受益者负担）原则的含义

开发者养护、污染者治理原则是强制污染和破坏环境与资源者承担责任的一项环境管理的基本原则。

开发者养护，是指对环境和自然资源进行开发利用的组织或个人，有责任对其进行恢复、整治和养护。污染者治理，是指对环境造成污染的组织或个人，有责任对其污染源和被污染的环境进行治理。

二、污染者负担原则的法律依据

我国《环境保护法》对污染者的责任问题规定为：“产生环境污染和其他公害的单位，必须把环境保护工作纳入计划，建立环境保护责任制度；采取有效措施防治在生产建设或者其他活动中产生的……对环境的污染和危害。”“排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事

业单位，依照国家规定缴纳超标准排污费，并负责治理。”

三、污染者负担原则的作用

1．促使排污者加强环境管理，防止环境污染和破坏
2．有利于推动排污者积极治理污染和破坏，促进其对环境资源的合理利用
3．可以为治理环境污染和恢复生态环境积累资金

四、污染者负担原则的贯彻、落实

1．实行环境保护目标责任制
2．实行排污收费制度
3．采取污染限期治理的措施

第五节　公众参与环境保护的原则

一、公众参与环境保护原则的含义

二、公众参与环境保护原则的法律依据

1．公民环境权理论
2．环境公共财产论、公共信托论

三、公众参与环境保护原则的作用

1．有利于调动公民环境保护的自觉性和积极性，加强环境保护
2．落实公民参与社会主义国家管理的民主权利的体现

四、公众参与环境保护原则的贯彻

我国宪法、环境影响评价法、环境影响评价公众参与暂行办法等法律法规中的公众参与环境保护的立法体现。

本章思考题

1．何谓环境法的基本原则？有哪些特点？你认为我国环境法的基本原则有哪些？简述理由。
2．何谓环境保护与经济、社会发展相协调的原则？该原则与可持续发展原则是什么关系？
3．为什么要实行预防为主防治结合的环境法原则？有何意义？
4．如何贯彻落实“开发者养护污染者治理”的环境法原则？
5．公众参与环境保护原则的法律意义？如何贯彻和落实？

第五章　环境污染防治的基本法律制度

本章教学目的和基本要求：本章是环境法学课程中最重要的学习内容。环境污染防治的基本法律制度是在总结、概括我国现有环境保护法律法规规定的基础上，对环境管理制度的规范化、法制化，因此，要求学生熟练掌握各项制度的法律含义、作用和意义，了解各项制度的产生发展过程与法理基础，准确理解和把握各项制度在不同的环境污染防治单行法中的具体规定。

课时分配：本章讲授 6 课时。

第一节　概　述

一、环境法基本原则与基本制度的关系

环境法基本制度和环境法基本原则，均对环境保护管理具有指导作用，在环境法中占有重要地位，集中反映了环境法的基本精神与价值追求。二者的区别在于：基本制度只在环境保护管理的某阶段或某方面起指导作用，而基本原则则对环境保护管理的全过程或全体起指导作用；基本制度的内容比较具体，规定有严格的适用条件，各项规范的可操作性强，而基本原则的内容比较抽象，体现为环境保护和环境管理的指导性规范。

二、环境法律制度的含义和特征

1．环境法律制度，是指为贯彻落实环境与资源保护法的基本原则，由调整特定环境社会关系的一系列环境与资源保护法律规范所组成的相对完整的规则系统。其中，由环境保护基本法规定，在环境保护管理中起着主导和决定作用的重要制度，称为环境与资源保护法的基本制度。

2．环境法律制度的特征：环境法律制度在适用对象上具有特定性、在规范的组成上具有系统性和相对完整性、在实施中具有较强的可操作性。

三、我国关于环境污染防治基本法律制度

根据我国《环境保护法》及单行环境法律法规的规定，在环境污染防治与管理中起重要作用的基本法律制度有：环境影响评价制度、征收排污费制度、三同时制度、排污许可证制度、限期治理制度。另外，应当和正在形成中的环境污染防治的法律制度有：环境污染与破坏事故的报告和处理制度等。

第二节　环境影响评价制度

一、环境影响评价制度概述

1．环境影响评价制度概念

环境影响评价是环境质量评价的一种，是对可能影响环境的工程建设、开发活动和各种规划，预先进行调查、预测和评价，提出环境影响及防治方案的报告，经主管当局批准才能进行建设的一系列法律规范形成的环境管理制度。

2．环境影响评价制度起源以及在我国的产生与发展

首次由 1969 年美国《国家环境政策法》确立，此后，得到了各国的肯认。我国在 1979 年《中华人民共和国环境保护法（试行）》就规定了这一制度，此后，又在环境法律法规中进行了更加明

确和具体的规定。2002 年 10 月 28 日颁布了《中华人民共和国环境影响评价法》

3．实行环境影响评价制度的意义

1）环境影响评价制度是对传统经济发展方式的改革，它可以把经济建设与环境保护协调起来；

2）环境影响评价制度是贯彻“预防为主”和合理布局的重要法律制度；

3）从法理上说，把环境影响评价制度作为一种强制性的法律制度，是民事侵权法律原则在环境与资源保护法里的运用。

二、环境影响评价制度的适用范围

1．规划的环境影响评价

包括：综合性规划和专项规划的环境影响评价。

国家及地方政府在编制土地利用、区域流域海域的建设开发利用的综合性规划过程中，应当进行环境影响评价，编写该规划有关环境影响的篇章或者说明；国家及地方政府在其编制的工业、农业、畜牧业、林业、能源、水利、交通、城市建设、旅游、自然资源开发等专项规划草案的上报审判前，对该规划进行环境影响评价。

2．建设项目的环境影响评价

包括：三类不同程度的环境影响评价，根据建设项目对环境的影响大小划分。

可能有重大影响的，应当编制环境影响报告书，对产生的环境影响进行全面评价；可能有轻度影响的，应当编制环境影响报告表，对产生的环境影响进行分析或着专项评价；对环境影响很小、不需要进行环境影响评价的，应当填报环境影响登记表。

三、环境影响评价的基本内容

环境影响评价的内容，即环境影响报告书的主要内容

1．规划的环境影响评价内容：

1）实施该规划对环境可能造成影响的分析、预测和评估；

2）预防或者减轻不良环境影响的对策和措施；

3）环境影响评价的结论

2．建设项目的环境影响评价内容：

1）建设项目概况

2）建设项目周围环境现状

3）建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估

4）建设项目环境保护措施及其技术、经济论证

5）建设项目对环境影响的经济损益分析

6）对建设项目实施环境监测的建议

7）环境影响评价的结论

四、环境影响评价的程序及重要问题

1．建设项目环境影响评价的基本程序

1）由建设单位或主管部门采取招标的方式，委托评价单位对拟建项目实施环境影响调查和评价工作。

2）评价单位在调查与评价的基础上制作《环境影响评价报告书（表）》并在项目的可行性研究阶段报批。铁路、交通等建设项目经主管部门同意后，可以在初步设计完成前报批。

3）建设项目的主管部门负责对建设项目的《环境影响评价报告书（表）》进行预审。

4）经有审批权的环境保护行政主管部门审查批准后，提交设计和施工。

2．环境影响评价程序中的几个问题

1）环境影响评价机构

我国对从事环境影响评价的单位实行资格审查制度，获得环境影响评价资质认定的单位，必须按照建设项目环评资格证书规定的等级和范围从事环评工作。

2）环境影响评价审批权与审批期限

审批权划分：国家环境保护总局负责审批第一，跨省自治区直辖市界区的项目、第二，特殊性质的建设项目，如核设施、绝密工程等、第三，国务院审批的或者国务院授权有关部门审批的建设项目。此外，其他建设项目的审批由省自治区直辖市人民政府规定。

审批期限：审批部门自接到环境影响报告书之日起六十日内、环境影响报告表三十日内、环境影响登记表十五日内，应分别作出审批决定并书面通知建设单位。

3）环境影响评价的公众参与

环境影响评价法首次对公众参与环境管理作出了明确规定。

除国家规定需要保密的情形外，建设可能造成重大影响应当编制环境的影响报告书的建设项目，以及可能造成不良环境影响并直接涉及公众环境权益的专项规划，建设单位以及专项规划编制单位应当在报批建设项目环境影响报告书以及规划草案报送审批以前，举行听政会、论证会或者采取其他形式征求有关单位、专家和公众的意见。

环境影响报告书应当附具对有关单位、专家和公众的意见采纳和不采纳的说明。

五、违反环境影响评价制度的法律责任

1．行政机关违法的法律责任：

1）规划编制机关组织环境影响评价时弄虚作假或者有失职行为，造成环境影响评价严重失实的；规划审批机关对依法应当编写有关环境影响的篇章或者说明而未编写的规划草案，依法应当附送环境影响报告书而未附送的专项规划草案，违法予以批准的，

对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由上级机关或者监察机关依法给予行政处分。

2）负责预审、审核、审批建设项目环境影响评价文件的部门在审批中收取费用的，由其上级机关或者监察机关责令退还；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。

3）环境保护行政主管部门或者其他部门的工作人员徇私舞弊，滥用职权，玩忽职守，违法批准建设项目环境影响评价文件的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4）建设项目依法应当进行环境影响评价而未评价，或者环境影响评价文件未经依法批准，审批部门擅自批准该项目建设的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，由上级机关或者监察机关依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2．建设单位违法的法律责任

1）建设单位未报批，或者未依法重新报批，或者未依法报请重新审核环境影响评价文件，擅自开工建设的，由有权审批该项目环境影响评价文件的环境保护行政主管部门责令停止建设，限期补办手续；逾期不补办手续的，可以处五万元以上二十万元以下的罚款，对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。

2）建设项目环境影响评价文件未经批准或者未经原审批部门重新审核同意，建设单位擅自开工建设的，由有权审批该项目环境影响评价文件的环境保护行政主管部门责令停止建设，可以处五万元以上二十万元以下的罚款，对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。

3．评价机关违法的法律责任

接受委托为建设项目环境影响评价提供技术服务的机构在环境影响评价工作中不负责任或者

弄虚作假，致使环境影响评价文件失实的，由授予环境影响评价资质的环境保护行政主管部门降低其资质等级或者吊销其资质证书，并处所收费用一倍以上三倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第三节　“三同时”制度

一、“三同时”制度概念

1．概念

一切新建、改建和扩建的基本建设项目、技术改造项目、自然开发项目，以及可能对环境造成损害的其他工程项目，其中防治污染和其他公害的设施和其他环境保护设施，必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用。简称“三同时”制度。

2．三同时制度的法律性质

三同时制度与环境影响评价制度结合起来，成为贯彻“预防为主”原则的完整的环境管理制度。

二、“三同时”制度的法律规定

1．有关法律法规

“三同时”制度由我国首创，最早规定于 1973 年的《关于保护和改善环境的若干规定》中。1979 年的《中华人民共和国环境保护法（试行）》和 1989 年现行《中华人民共和国环境保护法》，在规定环境影响评价制度的同时，重申了三同时制度的规定。1986 年的《建设项目环境保护管理办法》、1998 年的《建设项目环境保护管理条例》对三同时制度作了具体规定。

2．三同时制度的要求

1）由建设单位依法实施，负责审批该建设项目环境影响评价文件的环境保护行政主管部门进行监督管理。

2）建设项目的设计应当按照环境保护设计规范的要求，编制环境保护篇章，并依据经批准的环评文件，落实具体的环境保护和污染防治措施以及投资概算。

3）环境保护或污染防治措施的竣工验收，应当与主体工程同时进行。 试生产阶段，配套建设的环保护设施或污染防治设施必须与主体工程同时投入试运行。

自投入试生产之日起三个月内，向审批该建设项目环评文件的环境保护行政主管部门申请竣工验收。

4）环保或污染防治措施经竣工验收合格的，可正式投入使用。

三、违反三同时制度的法律责任

针对建设单位违反三同时的行为，由主管部门对其作出行政处罚。

1）试生产建设项目其环保设施未与主体工程同时投放试运行的，责令其限期改正，逾期不改正的，责令停止试生产，可处罚款。

2）试生产超过三个月，未申请环保设施竣工验收的，责令其限期办理验收手续，逾期未办理的，责令停止试生产，可处罚款。

3）环保设施未建设，未验收或验收不合格的，而主体工程正式投入生产使用的，责令其停止生产或使用，可处罚款。

第四节　排污许可证制度

一、排污许可证制度的概念

1．排污许可的概念

凡需向环境排放各种污染者，必须在事先向环境保护行政主管部门办理排污申报登记的基础上，经过环境保护主管部门的批准，获得排污许可证后方能从事排污行为的一系列行政管理过程的总称。

2．排污许可制度与传统行政许可的关系

传统许可围绕在什么条件下必须被许可而进行规定，是对掌握许可权利的人行使权利的限制和规范。

排污许可，则给予有许可权的权利人（机关）有相当的自由裁量权，权利机关可以“环境保护”为由拒绝对排放行为的许可。因此，防止滥用许可权利，在尊重和保障公众环境利益的前提下，公开、公正地配置自然资源与环境使用指标，应当成为该制度的重要内容。

3．排污许可制度的作用

排污许可是排污申报登记的延伸或结果，获准污染物排放许可也是排污者履行排污申报登记制度后拟达到的最终目的。

1）是排污者履行其环境保护、防治环境污染义务和接受环保部门监督检查的重要方式。

2）有利于环保法律制度和措施的全面开展，是排污收费、三同时、限期治理制度实施的前提，是污染物总量控制制度的主要内容。

3）是环保部门了解掌握环境质量状况和环保工作成效、指导、检查排污者防治环境污染工作的一个重要途径。

二、我国环境管理中的排污许可证

1．排污申报登记制度

指直接或间接向环境排放污染物、噪声或固体废弃物者，按照法定程序就排放污染物的具体状况，向所在地环境保护行政主管部门进行申报、登记和注册的一系列环境管理工作的总称。

2．水污染排放许可证制度

1）登记。由直接或间接向环境排放废水者向所在地环境保护行政主管部门，就排放污染物的种类、数量、浓度，排放方式、去向、地点，污染防治设置或场地等进行如实申报。

2）分配。由有许可权的环境保护部门确定本地区水污染物总量控制目标，并据此计算和分配污染物总量削减指标。

3）发证。发放许可证时要对排污者规定污染物的允许排放量，排污口的位置、排放方式、排放最高浓度等。对符合规定条件的排污者发放《水污染物排污许可证》，对暂时达不到规定条件的如超过总量控制指标的单位，发放《临时水污染物排污许可证》，同时要求其限期治理削减排污量。

4）监督检查。必要的监督检查制度，包括排污单位定期自查和上报排污情况制度以及环保部门的监督检查制度。

第五节　排污收费制度

一、排污费制度的概念与性质

1．概念：环境保护行政主管部门依照法律规定，向经排污许可向环境排放污染物者征收一定费用的管理制度与措施。

2．性质：是污染者负担原则的具体体现。目的是促使排污者加强环境管理，节约和综合利用资源，治理污染改善环境，为保护环境和补偿污染损害筹集资金。

二、排污费制度的适用范围

根据国务院《排污费征收使用管理条例》规定，直接向环境排放污染物，包括大气、海洋、水、噪声、固体废弃物的单位和个体工商户应当缴纳排污费。

具体是：

向大气、海洋排放污染物达标者缴纳排污费。

向水体排放污染物达标者缴纳排污费，超标排放者加倍征收排污费。向城市污水集中处理设施排放污水、缴纳污水处理费用的，免交排污费。

没有建成固体废物贮存或者处置的设施、场所，或者工业固体废物贮存或者处置的设施、场所不符合环境保护标准的，交纳排污费。以填埋方式处置危险废物不符合国家有关规定的，缴纳危险废物排污费。

产生环境噪声污染超过国家环境噪声标准的，缴纳排污费。

三、排污费的管理与使用

1．排污收费的收缴程序

1）排污者向环境保护行政主管部门进行排污申报登记

2）环境保护行政主管部门对排污者的申报进行核定，并公告送达申报人。

3）环境保护行政主管部门对排污者的排放数量、种类、浓度等进行计算，依法确定应缴纳的费用并书面通知排污者

4）排污者接到缴费通知书后在规定的期限内到指定的银行交纳。

2．排污费使用原则与方式

使用原则：专款专用、收支平衡

使用方式：贷款贴息、拨款补助

使用范围：

1）重点污染源防治

2）区域性污染防治

3）污染防治新技术、新工艺的开发、示范和应用

4）国务院规定的其他污染防治项目

四、征收排污费制度中的几个问题

1．征收排污费的性质问题。

2．收费标准的确定问题

3．收费的法律效力问题

第六节　限期治理制度

一、限期治理制度概念

限期治理制度：对严重危害环境的污染源，由有权机关依法作出决定，命其行为人按照环境保护法律法规及环境标准的要求制定环境污染治理计划，在规定的时间内停止污染环境的行为（停产），通过整治达到治理目标，经有权的环境保护行政主管部门检验合格后方准许其恢复生产的环境管理制度。

二、限期治理制度的适用对象

1．造成环境严重污染的企业事业单位
2．保护区内的超标排污者
3．向大气、海洋环境超标排污者

三、限期治理的决定机关

1．由应限期治理的对象所属或所在地市、县级人民政府和省、自治区、直辖市人民政府决定
2．因排放固废或噪声污染环境而应限期治理的，由县级以上人民政府环境保护行政主管部门决定并进行监管。

四、限期治理的目标和期限

目标：浓度目标和总量目标
期限：短期（六个月—1 年）和长期（2-3 年）

五、逾期未完成限期治理的法律责任

依照国家规定征收超标排污费，根据其危害后果，处于罚款，或责令停业、关闭。

第七节　环境污染与破坏事故的报告和处理制度

一、环境污染与破坏事故的报告和处理制度 概念与意义

1．概念：
1） 环境污染与破坏事故：
因违反环境保护法律法规的经济、社会活动与行为，以及意外因素的影响或者不可抗拒的自然灾害等原因，致使环境受到污染、国家重点保护的野生动植物、自然保护区受到破坏，人体健康受到危害，社会经济与人民财产受到损失，造成不良社会影响的突发性事件。
特点：突发性、蔓延性、危害性极大
2）环境污染与破坏事故报告处理制度：
因发生事故或者其他突发性事件，造成或可能造成环境污染与破坏事故的单位，必须立即采取措施处理，及时通报可能受到污染与破坏危害的单位和居民，并向当地环境保护行政主管部门和有关部门报告，接受调查处理的规定的总称。
2．设立环境污染与破坏事故的报告和处理制度的意义：
可使环保监督管理部门和人民政府及时掌握污染与破坏事故情况，便于采取有效措施，防止事

故的蔓延和扩大。

可使受到污染与破坏事故威胁的单位和居民提前采取防范措施，避免和减少对人体健康、生命安全的危害和经济损失。

3．我国法律法规关于环境污染与破坏事故的报告和处理制度的规定

最早在 1982 年《海洋环境保护法》中予以提倡。制度性的规定，体现在《中华人民共和国环境保护法》第 31 条，32 条，在大气、水、固体废物污染防治法等单行法亦均有规定。

二、环境污染与破坏事故的报告和处理制度的主要内容

1．环境污染与破坏事故的报告：

责任单位应在事故发生后 48 小时内，向当地环境保护部门报告。事故查清后，书面报告并付送有关证明文件。

接到报告后，当地环境保护部门必须立即赴现场调查，并对事故危害作出恰当的认定。

一般或较大事故，由县级以上环境保护部门确认；重大或特大事故，由地、市级以上环境保护部门确认。

凡属重大事故，地、市级以上环境保护部门除应报告同级人民政府外，还应同时报告省级环境保护部门。凡属特大事故，地、市级以上环境保护部门除应报告同级人民政府和省级环境保护部门外，还应同时报告国家环境保护总局。

重大或特大环境污染与破坏事故的报告，分为速报、确报和处理结果报告三类。

速报从发现事故后起，48 小时以内上报；确报在查清有关基本情况后，立即上报；处理结果报告在事故处理完后立即上报。

2．环境污染与破坏事故的处理：

对造成事故的责任人依法给予行政处罚

对居民危害，由人民政府采取有效措施，解除或者减轻危害

本章思考题

1．环境污染防治基本法律制度与环境法基本原则之间有何关系？

2．何谓环境影响评价制度？有何意义。简述我国环境影响评价法的有关程序性规定，谈谈你对完善公众参与环境影响评价的看法。

3．何谓三同时？该制度与环境影响评价制度的关系如何？

4．何谓限期治理制度？该制度的作用。

5．简述排污许可制度的内容，谈谈你对完善排污许可制度的看法。

6．简述排污收费制度的性质，谈谈你对完善排污收费制度的看法。

第六章　环境标准和环境监测

本章教学目的和基本要求：本章是环境法学概论的重点内容之一，要求学生熟练掌握各类环境标准的概念与性质、法律意义，深刻理解和把握各类环境标准的制定依据与法律效力，准确掌握环境标准的运用与各项环境污染防治法律制度的关系。要求学生了解环境监测的概念及重要性，把握环境监测在我国环境监督管理工作中的地位和作用。

课时分配：本章讲授 3 课时

第一节　环境标准

一、环境标准的概念和作用

1．环境标准的概念

环境标准：为了防治环境污染，维护生态平衡，保护人体健康和社会物质财富，依据国家有关法律的规定，对环境保护工作中需要统一的各项技术规范和技术要求依法定程序所制定的各种标准的总称。

2．环境标准的作用

第一，环境标准是制定环境保护规划和计划的主要依据，是一定时期内环境保护目标的具体体现；

第二，环境标准是实施环境保护法律法规的基本保证，是强化环境监督管理的核心；

第三，环境标准是提高环境质量的重要手段；

第四，环境标准是推动环境科学技术进步的动力。

二、环境标准体系

1．环境标准体系的概念

2．环境标准的分级：国家级标准和地方级标准

3．环境标准的分类

环境质量标准：为了保护人体健康、社会财富安全和维护生态平衡，对环境中有害物质或因素含量的最高限额和有利环境要素的最低要求所作的规定。

污染物排放标准：是为了实现环境质量标准的目标，结合技术经济条件和环境特点，对允许污染源排放污染物或有害环境能量的最高限额所作的规定。

环境基础标准：是国家对在环境保护工作中具有普遍适用意义的名词术语、符号、规程、指南、导则等所作的规定。

环境方法标准，是国家对环境保护工作中涉及的试验、检查、采样、分析、统计和其他作业的方法所作的规定。

环境样品标准，是为了在环境保护工作和环境标准实施过程中标定仪器、检验测试方法、进行量值传递而由国家法定机关制作的能够确定一个或多个特性值的物质和材料。是实物标准。

三、环境标准的制定

1．环境标准的制定原则：确保环境不受污染破坏、公众生命健康和公私财产不受污染损害；技术可行与经济合理；以环境基准为依据；充分考虑地区差异性的原则。

2．国家和地方级环境标准的制定

由国务院环境保护行政主管部门依法组织制定各类国家级环境标准并负责标准的颁布和监督实施；由省（自治区、直辖市）人民政府针对国家环境质量标准中未作规定的项目制定地方补充标准，针对国家污染物排放标准中未作规定的项目和已有的项目，制定地方补充标准和严于国家规定的标准。地方标准必须报国务院环境保护行政主管部门备案。

四、环境标准的法律意义

1．环境质量标准是确定环境是否被污染以及是确定排污者是否应承担民事责任的依据。

2．污染物排放标准是认定排污行为是否合法以及是否应让排污者承担相应的法律义务和责任的依据。

3．环境基础标准是确定某环境标准是否合法有效的根据。

4. 环境方法标准是确定环境监测数据以及环境纠纷中当事人提供的证据是否合法有效的依据。

5．环境样品标准是标定环境监测仪器和检验环境保护设备性能的法定依据。

第二节　环境监测

一、环境监测的概念和作用

1．概念：环境监测是指人们对影响人类和其他生物生存和发展的环境质量状况进行监视性测定的活动。

2．作用：

环境监测是掌握环境质量状况和发展趋势的重要手段；是科学管理环境的基础；是正确处理环境污染事故和污染纠纷的技术依据。

二、环境监测报告制度

环境监测报告种类：快报、月（季）报、环境质量年报告、污染源监测报告。

思考题

1．何谓环境标准、分为哪几类？各类环境标准的法律意义如何？

2．环境标准的制定原则是什么？地方级环境标准都有哪几类？制定的前提条件是什么？

3．为什么说环境标准是我国环境法体系中特殊而有重要的组成部分？

4．什么是环境监测？环境监测在环境监督管理中的地位和作用是什么？

第七章　环境行政责任

本章教学目的和基本要求：本章重点讲解环境行政责任的构成要件、责任承担方式，掌握与环境行政责任有关的法律法规规定，能够熟练运用相关法律规定，分析、解决司法实践中的具体事件。

课时分配：本章讲授 3 课时，案例讨论 2 课时

第一节　环境行政责任概述

一、环境行政责任的概念

1．概念：所谓行政责任是指违反环境保护法，实施了破坏或污染环境行为的单位或者个人所应当承担的行政方面的法律责任。

2．特征：

1）环境行政责任的主体是环境行政法律关系主体，包括行政主体和行政相对方

2）环境行政责任基于环境行政法律关系而发生

3）环境行政法律责任的追究方式多种多样

二、环境行政责任的构成要件

承担环境行政责任者所必须具备的法定条件，即为环境行政责任构成要件。环境行政责任有以下四个构成要件：

1．主观过错

指行为人（包括单位和自然人，以下相同）实施破坏或污染环境违法行为时的心理状态，分为故意和过失。

所谓“故意”是指行为者明知自己的行为会造成破坏或污染环境的危害后果，并且希望或者放任这种危害后果的发生的心理状态，包括直接故意或间接故意两种。

所谓“过失”是指行为者应当预见自己的行为可能发生破坏或者污染环境的危害后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信可以避免，以致发生这种危害后果的心理状态，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失两种。

我国现行环境法，对故意实施破坏或污染环境行为，一般都规定了应当追究其行政责任，对过失行为，在一定条件下不予追究。

例如：针对拒报、谎报污染物排放申报登记事项，或拒绝环保部门现场检查或在检查时弄虚作假的行为人，即过错行为人，追究其行政法律责任。但是，对于因疏忽大意而错报或漏算的、有过失行为，并不追究其行政法律责任。

2．行为违法

指行为人实施了破坏或污染环境的行为而违反了环境保护法。行为违法是行为人承担行政责任的一个必要条件。

3．行为有危害后果

如果危害后果是指违法行为造成了破坏、污染环境的后果，则行为的“危害后果”并非承担环境行政法律责任的必要条件。即，根据《环境保护法》的规定，只要实施了某些违法行为就应承担环境行政责任，如，针对拒报、谎报污染物排放登记的行为，给予警告或罚款；但是，针对某些违法行为，则需导致了一定的污染、破坏环境的后果时才承担法律责任，如，排污单位擅自闲置或者拆除防治污染设施致使排放的污染物超标，给予重新安装使用或罚款。

4．违法行为与危害后果之间具有因果关系

指违法行为与该行为所造成的破坏、污染环境后果之间存在着内在的、必然的联系。确定环境行政责任构成要件中的因果关系，应以直接的因果关系为原则，不适用环境民事损害赔偿责任的“因果关系推定”原则。

三、环境行政制裁

1．概念：行政制裁是指环境保护监督管理部门对违反环境保护法而承担行政责任者，依法实施的惩罚措施。

行政制裁分为行政处罚和行政处分两大类，二者在实施目的、法律依据、实施主体、适用对象及责任承担方式上具有区别。

2．特点

1）民事责任行政化、行政责任扩大化

2）违法处罚趋重化

3）实行两罚和多罚制度

第二节　环境行政处罚

一、环境行政处罚的概念

1．概念

具有环境行政处罚权的环境保护监督管理部门对实施了违反环境行政法律规范、应当承担环境行政法律责任的公民、法人或者其他社会组织，依法进行的法律制裁。

2．特点

1）行政处罚的主体是对环境保护享有行政处罚权的国家行政机关和法律、法规授权的组织。

2）行政处罚的对象是环境保护监督管理相对人中的违法者。

3）行政处罚的性质是行政制裁，是行政机关单方性强制性行为。

4）行政处罚具有时效性

二、行政处罚的原则

1．依法实施行政处罚的原则。

包含三方面内容：行政处罚必须有法定依据、必须严格依照环境保护法规定的形式与幅度给予行政处罚、必须依照法定程序实施行政处罚。

2．过罚相当的原则

包含三方面内容：设定的行政处罚规范必须与义务规范相当、必须全面认定事实和正确适用法律、必须在法定的处罚形式和幅度内实施行政处罚。

3．公正、公开的原则

包含内容有：行政处罚的法律法规必须向社会公布、行政处罚前应告之当事人相关事实理由和依据、执法人员需二人以上共同执法并向当事人出示有效证件、案件调查人与行政处罚决定人应分开、实行执法人员回避制等等。

4．一事不再罚的原则

针对同一环境违法行为不得对其行使两次以上的行政处罚。但是，环境违法行为具有持续性、复杂性特点，所以，行政处罚应明确阻却连续性的违法行，两个以上的行政机关针对同一违法行为均有监督管理权的，应协调好两部门的关系。

三、环境行政处罚的种类

1．环境行政处罚形式的特点：多为预防性处罚、多为行为罚。

2．环境行政处罚的种类

主要包括：

申诫罚，指警告；

财产罚，指罚款和没收违法所得、没收违法使用的工具；

行为罚，指责令停产关闭、限期治理、责令重新安装使用、责令停止破坏行为、责令消除污染、责令恢复被破坏的生态环境和自然资源等

四、行政处罚的程序

1．简易程序，也就是当场处罚。

1）适用条件是：违法事实确凿、情节轻微并有法定依据、罚款数额有限。

2）具体程序：

a 执法人员应向当事人出示行政执法证件；

b 现场查清当事人的违法事实，并制作现场检查笔录；

c 向当事人说明违法的事实、行政处罚的理由和依据；

d 听取当事人的陈述和申辩；

e 填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书，由执法人员签名或者盖章，并将行政处罚决定书当场交付当事人；

f 告知当事人如对当场作出的行政处罚决定不服，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

2．一般程序

1）适用条件： 除可以适用简易程序当场作出决定的行政处罚外，环境保护行政主管部门实施的其他行政处罚均应遵守行政处罚的一般程序。

2）具体程序：

a 调查取证阶段，包括：立案、成立调查小组、开展调查检查工作、对证据的审查与运用工作。

b 申辩和听政阶段，包括：听取相对人的陈述与申辩、开展听政工作。

c 作出行政处罚阶段：包括：在法定期限内作出行政处罚决定、制作行政处罚决定书、向当事人交付和送达处罚决定书

e 执行阶段，包括：当事人应自觉履行处罚决定、当事人具有在法定期限内申请行政复议或提起行政诉讼的权利、除法律另有规定以外行政处罚不因当事人提起行政复议和行政诉讼而停止执行、行政处罚机关依法采取执法措施。

第三节　环境行政处分

一、环境行政处分概念

1．概念：指国家机关、企事业单位按照行政隶属关系、依法对在保护和改善生活环境和生态环境，防治环境污染和其他公害中违法失职，但又不构成刑事惩罚的所属人员的一种行政惩罚措施。

2．适用对象：

1）单位实施了破坏、污染环境的行为，情节较重但又不构成刑事惩罚的有关责任人员；

2）环境保护监督管理部门的工作人员在执法活动中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊但不构成刑事惩罚的违法行为。

二、环境行政处分的程序

包括：立案、调查、申辩、报批、决定、备案六个阶段

第四节　环境行政纠纷及其解决机制

一、概念

1．环境行政纠纷，是指公民法人或其他组织对环境行政管理机关的具体行政行为不服而产生的争议。

2．环境行政复议，是指环境行政主体在行使环境管理权力时与作为被管理对象的相对人发生争议，根据相对人的申请，由上一级环境行政主体依法对引起争议的具体行政行为进行复查并作出决定的活动。

3．环境行政诉讼，是指公民、法人或者其他组织在认为环境行政主体及其工作人员的行政行为侵犯自己的合法权益时，依法向法院请求司法保护，并由法院对行政行为进行审查和裁判的一种诉讼活动

二、环境行政复议

1．受案范围：

环境行政复议受案范围必须符合关于行政复议一般性规定。

2．行政复议参加人

1）环境行政复议的申请人，认为环境行政主体的具体行政行为侵犯其合法环境权益的公民、法人或者其他组织。

2）环境行政复议的被申请人，作出具体行政行为的行政主体。

3）环境行政复议的第三人，与申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织。

3．行政复议程序

申请——受理——审理——决定——执行

三、环境行政诉讼

1．受案范围

《行政诉讼法》第 11 条规定了人民法院应予受理的行政诉讼案件有两类，一类是公民、法人和其他组织对 8 种具体行政行为不服提起的诉讼，另一类是除上述 8 种情况以外，法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

2．环境行政诉讼管辖

1）级别管辖：

a 基层人民法院管辖第一审环境行政案件

b 中级人民法院管辖下列环境行政案件：一是对国务院环境监督管理部门（不限于环境保护行政主管部门）或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；二是本辖区内重大、复杂的环境行政案件，如涉外环境行政案件，社会影响比较大的环境行政案件。

c 高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审环境行政案件。

d 最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审环境行政案件。

2）地域管辖：

a 环境行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。

b 经复议机关改变原具体行政行为的，既可以由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，也可以由复议机关所在地人民法院管辖，原告可以选择管辖法院。如果原告向两个有管辖权的法院都递交了起诉状，则由最先受到起诉状的人民法院管辖

3．环境行政诉讼参加人。

环境行政诉讼参加人的范围是：原告、被告、第三人和诉讼代理人。

环境行政诉讼的参与人，除参加人以外，还包括证人、鉴定人、翻译人和勘验人等。

环境行政诉讼的程序

起诉——受理——审理——判决

案例讨论

组织学生在我校出版的《环境与资源保护法案例教学资料汇编》第一编“环境行政监管综合类案例”中选择一个案例，或者选取最新的社会报道事件，进行课堂讨论。

本章思考题

1．环境行政责任的构成要件包括哪些？

2．环境行政处罚应遵循哪些基本原则？适用各原则有哪些注意事项？

3．与一般行政处罚相比，环境行政处罚的种类有哪些特点？

4．何谓行政处罚的听政程序？其适用范围和意义是什么？

5．谈谈你对如何加强中国环境行政执法效果、遏止环境污染恶化状况的看法？

6．第三人环境权益因环境行政行为受到损害时，可否通过那些方式解决纠纷？

第八章　环境民事责任与环境刑事责任

本章教学目的和基本要求：本章重点学习环境民事责任的归责原则与构成要件，分析把握环境民事纠纷的特点及纠纷解决方式；学习环境刑事责任的构成要件，分析把握各种具体的环境犯罪及构成。要求学生在理解相关法律原则、掌握相关法律知识的基础上，准确适用有关法律法规，解决司法实践中的具体事件。

课时分配：本章讲授 6 课时、案例讨论 1 课时。

第一节　环境民事责任

一、环境民事责任的概念

1．环境民事责任的概念

指环境法律关系主体因不履行环境保护义务而侵害了他人的环境权益所应承担的否定性的法律后果。

2．环境民事责任的特征

1）是环境法律关系平等主体之间的法律责任

2）主要是环境侵权行为责任

3）是因环境侵权损害而承担的法律责任

二、环境民事责任的归责原则

1．无过错责任的概念

指因污染环境而给他人造成财产或人身损害的单位或个人，即使主观上没有故意或过失，也要对造成的损害承担赔偿责任。

根据我国《环境保护法》第 41 条第 1 款规定“造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位和个人赔偿损失”，环境侵权实行无过错责任的归责原则。

2．实行无过错责任的原因

伴随现代化生产、生活而产生的环境污染、环境损害，很难判断环境污染物的排放“行为人”主观是否具有过错；而且，一边是生产者赚取了巨大的经济利益，一边是无辜公民的受害。所以，从公平、正义的法理出发，从保护环境和及时救济被害人的合法权益出发，要求不良环境使用人（排污者）承担无过错责任。

3．无过错责任的免责条件

1）不可抗力

这里的不可抗力，是指不可抗拒的自然灾害，而且，还要求排污单位必须是在采取了合理措施仍不能避免损害的情况下，才能免除民事责任。

2）被害人自己的过错

环境损害的发生是由受害人自身的故意或过失而导致的，则可免除污染排放者的民事责任。

3）第三人过错

完全由第三人的故意或过失而产生的造成的环境损害，则由该第三人承担受害人的民事赔偿责任，免除污染排放者的民事责任。

三、环境民事责任的构成要件

指环境侵权行为人承担环境民事责任应具备的法定条件。

区别于一般民事侵权行为，环境民事责任不以主观过错和行为违法为构成要件。即，环境侵权行为的构成要件为“三要件”，包括：实施了危害环境的行为、有环境损害事实、危害环境行为与损害事实之间具有因果关系。

1．危害环境的行为

一般民事侵权以“行为违法”为构成要件，环境侵权却不一定以“行为违法”为必要构成条件。只要行为人从事了危害（污染或破坏）环境的行为，那么，即使该行为是合法的（如经排污许可在允许的限度内向环境排放污染物的行为），该行为人也要承担环境侵权的民事责任。通常情况下，承担环境民事损害赔偿责任。

2．环境损害后果

环境损害事实是环境侵权行为对他人环境权益造成不利影响的客观情况。目前，根据我国环境法律法规的规定，仅对“环境”造成不良影响而未对他人人身和财产权利造成损害的行为，不需承担环境民事责任。

环境侵权导致的人身权利损害，既包括显现的、生理性的损害，也包括潜在的、心理性的损害。

环境侵权导致的财产权利损失，包括直接的和间接的损失。

环境损害的计量比较复杂、困难，非物质性损害的计量难度更大。

3．危害环境行为与损害后果之间具有因果关系

因果关系是指两个事实之间的一种本质的、必然的联系。法学上的因果关系，不但需以逻辑推理为基础，同时，还要考虑法学具有“妥当维持社会秩序，维护人类社会生活之价值作用”，进行综合的判断。

环境侵权通过“环境要素”为媒介间接地作用于受害者，因此，危害环境行为与损害后果之间的因果关系十分复杂，一般侵权行为较少出现的一因多果、多因多果、多因一果的现象，在环境侵权中普遍存在着。

四、环境民事责任的承担方式

1．防止性的方式：在侵权行为尚未产生危害后果以前，制止致害人继续实施危害行为，采取积极的预防性质的责任承担方式。如排除危害、停止侵害、消除危险等。

2．补偿性的方式：在侵害行为发生后，针对已经造成的损害事实，为了保护受害人的合法权益，由致害人采取补偿受害人损失的措施。如返还财物、恢复原状、赔偿损失、消除影响、恢复名誉等。

3．处罚性的方式：依据当事人事前约定或致害人的主观恶意，要求违约人或致害人承担超过实际损害的损失。如违约金、惩罚性损害赔偿等。

第二节　环境民事纠纷解决机制

一、环境民事纠纷及特点

1．环境民事纠纷：指公民、法人和其他组织之间围绕环境侵权的民事责任问题而产生的争议。

争议内容主要包括：有关侵权行为或事实是否发生、是否构成侵权、是否应负侵权的民事赔偿责任、如何合算赔偿金额以及应否对可能影响环境的行为予以禁止、应否停止持续性环境侵害行为等。

2．特点：

1）涉及众多当事人，并且当事人权益要求多样化。

2）当事人双方拥有的经济、技术力量不对等，加剧了双方矛盾的激烈化。

3）环境民事纠纷的内容复杂化、所涉利益社会化

二、环境民事纠纷的解决方式

现代社会，能够具有法律效应的民事纠纷解决方式无外乎当事人双方自行解决、诉讼外纠纷解决和民事诉讼三种类型。这些方式均适合环境民事纠纷的解决。

所谓和解，是由当事人双方自行解决纠纷的方式。其特点是没有任何第三人参与、双方协商解决。

所谓调解，是当事人双方委托共同信赖的第三人出面，由第三人积极介入当事人间的协商，通过劝说，促使当事人基于互让互谅而实现纠纷的解决。

所谓仲裁，是纠纷当事人放弃在法院接受裁判的权利，委托仲裁委员会进行纠纷解决。遵照仲裁委员会的判断达成合意（仲裁协议）实现纠纷的解决。

三、环境民事纠纷解决的主要途径

1．行政调解

1）起源：20 世纪 60 年代末，日本“公害纠纷处理法”规定国家应成立专门的公害纠纷解决组织。因此，日本设立了“中央公害等调整委员会”和“都道府县公害审查委员会”，主要通过接受当事人的申请，以斡旋、调停、仲裁、裁定（原因裁定、责任裁定）方式，实现公害纠纷的处理。

2）性质：是准司法裁判，是专业性很强的行政审判，是对法院裁判解决公害纠纷的一种补充方式。但是，必须以当事人自愿申请和接受为原则。

3）我国关于环境行政调处的规定：

《环境保护法》41 条 2 款“赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门处理；对当事人对处理决定不服的，可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。”

人大法制工作委员会 1992 年 1 月给国家环保局的批复。指出：当事人不服行政处理的，应以对方当事人为被告向法院提起民事诉讼。

因此，行政调处的性质：中立性，是第三人（行政机关）居间的调解。

存在的问题：没有设立专门的组织机构，没能发挥便利、灵活、有利于环境纠纷解决的优越性。

2．环境民事诉讼

1）起诉资格

这是环境公益诉讼的基本问题

2）证明责任及分配

证明责任的实质含义：在要件事实真伪不明的情况下，由主张该事实成立的一方当事人承担诉讼上不利于自己的结果的风险。

证明责任的分配原则：美国利益衡量说、日本的法律规范说。

我国关于环境诉讼中的证明责任规定：

最高人民法院 1992 年 7 月发布“关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见”第 74 条规定，“因环境污染引起的损害赔偿诉讼”中，关于“侵权事实”“由被告负责举证”。

最高人民法院 2001 年 12 月发布“关于民事诉讼证据的若干规定”第四条规定，“因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”

3）因果关系推定

侵权法上的因果关系判断，重在“多方面的利益衡量”，具体地说，“应考虑当事人的地位，被加害人的社会关系的种类、损害的种类、社会的意识要素”，“从公平的观点得出结论”。

环境侵权因果关系特点：

分为责任成立的因果关系和责任范围的因果关系

具有科学不确定性

环境侵权因果关系推定的方法：

疫学因果关系认定、部分举证责任转移、高度盖然性说

4）诉讼时效

期限：3 年

起算点：从当事人知道或应当知道受到污染损害时起计算

第三节 环境刑事责任

一、环境刑事责任的概念和立法模式

1．环境刑事责任的概念

是指行为人故意或过失实施了严重危害环境的行为，并造成了人身伤亡或公私财产严重损失，已构成犯罪依法应当承担刑事制裁的法律责任。

环境犯罪是环境刑事责任产生的前提，是引起环境刑事责任的法定事由，环境刑事责任是刑事法律上为环境犯罪所设定的法律后果

2．环境刑事责任的立法模式

环境犯罪的立法模式是环境犯罪立法内容的外在表现形式，包括制定、修改环境刑事责任法律所采取的立法模式，环境刑事责任在刑事法律体系中的位置，序列和构成要件等表述方法。

大陆法系国家关于环境犯罪的立法模式主要有三种：一是以日本为代表的单行特别刑法模式、二是以德国为典型的修订刑法模式、三是以法国为标志的附属刑法模式。

我国关于环境刑事责任的立法大体经历了三个发展阶段，呈现出三种模式。

第一阶段，在刑法中有些分散的规定。其特点是从经济、财产或人身公共安全等角度出发，而不是从环境保护的角度加以规定，而且，也无明确具体的环境犯罪的规定。

第二阶段，以单行刑法和附属刑法方式补充刑法典规定的不足。规定了具体的环境犯罪，其特点是：单行刑法很少创制新的较多的环境犯罪，环保法一般也不创制新的罪名，至多是确定某一危害环境的行为构成犯罪，但不直接规定法定刑，而必须依照或比照刑法典的规定来适用刑罚。

第三阶段，在刑法典中明确规定环境犯罪。1997 年修订后的刑法关于环境犯罪的规定有了一大飞跃。其突出的特点是：第 1、在刑法典中首次以专节形式明确而较为集中地规定了环境犯罪；第 2、明确而具体地规定了环境犯罪；第 3、规定内容较为全面，初步形成了惩治环境犯罪的“专门”法律体系，多数犯罪能从保护环境的角度加以规定，有些规定不仅惩治结果犯，还惩治举动犯，对所有环境犯罪都规定了单位犯罪及其双罚制度。

二、环境刑事责任的构成要件

1．主体

即实施破坏环境与资源保护犯罪的行为人。环境犯罪主体除达到法定年龄且具备刑事责任能力的自然人以外，还包括单位。对构成犯罪的单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员依法处罚。

2．客体。

即危害行为的具体指向，它是刑法和环境法所保护的而为危害行为所侵害的具体社会关系或社会秩序。环境犯罪所侵害的客体主要是国家对社会的管理秩序。

环境犯罪的客体具有复合客体的特征，如：重大环境污染事故罪，它不仅破坏了国家对环境保护和污染防治的管理制度，而且危害到公私财产、人身权利等。

3．客观方面

是指有污染或有破坏环境及自然资源的行为（作为和不作为）及其社会危害性。刑法上的危害行为专指构成某种犯罪不可缺少的实际行为。在危害环境的犯罪中，就是指造成重大环境污染事故、导致公私财产重大损失或者人身伤亡以及造成环境与资源破坏且情节严重，具有社会危害性的行为。未造成严重后果的环境违法行为通常是追究其行政责任。危害后果是否严重是区别环境行政责任和环境刑事责任的重要依据。

4．主观方面。

即指支配犯罪主体实施危害行为以及对危害后果的内心活动。犯罪的主观方面包括故意和过失两大类。故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的一种心理态度。过失则是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免以致这种结果发生的一种心理态度。一般来说，破坏环境和资源的行为多为故意，而污染环境的行为多为过失。

三、破坏环境资源保护罪类概述

1．重大环境污染事故罪

指违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

分析其犯罪构成。

2．非法倾倒、堆放、处置进口固体废物罪

指违反国家规定，将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置的行为。

分析其犯罪构成。

3．擅自进口固体废物罪

指未 经国务院有关主管部门许可，擅自进口固体废物用作原料，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的行为。

分析其犯罪构成。

4．非法捕捞水产品罪

指违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的行为。

分析其犯罪构成。

5．非法猎捕、杀害、收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物罪

指违反野生动物保护法律法规，未经有关部门批准，猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的行为。

分析其犯罪构成。

6．非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物制品罪

指违反野生动物保护法规，非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，以及珍贵、濒危野生动物制品的行为

分析其犯罪构成。

7．非法狩猎罪

指违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的行为。

分析其犯罪构成。

8．毁坏农用地罪

指违反土地管理法规，非法占用耕地改作他用，数量较大，造成大量耕地毁坏的行为。

分析其犯罪构成。

9．非法采矿罪

指违反矿产资源保护法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿的，擅自进入国家规划矿区、对国家经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种，或越界开采矿产资源，经责令停止开采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏的行为。

分析其犯罪构成。

10．破坏性采矿罪

指违反矿产资源法规定，采取破坏性的采矿方法开采矿产资源，造成矿产资源严重破坏的行为。

分析其犯罪构成。

11．非法采伐、毁坏珍贵树木罪

指违反森林资源的法律、法规，非法采伐、毁坏珍贵树木的行为。分析其犯罪构成。

12．盗伐林木罪

指擅自砍伐国家、集体所有（包括本人承包或他人依法承包经营管理、国家或集体所有）的森林或者其他林木，以及擅自砍伐他人自留山上的林木，数量较大的行为。

分析其犯罪构成。

13．滥伐林木罪

指违反森林法的规定，未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发采伐许可证，或者虽持有采伐许可证，但违背采伐许可证所规定的地点、数量、树种、方式等任意采伐本单位所有或管理的，以及本人自留山上的森林或者其他林木，数量较大的行为。

分析其犯罪构成。

14．非法收购盗伐、滥伐林木罪

指以牟利为目的，在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的行为。

分析其犯罪构成。

案例讨论

组织学生从我校出版的《环境与资源保护法案例教学资料汇编》第二编“环境污染防治类案例”中选择一个民事、一个刑事的案例，或者选取最新的社会报道事件，进行课堂讨论。

本章思考题

1．环境侵权为什么要实行无过错责任原则？有哪些免责事由？

2．环境民事纠纷有哪些特点？有哪些可以适用的纠纷解决方式？

3．环境行政调解与环境民事诉讼的区别与联系？环境行政调解的法律性质是什么？如何完善我国的行政调解制度。

4．破坏环境保护罪的构成要件是什么？

5．环境犯罪的客体比较复杂，在对其行为的社会危害性进行分析认定时，应注意哪些事项。

6．我国刑法规定的与污染环境有关的具体犯罪形态有几种？与破坏自然资源保护有关的具体犯罪形态有几种？

第九章　环境污染防治法

本章教学目的和基本要求：本章要求学生在了解环境污染防治法的一般概念、体系与基本内容的基础上，学习大气、水、海洋环境保护单行法的主要内容，理解这些单行立法的过程与基本指导原则，学习固体废物、环境噪声及有毒有害物质污染环境的单行法立法及立法沿革，理解和掌握我国关于各类环境污染单行法的重要监督管理制度和主要的法律规定。

课时分配：本章讲授 8 课时、

第一节　环境污染防治及其立法

一、概述

1．环境污染与其它公害的概念

本概念由我国宪法提出，但没有明确规范。一般是指，由于人类生产、生活等活动产生的已知或未知的某些物质进入环境，导致环境的物理、化学和生物等特性发生改变，从而引起环境质量下降、自然生态改变、生物物种减少或灭绝以及危害人体健康、影响环境的有效利用或破坏环境的现象。

从法律意义上讲，所谓环境污染是指人类活动向环境中排放的物质或能量使其在环境中的数量、浓度或强度超过了适用于该环境的环境质量标准的现象。

2．环境污染的危害

1）环境污染将带来整个人类生存环境的不断恶化；

2）环境污染影响人体健康、导致各种难以医治的人类疾患发生；

3）环境污染破坏生态系统、影响生态平衡；

4）环境污染导致财产损害。

3．环境污染防治

防治环境污染是国家环境保护的一个重要组成部分，也是环境立法的一项重要内容。

环境污染防治的理念、方式、规则随着科学的发展、人类对自然认识的加深，已经不断地得到提高与改变。

二、环境污染防治法体系

1．环境要素保护法

主要包括：大气污染防治法、水污染防治法、海洋环境保护法等

2．污染要素防治法

主要包括：固体废物污染环境防治法、环境噪声污染防治法、有毒有害物质污染环境防治立法等。

第二节　大气污染防治法

一、大气污染防治法概述

1．概念

是指，由于人类活动或自然界的质能变化使得某些物质进入大气导致其化学、物理、生物或放

射性等方面的特性发生改变，致使大气质量恶化，从而对人的健康和舒适感产生不利影响以及对财产和生态系统造成危害的现象

2．我国大气污染防治立法

中华人民共和国成立后，特别是进入 80 年代以来，我国大气污染防治法律从无到有，历时十六年已逐步走向成熟。1988 年《中华人民共和国大气污染防治法》的颁布与实施，以及 1995 年《中华人民共和国大气污染防治法》的第一次修改和 2000 年的第二次修改，可以说是大气污染防治法三个发展阶段的划分标志。

二、大气污染防治法的主要法律规定

1．大气污染防治的监管体制

监督管理目标：防治大气污染，保护和改善生活环境和生态环境，保障人体健康，促进经济和社会的可持续发展。

监督管理的主体：国务院和地方各级政府是大气污染防治统一监督管理的主体。县级以上人民政府环境保护行政主管部门是具体实施大气污染防治统一监督管理的主体。各级公安、交通、铁道、渔业管理部门根据各自的职责，对机动车船污染大气实施监督管理，其他各级人民政府的有关主管部门在各自的职责范围内对大气污染实施辅助的监督管理。

2．大气污染防治的主要制度

1）大气污染防治的基本制度

包括：环境影响评价和“三同时”制度、排污申报制度、排污收费制度、限期治理制度。

2）大气污染防治的特有制度

包括：大气污染物排放总量控制和污染物排放许可制度、大气环境质量控制区制度、落后工艺、落后设备淘汰制度、大气环境质量状况公报、预报制度。

此外，还针对防治燃煤产生大气污染、机动车船排放污染以及排放废气、粉尘和恶臭污染问题，制定有专门的管理制度。

第三节　水污染防治法

一、水污染防治法概述

1．水污染的概念和危害

水污染是指，由于人类活动使得某种物质进入河流、湖泊和地下水体，导致水体的化学、物理、生物或放射性等方面特性发生改变，从而造成水质恶化，影响水的有效利用，危害人体健康或破坏生态系统平衡的现象。

水污染的危害：主要有以下五方面危害，第一，对人体健康的危害；第二，对工业生产造成的危害；第三，对农业生产的危害；第四，对渔业生产造成的危害；第五，对其他方面的危害。

2．我国水污染防治立法的发展过程

1984 年 5 月 11 日颁布了我国第一部《水污染防治法》，1996 年 5 月 15 日对《水污染防治法》进行了第一次修订，2000 年 3 月 20 日颁布了《水污染防治法实施细则》。

早在 1975 年 2 月国务院发布的《关于淮河污染情况和治理意见的报告》可以说是我国关于水污染防治的一个法律文件。此外，在《水污染防治法》颁布以前，我国还针对水环境保护颁布了一些技术法规。

二、水污染防治法的主要法律规定

1．水污染防治的监管体制

水污染防治监督管理目标：防治水污染，保护和改善环境，保障人体健康，保证水资源的有效利用，促进社会主义现代化建设的发展。

水污染防治监督管理主体：国务院和各级人民政府是我国水污染防治工作的监督主体；各级人民政府的环境保护部门是对水污染防治实施统一防治管理工作的主体。交通部门、水利管理部门、卫生行政部门、地质矿产部门、市政管理部门、渔政部门、农业管理部门和经济综合主管部门是在各自的分工职责范围内对水污染防治工作起辅助作用的主体。

具体地说，各级交通部门的航政机关对船舶污染实施监督管理；各级人民政府的水利管理部门、卫生行政部门、地质矿产部门、市政管理部门、渔政监督管理机构和农业管理部门负责本行业内水污染防治的监督管理；经济综合管理部门负责实施淘汰严重污染水环境的落后生产工艺和设备的监督管理工作。

2．水污染防治的基本原则

1）水污染防治与水资源开发利用相结合原则；

2）水环境流域管理与区域管理相结合原则；

3）保护生活饮用水优先原则；

4）水污染防治与城市建设相协调原则

3．水污染防治的主要制度

1）水污染防治的基本制度

包括：环境影响评价和“三同时”制度、排污申报制度、排污收费制度、限期治理制度。

2）水污染防治的特有制度

包括：重点流域水污染物总量控制制度、城市污水集中处理制度、生活饮用水保护区制度以及落后生产工艺、设备淘汰制度。

此外，还针对地表水保护、地下水保护设立了特有的保护管理制度

第四节　海洋环境保护法

一、海洋环境保护法法概述

1．海洋环境污染的概念和危害

是指，人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境，以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类健康、妨碍包括捕鱼和海洋的其他正当用途在内的各种海洋活动、损坏海水使用质量和减损环境优美等有害影响。

海洋污染危害主要有：对海洋生物造成危害，使得生物死亡、物种灭绝；对人体健康造成危害，通过食物链的作用、有毒有害物质会在海洋生物产品中成万倍的富集，人类食用了这些海洋生物后就会中毒；海洋污染还会影响交通运输业，破坏海域的生态平衡和海域自然景观。

2．我国海洋环境保护立法的发展过程

1974 年 1 月 30 日，国务院颁布了我国第一部关于海洋环境保护的法规，《中华人民共和国防止沿海水域污染暂行规定》，对沿海工矿企业、炼油厂、油运码头、临海油库、船舶、油轮等排污单位防止沿海水域污染工作做了具体的规定。

1982 年 8 月 23 日颁布了《中华人民共和国海洋环境保护法》，并在 1999 年 12 月 25 日对其进行了修订。1983 年 12 月 29 日国务院发布了《中华人民共和国海洋石油勘探开发环境保护管理

条例》和《中华人民共和国防止船舶污染海洋管理条例》；在 1985 年 3 月 6 日发布了《中华人民共和国海洋倾废管理条例》；在 1988 年 5 月 18 日发布了《中华人民共和国防止拆船污染环境管理条例》。在 20 世纪 90 年代，国务院又陆续发布了防止陆上作业造成海洋环境污染的行政法规，它们是 1990 年 6 月 20 日发布的《中华人民共和国防治陆源污染物污染损害海洋环境管理条例》和同年 6 月 25 日发布的《中华人民共和国防止海岸工程项目污染损害海洋环境管理条例》。这些海洋污染防治方面的法律构成了我国海洋环境保护法律体系。

二、海洋环境保护法的主要法律规定

1．海洋环境保护的监管体制

海洋环境保护监督管理目标：保护和改善海洋环境、保护海洋资源，防治污染损害，维护生态平衡，保障人体健康，促进经济和社会的可持续发展。

海洋环境保护监督管理的主体和职责：国务院环境保护行政主管部门对全国海洋环境保护工作实施指导、协调和监督。国家海洋行政管理部门负责监督管理海洋环境，组织对海洋环境进行调查、监测、监视、评价和科学研究，负责全国防治海洋工程建设项目和海洋倾倒废弃物造成海洋污染损害的环境保护工作；国家海事行政管理部门负责所辖港区水域内非军事船舶和港区水域外非渔业、非军事船舶污染海洋环境的监督管理和对污染事故的调查处理，对在我国管辖海域航行、停泊和作业的外国籍船舶造成的污染事故登轮检查处理；国家渔业行政管理部门负责渔港水域内非军事船舶和渔港水域外渔业船舶污染海洋环境的监督管理，负责保护渔业水域生态环境，并调查处理渔业污染事故；军队环境保护部门负责监督管理军事船舶造成的海洋环境污染，及污染事故的调查处理。

2．海洋环境保护的主要制度

1）防治陆源污染物造成海洋环境污染损害的规定，主要有：入海排污口的设置审批制度、陆源污染物排放申报和超标排污治理制度，禁止某些高危排污行为、要求陆源污染物在排放前必须采取某些环境保护措施等。

2）防治海洋工程建设项目造成海洋环境污染损害的规定，主要有：海洋环境影响评价和“三同时”制度、海洋石油勘探开发活动中采取防治海洋污染的措施。

此外，针对海洋倾废造成海洋环境污染损害的防治规定有：划定倾废区、实行倾废许可制度，针对防治船舶及有关作业活动造成海洋环境污染损害规定有：特定活动事先审批、.配置防污设备器材和财务信用保证书等。

第五节　固体废物污染环境防治法

一、固体废物污染防治法概述

1．固体废物污染的概念和危害

固体废物是指在生产、生活和其他活动中产生的丧失原有利用价值或者虽未丧失利用价值但被抛弃或者放弃的固态、半固态和置于容器中的气态的物品、物质以及法律、行政法规规定纳入固体废物管理的物品、物质。

固体废物污染是指因不适当地排放、收集、贮存、运输、利用、处置固体废物而对环境质量造成损害的现象。

固体废物能够造成多种环境污染危害，其主要危害有：占用土地、污染土壤；淤塞水道、污染水体；产生有害气体、污染大气；妨碍景观、影响市容卫生；传播疾病、危害人体健康；造成水污染事故、导致人身伤亡和经济损失。

2．我国固体废物污染防治立法的发展过程

从 1977 年开始，我国相继颁布了《关于治理工业“三废”开展综合利用的几项规定》、《关于开展资源综合利用若干问题的暂行规定》等有关废物管理的法规。进入 20 世纪 90 年代以来，固体废物立法成为重要的环境立法内容，如 1991 年 3 月 7 日，国家环境保护总局和海关总署联合发出了《关于严格控制境外有害废物转移我国的通知》，1991 年 9 月 4 日全国人大常委会批准加入《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》，1995 年 10 月颁布了《中华人民共和国固体废物污染防治法》，2004 年 12 月对该法进行了修订。同时，还颁布有一系列固体废物控制标准。

二、固体废物污染防治法的主要法律规定

1．固体废物污染防治的基本原则；

第一，对固体废物实现减量化、资源化、无害化的“三化”原则；

第二，对固体废物的实行全过程控制的原则；

第三，对固体废物实行分类管理的原则

2．固体废物污染防治的主要制度

1）固体废物污染防治的基本制度，包括：环境影响评价制度、三同时制度、排污收费制度、排污申报登记、许可制度、限期治理制度。

2）固体废物污染防治的特有制度，包括：实行强制包装回收制度、限制固体废物转移制度、淘汰落后生产工艺、落后设备制度、生产者责任延伸制度。

此外，针对危险废物规定了，危险废物名录制度、危险废物标识制度、危险废物的申报登记制度、危险废物的经营许可制度、危险废物行政代处置制度。

新修订的固体废物污染防治法还规定了，“鼓励法律服务机构对固体废物污染环境诉讼中的受害人提供法律援助”、在诉讼中“由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任”、“环境监测机构应当接受委托如实提供有关监测数据”等有利于污染受害者维权的新规定。

第六节　环境噪声污染防治法

一、环境噪声污染防治法概述

1．环境噪声污染的概念和危害

环境噪声是指，在工业生产、建筑施工、交通运输和社会生活中所产生的干扰周围生活环境的声音。

环境噪声污染是指，排放的环境噪声超过了国家规定的环境噪声排放标准，并干扰了他人的生活、工作和学习的现象。环境噪声污染具有感觉性、局部分散性以及瞬时性的特点。

环境噪声污染危害，主要包括损伤人的听力、影响智力发育、影响胎儿健康等人体健康损害，产生烦躁、心慌、失眠等对人的精神损害，对动植物产生不良影响，对建筑物寿命产生不良影响等。

2．我国环境噪声污染防治立法

主要是 1996 年 10 月颁布的〈中华人民共和国环境噪声污染防治法〉和相关的环境噪声控制标准。

二、环境噪声污染防治法的主要法律规定

1．环境噪声污染防治的监管体制

实行统一监督管理与分工负责相结合的管理体制。国务院环境保护行政主管部门对全国环境噪声污染防治实行统一监督管理；县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门对本行政辖区内的环

境噪声防治实行统一监督管理；各级人民政府公安部门对某些交通噪声和社会生活噪声污染的防治实施监督管理；各级人民政府交通部门对某些交通噪声污染的防治实施监督管理；铁道部门对火车噪声污染的防治实施监督管理；港务监督机构对进入港口的机动船舶噪声污染的防治实施监督管理。

2．环境噪声污染防治的主要制度

针对工业噪声、建筑施工噪声、社会生活噪声规定了不同的管理制度。

第七节　有毒有害物质污染控制的法律规定

一、基本概念

有毒有害物质是指，在生产和日常生活中使用的，在一定条件下会污染环境、使人类和动物中毒、患病或者死亡的物质。从环境立法上看，有毒有害物质主要有三大类，化学物质、农药、放射性物质。

二、化学物质污染控制的法律规定

1．化学物质及分类
2．化学物质污染及危害
3．化学物质污染控制的国际国内立法
4．化学物质污染控制的法律规定

三、防治农药污染的法律规定

1．农药及其分类
2．农药污染及危害
3．防治农药污染的立法
4．防治农药污染的法律规定

四、防治放射性污染的法律规定

1．放射性和放射性污物质
2．放射性污染及其危害
3．防治放射性污染的立法
4．防治放射性污染的法律规定

本章思考题

1．我国有哪些关于防治环境污染和其他公害的具体法律制度？简述各制度的主要内容。
2．何谓大气污染、水污染、固体废物污染？
3．简述关于海洋环境保护的主要法律规定。
4．何谓污染物排放的总量控制制度？我国有哪些污染防治法具体规定了污染物的总量控制制度？简述其主要内容。
5．修订后的固体废物污染防治法对污染受害者维权有哪些有利规定？
6．环境噪声污染的危害是什么？如何完善我国环境噪声污染防治法？
7．我国有哪些关于控制化学品污染环境的立法？

第十章　自然资源保护法概述

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍自然保护法和自然资源保护法的基本概念、立法体系，使学生了解自然保护法与自然资源保护法的区别与联系，理解自然保护法、自然资源保护法与环境污染防治法的区别与联系，为学生今后系统地学习“自然资源保护法”课程奠定基础。

课时分配：本章讲授 2 课时

第一节　自然保护法概述

一、自然保护和自然保护法

1．自然保护：广义的自然保护是指，对自然界各种环境要素的保护。狭义的自然保护则指，对具有特殊意义的天然和人工环境因素的保护以及自然资源开发、利用过程中生态破坏的预防和治理活动。

2．自然保护法：广义的自然保护法是指，调整在开发、利用、保护和改善自然环境中产生的各种社会关系的法律规范的总称。狭义的自然保护法作为环境法的一个组成部分，是指，调整因保护某些特殊的自然和人工环境因素，维护生态平衡和环境的优美和谐而产生的社会关系的法律规范的总称。

二、自然保护法与自然资源法的关系

1．从保护对象看，二者具有交叉关系

2．从立法目的看，二者在立法上各有侧重

3．从保护方法看，两种立法具有不同的管理措施和手段

三、自然保护的立法

我国已有《野生动物保护法》、《水土保持法》、《自然保护区条例》、《野生植物保护管理条例》等等。

第二节　自然资源保护法概述

一、自然资源及其特点

二、自然资源保护立法

1．已有立法：〈土地管理法〉、〈水法〉、〈森林法〉、〈草原法〉、〈矿产资源法〉等

2．自然资源保护的基本法律制度

1）自然资源权属制度

2）自然资源规划制度

3）自然资源调查和档案制度

4）自然资源许可制度

5）自然资源有偿使用制度

本章思考题

1．自然资源保护与环境保护的关系？
2．自然保护立法的必要性？
3．简述自然资源的基本法律制度及主要内容。

第十一章　国际环境法

本章教学目的和基本要求：本章重点学习国际环境法的基本原则，了解主要的国际环境保护公约及主要内容。为学生今后系统地学习“国际环境保护法”课程奠定基础。

课时分配：本章讲授 3 课时

第一节　国际环境保护法概述

一、国际环境问题对国际法的挑战

1．国际环境问题

国际环境问题主要表现在环境要素受到污染，生态资源退化、生物多样性遭到破坏和外层空间出现环境问题几个方面。第一，大气质量恶化、温室效应和气候变化；第二，水质恶化、水资源短缺；第三，水土流失和土地沙漠化的现象，越来越严重；第四，物种和物种的栖息地迅速减少；第五，外层空间也遭受了人类丢弃垃圾的污染。

2．国际环境问题对国际法的挑战

第一，来自法律关系主体的挑战——全球环境问题使一般国际法主体出现扩大的趋势；

第二，来自国际法律渊源的挑战——大量“软法”在特殊领域成为国际法的渊源；

第三，许多国际环境保护原则正在成为被公众接受的国际习惯法。

二、国际环境法的基本问题

1．国际环境法的概念

是指，通过国际程序形成的，调整国家、国际组织、个人与法人之间在开发利用环境资源过程中形成的关系的，具有法律拘束力或影响力的原则、规则和规章、制度的总和。

2．国际环境法的产生和发展

国际环境法从萌芽到发展大致可以分为四个阶段，即 1945 年联合国成立之前的萌芽阶段，联合国成立至 1972 年联合国人类环境会议之间的起步阶段，1972 年联合国人类环境会议到 1992 年联合国环境与发展大会之间的形成阶段和 1992 年至今的迅速发展阶段。

3．国际环境法的基本原则

1）国家资源开发主权和不损害国外环境责任原则

2）全球环境资源的共享原则

3）可持续发展原则

4）预防原则

5）国际合作与公平责任原则

第二节　主要领域的国际环境保护法律文件

一、大气层的环境保护

1．大气层的概念

2．大气层环境保护的国际法律文件

主要有《长程越界空气污染公约》及其议定书、《保护臭氧层维也纳公约》、《关于消耗臭氧

层物质的蒙特利尔议定书》和《联合国气候框架公约》。

二、海洋环境保护

1．海洋环境保护的概念

2．海洋环境保护的国际法律文件

一般性的公约有《联合国海洋法公约》，此外，还有关于海洋污染控制、关于海洋污染事故和控制陆源污染的国际公约。

三、有害废物的国际管制

1．有害废物的概念

2．有害废物管理的国际法律规定

主要是 1989 年的《控制危险废物越境转移及处置巴塞尔公约》

四、核污染防治

1．核污染、核污染控制的概念

2．核污染控制的国际法律规定

主要是《及早通报核事故公约》

五、陆地生物资源的保护

1．生物资源与生物多样性保护

2．陆地生物资源的国际法律文件

现有的保护陆地生物资源的公约可以从三个方面进行分类，一是保护陆地生物物种的公约、二是保护保护生物栖息环境的公约、三是限制陆地生物国际贸易的公约。

本章思考题

1．论国际环境法的基本原则

2．国际环境问题及对环境保护立法的挑战？

3．简述海洋环境保护的国际公约及主要内容

4．简述关于生物保护的国际立法及主要内容

本课拓展阅读书目

1．[美]纳什著：《大自然的权利》，青岛出版社 1999 年版

2．[美]辛格 著：《动物的解放》，光明日报出版社 1999 年版

3．［美］蕾切尔·卡逊著《寂静的春天》，吉林人民出版社 1997 年 12 月版

4．王灿发主编《环境纠纷处理的理论与实践》，中国政法大学出版社 2002 年 7 月版。

5．汪劲著《环境法律的理念与价值追求》，法律出版社 2000 年 1 月出版

6．王明远 著《环境侵权救济法律制度》，中国法制出版社 2001 年 2 月出版

7．[日] 原田尚彦著《环境法》，法律出版社 1999 年 4 月第 1 版

8．[美] 罗杰·W·芬得利、丹尼尔·A·法伯 著：《环境法概要》，中国社会科学出版社 1997 年 8 月第 1 版

9．[台] 叶俊荣 著《环境政策与法律》，中国政法大学出版社 2003 年 5 月出版

10．[日] 藤木英雄著《公害犯罪》，中国政法大学出版社 1992 年版

11．王曦 著《国际环境法》，法律出版社 1998 年 4 月第 1 版。
12．[法] 亚历山大·基斯 著《国际环境法》，法律出版社 2000 年 7 月版
13．阅读我校出版的《环境法学名著导读》

《商法二：证券法》教学大纲

王光进、马更新、范中超　编写

目　录

前　言 6
第一章　证券与证券法概述（3 学时） 7
教学目的和要求 7
第一节　证券与证券市场概述 7
一、证券的概念和分类 7
二、证券法上的证券及特征 7
三、证券市场 8
第二节　证券法概述 9
一、证券法的概念与特征 9
二、证券法的调整对象与范围 9
三、证券法的基本原则 9
四、证券法的地位与体系 9
本章复习与思考题 10
拓展阅读书目 10
第二章　证券发行制度（4 学时） 11
教学目的和要求 11
第一节　证券发行概述 11
一、证券发行概念与特征 11
二、证券发行的分类 11
三、公开发行的法律界定 12
第二节　证券发行核准与撤销 12
一、证券发行审核制度概述 12
二、证券发行的核准程序 12
三、证券发行核准决定的撤销 13
第三节　证券发行条件与程序 13
一、证券发行条件 13
二、证券发行程序 13
三、证券发行失败的处理 14
本章复习与思考题 15
拓展阅读书目 15
第三章　证券承销和保荐制度（3 学时） 16
教学目的和要求 16
第一节　证券承销制度 16
一、证券承销概述 16
二、证券承销定价与发行方式 17
三、证券承销商的义务 17
第二节　证券发行上市保荐制度 17
一、保荐制度的产生 17
三、保荐人的注册及管理 17
四、我国目前的保荐制度中存在的问题及分析 18
五、保荐代表人制度的完善 18
六、比较法研究 18
本章复习与思考题 18
拓展阅读书目 18
第四章　证券上市制度（3 学时） 19
教学目的和要求 19
第一节　证券上市概述 19

一、证券上市的含义及意义.....19
二、证券上市的种类.....19
三、证券上市的优劣.....19
第二节　证券上市条件.....19
一、证券上市条件的演变.....19
二、股票上市条件.....20
二、公司债券上市条件.....20
第三节　证券上市程序.....20
一、证券上市申请.....20
二、证券上市审核.....21
三、上市协议.....21
四、证券上市公告.....22
五、挂牌交易.....22
第四节　证券暂停上市与终止上市.....22
一、证券上市暂停与终止的含义.....22
二、股票上市暂停与终止.....22
三、公司债券上市暂停与终止.....23
本章复习与思考题.....23
拓展阅读书目.....23
第五章　证券交易制度（3 学时）.....24
教学目的和要求.....24
第一节　证券集中交易制度.....24
一、证券交易程序.....24
二、证券交易种类.....24
三、证券交易的法律特点.....24
第二节　证券的非集中交易.....24
一、证券协议转让.....24
二、证券大宗交易.....25
三、证券的裁判转让.....25
第三节　证券交易的强制性规则.....25
一、证券交易标的物的限制.....25
二、证券交易场所的限制与放松.....25
三、证券交易方式的限制与放松.....25
四、证券交易种类的限制与放松.....25
五、证券转让期限的限制.....25
六、短线交易的限制.....26
七、特定主体买卖股票的限制.....26
八、法定人员持股与买卖股票限制.....26
九、国有企业和国有资产控股的企业买卖股票的限制.....26
本章复习与思考题.....26
拓展阅读书目.....26
第六章　证券市场信息披露制度（3 学时）.....28
教学目的和要求.....28
第一节　信息披露概述.....28
一、信息披露的概念与分类.....28
二、信息披露的基本特征.....28
三、信息披露的基本要求.....28
四、信息披露的方式与场所.....29
五、信息披露制度的价值.....29
第二节　初次信息披露.....29

一、初次信息披露的含义.....29
二、初次发行股票信息披露.....29
三、初次发行债券信息披露.....30
第三节　持续信息披露.....30
一、持续信息披露的概念及意义.....30
二、持续信息披露的形式.....30
本章复习与思考题.....31
拓展阅读书目.....31
第七章　上市公司收购制度（4 学时）.....32
教学目的和要求.....32
第一节　上市公司收购概述.....32
一、上市公司收购的概念及特征.....32
二、上市公司收购分类.....32
三、上市公司收购立法目的与政策取向.....32
四、上市公司收购的基本原则.....33
第二节　要约收购.....33
一、要约收购的概念与特征.....33
二、要约收购的适用条件.....33
三、上市公司要约收购程序.....34
四、要约收购的效力及期限.....34
五、要约收购的法律后果.....34
六、收购人的法定义务.....34
第三节　协议收购.....34
一、协议收购的概念与特征.....34
二、协议收购的程序.....35
三、协议收购的特别后果.....35
本章复习与思考题.....35
拓展阅读书目.....35
第八章　证券市场主体制度（3 学时）.....37
教学目的和要求.....37
第一节　证券交易所.....37
一、证券交易所的概念.....37
二、证券交易所的类型.....37
三、证券交易所的设立与解散.....37
四、证券交易所的组织机构.....37
五、证券交易所的职能.....37
第二节　证券公司.....38
一、证券公司的组织形式与名称.....38
二、证券公司的业务类型及相应的注册资本要求.....38
三、对证券公司的监管.....38
第三节　证券登记结算机构.....40
一、证券登记结算机构的概念.....40
二、证券登记结算机构的设立.....40
三、证券登记结算机构的职能.....40
四、证券登记结算机构的业务规则制定权.....40
第四节　证券服务机构.....40
一、证券服务机构的类型.....40
二、证券服务业务的审批.....40
三、证券服务机构从业人员的从业资格管理.....40
四、投资咨询机构及其从业人员的禁止行为.....41

五、证券服务机构的收费管理.....41
六、证券服务机构的民事责任.....41
第五节　证券业协会.....41
一、证券业协会的性质.....41
二、证券业协会的会员.....41
三、证券业协会的组织机构.....41
四、证券业协会的职责.....42
本章复习与思考题.....42
拓展阅读书目.....42
第九章　证券投资基金（3 学时）.....43
教学目的和要求.....43
第一节　证券投资基金概述.....43
一、证券投资基金的概念.....43
二、证券投资基金的种类.....43
三、证券投资基金与股票、债券的区别.....43
第二节　证券投资基金的当事人.....44
一、基金份额持有人.....44
二、基金管理人.....44
三、基金托管人.....46
四、证券投资基金法律关系的性质.....46
第三节　基金的募集与运行.....47
一、基金的募集.....47
二、封闭式基金份额的交易.....48
三、开放式基金的申购与赎回.....49
四、基金的运作.....49
五、基金合同的变更、终止与基金财产清算.....50
第四节　对证券投资基金的监督管理.....50
一、国务院证券监督管理机构的监督管理职责.....50
二、国务院证券监督管理机构的监督管理措施.....51
本章复习与思考题.....51
拓展阅读书目.....51
第十章　证券监管制度（3 学时）.....52
教学目的和要求.....52
第一节　证券监管概述.....52
一、证券监管的概念.....52
二、证券监管的目标.....52
三、证券监管的原则.....52
四、证券监管的方法.....52
第二节　证券监管机构.....52
一、我国的证券监督管理机构.....52
二、中国证监会的职责.....53
三、中国证监会的执法措施.....53
本章复习与思考题.....54
拓展阅读书目.....54
第十一章　证券法律责任制度（4 学时）.....55
教学目的和要求.....55
第一节　证券法律责任制度概述.....55
一、证券违法行为.....55
二、证券法律责任.....55
第二节　虚假陈述及其法律责任.....56

一、虚假陈述的概念及特征.....56
二、虚假陈述的法律责任.....56
第三节　内幕交易及其法律责任.....56
一、内幕交易的概念.....56
二、内幕交易的法律构成.....56
三、内幕交易的法律责任.....57
四、内幕交易防范机制——短线交易收益归入制度.....57
第四节　操纵市场及其法律责任.....58
一、操纵市场的概念与特征.....58
二、操纵市场的行为方式.....58
三、操纵市场的法律责任.....58
第五节　欺诈客户及其法律责任.....59
一、欺诈客户的概念.....59
二、欺诈客户行为的主要类型.....59
三、证券公司欺诈客户的法律责任.....59
本章复习与思考题.....59
拓展阅读书目.....59

前　言

证券法是证券市场的根本大法。证券法与公司法共同构成了证券市场的法律基石。证券法调整证券发行、交易、服务、监管法律关系，其宗旨在于规范证券发行与交易行为，保护投资者利益，促进证券市场稳定发展。证券法的教学目标，就是使学生掌握证券法律专业知识，培养专业技能，开拓专业视野。教学重点应放在证券与证券法的基本知识、基本理论、基本制度上，以及分析问题、解决问题的能力培养上，运用案例教学，提高学生理解法律与适用法律的能力。

教学总进程课时安排（按照周学时 2 学时计划）

商法（二）　证券法（36 学时）

第一章　证券与证券法概述（3 学时）

第二章　证券发行制度（4 学时）

第三章　证券承销和保荐制度（3 学时）

第四章　证券上市制度（3 学时）

第五章　证券交易制度（3 学时）

第六章　证券市场信息披露制度（3 学时）

第七章　上市公司收购制度（4 学时）

第八章　证券市场主体制度（3 学时）

第九章　证券投资基金（3 学时）

第十章　证券监管制度（3 学时）

第十一章　证券法律责任制度（4 学时）

第一章　证券与证券法概述（3学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解和掌握证券与证券法的基本知识与基本理论，为进一步学习证券法律制度打下坚实的基础。

本章教学要求：要使学生理解并掌握证券与证券法的基本知识与基本理论，尤其是证券法的调整对象与基本原则，并能结合证券市场中的实际问题进行法律分析，提高学生发现问题、分析问题、解决问题的能力。加强理论与实际的结合。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券的概念、特征与分类，证券市场的概念与分类、证券市场的功能，证券法的概念、特征、调整对象、证券法的基本原则、地位与体系。

本章教学难点：证券市场，证券法的基本原则。

第一节　证券与证券市场概述

一、证券的概念和分类

（一）证券的概念

证券是一个外延广泛的概念。证券的概念有广义和狭义之分。广义的概念是指以证明或设定权利为目的所做成的凭证，即指各类记载并代表一定权利的法律凭证的统称。它表现为证券持有人或第三人有权取得该证券拥有的特定权益，或证明其曾经发生过的行为。狭义的证券是指以一定书面形式或其他形式，记载并代表特定民事权利的书证。

证券是具有财产属性的民事权利。

（二）证券的分类

证券依照不同的标准，可以作不同的分类。通常有以下标准和分类：

1．依照证券本身是否能够作为财产使用，分为有价证券和无价证券。

2．依照证券形式与证券权利之间的关系，分为设权证券和证权证券。

3．依照证券的表现形式，分为实物券式证券和簿记券式证券。

4．依照证券是否记名，分为记名证券和不记名证券。

5．依证券是否在证券交易所挂牌交易，分为上市证券与非上市证券。

二、证券法上的证券及特征

（一）证券法上的证券定义

1．证券法上的证券属于资本证券。

2．各国证券法对证券的界定方式。

3．我国证券法对证券的界定。

证券法上的证券种类和范围实际上是一个变动的概念，它是随着证券市场的发展变化而变化的。

（二）证券法上的证券特征

1．投资凭证。

2．权益凭证。

3. 可转让的权利凭证。

4. 要式凭证。

（三）我国证券法上的证券种类

根据《中华人民共和国证券法》第 2 条的规定，我国证券法上的证券主要是股票、公司债券以及国务院依法认定的其他证券。目前我国证券市场上发行和流通的证券，主要有以下几种：股票、债券、基金、证券衍生品种。

1．股票的概念和种类。

2．债券的概念和种类。

3．基金券的概念和种类。

4．证券衍生品种的概念。

三、证券市场

（一）证券市场的概念与分类

证券市场是证券发行与交易活动场所的总称。它由金融工具、交易场所以及市场参与主体等要素构成，是现代金融市场极其重要的组成部分。证券市场的参与主体，包括证券发行主体、证券投资主体、证券中介机构、证券监管机构和自律组织等。

按照不同的标准或角度，可以对证券市场进行不同的分类。

1．按照证券市场的功能，分为证券发行市场和证券流通市场。或一级市场和二级市场；初级市场和次级市场。

2．按照证券市场的组织形式，分为场内交易市场和场外交易市场。

3．按照证券市场交易对象的种类，分为股票市场、债券市场、基金市场和衍生证券市场。

4．按照证券市场的性质与特点，可分为主板市场或一板市场、次板市场或二板市场、创业板市场等。

5．按照证券市场的地域标准，可分为国内证券市场和国际证券市场。

（二）证券市场的功能

1．桥梁功能。

2．融资功能。

3．投资功能。

4．资源配置功能。

5．晴雨表功能。

（三）证券市场的主体

1．证券发行人。一般包括公司、企业、金融机构、基金组织、政府。

2．证券投资者。一般分为个人投资者和机构投资者。机构投资者一般包括公司、企业、金融机构、基金组织、政府机构。

3．证券交易所。

4．证券公司。

5．证券登记结算机构。

6．证券服务机构。一般包括投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所、律师事务所。

7．自律性组织。如证券业协会，交易所协会等。

8．政府监管机构。

第二节　证券法概述

一、证券法的概念与特征

（一）证券法的概念

证券法是调整证券市场的参与者与证券监督管理者在证券的募集、发行、交易、监督管理过程中所发生的社会经济关系的法律规范的总称。是商法的特别法。

证券法的概念有狭义和广义之分。狭义的证券法，是指一国制定的关于证券的专门法律。从广义的证券法，是指凡调整证券关系的法律规范都属于证券法范畴。它不仅包括专门的证券法内容，也包括其他法律部门中关于证券法方面的规定。

证券法的规范层级与效力。

（二）证券法的特征

1．证券法主要是强制性规范。

2．证券法具有较强的技术性。

3．证券法是公法与私法的结合。

4．证券法是实体法与程序法的结合。

5．证券法是具有一定国际性的法律规范。

二、证券法的调整对象与范围

就证券法理论而言，证券法的调整对象是证券关系，即证券融资关系。它一般包括证券发行关系、证券交易关系、证券服务关系和证券监管关系。实践中，各国证券法的调整对象与范围是有所差异的。

我国证券法的调整对象。

我国证券法调整的范围。

三、证券法的基本原则

证券法的基本原则是证券法的立法精神的体现，是证券发行、证券交易和证券管理活动必须遵循的最基本的准则，它贯穿证券立法、执法和司法活动的始终。

（一）公开原则

（二）公平原则

（三）公正原则

（四）诚信原则

（五）效率与安全兼顾原则

四、证券法的地位与体系

（一）地位

证券法的地位，是指证券法在一国法律体系中的地位，以及与其他相关法律之间的关系。由于各国法律体系不同，尤其存在民商分立与民商合一的民商法体系之分，证券法的地位亦有所不同。

1．证券法是商法特别法。

2．证券法与公司法

3．证券法与行政法

4．证券法与刑法

（二）证券法体系

1．外国证券法体系

从世界各国来看，由于各自的历史原因和社会经济背景不同，对证券管理及其法律制度不尽一致，由此而形成了各具特色的证券法律体系。世界各国证券法律制度可划分为三大体系。

（1）美国证券法体系。

（2）英国证券法体系。

（3）德国证券法体系。

2．启示

（1）不存在单一模式或标准模式。

（2）立法与国情相适应。

（3）注重保护投资者利益。

3．我国证券法体系

我国证券市场的法律规范体系，包括《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国公司法》、《证券投资基金法》等法律和一系列行政法、部门规章，以及司法解释。此外，还有大量的自律性规范作为法律的补充。

本章复习与思考题

1．什么是证券？证券的特征和种类。

2．什么是股票？股票的特征和种类。

3．什么是债券？债券的特征和种类。

4．什么是基金？基金的分类。

5．证券市场的概念、构成与种类。

6．证券法的概念及特征。

7．如何理解证券法的基本原则？

8．如何理解证券法的地位。

拓展阅读书目

1．谢怀栻：《票据法概论》，法律出版社 1990 年版。

2．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。

3．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。

4.［美］莱瑞·D·索德奎斯特：《美国证券法解读》，胡轩之，张云辉译，法律出版社 2004 年版。

5．李飞："关于如何确定证券法的调整范围问题"，载于《中国法学》1999 年第 2 期。

6．吴志攀："《证券法》适用范围的反思与展望"，载于《法商研究》2003 年第 6 期。

7．汤欣："修法可从'证券'开始"，载于《法人》2004 年第 2 期。

8．符启林：《证券法：理论•实务•案例》，法律出版社 2007 年版。

9．高西庆："证券市场强制性信息披露制度的理论基础"，载于《证券市场导报》1996 年第 10 期。

10．廖凡："钢丝上的平衡——美国证券信息披露体系的演变"，载于《法学》2003 年第 4 期。

第二章　证券发行制度（4 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解和掌握证券发行法律制度的构成及其价值取向，了解证券发行的种类与信息公开制度，领会证券发行注册制和审批制的区别，培养学生对证券发行法律制度的理解能力和分析能力。

本章教学要求：要使学生理解并掌握证券发行法律制度的具体内涵与基本内容，以及证券法的主要法律规定。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券发行的含义与特征，证券发行的基本分类，证券发行核准制度，股票与公司债券的发行条件和程序。

本章教学难点：证券发行方式，核准制度，股票、债券发行的信息披露。

第一节　证券发行概述

证券发行是证券市场的基础，证券发行制度涉及证券市场的准入制度，属于证券市场的基本制度，包括证券发行审核制度，证券发行条件和程序等。

一、证券发行概念与特征

（一）证券发行的概念

证券发行是指证券发行人依照法定程序向社会公众投资者或股东出售其证券的行为。

从主体构成看，证券发行主体包括：发行人、中介人、认购人。

从发行过程看，证券发行包括：销售、申购、认购、缴款、交付。

（二）证券发行的法律特征

1．以募集资金为目的。

2．须通过中介实施。

3．一般向不特定相对人销售。

4．须按照法定方式进行。

二、证券发行的分类

证券发行依照不同的标准，可以作不同的分类。通常有以下标准和分类：

1．按照证券发行的种类，分为股票发行、债券发行、基金发行、衍生工具的发行等。

2．按照证券发行对象是否特定，分为公募发行和私募发行。

3．按照证券发行是否通过承销机构，分为直接发行和间接发行。

4．按照发行是否以设立公司为目的，分为设立发行和增资发行。

5．按照证券发行价格与证券票面金额的比值，分为平价发行、溢价发行、折价发行。

6．按照证券发行的购买方式，分为市值配售发行，认购抽签发行，定向配售发行等。

7．按照证券发行地点的不同，分为国内发行和国外发行。

三、公开发行的法律界定

（一）公开发行的概念

公开发行是指证券发行人向不特定的对象发行证券，或向特定对象发行证券超过一定人数的发行行为。

由于公开发行涉及公众利益，国家对公开发行行为必须进行监管。公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。

（二）公开发行的情形

根据《中华人民共和国证券法》第 10 条第 2 款规定，有下列情形之一的，为公开发行：

1．向不特定对象发行证券的；

2．向特定对象发行证券累计超过二百人的；

3．法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

第二节　证券发行核准与撤销

一、证券发行审核制度概述

证券发行审核制度是证券发行制度的重要组成内容之一。为保护投资者利益，维护证券市场的健康发展，各国政府对证券的发行均实行一定方式的监督管理。

（一）证券发行审核方式

1．注册制。

2．核准制。

3．注册制与核准制的比较。

（二）我国证券发行审核方式的演变

1．证券法实施前的审批制。

2．证券法实施后的核准制与审批制相结合。

3．证券法修订后统一实行核准制。

（三）股票发行审核委员会的运作和职责

1．股票发行审核委员会的运作。

2．股票发行审核委员会的职责。

二、证券发行的核准程序

（一）股票发行核准程序

根据《中国证监会股票发行核准程序》规定，股票发行核准程序分为：

1．受理申请文件。

2．初审。

3．发行审核委员会审核。

4．核准发行。

5．复议。

（二）公司债券发行核准程序

证券法修订后，我国公司债券的发行审核制度废止了审批制，实行核准制。国务院授权的部门对公司债券发行申请的核准程序应当公开，依法接受监督。

（三）证券投资基金发行核准程序

1．受理申请文件。

2．作出核准决定。

三、证券发行核准决定的撤销

根据《中华人民共和国证券法》第 26 条的规定，国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的核准证券发行的决定，发现不符合法定条件或者法定程序，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市的，撤销发行核准决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有人；保荐人应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人承担连带责任。

第三节　证券发行条件与程序

一、证券发行条件

（一）股票公开发行条件

1．境内上市 A 股发行条件。

（1）募集设立发行条件。

（2）增资发行条件。

2．境内上市 B 股发行条件。

（1）募集设立股份公司发行股份的条件。

（2）增资发行的条件。

3．境外上市外资股发行条件。

发行境外上市外资股，除了符合境外上市地国家或地区相关立法或证券交易所的有关规定外，尚需报经国务院证券监管部门批准。

（二）债券公开发行条件

1．公司债券公开发行条件。

2．可转换公司债券的公开发行条件。

3．企业债券的发行条件。

（三）基金设立条件

1．基金设立的条件。

2．基金管理人的条件。

3．基金托管人的条件。

二、证券发行程序

（一）股票首次发行程序

1．募股准备

2．提交募股申请。由主承销商推荐并向中国证监会申报。

3．证券监管部门受理申请文件。

4．证券监管部门初审。
5．股票发行审核委员会审核。
6．证券监管部门核准发行。
7．公告招股说明书。
8．认购人认购。
9．验资并召开创立大会。
10．公司设立登记并交付股票。
（二）公司债券发行程序
1．股东大会作出决议或决定。
2．选择承销机构。
3．向国务院授权的部门申请。
4．国务院授权的部门核准。
5．公告公司债券募集办法。
6．制作公司债券。
7．认购人认购公司债券。
8．置备公司债券存根簿。
9．向证券主管机关登记备案。
（三）可转换公司债券的发行程序
1．董事会决议并公告
2．股东大会作出决议批准。
3．申报文件编制。
4．主承销商推荐和保荐机构保荐。
5．提交可转换债券的发行申请文件。
6．证券监管部门受理申请文件。
7．证券监管部门初审。
8．发行审核委员会审核。
9．证券监管部门核准发行。
10．公告募集说明书。
11．认购人认购可转换公司债券。
12．向证券主管机关登记备案。
（四）基金发行程序
1．设立前的准备工作。
发起人签订发起协议；草拟基金合同草案，基金托管协议草案，招募说明书草案等。
2．申请与核准发行。
3．签订承销协议。
4．公告基金招募说明书。
5．认购人认购基金。
6．基金销售自查并报监管部门备案。

三、证券发行失败的处理

新修订的证券法设立了证券发行失败制度，规定股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量百分之七十的，为发行失败。

证券发行失败，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还股票认购人。

本章复习与思考题

1．证券发行与证券募集有无异同？
2．简述证券发行的概念和性质。
3．证券发行的基本分类有哪些？
4．证券发行注册制与核准制的比较。
5．简单评价我国的证券发行审核制度。
6．原始股票、新股发行的条件和程序。
7．可转换公司债券发行条件。
8．如何完善证券发行核准制度？
9．证券发行信息公开的范围。
10．证券发行中的民事责任 。

拓展阅读书目

1．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。
2．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。
3．陈界融：《证券发行法论》，高等教育出版社 2008 年版。
4．彭冰：“论撤销发行核准决定”，载于《法商研究》2009 年第 4 期。
5．熊凌：“美国证券发行的豁免制度”，载于《中国证券期货》2004 年第 3 期。
6．彭周鸿、陈岱松：“证券发行内核制度研究”，载于《证券市场导报》2003 年第 10 期。
7．陈甦：“析证券发行审核制度的二元结构”，载于《法学杂志》2001 年第 1 期。
8．刘春长：“证券发行管制、退出机制与创业板市场的发展”，载于《中国金融》2010 年第 16 期。

第三章　证券承销和保荐制度（3 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解和掌握证券承销制度、证券承销协议、证券承销方式以及证券承销的特别义务。

本章教学要求：要使学生理解并掌握证券承销的概念及其分类，掌握证券承销协议，了解证券承销定价与发行方式，明确证券承销商的权利和义务，熟悉证券发行上市的保荐制度。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券承销的概念和分类、证券承销的定价和发行方式、证券发行上市的保荐制度。

本章教学难点：证券承销方式的比较。

第一节　证券承销制度

一、证券承销概述

（一）证券承销概念

证券承销是指证券承销商接受证券发行人的委托，代其向社会公众投资者募集资金并交付证券的行为。证券承销是证券间接发行时所采用的发行方式。

（二）证券承销方式

1．证券代销。

2．证券包销。

3．证券代销和证券包销的主要区别。

（三）证券承销资格

证券经营机构从事证券承销业务，需按规定取得承销业务资格。

承销业务资格分为承销商资格和主承销商资格。

证券经营机构履行保荐职责，应当依照有关规定注册登记为保荐机构。

根据《境内及境外证券经营机构从事外资股业务资格管理暂行规定》，境内、境外证券经营机构从事外资股业务，须取得中国证券监督管理委员会颁发的《经营外资股业务资格证书》，并具备法定条件。

（四）证券承销协议

证券公司承销证券，应当同发行人签订代销或者包销协议，载明下列事项：

1．当事人的名称、住所及法定代表人姓名；

2．代销、包销证券的种类、数量、金额及发行价格；

3．代销、包销的期限及起止日期；

4．代销、包销的付款方式及日期；

5．代销、包销的费用和结算办法；

6．违约责任；

7．国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

二、证券承销定价与发行方式

（一）证券发行价格的确定原则
1．市场定价原则
2．依法定价原则
（二）证券发行价格的确定方法
1．市盈率法
2．竞价确定法
3．市场询价法
（三）证券发行方式
1．新股发行方式
2．上网定价的操作程序

三、证券承销商的义务

（一）禁止不正当竞争手段招揽承销业务
（二）不得预留所代销的证券或预先购入并留存所包销的证券
（三）保证公开发行证券募集文件的真实性、准确性和完整性
（四）承销情况的备案义务

第二节　证券发行上市保荐制度

一、保荐制度的产生

证监会2004年2月1日起施行《证券发行上市保荐制度暂行办法》，该暂行办法于2008年12月1日起由《证券发行上市保荐业务管理办法》取代，并于2009年6月14日修改，上海、深圳证券交易所上市规则中均专章规定保荐机构，深圳证券交易所于2004年8月9日发布《中小企业板块保荐工作指引》，2005年修改《证券法》第11条、第49条明确规定保荐制度，证监会2006年5月29日发布《保荐人尽职调查工作准则》，从而在我国证券市场全面引入保荐制度。

我国保荐制度的特点：
（一）全面适用于主板、中小企业板、创业板市场
（二）适用于证券公开发行阶段
（三）吸收了以往相关制度的成功经验

二、保荐人的职责

（一）保荐人辅导职责
（二）保荐人推荐职责
（三）尽职调查职责
（四）协助配合职责
（五）持续督导职责

三、保荐人的注册及管理

（一）保荐机构的资格管理
（二）保荐代表人的资格管理

（三）保荐人的法律责任

四、我国目前的保荐制度中存在的问题及分析

（一）保荐机构与保荐代表人之间责任划分不清
（二）保荐人与证监会之间职责的混淆
（三）保荐代表人的地位被高估

五、保荐代表人制度的完善

（一）划清保荐机构和保荐代表人的责任边界
（二）合理分配证监会、保荐机构在证券发行上市中的权责
（三）明确保荐代表人民事责任的性质、赔偿标准
（四）完善保荐代表人退出机制

六、比较法研究

（一）美国和中国香港地区保荐制度的特点
（二）对我国的启示

本章复习与思考题

1. 证券承销方式的优劣。
2. 比较证券包销与证券代销。
3. 证券发行价格的确定方法。
4. 证券承销商的义务有哪些？
5. 如何理解从通道制到保荐人制？
6. 证券发行上市保荐制度的主要内容有哪些？
7. 如何完善证券发行保荐制度？

拓展阅读书目

1．赵旭东：《商法学》，高等教育出版社 2007 年版。
2．彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社 2007 年版。
3．范健、王建文：《证券法》，法律出版社 2010 年版。
4．李明良：《证券市场热点法律问题研究》，商务印书馆 2004 年版。
5．刘俊海：“论证券市场法律责任的立法和司法责任的协调”，载于《现代法学》2003 年第 1 期。
6．郭丽红：“论操纵证券市场价格的法律控制”，载于《现代法学》2000 年第 4 期。
7．叶景成：“台湾证券商对上市公司的辅导制度”，载于《证券市场导报》1994 年第 4 期。
8．杨丽萍：“承销商对发行风险的制约——论发行失败制度”，载于《金融法苑》2005 年第 7 期。
9．蔡奕：“英国关于市场操纵的立法与实践”，载于《证券市场导报》2005 年第 2 期。
10．陈甦：“析证券发行审核制度的二元结构”，载于《法学杂志》2001 年第 1 期。

第四章　证券上市制度（3学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生进一步了解和掌握证券上市制度的基本内容及其价值取向。
本章教学要求：要使学生理解并掌握证券上市的概念、条件、程序等具体内涵与基本规则。
本章教学重点：使学生理解并掌握证券上市的条件与程序，证券上市暂停与终止的情形。
本章教学难点：证券上市的条件和程序。

第一节　证券上市概述

一、证券上市的含义及意义

（一）含义

证券上市是指公开发行的有价证券，依据法定条件和程序，在证券交易所或其他依法设立的交易市场公开挂牌交易的行为。在证券交易所内买卖的有价证券，称为上市证券，发行上市证券的公司称为上市公司。证券上市制度，是指有关证券上市的标准和程序、上市证券的暂停与终止等一系列规则的总称。

（二）意义

证券上市是联结证券发行市场和证券交易市场的桥梁。

1．对上市公司的意义。

2．对投资者的意义。

二、证券上市的种类

（一）授权上市与认可上市
（二）普通上市与首次发行上市
（三）第一上市与第二上市
（四）股票上市与公司债券上市

三、证券上市的优劣

第二节　证券上市条件

一、证券上市条件的演变

证券上市条件，也称证券上市标准，是指证券交易所制定的、证券发行人获得上市资格的基本条件和要求。

各国证券法对证券上市的条件规定、宽严不同，但基本标准大致相同，通常包括上市公司的资本额、资本结构、盈利能力、偿债能力、股权分散状况、公司财务情况、开业时间等。这里主要介

绍我国股票和公司债券的上市条件。

二、股票上市条件

（一）股票上市的法定条件

1．符合公司法规定的设立股份有限公司的条件；

2．股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；

3．公司股本总额不少于人民币三千万元；

4．公开发行的股份达到公司股份总数的百分之二十五以上；公司股本总额超过人民币四亿元的，公开发行股份的比例为百分之十以上；

5．公司最近三年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载；

6．国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

经国务院证券监督管理机构批准，证券交易所可以规定高于证券法规定的上市条件。

（二）创业板股票的上市条件

二、公司债券上市条件

（一）普通公司债券上市条件

1．公司债券的期限为一年以上；

2．公司债券实际发行额不少于人民币五千万元；

3．公司申请其债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

（二）上市公司可转换公司债券上市条件

第三节　证券上市程序

一、证券上市申请

（一）股票上市申请

《中华人民共和国证券法》第 52 条规定，申请股票上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：

1．上市报告书；

2．申请股票上市的股东大会决议；

3．公司章程；

4．公司营业执照；

5．依法经会计师事务所审计的公司最近三年的财务会计报告；

6．法律意见书和上市保荐书；

7．最近一次的招股说明书；

8．证券交易所上市规则规定的其他文件。

（二）公司债券上市申请

《中华人民共和国证券法》第 58 条规定，申请公司债券上市交易，应当向证券交易所报送下列文件：

1．上市报告书；

2．申请公司债券上市的董事会决议；

3．公司章程；
4．公司营业执照；
5．公司债券募集办法；
6．公司债券的实际发行数额；
7．证券交易所上市规则规定的其他文件。
申请可转换为股票的公司债券上市交易，还应当报送保荐人出具的上市保荐书。

二、证券上市审核

（一）股票上市审核
证券交易所在审核股票上市申请时，通常应考虑以下因素：
1．上市条件因素。
2．产业政策因素。
（二）公司债券上市审核
除政府债券由证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排上市交易外，证券上市的审核机构为证券交易所。证券交易所根据法律法规及证券交易所的上市规则对债券上市申请进行审核。

三、上市协议

（一）上市协议的特点
1．上市协议属于服务性协议。
2．上市协议属于格式性条款。
3．上市协议是证券交易所对上市公司实施自律监管的基础。
4．上市协议是转引证券交易所交易规则的法律基础。
（二）上市协议的内容
股票上市协议应当包括如下内容：
1．上市费用的项目和数额；
2．双方的权利与义务；
3．公司证券事务负责人；
4．上市公司定期报告、临时报告的报告程序；
5．股票停牌事宜；
6．协议双方违反上市协议的处理；
7．仲裁条款；
8．证券交易所认为需要在上市协议中规定的其他内容。
公司债券上市协议一般包括如下内容：
1．债券的名称代码、信用评级、面额、期限、利率、发行价格、发行总量等基本情况；
2．双方的权利与义务；
3．公司证券事务负责人；
4．上市公司定期报告、临时报告的报告程序；
5．债券停牌事宜；
6．协议双方违反上市协议的处理；
7．仲裁条款；
8．证券交易所认为需要在上市协议中规定的其他内容。

四、证券上市公告

（一）股票上市公告

股票上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告股票上市的有关文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。签订上市协议的公司除公告前条规定的文件外，还应当公告下列事项：

1．股票获准在证券交易所交易的日期；

2．持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额；

3．公司的实际控制人；

4．董事、监事、高级管理人员的姓名及其持有本公司股票和债券的情况。

（二）公司债券上市公告

公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

五、挂牌交易

第四节　证券暂停上市与终止上市

一、证券上市暂停与终止的含义

证券上市暂停，是指证券发行人出现了法定原因时，其上市证券暂时停止在证券交易所挂牌交易的情形。暂停上市的证券因暂停的原因消除后，可恢复上市。

证券上市终止，是指证券发行人出现了法定原因后，其上市证券被取消上市资格，不能在证券交易所继续挂牌交易的情形。上市证券被终止后，可以在终止上市原因消除后，重新申请证券上市。

证券上市的暂停与终止，是证券上市制度的重要组成部分，它构成了证券上市的退出机制。

二、股票上市暂停与终止

（一）股票上市暂停的情形

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：

1．公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；

2．公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，可能误导投资者；

3．公司有重大违法行为；

4．公司最近三年连续亏损；

5．证券交易所上市规则规定的其他情形。

（二）股票上市终止的情形

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：

1．公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；

2．公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载，且拒绝纠正；

3．公司最近三年连续亏损，在其后一个年度内未能恢复盈利；

4．公司解散或者被宣告破产；

5．证券交易所上市规则规定的其他情形。

三、公司债券上市暂停与终止

（一）公司债券上市暂停的情形

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：

1．公司有重大违法行为；

2．公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；

3．发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；

4．未按照公司债券募集办法履行义务；

5．公司最近二年连续亏损。

（二）公司债券上市终止的情形

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易：

1．公司有重大违法行为，或者未按照公司债券募集办法履行义务，经查实后果严重的；

2．公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件，或者发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用，或者公司最近二年连续亏损，在限期内未能消除的；

3．公司解散或者被宣告破产。

本章复习与思考题

1．证券上市的概念与标准。

2．股票上市的条件与程序。

3．公司债券上市的条件与程序。

4．股票上市暂停与终止的情形。

5．公司债券上市暂停与终止的情形。

拓展阅读书目

1．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。

2．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。

3．符启林：《证券法：理论•实务•案例》，法律出版社 2007 年版。

4．段威："证券交易所监管上市公司的法律风险分析"，载于《中国金融法治报告》2007 年。

5．徐明、卢文道："从市场竞争到法制基础：证券交易所自律监管研究"，载于《华东政法学院学报》2005 年第 5 期。

第五章　证券交易制度（3 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生进一步了解和掌握证券交易制度的基本内容，证券主要的交易程序，以及证券场外交易的特点、了解其形式和方式。

本章教学要求：要使学生理解并掌握证券交易的概念、方式，掌握证券交易的特点与基本原则，了解证券交易的场所，以及证券法有关证券交易的强制性法律规定。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券交易的程序与种类，证券交易强制性规则，证券交易的限制，场外交易的形式、方式及其特殊问题。

本章教学难点：证券交易的种类，证券交易强制性规则。

第一节　证券集中交易制度

一、证券交易程序

（一）开立证券交易账户
（二）办理委托手续
（三）下达委托指令与成交
（四）清算与交割
（五）证券登记过户

二、证券交易种类

（一）股票指数期货交易
（二）股票期权交易
（三）融资融券交易

三、证券交易的法律特点

（一）证券交易的特点
（二）证券交易的法律性质及适用规范

第二节　证券的非集中交易

一、证券协议转让

非流通股股票只能采取竞价交易以外的其他方式进行转让，交易双方协商并签署股票转让协议是非流通股最重要的转让方式。非流通股协议转让具有以下特点：

（一）股权转让协议是实现非流通转让的合法形式
（二）非流通股股票协议转让是证券交易所交易的组成部分

（三）非流通股股票必须借助证券交易所非竞价交易系统才能达成转让
（四）非流通股股票转让无须适用竞价交易的复杂程序和规则

二、证券大宗交易

证券大宗交易，是指证券单笔买卖申报达到证券交易所规定的某一数额或规模时，该项证券买卖由证券交易所按照特殊交易方式成交。其特点如下：
（一）交易模式不同
（二）交易时间不同
（三）交易价格不同
（四）对交易指数的影响

三、证券的裁判转让

股权裁判转让是人民法院因行使司法裁判权引起的股权转让。其应当遵循以下主要规则：
（一）裁判转让限于拍卖转让
（二）拍卖转让须办理资产评估
（三）拍卖转让须履行通知及告知程序
（四）拍卖转让的价格确定
（五）拍卖转让的过户登记

第三节　证券交易的强制性规则

一、证券交易标的物的限制

1．必须是依法发行的证券
2．必须是依法已交付的证券

二、证券交易场所的限制与放松

《证券法》第 39 条的规定，为建立我国多层次的资本市场提供了法律保障。与原证券法的规定相比是一种放宽。

三、证券交易方式的限制与放松

原《证券法》仅规定集中交易方式。新《证券法》第 40 条的规定使大宗交易合法化。大宗交易由买卖双方达成一致经交易所确认后成交。

四、证券交易种类的限制与放松

《证券法》第 42 条规定，证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。这是对证券交易种类的规定。与原《证券法》的规定相比有所放宽。

五、证券转让期限的限制

《证券法》第 38 条规定，依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

1．发起人所持本公司股份转让的限制。
2．股东所持公开发行前的股份转让限制。
3．公司董事、监事、高级管理人员所持本公司股份转让的限制。

六、短线交易的限制

实质是对上市公司董事、监事、高级管理人员和大股东买卖所持本公司股份的限制。目的是防止内幕交易。

七、特定主体买卖股票的限制

1．证券服务机构和人员买卖股票的限制。
2．收购公司的投资者买卖股票的限制。

八、法定人员持股与买卖股票限制

《证券法》第 43 条规定，下列人员在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票：
1．证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员；
2．证券监督管理机构的工作人员；
3．法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员。
上述人员原已持有的股票，必须依法转让。

九、国有企业和国有资产控股的企业买卖股票的限制

《证券法》第 83 条规定，有企业和国有资产控股的企业买卖上市交易的股票，必须遵守国家有关规定。

本章复习与思考题

1．证券交易的基本程序。
2．什么是股指期货交易？
3．什么是融资融券交易？
4．我国证券法对证券交易作了哪些限制性规定？
5．集中竞价制度及其适用范围。
6．证券融资融券交易存在的问题。
7．如何完善我国的证券非集中交易制度。

拓展阅读书目

1．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。
2．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。
3．符启林：《证券法：理论•实务•案例》，法律出版社 2007 年版。
4．罗培新、卢文道等：《最新证券法解读》，北京大学出版社 2006 年版。
5．刘道远："多层次资本市场改革语境下证券交易制度研究"，载于《法学论坛》2010 年第 1 期。
6．刘慧敏："我国资本市场国际化的战略选择"，载于《证券市场导报》2004 年第 4 期。

7．徐辉、廖士光：“交易所大宗交易流动性折价研究”，载于《证券市场导报》2007 年第 11 期。

第六章　证券市场信息披露制度（3 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解和掌握信息披露制度的价值理念及其基本内容。

本章教学要求：使学生理解并掌握信息披露制度的价值理念及其基本内容，以及证券法有关信息披露制度的基本法律规定。

本章教学重点：使学生理解并掌握信息披露基本要求及其意义，初次信息披露和持续信息披露的方式和主要内容。

本章教学难点：信息披露的标准。

第一节　信息披露概述

信息披露是证券法律制度的核心内容，它贯穿于证券发行、交易及其监管活动的始终，是揭示证券品质和投资者作出投资价值判断的基础。

一、信息披露的概念与分类

（一）信息披露的概念

信息披露又称信息公开，是指证券发行人或其他相关负有信息披露义务人，在证券发行与流通诸环节中，依法将其财务、经营情况及其它影响证券投资者投资决策的信息向证券监督管理机构和证券交易所报告，并向社会公众公告的活动。

信息披露制度则是关于信息披露的原则、内容、方式、程序等一系列法律规范的总称。它是现代证券市场的核心内容，贯穿于证券发行、流通的全过程。

（二）信息披露的分类

1．按照信息披露的目的和阶段，分为初次信息披露和持续信息披露。

2．按照信息披露的强制性要求，分为强制性信息披露和非强制性信息披露。

3．按照披露文件的记载事项要求，分为简式披露和完整式披露。

4．按照披露的时间，分为定期披露和不定期披露。

5．按照信息披露内容的性质，可分为描述性信息披露、评价性信息披露和预测性信息披露。

二、信息披露的基本特征

1. 主体的特定性。

2. 时间上的持续性。

3. 内容和形式的法定性。

4. 权利义务的单向性。

三、信息披露的基本要求

1．真实性。要求公开的信息内容必须符合上市公司的实际经营状况，不得有任何虚假成分。

2．准确性。要求公司在公开信息时必须确切表明其含义，其内容不能使人产生误解。更不得有误导性陈述。

3．完整性。要求必须将能够影响证券市场价格的重大信息都予以公开，不能有重大遗漏。

4．及时性。要求公司及时公开重大信息，并确保信息的最新性。

5．易解性。要求公司在公开信息时，对其所使用的专业术语或行业术语进行必要的解释，以便一般投资者理解。

6．易得性。要求公司以便于投资者获得信息的方式和载体披露信息。

7．可利用性。要求公司披露的信息对于投资者的投资决策有参考价值。

四、信息披露的方式与场所

根据我国《证券法》第 70 条的规定，依法必须披露的信息，应当在国务院证券监督管理机构指定的媒体发布，同时将其置备于公司住所、证券交易所，供社会公众查阅。

五、信息披露制度的价值

1．有利于投资者作出投资判断。

2．有利于保护投资者的合法权益，防范证券欺诈。

3．有利于防止企业不法行为，促进上市公司业务开展。

4．便于证券监管，促进证券市场健康发展。

第二节　初次信息披露

一、初次信息披露的含义

初次信息披露又称发行信息披露，是指证券发行人初次发行证券时依法所作的信息披露。主要包括初次公开发行股票、公司债券和基金的信息披露。

由于发行的证券品种不同，信息披露的格式、内容、程序以及信息披露义务人所承担的信息披露义务也有所不同。

二、初次发行股票信息披露

（一）预披露制度

所谓预披露制度，是指申请首次公开发行股票的，在提交申请文件后，须按照国务院证券监督管理机构的规定预先披露有关申请文件，以便社会公众提前了解发行情况，并予以监督的制度。我国修订后的证券法确立了预披露制度。

预披露制度的作用

1．有利于社会公众事先监督。

2．有利于缩短审核时间，提高发行审核的效率。

3．投资者提前了解发行信息，有助于其进行投资决策。

（二）初次发行股票信息披露的文件

上市公司初次公开发行股票时，信息披露的文件主要包括：

1．招股说明书及其附录和备查文件；

2．招股说明书摘要；

3．发行公告；

4．上市公告书。

（三）招股说明书

1．招股说明书的内容。

2．招股说明书的性质。

两种观点：要约说和要约邀请说。

三、初次发行债券信息披露

（一）公告公司债券募集办法

公司债券募集办法，又称公司债券募集章程，是由公司债券的发行人制作的、经证券监管部门批准，向社会公众公开的记载公司主要事项及发行公司债券发行有关情况的一种法定文件。我国《公司法》第 155 条和《证券法》第 64 条规定，经国务院授权的部门核准依法公开发行公司债券，应当公告公司债券募集办法。

（二）公告公司债券上市文件

根据我国《证券法》第 59 条的规定，公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

第三节　持续信息披露

一、持续信息披露的概念及意义

（一）持续信息披露的概念

持续信息披露又称信息继续公开，是指上市公司、公司主要股东等信息披露义务人在证券上市后，依法将一切与证券交易和证券市场价格有关的重要信息继续向法定机构报告及向社会公众公开的行为。

（二）持续信息披露的意义

1．有利于投资者作出投资价值判断；

2．有利于防止证券欺诈行为；

3．有利于提高证券市场的透明度；

4．有利于促进上市公司的经营管理。

二、持续信息披露的形式

（一）定期报告

定期报告是指信息披露义务人在法定期限内制作完毕并公告的信息披露文件。它分为季度报告、半年度报告和年度报告。定期报告是持续信息披露的基本形式之一。

1．季度报告。

2．中期报告。

3．年度报告。

（二）临时报告

临时报告又称重大事件报告，是指当发生了可能对上市公司股票的市场价格产生较大影响、而投资者尚未得知的重大事件时，上市公司应当立即将有关该重大事件提交证券管理机关，并向社会公开报告的一种制度。也是持续信息披露的重要基本形式。

我国《证券法》第67条对重大事件作了列举性规定。

本章复习与思考题

1．信息披露制度的意义有哪些？
2．如何理解信息披露的基本要求。
3．如何理解招股说明书的性质。
4．是否应当建立强制性信息披露制度？
5．信息披露与信息公开有无区别？
6．如何完善我国信息披露民事责任制度？

拓展阅读书目

1．赵旭东：《商法学》，高等教育出版社2007年版。
2．彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社2007年版。
3．范健、王建文：《证券法》，法律出版社2010年版。
4．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社2006年版。
5．罗培新、卢文道等：《最新证券法解读》，北京大学出版社2006年版。
6．林勇、陈创练：《投资者保护理论与中国实践的发展》，人民出版社2008年版。
7．冯果、武俊桥："由‘类推监管’到‘网络导向监管’——论网络信息时代证券信息披露监管制度的建构"，载于《现代法学》2010年第2期。
8．迅捷："上市公司季报制"，载于《金融法苑》2001年第6期。

第七章　上市公司收购制度（4 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生具体了解和掌握上市公司收购制度的基本内容，上市公司收购的信息披露制度，掌握英、美法对反收购行为的规范。

本章教学要求：要使学生了解上市公司收购是公司并购的一种重要形式，也是实现公司间兼并控制的重要手段，从而进一步理解上市公司收购立法的宗旨和价值取向，掌握上市公司收购的收购方式、收购程序、收购人的义务等内容。

本章教学重点：使学生理解并掌握上市公司收购的概念、特征、分类及与其它相关概念的区别，上市公司收购的基本原则，要约收购的程序和规则，协议收购的程序和规则。

本章教学难点：上市公司收购与企业竞争的关系，上市公司收购的基本原则，要约收购的程序及其法律后果。

第一节　上市公司收购概述

一、上市公司收购的概念及特征

上市公司收购是指收购人通过法定方式，取得上市公司一定比例的发行在外的股份，以实现对该上市公司控股或者合并的行为。它是公司并购的一种重要形式，也是实现公司间兼并控制的重要手段。在公司收购过程中，采取主动的一方称为收购人，而被动的一方则称为目标公司。

上市公司收购与一般收购相比，具有以下特征：

1．上市公司收购的收购主体是投资者。

2．上市公司收购是投资者之间进行股份转让的行为。

3．上市公司收购的标的是目标公司发行在外的股份。

4．上市公司收购的目的是为了获得对上市公司的控制权或对其兼并。

5．上市公司的收购必须依法进行。

二、上市公司收购分类

上市公司收购，依据不同的标准可以作不同的分类。主要有以下几种：

1．按照收购是否构成法律义务，分为自愿收购与强制收购。

2．按照收购方式，分为要约收购、协议收购、集中竞价收购。

3．按照收购公司与目标公司是否合作，分为敌意收购和友好收购。

4．按照收购目标公司股份的比例和数量，分为部分收购和全部收购。

三、上市公司收购立法目的与政策取向

（一）立法目的

1．保护目标公司股东权益，特别是中小股东的权益；

2．规制上市公司收购行为，促进公平竞争与合法并购。

（二）政策取向

世界各国对于上市公司收购的立法政策取向有所不同，有采取鼓励政策，亦有采取限制政策，还有采取中立政策。英国则肯定全面要约收购，限制部分要约收购，并规定了强制收购。美国对部分要约与全面要约基本持中立态度。

我国《证券法》对上市公司的收购采取的是鼓励政策，而不是抑制政策；其立法的政策目的，是通过鼓励收购，优化资源配置，提高经济效益。

四、上市公司收购的基本原则

（一）目标公司股东平等原则

目标公司股东平等原则是公司法中股东平等原则的体现。它包括两方面：

1．目标公司股东有平等参与收购的权利，即“全体持有规则”与“按比例接纳规则”。

2．目标公司股东有权获得平等的收购条件，即“最好价格规则”。

（二）充分披露原则

充分披露原则又称透明原则，即与收购有关的重要信息均应充分披露，使面临收购的目标公司股东能够自行作出有根据的决定。它包含以下规则：

1．大股东持股信息披露。

2．收购人应将收购意图、收购要约以及与收购有关的信息予以充分的披露。

3．目标公司管理部门要对要约收购发表意见以供股东参考，目标公司管理部门还应披露存在的利益冲突。

（三）保护社会公众投资者利益原则

这一原则主要体现在收购慢走规则中。

（四）保护中小股东利益原则

保护中小股东利益主要体现在两方面：一是强制收购要约；二是强制购买剩余股票。

1．强制发出收购要约。

2．强制购买剩余股票。

第二节　要约收购

一、要约收购的概念与特征

要约收购是指收购人通过向目标公司的股东发出收购要约的方式进行的收购。要约收购可分为强制性要约收购和自愿性要约收购。

要约收购与协议收购、竞价收购等方式相比，具有以下特征：

1．要约收购是公开收购行为。

2．要约收购的要约是收购人单方面的意思表示行为。

3．要约收购的相对人为被上市公司的全体股东。

二、要约收购的适用条件

1．达到法定持股比例。

2．继续收购。

三、上市公司要约收购程序

（一）制备并报送上市公司收购报告书
（二）公告收购要约
（三）预受与收购
（四）收购结束报告与公告

四、要约收购的效力及期限

（一）要约收购的效力
1．在收购要约的有效期限内，收购人不得撤回其收购要约。
2．在收购要约的有效期限内，不得随意变更收购要约中的事项。
3．收购要约中提出的各项收购条件，适用于被收购公司所有的股东。
4．收购人在收购要约期限内，不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。
5．收购人在要约收购期限内，不得卖出被收购公司的股票。
（二）要约收购的期限

五、要约收购的法律后果

1．维持上市资格。
2．终止上市交易。
3．强制受让。
4．变更企业形式。
5．更换股票、注销公司。

六、收购人的法定义务

1．报告义务。
2．禁售义务。
3．守约义务。
4．平等对待义务。
5．锁定义务。
6．公告义务。

第三节　协议收购

一、协议收购的概念与特征

协议收购是指收购人在证券交易所之外，通过和目标公司股东协商一致达成协议，受让其持有的股份而进行的上市公司收购。

协议收购具有如下特点:
1．协议收购的主体具有特定性。
2．协议收购具有场外交易的部分属性。
3．协议收购的对象大多为上市公司的大股东。

4．协议收购交易便捷、成本低。

二、协议收购的程序

1．谈判并拟定收购协议草案。
2．经协议双方或各方有关机构批准。
3．签订收购协议。
4．报告与公告。
5．委托中介机构保存股票与存放资金。
6．办理过户手续。
7．收购结束报告与公告。

三、协议收购的特别后果

协议收购的法律后果，除了会导致与要约收购相同的实体性法律后果外，还可能会引发以下收购程序性法律后果。

（一）适用特殊程序

以协议收购方式转让一个上市公司的挂牌交易股票，导致受让人获得或者可能获得对该公司的实际控制权的，应当适用特殊程序。

（二）适用要约收购

本章复习与思考题

1．上市公司收购的概念及特征。
2．上市公司收购的分类。
3．要约收购的性质。
4．上市公司收购的基本原则。
5．要约收购的概念及特征。
6．要约收购的基本程序。
7．要约收购适用的条件。
8．收购要约的法律效力。
9．要约收购的法律后果。
10．协议收购的概念及特征。
11．协议收购的基本程序
12．协议收购的法律后果。
13．要约收购与协议收购的利弊分析。
14．《证券法》是如何规定上市公司收购的信息披露制度的？
15．试就英、美法对规范反收购行为作一比较。

拓展阅读书目

1．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。
2．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。
3．符启林：《证券法：理论•实务•案例》，法律出版社 2007 年版。
4．汤欣：《公司治理与上市公司收购》，中国人民大学出版社 2001 年版。

5. 谈萧：“一致行动人的比较法考察”，载于《证券市场导报》2006 年第 6 期。
6. 廖凡：“抵抗的界限：美国反收购措施规制研究”，载于《金融法苑》2003 年第 5 期。

第八章　证券市场主体制度（3学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解和掌握各证券市场参与机构的组织和行为规范。

本章教学要求：使学生理解并掌握证券市场参与机构的设立、性质、法律地位、相关职责和行为规范等内容。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的性质、法律地位、职能及行为规范。

本章教学难点：证券市场参与机构的性质与法律地位。

第一节　证券交易所

一、证券交易所的概念

证券交易所是为证券集中交易提供场所和设施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。

二、证券交易所的类型

证券交易所可以采取公司制或者会员制。1914年北洋政府颁布的《证券交易所法》规定证券交易所采取股份有限公司形式。1990年底开始试运行的深圳证券交易所刚开始也采取股份有限公司的形式，但到1991年改为会员制。上海证券交易所一开始就采取会员制。

三、证券交易所的设立与解散

证券交易所是特许法人，其设立和解散，由国务院决定。

四、证券交易所的组织机构

设立证券交易所必须制定章程，证券交易所章程的制定和修改，必须经证监会批准。

证券交易所设理事会；设总经理一人，由证监会任免。

五、证券交易所的职能

（一）制定游戏规则

证券交易所依照证券法律、行政法规制定上市规则、交易规则、会员管理规则和其他有关规则，并报中国证监会批准。

（二）对证券交易的监管与服务

1．组织集中交易、公开行情信息。证券交易所应当为组织公平的集中交易提供保障，公布证券交易即时行情，并按交易日制作证券市场行情表，予以公布。未经证券交易所许可，任何单位和个人不得发布证券交易即时行情。

2．依法采取技术性停牌和临时停市措施。因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施；因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决定临时停市。证券交易所采取技术性停牌或者决定临时停市，必须及时报告国务院

证券监督管理机构。

3．实时监控。证券交易所对证券交易实行实时监控，并按照国务院证券监督管理机构的要求，对异常的交易情况提出报告。

4．限制证券账户交易。证券交易所根据需要，可以对出现重大异常交易情况的证券账户限制交易，并报国务院证券监督管理机构备案。

（三）对证券公司和上市公司的监管和服务

1．进入证券交易所参与集中交易的，必须是证券交易所的会员。

2．证券交易所应当对上市公司及相关信息披露义务人披露信息进行监督，督促其依法及时、准确地披露信息。

第二节　证券公司

一、证券公司的组织形式与名称

证券公司采取有限责任公司或股份有限公司的组织形式。证券公司必须在其名称中标明证券有限责任公司或者证券股份有限公司字样。

二、证券公司的业务类型及相应的注册资本要求

经国务院证券监督管理机构批准，证券公司可以经营下列部分或者全部业务：

（一）证券经纪；

（二）证券投资咨询；

（三）与证券交易、证券投资活动有关的财务顾问；

（四）证券承销与保荐；

（五）证券自营；

（六）证券资产管理；

（七）其他证券业务。

证券公司经营上述第（一）项至第（三）项业务的，注册资本最低限额为人民币 5000 万元；经营第（四）项至第（七）项业务之一的，注册资本最低限额为人民币 1 亿元；经营第（四）项至第（七）项业务中两项以上的，注册资本最低限额为人民币 5 亿元。证券公司的注册资本应当是实缴资本。国务院证券监督管理机构根据审慎监管原则和各项业务的风险程度，可以调整注册资本最低限额，但不得少于前述规定的限额。

三、对证券公司的监管

（一）全方位的组织机构监管

证券公司的设立，证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有 5%以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。

（二）净资本监管

国务院证券监督管理机构应当对证券公司的净资本，净资本与负债的比例，净资本与净资产的比例，净资本与自营、承销、资产管理等业务规模的比例，负债与净资产的比例，以及流动资产与

流动负债的比例等风险控制指标作出规定。

（三）融资或担保管制

证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。

（四）缴纳投资者保护基金

国家设立证券投资者保护基金。证券投资者保护基金由证券公司缴纳的资金及其他依法筹集的资金组成，其筹集、管理和使用的具体办法由国务院规定。

（五）提取交易风险准备金

证券公司从每年的税后利润中提取交易风险准备金，用于弥补证券交易的损失，其提取的具体比例由国务院证券监督管理机构规定。

（六）建立健全内控制度

证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。

证券公司必须将其证券经纪业务、证券承销业务、证券自营业务和证券资产管理业务分开办理，不得混合操作。

证券公司的自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或者以个人名义进行。证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。

证券公司不得将其自营账户借给他人使用。

（七）客户交易结算资金管理

证券公司客户的交易结算资金应当存放在商业银行，以每个客户的名义单独立户管理。具体办法和实施步骤由国务院规定。

证券公司不得将客户的交易结算资金和证券归入其自有财产。禁止任何单位或者个人以任何形式挪用客户的交易结算资金和证券。证券公司破产或者清算时，客户的交易结算资金和证券不属于其破产财产或者清算财产。非因客户本身的债务或者法律规定的其他情形，不得查封、冻结、扣划或者强制执行客户的交易结算资金和证券。

（八）融资融券业务管理

证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。

（九）禁止全权委托

证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。

（十）交易资料管理

证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于 20 年。

（十一）信息报送

证券公司应当按照规定向国务院证券监督管理机构报送业务、财务等经营管理信息和资料。国务院证券监督管理机构有权要求证券公司及其股东、实际控制人在指定的期限内提供有关信息、资料。

证券公司及其股东、实际控制人向国务院证券监督管理机构报送或者提供的信息、资料，必须真实、准确、完整。

第三节　证券登记结算机构

一、证券登记结算机构的概念

证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、托管与结算服务、不以营利为目的的法人。

二、证券登记结算机构的设立

设立证券登记结算机构必须经证监会批准，名称中标明“证券登记结算”字样，自有资金不少于人民币 2 亿元。

三、证券登记结算机构的职能

证券登记结算机构履行下列职能：
（一）证券账户、结算账户的设立；
（二）证券的存管和过户；
（三）证券持有人名册登记；
（四）证券交易所上市证券交易的清算和交收；
（五）受发行人的委托派发证券权益；
（六）办理与上述业务有关的查询；
（七）国务院证券监督管理机构批准的其他业务。

四、证券登记结算机构的业务规则制定权

证券登记结算机构依法制定证券登记结算业务规则，并报中国证监会批准。

第四节　证券服务机构

一、证券服务机构的类型

经中国证监会及有关主管部门批准，从事证券服务业务的投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所以及律师事务所等机构为证券服务机构。

二、证券服务业务的审批

投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、会计师事务所从事证券服务业务，必须经国务院证券监督管理机构和有关主管部门批准；审批管理办法，由国务院证券监督管理机构和有关主管部门制定。

三、证券服务机构从业人员的从业资格管理

投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构从事证券服务业务的人员，必须具备证券专业知识和从事证券业务或者证券服务业务 2 年以上经验。认定其证券从业资格的标准和管理办法，由国务院证券监督管理机构制定。

四、投资咨询机构及其从业人员的禁止行为

投资咨询机构及其从业人员从事证券服务业务不得有下列行为：

（一）代理委托人从事证券投资；

（二）与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；

（三）买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；

（四）利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；

（五）法律、行政法规禁止的其他行为。

有上列行为之一，给投资者造成损失的，依法承担赔偿责任。

五、证券服务机构的收费管理

从事证券服务业务的投资咨询机构和资信评级机构，应当按照国务院有关主管部门规定的标准或者收费办法收取服务费用。

六、证券服务机构的民事责任

证券服务机构为证券的发行、上市、交易等证券业务活动制作、出具审计报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级报告或者法律意见书等文件，应当勤勉尽责，对所制作、出具的文件内容的真实性、准确性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外。

第五节　证券业协会

一、证券业协会的性质

证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。

二、证券业协会的会员

经中国证监会批准设立的证券公司、证券投资基金管理公司应当在设立后加入证券业协会。依法设立并经中国证监会许可从事证券有关业务的金融资产管理公司、证券投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构等证券服务机构，可以申请加入证券业务协会。协会设特别会员，证券交易所、证券登记结算机构、证券投资者保护基金、地方性证券社团组织等有关机构可以申请加入协会，成为特别会员。

三、证券业协会的组织机构

（一）会员大会

证券业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。

证券业协会章程由会员大会制定，并报国务院证券监督管理机构备案。

（二）理事会

证券业协会设理事会。理事会成员依章程的规定由选举产生。

四、证券业协会的职责

证券业协会履行下列职责：

（一）教育和组织会员遵守证券法律、行政法规；

（二）依法维护会员的合法权益，向证券监督管理机构反映会员的建议和要求；

（三）收集整理证券信息，为会员提供服务；

（四）制定会员应遵守的规则，组织会员单位的从业人员的业务培训，开展会员间的业务交流；

（五）对会员之间、会员与客户之间发生的证券业务纠纷进行调解；

（六）组织会员就证券业的发展、运作及有关内容进行研究；

（七）监督、检查会员行为，对违反法律、行政法规或者协会章程的，按照规定给予纪律处分；

（八）证券业协会章程规定的其他职责。

本章复习与思考题

1．证券交易所的法律地位与基本职能。

2．证券交易所的组织形式。

3．证券登记结算机构的性质。

4．如何加强对证券公司的风险管理？

5．谈谈你对证券市场发展与证券市场参与机构诚信制度建设关系的认识。

6．证券业协会的性质。

7．证券业协会的职责是什么？

8．如何发挥自律机构的自律作用？

拓展阅读书目

1．王安：《股爷您上坐》，华艺出版社 2007 年版。

2．陆一：《闲不住的手：中国股市体制基因演化史》，中信出版社 2008 年版。

3．王健：《中国股票市场问题争鸣》，南开大学出版社 1991 年版。

4．禹国刚：《深市物语》，海天出版社 2000 年版。

5．卢文道：《证券交易所自律管理论》，北京大学出版社 2008 年版。

6．范中超：《证券无纸化的法律问题》，中国政法大学出版社 2009 年版。

7．彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社 2007 年版。

8．中国证券监督管理委员会：《中国资本市场发展报告》，中国金融出版社 2008 年版。

9．方流芳：“证券交易所的法律地位——反思‘与国际惯例接轨’”，载于《政法论坛》2007 年第 1 期。

第九章　证券投资基金（3 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解并掌握证券投资基金的基本理论与基本制度。

本章教学要求：使学生理解并掌握证券投资基金的概念与类型，证券投资基金法律关系中各方当事人的权利与义务，证券投资基金的募集、运行与监督管理。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券投资基金的运行方式及各方当事人的权利与义务。

本章教学难点：证券投资基金法律关系的性质、各方当事人的权利与义务。

第一节　证券投资基金概述

一、证券投资基金的概念

证券投资基金是一种利益共享、风险共担的集合证券投资方式，即通过基金份额的发行，集中投资者的资金，从事股票、债券等金融工具投资。

二、证券投资基金的种类

根据不同的标准可以将证券投资基金划分为不同的种类。

（一）开放式基金与封闭式基金

按照基金份额是否可以增加或赎回，证券投资基金可以分为开放式基金和封闭式基金。开放式基金是指基金设立后，投资者可以随时申购或赎回基金份额，基金规模不固定的证券投资基金。封闭式基金是指基金规模在基金发行时已经确定，在发行完毕后的规定期限内，基金规模固定不变的证券投资基金。

（二）公司型基金与契约型基金

按照组织形态不同，可分为公司型基金和契约型基金。公司型基金是具有共同投资目标的投资者组成以营利为目的的投资公司，并将公司资产投资于特定对象的证券投资基金。契约型基金也称信托型基金，是指基金发起人依据其与基金管理人、基金托管人订立的基金契约，发行基金份额而成立的基金。

我国当前的证券投资基金采取契约型，既有封闭式，也有开放式。所有的封闭式基金和部分开放式基金在证券交易所上市交易，买卖程序与股票一样。

（三）成长型基金、收入型基金和平衡型基金

按照风险和收益不同，可分为成长型基金、收入型基金和平衡型基金。成长型基金把追求资本的长期增长作为其投资目的，收入型基金以能为投资者带来高水平的当期收入为目标，平衡型基金以追求支付当期收入和资本的长期成长之间的平衡为目标。

三、证券投资基金与股票、债券的区别

证券投资基金份额和股票、债券一样都是金融投资工具，但又有别于股票和债券，它们的区别主要有以下几点：

（一）所体现的法律关系不同。股票所体现的是股权关系，债券所体现的是债权关系，而基金

份额所体现的则是信托关系。

（二）资金投向不同。由于股票和债券是融资工具，其融资投向主要在于实业，而基金份额是信托工具，其投向则在于股票或债券等有价证券。

（三）收益与风险不同。股票的收益取决于公司的经营效益，投资股市风险较大；债券的收益是既定的，其投资风险较小；基金份额主要投资于有价证券，其运作方式较为灵活，可在获得较高收益的同时而风险较小。

第二节　证券投资基金的当事人

通过发售基金份额募集到的证券投资基金（以下简称基金），由基金管理人管理，基金托管人托管，为基金份额持有人的利益，以资产组合方式进行证券投资活动而获取一定收益。因此，证券投资基金主要有三方当事人。

一、基金份额持有人

投资者在购买了基金份额之后就成为基金份额持有人。

基金份额持有人享有下列权利：

（一）分享基金财产收益；

（二）参与分配清算后的剩余基金财产；

（三）依法转让或者申请赎回其持有的基金份额；

（四）按照规定要求召开基金份额持有人大会；

（五）对基金份额持有人大会审议事项行使表决权；

（六）查阅或者复制公开披露的基金信息资料；

（七）对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼；

（八）基金合同约定的其他权利。

上述基金份额持有人大会由基金管理人召集；基金管理人未按规定召集或者不能召集时，由基金托管人召集。代表基金份额 10％以上的基金份额持有人就同一事项要求召开基金份额持有人大会，而基金管理人、基金托管人都不召集的，代表基金份额 10％以上的基金份额持有人有权自行召集，并报国务院证券监督管理机构备案。

基金份额持有人大会决定的事项，应当依法报国务院证券监督管理机构核准或者备案，并予以公告。

二、基金管理人

基金管理人由依法设立的基金管理公司担任。担任基金管理人，应当经国务院证券监督管理机构核准。

（一）基金管理公司的设立条件

设立基金管理公司，应当经国务院证券监督管理机构批准，并具备下列条件：

1．有符合《证券投资基金法》和《公司法》规定的章程；

2．注册资本不低于 1 亿元人民币，且必须为实缴货币资本；

3．主要股东具有从事证券经营、证券投资咨询、信托资产管理或者其他金融资产管理的较好的经营业绩和良好的社会信誉，最近 3 年没有违法记录，注册资本不低于 3 亿元人民币；

4．取得基金从业资格的人员达到法定人数；

5．有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金管理业务有关的其他设施；

6．有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；

7．法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

国务院证券监督管理机构应当自受理基金管理公司设立申请之日起6个月内依照《证券投资基金法》第13条规定的条件和审慎监管原则进行审查，作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

基金管理公司设立分支机构、修改章程或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起60日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。

（二）基金管理人的基金从业人员

下列人员不得担任基金管理人的基金从业人员：

1．因犯有贪污贿赂、渎职、侵犯财产罪或者破坏社会主义市场经济秩序罪，被判处刑罚的；

2．对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、经理及其他高级管理人员，自该公司、企业破产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾5年的；

3．个人所负债务数额较大，到期未清偿的；

4．因违法行为被开除的基金管理人、基金托管人、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、期货交易所、期货经纪公司及其他机构的从业人员和国家机关工作人员；

5．因违法行为被吊销执业证书或者被取消资格的律师、注册会计师和资产评估机构、验证机构的从业人员、投资咨询从业人员；

6．法律、行政法规规定不得从事基金业务的其他人员。

（三）基金管理人的禁止行为

基金管理人不得有下列行为：

1．将其固有财产或者他人财产混同于基金财产从事证券投资；

2．不公平地对待其管理的不同基金财产；

3．利用基金财产为基金份额持有人以外的第三人牟取利益；

4．向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失；

5．依照法律、行政法规有关规定，由国务院证券监督管理机构规定禁止的其他行为。

（四）对基金管理人的监管

国务院证券监督管理机构对有下列情形之一的基金管理人，依据职权责令整顿，或者取消基金管理资格：

1．有重大违法违规行为；

2．不再具备《证券投资基金法》规定的设立条件；

3．法律、行政法规规定的其他情形。

（五）基金管理人职责的终止

有下列情形之一的，基金管理人职责终止：

1．被依法取消基金管理资格；

2．被基金份额持有人大会解任；

3．依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产；

4．基金合同约定的其他情形。

在基金管理人职责终止的情形下，基金份额持有人大会应当在6个月内选任新基金管理人；新基金管理人产生前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金管理人。

三、基金托管人

根据《证券投资基金法》的规定，基金托管人由依法设立并取得基金托管资格的商业银行担任。

（一）取得基金托管资格的条件

申请取得基金托管资格，应当经国务院证券监督管理机构和国务院银行业监督管理机构核准，并具备如下条件：

1．净资产和资本充足率符合有关规定；

2．设有专门的基金托管部门；

3．取得基金从业资格的专职人员达到法定人数；

4．有安全保管基金财产的条件；

5．有安全高效的清算、交割系统；

6．有符合要求的营业场所、安全防范设施和与基金托管业务有关的其他设施；

7．有完善的内部稽核监控制度和风险控制制度；

8．法律、行政法规规定的和经国务院批准的国务院证券监督管理机构、国务院银行业监督管理机构规定的其他条件。

（二）基金托管人的职责

根据《证券投资基金法》的规定，基金托管人应当履行的职责为：

1．安全保管基金财产；

2．按照规定开设基金财产的资金账户和证券账户；

3．对所托管的不同基金财产分别设置账户，确保基金财产的完整与独立；

4．保存基金托管业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料；

5．按照基金合同的约定，根据基金管理人的投资指令，及时办理清算、交割事宜；

6．办理与基金托管业务活动有关有关的信息披露事项；

7．对基金财务会计报告、中期和年度基金报告出具意见；

8．复核、审查基金管理人计算的基金资产净值和基金份额申购、赎回价格；

9．按照规定召集基金份额持有人大会；

10．按照规定监督基金管理人的投资运作；

11．国务院证券监督管理机构规定的其他职责。

（三）基金托管人职责的终止

基金托管人当发生下列情形之一时，其职责被依法终止：

1．被依法取消基金托管资格；

2．被基金份额持有人大会解任；

3．依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产；

4．基金合同约定的其他情形。

基金托管人职责终止的，基金份额持有人大会应当在6个月内选任新基金托管人；新基金托管人产生前，由国务院证券监督管理机构指定临时基金托管人。

基金托管人与基金管理人不得为同一人，不得相互出资或者持有股份。

四、证券投资基金法律关系的性质

证券投资基金法律关系是一种特殊的信托关系。证券投资基金法律关系中，涉及三方当事人：基金持有人、基金管理人和基金托管人。其中，基金持有人是这种特殊信托关系中的委托人兼受益人，基金管理人和基金托管人属于信托关系中的共同受托人。这种共同受托人不同于一般信托法上的共同受托人。基金管理人和基金托管人相互之间有着明显的职能分工，例如基金管理人对基金的

投资运作义务和基金托管人对基金资产的安全保管义务是当事人各方的独立义务，不能混同。这种特殊的信托法律关系结构是信托法上规定的例外情形。

第三节　基金的募集与运行

一、基金的募集

（一）募集核准

1．申报文件

基金管理人发售基金份额，募集基金，应当向国务院证券监督管理机构提交下列文件，并经国务院证券监督管理机构核准：

（1）申请报告；

（2）基金合同草案；

（3）基金托管协议草案；

（4）招募说明书草案；

（5）基金管理人和基金托管人的资格证明文件；

（6）经会计师事务所审计的基金管理人和基金托管人最近 3 年或者成立以来的财务会计报告；

（7）律师事务所出具的法律意见书；

（8）国务院证券监督管理机构规定提交的其他文件。

其中，基金合同应当包括下列内容：

（1）募集基金的目的和基金名称；

（2）基金管理人、基金托管人的名称和住所；

（3）基金运作方式；

（4）封闭式基金的基金份额总额和基金合同期限，或者开放式基金的最低募集份额总额；

（5）确定基金份额发售日期、价格和费用的原则；

（6）基金份额持有人、基金管理人和基金托管人的权利、义务；

（7）基金份额持有人大会召集、议事及表决的程序和规则；

（8）基金份额发售、交易、申购、赎回的程序、时间、地点、费用计算方式，以及给付赎回款项的时间和方式；

（9）基金收益分配原则、执行方式；

（10）作为基金管理人、基金托管人报酬的管理费、托管费的提取、支付方式与比例；

（11）与基金财产管理、运用有关的其他费用的提取、支付方式；

（12）基金财产的投资方向和投资限制；

（13）基金资产净值的计算方法和公告方式；

（14）基金募集未达到法定要求的处理方式；

（15）基金合同解除和终止的事由、程序以及基金财产清算方式；

（16）争议解决方式；

（17）当事人约定的其他事项。

基金招募说明书应当包括下列内容：

（1）基金募集申请的核准文件名称和核准日期；

（2）基金管理人、基金托管人的基本情况；

（3）基金合同和基金托管协议的内容摘要；

（4）基金份额的发售日期、价格、费用和期限；

（5）基金份额的发售方式、发售机构及登记机构名称；

（6）出具法律意见书的律师事务所和审计基金财产的会计师事务所的名称和住所；

（7）基金管理人、基金托管人报酬及其他有关费用的提取、支付方式与比例；

（8）风险警示内容；

（9）国务院证券监督管理机构规定的其他内容。

2．审查与核准

国务院证券监督管理机构应当自受理基金募集申请之日起6个月内依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定和审慎监管原则进行审查，作出核准或者不予核准的决定，并通知申请人；不予核准的，应当说明理由。

（二）发售

基金募集申请经核准后，方可发售基金份额。

基金份额的发售，由基金管理人负责办理；基金管理人可以委托经国务院证券监督管理机构认定的其他机构代为办理。

基金管理人应当在基金份额发售的3日前公布招募说明书、基金合同及其他有关文件。

对基金募集所进行的宣传推介活动，应当符合有关法律、行政法规的规定。

基金管理人应当自收到核准文件之日起6个月内进行基金募集。超过6个月开始募集，原核准的事项未发生实质性变化的，应当报国务院证券监督管理机构备案；发生实质性变化的，应当向国务院证券监督管理机构重新提交申请。

基金募集不得超过国务院证券监督管理机构核准的基金募集期限。基金募集期限自基金份额发售之日起计算。

基金募集期限届满，封闭式基金募集的基金份额总额达到核准规模的80%以上，开放式基金募集的基金份额总额超过核准的最低募集份额总额，并且基金份额持有人人数符合国务院证券监督管理机构规定的，基金管理人应当自募集期限届满之日起10日内聘请法定验资机构验资，自收到验资报告之日起10日内，向国务院证券监督管理机构提交验资报告，办理基金备案手续，并予以公告。基金募集期限届满，不能满足规定条件的，基金管理人应当以其固有财产承担因募集行为而产生的债务和费用，并在基金募集期限届满后30日内返还投资人已缴纳的款项，并加计银行同期存款利息。

基金募集期间募集的资金应当存入专门账户，在基金募集行为结束前，任何人不得动用。

投资人缴纳认购的基金份额的款项时，基金合同成立；基金管理人依法向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续，基金合同生效。

二、封闭式基金份额的交易

（一）交易核准

封闭式基金的基金份额，经基金管理人申请，国务院证券监督管理机构核准，可以在证券交易所上市交易。国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所依照法定条件和程序核准基金份额上市交易。

（二）上市条件

基金份额上市交易，应当符合下列条件：

1．基金的募集符合本法规定；

2．基金合同期限为5年以上；

3．基金募集金额不低于 2 亿元人民币；

4．基金份额持有人不少于 1000 人；

5．基金份额上市交易规则规定的其他条件。

（三）终止上市交易

基金份额上市交易后，有下列情形之一的，由证券交易所终止其上市交易，并报国务院证券监督管理机构备案：

1．不再具备法律规定的上市交易条件；

2．基金合同期限届满；

3．基金份额持有人大会决定提前终止上市交易；

4．基金合同约定的或者基金份额上市交易规则规定的终止上市交易的其他情形。

三、开放式基金的申购与赎回

（一）业务办理人与办理时间

开放式基金的基金份额的申购、赎回和登记，由基金管理人负责办理；基金管理人可以委托经国务院证券监督管理机构认定的其他机构代为办理。

基金管理人应当在每个工作日办理基金份额的申购、赎回业务；基金合同另有约定的，按照其约定。

（二）基金管理人支付赎回款项的义务

基金管理人应当按时支付赎回款项，但是下列情形除外：（1）因不可抗力导致基金管理人不能支付赎回款项；（2）证券交易场所依法决定临时停市，导致基金管理人无法计算当日基金资产净值；（3）基金合同约定的其他特殊情形。发生上述情形之一的，基金管理人应当在当日报国务院证券监督管理机构备案。上述情形消失后，基金管理人应当及时支付赎回款项。

开放式基金应当保持足够的现金或者政府债券，以备支付基金份额持有人的赎回款项。基金财产中应当保持的现金或者政府债券的具体比例，由国务院证券监督管理机构规定。

（三）申购、赎回价格

基金份额的申购、赎回价格，依据申购、赎回日基金份额净值加、减有关费用计算。

基金份额净值计价出现错误时，基金管理人应当立即纠正，并采取合理的措施防止损失进一步扩大。计价错误达到基金份额净值百分之零点五时，基金管理人应当公告，并报国务院证券监督管理机构备案。因基金份额净值计价错误造成基金份额持有人损失的，基金份额持有人有权要求基金管理人、基金托管人予以赔偿。

四、基金的运作

（一）基金投资方式

基金管理人运用基金财产进行证券投资应当采用资产组合的方式进行。资产组合的具体方式和投资比例，按照证券投资基金法和国务院证券监督管理机构的规定在基金合同中约定。

（二）基金投资对象

1．基金财产应当用于下列投资：

（1）上市交易的股票、债券；

（2）国务院证券监督管理机构规定的其他证券品种。

2．基金财产不得用于下列投资或者活动：

（1）承销证券；

（2）向他人贷款或者提供担保；

（3）从事承担无限责任的投资；

（4）买卖其他基金份额，但是国务院另有规定的除外；

（5）向其基金管理人、基金托管人出资或者买卖其基金管理人、基金托管人发行的股票或者债券；

（6）买卖与其基金管理人、基金托管人有控股关系的股东或者与其基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司发行的证券或者承销期内承销的证券；

（7）从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动；

（8）依照法律、行政法规有关规定，由国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。

五、基金合同的变更、终止与基金财产清算

（一）变更

按照基金合同的约定或者基金份额持有人大会的决议，并经国务院证券监督管理机构核准，可以转换基金运作方式。

封闭式基金扩募或者延长基金合同期限，应当符合下列条件，并经国务院证券监督管理机构核准：

1．基金运营业绩良好；

2．基金管理人最近二年内没有因违法违规行为受到行政处罚或者刑事处罚；

3．基金份额持有人大会决议通过；

4．法律规定的其他条件。

（二）终止

有下列情形之一的，基金合同终止：

1．基金合同期限届满而未延期的；

2．基金份额持有人大会决定终止的；

3．基金管理人、基金托管人职责终止，在 6 个月内没有新基金管理人、新基金托管人承接的；

4．基金合同约定的其他情形。

（三）基金财产的清算

基金合同终止时，基金管理人应当组织清算组对基金财产进行清算。

清算组由基金管理人、基金托管人以及相关的中介服务机构组成。

清算组作出的清算报告经会计师事务所审计，律师事务所出具法律意见书后，报国务院证券监督管理机构备案并公告。

清算后的剩余基金财产，应当按照基金份额持有人所持份额比例进行分配。

第四节　对证券投资基金的监督管理

国务院证券监督管理机构对证券投资基金行使监督管理的职能。

一、国务院证券监督管理机构的监督管理职责

国务院证券监督管理机构依法履行下列职责：

（一）依法制定有关证券投资基金活动监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权；

（二）办理基金备案；

（三）对基金管理人、基金托管人及其他机构从事证券投资基金活动进行监督管理，对违法行

为进行查处，并予以公告；

（四）制定基金从业人员的资格标准和行为准则，并监督实施；

（五）监督检查基金信息的披露情况；

（六）指导和监督基金同业协会的活动；

（七）法律、行政法规规定的其他职责。

二、国务院证券监督管理机构的监督管理措施

国务院证券监督管理机构依法履行职责，有权采取下列措施：

（一）进入违法行为发生场所调查取证；

（二）询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；

（三）查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料，对可能被转移或者隐匿的文件和资料予以封存；

（四）查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户或者基金账户，对有证据证明有转移或者隐匿违法资金、证券迹象的，可以申请司法机关予以冻结；

（五）法律、行政法规规定的其他措施。

本章复习与思考题

1．什么是证券投资基金？

2．证券投资基金有哪些类型？

3．证券投资基金法律关系中的当事人有哪些？

4．证券投资基金法律关系中各方当事人的权利义务有哪些？

5．证券投资基金法律关系的法律性质如何界定？

6．封闭式基金如何交易？

7．开放式基金如何申购和赎回？

8．证券投资基金份额如何设定质权？现行法律规定是否合理？

拓展阅读书目

1．陆一：《谈股论经：中国证券市场基本概念辨误》，上海远东出版社 2010 年版。

2．邢海宝：《证券法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2010 年版。

3．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。

4．中国证券业协会：《2009 中国证券投资基金年报》，经济科学出版社 2010 年版。

5．陈斌彬：《证券投资基金管理人不当行为的法律规制》，厦门大学出版社 2009 年版。

6．郭锋、陈夏：《证券投资基金法导论》，法律出版社 2008 年版。

7．刘鸿儒：《突破：中国资本市场发展之路》，中国金融出版社 2008 年版。

8．林祖云："基金信息披露制度现存问题及其对策"，载于《证券与法律》2009 年第 7 期。

9．胡光志、方桂荣："论我国投资基金关联交易监管模式的选择"，载于《法学家》2008 年第 3 期。

10．吴弘、徐振："投资基金的法理基础辨析"，载于《政治与法律》2009 年第 7 期。

第十章　证券监管制度（3 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解并掌握证券监管的基本理论与基本制度。

本章教学要求：要使学生理解并掌握证券监管的目标和原则，我国证券监管机构的职责范围与执法措施。

本章教学重点：使学生理解并掌握监管的目标和原则，我国证券监管机构的职责范围和执法措施。

本章教学难点：我国证券监管机构的性质，统一监管与分业监管。

第一节　证券监管概述

一、证券监管的概念

证券监管也称证券市场的监管，是指监管机构依法对证券发行、交易和服务以及相关活动实施监督和管理。

二、证券监管的目标

（一）保护投资者
（二）落实公开、公平、公正原则

三、证券监管的原则

（一）依法监管原则
（二）适度监管原则
（三）效率原则
（四）政府监管与自律管理相结合原则

四、证券监管的方法

监管机构对证券市场实施监管的主要方法是事前限制、事中监控、事后查处。

第二节　证券监管机构

一、我国的证券监督管理机构

《证券法》第 7 条规定：“国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构，按照授权履行监督管理职责。”第 178 条规定：“国务院证券监督管理机构依法对证券市场实行监督管理，维护证券市场秩序，保障其合法运行。”这些规定确立我国证券市场的集中统一监管原则。

我国证券市场的监管体制随着证券市场的发展，经历了从地方监管到中央监管，从分散监管到集中监管的发展过程。1992 年 10 月对证券市场进行统一宏观管理的国务院证券委员会及其执行机构中国证券监督管理委员会成立，1998 年国务院证券委与中国证监会合并，实现了中国证监会的集中统一监管。当年年底由全国人大常委会通过的《证券法》确认了这一体制，并为 2005 年修订后的《证券法》沿袭。

二、中国证监会的职责

中国证监会的职责相当广泛，根据《证券法》第 179 条的规定，中国证监会在对证券市场实施监督管理中履行下列职责：

（一）建章立制、行使审批及核准职责，即依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权；

（二）证券业务环节监管职责，即依法对证券的发行、上市、交易、登记、存管、结算，进行监督管理；

（三）机构证券业务监管职责，即依法对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券投资基金管理公司、证券服务机构的证券业务活动，进行监督管理；

（四）从业人员监管职责，即依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则，并监督实施；

（五）信息公开监管职责，即依法监督检查证券发行、上市和交易的信息公开情况；

（六）指导和监督证券业协会的职责；

（七）违规查处职责，即依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处；

（八）跨境合作与监管职责，中国证监会可以和其他国家或者地区的证券监督管理机构建立监督管理合作机制，实施跨境监督管理；

（九）法律、行政法规规定的其他职责。

三、中国证监会的执法措施

为了落实这些职责，《证券法》第 180 条规定中国证监会有权采取下列措施：

（一）现场检查权，中国证监会可以对证券发行人、上市公司、证券公司、证券投资基金管理公司、证券服务机构、证券交易所、证券登记结算机构进行现场检查；

（二）调查取证权，中国证监会可以进入涉嫌违法行为发生场所调查取证；

（三）询问权，中国证监会可以询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；

（四）查阅、复制权，中国证监会可以查阅、复制与被调查事件有关的财产权登记、通讯记录等资料，查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；

（五）封存权，中国证监会可以对可能被转移、隐匿或者毁损的文件和资料予以封存；

（六）账户查询权，中国证监会可以查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户和银行账户；

（七）查封冻结权，中国证监会对有证据证明已经或者可能转移或者隐匿违法资金、证券等涉案财产或者隐匿、伪造、毁损重要证据的，经其主要负责人批准，可以冻结或者查封；

（八）限制证券买卖，中国证监会在调查操纵证券市场、内幕交易等重大证券违法行为时，经其主要负责人批准，可以限制被调查事件当事人的证券买卖，但限制的期限不得超过 15 个交易日；案情复杂的，可以延长 15 个交易日。

本章复习与思考题

1. 证券监管的目标是什么？
2. 证券监管应遵循哪些原则？
3. 我国证券监管机构的职责范围。
4. 我国证券监管机构的享有哪些执法权。

拓展阅读书目

1．胡汝银：《中国资本市场的发展与变迁》，格致出版社 2008 年版。
2．范健、王建文：《证券法》，法律出版社 2010 年版。
3．彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社 2007 年版。
4．赵旭东：《商法学》，高等教育出版社 2007 年版。
5．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。
6．[美]乔尔·塞利格曼：《华尔街变迁史》，田风辉译，经济科学出版社 2004 年版。

第十一章　证券法律责任制度（4 学时）

教学目的和要求

本章教学目的：使学生了解并掌握证券违法行为与证券法律责任的体系及其构成要件，

培养学生分析案例与适用法律的能力。

本章教学要求：要使学生了解并掌握证券违法行为与证券法律责任的分类，证券民事责任的归责原则，并通过案例分析，提高学生分析案例与适用法律的能力。

本章教学重点：使学生理解并掌握证券违法行为与证券法律责任的分类，虚假陈述、内幕交易、操纵市场、欺诈客户等证券违法行为的法律责任构成要件，证券民事责任的归责原则。

本章教学难点：证券民事责任及赔偿范围。

第一节　证券法律责任制度概述

一、证券违法行为

（一）证券违法行为的概念

证券违法行为是指行为人具有违反证券法律、法规的行为，包括在股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券发行与交易过程中的各类违法行为和犯罪行为。

（二）证券违法行为的分类

根据证券违法行为的违法程度以及是否受刑法惩罚，分为证券一般违法行为和证券犯罪行为。

根据证券违法行为的性质，可以分为内幕交易、虚假陈述、操纵证券交易价格、欺诈客户等行为和其他证券违法行为。

证券一般违法行为和证券犯罪行为都是具有社会危害性的行为，但仍有其本质的区别。

二、证券法律责任

（一）证券法律责任的概念与特征

证券法律责任，是指证券法律关系的主体在违反证券法律、法规或者不履行法定义务、约定义务，侵害国家、法人和个人的合法权益时，而应当依法承担的法律后果。

证券法律责任具有以下特征：

1．证券法律责任是证券法律关系主体违反证券法所规定的义务和职责而产生的不利后果。

2．证券法律责任主体的主体既包括自然人，也包括法人。

3．证券法律责任的责任方式具有多样性，既有惩罚性方式，也有补偿性方式。

（二）证券法律责任的分类

按照证券法律责任的承担方式，证券法律责任可分为：证券民事责任、证券行政责任和证券刑事责任。

（三）民事赔偿责任优先原则

违反证券法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

第二节　虚假陈述及其法律责任

一、虚假陈述的概念及特征

（一）虚假陈述的概念

虚假陈述是指信息披露义务人违反证券法律、法规的规定，在证券发行和交易过程中，对证券发行与交易的事实、性质、前景、法律等事项作出虚假记载、误导性陈述或者在披露信息时发生重大遗漏的、任何形式的与事实或法律要求不相符合的表示行为或者诱导，致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投资决定的一种证券违法行为。

（二）虚假陈述的特征

1．虚假陈述是特定主体实施的行为；

2．虚假陈述是违反信息披露义务的行为；

3．虚假陈述包括积极的作为和消极的不作为。

二、虚假陈述的法律责任

（一）虚假陈述的民事责任

1．虚假陈述民事责任的构成要件。

2．虚假陈述民事责任的主体。

3．虚假陈述民事责任的归责原则。

（二）虚假陈述的行政责任

我国《证券法》第 191 条、192 条、193 条分别规定了证券公司、保荐人、发行人、上市公司或者其他信息披露义务人，证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券发行与交易活动中作出虚假陈述或者信息误导的行政责任。

（三）虚假陈述的刑事责任

1．欺诈发行股票、债券罪（《刑法》第 160 条）

2．提供虚假财务报告罪（《刑法》第 161 条）

3．编造并传播证券交易虚假信息罪（《刑法》第 181 条）

4．中介组织人员提供虚假证明文件罪（《刑法》第 229 条）

第三节　内幕交易及其法律责任

一、内幕交易的概念

内幕交易是知情人员利用内幕信息进行证券交易活动。《证券法》第 73 条规定：“禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。”

二、内幕交易的法律构成

（一）知情人的范围

证券交易内幕信息的知情人包括：

1．发行人的董事、监事、高级管理人员；

2．持有公司 5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；

3．发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；

4．由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员；

5．证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员；

6．保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；

7．国务院证券监督管理机构规定的其他人。

（二）内幕信息

证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。下列信息皆属内幕信息：

1.《证券法》第 67 条第二款所列重大事件；

2．公司分配股利或者增资的计划；

3．公司股权结构的重大变化；

4．公司债务担保的重大变更；

5．公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；

6．公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；

7．上市公司收购的有关方案；

8．国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

（三）禁止行为

证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有公司 5%以上股份的自然人、法人、其他组织收购上市公司的股份，证券法另有规定的，适用其规定。内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

（四）内幕交易的归责原则

《证券法》在规定内幕交易、泄露内幕信息这一违法行为时，并未坚持以“获取利益或者减少损失为目的”，即不以当事人的恶意为必要条件，而是采取客观归责原则。从国外立法例来看，从主观归责向客观归责过渡是现代反内幕交易立法的潮流。

三、内幕交易的法律责任

内幕人员从事内幕交易行为的，视情况承担相应的法律责任。

（一）内幕交易的民事责任

《证券法》第 76 条第三款规定，内幕交易行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

（二）内幕交易的行政责任

我国《证券法》第 202 条规定了内幕交易的行政责任。

（三）内幕交易的刑事责任

我国《刑法》第 180 条规定了内幕交易、泄露内幕信息罪。

四、内幕交易防范机制——短线交易收益归入制度

《证券法》第 47 条规定，上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份 5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后 6 个月内卖出，或者在卖出后 6 个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而

持有 5%以上股份的，卖出该股票不受 6 个月时间限制。

公司董事会不按规定执行的，股东有权要求董事会在 30 日内执行。公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

公司董事会不按规定执行短线交易收益归入的，负有责任的董事依法承担连带责任。

《证券法》第 47 条的规范对象是上市公司董事、监事、高级管理人员和持有上市公司 5%以上股份的股东。这些人因其在公司的地位或者持股优势而成为内幕信息的主要知情者，所以对他们的防范就成为防范内幕交易的重点。这一条规范的标的证券仅限于股票，规范的行为是 6 个月内买进又卖出或者 6 个月内卖出又买进，违法后果是收益归入公司。收益归入的执行人首先是公司董事会。股东在特定条件下也可以成为收益归入的执行人，但前提条件是先要求董事会执行且董事会在 30 日内没有执行。股东的执行方式是派生诉讼。这一条规定了证券公司因包销股票而从事短线交易的例外。

第四节　操纵市场及其法律责任

一、操纵市场的概念与特征

（一）操纵市场的概念

操纵市场又称为操纵证券交易价格，是指单位或者个人以获取利益、减少损失或转嫁风险为目的，利用资金优势、持股优势或信息优势，人为地拉高、压低或维持股价，诱使投资者买卖证券，损害投资者利益，扰乱证券市场秩序的行为。

（二）操纵市场的特征：

1．操纵市场者利用了其优势地位。

2．操纵市场者的主观故意状态。

3．操纵市场者追求的客观后果是影响证券交易价格或者证券交易量。

二、操纵市场的行为方式

1．单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；

2．与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

3．在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；

4．以其他手段操纵证券市场。

三、操纵市场的法律责任

（一）操纵证券市场的民事责任

我国《证券法》第 77 条第 4 款规定，操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

（二）操纵证券市场的行政责任

我国《证券法》第 203 条规定了操纵证券市场的行政责任。

（三）操纵证券市场的刑事责任

我国《刑法》第 1 8 2 条规定了操纵证券交易价格罪。

第五节　欺诈客户及其法律责任

一、欺诈客户的概念

欺诈客户是指行为人利用其经纪人（或受托人、管理人或代理人）地位，故意隐瞒或者故意做出虚假陈述，企图由此获取经济利益或不忠实履行职责，致使客户做出错误的意思表示，从而损害客户利益的行为。

二、欺诈客户行为的主要类型

（一）违背客户的委托为其买卖证券；
（二）不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；
（三）挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；
（四）未经客户的委托，擅自为客户买卖证券，或者假借客户的名义买卖证券；
（五）为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；
（六）利用传播媒介或者通过其他方式提供、传播虚假或者误导投资者的信息；
（七）其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

三、证券公司欺诈客户的法律责任

（一）欺诈客户的民事责任
（二）欺诈客户的行政责任
我国《证券法》第 208 条、第 209 条、第 210 条、第 211 条和第 212 条规定了证券公司欺诈客户的行政责任。
（三）欺诈客户的刑事责任
我国《刑法》第 181 条第 2 款规定的诱骗投资者买卖证券罪。

本章复习与思考题

1．简述证券法律责任的特点。
2．分析虚假陈述的责任认定方式。
3．我国立法有无必要禁止内幕交易？
4．如何认定操纵市场的行为？
5．欺诈客户行为的主要类型？

拓展阅读书目

1．中国证监会稽查一局：《证券期货稽查典型案例分析（1993-2000 年卷）》，首都经济贸易大学出版社 2004 年版。
2．中国证监会稽查局：《证券期货稽查典型案例分析（2002-2003 年卷）》，首都经济贸易大学出版社 2010 年版。
3．范健、王建文：《证券法》，法律出版社 2010 年版。
4．彭冰：《中国证券法学》，高等教育出版社 2007 年版。
5．邢海宝：《证券法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2010 年版。

6．叶林：《证券法教程》，法律出版社 2010 年版。
7．赵旭东：《商法学》，高等教育出版社 2007 年版。
8．陈甦：《证券法专题研究》，高等教育出版社 2006 年版。
9．阚治东：《荣辱二十年：我的股市人生》，中信出版社 2010 年版。

《商法三：票据法》教学大纲

王旸　编写

目　录

第一章　票据法总论（12 学时）.....4
第一节　票据概述（1 学时）.....4
一、票据的概念.....4
二、票据的性质.....4
三、票据的种类.....4
四、票据的功能.....5
第二节　票据法概述（1 学时）.....5
一、票据法的概念.....5
二、票据法的特点.....5
三、各国票据法的发展.....6
四、国际票据法统一运动.....6
五、中国票据法.....6
第三节　票据当事人（1 学时）.....6
一、票据当事人的概念.....6
二、票据当事人的分类.....7
第四节　票据法律关系（1 学时）.....7
一、票据法律关系的概述.....7
二、票据关系.....7
三、票据法上的非票据关系.....8
四、票据关系与票据法上非票据关系的区别.....8
第五节　票据基础关系（1 学时）.....8
一、票据基础关系概述：.....8
二、原因关系.....8
三、资金关系.....9
四、票据预约关系.....9
第六节　票据行为（3 学时）.....9
一、票据行为概述.....9
二、票据行为的特点.....9
三、票据行为的要件.....10
四、票据行为的代理.....10
五、瑕疵票据行为.....10
第七节　票据权利（4 学时）.....11
一、概述.....11
二、票据权利的取得.....11
三、票据权利的行使和保全.....11
四、票据权利的消灭.....12
五、票据的丧失和权利救济.....12
六、票据法上的权利－利益返还请求权.....13
七、票据抗辩及其限制.....13

本章复习与思考题.....14
本章拓展书目.....14
第二章　汇票制度（12 学时）.....15
第一节　汇票制度概况.....15
一、汇票概述.....15
二、汇票的特征.....15
三、汇票当事人.....16
第二节　汇票的种类.....16
一、汇票种类划分.....16
二、银行汇票.....16
三、商业汇票.....17
第三节　出票.....17
一、出票行为.....17
二、汇票的记载事项.....17
三、汇票未记载事项的认定.....18
四、出票的法律意义.....19
第四节　汇票转让.....19
一、汇票转让概述.....19
二、背书转让.....20
三、汇票担保法律制度.....20
四、汇票贴现法律制度.....21
第五节　汇票的承兑和保证.....21
一、汇票的承兑.....21
二、汇票的保证.....21
第六节　付款.....22
第七节　追索权.....22
一、汇票追索权概述.....22
二、追索权的行使.....22
第三章　本票（6 学时）.....23
第一节　本票的意义、特点和种类.....23
一、本票的意义.....23
二、本票的特点.....23
三、本票的种类.....24
第二节　出票和见票、出票.....24
一、出票.....24
二、见票.....25
第三节　汇票有关规定对本票的适用.....25
一、汇票有关规定对本票适用的意义.....25
二、汇票有关规定对本票适用的立法.....25
三、我国《票据法》对本票准用汇票规范的规定.....25
本章复习与思考题.....25
本章拓展书目.....26

第四章　支票（6 学时）.....27
第一节　支票的意义、特点和种类.....27
一、支票的意义.....27
二、支票的特点.....27
三、支票的种类.....28
第二节　出票.....28
一、出票的意义、条件和效力.....28
二、支票的记载事项.....28
三、空白授权票据的出票.....28
第三节　汇票有关规定对支票的适用.....29
一、关于支票出票准用之汇票规定.....29
二、关于支票背书准用之汇票规定.....29
三、关于支票付款准用之汇票规定.....29
四、关于支票追索权行使使准用之汇票规定.....29
本章复习与思考题.....29
本章拓展书目.....29

第一章　票据法总论（12 学时）

本章教学目的：使学生了解票据实践发展及票据功能，体会票据制度价值追求及基本原则，掌握票据法基础理论及票据法适用方法。

本章教学重点：票据的经济功能与票据制度的核心价值；票据基础关系与票据无因性原则的含义及适用；票据行为性质及票据行为的生效要件；票据权利性质及票据抗辩限制制度；利益返还请求权的性质及效力。

本章难点：票据无因性原则；票据行为独立性原则；票据行为实质要件；票据权利的构造；票据抗辩限制制度。

本章编写人：王旸

第一节　票据概述（1 学时）

一、票据的概念

（一）定义

票据是指由出票人依法发行、约定由自己或委托他人无条件支付一定金额的有价证券。

（二）含义

1、以支付一定金额为目的

2、票据金额的支付不得附加任何条件

3、有价证券

二、票据的性质

（一）完全有价证券

票据权利的发生、行使、转移、消灭均与票据结合而不能分离。

（二）要式证券

票据的形式由法律严格规定，不符合法定形式的票据不发生票据法上效力。

（三）无因证券

票据关系与票据基础关系相分离，票据效力原则上不受票据基础关系效力的影响。

（四）流通证券

票据债权转让条件优于普通债权，因此票据债权具有良好的可转让性。

（五）文义证券

票据关系的内容完全依票面记载而定。

（六）债权证券

由票据所创设并表彰的权利为金钱债权。

三、票据的种类

根据我国《票据法》第 2 条第 2 款的规定，我国票据法上的票据分为：汇票、本票和支票三种 。

（一）汇票

由出票人签发、委托付款人于到期日向持票人无条件支付一定金额的票据。

（二）本票

由出票人签发、承诺自己于到期日向持票人无条件支付一定金额的票据。

（三）支票

出票人签发、委托银行于见票时向持票人无条件支付一定金额的票据。

四、票据的功能

（一）支付功能

用票据作为替代现金的支付手段，减少携带和保管现金的费用和风险。

（二）汇兑功能

用票据作为异地支付的良好工具。

（三）结算功能

可以通过票据交换的方式、以债权债务抵销实现账款的清结。

（四）信用功能

票据具有信用工具的作用。无论是当事人间的借贷或买卖当事人间的延期付款，都可以用签发“远期票据”的方式完成。

（五）融资功能

可以通过票据贴现等方式取得筹集资金的效果。

第二节　票据法概述（1 学时）

一、票据法的概念

（一）定义

票据法是规定票据制度、调整票据法律关系的法律规范的总称。票据法的性质属于私法，是传统商法的重要组成部分。

（二）渊源

1、广义的票据法

各种法律中有关票据之规定的总和，既包括专门的票据法律法规，也包括其它法律法规中有关票据的规范。

2、狭义的票据法

仅指作为专门立法的《票据法》以及附属于《票据法》的专项法律规范。

二、票据法的特点

（一）票据法具有强制性

票据法中几乎全部为强行性规范。票据的种类及形式、票据行为的方式及效率等皆由法定，当事人不得任意创设、制作或行为。

（二）票据法具有技术性

票据法中多为纯技术性规范，较少伦理道德色彩。

（三）票据法具有国际性

国际经济贸易的发展，要求更好地发挥票据在跨国支付和结算中的积极作用，因此，票据法发展呈现国际统一化趋势。

三、各国票据法的发展

（一）票据法的起源

在欧洲中世纪末期的商人习惯法基础上发展而成，由当时商人团体的规章、惯例及商人裁判所的判例组成。随中央集权国家的逐渐形成，自习惯法逐步演变为成文法。

（二）大陆法系票据法的发展

1、法国票据法：旧法国票据法强调票据的支付功能及异地汇兑结算功能，忽略了票据的信用功能和融资功能。1935 年法国适应经济发展的需要，根据《日内瓦统一汇票、本票法》修订了自己的票据法。

2、德国票据法：重视票据的信用功能和融资功能，将票据关系与基础关系分离，使票据成为无因证券，有利于票据的迅捷流转，便于流通。

（三）英美法系票据法的发展

重视票据的信用和融资功能，强调票据的流通性，与大陆法系国家的票据制度相比具有更为自由、实用的特点。

四、国际票据法统一运动

（一）背景

随着国际贸易的不断发展，票据成为国际经济交往中重要的支付结算工具。由于各国票据法存在差异，因此票据在使用中不可避免地面临法律纠纷和法律冲突。世界经济发展的现实为协调各国票据法、建立统一的票据规则提出了召唤，票据法的国际统一化运动由此展开。

（二）重要成就

1、海牙统一票据法

2、日内瓦统一票据法

3、联合国统一票据法

五、中国票据法

（一）旧中国

1929 年颁布第一部单行票据法－《中华民国票据法》。

（二）新中国

1、行政法规：1988 年颁布《现金管理暂行办法》/《银行结算办法》

2、地方性法规：

1988 年颁布《上海票据暂行规定》

3、统一立法

1995 年颁布《中华人民共和国票据法》

第三节　票据当事人（1 学时）

一、票据当事人的概念

（一）定义

票据当事人是指因特定的票据行为而成为票据关系主体，享有票据权利或承担票据义务的法人或自然人。

（二）种类

基于不同的票据行为，票据当事人包括：出票人、付款人、受款人、背书人、承兑人、保证人等多种。他们之间存在的以票据行为为纽带的纷繁复杂的票据关系。

二、票据当事人的分类

（一）基本当事人与非基本当事人

根据票据当事人与出票行为关系的不同，可以将他们分为基本当事人和非基本当事人。这是对于票据当事人最基础、最重要的分类。

1、基本当事人

指出票行为有效完成后即已存在的票据当事人。

2、非基本当事人

指在出票行为完成后，通过其它各种票据行为加入票据关系之中的票据当事人。

（二）前手与后手

根据票据当事人相互之间位置关系的不同，可以将他们分为前手与后手。

1、前手

在同一（特定）票据的流转过程中，于一特定当事人之前为票据行为的票据当事人，被称为该特定票据当事人的前手。

2、后手

在同一（特定）票据的流转过程中，于一特定当事人之后为票据行为的票据当事人，被称为该特定票据当事人的后手。

（三）持票人与非持票人

根据是否实际占有物质形态的票据文据本身，票据当事人可以被分为持票人与非持票人。

1、持票人

实际持有票据的票据当事人。

2、非持票人

未实际占有、控制票据的票据当事人。

第四节　票据法律关系（1 学时）

一、票据法律关系的概述

（一）概念

由票据法调整、与票据相关的、票据当事人间的权利义务关系。

（二）分类

根据发生原因的不同，票据法律关系分为：票据关系和票据法上的非票据关系两类。

二、票据关系

（一）概念

基于票据行为而发生、受票据法调整、票据当事人间的债权债务关系。。

（二）种类：

1、出票关系：基于出票行为而产生的票据关系。

2、承兑关系：基于承兑行为而产生的票据关系。
3、保证关系：基于保证行为而产生的票据关系。
4、背书关系：基于背书行为而产生的票据关系。
5、付款关系：基于付款行为而产生的票据关系。

三、票据法上的非票据关系

（一）概念
非由票据行为直接产生，而由票据法规定，与票据相关的票据当事人间的权利义务关系。
（二）种类：
1、利益返还关系
2、票据返还关系

四、票据关系与票据法上非票据关系的区别

（一）权利产生的原因不同
票据关系产生于票据行为；票据法上的非票据关系产生于法律的直接规定。
（二）权利内容不同
票据关系中的权利内容为金钱债权；票据法上的非票据关系中的权利内容具有多样性。
（三）权利依据不同
票据关系的权利依据为持有票据；票据法上的非票据关系的权利依据为票据记载之外的法定原因。

第五节　票据基础关系（1学时）

一、票据基础关系概述：

（一）概念
票据基础关系是作为票据授受行为前提或理由的法律关系。
（二）性质
票据基础关系为民事法律关系，受民法调整。但因其为票据关系产生的基础，所以在票据法上被称为票据基础关系。一旦以此为基础的票据关系成立生效，则二者原则上即相分离而各自独立。
（三）种类
票据基础关系一般分为：原因关系、资金关系、票据预约关系三种。

二、原因关系

（一）概念
原因关系是作为票据当事人授受票据原因而存在的票据基础关系。如出票人与收款人之间签发和接受票据的理由、背书人和被背书人之间转让票据的理由等。
（二）原因关系与票据关系的关系：
原因关系与票据关系原则上相互独立、互不影响。原因关系只存在于授受票据的直接当事人之间，票据一经转让，原因关系对票据效力的影响力即被切断。但在法律规定的例外情况下，原因关系与票据关系间存在相互制约关系。

三、资金关系

（一）概念

资金关系是在汇票和支票的出票人与付款人之间，作为委托付款及接受付款请求理由而存在的票据基础关系。

（二）资金关系与票据关系的关系：

一般而言，资金关系的存在或有效与否，不影响票据关系的内容和效力。但在一些特殊情形下，资金关系与票据关系间也具有一定牵连关系。

四、票据预约关系

（一）概念

票据预约关系是以授受票据以及票据的有关记载事项为内容的民法上的合同。授受票据的当事人在原因关系发生之后，出票或背书之前，对票据的种类、金额、期限等事项达成的合意即为票据预约。

（二）票据预约关系与票据关系的关系

票据预约关系是一种合同关系，该合同关系是否有效、得到履行或消灭与票据关系效力无实质关联。在通常情况下，票据关系中的权利义务将依票据预约内容设定。

第六节　票据行为（3 学时）

一、票据行为概述

（一）广义的票据行为

具备票据法规定的要件，能够产生、变更、消灭票据关系的法律行为或准法律行为的总称。

包括：法律行为与准法律行为。

（二）狭义的票据行为

以负担票据债务为意思表示，发生票据法上债权债务关系的法律行为。

包括：基础票据行为与附属票据行为。

二、票据行为的特点

（一）要式性

票据行为是要式行为。法律对票据行为的具体方式设有严格的限定，当事人只有依据法律的规定实施票据行为始生票据法上效果。

（二）文义性

票据行为的内容完全由票据上的文字记载所决定，不允许当事人以票据文字之外的证据对文字记载作任何补充或变更。

（三）无因性

票据行为与作为其发生前提的基础关系相分离，票据行为的效力不受基础行为效力的影响。

（四）独立性

同一票据上各种票据行为各自独立发生效力，一个票据行为无效或有暇疵，不影响其它票据行为的效力。

（五）连带性

同一票据上的各种票据行为人均对票据权利人承担连带责任。

三、票据行为的要件

（一）票据行为的实质要件

1、票据行为能力

无票据能力而实施的票据行为无效，行为人不承担票据义务。但基于票据行为独立性特征，其他票据行为效力不受影响。

2、意思表示

仅当票据行为本身存在意思表示不真实和不自由的情况时，才发生相应的无效或可撤销问题；票据行为基础关系的缺陷，不影响票据行为效力。出于保障交易安全的考虑，票据行为因意思表示瑕疵无效或被撤销时，仅可对抗直接当事人。

（二）票据行为的形式要件

1、做成书面及依法记载

2、为人签章

3、交付

四、票据行为的代理

（一）概念

票据行为的代理是代理人基于被代理人的授权，在票据上表明代理关系，以被代理人名义实施票据行为。

（二）票据代理的构成要件

1、记载本人名义

2、表明代理意旨

3、代理人签章。

4、存在有效的票据代理关系。

（三）无权代理和越权代理

1、无权代理效力

没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当由签章人承担票据责任

2、越权代理效力

代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。

五、瑕疵票据行为

（一）、票据更改

1、概念

票据更改是票据法规定可以更改的事项，在票据上已经记载后，由有更改权的当事人依照法定更改方式所进行的变更。

2、更改规则

不可更改事项：票据金额、日期、收款人名称

可更改事项：除法律规定的不可更改事项以外的其它票据记载事项，均为可更改事项。

更改权人：原记载人对自己所记载的事项享有更改权。

更改格式：原记载人签章

3、更改的效力

更改不可更改事项的：票据无效。

更改可更改事项的：原记载无效，新记载生效。

（二）、票据伪造

1、概念

票据伪造是冒用他人名义而实施的票据行为。

2、伪造的票据法上效力

伪造人未在票据签章不承担票据责任，不影响票据上其他真实签章的效力，其他票据债务人在票据上签章的，按照票据所记载的事项承担票据责任。

（三）票据变造

1、概念

票据变造是没有更改权而变更票据上除签章以外的记载事项。

2、变造的票据法上效力

票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

第七节　票据权利（4学时）

一、概述

（一）、概念

持票人依据票据文义及法律规定所享有的金钱债权，即请求支付一定票据金额及法定金额的权利。包括：付款请求权和追索权。

（二）性质

1、证券权利

2、两次权利

二、票据权利的取得

票据是一种完全有价证券，必须占有（持票）票据才能享有票据权利。概括而言，票据权利的取得可分为原始取得和继受取得两种方式。

（一）原始取得

原始取得是指持票人不经由其他前手而最初的取得票据权利。

在原始取得票据权利的场合，持票人可以是从出票人处取得票据，也可以是从无处分权人处取得票据。因此，票据权利的原始取得包括发行取得和善意取得两种情况。

（二）继受取得

继受取得是指持票人由前票据权利人处合法地受让票据权利。

票据权利的继受取得分为票据法上的继受取得和非票据法上的继受取得两类。

三、票据权利的行使和保全

（一）概念

票据权利行使：票据权利人请求票据义务人履行票据义务的行为。

票据权利保全：票据权利人为防止票据权利的丧失而实施的一切行为。

（二）票据权利行使和保全方法

1、遵期提示

依据票据法规定的期间，向票据债务人或关系人现实地出示票据，请求其承兑或支付票款。

2、依法取证

持票人为了证明自己曾经依法行使票据权利而遭拒绝，或者根本无法行使票据权利，而依法律规定的时间和方式取得相关的书面证据。

（三）票据行使和保全的时间

持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人的营业时间内进行。

（四）票据权利行使和保全的地点

持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人的营业场所内进行。票据当事人无营业场所的，应当在其住所进行。

四、票据权利的消灭

（一）概念

因一定法律上的原因使票据权利失去法律意义。

（二）消灭原因：

1、清偿

2、其它：免除、混同、抵销、提存

3、时效届满

五、票据的丧失和权利救济

（一）概念

票据权利人非出于自己的本意而丧失对票据的占有。

（二）挂失止付

1、概念

票据丧失后，失票人以止付通知的方式告知付款人票据丧失的情况，并由接受通知的付款人暂停支付票据款项，从而保全失票人票据权利的一种制度。

2、效力

挂失止付为权利保全方法。它是临时性救济措施，仅能在一定时间内防止失票人票据款项被冒领的风险，无法恢复其票据权利的行使。

（三）公示催告

1、概念

失票人在票据丧失后向人民法院申请宣告票据无效，从而使票据权利与票据相分离而得以独立行使的一种法律救济程序。

2、性质

（1）非诉程序

（2）申请人特定

（3）一审终审

（4）分为公示催告和除权判决两个阶段

3、效力

防止权利丧失，恢复权利行使。

（四）诉讼

1、概念

失票人向人民法院提起诉讼，要求法院判令付款人支付票据金额或出票人补发票据的票据丧失救济方法。

2、性质

有权认定

3、效力

恢复票据权利

（五）伪报票据丧失的处理

1、裁定终结救济程序

2、人民法院可以根据情节轻重对当事人予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

六、票据法上的权利－利益返还请求权

（一）概念

票据权利因时效届满或手续欠缺而消失时，支付了对价的持票人对票据债务人在其所得利益限度内有请求偿还的权利。

（二）性质

票据法上的非票据权利

（三）当事人

1、权利人

因时效届满或手续欠缺而丧失票据权利的票据权利人

2、义务人

因此受有实际利益的票据债务人

（四）构成要件

1、票据权利曾有效存在

2、票据权利因时效届满或手续欠缺而消灭或丧失

3、票据债务人因此而受有实际利益

（五）效力

1、内容

对票据债务人所获额外利益的返还请求权

2、消灭时效

民事权利时效

七、票据抗辩及其限制

（一）概念

票据债务人得以一定合法事由对抗票据权利人，从而否定权利人的权利主张并合法地拒绝履行票据债务。

（二）种类

1、物的抗辩

2、人的抗辩

（三）票据抗辩限制

1、概念

票据抗辩限制又称票据抗辩切断制度，是指票据转让后，票据债务人不得以其与直接当事人间的抗辩事由对抗善意持票人。

2、限制

（1）票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人。

（2）票据债务人不得以自己与持票人前手之间的抗辩事由对抗持票人。

（四）例外

1、非善意

2、无对价

本章复习与思考题

1、 票据的重要经济功能是什么？

2、 票据制度的核心价值是什么？

3、 如何理解票据无因性原则？

4、 票据权利构造有何特殊性？

5、 如何理解实质要件对票据行为效力的影响？

本章拓展书目

1、《票据法概论》（增订版），谢怀拭著，法律出版社 2006 年 12 月版

2、《票据法教程》，王小能编著，北京大学出版社 1994 年 4 月版

3、《票据法新论》（修订新版），梁宇贤著，中国人民大学出版社，2004 年 2 月版

第二章　汇票制度（12 学时）

本章编写人：管晓峰

第一节　汇票制度概况

一、汇票概述

（一）汇票的经济属性

汇票本是交易结算工具，是代替货币的法律文件，票据是人们追求低成本和安全持有货币的产物。票据从支付功能和结算功能发展出担保功能，继而又发展出融资功能，使原本单纯的结算工具成为市场上多用途的结算、担保和融资工具。

（二）汇票的基本属性

1．汇票的概念

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

（二）汇票的基本条件

1．票据须记载“汇票”字样。

2．票据须记载无条件支付一定金额的承诺。

3．票据须记载付款人姓名或者机构名称。

4．出票人关于票据付款日期的声明。

5．　出票人对票据付款地的声明。

6．　票据须记载收款人的姓名或者机构名称，此款记载须准确无误，记载后不得更改。

7．出票人对出票日期及地点的声明。

8．出票人的签章。

二、汇票的特征

（一）汇票是一种证实货币权利的金融工具

汇票代表一定的货币权利，是出票人为了证实票据上代表自己确定的存款式货币而设定的一种证券，其性质为设权性证券。

（二）汇票是具有支付功能的金融工具

出票人须保证持票人的货币权利，因此汇票须有无条件支付一定金额的委托的字样，银行汇票由出票行或者其委托的代理付款行付款，银行承兑汇票由承兑行保证付款，商业承兑汇票由买卖合同的买方保证付款。

（三）汇票是具有担保功能的金融工具

持票人可将汇票用作质押，用以担保主债务的履行，当主债务履行则汇票返还给质押背书人，如果主债务不能履行，则质押被背书人有权行使该汇票权利。

（四）汇票具有融资的功能的金融工具

持票人可将远期汇票向银行提出贴现申请，银行扣除未到期利息后将票据款项余额借给贴现申请人，票据到期能够得到付款的，贴现关系消灭，不能得到付款的，银行可行使票据追索权或者行使借贷债权。

三、汇票当事人

（一）汇票当事人的概念

在汇票法律关系中享有票据权利和承担票据责任者，称为汇票当事人，享有票据权利者称为汇票权利人，承担汇票责任的称为汇票债务人。

（二）汇票的基本当事人

1．汇票的出票人，是指开出汇票的银行和企业。

2．汇票的收款人，是指汇票上记载收取票据款项者，任何人都可以是银行汇票的收款人，但不是任何人都可以担当商业汇票的收款人。

3．汇票的付款人，是指履行汇票付款责任的人，一般情况下为受托付款人。

4．承兑人，是指承担汇票付款责任的人。实践中银行承兑汇票是出票人申请银行承兑后再交付给收款人，承兑关系实际上发生在交付票据之前；商业承兑汇票的承兑人是买卖合同的买方，此种汇票必须经过买方承兑才有票据效力，所以商业承兑汇票的承兑人具有双重身份。

（三）汇票的非基本当事人

1．被背书人，是指受让票据后取得票据权利者，在票据签发时与票据无关，通过被背书受让成为汇票权利人，背书受让包括背书转让、背书质押、背书贴现等三种类型。

2．保证人，是指为了保证收款人或者持票人能够得到付款，而承担担保付款的连带责任者，在签发票据时作保证人是为出票人作担保，在承兑时作保证人是为承兑人作担保，在背书环节作保证人是为背书人作担保，保证人在票据上不记载被保证人时视为对主债务人作保证。

第二节　汇票的种类

一、汇票种类划分

（一）汇票种类划分的意义

划分汇票种类意义在于使有关当事人明白持票人的票据权利和出票人、承兑人和其他连带债务人的票据责任，不同种类的汇票代表不同的信用。

（二）即期汇票和远期汇票

即期汇票是指以持票人提示日为到期日，银行见票必须付款的一种汇票。远期汇票是指约定一定的期日付款的汇票，可分为定日付款汇票，出票日后定期付款汇票，见票后定期付款等三种形式

（三）记名汇票与无记名汇票

记名汇票是指在票据上记载收款人的姓名或商号的汇票，无记名汇票是指在票据上不记载收款人的姓名，凡持票人都可以享有票据权利，直接向付款人请求承兑和请求付款的汇票。

（四）光单汇票和跟单汇票

银行汇票基本上是光单汇票，跟单汇票是指附带货运单据和纳税凭证的汇票，我国国内的汇票均是光单汇票。。

（五）汇票的其他划分法

汇票除了上述分类外，还可按签发地点和支付地点的不同分为国内汇票和涉外汇票，按使用货币的不同，可分为本国货币汇票和外国货币汇票等。

二、银行汇票

（一）银行汇票概述

银行汇票是指汇款人将确定的款项交存所选定的银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转帐结算或提取现金的票据。

（二）银行汇票的使用

银行汇票一律为记名汇票，由参加“全国联行往来”的银行签发汇票金额的起点为 500 元，付款期限为 1 个月，带有活期存款利息，所有的银行均可办理银行汇票的兑付。

三、商业汇票

（一）商业汇票概述

商业汇票是由出票人签发的，委托付款人在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。按承兑人的不同，分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。银行汇票要先存款后出票然后才付款，而商业汇票是先给票后付款甚至远期付款，没有利息损失的机会，所以商业汇票在市场买卖活动中被广泛运用。

（二）银行承兑汇票

银行承兑汇票是指银行担保付款的一种汇票，其主要内容是买卖合同中的买方出票，由买方自己或者收款人、持票人，向买方的开户银行申请，银行经审查认为该票据的基础原因真实可靠，信用历史记录良好，遂与买方签订承兑协议，银行就成为票据付款的主债务人。

（三）商业承兑汇票

商业承兑汇票是指由买卖合同中的买方或者卖方签发，经付款人（买方）承兑，或由付款人签发并承兑的汇票，商业承兑汇票的承兑是买方自己保证自己信用的行为，银行只承担受托付款的责任，一旦出现买方账户资金不足支付时，银行就退回票据，所以商业承兑汇票是一种信用程度比较低的票据。

第三节　出票

一、出票行为

（一）出票行为的法律性质

出票是指出票人依照票据法的要求记载汇票所必须记载的事项，签署自己的姓名、盖章，然后交付给收款人的票据行为。

（二）多余记载和有害记载

1．汇票的多余记载，当事人在票据上记载的事项，除了允许事项之外其余的事项视为多余记载。多余记载不影响记载人应当承担的票据责任，所记载条件也不生效。

2．汇票的有害记载，出票人在签发汇票时，以及承兑人、背书人在票据记载事项时，不得附加任何条件，否则即构成行为的无效，甚至导致票据的无效。

二、汇票的记载事项

（一）汇票的金额

1．出票须确定货币的种类。

2．出票须确定货币的金额。

3．出票选择记载文字的例外，我国民族自治地区的个人、机构，以及外国驻华使馆的出票可由本民族文字代替中文大写金额的数字。

4．出票数字模糊的汇票无效。

5．出票所记载金额数字大小写不一致的处置，按照我国《票据法》的规定，票据所记载金额的大小写不一致的，票据无效。

（二）付款人

1．银行汇票的付款人是出票行，通常由其代理行代为付款，然后通过全国联行往来系统要求出票行还款，并收取一定的手续费。

2．银行承兑汇票的的付款人是（银行）承兑人，承兑人承兑汇票后就成为该票据的主债务人，对出票人负有无条件付款的责任。

3．商业承兑汇票的付款人是承兑人，也就是买卖合同中的买方。

（三）收款人

1．收款人是指收取票据记载款项者，也是汇票的原始权利人。

2．银行汇票的收款人可由出票行根据申请人的要求填写，也可将应填写事项空白留给持票人将来确定卖方后填写。

3．商业汇票的收款人，通常是买卖合同的卖方。

（四）出票日期

1．出票日期是指票面上所记载的公历年、月、日，出票日期必须使用中文大写，年份要写四位数，月和日的个位数之前要加写“零”字，不按照规定填写的，银行可以不予受理。

2．出票日的法律意义：第一，确定出票人主体资格的基准日；第二，对出票后定期付款的汇票，出票日就是计算汇票到期日的基准日；第三，对见票后定期付款的汇票，出票日为计算提示承兑日的基准日；第四，对见票即付的汇票，出票日即可作提示付款日；第五，汇票出票日是决定保证是否成立的基准日；

（五）票据的签章

1．出票人签章的意义：第一，出票人签章即有效，如果有多人签章的，所有签章者为共同出票人，对汇票上的记载事项负连带责任。

2．商业汇票上的出票人的签章，为该法人或者该单位的财务专用章或者公章加其法定代表人、单位负责人或者其授权的代理人的签名或者盖章。

3．银行汇票上的出票人的签章和银行承兑汇票的承兑人的签章，为该银行汇票专用章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章。

4．银行本票上的出票人的签章，为该银行的本票专用章加其法定代表人或者授权的代理人的签名或者盖章。

5．支票上的出票人的签章，出票人为单位的，为与该单位在银行预留签章一致的财务专用章或者公章加其法定代表人或者其授权的代理人的签名或者盖章；出票人为个人的，为与该个人在银行预留签章一致的签名或者盖章。

（六）汇票的支付地

1．票据支付地是债务人承诺当票据到期时向收款人或者持票人支付票据确定金额的地点，收款人或者持票人届期到该地点请求付款就可实现自己的票据权利。

2．因票据权利纠纷提起的诉讼，依法由票据支付地或者被告所在地人民法院管辖。票据支付地是票据上载明的付款地，票据上未载明付款地的，汇票付款人或者代理付款人的营业场所、住所或者经常居住地，本票出票人的营业场所为票据付款地。

三、汇票未记载事项的认定

（一）汇票未记载事项的救济

1．汇票上未记载付款日期的，汇票付款日期为见票即付。

2．汇票未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。

3．汇票未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

四、出票的法律意义

（一）付款日期

1．付款日期的种类包括：见票即付，定日付款，出票后定期付款和见票后定期付款。见票即付是指付款人对此汇票必须见到汇票原件后无条件地支付，不得以任何理由拒绝付款。定日付款是指在汇票上记载的日期为付款日，有关逾期付款的利息、保证责任和汇票的追索权、诉讼权均从此日开始计算。

2．付款日期的记载，由出票人根据需要选择一种，不得更改。

（二）出票的法律责任

1．出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿《票据法》第 70 条、第 71 条规定的金额和费用。

2．出票即表示届期无条件付款，可作为通货在市场上流通（转让和贴现），并可为持票人融资提供（质押）担保。

3．出票至交付产生权利和责任，收款人收取汇票后即享有票据权利，可以依法处分，包括背书转让、贴现、质押等。

4．出票的责任及连带责任，出票后付款人不能按时承兑或付款的，持票人可行使追索权，请求付款人偿还汇票的金额、利息及有关费用。

5．出票责任的例外。具有下列情形之一的票据，未经背书转让的，票据债务人不承担票据责任；已经背书转让的，票据无效不影响其他真实签章的效力：第一，出票人签章不真实的；第二，出票人为无民事行为能力的；第三，出票人为限制民事行为能力的。

6．由于出票人出票，或者其他票据债务人未按照法定条件在票据上签章，给其他人造成损失的，除应当按照所记载事项承担票据责任外，还应当承担其它的民事责任。

第四节　汇票转让

一、汇票转让概述

（一）汇票转让的法律性质

1．汇票转让即受款权主体的改变，票据的主要功能在于流通，流通的基础在于转让，所以票据转让是票据制度的核心内容之一。

2．汇票转让的性质是单方行为，无义务通知债务人（付款人），受让者的身份无限制，转让次数无限制，转让次数越多票据的信用越高。

3．汇票转让要遵照票据法和中国人民银行支付结算规定的格式，不得转让部分票据权利、不得将票据转让给二个被背书人、在转让时不得附加条件等。

（二）汇票转让与连带责任

1．汇票转让后，背书人就成为汇票的连带债务人，对持票人负有担保承兑与担保付款责任。这种转让与非票据债权转让不同，普通债权今后发生的任何事情均与己无关；而票据的转让不同，所有在票据上签名的人在该票据未获完全清偿之前，均不能免除债务人的责任。

2．汇票转让须遵守诚信原则的要求：第一，告知义务，收款人或者背书人在背书时必须告知该票据获取的情况；第二，禁止反言，背书人在作出保证付款的承诺后不得改变其承诺；第三，保证的义务，在票据付款期至，付款人和背书人履行保证付款的义务。

（三）汇票转让切断抗辩事由

汇票转让后，原来存在于付款人与持票人之间的抗辩事由即告切断，付款人不得以对抗背书人的抗辩事由对抗善意受让人（被背书人）。

二、背书转让

（一）背书交付

1．背书交付是指收款人（持票人）在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。转让人称为背书人，受让人称为被背书人。2．背书交付须记载被背书人的名称。

3．汇票背书的次数不受限制。

4．背书的例外：票据被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过提示付款期限，票据持有人背书转让的，背书人应当承担票据责任。

（二）背书的法律后果

1．背书应当连续，以证明汇票权利；非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，因继承、合并、分立、破产取得票据时须依法举证。

2．根据《票据法》第 27 条和 30 条的规定，背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力。

3．以背书转让的汇票，后手应当对其直接前手背书的真实性负责。

4．背书人背书转让汇票后，即承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。

（三）汇票背书转让的限制

1．出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让；否则出票人及付款人将有权对非收款人的持票人拒绝承兑或拒绝付款。

2．背书人在汇票上记载“不得转让”字样的，其后手再次背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任，对被背书人提示付款或委托收款的票据，受托付款的银行不予受理。

3．背书人在票据上记载“不得转让”、“委托收款”及“质押”等字样，其后手再背书转让、委托收款或者质押的，原背书人对后手的被背书人不承担票据责任，但不影响出票人、承兑人以及原背书人之前手的票据责任。

4．票据权利不得分割部分转让和转让给二人以上的背书无效。

5．背书不得附有条件，附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。6．背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。

三、汇票担保法律制度

（一）汇票担保概述

1．汇票担保是指债务人以未到期汇票交付债权人（质权人）保管，若不能按时依约（依法）履行债务时，就由质权人依法行使票据权利一种担保制度。

2．汇票代表确定的货币，是一种财产权利，属于担保法和票据法规定可以用作质押的权利。

3．以汇票设定质押时，出质人在汇票上记载了“质押”字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票上、粘单上记载“质押”而另行签订质押合同、质押条款的，不构成票据质押，而只属于担保法上的质押。

4．汇票质押中，履行债务的期限先于汇票付款期限届满，债务人未能履行债务时，质权人继续保留汇票的占有权，直至汇票付款期至，将提示付款的金额用于清偿债务，多退少补。

四、汇票贴现法律制度

（一）汇票贴现概述

汇票贴现是指持票人以未到期的商业汇票，向银行申请贴现，银行经审查认为该汇票出票人的信用良好、生产经营正常，在扣除未到期利息后，将票面余款借给申请人，在汇票付款期至时银行能够得到付款，则消灭汇票法律关系，否则银行可行使追索权，也可将汇票金额从付款期至日起转为逾期借款，行使普通债权。

（二）汇票贴现的条件

1．申请贴现人必须是在银行开立存款账户的企业法人以及其他组织。

2．申请贴现人与出票人或者直接前手之间具有真实的商品交易关系。

3．申请贴现人提供与其直接前手之间的增值税发票和商品发运单据复印件。

4．申请贴现人须提供中国人民银行规定比例的保证金存入银行专户。

（三）再贴现和转贴现

1．再贴现是指贴现行向人民银行转让汇票，再贴现汇票到期后，人民银行从申请再贴现的商业银行存款户内划拨汇票款项，然后将汇票交还给商业银行，由后者向承兑申请人或承兑银行自行收回贴现款。

2．转贴现是指贴现行向其他商业银行转让已经贴现的汇票。转贴现行在汇票到期时提示付款，得不到付款时可行使追索权，与普通持票人的票据权利相同。

第五节　汇票的承兑和保证

一、汇票的承兑

1.承兑是指汇票付款人承诺在到期日支付汇票金额的票据行为。

2．提示承兑，是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。

3．承兑的期间，见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起 1 个月内向付款人提示承兑。汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

3．承兑的例外，见票即付的汇票无须承兑。

二、汇票的保证

1．汇票保证是指汇票除主债务人及连带债务人以外的第三人以承担无条件付款为目的，在汇票上签章及记载必要事项的票据行为。

2．保证人在汇票上签章即构成保证责任，保证人清偿汇票债务后，代替被追索的债务人取得汇票权利，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

3．保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任。

4．保证不得附有条件，附有条件的，不影响对汇票承担的保证责任。

5．保证人未在票据或者粘单上记载“保证”字样而另行签订保证合同或者保证条款的，不构成票据保证，只能构成合同意义上的保证，适用担保法的有关规定处理争议。

第六节　付款

1．付款是指消灭票据法律关系的事实，主债务人及在票据上留有签章的所有连带债务人的义务即告结束。

2．付款人及其代理付款人以恶意或者重大过失付款的，应当自行承担责任。

3．对定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，付款人在到期日前付款的，由付款人自行承担所产生的责任。

第七节　追索权

一、汇票追索权概述

1.汇票到期被拒绝承兑或拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人、保证人以及汇票的其他债务人行使追索权。

（二）汇票追索的原因

2．汇票到期被拒付的，或者虽然付款人表示可以付款，但是要附加一定的条件的，视为拒绝付款。

3．汇票被拒绝承兑。

4．承兑人或付款人具有死亡、逃匿情形的。

4．承兑人或付款人被依法宣告破产的，或者因违法被责令终止业务活动的。

二、追索权的行使

（一）追索的条件

持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。

（ 二）追索对象

汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

（三）再追索

当被追索人清偿债务后，与持票人享有同一（追索）权利，如果其还有前手的，依法再向前手债务人行使追索权。

（四）追索的例外

1．持票人为出票人的，对其前手无追索权。

2．持票人为背书人的，对其后手无追索权。

第三章　本票（6 学时）

本章教学目的：使学生了解本票概念、种类等基本知识，对本票特点、出票及记载事项、见票制度、汇票有关规定对本票的适用有清晰的掌握，能够准确运用本票的基本原理解决实际问题。

本章教学要求：简要的阐释本票的概念及本票的种类，深入地分析和讲解本票的特点、本票出票及记载事项、本票见票制度、本票与汇票的联系与区别、汇票有关规定对本票的适用，对本票在现实经济生活中的作用给予一般性的介绍和探讨，使学生对本票的概念和种类有基本的认识，对本票的特点、出票及记载事项、见票制度、本票与汇票的联系与区别、汇票有关规定对本票的适用有清晰、透彻的掌握，对本票在现实经济生活中的作用有基本的了解，培养学生运用本票的基本原理解决实际问题的能力。

本章教学重点：本票的特点、出票及记载事项、见票制度、本票与汇票的联系与区别、汇票有关规定对本票的适用

本章教学难点：见票的效力和程序、汇票有关规定对本票的适用

本章编写人：沈铮

第一节　本票的意义、特点和种类

一、本票的意义

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给持票人的票据。（见我国《票据法》第 73 条）

其基本效能，就是用于替代货币进行支付。

（一）本票是一种票据，也属于以无条件支付一定金额为内容的、法定要式不要因的金钱证券 。

（二）本票是出票人直接向持票人支付票面金额的票据：以此表明本票与汇票、支票的根本区别。本票的基本法律关系当事人，仅为出票人与持票人两方，故权利行使相对简便。而汇票与支票法律关系的当事人都是三方，即出票人、持票人、付款人。

（三）本票是出票人承诺于见票时无条件付款的票据：本票的出票人就是付款人，因此无需承兑。

二、本票的特点

（一）本票是自付证券：由出票人承担付款责任，区别于汇票、支票。汇票的付款，由承兑人为之；不需承兑的汇票，则由付款人支付。支票。则由银行或者其他金融机构充当付款人。

（二）本票以出票人为当然的主债务人：本票的出票人兑持票人承担无条件付款责任，到期不付款，持票人可以请求法院强制执行。

（三）本票为预约支付证券：出票人承诺于到期日由自己无条件支付票据记载金额，是对未来权利义务的预设，故本票属于“预约支付”的证券。

（四）本票是无需承兑但有见票的票据：本票无须承兑，但以“见票”为必要程序。我国《票据法》第 80 条规定，本票的持票人未按照规定的期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。日内瓦《统一汇票和本票法》亦有相同规定，设“见票”为本票持票人追索权保全方法。

（五）本票的出票人仅负付款责任而无承兑担保责任：无需承兑，亦无相应责任。

（六）本票的背书人负担保付款责任：本票依背书转让时，背书人对被背书人负有担保负款的责任。

三、本票的种类

（一）票据法学上对本系的分类

1、记名式本票、指示式本票和无记名式本票

按照本票上是否记载本票权利人名称所作的分类。

2、见票即付的本票、定日付款的本票、出票后定期付款的本票、见票后定期付款的本票

这种分类的标准与实益，与汇票的同一分类相同。明显差异之处是，见票后定期付款的本票，适用“见票”制度。

3、银行本票和商业本票

这种分类的标准与实益，与汇票的同一分类相同。

4、国内本票和国外本票

这是英美票据法上，按照签发和付款地是否本国所作的分类。

（二）我国票据制度中的本票种类

按照我国《票据法》第 73 条规定，我国票据制度中的本票，必须是“记名式银行本票”，从而排除了商业本票。

1、银行本票的意义

2、银行本票的种类

《票据法》中并未规定银行本票的种类。从我国以往的金融活动习惯中，可以归纳出定额银行本票和不定额银行本票两种。

（1）定额银行本票

（2）不定额银行本票

此外，银行本票还可以根据用途分为银行转帐本票和银行现金本票。

同时，还要注意银行本票的、使用期限的相关规定。

第二节　出票和见票、出票

一、出票

本票的出票是指出票人依照票据法的规定作成本票，并将作成的本票交付收款人的行为。

本票的出票，其性质与汇票的出票相同。

在我国，由于《银行法》不认可商业本票，除银行外，其他法人以及自然人均不得签发本票。

（一）出票的效力

1、持票人取得本票权利，对出票人有付款请求权和追索权

2、出票人负有直接无条件付款的责任

（二）出票的记载事项

1、绝对必要记载事项

我国《票据法》第 76 条规定的六项事项，是本票必须记载的事项。缺少其中任何一项，本票无效。

2、相对必要记载事项

我国《票据法》第 77 条规定的两项事项，属于相对必要记载事项。

3、任意记载事项

4、不得记载的事项

5、本票到期日

二、见票

见票是指本票的出票人，因持票人的提示，为确定见票后定期付款本票的到期日，在本票上记载见票字样及日期，并且签名的行为。

（一）见票的意义

（二）见票的效力

1、确定到期日。

2、保全追索权。

（三）我国《票据法》上见票的意义和效力

1、见票的意义

是指本票的出票人，因持票人的提示，为确定见票后定期付款本票的到期日，在本票上记载见票字样及日期，并且签名的行为。

2、见票的效力

（四）见票的程序

第一步，持票人提示见票，即向出票人提示本票，请求签见；

第二步，出票人验看本票，无误时在本票上记载见票应记载的事项，是为“签见"；

第三步，出票人将“签见”之本票交还持票人，持票人得以在到期日请求付款。

第三节　汇票有关规定对本票的适用

一、汇票有关规定对本票适用的意义

二、汇票有关规定对本票适用的立法

三、我国《票据法》对本票准用汇票规范的规定

（一）我国《票据法》对汇票规范之准用，采用“概括式”和“列举式”相结合的立法方式

（二）本票的出票，仅得适用本法第 24 条一个条文

（三）本票的背书和保证，完全适用汇票的有关规定

（四）本票的付款，除本法第 78 条、第 73 条第 1 款的规定外，适用汇票付款的有关规定

（五）本票的提示付款，不适用第 53 条第 1 款第 1 项关于见票即付汇票提示付款的规定

（六）本票追索权的行使，适用第 80 条和汇票追索权的有关规定

本章复习与思考题

请简述本票的见票制度？

本章拓展书目

1、《票据法概论》（增订版），谢怀拭著，法律出版社 2006 年 12 月版

2、《票据法案例与评析》高等院校法学专业民商法系列教材（3），张民安主编，中山大学出版社 2006 年版

第四章　支票（6 学时）

本章教学目的：使学生了解支票概念、种类等基本知识，对支票的特点、出票及记载事项、空白支票、汇票有关规定对支票的适用有清晰的掌握，能够准确运用支票的基本原理解决实际问题。

本章教学要求：简要的阐释支票的概念及支票的种类，深入地分析和讲解支票的特点、支票出票及记载事项、空白支票、支票与汇票本票的联系与区别、汇票的有关规定对支票的适用，对支票在现实经济生活中的作用给予一般性的介绍和探讨，使学生对支票的概念和种类有基本的认识，对支票的特点、出票及记载事项、空白支票、支票与汇票的联系与区别、汇票有关规定对支票的适用有清晰、透彻的掌握，对支票在现实经济生活中的作用有基本的了解，培养学生运用支票的基本原理解决实际问题的能力。

本章教学重点：支票的特点、出票及记载事项、空白支票、支票与汇票本票的联系与区别、汇票的有关规定对支票的适用

本章教学难点：空白支票的出票、汇票的有关规定对支票的适用

本章编写人：沈铮

第一节　支票的意义、特点和种类

一、支票的意义

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

（一）支票是一种票据

（二）支票是出票人委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构付款的票据

（三）支票为见票即付的票据

二、支票的特点

（一）付款人资格有限制

（二）支票的出票人与付款人之间须有资金关系

（三）支票的出票人与付款人之间先有支付委托合同

（四）支票为见票即付的票据

（五）支票无需承兑或见票，提示票据就是请求付款

（六）支票的主债务人是出票人

（七）支票的出票人负担付款保证责任

（八）支票无需保证

（九）支票可为空白授权出票

（十）支票有无记名式

（十一）支票有划线制度

（十二）支票信用作用弱而支付功能强

（十三）支票仅限一份，不得有复本和誊本

三、支票的种类

（一）记名支票和无记名支票

记载收款人名称的，是记名支票，不记载收款人名称的，是无记名支票。

（二）普通支票、现金支票、转账支票

现金支票是只能用于支取现金的支票。转账支票是只能用于转账，不能支取现金的支票。既可支取现金，又可转账的，是普通支票。

（三）一般支票和变式支票

一般支票，是出票人委托自己的存款银行或其他金融机构于见票时向持票人无条件支付票面金额的支票。

变式支票，是指有当事人兼充两种当事人资格的支票。

第二节　出票

一、出票的意义、条件和效力

（一）出票的意义

支票的出票是指在银行或者其他金融机构开立支票存款账户的人，依照票据法的规定作成支票并交付收款人的票据行为。

（二）出票的条件

1、出票人须在办理支票存款业务的银行或者其他金融机构开立支票存款账户

2、出票人与其委托付款人之间有资金关系

3、出票人须按照票据法有关规定，作成支票

（三）出票的效力

1、对收款人或者说是持票人，发生取得票据权利的效果

2、对出票人，发生担保付款责任

3、对付款人，发生依支票文义付款的权限

二、支票的记载事项

（一）绝对必要记载事项

（二）相对必要记载事项

（三）可以记载但不生票据上效力的记载事项

（四）不得记载的事项

三、空白授权票据的出票

（一）空白授权票据的意义

是指出票人签名于票据之上，将票据其他应记载事项的一部或者全部，授权持票人补充的票据。

（二）空白授权票据的效力

1、持票人获得补充权

2、票据债务人不得以票据有补充记载而对抗持票人

3、未补充完整的票据，不具票据效力

4、票据债务人对恶意或重大过失取得越权补充的票据的持票人，得行使抗辩权

第三节　汇票有关规定对支票的适用

一、关于支票出票准用之汇票规定

二、关于支票背书准用之汇票规定

三、关于支票付款准用之汇票规定

四、关于支票追索权行使使准用之汇票规定

本章复习与思考题

1、 支票与见票即付的汇票有什么重要区别？
2、 同记名支票相比，空白支票有何利弊？

本章拓展书目

1、《票据法概论》（增订版），谢怀拭著，法律出版社 2006 年 12 月版
2、《票据法案例与评析》高等院校法学专业民商法系列教材（3），张民安主编，中山大学出版社 2006 年版

《商法五：破产法》教学大纲

胡利玲 王玉梅 朱晓娟　编写

目　录

前　言 5
第一章　破产与破产法 6
第一节　破产与破产法概述 6
一、破产的含义 6
二、破产法的性质和价值 6
第二节　破产法的立法目标 7
一、破产法的主要立法体例 7
二、破产法的立法目标 7
三、破产法的历史沿革 7
第三节　破产法的适用范围 7
一、破产能力 7
二、我国现行破产法的适用范围 7
第四节　破产法的程序结构 8
一、破产程序的结构 8
二、我国破产法的程序结构 8
第五节　破产法的域外效力 8
一、破产法域外效力概述 8
二、我国现行破产法的域外效力 8
本章复习与思考题： 8
本章拓展阅读论文： 8
第二章　破产程序的开始 10
第一节　破产原因 10
一、一般破产原因 10
二、重整原因 10
第二节　破产申请 10
一、破产申请的概念 10
二、破产申请人 11
三、破产申请的撤回与驳回。 11
第三节　破产案件受理 11
一、破产案件受理的概念 11
二、破产案件受理的程序 11
三、破产案件受理的法律效力 11
本章复习与思考题： 12
本章拓展阅读论文： 12
第三章　破产管理人 13
第一节　破产管理人概述 13
一、破产管理人的概念 13
二、破产管理人的法律地位 13
三、破产管理人制度的价值和意义 13
第二节　破产管理人的资格 13
一、破产管理人的积极资格 13
二、破产管理人的消极资格 14
三、破产管理人名册制度 14
第三节　破产管理人的选任和撤换 14
一、破产管理人的选任 14
二、破产管理人的更换 15
三、破产管理人的辞职 15

第四节　破产管理人的职责和报酬.....15
一、破产管理人的职责.....15
二、破产管理人的报酬.....15
本章复习与思考题：.....16
本章拓展阅读论文：.....16
第四章　债务人财产.....17
第一节　债务人财产的范围.....17
一、债务人财产的概念和性质.....17
二、债务人财产的范围.....17
三、债务人财产的保全.....18
第二节　破产撤销权与无效破产行为.....18
一、破产撤销权.....18
二、无效破产行为.....18
三、管理人的追回权.....19
第三节　破产取回权.....19
一、一般取回权.....19
二、特别取回权——出卖人取回权.....19
第四节　破产抵销权.....20
一、破产抵销权的概念和特征.....20
二、破产抵销权的行使.....20
三、破产抵销权的限制.....20
第五节　破产费用和共益债务.....20
一、破产费用的概念和范围.....20
二、共益债务的概念和范围.....21
三、破产费用和共益债务的清偿.....21
本章复习与思考题：.....21
本章拓展阅读论文：.....21
第五章　破产程序中的债权人.....23
第一节　破产法上的债权.....23
一、破产债权的概念和特征.....23
二、破产债权的范围.....23
第二节　债权申报.....24
一、债权申报的一般规则.....24
二、债权申报的特殊情形.....24
三、破产债权的确认.....24
第三节　债权人会议.....24
一、债权人会议的概念和性质.....24
二、债权人会议的组成——依法申报债权的债权人.....25
三、债权人会议的召集和召开.....25
四、债权人会议的职权.....25
五、债权人会议的决议.....25
第四节　债权人委员会.....26
一、债权人委员会的概念及性质.....26
二、债权人委员会的组成和解任.....26
三、债权人委员会的职权.....26
四、债权人委员会与管理人的关系.....26
本章复习与思考题：.....26
本章拓展阅读论文：.....26
第六章　破产重整.....28
第一节　重整制度概述.....28

一、重整制度的产生.....28
二、重整制度的理论根据.....28
三、重整制度的价值.....28
四、重整程序与其他破产程序的关系.....28
第二节　重整程序的启动.....28
一、程序启动的情形.....28
申请和受理.....29
第三节　重整期间的营业.....29
一、重整期间.....29
二、重整期间的担保物权.....29
三、重整营业机构.....29
四、重整营业授权.....29
第四节　重整计划的制定和批准.....30
一、重整计划的制定.....30
二、重整计划的通过.....30
三、重整计划的批准.....30
四、重整计划的效力.....30
第五节　重整计划的执行.....30
一、重整计划的执行权.....30
二、对重整计划执行的监督.....30
三、重整计划的终止执行.....31
第六节　重整程序的终止.....32
一、重整程序终止的情形.....32
二、重整程序终止的效力.....32
本章复习与思考题：.....32
本章拓展阅读论文：.....32
第七章　破产和解.....34
第一节　和解制度概述.....34
一、和解的概念、特征和种类.....34
二、和解申请的提出和受理.....34
第二节　和解协议的成立和效力.....34
一、和解协议的成立与生效.....34
二、和解协议的效力.....35
第三节　和解协议的无效和执行终止.....35
一、和解协议的无效.....35
二、和解协议的执行终止.....35
本章复习与思考题：.....35
本章拓展阅读论文：.....35
第八章　破产清算.....36
第一节　破产清算概述.....36
一、破产清算的概念.....36
二、破产清算的特点.....36
三、破产清算的范围.....36
四、破产清算的性质.....37
第二节　破产宣告.....37
一、破产宣告的含义.....37
二、破产宣告的情形.....37
三、破产宣告的裁定.....37
四、破产宣告的效力.....37
第三节　别除权.....38

一、别除权的含义与特征.....38
二、别除权的权利基础.....38
三、别除权的行使.....38
第四节　破产变价和分配.....39
一、破产变价.....39
二、破产分配.....39
第五节　破产清算的终结.....40
一、破产清算终结的原因及效力.....40
二、破产终结后的追加分配.....41
本章复习与思考题：.....41
第九章　破产法律责任.....42
第一节　破产违法行为.....42
一、违反说明义务.....42
二、违反提交义务.....42
三、欺诈破产行为.....42
四、违反忠实、勤勉义务.....42
五、违反行动限制.....42
六、破产渎职行为.....43
第二节　破产法律责任.....43
一、破产民事责任.....43
二、破产行政责任.....43
三、破产刑事责任.....43
本章复习与思考题：.....44
本章拓展阅读书目：.....44
本课程总参考书目：.....44

前　言

破产法属于商事法律范畴，它与公司法、证券法、票据法、保险法等共同构成商法体系的重要内容。作为一门法律，破产法主要是程序法，是为使债权人获得公平清偿而对不能清偿到期债务的债务人所进行的一种特别程序的法律。广义上包括再建型程序（和解程序和重整程序）和破产清算程序。作为一门课程，破产法是一门重要的法律理论和实务课程，也是一门高级课程。该课内容重点包括：现代破产法的基本理论和发展，破产程序的启动、破产程序中的参与人（破产管理人制度、破产管理人、债权人会议及债权人委员会）、债务人财产及其保全、破产债权、破产法律责任等基本制度，以及破产和解、破产重整和破产清算等具体程序制度。旨在使学生掌握并理解破产法的基本规定，并能够应用破产法知识分析和解决实际问题。

本大纲在每章后列出拓展阅读论文，在大纲最后列出课程总参考书目。

本课程为专业选修课,总学时 36 学时。主要内容和课时分配如下：

第一章　破产与破产法（4 学时）

第二章　破产程序的开始（2 学时）

第三章　破产管理人（4 学时）

第四章　债务人财产（6 学时）

第五章　破产程序中的债权人（ 4 学时）

第六章　破产重整（6 学时）

第七章　破产和解（2 学时）

第八章　破产清算（6 学时）

第九章　破产法律责任（2 学时）

第一章　破产与破产法

本章教学目的：本章是对破产制度的概括介绍。通过本章的学习，使学生对破产法的基本问题和制度框架有一个初步的认识，并能够理解破产制度在市场经济法律制度中的价值。

本章教学要求： 要求准确阐述破产的概念，解读现代破产的含义，对破产法的性质予以分析，并引导学生对破产制度在市场经济法律体系中的地位和价值进行思考。在此基础上，结合我国破产立法，对破产法的适用范围、程序框架等基本问题予以说明。同时对法庭外债务重组予以一般介绍，使学生对拯救困境企业的多种机制有整体的了解。

本章教学重点：破产的含义、破产法的性质、破产法律制度的价值、破产法的立法宗旨、破产法的适用范围、破产法的程序框架、我国破产立法的发展。

本章教学难点： 对破产法性质的理解以及对破产法律制度价值的认识。

第一节　破产与破产法概述

一、破产的含义

破产，既是一种事实状态，也是一种法律程序。作为事实状态的破产，是指债务人处于无力偿债的客观状态。作为法律程序的破产，则是指在债务人无力偿债的事实状态下，运用司法程序解决债务清偿，以使各债权人获得公平受偿。

破产有广义和狭义之分。狭义的破产仅指破产清算程序。广义的破产，一般包括破产清算程序、和解程序和重整程序。和解程序和重整程序又被称为再建型程序。现代破产程序多指广义上的破产。

破产法，是处理债务人无力偿债的法律规范的总和。传统破产法以破产清算主义为核心构成，现代破产法则转向以再建主义为核心。

二、破产法的性质和价值

（一）破产法的性质

1．破产法是债务清偿法和企业法结合。

2．破产法是实体法规范和程序法规范的结合。

3．破产法是私法和公法的结合。

（二）破产法的价值

破产法旨在建立债务清偿的秩序。其价值在于：

1．对债权人来说，通过破产程序，可以使他们的债权请求得到公正的待遇，避免了在缺乏公平清偿秩序的情况下可能受到的损害。

2．对债务人企业来说，破产制度可以起到两种作用，一是淘汰落后，二是起死回生。对于破产自然人，破产制度还为他们提供了重新开始的机会。

3．对社会来说，破产制度的意义有三。首先，通过规范破产行为，维护正常的债务清偿秩序。其次，妥善处理破产事件，减少其消极影响，维护社会安定。再次，通过优胜劣汰机制，实现资源优化组合，促进经济发展。

第二节　破产法的立法目标

一、破产法的主要立法体例

（一）商人破产主义与一般破产主义
（二）清算主义与再建主义
（三）惩罚主义与非惩罚主义
（四）免责主义与不免责主义
（五）属地主义与普及主义

二、破产法的立法目标

破产法是为了解决债务人财务困境的一种法律机制，故其总体目标应是解决债务人的财务困境。但是，由于破产涉及债权人、债务人、雇员等多方利害关系人，因此现代各国破产法的具体目标趋向多元化，但侧重点各不相同。

2004 年《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》提出了确定有效和高效的破产法的 9 个关键目标。

三、破产法的历史沿革

（一）英美法系的破产法
（二）大陆法系的破产法
（三）中国的破产法
1．1986 年《企业破产法（试行）》
2．2006 年《企业破产法》
（四）全球化背景下的国际破产法改革

第三节　破产法的适用范围

破产程序的适用范围，涉及破产能力的问题。

一、破产能力

破产能力，即破产的主体资格。它因破产立法采取一般破产主义抑或商人破产主义而不同。在采一般破产主义立法例下，不区分商人与否，凡具有民事权利能力的人均有破产能力，均可适用于破产程序。采商人破产主义立法例下，仅商人具有破产能力，适用于破产程序。

二、我国现行破产法的适用范围

我国现行企业破产法采用有限制的商人破产主义，破产法仅适用于企业法人，而不适用于国家机关法人和事业单位法人，也不适用于个人。

商业银行、证券公司、保险公司等金融机构实施破产的，国务院可以根据企业破产法和其他有关法律的规定制定实施办法。

其它法律规定的企业法人以外的组织的破产清算，可以参照适用企业破产法规定的程序。

知识拓展：1、我国新破产法起草中有关适用范围的不同主张。

2、合伙企业是否具有破产能力？

第四节　破产法的程序结构

一、破产程序的结构

现代破产的含义，决定了破产法的基本程序框架，也即破产程序的基本结构。包括：1．破产清算程序；　2．和解程序；　3．破产重整程序。

二、我国破产法的程序结构

我国现行破产法规定了三种破产程序，即破产清算程序、和解程序和重整程序。只要债务人符合程序开始的条件，当事人可直接申请进入某一程序。同时，在符合一定条件下，允许程序之间进行转换。但是，我国企业破产法禁止在和解与重整程序之间进行转换。

第五节　破产法的域外效力

一、破产法域外效力概述

关于破产程序的域外效力，存在着两种主张:

（一） 属地主义主张，域内的破产程序不对债务人位于域外的财产直接发生效力；同样，域外的破产程序也不对债务人位于域内的财产直接发生效力。

（二） 普及主义主张，承认域内破产程序的域外效力和域外破产程序的域内效力，以便使债权人得到更充分的保护。

二、我国现行破产法的域外效力

我国《企业破产法》采有限度的普及主义，即规定依照我国破产法开始的破产程序，对债务人在我国领域外的财产发生效力。对外国法院作出的发生法律效力的破产案件的判决、裁定，涉及债务人在我国领域内的财产，申请或请求人民法院承认和执行的，人民法院经过审查后，予以承认和执行。人民法院审查时依照我国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行。

本章复习与思考题：

1．简述破产的含义。
2．如何理解破产法的性质和价值。
3．简述破产立法的目标。

本章拓展阅读论文：

1．王卫国：《略论新破产法起草的几个目标》，载《政法论坛》2002 年第 3 期。
2．韩长印：《企业破产立法目标的争论及其评析》，载《中国法学》2004 年第 5 期。

3．邹海林：《关于新破产法的适用范围的思考》，载《政法论坛》2002 年第 3 期。
4．李永军：《重申破产法的精神》，载《政法论坛》2002 年第 3 期。
5．李永军：《破产法的程序结构与利益平衡机制》，载《政法论坛》2007 年第 1 期。
6．韩长印：“破产理念的立法演变与破产程序的驱动机制”，载《法律科学》2002 年第 4 期。
7．李曙光、贺丹：“破产法立法若干重大问题的国际比较”，载《政法论坛》2004 年第 5 期。
8．汤维建：“破产概念新说”，载《中外法学》1995 年第 3 期。
9．王欣新：“试论破产法的调整机制与实施问题”，载《中国法学》1991 第 6 期。
10．石静霞：“中国的跨界破产法：现状、问题及发展”，载《中国法学》2002 年第 1 期。

第二章　破产程序的开始

本章教学目的：破产案件的申请和受理是破产程序中的重要阶段。在我国，破产程序的开始，即以破产案件的受理为标志。通过本章的学习，使学生理解破产申请条件的准确设定对于保护债权人、债务人利益的重要意义。

本章教学要求：准确阐述破产原因及其内涵，分析破产程序开始的实质要件和程序要件，并全面介绍破产程序启动后的法律效力。

本章教学重点：本章重点在于理解和掌握债权人和债务人申请破产的不同条件和程序，以及破产案件受理的程序及法律效力。

本章教学难点：破产原因的认定。

第一节　破产原因

破产原因，也即破产标准，是适用破产程序所依据的特定法律事实，是破产程序开始的前提，也是法院进行破产案件受理的实质要件和破产宣告的重要依据。作为破产原因的法律事实，可以是单一的，也可以是复合的。

一、一般破产原因

一般破产原因，是指破产清算程序、和解和重整程序开始的共同原因。我国《企业破产法》对企业法人的一般破产原因，采用复合规定。

1．不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务。

2．不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力。

二、重整原因

对于破产重整的原因，我国企业破产法采用复合规定与单一规定相结合。

1．不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务。

2．不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力。

3．有明显丧失清偿能力的可能。

知识拓展：1．如何判断债务人不能清偿到期债务？

2．金融机构的破产标准问题。

第二节　破产申请

一、破产申请的概念

破产申请是指依法享有申请权的当事人请求法院宣告债务人破产的意思表示。是破产程序开始的形式要件。

二、破产申请人

（一）债权人申请破产

1．债权人申请破产的条件。

（1）债务人不能清偿到期债务。

（2）债权人的债权是财产上的请求权。

（3）债权人的债权应是已到期的债权。

（4）债权人的债权是没有超过诉讼时效的债权。

2．债权人申请破产的程序。

（二）债务人申请破产

1．债务人提出申请的条件。

2．债务人申请破产的程序。

三、破产申请的撤回与驳回。

由于破产程序系集体受偿程序，关乎多方债权人的利益，故是否准许申请人基于其个人意思请求撤回申请，由法院依照破产申请的具体情况，自由裁量，以避免当事人滥用破产申请权。

第三节　破产案件受理

一、破产案件受理的概念

破产案件的受理，是指人民法院在收到破产案件申请后，认为申请符合法定条件而予以接受，并由此开始破产程序的司法行为。

破产案件的受理具有以下特征：

1．受理是人民法院收到破产申请后依职权进行的司法行为。

2．受理是人民法院对破产案件是否符合破产条件进行审查的必经程序。

3．受理是破产程序开始的标志。

二、破产案件受理的程序

（一）审查

1．形式审查。

2．实质审查。

（二）决定

（三）组成合议庭

（四）通知和公告

三、破产案件受理的法律效力

（一）对债务人的法律效力

1．财产保全、说明、提交义务。

2．不对个别债权人进行清偿。

（二）对债权人的法律效力

1．未到期债权视为到期。

2．不得接受债务人的个别清偿。

（三）对相关的民事程序的影响

1．中止有关债务人的民事诉讼或仲裁案件。

2．中止对债务人财产的民事执行程序。

3．以债务人为原告的其他民事纠纷案件，区分不同情况处理。

（四）对其他人的效力

1．债务人的债务人和财产持有人。

2．对债务人享有权利的人。

3．对债务人合同的相对人。

本章复习与思考题：

1．简述我国破产法上的破产原因。

2．简述破产申请的条件和程序。

3．简述破产案件受理的程序。

4．简述破产案件受理的法律效力。

本章拓展阅读论文：

1． 李永军：《试论破产原因》，载《政法论坛》1995 年第 6 期。

2． 韩长印：《破产原因立法比较研究》，载《现代法学》1998 年第 3 期。

3． 韩长印：破产界限之于破产程序的法律意义，载《华东政法学院学报》2006 年第 期。

4． 王欣新：破产原因理论与实务研究，载《天津法学》2010 年第 1 期。

5． 费煊：《破产原因概念的廓清——对我国破产原因通行定义的批评》，载《学术界》2010 第 4 期。

6． 王宝发等：《破产案件受理实质要件的掌握》，载《法学杂志》1996 年第 6 期。

第三章　破产管理人

本章教学目的：通过教学，使学生了解破产管理人的概念、发展演变和制度价值；理解破产管理人的法律地位等理论问题；掌握有关破产管理人的具体制度。

本章教学要求：要使学生理解并掌握破产管理人概念的不同称谓，破产管理人的资格，破产管理人的选任和撤换，破产管理人的职责和报酬等。

本章教学重点：　本章的教学重点为破产管理人法律地位的理论问题、破产管理人的职责。

本章教学难点：破产管理人的法律地位。

第一节　破产管理人概述

一、破产管理人的概念

（一）破产管理人，是指在破产程序中负责债务人财产的管理、处分和业务经营以及破产方案拟定和执行的专门机构。这一概念起源于古罗马时代，并不断延续发展至今。

（二）破产管理人概念的不同称谓：

1．横向比较：英美法上的破产信托人、大陆法上的破产管理人、日本破产法上的破产管财人。

2．纵向变化：我国《企业破产法（试行）》中的“破产清算组”、《民事诉讼法》的“清算组织”、《企业破产法》中的“破产管理人”。

知识拓展：破产管理人与《企业破产法（试行）》中的清算组的不同。

二、破产管理人的法律地位

（一）破产管理人法律地位的学说与立法例

1．大陆法系学说包括：代理说、职务说、破产财团代表说、管理机构人格说等；英美法系普遍认为破产管理程序属于信托的范畴。

2．分析各种学说：相比之下，破产财团代表说较具有合理性。

（二）破产管理人在我国的法律地位：我国立法基本符合“职务说”。

三、破产管理人制度的价值和意义

1．其他法律主体不宜担当管理人：法院、破产人、债权人会议、监察人都不宜担当，需设立独立的组织——破产管理人。

2．管理人制度具有保证破产程序公正、效率方面的功能。

第二节　破产管理人的资格

一、破产管理人的积极资格

（一）概念及立法例

1．积极资格指法律规定担任管理人的必备条件。

2．各国立法例借鉴：

（1）《德国破产法》56 条；

（2）我国台湾地区《破产法》第 83 条第 1 款；

（3）美国取得破产受托人的资格要件较为完善，其《破产法》第 321 条对此进行了较为完备的规定。

（二）我国《企业破产法》对管理人积极资格的规定。

1．由有关部门、机构的人员组成的清算组；

2．依法设立的社会中介机构；

3．具有专业知识和职业资格的个人。

二、破产管理人的消极资格

（一）概念：依照法律规定不得担任破产管理人的人员范围。

（二）我国《企业破产法》的具体规定

1.《企业破产法》第 24 条第 3 款规定了四项不得担任破产管理人的情形。

2.《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第 23 条规定了不得担任破产管理人的五种情形。

3.《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第 9 条规定了不得担任破产管理人的其他六种情形。

三、破产管理人名册制度

（一）制度的法律根据

1.《企业破产法》作出了关于管理人产生的原则性的规定。

2．最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》设立了管理人名册制度。

（二）具体内容

1． 编制管理人名册的主体：高级人民法院确定由其或者其管辖的中级法院编制管理人名册。

2． 申请管理人资格的主体范围：

（1） 符合规定条件的社会中介机构；

（2） 具备专业知识、取得职业资格的人员。

3． 程序：申请程序、审定程序及公示、备案。

第三节 破产管理人的选任和撤换

一、破产管理人的选任

（一）选任概述

1．基本原则：有利于破产案件的公平、公正、高效处理。

2．具体方式：最高人民法院《指定管理人的规定》细化了确定管理人的方式，包括：随机方式、竞争方式、推荐方式。

（二）选任主体

1．我国规定由法院指定管理人。

2．债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申

请人民法院予以更换。

（三）选任范围：《企业破产法》规定了三种形式的管理人，即：

1．清算组。

2．律师事务所等中介机构。

3．中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。

二、破产管理人的更换

1.《指定管理人的规定》第33条共规定了五项更换社会中介机构管理人的原因。

2.《指定管理人的规定》第34条第1款规定了七项更换个人管理人的原因。

3．中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员的更换参照上述规定。

三、破产管理人的辞职

1．一般规定：

（1）管理人无正当理由不得辞去职务，管理人辞去职务应经人民法院许可；

（2）无正当理由的认定，参照更换管理人的原因。

2．人民法院决定更换管理人的：

（1）应将决定书送达相应主体并公告；

（2）自决定书生效次日，新旧管理人进行交接；

（3）原管理人随时接受关于其履职期间的相关询问。

第四节　破产管理人的职责和报酬

一、破产管理人的职责

（一）接管破产债务人

1．管理人接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料。

2．非经管理人同意，任何人不得管理和处分破产债务人的财产、账册、文书、资料和印章等。

（二）管理破产债务人的财产

1．在清算范围内，继续破产债务人的营业；

2．对破产债务人未履行完毕的合同决定继续履行或解除；

3．参加有关破产债务人的财产的和解、仲裁、诉讼或其他法律程序；

4．从破产债务人的财产中支付破产费用和共益债务。

（三）清理破产财产

（四）变价、分配破产财产。这是核心内容，也是分配破产财产是破产程序的最终目的。

二、破产管理人的报酬

（一）管理人获得报酬的原因

1．因付出劳动，而有权获得报酬。

2．作为激励机制，各国破产法都将其列入破产费用的范畴，依法随时清偿、优先受偿。

（二）管理人报酬的确定主体

1．日本、台湾地区由法院确定；英国破产法则规定由债权人会议确定、贸易部确认。

2．我国《企业破产法》规定，在由人民法院决定报酬的前提下，债权人会议拥有异议权。

3．最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》第 9 条规定了六种确定管理人报酬的具体因素。

本章复习与思考题：

1．如何认识破产管理人的法律地位？
2．管理人和清算组有何不同？
3．简述破产管理人的职责。
4．管理人执行职务时必须履行哪些职责？
5．如何对管理人执行职务行为进行监督？

本章拓展阅读论文：

1．王欣新：《论我国破产管理人职责的完善》，载《政治与法律》2010 年第 9 期。
2．王欣新:《论新破产法中管理人制度的设置思路》，载《法学杂志》 2004 年第 5 期。
3． 李燕:《论我国破产法中管理人的法律地位》，载《当代法学》2007 年第 6 期。
4．邓惠:《再论破产管理人的选任方式》，载《中国商法年刊》2007 年。
5．马存利、宿杰:《破产管理人诚信义务研究及其对我国破产立法的启示》，载《中国商法年刊》2007 年 。
6． 毛俊伟:《论建立临时破产管理人制度——兼评我国<破产法>第 13 条》,载《中国商法年刊》2007 年卷。
7．李志强:《破产管理人民事责任论》，中国政法大学 2008 年博士论文。

第四章　债务人财产

本章教学目的：使学生了解和掌握债务人财产的性质与范围，通过实体权利的解读培养学生深入理解和把握破产法之通过维护债务人财产稳定进而实现企业拯救或拯救不能时实现破产财产在全体债权人之间公平清偿的首要目标。

本章教学要求：要使学生理解并掌握债务人财产与破产财产的关系，债务人财产的范围，与债务人财产紧密相关的有违破产法公平清偿精神的无效破产行为的要件与样态，破产撤销权、追回权的要件与行使，破产取回权的样态与行使，破产抵销权的行使与限制以及破产费用和共益债务的范围等。

本章教学重点：本章教学重点为债务人财产的范围，破产无效行为与破产撤销权行使的区分，破产追回权与取回权的适用，破产抵销权的限制，以及破产费用与共益债务的范围和清偿。

本章教学难点：破产撤销权的要件与行使，破产取回权的样态与行使。

第一节　债务人财产的范围

通过维护债务人财产的稳定与安全以实现企业的拯救，在拯救无望时实现破产财产在全体债权人之间公平清偿是破产法的首要目标。无论是在再建型程序还是破产清算程序中，维护债务人财产的稳定都是首要的任务，因此，应准确界定债务人财产的范围。

一、债务人财产的概念和性质

（一）债务人财产的概念

我国新破产法中以债务人财产的概念取代旧破产法中破产财产的概念。“债务人财产”是再建主义立法理念的体现，而“破产财产”则体现了清算主义的立法理念。在破产宣告以前，债务人的财产管理都服从于债务清理和企业拯救的目的，只有在破产宣告后，债务人财产才成为以清算分配为目的的破产财产。两个概念无实质区别，只是对债务人拥有的财产在不同程序阶段的称谓而已。

（二）债务人财产的性质

1．客体说：破产财团是权力客体，其所有人为破产人。

2．主体说：认为应将破产财团作为主体对待，又分为非法人团体说和财团法人说。

破产财产的性质界定是自然人破产需要面对和解决的问题，我国企业破产法的适用范围是各类企业

二、债务人财产的范围

（一）债务人财产范围的立法准则——膨胀主义与固定主义

1．膨胀主义：破产财产的范围在破产宣告后还可以膨胀。

2．固定主义：破产财产的范围在破产宣告时即已确定。

我国企业破产法采取膨胀主义。

（二）债务人财产的范围

1．破产申请受理时属于债务人的全部财产。

2．破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产。

债务人被宣告破产后，债务人财产称为破产财产。

三、债务人财产的保全

为体现破产法再建主义的立法宗旨，为维护债务人财产的稳定与安全，需要采取债务人财产的保全措施，包括无效破产行为确认制度、破产撤销权与追回权制度、破产取回权制度以及破产抵销权制度等。

第二节　破产撤销权与无效破产行为

一、破产撤销权

（一）破产撤销权的概念和立法模式

破产撤销权是债务人财产的管理人享有的对债务人在破产申请受理前的法定期间内进行的欺诈债权人或损害对全体债权人公平清偿的行为申请法院撤销的权利。日本破产法上称为否决权，台湾地区“破产法”称为撤销权。

各国破产法对撤销权有两种立法模式：一是列举主义模式，二是概括加列举主义模式。

（二）破产撤销权的构成要件

1．必须有债务人实施的有损债权人利益的行为。

2．撤销权的行使主体是破产管理人与破产程序终结后的债权人。

3．撤销权的行使是破产管理人的法定职责。

4．可撤销的行为一般发生于法院受理破产案件前的法定期间内。

5．撤销权的行使没有固定的除斥期间

（三）破产撤销权的行使

1．行使主体：在破产程序中由管理人统一行使撤销权；在破产程序终结后 2 年内，债权人可请求人民法院对可行使撤销权的财产予以追回。

2．行使期间：在破产程序中行使撤销权没有时间限制，而在破产程序终结后 2 年内才能行使。

3．行使方式：应当向人民法院提起撤销权之诉。

（四）我国立法上破产撤销权的具体情形

1．人民法院受理破产申请前 1 年内的下列行为可撤销：

（1）无偿转让财产；（2）以明显不合理的价格进行交易的；（3）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（4）对未到期的债务提前清偿的；（5）放弃债权的。

2．人民法院受理破产申请前 6 个月内的下列行为可撤销：

对个别债权人清偿并不能使债务人财产受益的行为。

知识拓展：破产撤销权与民事撤销权的关系与适用

二、无效破产行为

（一）无效破产行为的制度价值

为保护债权人的利益，对于债务人严重损害债权人利益而为的处分其财产的行为，因其违反破产法保护债权人清偿利益的立法宗旨而无效。破产无效行为自始无效绝对无效、当然无效。

（二）无效破产行为

1．无效破产行为的特征

（1）无效破产行为不以具备破产原因为条件，无论发生于何时均无效。

（2）无效破产行为的绝对性，确认其无效不受时间限制。

（3）任何人均可主张破产行为无效。

2．无效破产行为的样态

（1）为逃避债务而隐匿、转移财产的。

（2）虚构债务或者承认不真受的债务的。

（三）个别清偿行为的无效

注意把握企业破产法第16条和第32条对个别清偿行为不同的立法对待，二者区别在于个别清偿行为的发生时间不同。

知识拓展：破产欺诈行为与破产犯罪行为的边界

三、管理人的追回权

由管理人追回本应属于债务人的财产的权利为追回权。该权利存在的价值是当发生无效破产行为或者可撤销的破产行为时，基于上述行为而取得的债务人的财产，管理人有权追回。同时在债务人的出资人或高管人员对债务人财产有侵害行为时，管理人也有权追回。

（一）一般追回权

管理人的一般追回权实际是破产无效行为被确认和破产撤销权行使的法律后果，即基于对债务人财产维护的意旨，当有人基于无效的或者可撤销的破产行为而取得债务人的财产时，管理人有权追回。

（二）特别追回权

特别追回权是管理人针对债务人的出资人出资不足时要求其补缴出资的权利，以及债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产，管理人应当追回的权利。

第三节　破产取回权

破产取回权的行使会影响到债务人财产的范围与确认，故将该节放于债务人财产一节。

一、一般取回权

（一）一般取回权的概念和特征

破产取回权是破产程序开始后，财产权利人取回不属于破产财产但由管理人占有或支配的财产的权利。其特征如下：

1．取回权的标的物不属于破产财产。

2．取回权的行使基础在于民法上的物的返还请求权。

（二）一般取回权的行使

1．行使时间：破产财产分配前应当行使。

2．行使对象：向管理人主张行使。

3．行使方式：只有存在争议时才需通过诉讼程序。若取回同时存在相应的给付义务，则应履行该义务。

4．行使标的：原则只限于原物。

二、特别取回权——出卖人取回权

出卖人取回权是买受人进入破产程序后，出卖人取回其已向买受人发运但买受人尚未收到且未

付清全部价款的买卖标的物的权利。其构成要件有三：

1．买受人在收到买卖标的物前进入破产程序。

2．出卖人已将买卖标的物发送完毕。

3．买受人尚未付清货款。

知识拓展：我国破产法上应否规定代偿取回权和行纪人取回权？

第四节　破产抵销权

一、破产抵销权的概念和特征

破产抵销权是在破产程序中，债权人针对其在破产申请受理前对债务人负有的债务，向管理人主张抵销的权利。其特征有：

1．破产抵销权的权利人只能是债权人。

2．破产债权人可以就不同种类的债权主张抵销。

3．破产抵销权主要价值在于担保债权的实现。

二、破产抵销权的行使

（一）附期限债权的抵销

（二）附条件债权的抵销

（三）将来请求权的抵销

三、破产抵销权的限制

有下列情形之一的，不得抵销：

（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的。

（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外。

（三）债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的;但是,债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。

第五节　破产费用和共益债务

一、破产费用的概念和范围

（一）破产费用的概念和特征

破产费用是指在破产程序进行过程中,为全体破产债权人的共同利益所支出的费用。其特征有：

1．破产费用发生于破产程序开始后。

2．破产费用系为债权人的共同利益而发生。

3．破产费用以破产企业的全部财产为担保。

4．破产费用由破产财产随时支付。

（二）破产费用的范围

1．破产案件的诉讼费用。

2．管理、变价和分配债务人财产的费用。

3．管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

4．如果和解、重整失败而转入破产程序，那么在和解和重整程序中发生的费用，也属于破产费用。

二、共益债务的概念和范围

（一）共益债务的概念和特征

共益债务是指在破产程序开始后，为全体债权人的共同利益而对第三人所负担的债务。其特征有：

1．共益债务发生于破产程序开始后。

2．共益债务系为债权人的共同利益而发生。

3．共益债务以破产企业的全部财产为担保。

4．共益债务由破产财产随时支付。

（二）共益债务的种类

1．因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务。

2．债务人财产受无因管理所产生的债务。

3．因债务人不当得利所产生的债务。

4．为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务。

5．管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务。

6． 债务人财产致人损害所产生的债务。

三、破产费用和共益债务的清偿

（一）清偿的原则：从破产财产中随时支付。

（二）清偿的顺序：若债务人财产充足，则一般是破产费用与共益债务平等清偿；若债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。

本章复习与思考题：

1．试述债务人财产的范围及不属于债务人财产的情形。

2．试述破产撤销权的构成要件及其行使。

3．试述破产撤销行为与无效破产行为的区别与联系。

4．试述追回权行使的具体情形。

5．试述破产取回权的具体类型及其行使。

6．试述破产抵销权的行使及其限制。

7．试述破产费用、共益债务的范围与清偿。

本章拓展阅读论文：

1．蔡人俊：《解读新企业破产法撤销权制度与无效行为制度》，载《华东政法学院学报》2006年第6期。

2．张颖：《破产法撤销权制度和无效行为制度的二元立法模式"，载《政治与法律》2008年第12期。

3．常鹏翱：《论破产撤销权》，载梁慧星主编《民商法论丛》第19卷，金桥文化出版香港有限公司2001年版。

4．李曙光、贺丹：《破产法立法若干重大问题的国际比较》，载《政法论坛》2004年第5期。

5．王欣新：《破产撤销权研究》，载《中国法学》2007年第5期。

6．汪世虎：《试论破产法上的撤销权》，载《现代法学》1998年第3期。

7．李丽英：《论破产抵销权》，载《商业经济》2004年第11期。

8．李曙光：《破产费用与共益债务》，载《法制日报》2007年9月23日，第011版。

9．张艳丽：《破产保全制度的合理设置》，载《政法论坛》，2008年第1期。

10．王新：《破产取回权制度研究》，郑州大学2006年硕士学位论文。

第五章　破产程序中的债权人

本章教学目的：使学生了解和掌握破产法上债权的范围以及代表债权人行使破产程序中相关权利的机构，通过对债权申报具体情形的解读以及债权确认程序问题，培养学生深入理解和把握破产法之保护债权人集体利益的精神以及债权行使的具体要求。

本章教学要求：要使学生理解并掌握破产法上债权的内涵、特征与范围，债权申报的一般规则与债权申报的具体情形以及债权确认，债权人会议和债权人委员会的组成、职权、召开、决议等内容。

本章教学重点：本章教学重点破产债权的范围，债权申报的特殊情形，债权人会议的组成、召集、决议及其与债权人委员会的关系等。

本章教学难点：债权申报的特殊情形，债权人会议的决议。

第一节　破产法上的债权

一、破产债权的概念和特征

破产债权，是指因破产程序启动前的原因成立，经依法申报确认，并得由破产财产中获得清偿的可强制执行的财产请求权。其特征有：

（一）基于破产程序启动前的原因成立。

（二）破产债权是财产上的请求权。

（三）破产债权是可以强制执行的债权。

（四）须是经依法申报并取得确认之债权。

二、破产债权的范围

（一）破产申请受理前发生的有财产担保或无财产担保的债权。

（二）付款人或承兑人不知出票人进入破产程序的事实而向持票人付款或承兑产生的债权。

（三）债权人基于合同解除而享有的在弥补实际损失范围内对债务人可用货币计算的法定或约定债权。

（四）债务人的受托人在债务人破产后为债务人的利益处理委托事务而发生的债权。

（五）债务人所欠职工的工资、社会保险费用以及法定补偿金形成的债权。

（六）债务人保证人或连带债务人代替债务人清偿债务后形成的债权。

（七）破产申请受理前成立的附条件债权，在破产程序终结前所附停止或解除条件未成就的。

（八）破产申请受理时诉讼、仲裁未决的、在破产程序终结后 2 年内确定的债权。

（九）基于债务人在破产申请受理前因侵权、违约而给他人造成财产损失产生的赔偿责任债权 。

第二节　债权申报

一、债权申报的一般规则

（一）债权申报期限：通常存在法定主义与法院酌定主义两种期限确定方式。人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于三十日，最长不得超过三个月。

（二）债权申报方式：口头方式与书面方式，我国规定书面方式。

（三）债权申报形式：债权人申报债权时，应当书面说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证据。

（四）债权申报限制：应当在人民法院确定的债权申报期限内申报。在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。

二、债权申报的特殊情形

（一）连带债权的申报
（二）连带债务人求偿权的申报
（三）连带债务人破产时的申报
（四）待履行合同解除之赔偿请求权的申报
（五）善意受托人请求权的申报
（六）票据付款人请求权的申报

三、破产债权的确认

（一）确认主体：人民法院。
（二）确认范围：未经发生法律效力的裁判确认的债权。
（三）确认程序：管理人审查、第一次债权人会议核查、法院裁定确认。

第三节　债权人会议

一、债权人会议的概念和性质

（一）概念

由所有依法申报债权的债权人组成的维护全体债权人利益、表达债权人意志、协调债权人行为的议事机构。

（二）性质

1．自治团体说
2．债权人团体机关说
3．事实上的集合体说

二、债权人会议的组成——依法申报债权的债权人

三、债权人会议的召集和召开

（一）债权人会议的召集

第一次债权人会议由人民法院召集；以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额四分之一以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。

（二）债权人会议的召开

第一次会议应当自债权申报期限届满之日起十五日内召开，以后会议有权提议主体向债权人会议主席提议时召开。

四、债权人会议的职权

（一）核查债权。

（二）申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬。

（三）监督管理人。

（四）选任和更换债权人委员会成员。

（五）决定继续或者停止债务人的营业。

（六）通过重整计划。

（七）通过和解协议。

（八）通过债务人财产的管理方案。

（九）通过破产财产的变价方案。

（十）通过破产财产的分配方案。

（十一）人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

五、债权人会议的决议

（一）债权人会议的决议规则——人数和债权额双重比例标准

1．一般决议事项的表决：债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上。

2．特别决议事项的表决：（1）关于重整计划的表决；（2）关于和解协议的表决。

（二）债权人的表决权及其限制

1．依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。

2．债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。

3．对债务人的特定财产享有担保权的债权人，未放弃优先受偿权利的，对于特定事项不享有表决权。

（三）债权人会议决议的效力和撤销

1．债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

2．债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议作出决议之日起十五日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。

（四）特殊决议未通过时的救济——由人民法院裁定

第四节　债权人委员会

一、债权人委员会的概念及性质

债权人委员会是保障债权人会议职能的实现、对破产程序和管理人执行情况进行必要监督的代表全体债权人利益的常设机构。其性质有：

1．债权人会议代表说

2．破产财团机关说

3．管财人附随机关说

二、债权人委员会的组成和解任

债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过九人。债权人委员会成员应当经人民法院书面决定认可。

三、债权人委员会的职权

（一）监督债务人财产的管理和处分。

（二）监督破产财产分配。

（三）提议召开债权人会议。

（四）接受管理人实施相关行为的报告。

（五）债权人会议委托的其他职权。

四、债权人委员会与管理人的关系

监督管理人的行为，有权要求其说明；管理人实施法律规定的行为时，应当向债权人委员会报告。

本章复习与思考题：

1．试述债权申报的一般程序规则。

2．试述特殊情形下的债权申报。

3．试述债权人会议的性质与法律地位。

4．试述债权人会议的职权。

5．试述债权人会议的决议规则与效力。

6．试述债权人委员会的法律地位与职权。

本章拓展阅读论文：

1．贺丹：《有争议破产债权的确认—兼论我国新《企业破产法》的完善》，载《甘肃政法学院学报》2008 年第 9 期。

2．熊伟：《作为特殊破产债权的欠税请求权》，载《法学评论》2007 年第 5 期。

3．席晓军：《试论破产管理人对破产债权的申报审核实务》，中国政法大学 2005 年硕士学位论文。

4．许胜锋：《破产债权确认若干制度研究》，吉林大学 2010 年硕士学位论文。

5．沈建峰：《论劳动债权人的债权人会议参与权》，载《中国劳动关系学院学报》2009 年第 4

期。

6．厉俊旭：《试论我国债权人会议制度》，华东政法学院 2008 年硕士学位论文。

第六章　破产重整

本章教学目的：重整制度是预防企业破产最为积极、有效的措施，自 20 世纪 70 年代后期以来，以建立重整制度为重要标志之一的破产法改革运动风靡全球。通过本章的学习，旨在使学生理解重整制度对于拯救困境企业的价值，并进一步理解现代破产立法的特点。

本章教学要求：　要使学生理解重整制度的理论根据，掌握重整程序启动的情形，重整期间、财产和营业事务的管理机构及其职权，以及重整计划在程序中的关键作用。

本章教学重点：重整的意义、重整期间的财产和营业事务管理以及重整计划的制定、通过、批准和执行。

本章教学难点：法院强制批准重整计划的条件、重整中各主体的利益平衡。

第一节　重整制度概述

重整是指在企业无力偿债的情况下，依照法律规定的程序，保护企业继续营业，实现债务调整和企业整理，使之摆脱困境，走向复兴的再建型债务清理制度。

一、重整制度的产生

（一）重整制度产生的原因

（二）重整制度的历史沿革

二、重整制度的理论根据

（一）营运价值论

所谓营运价值，就是企业作为营运实体的财产价值，即企业在持续营业状态下的价值。

1．营运价值包含了资本组合的成本。

2．营运价值包含了无形的资产和利益。

3．企业资产在清算变价中可能存在着价值损耗。

（二）利益与共论

（三）社会政策论

三、重整制度的价值

四、重整程序与其他破产程序的关系

第二节　重整程序的启动

一、程序启动的情形

（一）企业法人具备破产原因，即企业法人已经处于不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的状态。

（二）企业法人将要出现破产原因，即企业法人因为经营或者财务发生困难等有明显丧失清偿能力可能的状态出现。

申请和受理

1．重整申请人
（1）债权人
（2）债务人
（3）债务人的出资人，且其出资额占债务人注册资本十分之一以上。
2．重整申请的审查与裁定

第三节　重整期间的营业

一、重整期间

重整期间，也称重整保护期间，是指重整程序开始后的一个法定期间。各国对于重整期间的规定不同。我国《企业破产法》规定：自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

二、重整期间的担保物权

在重整期间，对债务人特定财产享有的担保权的行使进行限制或者冻结，是各国重整立法的普遍规定。目的在于避免债务人继续营业所必须的财产无法继续使用，而影响企业重整程序的基本目标。

我国《企业破产法》规定，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，在担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保人权利的，即对债务人的特定财产享有担保权的债权缺乏充分保护的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。

三、重整营业机构

重整期间，债务人的财产和营业事务的管理权由谁行使，涉及到重整管理人的确定问题。我国《企业破产法》对于债务人的财产管理和营业管理，采取了比较谨慎和灵活的两种新的方法：（1）债务人在破产管理人监督下自行管理。（2）管理人管理，但可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。

四、重整营业授权

（一）资产的使用和处分权
（二）资金募集的权利
（三）待履行合同的处理
（四）劳动合同的变更或解除权

第四节　重整计划的制定和批准

一、重整计划的制定

（一）重整计划的概念
（二）重整计划的制定者
（三）重整计划的制定和提交时间
（四）重整计划的内容

二、重整计划的通过

（一）分组表决机制
（二）重整计划的表决

三、重整计划的批准

（一）正常批准

重整计划的正常批准，是指经过关系人会议表决通过的重整计划草案，由债务人或管理人申请，法院赋予其法律效力的行为。

重整计划只有经法院批准，才能产生法律约束力。法院批准重整计划的前提条件，是各

表决组均通过重整计划草案。人民法院经审查认为重整计划草案符合法律规定的，应当裁定批准重整计划。法院裁定批准重整计划的，应当同时裁定终止重整程序，并发布公告。

（二）强制批准

强制批准，是指法院依照破产法规定的程序和条件对于未获得部分表决组通过的重整计划草案予以批准并使之产生法律约束力的司法裁判行为。

四、重整计划的效力

（一）对债务人的效力
（二）对债权人的效力
（三）对其他利害关系人的效力
（四）程序上的效力

第五节　重整计划的执行

一、重整计划的执行权

（一）不同立法例
（二）我国破产法的规定

二、对重整计划执行的监督

（一）监督主体
（二）监督主体的职责

三、重整计划的终止执行

第六节　重整程序的终止

一、重整程序终止的情形

（一）正常终止

法院裁定批准重整计划时，应同时裁定终止重整程序，此为重整程序的正常终止。

（二）提前终止

重整程序开始后，因出现法律规定的事由，法院裁定提前终止重整程序，此为重整程序的非正常终止。依照我国破产法的规定，在下列情形下，法院应裁定提前终止重整程序：

1、债务人有妨碍重整的行为

2、未按期提出重整计划草案

3、全部表决组为通过重整计划草案

4、法院拒绝批准重整计划

二、重整程序终止的效力

（一）正常终止的效力

（二）提前终止的效力

本章复习与思考题：

1．简述重整的概念和意义。

2．如何理解重整制度的理论依据？

3．如何理解重整制度的价值？

4．重整期间债务人继续营业的保护包括哪些方面？

5．重整计划的通过和批准需要经过那些程序？

6．重整计划的法律效力如何？

7．重整程序的终止情形有哪些？

本章拓展阅读论文：

1．王卫国：《论重整制度》，载《法学研究》1996 年第 1 期。

2．汤维建：《破产重整程序研究》，载《民商法论丛》（第 5 卷），北京，法律出版社。

3．汤维建：《谈破产救济》，载《法律科学》1994 年第 6 期。

4．王卫国：《论重整企业的营业授权制度》，载《比较法研究》1998 年第 1 期。

5．李永军：《强制和解与重整的制度差异及价值考量》，载《中国政法大学学报》2002 年第 3 期。

6．冯果：《公司重整制度与债权人的法律保护》，载《武汉大学学报》1997 年第 5 期。

7．王欣新，蔡文斌：《论关联企业破产之规制》，载《政治与法律》2008 年第 9 期。

8．[台]郑有为、陈漓屏：《从日本〈民事再生法〉的诞生看灿烂辉煌的二十一世纪破产法学》，载《中原财经法学》第十期（抽印本），中原大学财经法律学系，中华民国九十二年六月出版。

9．[日]宫川知法：《日本倒产法制的现状与课题》，载《外国法译评》1995 年第 2 期。

10. Jackson, Thomas H. and Scott, Robert E., “On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors’ Bargain”, in Jagdeep S. Bhandari, and Lawrence A. Weiss, ed. Corporate bankruptcy—Economic and Legal Perspectives, *Cambridge University Press, 1996.*

第七章　破产和解

本章教学目的：使学生了解和掌握作为再建型程序之一的和解程序的相关知识，通过制度解读把握和解程序对于企业复兴和拯救的作用。

本章教学要求：要使学生理解并掌握和解程序的内涵与开始，和解协议的成立、生效与效力范围，以及和解协议无效与执行终止制度。

本章教学重点：本章教学重点和解协议的效力状态与执行终止的后果。

本章教学难点：和解协议的成立与效力，和解协议的执行终止。

第一节　和解制度概述

一、和解的概念、特征和种类

（一）概念和种类

和解制度是由债务人提出和解申请并提出和解协议草案，经债权人会议表决通过并经法院许可的为避免债务人破产清算的制度。其种类有：

1．破产宣告前的和解和破产宣告后的和解。

2．破产程序上的和解与程序外和解。

（二）特征

1．和解以债务人向法院提出和解申请为前提。

2．和解协议必须经债权人会议表决通过。

3．和解必须经法院裁定认可才发生效力。

二、和解申请的提出和受理

（一）和解申请的提出

1．申请人：债务人

2．申请时间：不得在破产宣告后提出和解申请。

3．申请限制：应同时向法院提交和解计划（和解协议）草案。

（二）和解申请的受理

人民法院经审查认为和解申请符合法律规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。

第二节　和解协议的成立和效力

一、和解协议的成立与生效

（一）债权人会议对和解协议草案的决议——成立

（二）人民法院对和解协议的裁定认可——生效

（三）和解协议未成立或未生效的法律后果

和解协议草案经债权人会议表决未获得通过，或者已经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院认可的，人民法院应当裁定终止和解程序，并宣告债务人破产。

二、和解协议的效力

（一）对债务人的效力
（二）对债权人的效力
（三）对保证人、连带债务人的效力
（四）对其确定的债权的强制执行力

第三节　和解协议的无效和执行终止

一、和解协议的无效

（一）和解协议无效的原因
因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议无效
（二）和解协议无效的法律后果
人民法院应当宣告债务人破产。

二、和解协议的执行终止

（一）和解协议执行终止的原因
债务人不能执行或者不执行和解协议的，和解债权人向人民法院提出请求时。
（二）和解协议执行终止的法律后果
1．人民法院裁定终止和解协议执行的，和解债权人在和解协议中作出的债权调整的承诺失去效力。和解债权人因执行和解协议所受的清偿仍然有效，和解债权未受清偿的部分作为破产债权。债权人只有在其他债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能继续接受分配。
2．和解协议执行终止，为和解协议执行提供的担保继续有效。
3．和解协议执行完毕时起，按照和解协议减免的债务，债务人不再承担清偿责任。

本章复习与思考题：

1．试述我国和解制度的类型及其评价。
2．试述和解申请与受理的规则。
3．试述和解协议的成立、生效及其效力范围。
4．试述和解协议无效的原因及其执行终止的法律后果。

本章拓展阅读论文：

1．赵祺祺：《论破产和解制度》，西南政法大学 2005 年硕士学位论文。
2．余艺：《论企业破产和解与重整制度》，载《商场现代化》2006 年 12 月（下旬刊）总第 48 期。
3．王雪峰：《试论破产和解协议的法律效力》，载《经济与法》，期刊网。

第八章　破产清算

本章教学目的：通过教学，使学生了解破产清算的一般原理和相关的具体制度，包括破产清算的概念、特点和范围；破产宣告的含义、情形、效力；别除权的含义与特征、权利基础、行使的法律效力、行使的程序与方式；破产财产的清偿顺序；破产清算终结的原因及效力、破产终结后的追加分配等。

本章教学要求：要使学生理解破产清算程序在破产程序中的地位，掌握破产宣告的意义，了解破产财产如何变价、别除权的行使要件、破产财产的清偿顺序以及破产程序的终结及其原因等。

本章教学重点：　本章的教学重点为别除权的概念及行使要件、破产财产的清偿顺序、破产程序的终结及其原因。

本章教学难点：别除权的含义、特征与权利基础；破产清算终结的原因及效力。

第一节　破产清算概述

一、破产清算的概念

1．破产清算，是指人民法院对达到破产宣告界限的债务人依法宣告其破产，由破产管理人将破产财产进行清理、变价并最终分配给债权人的一种破产程序。

2．破产清算的意义：意味着破产债务人不可逆转地进入破产的境况。

二、破产清算的特点

（一）破产清算是债权实现的特殊形式

1．破产清算的前提是债务人存在破产原因；

2．破产清算以债务人的全部财产作为偿债对象；

3．破产清算的结果往往导致债务人组织体的解散。

（二）破产清算兼顾债权人和债务人双方的利益

（三）　破产清算是特殊的债务清理程序

三、破产清算的范围

（一）破产财产

（二）破产债权

1．破产申请受理前成立的无财产担保的债权；

2．有财产担保但未能优先受偿的债权；

3．债务人所欠职工的工资等费用；

4．破产的保证人和其他连带债务人的求偿权或将来求偿权；

5．管理人接触未履行合同时，对方当事人的损害赔偿请求权；

6．继续履行受托事务的善意受托人的请求权；

7．票据付款人的请求权。

四、破产清算的性质

1. 诉讼事件说：破产程序虽与民诉案件有所区别，但目的相同，性质应属诉讼事件。

2. 非诉讼事件说：主张破产与民诉程序存在根本不同，性质为非讼事件。

3. 特殊事件说：认为破产程序与诉讼程序有区别又有关联，因此主张特殊事件说以强调破产程序的特殊性。

第二节 破产宣告

一、破产宣告的含义

（一）破产宣告含义

是指法院依据当事人的申请或者法定职权，对债务人具备破产原因的事实作出具有法律效力的认定。

（二）破产宣告的特点

1．职权具有专属性。

2．对象具有特定性。

3．破产条件具有法定性。

二、破产宣告的情形

法院宣告债务人破产的具体情形大致分为三类：

1．债务人不能清偿到期债务。

2．债务人请求和解不成立或和解被废止。

3．重整程序终止。

三、破产宣告的裁定

（一）破产宣告的裁定

是指法院在认定债务人不能清偿到期债务，符合法定的破产宣告情形时，作出的宣告债务人破产的法定方式。

（二）生效时间

破产宣告的裁定，自宣告之日起生效。

（三）程序

1．对于破产宣告的裁定，大多数国家和地区的破产法均允许当事人上诉。

2．法院宣告债务人破产，应当作出正式的民事裁定书。

3．法院裁定宣告债务人破产，除进行必要的通知外，还应当发布公告。

四、破产宣告的效力

（一）对破产人的效力

1．破产企业身份出现法定消灭原因，仅在破产清算意义上存在；

2．破产企业的财产成为破产财产；

3．破产企业法定代表人承受破产宣告的效力并在个人人身、资格权利等方面受到影响；

4．破产企业职工与企业订立的劳动合同依法宣告解除，成为失业人员。

（二）对债权人的效力

1．不得但单独提起民事执行程序；

2．不得单独接受破产人清偿；

3．未到期的债权视为到期。

（三）对第三人的效力

1．对破产企业的债务人和财产持有人的效力；

2．破产宣告的域外效力。

第三节　别除权

一、别除权的含义与特征

（一）别除权（Exemption Right）含义：是指债权人因对破产人的特定财产享有物权担保，而可以不依破产程序而就该担保标的物优先受偿的权利。

（二）别除权的法律特征

1．别除权的基础是在破产申请受理以前成立的设立了担保的债权。

2．别除权的标的物是不属于破产财产的特定财产。

3．别除权是不依破产清算程序的优先受偿权。

二、别除权的权利基础

1．　大陆法系的规定较为宽泛，除包括一般担保物权外，还包括典权、让与担保所有权等；英美法系的规定则主要是指担保物权。

2．我国现行破产法的规定与英美法系的规定相似，主要包括抵押权、质权、留置权。

三、别除权的行使

（一）别除权行使的程序与方式

1．别除权人申报债权。

2．别除权须经有权机关承认。

3．别除权人依法律规定的程序处分标的物优先清偿。

4．别除权的行使不受破产清算程序和和解程序的限制。

（二）　别除权行使的法律效力

1．别除权人行使别除权后，如果别除权标的物的价款超过所担保的债权数额，超过的部分应纳入破产财产。

2．别除权人行使别除权后，如果其有担保的债权数额超过了别除权标的物的价款，未受清偿的部分不能再行使别除权，而只能作为破产债权，依破产清算程序从破产财产中按比例受偿。

3．别除权人消极行使别除权，即放弃别除权后，别除权转化为破产债权，依破产清算程序参加破产分配，别除权的标的物转化为破产财产，用以清偿破产债权。

第四节　破产变价和分配

一、破产变价

（一）破产财产变价的概念和特征

1．概念：是指管理人为便于清算分配，通过合法方式将非货币的破产财产出让，使之转化为货币形态的过程。

2．特征：

（1）破产财产的变价由管理人负责。

（2）实现破产财产价值的最大化。

（二）破产财产变价的程序

1．破产财产变价方案的拟定。

2．破产财产变价方案的通过：变价方案的生效途径共有两种，即由债权人会议表决通过和人民法院裁定通过。

3．破产财产变价方案的执行：即破产管理人适时变价出售破产财产。

（三）破产财产变价的方式和方法

1．破产财产变价方式，应当通过拍卖进行。

2．破产财产变价的方法，可以采用整体变价、部分变价和单独变价等方法。

二、破产分配

（一）破产分配的概念和特征

1．概念：破产分配是指管理人依法律规定，将变价后的破产财产在债权人之间进行公平清偿。

2．特征：

（1）破产财产分配的实施者为管理人。

（2）破产财产分配的受偿对象为破产债权人。

（3）破产财产的分配以现存的可供分配的破产财产为限。

（4）破产财产的分配应依照法定的清偿顺序和程序进行。

（二）破产财产分配的程序

1．制定破产财产分配方案，包括：

（1）可供分配的财产数额、来源和基本状况；

（2）债权清偿顺序、各顺序的种类和数额；

（3）破产债权总额和清偿比例；破产分配的方式和时间；

（4）对将来能够追回的财产拟进行追加分配的说明；

（5）特别说明事项。

2．通过破产财产分配方案。

3．裁定认可破产财产分配方案。经债权人会议通过的破产财产分配方案，管理人应报请人民法院裁定。

4．执行破产财产分配方案。

（1）经人民法院裁定的破产分配方案具有强制执行的效力，管理人应当立即执行。

（2）管理人应公告分配方案，并通知债权人受领分配的时间、地点。

（3）破产财产分配程序终结后，管理人应当提请人民法院终结破产程序。

（三）破产财产分配的顺序

1．破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

2．破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

3．普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

（四）破产财产分配的方式

1．法律依据：《企业破产法》第114条。

2．我国在破产财产的分配以货币分配为原则、以现货分配为例外。

（五）关于破产财产分配的几个特殊问题

1．附条件债权分配额的处理。

2．未受领分配额的处理。

3．诉讼、仲裁未决债权分配额的处理。

4．有异议债权分配额的处理。

第五节　破产清算的终结

一、破产清算终结的原因及效力

（一）破产程序终结概念

是指在破产程序进行过程中发生法律规定的应当终止破产程序的原因时，由法院裁定结束破产程序。

（二）破产程序终结的不同原因及效力

1．　破产程序因破产财产分配完毕而终结。

（1）债务人企业的法律人格归于消灭；

（2）对破产的自然人来说，尚未清偿的债务不再清偿。

2．　因债务人能够执行和解协议而终结破产程序。

（1）破产人重新获得对自己财产的处分权；

（2）和解债权人在破产程序终结后，只能取得和解协议所规定的清偿利益，而不得对破产人主张和解协议外的利益。

3．　破产程序因重整计划执行完毕而终结。

4．　破产程序因破产财产不足支付破产费用而终结。

（1）债务人企业财产不足而致破产程序终结后，管理人应当办理债务人注销登记等相关法律手续；

（2）债务人的法律人格彻底消灭。

5．　破产程序因全体债权人同意废止而终结。

（1）破产人恢复对其财产的占有和管理处分权；

（2）对债权人“不依破产程序不得行使债权”的限制被取消，债权人被允许对破产人个别行使权利，并可利用破产人未提出异议的债权表的记载作为有执行名义的债权，请求强制执行。

（3）破产宣告前开始的强制执行程序程序的中止恢复效力。

二、破产终结后的追加分配

（一）概念

追加分配，是指在最后分配完毕乃至破产程序终结后，又发现了可供分配的破产财产，经法院许可而进行的分配。

（二）追加分配的具体制度

1．追加分配的财产来源：

（1）破产人实施破产无效行为所转让的财产；

（2）破产人实施破产可撤销行为所减少的财产。

（3）破产程序中因纠正错误支出而收回的款项。

（4）权利被承认而追回的款项。

（5）债权人放弃的财产。

（6）破产程序终结后实现的财产权利。

（7）发现破产人有应当供分配的其他财产的。

2．追加分配的执行者是人民法院。

3．追加分配的除斥期间：

（1）以破产程序终结后二年为限。

（2）该期间是固定的，自破产终结之日起计算，不得延长或中止。

4．财产的分配，作为破产分配的一部分，同样应符合法定的程序。

5．追加分配还应遵守法定的清偿顺序和清偿比例。

本章复习与思考题：

1．试述破产宣告对债权人与债务人的法律效力。

2．简述别除权的概念与法律特征。

3．简述破产债权的清偿顺序。

4．不同性质的别除权并存时各项权利间的清偿顺序应如何确定？

5．简述我国破产法中引起破产程序终结的原因。

本章拓展阅读论文：

1． 李永军：《破产法的程序结构与利益平衡机制》，载《政法论坛》2007 年第 1 期。

2． 杨振山:《破产程序中的财产管理制度》，载《政法论坛》1998 年第 6 期 。

3． 柳经纬:《从新旧破产法比较看对破产债权的保护》载《法治论坛》2008 年第 2 期。

4． 刘黎明、田鑫:《美国破产法之偏颇清偿制度及对我国的借鉴意义——兼论我国新破产法第 32 条及相关条款》，载《法学评论》2008 年第 3 期。

5． 胡少华:《美国<破产法>改革的意义及其对中国的启示》，载《上海金融》2009 年第 1 期。

6． 史若静:《清算人与清算组关系的探讨》，载《法制与社会》2008 年第 34 期。

7． 韩长印:《企业破产立法目标的争论及其评价》，载《中国法学》2004 年第 5 期。

第九章　破产法律责任

本章教学目的：通过本章教学，使学生掌握《企业破产法》上的破产违法行为种类，能够以主体为线索梳理出破产法上不同的主体的破产违法行为，掌握破产民事责任、行政责任及刑事责任。

本章教学要求：学生应当了解我国《破产法》中关于破产违法行为的规定及违法者所应承担的各类责任，进而思考我国破产责任制度不足与完善。

本章教学重点：　本章的教学重点为《企业破产法》上的破产违法行为种类、破产民事责任。

本章教学难点：《企业破产法》上的破产违法行为种类、破产民事责任及刑事责任。

第一节　破产违法行为

破产责任的承担，需以破产违法行为为前提。《企业破产法》列举了破产违法行为。

一、违反说明义务

1．破产法上的违反说明义务的概念。

2．我国实定法上的规定：《企业破产法》第 126 条、第 131 条。

3．违反说明义务的行为特征：行为的主体身份特定性；主观故意性；客观表现。

二、违反提交义务

1．破产法上的违反提交义务的概念。

2．我国实定法上的规定：《企业破产法》第 127 条、第 131 条。

3．　违反提交义务的特征：行为的主体身份特定性；主观故意性；客观表现。

三、欺诈破产行为

1．破产法上欺诈破产行为的概念。

2．我国实定法上的规定：《企业破产法》第 128 条、第 131 条。

3．　欺诈破产行为的特征：行为的主体为债务人；主观故意性；客观表现。

四、违反忠实、勤勉义务

1．破产法上违反忠实、勤勉义务的概念。

2．我国实定法上的规定：《企业破产法》第 125 条、第 131 条。

3．规定忠实、勤勉义务的意义：针对企业内部人所作出的追责机制。《企业破产法》的规定，对应了新《公司法》、新《证券法》规定的董事、监事、高管人员应尽的忠实义务、勤勉义务以及《刑法修正案（六）》规定的虚假破产罪。

五、违反行动限制

1．破产法上的违反行动限制的概念。

2．违反行动限制的特征：行为的主体身份特定性；主观故意性；客观表现。

六、破产渎职行为

1．破产法上破产渎职行为的概念。

2．我国实定法上的规定：《企业破产法》第 130 条。

3． 破产渎职行为的特征：行为的主体身份特定性；主观过失性；客观表现。

课堂讨论：以主体为线索梳理出破产法上不同的主体的破产违法行为。

第二节 破产法律责任

一、破产民事责任

（一）破产民事责任的概念

（二）破产民事责任内容

1．赔偿损失：

（1）董事、监事及高级管理人员的损害赔偿责任；

（2）法定代表人和直接责任人员的损害赔偿责任；

（3）管理人的损害赔偿责任。

2．返还财产：

（1）《企业破产法》规定的取回权隐含着相对方的财产返还责任。

（2）法条规定：《企业破产法》第 34、36 条。

3．民事责任的追究：

（1）主张权利的主体；

（2）追究责任的时间；

（3）追究后的财产归属。

二、破产行政责任

（一）原破产法规定的行政处分

（二）现行法的规定

1．我国目前《公司法》、《企业破产法》对破产责任人采取的行政处罚为行为罚，对资格限制责任进行了规定。

2．我国法律的制裁力度相对较轻，导致实践中出现“穷庙富方丈”的现象。

三、破产刑事责任

（一）破产犯罪的类型及立法例

1．破产犯罪类型：

（1）针对破产财产的犯罪；

（2）妨碍破产程序进行的犯罪。

2．主要罪名：

欺诈破产罪；过怠破产罪；第三人欺诈破产罪；破产贿赂罪；破产义务违反罪。

3．立法例：

（1）将破产犯罪的规范规定于刑法典中；

（2）将破产犯罪的规范规定于破产法中。

（二）我国现行法律规定的破产犯罪及刑事责任：

虚假破产罪；妨害清算罪；隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪等。

本章复习与思考题：

1．简述我国现行破产法律责任的规定，并分析其不足。

2．试论欺诈破产行为的构成要件及其法律责任。

3．分析破产程序中各种破产违法行为的行政责任。

4．我国法律是如何对破产犯罪进行规定的？

本章拓展阅读书目：

1． 王利明:《破产立法中的若干疑难问题探讨》，载《法学》2005 年第 3 期。

2．李永军:《破产犯罪的比较研究》载《中国法学》1995 年第 2 期。

3．潘家永:《虚假破产罪探析——兼论破产犯罪的相关问题》，载《政法论坛》2008 年 2 期

4． 甘培忠、赵文贵:《论破产法上债务人高管人员民事责任的追究》，载《政法论坛》2008 年第 2 期。

5．孙宏友、昝俊敏:《英美董事个人在破产中所担民事责任及对我国完善<破产法>的启迪》，载《现代财经（天津财经大学学报）》2010 年第 3 期。

本课程总参考书目：

1. 王卫国：《破产法》，人民法院出版社 1999 年版。

2. 王卫国：《中国证券法破产法改革》，中国政法大学出版社 1999 年版。

3. 王卫国：《破产法精义》，法律出版社 2007 年版。

4. 邹海林：《破产程序和破产实体法实体制度比较研究》，法律出版社 1995 年版。

5. 沈达明，郑淑君：《比较破产法初论》，对外贸易教育出版社 1993 年版。

6. 李永军：《破产法律制度》，中国法制出版社 2000 年版。

7. 李永军：《破产重整制度研究》，中国人民公安大学出版社 1996 年版。

8. 李永军，王欣新，邹海林著：《破产法》，北京，中国政法大学出版社 2009 年版。

9. 付翠英编著：《破产法比较研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

10. 王欣新主编：《破产法》（第二版），中国人民大学出版社 2007 年版。

11. 王欣新：《破产法专题研究》，法律出版社 2002 年版。

12. 汪世虎：《公司重整中的债权人利益保护研究》，中国检察出版社 2006 年版。

13. 程春华：《破产救济研究》，法律出版社 2006 年版。

14. 齐树洁主编：《破产法》，厦门大学出版社 2007 年版。

15. 范健，王建文：《破产法》，法律出版社 2009 年版。

16. 联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》（中文版），联合国，纽约，2006。

17. [美]大卫·G·爱泼斯坦，史蒂夫·H·尼克勒斯，詹姆斯·J·怀特著：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社 2003 年版。

18. 韩长印主编：《破产法学》，中国政法大学出版社 2007 年版。

19. 汤维建：《破产程序和破产立法研究》，人民法院出版社2001年版。

20. 汤维建:《新企业破产法解读与适用》，中国法制出版社 2006 年版。

21. [台]陈荣宗:《破产法》,（台）三民书局 1986 年版。

22. [日]伊藤真:《破产法》，中国社会科学出版社 1995 年版。

23. [日]石川明：《日本破产法》，何勤华、周桂秋译，中国法制出版社2000年版。

24. 丁昌业译：《英国破产法》，法律出版社2003年版。

25. 李飞主编:《当代外国破产法》，中国法制出版社 2006 年版。

26. 周放生主编:《国企债务重组》，北京大学出版社 2003 年版。

27. 周小川主编:《重建与再生—化解银行不良资产的国际经验》，中国金融出版社1999年版 。

28. 潘琪：《美国破产法》，法律出版社1999年版。

29. [美]斯图尔特C.吉尔森：《企业破产、收购及分拆案例研究—重组企业，创造价值》，沙飞，范铭译，机械工业出版社2004年版。

30. Jagdeep S.Bhandari, and Lawrence A.Weiss,ed.Corporate Bankruptcy—Economic and Legal Perspectives, *Cambridge University Press*, 1996.

31. Thomas H·Jackson, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, Harvard University Press ,1986.

32. James A. Pusateri, Karen S. Kressin, James J. O'malley, Small Business Bankruptcy Reorganizations, *Beard Books,* Washington, D.C. 2005.

33. Baird & Jacson, Case, Problems, and Materials on Bankruptcy, Little, Brow and Company,1985.

34. Philip R. Wood, "Principles of International Insolvency", *Sweet & Maxwell, London,* 1995.

35. Douglas G. Baird, Theodore Eisenberg, Thomas H. Jackson, Commercial and Debtor—Creditor Law，NewYork Foundation Press,1998.

《社会保障法》教学大纲

郑尚元　编写

目　录

前　言.....659
一、课程性质.....659
二、课程目的和任务.....659
三、课程考核方式.....659
四、课程主要教学内容.....659
第一章　社会保障法的产生和发展.....660
第一节　国外社会保障法的产生与发展.....660
一、弱势群体保障机制的类型.....660
二、社会保障法的萌芽.....660
三、社会保障法的产生.....660
四、社会保障法的发展.....660
第二节　中国社会保障法的产生和发展.....660
本章思考题.....660
第二章 社会保障法基础理论.....661
第一节　社会保障法的概念和特征.....661
第二节　社会保障法的调整对象.....661
第三节　社会保障法的基本原则.....661
第四节　社会保障法的地位.....661
第五节　社会保障法的功能.....661
第六节　社会保障法的法律渊源.....661
本章思考题.....662
第三章　国际社会保障立法及国际合作.....663
第一节　国际劳工组织的社会保障立法.....663
第二节　联合国的社会保障立法.....663
第三节　地区性的社会保障立法.....663
本章思考题.....663
第四章　当代社会保障法律体系及立法价值取向.....664
第一节　社会保障法律体系.....664
第二节　社会保障法的立法模式选择.....664
第三节　社会保障法的价值取向.....664
本章思考题.....664
第五章　养老保险法律制度.....665
第一节　养老保险法律制度概述.....665
第二节　养老保险立法.....665
第三节　养老保险的保障对象.....665
第四节　养老保险基金的筹集.....665
第五节　养老保险待遇的给付.....665
本章思考题.....665
第六章　失业保险法律制度.....667
第一节　失业保险法律制度概述.....667

第二节　失业保险立法.....667
第三节　失业保险的保障对象.....667
第四节　失业保险基金的筹集.....667
第五节　失业保险金的支付.....667
本章思考题.....667
第七章　工伤保险法律制度.....669
第一节　工伤保险法律制度概述.....669
第二节　工伤保险法律关系.....669
第三节　工伤保险法律制度的基本内容.....669
第四节　工伤保险争议处理的法律程序.....669
本章思考题.....669
第八章　医疗保险法律制度.....671
第一节　医疗保险与医疗保险法.....671
第二节　医疗保险法律关系.....671
第三节　医疗保险法律制度的基本内容.....671
本章思考题.....671
第九章　生育保险法律制度.....672
第一节　生育保险法律制度概述.....672
第二节　生育保险法律关系.....672
第三节　生育保险法律制度的基本内容.....672
本章思考题.....672
第十章　社会救助法律制度.....673
第一节　社会救助法律制度概述.....673
第二节　社会救助法律关系.....673
第三节　社会救助法律制度的基本内容.....673
本章思考题.....673
第十一章　社会福利法律制度.....674
第一节　社会福利法律制度概述.....674
第二节　社会福利法律关系.....674
第三节　社会福利法的基本内容.....674
复习思考题.....674
第十二章　军人社会保障法律制度.....675
第一节　军人社会保障法律制度概述.....675
第二节　军人社会保障法律制度的基本内容.....675
第三节　中国优抚制度改革.....675
本章思考题.....675
第十三章　住房社会保障法律制度.....676
第一节　住房社会保障概述.....676
第二节　我国的住房社会保障.....676
本章思考题.....676
第十四章　农村社会保障法律制度.....677
第一节　农村社会保障法律制度概述.....677
第二节　农村养老保险法律制度.....677

第三节　农村合作医疗法律制度.....677
本章思考题.....677
第十五章　社会保障基金法律制度.....678
第一节　社会保障基金法律制度概述.....678
第二节　社会保障基金的筹集.....678
第三节　社会保障基金的支付.....678
第四节　社会保障基金的运营.....678
本章思考题.....678
第十六章　社区服务法律制度.....679
第一节　社区服务制度概述.....679
第二节　社区服务制度的发展历程.....679
第三节　社区服务的主要内容.....679
本章思考题.....679
第十七章　社会保障管理法律制度.....680
第一节　社会保障管理法律制度概述.....680
第二节　外国的社会保障管理体制.....680
第三节　我国的社会保障管理体制.....680
本章思考题.....680
主要参考文献.....681
后　记.....682

前　言

课程名称：社会保障法
课程编号：
学　　分：2 学分
总 学 时：36 学时
适用学院：各学院
先修课程：《劳动法学》
英文名称：social security Law

一、课程性质

本课程为法学本科阶段的一门专业选修课。

该课程以章节方式讲授社会保障法的基本理论和基本制度，讲求理论性和应用性的结合，课程内容既要体现社会保障法的一般知识，又要阐释社会保障法的基本原理，同时，介绍中国社会保障制度的理论和实践，以及中国社会保障法制化的进程。

二、课程目的和任务

作为《劳动法学》的后续课程，《社会保障法》是我校新近开设的一门新课，其教学目标亦在探索之中，具体课程而言，该课程的教学目标主要有以下几项：

1、通过本课程的讲解，要求学生了解外国社会保障制度建立的历史和现状，培养学生理解我国社会的发展阶段和社会保障法律制度的重要性，并掌握该课程所包含的基本原理和基本制度的能力，即应使学生系统、准确地了解外国的社会保障法律制度，理解和掌握中国社会保障立法的进程。

2、通过本课程的讲解，培养学生理解社会法原理，即能够在实践中灵活地运用，分析和处理各种社会保障法领域的具体问题。

3、通过本课程的讲解，培养学生分析、解决问题的能力，尤其是将目前我国社会保障领域存在的理论和实务问题与社会保障法的基本理论结合起来，从感性到理性，再从理性到感性。

三、课程考核方式

1．本课程为选修课，可以实行开卷或者闭卷考试。

2．考试成绩为：平时成绩+期末考试卷面成绩，具体比例由任课老师把握。

四、课程主要教学内容

第一章　社会保障法的产生和发展

本章重点：本章应了解社会保障法的产生和发展，了解国外社会保障制度的现状。

教学内容：本章介绍社会保障制度的起源、现代社会保障法律制度的形成、介绍国外社会保障法律制度的历史和现状。

本章讲授课时：2 课时

第一节　国外社会保障法的产生与发展

一、弱势群体保障机制的类型

（一）家庭保障机制
（二）互助保障机制
（三）市场保障机制
（四）社会保障机制

二、社会保障法的萌芽

三、社会保障法的产生

（一）德国社会保障法的产生
（二）其他国家社会保障法的产生

四、社会保障法的发展

（一）美国 1935 年《社会保障法》
（二）英国的“福利国家”立法
（三）社会保障法的完善

第二节　中国社会保障法的产生和发展

一、社会保障法的创建时期（1949 年～1956 年）
二、社会保障法的调整时期（1957 年～1966 年）
三、社会保障法遭受挫折时期（1967 年～1978 年）
四、社会保障法的探索时期（1978 年～1992 年）
五、社会保障法的改革时期（1993 年起至今）

本章思考题

1．简述社会保障法产生、发展过程中的几次重大事件。
2．我国传统的社会保障制度有哪些弊端？
3．我国社会保障制度改革的目标是什么？
4．我国现行的社会保障立法主要有哪些？

第二章 社会保障法基础理论

本章重点：本章应重点掌握社会保障法的概念和特征、调整对象、基本原则和功能。了解社会保障法在社会主义市场经济法律体系中的地位，以及社会保障法与相邻法律之间的关系、了解社会保障法的法律渊源。

教学内容：本章介绍社会保障法的概念和特征、调整对象、基本原则和功能、社会保障法在社会主义市场经济法律体系中的地位，以及社会保障法与相邻法律之间的关系、社会保障法的法律渊源。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会保障法的概念和特征

一、社会保障法的概念

二、社会保障法的特征

第二节　社会保障法的调整对象

一、社会保障法的调整对象

二、社会保障法调整对象的种类

第三节　社会保障法的基本原则

一、社会保障法的基本原则的含义和功能

二、社会保障法的基本原则的内容

第四节　社会保障法的地位

社会保障法在法律体系中的地位

1．社会保障法与劳动法的关系。

2．社会保障法与经济法的关系。

3．社会保障法与经济法的联系。

4．社会保障法与行政法的关系。

第五节　社会保障法的功能

一、社会保障法的社会功能

二、社会保障法的经济功能

第六节　社会保障法的法律渊源

一、宪法中有关社会保障的规定

二、法律

三、行政法规和部门规章
四、地方性法规和地方政府规章
五、我国缔结或参加的国际条约

本章思考题

1．什么是社会保障法？
2．社会保障法有哪些特征？
3．社会保障法的调整对象包括哪些社会关系？
4．社会保障法的基本原则的含义和功能。
5．论述社会保障法与劳动法的关系。
6．社会保障法与行政法有何区别？
7．社会保障法的社会功能、经济功能表现在哪些方面？
8．我国社会保障法的法律渊源主要有哪些？

第三章　国际社会保障立法及国际合作

本章重点：本章应了解国际劳工组织的社会保障立法和联合国的社会保障立法概况，了解欧盟和其他地区性的社会保障立法。

教学内容：本章介绍国际劳工组织的社会保障立法和联合国的社会保障立法概况，了解欧盟和其他地区性的社会保障立法。

本章讲授课时：2 课时

第一节　国际劳工组织的社会保障立法

一、国际劳工组织简介

二、国际劳工组织的社会保障立法

第二节　联合国的社会保障立法

一、《世界人权宣言》中有关社会保障的规定

二、《经济、社会和文化权利国际公约》中有关社会保障的规定

三、联合国有关社会保障的其他国际公约

第三节　地区性的社会保障立法

一、欧洲联盟的社会保障立法

二、其他地区性的社会保障立法

本章思考题

1．简述国际劳工组织的综合性社会保障立法。

2．联合国的社会保障立法主要有哪些？

3．欧洲联盟的社会保障立法取得了哪些成果？

第四章　当代社会保障法律体系及立法价值取向

本章重点：本章应重点掌握各国社会保障模式的主要类型、我国的社会保障模式选择、社会保障法的公平价值。了解社会保障法的秩序、效率价值。掌握我国社会保障法律规范体系的构成，了解外国社会保障法的立法体系模式和我国社会保障法的立法体系。

教学内容：本章介绍各国社会保障模式的主要类型、我国的社会保障模式选择、社会保障法的公平价值。介绍社会保障法的秩序、效率价值；我国社会保障法律规范体系的构成，外国社会保障法的立法体系模式和我国社会保障法的立法体系。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会保障法律体系

一、社会保障实体法
二、社会保障组织法
三、社会保障基金法
四、社会保障程序法

第二节　社会保障法的立法模式选择

一、外国社会保障法的立法体系模式
二、我国社会保障法的立法模式选择

第三节　社会保障法的价值取向

一、社会保障法的价值的含义
二、秩序价值
三、公平价值
四、效率价值

本章思考题

1.　各国社会保障模式的主要类型有哪些？
2．在市场经济体制下，我国应如何选择社会保障模式？
3．试述社会保障法的价值取向。
4．我国社会保障法律体系应由哪些方面构成
5．我国应如何选择社会保障法的立法模式？
6．如何理解社会保障法律体系？

第五章　养老保险法律制度

本章重点：本章应重点掌握养老保险的概念和法律特征、养老保险法的基本原则、我国养老保险的保障对象范围、国际上普遍采用的养老保险基金筹资模式、养老保险基金的来源、养老保险待遇的享受条件。了解国外和我国的养老保险立法情况、养老保险待遇的内容和标准、养老保险待遇的发放。

教学内容：本章介绍养老保险的概念和法律特征、养老保险法的基本原则、我国养老保险的保障对象范围、国际上普遍采用的养老保险基金筹资模式、养老保险基金的来源、养老保险待遇的享受条件。介绍国外和我国的养老保险立法情况、养老保险待遇的内容和标准、养老保险待遇的发放。

本章讲授课时：2 课时

第一节　养老保险法律制度概述

一、养老保险法的概念
二、养老保险法的基本原则

第二节　养老保险立法

一、国外的养老保险立法
二、我国的养老保险立法

第三节　养老保险的保障对象

一、养老保险的保障对象的涵义
二、我国养老保险保障对象的历史及现状

第四节　养老保险基金的筹集

一、养老保险基金筹资模式
二、养老保险基金的来源

第五节　养老保险待遇的给付

一、养老保险待遇的享受条件
二、养老保险待遇的内容和标准
三、养老保险待遇的发放

本章思考题

1．什么是养老保险和养老保险法？
2．　养老保险法的基本原则有哪些？
3．试述我国的我国养老保险保障对象范围。

4. 国际上普遍采用的养老保险基金的筹资模式有哪些？
5. 试述我国养老保险基金的来源。
6. 享受养老保险待遇应具备哪些条件？

第六章　失业保险法律制度

本章重点：本章应重点掌握失业保险和失业保险法、失业保险的保障对象、失业保险基金的筹集、享受失业保险待遇的条件和失业保险待遇的保准。了解失业的概念和类型、外国及我国的失业保险立法情况、失业保险待遇的给付期限。

教学内容：本章介绍失业保险和失业保险法、失业保险的保障对象、失业保险基金的筹集、享受失业保险待遇的条件和失业保险待遇的保准。介绍失业的概念和类型、外国及我国的失业保险立法情况、失业保险待遇的给付期限。

本章讲授课时：2 课时

第一节　失业保险法律制度概述

一、失业与失业保险
二、失业保险法的概念
三、失业保险法的作用

第二节　失业保险立法

一、外国的失业保险立法
二、中国的失业保险立法

第三节　失业保险的保障对象

一、外国失业保险的保障对象
二、我国失业保险的保障对象

第四节　失业保险基金的筹集

一、失业保险基金的来源
二、失业保险基金的缴纳和统筹

第五节　失业保险金的支付

一、失业保险基金的支出项目
二、享受失业保险待遇的条件
三、失业保险待遇的给付期限
四、失业保险待遇的标准

本章思考题

1．失业保险的有哪些特征？
2．我国失业保险的保障对象范围。
3．各国及我国失业保险基金的来源。

4．我国失业保险基金的缴纳和统筹。
5．我国失业保险基金的支出项目有哪些？
6．我国规定的享受失业保险待遇的条件有哪些？
7．失业保险待遇的保准应如何确定？

第七章　工伤保险法律制度

本章重点：本章应重点了解和掌握工伤保险法律制度的基本内容，理清工伤保险法律关系。掌握现行工伤保险法律制度实施的基本实体和程序制度，即工伤认定标准及程序、劳动能力鉴定标准及鉴定程序。并可根据相关法律、法规规定，分析工伤相关案例。

教学内容：本章介绍工伤保险法律制度的基本内容，理清工伤保险法律关系。介绍现行工伤保险法律制度实施的基本实体和程序制度，即工伤认定标准及程序、劳动能力鉴定标准及鉴定程序。并可根据相关法律、法规规定，讲解工伤相关案例。

本章讲授课时：4 课时

第一节　工伤保险法律制度概述

一、工伤保险的概念和特点
二、工伤保险的意义
三、工伤保险法的概念及其沿革

第二节　工伤保险法律关系

一、工伤保险法律关系的概念、特点和分类
二、工伤保险法律关系的要素

第三节　工伤保险法律制度的基本内容

一、工伤保险对象和工伤保险法适用范围
二、工伤认定
三、劳动能力鉴定。
四、工伤保险基金的筹集和管理
五、工伤保险待遇及其申请与发放

第四节　工伤保险争议处理的法律程序

一、劳动争议调解和仲裁程序
二、民事诉讼程序
三、行政复议和行政诉讼程序。

本章思考题

1．工伤保险有哪些特点？
2．工伤保险实施的意义有哪些？
3．什么是工伤保险法律关系？工伤保险法律关系如何分类？
4．工伤保险法律关系的要素有哪些？我国现行工伤保险法律关系主体有哪些？
5．我国现行工伤保险对象如何界定？
6．什么是工伤认定？我国法定的工伤范围包括哪些内容？

7．哪些情形下视同工伤？哪些情形属于排除工伤认定的范围？

8．什么是劳动能力鉴定？如何理解劳动能力鉴定属于技术性法律证明？

9．什么是工伤保险基金？如何理解工伤保险基金筹集实行差别费率的规定？

10．什么是工伤保险待遇？工伤保险待遇有哪些种类？

11．目前工伤保险法律程序有哪些？你认为我国现行工伤保险法律程序是否快捷、程序是否合理？

第八章　医疗保险法律制度

本章重点：本章应重点了解医疗保险法律制度，具体包括医疗保险的概念、医疗保险实施的对象和范围、医疗保险的待遇标准和医疗保险基金、医疗保险法律关系以及医疗保险法的实施和法律的适用。

教学内容：本章介绍医疗保险法律制度，具体包括医疗保险的概念、医疗保险实施的对象和范围、医疗保险的待遇标准和医疗保险基金、医疗保险法律关系以及医疗保险法的实施和法律的适用。

本章讲授课时：2 课时

第一节　医疗保险与医疗保险法

一、医疗保险的概念和特征
二、医疗保险法的概念及其产生和发展
三、建立医疗保险法律制度的意义

第二节　医疗保险法律关系

一、医疗保险法律关系的概念、特点和分类
二、医疗保险法律关系的要素

第三节　医疗保险法律制度的基本内容

一、医疗保险法律制度的适用范围
二、医疗保险基金的筹集、使用、管理和监督
三、医疗保险待遇

本章思考题

1．医疗保险制度的建立有哪些意义？
2．什么是医疗保险法律关系？如何理解医疗保险法律关系的要素？
3．什么是医疗保险对象？中国医疗保险对象应如何界定？
4．什么是医疗保险法的适用范围？
5．你认为我国是否有必要建立医疗保险法律程序？

第九章　生育保险法律制度

本章重点：本章应了解生育保险制度建立的意义，工伤保险立法的现状，生育保险法律关系及其要素，工伤保险法律制度的基本内容及制度实施的程序等。

教学内容：本章介绍生育保险制度建立的意义，工伤保险立法的现状，生育保险法律关系及其要素，工伤保险法律制度的基本内容及制度实施的程序等。

本章讲授课时：2 课时

第一节　生育保险法律制度概述

一、生育保险的概念、特征和作用

二、生育保险法的概念及其沿革

第二节　生育保险法律关系

一、生育保险法律关系的概念、特点和分类

二、生育保险法律关系的要素

第三节　生育保险法律制度的基本内容

一、生育保险的适用范围

二、生育保险基金

三、生育保险待遇及其标准

本章思考题

1．什么是生育保险？有哪些特点？

2．生育保险制度实施的作用有哪些？

3．什么是生育保险法律关系？如何分类？

4．生育保险法律关系的要素有哪些？

5．如何理解生育保险法的适用范围？

6．　生育保险基金如何筹集？

第十章　社会救助法律制度

本章重点：本章应了解社会救助法律制度的基本内容，掌握社会救助法律关系，以及在不同法律关系主体之间的社会救助权利、义务和责任。此外，使学生认识社会救助制度实施建立程序制度的必要性等。

教学内容：本章介绍社会救助法律制度的基本内容，掌握社会救助法律关系，以及在不同法律关系主体之间的社会救助权利、义务和责任。介绍社会救助制度法制化的必要性等。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会救助法律制度概述

一、社会救助的概念、特征和作用
二、社会救助法的概念及其起源和发展
三、我国社会救助的形式

第二节　社会救助法律关系

一、社会救助法律关系的概念、特征和分类
二、社会救助法律关系的要素

第三节　社会救助法律制度的基本内容

一、城市居民最低生活保障法律制度
二、农村救助与扶贫法律制度
三、城市乞讨流浪人员救助法律制度
四、专项灾害救济法律制度

本章思考题

1．什么是社会救助？有哪些特征？
2．社会救助制度的建立有什么作用？
3．什么是社会救助法律关系？有哪些要素？
4．什么是城市居民最低生活保障制度？
5．农村社会救助与扶贫制度有哪些区别？
6．什么是灾害社会救助制度？
7．城市乞讨流浪人员遣送制度为什么要改革？

第十一章　社会福利法律制度

本章重点：本章应了解社会福利法律制度的基本内容，并对中国社会福利制度改革和立法有初步了解。社会福利是以提升社会成员生活质量为目标而建立的社会保障制度，该制度既保障弱势群体的合法权益，使他们的日常生活能够不因自身条件的限制而受影响；同时，要针对经济和社会全面发展，提升全社会福利事业建设水平。一定程度上，社会福利制度是层次较高的社会保障制度，是评价一个国家和地区社会文明进步的标志。

教学内容：本章介绍社会福利法律制度的基本内容，并对中国社会福利制度改革和立法。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会福利法律制度概述

一、社会福利概念、特征和分类

二、社会福利法的概念

第二节　社会福利法律关系

一、社会福利法律关系的概念、特征和分类

二、社会福利法律关系的要素

第三节　社会福利法的基本内容

一、弱势群体社会福利事业的法制化

二、社会公共福利法制建设

三、职业劳动福利法制建设

复习思考题

1．什么是社会福利？社会福利有哪些特征？

2．举办社会福利事业的意义如何？

3．什么是社会福利法律关系？有哪些要素？

4．社会福利法律制度包括哪些内容？

5．什么是弱势群体福利法律制度？如何理解部分公共福利设施向弱势群体减免费用的规定？

6．目前，我国社会公共福利事业存在哪些问题？立法应如何规制？

第十二章　军人社会保障法律制度

本章重点：本章应了解军人社会保障制度的意义、作用，军人社会保障法律制度的基本内容。军人社会保障是针对军人及其家属而实施的特殊的社会保障。我国长期以来，实行单一的社会优抚制度，并未实行军人社会保障制度。军人社会保障制度是实现我军正规化、现代化的一项内容，从全社会角度讲，军人社会保障是社会安全的组成部分。

教学内容：本章介绍军人社会保障制度的意义、作用，军人社会保障法律制度的基本内容。军人社会保障是针对军人及其家属而实施的特殊的社会保障。

本章讲授课时：2 课时

第一节　军人社会保障法律制度概述

一、军人社会保障的概念、特征和作用

二、军人社会保障法的概念及我国军人优抚制度的沿革

第二节　军人社会保障法律制度的基本内容

一、军人社会保险制度

二、现役军人退役安置制度和就业保障制度

三、军人社会优抚制度

四、军人社会救助

第三节　中国优抚制度改革

一、传统优抚制度的滞后性

二、市场经济条件下军人社会保障立法的价值取向

本章思考题

1．什么是军人社会保障？有哪些特征？

2．军人社会保障有哪些作用？

3．军人社会保险制度包括哪些内容？

4．军人社会优抚包括哪些内容？

5．谈谈中国社会优抚制度改革？

6．为什么要建立军人社会保障法律制度？核心内容是什么

第十三章　住房社会保障法律制度

本章重点：本章应了解我国福利分房的历史及其背景、了解市场体制下住房的分配规则及住房弱势群体的出现；了解住房社会保障的涵义和形式、住房公积金制度、经济适用房制度、廉租房制度。

教学内容：本章介绍我国福利分房的历史及其背景、市场体制下住房的分配规则及住房弱势群体的出现；住房社会保障的涵义和形式、住房公积金制度、经济适用房制度、廉租房制度。

本章讲授课时：2 课时

第一节　住房社会保障概述

一、住房社会保障的涵义

二、住房社会保障的形式

第二节　我国的住房社会保障

一、我国的住房制度改革与住房社会保障的建立

二、住房公积金制度

三、经济适用房制度

四、廉租房制度

本章思考题

1．　住房社会保障的涵义和形式。

2．我国的住房公积金制度。

3．我国的经济适用房制度。

4．我国的廉租房制度。

第十四章　农村社会保障法律制度

本章重点：本章应了解、掌握建立健全农村社会保障法律制度应遵循的原则、农村养老保险法律制度、农村合作医疗法律制度。了解我国农村社会保障法律制度的发展历史、我国农村社会保障法律制度存在的问题、建立健全农村社会保障法律制度的必要性。

教学内容：本章介绍建立健全农村社会保障法律制度应遵循的原则、农村养老保险法律制度、农村合作医疗法律制度。介绍我国农村社会保障法律制度的发展历史、我国农村社会保障法律制度存在的问题、建立健全农村社会保障法律制度的必要性。

本章讲授课时：2 课时

第一节　农村社会保障法律制度概述

一、我国农村社会保障法律制度的发展历史
二、我国农村社会保障法律制度存在的问题
三、建立健全农村社会保障法律制度的必要性
四、建立健全农村社会保障法律制度应遵循的原则

第二节　农村养老保险法律制度

一、农村养老保险的保障对象
二、农村养老保险基金的筹集
三、农村养老保险基金的支付

第三节　农村合作医疗法律制度

一、农村合作医疗制度的原则
二、农村合作医疗的基金筹集
三、农村合作医疗的基金管理

本章思考题

1．为什么必须建立健全农村社会保障法律制度？
2．建立健全农村社会保障法律制度应遵循哪些原则？
3．简述我国农村养老保险法律制度的内容。
4．简述我国农村合作医疗法律制度的内容。

第十五章　社会保障基金法律制度

本章重点：本章应了解、掌握社会保障基金和社会保障基金法律制度的涵义、社会保障基金的来源、社会保障基金的筹资模式、社会保险基金支付的形式、社会保障基金运营的原则。了解社会保障基金支付的条件、社会保障基金支付的项目和标准、社会保障基金的投资运营渠道。

教学内容：本章介绍社会保障基金和社会保障基金法律制度的涵义、社会保障基金的来源、社会保障基金的筹资模式、社会保险基金支付的形式、社会保障基金运营的原则。介绍社会保障基金支付的条件、社会保障基金支付的项目和标准、社会保障基金的投资运营渠道。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会保障基金法律制度概述

一、社会保障基金的涵义
二、社会保障基金法律制度

第二节　社会保障基金的筹集

一、社会保障基金的来源
二、社会保障基金的筹资模式

第三节　社会保障基金的支付

一、社会保障基金支付的涵义
二、社会保障基金支付的条件
三、社会保险基金支付的形式
四、社会保障基金支付的项目和标准

第四节　社会保障基金的运营

一、社会保障基金运营的涵义
二、社会保障基金运营的原则
三、社会保障基金的投资运营渠道

本章思考题

1．社会保障基金有哪些来源？
2．世界各国的社会保障基金筹资模式有哪些类型？
3．社会保险基金可采用哪些支付形式？
4．应如何确定社会保障待遇的支付标准？
5．社会保障基金的运营应遵守哪些原则？
6．社会保障基金的投资运营渠道有哪些？

第十六章　社区服务法律制度

本章重点：本章应了解、掌握掌握社区服务的概念、社区服务的功能。了解我国社区服务制度的发展历程、社区服务的主要内容；理解我国社区服务法制化的必要性及立法的远景。

教学内容：本章介绍社区服务的概念、社区服务的功能。了解我国社区服务制度的发展历程、社区服务的主要内容，介绍我国社区服务法制化的必要性及立法的远景。。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社区服务制度概述

一、社区服务的概念

二、社区服务的功能

第二节　社区服务制度的发展历程

一、倡导、起步阶段

二、推广、普及阶段

三、发展、提高阶段

第三节　社区服务的主要内容

一、社区福利服务

二、便民服务

本章思考题

1．什么是社区和社区服务？

2．　社区服务有哪些功能？

3．简述社区服务的主要内容？

第十七章　社会保障管理法律制度

本章重点：本章应了解、掌握社会保障管理法律制度的涵义、各国的社会保障管理体制的分类、我国的社会保障管理体制。了解社会保障管理的涵义、各国社会保障管理体制的比较。

教学内容：本章介绍社会保障管理法律制度的涵义、各国的社会保障管理体制的分类、我国的社会保障管理体制。介绍社会保障管理的涵义、各国社会保障管理体制的比较。

本章讲授课时：2 课时

第一节　社会保障管理法律制度概述

一、社会保障管理的概念

二、社会保障管理法律制度

第二节　外国的社会保障管理体制

一、政府直接管理体制

二、半官方自治管理体制

三、市场管理体制

四、各国社会保障管理体制的比较

第三节　我国的社会保障管理体制

一、社会保障主管机构

二、社会保障经办机构

三、社会保障基金运营机构

四、社会保障监督机构

本章思考题

1．什么是社会保障管理法律制度？

2．　各国的社会保障管理体制的分类及比较。

3．试述我国的社会保障管理体制。

主要参考文献

1．覃有土、樊启荣编注，社会保障法，北京：法律出版社，1997。
2．王益英主编，社会保障法，北京：中国人民大学出版社，2000。
3．黎建飞编著，劳动法和社会保障法，北京：中国人民大学出版社，2003。
4．余卫明著，社会保障法学，北京：中国方正出版社，2002。
5．史探径主编，社会保障法研究，北京：法律出版社，2000。
6．种明钊主编，社会保障制度研究，北京：法律出版社，2000。
7．林嘉著，社会保障法的理念、实践与创新，北京：中国人民大学出版社，2002。
8．将月著，社会保障法概论，北京：法律出版社，1999。
9．郭成伟、王广彬著，公平良善之法律规制——中国社会保障法制探究，北京：中国法制出版社，2003。
10．窦玉沛主编，重构中国社会保障体系的探索，北京：中国社会科学出版社，2001。
11．任保平著，中国社会保障模式，北京：中国社会科学出版社，2001。
12．宋晓梧著，中国社会保障制度改革，北京：清华大学出版社，2001。
13．郑秉文、和春雷主编，社会保障分析导论，北京：法律出版社，2001。
14．和春雷主编，社会保障制度的国际比较，北京：法律出版社，2001。
15．刘燕生著，社会保障的起源、发展和道路选择，北京：法律出版社，2001。
16．杨冠琼著，当代美国的社会保障制度，北京：法律出版社，2001。
17．王益英主编，外国劳动法和社会保障法，北京：中国人民大学出版社，2001。
18．[德]霍尔斯特·杰格尔著，社会保险入门，北京：中国法制出版社，2000。
19．郑功成、郑宇硕主编，全球化下的劳工与社会保障，北京：中国劳动社会保障出版社，2002。
20．杨燕绥、董宝华等编著，论社会保障法，北京：中国劳动社会保障出版社，2003。
21．宋晓梧主笔，中国社会保障体制改革与发展报告，北京：中国人民大学出版社，2002。
22．和春雷等著，当代德国社会保障制度，北京：法律出版社，2001。
23．王东进主编，中国社会保障制度的改革与发展，北京：法律出版社，2001。
24．杨良初著，中国社会保障制度分析，北京：经济科学出版社，2003。
25．郑功成著，社会保障学，北京：商务印书馆，2000。
26．任正臣著，社会保险学，北京：社会科学文献出版社，2001。
27．董宝华著，社会法原论，北京：中国政法大学出版社，2001。
28．齐海鹏、刘明慧、付伯颖著，社会保障基金管理研究，大连，东北财经大学出版社，2002。
29．德国技术合作公司、中国劳动和社会保障部，中德劳动和社会法合作文集（1996-1999）。
30．中德劳动与社会保障法：比较法文集，北京：中信出版社，2003。
31．杨燕绥著，社会保险法，北京：中国人民大学出版社，2000。
32．侯文若、孔泾源主编，社会保险，北京：中国人民大学出版社，2002。
33．黄越钦著，劳动法新论，北京：中国政法大学出版社，2003。
34．保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯著，经济学，华夏出版社、麦格老·希尔出版公司，1999。
35．张文显著，法哲学范畴研究（修订版），北京：中国政法大学出版社，2001。
36．魏新武编著，社会保障世纪回眸，北京：中国社会科学出版社，2003。
37．邱本著，自由竞争与秩序调控——经济法的基础建构与原理阐析，北京：中国政法大学出版社，2001。
38．杨紫烜主编，经济法，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，1999。

后　记

本教材内容由劳动法和社会保障法两部分构成。每个部分自成体系。本书的撰写参考了已出版的各种教材，基本采用目前理论研究中的主流观点，便于学习时掌握基本理论和基本知识。

本教材由贾俊玲教授担任主编。劳动法篇共 20 章，撰稿人为：贾俊玲：第一至第四章，第七和第八章；苏倩：第五章；魏倩：第六章；周宝妹：第九至第二十章。社会保障法篇共十七章，撰稿人为：扈春海：第一至第六章，第十三至第十七章；郑尚元：第七至第十二章。

中共中央党校周升涛教授对本教材进行了审稿，并提出了宝贵的修改意见，在此谨表诚挚谢意。

《外国民法学》教学大纲

刘智慧　编写

目　录

前　言 5
一、课程性质 5
二、课程目的和任务 5
三、课程考核方式 5
四、课程主要教学内容 5
绪　论 6
第一章　外国民法专题概述 6
一、学习外国民法专题的意义 6
二、学习外国民法专题的方法 6
第二章　各主要国家民法概述 7
一、大陆法系各主要国家民法 7
二、英美法系主要国家财产法、侵权法和合同法 7
绪论思考题 7
第一编　外国民法概述 8
第三章　民法的起源 8
第一节　民法的含义 8
一、民法的文化源 8
二、公法与私法 8
第二节　近代民法的形成 8
一、近代民法的形成 8
二、私法关系的特点 8
三、近代民法的特点 9
第三节　近代民法的基本原则 9
一、人格平等原则 9
二、私权神圣原则 9
三、私法自治原则 9
四、自己责任原则 9
第四节　近代民法到现代民法的沿革 9
一、近代社会到现代社会的变化 9
二、近代民法演变为现代民法的表现 10
三、民事立法的发展趋势 10
四、民法与其它部门法的关系 10
五、民法面临的新问题 10
本章思考题 11
第四章　民事主体 12
一、人、人格和民事主体 12
二、自然人的行为能力 12
三、法人制度 12
本章思考题 12
第二编　财产法 13
第五章　财产法概述 13
一、财产法的含义 13
二、财产的概念 13
三、财产权的概念及意义 13
本章思考题 13
第六章　所有权制度 14
一、所有权制度概述 14

二、动产所有权的取得.....14
三、不动产所有权的取得.....14
四、共有.....14
本章思考题.....14
第七章　用益物权制度.....15
一、用益物权的含义.....15
二、用益物权的类型.....15
本章思考题.....15
第八章　担保制度.....16
一、担保的含义及特征.....16
二、担保的类型.....16
三、担保权人利益冲突的解决.....16
本章思考题.....16
第九章　占有制度.....17
一、占有的含义及性质.....17
二、占有的类型.....17
三、占有的构成要件.....17
四、占有的效力.....17
五、准占有.....17
本章思考题.....17
第三编　合同法.....18
第十章　合同法概述.....18
一、合同法的含义.....18
二、合同法在两大法系国家法律中的地位.....18
三、近现代合同法的基本原则.....18
四、近现代合同法上的合同类型.....18
五、合同法的发展趋势.....18
本章思考题.....18
第十一章　合同的成立.....19
一、合同的成立与生效.....19
二、要约与承诺.....19
三、对价理论.....19
本章思考题.....19
第十二章　合同的条款.....20
一、合同条款的意义及方式.....20
二、合同的条款.....20
三、合同条款的解释.....20
四、关于格式条款合同.....20
五、合同条款规则的发展及影响.....20
本章思考题.....20
第十三章　合同的效力.....21
一、有碍合同效力的因素.....21
二、合同对于第三人的效力.....21
三、合同的移转.....21
四、合同的解除.....21
本章思考题.....21
第十四章　违约与救济.....22
一、违约.....22
二、违约救济的方式.....22
第十五章　各种合同.....23

一、两大法系对于各种合同的立法例.....23
二、大陆法系国家的各种合同.....23
三、英美法系国家的各种合同.....23
本章思考题.....23
第四编　侵权行为法.....24
第十六章　侵权行为法的发展.....24
一、侵权行为法的含义.....24
二、两大法系侵权行为法的产生.....24
三、两大法系侵权行为法的发展趋势.....24
本章思考题.....24
第十七章　侵权行为法的归责原则.....25
一、归责原则的含义.....25
二、两大法系侵权行为法归责原则的差异.....25
三、侵权行为法归责原则的发展趋势.....25
本章思考题.....25
第十八章　侵权行为的构成要件.....26
一、一般侵权行为的构成要件.....26
二、两大法系对于侵权行为构成的抗辩事由.....26
本章思考题.....26
第五编　亲属法与继承法.....27
第十九章　亲属法概述.....27
一、亲属法的性质与特点.....27
二、两大法系亲属法的编制和内容.....27
三、亲属的意义和范围.....28
本章思考题.....28
第二十章　婚姻.....29
一、婚姻的含义.....29
二、结婚.....29
三、离婚.....29
四、夫妻财产制.....29
五、亲子关系.....29
六、关于亲属间的扶养.....30
本章思考题.....30
第二十一章　继承法.....31
第一节　继承法概述.....31
一、继承的含义及性质.....31
二、继承法的性质与特点.....31
三、两大法系继承法的内容.....31
第二节　法定继承.....32
一、法定继承的含义.....32
二、法定继承人的范围和继承顺序.....32
三、关于特留份.....32
四、继承的承认、限定承认和抛弃.....32
五、遗产分割的准则.....33
第三节　遗嘱继承.....33
一、遗嘱继承的含义.....33
二、遗嘱能力.....34
三、共同遗嘱.....34
四、遗嘱执行人.....34
第四节　后位继承和补充继承.....34

一、后位继承的立法例.....34
二、补充继承的立法例.....34
本章思考题.....34
附 1：推荐主要教材.....35
附 2：教学课时分配表.....36

前　言

一、课程性质

本课程为法学本科阶段的一门专业选修课。

该课程以专题方式讲授外国民法的基本理论和基本制度，讲求理论性和应用性的结合，课程内容既要体现外国民法学本身的科学性、系统性和逻辑性，又要密切联系我国法制建设的实际，来阐明民法的一系列问题。

二、课程目的和任务

作为《民法学原理》后续课程的《外国民法专题》，其教学目标与前者有相通之处，但要求更高。具体而言，该课程的教学目标主要有以下三项：

1、通过本课程的讲解，要求学生了解外国民商法律制度的历史和现状，培养学生掌握知识的能力，即掌握该课程所包含的基本原理和基本制度的能力，即应使学生系统、准确地了解外国的民事法律制度，理解和掌握外国民法的基本原理、具体的各项法律制度及其相应的规范。

2、通过本课程的讲解，培养学生运用知识的能力，即能够在实践中灵活地运用，分析和处理各种国内外民法实务问题。

3、通过本课程的讲解，培养学生比较分析及思维创新能力，比较分析外国民事法律制度之间、中外民事法律制度之间的优劣、异同。

三、课程考核方式

1．本课程为选修课，可以实行开卷或者闭卷考试。

2．考试成绩为：平时成绩+期末考试卷面成绩，具体比例由任课老师把握。

四、课程主要教学内容

绪　论

第一章　外国民法专题概述

本章重点：本章应着重掌握学习外国民法的方法。
本章讲授课时：1 课时

一、学习外国民法专题的意义

二、学习外国民法专题的方法

第二章　各主要国家民法概述

本章重点：了解和掌握各主要国家民商法的历史发展及特点。
教学内容：本章介绍法国、德国、日本、瑞士、英国、美国等国家法律的历史发展及特点。
本章讲授课时：1 课时

一、大陆法系各主要国家民法

（一）法国民法
1.《法国民法典》的制定
2.《法国民法典》的思想内容及成就
（二）德国民法
1.《德国民法典》的制定
2.《德国民法典》的思想内容及成就
（三）日本民法
1.《日本民法典》的制定
2.《日本民法典》的思想内容及成就
（四）瑞士民法
1.《瑞士民法典》的制定
2.《瑞士民法典》的思想内容及成就
（五）荷兰民法
1.《荷兰民法典》的制定
2.《荷兰民法典》的思想内容及成就

二、英美法系主要国家财产法、侵权法和合同法

（一）英国财产法、侵权法和合同法
（二）美国财产法、侵权法和合同法

绪论思考题

1．如何理解学习外国民法专题的意义？
2．简述《法国民法典》的特点及影响力。
3．简述《德国民法典》的特点及影响力。
4．简述《荷兰民法典》的特点及影响力。
5．了解大陆法系和英美法系国家民法的异同。

第一编　外国民法概述

教学目的：使学生了解和掌握外国民法的基本原理。

第三章　民法的起源

本章重点：本章应着重了解民法的概念及其来源、民法的性质、近代民法的基本原则、近代民法到现代民法的沿革等。

本章讲授课时：2 课时

第一节　民法的含义

一、民法的文化源

1．民法是有文化的，近代民法中有的制度在罗马法中就已经存在而且历经千年而不衰

2．近代民法是市民社会的法

二、公法与私法

1．划分公法和私法的标准问题

2．近代民法是市民社会里规定私人之间相互关系的法，统称私法，与公法相对。民法是私法的主要组成部分

3．公法主要是规定国家与个人之间的关系的法

第二节　近代民法的形成

一、近代民法的形成

近代民法是在私权神圣与意思自治的原则上规定私人之间的相互关系的法律部门。

（一）经济基础

近代民法是市民社会的上层建筑，根植于市民社会的经济基础。

（二）社会基础

（三）技术基础

二、私法关系的特点

（一）私法关系完全由个人意思所决定

（二）国家和法律的任务之是保护个人的意思，而不是干预个人的意思

1．国家只是在个人有所求时才干预私法关系

2．即使国家对民事关系予以干预，也要尊重当事人的意思

三、近代民法的特点

（一）个人本位的法

个人本位是指个人是主体。一切从个人意思为出发点。近代民法中的一切法律关系都是以个人为单位而建立起来的，也就是各种法律关系都建立在个人与个人关系之上。

（二）权利本位的法

权利本位是指一切以权利为出发点。

第三节　近代民法的基本原则

一、人格平等原则

每个人都有完全的权利能力。这个平等表现在各个方面：人们可以平等地享有财产，按照各自的意思参加交换，自由自主地享有权利，承担义务。

二、私权神圣原则

核心为所有权神圣不可侵犯原则。

三、私法自治原则

典型体现就是契约自由。

契约自由包括以下内容：①订立契约的自由。②选择对方当事人的自由。③契约内容自由，即双方权利、义务的内容是自由的。④契约方式自由。

四、自己责任原则

（一）一个人要对自己的行为负责

（二）一个人只对自己行为负责

（三）无行为无责任

（四）有行为无过失也不负责

第四节　近代民法到现代民法的沿革

一、近代社会到现代社会的变化

（一）自由资本主义发展到垄断资本主义，以至国家垄断资本主义

1．自由资本主义时期实行的是自由放任政策，国家尽可能不干预私法关系

2．到了垄断资本主义，社会各方面都要求国家干预

（二）生产发展和科技进步

1．生产发展促使法人等制度得以建立

2．科学技术进步使民法中出现了一些新的现象

（三）各种社会运动也影响民法的发展

妇女运动、人权运动、保护经济上弱者的运动都在影响民法的发展。

（四）民法的国际化趋势

在交通运输、票据、保险等方面出现了诸多国际公约。

二、近代民法演变为现代民法的表现

（一）传统的私法自治原则受到限制

1．对所有权的限制和租赁权的物权化

2．对于契约自由的限制

3．无过失责任制度的确立

（二）家庭法发生变革

各国在家庭法方面逐渐民事化，主要在下列方面出现了变革。

1．在夫妻地位方面

2．在离婚条件方面

3．在父母对子女的亲权方面

4．在非婚生子女方面

（三）人格权问题在民法中日益受到重视

世界各国的人权运动蓬勃发展使得人格权问题在各国日益受到重视。

（四）财产法方面发生变化

现代民法中，物权法和债权法均得以发展。

1．担保物权的作用逐渐提高，种类增多，且越来越复杂

2．用益物权的作用也有变化

3．债权法中合同的种类增多，债权的证券化程度提高

（五）侵权行为法大为发展

1．高度危险责任

2．人格权的侵害问题

3．政府机关的责任问题

三、民事立法的发展趋势

（一）合同法随着科学技术的发展出现了新问题并因此产生了新制度

（二）身份法随着科学技术的发展也出现了新问题并因此产生了新制度

四、民法与其它部门法的关系

（一）商法

1．民商分立

2．民商合一

（二）劳动法

（三）经济法

（四）环境保护法

（五）社会保障法

五、民法面临的新问题

本章思考题

1．公法与私法区分的意义如何？
2．近代民法的基本原则有哪些？
3．简述私权神圣原则。
4．简述民法与其它部门法的关系。
5．简述民商分立与民商合一。
6．近代民法演变为现代民法的主要表现有哪些？

第四章　民事主体

本章教学内容：本章应理解和掌握外国民法中的民事主体制度，为其他部分学习打下好的基础。

本章重点：本章主要介绍作为民事主体的自然人和法人。关于自然人，主要介绍外国民法中自然人的概念、自然人的权利能力和行为能力；关于法人，主要介绍外国法上法人的概念及其发展、关于法人本质的几种学术观点、法人的分类、法人的设立和消灭、法人的权利能力和行为能力等。

本章讲授课时：2 课时

一、人、人格和民事主体

（一）法律上的人
（二）人格的特征和构成要素
（三）民事主体的概念

二、自然人的行为能力

（一）自然人行为能力的类型及相应的行为效力
（二）大陆法上的禁治产人和自治产人制度
（三）英美法上的行为能力人分类及行为效力

三、法人制度

（一）法人的分类
1．大陆法上的分类
2．英美法上的分类
（二）法人的成立
（三）法人的民事权利能力、民事行为能力与民事责任能力
（四）法人的终止

本章思考题

1．理解人格的特征及构成要素。
2．自然人行为能力与行为效力的关系如何？
3．法人的本质是什么？
4．两大法系不同法人分类的原因如何？
5．法人的设立有哪些主要原则？
6．简述两大法系法人成立的条件。
7．法人的民事权利能力、民事行为能力与民事责任能力的关系如何？
8．各国对于法人的终止原因和程序有何不同？

第二编　财产法

教学目的：使学生了解和掌握外国财产法的基本原理。
本编教学内容：本章应理解和体会两大法系财产法的区别。掌握外国财产法中的主要具体制度 。

第五章　财产法概述

本章教学内容：本章应掌握财产和财产权的概念，理解和体会两大法系财产法的主要区别。
本章重点：本章主要介绍动产与不动产的分类及意义。
本章讲授课时：1 课时。

一、财产法的含义

（一）财产法的范畴
（二）财产法的发展

二、财产的概念

（一）财产的含义及类型
（二）大陆法系物的概念和分类
（三）动产与不动产的分类及意义

三、财产权的概念及意义

（一）大陆法系的物权制度与债权制度
1．物权的意义及特征
2．物权的类型
3．物权法的基本原则
4．物权与债权的关系
5．引起债发生的原因
（二）英国财产权制度
（三）美国财产权制度

本章思考题

1．什么是财产法？两大法系财产法的主要区别有哪些？
2．如何理解“财产”？
3．动产和不动产的区分标准和划分意义如何？
4．大陆法系物权法上的基本原则有哪些？

第六章　所有权制度

本章教学内容：本章应掌握所有权的含义、取得方式，理解和体会共有制度。
本章重点：本章主要思考所有权的各种取得方式。
本章讲授课时：2 课时。

一、所有权制度概述

（一）所有权的含义
（二）所有权的类型

二、动产所有权的取得

（一）原始取得方式
1．先占
2．善意取得
3．添附
4．埋藏物发现
5．时效取得
（二）继受取得方式

三、不动产所有权的取得

四、共有

（一）共有的含义
（二）共有的类型
1．分别共有（按份共有）
2．共同共有
3．总有
4．互有
5．建筑物区分所有

本章思考题

1．动产所有权取得的方式有哪些？
2．不动产所有权的取得与登记的效力关系如何？
3．善意取得的构成要件如何？
4．时效取得应具备哪些要件？
5．共有的类型有哪些？

第七章　用益物权制度

本章教学内容：本章应掌握用益物权的含义、类型，理解和体会用益物权类型的消长。
本章重点：本章主要体会用益物权的消长。
本章讲授课时：1 课时。

一、用益物权的含义

用益物权是以使用他人所有的土地获得收益为内容的限制物权。

二、用益物权的类型

（一）用益权
1．用益权的含义
2．用益权的特点
（二）地上权
1．地上权的含义
2．地上权的特点
（三）地役权
1．地役权的含义
2．地役权的特点
（四）典权
1．典权的含义
2．典权的特点

本章思考题

1．用益物权的类型有哪些？
2．如何理解用益物权类型的消长？

第八章　担保制度

本章教学内容：本章应掌握担保物权的含义、类型，理解和体会担保物权人利益冲突的解决原则。

本章重点：本章主要体会担保物权人利益冲突的解决原则。

本章讲授课时：4 课时。

一、担保的含义及特征

（一）大陆法上的担保制度

（二）英美法上的担保制度

二、担保的类型

（一）担保的分类

担保的种类各国不尽相同。

（二）主要的担保种类

1．抵押权

2．质押权

3．留置权

4．优先权（先取特权）

5．保证

6．定金

7．其它

三、担保权人利益冲突的解决

本章思考题

1．担保可以如何分类？

2．两大法系的担保类型有哪些？各种担保方式的优劣如何？

3．如何理解担保权人利益冲突的解决原则？

第九章　占有制度

本章教学内容：本章应掌握占有的含义、类型、性质构成要件、效力和准占有，理解和体会占有制度的法律地位，了解准占有的概念。

本章重点：本章应主要体会占有制度的法律地位。

本章讲授课时：1 课时。

一、占有的含义及性质

（一）大陆法上的占有制度

（二）英美法上的占有制度

二、占有的类型

三、占有的构成要件

四、占有的效力

五、准占有

本章思考题

1．占有的性质如何？

2．占有的构成要件有哪些？

3．如何理解占有制度的法律地位？

第三编　合同法

教学目的：让学生了解和掌握外国合同法的基本原理和基本制度及与我国合同法原理和制度的异同。

第十章　合同法概述

本章教学内容：主要阐述合同的概念及类型、合同法在两大法系国家法律中的地位、近现代合同法的基本原则及类型、合同法的发展趋势。

本章重点：本章应主要体会两大法系合同法的法律地位以及合同法的发展趋势。

本编讲授课时：2 课时

一、合同法的含义

（一）近现代合同法的内涵和外延
（二）近现代合同法的形成与发展
（三）近现代各国或者地区合同法的编制

二、合同法在两大法系国家法律中的地位

（一）大陆法系国家
（二）英美法系国家

三、近现代合同法的基本原则

四、近现代合同法上的合同类型

五、合同法的发展趋势

本章思考题

1．大陆法和英美法关于合同有哪些不同分类？
2．两大法系合同法的基本原则有哪些？
3．简述合同法的发展趋势。
4．合同法在两大法系国家法律中的地位如何？

第十一章　合同的成立

本章教学内容：主要阐述合同的成立与生效、要约与承诺、合同法的对价理论。
本章重点：本章应主要体会要约和承诺的构成要件。
本编讲授课时：2 课时

一、合同的成立与生效

（一）合同的成立条件
（二）合同的生效条件

二、要约与承诺

两大法系对于要约和承诺的规定只是在细微之处有不同。
（一）要约
英美法系国家多认为要约原则上无拘束力，而大陆法系国家多规定要约原则上有拘束力。
（二）承诺
英美法系国家对于承诺生效多采发信主义，而大陆法系国家多认为采到达主义。

三、对价理论

本章思考题

1．大陆法和英美法关于合同的成立有哪些不同规定？
2．两大法系对于要约和承诺的效力有何不同规定？
3．如何理解对价理论？

第十二章　合同的条款

本章教学内容：主要阐述合同条款的意义和方式、合同的明示条款和默示条款、合同条款的解释规则、格式条款合同问题以及合同条款规则的发展及其影响。

本章重点：本章应主要体会合同条款规则的发展及其影响。

本编讲授课时：2 课时

一、合同条款的意义及方式

（一）合同条款的意义

（二）合同的方式

二、合同的条款

（一）明示条款

（二）默示条款

三、合同条款的解释

英美法系国家多强调“合同条款表达出来的意思”，比较注重合同中的文句，而大陆法系国家多着重于探求当事人的真意。

四、关于格式条款合同

五、合同条款规则的发展及影响

本章思考题

1．两大法系对于合同的条款有何不同规定？

2．合同条款有哪些不同的解释规则？

3．格式条款合同的效力规则如何？

4．如何看待合同条款规则的发展及影响？

第十三章　合同的效力

本章教学内容：主要阐述合同有碍合同效力的因素、合同对于第三人的效力、合同的移转以及合同的解除。

本章重点：本章应主要体会合同对于第三人的效力。

本编讲授课时：2 课时

一、有碍合同效力的因素

（一）不正当陈述
（二）胁迫
（三）不正当影响

二、合同对于第三人的效力

三、合同的移转

四、合同的解除

（一）协议解除
（二）法定解除
（三）禁止解除的情况

本章思考题

1．两大法系对于合同的效力有何不同规定？
2．合同对第三人的效力表现如何？
3．合同移转的规则有哪些？
4．合同解除的条件有哪些？

第十四章　违约与救济

本章教学内容：主要阐述违约的含义及形式、违约救济的方式。
本章重点：本章应主要体会并学会运用违约救济的方式。
本编讲授课时：2 课时

一、违约

（一）违约的含义
违约在两大法系各有不同的说法，但实质都是一样的。
（二）违约的形式
1．先期违约
2．实际违约

二、违约救济的方式

两大法系对于违约救济的侧重点有不同。大陆法系国家更重视实际履行；而英美法系国家更注重损害赔偿。

1．赔偿的原则
2．处罚性违约金
3．发布强制执行令状

本章思考题
1．两大法系对于违约的形式有哪些不同规定？
2．两大法系关于违约的救济有哪些不同？

第十五章　各种合同

本章教学内容：主要阐述两大法系对于各种合同的立法例以及关于各种合同的具体规定。
本章重点：本章应主要掌握关于各种合同的具体规定。
本编讲授课时：2 课时

一、两大法系对于各种合同的立法例

二、大陆法系国家的各种合同

三、英美法系国家的各种合同

本章思考题

1．两大法系对于各种合同的立法例有何不同？
2．两大法系国家或者地区对于各种合同的具体规定有哪些差异？

第四编　侵权行为法

教学目的：让学生了解和掌握外国侵权行为法的基本原理和基本制度。

第十六章　侵权行为法的发展

本章教学内容：主要从历史发展的角度，追溯侵权行为概念的演变和侵权行为法的发展。
本章重点：本章应主要体会侵权行为法的发展变化。
本章讲授课时：1 课时

一、侵权行为法的含义

二、两大法系侵权行为法的产生

三、两大法系侵权行为法的发展趋势

本章思考题

1．试述两大法系侵权行为法的产生。
2．两大法系侵权行为法的发展趋势如何？

第十七章　侵权行为法的归责原则

本章教学内容：主要讨论侵权行为法从固守过错责任制到实行无过错责任的变化过程，并分析无过错责任出现的法理基础。

本章重点：本章应主要体会侵权行为法归责原则的发展变化。

本章讲授课时：1 课时

一、归责原则的含义

二、两大法系侵权行为法归责原则的差异

（一）两大法系侵权行为法的归责原则

（二）各国或者地区关于无过错责任原则的具体适用

三、侵权行为法归责原则的发展趋势

本章思考题

1．简述归责原则的含义。

2．两大法系关于侵权行为归责原则的规范各有什么特点？

3．侵权行为法归责原则的发展趋势如何？

第十八章　侵权行为的构成要件

本章教学内容：主要具体分析一般侵权行为的构成要件以及抗辩事由。
本章重点：本章应主要掌握侵权行为的构成要件。
本章讲授课时：1 课时

一、一般侵权行为的构成要件

二、两大法系对于侵权行为构成的抗辩事由

本章思考题

1．简述一般侵权行为的构成。
2．两大法系对于侵权行为构成的抗辩事由的规定有何差异？

第五编　亲属法与继承法

教学目的：让学生了解和掌握外国亲属法和继承法的基本知识，并注意比较与我国相关制度的异同。

第十九章　亲属法概述

本章教学内容：本章阐述亲属法的性质和特点、两大法系亲属法的编制和内容、亲属的意义和范围。

本章重点：本章应主要体会两大法系亲属法的编制和内容的不同。

本章讲授课时：1 课时

一、亲属法的性质与特点

（一）亲属法的性质

民法有财产法与身份法两部分组成，身份法一般又分为亲属法与继承法。亲属法规定具有一定身份关系的人相互间的因身份关系而发生的权利义务关系。由此，亲属法是民法的一部分，属于私法。不过，亲属法中也有不少公法性质的规定，有关于实体方面（权利义务关系）的，如判决离婚、判决撤销婚姻关系；也有关于程序方面的，如婚姻登记。

（二）亲属法的发展

（三）亲属法的特点

1．亲属关系在任何社会中都只有一部分由法律规定，其它则由习俗、道德、宗教（在中国是礼教）等予以约束。

2．亲属间的关系多与道德、公共秩序和社会福利有关，故亲属法中的规定大多属强行性规定。

3．亲属关系中有些纯属身份关系的行为是不能强制执行的。

4．因当事人的行为而发生的亲属间的关系常常不局限于特定人间发生，其往往涉及当事人本人之外的人（如子女），所以不能如财产法上的行为一样，仅以当事人间行为的性质而被确认无效或被撤销，因而民法总则中关于法律行为的规定不能完全适用于亲属法中的行为。

亲属法中的法律行为既有身份上的合同行为，如离婚协议、收养协议等；也有单方法律行为，如认领等；还有身份法兼财产法上的合同行为，如夫妻财产制协议。

二、两大法系亲属法的编制和内容

（一）亲属法的编制

在有民法的国家，亲属法为民法典的一部分。

在没有民法典的国家，均有单行法。比如，英国的亲属法基本上由一些制定法组成，没有完整的亲属法（典）。

此外，不少国家除具有属私法性质的亲属法外，还有许多属于公法性质的规定亲属关系和家庭问题的法规。如日本的《儿童福利法》等。这些法规也与民法中的亲属法有一定的联系。

（二）亲属法的内容

亲属法的内容各国或者地区的规定不尽一致。

1．亲属法主要规范夫妻关系、亲子关系、亲子以外的家庭关系、以及家庭以外的亲属间的关系。各国或者地区对这四种关系范围的大小规定不同。

2．亲属法主要对上述四种关系的发生、变更与消灭；因上述四种关系而发生的身份上的权利义务关系；因上述关系而发生的财产上的权利义务关系予以调整。

三、亲属的意义和范围

民法上亲属的范围不能由个人意思决定。亲属有广狭两义。

（一）广义的亲属

广义的亲属指配偶、一定范围的血亲与姻亲。

对于血亲与姻亲的范围，现代各国多不规定抽象的范围，而只是在各种具体问题上加以规定。

（二）狭义的亲属

狭义的亲属包括血亲和姻亲，不包括配偶。

1．血亲

血亲是指因血统关系而结成的亲属和法律视之为血亲的亲属。包括自然血亲与法定血亲或拟制血亲。

2．姻亲

姻亲是指因婚姻关系而结成的亲属。对于姻亲的范围，各国规定不尽相同，一般西方国家范围较狭，东方国家范围较广。西方国家与日本现行民法限于配偶制血亲（反过来亦即血亲之配偶）。

（三）亲属关系发生的原因及分类

1．亲属关系发生的原因主要有出生、婚姻、收养等。

2．亲属可以分为直系和旁系亲属、父系和母系亲属、尊亲属和卑亲属等。

计算亲属关系的方法，现代各国或者地区多以罗马计算法而定亲等（一世为一代即一等）。

本章思考题

1．亲属法的性质和特点如何？

2．两大法系亲属法的编制和内容有何不同？

3．亲属的含义及范围如何？

第二十章　婚姻

本章教学内容：本章阐述婚姻的含义、结婚的实质要件和结婚的形式要件、离婚的方式和条件、夫妻财产制、亲子关系以及关于亲属间的扶养问题。

本章重点：本章应主要体会两大法系亲属法的编制和内容的不同。

本章讲授课时：1 课时

一、婚姻的含义

依婚姻成立的形式，可以将婚姻分为事实婚姻（不要式婚）和要式婚。

要式婚又可分为仪式婚与法定形式婚。

婚姻观以及夫妻关系。创设婚姻关系的行为是结婚。结婚为一男一女以终生共同生活为目的的一种合意。性质上是身份法上的合同。

二、结婚

（一）结婚的实质要件

结婚的实质条件与方式，随社会进步而由繁到简，且各国规定不尽相同。

婚龄、非重婚、非属禁婚的近亲范围的、女方已过待婚姻、得到法定的同意。

（二）结婚的形式要件

仪式或登记。

三、离婚

（一）离婚的方式

离婚的方式各国规定也不尽相同。主要方式有完全协议离婚、有限制的协议离婚以及裁判离婚。

（二）离婚的条件

四、夫妻财产制

（一）夫妻财产制应解决的问题

（二）各国的夫妻财产制

各国的夫妻财产制极为复杂。主要有统一财产制、共同财产制和分别财产制。

1．统一财产制

统一财产制下一切财产统一归夫所有、有夫管理、债务有夫负担，离婚后妻只能请求返还价额。

2．共同财产制

共同财产制下双方财产中的某些财产分属各人，某些财产组成共有财产，共有财产有夫或由双方管理、处分，离婚后分割。

3．分别财产制

分别财产制下一切财产分开，双方互负扶养义务，并均负共同生活费。

五、亲子关系

（一）亲子关系的含义

现代各国法上的亲子关系限于父母与未成年子女之间的关系。

亲子关系包括身份关系与财产关系。

（二）亲子关系中的财产关系

未成年子女除依法有特有财产外，无独立财产。

（三）亲子关系中的身份关系

在身份关系方面，父母对未成年子女一般有保护教养的权利与义务、各种同意权与代理权、惩戒权。

（四）关于非婚生子女问题

1．非婚生子女的地位基本上与婚生子女同等

2．非婚生子女与其母亲当然有一切法定的亲子关系，未与其母结婚的非婚生子女的父亲（指未与母结婚的）也依法负有各种义务（主要为对非婚生子女的扶养义务）。

（五）关于收养

各国对于收养制度的规定一般极为复杂，且各国的收养制度有很大差别。

六、关于亲属间的扶养

亲属间的扶养关系有两种。

（一）为生活维持义务

此种扶养为自己生活的一部分，不取决于有无抚养能力。如夫妻相互间、父母对未成年子女。

（二）为生活扶助义务

只有在被扶养人生活有困难而又不影响扶养人的生活时这种抚养义务才存在。

如兄弟姐妹相互间。

有的国家对此分别规定，有的国家则未加严格区分。

本章思考题

1．婚姻的特征有哪些？

2．各国或者地区法上规定的结婚的实质要件和形式要件有哪些？

3．试述各国或者地区法上规定的离婚的条件和方式。

4．试述夫妻关系。

5．试述夫妻财产制。

6．试述亲子关系。

7．试述各国或者地区法上所规定的收养关系成立的条件。

第二十一章　继承法

本章教学内容：本章主要阐述继承法概述、遗嘱继承、法定继承、后位继承、补充继承等。
本章重点：本章应主要掌握法定继承人范围的确定、遗嘱的有效条件和效力等。
本章讲授课时：2 课时

第一节　继承法概述

一、继承的含义及性质

（一）继承的含义
1．狭义的继承
继承是在法律所规定的有一定身份关系的人间，一方死亡，他方承受其财产的制度。
2．广义的继承
广义的继承还包括财产所有人死亡后，由其所指定的人继承其财产的制度。
3．近代法中的继承
近代法中的继承限于财产继承（遗产继承）。至于身份继承（爵位继承、户主继承）、宗教继承，近代法中都已不存在。少数国家里的皇（王）为继承非民法中的问题。

二、继承法的性质与特点

（一）继承法的性质
继承法规定在一定身份关系的人之间因死亡而引起的财产移转关系。
继承制度与社会经济制度、家庭制度、道德习俗息息相关，所以各国情形千差万别。
1．大陆法系国家的继承法
在大陆法国家，继承法是民法的一部分，属于私法，但其中有不少公法性质的规定，有关于实体方面（权利义务关系）的，也有关于程序方面的。
2．英国的继承法
英国的继承问题一般分别规定于一些单行法中。
3．美国的继承法
美国的继承问题则由各州法律规定。
（二）继承法的发展

三、两大法系继承法的内容

近代以来，各国或者地区继承法中关于继承的规定，从总的方面看，分为两大类：
（一）法定继承主义
法律对继承制度的各方面（继承人的范围、继承顺序、继承人的责任等）均作出规定，不能由被继承人自行改变。
（二）任意继承主义
法律允许被继承人自行处分遗产，即允许被继承人按法定方式自行决定其继承人与继承份额的。
现在绝大多数国家都一方面规定了法定继承，同时又承认遗嘱继承，不过多对遗嘱继承加以一

定的限制。遗嘱继承和法定继承的关系一般为：首先以被继承人的遗嘱办理，无遗嘱时依法定继承办理。

此外，有的国家对超过一定限额的遗产征收遗产税，这实际上也是对继承的一种限制。

第二节　法定继承

一、法定继承的含义

二、法定继承人的范围和继承顺序

继承人的范围各国或者地区的立法不尽相同。但现代民法的趋势是逐渐缩小继承人的范围。各种法定继承人间有一定顺序：凡有顺序在前的继承人时，顺序在后的继承人就不能继承。

（一）大陆法

（二）英美法

（三）关于配偶的继承

配偶的继承在各国或者地区历史上情况极为复杂。大体上有以下几种情况：

1．无继承权，只有受扶养或在遗产上有用益权

2．在一定情形（如无血亲时）下有继承权

3．日本旧民法列配偶为第二顺序继承人（第一顺序继承人为直系卑亲属）

4．现在各国或者地区大都不将配偶列入一定顺序，而使其可以与各顺序继承人共同继承。

（四）关于代位继承

1．代位继承的含义

2．两大法系关于代位继承的规则

（五）关于应继份

应继份是指各继承人就遗产所应有的继承份额。在实行法定继承制度的国家或者地区，都对各继承人的应继份有所规定。一般而言，同一顺序的继承人间实行平均继承。

三、关于特留份

（一）特留份的含义

特留份是法律规定在遗产中应为各法定继承人保留、不得以遗嘱处分之一部分。特留份为法定继承人的不可侵犯的部分，非继承人（包括丧失继承权的人与抛弃继承权的人）不得享有。

规定特留份的方法有两种：一为就全部遗产规定一定比例，如日本民法。一为就各继承人的应继份规定一定的比例，例如联邦德国与旧中国。

（二）两大法系关于特留份的规定

1．大陆法

特留份是大陆法中的制度。

2．英美法

英国法没有确立这种制度，但有类似的规定。美国许多州也规定有对未亡配偶保留一定遗产的制度。

四、继承的承认、限定承认和抛弃

（一）继承的承认

法定继承人对于继承是否当然接受，近代各国或者法律多予继承人以选择权。

承认即继承人表示完全继承遗产（也承受债务）。

（二）继承的限定承认

限定承认为继承人表示只以继承得来的积极财产为限偿还被继承人债务。英美法背景下不发生限定继承问题。

（三）继承的抛弃

抛弃为继承人表示完全抛弃继承权。

五、遗产分割的准则

各国或者地区继承法规范大多规定有遗产分割的一些准则。

（一）英美法

在英美法，被继承人死亡后，遗产应先有遗嘱执行人或遗产管理人清算后，再交与各继承人，既无遗产分割问题。

（二）大陆法

大陆法实行当然继承主义，遗产于继承开始时即转归全体继承人共有，或为公同共有，或为分别共有，并准许各共有人随时请求分割，各继承人的分割请求权为形成权，不因时效而消灭。

第三节　遗嘱继承

一、遗嘱继承的含义

（一）遗嘱的含义及类型

1．含义

遗嘱是在遗嘱人死后发生效力的一种法律行为（死因行为）。遗嘱的内容并不以处分遗产为限，还包括一些其他的法律行为（如指定继承人、对非婚生子女的认领、收养、指定遗嘱执行人等）或事实行为（如对家事的安排、对后人的指示等）。不过在继承法上对遗嘱主要研究其中处分遗产的部分。

遗嘱为单方行为，为要式行为，在生效前可由遗嘱人撤回。

遗嘱对于遗产所为的处分，不得违反关于特留份的规定。

2．类型

各国或者地区规定的遗嘱种类不同，一般有自书遗嘱、公证遗嘱、口述遗嘱以及各种特殊的遗嘱（如危急时的遗嘱、军中的遗嘱等）。

（二）遗嘱继承与法定继承

近代民法许可被继承人以遗嘱处分其财产，而且在有遗嘱时，先按遗嘱办理。只有在无遗嘱时才按法定继承办理。这是私法自治原则中所有权绝对的原则的延伸。

（三）遗嘱继承与遗赠、死因赠与

1．遗嘱继承与遗赠

遗嘱中对遗产的处分，如果将遗产仍在法定继承人间分配，通常称为遗嘱继承，如果将遗产给予不属于法定继承人的其他人，通常称为遗赠。这在大陆法有较大区别，在英美法则区别不大。

2．遗赠与赠与

遗赠与赠与相似，但遗嘱是死因行为（死后处分行为，即遗赠人死亡时才生效的处分行为），赠与是生前行为（在赠与人生前即生效）。前者是单方行为，后者是合同行为。

3．死因赠与

死因赠与是赠与合同的一种。赠与人生前与受赠人订立合同，但于赠与人死亡时才生效。死因赠与是合同，与遗赠不同。但德、日、瑞民法均规定关于死因赠与的效力准用关于遗赠的规定。

二、遗嘱能力

三、共同遗嘱

（一）共同遗嘱的适用条件和立法例

（二）共同遗嘱的特征

四、遗嘱执行人

遗嘱在立遗嘱人死亡时才生效。所以必须有人去执行遗嘱。遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，也可委托他人指定，否则可由法院指定。

遗嘱执行人的职务，各国或者地区继承法均有规定。

第四节　后位继承和补充继承

一、后位继承的立法例

二、补充继承的立法例

本章思考题

1．继承法的性质和特点如何？
2．两大法系继承法的编制和内容有何不同？
3．试述法定继承和遗嘱继承的关系。
4．试述各国法上规定的代位继承。
5．试述配偶的继承。
6．试述特留份制度。
7．试述共同遗嘱的适用条件和立法例。
8．试述后位继承的立法例。
9．试述补充继承的立法例。
10．试述两大法系关于遗产分割的准则。

附 1：推荐主要教材

1．谢怀栻著：《外国民商法精要》，法律出版社 2002 年版，2006 年印刷。
2．林嘉主编：《外国民商法》，中国人民大学出版社 2006 年第 2 版。
3．何勤华，李秀清主编：《外国民商法导论》，复旦大学出版社 2005 年第 2 版。
4．梁建达编著：《外国民商法原理》，汕头大学出版社 1996 年第 1 版。
5.【德】罗伯特．霍恩：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1996 年版。
6．各国和地区民法典
7．各国和地区司法判例

附 2：教学课时分配表

序号	课程内容	课时	备注
第 1 章	外国民法专题概述	1	布置作业 1 次
第 2 章	各主要国家民法概述	1	
第 3 章	民法的起源	2	
第 4 章	民事主体	2	布置作业 1 次
第 5 章	财产法概述	1	布置作业 1 次 布置作业 1 次 布置作业 1 次
第 6 章	所有权制度	2	
第 7 章	用益物权制度	1	
第 8 章	担保制度	4	布置作业 1 次
第 9 章	占有制度	1	布置作业 1 次
第 10 章	合同法概述	2	布置作业 1 次
第 11 章	合同的成立	2	
第 12 章	合同的条款	2	布置作业 1 次 布置作业 1 次
第 13 章	合同的效力	2	
第 14 章	违约和救济	2	布置作业 1 次 布置作业 1 次
第 15 章	各种合同	2	
第 16 章	侵权行为法的发展	1	布置作业 1 次
第 17 章	侵权行为法的归责原则	1	
第 18 章	侵权行为的构成要件	1	
第 19 章	亲属法概述	1	布置作业 1 次
第 20 章	婚姻	1	
第 21 章	继承	2	
结课	考试	2	
说明	本课程讲授内容可以根据选修学生的实际情况进行调整，可以讲解全部专题，也可以选择部分专题进行讲解，因此可以相应对课时予以调整。		

《房地产法》教学大纲

赵红梅　薛克鹏　编写

目　录

前言……839
第一章　导　论……840
第一节　房地产……840
一、概念……840
二、土地与房屋的基本关系……840
三、特征……840
四、分类……841
第二节　房地产法……841
一、概述……841
二、外国房地产法的历史沿革……841
三、中国大陆房地产立法现状……842
复习与思考题……842
拓展阅读书目……842
第二章　国（境）外土地制度……843
第一节　国（境）外土地所有制……843
一、土地所有制形式……843
二、各国（地区）土地所有制概况……843
第二节　国（境）外土地权利的设置……844
一、大陆法系土地权利的设置……844
二、英美法系的土地权利设置……844
三、土地权利在立体空间上的分离……845
第三节　国（境）外国家对私人土地权利的限制……846
一、国家对私人土地权利的限制……846
二、国家土地征收……846
复习与思考题……847
拓展阅读书目……847
第三章　中国大陆土地制度……848
第一节　土地所有权制度……848
一、概述……848
二、国家土地所有权……848
第二节　国有土地使用权制度……849
一、概述……849
二、出让土地使用权……850
三、划拨土地使用权……850
第三节　集体土地使用权制度……851
一、概述……851
二、宅基地使用权……851
三、非农经营用地使用权……852
第四节　建设用地管理制度……852
一、国家建设征收集体土地制度……852

二、乡（镇）村建设用地……853
复习与思考题……853
拓展阅读书目……853
第四章　房地产开发制度……854
第一节　概　述……854
一、概念与特征……854
二、房地产开发的程序与主要法律制度……854
第二节　房地产开发企业制度……854
一、概念和分类……854
二、房地产开发企业的资质管理……855
三、房地产开发企业的设立管理……855
四、房地产开发企业的资金管理……855
五、开发期限……856
第三节　房地产开发规划管理制度……856
一、概述……856
二、城市规划对房地产开发的规制……856
第四节　房地产开发建设施工管理制度……856
一、概述……856
二、开发商的义务与责任……857
三、其他主体的义务与责任……857
复习与思考题……858
拓展阅读书目……858
第五章　房地产交易制度……859
第一节　概　述……859
一、概念、特征与分类……859
二、房地产交易的一般规则……859
第二节　房地产转让制度……860
一、概念和方式……860
二、条件……860
三、程序……860
四、商品房预售制度……861
第三节　房地产担保制度……862
一、概念和方式……862
二、房地产抵押制度……862
三、商品房按揭制度……863
复习与思考题……863
拓展阅读书目……864
第六章　房地产权属登记制度……865
第一节　概　述……865
一、房地产权属登记制度概述……865
二、房地产权属登记的功能……865
三、房地产权属登记效力的模式……865
四、房地产产籍管理……866

第二节　土地权属登记制度.....866
一、概述.....866
二、土地登记机关.....866
三、土地权属登记程序.....866
第三节　房屋权属登记制度.....866
一、概述.....866
二、房产权属登记机关.....867
三、房产权属登记程序.....867
四、涉外房产权属登记.....867
复习与思考题.....867
拓展阅读书目.....867
第七章　物业管理法律制度.....868
第一节　物业管理概述.....868
一、物业与物业管理.....868
二、物业管理的兴起和沿革.....868
三、物业管理的模式和内容.....869
四、物业管理的法律性质和特征.....869
第二节　业主、业主大会、业主委员会和业主公约.....870
一、业主.....870
二、业主大会.....870
三、业主委员会.....871
四、业主公约.....871
第三节　物业管理企业和物业管理业务.....871
一、物业管理企业.....871
二、物业管理业务.....871
第四节　物业服务合同.....872
一、概念.....872
二、特征.....872
三、内容.....872
第五节　物业管理中的法律责任.....872
一、房地产开发商的法律责任.....872
二、物业管理企业的法律责任.....873
三、业主的法律责任.....873
复习与思考题.....874
拓展阅读书目.....874

前　言

课程简介：房地产（又称为“不动产”）是民法上的一项重要财产，民法学的不动产物权理论与合同理论是房地产法的基础性理论之一。同时，房地产具有特殊属性（关乎国民经济的全局等社会整体利益），国家对该领域的干预、调控色彩浓重。在这一领域，私人的财产自治受到很大抑制，反映在法律领域，由专门立法确立了许多新制度（为私人财产者设定义务），且优先于普通民法适用。这些专门立法具有经济法的属性，经济法学的国家干预、调控理论是房地产法的主要理论基础。在我国，由于土地全部为公共所有，且处于市场经济初期，国家对房地产开发、交易的限制非常多，专门立法确立的制度在社会生活中发挥着更为重要的作用。

本课程将民法相关制度与房地产专门立法确立的制度加以融合（但侧重于房地产专门立法确立的制度），并加以学理化。通过本门课程的学习，同学们可以实现法学理论与房地产专业知识的融合，并增强以法学理论解决实践问题的能力。这是一门理论和实务兼顾的法学课程。

课程名称：房地产法
课程编号：402050022
英文名称：Real Estate Law
先修课程：民法总论、经济法总论、物权法、合同法
授课对象：本科生
开课单位：民商经济法学院经济法研究所
教师姓名：符启林、赵红梅、薛克朋等
周课时：2 课时
总课时：32 课时
学　分：2
课程体系：
第一章 导论
第二章　国（境）外土地制度
第三章　中国大陆土地制度
第四章　房地产开发制度
第五章　房地产交易制度
第六章　房地产登记制度
物业管理制度
参考教材：待定

第一章　导　论

教学目的和要求：全面了解与掌握房地产的概念、别称，土地与房屋的基本关系，房地产的特征、分类；认知房地产法的概念与地位，了解与认知外国房地产法的历史沿革并观察其发展的趋势，了解中国大陆房地产立法的现状。本章为学习房地产法的基础性知识。

教学重点和难点：教学重点是土地与房屋的基本关系，房地产的特征、分类及其意义，中国大陆房地产立法现状。教学难点是国外房地产法的历史沿革，中国大陆《土地管理法》、《城市房地产管理法》与《物权法》之间的关系。

教学时数：3 课时

第一节　房地产

一、概念

“房地产”一词有狭义和广义两种解释。狭义的房地产是指房屋、屋基地以及附属土地。所谓附属土地是指房屋的院落占地、楼间空地、道路占地等空间上与房屋和屋基地紧密结合的土地。广义的房地产是指全部土地和房屋及固着于土地和房屋上不可分离的部分。本大纲是从广义上来使用“房地产”一词的。

房地产既是一种客观存在的物质形态，也是一项法律上的财产，应从两个方面理解其概念。

（一）作为物质存在形态的房地产

作为物质存在形态的房地产是指土地、房屋及固着于土地、房屋上不可分离的部分。固着于土地、房屋上不可分离的部分，如水、暖、电、卫生、通风、电梯、树木等设施和物质，往往可以看作是土地或房屋的构成部分，因此，房地产实质上包括土地和房屋两大部分。

（二）法律意义上的房地产

法律意义上的房地产是指以土地和房屋作为物质存在形态的财产。它在本质上是一种财产。具体来说，这种财产是指寓含于房地产实体中的各种经济利益以及由此而形成的各种权利，如所有权、使用权、地上权、地役权、租赁权、抵押权等等。

不动产、地产、物业是房地产的别称。

二、土地与房屋的基本关系

（一）房地不可分割

（二）土地为主、房屋为辅

三、特征

（一）固定性

这一特征决定了，在法律上房地产转让的实质是权利主体的更迭，而不是权利客体的转移。因此，房地产转让须办理产权过户登记手续。

（二）永久性

正是由于具有这一特征，法律才规定房地产的所有权和使用权可以分离，在一项房地产上可同时设定不同的权益。

（三）个别性

这一特征决定了，在法律上房地产交易的客体具有特定性、不可替代性，房地产交易价格应进

行具体评估。

四、分类

（一）对土地一般按以下方法分类

1．按开发利用的程度，可分为过生地、生地、熟地和过熟地。

2．按是否具有建筑功能用途，可分为非建筑用地和建筑用地。

3．按是否与城市经济紧密相连可分为农村土地和城市土地。

4．按所有制的不同，可分为国有土地、公有土地和私有土地。

（二）对房屋一般按以下方法分类

1．按建筑结构的不同，可分为钢结构房屋、钢筋混凝土结构房屋、砖混结构房屋、砖木结构房屋和其他结构房屋五类。

2．按功能用途的不同，可分为住宅；工业厂房和仓库、商场和商业店铺用房、办公用房、宾馆饭店、文体娱乐设施、政府和公用设施用房和多功能建筑。

3．按是否新建，可分为新建房屋（新房）和存量房屋（旧房）。

4．按是否已建成，可分为待建房产、在建房产和建成房产。在房地产交易中，待建房产和在建房产称“期房”或俗称“楼花”，建成房产称“现房”。

5．按调节机制与供应对象的不同，可将住房分为商品房、经济适用房和廉租房。

第二节　房地产法

一、概述

（一）概念

房地产法是指调整在房地产开发、交易、服务、管理过程中产生的社会关系及其他与房地产相关的社会关系的法律规范的总称。

（二）地位

房地产法不是独立的法律部门，也不是隶属于某一法律部门的亚法律部门，而是跨民法、经济法和行政法诸法律部门的立法体系和法律学科体系。因为房地产本身具有一些特殊性，因此与此相关的社会关系及调整这些社会关系的法律规范也具有一些特殊性，因而立法者和学者将这些法律规范组合在一起，形成体系，以便于立法和研究。这种现象在现代社会已十分普遍。

按大陆法系将法律划分为公法和私法的理论，房地产更倾向于公法一边。在当今资本主义国家，地产权可以说是整个财产权中最弱的一种。

二、外国房地产法的历史沿革

（一）外国近代（ 17、18 世纪至 19 世纪末）

自由资本主义时期，重视对私人财产权利包括私人不动产权利的保护：在空间上扩大了土地所有人的权利范围，从内容上增加了土地权利的种类。

（二）外国现代（19 世纪末至 1945 年）

国家加强了对不动产领域的调控和干预，土地所有权呈社会化趋势。新建立的土地制度，限制了土地上多种财产权益的行使，使之更适应现代资本主义的发展。

（三）外国当代（1945 年至今——）

各国纷纷颁布了大量有关房地产的法律，主要包括土地法、开发（建设）法、住宅法、规划法和房地产交易法等。当代世界各国制订的房地产法，从性质上说，大部分都属于公法或经济法，这

些法律与近现代颁布的资产阶级民商在一起，共同调整着房地产社会关系这一庞大的领域。

三、中国大陆房地产立法现状

（一）全国人大常委会审议并通过的法律

1986 年《中华人民共和国土地管理法》（简称“《土地管理法》”，1988 年、1998 年、2004 年三次修订）

1994 年《中华人民共和国城市房地产管理法》（简称“《城市房地产管理法》”）

（二）全国人大常委会审议并通过的相关法律

1987 年《中华人民共和国城市规划法》（简称“《城市规划法》”）

1997 年《中华人民共和国建筑法》（以下简称“《建筑法》”）

1998 年《中华人民共和国招标投标法》

（三）国务院颁布的行政法规

1983 年《城市私有房屋管理条例》

1990 年《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

1990 年《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》

1991 年《城市房屋拆迁管理条例》（2001 年修订）

1999 年《住房公积金管理条例》（2001 年修订）

1998 年《城市房地产开发经营管理条例》。

1999 年《中华人民共和国土地管理法实施条例》（2004 年修订）

2000 年《建设工程质量管理条例》

2000 年《建设工程勘察设计管理条例》

2003 年《物业管理条例》

复习与思考题

1．应如何正确使用房地产的别称？

2．认识土地与房屋的基本关系有哪些理论与实践意义？

3．认识房地产的特征有哪些法律意义？

4．认识房地产的分类有哪些理论与实践意义？

5．从外国房地产法的历史沿革可以看出房地产法发展的趋势是什么？

6．中国大陆《土地管理法》经过了几次修订？每次修订的背景各是什么？

7．你如何理解中国大陆《土地管理法》、《城市房地产管理法》与《物权法》之间的关系？

拓展阅读书目

1．何培华主编：《房地产法》，法律出版社 2003 年版

2．高富平等：《房地产法新论》，中国法制出版社 2002 年版

3．李延荣等：《房地产法》，中国人民大学出版社 2000 年版

第二章　国（境）外土地制度

教学目的和要求：了解国（境）外各种土地所有制形式的特征和产生的背景根源；了解与理解国（境）外大陆法系、英美法系土地权利的设置类别及土地权利在立体空间上的分离；了解与理解国家对土地权利为何与如何限制。本章为本门课程的法理性知识，要求同学们多阅读专业文献，力争对国（境）外相关制度的掌握全面、准确；同时要求同学们勤于思考，多将国（境）外土地制度与中国大陆的现行制度加以对比分析。

教学重点和难点：教学重点是国外土地权利的设置与限制，教学难点是土地所有权的社会化，土地租赁权物权化、社会化，土地发展权，土地权利立体化，土地征收制度四要素。

教学时数：4 课时

第一节　国（境）外土地所有制

一、土地所有制形式

（一）国家或政府所有

这种所有制形式在不同的国家或地区有不同的内涵：全民与国家所有、国家与中央政府所有、国家与各级政府所有、各级政府分别所有、国王与国家所有。

（二）公共所有

这种所有制形式在不同的国家或地区有不同的内涵：合作组织集体所有、公共部门或团体所有、部落、氏族、村社、宗族等所有。

（三）私人所有

这种所有制形式在不同的国家或地区有不同的内涵：公司式所有、数人共有、区分建筑物的持分所有、个人所有。

二、各国（地区）土地所有制概况

（一）大陆法系国家和地区

大陆法系等诸资本主义国家土地所有制的特点是：土地的私人所有一般占主要成份，私有土地的价值量一般占各国（地区）全部土地资产价值的绝大部分；私有土地虽受政府调节，但主要以市场机制配置；国有（政府所有）、公有和私有土地处在动态变化中。

（二）英美法系系国家和地区

1．英国、英联邦国家和地区。英国、英联邦国家和地区全部的土地从法律上都归英王或国家所有。也就是说英王（国王）是唯一的绝对的土地所有人，个人、企业和各种机构团体仅拥有土地的使用权。英国、英联邦国家和地区的土地虽然在法律上都属于英王（国家）所有，但拥有永业权的土地持有人实际上就是该土地的拥有者。

2．中国香港特别行政区。1997 年 7 月 1 日，中国政府恢复对香港先例主权后，按中央联合声明的规定，香港特别行政区内的土地归属中华人民共和国所有。中国政府授权香港特别行政区政府行使土地所有权，土地批租制度仍旧保留，50 年不变。

（三）前苏联、东欧国家

前苏联与东欧国家土地所有制的发展历程是：在传统计划经济体制时期，土地全部为国有（全民所有）或公有（集体所有），并且国有和公有土地均无偿无期限地提供给用地单位和个人使用；在改革开放时期，土地尽管名义上仍为国有或公有，但强调土地占有和使用制度的变革，土地使用

制向市场化迈进；在全面实行市场经济体制后，土地制度以建立私有制为主。

第二节　国（境）外土地权利的设置

一、大陆法系土地权利的设置

（一）物权

大陆法系有一套复杂的物权体系。土地所有权属自物权，土地所有权之外的物权属他物权，他物权由分为用益性他物权与担保性他物权。

1．土地所有权。财产所有权是各国法律普遍设置的一种权利，是大陆法系国家物权法中一项最重要的权利，属自物权。各国关于所有权的概念，虽不尽相同，但大同小异。如德国民法为：“物的所有人，于不违反法律及第三人权利的范围内，得自由处置其物，并排斥他人之权”。现代社会土地所有权的绝对性丧失，出现了土地所有权的社会化。

2．地役权。地役权是指为自己土地的便利在他人土地上所设定的权利。设立地役权的目的，是调整相邻土地所有人之间因实现自己土地的利益而必须使用他人土地所发生的财产关系。属用益性他物权。

3．永佃权。永佃权是按年向土地所有人交付租金，而长期或永久地使用、收益土地的权利。永佃权对中国的相关立法也个有一定意义。如有学者主张可以永佃权改造现行的集体土地承包经营权。属用益性他物权。

4．地上权。地上权是指以支持租金或使用金为代价在他人土地上建造建筑物或其他构筑物的权利。目前中国政府出让和划拨的国有土地使用权在本质上即类似于地上权。属用益性他物权。

5．抵押权。抵押权是对于债务人或者第三人供担保财产的变价处分权和就卖得价金的优先受偿权。抵押权虽然不是一项土地特有的权利，但它大多适用于不动产的担保，而动产的担保常适用质权。担保性他物权

6．土地典权。典权是支付典价、占有他人财产而为使用收益的限制物权。兼有用益性他物权与担保性他物权双重属性。典权本是罗马法最古老的物权担保方式，它本不是土地特有的权利，近现代各国更未将其设定为土地的权利。土地典权现是中国台湾特有的物权，中国在制订物权法过程中就如何对待典权，理论界形成典权保留论与典权废止论两种针锋相对的主张。

（二）债权

土地租赁权归属于债权。土地租赁权是指支付租金，在一定期限内占有、使用他人土地的权利。许多大陆法系国家或地区（如日本、中国台湾）的法律中规定有土地租赁权。土地租赁权归属于债权，土地租赁权人的法律地位较之地上权等土地物权人的法律地位较之地上权等土地物权人的法律地位显著为低。20 世纪 60 年代以来，发生了一场世界范围内的强化土地租赁权以提升土地承租人法律地位的“土地租赁权物权化”的立法运动。

二、英美法系的土地权利设置

（一）地产权

在英国，由于英王是唯一绝对的土地所有人，所以除英王以外的人只能成为土地的持有人。土地持有人所享有的有关土地权利的总和，叫做土地产业权，即地产权。主要有四种地产权：无条件继承的地产权；限定条件继承的地产权；终身保有的地产权；限期保有的地产权。前三种属于永业权，最后一种属于租业权。

自 19 世纪以来，普通法国家和地区对地产权制度已进行了许多修改。英国 1925 年颁布的《财产法》已把可以存在于土地的合法地产权的数目减少到 2 个，即：完全保有的地产权（最近似于所

有权）和无限期占有的地产权。

（二）其他土地权利

1．信托权。信托是指由委托人将其财产（如土地、公债和股票）交由受托人由受托人对信托财产实施占有和自由管理，受托人由此所享有的权利就是信托权。信托制度是由英国早期的土地受益制度演变而形成的，是普通法系的一个特有制度。

2．地役权。在英美法中，地役权是指使用他人土地或限制他人使用土地的权利。如果使用他人土地是微乎其微的，纯属缔约双方的关系，而且是不可让与不可随意解除或随死亡而解除的，则这种契约称为特许（Licenses），其权利义务按契约法的规定办理，不受财产法的约束。

3．担保权。在英美法中，担保主要有四种形式，即抵押（charge）、按揭（mortgage）、留置（Lien）和质押（Pledge），其中抵押（charge）、按揭（mortgage）多直接用于土地之上。

4．土地发展权。所谓土地发展权，即发展土地的权利，进一步来说，就是致变土地用途并提高土地使用的集约度的权利。按照土地发展权的理论，一切有关土地的财产权，均以目前已经编定的正常使用价值为限，也即这些权利的范围，以目前已经依法取得的既得权利为限，至于此后变更土地使用类别的决定权则属于土地发展权。

三、土地权利在立体空间上的分离

（一）土地权利立体化的发展演变

自罗马法开始至近代，人类对于土地之利用，一般以地表之平面利用为主。土地所有权之行使及于土地之上下，土地所有权之范围包括地表、地上、地下三部分。于此土地利用方式下，法律有关土地的权利关系亦对此加以配合，且对于土地之物权的支配或利用关系，亦完全采用一物一权主义，将土地纵割为数笔，一笔土地上只得有一个所有权及一个利用权。

在当今世界，随着经济发展的需要和科学技术水平的提高，人们开发利用土地的广度和深度都有了很大发展，各种地下的矿藏和其他埋藏物（如文物）不断被挖掘出来，各种地上和地下设施不断被修建，航空航天技术日新月异等等。在这种情况下，如果仍恪守土地三维空间所有的原则，将不利于现代科学技术和经济的发展。因此，世界各国的立法开始限制土地所有权的范围，同时，各国立法开始逐渐将土地立体空间各部分的所有权和其他权利分离开来，这就出现了即使同一块土地也存在着不同所有权和其他权利的情况。

同一块土地的纵向构成如下图：

上空

地上物（如森林、建筑物等）

地表

地下物（如地下建筑物、矿藏、文物等）

下空

（二）土地各纵向构成与土地权利立体化

1．土地各纵向构成与土地所有权的关系：地表与土地所有权，地上物与土地所有权，上空与土地所有权，地下物与土地所有权，下空与土地所有权。

2．土地纵向构成与土地其他权利的立体化：地上权的立体化，地役权的立体化，抵押权的立体化，租赁权的立体化。

第三节　国（境）外国家对私人土地权利的限制

一、国家对私人土地权利的限制

在当今资本主义社会，地产权可以说是整个财产权中最弱的一种，资本主义国家采取了各种方式，从各个方面对土地私有权加以管理和限制。

（一）对土地拥有的限制

1．限制土地私人所有权的主体。各国的法律一般都规定，本国的公民、法人或其他法组织可取得土地的所有权。但对外国人或外国组织是否可取得本国土地，在规定上却差别较大。

2．禁止某些土地为私有。为了实现国家管理公共事务的职能及保护自然资源，一些国家和地区法律规定，公共用途地、自然资源地禁止为私有。

3．限定私有土地面积的最高额。一些国家和地区为了防止私人大面积兼并和垄断土地，进而导致贫富分化和社会动荡，对私人拥有土地的最高额作了限制。不依者，由政府依法征收。

（二）对土地利用的限制

1．限制土地用途。各国一般将土地按用途分为多种类别，并通过立法规定，非经政府许可或其他法定程序土地权利人不得随意改变土地用途。

2．禁止或限制空闲土地。土地为珍稀资源，这已为世界所共识，因此许多国家的法律都规定私有土地不得荒弃或闲置。

3．限制土地利用的环境效果。当代世界各国都十分重视环境保护问题，土地用不当会产生严重的环境问题，如污染环境、破坏自然生态平衡、破坏自然和人文景德镇观等。因此许多国家的立法都对土地利用的环境效果作出限制。

（三）对土地交易的限制

1．实行土地交易申报。在许多国家申报是土地交易当事人必须履行的法定义务。

2．实行土地买卖申请劝告。这是日本实行的土地交易限制制度。

3．实行土地买卖许可。这是日本、韩国等国家和地区实行的土地交易限制制度。

4．实行国家土地先买。当私人就买卖土地向政府申报时，国家在同等条件下享有第一序位的优先购买权。

二、国家土地征收

（一）概念

土地征收是指以社会公共利益为直接目的,政府依法定程序强制获得私人土地财产并依法支付补偿费用的行为。土地征收是公法行为，是国家对私人土地权利的最高限制。

（二）基本要素

1．强制性。土地征收中,被征收人不能根据意思自治原则同征收者进行协商，相反，政府作为征收者得以在法定目的和范围内得以依法定程序直接实施征收行为。其行为效力是使私人的土地权利被强制移转给国家。

2．严格的公共利益目的性。导致土地征收发生的目的只能是为社会公共利益，且社会公共利益应当是征收的直接目的。

3．法定程序性。任何土地征收行为的发生必须按法定程序进行,因为私权非因法定程序不得剥夺。

4．补偿性。由于土地征收的发生导致私人土地财产权的丧失，按照公平原则依公正标准获得相应补偿是被征收者的权利，也是征收者应尽的义务。

（三）土地征收的补偿

1．补偿标准确定依据：市场补偿、评估补偿与法定补偿。

2．补偿范围：充分补偿与部分补偿。

复习与思考题

1．土地所有权应如何表述？其基本属性即传统意义的精髓是什么？

2．土地所有权的社会化有何意义？表现形式如何？对我们每个人有何影响？

3．地役权与相邻权是何关系？地役权在中国大陆物权立法中如何体现？

4．中国大陆国有出让土地使用权与大陆法系的哪项土地权利最近似？

5．为什么土地权利特别适宜充当抵押权客体？

6．中国大陆物权立法中应该设土地典权吗？

7．你了解土地租赁权物权化、社会化吗？这两种表述是何关系？

8．土地发展权理论对我们的启示是什么？

9．国（境）外立法对土地的限制对中国大陆有哪些借鉴意义？

10．资本主义土地征收制度四要素的社会背景根源是什么？

拓展阅读书目

1．柴强：《各国（地区）土地制度与政策》，北京经济学院出版社 1994 年版

2．王卫国：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社 1997 年版

第三章　中国大陆土地制度

教学目的和要求：全面了解与掌握中国大陆国家与集体两种土地所有制下的土地权利分类，了解与理解中国大陆各土地权利的概念、特征、主体、客体、取得、内容与限制、终止等，了解中国大陆建设用地管理制度。中国大陆的土地制度独具特色，本章为中国大陆房地产法律制度的基础性内容。要求同学们注意理论联系实际，了解中国大陆土地权利与土地管理的基本理论、具体立法与实际状况；要求同学们思考各土地权利之间的关联，总结中国大陆的土地权利与国（境）外土地权利的异同。

教学重点和难点：教学重点是国有土地使用权制度。教学难点是集体土地所有权制度、国有划拨土地使用权制度与集体土地使用权制度。

教学时数：6 课时

第一节　土地所有权制度

一、概述

（一） 概念

土地所有权是国家或者农民集体依法对归其所有的土地所享有的受法律限制的支配性权利。

（二）特征

1．公共所有权

2．土地所有者及其代表由法律明确规定

3．取得与丧失依法律规定，不得约定

4．禁止交易

二、国家土地所有权

国家土地所有权是以国家为所有权人，由其代表代为行使对国有土地的支配性权利。

（一）客体

下列土地属于国家所有：城市市区的土地；农村和城市郊区中已经被国家依法没收、征收、征购为国有的土地；国家依法征用的原集体所有的土地；依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地；农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地；因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。

（二）主体及其代表

国家土地所有权由国务院代表国家行使。同时，国务院可通过制定行政法规或发布行政命令授权地方人民政府或其职能部门行使国家土地所有权。在国有土地使用权出让法律关系中由市、县人民政府土地管理部门担当国有土地所有者代表与用地者签定出让合同。上述行使国家土地所有权的代表称为国有土地所有者代表。

国有土地所有者代表行使对国有土地的收益权能、处分权能，应依法经有审批权的人民政府审批，下级人民政府应依法向上级人民政府上缴土地收益。

三、集体土地所有权

集体土地所有权是以符合法律规定的农村集体经济组织的农民集体为所有权人，对归其所有的土地所享有的受法律限制的支配性权利。

（一）客体

下列土地属于集体所有：农村和城市郊区的土地；农民的自留山、自留地、宅基地。

（二）主体及其代表

集体土地所有权的主体及其代表有三个层次：

1．农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会作为所有者代表经营、管理。

2．在一个村范围内存在两个以上农村集体经济组织，且农民集体所有的土地已经分别属于该两个以上组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组作为所有者代表经营、管理。

3．农民集体所有的土地，已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织作为所有者代表经营、管理。

（三）限制

1．受国家法律和政府管理的限制。集体土地不得出让、转让、出租于非农业建设，集体土地所有者不得擅自改变土地用途，其向用地者提供土地使用权须经人民政府审批等等。

2．受农民集体意志的限制。一般来说，对集体土地的重大处分应当依法经农村集体经济组织成员表决同意。

第二节　国有土地使用权制度

一、概述

（一）概念

国有土地使用权是用地者依其不同取得方式而享有的，具有不同法定权利内容的，与所有权相分离的，对国有土地所享有的用益性财产权利。

（二）特征

1．主体的广泛性。多为一般主体，对其身份资格多无特别限定。境内外法人、非法人组织及公民个人可依法取得国有土地使用权。

2．取得方式的多样性。国有土地所有者代表可依法通过出让（含以出让金作价出资或入股）、租赁或划拨等方式将国有土地使用权让与土地使用者。

3．内容的差异性。国有土地使用权可因不同方式而取得，而取得方式之不同将导致权利内容具有实质性差异。

（三）国有土地使用权的内容与限制

国有土地使用权人对国有土地享有占有权、使用权，并依权利取得方式之不同享有不同的收益权、处分权。但对于依法律或依约定不属于国有土地使用权客体的土地空间范围及物，不得行使上述权利。国有土地使用权人行使权利不得违反法律、行政法规规定的义务和权利设定时约定的义务。

（四）国有土地使用权的终止

可以收回国有土地使用权的情形：为公共利益需要使用土地的；为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地的；土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请而未获批准的；因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地的；公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。

其中因上述前两项项情形收回国有土地使用权的，应当对土地使用权人给予适当补偿。

二、出让土地使用权

（一）概念与特征

出让土地使用权是土地使用者以向国有土地所有者代表支付出让金为对价而原始取得的有期限限制的国有土地使用权。具有以下特征：有偿、有期限、有流动。

（二）主体

境内外法人、非法人组织和公民个人可依法取得出让土地使用权。但是，外商投资开发经营成片土地，应依法设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业，享有该项权利。

（三）取得

出让土地使用权的合法取得方式为拍卖、招标、挂牌、协议。为防止土地出让中权钱交易与不公正，大多数经营性用地都采取拍卖、招标、挂牌、方式出让土地使用权。采取协议方式出让土地使用权的，出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后 60 日内支付全部土地使用权出让金，领取土地使用权证，取得出让土地使用权。依双方约定采取分期付款方式取得出让土地使用权的，在未付清全部出让金前，土地使用者领取临时土地使用权证。

国家可将出让土地使用权作价出资或入股作为对企业的投资，国家对企业享有相应的投资者权益（股权），企业享有出让土地使用权。

（四）年限

国有土地使用权出让的最高年限，按土地用途分为以下几种情况：居住用地 70 年；工业用地 50 年；教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年；商业、旅游、娱乐用地 40 年；综合或者其他用地 50 年。此外，开发国有荒山、荒地、荒滩从事广义的农业生产的，使用期限最长不得超过 50 年。

国有土地所有者代表与用地者可在不超过最高出让年限的前提下，在出让合同中约定出让年限。

（五）内容与限制

出让土地使用权人在出让使用期限内依法对土地享有占有权、使用权、收益权和部分处分权。该部分处分权指出让土地使用权人可依法将其享有的土地权利转让、出租、抵押或用于合资、合作经营及其他经济活动。出让土地使用权人对其使用土地上的地上建筑物、其他附着物享有所有权。

土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协定或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。土地使用者必须依土地使用权出让合同的约定开发、利用土地，不得在法定或约定的期限内闲置土地。土地使用者转让土地使用权必须符合法定条件。

三、划拨土地使用权

（一）概念与特征

划拨土地使用权是土地使用者经县级以上人民政府依法批准，在缴纳补偿、安置等费用后所取得的或者无偿取得的没有使用期限限制的国有土地使用权。具有以下特征：无偿、无期限、无流动。

（二）范围

下列用地的土地使用者可以依法取得划拨土地使用权：国家机关用地和军事用地；城市基础设施用地和公益事业用地；国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；法律、行政法规规定的其他用地。

（三）取得

用地者申请取得划拨土地使用权需征用集体土地或占用其他用地者正在使用的国有土地的，申

请用地者应向集体土地所有者或原国有土地使用者支付土地补偿安置费。

申请用地者取得划拨土地使用权的土地为国有荒地、空地的，经依法批准后，可无偿取得。

（四）内容与限制

划拨土地使用权人对划拨土地享有占有权、使用权和部分收益权。划拨土地使用权人占有、使用划拨土地所获收益归其享有，依法经批准处分土地所获收益按有关规定上缴国家后，余额归其享有。划拨土地使用权人对其投资建造的地上建筑物、其他附着物享有所有权。

划拨土地使用权人不得擅自改变土地用途，转让、出租和抵押其权利须符合法定条件并履行法定手续。

第三节　集体土地使用权制度

一、概述

（一）概念

集体土地使用权是符合法律规定的用地者按照一定土地用途而以一定方式使用集体土地的权利。

（二）特征

1．主体的特定性。集体土地使用权主体一般为特殊主体，对其身份资格多有限制，主要由农村集体经济组织及其成员，集体经济组织设立的企业和公益性组织担当，只有法律规定允许的个别情况下，才可由农村集体经济组织以外的单位和个人担当。

2．用途、取得与权利内容的相关性。集体土地使用权按用途划分为农用地使用权、宅基地使用权、非农经营用地使用权和非农公益用地使用权。集体土地所有者及其代表可依法通过承包、分配、投资、拨付等方式向符合法律规定的用地者提供集体土地使用权。

3．权利交易的受限制性。国家为保护耕地及垄断建设用地一级市场，限制非农业性集体土地使用权交易。

（三）内容与限制

集体土地使用权人对土地享有占有权、使用权是不言而喻的。但不同的集体土地使用权人在对土地行使收益权、处分权方面存在很大差异。一般而言，集体土地使用权人对集体土地享有占有权、使用权，依土地用途之不同及权利取得方式之不同享有不同的收益权、处分权。但对依法或依约定不属于集体土地使用权客体的土地空间范围和物，不得行使上述权利。

（四）终止

依据土地管理法的规定，集体土地使用因下列情形而终止：国家征用集体所有土地；乡（镇）村公共设施和公益事业建设需要收回集体土地使用权的；用地者撤销、迁移等而停止使用集体土地的；用地者违法或违约被集体土地所有者收回土地使用权的。

因上列第一种情形终止集体土地使用权的，集体经济组织应将其获得的征地补偿安置费，按照有关法律、行政法规的规定支付给原集体土地使用权人作为补偿，或者以其他方式对原集体土地使用权人进行补偿安置。因第二种情形终止集体土地使用权的，由农村集体经济组织对原集体土地使用权人给予适当的补偿。

土地承包经营权的终止情形及法律后果，还应依据农村土地承包法的规定确定。

二、宅基地使用权

（一）概念与特征

宅基地使用权是依法经审批由农村集体经济组织分配给其内部成员用于建造住宅的，没有使用

期限限制的集体土地使用权。具有以下特征：无偿、无期限、限制流动。

（二）主体

农村集体经济组织内部成员符合建房申请宅基地条件的，依法享有宅基地使用权。非农村集体经济组织内部成员，不得申请取得宅基地使用权。

（三）取得

农村村民申请住宅用地，应经依法审批。经依法审批后，农村集体经济组织向宅基地申请者无偿提供宅基地使用权。

（四）内容与限制

宅基地使用权人对宅基地享有占有权、使用权、收益权和有限制的处分权。

农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。

宅基地使用权人转让、出租房屋及宅基地使用权再申请宅基地的，不予批准。

三、非农经营用地使用权

（一）概念与特征

非农经营用地使用权是经审批由农村集体经济组织通过投资的方式向符合条件的从事非农生产经营性活动的用地者提供的集体土地使用权。具有以下特征：有偿、无期限、限制流动。

（二）主体

农村集体经济组织独资经营的企业，或以土地使用权作价入股或出资及联营的形式与其他单位、个人设立的企业。

（三）取得

申请取得非农经营用地使用权，应经依法审批。土地使用权作价金额参照国家建设征用集体土地的标准确定。

（四）内容与限制

非农经营用地使用权人对土地享有占有权、使用权，其收益权按照有关公司法、合伙企业法的规定或依约定处置。

非农经营用地使用权不得转让、出租，但因企业破产、兼并、分立等情形致使土地使用依法发生转移的除外。非农经营用地使用权可与厂房一同设定抵押。设定抵押须经集体土地所有者同意，并出具书面证明。

第四节　建设用地管理制度

一、国家建设征收集体土地制度

（一）概念与制度要素

土地征收是指国家（以政府为代表）为实现最广义的公共利益，依照法定程序，并事先对被征地农民集体予以补偿安置，凭借其公权力强制性获取集体土地，从而使之变为国有土地的行为。若为阶段性占用农民集体土地则为土地征用。

中国大陆土地征收制度的要素：

1．强制性与协商性结合

2．公力与私利融通

3．公共利益泛化、模糊

4．按原用途、原收益补偿

（二）批准权限

国家建设征收农民集体土地，应依法报国务院或省、自治区、直辖市人民政府批准。征收下列土地由国务院批准：基本农田；基本农田以外的耕地超过 35 公顷的；其他土地超过 70 公顷的。征收上述规定以外的土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。

（三）程序

国家征收土地，先依照法定程序经有审批权的人民政府审批，再由县级以上地方人民政府土地管理部门确定征地补偿安置方案，并由同级人民政府予以公告后，听取被征地的农村集体经济组织和农民的意见并组织实施。

被征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定的期限内，持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。

（四）补偿安置标准

征收土地的，按照被征收土地的原有用途给予补偿。征收耕地，用地者需支付、缴纳下列费用：土地补偿费、安置补助费、新菜地开发建设基金、被征收土地上的附着物和青苗补助费。

二、乡（镇）村建设用地

（一）审批权限

1．乡（镇）村兴办企业用地。

2．乡（镇）村公共设施、公益事业建设用地。

3．农村村民住宅用地。

（二）乡（镇）村建设用地的控制原则

1．乡（镇）村兴办企业的建设用地，严格控制，其用地面积不得超过省、自治区、直辖市按照乡镇企业的不同行业和经营规模分别规定的控制标准。

2．农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的控制标准。

复习与思考题

1．谁担当国有土地所有者代表？

2．国有土地与集体土地如何界分？

3．集体土地所有权是一项真正的所有权吗？集体土地所有权是一项私权吗？

4．国家对集体土地权利的限制是否具有正当性？

5．出让土地使用权与划拨土地使用权有哪些区别？

6．出让土地使用权的合法取得方式拍卖、招标、挂牌、协议的利弊比较。

7．出让土地使用权的年限如何具体确定？

8．划拨土地使用权的适用范围是什么？为何做此限定？

9．集体土地使用权与国有土地使用权有何区别？

10．宅基地使用权可以转让吗？

11．土地征收制度存在的问题及其根源。

拓展阅读书目

1．王卫国主编：《中国土地权利的法制建设》，中国政法大学出版社 2002 年版

2．江平主编：《中国土地立法研究》，中国政法大学出版社 1999 年版

3．王卫国：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社 1997 年版

第四章　房地产开发制度

教学目的和要求：全面了解与掌握房地产开发的程序与主要法律制度；了解与理解房地产开发企业制度；了解与理解城市规划对房地产开发的规制；了解与理解房地产开发施工建设管理制度。本章为中国大陆房地产法律制度的重要内容。要求同学们注意理论联系实际，了解中国大陆房地产开发制度的具体立法与操作实务。

教学重点和难点：教学重点是房地产开发的程序与主要法律制度，房地产开发企业制度。教学难点是房地产开发施工建设管理制度。

教学时数：4 课时

第一节　概　述

一、概念与特征

（一）概念

房地产开发，一般是指对土地和地上建筑物进行的投资开发建设活动。依照《城市房地产管理法》的规定，房地产开发是指在依法取得土地使用权的国有土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

（二）特征

房地产开发具有以下特征：高投入、高收益、高风险，周期较长，涉及面较广。

二、房地产开发的程序与主要法律制度

（一）房地地开发的程序

房地产开发是一项循序渐进的经济活动，其工作程序通常分为三个阶段：

1．投资决策分析阶段。投资决策分析即我们通常所说的可行性研究。

2．前期开发阶段。通常包括以下内容：取得开发用地的土地使用权；处理征地拆迁的补偿、安置事宜；办理建设用地和建设工程的规划审批手续，委托建设项目的勘察、设计，并由政府有关主管部门对勘察、设计方案实施审查批准；办理“七通一平” 、“五通一平”或“三通一平”手续；融通资金；等等。

3．建设施工阶段。通常包括以下内容：建设工程的招标投标；建设工程的施工和监理；建设工程的竣工验收。

（二）房地产开发的主要法律制度

法律对房地产开发的规制集中于前期开发阶段和建设施工阶段。在前期开发阶段，房地产开发的主要法律制度包括：土地使用制度、房地产开发企业管理制度、城市规划制度、建筑勘查设计管理制度、城市房屋拆迁制度。在建设施工阶段，房地产开发的主要法律制度包括：建筑许可制度、建设工程招标投标制度与建设工程承包合同制度、建设工程监理制度和建设工程竣工验收制度。

第二节　房地产开发企业制度

一、概念和分类

（一）概念

房地产开发企业也称开发商或发展商，按照《城市房地产管理法》第 29 条的规定，是指以营

利为目的，从事房地产开发和经营的企业。

（二）分类

按房地开发业务在企业经营范围中地位的不同，将房地产开发企业分为以下三类：

1．房地产开发专营企业。是指专门以房地产开发为经营内容或以房地产开发为主要经营内容的企业。这种企业最主要的形式是房地产综合开发公司。

2．房地产开发兼营企业。是指以其他经营项目为主，兼营房地产开发经营业务的企业。

3．房地产开发项目公司。是指以房地产开发项目对对象从事单项房地产开发经营的企业。这类企业的经营对象只限于批准的项目，项目开发经营完毕后，该类企业应向工商行政管理机关办理核销或核减经营范围的登记。

二、房地产开发企业的资质管理

（一）资质管理的对象

房地产开发企业资质管理的对象为主要房地产开发专营企业。依照有关规定，房地产开发专营企业应当按规定申报资质等级。兼营企业经营房地产开发业务要经省级以上建设行政主管部门批准，但不定资质等级。项目企业也不定资质等级，由项目所在地建设行政主管部门根据其项目规模审定其资金、人员条件，并核发一次性《资质证书》。

（二）资质等级

房地产开发专营企业按资质条件划分为一、二、三、四、五个等级，各级企业的资质标准均有严格规定。

（三）资质审批与核定

房地产开发专营企业的资质等级实行分级审批。

四）资质管理的效力

房地产开发企业必须按照《资质证书》确定的业务范围从事心地产开发，房地产开发专营企业不得越级承接开发业务。

三、房地产开发企业的设立管理

（一）房地产开发企业设立的条件

设立房地产开发企业，应当具备下列条件：有自己的名称和组织机构；有固定的经营场所；有符合国务院规定的注册资本；有足够的专业技术人员；法律、行政法规规定的其他条件。

（二）房地产开发企业设立的程序

房地产开发企业应按以下程序设立：设立房地产开发企业，应当向工商行政管理部门申请设立登记；房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内，应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

四、房地产开发企业的资金管理

（一）房地产开发企业的投资总额

房地产开发企业的投资总额是指按照房地产开发合同规定的项目规模需要投入的基本建设资金和开发流动资金的总和。

（二）房地产开发企业的分期投资额

房地产开发企业的分期投资额是指房地产开发企业分期开发房地产的，需要分若干时间段（通常以年度为时间段界线）投入的基本建设资金和开发流动资金的总和。依照国家有关规定，城市建设综合开发公司，在综合开发项目建设的资金总额中，开发单位自有资金不得低于年度投资工作量的 30%。

五、开发期限

开发商应当按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限实行项目开发建设。出让合同约定的动工开发期限满 1 年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金 20%以下的土地闲置费；满 2 年未动工开发的，可以无偿收回上地使用权。但是，因不可杭力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工迟延的除外。

第三节　房地产开发规划管理制度

一、概述

（一）概念

“城市规划”英文原文是“City Planning”意译为“城市计划”。是指确定城市的性质、规模和布局，既指导城市的长远发展，又具体布署城市当前的各项建设的有关城市发展综合布置的法律文件。城市规划是城市发展的基本依据。

（二）城市规划的层次

中国大陆城市规划一般分为总体规划和详细规划两个层次。大城市、中等城市一般还制订有分区规划。城市规划的具体分层是：

（三）城市规划的制订与实施

依照《城市规划法》的规定，城市人民政府负责组织编制城市规划，县级政府所在地镇的城市规划，由县级政府负责组织制订。城市规划实行分级审批。

城市规划经审批后，城市人民政府应当公布。公布后的城市规划具有法律效力，一切单位和个人都应当执行。

二、城市规划对房地产开发的规制

（一）城市规划对土地使用权出让的规制

城市规划对土地出让的规制编重于政府一方，将负责办理规划手续的职责大多赋与了政府及其有关职能部门。

（二）城市规划对土地划拨的规划

城市规划对土地划拨的规则偏重于用地者一方，将负责办理规划手续的义务设定给了用地开发一方。

（三）城市规划对房地产项目开发建设的规制

1. 建设单位进行工程建设应当持有关批准文件到城市规划主管部门申请建设工程规划许可证；

2．建设单位取得建设工程规划许可证后，方可申请办理开工手续。取得建设工程规划许可证也是发展商在开发期可以预售商品房的必备条件之一。

3．在施工阶段，城市规划主管部门有权对建设工程是否符合规划要求进行检查，并有权参加重要工程竣工验收。

第四节　房地产开发建设施工管理制度

一、概述

（一）建设施工

建设施工是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。包括基础工程建设、主体工程建设、配套与附属工程建设等，每一项工程又包括地基施工、结构施工、配套与装饰施工等具体步骤。

（二）建设施工管理制度

在房地产开发建设施工阶段，建立相关的法律制度的目的是为保证建筑工程的质量和安全。具体制度包括：建筑许可制度、建设工程招标投标制度与建设工程发包、承包合同制度、建设工程监理制度和建设质量管理制度与工程竣工验收制度。上述法律制度为开发商，勘察、设计者，建筑施工企业，工程监理者设定了严格的法律义务。开发商作为房地产项目的开发建设单位对建筑工程的质量和安全负有主要义务与责任。

二、开发商的义务与责任

（一）负责

开发商应当对其开发建设的房地产项目的质量承担责任。

（二）依据

开发商开发建设的房地产项目，应当符合有关法律、法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计、施工的技术规范以及合同的约定。

开发商不得以任何理由，要求建筑设计单位或者建筑施工企业在工程设计或者施工作业中，违反法律、行政法规和建筑工程质量、安全标准，降低工程质量。

（三）项目竣工

房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

（四）备案

开发商应当将房地产开发项目建设过程中的主要事项记录在房地产开发项目手册中，并定期送房地产开发主管部门备案。

三、其他主体的义务与责任

（一）勘察、设计者的义务与责任

建筑工程的勘察、设计单位必须对其勘察、设计的质量负责。

勘察、设计文件应当符合有关法律、行政法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计技术规范以及合同的约定。

设计文件选用的建筑材料、建筑构配件和设备，应当注明其规格、型号、性能等技术指标，其质量要求必须符合国家规定的标准。

（二）建筑施工者的义务与责任

建筑施工企业对工程的施工质量负责。

建筑施工企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工，不得偷工减料。工程设计的修改由原设计单位负责，建筑施工企业不得擅自修改工程设计。

建筑施工企业必须按照工程设计要求、施工技术标准和合同的约定，对建筑材料、建筑构配件和设备进行检验，不合格的不得使用。

建筑物在合理使用寿命内，必须确保地基基础工程和主体结构的质量。

建筑工程竣工时，屋顶、墙面不得留有渗漏、开裂等质量缺陷；对已发现的质量缺陷，建筑施工企业应当修复。

交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工经验收合格后，方可交付使

用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

建筑工程实行质量保修制度。

（三）工程监理者的义务与责任

工程监理人员认为工程施工不符合工程设计要求、施工技术标准和合同约定的，有权要求建筑施工企业改正。

工程监理人员发现工程设计不符合建筑工程质量标准或者合同约定的质量要求的，应当报告建设单位要求设计单位改正。

工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。

复习与思考题

1．房地产开发经过哪些程序？各程序中涉及哪些法律制度？

2．为什么房地产开发企业的设立较之一般企业严格？

3．城市规划是如何对房地产开发实施规制的？

4．为什么令开发商对房地产开发项目的建筑工程的质量和安全负主要义务与责任？

5．勘察、设计者，建筑施工企业，工程监理者对房地产开发项目的建筑工程的质量和安全各负哪些义务与责任？

拓展阅读书目

1．吴清旺 贺丹青：《房地产开发中的利益冲突与平衡》，法律出版 2005 年版

2．何培华主编：《房地产法》，法律出版社 2003 年版

3．高富平等：《房地产法新论》，中国法制出版社 2002 年版

4．李延荣等：《房地产法》，中国人民大学出版社 2000 年版

5．符启林：《房地产法》，法律出版社 1997 年版

第五章　房地产交易制度

教学目的和要求：了解和掌握房地产交易的一般规则；了解房地产转让的形式、条件与程序，了解与理解商品房预售制度；了解房地产担保的形式，了解房地产抵押制度，了解与理解商品房按揭制度。本章为中国大陆房地产法律制度的最核心内容。要求同学们注重理论联系实际，全面、系统地了解中国大陆房地产交易制度的具体立法与操作实务。

教学重点和难点：教学重点是房地产交易的一般规则，房地产转让的条件与程序，商品房预售制度，房地产抵押制度与商品房按揭制度。教学难点是商品房预售制度与商品房按揭制度。

教学时数：8 课时

第一节　概　述

一、概念、特征与分类

（一）概念与特征

房地产交易是房地产交易主体之间以房地产这种特殊商品作为交易对象所从事的市场交易活动。

房地产交易具有以下特征：一种主体权利更迭的交易；极强的专业性；交易的形式、种类多样性；条件的差别性；程序及办理相关手续的复杂性。

（二）房地产交易的分类

1．按交易形式的不同，可分为房地产转让、房地产抵押、房地产租赁。

2．按交易客体中土地权利的不同，可分为国有土地使用权及其地上房产的交易与集体土地使用权及其地上房产的交易。对后者现行法大多禁止或限制其交易，因此，在我国，一般而言，房地产交易仅指前者。前者还可进一步按土地使用权的出让或划拨性质的不同进行分类。

3．按交易客体所受限制的程度不同，可分为受限交易（如划拨土地使用权及其地上房产的交易，带有福利性的住房及其占用土地使用权的交易等）和非受限交易（如商品房交易等）。

4．按交易客体存在状况的不同，可分为单纯的土地使用权交易、房地产期权交易和房地产现权交易。

二、房地产交易的一般规则

（一）房产权与地产权一同交易规则

房地产转让、抵押时，房屋所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

（二）以出让合同为依据权利、义务承接

房地产交易时，土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移；房地产交易中，各产权人的权利义务按序承接。

（三）实行房地产价格评估

房地产价格评估，应当遵循公正、公平、公开的原则，按照国家规定的技术标准和评估程序，以基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格为基础，参照当地的市场价格确定。房地产价格评估是一种重要的中介服务行为。

（四）实行房地产成交价格申报

房地产权利人转让房地产，应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价，不得瞒报或者作不实的申报。

（五）依法登记或备案

房地产转让、抵押当事人应当依法办理权属变更或抵押登记，房屋租赁当事人应当依法办理租赁登记备案。

第二节　房地产转让制度

一、概念和方式

（一）概念

房地产转让是指房地产权利人通过买卖、赠与或其他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

（二）房地产转让的方式

房地产买卖、赠与、交换、继承及其他方式 （如国有单位间的房地产调拨，企业俣并或分立时房地产权利转移，以房地产清抵债务等）。

二、条件

（一）禁止转让的房地产

以出让方式取得土地使用权的，不符合法定条件的；司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；依法收回土地使用权的；共有房地产，未经其他共有人书面同意的；权属有争议的；未依法登记领取权属证书的；法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

（二）出让土地使用权转让的条件

1．按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证。

2．按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的 25%以上；属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

三、程序

（一）一般程序

1．洽谈。房地产转让通常由转让双方直接洽谈或通过中介洽谈，交易双方达成意思表示一致。而赠与、继承通常无此程序。

2．审核。即由政府有关主管部门（如房地产管理部门下设的房地产交易所）对当事人报请的房地产转让的资料予以初步审核，并将审核结果告知当事人，以利于当事人作出是否继续实施房地产转让的决定。

3．估价与定价。估价即由转让当事人委托的或由政府有关主管部门指定的评估机构，对房地产转让的价格进行评估。定价即转让当事人以此评估价格为基础，经过协商，具体确定转让价格。

4．签订转让合同或发生、确定转让法律事实。签订转让合同即由房地产转让的各方当事人就房地产转让的各项具体事宜形成意思表示一致，并最终签订正式的房地产转让合同。而房地产赠与、继承和调拨通常只发生、确定转让的法律事实。

5．公证。公证即由公证机关根据当事人的申请对转让合同的合法性和真实性作出证明。并非所有房地产转让合同均必须经过公证，一些特殊（如涉外）房地产转让合同必须经过公证。

6．缴纳税费、产权过户登记。

（二）划拨土地使用权转让的程序

1．按照国务院的规定，经有批准权的人民政府审批。审批即由有批准权的人民政府对划拨土地使用权转让行为予以事先审查，经审查符合法律规定，作出批准意见书，允许其转让；反之，不允许其转让。

2．经依法审批后，由转受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定交纳出让金。有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

3．经营性划拨土地使用权转让，一律先进入政府的土地有形市场，统一采用拍卖、招标、挂牌方式出让确定转受让方。

四、商品房预售制度

（一）概念

商品房预售是一种特殊的房地产买卖，俗称“卖楼花”，其性质为期房买卖。是指发展商商将期房预先出售给购房人，由购房人根据预售合同支付房款，并在期房竣工验收合格后，发展商负责将房屋所有权及其占用的出让土地使用权转移至购房人名下的房地产买卖形式。

（二）属性

商品房预售标的物不确定，交易的过程长，程序复杂，在整个交易的过程中买卖双方互为制约总体上预购方处于经济劣势。

政府的介入在其中起着保障交易安全的作用，侧重于保护预购方（买方）利益，防止发展商欺诈。

（三）条件

1．已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书。

2．持有建设工程规划许可证。

3．按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期。

4．向县级以上人民政府房产管理部门管理预售登记，取得商品房预售许可证明。

（四）程序

中国大陆部分房地产经济发达的城市，商品房预售已形成一套有效运行的机制，其程序较为完善，一般包括以下步骤：

1．预售款监管。即由发展商同金融机构签订商品房预售监管协议。保证将商品房预售所得款项，全部用于有关的工程建设。

2．预售许可。即由发展商向政府主管部门申请取得商品房预售许可证明。

3．发布预售广告。即由发展商或其委托的代理商发布预售商品房广告，发出商品房预售的信息。

4．签订认购书。即由有意预购人与发展商或其代理销售商签订《预售商品房认购书》。

5．签订《商品房预售合同》。即由有意预购人与有意预售人签订由政府统一提供的《商品房预售合同》示范文本，并支付购房款。约定采取向银行申请按揭贷款或建设期向开发商分期支付方式付款的，支付首期购房款。双方身份变为预售人与预购人。

6．预售合同登记。即由预售方在一定期限内将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门登记备案。这是预售方的一项法定义务。

7．办理按揭贷款手续或履行建设期付款义务。约定采取向银行申请按揭贷款方式付款的，由预购方向银行申请办理按揭贷款手续，申请获得批准后由银行直接将贷款拨转开发商；约定采取建设期向开发商分期支付方式付款的，在工程进行的过程中，由预购方分数次向预售方付款。

8．期房权益转让。即预购人在未获取商品房产权证书的情况下将预售商品房再转让与他人。

9．竣工入伍。即在商品房建设竣工验收后，由预售人通知预购人前来付清房价余款并办理有关入住手续。预售人应当在商品房交付使用时，向预购人提供住宅质量保证书和住宅使用说明书。

10．产权过户登记。即在预购人实际入住预售商品房后，由预售人持双方相关证件、资料，前

往房地产管理部门办理产权过户登记手续，领取房地产权证，送交预购人，直至预购人成为真正的所购商品房的产权人。

第三节　房地产担保制度

一、概念和方式

（一）概念

房地产担保是指债务人以其合法的房地产权益或与债务人房地产权益相关的第三人以其信誉或其他财产向债权人提供债务履行担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依法以被担保的房地产权益拍卖所得的价款优先受偿或由第三人承担保证责任的法律行为。

（二）房地产担保的方式

1．房地产抵押。是指已经对房地产拥有合法产权的人（抵押人）以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保，当债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿的法律行为。

2．商品房“按揭”。中国大陆按揭一词移植于中国香港，但使用与中国香港大不相同。一般是指不能或不愿一次性支付房款的按揭购房借贷人将其与开发商已签定之商品房预售或销售合同项下的所有权益作为向商业银行贷款的担保。

“按揭”需有三方主体：购房借贷人、开发商与银行。在开发商负责为购房借贷人办理完成房地产权证过户手续，为银行与购房借贷人办理完成正式的抵押登记，并将购房借贷人的房地产权证交银行收押之前，开发商需为购房借贷人向银行贷款提供阶段性担保，购房借贷人与银行之间，不是真正意义上的抵押关系，而是一种“权利质押”。

二、房地产抵押制度

（一）可供设定抵押的房地产

1．确定原则标准。依抵押权理论，只有抵押人有处分权的可依法流通且具有独立交换价值的财产，方可成为抵押权客体。

2．可供设定抵押的房地产。主要包括：依法取得的房屋所有权连同该房屋所占用范围内的国有土地使用权；以出让方式取得的国有土地使用权；依法承包并经发包方同意抵押的“四荒”土地使用权；乡（镇）、村企业地上房屋占用的集体土地使用权。

3．凭证

设定房地产抵押时，抵押人所持有的土地使用权证书，房屋所有权证书是标志抵押人具有设定抵押资格的书面凭证。因此，城市房地产管理法规定，房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理。

（二）划拨土地上房地产的抵押

以划拨方式取得的土地使用权不得单纯设定抵押，但如果该土地上有房产，以房产设定抵押时需同时抵押房屋所占用的划拨土地使用权。这时由于抵押人对土地无处分权，需按划拨土地使用权转让的规定，报有审批权的人民政府审批，同时由于抵押人对土地无完全收益权，故设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

（三）新增地上物处置

房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，因新增房屋与抵押财产无法实际分割，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖

新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

三、商品房按揭制度

（一）流程

1．开发商选定银行，并与银行签订按揭贷款合作协议书，银行承诺在特定条件下向开发商的客户（购房借贷人）提供贷款，同时开发商向银行提供保证担保。

2．购房人选定欲购买的商品房，与开发商签定商品房预售或销售合同。其中约定采取向开发商选定的银行申请按揭贷款的方式付款的，购房人需向开发商支付购房首付款。

3．银行委托律师或自行对购房合同、购房借贷人贷款资格主要是个人资信予以审查。

4．购房借贷人、开发商与银行签定按揭保证贷款的合同。

5．银行占管商品房预售或销售合同，并办理按揭备案。

6．银行一次性向开发商支付购房借贷人的贷款。

7．购房借贷人依约按月向银行交纳贷款本息。

8．开发商负责将购房借贷人《房屋所有权证》和《土地使用权证》交银行收押并办理正式的抵押登记。

（二）风险及防范

1．来源于开发商的风险

主要包括：开发商欺诈性骗贷；开发商经营不善楼盘烂尾；商品房质量不合格；购房借贷人无法按期领到房地产权证；

2．来源于购房借贷人的风险

主要包括：购房借贷人有主观恶意不愿偿还贷款；虽然购房借贷人大多数人都是诚实可靠的，但也不排除他们中的一些人通过弄虚作假等不正当手段骗取贷款，不予偿还；购房借贷人遭受意外导致偿还贷款不能；购房借贷人自身的非理性选择导致偿还贷款不能；

3．来源于按揭担保物的风险

主要包括：因不可抗力或意外事件按揭担保物毁灭；因按揭人或第三人损毁按揭担保物价值贬损。

4．来源于市场体系不健全的风险

主要包括：房地产价格不真实；经济波动、房价不稳；拍卖成本高，常发“低拍”、“流拍”。

5．来源于社会政策的风险

主要包括：社会安定考量；通货膨胀风险和利率波动。

复习与思考题

1．如何理解与贯彻房产权与地产权一同交易规则？

2．房地产转让有哪些方式？每种方式有哪些特点？

3．如何理解出让土地使用权转让的第二项条件？

4．为何要为划拨土地使用权转让设定更严格的程序？

5．试论商品房预售法律关系的属性。

6．在商品房预售中如何倾斜保护购房者权益？

7．试论商品房预售合同的性质。

8．商品房预售合同备案有何功效？

9．哪些房地产权利可用于设定抵押？

10．从商品房按揭的流程分析商品房按揭的性质。

11．如何防范商品房按揭中的风险？

拓展阅读书目

1．何培华主编：《房地产法》，法律出版社 2003 年版
2．陈耀东：《商品房买卖法律问题专论》，法律出版社 2003 年版
3．刘武元：《房地产交易法律问题研究》，法律出版社 2002 年版
4．高富平等：《房地产法新论》，中国法制出版社 2002 年版
5．符启林:《商品房预售法律制度研究》，中国政法大学出版社 2002 年版
6．马原主编：《房地产案件新问题与判解研究》，人民法院出版社 1997 年版
7．李宗锷：《香港房地产法》，商务印书馆香港分馆 1997 年版

第六章　房地产权属登记制度

教学目的和要求：全面了解房地产登记制度的意义、种类和内容，掌握中国大陆办理房地产登记的机构和程序。掌握我国农村和城市的土地制度，特别是房地产的权属、转让和抵押登记等。

教学重点和难点：教学重点为中国房地产登记的机关和程序，教学难点在于房地产登记的性质以及房地产登记与合同效力的关系。

教学时数：3 课时

第一节　概　述

一、房地产权属登记制度概述

（一）概念

房地产权属登记，又称房地产登记，指房地产管理部门依职权对土地所有权，土地使用权，房屋所有权和房地产他项权利的登记。这一制度是房地产法律制度的重要内容之一。

（二）性质

房地产登记制度是房地产管理部门依职权实施的行政行为，体现了房地产管理部门与登记申请人之间的管理与被管理的关系。

（三）种类

我国目前的房地产权属登记包括土地权属登记和房屋权属登记。

土地权属登记包括初始土地登记（又称总登记）和变更土地登记。

房屋权属登记包括总登记、初始登记、转移登记、变更登记、他项权利登记和注销登记。

二、房地产权属登记的功能

（一）权利确认功能，指房地产登记确认房地产权利归属状态，经登记的房地产权利受国家强制力保护，可以对抗权利人以外任何人。

（二）权利公示功能，指房地产登记公开房地产权利变动状况，昭示利益关系人与社会公众，保障房地产交易的安全。

（三）管理功能，指房地产登记实现国家的管理意向，一方面通过登记建立产籍资料，进行产籍管理，另一方面通过登记审查相关权利设立，变更，终止的合法性，进而取缔或处罚违法行为。

三、房地产权属登记效力的模式

（一）登记要件制度，又称成立要件主义，因起源于德国，又称“德国主义”。该种模式以登记作为物权变动的要件。不动产物权的变动除当事人之间的合意外，还要进行登记，非经登记不产生效力，登记成为产权转移的重要标志。经过登记的权利具有绝对真实的公信力。目前采此模式的主要有德国，瑞士，奥地利，荷兰及中国台湾地区。

（二）托伦斯（Robert Torrens）制度，起源于澳大利亚，其影响主要存在于英美法系国家。这种模式体现成立要件主义，也强调登记对房地产权利的转移或者设定具有绝对的效力，但在登记方式上与“德国主义”略有不同。

（三）契据登记制，又称登记对抗制度，首创于法国，因此又称“法国主义”，为日本，意大利，比利时，西班牙等国家采用。该种模式以登记作为公示不动产权利状态的方法，在登记方法上与德国模式基本相同，所不同的是登记在当事人之间不具有绝对的效力。不动产物权的变动依当事

人之间的合意而产生效力，但是，非经登记不能对抗第三人。

（四）中国房地产权属登记的效力为成立要件主义。《土地管理法》第 9 条，《城市房地产管理法》第 60、61 条，《土地登记规则》第 25 条，《城市房屋产权产籍挂历暂行办法》第 18 条，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 16 条，上述立法实践可体现。

（五）学者对中国统一不动产登记制度的建议：统一法律依据，统一登记机关，统一登记效力，统一登记程序，统一权属证书。

四、房地产产籍管理

房地产产籍是指在经常性的房地产产权申报登记和测绘过程中，经过整理，加工，分类而形成的各种图，表，卡，册，证件和其他档案材料的总称。房地产产籍由地籍（土地产籍）和房籍（房屋产籍）两部分构成。

第二节　土地权属登记制度

一、概述

（一）概念

土地登记是国家依法对国有土地使用权，集体土地所有权，集体土地使用权和土地他项权利的登记。国有土地所有权无须以登记发证形式确认，不属于土地登记范围。中国当前的土地权属证书包括《国有土地使用证》，《集体土地所有证》，《集体土地使用证》和土地他项权利证明书等。

（二）类型

1．初始土地登记，又称总登记。是指在一定时间内，对辖区全部土地或者特定区域的土地进行的普遍登记。须将申请登记审核结果公告，若有异议按《土地管理法》弟 16 条处理。

2．变更土地登记，指继初始土地登记后，因土地所有权，使用权，他项权利以及土地的主要用途发生变更而随时办理的登记。包括土地使用权，所有权，和他项权利的设定登记，土地使用权，所有权，和他项权利的变更登记，名称地址和土地用途变更登记，注销土地登记。

二、土地登记机关

土地登记以县级行政区为单位组织进行，具体工作由县级以上人民政府土地管理部门负责。《土地管理法》第 11 条，《土地管理法实施条例》第 4 条，《土地管理法实施条例》第 5 条，《土地登记规则》第 4 条。

三、土地权属登记程序

（一）初始土地登记的程序

申报；地籍调查；权属审核；注册登记；颁发证书；

（二）变更登记的程序

变更申报；变更调查；变更审核；变更登记注册；发证。

第三节　房屋权属登记制度

一、概述

（一）概念

房屋登记，指房地产行政主管部门代表政府对房屋所有权以及由上述权利的抵押权，典权等房屋他项权利进行登记，并依法确认房屋产权关系得行为。中国目前房产登记专指城市规划区国有土地范围内的房屋登记。

（二）类型

1．总登记，指县级以上人民政府根据需要，在一定期限内对本行政区域内的房屋进行统一的权属登记，使产权登记中最基本的一种登记。

2．初始登记，指对新建的房屋所进行的权属登记。新建房屋申请人应当在房屋竣工后三个月内向登记机关申请房屋所有权初始登记。

3．转移登记，指因房屋买卖，交换，赠与，继承，划拨，转让，分割，合并，裁决等原因而致使其全属发生转移，必需办理产权过户手续情况时所进行的登记。当事人应当在事实发生后 30 日内申请转移登记。

4．变更登记，指权利人名称变更或房屋发生翻建，房屋面积增加减少，部分拆除等情况时所进行的登记。权利人应但在事实发生之日起 30 日内申请变更登记。

5．他项权利登记，指对设定房屋抵押权，典权等他项权利的情况所进行的权属登记，权利人应当自事实发生之日起 30 日内申请他项权利登记。

6．注销登记，指因房屋灭失，土地使用年限届满，他项权利终止等情况下，权力人应自事实发生之日起 30 日内申请注销登记。

二、房产权属登记机关

房屋所在地的人民政府房地产行政主管部门。《城市房地产权属登记管理办法》（建设部颁发）第 4、8 条。

三、房产权属登记程序

（一）登记收件：主要工作是检验证件和填写申请书、墙界表等。
（二）勘丈绘图：实地勘查，核实、修正房屋情况、核实墙界和绘制分户单位平面图。
（三）产权审查：是整个产权登记工作的核心，要三审定案（初、复审和审批）。
（四）绘制权证：包括缮证、配图、核对和盖印四个流程。
（五）税费发证：缴贴印花税和缴纳登记费、勘测费、权证工本费等。

四、涉外房产权属登记

对于中外合资企业，中外合作企业的不动产可直接在不动产所在地的房地产登记机构办理登记。对外国人私有的房地产，应根据《关于外国人私有房屋管理的若干规定》办理登记。涉外不动产登记的要求与国内人员登记的要求有所不同，“办理房屋所有权登记或转移，变更登记和委托手续的证件文书，须经公证。”

复习与思考题

1．城市房地产权属登记的功能与效力如何？
2．我国房地产登记的机关和程序。
3．简述我国现行的房地产权属登记制度。
4．如何完善我国现行的房地产权属登记制度？

拓展阅读书目

1．程信和主编：《房地产法学》，北京大学出版社 2001 年版
2．符启林：《房地产法》（第三版），法律出版社 1997 年版

第七章　物业管理法律制度

教学目的和要求：全面掌握物业管理制度的一般原理和各项制度，能够运用法律规定处理各种物业纠纷，并可以用法学理论分析中国目前物业管理制度中存在的问题和纠纷增多的根源。

教学重点和难点：教学重点是物业小区的法律地位、物业的权属和小区管理中的法律关系。教学难点是小区内部治理结构问题。

教学时数：6 课时

第一节　物业管理概述

一、物业与物业管理

（一）物业（property）

1．概念

物业是指已经建成的分割房屋，配套的设施设备和相关的场地。由四部分构成：房屋、配套设施和设备、场地和环境。

2．“物业” 与“房地产”“不动产”

“物业”作为习惯称呼，一般与“房地产”“不动产”表达同一概念，但是又有所区别：（1）所指对象不同。房地产是抽象的整体集合概念，一般不作量的区分；物业则是具体的可分概念，表示某一项具体的房地产（2）适用环节不同。房地产适用于房地产的投资、开发、建设、销售、售后管理整个流程；物业则仅仅适用于房地产的交易和售后服务阶段，一般已经建成并竣工验收，未经开发的地产不能称之为物业（3）称谓领域不同。不动产是民法惯常使用的词汇；房地产是经济法、行政法及实务中常用的词汇，物业则专指单元性的房产。

（二）物业管理

物业管理是指业主通过选聘物业管理企业，由业主和物业管理企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套设施设备和相关场地进行维修，养护，管理，维护相关区域内的环境卫生和秩序的活动（《物业管理条例》第 2 条）。

《物业管理条例》所指的物业管理，仅指业主通过选聘物业管理企业对物业进行管理这种方式，其所规范的物业管理活动也仅限于业主选聘物业管理企业所进行的物业管理服务活动。

物业管理是房地产综合开发的派生物，它作为房地产市场的消费环节，实质上是房地产综合开发的延续和完善，是一种综合性经营服务方式。

二、物业管理的兴起和沿革

（一）产生

传统意义上的“物业管理”起源于 19 世纪 60 年代的英国；中国内地的物业管理起源于 20 世纪 80 年代，以广州，深圳发展的最早

（二）沿革

1、1981 年 3 月，深圳市第一家专业物业管理公司——深圳市物业管理公司成立，首开市场化物业管理的先河。

2、1994 年，建设部发布建国以来物业管理的第一个规章——《城市新建住宅小区管理办法》，确立物业管理在房地产业中的独立地位

3、1998 年 7 月，国务院《关于进一步深化城镇住房制度改革、加快住房建设的通知》，要求

建立业主自治与物业管理企业专业管理相结合的社会化、专业化、市场化的物业管理体制。

4、2003 年 9 月《物业管理条例》，我国第一部关于物业管理的行政法规。

三、物业管理的模式和内容

（一）模式

物业管理模式有福利型管理模式和市场化管理模式。市场化管理模式又可分为委托服务型和自主经营型。

1．委托服务型物业管理指业主将自己物业委托专业机构进行管理，是典型的物业管理方式。双方通过物业管理合同约定管理服务事项，明确双方权利义务，实现物业所有权与管理的分离。按其委托内容又可分为管理服务为主的委托和出租经营与管理服务并重的委托。

2．自主经营型物业管理指物业业主自己直接实施管理，是传统的物业管理方式。其物业业主即物业经营管理人，物业所有权与管理权未实现分离，适用于业主单一，规模较小的物业。根据使用和经营方式可分为自有自用型和自有出租型。

（二）内容

物业管理的内容主要是对物的管理和对人的管理。也有学者将物业管理内容按服务的内容和提供的方式划分为常规性公共服务，委托性的特约服务和针对性的专项服务。

1．常规性的公共服务。这是物业管理中的基本业务工作，一般不需在物业管理服务合同中事先提出或作出约定。其内容包括：

房屋建筑主体的管理；物业公共设施、设备的管理；公共环境卫生的管理；绿化管理；保安管理；消防管理；车辆道路管理；公共代办性质的服务；物业管理维修基金的管理；做好管理费用的核收和使用管理；协助政府进行社会管理。

2．针对性的专项服务。这些服务项目一般不在统一的物业管理服务合同约定的范围之内，若享受须单独提出并支付服务费用。包括：日常生活类服务，如收洗衣服，代购物品，接送小孩上学等；商业服务类，如商业网点的开发与管理，餐饮及各项经营活动的开展；文化、教育、卫生、体育类，如在高级住宅区提供游泳等健身活动场所；金融服务类；代理与中介服务，包括代办物业的租赁等。

3．委托性的特约服务，为满足业主、使用人的个别需求，受其委托而提供。

四、物业管理的法律性质和特征

（一）法律性质

物业管理的法律性质，一般有行政管理关系说设民事关系说两种。

行政管理关系说主要是基于我国传统房屋管理体制形成。随着物业管理的市场化，物业管理关系在本质上已经属于一种民事法律关系，但也带有一定的公共管理性质。

（二）特征

1．物业管理的基础是业主自治权

2．物业管理是在物业管理企业与业主之间形成的服务性质的法律关系。

3．物业管理基于委托合同产生。

4．物业管理关系具有有偿性。

5．物业管理具有专业性。

第二节　业主、业主大会、业主委员会和业主公约

一、业主

业主是物业的所有权人。按其拥有的物业所有权的状况，又可分为独立所有权人和区分所有权人。独立所有权是典型的传统不动产所有权形态，现代物业区域各业主的权利形态一般是区分所有权。

（一）权利

1．按照物业服务合同的约定，接受物业管理企业提供的服务

2．提议召开业主大会会议，并就物业管理的有关事项提出建议

3．提出制定和修改业主公约、业主大会议事规则的建议

4．参加业主大会会议，行使投票权

5．选举业主委员会委员长，并享有被选举权

6．监督业主委员会的工作

7．监督物业管理企业履行物业服务合同

8．对物业共用部位、共用设施设备和相关场地使用情况享有知情权和监督权　9．监督物业共用部位、共用设施设备专项维修资金的管理和使用

10．法律、法规规定的其他权利

（二）义务　《物业管理条例》第 7 条

二、业主大会

（一）成立

业主大会由物业管理区域内全体业主组成。一个物业管理区域成立一个业主大会。同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在的区，县人民政府房地产行政主管部门的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。业主大会应当代表和维护物业管理区域内全体业主大会在物业管理活动中的合法权益。

（二）性质

业主大会的地位于资格，发达国家对业主大会的性质认定有四种模式，法人资格模式，无法人资格模式，有限定条件的法人资格模式就，诉讼中法人资格模式。

（三）召开

1．物业管理区域内全体业主第一次大会，在物业已交付使用的建筑面积达到一定比例时召开。

2．业主大会会议分为定期会议和临时会议。业主大会定期会议，应当按照业主大会议事规则的规定召开。业主大会的临时会议，经 2 0 %以上业主提议，由业主委员会组织召开

3．业主大会的法定人数，应当有物业管理区域内持有 1 / 2 以上投票权的业主参加。

4．召开业主大会会议，应当于会议召开 15 日以前通知全体业主。

（四）职责

1．制定、修改业主公约和业主大会议事规则；

2．选举、更换业主委员会委员，监督业主委员会的工作；

3．选聘、解聘物业管理企业；

4．决定专项维修资金使用、续筹方案，并监督实施；

5．制定、修改物业管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度；

6．法律、法规或者业主大会议事规则规定的其他有关物业管理的职责。

三、业主委员会

（一）性质和组成。

业主委员会是物业区域内全体业主对物业实施自治管理的组织，由业主大会选举产生，是业主大会的常设执行机构，对业主大会负责。

业主委员会的委员应当由业主担任，其成员不得兼任本物业区内物业管理公司的工作。

（二）职责

1．召集业主大会会议，报告物业管理的实施情况；

2．代表业主与业主大会选聘的物业管理企业签订物业服务合同；

3．及时了解业主、物业使用人的意见和建议，监督和协助物业管理企业履行物业服务合同；

4．监督业主公约的实施；

5．业主大会赋予的其他职责。

四、业主公约

业主公约，又称公共契约或管理公约，是指业主承诺的，对全体业主具有约束力的，有关业主在住宅区使用，维护物业及其管理方面权利，义务的行为准则。业主公约必须经业主代表大会通过后生效。生效后的业主公约对本住宅区内所有业主和物业使用权人具有约束力。业主公约订立后还应到政府主管部门备案。

公约的成立与生效时间，各地规定不尽相同。

第三节　物业管理企业和物业管理业务

一、物业管理企业

（一）概念和法律地位

物业管理企业就是对物业实施专业化，企业化，社会化管理服务的，具有法人地位的经济实体。

物业管理企业的法律地位，物业管理企业一般以公司形式出现，依合同实施物业管理，其管理权源于业主。物业管理企业是独立的法人，与业主在法律地位上是平等的，物业管理企业与业主必须合作，实施对物业的管理。

（二）国家对物业管理企业的管理

主要体现在两个方面：

1．国家对从事物业管理活动的企业实行资质等级管理制度，一般分为一，二，三级。每两年核定一次。

2．从事物业管理的人员应当按照国家有关规定取得职业资格证书。

（三）物业管理企业的权利与义务

由业主在合同中授予和法律明确规定。主要由《物业管理条例》和《城市新建住宅小区管理办法》规定。

二、物业管理业务

（一）物业接管验收，指物业管理企业在承接物业时，进行以物业的主体结构安全和满足使用功能为主要内容的再检验，同时接受图纸、说明文见等物业资料，从而着手实施物业管理。

（二）前期物业管理，指物业出售后至业主入住前的物业管理。初期，“谁开发，谁管理”，

目前提倡通过招投标方式选聘物业管理企业管理。房地产开发企业在出售住宅小区房屋之前，应当选聘物业管理公司承担住宅小区的管理，并与其签订物业管理合同。住宅小区在物业管理公司负责管理之前，有房地产开发企业负责管理。其特殊内容有：（1）管理机构的设立和人员的配备（2）对房屋进行接管验收（3）规定和公布管理制度（4）对业主入住进行管理（5）建立健全物业管理档案资料（6）装修搬迁管理（7）前期管理工作终止时与后任物业管理企业的移交。

（三）物业管理服务。依据物业服务合同对物业进行管理。

第四节　物业服务合同

一、概念

物业服务合同，指业主委员会成立后由其代表全体业主选聘物业企业时所签订的合同，是现代物业管理开展的前提。

物业服务合同的法律性质尚无定论。一般认为，其性质应属提供服务中的委托合同，无名合同。一般应采用书面形式，并报政府物业行政管理部门备案。

二、特征

（一）实现物业所有权和管理权的分离

（二）受到较多的国家干预。体现在：（1）合同主体资格方面。一方是业主委员会，经法定程序选举产生，一方是物业管理企业，国家对其实施资质管理。（2）合同的具体内容方面，有关物业管理服务、收费就以及业主与物业管理企业的权利义务，立法均有明确规定，物业服务合同的订立不得违背。

三、内容

（一）物业管理事项
（二）服务质量
（三）服务费用
（四）合同双方权利义务
（五）专项维修资金的管理和使用
（六）物业管理用房
（七）合同期限
（八）违约责任

第五节　物业管理中的法律责任

一、房地产开发商的法律责任

（一）违法选聘物业管理企业，表现有：住宅物业的建设单位未通过招投标的方式选聘物业管理企业；特殊的住宅物业的建设单位，未经批准擅自采用协议方式选聘物业管理企业。《物业管理条例》规定，发生了上述违法行为，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，可以并处 10 万元以下的罚款。

（二）擅自处分属于业主的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门处 5 万元以上 20 万元以下的罚款（行政责任）；给业主造成损

失的，依法承担赔偿责任（民事责任）。

（三）不按照法律规定移交有关物业资料的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正；逾期仍不移交有关资料的，予以通报，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

（四）不按照规定配备必要的物业管理用房，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，没收违法所得，并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。

二、物业管理企业的法律责任

（一）不按照法律规定移交有关物业资料

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正；逾期仍不移交有关资料的，对物业管理企业予以通报，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

（二）未取得资质证书从事物业管理

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门没收违法所得，并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。以欺骗手段取得资质证书的，依照本条第一款规定处罚，并由颁发资质证书的部门吊销资质证书。

（三）聘用未取得物业管理职业资格证书的人员从事物业管理活动

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令停止违法行为，处 5 万元以上 20 万元以下的罚款；给业主造成损失的，依法承担赔偿责

（四）将一个物业管理区域内的全部物业管理一并委托给他人

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，处委托合同价款 30％以上 50％以下的罚款；情节严重的，由颁发资质证书的部门吊销资质证书。委托所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用；给业主造成损失的，依法承担赔偿责任。

（五）挪用专项维修资金

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门追回挪用的专项维修资金，给予警告，没收违法所得，可以并处挪用数额 2 倍以下的罚款；物业管理企业挪用专项维修资金，情节严重的，并由颁发资质证书的部门吊销资质证书；构成犯罪的，依法追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

（六）擅自改变物业管理用房

由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，并处 1 万元以上 10 万元以下的罚款；有收益的，所得收益用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用

（七）物业使用与维护中的违法行为

包括：擅自改变物业管理区域内按照规划建设的公共建筑和共用设施用途擅自占用、挖掘物业管理区域内道路、场地，损害业主共同利益的；擅自利用物业共用部位、共用设施设备进行经营的。

有上述行为，对个人，处 1000 元以上 1 万元以下的罚款；对企业，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款，所得收益，用于物业管理区域内物业共用部位、共用设施设备的维修、养护，剩余部分按照业主大会的决定使用。

三、业主的法律责任

（一）挪用专项维修资金。实践中，总由具体的业主负责管理维修基金，因此，个别业主可能成为挪用专项维修资金的主体。

有该行为的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门追回挪用的专项维修资金，给予警

告，没收违法所得，可以并处挪用数额 2 倍以下的罚款。

（二）物业使用与维护中的违法行为。

（三）逾期不交物业费的。业主委员会应当督促其限期交纳；逾期仍不交纳的，物业管理企业可以向人民法院起诉。

（四）业主以业主大会或者业主委员会的名义，从事违反法律、法规的活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予治安管理处罚。

复习与思考题

1．如何理解物业管理的法律特征
2．如何理解业主委员会的法律地位
3．业主的权利有哪些？
4．如何理解物业服务合同的法律性质？
5．物业管理中的法律责任
6．如何完善我国的物业管理体制。

拓展阅读书目

1．程信和主编：《房地产法学》，北京大学出版社 2001 年版
2．高富平等：《房地产法新论》，中国法制出版社 2002 年版

《法务会计（双语课）》教学大纲

张苏彤　编写

目　录

一、前言(Preface)....2
二、教学主要内容与课时安排（Teaching Contents and Teaching Hours ）....2
三、教学目的（Learning Objectives）....3
Chapter 1　An Introduction to Forensic Accounting....3
Chapter 2　The Forensic Accounting Legal Environment....4
Chapter 3　The Sarbanes-Oxley Act Of 2002....4
Chapter 4　Forensic Science and Information Technology....4
Chapter 5　Information Security....4
Chapter 6　Forensic Auditing and Investigation....4
Chapter 7　Financial Statement Fraud....5
Chapter 8　Fraud Against the Organization: Employee, Vendor, and Other Schemes....5
Chapter 9　Tax Fraud....6
Chapter 10　Bankruptcy, Divorce, and Identity theft....6
Chapter 11　Organized Crime and Terrorism Investigations....6
Chapter 12　Business Valuation....6
Chapter 13　Dispute Resolution and Litigation Services....7
四、章节提要（Summary）....7
Chapter 1　An Introduction to Forensic Accounting....7
Chapter 2　The Forensic Accounting Legal Environment....7
Chapter 3　The Sarbanes-Oxley Act Of 2002....9
Chapter 4　Forensic Science and Information Technology....10
Chapter 5　Information Security....12
Chapter 6　Forensic Auditing and Investigation....15
Chapter 7　Financial Statement Fraud....15
Chapter 8　Fraud Against the Organization: Employee, Vendor, and Other Schemes....17
Chapter 9　Tax Fraud....19
Chapter 10　Bankruptcy, Divorce, and Identity theft....20
Chapter 11　Organized Crime and Terrorism Investigations....22
Chapter 12　Business Valuation....25
Chapter 13　Dispute Resolution and Litigation Services....27

一、 前言(Preface)

法务会计是一门涉及到将会计资料用于法庭作证或辩论，以解决有关法律问题的科学。 法务会计最初产生于上世纪四十年代的美国。进入本世纪初以来，随着法务会计师在协助美国政府调查“安然”、“世通”等大公司财务丑闻中独特作用的发挥，法务会计受到美国政府的广泛重视。法务会计师被人们称为能够看到数字背后的“猫腻”的“警犬”，赢得了人们的广泛尊敬与赞许。近年来，法务会计在美国、英国、加拿大、澳大利亚等西方发达国家得到了快速的发展，法务会计被人们认为是本世纪最为热门的行业之一。目前，在包括“四大”在内的有 100 家顶尖的会计师事务所中，有超过 75%的会计师事务所提供了法务会计的服务。

近年来，商业欺诈与职务犯罪已经成为困扰各国经济的一大问题。尽管欺诈舞弊造成的损失尚无确切的统计数字，但是据美国注册舞弊审核师协会 2008 年反映职务欺诈与滥用的 Wells 报告，2007 年美国由于职务欺诈与滥用带来的损失估计占到了国内生产总值的 7%，达到 9940 亿美元。而更为重要与令人担忧的是这些欺诈还在不断蔓延和扩大。在我国，反商业欺诈也受到了政府的高度重视。2005 年 3 月 20 日，国务院办公厅发布了《关于开展打击商业欺诈专项行动的通知》，其中在“探索建立反商业欺诈长效机制”方面，提出了“加强综合监管”的任务。2007 年 7 月 8 日中国最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》，明确了“收受干股”“ 期权寻租”等 10 种市场经济条件下的新类型受贿刑事案件法律适用问题的具体意见，进一步彰显了我国反腐败反商业贿赂的决心与勇气。而法务会计所提供的一套理论和技术方法，正是对商业欺诈与舞弊进行预防、识别、发现与调查所必不可少的手段。

近些年来，随着涉及财务问题的贪污腐败、商业贿赂、财务舞弊、职务犯罪、白领犯罪、洗黑钱等经济犯罪的大量出现，使得我国对法务会计理论与实务的研究、法务会计的教育与培训，法务会计调查与诉讼支持业务的提供已经有了越来越强烈的需求。据了解，我国的公安、检察、法院、律所、审计部门以及党的纪律检查部门对法务会计人才以及法务会计服务活动都有了强烈的需求，他们迫切需要既懂法，又掌握会计审计的技术方法，能查账，会审计，知晓诉讼程序，掌握证据规则的复合型人才。为了满足社会对法务会计人才的需求，我国的一些高等院校（包括中国政法大学、复旦大学、中国计量学院、云南财经大学、渤海大学、浙江财经学院等）相继创办了法务（司法）会计专业或面向在校会计学或法学专业的学生开始了法务会计课程，受到了广泛的欢迎。

目前，我国的法务会计教育尚在起步时期，相关的双语课的教学研究与教材建设也处于尝试与摸索之中。我们选用了由中国政法大学民商经济法学院张苏彤教授改编的由三位来自美国佛罗里达大西洋大学[1]的法务会计专家编著的“Forensic Accounting ”（《法务会计》）作为双语课教材，希望我们的法务会计教学能够与国际法务会计教育接轨，为我国的法务会计教育带来来自大洋彼岸的清风。

本大纲由张苏彤编写。

二、教学主要内容与课时安排（Teaching Contents and Teaching Hours ）

[1] 美国佛罗里达大西洋大学是北美最早开展法务会计学历教育的院校之一，该校提供有关法务会计的硕士学位课程。有兴趣的读者可以通过浏览以下网站了解该校的情况：http://www.masters-in-forensic-accounting.com/

章　节	课　时
Chapter 1　An Introduction to Forensic Accounting	2
Chapter 2　The Forensic Accounting Legal Environment	3
Chapter 3　The Sarbanes-Oxley Act Of 2002	3
Chapter 4　Forensic Science and Information Technology	2
Chapter 5　Information Security	3
Chapter 6　Forensic Auditing and Investigation	4
Chapter 7　Financial Statement Fraud	4
Chapter 8　Fraud Against the Organization: Employee, Vendor, and Other Schemes	2
Chapter 9　Tax Fraud	2
Chapter 10　Bankruptcy, Divorce, and Identity theft	4
Chapter 11　Organized Crime and Terrorism Investigations	2
Chapter 12　Business Valuation	2
Chapter 13　Dispute Resolution and Litigation Services	3
合计：	36

三、教学目的（Learning Objectives）

Forensic accounting differs from other types of accounting, partly due to the work performed and partly due to the standards of law that must be met by these accountants. Whereas many accountants participate in creating or auditing financial statements, forensic accountants are more likely to be found dissecting these statements and obtaining evidence from other sources. Some forensic accountants perform investigations much like financial private investigators; others perform extensive valuation work related to financial damages experienced by businesses and the division of assets in divorce actions. Forensic accounting requires the knowledge and skills of accountants and other specialized skills that enable the forensic accountant to practice in this unique area of accounting. To aid forensic accountants, various organizations support the practice of forensic accounting, and many of these organizations offer credentials that distinguish forensic accountants from other practitioners.

Chapter 1　An Introduction to Forensic Accounting

After learning Chapter 1, you should be able to:

- Define forensic accounting.
- Describe the difference between forensic accounting and auditing.
- Explain the role of forensic accountants.
- Identify the knowledge and skills that forensic accountants are expected to possess.
- Describe the opportunities that exist for those who choose to work as forensic accountants.
- Identify the organizations that support the work of forensic accountants.

Chapter 2 The Forensic Accounting Legal Environment

After learning Chapter 2, you should be able to:

- Explain the sources of U.S. law.
- Explain the basic structure of the U.S. court systems.
- Understand the general issues relating to investigations.
- Describe arrest and pretrial procedures.
- Explain basic criminal trial procedures.
- Describe and contrast and compare various common law financial crimes.
- Explain various major federal criminal statutes relating to financial crimes.

Chapter 3 The Sarbanes-Oxley Act Of 2002

After learning Chapter 3, you should be able to:

- Explain the overall objectives of the Sarbanes-Oxley Act (SOX).
- Describe the legal and institutional context in which SOX is implemented.
- Explain the major provisions of SOX.
- Discuss issues and approaches to SOX compliance.
- Explain ways small public companies can become SOX 404 compliant.

Chapter 4 Forensic Science and Information Technology

After learning Chapter 4, you should be able to:

- Define forensic science.
- Explain which areas of forensic science are important to forensic accountants.
- Identify the major players in forensic investigations.
- Explain forensic evidence and how it is used to identify suspects and criminals.
- Explain the requirements for expert testimony to be admitted into court.
- Identify the major issues in a forensic computer investigation.
- Explain the how to conduct forensic computer investigations.
- Describe various law enforcement networks and databases.

Chapter 5 Information Security

After learning Chapter 5, you should be able to:

- Define and explain information security deliverables.
- Define the concept of information security management system.
- Define and explain key concepts relating to information security management systems.
- Explain the PDCA methodology and how it is applied to information security deliverables.
- Explain the major international standards that apply to information security
- Describe how to evaluate and obtain assurance for information security deliverables.
- Apply information security concepts to developing information security management systems.

Chapter 6 Forensic Auditing and Investigation

After learning Chapter 6, you should be able to:

- Define auditing.

- Describe the functions and benefits of auditing.
- Describe the regulation of auditors.
- Describe the effect of rule-making bodies on the auditing profession.
- Describe the roles of materiality and risk in the performance of an audit.
- Explain the function of audit reports and describe the various types of reports.
- Describe the audit assertions and explain their importance.
- Describe the types of evidence-gathering procedures used by auditors.
- Compare and contrast the types of audit tests.
- Explain the role of sampling in the performance of an audit.
- Describe the audit process.
- Explain the responsibilities of auditors and management with respect to the assessment of controls over financial reporting.
- Describe the auditor's responsibility to detect fraud.
- Describe other services provided by accountants and auditors.

Chapter 7 Financial Statement Fraud

After learning Chapter 7, you should be able to:

- Identify procedures to use when financial statement fraud is not suspected
- Describe the approach required of auditors when the risk of financial statement misstatement due to fraud is high.
- Describe symptoms of fraud and how they are investigated.
- Identify sources of evidence that are helpful to the forensic accountant.
- Explain specialized audit techniques that can be applied in cases of suspected or actual fraud.
- Explain the importance of interview and interrogation as evidence-gathering techniques.
- Describe the verbal and nonverbal cues given by interviewed subjects and the hidden meanings they can convey.
- Describe the question types that interviewers can use to obtain relevant and useful information.
- Discuss the different approaches that interviewers can use to persuade subjects to cooperate.
- Describe the admission-seeking interview and any differences used in interviewing subjects who are not suspected of committing crimes and suspects.
- Describe the contents of the signed confession.

Chapter 8 Fraud Against the Organization: Employee, Vendor, and Other Schemes

After learning Chapter 8, you should be able to:

- Describe the seriousness and extent of the problem of employee and vendor fraud.
- Describe some characteristics of employees who commit employee fraud.
- Explain some of the major organizational factors related to internal fraud.
- Describe the major methods employees to use to commit fraud.
- Identify some of the key factors in identifying employees who commit fraud.
- Explain the major types of vendor fraud.
- Explain ways frauds are committed in electronic information systems.

Chapter 9 Tax Fraud

After learning Chapter 9, you should be able to:

- Define financial statement fraud.
- Identify the major financial statement fraud schemes.
- Explain various characteristics of financial statement fraud.
- Explain financial statement fraud harms individual investors, financial markets, and society.
- Explain how corporate governance can mitigate financial statement fraud.
- Contrast and compare earnings manipulation and earnings management.
- Explain in general terms how some of the major financial frauds were committed

Chapter 10 Bankruptcy, Divorce, and Identity theft

After learning Chapter 10, you should be able to:

- Define bankruptcy fraud and explain bankruptcy fraud penalties.
- Identify and explain the major types of bankruptcy fraud.
- Explain basic bankruptcy procedures.
- Explain how the forensic accountant can investigate bankruptcy fraud cases.
- Explain how the forensic accountant can investigate divorce fraud cases.
- Define identity theft.
- Explain federal laws relating to identity theft.
- Explain how to prevent identity theft.
- Explain how to investigate identity theft and recover.

Chapter 11 Organized Crime and Terrorism Investigations

After learning Chapter 11, you should be able to:

- Explain what organized crime and terrorism have in common.
- Explain international efforts to curb organized crime.
- Explain the activities, organizational structure, and history of La Cosa Nostra.
- Explain the methods and laws used by the FBI to fight organized crime.
- Explain the activities and history of other major organized crime groups.
- Explain the history, development, and structure of modern terrorist organizations.
- Explain the development of the al Qaeda organization.
- Define money laundering.
- Explain the major money-laundering schemes.
- Explain antimoney-laundering laws and processes.

Chapter 12 Business Valuation

After learning Chapter 12, you should be able to:

- Explain the objectives of business valuation.
- Explain the role of international, governmental, and professional organizations with respect to standards, practices, and certifications relating to business valuation.
- Explain the major concepts underlying basic business valuation theory.
- Explain the approaches and methods of business valuation.

Chapter 13　Dispute Resolution and Litigation Services

After learning Chapter 13, you should be able to:

- Define alternative dispute resolution and explain its benefits.
- Contrast and compare mediation and arbitration.
- Explain the accounting practice of litigation support services.
- Explain nontraditional alternative dispute resolution techniques.
- Discuss various applications of alternative dispute resolution techniques.
- Describe the steps in setting up an in-house alternative dispute resolution program.
- Contrast and compare serving as an expert consultant versus as an expert witness.
- Explain the role of the forensic accountant in expert testimony.
- Explain the legal standards for expert testimony.
- Explain issues and strategies relating to expert testimony.

四、章节提要（Summary）

Chapter 1　An Introduction to Forensic Accounting

Forensic accounting differs from other types of accounting, partly due to the work performed and partly due to the standards of law that must be met by these accountants. Whereas many accountants participate in creating or auditing financial statements, forensic accountants are more likely to be found dissecting these statements and obtaining evidence from other sources. Some forensic accountants perform investigations much like financial private investigators; others perform extensive valuation work related to financial damages experienced by businesses and the division of assets in divorce actions. Forensicaccounting requires the knowledge and skills of accountants and other specialized skills that enable the forensic accountant to practice in this unique area of accounting. To aid forensic accountants, various organizations support the practice of forensic accounting, and many of these organizations offer credentials that distinguish forensic accountants from other practitioners.

Chapter 2　The Forensic Accounting Legal Environment

Forensic accountants routinely work in areas of law, so it is important that the forensic accountant have a basic understanding of criminal and civil procedures as well as the different types of crimes that exist. Procedures are especially important because they define the steps that are followed in many cases, from the initial problem and/or investigation until a final resolution

Four basic sources of law exist: the U.S. Constitution, statutes, case law, and administrative law. Legislators create statutes, appellate court rulings make case law, and, for the most part, government agencies empowered to create rules and regulations to enforce statutes under their authority make administrative law.

Courts interpret the laws. In the federal system, trials are held in the district courts, and appeals are held in the circuit courts of appeal and the U.S. Supreme Court. State courts tend to follow a similar three-

tier system.

In criminal cases, initial investigations are carried out by law enforcement officials, who act by collecting evidence and ruling out suspects. Evidence can be collected in many ways that can include interviews, subpoenas, and search warrants. Careful attention is paid to preserving evidence and its chain of custody. Interviews are often directed toward ruling out suspects with consideration being given not only to the physical evidence but also to the fraud triangle—pressure, opportunity, and rationalization.

When sufficient evidence exists, the usual procedure is to make an arrest or refer the matter to a grand jury, which in turn may issue an indictment and lead to a later arrest. Arrests may be made with or without arrest warrants, depending on the jurisdiction in which the arrest is made and the circumstances of the case. After being arrested, suspects become defendants and are booked at a law-enforcement facility. The booking process creates a formal arrest record.

Within a business day or two after the arrest, the defendant faces an arraignment hearing in which he or she receives a copy of the charges and enters a plea, and the judge deals with issues such as setting bail, assigning a court-appointed attorney, and setting a tentative trial schedule. Then, a short time later (typically within 30 days), a miniature trial, called a preliminary hearing, takes place; at it, the district attorney must demonstrate probable cause to hold the defendant over for trial. Preliminary hearings are not held in all jurisdictions and in all cases, especially not in cases for which an indictment is made by a grand jury.

Before any trial takes place, discovery occurs; it involves the exchange of evidence between the prosecution and the defense. In many jurisdictions, discovery sets a much higher obligation for the prosecution to give evidence to the defense than visa versa.

Before any trial, plea bargaining (in criminal cases) or negotiations (in civil cases) can occur. In the vast majority of criminal cases, the defendant accepts reduced charges or penalties in exchange for pleading guilty.

In most criminal cases, the defendant has the right to a jury trial, and this right is usually invoked because most jury decisions must be unanimous and the defense has a say in the jury selection. Once the jury is seated, the defendant is said to be in jeopardy, and the trial typically begins with the opening statements from both the prosecution and the defense, with the prosecution going first. After the opening statements, the prosecution presents its case in chief by calling witnesses for direct testimony. Each witness is then cross-examined by the defense.

Evidence presented in court is subject to rules of evidence, which generally require the content of the evidence to be relevant to the charges and not overly prejudicial or inflammatory. Except for experts, witness testimony is subject to the personal knowledge rule, which limits testimony to things personally known. Attorneys cannot ask leading questions on direct examination, although such questions can be asked on cross-examination. In general, out-of-court statements are not admissible into evidence, although a number of significant exceptions to this rule exist. Finally, establishing a chain of custody is required for tangible exhibits to be admitted.

After the prosecution rests, the defense presents its case through a similar process of calling witnesses for direct testimony and cross-examination. After the defense rests, the prosecution may call rebuttal witnesses when the scope of their testimony is limited to matters covered in the defense's case. Finally, the trial usually winds down with a motion to dismiss (which is almost always denied), followed by closing arguments, instructions to the jury, jury deliberations, and, finally, a verdict.

Regarding crimes, various common-law crimes derive from Old English law and now tend to be universal across all jurisdictions. Each type of common law crime has specific elements. For example, burglary involves the element of unlawfully entering a building or similar structure with the intent of committing some crime. The intent element is important; without it, some lesser charge, such as trespassing, could apply. Conspiracy is an especially encompassing common-law crime because individuals can be guilty of conspiracy even if the planned crime is impossible to carry out or if it is not carried out because the conspiracy is abandoned.

Regarding federal crimes, Congress passes many acts that modify various part of the United States Code (USC), which is organized according to titles, topics, and Title 18, which deals primarily with crimes. Other titles also deal with crimes.

In some cases, single acts of congress affect many titles and sections of the USC. Some of the acts discussed in the chapter include the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, the Foreign Corrupt Practices Act, the Sarbanes-Oxley Act, and various acts relating to computer intrusions. Among these acts, SOX has had the most pronounced influence on accounting since the Securities Exchange Act of 1934.

Chapter 3 The Sarbanes-Oxley Act Of 2002

The Sarbanes-Oxley Act poses the most sweeping set of changes in corporate governance, accounting, and financial reporting since the Securities Act of 1933 and the Securities and Exchange Act of 1934. The general purpose of SOX was to promote "greater corporate integrity," in the words of President Bush.

General oversight for the act is granted to the SEC, which makes general implementation rules and oversees the PCAOB, which in turn oversees public accounting firms that audit publicly traded companies. The PCAOB registers public accounting companies, promulgates auditing rules, and provides general enforcement over public accounting firms.

Provisions of the act are directed to the auditing profession, corporate management, financial analysts, corporate attorneys, and audit committees. It requires the auditing profession to implement high standards of independence by not performing many nonauditing services for audit clients, rotating audit partners, and mandatory reporting of certain events and information to the corporate audit committee. Auditors are also required to maintain their audit working papers for minimum lengths of time.

SOX also places substantial requirements on corporate management. It requires enhanced disclosures (such as certain off-balance-sheet transactions), prevents conflicts of interests (by restricting loans to top management), and requires the CEO/CFO to certify the financial reports and provide a separate report and certification on the internal control system.

SOX mandates independence of financial analysts through a series of provisions, such as limiting investment bankers' ability to preapprove their reports or to retaliate against or punish analysts who write negative reports. It also mandates that analysts work within organizational structures that do not inhibit their ability to make independent recommendations and reports. The act also mandates that attorneys report

certain illegalities or ethics problems to the chief corporate attorney or the CEO. If the chief corporate attorney and the CEO do not respond adequately, the corporate attorney must report the matters to the audit committee.

SOX mandates independence in the audit committee. Its members are not permitted to accept compensation from the company for any type of service other than for serving on the audit committee.

Finally, the act creates some new penalties and enhances some old ones. CEOs and CFOs who knowingly and/or willfully falsely certify financial statements can be sentenced up to 20 years in prison for. The same penalty can apply to anyone who destroys documents or tangible evidence to impede an investigation or proceeding. SOX also increased the maximum wire and mail fraud penalties to 20 years.

To implement SOX, the SEC issues rules and the PCAOB issues standards on an ongoing basis.

The largest single compliance requirement of SOX involves ensuring adequate internal control processes as required by Section 404. To achieve this objective, management looks to various standards and codes of best practices relating to control and security. The most basic of all standards exists within federal sentencing guidelines, which provide a basic restatement of the COSO report on internal control: Companies that have good control systems and ethics programs are given more leniency in determining criminal penalties under SOX if violations are promptly reported and do not involve top management.

Three major COSO reports exist. Its 1987 report provides a comprehensive framework for corporate governance and internal control. The 1992 report "Internal Control—Integrated Framework" extends the first report and broadens internal control by incorporating it into the general context of enterprise risk management (ERM). The third report "Enterprise Risk Management—Integrated Framework" deals with implementing the internal control framework in small public companies. SOX 404 compliance in small public companies involves implementing processes that compensate for size-related limitations associated with implementing the overall COSO control framework.

COBIT and ISO 27002 provide more specific guidance, including long lists of detailed security controls. COBIT is somewhat broader in scope, while ISO 27002 focuses more on specific security controls. COBIT and ISO 27002 complement each other.

Chapter 4　Forensic Science and Information Technology

Forensic science is the application of science to legal matters. Various areas of special interest to forensic accounting include computer, forensics, criminalistics, dactylography, forensic evidence, forensic identification, forensic palaeography (also called diplomatics, or questioned document examination), forensic psychology/psychiatry, and information forensics.

Various persons and entities are important in forensic science–related investigations: criminalists, forensic scientists, and crime labs. Criminalists are crime scene technicians or investigators who specialize

in finding, collecting, and preserving physical evidence at crime scenes. Forensic scientists work primarily in the laboratory than at crime scenes. Furthermore, they focus on interpreting evidence gathered by criminalists, although some experienced criminalists develop interpretive skills.

Most crime labs are affiliated with police agencies. The better ones are accredited by one of the main accrediting organizations such as the American Society of Crime Laboratory Directors and the National Forensic Science Technology Center.

The FBI lab is the largest and most sophisticated crime lab in the United States. The FBI crime lab provides various special services, such as those provided by the computer analysis and response team (CART), the evidence response team (ERT), investigative and prosecutive graphics, the questioned documents unit, and racketeering records.

Investigators generally rely on physical evidence, witnesses, and confessions to solve crimes. Most financial crimes are solved using physical evidence, including computer, bank, and charge card records. Good physical evidence can make it easier to obtain confessions, and even witnesses can be more cooperative when they are aware of strong physical evidence.

The ultimate goal of good physical evidence is forensic identification, which occurs when the physical evidence can be specifically and unequivocally linked to a particular object or person. Identification occurs only when some characteristic, set of characteristics, or pattern of characteristics can be said to apply uniquely to an object or individual. To establish forensic identification, the suspect's points of comparison must uniquely correspond with those of the person who committed the crime. In other words, forensic identification occurs when the group of suspects is reduced to a class containing only one member.

In general, there are four types of evidence: testimonial, physical, documentary, and demonstrative. The most important type of evidence to forensic accountants tends to be documentary (i.e.,financial records). Most financial crimes leave either money trails or record trails or both.

Forensic evidence sometimes requires testimonial evidence from experts. One legal standard for expert testimony to be considered "scientific" is the Daubert test, which is "passed" when the expert's technique has been subjected to scientific testing, has been published in peer-reviewed scientific journals, has an established or measurable error rate, and is accepted in the relevant scientific community. These criteria must be applied as relevant to the particular situation.

Forensic science is also used as an investigatory tool. Examples of investigatory applications include lie detector tests, biometric identifications, and criminal profiling.

Computer forensics is of special interest to the forensic accountant. It often involves protecting and recovering computerized data. Special methods are required to avoid data loss or contamination. The following steps apply to forensically investigating computers: size up the situation, keep a log of every step, conduct the initial survey, assess the possibility of ongoing undesirable activity, power down the computer,

check for booby traps, duplicate the hard drive or other permanent storage unit, and analyze the hard drive.

A second task of the computer forensic specialist lies in identifying individuals in a network environment. This involves identifying the source of some particular activity or e-mail message. The standard by which to track individuals by their network activity is through the individual's IP address. Each packet in the two-way communication process includes the source and destination IPs. This can make it possible sometimes to use log files to identify the source of a given activity. E-mail tracing is normally accomplished by studying the e-mail headers. Each time an e-mail message moves from one location to the next, an IP address is added to the mail header, often making it possible to trace a message back to a given IP and then to do a reverse IP lookup to trace the IP back to its owner. In many cases, the owner is an ISP or a company, and a subpoena could be necessary to identify the individual who used the given IP on the date and time in question.

Sophisticated individuals can use anonymous proxy servers and even encryption to avoid identification and/or interception. Other investigative methods must be used to identify these individuals.

Finally, law enforcement uses many databases and networks. Some of these are IAFIS (for fingerprints), NDIS and CODIS (for DNA profiles), NBIN (for ballistics), and Fin-CEN (for financial crimes and money laundering). Various networks such as NCIC (National Crime Information Center) and NLETS (National Law Enforcement Telecommunications Systems) provide assistance for investigators.

Chapter 5 Information Security

An information security management system (ISMS) is an organizational internal control process that protects information integrity, confidentiality, and availability. ISMSs exist within the organization's internal control and risk management frameworks. Security is achieved only in the context of weighing various opportunities against related risks and managing the opportunities and risks in a way that is consistent with management's objectives and risk preferences.

Key concepts relating to ISMSs include organizational embedding (which places information security within the scope of the organization's risk management and internal control processes); prevention, detection, and response; the plan, do, check, and act (PDCA) methodology; and risk management and vulnerability analysis.

The ISO/IEC 27000 standards are the most widely recognized information security standards. ISO/IEC 27001 defines the PDCA methodology, and ISO/IEC 272002 defines best security practices. Both of these international standards apply to IMSs and all security-related deliverables. An information security deliverable is any type of security product, process, function, service, and security-related personnel (and their knowledge, experience, and training).

Regarding PDCA, the plan phase involves initiating the project, defining the scope of the ISMS, assessing risks, managing risks, treating risks, selecting controls, and producing a statement of

applicability that identifies which controls were and were not selected and why.

Assessing risks involves inventorying information-related assets and identifying the threats, vulnerabilities, and loss exposures for each asset. Information-related assets include human resources, information, documents, software, physical equipment, services, and company image and reputation. Each asset should be classified according to its desired access security level such as unclassified, shared (specific groups of insiders and outsiders), company only (company insiders), and confidential (specific listed individuals).

Specific individuals who could pose threats include computer systems personnel, computer users, and intruders. General methods of attack include input manipulation, direct file alteration, program alteration, sabotage, and misappropriation of information system resources.

Vulnerabilities exist when threats are present in the absence of adequate controls. Gap analysis focuses on identifying needed controls that are not already in place. The normal way to assess controls is to use questionnaires and checklists based on the ISO standard. Only the controls relevant to the environment under consideration must be selected, and then on a cost-benefit basis.

Potential losses associated with each information asset should be estimated given the known vulnerabilities. Losses can be expressed in either quantitative or qualitative terms. Using the quantitative approach to risk assessment, various mathematical and statistical methods can be employed to express losses in numerical and dollar terms. Using the qualitative approach, various losses can be categorized according to their severity. Severity levels can range from trivial ones to those that threaten the organization's continuing existence. Neither the qualitative nor quantitative approach is inherently superior.

Risks can be managed or treated in several ways: They can be accepted, insured against, or controlled via security. Control objectives for each risk to be controlled should define in specific terms what the controls are supposed to accomplish. ISO/IEC 27002 and other standards can be helpful in identifying controls.

The do phase includes applying the controls, operating the ISMS, and ensuring that all employees are properly trained and competent to perform their security duties. Mechanisms for compliance monitoring, incident detection, and response must be included. Results from compliance and monitors should be used in structuring formal audits and in continuously improving the ISMS.

The check phase ensures that all control objectives are being met, are in place, and are working. Various check activities identified in ISO 27001 include intrusion detection, incident handling, learning from outside sources, internal and external audits, self-policing procedures, and management reviews.

The act phase ensures that the security processes are continually improving. Without continuous improvement, the ISMS is likely to become out of date and ineffective.

Information security assurance (ISA) refers to evidence-based assertions that increase the certainty that a security-related deliverable can withstand specified security threats. ISA is achieved for a target of evaluation by performing assurance activities that satisfy a predefined security target or security protection profile. The target of evaluation is the deliverable for which assurance is sought. The security target represents the security specifications and requirements for the target of evaluation. The security profile is similar to a security target but applies instead to users' needs rather than to a particular target of evaluation.

In general, assurances for specific deliverables may be given by internal auditors, external auditors, developers, certification authorities, or anyone in the position of making assurance assessments, even end users. ISO 15408 (the Common Criteria for IT security evaluations) set seven increasing levels of assurance, called evaluation assurance levels (EALs).

Assurances can be limited to almost any aspect of the deliverable rather than the deliverable as a whole. For example, it is possible to develop assurances only for the user login portion of an accounting security system. Making assurances for some deliverable must involve an assurance authority, the person or organization that makes various assurance-related decisions. An assurance method is a recognized specification for assurance activities that yields reproducible assurance results. A large number of widely used assurance methods is available, and specialized methods have been developed for many possible types of deliverables, such as hardware, software, management systems (including ISMSs), personnel, and so on. In practice, more than one assurance method is often applied to a deliverable, resulting in composite assurance.

ISO/IEC 15443 defines three general categories of assurance standards called assurance approaches. Assurance approaches focus on the deliverable, its development process, and its development environment. Assurance methods can be further classified according to the phase of the security life cycle they focus on: design/development, integration, transition, and operation. ISO/IEC 15443 classifies a large number of assurance methods using this classification system.

Some of the standards classified by ISO/IEC 15443 include ISO 21827, the systems security engineering capability maturity model (SSE-CMM®), the Baseline Protection Manual, penetration testing, ISO/IEC 1540 (Common Criteria), the Trust Technology Assessment Program (TTAP), ITSEC/ITSEM, the ISO 27000 series, the trusted capability maturity model (TCMM), ISO/IEC 13335–Management of information and communications technology security (MICTS), Certified Information Systems Security Professionals (CISSP), Federal Information Processing Standard 140 (FIPS 140), and control objectives for information and related technology (COBIT). Each has its own focus under the threecategory and life cycle classification scheme. No one method provides total security.

ISO/IEC 27001 and ISO/IEC 13335 tend to represent the most thorough guidelines relating to establishing and maintaining ISMSs. ISO/IEC 27002, the Baseline Protection Manual, and COBIT tend to represent the most thorough set of controls; they are complementary, and no one is better than the others. COBIT has the benefit of also providing more organizational and environment guidance than ISO/IEC 27002.

The SSE-CMM® method is somewhat unique in focusing on the processes associated with the deliverable's life cycle. Basic, low-maturity processes are chaotic whereas the most mature processes are self-improving.

ISO/IEC 27002 sets controls in 11 main areas that include security policy; organization of information security; asset management; human resources security; physical and environmental security; communications and operations management; access controls; information systems acquisition, development, and maintenance; information security incident management; business continuity management; and compliance. The standard divides these areas into 34 categories and 5,000 specific controls.

Chapter 6 Forensic Auditing and Investigation

Many different investigation methods are available to the forensic accountant. Proactive fraud detection at times requires the forensic accountant to change the nature, timing, and extent of auditing techniques. SAS No. 99 requires auditors to address the likelihood of fraud in the financial statements and provides guidance as to their response once the likelihood is judged to be high. Auditors can use traditional evidence-gathering techniques, as well as invigilation and Benford analysis, to determine areas most likely to be affected by fraud and provide evidence of fraud.

Available databases can aid forensic accountants in collecting evidence. In some cases—particularly with restricted databases—the accountant may obtain information only by cooperating with federal, state, and local law enforcement agencies.

Observation of human behavior can also be of great help when forensic accountants are investigating fraud. Interviewing and interrogation skills can be critical factors in the successful resolution of fraud cases. Developing excellent evidence-gathering skills can serve the forensic accountant in determining the truth.

Ratio analysis (discussed in the Appendix) can be helpful in examining financial statements for fraud.

Chapter 7 Financial Statement Fraud

Financial statement fraud (FSF) is any intentional or grossly negligent violation of generally accepted accounting principles (GAAP) that is undisclosed and materially affects any financial statement. Fraud can take many forms, including hiding both bad and good news.

Research shows that FSF is relatively more likely to occur in companies with assets of less than $100 million, with earnings problems, and with loose governance structures. In a large majority of cases, the CEO or CFO was involved.

Most FSFs involve revenue or asset overstatements; revenue overstatement is the most common

method. The two most common methods of revenue overstatement involve sham sales, and premature revenue recognition. Other overstatement methods include recognition of conditional sales, improper cutoff of sales dates, improper treatment of consignment and percentage of completion sales, and channel stuffing. Other general methods include improper accounting treatments, fictitious or fraudulent transactions, and fraudulent transaction processing.

Asset overstatement is the second most popular method of FSF; the most common type is inventory overstatement because it requires only overstating the count of ending inventories, which requires no fictitious transactions or elaborate cover up schemes.

FSF frequently causes severe financial damage to investors and creditors. Large frauds sometimes produce damages in the billions of dollars. Managers accused of FSF are often named in class-action civil suits, terminated from their employment, fined, and sentenced to prison terms.

Frauds are committed for a variety of reasons such to cover up poor performance to obtain capital, market products, obtain business opportunities, and comply with bond covenants. Other reasons relate to general greed and cover up misappropriation of company funds.

Financial statement fraud can best be prevented by a strong and diligent governance structure that includes an independent audit committee, an independent internal auditor, an independent external auditor, and a management that sets the appropriate tone and culture from the top of the organization. The Sarbanes-Oxley act sets governance standards.

Various red flags can indicate an increased possibility of FSF. They include declining net income, declining sales, increases in leverage, the lack of liquidity, and volatility or weakness in the company's industry. Others include a weak governance structure, weak internal control processes, autocratic management, overly detached management, too much pressure to achieve immediate success, high employee turnover, low morale, aggressive accounting methods, restatements of previous period results, late financial reports, and financial problems.

Accounting rules provide management a wide degree of discretion and latitude with respect to legitimate accounting and economic choices that can affect earnings. Accounting choices can be legitimate, aggressive, or fraudulent. The terms earning management (routine use of nonfraudulent accounting and economic discretion to smooth earnings) and earnings manipulation (use or abuse of accrual accounting methods to either increase or decrease accounting income; may be legitimate, marginally ethical, unethical, or illegal, depending on the circumstances) are frequently confused.

It is relatively common for management to use accounting and economic choices to smooth income. Within the context of GAAP and accrual accounting, the effect of accounting manipulation is to shift income from one period to another. Such manipulation neither creates nor destroys income but only moves it from one period to another. The practice of smoothing involves cookie jar accounting to lower income in very good years and shift it to future years. In some cases, firms take a big bath and write off a large

amount of expenses in one year, which has the effect of increasing future income.

Chapter 8　Fraud Against the Organization: Employee, Vendor, and Other Schemes

A forensic accountant must understand various schemes to be able to investigate fraud. Each year, employee and vendor frauds cost organizations billions of dollars, and much of what we know about fraud is from anecdotal experiences and from scattered newspaper reports because companies are often reluctant to report frauds to authorities. Companies do not like the negative publicity and embarrassment that comes with reporting fraud cases.

Furthermore, many companies actually consider theft by employees, customers, or vendors as a cost of doing business.

When frauds are reported, the authorities often do not pursue them. Many types of fraud are complex and expensive to investigate, and economic crime divisions of local law authorities often have such heavy case loads that they do not even want to take reports for economic crimes unless the crime involves fairly large amounts of money. The authorities are relatively more likely to prosecute cases in which there is an obvious "smoking gun" such as a video surveillance tape.

Another problem is that obtaining convictions can be very difficult in many fraud cases, especially those involving computerized accounting records. Often the evidence is not tangible but exists only in complicated computer files and a weak audit trail.

Research has shown that about 10 to 15 percent of employees is fundamentally dishonest, about 66 percent is normally honest but will cheat under the right circumstances, and about 20 to 25 percent are fundamentally honest and are unlikely to steal under any circumstances. Those who do defraud the company are unlikely to have a prior criminal record.

The fraud triangle is helpful in explaining motivations for employees to defraud the company: pressure, opportunity, and rationalization. Pressure is typically caused by sudden financial needs arising from things like medical bills, gambling problems, drug habits, and extravagant living. The opportunity depends on the employee's position and the strength of the company's internal control processes. Rationalization depends on the type of criminal. The pure sociopath may need little or no rationalization. The fundamentally dishonest employee may give some conscious thought to rationalizing crimes, but the rationalization comes easy because the person is accustomed to dishonesty. Finally, the normally honest employee could give the most effort to rationalizing the crime, and in many cases this type of person will think that he or she is only borrowing the money.

Certain factors in the corporate culture can increase the likelihood of theft including poorly compensated employees, excessive pressure on employees to perform, a hostile work environment, corporate financial troubles, and negative examples from top management.

Generally, the more liquid the asset, the more likely it is to be a target of employee fraud. This tends to make cash and inventories top targets of employee fraud.

It is convenient to categorize frauds according to their related transaction cycle. Revenue cycle frauds include sales skimming, swapping checks for cash, robbing the till, shortchanging customers, and stealing cash or checks from the mail room. Fraud, as part of the cash-processing phase, includes cash stolen in transmission, lapping accounts receivable, short bank deposits, and noncustodial theft of money. Stolen checks can be altered or washed and then laundered. Accounts receivable fraud also includes unauthorized credit approvals, improper credits to customer accounts, and improper write-offs of customer accounts.

Expenditure cycle frauds fall into three broad categories: improper purchases and payments, refund/return fraud, and theft of cash and other assets. Improper purchases and payments include unauthorized purchases, unauthorized payments, fraudulent purchases to related parties, misappropriation of petty cash, abuse of company credit cards and expense accounts, unauthorized payments, and theft of company checks.

Employees commit payroll fraud in a number of ways. Some of the major ones include improprieties in hiring, in making changes to employee personnel files, and in reporting activities related to number of hours worked, vacation time forms, and other reports. Other types include financial statement fraud and insider trading. There are also many other types of fraud, such as the treasurer registering securities in his or her name and then using them for collateral on personal loans, or one department overcharging another department for its services.

General methods for preventing and detecting frauds include a strong audit trail; the internal audit; proper chain of custody, authorization, and approval; physical security and monitoring; and the use of employee education and hotlines.

Vendor fraud occurs when a vendor bills for goods not shipped, ships substandard goods, and bills more than the correct amount. These problems can usually be avoided by counting any incoming vendor shipments and by carefully reconciling amounts billed against goods received.

Fraud perpetrators can compromise the audit trail in computerized accounting systems. When this happens, the forensic auditor may be left without the information needed to identify the perpetrator.

The most common method of employee fraud related to electronic accounting information systems involves input manipulation. An employee who uses his or her own login identification and password to enter fraudulent transactions is likely to be caught because of the standard audit trail common to all electronic accounting systems. On the other hand, if an employee uses someone else's login and password, the audit trail may be of little help. An even worse crime occurs when a sophisticated attacker enters a fraudulent transaction and covers up by altering or destroying the related audit trail.

Another method of attack in electronic systems involves direct file alteration. With this method, the

employee uses special software tools to directly modify files or databases. Because the employee does not use the accounting system software to accomplish the fraudulent task, there is no audit trail, at least in the accounting system itself. Direct file alteration is easily prevented by encrypting the files and databases.

Program alteration fraud is committed when a programmer makes unauthorized changes to the accounting software. Companies with good control systems prevent this kind of fraud by carefully reviewing, testing, approving, and logging all software changes before they are implemented. This leaves an audit trail that can be helpful in fraud investigation.

Data theft fraud is especially difficult to detect and prosecute. It is performed by trusted employees who have routine access to data. User access logs can be of little help in investigating this crime. The only likely clue comes from sorting through the audit trail, tracing old e-mails, phone logs, video surveillance records, and building access logs.

Sabotage, especially electronic in nature, is often carried out by disgruntled or recently fired employee. As with the other types of fraud, the usefulness of any audit trail depends on the attacker's degree of sophistication.

Chapter 9　Tax Fraud

Taxpayers are subject to various taxes, including income, payroll (FICA), estate, gift, excise, and sales. Failure to report and pay the appropriate amount of tax, as required by Title 26 (the Internal Revenue Code), can result in an offense described in any one of various fraud statutes such as tax evasion, willful failure to file returns and documents or pay tax, willful failure to collect and remit tax, making false statements, and aiding in the preparation of false returns or documents. Taxpayers can also be charged with crimes under Title 18 such as making false claims and conspiracy as well as mail and wire fraud. In addition to facing fines and imprisonment for criminal tax violations, taxpayers can also face civil tax penalties including the civil fraud penalty, the accuracy-related penalty, the penalty for failure to file, and the penalty for underpayment of tax.

The IRS uses various methods to determine an understatement of taxable income, including direct and indirect methods. The direct method specifically identifies unreported income or overstated deductions taken by the taxpayer. Indirect methods, while less precise, have been used to determine an estimate of the amount of understated taxable income. Indirect methods include the net worth analysis and the expenditures and bank deposit methods. Two other methods, used primarily to determine underreported business taxable income, are the markup method and the unit and volume method.

Taxpayers have used various arguments to rationalize the nonpayment (and, at times, the nonfiling) of income tax returns. These arguments are often based on constitutional, procedural, or statutory grounds and usually are based on either incomplete information or misinformation. If the taxpayer intentionally disregards the tax law and believes that it is either unconstitutional or that it does not apply to her, the taxpayer is often labeled a "tax protester" and can be convicted of tax fraud.

Chapter 10　Bankruptcy, Divorce, and Identity theft

According to estimates from the U.S. Department of Justice (DOJ), more than 10 percent of bankruptcy cases involve fraud, the most common type involving asset concealment Other types of fraud are false claims by creditors, making and receiving fraudulent conveyances, committing bribery and extortion affecting those involved in bankruptcy cases, falsification or destruction of financial records, and trustee fraud

The normal penalty for most bankruptcy frauds is a maximum of five years in prison or a maximum fine of $250,000, or both, per offense. However, many cases involve multiple crimes such as making false declarations, concealing property, and engaging in conspiracy, mail fraud, tax fraud, and money laundering. The destruction or falsification of financial records also violates part of the Sarbanes-Oxley Act, possibly triggering an additional prison sentence of up to 20 years

Estimates indicate that concealment of assets occurs in about 70 percent of bankruptcy fraud cases. Other common frauds include fraudulent conveyances, petition mills, and multiple filing schemes

Various types of bankruptcies exist. Chapter 7 and Chapter 13 are the most common bankruptcies for individuals. Chapter 7 bankruptcy involves liquidating the nonexempt assets in the debtor's estate to satisfy the creditors. The debtor then gets a fresh start having eliminated all dischargeable debt. Chapter 13 bankruptcy, on the other hand, involves setting up a payment plan to satisfy creditors. Finally, Chapter 11 bankruptcy primarily involves setting a payment plan for businesses so they can continue to operate

Bankruptcy filings are administered in federal courts by U.S. Department of Justice Trustees. Bankruptcy trustees are responsible for maintaining fair and orderly proceedings and for ensuring compliance with all bankruptcy laws. They have an obligation to request denial of any petitions that contain fraud and to request dismissal of any petitions that contain abuse

Bankruptcy proceedings include discovery, which permits creditors to examine the debtor's financial records, question the debtor, and search for concealed assets. In searching for these assets, the forensic accountant focuses on the debtor's tax returns, bank and brokerage statements, and loan applications. A thorough investigation also includes analyses of the debtor's cash flows, possible credit reports, public records, and recent conveyances

Investigations of businesses can be fairly complex. In general, the forensic accountant cannot rely on the balance sheet to list all assets; it generally does not include valuable but fully depreciated assets and certain intangible assets (e.g., patents) that are not capitalized

The forensic accountant should also check for unusual assets, such as executory contracts, interests in trusts, interests in limited partnerships, various types of options, pending interests in estates, and personal collections (e.g., coins and stamps). Finally, the forensic accountant should review recent conveyances to

ensure that they were not fraudulent

Divorce fraud is similar to bankruptcy fraud because in both, a court may divide the assets of some estate. As in the case of bankruptcy, the most common type of divorce fraud is asset concealment. Finding concealed assets in divorce cases involves the same basic techniques used in bankruptcy cases. Also, discovery is normally available in divorce cases through the usual techniques such as interrogatories, requests for documents, and depositions

Identity theft is the fastest growing crime in the United States with annual losses to consumers and businesses estimated at approximately $50 billion dollars. Congress has passed several acts to combat identity theft including the Identity Theft and Assumption Deterrence Act of 1998 (which outlaws identity theft), Fair and Accurate Credit Transaction Act of 2003 (which provides many consumer protections), Identity Theft Penalty Enhancement Act (which defines aggravated identity theft), and Internet False Identification Prevention Act of 2000 (which makes it illegal to sell counterfeit versions of certain official identification cards)

Many identity theft schemes involve violations of related federal statutes, some of which carry penalties up to 30 years in prison. Related statutes include crimes in the areas of computer fraud, credit card fraud, wire fraud, mail fraud, social security fraud, and financial institution fraud. In some cases, laws relating to conspiracy, racketeering, and obstruction of justice also apply

Individual state laws are also important in the war against identity theft because the federal government cannot investigate all cases, especially small ones. State laws are also important in providing additional consumer protections not provided in federal law

Identity theft is an integral part of terrorism. Terrorists routinely use false or stolen identity documents to move freely around western countries. It is well known that worldwide terrorist organizations have members who specialize in making false passports and other documents. Some terrorists have been known to possess many fraudulent passports

Identity theft is carried out in a variety of ways. Some of the methods used to obtain private identity information include dumpster and garbage diving, shoulder surfing, hacking, company insiders' stealing, impersonating victims, stealing from the mail, scamming (e.g., phishing), purse snatching, and picking pockets

Identity theft can be prevented by giving personal information only on an absolute need-to-know basis, never clicking on e-mail links to access personal accounts, securing postal mail, never giving out personal information to incoming callers without calling them back at an independently verified phone number, keeping computers up-to-date with security software and patches, and shredding all personal information before putting it in the garbage. Experts also strongly advise people to review their credit reports at least once a year. Finally, people should not give credit card numbers or other personal data to businesses that do not have good security controls

Warning signs of identity theft include unauthorized charges to the victim's accounts, unauthorized account transactions, incorrect information on credit reports, and the appearance of bill collectors. Identity thieves can be caught through tracing, by being caught in the act, and by controlled delivery; the latter is the strongest and most reliable way to catch identity thieves

Identity theft is frequently related to a wide array of other financial crimes including check, mortgage, bankruptcy, and insurance fraud.

Chapter 11 Organized Crime and Terrorism Investigations

This chapter discusses organized crime, terrorist organizations, and money laundering. Organized crime is a global problem, and various governments cooperate in fighting it through the U.N. Convention against Transnational Organized Crime and its Protocols. Europol fights organized crime across the European Union member states. In the United States, the FBI is the primary organization charged with fighting organized crime. Its organized crime section contains separate units relating to La Cosa Nostra (LCN) and Italian organized crime, Eurasian organized crime, and Asian/African organized crime.

LCN originally comprised various groups but emerged as a single organization around 1930 under the leadership of Salvatore Maranzano. Since that time, it has been run though five New York families (Bonanno, Colombo, Gambino, Lucchesse, and Genovese), primarily under the leadership of the Genovese family.

The overall LCN syndicate has generally been ruled by a single boss. Over the years, the succession of bosses has included Lucky Luciano, Frank Castello, Vito Genovese, and Chin Gigante. According to FBI reports, LCN and its associates remain actively engaged in drug trafficking, murder, assault, gambling, extortion, loan-sharking, labor racketeering, money laundering, arson, gasoline bootlegging, infiltration of legitimate businesses, stock market manipulation, and various other illegal frauds and schemes. LCN membership includes associates and made men. Only a small number of associates become made men. The organization is extremely strict and careful in whom it invites to become a true insider. This is one of the reasons that the organization is nearly impossible to fully infiltrate with informers.

Money flows upward in LCN. The first-level soldiers typically give 50 to 70 percent of their illegal earnings to the capo (their immediate boss). The capo in turn gives 10 to 40 percent of his share to the family boss, the man who has absolute authority in the family organization.

The family boss approves all new members, all major illegal business dealings, and all internal and contract killings. LCN bosses seldom authorize killings of those not involved somehow with LCN dealings.

LCN members manage their illegal business using cash, and soldiers, capos, and bosses are accustomed to hiding boxes and bags of cash. They also tend to protect their personal assets (e.g.. automobiles, houses, and bank accounts) by placing them in others' names.

The FBI has used various legal statutes and investigatory methods in combating organized crime. The primary statutes include RICO and statutes against conspiracy, money laundering, and income tax evasion in addition to those relating to specific crimes. A primary investigative tool that has met with great success has included covert monitoring, including wire taps, bugs, and other listening devices.

EOC groups are sometimes called the Russian Mafia, the Red Mafia, and RussianOrganized Crime (ROC). According to the FBI, eight most prevalent crimes committed by this group include health care fraud, auto insurance fraud, securities and investment fraud, money laundering, drug trafficking, extortion, auto theft, and interstate transportation of stolen property. Most recently, reports indicate their desire to expand via the drug trafficking and illegal arms sales, and FBI investigations indicate their recent involvement in commercial alien smuggling.

ROC bosses tend to be highly educated, multilingual former KGB agents who still work for Russian agencies and are dedicated to destroying the United States. According to intelligence estimates, ROC controls the majority of all Russian business and banks as well as dozens of stock exchanges and government enterprises. The extent of ROC control is so pervasive that many argue that Russia is now a mafia state.

Evidence suggests that ROC syndicates have established alliances with Colombian and Mexican drug cartels. Military and other analysts suggest that the Columbian drug cartel is aligned with FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), a Columbian revolutionary, military organization that reportedly finances the majority of its operations through narcotics trafficking. The result is a de facto alliance between ROC, FARC, and the Colombian and Mexican drug cartels.

ROC has been especially good at implementing Internet-based criminal schemes. The art and science of hacking in Russia has been elevated to the formal level, as embodied by the Russian Civil Hackers School, which ostensibly exists for legitimate security training, but some argue that it is really a KGB-dominated organization that spews out the world's most sophisticated cyber criminals.

Asian Organized Crime (AOC) includes criminal enterprises relating to a large number of countries in East and Southeastern Asia, including China, Korea, Japan, Thailand, the Philippines, Cambodia, Laos, Vietnam. It also includes criminal enterprises relating to the South Pacific Island nations and to Southwest Asia, including Pakistan, India, Afghanistan, Nepal, and Iran. Within the United States, AOC concentrates in certain large cities.

The largest percentage of FBI AOC investigations has consistently been related to Chinese Organized Crime (COC), which is composed of large numbers of loosely organized, independent enterprises spread throughout the United States. Some of the Chinese triads have initiation ceremonies and internal structures that are somewhat similar to those of LCN.

Much of today's worldwide terrorism has its roots in a radical interpretation the Islamic religion. Many

who teach Islamic radicalism (or fundamentalism) further call for violent jihad by declaring that all of Islam is under attack by non-Muslims and that true believers must defend the faith by destroying secular governments, including the United States, wherever they exist.

Because the Islamic terrorists' beliefs are deeply rooted in their religion, there is no room for compromise. They will accept nothing less than Islamic theocracy for the entire world. For this reason, Islamic terrorism is a de facto world war that is not likely to end until the terrorists are defeated.

The beginning of the radical jihad as it is known today is traced back to the Afghan War of the 1980s in which the Soviets invaded Afghanistan. That produced a situation in which Muslims were truly defending their land against secular, Communist nonbelievers. After the war, however, many of the jihadists migrated to Western Europe, where it was believed they would integrate into society. However, after migrating, many jihadists simply continued their struggle, and the Western European countries became a magnet that drew Islamic radicals from a wide variety of countries where they had either been persecuted or engaged in their own wars against secular governments.

The European legal system is not equipped to deal with terrorism, and its laws permitted jihadists to freely operate on the continent and plan and support terrorist operations against their original home countries. In time, the terrorist operations shifted from their original home countries to the jihadists' new home countries.

Much of the jihad recruiting occurs in mosques and prisons. The fully developed jihadist is often sent to a foreign jihadist war or is assigned to a local terrorist cell. Fighting in foreign wars strengthens the terrorists' ability to kill and serves as proof of loyalty.

They typical terrorist cell includes support from a spiritual leader, logistics support (including false documents), weapons training, and financial support. Terrorist training camps and central mosques serve as nerve centers where diverse terrorist groups congregate and form alliances.

Usama bin Laden's organization (al Queda) began in the jihad against the Soviet occupation of Afghanistan. In 1998, he formed an international terrorist group, the International Islamic Front for Jihad against the Jews and Crusaders, which included terrorist groups from Egypt, Pakistan, and Bangladesh. Despite bin Laden's internationalization of terrorism, most terrorist struggles remained local.

Usama bin Laden was financed through the golden chain, a fund-raising operation that obtained some $30 million a year from Muslim charitable organizations and businesses around the world controlled and influenced by sympathizers. After 9/11, the United States and other countries placed great pressure on al Qaeda financial networks by arresting and capturing key financial facilitators, freezing funds, and prosecuting members of some charitable organizations.

Money laundering is related to organized crime and terrorism. Both need money, and both need to hide the connection between its sources and uses. The money-laundering process has three basic phases:

placement, layering, and integration. Money launderers use a variety of methods to implement these phases.

Various organizations exist to fight money laundering. The U.S. Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) enforces the antimoney-laundering provisions of the Bank Secrecy Act (BSA). FinCEN requires banks and other financial institutions to file currency transaction reports for cash transactions of more than $10,000 and suspicious activity reports for transactions that could be related to money laundering. These reports, along with other data, are then made available to authorized organizations through BSA Direct, FinCEN's data warehousing system; it permits law enforcement officials to access all BSA data through a single Web portal.

Chapter 12　Business Valuation

Business valuation involves the appraisal of various types of financial assets while seeking consistency, defensibility, and suitability for purpose. To help achieve these goals, organizations such as The Appraisal Foundation have set valuation standards that serve as guides for professional valuation analysts. The Appraisal Foundation promulgates the uniform standards of professional appraisal practice, which form the mostly widely recognized body of professional appraisal standards. On a similar level, the International Valuation Standards Committee publishes international valuation standards especially applicable to valuing assets and liabilities in the context of financial reports.

Also important in the valuation arena are professional organizations that award professional designations and certificates. Such organizations include the American Society of Appraisers, the Institute of Business Appraisers, the National Association of Certified Valuation Analysts, and the American Institute of Certified Public Accountants.

Basic valuation theory depends on several key concepts: standards of value, valuation premises, valuation approaches, valuation methods, and valuation adjustments. Standards of value focus on the needs of the individual or entity receiving the appraisal. The main standards of value are fair market value, intrinsic (or fundamental) value, investment value, and fair value. Fair market value and fair value sometimes mean the same thing, especially in the context of financial reporting, but fair value sometimes has its own special meaning in certain legal contexts. Intrinsic value is sometimes used in investment contexts to represent the theoretical value of an asset based on assumed economic considerations. Finally, the investment value is normally used to represent the value of an asset to a particular investor.

Valuation premises define the circumstances surrounding a hypothetical disposition (i.e., sale) of an asset or group of assets on some valuation date. The two major factors influencing these circumstances are the extent to which synergistic value is derived from the sale of the group of assets and the speed and effort devoted to their sale. Regarding synergy, assets may be sold as an entire business (the going concern premise), as a synergistic assemblage of assets, or individually with no synergy. Regarding the speed of the sale, either an orderly sale or a forced liquidation can be assumed to take place.

Closely related to the value premise is the fair value hierarchy, which roughly defines a continuum,

arranged along the lines of uncertainty, of possibilities that may be used to estimate market value from historical data. The highest level of certainty exists when the market value is estimated from a recent sale of the asset being appraised. The lowest level of uncertainty exists when the market value is estimated using a mathematical model based on internal business inputs. Between the highest and lowest levels of uncertainty, assets are valued based on reference to the market prices of comparable assets. For income-earning assets, it is also possible to form estimates of the market value based on projections of future economic income.

Regarding financial reporting, both U.S. and international standards are moving away from historical cost reporting and toward fair value reporting on the balance sheet. Financial reporting normally assumes going concern status and orderly sale premises with various assumptions regarding the market participants, the assets being sold in the most advantageous markets, the noninclusion of most transaction costs, and the assumed highest and best use of the assets. Liabilities are valued at the amount that would be paid to transfer them to a willing party of comparable credit standing when the transfer takes place in the most advantageous markets.

The three broad approaches to valuing businesses or other assets are the income approach, the market approach, and the asset approach. Under the income approach, the asset's value is the present value of the future economic income associated with the asset. Under the market approach, the asset's value is what the asset can be sold for in an open market within some reasonable time period. Under the asset approach, the value of an asset, especially a business, is the sum of the individual assets that it comprises. Regardless of which approach is used, it could be necessary to adjust the estimated value for the extent of ownership control, for marketability and liquidity, for restrictions on transferability, and for business-specific risk. The valuation analyst chooses the approach or combination of approaches that are most relevant to the valuation objectives.

The process of valuing a business includes the following steps: define the valuation assignment; collect and analyze information about the business; research the industry in which the business operates; study and analyze the business's financial statements; select and apply a valuation method (with related assumptions given the standard of value, the valuation premise, and the valuation approach) to produce a valuation estimate; make any appropriate adjustments to the valuation estimate to produce a final valuation estimate; and produce the valuation report. The final report includes justifications for the particular standards of value, premises, approaches, and methods used.

Each valuation approach is implemented by applying one or more specific valuation methods. The primary valuation methods associated with the income approach are the discounted income method and the capitalized income method. Both methods discount future income or cash flows; the discounted income method assumes some terminal date for the asset, after which it is liquidated into cash. On the other hand, the capitalized method assumes that income from the asset continues in perpetuity.

The primary valuation method associated with the market approach is the guideline publicly traded company method. This method computes price-based multiples (such as the price-earnings ratio) for comparable companies and then applies them to the subject company. If the accounting numbers used to

compute the multiples are based on projected numbers, the method is instead called the projected guideline publicly traded company method.

The primary method associated with the asset approach is the asset accumulation method. This method involves restating, as needed, all individual assets and liabilities on the balance sheet to market value (or other value, such as liquidation value, as required by the appraisal objectives). Next, any off-balance-sheet assets and liabilities are added to the balance sheet. Finally, the business is valued as the difference between the resulting assets and liabilities.

The capitalized excess earnings method combines the asset-based and market approaches. Under this method, the value of the firm equals the value of the net assets using the asset accumulation method plus an estimate of the value of goodwill. Goodwill is estimated by capitalizing excess earnings, the difference between actual earnings and estimated normal earnings. Normal earnings are computed by applying a normal rate of return to the net assets computed from the asset accumulation approach.

Chapter 13　Dispute Resolution and Litigation Services

Alternative dispute resolution (ADR) involves resolving disputes outside the court system The primary ADR methods are mediation and arbitration. Mediation involves having a neutral third party help those involved in a dispute to resolve their differences through structured negotiations. Arbitration also involves a neutral third party, but in this case, that person is empowered to issue findings that can be binding on the disputants.

Forensic accountants can play various roles in dispute resolutions, including as neutrals, dispute participants, expert consultants, and expert witnesses. Collectively, these four roles compose the litigation services practice area of accounting.

ADR has various advantages over litigation: it costs less, is private, preserves relationships (with mediation), is faster, permits the choice of the decision maker, has flexible remedies, and is often fairer. However, in cases in which a clear win is needed or a precedent needs to be set, litigation may be preferred.

Binding (nonbinding) arbitration is a nonjudicial, adversarial process in which one or more neutral arbitrators render a binding (nonbinding) decision to resolve a dispute among opposing parties. Arbitration is frequently triggered by contractual provisions that require arbitration in the event of disputes. Arbitration can be either administered or nonadministered. Administered arbitration usually takes place under the rules of an organization such as the American Arbitration Association, which not only supplies the rules but provides the arbitrators from its referral lists.

In nonadministered arbitration, each disputing party typically selects one arbitrator, and these two selected arbitrators in turn choose a third arbitrator. The arbitrators may need to agree on the rules of arbitration if they are not clearly spelled out in the contract that triggers the arbitration. In some cases, courts appoint arbitrators as part of the litigation process. Court-annexed arbitration programs (CAAPS) are

usually mandatory but nonbinding.

The decisions of arbitrators are normally legally binding, enforceable in court, and not subject to appeal. However, decisions by arbitrators that clearly ignore public law or are arbitrary or capricious could not be enforceable. Arbitrator errors in fact or opinion generally do not render their decisions unenforceable.

Arbitration processes work very much like traditional court litigation. They frequently include a trial with discovery, testimony, cross-examination, and so on. In many jurisdictions, there is no requirement that any of the participants, including the arbitrators, be attorneys.

Mediation involves a neutral mediator who helps those involved in a dispute to work out their differences among themselves. The mediator's style can be either facilitative or evaluative.Mediation works best when both sides desire in advance to reach a negotiated solution.It is not the best approach if any of the participants rules out all compromise. When it does work, it has the advantage of the participants taking ownership for their own solution, which helps preserve relationships. As with arbitration, mediation can be either administered or nonadministered.

Various combinations and variations of arbitration and mediation are sometimes called nontraditional ADR techniques. These include med-arb, rent-a-judge, early neutral evaluation, and mini-trials. Each involves some combination or variation of arbitration and mediation.

ADR is routinely applied in many types of disputes, such as in labor interest arbitration, union contract arbitration, securities arbitration, divorce mediation, and in accounting practices. In the latter, accountants can use ADR for their own disputes and provide dispute- related services to clients. Some of the client services are in the areas evaluating negotiation offers, drafting dispute positions, and serving as expert witnesses.

Some types of disputes are resolved through online dispute resolution (ODR). It has the advantage of being inexpensive, and it accommodates individuals in different geographical locations. It is also somewhat impersonal, which can inhibit the effectiveness of mediation.

Many companies set up corporate ADR programs. Such programs seek to include ADR in all of their business dealings whether with clients, customers, suppliers, employees, or business partners. Companies frequently begin by publishing an ADR pledge signed by the CEO that commits the company to using ADR techniques to resolve disputes. The complete set of steps in setting up a corporate ADR program includes appointing someone to be in charge of the program, performing a dispute risk analysis, selecting the best resolution technique for each possible dispute, developing policies and procedures for processing disputes, educating and training employees, and monitoring the program.

As experts, forensic accountants serve as expert consultants and expert witnesses. In both roles, forensic accountants provide expertise in areas such as business valuations, economic damage calculations, lost profits and wages, disability income analysis, fraud investigations and management, matrimonial

accounting, adequacy of life insurance, mergers and acquisitions, and contract negotiations and disputes.

Under the federal rules of civil procedure, the pretrial work of expert consultants is not subject to discovery by the opposing party if the expert consultant is not expected to testify at trial. Company employees may also enjoy the same privilege when there is at least "more than a remote chance of litigation" at the time their work is performed. When the expert consultant is the employee of a company engaged in litigation, the privilege holds only if the employee's primary purpose for preparing materials is to assist in the litigation. A second exception to the expert consultant's privilege exists when there are "exceptional circumstances," which normally exists in situations in which the consulting expert possesses important evidence that the opposing side cannot obtain by any other means.

Forensic accountants often serve as expert witnesses who are permitted in court to render opinions or conclusions based on facts admitted into evidence and other information on which they choose to reasonably rely. The expert's privilege is a major exception to the "personal knowledge rule," which normally limits witness testimony to matters of personal knowledge.

Before experts can testify as experts, they must first demonstrate their expert qualifications.Factors that are typically involved in a court's assessment of an expert's qualifications include education and certifications, experience, publications, special awards, professional memberships, and professional speaking engagements. Many types of certifications are relevant to the forensic accountant. Some basic certifications include the certified fraud examiner (CFE) and certified public accountant (CPA).

Before someone is permitted to testify as an expert, the opposing side is permitted to examine and challenge that expert's background and credentials. This can mean intensive questioning about the witness's background and expertise. This examination is typically done through depositions, and challenges to the expert testimony normally are made through pretrial motions in limine or in mini-trials that apply Daubert, Frye, or other tests.In the federal court system, Rule 702 (Testimony by Experts) sets forth four criteria that require expert witness testimony to be based on reliable principles and methods:

The technique or theory has been subjected to scientific testing.
The technique or theory has been published in peer-reviewed scientific journals.
The error rate for the technique is reasonably estimated or known.
The technique or theory is accepted in the relevant scientific community.

The Supreme Court has ruled that these criteria are only illustrative and should be applied flexibly. Not all criteria need be applied in all cases, and the degree of strictness need be applied only to the extent possible in the given area of expert testimony.

The Daubert test contrasts with the older Supreme Court Frye test, which requires only that the expert testimony be based on "principles and methods that are generally accepted in the scientific community." The Supreme Court in the Kumho Tire Co. v. Carmichael case ruled that the Daubert conditions are applicable to nonscientific expert testimony as well.Individual states have their own standards for expert

testimony; some have adopted the Daubert test, others the Frye test, and still others various other tests and standards. Finally, the Supreme Court decisions imply that the forensic accounting expert witness must be prepared to present evidence that his or her methods have been, to the extent possible, tested, published in peer-reviewed journals, and are of known or estimable reliability.

The forensic accountant expert witnesses could be asked to prepare written pretrial reports. Such reports should at least state the following: the reason the report is prepared, its scope including the matters covered, any conclusions drawn by the forensic expert, and the information, observations, and rationale used by the forensic accountant to support any conclusions made in the report. The report should not include any extra information or comments that unnecessarily increase the "target area" that can be used to attack the report.

Various considerations apply to depositions: (1) Attorneys often use both nontestifying experts and testifying experts so that only the testifying experts are subject to being deposed.(2) To promote the appearance of independence, it is generally best if expert witnesses testify at deposition; they should testify at trial only if ordered to do so by a court or a subpoena. (3) As a general rule, the expert forensic accountant should bring to the deposition or trial only documents or files that are specifically named in the subpoena or court order.

Needless to say, an expert witness must be well prepared for testimony. Mistakes or omissions can damage the expert's credibility in the negotiations or trial. That in turn can do major damage to the client's case and the forensic accountant's future as an expert witness. Part of the preparation involves reviewing the credentials and records of any opposing expert witnesses.

Various trial strategy issues arise with respect to expert witnesses. In depositions, the attorney working with the expert witness may want the witness to go on record with the minimum amount of required testimony, especially if the case is expected to go to trial. This minimizes the amount of testimony the opposing attorney can attack during the trial. On the other hand, if the case is not expected to go to trial, the expert witness could be encouraged to do everything possible to convince the opposing side that it is facing a strong case.

Attorneys generally do not attack expert witnesses during depositions but usually prefer that weak expert witnesses proceed to trial. Beating off an expert witness in depositions merely results in the expert being replaced by a stronger one for the trial.

Trial tactics are important for the expert witness. The following rules generally apply: The witness should answer questions in plain language, limit answers to what is asked, maintain a consistent demeanor, be friendly and smile at appropriate times, remain silent when there is an objection by one of the attorneys, control the pace, and tell the truth in simple terms.

Finally, forensic accountants should consider ethics guidelines applicable to their practice of expert

testimony. Forensic accountants are normally members of organizations with ethics codes that require and recommend conduct relating to credentials, confidentiality, conflicts of interest, and work paper requirements.

《自然资源法》教学大纲

马　燕　编写

目　录

前　言.....906
一、课程基信息.....906
二、课程简介.....906
三、教学总进程课时安排（总课时 36）.....906
四、教学目的和要求.....907
五、课堂讨论与实践性教学环节.....907
六、自然资源法教学基本内容.....907
第一章　导　论.....908
一、自然资源概述.....908
二、人类社会发展与自然资源.....908
三、自然资源开发利用中的问题及解决对策.....909
四、自然资源与自然资源法.....909
复习与思考题.....909
第二章　自然资源法概述.....910
第一节　自然资源法的概念与特征.....910
一、自然资源法的概念.....910
二、自然资源法的特征.....910
第二节　自然资源法的产生和发展.....910
一、外国自然资源法的产生和发展.....910
二、我国自然资源法的产生和发展.....911
第三节　自然资源法的任务、目的和作用.....911
一、自然资源法的任务.....911
二、自然资源法的目的.....911
三、自然资源法的作用.....911
第四节　自然资源法的体系.....911
一、自然资源法的体系.....911
二、然资源法与其他部门法之间的联系.....912
第五节　自然资源法的渊源.....912
复习与思考题.....912
第三章　自然资源法的基本原则.....913
第一节　自然资源法基本原则概述.....913
一、自然资源法基本原则的概念.....913
二、自然资源法基本原则确立的依据.....913
三、自然资源法基本原则与基本制度.....913
第二节　国家干预原则.....914
一、国家干预原则的概念.....914
二、国家干预原则的依据.....914
三、国家干预原则的贯彻.....914
第三节　合理规划与利益平衡原则.....914
一、合理规划与利益平衡原则的概念.....914

二、合理规划与利益平衡原则的依据 914
三、合理规划与利益平衡原则的贯彻 914
第四节　多种效益并重原则 915
一、多种效益并重原则的概念 915
二、多种效益并重原则的依据 915
三、多种效益并重原则的贯彻 915
第五节　自然资源有偿使用原则 915
一、自然资源有偿使用原则的概念 915
二、自然资源有偿使用原则的依据 915
三、自然资源有偿使用原则的贯彻 915
四、循环利用原则的依据 915
五、循环利用原则的贯彻 915
复习与思考题 916
第四章　自然资源法基本制度 917
第一节　自然资源法基本制度概述 917
一、自然资源法基本制度的概念和特点 917
二、自然资源法基本制度建立的依据 917
三、自然资源法基本制度的体系 917
第二节　自然资源权属制度 917
一、自然资源所有权 917
二、自然资源他项权利 918
三、外国自然资源国家配置简介 918
第三节　自然资源流转制度 918
一、自然资源流转的概念和意义 918
二、自然资源流转的限制 918
三、我国自然资源流转监督中存在的问题 918
第四节　自然资源行政管理制度 918
一、自然资源规划制度 918
二、自然资源许可使用制度 918
三、生态补偿制度的概念和内容 918
四、环境资源有偿使用制度 918
五、生态环境风险押金制度 919
六、生态环境恢复与养护制度 919
复习与思考题 919
第五章　自然资源的国家管理 920
第一节　自然资源国家管理概述 920
一、自然资源国家管理的概念 920
二、自然资源国家管理的理论依据 920
三、自然资源管理的模式 920
第二节　自然资源国家监督管理体制 920
一、自然资源国家管理体制 920
二、自然资源监督管理中存在的问题 921
复习与思考题 921

第六章　违反自然资源法的责任.....922
第一节　行政责任.....922
一、行政责任的概念.....922
二、行政责任的构成.....922
三、承担行政责任的方式.....922
第二节　民事责任.....922
一、民事责任的概念.....922
二、民事责任的构成.....922
三、承担民事责任的方式.....922
第三节　刑事责任.....922
一、自然资源法中刑事责任的概念.....922
二、非法开发和破自然资源类犯罪的犯罪构成.....922
三、非法开发和破自然资源类犯罪的罪名.....922
复习与思考题.....922
第七章　土地资源法.....923
第一节　土地资源法概述.....923
一、土地资源的概念及特征.....923
二、我国土地资源的基本状况及法律保护.....923
第二节　我国关于土地资源的法律规定.....924
一、关于土地权属的规定.....924
二、关于地用途管理的规定.....924
三、关于土地利用规划的规定.....924
四、保护耕地的规定.....924
五、严格控制建设用地.....924
六、土地复垦的规定.....924
七、土地管理监督检查的规定.....924
八、违反土地资源法责任.....925
复习与思考题.....925
第八章　水资源法.....926
第一节　水资源法概述.....926
一、水资源及其特点.....926
二、我国水资源状况及立法.....926
三、外国关于水资源的立法.....926
第二节　我国关于水资源的法律规定.....926
一、水资源所有权归属.....926
二、资源管理体制.....927
三、关于水资源规划.....927
四、水资源开发利用.....927
五、水资源、水域和水工程的保护.....927
六、水资源配置和节约使用.....927
七、水事纠纷的处理与执法监督检查.....928
第三节　水土保持的法律规定.....928
一、水土保持的方针及管理体制.....928

二、预防和治理水土流失的规定 928
三、违反《水土保持法》的责任 928
复习与思考题 928
第九章　森林资源法 929
第一节　森林法概述 929
一、森林的概念、种类及功能 929
二 我国森林的基本状况 929
三 我国关于森林的立法 929
第二节　我国关于森林资源的法律规定 929
一、关于森林所有权的规定 929
二、林业建设方针的规定 929
三、植树造林和绿化的规定 929
四、森林保护的规定 930
五、森林采伐的规定 930
六、违反森林法的责任 930
复习思考题 930
第十章　野生动植物资源法 931
第一节　野生动植物资源法概述 931
一、野生动植物资源的概念及其种类 931
二、我国野生动植物资源的现状 931
三、关于动植物资源保护的立法 931
第二节　我国关于野生动物资源的法律规定 931
一、野生动物所有权 931
二、珍稀、濒危野生动物保护 931
三、野生动物及其制品经营利用和进出口的规定 932
四、野生动物监督管理的规定 932
五、违反野生动物保护法的责任 932
第三节　我国关于野生植物资源的法律规定 932
一、野生植物所有权 932
二、野生植物监督管理体制 932
三、野生植物监督管理制度制度 932
四、野生植物经营利用的规定 932
五、违反野生植物保护法的责任 932
第四节　我国关于动植物检疫的法律规定 932
复习与思考题 932
第十一章　草原资源法 933
第一节　草原资源法概述 933
一、草原的概念、特征及保护的意义 933
二、我国草原资源的现状 933
三、我国关于草原保护的立法 933
第二节　我国关于草原资源的法律规定 933
一、草原资源的归属 933
二、草原保护、建设和利用规划 934

三、草原保护与管理制度.....934
四、草原的建设、利用和保护.....934
五、关于草原监督管理体制的规定.....935
六、违反草原资源法的责任.....935
复习思考题.....935
第十二章　渔业资源法.....936
第一节　渔业资源法概述.....936
一、渔业资源及其分类.....936
二、我国渔业资源的现状.....936
三、我国关于渔业资源保护的立法.....936
第二节　我国关于渔业资源的法律规定.....936
一、渔业资源监督管理体制.....936
二、关于养殖业的规定.....936
三、关于捕捞业的规定.....936
四、关于渔业资源增殖和保护的规定.....936
五、关于法律责任的规定.....936
复习思考题.....936
第十三章　矿产资源保护法.....937
第一节　矿产资源法概述.....937
一、矿产资源及其特征.....937
二、国矿产资源保护立法.....937
第二节　我国关于矿产资源的法律规定.....937
一、矿产资源的所有权、探矿权和采矿权.....937
二、矿产资源的管理体制.....937
三、矿产资源勘察、开发中的保护与管理.....937
五、违反矿产资源法的责任.....938
复习思考题.....938
第十四章　海洋资源法.....939
第一节　海洋资源法概述.....939
一、海洋的概念.....939
二、海洋的生态功能.....939
三、关于海洋资源的立法.....939
第二节　海域使用管理法.....939
一、海域的概念.....939
二、海域管理法的适用范围.....939
三、我国海域的监督管理体制.....940
四、海域管理法律制度.....940
复习与思考题.....940
第十五章　其他自然资源法.....941
第一节　自然遗迹和人文遗迹保护法.....941
一、自然遗迹和人文遗迹及保护的意义.....941
二、关于自然遗迹保护的法律规定.....941
三、关于人文遗迹的法律规定.....941

第二节　自然保护区法.....941
一、自然保护区的概念及保护意义.....941
二、关于自然保护区的立法.....941
三、关于自然保护区的法律规定.....942
第三节　风景名胜区保护法.....942
一、风景名胜区及其保护的意义.....942
二、关于风景名胜区的立法.....942
三、关于风景名胜区的法律规定.....942
第四节　遗传资源法.....942
一、遗传资源及其保护的意义.....942
二、关于遗传资源的立法.....943
三、我国关于遗传资源的法律规定.....943
四、外国遗传资源保护立法介评.....943
复习与思考题.....943
必读参考文献.....944
后　记.....945

前　言

一、课程基信息

课程名称：　自然资源法
英文名称：Natural Resources Law
课程编号：402050072
先修课程：环境法学、民商法学、经济法学
授课对象：本科生
开课单位：民商经济法学院环境法研究所
课程性质：选修课
总课时：　36
周课时：　2
总学分：　2

二、课程简介

自然资源法是“环境与资源保护法学”的重要组成部分。自然资源法课程遵循环境与资源保护法学的基本理论和原理，以自然资源的开发、利用、保护和管理为基本范畴，以自然资源的可持续发展和可持续公平利用为基本理念，重点研究我国自然资源合理配置要求下的自然资源所有权制度和自然资源公平使用下的自然资源开发、利用的基本原则和国家监督管理的基本制度及其自然资源流转中的法律规制等。本课重点介绍自然资源法相关的基本概念、我国自然资源现状及存在的问题、各国自然资源法的产生和发展、自然资源法的体系、渊源及与其他部门法之间的关系、自然资源法的基本原则和法律制度、自然资源的国家监督管理，以及关于各种自然资源保护与管理的相关立法，以理论与实践相结合的方式，重点介绍和分析我国自然资源开发、利用和管理中的常见法律问题，结合典型案例分析与探讨违反自然资源法应当承担的法律责任。通过本课程学习使学习者能够树立正确的资源观和合理利用自然资源的法制观念并能够对我国自然资源法律制度有较为全面、深入地领会与掌握。

三、教学总进程课时安排（总课时 36）

自然资源法总论	（16 课时）
第 1 章　导论	2 课时
第 2 章　自然资源法概述	2 课时
第 3 章　自然资源法的基本原则	3 课时
第 4 章　自然资源法的基本制度	3 课时
第 5 章　自然资源的国家监督管理	2 课时
第 6 章　违反自然资源法的法律责任	2 课时
课堂讨论：	2 课时
自然资源法各论	（共 20 课时）
第 7 章　土地资源法	2 课时
第 8 章　水资源法	2 课时
第 9 章　森林资源法	2 课时

第 10 章　野生动植物资源法	2 课时
第 11 章　草原资源法	2 课时
第 12 章　渔业资源法	2 课时
第 13 章　矿产资源法	2 课时
第 14 章　海洋资源法	2 课时
第 15 章　其他自然资源法	2 课时
课堂案例讨论	2 小时

四、教学目的和要求

通过本课程学习，使学生能够通过了解我国自然资源的基本概念和范畴，树立正确的资源观念，从宏观上掌握我国自然资源法的指导思想和基本原则，从微观上掌握我国自然资源法的各项法律制度。通过学习引导学生对物权法所述自然资源的权属关系理论，以及经济学所述自然资源的价值理论进行全面反思，学习在可持续发展的理念指导下进行自然资源的合理开发利用，实行自然资源产权的合理配置、对开发利用行为进行合理的限制、对权利损害进行公平救济等。掌握综合性的自然资源立法和单行的自然资源保护法的基本内容和基本法律制度。同时，开设本课程将为学习者提供一个环境法与民法进行交流和对话的平台，使同学们能够以环境保护的视角重新审视自己已有的法律知识，启发同学们运用可持续发展的理念进行深入的法学思考。

学习本课程，要求必须明确学习目标，通过学习能够对我国自然资源现状和自然资源法有一个科学、系统地认识，能够较为全面地掌握自然资源法的基本原理，能够正确地运用自然资源法解决实际问题。

五、课堂讨论与实践性教学环节

本课程计划在教学课时内安排 2 次课堂讨论与案例分析相结合的实践性教学活动。具体方式为，在课前分发案例给学生，由学生分别查找资料作课前准备。采用课堂讨论和师生互动方式对案件进行综合剖析。通过讨论与交流培养学生以科学的法律精神运用法律知识、法律思维思考问题、分析问题和解决问题的能力。

六、自然资源法教学基本内容

第一章　导　论

教学目的和要求：学习本章旨在重点了解自然资源的概念、分类及基本属性，了解人类生存与自然资源的关系，以及自然资源对于人类可持续发展的重要作用，明确我国自然资源现状及自然资源开发利用中的法律调整与约束。通过本章学习，要求掌握关于自然资源及其发展规律和开发利用的基本原理，明确自然资源在人类发展过程中的重要作用，掌握人类可持续发展与自然资源合理开发利用法律监督管理的必要性和必然性。

一、自然资源概述

（一）自然资源的概念及分类

1．自然资源的概念

自然资源在资源学、自然资源学、经济学及法学领域各有不同的含义。法律意义上的自然资源是指在一定技术条件下，能够满足人类需要的自然界中的各种天然生成物质和能量的总称。自然资源不同于自然因素，其处于自然界之中，但具有明显的经济属性和社会属性，它是人们在长期的生产和生活中发现的可以为人类利用和进行社会支配的各种自然物质和能量。自然因素向自然资源的转化受经济和科学技术发展水平的限制，也受自然规律和自然因素本身的限制。

2．自然资源的分类

依据不同标准，自然资源可以分为不同的类别。生物资源和非生物资源；耗竭性资源和非耗竭性资源；可替代的自然资源和不可替代的自然资源；土地资源、水资源、森林资源、草原资源、矿产资源、渔业资源、野生动植物资源和基因资源等。

（二）自然资源的基本属性

1．自然属性。自然资源是自然因素的重要组成部分，是自然因素中可以供人们用来改善生活或者进行生产的物质和能量。

2．相对性。自然界中的物质和能量是否属于自然资源是相对的，它会随着人类认识水平和科技手段的提高而不断发生变化。

3．稀缺性。人类的需要是无限的，自然所能供给的自然资源是有限的。无限的需要和相对有限的供给之间的矛盾为自然资源打上了稀缺性的烙印。

4．地域性。受地球运动规律和自然气候等因素的影响，自然资源的形成服从一定的地域分异规律，其空间分布不均衡。

5．整体性。自然资源相互联系、相互制约共同构成一个整体系统。

6．社会性和多价值性。自然资源中附加了一定的人类劳动，其具有一定的社会性。自然资源具有经济、自然、生态及文化等方面的多重价值。

二、人类社会发展与自然资源

（一）人类生存和自然资源

人类源于大自然，是自然环境的产物。人类以自然资源为生存的物质条件，人类可以有目的的利用自然资源。人类对自然资源的不当利用和不良影响导致生态环境危机出现。自然资源的短缺和贫乏影响和约束人类发展。人与自然关系的历史考察包括人类中心主义、非人类中心主义、人与自然的协调发展。

（二）人类可持续发展与自然资源

可持续发展（Sustainable evelopment）是指既满足当代人的需要，又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。可持续发展是人类的必然选择，其要求自然资源必须达到可持续利用。自然

资源是人类可持续发展必不可少的物质基础，人类可持续发展必须合理利用自然资源。

（三）我国可持续发展与自然资源保护

自然资源保护是指国家和社会为确保自然资源的合理开发和可持续利用而采取的各种措施的总称。自然资源保护是环境保护的重要内容和措施，是全面协调人、经济和社会发展的重要举措；合理开发利用自然资源是我国循环经济发展的基本保障。坚持以人为本，以人与自然的和谐为主线，以经发展为核心，提高人民生活质量为根本出发点，科技和体制创新为突破口，坚持不懈地全面推进经济、社会与人口、资源和生态环境的协调，不断提高我国的综合竞争力。

三、自然资源开发利用中的问题及解决对策

（一）自然资源开发利用中存在的问题

1．自然资源流转中存在的问题

2．自然资源规划的问题

3．自然资源开发中存在的问题

4．自然资源利用中的问题

（二）解决自然资源开发利用问题的对策

1．确立正确的自然资源开发利用观念

2．明确各级政府在自然资源管理中的职责

3．建立公众参与自然资源管理机制

4．健全自然资源法律制度

四、自然资源与自然资源法

自然资源法是人类社会发展到一定程度的产物，其是自然资源稀缺背景下为调整资源分配和利用行为而产生的社会规范。人类历史发展表明运用法律手段约束资源的配置和利用是一种必然选择。自然资源法是自然资源合理利用，公平配置，循环利用，可持续发展的基本保障。

复习与思考题

1．什么是自然资源？其可以分为几类？

2．自然资源有哪些特点?为什么说其具有相对性？

3．简析自然资源对人类发展的影响。

4．试述我国自然资源的现状及保护的意义

第二章　自然资源法概述

教学目的和要求：本章的学习目的是通过了解自然资源法的概念、特征，任务和目的，自然资源法的产生和发展规律等，对从宏观上对自然资源法有概括性地认识，掌握自然资源法的基本性质，正确理解自然资源法的调整范围等基本理论问题。通过了解国外自然资源法的基本内容和发展趋势，研究如何结合我国的实际，完善我国的自然资源立法。通过本章学习要求掌握自然资源法的概念和特征，明确自然资源法的目的、任务、作用、体系和渊源，了解自然资源法制度构建的科学性。

第一节　自然资源法的概念与特征

一、自然资源法的概念

自然资源法也称自然资源保护法或资源法，其是指调整人们在国土规划、自然资源勘探、开发、利用、保护过程中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。

自然资源法是环境法的重要组成部分。自然资源法调整的社会关系不仅包括自然资源所有权人、使用权人基于权利确认而产生的社会关系、基于权利行使而产生的平等主体之间的社会关系；还调整自然资源行政管理机关基于对自然资源的行政管理和资源所有人、使用人之间产生的资源行政管理关系。

自然资源法调整平等主体之间基于资源开发、利用、保护而产生的社会关系和国家基于自然资源监督管理而产生的行政监督管理关系以及其他因自然资源而产生的社会关系。

二、自然资源法的特征

（一）社会性和公益性
（二）综合性
（三）区域性
（四）技术性
（五）国际共同性

第二节　自然资源法的产生和发展

一、外国自然资源法的产生和发展

较早的自然资源立法是古代罗马的《十二铜表法》，在该法中就有关于土地方面的规定。随后，各国的立法中也有不同程度保护自然资源的立法。如法国 19 世纪初颁布了《森林法》、奥地利于 1852 年、瑞士 1876 年先后颁布了保护森林资源的法律法规，俄国 1872 年颁布了《狩猎法》等，各国针对不同的自然资源开始进行专门的立法。至 20 世纪中期，各国关于自然资源保护的立法已遍及森林、土地、水、矿产资源、海洋、海崖、草原、渔业、野生动植物、生物多样性、名胜古迹、各种人文遗迹等。美国、日本及欧洲各国已普遍建立了一定的自然资源保护法律体系。在国际社会方面，也出现了大量的保护自然资源的国际公约、条约及各种协定，国际范围内保护自然资源的法律体系已初具规模。

二、我国自然资源法的产生和发展

自然资源保护立法在我国有着悠久的历史，建国后我国政府非常重视自然资源保护立法。目前，我国宪法中不仅有关于自然资源保护的法律规定，而且还制定了土地管理法、水土保持法、水法、草原法、渔业法、矿产资源法、野生动物保护法、节能法、煤炭法等单行法规，国务院和有关部门也制定了大量的自然资源保护的行政法规或部门规章。这些法律法规从我国自然资源的实际情况出发，坚持自然资源可持续利用的原则，对自然资源的勘探、开发、利用、保护和管理进行了全面地规定。我国已形成了以《宪法》对土地资源的相关规定为立法指导和依据，以《环境法》和相关资源保护法律法规为主要内容的自然资源保护法律体系。

第三节　自然资源法的任务、目的和作用

一、自然资源法的任务

自然资源法的任务是保障合理规划、开发和利用自然资源，保护自然资源，促进自然资源向有利于实现人类物质文明和可持续发展的方向发展，保障环境、经济和社会的可持续发展。

二、自然资源法的目的

自然资源法的目的，是通过规范人们在勘探、开发、利用、保护和管理自然资源过程中的行为，正确引导自然资源所有权人、资源使用权人（包括资源的开发和利用者）明确自己的法律地位，协调和平衡资源利用中的各种利益，保障自然资源永续利用，以确保自然资源能够满足国家经济、社会发展需要；确保生态环境良性循环，实现人类可持续发展。

三、自然资源法的作用

（一）自然资源法是保障自然资源合理开发利用，加强自然资源有效管理和保护，促进经济和社会可持续发展的法律依据；

（二）自然资源法是保障自然资源权益，维护公众环境利益，保障自然资源安全，惩处资源开发利用违法行为的法律武器。

（三）自然资源法是提高自然资源管理机关和社会公众自然资源法制观念的基本指导；

（四）自然资源法是促进自然资源国际交流与合作，维护我国自然资源权益，保护国家生态安全的重要手段。

第四节　自然资源法的体系

一、自然资源法的体系

（一）自然资源法体系的概念

自然资源法体系是指由关于自然资源规制的相关法律规范组成的相互联系，相互补充，相互支持的有机整体。其由综合性法律，单行性法规和部门规章，地方性立法等组成。

（二）自然资源法体系的构成

自然资源法体系是由规制土地、水、森林、草原、矿产资源、野生动植物、海洋及其他自然资源开发利用的法律规范所组成的有机整体。其中包括宪法中的规定、综合性的自然资源法、专门性自然资源单行法、其他部门法中的规定、自然资源行政法规和自然资源地方性法规、自然资源相关

国际条约。我国目前尚无综合性的自然资源法。

二、然资源法与其他部门法之间的联系

（一）自然资源法作为法律体系中的重要组成部分，它与其部门法之间既有联系也有区别。

（二）自然资源法与环境法

自然资源法是调整基于作为自然资源的自然环境要素的开发、利用和管理而产生的社会关系的法律规范，其与环境法具有必然地联系，属于广义环境法的组成部分。自然资源法也不同于环境法，其是以自然资源权属为核心的立法。

（三）自然资源法与行政法

国家对自然资源的行政管理与监督是自然资源法的重要组成部分，自然资源法与行政法的立法目的不同，调整手段不同。

（四）自然资源法与民法

自然资源法与民法有较为密切的联系，但二者的立法目的不同，调整对象不同，调整方法不同。

（五）自然资源法与经济法

自然资源法也采用经济的手段调整环境资源关系，但自然资源法与经济法立法目的不同，调整的社会关系不同，调整的手段不同。

第五节　自然资源法的渊源

自然资源法的渊源通常指自然资源法的形式渊源，其包括：宪法、法律、行政法规和部门规章、地方性法规和规章、自治条例和单行条例、法律解释、国际条约以及其他渊源。

复习与思考题

1．简述自然资源法及其特点？
2．中国自然资源立法的历史及其发展。
3．自然资源法与污染防治法的关系。
4．简述我国自然资源法的体系。

第三章　自然资源法的基本原则

教学目的和要求：学习本章旨在了解自然资源法基本原则的概念、特点及其确立的依据，了解自然资源法基本原则与基本制度之间的关系，掌握自然资源法基本原则的体系，明确各项基本原则的具体内容及其法律体现，以及各项原则的内在联系。通过学习从宏观上系统掌握我国自然资源法的基本原则及确立依据，学会运用自然资源法的各项基本原则指导法律实践，弥补法律制度的不足，使法律实践能够实现原则性和灵活性的统一。

第一节　自然资源法基本原则概述

一、自然资源法基本原则的概念

自然资源法的基本原则，是指各种自然资源法律法规所共同确认并贯穿于整个自然资源法律体系的具有普遍性和强制性的基本规范。自然资源法的基本原则是普遍性与特殊性的有机结合，其反映了自然资源法律调整与保护的基本指导思想和价值取向。

二、自然资源法基本原则确立的依据

（一）法的一般原则

自然资源法基本原则是以社会主义法的一般原则为指导所确立的，为实现自然资源法的目的和任务必须遵循的行为准则。资源法的基本原则体现社会主义法的一般原则，是法的一般原则在资源保护与管理方面的具体运用。自然资源法的基本原则是根据自然资源保护与管理需要对法的一般原则的补充和完善。

（二）自然资源发展规律

自然资源的自然属性决定了其发展受自然规律的影响和制约，自然资源的开发利用必须遵循自然规律，注重生态保护和资源的再生能力，顺应自然资源发展的规律。自然资源法的基本原则必须反映和体现自然规律，把自然规律作为制定法律规范的依据之一。

（三）我国的基本国情

自然资源法的基本原则必须从本国的具体国情出发，考虑本国人口、环境、经济、技术及社会发展等方面的客观实际，以最大限度地满足人民日益增长的物质需要出发，同时兼顾生态资源保护和国家发展的需要。

（四）人类可持续发展的需要

自然资源的稀缺性决定了，自然资源法基本原则的确立必须强调资源的计划开采、节约和合理利用，保障资源使用价值的最大化，以满足国家和人类可持续发展的需要。

三、自然资源法基本原则与基本制度

自然资源法的基本原则与制度关系非常密切。基本原则是基本制度创建的灵魂和确立的依据，基本制度是基本原则的体现和具体化。基本制度中反映了基本原则的精神和要求，基本原则可以补充和弥补基本制度的不足。

第二节　国家干预原则

一、国家干预原则的概念

国家干预原则，是指在确定自然资源的所有权、使用权、经营管理权以及其他权益的范围、归属、及其流转等方面，国家占据决定性的支配地位。国家在充分考虑各社会主体利益和自然资源客观现状的基础上，通过相关立法确定资源的所有权配置，资源开发利用的方针等，并保证国家的宏观控制的有效性。

二、国家干预原则的依据

（一）国家主权原则
（二）我国社会主义公有制理论
（三）国家宏观管理的需要
（四）自然资源的公共性特点

三、国家干预原则的贯彻

（一）重要的自然资源所有权属于国家
（二）国家依法确定自然资源各种用益性权利
（三）国家对自然资源的权属于流转进行必要干预和限制

第三节　合理规划与利益平衡原则

一、合理规划与利益平衡原则的概念

合理规划与利益平衡原则是指在自然资源的开发、利用、保护、管理等活动中，应当充分考虑自然资源的分布状况、承载能力及社会需求，对自然资源开采进行合理安排与规划，保障不同利益主体能够公平利用自然资源。

二、合理规划与利益平衡原则的依据

（一）自然资源分布的地域性差异
（二）各主体间潜在利益的冲突
（三）自然资源的稀缺性

三、合理规划与利益平衡原则的贯彻

（一）制定科学的自然资源规划
（二）采取多种方式协调不同利益主体之间的冲突
（三）建立公平的利益补偿机制

第四节　多种效益并重原则

一、多种效益并重原则的概念

多种效益并重原则是指对自然资源的开发利用必须充分尊重生态规律，经济规律和社会发展规律，努力实现生态效益、经济效益和社会效益等多重效益并重的原则。

二、多种效益并重原则的依据

两种效益之间的潜在冲突、相互依存、可持续发展的要求是多种效益并重原则确立的依据。

三、多种效益并重原则的贯彻

（一）强化自然资源开发利用环境影响评价
（二）注重经济效益与生态环境保护并重
（三）广泛征收自然资源税和生态补偿费
（四）加重对破坏资源违法行为处罚的力度

第五节　自然资源有偿使用原则

一、自然资源有偿使用原则的概念

自然资源有偿使用原则是指依据有关法律规定，要求各种自然资源的使用者必须为自己开发利用的资源支付一定对价的要求。

二、自然资源有偿使用原则的依据

（一）权利与义务对等原则
（二）防止国有资产流失，提高国有资产管理效率。
（三）形成自然资源开发利用经济激励与约束机制，提高自然资源的配置效率。

三、自然资源有偿使用原则的贯彻

（一）健全和完善自然资源配置的一级市场
（二）构建自然资源科学评价体系和价格体系
（三）发展和完善自然资源的税费制度循环利用原则循环利用原则的概念最优利用原则是指在资源的开发利用过程中，应当遵循“资源——产品——再生资源”的物质反复循环流动的环境友好型的经济发展模式，改变观念、改进和优化资源利用方式，实现资源开发和利用效率的最大化。

四、循环利用原则的依据

（一）自然资源的稀缺性
（二）自然资源的整体性与多功能性
（三）自然资源开发利用的外部性

五、循环利用原则的贯彻

（一）有序开采和利用

有序开采和利用是指在资源开发利用过程中应当考虑并按照自然资源的自然属性开发和利用资源，以减少因为不科学开采和利用造成的资源浪费与破坏。

（二） 推广清洁生产

联合国环境规划署（UNEP）在 1989 年把“清洁生产”定义为：将综合预防的环境策略持续地应用于生产过程和产品中，以便减少对人类和环境的风险。《中国 21 世纪议程》将清洁生产定义为：既可满足人们的需要又可合理使用自然资源和能源，并保护环境的实用生产方法和措施。传统的生产过程造成环境污染的直接原因是以掠夺性的方式利用资源而获得的最终产品，大部分资源在生产过程流失。清洁生产具有自然资源的合理利用；经济效益最大化；环境危害最小化的特点。

（三）全面实现循环经济模式

循环经济是一种将经济体系与环境资源紧密结合的生态经济模式。它是建立在物质不断循环利用基础上，与传统经济由资源到废物的线性开环系统不同，循环经济是相对封闭的循环系统。循环经济坚持减量化、再利用、再循环的原则。循环经济有利于自然资源的合理开和利用，自然资源的合理开发与利用有利于促进循环经济的发展。

（四）惩罚与奖励相结合

复习与思考题

1．自然资源法基本原则确实的依据？

2．试述自然资源的基本原则的体系？

3．什么是合理规划与利益平衡原则?

4．什么是多种效益并重原则?坚持它有何重要意义?

第四章　自然资源法基本制度

教学目的和要求：学习本章旨在培养学生全面了解我国自然资源所有权及自然资源保护、管理的各项基本法律制度的概念、制定的依据及具体内容。通过学习要求能够明确和掌握我国关于自然资源的所有权的分配，各项权利的行使以及国家在自然资源行政监督管理方面的各项法律制度。

第一节　自然资源法基本制度概述

一、自然资源法基本制度的概念和特点

（一）自然资源法基本制度的概念

自然资源法基本制度是指调整特定自然资源社会关系，并具有相同或相似法律功能的一系列法律规范所组成的整合性的规则系统。它不同于自然资源法的基本原则，是自然资源法基本原则的具体化，也不同于单个的法律规范，是由多个法律规范组成的具有内在联系的综合体。

（二）自然资源法基本制度的特点

1．系统性。自然资源法的基本制度规范自然资源开发利用方面的法律规范的总称，它以自然资源的开发利用和管理为核心，规范自然资源开发利用的全过程。

2．关联性。自然资源的各项法律制度由具有内在联系的各种法律规范组成。自然资源法各项制度之间具有相互依赖和关联性。

3．可操作性。自然资源法律制度不同于自然资源法的基本原则，它具有较强的可操作性。

4．综合性。自然资源作为环境要素其和多方面的环境因素具有关联性，因而自然资源法调整的社会关系具有复杂性，自然资源法的基本制度具有综合性。

二、自然资源法基本制度建立的依据

（一）自然资源的特质与循环规律

（二）自然资源开发利用的经济基础

（三）国家对自然资源宏观调控的需要

（四）社会发展和可持续发展战略的实施

自然资源法基本制度依据自然资源法的基本原则，兼顾国家发展和自然资源开发、利用、管理的实际需要而确立。

三、自然资源法基本制度的体系

自然资源法基本制度体系是指由自然资源法各项制度共同组成的规则体系，它是相互关联、互相支持的具有内在逻辑联系的统一体。自然资源法的基本制度从不同角度可以有不同的分类。从自然资源所有权归属和自然资源流转的系统出发，结合国家对自然资源的宏观管理，自然资源基本制度的体系可以分为自然资源权属制度、自然资源流转制度、自然资源行政管理制度

第二节　自然资源权属制度

一、自然资源所有权

（一）自然资源所有权的概念

（二）公有制度下的自然资源所有权

1．自然资源国家所有

2．自然资源集体所有

二、自然资源他项权利

（一）自然资源他项权利的含义

自然资源他项权利是指基于自然资源所有权而产生的其他权利。如水权、渔业权、狩猎权、林业权等。

（二）关于自然资源他项权利性质的争论

我国关于自然资源他项权利包括取水权、矿业权、渔业权、狩猎权、林业权等的性质存在较大的争议。“特别法上的物权”、“特殊物权”、“准物权”、“自然资源使用权”、“自然资源利用权”和“特许物权”。

三、外国自然资源国家配置简介

第三节　自然资源流转制度

一、自然资源流转的概念和意义

（一）自然资源流转的概念

（二）自然资源流转的意义

二、自然资源流转的限制

三、我国自然资源流转监督中存在的问题

第四节　自然资源行政管理制度

一、自然资源规划制度

（一）自然资源规划制度的概念

（二）自然资源规划制度的内容

二、自然资源许可使用制度

（一）自然资源许可制度的概念

（二）自然资源许可制度的内容

三、生态补偿制度的概念和内容

（一）生态补偿制度的概念

（二）生态补偿制度的内容

四、环境资源有偿使用制度

（一）环境资源有偿使用制度的概念

（二）环境资源有偿使用制度的内容

五、生态环境风险押金制度

（一）生态环境风险押金制度的概念
（二）生态环境风险押金制度的内容

六、生态环境恢复与养护制度

（一）生态环境恢复与养护制度的概念
（二）生态环境恢复与养护制度的内容

复习与思考题

1．什么是自然资源所有权？自然资源所有权人的权利及义务？
2．简述自然资源的所有权的国家配置？
3．试述我国的自然资源集体所有制度？
4．试述对自然资源所有权人权利的限制？

第五章　自然资源的国家管理

教学目的和要求：学习本章旨在使学习者了解自然资源国家管理的必要性及各国自然资源管理的模式，了解我国自然资源国家管理的体制和管理机构的基本职能。通过学习掌握自然资源国家管理的基本规律和发展趋势，从宏观上清楚自然资源国家监督管理体制及其运行。

第一节　自然资源国家管理概述

一、自然资源国家管理的概念

二、自然资源国家管理的理论依据

三、自然资源管理的模式

（一）外国自然资源管理的模式

（二）我国自然资源管理的模式

第二节　自然资源国家监督管理体制

一、自然资源国家管理体制

自然资源管理体制是指自然资源管理机构的结构及组织方式。自然资源管理体制是划分中央、地方、相关部门、企业在自然资源开发利用和保护方面的管理范围。职责权限等相互关系的具体方式的体现。其核心在于：管理机制的设置，职权划分以及不同管理机构之间的相互协调与配合。我国自然资源的管理体制体现为统一管理与分级管理相结合的管理模式。

（一）自然资源行政主管部门

自然资源行政主管部门是指我国各级人民政府中设立的专门从事自然资源行政管理的主管部门。我国国务院和各级地方人民政府均设立专门的自然资源行政机构从事自然资源的管理。

1．中央自然资源管理部门

2．地方自然资源管理部门

（二）自然资源协同管理部门

自然资源协同管理部门是指自然资源行政主管部门以外的在本部门行政职责中涉及自然资源管理，负有自然资源管理义务的行政职能部门。如公安、海关、工商等行政部门。

自然资源管理机构的职责

（一）编制自然资源规划

（二）依法确认自然资源权属

（三）自然资源行政许可

（四）征收自然资源使用费

（五）自然资源开发利用的监督与检查

（六）自然资源权属纠纷的调处和对违法行为的处罚

1．调处自然资源权属纠纷

2．对自然资源开发利用中的违法行为进行处罚

二、自然资源监督管理中存在的问题

（一）机构设置方面的问题
（二）行政执法方面的问题
（二）部门合作与协调中的问题

复习与思考题

1．自然资源的国家管理及其意义?
2．简答自然资源管理机构及其职责
3．简述自然资源费的征收及意义

第六章　违反自然资源法的责任

第一节　行政责任

一、行政责任的概念

违反自然资源法的行政责任，是指行政法律关系的主体因为违反环境行政法律规范，或者不履行环境行政法律规定的义务，依法应当承担的行政方面的法律后果。

二、行政责任的构成

三、承担行政责任的方式

第二节　民事责任

一、民事责任的概念

违反自然资源法的民事责任，是民事法律关系的主体因破坏或违法开发利用自然资源，侵犯或损害国家、集体和个人的民事权益，依法应当承担的民事方面的法律后果。

二、民事责任的构成

三、承担民事责任的方式

第三节　刑事责任

一、自然资源法中刑事责任的概念

自然资源法中的刑事责任，是指违反自然资源法律法规的规定，非法开采自然资源，造成自然资源破坏，触犯刑律构成犯罪的行为应当承担的刑事方面的法律后果。

二、非法开发和破自然资源类犯罪的犯罪构成

三、非法开发和破自然资源类犯罪的罪名

复习与思考题

1．试述违反自然资源法的法律责任及其种类
2．简答违反自然资源法的行政责任
3．试述破坏自然资源罪的犯罪构成
4．惩罚破坏自然资源犯罪的意义?
5．自然资源法各论

第七章　土地资源法

教学目的和要求：学习本章，旨在了解土地资源及其特点、我国土地资源的现状及保护土地资源的意义，了解土地资源开发利用中存在的问题及土地资源保护与管理的各项基本原则和基本制度，明确我国土地资源监督管理的体制，以及保护土地资源的各项法律措施。通过本章学习，要求掌握土地法的基本原理和我国土地资源监督管理的各种法律制度，熟练掌握土地资源规划、利用和土地保护，土地监督管理的各项具体法律规范的内容。

第一节　土地资源法概述

一、土地资源的概念及特征

（一）土地资源的概念

土地是指全国各行政区域管辖范围内的全部土地，包括耕地、林地、草地、荒地、河流、湖泊、滩涂、城镇及农村居民点用地、工矿用地、交通用地、旅游及国防等特殊用地以及暂时还不能利用的其他用地等。土地自然资源是由地貌、土壤、岩石、水文、气候植被等多种自然要素组成的自然综合体。

（二）土地资源的特征

1．固定性。土地占据特定的空间位置，处于地球表面，不能发生移动，只能就地利用，属于典型的不动产。

2．整体性。每块土地自身的结构、地质水文特点等构成土地资源的要素是相互联系、彼此制约的有机统一整体。即作为某类型的土地具有该土地本身的构成要素特点。

3．生产性。土地具有生产能力，是动植物生长、繁殖的场所。土地是生产资料，具有利益价值，人类可以在其上进行农业生产。

4．有限性。作为地球整体的土地资源数量是一个定值，不随人类需求的增减需求而改变，只是会发生土地类型的转变。

5．具有不可替代性。土地是自然环境因素，同时亦是人类可以利用的自然资源，其本身的使用价值不能被其他环境要素所替代。土地对人类生存发展的具有重要的决定作用。

6．永久性。土地资源不可以再生，但如果能够合理使用可以保持其永久的生产能力，从而达到无至境地使用。

二、我国土地资源的基本状况及法律保护

（一）土地资源基本现状

我国土地资源类型复杂多样，资源条件差异大，山地多、平地少，耕地比重小，耕地总体质量不高。从东部的沿海平原、丘陵地带至西部的山地、高原，依次呈现出湿润、半湿润及半干旱地区分布。既有土壤肥沃的鱼米之乡，也有寸草不生的大漠戈壁。人均土地面积少，后备耕地资源短缺。我国土地资源具有有一定的开发利用潜力，但同时资源状况并不容乐观。

（二）我国土地资源的立法

新中国成立以来我国非常重视关于土地资源的保护，先后制定和颁布了大量的法律法规。1950年中央人民政府颁布了《土地改革法》、1953 年政务院颁发《水土保持暂行纲要》、1957 年国务院颁布了《水土保持暂行纲要》，1982 年国务院颁布了《国家建设征用土地条例》、《水土保持工作条例》、《村镇建房用地管理条例》；1986 年我国颁布了《土地管理法》，该法先后于 1988

年和 1998 年两次修改。我国还于 1986 年颁布了《土地复垦规定》；1991 年发布了《土地管理法实施条例》；1997 年发出了《关于进一加强土地管理切实保护耕地的通知》；1999 年国务院还批准颁发了《建设用地审查办法》、《土地利用年度计划管理办法》、《闲置土地处理办法》等土地管理行政法规。我国还颁布了《基本农田保护条例》、《农村土地承包法》、《农业法》、《水土保持法》、《城市规划法》、《城市房地产管理法》等。

（三）外国关于土地资源的立法

第二节　我国关于土地资源的法律规定

一、关于土地权属的规定

土地资源属于国家和集体所有。

二、关于地用途管理的规定

土地用途管制是指国家为保证土地资源的合理利用，经济、社会和环境的协调发展，通过编制土地利用规划，划定土地用途、确定土地使用限制条件，并要求土地的所有者和使用者严格按照国家确定的用途利用土地。，依我国现行法律土地按用途分为农用地、建设用地和其他用地。

三、关于土地利用规划的规定

土地利用总体规划是在一定区域内，根据国家社会经济可持续发展的要求和当地自然、经济、社会条件，对土地的开发、利用、治理、保护在空间上、时间上所作的总体安排和布局。土地利用规划必须依法定程序编制、审批和公布。

四、保护耕地的规定

耕地保护包括耕地数量（面积）和耕地质量的保护，其目标是保证现有耕地面积不再减少，并通过各种措施使耕地质量有所提高。

（一）耕地总量动态平衡制度

（二）基本农田保护

（三）耕地保护措施

五、严格控制建设用地

建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等。

建筑用地也可分为下面几大类，即包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地及其他建设用地。

六、土地复垦的规定

土地复垦是指对在生产建设中，因挖损、塌陷、压占等造成破坏的土地，采取整治措施，使其恢复到可供利用状态的活动。

七、土地管理监督检查的规定

土地监督检查是指县级以上人民政府土地行政主管部门按照法定程序和方式，依法对本行政区域内土地管理法律、法规的执行情况进行监督检查，并对违法者实施法律制裁的活动。

八、违反土地资源法责任

违反土地资源法的责任分为行政责任、民事责任、刑事责。

复习与思考题

1．土地资源及其基本功能？
2．简述我国关于土地权属的法律规定？
3．简答关于建设用地审批的法律规定
4．试述对土地用途实行管理的意义？

第八章　水资源法

教学目的和要求：本间的教学目的是通过学习全面了解水资源及其法律保护的意义，国内外关于保护水资源的相关立法。掌握我国关于水资源保护的相关立法和基本法律制度。通过学习全面掌握我国水资源监督管理的法律制度。要求通过学习树立科学地水资源利用意识，明确我国关于水资源管理的各项法律原则和制度。掌握水事纠纷的特点及纠纷处理规则 ，保障水资源的合理使用和水权的正常流转。

2 课时

第一节　水资源法概述

一、水资源及其特点

水资源是指天然水。《水法》所规定的水资源是指地表水和地下水。包括江河、湖泊，渠道、水库、冰川等水体和浅层地下水，但不包括海水。

水是人类和其它生物维持生命系统的基本物质，是一切生命的源泉，是人类环境的基本要素。水又是宝贵的自然资源，水资源是世界上开发利用最多的资源，是工业的饮料，农业的命脉，是经济发展和人们生活的重要物质基础。

水资源具有多功能性、有限性和分布不均衡性、不可替代性、循环再生性、公共性等特点。

二、我国水资源状况及立法

（一）我国水资源状况

我国水资源总量丰富，人均拥有量少，人均占有量只有世界人均占有水量的 1/4。水资源时空分布极为不均，许多城市和农村水资源短缺，水旱灾害频繁发生。不合理用水使水资源破坏严重，天然水面缩小，水体污染严重。大量开采地下水，使过量开采地下水使地下水位不断下降，造成地面下沉，甚至塌陷、断裂等现象，地下水源面临枯竭的危险。水资源形势极为严峻。保护水资源，合理、科学地利用水资源是我国较长时间的任务。

（二）我国水资源立法

我国十分重视水资源的法律保护，已形成了相对完整的水资源管理法律体系。1988 年 1 月 21 日第六届全国人大常委会通过了我国第一部关于水资源综合管理的法律《中华人民共和国水法》（2002 年修改），颁发了《违反水法规行政处罚暂行规定》（1990 年水利部发布）、《防汛条例》（1990 年国务院发布）、《取水许可制度实施办法》（1993 年国务院发布）、《河流管理条例》（1988 年国务院发布）、《水污染防治法》、《城市节约用水管理规定》（1988 年 10 月水利部发布）、《防洪法》（1997 年）等法律法规。

三、外国关于水资源的立法

第二节　我国关于水资源的法律规定

一、水资源所有权归属

明确水资源所有权有利于水资源的管理和合理配置，各国法律均对水资源的所有权做了规定。

我国《宪法》和《民法通则》规定，水流属于国家所有，即全民所有。我国《水法》规定，水资源属于国家所有。水资源所有权由国务院代表国家行使。“农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水，归各该农村集体。

用水权、取水权、水运权、水能权、渔业权等是在水资源所有权基础上产生的权利类型。

二、资源管理体制

我国水资源管理体制表现为统一管理与分级分部门管理工作相结合的管理体制。国务院水行政主管部门负责全国水资源的统一管理和监督。县级以上地方人民政府水行政主管部门负责本行政区域内水资源的统一管理和监督工作；国务院有关部门按照职责分工，负责水资源开发、利用、节约和保护的有关工作；县级以上地方人民政府有关部门按照职责分工，负责本行政区域内水资源开发、利用、节约和保护。国务院水行政主管部门在国家确定的重要江河、湖泊设立的流域管理机构，在所管辖的范围内行使法律、行政法规规定的和国务院水行政主管部门授予的水资源管理和监督职责。

三、关于水资源规划

水资源规划制度是指在水资源调查评价的基础上，对水资源的开发利用、保护恢复、水害的防治按流域和区域所进行的整体安排的一系列制度的总称。

（一）水资源战略规划

略规划是指国家根据水资源的现状及对水资源的依赖程度和经济发展水平等因素对我国水资源的开发、利用、节约、保护及水害的防治所做的全面的整体性部署。

（二）水资源一般规划

水资源一般规划是指为开发、利用、节约、保护水资源和防治水害，按流域、区域所制定的规划。水资源规划分为流域规划和区域规划。

四、水资源开发利用

（一）开发利用水资源应当遵循的原则

1．利益兼顾、兴利与除害相结合原则。

2．优先满足城乡生活用水，充分考虑生态环境用水原则。

3．科学调水原则。

4．因地制宜、统一调度、开源与节流相结合原则。

5．谁投资建设谁管理和谁受益原则。

6．不得损害公共利益和他人的合法权益原则。

（二）鼓励开发水能资源的规定

五、水资源、水域和水工程的保护

（一）关于水资源保护的规定

（二）关于水域的保护

（三）关于水工程的保护

六、水资源配置和节约使用

（一）水中长期供求规划制度

（二）跨行政区域的水量分配方案和旱情紧急情况下的水量调度预案制度

（三）用水总量控制和定额管理制度

（四）取水许可证制度

（五）水资源有偿使用制度

1．水资源费制度。

2．水费制度。

（六）节约用水的规定

七、水事纠纷的处理与执法监督检查

（一）水事纠纷的处理

水事纠纷是在水资源的开发利用，管理和保护过程中因为当事人之间利益、管理机构管理职权的冲突而发生的争执。

（二）执法监督检查

违反《水法》的法律责任

违反水法应承担的法律责任包括民事责任、行政责任、刑事责任。

第三节　水土保持的法律规定

一、水土保持的方针及管理体制

（一）水土保持的方针

国家对水土保持工作实行预防为主，全面规划、综合防治、因地制宜、加强管理、注重效益的方针。

（二）水土保持的管理体制

国家对水土保持工作实行统一管理与分级管理相结合的管理体制，国务院水行政主管部门主管全国水土保持工作，县级以上地方人民政府水行政主管部门，主管本辖区的水土保持工作，并履行各自的职责。

二、预防和治理水土流失的规定

（一）预防水土流失的措施规定

1．植树种草，保护植被

2．禁止和限制开垦坡地

3．加强林木采伐及造林的管理

4．防止工程项目造成水土流失

（二）治理水土流失的措施规定

三、违反《水土保持法》的责任

复习与思考题

1．什么是水资源?具有哪些特点?

2．什么是水土保持?具有什么意义?

3．试述水资源规划制度。

4．水资源配置的法律规定有哪些?有什么不足?

5．如何解决水事纠纷?

6．怎样预防和治理水土流失?

第九章　森林资源法

教学目的和要求：学习本章旨在了解森林资源的特点及生态功能，明确关于森林资源立法及其意义，掌握我国关于森林资源保护的各项法律制度。通过学习使学习者掌握森林资源保护的各项法律制度，从整体上把握关于森林资源的相关立法。培养运用森林法基本法律规范分析和解决实际问题的能力。

2 课时

第一节　森林法概述

一、森林的概念、种类及功能

（一）森林资源的概念

森林是指在一定区域由乔木、灌木和花草等组成的绿色植物群体，其中以树木和其他木本植物为主。我国法律规定的森林指森林资源，包括林地及林区内的动物和植物。森林包括竹林、林木。林木包括树木、竹子；林地，包括郁闭度 0.3 以上的乔木林地、树林地、灌木林地、采伐迹地、火烧迹地、苗圃地和国家规划的宜林地。

（二）森林的种类

（三）森林的基本功能

森林的具有经济和生态等方面的功能。生态功能表现为蓄水保土、调节气候、防风固沙、净化空气、保护环境等

二 我国森林的基本状况

三 我国关于森林的立法

1952 年政务院公布的《关于严防森林火灾的指示》至 1979 年《森林法（试行）》及 1984 年我国颁布《森林法》，我国森林立法完成了从行政法规和规章到专门立法的过渡。1998 年《森林法》的修改标志我国森林立法进入了相对成熟的阶段。我国还先后颁布了《关于发动群众开展造林、育林、护林工作的指示》、《关于保护和发展竹林的通知》、《关于进一步坚强护林防火的通知》、《森林保护条例》、《关于坚决制止乱砍滥伐森林的紧急通知》、《关于开展全民植树运动的决议》、《实施办法》，1986 年国务院经林业部发布了《森林法实施细则》，1988 年国务院发布了《森林防火条例》，1989 年又发布了《森林病虫害防治条例》。

第二节　我国关于森林资源的法律规定

一、关于森林所有权的规定

二、林业建设方针的规定

三、植树造林和绿化的规定

四、森林保护的规定

五、森林采伐的规定

六、违反森林法的责任

违反森林法的责任包括行政责任、民事责任和刑事责任。

复习思考题

1．什么是森林？其特点是什么？
2．试述我国关于森林权属的法律规定。
3．简述我国森林保护的法律规定。
4．试述我国关于植树造林和绿化的法律规定。
5．我国关于森林保护的法律规定有哪些？

第十章　野生动植物资源法

教学目的和要求：学习本章旨在了解野生动植物资源的特点及保护现状，熟悉我国关于此类资源的相关立法。通过学习要求明确保护野生动植物资源的重要意义，掌握我国关于野生动植物资源保护与管理的各项法律制度。

2 课时

第一节　野生动植物资源法概述

一、野生动植物资源的概念及其种类

（一）野生动植物资源的概念

野生动植物通常指自然状态下生长的的动植物。法律保护的野生动植物，是指珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和原生地天然生长的珍贵植物并具有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物。

（二）野生动植物的种类

二、我国野生动植物资源的现状

三、关于动植物资源保护的立法

我国关于野生动植物保护的立法，主要是 1989 年 3 月 1 日起施行的《野生动物保护法》和 1996 年 9 月 30 日国务院发布的《野生植物保护条例》，1997 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国植物新品种保护条例》，1987 年 8 月 15 日国务院发布的《关于坚决制止乱捕滥猎和倒卖、走私珍稀野生动物的紧急通知》，1991 年 10 月 30 日发布的《进出境动植物检疫法》，1992 年国务院发布的《陆生野生动物保护实施条例》和 1993 年的《水生野生动物保护实施条例》，1993 年 5 月 29 日国务院发布的《国务院关于禁止犀牛角和虎骨贸易的通知》等。此外还有《水产资源繁殖保护条例》、《陆生野生动物资源保护管理费收费办法》、《野生药材资源保护管理条例》等。

除上述自然资源立法，我国相关的法律法规也有关于动植物资源保护的规定，我国加入与自然资源保护相关的诸多国际条约。

第二节　我国关于野生动物资源的法律规定

一、野生动物所有权

野生动物资源属于国家所有。

二、珍稀、濒危野生动物保护

（一）国家对珍贵、濒危的野生动物实行重点保护

（二）划定自然保护区，加强保护管理。

（三）野生动物的环境监测制度

（四）环境影响评价制度

（五）野生动物救助制度

三、野生动物及其制品经营利用和进出口的规定

四、野生动物监督管理的规定

（一）野生动物资源档案制度
（二）狩猎许可制度
（三）驯养许可证制度

五、违反野生动物保护法的责任

第三节　我国关于野生植物资源的法律规定

一、野生植物所有权

二、野生植物监督管理体制

国务院林业行政主管部门主管全国林区内野生植物和林区外珍贵野生树木的监督管理工作。国务院农业行政主管部门主管全国其他野生植物的监督管理工作。

三、野生植物监督管理制度制度

1．野生野生植物的分类分级保护
2．野生植物环境影响评价制度
3．对于重点保护野生植物的特别规定

四、野生植物经营利用的规定

五、违反野生植物保护法的责任

第四节　我国关于动植物检疫的法律规定

一、动植物检疫的对象和范围
二、防止检疫对象传入和检疫不合格动植物的处理
三、动植物检疫体制
四、违反动植物检疫法的责任

复习与思考题

1．试述我国野生动植物资源状况及保护现状中存在的问题。
2．试述我国野生动物权属制度的法律规定。
3．试述我国对珍稀、濒危野生动物保护的特别法律规定。
4．试述我国关于野生植物经营利用的主要法律规定。
5．试述我国有关动植物检疫的主要法律规定。

第十一章　草原资源法

教学目的和要求：学习本章的目的是掌握草原资源的概念及其特点，了解我国草原资源的现状及保护草原的意义，掌握我国关于草原保护的各项法律原则及制度。学习本章要求能够全面了解草原资源的特点及生态功能，掌握我国关于草原保护的各项法律制度及草原纠纷处理的相关规定。

第一节　草原资源法概述

一、草原的概念、特征及保护的意义

（一）草原的概念和特征

草原包括草山、草地。草地包括天然草地、改良天然草地和人工草地。草原是一种具有多种功能的可以再生的综合性自然资源。

和其他资源相比较，草原具有明显的特征：草原是由土地、气候、生物等自然因素组成的综合体；其分布具有区域性；草原的生产潜力具有可更新性；在一定时间内，草原的种类和数量非常有限。

（二）保护草原的意义

保护草原具有重要的意义。它是保护和改善生态环境的需要，是发展现代化畜牧业的需要，是保护和发展牧草资源，促进少数民族地区和边疆地区的经济繁荣，满足人民生活的需要，是促进我国环境、经济和社会可持续发展的需要。

二、我国草原资源的现状

我国草原辽阔，共有草原 313 万平方公里，占国土面积的 32.6%。由于人口激增，畜牧业的过度发展及生态意识不足，草原放牧严重超载和草场的盲目垦殖，管理不善等原因，我国草原总体草畜矛盾突出，草原动植物资源破坏严重，生态环境变劣，土壤遭受侵蚀，草原退化、沙化和其他破坏较为严重，草原整体生产力下降。

三、我国关于草原保护的立法

《环境保护法》规定了保护的相关规定。1985 年 6 月，我国颁布了第一部关于草原保护的专门立法《草原法》（2002 年修改）。1993 年我国还颁布了《草原防火条例》，对草原火灾的预防等相关事项作了全面规定。除现有立法外，我国草原资源丰富的省份还制定了大量的地方法规和规章，国家也制定了关于草原资源保护的相关政策。我国对草原资源的保护内容主要是从草原权属、植被养护、合理开发使用、鼠虫害和疫病防治及火灾、纠纷处理等方面进行规范。

第二节　我国关于草原资源的法律规定

一、草原资源的归属

（一）草原资源的所有权

草原资源的所有权是指草原所有人在法律规定的范围内独占地、排他地支配草原资源的权利。我国的草原属于国家所有，即全民所有，由法律规定属于集体所有的草原除外。任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让草原。

（二）草原的使用权

国家所有的草原，可以依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用。使用草原的单位，应当履行保护、建设和合理利用草原的义务。

1．关于草原资源登记取得使用权的规定。

2．关于草原的承包经营与承包经营权转让的规定

二、草原保护、建设和利用规划

（一）关于草原资源规划的制定

国家对草原保护、建设、利用实行统一规划制度。国务院草原行政主管部门会同国务院有关部门编制全国草原保护、建设、利用规划，报国务院批准后实施。县级以上地方人民政府草原行政主管部门会同同级有关部门依据上一级草原保护、建设、利用规划编制本行政区域的草原保护、建设、利用规划，报本级人民政府批准后实施。经批准的草原保护、建设、利用规划确需调整或者修改时，须经原批准机关批准。

（二）编制草原资源规划应当遵循的原则

1．改善生态环境，维护生物多样性，促进草原的可持续利用；

2．以现有草原为基础，因地制宜，统筹规划，分类指导；

3．保护为主、加强建设、分批改良、合理利用；

4．生态效益、经济效益、社会效益相结合。

（三） 草原资源规划的具体内容

草原保护、建设、利用规划应当包括：草原保护、建设、利用的目标和措施草原功能分区和各项建设的总体部署，各项专业规划等。草原保护、建设、利用规划应当与土地利用总体规划相衔接，与环境保护规划、水土保持规划、防沙治沙规划、林业长远规划、城市总体规划、村庄和集镇规划以及其他有关规划相协调。

三、草原保护与管理制度

（一）草原调查制度

国家建立草原调查制度，县级以上人民政府草原行政主管部门会同同级有关部门定期进行草原调查；草原所有者或者使用者应当支持、配合调查，并提供有关资料。

（二）草原等级评定制度

国务院草原行政主管部门会同国务院有关部门制定全国草原等级评定标准。县级以上人民政府草原行政主管部门根据草原调查结果、草原的质量，依据草原等级评定标准，对草原进行评等定级。

（三） 草原统计制度

国家建立草原统计制度，县级以上人民政府草原行政主管部门和同级统计部门共同制定草原统计调查办法，依法对草原的面积、等级、产草量、载畜量等进行统计，定期发布草原统计资料。草原统计资料是各级人民政府编制草原保护、建设、利用规划的依据。

（四）草原生产、生态监测预警系统制度

国家建立草原生产、生态监测预警系统制度，县级以上人民政府草原行政主管部门对草原的面积、等级、植被构成、生产能力、自然灾害、生物灾害等草原基本状况实行动态监测，及时为本级政府和有关部门提供动态监测和预警信息服务。

四、草原的建设、利用和保护

（一）关于草原建设的规定

1．增加草原建设投入。县级以上人民政府应当增加草原建设的投入，支持草原建设。国家鼓

励单位和个人投资建设草原，按照谁投资、谁受益的原则保护草原投资建设者的合法权益。

2．增强政府管理职责。县级以上地方各级人民政府在支持草原水利设施建设、改善人畜用水条件、加强草种基地建设、做好防火准备工作、安排草原改良、人工种草和草种生产资金等方面的职责。

3．国家鼓励与支持人工草地建设、天然草原改良和饲草饲料基地建设。县级以上地方各级人民政府支持、鼓励和引导农牧民开展草原围栏、饲草饲料储备、牲畜圈舍、牧民定居点等生产生活设施的建设。

4．加强草原组织专项治理。地方各级人民政府应当对退化、沙化、盐碱化、石漠化和水土流失的草原组织专项治理，并规定大规模的草原综合治理列入国家国土整治计划。

（二）关于草原利用的规定

1．草原利用核定的载畜量的规定

2．非畜牧业征用、利用草原土地的规定

（三） 关于草原保护的规定

1．基本草原保护

2．草原自然保护区

3．禁止开垦草原

4．草原防火

5．草原鼠害防治

五、关于草原监督管理体制的规定

国务院草原行政主管部门和草原面积较大的省、自治区的县级以上地方人民政府草原行政主管部门设立草原监督管理机构，负责草原法律、法规执行情况的监督检查，对违反草原法律、法规的行为进行查处。

六、违反草原资源法的责任

违反草原资源法的法律责任，是指违反矿产资源保护法，破坏或者污染环境单位或个人所应承担的责任。包括行政责任、民事责任和刑事责任。

复习思考题

1．什么是草原资源？保护草原资源有何重要意义？

2．试述我国关于草原的所有权和使用权的法律规定。

3．试述我国保护草原植被、合理利用草原的主要法律规定。

4．试述草原纠纷处理的法律规定。

第十二章　渔业资源法

教学目的和要求：学习本章，目的在于了解我国渔业资源及其开发、利用和保护的现状，掌握我国渔业资源管理的相关法律制度及其发展规律。通过学习能够熟悉渔业保护与管理的法律制度，明确各主体在渔业资源开发利用中的法律地位。能够运用法律原理分析和解决渔权、渔政纠纷。

第一节　渔业资源法概述

一、渔业资源及其分类

渔业资源是指具有开发、利用价值的可以供渔业养殖和捕捞的水生生物资源。渔业包括水产养殖、水产捕捞和水产加工。

渔业资源依不同标准分为淡水渔业资源和海洋渔业资源；近海渔业资源及远洋渔业资源。

二、我国渔业资源的现状

三、我国关于渔业资源保护的立法

我国关于渔业资源保护的立法主要有 1986 年颁布的《渔业法》，1987 年颁布的《渔业法实施细则》，1979 年颁布的《水产资源繁殖保护条例》和 1993 年颁布的《水生野生动物保护实施条例》。我国《环境保护法》、《海洋环境保护法》、《水污染防治法》、《水法》等法律法规中也有相关的规定。

第二节　我国关于渔业资源的法律规定

一、渔业资源监督管理体制

渔业资源实行统一领导、分级管理的体制。国务院渔业行政主管部门负责全国渔业监督管理工作；省级渔业行政管理部门负责本省及毗邻海域的海洋渔业监督管理工作；县级以上人民政府渔业部门负责本辖区内江河、湖泊等水域的渔业监督管理工作。

二、关于养殖业的规定

三、关于捕捞业的规定

四、关于渔业资源增殖和保护的规定

五、关于法律责任的规定

复习思考题

1．简述我国的渔业资源监督管理体制
2．简述关于养殖业的法律规定
3．简述关于捕捞业的法律规定
4．试述捕捞许可证制度

第十三章　矿产资源保护法

教学目的和要求：学习的本章，目的在于了解我国矿产资源的现状及其保护其的意，掌握我国关于矿产资源保护和管理的相关法律法规，了解我国矿产资源保护的法律体系，并能熟练地运用相关法律制度。通过学习本章，要求学生基本掌握保护和管理矿产资源的法律制度，并能运用相关法律制度分析与解决与之相关的法律问题。

第一节　矿产资源法概述

一、矿产资源及其特征

（一）矿产资源的概念

矿产资源是指用于生产和生活的蕴藏在地壳中的各种矿物，如固体、液体状态的各种金属矿产、非金属矿产和燃料矿产、地下水和地下热能等。法律保护的矿产资源是一个相对的范畴和概念。

（二）矿产资源的特征

二、国矿产资源保护立法

我国关于矿产资源保护立法 1951 年。1961 年政务院发布了《中华人民共和国矿山暂行条例》。1956 年国务院批转了《矿产资源保护条例》。1982 年发布了《中华人民共和国对外开采海洋石油资源条例》。1982 年国务院颁布了《矿山安全条例》、《矿山安全监察条例》。1984 年国务院发布了《工矿产品购销合同条例》。1986 年全国人民代表大会通过了《矿产资源法》（1996 年修改），1987 年国务院发布了《矿产资源勘察登记管理暂行办法》、《全民所有制矿山企业采矿登记管理暂行办法》、《矿山资源监督管理暂行办法》等。

第二节　我国关于矿产资源的法律规定

一、矿产资源的所有权、探矿权和采矿权

（一）矿产资源的所有权

我国的矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。国务院代表国家行使矿产资源的所有权。

（二）矿产资源的探矿权和采矿权

二、矿产资源的管理体制

三、矿产资源勘察、开发中的保护与管理

（一）关于矿产资源勘察、开发方针的规定

国家对矿产资源的勘查、开发实行统一规划、合理布局、综合勘查、合理开采和综合利用的方针。

（二）关于矿产资源的登记和审批的规定

国家对矿产资源勘查实行统一的区块登记管理制度。矿产资源勘查登记工作，由国务院地质矿

产主管部门负责；特定矿种的矿产资源勘查登记工作，可以由国务院授权有关主管部门负责。矿产资源勘查区块登记管理办法由国务院制定。

（三）矿产资源的勘查管理制度

国务院矿产储量审批机构或者省、自治区、直辖市矿产储量审批机构负责审查批准供矿山建设设计使用的勘探报告，并在规定的期限内批复报送单位。勘探报告未经批准，不得作为矿山建设设计的依据。

（四）矿产资源开采的管理措施

1．区域地质调查按照国家统一规划进行

2．矿床勘探必须对矿区内具有工业价值的共生和伴生矿产进行综合评价，并计算其储量。

3．普查、勘探易损坏的特种非金属矿产、流体矿产、易燃易爆易溶矿产和含有放射性元素的矿产，必须采用省级以上人民政府有关主管部门规定的普查、勘探方法，并有必要的技术装备和安全措施。

4．矿产资源勘查的原始地质编录和图件，岩矿心、测试样品和其他实物标本资料，各种勘查标志，应当按照有关规定保护和保存。

（五）集体矿山企业和个体采矿的管理措施

五、违反矿产资源法的责任

违反矿产资源法的法律责任，是指违反矿产资源保护法，破坏或者污染环境单位或个人所应承担的责任。违反矿产资源法的法律责任分为行政责任、民事责任和刑事责任三种。

复习思考题

1．什么是矿产资源？有哪些特征？

2．试述我国矿产资源所有权的规定。

3．试述我国矿产资源勘察、开发的管理及保护规定。

4．试述我国矿产资源保护的管理体制。

第十四章　海洋资源法

教学目的和要求：学习本章旨在了解海洋资源的概念、特征及我国关于海洋资源的立法，掌握我国关于海洋资源保护、管理的各项法律制度。通过学习培养合理开发利用海洋资源的意识和法制观念，明确依法保护海洋资源的重要性，学会如何运用相关保护海洋资源的各项法律制度解决实际问题。

第一节　海洋资源法概述

一、海洋的概念

海洋是指地球表面广大连续的水体。从生态学的意义上讲，它是一个巨大的生态系统，包括海水、海洋生物、海底岩石等构成要素，加之阳光、空气作为能源，形成海洋生态系统的物质循环和能量交换。

二、海洋的生态功能

海洋拥有丰富的生物资源，海生动植物为人类提供物质资料和能源。大量的海产品富含极高的营养，是人类的食物来源之一。海底石油、稀有矿产为人类生产建设活动提供能源和原材料。新的技术还能使海水淡化，利用潮汐发电等。

三、关于海洋资源的立法

为了保护和改善海洋环境，保护海洋资源，维护生态平衡，保障人体健康，促进经济和社会的可持续发展我国制定了一系列相关的法律法规，其中最有影响的是《海洋环境保护法》和《海域使用管理法》。

第二节　海域使用管理法

一、海域的概念

海域是指我国内水、领海的水面、水体、海床和底土，即海域不是一个平面概念，而是一个立体概念；不是仅包括海水的单纯区域，而是还包括海床与底土的综合区域。

二、海域管理法的适用范围

海域法的适用范围，是指海域法在什么范围内有效。

1．海域法的适地范围　是指海域法在空间范围上的有效性，即空间适用范围。海域法的适地范围是我国的内水和领海，包括二者的水面、水体、海床和底土。除此之外的海域则不能适用本法。

2．海域法的适事范围　是指海域法对什么活动或事项适用、有效。我国海域法适用于在我国的内水、领海持续使用特定海域三个月以上的排他性用海活动。

3．海域法的适人范围　是指海域法对那些人有效。凡符合适地范围和适事范围的使用人和管理人均适用本法。

4．海域法的适时范围　是指海域法何时生效，何时终止效力以及有无溯及力等与时间有关的问题。

三、我国海域的监督管理体制

海域的监督管理体制，是指海域行政监督管理的组织机构、职权结构以及这些组织和职权的运行方式。它包括各种海域行政管理机构的设置及相互关系，各种海域行政管理机构的职责、权限划分及其运行机制，以及协调海域行政管理事务中有关权力、责任、相互关系的方式。

我国国务院海洋行政主管部门负责全国海域使用的监督管理，沿海县级以上地方人民政府海洋行政主管部门根据授权，负责本行政区毗邻海域使用的监督管理。渔业行政主管部门、海事管理机构各自依据渔业法、海上交通安全法对各自行业实施监督管理。

四、海域管理法律制度

1．海域权属制度　海域属于国家所有，国务院代表国家行使海域所有权。任何单位或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让海域。

2．海域有偿使用制度　国家实行海域有偿使用制度。任何单位和个人使用海域，应当按照国务院的规定缴纳海域使用金。

3．海洋功能区划制度

海洋功能区划，是指依据海洋自然属性和社会属性，以及自然资源和环境特定条件，界定海洋利用的主导功能和使用范围。

4．海域法律责任制度

复习与思考题

1．海洋的特征及海洋保护中存在的法律问题？

2．我国关于海洋资源的立法？

3．简述海洋自然保护区和海洋特别保护区的法律保护？

4．试述海域使用权人应当履行的义务？

第十五章　其他自然资源法

教学目的和要求：学习本章旨在了解自然遗迹、人文遗迹、自然保护区名胜区、遗传资源的基本概念及我国对这些自然资源保护的现状，全面掌握保护上述自然资源的基本法律制度。要求通过学习能够充分了解上述自然资源及其特点，以及关于其的立法概况，培养自然资源全面保护的意识，要求掌握自然资源法对其他自然资源保护的各项具体法律规范。

第一节　自然遗迹和人文遗迹保护法

一、自然遗迹和人文遗迹及保护的意义

（一）自然遗迹及其保护的意义

自然遗迹又称为自然遗迹地，是指由于自然过程形成的具有一定科学、文化、历史、观赏价值的自然景物、现象及其保留或遗迹地。保护自然遗迹，对防治自然灾害，保障人民生命安全，保障我国经济建设具有十分重要的现实意义。

（二）人文遗迹及其保护的意义

人文遗迹或称人文遗迹地，又称文化遗迹、历史文化遗迹，是指具有重大历史、文化、艺术、教育、科学、观赏价值的经过人工改造的自然因素，包括各种古文化遗址、古建筑、古墓葬、石窟寺和石刻，与重大历史事件、革命运动和著名人物有关的具有重要纪念意义、教育意义和历史价值的建筑物、遗址、纪念物。

二、关于自然遗迹保护的法律规定

三、关于人文遗迹的法律规定

第二节　自然保护区法

一、自然保护区的概念及保护意义

（一）自然保护区的概念

自然保护区，是指对有代表性的自然保护生态系统、珍稀濒危野生动植物物种的天然集中分布区、有特殊意义的自然保护遗迹等保护对象所在的陆地、水体或者海域，依法划出一定面积予以特殊保护和管理的区域。

（二）建立自然保护区的意义

建立自然保护区具有重要的意义。自然保护区能为人类提供生态系统的天然环境，从而为人类评价自身行为对环境的影响提供参照系数，为保护生物的多样性提供良好场所。保护自然保护区是近代人类为保护生态环境和自然资源，面对生态破坏挑战的一大创举。自然保护区的建立是人类进步文明的象征和标志。

二、关于自然保护区的立法

我国关于自然保护区的立法包括专门立法与其他部门法中的规定。《自然保护区条例》是专门性的自然保护区立法，我国正在制定《自然保护区法》。其他部门法中也有关于自然保护区的相关规定。

三、关于自然保护区的法律规定

（一）自然保护区的管理体制
（二）自然保护区的管理制度
（三）违反自然保护区法的责任

第三节　风景名胜区保护法

一、风景名胜区及其保护的意义

（一）风景名胜区的概念

风景名胜区，是指依法划定并加以保护的具有观赏、文化或者科学价值，自然景观、人文景观比较集中，环境优美，可供人们游览或者进行科学、文化活动的区域。

（二）保护风景名胜区的意义

保护风景名胜区是环境保护的重要内容，它对维护国土风貌、优化生态环境，保护人类文明历史具有重要的意义。

二、关于风景名胜区的立法

为了加强对风景名胜区的管理，有效保护和合理利用风景名胜资源，我国制定了相关的法律法规规制风景名胜区的设立、规划、保护、利用和管理。《风景名胜区条例》是关于风景名胜区管理的综合性立法。

三、关于风景名胜区的法律规定

（一）风景名胜区管理体制

我国风景名胜管理采用统一管理与分级分工管理、公众参与管理相结合的管理体制。国务院建设主管部门负责全国风景名胜区的监督管理工作。国务院其他有关部门按照国务院规定的职责分工，负责风景名胜区的有关监督管理工作。省、自治区人民政府建设主管部门和直辖市人民政府风景名胜区主管部门，负责本行政区域内风景名胜区的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府其他有关部门按照规定的职责分工，负责风景名胜区的有关监督管理工作。任何单位和个人都有保护风景名胜资源的义务，并有权制止、检举破坏风景名胜资源的行为。

（二）风景名胜区的设立
（三）风景名胜区的规划
（四）风景名胜区的保护
（五）风景名胜区的利用和管理
（六）违反风景名胜区法的责任

违反风景名胜区保护的法律法规的单位和个人必须依法承担责任。违反风景名胜区保护的法律责任分为行政责任、民事责任和刑事责任。

第四节　遗传资源法

一、遗传资源及其保护的意义

（一）遗传资源的概念

（二）保护遗传资源的意义

二、关于遗传资源的立法

三、我国关于遗传资源的法律规定

（一）遗传资源的归属
（二）遗传资源保护的管理体制
（三）遗传资源获取与惠益分享
（四）违反遗传资源保护法的责任

四、外国遗传资源保护立法介评

复习与思考题

1．什么是自然遗迹和人文遗迹？
2．什么是自然保护区？为什么要依法设立自然保护区？
3．自然保护区在环境保护中有哪些作用？
4．什么是遗传资源？我国法律对于遗传资源保护有哪些法律规定？

必读参考文献

1．肖国兴、肖乾刚编著《自然资源法》法律出版 1999 年 12 月第 1 版
2．张梓太著《自然资源法学》科学出版社 2004 年 8 月第 1 版
3．王利明著，《物权法论》政法大学出版社，200 年出版　罗尔斯顿著
4．蔡运龙著，《自然资源学原理》科学出版社，2000 年出版。
5．[美]霍尔姆斯·罗尔斯顿著，杨通进译，《环境伦理学》中国社会科学出版社。
6．王灿发主编《环境法教程》中国政法大学出版社
7．窦玉珍 马燕主编《环境法学》中国政法大学出版社 2005 年 8 月

后　记

为了配合我校本科自然资源法学教学的需要，我们结合学校本科教学目标、培养方案及自然资源法教学的内容、教学目的和要求，编写了这个教学大纲。期待它能够提纲挈领地正确引导学生更好地学习自然资源法。由于时间仓促，编者认识有限，不足之处在所难免，期望读者多赐宝贵意见。

《公司法(中日双语)》教学大纲

目　录

第一章　会社と会社法.....3
【教学主旨】.....3
第一節　会社の概説.....3
第二節　会社とその他企業の法律形態.....4
第三節　会社の沿革と機能.....4
第四節　会社法の概要.....4
第五節　会社法の形態.....4
第二章　会社の類型.....6
【教学主旨】.....6
第一節　会社の分類.....6
第二節　有限責任会社.....6
第三節　株式有限会社.....6
第四節　一人会社.....7
第五節 国有独資会社.....7
第六節 上場会社.....7
第七節 外商投資企業（会社）.....7
第三章　会社の設立.....8
【教学主旨】.....8
第一節　会社設立の概説.....8
第二節　会社の設立登記.....8
第三節　会社設立の効力.....8
第四節　会社設立の条件.....9
第五節　会社設立の手続き.....9
第六節　会社の名称と住所.....9
第四章　会社定款.....10
【教学主旨】.....10
第一節　会社定款の概要.....10
第二節　会社定款の制定と改定.....10
第三節　会社定款の効力.....10
第五章　会社の能力.....11
【教学主旨】.....11
第一節　会社の権利能力.....11
第二節　会社の行為能力.....11
第三節　会社の侵害行為能力.....11
第六章　会社の資本制度.....12
【教学主旨】.....12
第一節　会社資本の概説.....12
第二節　会社資本原則と資本形成制度.....12
第三節　最低資本額制度.....12
第四節　会社資本の募集と株式の発行.....12
第五節　会社の増加と資本の減少.....13
第七章　株主出資制度.....14
【教学主旨】.....14
第一節　株主出資の概説.....14
第二節　株主出資の形式.....14
第三節　株主出資の法定要求.....14
第八章　株主と株主権.....15

【教学主旨】.....15
第一節　株主.....15
第二節　株主権.....15
第三節　有限責任会社の株主の株主権.....15
第四節　株式有限会社の株式.....16
第九章　会社の組織機構.....17
【教学主旨】.....17
第一節　会社組織機構の概説.....17
第二節　株主会.....17
第三節　董事会.....17
第四節　監事会.....18
第五節　独立董事制度.....18
第六節　経理.....18
第七節　国有独資会社の組織・機構.....18
第八節　董事、監事、経理の義務と民事責任.....18
第十章　社　債.....19
【教学主旨】.....19
第一節　社債の概説.....19
第二節　社債の主要な種類.....19
第三節　社債の発行.....19
第四節　社債の譲渡、償還及び転換制度.....19
第五節　社債所有者の保護制度.....20
第十一章　会社の財務会計制度.....21
【教学主旨】.....21
第一節　会社の財務会計制度の概説.....21
第二節　会社の財務会計報告.....21
第三節　税引き後の利益の分配.....21
第十二章　会社の合併、分割及び組織変更.....22
【教学主旨】.....22
第一節　会社の合併.....22
第二節　会社の分割.....22
第三節　会社の組織変更.....22
第十三章　会社の終了及び清算.....23
【教学主旨】.....23
第一節　会社の終了.....23
第二節　会社の清算.....23
第十四章　外国会社の分支機構.....24
【教学主旨】.....24
第一節　外国会社分支機構の概説.....24
第二節　外国会社分支機構の設立.....24
第三節　外国会社分支機構の権利及び義務.....24
第四節　外国会社分支機構の解消及び清算.....25

第一章　会社と会社法

【教学主旨】

会社は市場経済の中で最も重要な主体であり、最も典型的な企業法人である。会社法は会社に関する法律規範であり、民商法体系のなかでも最も重要な法律分野である。

本章では、会社の法律概念から始め、会社の特徴、会社とその他の企業形態の区別、会社法の性質、特徴及び機能を紹介し、学生に会社と会社法の概略的な理解をさせる。本章の学習の重点は、会社の特徴、会社法人格否認制度、会社とその他の企業形態との関係並びに親会社と子会社の関係、会社法の性質・特徴及び基本原則等である。本章の学習で難しい点は、会社の概念の理解とその定義、会社の社団的特徴、一人会社の問題、会社法と民法、商法、経済法との関係、及び法律体系中の位置付けである。本章を学ぶことにより、上述の学習重点を十分に修得でき、具体的な理論と実践の問題に加えて、分析と応用とを結び付けることができるはずである。上述の学習の難しい点に対しては概略の一通りの理解と思考をし、その他の問題に対しては十分な理解をしなければならない。

第一節　会社の概説

一　会社の概念

会社は、最も普遍的に使用されている概念であり、社会経済活動の最も主要な主体である。また最も重要な企業形態である。国家により立法習慣や法律体系が異なるため，会社は必ずしも同じではない。例え同じ国家であっても、社会経済と会社法の発展により会社の概念も何らかの変化をし続けるのである。

（一）大陸法系の会社の概念

（二）英米法系の会社の概念

二　会社の特徴

（一）会社は営利を目的とした企業組織

（二）会社は独立の法人地位を有する

1.　会社は独立の財産を擁する

2.　会社は独立した組織機構を設ける

3.　会社は独立して財産に責任を負う

（三）会社は株主の投資によって基盤を構成する社団法人

（四）会社は法定条件と手続きによって成立する企業法人

三　会社法人人格否認制度

（一）会社法人格否認制度の概述

（二）会社法人格否認制度の形成と立法

（三）会社法人格否認の活用要件

1．主体的要件

2．行為要件

3．結果要件

（四）会社法人格否認の適用の情況
1．会社資本の顕著な不足
2．会社を利用して契約義務を回避
3．会社を利用して法律義務から逃れる
4．会社法人格の形骸化
（五） 会社法人格否認の適用結果

第二節　会社とその他企業の法律形態

一　企業法律形態の概説

企業法律形態の理論は、ドイツの企業形態理論に端を発している。ドイツの学者であるLiefmannによって初めて企業形態理論が構築され、その後も先駆者として尊敬されている。企業法律形態に関する最新の分類体系は、ドイツの学者Schaeferによって築かれたものである。現代日本の企業形態理論も著しく発達し、これに対する学者の系統的な論述がある。中国では、企業と企業法の研究は建国以来ずっと行われてきたが、企業法律形態の概念は終始使われることはなかった。中国の企業制度が単一の公有性から多種類の経済形態併存に向かうようになり、会社企業、組合企業などの伝統的企業形態が再び復興の時期になって、各種の企業形態に対する模索の中で、人々はやっと企業法律形態であるこの抽象的概念に触れ始めた。

二　会社と独資企業
三　会社と組合企業

第三節　会社の沿革と機能

一　会社の沿革
二　会社の機能

第四節　会社法の概要

一　会社法の概念と性質
二　会社法の特徴
三　会社法の基本原則と立法目標
四　法律体系中の会社法の地位

第五節　会社法の形態

一　統一会社法
二　単行会社法または特殊会社法
三　商法典

四　民法典
五　特別法、法令
六　その他の単行法中の会社関連規定

第二章　会社の類型

【教学主旨】

現実の会社の分類は種々さまざまであり、法律や法学上の分類があり、経営学やその他の領域の分類もある。会社法上会社に対して行う分類研究と規範は、法律上の意義を持つた分類である。この種の分類の目的は、会社の法律属性と法律関係が異なることに基づき、会社に対して行う相応ずる法律規範と調整である。各国の会社に対する立法と規範自身は、それに対する会社分類の基礎の上に法律調整を行うのである。会社の法律類型を分析し理解することにより、会社法の各種基本原理を更に理解し、各種会社の特徴や法律地位や法律関係の相違点を完璧に把握し、また会社法がそれぞれの会社に対して設置する相応する規範と実施規則を正確に実施する助けとなる。

本章の学習は、有限責任会社と株式有限会社の相違点、親会社、子会社、支店の法律的地位の相違と相互関係、国有独資会社の特徴、外商投資会社の法定類型及び各自の法律地位の把握に重点を置かなければならない。合名会社と株式有限会社を区別する立法上の意義と理論上の意義を理解し、株式有限会社の機能と会社上場の意義を理解する必要がある。関連会社と企業集団に関する概念と法律関係、開放式会社と閉鎖式会社の区別、無限会社と組合の比較と立法上の取捨についてもある程度の理解が必要である。

第一節　会社の分類

一　無限会社、有限会社、株式有限会社及び合資・合名会社
二　閉鎖式会社と開放式会社
三　合名会社、合資会社及び合名兼合資会社
四　国営会社、公営会社及び民営会社
五　親会社と子会社
六　関連会社と会社集団
七　本社と支店
八　本国会社、外国会社及び多国籍企業

第二節　有限責任会社

一　有限責任会社の概念と特徴
二　有限責任会社の評価と適用

第三節　株式有限会社

一　株式有限会社の概念と特徴
二　株式有限会社の評価と地位

第四節　一人会社

一　一人会社の概念と特徴
二　一人会社の承認
三　一人会社の特別法規

第五節 国有独資会社

一　国有独資会社の概念と特徴
二　国有独資会社の適用と評価

第六節 上場会社

一　上場会社の概念と特徴
二　会社上場の目的と効果
三　会社上場の条件
四　会社上場の手続き

第七節 外商投資企業（会社）

一　外商投資企業の概念と特徴
二　外商投資企業の法定類型
三　外商投資企業の法律的性質
四　外商投資企業の法律適用

第三章　会社の設立

【教学主旨】

会社は法に基づいて設立されなければならない。これは会社法上の基本制度である。投資家が利潤獲得の手段としてこの種の組織形式の会社を選択する場合は、まず法律規定の条件と手続きに従って一定の行為をなし遂げ、会社組織の設立のための独立主体としての資格を取得する。これが会社設立のプロセスである。各国・地域の会社立法の歴史から見れば、会社と社会生活の関係が日増しに緊密になるに従って、会社の設立も国家が関与する重要な領域となってきた。わが国《会社法》は、会社の組織と行為を規範化する基本的な法律であり、「総則」中に会社の設立に関する概括的な規定を定めるだけでなく、相当の紙面を使って有限責任会社と株式有限会社それぞれの設立方式、設立条件及び手続等に関して具体的に規定している。

本章では、会社設立の法律概念から着手し、会社設立の原則、方式、効力、条件について、そして会社の設立登記並びに会社名称、住所等について紹介し、学生に会社設立の理論と実践を全面的に理解させる。本章の学習の重点は主に、会社設立の原則、方式、条件並びに効力である。本章の学習の難しい点は、会社の設立と成立の区別、会社の設立無効制度の理解、設立中の会社の法律地位の会得である。本章の学習を通じて、上述の学習重点をよく理解し、併せて、具体的な理論と実践の問題を結び付けて分析応用できるようにならなければならない。上述の学習の難しい点についてはある程度の理解と考察をし、その他の問題に対しては一般的な理解をしなければならない。

第一節　会社設立の概説

一　会社設立の概念と特徴
二　会社設立の原則
三　会社の設立方式

第二節　会社の設立登記

一　会社登記の概説
二　会社の設立登記
三　会社設立登記の手続き
四　会社設立登記の法的効力
五　支店の設立登記

第三節　会社設立の効力

一　会社の設立完成
二　会社設立の失敗
三　会社の設立無効

第四節　会社設立の条件

一　有限責任会社の設立条件
二　株式有限会社の設立条件

第五節　会社設立の手続き

一　有限責任会社の設立手続き
二　株式有限会社の設立手続き
三　一人会社と国有独資会社の設立手続き

第六節　会社の名称と住所

一　会社の名称
二　会社の住所

第四章　会社定款

【教学主旨】

会社に関して言えば、会社定款はずば抜けて重要な自治規則であり、会社が効率よく秩序立って運営されるための重要な前提である。また、会社の利益、株主の利益及び債権者の利益の保護のための自治の仕組みであり、会社、会社株主、特に会社の大株主や会社の高級管理職の行動規則でもある。会社法と会社定款の有機的結合は、会社組織を規範化するものであり、活動の重要な保障である。

本章では、主に会社定款の概念と特性、会社定款の制定、会社定款の内容、会社定款の改定、会社定款の効力等の基本的な内容について述べる。本章の学習の難しい点は、会社定款の制定とその効力並びに会社定款と設立取決めの区別である。本章の理解のキーポイントは会社定款の特性を完璧に正確に理解することである。

第一節　会社定款の概要

一　会社定款の概念
二　会社定款の性質
三　会社定款の特性

第二節　会社定款の制定と改定

一　会社定款の制定
二　会社定款の内容
三　会社定款の改定

第三節　会社定款の効力

一　会社定款の時間的効力
二　会社定款の対人的効力

第五章　会社の能力

【教学主旨】

会社の能力とは非常に抽象的な概念であるが、それが関わる実務上の問題は極めて多く具体的である。例えば、会社の転投資行為の効力、会社の担保行為の効力、会社の経営範囲を超えて締結した契約の効力、法定代表者の個人行為と代表行為の境界、会社の従業員が他人の利益を侵害したときの責任を会社が負うかどうか等々である。これらの経済活動において常に見られる問題は理論上すべて会社能力の問題に帰結できる。それ故、会社の能力理論は会社の基礎理論として重要な内容であるだけでなく、実務上の多くの問題を解決するために確実に把握しておくべき基礎知識である。

本章では基本概念から始め、会社能力の理論と制度を系統立てて論じ、会社の権利能力の概念及びその法律的推理における意義、会社の権利能力の種々の制限、法定代表者の代表行為の成立、会社の越権行為の成立等を含めて、実践における問題を結び付けて分析を加え、学生に会社能力に関して十分に理解させる。

本章の重点は、会社権利能力の法律的な制限と目的上の制限、会社の法定代表者制度、会社の行為能力における代表理論、会社の越権行為の構成にある。本章の難しい点は、会社の権利能力及びその範囲の理論の意味、会社の担保行為の効力、会社が経営範囲を超えて締結した契約の効力及び法定代表者の代表行為の効力をいかに認定するか並びに会社の越権行為及びその責任をいかに認定するかである。

第一節　会社の権利能力

一　会社の権利能力の概念と意義
二　会社の権利能力の開始と終了
三　会社の権利能力範囲の制限

第二節　会社の行為能力

一　会社の行為能力の概念と特徴
二　会社の法定代表者
三　董事長の代表行為及びその構成要件の分析
四　代表行為と非代表行為の法的効果の相違
五　会社の意思表示の外形推定方式
六　会社の対外活動中の代理

第三節　会社の侵害行為能力

一　会社の侵害行為能力の概念
二　会社の侵害行為の構成要件
三　会社の侵害行為の法律責任

第六章　会社の資本制度

【教学主旨】

資本は会社における最も基本的な概念の一つである。 資本制度は会社法中で主導的な影響を及ぼすものであり、会社法中の他の多くの制度と規則はいずれも資本制度と密接な内的関係を有している。いくつかの法律規則は実質的に資本制度の具体的な表現でありかつ要求であり、中国会社法はまさしく資本の信用力を基礎としてその体系を構築している。

本章では資本の基本的な意味及びその他の関連する概念との関係を分析し、資本の法的意義、会社法の資本原則と資本形成制度について解説し、最低資本額制度の立法と理論的評価の状況を紹介し、資本募集の視点から有限会社と株式有限会社の株式発行と資本増加、資本減少の制度と法規に対して、全面的、系統的な帰納法による解釈と分析を行っている。本章の学習は、資本と関連する法律概念の関係、会社法の資本原則及び資本形成制度、株式発行の分類、増資・減資の条件と手続きの理解と修得に重点を置かなければならない。資本、最低資本額、増資、減資の法的意義に対しても基本的な理解と認識をしなければならない。株式発行の条件と手続きに対しては一般的な理解と修得が必要である。

第一節　会社資本の概説

一　会社資本の概念と特徴
二　会社資本の種々の意味と形式
三　会社資本と関連概念の比較
四　会社資本の法的意義

第二節　会社資本原則と資本形成制度

一　会社資本原則
二　会社資本形成制度

第三節　最低資本額制度

一　最低資本額制度の意義
二　最低資本額の立法例
三　わが国の最低資本額制度
四　最低資本額制度の評価と改革

第四節　会社資本の募集と株式の発行

一　会社資本の募集
二　株式発行の分類
三　株式発行の原則

四　株式公開発行の条件
五　株式発行の手続き

第五節　会社の増加と資本の減少

一　資本の増加
二　資本の減少

第七章　株主出資制度

【教学主旨】

現在の会社法の原理体系のほぼすべては、株主出資制度を会社設立における一つの行為あるいは資本制度の構成部分として概略的に紹介されている。しかし、会社法の規範内容から見ようが、あるいは会社の実務と司法から見ようが、株主出資制度の重要性には十分際立つたものがある。これに対しては会社法の条文中にかなり詳細な規定があり、更に実務においても、株主出資により生じるかあるいは株主出資と関連する紛争はおそらくそのなかの多数を占めるであろう。そのため、本教材はこれに関して特別に独立した一章を設け、株主出資制度に対しては極力全面的、系統的に深く掘り下げて論述する。

本章では、株主出資の法的意義を詳述し株主出資形式の法定性及びその要件を分析し、会社法が列挙する4種の株主出資形式及び現実にかなり普遍的に存在する4種の出資形式の内容及び特徴について紹介する。最後に、株主出資の法定要求に対する結論付け及び総括を行つた。本章で学習し把握する重点は、株主出資の法的意義と株主出資の法定要求であり、そのなかでも特に重要なのは株主の出資義務と責任並びに出資の履行方法の十分な理解、把握である。同時に、株主出資の法定要件と形式に対しては全面的で正確な認識が必要である。

第一節　株主出資の概説

一　株主出資と会社資本
二　株主出資と有限責任
三　株主出資と株主権
四　株主の出資義務
五　株主の出資責任

第二節　株主出資の形式

一　株主出資形式の法定性
二　法定株主出資形式の要件
三　会社法列挙の株主出資方式
四　その他の株主出資の方式

第三節　株主出資の法定要求

一　出資の価値評価
二　出資の比率構成
三　出資の履行
四　出資の検証

第八章　株主と株主権

【教学主旨】

会社は営利を目的とする社団法人である。会社法はこれまでずっと最大限の利益、株主利益の最大化の実現を会社の最高価値の志向と見なしてきた。近現代の会社法の歴史はまさに株主利益の保護のために奮闘し努力してきた歴史であるとも言える。株主は会社を設立するための人的基礎であり、彼らの利益が法的に十分保護されないのならば会社制度の根幹が揺らぐことになる。ましてや株主に対する保護の程度は株主個人の切実な利益に直接関係するばかりでなく、会社制度自身の存続にも関係する。更に会社経営者、消費者、債権者、取引先、会社所在地の政府並びに社会全体の利益にも影響を及ぼす。この点について言えば、株主利益の保護と会社の社会的な責任を強調することは同等の重要な意義を有している。

本章では株主の概念から入り、会社株主の構成、株主資格の取得、制限と喪失、株主の法的地位、株主の権利と義務、株主権の法的性質とその法律関係、有限責任会社の株主権と株式有限会社の株主権並びに株主権の行使と救済等について紹介する。本章の学習の重点は、主に株主資格の取得、株主の法的地位、株主の権利と義務、株主の概念と法的特徴、株式譲渡の原則と手続き等である。本章学習の難しい点は、株主権の法的性質、株式譲渡の効力、株主権の救済制度である。本章の学習を通じて、上述の学習の重点に習熟・把握し、合わせて具体的な理論と実践の問題を結びつけて分析応用しなければならない。上述の学習の難点については、一定程度理解し考察を行い、その他の問題については一般的な理解をしなければならない。

第一節　株主

一　株主の意味と構成
二　株主資格の取得、制限及び喪失
三　株主の法的地位
四　株主の権利と義務
五　株主代表訴訟

第二節　株主権

一　株主権の分類
二　株主権の法的性質
三　株主権の法律関係
四　株主権の委託行使
五　株主権の救済

第三節　有限責任会社の株主の株主権

一　株主権と出資の概念
二　出資証明書

三　株主名簿
四　株主権の譲渡

第四節　株式有限会社の株式

一　株式の概念と特徴
二　株式の表現形式
三　株主名簿
四　株式の分類
五　株式の譲渡
六　記名株券の盗難、紛失または滅失の処理

第九章　会社の組織機構

【教学主旨】

会社の組織機構は、会社の存在及び運営制度の体現及び保障であり、法人組織としての会社が備えるべき必要条件であり、会社統治の基礎となる。会社の組織機構は、権力機構、決議機構及び代表機構、執行機構、監督機構などにより構成され、一つ一つの機構は、異なる権力組織として、互いに牽制し協力し合って会社の運営を実現している。

本章は、会社機構に対する中国会社法の立法モデルを根拠として、会社の組織機構の設置原則及び株主会、董事会、監事会及び経理の4種の会社基本組織の職権と職責について紹介し、董事の忠実義務及び勤勉義務並びに独立董事の地位と職権について検討を加えている。なお、本章では外国会社法の一部の規定について論述し、学生たちが各国の会社の組織機構を概括的に把握するようにしている。本章の重点は、会社の組織機構設置の原則、株主会の職権と決議、董事会の職権と決議、監事会の職権、経理の職権及び董事、監事、経理の忠実、善管義務と民事責任を学生たちに覚えてもらうことである。本章の難点は、具体的に会社の組織機構の設置基本原則を運用して、各国の組織機構の種類、権利、責任及び運営について分析し、各種の会社組織機構が如何に牽制して行くかを分析することにある。

第一節　会社組織機構の概説

一　会社統治
二　会社組織機構の設置
三　会社組織機構の基本構成
四　会社組織機構と会社代表機関

第二節　株主会

一　株主会の概念及び地位
二　株主会会議の種類
三　株主会の職権
四　株主会の招集
五　株主会の決議

第三節　董事会

一　董事会
二　董事
三　董事長の地位と職権
四　董事会会議

第四節　監事会

一　監事会の概念と特徴
二　監事会の設置
三　監事会の構成
四　監事会の職権

第五節　独立董事制度

一　独立董事の概念と特徴
二　独立董事制度の形成と発展
三　独立董事の独立性と職権

第六節　経理

一　経理の概念と地位
二　経理の設置
三　経理の任用資格
四　経理の職権

第七節　国有独資会社の組織・機構

一　国有資産監督管理機構
二　董事会
三　経理
四　監事会

第八節　董事、監事、経理の義務と民事責任

一　董事、監事、経理の義務
二　董事、監事、経理の民事責任

第十章　社　債

【教学主旨】

社債は、一種の有価証券として有価証券の固有の特徴を有し、債権の所有者と発行会社間の債権・債務の法律関係を表わしている。社債は債権融資の主要な手段の一つとして、大衆の投資対象となる。社債を巡って社債発行者、株主、発行会社間の利益衝突が生じる恐れがある。これらの利益主体間の利益衝突をバランスよく調整することは、社債制度における重要な内容及び目標となる。

本章では、主に社債の概念と特徴、社債の種類、発行、譲渡、償還及び転換制度、社債所有者の保護制度について紹介している。本章の重点は、社債の概念と特徴、社債の発行条件、社債の償還などである。本章の学習の難点は、転換社債に関する制度及び社債所有者の保護制度である。

第一節　社債の概説

一　社債概念及び特徴
二　社債と通常の会社債務との比較
三　社債と株式の比較
四　社債の経済機能

第二節　社債の主要な種類

一　無担保社債と担保付社債
二　記名社債及び無記名社債
三　上場社債と非上場社債
四　国内社債と国外社債
五　現物社債、帳票社債及び記帳式社債
六　転換社債と転換不可社債

第三節　社債の発行

一　発行者
二　発行条件
三　発行の決定権
四　発行手続き

第四節　社債の譲渡、償還及び転換制度

一　社債の譲渡
二　社債償還制度

三　社債の転換

第五節　社債所有者の保護制度

一　一般制度と方法
二　特定の状況下での社債所有者の保護
三　社債所有者の利益保護制度

第十一章　会社の財務会計制度

【教学主旨】

会社の財務会計制度は、完全且つ全面的に会社資金運営の基本状況等に関する経済情報を開示することになる。これらの情報は、会社の内部管理者にも提供され、株主、債権者、潜在的投資家、潜在的取引の対象、政府の財務税金部門などの利益主体に提供され、各種の意思決定に資する。会社の各方面の利益主体間には、潜在的利益衝突が存在し、会社の財務会計制度はこれらの利益衝突を均衡させる機能を有する。

本章では、主に会社の財務会計の概念、立法の意義及び立法の状況、財務会計の報告内容、財務会計報告の作成、検証及び公示、税金を納めた後の利益の分配について紹介している。本章の重点内容は、会社の財務会計制度の概念及び立法の意義、利益の分配原則及び分配方式である。これには、準備金制度、公益金制度及び利益分配制度などがある。本章の難点は、株式利益分配における中小株主保護の問題である。

第一節　会社の財務会計制度の概説

一　会社の財務会計概念
二　会社の財務会計制度の法的意義
三　中国における会社の財務会計制度の立法状況

第二節　会社の財務会計報告

一　貸借対照表
二　損益計算書
三　財務状況変動表
四　財務状況説明書
五　利益分配表
六　財務会計報告書の作成、検証呼び公示

第三節　税引き後の利益の分配

一　税引き後の利益の分配及び分配順序
二　準備金制度
三　公益金制度
四　株式利息及びその配当

第十二章　会社の合併、分割及び組織変更

【教学主旨】

会社の資本運営及び会社の合併は現代の経済社会における重要な現象であるが、会社の合併、分割及び組織変更は会社の資本運営の重要な法的形態となる。

本章は、会社の合併、分割及び組織変更の概念について明確にし、且つこれらの概念を比較することによって、学生に会社の法人構造における合併、分割及び組織変更制度の内在メカニズムと本質を理解させることを目的としている。本章の重点及び難点は、会社の合併、分割の基本概念、吸収合併の方式、株主の買取請求権、会社分割後の債務の負担などの問題である。

第一節　会社の合併

一　会社の合併の概説
二　合併の方式
三　合併の手続き
四　合併の法的効果
・会社の合併無効の訴え

第二節　会社の分割

一　分割に関する概説
二　分割の方式
三　分割の手続き
四　分割の法的効果

第三節　会社の組織変更

一　組織変更の概念
二　組織変更の類型
三　組織変更の条件
四　組織変更の手続き
五　組織変更の効力

第十三章　会社の終了及び清算

【教学主旨】

整備された市場経済法律体系において、市場の主体が退場する法律制度は不可欠である。会社の終了は、会社が市場から退場し、主体の資格が消滅する法律制度であり、会社の清算は、会社が終了する前に必ず経る手続きである。

本章では会社の終了及び破産、解散の概念について明確に画定し、会社の終了をもたらす二つの原因ー破産と解散、及びその法的手続きについて紹介し、且つ改正後、新たに増えている司法解散制度について詳細に紹介する。その他、清算手続きの重要性を考慮して、本章では一節を設けてそれについて紹介する。本章のポイントとして、会社の終了、破産、解散、清算の概念及び具体的手続き、会社解散の原因及び司法解散などがある。中国の法律の定めが統一されていないため、概念の画定は本章の難点となる。本章に対する学習を通して、学生は会社終了制度の全般について理解し、破産及び解散制度の具体的手続きについて把握しなければならない。

第一節　会社の終了

一　会社終了の概念及び特徴
二　会社終了の原因
三　会社の破産
四　会社の解散

第二節　会社の清算

一　清算の概念と法的意義
二　清算の分類
三　清算組織
四　清算手続き

第十四章　外国会社の分支機構

【教学主旨】

会社法において、外国会社に関わる問題は主に二つある。その一は、当該国が外国会社に一定の法律地位を与えるか否か、また当該国の会社と同等の主体資格を認めるかである。その二は、外国会社が当該国において営業を展開することを認めるか否か、外国会社が当該国において営業を展開する場合、如何なる手続き及びその営業について如何なる監督管理措置をとるべきであるかの問題がある。その一については、国際慣例により、各国あるいは地域[1]では外国会社が当該国において主体資格を有していると一般的に認めており、ただその個別的権利能力に対して特別法により必要な制限規定を設けている。中国では外国会社が中国において相応する主体資格を有するか否かについて明確に規定していないが、実務においては通常の国際慣例あるいは双方、多方的な条約により認めている。その二については、実際上、外国会社が当該国において営業活動を行う問題に属する。各国あるいは地域ではその会社法において明確に規定を置いている。中国の《会社法》は、一つの章を設けて「外国会社の分支機構」の関連法律問題について規定し、それによって、外国会社が中国において営業活動を行う具体的規則としている。

本章では、外国会社の法律概念からはじめ、外国会社の国籍、外国会社の分支機構の性質及び法律地位、外国会社分支機構の設立と撤回、外国会社分支機構の権利と義務などを紹介し、それによって、学生たちが外国会社分支機構の理論と実践に対して全面的に理解することを目的としている。本章の学習重点は主に外国会社の国籍の確定と外国会社分支機構の法律地位を勉強することである。本章の学習難点は、外国会社分支機構の法的性質を理解することである。

第一節　外国会社分支機構の概説

一　外国会社
二　外国会社分支機構の概念及び法律的特徴
三　外国会社分支機構の性質及び法的地位
四　会社の解散

第二節　外国会社分支機構の設立

一　外国会社分支機構設立の意義
二　外国会社分支機構の設立条件
三　外国会社分支機構の設立の手続き

第三節　外国会社分支機構の権利及び義務

一　外国会社分支機構の権利
二　外国会社分支機構の義務

[1] 台湾と香港地域を「地域」と称す。

第四節　外国会社分支機構の解消及び清算

一　外国会社分支機構の解消
二　外国会社分支機構の清算

《法与经济学》教学大纲

王　蓉　编写

目　录

前　言.....951
第一章　导　论.....952
第一节　经济学是什么？.....952
一、经济学是解释人类行为的科学。.....952
二、经济学面对的诘难.....952
第二节　经济学的功能及边界.....952
一、经济学的功能.....952
二、经济学的边界.....953
复习与思考题.....953
拓展阅读书目.....953
第二章　法与经济学概述.....954
第一节　法与经济学的产生及发展.....954
一、法与经济学的产生.....954
二、法与经济学的发展.....954
第二节　法与经济学的类型.....954
一、实证的法律经济学.....954
二、规范的法律经济学.....955
第三节　法律的经济分析的经济理论支点.....955
一、理性人.....955
二、资源稀缺.....955
三、偏好.....955
四、效用.....955
五、最大化.....955
六、成本.....955
七、边际成本与边际收益.....955
八、市场交易.....955
九、公平与效率.....956
十、预期与激励分析.....956
十一、公共选择.....956
第四节　交易成本和科斯定理.....956
一、交易成本 transaction cost.....956
二、科斯定理 Coase theorem.....956
三、科斯定理的意义.....956
复习与思考题.....956
拓展阅读书目.....957
第三章　宪政的经济分析.....958
一、宪政的经济根源.....958
二、宪政的效率最大化.....958
三、宪政与市场经济.....958
四、公共选择分析.....958

复习与思考题.....958
拓展阅读书目.....959
第四章　财产法的经济分析.....960
一、财产权的概念、起源及经济功能.....960
二、财产权的界定.....960
三、知识产权.....960
四、区分建筑物所有权.....960
五、区分建筑物所有权面临的最大问题是：外部性和公害。.....960
六、私有物品或服务的界定.....961
七、公共物品或服务的界定.....961
复习与思考题.....961
拓展阅读书目.....962
第五章　合同法的经济分析.....963
一、自愿交换面临的问题：机会主义和突发事件.....963
二、合同法目的.....963
三、风险分配与合同.....963
四、完备合同与不完备合同.....963
五、违约赔偿责任制度的分析.....964
复习与思考题.....964
拓展阅读书目.....965
第六章　侵权法的经济分析.....966
一、侵权法的目的：预防还是补偿.....966
二、侵权法与合同法的区别.....966
三、汉德（亨德）公式.....966
四、侵权法归责类型：对效率的比较.....966
五、侵权法与保险.....967
六、赔偿的标准：无差异曲线.....967
七、社会成本理论与侵权行为法.....967
复习与思考题.....967
拓展阅读书目.....968
第七章　公司法的经济学分析.....969
一、公司的实质.....969
二、作为一种标准契约的公司.....969
三、公司中的“两权分离”.....969
四、公司社会责任.....969
复习与思考题.....970
拓展阅读书目.....970
第八章　犯罪和刑罚的经济学分析.....971
一、什么是犯罪？.....971
二、犯罪决策的经济解释.....971
三、刑罚能否威慑犯罪.....971
四、犯罪防范活动的经济分析.....972
五、监狱效率和行刑效率.....972

复习与思考题.....972
拓展阅读书目.....972
第九章　程序法的经济学分析.....973
一、程序法的功能.....973
二、程序法的经济目标.....973
三、诉讼还是和解.....973
四、证据的标准.....973
五、诉讼理由与诉讼引导.....973
六、诉讼中的信息披露问题.....974
七、上诉.....974
八、司法效率.....974
复习与思考题.....974
拓展阅读书目.....975

前　言

本课程属于全校通识课，主要针对三、四年级本科生开设。本教学大纲编写的目的是概要性规范本课程教学内容和考核范围，为教师教学和学生学习提供基本依据和参照。学习本课后，学生应了解法律经济学的产生发展，掌握法律经济学的基本分析方法，能够运用法律经济学的方法分析法律现象。

法与经济学是用经济学的方法和理论，主要是运用价格理论、福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范的方法考察、研究法律的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展。它是法学和经济学科际整合的边缘学科。它一方面以人类的法律现象为研究对象，成为法学的一个分支学科；另一方面以经济理论和方法为指导思想和研究方法，成为经济学的分支学科。它告诉我们法律应该在任何领域引导人们从事有效率的活动。

本教学提纲由王蓉副教授编写。

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了三个方面知识：经济学的概念、经济学的功能、经济学的边界

重点：准确把握经济学的定义、功能、边界。

难点：理解经济学的边界

学时分配：4 学时

第一节　经济学是什么？

经济学研究的是社会如何利用稀缺饿资源以生产有价值的商品，并将它们分配给不同的人。

一、经济学是解释人类行为的科学。

（一）经济学研究人们是如何作出决策的。

1．经济学告诉我们在日常生活中，我们常常面临权衡取舍。

2．经济学不仅告诉人们总是面临着权衡取舍，还告诉人们应该如何作出决策。由于人们通过比较成本与利益作出决策，当成本或利益变动时，人们的行动也会改变。

（二）经济学还研究个人决策是如何影响其他人。

1．社会中的每个人都是相互依存的。一个人要实现自己的愿望，必须要学会与其他人打交道。

2．这种相互依存性显示了人们相互交易的必要性。于是经济学就开始分析人们是如何相互交易、如何相互影响的。

二、经济学面对的诘难

1．经济学不能解释一切

2．金钱不能代表一切

3．人并非总是自私的

4．人往往不是理智的，所以未必能实现利益最大化

第二节　经济学的功能及边界

一、经济学的功能

1．因私是因为学习经济学不仅能帮助你更好地了解你生活的世界，而且能帮助你更好地作出决策。

（1）我们用经济学很容易理解生活中许多现象。

（2）经济学能帮助我们作出更好的决策。

2．因公是因为经济学将使你更好地理解各种政策的潜力与局限性。

（1）政府职能转变的问题

（2）国际贸易

（3）收入分配

二、经济学的边界

1．经济学“偏好的个人特殊性”，导致了经济学在定量分析和科学证伪上的很大局限。

2．经济学是以不同人的不同价值观念作为自己分析经济社会现象的前提，而不以改变人的观念为已任。

3．基于以上两个方面的局限性，经济学在公共政策问题上的作用其实也是很有限的。

复习与思考题

1．什么是经济学？

2．请用经济学原理解释婚姻中的“门当户对”现象？

3．请用经济学原理解释商家打出“跳楼价”会导致商家破产吗？

4．请用经济学原理解释我国为什么要加如国际贸易组织？

5．经济学的边界体现在哪些方面？

拓展阅读书目

1．瓦尔拉斯著：《纯粹经济学要义》，商务印书馆 1989 年版。

2．琼.罗宾逊、约翰·伊特韦尔著：《现代经济学导论》，商务印书馆 1982 版。

3．加里.S.贝克尔著：《人类行为的经济分析》，上海三联书店、上海人民出版社 1995 年版。

4．晏智杰著：《经济学中的边际主义》，北京大学出版社 1987 年版。

5．梁小民著：《宏观经济学》、《微观经济学》，中国社会科学出版社 1996 年版。

第二章　法与经济学概述

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了四个方面知识：法与经济学的产生与发展、法与经济学的类型、法律的经济分析的经济理论支点、交易成本与科斯定理。

重点：准确把握类型、理性、稀缺、偏好、效用、最大化、成本、边际、交易、效率、交易成本等经济学概念。

难点：了解交易费用和科斯定理的含义，能够初步运用交易成本和科斯定理分析社会问题。

学时分配：4 学时

第一节　法与经济学的产生及发展

一、法与经济学的产生

法律经济学，产生于 1960 年代。

通常认为，Ronald H. Coase 发表在 1960 年 10 月《The Journal of Law and Economics》第 3 卷上的《The Problem of Social Cost》法律经济学的开创性经典作品。在该文中，科斯提出了被称为科斯定理的学说。科斯对他在 1937 年就提出的交易费用学说进行了发展。

Guido Calabresi，《Some Thoughts On Risk distribution and The Law of Torts》（Yale Law Review vol.70，March 1961，P499-553.）则是法律学界几乎在同时运用经济学方法研究法律问题的领先作品。在该文中，作者对侵权法的功能以经济学的方法进行了分析。

Gary S. Becker 作为日后被称为经济学帝国主义的开路人对于法律经济学的先锋作用也绝对不能遗漏。贝克尔运用微观经济学方法对犯罪、种族歧视、婚姻家庭等进行了分析。贝克尔认为，以经济学方法可以解释、分析一切人类行为。

理查德 波斯纳在 1973 年出版的《法律的经济分析》（Economic Analysis of Law）第一次全面系统地运用经济学方法分析各个法律部门。此后，法律经济学逐渐开始走入法学院的课堂。

二、法与经济学的发展

法和经济学在 1980 年代在美国就成为主流的法学流派之一，其代表性人物波斯纳 1981 年被任命为联邦第七巡回区上诉法院的法官。

在美国法学院，法律和经济学现在是一门课程。

运用经济学分析方法的论文成为法学论文的重要部分。

法律经济学在美国和一些国家已经在立法、行政执法和司法实践中得到运用。

法和经济学也超出了美国国境，为许多国家的学者们研究。

第二节　法与经济学的类型

一、实证的法律经济学

对法律规则的效率进行评价；对法律规则的影响进行预测

二、规范的法律经济学

法律与效率。以效率为指向改进法律。

第三节　法律的经济分析的经济理论支点

一、理性人

理性人的定义：人都以追求自身利益最大化为目标。理性体现为利益最大化的追求。
人的行为是计算利害的。
人们会对成本收益作出反应。
有限理性，受约束的选择，信息不完备、信息不对称

二、资源稀缺

资源相对与人类的无限欲望来说是有限的。

三、偏好

给定条件下，偏好的一致性、稳定性（个人主义的）。

四、效用

可用金钱衡量的物质产品和服务；不能用金钱衡量的。

五、最大化

效用最大化。

六、成本

成本：在资源稀缺的社会，每个人必须为自己的投入进行支付。

机会成本：在稀缺的世界中选择一种东西意味着要放弃其他东西。一项选择的机会成本也就是所放弃的物品或劳务的价值。通俗地说机会成本意味着“天下没有免费的午餐”。

交易成本：市场机制运行的费用，即当事人双方在通过市场进行交易时，收集有关信息、进行谈判、订立契约并检查、监督契约实施所需要的费用。

七、边际成本与边际收益

多付出的一个单位和额外得到的东西。吃饭，第一个馒头带来的满足和第二个馒头带来的满足；事故预防的程度。

八、市场交易

相互交易能使每个人的状况更好。
市场是组织经济活动的一种好方法。
市场失效与政府干预。
外部性与公共物品。
外部性：也称为“溢出效应”，指的是企业或个人向市场之外的其他人所强加的成本或收益。
公共品：指的是这样一类商品；将商品的效用扩展于他人的成本为零，因而也无法排除他人共享。

九、公平与效率

效率的生产性定义：给定成本下最多的产出；或者，给定产出以最少的成本实现。

经济学的效率定义：（1）帕累托最优：如果不能使至少一个人的境况变好，而没有人变坏，此时就是帕累托最优；（2）帕累托改进：至少一个人的境况变好了，而没有人变坏，此种改进为帕累托改进；（3）希克斯—卡尔多改进 Hicks-Kaldor improvement：在变化后，某些人境况变好了，而另一些人境况变坏了，但如果变好的人对变坏的人予以补偿后，变好的人的境况仍比原来好。

公平与效率的关系；在资源配置领域，公平与效率是同一的；在收入分配领域，公平与效率经常会发生冲突。

十、预期与激励分析

预期：对未来的一种判断和预测。

激励分析：法和经济学主要从事事前分析研究。它注重于随政策、法律及其他可变因素变化的预期行为刺激。

十一、公共选择

把经济分析工具运用于政治、法律研究领域，运用经济学的方法和理论去考察政治、法律领域中的集体决策和其他非市场决策。

第四节　交易成本和科斯定理

一、交易成本 transaction cost

交易成本：市场机制运行的费用，即当事人双方在通过市场进行交易时，收集有关信息、进行谈判、订立契约并检查、监督契约实施所需要的费用。

二、科斯定理 Coase theorem

如果交易成本为零，则通过自愿的交换，私人市场总能解决外部性问题，并有效配置资源。交易费用为零，产权如何界定是不重要的。

交易成本不为零，产权的界定是市场交易必不可少的前提。

三、科斯定理的意义

交易费用不为零，降低交易费用。

明晰产权，清楚地界定产权的重要。

以社会产出最大化界定产权。

自由交易。

复习与思考题

1．下列表述哪些是实证表述、哪些是规范表述？

A 新婚姻法实施后离婚诉讼的平均时间缩短了。

B 道路交通安全法的实施降低了酒后驾车者的数量。

C 公司法应当有助于投资自由。

D 侵权法的目的是控制事故的发生数量和严重程度。

E 我国第四次宪法修正案提高了我国的人权保护水平。

F 提高法官待遇能够减少司法腐败。

G 恶法非法

2．法学的传统的（通常运用的）研究方法是什么？

3．解决资源稀缺的方法有哪些？

4．为什么存在信息不对称？如何减少道德风险？是举出几个例子。

5．下列哪些是公共物品？应由公共部门提供或者得到公共补贴的私人部门提供？

小学教育；燃放烟花；儿童奶粉；大街上的路灯；公共汽车运输；自然保护区；职业教育；心脏移植手术；预防传染病的接种；公共道路的积雪清扫；城市垃圾处理

6．试用帕累托改进和希克斯-卡尔多改进分别分析国有企业改革。

7．试用经济学外部性原理阐述“就义勇为”是否应作为公民义务进行设置？

8．在一间宿舍里住了两个人，甲喜欢抽烟，乙不喜欢抽烟。有哪些方式解决这个问题？根据科斯定理，什么决定了甲在宿舍抽烟或不在宿舍抽烟？

9．在民事案件中，原告既然已经起诉了，为什么还可能与被告和解？民事诉讼法为什么规定在庭审辩论终结，能够调解的，还可以进行调解？

拓展阅读书目

1．曼昆著，梁小民译：《经济学原理》，机械工业出版社，2003 年 8 月版。

2．罗伯特.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版。

3．罗伯特.考特、托马斯.尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版。

4．布坎南著；《自由、市场和国家》，北京经济学院出版社，1985 年版。

5．丹尼斯.C.缪勒著，杨春学译：《公共选择理论》，中国社会科学出版社 1999 年版。

第三章　宪政的经济分析

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了宪政的经济根源、宪政与市场经济的关系、公共选择分析。

重点：准确把握公共选择理论。

难点：能够初步运用公共选择理论分析宪政问题。

学时分配：4 学时

一、宪政的经济根源

宪政是依据宪法而统治的一种政治形式。宪政与法治、民主、人权相关联。

宪政突出强调的是一种现代法治，即以宪法为基础的宪治。

宪政在基本上是一种经济文件，它的基本观念是：基本的私人财产权先于政府而存在，在道德上不受人民多数的干涉。

二、宪政的效率最大化

宪政效率最大化通过以下途径实现：将政府的管制措施限于防止负的外部性和促进正的外部性。

三、宪政与市场经济

1．没有市场经济就没有真正的宪政。良好的宪政必须以健全的市场经济为前提。

2．宪政为市场经济提供法律依据，为市场经济法律秩序的确立奠定基础。

3．权利保护。宪政的一个基本目的是防止某些特别严厉而又成本很高的财富重新分配形式。比如强制取走一个剥夺或侵占一个人的财产、强制某人为奴或禁止某人参加其宗教活动等，这些都是成本可能极高的财富重新分配的例证。

四、公共选择分析

1．布坎南公共选择理论。

政府干预也存在失灵，因为担任政府公职的是有理性的、自利的人。

多数人原则的不合理分析

公共选择学派创立了一种个人主义—契约主义—立宪主义的新的理论解释范示。

2．公共选择理论对宪政分析的一个基本启示宪政制约是绝对必要的。

3．分权。分权的目的在于防止国家强制力的垄断化；可能通过更全面利用分工而降低而非提高政府成本。

4．对法律合理性的审查。

复习与思考题

1．现代社会为什么需要有限政府？

2．市场失灵是否是政府进行干预的充分理由？

3．宪法为什么规定禁止使用童工、禁止拐卖妇女的条款？

4．宪法为什么要赋予人们劳动权、受教育的权利以及言论自由的权利？

5．如果政府需要购买一个单一、庞大的财产来提供公共品，比如说卫星追踪站；如果这块地属于一个私人所有，而其财产的唯一用途也是追踪站。这时作为卫星运行轨道的垄断者，政府能否

获准强制这个私人操纵公共用途的垄断者按公平的市场价值出售这块土地？

拓展阅读书目

1．布坎南著；《自由、市场和国家》，北京经济学院出版社，1985 年版。
2．丹尼斯.C.缪勒著，杨春学译：《公共选择理论》，中国社会科学出版社 1999 年版。
3．塞缪尔。亨廷顿著：《变革社会中的政治秩序》，华夏出版社 1988 年版。

第四章　财产法的经济分析

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了财产权的概念、起源及经济功能、财产权的界定、知识产权、共有、公共品与私人品的权利设置要求等。

重点：产权的经济功能、如何保护产权

难点：运用经济学方法分析财产权相关法律问题。

学时分配：4 学时

一、财产权的概念、起源及经济功能

财产权的定义：一种制度，一种将事物分配给人、给予人们以自由的制度。

财产权的起源：由于各方的权利未由法律界定时存在着谈判障碍，因此，财产权的设定应该有助于私人谈判并使未达到私人协议所造成的损害降低最小的一种能产生规模效应的规范。

经济功能：对财产权的法律保护创造了有效率地使用资源的激励。同时，创立、变化以及促进市场交易发挥优化配置资源的作用。

二、财产权的界定

财产权的界定必须确立一个原则，使不确定所有权所产生的谈判费用与维持核证制度的成本相均衡。

法律必须分配善意购买脏物所引起的风险，而且这风险须由原始所有人或买方承担。

三、知识产权

版权：授予作家、艺术家和作曲家对其创造作品的所有权。

专利权：建立了发明和其他技术进步的所有权。

商标：确立了不同特征的商业标志或符号的产权。

对待信息，如同对待易逝去的资产一样，法律必须在先占原则下在过度投资的刺激与在别的制度下管理和履行所有权所需的较高成本之间加以权衡。

知识产权一个主要问题在于；没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来，但有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用。

四、区分建筑物所有权

财产制度将资源分配给人们是为了给予他们支配财产的自由。这个目的的实现需要一个前提条件：一个所有者对财产的使用是可以和另一个所有者的使用区分开来。这意味着当难以区分不同个人的财产权益时，财产的基本作用也就不易发挥。

五、区分建筑物所有权面临的最大问题是：外部性和公害。

外部性造成的问题实质是外部性导致消费者的效用最大化行为和厂商利润最大化行为的无效率。在存在外部性场合，就有未经第三方同意而强加给他们的效应。

当外部性仅仅出现在一个消费者的效用函数或一个厂商的生产函数中，我们就说它的特点是私人性的；如果外部性的范围足以影响到许多消费者或许多生产者，我们就说它的特点是公共的。

解决区分建筑物所有权的外部性和公害的一个主要思想就是在产权不可分时努力引导外部成本内部化。

六、私有物品或服务的界定

在产品使用上存在着对抗和排他时，私权更合适；应以禁令补偿办法保护所有者免受私害类的外部影响。

七、公共物品或服务的界定

在产品使用上存在着非对抗和非排他时，共有产权更合适。应以得到损失赔偿的办法保护所有者免受公害类的外部影响。

复习与思考题

1．试分析对进入市区的机动车征收额外的费用和机动车牌照拍卖两种制度的效率。

2．在北京，某研究所计划建一幢楼用于医用动物饲养，该建筑位于研究所拥有土地使用权的地上。该楼的建设已经取得了建设工程规划许可证。该楼附近的居民认为该楼的建设可能影响他们的健康，反对建楼。居民发现该楼与居民楼间距为 19.06 米，根据规划规则间距应当不小于 20 米。于是居民起诉规划部门，要求撤销规划许可。请用经济学方法分析该纠纷的可能解决途径。

3．1984 年，为了加快荒沙荒地的治理速度，有关部门出台了“允许个人承包荒沙，所造林木谁造谁有”的政策。1984 年农民石光银和定边县海子梁乡政府签订了荒沙治理承包合同。合同的内容是将乡集体所属的 3000 亩沙地承包给石光银种树。石光银必须在两年内使这些黄沙全部披上绿装。将来的效益，石光银和乡政府八二分成。这在当时是符合国家规定的。1985 年石光银又和长茂滩林场签订了承包合同，在三年内，在 58000 亩沙地上种上树，五年后同长茂滩林场八二分成。通过治沙植树，定边县的生态环境发生了变化，在这片原来是一片黄沙，而今绿树成荫的地方。实际上 1990 年以后，这样的变化已经在林区周围发生了，而且给当地的百姓带来了实实在在的好处。树木较多的地方，流沙被稳固住了，人们用推土机推去几米厚的浮沙，这些原来被流沙湮没的良田重新又恢复了生机，而且不再受风沙侵害。同样一块地，粮食亩产量可以由原来的几十公斤，提高到现在的上千公斤，农民的收入自然也随着提高了。

1989 年，第一批种下的树苗已经长大成材，石光银希望按照当时的合同间伐其中的部分树木。但按照当时《陕西省森林管理条例》的规定，个人采伐林木，必须办理采伐许可证，也就是说，虽然当年合同上写明了利益分成的条款，但是能不能得到钱，要由林业局说了算。 石光银递交了好几年的间伐申请，一直没能得到林业局的批准。到了 1998 年，林业局甚至不再接收他的申请，因为从这一年开始，石光银种下的这片林子被国家划成了生态林。 1998 年，石光银向林业主管部门提出了移交六万多亩林木的申请，并希望林业部门能对他十几年来的投入做出相应的补偿，但这一申请遭到了拒绝。一方面交回国有遭到了拒绝，另一方面又不能从中获得一分钱的利益。（根据中央电视台 2002 年 11 月 14 日报道。）

试对该实例从经济学的角度进行分析并提出应对的法律规则。

4．假设天气预报技术的发明者利用其发明判断生长期内的天气将是完美无缺的，由此他将知道今年收成将有一个大丰收。请运用本章的分析，说明他如何对其信息进行保密并利用期货合同来实现足够的利润，以证明他在此发明上付出的代价是合算的。

5．一个猎人惊起了一只躲藏着的野生狐狸，在他追猎时狐狸横穿道路经过一名旁观者，而被那人射中并逮获。谁应拥有这只狐狸，是原先的猎人，还是射中狐狸者？

6．几个原告控告被告盒式影像录音带的制造上侵犯了他们的产权。由被告制作的录音带在播放时可被它们的所有者用来录制原告的版权材料。原告认为私自录制他们的材料是对其权利的侵犯，要求法院以分享录音带生产及零售所得收入的方式阻止进一步的侵犯，并要求补偿过去他们的权利受到侵犯的金钱损失。假定被告已侵犯了原告的知识产权，什么是最有效的补偿，是货币补偿

还是禁令？是否可能有比该两种补偿方式更有效的其他补偿形式？

7．假定在未来的某一天，水泥公司的产出率翻了一番，由此邻居们又得遭受增加了的噪声、烟雾、尘土和震动。如果这些邻居都已获得永久性损失赔偿费，再索取对新增损害的补偿是否有效？

8．一个人的才能作为有价资源，如设置权利应以私有为基础赋予个人，还是以公有为基础赋予社会？假如一个人能给千百完听众带来极大愉悦的钢琴家决定做一名汽车修理工；如果他的才能属于社会而不是他自己，他会被迫重操旧业。如果他的才能属于他自己，他将如愿以偿，而社会将失去决大的效用。其才能究竟应属于谁？

拓展阅读书目

1．罗伯特.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版。

2．罗伯特.考特、托马斯.尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版。

3．张军著；《现代产权经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版。

4．盛洪主编：《现代制度经济学（下卷）》的第一部分，北京大学出版社 2003 年 5 月版。

5．Y．巴泽尔著，费方域等译：《产权的经济分析》，上海三联书店、上海人民出版社 1997 年版。

6．科斯等著：《财产权利与制度变迁》（论文集），上海三联书店 1992 年版。

第五章　合同法的经济分析

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了合同法的产生、合同法的目的、风险分配与合同、完备与不完备合同、违约责任等经济分析的内容。

重点：经典合同理论、完备合同与不完备合同、分工与交易、身份与契约。

难点：能够运用经济学分析合同纠纷、分析合同法律制度。

学时分配：4 学时

一、自愿交换面临的问题：机会主义和突发事件

没有合同法的世界；没有法律的秩序：长期合同

合同法：使自愿交换的成本降低

二、合同法目的

基本目标在于为当事人追求他们的正当目标提供帮助。

其他重要目标是；执行能够提高效率的合同；管理合同的法律的成本最低；分配风险；交换信息；重新分配。

三、风险分配与合同

合同法的中心是承诺的交换。而承诺是向前看的，它们意味着约束立约人未来的行为。理性的立约者只有在他们希望从约束中获得比成本更大的利益时，他们才心甘情愿地约束自己未来的行动。

因为涉及到未来，就会出现不确定性，而一旦有不确定性，就有风险。

合同法的规定通过鼓励互利性的风险分配，对预防和信任的有效投资调整合同双方的各种活动。

四、完备合同与不完备合同

完备合同定义：假如合同可强制履行，那就能理想地适应实现立约人和受约人目标的一种承诺。

完备合同具有三个特征：

1．完备合同应按其条款严格履行。

2．完全竞争市场产生完备合同。

3．完备合同是有效率的。

完备合同应具备的个人理性和合同环境的假设条件：

个人理性的假设条件包括：稳定的偏好、受约束的选择和最大化。

合同环境的假设条件：没有不利的第三方效应、充分的信息、众多可供选择的合同伙伴和零交易成本。

但现实市场中不可避免会出现以下情况，导致市场总是不完全竞争的，合同也总是不完备的。

1．无行为能力

2．欺诈与胁迫；无效还是可变更

3．误解

4．法律和法院对合同的补充

5．违约金：法院应当干预吗？案例

如果合同是完备的，就应予以履行；如果合同是不完备的，法律则须提供一些适当的法律条款来纠正其缺陷。

五、违约赔偿责任制度的分析

（一）效率违约

效率违约的定义：当履约的成本超过各方所获收益时，违约比履约更有效。

效率违约处理的条件：当某种意外事件的发生致使履约要比选择其他办法花费更多成本时，履约的成本超过了利益。

意外事件发生有两种情况；一是幸运的意外事件或意外收获可能使不履约比履约更有利可图；二是不幸的意外事件或意外事件可能使履约比不履约损失更大。

（二）损害赔偿

损害赔偿包括完全的预期损失赔偿和完全的信任损失赔偿。

完全预期损失赔偿就是使受害方达到满意水平的赔偿额；完全信任损失赔偿就是使受害方达到没有合同的情况下本该达到的满意水平或利润的赔偿额。

预期损害赔偿费增加得越快，风险转移也就越多，受约人的信赖程度也就越大。

当预期损害赔偿费等于预期违约损失时，立约人采取的预防措施带来的好处就体现出来了。

（三）实际履行

实际履行是要求立约人履行与对方的合同承诺或禁止他与任何他方履行合同承诺的一种司法命令。

法院对违反合同采用特定履行合同补救代替损害赔偿补救，可以避免一种无法解决问题的可能性，即难以断定受约人对违约物品所作的主观估价。

当一个合同被违反时，判断是损失赔偿还是实际履行的标准是违约方与被违约方之间的谈判成本。如果成本不高，私人间的谈判协商就有可能，最有效的救济方法是特定履行合同；如果成本很高，法院就应在综合估计的基础上命令价值转换，即进行损害赔偿；。

复习与思考题

1．在中国，传统上没有合同法，但是仍时常有繁荣的交易。比如，在 19 世纪甚至发展出现代银行的雏形“钱庄”“票号”。交易秩序的保障机制是如何构成的？

2．合同法第一百一十三条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。试从法律经济学角度分析该条的立法理由。

3．比较合同无效制度和可撤销、可变更制度的对交易效率的影响。

4．试从法律经济学角度对格式合同（条款）的合理性和存在的问题进行分析。

5．情势变更原则的经济学根据。

6．一个学生有一个富有的叔叔。该叔叔向他许诺，如果他能优异的成绩毕业，就将支付他一笔周游世界的费用。该学生因此刻苦学习，杜绝了一切休闲活动，并以优异成绩毕业，但他叔叔却违背诺言。这个学生向法院起诉他的叔叔。法院会支持他的起诉吗？

这个学生期望周游世界，并对叔叔的诺言相信到了购买旅游用品的程度。对于叔叔的违约，请考虑三个法律上的反应：（1）没有补偿：这个学生吃一堑，长一智；（2）信赖损失：叔叔必须补偿这学生信赖承诺所耗用的花费；（3）预期损失：叔叔必须支付学生一笔等于一次周游世界所需的费用。

7. 一个小女孩在森林中发现一块诱人的石块，并把它以 10 元的价格卖给了一个珠宝商。后来，

她的家人发现这块石头是一块价值 1000 元的宝石，并试图以小女孩无资格订立合同为理由使合同无效。你支持他们的理由吗？

8. 有一个地质学家与一个农场签定了以每亩 1000 元的价格购买该农场的合同。该成交价格是分句附近地区优质农场的价格确定的。但在签订合同前，该地质学家就知道该农场蕴藏着有价值的矿产。这一发现可使农场的土地增值一倍。但地质学家的真实目的在他尚未获得该农场时被该农场主察觉，并拒绝交付该农场。于是该地质学家告该农场主违约。该农场主则以地质学家有责任向他透露研究成果为由提出抗辩。根据经济学分析，谁将胜诉？为什么？

9. 一般是什么因素能使一方当事人比另一方当事人更好地预防风险？通常什么因素能使一方当事人比另一方当事人更好地承保风险？

10. 一个专业摄影师从一个著名的厂家购买胶卷，为国家地理协会拍摄喜马拉雅山的壮观景色。不幸的是，胶卷有问题，没有拍出一张照片。摄影师状告胶卷公司，要求其赔偿损失。试问法院会支持他的诉讼请求吗？为什么？如果在购买胶卷时，摄影师告诉了胶卷公司他使用胶卷的目的，情况是否会有所不同？为什么？

拓展阅读书目

1. 罗伯特·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版，第四章。

2. 罗伯特·考特、托马斯·尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第六章和第七章。

第六章　侵权法的经济分析

本章教学目的和基本要求：

知识点；本章侧重介绍了侵权法的目的、汉德公式、侵权责任类型的效率比较、侵权与保险的经济分析。

重点：汉德公式、侵权与犯罪、侵权与债

难点：能够从经济学的角度看待侵权法的规则和制度、对侵权法相关制度进行评价，并运用汉德公司分析一些实际案例。

学时分配：4 学时

一、侵权法的目的：预防还是补偿

人们经常由于做错事而相互伤害。由于受害者和施害者之间没有契约关系，因此，如受害者要求赔偿，无法求助于合同来解决纠纷，而解决此类纠纷的有关法律就是侵权法。

侵权法的目的首先在于预防而不是赔偿。

二、侵权法与合同法的区别

合同法在以下情况下涉及人们之间的关系，即他们的事前谈判成本低因而缔结成一种合同关系；侵权法在以下情况下涉及人们之间的关系：即他们有关伤害的事前谈判本高饿并因此不能缔结一种合同关系。

三、汉德（亨德）公式

汉德公式促使社会成本最小化的解决方案。

Hand formula：过错 B＜P *L；无过错：B＞P*L（其中 B 表示预防的负担，即避免事故的成本；L 表示如果事故发生损失，是事故本身的成本；P 乘以 L 表示如果发生事故的成本被乘以事故发生的可能性，即经济学家所谓的事故的预期成本。）

当 B > PL 时，就应让数额较小的 PL 发生，而不应采取损害防止措施，以免产生数额较大的 B；但当 B＜PL 时，为了避免数额较大的 PL 发生，就应采取损害措施产生数额较小的 B。假定防止损害的成本 B 完全是落至被告身上，而且法院在认定预期损害数额 PL 也完全正确，那么如果 B＜PL，并且被告没有采取预防措施，那么被告就是有过失的。道理很简单，如果一个人能以较小的代价避免较大的损失，而这个人却没有采取预防措施来避免事故的发生，从效率的观点看这个人是有过失的。

汉德公式的出现是被用来作为一方当事人过失的标准，但是汉德公式同样可以用于双方当事人过失以及故意侵权的场合。在故意侵权的场合，对受害人的伤害是行为人追求的行为目标而不是行为的副产品，因此，P 非常高，同时 B 非常低，有时甚至是负值。

汉德公司的特点：

1．汉德公式是一个非常准确的关于过失标准的公式，适用于不同的时期和司法体系。

2．汉德公式是在边际意义上而非是在总的一样上来适用。

3．事故的避免或事故概率的降低可能需要行为量的饿减少，或者需要更加谨慎和小心。

4．对过失和受害人过失都可以适用汉德公式。

四、侵权法归责类型：对效率的比较

单边预防与双边预防

双边预防是指效率要求双方当事人都采育预防事故发生的措施。

单边预防是指效率要求只需一方当事人采取预防事故发生的措施。

当存在双边预防的需要时，过错责任是双方当事人都会产生预防的激励作用。这是因为当一方当事人有采取有效预防以避免责任的动力时，另一方当事人也有采取有效预防的动力，原因是 他承担着其余责任。但严格责任则不会对受害者产生预防的激励作用。因为严格责任将所有的事故成本都强加给施害者，而不考虑受害者的预防措施，因为施害者承担了事故的费用，受害者进行预防的动力就逐渐被削弱。因此，在有效预防是双边时，过错责任能产生有效动力，而严格责任则不能。

在仅有单边预防的情况下，严格责任能对施害者起到激励作用。

严格责任采取对施害人连续不断地施加压力的方法促使他发现降低事故损失的新方法；过错责任则在以下范围内消除施害人实现创新的动力，即在现有方法的条件下，施害人可以通过采取合理的预防措施使得他完全免除责任。

在单边预防的情况下，确定完全赔偿非常困难以至严格责任产生了严重无效动力，即使它因实施费用较低而被认为是可取的。

五、侵权法与保险

六、赔偿的标准：无差异曲线

损害赔偿的难点集中在精神损害赔偿方面。对于这种不具有市场价格的物品的赔偿，得到完全的赔偿是不可能的。

经济学分析的方法是将精神损害赔偿定位于对损失发生的预防方面。

无差异曲线用于描绘便好程度相同的消费组合点。根据相对边际效用递减规律，无差异曲线通常被画成凹的或碗壮的。

无差异曲线类似于地图上的等高线图。沿着地图上一定高度的等高线行走的人，既不向上爬，也不向下降；同样地，沿着一条无差异曲线移动的人，从消费的变化中得到的满足程度既不上升，也不下降。

七、社会成本理论与侵权行为法

侵权损害赔偿的目标：社会成本最小化。即让能够以最低成本避免损失发生的当事人承担损失，可以激励该当事人或者类似的潜在当事人采取措施预防将来损失的发生，从而能够以最低的成本获得同样的收益，因而效率是最高的，事故的社会成本最小。

事故的社会成本包括：预防事故发生的预防成本，在预防成本作作用下事故发生后的损失成本以及事故发生后的管理成本。

侵权责任的原则构成应当能够使预防成本、事故的损失成本以及行政管理成本的总和降低到最低。

复习与思考题

1．生命的价值可以用金钱衡量吗？

2．事故多了？还是关于事故的报道多了？我们能生活在无事故的社会吗？

3．保险能够替代侵权法吗？

4．医疗事故赔偿和医疗费用的上涨有关联吗？

5．选择在下列情形中哪一种责任标准——过错责任或严格责任，会对采取充分的预防产生较大的动力：

（1）一家建筑公司进行爆炸引起附近一家商业性的水貂饲养场的水貂狂暴不安，并进行相互

残杀。该建筑故事应该对水貂的主人负严格责任吗？为什么？

（2）有些消费者因服用一种没有说明书的感冒药而病得很厉害，后来得知这些药片可能是在脱离制造商以后被渗了假。如果消费者对制造商起诉，制造商应承担过错责任还是严格责任？为什么？

（3）一位行人过马路时闯了红灯而被一位超速驾驶的司机撞倒。该行人因伤害而起诉司机。你认为应采用哪种责任 标准呢？如果该行人是个住拐杖的老人，结果会改变吗？如果该司机是位名著的外科医生，他超速驾驶是为了给一个病情严重、知名度很高的病人做手术，结果又会如何呢？如果行人是一个小孩，结果怎样？如果司机是未成年人，结果又怎样？

6．假设某汽车司机张某在一次事故中受了重伤，这是由另一辆车的司机王某的过失造成的。张某在驾驶中没有过失，但没有系安全带。如果他系上安全带，他的伤会很轻微。为了促使张某采取充分的预防措施以减少事故发生的概率或严重性，你会采用哪种形式的疏忽原则去评价张某没有系上安全带的行为？如果张某和王某都采取了预防措施以减少事故发生的概率或严重性，请说明简单疏忽原则和将共同过失作为抗辩的疏忽原则是如何导致双方采取有效的预防水平？

7．在一个侵权事故中，引起一个人死亡比引起他残废更糟糕。但是对施害人来说，受害者的死是幸运的，因为侵权事故受害者残废后的法院判定的损害赔偿费常常要比他死去后所判的高一些。这在你看来很反常吗？它违背了价值是由个人偏好决定的这个经济思想吗？它产生了无效甚至反常的刺激吗？

8．蒋某在人行道上昏倒了，石某不是医生，不通晓心肺复苏的技术，然而他感到有义务努力挽救病人，就开始猛烈敲击蒋某的胸部，并向他口中吹气。 再假设其结果表明石某的挽救行为极有可能造成蒋某的严重伤害。你认为石某应承担过失挽救的后果？如果在救治过程中，石某自身也受到伤害，他可以向蒋某索取由于伤害引起的费用吗？为什么？

拓展阅读书目

1．罗伯特.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版，第六章。

2．罗伯特.考特、托马斯.尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第八章和第九章。

第七章　公司法的经济学分析

本章教学目的和基本要求：本章侧重介绍了四个方面知识：公司的实质、作为一种标准契约的公司、现代公司中所有权与管理权的分离、公司社会责任等。

重点：公司的实质、两权分离、公司社会责任制。

难点：能够从经济学的角度看待公司法的规则和制度、并能运用相关知识分析一些实际案例。

学时分配：4 学时

一、公司的实质

交易成本是通过自愿交换而实现经济行为所需要的成本。

组织生产有两种方式。第一种方式是企业家与某人订立供给零部件的契约，又与另一人订立装配其零部件的契约，再与第三人订立销售其成品的契约；第二种方式是企业家雇佣这些在他的指导下完成这些任务。这些人成为他的雇员。

第一种组织生产方式存在于契约法的传统领域中；第二种组织生产方式存在于雇主与雇员法之下。

第一种方式的本质是企业家要分贝与三个生产者就价格、数量、质量、交货日期、信用条件和承揽人履约保证等规定进行谈判并达成协议。

第二种方式的本质是企业向生产者支付薪金。此时的薪金不是购买特定履约的价格而是购买他们完成任务的权利的价格。

这两种组织生产方式都需要成本。第一种方法要求在订立契约时对供给者履约的细节问题作出详尽的说明。这种方法需要长时间的谈判或复杂的投标程序，而且当情势变更要求对协议的条款进行修正时，就必须对协议进行重新谈判；第二种方法需要激励、信息和通信成本。

组织经济活动的契约方法遇到了交易成本很高的问题；通过企业组织经济活动的方法要解决的是丧失控制问题。

二、作为一种标准契约的公司

契约法的功能之一就是通过提供标准契约条款而使节约交易成本。这一功能也适用于公司法。

公司法中将股息支付限于公司帐簿表明的已获盈余量的规则使债权人得到了免受债务人在借款后增加违约风险之累的保护。同时，通过规定公司的有限责任，法律就使大量的明示责任契约条款成为不必要。

三、公司中的“两权分离”

在公众持股东公司中，所有权与管理权是分离的。

股东与债券持有人、信托受益人的地位有些相同，即都享有投资收益，但也存在差异：股东和信托受益人比债券持有人更容易因经理人员滥用职权和不履行义务而受损害。

所有权和管理权的分离是一个虚假的问题。假如大部分股东积极参与企业管理的机会成本过高而使之成为不可能，那么这种分离就是有效率的。在股东利益中占必要地位的不是参与性股东是否民主，而是需要一种能阻止经理人员将过多的企业净收入从股东转向他们自己的机制。

四、公司社会责任

公司长期存在的两种对立批评观念：一是现代公司没有竭尽全力使利润最大化；二是公司总是将利润最大化作为唯一目标。冲突的实质是公司是否应承担社会责任？如何承担社会责任？

企业为何更愿意捐款慈善事业而不愿意投入资本进行污染控制或培训落后少数民主成员等这一类社会需求呢？

在市场竞争中长期为了利润之外的任何其他目标而经营将导致企业萎缩，甚至可能破产。将其利润用于污染控制的企业只有向其顾客收取更高的价格才能补偿其损失。但由于污染控制取得的收益具有公共品的属性，顾客会觉得自己不应该承担这一部分公益投入。在这种情况下，企业为了维持市场份额，只有将这笔费用从自身利润中支付。如果利润持续下降，企业就有可能被驱逐出市场。

因此，试图以最低成本为市场生产而又改良社会的公司最终可能一事无成。公司利润最大化不仅可以增加股东的财富，而且股东可以利用这种资源履行自己的社会责任。这是一种更有效率的社会责任承担方式。

复习与思考题

1．工厂烟囱冒出的黑烟弄黑了附件居民区的洗涤物和窗帘，同时增加了呼吸系统疾病的发生率。下面有各种解决方法；一是工厂可以安装制止冒烟的设备；二是工厂停产；三是受污染的居民可以安装空气净化设备或迁离工厂附件地区。上述哪一种办法是最有效率的办法？

2．一个公司需投资两个项目：一个项目的预期利润率是 25%，但有风险，同时公司为此融资需以 15%利息率借款。这样公司的预期净利润率为 10%；第二个项目的预期利润率为 18%，但由于其风险较少，公司为此借钱所需的利息率为 10%。这样公司的预期利润率要少 2%。试问公司可以选择哪个项目？

3．在现代公司，所有权与管理权分离的情况下，董事会的意义在哪里？

4．请列举一下，当公司所有权与管理权分离情况下，有哪些措施可以使经理人员的私利与股东的私利结合起来？

5．垄断公司是否比竞争公司更能承担社会责任？

6．某公司拟将其拥有的一块沼泽地开垦成一块居住地。这块沼泽地已被当地科学家认定为是一块重要湿地。城市规划局得知该公司计划后通过了一个严禁排干湿地的法令。该公司认为该法令侵犯了其合法财产，要求法院要求政府以地产的现行市价从他那里买下这块土地。法院应如何判决？理由是什么？

拓展阅读书目

1．罗伯特.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版，第十五章。

2．曲振涛著：《中国公司法的经济学分析》，中国财政经济出版社 2005 版

第八章　犯罪和刑罚的经济学分析

本章教学目的和基本要求：

知识点：本章侧重介绍了犯罪的经济学定义、犯罪决策的经济解释、刑罚的威慑力分析、犯罪防范活动的经济分析、监狱效率和行刑效率等五个方面。

重点：理性选择的经济模式。

难点：了解理性选择的经济模式，并能利用该模式分析一些实际案例。

学时分配：4 学时

一、什么是犯罪？

一个人触犯刑法就构成犯罪。

犯罪的第一个要素是存在犯罪意图。犯意是犯罪意图的法律术语。在涉及人身损害的典型案例中，犯罪意图的必要组成部分是伤害的意图，而不是单纯的卤莽。有时为了定性和量刑，还可以将犯罪意图进行分级。

犯罪的第二个要素是公众损害。侵权行为伤害的是私人，而犯罪行为伤害的是公众，常常涉及对和平和安全这一公共产品的威胁。

犯罪的第三个要素是惩罚性的制裁。刑法的制裁不同于民法的赔偿。民法的赔偿在由是施害人承担受害人的全部损失。刑法的制裁虽然使施害人得到了应有的惩罚，但受害人没有直接从中受益。

犯罪的第四个要素是超出合理怀疑范围的证明。刑事案件中的起诉人比民事诉讼中的原告负有更重的举证责任。在民事诉讼活动中，原告必须提出占有优势的证据以论证其主张，即其证据必须比对方更有说明力。在刑事诉讼活动中，原告人必须证明他的情况是超出合理怀疑范围之外的。

刑法与侵权法的不同。刑法的目的在于保障我们的权利，并非仅仅是为了弥补我们的利益损失。诸如死亡和一些人身伤害的不可弥补性，保护财产的自由处置权的愿望以及维持资源交易体制的需要。

二、犯罪决策的经济解释

犯罪是由理性选择的经济模式所考虑的有关因素决定的，尤其是取决于危险（刑罚）与收益（报偿）这两个因素。

理性选择的经济模式在刑法中的运用受到一定的限制。因为这种模式侧重对行为的分析，而不是对主观推理过程的分析，但它在分析犯罪心理方面仍是有用的。因为预谋犯罪比一时冲动犯罪具有更高程度的故意成分。

这种经济模式可理解为对一个精明的不法分子决定是否犯罪时的故意性的分析。对于预谋犯罪，该经济模式可概括犯罪的实际推理过程。对于突发性犯罪，由于不存在策划的时间，这个经济模型可以看作是对犯罪的行为的分析。

三、刑罚能否威慑犯罪

犯罪率取决于风险和收益的命题被称为“威慑假说”。这一假说是需求法则在刑事审判方面的运用。

需求法则意味着犯罪将随预期刑罚的上升而下降。

不是所有犯罪都是能被刑罚威慑住的。

向刑罚确定性成本高的威慑力配置资源

向刑罚严厉程度成本高的威慑效应配置资源

四、犯罪防范活动的经济分析

社会从犯罪防范活动增加中获得的利益至少与增加犯罪防范活动的成本相等。
完全禁止犯罪是不明智的。

五、监狱效率和行刑效率

监狱效率是对行刑中刑罚资源浪费的否定，不论刑罚是量的还是质的。
行刑效率是指监狱行刑在行刑资源配置、惩罚犯罪、改造犯罪等方面的积极效用。

复习与思考题

1．请用经济学方法分析政府“打假”活动？

2．如果一名出售可卡因的人和一名吸毒者正在进行表面上对双方都有利的交易时，警察逮捕了他们。如果他们证明他们交换的是一项有效的合约交易，他们两人应该获释吗？

3．如果一个出售可卡因的人与吸毒者正在进行交易时被警察逮捕了。如果他们进行的是一个表面上对双方都有利的交易，他们二人应该获释吗？

4．用经济学对“无受害者”犯罪的解释，说明为什么伪造货币被视为犯罪？

5．一些人认为犯罪不会因为刑事审判制度在确定性和严厉性方面的变化而受到威慑，因此，削减犯罪数量和降低犯罪成本的正确途径是集中资源彻底根除犯罪的起因，比如创造就业机会、收入保障以及其他旨在消除犯罪的生理的、经济的和社会学根源的方案。你认为呢？

拓展阅读书目

1．罗伯特.波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版，第七章。

2．罗伯特.考特、托马斯.尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第十一章和第十二章。

第九章　程序法的经济学分析

本章教学目的和基本要求：本章侧重介绍了八个方面知识：程序法的功能、程序法的经济目标、诉讼与和解、证据的标准、诉讼理由与诉讼引导、诉讼中的信息披露、上诉、司法效率等。

重点：诉讼与和解的经济策略、诉讼中的信息与决策、司法效率等从经济学视角的准确把握。

难点：了解经济学分析程序法的相关原理及方法，能够初步运用这些原理和方法分析实际案例。

学时分配：4 学时

一、程序法的功能

程序是实现实体法目标的工具。

二、程序法的经济目标

诉讼程度的经济目标：正当程序。

从经济学的角度看，诉讼制度的目的就是要使两类成本之和最小化，即最小化犯错成本和管理成本之和。

管理成本：提起法律诉讼的成本，与另一方交换信息的成本，调解中的讨价还价成本，法庭辩论成本和上诉成本。

犯错成本：法院拥有的不完全信息导致他们在应用实体法时可能会犯错误。

三、诉讼还是和解

在交易成本很低的情况下，如果能达成对双方都有益的交易，那么双方当事人就应该进行交易。

只有当原告在其损害赔偿妥协中愿接受的最低价格高于被告在其履行损害赔偿义务中愿支付的最高价格时，和解谈判才会失败，从而选择诉讼。

和解谈判是一个典型的双边垄断的例证。原告只能与被告和解，被告只能与原告和解，而且每一当事人够渴求使和解产生的对诉讼的剩余最大化。

和解有效范围越大，当事人达成艰难交易所要承担的代价就越大，也就越有可能由于难以就如何分割可得到的剩余达成协议而进行诉讼。

每一当事人的最低和解要约都取决于他对诉讼进程的预期如何。

和解会发生在纠纷争端过程中的任何时间，包括提起诉讼之前和初审法院作出判决之后。这一特征取决于以下几个因素：

1．随着案件的不断展开，当事人会获得越来越多的有关审判可能产生的结果的信息。他们对结果的估计会越来越集中，从而更容易作出理性判断。

2．随着案件的进展，诉讼成本的增加会使和解成本下降。

四、证据的标准

在民事诉讼中，原告必须用占优势的证据来证明他受到被告的伤害，而且被告行为是不合理的；在刑事审判中，见检查官必须证明被告的罪行是超出合理怀疑范围的。

法庭上的推理可以形容为在不确定的情况下进行有约束的理性选择。这里的约束因素是由证据规范构成的，它在法定的限度内约束打赌行为。

五、诉讼理由与诉讼引导

1．诉讼费。

2．原告的理性
3．起诉金额与赔偿金的关系
4．代理问题
5．国家（社会）视角
程序法应当鼓励起诉来防止严重的伤害，同时法律应当防止仅仅分配方面的纠纷。

六、诉讼中的信息披露问题

1．损害事实的披露与对判决预期的概率信息不对称。
2．相对乐观主义
3．相对悲观主义
4．自愿的信息披露
5．法律：非自愿的信息披露。
6．信息交换的效率

七、上诉

1．上诉法院修正错误的功能
上诉具有两方面的社会宗旨：降低法律错误成本；使统一的法律规则得以创制和维持。
2．诉讼市场的效率：法律的实施
3．对无效法律挑战中的搭便车现象

八、司法效率

对私人决策者的成本与利益实行内在化行为，即当社会成本与社会收益变为他们私人的最大收益或最大效用的决策的一部分时，私人决策者便得到了有效的动力。

如果一项新法规的预期适用能在不使其他人的境况恶化的条件下使某些人的境况有所改善，那么我们可以认为这项新法规是一个改进。

当上诉法院采取了一项新法规而它的预期适用对每个人来说都较好时，该法院便可用不同的措辞来论证这个新的判例是事前帕累托有效。

复习与思考题

1．如果一个妇人要与其丈夫离婚，在其诉讼中要求对价值 20 万的汽车享有 12 万的份额。当判给该妇人的钱超过 12 万时，她将负担其丈夫的大部分诉讼费用；如果判给该妇人的钱少于 12 万，其丈夫将负担她的大部分诉讼费用。下面有二种情况，需要判断该妇人是否提起诉讼？（1）假设该妇人都对胜诉抱乐观态度；（2）假设该妇人对胜诉抱悲观态度。

2．为什么在污染损害赔偿案件中要运用举证责任倒置？

3．一个摇滚音乐会的票子卖完了。礼堂可容纳 1000 人。持票人排对从前门进入，占了 400 个座位。后来，在其他合法持票人进场之前，有一些粗野的年轻人打破后门闯了进来，占领了全部剩下的 600 个座位。无票闯入的人太多以至音乐会的组织者无法将他们驱逐出去，只好继续音乐会。在音乐会中，组织者给人群拍了照片，并成功辨认出 100 名观众。对于这 100 名观众，他们也不知道哪些买了票，哪些人是无票闯入的，因此在诉讼时他全部都提到了。在提到诉讼时，票根早已被仍掉了，很少有人能证明自己买了票。审判时，原告律师指出，民事诉讼是依照证据的优势来判决的。这 1000 名观众中有 600 名是无票闯入的，因此每个被告是无票闯入者的机会至少是 0.6。因此，该律师认为原告应该胜诉，你认为呢？

4．王某声称刘某借了他一只值钱的水壶并打碎了，因此他起诉要求刘某赔偿 300 元。刘某争

辩说她从未从王某那里借了一只水壶；即使可以证明她从刘某处借了一只水壶，但不承认水壶啐了；即使可以证明她从刘某处借了水壶并且可以证明是啐了，但不承认是她打碎的。由于这个案子的事实如此模糊不清，王某和刘某都认为在法庭上双方胜诉的机会都是 50%。如果在法院打官司将花去每方 50 美元，而私了的交易成本为零。试问王某和刘某会和解吗？

拓展阅读书目

1．罗伯特·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》（上下），中国大百科全书出版社 1997 年版，第六章。

2．罗伯特·考特、托马斯·尤伦著，张军译：《法和经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第十章。

《普通法商法原则》教学大纲

莫世健　编写

目　录

前　言 4
Chapter One Essentials of the English Legal Tradition 5
1. Concept of English legal tradition: 5
2. Sources of English law 5
3. Common law and Equity: 6
4. Court system of UK, see book, pp 7-8, 25-28 6
5. Statutory interpretation: 6
6. Introduction to judicial proceedings: 6
Chapter Two Contract Law: Making of Contract 8
1. Meanings of contract: 8
2. Contract: a promise or agreement? 8
3. A classical case of English contract law, *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company*, [1893] 1 QB 256 (CA) 8
4. Essential elements of contract 9
5. Offer and invitation to treat 9
6. Acceptance and relevant rules 10
7. Ascertainment of intention and the relevant rules 11
Chapter Three Contract Law：Consideration 12
1. Understandings of consideration, ... 12
2. Case study: 12
3. Rationale of consideration: 12
4. Executed consideration 13
5. Executory consideration 13
6. Consideration must be sufficient but need not be adequate 13
7. Past consideration, TB, p 66 14
8. Consideration must move from the promisee, TB, p 67 14
9. Promissory estoppel and consideration 14
Chapter Four Vitiating Elements 15
1. Meaning of vitiating elements, TB, P 70 15
2. Categories of vitiating elements 15
3. Mistake 15
4. Misrepresentation 17
5. Duress 18
6. Undue influence 18
7. Unconscionable bargains 19
8. Public policy and illegality 19
9. Contract and formality requirements 20
10. Capacity and validity of contract 20
Chapter Five Terms of Contract 21
1. Meanings: terms are the undertakings contained in the contract. TB, p 90 21

2.Classification of terms: conditions and warranties 21
3. Implied terms 21
4. Exclusion or exemption clauses 21
5. Incomplete or inchoate agreements, ... 21
Chapter Six Discharge of Contracts 23
1. Concept: 23
2. Discharge by performance 23
3. Discharge by agreement 23
4. Discharge by acceptance of breach 23
5. Discharge by frustration 23
Chapter Seven Law of Tort 24
1. Meanings of tort: 24
2. Purpose of the law of tort (tort law) 24
3. Categories of tort 24
4. Differences b/n contract and tort 24
5. Case study 24
6. Origin of modern tort law 24
7. Negligence 25
8. Occupier's liability 26
9. Nuisance 26
10. The Rule in Rylands v Fletcher 27
Chapter Eight Sale of Goods Contracts 28
1.Legal framework for sale of goods in common law jurisdictions 28
2. Relations b/n sale of goods law and contract law 28
3. Meaning of goods, TB, p 395 28
4. Implied terms in sale of goods contracts 28
5. Conditions and warranty, TB, p 404 28
6. Passing of property and risk 28
7. Sale by non-owner 28
8. Delivery, TB, p 419 28
9. Installment delivery, TB, p 419 28
10. Right of unpaid seller against the goods, TB, pp 421-4 28
11. Remedies of the seller 29
12. Remedies of the buyer 29
The last two hours are reserved for examination 30
Past Examination Papers 30

前　言

本课程为双语课程。英文授课，并使用英文原版教材。在必要时，授课老师将根据需要用中文进行辅助说明。

一、课程性质：选修课，向全校所有具有基本的英文实用水平，且愿意攻读此课程的本科生或其他符合学校设立的选课条件学生开放。

二、预选课程：选修本课前，不需要选择其他预选课程。

三、学习目的：

1．学习掌握普通法商法的概念和主要原则

2．了解普通法的体系和基本特点；

3．学习和掌握普通法合同法体系和主要原则；

4．学习和掌握普通法侵权法概念和主要原则；

5．学习掌握普通法货物买卖法主要规则；

6．学习和掌握普通法其他相关商法原则；

7．能够用学过的知识解决普通法商法的基本问题；

8．通过学习建立能够和普通法系背景法律人士沟通的基础；

9．提高学生的专业英语的实用能力。

四、教科书：Stephen Judge, Business Law, 2nd edn, 法律出版社引进，2003 年,简称：Textbook.

五、课时：共 36 课时，每周 2 个课时。

六、考核方式：100%期末考试，开卷。

Chapter One Essentials of the English Legal Tradition

1. Concept of English legal tradition

“tradition” here is similar to “system”, referring to countries and jurisdictions which have based their legal system on the basis of English common law, eg, UK, US, Australia, Canada, Hong Kong,

2. Sources of English law

1) Case law: law made by judges as seen in the decisions of competent courts:

- Name of case: civil cases are referred to by the names of the parties; criminal cases are referred to as R v the accused, R is for “Rex” or Regina (King or Queen), AG (Attorney General), DPP (Director of Public Prosecutions);
- Case reports: some are official reports, some are published by commercial publisher, eg, QB (Queens Bench) or All ER (All England Report), CLP (Commonwealth Law Report) or ALR (Australian Law Report),
- Binding precedents: decisions of the highest or higher court of land, eg, in UK, House of Lords (HL), High Court (HC); in Australia, HC of the Commonwealth, Supreme Court (SC) of a State; in Hong Kong, the Court of Final Appeal (CFA) or the HC;
- Binding precedent can be a majority decision or a unanimous decision;
- *Ratio decidendi:* Latin, the reason for the decision,
- *Obiter dictum*: something said in passing, judicial comment made in a judgment, but is not directly related to the decision, not binding, but may be persuasive;
- Persuasive authorities: decisions of other jurisdictions, or *obiter dictum*;
- Precedents can be overruled: overruled by a higher court or a later court or by the legislature, overruling by court can be retrospective, by legislature cannot be retrospective;
- Precedents can be distinguished: a precedent will not be followed if it is distinguished from the present case;
- *Per incuriam* (through lack of care) precedents: *Young v Bristol Aeroplane Co Ltd* [1944] KB 718, a case was not decided correctly for a lack of care to the existing statutory provisions.

2). Statutes: law made by the Parliament

- House of Common: elected members;
- House of Lords: appointed members;
- Supremacy of the Parliament;
- Common law principle on the Court’s power to refuse to enforce statute violating rights;

3). Law of European Union: superior to domestic law within the scope of EU Treaty;

3. Common law and Equity:

Common law is a body of case developed since 13th century by the common law court; equity refers to the law of equity as developed by the Court of Chancery to remedy unfairness and unjust of common law, *The Earl of Oxford Case* (1615) established the supremacy of the equity; Judicature Acts 1873-5 established the Chancery Division with the High Court, equity is an independent body of law applied by courts which also apply the common law.

Fusion of common law and equity:

- fusion of the two courts,
- Fusion of the two bodies of laws: in theory and in practice.

4. Court system of UK, see book, pp 7-8, 25-28

1) House of Lords;
2) The Court of Appeal (Civil Division);
3) The Court of Appeal (Criminal Division);
4) The Divisional Courts;
5) First Instance High Court;
6) Magistrates Courts;
7) County Courts;

5. Statutory interpretation:

1) Presumptions: courts may apply presumptions in the interpretation of statutes;
   - Presumption as to territorial application;
   - Presumption that the Act does not bind the Crown;
   - Presumption against any alteration in the common law;
   - Presumption against imposition of strict criminal liability
   - Presumption against an Act removing a vested (property) right;
2) Rules of interpretation:
   - The literal rule;
   - The golden rule;
   - The mischief rule
   - The purposive approach;

6. Introduction to judicial proceedings:

1) Jurisdiction on civil matters:
   - Tribunals;
   - County court;
   - High Court;

2) Appeal concerning civil matters
   - From county courts;

- From High Court;

3) High Court proceedings on civil matters

- Pleadings;
- Discovery and inspection of documents;
- Anton Pillar Orders;
- Payment into court;

4) Enforcement of judgments

- Writ of fieri facias (fifa) or warrant of execution;
- Attachment, garnishee orders
- Charging orders
- Attachment of earnings;
- Writ or warrant of specific delivery;
- Writ of sequestration;
- Writ or warrant of possession;

Estimated teaching time: 4 hours

Readings: the Textbook, pp 3-53.

Chapter Two Contract Law: Making of Contract

1. Meanings of contract:

1) Contractual obligations arise where one person makes a legally enforceable promise to another which puts the promisor under an obligation to perform his/her promise under the sanction of an action against him/her for breach of contract. (Judge, p 57)
2) A contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law. The factor which distinguishes contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contractual parties. This proposition remains generally true, in spite of the fact that it is subject to a number of important qualifications…(Treitel, 9th edn, *Law of Contract*, p 1.)

2. Contract: a promise or agreement?

1) A promise is unilateral;
2) An agreement is mutual;
3) Can a contract be based on an unilateral promise?
4) Should a contract be based on promises made on a reciprocal basis?
5) Rationale for holding promise to be the basis of a contract;
6) Rationale for holding agreement to be the basis of a contract.

3. A classical case of English contract law, *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company*, [1893] 1 QB 256 (CA)

Facts: The proprietors of Carbolic Smoke Ball Company were the defendants. Ms Carlill was the Plaintiff. The D issued an advertisement in which they offered to pay £100 to any person who contracted the influenza after having used one of their smoke balls in a specified manner and for a specified period. The P on the faith of the advertisement bought one of the balls, and used it in the manner and for the period specified, but nevertheless contracted the influenza in January 1892.

The newspaper advertisement contained the following terms:

£100 reward will be paid by the Carbolic Smoke Ball Company to any person who contracts the increasing epidemic influenza, colds, or any disease caused by taking cold, after having used the ball three times daily for two weeks according to the printed directions supplied with each ball. £1000 is deposited with the Alliance Bank, Regent Street, shewing out sincerity in the matter.

Held: At trial, Hawkins J held that the P was entitled to recover £100 from the D, because the D had made a promise in their advertisement and D's intention to be bound by the deposit with the Bank.

On appeal, the Court of Appeal (CA) affirmed the decision of the trial judge, holding the existence of an enforceable contract between the parties.

Lindley LJ held there was no doubt in the language of the advertisement that a binding promise was being made…depositing £1000 with the Bank showed that the ad was not a "mere puff"…holding the existence of a unilateral contract, which came into existence by anyone accepting the universal offer by following D's directions.

Bowen LJ the ad should be read objectively as a reasonable person of the public would understand.. Thus if a person "used three times daily for two weeks the carbolic smoke ball, and then caught cold, he would be entitled to the reward"…"it is not a contract made with all the world…It is an offer to become liable to any one who, before it is retracted, performs the conditions, and, although the offer is made to the world, the contract is made with that limited portion of the public, who come forward and perform the condition on the faith of the ad…

Bowen LJ stated: one cannot doubt that, as an ordinary rule of law, an acceptance of an offer made ought to be notified to the person who makes the offer, in order that the two minds come together… But there is this clear gloss to be made upon that doctrine, that as notification of acceptance is required for the benefit of the person who makes the offer, the person who makes the offer may dispense with notice to himself if he thinks it desirable to do so…performance of the condition is a sufficient acceptance without notification…

Bowen LJ held as to the issue of consideration that inconvenience sustained by one party at the request of the other is enough to create a consideration, which cannot be either a benefit to one party or a detriment to another…

4. Essential elements of contract

1) Matching offer and acceptance: offer and acceptance must match with each other, showing common and true understandings of the parties on essential terms of contract, such as subject-matter, quantity, quality, price, payment and delivery, etc…

2) Intention to be bound: offer and acceptance must show a common intention to create a binding relation between the parties;

3) Consideration: a rather unique legal requirement of common law contract law, which requires both parties to have something known as "consideration" in the agreement reached to make the contract valid; consideration takes the form of either a benefit or a detriment, that has some "value" in the eyes of law.

5. Offer and invitation to treat

1) Offer:

- An offer is an undertaking by the offeror to be contractually bound by the terms of his offer.
- An offer is an expression of willingness to contract on specified terms, made with the intention that it shall become binding as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed (*storer v Manchester CC* [1974] 1 WLR 1403

2) An invitation to treat: a statement showing an intention to invite others to make an

offer, or a statement appears to be similar to an offer but negates an intention to be bound on acceptance.

3) Case study

Pharmaceutical Society of Great Britain v Boots Cash Chemists (Southern) Ltd [1953] 1 QB 401

Facts: Boots were charged with an offence under the Pharmaceutical and Poisons Act 1933, s 18, which requires that sales of poisons in Part I of the Poisons List take place under the supervision of a registered pharmacist. Boots operated a self-service system, and a pharmacist at the cash desk was authorized to prevent the removal of any drug from the premises without supervision.

Customers could pick up drugs from shelves as they wish, but they had to pay at the cash desk before leaving the store. The Government alleged that Boots breached the Act because the sale of drug took place when a customer picked up a drug from the shelf. Boots argued that the sale took place at the cash desk when the customer pays for the drug.

Held: The Trial Court held that the display of goods on a supermarket’s shelf was merely an invitation to treat. The decision was upheld by the Court of Appeal.

Goddard CJ (at trial) stated: I think that it is a well-established principle that the mere exposure of goods for sale by a shopkeeper indicates to the public that he is willing to treat but does not amount to an offer to sell…the customer is informed that he may himself pick up an article and bring it to the shopkeeper with a view to buying it, and if, but only if, the shopkeeper then expresses his willingness to sell, the contract for sale is completed…

Somervell LJ (CA) stated: although goods are displayed and it is intended that customers should go and choose what they want, the contract is not completed until, the customer having indicated the articles which he needs, the shopkeeper, or someone on his behalf, accepts that offer. Then the contract is completed…

3) Issues relating to offer

- Express or implied offer, TB, p 59
- Offers must be communicated, TB, p 59
- Lapse of offer, TB, p 60
- Revocation of offer, TB, p 60
- Termination of offer, TB, p 60

6. Acceptance and relevant rules

1) Meaning: an acceptance is a final and unqualified expression of assent to the terms of an offer.

2) Basis rules concerning acceptance

- Subject to exceptions, acceptance must be communicated to the offeror;

- Acceptance must be unqualified, ie, complying with the terms of the offer., TB, p 62

3) Mere silence does not amount to a valid acceptance, TB , 61

4) The postal rules of acceptance

- Meaning: a postal acceptance takes effect when the letter of acceptance is posted, ie, a letter of acceptance is effective from the time of posting even though the letter may be delayed or lost., TB, p 61-2
- Conditions for use: (a) the post is a suitable means of communication; (b) the letter was properly stamped and addressed; (c) the letter was properly posted.
- The offeror can restrict or exclude the use of post as a means of acceptance.

5) Acceptance by conduct, TB, p 62

6)“subject to contract” amounts to no-acceptance, TB, p 62

7) Case study:

Byrne v *Van Tienhoven* (1880) 5CPD 344

In this case the defendants has sent the plaintiffs an offer on 1st October. This was received on 11th October and immediately accepted by post. However, the defendants had sent a withdrawal by post on 8th October which arrived on 20th October.

Was there a contract?

Holding the postal rule does not apply to withdrawal or revocation of offers .

7. Ascertainment of intention and the relevant rules

1) Express intention
2) Implied intention
3) Other party’s belief as to intention

- A party has reasonable ground to believe the other party’s intention to be bound;
- A party has reasonable ground to believe the other party’s intention to be bound, but he knows the other party’s intention not to be bound;
- A party is uncertain of the other party’s intention

4) Agreements between family and friends, TB, p 68;

5) Commercial agreements containing negative terms, TB, p 69

Estimated teaching time: 6 hours

Readings: the Textbook, pp 57-63..

Chapter Three Contract Law：Consideration

1. Understandings of consideration,

Consideration is a special common law concept. It is a necessary element of a valid contract. As part of the contract law, the meaning of consideration has never been clearly defined by any statute. Instead, we can only ascertain its meanings through a number of cases illustrating the nature of consideration. In a broad term, consideration can be anything which has value in law, such as the actual obtainment of a benefit or avoidance of a detriment.

2. Case study:

1) *Eastwood v Kenyon*, TB, p 63
The P was the guardian of an infant, Sarah Sutcliffe. He borrowed money from a third party to pay for her education and to manage and improve her property. When she came of age she promised to pay off the third party, and the D (whom she later married) made a similar promise. The P sued the D when he refused to pay. P failed, because the D had received no consideration from the P for his promise and although he was under a moral obligation to repay the debt, such an obligation was insufficient upon which to found a contract.

2) *Currie* v *Misa* (1875) LR 10 Ex 153:
"A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given or suffered or undertaken by the other (per Lush J at 162)

3) *Shadwell* v *Shadwell* (1860) 9 CB (NS) 159
An uncle had promised to pay a nephew £150 pa until he was earning 600 guineas pa at the Chancery Bar. But the uncle did not pay all the installments and subsequently died. The nephew sued the uncle's executors. In defense it was argued that the nephew had given no consideration and because he was already bound by his contract of engagement to marry his fiancee his subsequently marrying her could not constitute consideration. However the court took the view that a nephew had suffered "detriment" in marrying his fiancee.

3. Rationale of consideration:

A consideration in its widest sense is the reason, motive, or inducement, by which a man is moved to bind himself by an agreement. It is not for nothing that he consents to impose an obligation upon himself, or to abandon or transfer a right. (Glanville L. Williams ed, 10th ed, 1947)

4. Executed consideration:

A consideration that has been wholly given in response to a promise (or offer), TB, p 64;

5. Executory consideration:

A consideration that is to be given only after the formation of contract.

6. Consideration must be sufficient but need not be adequate

1) *Stilk v Myrick*, TB, p 65

Stilk v *Myrick* (1809) 2 Camp 317 and 6 Esp 129. Stilk was a seaman who had agreed to sail on a ship to the Baltic and back for £5 per month. Originally there were to be eleven of a crew but two deserted. The master could find no replacement for the deserters and he agreed with the remainder of the crew that he would share the wages of the two deserters if the remaining nine would work the ship back to London. Once back in London the Master refused to pay the extra and Stilk sued, but failed. The Ct held that there was no consideration b/c the P was obliged to perform his contractual obligations as a seaman.

Stilk v *Myrick* is subject to two major exceptions: (i) where the promisee does more than he promised and was obliged to do the rule does not apply; and (ii) where circumstances entitling the promisee to refuse to carry out his obligation have occurred before the new promise was made.

2) *Williams* v *Roffey Bros and Nicolls (Contractors Ltd)* [1991] 1 QB 1

The D contracted to refurbish some flats and sub-contracted carpentry work to the P for £20,000. The P ran into financial difficulties after having completed some of the work. The reason was in part that he had underpriced the job in hand and partly because of his inability to supervise his workforce. It was in the D’s interests to ensure that the P finished on time so as to avoid the penalties for late completion set out in their main contract with their employers. So the D agreed to pay the P an extra £10,300 at the rate of £575 per flat to ensure the work was finished on time.

The P subsequently finished eight more flats but the D paid only £1500. The P ceased work and sued for the full £10,300.

One of the grounds which the D relied on was that the P had provided no consideration because he promised only to perform existing contractual duties and under the rule in *Stilk’s case* that was not good consideration. The Court of Appeal rejected that argument on the ground that the P had provided consideration.

The “rule of the case” is expressed by Glidwell J as follows: “(i) if A has entered into a contract with B to do work for, or to supply goods or services to B, in return for payment from B and (ii) at some stage before A has completely performed his

obligations under the contract B has reason to doubt if A will, or will be able to complete his side of the bargain and (iii) B thereupon promises A an additional payment in return for A’s promise to complete his contractual obligations on time and (iv) as a result of giving his promise B obtains in practice a benefit, or obviates a disbenefit, and (v) B’s promise is not given as a result of duress or fraud on the part of A, then(vi) the benefit to B is capable of being consideration for B’s promise, so that the promise will be legally binding”.

7. Past consideration, TB, p 66

8. Consideration must move from the promisee, TB, p 67

9. Promissory estoppel and consideration

Estimated teaching time: 3 hours
Readings: the Textbook, pp 63-68.

Chapter Four Vitiating Elements

1. Meaning of vitiating elements, TB, P 70

Elements whose existence may legally render a contract to be invalid

2. Categories of vitiating elements

1) Based on a lack of true intention: mistake, misrepresentation, duress and undue influence;
2) Illegality or impossibility, (including invalidity in form, ambiguity);
3) Incapacity

3. Mistake

1) Concept

Mistake, which is also known as an erroneous belief, is an element that may negative or nullify consent of a party or parties to contract. In general terms, a mistake of law is not a vitiating element, but a mistake of fact may be. However, it must be remembered that mistake as known in common law jurisdictions has been developed largely on a case by case basis without the guidance of some common principle to rationalize its evolution and classification.

2) Classification of mistake

In terms of classification, mistake can be divided into two main groups: mistake at common law and mistake in equity; whilst mistake at common law may also be divided into two main groups: mistake nullifying consent or mistake negativing consent. There are also other ways to classify mistake, such as unilateral mistake or mutual mistake, as well as mistake as to subject-matter, mistake as to the person, or mistake as to quality or quantity, etc

3) Mistake nullifying consent (consent may be nullified if both parties make a **fundamental** mistake, rationale: extreme injustice v autonomy)

a) Mistake as to the existence of the subject-matter: both parties are mistaken as to the existence of the subject-matter, also a form of mutual common mistake, eg, separation agreement was void b/c the parties have not legally married, *Galoway v Galloway* (1914) 30 TLR 531, or sale of goods which had been unknown to both parties destroyed at the time of contract

b) Mistake as to the possibility of performing the contract: a contract may be impossible to perform due to certain reasons:

- physical impossibility (something physically impossible to do), *Sheikh Bros Ltd v Ochsner* [1957] AC 136, contract agreed that B was to cut and process sisal from A’s land and deliver an average of 50 tons of sisal fibre per month to A, but the

land was incapable of producing 50 tons of sisal fibre per month;

- Legal impossibility (something legally impossible to do), eg, a contract of cooperation to steal a car, or a contract to buy a piece of land owned already by the buyer, *Bell v Level Bros Ltd* [1932] AC 161.
- Commercial impossibility (something lacking commercial viability and thus commercially impossible to perform), *Griffith v Brymer* (1903) 19 TLR 434, a contract for the hire of a room on 26 June 1902 to watch the coronation procession of King Edward VII. However, unknown to both parties the decision to postpone the coronation had been made when the contract was concluded.

4) Mistake negativing consent (mistake may negative consent where both parties are so much at cross-purpose that they do not reach agreement, rationale: lack of true consent due to the existence of a mistake)

- Mistake as to the identify of person, *Cundy v Lindsay* (1878) 3 App Cas 459, Pls received an order for handkerchiefs from a person called Blenkarn, who gave his address as 37 Wood St. His signature looked like Blenkiron & Co, which was a reputable firm carrying on business on 123 Wood St. Pls sent goods to Blenkiron & Co at 37 Wood St. Blenkarn took the goods and sold them to D, but refused to pay Pls. Ct held contract void.
- Mistake as to an attribute (eg, ability to pay) of other person, *King's Norton Metal Co Ltd v Edridge, Merrett & Co Ltd* (1897) 14 TLR 98, Pls received an order for wire from "Hallam & Co", which was described on the letter-head as a big firm having factory and warehouses in various places. However, "Hallam & Co" was only one rogue called Wallis. Pls sent good to Wallis who refused to pay. Goods were sold to D, and Pls sued D to recover the goods. Ct held contract valid.
- Mistake as to person (cases in comparison)
  - *Phillips v Brooks Ltd* [1919] 2 KB 243, a rogue called North bought a ring worth £450, produced a cheque, claimed to be Sir George Bullough (a wealth man) and gave Sir George's address. Pl checked the address in a directory and gave the ring to North, who later pledged the ring with the D. Pl sued D to recover the ring. Ct held contract of sale valid,
  - See *Lewis v Averay* TB 71
- Mistake as to the subject-matter, *Raffles v Wichelhaus* (1864) 2 H & C 906, TB, 72, the D agreed to buy from the P a cargo of cotton to arrive "ex Peerless from Bombay". There were two ships called "Peerless" both sailing from Bombay. The D meant the October Peerless. The P meant the December Peerless. The P sued for the price of the cotton. The court found for the D.

5) Mistake which may not invalidate a contract

- Mistake as to quality which is not fundamental, *Scott v Littledale* (1858) 8 E & B 815, mistake on the quality and price of tea did not make contract invalid at law,
- Compare with *Bell v Level Bros Ltd* [1932] AC 161, compensation paid to a director for termination, CA held to be void, HL held to be valid for both parties

shared the mistake.

6) Difficulties in determining whether a mistake concerning is fundamental, eg, *Bell v Lever Bros*, CA and HL differed; in *Scott v Coulson* [1903] 2 Ch 249, the assured was mistakenly believed to be alive at the time of contract, held contract to be void; in *Associated Japanese Bank v Credit du Nord SA* [1989] 1 WLR 255, contract for the lease of a machinery which did not exist was voidable, and the guarantee contract was void.

7) Mistake as to quantity

Cox v Prentice, (1815) 3 M & S 344, mistake as to the quantity of gold sold, ct allowed the buyer to recover the extra money paid as damage, opening the possibility of treating contract to be voidable or void b/c the buyer was allowed to get full refund at his option.

8) Mistake in equity (supplementary to common law, a contract valid at common law may be voidable in equity)

- *Grist v Bailey* [1967] Ch 532, TB 73
- *A Roberts* TB, p 74
- *Webster, TB, 72*

9) Remedies for mistake at common law

- If a contract is void, it is void from the beginning (void ab initio);
- If a contract is voidable, it can be declared void at the option of the innocent party;

10) remedies for mistake at equity

- Refusal of specific performance; eg, *Wood v Scarth* (1855) 2 K&J 33, contract did not specify the rent intended to take by the landlord, Ct refused specific performance, but ordered the landlord to pay damage
- Rescission, rescind a contract valid at common law, relieving parties from the obligations of further performance, but it can only be used when still possible (eg, no 3rd party interest, subject matter can still be restored);
- Rectification, rectify mistake in the contract as necessary either by ct order or by conduct of the parties or party, generally available to bilateral mistake or discrepancies b/n agreement and contract, and also subject to feasibilities.

4. Misrepresentation

1) Concept

A representation is a statement of fact made by one party in the course of negotiations, inducing the other party to enter into a contract. A misrepresentation, being a false assertion of fact, commonly takes the form of spoken or written words. The general rule is that no relief will be given for a misrepresentation as such unless it is a statement of existing fact.

2) Meaning of statement: including oral presentation, writing, gesture, nod, wink or other conduct, eg, *Horsfall v Thomas* (1862) 1 H & C 90,

3) Statements not constituting misrepresentation

- Statement of law, TB, p 74
- Statement of intention, TB, p 74
- Statement of opinion, TB, p 75

4) Silence and misrepresentation

- Silence is not generally a misrepresentation, unless special circumstance exists;
- silence distorts a positive representation, TB, p 75;
- the contract requires utmost good faith, TB, p 75
- the parties are in a fiduciary relationship, TB, p 76

5) Misrepresentation and inducement

- Generally speaking, misrepresentation is irrelevant if it has not induced the recipient to enter into contract, ie, issue of reliance;
- Unaware of misrepresentation, TB, p 76
- Misrepresentation did not affect judgment, TB, p 76
- knowledge that misrepresentation was untrue, TB, p 76

6) Types misrepresentation and remedies

- Fraudulent; TB, p 77
- Negligent, TB, p 77
- Wholly innocent, TB, p 77

5. Duress

1) Concept

Duress is any illegitimate threat which constitutes a coercion which vitiates consent. A contract is voidable at common law if it was made under duress

2) Forms of duress:

physical threat, unlawful constraint, economic duress, destroy something valuable, etc, TB, pp 78-9

3) Remedies,

voidable at option of the party under duress, a defense to non-performance

6. Undue influence

1) Concept:

undue influence is unfair persuasion of a party who is under the domination of the person exercising the persuasion or who by virtue of the relation b/n them is justified in assuming that the person will not act in a manner inconsistent with his welfare. Undue

influence excludes free consent of another person.

2) Types of undue influence

- Existence of special relationship which has affected the consent of another party; TB, p 79
- Unequal bargaining position, TB, p 80
- Others

3) Remedies: voidable at equity

7. Unconscionable bargains

1) concept: a bargain was said to be unconscionable at law if on the one hand no man in his senses and not under delusion would make and on the other no honest and fair man would accept.
2) Reasons leading to unconscionability, poverty, ignorance, unfair advantages, etc
3) Remedies: equitable and necessary remedies

8. Public policy and illegality

1) Concepts:

Public policy and law may decide a contract to be void or illegal, but public policy and law are two different grounds for determining validity of a contract. "Public policy" refers to principles, standards or criteria regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society. Law refers to a body of rules developed by the legislature or court to guide human activities and relations of human society.

2) Illegal contracts

- Making of contract amounts to a legal wrong, eg, contract to defraud a third party, contract to breach another contract; *Langton v Hughes* (1813） 1 M & S 593, sale of Spanish juice, isinglass, and ginger to a brewer knowing that the latter intended to put them into his beer in contravention of the law allowing the use of only malt and hops to flavor beer.
- Immoral contracts, *Benyon v Nettleford*, TB, 81; *Pearce v Brooks*, TB, p 81
- Contract to commit a crime, contract killing, contract to steal;
- Contracts prejudiced to the administration of justice, *John v Mendoza* [1939] 1 KB 141, TB, p 81, contract to provide false evidence (differences b/n illegality in law and prejudice to the administration of justice)
- Corruption, *Parkinson*, TB p 82
- Illegality by the law of another country, TB, 81
- Effect of illegality: TB, pp 82-3

3) Contracts void for public policy

- Contract to oust the jurisdiction of the court, TB, p 83;

- Contracts in restraint of trade, TB, pp 84-5;
- Wagering contracts, TB, p 85
- Effect of a void contract, TB, p 86

9. Contract and formality requirements

Certain contracts must be made or evidenced in writing. In the absence of necessary formality, a contract may be void. TB, pp 6-7.

10. Capacity and validity of contract

A contract may be invalid for a lack of capacity to contract. TB, pp 87-90.

Estimated teaching time: 7 hours
Readings: the Textbook, pp 70-86.

Chapter Five Terms of Contract

1. Meanings: terms are the undertakings contained in the contract. TB, p 90

2.Classification of terms: conditions and warranties

1) intention: TB, 91
2) Seriousness of breach, TB, 92;
3) Treating condition as warranty, TB, p 93
4) Condition precedent and subsequent, TB, p 93

3. Implied terms

1) By court, TB, p 90
2) By statute, TB, p 91

4. Exclusion or exemption clauses

1) meaning: an exclusion or exemption clause unfairly excludes or exempts a party from liability
2) Problem: balancing autonomy and fairness
3) Means of control: statute and common law
4) Common law control:

- Denying the incorporation of exclusion clause, TB 93-4, (signature and notice essential)
- Limiting scope through interpretation, TB 94-5, (ambiguity of clause essential)
- Restricting the scope of the protection, TB 96, (refusing to extend application)

5) Statutory protection: the Unfair Contract Terms Act 1977, TB, p 95

- Prohibiting exclusion of liability for negligence; TB, p 95
- Reasonableness test, TB, p 95-6

5. Incomplete or inchoate agreements,

1) issue: how to deal with incomplete or inchoate terms of contract
2) Cases, TB, 96-7

Estimated teaching time: 2 hours
Readings: the Textbook, pp 91-97.

Chapter Six Discharge of Contracts

1. Concept:

A contract can be discharged by performance, by agreement, by acceptance of breach or by frustration

2. Discharge by performance

1) Effect of discharge? *Cutter v Power*, TB, P 97
2) Failure to complete is other party’s faulty, TB, p 98
3) Partial performance has been accepted, TB, p 98
4) Substantial performance, TB, p 98

3. Discharge by agreement

1) How to establish agreement, TB, p 99
2) Promissory estoppel, meaning, TB, p 99
3) Novation,

- Meaning: the act of substituting for an old obligation a new one that either replaces an existing obligation with a new obligation or replaces an original party with a new party,
- Eg, substitute a debtor or creditor with another, *Miller* (1876) 3 CH D 391, new insurance company agreed to continue a policy if the insured paid future premiums to it, held liable to the insured,

4. Discharge by acceptance of breach

1) Give consent to breach;
2) Give consent to anticipatory breach, TB, p 100-1

5. Discharge by frustration

1) concept: performance of a contract becomes entirely impossible without fault of either party or due to some unforeseen event beyond control of the parties
2) Examples and types of frustration, TB, pp 101-2
3) Effect of frustration, TB, pp 102-3

Estimated teaching time: 2 hours
Readings: the Textbook, pp 91-97.

Chapter Seven Law of Tort

1. Meanings of tort:

1) A civil wrong for which a remedy may be obtained, or a breach of a duty imposed by law on a person in a relation to another;
2) The branch of law dealing with such wrongs

2. Purpose of the law of tort (tort law)

1) Tort law regulates the behavior of individuals and legal persons in their commercial and social activities.
2) Tort law establishes uniform standards for performing one's duty based on relationship recognized by law.

3. Categories of tort

1) Torts affecting persons, TB, p 105
2) Torts affecting property, TB, pp 105-6
3) Torts affecting economic right, TB, p 106
4) Torts affecting right generally, TB, p 107

4. Differences b/n contract and tort

1) Contractual relations based on contracts
2) Tortious relations based on special relations recognized or imposed by law

5. Case study

Yuen Tat-cheong & Anor v Urban Council [1988] HKLR 723

A three-and-a-half years old boy and his mother were waiting to cross the road, an unlicensed hawker fleeing from the Urban Council General Duty Team ran past them with his cart. A wok containing boiling oil fell from the cart, badly scalding he boy's head, face and leg. His mother sued Urban Council in tort.

Held: no special relations existed b/n law enforcement and injury, Pls failed.

6. Origin of modern tort law

Donoghue v Stevenson [1932] AC 52

In a café, Mrs Donoghue's friend bought a bottle of ginger beer for Mrs Donoghue and opened the bottle for her. Mrs Donoghue drank one glassful. As her friend refilled her glass, a rotting snail allegedly dropped out of the bottle into the glass. As a result of the accident, Mrs Donoghue claimed to have suffered shock and a serious stomach disorder. She sued the manufacturer of the ginger beer for negligence.

The case established the principle that a manufacturer owes a legal duty of care to all persons likely to come into contact with his goods, Atkin LJ stated:

The rule that you are to love your neighbor becomes in law: you must not injury your neighbor and the lawyer’s question who is my neighbor receives a restricted reply. You must take care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbor. Who then, in law, is my neighbor? The answer seems to be- persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which called in question.

7. Negligence

1) concept:

- The failure to exercise the standard of care that a reasonably prudent person would have exercised in a similar situation;
- Any unintentionally conduct that falls below the legal standard established to protect others against unreasonable risk of harm

2) Major elements of negligence

- Duty of care;
- Breach of duty;
- Causation;
- Damages

3) Establishing legal duty of care,

- Standard, TB p 112, *Stevenson*
- Open categories of tort, TB, p 113
- Physical and psychiatric injuries, TB, p 113,114
- Foreseeability, TB, p 113-4
- Rescuer’s duty, TB, p 115

4) Restricting extension of duty of care,
Public policy consideration, TB pp 115-7

5) Negligent misstatement

- Why an issue?
- Economic loss issue and how to establish duty of care, TB, pp 117-8

6）Breach of duty of care

- Reasonable person test: whether a person has acted in a reasonable manner in performing his duty of care in the circumstances concerned;
- Factors for determining reasonableness and circumstances: likelihood of harms; seriousness of the risk and possible injury; reasonableness of the person’s act; adequacy of the measures taken as opposed to the risk involved

- Likelihood of harm, TB , p 118
- Seriousness of risk and injury, TB, p 118
- reasonableness of the person’s act, TB, p 118
- adequacy of the measures taken, TB, p 119
- Burden of proof, TB, p 119 (res ipsa loguitur: the thing speaks for itself)

7) Causation, TB, p 120 (“but for test”,)

8) damages:
- There is damage;
- Damage is not too remote: foreseeablity of damages

9) Defences to an action for negligence
- Exemption clause, TB, p 120
- Volenti non fit injuria (a person is not wronged by what he consents), TB, p 120
- Contributory negligence, TB, 123

8. Occupier’s liability

1) concept: a particular type of tort, based on both statute and common law duty, TB p 122
2) Definition of occupier, TB, p 122
3) Persons protected,
- Visitors, TB, p 122
- Children, TB, p 123
- People on the property in a professional capacity, TB, p 123

9. Nuisance

1) concept: a condition, situation or an act that interferes with the use or enjoyment of property, often being subject to strict liability
2) Public and private nuisance distinguished, TB, p 125
3) Nuisance and negligence, TB, p 126
4) Types of private nuisance:
- Indirect interference causing material damage to property, TB, p 126
- Interference with enjoyment of property, TB, p 127

5) Factors for establishing nuisance
- Malice on the part of the defendant;
- Social value of defendant’s activity;
- The suitability of the locality;
- Cost of avoiding the nuisance;
- The sensitivity of the plaintiff.

6) Who can sue in respect of private nuisance, TB, pp 1289
7) Who can be sued for liability in nuisance, TB, p 129

10. The Rule in Rylands v Fletcher

1) What is the rule? TB, p 130
2) Bringing on to his land, TB, p 130
3) The thing must be likely to do harm if it escapes, TB, p 131
4) The use of land must be unnatural, TB, p 131
5) The thing must escape;
6) Defences to Rylands v Fletcher

- Act of God, TB, 132;
- Act of stranger, TB, p 132;
- Contributory negligence, TB, p 133;
- Statutory authority, TB, p 133;
- Consent of the Pls, TB, p 133;
- Remoteness of damage, TB, p 133;
- Relationship with other torts, TB, p 133.

Estimated teaching time: 8 hours

Readings: the Textbook, pp 105-133..

Chapter Eight Sale of Goods Contracts

1.Legal framework for sale of goods in common law jurisdictions

TB, p 395

2. Relations b/n sale of goods law and contract law

Sale of goods law is a particular form of contract law in common law jurisdictions

3. Meaning of goods, TB, p 395

4. Implied terms in sale of goods contracts

1) Meaning of implied terms: terms incorporated into sales contracts by statute
2) Right to sell, TB, pp 396-7
3) Fitness for purpose, TB, pp 401-2
4) Merchantable quality, TB, p 399
5) Compliance with description, TB, p 398
6) Conformity with sample, TB, p 403

5. Conditions and warranty, TB, p 404

6. Passing of property and risk

1) General rules, TB, p 406-7
2) Specific and unascertained goods, TB, p 407
3) Rules relating to passing of property of specific goods, TB, pp 407-9
4) Property issue arising from undivided share in goods forming part of a bulk, TB, p 410
5) Passing of property in unascertained goods, TB, p 411-3

7. Sale by non-owner

1) *Nemo dat* rule, TB, p 413
2) Exception to *nemo dat*, TB, pp 413-8

8. Delivery, TB, p 419

9. Installment delivery, TB, p 419

10. Right of unpaid seller against the goods, TB, pp 421-4

1) seller’s lien, TB, p 422;
2) Right of stoppage in transit, TB, p 422;
3) Right of resale, TB, p 423

11. Remedies of the seller

1) Action for price, TB, p 24;
2) Damage for non-acceptance, TB, p 424;

12. Remedies of the buyer

1) Damages for non-delivery, TB, p 424;
2) Damage for breach of warranty, TB, p 425

Estimated teaching time: 2 hours
Readings: the Textbook, pp 395-431。

The last two hours are reserved for examination

Past Examination Papers

普通法商法原则 2004-5 第一学期试卷

Instructions for Examination:

1. This is an open book examination.
2. Students are required to answer only two questions from the examination paper.
3. Students may answer the questions in either English or Chinese.
4. Each question is worth 50 marks.
5. The duration of the examination is two hours from 7-9 pm.

Question 1 (50 marks)

Newidea Company (referred to as Newidea) signed a contract with Richowner Company (referred to as Richowner) to renovate an old building owned by Richowner for a price of $1.5 million. The contract required the renovations to be completed by 30 September 2003. A payment of $0.5 million was made in advance. In June 2003, it became clear that Newidea would not be able to complete the work at the agreed time, and Newidea asked Richowner to pay 0.5 million more in contract price, claiming the increase to be justified because of the increased costs of labour and materials. Richowner was under pressure to complete the renovation work on time and thus agreed to pay the additional cost of 0.5 million. The work was completed before 30 September 2003. Richowner now refused to pay the additional cost.

Newidea comes to you for advice. Advise Newidea.

Question 2 (50 marks)

Wong published an advertisement on local newspapers, stating: 'Three-bed room flat, 780 square feet, for the price of HK$5.5 million or best offer'. Li visited the flat on Wednesday and offered HK$4.8 million. Wong asked for HK$5.2 million and advised Li that the price was valid till Sunday. Wong also requested Li to inform him of his decision in writing if the price was to be accepted by Li. On Friday, Li left a message with Wong's pager saying that he was interested in the flat and asked Wong not to sell it until next Tuesday. On Saturday, Li was told by his wife that a neighbour had bought the flat for HK$5.2 million. On Sunday, Li called Wong for the sale of the flat and was told that the flat had been sold.

Li comes to you for advice. Advice Li.

Question 3 (50 marks)

Landcomp Company owns a new shopping centre in Kowloon Tong. The maintenance

work has been contracted to TT Company. In June 1999, TT Company was carrying on a major maintenance work on one of the escalators. When the workers restarted the escalator, a little boy of three year old who was playing in the escalator fell down from upstairs and was injured. It turned out that the up entrance of the escalator was unguarded at the time of repair, but a warning sign was placed at the entrance. The mother of the boy who was talking to a friend at the time of the accident suffered a nervous shock because of the accident. Landcomp has never asked about the safety procedures of TT Company's operation, because TT Company is a well-known company with good reputation. .

Comment on the tortious liability arising from the aforesaid facts.

普通法商法原则 2005-6 第一学期试卷

Instructions for Examination:

6. This is an open book examination.
7. Students are required to answer only two questions from the examination paper.
8. Students may answer the questions in either English or Chinese.
9. Each question is worth 50 marks.
10. The duration of the examination is two hours from 7-9 pm.

Question 1 (50 marks)

David is a famous writer. In June 2003, he signed a contract with New TV Company to transfer his copyright in one of his novels for the price of one dollar to the latter, which would make a TV series based on the novel. In October 2005, a number of television stations began to broadcast the series. David is very disappointed by the series because the changes made to the image of the main character in the original novel. David intends to stop the show. He argues that the contract between him and New TV Company is invalid because the fee for transfer of copyright is too low.

Advise David.

Question 2 (50 marks)

Xing Development Company is a real estate agent. On 1 November 2004, it advertised in the notice board outside its office, the sale of a four-bedroom flat at the price of RMB2 million or the best offer. The advertisement also stated that the offer was valid till 20 November 2004. On 15 November 2004, Susan visited the flat and offered to buy the place at the price of RMB1.5 million. Mr Lin of the Xing Development Company told Susan that he must seek approval from the owner. On 16 November 2004, Mr Lin informed Susan that the owner was prepared to sell at the price of RMB1.8 million and that the offer would be open till 6 p.m. on 20 November 2004. At 5 p.m. on 20 November 2004, Susan called Mr Lin stating that she was prepared to pay RMB1.6 million for the flat, but was told that the flat had been sold to another buyer at 4 p.m. that afternoon. Susan comes to you for advice.

Advise Susan.

Question 3 (50 marks)

Martin and Karen went to a cafe shop for lunch. Martin bought a bottle of apple juice for Karen, who later discovered that there was a piece of toothpick in the bottle. Karen took the bottle to the shop owner and asked him to replace it. The owner refused to do so and said that the shop was not responsible for this. Karen was very angry. On her way back to her seat, she slipped and broke her right leg. Part of the floor was slippery because a customer spilt a cup of coffee there about five minutes earlier. The shop owner knew the floor was slippery, but was too busy to do anything about it.

Advise Karen on her remedies in tort.

普通法商法原则 2005-6 第一学期试卷

Instructions for Examination:

11. This is an open book examination.
12. Students are required to answer only two questions from the examination paper.
13. Students may answer the questions in either English or Chinese.
14. Each question is worth 50 marks.
15. The duration of the examination is two hours （lecture hours）.

Question 1 (50 marks)

Hongwell is a Hong Kong registered company, and Forta is a Beijing registered company. On 5 September 2006, Forta sent an email message to Hongwell, stating: "we have hot rolled steel strip for sale, grade Q235B, CIF price US$150/ton, send us a confirmation form before 20 September 2006 if you are interested in buying." On 10 September 2006, Hongwell sent a confirmation form by post to Forta, stating: "we wish to buy 20000 tons of hot rolled steel strip, Q235B, CIF US$150/ton, Seattle, delivered before 10 October 2006." On 20 September 2006, Hongwell called Forta asking whether Forta could deliver 20000 tons of hot rolled steel strip before 8 October 2006 and only found out that Forta had never received the confirmation form. Forta also stated that they could not deliver any steel strip until December 2006 because they had received too many purchase orders. Hongwell had singed a contract of sale with a buyer in Seattle to sell the 20000 tons of hot rolled steel strip and would have to pay penalty if the goods cannot be delivered in October 2006.

Hongwell came to you for advice. Advise Hongwell according to common law rules.

Question 2 (50 marks)

Matop is a public company in Hong Kong. It bought a private company specializing in advertising business in Beijing. After the purchase, Matop discovered it could not register as the owner of the Beijing company because the law of Mainland China does not permit a Hong Kong investor to own 100% shares in any advertising company. A brochure of the Beijing company sent to another Hong Kong investor stated that there is no restriction on foreign ownership in advertising sector and the company had made a profit of US$5 million in 2005. Both statements turned out to be incorrect, but Matop did not read the brochure until it had bought the Beijing company.

Advise Matop what is its remedy under common law rules.

Question 3 (50 marks)

Susan is a student of X university. She went to Z university to attend a public seminar. After the seminar she went to the bathhouse of Z university for a bath. The bathhouse is open to the students of Z university only. Susan's boy friend who is a student of Z university helped her to get a ticket. After the bath, Susan discovered that her mobile and purse were missing. It was late agreed that someone probably had a master key for the lockers and had used the key to steal Susan's mobile and purse.

Comment on the case by reference to Tort law principles of common law jurisdictions.

《国际贸易法》教学大纲

成晓霞　编写

目　录

说　明 40
第一章　绪　论 40
第一节　国际贸易法的概念和组成 40
一、国际贸易法的概念 40
二、国际贸易法的组成 40
第二节　国际贸易法的渊源 40
一、国际贸易法的渊源 40
二、其他法律文件 40
第三节　国际贸易法的主体 40
一、国家 40
二、国际组织 40
三、法人及非法人经济组织 40
四、自然人 41
第四节　国际贸易法的基本原则 41
复习与思考题 41
拓展阅读书目 41
第二章　国际货物买卖法概述 42
第一节　国际货物买卖的国内立法 42
一、大陆法系国家的相关立法 42
二、英美法系国家的相关立法 42
第二节　有关国际货物买卖的国际公约 43
一、国际货物买卖统一法公约 43
二、《联合国国际货物买卖合同公约》 43
第三节　有关国际货物买卖的国际惯例 43
一、国际贸易惯例的产生和效力 43
二、主要的国际贸易惯例规则 43
三、与国际贸易惯例有关的其他国际贸易法律文件 44
复习与思考题 44
拓展阅读书目 44
第三章　国际贸易术语 45
第一节　《2000 年国际贸易术语解释通则》 45
一、E 组 45
二、F 组 45
三、C 组 45
四、D 组 45
第二节　1932 年《华沙－－牛津规则》 46
一、规则的产生 46
二、《1932 年华沙一牛津规则》的主要内容 46
第三节　《美国对外贸易定义修订本》 46
一、产生 46

二、《美国对外贸易定义修订本》的主要内容 46
复习与思考题 47
拓展阅读书目 47
第四章　国际货物买卖合同 48
第一节　国际货物买卖合同的成立 48
一、国际货物买卖合同的判断标准 48
二、国际货物买卖合同的成立过程 48
三、合同的形式 48
四、国际货物买卖合同的主要条款 49
第二节　国际货物买卖合同的履行 49
一、国际货物买卖合同买卖双方的义务 49
二、国际货物买卖合同的违约救济 49
第三节　国际货物买卖中的货物风险转移 49
一、风险转移的理解和后果 49
二、联合国国际货物买卖公约关于风险转移的规定和特点 49
复习与思考题 49
拓展阅读书目 49
第五章　国际货物运输法 50
第一节　国际海上货物运输法 50
一、国际海上货物运输的种类 50
二、班轮运输 50
三、调整班轮运输的国际公约 51
第二节　国际航空货物运输法 51
一、国际航空货物运输合同和航空运单 51
二、有关国际航空货物运输的国际公约 51
第三节　国际铁路货物运输法 51
一、国际铁路货物运输概述 51
二、有关国际铁路货物运输的国际公约 51
第四节　国际货物多式联运 52
一、国际多式联运概述 52
二、《国际货物多式联运公约》 52
第五节　国际货物运输代理及实务 52
一、国际货运代理概述 52
二、国际海上货物运输代理实务 52
三、国际货运代理中的仓储 54
复习与思考题 55
拓展阅读书目 55
第六章　国际货物运输保险法 56
第一节　国际货物运输保险的基本原则 56
一、保险利益原则 56
二、最大诚信原则 56
三、损失补偿原则 56
四、近因原则 56

第二节　国际货物运输保险合同 56
一、国际货物运输保险合同的订立、变更和终止 56
二、国际货物运输保险合同的内容 57
三、国际海上货物运输保险条款 57
第三节　集装箱货物保险 57
一、集装箱货损事故及主要原因 57
二、集装箱保险 58
三、集装箱货物保险 58
四、集装箱保险事故的理赔和索赔 58
复习与思考题 58
拓展阅读书目 58
第七章　国际贸易支付 59
第一节　国际贸易支付工具 59
一、国际贸易支付工具概述 59
二、汇票 59
第二节　国际贸易支付方式 59
一、托收 59
二、信用证 59
复习与思考题 60
拓展阅读书目 60
第八章　我国的对外贸易管理法律制度 61
第一节　对外贸易法律制度概述 61
一、对外贸易法律制度的概念 61
二、对外贸易法律制度的基本特点 61
三、对外贸易法具有特殊重要的地位和作用 61
四、国际贸易的基本规则 62
第二节　我国对外贸易法律制度 62
一、我国对外贸易法律制度的组成及其特点 62
二、2004 年《对外贸易法》的主要内容 62
第三节　进出口管理的具体法律制度 63
一、关税管理制度 63
二、贸易救济措施制度 64
三、进口配额制度 64
四、进出口许可证措施 64
五、进出口货物检验制度 64
六、原产地规则 65
七、进出口货物外汇管理制度 65
八、政府采购制度 65
九、国际服务贸易的管理 65
十、技术进出口管理制度 66
复习与思考题 66
拓展阅读书目 66
第九章　管制限制性商业行为的法律 67

第一节　限制性商业行为的概述 67
一、限制性商业行为的定义 67
二、限制性商业行为的表现 67
第二节　反垄断法、反不正当竞争法和竞争法 67
一、反垄断法 67
二、反不正当竞争法 67
三、竞争法 68
四、反垄断法和反不正当竞争法的区别 68
第三节　各国竞争法 68
一、美国反托拉斯法 68
二、欧盟竞争法 69
三、中国竞争法 69
第四节　管制限制性商业的国际立法 70
一、多边协议的管制限制性商业惯例的公平原则和规则 70
二、《保护工业产权巴黎工业公约》关于限制性商业惯例的规定 70
复习与思考题 70
拓展阅读书目 70
第十章　区域贸易协定 71
第一节　关税同盟和自由贸易区 71
一、总协定第 24 条关税同盟和自由经济区 71
二、成立关税同盟和自由贸易区的目的 71
三、关税同盟和自由贸易区涵盖的贸易范围 71
四、关税同盟和自由贸易区协议结果 71
五、签订关税同盟和自由贸易区协议的审查程序 71
六、对受影响的区外成员的补偿 72
七、过渡期 72
八、服务贸易总协定（GATS）第五条经济一体化 72
九、区域经济一体化实践 72
第二节　北美自由贸易区 72
一、北美自由贸易协议概述 72
二、北美自由贸易协议的宗旨 72
三、北美自由贸易协议的特点 73
四、北美自由贸易协议的结构与主要内容 73
第三节　中国东盟自由贸易区 73
一、建立中国东盟自由贸易区概况 73
二、《框架协议》和《货物贸易协议》的主要内容 73
三、根据《货物贸易协议》，中国和东盟到 2010 年将取消大部分产品的关税，未来几年的降税安排 73
复习与思考题 73
拓展阅读书目 74

说　明

本大纲适用于在学习国际经济法后选修国际贸易法，因此，该课程的授课重点将侧重扩大广度和增加深度。

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际贸易法的范围及其在国际经济法中的法律地位。学生应掌握国际贸易法的概念、渊源和主体、基本原则。

学时分配：1～2 课时

第一节　国际贸易法的概念和组成

一、国际贸易法的概念

国际贸易法是国际经济法的分支部门，是调整跨越国境的国际贸易关系的法律规范的总和。

二、国际贸易法的组成

国际贸易法主要由国际货物贸易法、国际服务贸易法和国际技术贸易法组成。但鉴于国际技术贸易法单独作为一门课程，因此，国际技术贸易法不在本课程的授课范围之内。

第二节　国际贸易法的渊源

一、国际贸易法的渊源

国际渊源：国际条约、国际惯例
国际渊源：国内立法、国内判例

二、其他法律文件

示范法及其性质
标准格式合同及其性质

第三节　国际贸易法的主体

一、国家

二、国际组织

重点介绍与国际贸易活动有密切关系的国际组织，例如联合国贸发会议、联合国国际贸易法委员会等。

三、法人及非法人经济组织

四、自然人

第四节　国际贸易法的基本原则

国际贸易法的基本原则是国际法基本原则在经济领域的体现。

复习与思考题

1．国际贸易法的概念
2．国际贸易法的渊源
3．国际贸易法的主体
4．国际贸易法的基本原则？
5．国际贸易法的特点？
6．国际贸易法和其他学科的联系和区别？

拓展阅读书目

《微观经济学 （第五篇 国际贸易与世界经济）》（保罗.萨缪尔森、威廉.诺德豪斯著，华夏出版社 1999 年 9 月第一版）

第二章　国际货物买卖法概述

本章教学目的和基本要求：本章是国际贸易法的核心。由于我国有关货物买卖的国内法另开其他课程，因此，本章重点介绍有关国际货物买卖的国际公约和国际惯例。学生应掌握国际货物买卖的主要公约、惯例规则及其特点和内容。

学时分配：1～2 课时

第一节　国际货物买卖的国内立法

尽管有关国际货物买卖的国际公约、惯例正日益增多和完善，但离国际货物买卖法的统一还有相当大的距离。各国法院或仲裁机构在处理国际货物买卖合同争议时，仍需借助国际私法规则选择适用某个国家的国内法。因此，各国有关货物买卖的国内法仍是国际货物买卖法的重要渊源之一。

一、大陆法系国家的相关立法

在大陆法国家，买卖法一般作为债编的组成部分编入民法典，如《法国民法典》第三编第二章，《德国民法典》第二编第二章。这些法典通常没有专门针对货物买卖的法律条款，而把货物买卖视为动产买卖的一种统一加以规定。

中国与国际货物买卖相关的国内立法是《民法通则》与《合同法》、《对外贸易法》等等。

二、英美法系国家的相关立法

鉴于与其他课程的协调问题，本课程将重点介绍《美国统一商法典法－－买卖篇》和英国《1893 年货物买卖法》及其新发展，以扩充重要的相关知识。

（一）《美国统一商法典》

该法典是世界上最著名的法典之一，与货物买卖有关的规定是在统一商法典的第二篇买卖之中。其内容包括简称、解释原则和适用范围；合同的形式、订立和修改；当事人的一般义务和合同的解释；所有权，债权人和善意购买人；履约、违约、毁约和免责；救济，共计 7 章 104 条。凡买卖篇中没有涉及到的问题，则需要适用普通法的一般原则。

（二）英国 1893 年货物买卖法

货物买卖法是由商人习惯法发展起来的。与其它部门法相比，它带有鲜明的习惯法的烙印。在 17—19 世纪期间，中世纪的商人习惯法被纳入各国国内法体系，英国《货物买卖法》也是在这一期间编纂而成的。随着社会的发展和贸易环境的不断变化，英国《货物买卖法》也在不断演进，并体现出了时代的特征。

英国货物买卖法的新发展：英国议会 1994 年 11 月通过了 david clellard 议员关于货物销售和提供法案的动议，法案依个人提案程序审议通过，于 1995 年 1 月 3 日生效。法案采纳了英国法律委员会（law commission）1987 年关于货物销售和提供法的报告中的建议，对《1979 年货物买卖法》（the sale of goods act 1979；以下简称为“1979 年法”）作了一些重大修改，其范围主要有以下几个方面：1.著名的“适于商销的品质”（merchantable quality）默示条款为“令人满意的品质”（satisfactory quality）默示条款所取代；2.在非消费者合同中（non-consumer contract），当卖方违反 1994 年法第 13 条到第 15 条有关货物品质的默示条款时（注：第 13 条有关货物须符合合同说明的默示条款；第 14 条有关货物须具有“令人满意”的品质的默示条款；第 15 条是有关货物须与样品相符的默示条款。），如果因此带来的危害后果非常轻微，以致于允许买方拒收货

物是不合适的，买方将丧失拒收货物并撤销合同的权利；3.澄清检验货物的权利与因接受（acceptance）而丧失拒收货物的权利之间纠缠不清的关系；4.赋与买方整项合同下拒收部分货物的权利。

第二节　有关国际货物买卖的国际公约

一、国际货物买卖统一法公约

《国际货物买卖统一法公约》和《国际货物买卖合同成立统一法公约》于 1926 年由国际联盟下属的罗马国际统一私法协会起草，分别于 1972 年 8 月 18 日、1972 年 8 月 23 日生效。由于本公约存在若干缺陷，接受国家不多。

二、《联合国国际货物买卖合同公约》

1966 年联合国国际贸易法委员会成立后组织了专门工作组——“国际货物买卖工作组”

对两个海牙公约进行修改，并决定将两个公约合并为《联合国国际货物买卖合同公约》（也称维也纳销售合同公约）草案。1980 年 3 月，在 62 个国家代表参加的维也纳外交会议上正式通过，并提出了补充和修改意见。自 1988 年 1 月正日起，该公约对包括我国在内的 11 个成员国生效。我国在核准加人该公的时，对其第 1 条（l）款（b）和第 11 条的规定作了保留。

公约的宗旨是以建立新的国际经济秩序为目标，在平等互利的基础上发展国际贸易，促进各国间的友好关系。

（一）公约的内容

公约共分四部分 101 条。第一、四部分规定适用范围和最后条款；第二、三部分规定合同的成立与货物买卖。

公约仅适用合同的订立和买卖双方的权利、义务，而不涉及：（l）合同的政机或其任何条款的效力或惯例的效力；2）合同对所有权的影响；3）货物对人身造成伤亡或损害的产品责任问题。凡公约未适用的问题，可依照双方业已同意的惯例或依据合同适用的国内法予以解决。

（二）公约的适用范围

公约适用于：缔约国中营业地分处不同国家的当事人之间的货物买卖；或由国际私法规则导致适用某一缔约国法律。

公约用排除法，列举了不适用公约的货物买卖：（l）股票、债券、票据、货币和其他投资证券的交易；2）船舶、飞机、气垫船的买卖；3）电力的买卖；以及 4）卖方的主要义务在于提供劳务或其他服务的买卖。此外，公约不适用：5）仅供私人、家人或家庭使用的货物买卖；6）由拍卖方式进行的销售；7）根据法律执行令状或其他令状的销售。

第三节　有关国际货物买卖的国际惯例

一、国际贸易惯例的产生和效力

国际贸易惯例是民间组织制定的标准规则和共同条件。标准规则和共同条件具有任意性，当事人可选择适用。

二、主要的国际贸易惯例规则

主要国际贸易惯例有《2000 年国际贸易术语解释通则》，《1932 年华沙—牛津规则》，《美

国 1941 年对外贸易定义》等。最有影响、并在实践中得到广泛使用的是国际商会编纂的《2000 年国际贸易术语解释通则》。该通则是巴黎国际商会以国际贸易中应用最为广泛的国际惯例为基础，于 1936 年公布。并以此为修改起点，由 1953 年、1967 年、1976 年、1980 年和 2000 年公布的通则作为补充和修改而成。

三、与国际贸易惯例有关的其他国际贸易法律文件

该部分将重点介绍《国际商事合同通则》的产生、发展和特点。

复习与思考题

1．国际货物销售合同公约的适用范围
2．主要的国际贸易惯例规则及其特点
3．国际商事合同通则的特点
4．《美国统一商法典》、《英国货物买卖法》对国际贸易法发展的影响？

拓展阅读书目

1．《美国统一商法典（第二篇）》
2．《英国 1974 年货物买卖法》、《1994 年货物销售和提供法》
3．《英国货物买卖法:判例与评论》（法律出版社 2003 年 2 月 1 日第一版）
4．美国《统一商法典》及其正式评述.第三卷（中国人民大学出版社）

第三章　国际贸易术语

本章教学目的和基本要求：本章旨在深入介绍《2000 年国际贸易术语解释通则》、《美国对外贸易定义修订本》 和《华沙－－牛津规则》。学生应掌握上述规则的特点以及主要的国际贸易术语的应用。

学时分配：1～2 课时

第一节　《2000 年国际贸易术语解释通则》

所谓贸易术语，是以不同的交货地点为标准，用简短的概念或英文缩写字母表示商品的价格构成以及买卖双方在交易中的费用、责任与风险的划分。贸易术语是国际贸易惯例的一种。《2000 年国际贸易术语解释通则》把 13 个贸易术语按照卖方承担义务的大小分为 E、F、C、D 四组。本节重点介绍各个国际贸易术语的特点、应用。

一、E 组

包括一个贸易术语 EXW［全称 EX　Works（…named place）］意思是工厂交货（指定地点）。

二、F 组

包括三个贸易术语：

1．FAS[全称 Free Alongside Ship（…named port of shipment）]，意为船边交货（指定装运港）；

2．FOB[全称 Free On Board (…named port of shipment)]，意为船上交货（指定装运港）；

3．FCA[全称 Free Carrier（…named place）]，意为货交承运人（指定地点）。

三、C 组

包括四个贸易术语：

1．CFR[全称 Cost and Freight(…named port of destination)，意为成本加运费（指定目的港）；

2．CIF[全称 Cost， Insurance and Freight (…named port of destination)，意为成本、保险费加运费（指定目的港）；

3．CPT[全称 Carriage Paid To(…named place of destination)，意为运费付至（指定目的地）；

4．CIP[全称 Carriage and Insurance Paid To(…named place of destination)]，意为运费、保险费付至（指定目的地）。

四、D 组

包括 5 个贸易术语：

1．DAF［全称 Delivered At Frontier(…named place)，意为边境交货（指定地点）；

2．DES［全称 Delivered Ex Ship(…named port of destination)］，意为目的港船上交货（指定目的港）；

3．DEQ[全称 Delivered Ex Quay（…named port of destination）]，意为目的港码头交货（关税已付）（指定目的港）；

4．DDU［全称 Delivered Duty Unpaid（…named place of destination）］，意为未完税交货（指定目的地）；

5．DDP［全称 Deliverde Duty Paid（…named place of destination）完税后交货（指定目的地）。

第二节　1932 年《华沙– – 牛津规则》

一、规则的产生

19 世纪中叶，CIF 贸易术语在国际贸易中被广泛采用，但由于各国对其解释不一，从而影响到 CIF 买卖合同的顺利履行。为了对 CIF 合同双方的权利和义务作出统一的规定和解释，国际法协会于 1928 年在波兰华沙制订了 CIF 买卖合同的统一规则，共计 22 条，称为《1928 年华沙规则》。此后，在 1930 年纽约会议、1931 年巴黎会议和 1932 年牛津会议上，相继将此规则修订为 21 条，称之为《1932 年华沙一牛津规则》（Warsaw-Oxford Rules 1932）

二、《1932 年华沙一牛津规则》的主要内容

主要包括如下各条：总则、关于卖方装船的责任、装船时间和日期证明、例外、风险、所有权、卖方对提单的责任特定的船只一船只的种类、运费在目的地支付、进口税等、卖方对货物状况的责任、卖方对保险的责任、装船通知、进出口许可证、产地证明书等、品质证明书等、单据的提供、装船后货物灭失或损坏、关于买方支付货款的义务、关于买方检查货物的权利、买卖合同中的权利和补救、通知。

第三节　《美国对外贸易定义修订本》

一、产生

早在 1919 年，美国有几个商业团体共同制定了有关对外贸易定义的统一解释，供从事对外贸易人员参考使用，后鉴于贸易做法的演变，在 1940 年第 27 届全国对外贸易会议上要求对原有定议进行修改。1941 年 7 月 30 日，美国商会，美国进口商会理事会和全世界对外贸易理事会所组成的联合委员正式通过并采用了此项定义。并由全国对外贸易理事发行，此项定议，定名为《1941 年美国对外贸易定义修订本》（Revised American Foreign Trade Definitions 1941）。

该定义对 Ex Point of Origin FAS，FOB，C&F ，CIF 和Ｅx Dock 等 6 种贸易术语作了解释。值得注意的是，该定义把ＦＯＢ分为六种类型。其中只有第五种，即指定的装运港船上交货（ＦＯＢ Vessel）才同国际贸易中一般通用的 FOB 的含义大体相同，而其余五种 FOB 的含义则完全不同。为了具体说明买卖双方在各种贸易术语下承担的权利和义务，在此修订本所列各种贸易术语之后，一般附有注解，这些注释，实际上是表明贸易术语定义不可分割的组成部分，因此，为充分了解在各种贸易术语下买卖双方各自承担的权利和义务，不仅应考虑定义本身，还应明了附加的有关贸易术语的注释。

二、《美国对外贸易定义修订本》的主要内容

《美国对外贸易定义》中所解释的贸易术语共有六种，分别为：

1．Ex(Point of Origin，产地交货)；

2．FOB(Free on Board，在运输工具上交货)；

3．FAS(Free Along Side，在运输工具旁边交货)；

4．C＆F(Cost and Freight，成本加运费)；

5.CIF(Cost，Insurance and Freight，成本加保险费、运费)；

6．Ex Dock(Named Port of Importation，目的港码头交货)。

《美国对外贸易定义》主要在北美国家采用。由于它对贸易术语的解释与《通则》有明显的差异，所以，在同北美国家进行交易时应加以注意。

复习与思考题

1．国际贸易术语的概念
2．国际贸易术语解释通则各组术语的特点
3．华沙牛津规则的特点
4．美国对外贸易定义修订本的特点
5．国际贸易术语的产生及其规范化对国际贸易的影响？
6．国际商会《国际贸易术语解释通则》的多次修改说明什么？

拓展阅读书目

1．《2000 年国家贸易术语解释通则》（中信出版社 2000 年 1 月第一版）
2．《CIF 和 FOB 合同》（复旦大学出版社 2001 年 1 月第一版）

第四章　国际货物买卖合同

本章教学目的和基本要求：本章以联合国国际货物销售合同公约为主线，重点介绍其中的主要内容和问题。学生应了解公约的主要规定及其准确理解和把握。

学时分配：3 课时

第一节　国际货物买卖合同的成立

一、国际货物买卖合同的判断标准

国际货物买卖合同是指营业地分处不同国家的当事人之间订立的货物买卖合同。国际货物买卖合同是合同的一种，因此，适用合同法的一般原则。

《联合国国际货物销售合同公约》 只适用与销售合同的订立和卖方和买方因此种合同而产生的权利义务关系。《联合国国际货物销售合同公约》以当事人营业地为标准，确定货物销售合同的“国际性”。当事人的国籍不予考虑。

二、国际货物买卖合同的成立过程

合同是当事人双方意思表示一致的结果。如何判断双方意思是否达成一致，实践中，通常的做法是，当买卖双方就合同条款举行面对面谈判，或由一方提出标准合同文本，双方进行磋商讨论，最后达成一致意见，签订书面协议，这时意味着双方意思表示一致，双方签字的日期和地点就是合同成立的时间和地点。以电话或电传等直接对话方式订立合同，是否达成一致协议，也容易判断，通常以要约方听到对方表示承诺的回答或收到电传的时间和地点作为合同成立的时间和地点。

当买卖双方通过信件或电报隔地订立合同时，由于各国国内法对要约与承诺有不同规定，双方是否达成一致协议以及在何时何地达成一致协议，则比较难于判断。为了说明问题方便；法律将其分解成要约和承诺两部分。

（一）要约制度

要约是向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议。

该部分将重点介绍说明要约的构成要件、要约的效力等问题。

（二）承诺制度

承诺是受要约人对要约表示无条件接受的意思表示。

该部分将重点介绍承诺的构成要件、承诺的效力等问题。

根据要约理论，要约的拘束力只及于要约人而不及于受要约的人。对要约，受要约人可自由地表示承诺或拒绝。在后一种情况下，也没有将拒绝通知要约人的义务。因此，如果受约人不在某个时间或以某种方式表示拒绝，不能认为合同已经成立。

三、合同的形式

《联合国国际货物买卖合同公约》第 11 条、第 12 条规定，买卖合同，包括其更改或终止，要约或承诺、或者其他意思表示，无需以书面订立或书面证明。在形式上也不受其他条件的限制，可以用包括证人在内的任何方法证明。

四、国际货物买卖合同的主要条款

该部分将主要介绍如下条款：品质规格条款、数量条款、包装条款、价格条款、装运条款、保险条款、支付条款、检验条款、不可抗力条款、仲裁条款。

第二节　国际货物买卖合同的履行

一、国际货物买卖合同买卖双方的义务

卖方义务：交货交单义务、担保义务
买方义务：付款、收货义务

二、国际货物买卖合同的违约救济

根据《联合国国际货物销售合同公约》，主要救济方法有：损害赔偿、解除合同等。本节主要介绍和说明各个救济方法的特点及应用，尤其是损害赔偿问题、预期违约的救济问题。

第三节　国际货物买卖中的货物风险转移

一、风险转移的理解和后果

风险转移直接涉及买卖双方的责任承担。本节旨在澄清风险转移的理解以及风险转移后各方当事人的责任。

二、联合国国际货物买卖公约关于风险转移的规定和特点

联合国国际货物销售合同公约专门规定了风险转移问题。本节将重点介绍这些规定的理解和特点。

复习与思考题

1．国际货物买卖合同的成立过程
2．国际货物买卖双方的义务
3．国际货物买卖中的货物风险转移的法律后果
4．国际货物买卖的交易流程有何特点和规律性？

拓展阅读书目

1．《科宾论合同》上、下（中国大百科全书出版社 1997 年 11 月第一版）
2．《美国合同法判例评选》（中国政法大学出版社 1995 年 1 月第一版）
3．《法国现代合同法》（法律出版社 1995 年 9 月第一版）
4．《国际商事合同通则》（法律出版社 1996 年 8 月第一版）
5．《国际货物买卖统一法》（中国对外经济贸易大学出版社 1998 年 9 月第一版）

第五章　国际货物运输法

本章教学目的和基本要求：本章介绍国际货物运输的各主要方式及其法律制度。学生应掌握不同运输方式承运人的责任及其特点。

学时分配：3 课时

第一节　国际海上货物运输法

一、国际海上货物运输的种类

国际海上货物运输依船舶经营方式的不同，可分为班轮运输、租船运输。

（一）班轮运输

（二）租船运输

租船合同包括航次租船合同、定期租船合同和光船租船合同。租船合同都必须以书面形式订立。

二、班轮运输

（一）班轮运输的当事人

班轮运输是由航运公司以固定的航线、固定的船期、固定的运费率、固定的挂靠港口组织的将托运人的件杂货运往目的地的运输。由于班轮运输的书面内容多以提单的形式表现出来，所以此种运输方式又被称为提单运输。从班轮运输货物的特征考虑，班轮运输又被称为件杂货运输。

班轮运输的当事人是承运人和托运人，承运人即承担运输工作的航运公司，托运人即与承运人订立海上货物运输合同的当事人。此外，合同的效力会及于实际承运人和收货人。

（二） 班轮运输合同的订立

包括订舱、签发装货单、装船、签发提单。

（三） 提单的概念和法律特征

提单是指用以证明海上运输合同和由承运人接管或装载货物，以及承运人保证据以交付货物的单证。从上述定义中可以看出，提单具有下列法律特征：

1．提单是海上运输合同的证明

2．提单是承运人出具的接收货物的收据

3．提单是承运人凭以交付货物的凭证

（四） 提单的签发

（五） 提单的种类

1．根据货物是否已装船可将提单分为已装船提单和收货待运提单。

2．依收货人的抬头可将提单分为记名提单、不记名提单和指示提单。

3．根据提单有无批注可将提单分为清洁提单和不清洁提单。

4．根据运输方式可将提单分为直达提单、转船提单和联运提单。

5．依是否已付运费可将提单分为运费预付提单和运费到付提单。

（六）提单的内容

各航运公司一般都有自己的提单格式，尽管各公司提单的内容不尽相同，但其主要内容是基本一致的。提单分正反两面，提单正面是提单记载的事项及一些声明性的条款，提单的背面为关于双方当事人权利和义务的实质性条款。

三、调整班轮运输的国际公约

目前调整班轮运输的国际公约主要有三个，即《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》。重点介绍三个国际规则的主要内容和特点。

第二节　国际航空货物运输法

一、国际航空货物运输合同和航空运单

航空运单是由承运人出具的证明承运人与托运人已订立了国际航空货物运输合同的运输单证。航空运单须由托运人或其代理和承运人或其代理签署后方能生效。

航空运单与海运提单不同，它不是货物的物权凭证，因为航空运输速度快，没有必要通过转让单证来转移货物的所有权。

二、有关国际航空货物运输的国际公约

目前有关国际航空货物运输的国际公约主要有 1929 年《关于统一国际航空运输某些规则的公约》（以下简称《华沙公约》），修改《华沙公约》的 1955 年《海牙议定书》，1961 年《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》（以下简称《瓜达拉哈拉公约》）。我国是前两个公约的参加国。

《华沙公约》主要包括下列的内容：1）航空货运单；2）承运人的责任；3）承运人责任的免除与减轻；4）承运人的责任限额；5）索赔期限和诉讼时效。

第三节　国际铁路货物运输法

一、国际铁路货物运输概述

国际铁路货物运输是指在两个或两个以上国家的铁路运送中，使用一份运输单证，并以连带责任办理货物全程运输的运输方式。

国际铁路货物运输一般不受气候条件的影响，可保障全年的正常运输，并具有运量较大，速度较快，有连续性，安全可靠，运输成本较低等特点。

二、有关国际铁路货物运输的国际公约

有关国际铁路运输的国际公约主要有《国际铁路运送公约》（CLM）（以下简称《国际货约》和《国际铁路货物联运协定》（CMIC）简称为《国际货协》）。我国于 1954 年 1 月参加《国际货协》。由于《国际货协》成员国发生变化，国际铁路货物联运的做法与以前相比也有所改变。这些变化主要体现为联运货物在办理运送票据的手续上的变化和《统一货价》方面的变化。

《国际货协》主要规定了运单和运送合同的订立与变更，发货人的责任，运价和运送费用，货物的交付，铁路的责任期间和责任范围，诉讼、赔偿请求时效和诉讼时效。

第四节　国际货物多式联运

一、国际多式联运概述

国际货物多式联运是联运经营人以一张联运单据，通过两种以上的运输方式将货物从一个国家运至另一个国家的运输。

二、《国际货物多式联运公约》

为了促进国际多式联运的发展，在联合国贸发会的主持下，于 1980 年通过了《联合国国际货物多式联运公约》，公约目前尚未生效。

公约的内容主要包括多式联运单据，多式联运经营人的责任期间，多式联运经营人的赔偿责任原则，多式联运经营人的赔偿责任限额，索赔与诉讼时效和管辖。

第五节　国际货物运输代理及实务

一、国际货运代理概述

（一）国际货运代理人

根据客户的指示，并为客户的利益而揽取货物运输的人，其本身并不是承运人，国际货运代理可依这些条件，从事与运输合同有关的活动，如储(寄)存、报关、验收、收款等事项。

（二）国际货运代理的作用

为发货人、承运人、港口、海关提供服务。

（三）国际货运代理的种类

租船代理 （SHIPPING BROKER）、船务代理 （SHIPPING AGENT）、货运代理（FREIGHT FORWARDER）、咨询代理（FREIGHT FORWARDER）。

（四）国际货运代理相关的行业组织

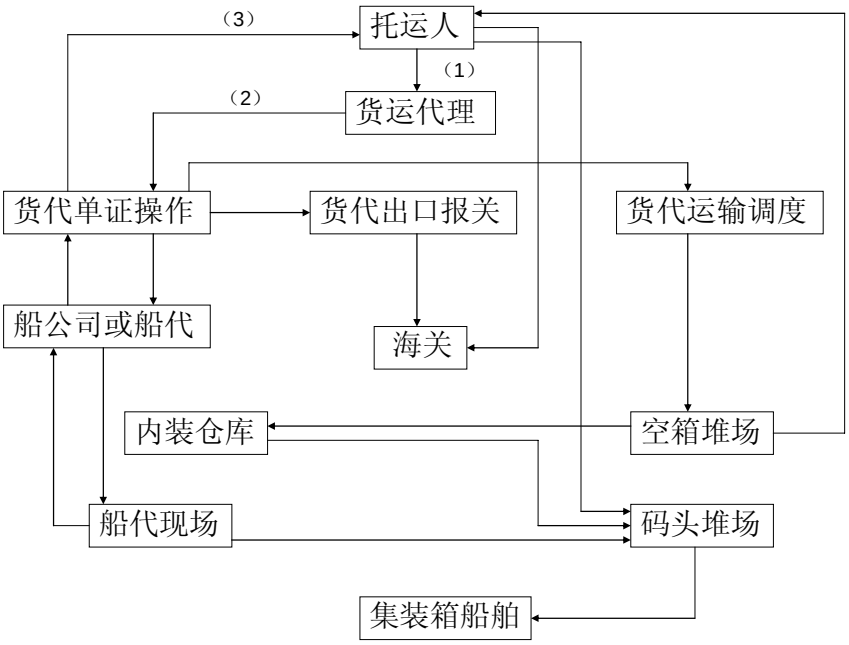
1．国际货运代理协会联合会(简称 FIATA)

2．中国国际货运代理协会

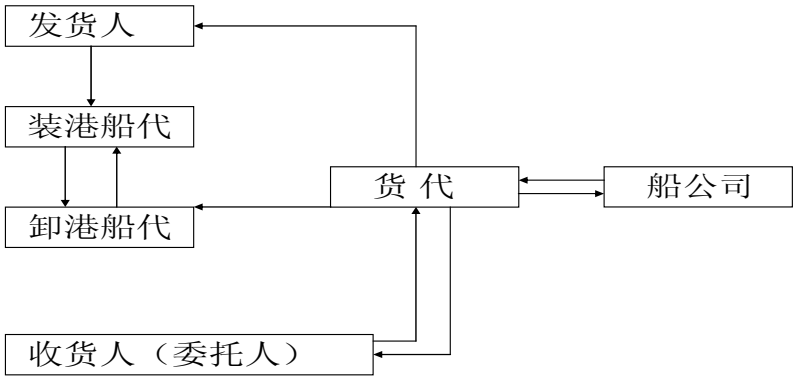
二、国际海上货物运输代理实务

（一）国际海上货物运输出口代理实务

1．国际海上货物出口代理流程



2．进口货运代理业务流程



（二）国际货物运输代理合同

1．委托代理合同的主要条款

1）合同主体　2）委托事物条款　3）权利义务条款　4）代理报酬条款　5）赔偿责任条款　6）连带责任条款

2．委托合同效力

1) 对受托人的效力：受托人的主要义务，受托人的损害赔偿责任。

2）对委托人的效力：委托人的主要义务，委托人的损害赔偿责任。

3．委托代理合同的终止

（三）国际货物运输代理人（货代）在实践中涉及的具体法律问题

1．运费的支付

2．运输路线的安排

3．越权处理货物

三、国际货运代理中的仓储

（一）国际货运代理中的仓储概述

1．仓储的作用

产生时间效用，克服供求矛盾，提供服务项目。

2．仓储的种类

1）按仓储物的处理方式划分：保管式、加工式、消费式。

2）按仓储经营主体划分：自营、商业、战略、公共性仓储

（二）仓储合同

1．仓储合同的定义

仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

2．仓储合同的法律特征

1）仓储合同的保管方是专门经营仓储保管业的人

2）仓储合同为诺成性合同

3）仓储合同是有偿合同

4）仓储合同的仓储物为动产

3．仓储合同的当事人

仓储合同的当事人为存货人和保管人

4．仓储合同的订立

仓储合同的订立，是存货人与保管人之间依据双方当事人意思二实施的能够引起权利与义务关系发生的民事法律行为。

5．仓储合同主要内容

A．订立原则：平等、等价、自愿与协商一致的原则。

B．仓储合同条款：

1）双方当事人名称

2）仓储物的品名、品种、规格

3）仓储物的数量、质量和包装

4）仓储物验收的内容、标准、方法、时间、资料

5）仓储物保管条件和要求

6）仓储物入库和出库的手续、时间、地点、运输方式

7）仓储物的损耗标准和损耗处理

8）计费项目、标准和结算方式

9）保管期限

10）变更和解除合同的期限

11）争议的解决方式

12）违约责任

（三）仓单

1．仓单的概念

指仓储保管人在收到仓储物时向存货人签发的表明已经收到一定数量的仓储物，并以此来代表相应的财产所有权利的法律文书。

2．仓单的性质

是代表一定的财产所有权的法律文件，是提货凭证，是有价证券。

3．仓单的内容

1）存货人的名称或者姓名和住所
2）仓储物的品种、数量、质量、包装、件数和标记
3）仓储物的损耗标准
4）储存场所
5）储存期间
6）仓储费
7) 保险金额、期间以及保险人的名称
8) 填发人、填发地和填发日前

复习与思考题

1．比较各种运输方式中运单的异同？
2．各种运单的法律性质、当事人之间的权利义务关系？
3．国际货运代理合同的内容？
4．国际货运代理人的特点？

拓展阅读书目

1．《国际货运代理实务》（立信会计出版社 2006 年 6 月第一版）

第六章　国际货物运输保险法

本章主要介绍国际货物运输保险的重点和难点，学生应掌握保险利益问题、保险险别问题。同时应了解集装箱保险及其保险事故的索赔和理赔。

学时分配：2 学时

第一节　国际货物运输保险的基本原则

一、保险利益原则

可保利益指被保险人对保险标的所具有的合法的利害关系。被保险人对保险标的应当具有保险利益，不具有保险利益的，保险合同无效。

二、最大诚信原则

最大诚实信用原则指国际运输货物保险合同的当事人应以诚实信用为基础订立和履行保险合同，该原则主要体现在订立合同时的告知义务和在履行合同时的保证义务上。

三、损失补偿原则

损失补偿原则指在保险事故发生而使被保险人遭受损失时，保险人必须在责任范围内对被保险人所受的实际损失进行补偿。

四、近因原则

近因原则是常用的确定保险人对保险标的的损失是否负保险责任以及负何种保险责任的一条重要原则。近因是指主要的、决定性的、直接的原因。

第二节　国际货物运输保险合同

一、国际货物运输保险合同的订立、变更和终止

（一） 国际货物运输合同的订立

国际货物运输保险合同的订立是由被保险人以填制投保单的形式向保险人提出保险要求，即要约，经保险人同意承保，并就货物运输保险合同的条款达成协议后(即承诺后)， 保险合同即成立。

（二）国际运输货物保险合同的变更

国际货物运输保险合同的内容需要修改时，被保险人可以向保险人提出申请， 由保险人出具保险批单，保险批单的效力大于保险单正文的效力。

（三）国际货物运输保险合同的终止

1．自然终止；

2．义务已履行而终止；

3．违约终止；

4．因危险发生变动而终止。

保险标的因保险事故之外的原则而灭失而使保险合同终止。

二、国际货物运输保险合同的内容

国际运输货物保险合同的内容主要包括下列几项：

1）国际运输货物保险合同的当事人

国际运输货物保险合同的当事人为保险人和被保险人。

2）国际运输货物保险合同的保险标的

国际运输货物保险合同的保险标的主要是货物，包括贸易货物和非贸易的货物。

3）保险价值

保险价值是被保险人投保的财产的实际价值。

4）保险金额

保险金额指保险合同约定的保险人的最高赔偿数额。

5）保险责任和除外责任

保险责任是保险人对约定的危险事故造成的损失所承担的赔偿责任。“约定的危险事故”就是保险人承保的风险。保险人承保的风险可以分为保险单上所列举的风险和附加条款加保的风险两大类，前者为主要险别承保的风险，后者为附加险别承保的风险。除外责任就是保险人不承保的风险。

6）保险期间

保险期间也就是保险责任的期间。

7）保险费和保险费率

保险费率是计算保险费的百分率。保险费是投保人向保险人支付的费用。保险费等于保险金额乘保险费率

三、国际海上货物运输保险条款

（一）承保的风险与损失

（二）保险险别与除外责任

（三）保险责任的起讫

（四）被保险人的义务

第三节　集装箱货物保险

一、集装箱货损事故及主要原因

1）货物本身或包装方面存在的缺陷

2）集装箱本身的缺陷

3）货物装毕封箱或开箱取货不当

4）箱内货物积载或系固不担当

5）运输途中对温、湿的变化考虑不周

6）集装箱种类选择不当

7）集装箱内货物被盗

8）集装箱处理不当及外来事故

9）集装箱装卸操作中的问题

10）由于偶然性事故的发生

二、集装箱保险

（一）集装箱保险险别：全损险，综合险。
（二）除外责任
（三）责任起讫
（四）赔偿

三、集装箱货物保险

（一）集装箱货物保险责任期间的认定
（二）集装箱保险货物损失认定

四、集装箱保险事故的理赔和索赔

（一）事故处理和施救措施
（二）事故损失的内容计算
（三）理赔、索赔所须的文件
（四）索赔时效

复习与思考题

1．保险利益的认定
2．保险险别的范围
3．中国保险条款
4．伦敦保险条款
5．集装箱保险和集装箱货物保险的责任期限？

拓展阅读书目

1．《国际贸易地理概论》（南开大学出版社 2005 年 8 月第二版）
2．《货物运输保险理论与实务》（中国财政经济出版社）
3．《国际海上运输货物保险实务》（大连海事大学出版社）

第七章　国际贸易支付

本章教学目的和基本要求：本章主要结合案例说明国际贸易支付中的法律问题。学生应掌握不同支付方式的特点。

学时分配：2 课时

第一节　国际贸易支付工具

一、国际贸易支付工具概述

国际贸易支付工具涉及现金支付和票据支付。票据包括汇票、本票和支票。常见的是汇票。

二、汇票

主要介绍汇票的出票、背书等各种制度。

第二节　国际贸易支付方式

国际贸易支付是指在买卖双方之间对货款及其附属费用的计价结算以及支付方式和手段。

一、托收

国际贸易中，托收都是通过银行进行的。是出口方在发货后开给进口方或付款人汇票，委托出口地银行（委托行）通过它在进口地银行（代收行）代其向进口方收取货款的方式。

调整托收关系的主要是国际商会 l996 年 1 月 1 日实施的《托收统一规则》（URC522）。

根据使用汇票的不同，托收可分为两类：光票托收与跟单托收。

跟单托收（Documentary Bill Collection）指卖方将汇票连同商业单据一起交银行委托代收货款。按交单方式不同又可分为付款交单与承兑交单两种：①付款交单（Document Against Payment）(D/P 方式)：指卖方交单以买方付款为条件。即委托行必须在买方付清货款时，才把装运单据交给买方。②承兑交单（Document Against Acceptance）(D/A 方式)：指卖方的交单以买方承兑汇票为条件。买方承兑汇票后即可从代收行取得货运单据，领取货物，等到汇票到期时再支付货款。

二、信用证

（一）定义

根据 1994 年 1 月 1 日生效的《跟单信用证统一惯例》（UCP500）的规定，信用证是指一项约定，不论其名称或描述如何，一家银行（开证行）依照开证申请人（买方）的要求和指示或以自身名义；在符合信用证条款的条件下，凭规定单据由自己或授权另一家银行向第三者（受益人）或其指定人付款或承兑并支付受益人出具的汇票。

（二）信用证内容

按照国际商会《跟单信用证统一惯例》（500 号）的规定，信用证主要有以下条款：1）信用证当事人；2）信用证种类、号码；3）信用证金额；4）汇票条款；5）单据条款；6）装运条款；7）开证行保证付款条款；8）文单日期；9）信用证转让条款；（10）信用证有效期限；（1l）其他条款。

（三）信用证当事人及银行责任

信用证的基本当事人有四个：开证申请人，开证行，通知行和信用证受益人。

银行的责任概括起来如下：

1）开证行、通知行都对票据的形式、完整性、正确性、真伪及法律效力概不负责；

2）对单据中有关货物的论述、数量、重量、品质、状况、包装、交付价值或存在概不负责；

3）对发货人、收货人、承运人、保险人等的信誉、行为或不行为、清偿或执行能力、资信情况概不负责；

4）信用证是根据买卖合同开出的，但信用证开出以后就成了独立于买卖合同的另一个交易关系，银行只对信用证负责，只要卖方提交符合信用证规定的单据，在单单一致、单证一致的条件下，银行承担无条件付款的义务。对于买卖合同事后发生的修改、变更或撤销，除非通知银行改证，否则，银行只按信用证的内容办事。 此外，银行对由于任何通知、信件或单据在寄递过程中的迟误、遗失造成的后果，对电报、电传中失误、残缺、专门术语翻译或解释上的错误等概不负责；对由于天灾、骚乱、战争、罢工、停工及其他不可抗力造成的后果概不负责。

复习与思考题

1．国际商会《跟单信用证统一惯例》（500 号）的主要内容？

2．托收统一规则的主要内容

3．不同结算方式的特点

拓展阅读书目

1．《美国统一商法典（信用证篇）》（中国法制出版社）

2．《英法银行业务法》（中信出版社）

3．《信用证特别条款与 UCP500 实务》（对外经济贸易大学出版社）

第八章　我国的对外贸易管理法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍中国的外贸管理制度。学生应掌握我国对外贸易立法及主要外贸惯例措施。

学时分配：4 课时

第一节　对外贸易法律制度概述

一、对外贸易法律制度的概念

对外贸易法律制度是指一国对其外贸活动进行行政管理和服务的所有法律规范的总称。

一国的外贸法律制度是其为保护和促进国内产业，增加出口，限制进口而采取的鼓励与限制措施，或为政治、外交或其他目的，对进出口采取鼓励或限制的措施。它是一国对外贸易总政策的集中体现。

政府管理及服务外贸的法律制度分为两种：一种是对进口贸易的管理和服务；一种是对出口贸易的管理和服务。这些法律都属强制性法律规范，非经法定程序不得随意加以改变。

对外贸易法律制度的范围包括：关税制度，许可证制度，配额制度，外汇管理制度，商检制度以及有关保护竞争，限制垄断及不公平贸易等方面。

对外贸易法律制度的宗旨是发展对外贸易和投资，维护对外贸易秩序，保护国内产业安全，促进一国经济稳定发展，改善人民的生活水平。

二、对外贸易法律制度的基本特点

对外贸易法律制度，与其他部门法比较具有如下几个特点：

1．它调整的是国家管理对外贸易这一纵向法律关系，属于公法范围。

2．当代对外贸易法律制度，已经突破了传统意义上的只调整货物进出口关系的范围。现代对外贸易法，其调整的对象，既包括货物贸易，也包括服务贸易，如电信、金融、教育、旅游、法律服务等，还包括技术贸易。

3．对外贸易法律制度，一般具有广义与狭义之分。广义上的对外贸易法律制度，不仅包括调整货物贸易，服务贸易和技术贸易的内容，还包括以外国直接投资为代表的各类生产要素跨国间流动方面的法律、法规和政策。狭义上的对外贸易法律制度，主要限定在管理国际贸易(货物、服务及技术)的法律、法规。

4．此外，西方国家的对外贸易法律制度的共同规则，在 WTO 的核心文件中得到较充分的体现，或者说 WTO 关于国际贸易方面的主要规则就是集中反映了这些国家对外贸易法律制度的共同点。也就是说在各国的国内法中，对外贸易法律制度是与 WTO 及国际惯例靠得最近受其影响最大的一个部门法，因此它必然带有深刻的国际法的烙印。

三、对外贸易法具有特殊重要的地位和作用

美国、欧盟及日本等国的对外贸易法律制度，其特殊重要地位集中表现在：(1)由最高权力机关立法。(2)由最高行政长官负责实施。 (3)外贸立法及其实施措施都强调对国内产业的保护及对外出口的鼓励。

四、国际贸易的基本规则

综观各国对外贸易法，尤其是西方贸易大国的对外贸易法，其核心问题主要集中在以下几个方面：对外贸易经营权、国营贸易、贸易救济措施、贸易壁垒调查、自由贸易区和透明度原则。

第二节　我国对外贸易法律制度

一、我国对外贸易法律制度的组成及其特点

我国的对外贸易法律制度是指国家对货物进出口技术进出口和国际服务贸易进行管理和控制的一系列法律、法规和其他具有法律效力的规范性文件的总称。

（一）宪法

我国的宪法明确把我国实施改革开放基本国策写进了序言，同时还明确规定了国务院负责管理外贸的权力。

（二）对外贸易法

经过十多年(始于 1983 年)的努力，1994 年 5 月 12 日，我国对外贸易法由八届人大常委会第七次会议正式通过，于同年 7 月 1 日正式生效。

我国对外贸易法是我国对外贸易法律制度的基本法，是整个外贸制度的核心，它规定对外贸易经营许可证制度、配额关税和海关制度、关税壁垒、检验制度、两反一保制度、货物进出口制度等等。

（三）行政法规

我国外贸法制度中一个重要渊源，就是由国务院颁布的大量行政法规，可以这么说，卧国对外贸易法律制度实施的主要依据，就是内容广泛的行政法规，其内容涉及工商、海关、商检、外汇、税收、原产地、运输等各方面。中国入世以后，根据 WTO 规则以及我国入世时的承诺，国务院在货物贸易、技术贸易及服务贸易三个领域都颁布了行之有效的行政法规。

（四）部门规章

与外贸有关的各部委，尤其是主管外经贸的原外经贸部，在处理外贸具体工作时，往往根据具体问题，颁布了规模专门的部门规章。这些规章的特点是：(1)可操作性强；(2)针对性明确；(3)颁布和废除都较方便；(4)与法律、法规保持一致。

二、2004 年《对外贸易法》的主要内容

（一）适用范围及特别规定

《对外贸易法》适用于国家对货物进出口、技术进出口和国际服务贸易的管理，不适用处于平等地位的对外贸易经营者之间的贸易合同关系的调整。

《对外贸易法》附则对边境贸易、单独关税区做出特别规定，对边境地区的贸易“采取灵活措施，给予优惠和便利”，而单独关税区不适用《对外贸易法》。

（二）对外贸易主管机关

对外贸易管理权属于国务院，国务院授权商务部统一领导和管理全国的对外贸易以及其他对外经济工作。我国的对外贸易管理分为两级管理，即中央一级，地方一级。

（三）《对外贸易法》的基本原则

1．国际实行统一的对外贸易制度原则

2．维护公平、自由的对外贸易秩序原则

3.国家鼓励发展对外贸易原则

4．平等互利原则

5．互惠、对等、最惠国待遇、国民待遇原则

6．对等采取歧视性措施原则

（四）对外贸易经营者

对外贸易经营者是依法办理工商登记或者其他执业手续，从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。

但在某些国际服务贸易领域，可以实行经营许可制；在国营贸易方面可以授予专营权或特许权。

（五）货物进出口和技术进出口

国家准许货物与技术的自由进出口。但是，在某些条件下，国家可以限制或禁止货物的进出口。

(六) 国际服务贸易

《对外贸易法》对国际服务贸易没有规定明确的概念。只作了原则规定：

1．促进国际服务贸易的逐步发展并履行承诺

2．在特定条件下可限制或禁止有关的国际服务贸易

3．对特定领域的服务贸易可以采取任何必要措施

（七）与对外贸易有关的知识产权保护

《对外贸易法》有关知识产权保护的内容主要是：保护与贸易有关的知识产权，防止知识产权人滥用权利，采取对待原则。

（八）对外贸易秩序

对外贸易秩序是指对外贸易经营者在对外贸易活动中的公平与自由竞争的秩序。《对外贸易法》的规定主要是：1）禁止限制竞争行为 2）禁止不正当竞争行为 3）外贸经营禁止性行为 4）对外贸易经营者在对外贸易经营活动中，应当遵守国家有关外汇管理的规定。

（九）对外贸易调查

对外贸易调查是一国保护本国产业和市场秩序的重要法律手段。《对外贸易法》规定，为了维护对外贸易程序，商务部可以自行或者会同国务院其他有关部门，依照法律、行政法规的规定对下列事项进行调查：1）货物进出口、技术进出口、国际服务贸易对国内产业及其竞争力的影响；2）有关国家或者地区的贸易壁垒；3）为确定是否应当依法采取反倾销、反补贴或者保障措施等对外贸易救济措施，需要调查的事项；4）规避对外贸易救济措施的行为；5）对外贸易中有关国家安全利益的事项；及其他影响对外贸易秩序，需要调查的事项。

商务部发布了《对外贸易壁垒调查规则》，2005 年 3 月 1 日起施行。

（十）对外贸易救济

《对外贸易法》规定，国家根据对外贸易调查的结果，可以采取反倾销、反补贴、保障措施，反规避措施，采取中止或终止履行国际义务措施等适当的贸易救济措施，维护国家利益。建立预警应急机制，应对对外贸易中的突发和异常情况，维护国家安全。

（十一）对外贸易促进

（十二）法律责任

《对外贸易法》规定了刑事惩罚、行政处罚等多种对外贸易违法行为的处罚手段。

第三节　进出口管理的具体法律制度

一、关税管理制度

（一）关税立法

关税是海关代表国家，依照国家制定的关税政策和法律，对进出边境和物品征收的一种流转税。具有强制性、无偿性和固定性。我国在关税方面的法律依据主要有《海关法》中有关关税的规定、《进出口条例》和进出口关税税则以及国务院或海关总署等行政部门制定的有关行政法规。

（二）关税税率

1．进口关税税率

我国的进口关税设置了普通税率和优惠税率两种，同时也规定在特殊情况下 可以实行暂定税率。

2．出口关税税率

我国的出口关税只设一栏出口税率，但可以对出口货物在一定期限内事项暂定税率。

（三）关税的征收方式

我国采取以从价税为主，辅之以从量征税、复合征税以及滑准税。

二、贸易救济措施制度

贸易救济措施是指针对国际贸易中存在的不公平贸易行为或者严重损害进口国贸易利益的行为所采取的措施。

《对外贸易法》一般规定的贸易救济措施有：反倾销措施、反补贴措施、保障措施、采取中止或终止履行国际义务措施、建立预警应急机制、反规避措施。

三、进口配额制度

四、进出口许可证措施

我国对进出口货物实行自动进出口许可证管理和非自动进出口许可证管理。在非自动进口许可证管理中，对部分货物实行配额许可证管理。

我国对进出口商品实行分级发证制度，由商务部授权配额许可证事务局统一管理、指导全国各发证机构的进出口许可证签发工作。

五、进出口货物检验制度

（一）出入境检验检疫立法

出入境检验检疫制度是指出入境检验检疫机构和其他指定的机构，依照法律、嘎规或对外贸易合同的规定，对进出口商品进行检验对进出境动植物以及国境卫生进行检疫，并出具检验检疫证书的制度。

我国现行的关于出入境检验检疫的法律、法规有《进出口商品检验法》、《进出境动物检疫法》、《国境卫生检疫法》等。

（二）出入境检验检疫机构

国家质量监督检验检疫总局是国务院主管全国质量、计量、出入境商品检验、出入境卫生检疫、出入境动植物检疫和认证认可、标准化等工作，并行使行政执法职能的直属机构。

（三）法定检验检疫制度

法定检验检疫是指对国家指定范围内的商品等实施的强制性检验检疫。需要法定检验的是列入《出入境检验检疫机构实施检验检疫商品目录》的商品。列入该目录的商品若要免检，须由收货人、发货人或生产企业提出申请，经国家质检总局审核批准，颁发免检证书。免检证书有效期为三年。

六、原产地规则

各国对进口书谱大原产地均以本国法律规定的原产地规则为准进行认定，出口国制定的原产地标准对进口国无约束力。进口国的进口原产地规则就是出口国应遵守的出口原产地工作。我国普惠制项下和被动配额项下出口的商品，适用的是给惠国的普惠制原产地工作或被动配额产品原产地规则。对于非普惠制和被动配额项下的我国出口商品，适用的是进口国制定的非优惠制原产地规则。

七、进出口货物外汇管理制度

我国目前实行的是以市场供求为基础的、单一的、有管理的浮动汇率制，全国统一的银行间外汇市场，人民币在经常项目下完全可自由兑换、资本项下部分可兑换。

八、政府采购制度

（一）政府采购立法

2002 年 6 月 29 日，全国人大通过了《政府采购法》（2003 年 1 月 1 日起行）。该法的主要内容包括政府采购当事人、政府采购方式、政府采购程序、政府采购合同、质疑与投诉、监督检查、法律责任等。该法适用于在中国境内进行的政府采购，对于使用国际组织和外国政府贷款进行的采购，贷款方、资金提供方与中方达成的协议对采购的具体条件另有规定的，适用其规定，但不得损害国家利益和社会公共利益。对因自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购和涉及国家安全和秘密和采购，不适用该法。

中国在加入 WTO 是没有签署 WTO 的《政府采购协定》故我国的相关立法不受该协定的约束。

（二）政府采购的界定

依《政府采购法》，我国的政府采购是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务行为。

（三）政府采购当事人

政府采购当事人是指政府采购活动中享有权利和承担义务的各类主体。

采购人：是指依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织三类机关。

采购代理机构：为集中采购机构，是非营利事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜。

供应商：是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或自然人。

（四）政府采购合同

政府采购合同是民事合同，《政府采购法》规定，政府采购合同适用合同法。

九、国际服务贸易的管理

（一）国际服务贸易的形式：1、跨境支付 2、境外消费 3、商业存在 4、自然人存在

（二）服务贸易立法

《对外贸易法》只对国际服务贸易做了原则性规定，即促进国际服务贸易的逐步发展并履行承诺；在特定条件下限制或禁止国际服务贸易；对特定领域的服务贸易可以采取任何必要措施等。

我国在加入世界贸易组织时，对服务贸易的市场准入等做出了分阶段开放的承诺，我国的国际服务贸易法律规范必须履行这些承诺，具体的对外开放领域依照《外商投资产业指导目录》执行，并由开放行业的主管部门制度专门法规。

十、技术进出口管理制度

（一）我国技术进出口立法

我国有关技术进出口管理的法规主要有 2001 年发布的《技术进出口管理条例》、《禁止进口限制进口技术管理办法》、《禁止出口限制出口技术管理办法》。

（二）技术进出口管理制度

2001 年我国发布了《中国禁止进口限制进口技术目录》和《禁止出口限制出口技术目录》，自 2002 年 1 月 1 日起施行。列入目录的技术，任何企业都不能进出口。

对限制进出口的技术，实行许可证管理。

对属于自由进出口的技术，实行合同登记管理。

复习与思考题

1．我国对外贸易法的发展及特点？
2．我国对外贸易法的主要内容？
3．一国国内对外贸易法和 WTO 法律制度的关系？
4．我国对外贸易管理的主要措施
5．我国技术进出口管理制度

拓展阅读书目

1．《中国对外贸易概论》（南开大学出版社）
2．《世界贸易体制》（复旦大学出版社）
3．《世界贸易体制的政治经济学》（法律出版社）

第九章　管制限制性商业行为的法律

本章教学目的和基本要求：本章旨在介绍限制性商业行为的理解及其规范。学生应重点掌握规范限制性商业行为的国内立法和国际立法。

学时分配：5 学时

第一节　限制性商业行为的概述

一、限制性商业行为的定义

联合国《管制限制性商业行为的多边议定的公平原则和规则》：企业通过滥用或谋取和滥用市场支配地位限制进入市场或以其它不正当方式限制竞争，从而可能或将会对贸易或商业产生不利后果的做法或行为；或者企业间通过正式或非正式，书面或非书面的协议或安排而具有同样作用的做法或行为。

二、限制性商业行为的表现

（一）垄断行为：

按联合体的表现分为，卡特尔， 辛迪加 ，托拉斯， 康采恩；按垄断方式分，独占行为，兼并行为。

（二）不正当竞争行为

经营者出于竞争的目的，违反市场交易中诚实信用的原则和公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人竞争优势的行为。

不正当竞争行为的表现形式有：欺诈性交易方法，商业贿赂行为，虚假广告， 侵犯商业秘密，欺骗性有奖销售和巨奖销售， 诋毁竞争对手的商业信誉 ，掠夺定价

第二节　反垄断法、反不正当竞争法和竞争法

一、反垄断法

一般是指国家调整企业垄断活动或其他限制竞争行为的有关实体法和程序法。

反垄断法在不同的国家有不同的习惯名称，如，美国称之为“反托拉斯法”；日本称之为“禁止垄断法”，也称公平交易法；德国称之为“卡特尔法”，也称反对限制竞争法；法国称之为“公平交易法”；俄罗斯称之为“限制垄断活动的法律”；欧盟称之为“竞争法” 。

反垄断法的实体规则主要包括以下主要方面：对限制竞争协议（包括横向限制竞争协议和纵向限制竞争协议）的规制规则；对滥用市场支配地位的规制规则；对企业合并的规制规则；对不公平竞争行为的规制规则。

二、反不正当竞争法

指调整在制止不正当竞争行为，鼓励和保护公平竞争过程中发生的经济关系的法律规范的总称 。

三、竞争法

在我国，竞争法通常是反不正当竞争法与反垄断法的总称。 按照我国理论界的一般说法，竞争法是由两类法律组成的，即反垄断法和反不正当竞争法。

从广义上说，因为反不正当竞争法和反垄断法都以竞争行为或者竞争关系为调整对象，可以通称为竞争法。

四、反垄断法和反不正当竞争法的区别

反不正当竞争法主要是反对经营者出于竞争的目的，违反市场交易中诚实信用的原则和公认的商业道德，通过不正当的手段攫取他人竞争优势的行为。是传统民事侵权法向商事领域的一种自然延伸。表现为从法律上具体确认市场竞争中的特殊侵权形式，及令行为人承担刑事责任。

反垄断法是从宏观上防止市场竞争不足，以保持整个经济的竞争力。反垄断法偏重事前管制和行政手段。

第三节　各国竞争法

一、美国反托拉斯法

（一）美国反托拉斯立法

在美国，不正当竞争是指一种强加于他人的非法行为，即法律上的侵权行为。它既可由联邦的执法机构加以禁止和纠正，也可由私人的原告加以指控和纠正。

不正当竞争活动可分为两大类：一类是针对特定竞争者或潜在竞争者的各种垄断市场和限制贸易的行为；另一类是针对一般竞争者和消费者的各种不正当和欺骗性的行为。美国的反托拉斯法并没有对各种限制性商业行为做出分类，而是采用列举的方式，列举了各种限制性商业行为，并统称为托拉斯行为。因此，美国的反托拉斯法包括了反垄断法、反限制竞争法和反不正当竞争法。

美国反不正当竞争的法律由 1890 年以来通过、制定和实施的一系列法规及其修正案组成，统称为反托拉斯法。构成反托拉斯法核心的基本法规有三个，即《1890 年谢尔曼反托拉斯法》、《1914 年克莱顿法》和《1914 年联邦贸易委员会法》。除此以外，反托拉斯法还包括历年来对上述法规进行修改和补充的一些重要法规。主要是：《1918 年维伯——波密伦出口贸易法》、《1933 年惠勒——利法》、《1950 年赛东——克富维法》，以及联邦贸易委员会颁布的其他各种贸易法规。上述法规在性质上基本属于“禁止型”立法，即原则上将垄断和不正当竞争行为看成违法而加以禁止。

（二）美国的反托拉斯执法机构

美国司法部的反托拉斯司和联邦贸易委员会是两个主要的联邦执法机构。司法部的反托拉斯司主要负责《谢尔曼法》和《克莱顿法》的执行；联邦贸易委员会主要负责其他几个贸易法规的执行，如《联邦贸易委员会法》、《维伯——波密伦出口贸易法》等。在诉讼程序上，这两个联邦机构在几个主要方面有所区别：司法部反托拉斯司对于违反反托拉斯法的行为，可以运用民事或刑事程序，并必须通过法院起诉；联邦贸易委员会则是独立的执法机构，在性质上是准司法的，它还可以颁布具有法律效力的贸易法规，并解释和执行该法所规定的目的。

（三）美国反托拉斯法的主要内容

反托拉斯法主要规定了禁止各种非法垄断性、限制性或不正当的商业行为的规则。被禁止的非法商业行为有限制贸易的协议，垄断或图谋垄断，各种实质性地减少或限制竞争的行为，商业

贿赂，对消费者的各种不正当或欺骗性的行为等。上述各种违法行为大致可分为两类：一类属于“本身违法行为”，适用“本身违法规则”，即把这类行为的本身看成违法而加以禁止，公司或厂商只要有这种行为，无论是否产生损害结果，均为非法并须追究法律责任；另一类属于“损害结果行为”，适用“合理规则”，即对于不正当的商业行为是否违法要进行合理分析，只有这类行为的目的在于垄断或其结果对竞争者或消费者产生损害时，才能判定为违法。

二、欧盟竞争法

欧盟竞争法起源于欧洲经济共同体条约，主要包括禁止限制竞争协议（欧共体条约第 81 条）、禁止滥用市场支配地位（第 82 条）、原则禁止国家补贴（第 87-89 条）。

欧共体在条约生效后的 30 多年里逐渐形成了一套完备的竞争法律体系，但是条约没有明文规定企业合并控制。理事会在 1989 年 12 月制定了《企业合并控制条例》，主要管制企业合并，凡是在欧共体范围内造成影响的合并都是条例的适用对象。

整个竞争法律体系除欧共体条约外，还包括据此制定的部长理事会和委员会的条例、指令和决定。主要包括《关于实施欧共体条约第 81、82 条竞争规则的第 1/2003 号决议》、《关于在欧共体条约第 81 条、82 条下处理申诉的委员会通告》、《关于竞争主管当局网络合作的通告》、《关于欧盟委员会根据欧共体条约第 81、82 条调查程序的第 773/2004 号决议》、《关于实施条约第 81(3)条的指南》、《关于控制企业集中的第 139/2004 号决议》、《关于在控制企业集中的理事会条例下评估横向合并的指南》、《关于实施理事会第 139/2004 号条例的 802/2004 号条例及其附件（包括 CO 申报表，简化 CO 申报表和简化 RS 申报表）》等。

欧盟从 1999 年开始对竞争法的一揽子改革方案提交欧洲议会和成员国讨论。2002 年在欧盟竞争法中引入了卡特尔宽大处理制度。新的《关于实施欧共体条约第 81、82 条的第 1/2003 号决议》和《关于企业合并控制的第 139/2004 号决议》对竞争法的三大支柱禁止限制竞争协议、禁止滥用市场垄断地位和企业合并控制进行了修改，并从 2004 年 5 月 1 日起开始实施。

三、中国竞争法

我国在行政法规中使用不正当竞争的概念，最早见于 1982 年国务院颁布的《广告管理暂行条例》，该条例第 8 条规定：“禁止广告的垄断和不正当竞争”1983 年颁布的《国营工业企业暂行规定》第 10 条又明确指出：“国家禁止企业采用不正当竞争手段进行竞争”这一时期我国尚无专门法律对不正当竞争行为进行规范，只在一些地方搞了试行办法，如《武汉市制止不正当竞争行为试行办法》(1985 年 11 月 29 日由武汉市人民政府批准)《上海市制止不正当竞争暂行规定》（1987 年 10 月 15 日由上海人民政府发布）

1987 年国务院法制局和国家工商管理局组成联合小组，开始起草制定反不正当竞争法，历时六年，我国第一部《反不正当竞争法》于 1993 年 9 月 2 日颁布，同年 12 月 1 日实施 。

因我国反垄断法尚未正式颁布，所以目前在我国竞争法即指反不正当竞争法，指调整在制止不正当竞争行为，鼓励和保护公平竞争过程中发生的经济关系的法律规范的总称，广义的反不正当竞争法还包括《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《广告法》、《价格法》、《商标法》、《专利法》、《招标投标法》等法律，狭义的反不正当竞争法仅指 1993 年 9 月 2 日颁布的《反不正当竞争法》 。

第四节　管制限制性商业的国际立法

一、多边协议的管制限制性商业惯例的公平原则和规则

基本内容有：(1)确定了“限制性商业惯例”的定义和该文件的适用范围。文件适用于对国际贸易及其经济发展有不利影响的“限制性商业惯例”，包括跨国公司在内。(2)确定了管制“限制性商业惯例”的一般原则。规定企业在市场上从事竞争性或有竞争可能的活动时，不应组织国际卡特尔采取如固定进出口货物价格的协议、分配市场的安排、联合抵制交易等等做法；也不允许由一个企业或几个企业一起，使用各种做法限制别的企业进入市场或以其他方式不适当地限制竞争。 (3)适当管制跨国公司母子公司间的“限制性商业惯例”。(4)规定了较宽的例外条款，使国营企业基本上不受约束。(5)规定了对发展中国家的优惠待遇。(6)有关管制“限制性商业惯例”的国际措施。

二、《保护工业产权巴黎工业公约》关于限制性商业惯例的规定

1983 年《保护工业产权巴黎工业公约》的文本没有规定反不正当竞争的内容，在 1900 布鲁塞尔修订本中，增加了反不正当竞争的内容。

公约第十条规定：凡在工商事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为构成不正当竞争的行为。公约列出 3 种不正当竞争行为，特别予以禁止。公约规定，各成员国有义务对该国国民保证给予制止不正当竞争的有效保护。

复习与思考题

1．限制性商业行为、反垄断法、反不正当竞争法的定义及关系？
2．规范限制性商业行为的国际立法及其主要特点？

拓展阅读书目

1．《中国反垄断法研究》（人民法院出版社）
2．《竞争法研究》（中国法制出版社）
3．《德国反不正当竞争法研究》（中国人民大学出版社）
4．《美国反托拉斯法与贸易法规》（中国社会科学出版社）

第十章　区域贸易协定

本章教学目的和基本要求：区域贸易协定在近年来日益增多，本章重点介绍有影响及与我国相关的区域贸易协定。学生应对区域贸易协定的性质和主要的区域贸易协定的特点有所了解。鉴于欧盟法单独开课，本课程不做介绍。

学时分配：5 学时

第一节　关税同盟和自由贸易区

一、总协定第 24 条关税同盟和自由经济区

区域贸易协定或区域经济一体化的合法性来自关税与贸易总协定第 24 条的规定。

（一）关税同盟

总协定第 24 条规定：“就本协定而言：(a)关税同盟应理解为以一单一关税领土替代两个或两个以上关税领土，以便(ⅰ)对于同盟成员领土之间的实质上所有贸易或至少对于产于此类领土产品的实质上所有贸易，取消关税和其他限制性贸易法规（如必要，第 11 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条、第 15 条和第 20 条下允许的关税和其他限制性贸易法规除外），及(ⅱ)在遵守第 9 款规定的前提下，同盟每一成员对同盟以外领土的贸易实施实质相同的关税或其他贸易法规”

（二）自由贸易区

就本协定而言：(b)自由贸易区应理解为在两个或两个以上的一组关税领土中，对成员领土之间实质上所有有关产自此类领土产品的贸易取消关税和其他限制性贸易法规（如必要，第 11 条、第 12 条、第 13 条、第 14 条、第 15 条和第 20 条下允许的关税和其他限制性贸易法规除外）。

二、成立关税同盟和自由贸易区的目的

总协定第 24 条第 4 项规定：“关税同盟或自由贸易区的目的应是为便利成员领土之间的贸易，而非提高其他成员与此区域性组织之间的贸易壁垒”。“参加方应在最大限度内避免对其他 WTO 成员的贸易造成不利影响”。

三、关税同盟和自由贸易区涵盖的贸易范围

区域性贸易组织必须实质上涵盖所有的贸易范围本项规定的目的是避免发生“并非真正要在区域之内实施自由贸易，而只欲就某些特定产品形成优惠待遇，以排斥或限制其它国家产品进入其市场，从而形成区域壁垒现象(Regional Block)。

四、关税同盟和自由贸易区协议结果

关税同盟或自由贸易区对非区内成员的关税或其它贸易限制在整体上不得高于未成立关税同盟或自由贸易区前之关税或其它贸易限制。

五、签订关税同盟和自由贸易区协议的审查程序

WTO 会员欲签署关税同盟或自由贸易区及过渡协议时，应立即通知货物贸易理事会，并由货物贸易理事会交由区域贸易协议委员会进行审查，并提出报告，送交货物贸易理事会采纳 。

六、对受影响的区外成员的补偿

总协定第 24 条第 6 项规定，在符合第 24 条第 5 项(A)款前提下，若成员方为成立关税同盟而必须提高关税，而此项提高并不符合 GATT 第 2 条(减让表)规定的，则必须适用总协定第 28 的条所规定的“调整关税时对受影响国家的补偿”。

《关于解释<1994 年关贸总协定>第 24 条的谅解》第 5 项规定的补偿形式为：调低其它关税类别的关税。如果不被接受，双方应继续谈判；若在合理期间仍无法达成协议，关税同盟有必要进行修改或撤回其减让。

七、过渡期

不论是关税同盟还是自由贸易区，若不是立即成立，而是经过一段期间逐步完成，则应在合理期限内完成。GATT 第二十四条第 5 项第(C)款规定，签订任何“过渡性协议”(an interim agreement， 即最终将形成关税同盟或自由贸易区协议)，应将形成关税同盟及自由贸易区的时间表及计划包括在内，其时间应不超过合理的长度，10 年。

八、服务贸易总协定（GATS）第五条经济一体化

GATS 第 5 条和 GATT 第 24 条的基本精神是一致的，都是在不提高贸易壁垒总体水平的前提下，便利协定参加方之间的贸易，促进国际贸易的发展。区别只在于，由于 GATS 不涉及关税和数量限制等贸易壁垒，所以没有使用关税同盟这一称谓。

九、区域经济一体化实践

欧盟和美国代表了区域经济一体化的两种模式。

欧盟以共同市场为起点，但其发展已超越单纯的共同市场，是在共同的历史文化传统的基础上形成了兼具经济同盟、货币同盟以及政治和安全同盟的全面一体化组织 。

以美国为核心的北美自由贸易区则是较单纯的共同市场，贸易区成员国之间的关系限于经贸往来、给予和享受特殊优惠待遇以及贸易纠纷的协调解决 。

第二节　北美自由贸易区

一、北美自由贸易协议概述

北美自由贸易协议，North American Free Trade Agreement 简称 NAFTA，由美、加、墨三国组成，1994 年 1 月生效。协议规定三个国家 在 15 年内须排除所有贸易障碍，让这个人口 3 亿 6 千万的地区成为世界第二大的自由贸易区 (free trade area) ，谨次于欧盟的 3 亿 7 千万人口。自由贸易区内的国家，货物可以互相流通并免关税，同时亦要合力排除其它的非关税障碍 ， 如配额 、外汇管制 、进口许可证、进口保证金等。对贸易区以外的国家，则可以维持关税及障碍。

二、北美自由贸易协议的宗旨

北美自由贸易协定的宗旨是：取消贸易壁垒，创造公平竞争的条件，增加投资机会，保护知识产权，建立执行协定和解决争端的有效机制，促进三边和多边合作。

该协定将用 15 年的时间，分 3 个阶段取消关税及其他贸易壁垒，实现商品和劳务的自由流通，在 3 国 9000 多种产品中，立即取消 50％的关税，15％以上的产品在 5 年内取消关税，剩余的关税将在 6 年～15 年内取消 。

三、北美自由贸易协议的特点

北美自由贸易区是世界上第一个由发达国家和发展中国家联合组成的贸易集团，成员国之间经济上既有较大互补性和相互依存性，又有明显的不对称性。

加拿大的原材料、墨西哥的劳动力与美国的技术管理相结合，加上便利的交通和迅猛发展的通讯技术，展现了一种新型自由贸易区模式发展的前景。

四、北美自由贸易协议的结构与主要内容

协议有 序言，8 个部分，22 章，295 条。

第三节　中国东盟自由贸易区

一、建立中国东盟自由贸易区概况

2002 年 11 月 4 日，我国与东盟 10 国的领导人在柬埔寨首都金边共同签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议》（简称《框架协议》），提出了建立中国—东盟自贸区的建议。历经两年谈判，2004 年 11 月 29 日，中国与东盟 10 国签署自贸区《货物贸易协议》，并在 2005 年 7 月 20 日开始实施降税。中国—东盟自贸区建设进程由此全面启动。

二、《框架协议》和《货物贸易协议》的主要内容

2002 年 11 月签署的《框架协议》是中国—东盟自贸区的纲领性文件。《框架协议》规定，中国—东盟自贸区的目标是，实现货物和服务贸易自由化，创造透明、自由和便利的投资环境，拓展经济合作领域。中国—东盟自贸区计划在 2010 年基本建成。

2004 年签署的《货物贸易协议》是确定自贸区货物贸易降税方式、原产地规则、贸易救济措施等内容的基本文件。《货物贸易协议》规定，从 2005 年 7 月起，中国和东盟 10 国全面启动降税进程，分阶段削减关税，到 2010 年相互取消大部分产品的关税。其中，柬埔寨、老挝、缅甸和越南可享受多 5 年的过渡期，到 2015 年将大部分产品关税降为零。此外，各方还将取消所有进口数量限制及与 WTO 规则不符的非关税措施。

三、根据《货物贸易协议》，中国和东盟到 2010 年将取消大部分产品的关税，未来几年的降税安排

根据《货物贸易协议》，2005 年，我国对东盟国家的平均税率已从 9.9%降到 8.1%，2007 年将降到 6.6%，2009 年进一步降到 2.4%。到 2010 年，我国自东盟进口产品将有 93%实行零关税。同样，东盟国家也将作出类似安排。以泰国为例，2005 年其对我国产品的平均税率已从 12.9%降到 10.7%，2007 年将降到 6.4%，2009 年进一步降到 2.8%，2010 年将对我国 90%以上的产品实行零关税。

复习与思考题

1．关税同盟和自由贸易区的异同？
2．北美自由贸易区的特点
3．关税同盟、自由贸易区和 WTO 的关系？
4．中国东盟自由贸易区的特点

拓展阅读书目

1.《中国加入世界贸易组织知识读本 2(关于解释 1994 年关税与贸易总协定第 24 条的谅解)》（人民出版社）

2. 试论西欧经济一体化对关税同盟理论的影响（重庆师范大学学报（哲学社会科学版） 2001 年第 03 期）

《国际法分论》教学大纲

李居迁　高健军等　编写

目　录

前　言 82
第一章　条约法 83
第一节　概　述 83
一、条约的定义、特征 83
二、条约的种类和名称 83
三、条约法的编纂 83
第二节　条约成立的实质要件 83
一、具有完全的缔约能力和缔约权（capacity to conclude treaties/treaty-making capacity；competence to conclude treaties/treaty making power） 83
二、符合自由同意 83
三、符合强行规则（jus cogens/peremptory norm of general international law (jus cogens) ） 84
第三节　条约的缔结 84
一、程序 84
二、条约的保留（reservation） 84
三、条约的登记 84
四、我国的缔结条约程序法 85
第四节　条约的效力 85
一、条约的生效 85
二、条约适用 85
三、条约对第三国的效力 85
四、条约的解释（INTERPRETATION OF TREATIES ） 85
五、条约的修订(revision of treaties) 86
第五节　条约的终止和停止施行 86
一、条约终止和停止施行（termination of treaties, suspension operation of treaties）的原因 86
二、条约终止和暂停施行的程序及后果 86
复习与思考题 86
拓展阅读书目 86
第二章　海洋法 87
第一节　概　述 87
一、海洋法的概念和历史发展 87
二、三次联合国海洋法会议 87
三、中国有关海洋的立法和实践 87
第二节　领海和毗连区 87
一、领海基线 87
二、领海的概念和范围 87
三、沿海国的领海主权 87
四、领海无害通过制度 88
五、毗连区 88

第三节　群岛水域 88
一、概说 88
二、群岛水域的法律地位和航行制度 88
第四节　专属经济区 88
一、专属经济区制度的形成 88
二、专属经济区的法律制度 88
三、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界 88
四、中国的专属经济区制度 88
第五节　大陆架 89
一、概说 89
二、大陆架的法律制度 89
三、海岸相向或相邻国家间大陆架的划界 89
四、大陆架制度与专属经济区制度的关系 89
五、中国的大陆架制度与海洋划界问题 89
第六节　用于国际航行的海峡 89
一、概说 89
二、过境通行制 89
三、实行其他通过制度的海峡 90
第七节　公　海 90
一、公海的含义和法律地位 90
二、公海自由 90
三、公海上的管辖权 90
第八节　国际海底区域 90
一、概说 90
二、国际海底区域的法律地位和开发制度 90
三、国际海底管理局 90
第九节　海洋环境的保护和保全 90
一、概述 90
二、防止陆地源和大气源污染 91
三、防止船舶源污染 91
四、防止海底开发活动源污染 91
五、防止倾倒源污染 91
六、海洋环境污染的管辖 91
第十节　国际海洋法法庭 91
一、概述 91
二、法庭的组织 91
三、法庭的管辖权 91
四、法庭的程序和裁判 91
五、海底争端分庭 91
复习与思考题 92
拓展阅读书目 92
第三章　国际航空法和外层空间法 93
第一节　国际航空法概述 93

一、国际航空法概述 93
二、国际航空法的编纂 93
第二节　国际民用航空制度 93
一、空气空间的法律地位 93
二、国家的领空主权 93
三、航空器的国籍和法律地位 93
四、国际航空运输 94
第三节　危害国际民用航空安全的非法行为 94
一、犯罪的定义 94
二、管辖权 94
三、引渡 94
复习与思考题 94
拓展阅读书目 95
第四章　外层空间法 96
第一节　外层空间法概述 96
一、外层空间的法律地位 96
二、外层空间法的编纂 96
第二节　外层空间法的基本原则 96
第三节　外层空间的法律制度 96
第四节　指导各国从事外空活动的其他准则 97
复习与思考题 97
拓展阅读书目 97
第五章　外交和领事关系法 98
第一节　外交关系法概述 98
一、外交和外交关系 98
二、外交关系法 98
三、外交关系机关 98
第二节　常设使馆制度 99
一、使馆的设立及使馆人员的组成 99
二、使馆人员的派遣和赴任 99
三、使馆的职务 99
四、外交团 99
第三节　常驻使团和特别使团 100
一、常驻使团 100
二、特别使团 100
第四节　外交特权与豁免 100
一、外交特权与豁免概述 100
二、使馆的特权与豁免 100
三、使馆人员的特权与豁免 100
四、外交特权与豁免的开始和终止 101
五、使馆及使馆人员在接受国的义务 101
六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》 101
第五节　领事关系和领事制度 101

一、概述 101
二、领事馆及其人员 101
三、领事特权与豁免 101
四、领馆及享有特权与豁免的人员的义务 102
五、中国关于领事特权与豁免的规定 102
复习与思考题 102
拓展阅读书目 102
第六章　国际组织法 103
第一节　国际组织法概述 103
一、国际组织的概念与类型 103
二、国际组织的历史发展 103
三、国际组织的法律地位 103
四、国际组织的法律制度 103
第二节　联合国 103
一、联合国的建立 103
二、联合国的宗旨和原则 103
三、联合国的会员国 104
四、联合国的主要机关 104
第三节　区域性国际组织 104
一、区域性国际组织的概念和特征 104
二、主要的区域性国际组织 104
第四节　专门性国际组织 104
一、专门性国际组织的概念和特征 104
二、联合国专门机构 104
复习与思考题 104
拓展阅读书目 105
第七章　国际人权法 106
第一节　国际人权法概述 106
一、国际人权的概念与特征 106
二、国际人称法的定义及历史发展 106
第二节　联合国一般性的人权宣言和公约 106
第三节　区域性的国际人权公约 106
第四节　人权的基本内容 106
一、个人的基本人权 106
二、集体的人权 106
三、国际人权保护的专门领域 107
第五节　国际人权保护的实施制度 107
一、国际人权保护的机构 107
二、国际人权保护的监督和补助制度 107
第六节　中国与人权 107
一、中国在国际人权领域的活动 107
二、中国在人权问题上的基本立场 107
复习与思考题 108

拓展阅读书目 108
第八章　国际环境法 109
第一节　国际环境问题概述 109
一、全球生态危机 109
二、全球新议题——环境外交 109
三、国际环境会议 109
第二节　国际环境法的产生及其发展 109
一、国际环境法的定义 109
二、国际环境法的特点 109
三、国际环境法新发展 109
第三节　海洋环境的保护和保全 110
第四节　大气污染防治与气候保护 110
一、大气污染概述 110
二、大气污染防治 110
三、气候的国际法保护 110
第五节　生物多样性与人类环境安全 110
一、生物多样性概念 110
二、生物多样性面临的危机 110
三、生物多样性保护的条约体系 110
四、《生物多样性公约》及其议定书 110
第六节　危险废物的越境转移及其管理 110
复习与思考题 110
拓展阅读书目 111
第九章　国际刑法 112
第一节　国际刑法概述 112
一、国际刑法的概念 112
二、国际刑法的历史发展 112
三、国际刑法的编纂 112
第二节　国际犯罪及其责任 112
一、国际犯罪的概念 112
二、国际犯罪与跨国犯罪 112
三、对个人国际犯罪的管辖权 112
四、国家的国际犯罪与原则 113
第三节　国际犯罪的种类 113
第四节　国际刑事司法协助 113
一、国际刑事司法协助的概念 113
二、国际刑事司法协助的原则 113
三、国际刑事司法协助的内容 113
四、国际刑事司法协助的实施 113
复习与思考题 113
拓展阅读书目 113
第十章　战争法 114
第一节　战争与战争法概述 114

一、战争的概念.....114
二、战争在国际法上的地位.....114
三、战争法的概念和编纂.....114
四、战争法的基本原则.....114
第二节　战争的法律规则.....114
一、战争的开始和结束.....114
二、对作战手段和方法的限制.....114
三、对平民和战争受难者的保护.....115
四、战时中立.....115
第三节　战争犯罪及其责任.....115
一、战争犯罪的概念.....115
二、对战争罪犯的审判.....115
三、惩治战争罪犯的原则.....115
复习与思考题.....115
拓展阅读书目.....115

前　言

国际法是法学专业的学位必须课之一，是高等教育法学专业教育不可缺少的重要组成部分。

国际法是在国际交往过程中通过国际程序形成的、主要调整国家等国际法主体之间关系的法律。在经济全球化和建立国际和谐社会的今天，学习和掌握国际法的重要性显而易见。国际法不仅是国家外交、外事工作人员和从事国际问题研究的人员必须掌握的知识，也是一切国家工作人员和国民应当了解的常识。在经济全球化的大背景下，如果不学习国际法、不掌握国际法，就很难在对外的政治、经济、文化等交往中立于不败之地，很难有效地维护国家的权力和利益。如果不掌握国际法，就很难从法律上对抗来自任何方面和以任何形式出现的霸权主义，也很难真正地建立起国际和谐社会。在当今世界，国际法知识的普及程度已是衡量一个国家国民文化水平的标准之一！

一般来说，本课程要以法学基础理论、宪法学、民法学、刑法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学等学科作为基础，但同时，国际法又是国际私法、国际贸易法、国际金融法等各种“国”字头的法律学科的基础学科。可以说，没有良好的、扎实的国际法学功底，而要想学好其他“国”字头的法律学科是非常困难的！国际法学不仅理论性强，实践性也很强。因此，在教学中，不仅要注意研究有关的国际条约、国际习惯等规则，还必须关注国际法院（包括其他国际法庭）和国际仲裁机构的司法实践。

国际法分论教学大纲是规范国际法分论课程教学内容和课程考核范围的概要性提纲，是开展国际法分论教学工作的基本依据。本教学大纲中共列举了十章的内容。包括平时国际法和战争法。其中，战争法只有一章，另外的九章都属于平时国际法的范畴。

国际法分论部分，虽然不包括“国际法导论”、“国家”和“领土”，但内容仍然非常丰富，并且还不断的有新的条约规则和习惯规则产生。因此，对于学生来说，要学好国际法分论并不是很容易的。这本大纲，一方面可以规范教师讲授国际法分论课程时的具体教学内容，明确国际法分论的考核范围，同时，可以为学生提供一个概要性大纲，使学生较轻松地进入学习国际法分论的状态，提高学生的学习兴趣，从而起到事半功倍的学习效果。当然，在教与学的过程中，不论是教师，还是学生，都必须放眼于国际社会，及时了解和掌握国际法的发展、变化，以便为中国的经济和社会发展、为建立和谐国际社会服务。

本大纲的编写人员依照章节顺序分别为李居迁、高健军、凌岩、郭红岩、马呈元和林灿铃。

第一章　条约法

本章教学目的和基本要求：

条约是国际法最主要的渊源之一，在国际法主体尤其是国家交往过程中要十分重要的作用，是国际法课程的关键之一。在学习过程中，要求掌握国际法的定义和特征，将其与非条约的国际性文件区分开；掌握国际条约成立的实质要件；掌握条约保留的含义和效果；掌握条约的效力范围；掌握国际条约解释所遵循的规则；掌握条约终止和暂停实行的原因。了解国际条约的名称、缔约程序、条约登记的作用。

学时分配：7 学时。

第一节　概　述

一、条约的定义、特征

一般而言，条约是两个或两个以上的国际法主体（主要是国家）之间依据国际法缔结的确定其相互之间的权利和义务关系的协议。在 1969 年和 1986 年两个不同的维也纳条约法公约中，其定义有差异。

条约的特征可以从主体、依据、内容、形式等方面进行把握。其主体主要是国家，依据以国际法为准，内容确定主体之间权利义务关系，形式主要是书面形式。

二、条约的种类和名称

条约的种类根据性质、缔约程序、缔约方数目、缔约方地域、内容等均可做出不同分类。

条约名称很多，凡符合条约定义者均可以成为条约。条约名称有：公约、条约、宪章、盟约、组织宪章、规约、专约、协定、议定书、宣言、声明、换文、谅解备忘录等。

三、条约法的编纂

目前在联合国体制内负责国际法编纂的机构是国际法委员会。

第二节　条约成立的实质要件

一、具有完全的缔约能力和缔约权（capacity to conclude treaties/treaty-making capacity；competence to conclude treaties/treaty making power）

一般而言，缔约能力仅为国际法主体享有，而缔约权则属于代表权。缔结条约的代表须出示全权证书以表明其缔约的权限范围。

二、符合自由同意

缔结条约应当符合缔约主体的自由意志。不符合自由同意的情形主要有以下几种：

（一）错误（Error ）

（二）诈欺（Fraud ）

（三）贿赂（Corruption of a representative of a State ）

（四）强迫（Coercion）

1．强迫国家的代表（Coercion of a representative of a State）；

2．以威胁或武力强迫国家（Coercion of a State by the threat or use of force） 。

三、符合强行规则（jus cogens/peremptory norm of general international law (jus cogens) ）

根据维也纳条约法公约的定义，强行规则是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑，且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。”即被国际社会成员全体公认必须遵守而不得损抑的，也不得任意改变的国际法规范。凡条约或行为与之抵触者统归无效。

第三节　条约的缔结

一、程序

条约缔结程序一般经过以下阶段：

（一）约文的议定

（二）约文的认证

1．草签

2．待核准的签署或暂签

3．签署

（三）表示同意受条约的拘束

1．签署

2．批准

3．加入

4．接受和赞同(核准)

二、条约的保留（reservation）

条约的保留是指一国在签署、批准、接受、赞同、加入一个条约时所作的单方面声明，不论措辞或名称如何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。

（一）条约保留的成立

条约保留与否由国家自行决定，但是以下情况不得保留：

1．该项保留为条约所禁止者；

2．条约仅准许特定之保留而有关之保留不在其内者；

3．该项保留与条约的目的和宗旨不符者。

（二）条约保留成立的法律效果

保留成立的法律效果可以分为以下几个方面：

1．在保留国与接受国之间,按保留的范围改变该保留所涉及的一些条约规定；

2．在保留国与反对保留国之间,若反对保留国并不反对该条约在保留国与所对保留国之间生效，此项保留所涉及的规定在保留的范围内，对于该两国间不适用；

3．在非保留国之间,不改变条约的规定，无论是否接受另一缔约国的保留。

三、条约的登记

条约登记主要是为了避免秘密条约。国际联盟盟约曾规定条约不登记即无效，该规定不符合事实。联合国宪章规定条约不在联合国秘书处登记即不得在联合国机构援引，但不影响条约的法律效力。

四、我国的缔结条约程序法

1990 年 12 月 28 日通过，规定缔约权由国务院行使。

第四节　条约的效力

一、条约的生效

条约可以在不同的情形下生效：

（一）签署后生效；

（二）批准后生效；

（三）交存批准书或加入书后生效；

（四）条约规定于一定的日期生效。

二、条约适用

（一）条约适用的领土范围

生效的条约对缔约方的所有领域均有效力，除非条约本身明确限定了适用的空间范围。

条约适用上遵循一个古老的原则，条约必须遵守原则（*Pacta sunt servanda*），它要求缔约方善意履行有效条约。该原则已经成为了一个习惯规则，在过去和现在的很多国际性法律文件例如联合国宪章、条约法公约中都确认了这一原则。当然，在条约无效与情势变迁的情形下，缔约方不必遵守条约。

生效的条约在其生效期间一直有效，应予以适用。

（二）条约的冲突

条约冲突时，遵循以下规则解决：

1．对于联合国的会员而言，如果其缔结的条约与联合国宪章义务冲突，则宪章义务优先。

2．条约规定了解决冲突的方法，遵循条约规定。

3．条约没有规定解决冲突的方法，缔约国相同的，遵循后法优于先法的原则。

4．缔约国不同的条约发生冲突，确定对于当事国有效的条约予以适用。

三、条约对第三国的效力

条约对第三国无益无损，条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。条约非经第三国明示书面同意，不为该国创设义务；条约创设权利的，原则上应取得第三国同意，但若无相反表示，推定同意。

四、条约的解释（INTERPRETATION OF TREATIES ）

条约的解释是指对于条约的具体规定的真实含义依照一定的规则所进行的说明。

（一）解释的主体包括：

1．当事方：对其相互之间的条约有权解释；

2．国际组织：可依据其职权解释其自身的条约；

3．国际仲裁或司法机关：可以对提交给自己的条约进行解释。

（二）解释规则

依照条约法公约第 31 条规定，“条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”其中，上下文包括序言、附件，当事国事先或事后缔结的有关该

条约的协定、文书，适用于当事国之间的任何有关的国际法规则。依据第 32 条规定，还可使用补充资料，包括准备资料如谈判记录、会议记录、草案以及缔约情况。解释时遵循的文字规则是，规定作准文字者，以作准文字为准；未规定作准文字者所有缔约国文字同以作准。

五、条约的修订(revision of treaties)

包括所有缔约国参与的修正(amendment of treaties)和个别缔约国参与的修改(modification of treaties)。

第五节　条约的终止和停止施行

一、条约终止和停止施行（termination of treaties, suspension operation of treaties）**的原因**

条约可因各种原因中止或停止施行，例如条约规定、当事双方的同意、单方解约和退约、履行完毕、条约被代替而终止、条约履行不可能、条约当事方丧失国际人格、断绝外交关系或领事关系、战争、一方违约、情势变迁等。

二、条约终止和暂停施行的程序及后果

根据维也纳条约法规定，一方主张条约无效、终止、退出或停止施行条约，必须通知对方，3 个月未遭反对即可实施其提议的措施；如遭反对，可于 12 个月内和平解决争端。

法律后果是解除各当事国继续履行条约的义务，但不影响各当事国在该条约的终止前由于实施该条约所产生的任何权利、义务或法律情况。

复习与思考题

1．条约的概念与特征。
2．条约成立的实质要件是什么？
3．条约的保留及其后果。
4．条约必须遵守原则。
5．什么是条约的解释？谁有权进行解释？应遵循什么规则？
6．条约终止和暂停实施的原因有哪些？

拓展阅读书目

1．《条约法概论》，李浩培著，法律出版社，1987 年 12 月第一版。
2．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第二章　海洋法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生掌握各个不同海域的法律地位和法律制度，理解其中的差别，并了解有关保护海洋环境的基本制度以及国际海洋法法庭的基本情况。

学时分配：8 学时。

第一节　概　述

一、海洋法的概念和历史发展

海洋法是规定各个海域的法律地位和法律制度并调整各国在其中从事各种活动的原则、规则和规章制度的总体。掌握海洋自由论和传统海洋法律秩序的基本内容。

二、三次联合国海洋法会议

三次联合国海洋法会议分别于 1958 年、1960 年和 1973-1982 年召开，了解 1982 年《联合国海洋法公约》的主要内容和嗣后发展。

三、中国有关海洋的立法和实践

了解中国颁布的主要涉海法律和规章。

第二节　领海和毗连区

一、领海基线

领海基线是陆地和海洋的分界线，也是测算领海、毗连区、专属经济区和大陆架宽度的起算线。基线有两种：一是正常基线，二是直线基线。中国采用直线基线。沿海国领海基线向陆地一面的水域称为内水。沿海国对内水享有完全和排它的主权，除遇难外，一切外国船舶非经沿海国许可不得进入其内水。海湾是内水的一个重要组成部分。海湾是明显的水曲，即水曲的面积应等于或大于横越曲口所划的直线为直径的半圆形面积。对于沿岸属于同一国领土的海湾，其湾内水域的法律地位通常取决于湾口的宽度。

二、领海的概念和范围

领海是沿海国陆地领土及其内水以外邻接其海岸的一带海域，在群岛国的情形下则是群岛水域以外邻接的一带海域。沿海国或群岛国对领海享有主权。每一国家有权确定其领海宽度，直至从按照公约确定的基线量起不超过 12 海里的界限为止。我国的领海宽度为 12 海里。

三、沿海国的领海主权

沿海国的领海主权包括领空主权、领海立法权、开发和利用领海内资源的专属权利、沿海航运及贸易权、属地优越权。但外国军舰和其他用于非商业目的的政府船舶享有管辖豁免。

四、领海无害通过制度

沿海国对其领海的主权受无害通过这个国际习惯的限制。所有国家的船舶在不损害沿海国和平、良好秩序或安全的前提下，均享有自由通过他国领海的权利。掌握有关无害通过的具体要求以及沿海国的权利和义务，并对有关军舰无害通过权的争论有所了解。

五、毗连区

毗连区是领海以外毗连领海的一个区域，沿海国在这个区域内可以对某些事项行使必要的管制。毗连区的范围从领海基线量起不得超过 24 海里。

第三节　群岛水域

一、概说

群岛国可以划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的群岛直线基线，并从基线量出其领海、毗连区、专属经济区和大陆架，而基线所包围的水域就是群岛水域。群岛国在划群岛基线时应受一系列条件的限制。

二、群岛水域的法律地位和航行制度

群岛国对群岛水域享有主权。但除内水外，所有国家的船舶均享有无害通过群岛水域的权利。此外，所有船舶和飞机还享有“群岛海道通过权”。

第四节　专属经济区

一、专属经济区制度的形成

该海域位于领海以外并邻接领海，其范围从测算领海宽度的基线量起不超过 200 海里。专属经济区制度的出现直接来自以拉美国家为代表的广大发展中国家争取 200 海里海洋权的斗争，现在已经成为国际习惯法的组成部分了。

二、专属经济区的法律制度

专属经济区是一个“自成一类”的海域。沿海国在此区域内享有与资源开发和经济活动有关的主权权利和管辖权，而其他国家也享有航行、飞越和铺设海底电缆和管道等自由。

三、海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界

应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决。在达成协议前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排。

四、中国的专属经济区制度

掌握 1998 年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》中有关专属经济区的主要内容。

第五节　大陆架

一、概说

一般认为，大陆架法律制度的起点是 1945 年的《杜鲁门公告》。1958 年第一次海洋会议通过的《大陆架公约》对大陆架的法律制度作了全面规定。1982 年《海洋法公约》给大陆架下了一个新的定义。如今，沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到 200 海里，则扩展到 200 海里的距离。在大陆边从测量领海宽度的基线量起超过 200 海里的情形下，沿海国应将有关情报提交公约成立的大陆架界限委员会，该委员会可就有关划定大陆架外部界限的事项向沿海国提出建议。

二、大陆架的法律制度

沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的对大陆架行使主权权利。这一权利是专属性的，如果沿海国不勘探大陆架或开发其自然资源，任何人未经沿海国明示同意均不得从事这种活动。并且，沿海国对大陆架的权利并不决定于有效或象征性的占领或任何明文公告。但沿海国对大陆架的权利不影响大陆架上覆水域或水域上空的法律地位。

三、海岸相向或相邻国家间大陆架的划界

应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议协定，以便得到公平解决。在达成上述协议以前，有关各国应基于谅解和合作的精神，尽一切努力作出实际性的临时安排。

四、大陆架制度与专属经济区制度的关系

两者都是国家管辖范围内的海域，都是与资源有关的区域，沿海国都享有主权权利，对人工岛屿、设施和结构的建造、管理、操作和使用都拥有管辖权。在从领海基线量起的 200 海里范围内，两者甚至是一个重叠区域。但两者在范围上、权利的具体内容上，以及是否为沿海国的固有权利方面存在差异。

五、中国的大陆架制度与海洋划界问题

掌握 1998 年《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》中有关大陆架的主要内容。受地理条件的限制，中国需要与多个海洋邻国划界。到目前为止，中国只同越南就北部湾的划界达成协议。中国主张在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限。

第六节　用于国际航行的海峡

一、概说

关于何为用于国际航行的海峡，具有决定意义的是该海峡连接公海或专属经济区两个部分的地理位置，以及该海峡的航行相当频繁，且不限于当地国家使用的事实。

二、过境通行制

在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间用于国际航行的海峡中

适用过境通行制，所有船舶和飞机均享有过境通行权，即为继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越自由。但船舶和飞机在过境通行时应遵守公约所规定的义务。掌握海峡沿岸国关于过境通行的权利和义务。

三、实行其他通过制度的海峡

掌握这些海峡的特征以及所适用的具体通过制度。

第七节　公　海

一、公海的含义和法律地位

公海是指不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域。公海不属于任何国家管辖和支配，任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权之下。公海对所有国家开放，不论沿海国或内陆国，都可以在国际法规则规定的条件下行使公海自由。各国在行使公海自由时应适当顾及其他国家的利益以及公约规定的同“区域”内活动有关的权利。

二、公海自由

航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由、建造人工岛屿和设施的自由、捕鱼自由和科学研究的自由。

三、公海上的管辖权

船旗国管辖、登临权和紧追权。

第八节　国际海底区域

一、概说

国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土，亦即各国大陆架以外的整个海底区域。

二、国际海底区域的法律地位和开发制度

国际海底区域是人类共同继承财产，其开发采用平行开发制。

三、国际海底管理局

第九节　海洋环境的保护和保全

一、概述

人类对海洋环境的最大危害就是污染。按照污染物的来源不同，海洋环境污染可分为陆地源污染、大气源污染、船舶源污染、倾倒源污染和海底活动开发源污染等五种。

二、防止陆地源和大气源污染

陆地来源的污染是指人类将生活垃圾、工业废物、农业化学物质等由河口流入海洋所造成的污染。大气源污染是指来自大气层或通过大气层的污染。各国应制定法律和规章，以防止、减少和控制对海洋环境的污染。

三、防止船舶源污染

来自船舶的污染包括两种情况：一是在海上航行的船舶蓄意或由于疏忽而向海洋排放油类或其他有害物质所造成的污染；二是船舶在海上航行中发生事故所造成的污染。掌握相关国际公约的主要内容。

四、防止海底开发活动源污染

海底开发活动造成海洋环境污染包括在领海、大陆架等国家管辖范围内的海底活动造成的污染和在国家管辖范围外的“区域”内活动造成的污染。掌握《海洋法公约》的有关规定。

五、防止倾倒源污染

倾倒是指任何从船舶、飞机、平台或其他海上人工结构有意地在海上倾弃废物或其他物质的行为；任何有意地在海上弃置船舶、飞机、平台及其他海上人工结构的行为。掌握《伦敦倾倒公约》和《海洋法公约》的有关规定。

六、海洋环境污染的管辖

船旗国管辖、港口国管辖、沿海国管辖。

第十节　国际海洋法法庭

一、概述

国际海洋法法庭是《海洋法公约》为解决有关海洋的争端而创设的一个常设性国际司法机构，1996 年成立。

二、法庭的组织

法官的资格、选举、任期、权利义务、专案法官、分庭。

三、法庭的管辖权

法庭的诉讼当事方、法庭管辖的争端范围、法庭的咨询管辖权。

四、法庭的程序和裁判

法庭的诉讼程序包括起诉、书面程序、初步审议和口头程序等几个阶段。法庭应适用公约和其他与公约不相抵触的国际法规则裁判一切争端和申请。判决应由出庭法官的过半数决定。法庭的判决具有确定性，争端各方应予以遵守。法庭的附带程序。

五、海底争端分庭

组成、管辖权、适用的法律。

复习与思考题

1．何为领海基线，在确定直线基线时应遵守哪些规则？
2．简述领海无害通过制度。
3．简述专属经济区和大陆架的法律制度。
4．简述用于国际航行的海峡的含义及其过境通行制。
5．何为登临权和紧追权？
6．简述国际海洋法法庭的管辖权及所适用的法律。

拓展阅读书目

1．《国际海洋法》，周忠海著，中国政法大学出版社，1987 年 7 月版。
2．《中国与国际海洋法》，高健军著，海洋出版社，2004 年 3 月版。

第三章　国际航空法和外层空间法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解空气空间的概念与法律地位，掌握国际航空的原则和规则。明确危害国际民用航空安全的非法行为的定义，掌握对其进行管辖、引渡和起诉的国际规则。

学时分配：3 学时。

第一节　国际航空法概述

一、国际航空法概述

国际航空法是调整各国在从事航空活动中所产生的各种法律关系的规则和规章制度的总体。

二、国际航空法的编纂

国际航空法的主要渊源是国际条约。1919 年《巴黎航空公约》是以普遍性条约的形式在国际航空管理方面作出的一次重要尝试。1944 年的《芝加哥国际航空公约》取代了 1919 年《巴黎航空公约》，是目前管理国际民用航空的最重要的多边公约。同年还签订了《国际航空运输协定》和《国际航班过境协定》，分别给予缔约国定期航班五项自由和两项自由。

关于航空安全方面的条约有：1963 年《东京公约》，1970 年《海牙公约》，1971 年《蒙特利尔公约》及其 1988 年的议定书，1991 年《注标塑性炸药以便探测的公约》

关于航空私法方面的条约主要是 1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》，即《华沙公约》，规定了航空运输的业务范围、运输票证和承运人责任的国际统一规则，该公约经过多次修改，形成了由 9 个文件组成的“华沙体系”。

第二节　国际民用航空制度

一、空气空间的法律地位

国家领陆和领水上方的空气空间为领空，国家对其享有完全和排他的主权。公海和不属于国家管辖的领土上方的空气空间为公空，实行飞越自由的原则。

二、国家的领空主权

1944 年的《芝加哥国际航空公约》是规定国际民用航空制度的重要国际条约，确认了各国对其领空具有完全的和排他的主权及领空主权的行使，包括外国航空器未经地面国许可，不得飞入或飞经其领空，对非法入境的航空器有权采取措施，但对民用航空器的拦截不得采用危及其安全的武力行动。国家有权制定航空法律和规章、保留国内载运权以及设置空中禁区和暂禁飞行。

三、航空器的国籍和法律地位

航空器是大气中任何依靠空气的反作用力而不是靠空气对地（水）面的反作用力取得支撑的任何器械。

航空器依登记取得一国国籍并应载有国籍标志和登记标志。航空器受登记国的管辖。

四、国际航空运输

区分定期航班飞行和非定期航班飞行，前者未经许可不得在他国领土上空飞行，后者有权经过他国领土上空而不降停或做非运输业务性降停。

第三节　危害国际民用航空安全的非法行为

一、犯罪的定义

（一）非法劫持航空器：凡在飞行中的航空器内的任何人用暴力或用暴力威胁，或用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制航空器，或这类行为的任何未遂行为，或是从事这类行为或者任何未遂行为的共犯即是犯有非法劫持航空器的罪行。

（二）非法和故意地实施下述 5 种行为即为危害民用航空安全的罪行：(1)对飞行中的航空器内的人采取暴力行为而足以危及该航空器安全；(2)破坏使用中的航空器或使其受损坏，以致不能飞行或足以危及其飞行的安全；(3)用任何方法在使用中的航空器内放置或指使别人放置装置物质，可能破坏该航空器或使其受损坏以致不能飞行或足以危及其飞行的安全；(4)破坏或损坏航行设备或妨碍其工作，足以危及其飞行的安全；(5)传送虚假的情报，从而危及飞行中航空器的安全。

（三）对用于国际民用航空机场的非法暴力行为：任何人使用任何装置、物质或武器，非法地和故意地；

1．对用于国际民用航空的机场内的人实施暴力行为，造成或足以造成重伤或死亡，以致危及或足以危及该机场的安全；

2．破坏或严重损坏用于国际民用航空的机场的设备，或停在该机场上的未在使用中的航空器，或中断机场服务，以至危及或足以危及该机场安全的，即为犯罪。

二、管辖权

对非法劫持航空器的罪行，航空器的登记国、航空器降落地国、航空器承租人的主要营业地或永久居所所在国、罪犯所在国和根据本国法有管辖权的国家有权对犯罪行使管辖权。对危害民航安全的非法行为以及对用于国际民用航空机场的非法暴力行为，除上述国家外，罪行发生地国亦有管辖权。

三、引渡

这些犯罪都是可引渡的罪行，被请求引渡国可根据引渡条约、《海牙公约》或《蒙特利尔公约》、或国内法规定引渡犯罪嫌疑人，若犯罪嫌疑人所在国不予引渡，则应将案件提交主管当局以便起诉。该当局应按照本国法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定。

复习与思考题

1．空气空间的法律地位如何表述？

2．地面国家如何行使领空主权？

3．何为非法劫持航空器和危害民航安全的非法行为？

4．有关国际公约是如何规定惩治危害民用航空安全的非法行为的？

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

2．《奥本海国际法》，外国法律文库，中国大百科全书出版社。（中英文版）

3．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第四章　外层空间法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解外层空间的概念与法律地位，掌握外层空间活动的原则和国际法制度。

学时分配：3 学时。

第一节　外层空间法概述

一、外层空间的法律地位

空气空间之上的空间为外层空间。外层空间不属于任何国家的主权范围。但是迄今空气空间和外层空间的之间的界限仍没有确定。

二、外层空间法的编纂

外层空间法主要渊源是五个国际公约，1967 年联合国通过了《外空条约》、1968 年的《营救协定》、1972 年的《责任公约》、1975 年的《登记公约》和 1979 年《月球协定》。其他多边和双边国际协定以及联合国大会通过的五套原则都可通过实践发展成国际习惯法规则。

第二节　外层空间法的基本原则

1963 年联合国大会通过了《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》，1967 年联合国通过了《外空条约》，1996 年《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家的需要的宣言》。这些文件，尤其《外空条约》规定了从事外空活动应遵循的基本原则：全人类共同利益原则、不得将外层空间和天体据为己有原则、自由探索和利用外空原则、为和平目的原则、援救宇航员原则、国家责任和赔偿责任原则、对空间物体的管辖权和所有权原则、空间物体的登记原则、保护空间环境原则和国际合作原则等。

第三节　外层空间的法律制度

1968 年的《营救协定》规定了援救宇航员和归还外空物体的制度：各国对发生意外、处于灾难状态、进行紧急或非预定降落的宇航员和返回地球的空间物体有通知发射当局和联合国秘书长、营救和寻找宇航员、将宇航员和空间物体归还发射当局的三项义务。

1972 年的《责任公约》规定了外空物体造成损害的责任制度：空间物体造成损害的责任承担者是发射国。共同发射国对其空间物体造成的损害负共同和个别的责任。空间物体在地球表面、或给飞行中的飞机造成损害，发射国负绝对责任；空间物体在地球表面以外的地方，对另一发射国的空间物体，或其所载人员或财产造成损害，发射国负过失责任。可通过国内程序、外交途径或成立求偿委员会三种途径求偿。

1975 年的《登记公约》规定了射入外空物体的登记制度：发射到外空的空间物体必须在一个发射国登记。每一登记国有义务及时地向联合国秘书长提供其登记入册的每一空间物体的有关情报。

1979 年联合国通过了《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》，但是只有少数国家参加了该协定。

第四节　指导各国从事外空活动的其他准则

联合国大会还通过了 1982 年《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》、1986 年《关于从外空外层空间遥感地球的原则》和 1992 年《关于在外层空间使用核动力源的原则》。这些原则是指导各国从事外空活动的准则，并可通过国家对它们的接受，发展成为在接受国间有拘束力的法律。

复习与思考题

1．各国从事外层空间活动应遵守哪些法律原则？
2．简述外空损害责任制度的主要内容。
3.《登记公约》的主要规定是什么？
4．关于营救宇航员方面，国际法上有什么条约、主要内容是什么？

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2．《奥本海国际法》，外国法律文库，中国大百科全书出版社。（中英文版）
3．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第五章　外交和领事关系法

本章教学目的和基本要求：

学习本章，了解外交和领事关系的有关概念及外交机关体系。掌握使馆的职务、使馆及其人员的特权与豁免以及他们对接受国的义务。掌握领事的概念、领事的职务及领事的特权与豁免。掌握外交团、不受欢迎和不能接受的人的概念。理解特别使团和常驻使团的概念和有关制度。

学时分配：6 学时。

第一节　外交关系法概述

一、外交和外交关系

外交是国家为实现对外政策、处理和调整国际关系的手段和方法。

外交关系是国家与其他国家、以及与其他国际法主体之间通过互访、谈判、出席国际会议、参加国际组织、缔结条约以及互设常驻代表机构等外交手段和方法而形成的交往关系。

根据现行的外交关系法，外交关系主要有正式的外交关系和半外交关系。

二、外交关系法

外交关系法是调整国家及其他国际法主体之间的外交关系，规范外交关系机关及人员的组成、地位、职能及活动方式的国际法原则、规则和规章、制度的总称。外交关系法是国际法的重要组成部分。

现行外交关系法的最重要的条约是 1961 年的《维也纳外交关系公约》，该公约是目前最重要的确定外交关系法律原则、规则和制度的文件。公约没有明白规定的事项，应继续适用国际习惯法规则。此外，1969 年还通过了《特别使团公约》，1973 年通过了《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表罪行的公约》，1991 年通过了《关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位条款草案》。除上述确立外交关系法的文件外，国际上还签订了一些关于国际组织的特权与豁免的公约，包括：1946 年《联合国特权与豁免公约》、1947 年《联合国专门机构特权与豁免公约》、1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》。

三、外交关系机关

简称外交机关，是由国家设置的、为实现国家对外政策、代表国家同其他国家或国际组织进行外交活动的机构和人员的总称。

外交机关可分为中央外交关系机关和驻外的外交关系机关。

（一）中央外交关系机关包括国家元首、政府及其首脑和外交部门。

1．国家元首。

2．政府和政府首脑。

3．外交部门。

（二）驻外外交关系机关

驻外的外交关系机关主要有驻外使馆、驻国际组织的使团和参加国际会议或出国从事其他外交活动的特别使团。

第二节　常设使馆制度

使馆是国家驻外国的外交使团，也是外交代表机关。

使馆制度的内容主要包括使馆的设立、使馆人员的组成、馆长的等级、使馆的职务、使馆人员的派遣与接受等。

一、使馆的设立及使馆人员的组成

（一）使馆的设立

1961 年《维也纳外交关系公约》第 2 条规定：“国与国间外交关系及常设使馆之建立,以协议为之”。

（二）使馆人员的组成

1．使馆馆长：派遣国委派担任使馆首长职位的人。

1961 年的《维也纳外交关系公约》规定使馆馆长分为三级——大使、教廷大使；公使、教廷公使；代办。

2．外交职员。在使馆的外交人员中，除馆长外，还包括其他外交职员，这些外交职员包括参赞、秘书、武官、随员、专员等。

3．行政技术职员。

4．服务职员。

二、使馆人员的派遣和赴任

由于使馆人员对两国关系往往产生直接影响，因此，派遣国派遣使馆人员，尤其是派遣使馆馆长时，必须遵守一定的程序。

（一）征得同意

在使馆人员的派遣中，使馆馆长和武官都要事先征得接受国的同意。

（二）赴任

使馆人员经同意、正式任命后，即可赴任。按规定，大使、公使赴任时要携带国书。

（三）不受欢迎的人和不能接受的人

按 1961 年《维也纳外交关系公约》和 1963 年《维也纳外交关系公约》的规定,接受国得随时不具解释即通知派遣国宣告使馆外交人员为不受欢迎的人或其他人员不能接受。

三、使馆的职务

（一）使馆的职务

根据《维也纳外交关系公约》第 30 条的规定,使馆的职务主要有以下五项：

1．代表，即在接受国中代表派遣国。

2．保护，在国际法许可的范围内，在接受国中保护派遣国及其国民的利益。

3．交涉，通过谈判与接受国政府办理交涉。

4．调查，以一切合法手段调查接受国的状况及发展情形，向派遣国政府具报。

5．促进，促进派遣国与接受国间的友好关系，并发展两国之间的经济、文化与科学关系。

（二）使馆人员职务的终止

四、外交团

各国驻在一国首都的外交代表组成的团体。

外交团制度是依外交传统和国际惯例而设立的，它不具有独立的法律地位，主要在礼仪方面起作用。外交团不应进行政治性、法律性的活动，更不许向东道国施加压力或干涉东道国的内政。

第三节　常驻使团和特别使团

一、常驻使团

各国派往国际组织的代表其本国的常设代表团。

二、特别使团

特别使团是一国经另一国的同意或邀请，派往该另一国进行谈判或完成某项特别外交任务的代表派遣国的临时使团。

特别使团的派遣不以双方建立外交关系为前提，但须事先征得对方同意。

第四节　外交特权与豁免

一、外交特权与豁免概述

使馆和使团及其人员在接受国所享受的一定的特殊权利、优惠待遇和一定豁免的总和，称为外交特权与豁免。

关于外交特权与豁免的根据，国际法学界有治外法权说、代表说和职务需要说。

1961 年《维也纳外交关系公约》兼采职务需要说和代表说,将二者有机结合起来,解释外交特权与豁免的根据。《公约》序言提出：此等特权与豁免之目的不在于给予个人以利益，而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务。”

二、使馆的特权与豁免

（一）使馆馆舍不得侵犯

使馆馆舍是指供使馆使用和供使馆馆长寓邸之用之建筑物或建筑物之各部分，以及其所附之土地。

（二）使馆档案及文件不得侵犯。

使馆档案及文件无论何时，亦无论位于何处都不得侵犯。

（三）使馆享有通讯自由。

（四）免纳捐税、关税。

（五）使用国旗和国徽。

三、使馆人员的特权与豁免

（一）外交代表的特权与豁免

1．人身不可侵犯（第 29 条）

2．寓所、文书、信件、财产不可侵犯。

3．管辖的豁免（第 31 条）

（1）刑事管辖豁免。

（2）民事管辖豁免。

（3）行政管辖豁免。

（4）无作证义务（第 31 条 2 款）。

管辖豁免可以放弃，但放弃必须是分项单独放弃，而且必须是明示的。

4．免纳捐税。

5．免除关税和查验。

6．其他特权和豁免。

（二）使馆其他人员的特权与豁免

四、外交特权与豁免的开始和终止

五、使馆及使馆人员在接受国的义务

（一）使馆的义务，使馆馆舍不得用于和使馆职务不相符合的用途。

（二）享有外交特权与豁免的人员的义务

六、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》

1986 年 9 月颁布，该条例是依照 1961《维也纳外交关系公约》,参照国际习惯及新的发展并结合我国具体情况和外交实践，对外交特权与豁免的根据、内容、适用及用语含义都作了明确规定。

第五节　领事关系和领事制度

一、概述

领事是一国根据与他国的协议派驻该国某一城市或地区以保护派遣国及其国民在当地的合法权益的代表。

国家间通过协议，互设领事机关和派遣领事官员执行领事职务形成的关系称为领事关系。根据 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定，国家间领事关系的设立以协议为之。

二、领事馆及其人员

（一）概述

根据 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定，领事馆是领事执行职务的机关,其类别有总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处。

领馆人员包括领事官员、领事雇员和服务人员。领事官员是指被派任承办领事职务的人员，包括领馆馆长在内。馆长分为四个等级，即总领事、领事、副领事和领事代理。

领事官员分职业的和名誉的

（二）领馆人员的派遣和接受

（三）领事的职务

三、领事特权与豁免

（一）领馆的特权与豁免

（二）领事官员的特权与豁免

（三）名誉领事的特权与豁免

四、领馆及享有特权与豁免的人员的义务

与使馆及享有特权与豁免的人员的义务基本相同。

五、中国关于领事特权与豁免的规定

1990 年 10 月 30 日颁布实施了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。该条例规定的领事特权与豁免的内容与 1963 年《维也纳领事关系公约》的规定基本一致。

复习与思考题

1．外交和外交关系机关的种类。
2．使馆人员的组成及其派遣规则。
3．使馆的职务。
4．外交特权与豁免。
5．使领馆及享有特权与豁免的人员对接受国的义务。
6．特别是团、常驻使团和外交团的概念。
7．领事的概念、等级及领事的职务。
8．领事特权与豁免。

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。
2．《国际法教学案例》，梁淑英主编，法学教学案例丛书，中国政法大学出版社。
3．《国际法案例》，陈致中，法律出版社。

第六章　国际组织法

本章教学目的和基本要求：

了解国际组织的基本知识及其在现代国际法中的地位；重点掌握联合国的宗旨和原则，联合国主要机关的职能和表决制度，以及联合国专门机构的特征；同时，对区域性国际组织和专门性国际组织的情况亦应有所了解。

学时分配：3 学时。

第一节　国际组织法概述

一、国际组织的概念与类型

国际组织是指两个以上国家或其政府、人民、民间团体基于特定目的，根据协议建立的各种常设性机构。国际法所研究的主要是政府间国际组织。依据不同标准，国际组织可以分为不同类型。

二、国际组织的历史发展

国际组织在近代国际法时期开始出现，在现代国际法阶段得到了长足的发展。第二次世界大战以后建立的联合国是当代最重要的政治性组织。

三、国际组织的法律地位

国际组织是现代国际法主体之一，具有独立参加国际关系和享受国际法权利与承担国际法义务的能力，但是，与主权国家相比，国际组织的法律人格和行为能力是有限的。

四、国际组织的法律制度

国际组织的成员一般可以分为正式成员和非正式成员两类。国际组织通常设立大会、理事会和秘书处等三个主要机关。国际组织决议的通过采取全体一致表决、多数表决和协商一致等三种形式。

第二节　联合国

一、联合国的建立

建立联合国的构想开始于第二次世界大战时期。1945 年 6 月 25 日，来自 50 个国家的代表在美国旧金山通过《联合国宪章》。1945 年 10 月 24 日，联合国正式成立。

二、联合国的宗旨和原则

按照《联合国宪章》的规定，维持国际和平与安全、发展各国间友好关系、促进国际合作和构成协调各国行动的中心是联合国的四项宗旨；会员国主权平等、善意履行宪章义务、和平解决国际争端、禁止以武力相威胁或使用武力、集体协助、确保非会员国遵行上述原则和不干涉会员国内政是联合国的七项原则。

三、联合国的会员国

联合国会员国分为创始会员国和非创始会员国两类。联合国有权终止会员国权利或开除会员国，会员国也可以退出联合国。

四、联合国的主要机关

联合国设有大会、安全理事会、经济及社会理事会、托管理事会、国际法院和秘书处等六个主要机关。大会是联合国的主要审议机关；安全理事会在维持国际和平与安全方面负有主要责任；经济和社会理事会负责促进经济和社会事务的国际合作与发展；托管理事会是联合国负责监督托管领土行政管理的机关；国际法院是联合国的主要司法机关；秘书处是联合国的行政机关。

第三节　区域性国际组织

一、区域性国际组织的概念和特征

区域性国际组织是指特定区域的若干国家或其政府、人民、民间团体基于特定目的，根据协议建立的各种常设性机构。组织成员具有明显的地域性是此类组织的显著特征。

二、主要的区域性国际组织

欧洲联盟、美洲国家组织、非洲国家联盟、阿拉伯国家联盟、东南亚国家联盟等属于主要的区域性国际组织。

第四节　专门性国际组织

一、专门性国际组织的概念和特征

专门性国际组织是指若干国家或其政府、人民、民间团体根据协议建立的，主要在某一特定业务领域从事活动的各种常设性机构。从事活动的专业性是此类组织的显著特征。

二、联合国专门机构

联合国专门机构是指根据特别协定与联合国建立关系的或者根据联合国决定设立的政府间专门性国际组织。联合国专门机构虽然与联合国存在法律联系，但它们具有独立的国际法律人格，并非联合国的附属机构。国际货币基金组织、世界银行、国际原子能机构、世界卫生组织、世界知识产权组织、国际劳工组织、国际民用航空组织、联合国教育、科学及文化组织以及其他一些政府间专门性国际组织属于联合国专门机构。

复习与思考题

1．政府间国际组织作为现代国际法主体有何特点？
2．联合国大会和安全理事会的职权有何不同？
3．联合国安全理事会的表决程序有何特点？
4．联合国专门机构和联合国有何关系？

拓展阅读书目

1．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

2．《中国国际法年刊》，中国国际法学会主编，法律出版社。

第七章　国际人权法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解掌握人权的概念、特征、基本内容和国际人权保护的实施制度。

学时分配：2 学时。

第一节　国际人权法概述

一、国际人权的概念与特征

人权是指每个人都享有或应该享有的基本权利。人权具有普遍性、特殊性和相对性，各项权利之间有相互依赖性和不可分割性。

二、国际人称法的定义及历史发展

国际人权法是指有关人权国际保护的国际法原则、规则和制度的总称。

人权的概念是 17 世纪、18 世纪资产阶级革命时期提出来的。第一次世界大战以后，人权问题由国内法领域进入国际法的调整范围。第二次世界大战后《联合国宪章》第一次将人权规定在一个普遍的国际组织的文件中，增进并激励对全人类的人权及基本自由的尊重成为联合国的宗旨之一，它促使国际人权法的形成和迅速发展。

第二节　联合国一般性的人权宣言和公约

联合国一般性的人权宣言和公约及其内容：《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利及政治权利国际公约》，后三项文件称为《国际人权宪章》。

第三节　区域性的国际人权公约

区域性的国际人权公约及其内容：《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和民主权宪章》以及《阿拉伯国家人权宪章》。

第四节　人权的基本内容

一、个人的基本人权

个人的基本人权包括的生命权、免受酷刑的权利、人身自由与安全权及被羁押者享有尊重其人格尊严的待遇的权利、公正审判权、思想、良心、宗教和信仰自由权、主张与发表自由权、和平集会与结社自由权、工作权、受教育权，享受适当生活水准权。

二、集体的人权

集体的人权包括人民/民族自决权和发展权。

民族自决权主要是指一切处于外国殖民统治、外国占领和外国奴役下的民族，具有自己决定自己的命运、政治地位和自主地处理其内外事务的权利，并且这种权利应受到国际社会的尊重，

所有国家均承担义务，不得以任何方式阻碍、干涉、破坏或剥夺此项权利，否则，就构成国际不法行为，有关行为国应承担国际责任。

发展权是一项不可剥夺的人权，由于这种权利，每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会文化和政治发展，在这种发展过程中，所有人权和基本自由都能获得充分实现。

三、国际人权保护的专门领域

联合国就防止及惩治灭绝种族罪、废止奴隶制、奴隶贩卖、禁止种族隔离、消除种族歧视和对妇女的歧视、禁止酷刑和保护儿童权利等问题制定的专门性国际人权公约所保护的人权。

第五节　国际人权保护的实施制度

一、国际人权保护的机构

联合国国际人权保护的机构有：人权理事会、专门负责监督实施特定人权条约的各个委员会。

二、国际人权保护的监督和补助制度

国际人权保护的监督和补助制度主要有：报告及其审查制度、国家来文及和解制度、个人申诉制度、联合国 1503 程序。

（一）报告及审查制度是指各缔约国有义务将其履行条约的情况向有关机构提交报告，有关人权机构对此类报告进行审议，并可就报告的内容发表评论或提出没有法律拘束力建议。

（二）国家来文和解制度是人权公约的缔约国通过有关国际机构监督其他缔约国履行义务的重要程序。有关人权机构根据有关条款有权接受和审议一缔约国指控另一缔约国不履行公约来文，进行斡旋或和解，以求得争议的解决。

（三）个人申诉制度是有关个人通过国际人权机构维护自身权利，促使有关国家特别是其本国履行国际义务的制度。对个人申诉制度，一般都是基于条约中的任择条款，且必须是在确认用尽国内救济办法以后，才能受理个人的来文申诉。有关的人权机构在审查来文及有关缔约国提出的一切书面材料后，可向有关国家和个人提出没有法律拘束力的意见和建议。

（四）联合国 1503 程序是联合国经社理事会采取的有关侵犯人权及基本自由的来文的处理程序。在确认用尽有关国家的国内救济办法后，人权委员会才能受理来文，对严重的侵犯人权的行为进行秘密审查和处理。

第六节　中国与人权

一、中国在国际人权领域的活动

（一）积极参与国际人权机构的活动
（二）参与制订国际人权文书
（三）签定、批准和加入了一系列国际人权公约

二、中国在人权问题上的基本立场

（一）强调人权概念的完整性
（二）支持联合国实现人权的宗旨和原则

复习与思考题

1．国际人权的概念和特征。
2．人权与主权的关系。
3．国际人权的基本内容。
4．国际人权保护的实施制度。

拓展阅读书目

1．《国际人权法》，徐显明主编，法律出版社，21 世纪法学规划教材， 2004 年 1 月版。

第八章　国际环境法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生了解和掌握国际环境法的基本理论、为系统学习国际环境法打下基础，因此要求学生了解和掌握国际环境法的概念、产生与发展以及国际环境法所涉及的部门等基本内容。使学生明确：作为国际法的一个新领域、新部门，作为人类保护环境的行动准则和规范，国际环境法所构建的是保护全人类共同利益的法律制度。

学时分配：2 学时。

第一节　国际环境问题概述

一、全球生态危机

二、全球新议题——环境外交

在全球环境意识高涨的新时代，如何取得世界主导权，便成为国际政治生活的中心。各国家、不同利益的国家集团以及不同的政治集团为此展开了争夺新的世界主导权的新型外交——环境外交。

三、国际环境会议

（一）联合国人类环境会议
（二）内罗毕人类环境特别会议和《世界自然宪章》
（三）里约热内卢环境与发展大会
（四）约翰内斯堡可持续发展峰会

第二节　国际环境法的产生及其发展

一、国际环境法的定义

国际环境法是关于国际环境问题的国际法原则、规则和制度的总和，是主要调整国家在国际环境领域的具有法律拘束力的规章制度，是保护环境和自然资源、防治污染和制裁公害领域中的国际法律规范，是建立在“地球一体”概念上的国际法新领域。

二、国际环境法的特点

（一）国际法的新领域
（二）国际环境法的公益性
（三）国际环境法的边缘综合性
（四）国际环境法具有很强的科学技术性

三、国际环境法新发展

第三节　海洋环境的保护和保全

一、海洋与人类的关系
二、海洋污染源
三、海洋环境保护的国际立法

第四节　大气污染防治与气候保护

一、大气污染概述

二、大气污染防治

（一）《远距离跨界大气污染公约》
（二）《保护臭氧层维也纳公约》及其议定书

三、气候的国际法保护

（一）《联合国气候变化框架公约》
（二）《京都议定书》

第五节　生物多样性与人类环境安全

一、生物多样性概念

二、生物多样性面临的危机

三、生物多样性保护的条约体系

（一）保护生物资源的全球性条约
（二）保护生物资源的区域性条约

四、《生物多样性公约》及其议定书

（一）《生物多样性公约》
（二）生物安全议定书

第六节　危险废物的越境转移及其管理

一、废物的定义
二、废物管理的国际法规制

复习与思考题

1．国际环境法的发展与特点是什么？
2．《联合国气候变化框架公约》的主要内容是什么？

3. 《生物多样性公约》的主要内容是什么？

4. 危险废物越境转移方面的国际条约有哪些？

拓展阅读书目

1. 《国际环境法》，【法】亚历山大·基斯著，张若思编译，法律出版社，2000 年 7 月第 1 版。

2. 《国际法上的跨界损害之国家责任》，林灿铃著，华文出版社，2000 年 8 月第 1 版。

第九章　国际刑法

本章教学目的和基本要求：

本章的教学目的是使学生学习国际刑法的概念和特征，国际犯罪的概念和特征以及对个人国际犯罪的管辖权。掌握有关个人国际犯罪责任的原则和国际犯罪的种类。了解国际刑事司法协助的具体内容。

学时分配：2 学时。

第一节　国际刑法概述

一、国际刑法的概念

国际刑法是国际法中旨在制裁国际犯罪，维护国际社会共同利益的刑事法律规范的总称。国际刑法是现代国际法的重要组成部分之一。

二、国际刑法的历史发展

在近代国际法时期，国际法中开始出现了有关惩治国际犯罪的规则。第二次世界大战后，国际刑法得到了全面的发展，成为现代国际法的一个新的分支。

三、国际刑法的编纂

第一次世界大战后，国际联盟在国际刑法的编纂方面作了一定的工作。第二次世界大战后，在联合国和其他国际组织的主持下，国际刑法的编纂取得很大成就，形成了系统的国际刑法的条约规范。

第二节　国际犯罪及其责任

一、国际犯罪的概念

国际犯罪是指严重危害国际社会利益的、为国际刑法所禁止并应承担法律责任的行为。

二、国际犯罪与跨国犯罪

跨国犯罪是指具有跨国因素的犯罪。虽然有些国际犯罪也属于跨国犯罪，但两者之间有着根本的区别。

三、对个人国际犯罪的管辖权

对个人国际犯罪的管辖权分为国内法院的管辖权和国际刑事司法机关的管辖权两种类型。到目前为止，对个人国际犯罪的管辖权主要由各国国内法院行使；国际刑事法院是最主要的国际刑事司法机关。

个人国际犯罪责任的原则主要有个人刑事责任原则，合法性原则，上级命令不免除责任原则，上级责任原则，国际犯罪非政治化原则，国际犯罪不予豁免原则等。

四、国家的国际犯罪与原则

无论在理论上还是在实践上，国家都属于国际犯罪的主体之一，并应为其国际犯罪承担责任。但是，到目前为止，实在法中尚没有国家作为国际犯罪主体和犯罪责任主体的明确规定。

第三节　国际犯罪的种类

国际犯罪的种类包括侵略罪，战争罪，反人道罪，灭绝种族罪，种族隔离罪，奴隶罪，海盗罪，毒品罪，伪造货币罪，以及构成恐怖主义犯罪的劫持人质罪，酷刑罪，侵害应受国际保护人员罪，危害民用航空安全罪，危害海上航行安全罪，危害大陆架固定平台罪，盗窃核材料罪，恐怖主义爆炸罪，资助恐怖主义罪等。

第四节　国际刑事司法协助

一、国际刑事司法协助的概念

国际刑事司法协助是指国家间为打击包括国际犯罪在内的刑事犯罪，根据国际条约、国内法或互惠原则所进行的法律文书送达、调查取证、搜查扣押、引渡、诉讼移管和承认与执行外国法院的判决等活动。

二、国际刑事司法协助的原则

国际刑事司法协助中应遵循的原则有：国家主权平等原则，互惠原则，双重犯罪原则，符合犯罪类型和主体原则等。

三、国际刑事司法协助的内容

国际刑事司法协助的内容包括送达法律文书，调查取证和搜查扣押，引渡，诉讼移管，外国刑事判决的承认与执行，外国囚犯的移管等。

四、国际刑事司法协助的实施

国际刑事司法协助的实施通常涉及协助请求的提出、协助请求的受理、请求事项的执行、诉讼结果的反馈等步骤。

复习与思考题

1．国际刑法有何特征？
2．国际犯罪有何特征？
3．国际犯罪与跨国犯罪有何区别？
4．国际刑事法院对哪些国际犯罪有权管辖？
5．个人国际犯罪责任的原则有哪些？
6．哪些国际犯罪构成恐怖主义犯罪？

拓展阅读书目

1．《现代国际刑法学》，邵沙平，武汉大学出版社，2006 年版。
2．《国际刑法问题研究》，林欣主编，中国人民大学出版社 2000 年版。

第十章　战争法

本章教学目的和基本要求：

了解战争与战争法的概念以及战争法的编纂；重点掌握对战争手段和方法的限制、对平民和战争受难者的保护以及战时中立制度的内容；同时，学习战争犯罪的概念和惩治战争犯罪的原则。

学时分配：2 学时。

第一节　战争与战争法概述

一、战争的概念

战争是指国家或国家集团之间、国家与反政府武装之间或者敌对武装团体相互之间为实现特定政治目的而进行的武装对抗或者通过宣战表达的敌对意图。

二、战争在国际法上的地位

在传统国际法时期，战争是解决国家争端的合法手段。第一次世界大战以后，由于《巴黎非战公约》、《联合国宪章》等一系列国际法律文件确立了禁止使用武力或以武力相威胁原则与和平解决国际争端原则，因此，发动侵略战争或以违反国际法的方式使用武力或以武力相威胁已为现代国际法所禁止。

三、战争法的概念和编纂

战争法是调整交战各方之间、交战各方与中立国或其他非交战国之间的关系，规范交战行为和规定保护平民、战斗员与战争受难者以及有关战争责任的原则、规则和制度的总体。国际社会对战争法的编纂开始于 19 世纪，目前，已形成了系统的战争法规。

四、战争法的基本原则

战争法的基本原则主要有遵守国际义务原则，人道主义原则，区别对待原则，遵守中立义务原则，战争罪犯承担个人责任原则等。

第二节　战争的法律规则

一、战争的开始和结束

战争可能由于一方或双方宣战开始，也可能由于双方实际发生战斗行动开始。战争可以通过双方缔结和平条约结束，也可以通过双方实际停止敌对行动结束。战争的开始和结束都会产生一定的法律后果。

二、对作战手段和方法的限制

战争中，禁止使用极度残酷的武器，禁止使用有毒、化学和生物武器，禁止使用殃及平民、不分皂白的作战手段和方法，禁止使用改变环境的作战手段和方法，禁止使用背信弃义的作战手段和方法。战争法对海战战场，战斗员，军舰和商船，海军轰击，潜艇攻击和水雷及鱼雷的使用等也有明确的限制。

三、对平民和战争受难者的保护

战争中，交战方对处于本方管辖或控制下的敌国平民、伤病员和战俘，应按照人道主义原则提供适当的待遇和保护。

四、战时中立

战时中立是指国家在交战国之间进行的战争中采取的一种不偏不倚的立场。中立国和交战国均对对方负有自我约束的义务、防止的义务和容忍的义务。战时中立亦影响战时封锁和战时禁制品的没收。

第三节　战争犯罪及其责任

一、战争犯罪的概念

在传统国际法时期，战争犯罪系指违反公认的战争法规和惯例的行为。第二次世界大战后，战争犯罪的概念得到了发展，反和平罪、战争罪和反人道罪都属于违反战争法的犯罪。

二、对战争罪犯的审判

第二次世界大战后，欧洲国际军事法庭和远东国际军事法庭分别对德国和日本战争罪犯进行了审判和处罚。目前，前南国际法庭正在对部分战争罪犯进行审判。

三、惩治战争罪犯的原则

惩治战争罪犯的原则主要有个人刑事责任原则，上级命令不免除责任原则，上级责任原则，战争犯罪非政治化原则，合法性原则，不适用法庭时效原则等。

复习与思考题

1．对作战手段和方法的限制的内容是什么？
2．交战国与中立国相互负有哪些义务？
3．战俘应享有哪些人道主义待遇？
4．战时平民保护的内容是什么？
5．惩治战争罪犯的原则有哪些？

拓展阅读书目

1．《现代国际刑法学》，邵沙平，武汉大学出版社，2006 年版。
2．《国际公法》，梁淑英主编，高等政法院校系列教材， 2003 年 8 月，修订版，中国政法大学出版社。

《国际税法》教学大纲

兰　兰　编写

目　录

第一章　国际税法概述 140
第一节　国际税法的含义与特征 140
一、国际税法的含义 140
二、国际税法的特征 140
第二节　国际税法的法律渊源与基本原则 140
一、法律渊源 140
二、基本原则 141
第三节　国际税法的产生与发展 141
一、国际税法的产生 141
二、国际税法的晚近发展 141
三、国际税法的发展前景 141
第四节　国际税法的宗旨、任务与意义 141
一、宗旨 141
二、任务 142
三、意义 142
复习与思考题 142
拓展阅读书目 142
第二章　所得税法律制度 143
第一节　所得税制度概况 143
一、关于所得的概念 143
二、关于所得税的概念 143
三、所得税制的类别 143
第二节　各国所得税制度的历史发展 144
一、幼年阶段 144
二、成熟阶段 144
三、大发展阶段 144
第三节　所得税制度的改革与前景 144
一、改革原因 144
二、改革方法 145
三、改革特点 145
四、改革前景 145
复习与思考题 145
拓展阅读书目 145
第三章　税收管辖权 146
第一节　税收管辖权概述 146
一、税收管辖权的概念 146
二、税收管辖权的两个理论原则 146
第二节　居民税收管辖权的确认 147
一、自然人居民身份的确认 147
二、法人居民身份的确认 147

三、居民税收管辖权冲突的协调 147
第三节　收入来源地税收管辖权的行使 147
一、对非居民营业所得的征税 148
二、对非居民劳务所得的征税 149
三、对非居民投资所得的征税 149
四、对非居民财产所得的征税 149
第四节　跨国电子商务与税收管辖权 149
一、电子商务的概念与基本特征 149
二、跨国电子商务对税收管辖权的影响 149
三、国际社会应对电子商务挑战的主要策略 149
四、中国在电子商务环境下如何维护自己的税收管辖权 150
复习与思考题 150
拓展阅读书目 150
第四章　国际重复征税 151
第一节　国际重复征税的产生 151
一、国际重复征税的基本涵义 151
二、国际重复征税的成因 151
三、国际重复征税的类型 151
第二节　避免国际重复征税的意义、前提与方式 151
一、意义 151
二、前提 152
三、方式 152
第三节　消除或缓解国际重复征税的方法 152
一、运用冲突规范划分征税权 152
二、免税法 152
三、抵免法 152
四、扣除法和减税法 152
复习与思考题 152
拓展阅读书目 153
第五章　国际重叠征税 154
第一节　国际重叠征税概述 154
一、概念 154
二、消极影响 154
第二节　国内重叠征税的解决 154
一、对公司间重叠征税的解决措施 154
二、对公司间、公司与个人股东间重叠征税的解决措施 154
三、对公司与个人股东重叠征税的解决措施 155
第三节　国际重叠征税的解决 155
一、股息收入国所采取的措施 155
二、股息付出国所采取的措施 155
复习与思考题 155
拓展阅读书目 155
第六章　国际逃税与国际避税 156

第一节　概　述 156
一、国际逃税与国际避税的含义与区别 156
二、中国税法的相关规定 156
第二节　国际逃税与避税的方式与危害 156
一、国际逃、避税产生的原因及其危害 156
二、跨国纳税人从事国际逃税的主要方式 156
三、跨国纳税人从事国际避税的主要方式 157
第三节　国内法防止国际逃税与国际避税的措施 157
一、防止国际逃税与避税的一般国内法律措施 157
二、防止国际逃税和避税的特别国内法律措施 157
第四节　国际法防止国际逃税与避税的措施 157
一、运用国际法防止国际逃税的历史与现状 157
二、国际法防止国际逃避税的主要措施 157
复习与思考题 157
拓展阅读书目 157
第七章　涉外税收优惠 159
第一节　概　述 159
一、税收优惠的含义 159
二、研究税收优惠的必要性 159
三、税收优惠的作用 159
第二节　发展中国家的涉外税收优惠 159
一、对外来投资实行税收优惠政策的原因 159
二、涉外税收优惠立法的特点 159
第三节　发达国家的对外税收优惠 159
一、实行对外税收优惠的原因 159
二、发达国家对外税收优惠概况 160
第四节　税收饶让抵免 160
一、税收饶让抵免出现的原因 160
二、税收饶让抵免的含义 160
三、税收饶让对国际投资者的利益 160
四、发达国家对税收饶让抵免的态度 161
五、中国对外双边税收协定中的饶让抵免条款 161
复习与思考题 161
拓展阅读书目 161
第八章　国际税收协定 162
第一节　概　述 162
一、税收国际协调与合作的目的 162
二、税收国际协调与合作的类型 162
第二节　所得税的国际协调与合作 162
一、所得税国际协调与合作的历史发展和现状 162
二、国际税收协定的概念与结构 162
三、国际税收协定的主要内容 162
第三节　流转税的国际协调与合作 163

一、关税的国际协调与合作 163
二、增值税的国际协调与合作 163
第四节　税收国际协调与合作的实施 163
一、国际税收协定和国内税法的关系 163
二、对利用第三国税约的防止 163
第五节　中国的对外税收协调与合作 164
一、中国对外税收协定谈判的基本原则 164
二、中国对外双边税收协定的待遇 164
复习与思考题 164
拓展阅读书目 164
第九章　中国涉外税收法律制度 165
第一节　概　述 165
一、涉外税法的概念 165
二、我国涉外税制的发展概况 165
三、我国现行的涉外税收法律体系 165
第二节　外商投资企业和外国企业所得税法 165
一、外商投资企业和外国企业所得税的主要规定 165
二、对在中国设立机构的外国企业征税的专门规定 166
三、对在中国境内不设立机构的外国企业征税的专门规定 166
四、对外商投资的鼓励 166
第三节　中国个人所得税法 166
一、纳税主体 166
二、征税对象 166
三、税率及计征方式 167
四、应纳税所得额的计算 167
五、减、免税规定 167
六、税额扣除 167
复习与思考题 167
拓展阅读书目 167

第一章　国际税法概述

本章教学目的和基本要求：要求学生通过本章的学习，对国际税收和国际税法的产生及其发展具有概括性的了解；重点掌握国际税收和国际税法的基本概念，把握国际税法的法律特征、法律渊源、基本原则等问题；明了学习国际税法的目的与意义。

学时分配：3 学时

第一节　国际税法的含义与特征

一、国际税法的含义

国际税法是国际经济法的一个分支，它同国际经济法的其它各个分支一样，是一个崭新的法律部门。

国际税法是调整国际税收关系，即国家间税收分配关系，以及国家与跨国纳税人之间税收征纳关系的各种法律规范的总称。

二、国际税法的特征

国际税法是国际经济法的一个重要分支，它与国际公法、国际私法，以及国际经济法的其他分支相比较，其法律特征主要体现在以下几个方面：

（一）主体的特殊性

国际税法的主体有两个：一是国家，二是跨国纳税人（包括自然人与法人）。作为国际税法主体之一的国家，其特殊性在于具有双重属性：在跨国税收征收方面，国家只享有征税的权利，而不承担义务；在国家间税收权益分配方面，国家既享有权利，又承担义务。跨国纳税人在国际税法中作为主体，其特殊性表现于他在国际税收关系中只承担纳税的义务，而一般不享有权利。

（二）客体的跨国性

国际税法的客体是纳税人的跨国所得。只有存在跨国所得的情况下，才会产生国家与跨国纳税人的税收征纳关系，从而，才会出现国家间的税收分配关系。因此，国际税收关系主要发生在所得税上。

（三）调整对象的广泛性

国际税法的调整对象既包括国家间的税收分配关系，又包括国家与跨国纳税人之间的税收征纳关系。

（四）法律规范的多样性

国际税法与相邻法律部门相比，所包括的法律规范种类最多。它既包括国际法规范，又包括国内法规范；它既有实体法规范，又有冲突法规范。

第二节　国际税法的法律渊源与基本原则

一、法律渊源

目前，国际税法的渊源主要有：

（一）国际税收条约或协定

（二）各国涉外税法

（三）国际惯例
（四）其它辅助性渊源

二、基本原则

国际税法的基本原则主要包括：
（一）税收管辖权独立原则
（二）税收公平原则
（三）其它税收原则

第三节　国际税法的产生与发展

一、国际税法的产生

国际税法产生的历史条件有二：一是国际经济交往的发展；二是所得税制度在各国的普遍建立。与此相联，国际税法的产生、发展大致经历了以下几个阶段：

（一）19 世纪末以前，由于国际税法产生的历史条件不成熟，国际税法尚未作为一个独立的法律部门产生；

（二）19 世纪末至第二次世界大战前，是国际税法的萌芽和初创阶段；

（三）二战后至 20 世纪 80 年代末，是国际税法形成与发展的阶段；

两个《范本》（即《经合组织范本》与《联合国范本》）与的诞生，标志着现代国际税收协调的成熟与规范。

二、国际税法的晚近发展

20 世纪 90 年代以来，整个国际局势又有了新的变化。冷战结束，社会主义阵营解体；WTO 的建立，国际贸易、金融和投资自由化政策的广泛推行；欧盟成立和欧元的启动；以及计算机互联网络技术在商业上的应用……这一系列因素导致了全球经济一体化的趋势明显加强。在经济全球化发展的驱使下，国际税法的发展呈现出以下新特点：

（一）各国进一步加强对国际交易活动的税收征管；
（二）国际税收的协调与合作有了更大规模和更高层次的发展；
（三）国际组织展开对税收协定范本及其注释的经常性修订工作；
（四）国际组织在国际税收协调方面的努力与推进。

三、国际税法的发展前景

至于 21 世纪的国际税法，必将日益走向深入与完善，国际税收公约的诞生是国际税收领域由来以久的梦想，而单一税收管辖权的实施，则有可能是国际税法的终极理想。

第四节　国际税法的宗旨、任务与意义

一、宗旨

国际税法的目的，就在于建立一个公平合理的国际税收关系，从而为国际经济合作与经贸往来创造良好的条件。

二、任务

（一）消除国际重复征税和国际重叠征税；
（二）防止国际逃税和国际避税；
（三）对外国人实行税收无差别待遇；
（四）用税收手段鼓励向发展中国家投资等。

三、意义

学习国际税法的意义主要体现在对外公平合理地协调国际税收关系，对内正确有效地维护国家税收权益。

复习与思考题

1．国际税法经历了怎样的历史演变过程？
2．国际税法的调整范围包括哪些？
3．国际税法中最重要的基本原则是什么？它是如何贯穿国际税法的全部内容的？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3．刘剑文：《国际税法的两项基本原则》，载《法学杂志》1998 年第 5 期；
4．刘永伟：《国际税法基本原则之探讨》，载《法制与社会发展》2002 年第 1 期；
5．邱文华、蔡庆辉：《国际税收概念与国际税法概念新探》，载《北方经贸》1999 年第 5 期；
6．朱炎生：《经济全球化与国际税法的发展趋势》，载《涉外税务》2001 年第 4 期；
7．蔡连增：《论国际税法中的公平》，载陈安主编《国际经济法学刊》第 12 卷，2005 年第 1 期。
8．翟继光：《新国际税法论论纲——兼论广义国际税法论的缺陷》，载《法商研究》2002 年专号；
9．刘剑文、李刚：《国际税法特征之探析》，载《武汉大学学报》（哲社版）1999 年第 4 期；
10．刘剑文：《西方税法基本原则及对我国的借鉴作用》，载《法学评论》1996 年第 3 期。

第二章　所得税法律制度

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，要求学生掌握所得税及所得税制度的基本概念与基础知识，了解所得税制度的大致发展过程和各国所得税制度概况，为后面各章节的学习奠定基础。

学时分配：3 学时

第一节　所得税制度概况

一、关于所得的概念

（一）与所得相关的几个概念

1．一般所得：指纳税人的全部所得，包括征税所得与非征税所得。

2．总所得：各种征税所得之和。

3．应税所得：依税法之规定将可扣除的项目从总所得中扣除之后的数额。

所得税是以自然人或法人的所得为征税对象所征收的税，所得税的征税对象是应税所得，而非一般所得或总所得。

（二）应税所得具备以下特征：

1．应税所得必须是有合法来源的所得；

2．应税所得应当是纳税人的真实所得；

3．应税所得一般应当是具有连续性的所得；

4．应税所得应当是能以货币表现的所得。

二、关于所得税的概念

（一）所得税的定义

所得税是以自然人和法人的纯收益为征税对象所征收的税种。

所得税是一个综合的名称，在所得税体系内包括各种所得税，如个人所得税、公司所得税或企业所得税、以及资本利得税等。

（二）所得税的特征

所得税和流转税相比，具有以下特征：

1．所得税是一种直接税而非间接税，税负由纳税人本身承担；

2．所得税是对人税而非对物税，以所得的取得者为实际纳税人；

3．所得税易于实现税收公平，“所得多者多征，所得少者少征，无所得者不征”是其普遍原则；

4．所得税便于实行源泉征税，保证税款按时足额入库；

5．所得税能对劳动所得与非劳动所得实行区别对待，在税负上有所轻重。

三、所得税制的类别

（一）一般所得税制分类

1．综合所得税制，也称盎格鲁撒克逊税制，即对纳税人的所得，不管它包括多少种类，也不管其来自境内或境外， 统统加在一起，按统一的税率和征收方式征税。

综合所得税制的优点是不用逐项划分、比较简单，便于实行累进税率，符合按能力纳税的原

则。但其缺点是不能实行源泉征税，稽征较为困难。

2．分类所得税制，也称大陆税制，即把纳税人的所得按其来源划分为若干类，分别按不同的税率与方式课征所得税。

分类所得税制的优点是可以实行源泉征税，易于控制税源，并可以按轻重缓急先后征税或对不同性质所得实行不同税率。但其缺点是不便于实行累进税率，不能按能力课税。

现代所得税制的发展方向是以综合所得税制为主，兼采分类所得税制的某些规定。

（二）公司所得税制分类

从“法人实存论”与“法人虚拟论”的不同学术观点出发，公司所得税制衍生出以下几种不同类型：

1．传统制。

2．双税率制。

3．折算制。

3．单一制。

第二节　各国所得税制度的历史发展

从 1799 年所得税诞生至 20 世纪 70 年代中期为止，所得税制度的发展历史大体上可以分为三个阶段：

一、幼年阶段

1799 年，所得税首创于英国。从这时起到第一次世界大战结束，实行所得税的国家并不多，并且大多出于战争等临时需要开征，税率较低、税负较轻。

二、成熟阶段

从一战到二战期间，许多国家建立了所得税制度，在一些国家开始从地方税向中央税过渡，在有些国家所得税开始成为主体税。但这一时期所得税还主要集中在资本主义各国。

三、大发展阶段

从二战到 70 年代中期，实行所得税的国家大增，各国税率也大幅提高，所得税在税收总额中所占比重进一步增长，个人所得税的纳税额所占比重超过公司所得税的纳税额。

第三节　所得税制度的改革与前景

70 年代中期以来，特别是 80 年代以后，许多国家纷纷对所得税进行改革，标志着所得税制度进入了一个新的发展阶段。

一、改革原因

（一）国家财政的需要；

（二）现行所得税制不利于国家经济的发展；

（三）现行所得税制没有真正贯彻征税公平的原则；

（四）现行所得税制过于繁琐。

二、改革方法

（一）降低税率；
（二）扩大税基；
（三）取消或减少税收歧视。

三、改革特点

（一）改革的实质目的是为重振经济；
（二）强调税收中性，减少税收对市场决策的影响；
（三）改革并非减少国家的财政收入，实则改变税收结构、增加税收收入；
（四）增值税在国家税收收入中的比重增加，形成所得税与增值税并重的格局。

四、改革前景

主要涉及所得税是否仍然会成为主体税以及所得税的存废问题。

复习与思考题

1．什么是应税所得？如何理解所得税这一重要概念？
2．如何理解综合所得税制与分类所得税制的利弊？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2．张勇著：《国际税法导论》，中国政法大学出版社 1989 年 4 月版；
3．刘剑文主编：《国际所得税法研究》 中国政法大学出版社 2000 年 3 月版；
4．王玮：《也谈非法所得的可税性》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
5．张舒：《非法收入是否应该课税》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
6．杨敏：《公司、国家与税法——对公司所得征收的合理性的多视角分析》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
7．巩金麟：《累进所得税制的合理性及其社会价值——一种法律经济分析的视角》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
8．廖孟诚：《个人所得税之税率比例原则》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

第三章　税收管辖权

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习了解税收管辖权的主要内容，重点掌握居民税收管辖权的确认和来源地税收管辖权的正确行使，尤其是一国对非居民的营业所得、劳务所得以及投资所得的税收管辖原则，是国际税法中的核心内容，也是以后各章学习的基础。

学时分配：6 学时

第一节　税收管辖权概述

一、税收管辖权的概念

税收管辖权是指一国政府对一定的人或对象征税的权力。

一国政府行使税收管辖权的依据源于国家主权。税收管辖权是国家主权在税收领域的体现，是国家主权的重要内容。依据传统国际法，主权国家是按照属人原则和属地原则行使其管辖权的，在税收领域，各国也是以纳税人或征税对象是否与自己的领土主权存在着某种属人性质或属地性质的连结因素作为行使税收管辖权的依据的。

二、税收管辖权的两个理论原则

（一）居住国原则

1．概念：居住国原则，也称“居住原则”或“居民税收管辖权原则”，它是指一国政府对于本国税法上的居民纳税人来自境内境外的全部财产和收入（即环球所得）实行征税的原则。

2．依据：居住国原则，源于国家主权的“属人原则”。在国际税收实践中，各国均以“税收居所”这一属人性质的连结因素来确定居民纳税人。税收居所，是指纳税人与征税国之间存在着的以人身隶属关系为特征的法律事实。“税收居所”是税收管辖权中的重要概念，它不仅是国家行使其居民税收管辖权的依据，而且决定着纳税人所应承担的纳税义务的范围和程度。

3．纳税范围：基于纳税人在征税国境内存在税收居所这一法律事实，居住国政府可以要求该居民纳税人就其来源于境内和境外的各种收入，即世界范围内的所得承担纳税义务。这种根据税收居所联系对纳税人来自境内外的全部所得征税的原则，被称为“居民税收管辖权原则”或“居住国原则”。纳税人根据居住国原则而承担的纳税义务，因为不受国界的限制，所以被称为无限纳税义务或环球纳税义务。

（二）来源国原则

1．概念：来源国原则，也称“领土原则”或“来源地税收管辖权原则”，它是指一国政府针对非居民纳税人就其来源于该国境内的所得征税的原则。

2．依据：依国家主权的“属地原则”，来源国原则的实施，是通过认定纳税人的各种所得与征税国之间存在着某种经济上的源泉关系的地域连结因素来完成的。这种表示属地性质的地域连结因素，在国际税收实践中被称为“所得来源地”或“所得来源国”。

3．范围：在国际税法上，一国根据所得来源地这一连结因素对非居民纳税人征税的原则，称为“来源地税收管辖权原则”，或“来源国原则”。与居民纳税人相比，纳税人依来源国原则而承担的纳税义务，因仅限来自来源国境内的所得，故被称为有限纳税义务。

居民税收管辖权和收入来源地税收管辖权，是国家税收管辖权的两种不同表现形式。目前，世界上大多数国家在所得税方面均同时实行这两种管辖权，只有少数国家仅依所得来源地行使税收管辖权。

第二节　居民税收管辖权的确认

纳税人居民身份的存在，是一国行使居民税收管辖权的前提条件。因此，对于纳税人居民身份的确认，是各国居民税收管辖权中的重要内容。确认纳税人的居民身份，就是要确定纳税人与征税国之间是否存在着某种税收居所联系的法律事实。而各国在自然人和法人的居民身份确定方面又往往采用了各种不同的标准。

一、自然人居民身份的确认

目前，各国税法上确定自然人居民身份的标准主要有：

（一）住所标准：以自然人在征税国境内是否拥有住所这一法律事实决定其居民或非居民纳税人身份。

（二）居所标准：以自然人在征税国境内是否拥有某种经常居住的场所这一法律事实，确定其居民或非居民纳税人身份。

（三）居留时间标准：以一个人在征税国境内居留是否超过一定的期限，来确定其居民或非居民纳税人身份。

（四）国籍标准：凡是拥有本国国籍的公民，即为该国的居民纳税人；反之，则为非居民纳税人。

以国籍标准确定居民纳税人身份的做法，也被称为公民税收管辖权。但目前采用这一标准的国家已不多见，大多数国家往往以住所或居所标准为主，并结合居留时间来确定自然人的居民纳税人身份。

二、法人居民身份的确认

主要有三种标准被经常采用：

（一）法人注册成立地标准：法人的居民身份依法人在何国依法注册成立而定。

（二）法人实际管理和控制中心所在地标准：法人的居民身份依法人的实际管理和控制中心所在地而确定。

（三）法人总机构所在地标准：法人的居民身份依法人的总机构所在地确定。

为了扩大居民税收管辖权的范围，许多国家在确定法人的居民身份标准方面，往往同时兼采两种或两种以上的标准。

三、居民税收管辖权冲突的协调

由于各国国内税法上规定的居民纳税人身份判断标准不一致，这就导致纳税人跨越国境从事国际经济活动时，有可能被两个或两个以上的国家同时认定为居民纳税人，即居民税收管辖权冲突或称税收居所冲突。目前，无论是自然人居民身份冲突，还是法人居民身份冲突，均是由有关国家间通过双边税收协定来协调解决。一般有两种解决办法可供选择：一是由缔约国双方通过协商确定纳税人的居民身份归属；二是在税收协定中预先规定一种解决冲突时应依据的标准或选择顺序。

第三节　收入来源地税收管辖权的行使

各国对非居民主张行使税收管辖权的依据，在于认定非居民有收益或所得来源于征税国境内。因此，关于收入来源地的识别判定，就成为各国收入来源地税收管辖权的重要内容。

在传统所得税法中，各国一般都将纳税人的各项收益或所得划分为四类：即营业所得、劳务所得、投资所得和财产所得。本节主要介绍国际税法上和各国税收法律实践中就不同性质的跨国所得进行税收协调的一般规则。

一、对非居民营业所得的征税

在国际税法上，对非居民营业所得的征税，目前各国都普遍接受并实行常设机构原则，两个《范本》也都以常设机构原则作为对跨国营业所得方面划分居民税收管辖权与来源地税收管辖权的基本原则。

（一）常设机构原则的涵义

常设机构原则，是指来源国仅对非居民纳税人通过设在境内的常设机构而获取的工商营业利润实行征税的原则。两个《范本》均规定：缔约国一方居民经营的企业所取得的营业利润仅在该国征税，但该企业通过设在缔约国另一方的常设机构所取得的营业利润除外。如果该企业通过设在缔约国另一方境内的常设机构进行营业，其利润可以在另一国征税，但其利润应仅以属于该常设机构的那部分为限。

（二）常设机构的概念和范围

1．场所型常设机构

常设机构首先是指一个企业进行其全部或部分生产、经营的固定场所。其基本特征是：（1）有一个受企业支配的营业场所或设施的存在；（2）这种营业场所或设施应具有固定的性质；（3）企业通过这种固定的场所从事的是营业性质的活动，而不能是非营业性质的活动。

依两个《范本》的列举，可以构成常设机构的营业场所包括：管理场所；分支机构；办事处；工厂；车间或作用场所；矿场、油井或气井、采石场或任何其他开采自然资源的场所。其他如承包工程、建筑安装或装配工程等，在一定条件下也可构成常设机构。

2．代表型常设机构

但如果缔约国一方企业，在缔约国另一方境内并未通过某种固定的营业场所从事营业活动，而是通过特定的营业代理人开展业务，仍有可能构成常设机构的存在。但一般必须符合两个条件：

（1）必须是依附于该企业的非独立地位代理人；

（2）只有当该企业授权非独立地位代理人从事特定性质的营业活动。

（三）常设机构利润范围的确定与核算

1．对常设机构利润范围的确定

对常设机构利润范围的确定一般采用“实际联系原则”或“引力原则”；

实践联系原则：指非居民企业通过常设机构的活动实现的营业利润，以及与常设机构的活动有关的其他所得，可归属于常设机构的利润范围。而非居民企业未通过常设机构而取得的营业利润和与常设机构并无实际联系的其他所得，应排除在常设机构的利润范围之外。

引力原则：指非居民企业在来源地国设有常设机构的情况下，该企业来源于来源国境内的其他营业所得，尽管并非通过常设机构的活动而取得，但只要产生这些所得的营业活动本身属于该常设机构的营业范围，来源地国都可将它们纳入常设机构的利润项下征税。

2．对常设机构利润的核算

对已归属于常设机构范围的利润核算则主要采用“独立企业原则”和“收入费用分配原则”。

独立企业原则：即将常设机构当作一个独立的纳税实体看待，把常设机构与其所隶属的企业区别开来独立处理，采用直接的利润测定方法来核算机构本身的经营活动所实现的利润。

收入费用分配原则：尽管应将常设机构当作独立的纳税实体看待，但也应该承认常设机构可以分担总机构的一部分管理费用，其前提条件是这部分费用必须是总机构为常设机构的营业所发生的或与常设机构的生产经营有关的费用。

（四）常设机构原则的例外

对国际海运和航空运输业利润的征税，不适用常设机构原则。

二、对非居民劳务所得的征税

对非居民劳务所得的税收征收，各国一般将其划分为独立个人劳务所得和非独立个人劳务所得两类实行不同的税收征收。前者指个人独立地从事某种专业性劳务和其它独立性活动所取得的收入；后者指的是个人由于受雇于他人从事劳动工作所取得的报酬。

对跨国独立劳务所得的课税，国际税法上一般遵循“固定基地原则”和“183 规则”。

对跨国非独立个人劳务所得的征税，一般原则是由作为收入来源国一方从源征税。

此外，对于跨国取得收入的董事、演员、运动员、退休人员、政府职员以及留学生、实习生等特定人员，国际税法上往往采取特殊的征税规则。

三、对非居民投资所得的征税

投资所得，主要指纳税人从事各种间接投资活动而取得的各种收益，如股息、利息和各种特许权使用费等。

对非居民投资所得，各国通常采用“预提税”的征收方式。对预提税征收，国际税法上采用了“税收分享原则”，即规定对投资所得既可以在受益人的居住国征税，也可以在收入来源国一方征税，分享比例由缔约国双方协商谈判确定。

四、对非居民财产所得的征税

对非居民财产所得，特别是针对非居民运用不动产与转让不动产所取得的所得，各国的通行做法都是由财产所在国享有优先征税权，但并非独占征税权。而对于动产所得的税收征收，往往通过双边税收协定具体协商，尚无统一适用的国际规则。

第四节　跨国电子商务与税收管辖权

随着国际互联网的发展，跨国电子商务交易越来越频繁。基于电子商务交易的无址化、虚拟化特征，使得传统的国际税法原则在电子商务环境下的适用受到越来越严峻的挑战，而其实质依然是各国在新经济条件下如何行使其税收管辖权的问题。

一、电子商务的概念与基本特征

（一）定义

（二）特征

二、跨国电子商务对税收管辖权的影响

（一）对关税及其他流转税征收的影响

（二）对居民税收管辖权的影响

（三）对来源地税收管辖权的影响

（四）对国际反避税措施行使的影响

三、国际社会应对电子商务挑战的主要策略

（一）单一税收管辖权之争

（二）是否对跨国电子商务征税的分歧

（三）如何对跨国电子商务进行征税的探讨

四、中国在电子商务环境下如何维护自己的税收管辖权

复习与思考题

1．关于税收管辖权的两个基本理论原则是什么？
2．对居民身份的确认标准有哪些，它们各有哪些特点？
3．来源地国家如何对非居民行使税收管辖权？
4．如何理解常设机构原则？
5．你认为应如何解决跨国电子商务对税收管辖权带来的冲突？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；
4．刘剑文、傅绪桥：《国际税法上居民的比较》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
5．孙红新：《浅谈法人居民身份判定的标准问题》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
6．廖益新：《国际税收协定中非独立劳务所得征税协调规则的适用问题》，载《涉外税务》2003 年第 4 期；
7．童锦治：《183 天规则：OECD 范本及注释的最新发展》，载《涉外税务》1995 年第 10 期；
8．《浅议各项所得来源地认定的办法》，载《涉外税务》2006 年第 4 期；
9．陈延忠：《电子商务环境下常设机构原则问题探析》，载陈安主编《国际经济法论丛》（第 5 卷），法律出版社 2002 年 7 月版；
10．王欢：《电子商务的直接税法律问题研究》，载余劲松主编《国际经济交往法律问题研究》，人民法院出版社 2002 年 7 月版；
11．刘永伟：《论电子商务的国际税收管辖权》，载陈安主编《国际经济法论丛》（第 3 卷），法律出版社 2000 年 8 月版；
12．廖益新：《论适用于电子商务环境的常设机构概念》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
13．廖益新：《跨国电子商务的国际税收法律问题及中国的对策》，载《东南学术》2005 年第 7 期；
14．蔡庆辉：“电子商务跨国所得的定性问题探究—兼析《<OECD 税收协定范本>评论修订建议》”，载于《现代法学》2004 年第 6 期；
15．黄素梅：《电子商务中常设机构认定标准的新发展》，载《涉外税务》2006 年第 8 期；
16．郁晓：《服务器可否作为电子商务企业的常设机构？——对 OECD 税收协定范本有关条款争议的简介》，载《涉外税务》2006 年第 8 期。

第四章　国际重复征税

本章教学目的和基本要求：国际税法的任务之一即是消除国际重复征税，从某种程度而言，国际税法的产生也是基于解决国际重复征税的需要。因此，学习和了解国际重复征税的基本概念及其产生原因与危害，掌握避免国际重复征税的主要方法，成为本章学习的重要内容。

学时分配：6 学时

第一节　国际重复征税的产生

一、国际重复征税的基本涵义

（一）定义

国际重复征税，是指两个或两个以上国家各依据自己的税收管辖权按同一税种对同一纳税人的同一征税对象在同一征税期限内同时征税。

（二）前提

1．两个或两个以上的国家对同一纳税人的征税对象同时行使税收管辖权；

2．必须有相同的应税事实存在。

二、国际重复征税的成因

（一）税收管辖权原则的冲突；

（二）确定管辖权的连结因素不同；

（三）对法律事实或法律概念的识别差异；

（四）反避税措施的实施；

（五）计算应税所得的方法不同；

（六）税收管辖权的滥用等。

三、国际重复征税的类型

（一）居民税收管辖权与居民税收管辖权之间的冲突

（二）来源地税收管辖权与来源地税收管辖权之间的冲突；

（三）居民税收管辖权与来源地税收管辖权之间的冲突。

其中第三种类型的国际重复征税最为多发与普遍，通常所称的国际重复征税一般也指这一类型。

第二节　避免国际重复征税的意义、前提与方式

一、意义

国际重复征税的存在，有悖于税收公平原则，阻碍国际经济交往的顺利发展。避免或消除国际重复征税，可以减轻跨国投资者的税负，消除他们对国际投资的畏惧心理，有利于资本的国际流动，促进世界经济的发展；同时有助于协调各国间的税收关系，加强各国间的经济技术合作，有利于发展中国家更有效地吸引外资和引进先进技术。

二、前提

相互承认对方的税收管辖权是避免国际重复征税的前提。首先，居住国应承认来源国的优先管辖权，这就必须对来源国已经征过税的部分采取避免重复征税的措施；其次，来源国也应该对自己的地域管辖权进行一定的限制，以使居住国的税收管辖权不至于在事实上落空。

三、方式

可以由一国单方面采取措施，也可以由双方或多方共同采取措施，将来还可能由国际社会共同采取措施。目前，主要通过单边和双边采取措施来解决国际重复征税。

第三节　消除或缓解国际重复征税的方法

一、运用冲突规范划分征税权

运用冲突规范将某一征税对象的征税权完全划归一方或分配给双方，从而在一定程度或范围上避免国际重复征税。这是国际税收协定中常用的一般方法，也是某些国家的国内税法中所采用的办法。

二、免税法

免税法，是指居住国政府对本国居民来源于国外的所得和位于国外的财产免于征税。免税法有全部免税法与累进免税法之分。目前，免税法主要在国内法里规定，如法国、丹麦、瑞士等欧洲大陆法系及拉美的一些国家。有时，免税法也作为避免国际重复征税的方法列入国际税收协定之中。

三、抵免法

抵免法，也称外国税收抵免，指纳税人可将已在收入来源国实际缴纳的所得税税款在应当向居住国缴纳的所得税税额内扣除。

抵免法是目前国际上最主要的避免国际重复征税的方法，在各国国内税法与双边税收协定中大量使用。抵免法按不同的标准可以分为直接抵免与间接抵免、单边抵免与双边抵免、全额抵免与限额抵免等。目前，在实行抵免法的国家中，大多采用限额抵免，即居住国允许跨国纳税人扣除其国外已纳税款的最大数额为国外所得部分按居住国所得税法计算的应纳税额。抵免限额的计算，实践中又有分国限额、综合限额及分项限额之分。

四、扣除法和减税法

扣除法，是指居住国在对跨国纳税人征税时，允许本国居民将国外已纳税款视为一般费用支出从本国应纳税总所得中扣除。

减税法，是居住国对于其本国居民来源于国外的所得进行征税时给予一定的减征照顾。比如对应纳税额只征 90%或 85%等。

扣除法与减税法，都是作为避免国际重复征税的辅助措施出现的，其防止重复征税的效果不如免税法与抵免法，只能在一定程度上对国际重复征税有所缓解。

复习与思考题

1．产生国际重复征税的原因有哪些？最常见的国际重复征税类型是哪一种？

2. 避免国际重复征税的意义何在？消除国际重复征税的方法有哪些？哪种更为有效、合理？

3. 什么是外国税收抵免？限额抵免在抵免法的实施中有何意义？

拓展阅读书目

1. 高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；

2. 刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；

3. 廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4. 朱青编著：《国际税收》，中国人民大学出版社 2001 年 2 月版；

5. 刘剑文：《国际双重征税问题》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

6. 吴政：《国际双重征税的避免和税收逃避的规制新论》（一），载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

7. 林德木：《跨国并购中国际重复征税问题研究》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

8. 李静：《免税法与抵免法之比较》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

9. 黄焱、赵岩：《跨国所得课税原则的变化趋势探析》，载《涉外税务》2006 年第 7 期；

第五章　国际重叠征税

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际重叠征税产生的原因，着重掌握国际重叠征税的基本概念及与国际重复征税的异同，明了解决国际重叠征税的主要措施。

学时分配：3 学时

第一节　国际重叠征税概述

一、概念

国际重叠征税，是指两个或两个以上国家对同一笔所得在具有某种经济联系的不同纳税人手中各征一次税的现象。

国际重叠征税主要发生在公司与股东之间。与国际重复征税一样表现为同一征税对象被不同的国家多次征税，但与国际重复征税的区别主要在于：1. 产生的原因不同；2. 纳税人不同；3. 范围和层次不同；4. 税种有可能不同。

二、消极影响

国际重叠征税的存在，对国际税收关系及国际经济关系也会产生许多负面影响，主要表现在以下几个方面：

1. 国际重叠征税造成跨国纳税人税负过重，影响国际投资的积极性。

2. 国际重叠征税的存在，使公司尽量不分配股息或少分配股息，不仅对公司本身的发展不利，股东所在国不能按时收到投资收益，对国际收支平衡也会产生不利影响。

3. 国际重叠征税的存在，使公司尽量使用借贷资本，而不愿过多吸收股份资本。由此必将增加产品成本，不利于国家财政收入。同时，借贷资本过多还会影响资本结构，对国际经济的正常发展不利。

因此，国际重叠征税的存在，对国际经济的顺利发展不利，消除和避免国际重叠征税意义重大。

第二节　国内重叠征税的解决

国际重叠征税的解决方法多从国内重叠征税的解决措施扩展而来，因此本节主要了解国内重叠征税的解决方法。

一、对公司间重叠征税的解决措施

（一）减免股息应纳的公司所得税

（二）准许母子公司合并报税

二、对公司间、公司与个人股东间重叠征税的解决措施

（一）折算制

（二）双税率制

（三）单一制

三、对公司与个人股东重叠征税的解决措施

主要为扣额制

第三节　国际重叠征税的解决

一、股息收入国所采取的措施

（一）对来自国外的股息减免所得税

（二）准许国内母公司与国外子公司合并报税

（三）对外国所征收的公司所得税实行间接抵免

间接抵免，是指母公司所在国对子公司向东道国缴纳的公司所得税所给予的税收抵免。

二、股息付出国所采取的措施

（一）双税率制

双税率制，也称分割税率制，指对公司利润中的积累部分和分配部分实行不同的公司所得税率，用于分配的利润税率低，用于积累的利润税率高。

（二）折算制

折算制，也称冲抵制，指股东所收取股息后应交纳的所得税税额可以用一部分付息公司已缴纳的公司所得税税款予以冲抵。

复习与思考题

1．国际重叠征税现象是如何产生的？

2．如何解决国际重叠征税？哪种措施最为有效，请谈谈你自己的观点？

3．什么是间接抵免？它和直接抵免有什么不同？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；

2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；

3．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4．朱青编著：《国际税收》，中国人民大学出版社 2001 年 2 月版；

5．那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；

6．吴政：《国际双重征税的避免和税收逃避的规制新论》（二），载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

7．杨后鲁：《归集抵免制的适用及未来》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn　8．蔡连增：《美国对外国税收的间接抵免》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

第六章　国际逃税与国际避税

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际逃税与国际避税的基本概念，跨国纳税人从事国际逃、避税的主要方式及其危害，掌握国际上现行的反逃、避税的主要措施与办法，引导学生探寻反避税措施的新途径。

学时分配：6 学时

第一节　概　述

一、国际逃税与国际避税的含义与区别

国际逃税，是指跨国纳税人采取某种非法的手段或措施，以减少或逃避就其跨国所得本应承担的纳税义务，从而违反国际税法的行为。

国际避税，是指跨国纳税人利用各国税法的差异或国际税收协定的漏洞，通过各种形式上不违法的方式，以减少或躲避就其跨国所得本应承担的纳税义务的行为。

国际逃税与国际避税均是为了逃避有关国家的税收管辖权，达到少缴税的目的。其区别主要表现在：国际逃税是公然违背各国税法和国际税收协定的非法行为；而国际避税则是采用形式上不违法的手段来规避有关国家的税收管辖。

二、中国税法的相关规定

中国税法没有直接规定逃税和避税的概念，但中国税法中关于“偷税”的概念与逃税概念有相通之处。

第二节　国际逃税与避税的方式与危害

一、国际逃、避税产生的原因及其危害

（一）国际逃、避税产生的主要原因

1．追逐利润最大化，是国际投资者从事国际逃、避税的主观原因。

2．各国税收制度的差异，为国际投资者从事国际逃、避税提供了客观上的便利条件。

3．二战后的几十年里，国际避税港的大量涌现和大多数资本输出国竞相提高所得税税率又从客观上促进了国际逃、避税的迅速增长。

（二）国际逃、避税的危害

1．严重损害有关国家的税收利益；

2．造成国际资本的不正常移转，引起国际经济关系的混乱；

3．违背税收公平原则，损害税法的尊严。

二、跨国纳税人从事国际逃税的主要方式

（一）不向税务机关报送纳税资料，隐匿应税所得；

（二）谎报所得和虚构扣除；

（三）伪造帐册及收付凭证。

三、跨国纳税人从事国际避税的主要方式

（一）通过纳税主体的跨国移动进行国际避税
（二）跨国联属企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行避税
（三）跨过纳税人利用避税港进行国际避税
（四）跨国投资人有意弱化股份投资进行国际避税

第三节　国内法防止国际逃税与国际避税的措施

一、防止国际逃税与避税的一般国内法律措施

一般国内法律措施主要有强化国际税务申报制度，加强会计审查制度，实行评估所得申报制度等。

二、防止国际逃税和避税的特别国内法律措施

（一）采用正常交易原则防止跨国联属企业通过转移定价和不合理分摊成本费用进行国际逃避税。

正常交易原则，是指将联属企业之间的关系当作彼此没有关联的独立企业之间的关系来处理，联属企业各个经济实体之间的营业往来，均按照独立竞争的，公平的市场交易价格来核算。

（二）防止纳税人利用避税港进行逃、避税的法律措施。

在这方面的措施主要有阻止基地公司的设立，禁止非正常转移利润和取消延迟纳税等。

（三）防止纳税人通过变更税收居所逃、避税的法律措施。
（四）防止跨国投资人弱化公司股份资本逃、避税的法律措施。

第四节　国际法防止国际逃税与避税的措施

一、运用国际法防止国际逃税的历史与现状

二、国际法防止国际逃避税的主要措施

（一）建立情报交换制度
（二）在征税方面提供相互协助

复习与思考题

1．国际逃税与国际避税有何区别？有无区分它们的必要？
2．跨国纳税人进行国际逃税与避税的主要方式有哪些？
3．国际反逃避税措施有哪些？其发展前景如何？
4．对于跨国公司最常用的“转让定价”和在避税港设立“基地公司”的两大国际避税手法，你认为我国应当采取怎样的对策？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；

3．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4．朱青编著：《国际税收》（第二版），中国人民大学出版社，2004 年 2 月版；

5．那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；

6．刘剑文、丁一：《避税之法理新探》（上），载《涉外税务》2003 年第 8 期；

7．刘剑文、丁一：《避税之法理新探》（下），载《涉外税务》2003 年第 9 期；

8．王伟艳：《议跨国公司的国际避税与我国反避税立法完善》，载《经济与法》2003 年第 9 期；

9．刘力坚、马哲：《国际避税的方式及反避税措施》，载《税务研究》2005 年第 3 期；

10．高尔森：《论各国税法处置转让定价的基本原则》，载于高尔森著《国际经济法文选》，天津人民出版社 1994 年 10 月第一版，第 100 页。

11．陈贵端：《国际租税规避与立法管制对策》，载于徐杰主编：《经济法论丛》（第 2 卷），法律出版社 2000 年版，第 608－610 页。

12．胡峰：《国际避税产生的动因分析》，载于《郑州经济管理干部学院学报》2002 年第 3 期。

13．朱作鑫、管荣：《国际避税若干法律问题探讨》，载于《嘉兴学院学报》2004 年第 5 期。

14．王竹萍：《跨国公司转让定价经济因素分析》，载《集团经济研究》2005 年第 5 期；

15．汤洁茵：《转让定价税制的困境与挑战》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

16．陈涛：《避税港：投资天堂的秘密》，载《中国投资》2005 年第 7 期；

17．郭媛：《预约定价：转让定价质的飞跃》，载《财会月刊》2005 年第 9 期；

18．胡俊杰：《预约定价制度相关法律问题研究》，刘剑文主编《财税法论丛（第 7 卷）》，法律出版社 2005 年 5 月版，第 215～216 页；

19．刘伟：《APA 对中国当前的意义以及可能产生的问题》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

20．王逸：《资本弱化：国际税收面临的新挑战》，载《世界经济》，2000 年第 5 期；

21．王进猛、刘永军、沈黎明：《资本弱化的国际比较及影响分析》，载《涉外税务》2003 年第 7 期；

第七章　涉外税收优惠

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解发达国家与发展中国家实行税收优惠的不同目的与特点，重点掌握税收饶让抵免制度出现的原因、税收饶让的含义、税收饶让的实施以及实施税收饶让对发展中国家的意义等。

学时分配：3 学时

第一节　概　述

一、税收优惠的含义

狭义的税收优惠是指征税国按既定税率在一定期限内所实行的减税或免税。广义的税收优惠还包括一些国家为了吸引投资而特别设置的低税率以及税收上能够使纳税人得到好处的一切优惠手段。

二、研究税收优惠的必要性

（一）近几十年，各国税收优惠越来越多，已成为各国涉外税法的重要组成部分。

（二）税收优惠涉及到国家间的税收分配关系。特别是税收饶让的出现，使税收优惠从一个单纯的国内税法问题演变成了国际税法问题。

（三）国际税收协定中的减、免规定越来越多，使涉外税收优惠已发展成为国家之间的税收关系。

三、税收优惠的作用

第二节　发展中国家的涉外税收优惠

一、对外来投资实行税收优惠政策的原因

经济发展的需要与外汇的缺乏，是发展中国家普遍实行税收优惠的主要原因。

二、涉外税收优惠立法的特点

（一）通过专门适用于外资的税法，对外国投资者实行税收优惠；

（二）对新兴工业和新建企业优惠从宽；

（三）多采用直接减税的方式；

（四）按不同政策有重点、有选择地给予税收优惠，以引导外资流向。

第三节　发达国家的对外税收优惠

发达国家的税收优惠主要偏重于对本国私人资本向发展中国家投资所给予的优惠。

一、实行对外税收优惠的原因

资金过剩是最根本的原因。此外，利用投资获取市场、跨越贸易障碍、获取资源等也是发达

国家实行对外税收优惠的直接原因。

二、发达国家对外税收优惠概况

（一）一般性措施

1．外国税收抵免

2．税收饶让

（二）各国措施简介

1．德国、日本

（1）德、日以专门立法或专门条款鼓励私人资本向发展中国家投资。

德国 1975 年专门颁布了《促进私人资本向发展中国家投资法》；日本则在 1975 年的《特别征税措施》中作了专门规定。

（2）采取一系列的专门鼓励措施。

（3）实行特别储备金制度。

2．英国、荷兰等国

这些国家的所有优惠措施并非只适用于对发展中国家投资，主要包括：（1）扣减应纳税所得额；（2）允许亏损和利润互相冲抵；（3）对股息免税等。

3．美国与法国

美国被视为对发展中国家采取税收优惠很少的国家，但其允许延期纳税的政策在客观上对向发展中国家投资也起了较大的鼓励作用。

法国则被看作是对对外税收鼓励最多的国家之一，因其税收管辖权实行属地原则，对于在其领土之外取得的收入实行免税。

第四节　税收饶让抵免

一、税收饶让抵免出现的原因

二、税收饶让抵免的含义

（一）概念

税收饶让抵免，是指居住国政府对本国纳税人所得因来源国给予的税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款给予抵免。

（二）特点

1．其目的不是避免国际重复征税，而是为了使来源国对外资的优惠政策能够收到实效；

2．它必须通过国家间的双边安排才能实现；

3．它是一个正在形成和发展的特殊抵免制度，不是所有的国家都承认并实行这一制度。

（三）税收饶让的范围与程度

在税收饶让的具体范围和程度上，各国的作法不一。在范围上，有的对公司所得税、地方所得税和预提税都给予饶让；有的则仅限于预提税才给予饶让。在程度上，各国给予饶让的幅度也深浅不一。

三、税收饶让对国际投资者的利益

显然，实行税收饶让能给国际投资者带来巨大利益。

四、发达国家对税收饶让抵免的态度

为了鼓励私人资本的输出，大多数发达国家都同意实行税收饶让抵免，只有少数国家不赞成。

五、中国对外双边税收协定中的饶让抵免条款

复习与思考题

1．如何评价涉外税收优惠的作用？
2．发达国家与发展中国家的涉外税收优惠各自有哪些特点？
3．简述特别储备金制度。
4．试述税收饶让抵免制度。它对中国的涉外税收实践有何意义？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；
2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；
3．朱青编著：《国际税收》（第二版），中国人民大学出版社 2004 年 2 月版；
4．那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；
5．王光宇、孙德升：《涉外税收优惠政策的正负效应》，载《税务研究》2004 年 3 期；
6．刘琼：《试论国际税收优惠的利与弊》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
7．朱庆民：《对国际税收饶让的重新评估》，载《涉外税务》1999 年第 12 期；
8．张剑：《浅析国际税收的饶让抵免》，载《税务与经济》 2000 年第 5 期；
9．王晓悦：《税收饶让抵免的考察与政策选择（上）》，载《涉外税务》2001 年第 11 期；
10．王晓悦：《税收饶让抵免政策的考察与政策选择（下）》，载《涉外税务》2001 年第 12 期；
11．罗振华：《税收饶让的有效性及其对政府行为的影响》，载《云南财贸学院院报》2002 年第 4 期 ；
12．薛卫国：《浅析 OECD 对国际税收饶让的重新评估及我国的对策》，载《扬州大学税务学院学报》2004 年第 1 期；
13．李坤：《我国税收饶让抵免政策分析》，载《吉林省经济干部管理学院学报》2004 年第 3 期；
14．万欣：《国际税收竞争的两面性——竞争法视野下的国际税收竞争》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
15．丁一译：《全球化和税收竞争：对发展中国家的意义》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn
16．金朝武：《税收竞争有害论质疑》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

第八章　国际税收协定

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解国际税收协调与合作的历史与发展现状，掌握国际税收协定的主要内容及其在实施中出现的问题，明了中国在对外税收协调与合作中的重点与难点。

学时分配：3 学时

第一节　概　述

一、税收国际协调与合作的目的

二、税收国际协调与合作的类型

1．税收协定模式和税收一体化模式
2．所得税的协调与合作和流转税的协调与合作
3．双边协调与多边协调

第二节　所得税的国际协调与合作

一、所得税国际协调与合作的历史发展和现状

1977 年，经济与合作组织公布《关于对所得和资本双重征税协定草案》（简称《经合组织范本》或“OECD 范本”）；联合国经济和社会理事会于 1980 年正式颁布《发达国家与发展中国家关于双重税收的协定范本》（简称《联合国范本》或“UN 范本”）。两个“范本”的诞生，标志着现代国际税收协定走向规范化。

二、国际税收协定的概念与结构

（一）国际税收协定的概念

国际国际税收协定，是有关主权国家间通过政府协商谈判而缔结的旨在调整彼此间税收权利义务关系的书面协定。

（二）国际税收协定的结构

国际税收协定的体系结构除名称与序言外，大致包括协定范围、定义、对所得的征税、对财产的征税、消除双重征税的方法、特别规定、最后规定等几个方面。

三、国际税收协定的主要内容

（一）适用范围。主要规定对人的适用范围、对税种的适用范围、对领域的适用范围和对时间的适用范围。

（二）征税权的划分。征税权的划分，是协定的重要内容，也是双方谈判的焦点。

（三）避免国际重复征税的方法。一般采用免税法或抵免法。

（四）关于无差别待遇。即反对税收歧视。

（五）关于相互协商程序和情报交换条款。

（六）税收饶让抵免条款。

第三节　流转税的国际协调与合作

一、关税的国际协调与合作

（一）关税国际协调与合作的历史发展

1947 年，“关税与贸易总协定”达成

（二）国际间关税协调与合作的特点

1．强调各国关税制度的统一

2．关税协调与合作不断向集团化和全球化方面发展

3．关税协调与合作同关税斗争同时并存、密不可分，从而使关税的协调与合作具有相对不稳定性。

二、增值税的国际协调与合作

（一）增值税概述

增值税是对经营者在某一时期内销售额大于同期购进商品所支付的金额，即增值额所征收的一种税。其特点为：

1．避免重复征税，税收负担更为合理；

2．各环节所征税款明了，使产品出口退税彻底，利于产品进入国际市场；

3．防止偷漏税的作用明显。

（二）增值税与国际税法的关系

增值税的不断发展对国际经贸往来具有重要影响，而且增值税同样可能出现国际重复征税问题。因此，将以增值税为基础的国际税收关系纳入国家税法的研究领域将成为国际税法的新课题。

第四节　税收国际协调与合作的实施

一、国际税收协定和国内税法的关系

首先，国际税收协定与国内税法是相互补充、相互配合的关系；其次，当国际税收协定与国内税法存在矛盾与冲突时，国际税收协定应优于国内税法。

二、对利用第三国税约的防止

（一）利用第三国税约的含义及主要方法

利用第三国税约，是指在两国没有签订税收协定或签订的税收协定对纳税人提供优惠利益较少的情况下，纳税人利用第三国与对方国家签订的税收协定来享受协定所规定的优惠待遇。

为此，纳税人通常需要在第三国设立一个子公司，该子公司一般被称作导管公司，包括直接导管公司与借助导管公司。

（二）对利用第三国税约的防止

1．通过税收协定防止

（1）回避法

（2）排除法

（3）透视法

（4）渠道法

2．通过国内税法规定防止

一般运用反避税条款或反滥用税约条款来防范。

第五节　中国的对外税收协调与合作

一、中国对外税收协定谈判的基本原则

（一）强调收入来源国税收管辖权优先原则

（二）坚持平等互利、友好协商原则

（三）要求资本输出国提供税收饶让抵免

二、中国对外双边税收协定的待遇

（一）关于承包、建筑、安装工程

（二）关于财产收益

（三）关于独立个人劳务

（四）关于非独立个人劳务

（五）关于预提税

（六）关于外国税收抵免

复习与思考题

1．国际税收协调与合作的类型有哪些？

2．试述国际税收协定的主要内容。

3．什么叫利用第三国税约？怎样防止利用第三国税约？

4．简述中国对外签订双边税收协定的基本原则。

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；

2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；

3．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4．朱青编著：《国际税收》（第二版），中国人民大学出版社，2004 年 2 月版；

5．那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；

6．廖益新：《避免双重税收协定与国内税法的关系》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

7．李震：《试评述国际税收协调的必要性》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

8．王裕康：《展望 21 世纪税收协定》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

9．靳东升：《略论国际税收协调发展总趋势》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

10．龙英锋：《WTO 协定中的国内税国民待遇探疑》，载《涉外税务》2005 年第 5 期；

11．李莹、程森：《浅谈涉外税收优惠与无差别待遇原则》，载《黑龙江对外经贸》2004 年第 4 期；

12．杨妙华：《对国民待遇原则与涉外税收优惠的理性思考》，载《市场经济研究》2003 年第 1 期；

13．周凤伟：《解析滥用税收协定》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

14．杨慧芳：《略评滥用税收协定之避税问题及其防范》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

15．刘琼：《对美国双边税收协定新变化的思考》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

第九章　中国涉外税收法律制度

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，全面了解中国的涉外税收法律制度，重点掌握中国的涉外企业所得税制度和个人所得税制度，深刻理解国际税法原理与制度在我国涉外税收实践中的运用。

学时分配：3 学时

第一节　概　述

一、涉外税法的概念

涉外税法，是指一国制定和颁布的调整涉外税收关系的法律、法规和规章制度的总称。

二、我国涉外税制的发展概况

三、我国现行的涉外税收法律体系

第二节　外商投资企业和外国企业所得税法

一、外商投资企业和外国企业所得税的主要规定

（一）纳税主体

1．外商投资企业

2．外国企业

（二）征税客体

1．外商投资企业的生产、经营所得和其他所得；

2．在中国设立机构、场所的外国企业的生产、经营所得和其他所得；

3．在中国未设立机构、场所的外国企业，或虽设立机构、场所，但与其无实际联系的来源于中国境内的利润、利息、租金、特许权使用费及其他所得。

（三）税率

1．33%的企业所得税税率

2．20%的预提所得税税率

（四）应纳税所得额的计算

应纳税所得额=总收入—（成本+费用+损失）

1．坚持应税所得的纯收益原则，严格成本、费用、损失开支范围和标准；

2．实行权责发生制原则；

3．实行独立企业原则，防止关联企业之间转移利润以避税。

此外，应注意预提税的应纳税所得额即为收入总额，不用扣除成本、费用和损失。

（五）税收抵免

外商投资企业来源于中国境外的所得已在境外缴纳的所得税税款，准予在汇总纳税时从其应纳税额中扣除，但扣除额不得超过其境外所得依照中国税法规定计算的应纳税额。

二、对在中国设立机构的外国企业征税的专门规定

1．对合作企业的征税
2．对承包工程以及与此有关的提供劳务所得的征税
3．对外国企业常驻代表机构的征税
4．对营业代理人的征税
5．对外国航空、海运企业的征税

三、对在中国境内不设立机构的外国企业征税的专门规定

（一）征税范围
（二）关于收入来源地的确定
（三）计征方法

四、对外商投资的鼓励

（一）一般地区的投资鼓励
1．对生产性企业的优惠
2．对特定行业的优惠
3．从事港口、码头项目的优惠
4．利润再投资退税的优惠
5．对产品出口、技术先进企业的减免税
6．对预提税的减免规定
（二）特别地区的投资鼓励
1．经济特区、经济开发区的优惠规定
2．沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市老市区的优惠规定
3．上述特别地区的预提税的优惠规定
4．经批准的其他地区的优惠规定。

第三节　中国个人所得税法

一、纳税主体

1．居民纳税人
2．非居民纳税人

二、征税对象

1．工资、薪金所得；
2．个体工商户的生产、经营所得；
3．对企事业单位的承包经营、承租经营所得；
4．劳务报酬所得；
5．稿酬所得；
6．特许权使用费所得；
7．利息、股息、红利所得；
8．财产租赁所得；

9．财产转让所得；

10．偶然所得；

11．经国务院财政部门确定征税的其它所得。

三、税率及计征方式

1．工资、薪金所得，适用九级超额累进税率，税率为 5%—45%，按月计征。

2．个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用五级超额累进税率，税率为 5%—35%，按年计征。

3．稿酬所得，适用 20%的比例税率，并按应纳税额减征 30%，按次计征。

4．劳务报酬所得，适用 20%的比例税率，按次计征。一次收入畸高的，可实行加成征收。应税所得超过 2 万元以上、5 万元以下的部分，加五成；超过 5 万元以上的部分，加十成。

5．特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，适用 20%的比例税率，按次计征。

四、应纳税所得额的计算

1．工资、薪金所得，以每月收入额减除费用 800 元后的余额，为应纳税所得额；按规定可以附加扣除额的，则可以再附加扣除 3200 元后的余额为应纳税所得额。（注：新个人所得税法已将每月扣除费用增加为 1600 元）。

2．个体工商户的生产经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除成本、费用及损失后的余额，为应纳税所得额。

3．对企事业单位的承包经营、承租经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减除必要费用后的余额，为应纳税所得额。

4．劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得，每次收入不超过 4000 元的，减除费用 800 元；4000 元以上的，减除 20%的费用，其余额为应纳税所得额。

5．财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。

6．利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。

五、减、免税规定

六、税额扣除

复习与思考题

1．我国现行涉外税收法律体系涉及哪些税种？

2．在我国设立机构、场所与不设立机构、场所的外国企业应怎样交纳企业所得税？

3．我国的涉外税收优惠包括哪些内容？

4．我国个人所得税法对哪些收入征收？

拓展阅读书目

1．高尔森主编：《国际税法》（第二版），法律出版社 1993 年 6 月版；

2．刘剑文主编：《国际税法学》（第二版），北京大学出版社 2004 年 4 月版；

3．廖益新主编：《国际税法学》，北京大学出版社 2001 年 6 月版；

4．那力著：《国际税法学》，吉林大学出版社 1999 年 9 月版；

5．安真真：《加入 WTO 与中国涉外税制改革》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

6．刘蓉：《区域经济协调发展与税收优惠政策》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

7．庞凤喜：《加快我国西部发展的税收政策思考》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

8. 陈小宇：《新公司法修订对于公司税务的若干影响》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

9. 尹维宇：《我国内外资企业所得税法合并的困境》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

10. 孙伟伟：《试论外资企业所得税税收优惠的改革》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

11．李强：《外资企业所得税优惠与 WTO 下的国民待遇原则》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

12．赵德芳：《中韩两国公司所得税制度比较研究》，载“中国财税法网”，http://www.cftl.cn

13．乔生：《涉外企业所得税优惠制度改革的若干思考》，载《财贸研究》 2005 年第 1 期；

14．杨斌：《个人所得税法居民身份确定规则的比较研究》，载《比较法研究》1997 年第 1 期；

15．葛惟熹：《改革个人所得税制的争议》，载《财经研究》2001 年第 10 期；

16．牟发兵、陈忠斌：《关于完善我国个人所得税制的思考》，载《中南财经大学学报》2003 年第 6 期；

17．张进昌：《美英俄三国个人所得税税率结构比较与启示》，载《税务研究》2003 年第 10 期。

《国际投资法》教学大纲

祁　欢　编写

目　录

第一章　国际投资法概述 174
第一节　外国直接投资和外国间接投资 174
一、外国直接投资 174
二、外国间接投资 175
第二节　国际投资法的概念和基本原则 175
一、国际投资法的概念 175
二、国际投资法的基本原则 175
第三节　国际投资法的渊源 175
一、有关涉外投资的国内法律规范 175
二、国际双边投资法律规范 176
三、国际多边投资法律规范 176
复习与思考题 176
第二章　国际投资法的主体 177
第一节　国际投资法的主体 177
一、私人投资者 177
二、国家 177
三、国际组织 178
第二节　跨国公司 178
一、跨国公司的定义和特征 178
二、跨国公司的结构与法律地位 178
三、跨国公司母公司对子公司债务责任的承担 179
四、对跨国公司及其行为的管制和协调 179
复习与思考题 180
第三章　国际投资准入与投资待遇 181
第一节　国际投资准入与投资自由化 181
一、国际投资准入 181
二、国际投资准入的自由化趋势 181
第二节　国际投资待遇制度 182
一、国际投资待遇概述 182
二、国民待遇 182
三、最惠国待遇 182
四、公平与公正待遇 183
复习与思考题 183
第四章　国际直接投资的形式 184
第一节　国际直接投资的传统形式 184
一、设立境外分支机构 184
二、在境外新建企业 184
第二节　跨国并购 185
一、跨国并购的含义和特征 185
二、跨国并购的类型 186

三、跨国并购中的反垄断问题 186
第三节 BOT 投资方式 186
一、BOT 投资方式概述 186
二、BOT 投资方式中的法律问题 187
三、BOT 投资方式下的特许权协议 187
四、BOT 投资方式中的融资问题 188
五、BOT 投资方式与中国 188
第四节 中国有关外商投资形式的规范 188
一、多元化的外商投资方式 188
二、中国外资法体系构架与展望 189
复习与思考题 190
第五章 国际投资中的政治风险 191
第一节 国际投资中的政治风险概述 191
一、政治风险的含义和特征 191
二、政治风险的类型 191
第二节 国有化和征收 191
一、国有化的定义及理论基础 191
二、国有化和征收、逐渐征收的关系 191
三、国有化的合法性理论 192
四、国有化或征收的补偿标准 192
五、中国关于国有化或征收的立场 192
六、国有化的新发展 193
第三节 其它政治风险 193
一、汇兑险 193
二、政治暴乱险 193
三、延迟支付险 193
四、营业中断险 193
五、政府违约险 193
六、信用险 193
复习与思考题 194
第六章 海外投资的法律制度 195
第一节 海外投资的一般法律制度 195
一、海外投资鼓励制度 195
二、海外投资保护制度 195
三、海外投资的管制 196
第二节 海外投资保证制度 196
一、海外投资保证制度的概念 196
二、海外投资保证制度的特征 196
三、海外投资保证制度的基本构造 196
第三节 国别海外投资制度 197
一、美国海外投资保证制度 197
二、日本海外投资保证制度 197
三、中国的海外投资制度 197

第四节　多边投资担保制度 198
一、《多边投资担保机构公约》的产生 198
二、MIGA 的地位与宗旨 198
三、MIGA 的业务 198
四、多边投资担保机构的特色和优势 198
复习与思考题 199
第七章　国际投资争议的解决 200
第一节　国际投资争议的特点 200
一、国际投资争议的概念及类型 200
二、国际投资争议的解决方法 200
第二节　华盛顿公约体系下的投资争议解决规则 201
一、公约的产生 201
二、ICSID 仲裁体制的基本框架 201
三、ICSID 管辖的条件 201
四、ICSID 仲裁适用的实体法律 202
五、ICSID 的仲裁 202
第三节　区域性多边投资条约关于投资争议解决的规则 202
一、北美自由贸易区协定（NAFTA）的仲裁机制 202
二、能源宪章条约（ECT）的仲裁机制 202
三、亚太经济合作组织（APEC）的争议解决机制 203
第四节　WTO 争端解决机制对投资争议解决的影响 203
一、WTO 争端解决机制的特点 203
二、投资争议解决方法的未来发展 203
复习与思考题 203
第八章　国际双边投资法律规范 204
第一节　国际双边投资法律规范概述 204
一、国际双边投资协定的产生与发展 204
二、国际双边投资协定的概念和特点 204
第二节　中外双边投资协定 204
一、定义条款 204
二、促进和保护投资 204
三、最惠国待遇和国民待遇 205
四、征收 205
五、损失的补偿 205
六、自由转移 205
七、代位原则 205
八、缔约一方与缔约另一方投资者的争议解决 205
九、缔约双方的争端解决 206
十、其它义务 206
十一、协定的适用 206
十二、两国政府关系 206
十三、最后条款 206
复习与思考题 206

第九章　多边投资协议与世界贸易组织 207
第一节　多边投资协议 207
一、多边投资协议的产生 207
二、多边投资协议草案的内容 207
三、多边投资协议草案的特点 207
第二节　世界贸易组织与国际投资多边协议 208
一、世界贸易组织关于国际投资的规定 208
二、WTO 关于投资问题的进一步谈判 208
复习与思考题 208
第十章　与国际投资有关的其它问题 209
第一节　与投资有关的贸易政策措施 209
一、与投资有关的贸易措施的含义和特征 209
二、与投资有关的贸易措施的种类 209
三、对“与投资有关的贸易措施”的规范 209
第二节　与投资有关的竞争政策问题 209
一、竞争政策 209
二、投资自由化与竞争政策的关系 209
三、中国竞争法的完善 210
第三节　与投资有关的环境问题 210
一、可持续发展与环境关系 210
二、环境措施对投资的影响 210
三、中国投资自由化进程中面临的挑战 210
复习与思考题: 210

第一章　国际投资法概述

教学目的与要求：本章是国际投资法的总论部分，旨在使学生对国际投资法的规范范围以及法律规范的表现形式有充分认识。学生应掌握外国直接投资、国际投资法的概念和基本原则、国际投资法的渊源。了解国际间接投资的特点。

第一节　外国直接投资和外国间接投资

一、外国直接投资

（一）国际直接投资的含义

国际货币基金组织（IMF）在其发布的《国际收支平衡手册》第五版中，将投资分为直接投资（Foreign Direct Investment，FDI）、证券投资（Portfolio Investment）和其它投资。

外国直接投资虽然是国际投资的传统方式和主要方式，但是，一些国家和国际组织对外国直接投资的理解并不完全相同。

1．国际货币基金组织关于直接投资的规定

国际货币基金组织（IMF）界定直接投资的标准主要有两个：第一，直接投资者以取得长期利益为目的在另一个经济体设立企业；第二，直接投资者对直接投资企业的管理具有重大影响，即拥有有效的发言权。

2．经济合作与发展组织关于外国直接投资的规定

经济合作与发展组织（OECD）在其于 1995 年发布的“外国直接投资的标准定义”中对“外国直接投资”也做了定义。虽然 OECD 对直接投资的解释与国际货币基金组织的解释基本一致，但是，OECD 更加明确地指出，不要求外国投资者对直接投资企业控股或绝对控制。

3．世界贸易组织关于外国直接投资的规定

世界贸易组织（WTO）秘书处在 1996 年 10 月 16 日发布了“贸易与外国直接投资”的报告。该报告对“外国直接投资”进行了定义，并列举了三种主要类型的外国直接投资。WTO 对外国直接投资的解释与国际货币基金组织以及经济合作与发展组织的解释在实质上是相同的。

4．联合国贸易与发展会议关于外国直接投资的研究

联合国贸易与发展会议（UNCTAD）在其于 1999 年出版的国际投资协议系列研究报告之一：《定义与范围》中，对“直接投资”和“证券投资”给予了解释。

（二）外国直接投资的特征

尽管一些国际组织以及一些国家关于外国直接投资的定义不完全相同，但都有如下共同特征：第一，投资者以谋求长期经济利益为目的向境外进行投资。第二，投资者对所投资企业的经营管理具有重要影响。投资者对所投资企业是否具有重要影响的判断标准一般是看投资者对所投资企业的经营管理是否具有有效的发言权。

（三）外国直接投资的种类

货币、实物、知识产权、服务或其它。

（四）国际直接投资的理论

1．垄断优势论

2．国际生产折衷理论

3．比较优势论

4．资本国际利率差别移动论及资源需求周转理论

5．寡头垄断理论

6．产品生命周期理论

二、外国间接投资

（一）外国间接投资的含义

外国间接投资是指投资者通过购买外国股票、其它有价证券或提供贷款等方式使投资资本增值的经济活动。

（二）外国间接投资的特征

外国直接投资和证券投资的区别在于对外国企业的财产的控制权标准。在间接投资中，投资者不参与被投资企业的经营管理，对所投资企业的经营管理没有有效发言权。

第二节　国际投资法的概念和基本原则

一、国际投资法的概念

国际投资法是指调整跨国私人直接投资关系的国内法律规范和国际法律规范的总称。跨国私人直接投资是指由一国的自然人或法人以营利为目的在外国进行的直接投资。官方进行的直接投资不属于国际投资法的调整范围。

国际投资法所调整的跨国私人直接投资关系分为外国投资者与东道国投资者基于投资所产生的投资合作关系；外国投资者与东道国基于投资所产生的投资管理关系；外国投资者与其母国基于对外投资所产生的投资保护关系；政府之间以及政府与国际组织之间基于缔结双边或多边条约而产生的国际投资协调关系。

二、国际投资法的基本原则

国际投资法的基本原则是指被各国公认的、具有普遍约束力，并适用于国际投资法领域的、构成国际投资法基础的法律原则。与国际投资有关的原则主要包括以下三个：第一，各国对其境内的一切自然资源享有永久主权；第二，各国对其境内的外国投资以及跨国公司的活动享有管理监督权；第三，各国对其境内的外国资产有权收归国有或征用。

第三节　国际投资法的渊源

国际投资法律规范从制定者的角度分为国内法律规范和国际法律规范。国内法律规范主要规范各国国内有关对外投资和吸引外资的的法律制度。国际法律规范包括有关国际投资的双边条约、多边条约以及国际惯例。

一、有关涉外投资的国内法律规范

国际投资法的国内法律规范主要是指一个国家关于涉外私人直接投资的法律规范。规范外国直接投资的法律主要是国内法，而非国际条约。

国内涉外投资法律规范按照资金的投向，可分为规范资本输入的法律规范和规范资本输出的法律规范。

（一）规范资本输入的法律规范

东道国规范资本输入的法律主要包括：（1）外国投资项目的审批；（2）投资范围；（3）投资方式；（4）外国资本；（5）投资比例；（6）权力机构和经营管理权；（7）投资本金和利

润的汇出；（8）征收（或国有化）及其补偿；（9）劳动力雇佣。东道国规范资本输入的法律规范基本上是以吸收外国直接投资为宗旨，同时，又对外国直接投资加以必要的管理。吸收外国直接投资主要表现在提供投资保护和投资优惠措施。对外国投资的管理则主要体现在外国投资的市场准入以及投资后的经营管理。

（二）规范资本输出的法律规范

规范资本输出的法律规范主要包括海外投资的鼓励规定与管理规定。鼓励措施通常包括税收优惠措施，投资情报及促进投资的措施，资金与技术援助措施以及海外投资保险制度。海外投资的管理措施一般包括要求海外投资企业公开情报，防止海外投资企业逃避税以及其它法律措施。

发达国家是资本的输出大国，而绝大多数发展中国家并没有像发达国家那样实行完全的自由投资政策，而是对境外投资项目实行审批制度。

（三）中国涉外投资法律规范

中国颁布的有关境外投资的法律规范主要对境外投资企业的设立及撤销、境外投资企业的外汇管理、境外投资国有资产的管理等问题作出规范。

二、国际双边投资法律规范

（一）双边投资条约概述

双边条约是调整东道国和投资国之间关系的最有效和最迅速的手段，也是国际投资法的首要渊源。

双边投资条约主要规定外国投资的范围和定义、投资准入、外国投资的待遇、利润汇出、政治风险的担保、征用和补偿、双重征税的避免、投资争议的解决等事项。

（二）中外双边投资条约

中国已经与许多国家签订了双边投资条约。这些双边条约通常规定以下条款：定义，促进与保护投资，最惠国待遇，征收，损失的补偿，自由转移，代位原则，缔约一方与缔约另一方投资者的争议解决，缔约双方的争端解决，其它义务，协定的适用，两国政府关系，最后条款。

三、国际多边投资法律规范

（一）全球性多边投资条约

已经达成的多边投资条约主要有：1966 年生效的《解决国家与他国国民间投资争端公约》；1988 年生效的《多边投资担保机构公约》。1995 年 1 月 1 日生效的世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协议》以及《服务贸易总协定》也对与贸易有关的投资问题以及服务贸易领域的外资市场准入问题作出了规定。上述多边国际投资条约只是针对某一方面的问题达成一致，并没有对国际投资的所有问题作出规定。

（二）地区性多边投资条约

地区性多边投资条约主要有《东南亚国家联盟（东盟）投资领域框架协定》、《安第斯共同体第 291 号决定》、《北美自由贸易协定》、《南锥体共同市场（南方市场）议定书》、《东非和南部非洲共同市场（东南非共同市场）条约》等。

复习与思考题

1．外国直接投资的特征。
2．国际投资法的概念。
3．国际投资法的基本原则。
4．国际投资法的渊源。

第二章　国际投资法的主体

教学目的与要求：本章旨在使学生了解国际投资法的主体关系，特别是关于跨国公司的定义及其相关法律问题，从而理解跨国公司的活动在国际投资中的重要作用以及解决其法律冲突的必要性。本章应掌握的重点是跨国公司的定义、特征以及法律地位，应了解的内容是自然人和法人的法律能力及确认，以及国家和国际组织作为国际投资法主体的特殊性。

第一节　国际投资法的主体

一、私人投资者

私人投资者是指参加国际投资关系的法人、非法人经济组织和自然人。其中，法人是最常见的私人投资者。自然人和非法人经济组织同样可以参与投资活动，而跨国公司则作为一种特殊的经济组织，是国际投资法最重要的主体。

（一）法人

法人是按法定程序设立，有一定的组织机构和独立的财产，并能以自己的名义享有权利和承担义务的社会组织。

关于法人的一般权利能力，国际上历来认为应依法人的属人法确定。法人的属人法指法人国籍所属国的法律。在国际实践中，对于如何确定公司的国籍，主要有成立地说，住所地说，法人设立人国籍说，实际控制说和复合标准说等多种。

由于一国的法人是依照该国的国内法律设立的，因此，一国的法人在其本国领域外从事国际投资活动时，其权利能力和行为能力尚需得到东道国的确认，未经确认的外国法人在内国不得作为国际投资的主体开展活动。各国对外国法人承认的方式有以下几种：

1．一般认可制

2．特别认可制

（二）自然人

自然人作为国际投资法的主体，除应具有一般的法律能力外，还应具有从事国际投资活动的法律能力。一般说来，各国法律主要是以属人法作为确认自然人一般权利能力和行为能力的准据法，但是，大陆法系国家是以当事人本国法作为属人法，而英美法系国家是以住所地法作为属人法。

国籍是一个人作为某一国家的公民的法律上的身份。由于各国法律决定国籍的方式不同，在国籍原始取得方面，有的采取血统主义，有的采取出生地主义。在国籍的其它取得方面，归化或入籍等方式的存在，使自然人可能具有两个或两个以上国籍，称为国籍的积极冲突；另一种情形就是自然人没有任何一个国籍，称为国籍的消极冲突。对于消极冲突的解决办法，一般以当事人住所所在地或居所所在地法为其本国法，并以此确定其国际投资主体资格；对于积极冲突的解决办法又分为两种情况。

二、国家

国家作为国际投资法的主体，与自然人和法人相比有其特殊性。

（一）国家参与国际投资活动的形式

1．以主权者身份参与国际投资活动

（1）制定本国涉外投资法律，对本国境内的外国投资以及本国的海外投资进行管理

（2）与外国签订双边或多边投资条约

（3）有权在国际法院进行诉讼

2．作为特殊的民事法律关系主体，直接参与国际投资活动

（二）国家在国际投资活动中的法律责任

1．国家及其财产豁免问题

国家及其财产豁免权是指对国家及其财产的管辖豁免，又称国家主权豁免或国家管辖豁免，泛指一国不受他国的立法、司法和行政管辖，主要是指不受他国的司法管辖，即除非经过一国同意，他国司法机关不得受理针对该国或该国的行为和财产提起的诉讼，也不得对该国的财产采取诉讼保全措施和强制执行。

虽然国家主权豁免作为一项一般国际法原则得到了世界各国的普遍承认，但是，对于国家豁免的范围和内容却长期存在着绝对豁免主义和限制豁免主义两种对立的理论和实践。

2．国家责任问题

传统意义上的国家责任是指国家对其国际不当行为（或称国际不法行为）所应承担的国际法律责任。任何国家均应对其国际不法行为承担一定的责任，这是久已确立的一项习惯国际法规则。

国际投资法中的国家责任问题主要涉及国际投资的法律保护，如对外国投资和投资者的待遇标准、国有化或征收及其补偿等问题。此外还涉及特许协议、拒绝司法和外交保护以及环境跨界损害等问题。

三、国际组织

国际组织在参与国际投资活动中与国家具有类似的特性。

（一）国际组织的法律地位

（二）国际组织参与国际投资活动的形式

（三）国际组织在国际投资活动中的法律责任

第二节　跨国公司

一、跨国公司的定义和特征

（一）跨国公司的定义

《联合国跨国公司行为守则》规定，跨国公司是指由分设在两个或两个以上国家的实体组成的企业，而不论这些实体法律形式和活动范围如何；这种企业的业务是通过一个或多个决策中心，根据一定的决策体制经营的，因而具有一贯的政策和共同的战略，企业的各个实体由于所有权或别的因素的联系，其中一个或一个以上的实体能对其它实体的活动施加重要影响，尤其是可以同其它实体分享知识、资源以及分担责任。

（二）跨国公司的特征：

1．生产经营跨国性

2．战略全球性和管理的集中性

3．公司内部一体化

二、跨国公司的结构与法律地位

（一）跨国公司的结构

1．分支机构（分公司）

通常是指总公司在国外设立的办事机构、营业机构。

2．子公司

通常是指由母公司持有全部或多数股份的企业。

3．母公司和总公司

与子公司的概念相对应，凡是在子公司中享有全部或多数股权、或通过合同等其它手段控制子公司的公司就是母公司；与分公司的概念相对应，凡设立该分公司的公司称为总公司。

（二）跨国公司内部诸实体间的关系

由于跨国公司内部存在着各种实体，其相互关系复杂而密切。在一切内部关系中最为重要的是母子公司间的关系。母公司与子公司在法律上虽是相互独立的实体，但通过股权、合同或其它手段又存在着控制与被控制的关系。

（三）跨国公司的法律地位

在国内法上，跨国公司诸实体没有特殊地位。它们与所在国的商业组织具有相同的地位。但是，在法律上，子公司与分公司具有不同的法律地位。

另一方面，由于跨国公司无论是母公司还是其子公司，都必须根据本国或东道国的公司法之类的法律设立，作为本国或东道国的营利法人，所以跨国公司是国内法而不是国际法的产物。跨国公司不是政府、国际组织，也不是国际法人。

三、跨国公司母公司对子公司债务责任的承担

（一）各国的态度与主张

关于跨国公司母公司对其子公司的法律责任问题，国际社会主要存在着三种不同的主张。

1．有限责任原则

2．整体责任说/全球财务责任说

3．特殊情况下的直接责任/单一企业说

（二）母公司责任的根据

对于跨国公司来说，母公司对子公司的责任应该与子公司所享有的自主性的程度相联系，视子公司自立性被剥夺的程度来让母公司负部分或全部责任。具体分为三种情况：

1．不负责任

2．特定损害负责

3．直接负责

四、对跨国公司及其行为的管制和协调

跨国公司对东道国的经济发展既有积极作用，又有消极影响。对跨国公司的管制主要是针对其可能产生消极影响的活动和政策。对跨国公司的协调主要体现在对跨国公司提供有力的法律保护和鼓励，化解冲突和矛盾，使其对东道国经济发展发挥积极作用。

（一）跨国公司行为引起的法律冲突

1．跨国公司与有关国家的矛盾和冲突

2．对跨国公司行使域外管辖权的冲突

（二）对跨国公司的法律管制和协调

1．各国国内法的管制与协调

2．区域性多边法律规范的管制与协调

3．国际性多边法律规范的管制与协调

复习与思考题

1．国际投资法的主体有哪些？
2．各国对外国法人的承认方式有哪几种？
3．简述跨国公司的概念和特征？
4．简述跨国公司的国内和国际法律地位？

第三章　国际投资准入与投资待遇

教学目的与要求：本章旨在使学生了解各国关于外资准入的法律规范、国际法层面上外资准入立法的自由化演变过程以及当前存在的几种国际投资待遇制度。本章应掌握的重点是，国民待遇和最惠国待遇的含义和特征，双边及多边条约中国民待遇与最惠国待遇的适用范围，国民待遇与市场准入的关系。应了解的内容包括投资准入自由化的含义与发展趋势，公平与公正待遇含义以及国际最低标准说。

第一节　国际投资准入与投资自由化

一、国际投资准入

（一）国际投资准入的概念

投资准入有狭义和广义之分，狭义上的投资准入是指“准入权”，即是否允许外资进入的问题；广义上的投资准入，不仅包括“准入权”，还包括“设业权”，即允许外国投资者进入东道国从事商业活动并确立永久性商业存在的问题。这里所讲的投资准入是广义的概念。

（二）传统的国际投资准入立法

各国国内法对于外资准入的管制主要体现在以下几个方面：在某些活动或行业中禁止外国直接投资；对某些活动或行业中的外资比例进行限制；根据特定的经济和社会标准对外资进行审查。

传统的双边条约中的准入条款有两个明显的特点：一是措辞相对和缓，二是内容相对抽象。归纳起来主要有四种模式。

传统的多边投资立法有两个明确规则：一是国家有权管理其境内的外国投资，而是在外资准入方面，各国应当认识到鼓励和便利生产性外国直接投资进入的必要性。具体模式为准入的管制模式，采用的是比较模糊的准入条款。

二、国际投资准入的自由化趋势

（一）国际投资准入自由化的含义

随着全球经济一体化影响的逐步扩大，自 20 世纪 80 年代以来，尤其是进入 90 年代，不少原来采取限制性外资政策和实行严格的准入控制制度的国家开始进行外资法的重大改革。自由化外资法改革涉及外资准入、外资待遇、履行要求、投资保护、争议解决等多方面内容，其中放松外资准入又是改革的重点，而提高投资待遇和消除履行要求又与准入自由化有密切的联系。

（二）国际投资准入自由化的发展与趋势

纵观各国的准入自由化改革，主要围绕以下几个问题进行：

1．立法原则及方法的改变

2．投资领域扩大化（包括服务领域的投资形式）

3．投资形式多样化

4．审批程序简单化

5．投资措施或履行要求的减轻或废除

第二节　国际投资待遇制度

一、国际投资待遇概述

国际投资待遇是指东道国对外国投资和外国投资者给予的法律上的待遇标准。关于这一问题，国际法上迄今尚无统一的标准和规范。目前，国际投资待遇的形式主要有国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇等。西方发达国家还有人主张国际（最低）标准待遇，但历来颇有争议。

近年来，学者们在分析和评论双边投资条约的投资待遇制度时，使用了相对待遇制度和绝对待遇制度两个术语。在国民待遇和最惠国待遇标准下，外国投资和外国投资者实际得到的待遇水平取决于东道国给予本国投资和投资者以及第三国投资和投资者的待遇水平。因此，对外国投资的相对待遇标准就是国民待遇和最惠国待遇。

对外国投资的绝对待遇标准主要有公平与公正待遇、充分的安全与保护、国际法待遇标准等，和相对待遇标准相比，绝对标准的范围则比较抽象和模糊，而且在国际上还有争议。

二、国民待遇

纵观当代国际投资法律规范，国民待遇原则仍是对各国国内法律制度最具直接影响的原则。

（一）国民待遇制度的含义和特征

国民待遇制度是有关外国人民商事法律中最古老的待遇制度，是国家属地优越权所派生出来确定外国人地位的一种待遇准则。其基本含义是外国人同内国人在享受权利和承担义务方面，享有同等的法律地位。根据各国外资立法和国际投资条约的有关规定，国民待遇是指东道国给予外国投资和外国投资者的待遇应不低于其给予本国投资和投资者的待遇。

当代国际投资领域的国民待遇原则有以下几个特征:第一，国民待遇的实行依互惠原则；第二，国民待遇的授予有特定的范围；第三，国民待遇制度的全球化。

（二）国民待遇的适用对象

国民待遇的适用对象有两个方面：第一，关于投资或投资的资产；第二，与投资有关的活动。

（三）国民待遇与投资准入

由于经济发展水平上的差异，在外资准入问题上给予外国投资者以国民待遇的国家一直限于少数发达国家，而且，发达国家也没有在准入方面给予外资以绝对的国民待遇，例外的情况并不少见。而发展中国家一般没有在准入方面给予外国投资者以国民待遇。但是随着全球和区域经济一体化和自由化的影响，某些发展中国家的外资立法开始明确规定给予外国投资者以国民待遇，并将国民待遇扩大适用到准入阶段。

1．在外资准入问题上的合理限制措施

2．发展中国家就外资准入所设置的各种履行要求

3．中国对外商投资企业实行国民待遇的情况

三、最惠国待遇

（一）最惠国待遇的含义和特征

最惠国待遇是指根据条约，缔约国有义务使另一缔约国国民享有该国给予第三国国民的同等权利。最惠国待遇是一种特别优惠待遇，它着眼于在东道国境内的所有外国人应享有同样的优惠待遇，强调的是境内所有外国人的平等，而内、外国人则可能是差别待遇。国民待遇则着眼于外国人同内国人同等的享有民商事权利，强调的是人的平等。

在国际投资领域，最惠国待遇是指东道国给予外国投资和外国投资者的待遇，不得低于其给

予或将来给予任何第三国投资和投资者的待遇。

（二）最惠国待遇在国际立法中的的表现形式

与国民待遇不同，最惠国待遇是专属于条约法上的制度。大部分双边投资条约含有最惠国条款，规定缔约国一方的投资至少须得到东道国已给予另一国国民与公司的投资同等优惠的待遇，这同样也适用于与投资有关的活动。少数拉美国家只同意给予外国投资者以国民待遇。

（三）最惠国待遇与国民待遇的关系

国民待遇和最惠国待遇作为处理外国人地位的两种待遇制度，共同构成非歧视待遇的完整内容，但二者是互不关联、并列存在的。

另一方面，国民待遇和最惠国待遇又相互补充、相互作用，其融合趋势使得有关外国投资的保护制度更趋完善，外国投资者在东道国的投资享有更加充分的保护。

四、公平与公正待遇

关于公平与公正待遇，目前国际上仍然颇有争议，没有明确的定义。但由于它可以做灵活的解释，常常被用作指导性规范或一个追求的目标，依赖于其它具体待遇规则的实施。

西方发达国家认为公平公正待遇应当由无差别待遇、国际最低标准和东道国保护外国财产的义务等内容组成；而发展中国家则认为，只要给予了对方缔约国投资及其相关活动以与本国或任何其它国家的投资及其相关活动相同的待遇，就应当认为这种待遇是公平公正的，即无差别待遇，包含国民待遇和最惠国待遇。

复习与思考题

1．什么是投资准入和投资准入自由化？
2．简述国民待遇和最惠国待遇的含义、关系及演变
3．什么是绝对待遇和相对待遇标准
4．什么是公平与公正待遇？

第四章　国际直接投资的形式

教学目的与要求：本章旨在使学生了解国际直接投资的传统形式和现代形式，学生应掌握国际投资企业形成的途径，特别是各种类型的新建企业的特点和跨国并购的概念与特点。学生也应了解有关发展中的新外商投资形式，如 BOT 方式等。

第一节　国际直接投资的传统形式

一、设立境外分支机构

通过设立分支机构在海外进行投资是最简单的投资模式。从法律上讲，分支机构并不具有独立的法人资格，所以，东道国对外国的分支机构只有属地管辖权，对分支机构在国外的财产没有属人管辖权。

二、在境外新建企业

（一）在境外设立合营企业

1．合营企业的概念

国际合营企业则是由一个或多个外国投资者（法人或自然人）同东道国的政府、法人或自然人按法定或约定的比例共同出资，共同经营特定业务，共同分享利润，共同承担亏损的企业。

2．合营企业的类型

合营企业依其法律性质不同可以分为两种类型：

（1）股份式合营企业

股份式合营企业是指由合营者相互协商为经营共同事业而组成的法律实体。这种类型的合营企业，具有独立的法律人格；合营者的出资分成股份，各方按照自己出资的比例对企业行使一定的权利，承担一定的义务；企业有一定的管理机构。

（2）契约式合营企业

契约式合营企业是指合营各方根据合营契约经营共同事业的经济组织。这种类型的合营企业，往往不具有法人资格，合营各方不是以股份形式出资，也不按股份分担风险和盈亏，而是根据合营契约的约定对企业享受一定的权利和承担一定的义务，并对其所出资产保留其合伙的权利。

3．合营企业的组织形式

（1）公司

（2）合伙

（二）合作经营企业是契约式合营的一种类型

1．合作经营企业的概念

合作经营企业，简称合作企业，是指两个或两个以上国家的当事人为实现特定的商业目的，根据合同的约定投资和经营，并依照合同的约定分享权益和分担风险及亏损。

2．合作经营企业的性质

合作企业从法律性质上讲，是一种契约式合营企业或非股权式合营企业。

（三）国际合作开发

1．国际合作开发的概念和特殊性

国际合作开发是国家利用外国投资共同开发自然资源的一种国际合作形式。通常由资源国政府或国家公司同外国投资者签订协议、合同，允许外国投资者在资源国指定的开发区以及一定的

年限内，同资源国合作，进行勘探、开采自然资源，并共同生产，按约定比例，承担风险，分享利润。

国际合作开发有如下特征：第一，国家对其自然资源享有永久主权；第二，合作主体具有特殊性；第三，合作方式大多为特殊的契约式合营。

2．特许协议

所谓特许协议，有称经济开发协议，是指一个国家同外国私人投资者，约定在一定期间，在指定地区内，允许其在一定条件下享有专属于国家的某种权利，投资从是于公用事业建设或自然资源开发等特殊经济活动，基于一定程序，予以特别许可的法律协议。

特许协议是外国公司在资源国进行石油开发最早使用的一种形式。传统的石油特许协议是外国石油公司剥削和掠夺资源国的有力工具，现代的石油特许协议已经消除或减少了传统协议中不公平的规定，强调东道国在勘探、开发、销售石油资源的各个阶段的国家主权。

（四）在境外设立独资经营企业

1．独资经营企业的概念

独资子公司，又称独资企业，或外资企业，英文直译为完全归外国人所有的企业。独资企业是指按照东道国法律在东道国设立的，由外国投资者提供全部或大部分资本的企业。

2．独资经营企业的性质

根据各国外资法和公司法的规定，外资企业可以组成法人实体，采取有限责任公司和股份有限公司等形式，也可以不组成法人实体，采取合伙、无限公司、两合公司等形式。但从国际投资的实践来看，外资企业大多具有独立法人资格，采用有限责任公司和股份有限公司的组织形式。

第二节　跨国并购

一、跨国并购的含义和特征

自 20 世纪 80 年代后期以来，跨国并购已成为一种世界性的潮流，并且已成为跨国公司对外直接投资的主要手段。

（一）并购

并购(Mergers and Acquisitions, 即 M&A 或 T&A)是兼并、合并与收购三者的合称。“并”是指企业兼并与企业合并，“购”则含有收购与标购的意思。

1．兼并（Merger）

兼并即吸收合并，又称全部收购，是指两个或两个以上的公司，通过法定方式重组，重组后只有一个公司继续保留其合法地位。

2．合并（Consolidation）

合并即新设合并，是指两个或两个以上的公司通过法定方式重组，重组后，原有的公司法人资格都不再保留，而是组成一个新的公司。

3．收购（Take over）

收购是指一家公司在证券市场上用现金、债券或股票购买另一公司的股票或股权已获得对该公司的控股权，该公司的法人地位并不消失。

（二）跨国并购

跨国并购(International Mergers and Acquisitions)，又称越界并购（Cross-Border Mergers），是指一个含有并购方式或目标公司，或目标公司的资产或股份持有人，或与目标公司股份有关的特别权利拥有人分处两个以上的不同国家或地区的因素在内的并购行为。其特征有以下几个方面：跨国性和涉外性；法律管辖和法律适用的复杂性。

二、跨国并购的类型

依被并购对象所在部门来分，可以分为以下三个类型：

（一）横向（水平）并购

横向（水平）并购是指同一类生产部门或同一类产品经营部门之间的公司发生的并购行为，也就是处于同一经营环节上的相关企业的并购。横向并购的目的是为了实现规模经济和占有更大的市场份额。

（二）纵向（垂直）并购

纵向（垂直）并购是指生产过程或经营环节相互衔接、密切联系的公司之间，或者具有纵向协作关系的专业化公司之间的并购，主要是加工制造企业同与他有联系的原材料、运输、贸易公司之间的并购。也就是同一生产过程中的相关环节的企业并购。

（三）混合并购

混合并购是指生产经营上无任何联系或联系很少的不同行业之间的企业的合并，是横向并购与纵向并购相结合的企业并购。目的是拓展企业的产业结构，实现多样化经营，分散企业经营风险。

三、跨国并购中的反垄断问题

为了减少并购产生的过度集中、限制竞争的负面作用，保护有效竞争，目前世界上有 60 多个国家制定了反托拉斯法并设立了相应的管理机构。尽管管理重点、标准和程序各不相同，但主要是指以下三种行为：

（一）对反竞争的协同行为的规制

（二）对滥用市场支配地位行为的规制

（三）对跨国合并引起的竞争的规制

第三节　BOT 投资方式

一、BOT 投资方式概述

（一）BOT 投资方式的概念

BOT 是英文建设(Build)—运营(Operate)—移交(Transfer)的缩写，它是指政府通过合同授予私营企业一定期限的特许经营权，许可其融资和建设特定的公用基础设施，并准许其进行经营管理和商业利用，如通过向用户收取费用或出售项目产品等方式来清偿贷款、回收投资并赚取利润，特许期届满时将基础设施无偿移交给政府。

（二）BOT 投资方式的特征

BOT 方式具有如下法律特征：（1）BOT 方式适用于规模宏大、投融资风险高、收入来源稳定，且通常为东道国带有垄断性经营的基础设施项目；（2）政府允许外国投资者以 BOT 方式进入，实质上就是东道国政府授予外国投资者特许权，以特许协议的方式将本属于政府的一部分社会管理职能在一定期限内转给项目公司；（3）BOT 方式是一种高风险的投资、贷款活动，其筹资方式是将传统的股本投资与项目融资结合在一起的一种较新型的国际投融资方式；（4）BOT 方式围绕项目投融资、建设、运营、移交构成一项复杂的系统工程。

（三）变种

近年来，无论发达国家还是发展中国家都将其作为基础设施和公共工程建设手段以及投资方

式。随着 BOT 方式在不同国家和地区的应用，又演变出 20 多种变种 BOT。如 BOO(建设—拥有—运营)，BOOT(建设—拥有—运营—移交)，BOLT(建设—拥有—租赁—移交)，BRT(建设—出租—移交)等。

二、BOT 投资方式中的法律问题

（一）BOT 投资方式涉及的法律关系

BOT 项目牵涉到许多关键的相互协调与合作的关系人，主要有：（1）政府及其授权部门；（2）项目联营集团（项目主办人）；（3）项目公司（特许权公司）；（4）项目贷款人(银行或财团)；（5）项目工程建筑承包商；（6）项目原材料供应商；（7）项目工程设计公司；（8）保险公司；（9）项目的经营管理人；（10）项目产品、服务的购买人或设施使用人；（11）其它可能的参与人。

（二）BOT 投资方式涉及的法律文件

BOT 项目是由一系列的法律文件组合而成的有机整体，包括招投标文件、特许权协议、安慰函（即就政府表示支持、承诺、保证等所作的相关的法律解释）、股东协议、项目融资文件、设计合同、物资供应合同、保险合同、产品购买合同、转让移交合同等。其中政府与项目联营集团（项目主办人）之间的特许专营合同是最基本的，构成了国际 BOT 运作方式的核心，也是签订其它相关合同的前提。

（三）BOT 投资方式的风险分担

BOT 项目存在很多风险。《联合国工发组织准则》中把这些风险分为两大类，一类是与所在国政治、法律环境有关的一般性风险，称为总的（或国别的）风险，具体又分为三大类：政治风险，国别商业风险，国别法律风险。另一类是项目的具体风险，包括开发风险、建设或完工风险、运营风险。

三、BOT 投资方式下的特许权协议

（一）BOT 特许权协议的性质

BOT 特许权协议，也称项目协议，是规定 BOT 项目东道国政府的特许授权和规范东道国政府与该项目的私营机构之间的相互权利义务关系的一种法律文件，它是 BOT 项目所有协议的核心和依据。

特许权协议既不同于一般的投资合同，又不完全与传统的特许权协议等同，有关其法律性质和法律地位问题在理论上一直有争议。目前国内外主要有三种观点：1．认为其是准国际协议或国际契约，属于国际法范畴。2．以法国为代表，认为 BOT 特许权协议是行政契约，属于国内法范畴。3．以英、美、法等国为代表，认为特许权协议是政府与私人之间所签订的政府契约，原则上适用普通契约法的规定，除非政府基于公共利益或契约妨碍政府正常职务的理由，行使国会权力，警察权或公用征收权，否则不能废弃普通法原则。

我国一向认为 BOT 项目特许权协议是国内契约，但究竟属于什么性质的合同，目前有两派意见。一种观点认为政府特许是一种行政行为而不是一般的商业交易，政府特许授权协议属于行政合同，应当按照行政合同的法律规则处理，政府承担由此引起的行政法律责任。另一观点则与此相反，认为 BOT 特许权协议是民商事合同，应适用合同法及民法的有关规定。

（二）BOT 特许权协议中的政府保证

在 BOT 项目风险的分担上，东道国政府承担的风险最小。为降低项目公司和贷款人面临的商业、财政、政治或其它风险，政府以担保或贷款的形式，提供某种形式的财政支助，以及给予项目公司某种优惠税收待遇和关税减免利益，还有某些可能提供的额外保证和便利条件，构成了政府保证，其实质是政府在项目协议中的义务和承诺。

四、BOT 投资方式中的融资问题

从事基础设施建设，首先需要资金。在 BOT 模式中，资金的来源主要有以下几种：

（一）权益资金和债务资金

根据企业资金来源的性质可划分为权益资金和债务资金

（二）直接筹资和间接筹资

根据筹资者与投资者之间的经济关系的不同，可分为直接筹资和间接筹资

五、BOT 投资方式与中国

（一）BOT 方式在中国的应用

1995 年和 1996 年国家计委批准广西来宾电厂二期工程、湖南长沙电厂一期工程作为中国第一、第二个 BOT 试点项目。

（二）BOT 投资方式的法律规范

BOT 投资方式，不仅仅是一种投资方式的简单引进，而且是一项涉及面较广的系统工程，其中最重要的是法律环境和管理方式的配套。然而，迄今为止，我国尚无关于 BOT 投资方式的综合立法，国内处理 BOT 纠纷主要依靠相关法律法规的延伸。

目前国内对 BOT 投资方式进行规范主要有以下几个层次：

首先，ＢＯＴ投资必须符合国家产业政策，具体来说，必须符合 2002 年最新修订的《指导外商投资方向规定》和《外商投资产业指导目录》。

其次，ＢＯＴ投资要纳入我国有关外商投资企业法律和审批体制。

第三，调整 BOT 投资方式的部门规章：对外经济贸易合作部 1995 年发布的《以 BOT 方式吸收外商投资有关问题的通知》；同年，国家计委、电力部、交通部联合发布的《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》；同年，国家外汇局发布的《关于境内机构进行项目融资有关事宜的通知》；国家计委、国家外汇管理局 1997 年 4 月发布的《境外进行项目融资管理暂行办法》，《关于借用长期国外贷款实行总量控制下的全口径管理的范围和办法》等。

除此以外，ＢＯＴ投资适用我国参加的有关融资的国际法规范和国际惯例。

第四节　中国有关外商投资形式的规范

一、多元化的外商投资方式

（一）外商投资的传统方式及其演化

中国传统的外商投资方式有中外合资经营方式、中外合作经营方式和外商独资方式。

随着外商投资在中国的发展，传统的外商投资方式发生了下列一些变化：

1．中外合作经营企业控股权的变化

2．独资企业成为最优先的外资形式

（二）发展中的外商投资方式

1．外商投资股份有限公司

1995 年 1 月 10 日外经贸部发布了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，标志着外商投资股份有限公司得到中国法律的确认。根据该规定，外商投资股份有限公司是指通过股票发行所认购的股筹集资本，全部资本由等额股份构成，股东以其所认购的股份对公司承担责任，公司以其全部资产对公司承担责任，中外股东共同持有公司股份，外国股东购买并持有的股份占公司注册资本 25%以上的企业法人。

2．外商投资性公司

1995 年 4 月，外经贸部颁布了《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》（以下简称《暂行规定》），对投资公司的性质、审批及业务范围等作了明确的规定，从而为这种新形式的外商投资企业的设立提供了法律依据。1996 年 2 月 16 日，外经贸部又颁布的《〈关于外商投资举办投资性公司的暂行规定〉若干问题的解释》，进一步明确了投资性公司设立后注册资本的增加、缴资和营业范围等问题，规定了设立分支机构的要求和为此类公司的投资和技术转让提供担保的要求等。

允许外国投资者投资举办投资性公司意味着允许外国投资者在中国设立控制其原投资企业的母公司，允许在中国设立以母公司、子公司机制建立的集团公司和允许以控股集团的方式在中国设立企业。

二、中国外资法体系构架与展望

外资法是资本输入国有关保护、鼓励和管制外国直接投资的法律规范的总和。一般属专门性经济行政管理立法，是各国涉外经济法的重要组成部分。外资法体系指资本输入国有关调整外资的法律制度体系，包含外资法和其它相关的国内法规范。经过二十多年的发展，中国外资法已逐渐形成体系，并具有鲜明的特色。但是，随着经济全球化的影响，跨国投资活动空前活跃，掀起了国际投资自由化浪潮，要求各国进一步放宽对外资进入的限制。与此同时，中国正经历由计划经济向市场经济转型期，在这种内外压力下，中国外资法也面临调整甚至重构，并最终不断完善的问题。

（一）现有法律体系

1．立法体系层次

中国外资法体系是由宪法、全国人大及其常委会制定的法律、国务院及其所属部委制定的行政法规和规章、地方法规和规章以及经济特区的授权立法等构成的法律体系。

2．现有法律体系的特点

现有外资法体系的特点有：（1）既有纵向层次，又有横向联系多层次立法模式；（2）既有公法规范又有私法规范，既有实体性规范又有程序性规范；（3）双轨制立法模式；（4）“企业本位”立法模式；（5）履行公约义务和参照国际惯例

（二）外商投资企业法律的修改以及与其它相关部门法的关系

1．外商投资企业法律的修改

我国已经加入世界贸易组织，并对现行外资法中某些与 WTO 的 TRIMS 协议等不一致的规定做了修改。首先，修改了三部外商投资企业法律，取消了原来有关外资市场准入的履行要求，主要涉及四个方面的内容:（1）取消了对外商投资企业的外汇平衡要求；（2）取消了当地成分要求；（3）取消了出口实绩要求；（4）取消了要求外资企业生产计划备案的要求。这些都是为 TRIMS 所禁止的，违反国民待遇和一般取消数量限制原则的投资措施。其次，重新修订并出台了《指导外商投资方向规定》和《外商投资产业指导目录》，作为指导审批外商投资项目和外商投资企业适用有关政策的依据。

2．与其它部门法之间存在的冲突

1993 年以来，中国相继制定、修改和颁布了一批统一适用于内、外资企业的重要法律，如《对外贸易法》、《劳动法》、《票据法》、《担保法》、《电力法》、《专利法》、《商标法》、《版权法》等。同外商投资关系最为密切的有《公司法》、《证券法》、《合同法》以及《仲裁法》。由于有些领域仍然是双轨制，包括企业所得税法、合同法、公司法等，引起外商投资企业法和其它相关部门法律之间的冲突。

（三）中国外资法的展望

新时期中国外资法的目标应该是建立适应社会主义市场经济需要、实现内外资基本统一、符合国际通行规则的外资法体系。

复习与思考题

1．简述国际合营企业的性质和组织形式
2．简述跨国并购的含义和特征
3．什么叫 BOT？主要法律文件都有哪些？
4．特许协议的概念和性质

第五章　国际投资中的政治风险

教学目的与要求：本章旨在使学生了解在私人海外直接投资过程中，除了一般商业风险外，还可能遭遇到特别风险，即政治风险。政治风险是由投资所在的东道国政府及政府机构或类似团体的作为或不作为所引起的，直接给外国投资者造成不利影响的纯风险。本章要求掌握国有化和征收的概念及相关理论，了解其它政治风险的种类，如禁兑险、战乱险等。

第一节　国际投资中的政治风险概述

一、政治风险的含义和特征

一般而言，政治风险是指与东道国政治、社会、法律有关的、人为的、非投资者所能控制的风险。“人为的”是指由东道国政府所为行为产生的风险。

二、政治风险的类型

典型的政治风险包括：汇兑险；征收险；政治暴力险；违约险。

不同类型的风险可能重迭，同一投资事故可能产生基于不同风险的求偿权。

第二节　国有化和征收

一、国有化的定义及理论基础

（一）国有化的定义和特征

所谓国有化（nationalization）是国家对原属私人或外国政府所有的财产，采取收归国有化的强制性措施。国际法学会 1952 年的会议采取了如下定义：“国有化是通过立法行为与为了公共利益，将某种财产或私有权利转移给国家，目的在于由国家利用或控制他们，或由国家将他们用于新的目的。”

（二）行使国有化权力的理论基础

1．“国家行为理论”

“国家行为理论”是指一国国内法院无权判断另一国家在其领域内所采取的主权行为是否合法。这种理论是在英美国家的国内法院判例法的基础上形成的，如美国联邦最高法院对“昂得希尔诉赫南德兹案”的判决。

2．“国家主权理论”

“国家主权理论”是指依据国家主权原则，国家对其所辖领域内的所有自然资源都拥有最高的、排他的、垄断性的权力，国家在其领土内对经济活动有权加以管制，所以国有化是国家行使其对自然资源和经济活动的永久主权的必然结果。

二、国有化和征收、逐渐征收的关系

（一）国有化和征收的关系

1．国有化和征收的区别：

征收是国家将征收的财产作为它用，而国有化的目的是使财产继续原来的用途；征收仅影响个别人的权利与财产，而国有化则是大规模的，并反映国家的社会经济结构的变化。

2．国有化和征收的联系：

它们都是由国家采取的强制措施，都是将私人财产收归国有，因此，其基本内容和法律性质是相同的。大多数学者认为这两个概念是可以相互替代的。

（二）逐渐征收

逐渐征收又称“间接征收”，原意指东道国政府和外国投资者事先约定，外国投资者在一定年限内，按一定比例分期将其股份逐步转让给东道国政府或国民，使东道方所持股份达到51%以上，甚至达到全部转让。

三、国有化的合法性理论

（一）国家责任论

西方国家及某些西方学者把国家未履行其同外国人订立的契约义务区分为不法的权利侵害与合法的权利侵害，分别追究国家责任。对国有化也分为违法的国有化与合法的国有化，其依据主要有三个标准：1、国有化必须是出于国家的公共利益；2、必须是对外国投资者采取非歧视待遇；3、必须对外国投资者予以公正补偿。不具备以上三个条件，国有化则属于国际法上的违法行为。前两个条件，是公认的原则，争议不大；但第三个条件，则为发展中国家所普遍反对，其关键问题在于赔偿标准。

（二）权力限制论

西方国家在承认国家有实行国有化的权力的同时，又对这一权力提出种种条件或限制，认为违反了这些限制，国有化行为就是非法的。通常有如下限制：1、公共目的和法律程序；2、尊重国际条约和国家契约；3、支持公正补偿；4、无歧视。

四、国有化或征收的补偿标准

（一）赫尔准则

赫尔准则又称全部补偿，即“充分、及时、有效”的赔偿标准。“充分”是指补偿应当包括被征用财产的全部价值的计算往往是按财产征收时的全部市场价值，包括连续营运可能获得的利润。“及时”是指必须在征用之前或之后很短时间内支付补偿，不得迟延。“有效”是指补偿应为接受补偿者有效支配与使用，应是可自由兑换的货币或受偿者愿意接受的实物。这一观点以私有财产不可侵犯为基础，以保护既得权和反对不当得利为法律依据。

（二）不予补偿

有些国家和学者认为，国有化国不存在对被征收了财产的外国人予以补偿的国际法律义务，因而不必予以补偿。这一观点的依据是国家主权原则和国民待遇原则。

（三）适当补偿

适当补偿又称部分补偿理论，是考虑国有化国家的赔偿能力，认为应酌情给予补偿。这一观点的依据是公平互利原则和国家对自然资源永久主权原则。这一观点得到广大发展中国家的支持，在一些发达国家的仲裁和司法实践中也有所反映。

五、中国关于国有化或征收的立场

（一）中国关于国有化或征收的立场

中国《外资企业法》第5条规定：“国家对外资企业不是性国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。”《中外合资经营企业法》第2条第3款又重申了这一立场。这表明，在一般情况下，我国对外国投资不实行国有化和征收，但并未放弃特殊情况下可依法行使的征收权。特殊情况是指战争、战争危险或其它紧急状态以及严重自然灾害等不可抗力事故。即使在特殊情况下，中国对外国投资实行

征收，也附有一定的条件，即“根据社会公共利益的需要”、“依照法律程序”和“给予相应的补偿”。

（二）中国关于国有化或征收补偿的立场

在中国同外国签订的双边投资保护协定中，都有关于国有化或征收的补偿标准的规定。关于补偿数额的规定不一，例如规定，“补偿数额应相当于采取征收、国有化或其它类似措施前一刻投资的价值”，“补偿应等于投资在征收已为公众所知前一刻的真正价值”等五种。关于补偿的支付时间，一般都规定不应无故迟延或不适当迟延。关于补偿的方式，规定应是可兑换的和可自由转移的货币。

中国《外资企业法》第 5 条和《中外合资经营企业法》第 2 条第 3 款都规定了“相应的补偿”，是适当补偿原则的体现。

六、国有化的新发展

（一）经济全球化给国有化带来的影响

（二）各国实践

第三节　其它政治风险

一、汇兑险

汇兑险，亦称外汇险，包括货币兑换险和汇出险。这种风险是指东道国通过颁布法律或采取其它措施，禁止或限制外国投资者将其投资本金或收益兑换成可自由使用的货币并转移出东道国境外，致使外国投资者遭受损害。

二、政治暴乱险

政治暴乱险，亦称战乱险，包括战争险和内乱险，指外国投资者在东道国的投资因当地发生战争等军事行动或内乱而遭受损害。

三、延迟支付险

迟延支付险是德、法等机构设立的一个险种，包括禁止支付和迟延支付。凡投资者产权投资所产生的到期债权，与产权投资密切相关的贷款所产生的债权，应得利润所产生的到期债权的全部或一部，因停止支付或迟延支付的结果，致完全不能收益者，均属此险。

四、营业中断险

营业中断险是美国在总结近 30 年实践经验的基础上，在《1985 年海外私人投资公司修订法案》中设立的承保项目。其具体含义是由于发生禁兑事故、征收事故或战乱事故，致使投资人投保的某项营业暂时中断，从而遭受损失者，应由承保人给予赔偿。

五、政府违约险

指东道国政府对投资者的毁约或违约，一般亦无法诉诸东道国司法或仲裁机构解决，或者东道国或仲裁机构判决或裁决迟延或不能执行为条件。

六、信用险

信用险是日本设立的，用于承保由于接受投资的企业破产或其债务迟延履行（达 6 个月以上）

而产生的信用风险，以不可归责于日本海外投资者为前提。

复习与思考题

1．什么是政治风险？有哪些内容？
2．国有化或征收的涵义、理论以及补偿标准？
3．中国在国有化问题上的立场

第六章　海外投资的法律制度

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解海外投资法律制度的基本内容。了解的重点是鼓励、保护与管制海外投资的法律制度，海外投资保证制度，以及多边投资担保制度。要求学生在掌握海外投资法律制度知识的基础上，初步学会分析有关海外投资实践中出现的法律问题，培养运用海外投资法律解决实际问题的能力。

第一节　海外投资的一般法律制度

投资者的海外投资活动不仅关系到投资者自身利益与发展，也直接、间接地关系到资本输出国的国家利益。特别是资本输出国的大企业在国际投资中的成败以及其竞争力的强弱，在一定程度上会影响到资本输出国的国际经济竞争能力。因此，各资本输出国无不是从维护本国根本利益的基本点出发，通过有关法律或专门法规对本国私人的海外投资活动实行鼓励、保护和管制。资本输出国这些有关鼓励、保护与管制海外投资的法律、法规构成了资本输出国海外投资法律制度。

一、海外投资鼓励制度

一般地说，成功的海外投资有利于增加国家财政收入，有利于促进本国经济发展，有利于维护和加强本国的国际竞争地位。因此，各主要资本输出国都采取积极措施，鼓励和促进私人的海外投资。这些措施除了海外投资保证（保险）制度外，还有：

（一）政府提供的资助与服务

政府的资助与服务主要有：

1．投资前信息情报的提供

2．投资前调查分析的援助

3．投资资金的援助

4．投资技术的援助

（二）税收政策的鼓励与保护

税收上的鼓励与保护政策主要是解决双重征税的问题。资本输出国一般采用两种方式：一是税收抵免；二是免税法。

二、海外投资保护制度

资本输出国对本国私人海外投资的保护主要包括两方面：一是外交保护；二是建立海外投资保证（保险）制度。资本输出国对海外投资的保护重点一般在后者。

（一）外交保护

外交保护是指本国国民在国外遭到损害，依据该外国国内法程序得不到救济时，本国可以通过外交手段向该外国要求适当救济。其特点是将投资者同东道国之间的争议上升为投资者本国与东道国之间的争议，并在国际法层面上解决。这种解决方法多是从资本输出国的对外政策考虑，所以，也被称为政治解决方式。外交保护是直接涉及到国家权益的国家行为，原则上一国为保护其国民的合法权益必须符合三个条件：

1．受到不法行为侵害

2．国籍继续原则

3．用尽当地救济原则

（二）海外投资保证（保险）制度

海外投资保证（保险）制度是资本输出国保护与鼓励本国私人海外投资的重要的国内法制度。详细见第二节。

三、海外投资的管制

为了保证本国私人海外投资对本国的国际收支平衡和经济发展有利，尽可能减少海外投资带来的负面影响，各资本输出国对海外投资实行鼓励与保护的同时，也都有一套管制措施。主要是：

（一）制定海外投资的基本指导方针，强化国家对资本流出的宏观控制

1．通过财政优惠措施进行调控

2．通过加强税收管理和海关监管

3．通过外汇管理和进出口管理

（二）防止海外投资企业逃避税

1．采用“正常交易”原则确定关联企业间的交易价格

2．防止利用避税港逃避税

（三）加强对高新技术流出的监督管理

（四）其他的法律措施

1．加强对企业的管理，特别是要求企业依法如实公开财务状况和经营状况等企业情报

2．有些国家采用经济法，如反垄断法的域外适用措施

3．有关经济刑法方面的一些措施

第二节　海外投资保证制度

一、海外投资保证制度的概念

为了保护本国的私人海外投资免受东道国的政治风险的影响，战后各主要资本输出国都先后建立了为私人海外投资的政治风险提供担保的海外投资保证制度。现在，海外投资保证制度已经成为各主要资本输出国保护与鼓励私人海外投资的重要的国内法制度。

海外投资保证制度是资本输出国政府对本国海外投资者在海外投资可能遇到的政治风险提供保证或保险，投资者向本国投资保险机构申请保险后，若承保的政治风险发生，致使投资者遭受损失，则由国内保险机构补偿其损失的法律制度。

二、海外投资保证制度的特征

海外投资保险制度是一种政府保证，与普通民间保险有显著不同的特征：

（一）海外投资保险是由政府机构或公营公司承保的，它与私营保险公司不同，不是以营利为目的，而是以保护投资为目的。

（二）海外投资保险的对象，仅限于符合特定条件的海外私人直接投资。

（三）海外投资保险的范围，只限于国有化或征收险、外汇险、战争险等政治性风险。

（四）海外投资保险的任务，不只是同普通民间保险那样进行事后补偿，而更重要的是事前防范于未然。

三、海外投资保证制度的基本构造

（一）保险人

依据各国的立法与实践，实施海外投资保险业务的有政府机构、政府公司或公营公司。

（二）保险范围

目前各国的投资保证或保险的范围主要限于国有化或征收险、外汇险、战争险等政治性风险。

（三）保险对象

保险对象必须：一是，合格的投资。合格投资是指投资要符合法律和合同规定的条件和标准，要求海外投资必须符合投资国的利益有利于东道国的经济发展，一般应是新的海外投资等。二是，投资的东道国合格。

（四）投保人

合格投保人必须符合一定的条件，一般要求符合以下之一的条件：（1）本国国民；（2）本国公司、合伙或其他社团；（3）符合一定条件的外国公司、合伙、社团。

（五）投保程序、保险费和保险期限

（六）索赔与救济

第三节　国别海外投资制度

一、美国海外投资保证制度

（一）美国海外私人投资公司的业务范围

美国海外私人投资公司（THE OVERSEAS PRIVATE INVESTMENT CORPORATION－OPIC）成立于 1971 年，它是一个独立的、自负盈亏的政府机构，通过提供一般商业上所得不到的金融服务包括长期政治风险及追索权有限的项目融资等，帮助美国私人企业扩大在发展中国家和新兴市场国家的投资，并通过此类服务来获取收入。

其提供的服务主要包括：

1．通过提供贷款和贷款担保为企业融资；

2．对那些为美国公司海外投资项目而投入的私人投资基金提供支持；

3．为美国海外私人投资所可能产生的政治风险提供担保，包括货币不可兑换风险、财产被没收风险及政治动乱风险；

4．为美国商界提供海外投资机会。

（二）向海外私人投资公司索赔的典型案例

1．1977 年阿纳康达公司及智利铜业公司索赔案

2．1972 年华盛顿国际银行索赔案

3．1967 年中央大豆公司索赔案

二、日本海外投资保证制度

（一）日本海外投资保证制度的历史

（二）日本的贸易保险法

（三）日本的中小企业信用保险法

三、中国的海外投资制度

（一）中国海外投资的现状

（二）中国海外投资立法概况

第四节　多边投资担保制度

一、《多边投资担保机构公约》的产生

《多边投资担保机构公约》（Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency）又称《汉城公约》，1985 年 10 月在汉城召开的世界银行年会上通过，并于 1988 年 4 月 12 日生效。中国 1988 年 4 月 12 日批准该公约。

二、MIGA 的地位与宗旨

MIGA 具有独立承担责任的能力。

三、MIGA 的业务

（一）承保风险的范围

主要承保四种非商业风险，即：货币汇兑险；征收或类似措施；违约险；战争与内乱险。

（二）合格的投资

合格的投资是指符合 MIGA 担保合同标的条件的投资，他要求投资类型、投资资财、投资时间以及投资东道国等几方面必须符合规定的标准。

（三）合格的投资者

公约第 13 条从投资者的类型、国籍、所有权以及经营方式等方面规定了合格投资者应符合的条件。

（四）MIGA 的担保合同与代位

1．担保合同

担保合同是 MIGA 与投资者之间订立的权利和义务的法律文件。担保合同应规定承保范围、承保损失类型、担保期限、合同的终止与调整、担保数额及货币、备用担保、投保人的保证与责任、争议与适用法律以及担保费和索赔等。

2．MIGA 的代位权

机构承保的非商业风险一旦发生，投资者可以根据他与机构订立的担保合同，并在履行规定的义务（如，用尽当地救济等）后，向机构索赔。机构在支付或同意支付保险费后，根据公约的规定机构有代位权向有关东道国索赔。

（五）共同承保与部分承保

机构通过与其他官方或私人保险人进行共同承保或部分承保，提供其他保险人所不能提供的保险类型或数量，鼓励向发展中国家投资。

（六）其他促进投资的业务

其他促进投资的业务活动主要是指对影响国际投资各种有关因素的研究活动，向投资者发布国际投资的有关信息，提供技术咨询与服务，进行政策磋商以及谈判活动等。

四、多边投资担保机构的特色和优势

（一）周密的风险评估制度

（二）灵活多样的合作形式

（三）违约险的应用和意义

（四）MIGA 权利的法律保障力

复习与思考题

1．资本输出国保护海外投资的法律制度主要有哪些？
2．简述多边投资担保机构公约的法律地位与主要业务。
3．试述我国海外投资法律制度。

第七章　国际投资争议的解决

教学目的与要求：通过对本章的学习，旨在使学生了解国际投资争议解决的基本途径。学生重点应掌握《华盛顿公约》体系下的投资争议解决规则，即 ICSID 的管辖权、适用法律以及裁决的执行问题。应了解目前一些区域性多边投资条约下的投资争议解决的新发展。

第一节　国际投资争议的特点

一、国际投资争议的概念及类型

（一）国际投资争议的概念

国际投资争议,或称跨国投资争议，有广义和狭义之分。广义的国际投资争议包括任何涉及两个或两个以上国籍的自然人、法人或外国政府、外国公司机构因国际直接投资及国际间接投资而引起的争议，狭义的国际投资争议仅涉及因私人直接投资而引起的各种争议。

（二）国际投资争议的类型与特点

本书中的国际投资争议仅指狭义的国际投资争议，它包括以下三种类型：

1．外国投资者与东道国政府之间的争议

2．外国投资者和东道国投资者之间的争议

3．外国企业和外商投资企业与东道国国内其它企业之间的争议

二、国际投资争议的解决方法

（一）非司法方式

1．谈判与协商

协商（Consultation）或称磋商，是一种在友好的气氛中进行谈判的方式，指争议发生后，争议双方互相谅解、互作一定的让步，自行达成协议。

2．斡旋与调停

斡旋（Good office）是指第三国或国际组织、私人机构或个人为了帮助发生投资争议的国家和个人和平解决争端，促使双方直接谈判的活动。

调停是第三国直接参与争端方的谈判，以调停者的身份，提出条件作为谈判的基础，并调和、折衷争端各国相反的主张或要求，缓和或平息它们之间的敌对情绪，使争端双方达成协议

3．调解与和解

现代意义上的调解是指双方在第三者的主持下，分清是非，消除误解，在互谅互让的基础上达成协议，以使争议得到解决。

4．外交保护

外交保护也是解决外国投资者与东道国政府投资争议的传统方法之一。外交保护是指当本国国民在国外遇到损害，依该外国国内法程序得不到救济时，本国可以通过外交手段向该外国要求适当救济。

5．东道国当地救济

用尽当地救济原则是指在投资争议发生时．外国投资者必须尽可能利用东道国一切可利用的救济手段，包括司法、行政、仲裁各方面的程序，寻求救济，只有在东道国拒绝司法，拖延诉讼、执法不公而使投资者得不到应有的救济时，即只有当外国投资者尽先通过在东道国国内可能使用的一切救济手段寻求救济而无结果时．才能诉诸外交保护。这是一项公认的国际法原则，它的理

论依据在于属地管辖权优先原则及国家主权平等的原则。

（二）准司法方式

仲裁，又称公断，作为由与争议无关的第三方解决当事人之间争议的一种方法，有着悠久的历史，是“构成文明法律制度的基础”。仲裁有国内仲裁和国际仲裁之分，国际仲裁又分为国家间仲裁和国际商事仲裁。前者主要用于和平解决国际争端，后者是专用于解决国际商事交易中争议的仲裁。

（三）司法方式

国际法院是根据《联合国宪章》建立起来的,是联合国的主要司法机关。国际法院具有诉讼管辖权和咨询建议权,其主要职能是和平解决国际争端,虽然国际法院也可以用以解决国际投资争端,但它常常为几个问题所困扰：

1．东道国法院诉讼

2．外国法院诉讼

3．国际法院诉讼

第二节　华盛顿公约体系下的投资争议解决规则

一、公约的产生

1962 年，世界银行主持起草了《解决国家和他国国民投资争端公约》的“初步草案”，经过数年的论战和反复修改，发达国家和发展中国家终于达成了妥协性的共识，拟定了公约的正式文本。1965 年 3 月 18 日，《解决国家和他国国民投资争端公约》由世界银行执行董事会通过，并在美国华盛顿开放签字。所以该公约又称《华盛顿公约》。1966 年 10 月 14 日，《公约》第 20 个批准国荷兰完成批准手续，依公约第 68 条的规定正式生效。随即根据《公约》第 1 条的规定，正式设置了“解决投资争议国际中心”（以下简称“中心”或 ICSID），作为根据《公约》授权负责组织处理特定国际投资争端即外国投资者与东道国政府之间的投资争端的常设专门机构。截止到 2002 年 12 月 16 日，《公约》的签字国已有 153 个，其中正式缔约国为 136 个。中国政府于 1990 年 2 月 9 日签署了该公约，它于 1993 年 2 月 6 日正式对我国生效。

二、ICSID 仲裁体制的基本框架

（一）宗旨

《公约》在序言中阐述了该公约的宗旨和目的是为“创立一个旨在为解决国家和外国投资者之间的争议提供便利的机构”，以有助于“促进相互信任的气氛，从而鼓励国际私人资本更多地向那些希望引进外资的国家流入。”

（二）“ICSID”的组织机构和法律地位

ICSID 具有完全的国际法律人格，其法律能力包括缔约能力，取得处理动产、不动产的能力以及法律诉讼能力。ICSID 在完成其任务时，在缔约国领土内享有特定的特权和豁免。

三、ICSID 管辖的条件

（一）主体

一方为缔约国，另一方为缔约他国的国民。

（二）争议必须是直接因投资而产生的法律争议

（三）必须经双方书面同意提交 ICSID 仲裁

四、ICSID 仲裁适用的实体法律

（一）当事人意思自治原则
（二）辅助和补充原则
（三）禁止拒绝裁判原则
（四）公平正义原则

五、ICSID 的仲裁

（一）仲裁程序
仲裁程序包括提起请求，组成仲裁庭，仲裁裁决。
（二）仲裁规则
仲裁程序和有关事项，受行政理事会通过的《调解程序规则》和《仲裁程序规则》支配。不过，除规则中重申的强行规则外，当事方可以约定适用其它规则。
（三）仲裁裁决的承认和执行
1．ICSID 裁决的强制性和终局性
2．主体的广泛性，承认与执行程序的简单化
3．ICSID 裁决的承认和执行受执行豁免的影响
（四）ICSID 裁决撤销制度
根据《公约》第 52 条第 1 款的规定，任何一方当事人在裁决做出一定期限内（45 日），可以下列一项或数项理由，向秘书长书面提出撤销裁决的申请：仲裁庭组成不当、仲裁庭明显越权、仲裁庭的成员有受贿行为、有严重违反基本程序规则的情形、裁决未说明所依据的理由。ICSID 行政理事会主席在接到要求后立即从仲裁员名单中任命 3 人组成专门委员会，负责审查此项申请，并做出是否撤销裁决的决定。裁决被撤销后，经任何一方的请求，应将争议提交依《公约》新组织的仲裁庭重审。

第三节　区域性多边投资条约关于投资争议解决的规则

一、北美自由贸易区协定（NAFTA）的仲裁机制

北美自由贸易区协定（以下简称 NAFTA）第 11 章是关于 NAFTA 缔约国与另一缔约国投资者之间的投资争议解决机制。其特点在于：
第一，它不是确立一套新的程序规则而是将投资争议引导到借助其它仲裁规则的轨道，即允许投资者针对 NAFTA 成员国违反 NAFTA 的行为选择下列规则之一，以便仲裁：（1）ICSID 仲裁规则，适用于争议当事国和投资者母国都是《华盛顿公约》缔约国的情况；或（2）ICSID 附加便利规则，适用于争议当事国是和投资者母国中只有一个是《华盛顿公约》缔约国的情况；或（3）联合国国际贸易法委员会 1976 年《仲裁规则》。
第二，NAFTA 管辖的条件有六个。
第三，仲裁庭裁决所适用的法律应为 NAFTA 和相关的国际法规范。

二、能源宪章条约（ECT）的仲裁机制

1994 年 12 月 17 日在里斯本签署的能源宪章条约（以下简称 ECT），号称为贸易与投资问题打开了东西方的大门。它的争端解决机制分为投资者与缔约国之间的争端和条约缔约国之间的争端，这两种争端的解决方式不同，分别鉴于条约的第 26 条和 27 条。关于投资者与缔约国之间的

争端，ECT 是第一个赋予投资者直接针对条约缔约国违反条约义务提请仲裁的全球性多边投资公约，也就是说 ECT 提供给投资者的是强制性仲裁的权利，它突破了 ICSID 的“同意”机制，而且比 NAFTA 更具影响力，反映了投资争议仲裁机制的最新发展趋势。

三、亚太经济合作组织（APEC）的争议解决机制

亚太经济合作组织（简称亚太经合组织，Asia-Pacific Economic Cooperation -- APEC）是一个区域性经济论坛和磋商机构。20 世纪 80 年代，国际形势因冷战结束而趋向缓和，世界经济全球化、贸易投资自由化和区域集团化的趋势渐成潮流。在欧洲经济一体化进程加快、北美自由贸易区已显雏形和亚洲地区在世界经济中的比重明显上升等背景下，澳大利亚前总理霍克 1989 年 1 月提出召开亚太地区部长级会议，讨论加强相互间经济合作的倡议。这一倡议得到美国、加拿大、日本和东盟的积极响应。

亚太经合组织的贸易与投资委员会的调解和仲裁机制的特点

第四节　WTO 争端解决机制对投资争议解决的影响

一、WTO 争端解决机制的特点

（一）WTO 争端解决机制将长期以来游离于国际投资立法框架之外的与贸易有关的投资争议纳入其管辖范围之内，因而具有填补投资争议解决方法空白的意义

（二）WTO 争端解决机制的有效性

（三）WTO 争端解决机制为案件审理设置了的严格时间期限，具有更高的办案效率

（四）WTO 争端解决机制倡导的是—种司法性质的争端解决方法

（五）从法律适用的角度来看，WTO 的争端解决机制建立在完整、系统的实体法公约的基础之上

（六）WTO 争端解决机制明确规定了对发展中国家和最不发达国家的例外和照顾

（七）对 WTO 中与投资有关的协议的权威解释具有事实上的先例作用

二、投资争议解决方法的未来发展

一方面，由于 WTO 争端解决机制的先进性，以及它的巨大影响，未来投资争议解决方法将不断完善和进步。另一方面，不能否认，由于目前 WTO 法律规则体系中直接涉及投资问题和规范投资纪律的条约十分有限，因而，WTO 争端解决机制在解决投资争议、调整全球投资关系中发挥的作用仍然是非常有限的。在全球经济一体化和国际投资自由化的必然趋势下，如何充分挖掘 WTO 多边规则的潜力，使更多的多边投资规则纳入到 WTO 的体制中，使更多的投资争议纳入 WTO 争端解决机制，是发达国家和发展中国家今后的共同任务。

复习与思考题

1．传统的投资争议解决办法有哪些？

2．简述 ICSID 的管辖权

3．简述 ICSID 的仲裁裁决的特点

4．简述 WTO 争端解决机制对未来投资争议解决的影响？

第八章　国际双边投资法律规范

教学目的与要求：本章旨在介绍重要的国际投资法渊源——国际双边投资条约的发展以及主要内容。学生应掌握国际双边投资条约的特点以及中外双边投资条约的主要内容。了解国际双边投资条约的产生和发展情况。

第一节　国际双边投资法律规范概述

一、国际双边投资协定的产生与发展

自从 1959 年通过第一项双边投资协定以来，国际间的双边投资协定到 1989 年增加至 385 项，到 2000 年底增至 1941 项。

二、国际双边投资协定的概念和特点

双边投资保护协定是指两个国家就投资问题签署的协议。双边投资协定具有如下特点：

（一）签署国通常为资本输出国与资本输入国，或互有资本输出或输入的国家。

（二）规范向对方境内投资的问题。

（三）缔约国签署双边投资协定后，承担协定项下的义务。

（四）双边投资协定的规定与缔约国外资立法相辅相成。

第二节　中外双边投资协定

一、定义条款

定义条款通常对下列词语进行定义：

（一）投资

大多数中外双边投资条约将“投资”定义为缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产。

（二）投资者

“投资者”在中外双边投资条约中定义为，在缔约任何一方方面，（1）根据该缔约方法律，认为为其国民的自然人；（2）根据该缔约方法律设立或以其它适当方式组成，其住所在该缔约国领土内的法律实体，包括公司、商号、商业组织和其它组织，包括控股或海外公司。

（三）收益

“收益”系指由投资所产生的款项，包括但不限于利润、股息、利息、提成费、管理和技术援助费和其它费用，无论该收益是以何种方式支付的。

（四）领土

“领土”系指缔约各方的领土，包括由该缔约方根据国内法和国际法行使主权、主权权利和管辖权的领海及专属经济区和延伸领水界限之外的大陆架。

二、促进和保护投资

（一）缔约一方应鼓励缔约另一方的投资者在其领土内投资，并依照其法律和法规接受此种投资。

（二）缔约一方应为在其领土内从事与投资有关活动的、为缔约另一方国民的高级管理和技术人员获得签证和工作许可提供帮助和便利。

（三）缔约一方应保护缔约另一方的投资者根据其法律法规在其领土内所做的投资，对该投资的管理、维持、使用、享有、扩建、出售或清算不得采取不合理的或歧视性的措施。

三、最惠国待遇和国民待遇

我国与大多数国家签署的双边投资条约都规定了最惠国待遇原则及其例外。中国在双边投资协定中采纳国民待遇制度的较少。

四、征收

缔约一方不应以缔约另一方的投资者在其领土内的投资采取征收、国有化或其它类似措施（以下称“征收”），除非符合下列条件：（1）为了公共利益；（2）依照适当国内法律程序；（3）所采取的措施是非歧视性的；（4）给予补偿。该补偿应等于征收为公众知晓前一刻被征收的投资的市场价值。该补偿的支付不应迟延并应包括直至支付之时的通常银行利息；补偿能有效实现和自由转移。

五、损失的补偿

缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，因在缔约另一方领土内发生战争、全国紧急状态、叛乱、革命、骚乱或其它武装冲突而遭受损失，若其采取相关措施如恢复原状、偿还、补偿或其它有价值的对价，缔约一方投资者的待遇，不应低于缔约另一方给予任何第三国投资者的待遇。缔约一方的投资者在缔约另一方的领土内，在上述事态下遭受损失，是由于缔约另一方的军队或当局征用了他们的财产；或缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需而毁坏了他们的财产时，应予以恢复原状或合理的补偿。所发生的款项应能自由转移。

六、自由转移

缔约一方应根据其法律和法规的规定，保证缔约另一方投资者自由转移在其领土内的投资和收益。

七、代位原则

如果缔约一方或其指定机构对其投资者在缔约另一方领土内的某项投资就非商业风险提供了财政担保，并据此向投资者做了支付，缔约另一方应承认投资者的权利或请求权转让给了前一缔约方或其指定机构，无论该转让是依法还是依合法交易而进行。后一缔约方应承认前一缔约方对此种权利或请求权的代位，该前一缔约方有权在其被继承者同样的限度内主张权利。缔约另一方有权抵销应由该投资者支付的税款和其它公共费用。

八、缔约一方与缔约另一方投资者的争议解决

缔约一方的投资者与缔约另一方之间应在缔约另一方领土内的投资所产生的任何争议应尽量由当事方友好协商解决。如争议在六个月内未能协商解决，当事任何一方有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院。

作为争议当事方的缔约一方，在进行投资争议解决期间，不应主张其豁免权或以投资者依据保险合同就发生的全部或部分损失或损害获得了补偿的事实为由进行抗辩。

九、缔约双方的争端解决

缔约双方对协定的解释或适用所产生的争端应尽可能通过外交途径协商解决。如缔约双方自协商之日起六个月内不能达成一致，根据缔约任何一方的要求，可将争端提交由三名仲裁员组成的仲裁庭。仲裁庭的裁决以多数票做出。仲裁裁决是终局的，对缔约各方均有拘束力。

十、其它义务

如果缔约任何一方的立法或缔约双方之间在协定之外现存或此后确定的国际法义务中包含某项条款，无论是一般规定还是具体规定，使得缔约另一方投资者的投资有权享有比协定的规定更为优惠的待遇，则该条款应在更优惠的方面优于协定适用。缔约各方应遵守就缔约另一方投资者在其领土内的投资所承担的其它义务。

十一、协定的适用

协定适用于在其生效之前缔约一方投资者依照缔约另一方的法律法规在缔约另一方的领土内进行的投资。但协定不适用于其生效之前发生的争议。

十二、两国政府关系

无论缔约双方之间是否存在外交或领事关系，协定照常适用。

十三、最后条款

协定自缔约双方完成各自使协定生效所需国内法律程序并以书面形式相互通知之日起三十天后开始生效。协定有效期一般为十年。

复习与思考题

中外双边投资协议的主要内容和特点

第九章　多边投资协议与世界贸易组织

教学目的与要求：本章旨在向学生介绍各国在达成多边投资协议方面的愿望以及努力。学生应了解多边投资协议的谈判过程与进展以及 WTO 对多边投资协议的态度。

第一节　多边投资协议

一、多边投资协议的产生

经济合作与发展组织(OECD)从 1991 年开始，一直探讨建立多边投资框架的可能性。1995 年 5 月 26 日，经济合作与发展组织部长级会议作出决议，决定启动《多边投资协定》(Multilateral Agreement on Investment, MAI)的谈判。谈判原定于 1997 年 5 月前达成协议，后又推迟到 1998 年 4 月。由于 1998 年 4 月的草案强调对投资者利益的保护，而对东道国和发展中国家的的利益保护不够，再加上谈判各国对劳工标准、环境标准、例外和保留、法律的域外适用、法律冲突、再投资障碍、知识产权保护、争端解决等问题也存在很大分歧，导致谈判十分艰难。从 1998 年 12 月开始，《多边投资协议》谈判进入停顿状态。

二、多边投资协议草案的内容

1998 年 4 月 24 日确定的 MAI 草案内容十分广泛，包括：

（一）总则：前言；

（二）范围和适用：定义（投资者与投资）、适用的地理范围、海外属地的适用；

（三）投资者和投资的待遇：国民待遇和最惠国待遇、透明度、投资者和主要人员的临时进入、居留与工作、经理及管理人员和董事会成员的国籍要求、就业要求、业绩要求、私有化、垄断及国有企业和特许、代表管理机构的实体、投资鼓励措施、确认安排、核准程序、自雇企业的成员、知识产权、公共债务、公司行为、R＆D 技术、不可降低的标准、劳工与环境附加条款；

（四）投资保护：一般待遇、征收和补偿、内乱时的保护、转移、信息交换和数据处理、代位求偿权、保护已有投资；

（五）争端解决；国家对国家争议的解决程序、投资者对国家争议的解决程序；

（六）例外和保障：一般例外、寻求货币与汇率政策的交易、临时保障；

（七）金融服务：谨慎措施、确认安排、核准程序、透明度、信息交换和数据处理、自雇企业与协会的成员、支付及清算体系和贷款人、最后求助、争端解决、金融服务的定义；

（八）税收；

（九）特定国别例外：特定国别例外的申诉；

（十）与其它的国际协议的关系：根据国际货币基金组织条款应承担的义务、与 OECD《多国企业准则》的关系；

（十一）实施与运作；筹备小组、成员方小组；

（十二）最终规定：签署、接受与生效、加入、不适用、检查、修订、OECD《多国企业准则》的修改、退出、保存、附件的法律地位、正式文件、利益的放弃等。

三、多边投资协议草案的特点

第一，将“投资”作广义理解。即规范外国直接投资行为，也规范外国间接投资行为。

第二，采取与货物贸易相类似的高标准投资待遇要求。草案要求东道国向外国投资者提供安

全和永久的投资保护，并给予公平合理的待遇。同时，禁止东道国采取法律上和事实上的歧视做法，除非属于一般例外、临时背离和国家保留的范畴。

第三，在争端解决方面，引入了 WTO 争端解决机制。

第二节　世界贸易组织与国际投资多边协议

一、世界贸易组织关于国际投资的规定

为成立国际贸易组织而起草的哈瓦那宪章不仅规定了贸易问题，也规定了多边投资问题。但是，由于哈瓦那宪章没有生效，国际投资问题在关税与贸易总协定体系没有得到规范。直到在乌拉圭回合期间，一些国家提议将与贸易有关的投资问题作为谈判的议题之一，并在谈判结束时达成了《与贸易有关的投资措施协议》。此外，《服务贸易总协定》也涉及服务贸易领域的市场准入问题。

（一）《与贸易有关的投资措施协议》

《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMs）并不是世界贸易组织关于国际投资所有问题的协议，该协议只对与货物贸易有关的投资措施，即对贸易产生限制和扭曲影响的投资措施进行了规范，因此，TRIMs 属于货物贸易领域的协议。

根据协议的规定，在不损害 GATT 1994 项下其它权利和义务的情况下，各成员不得实施任何与 GATT l994 第 3 条（国民待遇）或第 11 条（普遍取消数量限制义务）规定不一致的 TRIM。

（二）《服务贸易总协定》

《服务贸易总协定》（GATS）虽然规范服务贸易问题，但对于国际投资也具有重要影响，尤其是 GATS 协议第 16 关于市场准入的规定以及第 17 条关于国民待遇的规定与国际投资关系较为密切。

二、WTO 关于投资问题的进一步谈判

1996 年 12 月于新加坡召开的部长级会议同意建立工作组进一步检验贸易与投资的关系以及贸易和竞争政策的相互影响。1997 年 5 月，“贸易与投资关系工作组” 成立。工作组对贸易与投资之间关系的评估主要考虑以下方面：贸易与投资之间的关系对发展和经济增长的影响；贸易与投资之间的经济关系；评估和分析现有的有关贸易和投资的国际文件、活动以及双边、区域或多边投资规则对世界贸易组织成员的利弊。

在 1999 年于西雅图举行的 WTO 部长级会议上，一些发达国家成员在一些发展中国家的支持下，建议在 WTO 内开展关于外国投资的多边规则框架的谈判，以补充已经存在的双边投资条约和区域投资安排。但是，西雅图部长级会议对此并没有达成共识。

如果 OECD《多边投资协议》最终没有达成一致，许多专家认为，WTO 应制定多边投资协议。OECD 以往一直认为，WTO 不应该负责起草国际投资协定，而应由 OECD 负责。但是，在 1998 年 4 月 28 日召开的 OECD 部长级会议时，鉴于《多边投资协定》没有达成协议，OECD 部长们表示，支持 WTO 在这方面的努力。

复习与思考题

WTO 能否管辖投资自由化问题？

第十章　与国际投资有关的其它问题

教学目的与要求：本章旨在使同学们了解到一些与投资有关的新领域问题，例如，与投资有关的贸易措施，与投资有关的竞争政策问题以及与投资有关的环境问题等，学生应掌握贸易措施、竞争政策，以及环境问题对投资产生的影响。

第一节　与投资有关的贸易政策措施

一、与投资有关的贸易措施的含义和特征

（一）与投资有关的贸易措施的含义

与投资有关的贸易措施，是指那些影响外国直接投资的数量、部门构成以及地理分布的、较为一般性的贸易政策措施。

（二）和“与贸易有关的投资措施”的关系

二、与投资有关的贸易措施的种类

（一）市场准入限制

（二）市场准入发展优惠

（三）出口鼓励措施

（四）出口限制措施

三、对“与投资有关的贸易措施”的规范

（一）区域性贸易协定对“与投资有关的贸易措施”的影响

（二）WTO 有关规则对“与投资有关的贸易措施”的影响

第二节　与投资有关的竞争政策问题

一、竞争政策

（一）竞争政策的定义

广义的竞争政策：是指放宽经济管制、促进竞争自由公平和市场开放的所有政策，它包括旨在针对私人企业和国营企业反竞争行为的政策性法规和政府制定的相关贸易政策。

狭义的竞争政策：是指有关企业反竞争行为的法律和政策，主要是指反垄断意义上的政策。

（二）竞争政策与竞争法和反垄断法的关系

1．竞争法和反垄断法是竞争政策的一个组成部分，使狭义的竞争政策

2．竞争政策与竞争法的区别

（1）竞争政策涉及企业行为也涉及政府行为，竞争法仅涉及企业行为

（2）竞争政策主要体现在双边协定或国际条约中，竞争法主要由一国国内法体现

二、投资自由化与竞争政策的关系

（一）贸易和投资自由化带来的新问题—反竞争行为

（二）各国国内竞争政策

（三）双边和区域性国际竞争政策
（四）WTO 框架下的国际竞争政策
（五）多哈回合有关竞争政策的分歧和展望

三、中国竞争法的完善

（一）中国反垄断立法的紧迫性
（二）中国反垄断立法的基本框架

第三节　与投资有关的环境问题

一、可持续发展与环境关系

（一）可持续发展的含义
1．人类社会谋求发展应以当代人及后代人的发展和环境需求并重
2．经济发展必须与环境报互相协调
（二）WTO 法律体系中与可持续发展有关的协定
（三）有关多边环境协议（MEA）的争论

二、环境措施对投资的影响

（一）环境管理法规对国际投资的影响
（二）环境标准对国际投资的影响
（三）自愿性的环境措施对国际投资的影响

三、中国投资自由化进程中面临的挑战

（一）中国关于环境管理的改革和完善
（二）中国应坚持的基本原则和立场
1．非歧视原则
2．透明度原则
3．发展中国家的过渡原则
4．善用例外原则
（三）中国吸引外资与发展环保产业

复习与思考题:

1．可持续发展的含义
2．竞争政策与竞争法的关系
3．与投资有关的贸易措施有哪些？

《国际技术贸易法》教学大纲

杨　帆　编写

目　录

前　言 216
第一章　国际技术贸易法的经济分析 217
第一节　波斯纳与法律的经济分析 217
一、波斯纳与法律的经济分析 217
二、法律的经济分析与中国法学研究方法 217
第二节　知识产权法的经济分析 217
一、知识产权的财产权属性 217
二、知识产权保护法的特征 217
三、知识产权的国际保护 218
第三节　知识产权贸易的经济分析 218
一、知识产权贸易的经济分析 218
二、国际许可协议的经济分析 218
三、知识产权国际贸易的特点 218
复习与思考题 218
拓展阅读书目 219
第二章　知识产权国际保护概述 220
第一节　知识产权国际保护的产生和发展 220
一、知识产权国际保护的产生和发展 220
二、知识产权国家保护的含义 220
三、知识产权国际保护的途径 220
第二节　知识产权国际公约概述 221
一、为设立促进知识产权国际保护的政府间组织而签订的公约 221
二、涉及工业产权保护的公约 221
三、涉及著作权及著作邻接权保护的国际公约 221
四、因国际贸易产生的知识产权国际保护协定 221
第三节　世界知识产权组织（WIPO） 221
一、世界知识产权组织的成立 221
二、世界知识产权组织的宗旨和职责 221
三、世界知识产权组织的成员资格和组织机构 222
四、世界知识产权组织作为联合国专门机构的地位 222
复习与思考题 222
拓展阅读书目 222
第三章　工业产权的国际保护 223
第一节　工业产权国际保护概述 223
一、工业产权的概念和范围 223
二、保护工业产权国际公约概述 223
第二节　工业产权国际保护的实体性公约 223
一、《保护工业产权巴黎公约》 223
二、《国际保护植物新品种公约》 224
三、《集成电路布图设计保护条约》 225

第三节　便于在多国获得工业产权保护的国际公约 225
一、《专利合作条约》 225
二、《商标国际注册马德里协定》 226
第四节　建立工业产权国际分类的条约 226
复习与思考题 226
拓展阅读书目 226
第四章　著作权(版权)的国际保护 228
第一节　著作权国际保护概述 228
一、著作权国际保护的产生和发展 228
二、保护著作权的国际公约分类 228
第二节　著作权国际保护的实体性公约 228
一、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》 228
二、《世界版权公约》 229
第三节　著作邻接权的国际保护 229
一、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》 229
二、《保护录音制品制作者防止未经授权复制其录音制品日内瓦公约》 230
三、《关于播送由人造卫星传播载有节目的信号的布鲁塞尔公约》 230
复习与思考题 230
拓展阅读书目 230
第五章　《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS） 231
第一节　TRIPS 的产生背景和基本情况 231
一、产生背景 231
二、基本情况 231
第二节　TRIPS 的基本原则 231
一、国民待遇原则 231
二、最惠国待遇原则 231
第三节　对成员知识产权保护水平的最低要求 232
一、基本义务 232
二、版权和相关权利 232
三、商标 232
四、地理标志 232
五、专利 232
六、工业品外观设计 233
七、集成电路布图设计 233
八、披露信息 233
第四节　权利的取得和维持 233
一、合理的手续和程序 233
二、司法审查 234
三、合理期限 234
第五节　知识产权执法措施 234
一、民事和行政程序及救济 234
二、临时措施 234
三、边境措施 234

四、刑事程序 234
第六节　知识产权争端的防止与解决 235
一、争端的防止——透明度原则 235
二、争端的解决 235
复习与思考题 235
拓展阅读书目 235
第六章　知识产权国际保护的新发展 236
第一节　专利国际保护的新发展 236
一、现代生物技术对传统专利制度的冲击 236
二、商业方法的专利保护问题 236
第二节　著作权国际保护的新发展 236
一、数字网络技术对传统著作权制度的影响 236
二、数据库的知识产权问题 237
第三节　商业标记国际保护的新发展 237
一、域名的知识产权保护问题 237
二、地理标记的知识产权保护问题 237
复习与思考题 238
拓展阅读书目 238
第七章　国际技术转让 239
第一节　国际技术转让概述 239
一、国际技术转让的产生和发展 239
二、国际技术转让的途径 239
第二节　联合国《国际技术转让行动守则（草案）》 239
一、基本情况 239
二、已基本没有争议的内容 240
三、仍然存在的严重分歧 240
复习与思考题 240
拓展阅读书目 240
第八章　国际许可证贸易 241
第一节　国际许可证贸易概述 241
一、国际许可证贸易的概念 241
二、国际许可证贸易的特点 241
三、国际许可证贸易的一般程序 241
第二节　国际许可合同 241
一、国际许可合同的种类和特点 241
二、国际许可合同的主要内容 241
第三节　国际许可合同主要文本解读 242
一、专有技术许可协议 242
二、专利许可协议 242
三、商标许可协议 242
第四节　国际许可合同中的限制性商业条款 242
一、限制性商业行为和反垄断 242
二、我国对限制性商业条款的法律调整 243

复习与思考题 243
拓展阅读书目 243
第九章　国际技术贸易的政府管理 244
第一节　发达国家对国际技术贸易的政府管理 244
一、发达国家对国际技术贸易政府管理的概况 244
二、美国对国际技术贸易的政府管理 244
三、欧盟对国际技术贸易的政府管理 244
四、日本对国际技术贸易的政府管理 244
第二节　发展中国家对国际技术贸易的政府管理 244
一、发展中国家对国际技术贸易政府管理概况 244
二、管理机构 245
三、审批内容 245
第三节　我国对技术进出口的政府管理 245
一、我国技术进出口的基本法律框架 245
二、技术进口管理制度 245
三、技术出口管理制度 245
复习与思考题 245
拓展阅读书目 246

前　言

国际技术贸易法是法学本科阶段选修课程，教学计划为 36 课时，大纲编写的目的是配套教材的使用，并让学生能提纲携领地掌握课程的主要知识点。

在内容上，国际技术贸易法的调整范围包含两个部分：其一是交易对象，即知识产权的国际保护；其二是对知识产权交易行为的法律调整。国际技术贸易法两个部分的内容既相互独立又有机联系，并且各有特点。

本大纲由国际技术贸易法的主要授课老师杨帆编写。

第一章　国际技术贸易法的经济分析

本章教学目的和基本要求：本章共三节，是国际技术贸易法的总论部分，旨在使学生对国际技术贸易的客体——知识产权和国际技术贸易中最主要的方式——国际许可贸易有一个整体的认识。

学时分配：2 课时

重点：

1．理解法律经济分析的概念并初步掌握该学习方法；

2．用经济分析的方法去分析知识产权保护以及知识产权国际贸易中的诸多法律问题；

3．掌握知识产权国际贸易的特点。

第一节　波斯纳与法律的经济分析

一、波斯纳与法律的经济分析

20 世纪 70 年代，法律的经济学分析又称法和经济学、法的经济学。这一法律与经济学的交叉学科，在国外主要是在美国发展起来，该派以美国第七巡回上诉法院法官理查德• A• 波斯纳（Richard Allen Posner,1939-）所著《法律的经济学分析》（Economic Analysis of Law）一书得名，而且，堪称为是用经济学方法对法律规则与制度（Legal rules and institution）进行分析的第一本专著和教科书。其含义是指用经济学的方法，主要是用微观经济理论的工具对法律做出经济解释并对法律规则的后果做出预测。

二、法律的经济分析与中国法学研究方法

在中国，20 世纪 80 年代，随着经济改革和对外开放政策的实施，国际经济法学在中国得到了发展。在强调用中外法律和比较的方法、分析综合的方法、理论联系实际的方法研究国际经济法的同时，用经济学的方法研究法律，特别是国际经济法律问题，引起了学术界广泛的关注和重视。

第二节　知识产权法的经济分析

一、知识产权的财产权属性

知识产权的财产性在于，如果不保护知识产权，就会发现如同一个没有财产权的世界（即不保护财产权）一样，使生产偏向预先投资最小化的产品。也就是说，人们或许不再从事发明和创作，或者不采取专利制度，这个相对保护成本较高的方法保护自己的发明创造。

二、知识产权保护法的特征

（一）专利制度和商业秘密保护制度的特征

一项发明创造是选择作为专利还是商业秘密保护，关键取决于：1、通过保密方式是否能够保守住此项发明的秘密？2、保密方式保护和专利方式保护的期限哪个更长？3、发明者的垄断地位依靠哪种方式更加容易获得和维持？

（二）版权（著作权）制度保护特征

和专利制度相比，版权制度的特点是：1、给予版权所有者阻止他人模仿的权利，但不能反对或者组织他人独立创作相同或者相似作品的权利。2、更强调版权所有者的精神权利，经济权利已经转让或者权利人去世以后，精神权利仍旧存在。

（三）商标权的保护特征

和专利权、版权不同，商标所有人的权利没有限制。作为商标，其初始目的仅仅是作为一种标志或符号，指明商品和服务的来源和出处，然而商标一旦和产品、服务的特定质量联系起来，表明一定的质量保证。商标的作用就不再仅仅表现为一种标志和符号，而具有了一定的经济功能，即能为消费者节省寻找成本，而且具有了防止消费者免受欺诈，用以追究责任的作用。

三、知识产权的国际保护

知识产权保护的国际性来自于工商业活动的日趋国际化。尽管知识产权的地域性决定了知识产权的内容、实施、保护和制裁长期以来保持着民族国家的特点，随着工业革命的到来，资本主义对外扩张的需要，特别是跨国公司全球战略的实施，人员、资本、货物、技术、服务跨境流动日趋频繁和自由，经济全球化要求知识产权保护日趋走向国际统一的趋势势不可挡。

第三节　知识产权贸易的经济分析

一、知识产权贸易的经济分析

按照亚当·斯密的“地域分工”理论和李嘉图的“比较利益说”，俄林的“生产要素比例”学说，弗龙的“技术差异和产品生命周期”理论等等古典的、现代的国际贸易理论都证明了贸易，包括国际贸易可以促进资源的合理配置，自由贸易可以使财产有较小价值用途向较大价值用途的转移。按照帕孚拉最优原则，自愿地交易使交易的双方均可获利。因此，从法律上确认知识产权为一种财产权并允许其自由转让（所有权或使用权）构成国际贸易法中，除货物贸易、服务贸易以外，另一项重要内容。

对专利权转移、商标权转移和版权转移分别进行经济分析。

二、国际许可协议的经济分析

对国际许可协议中常见的限制性商业条款，如对受方产品出口地域限制、维持转卖价格条款等进行经济分析。

三、知识产权国际贸易的特点

在知识产权国际贸易中，由于转让方多为发达国家，受让方多为发展中国家，技术和经济发展水平的巨大差距使得转让方和受让方从一开始就处于一个实力不均等的地位。知识产权国际转让中反映出来的问题是发达国家和发展中国家政治、经济、技术、文化等等诸多方面矛盾的反映，致使至今为止，国际社会难以在知识产权转让方面达成一致的协议。

复习与思考题

1．什么是法律的经济分析？试用经济学的方法分析知识产权的财产权属性。

2．专利保护制度和商业秘密保护制度有什么本质区别？

3．知识产权国际贸易的特点是什么？

拓展阅读书目

1．[美]罗纳德• 科特，托马斯• 尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联出版社、上海出版社 1994 年 12 月出版；

2．[美] 理查德• A• 波斯纳：《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社 2001 年 11 月出版；

3．[美] 理查德• A• 波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 2002 年出版。

第二章　知识产权国际保护概述

本章教学目的和基本要求：本章共三节，是对知识产权国际保护的整体概括性介绍，旨在使学生了解知识产权国际保护产生的原因、其发展以及现状，掌握主要的知识产权国际公约以及世界知识产权组织的基本情况。

学时分配：2 课时

重点：

1．握知识产权国际保护的产生和发展；

2．握知识产权国际保护的途径；

3．分类了解知识产权国际公约。

第一节　知识产权国际保护的产生和发展

一、知识产权国际保护的产生和发展

（一）知识产权国际保护的产生

为了解决知识产权的易传播和地域性冲突而产生。

（二）知识产权国际保护的发展

19 世纪最早有法国的单一国家保护和英国的互惠保护形成，之后经历双边条约和多边公约保护的发展过程。20 世纪 50 年代以后，伴着者国际经济交往的扩大，知识产权国际保护出现强化的趋势。

二、知识产权国家保护的含义

知识产权国际保护是指一国缔结或参加多边公约或双边条约，以国内法在不违反国际公约所规定最低限度的情况下保护他国的知识产权。

除了在法语非洲国家、北美自由贸易区及欧盟国家外，也不是指以国际条约取代或覆盖国内法，因此，“国际保护”并不能使知识产权的“地域性”消失，只是在一定程度上使“地域性”被削弱了而已。

三、知识产权国际保护的途径

1．互惠保护

这是一种附条件的保护，其含义是指某一外国若承认并保护依本国法确认的知识产权，那么本国亦承认并保护依该外国法确认的知识产权。互惠保护主要为一些知识产权立法滞后或差异的国家采用。

2．双边条约保护

即双方通过签订双边协定的方式，相互保护对方的知识产权。

3．多边(国际)公约保护

这是现今国际上保护知识产权的最主要的途径。

多边公约又包括世界性公约和区域性公约两种，前者的适用范围没有区域限制，而且内容多系立法性的，规定各缔约国知识产权立法的最低水平，因此对知识产权国际保护影响最大；后者是为适应局部地区的特殊需要而产生，其对于协调区域内各国知识产权保护制度，维持相同的知识产权保护水平作用很大。

第二节　知识产权国际公约概述

迄今为止，知识产权国际公约主要包括以下四类：

一、为设立促进知识产权国际保护的政府间组织而签订的公约

此种类别的公约只有一个，即 1967 年签订、1970 年生效的《建立世界知识产权组织公约》，中国 1980 年加入，这也是我国最早加入的知识产权国际公约。

二、涉及工业产权保护的公约

1．规定工业产权实质性保护的公约

此类公约主要包括：《保护工业产权巴黎公约》、《关于集成电路知识产权条约》和《国际植物新品种公约》。

2．便于在多国获得工业产权保护的公约

此类公约主要包括《专利合作条约》、《商标国际注册马德里协定》、《关于商标国际注册马德里协定的议定书》以及《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》。

3．建立工业产权国际分类的条约

三、涉及著作权及著作邻接权保护的国际公约

主要包括《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》和《保护录音制品制作者防止未经授权复制其录音制品日内瓦公约》。

四、因国际贸易产生的知识产权国际保护协定

此类公约也只有一个，即 1994 年签署的《与贸易(包括冒牌货贸易)有关的知识产权协定》(TRIPS)。

第三节　世界知识产权组织（WIPO）

一、世界知识产权组织的成立

巴黎公约和伯尔尼公约的缔约国于 1967 年 7 月 14 日在德哥尔摩签订了《建立世界知识产权组织公约》，1970 年 4 月 26 日该公约因批准国的数目达到了规定的要求正式生效，这也标志着世界知识产权组织的正式成立。

二、世界知识产权组织的宗旨和职责

1．宗旨

在尊重国家主权和平等的基础上，为了相互的利益，在加强国与国之间的了解与合作方面作出贡献；鼓励具有创造性的活动，促进全世界对知识产权的保护；在充分尊重为了保护工业产权和文学艺术作品而建立的各联盟的独立性的同时，促使各联盟在管理上的现代化和高效率。

2．职责

促进全世界对知识产权的有效保护并协调在这个领域的国家立法；

执行巴黎联盟和伯尔尼联盟的行政管理的任务；

承担或参与为促进保护知识产权的任何其他国际协定的行政管理；

鼓励缔结有利于保护知识产权的国际协定；

对要求在知识产权领域给予法律、技术援助的国家提供合作。

三、世界知识产权组织的成员资格和组织机构

1．成员资格

巴黎联盟，基于该联盟建立的特别联盟和协定，伯尔尼联盟以及 WIPO 承担行政管理的，为促进保护知识产权而签订的任何其他国际协定(统称为“各联盟”)中任一联盟的成员国均可成为世界知识产权组织的成员。

2．组织机构

包括大会、成员国会议、协调委员会和国际局。

四、世界知识产权组织作为联合国专门机构的地位

根据 1974 年联合国和世界知识产权组织之间的协定，联合国承认世界知识产权组织为知识产权领域的专门机构，但须受联合国和其他专门机构的权限和责任的限制。

复习与思考题

1．识产权国际保护的含义和途径。

2．知识产权国际公约的种类。

拓展阅读书目

1．世界知识产权组织编：《知识产权纵横谈》，世界知识产权出版社 1992 年版。

2．汤宗舜：《知识产权的国际保护》，人民法院出版社 1999 年版。

3．冯晓青著：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社 2003 年出版。

第三章　工业产权的国际保护

本章教学目的和基本要求：　本章共四节，是对工业产权国际保护的全面介绍，旨在使学生了解工业产权国际保护的产生、发展以及现状。

学时分配：6 课时

重点：

掌握最主要的工业产权国际公约，如《保护工业产权巴黎公约》、《国际保护植物新品种公约》、《专利合作条约》、《商标国际注册马德里协定》的基本原则和对成员国工业产权保护水平的最低要求。

第一节　工业产权国际保护概述

一、工业产权的概念和范围

1．工业产权的概念

现代意义的“工业产权”严格地说应称为“产业产权”，因为它不仅包括与工业有关的知识产权，而且也包括和商业、农业、林业以及其他产业有关的知识产权。其确切的含义是指法律赋予产业活动中的知识产品所有人对其创造性的智力成果所享有的一种专有权。

2．工业产权的范围

依照 1883 年《保护工业产权巴黎公约》的规定，工业产权的保护对象有“专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务标记、厂商名称、产地标志或原产地名称以及制止不正当竞争。”

二、保护工业产权国际公约概述

保护工业产权的国际公约根据内容不同可以分为三类：第一类是规定工业产权实质性保护的公约，其不仅规定保护工业产权的基本原则，而且也对各成员国工业产权立法提出最低要求。第二类是便于在多国获得工业产权保护的条约，其作用是简化就同一客体多国申请工业产权所必经的烦琐的程序并降低有关费用，这是一种典型的程序性条约。第三类是建立工业产权国际分类条约，其制订各种工业产权客体的国际统一的分类标准，供各国参照使用，是一种管理性质的条约。

第二节　工业产权国际保护的实体性公约

一、《保护工业产权巴黎公约》

1．产生背景和基本情况

1883 年 3 月 20 日，由法国、比利时、巴西、危地马拉、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙、萨尔瓦多、瑞士和塞尔维亚 11 个国家发起在法国首都巴黎缔结了《保护工业产权巴黎公约》。该公约于 1884 年 7 月 7 日正式生效。截止 1999 年 5 月，已有 155 个国家正式加入了巴黎公约。中国于 1985 年 3 月 15 日正式成为巴黎公约的成员国。

2．基本原则

国民待遇原则：根据公约，有权享受国民待遇的外国人包括公约缔约国的国民和在一个缔约国领域内设有住所或真实有效的工商营业所的非缔约国国民。国民待遇原则适用于缔约国法律授予其国民的在工业产权保护方面的一切利益。但各成员国在关于司法和行政程序、管辖以及选定

送达地址或指定代理人的法律规定等方面，凡工业产权法有所要求的，可以明确地予以保留。

优先权原则：巴黎公约的优先权原则并不是对一切工业产权均适用，它只适用于发明专利、实用新型、外观设计和商品商标，对于商号、商誉、原产地名称等则不适用。其具体含义是：已在一个成员国正式提出申请发明专利权、实用新型、外观设计或商标注册的人或其权利的合法继受人(继承人和受让人)，在规定的期限内（发明和实用新型为 12 个月，外观设计和商标为 6 个月）享有在其他成员国提出申请（在后申请）的优先权。在后申请一般是要求享受一项优先权，但也可以要求享受多项优先权或部分优先权。

临时性保护原则：该原则的具体含义是指缔约国应对在任何一个成员国内举办的经官方承认的国际展览会上展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、外观设计和商标给予临时保护。在临时保护期内，不允许展品所有人以外的第三方以展品申请工业产权。如果展品所有人在临时保护期内申请了专利或商标注册，则申请案的优先权日不再从第一次提交申请案时起算，而从展品公开展出之日起算。

专利商标独立性原则： 专利商标的独立性意指成员国国民向各成员国申请专利商标权与其在其他成员国或非成员国为同一发明而取得的专利权或就同一商品注册的商标权相互独立、互不干涉。特别是在优先权期限内申请的各项专利或商标，在专利商标权的无效原因、被撤销原因以及有效期限等方面是没有任何关系的。

3．对成员国工业产权法的最低要求

对专利权保护的最低标准：主要包括七个方面的内容：专利的独立性、发明人的署名权、法律禁止销售产品的可专利性、进口和专利的维持、方法专利权人对某些进口产品的权利、专利强制许可和国际运输工具上使用专利的问题。

对工业品外观设计保护的最低标准：巴黎公约成员国均有保护工业品外观设计的义务。至于外观设计的定义、有关评价其新颖性的规则以及最低保护期限等，公约没有涉及，也就是说，这些问题属于各成员国国内立法的范围。

对商标权保护的最低标准：规定了商标注册条件，注册商标使用和转让的限制，驰名商标应当享有的不同于普通注册商标的特殊保护制度，并要求成员国保护集体商标和服务标记。

对厂商名称、产地标志和反不正当竞争保护的最低标准：厂商名称和产地标志应在一切成员国内受到保护，没有申请和注册的义务，也不论其是否为商标的组成部分。各成员国有对其他成员国国民给予制止不正当竞争的有效保护的义务。凡在工商业活动中违反诚实的习惯做法的竞争行为，即构成不正当竞争。作为最低要求，公约规定了三项必须予以禁止的不正当竞争行为。

二、《国际保护植物新品种公约》

1．植物新品种的含义及获权条件

植物新品种是指经过人工培育的或者对发现的野生植物加以开发，具备新颖性、特异性、一致性和稳定性并具有适当命名的植物品种。

申请获权的植物新品种应当具有新颖性、特异性、一致性和稳定性。

2．植物新品种保护制度的形成

起源于 1833 年 9 月 3 日罗马教皇发布的在技术和农业领域给予所有权的法令，发展于 20 世纪 30 年代欧美国家的植物新品种保护国内制度，普及于 1961 年通过《国际保护植物新品种公约》，1968 年在公约基础上正式成立国际植物新品种保护联盟(UPOV)之后。

3．《国际保护植物新品种公约》的主要内容

《国际保护植物新品种公约》主要确立以专门法保护的制度，但为吸纳已确立植物专利制度的美国，公约也允许以专利法保护或用双重法律保护，但同时禁止对同一植物种或属用双重法律保护。即允许同时用专利法和专门法保护植物新品种，但对同一植物属或种，不能同时授予两种

专有权。

4．中国对植物新品种的保护

1997 年 3 月 20 日，国务院发布了《植物新品种保护条例》(以下简称《条例》)，自 1997 年 10 月 1 日起施行。此后，为了大量引进国外最新的植物品种并全方位了解国际育种业的发展情况，1999 年 3 月 23 日，中国正式递交了加入（UPOV）公约的申请，并于 1999 年 4 月 23 日成为 UPOV 第 39 个成员国。

三、《集成电路布图设计保护条约》

1．集成电路布图设计的含义及知识产权保护的必要性

集成电路布图设计是指集成电路中众多元件（其中至少有一个是有源元件）和其部分或全部集成电路互连的三维配置，或者是为集成电路的制造而准备的这样的三维配置。

制作布图设计需要高级专家长时间的智力劳动，还要有大量的投资，但是要复制已有的布图设计，则只需要很少的费用。所以，对集成电路布图设计必须有知识产权法律保护。

2．《集成电路布图设计保护条约》的主要内容

保护的条件：条约对集成电路布图设计的原创性要求综合了版权法中的原创性和专利法中的创造性(非显而易见性)，只不过其创造性不及对专利发明要求的那么高。

保护的法律形式：条约规定，缔约方可以自由通过布图设计的专门法律，或通过关于版权、专利、实用新型、工业品外观设计、不正当竞争的法律，或者通过其他法律或任何上述法律的组合来提供保护。目前多数国家选择使用专门法的方式来保护集成电路布图设计。

保护的最低标准： 任何缔约方应认为未经权利持有人许可而进行的下列行为是非法的：（1）复制受保护的布图设计的全部或其任何部分，无论是否将其结合到集成电路中；（2）为商业目的进口、销售或者以其他方式供销受保护的布图设计或者其中含有受保护的布图设计的集成电路。

权利限制：作为对布图设计人的权利限制，条约规定了三种情况的合理使用、成员国有权颁发强制许可、善意获得不为侵权和布图设计权利的用尽。

保护的期限：集成电路条约规定的保护期限至少为 8 年。布图设计获得保护是以商业实施为条件，还是以登记为条件，由各缔约方自行决定。事实上这两种方式都有国家采用。

第三节　便于在多国获得工业产权保护的国际公约

一、《专利合作条约》

1．条约的基本情况

《专利合作条约》是在遵循《巴黎公约》基本原则的基础上，于 1970 年在华盛顿缔结，于 1978 年 6 月 1 日正式生效。《专利合作条约》只对《巴黎公约》的成员国开放，截止 1999 年 5 月，已有 103 个成员国。我国于 1993 年向世界知识产权组织递交加入书，1994 年 1 月 1 日正式成为公约的成员国。

《专利合作条约》是一个程序性的公约，只对专利申请案的受理和初步审查程序作出某种国际性统一规定。它不涉及专利的批准问题，因此不影响其成员国的专利实体法。但是，参加它的国家应当依照它的原则调整专利申请的程序。

2．条约的主要内容

《专利合作条约》有八章共 68 条，其主要程序规定在条约的第一章和第二章。

第一章规定国际申请的提出、国际检索和国际公布，是每个成员国都必须批准执行的，并且

也是每个国际申请的必经程序。

第二章规定国际初步审查，因为考虑到有些成员国可能不愿接受，所以规定成员国可以按照本国专利制度的特点决定批准还是不批准。不过，事实上现在所有的成员国都已经接受该章的约束。但是，即使是受条约第二章约束的成员国的国民或居民也可以在国际申请时自愿选择是否利用国际初步审查程序。

3．条约的作用

《专利合作条约》自生效以来，大大简化了成员国国民在其他成员国范围内申请专利的手续，减轻了各成员国专利局的工作量 ，延长了申请人按《巴黎公约》可以享受的优先权期限，同时也使缺乏审查能力的国家能够实现实质性审查要求。

二、《商标国际注册马德里协定》

1．协定的基本情况

1891 年 4 月 14 日，由法国、比利时、西班牙、瑞士等国发起，在西班牙的马德里签订了《商标国际注册马德里协定》。协定于 1892 年 7 月生效，《马德里协定》只对巴黎公约的成员国开放。截止 1999 年 5 月，共有 51 个成员国。中国于 1989 年 10 月 4 日正式加入该协定。

2．国际注册的程序

首先 ，有关商标必须已经在原属国取得注册。其次，申请人向原属国主管机关提交国际注册的申请案，同时交纳费用。最后，如果经过形式审查，申请案符合马德里协定及其实施条例的规定，国际局应立即对商标予以国际注册。国际注册的效力将自动地延伸及于原属国以外的所有申请人指定的缔约国。

3．协定的作用

《马德里协定》的商标国际注册制度为申请人向多个国家申请商标提供了许多便利之处，同时也减少了成员国主管机关的工作量。但是，该公约在国际注册产生前和落实后的有限独立性仍然使申请人感到诸多不便。

第四节　建立工业产权国际分类的条约

在各国为专利、外观设计和商标提供权利保护之前，专利和外观设计的新颖性检索以及申请注册的商标是否与相同或类似商品上已注册的商标相同或近似的检索都是必经程序，而当一个专利、外观设计和商标想要在多国获得保护时，如果各国之间没有科学统一的分类法，有关的检索几乎是不可能的。建立工业产权客体分类的专门协定的目的就是确定同一分类法，此类条约共有四个：《国际专利分类斯特拉斯堡协定》、《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》、《为商标注册目的而使用的商品或服务的国际分类尼斯协定》和《建立商标图形国际分类维也纳协定》。

复习与思考题

1．《保护工业产权巴黎公约》的基本原则。
2．《保护工业产权巴黎公约》对商标的保护有何规定？
3．《集成电路布图设计条约》的主要内容。
4．《商标国际注册马德里协定》的有限独立性表现在哪些方面？

拓展阅读书目

1．[荷兰]博登浩森著，汤宗舜译：《保护工业产权巴黎公约解说》，专利文献出版社 1984

年出版。

2．刘月娥著：《知识产权保护与技术创新》，知识产权出版社 2002 年出版。

3．郑成思著：《知识产权价值评估中的法律问题》，法律出版社 1999 年出版。

4．国家知识产权局条法司：《专利法研究》，知识产权出版社年刊。

5．崔立红著：《商标权及其私益之扩张》，山东人民出版社 2003 年出版。

第四章　著作权(版权)的国际保护

本章教学目的和基本要求：本章共三节，是对著作权以及著作邻接权国际保护的全面介绍，旨在使学生了解著作权与著作邻接权国际保护的产生、发展以及现状。

学时分配：4 课时

重点：

掌握最主要的著作权国际公约，如《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》等公约的基本原则和对成员国著作权最低保护水平的要求。

第一节　著作权国际保护概述

一、著作权国际保护的产生和发展

19 世纪英法两国的率先尝试；1886 年《伯尔尼公约》形成高标准；为调和《伯尔尼公约》自动保护原则和美洲国家间非自动保护的矛盾，1952 年产生《世界版权公约》；伴随者作品传播方式的发展与普及，产生了诸如《罗马公约》等的一系列邻接权公约。

二、保护著作权的国际公约分类

保护著作权的国际公约按其内容和性质不同可以分为如下三类：第一类是为著作权提供实体保护的公约，其不仅确立了著作权保护的基本原则，同时也规定了成员国提供著作权保护的最低标准；第二类是为著作邻接权提供实体性保护的国际公约；第三类是一些涉及程序、税收等问题的补充性质的国际公约。

第二节　著作权国际保护的实体性公约

一、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》

1．公约的基本情况

于 1886 年在瑞士首都伯尔尼缔结，1887 年生效。《伯尔尼公约》是开放性公约，截止 1999 年 5 月，已有 140 个成员国。我国于 1992 年 10 月 15 日正式加入该公约。《伯尔尼公约》是著作权领域第一个世界性多边国际条约，也是至今影响最大的著作权公约。

2．基本原则

国民待遇原则：包含两个方面的内容：（1）公约成员国国民和在成员国有惯常居所的非成员国国民，其作品无论是否出版，均应在一切成员国中享有国民待遇；（2）非公约成员国国民，其作品只要是在任何一个成员国出版，或者在一个成员国和非成员国同时出版，也应在一切成员国中享有国民待遇。

自动保护原则：即享有及行使依国民待遇所提供的有关权利时，不需要履行任何手续。

独立性原则：享有国民待遇的人在公约任何成员国所得到的著作权保护，不依赖其作品在来源国受到的保护。在符合公约最低要求的前提下，该作者的权利受到保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的司法救济方式等，均完全适用提供保护的那个成员国的法律。

3．对成员国著作权最低保护水平的要求

保护客体：成员国著作权法必须保护的客体包括文学艺术作品、演绎作品以及使用艺术作品和工业品外观设计。成员国可以选择给予保护的包括官方文件、讲课、演说或其他同内性质的作品和民间文学作品。成员国著作权法不应保护的客体是时事新闻。

保护的权利内容：作者享有的精神权利的内容至少应包括两方面。一方面是作者有主张其作品作者身份的权利；另一方面是他有反对对其作品进行任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改，或者其他损害行为的权利。

伯尔尼公约要求各成员国必须授予的经济权利共有 8 项：复制权、翻译权、公演权、广播权、公开朗诵权、改编权、电影权和录制权。

权利限制的限制：在各国著作权法中都有诸如合理使用、法定许可等对著作权的限制规定，但是，如果各成员国无限扩大权利限制的范围，将会使有关公约提供的最低限度的保护水平受影响。因此，伯尔尼公约在对成员国提出最低要求的同时，把各国版权法权利限制的条款限定在一定范围内。

保护期：对作品的保护期，伯尔尼公约在第 7 条针对不同作品作出不同规定。

4．公约的追溯力

伯尔尼公约对于新加入它的国家来讲具有了追溯的效力，即一个国家对其加入公约之前已进入该国公有领域的作品，只要在加入时该作品在来源国仍受保护，该国就有保护这些作品的义务。

二、《世界版权公约》

1．公约的基本情况

1952 年 9 月 6 日由联合国教科文组织主持在日内瓦缔结，1955 年正式生效。1 截止 1996 年 10 月，共有 95 个国家加入了《世界版权公约》，其中一半以上国家同时也是《伯尔尼公约》的成员国。中国于 1992 年 10 月 30 日正式加入该公约。

2．基本原则

包括国民待遇原则、非自动保护原则和独立性原则。

其中非自动保护原则是指：任何成员国依其国内法要求履行一定手续作为版权保护的条件者，对于根据本公约加以保护并在该国领土以外首次出版，而其作者又非本国国民的一切作品，只要经作者或版权所有者授权出版的作品的所有复制本上，自首次出版之日起，标有©的符号，并注明版权所有者的姓名、首次出版年份等，而且其标注的方式和位置应使人注意到版权的要求，就应认为符合本国法履行手续的要求，根据本公约给予保护。

3．对成员国著作权法最低保护水平的要求

与伯尔尼公约相比，世界版权公约保护水平较低，具体表现为：保护客体较少、权利内容不包括精神权利只包括四项经济权利、对权利限制的限制较少、保护期较短、无追溯力要求等方面。

第三节　著作邻接权的国际保护

一、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》

1．公约的基本情况

是第一个对著作邻接权实施保护的国际公约，1961 年 10 月 26 日在联合国劳工组织、教科文组织和世界知识产权组织的共同主持缔结并实施管理，1961 年 5 月 18 日生效。只对《伯尔尼公约》或《世界版权公约》的成员国开放，截止 1998 年 1 月，只有 56 个正式成员国。中国至今未加入该公约。

2．著作邻接权的内容

表演者的权利：广播权，但是如该表演本身就是广播演出或出自录音或录像者除外；录制权；复制权。

录音制品制作者的权利：其有权授权或禁止直接或间接复制其录音制品。

广播组织的权利：广播组织享有：转播权；录制权；复制权；向公众传播权，如果此类传播是在收门票的公共场所进行的。

二、《保护录音制品制作者防止未经授权复制其录音制品日内瓦公约》

1．公约的基本情况

于 1971 年在日内瓦签订，1973 年生效，是一个开放性公约，截止 1998 年 1 月，已有 56 个成员国，中国于 1993 年 4 月 30 日正式加入该公约。

2．主要内容

《录音制品公约》的缔约目的主要是为弥补《罗马公约》对录音制品制作者保护的不足，尤其是对大量盗版进口和销售的打击不足。因此在《罗马公约》仅保护录制者复制权的基础上，《录音制品公约》增加了进口权和销售权。

三、《关于播送由人造卫星传播载有节目的信号的布鲁塞尔公约》

1．公约的基本情况

1974 年 5 月 21 日于布鲁塞尔签订，由联合国劳工组织、教科文组织和世界知识产权组织共同管理。是一个开放性公约，截止 1997 年 1 月，已有 21 个成员国。

2．主要内容

《卫星公约》的缔约目的主要是为防止播送者播送不是提供给它们的、由人造卫星传播的载有节目的信号，以确保卫星通讯系统的正常使用。因此公约的主要内容是规定缔约国应采取措施，以防止任何播送者在该国领土上或从该国领土上播送任何发射到或通过人造卫星但并非为了提供给他们的、载有节目的信号。

复习与思考题

1．《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的国民待遇原则有何特点？

2．和《伯尔尼公约》相比，《世界版权公约》更低的保护水平表现在哪些方面？

3．《罗马公约》对表演者权、录制者权和广播组织权有何规定？

4．《录音制品公约》在哪些方面提高了《罗马公约》的保护水平？

拓展阅读书目

1．郑成思著：《版权法（修订本）》，中国人民大学出版社 1997 年出版。

2．国家版权局办公室编：《国际版权和邻接权条约》，中国书籍出版社 2000 年出版。

3．吴汉东著：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社 1996 年出版。

第五章　《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）

本章教学目的和基本要求：本章共六节，是对 WTO 的 TRIPS 协议的全面介绍，旨在使学生了解 TRIPS 产生的背景和基本内容。

学时分配：4 课时

重点：

掌握 TRIPS 协议的基本原则、特点及其对成员方知识产权最低保护水平的要求。

第一节　TRIPS 的产生背景和基本情况

一、产生背景

二战以后，发达国家与发展中国家因相互之间知识产权保护水平差异太大，频频产生与知识产权有关的贸易摩擦，到 20 世纪 80 年代前后这种贸易摩擦日益严重。在此背景下，WTO 范围内产生协调知识产权国际保护水平的 TRIPS 协议。

二、基本情况

是 GATT 乌拉圭回合达成的一揽子签署的 21 个最后文件之一，于 1995 年 1 月 1 日生效，但为发达国家成员、发展中国家成员和最不发达成员分别规定了长短不一的过渡期。和以前的知识产权国际公约相比，TRIPS 协议以高标准、严要求为其显著特点。

第二节　TRIPS 的基本原则

一、国民待遇原则

1．含义

各成员在知识产权保护上，对其他成员之国民提供的待遇，不得低于其本国国民。

2．例外

伯尔尼公约第 6 条和罗马公约第 16 条第 1 款（B）项所允许的成员国在特殊场合以互惠原则取代国民待遇原则的规定依然有效。

二、最惠国待遇原则

1．含义

在知识产权的保护上，某一成员提供其他国国民的任何利益、优惠、特权或豁免，均应无条件地适用于全体其他成员之国民。

2．例外

如果任何利益、优惠、特权或豁免是基于国际司法协助条约或基于一般性质的法律强制措施作出的，并不仅限于知识产权保护方面，那么它们就不适用于最惠国待遇原则。

伯尔尼公约 1971 年文本和罗马公约所允许的不按国民待遇、而按互惠待遇提供的利益、优惠、特权或豁免。

TRIPS 中未加规定的表演者、录音制品制作者和广播组织的权利所提供的利益、优惠、特权或豁免。

基于在世界贸易组织协定生效前已生效的有关保护知识产权的国际协定中产生的利益、优惠、特权或豁免。

第三节　对成员知识产权保护水平的最低要求

一、基本义务

TRIPS 协议首先将《保护工业产权巴黎公约》1967 年文本、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》1971 年文本(第 6 条之二关于精神权利的规定除外)、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》以及《关于集成电路知识产权条约》的实体性规定纳入，成为 WTO 成员必须予以保护的最低标准。在次基础上又提高了对以下七种客体的保护水平。

二、版权和相关权利

1．版权方面

TRIPS 增加了如下几方面的新内容：

客体方面：明确将计算机程序和有独创性的数据汇编列为版权保护的对象。

权利内容：增加了计算机程序和电影类作品的出租权。

保护期：延长了某些作品的保护期。

2．相关权利（邻接权）方面

表演者的权利。规定表演者有权禁止下列未经其授权的行为：将其尚未录制的表演录制在录音制品上以及复制这些录制品；以无线方式向公众广播和传播其现场表演。

录音制品制作者的权利。规定录音制品制作者应有权许可或禁止对其录音制品直接或间接的复制。

广播组织的权利。广播组织有权禁止未经其授权的下列行为：录制其广播；复制此录制品；通过无线方式重播其广播；将其电视广播节目向公众传播。

追溯力。将伯尔尼公约第 18 条关于追溯力的规定比照适用于表演者权及录音制品制作者权。

三、商标

1．构成要件

作为对巴黎公约的补充，TRIPS 允许成员将“标记应系视觉系统可感知”作为注册条件。

2．驰名商标的特殊保护

在巴黎公约的基础上增加了对驰名服务标记保护和绝对保护的内容。

3．商标使用和转让

允许各成员自行确定商标的许可和转让条件，禁止成员采用商标的强制许可制度。

四、地理标志

TRIPS 要求成员通过立法禁止为不正当竞争的目的将地理标志作为商标注册或任何可能使公众误解的使用；要求成员采用法律手段对酒类地理标志提供更具体、更严格的保护。

五、专利

1．专利保护的客体

除了某些例外或条件，对一切技术领域内具有新颖性和创造性，并能付诸工业应用的任何发明，不论是产品还是方法，均有可能获得专利。而且，专利的保护和专利权的享有，不能因发明

地点、技术领域、产品是进口或在本国制造，而有任何歧视。

2．专利权的内容

产品专利权的内容应当包括制造权、使用权、提供销售权、销售权和进口权；方法专利权的内容包括专利方法的使用权以及依照该专利方法直接获得的产品的使用、提供销售、销售或进口权。

3．专利权的保护期

不应少于自提交专利申请之日起 20 年。

六、工业品外观设计

要求成员 必须保护工业品外观设计，但保护方法不限；外观设计的权利内容应至少包括制造权、销售权和进口权；保护期限不应少于 10 年。

七、集成电路布图设计

和《集成电路条约》相比，在如下三个方面提高了对集成电路布图设计的保护：

1．扩大权利范围

增加了含有受保护集成电路的物品的销售、提供销售和进口权。

2．延长保护期

至少为 10 年，此外还允许成员将布图设计的保护期限规定为自创作完成之日起 15 年

3．对善意获得的补充规定

在收到有关布图设计为非法复制的明确通知后，仍然可以就现有存货或订单继续实施其行为，但有责任向权利持有人支付合理报酬。

八、披露信息

1．未披露信息的构成要件

未披露信息的构成要件有三：客观秘密性；主观保密性；具有商业价值。

2．权利内容

权利人有权禁止他人未经许可，以违反诚实的商业惯例的方式公开、获得或使用该信息。

3．对未披露数据的保护

当成员要求以提交未披露的试验数据作为批准某种药品或农用化学产品上市的条件时，如果该数据的原创活动包含了相当的努力，该成员有义务保护该数据以防止不正当的商业使用或泄露。

第四节　权利的取得和维持

一、合理的手续和程序

1．权利的取得程序适用的客体范围

可以适用于商标权、地理标志权、工业品外观设计权、集成电路布图设计权和专利权，不得适用与版权及相关权利和未披露信息。

2．对权利取得和维持程序的要求

程序不得过于复杂或花费过高、或包含不合理的时效或无保障的拖延；就个案的是非作出的判决，最好采用书面形式，并应说明判决的理由；有关判决至少应及时送达诉讼当事各方；对个案是非的判决应仅仅根据证据，应向当事各方就该证据提供陈述机会。

二、司法审查

上述任何程序所作出的终局行政决定，均应接受司法或准司法当局的审查。但异议不成立或行政撤销不成立的行政决定除外。

三、合理期限

TRIPS 规定，如果某种知识产权的获得需要经过授权或注册，各成员应保证在符合获得权利的实质性条件的前提下，在合理的期间内批准授权或注册，以免无保障地缩短保护期限。

第五节　知识产权执法措施

一、民事和行政程序及救济

1．民事和行政程序必须公平合理。

2．证据的提供

TRIPS 规定在符合条件的情况下举证责任可以倒置；如果被要求提供证据的一方当事人在合理期限内拒绝提供证据，成员可以授予司法当局在确保当事人对有关主张或者证据有陈述机会的前提下，根据已提供的信息作出初步的或者最终的决定。

3．对知识产权侵权救济

TRIPS 明文规定了“责令停止侵权”、“损害赔偿”等几种对知识产权侵权的救济方法，其目的是及时有效的制止和阻止侵权。

二、临时措施

1．临时措施的目的

临时措施适用的目的只能是制止侵权行为或证据保全。

2．临时措施的种类

包括临时禁令和证据保全措施两种。

3．临时措施的程序

TRIPS 对临时措施程序提起的条件、担保、临时措施的撤消以及对被告的赔偿都作出了全面的规定。

三、边境措施

1．适用的对象

成员必须对假冒商标的商品和盗版商品采取边境措施，而对除此之外的其他知识产权侵权行为是否采取边境措施则属于成员可自由决定的范围。

2．海关中止放行

这部分规定了海关中止放行的条件、担保以及误扣的赔偿。

3．侵权产品的处理

对于被确认侵权的商品，主管当局应有权责令销毁或将其排除出商业渠道。

四、刑事程序

TRIPS 要求成员至少应对有意以商业规模假冒商标或对版权盗版适用刑事程序以及刑事惩罚。

第六节　知识产权争端的防止与解决

一、争端的防止——透明度原则

TRIPS 也引入透明度原则以防止争端的发生，其规定各成员应将其施行的与协定内容(即知识产权之效力、范围、获得、执法及防止滥用)有关的法律、条例、普遍适用的终审司法判决和终局行政裁决以及成员一方与他方之间的与协定内容有关的协议，以本国语言公布，或者以本国语言使公众能够获得，以使各国政府及权利持有人知悉。除公布以外，成员还应将上述法律和条例通知“与贸易有关额定知识产权理事会”，以便协助该理事会检差 TRIPS 的执行情况。

二、争端的解决

1．知识产权争端解决的规则和程序

WTO 附件三 DSU 规定的争端解决程序适用于成员之间因 TRIPS 协议履行而产生的争端。

2．知识产权争端解决的特殊规定

在 2000 年 1 月 1 日前，世界贸易组织的知识产权纠纷案将只涉及一成员就另一成员在承诺义务范围内的不作为而提出的申诉。

复习与思考题

1．TRIPS 的基本原则。

2．TRIPS 对专利的保护客体有何规定？

3．TRIPS 在哪些方面提高了对驰名商标和集成电路布图设计的保护水平？

4．TRIPS 规定的知识产权执法措施包括哪些内容？

拓展阅读书目

1．《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，朱榄叶编著，法律出版社 2000 年出版。

2．《WTO 知识产权协议逐条讲解》，郑成思著，中国方正出版社 2001 年版。

3．WIPO training manual published in 1993: Introduction to Trademark Law and Practice，WIPO publication number: 653

第六章　知识产权国际保护的新发展

本章教学目的和基本要求：本章共 3 节，是对近年来知识产权国际保护新领域的全面介绍，旨在使学生了解在专利、著作权以及商业标记国际保护领域出现的各种新的热点问题。

学时分配：4 课时

重点：

把握知识产权国际保护的新动态，扩大相关的知识面。

第一节　专利国际保护的新发展

一、现代生物技术对传统专利制度的冲击

1．背景知识介绍

介绍现代生物技术（主要是基因技术）的产生、发展及对现代社会生活的影响。

2．现代生物科技带来的知识产权保护新问题

现代生物技术发明专利保护的道德伦理限制问题

根据传统的专利法理念不应或者不宜授予专利的客体，在现代生物技术时代是否有所改变？

现代生物技术对专利三性的影响

伴随着生物技术的产业化，如何在生物技术发明领域兼顾科学研究的自由、社会公众的利益与产业投资者的投资回报？

二、商业方法的专利保护问题

1．商业方法的含义

一般指借助计算机系统和网络媒介实施的用于经营活动或处理财经信息的系统性技术方法。

2．商业方法发明的获得方式

通常通过两种方式获得，一是以扩大计算机软件相关技术的应用获得；另一种是以扩展与计算机软件相关发明相联系的经营方式获得。

3．美日欧在商业方法专利问题上的分歧

美日欧出于国际竞争与合作的需要，在有关商业方法软件的专利的保护上目前的主要分歧点在于创造性标准的严格程度上。

第二节　著作权国际保护的新发展

一、数字网络技术对传统著作权制度的影响

1．网络服务业者（ISP）的著作权侵权行为

网络服务业者(ISP)是指提供通路以使网络内容提供者（ICP）和网络用户与因特网连线的从业者。

ISP 的著作权侵害包括直接侵害和间接侵害两种。直接侵害著作权主要表现为未经版权人同意对版权材料的复制(主要是暂时复制)，但这种未经许可的复制行为是侵权还是对作品的合理使用？目前在理论和司法实践中还存在较大争议；间接侵害著作权则主要表现为因其客户的版权侵权行为而产生的间接侵权责任。

2．超文本链接的著作权侵权问题

超文本链接指在相关的图形或文本之间建立导引，使得某一图形或文本可以直接进入另一图形或文本。

链接包括页内链(将同一文件的不同部分链接起来)、系统内链(将同一服务器上的不同文件链接起来)和系统外链(链接的是不同服务器上的文件)，实践中产生法律纠纷的主要是系统外链。

二、数据库的知识产权问题

1．数据库的定义和特征

定义：数据库一般是指以系统或有序安排，并可以通过电子或其他手段单独进行访问的独立作品、数据或其他材料的集合。

特征：数据库是一个集合；是一个有序集合；数据库的内容可以通过电子或其他手段进行访问。

2．数据库的版权保护

《伯尔尼公约》规定受版权保护的汇编作品只能是对材料的选取或编排构成了智力创作的文学艺术作品的汇编。TRIPS 将受版权保护的数据库范围扩大，规定数据库的“独创性”是其能否获得版权保护的唯一标准，而数据库的内容构成对是否适用版权保护没有任何影响。

3．数据库的特别权利保护

为了促进对数据库开发的投资，欧盟和美国先后创立特别权利保护制度，用以保护不具有版权法意义的“独创性”的数据库。

第三节　商业标记国际保护的新发展

一、域名的知识产权保护问题

1．域名的含义及其法律性质

域名即“网址”，是一种由英文字母(A－Z、a-z，大小写等价)或者汉字、数字(0－9)和连接符(－)以及实点(.)构成的因特网上的计算机的地址。从技术角度讲，域名只是联入网络的计算机“易被人记忆和识别”的特定标志符，但随着电子商务的兴起和蓬勃发展，域名日益显示出不可估量的商业价值。因此，域名是否是具有知识产权的性质就成为知识产权界的一个热点问题。

2．域名与商标权的冲突

实践中，商标权与域名的冲突主要包括以下三种情况： 单纯的权利冲突；域名盗用行为；域名抢注行为。

3．域名争议的行政解决途径

为了解决域名争议单一司法保护途径带来的诸多问题，在 WIPO 的倡导之下，国际互联网名称和地址分配公司（ICANN）于 1999 年 8 月 26 日发布了《统一域名争议解决规则》，同年 12 月 24 日又发布了《统一域名争议解决规则的实施细则》。为域名争端解决提供了原有司法途径之外的一种崭新的行政解决方式，使迅速、有效解决问题成为可能。

二、地理标记的知识产权保护问题

1．地理标记的含义

指表示一种商品的产地在某一成员领土内，或者在该领土内的某一地区或地方的标志，而某种商品的特定品质、名声或者其特色主要是与其地理来源有关。

2．地理标记和原产地标记的区别

在表示方法和作用两方面不同。

3．地理标志保护中存在的问题

地理标志权和商标权的冲突；酒类产品地理标志保护的问题；地理标志知识产权保护的例外。

4．我国地理标志保护现状

现行的保护方式主要有证明商标的保护和地理标志注册保护制度，但这两种保护制度之间存在一系列的冲突。

复习与思考题

1．现代生物技术的应用对传统专利制度的挑战主要表现在哪些方面？

2．什么是信息网络传播权？它与传统著作权制度中的广播权有何不同？

3．商标权和域名权的冲突主要表现在哪些方面？

4．在数据库的保护方面 TRIPS 在哪些方面扩大了《伯尔尼公约》的保护范围？

拓展阅读书目

1．《数据库的法律地位》，董炳和著，载于《知识产权文丛(第一卷)》，郑成思主编，中国政法大学出版社 1999 年版。

2．张今著：《知识产权新视野》，中国政法大学出版社 2002 年版。

3．郑成思著：《WTO 知识产权协议逐条讲解》，中国方正出版社 2001 年出版。

4．薛虹著：《网络时代的知识产权法》，法律出版社 2000 年出版。

第七章　国际技术转让

本章教学目的和基本要求：本章共两节，是对国际技术转让的全面介绍。

学时分配：2 课时

重点：

掌握国际技术转让和国际技术贸易的关系，了解国际技术转让的产生和发展过程以及联合国在有关国际技术转让法律调整方面的努力。

第一节　国际技术转让概述

一、国际技术转让的产生和发展

1．国际技术转让产生和发展的四个阶段

远古时代的国际技术转让：技术转让是一种简单、偶然的活动，传播速度慢，对社会经济发展影响不大。

中世纪的国际技术转让：以技术产生地为中心，依照一定的地理方位由近及远，逐渐向四周区域扩散，呈“阶梯式”的缓慢发展状态。

工业革命到第二次世界大战前的国际技术转让：技术转让开始不受地理条件限制，开始呈现“跳跃式”发展状态。国际技术贸易产生，但在方式、规模和内容上相对简单、狭小。

二战后至今：国际技术转让蓬勃发展，转让途径多元化。

2．现代国际技术转让的特点

国际技术贸易成为国际技术转让的最为主要的形式，且规模日趋扩大。

发达国家在国际技术贸易领域的竞争日趋激烈。

跨国公司是国际技术贸易的重要媒介

发展中国家开始步入技术输出国行列，技术来源开始呈多极化

3．国际技术转让的“国际性”认定标准

公认的标准：技术跨越国境的转移。

争议的问题：当事人双方定居于或设立于同一国家，但其中一方为外国实体所控制，此时双方的技术贸易是否为国际技术贸易？

二、国际技术转让的途径

主要有六种途径：国际许可证贸易、国际特许经营、国际合资经营、国际合作生产、国际工程承包、国际技术咨询和技术服务。其中，最主要、最普遍适用的是国际许可证贸易。

第二节　联合国《国际技术转让行动守则（草案）》

一、基本情况

1．产生背景

20 世纪 60 年代以来国际间技术转让迅猛发展，但始终缺乏一套统一的调整国际技术转让交易的行为守则。为了争取在国际技术转让交易中的平等地位，在发展中国家的强烈要求之下，1978 年在联合国贸发会议主持达成。

2．现状及评价

由于发达国家和发展中国家之间存在严重分歧，因此《守则（草案）》至今没有完全达成协议，正式通过。但其中相当多的内容已经被发展中国家在制定国内的技术进出口法时引用。

二、已基本没有争议的内容

1985 年讨论后达成的草案一共包括序言和九章的内容。对序言、第 2 章（定义和适用范围）、第 3 章（目标和原则）、第 5 章（关于管制限制性商业条款问题）、第 6 章（当事人各方的责任和义务）、第 7 章（对发展中国家的特殊待遇）已经达成了协议。

三、仍然存在的严重分歧

目前仍然存在的分歧主要表现在以下几个方面：行动守则的法律性质问题；跨国公司的海外子公司在其所在国境内进行的技术转让交易是否适用守则；国际协作；国际性体制机构的职能和性质；法律适用和争端的解决。

复习与思考题

1．国际技术转让的途径有哪些？

2．什么是国际特许经营？它有哪些特点？

拓展阅读书目

1．《国际技术贸易法》，杨帆、李强著，中国人民公安大学出版社 2002 年出版。

2．《国际贸易法系列丛书之三——国际知识产权法》，王传丽主编，中国政法大学出版社 2003 年出版。

3．国家科学技术部编写：《国际技术转让指南》，中国政法大学出版社 2000 年出版。

4．[日]富田彻男：《技术转让与社会文化》，商务印书馆 2003 年出版。

第八章　国际许可证贸易

本章教学目的和基本要求：　本章共 4 节，是对国际技术转让中最主要的国际许可证贸易的全面、详细介绍。

学时分配：8 课时

重点：

1．掌握国际许可证贸易的概念、特点；

2．掌握国际许可合同的种类以及不同标的许可合同的共有条款和特有条款；

3．掌握国际许可合同中限制性商业条款产生的原因和我国对其的法律调整。

第一节　国际许可证贸易概述

一、国际许可证贸易的概念

国际许可证贸易是指当事人双方通过签订国际许可合同的方式，由一方转让技术的使用权，而另一方支付使用费的技术转让方式。

二、国际许可证贸易的特点

和国际货物贸易相比，国际许可证贸易的特点表现为：贸易的标的是无形的知识产权；转让的通常是知识产权的使用权而非所有权；贸易过程具有长期性、复杂性；对国际许可证贸易的法律管制具有双重性和严格性。

三、国际许可证贸易的一般程序

通常，为了成功地实现一项国际许可证贸易，一般要经过三个主要阶段，即引进前的准备、许可合同的谈判和合同的执行。

第二节　国际许可合同

一、国际许可合同的种类和特点

1．国际许可合同的种类

通常的分类方法是以许可方授权的大小和被许可方所受到的限制分为五类：独占许可合同、排他许可合同、普通许可合同、从属许可合同和交叉许可合同。

2．国际许可合同的特点

国际许可合同具有内容复杂、长期性、很强的法律性以及每一交易独特性的特点。

二、国际许可合同的主要内容

1．商务性条款的主要内容

国际许可合同的商务性条款主要包括前言和定义、合同的价格、支付的方式、包装和标记几项内容。

2．技术性条款的主要内容

国际许可合同的技术性条款主要包括合同的范围、技术资料的交付、技术服务和人员培训、

保证和索赔和几项内容。

3．法律性条款的主要内容

国际许可合同的法律性条款主要包括侵权和保密、税费、不可抗力、争议的解决、合同生效和其他几个方面的内容。

第三节　国际许可合同主要文本解读

一、专有技术许可协议

1．专有技术许可协议的概念

专有技术许可协议是指双方当事人就转让专有技术的使用权而签订的，规定双方权利义务关系的法律文书。

2．专有技术许可协议的结构与条款

专有技术许可协议通常由合同本文和附件两部分组成。合同本文又可分为约首、合同条款和签字。保密条款和保证条款是专有技术许可协议中最为重要的两个条款。

二、专利许可协议

1．专利许可协议的概念和特点

专利许可协议是指专利实施权为交易标的许可协议，它既不包括专有技术或商标使用权，也不包括技术协助与技术服务的内容。专利文献是对全社会公开的，因此，单纯的专利许可仅仅是一个授权协议，许可方没有交付技术资料，进行技术指导和技术培训等义务，它的执行也比较简单。

2．专利许可协议的主要条款

授权、权利的取得和维持以及不争条款是专利许可协议中的特有条款。

三、商标许可协议

1．商标许可的概念和特点

商标许可就是商标权人通过签订商标许可协议授予被许可人使用其商标的权利。在协议期间，被许可人有权在自己的产品上使用许可人的商标，同时向许可人支付一定的使用费。

为了将商标许可的风险减到最小，商标权人通常都坚持要求在商标许可合同中订入质量监督和控制条款，这是商标许可合同的一大特点。

2．商标许可协议的主要条款

第四节　国际许可合同中的限制性商业条款

一、限制性商业行为和反垄断

1．限制性商业行为

限制性商业行为是指在国际技术贸易中一方施加于另一方或双方协议的某些做法，将形成某种垄断或阻碍自由贸易和正当的竞争。

2．发展中国家的反垄断措施

国际技术贸易中，限制性商业行为使发展中国家受到不平等待遇，影响了发展中国家引进技术和发展国民经济。因此广大发展中国家都积极反对这种垄断技术的做法，他们为了发展本国经

济，保护引进方的利益，许多国家都制订了具体的法律条例，防止和禁止引进方接受不合理的限制性条款。

二、我国对限制性商业条款的法律调整

1．限制性商业行为在技术引进中的表现

主要表现在技术使用、生产和销售、技术改进和发展等方面。

2．我国对技术进出口中限制性商业条款的法律调整

经历了两个发展阶段：1985 年的《技术引进合同管理条例》只调整技术引进中的限制性商业行为；2002 年生效的《技术进出口管理条例》不仅调整技术引进中的限制性商业行为，同时也调整技术出口中的限制性商业行为。

复习与思考题

1．什么是国际许可证贸易？和国际货物贸易相比，国际许可证贸易有哪些特点？

2．什么是独占许可合同？它和排他许可合同的区别是什么？

3．专有技术许可合同和专利许可合同各有哪些特有条款？

4．什么是国际技术贸易中的限制性商业条款？

拓展阅读书目

1．国家科学技术部编写：《国际技术转让指南》，中国政法大学出版社 2000 年出版。

2．国际经济贸易仲裁委员会编写：《国际技术贸易合同书示范文本及相关法律法规》，法律出版社出版。

3．曹家瑞 周民著：《专利许可贸易》，知识产权出版社 1999 年出版。

4．顾晓莉 王俊岗著：《专利许可和专利许可贸易》，知识产权出版社 2002 年出版。

第九章　国际技术贸易的政府管理

本章教学目的和基本要求：本章共三节，是对国际技术贸易政府管理的全面介绍。通过对本章的学习，学生应当了解发达国家和发展中国家在国际技术贸易管理方面的侧重点，一些主要国家对技术进出口管理方面的特点，掌握中国管理技术进出口的有关法律规定。

学时分配：4 课时

重点：

1．解发达国家对国际技术贸易的政府管理；

2．掌握发展中国家对国际技术贸易的政府管理；

3．比较不同国际对技术进出口管理的侧重点，明确中国现阶段技术进出口管理的重点。

第一节　发达国家对国际技术贸易的政府管理

一、发达国家对国际技术贸易政府管理的概况

1．政府管理的侧重点

发达国家对国际技术贸易管理的侧重点在技术出口方面，其管理的主要目的是防止尖端技术外流。同时，处于政治、经济目的的考虑，发达国家比较注重对技术出口进行国别限制。和发展中国家相比，发达国家对国际技术贸易的政府管理更为自由化。

2．发达国家在国际技术贸易政府管理方面的合作

在二战结束初期，发达国家在国际技术贸易政府管理方面的合作主要通过巴黎统筹委员会进行，政治目的性较强。20 世纪 90 年代之后，这种合作的目的主要是维护其在尖端技术领域的国际垄断地位，经济目的性较强。

二、美国对国际技术贸易的政府管理

美国对国际技术贸易的政府管理兼具有政治性和经济型的双重特点。在所有的 发达国家中，美国最为强调对技术出口的国别管理。

三、欧盟对国际技术贸易的政府管理

欧盟对国际技术贸易的政府管理的特点是在实行技术贸易自由化的同时，通过反垄断立法等进行宏观调空，并且非常强调欧盟内部的合作和行动的一致性。

四、日本对国际技术贸易的政府管理

日本对国际技术贸易的政府管理经历了侧重调整引进到侧重调整出口两个发展阶段。

第二节　发展中国家对国际技术贸易的政府管理

一、发展中国家对国际技术贸易政府管理概况

1．政府管理的侧重点

发展中国家对国际技术贸易管理的侧重点在技术引进管理方面，其一般通过设立专门机构进行项目和合同审批的方式管理技术引进。

2．政府管理的三个层次

按发展中国家对技术贸易管理的宽严情况来划分，世界上贸易转让管理可分三个层次；全面管理、银行管理和自由化。

二、管理机构

分为项目审批和合同审批两级管理。前者进行宏观调空，目的是防止重复引进或者确保引进有利于本国国民经济的发展；后者对技术引进合同进行审查，目的是防止合同中有不利于本国引进方的限制性商业条款。

三、审批内容

为了帮助交易各方了解政府的技术引进政策，很多国家除了制订有关技术引进法规以外，还公开发表由政府制订的技术引进指南，以指导企业的技术引进活动。由于不同国家在历史背景、政治制度、经济技术发展水平、法制制度和现行政策方面有很大差异，因此各国对技术引进合同的审批内容，尤其是审批标准方面难以一致。

印度、墨西哥等国对国际技术贸易的政府管理

第三节　我国对技术进出口的政府管理

一、我国技术进出口的基本法律框架

我国现行的技术进出口的基本法律框架由《对外贸易法》、《技术进出口管理条例》及其施行细则以及若干办法组成。

二、技术进口管理制度

1．技术进口的分类管理制度

分禁止进口、限制进口和自由进口三类，实行宽严程度不同的管理制度。

2．技术进口合同的售付汇管理

为完善技术进口合同的管理，规范和维护金融秩序，根据《中华人民共和国技术进出口管理条例》和有关规定，外经贸部（现商务部）和国家外汇管理局于 2002 年 2 月 20 日发布了《关于加强技术进口合同售付汇管理的通知》对技术进口合同的售付汇进行管理。

三、技术出口管理制度

1．技术出口的分类管理制度

同样分禁止进口、限制进口和自由进口三类，实行宽严程度不同的管理制度。

2．软件出口合同的管理

为了加强对软件出口的统计、保护和管理，同时为防止国家秘密技术清单中的软件技术流失，对外经贸部（现商务部）、科学技术部、信息产业部、国家统计局和国家外汇管理局于 2001 年 10 月 25 日发布的《软件出口管理和统计办法》，专门对软件出口进行管理。

复习与思考题

1．发达国家和发展中国家在对国际技术贸易进行政府管理时有哪些不同？

2．试述我国对技术进出口的分类管理制度。

拓展阅读书目

1．王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社 2001 年出版。

2． [日]富田彻男著：《市场竞争中的知识产权》，商务印书馆 2000 年出版。

3．王忠明著：《人的暴利——新经济、知识经济与人力资本的另类思考》，经济科学出版社 2000 年版。

《世界贸易组织法（WTO 法）》
教学大纲

李　巍　编写

目　录

前　言 250
第一章　WTO 多边贸易体制 251
第一节　世界贸易组织前身关贸总协定 251
一、关贸总协定的产生（略） 251
二、关贸总协定的基本内容和理论基础 251
三、关贸总协定的法律地位 251
第二节　WTO 多边贸易机构体制 251
一、乌拉圭回合谈判成果 251
二、世界贸易组织定义和性质，与 GATT 的关系 251
三、世界贸易组织的宗旨、职能 252
四、世界贸易组织成员，组织的机构和决策方式 252
第三节　世界贸易组织多边贸易法律体系 252
一、世贸组织管辖的框架协议 252
二、WTO 规则与 GATT1947 规则的关系 252
三、WTO 规则的法律效力，对中国约束的范围（约束的主体，地域效力范围） 252
复习与思考题 253
拓展阅读书目 253
第二章　世界贸易组织货物贸易规则之一 ——GATT1994 基本原则 254
第一节　GATT1994 基本原则 254
一、最惠国待遇原则 254
二、国民待遇原则 254
三、逐步削减关税和约束关税原则 255
四、一般禁止实行数量限制原则 255
五、权利义务平衡合理期待原则 255
第二节　GATT1994 例外条款 255
一、属于整个 GATT 原则、规则的例外 255
二、最惠国待遇例外 256
三、国民待遇例外 256
四、一般禁止实行数量限制原则的例外 256
五、GATT1994 关于发展中国家特殊待遇的规定 257
第三节　中国在实施 GATT1994 基本原则方面的具体承诺 258
一、在实施非歧视原则方面的具体承诺 258
二、关税措施的承诺 258
三、一般取消数量限制的具体承诺 258
复习与思考题 258
拓展阅读书目 258
第三章　WTO 货物贸易规则之二 ——约束非关税壁垒主要协议 259
第一节　贸易救济措施协议 259
一、GATT1994 第 6 条以及 WTO《关于实施 1994 年关贸总协定第 6 条的协定》（反倾销协议） 259

二、WTO《补贴与反补贴措施协议》（反补贴协议） 260
第二节　WTO 与标准有关的措施协议 262
一、《技术贸易壁垒协议》 262
二、《动植物卫生检疫措施的协议》（SPS 协议） 263
第三节　与海关管理有关的协议 263
一、《关于实施 GATT1994 第 7 条的协定》（海关估价协议） 263
二、WTO《原产地规则协定》 264
复习与思考题 265
拓展阅读书目: 265
第四章　WTO 调整新领域的协议 266
第一节　《服务贸易总协定》 266
一、国际服务贸易特点，市场开放现状 266
二、GATS 框架协议的主要内容 267
第二节　《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议） 268
一、协议产生背景，知识产权保护作为贸易问题原因 268
二、宗旨和总则 268
三、各个知识产权主题的保护 268
四、知识产权保护的实施及争议解决 269
第三节　《与贸易有关的投资措施协议》 269
一、协议宗旨和约束范围 269
二、一般义务 269
第四节　WTO 争端解决机制 270
一、争端解决机制的建立 270
二、WTO 争端解决机制主要内容 270
复习与思考题 270
拓展阅读书目 271

前　言

世界贸易组织法（WTO 法）是法学本科阶段选修课程，教学计划为 36 课时，大纲编写的目的是配套教材的使用，并让学生能提纲挈领地掌握课程的主要知识点。

世界贸易组织法课程主要是讲解世界贸易组织的产生和发展，世界贸易组织的法律框架，世界贸易组织的争端解决、贸易政策评审等重要制度，以及世界贸易组织在货物贸易、服务贸易和与贸易有关的知识产权方面所形成的各个重要协议的内容。

本大纲由世界贸易组织法的主要授课老师李巍编写。

第一章　WTO 多边贸易体制

本章教学目的和基本要求：本章共 3 节，其中第二节和第三节是本课程的重点。通过本章学习应深入理解 WTO 的含义、性质、宗旨和组织机构；理解 WTO 与 GATT 的联系与区别；中国应承担的基本义务。应掌握 WTO 法的约束力，它在整个国际经济法中的地位作用。

学时分配：7 课时

重点：

1．掌握 WTO 的性质、宗旨、组织机构。

2．掌握 WTO 与 GATT 的关系，WTO 的法律地位。

3．掌握 WTO 法的约束力，WTO 法在中国适用的范围。

4．掌握 WTO 法的基本内容结构和特点，法律之间的效力关系。

5．掌握世界贸易组织、ITO、GATT 第 6、7、8 回合的概念和知识点。

6．理解 WTO 宗旨的效力，WTO 对中国可持续发展的影响。

7．理解 WTO 建立的背景，GATT 乌拉圭回合谈判成果。

第一节　世界贸易组织前身关贸总协定

一、关贸总协定的产生（略）

二、关贸总协定的基本内容和理论基础

GATT 基本内容

关贸总协定的理论基础及规则特征

关贸总协定建立在自由市场经济理论基础之上，英国古典经济学家亚当·斯密和大卫·李嘉图的比较利益理论是自由贸易理论的基石，也是 GATT 的理论基础。

ATT 规则的重要特点是其灵活性，体现为一般规则与具体承诺，基本原则与原则例外，条约义务与道义责任的有机结合，这一规则特征已被 WTO 继承。

三、关贸总协定的法律地位

ITO 的破产导致 GATT 的产生。关贸总协定是临时生效的协定，是非正式国际组织。

第二节　WTO 多边贸易机构体制

一、乌拉圭回合谈判成果

GATT 多边回合谈判，第六回合、第七回合的重要成果。乌拉圭回合谈判成果。世界贸易组织的产生。

二、世界贸易组织定义和性质，与 GATT 的关系

世界贸易组织是在组织上取代关贸总协定、协调和约束各成员贸易政策、法规和措施的政府间国际组织。在机构体制上，WTO 取代了 GATT。WTO 是永久性的正式国际组织，具有国际法主体资格；WTO 调整比 GATT 更广泛的经济贸易领域；WTO 是统一的多边贸易管理机构；WTO

是健全的国际机构，有广泛的代表性，它的争端解决机构是国际法理论和实践的突破。世界贸易组织与联合国、世界银行和国际货币基金组织的关系。

三、世界贸易组织的宗旨、职能

WTO 的宗旨，它对于 GATT 宗旨的扩展。《建立世界贸易组织协议》序言提出了该协议的宗旨，这一宗旨是 WTO 机构的宗旨，也是整个 WTO 法的根本目标和宗旨（建立世界贸易组织协议是主协议）。

从 WTO 宗旨及其对 GATT 宗旨的扩展看 WTO 法对全球可持续发展以及全球化治理的影响。WTO 宗旨表明：世界贸易组织力图促成的多边自由贸易关系和秩序是以人为本，协调的可持续发展的；WTO 及 WTO 法将在全球化治理中发挥独特作用。

WTO 的职能。

四、世界贸易组织成员，组织的机构和决策方式

WTO 成员的组成。

WTO 机构体系。部长级会议，总理事会，争端解决机构，贸易政策评审机构，分理事会，委员会工作组，总干事和秘书处的组成、地位和权限。争端解决机构的独特性。

WTO 决策方式，协商一致与投票表决议案的范围。

第三节　世界贸易组织多边贸易法律体系

一、世贸组织管辖的框架协议

WTO 协议由《建立世界贸易组织协议》（主协议）和附属的框架协议（附属协议）构成。框架协议内容包括货物贸易多边协议，服务贸易总协定，与贸易有关的知识产权协议，WTO 关于争端解决的规则和程序的谅解和贸易政策评审机制，诸边协议。除诸边协议外，其他都是多边协议，要求一揽子接受，对所有成员有约束力。WTO 协议的特点是：1．以自由贸易理论和市场经济法则为基础；2．强调权利义务平衡；3．高度的灵活性；4．具有契约性和法规性。

《建立世界贸易组织协议》与附属的框架协议之间的效力关系；GATT1994 与其他多边协议之间的效力关系。

二、WTO 规则与 GATT1947 规则的关系

在制度上，WTO 多边贸易规则是对 GATT1947 原则和规则的继承和发展。WTO 规则全面继承了 GATT1947 的宗旨和基本原则，也接受了 GATT1947 的基本规则。另一方面，WTO 规则又在整体上发展了 GATT1947 的原则和规则，这体现为对 GATT1947 宗旨的补充；将 GATT 基本原则扩大适用于新领域；增加了调整新领域的协议以及争端解决规则和贸易评审制度。

WTO 货物贸易协议对 GATT1947 的更新。

三、WTO 规则的法律效力，对中国约束的范围（约束的主体，地域效力范围）

（一）WTO 规则在中国适用的地域范围。

根据中国加入 WTO 议定书第 2、1 条规定，WTO 协议和中国加入 WTO 法律文件（议定书、报告书、加入决定）适用于中国全部关税领土，包括边境贸易区、民族自治地方、经济特区、沿海开放城市、经济技术开发区、以及其他特殊经济区。加入议定书及报告书有关中国贸易政策统一实施的规定。

（二）WTO 规则在中国约束的主体。

WTO 规则对其成员中央政府有直接约束力，中央政府有义务采取一切合理措施确保其领域内的地方政府和当局遵守该协议。WTO 法对成员境内的企业、私人无直接约束力，但有直接影响力。

（三）WTO 规则在中国实施的方式。

WTO 并没有规定各成员应以何种国内措施履行协议义务，各成员可以采取与其传统和政治体制相适应的方式实施协议。中国是将 WTO 协议转化为国内法和国内政策，通过立法、行政、司法等方式执行该协议。鉴于中国特殊的政治体制，除法律外，党和国家政策在执行 WTO 协议中发挥重要作用。

复习与思考题

1．WTO 与 GATT 的关系，WTO 的法律地位？
2．WTO 法在中国适用的范围？
3．WTO 法的基本内容结构和特点，法律之间的效力关系如何？
4．WTO 宗旨有何效力？

拓展阅读书目

1．《建立世界贸易组织协议》。
2．《关贸总协定 1994 年》、
3．中国加入 WTO 议定书，中国工作组报告书。
4．石广生主编：《中国加入世界贸易组织知识读本》，人民出版社，2002 年 1 月第 1 版。
5．王传丽主编：《国际贸易法》，法律出版社 2005 年第 3 版。

第二章　世界贸易组织货物贸易规则之一——GATT1994 基本原则

本章教学目的和基本要求：本章共分三节：第一节是 GATT 1994 基本原则；第二节是 GATT1994 基本原则的例外；第三节是中国履行这部分义务的具体承诺。本章前两节是本课程重点。通过学习应掌握 GATT1994 基本原则的内容，各原则的含义、特点和适用范围。掌握 GATT 基本原则的主要例外条款（一般例外、禁止数量限制例外）的内容、含义、适用范围。了解中国这方面承担的主要义务。

学时分配：6 课时

重点：

1．掌握 GATT 最惠国待遇原则、国民待遇原则、一般禁止实行数量限制原则的含义、特点和适用范围。

2．掌握 GATT 一般例外、一般禁止实行数量限制原则例外的含义、特点和适用范围。

3．掌握 WTO 关于采取保障措施的基本规则。

4．掌握保障措施、GATT 一般例外、安全例外、普惠制、授权条款等重要概念。掌握关税措施和数量限制措施的主要政策工具。

5．了解 GATT 及 WTO 关税减让和关税约束制度。

6．了解中国在实施 GATT 基本原则方面承担的主要义务。

第一节　GATT1994 基本原则

一、最惠国待遇原则

（一）含义：GATT 最惠国待遇原则具有不同于其他经贸领域最惠国待遇原则的特殊含义，它是指一成员给予原产于或运往任何其他国家的任何产品的利益、优惠、特权与豁免应当立即无条件地给予原产于或运往所有其他成员境内的类似产品。

（二）适用范围：应注意 GATT 最惠国待遇在给惠对象、给惠参照、给惠标准的特点。给惠对象是“原产于或运往所有其他成员境内的类似产品”，由于 GATT 最惠国待遇是给予原产于和运往所有其他成员的进出口货物，原产地规则对于执行这一原则有重要作用。给惠参照是“给予原产于或运往任何其他国家的任何产品的利益、优惠、特权、豁免”。给惠标准是“相同标准”。

GATT 最惠国待遇原则既适用于边境措施，也适用于执行国内税和国内规章的措施。包括征收关税和国内税水平，征收这些税费的方法和程序，与进出口有关的规章手续，影响货物销售的法律和规章要求。但不适用关税同盟与自由贸易区及某些单方面优惠安排；不适用于投资措施。

（三）特点：在适用范围的特点。在实施方式的特点（多边化、制度化、无条件）。

二、国民待遇原则

（一）含义：GATT 国民待遇原则不同于其他经贸领域国民待遇原则，它是指一成员产品输入到另一成员境内时，进口国不得直接、间接地对该产品征收高于本国相同或类似产品的国内税和国内费用。在关于产品在国内销售的法律规章实施方面，不得用来歧视外国产品，保护本国相同或类似产品。

（二）适用范围：给惠对象是在进口国销售的原产于另一成员的产品；给惠参照是对本国相同或类似产品征收的国内税费和执行国内规章方面的措施；给惠标准是在征税方面“不高于”，

在执法方面“不歧视不保护”。国民待遇不适用于边境措施，不适用于投资措施（涉及 TRIMS 协议者除外），不适用于政府采购（涉及政府采购协议成员除外）。

三、逐步削减关税和约束关税原则

是指通过互惠互利的谈判，大幅度地降低关税和其他费用，并使减让关税的结果记入减让表，形成有约束的义务。

关税与关税领土，关税领土是一国海关法和关税法实施的地域范围。在比邻国家建立了关税同盟时，关税领土大于一国领土；在一国设立自由港、自由贸易区、单独关税区时，关税领土小于一国领土。（从字面上看，关界是不同关税领土之间的界限。关境是靠进关界的地方）。关税种类，海关税则与税率，征收关税的方法，从价税、从量税、复合税、选择税。

关税减让的互惠互利原则。关税减让方式，产品减让法，线性减让法。关税约束的方式，削减后约束、现状约束、上限约束。

关税约束的意义。

四、一般禁止实行数量限制原则

（一）含义：普遍禁止实行数量限制，任何成员不得对其他成员产品进口和本国产品出口实行禁止和限制，不论采取配额、许可证还是其他措施。在 GATT 允许的例外情况下，可对某些产品进出口实行数量限制，这种数量限制应在非歧视基础上实施，限制量应尽可能接近平等。

（二）采取数量限制的方式，配额，绝对配额与关税配额，全球配额与国别配额，主动配额与被动配额。公开的一般许可证与特别许可证，自动许可证与非自动许可证。

（三）该原则仅适用于边境措施，即适用于尚未进出口的货物，对已经进口出的货物实行歧视性禁止或销售限制由国民待遇原则调整。

五、权利义务平衡合理期待原则

各成员在贸易谈判中应作出对等的让步或减让，使双方获利大体相等，贸易和国际收支平衡。各成员每次通过谈判达成的协议和减让形成有约束的义务，在此基础上形成的成员间权利义务平衡应该保持。任何有利害关系的成员可以合理期待，基于这种平衡产生的利益和让步不应受到抵消和损害，如果损害发生，应给予补偿。

第二节　GATT1994 例外条款

一、属于整个 GATT 原则、规则的例外

（一）一般例外

依第 20 条规定的一般例外，GATT1994 各项规定不得解释为阻止各成员采取为维护公共道德所必需的措施（a 项）；采取的为保护人民、动植物生命健康所必须的措施（b 项）；有关输出和输入黄金白银的措施（c 项）；为保证与本协定无抵触的法规、条例的执行所必需的措施（d 项）；有关监狱劳动产品的措施（e 项）；为保护本国具有艺术、历史、考古价值的文物而采取的措施（f 项）；为保护可能用竭的天然资源的有关措施（g 项）；为履行国际商品协定义务而采取的措施（h 项）。但是在采取这些措施时不得对情况相同的各国构成武断、不合理的歧视待遇或变相限制国际贸易。

b 项、d 项、g 项的适用范围，专家小组审理案件对该条款的解释。

第 20 条一般例外在 WTO 规则中的地位。

（二）安全例外

GATT 第 21 条是安全例外，规定缔约方提供有关国家安全的资料和为国家安全利益所采取的行动，以及依联合国宪章为维持国际和平安全采取的行动不受总协定约束。

（三）WTO 成员保留是否接受新义务权利

（四）WTO 成员之间互不适用 WTO 协议

（五）毗邻成员之间边境贸易的例外（第 24 条）

二、最惠国待遇例外

（一）GATT 最惠国待遇（MFN）原则不得阻止建立关税同盟和自由贸易区（24 条），关税同盟、自由贸易区的含义，区域经济一体化对多边贸易体制的影响。

（二）MFN 不得阻止 WTO 成员根据 GATT 第四部分及授权条款给予另一成员单方优惠。

（三）虽然 GATT 没有规定 MFN 不适用于政府采购，但由于政府采购由政府采购协议调整，使这个诸边协议成员之间在政府采购方面相互给予的待遇优于非成员，此项优惠事实上不受 GATT 最惠国待遇原则阻碍。

三、国民待遇例外

（一）国民待遇原则不适用于政府采购。

（二）国民待遇原则不妨碍一成员政府给国内生产者某种补贴，该例外应在 WTO《补贴与反补贴措施协议》下实施。

四、一般禁止实行数量限制原则的例外

（一）普遍禁止的例外，为防止和减轻国内必需品的匮乏而采取的临时限制出口；为实施国际贸易中初级产品分类定级和市场销售标准和规章所必需的禁止与限制；政府为缓和国内供应过剩而对农渔产品实行限制。

（二）为保障国际收支实施的数量限制，根据 WTO 有关协议，采取这类限制应符合的条件。

（三）保障条款及保障措施

1．含义：GATT 第 19 条是保障条款，该条款规定：当一成员国发生了不能预见的情况以及因为关税减让造成某种进口产品大量增加，以致于对国内相关产品的生产造成严重损害或严重损害威胁，该成员可以实施临时性限制进口措施（保障措施）。一成员采取的 GATT 第 19 条范围的措施是保障措施。保障措施不同于针对倾销、补贴产品进口采取的限制，它是对外国正当合法的进口产品实行限制。

采取保障措施与反倾销措施的不同点（对象、条件、方式不同）。

2．采取保障措施的条件

根据 GATT 第 19 条及 WTO《保障措施协议》，采取保障措施应符合以下条件：

（1）因发生了不能预见的情况（指在关税减让谈判时不能预见）和在协定项下承担关税减让义务的影响，来自某一成员的某种进口产品数量增加。

（2）该增加的进口产品给国内同类或直接竞争产品的生产者造成严重损害或严重损害威胁。在决定严重损害及损害威胁时应考虑的因素。

（3）国内生产者的损害与进口增加存在因果联系。

（4）应依据 WTO《保障措施协议》规定的其他程序条件。

3．保障措施实施的方式

（1）保障措施为增加关税和实行数量限制，如使用数量限制，该限制不得低于有代表性的最近 3 年的平均水平。

（2）时间限制，一般期限是 4 年，最长不超过 8 年。

（3）非歧视地实行保障措施，保障措施针对造成进口损害的产品，不应有选择性。

（4）应依据立案调查、通知、协商程序。

（5）贸易损失的补偿。

（6）发展中国家的特殊待遇。协议规定对原产于发展中国家的进口产品采取保障措施应符合以下条件：来自一发展中国家的某产品进口量超过进口国该进口产品总量的 3%；或进口份额低于 3%的几个发展中国家进口量之和超过进口国该产品进口总量的 9%。

4．保障措施实施的程序

（1）立案调查

（2）通知

（3）协商

（4）临时措施

5．中国加入 WTO 议定书第 16 条关于一般产品特殊保障条款规定，在中国加入 WTO 之后 12 年的过渡期内,如果原产于中国的某些产品进入任何其他成员领土，其增长的数量对该成员国内同类产品或直接竞争产品造成威胁或市场扰乱，该成员可与中国协商要求限制该产品进口，如协商不成，该成员可单独对原产于中国的某进口产品在必需的范围内实行限制。

中国加入 WTO 报告书第 241-242 段关于纺织品特殊保障条款的规定,在 2005-2008 年,如果原产于中国某一类纺织品对其他进口成员造成市场扰乱,该成员可请求与中国进行协商,如果协商不成,该进口成员实行临时限制。但 4 年内对一种产品只能限制一次，一次只能够限制一年。

五、GATT1994 关于发展中国家特殊待遇的规定

（一）第 18 条规定

第 18 条题为政府对经济发展援助，允许发展中国家有更多自由使用数量限制和其他措施保护其幼稚工业和国际收支平衡，但由于其运用受程序限制，较少采用。

（二）GATT 第四部分及授权条款，普惠制

1. GATT 第四部分要求发达国家给予发展中国家在贸易谈判中减让关税和其他贸易壁垒的优惠，不希望得到互惠；扩大发展中国家初级产品的出口；在考虑总协定其他特殊问题时特别注意发展中国家的贸易利益和根本利益。

GATT 东京回合谈判通过《对发展中国家差别的和更优惠待遇，互惠和更全面参与的决定》的授权条款，进一步确认了发展中国家在多边贸易体制中享有差别的更优惠待遇的法律地位，依授权条款，发展中国家享有的差别的更优惠待遇，不需要经过 GATT 豁免义务程序，弥补了 GATT 第四部分的不足。但是 GATT 第四部分与授权条款不是有约束力的法律义务，不能强制实行。

授权条款对 WTO 体制的影响。

2．普惠制是发达国家对于来自发展中国家的某些产品给予的普遍的、非歧视性的、非互惠的关税优惠制度。

中国享受普惠制的状况。

普惠制实施方式及后果。普惠制通过给惠国制定的普惠制方案来实施，给惠方案中包括给与普惠制待遇国家的条件，受惠国，给惠商品、减税幅度，保护措施，原产地规则。

普惠制未来发展。

第三节　中国在实施 GATT1994 基本原则方面的具体承诺

一、在实施非歧视原则方面的具体承诺

国民待遇义务的扩大问题。
贸易权限制的取消。

二、关税措施的承诺

中国海关及关税制度。
关税减让承诺。国内税对进口产品的适用。

三、一般取消数量限制的具体承诺

数量限制的取消。
配额及关税配额。

复习与思考题

1．GATT 最惠国待遇原则、国民待遇原则、一般禁止实行数量限制原则的含义、特点和适用范围？
2．ATT 一般例外、一般禁止实行数量限制原则例外的含义、特点和适用范围？
3．WTO 关于采取保障措施的基本规则有哪些？
4．保障措施、GATT 一般例外、安全例外、普惠制、授权条款等重要概念。
5．如何理解 GATT 及 WTO 关税减让和关税约束制度。
6．中国在实施 GATT 基本原则方面承担了哪些主要义务？

拓展阅读书目

1．ATT 1994
2．WTO《保障措施协议》
3．中国加入 WTO 议定书和报告书
4．王传丽主编：《国际贸易法》法律出版社 2005 年第 3 版。
5．朱榄叶编著：《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，法律出版社 2000 年 11 月版。

第三章　WTO 货物贸易规则之二
——约束非关税壁垒主要协议

本章教学目的和基本要求：本章共分 3 节，第一节是 WTO 关于贸易救济措施协议，第二节是与标准有关的措施协议，第三节是海关管理措施协议。通过本章学习应掌握 WTO 反倾销协议和反补贴协议的主要内容；掌握 WTO 与标准有关的措施协议的主要内容；掌握本章所述 WTO 约束非关税措施协议的约束范围，中国在实施这些协议中所做的具体承诺。理解非关税措施对贸易的影响。

学时分配：12 课时

重点：

1．掌握倾销的构成和认定倾销的标准

2．掌握 WTO 协议规定的采取反倾销措施的条件、实施方式和程序。

3．掌握补贴的构成和 WTO 协议对补贴的分类，不同种类补贴的范围。

4．掌握 WTO 协议规定的各成员针对不同种类补贴产品进口可采取的措施。

5．掌握 WTO 与标准有关措施协议规定的各成员采取与标准有关措施方面应遵守的一般原则和规则。

6．掌握本章所述 WTO 约束非关税措施协议的适用范围，立法目的。

7．理解非关税措施对中国进出口贸易的影响。

8．理解中国在执行本章范围的 WTO 协议方面所做的具体承诺。

第一节　贸易救济措施协议

一、GATT1994 第 6 条以及 WTO《关于实施 1994 年关贸总协定第 6 条的协定》（反倾销协议）

（一）倾销含义及危害后果

倾销是产品以低于正常价格出口销售的行为。倾销分为长期倾销、短期倾销、偶然性倾销，其中前两种具有不正当竞争性，具有消除竞争对手的掠夺目的，或属于价格歧视，是国际贸易法允许管制的倾销。

倾销对进口国生产相同或类似产品企业的影响。

倾销对进口国倾销产品使用者和消费者的影响。

倾销对出口国的影响。

（二）WTO 协议允许各成员采取反倾销措施的倾销行为

1．倾销的构成要件

GATT 第 6 条规定，一国产品以低于正常价格进入另一国市场，如果因此对一缔约方领土内已经建立的某项工业造成实质性损害或实质损害威胁，或对某一国内工业新建产业产生实质阻碍即构成倾销。这说明 WTO 协议允许各成员采取限制措施的倾销行为应具备以下构成要件：

（1）产品以低于正常价格或低于成本出口销售；

（2）该倾销产品给进口国生产相同或类似产品的生产部门造成实质性损害或实质损害威胁；

（3）国内损害与倾销产品进口有因果关系。

只有符合以上条件的倾销行为，协议允许 WTO 成员采取反倾销措施。但是 WTO《反倾销协议》仅约束成员政府对外国倾销产品进口的反应（反倾销措施），它不能约束外国企业的倾销行为。

2．倾销及损害的认定标准

（1）确定某产品正常价格。认定正常价格的标准应依次参考：（1）正常贸易中某产品在出口国供消费的可比价格（国内价格）；（2）如果某产品没有在出口国销售或销售量低，应参考与该产品同类产品出口到一适当第三国的可比价格（第三国价格）；如果该价格不具有代表性，应比较某产品在原产国的生产成本，加合理的管理成本，销售费用和利润确定（结构价格）。

外国对中国反倾销调查中认定倾销的歧视性做法，替代国标准。

中国加入 WTO 议定书第 15 条规定，某一 WTO 成员在中国加入 WTO15 年的过渡时期内仍可对原产于中国的被调查产品采用替代国价格作为认定正常价格的标准。然而，只要中国被调查企业提出足够证据证明其产品是在市场条件下生产和销售，该 WTO 成员在进行价格比较时应采用中国企业提供的价格或成本。在中国加入 WTO15 年过渡时期后，WTO 成员不得对原产于中国的产品采用替代国标准。

（2）确定出口价格。是正常贸易中进口商购买倾销商品实际支付的价格。

（3）出口价格与正常价格比较。协议规定出口价格与正常价格应进行公平比较的原则，即应基于相同价格水平（通常为出厂价水平），用尽可能相同时间内发生的交易进行比较，并考虑每一个具体案件影响价格可比性的差异。比较方法是①用加权平均的正常价格与所有可比交易的加权平均出口价格比较。②或用每笔交易的正常价格与每笔交易的出口价格进行比较。

经比较后如发现产品出口价格低于正常价格即存在倾销。两者的差额为倾销幅度。

关于微不足道的倾销。

（4）实质性损害和实质性损害威胁的认定，累积评估。

（5）实质性阻碍某一产业新建的认定。

（6）倾销与损害之间的因果关系。

（三）反倾销调查程序

通常需要经过立案审查、发起调查、初裁、终裁四个阶段。

在立案审查阶段涉及申诉人资格和代表性，终止调查的条件。协议规定反倾销调查应在发起调查后 1 年内结束，最长不超过 18 个月。

发起调查阶段涉及通知要求，证据提供，辩护与协商，最佳可得信息制度。协议规定应给予收到调查问卷的出口商和外国生产商至少 30 天的时间做出答复。任何利害关系方不允许使用或未在合理时间内提供必要信息，或严重妨碍调查，主管机关均可在可获得的事实基础上做出初步或最终裁定。

初裁阶段涉及采取临时措施和价格承诺。采取临时措施的条件，形式，时限。临时措施应自调查之日起 60 天后采取，最长时间不超过 6 个月。

价格承诺的含义和接受或不接受价格承诺的后果。

终裁阶段涉及反倾销税的征收方式。

（四）征收反倾销税

反倾销税的含义和性质。征收反倾销税的对象、原则和标准。税率的计算。追溯征收的条件和方式。征税期限与复审。落日条款。

二、WTO《补贴与反补贴措施协议》（反补贴协议）

（一）补贴的定义和性质，《反补贴协议》的约束范围

补贴是国际贸易中通常由政府对出口商品的生产、加工、销售企业给予的奖励和财政支持。协议第 1 条第 1 款列举以下政府或任何公共机构提供的财政资助情况为存在补贴：

1．政府资金的直接转移（如赠款、贷款和投股）或潜在的资金或债务转移（如贷款担保）；

2．放弃或未征收应征收的税收（如税收抵免之类的财政鼓励）；

3．政府提供一般基础设施以外的货物或服务，或购买货物；

4．政府向基金机构付款，或委托一私人机构履行以上政府补贴职能；

5．存在 GATT1994 第 16 条意义上的任何形式的收入或价格支持及因此而授予一项利益。

协议规定上述定义的补贴只有属于专向性补贴才属于禁止性补贴和可申诉性补贴范围，并且可以依据协议第五部分采取反补贴措施。

补贴人为地扭曲了受补贴企业产品在国际市场的竞争地位，使未受补贴的产品企业竞争力受不正当影响。《补贴与反补贴措施协议》既约束各成员政府的补贴措施，也约束成员政府对补贴的反应，即反补贴措施。一成员可以对另一成员的补贴产品采取国内法的立案调查程序，此时应符合反补贴协议第五部分关于采取反补贴措施的程序规定；也可采取 WTO 争端解决程序，此时应符合协议第二至第四部分的的程序规定。一成员只能采取二者之一的程序采取反补贴措施。

（二）补贴的分类及反补贴措施

1．协议对补贴的整体分类。

按补贴是否有专向性分为特定补贴和非特定补贴；按补贴性质和危害分为禁止性补贴、可申诉补贴和不可申诉补贴。对不同种类的补贴，协议规定了不同的采取反补贴措施的条件。

2．禁止性补贴范围及反补贴措施。

禁止性补贴有两种：一是出口补贴，即法律上和事实上以出口实绩为条件（包括多种条件之一）而给予的补贴。二是进口替代补贴，即以使用国产货而非进口货为条件（包括多种条件之一）而给以的补贴。

协议要求各成员不得给予或维持禁止性补贴。只要一成员有理由认为另一成员正在给予或维持禁止性补贴，即可按国内法程序采取协议第五部分规定的反补贴措施，或按协议第二部分规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。

3．可申诉补贴范围及反补贴措施。

可申诉补贴是指协议第 1 条第 1 款规定的补贴。如果该补贴是专向性的，并且给其他成员的利益造成不利影响，受损害的成员可按国内法程序采取协议第五部分规定的反补贴措施，或按协议第三部分规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。给其他成员造成不利影响的含义。

4．不可申诉的补贴范围及反补贴措施。

不可申诉的补贴是指：1）前述不具有特定性的补贴；2）虽有特定性，但属于以下情况的补贴：（1）对企业开展研究活动或企业与高校签约开展研究活动给予的补贴；（2）按地区发展规划，对一成员领土内落后地区的补贴，对符合条件的落后地区内的补贴不具有专向性，且每一落后地区必须是明确界定的毗连的地理区域；（3）为企业改进现有设施适应新的环保要求给予企业的补贴，此类企业因实施法律的新的环境要求而增加了约束和财政负担。对于不可申诉的补贴，如果一成员认为这种补贴给国内工业造成严重的不利影响，例如造成难以弥补的损害，该成员可依据国内法采取协议第五部分的反补贴措施，或按协议第四部分第 9 条规定的 WTO 争端解决程序采取反补贴措施。

（三）发展中国家特殊待遇，中国在履行协议义务中的具体承诺

协议规定了对发展中国家的特殊待遇，禁止性出口补贴的规定不适用于最不发达国家及年均国民生产总值不足 1000 美元的发展中国家，但是这种允许保留的补贴仍然是可申诉的，如果因此给其他成员造成损害，会引起反补贴措施。

中国确认在加入 WTO 后取消出口补贴和进口替代补贴。中国产业政策中的补贴问题，报告书第 171，174 条规定。

第二节　WTO 与标准有关的措施协议

一、《技术贸易壁垒协议》

（一）WTO 技术贸易壁垒协议对 GATT 原协议的改进

乌拉圭回合谈判制定的新的《技术贸易壁垒协议》（TBT 协议）在以下方面更新了 GATT 原协议：1.将动植物卫生检疫措施从一般技术标准措施中分离出来，订立专门协议（SPS 协议）调整；2.TBT 协议既规范产品标准，也适用于某些加工和生产方法，从主体看既规范成员政府行为，也规范非政府的私人的标准化机构；3.取消了原协议中的证书制度，增加了合格评定和相互承认制度；4.规定了标准制度采纳适用的“良好行为守则”，该守则扩大适用于私人的标准化机构和地方政府的标准化机构；5.服从 WTO 一体化争端解决。

（二）适用范围

协议适用于各成员影响国际贸易的关于技术规章、产品标准的制定，实施方面的权利和义务。包括规定产品性能，影响产品性能的加工方法、生产方法的技术规章和标准要求，以及适用于产品的术语、符号、包装和标签要求。技术规章是要求强制遵守的行政管理文件。标准是规范化的指引，是不要求强制遵守的文件。协议对于那些非与产品性能有关的产品加工方法（NPR-PPMS 标准）不适用。但是志愿性的非与产品性能有关的加工方法和标签要求若由政府管理和干预则受 WTO 规则约束。

协议不适用于 SPS 协议范围的动植物卫生措施。

TBT 协议的这一约束范围对国际贸易的影响。

非政府组织发起的生态标志等非与产品性能有关的志愿性标准和标签要求对国际贸易的影响。WTO 这方面的制度发展变化。

（三）WTO 成员权利和义务

1．采取标准和实施技术法规的权利。协议规定，不得阻止其他成员采用技术规章或强制性产品标准以保证产品质量，保护人类动植物生命健康、阻止欺诈行为。这项授权的范围限于那些与产品性能有关的产品标准（包括加工方法）和技术规章措施。

2．符合合法目的及最少贸易限制原则。各成员确保技术法规的制定和采纳在目的和效果上不应给国际贸易造成不必要的障碍。为此，技术规章对贸易的限制不应超过为实现合理目的必需的范围，并考虑这些合理目标未实现所带来的风险。对“必需范围”、“不必要的障碍”的理解。

3．非歧视地制定和实施产品标准与技术法规，国民待遇、最惠国待遇。各成员在技术规章的制订和实施方面给予从任一成员领土进口的产品的优惠待遇不低于给予国内类似产品和给予其他国家类似产品的优惠待遇。国民待遇、最惠国待遇扩大适用于合格评定程序。

4．与国际标准协调。各成员应以国际标准为基础制定产品标准和技术规章，除非由于环境、气候、及其他方面原因不适于采用国际标准。一成员证明其标准合理性的义务。

5．开展标准措施的国际合作。“接受等效规”制度与“相互承认合格评定结果制度”的含义和意义。协议鼓励各成员间采取这两项制度，前者承认各成员标准、技术法规存在差异，在此基础上要求一成员在一定条件下接受与本国保护水平、标准相当的另一成员等效法规，尽管进口国与出口国执行的技术法规不同。后者鼓励各成员通过事先谈判，签订相互承认协议，相互承认对方的合格评定结果。

6．中央政府对境内主管的各合格评定机构的合格评定活动的义务。国民待遇和最惠国待遇，透明度，合格评定程序的目的合理性，政府的说明和证明义务。

7．《良好行为守则》约束的主体，主体应承担的权利义务。非歧视待遇，标准的目的合法

性，与国际标准协调。

二、《动植物卫生检疫措施的协议》（SPS 协议）

协议订立的目的，适用范围，与 GATT 及 TBT 协议的关系

SPS 协议是与标准有关措施协议中的特别法，是对 GATT 第 20 条的进一步阐述和补充。协议所指的动植物卫生措施是为防止四类风险各成员政府采取的任何措施，包括法律法规要求和相关程序。特别是最终产品标准、工序，加工和生产方法；检验、认证和批准程序；检疫处理和与运输相关的要求；统计方法、取样程序、风险评估方法，与粮食安全有关的包装和标签要求。

（一）成员权利和义务

1．采取卫生措施的权利。各成员在不与本协议抵触的情况下有权采取为保护人类动植物生命健康所必需的措施。如有科学理由和经过风险评估，也可采取比国际标准更高的适宜的保护措施。在相关证据不充分的情况下，一成员还可以根据现有的世卫组织和其他成员采取卫生措施的信息采取临时卫生措施。

2．卫生措施必须符合合法目的。各成员采取的卫生措施是为保护人类、动植物生命健康所必需的，并且以科学原则为基础，不得背离现行科学依据。“必需”措施的含义。

3．非歧视地实施卫生措施。各成员确保其卫生措施不得构成在情况相同或类似的成员间，包括自己领土和其他成员领土间武断的不合理的歧视以及对国际贸易的隐蔽限制。与 TBT 协议表述不同，协议允许采取合理的差别的卫生标准和保护水平，对实行差别待遇的限制。

4．接受等同措施。如出口成员客观地向进口成员证明其卫生措施达到进口成员适当的卫生保护水平，则各成员应将其他成员的措施作为等效措施予以接受，即使这些措施不同于进口成员或其他成员的措施。出口成员的证明责任。

5．与国际标准协调。各成员应基于现存国际标准和准则制定卫生措施。采取更高标准的举证责任。

6．临时措施。第 5 条第 7 款允许 WTO 成员在现有科学资料有理由怀疑某种产品生产销售威胁人类动植物生命安全但尚无充分科学证据时，可采取临时卫生措施。采取临时措施的条件。

第三节　与海关管理有关的协议

一、《关于实施 GATT1994 第 7 条的协定》（海关估价协议）

（一）协议的立法目的

在以从价税征收关税是时，实际征收的关税额不仅取决于税率，也取决于如何计算完税价格，协议的目的是规范各成员海关对进出口货物的估价行为，防止任意和虚构完税价格。

（二）海关估价标准

1．海关估价应以有关货物的成交价格，即进口时由进口商实际支付的价格作为完税价格。每一成员在制定法规时应对以下项目是否包含在完税价格中作出规定：货物运至进口港或进口地的费用；与上述运输有关的装卸费；保险费。

为取得完税价格，以下费用可计入成交价格：（1）由买方负担的除买方佣金以外的佣今和经纪费；（2）与所涉货物被视为一体的容器费、包装费；（3）由买方以免费或减价提供给卖方的与货物生产和进口销售有关材料、货物、服务的费用；（4）买方必须支付的与所估价货物有关的特许权使用费；（5）进口货物转售处置使用而使卖方带来的收益；（6）以到岸价格估价涉及的运费、保险费。

2．如果在协议规定的特殊情况下不能依据成交价估价,应依此采用：（1）相同货物的成交价

格；（2）类似货物的成交价格；（3）倒扣价格；（4）推定价格；（5）合理确定的价格。

3．无论如何，海关不得根据下列情况估价：（1）在进口国生产的货物销售价格；（2）选择两者中较高价格作为完税价格；（3）货物在出口国国内市场价格；（4）除协议允许计入成交价的项目以外的成本；（5）出口到进口国以外其他国家的货物价格；（6）最低海关限价；9 7）武断的或虚构的价格。

（三）海关与进口商的权利义务

1．海关权利，海关如有理由怀疑进口商品申报材料的真实性，可以拒绝其申报的价格。海关应给进口商解释其申报价格的机会，如该解释未能接受，海关应以书面形式通知进口商，说明不接受其申报的而采用其他方法估价的理由。

2．进口商的权利义务，进口商对完税价格的真实性负举证责任。进口商有权在海关估价迟疑时撤回进口商品；有权要求海关对其资料保密；有权对海关决定向独立机构或司法机构上诉。

二、WTO《原产地规则协定》

（一）原产地规则的定义，分类及适用范围

1．原产地规则是各成员为确定货物的原产地而普遍适用的法律、法规和行政决定。各国依据国内法或地区性条约确定货物的原产地，目前还没有世界范围内统一的原产地规则。关于原产地规则的最重要的分类是优惠原产地规则和非优惠原产地规则，非优惠的原产地规则适用于原产于或运往所有其他国家（WTO 成员或非成员）的进出口货物的非优惠贸易措施的实施。而优惠原产地规则仅适用于协议性或非协议性贸易优惠计划实施。

优惠原产地规则和非优惠原产地规则的区别。

2．WTO《原产地规则协议》适用于约束各成员非优惠的原产地规则。协议第 1 条规定它适用于各成员实施 GATT 第 1 条、第 2 条、第 3 条、第 11 条和第 13 条下的最惠国待遇；GATT1994 第 6 条下的反倾销税和反补贴税；GATT1994 第 19 条下的保障措施；GATT1994 第 19 条下的原产地标记要求；以及任何歧视性数量限制或关税配额等。还适用于政府采购和贸易统计。但是协议并没有提供一套统一的确定原产地的标准，而仅仅提供一个协调各成员原产地规则的计划纲要，以及在协调计划完成前的过渡期各成员实施原产地规则的纪律。

（二）协调原产地规则的目标和原则

1．原产地规则应平等适用于第 1 条所列目的。

2．原产地规则应规定，一特定货物的原产地为完全获得该货物的国家；或该货物生产涉及一个以上国家，则为最后实质性改变的国家。

3．原产地规则应是客观的、可理解的、可预测的。

4．原产地规则不得用作直接或间接实现贸易政策的工具，不得对国际贸易产生限制、扭曲和破坏作用。

5．原产地规则应以一致、公平、合理的方式管理。

6．原产地规则应依据肯定标准。否定标准可用于澄清肯定标准。

（三）过渡期内的纪律

在原产地规则协调工作计划完成之前，各成员应保证：

1．在适用税则归类改变标准、从价百分比标准、加工工序标准时应分别明确规定税则目录中的子目或品目、计算百分比、有关货物原产地工序。

2．原产地规则不得用作实现贸易政策工具，不得对国际贸易产生扭曲限制作用。

3．适用于进出口货物的原产规则不得严于或用于确定货物是否属于国产货物的原产地规则。

4．原产地规则应以一致、统一、公平合理的方式管理。

5．原产地规则应以肯定性标准为依据，否定性标准是为澄清肯定性标准。

6．与原产地有关的法律法规裁决应公布。

7．应出口商进口商或任何人请求，各成员应在不迟于 150 天公布对有关货物原产地的评定意见。

8．如对原产地规则修改或采用新的原产地规则，此类修改不得追溯实施。

9．任何确定原产地的行政行为可由独立的司法、行政、仲裁程序审查。

10．主管部门的保密义务。

复习与思考题

1．根据 WTO 协议，采取反倾销措施需要满足那些条件？

2．补贴的构成？WTO 协议对补贴的分类？不同种类补贴的范围？

3．根据 WTO 协议，各成员针对不同种类补贴产品进口可采取哪些措施？

4．WTO 与标准有关措施协议规定的各成员采取与标准有关措施方面应遵守的一般原则和规则？

5．WTO 约束非关税措施协议的适用范围？

6．中国在执行本章范围的 WTO 协议方面做出了哪些具体承诺？

拓展阅读书目:

1．WTO《反倾销协议》、《反补贴协议》、《技术贸易壁垒协议》、《动植物检疫措施协议》

2．GTT1994 相关条款

3．中国加入 WTO 议定书、报告书

4．石广生主编：《中国加入世贸组织知识读本》，人民出版社 2002 年 1 月出版。

5．王传丽主编：《国际贸易法》，法律出版社，2005 年第三版。

6．朱榄叶编著：《世界贸易组织国际贸易纠纷案例评析》，法律出版社，2000 年出版。

第四章　WTO 调整新领域的协议

本章教学目的和基本要求：本章共分为四节，第一节，服务贸易总协定；第二节，与贸易有关的知识产权协议；第三节，与贸易有关的投资措施协议；第四节，关于争端解决的规则和程序的谅解。通过本章学习应掌握国际服务贸易的分类；GATS 权利义务的主要规定和权利义务特点。掌握 TRIPS 协议规定的各成员在知识产权保护方面应承担的基本义务；与传统知识产权保护协议比较，TRIPS 协议增加的新义务。掌握 TRIMS 协议的适用范围；主要义务。掌握 WTO 争端解决规则和程序适用的范围；一般争议解决的原则和程序。理解 WTO 争端解决的性质。

学时分配：9 课时

重点：

1．掌握《服务贸易总协定》（GATS）的适用范围

2．掌握国际服务贸易的特点，GATS 对国际服务贸易的分类

3．掌握 GATS 规定的权利义务内容和特点

4．掌握《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）规定的各成员知识产权保护方面主要权利义务

5．掌握 TRIPS 协议比传统知识产权协议增加的新义务

6．掌握与贸易有关的投资措施协议适用范围，成员主要义务

7．掌握 WTO 争端解决规则适用范围，争端解决机制的性质和特点

8．掌握 WTO 争端解决的程序规则

9．理解国际服务贸易市场开放的现状，中国承担的义务

10．理解 WTO 争端解决机制的在 WTO 体制中的地位，它对国际法理论的影响

11．理解中国知识产权保护制度的发展

第一节　《服务贸易总协定》

一、国际服务贸易特点，市场开放现状

（一）服务贸易的定义和特点

服务是服务提供者凭体力、智力、技能，借助一定的工具设施手段，在服务接受者参与下完成某种活动，以直接满足其需要的过程。国际服务贸易是各种类型服务的跨国交易。

服务贸易的特点：

1．服务具有人和性，许多服务都是在服务提供者和接受者的互动沟通中完成，服务质量虽受一定设施和工具规模影响，更直接取决于服务提供者的态度和素质。

2．服务具有环境依赖性，服务对服务提供者所处的投资环境，基础设施环境，政府法制环境，人文环境，消费习惯更有依赖性。

3．许多服务是无形的，各国很难统计出真实的服务贸易量。

4．许多服务贸易的发生不需要人员、货物跨国境，对服务贸易的管理不能依靠边境措施，而只能依靠法律、行政措施。

5．国际服务贸易涉及广泛的社会政策问题，具有监管的复杂性。

（二）服务贸易市场开放的限制

开业权限制；经营权限制；税收限制；补贴；外汇管制；公民出入境限制。

二、GATS 框架协议的主要内容

（一）定义，适用范围

协议适用于各成员影响服务贸易所采取的措施。服务包括任何部门的任何服务，但政府提供的职能服务除外。影响服务贸易的措施包括：服务的购买、支付或使用；与提供服务有关的要求各成员向公众普遍提供的服务的获得和使用；一成员个人为在另一成员境内提供服务的存在，包括商业存在。

协定按提供服务时当事人的所在领土界限将服务贸易分为四种类型。过境交付、境外消费、商业存在、自然人流动的含义。

（二）框架协议，各成员义务特点

GATS 的内容和结构。

GATS 框架协议规定的义务分为两类：一类是一般性义务，适用于各成员所有服务部门及服务贸易措施，不论是否把它们列入国家具体承诺表；另一类是具体承诺的义务，即国民待遇和市场准入，这类义务性规定仅适用于各成员在国家具体承诺表列出的部分与分部门，并在所列举的条件、范围内适用，对未列举的服务业范围不适用，这是 GATS 的主要特点。

（三）一般性义务条款，最惠国待遇，透明度，国内管制，资格承认和协调

1．最惠国待遇，GATS 第 2 条规定，每一成员应该立即无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者不低于它给予其他国家类似的服务和服务提供者的待遇。

GATS 最惠国待遇的适用范围：

（1）给惠对象是另一成员的服务和服务提供者

（2）给惠标准是“不低于”

（3）给惠参照是“给予其他国家类似服务和服务提供者的待遇”；

GATS 最惠国待遇的特点：

（1）适用范围的特点

（2）给惠具有普遍性的；

（3）给惠具有灵活性。

GATS 两类例外条款：一类是自选的例外，一成员可援用第 2 条第 2 款作最惠国待遇保留。另一种是普遍的永久性例外，包括边境贸易例外；地区贸易集团例外；一般例外；安全例外；政府采购例外；适用于具体承诺的国际收支平衡例外；GATS 不适用于影响自然人进入另一成员的就业市场，不适用于涉及公民权、居留权和永久性受雇。

2．透明度

3．国内管制，GATS 承认各成员政府对本国服务贸易管理权允许通过实施国内法履行具体承诺对已承担义务的部门成员应确保影响服务贸易的措施在合理客观公正情况下实施。

4．资格承认和协调，主要义务性规定。

5．垄断及限制性商业惯例，成员主要权利义务。

（四）具体承诺义务，国民待遇，市场准入

关于市场准入，第 16 条规定，各成员给予其他成员的服务和服务提供者的待遇不低于根据其承诺清单中所同意的和详细规定的期限，限制和条件所提供的待遇。各成员市场开放承诺方式，总体承诺和具体承诺的含义。承诺方式,无条件限制、有条件和限制、非约束。

关于国民待遇，第 17 条规定，各成员应在其承诺清单中所述服务部门或分部门，并且根据其中所述的任何条件、资格给予其他成员服务、服务提供者不低于给予本国相同服务、服务提供者待遇。

应注意 GATS 普遍的永久性例外同样适用于具体承诺义务。这些例外包括边境贸易例外，经

济一体化安排例外，一般例外，安全例外。此外关于国际收支平衡的例外适用于具体承诺义务。

第二节　《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）

一、协议产生背景，知识产权保护作为贸易问题原因

1．某些国家和地区盗版侵权泛滥。

2．各国知识产权法和知识产权保护政策的不同妨碍国际保护。

3．WIPO 不能发挥有效作用。

二、宗旨和总则

（一）宗旨

1．为减少国际贸易扭曲和阻碍，有必要保护知识产权；同时确保知识产权保护不构成对合法贸易的障碍；

2．承认知识产权是私有权，承认各国知识产权保护制度的基础和政策目标，包括发展技术目标；

3．知识产权新规则必须包括在多变框架内，有关争议在多变框架内解决。

（二）普遍义务和保护范围

1．各成员均应使本协议的规定生效。各成员可以但无义务实施比本协议更广泛保护。各成员有权在各自法律框架下实施本协议。

2．在知识产权保护方面，各成员必须遵守巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约的实质义务。协议保护的 7 个方面主题。

3．各成员不得减损根据原有知识产权保护公约承担的现存义务。

（三）国民待遇、最惠国待遇

1．国民待遇，各成员在知识产权保护方面应给予另一成员国民的待遇不低于其给予本国国民的待遇。TRIPS 协议国民待遇在给惠对象、给惠标准、给惠参照、给惠范围的特点。国民待遇例外。

2．最惠国待遇，在知识产权保护方面，一成员给与其他国家国民的任何利益、优惠、特权、豁免应立即无条件地给予所有其他成员的国民。最惠国待遇原则在给惠对象、给惠标准、给惠参照、给惠范围的特点。TRIPS 协议确立这一原则的意义。

三、各个知识产权主题的保护

（一）版权及相关权利

1．将伯尔尼公约纳入，成为普遍义务，但不保护精神权利。

2．提出版权保护原则。

3．将罗马公约规定的邻接权纳入，实现这方面保护的国际协调。

4．将计算机软件纳入版权保护范围。

5．延长某些作品保护期。

6．承认权利人的出租权。

（二）专利

1．授予专利的范围和条件。

2．专利独占权范围。

3．专利保护期为申请之日起 20 年。

4．关于药品和农用化学品保护

5．对强制许可的限制。

6．WTO《TRIPS 与公共健康多哈部长会议宣言》的内容。

（三）商标，地理原产地标识

1．商标定义。

2．允许不同的商标授予制度，但实际使用不得作为商标注册的条件。

3．禁止商标强制许可。

4．注册商标有效期为 7 年，可无限期续展。。

5．扩大驰名商标保护范围。

6．保护地理原产地标识。

（四）其他保护主题，许可协议的反竞争行为控制

1．对集成电路布图设计的保护范围。

2．对外观设计的保护。

3．商业秘密保护。

4．许可协议反竞争行为控制，单方回授、不异议、强制一揽子许可。

四、知识产权保护的实施及争议解决

（一）一般义务，救济制度建立，程序要求

（二）对商业领域故意假冒商标盗版侵权的刑事程序，知识产权保护的民事行政程序。

（三）临时措施。

（四）边境措施。

第三节　《与贸易有关的投资措施协议》

一、协议宗旨和约束范围

（一）协议的宗旨是取消对贸易有扭曲和限制作用的投资措施。

（二）适用范围

1．协议是货物贸易多边协议，仅适用于与贸易有关的投资措施，不解决多边投资待遇和投资准入问题。

2．协议不适用于服务贸易有关的投资措施。

3．WTO 多边贸易协议对投资的影响。

二、一般义务

（一）禁止实施与 GATT 国民待遇原则不符的 TRIMS。当地成分要求，出口实绩要求。

（二）禁止实施与 GATT 一般取消数量限制原则不符的投资措施。贸易平衡要求，外汇平衡要求，国内销售要求。

（三）ATT 所有例外条款适用于本协议。

第四节　WTO 争端解决机制

一、争端解决机制的建立

（一）争端解决模式

（二）GATT 争端解决机制的革新

二、WTO 争端解决机制主要内容

（一）BSU 规则、程序的适用范围

DSU 适用于除《贸易政策评审机制》以外的包括《建立世界贸易组织协议》以及 DSU 本身在内的所有 WTO 框架协议实施引起的争议解决。DSU 适用于解决成员之间的在 WTO 协议下的争议。

（二）争端解决原则和目标

保护权利义务原则，一体化争议解决原则，协商原则，公平合法性原则的含义。争端解决的首要目标和替代手段。

（三）争端解决程序

1．磋商、调解、仲裁

磋商阶段的时限。

整个争端解决过程的时限。

请求建立专家小组的法定条件。仲裁适用范围：仲裁适用于解决涉及双方已明确界定的问题引起的争议，并且双方同意用仲裁方式解决该争议。

在所有争端解决方式和步骤中，磋商是必经程序，是专家组审理的前置，磋商也是整个争议解决过程都可采取的方式。调解、仲裁是可选择的争议解决方式。

2．专家小组审理

专家小组职权、工作程序。

专家小组建立和审理案件的时限。最后报告的生效。反向意思一致的通过方式。

3．上诉机构审理，上诉机构审理范围

4．争端解决机构裁决的执行及其监督

执行专家小组或上诉机构报告的三种方式。

（四）非违法之诉，GATT 第 23 条第 1 款关于非违法之诉的规定。

非违法之诉在 WTO 框架下适用范围。它不适用于《建立世界贸易组织协定》和 DSU 本身的实施引起的争议。

（五）WTO 争端解决机制对国际法的影响，对 WTO 争端解决机制的评价。

复习与思考题

1．《服务贸易总协定》（GATS）的适用范围？

2．国际服务贸易有哪些特点？GATS 对国际服务贸易如何分类？

3．GATS 规定的权利义务内容和特点？

4．《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS 协议）规定的各成员知识产权保护方面主要权利义务？

5．RIPS 协议比传统知识产权协议增加的新义务有哪些？

6．与贸易有关的投资措施协议适用范围，成员主要义务？

7．WTO 争端解决规则适用范围，争端解决机制的性质和特点？
8．WTO 争端解决的程序规则？
9．WTO 争端解决机制的在 WTO 体制中占据何种地位？它对国际法理论有何影响？

拓展阅读书目

1．WTO《服务贸易总协定》
2．WTO《与贸易有关的知识产权协议》
3．WTO《与贸易有关的投资措施协议》
4．WTO《关于争端解决规则和程序的谅解》
5．石广生主编：《中国加入世界贸易组织知识读本》，人民出版社，2002 年出版。
6．王传丽主编：《国际贸易法》，法律出版社，2005 年第 3 版。

《欧盟法概论》教学大纲

许浩明　编写

目　录

前　言 276
第一章　绪　论 277
第一节　欧共体/欧盟及其法制发展史概述 277
一、欧共体/欧盟概况 277
二、欧共体/欧盟及其法制发展史概述 277
第二节　学习本门课程所要掌握的主线 278
一、一个组织 278
二、两类法律 278
三、　三根支柱 278
四、四大自由 279
五、五大机构 279
第三节　学习本门课程的必要性与重要性 279
一、从世界政治与大国间相互关系方面看 279
二、从国际经贸关系方面看 279
三、从欧盟法对于法律学科本身的价值方面看 279
四、从欧盟法对于中国的借鉴作用方面看 279
第二章　欧共体/欧盟重要条约及其职能机构简介 280
第一节　欧共体与欧盟 280
一、欧洲共同体（European Community,　简称欧共体） 280
二、欧洲联盟（European Union，简称欧盟） 281
三、欧共体与欧盟的关系 281
四、必须注意的两个问题 282
第二节　欧共体/欧盟职能机构及其法定任务与职权 282
一、欧共体/欧盟职能机构的演变及其发展趋势 282
二、欧共体/欧盟职能机构法定任务与职权 282
第三章　欧盟/欧共体法律制度概论 286
第一节　欧共体/欧盟法的含义 286
第二节　欧共体/欧盟法的法律渊源 286
一、基本法　（Primary Law） 286
二、派生法　（Secondary Law） 286
三、国际条约　（International Agreements） 287
第三节　欧共体/欧盟法的法律适用（略） 287
第四章　欧盟宪法及基本权利宪章 288
一、欧盟制定宪法条约概述 288
二、《欧盟宪法条约》（草案）的基本结构与基本要点 288
三、《欧盟宪法条约》的修改程序及前景展望 289
四、欧盟及其成员国有关基本人权的理论简介 289
第五章　欧盟私法概述 292
第一节　欧盟私法的形成与发展 292
第二节　欧盟私法特点 292

一、从构成体系看 292
二、从调整方法看 292
三、从制定标准看 292
四、从实施过程看 293
第三节　欧盟私法的体系构成 293
一、总论 293
二、分论 293
第四节　欧盟现代消费者保护法概述 294
一、国际现代消费者保护法的诞生及发展概述 294
二、欧盟现代消费者保护法的诞生与发展 295
三、欧盟现代消费者保护法成为独立的法律部门 296
第六章　欧盟法中的特殊理论问题 299
一、欧盟的性质：“邦联”还是“联邦”？ 299
二、关于“横截面调整对象”与“法律设置”的概念 299
三、欧盟法、欧洲法与成员国法及其相关法院之间的辩证关系 299
四、欧盟法对于法学理论的完善与创新的诸多贡献 300
第七章　欧共体/欧盟法典型案例选析 301

前　言

教学目的与要求：通过本门课程的学习，要了解：（1）欧共体与欧盟的相互关系；（2）欧盟法的产生、发展及现状；（3）欧盟法的含义、特点、基本原则、调整对象、调整范围及其体系构成，并借以达到知己知彼、学以致用的教学目的。

第一章　绪　论

第一节　欧共体/欧盟及其法制发展史概述

一、欧共体/欧盟概况

成员国：27 个

分别是法国、德国、意大利、比利时、荷兰、卢森堡、丹麦、爱尔兰、英国、希腊、西班牙、葡萄牙、奥地利、芬兰、瑞典、波兰、塞浦路斯、捷克共和国、爱沙尼亚、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、马耳他、斯洛伐克、斯洛文尼亚、罗马尼亚和保加利亚；

人口：4.8 亿多；

面积：400 多万平方公里；

经济总量：全欧盟国内生产总值超过 10 万亿美元，世界第一。

二、欧共体/欧盟及其法制发展史概述

二战结束以后，英国首相丘吉尔曾提议建立 “欧洲合众国”；1950 年 5 月 9 日，法国外长罗贝尔·舒曼代表法国政府提出建立欧洲煤钢联营的倡议，该倡议得到了联邦德国、意大利、荷兰、比利时和卢森堡等国政府的响应。1951 年 4 月 18 日，法、德、意、荷、比、卢 6 国在巴黎签订了《建立欧洲煤钢共同体条约》（简称《巴黎条约》），1952 年 7 月 25 日，欧洲煤钢共同体正式成立；1957 年 3 月 25 日，前述六国又在罗马同时签订了《建立欧洲经济共同体条约》和《建立欧洲原子能共同体条约》（统称《罗马条约》），1958 年 1 月 1 日，欧洲经济共同体和欧洲原子能共同体正式组建；1965 年 4 月 8 日，六国签订的《布鲁塞尔条约》规定：将原先分属于三个共同体之重叠的职能机构予以合并。1967 年 7 月 1 日，随着《布鲁塞尔条约》正式生效，分属三个共同体的职能机构合而为一并正式统一行使职能；1973 年后，随着英国、丹麦、爱尔兰、希腊、西班牙和葡萄牙等国的先后加入，欧共体成员国扩大到 12 个；1985 年 6 月 24 日，法国、德国、荷兰、比利时和卢森堡五国在卢森堡边境小镇申根（SCHENGEN）签订申根协议。协议规定：在协议生效后，将在申根协议国家边境上取消对人员往来的控制、加强司法和警务机构间的合作；1991 年 12 月 11 日，欧共体马斯特里赫特首脑会议通过了以建立欧洲经济货币联盟和欧洲政治联盟为目标的《欧洲联盟条约》（亦称《马斯特里赫特建立欧洲联盟条约》或简称《马约》），1993 年 11 月 1 日，《马约》正式生效，欧共体成为支撑欧盟这一“大厦屋顶”的三根支柱中主要的支柱，这标志着欧共体/欧盟从经济实体向经济－政治实体的过渡；1995 年 1 月 1 日，奥地利、瑞典和芬兰加入欧盟，欧盟成员国扩大到 15 个；1995 年 3 月 26 日，《申根协议》生效；1995 年 12 月 16 日，欧盟马德里首脑会议最终把未来欧洲统一货币的名称确定为“欧元”，1996 年 12 月 14 日，欧盟都柏林首脑会议通过了《稳定和增长公约》、《欧元的法律地位》和《新的货币汇率机制》的欧元运行机制文件；1997 年 6 月 17 日，欧盟首脑会议通过了对《马约》修改和补充的《阿姆斯特丹条约》，同年 10 月 2 日，欧盟外长签署了该条约；1998 年 3 月 12 日，欧盟 15 国与申请加入欧盟的中、东欧 11 个国家的领导人在伦敦正式启动了名为“欧洲会议”的首脑定期磋商机制；同年 5 月 2 日，欧盟布鲁塞尔首脑会议宣布德国、比利时、奥地利、荷兰、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、卢森堡、爱尔兰和芬兰 11 国为欧元创始国；1999 年 1 月 1 日，欧盟正式启动欧元；同年 5 月 1 日，《阿姆斯特丹条约》正式生效；12 月 11 日，欧姆赫尔辛基首脑会议通过了《千年宣言》，决定正式接受土耳其为入盟候选人；2000 年 2 月 15 日，欧盟开始与罗马

尼亚、斯洛伐克、拉脱维亚、立陶宛、保加利亚和马耳他第二批 6 个入盟候选国正式举行入盟谈判；2001 年 1 月 1 日，希腊正式成为欧元区第 12 个成员国；12 月 15 日，欧盟布鲁塞尔首脑会议通过《拉肯宣言》，为欧盟推行政治体制改革提出了需要解决的问题，并决定建立制宪筹备委员会，以为“欧洲的前途”提供改革方案；2002 年 1 月 1 日，欧元正式流通，自 3 月 1 日起，欧元成为欧元区国家唯一法定货币；2003 年 4 月 16 日，在希腊首都雅典举行的欧盟首脑会议上，塞浦路斯、匈牙利、捷克、爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛、马耳他、波兰、 斯洛伐克和斯洛文尼亚 10 国正式签署入盟协议，确定 10 国将于 2004 年 5 月 1 日成为欧盟的正式成员国；2003 年 7 月，欧盟制宪筹备委员会全体会议就欧盟的盟旗、盟歌、铭言与庆典日等问题达成了一致，并在欧盟宪法草案中规定：欧盟的盟旗仍为现行的蓝底和 12 颗黄星图案，盟歌为贝多芬第九交响曲中的《欢乐颂》，铭言为“多元一体”，5 月 9 日为“欧洲日 ”；2003 年 12 月 12 日，欧盟首脑会议在布鲁塞尔开幕，会议的主要议题是讨论并争取敲定欧盟宪法草案的最后文本。由于各方在有效多数表决机制等问题上分歧较大，会议未能就欧盟宪法草案最终达成协议；2004 年 5 月 1 日，马耳他、塞浦路斯、波兰、匈牙利、捷克、斯洛伐克、斯洛文尼亚、爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛等中东欧 10 国正式成为欧盟的成员国。在此次扩大后，欧盟成员国从以前的 15 个增加到 25 个，总体面积扩大近 74 万平方公里，人口从约 3．8 亿增至 4．5 亿，整体国内生产总值将增加约 5%，即从扩大前的 9 万多亿美元增加到 10 万多亿美元，经济总量超过美国；2004 年 6 月 17 日，欧盟首脑于比利时首都布鲁塞尔召开了欧盟扩大到 25 国后的首次峰会；2004 年 10 月 29 日，欧盟 25 个成员国的领导人在罗马签署了欧盟历史上的第一部宪法条约，标志着欧盟在推进政治一体化方面又迈出重要的一步。若各成员国国内批准程序顺利，则该欧盟宪法条约应于 2006 年 11 月 1 日正式生效；2004 年 12 月，欧盟首脑会议在布鲁塞尔决定：罗马尼亚和保加利亚将于 2005 年 4 月签订入盟条约，并于 2007 年成为欧盟正式成员国。2005 年 4 月 25 日，保加利亚和罗马尼亚两国领导人在卢森堡签署了两国加入欧盟条约，为两国按计划于 2007 年 1 月 1 日正式入盟奠定了基础；由于在 2005 年中，法国、荷兰先后在其国内的全民公决中否决了对于《欧盟宪法条约》的批准、由于欧盟 25 国中仅有 15 国以赞成的方式通过了该条约，故对于《欧盟宪法条约》之成员国批准程序被欧盟紧急叫停，现有版本的《欧盟宪法条约》事实上胎死腹中。2006 年 6 月１６日，为期两天的欧盟首脑会议在布鲁塞尔闭幕，与会各国领导人一致同意在２００８年年底前就《欧盟宪法条约》的前景达成一致。2007 年 1 月，罗马尼亚和保加利亚成为欧盟正式成员国。2007 年上半年，德国接任欧盟委员会轮值主席国，拟提出新的《欧盟宪法条约》草案。

第二节　学习本门课程所要掌握的主线

在本部分，主要介绍理解欧共体与欧盟关系以及学习欧共体/欧盟法所要掌握的几条主线。这可以概括为：

一、一个组织

即：关于欧共体/欧盟的成立、发展与演变；

二、两类法律

即：作为构成欧共体法/欧盟法基本类型的欧共体/欧盟基本法和派生法；

三、 三根支柱

即：欧共体及其所属两个联盟（经济联盟与货币联盟）；欧洲外交与安全合作；欧洲司法与内务合作；

四、四大自由

即：人员流通自由；商品流通自由；服务流通自由；资本流通自由；

五、五大机构

即：欧洲议会；欧盟委员会；欧盟的理事会；欧洲法院；欧洲审计院。

第三节　学习本门课程的必要性与重要性

学习本门课程的必要性与重要性在于：

一、从世界政治与大国间相互关系方面看

欧盟既是中国的战略合作伙伴，又是多级世界中抵制单边（极）独霸的重要一级，并且在联合国以及各类国际事务中扮演着十分重要的角色，故需深入了解其运作体系、加强中欧相互间的政治合作；

二、从国际经贸关系方面看

欧盟既是中国第一大经贸伙伴以及 WTO 组织内重要的多边贸易成员方，同时又具备着经济总量为世界第一的整体实力，更需要我们知己知彼、减少并正确处理双方之间的贸易纠纷；

三、从欧盟法对于法律学科本身的价值方面看

了解欧共体/欧盟的发展史以及欧盟法的构成体系，不仅对于了解两大法系之间的融合、不同法律部门之间的融合、国际国内法之间的融合以及民法与现代消费者保护法二元并立之法律变革与发展趋势大有裨益，而且了解了一门欧盟法，就可以同时了解欧盟 27 个成员国法中与欧盟相关的、具有普遍意义并被逐步一体化了的重要的法律规定与独具一格的法律调整方法；

四、从欧盟法对于中国的借鉴作用方面看

通过对于欧盟法形成与发展过程中经验与教训的研析，可以“欧为中用”与“学以致用”。

第二章　欧共体/欧盟重要条约及其职能机构简介

第一节　欧共体与欧盟

一、欧洲共同体（European Community,　简称欧共体）

（一）定义

欧洲共同体（简称欧共体）是以实现共同市场为目的，而在特定欧洲国家之间根据建立欧洲共同体的三个条约所形成的国家共同体；它是“欧洲煤钢共同体”、“欧洲经济共同体”以及“欧洲原子能共同体”这三个共同体的总称。为达到建立共同市场之目的，欧共体采取了建立税收联盟、禁止歧视、颁布共同体竞争法（包括共同体反垄断法）、由共同体统一调整补贴事宜、实行共同体内市民流通自由、服务流通自由、商品流通自由、资本与支付流通自由等一系列有效的促进措施，并致力于减少存在于成员国之间危害内部市场形成的其它形式的障碍，从而最终形成了从适用上来说独立于成员国法之外但又据以平衡各成员国法律的统一的欧共体法律制度。自 1993 年 11 月 1 日《欧盟条约》生效后，由于在《欧盟条约》中将复数的“European Communities”改称为单数的“European Community”、由于《欧洲煤钢共同体条约》已于 2002 年 7 月 23 日期满失效，故在当前的官方称谓中，欧共体仅以单数形式出现，其最重要的职能机构是欧共体部长理事会（现为欧盟的理事会）、欧共体委员会（现为欧盟委员会）、欧洲议会、欧洲法院和欧洲审计院。

（二）与欧共体相关联的重要条约

1．《欧洲煤钢共同体条约》（又称《巴黎条约》）

该条约于 1951 年 4 月 18 日在法国巴黎签署、1952 年 7 月 25 日生效；2002 年 7 月 23 日期满后终止。

2．《欧洲经济共同体条约》与《欧洲原子能共同体条约》

两条约均于 1957 年 3 月 25 日在意大利罗马签署，又称《罗马条约》，并于 1958 年 1 月 1 日起生效执行。

3．《建立欧洲共同体单一理事会和单一委员会的条约》

该条约签订于 1965 年 4 月 8 日在比利时布鲁塞尔签订，又称《布鲁塞尔条约》，并于 1967 年 7 月 1 日生效。在该条约中，将原来分属于三个共同体的三套共同体委员会和部长理事会合并为一并正式统一行使职能。

4．《申根条约》及申根签证

1985 年 6 月 14 日，法国、德国、荷兰、比利时、卢森堡 5 国在卢森堡小镇申根签署了相互开放边境协定，因签字地点在申根而被称为申根协定 （Schengen Accord）。申根协定的主要内容包括在协定签字国之间不再对公民进行边境检查；外国人一旦获准进入“申根领土”内，即可在协定签字国领土上自由通行；设立警察合作与司法互助制度，建立申根电脑系统，建立有关各类非法活动分子情况的共用档案库。1995 年 3 月 26 日，《申根协定》正式生效。至 2006 年，加入申根协定的国家包括：德国、法国、荷兰、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、意大利、希腊和北欧五国（瑞典、芬兰、丹麦、挪威和冰岛）。瑞士有望 2007 年加入申根协议。

（三）欧共体条约主要内容简介

1．关于欧洲共同体的法律人格、权利能力与行为能力

（参见《欧洲经济共同体条约》第 281－282 条）；

2．有关欧共体的其它规定

—— 与国际组织的关系（参见《欧洲经济共同体条约》第 302 条）；

—— 与欧洲理事会的合作（参见《欧洲经济共同体条约》第 303 条）；

—— 与欧洲经济合作与发展组织的合作（参见《欧洲经济共同体条约》第 304 条）；

—— 条约议定书与条约的关系（参见《欧洲经济共同体条约》第 311 条）；

—— 语言的效力（参见《欧洲经济共同体条约》第 314 条）

二、欧洲联盟（European Union，简称欧盟）

（一）定义

欧洲联盟（简称欧盟）是根据欧共体各成员国首脑于 1992 年 2 月 7 日在荷兰马斯特里赫特会议上所签订、并于 1993 年 11 月 1 日生效的《欧洲联盟条约》（又称《欧盟条约》或《马斯特里赫特条约》，简称《马约》），而在欧共体成员国之间所形成的国家联盟。欧盟是一个动态发展的联盟；在不同的发展阶段，欧盟具有不同的性质与目标。在现阶段，它以欧共体为其主要支柱与行动基础，并赖以实现特定的政治与经济目标，是机制化与功能化了的政治与经济合作形式的称谓与表现形式；欧盟的最终目标，是逐步从机制化与功能化了的政治与经济合作形式，走向具有明确法律地位的新型国家联盟。根据现行《欧盟宪法条约》（草案）的设想，欧盟与欧共体的关系是：在《欧盟宪法条约》生效之时，欧共体将结束其历史使命而退出国际政治与经济舞台，欧盟则将正式成为具有国际法主体资格与缔约能力的、但又有别于联邦与邦联这两种传统的复合国家形式的新型复合国家形式或新型国家联盟。

（二）与欧盟相关联的重要条约：《阿姆斯特丹条约》

1997 年 6 月 17 日，欧盟首脑会议在荷兰首都阿姆斯特丹签署并通过了对《马约》修改和补充的《阿姆斯特丹条约》，确定了欧盟跨世纪的战略目标。同年 10 月 2 日，欧盟外长签署了该条约。

三、欧共体与欧盟的关系

（一）区别

1．从法律依据看

建立欧共体的主要法律依据是《欧洲煤钢共同体条约》、《欧洲经济共同体条约》 、《欧洲原子能共同体条约》；

建立欧盟的法律依据是《欧洲联盟条约》；在此条约之前还有其他法律、法令，如《统一欧洲法令》、《欧洲政治合作法令》等，但这些法令与欧共体无关，却为欧盟条约的制定与施行奠定了基础。

2．从法律人格看

欧共体是一个法律概念，是具有超国家性和依法赋予的法律人格及权利能力的国际法主体，具有在各个成员国内以一个法人的身份进行民事活动的权利能力；

欧盟是一个政治概念，无独立的法律人格及权利能力，不具有国际法主体资格，是由“欧共体及货币联盟与经济联盟”、“欧洲共同外交和安全政策”以及“欧洲司法和内政事务合作”这三根支柱所撑起的“大厦的屋顶”，是一个组织形式。

3．从主要职能机构看

欧共体所属职能机构有：欧共体议会、欧共体部长理事会、欧共体委员会、欧共体法院、欧共体审计院；

欧盟所属职能机构有：在欧盟宪法生效前，计有欧洲议会、欧盟的理事会、欧盟委员会、欧洲法院、欧洲审计院；在欧盟宪法生效后，计有欧洲议会、欧盟理事会、部长理事会、欧盟委员

会、欧洲法院。

（二）联系

欧共体是欧盟的主要支柱；根据《欧盟宪法条约》（草案）第 6 条的规定：当着《欧盟宪法条约》生效时，欧共体终止、欧盟获得法律人格;原来由欧共体签订的条约、合同，将由欧盟继续承担。正是由于欧共体与欧盟的这种密切联系与未来归属关系，故即使在现时，人们往往在日常生活中不再进行两者称谓上的严格区分，而将两者通称为“欧盟”。欧共体所属的职能机构，往往亦冠之以“欧盟”的名称。

（三）总部

欧共体/欧盟的总部设在比利时首都布鲁塞尔。

四、必须注意的两个问题

（一）三个不同性质的理事会的区别

1．欧盟的理事会（The Council of European Union）

即为欧共体部长理事会，是欧共体内一个正式的职能机构，负有派生法的主要立法任务；

2．欧盟理事会（The European Union Council）

即为欧盟各国首脑政治合作的组织形式。在《欧盟宪法条约》生效后，即演变成为一个欧盟常设职能机构；

3．欧洲理事会（The European Council）

即为由欧洲绝大多数国家首脑组成的欧洲首脑会议。

（二）WTO 协议的签字方

尽管欧盟于 1993 年 11 月 1 日正式建立，但由于欧共体是唯一的国际法主体并具国际条约的签约能力，故在 1994 年 4 月签署《建立 WTO 的马拉喀什条约》时，是以欧共体而非欧盟的名义签署的。

第二节　欧共体/欧盟职能机构及其法定任务与职权

一、欧共体/欧盟职能机构的演变及其发展趋势

（略）

二、欧共体/欧盟职能机构法定任务与职权

（一） 欧洲议会 （The European Parliament）

1．地点

每月一次的常规会议在法国斯特拉斯堡举行；特别会议在布鲁塞尔举行；总秘书处和职能部门设在卢森堡。

2．依据

根据《建立欧洲经济共同体条约》第 189 条设立。

3．构成

由各成员国的国民所选举产生的议会代表所组成。议员不仅代表本成员国利益，还代表整个欧盟利益。根据《关于用直选方式选举欧洲议会议员的法律》第 2 条的规定，议会每 5 年换届选举一次，议员既不准接受任何机构委托，也不服从任何机构指示，只服从议会本身。

4．任务

（1）监督权

有权监督欧盟委员会的活动、检查欧盟委员会年度总报告、可以提出不信任案及要求解散、召集或组成特别审查委员会。

（2）咨询权

在任命欧盟审计院成员或欧盟中央银行经理或欧盟委员会成员时，议会应列席参与，其意见应当被倾听。

（3）参与权

议会有权会同理事会一起提出合适的财政计划；有权对不合理计划草案加以拒绝并要求提出新的草案；并享有逐渐增多的参与立法权。

（4）批准权

欧盟接受新成员国，须经议会批准；议会有对欧盟委员会主席及其他成员的任命权。

（5）自治权

议会可以自行拟订《欧盟议会议事章程》行调整自己义务

5．未来展望

根据 2004-2009 选举计划，议员数目可达 732 人。

（二）欧盟的理事会 （The Council of EU）

1．依据

根据《欧共体条约》第 202 条的规定设立。

2．构成

每个成员国派出部长级代表组成；该代表必须能够代表该成员国政府、必须与该政府保持密切联系、服从于政府的指示或委托、系成员国在欧盟的代表。

3．任务

（1）立法权

制定欧盟的派生法。

（2）协调权

协调各成员国经济政策。

（3）外交权

有权管辖和第三国或某个国际组织签订条约；处理第三国加入欧盟的事务。

（4）计划权

有权提出年度财政计划。

（5）人事权

对经济委员会、社会委员会、地区委员会的成员有任命权，并确定欧盟委员会、欧盟法院成员的工资标准。

（6）监督权

有权对于其他机构的行为是否属于无效法律行为进行审查

4．表决机制

主要采取三种表决方式：

（1）协商一致

即所有代表协商一致。凡涉及所有成员国利益，采取此种表决方式（例如：欧共体条约第 94 条、250 条所指事项）；

（2）简单多数

简单多数为符合法定票数表决时的（简单）过半数票（例如：欧共体条约第 207 条所指事项）；

（3）有效多数

“有效多数”的表决机制及种类较为复杂。其中一种为 2/3 多数所构成的有效多数，即是指

符合法定票数表决时的 2/3 多数票（例如：欧共体条约第 251 条所指事项）。

5．未来展望

在《欧盟宪法条约（草案）》中，为了保障欧盟扩大后的决策能力，提出了所谓“双过半”表决机制 （略）。

（三）欧盟委员会 （The EU Commission）

1．地点

设在比利时首都布鲁塞尔。

2．依据

根据《欧共体条约》第 211 条的规定设立。

3．构成

根据《欧共体条约》的规定：每成员国至少占有一个委员，最多 2 个。所有委员必须保证其对于本国的独立性，是代表欧共体/欧盟全体公民的利益，故不能接受或执行其所来自成员国的指示，必须完全独立的为了共同体的利益行事，任职 5 年。委员由各成员国政府通过协商一致任命。自 2004 年起，需获得欧盟议会的批准。

4．任务

（1）提案权

欧盟委员会有独自提案权；

（2）监督权

欧盟委员会可以对各成员国是否执行欧盟基本法、派生法及欧盟法院的判决进行监督，并在必要时根据《欧共体条约》第 226 条可以提起条约损害程序之诉，故欧盟委员会又被称为“欧盟条约守护神”；

（3）代表权

代表欧共体/欧盟参与在成员国所提起的诉讼以及签署加入国际组织的条约；

（4）报告权

执行欧盟预算且在计划执行完毕时，提出报告。

5．决策方式

根据不同情况采取不同的表决方式。

6．未来展望

2005 年 1 月 1 日，每个成员国提名一个委员；当新成员达到 27 个时，则需重新做出一个委员决定方式。目前，罗马尼亚、保加利亚已加入欧盟，故将执行新的委员分配方案。

（四）欧洲法院 （The European Court of Justice）

它是欧洲初审法院和欧洲法院的总称。

1．地点

设在卢森堡国的首都卢森堡。

2．依据

根据《欧共体条约》第 220 条设立。

3．构成

每个成员国可选派一个法官。

4．任务

保障欧共体条约的执行；同时通过解释和运用条约，保障欧盟各类法律的执行。

（五）欧洲审计院 （The European Court of Auditor ）

1．地点

设在卢森堡国首都卢森堡。

2．依据

根据《欧共体条约》第 246 条设立。

3．构成

每个成员国一个成员，每届任期 6 年，由欧盟的理事会在倾听欧盟议会意见后用 2/3 多数票表决做出。

4．任务

对欧共体所有收支的合法性和经济性进行审查，且在每一个财政年度结束时提出年度报告，提交给其他职能机构。

第三章　欧盟/欧共体法律制度概论

第一节　欧共体/欧盟法的含义

在欧盟的许多成员国的有关欧共体法/欧盟法的教科书里，学者们习惯于将《欧共体法/欧盟法》称之为《欧洲法》。

（一）广义《欧洲法》

即欧共体/欧盟法、欧洲自由贸易区法、欧洲经济合作与发展组织法、欧洲安全合作法、欧洲人权宪章等所有欧洲国际组织法律和其他重要法律的总称。

（二）狭义《欧洲法》

即欧共体法/欧盟法，它是欧共体的三个条约及《欧洲联盟条约》和未来的《欧盟宪法条约》等方面法律规范的总称。

第二节　欧共体/欧盟法的法律渊源

一、基本法 （Primary Law）

它是构成欧共体/欧盟法律制度之基础的基本法律规范，包括成文基本法和非成文基本法。

（一）成文基本法

包括：建立欧共体的三个条约以及与此相关的附件、声明、备忘录（狭义），再加上《建立欧盟条约》和未来的《欧盟宪法条约》（广义）；

（二）非成文基本法

包括：一般法律原则及习惯法（包括法院有拘束力的案例）。所谓“一般法律原则”是指适用于所有成员国的公民的基本权利及其它客观法律原则（例如：比例性原则、信任保护原则等）。

二、派生法 （Secondary Law）

由欧共体/欧盟立法机构（欧盟的理事会与欧共体委员会）根据基本法所制定的、旨在实施基本法的法律规范的总称。包括：规则；法令；决定；建议和意见。其中规则、法令与决定具有明确的法律效力。

（一）规则 （Regulations）

规则亦称共同体法律，还可被译成“法律”等。

1．法律根据

参见《欧共体条约》第 249 条第 2 款。

2．特点

（1）对于各成员国具有普遍适用性；（2）其所有组成部分均具法律拘束力；（3） 必需直接适用。

（二）法令 （Directives）

法令亦称共同体法令，还可被译成“指令”等。

1．法律根据

参见《欧共体条约》第 249 条第 3 款。

2．特点

（1）以特定成员国为对象而颁布（例外：有关消费者保护的法令可针对所有成员国）；（2）其核心组成部分具有法律拘束力，必须适用；其它部分则可由成员国自行裁量，决定适用的方式及范围；（3）必须首先被各成员国转化为内国法后适用。

3．关于法令的说明

（1）凡是消费者保护的法令，对所有成员国生效；

（2）尽管法令转化为国内法的具体方式与范围可由各成员国自由裁量，但其中为实现特定目标而规定的、并且是具有法律拘束力的部分，必须被转化为内国法适用；

（3）在特殊情况下，法令也可以被直接适用，并可作为请求权产生的法律依据（例如：如果在规定的期限内，法令没有被转化为国内法，则该成员国要受到欧盟的巨额罚款，同时要根据法令对因此受害的公民给予国家赔偿。）；

（4）综上所述：法令具有两部分构成成分，即“必须执行的部分” + “自由裁量的部分”。随着 12 个新成员国的加入，法令这种较为灵活的立法形式，将被越来越多的运用。

（三）决定 （Decisions）

系欧共体行政法令。

1．法律根据

参见《欧共体条约》第 249 条第 4 款。

2．特点

（1）可以针对成员国、自然人、法人而颁布；（2）决定的所有部分都对其指向的对象具有约束力；（3）必须直接适用。

（四）建议和意见 （Recommendations and Opinions）

1．法律根据

参见《欧共体条约》第 249 条第 5 款。

2．特点

（1）可以针对成员国、法人、自然人；（2）是欧共体/欧盟有关机构用以表达自己建议或意见的工具；（3）尽管无法律拘束力，但当欧盟法院向欧共体/欧盟有关机构咨询时，往往有关机构的建议与意见会对欧盟法院判决结果产生影响。

（五）规则、法令、与决定的比较

1．规则：在所有成员国内普遍适用；具有全面拘束力；在成员国内直接适用；

2．法令：仅适用于其所针对的成员国；非全面的拘束力；通常非直接适用；

3．决定：系针对特定的适用对象（包括成员国政府、自然人、法人）；对特定的对象具有全面的拘束力；直接适用。

三、国际条约 （International Agreements）

以欧共体名义签订，是法律效力介于基本法、派生法之间的国际法律规范。

第三节　欧共体/欧盟法的法律适用（略）

第四章　欧盟宪法及基本权利宪章

一、欧盟制定宪法条约概述

（一）欧盟制宪过程 （略）

（二）《欧盟宪法条约》（草案）的现状

《欧盟宪法条约》是欧盟的首部宪法，其宗旨是保证欧盟的有效运作以及欧洲一体化进程的顺利进行。2004 年 10 月 29 日，欧盟 25 个成员国的领导人在罗马签署了《欧盟宪法条约》。条约必须在欧盟全部成员国根据本国法律规定，通过全民公决或议会投票方式批准后方能生效。如获得所有成员国和欧洲议会的批准，条约将于 2006 年 11 月 1 日正式生效。由于法国、荷兰的反对以及波兰、英国及爱尔兰无限期推迟对于《欧盟宪法条约》（草案）的国内批准程序，现行版本的《欧盟宪法条约》（草案）实际上已经“胎死腹中”

（三）《欧盟宪法条约》的基本理论问题

1．《欧盟宪法条约》与欧盟派生法的关系

（例如：欧盟派生法的“合宪”问题）

2．《欧盟宪法条约》与其它国际条约的关系

（例如：与《联合国宪章》及《国际人权法》的关系）

3．《欧盟宪法条约》与《欧洲人权宪章》的关系

（略）

4．《欧盟宪法条约》与各成员国《宪法》的关系

（略）

二、《欧盟宪法条约》（草案）的基本结构与基本要点

（一）《欧盟宪法条约》（草案）的基本结构简介

《欧盟宪法条约》（草案）的基本结构为：

1．前言、序言

2．第一编 总体性规定

包括：欧盟的定义、目的、基本权利、管辖权，等等；

3．第二编 欧盟基本权利宪章

包括：前言；人的尊严；自由权；平等权；团结权；公民权；司法权；对人权宪章解释与运用的一般规定。

4．第三编 欧盟的政策与职能

包括：一般性规定；非歧视性和联盟公民资格；内部的政治领域与措施；关于海外领土的规定；欧盟的对外行动（例如：外交与外贸、合作与人道主义；以及国际协定，等等）；以及联盟的功能，等等。

5．第四编 欧盟条约基本规定

在此编中，给出了欧盟相关《议定书》及《声明》的总目。

（二）《欧盟宪法条约》（草案）基本要点简介

《欧盟宪法条约》（草案）的基本要点，可以概括如下：

1．设立欧盟理事会主席和外交部长、组建欧盟外交部

欧盟理事会主席的主要职能是为欧盟首脑会议做准备，并主持首脑会议。主席由欧盟理事会（由各成员国国家元首或政府首脑、欧盟的理事会主席、欧盟委员会主席和欧盟外长组成，后三

者没有表决权）以有效多数表决方式选举产生，任期为两年半，可连选连任一次，主席不能同时在成员国任职。欧盟外交部长由欧盟理事会以有效多数表决方式选举产生，主要负责欧盟共同外交与安全政策，同时也是欧盟委员会副主席。

2．改革欧盟委员会，扩大欧洲议会的权力

宪法条约规定，条约生效后产生的第一届欧盟委员会仍然实行现行的一个成员国一名委员的制度。从第二届起，欧盟委员会委员的人数将是欧盟成员国数目的三分之二，由各成员国轮流提名。宪法条约增加了欧洲议会同欧盟部长理事会在立法和预算方面进行“共同决策”的领域，赋予欧洲议会在欧盟理事会提名的前提下选举欧盟委员会主席的权力。为保障人口少的成员国的权益，条约规定欧洲议会的议员人数不能超过 750 名，每个成员国至少拥有 6 个名额，最多不能超过 96 个名额。

3．改革欧盟理事会和欧盟部长理事会的表决机制

除特别规定外，欧盟理事会和欧盟部长理事会均以“有效多数表决机制”进行决策，即通过决定只需得到 55%的理事会成员（这些成员需来自至少 15 个成员国并代表 65%以上的欧盟人口）的赞同。但是，如果要否决欧盟委员会或欧盟外交部长的提案，则需要有 72%的理事会成员（代表 65%以上的欧盟人口）的反对。

4．发展欧盟共同防务

欧盟成员国必须尽其所有的军事和民用能力用于欧盟共同防务政策的实施，最终目标是发展欧盟共同防务。条约规定，一旦某一个成员国受到外来侵略或恐怖袭击，其他成员国必须提供一切资源进行援助，包括军事资源。

三、《欧盟宪法条约》的修改程序及前景展望

（略）

四、欧盟及其成员国有关基本人权的理论简介

（一）基本权利与一般（民事）权利的关系

两者的本质性区别是：

1．保护的客体不同

基本权利（主要指与生俱来、不证自明的基本人权或“天赋人权”）所保护的客体，是人的本质和本质特征；

一般权利所保护的客体，是人的物质与非物质利益。

2．保护的方法不同

基本权利运用“法律设置”对“核心内容”进行定性保护，一般不设定请求权；

一般权利通过自由设立权利义务及请求权来实现定量保护。

3．法律地位及作用不同

基本权利本身具有二重性；它既是权利主体的主体权利，同时又是被立法、执法与行政直接适用的法律或客观法律原则。它是“天赋人权”并不可被当事人随意设立、变更、消灭；

一般权利本身根据客观法的规定所产生，并可依法或根据当事人意愿产生、变更、消灭。

4．代表的价值位阶不同

基本权利代表上位法律即宪法所保护的最高的或基本价值；

一般权利代表下位法律所保护的一般或个别价值。

5．受保护的法源及法律效力不同

基本权利受具有最高法律效力的上位宪法保护；

一般权利受隶属于宪法的下位部门法保护。

6．受保护的范围不同

基本权利受保护的范围最广，不仅上位宪法负有保护与实现基本权利之义务，而且各个下位法律部门亦需负有保护及实现基本权利之义务；

一般权利只在特定的下位法律之适用范围内得到保护与实现。

7．取得权利所需前提不同

作为基本权利的主体，如果是人的话，只要形成了成形的胚胎，则被当作未出生的人来对待，并且与此相适应，拥有了相应的基本权利。即只要具备人的资格，就具备基本权利的权利能力及行使能力（即基本权利的成熟力。基本权利的行使能力是指：只要具备人的自然意识即可行使，且无等级之分）。基本权利是天赋人权，所谓“与生俱来、不证自明”，故人具有着基本权利的天然权利能力与自然行使能力；

作为一般权利的主体，如果是人的话，则需要出生完成之后的“权利能力”，才能拥有权利主体资格；行为能力的概念在下位法律（民法）适用时，是对于自由权的一种限制，其目的在于保障交易的安全。因为行为能力是针对行为人主观辨别能力而被划分等级的。

必须注意：基本权利能力不等于民事权利能力；基本权利行使能力亦不等于民事行为能力。

8．对权利义务的对等要求不同

基本权利不是物质或财产性权利的交换，一般不存在所谓“权义对等”的基本义务（极少数复合的基本权利除外）；

一般权利作为旨在进行物质或财产交换的民事交往，其中所形成的权利、义务，具有着权利和义务对等的特性。

9．保护的时效不同

基本权利的保护不受时效的约束，其保护是永久性的；

一般权利的保护受时效约束。

10．侵权救济的程序不同

基本权利侵权既可以通过法院逐级提起侵权救济之诉，也可以直接向宪法或最高法院提起基本权利侵权救济之请求；

一般权利侵权则必须根据正常的侵权救济程序，向法院逐级提起侵权救济之诉。

两者的有机联系是：

在宪法中，仅对于基本权利的“核心部分（Wesensgehalt）”运用“法律设置”来进行保护，即只保护人的本质及本质特征，是一种定性的保护；与基本权利保护相关联的定量的保护和请求权的设定，均放在下位法律中展开。因此下位法律是宪法价值的具体化和展开。如宪法中所有权的规定，在民法中以财产权等形式具体展开，以请求权的为与不为具体实施保护。此外，对基本权利的侵权损害赔偿的规定，也放在下位的民法中进行处理（例如德国民法典第 823 条第一款，即对于基本权利的侵权损害赔偿作了集中的处理）。

（二）“价值称量理论”简介

1．“价值称量理论”产生的必要性及内容表述

该理论是本授课教授在对于德国暨欧盟法律中“普遍适用”、并主要用于“物质称量”（德国）的“比例性原则”进行扬弃的基础上所提出，专门用以调整和解决在没有一方必须灭失的情况下，两个基本权利之间、基本权利与基本利益之间以及两个基本利益之间所发生的冲突问题。

迄今以来，如果在调整同一对象时存在着多个法律规范时，我们往往采用同位阶法律规范之间的相互不矛盾律以及不同位阶法律规范之间的效力高低比较理论，来确定优先适用的规范。但是，当着两个或以上受到宪法所保护的基本权利之间、基本利益之间以及基本权利与基本利益相互之间发生冲突时，前述理论不再适用。在此情况下，应当首先将冲突的双方还原为蕴涵在该法律规范的“背后”的基本价值，然后再分放在“法律天平”的两端，进行冲突对象“价值量大小”

的称量（即所谓“价值称量”），并根据称量的结果，选定解决冲突之优先适用规范。这就是所谓“价值称量”理论。

2．“价值称量理论”的要点

其要点为：

（1）如果双方的冲突不会导致一方“灭失”时，则受影响较大并易被“触动核心”甚或易被“灭失”的一方，即为“价值量大”或“称得重”的一方；由于它的被侵害甚或缺失将导致承载着所有基本价值的总价值量的较大或绝对减重，因此，与称的较轻的一方相比，应当优先受到保护，并借以达到对于双方基本价值进行均衡保护的目的。—— 这是“价值称量”理论的核心所在。

（2）所谓“价值（体）”，即是被认为具有“积极意义”（的客体）

（参见 Christian Starck《法哲学讲义》；刘金国/舒国莹《法理学教程》）。

3．适宜性原则

当我们进行价值称量时，应遵循适宜性原则。该原则要求：

（1）方式适宜。为了保护称的“重”的一方，需采取对另一方的影响措施时，必须采取不影响或少影响对方的措施（量的规定）；

（2）核心保护。无论采用何种适宜的方式来影响对方（即称的较轻的一方），均不允许导致该方基本价值即“保护核心”的灭失（质的规定）；

（3）过度禁止。若已经达到了保护一方的目的时，必须适时的终止所采用的影响另一方的措施（度的规定）；

（4）动态称量。对双方的称量应当适时交替进行（辩证规定）。

第五章　欧盟私法概述

第一节　欧盟私法的形成与发展

欧共体法/欧洲法最初始的功能：调整欧共体的组织机构及其相互关系的法律，属于公法或超国家法律关系。

20 世纪 80 年代以来，由于欧共体消费者保护法的兴起及蓬勃发展，使欧洲法的面貌发生了根本性变化。相当部分可以被理解为属于私法领域的法律被制定出来。据德国欧盟法专家缪勒尔斯（Muellers）的考察，欧共体在民法上，颁布的最重要的法律（法令），是 1985 年 7 月 25 日以欧共体 85/374/EEC 号法令颁布的《产品责任法令》以及 85/577/EEC 号法令颁布的《宅门交易行为法令》，其后，欧共体又分别在 1986 年颁布了《消费者贷款法令》、1990 年颁布了《全程旅游法令》、1993 年颁布了《一般商业条款法令》、1994 年颁布了《部分时间住宅法令》、1997 年颁布了《超越国境汇款法令》、1999 年颁布了《消费品买卖法令》、2000 年颁布了《电子商务法令》以及 2000 年颁布了《贸易往来中支付、拖延问题的法令》。从而将欧盟私法的立法，逐步推向高潮。“民法已成为欧洲一体化的发动机，在欧盟法令法规中，法典化的私法已经可以同各成员国各自独立发展的私法并驾齐驱，并大有取而代之的趋势，尤其是在物权法、债法方面”（缪勒尔斯）。

值得注意的是：由于在欧盟民法（私法）中，传统民法中的亲属、遗嘱问题以及大部分物权问题主要由各成员国自行调整、欧盟民法（私法）的形式主要被用来调整债权关系，故欧盟民法的主要表现形式，即是以消费者保护为核心的、现代意义上的消费者保护法。对于这一点，将在第四节专门论述。

第二节　欧盟私法特点

概括而论，欧盟私法是指直接或间接调整欧共体/欧盟自然人与法人之间关系的法律规范的总称。与传统私法或各成员国私法相比，它具有如下特点：

一、从构成体系看

传统私法：通过对于同一或不同的调整对象进行系统性及逻辑性的分类、归纳后形成；

欧盟私法：根据形势的需要，主要以单行法令的方式逐一制定、颁布与实施；强调规范的时效性。

二、从调整方法看

传统私法：以调整私人利益为对象；

欧盟私法：并不重视调整对象的法域归属，而是依据需要采取公、私法规范的混合协调并用的方式进行综合调整；强调规范的实用性。

三、从制定标准看

传统私法：体现统治阶层意志、具有直接、全面适用的法律效力、不容讨价还价；

欧盟私法：以所有成员国意志为对象，获取加权平均数，并据此为标准制定具体法令。在各国具体执行时，允许在一定的“公差范围”内自行确定执行范围与力度；强调规范的灵活性。

四、从实施过程看

传统私法：自该法生效之日起，以国家暴力为后盾，强制执行。违反传统私法的主体多为具有平等地位和平等资格参加私法过程的民事主体，如自然人、法人；

欧盟私法：以私法为内容的法令颁布后并不立即生效，而必须首先被转化为各成员国国内法，由成员国以制定、颁布新的法律的方式对有关规定加以移植，对违反移植期限的成员国则对其国家主体进行罚款和处罚，并可由国家直接对于公民产生民事赔偿义务；强调规范的效益性与公益性。

第三节　欧盟私法的体系构成

欧盟私法体系主要由总论及分论两部分构成。

一、总论

是欧盟私法的上位法渊源、调整对象及范围、基本原则以及带有共同性的规则与调整方法的总括。其中包括：

（一）法源

（二）调整对象及范围

（三）基本原则

（四）共同性规则与调整方法

（五）立法基本问题

（六）法律实施与法律保护

二、分论

是欧盟私法中对于各类私法的具体调整对象与调整范围进行规定的所有法律规范的总括。其中包括：

（一）民法及其单行法

其中包括：

——《消费者贷款法》；

——《消费者合同中反对滥用一般条款法》；

——《宅门交易行为法》；

——《部分时间住宅法》；

——《购买及质量保证法》；

——《远程购买法》；

——《电子商贸法》；

——《产品责任法》；

——《消费旅游法》；

——《越境汇款法》；

——《生活必需品法》；

——《消费品买卖法》，等等。

（二）商法及其单行法

其中包括：

——《反垄断法及反对不正当竞争法》；

——《商业代理人法》；
——《误导和相互比较广告法》；
——《烟草制品的电视广告法》；
——《价格制定法》；
——《有价证券交易法》，等等。
（三）公司法/企业法
其中包括：
——《欧盟股份公司及与其相关资本法》；
——《康采恩结算法》；
——《欧盟单人责任有限公司法》；
——《欧盟经济利益联合体法》，等等。
（四）工业产权保护法
其中包括：
——《欧盟专利法》；
——《欧盟商标法》；
——《半导体材料保护法》；
——《计算机程序和数据库法》；
——《技术秘密保护法》；
——《著作权保护法》，等等。

第四节　欧盟现代消费者保护法概述

欧盟现代消费者保护法的诞生与发展，是与国际现代消费者保护法的形成及其发展密不可分、相互影响。这里，有必要首先对于后者的发生、发展，做出概述。

一、国际现代消费者保护法的诞生及发展概述

（一）国际现代消费者保护法产生的原因
概括起来，国际现代消费者保护法产生的原因主要有：
随着商品生产、商品交换的迅猛发展、随着国际市场的形成以及霸王企业和强势卖主阶层的出现，不仅导致民事活动中当事人的地位不平等，而且还导致了市场交往中消费者对于高精尖商品信息掌握的困难；此外，经济界为了更有效率地进行商业交往活动，提出和发展了往往内容不利于消费者的一般格式合同，从而产生了对于总是处于劣势地位的消费者利益进行保护的必要性。由于欧共体内以及国际上许多国家完成了从专制国家向着社会福利国家的本质性职能转化，从而使国家通过立法来对于处于弱势群体地位的消费者进行保护成为可能。
（二）现代消费者保护法在国际上的兴起
现代意义上第一个保护消费者权益法律文件，当属 1962 年 3 月 15 日美国肯尼迪总统的《关于保护消费者利益的总统特别咨文》；在其中，肯尼迪明确提出了消费者的“四项权利”：有权获得安全保障；有权获得正确资料；有权自由决定选择；有权提出消费意见，从而为国家运用法律的手段来对于消费者提供现代意义上的保护，开创了先河并奠定了基础。
除了美国，在整个国际层面上，消费者保护也取得了重大进展：
OECD 于 1969 年秋成立了研究消费者保护法的委员会，发布了许多报告，提出了对于商标、商品及产品的安全性进行测试，并对消费贷款进行保护；
UN 于上世纪 90 年代也对消费者保护进行了讨论，并提出建立统一的产品责任法、规范跨国

公司的活动以及对于限制竞争进行审查的立法建议和保护措施。1978 年，UN 发表了对于十几个国家消费者保护措施的调查报告，并最终于 1985 年 4 月在联合国全体大会上颁布了《消费者保护法令》。

（三）主要工业国家现代意义上的消费者保护法发展简介

1．英国

1959 年英国成立了一个委员会，由 Nolong 任主席，任务在于促进对消费者保护，对享有法律进行审查，看是否达到消费者的目的。

2．美国

1962 年 3 月 15 日肯尼迪在《总统咨文》中提出了消费者的四项权益，并且提出了系统的关于消费者保护的项目、提出了建立消费者保护的机构。

3．德国

德国于 1895 年制定的《分期付款行为法》中，已经蕴涵了现代消费者保护法的方法；在法学理论上系统阐述现代消费者保护法的专著，当属 Ludwig Raiser 发表于 1935 年的《一般交易条件法》（Das Recht der AGB）；在执法上，最早的判例是 1937 年德国帝国法院做出的相关判决。

4．瑞典

1964 年瑞典进行了一系列的促进消费者保护的调查，并根据调查结果制定了保护消费者的措施；北欧三国也跟随瑞典采取相应立法，并有所发展。

5．法国

1973 年法国制定了有关消费者生活质量的立法，不仅包括消费者生活水平的提高，而且商品、服务质量也应提高。1978 年，法国制定了《关于消费者保护和消费者有关商品于服务信息保护法》，其中规定，消费者在受到产品伤害时，生产厂家对这样的伤害负赔偿责任，消费者应当在那些不正当竞争的广告与不公平的格式合同前受到保护。

6．奥地利

1979 年奥地利颁布了《消费者保护法》，将与消费者有关的所有法律均归入其中，是目前为止最为系统、最为完备的消费者保护法典。

7．其他国家

上世纪 80 年代，许多国家和地区都进行了现代意义上的消费者保护立法：以色列 1981 年、葡萄牙 1981 年、卢森堡 1983 年、西班牙 1984 年均在各自国内消费者保护运动的基础之上，形成了各自具有现代意义的消费者保护法。

（四）小结

消费者保护法不仅仅是现代的一个发现；研究表明：许多国家在上个世纪的后半叶均已经有了现代意义上的消费者保护的立法、司法及法理方面的实践，只是未形成独立的法律部门而已。这一任务，最终被欧共体的立法者、司法者以及法学理论工作者所完成。

二、欧盟现代消费者保护法的诞生与发展

早在 1973 年，为了更好的保护市场交往中的公民，欧共体公布了消费者保护的五项基本权利，这些权利在 1981 年颁布的相关法令中得到了进一步的增强。1974 年 5 月 21 日，欧共体颁布了保护和教育消费者政策项目Ⅰ，1979 年 6 月 26 日，又颁布了保护和教育消费者政策项目Ⅱ。在两个政策项目中，欧共体的立法者提出了现代意义上的消费者保护法的具体内容，并力求“让所有消费者都了解到欧共体消费者保护政策”。与此同时，欧共体法院作出了涉及到消费者保护的 Cassis-Dijon（1979.2.20）一案的判决以及欧共体立法者在欧共体条约中新增了第 100 条 a（目前为第 153 条）关于消费者保护的规定，从而最终使得消费者保护及其立法成为了一个欧共体所需保护利益的中心点。至 2002 年前，除了欧盟基本法以及欧盟（欧共体）所参与的国际条约成为

欧盟现代消费者保护立法的法律渊源以外，在欧共体层面上，也已有了将近 100 个消费者保护法令被颁布并被各成员国转化为内国法。在法令的制定过程中，由于它充分地考虑到各国在将其转化为国内法过程中的法律均衡问题，故法令的适用，最终导致了各成员国立法的接近，从而使消费者保护立法成为法律均衡的发动机。

三、欧盟现代消费者保护法成为独立的法律部门

（一）概述

在欧盟，真正让现代意义的消费者保护法成为独立的法律部门，是在上个世纪 90 年代，通过欧盟所颁布的一系列消费者保护指令来实现的。特别是通过世纪之交三个关于消费者保护法令的颁布，最终奠定了现代意义上的消费者保护法作为欧盟民法核心的地位，并引起欧盟及其成员国法制大改革。其具体过程为：

以 1993 年 4 月 5 日《关于（反对）消费合同中滥用一般条款的法令》以及 1994 年 10 月 26 日《关于保护部分时期住宅使用权法令》（94/47/EC）为先导；

以 1997 年 5 月 20 日《远程销售合同法令》（97/7/EC）为中继；

以 1999 年 5 月 25 日《关于消费物品购买法令》（99/44/EC）、2000 年 6 月 8 日《电子商务法令》（2000/31/EC）、2000 年 6 月 29 日《关于商业往来中支付拖延法令（2000/35/EC）为高潮；

通过以上以进一步加强欧盟各成员国消费者保护立法为中心内容的欧盟法令群在各成员国内的限期植入（不得超过 2001 年 12 月 31 日），使得欧盟内部的消费者保护立法更加理论化、系统化、制度化，进一步提高了欧盟内部的消费者保护水平，并导致了新型消费者保护体系的诞生，宣告了民法与现代消费者保护法二元并立体系的确立。此外，它还强化了不同法律部门在调整跨部门的消费关系时的一体化立法及综合适用，并对民法学乃至整个法学理论与实践产生了重大影响。

（二）概念

现代消费者保护法是指为了达到保证消费者能在一个特定或很高的标准上、在理想的氛围内以及安全的环境下进行消费之目的，由国家或国家联盟（如欧盟）所制定的法律规范的总称。它是一门新兴的、独立的法律学科，是经济及法制发达或相对发达国家或国家联盟发展到“追求生活质量阶段”的产物。

（三）主要特点

1．产生于经济与法律相对发达的社会，即产生于追求生活质量阶段的社会；

2．以传统意义上的古典消费者权益保护法为前提；

3．为保证全体消费者在一个特定或很高的标准上进行消费为根本性立法目的，并要在该目标受到干扰时充分运用法律工具来为消费者提供信息平衡、利益均衡、公平审查的最佳保护；

4．享有与民法平等的并且是二元并立的法律地位；

5．从本质上来说，两者各自隶属于互不兼容、但却相互补充的二元并立的法律体系，并以散见于民法典中的所谓“微小数额”的规定，来作为相互之间的分界岭。

（四）欧盟现代消费者保护法与传统民法的十点本质性区别

1．领域不同

民法是私法的一部分，是有关每一个人之私人与周边关系的日常生活的法律；现代消保法是属于保护“横截面调整对象”的消费及消费者的综合性法律。

2．主体不同

民法的主体为自然人与法人；现代消保法主体为消费者与经营者。

3．原则不同

民法的基本原则是意思自治、形式平等以及合同自由；现代消保法则强调在信息不对称的情

况下，对意思自治原则进行修正的信息平衡原则及透明度原则、强调在地位不平等的情况下，对形式平等原则进行补偿的利益均衡原则，以及强调在单方面提出格式合同的情况下，对合同自由原则进行扬弃的合同公平性审查原则等。

4．资格不同

民法中的每一具有权利能力的民事主体都具有进入相应民事领域的天然资格；现代消保法中则除了当事人必须具备权利能力以外，还必须进一步认定该当事人具有“消费者”或“经营者”的身份，并赖以有资格成为消费法的主体。

5．请求权地位不同

传统民法典中，几乎所有的民事法律规范都可以被认为是可以直接引导出请求权的请求权规范；在现代消保法中，往往需要经过法律位阶高低的比较、经过国内外法律适用的顺序认定、经过公法与私法的综合运用、经过民法与消保法的区别对待、经过制定法与法官法的交替使用，才能明确被调整的消费关系是否因其具有跨领域性而需要被数个法律部门综合性地同时加以调整，以便最终确定消费法律关系的当事人具体的权义。

6．法律行为作用不同

民法中的权义是由当事人通过发出能够引起法律后果、建立法律关系的意思表示来设立，故侧重于代表主观方面的法律行为来引起；现代消保法中则可以通过法律设定来规定合同成立前甚至于终止后双方当事人的权义以及规定合同中权义的合理设定，故侧重于代表客观方面的法律行为来引起。

7．举证责任要求不同

民法要求谁主张权利谁举证；现代消保法则频繁使用有利于消费者的举证责任倒置的方法。

8．法律后果不同

民法中的撤销权或退货权，基于重大误解或显失公平；现代消保法则遵循消费合同统一的“规定期限内的撤销权”、“试用期内的无因无偿退货权”的规定。

9．消保协会（团体）作用不同

民法中没有明确规定诸如消协或其它相关团体在诉讼中的权义；现代消保法中则明确规定了消费者组织可以依法行使代为诉讼权及进行证据收集。

10．准据法及管辖权规定的不同

传统私法中必须根据固定的系属公式以及多元的纠纷管辖权，来确定解决消费纠纷问题时的准据法和确定纠纷发生后的法院管辖权；现代消保法却规定：准据法连接点的选择，必须限定在仅只能够适用对于消费者保护最佳的法律。如果发生消费纠纷，则只有消费者所在地法院具有对于纠纷案件的专属管辖权。

（五）现代消费者保护法与古典消费者权益保护法的相互关系

1．古典意义上的消费者权益保护法

它是与经济及法制尚不发达的“前工业社会”或“奔小康社会”相适应所产生，主要解决对于消费者进行“克斤扣两、参杂兑假、假冒名牌”的商品质量问题以及与此相关的侵权问题，并借以实现“足斤够两、有假包换”的立法目的。它以民法特别法的形式出现，并且往往隶属于民法；

2．现代意义上的消费者保护法

它是经济及法制发达或相对发达国家或国家联盟发展到“追求生活质量阶段”的产物，是以“足斤够两、有假包换”为基本前提、以保证全体消费者在一个特定或很高的标准上进行消费为根本性立法目的，并在这一目标受到干扰时，充分运用法律的工具，为消费者提供诸如信息平衡、利益均衡、符合公平性标准的最佳保护。它享有与民法平等的并且是二元并立的法律地位。

（六） 现代消费者保护法与现代消费保护法的相互关系

1．现代消费者保护法

是指国家或国家联盟为了达到保证消费者能够进行真实的意思表示，或为了达到使在民事或经济交往中处于“劣势地位”的消费者能够与其对手处于地位平等之目的，所制定的法律规范的总称。人们往往将其归结于私法范畴。

2．现代消费保护法

是指国家或国家联盟为了达到一国或国家联盟内保证基本的消费标准，进一步提高消费水平之目的所制定的所有法规的总称。这是国家为了更好地完成其对于消费市场及消费过程的管理、监督、协调、规范与完善的职能所进行的立法，往往将其归结于公法范畴。

3．两者关系

两类法律并行不悖，相辅相成，与不同类型的消费者通过多种消费行为以满足不同生活需求而不可分割地联系在一起。故人们常用“广义上的现代消费者保护法”或“现代消费者保护法”这一概念来统称“消费保护”和“消费者保护”这两类法律，须将其视为综合性调整及保护对象的法律。

（七）欧盟现代消费者保护法的地位及作用领域

1．在法律体系中的地位

随着社会的发展与进步，公私法区分的界限已明显相对化，在回答“现代消费者保护法究竟属于公法还是私法”时，亦可摒弃传统的“不是公法，就是私法”的二元对立模式。确切的描述是，现代消费者保护法既不是公法，也不是私法，而是一门独立的法律部门。由于其调整原则和对象贯穿于各个不同的法律领域，故必须运用在各法律领域内贯穿而过的“横截面”理论来对其进行说明、运用属于不同法律部门的综合性调整方法（即“法律设置”）来对其进行综合性调整。

2．作用领域

（1）存在于民商经济领域

以对传统民法受到干扰的基本原则的扬弃为目的。

（2）存在于公共事务领域

国家借以实现使一国的消费水平保持在特定或很高标准之目的。

（3）存在于消费者获取必需的消费品市场

旨在保障消费者“获得消费品的通道”。除非顾客存在法律上能认定的过错，不允许将顾客赶出消费品市场。

第六章　欧盟法中的特殊理论问题

一、欧盟的性质：“邦联”还是“联邦”？

欧盟的性质：既不是联邦，也不是邦联，是独立于联邦与邦联之外的、新的复合国家/国家联盟的形式。

法律依据：

欧盟的法律优于成员国的法律；但是欧盟的立法不得导致成员国国家特征的丧失（EUV 第六条第三款）

例如：德国的国家特征为民主的、法制的、社会的联邦制共和国；英国则为现代君主立宪制联合王国；无论何时，欧盟都不允许将具有不同国家特征的两者“合而为一”为单一的联邦制共和国制或单一的君主立宪制。

二、关于“横截面调整对象”与“法律设置”的概念

为了说明与解决欧盟法律制定与适用过程中的“诸法合一”、同时并用的问题，欧盟法中出现了将诸如“消费者保护”与“环境保护”之类的综合性调整对象称之为“横截面调整对象”、将调整这类“横截面调整对象”的所有法律规范归纳统合为一个特定的“法律设置”的趋势。

（一）“横截面调整对象”

即是指那些跨越数个不同领域或部门、并需由不同领域或部门的法律规范综合性进行调整的社会关系或社会现象。当着这些跨领域、跨部门的社会关系或社会现象被作为综合性调整对象而依法进行调整时，它们便成为所谓的“横截面调整对象”。例如，“消费者保护”与“环境保护”，就属此类“横截面调整对象”。

（二）“法律设置”

原为社会学概念，后为行政法所引用。它是由社会学所研究的对象“Institute”或“Institution”（即“设置”）引伸而来。当着我们长时期的、周而复始地采用同一方式或同样类型的多个法律规范对一个或多个要被实现的价值或要被达到的目的及其相关要素进行调整、当着所有相关法律规定被抽象出来并连同所要调整的对象整合规定为一个确定的设置时，便形成了一个“法律设置”。它主要地被用于解决“横截面调整对象”（即跨领域、跨部门的调整对象）的调整问题。

（三）小结

法律出现一种综合调整的趋势。这种趋势，尤其表现在“横截面调整对象”的出现，导致了公法与私法规范、国内法与国际法规范、上位法与下位法规范的综合运用。这就需要我们运用诸如“法律设置”之类的新范畴来解决问题。譬如：把调整“消费保护”与“环境保护”的所有法律规范连同被调整对象本身加以整合确定，便形成了诸如“现代消费者保护法”与“环境保护法”这样的法律设置。此外，法律设置还可以用以保护欧盟公民们的基本人权特别是“天赋人权”；由于“天赋人权”的保护没有时效的限定，故对于它们的依法保护便可以通过永久的且确定的、并且有具体的“保护核心”的“基本权利”这样的法律设置来实施。

三、欧盟法、欧洲法与成员国法及其相关法院之间的辩证关系

（略）

四、欧盟法对于法学理论的完善与创新的诸多贡献

概括起来，欧盟法对于法学理论的完善与创新的诸多贡献有下述几点：

（一）创立了“法令”这种国内法律适用的新形式

作为国家联盟的法律在成员国适用时，也需像国际法在国内适用时一样，首先要被“转化”成为成员国法律后，才能被进一步适用。这尤其对于在一国之内存在着多个法域的国家，具有重要的借鉴作用。

（二）大陆法系与英美法系相互融合的典范

自欧共体成立以来，两大法系之间的融合日益加剧。这不仅体现在欧盟法律体系中成文法与判例法同时并用，而且还集中体现在大陆法系与英美法系在成员国法律体系中的逐渐融合。例如：在英国，成文的《欧洲人权宪章》被引入并被作为宪法级的法律文件直接适用，突破了单纯的判例法；在德国，法官法的出现，突破了单一的成文法。

（三）导致了现代意义上的消费者保护法体系的诞生

（参见“第五章第四节”）

第七章　欧共体/欧盟法典型案例选析

《外国合同法（双语）》教学大纲

喜佳　编写

目　录

前　言 5
第一章　绪 论 6
第一节 Brief　Introduction of　American legal system 6
一、英美法律制度简介 6
二、法律分类 6
三、合同法渊源 Sources of K law 6
第二节 Reaching an agreement 6
一、合同定义 6
二、合同成立要素 Elements 7
三、合同的类别 Classification of k 7
第三节 Offer and its validity 7
一、要素 Element: 7
二、Termination of offer 8
第四节 Acceptance and its duration 8
一、承诺人 Who 8
二、内容 what 8
三、方式 Method of acceptance 8
四、Termination of acceptance 9
复习与思考题： 9
拓展阅读书目： 9
第二章　约因 consideration 10
第一节 Introduction 10
一、定义 10
二、类别 10
第二节 The bargain element 11
一、promises to make gifts 11
二、 sham and nominal consideration 11
三、promisee unaware 11
四、 past consideration 11
五、Case study 11
第三节 the detriment element 11
一、定义 11
二、类别 11
第四节 Part 4 Illusory, alternative and implied promises 12
一、illusory 定义 12
二、alternative promise 的适用 12
三、implied promises 的适用 12
第五节 Part 5 K Binding without consideration 12
一、to pay past debts 12
二、to pay for benefits or services receives 12
三、modification of sales Ks 13
四、option K 13
五、guaranties: in writing and alleged be paid 13
六、to perform a voidable duty 13
七、promissory estoppel 13
复习与思考题： 14
拓展阅读书目： 14

第三章　合同有效的规则 Chapter 3 Rules governing the validity of K..... 15
第一节　防诈欺条例 Statute of frauds..... 15
一、简介..... 15
二、种类..... 15
第二节 错误 Part 2 Mistake..... 16
一、简介..... 16
二、Mutual M..... 17
三、Unilateral M..... 17
第三节 虚假陈述 Part 3 Misrepresentation..... 17
一、功能..... 17
二、要素 Elements of proof..... 18
三、责任分配 Responsibility to different P..... 18
四、虚假陈述形式 Form of Misrepresentation..... 18
五、Case study..... 18
第四节 胁迫和不当影响 Part 4 Duress and undue influence..... 18
一、胁迫..... 18
二、不当影响 Undue influence..... 19
第五节 当事人能力 Part 5 Capacity of parties..... 19
一、限制合同行为能力者..... 19
二、Infants..... 19
三、Mentally infirm..... 20
第六节 非法行为 Part 6 illegality..... 20
一、类型..... 20
二、Non- compete K if unreasonably broad..... 20
第七节 Part 7 unconscionability and adhesion contracts..... 21
一、格式合同..... 21
二、 unconscionability..... 21
三、Case study..... 22
四、Remedies..... 22
复习与思考题：..... 22
拓展阅读书目：..... 22
第四章 担保和安全交易 Warranties　and secured transaction..... 23
第一节 Part 1 Warranties..... 23
一、类型..... 23
二、express warranty..... 23
三、an implied warranty of merchantability..... 23
四、 a warranty of fitness for particular purpose..... 24
五、Case study..... 24
六、disclaimers..... 24
第二节 Part 2 secured transaction..... 24
一、 general intro..... 24
二、特殊条款..... 24
三、minimum terms in k..... 24
复习与思考题：..... 24
拓展阅读书目：..... 25
第五章　合同履行和违约 Chapter 5　Performance and Breach of K..... 26
第一节 简　介..... 26
一、比较..... 26
二、违约要素..... 26
第二节 条件 Part 2　conditions..... 27

一、定义.....27
二、类型.....27
三、明示条件 Express condition.....27
四、推定条件 Constructive condition.....27
第三节　不履行 Part 3 Nonperformance.....28
一、简介.....28
二、Case study.....29
三、Lesson:.....29
第四节　根本违约 Part 4 material breach.....29
一、区分.....29
二、因素 elements.....29
三、Case study.....30
四、UCC rules.....30
五、Case study.....30
第五节 PART 5 Prospective breach.....30
一、定义.....30
二、区分 Distinguish:　anticipatory repudiation.....30
三、Types:.....30
第六节 PART 6 Anticipatorily repudiation.....31
一、定义.....31
二、Case study.....31
三、Elements.....31
四、Consequences　for repudiator.....31
复习与思考题：.....31
拓展阅读书目：.....32
第六章 合同前义务与合同义务免除 Chapter 6 Pre-contractual liability and Discharge of K.....33
第一节 合同前义务 Part 1 Pre-contractual liability.....33
一、问题的提出.....33
二、fators.....33
三、Case study.....33
第二节 合同义务免除 Part 2 Discharge of K.....34
一、简介.....34
第三节　履行不能 Part 3 Impossibility.....34
一、定义.....34
二、Types:.....35
第四节 不能实行 Part 4　Impracticability.....35
一、定义.....35
二、Case study.....35
第五节 合同目的落空 Part 5 Frustration of K.....35
一、定义.....35
二、Case study.....35
复习与思考题：.....35
拓展阅读书目：.....36
第七章 合同救济 Chapter 7 Remedies.....37
第一节　一般规则 Part 1 general rule.....37
一、区分.....37
二、区分点.....37
第二节　准合同救济 Part 2 Quasi-contract remedies.....37
一、定义.....37
第三节 赔偿 Part 3 damages.....38

一、Expectation damages.....38
二、Reliance damages.....38
三、Restitution damages.....39
四、Foreseeability and Duty to minor.....39
五、 Nominal damages.....39
六、 Punitive damages.....39
七、Liquidated damages.....39
第四节 衡平法救济 Part 4 Equitable remedies.....40
一、实际履行 Specific performance.....40
二、Specific performance 适用情况.....40
三、禁令 Injunctions.....41
四、Case study.....41
第五节 合同上的侵权救济 Part 5 Tort as alternative to K remedies.....41
一、一般规则.....41
二、请求权竞合.....41
三、Case study.....41
复习与思考题：.....41
拓展阅读书目：.....41
第八章 合同外第三人 Chapter 8 Nonparties(third Parties).....42
第一节 合同债权让与 Part 1 Assignment of K.....42
一、简介.....42
二、名义让与 gratuitous assignments.....42
三、不能让与的合同 not assignable K.....43
四、债务人权利义务 Rights and obligations of obligor.....43
五、让受人权利义务 Rights and obligations of assignee.....43
六、CASE STUDY.....44
第二节 PART 2 合同债务承担 Delegation.....44
一、简介.....44
二、不可承担债务 Non –delegable duties.....44
三、Delegatee's liability.....44
第三节 Part 3 代理 manifesting assent through an agent.....44
第四节 获益第三人 PART 4 Third-party beneficiaries.....45
一、A person whom the promise in K intends to benefit.....45
二、Intended beneficiaries.....45
三、incidental one.....45
四、Defenses against Beneficiary.....45
五、CASE STUDY.....45
第五节 PART 5 合同外第三人对合同的义务 The obligation of third parties to respect K.....45
一、简介.....45
二、检讨.....45
复习与思考题：.....46
拓展阅读书目：.....46

前　言

外国合同法是主要以英美法，尤其是美国有关合同法的理论与实践为研究对象的法律学科，是我国法学体系的一个重要组成部分。

课程号：402020192

课时：36

学分：2

开课单位：民法研究所

本教学大纲的**编写目的**，是为学生系统掌握外国合同法的基础理论和基本知识，在了解英美法的一般法律体系的基础上，学习合同法的基本框架、各项法律制度的基本内容，以及涉外合同法领域的实践技巧。

本课程的**主要讲授内容**为：

- General principles
- Offer and acceptance
- Consideration
- Rules governing the validity of K
- Warranties and secured transaction
- Breach of K
- Pre-K liability and Discharge of K
- Remedies
- Nonparties(third Parties)
- Practice and skills

主要教学手段是案例教学 case study, 还包括 presentation, role play, work shop, buzz group 等多种形式。

考试方式：平时成绩+期末论文

第一章　绪 论

本章教学目的和基本要求：主要介绍
- Brief Intr. Of American legal system
- Reaching an agreement
- Offer and its validity
- Acceptance and its duration

本章重点和难点：着重理解
- Offer and its validity
- Acceptance and its duration

学时分配：6 课时

第一节 Brief Introduction of American legal system

一、英美法律制度简介

重点讲解判例制度 Precedents : a guideline that is to be followed by courts in the line of appeal under the court in similar cases.(Stare Decisis)

二、法律分类

（一） Law and equity
（二） Substantive and procedural law
（三） Public and private law
（四） Contract law system(state law)

三、合同法渊源 Sources of K law

主要为 Common law。

Every state but Louisiana, sales of goods are governed by article 2 of UCC。If the UCC is silent on a particular Q, the common law of the state will control. ---- UCC 1-103

Quiz: ? K for sale of computer
? Employee noncompetition agreement

第二节 Reaching an agreement

一、合同定义

Contract: an agreement that the law will enforce.

A K is a promise ,or set of promise, for breach of which the law gives a remedy, or the performance of

which the law in some way recognizes as a duty.

A k is a legally binding agreement between two or more parties or a set of legal binding promised made by one party or more.

二、合同成立要素 Elements

offer + acceptance= bona fide(valid) K

（一） Competent parties (minor, car)

（二） Legal subject matter

（三） Legal consideration

（四） Mutuality of agreement ----meeting of the minds

1、rule A

Governed by Objective theory of K

a party's intent is deemed to be what a reasonable person in the position of the other party would think the first party's objective manifestation of intent meant.

2、Rule B

Legal enforceability ------ intention to create legal relations

How to manifest\tell intention?

Presumption: in business context---Yes; ---- but if ambiguous , large Ds, No

in a social or domestic situation---No

（五）Mutuality of obligation

三、合同的类别 Classification of k

（一）单双务合同

1、Bilateral K: a K in which both sides make promises.

2、Unilateral K: a k involves an exchange of the offeror's promise for the offeree's act.

（二）根据合同有效性划分

1、void

2、Voidable

3、Unenforceable

第三节 Offer and its validity

Offer is the manifestation of willingness to enter into a bargain.

一、要素 Element:

（一） Intent

1、Object rule: deemed to be what a reasonable person in the position of the other party would think the first party's objective manifestation of intent meant.

2、A mental attitude which can seldom be proved by direct evidence, but must ordinarily be proved by circumstances from which it may be inferred.

（二）Clear and definite terms

The more specific the terms of any document are, the more likely one could claim that an offer was made.

（三）Indentified offeree

1、 Specific person or persons

2、Public at large ; world at large

Case: A made an adv. Which claimed who took 3 pills of his medicine in 2 weeks would not catch a cold. If he did, A would pay 100P.(made a 1000 deposit). B did take it, however, caught a cold.(*Carlill V. Carbolic Smoke Ball Co.*,1893)

（四）Specified duration

Valid for a specified period of time.

1、State the specific time frame= firm offer(not revocable)

2、If no, be an assumption of a reasonable time.(a Q of fact that depends on the circumstances of each case.)

二、Termination of offer

（一） Lapse of time

（二） Revocation

（三） Rejection

（四） Death or incapacity of the offeror

第四节 Acceptance and its duration

A statement made by or other conduct of the offeree indication assent to an offer.

一、承诺人 Who

Only by a person in whom the offeror intended to create a power of acceptance。

二、内容 what

（一）The offeree knows of the offer at the time of his alleged acceptance.

Common law: Mirror image rule

（二）UCC view: rejects the rule

1、Rule 1 ： General: additional to or different from the offer is ok

2、Rule 2 :Acceptance expressly conditional on assent to changes____ no K

3 、 Rule 3 :If contains an additional term, the consequences depend on whether both parties are merchants

三、方式 Method of acceptance

（一）一般来说 Offeror is the master of his offer

（二）具体

1. prescribe: by tel, by leter

2. if no: any reasonable may

3. unilateral: full performance，but----notice of acceptance, otherwise k is discharged.

4. invites either promise or performance
5. by silence: generally not, 4 exceptions:
(1)offeror has given er the reason to understand
(2) ee silently receives the benefit of services if he can reject , and know it should be compensated.
(3) domination: receives goods and keeps them
(4) prior conduct : A prior course of dealing

四、Termination of acceptance

（一） Lapse of time
（二） Rejection
（三） Counter-offer
（四）Death or incapacity of the offeror or er

复习与思考题：

1、 what is offer?
2、 What is acceptance?
3、 How to enter into a K?

拓展阅读书目：

1、Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.
2、Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.
3、Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).
4、杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。
5、P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。
6、密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年 版。
7、望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。
8、施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。
9、Related articles on www.westlaw.com
10、科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第二章　约因 consideration

本章教学目的和基本要求：主要介绍
+ Introduction
+ The bargain element
+ The detriment element
+ Illusory, alternative and implied promises
+ K Binding without consideration

本章重点和难点：着重理解
+ The bargain element
+ The detriment element
+ K Binding without consideration

学时分配：6 课时

第一节 Introduction

一、定义

Something(such as an act ,a forbearance, or a return promise) bargained for and received by a promisor form a pomisee

二、类别

（一）performance

The performance may be given to promisor or some other person. It may be given by promisee or some other person.

1. an act other than a promise
2. a forbearance
3. the creation, modification or destruction of a legal relation

（二）promise

The promise may be given to promisor or some other person. It may be given by promisee or some other person.

1. detriment : ee gives up sth. Value, or circumscribes his liberty in some way
2. exchange: in exchange for each other

第二节 The bargain element

一、promises to make gifts

A promises to make gifts is general unenforceable b/c lacking bargaining 。

（一） Exception: Executed gifts

（二） Existence of condition: meet some conditions in order to receive gifts. Still no k if conditions is not really bargained for.

二、 sham and nominal consideration

（一） nominal amount: so small

EX: $1 for $ 5000 car

（二） if proper amount , but payment not in fact made

三、promisee unaware

EX: A offered $500 to anyone captures prisoner. B did it without awareness.

Held, no.

四、 past consideration

past consideration: detriment previously suffered by the promisee.

EX: P has worked for D for 37 years. D then offers P a lifetime pension. P works and retires and has received the pension for several years until it is cut off.

五、Case study

Webb v. McGowin ,232 Ala.374(1936)

第三节 the detriment element

一、定义

Detriment: must do sth. He does not have to do or refrain from dong sth. that he has a right to do.

包括：Right, interest, profit, benefit 和 Forbearance ,loss, responsibility given, suffered or undertaken by the other party.

二、类别

（一） a non- economic detriment will suffice.

（二） adequacy not considered。 even small is enough， however, extreme disparity in value is not

（三） generally, pre-existing duty is not a detriment.

pre-existing duty: to do already legally obligated to do or forbear from not legally entitled to do。

但存在不同看法 Different views:

1. modification of K is not enforceable in common law

2. R of K: some exceptions　if fair and equitable

3. UCC:　ok , must good faith and no-oral

（四）settlements

settlements of other kinds of suits(torts) is detriments if P does not know it is invalid

第四节 Part 4 Illusory, alternative and implied promises

一、illusory 定义

Illusory is a statement appears to be promising sth but in face does not commit the promisor to do anything at all.

包括

-------reservation of right to change mind

____termination based on party's inability to perform

-------unfettered right to terminate with notice(old rule)

Case study: 39 N.E. 330 (1895)

二、alternative promise 的适用

alternative promise: Only if each would have been cons! If it had been bargained for alone.

三、implied promises 的适用

implied promises: if implied, a K.

EX: D, a fashion designer, gives P the exclusive right to sell Products made from his design. P promised to pay royalty but no expressed promise to make sales. D lets sb. to sell later.

第五节 Part 5 K Binding without consideration

无约因但合同成立 Some Ks may enforceable without consideration.

种类 7 types.

一、 to pay past debts

to pay past debts: however most states required a sighed writing.

Ex:

----bankruptcy discharges

-----statute of limitations

二、 to pay for benefits or services receives

to pay for benefits or services receives: requested or in an emergency? If not requested

The cases are split. The older cases not, new ones ok if substantial.

EX:　save life became P. Ch.　V. merely save from the woods

三、 modification of sales Ks

四、option K

五、guaranties: in writing and alleged be paid

六、to perform a voidable duty

七、promissory estoppel

A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding g if injustice can be avoided only by enforcement of the promise.

（一）elements

1、 actually rely

2、 foreseeable reliance: Reasonably

Case 1 study

Case 2 study

Case 3 study

(二)Applicable conditions

7 types

1、 promise to make gifts

To promise to make gifts 一般发生在下列情况

(1) especially intra-family promises

(2) Oral Promises to convey land

作为 substitute for compliance with the statute of frauds which required written in case of land

例如 Case study *Ricketts V. Scothern ,* 57 Neb.51, 77N.W.365 (1898)

2、charitable subscriptions

charitable subscriptions:无需 no reliance necessary

--------- comparative case study 比较案例分析

Case 1: 41 Ohio 527(1885)

Case 2: 159N.E.173(1927)

3、guatuitous bailments and agencies

一是 Take care of another's property

二是 Carry out an act as another's agent

case 1: A promises to watering B's garden when he is on vacation. A fails to perform and some valuable flowers die.

分析

(1) old: only liable if bailee actually begins to perform.

(2)new: yes if neglects to perform and bailor suffers a loss

case 2: 239 A.2d 725(1968)

一般 courts are more hesitant to use PE b/c the promisor would typically be exposed to an enormous liability.

4、 to pay pensions and other fringe benefits.

to pay pensions and other fringe benefits. 一般发生在 But not made after ee is retired or allowing ee to retire immediately

5、offers by sub-contractors

offers by sub-contractors if he makes a bid to a general contractor and the latter used in computing his master bid on the job

6、promise of job

Wr promises a at-will job to an ee, and ee quits his established job. But er revokes the promise before ee shows up for work.

7、 negotiations in good faith

EX: A promises to negotiate a lease for a space with B, a tenant. B then rejects an offer from another landlord. A then leases it to B's competitors

Case study

Mazer V. Jackson Insurance Agency, 340 So.2d 770(1976)

（三）Amount of recovery

Only limited to those necessary to ***prevent injustice.*** 因为 P is placed in the position he would have been in had the promise never been made.

复习与思考题：

1、what is bargain element?

2、What is detriment element?

3、why there are some Ks without consideration? What types are?

4、 what is consideration?

5、when PE doctrine is applied?

拓展阅读书目：

1. Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.

2. Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.

3. Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).

4. 杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。

5. P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。

6. 密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年 版。

7. 望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。

8. 施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。

9. Related articles on www.westlaw.com

10. 科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第三章　合同有效的规则 Chapter 3 Rules governing the validity of K

本章教学目的和基本要求：主要介绍

- Statute of frauds
- Mistake
- Misrepresentation
- Duress and undue influence
- Capacity of parties
- Illegality
- Unconscionability and adhesion contracts

本章重点和难点：着重理解

- Mistake
- Misrepresentation
- Unconscionability and adhesion contracts

学时分配：7 课时

第一节　防诈欺条例 Statute of frauds

一、简介

一般作为口头合同的例外。An exception to oral K. Unenforceable unless in writing

二、种类

5 Categories

Suretyship

Marriage

Land k

Over one year K

K for sale of goods for $500 or more

（一）Suretyship

定义 A　k to answer for the debt or duty of another。

Exception: main purpose rule___to further his own interest

Ex: in order to get his goods be transferred by B, A promises to C to pay B's truck's loan if B does not.

（二）Marriage

一般 K made on consideration of marriage，但有例外 ex: property transfers

如果 Solely of mutual promises to marry ; an oral engagement is enforceable.

（三）Land K

1、指 Any interest in land:

------a fee simple interest
-------leases(over one year in most states)
------mortgages
不包括 Not includes:　K incidentally related to land
-------building
-------loan
2、例外 Exception: part performance
——conveyance　by vendor
——vender's part performance would lead to Specific P
3、如何认定 Over one year K
A K incapable of being fully performed in **1 year?**
（1）Measured from the time of execution of K
Ex: famous artist,　book a 1 hour painting in next year
（2）possibility judged as of the time k is made, not the fact
（3）　performance takes k out of 1 year ,not discharge.
4、如何认定 K for sale of goods for $500 or more
例外规则 Exceptions:
（1.）specially manufactured goods: not suitable for others
（2.）estoppel
（3.）goods accepted or paid for
5、Remedies
（1.）quasi-k recovery for part performance
----to recover for the value of benefits he's conferred upon D
----not limited by K price
（2.）PE
----relies to detriment
-----degree of injury and unjust enrichment
例外 Exception:
（1）lifetime employment
（2）non-compete
（3）full performance of one party

第二节 错误 Part 2 Mistake

一、简介

Mistake 是 a belief that is not in accord with the facts。
--------existing fact, not what will happen in the future
---------a legal principle
类型有 Unilateral M: one 和 Mutual　M: both

二、Mutual M

适用在 if adversely –affected party may avoid K, only when
——basic assumption
—— material effect
—— risk
（一）basic assumption
1、existence of subject matter
2、Quality of ---------
3、Market conditions is not
Case study
（二）material effect
（三）Risk
提出方 he must not the one on whom k has implicitly impose the risk of the mistake.
一般规则 General rule
1、 Seller bears the risk of mineral in land
2、builder bears the risk of biding conditions in land
3、Others be found by courts to be reasonable
（四）Cases study

三、Unilateral M

（一）提出方 The mistaken party is more difficult to avoid K, only
——.basic assumption
—— material effect
——risk
Plus must show either that
1. unconscionability
2. reason to know: the other P had reason to know the M, or his fault caused it.
（二）常见类型
Construction bids as the most common type
（三）Defenses
Negligence is not a defense unless it is to show a lack of good faith and fair dealing
（四）Remedies
（五）cases study

第三节 虚假陈述 Part 3 Misrepresentation

一、功能

—— a defense in breach of K
—— grounds for rescission or damages if he is P

二、要素 Elements of proof

（一）other p's state of mind: not to prove intentionally made , thus negligent or innocent is enough if material fact

（二）justifiable reliance

（三） fact, not opinion : comfortable sofa ; law

三、责任分配 Responsibility to different P

（一）Buyer: 适用 Caveat Emptor 规则

需要 Examine the goods and ask Qs and the sell's job to sell. 因为 Normal part of market behavior for sellers to exaggerate ,puff, and leave out unpleasant bits of info.

（二）Sellers:

必须 The duty to give honest answers

包括 To give curate one； To complete one； The duty to disclose: inf. might effect buyer's decision; the duty to investigate: to disclose fully all material info. without being asked

四、虚假陈述形式 Form of Misrepresentation

（一） Affirmative statement

（二）non- disclosure as exceptions

non- disclosure 包括

1. half truth leads to an overall misleading impression

2.posotive concealment: take positive action to conceal the truth

3. failure to correct past statement

4. fiduciary relationship

5. failure to correct mistake as to a basic assumption

五、Case study

第四节 胁迫和不当影响 Part 4 Duress and undue influence

一、胁迫

（一）定义

Duress: Any wrongful act or threat which overcomes the free will of a party ___ abusive or oppressive

一般作为 As a defense if unfairly coerced into K or modifying it 。适用 Subjective standard

（二）类型 types

1、 Violence or threats of it

2、Imprisonment or threats of it

3、Wrongful taking or keeping of a party's property, or threats to do so

4、Threats to breach K or commit other wrongful acts

（三）Case study

二、不当影响 Undue influence

（一）定义

the improper use of power or trust in a way that deprives a person of free will and substitutes another's objective。

一般是 Unfair persuasion rather than coercion

（二）特殊关系 Usually under the domination of the one

The virtue of the relation assuming he will not act in a manner inconsistent with his welfare.

1、 Fiduciary or special relationship

2、 Parent and child

3、Guardian and ward

4、Religious adviser and disciple 等等

（三）例子

Ex1:

EX2:

第五节 当事人能力 Part 5 Capacity of parties

一、限制合同行为能力者

Certain class of persons have only a limited power to k.

包括 Infants ； Mentally infirm；Intoxication

因此 K is voidable at their option:

----------enforce it or escape from it

二、Infants

（一）Before a person reaches majority (18 in most states), K is voidable at his option.

可以

1、 Disaffirmance K

2、Ratification K

3、Disaffirmance K

（二）Avoid k before he reaches majority

1、 By oral words

2、By conduct

3、By a defense when sued for breach

（三）例外 Exception: land conveyance

（四）Consequences of disaffir.

为了 To make an economic adjustment to unwind K。一般区分

1. if Infant is D:

2. if infant is P:

（五）case study

三、Mentally infirm

（一）定义

Mental incompetent:

1. does not understand K

2. understands it, but acts irrationally, and the other person knows he is acting irrationally

（二）规则

the same basic rules as infants

（三）Case study

（四）Intoxication

Avoidance

1. so intoxicated that cannot understand the nature of his transaction **and**

2. the other party has a reason to know this

第六节 非法行为 Part 6 illegality

一、类型

Kinds:

- Gambling or wagering
- Lending K violating usury statues
- Services without license or permit
- Cohabitation 有分歧 in split

----------most not

----------minority court yes no trade sex for money

二、Non- compete K if unreasonably broad

（一） sale of business

-----illegal, unreasonably broad either geographically or in duration

（二） Employment K

例如 Post- termination no-compete covenants

（三）Enforceability

1. wholly executory (no performance at all)

Less likely to be enforced by courts, only

(1) ignorance of facts

One part justifiably unaware the illegal facts

(2) wrongful purpose if not a crime of serious *moral turpitude (conduct contrary to justice ,honesty, or morality)*

(3) Statue directed at one party

2. partly or fully performance

Courts more willing to enforce or quasi_k remedy

第七节 Part 7 unconscionability and adhesion contracts

一、格式合同

（一）定义

adhesion contracts: an imprecise term used to describe a document containing non-bargained clauses that are in fine print ,complicated, and /or exceptionally favorable to the drafter.

包括

1. not negotiated and drafter had a gross disparity in bargaining power

2. unconscionability

（二）not negotiated and a gross disparity

Where non-drafter even not realize K

Tickets and other "pseudo K": parking tickets, trains\ship\air tickets; to some events

Only if

1. purchaser sign or manifest assent to the terms

2. has reason to believe tickets are regularly used to contain contractual terms

And Courts might strike unreasonable terms

（三）Case study

二、 unconscionability

（一）So unfair , one-sided

包括 Generally consumers , rarely businesspeople

（二）证明步骤

2 kinds: procedural 和 substantive

1. procedural

Entering into K w/o any meaningful choice

Types:

（1.） burden-some clauses tucked away in fine-print boilerplate

（2. ）high-pressure salespeople who mislead uneducated consumer

（3.）industuies with few player, all of whom offer the fame unfair K to defeat bargaining

2. substantive

包括 excessive price

和 remedy- meddling : Limits buyer's remedies for breach

(1)disclaimer or limitation of warranty, especially personal injury damages.

(2) limiting the remedy to repair or replace (valueless)

(3) unfairly broad rights of repossession by the seller on credit

(4) waiver of defense as against the seller's assignee

(5) a cross- collateralization clause : a secured seller who has sold multiple items to buyer on credit has the right to repossess all items until the last penny of total debt is paid

三、Case study

四、Remedies

1. refusal to enforce clause
---strike the offending clause
2.reformation: modify
3. refusal to enforce all k: deny P any recovery at all

复习与思考题：

1、what is Mistake?
2、What is misrepresentation?
3、to tell the difference b/t mistake and misrepresentation?
4、 what is the difference b/t Unconscionability and adhesion contracts

拓展阅读书目：

1. Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.
2. Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.
3. Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).
4. 杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。
5. P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。
6. 密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年 版。
7. 望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。
8. 施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。
9、Related articles on www.westlaw.com
10、科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第四章 担保和安全交易 Warranties and secured transaction

本章教学目的和基本要求：主要介绍
✖ Warranties:
--types
--modification of remedies
--privity (共同关系;privy 利害关系人)
✖ secured transaction
--general intro
--minimum terms in k
本章重点和难点：着重理解
✖ Warranties:
学时分配：3 课时

第一节 Part 1 Warranties

一、类型

Types: 包括
1. express warranty
2. an implied warranty of merchantability
3. a warranty of fitness for particular purpose

二、express warranty

（一）一般指 Explicit affirmation of fact or promise that the goods have certain qualities.
By Description
By Sample or model
（二）例外 Exception: puffing or opinion is not
区分 Puffing V warranty
Case 1
Case 2
Issue : if B expresses disbelief prior completion of sale, is S relieved from duties?

三、an implied warranty of merchantability

No precise definition, but always given if seller is a merchant unless disclaimer
Fit for the ordinary purposes for which such goods are used
EX: car cannot go more than 25 m.p.h.
American context v. Yunnan

四、 a warranty of fitness for particular purpose

1. Seller has the reason to know purpose

2. Seller has the reason to know Buyer is relying on the sell's judgment to select or furnish suitable goods

3. Buyer is **in fact** relying on the sell's judgment to select or furnish suitable goods

Ex: insisting on a particular brand is **not**

五、Case study

六、disclaimers

Limits the extent to which seller may disclaim

（一） express

Free to disclaim express warranty if in a clear and reasonable way

（二）implied

Tightly limited by the Code:

1. explicit disclaimer

Strict procedural rules

2. examination of sample or model or goods themselves

3. course of dealing, course of performance, usage of trade

第二节 Part 2 secured transaction

一、 general intro

To secure an obligation with collateral

Security interest: a real right to collateral that secures performance of an obligation

Collateral : property is pledged as security against a debt

可能包括 Pledge lieu guarantor

二、特殊条款

（一）Acceleration clause: A loan K provision that requires the debtor to pay off the balance sooner than the due date if some specified event occurs, ex failure to pay

（二）Perfect: to take all legal steps needed to complete secure。To provide necessary public notice in final conformity with law: perfect a security interest

（三）Priority: according to time of filing or perfection

三、minimum terms in k

复习与思考题：

1．what is Warranties?

2．how to make a transaction secured?

拓展阅读书目：

1. Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.
2．Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.
3．Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).
4．杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。
5． P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。
6．密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年 版。
7．望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。
8．施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。
9．Related articles on www.westlaw.com
10．科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第五章　合同履行和违约 Chapter 5　Performance and Breach of K

本章教学目的和基本要求：主要介绍

- ✱ Conditions
- ✱ Nonperformance
- ✱ material breach
- ✱ Prospective breach
- ✱ Anticipatorily repudiation

本章重点和难点：着重理解

- ✱ Conditions
- ✱ material breach
- ✱ Anticipatorily repudiation

学时分配：5 课时

第一节 简　介

一、比较

Previous chapters discuss enforceability and formation issues which are most likely to be raised by whom?

——By parties and lawyers who trying to get out of k

This chapter shifts to examine how parties and their lawyers deal with the obligation of K during performance

二、违约要素

（一）A claim of breach of k (br/k) depends on proof

1. an obligation has matured
2. performance was due
3. D has failed to meet its obligation to the injury of P

（二）To determine br/k, lawyers must distinguish

1、An event that is promise

___ a failure leads to　br/k

2、An event that conditions a promise

___ a failure leads to excuse the conditioned performance

第二节 条件 Part 2 conditions

一、定义

An event which must occur before a particular performance is due

区分 Condition v. promise

二、类型

（一）Two types

1、Express condition

2、Constructive one

（二）Significance of distinction:

1、E C needs **strict** compliance

2、C C needs only **substantial** compliance

三、明示条件 Express condition

（一）explicitly agree that a duty is conditional upon the happening of some event.

（二）Two kinds:

1、 Obligation not arise until an event occurs

2、Performance will occur unless the obligation is extinguished by the occurrence of an event

3、Ex:

（三）Rule

1、strict compliance unless **forfeiture**

2、One party has relied on the bargain and insistence on strict compliance with the condition would cause him to fail to receive the expected benefits from the deal

3、Satisfaction a party

If condition is on the party being satisfied with the other's performance, **object** standard of reasonable satisfaction.

Unless

（1）clear intend it's subject

（2）satisfied with independent third party 's subject judgment (professionals), but in good faith

（四）Case study

四、推定条件 Constructive condition

（一）定义

1、Condition implied in law: A condition which is not agreed upon by the parties in ***bilateral*** Ks, but supplied by the court for fairness.

2、Each party's substantial performance of his promise is generally a constructive condition tor the performance of any subsequent dutiesc by the other party.

3、Ex: a painting k

（二）Oder of performance

General rule: **Intent** controls.

如果 no order agreed upon，则

1. only one party's work requires time

----service K

2. sales of good and land

3、Concurrent conditions: at the same time

4、Divisible K

K in which both parties have divided up performance into unites or installments. K is treated as a series of separate Ks.

Partly performance requires part payment.

（三）Case study

（四）Excuse of condition

If non-occurrence condition is excused , performance must be required.

1、By hindrance

The parity with duty wrongfully prevent it happens

Most in " implied promise of cooperation"

2、By waiver

Not insist

（五）case study

第三节　不履行 Part 3 Nonperformance

一、简介

（一）定义

（二）类型

1.Late payment

Generally later than delivery

一般 Generally is treated as minor or immaterial breach

原因在于 Reason: Loss can be easily compute : money

2. Later delivery

一般 In most cases , it is treated as material breach

原因在于 Reason: Conversion of loss for late delivery into money recovery is apt to be very difficult

但是 How broad do the damages cover?

3. Defective payment

一般 Seldom a problem

类型包括 Kinds:

- ✱ The tender of a check when cash was specified
- ✱ The tender of the wrong amount
- ✱ Usually can be speedily corrected

UCC 规定

- ✱ Tender of payment is sufficient when made by any means or in any manner current in the

ordinary course of business unless the seller demand payment in legal tender and gives any extension of time reasonably necessary to procure it

4. Defective delivery

A delivery of goods or services varies in quality or quantity from K specifications

但是 Very subtle issues since how to tell the deference b/t material breach and slight one? 所以 Law is caught in dilemma。因为

It wants to reinforce reliance on K by not showing too much tenderness to K breakers, but it also must avoid the senseless economic dislocation, disregard of commercial realities, and disappointment of normal expectations that would follow if it were too quick to permit a cancellation b/c of less than complete performance

二、Case study

三、Lesson:

思考 How to write a sale K of goods

所以 Terms should be precisely tailored to intent

第四节　根本违约 Part 4 material breach

一、区分

（一）Non-material breach:

-----If performance is fairly cured, other party only have the right to suspend

（二）Material breach:

------cannot be cured in reasonable time or fails to take advantage of chance to cure, other party can discharge k

二、因素 elements

（一）定义

（二）包括

1、 deprivation of expected benefit

2. part performance: the greater the part of the performance rendered, the less likelihood of material breach.

-----same breach at beginning >near end

3. likeliness of cure

4. willfulness (v. negligence or other)

5.delay : time is not essence unless k states

ex: D P entered k to deliver some corn for payment at the time of delivery. D did not deliver b/c P did not say ready. P sued for non-p.

三、Case study

四、UCC rules

（一） Perfect tender rule:

---if Gs or Ss fail in any respect to conform to K, buyer may (1) reject the whole; (2) accept the whole; (3) accept any commercial unit or units and reject the rest

The right to cancel K and refuse to pay

Strict procedurals rules

1. time:

----rejection(prompt notice) given within reasonable time

2. must not be preceded by acceptance

-----no acceptance before such as possess; has chance to inspect; fail to make timely refection; using

Exception: revocation of acceptance(To Discover a defect later)

A stronger showing of non-conformity; it substantially impairs the value of goods

3. subject to the seller's right to cure the non-conformity

After the time for performance, seller still has right to cure if he reasonable thought that

(1) the goods would be acceptable to buyer

(2) buyer would be satisfied with a money allowance

4. installment K (K calling for several deliveries)

Buyer has the right to Cancellation of whole k if defective installment **substantially impairs the value** of the whole k

Ex: computer sale K

plus a customized disk drive

五、Case study

第五节 PART 5 Prospective breach

一、定义

One party indicates he will subsequently be unable or unwilling to perform

The other party has the right to suspend his own performance.

二、区分 Distinguish: anticipatory repudiation

Just indicated he will refuse to perform

三、Types:

✱ Insolvency

✱ Financial inability

The party's conduct or words are not outright repudiation, but merely suggest may not perform

✱ Right to adequate assurance of performance

✱ If after demand of assurance, the other party fails to do so, it will be considered a repudiation.

第六节 PART 6 Anticipatorily repudiation

一、定义

If one party makes it clear, even before performance is due, he cannot or will not perform.
All states except Massachusetts allow to sue before the repudiator's time for performance has arrived.
It is called The rule of Hochster v. De La Tour

二、Case study

三、Elements

1.Statement:
----vague doubts is not enough
ex: I'm not sure I can finish the design
2. voluntary actions:
----acts:
Ex: sell to others;
go to vacation instead of work
3. prospective inability to perform:
Clear evidence to show he will be unable to perform

四、Consequences for repudiator

（一）Retract of repudiation
Can be retracted until events make it final
（二）Final acts: other party
1. sue
2. changes her position materially in reliance
3. regards it as final
（三）Consequences for repudiatee
1. to mitigate her damages by securing an alternative K
2. to ignore repudiation and sue
3. unilateral obligation to pay money
when repudiatee does not owe any performance, he can not sue immediately until the due

复习与思考题：

1、what is Conditions?
2、What is Nonperformance?

3、What is material breach

4、to analysis the difference b/t Prospective breach and anticipatory repudiation?

拓展阅读书目：

1. Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.
2. Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.
3. Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).
4. 杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。
5. P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。
6. 密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年版。
7. 望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。
8. 施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。
9. Related articles on www.westlaw.com
10. 科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第六章 合同前义务与合同义务免除 Chapter 6 Pre-contractual liability and Discharge of K

本章教学目的和基本要求：主要介绍
+ Pre-contractual liability
+ Discharge of K
+ Impossibility
+ Impracticability
+ Frustration of K

本章重点和难点：着重理解
+ Pre-contractual liability
+ Impossibility
+ Impracticability

学时分配：3 课时

第一节 合同前义务 Part 1 Pre-contractual liability

一、问题的提出

Preliminary negotiations 产生 memorial or memorandum，是否是 K

因为 If yes a K, br/k sue.

If not, no liability or recovers for reliance.

一般来说 If the written draft is viewed by the parties merely as a convenient memorial or record of their previous contract, its absence does not affect the binding force of the contract

相反 If viewed as consummation of the negotiation, no K until the written draft is finally signed

二、fators

+ Whether it need a formal writing for its full expression
+ Whether it has few or many details
+ Whether the amount involved is large or small
+ whether negotiations indicate a written date is contemplated as the final conclusion of the negotiation

三、Case study

第二节 合同义务免除 Part 2 Discharge of K

一、简介

（一）免除

No liable for br/k

（二）如果基于

1. rescission

必须是 Mutable one。但是 Can not if full performance on one side

2. accord and satisfaction

----offer substitute performance

-----accept

----- performed

-----in no, option to choose br/c old or new

3. substituted agreement

----Similar to 2, but only new one exists

-----disputes in debt and amount

-------high level of formality: detail

-----in writing

4. novation

----to delegate the duty to third party

----consent

5. release

--executory on one side

--Fully performed

--to give up rights by a document to discharge the other party

6. others

Impossibility

Impracticability

Frustration of K

Apply only when no risk allocation in K

（三）Remedies:

1. restitution: the value of benefit offered

2. reliance : plus expenditures in preparation

第三节 履行不能 Part 3 Impossibility

一、定义

The performance has been rendered impossible by events

二、Types:

（一） destruction of subject matter

Essential subject matter is destroyed

Only specially referred to

Understand by both parities the propter would be used.

（二）impossibility of essential mode of performance

必须是 Essential but intangible aspect，而且 not temporary

No excuse: If only means of delivery or payment, must use a commercially reasonable substitute.

（三）Case study

（四）特殊情况

如果履行不能 Due to failure of third persons

则 Middleman K to supply goods procuring from some third party:

1. no excuse if not specify the source

2.no excuse if supplier is unwilling to contract to sell

3. yes, excuse if supplier is excused of his own impossibility

（五）death or incapacity of a party

第四节 不能实行 Part 4 Impracticability

一、定义

Performance would be infeasible from a commercial viewpoint (a heaven burden) if due to changed circumstances

Most relate to extreme cost increases suffered by seller if fixed-price K. (oil k for 10 years)

But seller generally lose b/c assumed risk and foreseeable

二、Case study

第五节 合同目的落空 Part 5 Frustration of K

一、定义

Party's purpose is destroyed by supervening events, and it makes no sense to perform

二、Case study

复习与思考题：

1、what is Pre-contractual liability

2、how to discharge a K?

3、to analysis the difference b/t impossibility and Impracticability

拓展阅读书目：

1、Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.
2、Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.
3、Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).
4、杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。
5、 P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。
6、密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年版。
7、望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。
8、施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。
9、Related articles on www.westlaw.com
10、科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第七章 合同救济 Chapter 7 Remedies

本章教学目的和基本要求：主要介绍
- Quasi-contract remedies
- Damages
- Equitable remedies
- Tort as alternative to K remedies

本章重点和难点：着重理解
- Damages
- Equitable remedies
- Tort as alternative to K remedies

学时分配：3 课时

第一节 一般规则 Part 1 general rule

一、区分

注意 Suit on K V. Quasi-k suit

二、区分点

前者 for br/k

后者 not for enforcement of k, not asking for damages based on the actual value of performance she made

第二节 准合同救济 Part 2 Quasi-contract remedies

一、定义

（一）何为 Quasi-contract

（二）Types:

1. K is unenforceable vague or no K
2. k is illegal or avoidable
3. parties are discharged b/c of impossibility or FP
4. P herself materially br/k

（三）救济

1、Reliance & restitution damages

2、Almost never expectation damages

（四）K is unenforceable vague or no K

Ex: most cases is P offers emergency services :

一般仅获------- fair market value

（五）k is illegal or avoidable

（六）parties are discharged b/c of impossibility or FP，一般获

------ value of performance

-------reasonable expenditures (reliance)

（七） P herself materially br/k

多发生在 Most in construction cases

一般获 Restitution interest (pro- rata contract price) less D's damages for breach

但是 No recover if willful default

UCC 规则 : partial restitution :Seller can keep 20% of K price or $500 whichever is smaller

第三节 赔偿 Part 3 damages

一、Expectation damages

（一）Expectation interest: put P in the position he would have been in had K been performed

一般包括------benefit of bargain plus any profits

具体为 The value of D's promised performance (K price) minus whatever benefits P has received from not having to complete

（二）Reasonable certainty

-----no profits from a new business

-----no cost of completion unknown

（三）区别 Cost completion v. decrease in value

例如 When D has defectively performed, P cover the cost of remedying the defective Performance.

But if clearly disproportionate to the loss in market value from the performance , then only latter.

Often applied when defect is minor, and remedy would involve **economic waste**

（四）case study

例如 Reading pipe v. other brands; same quality

Only difference in value b/t pipes

Not cost of ripping out and replace.

二、Reliance damages

（一） reliance interest: put P in as good a position as he was in before K was made

一般包括-----P's out –of –pocket costs, not D's 可分为

A. when impossible to measure expectation

B. Promissory estoppel

（二）Most situation:

1. profit too speculative or uncertain

----new business

2. vendee in land K

---down payment plus expenses incurred

3. PE

-----half way: better than nothing, less than EDs

但是有限制 Limits:

1. P's obligation is to pay, limited to K price

2. no exceed expectation damages, but D has the burden to prove

3. no expenditures made before K

三、Restitution damages

（一）Restitution interest: an amount equal to the benefit D has received from P's performance to prevent unjust enrichment

（二）Case study

四、Foreseeability and Duty to minor

（一）Foreseeability: no consequential damages for br/k unless

（二）要素

1. foreseeable

2. D have actual notice the remote or unusual damages

Subject to parties' modification

（一）Case study

（二）Duty to minor:

------P to make reasonable efforts to mitigate damages

----- can cover the losses or expenses in dong so

五、 Nominal damages

Although br/k, no harm . P recover a small fixed sum .

六、 Punitive damages

（一）定义

（二）要素

1. tort: K plus **independent tort of fraud**

Ex: diamond v. stone

2. bad faith as tort

Ex: insurance co. refusal to settle a claim

七、Liquidated damages

（一）Specified in K for br/k by parties

（二）要素

Only if not penalty, and meet :

1. reasonable forecast, and , or

2. difficult calculation

（三）注意 if no loss at all: courts are split

If blunderbuss clause(same damages for any clause),

1. trivial one: no

2. major loss: yes

7. Damages in sales K

Buyer's right

If goods not accepted:

1. cover: to buy goods from others , and recover the diff b/t k price and m price

2. not cover, still can recover the diff b/t k price and m price

3. regardless of cover, consequential and incidental damages(trasp fee, storage fee)

Buyer's right

If goods are accepted:

1. br of warranty: the diff at the time and place of acceptance b/t the value of accepted goods and the value they would have had in warranty, and

2. non –warranty damages:

seller's right

If goods not accepted:

1.k/ resale diff

2. if no resale, diff b/t market price and unpaid k price

Or

3.entire k price

(1) if accepted goods

(2) if risk of loss passed to buyer

(3) if unresaleable goods: perishable and custom-made goods

4. either of above plus incidental damages

But no consequential damages

第四节 衡平法救济 Part 4 Equitable remedies

一、实际履行 Specific performance

（一） order promisor to render the promised performance

（二）Injunctions

---- to refrain from doing a particular act

适用 applied if

1. inadequacy of damages

2. definite terms of k

no grant if difficulty of enforcement

二、Specific performance 适用情况

---most in land-sale k even buyer breaches

---sometimes in sale k of output and requirements

--no in personal services

三、禁令 Injunctions

（一）定义

---- to refrain from doing a particular act

（二）类型 most in post-termination competition k

er must show

1. servicer are unique or extraordinary

2. ee can make reasonable means of making a living

四、Case study

第五节 合同上的侵权救济 Part 5 Tort as alternative to K remedies

一、一般规则

K and torts are separate legal categories even in common law system

二、请求权竞合

Cases when k remedies produce unacceptably low recovery may label the matter a tort and then proceed to give damages courts think just in the circumstances.

三、Case study

复习与思考题：

1、how many types of Damages？And their applications?

2、what are Equitable remedies?

3、why Tort could be reated as alternative to K remedies?

拓展阅读书目：

1、Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.

2、Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.

3、Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).

4、杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。

5、P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。

6、密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年版。

7、望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。

8、施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。

9、Related articles on www.westlaw.com

10、科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

第八章 合同外第三人 Chapter 8 Nonparties(third Parties)

本章教学目的和基本要求：主要介绍
- Assignment of K
- Delegation
- Manifesting assent through an agent
- Third-party beneficiaries
- The obligation of third parties to respect K

本章重点和难点：着重理解
- Assignment of K
- Delegation
- Third-party beneficiaries
- The obligation of third parties to respect K

学时分配：3 课时

第一节 合同债权让与 Part 1 Assignment of K

一、简介

（一）定义

A party to an existing K transfers to a third person her **rights** under k

（二）要件

Not have to be in writing unless to

--------the right to receive payment, a **security interest** document is needed

如果是 A present transfer, no consideration needed

包括 The right to receive payment

二、名义让与 gratuitous assignments

（一）A gratuitous assignments : assignor receives nothing of value in return

（二）效力 are generally enforceable

但是---revocable if assignor

1. dies;
2. makes subsequent assignment of same right to third party;
3.give notice of revoke to either assignee or obligor

例外 Exceptions:

1. delivery of symbolic document
2. wring
3. reliance
4. obligor’s performance

三、不能让与的合同 not assignable K

（一）种类

1. materially alter the obligor’s duty

----personal services K

2.materially vary the risk

------insurance polices cases

3.impair of obligor's chance to obtain return performance

4. k prohibits assignment

例外 Exceptions, but merely **rules of construction**:

(1) fully performance

(2) the right to sue for total breach

(3) only said ban on assigning k instead of **rights** under k------bar only delegation

To assign the Right to payment as security for a loan cannot be banned (**UCC mandatory rule**)

四、债务人权利义务 Rights and obligations of obligor

（一）after notice of assignment, cannot pay the assignor.

------If does, cannot use defense of payment against assignee.

（二）can **waiver of defenses** against nee as he could against nor.

例外 Exceptions:

1、real defenses

2、consumer goods

（三）claim relates to the same assigned K:

Can use prior to or subsequent of receiving the notice of assignment

To reduce nee’s claim

cannot yield an affirmative recovery(relief)

（四） claim not relates to the same assigned K:

----Can only use claim accrued prior to receiving the notice of assignment

-----called **set-offs**

----to reduce nee’s claim

----cannot yield an affirmative recovery(relief)

（五）counterclaims

---only if claims related to a transaction directly b/t obligor and assignee

----- can yield an affirmative recovery(relief)

五、让受人权利义务 Rights and obligations of assignee

（一）一般规则

Assignee stands in the shoes of his assignor.

（二）具体

1.Subject to all defenses, set-offs and counterclaims which the obligor could have asserted against the assignor.

2. rights against assignor if obligor is unable to perform

A. gratuitous assignments

------generally not if obligor simply fails to perform

------yes, if assignor interferes with assignee's ability to collect performance or assignor makes a subsequent assignment

B. assignments made for value

---- yes, can sue assignor for damages b/c regarded as **implied warranties:**

1. no impairment

2. claim is valid and unencumbered

3. documents valid

------But no warranty of obligor's solvency or his willingness to perform

六、CASE STUDY

第二节 PART 2 合同债务承担 Delegation

一、简介

A party to an existing K transfers to a third person her **duties** under k

When performance of a duty is delegated, the delegator **remains liable**.

二、不可承担债务 Non –delegable duties

（一）一般规则

Generally delegable unless obligee has substantial interest in having the delegator perform

（二）类型

1. particular skills:

-----EX:

2.constuction and repair Ks

Subject to agreement of parties

三、Delegatee's liability

（一） option:

----if delegatee is given option to perform but making no promise he will, he is not liable to either delegator or obligee.

（二） promise

----if delegatee promises to perform, he may or may liable to obligee under a **third party beneficiary**

第三节 Part 3 代理 manifesting assent through an agent

CASE STUDY

第四节 获益第三人 PART 4 Third-party beneficiaries

一、A person whom the promise in K intends to benefit

Intended beneficiaries V. incidental one
-----the latter has no right to sue.

二、Intended beneficiaries

（一）定义
（二）类型
1. payment of money:
-----creditor　beneficiary
2. intended beneficiary:
-----K intends to give the beneficiary the benefit

三、incidental one

Those Not fall into the above 2 classes:
EX:

四、Defenses against Beneficiary

When br/k , beneficiary can sues promisor, and does not waive his right to later sue promisee.
Promisee can sue promisor for benefit of third party, if or breach in most cases of creditor beneficiary.
The promisor- D may assert against beneficiary any defenses which h could have asserted had he been sued by the promisee.
But not set-offs (claims from unrelated transaction)

五、CASE STUDY

第五节 PART 5 合同外第三人对合同的义务 The obligation of third parties to respect K

一、简介

K parities should respect K
Third parity by becoming beneficiaries or by assignment should respect K

二、检讨

But

To　what extent are **strangers** obligated to respect K by not dealing with one of the parties in a manner inconsistent with that party's duty under K?

复习与思考题：

1、what is Assignment of K and Delegation? And what are the rights and duties of each party?

2、how to manifest assent through an agent?

3、who could become Third-party beneficiaries?

4、To what extent are strangers obligated to respect K by not dealing with one of the parties in a manner inconsistent with that party's duty under K??

拓展阅读书目：

1、Arthur Rosett, Daniel J. Bussel, Contract Law and Its Application(6th ed), Foundation Press, 1999.

2、Steven. L. Emanuel, Contract law, CITIC Publishing House.

3、Scott J. Turnham, Drafting Contrats(2nd ed).

4、杨桢，《英美契约法论》，北京大学出版社，1997 年版。

5、P.S.阿狄亚，《合同法导论》，法律出版社，2003 年版。

6、密尔松，《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社，1999 年版。

7、望月礼二郎，《英美法》，商务印书馆，2005 年版。

8、施瓦茨，《美国法律史》，中国政法大学出版社，1990 年版。

9、Related articles on www.westlaw.com

10、科宾，《科宾论合同》，中国大百科全书出版社，1997 年版

《东亚公法比较》教学大纲

金　哲　编写

目　录

前　言 306
第一章　概　论 307
第一节　公法的概念及范围 307
一、公法的概念 307
二、范围 307
第二节　东亚公法比较的意义 307
一、中国的国际地位 307
二、东亚公法比较的意义 308
复习与思考题 308
拓展阅书目录 308
第二章　中日韩法学教育比较 309
第一节　日本法学教育改革 309
一、法学教育改革之前 309
二、法学教育改革背景 309
三、当前的法学教育 310
第二节　韩国法学教育改革 311
一、韩国法学教育改革现状 311
二、韩国法学教育改革 311
第三节　日韩本法学教育改革对我国的启发 312
一、我国的法学教育制度 312
二、法学教育中存在的问题 312
三、日韩本法学教育改革对我国的启发（课堂讨论） 313
复习与思考题 313
拓展阅书目录 313
第三章　中日韩司法制度比较 314
第一节　日本司法制度 314
一、日本司法制度的继受性 314
二、日本审判机关 314
三、日本司法制度改革 316
第二节　韩国司法制度的特点 318
一、韩国司法制度概述 318
二、韩国司法制度的特点 318
三、韩国司法制度改革 318
第三节　中国司法制度 319
一、中国司法制度概述 319
二、存在的问题与改革方案 319
复习与思考题 319
拓展阅书目录 319
第四章　司法审查制度比较及实务 321
第一节　司法审查制度概述 321

一、概念 321
二、WTO 协定与司法审查制度 321
三、美国与欧盟的实践 321
第二节　韩国的司法审查制度及实践 321
一、韩国的司法审查制度简介 321
二、“中韩大蒜贸易战”中的韩国司法审查实践 322
第三节　韩国司法审查实践对我国的启示（课堂讨论） 326
复习与思考题 326
拓展阅书目录 327
第五章　条约在中日韩各国的地位 328
第一节　概　述 328
一、关于条约在国内适用的理论问题 328
二、美国与欧盟的立法及审判实践 329
第二节 日本的立法与审判实践 330
一、宪法规定 330
二、审判实践 330
第三节　韩国的立法与审判实践 332
一、立法规定 332
二、审判实践 332
第四节　条约在我国的适用问题 333
一、国际法的国内地位写进宪法的必要性 333
二、立法条款内容的几种模式 333
复习与思考题 334
拓展阅书目录 334
第六章　中日韩国际法问题 335
第一节　我国防沙治沙与国际法问题 335
一、我国土地沙化概述 335
二、土地沙化主管部门及国内法规 336
三、我国防沙治沙与国际法的规定 337
四、解决方案 340
第二节　日本首相参拜靖国神社的法律问题 340
一、何谓“靖国神社”？ 340
二、日本宪法的规定与法院的判决 341
三、评“日媒体称中韩要求日本领导人停止参拜是干涉内政”（课堂讨论） 341
第三节　韩国运用 WTO 规则保护国内产业的实践 341
一、贸易救济措施对国内产业的保护 341
二、知识产权保护对国内产业的保护部分 342
三、技术标准对国内产业的保护 342
四、卫生检疫标准对国内产业的保护 342
五、运用其他规则对国内产业的保护 343
复习与思考题 343
拓展阅书目录 343

前　言

《东亚公法比较》是针对法学类本科生进行的选修课程。本课程从比较法的角度讲授中日韩三国的公法（宪法、行政法等）。

国际法主要是调整国家之间的关系，而国家承担的义务主要通过各国的公法行为实现。所以有必要研究各国的国内法，尤其是各国的司法制度及行政法。国内法学界对欧美的法律研究成果颇丰，但是对中日韩的比较法研究相对薄弱。通过讲授中日韩公法的比较，让学生从比较法的角度学习东亚法，深层次理解国际法与国内法的关系，更加理性的角度关注中国与周边国家的关系，从而理解国际法的现实性与重要性。

本课程的教学需要 36 课时，主要讲述以下内容：公法的概念及研究东亚公法比较的意义；日本法学教育改革的现状、韩国法学教育改革的趋势以及我国法学教育的过去和现状；日本与韩国的司法体系与特点以及对我国的借鉴意义；司法审查比较，重点讲韩国的司法审查制度及其案例分析；条约在中日韩各国的地位；当今中日韩国际法热点问题。

本课程的教学大纲由国际法学院国际法研究所的金哲编写。

第一章　概　论

本章教学目的和要求：本章的教学目的是使学生理解公法的含义及其理论。让学生对中日韩的公法比较产生兴趣，深层次理解国际法与国内法的关系，更加理性的角度关注中国与周边国家的关系。要求学生明确公法的概念及狭义公法与广义公法的范围。

学时分配：2 学时（第一节：1 学时；第二节：1 学时）

第一节　公法的概念及范围

一、公法的概念

（一）公法概念与理论

1. 概念

将法分类为公、私两部分是罗马法学家的创造和贡献。

《法学阶梯》：“法律学习分为两部分，即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”

BLACKS LAW DICTIONARY（EIGHTH EDITION）：

（1）The body of law dealing with the relations between private individuals and the government, and with the structure and operation of the government itself; constitutional law, criminal law, and administrative law taken together.

（2）A statute affecting the general public.

调整国家的、公益的、伦理的、他律的、权力的、非对等的法律。

2. 理论

利益说/生活关系说/主体说/性质说（权力）说。

（二）公法与国际法

国际法主要是调整国家之间的关系。

国家承担的义务主要通过各国的公法行为实现。

二、范围

狭义公法，即宪法与行政法。

广义公法，即宪法、行政法、刑法、经济法、诉讼法、国际法。

第二节　东亚公法比较的意义

一、中国的国际地位

（一）Beijing Consensus

西方学者认为：中国将本国的经济发展模式（社会主义体制下的市场经济发展）适用于第三世界而希望扩大国际影响力的战略。

措施：维护国家主权与利益、创造精神、逐渐解决问题及积蓄力量。

（二）Washington Consensus

90 年前后出现的美国的经济体制扩散战略。

发生国家危机作为第三世界结构调整的前提，试图向海外扩散美式市场经济体制（neo-liberalism）而美行政部与 IMF、IBRD 于 90 年代聚在华盛顿达成的协议。

结构调整措施：削减政府预算、资本市场自由化、开放外汇市场、降低关税、国家基础产业私有化、允许国外资本并购国内企业、减少政府控制、知识产权保护等。

（三）研究东亚公法比较的必要性

随着我国国际影响力的提高，有必要加强研究与发展国际法的理论知识及实践经验，其间当然包括对周边国家相关法规的研究。

二、东亚公法比较的意义

从比较法的角度研究东亚法，深层次理解国际法与国内法的关系，更加理性的角度关注中国与周边国家的关系，从而理解国际法的现实性与重要性。

复习与思考题

1．公法的概念及其范围。

2．东亚公法比较的意义。

拓展阅书目录

1．[罗马]查士丁尼著：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆，1989 年版，第 5-6 页；

2．张中秋编：《中国法律形象的一面——外国人眼中的中国法》，法律出版社，2002 年版，第 82 页。

3．杨解君主编：《WTO 下的中国行政法制变革》，北京大学出版社，2005 年版，第 53-58 页。

第二章　中日韩法学教育比较

教学目的与要求：本章的教学目的为使学生了解东亚主要国家的法学教育体系与当今改革现状，同时使学生了解这些国家法律专业学习的课程内容、授课形式和司法考试制度。要求学生理解中日韩法学教育的异同。

学时分配：6 学时（第一节：3 学时；第二节：1 学时；第三节：2 学时）

第一节　日本法学教育改革

一、法学教育改革之前

（一）“法曹”的概念

法官、检察官、律师三种法律专门职业人员。

欲成为法曹，首先要通过 竞争率极高的司法考试，然后在司法研修所中经过一年半的司法研修，最终考试合格才能够最终担任法曹。

（二）改革之前存在的问题

法学教育与法曹选拔脱节，二者并无直接的联系。

日本法学教育的基本目的不是为了直接培养法律职业人员。

在大学教育日渐普及的情况下，法学教育成为一种法律修养式的普及型教育。

研究生教育也与法律职业没有直接关系。

（三）法律专业学生毕业后的去向

大体可以分为三类：

一部分充任中央国家机关和地方政府机构的公务员；

大部分人在各种民间的企业或公司中就职；

只有极少一部分的毕业生能够通过司法考试成为专门的法律职业家；

研究生院培养的法学硕士研究生和博士研究生大多从事法学教育和研究工作。

（四）司法考试

1. 第一次考试

没有大学学历的考生须参加第一次考试。

科目：

（1）一般教育科目（短答式及论文式）：人文科学关系，社会科学关系及及自然科学关系；

（2）外国语：英语、法语、德语、俄语、汉语（任选一）。

2. 第二次考试

第二次考试科目：

（1）短答式考试：宪法，民法，刑法；

（2）论文式考试：宪法，民法，商法，刑法，民事诉讼法，刑事诉讼法；

（3）口述考试：宪法，民法，刑法，民事诉讼法，刑事诉讼法。

3. 司法研修院的考试制度

二、法学教育改革背景

（一）司法考试严格限制人数

一方面塑造了日本司法精英型的特征，保障了司法的公正性；

另一方面也导致了日本司法人数不足，司法救济不够的弊端。

（二）法学教育与司法考试的脱节

大学教育基本上不与法律职业发生直接的联系。“重要的 是以记忆为中心的司法考试。一次考试能否成功决定着一个人的命运，大学的法律教育基本上不起作用。”

大多数参加司法考试的法科学生同时在法学部和预备校之间上学，不能造就和选拔出具有丰富知识背景的学生 ，更多地是造就和选拔出具有法律技巧的学生。

为了解决司法人数不足的问题， 大学的法学教育与司法考试制度、法曹培养制度、司法制度开始联系起来，法学教育界和司法实务界提出了法科大学院构想。

三、当前的法学教育

（一）相关法规的修改

1. 第 155 回临时国会（平成 14 年 10 月 18 日～12 月 13 日）

学校教育法；

法科大学院法；

司法考试法；

裁判所法。

2. 第 1 5 6 回通常国会（平成 15 年 1 月 20 日～7 月 28 日）

法科大学院教员派遣法。

3. 法律以外的制度

专门职大学院设置基准（平成 15 年文部科学省令第 16 号）；

专门职大学院必要事项的规定（平成 15 年文部科学省告示第 53 号）。

（二）法科大学院（Law School）

1. 设立

2005 年 全日本共有 74 所，其中、

国立：23 所；公立：2 所；私立：49 所。

2. 入学资格

入学者 30%以上为非法学专业及“社会人”（统计表）。

3. 教育内容（早稻田大学为例）

第 1，2 年为基本法; 第 3 年为各种专业科目。

（1）第 1 年课程

必修：民法 I、民法 II、刑法、国家与法、民法 III、民法 IV、民事诉讼法、会社法 I （基础）、刑事诉讼法、人权论。

选修：法的基础理论 I、法的基础理论、司法制度论、外国法基础、国际关系基础等。

（2）第 2 年课程

必修：民事法综合 I 、会社法 I、商法综合、刑事法综合 I、宪法综合、行政过程论、律师的的作用与責任、民事法综合 II、民事法总合 III、企业治理与企业金融、刑事法综合 II、行政法综合、民事诉讼实物的基础、刑事诉讼实物的基础。

选修：法的基础理论 II、司法制度论、法律咨询与谈判、民事代理实物、家事代理实物、刑事辩护实物、宪法行政诉讼实物的基础、劳动诉讼实物的基础、国际交易实物的基础、英文司法文书。

WORKSHOP：租税法基础、知识产权法概说。

（3）第 3 年课程

WORKSHOP：民事法务、民事系刑事法务、刑事系公益法务、公法系行政法务、商事系企

业法务、国际关系系涉外法务、尖端·展开系法务（知识产权系）、实物基础系专门法务（税务系）、模拟裁判法务（环境系）。

共同选修：民事系、刑事系、公法系、商事系、国际关系系、尖端·展开系、实物基础系、模拟裁判、临床法学教育、基础法科目、基础法演习、外国法基础、外国法演习、隣接科目。

第二节　韩国法学教育改革

一、韩国法学教育改革现状

（一）法律人才培养体系

在韩国，要成为法官、检察官和律师，一般经过三个阶段。第一阶段要考入大学的法律系。第二阶段参加司法考试。考试分三次，第一次考试以选择题的形式进行，考试课目主要有宪法、民法、刑法。第二次考试以论述题的形式进行，考试的课目有宪法、民法、刑法、商法、行政法、民事诉讼法和刑事诉讼法。第三次考试是面试，主要考察作为法律人才是否具有合理的国家观、历史使命感和伦理意识，专门知识的运用能力及表达能力和逻辑性等。第三阶段是司法研修院的二年研修。在司法考试合格后，到最高法院所属的司法研修院接受两年的培训，主要是接受法律实务方面的训练。

（二）法律专业学生毕业后的去向

在韩国，评价法学教育效果的重要标准之一是法律系学生的就业情况以及毕业生在社会各个领域发挥作用的情况。从统计的情况看，法律系的学生毕业后主要去向是法律实务界、学界和其他与法律有关的职业。法律实务界是法律系毕业生首先选择的职业。司法考试合格率是评价法律系地位的基本标准，通过司法考试的学生获得二年的司法研修的机会，从司法研修院毕业后即获得法官、检察官和律师资格。

（三）改革之前存在的问题

韩国法学教育中的最大的问题是法学教育与司法考试呈二元化，两者之间缺乏内在的联系。由于两者处于脱节状态，法学教育的目标与基本功能受到司法考试的冲击，失去应有的权威和体系，出现了严重的“考试化”现象。不仅多数法律系学生把全部的时间都花在准备司法考试上，而且其他非法律专业的学生也把时间集中在司法考试上。

二、韩国法学教育改革

（一）改革方案

（1）强化现行四年制的学士教育过程，在现行制度框架内解决法学教育的问题。这种方案的优点是不调整现行基本体制，减少了因改革而导致的社会矛盾，但在现行制度的框架内难以吸收法学教育改革的各种有益因素。

（2）通过强化司法研修院的教育，解决法学教育面临的问题。但这种方案容易混淆专业研修与教育的界限。

（3）改革司法考试制度。在目前的体制下司法考试给法学教育带来的影响是比较大的，不管采取何种形式的法学教育改革方案，司法考试制度的改革是不可避免的，但司法考试制度的改革本身并不能彻底解决法学教育面临的问题。

（4）实行“学士后的法学教育”制度，即对已获得学士学位的，具有多样化知识背景的学生进行法学教育，把本科的法学教育提高到研究生水平。

（二）是否引进美式 LAW SCHOOL 制度？

1995 年总统咨询机构“全球化推进委员会”提出作为司法改革的内容之一引进 LAW SCHOOL

制度。1999 年总统咨询机构“新教育共同体委员会”提出 2002 年引进 LAW SCHOOL 制度，但至今还没有实现。

第三节　日韩本法学教育改革对我国的启发

一、我国的法学教育制度

（一）机构、师资与学员

如果广义地从能够提供法学内容的机构即可算作法学教育机构的角度来看，中国能够提供法学教育的机构是非常多，既包括能够提供学历教育的普通高等院校、成人高等学校、具有学历教育资格的民办高等学校，以及高等教育自学考试和社会力量办学单位，其中成人高等学校包括广播电视大学、职工高等学校、农民高等学校、管理干部学院、教育学院、独立设置的函授学院以及普通高等学校的函授、夜大学等；又包括提供中等法律教育的机构；还包括部提供学历教育仅进行短期培训、岗位培训、职业培训、司法考试培训等机构。如果从较为严格的意义上来看的话，则能够提供正规法学教育的机构仍是以普通高等院校为主的，实际数量并不大，仅限于前述的约 300 个机构。

这些机构能提供各种各样的法学教育，满足不同的需求，其师资力量也是不同，差异非常大，既有受到严格专业训练的博士、硕士、学士（包括留学归国者），也有其他未获得学位的不同层次的人士。这主要是由于不同的机构对教师的资质要求不同造成的。

各种不同的法学教育机构对学生层次的要求也相应地有很大差异。对于普通高等教育机构来讲，其学生较为单一，通常是未婚的高中毕业生。而成人高考、自学考试的学生年龄、成分比较复杂，有可能是已婚者，通常年龄会比普通高等院校的学生较大，从事的职业也可能多种多样。参加各种非学历培训的学生，其年龄层次、成分则更加多样。例如司法考试培训，没有年龄、职业等限制，虽然事实上一般参加的人员年龄 35 岁以下者占绝大多数。

（二）办学层次

法学教育的办学层次非常复杂，除了法学博士后外，从学历层次看，从高到低有研究生（包括博士研究生和硕士研究生）、第二学士学位生、本科生、专科、中专等不同的层次。在这些层次中，还有一些不同的种类。例如，硕士研究生分为法学硕士（Master of Law）和法律硕士（Juris Master），报考条件不同，培养目标也有差异。本科生中又有普通的本科生，和特殊的第二学士生——他们虽然已经获得了一个学士学位，但就法学学位来看，仍属于学士学位。

二、法学教育中存在的问题

（一）法学教育的目的

不管争论如何，国家认为，所有的本科教育都是一种通才教育，取得学士学位的人，只具有从事相应专业技术工作的“初步能力”，还不能算是一个具有独立的、能够充分从事相应职业的职业人士，这表明取得职业人士的资格还需要进一步努力。

（二）学科和课程设置

不管各个学校对于课程如何设置，国家对于法学教育有基本的课程要求，这就是 14 门主干课，包括法理学、法律史、宪法、行政法与行政诉讼法、民法、商法、知识产权法、经济法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法。所有法学院系必须开设这 14 门课程，在一定程度上改变了课程设置的任意性。同时，也相当于提供了一个开课最低标准，但是，从实际情况看，并不是每一个法学院系都能达到这一标准的。有的学校虽然能够达到这一标准，但却无法开设出特色课程。这种状况，也反映出了本科教学的质量是不容乐观的。

（三）第二学士学位及法律硕士教育

在双学士教育繁荣的背后，隐藏着两个危机：

其一，该教育本身没有优势。如果说当初设置这一教育品种的时候，能够补充法学研究生的人数少、教育期长、专业程度过高、适应面较为狭窄的缺陷的话，那么，现在，由于扩大招生规模和增加了新的法律硕士的教育品种，双学士教育在本科后教育上的优势已不复存在。

其二，专业特点不突出。该教育的目标是培养“知识面宽、跨学科的高层次专门人才”。但是，由于学生接受的法学教育只有两年，入学考试又不要求有法学基础，实际上造成双学士的专业素养很难达到经过四年本科法科训练的学生的标准。反言之，如果能够达到的话，说明法学本科教育的学制设置是不合理的。而实际情况是，多年来的经验证明，法学本科的学制设置是合理的。

法律硕士教育的制度设计的原型是美国法学院的 J.D.制教育。如果从专业人才培养的角度来看，这种教育形式不管是从背景还是从入学后的教育上明显比双学士教育有优势。目前存在的问题是，随着招生规模的扩大，能否保证其教学质量越来越成为一个不可回避的问题。

三、日韩本法学教育改革对我国的启发（课堂讨论）

复习与思考题

1．日本法学教育改革的背景及内容。

2．韩国法学教育改革的现状。

3．日韩本法学教育改革对我国的启发。

拓展阅书目录

1．霍宪丹：“法学教育的历史使命和重新定位”，载《政法论坛》，2004 年第 4 期；

2．丁相顺：“日本法科大学院构想与司法考试制度改革”，载《法制与社会发展》，2001 年第 5 期；

3．韩大元：“韩国法学教育的基本体制与改革趋势”，载《法学家》，2002 年第 4 期。

第三章　中日韩司法制度比较

教学目的和要求：本章的教学目的在于使学生了解东亚主要国家的司法制度的概况及改革现状，理解不同国家司法制度的异同点，并有利于将来分析这些国家的审判案例。要求学生掌握各国的法院审判制度并理解其司法改革的背景及内容。

学时分配：8 学时（第一节：4 学时；第二节：2 学时；第三节：2 学时）

第一节　日本司法制度

一、日本司法制度的继受性

（一）近代以来日本法的继受法特征

先后受到法国法、德国法以及美国法的影响：

（1）法国 - 刑事诉讼法、警察体系

（2）德国 - 裁判、检查及程序制度

（3）美国 - 民主化改革

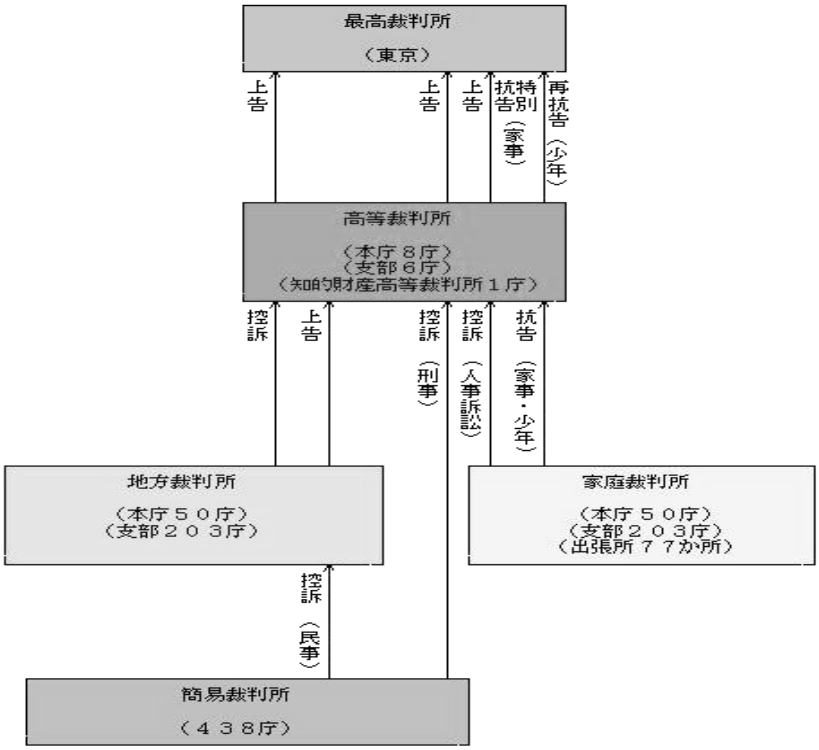
公安委员会、法官弹劾制度、律师自治

（二）对中国的借鉴意义

处理好对外国法的继受、整合关系。

二、日本审判机关

（一）日本裁判所的组织图



（二）日本裁判所的职权

《宪法》第 7 条第 1 款：

“全部司法权属于最高裁判所以及根据法律规定设置的下级裁判所。”

1. 主要职权：

（1）裁决权：争讼/公诉

（2）违宪审查权：宪法的看守者

（3）司法行政权：财政/人事

（4）规则制定权：最高裁裁判官会议/规则制定咨询委员会

（5）ADR：Alternative Dispute Resolution

2. ADR 制度

意指替代性纠纷解决方法。

泛而言之，它是一切诉讼外纠纷解决方法的总称。当今世界，众多西方国家正在进行民事司法改革。这些改革具有一个共同特征，即 ADR 受到了普遍关注。

我国的调解、国际商事仲裁等 ADR 实践相当成功，享有较高的国际声誉。

最高人民法院和司法部在推进中国的 ADR 实践方面有了重大举措。

前者颁布了《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》（2002 年 11 月 1 日起施行），规定了人民调解委员会主持下达成的调解协议的效力。

后者通过了《人民调解工作若干规定》，对人民调解委员会主持下的调解，特别是调解组织、调解程序问题作了规定

（三）日本裁判所各级裁判所的管辖权

1. 最高裁判所

最高裁判所是日本司法体制的核心，是司法权对抗立法权、行政权的代表性机构，审判权的终审机构，是全国裁判所的司法行政管理机构，也是有关司法体制规则的制定机构，具有重要的作用。

2. 高等裁判所

设置在東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松共 8 处。

主要裁判业务：审理对地方裁判所、家庭裁判所的判决以及简易裁判所的判决提起的控诉、对地裁民事二审判决的上告、对简裁的直接上告，对地裁或家裁决定的抗告。此外，对有关选举的行政诉讼、有关内乱罪的刑事案件进行一审裁判。

3. 地方裁判所

日本设有 50 个地裁，其管辖区域基本上按照都道府县的设置进行设置的。根据案件审理的需要设有支部，全国共有 203 个支部。

地裁原则上是案件的一审裁判所，审理案件实行裁判官独任审理或由 3 名组成合议庭审理。

合议庭审理：合议庭决定、死刑或无期徒刑、一年以上有期徒刑或禁錮案件；控诉案件及其他法律规定应实行合议制审理的案件。

4. 简易裁判所

全国共有 438 个。

主要审理诉讼标的不超过 140 万日元的民事案件，以及盗窃等比较简单的刑事案件（罚金以下或 3 年以下有期徒刑）。

5. 家庭裁判所

家庭裁判所设置地与地裁相同。

主要处理有关夫妻关系的案件、父母与子女关系的案件等民事案件以及少年犯罪案件、侵犯未成年人利益的案件等刑事案件。

家庭裁判所的长处：

（1）避免夫妻双方感情的对立。

（2）通过教育未成年人，通过设置专门掌握心理学、教育学、社会学等人文科学专业知识的家庭裁判所调查官从事未成年人改造的工作。

对我国有一定的借鉴意义。

（四）法官制度

1. 法官的任命

（1）最高裁

根据《宪法》、《裁判所法》规定：

最高裁判所长官，由内阁（首相）提名，天皇任命;

最高裁法官，由首相任命，天皇认证;

最高裁长官、法官在被任命后的首次举行的众议院总选举中，应接受国民的审查;

国民可以对不信任的法官行使罢免的权力。

（2）下级裁判所

下级裁判所法官由最高裁法官会议确定后，由最高裁制成名簿向内阁提出，由首相任命，但是高裁的院长必须由首相任命和天皇认证。

（3）最高裁法官任命资格

《裁判所法》第四十一条规定：

“见多识广，学识渊博，法律素质高，年龄在 40 多岁以上的日本国公民”，不得少于 10 人必须在以下第 1 项或第 2 项职务职位工作满 10 年，或者第 3、4、5、6 项上通算工作满 20 年以上。

（1）高等裁所长官；

（2）法官；

（3）简易裁判所法官；

（4）检察官；

（5）律师；

（6）大学法律专业教授或副教授

2. 法官的惩戒与弹劾制度

（1）惩戒制度

只有司法机关可以行使惩戒权。

法官存在违反或者懈怠职务上的义务，以及损害品行操守的行为时，可以通过裁判对其进行惩戒。

惩戒措施：警告、1 万日元以下的罚款，不包括免职、停职、减薪的惩戒措施。

（2）案例分析：古川法官案

（3）弹劾制度

《宪法》：除非受到公开的弹劾，不得罢免法官。

弹劾裁判所从国会两院议员中通过互选的方式产生 14 名法官负责审理。

法官遭到弹劾的事由和惩戒事由具有相似性：明显违反法官职务上的义务或者特别懈怠职务的行为；不管是职务内外，有足以让国民丧失对法官信任的行为。

（4）案例分析：鬼头法官案/村木法官案

三、日本司法制度改革

（一）改革背景

1. 政治背景

作为“权威丧失结果”和“恢复权威手段”的司法改革。

80 年代末期以来，政治机关威信扫地，正是在政治改革及济改革濒于“失败”、国家权力处于“四面楚歌”之时，司法改革作为“回天之术”被提上了日程。

作为对应“全球化”要求和“传统化”要求的司法改革。

日本人在思维及行动中通常遵循的基本原则是“尊强鄙弱”，在当今日本公众眼里的“强者”：向外看是美国；向内看是其出兵海外侵略他国的那个时期。因此司法改革也要借鉴美国制度。

2. 司法问题

“大政府、小司法”过渡到“小政府、大司法”的体制变化。

财界：“应付国际磨擦”，“扩大经营自主权”。

政界：自民党长期执政的格局被一连串的渎职丑闻所打破，削弱了政界推行彻底改革的阻力。

司法：1967－96 年期间的“在野法曹 vs.在朝法曹”以及在 1996 年之后出现的“政界财界 vs.法律职业”。

司法独立的原则无论如何重要都不能压倒公民主权的原则。 恰恰相反，是后者统摄前者，司法的民主化乃题中应有之义。

（二）改革要旨

公民主权：打破法官的特权（自由参与法院审判）

市场法则：打破律师的特权（自由购买法律服务）

（三）改革内容

1. 法曹一元化

日本辩护士连合会：旨在破除司法的官僚体制

财界和政界：旨在使法官具备更加广泛的知识和经验

2. 大学研究生院的法律职业教育（见第三章）

3. 陪审制与参审制

最高裁判所：有碍“精密司法”并以此为由明确表示反对导入陪审制，对于参审制也主张只限于在专业性的案件审理中局部采用，实行 3 个职业法官加 2 个参审员的合议庭方式，并且主张只赋予参审员以意见表达权而不承认其议决权。

4. 选择性解决纠纷方式（ADR）的充实和强化

可以说 ADR 的广泛采用正是公民主权、市场法则以及社会多元化、复杂化的必然结果。

辩连会除了拥护加强国际仲裁中心的作用之外，对其他 ADR 非常冷淡。

5. 法律援助

法律援助的内容不仅仅局限于经济性补助这一广义概念能够得到整个社会的承认。

6. 公平而合理的审判方式

最主要的问题点存在于缩短案件审理时间与加强对当事人权利的程序性保障的两难境况之中。

7. 律师的重新定位

要求律师必须具备三种属性，即维护顾客的“当事人性”、维护法律秩序的“公益性”以及维护事务所生存的“经营者性”。

为了扩大律师业务的范围和提高其质量，积极推进法律事务所的合伙化、法人化、专业化以及大型化。

律师人数是否应该大幅度增加以及怎样对待律师活动范围的扩大所引起的内部分层化现象。

第二节　韩国司法制度的特点

一、韩国司法制度概述

韩国宪法第 101 条第二款规定，普通法院由作为最高法院的大法院及各级法院组成。

根据法院组织法，除大法院以外，各级法院包括高等法院、专利法院、地方法院、家庭法院、行政法院等五种。

为了处理地方法院与家庭法院的业务，其管辖区域内可以设立支院及市/郡法院和登记所。

大法院院长的任命需国会同意，总统任命。大法院法官的任命则由大法院院长提名，国会同意，总统任命。普通法官由全体大法官组成的大法官会议同意，由大法院院长任命。

二、韩国司法制度的特点

（一）宪法裁判所

韩国司法系统的另一重要组成部分是宪法裁判所。

宪法裁判所独立于普通法院，有其独立的地位。

宪法裁判所的主要任务是对法律的违宪审查、弹劾审判、对违宪政党的解散审判等与宪法有关的案件审理。提请宪法裁判所的违宪审查有两种途径：

一是当一部法律违宪与否成为审理某一案件的前提，该审理法官作出该法律违宪的判断时，可以依职权或依当事人的申请向宪法裁判所提出违宪审查；

二是当当事人提出的违宪审查的申请遭到地方法院的拒绝，当事人可以直接向宪法裁判所提出申请。正因为如此，宪法裁判所一年须审理的案件达到数千件。

宪法裁判所由 9 名法官组成，其中由总统任命 3 名，国会任命 3 名，大法院任命 3 名，其地位等同于大法院的法官。宪法裁判所为维护国民根本利益，维持社会的公平、平等、正义的理念，发挥着其独特的作用。

（二）行政法院

韩国行政法院审理行政诉讼案件的专门法院。相对中国与日本的司法制度，韩国设立行政法院是韩国司法制度的一大特色。

行政诉讼的种类：

抗告诉讼/当事者诉讼/民众诉讼/机关诉讼。

抗告诉讼（取消/无效等确认/不作为违法诉讼）原告：具有法律上的利益者。

抗告诉讼被告：进行处分行为的行政厅/继承行政厅。

三、韩国司法制度改革

（一）改革背景

在韩国，司法改革的直接起因是司法体制与社会需要之间存在相互冲突与矛盾，国民对司法普遍不信任。

（1）从司法体制形成的历史和文化背景看，韩国的司法制度是由各种不同的法学思潮与法律制度组成的。这种混合性因素的相互影响虽有助于司法体制的灵活性，但同时导致司法制度主体意识的欠缺，导致司法制度的价值体系处于不确定状态；

（2）恢复国民对司法的信任。推动韩国进行司法改革的内在原因之一是司法没有获得国民的普遍信任。特别是，司法制度运作过程中存在的诉讼效率低，案件审理期限过长等问题已经引起国民的不满；

（3）法曹人数过少及法曹结构上的不平衡性 ，不能适应法治发展的需要；

（4）司法制度理念与运作过程的冲突。在司法制度的具体运作过程中出现了如刑事司法制度所保护的人权标准低于宪法规定的人权标准、民事救济程序缺乏有效性与透明度、法曹的选拔制度不合理等问题；

（5）现行的司法制度不能适应国际化、信息化的发展需求。随着国际化的发展，有关法律服务与法律人才的培养日益成为司法制度关注的问题。

（二）司法改革的主要内容

1．法院组织体系的改革；

2．法曹人数的增加；

3．扩大国民的司法参与；

4．法曹培养制度的改革；

5．权利救济制度改革；

第三节　中国司法制度

一、中国司法制度概述

根据现行宪法和人民法院组织法的规定，人民法院是国家审判机关，其组织体系是：地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院。各级各类人民法院的审判工作统一接受最高人民法院的监督。地方各级人民法院根据行政区划设置，专门法院根据需要设置。

地方各级人民法院分为：基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院。

专门人民法院是指根据实际需要在特定部门设立的审理特定案件的法院，目前在我国设军事、海事、铁路运输法院等专门法院。

各级人民法院院长由同级人民代表大会选举和罢免，各级人民法院院长任期与本级人民代表大会每届任期相同，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请同级人民代表大会常务委员会任免。助理审判员由本院院长任免。专门人民法院的法官由全国人民代表大会常务委员会另行规定任免办法。

二、存在的问题与改革方案

最高人民法院院长肖扬则将现实中存在的问题归结为“三化”：

（1）司法权力地方化；

（2）审判活动行政化；

（3）法官职业大众化。

改革方案（课堂讨论）

复习与思考题

1．日本司法制度的特点。

2．日本司法制度改革的背景及内容。

3．韩国宪法裁判所及行政法院的组织机构及管辖权限。

4．中国司法制度的特点与改革方案。

拓展阅书目录

1．张柏峰主编：《中国的司法制度》，法律出版社，2000 年版，第 15-22，289-308 页；

2．季卫东：“世纪之交日本司法改革的述评”，摘自中国法学网
（http：//www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=2451）；
3．韩大元：“韩国司法改革及其启示”， 摘自韩国法律网
（ http：//www.korealaw.com.cn/zls1.asp?ID=66 ）。

第四章　司法审查制度比较及实务

教学目的与要求：本章的教学目的在于使学生对司法审查制度从行政法与国际法的角度中把握其含义，从判例中提高法律思维能力和对案件的分析能力。要求学生明确司法审查制度的概念以及理解其在 WTO 协定中的地位。

学时分配：6 学时（第一节：1 学时；第二节：4 学时；第三节：1 学时）

第一节　司法审查制度概述

一、概念

美国学者 L．Jaffe：司法审查是保证行政制度合法正当或有效的必要条件，即使不是逻辑上的，也是心理上的……在我们社会中，传统使我们深深依赖法院作为宪法和立法机关给行政机关规定的限制的最后守卫者和屏障。

Black’s Law Dictionary（Eighth Edition，2004）对司法审查（Judicial Review）的定义：1.A court’s power to review the actions of other branches or levels of government; esp.,the court’s power to invalidate legislative and executive actions as being unconstitutional. 2. The constitutional doctrine providing for this power. 3. A court’s review of a lower court’s or an administrative body’s factual or legal findings.

二、WTO 协定与司法审查制度

一系列 WTO 协定中，共有 11 个协定规定司法审查条款，其中具有代表性的规定见与反倾销协定第 13 条：

国内立法包含反倾销措施规定的每一成员均应设有司法、仲裁或行政庭或程序，其目的特别包括迅速审查与最终裁定的行政行为有关、且属第 11 条范围内的对裁定的审查。此类法庭或程序应独立于负责所涉裁定或审查的主管机关。

（第 11 条 反倾销税和价格承诺的期限和复审）

三、美国与欧盟的实践

（一）美国

美国国际贸易法院（CIT, http：//www.cit.uscourts.gov）2000-2005 年，每年平均受理相关案件 150 件以上。

（二）欧盟

欧洲司法法院（ECJ，http：//www.curia.eu.int/en/transitpage.htm）的第一审法院（CFI）：1999-2004 年，每年平均受理反倾销案件 10 件以上。

第二节　韩国的司法审查制度及实践

一、韩国的司法审查制度简介

（一）法律根据

行政诉讼法

（二）管辖法院

行政法院（一审）

高等法院（二审：抗诉/抗告）

大法院（三审：上告/再抗告）

（三）当事人

行政诉讼的种类：

抗告诉讼/当事者诉讼/民众诉讼/机关诉讼。

抗告诉讼（取消/无效等确认/不作为违法诉讼）原告：具有法律上的利益者。

抗告诉讼被告：进行处分行为的行政厅/继承行政厅。

二、“中韩大蒜贸易战”中的韩国司法审查实践

（一）“中韩大蒜贸易战”背景

1．保障措施制度

保障措施是指，进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁，进口成员可以在适当的时间和程度内对此产品全部或部分地暂停实施其所承担的义务，或者撤销或修改减让，以消除或者减轻这种损害或者损害的威胁。

保障措施条款只有在进口激增并对国内相关产业造成严重损害或严重损害威胁时才可使用，并有明确的实施期，即一般为 4 年，最长不得超过 8 年。WTO 公平竞争原则的例外。

保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。

受采取保障措施影响的成员可以与该成员磋商，要求补偿，如达不成满意的解决办法，则可诉诸世界贸易组织的争端解决机构，经争端解决机构授权后，采取中止实施实质相等的减让或其它义务的反措施

2. 中韩大蒜贸易案例大事记

（1）1999 年 11 月 18 日，应韩国农协中央会的要求，韩国政府以“进口大蒜增加，导致韩大蒜市场价格下跌，产业受到损害”为由进行产业损害调查，并对中国冷冻和醋酸腌制大蒜采取了征收 315%高额临时紧急关税的保障措施。

（2）2000 年 5 月 31 日，韩国财政经济部发布 141 号部令，宣布自 6 月 1 日起对进口大蒜正式实施保障措施，对进口大蒜征收 315%的高额关税（原税率为 30%）。

（3）2000 年 6 月 7 日，中国政府宣布对进口激增的原产于韩国的手持（包括车载）无线电话机、聚乙烯采取暂停进口的措施，并保留采取进一步措施的权利。

（4）2000 年 6 月 29 日，中韩双方在北京就贸易争端展开谈判。这是中方采取限制进口韩国手持（包括车载）无线电话机、聚乙烯后两国第一次谈判。

（5）2000 年 7 月 15 日，中韩草签协议。按照协议，中国向韩国出口 3.2 万吨大蒜，并享有低于 50%的关税优惠，其中 2 万吨新鲜冷冻大蒜税率为 30%。

（6）2000 年 7 月 31 日，中韩就大蒜引发的两国贸易争端正式签订协议。根据协议，韩国自 2000 年 8 月 2 日起 3 年内，将以 30%和 50%的关税税率每年各进口中国大蒜 32000 吨、33728 吨和 35448 吨。同时中国恢复进口韩的手持（包括车载）无线电话机和聚乙烯。由此，中韩贸易战宣告结束。

（7）2001 年 6 月 19 日，韩国政府决定将继续维持 2000 年 6 月开始实行的限制进口中国大蒜的措施，直至 2002 年 12 月。

（二）首尔行政法院的案例

1. 当事人

原告：全南西南部菜素农业协同组合

被告：韩国贸易委员会（KTC）委员长

2. 诉因

原告申请取消不进行产业损害调查的决定

3. 判决内容

（1）被告主张裁定不予受理（却下）

A）处分性

理由：中央行政机关首长对贸易政策的判断与外交、国防上的政策决定相同，不能成为司法审查的对象, 其前阶段措施-不进行产业损害调查的决定，授予广泛的裁量权, 不属于“行政处分”。

法院判断：肯定被告的“广泛的裁量权”，保障措施根本宗旨为保护直接受害的利害关系人。法律明确规定利害关系人的产业损害调查申请权，是否进行产业损害调查本身影响利害关系人，属于“行政处分”

B）原告资格

理由：损害调查申请人为农协，拒绝处分的对象也是农协。原告只是农协的成员，不具备原告资格。

法院判断：是否具备原告资格并非由对方是处分的对象而定。由取消申请是否具有法律上的利益，原告具有独立的法律人格，原告具有直接的/具体的法律利益。

C）诉的利益

理由：有关行政机关首长一致决定不在延长保障措施方针，被告即使通过调查并建议延长也不会被采纳。被告即使胜诉，考虑到抗诉及上告审理期间，判决不可能在 2002 年 12 月 31 日以前确定。

法院判断：政府方针不具有绝对拘束力。本法院判决宣告为止，该保障措施期间尚存，此后的审理期限不能作为判断诉的利益有无的资料。

D）被告的主张不能成立。

（2）处分合法与否

A）原告主张

被告认为：农林部长官于 2002 年 7 月 25 日发表的“大蒜产业综合对策”属于法实行令第 16 条第 1 款第 3 项的“调查开始前，已采取为救济国内产业的损害或损害威胁而采取措施等无需进行调查时”而没有进行损害调查，但是根据以下理由该主张不当：

该规定的“为救济国内产业的损害或损害威胁”是指 SG 措施的两种类型即“为救济国内产业的措施”及“为促进结构调整的措施”中仅指前者，而大蒜产业综合对策属后者，没有满足该规定的要件。

即使对策属于该规定的“为救济国内产业的损害或损害威胁”，但无法律拘束力，没有满足该规定“调查开始前采取” 的要件。

即使满足该规定“调查开始前采取” 的要件，被告在对策发表 4 天之后决定无需调查，实际上系没有行使裁量权或属非理性的衡量。且即使具体分析对策不能认为该对策具有“无需开始调查”的损害救济效果。

B）法院判断

原告第一及第二主张适用该规定必须在调查开始前已采取救济国内产业的损害或损害威胁的措施，其它措施不能成为适用该规定的前提。

该规定：“调查开始前采取救济国内产业的损害或损害威胁的措施等调查开始没有必要时”，从文字解释上不仅包括调查开始前采取损害救济措施，还包括只要达到没有必要调查开始结果的其它措施。

仅仅对策发表之后短时期内决定不进行调查为理由主张不进行调查决定为违法是不能成立。

原告第 3 个主张最后部分：是否认为因该对策而调查成为没有必要，判断该主张首先考虑被告的裁量权范围。

是否采取保障措施，行政厅享有广泛的裁量权。应该考虑：国内生产者权益/对相关产业、国内物价、消费者利益等整个国内产业所波及的影响/与国外的通商关系。而作为采取 SG 措施前阶段的调查决定也属于为采取措施的一系列程序的一部分。

该对策从内容上分析：为保护和促进国内大蒜产业的短期及中长期计划。

被告参考农林部长官的资料，对大蒜产业的政府支援金比过去（2000-2002）增加 2.5 倍；充分听取大蒜农家意见从而相当于救济国内产业的损害或损害威胁的措施。而且 5 部门长官达成的政府协议案已反映到 2003 年政府预算计划并对外公布。

根据该对策的支援规模比过去增加是事实，被告对大蒜生产农家是否因该对策而得到救济及有无必要延长 SG 措施等的专门判断应受尊重。

（3）结论：综上所述，原告请求没有理由

（三）宪法裁判所的案例

1. 当事人

请求人：金吉子等 7 名

被请求人：外交通商部 长官

2. 诉因

对韩国与中国政府间关于大蒜贸易的协议书等的违宪确认

3. 案件背景

2000 年 7 月 31 日中韩签署大蒜贸易协议书：

- 2000 年开始为期 3 年每年进口一定数额的中国产大蒜
- 中国取消韩国产手机等产品的进口禁止措施
- 继续维持为期 3 年的保障措施

2000 年 8 月 1 日外交通商部公布中国产大蒜进口额事实上冻结为 1999 年进口额以下，未公开的协议书附件还规定：2003.1.1 起可以自由进口并无需缴纳追加关税。

2002 年 7 月 16 日韩国贸易委员会（KTC）审查是否进行延长时被媒体报道。

2002 年 9 月 13 日从事大蒜种植业的请求人担心中国产大蒜大量进口并以低价流通将会给国内相关产业带来严重损害，对附件内容部分及该内容没有告知国民的外交通商部长官的不作为侵害了请求人的知情权与财产权等并违反宪法上的合法程序原则及明确性等原则构成违宪，请求宪法裁判所进行审判。

4. 判决内容

（1）审判的对象

A）协议书及其附件中“2003 年 1 月 1 日起可以自由进口”的部分；

B）外交通商部长官没有告知国民该内容的不作为。

（2）请求人的主张与外交通商部长官的意见概要

A）请求人的主张

“2003 年 1 月 1 日起可以自由进口”的部分等于韩国政府与中国达成协议 2003 年起不采取保障措施，是放弃主权的行为且该内容没有规定在正式协议书而以信函形式交付，侵犯了从事大蒜种植业农民的知情权并该方式本身违反合法程序，而且属于限制主权的条约/国家或国民承担重大财政负担的条约或立法事项应获得国会的同意和总统的批准而没有履行该程序因而属于违宪。

该内容是为手机等的出口而不合理地让大蒜业农民承担严重的损害因而违反平等原则，也侵害请求人的职业选择的自由与财产权，甚至违反权力分立原则，其内容也不明确而违反明确性原则。

外交通商部长官隐瞒该附件内容 2 年，该不作为侵害国民的知情权。

B）外交通商部长官的意见

该附件属于 2003 年 1 月 1 日起约定尽量不发动保障措施的‘绅士协议’而两国之间并不直接发生法律关系，没有另外的具体执行行为不可能侵害请求人的基本权，与权利侵害没有直接性。该附件可能侵害的是总统和国会的权利，与包括请求人的国民的权利侵害并无直接相关性。该协议书于 2000 年 7 月 31 日缔结并于 2000 年 8 月 2 日起施行而本案请求 2002 年 9 月 13 日才提起已经逾期请求期间而应不予受理。

没有告知国民的措施不属于根据宪法特别具体规定的作为义务而不能成为宪法诉愿对象的不作为。被请求人于 2002 年 7 月 16 日已经对媒体确认该事实而成为公知是事实并丧失权利保护的利益。同时该行为属于行政不作为须经过行政审判及行政诉讼的前置救济措施但请求人直接提起宪法诉愿，该案件缺乏审判请求的补充性而不应受理。

两国协议内容中的一部分作为另外的书面形式起草交付的形式只要当事国之间达成谅解便可。即使该附件认定为条约也不包含限制主权的条约/国家或国民承担重大财政负担的内容而无需国会的同意和总统的批准。国家机关根据《关于公共机关的信息披露的法律》，按国民的请求公开信息，并非国民没有要求的所有信息，政府也没有故意隐瞒该协议内容。因此该附件没有及时公开的不作为并不构成侵犯合法原则程序原则或侵害知情权。

该协议书总体上并非擅自签署并不违反平等原则或农鱼民保护原则从而不侵害国民的职业自由或财产权。

（3）法院的判断

A）对合法要件的判断

宪法裁判所法第 68 条第 1 款本文规定：宪法裁判是必须因公权力的行使或不行使而宪法保障的基本权被侵害的人提起请求。请求宪法诉愿的人其法律地位没有受到任何影响或只是在事实上或经济上具有利害关系时其公权力的行使作为对象的宪法诉愿是不允许的。

首先、请求人主张因本附件条款，其财产权及职业选择的自由遭受侵害。

当今经济或财政方面，随着国家的诱导/调整措施或法律的增加，个人或企业的利润追求的机会或有利的法律状况持续的期待或希望并不属于财产权的保护范围。个人只是将以上措施作为自身行为和决定的标准而拟定计划及利用由此产生的机会。

保障措施是暂时保护农家并非长期或无期限地持续保持进口壁垒，国家不延长 SG 措施不能认为限制了请求人的财产权。

同样，经济上可以继续经营的大蒜种植机会不能作为基本权受到保障，即使经营状况恶化中止大蒜种植也不能认为请求人的职业选择受到任何影响。

请求人主张该附件没有规定在正式协议书里，另外交付的方式本身侵害了请求人的知情权。知情权与政府管理的信息公开与否有关，与条款内容是否属于该附件无关。

请求人主张根据该协议书及其附件，与手机等出口商相比，大蒜种植农民受到歧视。宪法规定的平等权并非保障对华出口手机（等）者与大蒜种植农家之间的市场竞争条件与利益相同，该事件条款上找不到不合理的歧视问题。

请求人主张该协议书条款的内容不明确，违反明确性原则而侵害了基本权，该案件的内容找不到请求人主张的不明确问题。

请求人主张该案件条款是放弃主权事项的行为，该内容没有规定在正式协议书里，另外交付的方式本身存在问题，无法认定其内容的适当性/合理性，因此违反合法程序，该案件条款是限制主权的条约/国家或国民承担重大财政负担的条约或立法事项应获得国会的同意和总统的批准而没有履行该程序而违反宪法规定及权力分立原则。

为使请求宪法诉愿能够成立，请求人的‘宪法保障的基本权’应受侵害。这里，宪法保障的

基本权含义至少是‘根据宪法直接保障的个人的客观的公权’。但是，判断所有国家行为的是否具有合理性/正当性的适当与否，很难用一般宪法原则之一的合法程序或宪法第 60 条第 1 款及第 70 条规定的、作为国会与总统的权限分配的条约的国会同意及总统的批准或权力分立原则本身来认为给请求人带来任何主观的权利保障。

因此上述主张本身不能认为请求人主观权利受到侵害，不能认定根据该案件的条款侵害基本权的可能性。所以、该案件条款不具有侵害请求人的财产权等基本权的可能性，此部分审判请求不合法。

B）对该案件不作为的请求的判断

请求人主张：‘2003.1.1 起可以自由进口并无需缴纳追加关税’的规定的宗旨是不再延长 SG 措施，政府具有公开义务却没有履行，侵害了请求人的知情权。

知情权是指保障国民接触并收集/处理信息时不受国家权力的妨碍，积极收集意思或舆论产生所必要的信息并请求排除妨碍收集的权利，原则上不要求国家在利害关系人公开请求以前积极公开。国家的相关政策决定成为立法行为时才具有公开的义务。

政府的公开义务在没有特殊情形之下，只有国民积极进行信息收集行为时才能认定政府具有公开义务（同时，可以认为信息披露义务还有例外）。但是，该案件附件的情形之下，表述的是明确协议书的年度并宣布 3 年以后不再延长的方针，保障措施的延长具有执行性且经 KTC 调查与建议由中央行政机关的长官决定，不能与中国的协议来最终决定其延长与否，从宪法的角度来看，不能认定政府必须公布并赋予与国内法相同的效力。

是否具有违反宪法规定的关于公开的条款应另当别论，请求人没有请求信息披露的本案中，很难认定政府具有向大蒜种植农家事前披露的义务。

对公权力的不行使或行政不作为的宪法诉愿，公权力的主体如果没有源于宪法的作为义务，其宪法诉愿属于不合法。

综上所述，政府没有披露该案件条款的义务，将政府的披露义务作前提的请求人对该案件不作为审判请求认定为不合法。

C）结论

因此，决定请求人的审判请求全部不予受理。本决定除 KWON SUNG-YI 裁判官的如下个别意见外，根据其余裁判官的一致通过而定。

D）KWON SUNG-YI 裁判官的个别意见

宪法第 68 条第 1 款本文规定的基本权的侵害从性质上应该是“认容”宪法诉愿的法律要件之一，本来并非诉讼要件的事项。但从主张本身看基本权侵害被认定的可能性为零时，为了诉讼经济可以作为例外不予受理，政府缔结本案的协议书等条约时具有广泛的裁量权。

第三节　韩国司法审查实践对我国的启示（课堂讨论）

- WTO 贸易救济措施实践中，中国和日本还没有司法审查的案例，而韩国已经有 3 起案例。
- 保障措施中，WTO 协定并没有要求成员建立司法审查体系。比如在美国，对于保障措施，当事人不能提起司法审查。
- 我国在保障措施中可不可以提起司法审查？

复习与思考题

1．WTO 协定下的司法审查制度的概念及意义。

2．韩国的司法审查制度及实践。

拓展阅书目录

1．江必新：《WTO 与司法审查》，人民法院出版社，2002 年版，第 91-105，120-141 页；

2．金哲：《WTO 协定与国内司法审查制度》，博士论文，2004 年；

3．杨解君主编：《WTO 下的中国行政法制变革》，北京大学出版社，2005 年版，第 261-291 页。

第五章　条约在中日韩各国的地位

教学目的与要求：本章的内容理论性相当强，要求学生有较强的法理基础。目的在于使学生理解国际法如何在国内适用的理论，在案例分析中了解其实务性。要求学生明确条约在国内适用的各种理论。

学时分配：8 学时（第一节：1 学时；第二节：3 学时；第三节：3 学时；第四节：1 学时）

第一节　概　述

一、关于条约在国内适用的理论问题

（一）一元论与二元论

二元论：不存在条约与国内法发生冲突及优先适用（hierarchy of norms）的问题。

但、需关注两点：

履行立法与条约的冲突

履行立法与国内法的冲突

（二）直接适用性与直接效力

1．欧共体

直接适用性（direct applicability）：条约规定无需得到国内立法措施的帮助，其本身（即自动地）成为国内法秩序的一部分。

直接效力（direct effect）：条约规定本身具有私人在国内法庭上直接根据其条约规定主张权利义务的效力。

2．日本

日本学者主张的直接效力（国内效力）等于欧共体的“直接适用性（direct applicability）”。

而直接适用性（直接适用可能性）则等于欧共体的“直接效力（direct effect）”。

3．美国

美国的自动执行性（self-executing）与私人援用性（invocability by individuals）

自动执行性（self-executing）：无需国会的履行立法等所谓的转换法令（act of transformation）而直接适用于国内。

私人援用性（invocability by individuals）：条约具有直接适用性并不意味着所有的当事人均可以根据条约规定主张其权利，即当事人资格问题与条约的直接适用问题至少应该区别对待。

（三）直接适用条约的政策因素

1. 直接适用条约的优点

（1）提高国际法的实效性：排除凭借国内理由拒绝履行条约；增加当事国之间忠实履行条约的相互信赖；

（2）有效维护私人权利。

2．直接适用条约存在的问题

（1）如何履行条约义务应属国家裁量权范围；

（2）缔约程序问题：影响国会立法权；

（3）剥夺立法机关通过转换，不损害条约基本宗旨的前提下根据国情适当调整的机会；

（4）当事国对缔结条约持过度谨慎态度，反而削减国际法的实效性。

二、美国与欧盟的立法及审判实践

（一）美国的立法及审判实践

1．立法规定

美国宪法第 6 条第 2 款规定，本宪法和依本宪法所制定的合众国法律以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约，都是全国的最高法律，每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。

2．案例分析

Sei Fujii v. California Case（1952）：

是否具有自动执行性首先由当事国的意图来判断。约定增进遵守基本自由的宪章规定缺乏赋予个人通过裁判受到保护的意图的强制性与明确性。

（二）欧盟的立法及审判实践

1．立法

EC 设立条约第 300 条 7 款规定，共同体缔结的国际条约对共同体机关及欧盟具有约束力。

ECJ 早在 1974 年 Haegeman v. Belgium 案件上认为争论的协定从它发生效力之日起即成为共同体法的组成部分，即用一元论看待 EC 设立条约的规定。

但是以后的判例并不是一贯坚持这一观点，可谓：the existence of some dualist clouds obscuring the monistic sky.

2．案例分析

（1）International Fruit Company Case（1972）

共同体继承共同体成员国的义务而承认 GATT 对共同体成员国的约束力但又否认 GATT 第 11 条的直接效力。

决定 GATT 规定的直接效力与否应该根据“GATT 的精神、总体结构及条件”来考虑，其考虑结果否认 GATT 第 11 条的直接效力。

（2）Germany v. Council（香蕉案件，1994）

ECJ 认为：过去已经确认 GATT 规定对共同体具有拘束力但判定德国不能为了对理事会命令规定的合法性提出异议而援用 GATT 规定。

德国主张条约是否具有直接效力的问题与提起取消诉讼中，共同体立法能否因违反与第三国签定的国际条约为理由而成为司法审查对象是应区别对待，但是 ECJ 还是把两个问题连接起来考虑的。

可以根据 GATT 规则审查其共同体行为的合法性的情况局限于以下两种：共同体行为是为履行 GATT 的特定义务的情形或共同体行为明确指明 GATT 的特定条款。

（3）Portugal v.Council（织物案件，1999）

WTO 具有倾向于友好协商，相互主义（互惠主义）的性质

要求司法机关不得适用与 WTO 协定不一致的国内法规将会导致剥夺行政机关和立法机关根据 DSU 第 22 条赋予的通过协商解决的可能性的结果。

欧共体最重要的贸易伙伴在审查国内法规的合法性时，将 WTO 协定排除在适用于司法部门的法规范围。如果要求欧共体法与 WTO 规则一致的作用，将会剥夺欧共体的立法/行政的对方享有的-策略。

这种解释也符合理事会决定 94/800 的前文“包括附件在内的 WTO 协定依其性质不能直接适用于欧共体或成员国的法院”的规定。

案件的法律咨询官（Advocate General）Saggio：合法性审查与直接效力是不同的概念；其他 WTO 成员国内 WTO 协定的效力不能影响欧共体内的 WTO 协定的效力。只有例外：对方不遵守

WTO 协定而缺乏制裁违反行为的有效手段。

第二节 日本的立法与审判实践

一、宪法规定

日本宪法第 98 条规定，宪法是国家的最高法规。违反该条款的法律·命令·诏敕及有关国家事务的其他行为的全部或部分无效。凡日本国所缔结的条约以及已经确定的国际法应诚实遵守。

第 81 条规定，最高法院是所有法律• 命令• 规则或处分是否合宪的决定权的终审法院。

二、审判实践

（一）西进领带案（最高裁 1990 年 2 月 6 日）

1. 案情

1976 年日本制定《茧丝价格安定法》。

目的为保护国内生丝产业而赋予日本生丝公司对生丝的进口专营权。结果国内价格上涨两倍，欧洲进口中韩生丝，生产价廉领带再出口到日本。日本领带产业竞争不过欧洲产。日本领带生产厂家起诉政府，请求补偿损失。

2. 一审（京都地裁）

GATT 第十九条允许紧急进口限制：即使违反 GATT 规定，也应该按照 GATT 第 23 条（利益的丧失或减损）争端解决程序解决。

不能根据违反 GATT 的规定而《茧丝价格安定法》在国内无效。

3. 二审（大板高裁）

回避 GATT 的国内效率问题。

4. 终审（最高裁）

同二审一样回避。

5. 法与政策的关系（课堂讨论）

- 法院是否应该考虑日本农业政策的政治及经济影响?
- 法院可不可以对重大的政治事项保留判断?

（二）盐见日出案（最高裁 1989 年 3 月 2 日）

1. 案情

盐见（Shiomi）1934 年出生于大阪的韩人，幼小双目失明。

根据 1959 年的《国民年金法》（1981 年修改），应属残疾人。1970 年加入日本国籍，1972 年请求大阪府知事按照《国民年金法》给予残疾人养老金待遇资格，但因国籍问题被拒绝。

2. 最高裁判决

（1）养老金与国籍的关系

宪法规定：

第 25 条[生存权、国家保障生存权义务]

① 所有国民享有健康地过着（享受）具有文化的最低限度的生活的权利。

② 国家在生活的任何方面应努力提高并促进社会福利、社会保障及公共卫生。

第 14 条[法律面前平等、贵族制度的否认、荣典的限制]

（第 1 款）所有国民法律面前平等，不因人种、信仰、性别、社会身份或门第而受歧视。

法院判断：

国民年金制度是为实现宪法第 25 条第 2 款的宗旨而设立，立法部具有广泛的裁量权。

国家在社会保障政策上给予外国人什么待遇，可以根据与该外国人所属国的外交关系、国际环境、国内政治• 经济• 社会等各种情况而决定。

宪法第 14 条第 1 款规定的法律面前平等是禁止没有合理理由的差别待遇。

个人存在的经济的• 社会的及其他各种事实关系上的差异而法律地位上的区别，只要合理，并不违反宪法规定。

（2）宪法第 98 条第 2 款关于条约的规定

经社文权利国际公约第 9 条：本公约的缔约国承认每个人享有社会保险及其它社会保障的权利。

第 2 条第 1 款:通过立法措施及其它所有合理的方法逐步达到本公约承认的权利的完全实现。

法院判断：

缔约国具有积极进行社会保障政策的政治义务,并不直接给个人具体的权利。

（三）西伯例亚扣留案（东京高裁，1993 年 3 月 5 日）

1.案情

1945 年 8 月前苏联对日宣战,70 万日军成为苏军俘虏,在苏联被长期扣留并强制劳动直至 1958 年苏联全部归还战俘。62 名原告要求国家支付结存款项（creditbalance）、残疾补偿费、扣留国扣留的个人财物金额。

《关于战俘待遇之日内瓦公约》（GenevaConventionrelativetotheTreatmentofPrisonersofWar，1949）第六十六条规定：在俘终了时，不论系因被释放或被遣返，拘留国应发给战俘一清单，该项清单经该国授权军官签署，载明该战俘当时结存之款项（creditbalance）。拘留国并应通过保护国将各表册送交战俘所依附之政府，此项表册记载因遣返、释放、脱逃、死亡或其他原因而在俘终止之所有战俘之一切关系事项，并表明其结存款项之数目。此项表册每张均应经拘留国授权代表证明。本条上列任何规定得经冲突之任何两方相互同意改变之。在俘终了时，战俘所依附之国应负责与战俘结清其在拘留国所存余之款项。

第六十八条规定：战俘因工作受伤或成为残废，而要求补偿者，应通过保护国向其所依附之国提出。（shallbereferredtothePoweronwhichhedepends,throughtheProtectingPower.）拘留国当依照第五十四条，在一切情形下，给与有关战俘一说明文件，载明其受伤或残废之性质，事件发生之情形及所受之医疗或医院诊治之详情。此项说明文件应由拘留国负责军官签署，其医疗情形由医官证明之。战俘关于其个人物品，金钱或贵重品之按第十八条由拘留国押收而在其遣返时未经发还，或关于认为因拘留国或其任何人员之过失所致之损失而提出之赔偿要求，应同样向战俘所依附之国提出。但任何此类个人物品而为战俘在俘期间需用者应由拘留国担负补还。拘留国在一切情形下，当发给战俘一说明文件，由负责军官签署，载明关于此项物品、金钱、或贵重品何以未经发还之理由之一切可提供的情报。此项说明文件之抄本应通过第一百二十三条所规定之战俘中央事务所转达战俘所依附之国。

2. 一审（东京地裁，1989 年 4 月 18 日）

苏联于 1954 年加入维也纳公约。除伊藤、荒川、二階堂 3 名外，其他原告（59 名）在 1954 年 11 月 10 日前回国，根据维也纳公约第 141 条的规定，该公约可以适用于缔约国缔约之前后的战争或武装冲突。（第二条及第三条所载之情况应使在战事开始或占领之前或后，冲突各方所交存之批准书及加入之通知立即生效。第二条：本公约适用范围。第三条：冲突各方人道义务）该公约不适用于 59 名原告。

荒川、二階堂二人 1956 年回国，荒川于 1950 年作为战犯嫌疑人移交到中国，收监于抚顺，但没有进行强制劳动。二階堂于 1949 年被苏联以间谍罪名义判有期徒刑 25 年。（注：法院对伊藤的判断无法查找）

维也纳公约不适用于本案，自己国民俘虏补偿原则是否属于国际习惯法？法院持否定态度。

国际习惯法与宪法第 98 条第二款规定，法院认为：属于国际法的自动执行力问题。如果国际法规的内容应十分明确并具体，可以直接适用于国内。

3. 二审（东京高裁，1993 年 3 月出日）

对国际习惯法的国内适用问题，法院认为：在日本，按照规定公布的条约及国际习惯法即使没有另外的国内立法措施，应当承认其国内效力。承认国内效力的国际法，判断是否具有国内适用可能时，考虑缔约国具体意思、规定内容明确等。判断自己国民俘虏补偿原则作为国际习惯法是否适用于国内时，还应考虑补偿的对象、内容、方法及期间。

第三节　韩国的立法与审判实践

一、立法规定

宪法第六条第一款：按照本宪法正式批准和公布的条约和公认国际法规则与大韩民国的国内法具有同样的效力。

韩国学者一般认为除了因条约本身的特点而不能直接适用以外，条约不需要特别的立法措施而具有法律效力并可直接适用。

1995 年公布《WTO 协定履行特别法》没有明确规定 WTO 协定与国内法的关系。

该特别法草案第 3 条曾规定：乌拉圭协定对本法没有特别规定或个别国内法没有修改的事项，不能排除或丧失国内法的效力。

该特别法第二条[经济主权的保障]：协定的任何条款不能解释为允许侵害作为 WTO 体制成员的韩国（我国）的正当的经济权利。

二、审判实践

（一）金某违宪诉愿案件（1998）

1. 案情

1995 年 12 月金某伙同别人走私进口为目的，在中国购买 33 吨芝麻，分装两个集装箱，从中国大连运往韩国釜山。偷逃关税韩币 2 亿 4 千万。1997 年 1 月 24 日，被釜山地方法院判有期徒刑 5 年，金某不服一直上诉到大法院，但均败诉。1998 年 9 月 19 日宪法诉愿至宪法裁判所

2. 法院判决

金某主张：加重惩罚关税法违反犯罪，应该修改关税法或特加法，而不经修改上述法规的情形下，只根据条约，本来适用 40%关税的人却适用 686%的关税，至此可能被判为 10 年以上有期徒刑，此做法严重侵害了基本人权并违反了罪刑法定主义。

法院认为：WTO 协定也是依法缔结并公布的条约，与国内法具有同等效力，即使因此构成新的犯罪或加重处罚，与依据国内法加重刑事处罚具有同等效力。

（二）空头票据案（宪裁，2001 年 4 月 26 日）

1. 案情

SHIN X CHAN 是 XX 燃气公司的法人代表，1995 年 6 月签发面额为 82 亿 6 千万的票据，持票人在票据到期日前向付款人提示承兑，遭到拒付。一审判决 SHIN 有罪宣告 2 年有期徒刑，SHIN 不服上诉。上诉法院（大田地裁）审理中，认为不正当票据管理法第 2 条第 2 款有可能违宪，依职权提请宪裁审判。

2. 法院判决

（1）提请人主张

不正当票据管理法第 2 条第 2 款可能违反宪法第 6 条第 1 款的国际法尊重主义、第 10 条的

幸福追求权、第 11 条第 1 款的平等权、第 12 条第 1 款的实质罪刑法定主义、第 119 条第 1 款的保障自由与创意的市场经济秩序及宪法第 37 条第 2 款的自由与权利的本质内容禁止侵害原则。

《不正当票据管理法》第 2 条（不正当票据签发人的刑事责任）：① 属于下列各项之一发行或制作不正当票据者，处以 5 年以下有期徒刑或票据金额的十倍以下的罚金。（中略）② 资金不足、交易停止处分或承兑协议的解除或因解除不能及时承兑时，处罚上同。

《公民权利和政治权利的国际公约》第 11 条：任何人不能只因合同不能履行为理由而遭受拘禁。

（2）法院认定

宪法第 6 条第 1 款的国际法尊重主义的含义是韩国加入的条约和普遍承认的国际法规与国内法规的效力相同，并不意味着国际法规优先于国内法。

签发不正当票据行为是能够预见承兑时拒付而发行并遭拒付，所以处罚的是背叛公众对票据证券性的信赖的行为。并不只是“只因合同不能履行为理由”而遭受拘禁，所以并不违背国际法尊重主义。

除 KWON SUNG-YI 裁判官的反对意见外，根据其余裁判官的一致通过而定：本案法律条款不违宪。

3. 其它国家票据法的相关规定

我国票据法的相关规定

第一百零二条 有下列票据欺诈行为之一的，依法追究刑事责任：

（三）签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票，骗取财物的；

（四）签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金的；

德国：没有签发票据遭拒付时的惩罚规定，但银行透支按欺诈罪处罚。

法国：故意损害第三人的利益为目的，可以判处 5 年以下徒刑等。.

日本：只有可靠资金并票据协议才可发行票据。

美国：大部分州规定-带有欺诈意图（with fraudulent intent），发行空头票据按輕罪（misdemeanor）处罚。

第四节 条约在我国的适用问题

一、国际法的国内地位写进宪法的必要性

条约与国内法的关系，首先是一个国家的宪法问题。条约与国内法的关系以及条约在任何特定的国内法中的适用，是根据各国宪法而定。

我国 70 余部部门法规规定了国际法（包括条约）的适用问题，但是宪法却没有规定条约与国内法的关系。

我国宪法只是规定了全国人大常委会、国家主席、国务院在缔结·批准·公布条约等方面的权限。宪法第五条规定：中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。江泽民总书记早在 1997 年中共 15 届大会时提出：加强立法工作，提高立法质量，2010 年建立中国特色的社会主义法律体系。完善的法律体系应该包括国际法在国内地位的明确规定。

二、立法条款内容的几种模式

（一）荷兰模式

1983 年宪法第九十三条规定，条约的规定和国际机构的决议，由于它们的内容可能对一切人

都有拘束力，在它们已经公布后，应具有这样的效力。

而且第九十四条规定，在荷兰内有效的制定法规定，如果他们的适用与自动执行的条约规定（self-executing treaty provisions）或国际机构的条约或国际机构的决议相抵触，就不应予以适用。

（二）日本模式

凡日本国所缔结的条约以及已经确定的国际法应诚实遵守。

（三）俄罗斯/韩国模式

俄罗斯 1993 年宪法是全民公决的产物，该宪法第十五条第四款规定，国际公认的国际法原则及条约是俄罗斯联邦法律制度的一部分。

复习与思考题

1．日本关于条约在国内适用的立法与审判实践。

2．韩国关于条约在国内适用的立法与审判实践。

3．我国关于条约在国内适用问题上的几种立法模式。

拓展阅书目录

1．周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社，2004 年版，第 42-73 页；

2．安托尼•奥斯特著：《现代条约法与实践》，中国人民大学出版社，2005 年版，第 141-158 页；

3．中川淳司：“国际法在国内法院适用的限制”，载《（日）国际法外交杂志》，第 100 卷第 2 号（2001 年）；

4．白珍铉：“条约在国内的效力”，载《（韩）国际法学会论丛》，第 45 卷第 1 号（2000 年）。

第六章　中日韩国际法问题

教学目的与要求：本章各选东亚三国的现今国内法与国际法有机结合的案例，目的在于培养学生通过学习公法分析现实问题的能力。第一节内容要求学生了解我国土地沙化现状与国内及国际相关法规，关注环境问题。第二节内容要求学生用日本国内法和国际法的双重角度了解日本首相参拜靖国神社的违法性。第三节内容要求学生理解如何运用国际法来保护本国利益的方法。

学时分配：6 学时（第一节：2 学时；第二节：2 学时；第三节：2 学时）

第一节　我国防沙治沙与国际法问题

一、我国土地沙化概述

（一）土地沙化的概念

中华人民共和国防沙治沙法（2001 年 8 月 31 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过　2001 年 8 月 31 日中华人民共和国主席令第五十五号公布，自 2002 年 1 月 1 日起施行）第二条规定：在中华人民共和国境内，从事土地沙化的预防、沙化土地的治理和开发利用活动，必须遵守本法。土地沙化是指因气候变化和人类活动所导致的天然沙漠扩张和沙质土壤上植被破坏、沙土裸露的过程。本法所称土地沙化，是指主要因人类不合理活动所导致的天然沙漠扩张和沙质土壤上植被及覆盖物被破坏，形成流沙及沙土裸露的过程。本法所称沙化土地，包括已经沙化的土地和具有明显沙化趋势的土地。具体范围，由国务院批准的全国防沙治沙规划确定。

（二）土地沙化的原因

沙化土地的不断扩张，有气候变化、自然灾害等自然原因，但主要是由于不合理的人为活动引起的。其中包括：盲目开垦、过度放牧、滥采滥伐、滥挖野生中药材等沙生植物、水资源开发利用不合理。

除以上原因外，工矿、交通、油田等工程建设施工中破坏林草植被，固体废弃物扩散或酸碱污染，以及施工区崩塌滑坡造成土地沙化在一些地区也很突出。

（三）我国土地沙化现状

我国现有沙漠及沙化土地面积达 168.9 万平方公里，占国土陆地面积的 19.6%，主要分布在北纬 35 度至 50 度之间的内陆盆地、高原，形成一条西起塔里木盆地，东至松嫩平原西部，东西长 4500 分里，南北宽约 600 公里的沙漠带。

土地沙化的迅速扩展导致了生态环境的恶化，威胁着人们的生存和发展的空间。内蒙古阿拉善是近几次沙尘暴的沙源地。200 多年前，这里曾有“湍潨不息”的居延海和水草丰美的绿洲。

然而，如今在土地沙化的长期作用下，这里成了 9 万多平方公里的戈壁、8 万多平方公里的沙漠。背后疆塔里木河下游、青海柴达木盆地东南部河北坝上和西藏那曲等地，沙化土地年均扩展率达 4%以上。由于风沙的步步紧逼，成千上万的农牧民被迫迁往他乡。

90 年代我国土地沙化以平均每年 2460 平方公里的速度扩展，相当于一年损失一个中等县的土地面积。 由于风沙的危害，造成的经济损失也是惊人的。据专家测算，近几年来，我国每年因风沙危害造成的直接经济损失达 540 亿元。

我国对防沙治沙工作历来十分重视。截至 1998 年，累计治理沙化土地 7 万平方公里。但是，由于多种因素的影响，我国土地沙化的总体状况仍在恶化，“沙进人退”的局面未得到根本扭转，形势依然十分严峻。

（四）沙尘暴与周边国家

2006 年 4 月 20 日下午，外交部举行新闻吹风会，邀请国家林业局防沙治沙办公室主任、《联合国防治荒漠化公约》中国国家联络员刘拓，国家林业局防沙治沙办公室总工程师杨维西介绍我国近期防沙治沙工作，并回答记者提问。

[日本产经新闻记者]：我想补充问一下，中国空气污染特别厉害的时候对周边国家有没有影响？

[杨维西]：关键看冷空气的状态。往往对中国来说，从境外来的冷空气强度比较大，所以它带的污染物可能会远一些，在中国境内产生的沙尘天气的强度往往比较弱，在很多情况下也有自生自灭的情况，很难吹到中国境外去。当然，整个来说，沙尘天气哪一次影响范围比较大，很难说，专家还在研究之中。

2001 年，国家环保总局所属中日友好环境保护中心与日本环境省的日本国立环境研究所合作，基本搞清了沙尘暴发生源区、加强源区、传输路径和环境影响等，并通过典型沙尘暴事件的分析和数字扩散模型，探讨了沙尘暴从蒙古国—中国内蒙古—中国中东部—朝鲜半岛—日本的传输基本规律，为中日韩合作提供了技术支撑。

二、土地沙化主管部门及国内法规

（一）主管部门

1. 国家林业局

组织开展植树造林和封山育林工作；组织、指导以植树种草等生物措施防治水土流失和防沙、治沙工作；组织、协调防治荒漠化方面的国际公约的履约工作；指导国有林场（苗圃）、森林公园及基层林业工作机构的建设和管理。

全国防沙治沙办公室：1994 年成立，设在国家林业局。

2. 农业部

组织起草种植业、畜牧业、渔业、乡镇企业等农业各产业（以下简称农业各产业）的法律、法规草案。

组织农业资源区划、生态农业和农业可持续发展工作；指导农用地、渔业水域、草原、宜农滩涂、宜农湿地、农村可再生能源的开发利用以及农业生物物种资源的保护和管理。

3. 主观部门协调的必要性

（1）灌木之争

中科院研究员：灌丛是与森林、草原、荒漠、苔原、红树林等并列的

农业部畜牧业司一位官员：灌木本来就不是树林，是在草原上这里一块那里一块的，“怎么不见灌木单独成林的？”

国家林业局防沙办主任刘拓：不仅灌木的生物性特征是林，法律属性也是林

（2）农林分资比例

以京津风沙源工程为例，过去 5 年国家实际投资共 87 亿元，林、农、水三家的比例是 4:3:3。还林、还草可获得的国家补偿不一样，还草给 2 年补助，还经济林的给 5 年补助，还生态林的给 8 年。京津风沙源工程的牵头工作，已由国家发改委接手。

（二）国内法规

1．中华人民共和国防沙治沙法

（1）防沙治沙工作遵循原则

- 统一规划，因地制宜，分步实施，坚持区域防治与重点防治相结合；
- 预防为主，防治结合，综合治理；
- 保护和恢复植被与合理利用自然资源相结合；
- 遵循生态规律，依靠科技进步；

• 改善生态环境与帮助农牧民脱贫致富相结合；

• 国家支持与地方自力更生相结合，政府组织与社会各界参与相结合，鼓励单位、个人承包防治；

• 保障防沙治沙者的合法权益。

（2）防沙治沙规划

国务院林业行政主管部门会同国务院农业、水利、土地、环境保护等有关部门编制全国防沙治沙规划，报国务院批准后实施。

省、自治区、直辖市人民政府依据全国防沙治沙规划，编制本行政区域的防沙治沙规划，报国务院或者国务院指定的有关部门批准后实施。

沙化土地所在地区的市、县人民政府，应当依据上一级人民政府的防沙治沙规划，组织编制本行政区域的防沙治沙规划，报上一级人民政府批准后实施。

防沙治沙规划的修改，须经原批准机关批准；未经批准，任何单位和个人不得改变防沙治沙规划。

（3）土地沙化的预防

禁止在沙化土地上砍挖灌木、药材及其他固沙植物。

沙化土地所在地区的县级人民政府，应当制定植被管护制度，严格保护植被，并根据需要在乡（镇）、村建立植被管护组织，确定管护人员。

在沙化土地范围内，各类土地承包合同应当包括植被保护责任的内容。

草原地区的地方各级人民政府，应当加强草原的管理和建设，由农（牧）业行政主管部门负责指导、组织农牧民建设人工草场，控制载畜量，调整牲畜结构，改良牲畜品种，推行牲畜圈养和草场轮牧，消灭草原鼠害、虫害，保护草原植被，防止草原退化和沙化。

草原实行以产草量确定载畜量的制度。由农（牧）业行政主管部门负责制定载畜量的标准和有关规定，并逐级组织实施，明确责任，确保完成。

（4）沙化土地的治理

沙化土地所在地区的地方各级人民政府，应当按照防沙治沙规划，组织有关部门、单位和个人，因地制宜地采取人工造林种草、飞机播种造林种草、封沙育林育草和合理调配生态用水等措施，恢复和增加植被，治理已经沙化的土地。

国家鼓励单位和个人在自愿的前提下，捐资或者以其他形式开展公益性的治沙活动。

国家设立防沙治沙基金，并广泛筹集社会资金，专门用于沙化土地范围内植被的保护和培育。从事防沙治沙活动的单位和个人，可以按照国务院的规定，向防沙治沙基金管理机构申请防沙治沙资金补助。

2．其它相关法规

《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》、《中华人民共和国水土保持法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国环境保护法》和《中华人民共和国气象法》、《中华人民共和国环境影响评价法》等。

三、我国防沙治沙与国际法的规定

（一）国际环境法的规定

1. 人类环境宣言

世界首次召开的"联合国人类环境会议"宣言，联合国人类环境会议于 1972 年 6 月 5 日－16 日在斯德哥尔摩召开。这是世界各国政府代表第一次坐在一起讨论环境问题，讨论人类对于环境的权利与义务的大会。

第 21 条 依照联合国宪章和国际法原则，各国有根据其环境政策开发其资源的主权权利，各

国也有义务使其管辖范围内或控制下的活动不对其他国家的环境和任何国家管辖范围以外的地区造成损害。

第 22 条 各国应合作发展关于其管辖或控制下的活动对其管辖外的地区造成污染和生态损害的责任和对受害者予以赔偿的国际法。

2. 世界自然宪章

1982 年 10 月 28 目联合国大会通过。该宪章 21 规定：各国和有此能力的其他公共机构、国际组织、个人、团体和公司都应：（d）确保在其管辖或控制下的活动不损害别国境内或国家管辖范围以外地区的自然系统。

3. 关于环境与发展的里约宣言

1992 年 6 月 3 日至 4 日，"联合国环境与发展大会"在巴西里约热内卢举行。

原则 2 根据《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有按照其本国的环境与发展政策开发本国自然资源的主权权利，并负有确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家或在各国管辖范围以外地区的环境的责任。

原则 13 各国应制定关于污染和其他环境损害的责任和赔偿受害者的国家法律。各国还应迅速并且更坚决地进行合作，进一步制定关于在其管辖或控制范围内的活动对在其管辖外的地区造成的环境损害的不利影响的责任和赔偿的国际法律。

4. 联合国防治荒漠化的公约

该公约的全称为“联合国关于在发生严重干旱和/或沙漠化的国家特别是在非洲防治沙漠化的公约”，1994 年 6 月 7 日在巴黎通过。

重申《里约环境与发展宣言》，其中原则 2 申明，按照《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有按照本国的环境与发展政策开发本国自然资源的主权权利，并负有确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家或在各国管辖范围以外地区的环境的责任。

第 28 条 争端的解决

1．缔约方应通过谈判或自行选择的其他和平手段，解决相互之间关于本《公约》的解释或适用方面的任何争端。

2．缔约方如果不是区域经济一体化组织，可在批准、接受、核准或加入本《公约》时或在其后任何时间向保存人提出一项文书，就本《公约》的解释或适用方面的任何争端作出声明，承认对于接受同样义务的任何缔约方而言，下列两者或其中之一为强制解决争端手段：

（a）按缔约方会议在实际可行的情况下尽快通过的一项附件中通过的程序进行仲裁；

（b）将争端提交国际法院审理。

（二）特雷尔冶炼厂案（美国 vs.加拿大）

特雷尔冶炼厂（Trail Smelter）位于加拿大不列颠哥伦比亚省，该厂排放的二氧化硫气体对美国华盛顿州造成严重空气污染。初期，业主向污染受害者支付赔偿（美国内法/双边协定）。

1925 年案件重新提起，1927 年交由两国边界委员会解决，该委在其 1931 年的报告中估计，至 1932 年 1 月 1 日，业主共对美国造成 35 万美元的损害。1935 年 4 月 15 日签署仲裁协议，1941 年最终裁决：

“根据国际法以及美国法律原则，没有一个国家在使用其领土或允许他人使用其领土时，有权以烟雾对另一国领土或其中的财产及人员造成损害，如果这种损害具有严重后果，而且存在着明显的和令人信服的证据的话。”“一国始终有义务防止其他国家遭受来自其管辖的个人损害行为的侵害。”裁决规定冶炼厂须采取的控制措施，包括排放记录/最大限度。

（三）国家责任草案

1. 国际法不禁止行为责任

传统上，国家承担国际责任是以其实施国际不法行为为前提，但是，在现代，产生了新的国

家责任，即国际法不禁止行为责任。“外层空间条约”和“外空责任公约”等与高度危险活动和跨界环境损害相关的若干条约规定了国家的专属责任和国家对企业的民事责任的补充责任。

对国际法不禁止行为所产生的责任，原则上只有根据个别条约才能成立。ILC 认为，建立国际法不禁止行为引起损害性后果的国家责任制度具有充分的理论和实践基础。

1941 年关于美国和加拿大“特雷尔冶炼厂案”的仲裁裁决和 1949 年 ICJ 对“科孚海峡案”的判决都指出，国家有义务不得有意地使其领土用于侵犯他国权利的活动。

《国际法不加禁止之行为引起有害后果之国际责任条款草案》（1996 年）

第一章 第一条 本条款适用于：

a.国际法未加禁止的、含有通过其有形后果（physical consequences）而引起重大跨界损害的风险的活动；

b.国际法未加禁止的、不含有（a）所指之风险、但仍引起该损害的其他活动。

《预防危险活动的跨界损害》（2001 年）

考虑到各国对其领土内或在其管辖或控制下的其他地方的自然资源具有永久主权原则，也考虑到各国在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方进行或许可进行活动的自由并非是无限制的。

回顾 1992 年 6 月 13 日关于环境与发展的里约宣言

认识到促进国际合作的重要性

兹议定如下案文：

第 1 条 本条款草案所适用的活动

本条款草案适用于国际法不加禁止的其有形后果有造成重大跨界损害的危险的活动。

美国对草案的评论（国际法委员会 A/CN.4/562 文件，27，January 2006）：

该原则草案显然具有创新意义，并且立意高远，而不是对现有法律或国家做法的描述这些原则承认，所负责任可能有具体的条件、限度或例外情形。关于指出与危险活动有关的国际协定中应当涉及的事项问题，我们认为，委员会的工作有助于突出强调参与制定任何与危险活动有关的具体责任制度的国家应当考虑的许多重要问题，例如

（a）哪一类损害可以得到赔偿？只是原告受到的直接经济损害？环境损害？

（b）是否有一个具体门槛，损害达到这个门槛就产生赔偿责任，例如重大损害或特殊损害？

（e）如何确定因果关系？

（f）根据该制度谁负有责任？私人经营者？经营者以外的私人？有关国家？

（h）在严格的以过失为依据的制度中，可以有哪些辩解理由：武装冲突，不可抗力，还是符合政府许可？

（k）该制度是溯及既往，还是仅适用于将来？如仅适用于将来，是从作为或不作为之日起算，还是从损害被发现之日起算？

2．关于国家对国际不法行为的责任的条文草案（2001）

国际法上的国家责任（state responsibility）,是主要指国家对其国际不法行为所应承担的国家法律责任

ILC 的草案第二条：

一国国际不法行为的要素

一国国际不法行为在下列情况下发生：

（a）由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国；并且

（b）该行为构成对该国国际义务的违背

（1）主观要件

是指某一行为根据国际法的规定可以归因于特定国家而成为该国家的行为

（a） 任何国家机关的行为
（b）行使政府权力要素的个人或实体的行为
（c）受国家指挥或控制的行为
（d）正式当局不存在或缺席时实施的行为
（e）另一国交由一国支配的机关的行为
（f）成为一国新政府或组成一个新国家的叛乱运动的机关的行为
（g）经一国确认并作为其自身行为的其他行为
（2）国际不法行为的客观要件
是指可以归因于一国的行为违反了该国承担的有效的国际义务
（3）证明因果关系
（4）量化遭受的损害

四、解决方案

综上所述，我国根据当今国际法的规定，不承担沙尘暴跨境引起的国家责任。从中日韩三国通过多方合作的方式解决该环境问题。

（一）影响评价制度

1．中华人民共和国环境影响评价法

本法所称环境影响评价，是指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估，提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施，进行跟踪监测的方法与制度。

探讨是否允许日韩参加我国的相关环境影响评价。

2．日本环境影响评介法（平成九年六月十三日法律第八十一号）

3．韩国关于环境・交通・灾害等的影响评介法（1999 年 12 月 31 日，法律第 06095 号）

（二）早期预警与共同监测制度

第七次中日韩环境部长会议（2006 年 10 月 韩国首都首尔）

会议发表的《联合公报》指出，三国的环境部长们再次确认建立循环型经济对东北亚地区的可持续发展至关重要。三国的环境部长们认为，沙尘暴问题越来越严重，各国在沙尘暴的环境管理、监测、信息共享等领域应进一步加强交流与合作

（三）合作防沙治沙

日韩积极参加我国的防沙治沙项目。

第二节 日本首相参拜靖国神社的法律问题

一、何谓“靖国神社”？

靖国神社（Yasukuni Jinja）是日本祭祀在历次战争中死亡军人的场所。始于 1869 年在东京九段坂上建的招魂社，1879 年改今名。该神社合祭着包括幕末、戊辰战争以及明治以后历次战争中阵亡者的所谓护国英灵，到太平洋战争战败为止，共有祭神（被祭者）240 多万。第二次世界大战前，由陆、海军两省直接管辖的特殊神社，对宣传崇拜天皇和宣扬军国主义起了很大作用。战后由于法律规定政教分离，国家神道被禁，靖国神社成为东京都知事认证的独立宗教法人。

否定侵略的靖国的立场（摘自靖国神社 HP）：尤其战后，日本的交战联合军（美国、英国、荷兰、中国等）只是根据形式上的裁判，单方面的宣判为“战争犯罪”、无辜残酷地剥夺了 1068 位的生命……在靖国神社被称为“昭和殉難者”，全部供奉为神。

二、日本宪法的规定与法院的判决

（一）宪法规定

第九条　日本国民诚恳期望正义与秩序为基石的国际和平，永久放弃作为国际争端解决手段的国家权力发动的战争、武力威胁或武力行使。

〇2　为了实现前款的目的，不维持陆海空及其他的战斗力。不承认国家的交战权。

第二十条　保障所有人的信教自由。任何宗教团体不得获得国家特权或行使政治上的权力。

〇2　不得强制任何人参加宗教上的行为、祝典、仪式或活动。

〇3　国家及其机关不得进行宗教教育及其他任何宗教性质的活动。

第九十九条　天皇或摄政及国务大臣、国会议员、裁判官及其他公务员负有尊重并拥护宪法的义务。

（二）日本法院的判断

1. 愛媛玉串料诉讼

1989 年 3 月－第 1 审理 （松山地裁）违宪

1992 年 5 月－控诉审 （高松高裁）合宪

1997 年 4 月－上告审 （最高裁）违宪

最高裁判决愛媛県知事向靖国神社支出县费为违宪。1 5 裁判官中、认为合宪的裁判官只有 2 人。

2.「津地镇祭」诉讼大法廷判决（1977 年 7 月 13 日）

判决内容：否定市政府主持的市体育馆奠基典礼上的祭神仪式违反宪法第 20 条第 3 款规定。

3. 大阪高等裁判所对小泉参拜靖国神社判决（2005 年 9 月 30 日）

判决主要内容：

（1）内閣総理大臣参拜**靖**國神社 3 次，至少行为形式上可以认为国家赔偿法第 1 条第 1 款规定的，作为内阁总理大臣的「职务行使」。

（2）内阁总理大臣的行为违反宪法第 20 条第 3 项。

（3）内阁总理大臣的行为，不能认定上诉人的权利及法定利益受到侵害。

法院认为：参拜的宗教意义浓厚，一般人很难认为参拜是社会礼仪。根据日本社会、文化条件判断，国家与靖国神社之间的关系超乎常识。参拜属于宪法第 20 条第 3 款禁止的宗教活动。

三、评“日媒体称中韩要求日本领导人停止参拜是干涉内政”（课堂讨论）

第三节　韩国运用 WTO 规则保护国内产业的实践

一、贸易救济措施对国内产业的保护

（一）法规

不公平贸易行为调查及产业损害救济法施行令（2001.5.10）的修改（2006 年 2 月 8 日生效）的背景：

迎接一兆美元贸易时代，随着 WTO 多边体制下缔结的双边 FTA 的扩大等开放与竞争更加扩散，有必要施行高效先进的贸易救济制度。

主要修改内容：

① 随着韩国与新加坡 FTA 今年 3 月 2 日起生效，对因原产于新加坡产品的进口增加而国内产业遭受的损害，使其能够获得有效的救济；

② 贸易对象国因违反国际贸易规则而导致采取国内产业损害调查制度方面，规定与调查程序及决定等施行相关的具体条件；

③ 具体规定对不公平贸易行为者采取的暂行措施相关程序及施行条件，从而提高不公平贸易行为制度的透明度/公平性； 针对贸易委员会调查的知识产权提起专利复审，提供可中止调查的有关条款并具体规定终止条件，提高申请人的便利程度及可预测能力；

④ 为贸易制度的扩散及有效操作，为通过制订贸易救济振兴基本计划及在全国经济团体与中小企业支援机关设立的 64 个贸易救济支援中心进行支援企业、建立贸易救济网络平台及数据库、宣传教育各种贸易救济振兴工作，提供法律依据。

（二）通过贸易救济措施保护国内产业的案例

1.（株）火箭电气申请调查日本、中国、新加坡产碱性电池的倾销进口。2000 年 4 月，对中国及日本产碱性电池课以 26.7%、为期三年的反倾销关税，而新加坡则作了价格承诺。2003 年 12 月，对中国及日本产碱性电池继续课以 24.9%、为期三年的反倾销关税，而新加坡则继续作价格承诺。2003 年（株）火箭电气的销售额比 2000 年增长 2.2 倍，市场占有率上升、开工率及生产效率提高。

2.（株）KC 反倾销申请案

3.（株）INI 钢铁反倾销申请案

4.（株）Ionmag 反倾销申请案

二、知识产权保护对国内产业的保护部分

（一）法规

著作权法（1957 年制订，最近修订 2004.10.16）及其施行令、施行规则；

电脑程序保护法（1986 年，最近修订 2001.1.16）及其施行令、施行规则；

不公平贸易行为调查及产业损害救济法施行令（2001.5.10）的修改（2006 年 2 月 8 日生效）等。

（二）调查关于侵害知识产权/违反原产地标识/扰乱进出口秩序行为的申请统计

（三）IT 产业的保护

三、技术标准对国内产业的保护

（一）2005 年韩国技术标准白皮书

与 WTO TBT 协定有关内容：第一章 国家标准政策的推进战略、第二章 国际标准化活动。

（二）成功案例

建筑物最高地面温度国际标准采用韩国建议从而保护国内有关产业的案例

四、卫生检疫标准对国内产业的保护

（一）中韩泡菜检疫争端

1．中国产泡菜含铅问题

韩国第一大在野党大国民党国会议员高京华在 2005 年 9 月 25 日发表：目前在因特网销售的 10 种中国产泡菜平均含铅量高达 0.302ppm（每公斤泡菜含铅的豪克数），是韩国产泡菜平均含铅量（0.11ppm）的 3 倍左右。

韩国食品医药品安全厅（以下简称“食药厅”）9 月 28 日表示：“…截止目前发表的检测结果中铅残留量为准，对危害性问题进行了研究，结果发现，这样的含量不会对人体造成危害。”

韩国并没有对泡菜类重金属含量标准的规定， 食药厅是根据世界卫生组织（WHO）等国际机构规定的蔬菜类含铅量标准（一周暂定摄取许可量：PTWI）发表的。

虽然韩国政府澄清了真相，但中国产泡菜已经遭受沉重打击。

2．中国产泡菜寄生虫卵问题

食药厅先后对中国产及本国产泡菜寄生虫卵的解释上的错误，导致中国产泡菜在韩又一次遭受沉重打击。

韩国外交通商部反而在 2005 年版《外国通商环境》白皮书上批评中国对泡菜企业在卫生标准（大腸菌等标准）上过于严格，以至影响韩资泡菜企业的海外出口。

五、运用其他规则对国内产业的保护

（一）对国产电影的保护

合理利用 GATT1947 第四条（有关电影片的特殊规定）规定，成功保护国内电影产业。

（二）善于利用 DSU

WTO 成立后，韩国作为起诉方提起争端解决程序的案件共 12 件。其中，除 1 件尚未结案以外，8 件通过专家组报告/上诉结案的 7 件中胜诉（其中 1 件为部分胜诉），其余 3 件通过双方磋商解决。

韩国被诉的案件为 11 件中，专家组报告/上诉结案的 6 件中 3 件胜诉，其余 5 件通过双方磋商解决。以上可以看得出，韩国的胜诉率是相当高的。

复习与思考题

1．我国防沙治沙与国际法的规定。

2．日本首相参拜靖国神社的国内及国际法上的违法性。

3．韩国运用 WTO 规则保护国内产业的实践对我国的借鉴意义。

拓展阅书目录

1．孙佑海等编著：《中华人民共和国防沙治沙法实用问答》，中国法制出版社，2001 年版，第 198-222 页；

2．亚历山大・基斯著：《国际环境法》，法律出版社，2000 年版，第 361-396 页；

3．“靖国参拜违宪诉讼会・东京”网站（日 http：//homepage3.nifty.com/seikyobunri/ ）；

4．韩国外交通商部政府网站（http：//www.mofat.go.kr/）。

《涉港澳台区际私法》教学大纲

冯　霞　编写

目　录

前　言 350
第一章　区际法律冲突与区际私法概述 351
第一节　区际法律冲突与相关概念 351
一、法域（Law district）与国家（States） 351
二、复合法域国家（plural legal territory） 351
三、区际法律冲突（interregional conflict of laws） 352
第二节　区际法律冲突的产生条件、特征与种类 352
一、区际法律冲突产生的条件 352
二、区际法律冲突的特征 352
三、区际法律冲突的种类 353
第三节　区际法律冲突的解决方式 353
一、区际冲突法途径 353
二、统一实体法途径 353
第四节　区际私法的调整对象 353
一、区际私法的名称及概念 353
二、区际私法的特点 354
第五节　区际私法的历史 354
一、学说法时代（法则区别说时代） 354
二、实在法时代 354
第六节　区际私法和国际私法关系的理论与实践 355
一、区别说的理论与实践 355
二、相似说或同一说的理论与实践 355
三、折衷说的理论与实践 355
四、区际私法和国际私法既有联系又有区别 355
复习与思考题 356
拓展阅读书目 356
第二章　各复合法域国家解决区际法律冲突模式比较 357
第一节　美国模式 357
一、州际冲突法与国际冲突法基本等同 357
二、利用各州的冲突法协调州际法律冲突 357
三、充分利用宪法中的限制性条款 358
四、采用多种形式推动法律的统一化运动 358
第二节　英联邦国家的模式 358
一、英国模式 358
二、加拿大模式 358
三、澳大利亚模式 359
第三节　德国统一后区际法律冲突协调模式 359
一、统一前两德之间的法律冲突 359
二、《两德统一条约》对原东西德地区之间法律冲突的影响 359
三、统一后的德国法院在审理涉及原东西德地区之间的法律冲突案件时所面临的若干实际

问题 359
第四节　结　论 360
一、世界上有许多国家存在区际法律冲突问题 360
二、多法域国家国情不同导致解决内部区际法律冲突的途径不同 360
复习与思考题 360
拓展阅读书目 361
第三章　中国区际法律冲突的历史与现状 362
第一节　中国区际冲突法的历史 362
一、推行汉民族统一的法律，使中国历代的法律保持长久的一致性 362
二、法律选择规则的确立 362
第二节　“一国两制”的构想与中国现代区际冲突的产生 363
一、“一国两制”方针的提出及其基本内涵 363
二、“一国两制”方针与中国现代区际法律冲突的产生 363
三、中国现代区际法律冲突产生的条件 364
第三节　中国各法域民商事法律的构成及特征 364
一、中国内地涉外民商事法律的构成及特征 364
二、香港特别行政区法律的构成及特征 364
三、澳门特别行政区法律的构成及特征 365
四、台湾地区现行之民事法规制度及其特征 365
复习与思考题 365
拓展阅读书目 365
第四章　中国区际法律冲突的解决模式 366
第一节　中国区际法律冲突的特殊性 366
第二节　中国区际法律冲突的协调解决原则 366
一、坚持“一国两制”原则，维护国家统一 366
二、坚持各法域平等原则，促进和保障正常的区际民商事交往 366
三、坚持事实求是的原则，促进和维护各个区域的繁荣稳定。 366
第三节　中国区际法律冲突的协调模式和解决途径 366
一、区际冲突法的解决模式 366
二、统一实体法的解决模式 367
三、区际司法协助之模式 367
四、中立区或中介团体模式 367
五、运用判例法之模式 367
复习与思考题 367
拓展阅读书目 367
第五章　中国区际民商事法律适用 369
第一节　中国各法域区际民商事法律适用立法状况 369
一、中国内地地区调整区际法律冲突的法律及草案 369
二、香港地区调整区际冲突的法律 369
三、澳门地区调整区际冲突的法律 370
四、台湾地区调整区际冲突的法律及草案 370
第二节　中国区际法律适用司法实践的现状及存在的问题 370
第三节　区际冲突法理论在中国区际法律适用中的具体运用 370

一、识别制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用 370
二、反致制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用 371
三、法律规避制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用 372
四、公共秩序保留制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用 373
五、外法的查明制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用 373
复习与思考题 374
拓展阅读书目 374
第六章　中国区际民商事管辖权冲突与协调 376
第一节　区际民商事管辖权概述 376
一、管辖权概述 376
二、区际管辖权 376
第二节　中国各法域关于民商事管辖权方面的立法现状 376
一、内地关于域外民商事管辖权的立法与实践 376
二、香港特别行政区域外民商事诉讼管辖权的司法实践 377
三、澳门特别行政区域外民商事诉讼管辖权的立法现状 377
四、台湾地区域外民商事诉讼管辖权的立法现状 377
第三节　中国各法域民商事管辖权冲突的协调 378
一、“有效管辖”是中国区际民商事管辖权冲突的根本原因 378
二、中国区际民商事管辖权冲突的协调方式 378
复习与思考题 378
拓展阅读书目 378
第七章　中国区际民商事司法协助中的送达 379
第一节　区际民商事司法协助中送达制度概述 379
一、送达制度概述 379
二、我国现有关于区际司法协助的立法 379
第二节　内地与港澳地区间司法及司法外文书的相互送达 379
一、内地关于向香港、澳门送达司法文书的规定及司法实践 379
二、香港特别行政区关于对内地诉讼文书送达的规定 380
三、澳门特别行政区关于对内地文书送达的规定 380
第三节　台湾与内地、香港及澳门之间相互送达司法文书及 司法外文书的实践 381
一、台湾地区与内地之间的关于送达问题司法实践。 381
二、台湾地区与港澳地区间的司法文书相互送达 381
第四节　中国区际间民商事送达中存在的问题及其司法探索 381
一、两个《安排》执行情况及区际民商事送达中存在的问题 381
二、中国区际民商事送达的原则 381
三、中国区际送达方式的司法探索 382
复习与思考题 382
拓展阅读书目 382
第八章　中国区际民商事司法协助中的调查取证 383
第一节　区际调查取证概述 383
一、调查取证概念 383
二、域外调查取证的依据 383
三、区际调查取证 383

第二节　中国各法域相互调取民商事证据法律与实践 383
一、内地域外调查取证的立法与司法实践 383
二、内地与香港地区之间的相互调查取证的问题 384
三、内地与澳门地区之间调查取证的问题 384
四、内地与台湾地区之间的相互调查取证的问题 384
五、台湾地区与港澳地区之间的相互调查取证问题 384
第三节　中国区际民商事调查取证司法协助中存在的问题与解决 384
一、内地与香港应尽快达成调取证据安排，解决两地间无法可依的无奈局面 384
二、借鉴《海牙取证公约》，协调中国区际调查取证的难点问题。 384
复习与思考题 385
拓展阅读书目 385
第九章　中国区际民商事判决的相互承认与执行 386
第一节　区际民商事判决的承认与执行概述 386
一、判决内涵 386
二、承认与执行 386
三、理论 386
四、区际民商事判决的承认与执行 386
第二节　中国各法域间相互承认与执行民商事判决的法律现状 386
一、内地与香港、澳门相互承认与执行民商事判决的法律现状 386
二、内地与台湾地区相互承认与执行民商事判决的法律现状 387
三、台湾地区与港澳地区相互承认与执行民商事判决的法律现状 387
第三节　中国区际民商事判决相互承认与执行的法律解决 387
一、中国区际民商事判决相互承认与执行面临的问题 387
二、构建内地与港澳地区民商事相互承认与执行的法律制度 387
复习与思考题 388
拓展阅读书目 388
第十章　中国区际商事仲裁裁决的承认与执行 389
第一节　区际商事仲裁裁决的承认与执行概述 389
一、仲裁裁决 389
二、仲裁裁决的承认与执行 389
三、区际仲裁裁决的承认与执行 389
第二节　中国各法域仲裁裁决承认与执行制度 390
一、内地对外国（法域）仲裁裁决承认与执行的立法与实践 390
二、香港对内地的仲裁裁决的承认与执行 391
三、澳门对外国（法域）仲裁裁决的承认与执行 391
四、台湾对内地仲裁裁决的承认与执行 391
五、港澳台之间仲裁裁决的承认与执行 391
第三节　中国区际仲裁裁决存在的问题及其解决 391
一、中国区际仲裁裁决存在的问题 391
二、两岸四地可通过达成区际仲裁裁决司法协议的途径解决存在的问题 392
复习与思考题 392
拓展阅读书目 392

前　言

“涉港澳台区际私法”是为我校法学专业的本科生开设的专业选修课。这门专业课的开设填补了高校法学教育的空白。

开设这门专业课具有重大的现实意义，因为中国“一国两制”方针的实施，香港和澳门分别于 1997 年 7 月 1 日和 1999 年 12 月 20 日回归我国，使中国出现了前所未有的“一个国家，两种制度，四个法域”的复杂局面。特别是在香港与澳门回归祖国近十年中，我国区际法律冲突没有相关立法，造成司法实践中无法可依的混乱局面，因此，我国的区际法律冲突成为一个现实而又迫切需要解决的问题，它直接关系到三地之间的商事和民事交往。作为法学专业的学生以及法律工作者，应当学会和掌握如何解决我国区际法律冲突问题。

本课程立足中国实际，系统的阐述了区际法律冲突与区际私法的基本概念和理论，特别是对世界上几个典型复合法域国家解决区际法律冲突的协调模式进行比较，结合中国区际冲突法的历史与“一国两制”构想下的中国现代区际法律冲突以及中国区际冲突法的立法现状，对我国现代区际法律冲突的解决模式进行研究。本课程还将全面阐述我国区际法律冲突的具体领域存在的问题与解决办法，这些领域包括中国区际民商事法律适用、中国区际民商事管辖权冲突与协调、中国区际民商事司法协助中的送达、中国区际民商事司法协助中的调查取证、中国区际民商事判决的承认与执行和中国区际商事仲裁裁决的承认与执行。

本课程教学将用多种方法进行，包括多媒体、专题讨论、案例评析等方式。教学的整个过程将提倡和贯穿理论联系实际和教师与学生的互动。

本课程教学大纲的编写人是从事国际私法、区际私法的研究与教学工作 20 年的中国政法大学国际法学院国际私法研究所冯霞副教授，硕士研究生导师，兼任中国国际私法学会理事、北京国际法学会理事、北京市商泰律师事务所兼职律师。冯霞副教授 1986 年毕业于中国政法大学法律系后留校任教。1992—1995 赴比利时王国安特卫普大学留学。2004 年 9 月在职攻读中国政法大学国际法专业国际私法方向法学博士学位，并将区际法律冲突问题作为其博士论文的研究方向，师从著名国际私法学家赵相林教授。冯霞副教授于 2004 年 9 月和 2005 年 9 月分别为在校研究生及本科生开设了“涉港澳台区际私法”这门专业选修课，在备课和准备博士论文的过程中搜集到许多国内外关于区际私法方面的资料，先后在国内法学核心期刊上发表若干篇学术论文，其中关于区际私法的论文有：《试述中国区际法律冲突的特点及其解决》、《中国区际私法中的公共秩序保留制度》、《我国内地区际民商事送达制度的司法探索》等。另外，冯霞副教授于 2006 年在人民法院出版社出版了其个人独著的《中国区际私法论》学术专著，该专著是香港、澳门回归祖国近十年，较全面论述中国区际私法的著作，该专著可为立法与实务部门的法律工作者在从事中国区际法律事务中提供参考，更可作为高等院校法学专业研究生、本科生区际私法教学的教材和参考书。

第一章　区际法律冲突与区际私法概述

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解法域的概念及特征，掌握区际法律冲突产生的条件、特征和种类及其解决途径，了解区际私法的历史，掌握区际私法的概念、调整对象，本章的重点和难点是掌握区际私法与国际私法的区别与联系。

学时分配：3 学时

第一节　区际法律冲突与相关概念

一、法域（Law district）与国家（States）

（一）概念：

法域，拉丁文为 trritorium legis，德文为 Rechtsgebiet，在英文中有多种表述，最常见的是 Law district，此外还有 Legal unit，Legal region，territorrial legal unit 等。在这些表述中，除 Legal unit 的意义较广泛外其余着眼于地理空间上的法域。

法域是指法律区域的简称。它是指一个主权国家或一个地区享有立法权、司法权和行政权的具有自己独特法律制度的特定地域。学者们对法域一词还有不同的定义。

世界上的国家可以分为两大类：单一法域国家和多法域国家。多法域国家，常被称为“复合法制国家”，或者“复数法制国家”，其国家领土的范围则远远大于国内的各个不同法域。

（二）法域具有三个特征：

1．域为特定的地域范围。

2．法域具有独特的法律制度。

3．法域法律制度的平等性和非主权性。

（三）普通法系国家对“法域”其独特的表述。

英国学者一般用“country”来表示“law district”，对于政治意义上的国家，用“state”来表示。而美国学者一般用“state”来表示“law district”，用“nation”来表示政治意义上的主权国家。

二、复合法域国家（plural legal territory）

（一）含义：

以主权国家为单位，在法律上只有一种法律制度或全国法制统一的国家被称为“单一法域”国家；而如果一个国家内部同时存在两种以上的法律制度或法律体系，则将其称为“复合法域国家”、“多法域国家”、“复数法域国家”或“法制不同一国家”。

（二）成因：

从历史上来看，复合法域国家的成因大致有以下几种：

1．国家的联合；

2．国家的合并；

3．国家的复活；

4．国家的兼并；

5．国家领土的割让；

6．国家领土的回归；

7．分裂国家的统一；

8．国家的殖民；

9．委任统治和托管制度；

10．民族自治。

中国复合法域是由于 1997 年 7 月 1 日香港领土和 1999 年 12 月 20 日澳门领土的回归，以及将来台湾领土的和平统一而形成的。

三、区际法律冲突（interregional conflict of laws）

所谓区际法律冲突（interregional conflict of laws），就是在一个国家内部不同地区的法律制度之间的冲突，或者说是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。对于区际法律冲突，学者们有不同的表述。

第二节　区际法律冲突的产生条件、特征与种类

一、区际法律冲突产生的条件

（一）在一国内部存在着数个具有不同民商事法律制度的法域；

（二）在一国内各法域人民之间的交往导致产生众多的区际或跨地区的民商事关系；

（三）在一国内部各法域互相承认外法域人民的民事法律地位。

（四）在一国内部各法域互相承认外法域的法律在自己地区内的域外效力，即各法域承认外法域的法律在本法域内具有域外效力。

在上述各条件中，“一国内部存在着数个具有不同法律制度的法域”是产生区际法律冲突的最重要和最根本的前提条件。

二、区际法律冲突的特征

（一）区际法律冲突不同于国际法律冲突。

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内发生的法律冲突，而不是主权国家之间的法律冲突，如果某一法律冲突超过一国领土范围，它就不是区际法律冲突。因而，解决区际法律冲突具有不同于解决国际法律冲突的特点。

（二）区际法律冲突不同于人际法律冲突和时际法律冲突。

1．区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内具有独特法律制度的不同地区之间的法律冲突，这种冲突是法律在空间上的冲突，具有属地性的特点，可称其为属地性法域。

2．所谓人际法律冲突（interpersonal conflict of laws），是指在一个主权国家内部，不同的种族、宗教、民族、部落以及不同阶级适用不同的法律而引起的冲突，有的学者将其称为属人性法域。

3．所谓时际法律冲突则是指一个主权国家内部，适用同一社会关系的同一地区的新法与旧法之间的冲突。有的学者将其称为属时性法域。

（三）区际法律冲突仅指私法领域的冲突，而不包括公法领域的冲突。

（四）区际法律冲突是一国内部各法域间平等横向的冲突。

区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区民商事法律在效力上的抵触，是由于各法域平等而必然导致的不同地区民商事法律制度之间横向的冲突。因此，区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区的法律制度在同一平面上的冲突。特别是由于一国内各属地性法域的平等性，各法域中法律制度是平等的，那么，各区域法律制度之间的区际法律冲突必定是同一平面上的冲突。

三、区际法律冲突的种类

（一）以国家结构形式为标准，可将区际法律冲突分为单一制国家内的区际法律冲突和联邦制国家内的区际法律冲突。

（二）以法系为标准，可将区际法律冲突分为属于相同法系不同法域之间的区际法律冲突和不属于相同法系不同法域之间的区际法律冲突。

（三）以社会制度为标准，可将区际法律冲突分为具有相同社会制度的各法域之间的区际法律冲突和具有不相同社会制度的各法域之间的区际法律冲突。

第三节　区际法律冲突的解决方式

一、区际冲突法途径

（一）各法域分别制定各自的区际冲突法，用来解决自己的法律与其他法域的法律之间的冲突，而没有全国统一的区际冲突法。

（二）各法域有自己的冲突法，既用以解决区际法律冲突，又用以解决国际法律冲突。

（三）制定全国统一的区际冲突法。这是运用冲突法解决区际法律冲突的最佳模式。

二、统一实体法途径

（一）通过中央立法机关制定全国统一的实体法，这是解决区际法律冲突的理想的模式。

（二）通过中央立法机关制定仅适用于部分法域的统一实体法，用来解决有关法域之间在某一领域的区际法律冲突。

（三）通过制定“示范法”供各法域共同采用的方式，求得各法域民商事实体法的相似或类似，从而解决其相互之间的区际法律冲突。

（四）通过多法域国家的最高司法机关，在审判实践中可由最高法院通过判例确立统一的规则，推动各法域之间实体法的统一，从而促进其国内区际法律冲突的解决。

第四节　区际私法的调整对象

一、区际私法的名称及概念

（一）名称

区际私法既是一个法律部门的称谓，也是法律科学中一个重要分支的名称。不同的国家、不同的地区和不同的学者在不同的时期对区际冲突法有不同的称谓。现今中国大陆学者则普遍采用“区际冲突法”或“区际私法”这两个名称。我们的视角是全面论述中国各法域之间民商事法律冲突及其解决问题，除了论述了区际法律适用，即冲突法外，还阐述了在区际民商事诉讼中的管辖权和司法协助等问题。

（二）区际私法的定义

所谓区际私法，系指用于解决一个主权国家内部具有独特法律制度的不同区之间的民事法律冲突的法律适用法或是指用于解决主权国家内部不同法域之间民商事法律冲突的法律适用法。换言之，区际私法是调整一个主权国家之内各法域之间利益冲突关系，但经常表现为调整各法域之间法律冲突的规则和原则的总和。

二、区际私法的特点

（一）区际私法是国内法。

（二）区际私法是民商事法律适用法。

（三）区际私法与国际私法既有联系又有区别。关于这个问题，本书将在本章第三节区际私法与国际私法的关系详细讨论。

第五节　区际私法的历史

一、学说法时代（法则区别说时代）

（一）意大利的“法则区别说”

13、14 世纪， 以巴托鲁斯为代表的一些注释学者创立了“法则区别说”，用来指导解决各城市之间的法律冲突。于是，区际冲突法开始以一种学说法的形式发展起来。巴托鲁斯主张将法则分为三类，即分为“人法法则”（Statuta oersonalia）、“物法法则‘（Statuta uralia）及”混合法则“（Statuta mixta），而将其每一类规定一个冲突法法则分别适用不同种类之法律冲突。

（二）法国的“法则区别说”

15、16 世纪，法国的法学家杜摩兰（Dumoulin）和达让特莱（D'Argentre）。杜摩兰在其著作《巴黎习惯法评述》（Commentaire sur la Coutume de Paris）中，主张统一法国各地的法律，主张扩大人的法则的适用范围，而缩小物的法则的适用范围；特别是提出了合同当事人可以选择法律支配其合同的意思自治原则。与杜摩兰恰恰相反，达让特莱著有《布列塔尼习惯法评述》（Commentaire sur la coutume de Bretagne），他出于封建主把其领域内一切人、物、行为都置于当地习惯法控制之下的需要，鼓吹属地主义原则，反对合同当事人意思自治，并极力主张扩大物的法则的适用范围，为了限制人的法则的适用范围，他还提出了[混合法则]的概念。

（三）荷兰的“法则区别说”

17 世纪以保罗•沃伊特（Paul Voet）、胡伯（Huber）和约翰•沃伊特（John Voet）为代表的荷兰法学家们很快接受了“法则区别说”，特别强调法律的属地性，认为法律只在其所属域内有效，并约束其域内的一切人，适用域外法是出于礼让的考虑。

可见，从意大利的“法则区别说“开始到荷兰的“法则区别说”，都是以解决律冲突为中心内容的，它延续了约五百年的时间。

二、实在法时代

（一）荷兰的“国际礼让说”是荷兰“法则区别说”的国际化

17 世纪“法则区别说”进一步发展之工作，则由荷兰学者所接替。荷兰“法则区别说”既是区际冲突法学说法时代的终结，又是解决国际法律冲突的国际私法的开端。

“国际礼让说”的代表人物胡伯在其著作《论罗马法和现行法》中提出了著名的解决国际法律冲突的三原则：

1．每一个国家的法律在其领域内施行并约束其全体臣民，而不绝行于域外；

2．一个国家的臣民是所有那些在其领域内的人，而不论其是常住还是暂居；

3．根据礼让，国家主权者承认他国的业已在其国内适用的法律到处保持其效力，但以不因此损害另外的主权者或其公民的权力和权利为条件。

（二）17-19 世纪后期国际私法迅猛发展与区际冲突法的并存

（三）第一次世界大战后区际冲突法的复兴

1．大陆法系国家的成文立法方面。

2．普通法系的司法实践方面。

（四）第二次世界大战后区际冲突法进一步发展成为国内法中的一个独立的法律部门

（五）本世纪区际私法表现出了集中统一的趋势

第六节　区际私法和国际私法关系的理论与实践

一、区别说的理论与实践

区别说主张区际私法的法律性质根本不同于国际私法的法律性质。因此，用于解决国际法律冲突的国际私法规则不能适用于区际法律冲突的解决。其主要理由是区际私法和国际私法的解决对象不一样，即区际私法解决的区际法律冲突发生在一个具有复合法律制度的单独国家内。区别说又分为两个分支：

（一）国际法区别说。

（二）国内法区别说。

一些复合法域国家在立法和司法实践中严格将国际私法和区际冲突法区别开来，把两者视为不同的法律部门，可称为区别实践。采取这种作法的国家主要有过去的波兰，前苏联和前南斯拉夫。

二、相似说或同一说的理论与实践

区际冲突法和国际私法是互相类似的，许多人甚至认为两者是同一的。为了方便起见，国际法律冲突和区际法律冲突应适用相似或同一的原则加以解决。

英、美等普通法国家在立法和司法实践中，由于它们国内的各个具有独特法律制度的地区单位在冲突法上把所有其他具有独特法律制度的地区都视为“外国”，因而它们对区际冲突法和国际冲突法不加区分，通通叫做冲突法，同时适用于解决国际法律冲突和区际法律冲突。

三、折衷说的理论与实践

持这种观点的学者在上述两种学说之间采取一种居间的立场，他们既不赞成将区际私法和国际私法绝对分开的区别说，也反对区际私法和国际私法相似说和同一说，而一方面强调区际冲突法与国际私法的不同，另一方面则强调两者在某些方面的相似或同一。折衷说是建立在对区际法律冲突的不同种类加以区分的基础上的。

无论在理论与实践中采取那种立场，但各复合法域国家都不否认区际私法和国际私法既有联系又有区别。

四、区际私法和国际私法既有联系又有区别

（一）联系：

1．国际私法本身就是在区际私法的基础上发展起来的，都以解决民商事法律在空间效力上的冲突或民商事法律的地域适用问题为目的，因而，二者所包含的法律规范主要都是法律适用规范、规范结构及其适用的方面制度（如识别、反致、公共秩序保留、法律规避、外国法或外法域法律内容的查明等制度）具有相同或相似性；

2．二者的调整对象都是民商事关系，其调整方式都含间接调整方法；

3．在特定条件下，国际私法中冲突规范的适用往往有赖于区际私法的适用。即当一国冲突规范指定某一复合法域国家的法律为某一涉外民商事关系的准据法时，对该准据法的最终确定，

就需要借助于该复合法域国家的区际私法的规定。

（二）区别：

1．调整对象不同。

2．渊源有所不同。

3．在一些具体规则与制度上也有所不同。以属人法原则为例，区际私法仅指住所地法或惯常居所地法，而国际私法除此之外还可以是本国法。又如，对公共秩序保留制度，在区际私法中，其适用范围较窄，而在国际私法中，其适用范围较宽。区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内具有独特法律制度的不同地区之间的法律冲突。

复习与思考题

1．法域的含义与特点？

2．复合法域国家及其成因？

3．区际法律冲突的概念、产生条件及特征？

4．区际法律冲突的解决方式？

5．区际私法的概念及特点？

6．区际私法与国际私法关系的理论？两者的区别与联系？

拓展阅读书目

德培主编：《国际私法》，武汉大学出版社，1989 年修订版，第 57 页。

2．黄进主编：《中国的区际法律问题研究》，法律出版社 2001 年版，第 26 页。

3．陈力著：《一国两制下的中国区际司法协助》，复旦大学出版社 2003 年 8 月版，第 3 页。

4．韩德培主编：《国际私法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 280-281 页。

5．赵相林主编：《国际私法》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 501 页。

6．韩德培、肖永平编著：《国际私法学》，人民法院出版社、社会科学出版社，2004 年版，第 371 页。

7．进著：《区际冲突法研究》，学林出版社，1991 年 6 月第 1 版，第 95 页。

8．沈涓著：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版，第 19-22 页。

第二章　各复合法域国家解决区际法律冲突模式比较

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，较全面了解各复合法域国家解决各自国家内部区际法律冲突的模式，要求掌握比较之后得到的结论，为我国区际法律冲突的解决模式提供借鉴。本章的重点和难点是对各复合法域国家解决区际法律冲突模式比较后的总结。

学时分配：4 学时

第一节　美国模式

美国的政体建立在双重主权的概念上，宪法授予联邦政府以有限的、明确的权力，即国会的立法权仅限于某些特定的领域：除了有关货币、征税、外交和防卫，国会最重要的立法领域还包括公民资格、贸易保护和破产、版权、海商法以及管理对外和州贸易。而上述领域以外的所有私权和商法等事务的剩余立法权留给地方州政府。地方政府保留的权力是大量的、不明确的。这意味着在家庭、继承、契约、侵权行土地法、合伙、保险和票据等方面，50 个州的立法机构不仅有权通过自己的制定法，各州法官还有权通过判例向不同方向发展自己的法律。正是由于美国独特的宪政制度，每个州都有自己的法律。不同法域的存在和各州之间密切的经济交往，使美国成为当今冲突法发展的中心。

一、州际冲突法与国际冲突法基本等同

（一）在美国除少数学者主张将州际冲突法与国际冲突法加以区别外，大多数冲突法学者都主张州际冲突与国际冲突没有什么区别，其解决都适用相同的冲突规则。

（二）不过，在司法实践中，美国将州际冲突法与国际冲突法并不是完全等同。美国《第二次冲突法重述》第 10 条虽然规定了该重述既适用于州际案件，也适用于国际案件，但它又强调：在特定的国际案件中，可能有某些因素导致与在州际案件中所达到的不同结果。

二、利用各州的冲突法协调州际法律冲突

（一）各州冲突法

根据美国宪法第 1 条第 8 项的规定，除破产、海事，专利、版权和竞争领域外，其他大部分私法事务属于各州立法范围。因此，在上述领域内，由于只存在联邦统一的实体法，因而不会产生州际法律冲突，也就不存在州际冲突法。在美国也不存在联邦统一的州际冲突法。州际法律冲突主要由各州自己的冲突规范去解决。由于美国是普通法国家，州际冲突法主要也是法官制定的法，即判例法。

（二）美国州际冲突法中有关冲突规范的适用具有如下内容：

1．属人法连结点的确定。

2．识别的适用。

3．反致的适用。

4．公共秩序保留的适用。美国在州际冲突法中对公共秩序保留的援用远比在国际私法中少得多，也严格得多。这是美国解决州际法律冲突与国际法律冲突的明显不同之一。在这里，美国宪法的“完全诚意与信任条款”起了很大的作用。

三、充分利用宪法中的限制性条款

美国在协调州际法律冲突问题时，最重要的制约因素便是美国宪法上的限制条款。美国宪法中有五项条款涉及到州际法律选择问题。

（一）正当程序条款（due process clause）

（二）充分信任条款（full faith and credit clause）

（三）特权与豁免条款（privileges and immunities clause）

（四）平等保护条款（equal protection clause）

（五）州际商业倏款（interstate commerce Clause）

四、采用多种形式推动法律的统一化运动

（一）美国联邦机构的统一立法活动推动了美国法律的统一

（二）民间机构和学者是推动法律统一化运动的主要力量

1．统一州法全国委员会

2．美国法学会

第二节　英联邦国家的模式

一、英国模式

英国是单一制的君主立宪的复合法域国家，其领土的形成是由于国家的合并，由英格兰、苏格兰、威尔士、北爱尔兰及马恩群岛和海峡群岛组成，在法律上，上述几个地区都有自己的法律制度，因而，形成了独立的法域。

（一）区际冲突法与国际冲突法等同

在英国无论是理论上还是实践中都将区际冲突法与国际冲突法等同起来。

（二）注重制订统一的成文法协调区际法律冲突

实行地方分权自治，但各地区没有独立的立法权，表现在地方政府在它的职权范围内所制订的计划非经中央批准不能执行，解决地方上的问题且由地方议会作决定，亦须由中央批准才行。地方议会制订某些法规，事先也必须报请中央有关部门认可。这种中央对地方控制权的加强必然导致各地法律上的逐步协调与趋同。

二、加拿大模式

加拿大各省或区都有自己独特的法律制度，可将其各省或区视为独立的法域。魁北克省原来是法国的殖民地，于 1886 年魁北克完全接受了《法国民法典》颁布了一部自己的民法典，从而确立了其大陆法的基础。因此，在加拿大魁北克省与其他省区之间的法律冲突格外引人注目。

（一）开始注意区分区际法律冲突与国际法律冲突

加拿大与普通法系国家一样，无论在理论与实践上对区际冲突法于国际私法是不加区分的。但大量的情况表明，判例法和成文法的规定看来支援这种观点：调整国际法律冲突问题的规则并不总是可以适用于解决省际法律冲突问题。

（二）宪法条款对区际冲突法的影响

（三）加拿大最高法院的作用

与美国法院组织不同的是加拿大联邦制度的法院系统是自上而下的一体化组织。

（四）加拿大统一法律会议制订的“模范法”

加拿大宪法将私法方面的大部分立法权赋予了各省区，因此，试图从实体法上制定全国统一适用的法典是很困难的。尽管在有限的范围内，加拿大联邦的统一立法工作取得了一些成就。

三、澳大利亚模式

（一）区际法律冲突与国际法律冲突同等对待

（二）宪法限制条款的作用

澳大利亚宪法中也存在着与美国类似的“充分信任”条款和“正当程序”条款等限制性条款。法院通过对这些条款的解释，对各州之间的法律冲突进行协调。

（三）发挥高等法院的作用

澳大利亚的高等法院是澳大利亚一切普通法问题的上诉法院，因此，即使认为澳大利亚各州各有其“普通法”，这种普通法也已趋于全国统一。因此，区际法律冲突不像美国那样严重。

（四）推行统一的实体法，促进各州立法的协调

在成文法方面，各州在宪法规定范围内享有独立立法管辖权，各州在许多私法领域中作出了各自不同的规定，但由于一些机构的努力，各州之间的立法协调工作正在展开。

（五）法律改革委员会对区际法律冲突的协调作用

第三节　德国统一后区际法律冲突协调模式

一、统一前两德之间的法律冲突

（一）在私法方面；

（二）在民事诉讼法方面；

（三）在冲突法领域，首先，表现在国际冲突法的国内法源方面的不同。其次，表现在国际法源方面亦有所区别。最后，表现在继承权、婚姻效力、离婚、亲子关系的成立及效力、公司或法人的资格等方面，联邦德国和民主德国的冲突规范亦存在着差异。

（四）在认定两德之间法律冲突的性质方面，民主德国和联邦德国各自采取不同的态度。

二、《两德统一条约》对原东西德地区之间法律冲突的影响

1990 年 8 月 31 日签订并于 10 月 3 日生效的关于《德意志联邦共和国与德意志民主共和国实现德国统一条约》（以下简称《两德统一条约》），是重新建立德国统一法制所采取的决定性步骤。该条约原则上将统一的联邦法施行于前民主德国地区（《两德统一条约》第 8 条），但在某些领域民主德国的法律或单行法规继续有效（当然也做了许多变通），只要其属于《两德统一条约》附件 II 所明确列举的范围。由于在土地法、亲属法及劳动法领域，两德间存在的法律差异尤为突出，因此，在这些领域马上完全接受联邦法律是不可能的。

（一）对实体私法的影响

（二）对国际私法的影响，表现在以下几个方面：

1．与国际私法有关的国际条约。

2．与国际私法有关的国内立法。

3．德国内部法律冲突法。

三、统一后的德国法院在审理涉及原东西德地区之间的法律冲突案件时所面临的若干实际问题

（一）国籍的确定问题

（二）民事法律事实在德国统一后完成的德国内部法律冲突案件

（三）民事法律事实在统一前完成的两德法律冲突案件

通过对不同国家区际法律冲突协调模式进行比较研究，我们可以得出如下具体结论：无论是联邦制国家还是单一制国家，无论是普通法国家还是大陆法国家，在解决区际法律冲突时，都并不局限于一种模式，而是通过不同途径，逐步地消除差异，达到协调冲突的目的。

第四节　结　论

一、世界上有许多国家存在区际法律冲突问题

（一）人的多样性

（二）社会组织与社会制度的复杂性

（三）法律的区域性差异

二、多法域国家国情不同导致解决内部区际法律冲突的途径不同

（一）不同法系国家法律制度不同，区际法律冲突协调模式明显不同

1．普通法系国家的区际法律冲突比大陆法系国家严重；

2．普通法系国家对于区际法律冲突与国际法律冲突往往不加区别对待，而大陆法系国家是将区际冲突法单独对待。

3．普通法系国家在协调区际法律冲突时法院一般起着重要作用。

4．普通法系国家非官方组织发挥重大的协调作用。

（二）联邦制国家与单一制国家在协调区际法律冲突时的做法不同

1．联邦制国家都实行中央与地方分权制联邦宪法赋予地方以独立的立法权，地方政府一般有自己的立法机关和法院系统，中央不得侵犯地方的立法权，因此联邦制国家的区际法律冲突更为复杂。中央机关要想通过统一立法途径协调各地区之间的法律冲突会遇上宪法上的很多困难，中央立法必须得到地方的批准才能成为地方法律，，这也是非常困难的。因此，联邦国家往往通过法院对宪法上的有关条款进行解释来扩大其立法权，从而使全国法律不至于在歧途上走的太远。

2．单一制国家实行政治上的分权制度，中央机关一般都拥有至高无上的权力，中央制定的法律、法规，地方有执行的义务，地方享有独立的立法权，地方的立法一般要经过中央机关的批准或默许后才能正式生效。因此，单一制国家在协调区际法律冲突问题时较少遇到法律上的障碍。

（三）多法域国家在解决区际法律冲突时都通过不同途径，逐步地消除差异达到协调法律的目的。

1．解决区际法律冲突并非一蹴而就的事情。

2．各国均根据本国国情，采取多种途径，循序渐进的解决区际法律冲突。

（1）类推使用国际私法规则；

（2）制定全国统一的区际法律冲突协调法规；

（3）实体法的全国统一。

3．宪法是影响区际法律冲突协调的重要法律因素。

4．政治体制是影响区际法律冲突协调的重要制度因素。

5．法院是影响区际法律冲突协调的主体因素。

6．法律文化和传统习惯是影响区际法律冲突协调的基本心理因素。

复习与思考题

1．美国解决区际法律冲突的模式？

2．英国解决区际法律冲突的模式？

3．加拿大解决区际法律冲突的模式？

4．德国解决区际法律冲突的模式？

5．在比较多法域国家协调模式的基础上得出的结论及对我国的借鉴？

拓展阅读书目

1．肖永平、杜涛：《当代多法域国家区际法律冲突协调模式研究》，中国国际私法与比较年刊，1998 年创刊号，法律出版社，1998 年 9 月第 1 版，第 328-330。

2．赵相林、刘英红：《美国州际法律冲突立法与司法实践及其对我国的启示》，中国国际私法与比较年刊，1999 年第 2 卷，法律出版社，1999 年 9 月第 1 版，第 247-275。

3．张仁虹：《不同形式的法律冲突与反致和转致》，中国国际法年刊，1986 年版，第 125 页。

4．韩德培、韩健著：《美国国际私法导论》，法律出版社，1993 年版，第 254 页。

5．柯威恩·帕特森著：《美国宪法释译》，结构群编译，（台北）结构群文化事业有限公司，1992 年 3 月第 1 版，第 326-330 页、第 333-335 页、第 346-350 页、第 353-355 页。

6．黄进着：《区际冲突法研究》，学林出版社，1991 年 6 月第一版，第 117 页。

7．余先予：《从国际经验看另海峡两岸法律冲突突问题的解决方法》，中德经济法研究所年刊（1991），第 178 页。

8．黄进、陈伟佐：《德国统一后原柬西德地区之间的法律冲突问题初探》，武汉大学学报（哲学社会转学版），1995 年第 5 期，第 12-13 页。

第三章　中国区际法律冲突的历史与现状

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，首先，了解中国区际冲突法的历史，掌握“一国两制”构想的基本内涵以及我国区际法律冲突产生的条件；其次，了解中国各法域民商事立法的构成及特征。本章的重点和难点是掌握我国区际法律冲突的历史和产生条件。

学时分配：3 学时

第一节　中国区际冲突法的历史

一、推行汉民族统一的法律，使中国历代的法律保持长久的一致性

自秦汉以后，维护中央集权制下中国的统一，成为历代统治者为政治国的首要目标，其中，中国统一的一个重要内容即是法律的统一。归纳起来历代统治者通过以下方法推行统一的法律：

（一）建立纳贡制度。

（二）建立与外族地区和亲的制度。

（三）通过接纳外族王室成员来朝廷所在地学习推行汉民族统一的法律。

（四）中国汉民族各朝的法律得以在外族推行，还有一个重要的原因是汉民族法律对外族的自然渗透和外族的接受。

尽管中国历史上有两个相对长久的非汉族统治的朝代，即元朝和清朝，但是元朝的法律是以唐宋法律为基础制定的，大清律几乎是大明律的翻版。因此，虽有两次异族统治，但中国的法律仍因为承继了内在一致性，而保持了长久的内容上的统一。

二、法律选择规则的确立

（一）唐朝和宋朝。

1．唐《永徽律》之第一篇《名例律》中规定谓：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，依法律论。”

2．在《唐律》中还有一些国际私法萌芽之原则：（1）外国人无人继承遗产归国库原则。（2）外国人必须遵守所在地国法律原则。

3．宋朝的法律直接承袭唐律而制定，因此，其中的法律选择规则与上述唐律的规定相同。

（二）元朝。

对各族人，元统治者允许各依其本俗法，这样，就不可避免地要产生大量的国内区际冲突。究其原因在于“法之不立，其原在于南不能从此，北不能从南。然则何时而定乎?莫若南自南而北自北，则法自立矣。以南从北则不可，以北从南则尤不可，南方事繁，事繁则法繁；北方事简，事简则法简。以繁从简，则不能为治，以简从繁，则人厌苦之。或南北相关者，各从其重者定罪。若婚姻，男重而女轻，男主而女宾，有事则各从其夫家之法论，北人尚续亲，南人尚归宗之类是也”。

（三）明朝和清朝。

1．《大明律》中规定：“凡化外人犯罪者，并依律拟断。” 清朝仿明律而制《大清律例》大部分规定与明律无异。但对涉及化外人的案件另有重大的例外规定。

2．《大清律·名例律》中对“化外人有犯”作了总的原则性规定：“凡化外人犯罪者，并依律拟断，隶理藩院者，仍照原定蒙古例（化外人既来归附，即是王民，有罪并依律断，所以示无外也）。”

综上所述，中国区际冲突的产生，都是由于在统一过程中不断将新的具有独立法律或习俗的地区划入国内。区际冲突的消除，则是由于各地区法律或习俗自然和人为的相互渗透、融合、以至最终同化。

第二节　“一国两制”的构想与中国现代区际冲突的产生

一、“一国两制”方针的提出及其基本内涵

（一）内涵：所谓“一国两制”是指一个国家，两种制度，其核心是在一个统一的中华人民共和国内，中国内地实行社会主义制度，中国香港、澳门、台湾地区实行原有的资本主义制度。

（二）提出：“一国两制”构想的提出首先是从解决台湾问题出发的，但首先运用于解决香港和澳门问题。宪法第 31 条规定：“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”。

（三）适用：“一国两制”首先是“一个国家”，即统一的中华人民共和国，在对内对外方面，只有一个由中华人民共和国代表的国家主权，香港、澳门和台湾是国家不可分割的神圣领土。在解决香港、澳门和台湾问题时，国家主权、统一和完整是前提，是不容置疑、不容谈判的。其次是“两种制度”问题，即在一个国家的前提下，香港、澳门和台湾地区可以实行与内地社会主义制度不同的资本主义制度，两种制度长期并存，和平共处，共同发展。这不仅在中国历史上，就是在世界史上也是绝无仅有的。

二、“一国两制”方针与中国现代区际法律冲突的产生

（一）“一国两制”与香港法域

中英双方在 1984 年 12 月 19 日达成协议，签署了《中英联合声明》，确定中国政府于 1997 年 7 月 1 日收回香港，恢复行使主权。1990 年 4 月 4 日《中华人民共和国香港特别行政区基本法》颁布，它把“一国两制”的总方针和我国对香港的基本方针政策以法律的形式规定下来，从法律上保证“一国两制”伟大构想在香港的实现。

（二）“一国两制”与澳门法域

1987 年 4 月 23 日双方在北京签订中葡《关于澳门问题的联合声明》，宣布澳门将于 1999 年 12 月 20 日正式回归中国。1993 年 3 月 31 日《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》颁布，1999 年 12 月 20 日澳门顺利回归祖国。

《澳门特别行政区基本法》第 8 条规定：“澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件，除与基本法相抵触或经澳门特别行政区的立法机关或其他有关机关依照法定程序作出修改外，予以保留。”

（三）“一国两制”与台湾法域

1949 年 10 月 1 日中华人民共和国中央人民政府宣告成立，半个多世纪以来，海峡两岸的关系经历了严重军事对峙、局部军事冲突时期、冷战对峙时期、和平对峙时期和民间交流时期。

综上所述，新中国成立后，台湾地区与内地的对峙局面在局部诱发了中国复合法域的形成，香港和澳门回归后“一国两制”由构想变为现实，则标志着我国已从一个单一制国家发展成为一个多元法制国家。随着中国和中国台湾于 2001 年 11 月先后加入 WTO（中国香港和中国澳门分别于 1986、1991 年加入），从而使得中国“一国四域”的现实得到了国际社会的普遍认同。这种“一国两制”、“一国四域”的格局，在加上台湾与大陆政治上的对立，将会产生中国的区际法律冲突，并呈现出复杂的局面。

三、中国现代区际法律冲突产生的条件

（一）各法域赋予其他法域的民事主体与域内民事主体同等的民事法律地位。

（二）各法域都在一定程序上承认了对方法律在自己域内的域外效力。

（三）各法域都有法定的或者事实上的立法权、司法权、终审权和行政管理权。

第三节　中国各法域民商事法律的构成及特征

一、中国内地涉外民商事法律的构成及特征

（一）立法方面：

在近十几年中，中国大陆陆续颁布的《中华人民共和国宪法》、《民事诉讼法（试行）》、《中外合资经营企业法》、《中外合资经营企业法实施条例》、《涉外经济合同法》、《继承法》、《技术引进合同管理条例》、《民法通则》、1991 年《民事诉讼法》、《收养法》、《海商法》、《仲裁法》、《票据法》等许多法律，都含有国际私法规定。可以说，在中国大陆现有法律体系中，一个初具规模的中国大陆国际私法分支体系已初步形成。

（二）司法方面：中国大陆最高人民法院相继发布了大量的司法解释。

（三）国际立法方面：

1．1986 年 12 月加入了 1958 年在纽约订立的《承认及执行外国仲裁裁决公约》，该公约已从 1987 年 4 月 22 日起对中国大陆生效。

2．1987 年 7 月 3 日，中国大陆正式成为海牙国际私法会议的成员国。中国大陆于 1991 年正式加入 1965 年海牙送达公约。

3．自 1987 年以来，中国大陆还分别同法国、比利时、波兰等 70 多个国家签订了司法协助协定。

二、香港特别行政区法律的构成及特征

（一）《香港基本法》

（二）香港原有法律

《香港基本法》第 2 条规定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改在外，予以保留。”

（三）香港特区立法机构制定的法律

《香港基本法》第 17 条规定：“香港特别行政区享有立法权。”

（四）《香港基本法》附件三规定的全国性法律

1．《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》；

2．《关于中华人民共和国国庆日的决议》；

3．《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》，附：国徽图案、说明，使用办法；

4．《中华人民共和国政府关于领海的声明》；

5．《中华人民共和国国籍法》；

6．《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。

（五）经中央审查和同意，在香港适用的国际条约也构成香港法律一个重要部分。

三、澳门特别行政区法律的构成及特征

（一）《澳门基本法》

（二）澳门原有法律的本土化。

在民商法领域，葡萄牙先后将 1867 年《葡萄牙民法典》，1888 年《葡萄牙商法典》、1901 年《有限公司法》、1961 年《葡萄牙民事诉讼法典》和 1966 年《葡萄牙民法典》（取代 1867 年《葡萄牙民法典》）等延伸适用于澳门，形成了在澳门适用的民商法体系。澳门法律本地化虽然对澳门原有法律内容和形式有所修订和更变，但其实质内容仍然是“基本不变”。

四、台湾地区现行之民事法规制度及其特征

（一）目前台湾地区有三部现时冲突法：

1．1953 年 6 月 6 日《涉外民事法律适用法》；

2．1992 年 7 月 31 日《两岸人民关系条例》；

3．1997 年 4 月 2 日《香港澳门关系条例》。

（二）特点：

1．国际冲突法与区际冲突法并存。

2．吸收世界上冲突法发展的成果与保留一些落后的封建旧习并存。

3．冲突法的发展远远落后于实体法。

4．区际冲突法缺乏合理性。

复习与思考题

1．中国区际冲突法的历史？

2．“一国两制”方针的基本内涵？

3．“一国两制”方针与中国多法域的形成？

4．中国各法域民商事法律的构成及特征？

拓展阅读书目

1．沈涓著：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版，第 33-36 页。

2．张晋藩著：《中国古代法律制度》，中国广播电视出版社，1992 年 11 月第 1 版，第 214 页。

3．（唐）长孙无忌等：《唐律疏议》，北京中华书局出版，1983 年 11 月版，第 133 页。

4、余先予主编：《冲突法》，上海财经大学出版社，1999 年 12 月第 1 版，第 44-45 页。

5．《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》，北京外文出版社 1984 年版，第 3-6 页。

6．肖蔚云主编：《一国两制与香港基本法律制度》，北京大学出版社，1990 年 5 月第一版，第 3-4 页。

7．张学仁：《香港法概论》，武汉大学出版社，1996 年 12 月修订版，第 632 页。

8．王叔文：《澳门特别行政区基本法导论》，中国人民公安大学出版社，1992 年 2 月第 1 版，第 81-82 页。

9．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社，2002 年版第 569 页。

10．顾倚垄、吕国华编：《海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究》，山东大学出版社，1991 年出版，第 213-217 页。

11．余先予主编：《台湾民商法与冲突法》，东南大学出版社，2001 年 3 月第 1 版，第 636-538 页。

第四章　中国区际法律冲突的解决模式

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，重点掌握中国区际法律冲突的特殊性，掌握解决中国区际法律冲突应坚持的原则，了解中国区际法律冲突的模式解决模式，在比较的基础上得出适当的结论。本章的重点和难点是理解和掌握中国区际法律冲突的特殊性。

学时分配：4 学时

第一节　中国区际法律冲突的特殊性

一、中国区际法律冲突是存在不同社会制度的法域之间的法律冲突

二、中国区际法律冲突是具有多元法系特征的法域之间的法律冲突

三、中国区际法律冲突是在其各有独立的司法权、终审权和最高法院的条件下产生的。

四、中国区际法律冲突既表现为四法域之间适用各法域本地法律方面的冲突，又表现为法域之间适用国际条约的冲突;

五、中国区际法律冲突表现为单一制国家内部中央法律和地方法律的冲突。

第二节　中国区际法律冲突的协调解决原则

一、坚持“一国两制”原则，维护国家统一

维护国家统一的原则成为解决我国区际民商事法律冲突问题的首要的基本原则，也是我国解决香港、澳门和台湾问题的终极目标。

二、坚持各法域平等原则，促进和保障正常的区际民商事交往

所谓法域平等原则，是指国家内部各法域对于涉外案件“法律适用地位”上，处于平等地位，不同法域就该法院有管辖权的涉外案件，其法律适用选择的机会均等，各法域的法律无所谓阶位效力的高低或特别优先适用的关系。

三、坚持事实求是的原则，促进和维护各个区域的繁荣稳定。

坚持实事求是原则，就是要从一切实际出发，各个法域相互尊重其他法域的社会政治制度、经济制度和法律制度，相互尊重对方的生活方式和价值观念。

第三节　中国区际法律冲突的协调模式和解决途径

区际冲突法的解决模式

（一）适用国际私法。

（二）类推适用国际私法。

（三）各法域分别制定区际冲突法。

（四）制定全国统一的区际冲突法。

二、统一实体法的解决模式

（一）制定全国统一的实体法
（二）制定适用部分法域的实体法。
（三）共同加入国际统一实体法公约。
（四）由多法域地区的最高法院在审判中积极发挥作用推动各法域之实体法的统一。

三、区际司法协助之模式

所谓区际司法协助（interregional judicial assistance）是指不同法域的司法机关在司法诉讼活动中相互提供的便利、帮助与合作。一般认为，区际司法协助是指法域之间根据有关协议就诉讼文书的送达、委托调查取证和判决的承认与执行等司法问题，或者其他与司法关系密切的问题，进行互惠合作的活动。开展区际司法协助是解决区际法律冲突问题的实质举措。

（一）中国区际司法协助存在的理论问题。
1．关于区际司法协助的主体问题。
2．关于区际司法协助的范围问题。
（二）区际司法协助的法律依据。
（三）区际司法协助之模式。
1．国际条约模式。
2．准国际私法模式。
3．中心机构的模式。
4．示范法模式。
5．区际协议方式。
6．中央统一立法模式。
7．分阶段模式。

四、中立区或中介团体模式

五、运用判例法之模式

（一）设立区际法律冲突法院。
（二）判例法的渊源。
（三）建立判例汇编制度。

复习与思考题

1．中国区际法律冲突的。殊性？
2．中国区际法律冲突的协调原则？
3．中国区际法律冲突的协调模式？

拓展阅读书目

1．赵相林主编：《中国国际私法立法问题研究》，中国政法大学出版社，2002 年 10 月版第 574-575 页。

2．张学仁主编：《香港法概论》，武汉人民大学出版社，1992 年 2 月第 1 版，第 542 页；许崇德主编：《港澳基本法教程》，中国人民大学出版社，1994 年 3 月第 1 版，第 165 页。

3．孟宪伟：《论我国区际法律冲突的特点及其解决》，载于法学月刊（北京：中国人民大

学书报资料中心），1986 年 6 期，第 138 页。

4．赵国强：《“一国两制”下的中国区际司法协助》，载于《法学家》，1995 年 2 期（总第 29 期），第 63-64 页。

5．冯霞：《试述中国区际法律冲突的特点及其解决》，载于《法律适用》，1999 年第 4 期，第 22-23 页。

第五章　中国区际民商事法律适用

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解中国各法域区际民商事法律适用立法状况，认识中国区际法律适用司法实践的现状及存在的问题，掌握识别制度、反致制度、法律规避制度、公共秩序保留制度、外法域法律的查明制度在中国区际法律适用中的特殊性。本章的重点和难点是理解冲突规范的制度在解决中国区际法律冲突中的作用。

学时分配：6 学时

第一节　中国各法域区际民商事法律适用立法状况

一、中国内地地区调整区际法律冲突的法律及草案

（一）调整区际法律冲突的相关立法

1．《中华人民共和国宪法》和《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》是解决我国区际法律冲突的最高立法。

2．1986 年制定的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第 8 章为“涉外民事关系的法律适用”和 1988 年最高人民法院《关于贯彻执行<民法通则>若干问题的意见（试行）》（以下简称《关于<民法通则>的意见》）。

3．1985 年通过的《中华人民共和国涉外经济合司法》（以下简称《涉外经济合同法》） 和 1987 年最高人民法院《关于适用<涉外经济合同法>若干问题的解答》（以下简称《关于<涉外经济合同法>的解答》）。但《涉外经济合同法》已于 1999 年废止，因此，上述法律已不能在解决区际合同的法律冲突中发挥作用。

4．1991 年 4 月颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》第 4 编是“涉外民事诉讼程序的特别规定”和 1992 年 7 月最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》。

（二）中央和地方调整区际法律冲突的规范性文件。

（三）调整区际法律冲突各法域共同参加的国际条约和“双边协定”。

（四）调整区际法律冲突的学术成果（示范法或草案）。

1．1993 年 12 月中国国际私法研究会在深圳举行年会时，与会代表建议起草一部《中华人民共和国国际私法示范法》

2．1991 年由著名法学家韩德培教授与黄进教授草拟的《内地地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用示范条例》

3．1989 年由中国管理科学研究院台湾法律研究所草拟的《内地地区与台湾地区人民关系法建议草案》

4．大连海运学院司玉琢和李兆良所拟《统一区际海事冲突法（草案）》

二、香港地区调整区际冲突的法律

（一）香港特别行政区法律的历史渊源就包括：英国法（普通法、衡平法和制定法）、英国占领香港前后中国的法律与习惯、原香港政府的立法。在香港法中，没有一部调整冲突的系统法律，调整国际冲突的法律规定散见于一些相关的判例法和成文法中。

（二）香港冲突法内容：

1．关于涉外民事案件的管辖权的问题，包括对人诉讼的管辖、对物诉讼的管辖和司法管辖的豁免；

2．关于法律适用问题，包括一般性问题，如识别、反致、公共政策、属人法等，以及财产关系、合同关系、侵权行为、继承关系、婚姻家庭关系等方面的法律适用；

3．关于香港与其他法域之间的司法协助问题，香港冲突法在此方面调整的内容包括文书送达、调查取证、外国判决的承认和执行。

三、澳门地区调整区际冲突的法律

（一）澳门主要适用的是葡萄牙法，因而属大陆法系地区，其法律的特点是以成文法为主。

（二）区别对待国际冲突和区际冲突，其国际冲突法不能同样用于调整区际冲突。

（三）澳门目前没有调整区际冲突的法律。在这种情况下，我们只得借助于对澳门国际冲突法的研究，来了解澳门调整冲突的原则和规定，以此推知澳门对区际冲突调整的主张。

四、台湾地区调整区际冲突的法律及草案

（一）1953 年《涉外民事法律适用法》。

（二）1992 年 9 月《两岸人民关系条例》。

（三）1997 年 4 月《香港澳门关系条例》。

第二节　中国区际法律适用司法实践的现状及存在的问题

一、法官对法律适用的忽视是一个相当普遍的现象

二、法官在审判实践中滥用最密切联系原则。

三、法官在审判实践中对当事人意思自治的漠视和干预。

四、公共秩序保留或法律规避为由排除外法域法律的适用

五、台湾法律的适用更是区际法律适用的“雷区”

第三节　区际冲突法理论在中国区际法律适用中的具体运用

一、识别制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用

（一）识别制度在我国审判实践中的基本内涵

1．含义：

识别是指依据一定的法律观念，对有关的事实构成作出“定性”或“分类”，将其归入一定的法律范畴，并对有关的冲突规范所使用的法律名词进行解释，从而确定应适用哪一冲突规范去援引准据法的认识过程。这一法律认识过程，包含两个方面：一方面是对涉外民事案件所涉及的事实或问题进行定性或分类，并将其纳入特定的法律范畴；另一方面是对冲突规范本身某些方面进行识别，即对冲突规范在“范围”上所使用的名词术语进行解释。

（二）识别层次：

内地法院在审判实践中运用识别制度具体表现在三个层次：

1．确定案由；

2．对案件的涉外或涉港澳台的性质进行识别，以决定在诉讼程序上是否适用内地《民事诉讼法》第四编“涉外民事诉讼程序的特别规定”，在实体方面是否适用内地《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”的规定；

3．对案由以外的涉案法律关系、法律事实或法律问题进行识别。

（三）识别冲突的依据是我国区际民商事审判需要规范的问题

1．含义

识别冲突是指法院在处理涉外民事争议时，由于各国法律对同一“事实构成”作出不同的分类，或对冲突规范的范围中同一法律概念赋予不同的内涵，采用不同国家的法律观念进行识别就会适用不同的冲突规范，最终导致适用不同准据法的结果。识别冲突的解决问题，也即识别的依据问题，依据什么法律概念或法律意识进行识别，是解决识别冲突问题的关键。

2．识别依据

对于中国内地法院而言，识别冲突就是依内地法识别和依有关港澳台法识别之间的冲突。识别的依据是否可依内地法院地法进行识别，这是一个颇有争议的问题。对此，按照传统国际私法中的理论，识别依据有法院地法说、准据法说、分析法说和比较法说和个案识别说。其中法院地法说是各国普遍采纳的依据并得到了实践的支持，即法院依据自己的法律对法律概念进行定性，至于该案件本身与外国或外法域有某种重要联系时，法院不加以考虑。

3．我国现状

我国现行法律对识别依据没有作出规定，内地法院通常依据法院地法作为识别的唯一依据。在中国区际法律冲突的特殊形式下，尽管各法域法律制度和法律概念存在差异识别冲突必不可免。但由于在一个国家下的区际识别冲突不存在司法主权性，因此识别依据也不应采用单一的法院地法标准。应当结合中国区际冲突的特点，确立以法院地法识别为主、辅之以特殊识别的法律制度。

二、反致制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用

（一）反致制度概述

1．含义

反致问题是在适用冲突规范选择准据法的过程中发生的一个问题，它是冲突规范本身发生冲突的一种表现形式。 反致（renvoi）有广义和狭义之分。一般讲的反致是广义的反致，包括直接反致（remission）、转致（transmission）、间接反致（indirect remission）。所谓直接反致，它通常简称为“反致”，是指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应适用乙国法律，而乙国的冲突规范规定，应适用甲国的法律，结果甲国法院按此规定，最后适用了甲国的实体法。所谓转致是指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院按照其本国的冲突规范，应该适用乙国的法律，而乙国的冲突规范规定应适用丙国的法律，最后甲国法院适用了丙国实体法作为准据法。所谓间接反致是指对某一涉外民事关系的调整，甲国法院根据本国冲突规范应适用乙国法，乙国的冲突规范规定应该适用丙国法，而丙国的冲突规范又规定应该适用甲国法，甲国法院最后适用了甲国实体法。

2．反致、转致和间接反致三者彼此既有联系又有区别

（1）反致是核心，转致和间接反致是反致的延伸和变异；

（2）反致涉及两个国家的法律，转致和间接反致涉及三个国家的法律。反致与间接反致的过程都是始于法院地国的冲突规范而终于法院地国的实体法规范；转致的过程则从法院地国的冲突规范开始，以第三个国家的实体法规范结束。

（3）在法院地冲突规范的援引下，三者都拒绝适用某一外国法，共同发挥着限制或否定外国法的作用。

3．反致制度产生的原因

（1）客观方面的原因，即法院地国与有关国家对同一民商事法律关系或民商事法律问题的法律适用作出了不同的规定或不同的解释。

（2）主观方面的原因，即法院把其冲突规范指向适用的外国法理解为该国的实体法和冲突法都包括在内，并且只适用其中的冲突法。在实践中，反致问题产生与否取决于各国国际私法的政策取向。

4．区际私法上的反致

区际私法上的反致从国际私法上的反致借鉴引申而来，其概念和含义与国际私法上的反致基本相同，只不过这种反致不是发生在不同的国家的法律之间，而是发生在某一法律制度不统一的国家内部的不同区域（法域）的法律之间，或者是发生于国际法与区际私法交替适用的时候。区际冲突法中是否存在反致，学者们的看法不同。

（二）中国各法域反致制度的立法与实践

1．内地现行立法没有关于反致的明确规定，只在最高人民法院有关司法解释中有两条涉及反致的条款。

2．香港法院司法实践是将区际私法问题视同为国际私法问题，其在区际私法中，将遵循英国普通法例确立的“双重反致”（double renvoi）原则。

3．澳门则依从葡萄牙接受反致的实践，采纳了反致与转致制度，其处理区际法律冲突与国际法律冲突均采用相同的冲突规则。

4．台湾在处理与内地地区的区际法律冲突时，采用的是单独制定区际冲突法的做法，其区际私法立法明确接受内地地区法对于台湾法的反致，但未接受转致制度。

（三）反致制度在中国区际法律适用中应继续保留的同时完善内地反致制度的立法。

三、法律规避制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用

（一）法律规避制度概述

1．概念

法律规避（evasion of law），又称“诈欺规避”、“诈欺设立连接点”（fraudulent creation of points of contact），我国台湾学者又称之为“选法诈欺”或“窃法舞弊”，是指在涉外民事领域，当事人为利用某一冲突规范，故意制造出一种连结因素，以避开本应适用的准据法，使对其有利的另一国法律得以适用的行为。

导致法律规避现象普遍存在的原因主要有三：首先，各国法律对同一事项的规定存在歧异，这是法律规避得以产生的客观条件。其次，人的趋利避害的价值取向，是法律规避行为得以产生的主观成因。再次，冲突规范自身的特点为当事人有计划的选择法律提供了可能性。

2．法律规避应具备的要件

（1）从主观上讲，当事人规避某种法律必须是出于故意，也就是说，当事人有逃避适用某种法律的故意；

（2）从行为表现上讲，当事人规避法律是通过有意改变或制造某种连接点来实现的。

（3）从规避的对象上讲，当事人规避的法律是本应适用的强行性或禁止性的规定。

（4）从客观结果上讲，当事人规避法律的目的已经达到。在法律规避的构成条件中，有一点提到规避的法律是强制性法律。

3．法律规避与公共秩序保留的区别

因当事人规避法律而不适用外国法，法院强调的是当事人避开内国法的诈欺行为；因公共秩序保留不适用外国法，法院重视的是与本国公共秩序相抵触的外国法内容及其适用的结果。

（二）法律规避制度在我国区际法律适用中的效力。

中国各法域对法律适用领域的法律规避制度的态度各不相同。

1．香港法基本上肯定法律规避的效力。只有在绝对需要适用香港法的情况下，才对法律规避行为加以排斥。

2．澳门国际私法中，当事人规避内国法及外国法，均被视为无效。

3．台湾国际私法对法律规避问题并无明确规定。

4．我国国际私法学界对法律规避的效力也存在着很大的分歧，在立法上，我国目前尚无有

关法律规避问题的系统规定。

尽管各法域对待国际私法中法律规避的态度不一致，但对待我国区际法律冲突中法律规避的态度应当是明确的。

四、公共秩序保留制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用

（一）公共秩序保留制度在国际私法中的普遍适用的理论与实践

1．含义

一般认为公共秩序涵纳以下三重含义：

（1）在依法院地国或国际公约中的冲突规范本应适用某外国实体法作准据法时，因其适用与法院国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而可排除外国法的适用。

（2）法院国认为自己的某些法律具有直接适用于涉外民事关系的效力，从而也可排除外国法的适用。

（3）法院在被请求承认或执行外国法院所作出的发生法律效力的判决或外国仲裁机构作出的裁决时，如其承认或执行将违反法院国的公共秩序，则可不予承认与执行。

2．理论

国际上对于区际私法中是否适用公共秩序保留制度的理论研究，主要有以下三种不同的观点：

（1）同一论

（2）否定论

（3）区别论，也称限制适用论。

3．多法域国家在立法和司法实践

多法域国家在立法和司法实践对该制度的态度也有所不同，大体可分为两类：

（1）多法域国家在其区际冲突法中适用公共秩序保留制度，但公共秩序保留制度在区际冲突法中的适用范围较之在国际私法中的适用范围小的多、严格的多。

（2）多法域国家采用了“否定论”，即在其区际冲突法中并不包含公共秩序保留制度。

（二）中国各法域法律关于公共秩序保留制度的规定

1．我国内地地区法律对公共秩序制度作了明确规定。

2．香港地区通过判例法的形式确立了公共秩序保留制度。

3．澳门地区在民法典中确立公共秩序保留制度，并将其上升为冲突法的“一般规定”。

4．台湾地区在其区际冲突法中确立了公共秩序保留制度。

（三）公共秩序保留制度在中国区际私法中运用的思考

1．我国区际法律冲突的特点决定了各法域将继续适用公共秩序保留制度

2．我国各法域应协调一致地“限制适用”公共秩序保留制度

（1）明确各法域适用公共秩序保留制度的指导原则

（2）统一各法域公共秩序保留制度所适用范围

（3）统一各法域公共秩序保留制度的适用标准，即统一采取“客观说”

（4）统一各法域公共秩序保留制度的适用程度，应限定在“明显违背”本法域公共秩序的情况下，才能适用此制度排除应适用的法律。

五、外法的查明制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用

（一）域外法内容的查明制度概述

1．含义

域外法的“查”，我们可称之为域外法的提供，是指通过一定的方法收集并提供以证明某一域外实体法律制度是否存在以及该域外实体法律制度内容如何的证据材料的行为。域外法的“明”，我们称之为域外法的确认，是指法院、当事人通过一定的诉讼程序对所查到的证明域外法的证据材料进行审查，以确认该域外法律制度是否存在或其内容如何的活动。

2．外国法查明和区际法律查明有着本质的区别

（1）查明对象不同

（2）体现的政策不同

（3）立法时考虑的因素不同

（二）域外法内容的查明制度在中国区际法律适用中的具体运用

1．内地法院确定涉港澳台案件的准据法的步骤

（1）法官依据内地法将案件识别为涉港澳台性质的民商事案件；

（2）法官依据我国内地法律的冲突规范指引某一外法域的法律，并查明该域外实体法的内容；

（3）针对该域外法，法院在采用法律规避、公共秩序保留等制度后，最终确定本案所适用的准据法。

（4）如果域外法违反内地的公共秩序、法律规避等强制性法律规定或域外法不能查明，则排除该域外法的适用，而一般适用内地法律为案件的准据法。

对我国内地域外法查明制度进行规制

（1）明确域外法的性质。

（2）规范域外法查明的责任

（3）完善域外法无法查明时的法律救济。

（4）借鉴《1968 年关于外国法资料的欧洲公约》（以下简称《欧洲公约》），建立中国区际交换法律资料协助机构。

复习与思考题

1．中国各法域区际冲突法的立法现状？

2．识别制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用？

3．反致制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用？

4．法律规避制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用？

5．公共秩序保留制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用？

6．域外法查明制度在解决中国区际法律适用问题的具体运用？

拓展阅读书目

1．李双元：《国际私法（冲突法篇）》，武汉大学出版社 1987 年版，第 164—165 页。

2．余先予主编：《台湾民商法与冲突法》，东南大学出版社，2001 年 3 月第 1 版，第 591—638 页。

3．欧阳振远：《涉外和涉港商事审判法律适用存在的问题与对策》，载于《法律试用》，2004 年第 9 期，第 14 页。

4．朱珍钮：《涉台审判实务与案例评析》，人民法院出版社，2001 年版，第 26 页。

5．中国国际私法学会：《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社，2000 年版，第 92 页。

6．肖永平《肖永平论冲突法》，武汉大学出版社，2002 年第一版，第 80 页。

7．《戴西和莫里斯论冲突法》，（英）莫里斯主编，李双元等译，中国大百科全书出版社，

1998 年 1 月第 1 版，第 116、118、119 页。

7．冯霞：《中国区际私法中的公共秩序保留制度》，载于《河南师范大学学报》（哲学社会科学版），2005 年第 5 期，第 94-98 页。

第六章　中国区际民商事管辖权冲突与协调

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，了解中国各法域关于民商事管辖权方面的立法现状，掌握产生管辖权冲突的根本原因及协调冲突的方式。本章的重点和难点是掌握区际民商事案件管辖权冲突的协调方式

学时分配：3 学时

第一节　区际民商事管辖权概述

一、管辖权概述

（一）管辖权概念

国际民事诉讼中的管辖权，是指一国法院根据本国缔结的或参加的国际条约和国内法对特定的涉外民商事案件行使审判权的资格，管辖权的确定依据包括国籍、住所、居所、惯常居所、营业地、行为地、诉讼标的物所在地、被告财产所在地、当事人合意选择的法院地等，一般都是通过各国国内立法来加以专门规定的。

（二）管辖权冲突

由于各国确定涉外民事案件管辖权的法律依据存在较大差异，由各国国内立法对本国的涉外民事案件管辖权作出规定常常导致管辖权的冲突：即对某一具有国际因素的民事案件，所涉各国或地区都具有管辖权的积极冲突或任何一个国家（地区）都不具有管辖权的消极冲突。为了消除或避免这种冲突的发生，各国往往通过国际条约对国际民事案件管辖权作出统一规定或对国际民事案件管辖权的冲突予以协调。

二、区际管辖权

就中国的区际法律冲突而言，区际管辖权是指中国内地与港澳台法院受理区际民商事案件的权限范围及法律依据。中国的各个法域在审理互涉民事案件时存在跨法域民商事案件应由哪一个法域管辖的问题。

由于我国不同法域间立法协调的局限，裁判程序规则的不同，各法域法院对民商事案件的管辖权均依自己的程序规则自由裁量，这就不可避免的产生了区际民商事案件管辖权积极或消极冲突的局面，如何协调各法域管辖权的冲突问题已成为目前司法实践中亟待解决的问题。

第二节　中国各法域关于民商事管辖权方面的立法现状

一、内地关于域外民商事管辖权的立法与实践

（一）内地立法和司法实践

1．一般地域管辖。

2．特殊地域管辖。我国立法规定特别地域管辖适用于涉外合同纠纷、其他财产权益纠纷和海事案件。

3．专属管辖。

4．协议管辖。

5．集中管辖。

（二）国际条约

1．1953 年参加的《1951 年国际铁路货物联运协定》

2．1958 年参加的《1929 年统一国际航空运输某些规则的公约》

3．1980 年参加的《1969 年国际油污损害民事责任公约》。

4．我国与一些国家的双边经贸协定、双边司法协助条约或领事条约中也规定了管辖权的确定原则。

二、香港特别行政区域外民商事诉讼管辖权的司法实践

（一）一般管辖

依据“实际控制”说，香港将民事诉讼分为对人诉讼和对物诉讼两大类，对人诉讼是指当事人之间的诉讼，要求被告作为或者不作为某一特定行为，以解决当事人之间的权利问题，判决仅对诉讼当事人之间有约束力。如合同、一般财产问题、侵权行为等都列入该类诉讼中。对物诉讼是指原告根据财产权利向他人主张财产权益的诉讼。在对物诉讼中，法院判决不仅约束当事人，而且可以针对所有对该财产提出权利主张的第三人。

（二）特别管辖

对于无法在香港境内对被告送达传票的诉讼，当原告向香港法院起诉并单方申请许可令（1eave）请求法院对在香港境外的被告送达传票时，香港法院也可以行使域外（扩大）管辖权。但这种管辖权的行使是由法院裁量决定的。原告在申请法院行使此项管辖权时必须举证证明。

（三）协议管辖

香港法律将当事人选择法院的协议分为排他性（专属）管辖权（exclusive jurisdiction）协议和非排他性（非专属）管辖权（non-exclusive jurisdiction）协议。

（四）排除管辖

（五）专属管辖

（六）司法管辖豁免

（七）香港法院对涉外民事案件行使管辖权还受条约和协议的约束

三、澳门特别行政区域外民商事诉讼管辖权的立法现状

1961 年《葡萄牙民事诉讼法典》延伸适用于澳门，该法典第 65 条对域外民事案件的司法管辖权作出了规定。1987 年中葡《关于澳门问题的联合声明》宣布澳门于 1999 年 12 月 20 日回归中国，对葡萄牙 1961 年的《民事诉讼法典》为蓝本进行本地化改造。

（一）一般地域管辖。

（二）特殊地域管辖。

（三）专属管辖。

（四）协议管辖。

四、台湾地区域外民商事诉讼管辖权的立法现状

（一）一般地域管辖。

（二）特别地域管辖。

（三）专属管辖。

（四）涉大陆民商事案件管辖。

第三节　中国各法域民商事管辖权冲突的协调

一、“有效管辖”是中国区际民商事管辖权冲突的根本原因

二、中国区际民商事管辖权冲突的协调方式

（一）在尊重专属管辖的基础上，协商确立一致的专属管辖范围。
（二）确立协议管辖优先原则
（三）确立“一事不再理”原则
（四）有条件地扩大“不方便法院原则”的适用范围

复习与思考题

1．区际管辖权的含义与特点？
2．中国各法域管辖权的立法与司法实践？
3．如何协调中国各法域管辖权的冲突？

拓展阅读书目

1．董立坤主编：《中国内地与香港地区法律的冲突与协调》，法律出版社，2004 年 6 月第一版，第 425 页。

2．莫世健：《香港“更合理诉讼地”原则浅析》，载《政治与法律》1993 年第 3 期，第 28-30 页。

3．丁伟“论澳门（涉外）民事案件的司法管辖权制度”，载《中国国际私法与比较法年刊》（第三卷），法律出版社 2000 年版，第 462 页。

4．陈友强《论我国区际民商事案件管辖权的冲突与协调》，载于广东省高级人民法院编《中国涉外商事审判热点问题探析》，法律出版社，2004 年 6 月第 1 版，第 22-25 页。

5．冯霞：《论国际民事诉讼中协议管辖原则》，载于《法律适用》，2005 年第 7 期，第 78-81 页。

第七章　中国区际民商事司法协助中的送达

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解中国区际民商事司法协助中送达方式的立法与实践，要求掌握两个《安排》和 1965 年《送达》公约的主要内容。本章的重点和难点是掌握区际送达制度的原则和协调方式。

学时分配：3 学时

第一节　区际民商事司法协助中送达制度概述

一、送达制度概述

1．概念

在国际司法协助中，域外送达是指一国法院根据国际条约或本国法律或按照互惠原则将司法文书和司法外文书（Judicial and Extrajudicial Documents）送交给居住在国外的诉讼当事人或其他诉讼参与人的行为。

2．中国区际民事司法协助

中国区际民事司法协助是指基于法律或协议，一法域的法院接受另一法域法院的请求，代为履行某些诉讼行为的制度，包括送达文书、取证、承认和执行外法域法院的判决和仲裁机构的裁决等内容的制度。区际民事司法协助产生于一国内部的不同法域之间，不涉及主权因素。

二、我国现有关于区际司法协助的立法

1．《香港基本法》第 95 条“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商，依法进行司法方面的联系合相互提供协助。”

2．《澳门基本法》第 93 条也作了相同规定。

3．1999 年 3 月 29 日最高人民法院根据其与香港特别行政区代表协商达成的一致意见，以司法解释的形式发布了《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》（以下简称《内地与香港特别行政区安排》。

4．2001 年 8 月 7 日最高人民法院审判委员会第 1186 次通过《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》（以下简称《内地与澳门特别行政区安排》。

第二节　内地与港澳地区间司法及司法外文书的相互送达

一、内地关于向香港、澳门送达司法文书的规定及司法实践

（一）香港、澳门回归以前

1．最高人民法院的司法解释

（1）1985 年 8 月，广东省高级人民法院制定的《关于审理涉外、华侨、港澳民事诉讼程序制度若干问题的意见》第九条规定。

（2）1987 年 10 月 9 日最高人民法院发布《关于审理涉港澳经济纠纷案件若干问题的解答》（以下简称《解答》）。

（3）1989 年最高人民法院发布《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》（以

下简称《纪要》）。

（4）1995 年，最高人民法院发布了《关于终止地方法院与国外地方法院司法部门司法协助协议的通知》。

2．粤港送达协议。1985 年 10 月广东省高级人民法院与当时的香港最高法院协商，就相互代为送达民商事司法文书（不包括司法外文书）达成七点协议（以下简称为粤港送达协议）。

3．1965 年《海牙送达公约》

4．实践中内地与香港、澳门间的文书送达经常采取非正规的途径或方式。

归纳起来港澳回归前，在司法实践中内地向港澳地区送达文书通过以下途径：

（1）向受送达人的诉讼代理人送达；

（2）留置送达；

（3）向受送达人在内地设立的代表机构送达；

（4）邮寄送达；

（5）对于香港当事人可依据粤港送达协议委托香港高等法院，采用专人直接送达的方式送达；

（6）在不能以上述方式送达的，可公告送达。

（二）香港、澳门回归后

1．涉港澳民商事案件送达的法律依据上的法律空白期。

内地在涉港澳民商事案件送达上，一般采取不违反 1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》及相关的司法解释的方法加以解决。

2．两个《安排》实施后。

二、香港特别行政区关于对内地诉讼文书送达的规定

（一）香港回归以前

香港目前与世界很多国家和地区的民事司法协助关系是建立在英国缔结或参加的双边或多边国际条约基础之上的。

（二）香港回归以后

内地与香港特别行政区诉讼文书送达值得一提的是，1988 年香港最高法院与广东省高级人民法院就相互委托送达民事、商事案件诉讼文书达成《粤港送达协议》和 1999 年 3 月 29 日最高人民法院根据其与香港特别行政区代表协商达成的一致意见，以司法解释的形式发布《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》。

三、澳门特别行政区关于对内地文书送达的规定

（一）澳门回归前

在澳门回归祖国前，内地与澳门之间的文书相互送达的主要依据是《海牙送达公约》及非正式的民间途径，与香港不同的是，澳门未曾与内地任何省份签订过类似粤港送达协议的官方文件，而是依据《澳门民事诉讼法典》中的规定进行诉讼文书的送达。

葡萄牙政府于 1973 年就批准加入了《海牙送达公约》并延伸适用于澳门。

（二）澳门回归后

“一国两制”下澳门特区与内地为分属两个不同的法律区域，实行不同的法律制度和司法制度，但又都同属中央人民政府管辖下的地方行政区域。而且，两地之间的文书送达仅仅是一法域司法机关将有关文书送达给另一法域有关当事人的活动，不涉及国家主权、安全和公共秩序。2001 年最高人民法院与澳门特别行政区代表经过协商所达成《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》

第三节　台湾与内地、香港及澳门之间相互送达司法文书及司法外文书的实践

一、台湾地区与内地之间的关于送达问题司法实践。

（一）内地

司法实践来看，有关授权委托书、继承、亲属关系等方面的公证文书可依据司法部 1990 年 1 月 26 日发布的《关于办理涉台法律事务有关事宜的通知》中的委托律师送达途径予以送达。

（二）台湾地区

在进行域外民事司法协作时，往往并非以国际条约或双边协定作为基础，而是以互惠原则作为主要依据。在相关法规方面，最重要的是 1963 年公布实行的“外国法院委托事件协助法”。其中第 5 条规定，法院受委托送达民事或刑事诉讼上之文件，依民事或刑事诉讼法关于送达之规定办理。

二、台湾地区与港澳地区间的司法文书相互送达

1997 年 4 月 2 日及 6 月 27 日，台湾地区分别就涉港澳关系问题正式颁布《香港澳门关系条例》以及《香港澳门关系条例施行细则》。

《香港澳门关系条例》第 56 条进一步规定：“台湾地区与香港或澳门之司法相互协助，得依互惠原则处理”，进一步保留了今后台湾地区与港澳地区以协议方式规范司法文书的相互送达问题。

第四节　中国区际间民商事送达中存在的问题及其司法探索

一、两个《安排》执行情况及区际民商事送达中存在的问题

总体上看，两个《安排》运行良好，效果较明显。但在司法实践中暴露出许多复杂的问题，具体表现在以下几个方面：

（一）送达较为困难

（二）送达周期长

（三）送达成本高

（四）送达的有效性有时受制于港澳地区的法律规定

（五）两个《安排》关于民商事司法文书种类的规定有不尽一致的地方

（六）涉港澳案件公告送达存在不规范的问题

（七）涉港澳案件邮寄送达效力认定的问题

二、中国区际民商事送达的原则

1999 年 3 月 30 日最高人民法院在印发安排的通知中，明确指出安排发布后，法律或司法解释规定的原有其他送达方式仍可以继续沿用。但在适用灵活选择送达方式时应遵守以下原则：

（一）区际民商事送达的合法性原则

（二）区际民商事送达的适当性原则

（三）区际民商事送达的及时性原则

三、中国区际送达方式的司法探索

（一）在涉港澳民商事案件中，完善个人送达方式。

（二）在涉港澳民商事案件中，设立直接送达的方式。

（三）在涉港澳民商事案件中，将简易程序认可的现代通讯方法送达推广适用于所有涉港澳民商事诉讼程序中。2003 年 9 月 10 日最高人民法院公布的《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第 6 条规定，原告起诉后，人民法院可以采取捎口信、电话、传真、电子邮件简便方式随时传唤双方当事人、证人。

1．电话送达。

2．传真送达。

3．电子邮件或专门网址送达。

复习与思考题

1．区际民商事送达制度的特点？

2．各法域间相互送达的立法与实践？

3．香港、澳门与内地相互送达的《安排》的具体内容？

4．中国内地区际送达制度存在的问题及协调原则和方法？

拓展阅读书目

1．金彭年著：《国际民商事程序法》，杭州大学出版社，第 109 页。

2．广东省高级人民法院编：《中国涉外商事审判热点问题探析》，法律出版社，2004 年 6 月第 1 版，第 265 页。

3．米健等著：《澳门法律》，中国友谊出版公司，1996 年 12 月版，第 186 页。

4．冯霞：《我国内地区际民商事送达制度的司法探索》，载于《人民司法》，2006 年第 8 期，第 79-83 页。

第八章　中国区际民商事司法协助中的调查取证

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解中国各法域相互调取民商事证据法律与实践，要求掌握《安排》和1970年《海牙取证公约》的主要内容。本章的重点和难点是掌握区际调查取证制度的协调方式。

学时分配：3学时

第一节　区际调查取证概述

一、调查取证概念

调查取证是指产生民商事纠纷并引起诉讼后，为查明纷争的事实而进行调查、搜集证据的活动。它是民事诉讼得以正常进行的必要程序。调查取证，是国家司法主权在诉讼程序中的体现，具有严格的属地性。未经同意，一国不得在其他国家境内从事调查取证的行为。同时，各国关于调查取证的制度也各有不同。

调查取证所具有的严格的属地性以及各国调查取证制度的不同，使得域外调查取证问题更为复杂，更容易产生冲突。为此，各国在该领域开展了广泛的合作。

二、域外调查取证的依据

主要是国际条约、国内立法和互惠原则，而且，在有国际条约的情况下，国际条约优先适用。只有在没有国际条约和国内立法的规定时，才依照互惠原则进行域外取证。

域外调查取证的内容涉及两个问题，一个是证据的概念和范围，一个是域外调查取证主要包括哪些取证行为。

三、区际调查取证

区际调查取证是指在一国内跨法域的调查取证活动。与国际司法协助中的域外取证主要区别在于不涉及到主权对抗问题，但仍然会有各法域取证制度的差异。

第二节　中国各法域相互调取民商事证据法律与实践

一、内地域外调查取证的立法与司法实践

（一）我国内地域外调查取证的主要依据。

1．1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》。

2．我国缔结的双边的司法协助条约或者领事条约。

3．我国《民事诉讼法》第26章第262条、263条、264条、265条以及相关的司法解释。

（二）我国内地民商事域外调查取证实践

1．代为取证制度，即请求书制度，是各国进行域外取证所采用的主要方式。

（1）代为取证的范围

（2）请求的提出和接收

（3）请求书的形式要件

（4）请求的执行和拒绝

2．领事取证和特派员取证

（1）领事取证

（2）派员取证制度

二、内地与香港地区之间的相互调查取证的问题

（一）香港域外取证规则。

1．香港成文立法，包括《证据条例》和《最高法院规则》等。

2．有关的国际条约。《1970 年海牙民商事案件国外调取证据公约》。

（二）内地向香港的取证途径。

1．当事人举证。

2．律师取证。

3．委托内地驻港澳机构或港澳本地群众团体甚至私家侦探社等代为取证。

4．司法人员直接到香港取证。

5．通过我国司法部委托的香港公证律师代我方办理有关公证事宜。

6．认证。2001 年最高人民法院颁布的《证据规定》）第 11 条第 1、2 款规定了“域外证据公证证明制度”。无论是在我国领域外形成的证据，还是在我领域内港澳台地区形成的证据，都应提供公证和认证手续。

三、内地与澳门地区之间调查取证的问题

（一）1970 年《海牙取证公约》在澳门的适用。由于葡萄牙是《1970 年海牙取证公约》的成员国，澳门也适用此公约，因此该公约构成了澳门域外取证制度的重要内容。

（二）2001 年 8 月 7 日两地的《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》（以下简称《取证安排》）。

（三）发生在澳门地区证据的证明。

四、内地与台湾地区之间的相互调查取证的问题

（一）台湾地区的域外取证制度。台湾地区的域外取证制度主要反映在台湾地区“民事诉讼法”和 1963 年公布实行的域内单行法“外国法院委托事件协助法”中。

（二）两岸调查取证的民间途径。

五、台湾地区与港澳地区之间的相互调查取证问题

1997 年 4 月 2 日，台湾当局正式公布《香港澳门关系条例》，以规范九七、九九香港、澳门回归后的台港澳三地关系。在调查取证方面该条例作出了原则性的规定。

第三节　中国区际民商事调查取证司法协助中存在的问题与解决

一、内地与香港应尽快达成调取证据安排，解决两地间无法可依的无奈局面

二、借鉴《海牙取证公约》，协调中国区际调查取证的难点问题。

（一）各法域间相互调查取证的方式

1．直接取证方式。主要包括法院（特派员）直接调取证和当事人或其代理人自行取证。

2．委托取证方式。《内地与澳门特别行政区安排》便采用此做法。

（二）各法域间相互调查取证的范围

（三）各法域间相互调查取证的拒绝

我国各法域间相互调查取证的拒绝事由仍可规定为两项：

（1）委托取证不属于被请求法院的权限范围。

（2）被请求的执行显然可能严重损害被请求地的重大社会利益，即设立公共利益保留条款。

这一做法已为内地与澳门之间的安排所采纳。

复习与思考题

1．区际调查取证的特点？

2．中国各法域相互调查取证的法律与实践？

3．澳门与内地相互调查取证《安排》的具体内容？

4．如何协调区际调查取证的难点问题？

拓展阅读书目

1．李双元、谢石松著《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社，2001 年 7 月第 2 版，第 421 页。

2．江伟主编：《民事诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社，2000 年 7 月第 1 版，第 131 页。

3．黄进主编：《中国的区际法律问题研究》，法律出版社，2001 年 12 月第 1 版，第 166-167 页。

4．李双元主编《中国与国际私法统一化进程》，武汉大学出版社 1993 年版，第 137 页。

5．蓝天主编：《一国两制法律问题研究》（总卷），法律出版社 1997 年版，第 188 页。

6．沈涓著：《中国区际冲突法研究》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版，第 131 页。

第九章　中国区际民商事判决的相互承认与执行

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解中国各法域间相互承认与执行民商事判决的法律现状，认识内地与港澳台地区民商事判决相互承认与执行的立法困难，本章的重点和难点是掌握解决这种立法困难的具体方法。

学时分配：3 学分

第一节　区际民商事判决的承认与执行概述

一、判决内涵

判决（judgment）是指法院就诉讼各方的权利义务或他们所提出的诉讼请求做出的最后决定，也称法律决定。

二、承认与执行

所谓国家间判决承认与执行是指，主权国家之间在一定条件下相互承认对方法院判决在本国的效力，需要执行的，则给予执行的一种司法合作行为。一般来说，“承认”和“执行”是既有紧密联系但又有区别的两个不同概念。承认外国判决意思是，承认其具有同本国判决相同的效力，其功能在于，防止判决一方当事人在外国就相同事实在相同当事人之间提起新的诉讼；而执行则是指，在承认的基础上对需要执行的外国判决根据一定的执行程序予以实施，其功能则在于，保障胜诉当事人的判决权利得以实现。

三、理论

促使各法域之间相互承认和执行对方国家法院的判决，在理论上有各种各样的解释：

（一）礼让说（theory of comity）

（二）既得权说或债务说。（theory of vested rights or of legal obligation）

（三）一事不再理或既判力说（theory of res judicata）

以上三种有关法院判决与执行的理论在解释区际法院判决承认与执行时都只说明了某方面的理由，到目前为止，还没有完全令人满意的关于区际法院判决承认与执行理由的学说。

四、区际民商事判决的承认与执行

我国许多学者认为区际民商事判决的承认与执行作为中国区际民商事司法协助的主要内容，应在一国两制原则指导下，以两个基本法为依据，由各法域平等协商并以协议的方式加以解决。但是目前中国的四个法域间都未就民商事判决的相互承认与执行达成协议，实践中都是依据各自的单方面立法来决定是否承认与执行其他法域作出的判决。

第二节　中国各法域间相互承认与执行民商事判决的法律现状

一、内地与香港、澳门相互承认与执行民商事判决的法律现状

（一）中国内地法院对外国法院判决的承认与执行

中国内地在区际法院判决承认与执行方面尚未有相关立法出现。目前，仅有承认和执行外国

法院判决的相关法律，主要是：1991 年颁布的《民事诉讼法》、最高人民法院的有关规定，以及我国缔结或参加的双边条约和国际公约。

（二）中国香港特别行政区法院对外国民商事判决的承认与执行

1997 年香港回归后，香港原有的关于对外国法院民商事司法判决承认与执行的普通法或制定法仍然继续适用。在承认和执行外国法院判决的程序方面，它们同时实行着两套不同的承认和执行外国判决的程序：一套是根据有关成文法实行特殊登记的程序；一套是普通法程序。

（三）中国澳门特别行政区法院对外国民商事判决的承认与执行

澳门回归后也没有专门规范区际间判决承认与执行的法律。

二、内地与台湾地区相互承认与执行民商事判决的法律现状

（一）台湾地区承认与执行内地民商事判决的法律依据与司法实践

台湾地区承认与执行内地民商事判决的法律依据主要是 1992 年 9 月 18 日，在台湾地区正式颁布施行的《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（以下简称“两岸关系条例”）及其若干次的修定。归纳起来，内地民商事判决在台湾地区承认与执行应具备三个条件：

1．内地法院判决须为确定之裁判，并不违反台湾地区的公共秩序或善良风俗（内地判决违反台湾地区法律规定的专属管辖者，视为违反其公共秩序）。

2．台湾地区承认与执行内地民商事判决采用互惠与对等原则，即以内地法院承认与执行台湾地区民事判决为前提条件。

3．内地法院判决须经“行政院”认可的民间团体验证，方可在台湾地区承认与执行。

（二）内地承认与执行台湾地区民商事判决的法律依据

1998 年 5 月 26 日最高人民法院颁布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》（以下简称《规定》）。

三、台湾地区与港澳地区相互承认与执行民商事判决的法律现状

台湾法院在承认和执行香港或澳门法院判决时的审查事项同审查外国法院判决一样，适用民事诉讼法第 402 条和强制执行法第 4 条的规定。

第三节　中国区际民商事判决相互承认与执行的法律解决

一、中国区际民商事判决相互承认与执行面临的问题

（一）内地与港澳地区实施 CEPA（更紧密经贸关系安排）协议，迫切需要民商事判决得到相互承认与执行。

（二）内地与港澳地区民商事判决相互承认与执行的立法困难

1．从全国性立法来看，三地是没有承认与执行互涉民商事判决共同的法律依据。

2．从三地各自的法律来看，也没有专门就承认与执行互涉民商事判决作出规定。

3．从三地目前现有关于判决承认与执行的法律来看，存在着法律上的冲突。表现在：

4．与中国区际仲裁裁决的相互承认与执行已达成司法协议相比较，各法域间要达成相互承认与执行民商事判决的司法协议将面临更大的困难。

二、构建内地与港澳地区民商事相互承认与执行的法律制度

（一）采用广义的可承认与执行的民商事判决的范围

（二）采用“双重协议”的方式协调区际管辖权与判决的承认与执行问题

（三）采用判决作出地法律识别判决的确定性问题

（四）采用有条件地保留公共秩序原则

（五）关于内地与香港、澳门相互承认与执行判决的程序

复习与思考题

1．区际民商事判决相互承认与执行的基本含义？

2．中国各法域间相互承认与执行判决的立法与实践/

3．如何构建中国区际民商事判决相互承认与执行制度？

拓展阅读书目

1．黄进主编：《区际司法协助的理论与实务》，武汉大学出版社 1994 年版，第 188-189 页。

2．杜万华“《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》的几个问题”，载于《中国法律》1999 年 3 月刊，第 26 页。

3．谢石松：《对外国法院判决的承认与执行》，载于《中国社会科学》，1990 年第 5 期，第 23-25 页。

4．董立坤：《内地与香港相互承认与执行民商事判决中的“终局性”问题》，载于《法律适用》，2004 年第 9 期，第 60-62 页。

5．陈力：《一国两制下的中国区际司法协助》，复旦大学出版社，2003 年 8 月版，第 127 页。

第十章　中国区际商事仲裁裁决的承认与执行

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，了解中国各法域仲裁裁决承认与执行制度，掌握《执行安排》的内容。本章的重点和难点是掌握中国区际商事仲裁裁决承认与执行的协调方法。

学时分配：4 学时

第一节　区际商事仲裁裁决的承认与执行概述

一、仲裁裁决

仲裁是指在商事活动中，当事人依据事先在合同中订立的仲裁条款或事后达成的仲裁协议，自愿把他们之间产生的或可能产生的契约性或非契约性商事争议交由常设仲裁机构或临时仲裁庭进行评断和裁决。仲裁机构或仲裁庭所作出的裁决是终局的，对各方均有约束力。仲裁裁决是指仲裁庭对仲裁当事人提交的争议事项进行审理终结后作出的结论性意见。裁决作出之后，仲裁程序即告终结。

关于仲裁裁决的形式，各国仲裁立法和仲裁规则都要求以书面形式作成。仲裁裁决应由仲裁庭全体或多数仲裁员签名，但各国对此规定有所不同。

关于裁决书的内容，依照我国《仲裁法》第 54 条的规定，裁决书应当写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。

二、仲裁裁决的承认与执行

仲裁裁决的承认与执行是国际商事仲裁制度的核心问题。承认和执行外国仲裁裁决是既有联系又有区别的两个问题。承认外国仲裁裁决指法院依法确认某一外国裁决在内国有可予执行的法律效力。仲裁裁决的承认在于固定、确认裁决的效力，防止当事人反言；执行外国仲裁裁决指法院在承认外国仲裁裁决效力的基础上，依照本国法律规定的执行程序予以强制执行。仲裁裁决的执行是法院根据胜方当事人的申请，以查封、扣押、强制划拨银行存款等强制手段迫使败方当事人履行裁决。

三、区际仲裁裁决的承认与执行

区际相互承认与执行仲裁裁决的法律依据目前发展尚不完善，比较典型的是英国与美国的实践模式。英国不同法域的英格兰与威尔士之间，相互承认与执行对方仲裁裁决参照适用 1958 年的《纽约公约》；在美国，不同法域的州与州之间亦是参照《纽约公约》以保证申请承认与执行仲裁裁决的顺畅与便利。两国这种实践模式是各法域之间相互承认与执行法院判决理念的延伸，是一种简便而较为成功的方式。

中国由于存在“一国两制四法域的”复杂情况及近年来各法域间经济联系的进一步密切，为了更好地运用仲裁解决区际民商事争议，各法域纷纷加强了本法域的仲裁立法，如内地于 1995 年颁布实施了第一部仲裁法，香港于 2000 年对《仲裁条例》进行了再次修订，澳门在 1996 年颁布了《内部仲裁法》并于 1999 年开始实施《涉外商事仲裁专门制度》，台湾地区在 1998 年底公布并实施新的《仲裁法》。

中国区际仲裁裁决的相互承认与执行是指各法域间相互承认与执行仲裁裁决。它是中国区际司法协助中的重要内容。1996 年 6 月香港特别行政区与内地终于在相互承认与执行仲裁裁决的问题上率先达成协议《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《执行安

排》）并在内地于 2000 年 1 月 1 日起开始施行。我们认为，该《执行安排》在中国司法协助中具有里程碑的意义。

第二节　中国各法域仲裁裁决承认与执行制度

一、内地对外国（法域）仲裁裁决承认与执行的立法与实践

1995 年 9 月 1 日正式实施的《中华人民共和国仲裁法》、1991 年重新修订颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》以及一些单行法规及最高人民法院司法解释中的有关仲裁的规定。

我国缔结或参加的有关承认和执行外国仲裁裁决的公约中，最重要的就是 1958 年《纽约公约》，该公约于 1987 年 4 月 22 日对内地生效并具有优先于上述民事诉讼法的效力。

在我国迄今缔结的司法协助条约中，也大都规定了相互承认与执行仲裁裁决的内容。

我国的《仲裁法》既适用于内地仲裁，也适用于在内地发生的国际商事仲裁。

（一）涉外仲裁裁决在中国内地的承认与执行

《中华人民共和国仲裁法》第 62 条以及《中华人民共和国民事诉讼法》第 219 条、260 条对涉外仲裁裁决在中国国内的执行作了规定。具体的涉外仲裁裁决的执行程序、执行措施则根据《民事诉讼法》第三编规定的执行程序进行。

（二）外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行

我国承认和执行外国仲裁裁决大致分为三种情况，一是依照我国参加的联合国 1958 年《纽约公约》承认和执行，二是依据我国缔结的双边协定的规定进行，三是依照互惠原则办理。由于我国参加的 1958 年《纽约公约》在世界上有广泛影响，因而我国法院承认和执行外国仲裁裁决主要是依据该公约进行。

（三）香港、澳门的裁决在内地的承认与执行

1997 年 7 月 1 日香港、澳门回归以前，按照内地承认与执行外国裁决的规定，由于英国参加了《纽约公约》并延伸适用于香港，内地也是该公约的参加国，因此，香港仲裁裁决在内地的承认与执行依照《纽约公约》办理即可。与中国其他法域间在相互承认与执行仲裁裁决上不同的是，中国内地与香港之间有过长期适用《纽约公约》相互承认与执行仲裁裁决的良好实践。

澳门没有适用《纽约公约》，内地与澳门也没有共同适用的其它相关条约，因此，澳门回归前，其仲裁裁决在内地应依互惠原则处理。

香港回归祖国后，由于《纽约公约》停止在两地间继续适用，香港特别行政区与内地在仲裁裁决的相互承认与执行问题上经历了近两年的法律真空（Legal Vacuum），两地的仲裁机构及司法部门都希望继续以《纽约公约》的主体内容为依据，以司法协助协议的形式作出两地裁决相互承认与执行的新安排，这也符合香港《基本法》第 95 条的规定。

（四）台湾裁决在内地的承认与执行

关于内地与台湾地区裁决的承认执行问题，根据最高人民法院审判委员会于 1998 年 1 月 15 日通过的《关于人民法院认可台湾地区有关民事判决的规定》（以下简称《规定》），对台湾地区有关法院的民事判决、裁定和仲裁裁决在祖国大陆的效力，在遵守“一个中国”、不违反国家法律的基本原则、不损害社会公共利益的前提下，人民法院经审查，予以认可。权利人可以依照中华人民共和国民事诉讼法的有关规定，向法院申请强制执行。这是内地法院执行台湾裁决的转折点。

二、香港对内地的仲裁裁决的承认与执行

（一）香港回归前，确认内地仲裁裁决为“公约裁决”是承认与执行的法定要件

（二）香港回归后，其承认与执行内地仲裁裁决的法律依据因此而变化

香港回归后，其承认和执行外国或其它法域的仲裁裁决的依据相应改变：

1．原香港法院承认与执行中国内地的仲裁的主要域内法律依据是《香港仲裁条例》，回归后与基本法抵触者应作相应的修改。

2．香港与内地都是中国统一主权下的不同地区， 相互之间已不能直接适用《纽约公约》，需要寻求新的解决办法。而香港与其它国家之间则仍可适用《纽约公约》。

3．判例法原则上由香港法院采纳与遵循，但以未同《基本法》相抵触为前提。

4．根据 1999 年 6 月 24 日内地最高人民法院与香港特别行政区律政司签订的《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（以下简称《安排》）精神，香港特别行政区于 2000 年修订了香港《仲裁条例》。

三、澳门对外国（法域）仲裁裁决的承认与执行

澳门仲裁制度起步较完，之所以不发达同葡萄牙本身对仲裁重视不够是分不开的。澳门回归后，由于葡萄牙没有将《纽约公约》延伸适用于澳门，因而，大陆与澳门之间并没有如同与香港那样的以《纽约公约》为基础的相互承认与执行的合作历史。目前，内地与澳门之间的仲裁裁决的承认与执行主要是以各自的民事诉讼法为依据。

四、台湾对内地仲裁裁决的承认与执行

在台湾地区，外国仲裁裁决的承认与执行主要规定在《商务仲裁条例》和 1998 年底修订实施的《仲裁法》第 47-51 条。

台湾与内地之间在仲裁问题上处于一种有依据无合作的状态。台湾承认和执行内地仲裁裁决的依据表现在其《两岸关系条例》第 74 条。

五、港澳台之间仲裁裁决的承认与执行

台湾地区与港澳地区之间仲裁裁决的相互承认与执行的法律依据目前也只有台湾地区单方订立的《香港澳门关系条例》第 42 条第 2 款的规定：“在香港或澳门作成之民事仲裁判断，其效力、声请承认及停止执行，准用商务仲裁条例第 30 条至第 34 条之规定。”该条文中所称的商务仲裁条例第 30 条至第 34 条均是针对“外国”仲裁裁决所作的规定。而香港与澳门特别行政区对于台湾地区仲裁裁决的承认与执行上尚未作出回应。台湾与香港之间就仲裁裁决的承认与执行问题倒是有一些协作关系。

第三节　中国区际仲裁裁决存在的问题及其解决

一、中国区际仲裁裁决存在的问题

（一）内地与香港《执行安排》有待于完善。

1．关于在《执行安排》是否应将“承认”与“执行”仲裁裁决同时规定的问题。

2．《执行安排》中缺乏中止执行有关仲裁裁决程序的规定。

3．完善《执行安排》中关于公共秩序问题的规定。

（二）内地与台湾各自关于仲裁裁决的单方面规定差异较大难于协调。

内地与台湾地区间相互承认与执行仲裁裁决的现行法律依据分别为《两岸关系条例》（1992）第 74 条的规定以及《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》（1998）。对台湾地区《条例》的第 74 条规定和内地的《规定》进行分析，认为两岸在相互认可及执行内地裁决中存在如下问题：

湾地区《条例》的第 74 条对于“公共秩序”与“善良风俗”的概念内容极不确定。

1．台湾地区《条例》的第 74 条采用了“民事仲裁判断”的概念并没有对其范围作出明确界定。

2．台湾地区《条例》的第 74 条未明确内地调解书的效力。

3．内地的《规定》是针对台湾法院判决的承认与执行，对仲裁裁决类推适用该规定，因此，规定的有些内容是不能适用与仲裁裁决的。

4．内地的《规定》采用了与台湾《条例》相同的词语，即用“认可”取代“承认”，有许多学者认为它体现了“一个中国”的原则，值得赞赏。

（三）内地与澳门仲裁裁决承认与执行方面无法可依。

二、两岸四地可通过达成区际仲裁裁决司法协议的途径解决存在的问题

（一）各法域的相互融合已具备达成区际仲裁裁决承认与执行司法协议的客观条件。

（二）仲裁裁决的“准司法”性，为达成区际仲裁裁决承认与执行的司法协议提供了理论依据。

（三）各法域仲裁法的趋同为建立区际司法协议模式打下了坚实的法律基础。

复习与思考题

1．区际相互承认与执行仲裁裁决制度的含义与特点？

2．中国各法域仲裁裁决承认与执行制度的立法与实践？

3．内地与香港相互承认与执行仲裁裁决《安排》的主要内容？

4．中国区际仲裁裁决存在的问题及其解决？

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与商事仲裁》，中国政法大学出版社，2005 年 6 月第 1 版，第 336-340 页。

2．郭晓文《中国内地和香港之间仲裁裁决的相互执行》，载《中国仲裁与司法》2004 年第 3 期第 42 页。

3．徐宏著：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 1996 年版，第 394 页。

4．黄进：《中国的区际法律问题研究》，法律出版社，2001 年 12 月第 1 版，第 287 页。

5．乔世明、刘景一著：《仲裁理论与适用》，人民法院出版社，1997 年版，第 295-296 页。

6．董立坤主编：《中国内地与香港地区法律的冲突与协调》，法律出版社，2004 年 6 月第 1 版，第 606 页。

《美国公司法》教学大纲

车　虎　编写

目　录

前言 395
第 1 课次，总 1 课次 396
第 2 课次，总 2 课次 398
第 1 课次，总 3 课次 399
第 2 课次，总 4 课次 400
第 1 课次，总 5 课次 401
第 2 课次，总 6 课次 403
第 1 课次，总 7 课次 405
第 2 课次，总 8 课次 406
第 1 课次，总 9 课次 407
第 2 课次，总 10 课次 409
第 1 课次，总 11 课次 411
第 2 课次，总 12 课次 413
第 1 课次，总 13 课次 414
第 2 课次，总 14 课次 415
第 1 课次，总 15 课次 416
第 2 课次，总 16 课次 417
第 1 课次，总 17 课次 419
第 2 课次，总 18 课次 420
第 1 课次，总 19 课次 421
第 2 课次，总 20 课次 422
第 1 课次，总 21 课次 423
第 2 课次，总 22 课次 424
第 1 课次，总 23 课次 426
第 2 课次，总 24 课次 427
第 1 课次，总 25 课次 428
第 2 课次，总 26 课次 429
第 1 课次，总 27 课次 430
第 2 课次，总 28 课次 431
第 1 课次，总 29 课次 432
第 2 课次，总 30 课次 434
第 1 课次，总 31 课次 436
第 2 课次，总 32 课次 437
第 1 课次，总 33 课次 438
第 2 课次，总 34 课次 439
第 1 课次，总 35 课次 441
第 2 课次，总 36 课次 442

前　言

教学目标：

介绍现行美国公司法的基本原理和重要制度：代理制度、介绍和比较了三种所有制度和选择设立公司的优势所在、公司的有限责任、揭开公司面纱、公司内部权力分配、公司治理、公司并购等等，从而让同学们了解美国公司法基本内容。

教学方法：

案例教学和理论学习相结合，以案例教学为主。课堂案例讨论分析。多媒体演示。

学习建议：

美国公司法这门课的教学方法是案例讨论分析结合理论学习。所以学习美国公司法这门课程，应注意以下几个问题：

一、美国公司法的体例与我国公司法体例存在很大的差异。不能套用中国公司法的概念和体例来理解美国公司法。

二、美国公司法的主要渊源之一是法院判例，在这门课的学习过程中会有一定量的案例需要同学们进行研究分析和讨论。因此需要同学们在课前做好足够的准备，看懂案例，详细掌握案情、并进行细致的思考和分析，以备上课讨论。案例是本门课的重点所在。

三、美国公司法的渊源还包括成文法，各州都有自己的成文法和判例，所以其法律的规定呈现多样性，初学起来可能会有些难以驾驭。一些州的重要判例和成文法往往被其他州所采纳，学生学习时应以课程的重点部分作为学习的主要对象，对多数州所适用的主要规则进行重点掌握即可。

第 1 课次，总 1 课次

教学目的：

介绍三种基本的所有制形式，代理制度和合伙制度以及公司的关系，代理制度是如何作为这两种所有制形式的基础而存在的。

难点：

代理制度与合伙制度以及公司的关系

Introduction

1. Three Basic Forms of Ownership:

- Sole proprietorships
- Partnerships
- Corporations

1.1. Sole Proprietorship

Definition: a business or financial venture carried on by a single person and which is not a trust or corporation.

A single owner.

Examples: small retail establishments; individual professional or service business such as a single dentist.

1.2. Partnership

Definition: an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit.

Two or more owners

Examples: attorneys and accountants tend to conduct their activities as partnerships. Some can be large international firms.

1.3. Corporation

Definition: an association of shareholders (or even a single shareholder) created under law and regarded as an artificial person by courts.

One or more owners

Examples: auto companies, supermarkets.

2. Agency

Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act.

The one for whom action is to be taken is the principal.

The one who is to act is the agent.

3. Agency and Partnerships

Each partner is an agent of the partnership for the purpose of its business. An act of a partner…for apparently carrying on in the ordinary course the partnership business or business of the kind carried on by the partnership binds the partnership.

4. Agency and Corporations

第 2 课次，总 2 课次

教学目的：

作为 Agency 这一章的开始，了解 agency 的定义和 agency 的产生。

难点：

什么是 consent 和 control 以及怎样判断。

Agency

1. Concept of Agency

Agency is the label the law applies to a relationship in which:

- by mutual consent (formal or informal, express or implied)
- one person or entity (called the “agent”)
- undertakes to act on behalf of another person or entity (called the “principal”),
- subject to the principal’s control.

2. Creation of the Agency Relationship

2.1 Manifestation of Consent

When the manifestation by the principal reaches the agent, and the agent manifests consent, an agency exists.

2.2 Objective standard for determining consent

2.3 Agency ---a Legal Label.

Agency is a legal concept, it applies regardless of whether the parties had the legal concept in mind and regardless of whether the parties contemplated the consequences of having the label apply.

2.4 Consent and Control

To create an agency, the reciprocal consents of principal and agent must include an understanding that the principal is in control of the relationship.

2.5 Consent to Serve the Principal’s interests

To create an agency relationship, the agent must manifest consent to act for the principal; that is, the agent must manifest a recognition that serving the principal’s interests is the primary purpose of the relationship.

第 1 课次，总 3 课次

教学目的：
在合同关系中，代理人怎样让被代理人对其行为负责。
难点：
怎样判断 actual authority 和 apparent authority.

3. Binding Principals to Third Parties in Contract

3.1 Binding the Principal

The agent's power to bind the principal to the third parties and to bind third parties to the principal is central to the agent's ability to accomplish tasks on the principal's behalf.

3.2 Power v. Right

An agent has the right to bind the principal only when the principal has authorized the agent to do so by making a manifestation reaching the agent.

An agent's power to bind the principal is the ability to attribute the agent's conduct to the principal, as if the principal had acted.

3.3 Actual Authority

3.3.1 Actual Authority: Express and Implied

Unless otherwise agreed, authority to conduct a transaction includes authority to do acts which are incidental to it, usually accompany it, or are reasonably necessary to accomplish it.

The implication is based on custom or past dealings or the principal's objectives or other facts known to the agent.

3.4 Apparent Authority

3.4.1 Creation

Apparent authority to do an act is created as to a third person by written or spoken words or any other conduct of the principal which reasonably interpreted causes the third person to believe that the principal consents to have the act done on his behalf by the person purporting to act for him.

An apparent agent has the power to bind, not the right. The power comes from the appearance of legitimate authority.

3.4.2 Objective Standard---Reasonableness Requirement

第 2 课次，总 4 课次

教学目的：

在合同关系中，怎样通过 estoppel, inherent power, 和 ratification 让被代理人对代理人的行为负责。

难点：

什么是 estoppel, 辨别 apparent authority 和 estoppel, 什么是 inherent power.

3.5 Estoppel

3.5.1 Estoppel imposes liability on a person for:

a transaction purported to be done on his account...to persons who have changed their positions because of their belief that the transaction was entered into by or for him, if

(a) he intentionally or carelessly caused such belief, or

(b) knowing of such belief and that others might change their positions because of it, he did not take reasonable steps to notify them of the facts.

3.6 Inherent Power

3.6.1 General Agent

If a principal authorizes an agent to conduct a series of transactions involving a continuity of service, the law calls the agent a general agent.

If, in contrast, a principal authorizes the agent only to conduct a single transaction, or to conduct a series of transactions that do not involve continuity of service, then the law calls the agent a special agent.

Key to distinguishing: ongoing responsibility.

3.7 Ratification

Ratification occurs when a principal affirms a previously unauthorized act. Ratification validates the original unauthorized act and produces the same legal consequences as if the original act had been authorized.

Ratification usually releases the purported agent from any liability for having made an unauthorized contract.

4. Partially Disclosed or Undisclosed Principal

4.1 Partially disclosed: the third party knows or has reason to know that the agent is acting for another (a principal), but not who that other is.

Undisclosed: the third party does not know or have reason to know that the agent is acting as an agent.

第 1 课次，总 5 课次

教学目的：

在侵权中，怎样通过 respondeat superior 理论使被代理人对代理人的侵权行为对第三人负责。在代理关系中，代理人的 fiduciary duties，代理的 termination.

难点：

Master-servant relationship 是怎样构成的，什么是 physical control. 怎样判断 scope of employment.

5. Binding the Principal in Tort

5.1 Respondeat Superior

Respondeat superior imposes strict, vicarious liability on a principal (referred to as “the master”) when:

- an agent’s tort has caused physical injury to a person or property,
- the tortfeasor agent meets the criteria to be considered a “servant” of the principal, and
- the tortious conduct occurred within the servant’s “scope of employment”.

5.2 Mater and Servant

A master is a principal who employs an agent to perform service in his affairs and who controls or has the right to control the physical conduct of the other in the performance of the service.

An agent is a servant if the principal controls or has the right to control the agent’s physical conduct in the performance of the services.

5.3 Servant v. Agent

5.4 Servant v. Independent Contractor

The independent contractor is a nonservant who provides services or undertakes tasks for others.

5.5 Scope of Employment

6. Fiduciary Obligation of Agents

6.1 Rational of the Fiduciary Obligation

Agency is a fiduciary relation. The agent’s role is a selfless one, and the principal’s objectives and wishes are dominant.

The agent is obliged to prefer the principal’s interests over its own and to act solely for the benefit of the principal in all matters connected with the agency.

6.2 Fiduciary Obligation of Agents

- Duty of loyalty
- Duty to act within authority
- Duty to obey instructions

- Duty of care and skill
- Duty to provide information

7. Termination of the Agency Relationship

- Through the express will of either the principal or the agent
- Through the expiration of a specified term
- Through the accomplishment of the agency's purpose
- By the occurrence of an event or condition
- By the destruction of or the end of the principal's legal interest in the property
- By the death, bankruptcy, or mental incapacity of the agent or principal
- By the expiration of a reasonable time

＊ 小结：

本章介绍了代理制度的产生、在合同和侵权中的情况以及终结，重点是 binding the principal in contract. 其中 agent's power 是核心，这个部分为以后理解公司结构和治理打下基础。另外 fiduciary duties 也是以后在介绍公司内部责任义务的时候要涉及的重要内容。

第 2 课次，总 6 课次

教学目的：

了解什么是 partnership, 美国规制 partnership 的法律主要是哪些，合伙中的个人对合伙债务应承担怎样的责任。

难点：

合伙的概念、特征，合伙中的个人责任。

注意：这里的 partnership 指的都是 general partnership.

Partnership

1. What is Partnership

1.1 Definition

A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit.

One fundamental aspect of a general partnership is the contract-based relations (manifestations of intent to associate) among the partners. It is not necessary that the participants intend or agree to the legal label of partnership. A partnership can exist even though the participants have no idea that the legal label applies to them.

1.2 Key Characteristics

- an unincorporated business, intended to make a profit,
- which has two or more participants, who may be either individuals or entities,
- each of whom “bring something to the party”, such as efforts, ideas, money, property, or some combination,
- each of whom co-owns the business,
- each of whom has a right to co-manage the business, and
- each of whom shares in the profits of the business.

1.3 Formation

A general partnership is easy to form. There are no required formalities.

The court may characterize an association as a partnership even though the partners did not so characterize themselves.

1.4 Partnership Types

- Partnership at will: each partner has the right to cause the partnership to come to an end, at any time and without having to state or have “cause.”
- Partnership for a term: the partnership comes to an end at the end of the time period specified in the partners’ agreement.
- Partnership for a particular undertaking: the partnership comes to an end when the particular task or goal specified in the partners’ agreement has been accomplished.

1.5 Advantages and Disadvantages

Advantages: an infinitely more flexible organizational structure; no double taxation.

Disadvantages: unlimited liability; lack of central management control.

2. Rules of UPA and RUPA

2.1 UPA and RUPA

The Uniform Partnership Act (UPA), promulgated in 1914, was the backbone of partnership law, for almost all of the twentieth century.

The revised Uniform Partnership Act (RUPA), promulgated in 1994, is in many ways a major improvement over the UPA and is far more detailed and longer than the UPA.

2.2 The Nature of Partnership: Aggregate v. Entity

UPA largely adopted a view of the partnership as an aggregation of individuals, and thus the partnership technically continues only so long as this same aggregate of individuals continues to operate the business.

RUPA treats the partnership as a separate entity and allows the partnership to continue following the death or dissociation of a partner.

2.3 Default Rules and Mandatory Rules

3. Partners' Personal Liability for the Partnership's Debts

All partners are personally liable for all debts and other obligations of the partnership. This liability results merely from the status of "partner" and is automatic, strict and vicarious.

第 1 课次，总 7 课次

教学目的：

介绍在合伙中代理理论的表现和应用、合伙内部治理、合伙人在合伙中所享有的财产性权利。

难点：

The power to bind the partnership.结合前面所学的代理的理论来学习应用。

4. The Power to Bind the Partnership

4.1 Binding the Partnership in Contract

Every partner is an agent of the partnership for the purpose of its business, and the act of every partner, …, for apparently carrying on in the usual way the business of the partnership of which he is a member, binds the partnership, unless the partner so acting has in fact no authority to act for the partnership in the particular matter, and the person with whom he is dealing has knowledge of the fact that he has no such authority.

4.2 Binding the Partnership in Tort

(W)here, by an wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the partnership or with the authority of his co-partners, loss or injury is caused to any person, …, or any penalty incurred, the partnership is liable therefore to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

5. Partnership Governance

All partners have equal rights in the management and conduct of the partnership business.

No person can become a member of a partnership without the consent of all the partners.

Any difference arising as to ordinary matters connected with the partnership business may be decided by a majority of the partners; but no act in contravention of any agreement between the partners may be done rightfully without the consent of all the partners.

6. Partners' Property Right

6.1 Partnership Property

Partnerships acquire ownership of property either by accepting contributions or by purchase.

6.2 Partner's Interest

Partner's interest consists of a right to share in the profits of the partnership and the right to receive, when the partnership ends, the value of any property contributed to the partnership.

6.3 Partner's Management Rights

The right to use the assets of the partnership in furtherance of the partnership's business, and the right to participate in the management of the partnership.

第 2 课次，总 8 课次

教学目的：

介绍在合伙中合伙人的 fiduciary duties 以及合伙的 dissociation 和 dissolution。

难点：

Fiduciary duties: duty of care and duty of loyalty.

7. Fiduciary Duties

7.1 Partner Accountable as a Fiduciary.

7.2 Duty of Care

A partner's duty of care to the partnership and the other partners in the conduct and winding up of the partnership business is limited to refraining from engaging in grossly negligent or reckless conduct intentional misconduct, or a knowing violation of law.

Partners have a duty to avoid gross negligence and willful misconduct. But they are not liable for ordinary mistakes in judgment.

7.3 Duty of Loyalty

In general, a partner may not profit at the expense---either direct or indirect---of the partnership.

In particular, without the consent of fellow partners, a partner is prohibited from:

- competing with the partnership
- taking business opportunities form which the partnership might have benefited or that the partnership might have needed
- using partnership property for personal gain
- engaging in conflict-of –interest transactions

8. Dissociation and Dissolution

8.1 Definition

Dissociation: the separation of a partner from the partnership.

Dissolution: the point at which a partnership stops functioning as a forward looking enterprise and begins to wind up its business.

第 1 课次，总 9 课次

教学目的：

介绍几种特殊的合伙：limited partnerships, limited liability partnership, limited liability limited partnership. 另外介绍 limited liability companies.

难点：

每种组织形式的不同特点。

9. Limited Partnerships

9.1 Definition

A limited partnership is an entity, organized under the auspices of a state statute and structured by that statute to allow one or more managing owners (general partners) to run an enterprise built on money and other property contributed by those owners and one or more passive owners (limited partners).

9.2 Characteristics

- Goal: limited liability + avoidance of double taxation
- Formation: must file a “certificate of limited partnership” in the office of the secretary of state.
- Two tiers of partners:

general partner: unlimited liability

limited partner: limited liability, limited management power

- Liability: A limited partner is not liable as a general partner unless he takes part in the control of the business.

10. Limited Liability Partnership

It is a general partnership in which all the partners are exempt from liability for some or all of certain kinds of debts or obligations of the partnership.

Formation: must file a “registration statement.”

11. Limited Liability Limited Partnership

It is a limited partnership.

General partners in an LLLP enjoy the limited liability of general partners in a LLP.

Formation: must register.

12. Limited Liability Companies

12.1 What is LLC

The essence of an LLC is the partnership tax status with corporate-like limited liability.

Formation: must file an “articles of organization” with a state agency.

Control: member-managed or manager-managed

小结：

Partnership 作为 the three forms of ownership 中的一种，和其他两种相比有很多不同特点，尤其是和 corporations 相比较。

第 2 课次，总 10 课次

教学目的：

在介绍公司成立问题之前先介绍什么是公司，除了公司还有其他哪些商业组织类型可以选择，选择商业组织形式的核心问题是什么，为什么要选择公司。

难点：

各个商业组织形式的优缺点。理解对税收制度的考虑在商业组织形式选择中的重要意义。

Incorporate and Defective Corporations

1. Corporations

1.1 A Creature of Law

Definition: an association of shareholders (or even a single shareholder) created under law and regarded as an artificial person or artificial entity independent of the shareholders by courts

1.2 Advantages

- Limited liability for all participants
- Centralized management
- Ownership interests tied to residual earnings and assets
- Transferability of ownerships' interests
- Separate, perpetual existence

1.3 Disadvantages of Corporations

Possibility of double taxation - corporation pays tax at the entity level and its owners pay taxes on distributions of earnings to them.

1.4 Publicly Held Corporations v. Closely Held Corporations

A publicly held corporation has a sufficiently large number of shareholders that there has developed an established market in which shares are traded. It is usually managed by professional managers.

A closely held corporation has relatively few shareholders. All or most of the shareholders participate in management.

The most important difference between them is that there is a public market of the shares of a publicly held corporation.

2. Other Choices of Organizational Form

2.1 Three basic forms of ownership:

- Sole proprietorships:
- Partnerships
- Corporations

2.2 Advantages and Disadvantages of Sole Proprietorships and Partnerships

Advantage:

No double taxation, income is attributed to the owners as individual taxpayers

Disadvantages

(a) Unlimited liability - creditors of the business can look to the owners' personal assets for repayment

(b) Not easy to transfer ownership

(c) No continuity of existence – many changes could terminate the proprietorship or partnership

2.3 Two Core Issues---Limited liability and Taxation

第 1 课次，总 11 课次

教学目的：
介绍公司的 participants, 各自在公司中的作用和地位；成立公司的程序。
难点：
Officers, directors, shareholders 的作用和地位.

3. Corporation Participants

3.1 Officers

Business executives employed to run the business on a full-time basis.

Each officer of the corporation "has the authority and shall perform the duties set forth in the bylaws or, to the extent consistent with the bylaws, the duties prescribed by the board of directors or by direction of an officer authorized by the board of directors to prescribe the duties of other officers."

3.2 Directors

Board of directors: a group of individuals elected, usually at an annual meeting, by the shareholders of a corporation and empowered to carry out certain tasks as spelled out in the corporation's charter.

3.3 Shareholders

Shareholders are the ultimate owners of the corporation, but have limited powers to participate in management and control.

4. Incorporation

4.1 Where to in corporate

A corporation can be formed in any state, no matter where it does business. The law of the state of corporation governs the relationships among the parties in the corporation.

A business that only operates locally should be incorporated locally.

4.2 Process of Incorporation

Forming a corporation is an easy process.

- Preparing articles of incorporation according to the requirements of state law.
- Signing of the articles by one or more incorporators.
- Submitting the signed articles to the state's secretary of state for filing.

If the document meets the statutory requirements and is filed, the corporate existence is usually deemed to relate back to the date and time the documents was originally received by the secretary of state.

4.3 Incorporators

They sign the articles and arrange for their filing. If the articles do not name directors, the

incorporators select them at an organizational meeting.

Many attorneys or their secretaries or other law office employees routinely serve as incorporators.

4.4 Articles of Incorporation

(a) Name of the corporation

(b) Registered office and agent – for service of process and for sending official notices

(c) Capital structure of the corporation – specify the shares that corporation will have authority to issue

(d) Purpose and powers of the corporation – the modern presumption is that the corporation can engage in any lawful business

(e) Other provisions

4.5 Bylaws

The bylaws of a corporation are a set of rules for governing the internal affaires of the corporation. They are binding only on intra-corporate matters, often viewed as a contract between the individual participants of the corporation. Bylaws need not be filed.

第 2 课次，总 12 课次

教学目的：

在公司成立过程中的合同责任在什么时候应该由 promoters 来承担。

难点：

Liability of the promoters.

5. Promoters' Contracts

5.1 Promoters

A promoter is a person who takes the initiative in developing and organizing a new business venture.

The promoter must:

(a) arrange for the necessary capital for the corporation.

(b) obtain the necessary assets and personnel so that the corporation may function.

(c) arrange for the formation of the corporation itself.

5.2 Promoters' Contracts

Transactions on behalf of the corporation or in the corporate name may occur before the articles of incorporation are filed and the corporate existence begins.

5.3 Liability of Promoters

(a) Contracts executed in the name of the promoter without referring to the corporation with the thought of subsequently assigning the contract to the corporation, personal liability on the part of the promoter exists. The subsequent assignment of the contract to the corporation does not relieve the promoter of personal liability unless the creditor agrees to release the promoter and look only to the corporation for performance.

(b) Contracts entered in the name of the corporation without disclosing the corporation is not in existence, the promoter is personally liable on the contract. If the corporation is thereafter created and takes over the contract, the promoter has a chance of being relieved of liability.

(c) Contracts referring to the fact the corporation is not yet formed, whether the promoters are liable depends on the "intention of the parties".

If the promoters are held liable, they are considered to be partners and liable for all promotional contracts on a joint and several basis.

第 1 课次，总 13 课次

教学目的：

在公司成立过程中的合同责任应在什么时候由 corporations 来承担；公司成立之后通过怎样的程序来承担成立之前的合同责任

难点：

Liability of corporations.

5.4 Liability of Corporations

A corporation, after it is formed, is not automatically liable on obligations incurred by its promoters on its behalf. The reason is that the promoter cannot be the corporation's agent since the corporation is not in existence. The corporation becomes liable on the contract only when it assents, either expressly or impliedly.

5.4.1 Ratification

Ratification occurs when a principal affirms a previously unauthorized act.

At the time of the act the purported principal must have existed and must have had capacity to originally authorized the act.

Ratification validates the original authorized act and produces the same legal consequences as if the original act had been authorized.

Ratification usually releases the purported agent from any liability for having made an unauthorized contract.

5.4.2 Adoption

The purported principal cannot ratify the purported agent's unauthorized act (because at the time of the act the purported principal either did not exist or lacked capacity to authorize the act). The purported principal manifests its desire to receive the benefits and assume the obligations of the agreement.

Adoption binds both the principal and the third party to the original agreement. But it does not relate back in time to the unauthorized act.

Adoption does not automatically release the purported agent from any liability.

5.4.3 Novation

Novation is a new, independent agreement between the principal and the third party.

Once formed, the novation contract completely displaces the original, unauthorized contract and relieves the purported agent from any liability it may have had.

第 2 课次，总 14 课次

教学目的：

介绍若是公司没有 properly incorporated, 此时，在公司成立过程中的合同责任应该由谁来承担。以及作为 successor 的公司对它的 predecessor 的债务承担问题。

难点：

什么是 de facto corporation, corporation by estoppel.

6. *Liability for Defective Incorporation*

6.1 De Facto Corporation

According to the common law, a de facto corporation is not a fully formed corporation, but is nearly as good since it is sufficiently formed to be immune from attack by everyone but the state.

A de facto corporation requires:

(a) some colorable, good-faith attempt to incorporate and

(b) actual use of the corporate form.

6.2 Corporation by Estoppel

At common law, when the parties have dealt with each other on the assumption a corporation existed, even though there has been no colorable attempt to incorporate,

outsiders who rely on representations or appearances that a corporation exists and act accordingly are estopped from denying corporate existence or limited liability.

7. Liability of the Corporation for Debts of Its Predecessor

7.1 Predecessor and Successor

A proprietor or partnership that has already been operating a business may decide to assume the corporate form; or a new corporation may be created to carry on the business of an existing corporation; or an operating corporation may wish to “spin off” a segment of its business and conduct it through s separate corporation.

7.2 Liability of the Successor

小结：

公司是什么、选择采用怎样的商业组织形式、怎样成立一个公司、公司在成立过程中所产生的责任应该怎样承担、当公司没有适当成立的时候这个责任又应该怎样承担，学习这些问题要通过具体的案例。本章的重点和难点在于 promoters’ contracts 和 liability for defective incorporation.

第 1 课次，总 15 课次

教学目的：
了解什么是 ultra vires doctrine。
难点：
什么是 ultra vires doctrine.

Ultra Vires Doctrine

1. Corporate Purposes and Powers

1.1 Corporate Purposes

All state statutes now provide that a corporation may be formed for any lawful purpose.

1.2 Corporate powers

Corporations must have powers to carry out their purposes.

Every state business corporation act contains a list of corporate powers that every corporation organized under that act automatically possesses.

Purpose clause often included a multitude of powers to further protect against the ultra vires doctrine.

2. Ultra Vires Doctrine

2.1 The Common Law Doctrine of Ultra Vires

Ultra vires is an action of a corporation which is beyond the powers conferred upon it by its charter, or by the statute under which it was created.

2.2 The Modern Role of Ultra Vires

As the development of corporations, state enabling statutes came to authorize “general purpose” clause and virtually unlimited powers. The modern presumption is that the corporation can engage in any lawful business. Most state statutes also contain an all-inclusive list of the activities in which a corporation may engage. The articles need not state these powers.

Today the ultra vires doctrine has limited relevance.

小结：
Ultra vires doctrine 在现在的应用范围有限。本章是非重点章节，

第 2 课次，总 16 课次

教学目的：
什么是 disregarding the corporate entity，为什么、在什么情况下要揭开公司面纱。
难点：
为什么要解开公司面纱、enterprise liability doctrine

Disregarding the Corporate Entity

1. What is "disregarding the corporate entity"

As a protection against insider abuse of limited liability, courts sometimes disregard the rule of limited liability and "pierce the corporate veil" to hold shareholders, directors, and officers personally liable for corporate obligations.

2. Shareholders Responsibility for Corporate Indebtedness

3 Traditional Piercing Factors

It is generally believed that courts are more likely to pierce in the following situations:

- the business is a closely held corporation
- the plaintiff is an involuntary (tort) creditor
- insiders failed to follow corporate formalities
- insiders commingled business assets/ affairs with individual assets/ affairs
- insiders did not adequately capitalize the business
- the defendant actively participated in the business
- insiders deceived creditors

3.1 Closely Held Corporations

Shareholders in a closely held corporation usually manage the business. Courts in piercing cases often refer to shareholder's "domination" or "absolute control" over the corporation.

3.2 Involuntary Creditors

Voluntary creditors usually can anticipate the corporation's "no-recourse" structure and contract for personal guarantees, higher prices, or assurances on how the business will be conducted.

Involuntary creditors--- such as tort victims and retail customers---cannot easily protect themselves contractually, nor do they knowingly assume the risk of dealing with a "no-recourse" business.

3.3 Enterprise Liability Doctrine

Enterprise liability doctrine is used to disregard multiple incorporations of the same business under common ownership.

The doctrine covers the situation where risky underinsured operations are placed in a manufacturing "subsidiary" while business profits flow to a marketing "parent" corporation.

Or the doctrine can be used when a business is split into a number of separate “brother-sister” corporations, each owned by the same investors, so that the assets of each “affiliate” corporation are isolated from the risk of the others.

第 1 课次，总 17 课次

教学目的：

继续介绍揭开公司面纱的几个 traditional factors。

难点：

Failure to observe corporate formalities, undercapitalization

3.4 Failure to Observe Corporate Formalities

In deciding to pierce, courts sometimes refer to the failure to observe formalities on the theory shareholders have used the corporation as their “alter ego” or “conduit” or “instrumentality” for their own personal affaires.

3.5 Commingling Assets and Affairs

Courts also justify piercing when shareholders fail to keep corporate and personal assets separate.

For example, using a corporate bank account to pay for personal expenses is a sure way to risk piercing.

3.6 Undercapitalization and Purposeful Insolvency

Courts state a willingness to pierce the corporate veil when a corporation is formed or operated without capital adequate to meet expected business obligations. Courts sometimes justify piercing if there is nominal capitalization or a purposeful failure to insure.

3.7 Active Corporate Participation

Often piercing---and hence personal liability---is appropriate for some corporate participants (active participants), but not others.

For example: shareholders who are not active in the business and have not acted to disadvantage creditors are less likely to be personally liable than those whose actions resulted in a depletion of assets.

3.8 Deception

When corporate participants falsely create the appearance of sufficient business assets or otherwise mislead creditors, courts refuse to enforce the usual “no-recourse” understanding.

小结：

揭开公司面纱是为了防止公司的有限责任被滥用，保护债权人的利益。虽然在英美法中对于这个问题的规定比较成熟，有较详细的判断规则，但是仍然不是一个容易做出公平判断的区域。

第 2 课次，总 18 课次

教学目的：
介绍在公司中权力的分配
难点：
为什么现实中的情况会跟法律有不同

Power Distribution

1. The Distribution of Powers Within a Corporation

1.1 The Statutory Model: Overview

- The shareholders elect directors annually, vote on fundamental corporate transactions, and may initiate bylaw changes. The can not participate in managing the corporation's business and can not act on behalf of the corporation.
- The board of directors manages the corporation.
- The officers are delegated the day-to-day management of the corporation and are answerable to the board.

1.2 The Distribution of Powers: Reality

A small, closely held corporation in practice closely resembles partnerships. Directors formulate the policy of the corporation, and authorize the making of important contracts. They may delegate details of the actual daily operation of the corporation to officers and agents but they closely oversee those activities.

In a large, publicly-held corporation, shareholders are usually so diverse and poorly organized that their principal participation in business affairs is ratifying the selection of directors. The board of directors does not of itself "manage" the business. Most management decisions are delegated to corporate officers subject to the general direction of the board of directors.

2. Shareholders

2.1 Annual and Special Meetings of Shareholders

There are two kinds of shareholders' meetings: annual (or regular) meetings at which directors are elected and other regular business is conducted, and special meetings called in unusual circumstances where shareholder action is required.

2.2 Quorum

A Quorum at any annual or special meeting consists of a majority of the outstanding shares, except that the quorum requirement may be increased or decreased by provisions in the articles or bylaws.

2.3 Purpose of Shareholder Voting

Voting gives shareholders an oversight power to respond to changing circumstances and protect their position as residual claimants of the corporation's income stream:

第 1 课次，总 19 课次

教学目的：
作为股东权力之一的 shareholder voting 的作用和一般如何行使。
难点：
在 public corporations, shareholder voting 是怎样行使的。

2.4 Shareholder Voting in Public Corporations

2.4.1 Voting by Proxy

A proxy is a person who is authorized by a record shareholder to vote his or her shares. The relationship is one of principal and agent.

2.4.2 Record Dates

A record date determines who is entitled to notice of an approaching shareholder meeting and who is eligible to vote at it.

2.5.3 Preparation of the Voting List

A voting list of shareholders eligible to vote must be prepared before each shareholders meeting.

2.5.4 Inspector of Election

The inspector(s) of elections are the corporate officials authorized on behalf of the corporation to determine the validity of proxies and ballots. Often, the corporation’s accounting firm is asked to perform this role.

2.6 Shareholder Voting in Close Corporations

2.7 Voting at Shareholders’ Meetings

第 2 课次，总 20 课次

教学目的：

介绍 shareholders 对董事的选举和罢免权。

难点：

Election and removal of directors.

2.8 Shareholder Action by Consent

Shareholders can act without a meeting by giving their written consent.

Many statutes that allow such a procedure require the consent of the shareholders to be unanimous. Many other statutes, including Delaware's, require only that the consents represent the minimum number of shares that would be required to approve an action if the meeting was actually held.

2.9 Election of Directors

2.10 Removal of Directors and Filling Vacancies

2.10.1 Removal of directors

Most statutes today allow shareholder to remove directors with or without cause.

2.10.2 Filling Vacancies

The board or the shareholders can fill board vacancies created by the removal, death, or resignation of directors.

2.11 Removal of Officers

第 1 课次，总 21 课次

教学目的：

介绍 shareholder’s right of inspection.

难点：

什么是 proper purposes、怎样判断；针对不同的公司文件 the burden of proof 是由谁承担的。

2.12 Shareholders’ Right of Inspection

All jurisdictions have adopted legislation dealing with inspection.

2.12.1 Corporate Records

2.12.2 Qualifications for Inspection

The statutory right of inspection in many states is available to persons whose shareholdings meet certain objective criteria.

2.12.3 Proper Purposes

A “proper purpose” means a purpose that is reasonably relevant to the shareholder’s interest as a shareholder. A purpose is proper under this definition if it is directed toward obtaining information bearing upon or seeking to protect the shareholder’s interest and that of other shareholders of the corporation.

2.12.4 Burden of Proof

第 2 课次，总 22 课次

教学目的：
介绍 directors 和 officers 的权力，及其如何行使。
难点：
理解什么是 Staggered board.

3. Directors

3.1 Directors' Meeting

Generally, a quorum exists when a majority of authorized directors are present at a meeting, unless the bylaws specify a greater number.

3.2 Staggered Board

A staggered board is classified into groups of directors, each group with a multiyear term.

3.3 "Inside" and "Independent" Directors

Inside directors consist of directors who are high level employees of the corporation or who have some significant economic relationship to the corporation.

Outside or independent directors are directors who do not have an employment or other significant economic relationship with the corporation.

3.4 Board Action

Action by directors at a properly convened meeting at which a quorum is present is generally decided by majority vote of those present unless the articles or bylaws impose a supermajority requirement.

3.5 Action Without a Meeting

Now many statutes allow boards to take action by separate written and signed consent of the directors.

3.6 Committees of the Board of Directors

Many corporations utilize committees of the board of directors to consider in detail technical matters, to consider corporate transactions that in some way affect the personal interests of one or more directors, and to make directorial decisions during periods when the board does not meet.

4. Officers

Corporate officers are elected or appointed by the board of directors, and corporation statutes generally provide that they may be removed by the board of directors with or without cause.

小结：

本章介绍公司权力如何在 shareholders, directors, officers 三者当中分配，以及三者各自在公司中是什么角色，学习这一章可以结合 agency 的理论来帮助理解。学好这一章将为后面学习 fiduciary duties 的章节做好铺垫。

第 1 课次，总 23 课次

教学目的：

公司为何因 officers 的行为对第三人负责。

难点：

Implied authority 和 apparent authority 的区别。

Corporate Authority

1. Corporate Authority --- Agency

Whether the corporation is bound in a particular transaction raises the usual agency questions.

2. Actual Authority

2.1 Express actual authority

Express actual authority arises when the board, acting by the requisite majority at a proper meeting, expressly approves the actions of a corporate agency.

However, most corporate transactions are not specifically approved by the board of directors. Rather, the board delegates categories of authority to corporate officers. And this constitutes corporate consent to the officers to bind corporation. This authority exists whether or not the outsider knew about the officer's authority.

2.2 Implied Actual Authority

In some cases, it can be fairly inferred from the context that the board implicitly approved the action.

3. Apparent Authority

3.1 Apparent Authority

If the board induces an outsider to rely on an officer even if the officer has no actual authority, the corporation may be bound.

3.2 Implied Authority v. Apparent Authority

The issue of implied authority turns on whether it can be inferred the board approved the officer's actions. The outsider need not know about the relationship between the board and the officer.

Apparent authority focuses on the appearances of the officer's authority that the board has created for reasonably reliant outsiders.

4. Inherent Authority

Inherent authority based neither on the principal's conduct toward the agent nor the principal's manifestations to a third party. It arises from the status of the corporate officer.

小结：

Agency 的原理在这里又体现出来。

第 2 课次，总 24 课次

教学目的：
介绍什么是 fiduciary duties，什么是 duty of care
难点：
Standards of care

Fiduciary Duties

1. Fiduciary Duties of Care and Loyalty

Corporate managers owe two duties to the corporation: care and loyalty.

2. Duty of Care

2.1 Definition

The duty of care addresses the attentiveness and prudence of managers in performing their decision-making and supervisory functions.

2.2 Standards of Care

Each individual director must discharge his duties in “good faith” and act “in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.” Collectively, members of the board must become informed in performing their decision-making and oversight functions with “the care that a person in like position would reasonably believe appropriate under similar circumstance.”

2.3 Facets of Duty of Care

Good Faith: requires that directors (1) be honest, (2) not have a conflict of interest, and (3) not approve (or condone) illegal activity.
Reasonable Belief: involves the substance of director decision-making.
Reasonable Care: involves the procedures of decision-making and oversight.

第 1 课次，总 25 课次

教学目的：

介绍 business judgment rule 在 duty of care 中是如何保护 directors 的商业判断的。

难点：

什么是 BJR, overcoming BJR, burden of proof 由谁承担。

2.4 Business Judgment Rule

The business judgment rule is a rebuttable presumption that directors in performing their functions are honest and well-meaning, and that their decisions are informed and rationally undertaken.

2.5 Overcoming the BJR

The burden of rebutting the business judgment presumption rests on the party challenging a director's actions or board decision.

The challenging party should prove either

(1) fraud, illegality or a conflict of interest (lack of good faith),
(2) the lack of a rational business purpose (waste), or
(3) gross negligence in discharging duties to supervise and to become informed.

2.6 Personal Liability of Directors

If board action violates the duty of care, courts hold that each director who voted for the action or acquiesced in it, or failed to object to it becomes jointly and severally liable for all damage that the decision proximately caused the corporation.

第 2 课次，总 26 课次

教学目的：
介绍什么是 duty of loyalty，什么是 self-dealing.
难点：
在什么情况是适用 duty of loyalty 而不是 duty of care.

3. Duty of Loyalty

3.1 Definition

The duty of loyalty addresses fiduciaries' conflicts of interests and requires fiduciaries to put the corporation's interests ahead of their own.

The cases involving the duty of loyalty may be divided into three broad types:

- conventional business dealings between them (or another business in which they have an interest) and the corporation,
- their compensation for services to the corporation, and
- their ability to take advantage of opportunities in which the corporation may have an interest.

3.2 Conventional Business Dealings

3.2.1 Self-dealing: Introduction

The danger of self-dealing transactions between a corporation and one or more of its directors is the risk that the corporation may be treated unfairly in such a transaction.

3.2.2 Self-dealing: Substantive and Procedural Fairness Tests

The substantive tests focus on the transaction's terms and measure whether the interested director advanced her interests at the expense of the expense of the corporation's.

The procedural tests focus on the board's decision-making process and measure the independence of disinterested directors.

第 1 课次，总 27 课次

教学目的：

适用 duty of loyalty 的另外两种类型的案子： minority shareholders, parent-subsidiary dealings.

难点：

判断 minority shareholders 利益受损的案子是否应该适用 duty of loyalty 的关键是什么，什么是 intrinsic fairness test.

3.2.3 Fairness to Minority Shareholders

Controlling shareholders cannot use their control to benefit themselves to the detriment of the minority.

3.2.4 Parent-Subsidiary Dealings

In a public corporation setting, dealings between the parent and the subsidiary raise many of the same conflict-of –interest concerns as do dealings between a director and the corporation.

3.2.5 Parent-Subsidiary Dealings: Intrinsic Fairness Test

Intrinsic fairness had two basic aspects: fair dealing and fair price.

Fair dealing involves fairness in the initiation, structuring, negotiation, and disclosure of the transaction to the minority shareholders of the subsidiary corporation.

Fair price, on other hand, requires an examination of the economic and financial considerations of the transaction.

The burden to establish intrinsic fairness is on the parent corporation.

第 2 课次，总 28 课次

教学目的：

介绍在 executive compensation 案子当中的利益冲突是什么，什么情况下会违反 duty of loyalty.

难点：

Fairness review, waste standard; burden of proof 由谁承担。

3.3 Executive Compensation

3.3.1 Dilemma of Executive Compensation

In close corporations, the shareholders invariably dominate the board of directors and usually constitute the corporation's principal managers.

In public corporations, the boards continue to be composed mainly of "insiders."

3.3.2 Forms of Executive Compensation

Modern corporate executives are compensated directly in a number of ways: salaries and bonuses, stock plans, pension plans.

They also are compensated indirectly with fringe benefits.

3.3.3 Disinterested Approval Avoids Fairness Review

Executive compensation is not subject to fairness review if informed, disinterested directors approved the compensation. The board must be aware of all material information related to the executive's compensation, and the interested executive cannot dominate the board's decision-making.

3.3.4 Prevailing Standard --- Waste

If executive compensation is approved by disinterested directors, courts invoke the presumptions of the business judgment rule. The challenger must show either that the board was grossly uninformed or that the compensation was a waste of corporate assets --- that is, it had no relation to the value of the services given and was really a gift.

3.3.5 Fair and Reasonable Compensation

When compensation is not approved so as to avoid fairness review, judicial scrutiny is substantial. The court takes over the function of the board (or compensation committee) and assesses whether the challenged compensation is fair and reasonable to the corporation, taking into account: the relation of the compensation to the executive's qualifications, the corporation's complexity, compensation paid to executives in comparable companies.

第 1 课次，总 29 课次

教学目的：

介绍什么是 corporate opportunities 和 unfair competition, 在什么情况下会违反 duty of loyalty; 怎样 enforce fiduciary duties.

难点：

什么情况下一个机会属于 corporate opportunities.

3.4 Corporate Opportunities and Unfair Competition

Financial harm to the corporation is just as real when a manager takes a profitable business opportunity from the corporation or sets up a competing business as when the manager enters into an unfair self-dealing transaction with the corporation.

3.4.1 Corporate Opportunities:

There are two tests:

One for determining whether the corporation has a legitimate interest in the opportunity at all (the “line of business” test) and,

Second, if it does, under what circumstances may the director nevertheless take advantage of it (the “fairness” test).

Under the line of business test, the courts compare the new business with the corporation’s existing operations. The corporation need not have an existing interest or a special need for the opportunity, or the manager need not learn of the opportunity in his corporate capacity.

The fairness test in this context, unlike that for self-dealing, which focuses on the transaction’s fairness to the corporation, focuses on the fairness of holding the manager accountable for his outside activities.

3.4.2 Corporate Rejection and Incapacity

The corporation can voluntarily relinquish its interests in a corporate opportunity by generally renouncing any interest in categories of the business opportunities or by rejecting a specific deal.

Many courts allow managers charged with usurping a corporate opportunity to assert that the corporation could not have taken the opportunity because it was financially incapable or otherwise unable to do so.

3.4.3 Competition with the Corporation

Competing with the corporation, although often the usurpation of a corporate opportunity, is subject to special treatment. In general, during their relationship with the corporation, managers may not compete with the corporation unless there is no foreseeable harm caused by the competition or disinterested directors (or shareholders) have authorized it. The prohibition applies whether the competing business is set up during the manager’s tenure or was preexisting.

4. Enforcing Fiduciary Duties

Fiduciary duties generally are said to be owed to the corporation and not to particular shareholders, and must be enforced in the name of the corporation. Fiduciary breaches usually are challenged by shareholders in derivative litigation brought on behalf of the corporation.

小结：

本章是公司法的重点也是难点所在。违反了 duty of care 的案子中适用 BJR, BJR 保护董事的商业决定不随便受到司法审查的侵害。涉及 duty of loyalty 的三种主要类型的案子各应该适用不同的标准来判断是否违反了 duty of loyalty.

第 2 课次，总 30 课次

教学目的：

介绍什么 shareholder’s suits, 为什么会有 derivative suits，以及 derivative suits 为什么会被滥用。

难点：

什么是 derivative suits.

Shareholder’s Suits

1. Direct suits

A direct suit involves the enforcement by a shareholder of a claim belonging to the shareholder on the basis of being an owner of shares.

Examples:

(1) an action to enforce the holder’s voting rights;

(2) an action to compel the payment of dividends;

2. Derivative Suits

A derivative suit is an action brought by one or more shareholders to remedy or prevent a wrong to the corporation. In a derivative suit, the plaintiff shareholders do not sue on a cause of action belonging to themselves as individuals. Rather, they sue in a representative capacity (in the name of the corporation) on a cause of action that belongs to the corporation. The real party in interest is the corporation.

Examples:

(1) suits against board members for failing to use due care;

(2) suits against an officer for self-dealing;

(3) suits to recover excessive compensation paid to an officer;

(4) suits to reacquire a corporate opportunity usurped by an officer.

3. Justification for Derivative Suits

The derivative suit is a solution to the dilemma created by two inconsistent tenets of corporate law:

(1) corporate fiduciaries owe their duties to the corporation as a whole, not individual shareholders, and

(2) the board of directors manages the corporation’s business, which includes authorizing lawsuits in the corporate name.

The principal justification for permitting derivative suits is that it provides a device by which shareholders may enforce claims of the corporation against managing officers and directors of the corporation. Persons who are in control of the corporation are unlikely to authorize it to bring suit against themselves personally.

4. Derivative Litigation

4.1 All Recovery to Corporation

Derivative litigation enforces corporate rights. This means any recovery in derivative litigation generally runs to the corporation. The shareholder-plaintiff shares in the recovery only indirectly, to the extent her shares increase in value because of the corporate recovery.

4.2 Reimbursement of Successful Plaintiff’s Expenses

The engine driving the derivative suit in public corporation is the plaintiff’s attorney who is the real plaintiff in interest.

第 1 课次，总 31 课次

教学目的：
介绍 derivative suits 的 procedural restrictions.
难点：
Demand on directors. 怎么判断 futile.

5. Procedural Restrictions on Derivative Litigation

The derivative suit is subject to abuse. To address the risk that the derivative suit plaintiffs may not represent corporate interests, various procedural requirements seek to filter out abusive and weak derivative litigation.

5.1 Contemporary Ownership and Continuing Interest Requirements

The purpose of these requirements is to prevent an attorney from creating an instant plaintiff simply by having someone purchase shares in the defendant corporation.

5.2 Demand Requirement---Exhaustion of Internal Remedies

5.2.1 Justification for the Demand Requirement

A demand requirement has some advantages. It serves as a kind of alternative dispute mechanism that requires a challenging shareholder to first exhaust intra-corporate remedies. If litigation is beneficial, it allows the corporation to control the proceedings.

5.2.2 Demand on Shareholders

A minority of states require either that a demand be made on shareholders before a derivative suit is filed or the showing of an “adequate reason” for not making the effort.

5.2.3 Demand on Directors

Virtually all states require that the plaintiff allege and prove that she first made a good faith effort to obtain action by the corporation before filing a derivative suit. Thus a good faith demand on the board of directors is usually a prerequisite to derivative suits.

A demand if not required in every case; demand is excused if it would be futile to bring the matter to the board.

Demand is excused if the shareholder-plaintiff can allege with particularity facts that create reasonable doubts on that :

- the board is disinterested and independent
- the challenged transaction was protected by the business judgment---by showing a conflict of interest or grossly uninformed decision-making.

第 2 课次，总 32 课次

教学目的：

介绍 demand on litigation committee，以及为什么要建立 litigation committee. 什么是 universal demand.

难点：

Demand on board of directors 和 demand on litigation committee 的区别

5.2.4 Litigation Committee

In Delaware, the litigation committee must consist only of disinterested and independent directors not involved in the questioned transactions. The Delaware courts have tied the power of litigation committees to dismiss derivative litigation to the initial decision whether a case was a demand necessary case or a demand futile case.

When demand on the board is excused as futile, the courts listen to the litigation committee---but regard any recommendation to dismiss with great suspicion and have established a two-part inquiry into whether the recommendation to dismiss would be respected.

5.2.5 Universal Demand

The MBCA (1984) avoids the demand-required/demand-excused question by making demand a universal precondition to derivative litigation. A shareholder wishing to file suit must make a demand and then wait 90 days---unless the board rejects the demand or waiting would result in irreparable injury to the corporation.

After the 90-day waiting period, the shareholder may bring a derivative suit. If the board rejected the demand, the plaintiff must plead with particularity that either the board's rejection of the demand was not disinterested or the rejection was not in good faith or not informed.

After suit is brought, the board can move for dismissal if independent directors constitute a quorum and a majority of independent directors determine in "good faith" and after a "reasonable inquiry" that maintaining the suit is not in the corporation's best interests.

第 1 课次，总 33 课次

教学目的：

介绍在 derivative suits 中其他的程序性问题。

难点：

derivative suits 中的 settlement 需要法院进行审查。

6. Court Approval of Settlement--- A Clean Solution

Unlike normal litigation in which a compromise agreed to by plaintiff and defendant provides the best measure of the suit's worth, derivative litigation provides no such assurance. In a derivative suit none of the parties may represent the interests of the corporation.

Most statutes face this problem and require judicial approval before a derivative suit can be settled, discontinued, or dismissed. Proponents of the settlement have the burden to show it is fair and reasonable to the corporation.

In the federal courts and in many states, shareholders must be given notice of any proposed settlement of a derivative action, as well as the opportunity to intervene in the action to oppose the settlement.

All payments made in connection with the derivative action must be received by the corporation, not by the plaintiff.

7. Indemnification

8. Insurance

Nearly all large companies today carry directors' and officers' (D&O) liability insurance. Most states explicitly allow the corporation to purchase such insurance.

Furthermore, D&O insurance may cover certain director's or officer's expenses even where those expenses could not be indemnified.

小结：

本章的核心在于如何防止股东在律师的操纵下滥用诉讼权利，从而损害公司的利益。本章不仅涉及到股东敦促和监督 directors 和 officers 遵守 fiduciary duties，而且还涉及到 BJR 在 directors 判断是否同意进行诉讼时的运用。

第 2 课次，总 34 课次

教学目的：

介绍 corporate combinations 中存在的 conflicting interests，和 corporate combinations 两种具体的方法：mergers 和 sales of assets.

难点：

理解存在什么样的 conflicting interests 以及 mergers 和 sales of assets 所产生的后果。

Corporate Combinations

1. Justification for Corporate Combinations

Corporate assets are bought and sold because they have different values to different parties. Corporate assets may be more valuable when administered by the management of one corporation than by that of another; synergy may be created when the assets of one corporation are combined with those of another; relative values may have changed because of changes in particular industries.

2. Two Conflicting Issues

Corporate combinations are among the most complicated transaction in which a corporation engages. Shareholders need management's expertise in the evaluation and negotiation of them.

On the other hand, these transactions present a potential conflict of interest for management. Giving managers the discretion to deploy that expertise on behalf of the shareholders also gives managers the discretion to favor their own interests at the expense of the shareholders.

3. Combination Choices

- Statutory merger
- Assert acquisition
- Stock acquisition

4. Statutory Mergers

4.1 Effect of Merger

In a merger the surviving corporation steps into the shoes of the acquired corporation when the required document is filed at the appropriate state office. By operation of law, the surviving corporation becomes the owner of all the acquired corporation's assets, becomes subject to all its liabilities, and is substituted in all pending litigation.

5. Assets Acquisition

5.1 Effect of a Sale of Assets

After selling all or "substantially all" of its assets, the corporation's existence does not automatically terminate. Instead, it becomes a shell or holding company whose only assets consist of the sales proceeds. The corporation can dissolve after paying its liabilities and distributing the remaining sales proceeds to the shareholders pro rata.

Unlike a merger, an asset acquisition does not automatically substitute the buying corporation for the selling corporation. Creditors, suppliers, lessors, employees, and others who deal with the selling corporation may have to consent to a substitution.

第 1 课次，总 35 课次

教学目的：
介绍另外一个 corporate combinations 方法，stock acquisition。
难点：
理解什么是 stock acquisition

6. Stock acquisition

6.1 What is Stock Acquisition

Stock acquisition refers to transfer of control of a firm from one group of shareholders to another group of shareholders. Change in the controlling interest of a corporation, either through a friendly acquisition or an unfriendly, hostile, bid. A hostile takeover (with the aim of replacing current existing management) is usually attempted through a public tender offer.

When a bidder makes an offer for another, it will usually inform the board of the target beforehand. If the board feels that the value that the shareholders will get will be greatest by accepting the offer, it will recommend the bid. Otherwise it will reject it and the bid will become hostile. If the bidder makes the offer without informing the board beforehand, the offer is also considered hostile.

6.2 Dilemma of Takeover Defenses

A hostile bidder premises its bid on ousting incumbent management.

Shareholders seek a premium price while incumbent management has an ineluctable self-interest (to perpetuate the lucre, power, and prestige of control) in opposing any hostile bid.

6.3 Decision Authority

If target management cannot prevent shareholders from accepting a direct offer for control, then the final decision rests with the shareholders.

If target management can prevent shareholders from accepting a direct offer for control through the deployment of various types of defensive tactics, without significant judicial review of their decision, then the final decision rests with the target board of director.

If defensive action by target management is subject to substantive judicial review, then the final decision rests with the courts.

第 2 课次，总 36 课次

教学目的：

介绍公司常用的防御措施。

难点：

了解各措施的内容。

7. Defensive Tactics

7.1 Charter and Bylaw Provisions

(1) Supermajority provisions

Following a tender offer, a bidder will often wish to eliminate the remaining shareholders (the second-step transaction). Usually state law requires a shareholder vote to approve the merger. The corporate charter can establish a “shark repellent” provision that require a high supermajority to effect a merger with any “related person”.

(2) “Fair price” amendments

A popular variation on the supermajority provision provides for a similar vote but then waives this supermajority requirement if the bidder pays a defined “fair price” in the second-step transaction. Such a “fair price” can be manipulated so that the second-step price is significantly higher than the tender offer price.

(3) Staggered board provisions

7.2 Poison Pill Plans

7.3 Greenmail

“Greenmail” is the pejorative term for a selective repurchase by the target corporate of a potential bidder’s stock, usually at a premium over the market.

7.4 Restructuring defenses

Restructuring defenses offer the target shareholder cash or securities of greater market value than the cash or securities package offered by the bidder.

Usually follow one of two basic formats: (1) the leveraged buyout (LBO) or (2) a recapitalization

小结：

本章介绍 corporate combinations 的各种策略，以及目标公司可以采取的防御措施，在这过程当中，仍然涉及到 fiduciary duties 的问题。

《国际货物买卖与支付法》教学大纲

莫世健　编写

目　录

前　言 447
Chapter One: Introduction to law of international sales and finance 448
1. An Overview 448
2. Basic Concepts and Terms 448
3. Incoterms 449
4. International trade and finance 450
Chapter Two: Domestic Law and International Sales 451
1. Basic issues 451
2. Introduction to sale of goods law in common law jurisdictions 451
3. Basic terms and concepts 451
4. Conclusion of contract 452
5. Passing of property 452
6. Passing of risks: general principles 453
7. Implied terms that the seller is entitled to sell 454
8. Implied term that goods conform with the contract 454
9. Implied term that goods are merchantable 454
10. Implied term that goods are fit for purpose 454
11. Implied term that goods conform with the sample 454
12. Seller’s remedies 454
13. Buyer’s remedies 454
Chapter Three: CISG and Its Application 455
1. Brief history of the CISG 455
2. Membership of the CISG 455
3. Application of the CISG 455
4. Exceptions affecting CISG application 455
Chapter Four: Formation of Contract under the CISG 457
1. Meaning of offer, art 14 457
2. Differences between offer and invitation to treat 457
3. When does an offer become effective? 457
4. Withdrawal of offer 457
5. Revocable and irrevocable offer 457
6. Rejection of an offer 457
7. Acceptance 457
8. Counter offer 457
9. Late acceptance 457
10. Conclusion of a contract 457
11. Tutorial question 458
Chapter Five: Fundamental Breach 459
1. Understanding Fundamental Breach 459
2. Case study 459

Chapter Six: Seller's Performance 460
1. Seller's Obligations in General 460
2. Making delivery 460
3. Conformity of Goods with Contract 460
4. Case Study 460
5. Tutorial question 461
Chapter Seven: Buyer's Performance 462
1. Buyer's Obligations in General 462
2. An Obligation to Pay 462
3. An Obligation to Take Delivery 462
4. Tutorial Question 462
Chapter Eight: Passing of Risks and Relevant Rules 463
1. Legal issues relating to the passing of risks 463
2. Risks and obligation to pay, art 66; 463
3. Control of title documents and passing of risks, art 67 463
4. Case study 463
5. Special rules for passing of risks in transit, art 68 463
6. Delivery and passing of risks, art 69 463
7. Fundamental breach and passing of risks, art 70 463
Chapter Nine: Remedies and Obligations to Mitigate Losses 464
1. Seller's remedies 464
2. Buyer's remedies 464
3. Tutorial Question 464
4. Mitigation of losses 464
5. Tutorial Question 464
6. Tutorial Question 464
Chapter Ten: Introduction to Financing of International Trade 466
1. Overview: Major means of payment 466
2. Collection and use of bill of exchange 466
3. Legal features of bill of exchange 466
Chapter Eleven: BOE and Relevant Legal Issues 467
1.Common features of BOE across the world, textbook, p 380 467
2.Bill being unconditional in writing, Textbook, p 382, BOE Act, s 8(3) 467
3.Parties to a BOE, textbook, p 382 467
4.Negotiability of BOE, textbook, p 384, BOE Act, ss 13, 36 467
5.Name of drawee, textbook, p 386 467
6. Sight bill, textbook, p 387 467
7. Time bill, textbook, p 387 467
8. Certainty in the sum of payment, textbook, p 388, case on p 381 467
9. Acceptance of BOE, textbook, p 388 467
10. Holder in due course, BOE Act, s 34; 467
11. Consideration and BOE, BOE Act, s 32; 467
12. Effect of dishonor by non-acceptance, BOE Act, s 48 467

13. Effect of dishonor by non-payment, BOE Act, s 52. 467
14. Tutorial Question 467
Chapter Twelve: An Introduction to Documentary credit (or letter of credit) 469
1. Nature of DC 469
2. Contracts being the foundation of DC, textbook, p 398 469
3. Relationship between the DC and BOE, textbook, p 400 469
4. Operation of DC, textbook, p 401 469
5. Major types of DC 469
Chapter Thirteen: LC and UCP 500 470
1. UCP500 and DC 470
2. General rules concerning operation of DC 470
3. Tutorial Question 470
The last two hours are reserved for examination 471
Annex 1: The Text of the CISG 471
Part I. Sphere of application and general provisions 471
CHAPTER I. SPHERE OF APPLICATION 471
CHAPTER II. GENERAL PROVISIONS 472
Part II. Formation of the contract 473
Part III. Sale of goods 475
CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS 475
CHAPTER II. OBLIGATIONS OF THE SELLER 475
CHAPTER III. OBLIGATIONS OF THE BUYER 480
CHAPTER IV. PASSING OF RISK 482
CHAPTER V. PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER 483
Part IV. Final provisions 487
Part V. Final provisions 489
Annex 2: Past Exam Papers 491
Examination Paper for Law on International Sales and Finance 2004 491
Question 1 (50 marks) 491
Question 2 (50 marks) 491
Question 3 (50 marks) 492
Examination Paper for Law on International Sales and Finance 494
Year 2004-5 Semester B 494
Question One 494
Question Two 494
Question Three 495
Examination Paper for Law on International Sales and Finance 496
Year 2005-6 Semester B 496
Question 1 (50 marks) 496
Question 2 (50 marks) 496
Question 3 (50 marks) 497

前　言

本课程为双语课程。英文授课，并使用英文原版教材。在必要时，授课老师将根据需要用中文进行辅助说明。

一、课程性质：选修课，向全校所有具有基本的英文实用水平，且愿意攻读此课程的本科生或其他符合学校设立的选课条件学生开放。

二、预选课程：选修本课前，不需要选择其他预选课程。

三、学习目的：

1．学习掌握国际货物买卖的主要方式和主要法律规则；

2．学习掌握国际货物买卖的主要支付方式和相关法律规则；

3．了解《国际贸易术语》（Incoterms）主要规则；

4．学习掌握《联合国国际货物销售合同公约》主要规则；

5．学习和掌握 UCP500 规定的信用证使用规则；

6．学会用比较方法研究《联合国国际货物销售合同公约》和中国《合同法》相关规则之间的异同；

7．能够用学过的知识解决国际货物买卖和支付实际法律问题；

8．提高国际经济法专业英语的实用能力。

四、教科书：莫世健 《国际商法》（International Commercial Law）,法制出版社和 LexisNexis 联合出版，2004 年, 本提纲简称为 Textbook。

五、课时：共 36 课时，每周 2 个课时。

六、考核方式：100%期末考试，开卷。

Chapter One: Introduction to law of international sales and finance

1. An Overview

This Chapter provides a brief introduction to law of international sales and finance.

The law of international sales and finance is a special part of what is regarded as international commercial law or international economic law, although "international commercial law" and "international economic law" are not the same concept. [1]

In broad terms, the law of international sales and fiancé, as a special subject of study, deals with legal issues arising from international sale of goods, including the issues relating to the payment of contract price. Although payment of contract price is a necessary part of a contract of sale, the law governing payment aspect is different from the law applicable to the contract of sale itself. Therefore, there is a need to study the law on sales contract and law on the payment of contract price separately. This is why this subject is known as "Law of International Sales and Finance".

2. Basic Concepts and Terms

1) Why are the basic issues important?

There are a number of basic and preliminary issues which are crucial for studying the subject of international sales and finance, such as the concept of international sales and finance, the sources of the law governing international sales and finance, and the special features of international sales and finance. These issues are basic and preliminary because one has to understand them well before one can really understands the law of international sales and finance.

2) Concept of law of international sales

- The term "law of international sales" refers to a body of international treaties, domestic law, commercial customs and practices which governs contracts for the international sale of goods.[2]
- In order to understand the concept adequately, it is necessary to point out that "sale" or "sales" refers to sale of goods only. Accordingly, the law on sale or supply of services is excluded from this subject of study.[3]

3) Concept of finance

- The term "finance" is used in a broad sense, referring to the payment aspect of international sales.
- The term "finance" is used because most means of payment involve "financing". That is to say the payment arrangement itself is also a form of financing for the buyer who has an obligation to pay under a contract of sale and a finance provider which may be a bank or a financial institution.

4) Sources of law of international sales and finance

- International treaties, such as the United Nations Convention for the International Sale of Goods, (CISG);[4]

[1] See the Textbook, p 1.

[2] See the Textbook, p 1.

[3] See the Textbook, p 3.

[4] See the Textbook, p 4.

- Domestic laws, such as the Sale of Goods Act in common law jurisdictions, and the Contract Law of China;[5]
- Commercial customs, such as Incoterms, and UCP500.[6]

5) Complexity of the legal issues arising from international sales

- The same issue may be governed by different laws, thus conflict of laws or international private law is always one of essential issues concerning international sales.
- Whether or not a particular convention should apply must be determined according to the rules of the convention concerned.
- There is always a need to balance a formal law, such as a treaty or a domestic law, and a custom, and thus knowing the rules for the operation of customs is essential.

Case study:

***Kay Minge v J W Oak Furniture Imports Ltd and William Heinhuis*, decided 26 February 1998, Supreme Court of British Columbia**

Facts: The plaintiff was an antique collector in Norway. The defendants were from Canada. The parties agreed that in 1996 they entered into a contract for the sale of a 1932 Chrysler Imperial Le Baron Roadster by the defendants to the plaintiff for a price of US$124,800. But the defendants argued that the contract of sale also included the sale of a 1976 John Deere Crawler Loader Tractor Model 450 for a price of US$50,000. The plaintiff, who had paid US$124,800 to the defendants, denied the purchase of the tractor. The plaintiff asked the court to order the defendants to deliver up the car to him pending the trial in pursuance of rule 46 of the court. The defendants contended that such an order would deprive them of their right under the Sale of Goods Act of Canada. Whether the court should enforce rule 46 in the present case was the issue to be determined by the court.

Decision: The court examined the issue and balanced the interests of the parties solely in the context of Canadian law. The court decided that the plaintiff would be entitled to receive the car pending the trial only if he deposited US$37,400 into the court as security, a sum equivalent to about half of the defendants' counter-claim.

3. Incoterms

1) Meaning of incoterms

"Incoterms" is not an English word. It is an abbreviation, probably stands for "international commercial terms". Incoterms refers to a body of uniformed international commercial customs and their standard interpretations, codified by the ICC (International Chamber of Commerce). The particular meanings of Incoternms have evolved through time.[7] It current version is Incoterms 2000, consisting of 13 special trade terms, including EXW, FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, CPT, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU, and DDP.[8]

[5] See the Textbook, p 6.

[6] See the Textbook, p 6.

[7] See the Textbook, p 9.

[8] See the Textbook, p 11.

2) EXW

EXW means that goods are delivered at the seller's premises. It is a term under which the seller undertakes narrowest liability.[9]

3) FOB

FOB stands for "free on board". It is one of the common terms used by traders.[10]

4) CIF

CIF stands for "cost, insurance and freight". It is the other most common term in international sale of goods.[11]

5) The relationship between Incoterms and international trade

- Incoterms are not compulsory in the sense that they do not have the force of a treaty or a domestic law.
- Can an incoterm be modified to suit the needs of the buyer and the seller?

4. International trade and finance

1) Finance is a necessary part of trade.

2) Major forms of finance.

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 1-36.

[9] See the Textbook, pp 12-14.

[10] See the Textbook, pp 19-20.

[11] See the Textbook, pp 22-24.

Chapter Two: Domestic Law and International Sales

1. Basic issues

1) Domestic law is relevant to international sale;
2) Domestic law must be understood in a particular context;
3) Domestic law is the basis for a comparative study of the CISG

2. Introduction to sale of goods law in common law jurisdictions

The sale of goods law in common law jurisdictions are largely similar. They are all based on the same model of the Sale of Goods Act 1893 in the United Kingdom. The sale of goods law forms a special branch of law in common law jurisdictions in the sense that although contract law is largely case-law based in common law jurisdictions, the sale of good which is a type of contract is statute-based. Since the major principles of the sale of goods law are uniformed in common law jurisdictions, we can use the sale of goods law in one of the common law jurisdictions as an example for the purpose of study.

3. Basic terms and concepts

Basic concepts are crucial for studying law. When we study the sale of goods law, the following basic concepts must be understood adequately:
(Section 5 of the Sale of Goods Act 1923 （NSW)）

5 Definitions

(1) In this Act, unless the context or subject-matter otherwise requires:

Action includes set-off and cross action pleaded by way of set-off.

Buyer means a person who buys or agrees to buy goods.

Contract of sale includes an agreement to sell as well as a sale.

Court means the court, judge, arbitrator, or person before whom a legal proceeding is held or taken.

Delivery means voluntary transfer of possession from one person to another.

Document of title to goods includes any bill of lading, dock warrant, warehouse-keepers' certificate, and warrant or order for the delivery of goods, and any other document used in the ordinary course of business as proof of the possession or control of goods, or authorising or purporting to authorise either by endorsement or delivery, the possessor of the document to transfer or receive goods thereby represented.

Fault means wrongful act or default.

Future goods means goods to be manufactured or acquired by the seller after the making of the contract of sale.

Goods include all chattels personal other than things in action and money. The term includes emblements and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale.

Plaintiff includes defendant counter-claiming or pleading a set-off or cross-action by way of set-off.

Property means the general property in goods and not merely a special property.
Quality of goods includes the state or condition.
Sale includes a bargain and sale as well as a sale and delivery.
Seller means a person who sells or agrees to sell goods.
Sheriff includes any officer charged with enforcement of a writ of execution.
Specific goods means goods identified and agreed upon at the time a contract of sale is made.
Suit includes set-off and counter-claim.
Warranty means an agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated.

(2) A thing is deemed to be done **in good faith** within the meaning of this Act when it is in fact done honestly, whether it be done negligently or not.

(3) A person is deemed to be insolvent within the meaning of this Act who either has ceased to pay his or her debts in the ordinary course of business or cannot pay his or her debts as they become due, whether the person has committed an act of bankruptcy or not.

(4) Goods are in a **deliverable state** within the meaning of this Act when they are in such a state that the buyer would under the contract be bound to take delivery of them.

When studying these terms and concepts, there is always a need to refer back to what we have learnt in Chinese law to ascertain the similarities and differences, if any, between the common law and Chinese law.

4. Conclusion of contract

1) Forms of contract: oral or written
2) Necessity and capacity: contract made by young children or mentally retard persons

5. Passing of property

1) Meaning: one of the major purposes of sale is to pass the property (title or ownership) from the seller to the buyer, “passing of property” as a terms refers to the rules concerning how and when the property is to be passed from the seller to the buyer.

2) Case study:

***Dennant v Skinner and Collom* [1948] 2 KB 164**

Facts: The seller sold a car at an auction to the buyer, who signed a document to the effect that the title to the car was not to pass until full payment was made. The buyer gave a false name and address, as well as a bad cheque, which was subsequently dishonoured. He later sold the car to an innocent third party. The seller sought to recover the car from the third party.

Decision: The court held that in this case both property and risk passed to the buyer at the fall of the hammer at the auction sale. This means that the property had passed to the buyer when the

parties signed the document in question. In addition, it can be argued that the original seller's right in this case might have been defeated by the innocent third party's right.

3) General principles

- Passing as agreed;
- Passing with delivery;
- SGA (NSW), s 23

23 Rules for ascertaining intention

Unless a different intention appears, the following are rules for ascertaining the intention of the parties as to the time at which the property in the goods is to pass to the buyer.

Rule 1. Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state, the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed.

Rule 2. Where there is a contract for the sale of specific goods, and the seller is bound to do something to the goods for the purpose of putting them in a deliverable state, the property does not pass until such thing be done and the buyer has notice thereof.

Rule 3. Where there is a contract for the sale of specific goods in a deliverable state, but the seller is bound to weigh measure test or do some other act or thing with reference to the goods for the purpose of ascertaining the price, the property does not pass until such act or thing be done and the buyer has notice thereof.

Rule 4. Where goods are delivered to the buyer on approval or on "sale or return" or other similar terms, the property therein passes to the buyer:

(a) when the buyer signifies approval or acceptance to the seller, or does any other Act adopting the transaction,

(b) if the buyer does not signify approval or acceptance to the seller, but retains the goods without giving notice of rejection, then if a time has been fixed for the return of the goods, on the expiration of such time, and if no time has been fixed, on the expiration of a reasonable time. What is a reasonable time is a question of fact.

Rule 5. (1) Where there is a contract for the sale of unascertained or future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract either by the seller with the assent of the buyer or by the buyer with the assent of the seller, the property in the goods thereupon passes to the buyer. Such assent may be express or implied, and may be given either before or after the appropriation is made. (2) Where in pursuance of the contract the seller delivers the goods to the buyer or to a carrier or other bailee (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to the buyer and does not reserve the right of disposal, the seller is deemed to have unconditionally appropriated the goods to the contract.

6. Passing of risks: general principles

1) Risk and property prima facie pass together

2) The party which caused delay in delivery is liable for loss incurred

7. Implied terms that the seller is entitled to sell

1) Owner
2) Authorized person

8. Implied term that goods conform with the contract

9. Implied term that goods are merchantable

10. Implied term that goods are fit for purpose

11. Implied term that goods conform with the sample

12. Seller’s remedies

1) Right to withhold delivery
2) Right to stop goods in transitu
3) Right to sue for unpaid price
4) Right to claim damages

13. Buyer’s remedies

1) Termination of contract
2) Claim damages

Estimated teaching hours: 3 hours.
Reading: the Textbook, pp 40-76.

Chapter Three: CISG and Its Application

1. Brief history of the CISG

2. Membership of the CISG

3. Application of the CISG

1) Article 1 of the CISG states as follows:

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Case study:
A Hong Kong company and a US company signed a number of agreements to set up a Disney Fun Park in Hong Kong. One of the agreements states that the US company was responsible for providing all equipment, technologies, designs, as well as the installation of the equipment and the Hong Kong company was responsible for providing land. The agreement chose the CISG as the governing law. After the installation of the equipment, the Hong Kong company suspected that one of the entertainment machines had infringed its IP. Comment on the case.

2) Analysis of the requirements in Article 1

- Requirement One: parties have places of business in different countries
- The CISG is applicable according to two alternative conditions:
  - Two countries are CISG members; or
  - As determined by the governing rules of private international law.

4. Exceptions affecting CISG application

1) Exception CISG, arts 2-6
2) based on nature of transaction
3) Exception based on nature of legal issue
4) Exception based on art 6 (modification of art 6)

- CISG art 6
- CISG art 12
- Express exclusion or implicit exclusion

Tutorial Question:

Chartered Motor (HK) Co Ltd sold two motor bikes to Nexo Company under a contract concluded in Macau. The contract stipulates that the buyer pays 50% of the purchase price in deposit and pays the remaining 50% of the price 180 days after the delivery of the bikes in Shenzhen to the buyer. The bikes were delivered on 10 January 1998. On 20 January 1998, a Mr Chang who was riding at the back of one of the motor bikes was killed in a traffic accident in Shenzhen due to a defect in the brake system of the bike. Nexo Company refuses to pay the balance of the purchase price and demands compensation from Chartered Motor for Mr Chang's death.

Discuss the following issues:

1) It turns out that Nexo Company is a Macau registered company, does the Vienna Sales Convention apply?
2) Nexo Company is registered in Solomon Islands, and has business operations in Japan, Hong Kong, Macau and Shenzhen. If its principal place of business is situated in Shenzhen, does the Vienna Sales Convention apply?
3) Nexo Company turns out to be sole proprietorship registered under the Chinese law. Mr Chang is the owner of Nexo. The bikes were bought for family use. Does the Convention apply?
4) Also in the same scenario set out in the preceding paragraph, Mr Chang bought the bike for his business and he dies on a business trip. Does the Convention apply?
5) If 10 days after the accident, Nexo Company was contacted by Shenzhen police informing the company that the undamaged motor bike is stolen property and asking the company to hand the bike to the local police which would send it back to Hong Kong. Does Nexo Company have any remedy under the Convention?

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 77-86.

Chapter Four: Formation of Contract under the CISG

1. Meaning of offer, art 14

2. Differences between offer and invitation to treat

> Example: A Chinese company went to US for an industrial fair. There was a sign for the sale of a new machine, stating "US$150 per unit FOB, sale by sample, offer valid for the duration of the fair only". It filled an order form to buy two units. Later it received an email message stating that there was no more machine at that price for sale. Comment on the case.

3. When does an offer become effective?

1) Art 15 of the CISG, see Annex 1.
2) Art 24 of the CISG, see the Annex 1

4. Withdrawal of offer

1) Art 15 of the CISG, see Annex 1;
2) Example: an offer made in electronic form, can art 15 be applied, any problem?

5. Revocable and irrevocable offer

1) Art 16 of the CISG, see Annex 1;
2) Art 20 of the CISG, see Annex 1.

6. Rejection of an offer

1) Art 17 of the CISG, see Annex 1;
2) What if an acceptance reaches the offeror before the rejection

7. Acceptance

1) Art 18 of the CISG, see Annex 1;
2) Art 22 of the CISG, see Annex 1;
3) *Oberlandesgericht Koln* 29 U 202/93 (see textbook at 91-2).

8. Counter offer

Art 19 of the CISG, see Annex 1.

9. Late acceptance

Art 21 of the CISG, see Annex 1.

10. Conclusion of a contract

Art 23 of the CISG, see Annex 1.

11. Tutorial question

E-Asia, a company registered in Singapore, carries out its businesses widely over internet. At the request of Woolcorp company, E-Asia placed an advertisement on its homepage on 1 April 2001, stating as follows:

50,000 bales of New Zealand wool for sale, excellent quality, certificate of origin available, US$50 per bale FOB Singapore or best offer, the seller retains the right to change the price without prior notice.

On 4 April 2001, E-Asia sent a message, which was the same as the aforesaid one except for the price which had been raised to US$60 per bale FOB Singapore, via email to E-HK, a Hong Kong registered company, which had purchased New Zealand lamb from E-Asia on numerous occasions before. The same email message was also sent to E-SZ, a Shenzhen based company, which had just been introduced to E-Asia by E-HK. In fact, E-HK sent a fax to E-Asia at 6 pm on 3 April 2001, advising E-Asia that a vessel would be ready to take delivery of 30,000 bales of New Zealand wool sold at US$50 per bale FOB terms at the Singapore Port on 5 April 2001, and that an irrevocable letter of credit in E-Asia's favour had been issued on 3 April 2001. E-Asia's staff did not read the fax message until they dispatched the electronic message offering to sell the New Zealand wool at the price of US$60 per bale on 4 April 2001. E-SZ received the email message on 4 April 2001 and sent an email message to E-Asia immediately, ordering 50,000 bales of New Zealand wool at US$60 CIF Shenzhen. On 6 April 2001, Woolcorp advised E-Asia that it did not want to sell any New Zealand wool because of an unexpected outburst of foot and mouth disease in New Zealand.

Comment on the legal issues arising from the case.

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 87-96.

Chapter Five: Fundamental Breach

1. Understanding Fundamental Breach

1) meaning of 'detriment';
2) reasonable expectation, including economic loss;
3) foreseeability;
4) reasonable person test;
5) Fundamental breach of partial contract

2. Case study

Bundesgerichtshof, VIII ZR 51/95, decided on 3 April 1996, the Dutch seller and the German buyer agreed in their contract that the goods of cobalt sulphate should be of British origin and be accompanied by certificates of origin and quality. The buyer avoided the contract on the ground that the cobalt sulphate was made in South Africa and that the certificate was wrong. The buyer also alleged that the quality of the goods was inferior to what was agreed upon in the contract. The German court did not pay much attention to the terms of the contract. Instead, it examined the buyer's right to avoid the contract under art 49(1), and concluded that the buyer was not entitled to avoid the contract under art 49(1) because the alleged breaches were not fundamental under art 25.

The court took the view that the buyer had not established the substantial deprival of any right by the delivery of cobalt sulphate of South African origin. In addition, the court held that the delivery of the wrong certificate might be remedied by the seller, by delivering the correct one. The court's interpretation of fundamental breach in this case was rather narrow because, if the buyer's allegations were true, the seller had obviously breached art 35(2)(b) (requiring the supply of particular goods to be fit for a specific purpose). In addition, the court's understanding of the defect in the certificate was dubious, in the sense that the contract meant to require the seller to provide a certificate to prove the British origin of the cobalt sulphate.

Estimated teaching hours: 1 hour.
Reading: the Textbook, pp 96-101.

Chapter Six: Seller's Performance

1. Seller's Obligations in General

Seller's obligations are set out in Chapter II of the CISG, which consists of Arts 30-44. Under a contract of sale, the seller has a general obligation to provide the goods conforming to the contract and to make delivery in the form, time and place as agreed.

2. Making delivery

1) Meaning of delivery:

- Physical or constructive;
- Place;
- Time;
- Appropriation of goods;
- Notice of consignment;
- Delivery of documents

2) Rules for Delivery, arts 30-4

- Art 30: general obligations'
- Art 31: first carrier, place goods at buyer's disposal at a particular place, place goods at buyer's disposal at the seller's place of business;
- Art 32: identification of goods, obligations carriage and insurance;
- Art 33: time for delivery;
- Art 34: delivery of documents.

3. Conformity of Goods with Contract

1) Art 35: conformity with contract; fit for general purpose; fit for specific purpose; same as sample; packaging;
2) Art 36: latent defect and guarantee period;
3) Art 37: Self-cure b/e date of delivery;
4) Art 38: examination of goods;
5) Art 39: notice and 2 year limitation period;
6) Art 40: restriction on seller's to rely on limitation;
7) Art 41-43: third party IP claims;
8) Art 44: buyer's right to reduce price.

4. Case Study

Sumner Permain & Co v Webb & Co [1922] 1 KB 55, the tonic water was saleable but for the contravention to an Argentine law which, unknown to both the seller and the buyer, prohibited the use of a substance in the tonic water, the goods were found to have been merchantable under the contract description.

5. Tutorial question

Pacific Trading Co Ltd is an Australian company. It sold 10,000 cubic meters of plywood to Wangda Development Co Ltd of China in June 1997 at US$390 per cubic meter. The contract of sale contained, inter alia, the following terms:

1) The goods must be delivered CIF Shanghai between 10 and 30 August 1997.

2) If the seller is unable to deliver the goods according to the contract, the buyer will be compensated for any replacement goods it purchased.

3) The contract is subject to the law of PRC.

By 30 August 1997, Pacific Trading delivered 5,000 cubic meters of plywood. According to the inspection report of the CCIB, 30 per cent of the plywood delivered did not satisfy the national standard of China. The market price of plywood is now about US$395 per cubic meter.

Advise Wangda of the issues of international trade law arising from the above facts.

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 102-127.

Chapter Seven: Buyer's Performance

1. Buyer's Obligations in General

The buyer's obligations are set out in Chapter III of the CISG, which consists of Arts 45-52. Broadly, the buyer's major obligations are to pay the price of the contract as agreed and to take delivery as agreed.

2. An Obligation to Pay

- Art 54, wide scope of payment obligation;
- Art 55, implied term on price;
- Art 56, net weight for determining price;
- Art 57, place of payment;
- Art 58, payment and controlling of title documents
- Art 59, performance of payment obligation is governed by contract and the CISG only.

3. An Obligation to Take Delivery

Art 60

4. Tutorial Question

Meta Co Ltd is a Chinese registered company invested by Hong Kong and Chinese interests. Unitrade is a US registered company controlled by Japanese interests. Meta and Unitrade made a contract in Hong Kong in May 1999. Under the contract, Meta agreed to sell Unitrade 3,000 metric tonnes of ferrosilicon at the price of US$480 per metric tonne.

In June 1999, the market price of ferrosilicon went up. Meta sent a fax to Unitrade to raise the price of the goods to US$510 per metric tonne. Unitrade called Meta to ask Meta to drop the price to US$500 per metric tonne. Unitrade opened a L/C on 20 July. Meta delivered 2,000 tonnes of ferrosilicon on 25 July CIF Hong Kong after Meta having received consent from Unitrade. The vessel carrying the goods arrived at Hong Kong on the same day. On 12 August, Unitrade informed Meta by fax that about 10 per cent of the ferrosilicon were defective. Meta replied that due to a further rise in the market price, the goods which meet the requirement of Unitrade would cost about US$540 per metric tonne.

Advise the parties on their remedies under the CISG.

Estimated teaching hours: 2 hours.

Reading: the Textbook, pp 127-133.

Chapter Eight: Passing of Risks and Relevant Rules

1. Legal issues relating to the passing of risks

1) Who bears the loss?
2) How and when the risk passes
3) Standing to sue

2. Risks and obligation to pay, art 66;

3. Control of title documents and passing of risks, art 67

4. Case study

Bedial, SA v Paul Muggenburg and Co GmbH, decided on 31 October 1995, textbook, p 164

In this case, the cargo of dried mushrooms had deteriorated during the carriage to Buenos Aires. The court applied art 67 and decided that the risk in the cargo had passed to the buyer when the cargo was delivered to the first carrier. While the court's finding that the risk had passed to the buyer was correct, its finding that the risk had passed under art 67 was questionable, because the C & F term has provisions to deal with the passing of risk: on this particular point, the court incorrectly held that the C & F term does not affect the passing of risk. In addition, the court's view was questionable because art 67 is meant to operate only when there is no specific term concerning delivery and passing of risk between the parties.

5. Special rules for passing of risks in transit, art 68

6. Delivery and passing of risks, art 69

7. Fundamental breach and passing of risks, art 70

Estimated teaching hours: 2 hours.
Reading: the Textbook, pp 163-167.

Chapter Nine: Remedies and Obligations to Mitigate Losses

1. Seller's remedies

Arts 28, 62-65, art 74-78

2. Buyer's remedies

Arts 28, 45-52, 74-78

3. Tutorial Question

A US seller sold to a Chinese company an automatic toll collecting system to be used in highway toll collection. Six months after the installation of the system, the Chinese company found that the computer system was inherently vulnerable for hackers who have broken into the system and made their own magnetic passes for sale. The company has lost a lot of money on this, although the actual loss is yet to be evaluated if ever possible. The warranty period was 20 months and the defect in the computer system was vital and inherent in the design of the system. The system was specially designed for the highway and the equipment and wires will be damaged if uninstalled.

Comment on the remedies available.

4. Mitigation of losses

Arts 85, 86, 87.

5. Tutorial Question

A Chinese seller sold a container of Shangdong garlic to a Hungary buyer, who refused to take delivery because he was unhappy about the quality. The seller believed that the quality confirmed to the contractual description, and ordered his agent to place the container in a warehouse pending the settlement of the dispute. Six months later, all garlic went bad and the storage cost amounted to US50,000, which was more than the contract value of the garlic.

Comments?

6. Tutorial Question

Startrading is a Chinese company which sold 4,000 metric tonnes of hot rolled steel sheets in coil to Noxan Imports, an US company. The agreed price was US$370 per metric tonne and the total contract price was US$1,480,000 to be paid in an irrevocable and transferable L/C upon the presentation of the shipping documents. The goods were to be delivered CIF Acapulco Gross, Mexico. The contract agreed, inter alia, as follows:

1) The buyer should inspect the goods immediately upon their arrival at the agreed port and inform the seller of any defects in them in writing within 30 days after receipt of the goods.

2) The buyer should provide a certificate of quality issued by the local office of CCIB to prove the quality of the goods when making a claim.

3) The parties should resolve their dispute within 30 days after the notice of defective quality issued by the buyer.

4) In case of an unsettled dispute, the claimant must take the dispute to the HKIAC within 6 months after the receipt of the goods.

The goods arrived at Acapulco Gross on 1 March 1997. On 15 March 1997, IFB Company which is the end-user of the goods called Startrading and stated that about 23% of the steel sheets had visible cracks and rust on them. Since there is no CCIB office at Acapulco Gross, IFB obtained a certificate of quality issued by a local inspection firm which, however, controlled by IFB and Noxan jointly. On 4 April 1997, Noxan faxed the copy of the inspection report and requested to return the goods to Startrading, which agreed to pay for the return freight CIF Shenzhen under the condition that if the CCIB in Shenzhen finds the steel sheets to be defective upon their return.

On 10 May 1997, Noxan's agent in Hong Kong notified Startrading that the returned goods were available for collection in Hong Kong. There was no response from Startrading. After obtaining consent from Noxan, the agent put the goods in a warehouse. The cost for storage is US$50,000 per month. In January 1998, Noxan commenced arbitration in Hong Kong against Startrading.

Comments on the legal issues involved. What would be the positions of the parties under the CISG?

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 133-162, 169-171.

Chapter Ten: Introduction to Financing of International Trade

1. Overview: Major means of payment

1) Cash in advance，textbook, p 359, 371
2) Open account， textbook, p 369, 371
3) Collection, textbook, p 360
4) Documentary credit， textbook, p 369

2. Collection and use of bill of exchange

1) Parties to a collection process;
2) Collection and reduction of risks.

3. Legal features of bill of exchange

1) Definition:

A bill of exchange is an unconditional order in writing, addressed by one person to another, signed by the person giving it, requiring the person to whom it is addressed to pay on demand, or at a fixed or determinable future time, a sum certain in money to or to the order of a specified person, or to bearer.
The definition is largely the same across jurisdictions with English law tradition

- unconditional order;
- Drawer;
- Drawee;
- Sum certain;
- Time of payment;
- Payee (person receiving payment)
- Negotiability;
- Holder in due course;
- Importance of acceptance;
- Separation of bill of exchange and contract of sale

2) Sample

TO: Highway Company
8 Harbour View Street,
Central, Hong Kong

Pay XXX (or bearer) at sight (or 30 days after sight) a sum of HK$ Sixty Thousand

Signed by WWW
For Street Company
10 Qingpu Rd, Changning, Shanghai

Estimated teaching hours: 2 hours
Reading: the Textbook, pp 358-383.

Chapter Eleven: BOE and Relevant Legal Issues

1.Common features of BOE across the world, textbook, p 380

2.Bill being unconditional in writing, Textbook, p 382, BOE Act, s 8(3)

3.Parties to a BOE, textbook, p 382

4.Negotiability of BOE, textbook, p 384, BOE Act, ss 13, 36

5.Name of drawee, textbook, p 386

6. Sight bill, textbook, p 387

7. Time bill, textbook, p 387

8. Certainty in the sum of payment, textbook, p 388, case on p 381

9. Acceptance of BOE, textbook, p 388

- In writing, BOE Act, s 22;
- Effect;
- General and qualified acceptance, BOE Act, s 24
- Personal liability, BOE Act, s 28;
- Forged and unauthorized signature, BOE Act, s 29
- Agent's signature, BOE Act, s 30;
- Exemption of signer's liability, BOE Act, s 31

10. Holder in due course, BOE Act, s 34;

11. Consideration and BOE, BOE Act, s 32;

12. Effect of dishonor by non-acceptance, BOE Act, s 48

13. Effect of dishonor by non-payment, BOE Act, s 52.

14. Tutorial Question

City Accounting is a company registered in Shanghai, Mainland China. It provided accounting and investment services to Wall Company of Hong Kong. The two companies agreed that the services should be paid by a bill of exchange (BOE) drawn against Wall Company. In May 2001, City Accounting authorised Huangpu Bank of Shanghai to collect the payment from Wall Company. Huangpu Bank authorised Delta Bank of Hong Kong to present the following BOE to Wall Company:

TO: Wall Company
8 Harbour View Street,
Central, Hong Kong

Pay to account of City Accounting or Huangpu Bank or the President of Banana Republic the sum of Hong Kong dollars Five Hundred Thousand only.

SIGNED BY Li Ding for
City Accounting
10 Qingpu Rd, Changning
Shanghai

On 20 May 2001, Delta Bank requested Wall Company to make payment immediately to it. Wall Company wishes to find some reason to delay the payment.

Comment on the legal issues arising from this scenario.

Estimated teaching hours: 3 hours.
Reading: the Textbook, pp 380-397..

Chapter Twelve: An Introduction to Documentary credit (or letter of credit)

1. Nature of DC

1) Definitions, textbook, p 397
2) Definition in UCP 500, textbook, p 397

2. Contracts being the foundation of DC, textbook, p 398

3. Relationship between the DC and BOE, textbook, p 400

4. Operation of DC, textbook, p 401

5. Major types of DC

1) Irrevocable and irrevocable DC; textbook, pp 402-3
2) Confirmed and unconfirmed DC; textbook, pp 404-5
3) Transferable DC; textbook, p 408, case
4) Standby DC; textbook, p 405
5) Revolving credit, textbook, p 406
6) Packing credit, textbook, p 406
7) Red clause credit, textbook, p 407
8) Back-to-back credit, textbook, p 407
9) Irrevocable straight credit, textbook, p 403
10) Irrevocable negotiation credit, textbook, 404
11) Payment at sight credit, textbook, p 409
12) Deferred payment credit, textbook, p 409
13) Acceptance credit, textbook, p 409
14) Negotiation credit, textbook, p 409

Estimated teaching hours: 3 hours.
Reading: the Textbook, pp 397-410.

Chapter Thirteen: LC and UCP 500

1. UCP500 and DC

1）What is UCP 500?

2) How does UCP 500 operate?

- As term of contract;
- As prevailing commercial custom

2. General rules concerning operation of DC

1) Independence of DC operation;
2) Importance of contractual obligations, eg, issuing bank, notify bank, negotiation bank, confirming bank, etc;
3) Privity of DC, textbook, p 413
4) Liability between banks, textbook, p 415
5) Bank's obligations to examine documents;
6) Conformity of the documents with DC description;
7) Strict compliance principle; textbook, p 418
8) Seven-day rule against bank'
9) Fraud in DC transactions. Textbook, p 421-5.

3. Tutorial Question

City Bank is the issuing bank of an irrevocable credit governed by UCP 500. Kora Bank is the confirming bank. The seller sold the drafts at discount to the Nepan Bank. When the Nepan Bank presented the drafts to the City Bank for payment, the City Bank discovered a number of discrepancies between the drafts and terms of the credit. The City Bank sent the drafts to the buyer for verification. One month later, the buyer instructed the City Bank to reject the drafts because he was not happy about the quality of the goods. The Nepan Bank returned the drafts to the seller.

Please advise the seller.

Estimated teaching hours: 3 hours.

Reading: the Textbook, pp 410-425.

The last two hours are reserved for examination
Annex 1: The Text of the CISG

UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1980)

PREAMBLE

The States Parties to this Convention,

Bearing in mind the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order,

Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,

Have agreed as follows:

Part I. Sphere of application and general provisions

CHAPTER I. SPHERE OF APPLICATION

Article 1

(1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.

(2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

(3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2

This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

(b) by auction;

(c) on execution or otherwise by authority of law;

(d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;

(f) of electricity.

Article 3

(1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary

for such manufacture or production.

(2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

CHAPTER II. GENERAL PROVISIONS

Article 7

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 8

(1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding of a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

Article 9

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

Article 10

For the purposes of this Convention:

(a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

(b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 11

A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

Article 12

Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.

Article 13

For the purposes of this Convention "writing" includes telegram and telex

Part II. Formation of the contract

Article 14

(1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.

Article 15

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

Article 16

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked:

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

Article 17

An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror.

Article 18

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act is performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.

Article 19

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counteroffer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

(3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

Article 20

(1) A period of time of acceptance fixed by the offeror in a telegram or a letter begins to run from the moment the telegram is handed in for dispatch or from the date shown on the letter or, if no such date is shown, from the date shown on the envelope. A period of time for acceptance fixed by the offeror by telephone, telex or other means of instantaneous communication, begins to run from the moment that the offer reaches the offeree.

(2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.

Article 21

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.

(2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.

Article 22

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

Article 23

A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.

Article 24

For the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention "reaches" the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence

Part III. Sale of goods

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

Article 26

A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

Article 27

Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.

Article 28

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

Article 29

(1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.

(2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

CHAPTER II. OBLIGATIONS OF THE SELLER

Article 30

The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

Section I. Delivery of the goods and handing over of documents

Article 31

If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver

consists:

(a) if the contract of sale involves carriage of the goods--in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;

(b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract relates to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a particular place--in placing the goods at the buyer's disposal at that place;

(c) in other cases--in placing the goods at the buyer's disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract.

Article 32

(1) If the seller, in accordance with the contract or this Convention, hands the goods over to a carrier and if the goods are not dearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.

(2) If the seller is bound to arrange for carriage of the goods, he must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.

(3) If the seller is not bound to effect insurance in respect of the carriage of the goods, he must, at the buyer's request, provide him with all available information necessary to enable him to effect such insurance.

Article 33

The seller must deliver the goods:

(a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;

(b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or

(c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

Article 34

If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. If the seller has handed over documents before that time, he may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, if the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Section II. Conformity of the goods and third party claims

Article 35

(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;

(c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;

(d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner,

in a manner adequate to preserve and protect the goods.

(3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Article 36

(1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.

(2) The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.

Article 37

If the seller has delivered goods before the date for delivery, he may, up to that date, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Article 38

(1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.

(2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.

(3) If the goods are redirected in transit or redispatched by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispatch, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.

Article 39

(1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.

(2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time-limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

Article 40

The seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.

Article 41

The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on

industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

Article 42

(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:

(a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or

(b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:

(a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or

(b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

Article 43

(1) The buyer loses the right to rely on the provisions of article 41 or article 42 if he does not give notice to the seller specifying the nature of the right or claim of the third party within a reasonable time after he has become aware or ought to have become aware of the right or claim.

(2) The seller is not entitled to rely on the provisions of the preceding paragraph if he knew of the right or claim of the third party and the nature of it.

Article 44

Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of article 39 and paragraph (1) of article 43, the buyer may reduce the price in accordance with article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.

Section III. Remedies for breach of contract by the seller

Article 45

(1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:

(a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.

Article 46

(1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

(2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

(3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the

lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

Article 47

(1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.

(2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 48

(1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

(2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller.

(3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision.

(4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this article is not effective unless received by the buyer.

Article 49

(1) The buyer may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.

(2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;

(b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:

(i) after he knew or ought to have known of the breach;

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or

(iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performances.

Article 50

If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price.

Article 51

(1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.

(2) The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.

Article 52

(1) If the seller delivers the goods before the date fixed, the buyer may take delivery or refuse to take delivery.

(2) If the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for in the contract, the buyer may take delivery or refuse to take delivery of the excess quantity. If the buyer takes delivery of all or part of the excess quantity, he must pay for it at the contract rate.

CHAPTER III. OBLIGATIONS OF THE BUYER

Article 53

The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.

Section I. Payment of the price

Article 54

The buyer's obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be required under the contract or any laws and regulations to enable payment to be made.

Article 55

Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

Article 56

If the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is to be determined by the net weight.

Article 57

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller:

(a) at the seller's place of business; or

(b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place.

(2) The seller must bear any increase in the expenses incidental to payment which is caused by a

change in his place of business subsequent to the conclusion of the contract.

Article 58

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.

(2) If the contract involves carriage of the goods, the seller may dispatch the goods on terms whereby the goods, or documents controlling their disposition, will not be handed over to the buyer except against payment of the price.

(3) The buyer is not bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods, unless the procedures for delivery or payment agreed upon by the parties are inconsistent with his having such an opportunity.

Article 59

The buyer must pay the price on the date fixed by or determinable from the contract and this Convention without the need for any request or compliance with any formality on the part of the seller.

Section II. Taking delivery

Article 60

The buyer's obligation to take delivery consists:

(a) in doing all the acts which could reasonably be expected of him in order to enable the seller to make delivery; and

(b) in taking over the goods.

Section III. Remedies for breach of contract by the buyer

Article 61

(1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:

(a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;

(b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

(2) The seller is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.

(3) No period of grace may be granted to the buyer by a court or arbitral tribunal when the seller resorts to a remedy for breach of contract.

Article 62

The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

Article 63

(1) The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations.

(2) Unless the seller has received notice from the buyer that he will not perform within the period so fixed, the seller may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the seller is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 64

(1) The seller may declare the contract avoided:

(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

(b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed;

(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:

(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or

(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:

(i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or

(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

Article 65

(1) If under the contract the buyer is to specify the form, measurement or other features of the goods and he fails to make such specification either on the date agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may, without prejudice to any other rights he may have, make the specification himself in accordance with the requirements of the buyer that may be known to him.

(2) If the seller makes the specification himself, he must inform the buyer of the details thereof and must fix a reasonable time within which the buyer may make a different specification. If, after receipt of such a communication, the buyer fails to do so within the time so fixed, the specification made by the seller is binding.

CHAPTER IV. PASSING OF RISK

Article 66

Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

Article 67

(1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.

(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

Article 68

The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage.

Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

Article 69

(1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.

(2) However, if the buyer is bound to take over the goods at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place.

(3) If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.

Article 70

If the seller has committed a fundamental breach of contract, articles 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach.

CHAPTER V. PROVISIONS COMMON TO THE OBLIGATIONS OF THE SELLER AND OF THE BUYER

Section I. Anticipatory breach and instalment contracts

Article 71

(1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability of perform or in his creditworthiness; or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Article 72

(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

Article 73

(1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract

with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

(2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future installments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.

(3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.

Section II. Damages

Article 74

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

Article 75

If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

Article 76

(1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

(2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

Article 77

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

Section III. Interest

Article 78

If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.

Section IV. Exemption

Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such nonreceipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

Article 80

A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.

Section V. Effects of avoidance

Article 81

(1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.

(2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

Article 82

(1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.

(2) The preceding paragraph does not apply:

(a) if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;

(b) the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or

(c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

Article 83

A buyer who has lost the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods in accordance with article 82 retains all other remedies under the contract and this Convention.

Article 84

(1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.

(2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:

(a) if he must make restitution of the goods or part of them; or

(b) if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

Section VI. Preservation of the goods

Article 85

If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

Article 86

(1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller.

(2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.

Article 87

A party who is bound to take steps to preserve the goods may deposit them in a warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Article 88

(1) A party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 may sell them by any appropriate means if there has been an unreasonable delay by the other party in taking possession of the goods or in taking them back or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party.

(2) If the goods are subject to rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, a party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 must take reasonable measures to sell them. To the extent possible he must give notice to the other party of his intention to sell.

(3) A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to

the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them. He must account to the other party for the balance.

Part IV. Final provisions

Article 89

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary for this Convention.

Article 90

This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties, to such agreement.

Article 91

(1) This Convention is open for signature at the concluding meeting of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods and will remain open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York until 30 September 1981.

(2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.

(3) This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.

(4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 92

(1) A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part II of this Convention or that it will not be bound by Part III of this Convention.

(2) A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph in respect of Part II or Part III of this Convention is not to be considered a Contracting State within paragraph (1) of article 1 of this Convention in respect of matters governed by the Part to which the declaration applies.

Article 93

(1) If a Contracting State has two or more territorial units in which, according to its constitution, different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.

(2) These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.

(3) If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.

(4) If a Contracting State makes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 94

(1) Two or more Contracting States which have the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.

(2) A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States.

(3) If a State which is the object of a declaration under the preceding paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph (1), provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 95

Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1) (b) of article 1 of this Convention.

Article 96

A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

Article 97

(1) Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.

(2) Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and be formally notified to the depositary.

(3) A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under article 94 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.

(4) Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

(5) A withdrawal of a declaration made under article 94 renders inoperative, as from the date on which the withdrawal takes effect, any reciprocal declaration made by another State under that article.

Part V. Final provisions

Article 98

No reservations are permitted except those expressly authorized in this Convention.

Article 99

(1) This Convention enters into force, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, including an instrument which contains a declaration made under article 92.

(2) When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect of that State, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

(3) A State which ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to either or both the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Sales Convention) shall at the same time denounce, as the case may be, either or both the 1964 Hague Sales Convention and the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(4) A State party to the 1964 Hague Sales Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part II of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Sales Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(5) A State party to the 1964 Hague Formation Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part III of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.

(6) For the purpose of this article, ratifications, acceptances, approvals and accessions in respect of this Convention by States parties to the 1964 Hague Formation Convention or to the 1964 Hague Sales Convention shall not be effective until such denunciations as may be required on the part of those States in respect of the latter two Conventions have themselves become effective. The depositary of this Convention shall consult with the Government of the Netherlands, as the depositary of the 1964 Conventions, so as to ensure necessary co-ordination in this respect.

Article 100

(1) This Convention applies to the formation of a contract only when the proposal for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1) (a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1) (b) of article 1.

(2) This Convention applies only to contracts concluded on or after the date when the Convention

enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

Article 101

(1) A Contracting State may denounce this Convention, or Part II or Part III of the Convention, by a formal notification in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

DONE at Vienna, this day of eleventh day of April, one thousand nine hundred and eighty, in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Convention.

Annex 2: Past Exam Papers

Examination Paper for Law on International Sales and Finance 2004

Instructions:

1. This is an open book examination. Students may use any books, materials or notes during examination.
2. This examination paper consists of three questions. **Students may answer any two questions**.
3. Each question is worth 50 marks. Students may answer the questions in either Chinese or English.

Answer Two Questions Only

Question 1 (50 marks)

E-Asia, a company registered in Singapore, carries out its businesses widely over internet. In March 2003, it placed an advertisement in the following terms:

> 50,000 bales of New Zealand wool for sale, excellent quality, US$50 per bale FOB Singapore or best offer, the seller retains the right to change the price without prior notice**.**

E-HK, a company registered in Hong Kong, sent a fax to E-Asia in Singapore on 15 March 2003, advising E-Asia that a vessel would be ready to take delivery of 30,000 bales of New Zealand wool sold at US$50 per bale FOB terms at the Singapore Port on 20 March 2003. E-HK and E-Asia have been business partners since 1993.

The representative office of E-Asia in Beijing dispatched an email message to E-SZ, a company registered in Beijing, on 17 March 2003 offering to sell the New Zealand wool at the price of US$60 per bale FOB Singapore. E-SZ sent an email message to E-Asia on 18 March 2003 agreeing to buy 50,000 bales of New Zealand wool at US$60 per bale FOB Singapore. On 20 March 2003, E-SZ advised the representative office of E-Asia that it did not want to buy any New Zealand wool because of an unexpected outburst of foot and mouth disease in New Zealand.

China and Singapore are members of the CISG. Discuss the relevant legal issues arising from the operation of the CISG.

Question 2 (50 marks)

Startrading is a Chinese company which sold 4,000 metric tonnes of hot rolled steel sheets in coil to Noxan Imports, an US company. The agreed price was US$370 per metric tonne and the total

contract price was US$1,480,000. The goods were to be delivered CIF Acapulco Gross, Mexico. The contract agreed, inter alia, as follows:

1. The buyer should inspect the goods immediately upon their arrival at the agreed port and inform the seller of any defects in them in writing within 30 days after receipt of the goods.
2. The buyer should provide a certificate of quality issued by the local office of CCIB to prove the quality of the goods when making a claim.
3. If the seller is unable to deliver the goods according to the contract, the buyer will be compensated for any replacement goods it purchased.
4. The contract is subject to the law of PRC.

The goods arrived at Acapulco Gross on 1 March 2003. On 15 March 2003, IFB Company which is the end-user of the goods called Startrading and stated that about 23% of the steel sheets had visible cracks and rust on them. Since there is no CCIB office at Acapulco Gross, IFB obtained a certificate of quality issued by a local inspection firm which is, however, controlled by IFB and Noxan jointly. Noxan faxed the copy of the inspection report and requested to return the goods to Startrading, which agreed to pay for the return freight to Shenzhen under the condition that if the CCIB in Shenzhen finds the steel sheets to be defective upon their return.

On 10 May 2003, Noxan's agent in Hong Kong notified Startrading that the returned goods were available for collection in Hong Kong. There was no response from Startrading. After obtaining consent from Noxan, the agent put the goods in a warehouse. The cost for storage is US$50,000 per month. The market price of the steel sheets is now about US$350 per metric tonnes.

China and US are members of the CISG. Discuss legal issues arising from this case.

Question 3 (50 marks)

Bino Company of Hong Kong sold 10,000 tonnes of maize to Agri-Co of India in June 2001. The contract of sale required Agri-Co to open an irrevocable letter in favour of Bino before 10 July 2001. On 12 July 2001, Indy Bank of Hong Kong advised Bino that an irrevocable LC in Bino's favour was available. The LC was issued by Indy Bank of India. The LC contained, inter alia, the following terms:

- The beneficiary should draw a draft against Indy Bank of India as drawee;
- The beneficiary must present a certificate of origin to prove the place of production.

On 12 August 2001, Bino presented a bill of exchange (BOE) and a certificate of origin proving that the maize came from Jilin Province of China to Indy Bank of Hong Kong to negotiate the payment under the LC. The BOE was drawn against Agri-Co. Indy Bank of Hong Kong refused to accept the documents for negotiation. On 14 August 2001, Bino presented the draft drawn against Indy Bank of India and other documents for negotiation. On 24 August 2001, the Indy Bank of Hong Kong informed Bino that the LC had been withdrawn because the vessel carrying the goods of maize was destroyed by a

fire on her way to India. In addition, Indy Bank of Hong Kong argued that the certificate of origin did not meet the description of the LC either.

Comment on the legal issues concerning the use of BOE and LC arising from these facts.

Examination Paper for Law on International Sales and Finance

Year 2004-5 Semester B

Instructions:

1. This is an open book examination. Students may use any books, materials or notes during examination.
2. This examination paper consists of three questions. **Students may answer any two questions**.
3. Each question is worth 50 marks. Students may answer the questions in either Chinese or English.

Answer Two Questions Only

Question One

Meta Co Ltd is a Chinese registered company invested by Hong Kong and Chinese interests. Unitrade is a US registered company controlled by Japanese interests. Meta and Unitrade made a contract in Hong Kong in May 2003. Under the contract, Meta agreed to sell to Unitrade 3,000 metric tonnes of ferrosilicon at the price of US$480 per metric tonne. In June 2003, the market price of ferrosilicon went up. Meta sent a fax to Unitrade to raise the price of the goods to US$510 per metric tonne. Unitrade called Meta to ask Meta to drop the price to US$500 per metric tonne. Meta delivered 2,000 tonnes of ferrosilicon on 25 July CIF Hong Kong after Meta having received consent from Unitrade. The vessel carrying the goods arrived at Hong Kong on the same day. On 25 October 2003, Unitrade informed Meta by fax that about 10 per cent of the ferrosilicon were defective, and asked Meta to deliver not only the substitute goods, but also another 1,000 tonnes of ferrosilicon which was said to be the remaining part of the contract of sale. Meta replied that it was too late to raise the issue of nonconformity and that it was not obliged to deliver any more goods to Unitrade. On 25 October 2003, the market price of ferrosilicon was US$540 per tons.

Comment on legal issues arising from these facts.

Question Two

A US seller sold to a Chinese company an automatic toll collecting system to be used in highway toll collection. Six months after the installation of the system, the Chinese company found that the computer system was inherently vulnerable for hackers who have broken into the system and made their own magnetic passes for sale. The company had lost a lot of money on this, although the actual loss is yet to be evaluated if ever possible. After discovery of the defect, the parties agreed that the US seller

would refund 30% of the contract price to the buyer, who would then repair and improve the system itself. After two more months, the Chinese company was informed by a Japanese company that the system it used violated IP right of the Japanese company. The warranty period for the system under the contract of sale was 20 months. The system often breaks down during operation because the Chinese company is simply unable to fix it itself.

The Chinese company comes to you for legal advice.

Question Three

Wong & Wong is a law firm registered in Shanghai, Mainland China. It provided legal services to the Highway Company of Hong Kong. Both parties agreed that the services should be paid by a bill of exchange (BOE) drawn against the Highway Company. In May 2002, Wong & Wong drew the following BOE:

TO: Highway Company
8 Harbour View Street,
Central, Hong Kong

Pay only to the A/C of Wong & Wong or its Managing Partner a sum of Hong Kong dollars Sixty Thousand plus interest at the rate of 6% per annum on the sum if the bill is not paid on time.

SIGNED BY Wong Ming
(Managing Partner)
For Wong & Wong
10 Qingpu Rd, Changning
Shanghai

On 20 May 2002, Wong Ming of Wong & Wong endorsed the BOE to his girlfriend in Hong Kong. On 25 May 2002, a partner of Wong & Wong reported to the Highway Company that the aforesaid BOE was missing and asked the Highway Company to refuse to honor it if presented. On 30 May 2002, a woman presented the aforesaid BOE to Highway company for acceptance.

Advise Highway company.

Examination Paper for Law on International Sales and Finance

Year 2005-6 Semester B

Instructions:

1. This is an open book examination. Students may use any books, materials or notes during examination.
2. This examination paper consists of three questions. **Students may answer any two questions**.
3. Each question is worth 50 marks. Students may answer the questions in either Chinese or English.

Answer Two Questions Only

Question 1 (50 marks)

Lepo Company Ltd is an Australian company. Star Company Ltd is a Chinese company. Lepo sent an offer via email to sell steel products to Star in January 2006. Star responded to the offer via a fax stating that "offer accepted, and see our confirmation form for details". After one month, Lepo still had not heard from Star. The Beijing representative office of Lepo called Star asking about the confirmation form. Star sent the confirmation form to the representative office in March 2006. The confirmation form states inter alia that "if we do not hear from you within next 7 days, the confirmation form is deemed to have been accepted by you". The representative office discovered that the unit price in the form is 15% lower than the offer and passed the form to Lepo for advice. Ten days have passed before Lepo called Star stating that the confirmation form is not acceptable. Star claims the existence of a contract based on the confirmation form.

Comment on the positions of the parties under the CISG and relevant domestic law.

Question 2 (50 marks)

Seamerchant is a Chinese company located in Guangzhou. In January 2005, it sold 5,000 kilograms of mixed preserved fruits and 5,000 tins of canned fish in CIF terms to an Australian company. The preserved fruits were packed in small plastic bags, which were placed in brown carton boxes. The canned fish were packed in yellow carton boxes. Seamerchant engaged the services of Nimerchant to carry the cargoes to Sydney, Australia, in March 2005. Two clean bills of lading were issued by Nimerchant after its vessel had loaded the cargoes at the Yantian Port of China. On arrival at Sydney, the Australian company discovered that a quantity of preserved fruits was contaminated by oil leaking from a number of boxes containing the canned fish. The following facts were later agreed by the parties:

- The boxes containing two types of cargoes were stored next to each other in the same hold.

- Many plastic bags containing preserved fruits were not waterproof, even though the boxes containing the preserved fruits appeared to be in good condition.
- The boxes containing the canned fish appeared to be in good condition when they were delivered to the carrier. A number of boxes containing the canned fish were broken due to rough conditions of sea voyage and the pressure of other boxes placed on top of them. However, it was agreed that these cans ought to have been made to endure sea carriage.
- About 1,000 kilograms of preserved fruits were contaminated; and about 200 cans of fish were broken and damaged.
- The bill of lading chooses the Hague-Visby Rules as the governing law.

Comment on the case.

Question 3 (50 marks)

MW is a Hong Kong company, which sold 5,000 refrigerators to SAT of the UK. The contract of sale stipulated that an irrevocable and transferable documentary credit (DC) should be issued in MW's favour before 20 October 2004. On 10 October 2004, Nasa Bank of UK issued a DC in MW's favour. On 20 October 2004, NBB Bank in Hong Kong advised MW of the availability of the DC, which, inter alia, contained the following terms:

- The DC is assignable at the request of the beneficiary;
- The beneficiary must present a draft which is payable 30 days after sight and drawn against SAT; and
- The DC is available for negotiation at any bank in Hong Kong.

At the request of MW, the credit was later confirmed by the NBB Bank. On 5 November 2004, MW presented the DC to Water Bank for negotiation. The draft presented by MW was drawn against Water Bank and contained the words "payable 30 days D/A sight". Water Bank accepted the documents against an indemnity provided by MW and passed them on 9 November 2004 to the Nasa Bank for reimbursement.

Also on 5 November 2004, MW requested NBB Bank to transfer Aus$200,000 to Wandong Company in Macao. NBB Bank advised MW that it would seek instructions from the issuing bank about the request to transfer money.

The vessel carrying the refrigerators was hijacked by pirates on its way to UK. SAT instructed Nasa to withhold the payment under the DC. On 12 November 2004, Nasa refused to reimburse Water Bank on the ground, inter alia, that Water Bank was not authorized to negotiate the credit and that the draft was invalid under Hong Kong law. On 14 November 2004, NBB Bank advised MW that the request for transferring some of the money was refused.

Suppose the Bills of Exchange Ordinance of Hong Kong, which is largely similar to the Bills of Exchange Act 1909 (Cth), applies, comment on the case.

《国际民事诉讼与国际商事仲裁》
教学大纲

杜新丽　编写

目　录

第一章　国际民事诉讼程序概述 506
第一节　国际民事诉讼程序的概念 506
一、国际民事诉讼程序与国际民事诉讼法 506
二、国际民事诉讼法与国内民事诉讼法的关系 506
三、国际民事法与国际私法的关系 506
第二节　国际民事诉讼法的渊源 506
一、国内立法 506
二、国际条约 507
第三节　国际民事诉讼法的基本原则 507
复习与思考题 507
拓展阅读书目 507
第二章　外国人的民事诉讼地位 508
第一节　国民待遇制度 508
一、概念 508
二、中国关于外国人民事诉讼地位的制度 508
第二节　诉讼费用担保制度 508
一、概念 508
二、诉讼费用担保的国际立法与实践 508
三、中国关于诉讼费用担保制度 508
第三节　诉讼代理制度 508
一、国际民事诉讼中的律师代理 508
二、国际民事诉讼中的领事代理 508
三、中国关于诉讼代理的立法与实践 509
复习与思考题 509
拓展阅读书目 509
第三章　国家及其财产豁免制度 510
第一节　概　述 510
一、国家及其财产豁免的含义 510
二、国家及其财产豁免制度的内容 510
三、豁免的理论与实践 510
第二节　豁免制度的新发展 510
一、关于豁免的国际公约 510
二、发展中的新问题 510
第三节　中国在国家及其财产豁免问题上的司法实践及立场 510
一、中国的司法实践 510
二、中国的立场 511
复习与思考题 511
拓展阅读书目 511
第四章　国际民事诉讼管辖权 512
第一节　国际民事诉讼管辖权概述 512

一、国际民事诉讼管辖权的概念 512
二、国际民事诉讼管辖权之特征 512
三、管辖权确立的一般原则 512
第二节　国际民事管辖权的确立依据 512
一、属人管辖原则 512
二、属地管辖原则 512
三、专属管辖原则 512
四、平行管辖原则 513
五、协议管辖原则 513
第三节　管辖权冲突及其解决 513
一、管辖权冲突 513
二、管辖权冲突的解决 513
三、解决管辖权冲突的一般原则 513
第四节　中国国际民事诉讼管辖权制度 514
一、中国关于管辖权的法律渊源 514
二、我国关于确定国际民事诉讼管辖权的规则 514
三、特殊案件的管辖 514
四、我国的司法实践 514
第五节　海牙《协议选择法院公约》 514
复习与思考题 514
拓展阅读书目 515
第五章　司法协助 516
第一节　概　述 516
一、司法协助的概念 516
二、司法协助的依据 516
三、司法协助的基本原则 516
第二节　司法协助的机关 516
一、中央机关（Central Authority） 516
二、主管机关 516
三、我国的司法协助机关 516
第三节　司法协助的法律适用与公共秩序 517
一、司法协助中的法律适用 517
二、司法协助中的公共秩序保留制度 517
第四节　区际司法协助 517
一、区际司法协助的概念与特征 517
二、区际司法协助的法律性质 517
三、区际司法协助的模式 517
四、中国的区际司法协助 517
复习思考题 517
拓展阅读书目 518
第六章　域外送达 519
第一节　概　述 519
一、域外送达的概念 519

二、域外送达的意义 519
第二节　域外送达的途径 519
一、直接送达 519
二、间接送达（中央机关送达） 519
第三节　1965 年海牙《送达公约》 520
一、1965 年海牙《送达公约》的适用范围 520
二、公约规定的中央机关途径 520
三、公约规定的其他辅助或可选择的途径 520
四、公约对被告的保护制度 520
第四节　中国的域外送达制度 520
一、中国关于域外送达的法律规则 520
二、中国的域外送达途径 520
复习思考题 521
拓展阅读书目 521
第七章　域外取证 522
第一节　域外取证的概念和内容 522
一、域外调查取证的概念 522
二、域外取证的内容 522
第二节　域外取证的方式 522
一、直接方式 522
二、间接途径 522
第三节　域外取证公约 523
一、1970 年海牙《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的制定背景 523
二、公约的结构和主要内容 523
三、嘱托书方式 523
四、领事和特派员取证制度 523
第四节　中国的域外取证制度 523
一、我国域外取证的主要依据 523
二、我国域外调查取证的立法和实践 523
三、涉港澳台的域外取证 523
复习思考题 524
拓展阅读书目 524
第八章　法院判决的承认与执行 525
第一节　概　述 525
一、国家间判决承认与执行的概念、范围及意义 525
二、国家间判决承认与执行的理论基础 525
三、承认和执行外国法院判决的法律依据 525
第二节　承认与执行外国法院判决的条件 525
一、原判决国法院对案件具有管辖权 525
二、判决已生效，具有执行力。 525
三、有关判决必须合法取得 525
四、有关判决是终局的。 525
五、有关判决不能违反承认国的公共秩序。 525

六、原判决国法院使用了适当的准据法 525
第三节　承认与执行外国法院判决的程序 526
一、承认与执行请求的提出 526
二、对外国判决的审查 526
三、承认与执行的具体程序 526
第四节　我国关于承认执行裁决的制度 526
复习思考题 526
拓展阅读书目 526
第九章　国际商事仲裁概述 527
第一节　国际商事仲裁概述 527
一、国际商事仲裁的概念 527
二、国际商事仲裁的类型 527
第二节　国际商事仲裁机构 527
一、全球性国际常设仲裁机构 527
二、国家仲裁机构 527
三、中国国际仲裁机构 527
第三节　国际商事仲裁的新发展 528
一、仲裁范围的不断扩大 528
二、法律适用方面的新发展 528
三、承认执行日趋国际化 528
复习思考题 528
拓展阅读书目 528
第十章　国际商事仲裁协议 529
第一节　概　述 529
一、仲裁协议的概念 529
二、仲裁协议的内容 529
三、仲裁协议的性质 529
第二节　仲裁协议的形式 529
一、仲裁协议的形式要件 529
二、仲裁协议对未签字人的延伸效力 529
第三节　仲裁协议的有效要件及其认定 530
一、仲裁协议的有效要件 530
二、仲裁协议效力的认定机构 530
三、自裁管辖权原则 530
四、认定仲裁协议有效性所适用的法律 530
第四节　仲裁协议的法律效力 530
第五节　仲裁协议的法律适用 530
第六节　仲裁条款的独立性原则 530
一、仲裁条款独立性原则的含义 530
二、独立性原则存在的原因 530
三、独立性原则的立法与实践 531
复习思考题 531
拓展阅读书目 531

第十一章　仲裁程序及其法律适用 532
第一节　仲裁申请与受理 532
一、仲裁申请 532
二、仲裁的受理 532
第二节　仲裁庭的组成 532
第三节　仲裁审理 532
一、仲裁审理的方式及程序 532
二、审核证据和询问证人 532
三、保全措施 532
四、仲裁中的调解 532
第四节　仲裁裁决 533
一、仲裁裁决的含义和种类 533
二、裁决的期限 533
三、裁决的原则 533
四、仲裁裁决的效力 533
第五节　仲裁程序法的适用 533
一、仲裁地法的适用 533
二、意思自治原则 533
三、非当地化理论 533
复习思考题 533
拓展阅读书目 534
第十二章　国际商事仲裁的司法监督 535
第一节　概　述 535
一、含义 535
二、司法监督的必要性 535
三、司法监督的内容 535
第二节　对仲裁协议的司法监督 535
第三节　仲裁程序中的司法监督 535
第四节　国际商事仲裁裁决的撤销制度 535
第五节　中国关于仲裁司法监督的立法与实践 536
复习思考题 536
拓展阅读书目 536
第十三章　仲裁裁决的承认与执行 537
第一节　定义与标准 537
一、仲裁裁决 537
二、承认与执行的含义 537
三、外国仲裁裁决的确定标准 537
第二节　承认与执行仲裁裁决的条件及其程序 537
一、需由被申请执行人提起，法院予以审查的情形 537
二、法院主动审查的情形 537
三、承认与执行外国仲裁裁决的程序 537
第三节　1958 年《纽约公约》 538
一、公约的背景及其意义 538

二、公约第 5 条关于排除执行的事项 538
三、“放弃异议条款” 538
四、公约中的公共秩序保留制度 538
五、《纽约公约》的特点 538
第四节　国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行 538
一、涉外仲裁裁决在中国内地的承认与执行 538
二、外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行 538
复习思考题 539
拓展阅读书目 539

第一章　国际民事诉讼程序概述

本章学习目的与基本要求：本章是国际民事诉讼的基本问题，学习目的在于，概括性地区分国际民事诉讼程序和国内程序的区别，在国际私法中的地位以及与国际私法的不同之处和关联。了解国际民事诉讼法的体系及其原则，掌握我国关于国际民事诉讼程序的立法和相应制度。

课时分配：2 课时。

第一节　国际民事诉讼程序的概念

一、国际民事诉讼程序与国际民事诉讼法

（一）国际民事诉讼程序

国际民事诉讼程序是指一国法院在审理涉外民事案件时，法院和一切诉讼参与人所必须遵守的专门程序。

（二）国际民事诉讼法

国际民事诉讼法主要调整以下问题：国际民事诉讼管辖权；外国人在内国的民事诉讼地位；国际民事司法协助；外国法院判决和仲裁裁决的承认和执行。

二、国际民事诉讼法与国内民事诉讼法的关系

（一）两者的关系

是特别法和普通法之间的关系。在国际民事诉讼中，首先适用国际民事诉讼程序法的规定，国际民事诉讼法没有规定的，适用国内民事诉讼法的一般规定。

（二）两者的不同

1．调整对象不同

2．法律渊源不同

3．涉及的具体内容不同。国际民事诉讼法主要调整国内民事诉讼法不涉及的特殊问题。

三、国际民事法与国际私法的关系

（一）两者的关系

（二）两者的不同

1．调整对象。国际民事诉讼法以国际民事诉讼关系为调整对象，对诉讼当事人提供司法保护。

2．调整方法和规范不同

3．性质不同。

第二节　国际民事诉讼法的渊源

一、国内立法

（一）立法模式

（二）我国的立法

二、国际条约

中国参加的主要条约有：1965 年海牙《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》；1970 年海牙《民商事案件国外调取证据公约》；1958 年《承认和执行外国仲裁裁决公约》。签署 2005 年《协议选择法院公约》。

第三节　国际民事诉讼法的基本原则

一、国家主权原则
二、国民待遇原则
三、平等互惠原则
四、遵守国际条约原则

复习与思考题

1．我国关于国际民事诉讼程序的法律制度是怎样的？
2．国际民事诉讼程序法与国际私法的关系如何？

拓展阅读书目

1．李浩培著：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版；
2．李双元、谢石松著：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 2001 年版；
3．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；
4．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版。

第二章　外国人的民事诉讼地位

本章学习目的和基本要求：本章讨论的外国人的民事诉讼地位，主要是指我国自然人和法人的民事诉讼地位，而不涉及外国国家和国际组织的民事诉讼地位。通过本章的学习，重点掌握诉讼程序中的国民待遇，诉讼代理以及诉讼费用担保制度。尤其要认真学习中国的相关制度，并且通过案例的讲解，学会在实践中的运用。

课时分配：3 课时。

第一节　国民待遇制度

一、概念

在国际民事诉讼中，国民待遇制度是指一国赋予本国境内的外国人在民事诉讼地位方面享有与本国国民同等的待遇。包含两方面内容：一是外国人的诉讼权利不会因为是外国人而受到限制；二是其享有的诉讼权利不能超出内国国民所能享受的权利范围。

二、中国关于外国人民事诉讼地位的制度

《民事诉讼法》第 5 条，我国参加以及签订的国际条约中的规定。

第二节　诉讼费用担保制度

一、概念

该制度是指当外国人作为原告在内国法院起诉时，应被告的请求或者依内国法院的规定，法院责令其提供一定的财物作为审理案件所用费用的担保。

二、诉讼费用担保的国际立法与实践

三、中国关于诉讼费用担保制度

（一）1989 年《人民法院诉讼收费办法》。

（二）通过缔结双边条约，互免诉讼费用担保。

第三节　诉讼代理制度

一、国际民事诉讼中的律师代理

普遍做法是必须聘请法院地国的律师作诉讼代理人，外国律师不能作诉讼代理人。

二、国际民事诉讼中的领事代理

（一）领事代理的定义及限制

领事代理是指一个国家的领事可以依据国际条约和驻在国法律规定，在其职务范围内代表本国国民参加民事诉讼。

（二）领事代理的特点

1．以私人身份进行，领事对此种代理行为不享有领事特权。

2．有了委托代理，领事代理即应终止。

三、中国关于诉讼代理的立法与实践

《民事诉讼法》第 241、242 条的规定；最高人民法院《关于适用<民事诉讼法>若干问题的意见》第 308 条的规定。

复习与思考题

1．什么是领事代理？领事代理与委托代理的区别是什么？

2．什么是诉讼费用担保制度？

3．为什么在诉讼程序中要给外国人以国民待遇？

拓展阅读书目

1．李浩培著：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版；

2．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；

3．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版。

第三章　国家及其财产豁免制度

本章学习目的与基本要求：国家及其财产豁免是当代国际法中的一个重大理论和实践问题。其重点和难点在于国家及其财产豁免制度的内容，对限制豁免理论的客观评价，我国关于豁免的理论和实践。2005 年签署的豁免公约代表了国际社会豁免制度的发展，其内容特点是学习中必须予以把握的。

课时分配：3 课时。

第一节　概　述

一、国家及其财产豁免的含义

国家及其财产豁免是指在国际交往中，一个国家及其财产未经其同意，免受其他国家的管辖与执行措施的权利。

二、国家及其财产豁免制度的内容

（一）司法管辖豁免
（二）诉讼程序豁免
（三）强制执行豁免

三、豁免的理论与实践

（一）绝对豁免论
（二）限制豁免论
（三）废除豁免论

第二节　豁免制度的新发展

一、关于豁免的国际公约

（一）2005 年签署的联合国《国家及其财产的管辖豁免公约》
（二）1972 年《欧洲国家豁免公约》

二、发展中的新问题

（一）国家商业行为的判断标准
（二）国家与国有企业的关系
（三）关于强制措施的国家豁免

第三节　中国在国家及其财产豁免问题上的司法实践及立场

一、中国的司法实践

“湖广铁路债券案”，“光华寮案”。

二、中国的立场

在国家及其财产豁免问题上，中国始终坚持国家及其财产享有豁免这一公认的国际法原则。目前中国尚无关于国家及其财产豁免的专门立法。我国的立场是：1．理论上坚持豁免原则，反对限制豁免和废除豁免论；2．在国际交往中，国家本身或者以国家名义从事的一切活动享有豁免；3．国有企业不享有豁免；4．赞成通过国际条约解决各国在豁免问题上的争议。

复习与思考题

1．国家及其财产豁免制度的主要内容有哪些？它们之间的关系是怎样的？
2．我国关于国家及其财产豁免制度的立场如何？
3．联合国豁免公约对我国有哪些影响？
4．联合国豁免公约的特点？从公约内容分析豁免制度的发展趋势。

拓展阅读书目

1．李双元、谢石松著：《国际民事诉讼法概论》，武汉大学出版社 2001 年版；
2．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；
3．龚刃韧著：《国家豁免问题研究》，北京大学出版社 2005 年版。
4．黄进编：《国际私法：案例与资料》，法律出版社 2004 年版。

第四章　国际民事诉讼管辖权

本章学习目的及基本要求：国际民事诉讼管辖权是指一国法院以国际条约和国内法为依据受理国际民商事案件并行使审判权的资格或权限。国际民事诉讼管辖权的确定原则，管辖权冲突的解决，我国关于管辖权的确定及其司法实践中的问题是本章学习的重点和难点。

课时分配：3 课时

第一节　国际民事诉讼管辖权概述

一、国际民事诉讼管辖权的概念

国际民事诉讼管辖权是指一国法院以国际条约和国内法为依据受理国际民商事案件并行使审判权的资格或权限。其在调整国际民商事法律关系中的意义在于：（1）管辖权是法院受理涉外民事案件的前提。（2）管辖权的确定直接关系到法律适用问题，影响到案件的审理结果。

二、国际民事诉讼管辖权之特征

1．是基于国家主权派生出来的权力

2．是司法管辖权，行使权力的主体是法院。

三、管辖权确立的一般原则

（一）尊重国家主权原则

该原则包含两方面内容：一是尊重内国的国家主权，二是尊重外国的国家主权。

（二）平等互惠协调原则

（三）便利诉讼原则

便利诉讼原则包括便利当事人诉讼原则和便利法院诉讼原则。

（四）意思自治原则

各国在确定管辖权时，普遍承认协议管辖制度。

（五）公正解决争议原则

第二节　国际民事管辖权的确立依据

一、属人管辖原则

也称国籍管辖原则，即以国际民商事争议当事人的国籍作为确定管辖权的标志和依据。

二、属地管辖原则

（一）以住所、居所、临时所在地为标志确定管辖权，即“原告就被告”原则。

（二）以物之所在地为标志确定管辖权。

（三）以诉讼原因发生地为标志确定管辖权。

（四）最低限度接触（minimum contracts）

三、专属管辖原则

四、平行管辖原则

又称重叠管辖，对一个涉外民事案件两个或两个以上国家的法院都有管辖权。平行管辖权取决于原告的选择。原告选择的法院对案件有管辖权。

五、协议管辖原则

当事人根据“意思自治”原则，达成协议将争议交某一国法院审理。

第三节　管辖权冲突及其解决

一、管辖权冲突

（一）一事两诉或平行诉讼

管辖权积极冲突的表现主要是一事两诉或平行诉讼。一事两诉表现为两种类型：1．重复诉讼（相同原告诉讼）；2．对抗诉讼（相反当事人诉讼）。

（二）诉讼无门

管辖权消极冲突的表现形式就是诉讼无门。

二、管辖权冲突的解决

（一）管辖权积极冲突的解决

解决的途径主要是通过缔结条约防止管辖冲突的发生，通过国内立法解决管辖冲突。具体的原则和方法包括：1．承认当事人的协议管辖；2．采用一事不再理原则；3．采用不方便法院原则。

（二）管辖权消极冲突的解决

管辖权消极冲突是指与涉外民事案件有关的国家都不主张行使管辖权，从而使当事人的权利得不到任何国家的司法救济。解决途径包括通过国内立法，赋予法院一定的自由裁量权，使法院可例外的受理一般情况下别国都不受理的案件。

三、解决管辖权冲突的一般原则

（一）承认当事人协议管辖原则

承认当事人协议选择管辖法院，就意味着排斥与案件有关联的其他国家法院的管辖权。此原则体现了当事人的意思自治，能有效解决管辖权的冲突，是各国积极肯定的原则。

（二）有效原则

有效原则也称有利于判决的承认执行原则，是指各国在确定国际民事诉讼管辖权时，应确保其法院判决能够被执行或被他国承认和执行。该原则强调国际民事诉讼管辖权的结果有效性。

（三）采用一事不再理原则

一事不再理原则也称一事一诉原则，其核心是要求法官对别国法院诉讼在先的同一争议或别国法院审结的同一争议不予受理。

（四）便利原则与不方便法院原则

1．便利原则

该原则主要针对消极冲突而采用，适用的前提是没有国家主张对某一案件行使管辖权。

2．不方便法院原则（Doctrine of Forum Non Convenience）

是指对某一案件具有管辖权的法院，从便利出发，如果认为管辖此案件不方便，另一国具有管辖权的法院更方便，则拒绝行使管辖权的制度。

第四节　中国国际民事诉讼管辖权制度

一、中国关于管辖权的法律渊源

（一）中国缔结和参加的国际条约

（二）中国的国内立法

二、我国关于确定国际民事诉讼管辖权的规则

（一）属地管辖原则

1．原告就被告原则

2．以财产所在地确定管辖权

3．以行为地为联系因素确定管辖权。关于合同和其他财产权益纠纷,下列因素在中国，均可管辖：合同订立地、履行地；标的物的所在地；可供扣押财产的所在地；侵权行为地；办事机构所在地。原告就被告原则的例外：就在境外当事人提起的身份之诉，由原告住所地法院管辖。

（二）专属管辖

关于不动产纠纷，由不动产所在地法院管辖；因港口作业中发生的纠纷由港口所在地法院管辖；继承纠纷由被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地法院管辖；在中国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同纠纷由中国法院管辖。

（三）协议管辖

涉外合同或涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议方式选择与争议有实际联系的地点的法律管辖。

（四）集中管辖

省会中院；高院；某些特区法院。最高法院指定的其他法院。

三、特殊案件的管辖

（一）海事诉讼管辖

依照《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》的规定，发生在中国领域的海事、海商案件由我国海事法院专门管辖。

（二）网络案件管辖

四、我国的司法实践

第五节　海牙《协议选择法院公约》

一、起草该《公约》的背景

二、公约的主要内容

三、公约的主要争议点及其中国的态度

四、公约的签署对中国的影响

复习与思考题

1．什么是“一事不再理”原则？如何理解其中的“一事”?

2．管辖权的确定对法律适用有什么影响？

3．请用列表或绘图的方式说明我国管辖权的确定原则，并说明原则之间的协调关系。
4．你如何理解“不方便法院原则”？请分析其使用中的利与弊。

拓展阅读书目

1．李浩培著：《国际民事程序法概论》，法律出版社 1996 年版；
2．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版。
3．刘力著：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版；
4．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版；

第五章　司法协助

本章学习目的与基本要求：司法协助有广义狭义之说，主要包含域外送达、域外取证及其判决和裁决的跨国界承认与执行。本章的学习目的在于宏观把握司法协助的理论基础、当前的发展、司法协助的机关、司法协助的法律适用等基本知识，为具体问题的研讨和进一步深入打下基础。

课时分配：2 课时。

第一节　概　述

一、司法协助的概念

（一）司法协助的定义

司法协助是指根据国际条约或互惠原则，一国法院接受另一国法院的请求，代为履行某些诉讼行为的制度。狭义的司法协助包括送达诉讼文书、代为询问当事人或证人和域外取证。广义司法协助除狭义司法协助之外，还包括法院判决跨国界的承认与执行。

（二）司法协助的发展

二、司法协助的依据

（一）存在司法协助条约

（二）存在互惠关系

三、司法协助的基本原则

国家主权原则和平等互利原则。

第二节　司法协助的机关

一、中央机关（Central Authority）

中央机关是指一国根据缔结或者参加的国际条约和国内法的规定建立的在司法协助中起联系或转递作用的机关。该机关由 1965 年海牙《送达公约》所创立。

二、主管机关

主管机关是指一国有权向外国提出司法协助请求并有权执行外国司法协助请求的机关，是司法协助的具体执行机关。

三、我国的司法协助机关

（一）我国对中央机关的指定

1．指定司法部为中央机关

2．同时指定司法部和最高人民法院为中央机关

3．同时指定司法部和最高人民检察院为中央机关

（二）我国对主管机关的指定

直接指定司法机关为主管机关，或者不完全列举，由国内法根据具体情况作出确定。

第三节　司法协助的法律适用与公共秩序

一、司法协助中的法律适用

（一）适用被请求国法律
（二）特殊情况下请求国法律的适用

二、司法协助中的公共秩序保留制度

（一）特殊含义

在司法协助中，公共秩序保留制度的特殊含义在于，如果请求国提出的司法协助事项与被请求国的公共秩序相抵触，被请求国有权拒绝提供司法协助，从而终止司法协助程序。

（二）作用

在司法协助中，公共秩序保留制度的法律后果是消极性地“程序终止”，不同于冲突法中的积极的“排除效应”，但基本功能也是保护被请求国的不可减损的利益。

第四节　区际司法协助

一、区际司法协助的概念与特征

（一）区际司法协助的概念和适应性

关于区际司法协助的适应性，主要探讨两个问题：一是区际司法协助与国家主权；二是区际司法协助与国家的结构形式。

（二）区际司法协助的特征

二、区际司法协助的法律性质

区际司法协助既非行政行为，也非诉讼行为，而是一种司法行为。

三、区际司法协助的模式

（一）澳大利亚模式
（二）英国模式
（三）美国模式

四、中国的区际司法协助

（一）中国区际司法协助的特点
（二）中国区际司法协助应遵循的原则
（三）中国区际司法协助的进展

复习思考题

1．在司法协助中应当如何运用公共秩序保留制度？

2．中国的区际司法协助与国际司法协助有什么不同？需要单独建立中国的区际司法协助制度吗？

3．请设计中国区际司法协助的模式。

拓展阅读书目

1．徐宏著：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版；
2．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
3．《域外送达制度研究-诉讼与仲裁论丛》，何其生著，北京大学出版社，2006 年版。

第六章　域外送达

本章学习目的与基本要求：域外送达是在跨国诉讼和仲裁中经常遇到的实际问题，需要各国之间的协作和帮助，从而形成了独立的法律制度。在国际民事司法协助中，主要研究送达的途径、条件、原则及其适用的法律。本章要求熟练掌握域外送达的途径，1965 年海牙送达公约的内容及其与我国的关系，我国对外的送达及其外国对我国的送达应遵守的规则。并且能够结合实际案例分析送达在民事诉讼中作用及其影响。

课时分配：3 课时。

第一节　概　述

一、域外送达的概念

（一）域外送达的含义

域外送达是指在国际民事诉讼中，请求国依据其参加的国际条约或其本国法律规定的方式，将司法文书和司法外文书交由居住在被请求国的诉讼当事人或诉讼参与人的制度。

（二）域外送达的性质

二、域外送达的意义

第二节　域外送达的途径

一、直接送达

直接送达是指由内国法院根据内国法律和国际条约的有关规定通过一定方式直接送达。

（一）外交代表或领事送达

（二）邮寄送达

（三）个人送达

（四）公告送达

（五）依据当事人协商的方式送达

二、间接送达（中央机关送达）

间接送达是指通过国际司法协助的途径来进行送达，即依照国际条约的规定，通过缔约国的中央机关依照特别程序送达。

（一）请求的提出

包含：有权提出请求的人员和机关；提出请求的途径；请求书的格式和要求。

（二）请求的执行

一国执行外国提出的送达请求，主要使用三种方式进行：正式送达；特定方式送达；非正是递交。

（三）送达结果的通知

（四）费用的承担

（五）对送达请求的异议和拒绝

1．地址不祥。
2．请求书不符合要求。
3．执行请求将有损于被请求国的公共秩序。

第三节　1965 年海牙《送达公约》

一、1965 年海牙《送达公约》的适用范围

（一）公约适用的人员和地域

对于何谓域外送达，公约以送达是否跨越一国领域为标准来确定。公约只在成员国之间适用。公约中的受送达人不仅包括私法意义上的人，还包括公法意义上的人，即包括国家本身及其地方政府机构。

（二）公约只适用于民商事领域

（三）公约只适用于司法文书或司法外文书的送达

二、公约规定的中央机关途径

（一）中央机关的任命
（二）送达请求的执行方式
（三）送达请求的执行期限
（四）拒绝执行送达请求
暂时拒绝和最终拒绝。

三、公约规定的其他辅助或可选择的途径

（一）领事和外交途径
（二）邮寄途径
（三）主管人员途径
（四）通过其他协议或单边规则所规定的途径送达

四、公约对被告的保护制度

（一）在送达阶段对被告的保护
（二）对上诉期限届满的救济

第四节　中国的域外送达制度

一、中国关于域外送达的法律规则

我国关于域外送达的法律规则有三个层次：我国参加的国际条约和订立的双边协定；国内立法中的规定，主要是民事诉讼法；最高人民法院、外交部、司法部的规定。

二、中国的域外送达途径

1．根据我国《民事诉讼法》第 247 条的规定了我国法院对外国送达诉讼文书可采取的途径包括：条约途径，即依照受送达人所在国与我国缔结或共同参加的国际条约中规定的方式；外交途径；个人送达；邮寄送达；公告送达。

2．我国加入海牙《送达公约》时的声明。（1）指定司法部为中央机关负责接收和转送司法文书和司法外文书；（2）对公约第 8 条第 2 款声明保留，即只有在文书送达给文书发出国国民时，才能采用领事送达方式在我国境内送达；（3）反对依照公约第 10 条采用邮寄送达或个人直接送达方式在我国境内送达。

复习思考题

1．那一个送达途径是 1965 年公约的首创？其具体内容是什么？
2．1965 年海牙《送达公约》关于对被告的保护意义何在？内容如何？
3．我国对外送达主要采取哪些途径？实践中经常出现的问题是什么？请举一例说明。
4．你怎样理解 1965 年海牙《送达公约》第 13 条的含义？我国应如何使用？

拓展阅读书目

1．《国际民事司法协助》，徐宏著，武汉大学出版社，2006 年版；
2．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版；
3．《域外送达制度研究-诉讼与仲裁论丛》，何其生著，北京大学出版社，2006 年版；
4．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。

第七章　域外取证

本章学习目的和基本要求：域外取证是在跨国诉讼和仲裁中经常遇到的实际问题，需要各国之间的协作和帮助，从而形成了独立的法律制度。在国际民事司法协助中，主要研究域外取证的方式、法律适用以及关于域外取证的国际公约。本章要求熟练掌握域外取证的方式，1970 年海牙取证公约的内容及其与我国的关系，我国的域外取证制度，并且能够结合实际案例分析送达在民事诉讼中作用及其影响。

课时分配：3 课时

第一节　域外取证的概念和内容

一、域外调查取证的概念

域外调查取证是指一国主管机关对本国法院审理的民事案件进行境外调查或收集证据的制度。

二、域外取证的内容

（一）证据的概念和范围

关于证据的概念和范围，各国规定不同，所以需要在相关国家在司法协助中协调。

（二）取证行为

取证行为通常包括讯问诉讼当事人、证人、鉴定人或其他诉讼参与人；进行鉴定和司法勘验；物证的提供、保全与管理。

第二节　域外取证的方式

一、直接方式

（一）外交和领事途径

指受理案件的法院通过本国驻证据所在国的外交代表或者领事人员在驻在国进行调查取证。

（二）当事人或诉讼代理人取证

（三）特派员取证

指受理案件的法院委派专门的官员到证据所在国进行调查取证。

二、间接途径

又称请求书方式或者嘱托书方式，系指通过司法协助的方式进行域外调查取证。

（一）域外调查取证的委托

1．请求的提出和请求书的制作

2．请求书的传递

（二）域外调查取证协助

是指被请求国的司法机关或者其他机构依据请求书进行调查取证的行为。

第三节　域外取证公约

一、1970 年海牙《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的制定背景

二、公约的结构和主要内容

三、嘱托书方式

（一）请求的提出和接收

各国设立中央机关，其职能包括：接收请求书；转交请求书；提出异议；送回已执行的请求书。

（二）请求书的形式和内容

（三）请求书的执行

请求书的执行依据执行机构本国法律进行，但请求国可在一定条件下要求执行国采用特殊程序和方法取证。

（四）对请求书的异议及拒绝

四、领事和特派员取证制度

（一）含义

领事取证，也称外交官或领事人员取证，是指一国司法机关通过该国派驻他国的领事或外交官员取证。

（二）限制

1．职能上的限制

2．取证范围上的限制

3．强制措施方面的限制

第四节　中国的域外取证制度

一、我国域外取证的主要依据

主要依据包括：参加的多边国际条约，主要是 1970 年海牙取证公约；我国缔结的双边司法协助条约；我国民事诉讼法的相关规则。

二、我国域外调查取证的立法和实践

（一）代为取证制度

（二）领事和特派员取证

1．领事取证。我国允许外国领事官员在我国境内向其本国国民调查取证。

2．特派员取证。在特殊情况下，我国可特许外国法院特派员来华取证。

三、涉港澳台的域外取证

复习思考题

1．域外取证的途径有哪些？
2．1970 年取证公约的主要内容有哪些？我国与公约的关系？
3．中国关于域外取证的法律制度是怎样的？应如何完善？
4．中国涉港的取证制度有哪些特点和障碍？

拓展阅读书目

1．《国际民事司法协助》，徐宏著，武汉大学出版社，2006 年版；
2．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版；
3．《域外送达制度研究-诉讼与仲裁论丛》，何其生著，北京大学出版社，2006 年版；
4．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。

第八章　法院判决的承认与执行

教学目的和要求：法院判决与执行是国际民事诉讼程序的最后阶段，也是十分重要的阶段，是整个程序问题的实质所在。判决承认执行的条件和程序、国际条约、以及我国的相应制度是本章学习的重点，必须准确和熟练的掌握。

课时分配：3 课时

第一节　概　述

一、国家间判决承认与执行的概念、范围及意义

国家间判决承认与执行是指，主权国家之间在一定条件下相互承认对方法院判决在本国的效力，需要执行的，则给予执行的一种司法合作行为。

范围：从国家间判决承认与执行角度，判决一般只针对民事或商事领域的判决。

二、国家间判决承认与执行的理论基础

（一）既得权说或债务说。（theory of vested rights or of legal obligation）
（二）礼让说(theory of comity)
（三）一事不再理或既判力说（theory of res judicata）

三、承认和执行外国法院判决的法律依据

（一）国际条约
（二）国内立法

第二节　承认与执行外国法院判决的条件

一、原判决国法院对案件具有管辖权

原判决法院必须具有合格的管辖权，是国际社会要求的普遍条件。但做法不同。

1．管辖权依承认和执行判决地国家的内国法律确定。
2．不排除外国法院的管辖权即可。
3．依判决做出国法律确定。
4．依据公约确定。

二、判决已生效，具有执行力。

三、有关判决必须合法取得

四、有关判决是终局的。

五、有关判决不能违反承认国的公共秩序。

六、原判决国法院使用了适当的准据法

第三节　承认与执行外国法院判决的程序

一、承认与执行请求的提出

（一）请求提出的主体
由利害关系人提出或由法院提出。
（二）提出请求的期限
（三）提出请求的形式

二、对外国判决的审查

（一）审查的法律依据
（二）审查的范围
国际上有实质性审查和形式性审查两种不同方式。

三、承认与执行的具体程序

（一）执行令方式
（二）重新审理方式
（三）登记执行方式

第四节　我国关于承认执行裁决的制度

一、我国承认执行的条件
二、我国承认执行裁决的程序

复习思考题

1．国际上有哪几种承认执行的途径，请给予评述。
2．通常承认和执行外国法院判决的条件是什么？
3．如何理解承认与执行的各自概念，在实践中两者的关系是怎样的？
4．我国关于承认执行外国法院判决的规则和制度是怎样的？哪些地方需要完善？

拓展阅读书目

1．《国际民事司法协助》，徐宏著，武汉大学出版社，2006 年版；
2．《现行国际民商事诉讼法程序研究》，李双元著，人民出版社，2006 年版；
3．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。

第九章　国际商事仲裁概述

教学目的和要求：仲裁是解决商事争议的一个有效方式，本章主要讲述国际商事仲裁的基本问题，包括国际商事仲裁的含义、种类、理论基础、机构及其法律体系。这些基本问题是以后仲裁诸多问题的基础，所以要求学生必须熟练掌握，做到概念准确、逻辑清晰。

课时分配：2 课时。

第一节　国际商事仲裁概述

一、国际商事仲裁的概念

（一）概念

国际商事仲裁是指在国际商事活动中，当事人依据事先在合同中订立的仲裁条款或事后达成的仲裁协议，自愿把他们之间产生的或可能产生的契约性或非契约性商事争议交由常设仲裁机构或临时仲裁庭进行评断和裁决。

（二）特点

用仲裁方式解决国际商事争议具有如下特点：1．广泛的国际性；2．高度的自治性；3．有效的强制性；4．相当的灵活性；5．很强的权威性。

二、国际商事仲裁的类型

（一）临时仲裁和机构仲裁

（二）依法仲裁和友好仲裁

（三）私人间仲裁和非私人间仲裁

第二节　国际商事仲裁机构

一、全球性国际常设仲裁机构

1．解决投资争端国际中心（ICSID）；2．国际商会仲裁院（ICC Court of Arbitration）

二、国家仲裁机构

瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院；英国伦敦国际仲裁院；美国仲裁协会(AAA)；瑞士苏黎世商会仲裁院；新加坡国际仲裁中心(S1AC)。

三、中国国际仲裁机构

1．中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC，中国国际商会仲裁院)；2．中国海事仲裁委员会(CMAC)；香港国际仲裁中心(HKIAC)。

第三节　国际商事仲裁的新发展

一、仲裁范围的不断扩大

1．认定标准上的扩展
2．对商事的广义界定
3．扩展至公法
4．仲裁庭的自裁原则

二、法律适用方面的新发展

三、承认执行日趋国际化

复习思考题

1．国际商事仲裁“国际性”的判断标准是怎样的？在中国的仲裁实践中，哪一个标准更适当？
2．你如何看待临时仲裁？中国应当承认临时仲裁吗？
3．国际商事仲裁的理论基础是什么？其性质应如何界定？
4．国际上主要的仲裁机构有哪些？各自的特点如何？
5．目前国际商事仲裁有哪些新发展？

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
2．《域外送达制度研究-诉讼与仲裁论丛》，何其生著，北京大学出版社，2006 年版；
3．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》,人民法院出版社 2001 年版。
4．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
5．《国际商事仲裁法参考资料》，赵秀文主编，中国人民大学出版社，2006 年版
6．《世界法学精要：国际商事仲裁法律与实践（第 4 版）》，[英]雷德芬等著，北京大学出版社，2005 年版

第十章　国际商事仲裁协议

教学目的和要求：国际商事仲裁协议是仲裁程序的开始和进行的基础，在国际商事仲裁中，仲裁协议处于核心地位，所以本章的学习对于全面了解国际商事仲裁制度至关重要。仲裁协议的种类、内容，仲裁协议的效力及其认定，仲裁协议的法律效力及其仲裁条款的独立性原则均是本章必须掌握的内容。

课时分配：3 课时

第一节　概　述

一、仲裁协议的概念

仲裁协议是指双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者已经发生的争议交付仲裁的协议。仲裁协议有三种表现形式：仲裁条款；仲裁协议书；其他书面文件中包含的仲裁协议。

二、仲裁协议的内容

国际商事仲裁协议应包含以下内容：提交仲裁的争议事项；仲裁机构；仲裁地点；仲裁规则；仲裁裁决的效力。我国在仲裁实践中要求仲裁协议包括三项内容：提交仲裁的争议事项；仲裁地点；仲裁机构。

三、仲裁协议的性质

（一）诉讼法上的契约说
（二）实体法上的契约说
（三）独立类型契约说
（四）混合契约说

第二节　仲裁协议的形式

一、仲裁协议的形式要件

（一） 仲裁协议必须书面形式及其“书面”的含义（解释）
（二） 《纽约公约》的规定
（三） 示范法的规定

二、仲裁协议对未签字人的延伸效力

（一） 公司合并、分立时仲裁协议的效力
（二） 合同转让时的效力
（三） 提单并入条款下仲裁协议的效力
（四） 代理情形下的效力

第三节　仲裁协议的有效要件及其认定

一、仲裁协议的有效要件

（一） 仲裁协议的书面形式
（二） 当事人具备行为能力
（三） 意思表示真实
（四） 争议事项具有可仲裁性

二、仲裁协议效力的认定机构

（一） 仲裁机构
（二） 仲裁庭
（三） 法院

三、自裁管辖权原则

（一） 含义
（二） 理论基础
（三） 自裁管辖权原则的运用

四、认定仲裁协议有效性所适用的法律

第四节　仲裁协议的法律效力

一、对当事人的法律效力
二、对仲裁庭的法律效力
三、对法院的法律效力
四、对裁决承认执行的法律效力

第五节　仲裁协议的法律适用

一、适用当事人选择的法律
二、适用仲裁地的法律

第六节　仲裁条款的独立性原则

一、仲裁条款独立性原则的含义

仲裁条款的独立性原则又称仲裁条款自治原则，是指仲裁条款独立于主合同其他条款而存在，主合同的变更、终止、无效、解除、不存在等情形不影响仲裁条款的效力。

二、独立性原则存在的原因

三、独立性原则的立法与实践

复习思考题

1．你如何界定国际商事仲裁协议的法律性质？
2．仲裁协议在哪些情况下无效？该效力应由谁决定？
3．你认为仲裁庭可以决定仲裁协议的效力吗？
4．什么是仲裁条款的独立性原则？
5. 如何理解仲裁协议的书面要求？关于仲裁协议对未签字人的效力问题，你是怎样理解的？

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
2．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》,人民法院出版社 2001 年版。
3．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
4．《国际商事仲裁法参考资料》，赵秀文主编，中国人民大学出版社，2006 年版
5．《国际商事仲裁协议的法理与实证》，刘晓红著，商务印书馆，2005 年版

第十一章　仲裁程序及其法律适用

教学目的和要求：本章涉及两个基本问题，仲裁程序及其仲裁程序法的适用。其教学目的在于全面和细致的阐述仲裁申请、仲裁庭的组成、案件的审理、仲裁中的调解、裁决的做出等一系列程序中的法律问题。仲裁当中对程序法的适用规则和理论，也是本章的重点内容，要求大家在学习中要予以精准的理解和掌握。

课时分配：2 课时

第一节　仲裁申请与受理

一、仲裁申请

（一）申请的提出
（二）国际商事仲裁申请书

二、仲裁的受理

（一）仲裁的受理
（二）仲裁的答辩
（三）仲裁抗辩与反请求

第二节　仲裁庭的组成

一、仲裁员的选定
二、仲裁庭的组成
三、仲裁员的回避和更换

第三节　仲裁审理

一、仲裁审理的方式及程序

仲裁案件可以采取两种方式审理，书面审理和开庭审理。

二、审核证据和询问证人

仲裁庭一般只能传讯自愿出庭作证的证人，只能提取有关证人自愿提交的证据材料，而无权强制证人作证或出示有关的证据材料。

三、保全措施

仲裁程序中的保全措施包括财产保全和证据保全两个方面。

四、仲裁中的调解

（一）调解程序的开始、进行、终结
（二）调解程序的效力

当事人双方在有关仲裁庭的主持下通过平等协商，自愿达成调解协议的情况下，仲裁庭根据协议内容作出裁决书或调解书。如果无法达成调解协议，应及时终止调解。

第四节　仲裁裁决

一、仲裁裁决的含义和种类

根据不同标准，我们可对仲裁裁决作不同的分类：中间裁决、部分裁决和最终裁决；对席裁决和缺席裁决；合意裁决与非合意裁决；补充裁决和被补充裁决。

二、裁决的期限

关于仲裁裁决的期限一般有以下做法：1．约定期限；2．法定期限；3．将约定期限与法定期限相结合来确定期限。

三、裁决的原则

裁决奉行的原则包括：当事人意思自治原则；依法裁决原则；严格按照仲裁协议进行裁决原则；多数裁决原则。

四、仲裁裁决的效力

第五节　仲裁程序法的适用

一、仲裁地法的适用

（一） 适用仲裁地法的理论依据
（二） 仲裁地法适用的实践
（三） 仲裁地法适用的发展

二、意思自治原则

（一） 立法与实践
（二） 当事人选择仲裁程序法的时间和方式
（三） 选择仲裁程序法的范围
（四） 选择仲裁程序法的限制

三、非当地化理论

复习思考题

1．仲裁庭的组成有什么特点？仲裁员的回避制度与法官的回避制度有什么不同？
2．国际商事仲裁中中间措施的采用与诉讼有什么不同？为什么？
3．仲裁裁决有哪几种？各自的特点是什么？在什么情况下使用？
4．你如何理解仲裁地法的适用？其适用与意思自治原则怎样协调？

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
2．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》,人民法院出版社 2001 年版。
3．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
4．《国际商事仲裁法参考资料》，赵秀文主编，中国人民大学出版社，2006 年版
5．《国际商会仲裁研究》，汪祖兴著，法律出版社，2005 年版
6．《涉外民商事案件管辖权制度研究》，李旺主编，知识产权出版社，2004 年版

第十二章　国际商事仲裁的司法监督

教学目的和要求：对国际商事仲裁司法监督的广义理解包括法院对仲裁的审查和控制和对仲裁的支持与协助。本章的教学目的在于准确掌握法院对仲裁三个阶段的监督，即对仲裁协议的司法监督、仲裁程序中的司法监督和在裁决做出之后的司法监督。

课时分配：3 课时

第一节　概　述

一、含义

狭义的司法监督专指法院对仲裁审查与控制；
广义的司法监督包括法院对仲裁的审查与控制和支持与协助。

二、司法监督的必要性

三、司法监督的内容

（一） 仲裁开庭前的监督
（二） 仲裁进行中的监督
（三） 裁决做出后的监督

第二节　对仲裁协议的司法监督

一、仲裁协议效力的认定
二、诉讼程序的中止和强制执行仲裁协议
三、仲裁协议效力的确认机构

第三节　仲裁程序中的司法监督

一、法院对仲裁庭组成的监督
二、协助取证
三、协助采取保全措施

第四节　国际商事仲裁裁决的撤销制度

一、撤销的性质
二、撤销的立法与实践
三、撤销的事由
四、撤销的程序
五、重新仲裁

第五节　中国关于仲裁司法监督的立法与实践

一、我国《仲裁法》规定的司法监督
二、法院对仲裁的司法监督模式
三、撤销中的法律问题研究

复习思考题

1．法院对国际商事仲裁实施司法审查（司法监督）的理论依据是什么？
2．什么是“程序审”和“全面审”？你同意那一个？
3．仲裁程序中的司法监督包含哪些内容？
4．我国关于仲裁的司法审查制度的内容和特点是什么？请予以分析。
5．什么是仲裁裁决的撤销制度？它有什么特点？

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
2．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》,人民法院出版社 2001 年版。
3．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
4．《国际商事仲裁法参考资料》，赵秀文主编，中国人民大学出版社，2006 年版
5．韩健主编：《涉外仲裁司法审查》，法律出版社 2006 年 3 月版。
6．《国际商事仲裁的司法监督与协助：兼论中国的立法与司法实践》，于喜富著，知识产权出版社，2006 年版本

第十三章　仲裁裁决的承认与执行

教学目的和要求：仲裁裁决的承认与执行由法院承担。本章的主要内容包括外国仲裁裁决的定义和标准，承认和执行中的法律适用，以及 1958 年《承认和执行外国仲裁裁决公约》的内容和实施。外国仲裁裁决在我国的执行及其我国的仲裁裁决在外国法院的执行也是应当掌握的重点内容。通过本章的学习，要求学生能够准确把握裁决承认执行的法律依据、操作规则和技巧，并能分析和解决实践当中的问题。

课时分配：3 课时

第一节　定义与标准

一、仲裁裁决

（一） 裁决的概念
（二） 裁决的形式和内容
（三） 裁决的决定

二、承认与执行的含义

承认外国仲裁裁决和执行外国仲裁裁决是既有联系又有区别的两个问题。承认外国仲裁裁决指法院依法确认某一外国裁决在内国有可予执行的法律效力；执行外国仲裁裁决指法院在承认外国仲裁裁决效力的基础上，依照本国法律规定的执行程序予以强制执行。

三、外国仲裁裁决的确定标准

（一） 领域标准
（二） 非内国标准
（三） 混合标准

第二节　承认与执行仲裁裁决的条件及其程序

一、需由被申请执行人提起，法院予以审查的情形

二、法院主动审查的情形

根据《纽约公约》第 5 条第 2 款的规定，如果被请求承认和执行外国仲裁裁决的国家的法院，认为按照该国法律，有下列情形之一的，可以主动予以拒绝承认和执行，而不需要反对承认和执行的一方当事人提出该抗辩。（1）争议事项不具有可仲裁性；（2）违背了法院地的公共利益（公共秩序保留制度）

三、承认与执行外国仲裁裁决的程序

一是将外国仲裁裁决作为外国法院判决对待。
二是将外国仲裁裁决作为合同之债对待，英美等国的做法。

三是将外国仲裁裁决作为国内仲裁裁决对待，把适用于执行内国仲裁裁决的规则扩大及于外国仲裁裁决的执行。

第三节　1958 年《纽约公约》

一、公约的背景及其意义

（一） 公约产生的背景
（二） 制定该公约的意义及其作用

二、公约第 5 条关于排除执行的事项

（一） 需由当事人申请，法院予以审查的事项
（二） 法院主动审查的事项

三、“放弃异议条款”

四、公约中的公共秩序保留制度

五、《纽约公约》的特点

1．取消了双重审查制度
2．举证责任由反对承认执行的一方当事人承担

第四节　国际商事仲裁裁决在中国内地的承认与执行

一、涉外仲裁裁决在中国内地的承认与执行

（一）执行涉外仲裁裁决的法院为被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院。
（二）涉外仲裁裁决强制执行申请的审查
法院对仲裁裁决的审查，仅限于《民事诉讼法》第 260 条第 1 款规定的范围，法院不能逾越权限进行审查。
（三）不予承认执行的理由：
我国《仲裁法》第 71 条、《民事诉讼法》第 260 条第 1 款规定了人民法院拒绝执行涉外仲裁裁决的理由。人民法院可以以下理由之一裁定不予执行。（1）当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的。（2）被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知。（3）仲裁庭的组成或仲裁的程序与仲裁规则不符的。（4）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁。
（四）最高法院的报告制度。

二、外国仲裁裁决在中国内地的承认与执行

（一）中国承认的公约裁决的范围。我国加入《纽约公约》时作了两项保留，即互惠保留和商事保留。根据互惠保留声明，我国只承认和执行在该公约对我国生效后另一缔约国领土内作成的仲裁裁决。根据商事保留，我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性的商事法律关系所引起的争议适用公约。

（二）申请承认执行的条件和程序。依据公约规定的条件承认和执行。

（三）当事人申请承认和执行的期限。期限适用我国民诉法的规定。

（四）管辖法院。（1）被执行人是自然人的，为其户籍所在地或者居住地。（2）被执行人为法人的，为其主要办事机构所在地。（3）被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构，但有财产在我国境内的，为其财产所在地。

（五）法院的审查。适用法院的内部报告制度。

复习思考题

1．承认与执行仲裁裁决与法院判决有什么区别？请进行比较分析。
2．1958 年《纽约公约》关于承认和执行裁决的条件是怎样规定的？其特点是什么？
3．请举例说明裁决承认执行中公共秩序保留制度的运用和限制。
4．什么是“放弃异议条款”，其适用的条件和作用是怎样的？
5．1958 年《纽约公约》的主要内容和特点是什么？举例说明其在中国的适用。

拓展阅读书目

1．杜新丽主编：《国际民事诉讼与国际商事仲裁》，中国政法大学出版社 2005 年版。
2．刘景一编著：《涉外仲裁实务与案例评析》,人民法院出版社 2001 年版。
3．赵秀文主编：《国际商事仲裁案例解析》，中国人民大学出版社 2005 年版。
4．《国际商事仲裁法参考资料》，赵秀文主编，中国人民大学出版社，2006 年版
5．李虎：《国际商事仲裁裁决的强制执行》，法律出版社 2000 年版。

《国际环境法》教学大纲

林灿铃　张　力　编写

目　录

前　言 551
第一章　国际关系的新课题 552
第一节　世界新纪元 552
一、地球——人类的家园 552
二、发展的困惑 552
三、命运共同体 552
第二节　环境问题的国际化 552
一、全球生态危机 552
二、全球环境意识 552
三、全球新议题——环境外交 552
第三节　国际法的新挑战 553
一、传统国际法理论的局限性 553
二、国际法发展的新领域 553
复习与思考题 553
拓展阅读书目 553
第二章　国际环境法的产生及发展 554
第一节　环境保护的国际会议 554
一、人类环境会议 554
二、内罗毕人类环境特别会议及《世界自然宪章》 554
三、里约热内卢环境与发展大会 554
四、约翰内斯堡可持续发展峰会 555
第二节　环境保护的国际组织 555
一、联合国环境规划署的成立 555
二、联合国环境规划署的活动 555
三、联合国环境规划署的贡献 555
四、联合国环境规划署在国际环境法发展的作用 555
第三节　国际环境法的定义与特点 556
一、国际环境法的定义 556
二、国际环境法的特点 556
三、国际环境法发展新动向 556
复习与思考题 557
拓展阅读书目 557
第三章　国际环境法的性质及其体系 558
第一节　国际环境法的性质 558
一、环境的伦理基础 558
二、人类共同利益 558
第二节　国际环境法的作用 558
第三节　国际环境法的体系 558
一、国际环境法体系的概念 558
二、国际环境法体系的构成 558

复习与思考题 559
拓展阅读书目 559
第四章　国际环境法主体 560
第一节　国际环境法主体概述 560
一、国际法主体概念 560
二、国际环境法主体 560
第二节　国　家 560
一、国际法上的国家 560
二、国家的法律人格 560
三、国家是国际环境法的基本主体 560
第三节　国际组织 560
一、国际组织的概念及其法律人格 560
二、政府间国际组织 561
三、非政府间国际组织 561
第四节　个　人 562
一、个人在国际法上的地位 562
二、个人的国际环境法主体地位 562
复习与思考题 562
拓展阅读书目 562
第五章　国际环境法渊源 563
第一节　国际环境法渊源概述 563
一、国际法渊源 563
二、国际环境法渊源 563
第二节　条　约 563
一、条约的概念 563
二、条约的基本特征 563
三、国际环境条约的特点 563
四、国际环境条约的作用 564
第三节　国际习惯 564
一、国际习惯的概念 564
二、国际习惯的形成 564
三、环境保护的国际习惯 564
第四节　一般法律原则 564
一、一般法律原则的含义 564
二、一般法律原则的地位 564
第五节　国际宣言和决议 565
一、国际宣言和决议的地位 565
二、关于环境问题的国际宣言和决议 565
第六节　辅助性渊源 565
一、司法判例 565
二、著名学说 565
复习与思考题 565
拓展阅读书目 565

第六章　国际环境法基本原则 566
第一节　国际环境法基本原则概述 566
一、国际环境法基本原则定义 566
二、国际环境法基本原则的特点 566
第二节　只有一个地球原则 566
一、产生背景 566
二、内容和意义 566
第三节　尊重国家主权和不损害国外环境原则 567
一、内容 567
二、意义 567
第四节　可持续发展原则 567
一、可持续发展概念的提出 567
二、可持续发展原则的要求 567
三、可持续发展原则的意义 568
第五节　预防原则 568
一、含义 568
二、关于预防原则的国际环境立法 568
第六节　共同责任原则 568
一、共同责任原则的基础 568
二、共同责任原则的要求和意义 568
复习与思考题 569
拓展阅读书目 569
第七章　国际环境法的实施 570
第一节　概　述 570
一、国际环境法实施存在的问题 570
二、解决国际环境法实施问题需要进行的努力 570
三、国际环境法的实施保障制度 570
第二节　国际实施 570
一、条约个性化 570
二、跨界损害的求偿权 570
第三节　国内实施 571
一、国际法与国内法的关系 571
二、国际环境法在国内的实施 571
第四节　公众参与 571
第五节　特殊机制 571
一、禁止与限制 571
二、直接管制手段 571
三、间接管制手段 572
复习与思考题 572
拓展阅读书目 572
第八章　国际环境争端的解决 573
第一节　国际环境争端概述 573
一、国际环境争端的定义与特点 573

二、国际争端的解决方法 573
第二节　政治解决 574
一、谈判和协商 574
二、斡旋和调停 574
第三节　法律解决 574
一、国际环境仲裁 574
二、司法解决 574
复习和思考题 575
拓展阅读书目 575
第九章　环境保护的国际法律责任 576
第一节　国家责任概述 576
一、国家责任制度的特征 576
二、跨界损害的界定及其特征 576
三、传统国家责任与跨界损害责任 576
四、传统国家责任对跨界损害的意义 577
第二节　跨界损害责任的性质 577
一、跨界损害责任产生的客观趋势 577
二、国际法上的危险责任主义 577
三、跨界损害责任的特点 578
第三节　跨界损害责任的法律基础 578
第四节　域外私人行为的国家责任 578
一、私人行为的法律归责性 578
二、私人行为之国家责任的条约基础 578
三、私人行为之国家责任的法律依据 579
复习和思考题 579
拓展阅读书目 579
第十章　环境保护的国际合作 580
第一节　国际合作的基础 580
一、国际合作原则的涵义 580
二、国际合作的基础 580
第二节　国际合作的内容 580
一、兼顾各国利益和优先考虑发展中国家 580
二、共管共享全球共同资源 580
三、禁止转移污染和其他环境损害 581
四、和平解决国际环境争端 581
第三节　国际合作的意义 581
一、促进国际环境安全的实现 581
二、世界格局的客观趋势 581
三、建立全球伙伴关系的有力保证 581
复习与思考题 581
拓展阅读书目 581
第十一章　淡水资源的国际法保护 582
第一节　淡水资源概述 582

第二节　淡水资源危机 582
一、数量危机 582
二、质量危机 582
三、淡水生态系统危机 582
第三节　淡水资源保护制度 582
一、水资源保护的历史进程 582
二、区域保护制度 583
三、水资源的全球保护 583
复习与思考题 584
拓展阅读书目 584
第十二章　土地资源的国际法保护 585
第一节　土地荒漠化概述 585
一、土地荒漠化的灾难 585
二、土地荒漠化的原因 585
第二节　土地退化的遏制措施 585
一、《21 世纪议程中》关于持续的土地资源的管理和使用的建议 585
二、为了制止土地的荒漠化，政府采取措施 585
第三节　《防治荒漠化公约》 585
一、《防治荒漠化公约》概况 585
二、《防治荒漠化公约》内容 585
复习与思考题 586
拓展阅读书目 586
第十三章　大气和气候的国际法保护 587
第一节　大气污染 587
一、酸雨 587
二、臭氧层的破坏 587
三、温室气体与气候变化 587
第二节 大气污染防治 587
一、《远距离跨界大气污染公约》的主要内容 587
二、《远距离跨界大气污染公约》评价 587
第三节　臭氧层消耗及防治 588
一、《保护臭氧层维也纳公约》 588
二、蒙特利尔议定书及其修正和调整 588
第四节　气候的国际法保护 588
一、《联合国气候变化框架公约》 588
二、《京都议定书》 589
复习和思考题 589
拓展阅读书目 589
第十四章　生物多样性的国际法保护 590
第一节　生物多样性概述 590
一、生物多样性概念 590
二、生物多样性的价值 590
第二节　生物多样性面临的危机 590

第三节　生物多样性环境的条约体系 590
一、保护生物资源的全球性条约 590
二、保护生物资源的区域性条约 591
第四节　《生物多样性公约》及其议定书 591
一、《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity——CBD） 591
二、《生物安全议定书》（2000 年 1 月 29 日通过） 591
复习和思考题 592
拓展阅读书目 592
第十五章　海洋环境的国际法保护 593
第一节　海洋环境污染概述 593
一、海洋与人类的关系 593
二、海洋污染源 593
第二节　海洋环境保护立法 593
第三节　保护海洋环境的条约体系 593
一、关于控制陆源污染的条约 593
二、关于船舶运行污染的条约 593
三、关于控制海洋倾废污染的条约 593
四、关于防止油污染的国际条约 594
五、海洋环境保护的区域性条约 594
第四节　《联合国海洋法公约》 594
一、一般性规定 594
二、海洋污染防治措施 594
三、海洋环境污染的管辖制度 594
第五节　海洋环境保护新视角 595
复习和思考题 595
拓展阅读书目 595
第十六章　森林的国际法保护 596
第一节　森林与生态环境 596
一、森林与气候变化 596
二、森林和生物多样性 596
三、森林与水土保持 596
第二节　森林退化 596
第三节　森林的保护 596
一、森林保护概况 596
二、国际组织和会议 597
三、相关国际条约 597
四、森林保护的区域协作 597
复习和思考题 597
拓展阅读书目 597
第十七章　湿地的国际法保护 598
第一节　湿地概述 598
一、湿地定义 598
二、湿地种类 598

三、湿地功能 598
第二节　湿地公约 599
一、公约概述 599
二、国际重要湿地名册 599
三、公约的实施 599
复习和思考题 600
拓展阅读书目 600
第十八章　外层空间的国际法保护 601
第一节　外层空间的法律保护 601
一、基本定义 601
二、外空法的形成 601
第二节　外空环境损害 601
一、空间污染 601
二、空间碎片 601
三、其他相关问题 601
第三节　外空环境的法律保护 602
一、相关国际条约 602
二、联大决议 602
三、与环境保护密切相关的外空制度 602
复习和思考题 602
拓展阅读书目 602
第十九章　文化和自然遗产的国际法保护 603
第一节　文化和自然遗产概述 603
一、文化遗产 603
二、自然遗产 603
三、文化景观 603
四、非物质文化遗产 603
第二节　《保护世界文化和自然遗产公约》 603
一、公约的宗旨 603
二、保护世界遗产的国家责任 603
三、“世界遗产委员会”和“保护世界文化和自然遗产基金会” 604
四、《世界遗产目录》和《处于危险的世界遗产目录》 604
五、世界遗产申报程序 604
第三节　保护文化和自然遗产的区域行动 604
一、欧洲 604
二、美洲 604
三、亚洲 604
复习和思考题 604
拓展阅读书目 604
第二十章　危险废物的国际法管理 605
第一节　概　述 605
第二节　危险废物管理的国际法律框架 605
一、废物的定义 605

二、废物管理的国际法规制 605
第三节　危险废物越境转移的国际法责任 606
一、一般原则 606
二、《巴塞尔公约》的规定 606
三、小结 606
复习和思考题 606
拓展阅读书目 607
第二十一章　两极地区的国际法保护 608
第一节　极地概述 608
一、南极北极地区的显著差别以及共性 608
二、两级地区对全球环境的动态影响，及其相对清洁环境的价值 608
三、两级地区面临的严重环境问题 608
第二节　《南极条约》与南极条约体系 608
一、《南极条约》的签订 608
二、南极条约体系 608
第三节　北极的环境保护 609
一、北极概况 609
二、北极的环境保护 609
复习和思考题 609
拓展阅读书目 609
第二十二章　山地的国际法保护 610
第一节　山地的生态系统 610
第二节　山地的生态系统危机 610
第三节　山地保护 610
一、国际自然保护同盟 610
二、联合国教科文组织 610
三、联合国粮农组织 610
四、全球环境基金 611
五、联合国环境规划署 611
六、山地保护的国际条约 611
七、《21 世纪议程》与 2002 年国际山地年 611
复习与思考题 611
拓展阅读书目 611
第二十三章　环境保护与贸易 612
第一节　问题的产生 612
第二节　多边环境协定中的贸易条款 612
一、MEAS 的贸易条款的功能 612
二、MEAS 的贸易措施 612
第三节　多边贸易体制下的环保条款 613
一、绿色条款的产生 613
二、绿色条款的法律架构 613
第四节　环境保护与贸易的关系 613
一、环境保护与贸易的外在冲突 613

二、环境保护与贸易的本质一致 613
复习和思考题 613
拓展阅读书目 613
第二十四章　环境保护与军事 614
第一节　概　述 614
第二节　军备与环境保护 614
第三节　武器管理的条约体系 614
一、限制核武器条约 614
二、生化武器管理 615
第四节　禁止敌对使用环境致变技术 615
复习与思考题 615
拓展阅读书目 615

前　言

当今，环境问题已成为整个人类生存与发展不可回避的共同课题，这一新课题对传统国际法学科提出了新的挑战。国际环境法作为国际法的一个新领域、新部门，作为人类保护环境的行动准则和规范，他所构建的是保护全人类共同家园、共同利益的法律制度。

国际环境法是调整国家之间在保护和改善环境过程中发生的各种国际社会关系的有约束力的原则、规则和制度的总称。其渊源主要是国际环境保护条约、国际习惯和各国所普遍承认的一般原则。国际环境法由大量的多边、双边和区域性国际环境公约、条约、协议、议定书组成。

国际环境法为法学专业选修课和通识选修课。学习本课程需要先予学习国际法。

国际环境法课程总学时为 36 学时，主要内容包括：总论（第一章至第十章）和分论（第十一章至第二十四章）。具体内容和课时分配情况详见大纲各章部分。

国际环境法教学大纲编写人员为国际法学院国际公法研究所林灿铃教授、张力副教授。

第一章　国际关系的新课题

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的是为了让学生了解国际环境法产生的背景及原因。要求学生掌握环境问题无国界、命运共同体等基本理念，确立国际环境法是国际法的新分支的观念，初步理解国际环境法对国际法的发展。

学时分配：1 学时

第一节　世界新纪元

一、地球——人类的家园

地球是一个整体，人类属于这个地球，与地球上的一切休戚相关。人类也面临许多世界性的问题。这种感觉蕴育着全球意识——与地球共生存。

二、发展的困惑

三次科技革命促成了经济的迅速发展，而与此同时，失控的增长导致人类无视自身的特性、共同体、相互联系和文化等问题。

三、命运共同体

地球人命运共同体的意识是新世纪最具有深刻意义的事件。人类与地球息息相关，与自然组成命运共同体。人类不应以统治者的身份自居。

第二节　环境问题的国际化

一、全球生态危机

20 世纪 50～60 年代，由于生产发展和人口增加导致的环境污染成为社会公害，这个时期内出现的“八大公害”以及以后的“新八大公害”给人类带来深重灾难。此外，臭氧层空洞、全球气候变暖、土地荒漠化等环境问题已从国内或区域走向国际，生态危机出现了全球化的性质。

二、全球环境意识

20 世纪 70 年代人类对环境问题的认识有了一个质的飞跃，环境意识日益增强。尤其是 72 年斯德哥尔摩人类环境大会的召开，引起了人类对环境问题的普遍关注，加深了人类的危机感和责任感。

三、全球新议题——环境外交

在全球环境意识高涨的新时代，如何取得世界主导权变成为国际政治生活的中心。各国家、不同的国家利益集团以及不同的政治集团为此展开了争夺新的世界主导权的新型外交——环境外交。

第三节　国际法的新挑战

一、传统国际法理论的局限性

在全球化条件下，应时代与现实要求，威斯特伐利亚体系应加以变动和发展，必须强调对以往国际体系的各个侧面，即秩序、国家主权、军事安全等内容及意义的变革。这种变革的要求在国家责任领域的体现得尤为明显。

二、国际法发展的新领域

国际环境法是国际法的新领域、新分支，它在许多方面对传统国际法起到促进与发展的作用，如由于跨界环境污染带来的国际法不加禁止行为造成的跨界损害的国家责任。

复习与思考题

1．简述国际环境法产生的背景。
2．从国家责任角度简述国际环境法对传统国际法的发展。

拓展阅读书目

1．张延玲、隆仁 主编：《世界通史》，南方出版社 2000 年版。
2．王绳祖 主编：《国际关系史（第一卷）》，世界知识出版社 1996 年版。
3．卫灵 主编：《新编世界政治经济与国际关系》，中国政法大学出版社 1996 年版。

第二章　国际环境法的产生及发展

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的在于使学生掌握国际环境法的产生及发展过程。要求学生掌握国际环境法的定义及特征；国际环境法发展史上具有重大意义的几次会议的基本情况；联合国环境规划署的成立及贡献等问题。

学时分配：2 学时

第一节　环境保护的国际会议

一、人类环境会议

（一）1972 年 6 月 5 日～12 日联合国人类环境大会在斯德哥尔摩召开，通过了许多重要的文件，尤其是《联合国人类环境大会宣言》、《环境行动计划》具有重大的意义。

（二）《联合国人类环境大会宣言》即《斯德哥尔摩人类环境宣言》包括前言和 26 条原则。其中第 2～7 条原则是大会成果的核心。第 8～20 条原则是关于环境保护的实施。第 21 条原则即尊重国家主权和不损害国外环境的原则现在被公认为国际环境法的习惯法规则。

（三）《环境行动计划》的内容包括环境评价、环境管理、支持措施。环境评价计划被称为“地球瞭望计划”，包括环境分析、研究、监督和信息交换。环境管理涉及人类设施和自然资源。支持措施是关于对公众进行环境教育及培训环境专家和制度方面的内容。

（四）斯德哥尔摩人类环境大会的重要意义在于它是国际环境法发展史上的转折点，全面分析了当时的重大环境问题，产生了重要的国际环境法习惯规则，并且根据大会的建议，联合国大会通过决议设立了联合国环境规划署。这次会议是国际环境法产生的标志。

二、内罗毕人类环境特别会议及《世界自然宪章》

（一）1982 年国际社会召开了内罗毕人类环境特别会议，通过了《内罗毕宣言》。在肯定《人类环境宣言》各原则的基础上，在加强解决跨国界污染的国内和国际立法、寻求对环境无害的自然资源利用和管理方法等方面发展了《人类环境宣言》。

（二）1982 年联合国大会通过了《世界自然宪章》，阐述人类是自然的一部分，大自然应受到尊重，应将自然养护和社会发展统一起来。

三、里约热内卢环境与发展大会

（一）1992 年在巴西里约热内卢召开了环境与发展大会，会议产生了五个文件。《联合国气候变化框架公约》和《生物多样性公约》是在此前就已拟定并通过，在此次大会上开放签字。另外三个文件是《森林宣言》、《里约热内卢环境与发展宣言》（简称《环发宣言》）和《21 世纪议程》。

（二）《环发宣言》的核心概可持续发展，将发展与环境保护统一起来，并要求优先考虑发展中国家的需要，指出了环境保护中公众参与重要性。

（三）《21 世纪议程》包括四个主要部分：（1）社会经济部分，包括居住环境、健康、人口、消费和生产方式；（2）资源养护和管理；（3）加强非政府组织和其他社会团体的作用；（4）实施措施，如提供资金、制定制度等。

（四）里约热内卢环境与发展大会具有重要的意义，在提高各国认识可持续发展的必要性方面发挥了重要作用，还在制度上发展了国际环境法，其提出的原则促进了习惯法规则的形成。其

在国际环境法的发展史上具有里程碑的地位。

四、约翰内斯堡可持续发展峰会

里约环境与发展大会后的十年中，全球贫困现象还普遍存在，南北差距还不断增大，全球环境危机没有得到扭转。鉴此，2002 年在南非约翰内斯堡召开了可持续发展世界首脑会议。大会的主要目的是敦促各国在可持续发展领域采取实际行动。会议回顾了各国在实施《21 世纪议程》过程中存在的问题与不足，展望了人类可持续发展的未来，着重围绕人类健康、生物多样性、农业生产、清洁水源和能源五大议题进行了讨论，是迄今在可持续发展领域召开的最大规模的国际会议。会议通过了《执行计划》和《约翰内斯堡可持续发展承诺》两份主要文件。

第二节　环境保护的国际组织

一、联合国环境规划署的成立

联合国环境规划署（United Nations Environment Programme—UNEP）成立于 1973 年 1 月 1 日，是联合国系统内第一个也是唯一的一个专门致力于国际环境事务的机构。

二、联合国环境规划署的活动

（一）环境评价

环境评价包括持续监督、研究、交换信息和对有关环境事实进行分析。

（二）环境管理

联合国环境规划署规范可能对环境造成一定影响的一切人类活动。它制定区域海洋计划，通过发展国际环境法的特别计划，起草没有拘束力的文件。

（三）支持措施

支持措施主要是教育、培训和提供信息，也包括重要的法律方面的内容，如帮助发展中国家起草环境保护法。

三、联合国环境规划署的贡献

（一）环境保护、管理的基础设施和组织的设立

联合国环境规划署协助各国政府建立专门环保机构；进行环境监测和环境研究；并在监测研究的基础上，为促进各国采取相应的行动，重视情报资料的交流，建立了国际情报查询系统。此外与国际组织、非政府组织以及一些国家合作创立培训机构，促进国家将环境教育列入对学生的教育计划中。

（二）技术交流，国际合作

联合国环境规划署注意环境技术交流，促成环境项目的国际合作，向发展中国家提供“清洁技术”。

（三）动员世界力量，发起立法行动

（四）整治环境的战略思想

可持续发展战略的提出从根本上树立了全新的环境保护价值观和道德观，目前已为世界上大多数国家接受。

四、联合国环境规划署在国际环境法发展的作用

（一）环境规划署在国际环境法发展方面所进行的协调和催化工作。

（二）组织起草和通过环境保护公约及议定书。

（三）组织起草和制定宣言、大纲、行动计划和方案。

（四）起草和制定国际环境保护准则、原则和指南。

第三节　国际环境法的定义与特点

一、国际环境法的定义

国际环境法是关于国际环境问题的国际法原则、规则和制度的总和，主要调整国家等国际法主体在国际环境领域的具有法律拘束力的规章制度，是保护环境和自然资源、防治污染和制裁公害领域中的国际法律规范，是建立在“地球一体”概念上的国际法新领域。

二、国际环境法的特点

（一）国际法的新领域

20 世纪中叶以来，国际法有了很大的发展。国际环境法是在国际环境问题日趋严峻的情况下形成和发展起来并逐渐成为一个新的法律部门，它为了改善和保护国际生态环境和生活环境而产生，是国际法发展的必然产物。例如它在国家责任领域以及关于保护全球环境各国负有共同责任等方面对国际法有显著发展。

（二）国际环境法的公益性

国际环境法的根本目的是保护和改善人类赖以生存的基本物质条件。保护地球环境、使人类社会在与自然的和谐中持续发展，这是一项造福人类、惠及千秋万代的最大的根本的公 益事业。

（三）国际环境法的边缘综合性

国际环境法所调整的对象是一个由各种要素组成的综合体。综合性的产生是因为国际环境问题的复杂性、环境事务的多部门性等因素决定的。就环境问题的复杂性而言，它是由许多自然的、社会的、政治的以及技术的等因素错综复杂地交织在一起而成的综合体。因此，国际环境法并非孤立隔绝于其他学科或学科分支，而是在有自己鲜明的独立地位的基础上，与其他学科相交叉、渗透、互动，是一门综合多学科、作用于多学科的边缘学科。

（四）国际环境法的科学技术性

由于国际环境法将自然界的客观规律作为自己的立法基础之一，因而国际环境法中便含有大量的反映这些规律要求的技术性规范，使国际环境法具有较强的科学技术性。科技与法律的紧密结合在国际环境法中体现得尤为突出，可以说科技性是当代国际环境法的基本特征之一。

三、国际环境法发展新动向

（一）生物安全

随着现代生物技术发展，有着丰富遗传资源的发展中国家和有发达生物技术的发达国家之间的利益冲突日益加剧，因此通过适当的机制获取遗传资源并公平分享其惠益已成为世界各国普遍关注的问题。

（二）环境保护与贸易

在保护环境的同时促进贸易的发展是社会发展的目标。而在国际法领域，贸易与环境的关系常常表现为规则的冲突。所以在 WTO 体制下解决贸易与环境问题需要全球贸易政策与环境政策的协调。

（三）环境保护与军事

广泛的环境危机给国家的安全，甚至是生存造成危险，而全球每年用于发展军事的费用大大

高于保护改善环境的费用。而且世界范围的军备竞赛极大地耗费着自然资源。

复习与思考题

1．国际环境法的定义及特点。
2．简述国际环境法的产生及发展。
3．简述联合国环境规划署的作用。

拓展阅读书目

1．世界环境与发展委员会 著：《我们共同的未来》，吉林人民出版社 1997 年版。
2．戚道孟 编著：《国际环境法概论》，中国环境科学出版社 1994 年版。
3．亚历山大·基斯 著：《国际环境法》，法律出版社 2000 年版。

第三章　国际环境法的性质及其体系

本章教学目的和基本要求：本章教学目的是使学生系统了解国际环境法的体系结构。要求学生理解国际环境法的性质，尤其理解环境的伦理基础和人类的共同利益；对国际环境法的体系也应全面掌握。

学时分配：2 学时

第一节　国际环境法的性质

一、环境的伦理基础

“自然生存权”揭示了环境的伦理基础。环境要素具有内在的价值，即不唯独是人类，生物的物种、生态系、景观等与人类一样，都具有生存的权利，人类不可以任意加以否定。

二、人类共同利益

人类共同利益特指不能够将其分配给哪一个特定国家的，是不能归属于某个国家或特定国家之间的利益，是不可分割的属于国际社会或人类整体的利益。

第二节　国际环境法的作用

一、国际环境法是各国维护主权和全球公益权的重要工具。

二、国际环境法是主体之间在国际环境保护领域进行活动并解决国际环境问题的法律依据。

三、国际环境法规定其主体特别是国家在开发、利用和保护、改善国际环境中的法律责任和义务，它是保护和改善国际生态环境和生活环境的法律武器。

四、在全球化时代，国际环境法在防止生物圈恶化以保护人类共同利益、促进人类生活条件的改善、保护人类健康、促进国际经济发展、实现人类可持续发展等现代新型国际关系中起到重要作用。

第三节　国际环境法的体系

一、国际环境法体系的概念

国际环境法体系指的是调整主体间有关利用、保护和改善环境的行为关系的各种国际环境保护法律规范所组成的有机联系的整体，是一个有着丰富立法内容的具有内在有机联系的完整体系。其形式主要有条约（包括公约、协定、议定书等）、反映国际习惯法的文件、反映有关国际环境保护的一般法律原则的文件、司法判例和国际组织的宣言、决议等法律文件。

二、国际环境法体系的构成

（一）国际环境基本法

国际环境基本法主要指关于国际环境保护的指导思想、基本政策、原则和主要措施等综合性规范的国际环境保护纲领性的法律文件。如《人类环境宣言》、《世界自然宪章》等。

（二）针对特定环境保护的单项立法

针对特定环境保护的单项立法是当前国际环境法最发达的部分，主要由保护特定环境的国际条约和其他特定形式的国际法律文件组成。包括大气、海洋、内陆水体、土地、森林、野生生物、生物多样性、自然和文化遗产、两极和外层空间等。

（三）其他有关环境问题的国际环境保护法

主要针对与环境保护密切相关的一些问题，如核污染问题、贸易与环境问题、军事与环境问题等。

复习与思考题

1．简述自然生存权的含义及意义。

2．简述国际环境法的作用。

拓展阅读书目

1．王曦 编著：《国际环境法》，法律出版社 2000 年版。

2．汪劲 著：《中国环境法原理》，北京大学出版社 2000 年版。

第四章　国际环境法主体

本章教学目的和基本要求：使学生理解国际环境法主体的概念及构成。要求学生掌握国家是国际环境法的基本主体，政府间国际组织是国际环境法的重要主体，非政府间国际组织和个人也是国际环境法的主体。

学时分配：2 学时

第一节　国际环境法主体概述

一、国际法主体概念

（一）国家唯一主体说
（二）个人唯一主体说
（三）折衷说

二、国际环境法主体

（一）国家是国际环境法的基本主体
（二）政府间国际组织、非政府国际组织是国际环境法的主体
（三）个人也是国际环境法的主体

第二节　国　家

一、国际法上的国家

固定的居民、确定的领土、政府和主权是作为国际法主体的国家的要素。

二、国家的法律人格

国家的法律人格是指国家成为法律上权利义务主体的资格。国家是国际法的主要主体。

三、国家是国际环境法的基本主体

在环境领域进行切实的国际法保护，有效处理好国际环境关系的主力军是国家，需要世界各国的协力合作。这已经得到《人类环境宣言》、《21 世纪议程》等众多法律文件的确认。

第三节　国际组织

一、国际组织的概念及其法律人格

（一）国际组织的概念

国际组织是指若干国家或其政府、人民、民间团体为了共同的目的，依协议而建立的常设团体。国际组织有广义和狭义之分。广义的国际组织既包括国家之间的组织，也包括若干国家和民间团体或个人所组成的国际机构。狭义的国际组织仅指国家参加的国际组织，即政府间国际组织。国际法上的国际组织基本上被认为指的是狭义上的国际组织，即政府间国际组织。

（二）国际组织的法律人格

国际组织的法律人格就是它成为法律关系主体独立享有权利和承担义务的一种资格。关于国际组织的法律人格并非一开始就得到承认的。在国际法上普遍确立国际组织法律人格的是国际判例——“执行联合国职务时遭受伤害的赔偿案”。

（三）国际组织成为国际环境法主体的必然

1．由环境问题的性质所决定

2．国际组织在环境保护领域的特殊职能决定

（1）研究职能

（2）交换信息

（3）制定规则

（4）监督规则的实施

（5）管理自然资源

（6）分工协作

二、政府间国际组织

（一）全球性国际组织

1．联合国 (The United Nations)

2．联合国教科文组织 (UNESCO)

3．联合国粮食和农业组织 (FAO)

4．世界卫生组织 (WHO)

5．世界气象组织 (WMO)

6．国际原子能机构 (IAEA)

7．国际海事组织 (IMO)

8．国际劳工组织 (ILO)

9．相关国际金融机构

（1）世界银行 (IBRD)

（2）全球环境基金 (GEF)

（二）区域性国际组织

1．欧洲理事会 (European Council)

2．经济合作与发展组织 (OECD)

3．欧共体（1993 年升格为欧盟）

三、非政府间国际组织

（一）非政府间国际组织的概念及特点

非政府间国际组织 (Non-Governmental Organization——NGOs) 指的是跨越国界的由不具有政府权力的个人、团体建立的跨国组织。它具有组织性、民间性、非赢利性、灵活性、公益性、非政党性、自治性、自愿性的特点。

（二）非政府间国际组织的作用

1．协调和建议

2．促进国际环境法的发展

3．监督国际环境法的实施

（三）主要的非政府间国际环境组织

1．国际自然保护同盟 (IUCN)

2．世界自然保护基金会 (WWF)
3．绿色和平组织 (GPIO)
4．国际法协会 (International Law Association)
5．地球理事会 (ECI)
6．我们共同的未来中心 (COCF)
7．国际标准化组织 (ISO)

第四节　个　人

一、个人在国际法上的地位

（一）国家是国际法惟一主体说
（二）个人是国际法惟一主体说
（三）正确看待个人在国际法上的地位

二、个人的国际环境法主体地位

（一）个人是国际环境法的主体的必要性、必然性
1．环境问题的特点
2．国际环境法的公益性
3．国际环境法的目的
（二）个人的国际环境法主体地位体现
1．个人环境权的确立
2．环境保护的公众参与制度等

复习与思考题

1．国际环境法主体包括哪些实体？
2．试述国家的国际环境法基本主体地位。
3．试述非政府间国际组织的国际环境法主体资格。
4．试述个人的国际环境法主体资格。

拓展阅读书目

1．谢福助 著：《个人在国际法上之地位》，台湾正中书局 1977 年 4 月版。
2．詹宁斯、瓦茨 修订：《奥本海国际法》，中国大百科全书出版社 1995 年 12 月版。
3．凯尔森 著：《国际法原理》，华夏出版社 1989 年 9 月版。

第五章　国际环境法渊源

本章的教学目的和基本要求：使学生理解国际环境法的渊源。要求学生掌握国际环境法渊源的种类及特点。在本章中应注意国际宣言和决议的国际环境法渊源地位。

学时分配：2 学时

第一节　国际环境法渊源概述

一、国际法渊源

（一）国际法渊源的概念

（二）国际法渊源的内容

1．国际条约

2．国际习惯

3．一般法律原则

4．辅助性渊源

二、国际环境法渊源

（一）国际环境法渊源的概念

（二）国际环境法渊源的内容

1．环境保护的国际条约

2．环境保护的国际习惯

3．环境保护的一般法律原则和国际宣言与决议

4．辅助性渊源

第二节　条　约

一、条约的概念

条约是两个或两个以上国际法主体依据国际法确定其相互间权利和义务的一致的意思表示。

二、条约的基本特征

（一）条约是国际法主体之间缔结的协议

（二）条约具有法律约束力，规定缔约方间在国际法上的权利和义务关系

（三）条约必须以国际法为准，受国际法调整

（四）条约的缔约方必须就某个或某些问题达成一致的意思表示

（五）条约一般是以书面形式缔结的协议

三、国际环境条约的特点

（一）条约内容极为丰富，涉及环境的各个方面，覆盖面越来越广泛

（二）条约体系构成的多层次，既有全球性的公约，又有区域性的多边公约，还有双边的条约和协定

（三）条约结构形成了框架条约——议定书的模式
（四）条约的具体义务越来越注重保障条约义务的实施问题
（五）发展速度快并及时修订

四、国际环境条约的作用

（一）为缔约方创设权利和义务，条约对缔约各方具有拘束力
（二）是国际司法机关在裁判国际环境案件时首先适用的法律依据
（三）是保护国际环境所必须遵循的法律规范
（四）集中体现了国际环境法的原则、规则和制度。

第三节　国际习惯

一、国际习惯的概念

国际习惯是那些为各国所采纳并反复使用的具有法律拘束力的行为。

二、国际习惯的形成

（一）物质因素，即各国的反复实践。
（二）心理因素，即各国的法律确信。

三、环境保护的国际习惯

（一）各国有按自己的环境政策开发自己的资源的主权，并且有责任保证在它们管辖或控制范围内的活动，不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境。
（二）环境保护的国际合作义务
（三）通知义务
（四）可持续发展原则
此外，还有对涉及其他国家环境的项目应预先通知并进行协商的义务；对可能对环境造成不利影响的活动进行环境评价的义务；环境损害的受害者在损害发生国享有诉诸行政或司法的同等权利等。

第四节　一般法律原则

一、一般法律原则的含义

按《国际法院规约》第 38 条（寅）项规定，作为国际法渊源的“一般法律原则”是指“为文明各国所承认者”。“文明各国”应包括所有主权国家。

二、一般法律原则的地位

一般法律原则本身是产生国际法原则和规则的一种特殊形式，是独立于国际条约和国际习惯之外的国际法渊源，是国际法的第三个渊源或独立的国际法渊源。

第五节　国际宣言和决议

一、国际宣言和决议的地位

一些规范性和道义性较强被一致通过或由压倒多数通过的联大决议，具有国际法渊源的意义，在国际法中有重要地位。它是确立国际法规范的辅助性手段，是一种进一步促进国际环境法发展的潜在性规范渊源，是国际环境法的渊源。

二、关于环境问题的国际宣言和决议

（一）具有法律约束力的国际文件

1．国际组织依据条约作出的决定。这类法律文件的效力来源于条约，是条约效力的体现。

2．相关国际组织和国际会议的决议与宣言。这些法律文件往往获得各国一致通过或大多数国家的通过，它们创立了事实上得到各国或大多数国家认可的国际环境法原则、规则和制度。

（二）不具有法律拘束力的文件

包括国际组织或国际会议的建议、行动计划等。它们有助于国际习惯的形成或条约的产生，对各国的行为具有一定的影响力。

第六节　辅助性渊源

一、司法判例

“特雷尔冶炼厂案”、“拉努湖案”、“核试验案”等案件的判决或裁决的原则、依据和方法，都蕴育着国际环境法的原则，成为国际环境条约的重要补充，同时也是国际环境法的催生力量之一。

二、著名学说

著名学说即各国权威最高之公法学家学说，包括学者、法律专家及国际法庭对国际法问题的观点和意见。

复习与思考题

1．国际环境法的渊源有哪些？

2．简述国际宣言和决议作为国际环境法渊源的地位。

3．简述环境保护的国际习惯。

拓展阅读书目

1．李浩培 著：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社 1994 年 9 月版。

2．卢梭 著：《国际公法论》，西雷出版社 1970 年版。

3．菲利普·桑兹 著：《国际环境法原理》，英国曼彻斯特大学出版社 1995 年版。

第六章　国际环境法基本原则

本章教学目的和基本要求：国际环境法作为国际法的一个新分支，必须遵守国际法的基本原则。但同时，它作为 国际法的一个特定领域，从调整对象、内容到调整方法，都有自己的特殊性。国际社会在实践中以国际法的普遍原则为基础，适应国际环境保护的特点和需要，形成了国际环境法的基本原则。本章着重介绍贯穿国际环境法的几个基本原则：只有一个地球原则、尊重国家主权和不损害国外环境原则、可持续发展原则、预防原则和共同责任原则。

学时分配：2 学时

第一节　国际环境法基本原则概述

一、国际环境法基本原则定义

国际环境法基本原则是指在国际环境保护领域被各国公认、具有普遍意义、适用于国际环境法一切效力范围、构成国际环境法基础的法律原则。

二、国际环境法基本原则的特点

（一）是各国公认和接受的法律原则。

（二）适用于国际环境保护的各个具体领域，国际环境法各部分，在国际环境法领域具有普遍指导意义，为各国规定了基本行为准则。

（三）构成国际环境法的基础。

（四）体现了国际环境法自身的特殊性

第二节　只有一个地球原则

该原则的含义是指地球乃是一个整体，地球上各环境要素相互依存、相互牵制；地球环境各部分也都相互联系、制约；环境与生态危机是世界各国和人民共同面临的威胁，只有全球联合起来，才能保护地球。

一、产生背景

（一）随着人类社会和科技的发展进步，人类改造自然的力量越来越强大，自然资源日益减少、环境污染日益严重。

（二）1972 年斯德哥尔摩人类环境会议的背景材料：《只有一个地球——对一个小小行星的关怀和维护》一书对地球的整体性、科学的目的性与一致性、发达国家与发展中国家环境问题和地球上的生态与环境秩序进行了论证，呼吁各国政府和人民警惕环境污染与破坏，保护地球。其所论述的内容“只有一个地球”后来得到国际社会普遍认同，并发展为国际环境法的一个基本原则。

二、内容和意义

（一）尊重环境的限度、持续利用自然资源。

人类应在地球生态系统的承载范围内生活，并建立一种新的自然伦理观，尊重自然的限度，使持续利用自然资源逐渐成为人们的一种道德共识。

（二）认清自然资源的极限，反对掠夺性开发资源。

（三）倡导可持续的生产和生活方式，节俭使用自然资源。

第三节　尊重国家主权和不损害国外环境原则

一、内容

（一）国家对其自然资源的主权权利

根据《联合国宪章》和国际法原则，各国拥有按照其本国的环境与发展政策开发本国自然资源的主权权利。

（二）国家在环境领域应尽“适当注意”的义务。

国家负有确保在其管辖或控制下的活动不致损害其他国家或各国管辖范围以外地区环境的责任。该义务是由人类环境问题的国际性和流动性所决定的。

二、意义

国家主权是相对的，不是绝对的。国际环境法的发展不是对国家主权的挑战。尊重国家主权和不损害国外环境原则是国家主权原则在国际环境法上的表现形式，是对国家主权原则的发展。

第四节　可持续发展原则

一、可持续发展概念的提出

（一）1987 年联合国环境与发展委员会在其报告《我们共同的未来》中第一次阐述了可持续发展的概念。根据该报告，可持续发展是指既满足当代人的需要，又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。

（二）可持续发展也是 1992 年里约热内卢环境与发展大会的口号，其理念是首先要满足发展中国家重大贫穷人口的生存所需要最低限度的物质要求，即为此而发展是必要的。

二、可持续发展原则的要求

（一）代际公平

这是从时间特性和人类认识能动性出发提出的一种现世人类应有的道德责任感和对未来人类利益的道德义务感。人类的每一代人都是对后代人的地球权益的托管人。本代人的发展不能以损害后代人的发展能力为代价，必须对传给下一代的资源基础质量加以保护，给下一代提供继续发展的机会。

（二）代内平等

任何一个国家、地区、民族和国家的人都享有在地球上生存、享受和发展的权利。要求资源和环境在代内进行公平分配，强调任何国家和地区的发展不能以损害其他国家和地区的发展为代价，强调人类的整体和长远利益高于局部和暂时利益，确保人类整体生存和发展的持续性。

（三）可持续利用

1．对于可再生资源，要在保持它的最佳再生能力前提下利用。对于不可再生资源，要保存和不以使其耗尽的方式利用。

2．各国必须尽快改变现行的生产和消费方式，推行适当的人口政策，基于循环的观点对社会体系进行调整。

（四）环境与发展一体化

要求在制定经济和其他发展计划时切实考虑保护环境的需要。

三、可持续发展原则的意义

可持续发展原则是国际环境法的立足点。在《我们共同的未来》之前，1972 年《斯德哥尔摩人类环境宣言》、1982 年《世界自然宪章》等都体现了可持续发展思想。在该报告之后，1992 年《里约环境与发展宣言》、2002 年约翰内斯堡可持续发展世界首脑峰会等都将可持续发展作为一项中心内容。同时，可持续发展的战略思想也被很多国家纳入到本国的环境政策和立法之中，使可持续发展在国际环境法领域具有普遍的指导意义。

第五节　预防原则

一、含义

在国际性、区域性或国内的环境管理中，对于那些可能有害于环境的物质或行为，即使缺乏其有害的结论性证据，亦应采取各种预防性手段和措施，对这些物质或行为进行控制或管理，以防止环境损害的发生。

二、关于预防原则的国际环境立法

（一）国际宣言、条约、决议

《斯德哥尔摩人类环境宣言》、《南太平洋自然保护公约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》、《关于在跨界背景下环境影响评价的埃斯波公约》、《生物多样性公约》、《联合国气候变化框架公约》、《里约环境与发展宣言》等。

（二）国际司法实践

特雷尔冶炼厂案、拉努湖仲裁案、核试验案等。

第六节　共同责任原则

一、共同责任原则的基础

（一）人类只有一个地球

（二）环境问题是一个全球性的问题，需要全球的决策和全球的关心

（三）世界各国都对保护全球环境负有一份责任

二、共同责任原则的要求和意义

（一）责任的共同性。

在地球生态系统整体性的基础上，各国对 保护全球环境都负有共同的责任。要求发展中国家不能以发展水平低、科学技术落后等为由，逃避、推脱自己所应当承担的保护环境的责任。

（二）共同责任并不意味着“平均主义”。

由于历史上发达国家在其工业化过程中为自己创造了巨大的财富，同时也对地球造成了极大的污染，形成严峻的环境问题；在现实上，发达国家也依然是主要的能量消耗者和污染物排放者。因此，发达国家应当比发展中国家承担更大的或是主要的责任。

复习与思考题

1．简述尊重国家主权和不损害国外环境原则的内容和意义。
2．简述预防原则的内容和在国际环境法上的重大意义。
3．共同责任原则的基础和内容。

拓展阅读书目

1．菲德罗斯等 著：《国际法》，法律出版社 1995 年版。
2．吕忠梅 著：《环境法新视野》，中国政法大学出版社 2000 年版。
3．裴广川 主编：《环境伦理学》，高等教育出版社 2002 年 6 月版。
4．凯尔森 著：《国际法原理》，华夏出版社 1989 年 9 月版。

第七章　国际环境法的实施

本章教学目的和基本要求：“徒法不足以自行”。任何法律规范，得不到有效的实施则是一纸空文。如何保证国际环境法的规定得到切实的遵守，在国际上引起越来越多的注意。本章主要从国际环境法的国际实施、国内实施以及公众参与和特殊机制四个方面来介绍国际环境法的实施，要求学生对国际环境法的实施机制有一个总体的把握。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、国际环境法实施存在的问题

国际环境法的实施主要依靠其主体，特别是国家的自觉执行。但是由于社会、政治、经济、文化等种种原因，各国对环境保护的重要性认识并不相同，尤其是发达国家与发展中国家在解决环境问题方面存在很大的矛盾。此外，国际环境法的许多规定通常是一般性原则，缺少具体的实施规则，使得国际环境法抽象化而难于实施。

二、解决国际环境法实施问题需要进行的努力

（一）要考虑国家与地区间在适用法律规定方面存在的差异，给发展中国家提供技术、财政和其他援助。

（二）扩宽在国际上正式享有认定违约或违法行为和采取救济措施的法律人格的范围，尤其是强调非政府行为者的法律地位。

（三）为国际环境争端提供更多解决办法。

三、国际环境法的实施保障制度

申诉、控告和处罚制度，新的条约还有使用新的非诉讼解决方法的发展趋势。

第二节　国际实施

国际实施指的是国际环境法的主体通过具有管辖权的国际司法机构或国际组织的裁判程序迫使违反国际环境义务的国家或缔约方履行其国际环境义务或从该国或缔约方取得赔偿的活动。国际环境法的国际实施主要通过条约具体化各项原则规则和跨界损害求偿来实现。

一、条约个性化

国际环境法领域数量众多的条约客观、明确、严格地设定了国际环境法主体在环境保护方面的权利和义务。关于国际环境保护的国际立法形式可以被划分为四类：“联合国海洋法公约模式”、“框架条约模式”、“GATT 模式”、“保证与再检讨模式”。

二、跨界损害的求偿权

跨界损害的求偿包括两种情况：

（一）是国家管辖范围内的环境遭到损害或受到他国不当行为的侵害

（二）是对国家管辖范围以外的环境造成损害

1．以全人类名义对损害国家管辖范围以外环境的施害方提出权利要求的主体资格问题。

2．发展中的国际法中类似“群众诉讼”的规定。1987 年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》和 1989 年《控制危险废弃物越境转移及其处置巴塞尔公约》等公约在该问题上的创新。

第三节　国内实施

一、国际法与国内法的关系

（一）一元论主张国际法与国内法属同一个法律体系。主张国内法高于国际法，国际法是国内法的一部分的是国内法优先说；主张国际法高于国内法，国内法属于国内法的是国际法优先说。

（二）二元论主张国际法与国内法是两个完全不同的体系，二者各自独立，彼此绝不隶属。

（三）国际法与国内法是两个独立的法律体系，但是二者之间又是密切联系的。

二、国际环境法在国内的实施

（一）各国应使其国内救济手段可以被用来实施国际环境规则。

（二）国际制定并执行实施国际环境法的有关法律、法规。具体实践包括纳入、转化和优先适用国际法。

（三）国家的司法、行政执法、守法和个案补充。

第四节　公众参与

非政府组织和个人都是国际环境法的主体，在国际环境法的实施中他们的作用是不容忽视的，国际环境法的历史也证明，公众舆论和公众参与是国际环境法产生与迅速发展的重要动力之一。

（一）向不履行国际环境义务的国家提出建议或甚至建议暂停或取消对该国的国际援助。

（二）就违反国际环境条约的情况向国际机构提出申诉。

（三）应有权获得对于环境紧急情况和可能产生不利跨界影响的活动。

（四）对农民权利的特别保护

第五节　特殊机制

一、禁止与限制

在国际环境保护领域，某些活动是需要予以完全禁止的，某些活动则需要加以限制。为了有效实施禁止与限制，开列清单作为一种法律手段被广泛运用。在海水和陆地水域有关的污染方面、野生动植物保护方面、控制危险物质和活动方面等都采用了这一方式。

二、直接管制手段

这是目前国际环境法的主要实施手段，主要包括：

（一）制定环境标准。

国际环境标准指的是国际环境条约规定的人类活动对环境的影响和干扰不得突破的限度。包括质量标准、产品标准、排放标准、工序标准以及环境管理标准。

（二）环境影响研究与评价

该制度的主要内容是对重大活动的可以预见的环境影响进行研究。是贯彻预防原则的一项重要制度。

相关条约：《北欧环境保护公约》、《联合国海洋法公约》、《保护自然和自然资源的吉隆坡公约》、《在跨界背景下环境影响评价公约》、《南极条约关于环境保护的马德里议定书》、《联合国气候变化框架公约》等。

（三）环境信息的收集交流

1．环境信息的收集

环境条约规定的环境信息的收集方式主要有监测、监视、视察、观察、检查、报告等。

2．环境信息的交流

包括国家之间、国家与国际组织之间、国际组织之间以及国际、国际组织与非政府组织之间的信息交流。由于环境信息的收集和交流还涉及国家重大经济利益和其他方面重大里约，因此，各国在这方面的交流既是自由、开发的，有是有限度的。

（四）综合污染控制

特点是对各种形式的污染和各环境因子实行整体、系统的控制，要求将对环境的考虑与公共和私营事业的决策结合起来以使之成为一贯的和有效的守法、执法政策。不过在国际环境保护领域，综合污染控制的方法尚未得到广泛的承认。

三、间接管制手段

仅仅依靠直接规范的方法往往不能有效地达到环境保护的目的，这就使得经济手段的运用成为一种必要。经济手段可以激发污染者以较低的成本获得较高的环境保护效果，是直接管制手段的有力补充。

复习与思考题

1．简述公众参与制度在国际环境法实施中的地位。

2．国际环境法有哪些作为实施保障的制度？

拓展阅读书目

1．王曦　编著：《国际环境法》，法律出版社 1998 年版。

2．亚历山大·基斯　著：《国际环境法》，法律出版社 2000 年版。

第八章　国际环境争端的解决

本章教学目的和基本要求：随着环境污染、生态破坏和资源短缺等环境问题日益尖锐，国际间发生环境争端是在所难免的。和平解决国际环境争端，不仅关系到全球的环境保护事业，而且关系到国际安全、稳定与和平。联合国宪章第 2 条和第 33 条明确要求，为了和平与安宁，要恪守和平解决争端这一国际关系基本原则。国际争端解决方法有强制性方法和非强制性方法。本章主要介绍了非强制性方法，即政治方法和法律方法。

学时分配：2 学时

第一节　国际环境争端概述

一、国际环境争端的定义与特点

（一）国际环境争端的定义

国际环境争端是指在国际环境领域由于各种人为的原因造成的污染和破坏而产生的冲突和纠纷。

（二）国际环境争端的特点

1．主体不限于主权国家；

2．往往涉及重大利益，比其他争端复杂和难以解决；

3．起因比较复杂，既有政治因素也有法律因素；

4．其解决往往受到国际关系力量对比的制约；

5．解决方法和程序随着历史发展变化。

（三）国际争端的种类

国际争端一般分为两种：法律性质的国际争端与政治性质的国际争端。法律性质的国际争端是指当事国的各自要求是以国际法为根据的争端。政治性质的国际争端指起因于政治利益的国际争端。但事实上国际关系中单纯的法律争端和政治争端并不多见，更多的是政治和法律混合型争端。国际环境争端也可分为政治性和法律性两种。法律性质的国际环境争端按当事国各自的要求与论据，依国际法的基本原则和国际环境法所规定的内容为依据，通过仲裁与司法程序来解决；而政治性质的国际环境争端则采取政治方法也就是外交方法来处理。

二、国际争端的解决方法

（一）强制性的方法

1．反报。反报是指一国以同样或类似的行为作为对某国不礼貌、不友好或不公正的行为的回答。

2．报复。报复是指一国对另一国的国际不法行为采取相应的强制措施。

3．平时封锁。平时封锁是指一国在和平时期用海军力量封锁他国的港口和海岸，迫使他国就范的一种强制性方法。

4．干涉。从解决国际争端来说，干涉是指第三国对于某两国之间的争端所作的强制性干涉，使争端当事国按照干涉国要求的方式 解决它们之间的争端。

（二）非强制性的争端解决方法

作为和平解决国际争端的方法主要是非强制性方法，分为政治解决方法和法律解决方法。

第二节　政治解决

一、谈判和协商

谈判和协商是两个或两个以上国际法主体为了解决彼此间的争议而进行交涉的一种方式。形式多样，可以用口头或书面方式，或者两者同时并用；可采取双边形式或由有关国家召开国际会议的多边形式进行；可由国家元首或政府首脑参加，也可由环境部长、驻外使节或特派全权代表参加。

谈判和协商解决国际争端，必须严格遵守国家主权平等原则，在谈判中坚持利益平衡原则。

二、斡旋和调停

国际环境纠纷当事国不愿意直接谈判或者虽经谈判而未能解决环境争端时，第三国或国际组织可以出面协助当事国解决，这就是国际环境法上的斡旋与调停方法。国际环境争端的斡旋和调停方法 之间没有实质的区别，仅在于前者是第三国以各种有助于促成当事国进行直接谈判的行动，后者则是第三国以调停者的资格直接参与当事国的谈判。

第三节　法律解决

一、国际环境仲裁

（一）国际环境仲裁概述

与一般国际仲裁一样，国际环境仲裁的具体做法也是由仲裁法庭这种特殊组织形式按仲裁程序依据有关法律原则，尤其是国际环境法来审理。当事方基于自愿把环境纠纷交付仲裁时，就达成了相互服从环境仲裁的协议，这样就使这种裁决对双方有拘束力。虽然环境仲裁没有法律制裁的性质，但双方出于道义上的责任和自觉承担义务的结果，因而仲裁的裁决结果基本上能够得到执行。

（二）国际仲裁程序

1．仲裁诉讼的提出

2．书面阶段

3．口头诉讼程序

4．评议和裁判

二、司法解决

司法解决是指争议双方在共同同意的基础上，把争端交给一个业已存在的国际法院，通过国际法院或法庭适用法律规则，以判决来解决国际争端。在国际环境保护领域里，可受理国际环境诉讼的法院或法庭主要有联合国国际法院和依据《联合国海洋法公约》设立的国际海洋法庭。此外，欧洲法院可以受理欧盟成员国提起的环境诉讼在一定条件下个人也有权向欧洲法庭提起司法程序。

（一）联合国国际法院

1．国际法院的管辖权

主要是诉讼管辖权和咨询管辖权。

2．国际法院在国际环境纠纷中适用的法律

国际环境法是国际法的分支，是国际法在国际环境领域里的法律规范，所以国际法院在解决国际环境争端时所适用的必然是国际环境法。

3．国际法院解决国际环境争端的作用

国际法院在对国际环境争端进行审理和做出判决的同时发展了国际环境法。这种发展在国际法院的判决和咨询意见中得到充分体现。

（二）国际海洋法庭

国际海洋法庭是依据《联合国海洋法公约》附件六《国际海洋法法庭规约》而设立的。国际海洋法庭的管辖权，仅限于依照《联合国海洋法公约》提交的争端和其他国际协定授权管辖的事项。国际海洋法法庭所适用的法律是《联合国海洋法公约》和其他与公约不相抵触的国际法原则。国际海洋法庭的判决对争端当事方具有约束力。

1．解决海洋争端的有关规定

关于海洋环境争端解决的规定，主要是《联合国海洋法公约》第 15 部分，这是经过多次协商的结果。

2．国际海洋法庭的管辖

国际海洋法庭将诉讼主体由国家扩大到法人和自然人。法庭的诉讼管辖权依照主权原则，以争端各方的同意为基础，而不是强制性的。审理一般公开进行，由庭长主持。判决由出庭法官过半数决定，票数相等则由庭长或代理庭长投决定票。法庭对争端所作的任何判决是有确定性的，争端各方均应遵守。

复习和思考题

1．处理国际环境争端有哪些途径？

2．简述联合国国际法院在解决国际环境争端中的地位及作用。

拓展阅读书目

1．乔世明　著：《环境损害与法律责任》，中国经济出版社 1999 年版。

2．吕忠梅　著：《环境法新视野》，中国政法大学出版社 2000 年版。

第九章　环境保护的国际法律责任

本章教学目的和基本要求：随着人类社会的不断发展和进步，国际关系越来越复杂，国家责任问题在纷繁复杂的国际关系中也呈现出其本身的复杂性，传统国家责任理论以过失为唯一责任基础的观点已明显不能适应现代的日新月异的发展现实。在国际环境保护领域，环境损害最突出的特征就是它的跨界性，作为国家责任制度的一个方面，跨界损害责任制度的诞生是国际法因应人类社会发展的客观需要，也是国家责任制度发展的必然趋势。本章对传统国家责任与跨界损害责任进行了比较，并阐述了跨界损害责任的内涵、性质、法律基础以及域外私人行为的国家责任。

学时分配：2 学时

第一节　国家责任概述

一、国家责任制度的特征

（一）传统国家责任概念

国家责任是国家对其国际不法行为所承担的责任。传统国家责任强调，国家责任的成立必须具备主观要件和客观要件。主观要件是指一不当行为根据国际法可归因于国家而被视为该国的国家行为，必须具有故意或过失；客观要件是指一国的行为客观上违背了该国的国际义务，引起该国的国家责任。

（二）国家责任制度的特征

1．国家责任的根据是国际不当行为或跨界损害行为；

2．国家责任是一种法律责任。

二、跨界损害的界定及其特征

（一）跨界损害的界定

跨界损害的定义不仅应包括在一国境内进行的对另一国产生有害影响的典型活动或对一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，而且还应包括对“全球公域”以及如外层空间那样的“人类共同财产”的环境损害。

（二）跨界损害的特征

1．损害必须是人类的行为所致，且其后果是物质的、数量的或是有形的；

2．行为的有形后果所造成的损害的“重大”性；

3．行为的有形后果具有明显的跨界性。

三、传统国家责任与跨界损害责任

（一）跨界损害责任概述

各国从事危险性活动而造成严重跨界损害事件频繁发生，却为发展科技和社会经济所必须，因而不为国际法所禁止。国际社会意识到制定国家对此类行为造成损害性后果应承担责任的规则的迫切性和对跨界损害责任的研究和编纂的重要性。1973 年，国际法委员会将此提上日程，经过不懈努力，1994 年国际法委员会第 46 届会议和 1995 年第 47 届会议一读暂时通过了《关于国际法不加禁止行为所产生的损害性后果的国际责任》的部分条款草案及其评注。该草案虽然还没有被正式通过，但毫无疑问它将成为第一个全面而系统规定跨界损害后果责任的国际公约。

（二）传统国家责任与跨界损害责任的区别

首先，二者的责任性质不同。传统国家责任的性质是国家的国际不当行为，而跨界损害责任的产生并不取决于行为的不法性，而是取决于发生了跨界损害的事实。

其次，二者区别还表现在：

1．传统国家责任中产生后果的损害事件的发生就是对一国义务的违背；而在跨界损害责任中，即使损害事件发生可以预见也不构成对行为国义务的违背。

2．传统国家责任中，如果国家能够证明它已采取合理手段来阻止违反义务事件的发生，即使努力失败也可免除责任。但在跨界损害责任中只要行为造成损害，行为国就负有赔偿责任。

3．在传统国家责任中，违背义务但未造成损害便足以成为对行为国采取行动的依据，而在跨界损害责任中，只有当行为造成实际损害时受害国才有求偿权。

4．在传统国家责任中，即使行为国对违背其义务的行为采取了补救措施，行为国也没有继续该行为的自由，因为该行为属于国际法禁止的不法行为。而在跨界损害责任中，只要行为国对其造成的损害给予合理、适当的赔偿，行为国的行动自由就不受限制。

5．在传统国家责任中，赔偿的目的是恢复不法行为发生之前的原状；而在跨界损害责任中，赔偿则要根据各种因素决定。可能与实际损害发生偏离。

6．传统国家责任强调行为主体主观上的过失或故意为其唯一基础；而跨界损害责任所适用的是严格责任。

（三）传统国家责任与跨界损害责任的内在联系

1．跨界损害责任概念可被视为源于传统国家责任，两者都旨在确定国家对其行为的后果所应承担的国际责任；

2．跨界损害责任是传统国家责任的发展、补充和完善。

四、传统国家责任对跨界损害的意义

对于国际不法行为所造成的跨界损害而言，国际法的国家责任是一种必要手段，非常重要。此外，确定责任的作用在于保证履行国际法规则。

第二节　跨界损害责任的性质

一、跨界损害责任产生的客观趋势

20 世纪 60－70 年代，国际法委员会在国家责任条款草案制订过程中，意识到国际法上并不违法的行为也可能产生国家责任，而决定将所谓危险责任分离而单独处理。当时已经有了在该领域就空间实体的坠毁和核能事故的第三者损害所签订的多边公约对加害国的直接或间接的严格责任的规定。

二、国际法上的危险责任主义

迄今为止，关于航空器地上损害和油污损害的民事责任，或者关于核能损害而规定混合责任的诸条约，都同样地、或多过少地在不同程度上采用了危险责任主义。但这些条约对起因于事业活动的损害基本上将赔偿责任都集中于业主、航运者或设备所有者等私人而实行责任一元化，国家仅负有基于对这些私人所进行的直接或间接管理而确保这些损害赔偿责任的履行的责任。

与此相反，在外空领域，国家则当头承担严格、无限度的绝对赔偿责任。外空损害赔偿公约为了处理发射国对求偿国的所谓国家相互间的国际公法上的关系，对第三者损害采用了危险责任主义。可以说外空损害赔偿公约是将危险责任主义的观点导入国际公法领域的最初的范例。

三、跨界损害责任的特点

（一）造成跨界损害后果的行为是国际法不加禁止的，责任的性质是损害赔偿责任；

（二）跨界损害责任遵循的是国际法中的“使用自己的财产应不损及他人的财产”原则；

（三）跨界损害责任不仅着眼于赔偿，更强调行为国预防和减少实际损害的义务，为此国际法委员会提出了避免损害的预防义务原则；

（四）跨界损害责任的承担方式仅在于损害赔偿，而通常不涉及国家责任的其他承担方式，如道歉或限制主权等；

（五）跨界损害的国家责任所适用的不是过失责任而是严格责任。

第三节　跨界损害责任的法律基础

严格责任原则已存在于大多数国家的法律制度中，它作为一种法律概念已被广泛接受。自 20 世纪 60 年代以来，国际社会针对造成严重跨界环境污染或高度危险活动缔结了一系列国际条约，建立起各种形式的赔偿责任制度。其中严格责任制度最为突出，亦被广泛接受。

（一）严格责任的特征

1．过失不是判断赔偿责任的依据和标准。行为与损害之间的因果关系足以导致行为人的赔偿责任。

2．严格责任的政策考虑是，如果仅按照过失责任来确定危险活动经营人的责任，对受害者不公平，并会对社会造成不良后果。

3．举证责任转移，被告承担举证责任。

4．存在因不可抗力等免除部分责任的例外。

严格责任作为一项法律原则，已经存在。对于跨界环境损害的国家责任之责任基础应适用严格责任。

第四节　域外私人行为的国家责任

一、私人行为的法律归责性

国家基于领土主权而具有对其领土内的人和物的排他管辖权，基于这种排他权限，国家具有对其领域之外国家和外国人的权益进行保护的义务，这是国家为私人行为承担责任的根据。与主权的属地优越和属人优越对应的义务是一国不得允许本国领土被用来从事有害他国利益的行为。国家应对其控制下的行为负责。

二、私人行为之国家责任的条约基础

缔结于 20 世纪 60 年代初期的有关核事故责任的相关国际条约，从 20 世纪 60 年代至 70 年代之间所缔结的有关外空活动及其产生的事故的诸条约，以及 20 世纪 50 年代以后因应时代需要和要求所缔结的为防止海洋污染的诸条约，等等，对在国家的领域外由于具有该国的国籍或相类似之关系的私人的行为造成的损害，该国须为此承担直接的责任，或承担为此支付部分损害赔偿之义务，以及发表承担此类义务之宣言等作了规定。这一系列国际公约建立起了国家为其管辖下的域外私人行为承担责任的连接点。

三、私人行为之国家责任的法律依据

对于域外私人行为所造成的损害，国家之所以需承担责任的原因，就是因为国家确实对这些私人行为进行了许可并监督等而将其置于自己的控制之下。

复习和思考题

1．简述跨界损害责任的产生、定义和特征
2．传统国家责任和跨界损害责任的联系和区别是什么？
3．简述跨界损害责任的基础。
4．简答特雷尔冶炼厂案的国际法意义。
5．简答核试验案的国际法意义。

拓展阅读书目

1．林灿铃　著：《国际法上的跨界损害之国家责任》，华文出版社 2000 年版。
2．戚道孟　编著：《国际环境法概论》，中国环境科学出版社 1994 年版。

第十章　环境保护的国际合作

本章教学目的和基本要求：我们生活在一个迅猛变化的世界。经济的全球化正伴随着环境的全球化。为了我们的星球和人类社会有一个可持续发展的未来，所以相关的合作伙伴——政府、国际组织、企业乃至个人——都应通力合作迎接这一复杂的相互作用的挑战。通过本章的学习，学生需要掌握环境保护国际合作的基础、国际合作的内容和意义。

学时分配：1 学时

第一节　国际合作的基础

一、国际合作原则的涵义

国际合作原则是指在国际环境保护领域，各国进行广泛密切的合作，通过合作采取共同的环境资源保护措施，实现保护国际环境的目的。

二、国际合作的基础

（一）环境现状的客观要求

大量的数据说明世界环境正在恶化，人类所面临的环境危及已经非常严峻，我们必须充分认识到人类赖以生存的地球是一个整体，是一个总的生态系统，其各个组成部分是相互联系、相互影响、相互制约的。需要开展一场环境革命来拯救人类。

（二）国际合作的国际法律依据

从 1972 年斯德哥尔摩“人类环境会议”到 1992 年“联合国环境与发展大会”，到 2002 年约翰内斯堡“可持续发展世界首脑会议”，人类对环境与发展问题的认识有了质的飞跃。1992 年环发大会对国际合作原则注入了新的内容，提出建立新的公平的全球伙伴关系，主张各国以公平的全球伙伴的精神进行合作，共同解决人类面临的环境与发展问题。此外，《内罗毕宣言》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》、《生物多样性公约》、《联合国气候变化框架公约》等也都强调了国际合作原则。

第二节　国际合作的内容

一、兼顾各国利益和优先考虑发展中国家

国际环境保护合作必须顾及合作各方面的利益，必须公平合理。贫困是最大的环境问题。贫穷使环境质量退化，而环境质量退化又加剧贫穷，形成恶性循环。这不仅对发展中国家，对发达国家和整个国际社会的安全、稳定和持续发展都是一个巨大的威胁。因此，须在兼顾各国利益的同时，优先考虑发展中国家的特殊情况和需要。

二、共管共享全球共同资源

海洋、外层空间和南极洲这些作为“人类共同继承财产”的领域或资源不属于任何国家所有，而为全人类共有，为世界各国共同管理和合理利用。此外，对于各国主权管辖范围的某些环境组成部分，鉴于其对人类的重要价值，亦赋予其“人类共同遗产”或“人类共同财富”的意义，要求在承认国家对它们享有主权权利的前提下，通过国际合作对它们进行国际保护。

三、禁止转移污染和其他环境损害

四、和平解决国际环境争端

第三节　国际合作的意义

一、促进国际环境安全的实现

环境与发展领域存在着各种错综复杂的矛盾，又最能反映人类的共同利益。环境问题对国际欢喜和国际安全的影响正逐步加深，环境问题将引发越来越多的国际冲突。因此，必须在进行国际合作的基础上寻求制定国际环境保护法律，采取切实有效的行动。惟有如此，才能解决国际环境争端、防止冲突，才能实现国际环境安全。

二、世界格局的客观趋势

日益严重的环境问题不仅关系到国际社会的发展还关系到国际社会的安全和政治秩序的稳定，不仅给人类带来巨大经济损失还危及人类的生存。环境问题与当今政治、经济及其他各种因素的密切联系，比任何时候都更明显。国际环境保护关系到人类的前途和命运，已经成为世界各国的共同任务，没有各国的合作，任何国际环境保护的目标都是不可能实现的。

三、建立全球伙伴关系的有力保证

各国在政治上相互独立和对立，而在生态和环境保护上的相互依赖和相互影响的矛盾，只有通过国际合作才能解决。也只有通过国际合作，才能建立起有效的全球伙伴关系。

复习与思考题

1．简述国际合作的内容。
2．简答国际合作在国际环境法上的意义。

拓展阅读书目

1．巴巴拉·沃德、雷内·杜博斯 著：《只有一个地球——对一个小小行星的关怀和维护》，燃料化学工业出版社 1974 年版。
2．裴广川 主编：《环境伦理学》，高等教育出版社 2002 年 6 月版。
3．中国环境报社 编译：《迈向 21 世纪——联合国环境与发展大会文献汇编》，中国环境科学出版社 1992 年 8 月版。

第十一章　淡水资源的国际法保护

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生了解淡水资源面临的危机和需要保护的紧迫性要求学生掌握淡水资源的保护制度。

学时分配：2 学时

第一节　淡水资源概述

水是生命之源。地球表面三分之二被水覆盖，但却只有 2.5%的水是供人类利用的淡水，而其中的可用部分仅有 20 万立方千米，不足淡水总量的 1%。

湖泊、河流和地下水资源中 70%的部分为农业所有，25%为工业所用，人类饮用及个体消费占 5%。

第二节　淡水资源危机

一、数量危机

全世界对水的需求量将是 21 世纪最为紧迫的资源问题。从 1900 到 1995 年，全球水消耗量增长了六倍——是人口增长速度的二倍，并随着工农业和家庭用水的增加，人在快速增长。

二、质量危机

淡水受到的威胁是多样的和复杂的，污水排放是传统的利用河流的方式，它会导致鼠疫和霍乱的流行。而排放化学和危险物质、使用杀虫剂和化肥都会影响水的质量。

目前全球有 11 亿人未能用上安全饮用水，24 亿人缺乏充足的用水卫生设施。即使在发达国家，污水再排放前也未必全部经过处理。在欧洲联盟的一些南部成员国中，约有一半人口生活在没有废水处理系统的环境中。

三、淡水生态系统危机

在我们这个似乎所有的生态系统都承受重压的星球上，淡水生态系统（河流、湖泊和湿地、多种多样生态群落）可能是受威胁最严重的。根据国际自然保护同盟关于全球生物多样性所受威胁的最新统计，约有 34%的鱼类（其中大部分是淡水鱼）正濒临灭绝的危险，同时也对世界的生物多样性构成威胁。与陆地或海洋的生态系统相比，淡水生态系统不仅失去了更多的物种和栖息地，还有可能因为修筑水坝、污染、过度捕捞等各种威胁遭受更大的损失。

第三节　淡水资源保护制度

一、水资源保护的历史进程

（一）19 世纪至 20 世纪 50 年代

这一时期人们开始关注水资源问题，但并没有涉及对水资源的保护，而主要是停留在对水的利用上，如航行、捕鱼等。

（二）20 世纪 50 年代至 60 年代末

这一时期国际水道的自然环境所面临的损害主要是污染，这也是人类最早注意到的环境问题。在情况尚不严重的时候，水流自身能够净化，尚未引起严重的危害后果。

（三）20 世纪 70 年代以后

这一时期人类的环境意识不断的加强，对水保护的认识亦同时加深，水资源的国际立法在这种大背景下获得了长足的发展。这一阶段的条约特点是：（1）缔结了多项重要的多边条约，例如《保护莱茵河不受化学污染的公约》等。（2）出现了全球性国际水域防污立法的趋势。

二、区域保护制度

（一）北美洲

1．美加条约

1909 年签订的英国（加拿大）美国边界水域条约，全名是《关于边界水域和美加有关问题的华盛顿条约》。

1972 年美、加两国签订一项《美加大湖水质协定》。1978 年，两国以一项新的《大湖水质协定》取代了 1972 年的协定。

2．美墨条约

1944 年 11 月，美国和墨西哥签订了《利用科罗多拉河、蒂华纳河以及格兰德河的公约》。

1973 年，墨西哥与美国签署《关于永久彻底解决科罗多拉河含盐量的国际问题的协定》。

（二）南美洲

南美洲有两项重要的关于国际淡水资源的利用和保护的条约：一项是 1969 年《银河流域条约》，另一项是 1978 年的《亚马逊河合作条约》。

（三）欧洲

1963 年通过的《关于莱茵河防止污染国际委员会的协定》设立一个莱茵河防止污染国际委员会。1976 年欧洲通过了旨在保护莱茵河不受化学污染以及改进饮用水、工业用水和航行等用途《保护莱茵河不受化学污染公约》和旨在改善莱茵河水质保护其不受氯化物污染的《保护莱茵河不受氯化物污染公约》。1998 年通过《保护莱茵河公约》，该公约从整体角度看待莱茵河生态系统的可持续发展，将河流、河流沿岸与河流冲积区域一起考虑。

（四）亚洲

在亚洲，有关国际淡水资源的利用和保护的条约主要有 1960 年《印度巴基斯坦关于印度河的条约》、1977 年《孟加拉印度关于分享恒河水和增加径流量的协定》和 1995 年《湄公河流域可持续发展合作协定》以及 1996 年 2 月 12 日印度与尼泊尔之间的《关于马哈卡河综合开发的条约》。

（五）非洲

1963 年 10 月 26 日的《尼日尔河流域协定》、1978 年的《冈比亚河协定》、1994 年的《维多利亚湖三方环境管理规划筹备协定》、1995 年的《关于共享河流系统的议定书》是非洲在淡水保护方面的公约。

三、水资源的全球保护

（一）“赫尔辛基规则”

1996 年国际法协会第 52 届大会通过的《国际河流利用规则》，即“赫尔辛基规则”是国际淡水资源保护法律制度发展的一个重大里程碑。

“赫尔辛基规则”规定，国际流域是指跨越两个或两个以上国家，在水系的分水线内的整个地理区域，包括该区域内流向统一终点的地表水和地下水。

“赫尔辛基规则”承认，国际流域内的每个国家都有权利合理公平的利用国际流域内的水。

“赫尔辛基规则”规定的规则可被视为管理、分享和保护国际水道的习惯规则的表述，在建立国际水道管理制度中有很大的影响。

（二）《国际水道非航行利用法公约》

这一公约的目的在于保障国际水道的利用、开发、保存、管理和保护，并为当代人及后代人而促进对国际水域的最佳和可持续利用。

公约包括四方面的内容：（1）适用于所有国际水道的一般规则；（2）实施这些规则的程序规则；（3）关于淡水保护、保持和管理的实质条款；（4）关于水道国缔结协定的条款。

在主张对国际水源整体生态系统方面公约作出了重要贡献，表现在：

首先，它将“水道”定义为“由于客观联系而构成统一整体并且通常流入共同终点的地表水和地下水的系统”。

其次，公约规定，水道国应在其各自的领土内以公平合理的方式利用国际水道，以使水道得到最适宜的和可持续的利用，从而充分保护国际水道。

最后，公约规定，水道国应参与公平合理的利用、开发和保护国际水道，并有义务在保护和开发国际水道方面进行合作。

（三）21 世纪水安全的部长宣言

复习与思考题

1．简述淡水资源的全球保护体系。

2．简述“赫尔辛基规则”。

拓展阅读书目

1．曲耀光 编著：《保护人类生命之源——水》，中国环境科学出版社 2001 年 3 月版。

2．亚历山大·基斯 著：《国际环境法》，法律出版社 2000 年 7 月版。

3．盛愉、周岗 著：《现代国际水法概论》，法律出版社 1987 年版。

第十二章　土地资源的国际法保护

本章教学目的和基本要求：通过本章的学习，使学生了解国际上土地资源遭受严重破坏的情况，掌握国际环境法在这一领域的条约体系。

学时分配：1 学时

第一节　土地荒漠化概述

一、土地荒漠化的灾难

土地荒漠化已经被明确地认定为严重的环境问题。“荒漠化”是指由于受环境变化的人类活动的影响，在干旱、半干旱和亚湿润地区所产生的土地退化。荒漠化是地球土地资源面临的一个严重问题。荒漠化影响世界人口的大约 1/6 和世界干地的 70%，其面积达 36 亿公顷，相当于地球土地总面积的 1/4。受荒漠化影响最重的是发展中国家。

土地退化的主要类型有水蚀（56%）、风蚀（28%）、化学退化（12%）和自然退化（4%）。导致土地退化的原因有过度放牧、森林砍伐、农业活动、过度开采植被和工业活动。

二、土地荒漠化的原因

土地荒漠化严重的主要原因，是人为造成的。不可持续的农业土地利用、落后的土壤和水资源管理方式、森林砍伐、自然植被破坏、大量使用重型机械、过度放牧及落后的轮作方式和灌溉方式以及盲目使用杀虫剂等都是造成土地荒漠化的重要原因。自然灾害，如干旱、洪水和滑坡也造成土地退化。

第二节　土地退化的遏制措施

一、《21 世纪议程中》关于持续的土地资源的管理和使用的建议

二、为了制止土地的荒漠化，政府采取措施

（一）采取持续的土地使用政策和持续的水资源政策
（二）使用环境无害的农业和畜牧业技术
（三）使用抗干旱、速生的品种，加速实施造林和再造林计划
（四）把关于森林、林地和自然植物的土著知识纳入研究活动

第三节　《防治荒漠化公约》

一、《防治荒漠化公约》概况

二、《防治荒漠化公约》内容

（一）序言
（二）第一部分

1．“导言”界定有关术语

2．阐述了公约目标是为实现受干旱和荒漠化影响的地区的可持续发展，通过国际合作防止干旱和荒漠化。

3．以宣言的方式提出并确认四项指导原则。

（三）第二部分规定了三类义务

1．所有缔约方的一般义务

2．受影响国家缔约方的义务

3．发达国家缔约方的义务

复习与思考题

1．土地荒漠化的原因分析。

2．《防治荒漠化公约》的内容和意义。

拓展阅读书目

1．杨国华、胡雪 编著：《国际环境保护公约概述》，人民法院出版社 2000 年 7 月版。

2．联合国环境规划署 编：《全球环境展望 2》，中国环境科学出版社 2002 年 7 月版。

第十三章　大气和气候的国际法保护

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的是使学生了解大气资源对人类有着非常重要的功能，但目前大气已经被严重污染，对生态系统和人类健康构成了重大威胁。要求学生掌握气候保护领域的发展以及《联合国气候变化框架公约》及其《京都议定书》的三机制的内容和意义。

学时分配：2 学时

第一节　大气污染

一、酸雨

酸度 PH 值小于 5.6 的雨水就是酸雨。酸雨大约出现在 20 世纪 50 年代，范围从欧美开始在不断扩大，成为过去几十年中最重要的全球性环境问题。酸雨使土壤、湖泊、河流酸化，破坏森林，腐蚀建筑、桥梁等，已成为“空中死神”。

二、臭氧层的破坏

臭氧层是围绕地球的大气层的组成部分，在 20~40 公里的高度范围里，集中了地球大气中 90%以上的臭氧气体。臭氧层吸收太阳紫外线，是地球的天然屏障。然而臭氧层在不断被破坏甚至出现“空洞”，使人类及其他生物体受到极大危害。

三、温室气体与气候变化

温室气体指大气中吸收和重新放出红外辐射的自然的和人为的气态成分。自然的温室效应保持维持生命的地表温度。当前大气中二氧化碳、甲烷、一氧化碳等温室气体的浓度在不断提高，造成全球变暖，引发热浪、飓风、洪涝、干旱、冰山融化等诸多问题，严重威胁到人类的生产和生活。

第二节 大气污染防治

一、《远距离跨界大气污染公约》的主要内容

《远距离跨界大气污染公约》（CLRTAP）于 1979 年 11 月 13 日在日内瓦通过并于 1983 年 3 月 6 日生效，批准国包括所有欧洲国家和美国、加拿大。

这是一个框架公约，主旨是促进合作以达到主要空气污染物的减排目标，定义了“远距离跨界大气污染”。缔约国的一般义务包括保护人和环境使之免受大气污染，努力限制并尽可能减少和防止大气污染，包括远距离大气污染。

1985 年 7 月 8 日通过治理大气污染（减少硫排放）的议定书；1988 年 11 月 1 日签署了关于来自机动车的氮氧化物的排放和跨界流动的议定书；此外还有 1991 年 VOC 议定书、1998 年两个议定书。

二、《远距离跨界大气污染公约》评价

公约为防治大气污染提供了一个法律框架，从以往僵硬的、关于立场的争论向共同解放问题转变的能力，且在东西方冲突中进行；帮助人们加深了对酸雨问题的理解从而扩展了行动范围的

方式；对管理酸雨问题起着重要作用的大量跨国网络的出现有着重大的影响；此外灵活地把有关知识的增进与国际条约的谈判相结合。

第三节　臭氧层消耗及防治

一、《保护臭氧层维也纳公约》

1985 年 3 月 22 日在维也纳外交会议上通过了《保护臭氧层维也纳公约》，缔约方几乎包括所有国家，奠定了系统合作的基础，标志着保护臭氧层国际统一行动的开始。

公约规定缔约国的一般义务是采取适当措施保护人类健康和环境，使之免受足以改变或可能改变臭氧层的人类活动造成或可能造成的不利影响。公约回顾了联合国人类环境大会原则 21 的内容和联合国环境规划署世界臭氧层行动计划，促进了保护臭氧层所必须的全球合作。

公约没有设立行动的目标或时间表，但要求缔约国根据各自的方式和能力采取适当的措施；要求缔约国提交实施措施的报告；规定了争端解决程序；设立缔约方大会，通过了附加议定书。

二、蒙特利尔议定书及其修正和调整

1987 年 9 月 16 日通过了《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》。确立了减少和/或清除臭氧层消耗物质生产的时间表和目标，体现了预防、共同但有区别的责任和谁污染谁治理的三个原则。

议定书确立了缔约国的报告机制；开创了国际合作的新途径：制度化的经济援助和执行条约义务的控制机制；此后 1990 年、1992 年的修正案基本改变了保护臭氧层的条约制度，弥补了议定书的一些缺陷。

第四节　气候的国际法保护

一、《联合国气候变化框架公约》

《联合国气候变化框架公约》于 1992 年 5 月 9 日在纽约通过并于 1994 年 3 月 21 日正式生效。这是第一个全面控制导致全球气候变暖的二氧化碳等温室气体排放、以便应对全球气候变暖给人类经济和社会带来不利影响的国际公约。

（一）公约的产生

斯德哥尔摩环境会议是进行有关气候变化的国际努力的起点。1979 年第一届世界气候会议上各国科学家表达了对大气问题的关注。1988 年大气变化会议后，成立了“政府间气候变化委员会”，对气候变化进行评估报告。1990 年联大设立了气候变化框架公约政府间谈判委员会，最终多次谈判达成公约文本并签署。

（二）公约目标

公约目标是“根据公约的有关规定，将大气中温室气体的浓度稳定在防止人为危险干扰气候系统的水平上”。

（三）公约的原则

缔约方当代和后代责任的原则；特别考虑发展中国家的原则；预防原则；发展与保护气候相结合的原则；缔约方合作的原则。

（四）公约的特点

首先是框架性，确立了控制温室气体排放，控制其浓度的原则；其次，公约是第一个由国际

社会全体成员参与谈判的国际环境条约，具有广泛的国际社会基础；再次，公约的影响非常广泛，影响几乎所有的人类活动；最后，公约直接关系各国的重大经济、社会和环境利益。

二、《京都议定书》

《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》于 1997 年 12 月 11 日在《联合国气候变化框架公约》第三次缔约方大会上通过，截止到 2003 年 3 月 20 日有 106 个国家批准了《京都议定书》。

《京都议定书》规定了排放量时间表，允许采取四种排放方式，即三个灵活机制：排放权交易、联合履约、清洁发展机制。

议定书的主要特点是：列举了温室气体；工业化国家同意减少排放的目标不抵消发展中国家应减少的排放；承认温室气体的“汇”和“库”的作用并纳入目标中；在缔约国之间或国家与私人间实行“减排量交易制度”。

2001 年第六次缔约方大会第二次会议上，各缔约方（除美国）外成功完成了旨在落实温室气体减排承诺操作细节的谈判。第七次缔约会议上就“波恩协议”得出的有关灵活机制系统、“京都机制”、收支情况信息通报和其他问题达成了一致协议。

2002 第八次缔约方大会通过了《德里宣言》，首次在国际文件中明确提出应在可持续发展框架下对付气候变化。2003 年第九次缔约方大会就控制气候变化问题尽快采取协调行动达成一致。

《京都议定书》已于 2005 年 2 月 16 日生效。

复习和思考题

1．简述在气候变化领域国际环境法的发展。

2．简要分析《京都议定书》三机制。

3．试析《京都议定书》生效的意义。

拓展阅读书目

1．杨新兴、王文兴　编著：《保护人类呼吸之气——大气》，中国环境科学出版社 2001 年版。

第十四章　生物多样性的国际法保护

本章教学目的和要求：本章的教学目的是使学生了解生物多样性的意义以及生物多样性面临的危机，重点掌握《生物多样性公约》和《生物安全议定书》。

学时分配：2 学时

第一节　生物多样性概述

一、生物多样性概念

生物多样性是指地球上各种各样的生命及其多种自然形式。具体地说，生物多样性包含：
（一）物种多样性
（二）遗传多样性
（三）生态系统多样性。

二、生物多样性的价值

（一）生物多样性为食物和农业提供遗传资源，它构成世界食物安全的生物基础并维持人类的生计。
（二）人类的健康和幸福直接依赖于生物多样性。
（三）生物多样性为人类提供多种环境服务。
（四）生物多样性支持着各种行业。

第二节　生物多样性面临的危机

一、栖息地的退化和丧失
二、气候变化和全球变暖
三、氮沉积
四、消费和国际贸易
五、外来物种

第三节　生物多样性环境的条约体系

一、保护生物资源的全球性条约

（一）《关于特别是作为水禽栖息地额国际重要湿地公约》
（二）《保护野生迁徙动物物种公约》
（三）《濒危野生动植物物种国际贸易公约》
（四）《公海生物资源捕捞与养护公约》
（五）1982 年《联合国海洋法公约》
（六）《南极海洋生物资源保护公约》
（七）《国际捕鲸管制公约》
（八）《国际鸟类保护公约》

（九）《禁止在南太平洋长拖网捕鱼公约》

（十）《国际植物新品种保护公约》（1978 年文本）

（十一）《国际遗传工程和生物技术中心章程》

（十二）《国际热带木材协定》

二、保护生物资源的区域性条约

（一）非洲

非洲地区最主要的关于生物资源保护的条约是 1968 年《养护自然和自然资源非洲公约》和 1985 年 6 月 21 日签署的《关于保护、管理和开发东非区域海洋和沿海环境公约》以及 1967 年《非洲植物卫生公约》和 1979 年《保护和管理骆马公约》。

（二）美洲及加勒比海地区

美洲及加勒比海地区最主要的关于生物资源保护的条约是 1940 年《西半球自然和野生生物保护公约》和 1983 年《关于特别保护区和受特别保护的野生生物的议定书》。

（三）南太平洋地区

南太平洋地区主要的关于生物资源保护的条约是 1976 年《南太平洋自然养护公约》和 1986 年《南太平洋地区自然资源和环境保护条约》。

（四）欧洲

欧洲主要的关于生物资源保护的条约是 1970 年《鸟类狩猎和保护比荷卢公约》、欧共体 1979 年通过的《关于保护野生鸟类的 79/409 指令》、1979 年《养护欧洲野生生物和自然生境公约》等。

（五）亚洲

亚洲主要的关于生物资源保护的条约是 1956 年《东南亚和太平洋区域植物保护协定》和《东南亚自然界和自然资源保护公约》。

第四节　《生物多样性公约》及其议定书

一、《生物多样性公约》（Convention on Biological Diversity——CBD）

（一）《生物多样性公约》的目标

《生物多样性公约》的目标是保护生物多样性、可持续利用生物多样性和以公平对等的方式分享因基因资源的商业性利用或其他利用所获取的利益。

（二）《生物多样性公约》的主要议题

1．生物多样性的保护和可持续利用

2．遗传资源的获取和惠益分享

3．生物安全

4．履约机制

（三）《生物多样性公约》特点

《生物多样性公约》是环境与发展领域的里程碑，它第一次综合提出了地球生物多样性的保护和生物资源的可持续利用。公约是一个框架性的文件。

二、《生物安全议定书》（2000 年 1 月 29 日通过）

（一）《生物安全议定书》的主要内容

议定书共包括 40 个条款和三个附件，着重对改性活生物体的越境转移作了详细规定，要求其越境转移应遵循事先知情协议程序，风险评估和风险管理机制，标识管理等规则，规定了对无

意中造成的越境转移的防范和应急措施以及针对出现非法越境转移时的处理措施。此外还规定了建立信息交流与生物安全资料交换所。

（二）《生物安全议定书》的意义

《生物安全议定书》时国际环境法发展的一个里程碑，提出了一个具有深远意义的环境保护新观念和国际环境法的新课题。

复习和思考题

1．简述《生物多样性公约》的主要内容。
2．试析《生物多样性公约》的遗传资源的获取和惠益分享问题。
3．试析《生物安全议定书》中的事先知情协议程序。

拓展阅读书目

1．张世义　编著：《保护人类之友——动物》，中国环境科学出版社 2001 年版。
2．张维平　编著：《保护生物多样性》，中国环境科学出版社 2001 年版。

第十五章　海洋环境的国际法保护

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的是使学生理解对海洋环境进行保护的必要性和重大意义。要求学生掌握《联合国海洋法公约》对海洋环境保护的规定，并对海洋环境保护的新领域有一定了解。

学时分配：2 学时

第一节　海洋环境污染概述

一、海洋与人类的关系

二、海洋污染源

（一）污染物质

油类、化学物质、污水等

（二）海洋污染途径

1．来自船舶的污染

2．倾废造成的污染

3．来自海底活动的污染

4．来自陆地和空气的污染

第二节　海洋环境保护立法

20 世纪 60 年代以前为国际海洋环境保护法的第一个阶段，其特点是以控制船舶造成的油污染为重点，20 世纪 70 年代作为第二个阶段特点是以控制海洋顷废为中心，对各种来源的海洋污染进行全面控制。

第三节　保护海洋环境的条约体系

一、关于控制陆源污染的条约

1974 年《保护波罗的海海洋环境的赫尔辛基公约》是第一个着手解决陆源污染的公约。第一个专门针对陆源污染的是 1974 年在巴黎通过的《防止陆源污染海洋公约》（巴黎公约）。1992 年《保护东北大西洋海洋环境公约》对陆源污染的控制更为严格。

二、关于船舶运行污染的条约

1973 年在伦敦通过的《国际防止船舶污染公约》是关于船舶污染和船舶安全的最主要的公约。

三、关于控制海洋倾废污染的条约

关于控制海洋倾废污染的条约有 1972 年《奥斯陆公约》，该公约于 1992 年被《保护东北大西洋海洋环境公约》所取代。最重要的是 1972 年的《防止倾倒废物和其他物质污染海洋公约》。

四、关于防止油污染的国际条约

1．1954 年在伦敦通过了第一个防止船舶油污染的国际公约——《国际防止海洋石油污染公约》。

2．1969 年通过了《国际油污损害民事责任公约》和《国际干预公海油污事故公约》。

3．1971 年通过了《1971 年设立国际油污损害赔偿基金公约》。

4．1976 年 12 月 17 日在伦敦签署的《关于海底矿物资源的勘探及开发而造成的油污损害民事责任公约》

5．1989 年《国际打捞公约》

6．1990 年《国际油污防备、反应和合作公约》

7．2001 年《船舶燃油污染损害民事责任公约》

五、海洋环境保护的区域性条约

如东北大西洋及其欧洲的边缘海域、波斯湾、加勒比海、中北非洲沿海以及南太平洋、东南太平洋等区域都签订了全面的保护协定。

第四节　《联合国海洋法公约》

一、一般性规定

（一）海洋环境污染的概念

海洋环境污染是之人类直接或间接地把物质或能量引入海洋环境，其中包括河口湾，以致造成或可能造成损害生物资源和海洋生物、危害人类健康、妨碍包括捕鱼和海洋的其他正当用途在内地各种海洋活动、损坏海水使用质量和减损环境优美等有害影响。

（二）沿海国有在环境保护政策条件下地、符合其保护环境义务的自主利用权。

（三）各国有保护和保全海洋环境的义务。

（四）各国负有保护海洋环境的责任。

（五）公约对发展中国家的技术援助和优惠待遇、经常性监督和生态评价等作出了一般性规定。

二、海洋污染防治措施

《联合国海洋法公约》第 194 条关于“防止、减少和控制海洋环境污染的措施”对此作出了详细规定。

三、海洋环境污染的管辖制度

（一）沿海国的管辖权

沿海国拥有在领海内防止海洋污染的管辖权，也享有在其专属经济区的保护和保全海洋环境的管辖权，还承认沿海国在其专属经济区和大陆架防止海底开发和倾废等活动造成的海洋污染的管辖权。

（二）船旗国的管辖权

船旗国的管辖权在某种程度上优于沿海国和港口国的管辖权。

（三）港口国的管辖权

（四）公约海洋污染管辖制度的意义

1．沿海国由于所处的地理位置，同防止海洋环境污染有及其密切的利害关系，它应有防止海洋环境污染的管辖权。

2．沿海国防污管辖权的确立，同时打破了船旗国专属管辖权的统治地位，而代之以船旗国、沿海国和港口国的并行管辖。

3．并行管辖制度对防止海洋环境污染极为有利。

第五节　海洋环境保护新视角

一、海洋富营养化

二、海洋生态系统危机

三、自然变化

复习和思考题

1．《联合国海洋法公约》对还有环境保护所起的作用。

2．简述海洋环境污染的管辖制度。

拓展阅读书目

1．蔡守秋、何卫东　著：《当代海洋环境资源法》，煤炭工业出版社 2001 年版。

2．欧阳鑫、窦玉珍　著：《国际海洋环境保护法》，海洋出版社 1994 年版。

第十六章　森林的国际法保护

本章教学目的和基本要求：森林是继土壤、水之后，与人类关系最为密切的物质。它的状况直接影响着生态的运动与平衡。但是，由于毁林开荒、商业采伐以及取暖等原因，世界森林资源锐减。通过寻求国家间的对话而逐步进行对森林的保护，亦即森林的国际法律保护就显得非常重要与紧迫。本章将向学生介绍森林与生态环境、森林退化状况以及目前国际上对森林的保护情况。

学时分配：1 学时

第一节　森林与生态环境

一、森林与气候变化

森林是陆地生态系统的主体，是全球炭循环的一个重要组成部分，在稳定气候方面起着重要的作用。

二、森林和生物多样性

（一）天然林是所有生态系统中物种多样性最高和地方特殊性最高的。

（二）森林保护区是保护全球范围生物多样性的重要手段。

（三）由于商业性砍伐和灌木果实贸易造成的以森林为基础的野生动植物减少越来越受到关注。

三、森林与水土保持

（一）森林生态系统对水分的涵养和调节作用。

（二）森林的防风固堤作用。

（三）森林的肥土作用。

（四）森林的贮藏能量作用。

第二节　森林退化

森林退化的最主要的原因是人类活动导致的。大量数据表明全球森林退化情况严重。造成森林退化的直接原因有：

一、森林转为耕地和牧场。

二、来自薪柴与木质产品需求的压力。

三、污染对森林的威胁。

四、森林火灾和气候事件。

第三节　森林的保护

一、森林保护概况

（一）可持续森林理念在全球的继续发展。

（二）地方社区共同参与森林管理成为全球国家森林政策和项目的主要特征。

（三）对抗非法森林活动的行动。
（四）政府间森林专题小组和政府间森林论坛的促进作用。

二、国际组织和会议

（一）斯德哥尔摩环境大会
（二）环境与发展大会
（三）联合国粮农组织
（四）森林管理委员会和政府间森林论坛

三、相关国际条约

（一）《国际热带木材协定》
（二）相关的多边环境协定
《联合国气候变化框架公约》及其《蒙特利尔议定书》、《防治沙漠化公约》、《生物多样性公约》、《关于特别是作为水禽栖息地的国际重要湿地公约》、《濒危野生动植物物种国际贸易公约》、《保护世界文化和自然遗产公约》等。

四、森林保护的区域协作

（一）欧共体《洛美协定》、欧洲议会的两个决议。
（二）中美洲国家《管理和保护自然森林生态系统及植树造林的区域公约》。
（三）亚欧“森林保护与可持续发展”国际研讨会及其通过的《贵阳宣言》。

复习和思考题

1．简述森林保护的国际法律机制。

拓展阅读书目

1．周晓峰等　著：《森林生态功能与经营途径》，中国林业出版社 1999 年版。

第十七章　湿地的国际法保护

本章教学目的和基本要求：本章的教学目的是使学生了解湿地的重要作用，掌握湿地的概念和《湿地公约》的主要内容。

学时分配：1 学时

第一节　湿地概述

一、湿地定义

湿地定义有广义和狭义两种。狭义定义一般是认为湿地是陆地与水域的过渡地带。广义定义则把地球上除海洋（水深六米以上）外的所有水体都当作是湿地。湿地公约对湿地的定义就是广义的定义，具体文字表述是：湿地系指不问其为天然或人工、长久或暂时之沼泽地、泥炭地或水域地带，带有或静止或流动、或为淡水、半咸水或咸水水体者，包括低潮时水深不超过六米的水域。

二、湿地种类

一般可将湿地分为三类：海洋/海岸湿地、内陆湿地、人工湿地。

三、湿地功能

（一）生命的摇篮。

（二）文明的摇篮。

（三）直接利用的价值

1．水资源

2．湿地产品

3．湿地矿产

4．能源

5．水运

（四）间接利用价值

1．流量调节

2．防止海水入侵

3．与地下水的交流，即补充地下水或来自地下水

4．营养物质的沉积

5．调节气候

6．文化遗产

7．保护海岸，防止侵蚀

8．景观价值

9．教育与科研价值

10．生物多样性

可见，保护湿地就是保护人类自己的生存环境。

第二节　湿地公约

一、公约概述

《湿地公约》是在斯德哥尔摩环境会议之前的1971年2月2日在伊朗的拉姆萨尔镇签署的，于1975年12月21日正式生效，1982年3月12日的议定书对它进行了修改。中国于1992年1月3日加入，同年7月31日对中国生效。截至2002年12月31日，已有134个缔约国。公约涉及对约占地球陆地总面积 6%的湿地生态的全面保护。其执行局设在瑞士格兰德。公约不仅要求各缔约国承诺在本国境内对湿地进行管理，而且提供资源和监测，从而为湿地的保护建立了一个国际性框架。

《湿地公约》是世界上一个旨在使全体国际社会成员普遍参加的自然保护公约，是世界上第一个唯一只涉及生境的国际公约。

《湿地公约》自诞生以来，对全球的湿地保护起到了很大的作用。对保护湿地的立法思想与方式与以往的公约明显不同。《湿地公约》更符合现代社会可持续发展概念，更易于为国际社会所接受，在保护日益减少的湿地、保护众多野生动植物的生境方面作用非凡。《湿地公约》可谓在现代国际野生动植物保护法领域开了先河。

二、国际重要湿地名册

（一）列入名册标准

为实现公约的宗旨，公约希望尽可能地包括所有国际重要湿地。因此《湿地公约》对列入名册的湿地没有一个审查机制和程序，完全由缔约国单方面决定。

由于缺少苔原、泥炭地、潮汐港湾和南方的水禽越冬地，未能使国际重要湿地形成完整的网络体系，为增加列入名册的湿地数量，公约于1980年11月在意大利卡利亚里的第一届缔约国大会上，规定了新的国际重要湿地标准，通称“卡利亚里标准”。

（二）蒙特勒档案

蒙特勒档案主要记载受到威胁的湿地地点。制定该档案的目的是为了确认需要国内和国际条约加以紧急关注的湿地。

可以促使一个缔约国要求把一处湿地列入档案的问题包括：对湿地的供水、排放或者补给造成的威胁，以及工业或者农业污染。

（三）名册湿地的管理和利用

《湿地公约》规定，一旦缔约国在湿地名册中列入一处湿地，它就必须“制定并实施其计划以促进已列入名册的湿地的养护尽可能的促进其境内湿地的合理利用”。这个要求体现了《湿地公约》的核心要求。

三、公约的实施

（一）缔约国大会

缔约国大会的职能包括批准大会决议、建议、技术指导以及共享与公约实施有关的信息。

（二）《湿地公约》执行局

公约规定国际自然保护同盟（IUCN）应履行本公约执行局的职责。执行局的职责除其他外，应为：

1．协助召集和组织上文提到的咨询性会议；

2．保护国际重要湿地名册并接受缔约国根据公约第 2 条 5 款规定对已经列入名册的湿地的

增加、扩大、撤销或缩小的通知；

3．接受缔约国根据公约第 3 条 2 款规定对已列入名册的湿地的生态特征发生任何变化通知；

4．将名册的任何变化或名册内湿地特征的变化通知所有的缔约国，并安排这些事宜在下次会议上讨论；

5．将会议关于名册变更或名册内湿地特征变化的建议告知各有关缔约国。

复习和思考题

1．简述湿地的定义和作用。

2．简述《湿地公约》的内容和作用。

拓展阅读书目

1．赵魁义　编著：《地球之肾——湿地》，化学工业出版社 2002 年版。

第十八章　外层空间的国际法保护

本章教学目的和基本要求：外层空间科技的迅速发展为人类带来了巨大利益，但同时也对外层空间的环境带来了不利影响，保护外层空间环境已经日益成为人们深切关心的问题。本章将从外层空间的法律地位、外空环境损害和外空环境的法律保护三个方面对外层空间的国际法保护加以介绍。

学时分配：1 学时

第一节　外层空间的法律保护

一、基本定义

（一）外层空间亦称宇宙空间或太空，是指空气空间以外的空间。

（二）外空活动是指人类对外层空间的探测、试验以及通信、运输等各种利用和开发活动，包括民用和军用活动。

二、外空法的形成

（一）联合国大会 1721（XVI）号决议提出“各国对外空的探索和利用活动应遵循包括《联合国宪章》在内的国际法以有利于各国之间的关系”。

（二）1963 年联合国大会以 1962（XVIII）号决议通过《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》，宣布了各国在探索和利用外层空间时所必须遵守的 9 项原则，奠定了外层空间法的原则基础。

此后，国际社会陆续签订了 5 个关于外层空间的国际条约，形成外层空间法这一全新的国际法领域。

第二节　外空环境损害

一、空间污染

空间污染是指由于航天活动而对空间或其某一部分带来过多的物质、成分、电波、辐射等，从而对空间环境结构和空间活动产生不利影响和障碍。从污染物的性质看，可以分为：

（一）化学污染

（二）生物污染

（三）放射性污染

二、空间碎片

空间碎片一般指的时报废的空间物体。其主要来源是空间物体的爆炸和碰撞。其危害性在于它对空间飞行和运输的破坏作用的同时大大增加了空间物体碰撞的机会。

三、其他相关问题

（一）地球静止轨道

（二）地球同步轨道

第三节　外空环境的法律保护

一、相关国际条约

1．1963 年《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》
2．1967 年《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内的外层空间活动原则的条约》
3．1972 年《禁止为军事或其他敌对目的使用改变环境技术的公约》
4．1975 年《关于登记射入外层空间物体的公约》
5．1979 年《知道各国在月球和其他天体上活动的协定》

二、联大决议

1．1992 年联大以第 47/68 号决议通过了《关于在外空利用核动力源的原则》。
2．中国代表团对该《原则》的观点和建议。

三、与环境保护密切相关的外空制度

1．保护空间环境的磋商制度
2．外空环境污染损害的国家责任制度
3．空间环境损害的其他补救方法

复习和思考题

1．浅述外层空间的法律地位。
2．浅析外空环境损害对外空环境法律保护的影响。

拓展阅读书目

1．贺其治　著：《外层空间法》，法律出版社 1992 年版。

第十九章　文化和自然遗产的国际法保护

本章教学目的和基本要求：文化和自然遗产是人类的巨大财富，对于个人和民族都极为重要。但是，因为战争、自然灾害、城市化以及工业化不断地危害着我们的遗产，目前人类保护遗产的责任非常重大。本章旨在使学生通过学习，了解什么是文化和自然遗产、《保护世界文化和自然遗产公约》以及保护文化和自然遗产的区域行动。

学时分配：1 学时

第一节　文化和自然遗产概述

一、文化遗产

文化遗产的定义

文化遗产包括文物、建筑群和遗址三类。

文化遗产的标准

二、自然遗产

自然遗产的三种分类以及根据《保护世界文化与自然遗产公约》的规定，构成自然遗产的条件和标准。

三、文化景观

由人类有意设计和建筑的景观。

有机进化的景观。

四、非物质文化遗产

指来自某一文化社区的全部创作，这些创作以传统为依据、由某一群体或一些个体所表达并被认为是符合社区期望的作为其文化和社会特性的表达形式，包括：文学、语言、音乐、舞蹈、游戏、神话、礼仪、习惯、手工艺、建筑术及其他艺术。除此以外，还包括传统形式的联络和信息。

第二节　《保护世界文化和自然遗产公约》

一、公约的宗旨

保护具有“著名国际价值”的文化和自然地带。

二、保护世界遗产的国家责任

（一）各国应在国内根据本国情况采取措施保护世界遗产。

（二）缔约国定期向联合国教科文组织递交报告。

（三）国家关于“世界遗产”的教育和宣传责任。

（四）一国若不能完成其公约责任，则可能出现本国区域被从《世界遗产目录》除名的危险。

三、“世界遗产委员会”和“保护世界文化和自然遗产基金会”

（一）世界遗产委员会
委员会的组成、职责。
（二）保护世界文化和自然遗产基金
基金的来源和支出。

四、《世界遗产目录》和《处于危险的世界遗产目录》

（一）一旦一处区域被选定，它的名字和地理位置将被列入《世界遗产目录》；需要采取重要行动加以保护的区域列入特殊的《处于危险的世界遗产目录》。
（二）列入《世界遗产目录》的所须具备的条件

五、世界遗产申报程序

第三节　保护文化和自然遗产的区域行动

一、欧洲

《保护考古遗产欧洲公约》

二、美洲

《保护美洲国家考古历史和艺术遗产公约》

三、亚洲

“世界遗产• 中国论坛”、“亚太地区世界遗产展”等。

复习和思考题

1．试阐述“世界遗产”的种类和确立标准。
2．请简要叙述国家对于保护世界遗产应负的责任。

拓展阅读书目

1．戚道孟　编著：《国际环境法概论》，中国环境科学出版社 1994 年版。

第二十章　危险废物的国际法管理

本章教学目的和基本要求：废物问题是造成环境问题的重要因素之一，是困扰世界的难题，不论发展中国家还是发的大国家。大规模为了防止无辜的人们成为危险废物的牺牲者，需要进行有关的立法，需要进行国际合作以控制危险废物的跨国界运输、减少危险废物或改进危险废物的处理和排放的方法。通过本章的学习学生应该掌握废物管理的国际法规制，包括现有的国际法体系以及责任制度，了解危险废物控制方面所进行的国际合作以及现在所进行的努力。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

在工业取得长足进步的现代社会，科技进步加速了新物质、新产品的研发，也加快了产品的更新步伐，从而使得在社会的进步中伴随着未知的风险与大量的废物产生。这些废物通常以其来源或特性分为生活废物、工业废物、危险废物和放射性废物等类别。其中固体废物具有的数量大、种类多、性质复杂、产源分布广泛、可以跨地区甚至跨国转移的特点，使国体废物污染的途径多污染的形式复杂，既有即时污染性，又有潜伏性黄叶长期污染的威胁，对环境造成的后果及其严重。

废物的处理途径主要有海洋处置、河流湖泊处置、空气处置（即对空中排放）、焚烧、土地处置和回收利用等。危险性小的废物在自然界处理，最危险的废物则是非法的被焚烧、储藏乃至出口。在 20 世纪 80 年代甚至出现了危险废物的地下市场。

鉴于这种严峻现实及“生产和排放危险废物事情控制要在几年以后对空气、水、土地、健康、人类生育带来高昂的环境代价”，《21 世纪议程》（第 21 章“寻求解决固体废料问题的办法”）对固体废料的管理提出建议，其中包括要求各国制定减少会影响生产和消费方式的废料的目标。

第二节　危险废物管理的国际法律框架

一、废物的定义

废物的定义问题因为两个方面的因素变得很复杂：其一、废物具有两重性，从一个角度看是废物，从另一个角度看是可再加以利用的资源，因此难以从法律上定性。其二、废物涉及国家的经济利益和环境利益。因此对废物的界定尚不统一。

关于废物的最权威的定义是《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》所界定的：是指处置或打算予以处置或按照国家法律规定必须加以处置的物质或物品。

二、废物管理的国际法规制

（一）国际组织联合国规划署、经济合作与发展组织和欧共体等三个国际组织在制定有关废物管理法律制度上尤其突出。

1．联合国环境规划署

联合国环境规划署对废物的管理做出的贡献主要是《开罗指南》和《巴塞尔公约》。

2．经济合作与发展组织

经济合作和发展组织理事会通过了一系列有关废物管理的决议，一直致力于有关危险废物的规制的谈判和起草工作。

3．欧共体

在危险废物的管理方面，欧共体首先以 75/422 号决议确定了一个法律框架，1985 年欧共体理事会《关于环境影响评价的指令》以及 1991 年欧洲经济委员会的《跨界环境影响公约》都对废物的管理做出了相应的规定。

另外，绿色和平组织等非政府组织和各国国民也对危险废物的国际规制问题高度关注，并做出应有的贡献。

（二）国际条约

1．1972 年《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》

2．1989 年《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》

3．1959 年《南极条约》

4．1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》

5．1991 年《巴马科公约》

第三节　危险废物越境转移的国际法责任

一、一般原则

所谓“越境转移”是指危险废物或其他废物从一国的国家管辖地区移至或通过另一国家管辖地区任何转移，或移至或通过不是任何国家的国家管辖地区的任何转移，但该转移须涉及至少两个国家。

国际法强调国家必须遵循的一般原则：国家在出口并转移废物时负有不损害别国环境和地球公域的义务，一旦违背或在进行和控制废物越境转移时造成损害必须承担国际责任。

这一原则的基础是跨界损害责任。

二、《巴塞尔公约》的规定

（一）危险废物越境转移的限制

公约原则上禁止缔约国之间的危险废物的运输。关于缔约国和非缔约国之间的危险废物和其他废物的转移是一种“有限禁止”。公约绝对禁止将危险废物转移到南极。禁止经危险废物和其他废物从经合组织国家运至非经合组织国家。

（二）法律责任

1．事先通知责任

2．废物再进口责任

3．非法运输责任

4．国际合作

5．赔偿责任

三、小结

可以看出公约强调可保护全球环境不受危险废物或其他废物损害的必要性，确立了废物管理的国际标准，要求缔约国之间交换信息合相互协助。尽管公约还存在各种不足之处，《巴塞尔公约》是废物越境转移的基础性国际法文件。

复习和思考题

1．危险废物管理的国际法律框架。

2．请从国际法的角度谈危险废物越境转移的国家责任。

拓展阅读书目

1．雷切尔·卡逊　著：《寂静的春天》，吉林人民出版社 1997 年版。
2．王豪　编著：《生态的恶化与环境治理》，化学工业出版社 2001 年版。

第二十一章　两极地区的国际法保护

本章教学目的和基本要求：本章主要讲述北极地区与南极地区的环境和国际法保护的问题。由于两极地区和其他地区环境关注的焦点与其他地区不同，并且南极和北极之间从地理环境、主要人口中心和人类活动的和隔离程度以及法律地位来看也有很大差异，因此在国际法保护方面和其他地区的保护相比较而言也有特别值得关注的特殊之处。要求学生通过对极地的概述、《南极条约》与南极条约体系以及对北极的环境保护等节的学习，对此问题有系统的了解。

学时分配：1 学时

第一节　极地概述

一、南极北极地区的显著差别以及共性

南北极地区有显著的区别，但又有共同的特性，如高纬度、寒冷和遥远等。北极占主要地位的是中央海洋，而南极是被海洋包围的大陆块，部分被冰雪覆盖。

二、两级地区对全球环境的动态影响，及其相对清洁环境的价值

三、两级地区面临的严重环境问题

（一）过度捕捞
（二）污染物沉积
（三）自然资源的开采加工

第二节　《南极条约》与南极条约体系

关于南极环境资源的保护，目前由南极条约体系调整。由于环境保护规范相互交错，南极已经不只是具备科学考察的意义，而且具有世界环保意义，南极在国际法的保护议定书的生效，环境保护所倡导的将南极宣布为有限的“世界公约”的设想得到了实现。

一、《南极条约》的签订

1952 年 12 月 1 日签订于华盛顿，1961 年 6 月 23 日生效。其中关于领土要求的第 4 条是整个《南极条约》的核心。本身没有严格意义上关于环境保护的规定，其根本宗旨在于保护南极，缔约国基于对南极条约的深刻而善意的理解，20 世纪 60 年代以来南极环境保护问题逐渐引起重视，将保护南极环境列为南极条约协商会议上的最重要的议题。

二、南极条约体系

南极条约体系除 1959 年《南极条约》外包括：
（一）《养护南极海豹公约》
（二）《保护南极海洋生物资源公约》
（三）《关于环境保护的南极条约议定书》以及 5 个附件

南极条约生效 40 多年来，南极条约体系所建立的环境和生态保护制度已日臻完备和系统化，处于世界领先地位。

第三节　北极的环境保护

与南极不同，北极地区具有包括土著居民在内的永久居民，在过去的 30 年里北极成为一个重要的地缘政治区域，虽然北极地区的陆地已为沿海国划分完毕，但在北极海域的管辖权方面，北极国家间仍然存在分歧和争议。

一、北极概况

北极陆地地区面积约 1400 万平方米，由三个亚区系统组成，除动植物资源外，还有丰富的石油、天然气和矿产资源，有相当丰富的生物多样性。但极地面临着气候变化、臭氧层算好、土地利用改变和自然资源的不可持续性利用等威胁。

二、北极的环境保护

1991 年 6 月 14 日，8 个北极地区国家在芬兰举行第一界北极部长会议，签署《关于保护北极环境的宣言》并通过《北极环境保护战略》，宣告北极环境保护的法律制度正式诞生。

（一）《北极环境保护战略》

（二）北极监测和评价组织

（三）北极委员会

（四）影响北极的 MEA

复习和思考题

1．请试从两极地区的法律地位谈极地的国际法保护。

2．浅析现有国际法律机制对保护极地的作用。

拓展阅读书目

1．戚道孟　编著：《国际环境法概论》，中国环境科学出版社 1994 年版。

第二十二章　山地的国际法保护

本章教学目的和基本要求：山地占据世界土地的 20%，是全球生态系统至关重要的组成部分。山地生态系统十分脆弱，极易造成土壤侵蚀、滑坡、栖息地和遗传多样性的迅速减少。世界人口中的 10%要依靠山地资源，而其中将近半数的人受到山地退化的影响。通过本章的学习，学生需要掌握山地生态系统概况、山地生态系统面临的危机以及对山地生态系统的保护。

学时分配：1 学时

第一节　山地的生态系统

世界山地对于地球生命的重要性要比我们所设想的重要得多。实际上，它们如同海洋一样活跃，如同低地热带雨林一样对我们的健康起着关键作用。山地是地球上十分之一人口的家园，特殊植物群落和动物的避难所，而且也是世界上大多数河流的源泉。为了提高环境知识及作为人类与生俱来的权利，山地人民应受到更好的待遇。山地有太多的理由值得我们重视和保护。

第二节　山地的生态系统危机

尽管山地生态系统非常多样化，山地可以为社会经济的发展提供重要的资源，如清洁水供应、灌溉、水利、洪水控制、生物多样性和旅游业，但它们却极度脆弱，再加上山地生态管理的及其落后，在世界的许多地区，天气变化、污染、矿产开发、过度耕作和旅游正在破坏着山地环境，导致普遍的退化和洪涝、山崩、雪崩和饥荒等灾难的频繁发生。现在还有一个更大更普遍的威胁正在逼近：全球 变暖将比任何其他情况更严重影响山地生态系统。

为了让所有的人们认识山地所扮演的重要角色，联合国将 2002 年定为国际山地年。对所有的人，包括个人、国家和国际，都是一个前所未有的去护卫山地生态系统和帮助山地人民达成他们的目标和渴望的机会。

第三节　山地保护

一、国际自然保护同盟

自然与社会科学家虚构了 IUCN 家族，包括其生物多样性政策协调组、物种生存委员会和受保护地区世界委员会。为加强对生物多样性相对完好的 500 个山地保护地区管理工作，IUCN 正发挥着表率作用。

二、联合国教科文组织

联合国教科文组织（UNESCO）的人与生物圈规划，把人类活动对山地生态系统的影响的研究项目作为其 14 个项目的第六项。MAB-6 的建立是一个转折点。

三、联合国粮农组织

在与国家机构、联合国机构和非政府组织（NGOs）的合作下，联合国粮食及农业组织（FAO）召集一家山地国际机构组织以解决山地问题，并执行了一个全球通讯规划以提高山地生态系统的重要性意识和改进山地人民健康的需求。

四、全球环境基金

2002 年，全球环境基金（GEF）不断地支持在保护全球重要的生物多样性的同时提出山地社区人民生活质量的发起活动。过去十年，GEF 已经提交近 5 亿美元，融资超过 13.3 亿美元投资于 44 个国家 70 多个山地相关计划。这些计划主要集中在发展中国家政府保护的地区。

五、联合国环境规划署

联合国环境规划署早已着手于山地生态系统状况的评估，也就是我们所知的“山地观察”。通过 GEF 工程，这项评估将在发展中国家得到设计和实施。

六、山地保护的国际条约

1991 年 11 月 7 日签订于奥地利萨尔斯堡的《保护阿尔卑斯山公约》是国际社会第一部以保护山脉生态系统为宗旨的条约，是一个保护阿尔卑斯山的国际法律框架。公约设立缔约方大会以保证公约的实施和监督，每两年举行一次缔约国大会。

七、《21 世纪议程》与 2002 年国际山地年

保护山地运动真正突破性的行为来自于 1992 年的里约热内卢环境与发展地球峰会的《21 世纪议程》。2002 年是里约环境与发展大会的 10 年纪念也是斯德哥尔摩环境会议 30 年的纪念，又是约翰内斯堡可持续发展首脑会议召开的当年。联合国将 2002 年定为国际山地年意义重大。

复习与思考题

1．请结合国际环境谈对山地生态系统进行保护的必要性。
2．简要叙述现有的山地生态系统保护国际法律机制。

拓展阅读书目

1．周晓峰等 著：《森林生态功能与经营途径》，中国林业出版社 1999 年版。

第二十三章　环境保护与贸易

本章教学目的和基本要求：1992 年里约热内卢联合国环境与发展大会的召开与 1995 年世界贸易组织的建立体现了世界发展的两大不同趋势，环境保护所希冀的是控制某些国际贸易，而贸易自由化则希望取消贸易障碍。两者将环境保护与贸易的关系推进到了一个新的历史领域。通过本章的学习，学生应当了解这两大潮流的碰撞与交流，分析并掌握环境保护与贸易自由化问题。

学时分配：1 学时

第一节　问题的产生

环境保护与贸易自由化问题的产生具有历史必然性。随着国际贸易活动的强化和环境与资源的日益恶化，人类认识到这已不是简单的区域性问题，凭借一国国内的价值取向和社会关注程度是不能解决这一矛盾的。这一矛盾在发达国家与发展中国家之间因为经济、技术、科学等方面的巨大差异而深化和复杂。它涉及到多边环境协定中的贸易限制措施、多边贸易体制下的环境保护条款以及与环境有关的单边贸易措施之间的协调，并涉及条约法、知识产权法、服务贸易法、争端解决程序法等许多法律部门。

第二节　多边环境协定中的贸易条款

一、MEAS 的贸易条款的功能

迄今为止，共有 20 多个多边环境协定中规定有限制贸易条款，这些条款是有利于环境保护的。尽管这些限制条款有可能与自由贸易原则和相关规定发生冲突，同时也存在着被滥用的可能，然而我们不能因噎废食，应当清醒地认识到贸易会直接或间接对环境造成负面影响。因此，在多边环境协定中规定贸易管理措施是必要的。它通过在许可证基础上进行进出口以及对进出口实行禁止或限制两种方式控制成员方的贸易行为。

二、MEAS 的贸易措施

包含贸易限制措施的多边环境协定主要有：1973 年《濒危野生动植物物种国际贸易公约》、1987 年《关于保护臭氧层的蒙特利尔议定书》、1989 年《巴塞尔公约》和 1992 年《生物多样性公约》等。

（一）关于生物多样性的限制贸易措施

20 世纪 80 年代以来，越来越多的国际法律文件开始限制物种标本或制品的国际贸易。而且由于采取以控制某些物质为基础的跨部门保护环境的方法导致了控制和限制这些物质的进出口。例如，1973 年《濒危野生动植物物种国际贸易公约》和 1992 年《生物多样性公约》及其 2000 年生物安全议定书就是代表。

（二）关于危险物质的限制贸易措施

关于控制危险物质及其产品的越境贸易最早的全球法律制度是有限制消耗臭氧层物质出口的条约体系确立的，它包括 1985 年《保护臭氧层维也纳公约》和 1987 年《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》及其修正案。以后又有一些列危险废弃物越境转移的全球性和区域性公约，最重要的是 1989 年《控制危险废弃物越境转移及其处置巴塞尔公约》。

（三）其他贸易措施

除却全球性或区域性有关公海鱼类养护与管理、控制危险废物越境转移以及防止非成员国鲸产品进口等公约之外，欧共体也通过指令和条例采取了一些限制商品流动的措施。尤其是 1998 年《鹿特丹公约》的通过，扩大了为环境保护的利益而采取的对国际贸易限制的程序。

第三节　多边贸易体制下的环保条款

一、绿色条款的产生

绿色条款是指多边贸易体制下各类协议中的环境保护例外条款。它的产生标志着人类社会发展的一大进步。进入 20 世纪 90 年代，以国际国内环境保护措施的新的贸易壁垒——绿色壁垒出现了。不可否认绿色壁垒有贸易保护主义之嫌，但它存在的合理性也是显而易见的。

二、绿色条款的法律架构

各类多边贸易协议中的环境保护例外条款构成了多边贸易体制下的国际环境保护的法律架构。主要包括：《马拉克是建立世界贸易组织协议》的序言部分、《GATT1994》第 20 条的“一般例外”b 款和 g 款以及 TBT、SPS、AMS、SCM、GATS、TRIPS 等。

第四节　环境保护与贸易的关系

一、环境保护与贸易的外在冲突

环境保护的目标与贸易自由殊途同归，但不排除在实际操作中两者可能产生冲突，主要表现在：某些国家在追求贸易自由时不注意保护环境，从而为环境带来负面影响；环境与贸易问题由于发达国家与发展中国家之家的差距和分歧以及贸易保护主义等因素而变得复杂起来；世界贸易组织争端解决程序与多边环境条约的争端解决程序的关系在某种程度上体现了环境与贸易的不协调。

二、环境保护与贸易的本质一致

环境与贸易的关系并非只有对立，而是相互促进，相互支持。二者的共同目的都是改进生活质量而增进社会福利。它们辩证统一为可持续发展。具体表现在：贸易与环境保护的根本目的一致；好的环境是正常贸易的基础；贸易自由化促进世界各国更加有效的提高经济效率，使得更少的自然资源取得更大的产出成为现实。总之，二者之间不存在固有的不可调和的冲突。

复习和思考题

1．环境保护与国际贸易的关系及其对国际法的影响。

2．请浅析如何在国际法框架下协调和促进环境保护与国际贸易的关系。

拓展阅读书目

1．赵维田　著：《世贸组织的法律制度》，吉林人民出版社 2000 年版。

2．余劲松　主编：《国际经济交往法律问题研究》，人民法院出版社 2002 年版。

3．中国环境保护总局政策法规司　编：《中国环保法规与世贸组织规则》，光明日报出版社 2002 年版。

第二十四章　环境保护与军事

本章教学目的和基本要求：包括战争在内的军事行为，对自然界从来就具有破坏性。对敌人环境的破坏更是现代战争中打击敌人的策略之一。通过本章的学习，学生应当理解军事行为有可能使业已遭受摧残的环境不再适宜人类居住，其对环境所造成的无以复加的严重后果是不可逆转的；必须树立减缩军备、废弃战争的观念，以停止破坏和拯救我们的生存环境。

学时分配：1 学时

第一节　概　述

我们的生存环境除遭受污染之外，还饱受战争的折磨。战争产生了大批难民并且其对人类文明和地球环境造成的威胁更是无出其右者。为了遏制战争带来的巨大灾难，国际社会自 19 世纪就开始研究战争法规。迄今为止，国际社会已经达成共识认为在战争期间有意造成的大规模环境破坏不能为国际社会所认可，应予以避免。

第二节　军备与环境保护

战争和军备竞赛既是环境问题的原因也是环境问题的结果：环境问题如水资源匮乏在许多地发已经成为战争和军备竞赛的根源，而战争和军备竞赛反过来导致更大规模的环境破坏。战争与军备之间形成了恶性循环，因此，有必要确定一个框架，不仅可以减少武装冲突所造成的损害，而且尽可能地保护环境。

第三节　武器管理的条约体系

一、限制核武器条约

限制核武器的国际条约主要有：1963 年《禁止在大气层、外层空间和水下进行核试验条约》、1968 年《不扩散核武器条约》、1971 年《禁止在海床、洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》、1996 年《全面禁止核试验条约》等以及一些建立无核区的区域性条约。

（一）《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》

这一条约又称《部分禁止核试验条约》，签订于 1963 年 8 月 5 日，于 1963 年 10 月 10 日生效。其宗旨是依照联合国目标在严格的国际协定下，达成一项全面彻底的裁军协定制止军备竞赛并消除制造核试验包括核武器在内的所有武器的动机。

（二）《不扩散核武器条约》

这一条约的目的是为了防止核武器及其研制技术的扩散。条约于 1968 年 6 月 12 日签订，1970 年 3 月 5 日生效。

（三）《禁止在海床、洋底、及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》

条约规定缔约国承担不在海床、洋底及底土安置核武器或其他大规模毁灭性武器。目的是禁止各国在上述范围内进行军备竞赛以维护世界和平。条约于 1971 年 2 月 11 日签订，1972 年 5 月 18 日生效。

（四）《全面禁止核试验条约》

条约于 1996 年 9 月 10 日在联合国大会上以压倒性多数通过。其重大贡献是建立一个核查机

制已核查条约的履行，核查机制包括四方面内容：国际监测系统、协商和澄清、现场检查、信任建议措施。

二、生化武器管理

生化武器是指有毒的生物和化学武器，1925 年的《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》规定将对生化武器的禁止扩大到细菌武器。

（一）《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战的议定书》

此议定书签订于 1925 年 6 月 17 日 1928 年 2 月 8 日生效。它指出在战争中使用毒气和细菌武器已经被文明世界的普遍舆论所谴责，认为禁止毒气和细菌武器应被普遍认为是国际法的一部分并约束各国的意志和行为。

（二）《关于禁止发展、生产和存储细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》

公约于 1972 年 4 月 10 日签订，1975 年 3 月 26 日生效。其宗旨是：禁止发展、生产和存储细菌（生物）武器及毒素武器并销毁此种武器，以次作为走向普遍裁军的一步，为全人类谋求福利。

（三）《关于禁止发展、生产、存储和使用化学武器并销毁此类武器的公约》

公约于 1993 年 1 月 13 日签订，1997 年 4 月 29 日生效。其宗旨是：彻底、有效的禁止化学武器的发展、生产、获得、保有、转让、使用并销毁化学武器。公约决定成立“禁止化学武器组织”以确保公约的履行和公约目标的实现。

第四节　禁止敌对使用环境致变技术

改变环境的作战手段和方法是国际法所禁止的。这是使用地球物理战的手段和方法，包括使用化学、生物武器来污染破坏环境和生态平衡。为了禁止这种导致自然环境严重破坏的非人道的作战手段，国际社会于 1977 年签署了《禁止为军事或任何其他敌对目的使用环境致变技术公约》。公约的制定不仅有利于限制军备竞赛，是人类免受新的战争手段的威胁，也有助于改善环境，保证为和平目的使用环境致变技术。它同时具备裁军公约和国际环境保护公约的双重性质。

复习与思考题

1．浅析从国际法的角度规制军事活动的必要性。

2．请简要国际法上武器管理的条约体系。

拓展阅读书目

1．王曦　编著：《国际环境法》，法律出版社 1998 年版。

2．马骧聪　主编：《国际环境法导论》，社会科学文献出版社 1994 年版。

《空间法模拟法庭》教学大纲

凌　岩　编写

目　录

前　言 619
第一章　国际法的基本知识 620
第一节　国际法的渊源 620
一、国际条约 620
二、国际习惯 620
三、一般法律原则 620
四、国际法的辅助资料 620
第二节　国家责任 620
一、国家责任的概念和性质 620
二、国家责任的构成 620
三、国家责任的内容和形式 621
第三节　条约的解释 621
一、条约解释的主体 621
二、条约解释规则 621
第四节　国际法院 621
一、国际法院的性质和组成 621
二、国际法院的职权 621
三、法院适用的法律 622
四、诉讼程序 622
复习和思考题 622
拓展阅读书 622
第二章　国际空间法 623
一、外层空间法概述 623
二、外层空间法的基本原则 623
三、外层空间的法律制度 623
四、指导各国从事外空活动的其他准则 624
复习与思考题 624
拓展阅读书目 624
第三章　国际空间法模拟法庭竞赛书面程序 625
第一节　空间法模拟法庭比赛的规则 625
第二节　书　状 625
第三节　查找资料 625
复习与思考题 625
第四章　国际空间法模拟法庭竞赛口头程序 626
第一节　口头辩论的规则 626
第二节　观摩口头辩论 626
第三节　口头辩论演练 626
复习与思考题 626

前　言

曼弗雷德·拉克斯空间法模拟法庭竞赛是由国际空间法学会举办的旨在培养法学学生书写书状及法庭辩论能力的国际性赛事。比赛完全按照国际法院的诉讼模式用英语进行。我校代表队已连续两年参加了亚太地区空间法模拟法庭竞赛，成绩逐步提高,因此，从 2006 年秋季起在本科生中开设空间法模拟法庭课程，采用中英双语教授关于空间法、国际法的基本知识以及空间法模拟法庭竞赛的基本知识、收集资料的方法、书状的写作方法、模拟法庭辩论模式及技巧等内容，使学生了解和初步掌握参加空间法模拟法庭竞赛的方法，同时将教学和选拔优秀学生代表我校参加该项比赛结合起来，也为学生参加其他国际法模拟法庭竞赛打下基础。本教学大纲由凌岩编写。

第一章　国际法的基本知识

本章教学目的和基本要求：掌握国际法渊源的概念、种类和作用，国家责任的概念、构成及责任形式，国际条约的解释和国际法院的相关知识。

学时分配：12 学时

第一节　国际法的渊源

国际法的渊源是指由以形成国际法的方式和程序。一般认为《国际法院规约》第 38 条的规定是国际法渊源的权威说明。国际法的渊源有：

一、国际条约

（一）一般性多边国际条约：大多数国家参加的、为各国开放的、关涉对各国有共同利害关系的事项的多边条约。这类条约能产生一般适用的国际法原则和规则。

（二）规定客观制度的条约：目的在于为所有国家的利益，就某一国家、土地、水道等特定区域创立普遍适用的客观制度的条约，是一般国际法的渊源。

（三）其他国际条约：两个或几个国家为特定事项缔结的条约，是拘束当事国的特别法律。

二、国际习惯

国际习惯是指被接受为法律的一般实践或通例。国际习惯的形成有两个因素：一是有一般的实践或通例存在；二是一般的实践或通例被各国接受为法律，即“法律确信”。

三、一般法律原则

一般法律原则即指各国法律体系中所共有的原则。在用以处理国家间的关系时，产生国际法的效力，是国际法的一种渊源。

四、国际法的辅助资料

解释说明国际法原则和规则，对国际法的形成和发展具有重要的辅助作用。国际法的辅助资料有：

（一）各国权威的公法学家的学说。

（二）司法判例。

（三）在实践中，国际组织的决议也是一种非常重要的辅助资料。

第二节　国家责任

一、国家责任的概念和性质

国家责任是指国家对其国际不当行为所负担的国际法律责任，是国家从事国际不当行为所必然产生的法律后果。

二、国家责任的构成

（一）国家责任的构成条件：一国实施了国际不当行为。

根据《国家责任条文草案》的规定，一国国际不当行为有两个构成要素：

1．某一行为依国际法的规定可以“归因于”某一国家；

2．该国家行为违背了该国负担的有效国际义务。

（二）排除行为的不当性：在（权利国）同意、国际不当行为的对抗措施、不可抗力和偶然事故、危难、紧急状态、自卫等情况下，一国实施的行为依国际法可排除其不当性，因而不负国际责任。

三、国家责任的内容和形式

国家责任体现为行为国与受害国之间的一种新的权利义务关系。根据《国家责任条文草案》的规定，行为国有义务停止其不当行为，并通过恢复原状、赔偿或道歉等方式补偿其行为造成的损害后果；受害国有权利要求或迫使行为国履行上述义务，也有权利对行为国采取对抗措施或暂停履行有关义务。

第三节　条约的解释

条约的解释是指对于条约的具体规定的真实含义依照一定的规则所进行的说明。

一、条约解释的主体

（一）当事方：对其相互之间的条约有权解释；

（二）国际组织：可依据其职权解释其自身的条约；

（三）国际仲裁或司法机关：可以对提交给自己的条约进行解释。

二、条约解释规则

（一）依照条约法公约第 31 条规定：条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有之通常意义，善意解释之。其中，上下文包括序言、附件，当事国事先或事后缔结的有关该条约的协定、文书，适用于当事国之间的任何有关的国际法规则。

（二）依据第 32 条规定：还可使用补充资料，包括准备资料如谈判记录、会议记录、草案以及缔约情况。

（三）解释时遵循的文字规则是：规定作准文字者，以作准文字为准；未规定作准文字者所有缔约国文字同等作准。

第四节　国际法院

一、国际法院的性质和组成

国际法院是联合国的司法机关，由 15 名法官组成。

二、国际法院的职权

分为诉讼管辖权和咨询管辖权。

（一）诉讼管辖权分为自愿管辖、协议管辖和任择性强制管辖，其当事者是国家。

（二）咨询管辖权适用于由联合国的机关和专门机构提起的咨询案，国家无权提出。

三、法院适用的法律

国际法院规约第 38 条规定的国际条约、国际习惯、文明各国承认的一般法律原则，还可以使用确定法律原则的补充资料包括司法判例和公法学家学说。

四、诉讼程序

包括起诉、书面程序和口述程序、附带程序、分庭程序、判决及其解释与复核等。

复习和思考题

1．简述国际法渊源的含义和种类。
2．如何确定和追究一国的国际法律责任？
3．试述国家责任的内容和形式。
4．解释条约的规则是什么？
5．试述国际法院的诉讼管辖权和诉讼程序。

拓展阅读书

1．李浩培：条约法概论，法律出版社，2003 年 1 月。
2．Peter Malanczuk, Akehurst’s Modern Introduction to International Law, 7th edition,1997, Routledge.
3．Malcolm N． Shaw, International Law, 5th edition, 2003, 北京大学出版社。

第二章　国际空间法

本章教学目的与基本要求：使学生了解从事外空活动所应遵循的法律原则、规则和制度。

学时分配：12 学时

一、外层空间法概述

（一）外层空间的法律地位

空气空间之上的空间为外层空间。外层空间不属于任何国家的主权范围。但是迄今空气空间和外层空间的之间的界限仍没有确定。

（二）外层空间法主要渊源

1．条约。外层空间法主要渊源是五个国际公约：

（1）1967 年联合国通过了《关于各国探索和利用外层空间包括月球和其他天体的活动的原则条约》(《外空条约》)。

（2）1968 年的《关于营救宇航员、送回宇航员和归还发射到外层空间的实体的协定》（《营救协定》)。

（3）1972 年的《空间物体造成损害的国际责任公约》（《责任公约》)。

（4）1975 年的《关于登记射入外层空间物体的公约》（《登记公约》)。

（5）1979 年《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》（《月球协定》)。

2．国际习惯。其他多边和双边国际协定以及联合国大会通过的五套原则都可通过实践发展成国际习惯法规则。

二、外层空间法的基本原则

1963 年联合国大会通过了《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》，1967 年联合国通过了《外空条约》，1996 年《关于开展探索和利用外层空间的国际合作，促进所有国家的福利和利益，并特别要考虑到发展中国家的需要的宣言》。这些文件，尤其《外空条约》规定了从事外空活动应遵循的基本原则：

1．全人类共同利益原则。

2．不得将外层空间和天体据为己有原则。

3．自由探索和利用外空原则。

4．为和平目的原则。

5．援救宇航员原则。

6．国家责任和赔偿责任原则。

7．对空间物体的管辖权和所有权原则。

8．空间物体的登记原则。

9．保护空间环境原则和国际合作原则。

三、外层空间的法律制度

1．援救宇航员制度。1968 年的《营救协定》规定了援救宇航员和归还外空物体的制度：各国对发生意外、处于灾难状态、进行紧急或非预定降落的宇航员和返回地球的空间物体有通知发射当局和联合国秘书长、营救和寻找宇航员、将宇航员和空间物体归还发射当局的三项义务。

2．损害责任制度。1972 年的《责任公约》规定了外空物体造成损害的责任制度：空间物体造成损害的责任承担者是发射国。共同发射国对其空间物体造成的损害负共同和个别的责任。空

间物体在地球表面、或给飞行中的飞机造成损害，发射国负绝对责任；空间物体在地球表面以外的地方，对另一发射国的空间物体，或其所载人员或财产造成损害，发射国负过失责任。可通过国内程序、外交途径或成立求偿委员会三种途径求偿。

3．登记制度。1975 年的《登记公约》规定了射入外空物体的登记制度：发射到外空的空间物体必须在一个发射国登记。每一登记国有义务及时地向联合国秘书长提供其登记入册的每一空间物体的有关情报。

4．探月制度。1979 年联合国通过了《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》，但是只有少数国家参加了该协定。

四、指导各国从事外空活动的其他准则

联合国大会还通过了 1982 年《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》、1986 年《关于从外空外层空间遥感地球的原则》和 1992 年《关于在外层空间使用核动力源的原则》。这些原则是指导各国从事外空活动的准则，并可通过国家对它们的接受，发展成为在接受国间有拘束力的法律。

复习与思考题

1．各国从事外层空间活动应遵守哪些法律原则？
2．简述外空损害责任制度的主要内容。

拓展阅读书目

1．Marco Pedrazzi, Elements of International Space Law，黑龙江人民出版社，2006 年 8 月。
2．贺其治、黄惠康主编：《外层空间法》，青岛出版社 2000 年版。
3．尹玉海：《航天开发国际法律责任研究》，法律出版社 2004 版。

第三章　国际空间法模拟法庭竞赛书面程序

本章教学目的与基本要求：使学生了解和掌握空间法模拟法庭比赛的规则、查找资料的方法、书写书面诉状包括脚注的方法。

学时分配：6 学时

第一节　空间法模拟法庭比赛的规则

空间法模拟法庭比赛的规则，包括参赛资格、注册、书状、口头辩论、评分。

第二节　书　状

书状的写法、书状的格式、脚注的格式。

第三节　查找资料

空间法相关的网站、书籍、查找资料的方法，实际练习写作书状。

复习与思考题

1．书状的格式和写法。

2．进行相关资料的搜索。

第四章　国际空间法模拟法庭竞赛口头程序

本章教学目的与基本要求：使学生了解和掌握空间法模拟法庭口头比赛的规则和方法。
学时分配：6 学时

第一节　口头辩论的规则

口头辩论的规则、评分、礼仪、策略。

第二节　观摩口头辩论

观摩口头辩论录像，感受比赛。

第三节　口头辩论演练

进行口头辩论演练，取得实际口头辩论经验。

复习与思考题

1．口头辩论的规则。
2．口头辩论的演练。

《国际人权法》教学大纲

班文战　编写

目　录

前　言 633
第一章　导　论 634
第一节　国际人权法的概念和基本问题 634
一、国际人权法的概念 634
二、国际人权法的基本问题 634
第二节　国际人权法的地位和作用 634
一、国际人权法在国际法中的地位和作用 634
二、国际人权法在人权法中的地位和作用 635
三、国际人权法在现实生活中的作用 635
第三节　学习国际人权法的意义和方法 635
一、学习国际人权法的意义 635
二、学习国际人权法的基本方法 635
三、供本课程学习使用的基础教材和基本网站 635
复习与思考题 635
拓展阅读书目 636
第二章　国际人权法的历史发展 637
第一节　国际人权法的萌芽时期 637
一、个人在传统国际法下的地位 637
二、近代国内的人权思想与实践 637
三、近代的人权国际保护 637
第二节　国际人权法的形成与发展时期 637
一、影响国际人权法形成与发展的因素 637
二、国际人权法形成的标志 638
三、国际人权法的发展 638
四、国际人权法的形成与发展的意义 638
复习与思考题 638
拓展阅读书目 638
第三章　国际人权法的渊源和补助资料 639
第一节　国际人权法的渊源 639
一、国际人权法渊源的含义、意义和种类 639
二、作为国际人权法渊源的国际条约 639
三、作为国际人权法渊源的国际习惯 639
四、作为国际人权法渊源的一般法律原则 639
第二节　国际人权法的补助资料 639
一、国际人权法补助资料的含义、意义和种类 639
二、政府间国际组织或国际会议关于人权问题的决议 640
三、司法判例 640
四、国际人权机构的意见 640

五、权威国际人权法学家的学说 640
复习与思考题 640
拓展阅读书目 640
第四章　国际人权法的基本内容 641
第一节　国际人权法确认的人权 641
一、关于人权概念的若干基本问题的理论与国内实践 641
二、国际人权法确认的人权的权利主体 641
三、国际人权法确认的人权的范围和内容 642
第二节　国家在人权方面的国际法律义务 642
一、国家是人权的主要义务主体 642
二、国家在人权方面的国际法律义务的范围 642
三、国家在人权方面的国际法律义务的内容 642
复习与思考题 642
拓展阅读书目 643
第五章　国际人权法的国内实施 644
第一节　概　述 644
一、国际人权法国内实施的含义和意义 644
二、国家在国内实施国际人权法的义务 644
第二节　国际人权法的国内实施途径和措施 644
一、国家机关的国内实施措施 644
二、非政府组织、社会团体和个人的国内实施措施 644
第三节　对人权的行使的限制 644
一、对人权的行使的限制的含义和影响 644
二、对人权的行使的限制的条件 645
第四节　国际人权法律义务的克减 645
一、国际人权法律义务的克减的含义和影响 645
二、国际人权法律义务的克减的条件 645
第五节　国际人权法在中国的实施 645
一、中国在国内实施国际人权法的义务 645
二、中国实施国际人权法的原则立场 645
三、中国实施国际人权法的措施与成就 645
四、中国在实施国际人权法方面存在的问题 645
复习与思考题 646
拓展阅读书目 646
第六章　联合国人权机制 647
第一节　概　述 647
一、联合国人权机制的含义和种类 647
二、联合国人权机制的作用 647
第二节　根据《联合国宪章》建立的人权机制 647
一、联合国机关的人权职权 647
二、人权理事会及其人权机制 647

第三节　根据国际人权条约建立的人权机制 648
一、条约监督机构 648
二、报告机制 648
三、国家控诉机制 648
四、个人来文机制 648
五、调查机制 648
复习与思考题 648
拓展阅读书目 648
第七章　区域人权保护制度 649
第一节　欧洲人权保护制度 649
一、欧洲人权保护制度的法律渊源 649
二、欧洲人权文件确认的人权 649
三、欧洲人权文件的监督机制 649
第二节　美洲人权保护制度 649
一、美洲人权保护制度的法律渊源 649
二、美洲人权文件确认的人权 650
三、美洲人权文件的监督机制 650
第三节　非洲人权保护制度 650
一、非洲人权保护制度的法律渊源 650
二、非洲人权文件确认的人权 650
三、非洲人权文件的监督机制 650
复习与思考题 650
拓展阅读书目 651
第八章　平等与不歧视的原则和权利 652
第一节　概　述 652
一、平等与不歧视的原则和权利的意义 652
二、平等与不歧视原则和权利的国际人权法渊源 652
第二节　平等与不歧视的原则和权利的含义 652
一、平等与歧视的含义 652
二、平等与不歧视原则和权利的含义 652
三、国家与平等和免受歧视权有关的义务 652
第三节　我国的相关实践 653
一、我国承担的相关国际法律义务 653
二、我国关于平等与不歧视的国内实践 653
复习与思考题 653
拓展阅读书目 653
第九章　公民权利和政治权利 654
第一节　生命权 654
一、生命权的意义 654
二、生命权的内容 654
三、国家与生命权有关的义务 654

四、我国关于生命权的实践 654
第二节　免受酷刑权 654
一、免受酷刑权的意义 654
二、免受酷刑权的内容 654
三、国家与免受酷刑权有关的义务 654
四、我国关于免受酷刑权的实践 655
第三节　思想、良心、宗教或信仰自由权 655
一、思想、良心、宗教或信仰自由权的意义 655
二、思想、良心、宗教或信仰自由权的内容 655
三、国家关于思想、良心、宗教或信仰自由权的义务 655
四、我国关于思想、良心、宗教或信仰自由权的实践 655
第四节　主张和发表自由权 655
一、主张和发表自由权的意义 655
二、主张和发表自由权的内容 655
三、国家关于主张和发表自由权的义务 655
四、我国关于主张和发表自由权的实践 656
第五节　政治权利 656
一、政治权利的意义 656
二、政治权利的内容 656
三、国家关于政治权利的义务 656
四、我国关于政治权利的实践 656
复习与思考题 656
拓展阅读书目 656
第十章　经济权利、社会权利和文化权利 658
第一节　工作权 658
一、工作权的意义 658
二、工作权的内容 658
三、国家关于工作权的义务 658
四、我国与工作权有关的实践 658
第二节　获得适当生活水准权 658
一、获得适当生活水准权的意义 658
二、获得适当生活水准权的内容 658
三、国家关于获得适当生活水准权的义务 659
四、我国与获得适当生活水准权有关的实践 659
第三节　健康权 659
一、健康权的意义 659
二、健康权的内容 659
三、国家关于健康权的义务 659
四、我国与健康权有关的实践 659
第四节　受教育权 659
一、受教育权的意义 659

二、受教育权的内容 659
三、国家关于受教育权的义务 660
四、我国与受教育权有关的实践 660
复习与思考题 660
拓展阅读书目 660

前　言

国际人权法是现代国际法的一个十分重要的分支部门，也是整个人权法律制度的一个不可或缺的组成部分。它以增进人权的普遍尊重和遵守为核心目的，以确认个人和特定群体的权利、设定国家的相应义务以及创立监督和保证国家义务履行的国际机制为基本内容，与国际、国内的政治、经济、法律、文化和其他社会领域有着广泛而密切的联系，对于每一个人、每一国家乃至整个人类的切身利益都有重大而深远的影响，现已成为国际和国内社会成员广为关注的对象，并已成为世界各国开展人权教育的重要内容。

为便于我校学生对国际人权法的学习，我校教务处于 2004 年初同意将国际人权法设立为我校本科生的选修课，并将之列入该处编制的选修课程名单（课程编号：403010072）。设立本课程的基本目的是帮助学生养成普遍尊重人权的意识和理念，掌握国际人权法的内容和研究方法，初步具备独立从事与国际人权法有关的理论研究和实际工作的能力。为此目的，本课程拟较为全面而系统地介绍国际人权法的历史发展过程、渊源、内容和实施机制，在此基础上，结合我国和国际社会的实际情况，探讨国际人权法实施方面存在的有关问题。为培养学生的自主学习意识和独立学习能力，本课程采用讲授、讨论与学生报告相结合的授课方式，课程考核则由三部分组成，一是课程参与情况，二是学习总结，三是研究论文，三者成绩各占总成绩的 30%、10%和 60%。在时间安排上，本课程于每年的春季学期开设，每周 2 学时，总计 36 学时（含考试时间在内）。凡已修过国际法课程的我校各个专业的本科生和双学位学生均可选修本课程。考核成绩合格且符合教务处关于获取学分的其他条件的选课学生可以取得两个学分。

2005 年和 2006 年的春季学期，在国际法学院的支持下，本人先后两次在昌平校区为本科生开设国际人权法课程。根据教务处 2006 年 9 月 22 日发布的《中国政法大学教学大纲编写规范》的要求，为进一步规范本课程的教学内容和考核范围，本人在总结以往教学经验的基础上，特编写本教学大纲，说明本课程的教学目的、要求、内容、进度和环节，谨供教授本课程的教师和学习本课程的学生参考使用。由于本人水平有限，加之编写匆忙，错误之处在所难免，恳请使用者不吝指正！

班文战

2007 年 1 月 15 日

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际人权法的概念、问题、地位和作用。通过本章的学习，学生应了解学习国际人权法的意义和基本方法。

学时分配：2 学时

第一节　国际人权法的概念和基本问题

一、国际人权法的概念

（一）国际人权法的定义

国际人权法（International Human Rights Law or International Law of Human Rights）是关于人权问题的国际法，亦即由有关国家共同制定或认可的，旨在促进和保证人的基本权利和自由得到普遍尊重和实现的，具有法律拘束力的原则、规则、规章、制度的总和。

（二）国际人权法的性质

国际人权法属于国际法的一个组成部分，在法律拘束力、主体、渊源和实施方式等方面具有国际法的本质特征。

（三）国际人权法的特征

与国际法的其他分支部门相比，国际人权法具有以下特征：（1）其内容主要是确立国家在人权方面的国际法律义务；（2）其调整对象主要是国家与个人之间的关系；（3）国际机构和个人在其实施方面可以发挥重要作用。

（四）国际人权法的范围

从适用的时间范围来看，国际人权法主要是指在和平时期促进和保证人的基本权利和自由的普遍尊重和实现的国际法原则、规则和规章、制度，即平时国际人权法。按照广义的理解，国际人权法也包括在国际性的和非国际性的战争和非战争的武装冲突期间保护平民、伤病员、战俘等武装冲突受难者的基本权利和自由的国际法原则、规则和规章、制度，即国际人道（主义）法（International Humanitarian Law）。

从适用的地域范围来看，国际人权法主要是指对世界各国开放的普遍国际人权法。此外，也包括仅对某一区域的国家开放的区域国际人权法。

二、国际人权法的基本问题

国际人权法有三个方面的基本问题：（1）国际人权法的形成与适用，包括国际人权公约的缔结、国际人权习惯的形成以及它们对国家的适用；（2）国际人权法的内容，集中体现为个人和若干群体应当享有的人权以及国家在人权方面应承担的国际法律义务；（3）国际人权法的实施，包括国际人权法在国内和国际层面的实施方式、措施和实际状况。

第二节　国际人权法的地位和作用

一、国际人权法在国际法中的地位和作用

国际人权法是现代国际法的重要分支部门，其形成与发展是对传统国际法理论与实践的重大发展和变革，对于国际法的价值、功能、内容和发展方向都具有广泛而深远的影响。

二、国际人权法在人权法中的地位和作用

国际人权法是人权法的重要组成部分，对各国与人权有关的国内法的制定、遵守和执行具有日益广泛和深远的影响。

三、国际人权法在现实生活中的作用

国际人权法旨在为所有国家和人民确立人权方面的共同标准，其制定与实施与国际、国内的政治、经济、法律、文化和其他社会领域有着广泛而密切的联系，对每一个人、团体、国家、国际组织乃至整个人类的切身利益都具有重大而深远的影响。

第三节　学习国际人权法的意义和方法

一、学习国际人权法的意义

国际人权法是人权教育的重要内容。学习国际人权法有助于学生了解国际人权法的相关知识，掌握从事与人权相关的教育、研究和实际工作的技能和方法，养成普遍尊重、保护和促进人权的态度和习惯，开展尊重、保护和促进人权的行动。学习国际人权法对于学生全面、深入、准确地理解和认识与人权有关的国际和国内的政治、法律、经济、文化和社会现象，促进自身素质的提升都有重要的帮助。

二、学习国际人权法的基本方法

学习国际人权法应具有明确的学习目的和端正的学习态度，努力养成自觉、积极、主动、独立和负责的良好学习习惯。在此基础上，应掌握以下基本学习方法：（1）全面了解国际人权法各项渊源和补助资料的性质、地位和作用，熟练利用网络和其他途径获取国际人权法的第一手资料；（2）认真阅读国际人权法的基础教材，全面了解国际人权法的基本内容；（3）仔细研读基本的国际人权文件，密切关注国际人权法的制定与实施的实践，特别是中国对国际人权法的接受与实施的实践，深入了解国际人权法的实际运作情况；（4）主动探求并发现相关的理论与实践方面的问题，通过研究、讨论、求教和其他适当方法，努力寻求问题的解决。

三、供本课程学习使用的基础教材和基本网站

（一）基础教材

1．徐显明主编：《国际人权法》，法律出版社，2004 年 11 月第 1 版

2．国际人权法教程项目组编写：《国际人权法教程》（两卷本），中国政法大学出版社，2002 年 12 月第 1 版

（二）基本网站

1．Office of the UN High Commissioner for Human Rights

http://www.ohchr.org/english

2．University of Minnesota Human Rights Library

http://www1.umn.edu/humanrts/

复习与思考题

1．国际人权法在现实生活中有什么作用？

2．国际人权法与国内法有什么关系？

拓展阅读书目

联合国大会：《国家人权教育行动计划准则》，A/52/469/Add.1，20 October 1997，http://www.unhchr.ch/pdf/lessonslife2a_C.pdf

第二章　国际人权法的历史发展

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际人权法的历史发展过程。通过本章的学习，学生应了解影响国际人权法的形成与发展的因素以及国际人权法在不同发展阶段的基本特征。

学时分配：2 学时

第一节　国际人权法的萌芽时期

一、个人在传统国际法下的地位

个人在传统国际法下只是国家的管辖对象和国际法的客体。与个人有关的国际法规则主要涉及外国人的待遇和与之相关的国家责任、对于犯有某种特定罪行的个人的管辖和惩治以及对战争和武装冲突的受难者的保护。人权问题在本质上属于国内管辖事项。

二、近代国内的人权思想与实践

17 世纪至 20 世纪初，西方近代人权观念形成，并为英、美、法等欧洲国家的政治、法律和经济制度所吸收，且在亚洲、非洲和拉丁美洲的一些国家和地区得到传播。两次世界大战期间，马克思主义的人权观念得到一些社会主义国家的确认。这一时期，人民自决的思想在欧美地区逐渐得到发展。以上思想和实践为国际人权法的形成和发展奠定了重要的思想基础和物质基础。

三、近代的人权国际保护

17 世纪到第二次世界大战结束之前，一些欧洲国家和个别国际组织（如国际联盟和国际劳工组织）对某些国家境内的某些个人或群体（如少数者、奴隶、妇女、儿童、劳工、难民、战时受难者）的某些方面的权利采取国际保护措施。这些措施在对象、范围、方式、目的和动机等方面都存在很大的局限性，但也为国际人权法的形成提供了经验和教训。

第二节　国际人权法的形成与发展时期

一、影响国际人权法形成与发展的因素

世界各地各个时代与人的地位和价值有关的观念、规范、制度和习俗是国际人权法得以形成和发展的文化基础。

两次世界大战（特别是第二次世界大战）的爆发和危害加深了各国政府和人民对于国家尊重和保障人权的必要性和重要性的认识，为国际人权法的形成创造了主观条件。

《联合国宪章》将促进人权的普遍尊重和遵行确立为联合国的宗旨之一和联合国会员国的一项重要义务，使得人权成为国际社会合法关切的事项，为国际人权法的形成和发展奠定了法律基础。

《世界人权宣言》对《联合国宪章》关于会员国人权义务的规定做了权威的解释，宣示了所有人民和所有国家努力实现的共同标准，为国际人权法的形成和发展勾画了法律框架。

以联合国为首的国际组织、与人权有关的国际机构、各国政府、许多个人和民间团体对国际人权法的形成和发展起到了积极的促进作用。

二、国际人权法形成的标志

联合国于 1966 年大会通过《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》。这三项国际人权文件于 1976 生效，标志国际人权法的初步形成。

三、国际人权法的发展

20 世纪 70 年代以来，许多新的国际人权公约相继获得通过并生效，新的国际人权机制得以建立并运行，国际人权法的内容逐渐丰富和清晰，国际人权法的实施更加受到重视。国家、国际组织、个人和民间团体之间关于国际人权法的内容和实施的分歧与争议依然存在，但彼此之间的交流与合作日益加强，国际人权法正处于不断发展之中。

四、国际人权法的形成与发展的意义

（参见第一章第二节“国际人权法的地位和作用”）

复习与思考题

1．影响国际人权法形成与发展的因素有哪些？
2．现代国际人权法与近代人权国际保护有哪些区别与联系？
3．国际人权法形成与发展的意义是什么？

拓展阅读书目

1．《联合国宪章》
2．《世界人权宣言》

第三章　国际人权法的渊源和补助资料

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际人权法各项渊源和确立国际人权法规则的补助资料。通过本章的学习，学生应准确认识国际人权法各项渊源和补助资料的性质、地位和作用，掌握主要渊源和补助资料的范围、出处和寻找方法，了解我国对国际人权法主要渊源的接受情况。

学时分配：2 学时

第一节　国际人权法的渊源

一、国际人权法渊源的含义、意义和种类

国际人权法的渊源是指具有法律拘束力的国际人权法的原则、规则和规章制度的形成方式和表现形式。

国际人权法的渊源对于了解国际人权法规则的制订、内容、效力、适用和实施具有至关重要的作用。

与国际法的渊源相一致，国际人权法的渊源包括国际条约、国际习惯和一般法律原则。

二、作为国际人权法渊源的国际条约

国际条约是国际人权法的主要渊源。

从内容上看，作为国际人权法渊源的国际条约主要是专门规定人权问题的国际条约（国际人权条约），特别是联合国大会通过的“核心人权公约”，此外也有许多含有人权条款或直接涉及人权问题的条约（与人权有关的条约），特别是包括联合国在内的政府间国际组织的组织章程。

从缔约国的范围上看，作为国际人权法渊源的国际条约主要是普遍性的国际条约，此外也有许多区域性的国际条约。

三、作为国际人权法渊源的国际习惯

国际习惯也是国际人权法的重要渊源。

关于作为国际人权法渊源的国际习惯的范围和内容，国际社会仍有不同意见。

四、作为国际人权法渊源的一般法律原则

一般法律原则在理论上是国际人权法的一项独立的补充渊源，但在实践中作用不大。

第二节　国际人权法的补助资料

一、国际人权法补助资料的含义、意义和种类

国际人权法的补助资料是帮助确定国际人权法规则的各种材料。

国际人权法的补助资料本身不具有普遍适用的法律拘束力，或者不具备任何法律拘束力，但可以帮助证明是否存在一项与人权有关的国际习惯规则，也可以帮助澄清与人权有关的条约规则或习惯规则的含义。

国际人权法的补助资料的范围比国际法的补助资料的范围更加广泛，除政府间国际组织或国

际会议的决议、司法判例和权威国际法学家的学说之外，还包括许多国际人权机构通过的各种意见。

二、政府间国际组织或国际会议关于人权问题的决议

政府间国际组织或国际会议通过的关于人权问题的决议（通常称为“宣言”）本身没有法律拘束力，但可以作为未来国际人权条约的基础、现有国际人权条约规则的权威解释、国际人权习惯规则的证据，也可作为有关国际组织、国际机构、国家、个人或社会团体开展活动的根据。

三、司法判例

国际司法机构（特别是区域性的人权司法机构）就特定人权案件所作的判决对特定案件的当事方具有法律拘束力。条约监督机构和准司法机构（特别是区域性的人权委员会）就个人来文或国家间的指控发表的意见对当事方没有拘束力，但具有权威的说服力和影响力。国内司法机关适用国际人权法对涉及人权案件所做的判决在一定程度上也可作为国际人权习惯规则的证据。

四、国际人权机构的意见

根据国际人权条约建立的监督机构就缔约国履约报告发表的结论性意见（concluding observations）、针对条约有关条款发表的一般性意见或建议（general comments or recommendations）以及根据《联合国宪章》建立的监督机构通过的相关工作文件均有助于国际人权法规则的确定。

五、权威国际人权法学家的学说

各国公认的权威国际人权法学家的学说在确定国际人权法规则方面只能发挥有限的作用。

复习与思考题

1．国际人权法各项渊源的地位、作用和范围是什么？
2．如何确定一项国际人权法规则的含义和内容？
3．如何寻找并发现国际人权法的主要渊源和补助资料？

拓展阅读书目

1．国际人权法教程项目组编写：《国际人权法教程》（第 2 卷），中国政法大学出版社，2002 年 12 月第 1 版。

2．International Law, at http://www.ohchr.org/english/law/index.htm

3．International Human Rights Instruments, at http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ainstls1.htm

第四章　国际人权法的基本内容

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际人权法的基本内容。通过本章的学习，学生应掌握国际人权法确认的人权的权利主体和义务主体、权利的种类和范围以及义务的种类、范围和基本内容，了解与此相关的基本理论和实践，明确对有关理论和实践进行分析和评判的基本标准和方法。

学时分配：4 学时

第一节　国际人权法确认的人权

一、关于人权概念的若干基本问题的理论与国内实践

（一）人权的主体

一般认为，个人和集体（或群体）都可以成为人权的主体。关于个人和集体的范围和地位，不同时期不同地区曾有不同的理论和实践。

（二）人权的性质

理论上，人权被界分为应有权利、法定权利和实有权利等三种形态，但对应有权利的范围有不同的理解。各国实践中，法定权利的范围、内容以及这些权利的实现情况也不尽相同。

（三）人权的本原

关于人权的本原、基础或根据的主张大致可分为三类：（1）认为人权来源于自然、上帝或理性的“天赋人权说”；（2）认为人权来源于国家（君主）、法律或斗争的“人赋人权说”；（3）兼采上述两种说法的折衷说。这三类主张在实践中都有不同程度的体现。

（四）人权的范围和内容

人权的范围和内容处于不断的变化和发展之中。理论上，人权被分为不同类型：（1）从权利得到确认的时间上分为三代或四代人权；（2）从权利主体上分为个人人权和集体（或群体）人权；（3）从权利内容上分为公民、政治、经济、社会和文化权利；（4）从权利的重要程度分为基本人权和非基本人权；（5）从权利是否可以受到限制分为“绝对权利”和“相对权利”；（6）从义务主体的义务内容上可分为“消极权利”和“积极权利”；（7）从国家是否可以“克减”其国际法律义务分为“不可克减的权利”和“可以克减的权利”，等等。在权利的种类、内容和各种权利之间的关系的问题上，存在不同的理论和实践。

（五）人权的意义和作用

关于人权的意义和作用的主张大致也可分为三类：（1）将人权视为个人、政府、国家和社会生活的最终目的的“目的说”；（2）将人权视为实现社会的和平、秩序、发展以及维护个人的生命、尊严、安全、自由与幸福的手段的“工具说”；（3）兼采上述两种说法的折衷说。这三类主张在实践中也都有不同程度的体现。

二、国际人权法确认的人权的权利主体

（一）个人

个人是人权的首要主体。从世界范围来看，每一个人均是人权的平等主体，不因任何理由而受歧视。从某一国家的范围来看，位于该国境内及受该国管辖的个人都应平等享受国际人权法确认的权利。少数者群体的成员、妇女、儿童、老年人、残疾人、被拘禁者、难民、武装冲突的受难者、移徙工人及其家属和其他在社会中处于不利地位的个人应受特殊保护。

（二）群体

人民（people）、民族（nation）、种族（race or ethnic group）、少数者群体（minority group）、土著居民（indigenous population）、部落居民（tribal population）在特定情况下也可成为人权的主体。

（三）团体或组织

在例外情况下，由个人组成的团体或组织也可成为特定人权的主体。

三、国际人权法确认的人权的范围和内容

（一）个人人权

个人人权主要体现为《公民权利和政治权利国际公约》确认的各项公民权利和政治权利，以及《经济、社会和文化权利国际公约》确认的各项经济权利、社会权利和文化权利。这两类权利均为普遍、不可分割、相互依存、相互联系，具有同等重要的地位和意义。

（二）集体人权

集体人权主要体现为 1966 年两项国际人权公约共同确认的人民（或民族）自决权（peoples' rights to/of self-determination），以及相关国际人权条约和/或国际习惯确认的种族和少数者群体的权利。

（三）正在形成中的人权

“和平权”、“环境权”和“发展权”分别被一些没有法律拘束力的普遍性国际人权文件宣示为人权。关于这些“权利”的性质、主体和内容，理论和实践中仍有很大分歧。

第二节　国家在人权方面的国际法律义务

一、国家是人权的主要义务主体

国内和国际社会的成员（包括国家、政府间国际组织、个人、社会团体）对于人权的普遍尊重和实现都负有不同程度的义务和责任。其中，国家及其政府负有首要的义务和责任。

二、国家在人权方面的国际法律义务的范围

除国际强行法规则设定的义务之外，各国在人权方面负担的国际义务的范围基本上取决于本国对与人权有关的国际条约和习惯规则的接受程度和范围。

三、国家在人权方面的国际法律义务的内容

从是否要求国家采取积极行动的角度来看，国家在人权方面的国际法律义务大致可分为两大类：（1）消极的不作为义务：国家应尊重人权，不得非法或任意地剥夺、限制或干涉人权，或以其他任何措施妨碍人权的实现；（2）积极的作为义务：国家应采取一切适当而必要的国内和国际措施，对人权加以确认和保护，并促进其得以实现。

某一国家在人权方面的国际法律义务的具体内容需要通过对该国参加的国际人权条约的解释和对该国接受的国际人权习惯规则的证明来加以确定。

复习与思考题

1．关于人权概念的基本问题的理论和国内实践与国际人权法的实践有何联系和异同？

2．国际人权法确认的人权的权利主体有哪些特征？

3．如何理解和认识国际人权法确认的各项人权之间的关系？

4．如何理解和认识国家是人权的首要义务主体？

5．国家在人权方面负担了哪些基本的国际法律义务？

6．如何确定一国在人权方面负担的国际法律义务的范围和具体内容？

拓展阅读书目

1．《公民权利和政治权利国际公约》（序言和第 1-27 条）

2．《经济、社会和文化权利国际公约》（序言和第 1-15 条）

3．经济、社会、文化权利委员会：第 3 号一般性意见：缔约国义务的性质（《公约》第 2 条第 1 款），1990 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 13-16 页。

4．人权事务委员会：第 30 号一般性意见：《公约》第四十条规定的缔约国的报告义务，2002 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 194-199 页。

5．夏勇：《人权概念的起源——权利的历史哲学》（修订版），中国政法大学出版社，2001 年。

第五章　国际人权法的国内实施

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国家在国内实施国际人权法的途径和措施。通过本章的学习，学生应充分认识国际人权法的国内实施的重要意义，掌握国际人权法国内实施的基本途径、措施以及国际人权法关于国家限制权利的行使和克减其国际法律义务的基本要求，了解我国实施国际人权法的基本情况。

学时分配：4 学时

第一节　概　述

一、国际人权法国内实施的含义和意义

国际人权法的国内实施（domestic implementation）主要是指各国以适当的国内途径和措施使得对本国具有拘束力的国际人权法规范在本国管辖范围内得到遵守和执行。

国际人权法的国内实施是国际人权法得以遵守和执行的首要途径。它主要涉及各国对其在人权方面承担的国际法律义务的履行，也涉及有关非政府组织、社会团体和个人以及有关国际组织和机构在这方面的权利、义务与责任，对于国际人权法的目的和宗旨的实现具有根本性的影响。

二、国家在国内实施国际人权法的义务

各国均有义务在国内实施对本国具有拘束力的国际人权法规范。这既是诚实履行国际义务这一国际法基本原则的要求，也是对各国具有拘束力的各项具体的国际人权法规范的要求。

第二节　国际人权法的国内实施途径和措施

一、国家机关的国内实施措施

国家立法、司法、行政和其他机关在国际人权法的国内实施方面负有首要义务和责任。

国家机关一方面不得非法或任意地剥夺、限制或干涉人权，或以其他任何措施妨碍人权的实现，另一方面应通过立法、救济、社会进步和发展、人权教育、建立国家人权机构和其他一切适当而必要的措施，促进和保证国际人权法在本国的实施。

二、非政府组织、社会团体和个人的国内实施措施

非政府组织、社会团体和个人在促进国际人权法的国内实施方面负有重要职责，有权在国内法框架下开展促进和争取人权的保护和实现的活动。

第三节　对人权的行使的限制

一、对人权的行使的限制的含义和影响

对人权的行使的限制是指国家对个人和群体行使人权的范围、方式和程度所施加的强制性的限制或约束。

国家对人权的行使进行的限制影响和决定着人权的具体范围和实现程度。对人权的行使施加

的合法且正当的限制有助于防止人权的不当行使或滥用，从而有助于人权的实现。对人权的行使施加的不合法且不正当的限制通常构成对人权的侵犯。

二、对人权的行使的限制的条件

国家对人权的行使进行的限制应具有合法的限制根据，符合合法的限制范围，基于合法的限制理由，符合合法的限制程度。

第四节　国际人权法律义务的克减

一、国际人权法律义务的克减的含义和影响

国际人权法律义务的“克减”（derogation）是指国家在公共（或社会）紧急状态（public emergency）危及国家生存的情况下暂停或中止履行其承担的与某项人权有关的国际法律义务。

国际人权法律义务的克减的基本功能是在保护人权和国家生存等普遍利益之间保持适当的平衡。国家对其某些国际人权法律义务的正当且合法的克减有助于国家及时有效地应对并消除公共紧急状态的不利影响，维护国家和社会的公共利益，促进人权的尊重和保护。国家对其国际人权法律义务的不正当且不合法的克减通常会引起对人权的侵犯。

二、国际人权法律义务的克减的条件

根据有关人权公约的规定，国家对其某些国际人权法律义务的克减应同时符合以下六个方面的条件：（1）必须存在特定的公共紧急状态且该紧急状态经本国正式宣布；（2）其克减的义务不得超出可以克减的义务的范围；（3）其采取的克减措施须以紧急情势的严格需要为限；（4）其针对某一国际人权义务的克减不得违反根据其他国际人权法渊源承担的相关法律义务；（5）不得构成基于某些理由的歧视；（6）履行必要的国际通知手续。

第五节　国际人权法在中国的实施

一、中国在国内实施国际人权法的义务

中国批准了数十项国际人权公约，并接受了一些重要的国际人权习惯规则，有义务保证这些公约和习惯规则在中国的实施。

二、中国实施国际人权法的原则立场

对于中国根据有关国际公约和国际习惯承担的国际人权义务，中国的原则立场是在坚持尊重国家主权和不干涉内政等公认的国际法准则的基础上，结合本国的具体情况，严肃认真地予以履行。

三、中国实施国际人权法的措施与成就

中国努力通过立法、救济、社会进步与发展等多种措施履行其根据国际人权法承担的义务，取得了重大的进展和成就。

四、中国在实施国际人权法方面存在的问题

中国在全面、有效地实施国际人权法方面还面临不少障碍和困难，存在许多有待解决的问题。

复习与思考题

1．国际人权法的国内实施有什么意义？
2．国家应如何在国内实施国际人权法？
3．个人应如何促进国际人权法在本国的实施？
4．如何判定国家对人权的行使施加的某种限制的合法性？
5．如何判定国家克减其某项国际人权法律义务的行为的合法性？
6．中国应如何加强对国际人权法的实施？

拓展阅读书目

1．经济、社会、文化权利委员会：第 9 号一般性意见：《公约》在国内的适用，1998 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 53-57 页。

2．联合国大会：《关于促进和保护人权的国家机构的地位的原则》，1993 年 12 月 20 日第 48/134 号决议。

3．人权事务委员会：第 29 号一般性意见：第四条（紧急状态期间的克减问题），2001 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 186-193 页。

4．《关于个人、群体和社会机构在促进和保护普遍公认的人权和基本自由方面的权利和义务宣言》，载 http://www1.umn.edu/humanrts/chinese/CHRes_53_144.htm

5．中国国务院新闻办公室：《中国的人权状况》，1991 年 11 月 1 日。

6．中国国务院新闻办公室：《中国人权发展 50 年》，2000 年 2 月。

第六章　联合国人权机制

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明联合国系统内促进和保护人权的机制。通过本章的学习，学生应认识联合国人权机制在促进和保护人权方面所起的作用，了解联合国人权机制的基本情况，掌握各主要人权机构的职能和工作方式。

学时分配：4 学时

第一节　概　述

一、联合国人权机制的含义和种类

（一）联合国人权机制的含义

联合国人权机制（UN Human Rights Machinery / Mechanism）是指联合国系统内促进和保护人权的国际机构及其职权、工作方式、工作程序等相关制度。

（二）联合国人权机制的种类

联合国人权机制大致可以分为根据《联合国宪章》建立的负责促进和保护人权的机制（简称“《宪章》机制”）和根据联合国主持缔结的国际人权条约建立的人权监督机制（简称“条约机制”）。除此之外，联合国一些专门机构和其他一些国际机关也负有某些促进或保护人权的职能。

二、联合国人权机制的作用

联合国人权机制是最主要的国际人权机制，在促进国际人权法的形成、发展和国内实施，进而促进人权的普遍尊重与实现方面具有十分重要的作用，是国内人权机制的重要补充。

第二节　根据《联合国宪章》建立的人权机制

一、联合国机关的人权职权

联合国大会、安全理事会、经济暨社会理事会、托管理事会、国际法院和秘书处都拥有重要的促进和保护人权的职能。

为履行各自的人权职能，大会、安全理事会和经济暨社会理事会分别建有若干辅助机构。秘书处也设有专门处理人权事务的部门——人权事务高级专员办公室。

二、人权理事会及其人权机制

人权理事会（Human Rights Council）是联合国大会建立的专门履行人权职能的辅助机构。该机构取代了作为经济暨社会理事会职司机构的原人权委员会，同时继承了后者原有的基本职能和机制。

人权理事会之下的机构、职能和工作程序多种多样，主要包括：（1）拥有研究、建议和保护职能的促进与保护人权小组委员会；（2）拥有处理具体国家的人权局势的“国别职能”（country mandates）或处理世界范围内侵犯人权的重大现象的“专题职能”（thematic mandates）的特别程序机制（special procedure mechanisms）；（3）受理和审议个人或群体对国家大规模严重侵犯人权的行为提出的控诉的“1503 程序”（1503 Procedure）；（4）关于国际人权法律标准的制订和实施的其他常设性的或不定期的工作组。

第三节　根据国际人权条约建立的人权机制

一、条约监督机构

联合国各“核心人权公约”都有独立的专家机构负责监督本公约的实施。这些机构拥有各自的建立根据、职权、成员、工作方式和程序规则，彼此之间具有一定的工作上的联系。

二、报告机制

各条约监督机构均有权接受和审议人权公约缔约国提交的履约情况报告。为帮助缔约国充分履行其报告义务，各条约监督机构还有权就人权公约的条款或机构本身的工作方法发表一般性意见或建议。

三、国家控诉机制

若干条约监督机构有权受理公约一缔约国关于另一缔约国不履行公约义务的指控，并在缔约国之间进行斡旋或和解。这一机制的适用有时以缔约国事先明确接受条约监督机构的相关权限为前提

四、个人来文机制

若干条约监督机构有权受理并审议个人关于公约缔约国侵犯本人依公约享有的人权的控诉。这一机制的适用须以缔约国事先明确接受条约监督机构的相关权限为前提，且须符合公约规定的其他程序性的和实质性的条件。

五、调查机制

个别条约监督机构有权对公约缔约国违反公约义务的情况进行调查。这一机制的适用须以缔约国事先明示或默示接受条约监督机构的相关权限为前提。

复习与思考题

1．联合国人权机制在促进和保护人权方面具有什么地位和作用？

2．根据《联合国宪章》建立的人权机制与根据国际人权公约建立的人权机制有哪些异同和联系？

3．如何充分有效地发挥联合国人权机制在促进和保护人权方面的作用？

4．《宪章》机构和条约监督机构受理个人对国家的控诉需要具备哪些条件？

拓展阅读书目

1．《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》

2．杨宇冠主编：《联合国人权公约机构与经典要义》，中国人民公安大学出版社，2005 年。

3．Human Rights Bodies, at http://www.ohchr.org/english/bodies/

第七章　区域人权保护制度

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明欧洲、美洲和非洲的人权保护制度。通过本章的学习，学生应了解这三个区域性人权保护制度的法律渊源，掌握主要区域人权文件确认的人权和监督机制，认识区域人权保护制度在促进和保护人权方面的地位和作用。

学时分配：2 学时

第一节　欧洲人权保护制度

一、欧洲人权保护制度的法律渊源

《欧洲人权公约》及其一系列议定书、《欧洲社会宪章》及其附加议定书以及欧洲理事会成员国缔结的关于防止酷刑、保护儿童和少数民族、打击恐怖主义和贩卖人口等问题的公约是欧洲人权保护制度最重要的法律渊源。

欧洲联盟基本文件关于人权问题均有不同程度的规定，也是欧洲人权保护制度的重要法律渊源。

二、欧洲人权文件确认的人权

《欧洲人权公约》确认了位于缔约国管辖范围内的个人应当享有的公民权利和政治权利，其确认的人权的种类和范围经其一系列议定书而不断得到扩展。

《欧洲社会宪章》及其附加议定书确认了缔约国管辖范围内的个人应当享有的经济、社会和文化权利。

《欧洲联盟基本权利宪章》确认了个人应当享有的公民、政治、经济、社会和文化方面的权利以及欧洲公民享有的权利。

《欧洲宪法条约》确认了欧洲公民应当享有的各项人权。

三、欧洲人权文件的监督机制

《欧洲人权公约》规定了由欧洲人权委员会、欧洲人权法院和欧洲理事会部长委员会在内的监督缔约国履行公约义务的区域机制，该机制由《欧洲人权公约》第十一号议定书做了重大改革。

《欧洲社会宪章》规定了包括缔约国报告制度和集体申诉程序在内的监督机制，由欧洲社会权利委员会负责实施。

欧洲防止酷刑公约建立了欧洲防止酷刑委员会。

欧洲议会、欧洲理事会、部长理事会、欧洲委员会、欧洲联盟法院在监督和促进欧洲联盟基本文件关于人权的规定的遵守和执行方面分别具有一定职能。

欧洲安全与合作组织建立的短期和长期视察程序以及国内少数者高级专员在人权保护方面发挥一定的作用。

第二节　美洲人权保护制度

一、美洲人权保护制度的法律渊源

《美洲人权公约》及其附加议定书是美洲人权保护制度最重要的法律渊源。美洲国家通过的

其他一系列公约对防止酷刑和保护残疾人、妇女和被迫失踪者等问题分别做了规定。

《美洲国家组织宪章》和《美洲人的权利和义务宣言》确立的人权标准对美洲国家组织的所有成员国都有拘束力。

二、美洲人权文件确认的人权

《美洲人权公约》及其附加议定书分别确认了个人应当享有的公民和政治权利以及经济、社会和文化权利。

《美洲人的权利和义务宣言》宣示了一系列人权和基本自由，规定了个人对社会应该承担的一些义务。

三、美洲人权文件的监督机制

美洲国家间人权委员会（简称美洲人权委员会）和美洲国家间人权法院（简称美洲人权法院）是《美洲人权公约》、《美洲国家组织宪章》和《美洲人的权利和义务宣言》的监督机构，前者也是美洲国家组织的主要机关之一。

美洲人权委员会的职权主要包括：（1）向国家提出建议；（2）对国家发表咨询意见；（3）对国家进行事实调查；（4）要求国家提交人权报告；（5）接受和审议个人、群体或组织对成员国提出的申诉。

美洲人权法院的职权一是受理并审议缔约国间的控告和个人申诉，二是应缔约国、美洲国家组织成员国或美洲人权委员会的请求发表咨询意见。

第三节　非洲人权保护制度

一、非洲人权保护制度的法律渊源

《非洲人权宪章》及其议定书以及非洲国家通过的其他一系列专门的人权公约是非洲人权保护制度的最主要的法律渊源。

二、非洲人权文件确认的人权

《非洲人权宪章》确认了个人和民族应当享有的权利以及个人对社会应当负担的义务。若干专门的人权公约对于难民、妇女和儿童权利的保护以及防止和打击恐怖主义等问题分别做了规定。

三、非洲人权文件的监督机制

非洲人权和民族权委员会以及非洲人权和民族权法院是《非洲人权宪章》的监督机构。前者享有促进《宪章》权利实现、保证《宪章》权利受到保护和解释《宪章》的职权，可以接受并审议缔约国报告、接受和处理缔约国间的指控、接受并审查个人来文。后者享有争议管辖权、调解管辖权以及咨询管辖权，其管辖范围可以扩及《非洲人权宪章》之外的人权文件。

复习与思考题

1．区域人权保护制度在促进和保护人权方面具有什么地位和作用？

2．欧洲、美洲和非洲人权保护制度在保护方式、对象和机制方面主要有哪些异同？

3．有无必要和可能建立类似于欧洲、美洲或非洲现有人权保护制度的亚太人权保护制度？

拓展阅读书目

1．《欧洲保护人权与基本自由公约》

2．《欧洲社会宪章》

3．《美洲人权公约》

4．《非洲人权与民族权宪章》

5．Charter of Fundamental Rights of the European Union

6．Treaty Establishing a Constitution for Europe, Oct. 29, 2004，

7．Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights

8．Regional Conventions, at http://www1.umn.edu/humanrts/instree/auoz.htm

第八章　平等与不歧视的原则和权利

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明国际人权法确认的平等与不歧视的原则和权利。通过本章的学习，学生应认识本项原则和权利在国际人权法中的地位和意义，了解本项原则和权利的国际人权法渊源，掌握本项原则和权利的基本含义和内容，正确认识关于本项原则和权利的国际标准与我国相关实践之间的关系。

学时分配：2 学时

第一节　概　述

一、平等与不歧视的原则和权利的意义

平等与不歧视是国际人权法确认的一项基本原则，是个人和有关群体应当享有的一项重要的权利，也是其他各项具体权利的共同要素。

二、平等与不歧视原则和权利的国际人权法渊源

平等与不歧视是国际人权公约普遍确认的基本原则和许多国际人权公约确认的重要权利，也是国际习惯确认的原则和权利。

第二节　平等与不歧视的原则和权利的含义

一、平等与歧视的含义

（一）平等的含义

在理论和实践中，平等大致有三个方面的含义：（1）法律平等；（2）事实平等；（3）结果平等。国际人权法中的平等主要是指法律平等，同时也包含事实平等的因素。

（二）歧视的含义

国际人权法中的歧视是指在没有合法理由和根据的情况下，任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份的任何区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为否认或妨碍任何人在平等的基础上认识、享有或行使一切权利和自由。

二、平等与不歧视原则和权利的含义

每一个人和群体均享有国内法上的主体资格，平等享有权利，并受法律的平等保护，不得受任何歧视。

三、国家与平等和免受歧视权有关的义务

（1）尊重每一个人和群体的平等与免受歧视的权利；（2）不得歧视每一个人和群体；（3）对个人和群体的这一权利加以保护；（4）采取必要而适当的积极措施，促进和保证处于不利地位的个人和群体充分享有这一权利。

第三节　我国的相关实践

一、我国承担的相关国际法律义务

我国根据相关国际人权公约和国际习惯承担了与平等和不歧视有关的国际法律义务。

二、我国关于平等与不歧视的国内实践

我国宪法和许多基本法律均含有平等与不歧视原则或权利的规定，但在禁止歧视的理由、领域以及权利救济措施等方面的规定尚不够完善。实践中的歧视现象仍很严重。

复习与思考题

1．平等与不歧视原则和权利在国际人权法中具有什么地位和意义？
2．国际人权法中的平等与不歧视原则的含义和内容是什么？
3．我国关于平等和不歧视的法律和政策与我国承担的相关国际法律义务之间有何异同？
4．我国实践中存在哪些歧视现象？应如何防止和消除各种歧视？

拓展阅读书目

1．《消除一切形式种族歧视国际公约》
2．《消除对妇女一切形式歧视公约》
3．《歧视（就业及职业）公约》
4．《取缔教育歧视公约》
5．《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的不容忍和歧视宣言》
6．袁静等诉村委会征地补偿歧视案
7．张先著诉芜湖市人事局乙肝就业歧视案

第九章　公民权利和政治权利

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明个人享有的各项公民权利和政治权利。通过本章的学习，学生应了解公民权利和政治权利的种类、范围和国际法律渊源，掌握各项权利国家相关义务的主要内容，认识关于各项权利的国际标准与我国相关实践之间的关系。

学时分配：6 学时

说明：本章内容丰富但课时有限，教师可以选择 2-3 项权利做重点说明。鼓励学生选择任一权利进行研究并做报告。

第一节　生命权

一、生命权的意义

生命权是各主要普遍性和区域性人权公约以及国际习惯所确认的个人固有的基本权利之一，也是国家在任何情况下都不得克减与之相关的国际义务的一项权利。

二、生命权的内容

（1）任何人的生命不得被任意剥夺；（2）每个人的生命权应受法律保护；（3）死刑的使用须受严格限制。

三、国家与生命权有关的义务

（1）不得任意剥夺任何人的生命；（2）对每个人的生命权给予保护；（3）严格限制死刑的使用。

四、我国关于生命权的实践

我国根据若干国际人权公约承担了尊重和保护个人生命权的义务，国内法中也含有保护生命权和剥夺生命的规定。

第二节　免受酷刑权

一、免受酷刑权的意义

免受酷刑权是各主要普遍性和区域性人权公约（包括专门的国际人权公约）以及国际习惯所确认的个人基本权利之一，也是国家在任何情况下都不得克减与之相关的国际义务的一项权利。

二、免受酷刑权的内容

（1）任何人不得被施以酷刑或残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚；（2）本项权利应受国家立法、行政、司法和其他措施的保护。

三、国家与免受酷刑权有关的义务

（1）不得对任何人施以酷刑或残忍的、不人道的或有辱人格的待遇或处罚；（2）预防酷刑等行为的发生，并对已经发生的此类行为加以惩治；（3）确保酷刑等行为的受害者得到补偿。

四、我国关于免受酷刑权的实践

我国根据《禁止酷刑公约》承担了防止和惩治酷刑行为的义务，刑法中含有某些限制酷刑的规定。

第三节　思想、良心、宗教或信仰自由权

一、思想、良心、宗教或信仰自由权的意义

思想、良心、宗教或信仰自由权是许多国际人权公约和国际习惯确认的与个人的内心世界联系最为密切的一项基本权利，也是国家在任何情况下都不得克减与之相关的国际义务的一项权利。

二、思想、良心、宗教或信仰自由权的内容

（1）人人有权在不受强迫的情况下享有、信奉、保持或改变自己选择的某一思想、良心、宗教或信仰；（2）人人有权以适当方式表示或表明自己的思想、良心、宗教或信仰，这方面的权利的行使可受法律规定并为实现公约列明的目的所必需的限制。

三、国家关于思想、良心、宗教或信仰自由权的义务

（1）不得干涉个人的思想、良心、宗教或信仰自由；（2）不得非法限制个人表示自己宗教或信仰的自由；（3）对个人的思想、良心、宗教或信仰自由给予保护。

四、我国关于思想、良心、宗教或信仰自由权的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的某些义务，宪法、法律和若干单行法规中也含有与本项权利的保护和限制有关的规定。

第四节　主张和发表自由权

一、主张和发表自由权的意义

主张和发表自由权是许多国际人权公约和国际习惯确认的与个人的内心世界和外部生活（包括政治生活）紧密联系的一项基本权利，也是其他许多权利得以实现的手段性权利。

二、主张和发表自由权的内容

（1）人人有权持有主张，不受干涉；

（2）人人有权不分国界，以各种方式或媒介，自由寻求、接受和传递各种信息和思想，这方面的权利的行使可受法律规定并为实现公约列明的目的所必需的限制。

三、国家关于主张和发表自由权的义务

（1）不得干涉个人持有主张的权利；

（2）不得非法限制个人发表意见的权利；

（3）对个人的主张和发表自由权给予保护。

四、我国关于主张和发表自由权的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的某些义务，宪法、法律和若干单行法规中也含有与本项权利的保护和限制有关的规定。

第五节　政治权利

一、政治权利的意义

政治权利是各主要国际人权公约和国际习惯确认的个人参与本国政治决策过程和民主治理的重要权利，也是实现其他许多个人权利的手段性权利。

二、政治权利的内容

（1）直接或间接参与公共事务；
（2）选举和被选举；
（3）平等参加本国公务；
（4）自由发表政治性的意见；
（5）参加政治性的和平集会；
（6）组织和参加政治性的社团。

三、国家关于政治权利的义务

（1）不得非法或不合理地限制个人的政治权利；
（2）对个人的政治权利给予保护；
（3）以必要措施促进某些政治权利的实现。

四、我国关于政治权利的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与政治权利有关的禁止歧视的义务，宪法、法律和若干单行法规中也含有与政治权利的保护和限制有关的规定。

复习与思考题

1．国际人权法确认的生命权的内容和国家的相关义务是什么？
2．国际人权法确认的免受酷刑权的内容和国家的相关义务是什么？
3．国际人权法确认的思想、良心、宗教或信仰自由权的内容和国家的相关义务是什么？
4．如何确定对思想、良心、宗教或信仰自由权的行使所采取的某一限制措施是否符合国际标准？
5．国际人权法确认的主张和发表自由权的内容和国家的相关义务是什么？
6．如何确定对主张和发表自由权的行使所采取的某一限制措施是否符合国际标准？
7．国际人权法确认的政治权利的内容和国家的相关义务是什么？
8．我国关于各项公民权利和政治权利的实践与国际标准之间有何异同？
9．我国应如何进一步保证和促进各项公民权利和政治权利的实现？

拓展阅读书目

1．人权事务委员会第 6 号一般性意见：第 6 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般

性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 127-128 页。

2．人权事务委员会第 14 号一般性意见：第 6 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 138-139 页。

3．Guerrero v. Colombia, CCPR Communication No. 45/1979

4．Bernard Lubuto v. Zambia, CCPR Communication No. 390/1990

5．Judge v. Canada, CCPR Communication No. 829/1998

6．人权事务委员会第 20 号一般性意见：第 7 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 128-129 页。

7．Natalia Schedko v. White Russia, CCPR Communication No. 886/1999

8．杜培武案

9．人权事务委员会第 22 号一般性意见：第 18 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 155-158 页。

10．Boodoo v. Trinidad and Tobago （721/1996）, ICCPR, A/57/40 vol. II （2 April 2002） 76（CCPR/C/74/D/721/1996）.

11．人权事务委员会第 10 号一般性意见：第 19 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 132 页。

12．Park v. Republic of Korea （628/1995）, ICCPR, A/54/40 vol. II （20 October 1998） 85（CCPR/C/64/D/628/1995）

13．彭水诗案

14．人权事务委员会第 25 号一般性意见：第 25 条，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 168-173 页。

15．Istvan Mátyus v. Slovakis, CCPR Communication No. 923/2000

16．蒋韬诉中国人民银行成都分行招工歧视案

第十章　经济权利、社会权利和文化权利

本章教学目的和基本要求：本章旨在说明个人享有的各项经济、社会和文化权利。通过本章的学习，学生应了解经济、社会和文化权利的种类、范围和国际法律渊源，掌握各项权利和国家相关义务的主要内容，认识关于各项权利的国际标准与我国相关实践之间的关系。

学时分配：6 学时

说明：本章内容丰富但课时有限，教师可以选择 2-3 项权利做重点说明。鼓励学生选择任一权利进行研究并做报告。

第一节　工作权

一、工作权的意义

工作权是许多国际人权公约确认的最基本的经济权利，也是实现其他许多权利的手段性权利。

二、工作权的内容

狭义的工作权主要是指就业权，即有机会自由选择和接受工作以谋生的权利。

广义的工作权还包括享受公正和良好的工作条件的权利。

三、国家关于工作权的义务

（1）承认并尊重每一个人的工作权；

（2）对工作权给予保护；

（3）以适当步骤促进工作权的实现。

四、我国与工作权有关的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的义务，宪法和劳动法中也含有关于本项权利的规定。

第二节　获得适当生活水准权

一、获得适当生活水准权的意义

获得适当生活水准权是若干国际人权公约确认的核心的社会权利，也是与其他经济、社会和文化权利密切相关的一项综合性的权利。

二、获得适当生活水准权的内容

（1）为个人和家庭获得适足的食物、衣着、住房、用水和满足生活基本需求的其他物质条件和心理条件；

（2）获得不断改善的生活条件。

三、国家关于获得适当生活水准权的义务

（1）承认并尊重每一个人的获得适当生活水准权；
（2）对获得适当生活水准权给予必要的保护；
（3）采取国内措施或国际合作措施促进获得适当生活水准权的实现。

四、我国与获得适当生活水准权有关的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的义务，宪法、法律和法规中也含有与本项权利有关的规定。

第三节　健康权

一、健康权的意义

健康权是若干国际人权公约确认的与其他各类权利紧密联系、互相依赖的一项基本权利，是行使其他许多权利不可或缺的一项权利。

二、健康权的内容

健康权是指享有实现能够达到的最高的体质和心理健康标准所必须的各种设施、商品、服务和条件的权利，具体包括：（1）产妇、儿童和生育卫生权；（2）享有健康的自然和工作场所环境的权利；（3）预防、治疗和控制疾病的权利；（4）享受卫生设施、货物或服务的权利。

三、国家关于健康权的义务

（1）承认并尊重每一个人的健康权；
（2）对健康权给予必要保护；
（3）采取必要步骤促进健康权的实现。

四、我国与健康权有关的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的义务，宪法、法律和法规中也含有与本项权利有关的规定。

第四节　受教育权

一、受教育权的意义

受教育权是许多国际人权公约确认的实现个人全面发展所需要的一项基本权利，也是实现其他各类权利不可或缺的一项手段性权利。

二、受教育权的内容

严格意义上的受教育权是指平等接受免费初等教育、中等教育（包括技术和职业教育）、高等教育和基础教育的权利。

与受教育权相关的权利还包括：（1）父母和法定监护人有权为子女选择非公立学校或符合自己信仰的宗教或道德教育；（2）个人和团体有权自由设立和管理教育机构。

三、国家关于受教育权的义务

（1）承认并尊重每一个人的受教育权；
（2）尊重父母为子女选择适当的非公立学校和符合自己信仰的宗教或道德教育的自由；
（3）不得任意干涉个人或团体设立和管理教育机构的自由；
（4）保证教育目的符合公约的规定；
（5）限期实现所有人的免费义务教育；
（6）对受教育权给予保护；
（7）以一切适当方法促进受教育权的实现。

四、我国与受教育权有关的实践

我国根据若干国际人权公约承担了与本项权利有关的义务，宪法和若干单行法律法规中也含有关于本项权利的规定。

复习与思考题

1．国际人权法确认的工作权的内容和国家的相关义务是什么？
2．国际人权法确认的获得适当生活水准权的内容和国家的相关义务是什么？
3．国际人权法确认的健康权的内容和国家的相关义务是什么？
4．国际人权法确认的受教育权的内容和国家的相关义务是什么？
5．我国关于各项经济、社会和文化权利的实践与我国承担的国际义务之间有何异同？
6．我国应如何进一步促进各项经济、社会和文化权利的实现？

拓展阅读书目

1．经济、社会、文化权利委员会第 4 号一般性意见：适足住房权（《公约》第 11 条第（1）款），1991 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 17-22 页。

2．经济、社会、文化权利委员会第 7 号一般性意见：适足住房权（《公约》第 11 条第（1）款）：强迫驱逐，1997 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 44-48 页。

3．经济、社会、文化权利委员会第 12 号一般性意见：取得足够食物的权利（第 11 条），1999 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 61-69 页。

4．经济、社会、文化权利委员会第 15 号一般性意见：水权（《经济、社会、文化权利国际公约》第 11 和第 12 条），2002 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 106-121 页。

5．李会明、李爱珍夫妇诉嘉禾县房管局案

6．经济、社会、文化权利委员会第 11 号一般性意见：初级教育行动计划（第 14 条），1999 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 59-61 页。

7．经济、社会、文化权利委员会第 13 号一般性意见：受教育的权利（《公约》第 13 条），1999 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 70-86 页。

8．齐玉苓诉陈晓琪等侵犯受教育权纠纷案

9．经济、社会、文化权利委员会第 14 号一般性意见：享有能达到的最高健康标准的权利（第 12 条），2000 年，载联合国：《各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》，HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004, 第 86-105 页。

10．中华人民共和国：《经济、社会、文化权利国际公约》执行情况，2003 年 6 月 27 日，E/1990/5/Add.59, 9 March 2004.

11．COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, People’s Republic of China（including Hong Kong and Macao）, E/C.12/1/Add.107, 13 May 2005.

《国际金融法》教学大纲

范晓波　编写

目　录

第一章　绪　论 669
第一节　国际金融法概述 669
一、国际金融法的调整对象 669
二、国际金融法的调整范围 669
三、国际金融法的特点 669
第二节　国际金融法的渊源 669
一、国际条约 669
二、国际惯例 670
三、国内立法 670
第三节　国际金融法的历史发展 670
一、国际金融法的形成 670
二、国际金融法的发展 670
复习与思考题 671
第二章　国际货币制度 672
第一节　国际金本位制 672
一、金币本位制 672
二、金块本位制 672
三、金汇兑本位制 672
第二节　《国际货币基金协定》确立的货币制度 672
一、布雷顿森林制度的产生 672
二、布雷顿森林制度的主要内容 672
三、《国际货币基金协定》的第一次修订 673
四、牙买加制度 673
第三节　区域性货币合作 673
复习与思考题 673
第三章　国际贷款协议 674
第一节　国际贷款协议概述 674
一、国际贷款协议的概念和特征 674
二、国际贷款协议的种类 674
第二节　国际贷款协议的基本条款（一） 674
一、定义条款 674
二、标的物条款 674
三、贷款的提取 674
四、贷款用途 674
五、利息 675
六、费用 675
七、税收负担 675
八、期限与偿还 675
第三节　国际借贷协议的基本条款（二） 675

九、借款人的说明与保证条款 675
十、先决条件条款 676
十一、约定事项条款 676
十二、权利的让与 676
十三、违约事件与救济方法 676
十四、法律适用 676
十五、法院管辖 677
复习与思考题 677
第四章　国际商业贷款的法律制度 678
第一节　国际银团贷款 678
一、银团贷款的产生 678
二、银团贷款的概念及特点 678
三、银团贷款的基本程序 678
四、直接式银团贷款 678
五、间接式银团贷款 679
六、国际贷款证券化 679
第二节　国际项目贷款 679
一、项目贷款的概念及特点 679
二、项目贷款的类型 680
三、项目贷款的主要风险 680
四、项目贷款的合同结构 680
第三节　欧洲货币贷款协议 682
一、欧洲货币贷款的概念和特点 682
二、欧洲货币贷款协议的特有条款 682
第四节　我国关于借用国际商业贷款的管理规定 682
一、境内机构借用国际商业贷款管理办法 682
二、境外进行项目融资管理暂行办法 682
复习与思考题 683
第五章　政府和国际金融机构贷款 684
第一节　政府贷款 684
一、政府贷款概述 684
二、政府贷款协议的主要内容 684
三、主要政府贷款机构及其贷款政策 684
第二节　全球性国际金融机构贷款 685
一、国际货币基金组织贷款 685
二、世界银行集团贷款 685
第三节　区域性国际金融机构贷款 685
一、亚洲开发银行贷款（Asian Development Bank，ADB） 685
二、泛美开发银行贷款（Inter-American Development Bank，IADB） 686
三、非洲开发银行贷款（African Development Bank，ADB） 686
四、欧洲投资银行的贷款（European Investment Bank，EIB） 686
复习与思考题 686

第六章　国际证券融资的法律制度 687
第一节　国际证券概述 687
一、国际证券的概念和种类 687
二、主要的国际证券市场 687
第二节　国际证券的发行的法律制度 687
一、国际证券的发行方式 687
二、国际证券发行的审核制度 687
三、国际证券发行的信息披露制度 687
四、国际债券发行的评级制度 687
第三节　国际证券交易的法律制度 688
一、主要的证券交易所 688
二、证券商制度 688
三、证券上市制度 688
四、对证券交易行为的监管 688
第四节　上市公司跨国并购的法律制度 688
一、跨国并购的含义和种类 688
二、各国的相关法律规定 688
第五节　我国利用涉外证券融资的立法与实践 689
一、我国利用国际债券融资的立法与实践 689
二、我国关于国际股票融资的立法与实践 689
第六节　国际证券监管的法律制度 689
一、各国证券监管体制比较 689
二、国际证券监管的合作 689
复习与思考题 689
第七章　国际融资租赁的法律制度 690
第一节　国际融资租赁概述 690
一、融资租赁的产生和发展 690
二、国际融资租赁的概念和特征 690
三、国际融资租赁的形式 690
四、融资租赁与类似交易的区别 690
第二节　国际融资租赁合同 691
一、国际融资租赁交易的基本程序 691
二、国际融资租赁合同的主要条款 691
第三节　关于融资租赁的国际公约和国内立法 691
复习与思考题 691
第八章　国际融资担保 692
第一节　人的担保 692
一、保证 692
二、见索即付担保（on demand guarantee） 692
三、备用信用证（Stand-by Letter of Credit） 692
四、安慰信（Comfort Letter） 693
第二节　国际融资的物权担保 693

一、动产担保 693
二、不动产担保 693
三、浮动担保（Floating Charge） 693
第三节　国际融资担保的法律规范 693
一、国际融资担保制度的发展及其统一化 693
二、中国对外担保的规定 693
复习与思考题 694
第九章　国际支付与贸易融资制度 695
第一节　票据与票据法 695
一、票据概述 695
二、票据的种类 695
三、票据法律关系 695
四、票据法与票据公约 695
第二节　国际支付的法律制度 696
一、信用证（Letter of Credit） 696
二、电子支付的法律制度 696
第三节　国际贸易融资的法律制度 696
一、国际保理 696
二、出口信贷 697
三、福费廷（Forfaiting） 697
复习与思考题 697
第十章　跨国银行监管的法律制度 699
第一节　跨国银行概述 699
一、跨国银行的概念及特征 699
二、跨国银行的组织形式 699
第二节　东道国对外资银行的监管 699
一、东道国对外资银行监管的原则 699
二、东道国对外资银行监管的主要内容 699
三、中国对外资银行监管的法律制度 700
第三节　母国的并表监管 700
一、并表监管的含义与特征 700
二、并表监管与东道国监管的关系 700
第四节　跨国银行监管的国际合作——巴塞尔体制 700
复习与思考题 700
第十一章　WTO 金融服务协议 701
第一节　WTO 金融服务协议概述 701
一、WTO 金融服务协议的产生 701
二、基本框架 701
三、金融服务的定义及主要方式 701
第二节　WTO 金融服务协议的主要内容 701
一、基本原则 701
二、具体义务 702

第三节　中国关于金融服务贸易的承诺 702
一、银行业入世的承诺 702
二、保险业入世的承诺 702
三、证券业入世的承诺 702
复习与思考题 702

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际金融法的概念、渊源和历史发展。通过学习，学生应了解国际金融法的发展历史，理解国际金融法的含义、调整范围、国际金融法的渊源等。

第一节　国际金融法概述

一、国际金融法的调整对象

国际金融是相对国内金融而言的一种跨国界的金融活动，是国际间一切与货币信用有关业务活动的总称。

国际金融法是调整国际间货币关系与资金融通活动规范的总称。

二、国际金融法的调整范围

1．国际金融法是调整国际间货币金融交易关系的国际法规范和国内法规范的总和。

2．国际金融法是调整国际货币金融关系的公法规范和私法规范的总和。

3．国际金融法是国际经济法重要的组成部分。

三、国际金融法的特点

（一）主体的广泛性

国际金融法的主体，既有国家、地区和国际组织，也有从事跨国经济活动和使用外汇的个人、法人或非法人单位。

（二）客体的复杂性

国际金融法的客体包括本国货币，外汇和跨国运转中的货币资金，如大额定期存单、信用卡、信用证等。

（三）内容的实践性

国际金融法在内容和功能上均具有很强的实践性和技术性特征。

第二节　国际金融法的渊源

一、国际条约

国际金融条约是指国际法主体之间依国际法所缔结的、据以确定其在相互金融关系中的权利与义务的书面协议。

国际金融条约一般可分为双边条约和多边条约。双边条约多为含有支付内容的双边贸易协定、支付与清算协定、贷款协定等。多边协定主要由区域性国际条约、普遍性国际条约构成。前者如亚洲国家为建立区域性国际金融机构而缔结的《亚洲开发银行协定》，美洲国家为建立本地区开发银行而缔结的《美洲开发银行协定》，欧洲经济共同体成员国为建立欧洲联盟与统一货币制度而签订的《马斯特里赫特条约》等。后者如 1944 年在美国布雷顿森林召开的联合国货币金融会议上达成的后经多次修订的《国际货币基金协定》、《国际复兴开发银行协定》、乌拉圭回合达成的《服务贸易总协定》与《全球金融服务协定》等。

二、国际惯例

国际金融惯例，是人们在长期的国际金融实践中经反复实践、逐渐形成的被从事有关国际金融活动的当事人普遍接受或认可的习惯做法和通例。

国际金融惯例通常分为国际金融交易惯例和国际金融监管惯例两种。国际金融交易惯例主要有：国际商会的《跟单信用证统一惯例》（1993 年修订，UCP500 号出版物）、《托收统一规则》（1995 年修订，UCP522 号出版物）、《合同担保统一规则》（1978 年，UCP325 号出版物）、《见索即付担保统一规则》（1992 年，UCP458）；国际保理联合会的《国际保付代理通则》（1997 年修订）；国际证券商协会（AIBD）、塞德尔（Cedel）、欧洲清算组织（Euroclear）共同制定的《ACE 惯例规则》（1988 年）。国际金融监管惯例规则大多源于发达金融国家的金融立法和监管实践，其内容在于规范国际金融监管关系并指导政府金融主管当局的行为，因而具有很强的公法性质，如巴塞尔资本充足率监管标准。

三、国内立法

各国为调整涉外货币金融关系而制定的有关法律法规是国际金融法的重要渊源。特别是金融业和金融市场较为完善的发达国家的国内立法，如英国的国内立法，其影响更加突出一些，这与伦敦作为国际金融中心的重要地位以及英国金融业的悠久历史是分不开的。

第三节　国际金融法的历史发展

一、国际金融法的形成

1．早期的国际货币资金融通是与商品的跨国交易相伴而生的。国际贸易的发展带动了国际金融关系，这种关系最初表现为跨国货币兑换关系，进而发展为跨国民间借贷关系等。随着跨国货币金融关系的发展，一些专门适用于外国人的金融法规发展起来了，罗马帝国万民法中便有关于借贷和担保的规定，这可算是最早的涉外金融法律规范。

2．随着资本主义生产方式的产生和发展，商品和资本跨越国境而大量流动，使国际金融关系有了长足发展。从 17 世纪到 19 世纪，一些有关国际金融交易的习惯法基于长期的国际实践而逐渐形成。与此同时，各主要资本主义国家出于规范银行业及其涉外金融活动的需要，相继颁布了一系列金融法规。

3．19 世纪末 20 世纪初，西方国家的对外贸易和对外投资十分活跃，国际金融交易活动也随之频繁且日趋多样化，与之相适应，有关国际金融交易的国内立法和国际惯例大量增加。

4．二战后，西方各国加强了对金融活动和金融市场的国内管制和国际调整，表现在：一方面，各国单独采取政策和法律措施；另一方面，国家间为了协调彼此的金融管制政策和措施，又签订了各种双边和多边的专项国际协定。

二、国际金融法的发展

1．第三世界的崛起，拓展了国际金融法的范围和内容

2．国际金融合作的扩大与深化，促进了国际金融统一法的发展。

3．国际金融组织的出现，使国际金融合作制度化。

4．国际金融创新的出现，推动了国际金融法的变革。

复习与思考题

1．怎样理解国际金融法的概念和特征？
2．国际金融法的渊源包括哪些？
3．试分析国际金融法的产生与发展。

第二章　国际货币制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际货币制度的基本知识，国际货币制度的演变及其发展。通过学习，应当了解国际金本位制的基本内容，重点掌握布雷顿森林制度、牙买加制度的主要内容，了解区域性货币制度对国际货币制度的影响和作用。

第一节　国际金本位制

一、金币本位制

金币本位制是金本位制的最初形态，也是最典型的金本位制。其主要特点在于：

1．金币作为本位货币；

2．金币可以自由铸造；

3．金币可以自由兑换；

4．自由输出入。

二、金块本位制

1．金币已退出流通界，专门担当大宗国际收支清算的任务；

2．国家以一定数量的黄金作准备，发行代表法定含金量的银行券；

3．银行券进入流通，具有本位币的无限清偿性，但银行券只有在一定的条件下才能兑换成黄金。

三、金汇兑本位制

1．禁止铸造和流通金币；

2．定有含金量的银行券作为本位币参加流通，持有者不能将其兑换成黄金，但可以购买外汇，凭外汇到其发行国兑换黄金；

3．实行金汇兑本位制的国家，在金块本位制或金币本位制国家存放外汇准备基金，并规定本国货币与该国货币的法定汇价，居民可按这一汇价无限制地购买外汇，在所联系的国家兑换黄金；

4．禁止黄金的输出输入。

第二节　《国际货币基金协定》确立的货币制度

一、布雷顿森林制度的产生

1944 年 7 月 1 日至 22 日，美、英、法、苏、中等 44 国代表在美国新罕布什尔州布雷顿森林召开会议，通过了以“怀特计划”为基础的《国际货币基金协定》。

《国际货币基金协定》又称“布雷顿森林货币协定”，其 1944 年文本确立的国际货币制度称为“布雷顿森林制度”，它实际上是以美元为中心的金汇兑制度。

二、布雷顿森林制度的主要内容

1．建立了一永久性的国际金融机构，即国际货币基金组织。

2．实行以美元为中心的国际金汇兑本位制。

3．确立了可调整的固定汇率制。

4．提供资金调节国际收支。

5．力图取消经常项目的外汇管制。

三、《国际货币基金协定》的第一次修订

国际货币基金组织于 1969 年 9 月第二十四届年会上通过了设立“特别提款权”的决议。这是基金组织成立以来对《国际货币基金协定》的第一次修订，这次修订被称为《特别提款权协定》，其主要内容如下：

1．特别提款权的概念。所谓特别提款权是国际货币基金组织在原有的普通贷款权之外，按各国认缴份额的比例分配给会员国的一种使用资金的特别权利。

2．特别提款权的使用。各会员国可以凭特别提款权向基金组织提用资金；特别提款权只能在各会员国的金融当局和基金组织、国际清算银行等官方机构之间使用，私人企业不能持有和使用特别提款权。

3．特别提款权的性质与定值。特别提款权不是现实的货币，而是一种使用资金的权利。特别提款权现在由美元、欧元、英镑、日元构成一揽子复合货币。

4．特别提款权的分配。特别提款权由基金组织根据需要进行分配。分配建议（关于特别提款权分配额占认缴份额的百分比）由基金组织执行董事会总裁提出，经理事会 85%的多数票决定分配。

四、牙买加制度

基金理事会于 1976 年对《国际货币基金协定》进行了第二次修订，这次修订所确立的货币制度被称为牙买加制度，其主要内容为：

（一）确认浮动汇率制的合法化。

（二）削弱了黄金的国际货币作用。

（三）提高了特别提款权的国际储备地位。

（四）扩大对发展中国家的资金融通。

牙买加制度实际上是以美元为中心的多元化国际储备和浮动汇率的制度。

第三节　区域性货币合作

一、欧元的诞生

二、欧元的法律地位

三、欧元的法律性质

复习与思考题

1．第一个世界性的国际货币制度是如何确立起来的？它有哪些特点？

2．布雷顿森林制度的主要内容是什么？

3．什么是特别提款权？其特别之处体现在哪些方面？

4．简述《国际货币基金协定》第八条规定的主要义务？

5．牙买加制度的主要内容是什么？

6．试分析现行国际货币制度。

7．欧元对现行货币制度的影响有哪些？

第三章　国际贷款协议

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际贷款协议的概念、特征和主要条款。学生应了解国际贷款协议的基本知识，掌握国际贷款协议的基本条款。

第一节　国际贷款协议概述

一、国际贷款协议的概念和特征

国际贷款又称“国际借贷”、“国际信贷”，是指不同国家当事人之间基于信用授受而进行的货币资金的有偿让渡，是资金使用权的跨国交易活动。国际贷款一般是通过订立国际贷款协议而进行的。所谓国际贷款协议，是指位于不同国家的当事人之间为一定数额货币的借贷而订立的，明确相互关系中的权利与义务的书面协议。其特征如下：

1．主体范围广泛，包括不同国家的自然人、法人或政府以及国际组织。

2．国际贷款协议中使用的货币一般是可自由兑换的货币。

3．涉及的法律问题复杂。

二、国际贷款协议的种类

1．按当事人的地位和性质划分，可分为政府贷款协议、国际金融组织贷款协议和国际商业贷款协议；

2．按贷款的期限划分，可分为：短期贷款协议、中期贷款协议和长期贷款协议；

3．按贷款有无担保划分，可分为：有担保的贷款协议和无担保的贷款协议；

4．按贷款利率计算方式，可分为：固定利率贷款协议和浮动利率贷款协议；

5．按贷款的组织方式，可分为：独家银行贷款协议和银团贷款协议；

6．按贷款的用途不同，可分为：普通贷款和项目贷款；

7．按贷款资金的来源不同，可分为：外国贷款和欧洲货币贷款。

第二节　国际贷款协议的基本条款（一）

一、定义条款

该条款对贷款协议中所使用的一些重要名词、术语规定明确的定义，以避免双方在这些词语的解释上产生分歧。

二、标的物条款

该条款规定贷款货币的种类和数额。

三、贷款的提取

该条款主要规定提款条件、提款期限、提款方式以及提款地点等内容。

四、贷款用途

在国际贷款协议中，除对一些特定的贷款，例如项目贷款和买方信贷的用途有严格的限制外，

一般对贷款用途都不加限制或限制很少，只泛泛规定应用于合法目的。

五、利息

（一）利率

利率是利息与本金的比率，在国际贷款协议中常用年率表示。贷款利率的高低，一般取决于贷款金额、贷款期限、市场的资金供求状况、贷款所用的币种、借款人的资信等因素。

利率有固定利率和浮动利率之分，短期贷款多采用固定利率，中长期国际贷款则采用浮动利率较多。浮动利率的确定方式常常是以某一时期的某一基础利率加上双方约定的附加利率。

（二）利息支付方式

短期国际贷款，利息通常是一次付清。中长期国际贷款，由于多采用浮动利率，一般在每一利息期的期末支付。

（三）利息计算方式

利息计算的基本公式是：用款额Ｘ利率Ｘ时间。国际贷款协议中时间的确定方式有大陆式、英国式和欧洲货币式三种方式。

（四）违约利息

国际贷款协议对违约利息的利率的规定一般要稍高于正常利率，但应符合所适用的法律的规定。

六、费用

在短期国际贷款协议中，贷款银行常常只按市场利率向借款人收取利息，不再另收其他费用。在中长期国际贷款中，借款人除利息外，还要支付各种费用。

七、税收负担

国际贷款协议中通常规定有预提税由借款人代扣并如数补足的条款。

八、期限与偿还

贷款期限指从贷款协议签订之日起，到全部本息还清为止的整个时期。

偿还方式主要有三种：一是到期一次还本付息，主要适用于金额较小、期限较短的贷款，对借款人较为有利。二是将偿还期分为宽限期和还款期，宽限期内只付息不还本，宽限期后连本带息逐次偿还。这种方式多适用于金额较大、期限较长的贷款，相对而言，这种方式兼顾了借贷双方的利益。三是不规定宽限期，从提款日起逐次分期偿还本息。这种方式对贷款人较为有利。

第三节　国际借贷协议的基本条款（二）

九、借款人的说明与保证条款

陈述与保证条款是借款人就其与贷款协议有关的事实，包括其法律状况、财务及商务状况等作出说明，并保证其所作说明的真实性的条款。

借款人关于法律事项的说明，是为了使贷款人确信该项贷款的效力在法律上不会遇到来自借款人方面的阻碍。

借款人关于其财务和商务状况的说明，是为了使贷款人确信借款人有良好的资信和还款能力。

十、先决条件条款

先决条件是指贷款人发放贷款须以借款人满足有关约定的条件为前提。

先决条件应在贷款协议中明确规定，尽管其范围因具体协议而异，但其内容通常可分为涉及贷款协议项下全部义务的先决条件和涉及提供每一笔款项的先决条件两类。

十一、约定事项条款

约定事项条款是指贷款人要求借款人就实施某种行为或不为某种行为作出约定的条款。约定事项主要包括：

（一）消极担保条款（Negative Pledge）

这一条款规定，借款人在偿还全部贷款之前，不得在自己的资产及收益上，为其他债权人维持或设定任何担保物权。

消极担保条款意在限制借款人为另一债权人设定担保权益，从而使无担保权益的贷款人在受偿顺序上位于其他有担保权益的债权人之后。

（二）平等位次条款（Pari Passu）

在国际贷款协议中，平等位次条款往往与消极担保条款同时存在，互为补充。即消极担保条款旨在使贷款人的受偿权不逊于其他有担保权益的债权人；而平等位次条款则是为了使贷款人的受偿权不落后于其他无担保权益的债权人。因此，平等位次条款要求借款人保证无担保的贷款债权人至少应与借款人的其他无担保债权人处于按比例平等的受偿地位，不得以任何借口不适当地歧视贷款人的受偿权利。

（三）财务约定事项（Financial Covenent）

这一条款主要规定借款人应定期向贷款人报告自身的财务状况和经营状况，并遵守各项约定的财务指标。

（四）保持资产条款

保持资产条款又称“限制资产处置条款”。订立该条款的目的在于要求借款人以适当的方法维持其现有及将来取得的财产，并对其处分资产及收益行为作适当的限制，使借款人保持较强的清偿能力。

十二、权利的让与

一般的债权让与通常都通知债务人，但并不需要以取得债务人的同意为条件。对于借款人让与其取得贷款的权利，借贷协议大多规定不许可。至于贷款人转让其受偿权，则享有大得多的自由。

十三、违约事件与救济方法

违约事件条款是国际贷款协议中最重要的债权保障措施之一。

违约事件大致可分为实际违约和预期违约两类。实际违约是指借款人违反贷款协议本身的规定。预期违约又称先兆性违约。虽然借款人并非实际违约，但这些事件的发生足以表明借款人的财务状况正在恶化，最终势必导致实际违约，因此贷款协议也将此类事件规定为违约事件，以便贷款人据此及时采取救济措施，以充分保护自己的贷款权益。

一旦发生违约事件，贷款人可同时或单独采取合同上的救济和法律上的救济。

十四、法律适用

在国际贷款协议中，当事人双方可以协商并确定协议所适用的法律。

十五、法院管辖

在国际贷款协议中，当事人可以在法律允许的范围内，在合同争议发生前或发生后达成书面协议，自愿将争议交由某一国的法院管辖。

复习与思考题

1．国际贷款协议生效应具备哪些先决条件？

2．在国际贷款协议中，贷款人通过哪些条款可以使自己与借款人的其他债权人处于平等的清偿地位？

3．国际贷款协议中规定的借款人违约事件有哪些？贷款人可以采取哪些救济措施？

4．陈述和保证条款的主要内容是什么？它有什么作用？

5．约定事项通常包含哪些条款？它有什么作用？

第四章　国际商业贷款的法律制度

本章教学目的和基本要求本章主要介绍国际商业贷款的几种主要形式及其基本的法律制度。通过学习，学生应掌握国际商业贷款的主要方式，掌握国际银团贷款、项目贷款和欧洲货币贷款的特点，各当事人之间的法律关系及其特有条款，了解我国关于借用商业贷款的基本规定。

第一节　国际银团贷款

一、银团贷款的产生

早在二十世纪三十年代的美国，就有了银团贷款的雏形，但一般认为现代意义上的银团贷款开始于二十世纪六十年代后期。

从七十年代以来，银团贷款的发展大致可分为三个阶段：

第一阶段从 70 年代初到 1981 年，银团贷款的发展相当迅速。

第二阶段从 1982 年到 1986 年，由于第三世界债务危机的影响，银团贷款规模有所下降。

第三阶段从 1987 年至今，银团贷款又重新活跃起来，并且贷款对象、贷款结构有所变化。

二、银团贷款的概念及特点

银团贷款是指数家银行联合组成一个银行集团，按统一的贷款条件向同一借款人提供贷款。若涉及不同国家的贷款人或借款人，就称为国际银团贷款。其特点主要表现为：

1．贷款方为多家银行，各个贷款银行的作用及其在贷款交易中的法律地位并不完全相同。

2．筹资金额大、期限长。

3．贷款风险分散。

三、银团贷款的基本程序

1．借款人寻找牵头银行并委托该行组织银团；

2．牵头行对项目进行风险评估；

3．若牵头银行同意受理该项目，则向借款人承诺同意作为牵头行为其组织银团贷款，并附有关贷款条件；

4．借款人给牵头银行正式授权；

5．牵头银行准备文件；

6．牵头银行向各有关银行发出邀请，组成银团；

7．贷款协议谈判；

8．贷款协议签署。

四、直接式银团贷款

直接式银团贷款是指银行组成银团同借款人签订贷款协议，各贷款银行按照该协议分别（或共同）承担提供贷款的义务，与借款人直接形成权利义务关系。

（一）各当事人之间的法律关系

（二）涉及到的主要法律文件

五、间接式银团贷款

间接式银团贷款通常是一家（或几家）银行作为名义上的贷款银行（可称为牵头银行）同借款人签订贷款协议，然后再由该牵头银行将“参与贷款权”（Participation in the Loan），分别转让给其他愿意提供贷款的银行。其主要方式如下：

（一）转贷款（Sub－loans）

这种贷款的做法是，参与银行直接向牵头银行提供一笔贷款，牵头银行则同意在借款人还本付息的条件下，由它负责偿还参与银行的款项。

参与银行与牵头银行之间形成债权债务关系，而参与银行与借款人之间没有直接合同关系。

（二）隐名代理（Undisclosed Agency）

是英美法特有的制度。具体是指，由牵头银行代理银团其他成员（参与银行）与借款人签订贷款协议，但不披露代理人的身份，借款人把牵头行看作本人，而不是代理人。

（三）让与（Assignment）

是指牵头银行将其根据贷款协议应获得的收益或可以行使的请求权部分或全部让与愿意购买的参与银行。

（四）更新或替代

牵头银行在征得借款人的同意之后，把自己的部分甚至全部贷款义务连同其相应的权益转让给其他银行，使贷款协议的贷款主体有所增加或变更，实际上等于原来的贷款协议由牵头银行、参与银行和借款人三方达成一个新的协议所取代。

六、国际贷款证券化

贷款证券化是资产证券化的一种。国际银团贷款证券化是牵头银行将其持有的贷款（全部或部分）转化为类似证券发行或融通。牵头银行用一种证书性质的书面文件代表收取贷款到期本息的权利，然后将这种书面文件发行与融通，从而达到转让贷款的目的。由于这种书面文件的发行与融通同证券发行与交易在形式上十分相似，因此被称为证券化。其主要方式有：

（一）可转让贷款证书（Transferable loan certificate）

（二）可转让贷款参与权证书（Transferable participation certificate）

（三）可转让贷款文据（Transferable loan instrument）

第二节　国际项目贷款

一、项目贷款的概念及特点

项目贷款是指贷款人向某个特定的工程项目提供贷款，以该项目所产生的收益作为还款的资金来源，并在该项目资产上设定附属担保的一种融资方式。其特点主要表现为：

1．从贷款对象看，传统的贷款方式是贷款人把资金贷给借款人。进行项目贷款时，项目主办人一般都专门为该项目的筹资和经营成立一家新的公司－－项目公司，贷款人把资金贷给项目公司，由该项目公司承担偿还贷款的义务，而不是直接贷给该项目的主办人。

2．从还款来源看，在传统的贷款方式中，贷款人看重的是借款人的信用，而不是用贷款所兴建的项目的成败。项目贷款的主办人则是以项目建成并投入营运以后所得的收益作为还款来源。

3．从贷款担保来看，在传统的贷款方式中，以银行或政府提供的信用担保居多，在项目贷款中，通常是以主办项目的资产和收益为贷款人设定担保。

二、项目贷款的类型

项目贷款可分为无追索权项目贷款和有限追索权项目贷款两种基本类型：

1．无追索权项目贷款。无追索权项目贷款或称纯粹项目贷款，是指贷款人对项目主办人没有任何追索权，即由贷款人将资金提供给主办人专为该项目而成立的公司，以项目建成后所产生的收益作为还本付息的来源。贷款人可以在该项目的资产上设定担保权益，但无权再要求主办人提供任何信用担保，如果项目中途停建或经营失败，其资产或收益不足以清偿全部贷款，贷款人亦无权向项目主办人追索。

2．有限追索权项目贷款。在这种项目贷款方式下，贷款人为了减少贷款的风险，除要求以贷款项目的收益作为偿还债务来源，并在该项目资产上设定担保物权以外，还要求与项目有利害关系的第三人提供各种担保，当项目不能完工或经营失败，项目本身的资产或收益不足以清偿债务时，贷款人就有权向项目主办人和这些担保人追索。项目主办人和担保人对项目债务所负的责任，仅以贷款合同和担保合同所规定的金额为限。

三、项目贷款的主要风险

项目贷款中的风险，一般可以分成两类：一类是项目公司无法通过自身行为进行控制和避免的风险，这种风险称为系统风险，如政治风险、法律风险和经济风险等；另一类是项目公司可以控制和避免的风险，称为非系统风险，如完工风险、经营风险等。

（一）国际项目贷款中的系统风险

1．政治风险是指项目东道国因政变、政权更迭、领导人变更、暴乱及其政策多变等行为而给项目造成的不利影响或经费超支等风险。

2．经济风险是指项目建设中由于市场汇率、利率等的波动或是由于项目产品的价格、需求等发生变化而导致的风险。

3．法律风险是由于项目建设、营运周期长，在此期间，东道国与项目有关的法律、法规及条例发生变化影响到项目的经营与开发的风险。

（二）国际项目贷款中的非系统风险

1．完工风险是指项目不能如期完成而形成的风险。

2．经营风险是在经营项目工程中，由于经营者的过错或疏忽，使项目无法按照预定的标准运行，从而影响到项目获利能力的风险。

3．环境风险是指为了符合环保法律的要求而导致成本支出增加的风险。

4．资源风险是指在开发自然资源项目中，自然蕴藏量或质量可能因勘探失误不能达到预计的指标的风险。

四、项目贷款的合同结构

在实践中，其主要合同结构和联结方法有以下几种。

（一）二联式项目贷款

二联式项目贷款是合同结构最简单的项目贷款方式，主要涉及贷款人、项目公司和主办人等三方当事人，并由两套合同将三方当事人的权利义务联系起来。

1．贷款协议

由贷款人与项目公司订立贷款协议，由贷款人向项目公司提供贷款，并约定以项目公司的未来收益为还款来源及以项目资产作为附属担保物。

2．担保协议

由贷款人与项目主办人订立各种担保协议，以保证项目建设有足够的资金及贷款债权能得到应有的保障。担保协议主要有完工担保协议、投资协议和购买协议等。

（1）完工担保协议。是贷款人为了防止因工程项目建设期推迟引起还款困难，而要求项目主办人提供相应担保的协议。

（2）投资协议。是项目主办人与项目公司之间为保证项目公司的偿还能力而签订的协议。根据投资协议，项目主办人同意对项目公司提供一定程度的融资支持。

（3）购买协议。是项目主办人与贷款人之间签订的协议，根据该协议，主办人承诺当项目公司发生违约时，它将购买相等于贷款人提供给项目公司的贷款数额的产品。这种协议旨在对贷款人实现其债权提供有力的保护。

（二）三联式项目融资

三联式项目融资的当事人除了贷款人、项目公司和主办人之外，还涉及项目产品购买人，并由三套合同将各方当事人的权利义务联结起来。

1．贷款协议和担保协议

由贷款人与项目公司订立贷款协议，由贷款人向项目公司提供贷款；同时由贷款人（或通过项目公司）与项目主办人订立各项担保协议，由项目主办人从不同的侧面向贷款人提供担保。其合同结构正如二联式项目融资。

2. 长期销售合同——品的购买方(主办人或其他第三人)订立的长期销售协议。根据这一协议，不论项目公司能否提供足够的、合乎要求的产品，购买方都必须按约定支付价款，且价款不应少于偿还贷款和支付项目经营费用所需的金额。其实质在于确保贷款人拥有收回贷款的现金来源。

3．担保合同和权利转让合同

由项目主办人就产品购买人在绝对付款合同中的付款义务向项目公司提供担保，保证购买人履行绝对付款义务，然后，由项目公司将其在绝对付款合同（长期销售合同）中的权利（收取货款权）及主办人所提供的担保权益转让给贷款人，使贷款人从受让的绝对付款合同和担保合同中获得双重付款保障。

（三）四联式项目融资

除了三联式项目融资的各当事人之外，四联式项目融资还涉及另一重要当事人——金融公司。金融公司是贷款人的全资子公司，在项目融资中主要起到转贷款的作用。四联式项目融资的合同结构如下：

1．贷款协议

由贷款人与金融公司订立贷款协议，由贷款人向金融公司提供贷款。贷款金额相当于事先商定的项目公司拟借入的金额。

2．远期产品购买合同

由金融公司与项目公司订立远期产品购买合同，由金融公司将贷款人提供的贷款资金作为购买远期项目产品的预付款支付给项目公司。项目公司所取得的资金，虽然名义上为预付款，但由于项目公司应就该项资金向金融公司支付利息，因此它仍具有贷款的实质内容。

3．绝对付款合同

在四联式项目融资中，绝对付款合同是由金融公司与产品购买人签订的，即由金融公司将其从项目公司订购的项目产品转售给购买人，并由购买人承担绝对付款义务。

4．担保合同与权利转让合同

由主办人就项目公司依远期产品购买合同应履行的交付产品义务向金融公司提供担保；或就产品购买人依绝对付款合同应履行的付款义务向金融公司提供担保。这两项担保中的任何一项担保，都能使金融公司免受因合同对方当事人的违约而造成的损失。即当项目公司未能依约向金融公司交付产品时，主办人应代为承担返还预付款和相应利息的责任；当产品购买人未能按期付款

时，主办人应代为履行绝对付款义务。

但至此，这两项担保权益均归金融公司而不是真正的贷款人，因此，为保障真正贷款人的贷款债权，金融公司应将上述各项合同（远期产品购买合同、绝对付款合同）的权利及主办人提供的担保权益全部转让给贷款人，作为金融公司向贷款人偿还贷款的担保。

第三节　欧洲货币贷款协议

一、欧洲货币贷款的概念和特点

欧洲货币贷款泛指一国银行以其非所在地国货币提供的贷款。在货币发行国境外的银行存款或放款的货币即为“欧洲货币”。其主要特点为：

1．借短发长。欧币贷款大都是由贷款银行借入资金提供的，而且是借入短期资金，提供中长期放款。

2．浮动利率。放款利率根据市场利率的变化定期调整。

二、欧洲货币贷款协议的特有条款

1．补偿银行损失条款

欧洲货币贷款采用由贷款人先借入资金再贷给借款人的循环贷款方式。如果出现使贷款银行遭受损失的情况，应由借款人给予补偿。

2．成本增加条款。

如现行的法律和规章发生变化，造成贷款人的贷款成本增加，则这种新增加成本应转由贷款人负担。

3．市场动乱条款

为防止金融市场的波动使国际贷款协议的履行受到影响，该条款规定双方当事人在市场变动情况发生后的一定期限内善意地进行协商，寻求解决办法。

4．货币补偿条款

借款人向贷款人所偿付的货币，如果不是协议所规定的货币，借款人应当对兑换货币所花的费用及不足部分给贷款行以补偿。

5．非法条款

因贷款协议所适用的法律及其解释发生变化，造成贷款人提供贷款、筹措资金或由借款人继续持有未偿贷款成为非法行为，则贷款人的贷款义务遂告终结，借款人应立即提前还贷。

第四节　我国关于借用国际商业贷款的管理规定

一、境内机构借用国际商业贷款管理办法

1997 年 9 月 8 日中国人民银行批准，1997 年 9 月 24 日国家外汇管理局发布《境内机构借用国际商业贷款管理办法》。

二、境外进行项目融资管理暂行办法

1997 年 4 月，国家计委和外汇管理局共同发布了《境外进行项目融资管理办法》

复习与思考题

1．简述国际银团贷款的概念及其采用的方式。

2．在直接参与式银团贷款方式下，各贷款行与借款人之间的合同关系是怎样的?间接参与方式下有哪种形式，其主要含义是什么?

3．银团贷款中，代理银行的职责是什么？

4．项目贷款有哪几种类型？哪一种更有利于维护贷款人的利益？为什么

5．项目贷款中存在哪些风险，如何防范？

6．试分析四联式项目贷款的合同结构？

7．什么是欧洲货币贷款？它有哪些特点？

8．欧洲货币贷款协议有哪些特有条款与特殊规定？

9．我国关于借用国际商业贷款有哪些规定？

第五章　政府和国际金融机构贷款

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍政府和国际金融机构贷款的特点、贷款条件。学生应了解政府和国际金融机构贷款的基本知识，了解主要的政府贷款机构和国际金融机构的贷款规定。

第一节　政府贷款

一、政府贷款概述

政府贷款（Government loan）是指一国政府利用财政资金向另一国政府提供的优惠性贷款。

政府贷款有以下特点：

1．政府贷款是利用国家财政或国库资金进行的贷款，其提供与收回、借入与偿还都要纳入相关国家预算。

2．政府贷款是一种优惠性贷款

按照国际惯例，优惠性贷款一般要求含有 25％以上的赠与成份，以体现其优惠性的特点。

3．政府贷款的利率低、期限长

政府贷款的利率低，一般仅为 1％～3％，甚至可以约定为无息贷款；而贷款的期限长，通常为 10～30，有的长达 50 年，是一种典型的中长期贷款。

4．政府贷款具有经济援助性质，受贷款国政治、经济因素的影响与制约。

二、政府贷款协议的主要内容

1．贷款额度；
2．贷款期限；
3．贷款利率；
4．贷款的附加费用；
5．限制性条款；
6．贷款使用控制条款；
7．政府贷款的担保；
8．政府贷款协议的法律性质；
9．争端解决的方式

三、主要政府贷款机构及其贷款政策

（一）美国国际开发署的贷款条件

美国国际开发署（Agency for International Development，即 AID）是根据美国 1961 年《对外援助法》成立的，隶属于国务院，代表美国政府专门办理对外国政府贷款的半独立机构。总部设在华盛顿，在 60 多个国家设有办事机构。

国际开发署提供的贷款主要有：（1）开发援助；（2）用于和平项目的食物出口；（3）私人和自愿组织项目；（4）住宅担保项目；（5）国际灾害援助。

（二）日本海外经济协力基金的政府贷款条件及方式（Overseas Economic Corperation Fund，OECF）

海外经济协力基金是根据日本《海外经济协力基金法》于 1961 年设立的。它受辖于日本政

府经济企划厅，其总裁由内阁总理大臣任命。主要向发展中国家政府或国际机构提供双边或多边援助，以促进发展中国家的经济和福利事业发展。

（三）法国经济合作总库（Caisse Centrale de Cooperation Economique，CCCE）

法国经济合作总库成立于 40 年代，其资金来源于法国政府，由每年政府预算决定。作为执行机构，经济合作总库持有三项投资基金，其中援助与合作基金的贷款对象是外国政府、地方团体、地方政府或者政府机构、半官方机构和私营企业。

第二节　全球性国际金融机构贷款

一、国际货币基金组织贷款

（一）贷款的特点

1．贷款对象，限于会员国政府。

2．贷款用途，主要用于调整会员国国际收支的不平衡，近年来，贷款种类逐渐增加。

3．贷款额度，与会员国向基金组织认缴的份额成正比例关系。

（二）贷款的种类

基金组织分设普通资金帐户及其他特殊基金和帐户对成员国提供贷款。

二、世界银行集团贷款

世界银行集团（简称世行集团）由三个金融机构即国际复兴开发银行（通称世界银行，简称世行，IBRD）、国际开发协会（IDA）、国际金融公司（IFC）和两个非金融机构即多边投资担保机构（MIGA）和解决投资争端国际中心（ICSID）五个机构组成。

（一）国际复兴开发银行（IBRD）

国际复兴开发银行，是根据《国际复兴开发银行协定》于 1945 年 12 月 27 日在华盛顿成立的。它发放的贷款条件严格，并且贷款的使用还要受其监督，通称“硬贷款”。目前它是按照 1965 年修订的《国际复兴开发银行协定》开展活动，按照 1985 年修订的《国际复兴开发银行贷款协定和担保协定通则》发放贷款。

（二）国际开发协会（IDA）

国际开发协会是根据 1960 年《国际开发协会协定》成立的，总部设在华盛顿。与世行贷款不同，国际开发协会采取的是无息贷款，其贷款条件优惠，通称“软贷款”。目前它是按照 1981 年修订的《国际开发协会协定》开展活动，按照 1985 年修订的《国际开发协会开发贷款协定通则》发放贷款。

（三）国际金融公司（IFC）

国际金融公司成立于 1956 年 7 月 24 日，总部设在华盛顿，其宗旨是通过鼓励会员国，特别是欠发达地区生产性私人企业的增长来促进经济发展，从而补充国际复兴开发银行的各项活动。

第三节　区域性国际金融机构贷款

一、亚洲开发银行贷款（Asian Development Bank，ADB）

亚洲开发银行创建于 1966 年，是一个致力于促进亚洲及太平洋地区社会和经济发展的区域性政府间开发金融机构，总部设在菲律宾首都马尼拉。

亚洲开发银行的宗旨是促进亚洲和太平洋地区的经济发展和合作，特别是协助本地区发展中

成员以共同的或个别的方式加速经济发展。

二、泛美开发银行贷款（Inter-American Development Bank，IADB）

泛美开发银行是美洲国家组织的专门金融机构，1959 年 12 月成立，1960 年 10 月正式营业，行址设于华盛顿。

泛美开发银行的宗旨是：集中各成员国的力量，对拉美国家经济、社会发展计划提供资金和技术援助，推动成员国自身的或共同的经济发展，协助实现泛美体系的目标。

三、非洲开发银行贷款（African Development Bank，ADB）

非洲开发银行是非洲国家的一个区域性金融机构。1964 年 11 月正式成立，1966 年 7 月 1 日开始营业。总部在科特迪瓦首都阿比让。

非洲开发银行的宗旨是：通过提供投资和贷款，利用非洲大陆的人力和资源，促进成员国经济发展和进步，优先向有利于地区的经济合作和扩大成员国间的贸易项目提供资金和技术援助，帮助研究、制定、协调和执行非洲各国的经济发展计划，以逐步实现非洲经济一体化。

四、欧洲投资银行的贷款（European Investment Bank，EIB）

欧洲投资银行是欧洲经济共同体的一个金融机构。它于 1958 年 1 月 1 日根据《罗马条约》建立，1958 年 3 月正式开业。

复习与思考题

1．概述国际货币基金组织贷款的法律规定。
2．政府贷款有哪些特点？
3．试分析政府贷款的法律性质。
4．世界银行集团的贷款各有什么特点？
5．简述几个主要的区域性开发银行的贷款条件。

第六章　国际证券融资的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际证券的基本概念、国际证券发行、交易和监管的基本法律制度。通过学习，学生应了解国际证券的概念和特点，掌握各国发行证券的审核制度、信息披露制度，熟悉各国关于证券交易的法律制度，分析上市公司跨国并购的成因、作用和法律制度，了解我国利用国际证券融资的立法与实践。

第一节　国际证券概述

一、国际证券的概念和种类

国际证券（International Securities）是指在一国政府、金融机构、公司或企业为筹措资金，在国外或国际证券市场上发行的、以发行地所在国货币或可兑换货币为面值的证券。

国际证券可以分为：

（一）国际股票

（二）国际债券

国际债券可以分为外国债券、欧洲债券和全球债券。

二、主要的国际证券市场

（一）国际股票市场

（二）国际债券市场

第二节　国际证券的发行的法律制度

一、国际证券的发行方式

国际证券发行是指跨越国界的证券发行及发行人与投资人分属于不同国家的证券发行。国际证券的发行可以分为公募发行和私募发行。

二、国际证券发行的审核制度

股票发行地所在国对股票发行的审核是国际股票管制的一个重要内容。世界各国的证券立法，都规定除豁免证券以外的证券，其发行都必须事先报经有关政府部门的审核。

目前，国际上采用的股票发行审核制度大致可分为两种类型，即注册制与核准制。

三、国际证券发行的信息披露制度

信息披露制度，是指证券发行人发行股票时，须将与股票发行有关的一切信息资料真实、准确、充分地公开，以便投资者在分析和评价股票风险及利润的基础上作出投资决策的一种法律制度。

四、国际债券发行的评级制度

所谓债券评级即测定发行人履行偿还本金和支付利息的可靠性，其目的在于把测定债券还本付息的清偿力可靠程度公诸于投资者。对于投资者来说，债券的信用等级即为按时还本付息的相

对可能性指标；对于发行者而言，债券评级的真正意义在于，等级是关系到发行人支付利息的最重要因素，级别越高，债券还本付息的可靠性就越好，所需支付的利息也就越低；相反，级别越低，风险性也越大所需支付的利息也就越高。

目前国际公认的资信评定机构主要有：美国穆迪投资服务公司（Moody's Investor's Service）；美国标准普尔公司（Standard & Poor's Corporate）；加拿大债务级别服务公司；英国艾克斯特尔统计服务公司；日本公社债研究所；中国上海远东资信评估公司。

第三节　国际证券交易的法律制度

一、主要的证券交易所

（一）伦敦证券交易所
（二）东京证券交易所
（三）纽约证券交易所
（四）纳斯达克证券市场
（五）中国的证券交易所

二、证券商制度

在证券市场上，证券的发行和买卖都要通过证券商办理。证券商是证券市场上不可缺少的中介机构，对证券的发行和交易起到了积极的作用。

三、证券上市制度

证券上市，是指公开发行的证券，依法定条件和程序在证券交易所集中挂牌交易的法律行为。各国证券立法和证券交易所规则都规定证券上市应符合一定的标准。

四、对证券交易行为的监管

（一）禁止内幕交易
（二）禁止操纵市场的行为
（三）禁止欺诈客户的行为

第四节　上市公司跨国并购的法律制度

一、跨国并购的含义和种类

上市公司的并购是指收购人为了控制乃至兼并目标公司，向目标公司的股东提出按一定的价格购买其所持目标公司全部或部分股票的行为。

各国除了以证券法调整上市公司跨国并购的法律关系之外，还通过外资法、反垄断法、公司法、外汇管理法进行规范。

二、各国的相关法律规定

第五节　我国利用涉外证券融资的立法与实践

一、我国利用国际债券融资的立法与实践

（一）我国发行国际债券的概况
（二）对发行境外债券的法律规定

二、我国关于国际股票融资的立法与实践

（一）境内上市外资股
（二）境外上市外资股

第六节　国际证券监管的法律制度

一、各国证券监管体制比较

（一）英国模式
（二）美国模式

二、国际证券监管的合作

复习与思考题

1．国际证券可以分为哪些种类？试分析国际债券融资和国际股票融资的利弊。
2．国际证券可以通过哪些方式发行？
3．在国际证券的发行中为什么要强调信息披露？
4．国际债券的评级对债券的发行有什么重要意义？
5．简述证券上市的条件。
6．试分析几种主要的证券不当交易行为。
7．规制上市公司的跨国并购应注意哪些问题？
8．通过比较分析几种主要的证券监管体制，谈谈如何完善我国的证券监管体制？

第七章　国际融资租赁的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际融资租赁的概念、特征、类型及国际融资租赁合同的主要条款。学生应了解国际融资租赁的发展状况，掌握国际融资租赁的概念、特点和基本类型，学会分析国际融资租赁各方当事人之间的法律关系、法律条款，熟悉有关国际融资租赁的相关立法。

第一节　国际融资租赁概述

一、融资租赁的产生和发展

美国是现代租赁业的发源地。1952 年 5 月，世界上第一家专业性租赁公司－－美国租赁公司诞生，开创了通过融通资金为企业提供新设备的出租方式。

到了 60 年代，西欧、日本和大洋洲等大部分工业国家涌现出大批租赁公司。70 年代租赁业在西方各国发展迅猛，并扩展到一些第三世界国家。从 80 年代起，西方各工业发达国家的租赁业进入较高级阶段，不少发展中国家的租赁业亦有较大发展。90 年代以来 21 世纪初，世界租赁市场基本保持稳定增长的态势。

二、国际融资租赁的概念和特征

融资租赁（Financial Lease）亦称金融租赁，是指出租人根据承租人对租赁物的特定要求和对供货人的选择，出资向供货人购买承租人已经选定的机器设备，提供给承租人使用，并按双方商定的租赁期限收取租金。当上述融资租赁业务跨越国界，在分属于两个或两个以上国家的租赁三方当事人之间进行时，就成为国际融资租赁（International Financial Lease）。其法律特征如下：

1．具有鲜明的信贷融资性质。

2．租赁设备的所有权与使用权相分离

3．国际融资租赁是自成一类的三边贸易。

4．国际融资租赁业务在税收和会计处理上具有独特性。

三、国际融资租赁的形式

1．金融租赁

2．杠杆租赁

3．售后回租

4．转租赁

四、融资租赁与类似交易的区别

（一）融资租赁与传统租赁的区别

（二）融资租赁与分期付款买卖的区别

（三）融资租赁与借贷的区别

第二节　国际融资租赁合同

一、国际融资租赁交易的基本程序

（一）选定租赁设备
（二）申请和委托租赁
（三）签订供货合同
（四）签订租赁合同
（五）交货
（六）支付租金
（七）租赁期满后设备的处理

二、国际融资租赁合同的主要条款

（一）国际融资租赁合同的一般性条款
1．合同的说明条款
2．租赁设备的说明条款
3．租赁设备的购买与交货
4．租赁期限
5．租金
6．租赁设备的维修、保养及有关费用
7．保险
8．保证金和担保条款
9．租赁期满时租赁设备的处理
10．违约责任
（二）融资租赁合同的特殊条款
1．对第三者的责任条款
2．出租人对供应商的请求权的转让
3．对租赁物的危险负担
4．不得中途解约条款
5．承租人破产的法律后果

第三节　关于融资租赁的国际公约和国内立法

一、国际融资租赁公约的主要内容
二、我国关于融资租赁的立法

复习与思考题

1．如何理解国际融资租赁的概念和特征？
2．国际融资租赁有哪些类型？
3．试分析融资租赁和类似交易的区别。
4．国际融资租赁合同中有哪些特有的条款？这些条款有什么作用？
5．试分析现有的关于融资租赁的法律。

第八章　国际融资担保

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际融资中的各类担保。学生应了解国际融资担保的基本知识，掌握各种担保方式的含义和特点。在国际融资实践中，能够熟练地运用各种担保方式，保证债权实现和交易安全。

第一节　人的担保

国际融资中人的担保又称信用担保，是指借款人或第三人以自己的资信向贷款人提供的担保。

一、保证

国际融资中的保证是由保证人与贷款人约定、由保证人在借款人不履行债务时按约定履行债务或承担债务的一种信用担保形式。保证具有以下法律特征：

1．保证协议的从属性；

2．保证人责任的次位性；

3．保证责任的或然性。

（一）保证人的资格

（二）保证协议的内容

二、见索即付担保（on demand guarantee）

见索即付担保，又称为“凭要求即付担保”，是担保人（通常是银行）应申请人（债务人）的要求或指示，对受益人（贷款人）允诺在其要求付款时，向其支付约定金额的一种信用担保形式。其法律特征如下：

1．银行承担第一位的付款责任

2．见索即付担保的独立性

3．见索即付担保的无条件性

三、备用信用证（Stand-by Letter of Credit）

备用信用证是开证人（保证人）应申请人（债务人）要求，向受益人（债权人）开出的，凭受益人提交的与信用证条款相符的单据（债务人的违约证明书及其他单据）付款的一种独立的书面承诺。

（一）备用信用证与见索即付担保的比较

从备用信用证的产生和定义来看，其在法律性质上几乎等同于见索即付保函，都具有独立性、单据化及不可撤销性的特点。但二者也存在区别：

1．适用的惯例不同；

2．二者生效的条件不同；

（二）备用信用证与商业跟单信用证的比较

1．对单证的要求不同；

2．审单的义务不同；

3．付款的责任不同。

四、安慰信（Comfort Letter）

安慰信，又称为“意愿书”、“支持函”等，通常是指一国政府为其下属机构或一母公司为其子公司而向贷款人出具的，表示支持并愿意为该下属机构或该子公司的款项提供适当帮助的书面文件。

判断安慰信的性质和效力，需要综合考虑信函的意义、形式、当事人当时的心态等多种因素，但最重要的判断依据是安慰信本身的措辞。

安慰信的主要形式：

1．担保人知道并承认债务人的融资安排；

2．担保人同意债务人未清偿期间不撤回股权；

3．担保人表示愿意向债务人的还款给予支持。

第二节　国际融资的物权担保

国际融资的物权担保，是指借款人或第三人通过在其特定财产（特定的物或权利）上设定担保物权的方式向贷款人提供还贷的担保。

一、动产担保

动产担保，是在动产上设置的物权担保。根据动产的类别，动产担保可以分为有形动产担保和无形动产担保。

二、不动产担保

不动产担保是在房屋及地上定着物、林木、土地使用权等不动产上设置的担保。

三、浮动担保（Floating Charge）

浮动担保，又称浮动抵押（Floating Mortgage），是指债务人以其现有的或将来取得的全部或某一类财产为其提供保证，于约定事件发生时，担保标的物的价值才能确定的法律形式。其特点表现为：

（一）担保物的范围是债务人的全部财产；

（二）担保物的价值和形态处于不确定状态；

（三）浮动担保不转移占有；

（四）浮动担保于约定事件发生时才转化为固定担保。

第三节　国际融资担保的法律规范

一、国际融资担保制度的发展及其统一化

（一）《合同担保统一规则》

（二）《见索即付担保统一规则》

（三）《合同保函统一规则》

（四）《独立担保与备用信用证公约》

二、中国对外担保的规定

复习与思考题

1．试分析信用担保的各种形式对融资双方的利弊。

2．什么是见索即付担保？它和备用信用证相比有哪些区别？如何防止不公平的索赔？

3．简述国际融资物权担保的基本种类及内容。对国际融资债权人而言哪种物权担保方式更方便和有效？为什么？

4．浮动抵押的利弊何在？

第九章　国际支付与贸易融资制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍国际支付的工具、支付的方式以及国际贸易融资制度。学生应掌握票据的概念和特点，了解票据三大法系的区别，掌握国际支付的方式，学会分析国际贸易融资中各方当事人之间的关系。

第一节　票据与票据法

一、票据概述

（一）票据的概念和特征

票据是出票人依票据法签发的、自己承诺或委托他人按指定日期无条件支付一定款项的书面凭证。票据的法律特征如下：

1．票据是一种有价证券；

2．票据是一种无因证券；

3．票据是一种要式证券；

4．票据是一种文义证券；

5．票据是一种流通证券；

二、票据的种类

1．汇票（Bill of　Exchange）。是由出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期或者在将来可以确定的日期，向收款人或持票人无条件支付确定金额的票据。

2．本票（Promissory Note）。本票是出票人签发的，承诺自己在见票时或在指定的日期或在可以确定的将来日期，无条件向收款人或持票人支付确定金额的票据。

3．支票（Cheque or Check）。是出票人签发的，委托办理支票存款业务银行在见票时无条件支付确定金额给收款人或持票人的票据。

三、票据法律关系

（一）票据法律关系

（二）票据当事人

（三）票据行为

四、票据法与票据公约

（一）英美法系（以英国、美国为代表）。特点：适用性较强；强调票据的流通作用；强调票据的信用功能、支付功能；保护银行、正当持票人的利益。

（二）法国法系，强调票据是代替现金输送的工具；票据关系与基础关系不能分离；不太注重票据的形式。

（三）德国法系，强调票据的作用和流通作用，对票据的形式要求比较严格。

（四）票据的统一法，1930 年，法国、德国、瑞士、意大利、日本、拉美等二十多个国家在日内瓦召开国际票据法统一会议，签订了《日内瓦统一汇票本票法公约》；次年，又签订了《日内瓦统一支票法公约》。

第二节　国际支付的法律制度

一、信用证（Letter of Credit）

（一）信用证的定义和特点

信用证是银行应开证申请人（进口商）要求开给信用证受益人（出口商）一份有条件的书面付款承诺。

信用证具有如下特点：

1．以银行信用取代商业信用；

2．信用证具有相对独立性；

3．信用证是单据交易。

（二）信用证的当事人

1．开证申请人；

2．开证行；

3．受益人；

4．通知行；

5．保兑行；

6．付款行；

7．承兑行；

8．议付行；

9．偿付行

（三）信用证的种类

1．可撤销信用证与不可撤销信用证；

2．保兑信用证与不保兑信用证；

3．即期信用证与远期信用证；

4．可转让信用证与不可转让信用证；

5．循环信用证

（四）《跟单信用证统一惯例》

二、电子支付的法律制度

（一）电子支付工具

（二）电子支付系统

（三）电子资金划拨中各方的法律关系

第三节　国际贸易融资的法律制度

一、国际保理

（一）国际保理的概念和特征

国际保付代理，简称国际保理，是指保理商通过受让取得出口商的出口债权而向出口商提供综合性金融服务所形成的法律关系。在典型的国际保理中，通常涉及出口商、进口商、出口保理商和进口保理商等四个当事人。其法律特征表现为：

1．国际保理以出口商与保理商之间的债权转让为基础；

2．国际保理的核心体现为保理商对出口商的资金融通；

3．代收债款、提供坏帐担保是保理的重要功能。

（二）国际保理的法律问题

1．债权转让的有效性

2．保理商之间的法律关系

（三）国际保理公约和惯例规则

国际统一私法学会于 1988 年审议批准了《国际保理公约》，已于 1995 年生效。

国际保理商协会制定的《国际保理业务惯例规则》，现行规则是 2000 年 6 月颁布的文本。

二、出口信贷

（一）概念和特点：

出口信贷是各国政府为支持本国大型设备出口，以提供利息补贴及信贷保险的形式，鼓励本国银行对本国出口商或外国出口商（或进口国的银行）提供低息优惠贷款，以促成出口交易达成的融资方式。其特点表现为：

1．利率低；

2．有信贷保险配合实施；

3．信贷资金只能用于支持本国产品出口；

4．设立专门的出口信贷机构。

（二）出口信贷的种类

出口信贷包括卖方信贷和买方信贷。

（三）有关协调出口信贷的国际协定

经济合作与发展组织（OECD）于 1978 年达成了《关于官方支持出口信贷指导原则的协定》，对官方支持的出口信贷最低利率、最长期限和最高信贷比例作了明确规定。但该协定实际上只是各参加国在道义上的一些承诺，它并不是一个具有法律拘束力的国际条约，因此被称为“君子协定”。

三、福费廷（Forfaiting）

（一）概念和特点

福费廷是指包买商（通常为银行或其附属机构）以无追索权形式为出口商贴现远期票据的金融服务，也称为包买票据业务，它是一种中期贸易融资手段。其特点如下：

1．以正常交易为背景；

2．出口商必须放弃对所出售债权凭证的一切权益，包买银行也必须放弃对出口商的追索权；

3．福费廷的期限一般在 1—5 年，属于中期融资业务。

（二）福费廷的主要当事人

1．包买商（银行或金融公司）

2．出口商

3．进口商

4．担保人

（三）福费廷业务的流程

复习与思考题

1．票据有哪些种类？简述票据的法律体系。

2．简述信用证的概念和特征，信用证的当事人有哪些？
3．简述信用证交易的一般流程。
4．电子支付有哪些方式？试分析电子资金划拨中各方当事人之间的法律关系。
5．简述国际贸易融资的种类和特点。

第十章　跨国银行监管的法律制度

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍东道国、母国对跨国银行监管的主要内容以及巴塞尔协议的主要内容。学生应了解跨国银行的概念及其组织形式，掌握各国关于跨国银行监管的原则、主要内容，理解巴塞尔协议产生的背景，熟悉巴塞尔协议的基本内容。

第一节　跨国银行概述

一、跨国银行的概念及特征

跨国银行是指在一些不同国家和地区经营存放款、投资及其他业务的国际银行，由设在母国的总行和设在东道国的诸多分支机构组成。其特点如下：

1．战略的全球性；
2．决策的一致性；
3．内部的相互关联性；
4．组织机构的跨国性。

二、跨国银行的组织形式

（一）代表处。是外国银行派遣一人或数人在东道国设立的办事机构。根据大多数国家的法律，代表处不被视为一类独立的分支机构形态，但它可以使用其派出行的名称。

（二）分行。是一家银行在外国设立的一种经营性分支机构，不拥有独立的资本，不具有独立的法律地位，也不具有东道国的国籍。它以总行的名义并以总行拥有的资本在东道国开展银行业务活动，其在经营活动过程中所产生的一切权利义务归总行。

（三）子行。是一家银行依照东道国法律在东道国境内设立的、拥有全部或大部分资本或股份的、具有东道国独立法律人格的经济实体。

（四）合资银行。是由两个以上的金融机构（至少有一家为外国银行）共同出资在东道国依法设立的银行。

第二节　东道国对外资银行的监管

一、东道国对外资银行监管的原则

1．保护主义原则
2．国民待遇原则
3．对等互惠原则

二、东道国对外资银行监管的主要内容

1．市场准入监管
2．对跨国银行经营业务的管制
3．资本充足率的管制
4．对跨国银行经营风险的管制

三、中国对外资银行监管的法律制度

2001 年 12 月 12 日国务院通过了修订 1994 年《中华人民共和国外资金融机构管理条例》的决议，新的条例自 2002 年 2 月 1 日起施行。

第三节　母国的并表监管

一、并表监管的含义与特征

并表监管是指对一银行或银行集团所面临的所有风险，无论其机构注册于何地，应从银行或银行集团的整体予以综合考虑的一种监管方法。

1．并表监管是母国监管；

2．并表监管是汇总性监管；

3．并表监管是持续性监管。

二、并表监管与东道国监管的关系

母国的并表监管与东道国监管实际上是跨国银行监管体系中不可或缺的两种模式，二者相互联系、互为补充。

第四节　跨国银行监管的国际合作——巴塞尔体制

一、《巴塞尔协议》的产生

二、《巴塞尔协议》的主要内容

复习与思考题

1．跨国银行的分支机构有哪些表现形式？

2．东道国一般从哪些方面对外资银行进行监管？

3．并表监管的含义是什么？它与东道国的单一监管关系如何？

4．什么是银行监管的巴塞尔体制？试分析巴塞尔协议的法律性质。

5．试分析巴塞尔资本协议的演变与趋势？

6．试分析巴塞尔协议对我国金融业的影响。

第十一章　WTO 金融服务协议

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍 WTO 金融服务协议的产生及其主要内容。学生应了解 WTO《金融服务协议》产生的背景及其法律框架，掌握 WTO 金融服务协议的主要内容，理解中国入世时关于金融服务贸易所作的承诺。

第一节　WTO 金融服务协议概述

一、WTO 金融服务协议的产生

二、基本框架

WTO 金融服务贸易自由化的法律文件主要包括：

1．《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Services，即 GATS）

2．《关于金融服务的附件》（Annex On Financial Services）

3．《金融服务附件二》，（Second Annex On Financial Services Second ）

4．《关于金融服务承诺的谅解》（Understanding On Commitments In Financial Service）

5．GATS 第二次议定书，（The Second Protocol to the General Agreement on Trade in Services）

6．《金融服务协议》

三、金融服务的定义及主要方式

在 WTO 法律规则体系下，“金融服务”是指：由一成员方的金融服务提供者提供的任何金融性质的服务。金融服务附录中重述的金融服务贸易的范围和定义，与 GATS 第 1 条第 2 款所定义的范围相同，即指下列金融服务方式的提供：

（1）跨境交付（cross-border supply），即从一成员方境内向任何其他成员方境内提供。

（2）境外消费（consumption abroad），即在成员方境内向来自任何其他成员方的消费者提供服务。

（3）商业存在（commercial presence），即一成员方的服务提供者到另一成员方境内建立合营企业或分支机构来提供服务。

（4）自然人流动（presence of nature persons），即一国自然人到外国境内，单独或受雇于外国公司机构，向外国提供服务。

第二节　WTO 金融服务协议的主要内容

一、基本原则

1．最惠国待遇。《服务贸易总协定》第 2 条第 1 款规定：对于本协定所涵盖的任何措施，每个成员方要立即地和无条件地给予任何其他成员方的服务或服务提供者不低于该成员方给予任何其他国家的类似的服务或服务提供者。

2．透明度原则。《服务贸易总协定》第 3 条规定，各成员方对现行法律、法规或行政命令有新规定或修改以至严重影响本协议项下有关服务贸易的特定义务时，应立即或至少每年向服务事事会提出报告。

3．发展中国家逐步自由化的原则。发展中国家在和其他成员方同样负有逐步开放本国市场的义务的同时，市场开放的进程可以比发达国家相应缓慢。对于服务贸易，允许其根据国内服务业发展状况、竞争力，决定是否开放以及如何开放某一服务业，并允许对服务业实行一定程度的补贴和保护。

二、具体义务

1．市场准入。一成员对来自另一成员的服务或报务提供者，应给予不低于其在具体减让表中所列的待遇。

2．国民待遇。成员方在实施影响服务提供的各种措施时，对满足减让表所列条件和要求的其他成员的服务或服务提供者，应给予其不低于本国服务或服务提供者的待遇。

第三节　中国关于金融服务贸易的承诺

一、银行业入世的承诺

（一）外汇业务范围。
（二）地域限制；
（三）人民币业务范围；
（四）客户对象限制；
（五）经营许可限制；
（六）其他金融服务

二、保险业入世的承诺

（一）企业形式
（二）地域限制
（三）业务范围
（四）营业许可
（五）关于法定保险的范围

三、证券业入世的承诺

（一）外国证券机构可以不通过中方中介，直接从事 B 股交易；

（二）外国证券机构驻华代表处，可以成为中国所有证券交易所的特别会员；

（三）允许设立中外合资的基金管理公司，从事国内证券投资基金管理业务，外资比例在加入时不超过 33％，加入后三年内不超过 49％；

（四）加入后三年内，允许设立中外合资证券公司，从事 A 股承销、B 股和 H 股以及政府和公司债券的承销和交易，外资比例不超过 1 / 3。

复习与思考题

1．WTO 金融服务协议所调整的服务形式有哪几种？
2．WTO 金融服务协议的基本原则有哪些？
3．试分析 WTO 金融服务协议中的市场准入和国民待遇。
4．试分析我国金融服务贸易所作的承诺对我国金融业开放的影响。

《海商法》教学大纲

张丽英　编写

目　录

第一章　绪　论 710
第一节　海商法的概念 710
一、海商法的概念 710
二、海商法的适用范围 710
三、海商法的性质 710
第二节 中国海商法的特点 710
第三节　海商法的渊源 710
复习与思考题 710
第二章　船　舶 711
第一节　船舶概述 711
一、船舶的概念 711
二、船舶的法律性质 711
三、船舶的种类 711
四、船舶吨位 711
五、船舶登记 711
六、船舶检验 711
第二节　船舶所有权 711
一、船舶所有权的概念 711
二、船舶所有权的登记 711
三、船舶共有 712
第三节　船舶抵押权 712
一、船舶抵押权的概念 712
二、船舶抵押权的标的 712
三、船舶抵押权的登记 712
四、船舶抵押权的受偿顺序 712
第四节　船舶优先权 712
一、船优先权的概念 712
二、船舶优先权的法律性质 712
三、船舶优先权的法律特点 712
四、船舶优先权的受偿顺序 712
五、船舶优先权的消灭 712
六、有关公约 713
思考题 713
第三章　船　员 714
第一节　船　员 714
一、船员概念 714
二、船员的权利和义务 714
第二节　船　长 714
一、船长的概念 714
二、船长的职能 714

三、船长与引航员的关系 714
思考题 714
第四章　海上货物运输合同 715
第一节　海上货物运输合同概述 715
一、海上货物运输合同的概念 715
二、种类 715
三、海上货物运输合同的订立 715
四、海上货物运输合同双方当事人的责任 715
五、货物的交付 716
六、海上运输合同的解除 716
第二节　提单运输 716
一、提单运输的概念 716
二、提单的法律特征 716
三、提单的签发 716
四、提单的种类 716
五、提单的内容 716
第三节　调整班轮运输的国际公约 717
一、《海牙规则》 717
二、《维斯比规定》 717
三、《汉堡规则》 717
第四节　航次租船合同 717
一、航次租船合同的概念 717
二、航次租船合同格式 717
三、航次租船合同的主要条款 717
四、租船合同项下的提单 717
第五节　国际多式联运合同 718
一、国际多式联运合同的概念 718
二、国际多式联运合同的当事人和关系人 718
三、多式联运经营人的责任期间 718
四、多式联运经营人的责任 718
五、联合国国际货物多式联运公约 718
思考题 718
第五章　海上旅客运输合同 719
第一节　海上旅客运输合同的概述 719
一、海上旅客运输合同的概念 719
二、海上旅客运输合同的当事人 719
第二节　海上旅客运输承运人的责任和权利 719
一、承运人的责任期间 719
二、承运人的基本责任及责任基础 719
三、承运人责任的免除或减轻 719
四、承运人的责任限额 719
五、承运人收取票款及行李费的权利 719
六、承运人与实际承运人的关系 719

七、索赔通知。 719
第三节　有关海上旅客运输的国际公约 720
思考题 720
第六章　船舶租用合同 721
第一节　定期租船合同 721
一、定期租船合同的概念 721
二、定期租船合同格式 721
三、定期租船合同的主要条款 721
第二节　光船租赁合同 721
一、光船租赁合同概念 721
二、光船租赁合同的性质 721
三、光船租赁合同的内容 721
思考题 721
第七章　海上拖航合同 723
第一节　海上拖航合同的概念 723
一、海上拖航合同的概念 723
二、海上拖航合同格式 723
三、海上拖航合同的解除 723
第二节　海上拖航合同的内容 723
思考题 723
第八章　船舶碰撞 724
第一节　船舶碰撞的概念 724
一、船舶碰撞的概念 724
二、构成传统的船舶碰撞的要件 724
三、船舶碰撞概念的新发展 724
四、我国海商法规定的船舶碰撞的构成要件 724
第二节　船舶碰撞的损害赔偿 724
一、船舶碰撞的分类及损害赔偿的责任原则 724
二、船舶碰撞损害赔偿责任的构成要件 724
三、损害赔偿的范围 724
四、损害赔偿的计算方法 725
第三节　有关船舶碰撞的国际公约 725
思考题 725
第九章　海难救助 726
第一节　海难救助概述 726
一、海难救助的概念 726
二、海难救助的种类 726
三、海难救助的法律性质 726
第二节　海难救助成立的要件 726
一、被救助的标的须为法律认可的救助标的 726
二、存在海上危险 726
三、救助必须是自愿的行为 726
四、救助要有效果 726

第三节　海难救助合同 727
一、“无效果，无报酬”救助合同的特点 727
二、“无效果，无报酬”救助合同的订立 727
三、“无效果，无报酬”救助合同格式及内容 727
第四节　救助报酬的确定及分配 727
第五节　有关海难救助的国际公约 727
一、1910 年《救助公约》 727
二、1989 年《国际救助公约》 727
思考题 727
第十章　共同海损 729
第一节　共同海损制度的概念及构成要件 729
一、共同海损的概念 729
二、共同海损与单独海损的区别 729
三、共同海损成立须具备下列要件 729
第二节　共同海损的牺牲和费用 729
一、共同海损的牺牲主要包括 729
二、共同海损的费用有 729
第三节　共同海损的理算 729
一、共同海损理算的概念 729
二、共同海损损失金额的确定 729
三、共同海损分摊价值的确定 730
四、共同海损分摊金额的确定 730
第四节　共同海损理算规则 730
一、《约克－安特卫普规则》 730
二、1974 年《约克－安特卫普规则》规则六的修改 730
三、1994 年《约克－安特卫普规则》 730
四、《北京理算规则》 730
第五节　共同海损与过失的关系 730
一、承运人可免责的过失所致的共同海损 730
二、承运人不可免责的过失所致的共同海损 730
三、可能是由于航程中某一方过失所致的共同海损 731
思考题 731
第十一章　海事赔偿责任限制 732
第一节　海事赔偿责任限制概述 732
一、海事赔偿责任限制概念 732
二、海事赔偿责任限制制度的种类 732
第二节　海事赔偿责任限制制度的内容 732
一、海事赔偿责任限制的主体 732
二、海事赔偿责任限制的条件 732
三、限制性债权 732
四、非限制性债权 732
五、海事赔偿责任限额 732
六、责任限制基金的设立 732

第三节　有关海事赔偿责任限制的国际公约 733
一、1924 年《关于统一海上船舶所有人责任限制若干规则的国际公约》 733
二、1957 年《船舶所有人责任限制公约》 733
三、1976 年《海事索赔责任限制公约》 733
思考题 733
第十二章　海上保险合同 734
第一节　海上保险概述 734
一、依保险标的分 734
二、依保险价值分 734
三、依海上保险的期间分 734
四、依承保的方式分 734
第二节　海上保险合同的基本原则 734
一、诚实信用原则 734
二、可保利益原则 734
三、损失补偿原则 734
四、近因原则 734
第三节　海上保险合同 735
一、海上保险合同的概念 735
二、海上保险合同的内容 735
三、海上保险合同的订立、解除和转让（海商法第 221 条至第 233 条） 735
四、海上保险单的形式 735
五、海上保险合同双方当事人的权利和义务 735
六、海上保险的索赔与理赔 735
七、海上保险合同的终止 735
第四节　海洋货物运输保险 735
一、海洋货物运输保险的主要险别 735
二、海洋货物运输保险的责任期间 735
三、海洋运输货物保险的除外责任 735
四、附加险别 735
五、英国伦敦保险协会货物保险条款 736
第五节　船舶保险 736
一、船舶保险 736
二、船舶战争险 736
三、船舶建造险 736
第六节　保赔保险 736
一、船东互保协会 736
二、保赔保险所承保的风险 736
三、保赔保险的保险费 736
四、保障与赔偿保险 737
复习与思考题 737
第十三章　海事争议处理 738
第一节　海事诉讼 738
一、海事诉讼的概念 738

二、海事法院及其收案范围 738
三、海事诉讼的管辖 738
四、海事请求保全 738
五、海事强制令 738
六、海事证据保全 738
七、海事担保 738
八、海事诉讼中的送达 738
九、海事诉讼时效（海商法第 257 条至第 267 条） 739
十、审判程序 739
十一、海事案件的法律适用 739
第二节　海事仲裁制度 739
一、海事仲裁机构 739
二、仲裁协议 739
三、仲裁程序 739
四、仲裁裁决的执行 739
复习与思考题 739

第一章　绪　论

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生理解海上运输关系和船舶关系的含义。了解海商法作为一个法律部门，其渊源的多样性。要求学生明确海商法作为一个法典的性质属于民法特别法。

第一节　海商法的概念

一、海商法的概念

海商法是调整海上运输关系和船舶关系的法律规范的总和。（海商法第 1 条）。

二、海商法的适用范围

适用的船舶、适用的水域、适用的事项。

三、海商法的性质

海商法作为一门法律的学科是综合性的，它包括了很多内容，有民事的、商事的、行政的、也有刑事的内容。其中船舶优先权、共同海损、海事赔偿责任限制等制度是海商法中特有的制度。因而海商法是一个相对独立的法律部门。海商法作为一个法典是具有较强性质的民法特别法。

第二节 中国海商法的特点

一、中国海商法是一部以国际立法和国际惯例为基础的立法
二、中国海商法在立法内容上具有一定的超前性
三、采用强制性条款和非强制性条款相结合的方法调整合同关系

第三节　海商法的渊源

海商法的渊源具有多重性，分为国际渊源和国内渊源，国际渊源又包括国际立法和国际惯例。国内渊源指国内立法和国内判例，国内判例在英美普通法系国家中是一个重要的国内法律渊源，但在大陆法系国家及一些成文法系国家中，判例不能作为法院审理案件的法律依据。《中华人民共和国海商法》于 1991 年 11 月 7 日通过， 自 1993 年 7 月 1 日起施行。

复习与思考题

1．试述海商法的性质。
2．海商法与民法的关系是什么？
3．我国海商法的哪些规定体现了以国际条约为基础的特点？
4．我国海商法中的非强制性条款主要涉及哪些方面？
5．试述海商法的渊源。

第二章　船　舶

教学目的与要求：本章的教学目的在于使学生了解船舶概念，船舶属具、船舶的分类、船舶吨位、船舶国籍、船舶检验、船舶所有权、船舶抵押权和船舶优先权的内含。理解海商法中船舶概念及船舶的性质，了解国有船舶的特别规定，关于船舶所有权取得、转让和消灭的法定程序和规定和有关船舶共有的规定。了解船舶抵押权的设定、登记、转移和消灭，以及抵押船舶的保险转让的规定。理解有关具有船舶优先权的海事请求的规定，有关船舶优先权的受偿顺序的规定，有关船舶优先权随船而行的规定。从而掌握船舶与一般物所不同的地方。

第一节　船舶概述

一、船舶的概念

船舶指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船艇除外（海商法第 3 条）。

二、船舶的法律性质

船舶是合成物、船舶在法律上的不动产性、船舶的拟人处理。

三、船舶的种类

本国船和外国船、海船和非海船、客船和非客船、商业船舶、专用船舶和公务船舶。

四、船舶吨位

总吨位、净吨位、排水吨、载重吨、巴拿马运河吨和苏伊士运河吨。

五、船舶登记

限制登记与开放登记。

六、船舶检验

法定检验、入级检验和公证检验。

第二节　船舶所有权

一、船舶所有权的概念

船舶所有权指船舶所有人依法对其船舶享有的占有、使用、收益和处分的权利（海商法第 7 条）。

二、船舶所有权的登记

海商法第六条在船舶所有权的登记上采用的是登记公示主义，即船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记，未经登记的，不得对抗第三人。

三、船舶共有

船舶共有可以是两人以上的法人的共有，也可以是两人以上的个人共有。

第三节　船舶抵押权

一、船舶抵押权的概念

船舶抵押权指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利（海商法第 11 条）。

二、船舶抵押权的标的

船舶、建造中的船舶。

三、船舶抵押权的登记

海商法在船舶抵押权的登记上同样采用的是登记公示主义，即设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。

四、船舶抵押权的受偿顺序

抵押人对同一抵押标的的受偿顺序以登记先后为准，同日登记的抵押权，依同一顺序受偿，不足受偿，比例受偿。

第四节　船舶优先权

一、船优先权的概念

船舶优先权指为担保特定债权而设定的，使债权人能依法律程序扣留以至出卖船舶，并从出卖船舶的所得中优先受偿的权利（海商法第 21 条）。

二、船舶优先权的法律性质

程序性权利还是实体性权利、债权还是物权、担保物权。

三、船舶优先权的法律特点

船舶优先权的法定性、船舶优先权的追及性、船舶优先权的秘密性、船舶优先权的优先性。

四、船舶优先权的受偿顺序

船舶优先权各项目之间的受偿顺序、船舶优先权与船舶抵押权和船舶留置权之间的受偿顺序、船舶优先权与一般债权的受偿顺序。

五、船舶优先权的消灭

因担保债权的消灭而消灭、因法律规定的时效届满而消灭、因拍卖而消灭、因船舶灭失而消灭、因船舶优先权催告程序而消灭。

六、有关公约

1926 年《统一海事抵押权和优先以某些规定的公约》、1967 年《统一关于海上优先权和抵押权某些规定的国际公约》、1993 年《船舶优先权和抵押权国际公约》。

思考题

1．试述船舶的法律性质。

2．在船舶所有权的登记上，“未经登记，不发生法律效力”的规定与“未经登记，不能对抗第三人”的规定有何区别？

3．你对船舶优先权的法律性质有何看法？

4．船舶优先权的受偿顺序是如何排列的？

5．船舶优先权的项目有哪几项？

6．应如何理解海商法中船舶所有人的概念？

第三章　船　员

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解有关船员及船长职责，要求重点掌握船长在船上的特殊地位，以及引船员的过失责任承担。

第一节　船　员

一、船员概念

船员指包括船长在内的船上一切任职人员（海商法第 31 条）。

二、船员的权利和义务

取得工资报酬、伤残补助金、休假、遣返、保险。

第二节　船　长

一、船长的概念

船长是船舶的行政和技术负责人。

二、船长的职能

船长指挥驾驶和管理船舶的职能、负责全船生命及财产安全的责任。

三、船长与引航员的关系

船长管理船舶和驾驶船舶的责任，不因引航员引领船舶而解除。对于因引航员的过失造成的海损事故的责任问题，国际上的惯例是引航员不负经济责任，但应承担行政及刑事责任。由于在引航过程中，并不解除被引船船长驾驶船舶的责任，因此，引航员的过失引起的海损事故的责任，依“替代责任”原则，应由替代船长负责的船舶所有人负责。

思考题

1．各国法律对船员的概念有几种不同的理解？
2．外国人是否能参加中国的船员考试，并在中国籍船上任职？
3．船长的主要职责是什么？
4．船长和引船员的关系如何？
5．因引航员的过失造成的海损事故应由谁来承担责任？为什么？

第四章　海上货物运输合同

教学目的与要求：本章是全书的重点内容，教学目的是使学生了解海上货物运输合同的基本内容、货物运输合同的种类和合同的订立、合同双方当事人的权利和义务。理解作为班轮运输合同书面证明的提单的法律性质，提单的种类及在跟单信用证机制中的作用，有关提单的三个国际公约的规定。此外，航次租船合同的基本内容，特别是与装卸期间有关的问题，及多式联运中多式联运经营人与实际承运人的责任也是本章要求掌握的内容。除了理解有关的理论问题外，学生应当学会分析有关的案例，并作出正确的判断。

第一节　海上货物运输合同概述

一、海上货物运输合同的概念

海上货物运输合同指由承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同（海商法第 41 条）。

二、种类

海上运输合同主要分为班轮运输合同、航次租船合同和多式联运合同。

三、海上货物运输合同的订立

班轮运输合同可以采用书面形式，也可以采用口头形式，而航次租船合同则应采用书面形式。

四、海上货物运输合同双方当事人的责任

（一）承运人的责任

1．承运人的责任期间：依海商法第 46 条的规定，对于非集装箱装运的货物，承运人的责任期间为从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。对于集装箱货物，承运人的责任期间从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。

2．承运人的基本责任：海商法第 47 条、第 48 条和第 49 条规定了承运人的基本责任：（1）承运人的适航责任；（2）承运人的管货责任；（3）不得不合理绕航的责任。

3．承运人迟延交货的责任：依海商法第 50 条的规定，货物未能在明确约定的时间内，在约定的卸货港交付的为迟延交付。承运人除可以免责的情形外应对因迟延交货引起的损失负赔偿责任。其赔偿责任以运费为限。

4．承运人的责任限额：依海商法第 56 条的规定，承运人对货物的灭失或损坏的赔偿限额，依货物件数或者其他货运单位数计算，每件或每个其他货运单位为 666.67 计算单位，或按货物毛重计算，每公斤为 2 计算单位，以二者中赔偿限额较高的为准。

5．承运人的免责：海商法第 51 条是关于承运人一般免责事项的规定，依该条规定，在责任期间货物发生的灭失或损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：（1）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；（2）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；（3）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；（4）战争或者武装冲突；（5）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；（6）罢工、停工或者劳动受到限制；（7）在海上救助或者企图救助人命或者财产；（8）托运人、货物所有人或

者他们的代理人的行为；（9）货物的自然特性或者固有缺陷；（10）货物包装不良或者标志欠缺、不清；（11）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；（12）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

海商法第 52 条和条 53 条规定的是承运人的特殊免责事项：对于活动物，承运人对因运输活动物的固有的特殊风险造成活动物灭失或者损害不负赔偿责任。但是承运人应当证明业已履行托运人关于运输活动物的特别要求，并证明根据实际情况，灭失或者损害是由于此种固有的特殊风险造成的。对于舱面货，承运人只有在依与托运人达成的协议，或者依航运惯例，或依有关法律才可以舱面装货，并对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏，不负赔偿责任。

6．实际承运人：海商法第 60 条和第 63 条规定了承运人与实际承运人的关系，即在订约承运人将运输的全部或部分委托给实际承运人时，订约承运人仍应对运输的全程负责，如承运人和实际承运人均有责任的，二者我连带责任。

（二）托运人的责任

1．托运人应保证其提供的货物资料的正确性。

2．托运人应及时办理货物运输所需的各种手续。

3．托运人有将危险品的名称、性质及应采取的措施正确地通知承运人的义务。

4．托运人应依约定向承运人支付运费及其他费用。

五、货物的交付

货损索赔通知、货物的检验、迟延提取货物、对货物的留置权。

六、海上运输合同的解除

在开航前由于托运人的原因而解除；在开航前由于不可抗力而解除；在开航后的解除。

第二节　提单运输

一、提单运输的概念

提单运输指托运人与承运人签订的由承运人将托运人的件杂货从约定的装货港运至目的港，并由托运人支付运费的运输合同（海商法第 71 条）。

二、提单的法律特征

提单是海上运输合同的证明；提单是承运人出具的接收货物的收据；提单是承运人凭以交付货物的物权凭证。

三、提单的签发

当承运人或实际承运人接管货物时，应托运人的要求，承运人应当签发提单。

四、提单的种类

已装船提单、备运提单、记名提单、不记名提单、指示提单、清洁提单不清洁提单、租船合同项下的提单、倒签提单、预借提单、提货单。

五、提单的内容

（一）提单的记载事项：托运人、收货人、通知方、船舶名称、装货港、卸货港与最后卸货

港、运费和其他费用、提单签发的份数、货物的标志和件号、货物的毛重和体积等。

（二）提单正面条款：装运条款、未知条款和接受条款。

（三）提单背面条款：管辖权条款、法律适用条款、承运人责任条款、承运人责任期间条款、承运人赔偿责任限额条款、特殊货物条款、共同海损和新杰森条款、双方有责碰撞条款、留置权条款、战争条款、检疫条款、冰冻条款、罢工条款等。

第三节　调整班轮运输的国际公约

一、《海牙规则》

承运人最低限度的义务、承运人的责任期间、承运人的免责、承运人的赔偿责任限额、运输合同无效条款、托运人的义务和责任、索赔通知与诉讼时效、公约的适用范围。

二、《维斯比规定》

明确规定提单对于善意受让人是终证据、承运人的责任限额、承运人的雇用人或代理人的责任限额、诉讼时效、公约的适用范围。

三、《汉堡规则》

承运人的责任基础、承运人的免责事项、承运人的延迟交货的责任、承运人的责任期间、承运人的责任限额、保函的效力、有关活动物及舱面货的规定、有关承运人与实际承运人关系的规定、索赔通知和诉讼时效、管辖权和仲裁、公约的适用范围。

第四节　航次租船合同

一、航次租船合同的概念

航次租船合同指船舶出租人依合同约定的一个航次或几个航次为承租人运输货物，而由承租人支付约定运费的海上运输合同（海商法第 92 条）。

二、航次租船合同格式

金康合同、澳大利亚谷物租船合同。

三、航次租船合同的主要条款

关于船舶的条款、关于货物的类别、货物的数量的条款、出租人的责任条款、安全港口与安全泊位条款、装卸期限和滞期速遣条款、绕航条款、留置权条款、运费条款、仲裁条款、罢工、战争及冰封条款、争议解决条款。

四、租船合同项下的提单

简式提单、提单与租船合同的关系。

第五节　国际多式联运合同

一、国际多式联运合同的概念

国际多式联运合同指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式，其中一种是海上运输方式、负责将货物从接收地运至目的地交付收货人，并收取全程运费的合同（海商法第 102 条）。

二、国际多式联运合同的当事人和关系人

多式联运经营人、区段承运人或实际承运人，托运人、收货人。

三、多式联运经营人的责任期间

依海商法第 103 条的规定，多式联运人经营人对多式联运货物的责任期间为自接收货物时起至交付货物时止。

四、多式联运经营人的责任

我国海商法采用区段责任制与统一责任制的结合。

五、联合国国际货物多式联运公约

公约的适用范围、多式联运单据、多式联运经营人赔偿责任的基础、多式联运经营人的责任期间、多式联运经营人的赔偿责任限额、发货人的赔偿责任、索赔与诉讼时效、管辖与仲裁。

思考题

1．试述提单的法律性质。

2．关于承运人的责任期间，我国海商法是如何规定的？

3．为什么说提单是运输合同的书面证明而不是运输合同本身？

4．提单是承运人已依提单所载状况收到货物或者货物已经装船的“初步证据”，这里“初步证据”意味着什么？

5．银行为什么不接受备运提单和不清洁提单？

6．加注任何批注是不是都会使提单成为不清洁提单？

7．试论倒签提单和预借提单的责任属性。

8．如何区分有效保函和无效保函？

9．海运单是在什么条件下产生的？

10．如何区别"管理船舶的过失"和"管理货物的过失"？

11．什么叫相对适航责任？

12．试比较《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》在承运人的责任基础、责任期间、免责等方面的不同规定？

13．航次租船合同中的装卸期间应如何起算？

14．国际货物多式联运承运人的责任形式有哪几种？我国海商法对此是如何规定的？

第五章　海上旅客运输合同

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解海上旅客运输合同的概念，海上旅客运输合同当事人的主要权利和义务，及 1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》的内容。重点掌握旅客运输承运人的责任。

第一节　海上旅客运输合同的概述

一、海上旅客运输合同的概念

海上旅客运输合同指承运人以适合海上客运的船舶，负责将旅客及其行李从一国的港口运至另一国港口，而由旅客支付票款的合同（海商法第 107 条）。

二、海上旅客运输合同的当事人

承运人和旅客。

第二节　海上旅客运输承运人的责任和权利

一、承运人的责任期间

对于旅客运输的责任期间为自旅客登船起至旅客离船时止。对于旅客自带行李的责任期间与旅客的责任期间相同。对自带行李以外的其他行李的责任期间为自旅客将行李交付承运人或其受雇人或代理人时起至承运人或其受雇人或代理人交还旅客时止。

二、承运人的基本责任及责任基础

整个航程的适航责任、完全过失责任、推定过失责任。

三、承运人责任的免除或减轻

旅客本人有过失、旅客的故意造成的、旅客的贵重物品的灭失或损坏。

四、承运人的责任限额

依海商法第 117 条的规定，承运人每次海上旅客运输中的赔偿责任限额为：旅客人身伤亡，每名旅客不超过 46，666 计算单位。

五、承运人收取票款及行李费的权利

六、承运人与实际承运人的关系

承运人将旅客运输委托实际承运人履行的，承运人应当对全程负责。承运人与实际承运人均有责任的，两者应当负连带责任。

七、索赔通知。

第三节　有关海上旅客运输的国际公约

一、1974 年《海上旅客及其行李运输雅典公约》：公约的适用范围、承运人的责任、承运人的责任期间、承运人责任限制权利的丧失、承运人的免责、诉讼时效和管辖权。

二、《修订 1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约的 1990 年议定书》

思考题

1．海上旅客运输承运人的基本责任及责任基础是什么？

2．我国在国际旅客运输运输与沿海旅客运输承运人的赔偿责任限额上有什么不同规定？

3．《修订 1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约的 1990 年议定书》对《雅典公约》进行了哪些修改？

第六章　船舶租用合同

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生明确定期租船合同与航次租船合同的区别，了解定期租船合同格式及定期租合同的主要条款，重点掌握航区条款、停租条款、合法货物条款、租船人提示条款等内容。在光船租赁方面要求掌握光船租赁合同的性质及光船租赁合同的主要条款。

第一节　定期租船合同

一、定期租船合同的概念

定期租船合同是指船舶出租人向租船人提供船舶，在约定的期限内由租船人按约定用途使用，并支付租金的合同（海商法第 129 条）。

二、定期租船合同格式、纽约土产格式、中租 1980 等。

三、定期租船合同的主要条款

约定的船舶事项、交船和还船、租金的支付、停租条款、航区条款、合法货物条款、留置权条款、最后航次条款。

第二节　光船租赁合同

一、光船租赁合同概念

光船租赁合同指由船舶所有人提供不配备船员的光船，由租船人雇用船员，在约定期限内占有、使用船舶，并支付约定租金的租船合同（海商法第 144 条）。

二、光船租赁合同的性质

光船租赁合同具有财产租赁合同的性质。

三、光船租赁合同的内容

交船、检验和检查、保养、船舶的使用、租金、保险、无船舶留置的保证、还船。

思考题

1．定期租船合同与航次租船合同的不同之处有哪些？
2．在定期租船合同下，船长可以不听从租船人发出的什么样的指示？
3．船舶出租人在什么情况下的撤船是无效的？
4．定期租船中租船人在租金的支付上应当注意哪些问题才不至引起对方撤船？
5．定期租船中的租船人在什么情况下可以停租？
6．定期租船合同中的航区条款一般排除哪些地区？
7．如何确定定期租船下的租船人在还船时船舶是否处于良好状态？

8．光船租赁合同有哪些特点？

9．国际上有关光船租船的情况下是否能转换船旗的问题有哪几种做法？

10．光船租赁合同与定期租船合同有哪些不同点？

第七章　海上拖航合同

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解海上拖航的概念，海上拖航合同格式及海上拖航合同的内容。重点掌握在海上拖航过程中拖轮与被拖物之间的合同内责任的承担，以及合同外责任的承担。

第一节　海上拖航合同的概念

一、海上拖航合同的概念

海上拖航合同指规定拖方用自己的拖船将被拖物经海路从某一地点拖至另一地点，而由被拖方支付拖航的合同（海商法第 155 条）。

二、海上拖航合同格式

日租型拖航合同、承包型拖航合同。

三、海上拖航合同的解除

在起拖前解除、在起拖后解除。

第二节　海上拖航合同的内容

一、拖航装备和准备完毕的通知

二、适航性：被拖物的适航性和拖轮的适航性

三、拖航费和租金：承包型拖航合同为拖航费的支付、日租型拖航合同为租金的支付。

四、延滞费：起拖的延误和目的港的延误均可能导致延滞费的支付。

五、拖航作业和航线：拖航一般由承拖方指挥。在航线上，如未经指定，则按习惯航线。

六、救助不索取报酬

七、随船船员：应由被拖方对随船船员进行安排并承担其费用。

八、费用：承包型拖航合同有关费用的规定、日租型拖航合同有关费用的规定。

九、安全港口：指定安全港口是被拖方的义务，因指定的港口不安全而受到的损害由被拖方承担。

十、双方的责任：拖轮与被拖物之间的合同内责任承担、合同外的责任承担。

十一、承拖方的免责：合同一般约定无过失免责和航行过失免责。

十二、留置权：如果被拖方未依合同约定支付拖航费以及其他合同费用，承拖方对被拖物留置权。

思考题

1．海上拖航合同有几种形式？

2．如何确定拖航合同中拖轮与被拖物之间的合同内责任承担？

3．如何确定拖航作业中合同外的责任承担？

第八章　船舶碰撞

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生明确船舶碰撞的概念和构成船舶碰撞的要件，了解《里斯本规则》对船舶碰撞概念的新发展，从而把握有关船舶碰撞立法发展的脉博。本章重点掌握船舶碰撞责任承担的原则。

第一节　船舶碰撞的概念

一、船舶碰撞的概念

船舶碰撞指在海上或与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故（海商法第 165 条）。

二、构成传统的船舶碰撞的要件

必须有船舶的接触，必须造成损害、碰撞必须发生在船舶之间。

三、船舶碰撞概念的新发展

扩大了船舶碰撞的范围，限定了船舶碰撞的要观要件，扩大了船舶碰撞的范畴。

四、我国海商法规定的船舶碰撞的构成要件

船舶必须符合我国海商法的要求，船舶碰撞必须发生在船舶之间，船舶之间必须有接触，必须有损害后果。

第二节　船舶碰撞的损害赔偿

一、船舶碰撞的分类及损害赔偿的责任原则

（一）无过失的船舶碰撞：包括不可抗力引起的碰撞和原因不明的碰撞，其损害由受害方自行承担。（海商法第 167 条）

（二）过失碰撞：又可分为单方过失造成的碰撞和互有过失的碰撞，单方过失碰撞的责任由过失方承担（海商法第 168 条）。互有过失的碰撞又分为两种情况，在双方过失比例清楚的情况下，依过失比例承担碰撞责任，当双方比例不清的情况下，各承担 50%（海商法第 169 条）。

二、船舶碰撞损害赔偿责任的构成要件

（一）主观要件：在船舶碰撞中，当事人有过失才承担赔偿责任。

（二）客观要件：碰撞以及损害事实的存在是构成船舶碰撞损害赔偿责任的客观要件。

（三）过失和损害事实之间的因果关系：碰撞损害事实是过失行为的必然结果才有赔偿责任的问题。

三、损害赔偿的范围

（一）船舶的损害赔偿：全损赔偿和部分损害赔偿。

（二）船上财产的损失：包括船上财产的灭失或者部分损坏引起的贬值损失；合理的修复或者处理费用；合理的财产救助、打捞和清除费用；共同海损分摊及其他合理费用。

（三）运费、营业收入以及捕捞利益等间接损失

（四）利息损失

（五）人身伤亡的损害赔偿

四、损害赔偿的计算方法

第三节　有关船舶碰撞的国际公约

一、《1910 年统一船舶碰撞若干法律规定的国际公约》：公约的适用范围；船舶碰撞的责任原则；诉讼时效；碰撞的救助责任。

二、1952 年《统一船舶碰撞民事管辖权方面若干规定的国际公约》：对于船舶碰撞案件的管辖权，公约采用平行管辖原则；公约确定了原告对法院的选择权；公约承认协议管辖和协议仲裁的效力；公约对同一碰撞案件提出的反诉规定了合并管辖；公约适用于间接碰撞引起的管辖；公约的规定不适用于军事船舶或国家所有或为国家使用的船舶。

三、《1972 年国际海上避碰规则》：驾驶和航行规则；号灯和号型。

思考题

1．在船舶碰撞的概念上有哪些新发展？

2．我国海商法在船舶碰撞损害赔偿上采用了哪些责任原则？

3．船舶碰撞损害赔偿的要件是什么？

4．船舶碰撞的管辖权有什么特点？

第九章　海难救助

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解海难救助的种类，特别是要掌握"无效果，无报酬"的海难救助及其构成要件，从而能够判断是否存在救助报酬的请求权。学生还应了解确定救助报酬应考虑的因素以及救助报酬的分配。

第一节　海难救助概述

一、海难救助的概念

海难救助指在海上或与海相通的可航水域， 对遇险的船舶和其他财产进行援救的行为（海商法第 171 条）。

二、海难救助的种类

对人的救助和对物的救助；纯救助、合同救助和义务救助；救助和捞救。

三、海难救助的法律性质

无因管理说；不当得利说；准契约说；特殊行为说。

第二节　海难救助成立的要件

一、被救助的标的须为法律认可的救助标的

（一）船舶：救助一方应为第 3 条所称的船舶，而另一方可以是符合第 3 条的船舶，也可以是与其发生救助关系的任何其他非军用的或政府公务的船艇，包括 20 吨以下的船艇。

（二）其他财产：指非永久地和非有意地依附于岸线的任何财产，包括有风险的运费。

（三）环境污损：环境污损为间接标的。

二、存在海上危险

海上危险在地理位置上应发生在海上或与海相通的可航水域；海上危险从危险的程度上应为船员无法自救的危险；只要在船舶、货物、船舶附属品等一方面临危险就可以确定危险的存在。

三、救助必须是自愿的行为

救助方的自愿和被救方的自愿。下列缺乏自愿要件的救助，多数不能请求救助报酬：

（一）依合同进行的救助：船员雇佣合同、引航员对船舶的救助、拖船对被拖船的救助、姊妹船之间的救助、旅客对船舶的救助。

（二）依法律进行的救助：公务人员的救助、人命的救助

四、救助要有效果

海难救助法律关系的成立要求救助行为与救助效果之间要有因果关系，但不一定是直接的因果关系，如果第一个救助行为使后来的救助成功或间接地导致救助的最后成功，仍可以认为救助有效果。

第三节　海难救助合同

一、“无效果，无报酬”救助合同的特点

风险性质的双务合同；常常由代理人签订；并非是一种当事人完全意思自治的合同。

二、“无效果，无报酬”救助合同的订立

三、“无效果，无报酬”救助合同格式及内容

（一）1972 年劳氏救助合同标准格式的内容：船长的权利、救助报酬、救助费担保。

（二）1980 年劳氏救助合同标准格式的内容："安全网"条款、获救财产的送达地点、救助报酬的担保、准许救助人申请临时裁决书、保证支付的执行。

（三）1990 年对劳氏格式合同的修改：在结构上更加合理、在内容上增加了有关保证金及利息的规定。

（四）1995 年对劳氏格式合同的修改：加入了特殊补偿条款、扩大了救助人留置权行使的范围。

（五）中国贸促会救助合同格式：船长的代表权、救助报酬、保证金、仲裁。

第四节　救助报酬的确定及分配

一、确定救助报酬应考虑的因素（海商法第 180 条）；

二、特殊补偿（海商法第 182 条）；

三、救助报酬的分配（海商法第 183 和第 184 条）；

四、担保的提供（海商法第 188 条）和救助款项的先行支付（海商法第 189 条）。

第五节　有关海难救助的国际公约

一、1910 年《救助公约》

公约的适用范围、"无效果，无报酬"原则、救助报酬的请求权、救助报酬的确定、对协议的修改、确定救助报酬金额的因素、诉讼时效。

二、1989 年《国际救助公约》

公约适用范围的扩大、救助标的范围的扩大、对于油轮的救助、明确了船长在签订救助合同上的代理权、规定了被救助财产所有人提供担保的义务、规定了被救助财产所有人先行给付的义务。

思考题

1．你认为纯海难救助的性质是什么？

2．海难救助有几种形式？

3．是否救助任何标的均可取得救助报酬？

4．在海上救助人命是否能获得救助报酬？对于该问题有什么新发展？

5．船员对本船的救助是否能取得救助报酬？为什么？
6．海难救助的构成要件是什么？
7．在确定救助报酬时应考虑哪些因素？
8．“无效果，无报酬”的救助与雇佣救助的主要区别是什么？
9．1989 年《国际救助公约》的在什么背景下产生的？
10．1989 年《国际救助公约》在海上救助的规定上有哪些新发展？

第十章　共同海损

教学目的与要求：通过本章学习，使学生懂得共同海损的概念和构成要件，重点掌握共同海损与单独海损的区别，并能达到在实际案例中的灵活运用。了解共同海损的牺牲和费用及共同海损的理算，并对共同海损与过失的关系有一定的了解。

第一节　共同海损制度的概念及构成要件

一、共同海损的概念

共同海损指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施而直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用（海商法第 193 条）。

二、共同海损与单独海损的区别

在危险涉及的当事方上、在主观上、在后果上。

三、共同海损成立须具备下列要件

海上危险是共同的、真实的；共同海损的措施应是有意的、合理的和有效的；共同海损的损失应该是特殊的、直接的；共同海损的措施必须有效果。

第二节　共同海损的牺牲和费用

一、共同海损的牺牲主要包括

船舶的牺牲、货物的牺牲和运费的牺牲三项。

二、共同海损的费用有

救助费、避难港费用、代替费用、修理费用、垫款手续费和共同海损利息。

第三节　共同海损的理算

一、共同海损理算的概念

共同海损的理算是由提单或租船合同中指定或委托的海损理算人，对与海损有关的各种文件进行必要的审核，确定共同海损损失金额，计算共同海损分摊价值，编制共同海损理算书的工作。共同海损理算需要的文件。共同海损的分摊。

二、共同海损损失金额的确定

（一）船舶共同海损牺牲的金额：按实际支付的修理费减除合理的以新换旧的扣减计算。

（二）货物共同海损牺牲的金额：货物灭失的，依货物在装船时的价值加保险费加运费，减除由于牺牲无需支付的运费计算。

（三）运费共同海损牺牲的金额：依货物遭受牺牲的运费的损失金额，减除为取得该笔运费

本应支付但是由于牺牲无需支付的营运费用计算。

三、共同海损分摊价值的确定

因共同海损措施而获救或受益的船舶、货物或其他财产的价值为共同海损的分摊价值。

四、共同海损分摊金额的确定

共同海损分摊金额指由于共同海损措施而受益的船舶、货物和运费应予分摊的共同海损的金额。

第四节　共同海损理算规则

一、《约克－安特卫普规则》

字母规则与数字规则在适用上的先后顺序，数字规则规定的是可列入共同海损的具体事项，字母规则规定的是原则，只适用于数字规则未规定的事项。

该规则在性质上属于国际惯例，只有在当事人选择适用的情况下，才能在当事人之间产生法律约束力。

二、1974 年《约克－安特卫普规则》规则六的修改

一方面将《国际救助公约》第 14 条所指的"特别补偿"排除在共同海损之外，另一方面《国际救助公约》第 13 条第 1 款所指的为减轻环境损害所发挥的技能和努力所确立的救助报酬应列入共同海损。

三、1994 年《约克－安特卫普规则》

增设了首要规则，强调牺牲和费用的合理性；增加了有关拖轮与拖带的规则；增加了有关共同海损与环境损害的规定；增加了共同海损举证期限的规定；将不或分离协议引入规则 G。

四、《北京理算规则》

共同海损的范围、共同海损的理算原则、共同海损损失金额的计算、利息和手续费、共同海损担保、共同海损的期限、共同海损理算的简化。

第五节　共同海损与过失的关系

一、承运人可免责的过失所致的共同海损

因航行过失引起的共同海损，由于承运人对航行过失可以免责，因此，其他受益方应当参加分摊因此而引起的共同海损。

二、承运人不可免责的过失所致的共同海损

由于承运人不可免责的过失导致的共同海损，其他各受益方无须分摊共同海损的牺牲和费用。

三、可能是由于航程中某一方过失所致的共同海损

当没有确定引起共同海损特殊牺牲、特殊费用的事故是否由航程中一方的过失以及是由可免责过失还是不可免责的过失所引起的时候，依共同海损理算与分摊分开进行的原则处理。

思考题

1．共同海损的成立应具备哪些要件？
2．共同海损与单独海损的不同点有哪些？
3．《约克－安特卫普规则》中字母规则与数字规则的关系是怎样的？
4．共同海损与过失的关系如何？

第十一章　海事赔偿责任限制

教学目的与要求：通过本章的学习，使学生了解海事赔偿责任限制演变，从而明确责任限制制度在主体上的变化。重点掌握责任限制的主体、限制性债权与非限制性债权的具体内容、以及责任限制基金的设立。对于有关海事赔偿责任限制的的 1957 年公约和 1976 年公约的内容也应有所了解。

第一节　海事赔偿责任限制概述

一、海事赔偿责任限制概念

海事赔偿责任限制指当船舶在因航行事故或船长、船员的行为产生海事赔偿请求时，船舶所有人、救助人在自身无过错、或不知情、或未参与的情况下，将其承担的损害赔偿责任限制在法律规定的限度之内的制度。

二、海事赔偿责任限制制度的种类

执行制、委付制、船价制、金额制、并用制、选择制。

第二节　海事赔偿责任限制制度的内容

一、海事赔偿责任限制的主体

船舶所有人、船舶承租人、船舶经营人、救助人、保险人（海商法第 204 和第 206 条）。

二、海事赔偿责任限制的条件

责任人在主观上应当没有故意或过失（海商法第 209 条）。

三、限制性债权

限制性债权指责任主体依海事赔偿责任限制法律的规定可以限制其赔偿责任的海事赔偿请求权（海商法第 207 条）。

四、非限制性债权

非限制性债权指责任人依海事赔偿责任限制的法律规定不能限制其赔偿责任的债权（海商法第 208 条）。

五、海事赔偿责任限额

人身伤亡的赔偿责任限额；非人身伤亡的赔偿责任限额；当人身伤亡赔偿请求与非人身伤亡赔偿请求同时发生时责任限额的确定；救助人的赔偿责任限额。

六、责任限制基金的设立

申请人提出申请、法院受理并发布通知和公告、申请人设立赔偿责任限制基金。

第三节　有关海事赔偿责任限制的国际公约

一、1924 年《关于统一海上船舶所有人责任限制若干规则的国际公约》

采用船价制与金额制并用。该公约至今尚未生效。

二、1957 年《船舶所有人责任限制公约》

（一）事故制度：即责任限制不以航次为标准，而以事故次数为标准，一次事故一个限额。

（二）责任限额制度：公约采用单一的金额制。

（三）适用的船舶：公约适用的船舶是海船，并允许缔约国对 300 公约吨以下的小船作出保留。

（四）责任限制主体：第一类为船舶所有人、承租人、管理人及经营人；第二类为船长、船员及其他受雇于第一类责任主体的人员。

（五）责任限制的条件：如事故是由于第一类主体的实际过失或参与所引起的，则责任主体不得限制责任；如事故是由第二类主体的实际过失或参与引起的，责任主体仍可限制责任；当两类主体竞合时，只有导致损害发生的行为属于责任主体履行作为船长、船员的相应职责时所为，责任主体方可限制责任，否则，不能限制责任。

（六）限制性债权

（七）非限制性债权

（八）责任限额及基金分配

三、1976 年《海事索赔责任限制公约》

（一）适用的船舶：公约适用于海船，不适用于气垫船以及用于勘探或开采海底自然资源或底土的浮动平台。对于内河船及 300 吨以下的船舶，缔约国可以国内法中另行规定。

（二）责任限制主体：船舶所有人、承租人、船舶经营人、管理人、救助人、责任保险人。

（三）责任限制的条件：当损害是责任人直接或间接故意的行为或不行为造成的时，责任人即丧失享受责任限制的权利。

1．限制性债权

2．非限制性债权

3．责任限制额及基金分配：公约采用事故制度和金额制度，并按船舶吨位分级计算。

思考题

1．海商法中的损害赔偿与民法中的损害赔偿有什么不同？

2．国际上有关海事索赔责任限制的制度有哪几种？

3．我国海商法规定的责任限制主体有几类？责任主体是否在任何情况下均能限制责任？

4．依我国海商法的规定，哪些债权可以成为限制性债权？

5．海事赔偿责任限制与《海牙规则》中的单位责任限制有哪些不同？

6．我国海商法在海事赔偿责任限制的责任限额上与 1976 年《海事索赔责任限制公约》有哪些不同的规定？

7．为什么有关共同海损的债权不能成为限制性的债权？

第十二章　海上保险合同

教学目的与要求：本章为本书的重点章，通过本章的学生，应使学生了解海上保险的种类，海上保险合同的基本原则，海上保险合同的内容，海上保险合同的订立、解除、转让和终止，海上保险的保险单、海上保险的险种、海上保险的索赔与理赔等基本内容。重点掌握海上保险合同的基本原则、海上保险合同的内容、各险种的内容等。在教学和学习中应着重理论与实践的结合，使学生基本能够学会对实际问题的把握，提高分析问题和解决实际问题的能力。

第一节　海上保险概述

一、依保险标的分

海上保险可分为运输货物保险、船舶保险、运费保险、保赔保险及海上石油勘探开发保险。

二、依保险价值分

可将海上保险分为定值保险和不定值保险。

三、依海上保险的期间分

可分为航程保险、定期保险、混合保险、船舶停泊保险、船舶建造保险。

四、依承保的方式分

可分为逐笔保险、流动保险、总括保险、预约保险。

第二节　海上保险合同的基本原则

一、诚实信用原则

重要情况的告知义务，在合同履行期间遵守保证的义务。

二、可保利益原则

现有利益、期待利益、责任利益。

三、损失补偿原则

及时赔偿、赔偿实际损失。

四、近因原则

近因是最主要的、实质性的、直接的原因。

第三节　海上保险合同

一、海上保险合同的概念

海上保险合同是指保险人按照约定，对被保险人遭受保险事故造成保险标的的损失和产生的责任负责赔偿，而由被保险人支付保险费的合同（海商法第 216 条）。

二、海上保险合同的内容

保险人名称、被保险人名称、保险标的、保险价值、保险金额、保险责任和除外责任、保险期间、保险费等（海商法第 217 条）

三、海上保险合同的订立、解除和转让（海商法第 221 条至第 233 条）

四、海上保险单的形式

保险单、暂保单、保险凭证、联合发票。

五、海上保险合同双方当事人的权利和义务

保险人的责任（海商法第 237 条至第 244 条），被保险人的义务（海商法第 234 条至第 236 条）。

六、海上保险的索赔与理赔

保险标的的损失和委付（海商法第 245 条至第 250 条），保险赔偿的支付（海商法第 251 条至第 256 条），代位求偿。

七、海上保险合同的终止

自然终止、协议终止、义务已履行终止、违约失效而终止。

第四节　海洋货物运输保险

一、海洋货物运输保险的主要险别

平安险、水渍险、一切险。

二、海洋货物运输保险的责任期间

仓至仓条款、扩展责任条款、航程终止条款、驳运条款。

三、海洋运输货物保险的除外责任

四、附加险别

（一）一般附加险：偷窃、提货不着险、淡水雨淋险、短量险、混杂、沾污险、渗漏险、碰损、破碎险、串味险、受潮受热险、钩损险、包装破裂险、锈损险。

（二）特别附加险：交货不到险、进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险、港澳存仓火险

（三）特殊附加险：战争险、罢工险。

五、英国伦敦保险协会货物保险条款

伦敦保险协会货物保险（A）条款，伦敦保险协会货物保险（B）条款，伦敦保险协会货物保险（C）条款。

第五节　船舶保险

一、船舶保险

（一）全损险：承保由于下列原因造成被保险船舶的全部损失：自然灾害或意外事故；船壳和船舶机件的潜在缺陷；船长、船员、引水人员或修船人员的疏忽。

（二）一切险：一切险的责任范围除了全损险的各项责任外，还负责由于上述原因引起的部分损失，及由于同样原因引起的下列责任和费用：共同海损的牺牲、分摊；在发生碰撞事故时，被保险船舶应负的碰撞责任；救助费用；向第三方追偿的费用。

（三）航区保证：规定被保险船舶如果驶出保险单规定的航行区域，应当事先征得保险人的同意，保险人在必要时可以加收保险费。如被保险人破坏了该明示的保险，保险人可以不负赔偿责任。

1．除外责任

2．船舶保险的保险期限：定期保险的最长期限为一年，航次保险的保险期限以航次为准。

3．退费

二、船舶战争险

船舶战争险的责任范围、除外责任、保险期限。

三、船舶建造险

船舶建造险的责任范围、承保航区、责任期间。

第六节　保赔保险

一、船东互保协会

船东互保协会与保险公司的不同、船东互保协会的组成。

二、保赔保险所承保的风险

人身伤亡的赔偿、1/4 的碰撞责任、码头及其他固定或浮动建筑物的损坏赔偿、清除残骸的费用、油污赔偿费用以及罚款、共同海损的货物分摊额、为处理难民及偷渡者所支出的费用、海运承运人应承担责任的损失或费用、各种罚款、诉讼费用、检疫费用。

三、保赔保险的保险费

在费率上，没有固定的费率表，对每位会员商定不同的保险费率。在支付方式上，采用预付保费和固定保费两种方式。

四、保障与赔偿保险

中国人民保险公司已将以前保险公司不保而由保赔协会承保的保赔保险作为“保障与赔偿保险”进行承保，该险承保依法律或合同规定应由船东承担的各种赔偿责任和费用。

复习与思考题

1．海上保险有哪些种类？
2．海上保险合同的转让有几种情况？
3．海上保险合同可以在什么情况下终止？
4．试述委付与代位求偿的区别？
5．中国人民保险公司海洋运输货物保险的基本险有哪几种？
6．投保了一切险后是否还需要投保淡水雨淋险？
7．投保了一切险后是否还需要投保进口关税险？
8．为了防止茶叶串味，同时又能节省开支，是否可以单独投保串味险？
9．海洋运输货物出险后，在理赔时应准备哪些文件？
10．中国人民保险公司承保的船舶保险的主要险别有哪些？
11．互保协会与保险公司有什么不同？

第十三章　海事争议处理

教学目的与要求：本章的教学目的是使学生了解有关海事法院的管辖权、海事诉讼时效、海事案件的法律适用、海事仲裁、及判决或裁决的承认与执行的基本内容。特别要掌握 1999 年通过的《海事诉讼特别程序法》中有关管辖权、海事请求保全、海事强制令、海事证据保全和海事担保等方面的内容。通过学习使学生能够基本了解海事诉讼的基本程序，及与民诉的一些不同规定。

第一节　海事诉讼

一、海事诉讼的概念

海事诉讼是海事法院以及海事争议参与人，在审理海事案件过程中所进行的各种诉讼活动以及所产生的各种诉讼关系的总和。

二、海事法院及其收案范围

海事侵权纠纷案件、海商合同纠纷案件、其他海事、海商案件、海事执行案件、海事请求保全案件。

三、海事诉讼的管辖

地域管辖原则、专属管辖原则、协议管辖原则。

四、海事请求保全

海事请求保全是指海事法院依海事请求人的申请，为保障其海事请求的实现，对被请求人的财产所采取的强制措施。包括船舶的扣押与拍卖、船载货物的扣押与拍卖、船用燃油与船用物料的扣押与拍卖。

五、海事强制令

海事强制令是指海事法院依海事请求人的申请，为使其合法权益免受侵害，责令被请求人作为或不作为的强制措施。

六、海事证据保全

海事证据保全是指海事法院依海事请求人的申请，对有关海事请求的证据予以提取、保存或封存的强制措施。

七、海事担保

海事担保包括海事请求保全、海事强制令、海事证据保全等程序中所涉及的担保。其方式为提供现金或保证、设置抵押或质押。包括海事请求人的担保和被请求人的担保。

八、海事诉讼中的送达

除了民诉规定的送达外，海事诉讼特别程序法还规定的其他可采用的送达方式，如向诉讼代理人送达、向在受送达人在我国设立的代表机构或业务代办人送达、通过能够收悉的其他适当方

式送达、有关扣押船舶法律文书也可以向当事船长送达。

九、海事诉讼时效（海商法第 257 条至第 267 条）

十、审判程序

船舶碰撞案件的审理、共同海损案件的审理、海上保险人行使代位请求赔偿权利的规定、简易程序、督促程序和公示催告程序。

十一、海事案件的法律适用

合同的法律适用、船舶物权的法律适用、船舶碰撞的法律适用、共同海损理算的法律适用、海事赔偿责任限制的法律适用。

第二节　海事仲裁制度

一、海事仲裁机构

中国海事仲裁委员会

二、仲裁协议

仲裁条款、仲裁协议书、其他书面形式。仲裁协议的内容。

三、仲裁程序

仲裁申请、仲裁的受理、仲裁庭的组成、仲裁审理、仲裁裁决

四、仲裁裁决的执行

《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》的有关规定。

复习与思考题

1．《海事诉讼特别程序法》在规定海事法院的管辖上采用了哪些原则？其具体内容是什么？

2．《海事诉讼特别程序法》规定的专属管辖与民诉中规定的专属管辖有什么不同？

3．哪些请求可以扣押船舶？

4．海事强制令有什么特点？

5．海事担保与一般意义上的担保有什么不同点？

6．船舶碰撞案件审理中的举证与一般民诉中的举证有什么不同？为什么？

7．试比较我国海商法在海上货物运输的赔偿请求和追偿请求的时效上与《维斯比规则》和《汉堡规则》的有关规定有什么不同？

8．哪些法定事由可以引起海事诉讼时效的中断？

9．关于船舶碰撞的法律适用有哪几种主张？我国海商法是如何规定的？

10．仲裁协议的作用是什么？仲裁协议应当包括哪些内容？

《欧盟合同法专题研究》教学大纲

张学哲　编写

目　录

前　言 778
第一章　欧盟合同法导论 779
第一节　什么是欧盟合同法 779
一、欧盟私法与欧洲私法 779
二、欧盟私法与共同体私法 779
三、欧盟合同法与欧盟私法 779
四、欧盟合同法内容上的界定 779
第二节　欧盟基础法中的相关基本概念 779
一、基本自由与私法 779
二、欧盟基础法中有关合同法的原则 780
三、欧盟对欧洲合同法趋同的权限 780
第三节　欧盟主要合同法法律文件 780
一、欧盟合同法制定的主要方式：指令 780
二、欧盟主要合同法指令 780
第四节　《欧洲合同法原则》 781
一、起草历史 781
二、体系结构 781
三、效力与影响 781
本章思考题 781
拓展阅读书目 781
第二章　合同自由的发展及其限制 782
第一节　私法自治与合同自由原则 782
一、传统理念 782
二、形式自由与实质公正 782
第二节　合同自由与福利国家 782
一、福利国家的任务 782
二、合同自由与弱者保护 782
第三节　合同自由的限制 783
一、强行法对一些特殊合同种类的调整 783
二、对违背善良风俗的合同的调整 783
三、合同内容控制 783
本章思考题 783
拓展阅读书目 783
第三章　合同的订立 784
第一节　一般问题 784
一、经营者与消费者 784
二、行为能力 784
三、合同语言的选择 784
第二节　合同的订立 784

一、合同前义务 784
二、合同订立的前提条件 785
三、合意 785
第三节　欧盟主要成员国合同订立规则比较 785
本章思考题 785
拓展阅读书目 785
第四章　合同的条款与内容 786
第一节　合同内容的确定性 786
第二节　合同的解释 786
一、缺乏欧盟层面的一般解释规定 786
二、目前法律文件中的个别解释规则 786
三、“欧洲合同法原则”中的解释规则 786
第三节　合同的信息义务 786
一、合同信息义务与合同前信息义务的关系 786
二、合同信息义务的种类 786
三、违反信息义务的法律后果 786
第四节　诚实信用原则 787
一、是欧盟基础法的一般法律原则 787
二、是欧盟派生法的基本原则 787
三、诚信原则作为欧盟层面原则的具体化 787
四、对诚信原则进行统一性一般规定的限制 787
本章思考题 787
拓展阅读书目 787
第五章　合同内容的控制 788
第一节　一般交易条款 788
一、一般交易条款中可能存在的问题 788
二、一般交易条款内容“不公平”的确定 788
第二节　“一般交易条款指令”的保护范围 788
第三节　一般交易条款内容控制的方式 788
第四节　内容“不合理”的法律后果 788
第五节　欧盟各成员国对一般交易条款进行控制的途径 788
一、团体诉讼 788
二、行政控制 789
三、刑事制裁 789
本章思考题 789
拓展阅读书目 789
第六章　合同的效力 790
第一节　合同的成立与生效 790
一、逻辑上的区分及其实际意义 790
二、欧盟各国不同规定 790
第二节　合同效力状态 790
一、有效 790

二、无效 790
三、合同可撤销 790
四、效力未定 790
第三节　合同无效 790
一、无效合同 790
二、合同中的无效条款 791
三、无效合同的法律后果 791
本章思考题 791
拓展阅读书目 791
第七章　合同订立后意思表示的撤销和撤回 792
第一节　意思表示的撤销 792
一、欧盟合同法的规定 792
二、有瑕疵意思表示可撤销制度机制 792
三、相对人信赖利益的保护 792
第二节　意思表示的撤回 792
一、消费者撤回权概述 792
二、消费者撤回权的行使 793
三、消费者撤回权行使的后果 793
四、撤回权消费者保护的特殊性 793
五、消费者撤回权制度对传统私法体系的冲击 793
本章思考题 793
拓展阅读书目 793
第八章　合同与第三人 794
第一节　合同涉及到第三人的情形 794
一、为第三人利益的合同 794
二、关联合同中的第三人问题 794
三、债权转让 794
四、合同的转让 794
第二节　对第三人的合同保护 794
一、涉及第三人的合同与侵权行为法的关系 794
二、非合同当事人的合同请求权 794
三、非以合同意图为基础的第三人请求权 795
四、抗辩权与第三人 795
本章思考题 795
拓展阅读书目 795
第九章　欧盟给付障碍法 796
第一节　合同履行中的给付障碍 796
一、给付不能 796
二、履行迟延 796
三、积极侵害债权 796
四、其他给付障碍 796
第二节　欧盟给付障碍法中尚未确定的几个基本问题 796

一、对方的履行请求权 796
二、合同侵害的统一标准问题 796
三、损害赔偿请求的过错与无过错原则 797
第三节　目前欧盟合同法中规定的给付障碍形式 797
本章思考题 797
拓展阅读书目 797

前　言

课程性质：	选修	课时数：	18
学分数：	1	考核方式：	考试
授课对象：	本科生	预修课程：	无
编写人：	张学哲	编写日期：	2006 年 12 月 30 日

一、课程性质和地位

随着欧洲一体化的进程和欧盟成员国之间贸易往来的频繁，合同法的趋同甚或统一，已经成为今天欧盟法律趋同的一个主要议题。目前，学者们正在着手准备一部统一的《欧洲合同法》。然而，长期以来不同的法律文化和传统，使得欧洲各国关于合同法的规则和理念都有明显的不同。如何协调各国合同法，使各国合同法“欧洲化”，从而服务于欧洲一体化的进程和欧洲经济的可持续发展，不仅是整个欧洲私法界面临的问题，也是我国私法学界应当关注的问题。

二、教学目的和任务

结合《联合国国际货物销售合同公约》以及欧盟各成员国立法和法律传统，对欧盟合同法所涉及的各主要领域，进行专题介绍和系统分析，并以欧盟合同法立法以及欧盟各主要成员国的合同法传统和现状为切入点，使学生了解和掌握欧盟合同法以及欧盟各主要成员国合同法的发展历史和现状。

三、教学目标和要求

使学生在了解和掌握欧盟合同法以及欧盟各主要成员国合同法的发展历史和现状的基础上，初步具备对欧盟合同法今后的发展趋势进行预测和分析的能力，以及对欧盟合同法的发展对各成员国的传统合同法体系的影响与冲击进行系统研究的能力。

四、教学组织和方式

教学组织：每周授课一次，每次 2 课时。

教学方式：授课与讨论相结合。

五、教学内容

第一章　欧盟合同法导论

本章教学目的和基本要求：

1．明确欧盟合同法、欧盟私法、欧洲私法、共同体私法等概念之间的区别

2．了解欧盟合同法基本体系

3．　确定本课程内容范围、授课思路及学习方法

学时分配：2 学时

第一节　什么是欧盟合同法

一、欧盟私法与欧洲私法

1．“欧盟”与“欧洲”概念上的模糊性

2．欧盟私法内容上的限定

二、欧盟私法与共同体私法

1．欧洲共同体与欧盟

2．共同体私法：“以共同体法为依据，在共同体范围内内容上一致的、有约束力的私法规范”。

3．欧盟私法与共同体私法

共同体私法：私法与共同体法两个法域的共同作用和结合。

欧盟私法：共同体的私法规范，不是其与各成员国国内规定之间的关系。

三、欧盟合同法与欧盟私法

1．私法与合同法的关系

2．合同法是欧盟私法最主要的组成部分

四、欧盟合同法内容上的界定

1．三种理解方式：

（1）欧盟已出台的有关合同法的指令等法律文件

（2）欧盟主要成员国合同法比较

（3）《欧洲合同法原则》

2．本课以欧盟已出台的有关合同法的指令等法律文件为主，结合《欧洲合同法原则》和欧盟主要成员国的合同法，进行比较分析。

第二节　欧盟基础法中的相关基本概念

一、基本自由与私法

1．基本自由是欧洲单一市场的重要成分

2．基本自由的对象和功能

3．基本自由限制禁止

二、欧盟基础法中有关合同法的原则

1．市场宪法与社会宪法
2．私法自治与合同自由原则
3．自己责任原则
4．合同公正原则

三、欧盟对欧洲合同法趋同的权限

1．最重要的权限条款：
《欧共体条约》第 95 条
2．欧盟合同法趋同的方式
——确定最低和谐标准
——合同法的逐步统一
——成员国彼此承认国内法

第三节　欧盟主要合同法法律文件

一、欧盟合同法制定的主要方式：指令

1．制定私法规则的主要方式
2．便于各成员国的转化
3．指令方式的缺点

二、欧盟主要合同法指令

1．上门推销指令 85/577
2．远程交易指令 97/7
3．远程金融服务指令
4．电子商务指令 2000/31
5．电子签名指令 1999/93
6．商事交易中的迟延交付指令 2000/35
7．一般交易条款指令 93/13
8．买卖瑕疵担保指令 99/44
9．一揽子旅游指令 90/314
10．消费者信贷指令 87/102
11．转账指令 97/5
12．证券服务指令 93/22
13．付款迟延指令
14．商业代理指令

第四节　《欧洲合同法原则》

一、起草历史

1．“兰度委员会（Lando commission）”和“兰度原则(Lando Principles)”
2．起草的三个阶段

二、体系结构

1．第一部分：合同的履行以及其他一般问题
2．第二部分：合同的订立、生效、解释、内容和效力等
3．第三部分：多方当事人、债权转让、债务承担、合同转让、抵消等

三、效力与影响

1．建立在比较法的基础上：
（1）大陆法与英美法之间
（2）欧盟各成员国国内法之间
2．民间性与任意性
（1）制定的民间性
（2）适用的任意性
3．推动民族国家合同法的发展
以德国债法改革为例

本章思考题

1．“欧盟私法”与“欧洲私法”概念的理解
2．“共同体私法”概念的产生与内容
3．欧盟基础法中有关合同法的原则
4．欧盟对欧洲合同法趋同和统一的权限
5．目前欧盟合同法主要包含哪些法律文件
6．“欧洲合同法原则”的产生和结构

拓展阅读书目

1．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
2．《欧洲合同法的体系与原则》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
3．《欧洲合同法学术绿皮书》，斯蒂芬·葛洪德曼/尤勒斯斯·提克（主编），2002 年。
4．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001 年。
5．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。
6．《欧盟指令与民法》，赫尔伯特·罗特， 载《法学家报》1999 年，第 529 页以下。
7．《欧共体条约与私法》，恩斯特·斯泰因多夫，1996 年。
8．《私法与欧洲共同体法—共同体私法》，彼得-克里斯蒂安·米勒-格拉夫，第二版，1991 年。

第二章　合同自由的发展及其限制

本章教学目的和基本要求：
1．对“私法自治”、“合同自由”等私法传统理念进行介绍和分析
2．结合社会和时代的变迁，分析私法传统理念今天的变化
3．讨论：“从形式自由到实质公正：合同自由的限制抑或发展”
学时分配：2 学时

第一节　私法自治与合同自由原则

一、传统理念

1．定义：
私法自治：个人根据自己的意愿来设定法律关系的原则。
2．产生背景：自由资本主义时代的经济自由主义理念

二、形式自由与实质公正

1．经济自由主义理念实现的前提
（1）市场竞争完善，
（2）消费者作为一个成熟的经济人
2．前提在现实中未得到满足
（1）市场竞争不完善
（2）消费者不是“经济”人，而是“感情”人。

第二节　合同自由与福利国家

一、福利国家的任务

1．西欧各国从自由资本主义国家向社会福利国家的转变
2．福利国家的任务：
（1）保护弱势人群
（2）减少社会不公
（3）以实质的公平取代程序抽象公平

二、合同自由与弱者保护

1．弱者保护思想对私法自治与合同自由的冲击
2．　合同自由从形式向实质转变

第三节　合同自由的限制

一、强行法对一些特殊合同种类的调整

1．房屋租赁合同
2．雇佣合同
3．消费者合同

二、对违背善良风俗的合同的调整

1．合同双方在合同订立上的不平等地位
2．合同内容上的不对等

三、合同内容控制

1．一般交易条款的产生背景
2．一般交易条款的目的
3．内容控制与合同自由

本章思考题

1．“私法自治”与“合同自由”在传统私法中的地位
2．作为私法基本理念的社会背景的变化
3．弱者保护思想对传统私法理念的冲击
4．强行法对合同的调整
5．欧洲社会福利国家制度下合同自由的限制

拓展阅读书目

1．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001 年。
2．《共同体法背景下的债法改革》，赖纳·舒尔策/汉斯·舒尔特-讷尔科（主编），2000 年。
3．《欧共体条约与私法》，恩斯特·斯泰因多夫，1996 年。
4．《私法的未来》，路德维希·莱塞尔，1971 年。
5．路德维希·莱塞尔，《今日的合同自由》，载《法学家报》，1958 年，第 1 至 8 页。

第三章　合同的订立

本章教学目的和基本要求：
1．掌握消费者和经营者两个概念在欧盟合同法中的重要地位和作用
2．了解欧盟特殊情况导致的合同语言选择问题
3．比较分析欧盟各主要成员国合同订立规则的异同
学时分配：2 学时

第一节　一般问题

一、经营者与消费者

1．经营者与消费者：欧盟合同法的两个核心概念
2．区分依据：市场角色
3．消费者概念的目的：确定法律的保护范围

二、行为能力

1．行为能力作为参与交易的前提条件
2．缺乏欧盟层面的一般规定，而适用国内法
3．个别法律文件中关于行为能力的规定

三、合同语言的选择

1．基础法上的有关规定
2．各成员国制定语言规定的界限
（1）法律对合同使用语言的确定与基本自由
（2）欧洲法院裁决的引导
3．个别指令的特别规定
（1）食品指令
（2）不动产分时段使用权指令
（3）买买瑕疵担保指令
（4）远程交易指令
（5）电子商务指令

第二节　合同的订立

一、合同前义务

1．广告
（1）禁止误导广告：以基本自由为限
（2）许可比较广告
2．信息义务
3．合同前行为中的诚实信用

二、合同订立的前提条件

1．当事人愿意在法律上受到约束
2．当事人形成充分合意

三、合意

1．合同的约束力以当事人的合意为根本依据
2．合意的外部形式：要约与承诺
3．合意原则与他意决定
4．合意原则与合同形式自由

第三节　欧盟主要成员国合同订立规则比较

一、英国
二、法国
三、德国

本章思考题

1．欧盟合同法上消费者与经营者的概念及其重要性
2．欧盟合同法上关于合同语言选择的规定
3．合同前信息义务的范围和目的
4．合意在欧盟合同法中的体现
5．比较英国法和德国法上的合同订立规则异同

拓展阅读书目

1．《合同法总论》，韩世远著，法律出版社，2004 年。
2．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。
3．《合同法原理》，谢怀拭等著，法律出版社，2000 年。
4．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。
5．《欧洲债务合同法》，斯蒂芬·葛洪德曼，1999 年。
6．《欧洲法律趋同与国内私法》，赖纳·舒尔策/汉斯·舒尔特-讷尔科（主编），1999 年。

第四章　合同的条款与内容

本章教学目的和基本要求：
1．学习在合同内容不确定或不完整时的处理
2．了解合同解释规则
3．掌握信息义务在欧盟合同法中的重要性
学时分配：2 学时

第一节　合同内容的确定性

一、合同内容不完整的情形
二、合同内容不确定的情形

第二节　合同的解释

一、缺乏欧盟层面的一般解释规定

二、目前法律文件中的个别解释规则

1．依当事人目的解释
2．依应有之意解释
3．以合同为整体解释
4．不清晰规则：以有利于消费者解释
5．解释与语言

三、“欧洲合同法原则”中的解释规则

1．依“原则”目的进行解释和发展，结合诚实信用和公平交易原则
2．依原则隐含的精神进行解释
3．依国际私法规则进行解释

第三节　合同的信息义务

一、合同信息义务与合同前信息义务的关系

相互补充、协调

二、合同信息义务的种类

1．合同履行必要的事实
2．给付信息
3．告知与举证义务

三、违反信息义务的法律后果

第四节　诚实信用原则

一、是欧盟基础法的一般法律原则

1．行政法的原则
2．公法的原则
3．《欧共体民商事司法管辖与执行公约》

二、是欧盟派生法的基本原则

1．一般交易条款指令
2．商业代理指令
3．证券服务指令
4．远程交易指令

三、诚信原则作为欧盟层面原则的具体化

1．诚信原则的影响
2．在派生法规则中的具体化的原则
（1）不限于消费者保护
（2）注意义务的要求
（3）作为内容控制的标准

四、对诚信原则进行统一性一般规定的限制

本章思考题

1．欧盟合同法中的解释规则
2．“欧洲合同法原则”中的解释规则
3．合同信息义务与合同前信息义务之间的关系
4．合同信息义务所包含的内容
5．诚实信用原则在欧盟合同法上的意义

拓展阅读书目

1．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
2．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。
3．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。
4．《合同法原理》，谢怀拭等著，法律出版社，2000 年。
5．《共同体法背景下的债法改革》，赖纳·舒尔策/汉斯·舒尔特-讷尔科（主编），2000 年。
6．《欧盟指令与民法》，赫尔伯特·罗特， 载《法学家报》1999 年，第 529 页以下。

第五章　合同内容的控制

本章教学目的和基本要求：
1．分析一般交易条款的产生背景和实践中导致的问题
2．使学生掌握欧盟“一般交易条款指令”颁布的目的
3．介绍欧盟及各成员国对一般交易条款进行控制的手段和方式
学时分配：2 学时

第一节　一般交易条款

一、一般交易条款中可能存在的问题

1．对方缺乏谈判机会
2．拟定方移转风险

二、一般交易条款内容“不公平”的确定

1．条款内容“合理性”标准
2．合同对方谈判机会
3．风险分担

第二节　“一般交易条款指令”的保护范围

一、消费者
二、弱势经营者是否可纳入保护范围？

第三节　一般交易条款内容控制的方式

一、一般交易条款内容被纳入合同内容的前提
二、法官的控制权
三、立法对一般交易条款的控制

第四节　内容“不合理”的法律后果

一、“分离说”：
合同内容“不合理”部分无效，其余部分仍然有效
二、合同全部无效

第五节　欧盟各成员国对一般交易条款进行控制的途径

一、团体诉讼

1．“一般交易条款指令”的规定

2．团体诉讼适用的对象

（1）不作为之诉：取得禁令（德国、奥地利、荷兰等国）

（2）损害赔偿之诉（法国）

3．团体诉讼的效果

二、行政控制

1．瑞典“消费者巡视官”制度

2．英国“公平交易署”

3．荷兰“政府委员会”

三、刑事制裁

1．特定前提

2．德国、法国有关规定

本章思考题

1．对一般交易条款内容进行控制的目的

2．如何确定合同内容“不公平”

3．欧盟“一般交易条款指令”的保护范围是否仅限于消费者

4．对一般交易条款内容进行控制的方式

5．内容“不合理”的法律后果

6．各成员国对一般交易条款进行控制的途径

拓展阅读书目

1．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。

2．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。

3．《欧洲合同法统一与德国法》，约根·贝斯多武（主编），2000 年。

4．《欧洲买卖瑕疵担保法》，，葛洪德曼/梅迪库斯/罗兰德（主编），2000 年。

5．《私法欧洲化——欧洲法院作为民事法官》，依莱娜·克劳尔，1997 年。

6．《欧共体消费者合同中滥用条款指令》，赫尔姆特·海因利希，载《新法学周刊》，1993 年第 1817 至 1822 页。

7．《一般交易条款以外的合同内容控制》，达哥马·克斯特-瓦尔津，《民法实务档案》，1990 年，第 190 期，第 1 至 33 页。

第六章　合同的效力

本章教学目的和基本要求：
1．系统分析合同的效力状态
2．结合时代与社会的发展，介绍欧盟合同生效要件的变化
学时分配：2 学时

第一节　合同的成立与生效

一、逻辑上的区分及其实际意义[1]

二、欧盟各国不同规定

1．不区分（法国法，源于罗马法）
2．区分（德国法）

第二节　合同效力状态

一、有效

生效要件：
1．当事人具备相应的行为能力
2．意思表示真实
3．合同内容不违法、不违背善良风俗

二、无效

欠缺生效要件

三、合同可撤销

意思表示瑕疵的情形，详见本大纲第七章第一节

四、效力未定

欧盟法上的典型：消费者撤回权行使期限内，详见本大纲第七章第二节

第三节　合同无效

一、无效合同

欧盟合同法上生效要件的变化
1．合同违法

[1] 韩世远：《合同法总论》，第 168 页以下。

2．合同违背善良风俗

社会善良风俗观念在欧盟的变化

3．对个人自由的保护

4．对经济自由的保护

二、合同中的无效条款

1．部分条款无效的目的

2．部分条款无效的判断标准

3．一般交易条款的“不合理”内容无效

三、无效合同的法律后果

1．履行请求权？

2．给付返还请求权

3．损害赔偿请求权

本章思考题

1．合同的效力有哪几种状态

2．欧盟合同法上生效要件的变化

3．一般交易条款的“不合理”内容无效情况下，合同整体的有效性

4．无效合同的法律后果

拓展阅读书目

1．《合同法总论》，韩世远著，法律出版社，2004 年。

2．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。

3．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。

4．《欧洲债务合同法》，斯蒂芬·葛洪德曼，1999 年。

5．《欧盟指令与民法》，赫尔伯特·罗特，载《法学家报》1999 年，第 529 页以下。

6．《私法社会中合同自由的宪法和欧洲法视角》，克劳斯-韦尔海姆·卡拉里斯，载《彼得·莱尔契 65 寿辰纪念文集》1993 年，第 873 至 891 页。

第七章　合同订立后意思表示的撤销和撤回

本章教学目的和基本要求：
1．介绍意思表示可撤销的规定在欧盟合同法中的适用
2．系统分析意思表示可撤销制度的机制
3．使学生全面了解消费者撤回权制度的产生、发展和目的
4．分析消费者撤回权制度给传统民法体系带来的冲击
学时分配：2 学时

第一节　意思表示的撤销

一、欧盟合同法的规定

1．缺乏对意思表示瑕疵（错误、欺诈、胁迫）可撤销的规定
2．原因：
（1）各成员国规定类似
（2）属于对具体案例的特别规定，与欧洲单一市场无重大关系
（3）不属于共同体的规定范围

二、有瑕疵意思表示可撤销制度机制

1．错误
（1）内容与表示错误
（2）性质错误
2．欺诈与胁迫
（1）欺诈
（2）胁迫
3．撤销权的行使及其法律后果
（1）撤销权的行使
（2）撤销的法律后果
4．与我国重大误解和显失公平制度的比较

三、相对人信赖利益的保护

1．相对人信赖利益损害赔偿请求权
2．信赖利益损害赔偿的范围和尺度

第二节　意思表示的撤回

一、消费者撤回权概述

1．基本思想、保护目的与发展历史
2．欧盟合同法中的规定

二、消费者撤回权的行使

1．撤回权的赋予
2．经营者的撤回权告知义务
3．撤回权的行使
4．期限的遵守

三、消费者撤回权行使的后果

1．合同无效
2．合同双方的给付返还关系

四、撤回权消费者保护的特殊性

1．消费者不受任何实质的损害
2．经营者承担风险和费用
3．特别情形规定

五、消费者撤回权制度对传统私法体系的冲击

1．合同坚守原则
2．合同自由原则

本章思考题

1．意思表示可撤销的前提条件和法律后果
2．意思表示可撤销制度与我国重大误解和显失公平制度的比较
3．对撤销权相对人信赖利益的保护
4．消费者撤回权制度的产生及其在欧盟合同法中的发展
5．经营者的撤回权告知义务是否合理
6．消费者行使撤回权的法律后果

拓展阅读书目

1．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
2．《德国债法总论》，梅迪库斯，杜景林、卢谌译，法律出版社，2001 年。
3．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。
4．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。
5．《欧洲私法核心领域的体系构造与体系漏洞——公司法、劳动法与债务合同法》，斯蒂芬·葛洪德曼（主编），2000 年。
6．《欧洲债务合同法》，斯蒂芬·葛洪德曼，1999 年。

第八章　合同与第三人

本章教学目的和基本要求：
1．从合同的相对性出发，分析合同与第三人的关系
2．分析欧盟合同法中对涉及第三人合同的态度的变化
3．讨论对第三人的合同保护的问题
学时分配：2 学时

第一节　合同涉及到第三人的情形

一、为第三人利益的合同

1．欧盟合同法以往存在的问题
2．“欧盟合同法原则”的影响
3．欧盟几个法律文件中的规定

二、关联合同中的第三人问题

1．消费者行使撤回权的情形
2．给付障碍的情形

三、债权转让

1．目前立法状况：“消费者信贷指令”第 9 条
2．债务人的抗辩权
3．“欧盟合同法原则”中的有关规定

四、合同的转让

1．目前立法状况
（1）营业移转指令
（2）一揽子旅游指令
（3）一般交易条款指令
2．“欧盟合同法原则”中的有关规定

第二节　对第三人的合同保护

一、涉及第三人的合同与侵权行为法的关系

二、非合同当事人的合同请求权

1．人身伤害与财产损害的情形
2．纯经济损害情形

三、非以合同意图为基础的第三人请求权

1．债权人的代位权与撤销权
2．相互关联的合同

四、抗辩权与第三人

本章思考题

1．为第三人利益的合同在欧盟合同法中的发展及其背景
2．关联合同中的第三人保护问题
3．目前欧盟合同法中关于债权转让的规定
4．目前欧盟合同法中关于合同转让的规定
5．涉及第三人的合同与侵权行为法的关系
6．非合同当事人的合同请求权
7．第三人的抗辩权

拓展阅读书目

1．《合同法总论》，韩世远著，法律出版社，2004 年。
2．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
3．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。
4．《共同体法背景下的债法改革》，赖纳·舒尔策/汉斯·舒尔特-讷尔科（主编），2000 年。
5．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。
6．《通往欧洲民法典之路，迪特·马提尼/诺曼·维茨里布（主编），1999 年。

第九章　欧盟给付障碍法

本章教学目的和基本要求：
1．系统了解合同给付障碍的不同情形
2．对欧盟给付障碍法中的几个基本问题进行分析
3．介绍目前欧盟合同法中规定的几种给付障碍形式
学时分配：2 学时

第一节　合同履行中的给付障碍

一、给付不能

1．自始不能
2．嗣后不能

二、履行迟延

1．债务人迟延
2．债权人迟延

三、积极侵害债权

四、其他给付障碍

第二节　欧盟给付障碍法中尚未确定的几个基本问题

一、对方的履行请求权

1．大陆法传统：对方可继续请求履行
2．普通法与大陆法的不同

二、合同侵害的统一标准问题

1．是否制定统一的给付障碍的标准
（1）统一标准：《联合国国际货物销售合同公约》
（2）特定前提模式：《德国民法典》
2．欧盟合同法无明确规定
（1）原因：至今只规定了特定的几种违约形式
（2）趋势：《联合国国际货物销售合同公约》的统一标准模式
（3）体现：
——“消费品买卖与担保指令”
——“一揽子旅游指令”
——“支付迟延指令”
——“跨国转账指令”

三、损害赔偿请求的过错与无过错原则

1．过错责任原则与“特定前提模式”相适应
2．损害赔偿请求权规定[2]
（1）完全的损害赔偿请求权
“一揽子旅游指令”
（2）特殊的损害赔偿请求权：针对不同的损害种类
“支付迟延指令”
“消费品买卖和担保指令”
“产品质量指令”

第三节　目前欧盟合同法中规定的给付障碍形式

一、商业来往中的支付迟延
二、消费者买卖合同中的瑕疵担保
三、一揽子旅游合同中的履行障碍
四、跨国转账中的履行障碍
五、远程交易中的不履行

本章思考题

1．给付障碍的表现形式
2．受侵害方的继续履行请求权
3．消费者买卖合同中的瑕疵担保
4．目前欧盟合同法中的给付障碍形式
5．统一欧盟给付障碍法的可能性和存在的障碍

拓展阅读书目

1．《合同法总论》，韩世远著，法律出版社，2004 年。
2．《欧洲合同法》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
3．《欧洲合同法的体系与原则》，卡尔·里森胡柏，2003 年。
4．《欧洲合同法》 德[海因·科茨] 著，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社，2001。
5．《欧洲合同法原则》，兰度委员会，1999，韩世远译，《民商法论丛》第 12 卷。

[2] Karl Riesenhuber，Europaeisches Vertragsrecht，2003，S. 327。

《越轨社会学》教学大纲

皮艺军　编写

目　录

一、前　言.....3
（一）课程性质.....3
（二）编写目的.....4
（三）课程简介.....5
第一章：越轨的界定.....5
第二章：研究方法和学科的定位.....5
第三章：宏观理论.....6
第四章：中观理论.....6
第五章：微观理论.....6
第六章：多层次理论.....6
第七章到第九章：暴力越轨、性越轨和非诚信越轨。.....6
第十章：社会控制.....6
二、课程教学目的和基本要求.....7
（一）课程教学目的.....7
（二）课程要求.....7
三、课程主要内容及学时分配.....8
（一）课程主要内容.....8
第一章　越轨的界定.....8
第二章　研究方法与学科地位.....10
第三章　宏观理论.....11
第四章　中观理论.....13
第五章　微观理论的解释.....13
第六章　多层次理论.....14
第七章　暴力越轨.....15
第八章　性越轨.....15
第九章　违背诚信的越轨.....15
第十章　越轨的社会控制.....15
（二）学时分配.....15
四、相关教学环节.....17
五、复习与思考题.....18
六、拓展阅读书目.....19

一、前　言

我校开设的越轨社会学是全国范围内第一个采用自编教材进行讲授的课程。越轨社会学不论在政法院校，还是在国内的文科院校，都应当是一门新的课程。在国内尝试开设这门课程的院校十分罕见。即使像复旦大学和华东政法学院开这门课的院校里，也没有专门的教材。在中国政法大学这门课程从 2003 年开设之初就收到良好的效果，作为全校通选课，申报选修人数十分踊跃，当年选修人数高达 400 多人，受到学生的热烈欢迎。学生反映这门课视角新颖，方法实用，内容丰富，在重点讲授规范法学的课堂上，这门课给人耳目一新的感受。由于国内尚未出现有关越轨社会学的系统论著，系统介绍和讲授越轨社会学知识的教材，在国内尚属首例。所参考的资料也十分有限。2004 年本校看到这门课程的价值和发展前景，将《越轨社会学概论》列为《新纪元高等政法院校系列教材》即时予以出版。这是该研究领域内第一部系列讲授越轨社会学的教材。

（一）课程性质

本课程是社会学的一个分支学科。是以违反社会价值准则的现象和行为作为研究对象的一门学科。其研究对象与伦理学中的悖德行为、犯罪学中研究的违法行为以及刑法学中的犯罪行为相区别。越轨行为被当作与上述行为共同具有内在相似性的行为，其表现形态、发生机制和控制方法都与上述行为相类似。因此，对越轨行为的研究应当成为研究悖德行为和违法犯罪行为的重要参考。本课程结合越轨现象和行为的观察、统计和分析，重点讲授社会学的方法论，掌握观察越轨行为的发生发展规律、分析经验事实的途径。从而把知识的吸收和知识的发现有机地结合起来。

从研究的顺序来看，如果说法学就是对特定的越轨行为运用法律加以制裁和正式干预的学问。那么，法律所依靠的基础学科是什么，当然是那些有关越轨、违规和犯罪行为机制研究的相关学科。越轨社会学是以人类理性判断的准则、对规则的制定、遵守与违反为起点，这显然是最为基本的知识。

从方法论上来看，法学体系并没有足够的空间来接受科学意义上的方法论，而主要仰赖于形而上学的研究方法。反之，本学科作为一门整合的学科，任何可以用于观察人类行为的方法都不会受到排斥，自然科学和社会科学的多种实证方法都被用于观察越轨。因此，法学只有要这一学科的实证方法为依托，才有可能最终实现其价值，才有可能真正跻身于科学之林。

从学科的性质来看，法学是一门规范学科，但在整个规范体系中，法律本身只是一门特定门类的规则。本学科涉及的是一门大规则，是包括法律、道德、习俗、纪律、舆论和人类价值准则在内的大规则。大规则里所涉及的原理，是法学的上位学科的基础理论，就像社会性是阶级性的上位概念一样。因而，在学科一体化的建构中本学科属于基础学科。

从研究的对象来看，法律只对事实与法律规范的对应关系感兴趣，对违法的原因并不在意。而本学科从这个意义上讲是一门违规行为的原因学，这是一门事实学，并不像法学那样关心规范的内容，而是要追索人类创制规范、毁坏规范的原因所在。人类的终极追求，不是对恶行的“报复性反应”，而是要通过事实探明恶最初始的发端并扼制它。

从规范的实现过程来看，法律是对某种危害行为的滞后反应，是在恶行发生之后才去处理作恶的人。法律是以外在的、他律的、强制的形式出现的。被外在力量所束缚才能遵循规范，这并没有把人与动物真正区分开来。本学科所关注的社会价值准则有可能内化成为制约恶性冲动的内部力量，实现自律，这才是人类与动物最根本的区别。

从规范的功能来看，法律主要是为了制止人们作恶而制定的，法律的强制性本身就蕴含着不得已的恶。人类社会不仅是为了抑恶，还要扬善。本学科里的那些可以包容法律的大规则，其功能不

仅能制止人类作恶，而且引导人们向善，这才应当是人类的终极理想。

法律关注人，但她只关注法律关系中的人，关注的是法律人，而并不涉及与欲求、冲动、本我、攻击性、DNA、基因相关的人。本学科研究的是社会人，同时也没有忘记，在成为社会人之前的生物学意义上的人，也就是生物人如何向社会人的过渡，从而达成最终的人文关怀。在这门课程中，我们注意中国社会科学的发展史中，应当补上人文科学启蒙主义这一堂课。

（二）编写目的

《越轨社会学》重点讲授的是人类社会规范的建立、违反和预防的规律，这对于所有法学专业和非法学专业的学生都具有很大的吸引力。同时，应当看到方法论的缺失也是当前法学专业学生的一大弱项。这门课重点讲授社会研究的方法论和理论范式。从方法论上讲，可以从这门课程中学到法学教学中难以学到的方法论方面的知识。因此，这门课受到热烈欢迎也正是因为她较圆满地调整了学生的知识结构。

本课程的开设具有原创性的科研成果的性质。这一门课程的内容符合当前政法院校办成多科型、综合型大学的办学方针，对于学生理解有关规范学科的理论基础，熟练使用研究方法，提高独立的观察能力和科研能力，可以弥补一般法学教材在方法论方面的不足。文科和社会科学专业的基础课程。由于这门课是从人类社会最基本的规则的制定、施行、违反以及对越轨者的处置开始讲起，因此，对于学习法律的学生来说，本身就是一门基础课程，对于促使他们理解法律的基本含义和概念，有积极的促进作用。

让学生们认识到，越轨社会学不论是在政法院校，还是在国内的文科院校，都应当说是一门全新的课程。所能够参考的专著和教科书是十分有限的。这就加强了这门课程在信息资料收集和浏览方面的局限性与难度。然而，这门课程又有其极大的发展潜力和空间。首先，越轨现象是社会生活中分布极为广泛又能其特殊性的一种社会现象，遍布人类生活的各个角落，拥有十分丰富的观察对象，从而使得这门课程具有观察和解释方便的便利。这种多样性的存在，也要求学生们首先学会对各种现象的分类和分类标准，提高区分复杂社会现象的能力。

认识到越轨社会学是一门实证学科，要求学生用定量分析的方法来面对研究的对象。这门课程将纠正对法学院校中缺乏方法论教学和实证研究方法训练等缺陷，克服法学专业单一的形而上的研究方法，为学生补充科学的方法论方面的知识和实践经验，使得社会科学专业的学生包括法学专业的学生，在掌握专业知识的同时，提高对社会现象和社会行为的观察分析能力。这门课程也是消除法学专业注重书本知识，轻视实际观察能力的倾向，使得学生在迈向社会之前能够对真实的现实的社会有更为清醒的理解，认识到理论联系实际的重要性，观察到法律在社会中实现的全过程。从而使得法学专业的学生，除了法律问题之外，也能在社会问题面前也保持发言的权利。

重点让学生们理解本课程是社会学的一个分支学科。是以违反社会价值准则的现象和行为作为研究对象的一门学科。其研究对象与伦理学中的悖德行为、犯罪学中研究的违法行为以及刑法学中的犯罪行为相区别。越轨行为被当作与上述行为共同具有内在相似性的行为，其表现形态、发生机制和控制方法都与上述行为相类似。因此，对越轨行为的研究应当成为研究悖德行为和违法犯罪行为的重要参考。本课程结合越轨现象和行为的观察、统计和分析，重点讲授社会学的方法论，掌握观察越轨行为的发生发展规律、分析经验事实的途径。从而把知识的吸收和知识的发现有机地结合起来。

重点讲授的是人类社会规范的建立、违反和预防的规律，这对于所有法学专业和非法学专业的学生都具有很大的吸引力。同时，应当看到方法论的缺失也是当前法学专业学生的一大弱项。这门课重点讲授社会研究的方法论和理论范式。从方法论上讲，可以从这门课程中学到法学教学中难以学到的方法论方面的知识。因此，这门课受到热烈欢迎也正是因为她较圆满地调整了学生的知识结

构。

本课程的开设具有原创性的科研成果的性质。这一门课程的内容符合当前政法院校办成多科型、综合型大学的办学方针，对于学生理解有关规范学科的理论基础，熟练使用研究方法，提高独立的观察能力和科研能力，可以弥补一般法学教材在方法论方面的不足。文科和社会科学专业的基础课程。由于这门课是从人类社会最基本的规则的制定、施行、违反以及对越轨者的处置开始讲起，因此，对于学习法律的学生来说，本身就是一门基础课程，对于促使他们理解法律的基本含义和概念，有积极的促进作用。

（三）课程简介

在法学院校里开设越轨社会学，是对法学专业学生知识结构进行深入调查了解所得出的结论，讲授了一般法学学科所不能给予的知识点和方法论要点；

越轨社会学与犯罪学有着十分亲密的关系。这两个学科是在不同层次的规范基础理论体系。犯罪学是当前刑事学科一体化中最为重要的基础理论之一，对于刑事法学的发展起着基石的作用。然而，由于各种原因，特别是由于功利主义的影响，刑事法学被称为显学，迫使犯罪学在中国的发展至今没有寻找到发展的途径，处于历史发展的瓶颈之中。在教学中也出现犯罪学课程被冷落的局面。因此，可以预见越轨社会学的发展将会促进犯罪学被人重新认识，随着越轨社会学学术影响的扩大，犯罪学也将会受到更广泛的重视。

本课程以越轨的产生、变化和控制的理论解释为主要内容。首先，通过这种界定提出了本学科的研究对象。由于越轨是全部非规范行为中的上位概念，即悖德、违法和犯罪等均属于非规范行为，与越轨是属种关系。对于研究对象的这种界定，使得学生可以从原初意义上了解规范与越轨的含义，从而对悖德、违法和犯罪行为的发生机制有更深刻的理解；

本课程中增加了大量最新的越轨理论，这些理论是相关的国外越轨论著中所没有收录的，如“社会生物学”、“亲本投资理论”、“一般压力理论”、“羞耻感重整理论”和“社会交换理论”。从而使该课程符合时代发展的要求。在该课程中还力求避免只讲西洋，不问本土的局限性，除了国外研究成果之外，还大胆吸收了国内在相关领域的最有影响的成果，使学生们在理解本国研究成果的同时，思考理论研究的本土化问题；体系中进行的论述。越轨社会学应当是犯罪学的上位学科，是犯罪学赖以支持的基础。

全部课程共分为十个部分。这十个部分是与本课程的教材所划分的十个章节相对应的。

第一章：越轨的界定

该课程首先对于生活中出现的越轨现象和行为进行了具象地描述，由此引导学生对于这种特别的现象从感性上加以理解。为进一步进行理性分析和理论解释做好铺垫。在这一部分对于越轨的理解从常识性的理解过渡到了科学的理解，从而对于纷繁复杂的越轨做出清晰地界定，提出了科学的越轨定义。

第二章：研究方法和学科的定位

这一部分对于越轨研究方法做了详细的讲解。体现出本课程所强调的强大的方法论体系。在方法论的讲授中，使学生们体会到他们好像是在从一个工具箱中取出适合的工具。针对每一种不同层次、不同各类的现象和行为，都有可能运用不同的理论范式加以解释。这门课程促使学生们把科学的、实证的方法论作为本学科的主要研究工具，从而与法学、伦理学的形而上学的、思辨的方法相区别。价值无涉原则的提出，是对社会科学研究的总体把握。对越轨的相对主义的理解，也是对社会科学中绝对主义倾向的一种批判。

第三章到第六章，本课程对越轨社会学这一学科十分庞杂的理论体系进行了全面的梳理，提出了“宏观——中观——微观——多层次”的层次结构。这种划分从整体上对宏大的越轨理论体系进行了明确的划分，有利于从整体上加以理解和把握；把方法论的阐释提高到一个新的高度。从而有利于方法论欠缺的法学专业学生弥补这方面的知识缺陷，同时也增强了学生们观察和解释相关对象的科研能力；

第三章：宏观理论

这一课程的宏观理论把自然环境和生物有机体当作第一层次，把结构功能主义、冲突论和唯物主义当作解释越轨的第二层次。把社会生物学这样的交叉学科，克服了上述理论各执一词的倾向，成为自然与社会两大层次的整合学科。从宏观层面上研究越轨的发生，对于下述课程起着主导作用。宏观理论分为三个层次，分别为自然环境和生物有机体的理论解释；第二层次是社会结构与社会冲突的理论解释。在附录中介绍了整合的层次，即社会生物学的解释。

第四章：中观理论

中观理论是从宏观理论中分离出来的社会生活横截面，以社会解组、符号互动论和亚文化理论为主体。中观理论可以划分为第三个层次即社会解组理论的解释；第四层次即亚文化群理论的解释；以及在附录中介绍了社会心理学理论的解释和一般紧张理论的解释。

第五章：微观理论

微观理论主要倾向于对于个体与社会、个体之间的互动关系的解释，从而克服了社会科学中只见社会不见人的片面性。微观理论中包括第五个层次社会互动理论的解释；第六层次即个性心理的理论解释。

第六章：多层次理论

多层次理论是把上述未能包括进来的，或是介于不同层次之间的一些最新出现的理论进行介绍，从多层次交叉的角度，提出一系列十分实用有效的越轨理论，用以进一步拓展了学生的观察视角。多层次理论包括标定理论；羞耻感重新整合理论；社会交换理论；

这一学科花费大量篇幅介绍各种理论范式，同时也列举了大量纷繁复杂的越轨现象和行为，并有的放矢地选取适当的理论进行恰当的解说，体现了这一学科作为一门事实学的特点。

第七章到第九章：暴力越轨、性越轨和非诚信越轨。

在分则部分本课程主要是从暴力、性和非诚信等三个方面对越轨行为的成因进行解释，是其他越轨行为解释中最为典型的解释模式。暴力越轨、性越轨和非诚信越轨，是全部越轨行为中最为典型、最为普遍、社会影响最为巨大的三种越轨类型。在对这三种类型的讲解中，可以使学生了解到人类社会中最基础的一些越轨形式。

第十章：社会控制

本书的最后讲述了社会对越轨的基本反应，即社会控制中的理论与原理。

二、课程教学目的和基本要求

（一）课程教学目的

1．法学专业的学生面临的大都是社会中的规范制定、执行和对规范的违犯。因此，有必要全面了解社会越轨的基本含义和正向负向功能，熟悉各种越轨行为的类型，可以准确区分不同性质的越轨在全部越轨行为的体系中所处的层次，以及各种越轨所触犯的规范。

2．中国文化和认识论当中有绝对主义的传统，即对事物的属性要求做出非此即彼的判断，在观察中更多的是对事物进行定性，而对事物在量方面的变化和联系有严重地忽视.因此，在课程中力求让学生理解相对主义与绝对主义的区别，认识到绝对主义的局限性。掌握认识人类行为中，相似行为是一种解释方法，在相似行为之间保持着形态的差异性和性质的一致性。学会用相似行为的方法解释生活中遇到的某种越轨行为。能够区分常识性判断与科学判断之间的区别；

3．初步了解社会科学研究的方法论的意义，理解方法论在理论范式中的体现。认识到有必要运用多种解释工具来应对复杂的社会现象。在这一节中还特别提到在社会科学研究中，特别是在对社会阴暗面的研究中要防止出现价值涉入的倾向，防止带着社会偏见进行到研究过程之中。强调了实证方法的科学性。提出了在社会研究中的“价值无涉原则”，这对于学生在进行实证研究中提供了最基本的指导；

4．使法学专业的学生更加熟悉规范的建立和被违反的过程,了解法律在社会中实现的过程可能出现的变形，从而把越轨社会学的知识点作为法律实施之前的基础。这门课程所具有的应用价值可以使得学生们做好就业前的准备，就业后对于社会问题的研究具有初步的操作经验，对于评估研究、社会预测的知识有所了解。在个人生活方面，同样也可以在日常生活的决策方面和对于个人行为的选择方面获得相应的感性认识。

实验教学基本要求。越轨社会学不仅是一门理论课，更有很强的应用性。

这门课程的基本要求是：要求学生认识到这门课程中对每一个概念的理解都不是主观的，而是要求是从客观层面的认识和理解；要求学生对现实中的越轨问题进行讨论和辩论，在论辩中领会其中的理论和实践意义；要求学生对越轨现象和行为进行实地观察；要求学生尽可能在可以涉及到的领域进行调查；要求学生的实证调查和分析能够被用于自己期末论文之中。

（二）课程要求

1．对于各种越轨理论的介绍是本书的重点。将不同的理论区分为不同的层次。对理论的结构进行这种划分，有利于从整体上把握社会研究所需要的最基本的理论模式，并可能根据研究对象，从不同的理论层次展开观察和描述。而避免将不同层次的事物加以混淆；这些包含多种层次理论要素的学说，体现了多种学科的相互交叉。由此提出了学科整合和多种方法论整合的新理念；

2．对三种主要的方法论加以解释，即实证主义方法论、反实证主义方法论和唯物史观的方法论。对越轨社会学中最具代表性的理论流派和观点进行分类叙述。教授把众多理论观点进行划分的标准，理解什么是科学的解释、非科学的理论和多层次的观点，从而达到便于学生们在理解中融会贯通的效果。针对这种倾向讲述了科学研究中的价值无涉原则。对于越轨社会学的学科定位做专门的论述，讲解研究对象的确定以及与犯罪学、伦理学、刑法学的关系均成为这一学科定位的依据。

3．重点讲授理论类型和解释工具。使学生了解理论的分类，理解宏观、中观、微观以及多层次的理论划分的意义。结合实际逐一讲解具有代表性的理论要点，使学生能够联系身边的现实加深理解。

三、课程主要内容及学时分配

（一）课程主要内容

本课程共分为十章。第一章到第六章为方法论和基础理论部分，相当于总则。第七章到第十章为应用部分，相当于分则。全书的结构体现了这是一门以方法论和理论范式为重点的学科。

第一章　越轨的界定

首先提出了对越轨的感性认识，这是下述理论分析之前的一个必要的铺垫。

研究越轨的意义也是需要提前提出的，为下一步的分析做好准备，越轨的功能分析是社会学研究方法的一大特色。

第一节　认识越轨

一、感性认识。在本学科中，我们试图把越轨的概念当作一个科学的概念，在这里，越轨不仅仅限于描述两性关系，而是被认为是对某种价值准则的违反。科学在理解和运用这一概念，是本学科的基本任务。这一学科的问世和普及，可以使公众从这一概念的狭义理解中跳出来，从全部社会生活和人类生活的角度对这一现象和行为进行科学的考察。

越轨被看作是一种不适应行为，是个体对主导规范文化的不适应。既可以被看作是越轨的文化解释，也可以被看作是社会学的解释。适应在这里被理解为对主场规范的服从和遵守。越轨是一种不适应，但同时也有可能是归顺于另一套与主场文化相分享的亚文化规范体系，在那个体系中，个体重新获得了适应。

二、研究越轨的意义。我们所处的环境不单是由物质构成的，而且是观念精神构成的。对于规则的理解，是人类生活中每天都要做的一件事。理解了规则的含义，你还要根据自己的理解选择自己的行动。规范是怎样产生并发生作用的？不恰当的规范同不恰当的行为是怎样产生的？在规范面前，人们的行为会出现什么的错误？到底是根据什么来选择我们的行为？这就是要求我们理解越轨。

三、越轨负向功能分析，使得学生可以全方位地把握越轨现象的本质，不再把越轨作一种表象的或是词面上的理解。越轨不仅具有破坏性，同时也可能具有建设性，从而能采用一种中立化的立场看待这种现象。（一）危害性判断。从常识的角度看待越轨，一般把这种行为看作是仅仅具有危害性的行为。它是反常的、违规的、令人不解的或是令人厌恶的。越轨的危害性后果，既促使社会中的大多数人对这种越轨的否认，也促使社会借助于舆论的力量或强制的力量，通过制度和准则的确立，对这种越轨施加限制。社会性危害后果一方面可以成为界定越轨性质的准绳和制度保证，另一方面也是制定各种反越轨对策的根本依据。（二）个体危害后果。对个体的危害中，肉体的伤害是最直接也是最的明显感知到的，这就是各种暴力型越轨所造成的后果；对人的心理伤害，包括对人的理性、情感、自尊的侵犯。这最鲜明地表现为对他人的价值准则的侵犯；对人的精神伤害，所造成的结果可能是长期的，其后果可能会大于肉体伤害的后果；对他人权利的侵犯，包括对他人的隐私权、肖像权、受保护权、受教育权、性权利等基本权利的侵犯。（三）社会性危害后果。包括对社会生活秩序的危害；对社会经济秩序的危害；对社会价值观、道德情感的危害。

四、绝对主义与相对主义。（一）绝对主义的局限性。从理性上讲，仅仅以主导的价值观为准则，对某些越轨行为的性质加以否认，可以被看作是一种绝对主义的认识论。（二）相似行为。相似行为的提出是本课程中最具有原创性的论点之一。功能分析之后提出的相似行为其实是一种研究的路径，这与下述的相对主义是相呼应的，从而避免了孤立地分析某一种现象，而否认现象之间存

在着的必然联系。认识到这种必然联系，对于全面把握现象的内在规律性是十分必要的。其中一个重要意义，就是相对主义的原则可以为社会对越轨做出客观的、科学的反应提供了依据。相似行为的提出，是“还原论”在行为分析中的体现。把复杂的形态还原为简单的形态，把特殊的形态还原为一般的形态，在最原始的形态与最高级的形态之间必然存在着一个连续的系谱，这就是为某类相似行为划定的边界。（三）相对主义的目标。可以防止因绝对主义导致的理论偏见。强调规范的相对性和动态发展。开放的社会排斥绝对主义。

五、常识性解释与社会学解释。对越轨进行感性的认识，必须上升到科学认识的层面上来。这是科学研究的基本要求。但感性的认识是理性认识的基础，是为科学研究所做的必要准备。常识性解释不同于科学解释，区别就在于使用了不同的观察方法、不同的调查方法、不同的分析方法和解释方法。

第二节　越轨的界定。

一、界定标准

提出了区分复杂越轨现象或行为的三大标准：即医学标准、价值标准和统计标准。三大标准的提出，使得学生有可能区分或是划分类型方面有章可循，有可能把复杂的越轨形态更为清晰地呈现出来。越轨的界定中提出了越轨层次的选取，即对越轨的界定不是取决于感觉，而是取决于理性的判断。按照越轨的严重程度和所触犯的规范来定，越轨社会学中的越轨，既不是感觉上的反感，也不是十恶不赦的邪恶。其中一个重要的原因在于，越轨社会学要有其自在的概念体系，不能与伦理学，也不能与犯罪学、刑法学等同起来。越轨被定义为其性质具有相对性的、违反重要规范的、多数人不赞成的、有可能受到惩罚的行为。

（一）医学标准。即生理、心理和精神的标准。是用医学诊断的方法，来确定人的肌体中的生化指标、精神状况、心理状况和体质状况。可以查明从事某些怪异行为的人，到底是因为生理上的器质性病变，还是因为精神障碍、人格障碍或心理异常。（二）价值标准。以道德、习俗或价值观作为认定越轨的准则。这是最重要的也是最为普遍采用的一种标准。人类对行为性质的判断和识别，是通过对赋予行为之上的意义的理解来完成的。价值判断对于越轨的定性是至关重要的。从而成为衡量越轨的最为重要的标准。（三）统计标准。也就是统计学的标准。用以测量越轨的分布和比例。根据大数定理，从统计中我们可以发现越轨是少数队所为。

二、规范的界定。同时也对越轨所违犯的“轨”"，即价值规范的定义和类别进行了界定。规范、规则是与越轨行为相对应而存在的。二者的关系同样也是需要澄清的，鸡与蛋的关系被用于解释规则与越轨的关系。危害行为发生在先，对行为的标定在后、事实在先，认知在后。即存在先于感知。

（一）规范的定义。人们社会行为的规矩，社会生活的准则。规范的本质被理解为一种限制和否定。（二）规范的类别。秩序、法律和道德是对规范的一种分类。但也可以把规范分成两类：成文规范，如法律、法令、条令、规章、教规等；不成文规范，如习俗、习惯、道德、舆论等。（三）规范的功能。可以分为指导功能、激励功能、戒止功能和威慑功能。

三、越轨漏斗

（一）越轨层次的选取。根据人对越轨行为的感知程度作为衡量越轨的标准。排除那些“感觉”的层次，在“判断”的层次上选取第五层次即某种事物违反准则或价值观念的判断。这种选择把本学科的核心概念同其他学科的相似概念相区别。既区别于一般的常识性的“感觉”，也区别于伦理学、犯罪学、刑法学和人类理性的最高判断。（二）越轨的定义。某一社会群体的成员判定是违反其准则或价值观念的任何思想、感受或行动。

四、越轨的功能

（一）越轨是社会的正常现象；（二）越轨有益于社会进化；（三）越轨可加强社会团结；（四）越轨可明确道德法律的界限；（五）越轨可降低社会紧张。

五、越轨的类型

（一）分类的标准。因行为违反的规范不同而进行的划分；因生理、心理或精神疾病引起的越轨；因人的行为方式不同而做出的划分。（二）不同的分类。大百科全书的分类：可以分为不适当行为；异常行为；自毁行为；不道德行为；反社会行为和犯罪行为。迪尔凯姆的分类：生物越轨者；功能造反者；异常越轨者；默顿的分类：变换手法者；形式主义者；退缩者；反叛者。

第二章　研究方法与学科地位

法学研究中惯常使用的形而上学方法论并非是科学的，要让方法论上升到科学的层面上来。

第一节　研究方法与原则

越轨社会学运用多种解释工具来应付复杂的社会现象。针对不同的对象可以采用不同的理论范式。

一、真实性判断。真实性可以被分为赞同型的真实性与经验型的真实性。

前者别人告诉你，而你也信以为真的的事物；后者是低空通过直接经验所了解的到的事物。

二、方法三论

（一）实证主义方法论。孔德主张社会学的研究对象是客观的，是可以也应当运用测量和统计的方法来进行查证。只有在经验的范围内，理性才可能是实证的，超出这个范围，理性就要走向自己的反面，变成虚妄、无用、不确实、不精确、机械、绝对。而迪尔凯姆进一步指出社会学的方法就是把社会现象看作是实实在在的客观事实，是独立于个人之外并支配个人的行为，不能从个人方面，而是要从社会结构方面来解释社会现象。

认为社会学的研究对象和自然科学的对象一样是纯客观的；社会现象是可以感知的，经验是科学的唯一来源，只有被经验证明了的知识才是科学；社会学的任务是说明社会现象实际是什么，而不是应该是什么。科学只回答真与假的问题，不能回答善与恶、美与丑的问题。因此，事实和价值的区分是社会学必须遵循的基本原则。

（二）反实证主义的方法论。马克斯·韦伯认为：社会学是指这样一门科学，即它以解释的方式来理解社会行为。据此，通过社会行动的过程及其结果，对社会行动做出因果解释。要研究人的行为，是因为每个人都赋予他的行为一定的“意义”。行为之所以是有意义的，是因为某个或若干个行动者都将其主观意义与其行动联系起来。移情式的理解是韦伯所主张的一种认识方法。反实证的方法论强调自然科学与社会科学之间的区别，突出社会现象的不可重复性，反对把自然科学的方法绝对化；强调考察主体的认识能力，突出社会行动者的主体性、意识性和创造性，反对把人当作非人格的物化现象；主张社会唯名论，反对社会唯实论。强调借助于价值关联，理解人的主观意义在社会认识上的重要作用。

（三）唯物史观方法论。马克思主义犯罪学理论。这一理论认为，犯罪是社会非道德化的结果，反映出社会上人性的崩溃瓦解。法律并非被设计用来维持社会的安定和进步，犯罪人也并非是愿意侵害他人权利的邪恶之人，犯罪必须要在资本主义社会的政治经济环境中去寻找。

三、越轨理论概述

本课程中特别用分类列表的方式，对越轨理论的流派及观点进行罗列，达到便于学生检索和查阅的目的。一览表分别列出越轨理论流派的解释根源与分析层次、代表人物和理论观点兴趣要等三个部类。在“解释根源与分析层次”之中又划分了“科学的解释”、“非科学的解释”和“多层次的解释”三个部分。在科学的解释中，自然环境和生物机体的解释、社会结构和社会冲突的解释、特殊的社会结构的解释、控制理论的解释、亚文化解释、社会相互作用的解释、个人心理的解释。在非科学的解释中，有具体相互作用过程、特定情境和行为的独特性质、具体的活动与事件；在多层次的解释中收集了多种整合多种理论的解释方法，如标志论的解释、编剧理论的解释、现象学和本土方法论的解释、社会生物学的解释、社会交换理论的解释和羞耻感重新整合理论的解释。

四、价值中立原则。

在社会现象的研究中，特别是在对社会负面现象的研究中，研究者容易的某种社会偏见，亦即价值涉入，从而对研究的真实性和信度效度产生消极影响。马克斯·韦伯提出“价值中立”的原则，他认为要做一个冷静的科学的观察者和研究者，就要保持对现实认识的客观性，就必须在认识过程中摆脱任何价值因素。为什么要价值中立。价值无涉的原则使得研究客体用最原本的方式显示其自身的过程和方向，这就增加了研究结果的真实性和可靠性。韦伯认为，价值中立是指在认识过程中要区别事实世界和价值世界、事实描述和价值判断。但是在探讨原因时，就要追溯导致现象生成的人的行动动机，亦即需要人赋予行动的主观“意义”，而理解人的主观意义就必须借助于人们的价值关系。在这个意义上，社会学研究又是与价值相关的。

第二节　学科定位

在对学科的定位中，把本学科的研究对象，同伦理学、刑法学和犯罪学的研究对象进行了区分。这一点对于法学专业的学生尤为重要有利于把法律或是某个部门法与越轨社会学的比较清晰的区分对于学科的定位本身就是对这类现象的本质特征的一种认可。

一、学科的产生

（一）实证方法的基础。自然科学的发展为人们的认识工具的扩展奠定了基础。功利主义和实用主义的思想也促使了以自然科学的实证方法在社会科学研究领域里的广泛应用。（二）以实证方法解释越轨。通过引进生物学、物理学等自然科学的知识的解释工具，孔德、斯宾塞于十九世纪三十年代创立了用于解释社会问题的社会学。社会学的问世是由于工业化时代的到来所引发的大量社会问题，需要得到科学的解释。（三）越轨研究的起始阶段。二十世纪六十年代迪尔凯姆提出了失范理论，贝克尔提出了标签论标志着越轨研究的起步。

二、研究对象

（一）分层研究，根据观察的维度、解释工具和定量研究等方面存在的差异，对越轨现象和行为的研究是分层次的。（二）关于研究对象的讨论。社会学具有与哲学、生理学、心理学、法学、伦理学所不同的研究对象。社会学研究的是社会事实，社会事实具有不同于自然现象、生理现象和法律现象的特征。它先于个体的生命而存在，它的存在不取决于个人，是先行的社会事实造成的。社会事实以外在的形式“强制”和作用于人们，塑造着人们的意识，对于某些社会规则拒不遵从将受到惩罚。

第三章　宏观理论

第三章到第六章分别论述了越轨解释的“宏观理论”、“中观理论”、和“微观理论”。宏观理论共分为三个板块，即自然环境和生物有机体的解释、社会结构和社会冲突的理论解释以及社会生物学的解释。

第一节　第一层次：自然环境和生物有机体的解释。

这是对越轨原因进行的最基本、最一般的解释，也是一种超社会的解释，是超出特定时空限制所做的解释。

一、关于第一层次的理论解释

是从非社会的领域中——或者是外在于个人的自然环境、或者是自然机体本和——寻求对越轨行为的解释。

二、自然环境

自然环境与人的越轨之间的相关性，很早就受到科学家的关注。气温、气候、月相等自然现象都曾被当作与越轨的相关因素进行考察。

三、遗传与越轨

遗传与越轨的关系，被看作是考察人类行为是“先天本性”，还是“后天教养”这一重大问题

的切入点。社会生物学的创始人威尔逊证明了黑猩猩在社会生活的细节上和精神特质上与我们人类十分相似。在某些领域上它可以与人类相提并论。他认为人类行的基础是由两部分组成，一部分是人类与其他密切相关的生物所共同具有的某些基因，另一部分是人类所特有的基因。

四、观相术与颅相学

这一学科假设人的善恶是可以从人的面相特征中找到答案的。人的面相和五官的特征可以反映出人的性格和行为倾向。当然也就包括与越轨行为之间存在着某些相关性。

五、天生犯罪人。刑事人类学派曾做过最早也是最为权威的解释。龙勃罗梭为代表的人类学派提出天生犯罪人的论点，试图说明人的体质特征与人的犯罪相关。通过对暴力犯罪人做的人体解剖，龙勃罗梭断言这些人所表现出来的隔代遗传和返祖现象，说明了体质与犯罪之间的相关性。这一学派由于过度强调人的生物学因素而忽视环境的影响而受到批判。但她仍然作为最早开始用科学的实证方法开展对越轨行为的研究而成为一个公认的理论流派。

犯罪家庭、体型、文身、染色体、双生子、生化因素和个体生态学等均作为人类有机体的特征，被用于越轨原因的研究之中。

第二节　第二层次：社会结构与社会冲突理论的解释

一、结构功能主义的解释

（一）假设与定义。这一理论也被称为一致论。所提出的假设是：社会是由诸多相互依存的单元组成的统一系统。其内部存在着结构上的分工，每个单元都各自发挥着特定的功能。它们互相依存又互相制约，维系着社会作为一个整合系统的存在。（二）基本特点。这一理论在解释越轨现象和行为时有如下特点：一是整体性。社会中的个体的相互结合和相互作用的性质，不能简单地由个体特征加以解释。社会的整体性是由统一的规范体系和社会成员的合意而促成的；二是强调社会的每一个独立的部分都有其功能，对各个部分以及对整体发挥作用；三是合作性不同的功能在运动过程中为整体的平衡和运动发挥各自的作用。（三）社会一体化理论。这一理论是结构功能主义理论中引伸出来的。社会强制必然会防止越轨行为，因为人类的本性在不受制约的时候必然将导致越轨。（四）对自杀的解释。以道德、教育和宗教等变量对自杀的影响，解释了外部强制因素与人的主观动机间的互动关系。（五）失范概念的提出。一体化的破坏和瓦解是失范现象的基本特征。（六）失范理论。这一理论是结构功能主义理论体系中最具影响的理论之一。如果社会成员中的某些人争取社会目标的过程中受到阻碍，不懂得达到目标应当采取的是什么样合法的手段，那么，为达到目标而采取违法的手段就是难以避免的。（七）个人对失范的反应。社会学家默顿认为如果文化结构（目标）与制度化手段之间发生脱节，就会导致越轨行为。价值失范是社会调节个人要求的能力瓦解。对个人来说价值失范就是道德堕落。默顿区别了五种个人对他所处的雀失范状态下所采取的适应方式：即遵从、创新、形式主义、退却主义。

二、冲突论的解释。

（一）对结构功能主义的反叛。结构功能主义无法解释集团之间的激烈冲突，无法解释冲突的普遍性。冲突论强调人们因为资源、权力和声望而发生的斗争是永恒的社会现象，也是社会变迁的主要动力。那种社会价值观一致性的观点，只不过是一种乌托邦式的理想。（二）冲突论的诞生。社会结构的不合理、功能的不谐调，结构功能主义这种静态的分析方法已经不能满足需要。（三）冲突论的基本内容。认为社会是由各种利益冲突的团体所构成的，彼此间被强迫地结合在一起。社会学同时也需要建立起一般的冲突理论。

第三节　整合理论的解释

（一）新的综合。社会生物学是最新出现的一门新的交叉学科。这一学科把社会学和生物学加以整合，也就是将社会科学和自然科学加以整合，从而解释了社会科学中争执不休的一系列重大理论问题。（二）自私行为的基本单位。这一理论把基因当作一个核心的概念，把社会问题中的价值准则归结到基因的性质上，认为基因为了争夺生存，必然要同它们的等位基因发生你死我活的争夺。

自私是基因的基本属性。从而对社会科学中的老大难问题给出了一个全新的答案。

第四章　中观理论

第一节　越轨中观理论的发轫

芝加哥学派的观点。这一学派关注城市越轨及犯罪现象。其基本观点是：越轨的生态学理论用社会解组来解释城市的越轨与犯罪；符号互动论和文化冲突论则以交往与互动、文化冲突以及亚文化群来解释犯罪和越轨。

第二节　第三层次：社会解组理论的解释。

一、社会解组的概念

在城市环境下，人们对于地方依恋的感情被破坏了，首属群体中原有的抑制作用和道德训诫被了导致城市中的越轨现象增加。这一理论着重关注这两个问题：为什么一些群体中的解组和越轨会多于另一些群体；为什么在发生解组的群体中有的人越轨而有的人不越轨。

二、越轨的生态学研究

从生态学的角度来看，城市不仅是一个地理现象也是社会有机体的一种。由不同文化群体居住的地区之间保持着共生的关系。同时也可能会发生生物学中经常发笺现象，即一个物种向另一个物种的生存环境中的侵入。城市生态被这一学派用同心圆来表现。可以发现中心商业区的周围是黑人和其他少年民族的聚居区在，也是越轨行为的多发地区。而白人和富人的住宅却逐渐向城市的外沿迁徙。

第三节　第三层次：亚文化群理论的解释

一、不同联系理论

也称为差异交往论。美国社会学家萨瑟兰认为萨瑟兰的差异交往理论具有广泛的学术影响，他提出有关差异交往的九个命题：一是犯罪行为是习得的；二是犯罪行为是在与他人的交往互动过程中习得的；三是犯罪行为的习得主要发生在与个人亲近的团体之中；四是犯罪行为的学习包括学习犯罪的技巧、犯罪的观念、合理化技巧等；五是犯罪动机取决于学习的法律所产生阻止力量；六是犯罪取决于有利于或是不利于犯罪的定义之间的强弱；七交往的频率、持久性、先后次序和强度产生交往的差异性；八是犯罪行为的学习动机与其他行为的学习动机是相同的；九是犯罪的需要和价值观与其他行为的需要和价值观是一致的（如偷盗与工作同样有对金钱的需求）。

二、文化冲突论的解释。塞林认为，人在成长过程中要接受某种价值规范，这种行为规范告诉人们何种行为是适当的，何种行为是不适当的。不同的文化有不同的准则而那些拥有社会和政治权力的群体依据自己的准则来界定什么行为是犯罪，什么行为不是犯罪。因此，越轨和犯罪的定义都是主流文化的反映。而那些与主流文化相冲突的文化价值便会被认定为是亚文化，而主张这种价值观的群体就被称为是亚文化群。

第五章　微观理论的解释

第一节　第五层次：社会互动理论的解释。

一、符号互动论

主张从互动着的个体的日常自然环境去研究人类群体生活的理论。这一理论认为人对事物所采取的行动国是以这些事物对人的意义为基础的；这些事物的意义来自于个体间的互动；个体在应付亿所遇到的事物时，通过自己的解释去运用和个性化这些意义。

二、编剧理论。是社会互动理论的组成部分。这一理论认为，人被看成是戏剧中的演员，当人们扮演角色时，他们的表演是由观众来评判的。而台上的演员则要根据观众对他的评判不断地修正自己的形象和表演。这种互动被称之为“印象管理”。

第二节　第六层次：个性心理学的理论解释

一、精神分析理论。弗洛伊德的精神分析学从个体精神活动的层面，把静止的观察变成动态的观察，把相对静止的心理活动描述为动态的活动，将人的精神世界划分为由低到高的三个层次，从而提出犯罪是本我脱离自我和超我的支配而直接外化的一种具有危害性的社会行为。弗洛伊德认为，每个人均具有犯罪或从事偏差行为的本能，他称之为“本我”。本我是人格中最原始的部分，一直以潜伏状态压抑在人的内心。本我代表了无意识的生理驱力，如性、食物、攻击和其他生活必需品，并依照着快乐原则而存在。他不顾外在条件的许可，只要求即刻的满足。而“超我”是个人良知，是人格的道德部分，反映了外在社会的首先规范和父母的价值观念，防止本我的随意表现，使反社会驱力处于被压抑状态之下。当婴儿逐渐学习到自己的欲求不能即刻得到满足，他的自我就开始发展，自我遵循现实原则，依据外在的规范，决定行为是否可行，居间协调本我。弗洛伊德把人格的发展划分为口腔期、肛门期、生殖器。弗洛伊德认为人人都有从事犯罪与偏差行为的本能。犯罪行为可以划分为神经性行为、超我缺陷、替代性满足等三种形式。

第六章　多层次理论

多层次理论将那些不能纳入到上述理论层次的理论单独加以介绍。这些包含多种层次理论要素的学说，体现了多种学科的相互交叉。由此提出了学科整合和多种方法论整合的新理念。

第一节　标定理论的解释。

标定理论又称为标签理论，认为犯罪是社会互动的产物，当个人被有地位的

他人，如教师、警察、父母等贴上标签，被描述为越轨者的时候，他就逐渐成为越轨者或是犯罪者。标定论不承认有所谓“本质上就是犯罪的行为”，艾力克森认为，越轨行为并非某种行为的本质，而是直接或间接的旁观者施加给行为人的。因此，越轨行为和犯罪行为完全取决于他的负面反应，而与行为的本质无关，外在的反应才是问题的关键。

第二节　羞耻感重整理论的解释

这一理论是在对社会控制理论和标定理论的批判基础之上提出来的。羞耻感

是制止人去犯罪的一种情感。社会对犯罪的法律控制同时也是对犯罪人的一种羞恶过程。但是不适当的羞恶有可能把犯罪人排斥到社会共同体之外，迫使他们重新犯罪。羞耻感重整理论提倡要使得对于犯罪人的标定过往过程，要有利他们重新返回社区。

（附录）我国学者的越轨社会学理论

犯罪场论。储槐植教授引用物理学中的“场理论”，认为在社会领域里，各种相互作用的力也有其产生效应的领域，即社会的场。在犯罪场中，主客观因素相互作用产生犯罪，从而使原来可能引起犯罪的因素变成了现实的犯罪因素。

犯罪心理结构论。罗大华教授认为，犯罪心理结构是指以支配个人发生犯罪心理行为的种种心理因素或成分的有机而相对稳定的结合。可以看作是犯罪人的人格（个性）中指向犯罪的部分。

原恶说。黎鸣教授认为，人性应当被限定为人的自然属性；善恶，应该是指人的社会属性。道德的产生，其渊源就是因为人性的自私。人若无私，人性都善，还要道德何用。原恶并不是恶本身，而是产生恶的行为的潜在心理因素。原恶潜在于人的出生到死亡的整个过程中。文明是向真善美攀登的过程，同时也是克制自身原恶使之不露形迹的过程。

本能异化论。皮艺军教授在研究人类犯罪本源时，主张采取还原法和回溯法。这两种方法是本源研究的客观要求。他主张沿着两条研究路径，一条是个体发生史的线索。认为人并非性本恶，但人的生物本能冲动一旦没有约束地外化，便有可能触犯社会规范。孩子不会自学好，觉却必然会自发学坏。人性本无恶，但是有一种恶的趋向。在社会教化出现疏漏的任何时刻里，越轨行为就会发生。第二条是属系发生史的线索。这是把人当作“类”来进行的研究。就在人类的初民无意识地组建起第一个群体社会的时候，就不可避免地要对人类个体的“为所欲为”的天性给予前所未有限制，

这就是为维护社会秩序而生产出来的规范。人类是自然界唯一的能够制造规则来限制自身越轨冲动的物种。越轨的本源便是人类为自己的越轨动机制造了社会规范。社会规范作为一种人类生产出来的异化物对人类本能冲动的历史性压制，便是越轨本源的核心内容。

第七章　暴力越轨

以下分别论述了“暴力越轨”、“性越轨”和“违背诚信的越轨”。这三部分概括了越轨的三种主要形式。也是上述理论对这些研究对象的实际阐述。

人类的暴力行为具有生物学的基础。人类是一种可以最效地使用暴力的物种。暴力被定义为蓄意运用、躯体的力量或权力，对自身、他人、群体或社会进行威胁性伤害，造成或极有可能造成死亡或精神伤害。暴力的形式可以被划分为功利型暴力和表意型暴力。古典主义学派、生物学派、行为主义学派、精神分析学派、认知心理学、社会结构学派、社会冲突学派都对暴力进行过理论解释。

第八章　性越轨

性越轨的理论认为，性越轨和非性越轨均与生理、心理和社会因素有关；不同的性行为决定了生物、心理和社会诸因素的不同组合；性冲动本身属于生理现象，但满足性冲动的各种方式却为心理和社会因素所左右；压抑性冲动需要大量持续的努力。性观念对于性越轨起着支配作用，因此，性革命带来的性观念的变化，对性越轨的产生和发展起着至关重要的作用。

第九章　违背诚信的越轨

功能主义的解释是，在共同的社会文化目标和社会结构的影响下，最能体验到社会失败的经常是资源缺乏的个体或群体。以我国目前的状况分析，弱势群体作为不平等的成本承担者，经常是由于社会失范而实施了越轨行为。冲突论的解释是，社会中违背诚信的越轨者首先是由不同的利益所决定的。不同的社会地位和资源占有状况导致不同群体形成了不同的价值体系。亚文化群体和弱势群体如果遵循主流文化的规范，可能永远只能处于弱者的非主流地位。因此，他们就有可能依据自己认为合理的游戏规则，从而形成了小群体内部的诚信，在参与社会互动中的非诚信状况。

第十章　越轨的社会控制

是在研究越轨成因的基础之上，探讨人类社会对越轨所做出的正式的和非正式的反应，或是强制性的和非强制性的社会控制方式。社会控制的基本功能有，维持社会秩序；维持正常生活；促进社会发展。要达到这三项功能的基本前提就是要做到对越轨行为进行理性的和有效的加以控制。在社会控制方面古典主义学派、社会联系理论和心理强制理论都做过相关的论述。

（二）学时分配

总 32 学时.学时的分配:

1——4 学时:越轨的界定

5——8 学时：研究方法与学科定位

9——12 学时：宏观理论

13——16 学时：中观理论

17——20 学时：微观理论

21——24 学时：多层次理论

25——26 学时：暴力越轨

27——28 学时：性越轨

29——30 学时：非诚信越轨

31——32 学时：社会控制

四、相关教学环节

（一）本课程本身拥有大量具有争议的话题，有利于组织课堂讨论，开展课堂上不同观点的学生间的互动，。具有争论的问题上，或是核心问题上展开讨论和辩论。让学生分别站在不同的理论流派的立场上阐述某种理论观点。

（二）对期末论文有严格的形式和内容上的要求。要求按照核心期刊的规范进行撰写。从标题、副标题、内容摘要、关键词、正文中行文规范、索引和脚注、参考书目等均有严格的限定。形式要件不达到要求也会影响成绩。在内容上要求务必采用一种以上的越轨理论对某种越轨现象或行为加以论证。提倡同学们积极发现身边的越轨现象，自发主动地开展越轨行为的调查，自行设计、发放、回收、整理问卷，并依据第一手的材料撰写期末论文。

（三）社会实践。提倡同学们在社会实践中带着本课程的任务，亲自对社会现象进行观察分析。有条件的情况下学生对亚文化以及亚文化的群体成员进行有意识的接触，获取最直接的感性认识，重新温习已学到的各种理论解释。

五、复习与思考题

（一）复习。在每一单元结束之后都要对本单元的课程重点进行回顾，复习其中的要点。本课程在每一部类的讲解之后均进行小结，复习本段落的中心思想和要点，根据课程的内容列出思考题。思考题的列出不是以知识性的题目为主，而是真正意义的上思考题，使学生能够对已学过的内容做一个基本的梳理，学会用学到的理论去解释某些与越轨行为相互关联的社会现象和行为。。复习也可以用

六、拓展阅读书目

——皮艺军：《越轨社会学概论》，新纪元高等政法院校系列教材，中国政法大学 2001 年版；
——[美]道格拉斯等：《越轨社会学概论》河南人民出版社 1988 年版；
——[美]文森特等：《当代社会问题》，华夏出版社 2002 年版；
——[法]阿龙：《社会学主要思潮》，华夏出版社 2002 年版；
——[德]马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，中央编译出版社 2002 年版；
——[美]威尔逊：《新的综合——社会生物学》，四川人民出版社 1985 年版；
——陈蓉霞：《进化的阶梯》，中国社会科学出发版社 1996 年版；
——[奥]弗朗兹·乌克提茨：《恶为什么这么吸引我们》，社会科学文献出版社 2001 年版；
——[德]施耐德：《犯罪学》，中国人民公安大学出版社 1985 年版；
——[意]龙勃罗梭：《犯罪人学》，北京人民出版社 2000 年版；
——黎鸣：《中国人性分析报告》，中国法制出版社 2003 年版；
——肖剑鸣、皮艺军：《罪之鉴：中国犯罪学基础理论研究》，群众出版社 1988 年版；
——刘燕明：《性偏离及其防治》，天津科学技术出版社 1989 年版；

《外国刑法》教学大纲

张　凌　编写

目　录

说　明.....27
第一章 刑法概述.....28
第一节　刑法的概念与机能.....28
一、刑法的概念.....28
二、刑法学的概念和刑法体系.....28
三、刑法的特征.....28
四、刑法规范.....28
五、刑法的机能.....29
六、刑罚法规与判例.....29
第二节　罪刑法定主义.....29
一、罪刑法定主义的思想渊源.....29
二、罪刑法定主义的内容.....30
三、罪刑法定主义的判例.....30
第三节　刑法理论的发展.....30
一、前期古典刑事学派（前期旧派）.....30
二、刑事实证学派.....31
三、后期旧派刑罚理论.....32
四、新旧学派之争的内容概括.....33
第二章　构成要件理论.....34
第一节　构成要件理论概述.....34
一、构成要件的基本内容.....34
二、构成要件的种类.....34
三、构成要件的要素.....34
第二节　实行行为.....35
一、行为的意义.....35
二、关于行为的各种学说.....35
三、实行行为的意义.....35
四、实行行为的范围和开始.....35
五、实行行为与非实行行为.....36
六、实行行为的种类——作为与不作为.....36
七、几种特殊的行为.....36
第三节　结果.....37
一、概述.....37
第四节　因果关系.....38
一、概述.....38
二、相当因果关系说.....38
三、客观归属论（薪理论）.....38
第三章 违法性.....40
第一节　违法性的概述.....40
一、违法性的结构.....40

二、违法性理论.....40
三、行为无价值与结果无价值.....40
第二节　违法性阻却.....41
一、正当防卫权.....41
二、正当防卫的要件.....41
三、依照法令的行为.....41
四、正当的医疗行为.....41
五、体育运动行为.....42
六、安乐死和尊严死.....42
七、被害人的同意.....42
第四章　责　任.....44
第一节　责任概述.....44
一、责任的概念.....44
二、责任的本质.....44
三、责任的要素和责任的判断.....44
第二节　责任能力.....44
一、责任能力的概念.....44
二、无责任能力和限定责任能力.....44
第三节　故　意.....45
一、故意的概念.....45
第四节　故意与错误.....45
一、故意与错误论.....45
二、错误的种类.....45
三、关于法律错误的理论.....45
四、事实错误的种类和判断标准.....46
五、具体的事实错误.....46
六、抽象的事实错误.....46
七、假想防卫过当.....46
第五节　过　失.....46
一、过失的概念.....46
二、过失的结构和判断标准.....47
三、过失犯理论发展的三个阶段.....47
四、过失的行为.....47
五、过失的危险犯.....47
六、共同过失犯.....47
七、关于过失犯罪的理论.....47
第六节　期待可能性.....48
一、期待可能性的概念.....48
二、期待可能性的范围.....48
三、期待可能性的认定标准.....48
第五章　未遂犯论.....49
第一节 未遂犯的基本理论.....49
一、主观主义刑法与客观主义刑法.....49

二、犯罪的阶段与未遂犯.....49
三、实行着手的意义.....49
四、未遂犯的分类.....49
第二节　不能犯.....49
一、不能犯的学说.....49
二、不能犯的种类.....49
第六章　共犯论.....51
第一节　概　说.....51
一、概说.....51
二、正犯和共犯区分的标准.....51
第二节　共同正犯原理和共犯原理.....51
一、共同正犯的原理.....51
二、共犯原理.....51
三、处罚的根据.....52
第三节　不构成共犯的情况.....52
一、同时犯.....52
二、间接正犯.....52
三、混合行为.....52
四、超出共同故意以外的行为（共犯的过限）。.....52
五、事先无通谋的窝赃、包庇、窝藏、销赃行为。.....52
第四节　继承的共犯.....52
一、概念.....52
二、继承的共同正犯的目的.....52
三、学说的对立.....53
第五节 片面的共犯.....53
一、片面共犯的概念.....53
二、种类.....53
第六节　教唆犯.....53
一、教唆犯成立的要件.....53
二、间接教唆.....53
三、教唆的未遂与未遂的教唆.....53
第七节　帮助犯.....54
一、概念.....54
二、处罚帮助犯的根据.....54
三、帮助犯成立的时期和范围.....54
四、帮助犯的处罚。采用“必要减免说”。.....54
第八节 共犯与身份.....54
一、意义.....54
二、身份犯的种类.....54
三、认定.....54
第九节　共犯与不作为.....54
一、不作为与共犯的关系.....54
二、不作为共犯的作为义务.....55

第十节　共犯的中止以及脱离.....55
一、共犯的中止.....55
二、共犯与脱离.....55
第十一节　间接正犯.....55
一、概述.....55
二、间接正犯的理论.....55
三、利用行为.....55
四、被利用者变化正犯的情况.....55
第七章　罪数论.....56
第一节　概　述.....56
一、罪数论的地位.....56
二、罪数的本质.....56
三、罪数的判断标准和判断的要素.....56
四、罪数的分类.....56
第二节　实质的一罪.....56
一、继续犯.....56
二、法条竞合.....56
三、想象竞合.....57
四、结果加重犯.....57
第三节　法定的一罪.....57
一、结合犯.....57
二、惯犯.....58
第四节　处断上的一罪.....58
一、连续犯.....58
二、牵连犯.....58
三、吸收犯.....58
第八章　刑罚论.....60
第一节　刑罚论概述.....60
一、刑罚的概念.....60
二、刑罚的正当性根据.....60
三、刑罚权及其根据.....60
第二节　刑罚的功能.....60
一、刑罚功能的概念和特征.....60
二、刑罚功能的种类.....60
第三节　刑罚的目的.....61
一、刑罚目的的概念和特征.....61
二、刑罚目的的种类.....61
第九章　刑罚的体系与种类.....62
第一节　刑罚的体系.....62
一、刑罚的种类.....62
二、死刑.....62
三、自由刑.....62
四、罚金刑.....62

第二节　非刑罚处分体系.....62
一、处分体系概述.....62
二、犯罪人处遇体系.....62
三、非行少年的处遇（少年法）.....63
四、保安处分.....63
五、矫正处遇.....63
六、保护处遇.....63

说　明

1．本讲课以日本刑法和德国刑法为中心，系统地讲述外国刑法的基本理论。课程的内容包括：外国刑法概论、构成要件论、共犯论、未遂犯论、罪数论、刑罚论。其中构成要件论是外国刑法理论的核心内容，共犯论是外国刑法中的难点问题，许多内容与中国刑法理论有较大差异，是本课程的重点。

2．本课程适应于已经学习过中国刑法的学生。外国刑法学中的几乎每个问题都存在不同观点，在讲述时以外国刑法学理论的通说为基础，同时适当介绍其他学说。由此引导学生自己思考各种学说的合理性。本课程以外国刑法理论为主，同时讲述外国刑法的重要判例。

3．本课程采用与中国刑法学理论相对比的方法，重点说明中外刑法理论的差异；重点讲解中国刑法学没有涉猎的内容。通过比较方法启发学生的思考能力。

4．外国刑法学理论的发展对我国的刑法学研究有一定的参考意义，因此本课程将介绍外国刑法学理论的最新研究成果和最新动向，使学生开阔眼界，了解国外理论研究和刑事判例的现状。

5．参考书：冯军、李春雷主编《外国刑法学概论》，中国民主法制出版社 2004 年；

6．赵秉志主编《外国刑法原理（大陆法系）》，中国人民大学出版社 2000 年

第一章 刑法概述

第一节　刑法的概念与机能

一、刑法的概念

1．刑法是关于犯罪与刑罚的法律。讲述广义的刑法、狭义的刑法、最广义的刑法；普通刑法与特别刑法等概念。（德国、日本的经济法、行政法中规定了大量的罪名和刑罚，这种“特别刑法”是我国刑法所没有的。这种现象反映了不同立法模式的特点）。

2．形式上的刑法概念与实质上的刑法概念

刑法是规定犯罪和刑罚的法律，这是国外刑法学一般采用的形式上的刑法概念。而我国采用实质上的刑法概念，强调刑法概念的阶级属性。

二、刑法学的概念和刑法体系

1．刑法学的概念。最广义的刑法学、广义的刑法学、狭义的刑法学（刑法解释学和刑法哲学）。

2．刑法学的体系

刑法学的体系（也称为刑法学的理论体系），是指依据一定原理、原则对刑法学研究对象具体化后所构成的理论结构。这种理论结构表明了刑法学内部的理论联系和逻辑关系。

刑法学体系一般分为刑法总论和和刑法分论，刑法学总论的体系采用，犯罪－刑罚的结构（我国一般采用的结构是：犯罪——刑事责任——刑罚）。以认定具体的犯罪行为为主要内容的理论，称为犯罪论；以对犯罪的处罚效果为主要内容的理论，称为刑罚论。但是刑罚论的大部分内容，在刑事政策学或者犯罪学中研究。

三、刑法的特征

从形式上看，或者从刑法与其他部门法律比较看，刑法有以下几点特征。

1．特定性。刑法是规定犯罪及其刑罚的刑法规范，没有规定犯罪与刑罚的法律规范就不是刑法。

2．广泛性。刑法的调整范围涉及到社会关系的各个方面。

3．稳定性。行政法追求的是“合目的性”，行政法规范的变动性较大；而刑法是规定犯罪与刑罚的法律，不能轻易把一种行为规定为犯罪或者不是犯罪。

4．抽象性。刑法是哲学性和理论性色彩较浓的法律，不同的哲学观念和理论构成会影响到对犯罪的认定。

5．严厉性。刑法被称为是社会防卫的最后手段，因为刑法具有双重效果，即正确地作出规定和适用，就可以准确地处罚犯罪和保障社会的安定；如果规定不当和适用不当，就不能充分发挥社会保障的机能。

四、刑法规范

1．刑法规范的概念。刑法规范，是指以禁止和处罚犯罪行为为内容的法律规范。

2．刑法规范与刑法条文

刑法规范并不是刑法条文本身，而是隐藏在各种刑法条文背后的禁止和命令，两者不是重合关系。

3．刑法规范的种类

人们可以从不同角度理解刑法规范。裁判规范，行为规范，文化规范、社会规范（对于刑法规范的不同理解，是刑法理论上产生多种学说的原因之一）。

五、刑法的机能

刑法的机能，是指刑法发挥的作用和可能发挥的作用。刑法的作用主要是靠刑法规范发挥的，因此刑法的机能实质上是刑法规范的机能（外国刑法理论一般不探讨刑法的任务，而只探讨刑法的机能和刑法规范的机能）。

1．规制的机能。就是对公民的行为进行规范和制约的机能。它一方面表明国家对该行为的否定性判断的态度（评价机能）；另一方面命令人们作出不实施某种犯罪行为的意思决定（决定机能）。

2．法益保护的机能。就是用刑罚的方法保护公民、社会和国家不受犯罪的侵犯。外国刑法中的法益是指，法律保护的利益，相当于中国刑法学中的犯罪客体。法益分为个人法益、社会法益和国家法益。犯罪是侵害法益的行为，但并不是对侵害法益的行为都使用刑罚的方法保护。只有在其他法律规范不能充分地保护法益时，才需要使用刑罚。因此法律的保护机能是多层次的，刑法的保护机能补充性的，刑罚是最后的保护手段。

3．自由保障的机能。是指保障公民个人的自由和权利不受国家刑罚权的不当侵害。这种机能是限制国家滥用刑罚权的机能。

如何处理刑法这三种机能之间的关系，是刑法学者长期研究和争论的问题。多数学者认为，规范的规制机能和保障的机能是防止犯罪的手段，保护机能是防止犯罪所期待的结果。

六、刑罚法规与判例

刑罚法规是规定处罚条款的各个条文，刑罚法规不可能把社会上发生的各种各样的案件都规定在刑罚法规中，因此刑罚法规的适用涉及到法律解释的问题，解释法律时离不开判例（国外不允许法院解释法律，更不允许检察院解释法律，因此没有司法解释）。

1．日本的判例状况

2．德国的判例状况

第二节　罪刑法定主义

人类在追求自由、平等、公正的过程中，在刑法领域形成了罪刑法定主义原则。

一、罪刑法定主义的思想渊源

思想渊源是自然法思想、三权分立思想和心理强制说。

1．自然法思想。自然法思想重视个人的自由，主张用自然法保护个人的自然权利，反对政府对个人权利的干涉；社会生活中的自然权力只受国家制定的法律的约束，因此“凡是法律没有规定的，便是允许去做的”。“哪里没有法律，哪里就没有自由”。

2．三权分立。为了防止权力的滥用，权力必须由不同的人行使，即立法权、司法权和行政权必须分别由不同的机关行使。由立法机关制定法律，由司法机关适用法律（但三权分立的权利制衡原理不适用我国的政体）。

3．心理强制说。主张通过明文规定的法律促使人们惧怕痛苦而避免实施犯罪行为。罪刑法定主义的一般定义是，“没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚”。

罪刑法定主义的首要使命是限制立法权，另一个使命是用立法权限制司法权。如果不从立法上限制司法权，公民的个人自由就会受到侵害。但是，这个原则带有历史局限性，即传统的罪刑法定

主义是建立在保护个人自由的基础上的。

随着价值观念从以保护个人主义为中心转移到以社会利益为中心，罪刑法定主义也发生了一些变化。主要表现在：从完全取消司法裁量权到限制司法裁量权；从完全否定类推到限制类推适用（即允许有利于被告人的类推适用）；从完全禁止事后法到允许适用规定较轻的新法，等等。因此，可以说现代意义的罪刑法定主义是民主思想和自由思想的要求。

二、罪刑法定主义的内容

1．法律主义。即排斥习惯法，制定成文法。制定成文法的目的，是使国民可以预测到什么犯罪、该犯罪可能受到什么刑罚。

2．禁止事后法。如果对法律实施以前的行为进行追诉，国民就失去了对犯罪和刑罚的预测可能性，人们处于不安定的状态之中，从而破坏社会的安定。

3．禁止类推解释。随意解释法律，会导致明确规定的刑法失去意义。但是，在不断发展变化的社会，如果不对法律不进行解释，几乎是无法适用的。因此禁止类推解释并不排斥扩张解释。类推解释和扩张解释的界限，是刑法理论和实务中非常难把握的问题。

4．禁止绝对不定期刑。

5．明确性原则。要求刑法规范必须达到公民能够理解和预测的程度。即构成要件的明确性和法定刑的明确性。

6．实体的正当程序或适当处罚的原则。不当地、大范围地规定刑罚法规可能抑止国民的表现活动，这种可能抑止国民表现活动的处罚规定是无效的。

三、罪刑法定主义的判例

1．对于罪刑法定主义争论最多的问题是禁止类推解释。
2．关于盗窃电的行为（无形之物）。
3．关于伪造公文罪的文书。
4．地方法规的规定与刑法规定的矛盾。
5．不纯正不作为是否违反罪行法定原则。
6．公害罪案件（胎儿是否是犯罪的对象）。
7．关于明确性原则的判例

第三节　刑法理论的发展

一、前期古典刑事学派（前期旧派）

1．产生的历史背景
2．贝卡利亚与《论犯罪与刑罚》
　贝卡利亚刑法思想的直接来源（社会契约论）。
　限制刑罚制定的思想。
　限制刑罚权滥用的思想。
　关于刑罚目的的思想（一般预防）。
3．康德
　自由意思的观念。
　国家的功能是保护个人利益。
　绝对的报应刑论。

4．费尔巴哈（1775－1833）

生平和主要著作（1800 年出版的《实定刑法原理与基本概念的考察（上下卷）》和 1801 年出版的《德国现行普通刑法教科书（刑法教科书）》。

创建刑法学体系。

心理强制说。

犯罪本质论，犯罪的本质是侵害根据法律所赋予的权利（权利侵害说）。

以一般预防为中心的“目的刑论”。

二、刑事实证学派

新派（近代学派），包括刑事人类学派（龙勃罗梭）和刑事社会学派（菲利）。实证学派，从犯罪人本身的生物学因素探讨犯罪的原因。

1．历史背景

19 世纪末期社会疾病的形成。三大社会疾病。旧派的刑法理论不能解释新的犯罪现象，也不能解决刑罚与犯罪的关系。犯罪毕竟是有原因的，而不是自由意思的产物，因此从犯罪人开始探求犯罪的原因。

实证学派认为，并不是行为人自己要成为犯罪人，而是不良的内部和外部的因果链条一样的生活环境对人格、肉体、道德的影响而形成的。犯罪是自然的、社会的现象，首先要研究犯罪的人类学的、地理学的、社会的原因。

实证学派从研究犯罪的自然产生的起源出发，探求犯罪的原因，为预防犯罪提供社会的、法律的方法。“这种方法的关键是归纳的方法”。如果没有实证学派的研究，假释、缓刑、累犯、罚金、没收财产等等刑罚方法是不可想象的。

对行为的背后所隐藏的犯罪人的研究才是刑法学研究的基础，这种研究方法是科学的归纳方法，即实证方法，因此而称为实证学派，这门科学称之为犯罪学。实证学派的产生导致了一场刑法革命。

2．龙勃罗梭（1835－1909）

意大利精神病学家、犯罪学家、实证主义犯罪学派的创始人和主要代表，犯罪学之父、在近代刑法史、犯罪学史、犯罪心理学等学科占有及其重要的地位。

运用科学的归纳方法（实证的方法）探讨犯罪原因。

对犯罪人进行分类。

“隔代遗传”犯罪人的结论。

龙勃罗梭理论的意义和缺欠。

3．菲利（1856 年－1929 年）

刑事实证学派的奠基人，集刑事人类学派和刑事社会学派之大成。他的思想的出发点是从反对古典学派的自由意思理论开始的。主要著作：（1878 年）出版的处女作《可罚性的理论与自由意思的否定》，28 岁出版了《犯罪社会学》第一版。

主要贡献：

否定了刑法中意思自由的概念；

认为刑事司法的目的是社会防卫；

指出犯罪的原因有三种要素（人类学的要素、社会的要素、地理学的要素）；

犯罪人的五种分类；

刑罚的代替物（保安处分）是间接的社会防卫的手段；

制裁的基础不是犯罪的客观性格，而是犯罪的动机；

主张集体农业的形式代替昼夜监禁；

宣告不定期刑；
为犯罪的精神病人建立精神病医院；
废止陪审制度；
强调在公法制度上的制裁使用赔偿；
“社会病理学”；
菲利刑法草案的影响。
评价。

4．加罗法洛（1852－1934）

意大利学派的第三位代表人物。主要著作是“犯罪学”。
理论的特色：
提出自然犯罪理论，认为违反人类道德情绪的行为就是自然犯罪；
自然犯罪的分类（杀人犯、暴力犯罪、盗窃、性犯罪；
社会防卫政策（从社会排除不能适应社会的犯罪人、防止潜在的犯罪人，改造犯罪人）；
提出法定犯的概念（法定犯是法律规定予以禁止的行为，取决于各个国家的具体情况）。
评价

5．李斯特（Liszt.1851-1919 年）

德国刑法学家、刑事社会学派的主要代表之一，现代刑事政策的创始人，国际刑事学协会的发起人之一。代表著作有《德国刑法教科书》和《刑法的目的观念》。

李斯特的思想有两条主线：一是在犯罪论方面，坚持罪刑法定主义、客观主义和行为主义，他认为在犯罪人实行犯罪以前，判断行为人的危险性是不可能的，犯罪人的危险性只能在法律明确规定的犯罪行为反映在外部时，才能对犯罪人科处刑罚，这种观点叫“犯罪表征说”。把从本能理解行为的传统理论发展从意思理解行为的理论；二是在刑罚方面采用主观主义、行为人主义，他认为判断犯罪的成立涉及行为人的性格和内在的内容，因此应当对行为人的危险性科处刑罚，而不是对行为科处刑罚，他把刑罚从为了自我保护的复仇观念发展为目的刑。这种犯罪论方面的客观主义和刑罚论方面的主观主义的刑法理论被称为二元论。

为了消除犯罪的社会原因必须改善社会政策，他提出“最好的社会政策就是最好的刑事政策”。因此在刑罚与社会政策之间，李斯特更强调社会政策。

三、后期旧派刑罚理论

19 世纪末到 20 世纪初，在与新派刑罚理论对抗中继承和修正了旧派刑法思想，形成了后期刑事学派。代表人物有宾丁（Binding）、贝林格(Beling)、日本的小野、团藤、龙川。

1．宾丁的规范论（Binding、1841－1920）

宾丁否定了费尔巴哈的权利侵害说，提出规范论。指出犯罪是对规范的侵害，即对国家权利综合规范的侵害。他将刑罚法规与刑法规范区分开来，规范是对行为的禁止和命令。

只有当行为人侵害了国家制定的禁止或者命令规范时，国家才可以发动刑罚权。这是国家行使刑罚权的根据。

2．贝林格的构成要件论

提出构成要件充足理论。行为人违法的前提是存在违法行为，但是并不是所有的违法行为都是应当处罚的行为，只有满足刑法条文规定的构成要件的条件和内容时，才能成为处罚的对象。犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的行为。建立了完整的近代犯罪论体系，以后的各种犯罪论体系都是在贝林格的构成要件理论基础上发展起来的。

四、新旧学派之争的内容概括

古典学派（旧派）——演绎方法——刑罚展开——个人主义——自由主义——相对报应刑论——行为主义——客观主义

实证学派（新派）——归纳方法——从犯罪展开——国家主义——改善刑论（目的刑）——行为人主义——主观主义

本章主要理解，刑法的基本概念；罪刑法定原则的来源和基本内容；刑事古典学派和刑事实证学派的主要分歧。

第二章　构成要件理论

第一节　构成要件理论概述

一、构成要件的基本内容

1．构成要件的概念。构成要件是在各个刑罚法规中作为犯罪规定的行为类型。犯罪是符合构成要件的、违法的有责的行为。构成要件该当性、违法性、有责性是犯罪论体系组成的基本要素。

2．构成要件与构成要件该当性。构成要件是指，各个刑罚法规中被作为犯罪所规定的犯罪行为类型（需要较详细解释），而构成要件该当性是行为与构成要件相符合，是发生的事实满足刑法规范规定的构成要件的各个要素。只有符合构成要件的行为才能受处罚（举例说明）。

3．意义。刑法总论的核心是犯罪论，犯罪论的核心内容包括一般的犯罪构成要件和修正的构成要件（因果关系、故意、错误理论、未遂犯罪理论等等）。两者构成犯罪论的基本内容。

4．构成要件的机能。

罪刑法定主义的机能。

违法性推定机能。

犯罪个别化机能。

二、构成要件的种类

1．基本的构成要件和修正的构成要件

基本的构成要件是指符合刑法法规规定的全部内容；修正的构成要件是指未遂、共犯对基本构成要件进行修正而形成的构成要件（略加说明）。

2．开放的构成要件和封闭的构成要件

封闭的构成要件是确定性的构成要件，一般不需要对刑法规定的内容本身进行补充说明；开放的构成要件往往需要对构成要件本身的内容进行说明，例如过失犯的构成要件和不真正不作为犯的构成要件（需要具体说明）。

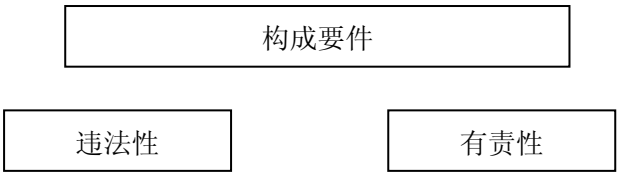
三、构成要件的要素

构成要件的要素包括：行为主体、行为、结果、因果关系、行为对象、行为环境。

违法性的要素包括：对行为的价值判断

有责性的要素包括：故意、过失、违法性的意识（错误）、期待可能性

构成要件



第二节　实行行为

一、行为的意义

1．形式上的行为和实质上的行为

犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的行为。犯罪是以危害行为为前提的，因此，构成要件该当性的行为是危害法益的行为，只有这种行为在犯罪论上才具有意义。行为被理解为符合构成要件的行为和违法的行为。这两种行为都包含了判断的内容，因此是实质上的行为（基本可以相当于我国刑法学中的危害行为）。

符合构成要件以前的裸的行为是形式性的行为；符合构成要件的行为和违法行为都是实质性的行为。

2．行为的阶段性

第一，抽象的行为。行为是构成要件该当性、违法性、有责性评价的对象，也是犯罪成立的事实基础，因此在对行为作出进行刑法评价以前阶段的行为属于犯罪论中的行为。犯罪首先是行为。这种意义上的行为是形式上的行为。

第二，符合构成要件的行为。根据罪刑法定主义的要求，犯罪必须是符合刑法规范规定的构成要件的行为。

第三，违法的行为。犯罪必须是法律所规定为“犯罪”的行为，这意味着只处罚符合构成要件的行为。符合构成要件的行为原则上是违法行为。但是在客观上即使是违法的行为，如果对行为人的主观方面不值得进行否定性评价，就不能处罚。主观的构成要件就还是有责行为的各种要素，即责任能力、故意过失。

二、关于行为的各种学说

1．因果行为论
2．目的行为论
3．社会行为论
4．人格行为论

三、实行行为的意义

1．实行行为的概念和功能

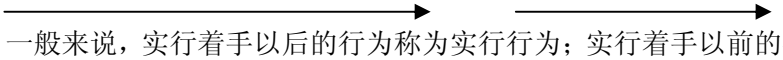
各个构成要件所预定的行为称为实行行为（多数说）；符合构成要件的行为是实行行为（少数说）。在结果犯的情况下，实行行为是由各个犯罪类型所规定的，导致结果发生危险性的行为（举例说明）。

实行行为的意义和功能：这种实行行为是构成要件中最重要的构成要件要素；如果认定实行行为开始，即实行的着手，可以按照未遂犯处罚；判断实行行为与结果之间的关系；用实行行为区分正犯和共犯。

四、实行行为的范围和开始

1．范围。

预备　　着手　　实行　　完成



一般来说，实行着手以后的行为称为实行行为；实行着手以前的行为是犯罪的预备行为。实行

着手是区分预备行为和实行行为的分水岭，也是既遂和未遂的界限。

基本结构：意思决定－预备以前的行为－预备行为－（实行着手）实行行为－（结果发生或不发生）

2．实行行为的着手

实行行为的开始，称为实行的着手。这是既遂和未遂的界限。从实行行为开始的时点，就可以考虑处罚未遂的问题。

判断实行着手存在主观说、客观说和折衷说。对法益侵害发生现实的危险性，就是实行着手（日本通说）。

五、实行行为与非实行行为

实行行为是指实施刑法分则规定的直接危害或者威胁某种具体的社会关系而完成该种犯罪所必需的行为。

非实行行为，是指对实行行为起制约、补充和从属作为的危害行为。包括：预备、策划、指挥、教唆、帮助行为。

六、实行行为的种类——作为与不作为

1．作为

作为是指行为人实施刑法禁止实施的积极的身体动作。作为是危害行为的一种基本形式，绝大多数犯罪都是以作为的形式实施的。作为有三个特征：实施刑法禁止的行为；表现为积极的行为；连续性的动作。

2．不作为

不作为是指行为人负有刑法要求必须履行的某种特定的义务，能够履行而没有履行的行为。不作为是消极的身体动作。不作为的特征包括：行为人负有某种特定的义务而且能够履行。特定的义务是基于法律条件和法律事实而发生的。作为义务的来源包括：第一，法律上的防止义务。第二，职务上和业务上的要求。第三，行为人的先行行为。第四，自愿承担的某种特定义务。例如合同行为、自愿接受行为。第五，社会公德要求的义务。

不作为犯的主要争论，就是不作为的实行行为性的判断，也就是说不作为是不是行为的问题。从规范论的角度看，如果行为人违反了命令性规范，不实施某种行为就是不作为。

3．不作为的实行着手

一般来说，实行行为的实行着手不作为犯的实行着手时期，也开始于违反该作为义务的态度的时期。判断作为义务的发生，还要判断行为人避免结果发生的可能性。不作为的实行着手时期，应当根据违反作为义务的结果、侵害法益危险的紧迫性判断。具体判断。

七、几种特殊的行为

1．原因的自由行为

原因自由行为是指，行为人由于故意或者过失，使自己陷入无责任能力或者限制责任能力状态，并在这种状态下实施危害社会的行为。

结构：原因设定行为（第一行为，饮酒）——陷入无责任能力状态（醉酒）——结果行为（第二行为，伤害或者杀人）——结果

判例

2．间接正犯的实行行为

实行行为不一定必须由行为人自己实施，把他人作为工具来利用实施犯罪的情况，称为间接正犯。从形式上看，间接正犯的行为人与实行行为相分离，实际上行为人只不过是借用他人之手来实

施犯罪。

间接正犯是利用他人实现犯罪，如何确定实行行为是一直争论的问题。存在利用者标准说和被利用者说（通说）。

结构：间接正犯——利用者的行为－0－被利用者的行为－0——结果

间接正犯的成立范围：第一，利用无责任能力的人。第二，利用下意识的行为以及睡眠中的行为这种不可能受意识支配的行为，或者利用他人处于绝对强制状态下的行为（所谓的死亡工具）。第三，利用他人的过失行为。

3．过失犯的实行行为

一般认为，“过失犯的实行着手时期是，违反注意义务的行为开始时期”，也有人认为，是引起结果发生的实质性危险的行为已经开始时期。

4．间隔犯的实行行为

间隔犯是行为的地点与结果发生的地点相分离的犯罪。存在行为地说和结果地说，判例结果地说。

间隔犯——邮送——到达 0——结果

第三节　结果

一、概述

1．广义的危害结果和狭义的危害结果。

2．结果和现实危险（危险状态）。

3．结果犯和举动犯。构成要件中明确规定需要由行为和结果成立的犯罪，是结果犯。在例外的情况下，构成要件不要求发生结果，而只要实施某种行为就构成的犯罪，是举动犯或者行为犯。

4．结果与犯罪的形态

根据结果发生的形态，犯罪可以分为三种类型：一是即成犯（一定的结果或者危险性发生后，犯罪即时完成，对法益侵害的状态也随之完成，例如杀人罪）。二是状态犯（因一定结果的发生犯罪终了，但是侵害法益的状态处于继续状态。例如，盗窃罪）。三是继续犯(在一定的侵害法益的状态处于继续的过程中，该犯罪也处于继续进行，例如非法监禁罪)。

5．结果与危险性的关系

危险性

既遂犯　主观－－－－－－－－－0－－－－－－0 结果发生

客观－－－－－－－－－0－－－－－－0

结果加重犯　主观－－－－－－－－－0－－－－－－0

客观－－－－－－－－－0－－－－－－0－－－－－－0 超过结果

未遂犯　主观－－－－－－－－－0－－－－－－0

客观－－－－－－－－－0

危险犯　主观－－－－－－－－－0

客观－－－－－－－－－0

行为犯　主观 0（包含在）

客观 0

未遂犯、危险犯、行为犯没有发生实际结果但是也予以处罚。在未遂犯的情况下，结果发生的危险这种“结果”，具有社会危害性；行为犯的危险性这种“结果”实际上是与行为重合的。广义的结果不仅包括现实的结果，也包括现实结果发生的危险。

第四节　因果关系

一、概述

1．概念。实行行为与现实发生的结果之间的“原因与结果”的关系，叫因果关系。如果不存在这种因果关系，结果就不能归结于行为人。在结果发生具有重要意义的犯罪类型，包括结果犯、过失犯和结果加重犯等等。

2．日本德国因果关系的异同

日本：条件说（判例通说）——相当因果关系说（刑法理论上的通说）

德国：条件说（通说）——新说（客观归属论）

3．条件关系

因果关系理论的基础是形式逻辑。如果没有该行为，就不会发生该结果，这种关系称为条件关系。条件关系的严密性和存在的问题。如果按照条件关系认定，可能扩大因果关系的范围（举例）。

因果关系中断说。

条件关系的例外：因果关系中的择一竞合（条件关系的背论）。

4．原因说

最终条件说，认为与结果最近的条件是原因。最有力条件说，认为在各种条件中最有影响力的条件是原因。越轨说，认为在各种条件中违反生活的正常轨道的条件是原因。

二、相当因果关系说

相当因果关系说是指，根据一般人的社会生活上经验看，在一般情况下，从该行为到该结果的发生是相当的，就认为是刑法上的因果关系。

行为－0－0－、、、相当性、、、－0－0－结果

如何判断相当性，有三种观点：一是主观说，以行为当时的行为人认识的情况为基础，判断相当性。二是客观说，以行为当时的所有客观情况和行为后可能预见的情况判断相当性。三是折衷说（通说），以行为时一般人能够认识的事实和行为人特别认识到的情况判断相当性。

三、客观归属论（薪理论）

1．客观的归属论的结构

⇐－－－－－结果归属于行为－－－－

行为－－－（客观归属、因果关系）－－－结果（客观归属）

行为－－－（责任归属、故意过失）－－－结果（主观归属）

2．客观归属论的内容

客观的归属论的内容可以表述为：与结果之间有条件关系的行为引起了法律不允许的危险（产生危险），这种危险实现了符合构成要件的结果（危险的实现）时，结果就可以客观归属于行为人。因此，客观的归属论的核心是“引起不允许的危险”、“实现不允许危险”和“在构成要件的范围内”两个理论阶段。第一阶段是“行为人引起不被允许的危险”。第二阶段是“实现了不被允许的危险”。行为人引起的危险变成实现的结果时，原则上可以认定客观归属，即结果归属于行为人。第三阶段是在例外的情况下，这种危险与危险的作用相结合超过了构成要件的范围时，可以否定客观归属。

本章是外国刑法学中的核心内容，需要掌握外国刑法中构成要件理论的基本结构；构成要件要

素的内容，特别是了解实行行为的基本特点，产生分歧的原因；原因自由行为、间接正犯行为的结构和特征；不真正不作为犯；结果的特点；以条件关系为内容的因果关系理论的发展，条件说的内容和存在的问题，相当因果关系的内容。

第三章 违法性

第一节 违法性的概述

一、违法性的结构

违法性是指对行为进行法律性的无价值评价或者判断，即对行为在刑法上是否值得处罚进行的无价值评价。违法性是犯罪成立的第二个要件，是对符合构成要件行为的犯罪性质的评价或者判断。并不是所有的符合构成要件的行为都具有违法性，对违法性的阻却需要单独考察。违法性阻却事由包括正当防卫，紧急避险等等。

构成要件该当性判断是事实判断，而违法性的判断是具体的价值判断。

二、违法性理论

关于违法性本质的不同理解。

1．形式上的违法论与实质上的违法论

2．人的违法论

3．可罚的违法性

4．主观的违法论与客观的违法论

三、行为无价值与结果无价值

对于违法的本质是什么，存在行为无价值与结果无价值的争论。判断结果还是判断行为，在行为当时判断还是在结果发生时判断。

1．结果无价值的含义

对行为所引起的结果（法益侵害和危险）进行否定评价的观点，为称为结果无价值。结果无价值判断的特点。结果无价值的有无，应当从一般人的观点，在事后，根据客观的事实进行判断。既遂犯、未遂犯、危险犯、举动犯都是一样。

2．行为无价值

对行为本身情况进行否定性评价的观点，被称为行为无价值。行为无价值着眼于行为的反伦理性而进行的否定性评价。

3．结果无价值与行为无价值的对立

第一，违法性的本质是什么。

第二，违法判断的对象是主观要素，还是客观要素。

第三，违法性评价的中心是行为，还是结果。

第四违法评价的时间是以行为时为标准还是以结果发生时为标准。

4．违法性的元论

从行为无价值和结果无价值两个方面综合判断。

第二节　违法性阻却

一、正当防卫权

1．正当防卫权。

2．正当防卫的正当化根据

一是自己保护说，

二是法律确认说，

三是利益权衡说。

3．正当防卫与紧急避险的区分

二、正当防卫的要件

１．侵害的紧迫性。相当于我国刑法中的“正在进行”。

争论问题之一：挑唆行为是否属于正当防卫。挑唆行为的结构：三种观点，一是正当防卫权滥用说。二是原因的违法行为理论。三是折衷说。

争论问题之二：互相斗殴行为与正当防卫

2．“不法侵害”。

不法侵害不要求达到犯罪的程度。

争论问题之一：对物的防卫。对物防卫的结构：一是使用了第三人之物进行反击；二是使用第三人这物进行攻击；三是对第三者介入的防卫。

争论问题之二：假想防卫

3．防卫意思。

不要说和必要说。

争论问题 1：借口防卫。行为人平时痛恨加害者，在加害者攻击时，积极的进行加害。没有防卫意思。

争论问题 2：偶然防卫。

4．迫不得已。法益的权衡和防卫手段的相当性。

关联问题：盗窃犯防止法。

三、依照法令的行为

包括职务行为和权利行为。职务行为是法令规定公务员依照职务实施的行为。例如，死刑执行人员的死刑执行行为，侦查机关的侦查人员实施的逮捕、搜查等等行为，属于法令行为。

权利行为是法律规定的个人有权实施的行为，例如对正在实施犯罪的现行犯扭送的行为

四、正当的医疗行为

医生的医疗行为包含着对患者的生命和健康产生危险的行为。外科手术在外形上造成伤害是事实。违反患者意志的手术（专断的医疗行为，侵害性医疗行为），不仅属于民法上的不法行为，而且也可能是符合犯罪构成的要件，构成伤害罪。因此，必须正当治疗行为正当化的理由。

第一个要件是患者的同意。

医生本来对患者的生命和健康没有处分权，因此对患者的身体进行损害性医疗时，必须有患者的承诺或者同意，这种损害性医疗行为正当化的绝对的大前提。

第二个正当化理由是正当的治疗目的

正当的治疗目的要求，从治疗的整体上看是必要的，而且在治疗过程中进行的每一个损害性检查和处置都具有正当的治疗目的。

第三、正当化的条件是正当的治疗方法

在能够使用轻缓的方法时，不允许使用对生命或者身体有重大伤害的方法；能够避免重大后遗症时，不允许造成严重的后遗症；能够使患者身体外形不发生重大变形时，不能违反患者意志造成重大生理机能丧失，造成患者终生痛苦。

2．判例的状况

器官切除判例。紧急开颅手术判例。虚假告知的判决。

德国的判例

3．理论的状况

理论上的争论有两点，一是侵害性医疗行为是否符合伤害罪的构成要件，二是没有患者同意的粗暴治疗行为符合伤害罪的构成要件，是否违法。在日本德国的刑法理论上，存在伤害罪说、非伤害罪说和折衷说的对立。多数学者主张非伤害罪说。

4．治疗行为与过失犯罪

在治疗活动中，因医生或护士等医护人员的过失导致患者死亡患者伤害的，属于过失犯罪的问题。

5．医疗行为正当化的展望

五、体育运动行为

摔跤、击剑、拳击等正当的业务行为，即使是互相攻击行为造成伤害也不构成伤害罪。条件：体育运动的目的；遵守体育运动的规则；对方的同意。但是，利用体育运动故意加害的行为也是存在的。判例。

六、安乐死和尊严死

癌症晚期患者，在临近死亡时陷入极度的痛苦时，让他人使自己尽早死亡的行为，叫安乐死。植物人依靠生命维持装置可以生存，撤除依靠生命维持装置的生存，而保持作为人的尊严而自然死亡的行为，叫尊严死。

判例对安乐死的正当化确定了 6 个条件。即：1．在现代医学上属于不治之症，而且临近死期；2．被害人极度痛苦；3．安乐死的目的是为了缓解死亡的痛苦；4．本人的嘱托或者承诺；5．原则上由医生实施；6．方法符合社会公德。

七、被害人的同意

被害人对于一定的侵害行为表示同意时，可以阻却或者违法性。被害人同意涉及以下几个具体问题。

1．被害人承诺也不能阻却违法性（例如奸淫不满 14 周岁的幼女）。

2．同意杀人罪。处罚的理由：个人对自己的生命没有完全的处分权。

3．同意伤害。第一种观点认为，只要有被害人同意，就是正当的。第二种观点认为，除了涉及性命的重大伤害以外，只要有被害人同意就可以阻却违法性。第三种观点认为，即使有同意，也只有符合社会伦理的部分是正当的，不符合社会伦理的同意是违法的（通说）。第四种观点认为，即使有同意所有加害也都是违法的伤害行为。

4．判例的状况

带有违法目的的同意不能阻却违法性（例如骗取保险金而同意加害人伤害自己）。

存在错误的同意不能阻却违法性（判例认为，同意必须有三个条件，即 1．被害人能够理解同

意的意义；2．在行为时表示同意（超前的同意无效）；3．同意是真诚的同意。

本章的主要内容分为两部分：违法性的判断和违法性阻却，违法性的判断是价值判断，包括违法性的本质、违法性程度（可罚的违法性和不可罚的违法性）、行为无价值和结果无价值。违法性阻却事由中主要了解正当防卫，超法规的违法性阻却事由中的新问题主要是医疗刑法。

第四章　责　任

第一节　责任概述

一、责任的概念

责任是指根据犯罪行为对行为人进行的非难，有时也称为主观归责可能性，非难可能性。

原则上，违法性是对行为的客观的、具体的判断；而责任是涉及行为人主观能力，而对行为进行主观的、具体的判断。

近代刑法理论采用“无责任则无刑罚”原则，是指没有犯意就没有犯罪。因此责任的含义是行为人的主观心理状态（故意和过失）。“没有故意或者过失就没有刑罚”。

二、责任的本质

1．道义责任论
2．社会责任论
3．新道义责任论
4．人格责任论
5．规范责任论（通说）。

三、责任的要素和责任的判断

责任的要素包括三个方面的内容：1. 行为人的主观方面内容包括责任能力，故意、过失。2. 行为人实施合法行为的期待可能性；3. 责任的程度。

责任判断是一种无价值判断，即对符合构成要件的违法行为而非难行为人。

第二节　责任能力

一、责任能力的概念

责任能力，也叫归责能力是判断责任是否存在的重要要素。

1．古典刑事学派认为责任能力是对行为人进行道义非难的前提，也是自由意思决定的能力或者犯罪能力。责任的前提是具有责任能力，即行为人必须具有能够认识自己行为的价值或者行为善恶的能力。

2．近代刑事学派认为，责任能力是通过刑罚这种防卫手段实现社会防卫目的的能力，即刑罚能力或者刑罚适应性。刑罚只能适用于有责任能力的人。

二、无责任能力和限定责任能力

1．心神丧失和心神耗弱

心神丧失是指因精神障害而对事物缺欠辨别是非善恶和缺欠根据是非善恶作出行动的能力。心神丧失是无责任能力。

心神耗弱是因精神障害对辨别事物的是非善恶的能力明显减弱，或者根据这种能力作出行动的能力明显减弱。心神耗弱是限定责任能力，应当减轻刑罚。

2．刑事未成年人

第三节　故　意

一、故意的概念

故意是责任形式之一，刑法明确以处罚故意为原则，以处罚过失为例外。

故意理论主要涉及以下几个问题：

1．故意在犯罪论体系中的地位。一是责任要素说（以前的通说）。二是违法责任说。三是构成要件说（现在多数说）。

2．故意的分类

确定的故意

不确定的故意：1．概括的故意；2．择一的故意；3．未必的故意；4．附条件故意。

3．故意的本质（与过失的区别）

对结果的发生有无认识是区分故意与过失的标准。最主要的争论是，未必的故意与有认识过失的界限，对此存在概然性说和认容说。

第四节　故意与错误

一、故意与错误论

主观上的认识与客观发生的事实不一致，就是错误。

故意论研究的是，行为时认识到什么样的事实才能承认存在故意；而错误论要研究的问题是，行为人的错误达到什么程度时，是否阻却故意，对犯罪的成立和犯罪的轻重有何影响。

二、错误的种类

1．法律错误。

2．事实错误。事实错误又分为具体的事实错误和抽象的事实错误。

3．法律错误与事实错误的区别：

法律错误是行为人对犯罪事实有认识，而对行为的违法性没有意识，缺欠违法性意识时涉及到是否能够对行为人进行责任非难。

事实错误是主观的认识与客观的事实不一致。事实的错误是缺欠对犯罪事实的认识，因此可能阻却故意；而法律错误不阻却故意。

三、关于法律错误的理论

1．严格故意说认为，没有违法性意识，就没有故意。

2．限制故意说是对严格故意说的修正，认为故意本身不需要违法性意识，但是需要存在违法性意识的可能性，没有违法性意识的可能性就认为不存在故意，但是对违法性意识有过失时，仍然可以处罚。

3．责任说认为，违法性意识的可能性、故意、过失是独立的责任要素，如果缺欠违法性意识的可能性就不成立故意，也不成立过失，因此是不可处罚的。

4．判例说认为，只要对事实有认识，就应当承担故意的责任，违法性意识的有无对责任没有影响。

四、事实错误的种类和判断标准

判断事实错误的标准，即认识与事实不一致到什么程度才能否定故意的成立，存在三种观点：

1．具体符合说。认为行为人所认识到的内容与客观上发生的事实完全一致时，成立故意。

2．法定符合说。认为行为人认识的内容与客观发生的事实虽然不完全一致，但是在构成要件范围内符合（一致）时，就认为存在故意。

3．抽象符合说。认为行为人认识的事实与发生的事实即使两者的构成要件不同，但至少在轻罪的范围内成立故意犯。

两种事实错误与三种判断的关系图：

五、具体的事实错误

1．对象错误。大体有两种情况。第一是，犯罪对象存在而行为人认为不存在。第二是犯罪对象不存在而行为人认为存在。

2．方法错误。是指行为人的侵害对象与行为人意图的对象不一致。

3．因果关系错误。是指行为人认识的事实与发生的事实一致，但是事实的发生没有按照行为人所预见的因果关系发展过程发展。

4．案例

六、抽象的事实错误

1．抽象的事实错误是，与认识的犯罪类型所不同的犯罪类型结果发生。抽象的事实错误要解决的问题是，行为符合哪一种罪的构成要件。

2． 抽象的事实错误的两种类型：

轻罪的故意——导致重罪的结果

重罪的故意——导致轻罪的结果

3．抽象的事实错误的学说

关于抽象的事实错误，在学说上存在法定符合说和抽象符合说的对立。法定符合说是多数说。

4．故意犯的成立范围：

轻罪的认识，发生重罪结果的情况。在轻罪的范围内考察犯罪事实是否存在，承认轻罪的故意；重罪的认识，发生轻罪结果。应当考察对客观上发生的犯罪事实是否存在故意。意图的重罪成立未遂。

七、假想防卫过当

1．存在的问题。假想防卫过当是，假想防卫与防卫过当混合的类型。是指本来不存在紧迫不正的侵害但行为人却认为存在，假想防卫时超过了必要的限度。多数学者和判例，把假想防卫过当作为事实错误，但也有人认为假想防卫过当属于法律错误。

2．假想防卫过当的两种类型：不存在紧迫不正的侵害（客观上），但防卫人认为存在（主观上）；对超过必要限度的相当性部分有认识。

第五节　过　失

一、过失的概念

1．过失概念的起源。大约在 15、16 的罗马法学和意大利法学发现了故意和过失的概念。直到

1532 年的加洛林纳法典才开始规定过失。

2．概念。过失犯罪是违反注意义务的心理状态。

二、过失的结构和判断标准

1．注意义务的内容

结果预见义务　结果避免义务　（义务产生的根据）

结果预见能力　结果避免能力　（能力判断的标准）

2．注意义务的标准：主观说，客观说，折衷说。

三、过失犯理论发展的三个阶段

1．旧过失犯论

2．新过失犯论

3．新新过失犯论

四、过失的行为

1．过失的实行行为。过失合并说；过失阶段说。

2．故意与过失的混合：第一，前一阶段为故意，后一阶段为过失。第二、基本犯部分为故意，加重犯部分为过失（结果加重犯）。

五、过失的危险犯

1．意义。过失犯罪通常是结果犯，在例外的情况下，因过失导致具体危险的，是过失危险犯。

2．理论意义：对一般过失犯罪的否定性评价中心，是结果（结果无价值）；而过失危险犯的否定性评价的中心是行为（行为无价值），即行为本身在性质上就具有危害性。

3．实践意义：污染类型的公害犯罪预防和处罚。

六、共同过失犯

1．过失同时犯。

2．同种注意义务的共同过失。

3．异种注意义务的共同过失（过失的竞合）

七、关于过失犯罪的理论

扩大的过失犯理论和缩小的过失犯理论。信赖原则和允许的危险理论是缩小的过失犯理论。监督过失和危惧感说是扩大的过失犯理论。

1．信赖原则。参与危险行为的行为人信赖被害人或者第三者也会遵守有关规则，作出适当的行为，在他人作出不适当的行为产生危害结果时，行为人对该结果可以不负或者减轻刑事责任。

2．允许的危险理论

也叫危险分配理论。合理分担发生危害结果的危险的注意义务。根据该行为的社会有用性，在一定程度上允许发生危害结果。

允许的危险的量（X）——该行为所具有的价值（U）：正比

危害结果发生的概然性越大（V）——预见的危险越小（Z）：反比

3．危惧感说

对于公害犯罪等扩大预见能力和预见可能性，要求行为人对具体的结果具有预见可能性，行为人对结果的发生有某种不安感即可。

4．监督过失

监督者对被监督者没有履行监督义务，由被监督者引起危害结果时，监督者对该危害结果应当承担责任的理论。

第六节　期待可能性

一、期待可能性的概念

1．期待可能性是指，在行为时存在的具体情况下，期待行为人不作出违法行为，而能够实施合法行为。在不能期待行为人实施合法行为时，就能够非难该行为，因此也能够承担刑法上的责任。

2．期待可能性与规范责任论是表里关系。

二、期待可能性的范围

1．在极例外的情况下，可以对行为人根据期待可能性理论不进行责任非难。

2．在实体法上主要涉及，防卫过当、避险过当、亲属间的隐藏犯人、亲属间的销毁证据、亲属间的盗窃、使用伪造货币、自己堕胎等几种犯罪。

3．期待可能性在量刑判断方面也具有重要意义。

三、期待可能性的认定标准

对期待可能性争论最多的是认定的标准。

1．行为人标准说。认为在行为时的具体情况下，如果不考虑该行为人可能作出合法行为的问题，讨论期待可能性就没有意义。

2．一般人标准说。认为一般人在行为当时处于行为人的地位，如果一般人可能实施合法行为时，就认为行为人也能够实施合法行为（多数说）。

3．国家标准说。认为应当根据国家的法律秩序的具体要求进行判断。

本章的难点问题较多，例如故意的内容和故意的分类；具体的事实错误与抽象的事实错误；具体符合说与法定符合说的异同；过失犯罪中的注意义务的结构，共同过失；关于过失犯的四种理论；期待可能性。

第五章　未遂犯论

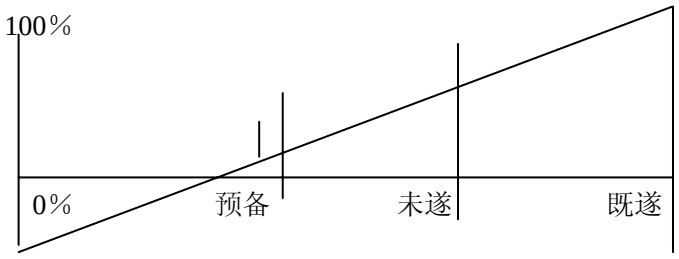
第一节 未遂犯的基本理论

一、主观主义刑法与客观主义刑法

1．彻底的主观主义刑法理论。未遂和既遂一样处罚，强调犯罪意图的重要性。
2．彻底的客观主义刑法。没有发生结果的未遂，不处罚。
3．折衷主义。部分处罚未遂。

二、犯罪的阶段与未遂犯

危险程度：



三、实行着手的意义

1．主观说。实行着手是犯罪意图的明确化，是主观意图在外部的客观的明确化。
2．客观说（形式的行为说。通说）。实行构成要件的一部分开始，才构成未遂。
3．实质的行为说。实行的行为对构成要件产生了实质的危险性时，才是未遂的开始。

四、未遂犯的分类

1．障碍未遂
2．中止未遂

第二节　不能犯

一、不能犯的学说

1．可处罚的未遂与不可罚的未遂（不能犯）
2．绝对不能与相对不能
3．主观说：包括纯粹的主观说（除了迷信犯以外都处罚）和抽象的主观说
4．客观说，包括具体的危险说、客观的危险说和纯粹的客观说

二、不能犯的种类

1．方法不能
2．客体不能

3．主体不能

4．对象不能

外国刑法理论中一般采用客观的未遂犯论，因此需要了解外国刑法中的未遂犯包括障碍未遂和中止未遂；未遂犯与不能犯的主要区别。

第六章　共犯论

第一节　概　说

一、概说

1．共犯论体系。中国是以主犯为核心的体系。日本德国共犯体系是以正犯和共犯为核心的体系，主要是强调在理论上明确区分谁是正犯，谁是共犯，对正犯加重处罚。

2．正犯和共犯

在大陆国家刑法中，共犯包括广义的共犯和狭义的共犯。广义的共犯包括共同正犯（实行犯）、教唆犯和帮助犯。狭义的共犯是指教唆犯和帮助犯。狭义的共犯是相对于正犯（实行犯）而言的，实行犯罪的人称为正犯，没有直接实行犯罪的人称为共犯。

共犯：正犯－单独正犯与共同正犯、直接正犯与间接正犯

（狭义的）共犯：教唆、帮助

3．扩张的正犯概念和限制的正犯概念

扩张的正犯概念，是指对构成要件的结果发生给予某种条件的人，都是正犯，其中只有被特别规定的教唆犯和帮助犯才是共犯。限制的正犯概念，只把自己直接实行的人作为正犯，实行以外的参与者都是共犯。

图：1．正犯大，共犯小；2．共犯大，正犯小（P377）

以正犯为中心的共犯体系和以共犯为中心的共犯体系。

二、正犯和共犯区分的标准

1．主观说。认为以正犯者的意思施实犯罪的人是正犯，以辅助的意思施实犯罪的人是共犯。

2．客观说。认为在条件关系中，对结果给予重要原因的人是正犯，或者与结果有相当因果关系的人是正犯。

3．实质说。认为行为人的行为对结果的发生具有实质性支配力的，就是正犯。

第二节　共同正犯原理和共犯原理

一、共同正犯的原理

围绕共同正犯的本质，存在犯罪共同说和行为共同说的对立。争论之点在于“共同”的范围。

1．犯罪共同说。认为共同实行一个犯罪的是共同正犯，也就是说只有二人以上施实同一罪名的犯罪，才是共同正犯。强调犯罪的共同。

2．行为共同说。认为共同实行不同的犯罪也是共同正犯。强调行为本身。

犯罪共同说和行为共同说对共同犯罪的认定会产生不同的结论。

二、共犯原理

围绕共犯的本质，存在共犯从属说和共犯独立说的对立。这种对立实际上是为了探讨正犯与共犯之间的关系。

1．共犯独立性说。处罚共犯是独立于处罚正犯的行为。只要实施的教唆行为，就应当给予处

罚，因此独立说采纳了行为无价值。（新派）。可以处罚教唆的未遂。

2．共犯从属性说。处罚共犯是以处罚正犯行为为前提的。不能处罚教唆的未遂。

3．从属说的内容。共犯的从属性涉及三个问题：一是实行的从属性。二是罪名从属性。三是从属性的程度，包括夸张从属性说（犯罪＝符合构成要件＋违法性＋责任＋处罚条件）、端从属性说（犯罪＝符合构成要件＋违法性＋责任）、限制从属性说（犯罪＝符合构成要件＋违法性）、最小从属性说（犯罪＝符合构成要件）。

三、处罚的根据

1．共犯的处罚根据。有五种理论：一责任共犯论，认为共犯者是通过教唆或者帮助使正犯者堕落的，因此教唆犯使他人陷入受处罚的状态。二是不法共犯论，认为共犯人使正犯者实施了符合构成要件的违法行为，并实现自己的犯罪，共犯人与正犯人共同引起了犯罪结果。三混合说，认为共犯是使正犯实施实行行为，并参与了侵害法益的行为。四纯粹引起说，认为共犯是通过正犯引起危害法益结果的。现在日本学者几乎没有采纳前两种观点的。

2．共同正犯的处罚根据。“一部分行为全部责任”原则。

3．共同实行的含义。第一是客观上分担实行行为；第二是主观上共同正犯之间有意思疏通。

第三节　不构成共犯的情况

一、同时犯

2 人以上没有意思联络对同一对象同时实行同一的犯罪的是同时犯，同时犯按照各自的行为承担责任。

二、间接正犯

三、混合行为

一方是故意行为另外一方是过失行为。

四、超出共同故意以外的行为（共犯的过限）。

五、事先无通谋的窝赃、包庇、窝藏、销赃行为。

第四节　继承的共犯

一、概念

继承的共犯是实施先行行为的人，已经实行终了一部分实行行为，实施后续行为的行为人参与实行行为的共同正犯。继承的共犯有两种情况，一是前后两个行为人具有**共同实行的故意**而参与实行的“继承的共同正犯”；二是一方行为人以帮助的故意参加犯罪的“继承的帮助”。

二、继承的共同正犯的目的

后续行为人是否对先行行为人的行为（或者先行行为产生的结果）承担责任。

三、学说的对立

1．犯罪共同说（积极说）承认继承的共犯

2．行为共同说（消极说）不承认继承的共犯。

第五节 片面的共犯

一、片面共犯的概念

是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在与他人共同实施犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己一起共同实施犯罪。

二、种类

片面共犯，包括片面教唆和片面帮助。

1．片面教唆是指教唆者实施了教唆行为，但被教唆者并没有认识到自己被教唆的事实。否定说（多数说）认为不存在片面的教唆；肯定说认为不存在片面的教唆。

2．片面的帮助。

第六节 教唆犯

一、教唆犯成立的要件

教唆犯是教唆他人实施犯罪的人。教唆犯成立的条件：

1．被教唆者必须是具有责任能力的人

2．必须有教唆的行为

3．必须有教唆的故意。

二、间接教唆

1．教唆教唆者实施教唆行为的，是间接教唆。教唆教唆者去教唆他人实施犯罪的，是再间接教唆。一般来说，间接教唆具有可处罚性，再间接教唆没有处罚的价值。

图：

教唆者——教唆者——正犯者（间接教唆）

教唆者——教唆者－教唆者——正犯者（再间接教唆）

三、教唆的未遂与未遂的教唆

共犯论中最难解释的问题。

1．教唆的未遂。包括三种情况：一是失败的教唆。二是没有效果的教唆。三是未成功的教唆（开始着手实行，但没有达到既遂）。第三种情况是构成教唆犯，第一、第二种情况一般称为教唆的未遂。

2．教唆的未遂是否可罚性。存在共犯从属性说和共犯独立性说的独立。

3．未遂的教唆。教唆者在一开始就认识到被教唆者的行为不能达到既遂，而只能在未遂阶段终了，是未遂的教唆。

4．未遂的教唆与诱惑侦察。

5．未遂教唆的故意与错误

第七节　帮助犯

一、概念

故意帮助正犯实行犯罪行为者，是帮助犯。帮助犯是从犯。

二、处罚帮助犯的根据

帮助行为与结果之间的因果性
1．包括物理的因果性
2．心理的因果性。

三、帮助犯成立的时期和范围

1．帮助犯存在于实行着手以后实行终了以前，正犯实行终了后不成立帮助犯。
2．帮助犯与正犯的界限。
3．间接帮助和教唆的帮助

四、帮助犯的处罚。采用“必要减免说”。

第八节 共犯与身份

一、意义

共犯与身份在刑法理论中具有特殊的意义。

二、身份犯的种类

1．构成身份
2．加减身份。

三、认定

1．无身份者可以成为有身份者的共犯
2．无身份者与公务员构成的共同正犯
3．有身份者教唆或者帮助无身份者

第九节　共犯与不作为

一、不作为与共犯的关系

1．对不作为的共犯。是指教唆他人用不作为的方法实施犯罪。
2．不作为的共犯。是指以不作为的形式帮助他人实施犯罪。
3．不作为的共同正犯，即共犯者以不作为的形式实施犯罪。

二、不作为共犯的作为义务

第十节　共犯的中止以及脱离

一、共犯的中止

1．意义。共同正犯人中的一人反悔而中止时，他对以后发生的事实是否承担刑事责任，是否适用中止犯的规定。

2．共同正犯人中止的条件。

二、共犯与脱离

1．含义。在实施犯罪途中，行为人一人中断了参与行为。

2．种类。 共犯的脱离，包括实行着手前的脱离和实行着手后的脱离。

3．共犯脱离的条件。其他共同犯罪必须知道该行为人表示脱离；行为人积极地实施防止结果发生的措施；使因果关系遮断。

第十一节　间接正犯

一、概述

间接正犯是利用他人的行为实施犯罪，对于利用者来说相当于直接正犯。

二、间接正犯的理论

1．工具理论，即把被利用者当成工具一样利用，因此利用者具有正犯的性质。

2．行为支配说。

三、利用行为

1．利用无责任能力的人（精神病人、刑事未成年人）

2．利用他人欠缺故意的行为。

3．利用他人有故意的情况。

4．利用他人无身份的情况。

四、被利用者变化正犯的情况

被利用者在实施被利用的行为时，变成正犯。

1．间接正犯说

2．教唆犯说。

本章是外国刑法中的另一个难点问题，首先需要掌握有关共同正犯的原理和有关共犯的原理；教唆犯理论与我国教唆犯理论的差异；共犯与身份的关系；间接正犯的内容；帮助犯等等。

第七章　罪数论

第一节　概　述

一、罪数论的地位

1．犯罪构成理论是以一个人实施一个行为是否成立犯罪为中心展开的。共犯理论是以数个行为人犯一个罪为中心展开的。而罪数论是研究一个行为人犯了数个犯罪应当如何处理的问题。

2．罪数是犯罪的个数。罪数论要解决的问题包括，该行为是一个罪，还是数个罪；如果是数个罪应当如何处理。

二、罪数的本质

关于罪数的本质，也就是说，罪数论是属于犯罪论研究的内容，还是刑罚论研究的内容存在“犯罪论”和“刑罚论”的对立。

1．犯罪论说。罪数属于犯罪论研究的问题。客观主义刑法的反映。

2．刑罚论说。认为罪数本身在刑法上只是涉及刑罚的适用，因此罪数问题属于刑罚论的研究内容。强调刑罚的适用对象不是行为而是行为人，是主观主义刑法理论的反映。

三、罪数的判断标准和判断的要素

行为标准说、意思标准说，法益标准说，构成要件标准说（通说）。

四、罪数的分类

第二节　实质的一罪

实质的一罪，是指虽然有一定的数罪特征，但在实质上是一罪。

一、继续犯

1．概念。指在对对象不法侵害的状态存在期间，犯罪行为也处于继续状态的犯罪。

2．特点。必须是一个犯罪行为；必须是犯罪行为与违法状态的同时继续；必须是继续一定的时间。

3．继续犯的既遂。第一，犯罪既遂后的继续状态；第二，犯罪完成后的继续状态；第三，犯罪实行后的继续状态（通说）

3．研究继续犯的意义

继续犯与共同犯罪相分离；量刑的意义；追诉时效。

二、法条竞合

1．概念。也称为法规竞合，是指刑事立法上的法规重合现象，是指一个犯罪行为同时触犯数个具有包容关系的刑法规范，而只适用其中一个刑法规范的情况。

2．法规竞合要解决的问题。在竞合的不同罪名或者条款中，分别情况依照一定的原则确定一罪名，适用一法条。

3．法规竞合的特点：第一，一个犯罪行为同时触犯数个法条。第二，数法条相互间有重合关系或者包容。

4．法条竞合的法律适用原则。一是特别法优于普通法。二是重法优于轻法。

三、想象竞合

1．概念。想象竞合是指一个犯罪行为而触犯数个罪名的犯罪。基于一个犯意，实施一个犯罪行为，侵犯数个客体，成立数个罪名。

2．想象竞合的条件、第一，必须是实施一个犯罪行为。第二，行为人的一行为必须触犯数罪名。

3．不能构成想象竞合的几种情况：第一，一行为触犯同种罪名的。第二，数个举动完成一个犯罪构成（接续犯）。第三，实施一个基本犯罪构成的行为，出现基本犯罪构成以外的重结果（结果加重犯）。

4．想象竞合与法条竞合的区别

想象竞合 0 一行为——甲死亡——乙伤害（一行为触犯两个罪名）（形式上的数罪）

法条竞合 0 一行为——甲法条——乙法条（一行为触犯两个法条）（单纯的一罪）

5．想象竞合的处罚根据

主观责任说和客观说

6．想象竞合的处罚原则。从一重处断。

四、结果加重犯

1．概念。结果加重犯，是指实施基本犯罪构成要件的行为，由于发生了法律上规定的更为严重的结果而加重处刑的犯罪。

2．结果加重犯的结构和特征。

3．基本犯的主观方面是故意，超过基本犯的部分是过失。

主观方面 0——故意——0 意图的结果……过失……0 发生的结果

客观方面 0————————－0————————————－0 加重结果

基本犯　　超过部分

4．需要注意的几个问题：结果加重犯与我国刑法中的情节加重、数额加重

5．结果加重犯与想象竞合

结果加重犯：一行为犯一罪，超过部分依附基本犯；侵害的犯罪对象一般是同一的。

想象竞合：一行为触犯数罪名，数罪名各自独立；侵害的犯罪对象一般是不同的。

6．结果加重犯是否存在未遂

有人认为结果加重犯存在未遂，多数学者认为结果加重犯不存在未遂。

第三节　法定的一罪

法定的一罪，是指本来为数罪，但法律上规定为一罪的情况。

一、结合犯

1．结合犯的概念。结合犯是两个以上独立，而且罪名不同的犯罪，法律合并规定为一个新罪。

2．结合犯的结构。A 犯罪＋B 犯罪……＝C 新的犯罪（结合犯）

0——原罪———－0　　被结合罪

3．结合犯的特征：第一，原罪必须是数个独立的犯罪。第二，必须是数罪结合为一个新的犯

罪。

结合的形式：甲罪＋乙罪＝甲乙罪的结合犯。强盗罪＋杀人罪＝强盗杀人罪（日本）

甲罪加乙罪＝丙罪的结合犯（新罪名）。

二、惯犯

1．惯犯的概念。是以某种犯罪为常业，或者以犯罪所得为主要生活来源或者挥霍来源，或者犯罪已成习性，在较长时间反复多次实施同种犯罪行为的犯罪。

2．惯犯的特征：第一，现行行为已经构成犯罪。第二，客观上具有较长时间里反复多次实施同种犯罪。

3．惯犯的种类。包括常业犯和常习犯。

4．惯犯与累犯的关系。惯犯概念是从累犯中分裂出来的。

第四节　处断上的一罪

一、连续犯

1．连续犯的概念。连续犯是指行为人出于连续的同一故意或者概括故意，连续实施数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪。

2．关于连续犯的争论。废止说和保留说。

3．连续犯的构成要件。一是存在连续的同一犯罪故意或者概括犯罪故意。二是必须有数个连续独立的犯罪行为。三是触犯同一罪名。

4．连续犯的处罚。按照一罪从重处罚。

5．　连续犯与其他罪数形态的关系。第一、连续犯与接续犯。第二、连续犯与继续犯。第三、连续犯与惯犯。

二、牵连犯

1．牵连犯的概念。牵连犯是指实施某种犯罪（本罪），其方法行为或者结果行为触犯其他罪名（他罪）的犯罪。

2．牵连犯的常见形式。

3．牵连犯的结构。包括两个部分：本罪和他罪。本罪是指行为人基于犯罪目的而实施的具体犯罪，他罪是指行为人的方法行为或者结果行为所构成的犯罪。

目的行为（构成独立犯罪）——牵连关系——方法行为（构成独立犯罪）

原因行为（构成独立犯罪）——牵连关系——结果行为（构成独立犯罪）

4．目的行为和方法行为、原因行为和结果行为

5．牵连犯的构成要件：第一、必须有两个以上的行为。第二、数个行为必须是相对独立的。第三、两个以上的犯罪行为必须有牵连关系。

6．牵连犯的处罚。第一、刑法分则有规定的按规定处罚；第二、刑法分则没有规定的，采用从一重处断的方法。

三、吸收犯

1．吸收犯的概念。是指数个不同的犯罪行为，因一个被另一个所吸收而只成立吸收行为的一个犯罪。

2．吸收犯的存废。取消说和保留说的争论。

3．吸收关系的种类。一是刑的吸收，二是罪的吸收，三是行为的吸收，包括实行行为吸收预备行为；主行为吸收从行为；重行为吸收轻行为。

本章主要需要了解各种“犯”的成立条件以及相互之间的区别。

第八章　刑罚论

第一节　刑罚论概述

一、刑罚的概念

1．刑罚的发展
2．近代的刑罚
3．刑罚的效果。正面的效果和负作用。

二、刑罚的正当性根据

1．报应刑论和目的刑论之争
2．报应刑论。绝对报应刑和相对报应刑。
3．目的刑论。教育和改善，预防将来的犯罪。
4．报应刑与公民规范意识

三、刑罚权及其根据

1．刑罚权的概念。刑罚权是国家基于统治权依法对实施犯罪行为的人实行刑罚惩罚的权力。

2．刑罚权的特征和内容。刑罚权是国家统治权的组成部分，是对犯罪人实行的一种国家强制力。刑罚权是国家发动的带有强制性的公刑。刑罚权的内容包括刑罚创制权、刑罚裁量权和刑罚行使权。

3．刑罚权的根据。

第一，社会契约说。第二，命令说。第三，功利说。第四，正义说。第五，社会防卫说。第六，折衷说。

第二节　刑罚的功能

一、刑罚功能的概念和特征

1．刑罚功能
2．刑罚功能的特征：第一，对犯罪人的作用；第二，对社会上其他人的作用。
3．刑罚的积极作用和消极作用。

二、刑罚功能的种类

1．二分说。把刑罚功能分为特殊预防功能和一般预防功能。

2．三分说。把刑罚功能分为对犯罪人的功能、对社会的功能和对被害人的功能〔通说〕。

3．四分说。把刑罚的功能分为报复感情平息功能、保安的功能、赎罪的功能、预防的功能四种。

第三节　刑罚的目的

一、刑罚目的的概念和特征

1．概念。刑罚的目的是国家通过刑罚的创制、裁量和执行所希望达到的效果（结果）。
2．刑罚目的的特征。

二、刑罚目的的种类

1．直接目的和根本目的。根本目的决定直接目的，直接目的是实现根本目的的必要条件。
2．特殊预防和一般预防。

本章需要了解刑法的目的和刑法的功能。

第九章　刑罚的体系与种类

第一节　刑罚的体系

一、刑罚的种类

1．种类。可以分为生命刑、自由刑、名誉刑、财产刑。
2．外国刑罚体系的特点。外国刑罚体系中没有管制、剥夺政治权利和没收财产。

二、死刑

1．死刑存废的争论。
2．各国死刑的概况。
3．联合国对死刑的态度。

三、自由刑

1．自由刑的种类。有期和无期；长期和短期自由刑。
2．有期的弊端：第一，服刑者的不适应性；第二，容易发生交叉感染，导致累犯、再犯的增加。第三，与实际所需改造时间相分离。
3．有期徒刑与不定期刑。
4．自由刑的执行方式改革。如，周末关押、节假日关押、间歇性关押、半关押、家庭关押等。
5．自由刑的代替处分。非犯罪化、非刑罚化、非监禁化。采用代替自由刑的刑事处分，尽量宣告缓刑。非监禁化是指通过社区矫正使犯罪人回归社会。
6．代替自由刑的适用。第一，对于轻微案件不判处刑罚。第二，延期宣告。3、保护观察。
7．刑事和解制度

四、罚金刑

1．罚金刑的优点。
2．罚金刑的弊端
3．罚金的执行方法。第一，留置劳动场所。第二，无偿劳动。第三，日数罚金。

第二节　非刑罚处分体系

一、处分体系概述

处分是对犯罪者采取的处罚或者最终决定。
1．刑罚；2．保安处分；3．保护处分；4．检察官的微罪处分；5．缓期起诉

二、犯罪人处遇体系

1．矫正处遇（受刑者处遇）
2．保护处遇（假释、保护观察、更生保护）

三、非行少年的处遇（少年法）

四、保安处分

1．概念和范围。四种情况：第一，最广义的保安处分是指为了防止犯罪或者为了矫正或保护，对行为人实施的改造、教育、保护等处分。第二，广义的保安处分。第三，狭义的保安处分，包括剥夺自由的保安处分和限制自由的保安处分。第四，最狭义的保安处分是指剥夺自由的保安处分。

2．保安处分与刑罚的关系。保安处分一元论和保安处分二元论。

3．对物的保安处分。是对财产进行的保安处分。强制关闭营业场所、没收犯罪所得和违禁品等。

4．剥夺自由的保安处分。对精神病人进行强制治疗；对吸毒者、酒精中毒者进行的强制戒毒戒酒处分；对精神病障碍者（精神病质）进行社会治疗处分；对乞丐、流浪者、懒汉进行的劳动处分；对有重大犯罪危险性的常习犯进行保安拘留。

5．限制自由的保安处分。包括：监视自由、监视居住、禁止进入饮食店、吊销驾驶证（例如法国刑法规定主刑包括吊销 5 年以下驾驶证）、禁止从事某种职业等。

6．社会治疗处分。有严重人格障碍的累犯、性冲动犯人采用的收容处分。

7．劳动处分。对流浪者、乞丐进行收容的处分（多数国家已经废）。

五、矫正处遇

矫正包括行刑和监督教育（对少年的矫正和保护）

1．受刑者（犯人）处遇。个别化、对生活、行动的限制的缓和、开发式处遇。

2．分类处遇：第一，收容分类；第二，收监分类；第三，分类处遇：第四，累进处遇。

3．开发处遇：监外劳动、通勤劳动（半自由）、休假制、探亲制。

4．刑务劳动：劳动报酬、奖赏

5．教育活动：教育指导、生活指导、宗教教诲（西方国家：基督教；日本佛教）

六、保护处遇

1．保护处遇的意义。在社会上的处遇称为保护处遇，包括假释、保护观察、更生保护。其中最主要的是保护观察和更生保护。相当于我国的社区矫正。

保护处遇是社会处遇，因此与司法处遇不同，是民间与司法相结合的处遇。

2．更生保护。包括保护观察和紧急更生保护。

3．保护观察的类型：一是作为独立处分的保护观察；二是缓刑期间的保护观察；三是假释期间的保护观察；四是刑满释放后的保护观察。

4．保护观察的方法：第一，分类处遇；第二，行为类型分类：第三，集体处遇；第四，观察官驻所处遇和教育；第五，定期会面、指导；第六，观察官互相联络、交流。

5．紧急更生保护：对刑满释放者提供援助等。

本章需要了解外国的刑罚体系与我国刑罚体系的差异，外国刑法中多样化处罚体系的借鉴意义。

《公安工作概论》教学大纲

胡　明　编写

目　录

第一章　人民公安机关.....72
第一节　公安机关的形成与发展.....72
一、中央特科.....72
二、国家政治保卫局.....72
三、抗日战争时期的人民公安机关.....72
四、解放战争时期的人民公安机关.....72
五、建国后 17 年，人民公安机关取得巨大成就.....73
六、十年“动乱”使公安工作遭受严惩挫折.....73
七、新时期公安事业在改革中创新发展.....73
第二节　公安机关的性质.....73
一、公安机关是人民民主专政的重要工具.....73
二、公安机关是我国的治安行政与刑事执法机关.....74
三、公安机关是武装性质的强制机关.....74
第三节　公安机关的宗旨与任务.....74
一、公安机关的宗旨.....74
二、公安机关的任务.....75
第四节　公安机关的职责.....75
一、公安机关职责的特点.....75
二、公安机关主要警种的具体职责.....76
思考题.....76
第二章　治安管理概述.....77
第一节　治安管理的概念和任务.....77
一、预防、发现和控制各种违法犯罪.....77
二、查处治安案件、治安事故，处置治安事件.....77
三、协助其他行政管理.....77
四、维护社会治安秩序.....77
第二节　治安管理的原则.....78
一、依法管理的原则.....78
二、属地管理的原则.....78
三、专门机关管理与依靠群众相结合的原则.....78
四、公开管理与秘密工作相结合的原则.....78
五、教育与处罚相结合的原则.....78
第三节　治安管理的手段.....78
一、法律手段.....78
二、行政管理手段.....79
三、公安专业手段.....79
四、教育改造手段.....80
五、经济手段.....80
六、技术手段.....80
思考题.....80

第三章　公共场所治安管理.....81
第一节　公共交通场所管理.....81
一、加强治安宣传教育.....81
二、加强安全检查，严格查禁“三品”.....81
三、适时整治突出的治安问题.....81
第二节　公共娱乐场所管理.....81
一、严格开办许可制度.....81
二、落实安全责任制，加强对从业人员的治安培训.....82
三、强化监督检查.....82
四、加大打击力度，敢于碰硬.....82
第三节　参观游览场所管理.....82
一、按“谁主管,谁负责”的原则,切实落实各项安全措施.....82
二、抓好场所内的宣传教育，严格安全监督检查.....82
三、加强巡逻值勤，及时提供救助和查处违法犯罪活动.....82
四、运用技术手段，增强防范能力.....83
第四节　商品交易场所管理.....83
一、抓好防范机制建设.....83
二、加强巡逻和场所的安全检查.....83
三、专群结合，维护好市场内外秩序.....83
四、严格执法，及时打击违法犯罪活动.....83
第五节　餐饮服务场所管理.....83
一、加强内部管理，保证经营内容合法、健康.....83
二、进行经常性的治安检查.....84
三、抓住突出问题，及时清理整顿.....84
思考题.....84
第四章　特种行业治安管理.....85
第一节　特种行业管理概述.....85
一、特种行业的概念.....85
二、特种行业的管理范围.....85
三、特种行业管理制度.....85
第二节　旅馆业治安管理.....85
一、惩治旅馆业中的违法犯罪活动.....85
二、建立验证登记制度.....85
三、发动和依靠旅馆职工维护好内部秩序.....86
四、特行民警下管区旅馆检查.....86
五、布建特情、耳目.....86
第三节　印章、印刷业治安管理.....86
一、承接制作印章、印件批准制度.....86
二、承接登记制度.....86
三、保密制度.....86
四、监销制度.....86
五、情况报告制度.....86
第四节　旧货业治安管理.....87

一、典当、拍卖、信托寄卖业的治安管理制度.....87
二、废旧金属收购业的治安管理制度.....87
思考题.....87
第五章　危险物品治安管理.....88
第一节　危险物品的概念、特点.....88
一、危险物品的概念.....88
二、危险物品的特点.....88
第二节　危险物品治安管理的范围、任务.....88
一、危险物品治安管理的范围.....88
二、危险物品管理的任务.....88
第三节　危险物品治安管理的措施.....88
一、枪支弹药和管制刀具的管理.....88
二、易燃、易爆物品的管理.....88
三、剧毒物品的管理.....89
四、放射性物品的管理.....89
思考题.....89
第六章　大型群体活动和集会游行示威治安管理.....90
第一节　大型群体活动管理.....90
一、举办大型群体活动的审批.....90
二、大型群体活动的安全保卫.....90
第二节　集会、游行、示威管理.....90
一、集会、游行、示威的主管机关.....90
二、集会、游行、示威的审批.....91
三、集会、游行、示威的管理.....91
思考题.....91
第七章　治安案件的调查处理.....92
第一节　治安案件的构成和分类.....92
一、治安案件的概念和构成.....92
二、治安案件的分类.....92
第二节　治安案件的管辖和受理、立案.....92
一、治安案件的管辖.....92
二、治安案件的受理、立案.....92
第三节　治安案件的调查.....93
一、现场调查.....93
二、追踪调查.....93
三、摸底调查.....93
四、秘密调查.....93
五、治安讯问.....93
第四节　治安案件的处理.....93
一、对行为人的处理.....93
二、对与案件有关的物品的处理.....93
思考题.....93
第八章　巡逻勤务.....94

第一节 巡逻勤务概述.....94
一、人民警察巡逻体制的建立.....94
二、人民警察巡逻体制建立的意义.....94
三、建立人民警察巡逻体制的要求.....94
第二节 人民警察巡逻执勤中的职责和权限.....94
一、人民警察巡逻的职责.....94
二、人民警察巡逻勤务的权限.....95
第三节 人民警察巡逻勤务的特点、制度和方式.....95
一、巡逻勤务的特点.....95
二、巡逻勤务制度.....95
三、巡逻勤务方式.....95
思考题.....96
第九章 出入境管理.....97
第一节 出入境管理的原则、任务和管理范围.....97
一、入境管理的概念、特点.....97
二、管理的原则和要求.....97
三、出入境管理的任务.....97
四、出入境管理的范围.....97
第二节 外国人入出境管理.....98
一、外国人入出境管理的对象.....98
二、对外国人入出境管理的内容、方法.....98
第三节 中国公民出入境管理.....98
一、中国公民因私出境管理.....98
二、中国公民入境的管理.....99
三、中国公民出入境证件的管理.....99
思考题.....99
第十章 信息网络安全管理.....100
第一节 信息网络安全管理的概念、任务和意义.....100
一、信息网络安全管理的概念.....100
二、信息网络安全管理的任务.....100
三、信息网络安全管理的意义.....100
第二节 信息网络安全管理的范围、体制.....100
一、信息网络安全管理的范围.....100
二、信息网络安全管理的体制.....101
第三节 信息网络安全管理的方法和职权.....101
一、信息网络安全管理的方法.....101
二、信息网络安全管理的职权.....101
思考题.....101
第十一章 交通管理.....102
第一节 交通管理的任务和范围.....102
一、交通管理的概念、任务和意义.....102
二、交通管理的范围.....102
第二节 交通管理的方法.....102

一、机动车辆管理.....102
二、交通秩序管理.....103
三、道路管理.....103
第三节　交通违章的纠正和交通事故的查处.....103
一、交通违章的分类和处理.....103
二、交通事故的分类和查处.....103
思考题.....104
第十二章　公安派出所.....105
第一节　公安派出所的性质和任务.....105
一、公安派出所的概念和性质.....105
二、派出所的任务.....105
第二节　公安派出所的领导体制、机构设置和权限.....105
一、公安派出所的领导体制.....105
二、公安派出所的机构设置.....105
三、公安派出所的权限.....106
第三节　公安派出所民警的职责.....106
一、治安管理.....106
二、户口、身份证管理.....106
三、内勤管理工作.....106
第四节　公安派出所的工作制度.....107
一、勤务制度.....107
二、会议制度.....107
三、联系制度.....107
四、请示报告制度.....107
五、岗位责任制度.....108
六、考核和奖励制度.....108
七、档案资料、武器、装备保管制度.....108
八、向人民群众和有关方面报告工作制度.....108
思考题.....108
参考书目.....108

前　言

《公安工作概论》是为了培养公安专门人才，以及拓展法学专业学生的知识视野而设立的一门公安基础理论课程。

本课程以马列主义、毛泽东思想和邓小平理论为指导，以国家的法律、法规和公安部的有关文件规定为依据，力求系统、全面地阐述本学科及相关学科的基本理论、基础知识，并结合当前公安工作的实际状况，突出基本原理、基本知识在公安工作中的具体应用，以适应培养公安、法学高等教育人才的需要。本课程计划学时为 36 学时，主要讲授以下内容：公安机关和人民警察的性质、任务和活动原则；机构设置；职责和权限；公安工作的方针和原则；公共秩序管理；户籍管理；特种行业管理；危险物品管理；信息网络安全管理；消防管理；交通管理；出入境管理；巡逻勤务工作和公安派出所工作等。

为了规范、指导《公安工作概论》的教学活动，根据学生了解公安业务基础知识、掌握公安工作基本技能的需要，编写了本教学大纲。但由于时间和能力所限，难免有不妥和疏漏之处，还望大家批评指正。

第一章　人民公安机关

教学目的和要求：

了解公安机关的形成与发展，明确公安机关的性质、宗旨、任务和职责。本章计划讲授 3 学时。

第一节　公安机关的形成与发展

中国共产党从建党初期就开始有自己的保卫工作，不过建立人民公安机关则是在有了革命根据地和人民政权以后。

一、中央特科

1927 年，以蒋介石为首的国民党反动派发动了“4.12”反革命政变，大批杀害共产党员和革命群众，党的组织被迫转入地下。党中央在迁致电上海之后，为确保自身安全，1927 年 12 月，决定由周恩来同志组织成立“中央特别工作委员会”，下设“中央特科”作为日常办事机构。中央特科的主要任务是：负责保卫党中央机关和中央领导的安全；收集情报、掌握敌情；惩办特务、叛徒、内奸；建立秘密交通联络和秘密电台；营救被捕的同志；等等。中央特科是我们党在中央机关设立的最早的保卫组织，但还不是人民政权的公安机关。不过中央特科的历史贡献与经验，为后来人民公安机关的建设留下了宝贵的遗产，党中央 1933 年迁往苏区后，中央特科于 1935 年被撤销。

二、国家政治保卫局

1931 年 11 月，江西中央苏区成立了中华苏维埃共和国临时中央政府，下设国家政治保卫局，负责苏区革命政权保卫工作、军队保卫工作和社会治安工作。国家政治保卫局内部一律实行上下对口的领导，分别建立侦查、执行、检察、预审等部门，在革命根据地担负着侦查处理反革命和一切重大刑事案件的工作，以及出入境检查、水陆交通检查及治安行政管理工作。它是中国历史上第一个人民政权的公安机关，是警察职能的一次划时代意义的历史性转变。

三、抗日战争时期的人民公安机关

在这一时期，人民公安机关呈现出多元化的局面，也就是人民公安机关的职能由不同的机构共同行使。1937 年抗日战争爆发后，由于第二次国共合作的进行，原来的革命根据地改为边区政府，以前的国家政治保卫局也改为陕甘宁边区保卫处。1938 年 5 月，陕甘宁边区首政府延安市成立了延安市警察队，负责维护治安和交通秩序、清查户口以及重要党政会议的警卫工作，等等，这是我国历史上最早的一支比较正规的人民警察队伍。1939 年，党中央书记处决定在党的高级组织内成立社会部，在军队中成立锄奸部，在人民政权中设立公安局，从多个角度，多种层面保卫我们的党、保卫当时的抗日政权。也正是在这一时期，形成了党和政府对公安机关的双重领导关系，而公安机关内部的上级对下级的领导关系，是在服从党委、政府领导下实现的。这一领导体制的确立具有非常重要的意义，后来成为我国公安工作的根本原则。

四、解放战争时期的人民公安机关

随着解放区的扩大，省一级政权和大行政区政权的建立，我们分别在大区人民政府设立公安部，各省设公安厅（局），市、县设公安局。这为以后建立全国统一的公安体制打下了基础。解放战争时期，由于革命形势的不断发展，公安工作的重点逐步从农村转入城市。其主要任务是：配合部队军管城市，开展肃特斗争 ；接管国民党警察机关；整顿社会秩序，开展城市社会治安工作，等等。

五、建国后 17 年，人民公安机关取得巨大成就

1949 年 10 月 1 日，中华人民共和国成立。10 月 9 日，中央人民政府政务院任命罗瑞卿为中华人民共和国中央人民政府公安部部长。10 月 15 日，召开了第一次全国公安工作会议，研究解决统一全国公安组织机构和公安机关工作任务等问题。1949 年 11 月 1 日，公安部正式成立，地方各级公安机关也在全国范围建立，从而大大加强了我国新生的人民民主专政政权。

从 1949 年到 1966 年，人民公安工作在继承、发扬优良传统的基础上，有了新的发展，取得了辉煌的成就：

在全国范围内建立健全公安组织机构，明确了工作任务。

公安工作的组织形式由党的组织形式变为政权形式，更加适合公安机关发挥其应有职能。

清除反动势力的残渣余孽和旧社会遗留下来的污泥浊水。

先后开展了禁烟、禁毒、封闭妓院、改造妓女、收容改造乞丐、取缔反动会道门等到活动，把一个腐败不堪的旧社会改造成一个中国历史上从未出现过的新社会。

开展镇压反革命运动。

改造了大量战争罪犯。

六、十年“动乱”使公安工作遭受严惩挫折

1966 年至 1976 年的“文化大革命”运动，给国家和人民带来了深重的灾难，也使公安事业遭到极大的破坏。林彪、江青反革命集团出于篡党夺权的反革命目的，全盘否定党的正确路线在公安工作中的主导地位，并要彻底砸烂公、检、法，许多公安干部遭到冲击和迫害，公安业务被迫中断。只是到了运动的中后期，在周恩来、邓小平等领导人的关心和支持下，公安队伍和公安业务才有了一定的恢复。

七、新时期公安事业在改革中创新发展

1976 年粉碎“四人帮”后，特别是党的十一届三中全会以来，公安事业作为党和国家事业的重要组成部分，在邓小平理论指导下，迈出了新的步伐，取得了长足发展。

首先，公安工作的重心由“以阶级斗争为纲”迅速转移到服从和服务于经济建设这个中心上来，实现了公安工作指导思想的战略性转变。

其次，坚持同国内外敌对势力和严重刑事犯罪作斗争，给社会主义经济建设创造了一个稳定的社会环境。

最后，公安队伍在改革中发展壮大。党的十一届三中全会以来，党和国家对公安工作做出了一系列重大的改革决策，公安机关的职能和机构设置更加合理。全国人大常委会分别于 1992 年、1995 年通过了《中华人民共和国人民警察警衔条例》和《中华人民共和国人民警察法》，使我们拥有了确立和完善人民警察制度的基本法律。另外，改革开放以来，全国公安机关在依法从严治警的指引下，在政治素质、业务素质、纪律作风、品德修养以及现代化装备等到方面都有了很大的提高，队伍逐步发展壮大。

第二节　公安机关的性质

公安机关是我国人民民主专政政权中具有武装性质的治安行政和刑事执法机关。

一、公安机关是人民民主专政的重要工具

这是公安机关的阶级属性，也是它的根本属性。马克思主义认为，任何国家的警察机关都是国

家机器的重要组成部分，是阶级统治和阶级压迫的暴力工具。我国是人民民主专政的社会主义国家，工人阶级领导的广大劳动人民是国家的主人，这就要求作为人民民主专政国家机器的公安机关，必须坚持对人民实行民主，保护人民的利益，对极少数危害国家安全、危害人民利益的敌对势力、敌对分子实行专政。公安机关在国家政权中占据着非常重要的地位，对实现专政与民主两方面的国家职能具有极大的作用，是整个国家政权中的重要支柱。

二、公安机关是我国的治安行政与刑事执法机关

在我国，公安机关是国务院和各级人民政府领导下的一个国家行政机关，是构成整个国家行政的职能部门之一，具有自身工作与任务的特点，是国家治安行政管理与刑事执法的专门机关。它通过治安行政管理和刑事执法活动，维护国家安全和社会治安秩序，保护公民人身财产安全，同违法犯罪作斗争。

（一）公安机关专门负责国家治安行政管理

公安机关专门负责国家治安法律、法规等所确认和赋予的，属于国家社会治安秩序方面的行政管理的事务，它是整个国家行政的重要组成部分，涉及国家和社会生活的方方面面，直接关系着社会治安秩序和社会稳定。

（二）公安机关是国家刑事执法机关

公安机关以刑罚手段惩治、打击危害国家安全和社会治安秩序的各种刑事犯罪，在侦查、执行中发挥着刑事执法的特殊功能，这也是公安机关区别于其他国家行政机关的重要标志。公安机关刑事执法的特点很突出：一是拥有大量刑事诉讼方面的权力；二是承担大量刑事侦查、执行等方面的工作；三是处于刑事诉讼第一线，是大多数刑事案件的“第一道工序”；四是与检察、审判机关在刑事诉讼中分工负责、互相配合、互相制约，共同完成刑事诉讼任务。

三、公安机关是武装性质的强制机关

公安机关的武装性质，是其采用武装手段维护国家安全和社会秩序，用警察暴力对付犯罪暴力的需要。公安机关的武装性质是法律规定并受法律制约的。这是公安机关区别于其他国家行政机关的又一个显著标志。公安机关的武装性质，主要体现在：一是拥有国家按统一标准配备的武器、警械和装备、设施；二是拥有国家法律赋予的依法使用武器、警械的权力；三是组织机构实行军事化管理，实行集中领导、统一指挥、快速反应的勤务作战体制和警衔等级制度；四是担负武装战斗任务。

公安机关的强制性，主要体现于国家在《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国人民警察法》等法律中，赋予公安机关大量依法执行强制措施的权力。对于这些强制措施，只能服从，不允许违背和对抗。

公安机关的武装性与强制性是紧密相联的，都是由国家统治的强制性所决定，都源于法律的规定与授权，武装性是强制性的有力后盾。

第三节　公安机关的宗旨与任务

一、公安机关的宗旨

我国公安机关的性质，决定了其根本宗旨就是：全心全意为人民服务。全心全意为人民服务，是我们党的宗旨，是我们一切国家机关和国家公务员的宗旨，因而，也是公安机关、人民警察的根本宗旨。要实现这一宗旨必须做好以下几点：

（一）为人民服务要做到全心全意

（二）做好人民的公仆和忠诚卫士

（三）依靠人民，保持同人民的密切联系

（四）倾听人民意见和建议，接受人民监督

（五）掌握和提高为人民服务的本领

二、公安机关的任务

公安机关的任务，是指公安机关在国家法律所确定的管辖范围内，为实现一定的目标所进行的工作内容。它是由公安机关的性质和职能所决定的。《人民警察法》对此有着明确的规定。公安机关的基本任务包括：

（一）维护国家安全

公安机关必须保卫我国人民民主专政政权和社会主义制度不受侵犯，保卫我国的国家主权和领土完整不受侵犯。

1．积极防范危害国家安全的违法犯罪行为的发生。

2．及时发现和制止危害国家安全的违法犯罪行为，将其遏制在萌芽状态，以避免造成危害国家安全的严重后果。

3．坚决打击和惩治危害国家安全的违法犯罪分子，使他们得到应有的惩罚，同时警戒其他不法分子。

（二）维护社会治安秩序

社会治安秩序包括社会秩序、工作秩序、教学秩序和人民群众生活秩序等，良好的社会治安秩序，稳定的社会局面是进一步深化改革、扩大开放、加快社会主义现代化建设的前提和保证。公安机关必须积极防范和制止、坚决打击和惩治危害社会治安秩序的违法犯罪，同时还要依法进行维护社会治安秩序的行政管理，以创造一个良好的社会环境。

（三）保护公民的合法权益

公民的人身安全与合法财产等多方面的权益，是作为国家主人的人民群众依法享有的基本权利。公安机关是人民的公仆和卫士，保护公民的各种法定权益也是公安机关的重要任务和义不容辞的责任。

（四）保护公共财产

公共财产是我们国家的财富资源，是社会发展和人民生活的物质条件，是国家全部上层建筑及其活动的物质保障。公安机关必须依法保护国家公共财产，预防、制止非法侵害、毁损公共财产的法行为，严厉打击与之有关的各类经济犯罪活动。

第四节　公安机关的职责

所谓职责就是职业责任。公安机关的职责，是公安机关依法在管辖范围内应当承担的责任和义务。它是由公安机关的性质和任务所决定的。

一、公安机关职责的特点

（一）法律性

公安机关的职责是由国家法律和法规所确认的。

（二）有限性

国家法律和法规对公安机关的职责确定了一定的范围。

（三）责任性

公安机关及其人民警察如果不依法履行职责，将受到纪律乃至法律的追究。

二、公安机关主要警种的具体职责

（一）治安警察

治安警察主要职责是：维护社会治安秩序，保障公共安全。

（二）刑事警察

刑事警察的主要职责是：依法进行公开的和秘密的专门调查和运用刑事科学技术，揭露和打击刑事犯罪；运用公开管理手段、秘密力量和群众联防组织控制社会上的复杂场所；研究犯罪分子的活动规律，防范刑事犯罪活动。

（三）户籍警察

户籍警察主要负责管理户籍、掌握户口动态。

（四）交通警察

交通警察的主要职责有：维护交通安全和交通秩序，处理交通事故，进行交通安全管理。

（五）外事警察

外事警察的主要职责是：维护国家主权和安全，对进出我国国（边）境的外国人（包括无国籍人）和我国公民进行管理。

（六）巡逻警察

巡警的主要职责是：维护辖区的治安秩序，预防和处置治安案件和突发性事件；预防和制止犯罪行为；参加处置灾害性事故；接受公民报警；为社会和公民提供救助和服务等。

（七）督察警察

督察警察的主要职责是对公安机关的人民警察执行警务的情况进行监督。

（八）边防警察

边防警察主要负责维护我国边境地区的社会治安，处理边境涉外事务。

（九）消防警察

消防警察的主要职责是：依法进行消防监督管理，预防、警戒和扑灭火灾。

应当注意的是，公安机关各警种间的分工与协作是各警种正确履行职责不可缺少的条件，公安机关为了使人民警察更好地履行职责，完成各项工作任务，设置了专门的业务警察建制，从而形成了警种。然而人民警察是个整体，其战斗力取决于各警种协同作战、整体作战的能力。因此，各警种之间的分工是根据各警种的任务、职责、权限的不同而划分的，是为了便利日常工作。这种分工是相对的，在发生重大事件或突发性事件时，往往是各警种联合作战，在需要履行职责时，不允许人民警察借口不属其职责范围而拒绝执行。

思考题

1．简述我国人民公安机关建立和发展概况。

2．试论我国人民公安机关的性质。

3．试论我国人民公安机关的任务和宗旨。

4．试论我国人民公安机关的主要警种及其职责。

第二章　治安管理概述

教学目的和要求：

了解治安管理的概念，明确治安管理的原则和任务，熟悉治安管理的手段。本章计划讲授 4 学时。

第一节　治安管理的概念和任务

治安管理是指公安机关为了维护社会治安秩序，以保障社会生活的正常进行而依法从事的行政管理行为。它是国家行政管理的重要组成部分，是我国公安工作的重要方面。治安管理通过维护社会治安秩序，来保护公民的合法权益，保障公共安全和社会安宁，保障经济建设和社会正常发展。治安管理的任务主要包括以下四个方面：

一、预防、发现和控制各种违法犯罪

由于违法犯罪活动特别是严重刑事犯罪活动，必定会危害国家利益和公共利益，侵害人民群众的人身权和财产权，是引起社会不安定的主要因素，所以预防、发现和控制各种违法犯罪，是人民警察最重要的职责，也是治安管理的首要任务。

（一）防范、控制可能实施违法犯罪的主体

（二）管理、控制可能实施违法犯罪的时空条件和其他条件

（三）管理、防范可能被违法犯罪行为侵害的对象

二、查处治安案件、治安事故，处置治安事件

治安案件是指触犯治安管理处罚法律、法规，应当受到处罚，由公安机关依法立案查处的违反治安管理行为。治安事故是指违反治安管理法规和有关安全规定，造成人员伤亡和物质损失的灾祸。治安事件是指群体或个人为了满足某种需要或达到某种目的，在特定场合引发并导致冲突事态扩大，扰乱、破坏社会秩序，危害公共安全的群体越轨行为。查处治安案件、治安事故和处置治安事件，是治安管理日常工作的艰巨任务，它对于维护社会治安和社会稳定，减少、挽回已造成的损失和防止进一步危害，都具有重要意义。

三、协助其他行政管理

国家行政管理是一个有机的系统，各种行政管理是互相联系、互相配合的。治安管理具有特殊的强制手段，所以有着其他行政管理不具有的权威性和约束力，是其他行政管理顺利进行的保障。应当注意的是，协助并不是包办代替。公安机关的治安管理部门不能越权履行其他行政管理部门的职权和任务，只有在其他行政管理机关的工作人员依法履行职务受到拒绝、阻碍时，治安民警才能依法予以协助，并及时查处有关的违反治安管理行为，配合其他行政管理部门的有关工作。

四、维护社会治安秩序

维护好社会治安秩序，保证人民群众安居乐业，为社会主义现代化建设创造一个良好的社会环境和条件，是公安机关治安管理的一项根本任务，也是上述三项任务的出发点和归宿。

维护社会治安秩序的基本内容，就是做好各项日常业务工作。这要求我们必须贯彻社会治安综合治理的方针，公安机关的治安管理部门要充分发挥参谋、助手和骨干作用。并且，我们还应认真落实治安社会责任制，建立并不断完善治安信息网络，加强对社会安全防范的监督、检查和指导，

强化对社会面治安的控制机制，等等。

第二节　治安管理的原则

治安管理原则是治安管理部门及其人民警察在治安管理工作中观察和处理问题的行动标准，是治安管理实践中必须遵守的行为准则。它反映了治安管理的规律，对治安管理工作具有重要的指导意义。

一、依法管理的原则

依法管理，就是要求公安机关必须严格依据治安管理的法律、法规，按照社会主义法制原则进行治安管理。治安管理本质上是一种行政行为，而没有法律依据的行政行为是无效的，如果给相对人造成损害的话，还会引起国家赔偿。因此，依法管理是治安管理的首要原则。

二、属地管理的原则

属地管理是指当地公安机关按照管辖区域对本辖区实施治安管理。这一原则要求将大部分治安管理的权力下放到相应的治安管理层级和派出所，以发挥基层治安管理机构的优势，调动起治安民警的积极性，更有效地实施治安管理。

三、专门机关管理与依靠群众相结合的原则

该原则简称“专群结合”。专门机关管理是指治安管理部门职权范围内的专业工作。依照法律规定，只能由治安管理部门从事这种专业工作，不能交给群众组织或其他单位去做。依靠群众主要是指群众性的治安保卫工作。专群结合是公安机关“专门工作与群众路线相结合”这一基本方针的具体体现，是我国治安管理的优良传统和工作优势所在。

四、公开管理与秘密工作相结合的原则

该原则简称“公秘结合”。公开管理是指治安管理部门依据法律、法规，运用法律和行政手段，进行宣传教育、监督检查、限制、取缔以及治安处罚等管理活动。这是治安管理基本的、主要的形式。秘密工作是指只能由公安机关治安管理部门内部掌握、使用的一些预防和打击违法犯罪的手段。当前，既要强调公开、严格管理，又要注意发挥秘密手段和秘密工作方式的作用，只有公秘结合，才能全面做好治安管理工作。

五、教育与处罚相结合的原则

教育是治安管理的基本手段，而处罚则是教育的一种特殊形式，二者相辅相成，不可偏废。

第三节　治安管理的手段

治安管理手段是指治安管理部门为了实现治安管理的目标，达到维护社会治安的目的，依法对社会治安秩序实行控制管理的各种措施与方法的总称。它的种类多，适用范围广。不同类型的管理手段，具有不同的特点和作用。现行的治安管理手段，按其性质和作用大致可分为法律手段、行政管理手段、公安专业手段、教育改造手段、经济手段和技术手段等六大类。

一、法律手段

治安管理是依法进行的管理活动，法律手段是治安管理最重要的手段。

（一）治安管理处罚

治安管理处罚是指公安机关依据治安管理法律、法规的规定，对违反治安管理的人给予的行政法律制裁，其形式有警告、罚款和拘留三种。

（二）治安行政强制措施

治安行政强制措施是为了保证治安管理的顺利进行和治安管理处罚、裁决的实际执行而采取的强制方法。

1．没收、赔偿和负担医疗费用。

2．治安管理处罚程序中采取的强制措施。这是为了查清违反治安管理行为事实，消除可能危害治安秩序的因素而采取的临时性强制方法。包括强制传唤、扣押、提供担保人、交纳保证金等。

3．治安管理处罚执行中采取的强制措施。这是为了保证已裁决的治安管理处罚得到全面实际执行而采取的强制方法。包括强制执行拘留、强制执行罚款和强制执行没收等。

4．约束。约束是公安机关限制特定行为人人身自由的一种保护性和预防性行政强制措施。

5．收容教育。收容教育是指公安机关对卖淫、嫖娼的违法人员所实施的，集中在特定的场所，限制其人身自由的一种强制性教育方法。

6．强制戒毒。

（三）其他法律手段

1．责令具结悔过。

2．治安调解。这是公安机关对于符合一定条件的违反治安管理行为，通过说服教育和劝导协商等办法，使其在当事人相互调解的基础上得到妥善处理，而不施以治安管理处罚。

3．扣留。这是指公安机关对特定人的某些物品所采取的强制措施。

4．吊销许可证。

5．限期整改和停业整顿。

6．限期出境和驱逐出境。这是专门适用于外国人的行政处罚。

7．劳动教养。这是指对屡次违反治安管理，经处罚教育不改，或有轻微犯罪行为，不够或不予刑事处罚的人实行的一种强制性教育改造的特殊行政措施。

二、行政管理手段

（一）行政指令

这是指公安机关为了维护社会治安秩序而发布的行政措施。它包括普通指令和特定指令。普通指令是公安机关在其职责范围内发布的对每个公民都适用的命令、布告、通知等。特定指令是公安机关在治安行政管理中对特定人或特定单位发出的行政指令。

（二）行政审批

这是指公安机关在治安行政管理活动中，对下级机关和其他单位、个人的申请予以审查批示的行政措施。

（三）监督检查

这是公安机关贯彻执行治安管理法规和各项规章制度的主要手段，也是发现问题，堵塞漏洞，提出整改意见，消除隐患的一种行政管理措施

（四）禁止、取缔

禁止、取缔的对象是一些违反治安管理的特定行为，它的使用必须根据国家法律和政府禁令行事，不可无根据地随意禁止和取缔。

三、公安专业手段

公安专业手段是实现警察职能，进行治安管理最有效的措施之一，它相对治安管理的其他手段

更具有专业性，是由公安机关独立行使的。

（一）治安调查

这是公安机关了解和掌握社会治安情况，调查处理治安案件、治安事件和治安灾害事故的专门措施，也是治安民警必须具备的基本功。治安调查的方式主要有公开调查和秘密调查，正面调查和侧面调查，普遍调查和重点调查。其具体方法包括统计调查、控制调查、专题调查和个案调查等。

（二）治安巡逻

这是公安机关为了维护社会治安秩序，组织人民警察和群防群治人员在一定区域内巡回观察和警戒的活动。它能在较大的空间范围内积极、主动地预防和快速处置各种治安问题，有效地控制社会面的治安秩序，是治安管理的一项重要措施。

（三）守望

守望是治安管理人员在固定位置上，观察治安情况和处理治安问题的一种活动。它是社会面控制网络系统的重要组成部分。

（四）堵卡

堵卡就是公安机关在交通要道口设立专门检查过往车辆行人，堵截逃犯，发现截获违禁物品和赃物的卡点。它是一种以静制动的手段，其关键是对违法犯罪分子必经道口进行严密的时空控制。

（五）当场盘问检查

这是指公安机关的人民警察依法对有违法犯罪嫌疑的人员当场予以留置，进行调查的行为。

四、教育改造手段

这是以国家政权和警察的强制力为后盾，以教育人、改造思想，预防违法犯罪为目的的一种特殊的教育手段。

（一）治安防范教育

（二）社会帮教

（三）监督改造

五、经济手段

经济手段是指根据经济利益原则所采取的治安管理手段。它借助经济杠杆的作用来强化治安管理，是我国上个世纪 80 年代中后期才开始采用的新的预防犯罪的措施。目前，治安管理的经济手段主要是治安承包责任制，也就是所谓的安全保卫责任制。

六、技术手段

这是公安机关运用现代科学技术同违法犯罪作斗争的一项重要手段。随着现代科学技术的发展和社会的进步，在治安管理活动中，不仅涉及到极其复杂的社会因素，而且涉及到大量的自然现象和科学技术问题。应用现代科学技术手段，既是社会治安管理发展的需要，也是提高治安管理综合效益的需要。目前，在治安管理中应用较为广泛且具有发展前景的技术手段主要有：现代通信技术，警用电视监控技术、报警技术，安全检测技术、灭火技术和警用电子计算机技术等。

思考题

1．如何界定治安管理的概念？

2．简述治安管理的任务。

3．进行治安管理应当遵循哪些原则？

4．简述治安管理的手段。

第三章　公共场所治安管理

教学目的和要求：

了解各种公共场所的概念及其治安特点，明确各种公共场所治安管理的任务，熟悉各种公共场所治安管理的措施。本章计划讲授 4 学时。

公共场所是指社会成员可以自由到达、停留或往来，进行社会活动的场所。公安机关进行治安管理的公共场所，是指那些人员特别集中，流动特别频繁，情况复杂，容易发生违法犯罪活动和治安事故，可能影响治安秩序和公共安全的场所。

第一节　公共交通场所管理

公共交通场所是指公共交通工具和公共交通站、港的总称。.公共交通场所往往是国内外敌对势力和恐怖分子进行破坏活动的目标,这些场所一旦发生问题,社会影响大,危害严重。另外,它还是违法犯罪分子容易混迹其间进行偷窃、诈骗、拐卖人口等违法犯罪活动以及逃逸、转移脏物的场所。因此，对公共交通场所进行有效的治安管理，是公安机关的一项重要任务。

一、加强治安宣传教育

公安机关可以通过各种形式进行宣传教育，宣传有关治安法规和规章制度，教育群众遵守公共秩序，维护公共安全，并提醒他们注意防丢失、防盗窃、防诈骗等，同时宣传普及相关防范知识。

公安机关还应对公共交通场所的从业人员进行“四防”知识技能的培训，所谓的“四防”是指防盗窃、防火灾、防破坏、防治安事故，同时号召人们见义勇为，敢于同违法犯罪作斗争。

二、加强安全检查，严格查禁“三品”

所谓的“三品”包括易燃化学物品、爆炸品、腐蚀性物品。由于“三品”具有特殊的物理化学性能，在运输过程中存在极大的安全隐患。因此，我们必须在建立、健全并切实贯彻各项安全制度的同时，加大对安全设施的投入并加强管理与维护，以保证安检的准确性，提高检测效率。

三、适时整治突出的治安问题

在不同季节、时间，不同路段、区域，不同类型的公共交通场所，治安问题发生的规律也有所不同。公安机关应针对突出的或具有不同特点的治安问题，适时调整策略与具体措施进行整治，将打击与预防相结合，集中整治与日常管理相结合，维护好公共交通场所的治安秩序。

第二节　公共娱乐场所管理

公共娱乐场所是指人们为满足精神生活需求，从事娱乐活动而形成的人员密度高，秩序和安全问题突出的场所。对公共娱乐场所的管理主要包括以下几方面的内容。

一、严格开办许可制度

按照有关规定，要经营公共娱乐业，必须申请取得文化行政管理部门审发的“文化许可证”，公安机关治安管理部门发放的“治安许可证”，并到工商行政管理部门办理“营业执照”。领取“三

证”后，还须到公安机关治安管理部门进行登记备案，方可开业。公安机关必须与文化行政机关、工商行政机关密切配合，从“三证”的审批上严格把关，加强治安调查和安全检查，对不符合安全条件的娱乐场所的开办申请，不予许可。

二、落实安全责任制，加强对从业人员的治安培训

公安机关治安管理部门应根据有关法规规定，对不同的娱乐场所在安全秩序等方面提出具体要求，帮助、指导经营者建立健全安全管理制度，明确岗位责任制，落实安全防范措施。并且，公安机关治安管理部门还应对有关从业人员进行治安培训并加强教育，使他们具备维护治安秩序，发现、防止违法犯罪并及时向公安机关提供线索的能力。

三、强化监督检查

公安机关应经常对公共娱乐场所进行监督检查。监督检查时，民警根据具体情况，既可以身着便装秘密探查，也可以着制服进行公开的检查、查阅、询问等，采取公秘结合的工作方式，其目的就是及时发现治安隐患，责令整改，严防各种治安问题的发生。

四、加大打击力度，敢于碰硬

公安机关必须要敢于碰硬，严肃查处娱乐场所中的违法犯罪活动，特别是“黄、赌、毒”等社会丑恶现象。对问题严重的，坚决停业整顿或取缔，以维护公共娱乐场所的经营秩序，保障娱乐业的健康发展。

第三节　参观游览场所管理

参观游览场所是指供人们参观、游玩、休息、消遣的场所。这些场所的治安情况多元化、复杂化，安全防范监督的难度大，各种治安问题均有可能发生。参观游览场所的治安管理措施主要包括以下几方面。

一、按“谁主管,谁负责”的原则,切实落实各项安全措施

公安机关的治安管理部门，可根据具体情况，将参观游览场所分为不同的区域，针对不同的特点进行相应的管理，并明确场所内各单位对各自区域内的治安责任。公安机关应和承接或举办这些活动的单位签订“安全责任书”，并把责任落实到具体人员。

二、抓好场所内的宣传教育，严格安全监督检查

公安机关应通过各种有效的形式，在参观游览场所职工和游客中开展安全宣传教育，使场所内的从业人员在追求自身经济利益的同时，将保障自身以及游客的人身财产安全放在第一位，并使群众在游玩的时候，首先树立安全的观念，注意自己的人身财产安全。对游览场所的各项设施、各个部位，公安机关应会同有关单位进行定期的安全检查，对存在安全隐患的，要及时进行整改。如果发现安全保障不合格的场所及设施，必须停止其开放和使用。

三、加强巡逻值勤，及时提供救助和查处违法犯罪活动

公安机关可以根据警力和浏览场所内安全保卫人员的情况，会同有关单位组成巡逻小组，分时、分段进行全方位的巡逻和整体控制，及时向游客提供救助，并查处违法犯罪活动，保障参观浏览的安全。

四、运用技术手段，增强防范能力

对珍贵展品和现代化的大型游艺设施，只采取“人防”与“物防”措施是难以确保万无一失的，公安机关必须督促有关单位及其上级主管部门加强技术措施，配备足够的应急设备和报警装置，以应付突发情况，弥补“人防”与“物防”的不足，确保参观游览场所的安全。

第四节　商品交易场所管理

商品交易场所是指人们购买日常生活、生产用品，进行商品、物资展示交易的场所。商品交易场所类型繁多，规模各异，其治安特点非常突出：一是偷盗、抢夺、欺诈等侵财型违法犯罪行为，以及利用商品交易场所进行销赃、收赃等活动突出；二是容易发生流氓滋扰、欺行霸市、制假贩假以及买卖双方的纠纷。针对这些治安特点，公安机关必须加强对商品交易场所的治安管理。

一、抓好防范机制建设

公安机关的治安管理部门应当会同商品交易场所的有关管理部门，根据实际需要建立相应的治安保卫组织，确定专人负责维护商品交易场所的治安，并帮助、指导商品交易场所建立健全安全防范制度，采取安全防范措施，有条件的还应当采用现代化高科技的安全防范系统以加强基础防范设施建设。

二、加强巡逻和场所的安全检查

公安机关可以组织商品交易场所的治保人员组成巡逻队，在场所进行全方位的巡逻；辖区民警也应当经常到场所巡逻，检查安全防范制度、措施的落实情况，一但发现治安问题和隐患，要及时督促场所或协调有关部门整改。

三、专群结合，维护好市场内外秩序

一方面，公安机关要指导场所和展销活动负责人，组织好群众性的治安值勤力量，配合民警维护市场内外秩序；另一方面，公安机关要在市场从业人员中，精心选建治安秘密力量，加强对商品交易场所的控制，并及时提供各种治安信息。

四、严格执法，及时打击违法犯罪活动

公安机关对违法交易、欺行霸市、强买强卖、故意扰乱市场秩序的流氓团伙和恶势力，要及时发现，坚决取缔，一旦发现他们有违法犯罪活动，还必须及时组织力量，对其进行严厉打击，以保障正常的交易活动。

第五节　餐饮服务场所管理

餐饮服务场所是指为人们提供日常饮食服务及洗理服务等的经营场所。近年来，我国的餐饮服务场所发展很快，一方面为丰富和方便人民群众的生活起到了积极的作用，另一方面也出现了许多治安问题。公安机关必须加强对餐饮服务场所的治安管理。

一、加强内部管理，保证经营内容合法、健康

公安机关治安管理部门应协同工商、城管等有关管理部门，督促场所负责人强化内部管理，反对不正当、违法的经营和竞争，严厉禁止色情服务、赌博等违法活动。

二、进行经常性的治安检查

公安机关治安管理部门对餐饮服务场所要进行经常性的安全检查，并适时采取突击检查的方式，查处场所内的不法活动。对经营场所的结构和布局、消防安全、从业人员的从业状况以及经营项目等内容，不符合治安法规规定的，要及时责令整改。

三、抓住突出问题，及时清理整顿

公安机关治安管理部门要通过经常性的检查和调查研究，摸清基本情况，针对场所中突出的治安问题及时进行清理整顿。如果违法情况严重，应在吊销“治安许可证”的同时，提请工商行政管理部门吊销其营业执照。

思考题

1．简述公共交通场所的治安特点及其管理措施。
2．简述公共娱乐场所的治安特点及其管理措施。
3．简述参观游览场所的治安特点及其管理措施。
4．简述商品交易场所的治安特点及其管理措施。
5．简述餐饮服务场所的治安特点及其管理措施。

第四章　特种行业治安管理

教学目的和要求：

了解特种行业的概念及其管理范围和制度，熟悉公安机关对不同特种行业进行管理的具体方法。本章计划讲授 3 学时。

第一节　特种行业管理概述

一、特种行业的概念

特种行业是指工商业中，其经营的业务容易被利用进行违法犯罪活动，国家法律、法规规定，由公安机关对其实施特殊治安管理的行业。

二、特种行业的管理范围

国家确定何种行业纳入特种行业范畴，根本依据就是看此种行业的经营业务是否容易被违法犯罪活动所利用。目前，我国特种行业的管理范围呈全国性和地区性共存的特点。全国性的特种行业管理范围有，旅馆业、印章业、印刷业，以及旧货业。此外，根据本地区治安管理的实际情况，经省一级人民政府批准，可划列地区性特种行业。

三、特种行业管理制度

建国几十年来，经过不断发展和完善，特种行业管理已走上正规化的轨道。公安机关根据不同行业的特点，制定了一整套细致严密、行之有效的规章制度。

（一）许可证制度

（二）年度审验制度

（三）情况报告制度

（四）日常检查制度

（五）从业人员上岗培训制度

（六）内部安全防范制度

第二节　旅馆业治安管理

所谓旅馆业，是指为过往旅客提供住宿服务以及其他生活、生产服务的行业。旅馆业容易滋生一些社会丑恶现象，一些犯罪分子也常常藏匿其中，并伺机进行盗窃、诈骗、抢劫等违法犯罪活动。公安机关必须加强对旅馆业的治安管理。

一、惩治旅馆业中的违法犯罪活动

预防、发现和制止违法犯罪行为，是保障旅馆业正常经营和旅客人身财产安全的重要任务，也是公安机关对旅馆业进行治安管理的首要任务。

二、建立验证登记制度

验证登记，是旅馆业治安管理的一项基本制度，是公安机关通过旅馆业发现违法犯罪活动，识别不法分子的重要手段。

三、发动和依靠旅馆职工维护好内部秩序

广大旅馆职工是维护旅馆内部秩序的生力军，没有他们的支持配合，旅馆的安全就失去了有力的保障。

四、特行民警下管区旅馆检查

负责特种行业治安管理的民警，要经常到旅馆去检查治安防范工作，了解有关情况，从中寻找可疑对象，特别要通过《旅客住宿登记单》，核查通缉、协查对象。

五、布建特情、耳目

违法犯罪分子在旅馆中的活动越来越隐蔽，公安机关除了继续依靠广大职工提供可疑线索外，要根据旅馆的具体特点，有计划地物色、布建特情、耳目，采取秘密管理与公开管理相结合的办法，切实将这一阵地控制起来，及时发现和打击藏身于旅馆的各种违法犯罪分子。

第三节　印章、印刷业治安管理

印章业是指使用电子、机械、手工等技术经营刻制公章、名章、戳记等的行业。印刷业是指使用机械、电子、激光、化学刻板技术，印刷出版物、包装装潢印刷品和其他印刷品的行业。公安机关对印章、印刷业的治安管理制度包括以下内容。

一、承接制作印章、印件批准制度

承刻公章必须凭当地公安机关出具的《刻制印章通知书》，任何单位和个人不得私自承刻公章。印刷业承接一般印刷品，需要有委托单位的证明文件；印刷有关宗教内容的材料，需报公安机关批准。

二、承接登记制度

印章、印刷业对委托刻制或印刷的单位及经办人要进行登记，登记册要妥善保管，以备公安机关查验。

三、保密制度

承刻机密印章，应在保密车间或工作室指定专人刻制并由委托单位派人监制。刻制完毕后，底版、图案、设计样品等，要全部退还委托单位，委托单位取货凭单位证明、取货人身份证件签收。

四、监销制度

印章业承刻的公章底样和印刷业印刷的样品、残品、废品，必须在监销人员的监督下销毁。

五、情况报告制度

印章业经营者发现有私刻公章的或其他可疑情况应及时向公安机关报告。印刷业工作人员发现有下列非法活动的，也必须及时报告公安机关：印制或委托印制反动、淫秽、迷信印刷品和非法出版物；伪造机关文件或证明身份的各种证件；非法印制机关、单位信笺、信封、介绍信和各种代金券等。

第四节　旧货业治安管理

旧货业包括典当业、拍卖业、信托寄卖业和废旧金属收购业。

一、典当、拍卖、信托寄卖业的治安管理制度

（一）承接验证登记制度

典当行、拍卖行、信托寄卖业承接典当、拍卖或寄卖的物品，应对物品进行检验，并对有关事项逐项登记。

（二）协查与情况报告制度

典当、拍卖、信托寄卖的从业人员，在承接物品估价、议价时，应认真核对公安机关的通缉令、失物清单、协查通报等，注意发现可疑物品和可疑人员，并及时报告公安机关查处。

二、废旧金属收购业的治安管理制度

（一）定点收购制度

回收生产性废旧金属的站点，应由县级公安机关、工商行政管理部门会同物资、商业管理部门共同确定，定点收购。

（二）验货验证登记制度

在收购生产性废旧金属时，应当查验出售单位开具的证明，并对单位名称和经办人的有关情况进行登记。

（三）情况报告制度

废旧金属收购业在经营管理中，要注意社会效益，承担起维护社会治安的法律责任，一旦发现有人出售可疑物品，应立即向公安机关报告。

（四）设置“禁设区”制度

要以大中型钢铁、油田等企业为重点，以管得住为原则，在企业周边明确划定 3000 米以上的禁止设立废旧金属收购站点的区域。

思考题

1．试述特种行业管理的范围。

2．特种行业管理的基本制度有哪些？

3．不同特种行业管理的具体方法如何？

第五章　危险物品治安管理

教学目的和要求：

了解危险物品的概念、特点，明确危险物品治安管理的范围和任务，熟悉危险物品治安管理的措施。本章计划讲授 2 学时。

第一节　危险物品的概念、特点

一、危险物品的概念

公安机关实施治安管理的危险物品，是指具有杀伤、爆炸、毒害、腐蚀和放射性等性能，在管理失当的情况下，容易引起人员重大伤亡和财物严重毁损，并导致公众恐惧，危害公共安全和社会秩序，同时又是社会生产、生活不可缺少的物品。

二、危险物品的特点

危险品具有威力大、作用迅速，性能不稳定，易受外界作用影响以及使用方便等特点。

第二节　危险物品治安管理的范围、任务

一、危险物品治安管理的范围

公安机关对危险物品进行治安管理的范围是：枪支弹药；管制刀具；易燃物品；爆炸物品；剧毒物品；放射性物品。

二、危险物品管理的任务

（一）预防治安灾害事故，进行事故查处

（二）防止危险物品丢失、被盗、被抢，减少治安灾害事故和恶性案件的发生

（三）为侦破某些重大刑事案件提供线索和资料

第三节　危险物品治安管理的措施

一、枪支弹药和管制刀具的管理

公安机关对枪支弹药、管制刀具进行治安管理的法律依据主要有《中华人民共和国枪支管理法》和《公安部对部分刀具实行管制的暂行规定》，其管理范围是：除装备于人民解放军、人民武装警察部队和民兵以外的，所有在我国境内的各种枪支弹药和管制刀具。枪支、管制刀具的持有、携带和使用，必须凭《持枪证》和《匕首佩带证》。

二、易燃、易爆物品的管理

生产、储存和使用易燃、易爆物品，必须事先报经当地县、市公安机关审查合格并颁发相关的许可证。

三、剧毒物品的管理

剧毒物品通常是指，对成人的致死量在 1 克以下的有毒物品。公安机关对其实行治安管理的范围包括：氰化物、砷化物、汞化物，以及农药类、生物碱类。生产、销售剧毒物品须经省级化工行政管理部门许可及县级公安机关认可。

四、放射性物品的管理

放射性物品是指，某些元素和它们的化合物，由于其原子核不稳定，衰变时能够自发地放射出有穿透性的粒子。公安机关对放射性物品进行治安管理的制度包括：审批登记制度、安全运输制度、储存保管制度、安全使用制度和废物处置制度。

思考题

1．简述危险物品的概念和特点。
2．简述危险物品治安管理的范围和任务。
3．危险物品治安管理的具体措施有哪些？

第六章　大型群体活动和集会游行示威治安管理

教学目的和要求：

了解大型群体活动和集会、游行、示威的审批程序，熟悉大型群体活动安全保卫措施和集会、游行、示威的管理方法。本章计划讲授 2 学时。

第一节　大型群体活动管理

大型群体活动，是指在特定的时间、空间举行的有众多人员参加的有益的社会活动。从活动内容来看，可将其分为大型文体活动和大型庆祝活动两类。

一、举办大型群体活动的审批

大型群体活动的主办单位应当在举办前 10 日，书面报告当地县以上公安机关治安管理部门批准。公安机关接到申请后，应在 5 日内作出是否许可举办的决定。公安机关应对活动安全保卫方案、活动场所及附属设施、保安力量安排等情况，进行认真检查，对无安全保障的，可以作出变更时间、地点或不许举办的决定；经审查同意的，发给《治安管理许可证》。

二、大型群体活动的安全保卫

在举办大型群体活动时，容易发生治安事件和事故，公安机关必须做好大型群体活动的保卫工作。

（一）制定大型群体活动安全保卫预案

公安机关在活动举办前要认真地调查研究，以制定周密的工作预案。

1．建立指挥机构。

2．确定警力配备，明确任务分工。

3．准备通讯联络设备。

4．确定应急方案。

（二）在活动开始前进行检查

1．检查安全保卫措施落实情况。

2．检查活动场所及附属设施的安全情况。

（三）在活动中维护现场及周围的治安秩序

1．在现场周围可以根据需要进行交通管制。

2．在出入口协助维护秩序。

3．公秘结合、专群结合，维护好活动现场秩序。

4．保卫重要来宾安全。

5．控制散场秩序。

（四）及时查处违法犯罪活动，处置突发性事件

在活动进行中和活动结束时，要密切注意人员动态，及时发现、制止、查处违法犯罪活动。

第二节　集会、游行、示威管理

一、集会、游行、示威的主管机关

集会、游行、示威的主管机关是其举行地的市、县公安局或城市公安分局；游行、示威路线经

过两个以上区、县的，主管机关是所经过区、县公安机关的共同上一级公安机关。

二、集会、游行、示威的审批

集会、游行、示威的负责人，应当在举行之日的五日前向主管的公安机关递交书面申请。公安机关接到申请后，应当及时进行审查并在申请举行日期的二日前，作出许可或不许可的决定，该决定应书面通知申请集会、游行、示威的负责人。

三、集会、游行、示威的管理

对于依法举行的集会、游行、示威，公安机关应当部署警力，采取有效的警戒措施，维护集会、游行、示威的交通秩序和社会秩序，防止他人以非法手段进行扰乱、冲击和破坏，确保集会、游行、示威的顺利进行。如果集会、游行、示威中出现危害公共安全、破坏社会秩序的情况，执勤民警应当立即予以制止。

思考题

1．对大型群体活动的审批程序有何规定？
2．大型群体活动的安全保卫措施有哪些？
3．对集会、游行、示威的审批程序有何规定？
4．对集会、游行、示威应当如何进行管理？

第七章　治安案件的调查处理

教学目的和要求：

了解治安案件的构成和分类，治安案件的受理和立案程序；掌握治安案件的调查和处理方法。本章计划讲授 3 学时。

第一节　治安案件的构成和分类

一、治安案件的概念和构成

治安案件是指违反治安管理，依据治安管理处罚的法律、法规的规定，认为应当受到处罚，由公安机关依法予以立案的法律事实。构成治安案件必须同时具备四个基本条件：行为人违反了治安管理的法律、法规；行为人违反治安管理法律、法规的行为，对社会造成了一定的危害；行为人达到法定年龄并具有责任能力；行为人实施违反治安管理法律、法规的行为，主观上是出于故意或过失。

二、治安案件的分类

根据违反治安管理行为所侵害的客体的不同，治安案件分为 8 大类：扰乱公共秩序案件；妨害公共安全案件；侵犯人身权利案件；侵犯公私财物案件；妨害社会管理秩序案件；违反消防管理案件；违反交通管理案件和违反户口与居民身份证管理案件。

第二节　治安案件的管辖和受理、立案

一、治安案件的管辖

治安案件管辖是指公安机关和其他有立案权的部门，在受理、调查治安案件的分工。

（一）立案管辖

县、市公安局、公安分局、公安派出所以及受县公安局委托的乡、镇人民政府，拥有治安案件的立案管辖权。专业公安机关及其派出所对管辖区域内发生的治安案件拥有管辖权。

（二）地域管辖

治安案件实行属地管辖，即按照管辖机关的辖区和治安案件发案地，划分查处治安案件的权限。

（三）级别管辖

级别管辖是指，对不同级别的机关和部门对不同性质治安案件的管辖权限划分。

（四）专门管辖

专门管辖是相对于一般管辖而言，是指对具有特定性质的治安案件，规定由特定的公安机关或其专门部门管辖。

二、治安案件的受理、立案

这是指有治安案件管辖权的公安机关或受其委托的组织，对违反治安管理的行为依法进行审查，确认是否应当予以调查处理的法律活动。

（一）治安案件受理的来源

（二）治安案件受理的步骤

（三）治安案件立案的条件
（四）治安案件立案的标准
（五）治安案件立案的步骤

第三节　治安案件的调查

治安案件的调查是指，治安案件的管辖机关对受理立案的治安案件的证据进行收集、认定的过程。

一、现场调查

这是在发案地点及其周边环境，围绕案件事实开展的一种调查取证活动。

二、追踪调查

这是指根据已经掌握、了解的案情或线索，顺藤摸瓜、循着与案件有关的踪迹，不失时机地深入调查、扩大案件线索，以查破全案。

三、摸底调查

这是指根据案情和被调查对象的特征，划定调查范围，有针对性地采取的调查取证活动。

四、秘密调查

这是指办案人员在法律允许的条件下，采取隐蔽的方式，在被调查者和其他人员没有觉察的情况下所进行的调查取证活动。

五、治安讯问

这是指办案人员为了查明治安案件的事实真相，而依法对行为人或嫌疑人所进行的正面调查和审问。

第四节　治安案件的处理

治安案件调查终结后，无论是破案、销案，还是终止调查，都要对所涉及的有关人员和物品作出处理。

一、对行为人的处理

调查终结后，应当根据行为人违法行为的法律性质，做出相应的处理。

二、对与案件有关的物品的处理

这主要是指对赃款、赃物以及违禁品和违法行为使用的工具所依法进行的处理。

思考题

1．治安案件的构成条件和种类有哪些？
2．治安案件的管辖有何规定？
3．试述治安案件的查破方法。

第八章　巡逻勤务

教学目的和要求：

了解人民警察巡逻勤务体制建立、完善的意义、要求和机构设置，熟悉和掌握警察巡逻勤务的特点、任务和巡逻的形式。本章计划讲授 2 学时。

第一节 巡逻勤务概述

一、人民警察巡逻体制的建立

巡警作为一个警种，是我国改革开放以后出现的新警种。随着社会主义市场经济的发展，城乡之间人、财、物的流动日益频繁，国内外交往日益增多，社会不稳定因素也随之增多。有必要变计划经济时期的社会治安静态管理模式，为社会治安的动态管理。1984 年全国公安基层工作会议上提出“公安机关应把基层大部分警力摆到街面上”之后，在部分城市公安机关开始实施巡逻勤务。1994 年 2 月，公安部发布《城市民警巡逻规定》，到同年底全国已有近两百个城市开展民警巡逻。目前在全国县以上城市多已建立起民警巡逻体制。

二、人民警察巡逻体制建立的意义

（一）提高了人民警察的快速反应能力
（二）有利于加强公安队伍建设和实施警务改革
（三）有利于各级党委和政府及广大人民群众的正常活动
（四）有利于预防和打击违法犯罪，维护社会治安
（五）有利于实现为人民群众服务的宗旨

三、建立人民警察巡逻体制的要求

根据公安部发布的《城市人民警察巡逻规定》，当前我国城市人民警察巡逻体制建设的要求是：
（一）要建立一支专司巡逻的警种或警察队伍
（二）要建立统一、高效的指挥联络系统
（三）要明确划分巡逻区段，实行警区责任制
（四）要明确规定巡警的职责和权限
（五）要建立一套巡逻勤务正常实施的保证制度

第二节　人民警察巡逻执勤中的职责和权限

巡逻警察必须坚决贯彻《中华人民共和国人民警察法》，坚持人民警察巡逻体制的宗旨，即“维护治安，服务群众”，才能有效的发挥巡警的作用，不辜负党和人民的希望。

一、人民警察巡逻的职责

根据《城市人民警察巡逻规定》，人民警察在巡逻执勤中应履行以下职责：维护警区内的治安秩序，预防和制止违反治安管理的行为；预防和制止犯罪行为；警戒突发治安事件现场，疏导群众，维持秩序；参加处理非法集会、游行、示威活动；参加处置灾害事故，维持秩序，抢救人员和财物；维护交通秩序，接受公民报警；制止妨碍国家工作人员依法执行职务的行为；劝解、制止在公共场

所发生的民间纠纷；制止精神病人，醉酒人的肇事行为；为行人指路，救助突然受伤、患病、遇险等处于无援状态的人，帮助遇到困难的残疾人、老人和儿童；受理拾遗物品，设法送还失主或送交失物招领部门；巡察警区安全防范情况，提示沿街有关单位、居民消除隐患；执行法律、法规规定由人民警察执行的其他任务。

二、人民警察巡逻勤务的权限

人民警察巡逻勤务的权限，是《城市人民警察巡逻规定》赋予人民警察在执行巡逻勤务中，依法履行职责的重要保证。具体权限包括：盘查有违法犯罪嫌疑的人员，检查涉嫌车辆、物品；

查验居民身份证；对现行犯罪人员、重大犯罪嫌疑人员或者在逃的案犯，可以依法先行拘留或者采取其他强制措施；纠正违反道路交通管理的行为；对违反治安管理的人，可以依法执行处罚；在追捕、救护、抢险等紧急情况下，经出示证件，可以优先使用机关、团体和企业、事业单位以及公民个人的交通、通讯工具；行使法律、法规规定的其他职权。

第三节　人民警察巡逻勤务的特点、制度和方式

一、巡逻勤务的特点

鉴于人民警察巡逻体制的要求和巡逻执勤的职责，其巡逻勤务具有以下特点：

（一）巡逻勤务的动态性

（二）巡逻勤务的高效性

（三）巡逻勤务的综合性

（四）巡逻勤务的复杂性

二、巡逻勤务制度

（一）巡逻执勤制度

（二）值班备勤制度

（三）情况报告制度

（四）学习训练制度

（五）考核评分制度

三、巡逻勤务方式

目前我国城市巡警的巡逻勤务方式与初建时期比，发生了很大变化。这主要是改革开放和市场经济新形势发展的需要，也是维护社会治安满足广大人民群众要求的需要，以及科技事业的发展和科技强警的需要。

（一）巡逻的结构组成

目前主要由专司巡逻的巡警承担巡逻勤务，在一些地区已经发展到交、巡警合一和公路巡警执行巡逻勤务的方式。

（二）巡逻的方法和交通工具

以徒步、自行车、摩托车和汽车为主，辅之以马匹、直升机、快艇进行海（水）陆、空全方位的巡逻。

（三）巡逻的地域和线路

从警区实际需要出发，开展点、线、面结合的巡逻体制，实施全线巡逻，分线或定点布控式的巡逻。

（四）巡逻的体制和形式

目前我国主要以警区制和各警种分工协作的巡逻体制。

（五）巡逻勤务的要求

巡警巡逻必须做到“五必”、“四结合”、“四为主”。“五必”，是指“有警必接，接警必处，有险必救，有难必帮，有求必应”；“四结合”、“四为主”，是指徒步巡逻与机械化巡逻相结合，以徒步为主；“全天候”巡逻与机动（弹性）时间巡逻相结合，以“全天候”为主；巡察与守候相结合，以巡察为主；专职巡逻与群防群治相结合，以专职巡逻为主。

思考题

1．试述我国人民警察巡逻体制的建立、意义和要求。
2．试述我国巡警的领导体制和机构设置。
3．巡警巡逻执勤中的职责和权限有哪些？
4．巡警巡逻勤务的特点、制度和巡逻方式有哪些？

第九章　出入境管理

教学目的和要求：

了解出入境管理的原则、任务，明确公安机关在出入境管理工作中的职责和权限，熟悉出入境管理的基本措施和方法。本章计划讲授 3 学时。

第一节　出入境管理的原则、任务和管理范围

一、入境管理的概念、特点

（一）出入境管理的概念

出入境管理，是指公安机关出入境管理部门，为了维护国家主权、出入境秩序和社会稳定，依照国家出入国（边）境管理法规，对出入我国国（边）境的人员以及在华外国人依法行使管理和管辖权的一项专门行政管理工作。

（二）出入境管理的特点

出入境管理是一项关系到国家主权和社会稳定的重要工作，可以说是一个服务性“窗口行业”，它具有服务的对象面广；管理的内容范围复杂；工作要求高的特点。

二、管理的原则和要求

（一）出入境管理的原则

1．维护国家主权和国家安全的原则。

2．维护出入境秩序和社会稳定的原则。

3．适应改革开放，方便往来，扩大国际交往，促进社会主义现代化建设的原则。

（二）出入境管理的要求

出入境管理工作要坚持管理服务两手抓两手都要硬的职能，要在管理中体现服务，在服务中加强管理；要严把国门，履行职责，严格管理，热情服务。

三、出入境管理的任务

（一）防止境外敌对分子、恐怖分子和各种破坏分子进入我国境内进行破坏活动，维护国家主权和国家安全

（二）防止国内各种违法犯罪分子出境危害国家利益

（三）对外国人居留、旅行等事项进行管理，保障外国人在华的合法权益，防止其中不法分子对我国的危害

（四）加强管理，为我国公民和外国人出入我国国（边）境进行正当交往提供方便

四、出入境管理的范围

出入境管理的范围主要是三个方面：

（一）中国公民（包括侨居国外的华侨）出入我国国（边）境的管理

（二）外国人（包括无国籍人）出入我国国（边）境的管理

（三）外国人（包括无国籍人）在我国境内居留、旅行等项活动的管理

第二节　外国人入出境管理

一、外国人入出境管理的对象

外国人入出境管理的对象，是指进出或通过我国国（边）境和在我国居留、旅行的不具有中华人民共和国国籍，以及不享受外交特权和豁免权的外国人（包括无国籍人）。

二、对外国人入出境管理的内容、方法

（一）外国人入境管理

外国人入境应持有护照和有关证明，申办入境签证。入境签证一般由中国驻外使、领馆或外交部授权的其他驻外机构办理。在特定情况下，外国人也可以向公安部授权的中国口岸签证机关申请办理。被认为入境后可能危害中国的国家安全、社会秩序的外国人不准入境。已入境的根据不同的情况，可限期出境、遣送出境、直至驱逐出境。

（二） 对外国人出境管理

外国人出境，须缴验有效护照或其他有效证件，以及准予在中国停留的签证或者居留证件。被签证机关指定通行口岸的外国人和外国人的交通工具，必须从指定的口岸入、出境。对我国法律规定有不准出境情况的外国人，公安机关和其他相关部门可采取必要措施予以阻留。

（三）对外国人居留管理

1．外国人在我国居留一定时间以上的，应持有中国政府签发的居留证。

2．居留证由市、县公安机关的外国人管理部门签发，公安机关要定期或不定期地进行地缴验。

3．原居留证登记的项目发生变化，持证人必须在规定的期限内向公安机关申请和登记变更。

4．临时或长期在中国居住的外国人离开自己的住所临时在其他地方住宿，应当按照规定向公安机关或相关部门申请住宿登记。

5．申请在我国定居的外国人，必须事先向申请定居的公安机关提出定居申请，经省级公安机关批准，发给定居确认表后，持表申请定居签证。

（三）外国人在中国旅游的管理

外国人持有效签证或居留证件，可以前往中国政府规定的对外国人开放的地区旅行，外国人前往不对外国人开放的地区旅游，必须向当地公安机关申请旅行证，获准后方可前往。

（四）对涉外事件进行处理

公安机关负责处理的涉外事件主要包括三类。

1．外国人违反了中国的法律、法规、规章制度，损害了中国或中国公民利益的事件。

2．在华外国人的正当权益受到损失，中国政府按照法律予以保护的事件。

3．外国人之间发生的问题或其它涉及外国人的事件。

第三节　中国公民出入境管理

公安机关只对中国公民因私或临时出入国（边）境进行管理。

一、中国公民因私出境管理

居住在国内的中国公民因私出境，应凭户籍证明向户籍所在地的市、县公安机关提出申请，并提交有关证件和证明材料，公安机关应在规定的期限内做出批准或不批准的决定。经批准出境的中国公民由公安机关发给中华人民共和国普通护照，作为出境证件。持照人必须在出境以前办妥前往

国签证后方可出境。

二、中国公民入境的管理

居住国外的中国公民出境后回国入境，或定居国外的中国公民短期回国入境，凭本人有效护照即可，无需办理入境签证。

定居国外的中国公民要求回国定居的，应当在入境前向中国驻外使、领馆或外交部授权的其他驻外机关提出申请；也可向国内拟定的定居地公安机关提出申请，由省级公安机关会同有关机关核发定居证明。

三、中国公民出入境证件的管理

中华人民共和国护照是中国公民出入境的主要证件，普通护照在国内由公安部或公安部授权的地方公安机关颁发；在国外申请的，由我国驻外使、领馆或外交部授权的其他驻外机关颁发。

对于居住国内的公民持护照、证件招摇撞骗，以及持证非法进入前往国或者非法居留被遣送回国的，公安机关和原发证机关有权对护照或其他出入境证予以吊销或宣布作废；对依法规定不准出境的持照人，或弄虚作假骗取护照、证件的，其护照、证件均予以收缴。

思考题

1．何谓出入境管理？出入境管理的原则、任务是什么？

2．外国人入出境管理的对象和范围如何？

3．公安机关对中国公民出入境管理的内容和方法有哪些？

第十章　信息网络安全管理

教学目的和要求：

明确信息网络安全管理的概念、任务和意义，熟悉管理的范围和体制，掌握信息网络安全监察的方法，了解信息网络服务单位和用户的法律责任。本章计划讲授 3 学时。

第一节　信息网络安全管理的概念、任务和意义

一、信息网络安全管理的概念

（一）计算机信息系统的概念

计算机信息系统，是指计算机及其相关的和配套的设备、设施（含网络）构成的，按照一定的应用目标和规则对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。

（二）信息网络安全管理的概念

信息网络安全管理，是指公安机关为了保护互联网的安全运行，维护国家安全和社会公共利益，保障公民和法人的合法权益，依法对计算机信息系统进行的各种安全监督、检查与指导等活动的总称。

二、信息网络安全管理的任务

（一）宣传动员全社会力量，保障计算机信息系统的安全运行和信息安全

（二）保障计算机及其相关的和配套的设备、设施（含网络）的安全和运行环境的安全

（三）保障计算机功能的正常发挥和信息的安全

（四）保护境内计算机信息网络国际联网的安全

（五）维护互联网单位和个人的合法权益和公众利益

（六）重点维护国家事务、经济建设、国防建设、尖端科学技术等重要领域的计算机信息系统的安全

（七）打击利用互联网实施的各种违法犯罪活动

三、信息网络安全管理的意义

（一）有利于国内外信息交流

（二）有利于促进我国互联网的健康发展

（三）有利于加快社会服务信息化进程

（四）有利于加快我国国民经济和科学技术的发展

（五）有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益

（六）有利于维护国家安全和社会稳定

第二节　信息网络安全管理的范围、体制

一、信息网络安全管理的范围

（一）对我国境内计算机信息系统和互联网信息服务系统实施监督管理

（二）对计算机信息网络国际联网实施监督管理

（三）对互联网电子公告服务的监督管理
（四）对计算机病毒防治的监督管理

二、信息网络安全管理的体制

公安部主管全国计算机信息系统安全保护工作，具体由“公安部信息网络监察局”负责计算机信息系统安全保护和计算机病毒防治管理工作。

国家安全部、国家保密局和国务院其他有关部门，在国务院规定的职责范围内做好计算机信息系统安全保护的有关工作。

在各省、自治区、直辖市公安厅（局），各市（地）、县（市）公安局设立相应机构负责各级地方的计算机信息系统安全保护和计算机病毒防治管理工作，地方政府也有由有关部门依法在各自职责范围内做好计算机信息系统安全保护工作的职责。

第三节　信息网络安全管理的方法和职权

一、信息网络安全管理的方法

（一）在程序上，针对不同对象采取严格的申办许可、备案和上网手续
（二）在服务上，采取确定的类别、项目或栏目
（三）在措施保障上，要求有严格的制度、规则
（四）在信息内容上，要求上网的信息内容合法
（五）在病毒防治管理上，实行公安部网监局专管
（六）在检查与指导上，实施具体的检查、检测和指导

二、信息网络安全管理的职权

公安机关网监部门对信息网络安全保护工作行使下列监督职权：
（一）监督、检查、指导计算机信息系统安全保护工作
（二）掌握互联单位、接入单位和用户的备案情况
（三）监督、检查网络安全保护管理以及技术措施的落实情况
（四）发现计算机信息系统的安全隐患时，及时通知使用单位采取安全保护措施
（五）组织检查
（六）对在网络上发布的信息进行查询，发现含有法律规定不得出现的内容和内容的地址、目录或者服务器时，有权通知有关单位关闭或者删除
（七）追踪和查处通过计算机网络的违法犯罪行为和针对计算机信息网络的违法犯罪案件
（八）对违反有关法规的行为，有权处以警告、罚款、停机整顿，给予治安处罚，或者移送司法机关追究刑事责任
（九）履行计算机信息系统安全保护工作的其他监督职责

思考题

1．试述信息网络安全管理的概念、任务和意义。
2．信息网络安全管理的范围和体制是怎样的？
3．信息网络安全管理的方法和职权有哪些？
4．信息网络服务的单位和用户的责任或处罚是怎样规定的？

第十一章　交通管理

教学目的和要求：

了解交通管理的任务和范围，掌握交通管理的方法和交通违章纠正、交通事故的调查处理。本章计划讲授 3 学时。

第一节　交通管理的任务和范围

一、交通管理的概念、任务和意义

（一）交通管理的概念

交通管理，是指公安交通管理部门为维护交通秩序，保障交通安全，依法对构成道路、交通的人、车、路以及交通环境实行的统一管理。它是国家行政管理的一个重要方面，是公安机关维护交通秩序、保障交通安全的一项专门业务。实施管理的主体是公安机关交通管理部门，管理的对象是使用道路交通的人、车以及路和周边环境，目的是保障交通安全畅通，维护交通秩序和社会秩序。

（二）交通管理的基本任务

1．对群众进行交通安全的宣传教育，提高群众遵守交通法律、法规的自觉性。

2．依法对道路、行人、车辆和驾驶人员实行科学管理，保证交通畅通、安全。

3．纠正交通违章，处理交通事故，加强交通管理现代化建设。

（三）交通管理的意义

1.有利于保障交通安全畅通，促进生产和建设事业的发展。

2.有利于保障人民群众的人身财产安全，维护公民的合法权益。

3.有利于降低公害、防止污染，营造良好的社会环境。

4.有助于预防和控制犯罪，维护社会稳定。

二、交通管理的范围

交通管理，是公安机关依据交通法律、法规采取行政和技术手段，对道路、车辆、驾驶人员和行人进行的管理。它的范围包括：机动车辆管理；驾驶人员管理；行人行走秩序管理；交通秩序管理；道路环境管理。

第二节　交通管理的方法

一、机动车辆管理

机动车辆管理包括对机动车辆管理和对驾驶人员的管理。它是道路交通管理工作的重要组成部分。

（一）搞好车辆检验、核发牌证和办理行车手续

（二）健全车辆保养修理制度，车辆检验制度

（三）对驾驶人员着重抓好考核、审验、安全教育三个环节的管理工作

（四）对驾驶人员培训工作进行监督检查

（五）制定切实可行的规章制度，加强对驾驶人员的监督管理

二、交通秩序管理

交通秩序管理是公安交通管理部门对交通参与者依法实施治理整顿的活动。按照交通管理对象的不同，我们可以将交通秩序管理划分为行人行走秩序管理；机动车辆管理；驾驶人员行车秩序管理；妨碍道路通行秩序管理和道路环境管理。

（一）采用现代科技设备，不断改进指挥系统，提高交通指挥技能和水平
（二）整顿交通秩序，严格交通管理
（三）宣传贯彻交通法律、法规，维护交通秩序

三、道路管理

道路是保证交通安全的必要物质条件。道路管理要合理使用现有的道路，调整、疏导交通流量，以利于改善交通环境，提高车辆运行效率，避免和减少交通违章事件、事故的发生。

（一）完善交通安全设施，保障交通安全
（二）改善道路条件，排除交通障碍
（三）合理使用现有道路

第三节　交通违章的纠正和交通事故的查处

一、交通违章的分类和处理

（一）交通违章的概念

交通违章，是指违反交通法律、法规，妨碍或影响了交通畅通或威胁交通安全，但尚未造成人员伤亡、财产损失的过错行为。

（二）交通违章的分类

1．按照对交通秩序和安全、畅通的危害程度不同，可将交通违章可分为轻微违章，一般违章和严重违章。

2．按照交通行为的主体和违章方式的不同，可将交通违章分为车辆行驶违章、车辆设施违章、车辆装载违章、行人违章、占道违章等。

（三）交通违章的处理原则

1．以事实为根据，以法律为准绳的原则。
2．教育为主，处罚为辅的原则。
3．根据情节，区别对待的原则。
4．以理服人，以礼待人的原则。

（四）交通违章的处理程序

1．对交通违章处罚的权限。
2．对交通违章处罚的程序。
3．对不服处罚的申诉程序。

二、交通事故的分类和查处

（一）交通事故的概念

交通事故，是指在道路上，因违反交通法律、法规的有关规定，造成人员伤亡或财产损失的治安事故。

（二）交通事故的分类

根据人员伤亡或财产损失情况的不同，可把交通事故分为四种。

1．轻微事故。

2．一般事故。

3．重大事故。

4．特大事故。

（三）交通事故的调查处理

1．保护好交通事故现场。

2．认真勘查交通事故现场。

3．依法处理交通肇事人。

1．做好交通事故的经济处理。

思考题

1．交通管理的任务和范围有哪些？

2．简述交通秩序管理的方法。

3．交通违章和交通事故调查处理的基本方法有哪些？

第十二章　公安派出所

教学目的和要求：

了解公安派出所的性质、任务、领导体制和机构设置，熟悉公安派出所的工作范围、工作制度、职权和派出所民警的职责。本章计划讲授 4 学时。

第一节　公安派出所的性质和任务

一、公安派出所的概念和性质

（一）公安派出所的概念

公安派出所，是指我国市、县公安局或区公安分局派驻到基层，负责辖区社会治安管理工作的派出机构。目前主要在城市的街道（区）、县以下的乡、镇和某些专门性的地区或行业的基层设派出所。其工作范围主要是围绕辖区内的社会治安，抓好接报警、管理和预防违法犯罪工作。

（二）公安派出所的性质

公安派出所是公安机关的基层组织之一，他不是一个独立的一级公安机关，而是附属于市、县公安局或区公安分局的一个具体派出工作机构，要在上级公安机关直接领导下进行工作。

二、派出所的任务

作为公安机关的基层组织，公安派出的基本任务，就是要为实现发案少，秩序好，群众满意为目标，在争创人民满意派出所上下工夫。为此，必须努力完成各项具体任务：维护社会治安和公共场所秩序，进行治安巡逻；管理户口、居民身份证；管理特种行业和危险物品；掌握社会治安情况，预防、制止违法犯罪和破坏活动；对有违法和轻微犯罪行为者进行帮教、感化、挽救；向群众进行法制宣传教育，开展警民共建活动；指导企事业单位治安保卫工作和治安保卫委员会的工作，开展社会治安综合治理活动；接受报警，查处治安案件和一般刑事案件；保护案发现场，协助侦查部门查破重大刑事案件；对被管制、剥夺政治权利、缓刑、假释、监外执行和保外就医者进行监督、教育、改造和考查；为群众排忧解难，开展创人民满意派出所活动。

第二节　公安派出所的领导体制、机构设置和权限

一、公安派出所的领导体制

公安派出所同公安机关的领导体制一样，接受上级公安机关和同级人民政府的双重领导体制，公安派出所既是公安机关的基层组织，又是同级人民政府的治安行政部门。但是，要以公安机关领导为主，人事配备和领导干部的任免，均由市、县公安机关决定。

二、公安派出所的机构设置

（一）公安派出所的机构设置

公安派出所要根据其任务和工作需要，根据方便群众，有利工作，布局合理的原则进行设置。在城市、乡镇的公安派出所原则上与街道、乡镇的行政机构相适应，一般实行一个街道（区）一所，一镇一所，在农村实行一乡一所或几个乡一所，或一区一所。凡需要设立派出所的街道、乡镇，必

须经省、自治区、直辖市公安机关的批准。

（二）公安派出所的分类

根据派出所承担任务的不同，可分为三类五种：

1．城镇公安派出所。

2．农村公安派出所。

3．边防公安派出所。

以上三种派出所属于地区性的派出所。

4．车站、机场、码头、风景区、大型公共场所的治安派出所。

5．铁路、水上、森林、工矿、农场的专门公安派出所。

（三）公安派出所的人员编制和分工

公安派出所的人事配备，一般有五名或五名以上民警组成。设所长一人，副所长一至二人，政治指导员一人，户籍民警、治安民警和内勤民警若干人。公安派出所实行所长负责制，所长主持所内全面工作，领导全所行政业务工作；指导员负责所内民警的政治思想工作，保证行政业务工作的完成。

由于我国幅员广阔、情况各异，许多城镇派出所已经在人员编制上远远超过了原定规模，而在少数偏远地区，又有派出所人员不足五人，个别地方甚至只有一人。

三、公安派出所的权限

（一）对社会治安的管理权

（二）对危害社会治安行为的查处权

（三）检查与查禁权

（四）查破一般刑事案件权

（五）管制监督权

第三节　公安派出所民警的职责

一、治安管理

治安管理工作，主要是派出所中治安民警的职责，具体内容是：维护辖区公共秩序和社会治安；管理特种行业和危险物品；调查、制止、取缔和打击“黄、赌、毒、娼”和拐卖妇女儿童等违法犯罪活动；组织治安联防和治安巡逻；管理城市盲流闲散人员和精神病、痴、傻、呆者；指导城镇、街道、企事业、个体工商业户的治安保卫组织；查处治安案件，查破一般刑事案件，保护重大案件现场。

二、户口、身份证管理

居民户口和身份证的管理，是户籍民警的职责，具体内容是：搞好居民户口、身份证和暂住人口的管理；熟悉和掌握辖区内的重点人口；协助有关部门教育、感化、挽救有违法和轻微犯罪行为的人；依法监督、考查和教育被判处管制、剥夺政治权利、缓刑、假释、监外执行、保外就医的罪犯和监视居住的人；组织领导治安保卫委员会，开展“四防”活动；选建、管理、使用秘密力量；搜集敌、社情，了解群众要求；教育群众遵纪守法，维护公共秩序和社会道德。

三、内勤管理工作

派出所的内勤管理工作，由专职内勤民警完成。其具体内容是：负责办理户口登记、变更和办

理身份证手续；执行多项统计和报告制度；负责全所工作情况的收集、汇总和资料积累；负责管理公安业务、文书、户籍等各种档案；接待外调人员、群众来访，处理来函、来信；管理所内公章、介绍信和武器；管理处罚、没收的财物、赃款赃物和捡拾物品；协助领导密切与户籍、治安民警的联系，处理治安案件、事件和一般刑事案件。

上述三种职责是多年来整个派出所的职责范围，然而，根据改革开放新的要求，公安部已提出在城市派出所下可以设警队或警区，实行一队一个警区，或实行一区一警，一区多警，一警多能，责任到人，一包到底的工作机制。警区民警既是户籍民警又是治安民警，既管居民又管机关、团体、企事业单位，还协助办案，并要求派出所民警下责任区服务。建立打、防、管、控、建体系，确保辖区社会治安的稳定。

第四节　公安派出所的工作制度

在新形势下，公安派出所的工作制度又有新的发展和变化。公安部要求各级公安机关，要把人民满意作为一切工作的出发点和落脚点，此为衡量派出所工作的根本标准。因此，在原有工作制度基础上，提出许多新的工作制度。

一、勤务制度

勤务制度是公安派出所的基本制度。

（一）值班制度

公安派出所实行 24 小时全天候昼夜值班，在值班中有接处警制、首问负责制、处理回告制、各项登记制、请示报告制等。

（二）执勤制度

执勤制度包括备勤制、巡逻勤务制、巡逻日志登记制等。

（三）首望勤务制度

首望勤务制度，是指为维护辖区治安，在辖区的重点地区、地段实施警戒、观察和执勤服务。

二、会议制度

（一）所务会议制度

（二）每日碰头会议制度

（三）学习制度

（四）生活会议制度

三、联系制度

（一）所内的互相联系制度

（二）跨地区各派出所间的联系、工作制度

（三）派出所与公安机关有关业务部门的联系制度

（四）派出所与辖区内保卫部门的联系制度

（五）派出所与治安保卫委员会的联系制度

四、请示报告制度

派出所每半月要向市（县）公安局或区公安分局汇报一次敌、社情和发破案情况，遇有重要情况或重大案件、事故要及时上报。

五、岗位责任制度

六、考核和奖励制度

考核，主要是针对民警的德、能、勤、绩四个方面；奖励，要贯彻责、权、利相一致原则，实行末位培训与淘汰制度。

七、档案资料、武器、装备保管制度

八、向人民群众和有关方面报告工作制度

思考题

1．公安派出所的性质、任务是什么？
2．公安派出所的领导体制、机构设置及权限是什么？
3．公安派出所治安民警、户籍民警、内勤民警的职责是什么？
4．公安派出所有哪些工作制度？

参考书目

1．公安部教材编审委员会：《公安学概论》，中国人民公安大学出版社，1999。
2．宋世杰、周雄文：《公安法学》，中南工业大学出版社，2000。
3．白景富：《公安业务知识》，群众出版社，2000。
4．张建良、王萍：《公安行政执法教程》，中国人民公安大学出版社，2005。
5．李海滨、李英娟：《公安执法疑难问题解析》，群众出版社，2003。
6．康大民、宋建华：《论公安基础建设工程》，群众出版社，1999。
7．张玉卿：《公安机关警察权的界限》，中国政法大学出版社，2006。
8．徐晓慧、王德章：《道路交通控制教程》，中国人民公安大学出版社，2005。
9．王精忠、马红梅、刘明法：《消防管理教程》，中国人民公安大学出版社，2005。
10．黄明：《公安派出所长手册》，群众出版社，2005。
11．（美）罗伯特、劳伦斯：《什么是警察：美国的经验》，群众出版社，2004。
12．（英）利什曼、诺夫迪、萨维奇：《警务工作核心问题》，群众出版社，2000。

《青少年犯罪与少年司法》教学大纲

皮艺军　编写

目　录

第一部类　青少年犯罪学 113
一、前　言 113
（一）课程性质 113
（二）编写目的 114
（三）课程简介 114
第二部类　少年司法 116
一、少年司法的教学大纲的基本结构 116
1．少年权利 116
2．成人社会 116
3．少年司法一体化 117
4．少年司法的原则 117
二、课程教学目的和要求 117
教学目的 117
课程要求 118
三、主要内容和学时分配 118
第一部类　青少年犯罪学 119
第一章　青少年犯罪的界定 119
第一节　青少年犯罪的含义 119
第二节　少年犯罪的定义 119
第三节　与法律概念的区别 119
第二章　青少年犯罪学 120
第一节　学科定位 120
第二节　方法论 120
第三节　青少年犯罪学与犯罪学 120
第三章　青少年犯罪现象 122
第一节　分　布 122
第二节　趋　势 122
第三节　类　型 122
第四节　身份罪 122
第五节　主体特征 122
第四章　青少年犯罪原因 123
第一节　原因分析的含义 123
第二节　理论解释的分层 123
第三节　罪因体系 123
1．按学科划分的罪因系统 123
2．按学派划分的罪因系统 124
3．按理论划分的罪因系统 124
第五章　原因理论的解释 125
第一节　古典犯罪学派的解释 125
第二节　犯罪生物学解释 125

第三节　精神分析学解释……125
第四节　认知心理学解释……125
第五节　社会学习理论解释……126
第六节　社会控制理论解释……126
第七节　内外部抑制理论解释……126
第八节　中立化理论解释……126
第九节　差异交往理论的解释……126
第十节　暴力亚文化理论的解释……127
第十一节　失范理论的解释……127
第十二节　亚文化群论的解释……127
第十三节　标定理论的解释……127
第十四节　马克思主义犯罪学理论……127
第十五节　羞耻感重整理论的解释……127
第十六节　社会生物学理论解释……127
第六章　青少年犯罪控制……128
第一节　犯罪控制概述……128
第二节　犯罪控制分类……128
第三节　犯罪预防……128
第四节　条件预防……129
第五节　日常活动理论……129
第六节　被害人理论……129
第二部类　少年司法……130
第一章　少年司法概述……130
第一节　少年司法的诠释……130
第二节　少年司法的理论基础……130
第二章　少年权利……131
第一节　少年司法的生物学基础……131
第二节　人的社会化……131
第三节　青春期危机……131
第四节　少年权利的人性讨论……131
第五节　儿童权利的内涵……132
第三章　成人社会的概念……133
第一节　国家亲权主义……133
第二节　弗洛依德的解释……133
第三节　启蒙主义的理解……133
第四节　成人社会的概念……134
第四章　少年司法一体化……135
第一节　少年司法一体化的缘起……135
第二节　少年司法一体化的内涵……135
1．社会——司法一体化……135
2．刑事——民事——行政一体化……136
3．刑事——福利一体化……137
4．多功能一体化……137

第五章　少年司法制度的立法原则.....139
第一节　儿童保护原则.....139
第二节　儿童利益优先原则.....139
第三节　儿童利益最大化原则.....140
学时分配.....140
教学环节.....140
复习与思考题.....141
拓展阅读书目.....142

第一部类　青少年犯罪学

一、前　言

青少年犯罪的治理，是社会长治久安的重要组成部分。国家和各级政府均希望在治理青少年犯罪方面得到强有力的理论支持。与青少年犯罪相关的是少年司法制度的建构，中国是世界上唯一没有独立的少年司法制度的大国。国家支持在建立少年司法制度方面的理论和实践方面的探索。如果说中国的少年司法制度的改革已经出现了可喜的进步，那么这股力量是来自于体制外的努力。少年司法所先天应具有的“社会·司法”模式、柔性司法模式、人道主义模式，都要求我们运用超出传统司法制度和司法原则的新的观念，来看待这一全新的事物。而在少年司法改革的生力军之中，不论是熟悉传统司法的刑法学者，还是在司法体制中工作的人，都有一个共同特点，那就是看到少年司法制度的进步，来自于非法学的外部力量。所谓外部的力量，也就是来自非法学学科的影响。少年司法制度得以产生的基础源自于犯罪学、青少年犯罪学、犯罪心理学、监狱学、刑事司法学、越轨社会学等非法学学科的发展，她们的发展才是少年司法改革的外部动力所在。在以上这些学科中犯罪学的地位是举足轻重的。

我国正处于建立独立的少年司法制度的历史阶段，本课程是培养与少年司法相关人才的基础课程。本课程在理论研究和实际需求方面均有重大意义。我校青少年犯罪教研室是国内最早成立的青少年犯罪研究的专门机构，长期从事这一领域的研究，拥有多位在青少年犯罪研究方面的学术带头人。国内尚没有出版过系统的青少年犯罪学专著和教材，因此由开设这一课程并编写相关教材是社会的急迫需求。由于国内尚没有一本系统阐释青少年犯罪与少年司法的教材，因此，本课程的开设仍然处于探索阶段。这种探索本身也要求课程设置、大纲编写和教学都要保持创新精神。

（一）课程性质

青少年犯罪是区别于刑法学概念的犯罪学概念。青少年犯罪学是犯罪学学科系列中的一个部分，运用的是犯罪学和其他相关学科最权威和最新的研究方法和理论范式。其中也包括社会学、生物学、生理学、心理学、精神分析学、人类学、生态学和统计学等复杂的知识体系作为方法论的基础。青少年犯罪学是以青少年这一独特的群体为研究对象的学科。青少年犯罪研究的理论成果，将对青少年教育、青春期教育、青少年心理和行为方式研究、青少年犯罪的治理以及社会控制提供理论依据。

少年司法是在少年保护原则下施行的法律保护，少年司法制度是区别于一般司法的一种特殊的、独立的司法制度。少年司法以少年的主体特征为前提，以少年的独立权利地位为核心，以少年保护为最终目标。少年司法具有特别的司法理念、司法原则、司法处遇和矫正措施。少年司法研究首先不仅仅是一个法律研究，而是以生理、心理和社会的相关因素组合成的一个庞大的知识体系。

这一知识体系不仅涉及到相关的理论解释体系，而且也涉及到相关社会结构功能体系。理论是对事实的说明，与少年司法相关的社会结构本身及其相互间的关系都已超出了法学的理论框架所涵盖的范围，需要能够对这一特定的结构功能做出解释的理论工具。中国少年司法制度从传统司法体系中的分离，不是内发型的，而是外发型的。亦即并不是因为法学理论研究或是传统司法制度自身的成熟和发展，而导致少年司法制度的产生。坚信传统司法理念的人们，从原有的司法原则出发，或是否认少年司法制度独立的必要性，认为在现有“成人司法体系”内做出适当调整，即可在体系内完成少年案件的受理和处置，而不必单独设立一个体系；或是非议少年司法改革的各种超前性的实验和尝试，把各种形式的探索认定为 “违规操作”，力图将少年司法改革限制在“现有法律规

定的幅度之内”，这种现象在当前中国的现状中是十分明显的，体现了其间存在激烈的观念冲突。由此可以清楚地看到，在中国，少年司法制度的阻力主要受到来自司法体制内部的巨大保守力量的牵制，至今仍未能完成较理想的少年司法现代化。一方面国家在少年保护方面大张旗鼓的宣传并不输给任何大国，另一方面中国的少年司法制度建设远逊于世界不同发展水平的国家，这两种尴尬相比不啻为是个极大的反讽。究其根本，正是因为少年司法具有传统法学所没有理论基础和方法论，这一新制度的建立才更多地受到来自内部的传统法制派的非议和不理解。

（二）编写目的

编写本教学大纲的目的在于，学生们掌握有关青少年犯罪与少年司法的知识：即认识到青少年犯罪与社会变迁之间的关系，熟悉对青少年犯罪现象行为进行解释的理论工具，了解实证研究和定量分析的意义，学习运用数据作为论证的依据，调动学生们对实际中所发生的青少年犯罪现象行为进行理论分析，熟悉少年司法的理念和原则，理解建立独立的少年司法制度的必要性，了解少年司法制度的基本结构，在组织、实体和程序三个方面理解少年司法的建构与运作。

编写本教学大纲的目的还在于为编写相关教材做好准备。在课程的结构设计、层次安排、理论范式的选择、知识点和教学要点等方面力求准确定位。

编写教学大纲有利于学生在选修本课程之前，对这一课程的基本内容有直观的了解，将这一课程的内容与自己的研修方向进行统合；有利于教师在讲授课程之前，进一步廓清课程的整体结构，明确讲授的要点。

认识到青少年犯罪学与少年司法不是两门不同的课程，而是同一门犯罪学

课程。是运用犯罪学的理论原理和框架所构建的。编写本教学大纲的目的在于，学生们掌握有关青少年犯罪与少年司法的知识：即认识到青少年犯罪与社会变迁之间的关系，熟悉对青少年犯罪现象行为进行解释的理论工具，其中也包括社会学、生物学、生理学、心理学、精神分析学、人类学、生态学和统计学等复杂的知识体系作为方法论的基础。了解实证研究和定量分析的意义，学习运用资料作为论证的依据，调动学生们对实际中所发生的青少年犯罪现象行为进行理论分析，熟悉少年司法的理念和原则，理解建立独立的少年司法制度的必要性，了解少年司法制度的基本结构，在组织、实体和程序三个方面理解少年司法的建构与运作。

要求学生用定量分析的方法来面对研究的对象。这门课程将纠正对法学院校中缺乏方法论教学和实证研究方法训练等缺陷，克服法学专业单一的形而上的研究方法，为学生补充科学的方法论方面的知识和实践经验，使得社会科学专业的学生包括法学专业的学生，在掌握专业知识的同时，提高对社会现象和社会行为的观察分析能力。这门课程也是消除法学专业注重书本知识，轻视实际观察能力的倾向，使得学生在迈向社会之前能够对真实的现实的社会有更为清醒的理解，认识到理论联系实际的重要性，观察到法律在社会中实现的全过程。从而使得法学专业的学生，除了法律问题之外，也能在社会问题面前也保持发言的权利。

（三）课程简介

本课程分为相互紧密联系的两个部类，即青少年犯罪与少年司法。

青少年犯罪学是犯罪学的组成部分。同时也是一门整合的学科，她本身就是对犯罪学、社会学、心理学和刑法学进行有机整合的产物。同时，犯罪心理学、监狱学、刑事司法学、越轨社会学是有关青少年犯罪的部分，又可以被视为青少年犯罪学的交叉学科或是相邻学科。因此，青少年犯罪学有理由作为推动建立少年制度的外部力量和理论基础。

青少年犯罪与少年司法的关系。少年司法制度的讨论总是涉及人身侵权行为，不论孩子是作为侵犯者还是被害者，都是从刑事侵犯行为的讨论开始的，这种讨论也首先是由犯罪学者提出的。然后逐渐由刑事干预向民事保护和行政司法方面扩展。青少年犯罪与少年司法是不可分割的统一体。

第一部类是青少年犯罪学，这是以社会科学的实证研究为基础的学科。对青少年犯罪的分析是从现象、原因和社会控制三个方面展开的。

1．现象分析。对青少年犯罪的动态统计描述了这一活动的变化特点和发展趋势；年龄、性别、文化程度、居住地区、家庭结构、抚养方式、违法经历和被处罚情况，全方位地描述出青少年犯罪的全貌。现象描述，为下面的原因分析和社会控制对策，从实证研究方面提供了依据。

2．原因分析。讲解生物学、生理学、心理学、精神分析学和社会学方面的理论要点。运用多种青少年犯罪理论范式，从不同的学科、不同的层次对青少年犯罪的原因进行分析。使学生能够采用不同的理论工具对不同的社会现象和行为进行解释，能够区分原因分析中不同层次，做出科学的而不是常识性的解释。

讲授青少年犯罪原因中的核心环节——人的生物性与社会性、内因与外因、个体与环境之间的互动关系。青少年的主体特征成为这门学科区别于其他相关学科的关键。围绕着主体的特征，才有可能了解到环境因素对青少年行为方式的作用，应当看作是一个外因对内因施加的影响过程。

3．社会控制。这一部类是基于现象和原因两大部类的基础之上社会对于青少年犯罪所做出的反应。社会控制包括社会控制理论、条件预防、犯罪的三级预防和被害人理论。

第二部类　少年司法

一、少年司法的教学大纲的基本结构

1．少年权利

（1）少年司法的生物学基础。人的生物存在可以决定人的社会存在。这对于儿童群体来说是决定性的。所以少年保护和少年司法的基础就是儿童的生物学特征。正是基于这一特征，儿童才被区别对待。人的某些方面的生物存在才被给予法律上的认定。

（2）人的社会化。人的理性成熟程度不可避免地成为界定的标准。儿童的天性印证了人类与自然的联系。当人类的社会属性成为文明的最重要的象征时，并以此压抑着人类的自然属性时，社会就有可能把所有不符合社会属性的行为称之为邪恶。

（3）青春期危机。青少年犯罪是困扰各国的社会问题通常被看作是社会环境使然，但如果环境真的能决定人的犯罪，为什么在同样环境下，或者是在比孩子的环境更为险恶的环境下的成年人为什么不如青少年那样容易越轨呢？这种追问不得不把我们拉回到对人的生物学因素的考察上面，来考察人的生理发展阶段。青春期是青少年犯罪的高发时期。

（4）少年权利的人性讨论。人类文明是本能冲动受到压抑和升华所形成的异化物，没有这种异化物的存在就无所谓越轨。可是当人类陶醉于自己的物质文明成果的时候，总是下意识地忘记，没有人类的原始欲求和冲动的存在，人类的文明又从何产生。

（5）少年权利的内涵。有没有自己的权利？儿童的权利是先赋的，还是由成人社会所决定和赋予的？儿童的权利到底有哪些？权利类型的确立自然是权利保护的首要条件。

2．成人社会

（1）国家亲权主义。国家亲权主义把这一现象解释为由国家作为儿童利益的监管人。源于英国国王建立的国家亲权制度，“作为一国之父，国家亲权授予国王作为国家的家长，假如孩子的父母没有或不能对孩子施行监管，那么，国王就有权监护这些孩子。”

（2）弗洛依德的解释。重点强调了原始家长制的存在所具备的文化功能，他认为“原始部落是一种具有临时功能的集体，它以某种秩序维持着自己。因此可以设想，建立这种秩序的家长制专制，就它确立并维系了这个集体、从而也维持了整体的存在和共同利益的再生产而言，确是‘合理的’”。“原始父亲为文明以后的发展树立了榜样，并通过强行的节制和对快乐的强行限制提供了进步的基础。”

（3）启蒙主义的理解。这一流派把奴隶制看作是论述权利关系的重要载体。在奴隶制问题上，奴隶是被剥夺权利的一个阶级群体，而儿童在成人社会面前不是处于奴隶的地位而是平等的权利状态。但是，儿童很容易被当作“奴隶”来看待、忽视或奴役，即把儿童看作是“私有财产”并对其享有处分的权力，成人不仅可以决定儿童的生活和教育，而且可以决定儿童享有的权利“份额”，决定儿童享有什幺权利，不享有什幺权利，享有多少。

（4）成人社会概念的内涵。成人社会这一概念的提出，意在确立儿童社会是一个相对独立的利益群体。如果始终把儿童利益并入到整体社会的利益之中，不分你我，儿童利益就无法得到彻底的和有针对性的保护，因为只要保护整体的社会利益、根本的社会利益就是行动的全部目的。

3．少年司法一体化

从全社会范围里来看待少年司法，所涉及的方面十分繁杂，几乎所有与儿童和少年权益相关的活动、机构、组织、功能都与此相关，由此所提出的问题就是对相关知识、理论、机构、活动加以全面的“整合”。我们把这种整合称为“一体化”，这种一体化与上述犯罪学的整合学科性质是相通的。

（1）根据正式与非正式、司法与非司法而做的划分，社会——司法一体化。

社会•司法一体化也表现为社会化的处遇方式在少年司法体系中被大量采用，也就是常说的替代性措施的采用。所谓替代性措施，指的就是对法律处遇措施的替代，表现为非刑事处罚、非监禁处罚和转向处理。处遇方式的社会化，首先体现了少年司法体系是个开放的系统。

（2）根据依据的主要的部门法所提出的：刑事——民事——行政一体化。

（3）根据类型所提出的：刑事——福利一体化。少年司法制度从初创阶段起就面临着一个微妙的定位：这一制度到底是福利救助还是刑事处置。只要选择少年司法与传统司法的分离模式，本身就含有对未成年人减少刑事处罚、增加福利救助的企图。只追求刑事处置、否认福利救助的倾向是与这一制度的根本宗旨相背离的。

（4）根据功能所提出的：维权——教育——预防——矫正——观护的多功能一体化。多功能一体化系指在少年司法过程中存在的维权、教育、矫正、观护、预防等方面的功能。根据结构功能主义的观点，一个社会如何以一种凝聚的、内部整合的方式实现维存。对于这个总是典型的回答是这样表述的：社会的组成部分有助于社会的整合和维持。

4．少年司法的原则

（1）少年保护原则。《北京规则》中在《总则》中规定：“少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个组成部分，同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序。”这段话被国内学界归纳为“双保护”原则，即儿童保护和社会保护的并重。

（2）少年利益优先原则。对儿童的“特殊照料”，实际上就是给予孩子超出成年人需要的照料，亦即儿童的利益与成人社会的利益相冲突的时候，儿童的利益是优先的。所有有关少年的法律，并不是主要约束儿童少年的法律，而是约束成年人的法律。这些法律督促、制约着成年人接受这个与他们的现实利益和功利意愿并不相符的法律，并把她付诸实施。

（3）少年利益最大化原则。“利益最大化”意味着儿童生活中所涉及的权益的范围，即包括生活必备的物质条件和精神生活、人身安全、家教的合理性、教育的保障等等。少年司法的任务不能仅仅限于少年生活中的某一个部分，如只消除了他与监护人之间的冲突状态，而不干预他被剥夺受教育权的情况。“儿童利益最大化”就是实现少年的全面保护。

二、课程教学目的和要求

教学目的

使学生了解对青少年犯罪这类现象和行为的分析方法，掌握多种解释青少年犯罪的理论范式，通过对学年论文在实证研究方面的特别要求，使学生在收集和运用各类统计数据和经验事实的过程，提高对于定量分析的理解，弥补当前法律院校学生在方法论训练方面的严重不足。

少年司法课程的讲解，重点传播有关儿童法律权利的理念，强调建立独立的少年司法制度的重要性，破除我国文化中对于儿童权利和法律地位的严重忽视的弊端，为当前我全国范围内开展的建立少年司法制度的工作输送具有专门知识的人才。

课程要求

本课程不仅是一门理论课，更有很强的应用性。这门课程的基本要求是：

1．认识到这门课程中对每一个概念的理解都不是主观的，而是要求是从客观层面的认识和理解。理解实证研究方法的意义、数据的基本来源和对数据的分析方法；

2．要求学生对现实中的越轨问题进行讨论和辩论，在论辩中领会其中的理论和实践意义。了解青少年犯罪现象存在的客观性和存在方式。青少年犯罪的原因体系以及在整个学科中的地位，青少年犯罪原因的理论范式的层次划分，熟悉社会控制和犯罪预防的基本模式。

3．要求学生对青少年犯罪现象和行为进行观察，要求学生尽可能在可以涉及到的领域进行调查，要求学生的实证调查和分析能够被用于自己期末论文中的论据。

4．组织学生对少年司法制度的实施进行考察。

5．具体要求

——理解实证研究方法的意义、数据的基本来源和对数据的分析方法；

——了解青少年犯罪现象存在的客观性和存在方式；

——青少年犯罪的原因体系以及在整个学科中的地位；

——青少年犯罪原因的理论范式的层次划分；

——对功能论、冲突论和互动论的理论要点的把握；

——多层次的整合理论的理解；

——对某种犯罪现象或行为的理论解释；

——社会控制和犯罪预防的基本模式；

——少年司法的理念

——少年司法的原则

——少年司法模式

三、主要内容和学时分配

课程主要内容分为两大部类：第一部类是“青少年犯罪学”，第二部类是“少年司法”。

第一部类　青少年犯罪学

第一章　青少年犯罪的界定

第一节　青少年犯罪的含义

青少年犯罪是在全部犯罪中以年龄划分出来的一个特殊犯罪形态。由于青少年犯罪率在全部犯罪中的比例始终居于大多数，约占 50%左右。因此，对于犯罪的控制就是对于青少年犯罪的控制。青少年犯罪的特殊性，不仅要求施行特别的控制方略和预防对策，同时也需要建立特别的独立的司法体系对这类犯罪中的少年犯罪进行司法干预。青少年指 25 岁以下的未成年人。也有的统计把青少年的年龄上限定为 35 岁，如公安部毒品调查。为了划清青年与少年的区别，这一群体可以划分为 18 岁以上到 25 岁以下的一群青年人以及 18 岁以下的未成年人。在犯罪学里把 18 岁以下的这群人称为少年，于是就有了与成年犯罪相区别的少年犯罪。在少年司法中，处遇对象都是 18 岁以下的未成年人。同时，对于 18 岁以上 25 岁以下（许多国家定为 21 岁或 22 岁）的成年人，少年司法称之为“年轻的成年人”，这些“年轻的成年人”也享受少年保护政策的优惠。

第二节　少年犯罪的定义

少年犯罪与成人犯罪具有概念上的本质区别，少年犯罪更多地采取了以社会学和犯罪学为内涵的定义。英文中少年犯罪被严格要求使用“delinquency”一词，这一概念被译为少年“触法”或“非行”，用以区别于一般犯罪“crime”或“offense”这类概念。少年犯罪（Juvenile delinquency）又可以做出多种不同的表述，少年犯罪的多样化的表述与成人犯罪的确定性的呈现出本质的区别。少年的违法或犯罪可以做多种表述：“misbehavior”、“misconduct”（日文译为“非行”）、“adolescent deviance”（青春期越轨）、“unmanageable behavior”(难以管理的行为)、“unruly behavior”（非规范行为）、 “nonoffenses”（非犯罪的违法行为）等等。而那类专属于未成年人的身份犯罪——“Status offense”，更加鲜明地体现出未成年人与成年人的区别。

第三节　与法律概念的区别

青少年犯罪是指 25 岁以下的人所从事的社会危害行为。青少年犯罪是犯罪学意义上的概念，这里所指的青少年，是指 25 岁以下的行为人，但年龄的下限却没有明确的限定，既包括刑法中所指的“犯有某些严重犯罪才可以受到刑法处罚的人，也包括达到青春期的孩子。由于这一学科关注的不是对某一年龄段的行为人的违法行为的处罚，而是对这些危害行为发生原因，所以，青春期前后的孩子所从事的危害行为都成为这一学科的研究对象。

第二章　青少年犯罪学

第一节　学科定位

青少年犯罪学从学科关系上不隶属于刑法学，而是犯罪学的组成部分，是犯罪学中以年龄的划分而分化出来的一门学科。这门学科是多种学科相互交叉和整合的产物。青少年犯罪学与青少年犯罪心理学、青少年犯罪社会学、刑法学、青少年研究、青春期研究、少年司法等均保持着密切的关系，均有着不同程度的相互渗透和交叉。

第二节　方法论

由于青少年犯罪学是交叉学科，因而像犯罪学这门整合学科一样，使用的是多门学科的解释工具。青少年犯罪学在解释工具和理论范式方面与犯罪学存在的区别，主要表现在研究对象的主体特征上面，即主体的生理年龄成年人的差异所产生的一系列特征。因此，对于青少年犯罪的解释方法，也必须符合这一主体特征的要求。青少年犯罪学是一门实证学科，是需要用定量分析和定性分析相结合的方式进行研究的学科，因此，实证研究的概念也是这一课程中的重要内容。

第三节　青少年犯罪学与犯罪学

犯罪学是一门整合的学科，她本身就是对社会学、心理学和刑法学进行有机整合的产物。同时，犯罪心理学、监狱学、刑事司法学、青少年犯罪学、越轨社会学又可以被视为犯罪学的交叉学科或是相邻学科。因此，犯罪学有理由作为推动建立少年制度的外部力量和理论基础。其次，少年司法制度的讨论总是涉及人身侵权行为，不论孩子是作为侵犯者还是被害者，都是从刑事侵犯行为的讨论开始的，这种讨论也首先是由犯罪学者提出的。然后逐渐由刑事干预向民事保护和行政司法方面扩展。在美国，少年司法制度的研究并非主要由刑法学家而是由犯罪学家所从事的。美国犯罪学家们有关青少年犯罪的研究，总是要把“少年司法”（Juvenile Justice）当作其论述的最后一个组成部分，即以此作为对青少年犯罪所做出的正式反应。即使在对一般的刑事司法（Criminal Justice，即以犯罪学理论指导下的刑事司法研究）所做的论述中也要把少年司法当作必不可少的一章。因此，笔者认为，从理论体系来讲，犯罪学等非法学学科（包括上述相关学科）的研究成果，是促进少年司法建设的最强大的外部推动力。

美国的马汶·沃尔夫岗教授指出，犯罪学是一门整合的学科（Criminology as an Integrating Discipline）……犯罪学被认为是一门独立自主的、通过科学方法和路径和科学态度去理解、并拥有自己的系统数据和概念体系的知识系统。这也就喻示着犯罪学拥有多种方法论组成的方法论体系。社会学、心理学、人类学、精神病学、统计学、行为科学等以及相关的自然科学的方法论都有可能引入到少年司法的探索之中。少年司法被喻为“柔性司法”，“国家责任”、“罪刑不相一致”、“儿童不能预谋犯罪”等司法理念以及司法者的采取刑罚个别化和自由裁量权等，都使得注释法学所惯用的刻板的规范注释方法和哲学思辨式的研究方法在这一领域里丧失了原有的使用空间。正如爱德华·威尔逊在《论契合》一书中所说：契合就是知识的最终目的。从方法论的角度来论述，犯罪学这门实证学科基本上符合少年司法研究所需要的一般研究方法和路径。这一点同样也是对少年司法工作者的基本素质的要求。例如，社会学、心理学和行为科学的知识背景在这一司法领域里属于司法者的基本素质，仅仅是法学知识背景的司法者是无法胜任这一工作的。犯罪学不过是非法学

学科中与少年司法的联系最为密切的、最具有代表性的一门学科。她并不能成为少年司法理论基础的全部，而只是理论基础的学科群中最重要的组成部分。

第三章　青少年犯罪现象

第一节　分　布

青少年犯罪现象是通过统计分布来表现的。统计分布可以告诉我们这一现象在不同时期、不同群体、不同地域中的发生数量、频率、频度、犯罪种类、主体特征。青少年犯罪的分布是与同龄群体的相同数据的比较而存在的，不仅可以反映出这一现象存在的现状，也可以反映出社会的变迁和转型过程是存在的社会问题。这些社会问题都有可能成为影响青少年犯罪率的重要变量。

第二节　趋　势

青少年犯罪率将随着这一群体的人口出生率以及环境因素的变化而发生变化。这一比率的变化反映出社会因素的影响，也反映出社会控制包括司法控制的有效性。通过多种科学方法的预测，可以准确地预测出未来青少年犯罪的发展趋势以及走向。

第三节　类　型

青少年犯罪的类型指的是以不同标准所做的分类。这些标准可以是犯罪形态的标准，如暴力犯罪、性犯罪和财产犯罪；也可以是以性别为标准，划分为男性犯罪和女性标准；也可以针对某一类犯罪进一步进行分类，如对杀人犯罪，可以进一步划分为预谋杀人、激情杀人、变态杀人、系列杀人。对其中某一分类依然可以做进一步的分类。青少年犯罪类型体现了这一群体成员特殊的动机和行为方式。

第四节　身份罪

由于少年与成年人在法律上有本质区别，因此，少年被社会赋予某种特殊的身份。成年人所做的某些行为，如果少年做了即为犯罪。国外将此定为身份罪。如逃学、离家出走、滋扰、携带管制刀具、吸烟酗酒、进入少年人禁止进入的场所等。

第五节　主体特征

青少年犯罪的特征其核心是主体上的生理特征。根据这一根本特征，相继表现出心理和行为方面的特征；动机和情绪方面的特征；个体与环境互动过程中的特征。

第四章　青少年犯罪原因

第一节　原因分析的含义

原因分析是青少年犯罪学的核心，是这一学科区别于刑法学、刑事政策学等其他刑事学科的标志。原因分析是建立在现象分析基础之上的，是以实证分析为主要工具的一种研究模式。原因分析是对青少年犯罪进行社会控制、司法控制的前提，是制定控制策略和法律的重要依据。原因分析所得出的成果，不仅是对青少年犯罪研究的贡献，而且也是对人性研究、青少年研究和人学研究的贡献。

原因分析的还可以成为少年司法处遇的重要依据，在对少年犯罪嫌疑人做出司法处置之前所进行的社会背景调查，就是对其犯罪原因的调查。强调罪因调查的重要性，不以行为危害后果为处遇的依据，说明了少年司法的理论基础来自于犯罪学而不是来自于刑法学，也说明了少年司法是独立于一般司法体系的特殊司法体系。

第二节　理论解释的分层

青少年犯罪的理论解释来自于犯罪学的基础理论，即结构功能主义的犯罪观、冲突论的犯罪观和互动论的犯罪观。在不同层次的犯罪观中，又有多种解释理论。如果按照犯罪学理论的科学发展进程来划分，又可以划分为古典主义犯罪学、实证主义犯罪学和批判犯罪学。在古典主义犯罪学中分化出新古典主义犯罪学；在实证主义犯罪学中可以划分为生物决定论即犯罪生物学、犯罪心理学；以及文化决定论，即社会控制论和紧张理论；在批判犯罪学中又分化出互动论、标定论、冲突论、马克思主义犯罪学。青少年犯罪的理论解释并不全部吸收上述犯罪学理论学派的观点，而只是选择其中与青少年犯罪相关的理论类型。

第三节　罪因体系

青少年犯罪不是由单一原因构成的，而是多种因素合成所产生的结果。原因分析中的单一论，已经不被认可。这种原因体系被称之为罪因系统。

1．按学科划分的罪因系统

生物学原因
人类学原因
生理学原因
心理学原因
精神分析学原因
社会学原因
统计学原因
生态学原因
地理学原因

2．按学派划分的罪因系统

古典犯罪学派
新古典犯罪学派
现代新古典犯罪学派
实证犯罪学派

3．按理论划分的罪因系统

古典学派理论
理性选择犯罪理论
犯罪人类学理论
犯罪生物学理论
社会生物学理论
犯罪心理学理论
社会控制理论
犯罪亚文化理论
紧张理论
批判犯罪学理论
标签理论

第五章　原因理论的解释

第一节　古典犯罪学派的解释

以贝卡利亚和边沁为代表的古典主义犯罪学派提出的基本假设：假如不受到害怕惩罚的制约，人人都有犯罪的可能和潜能。基本观点：人在社会上有自由意志来选择犯罪或守法行为，以满足其需要或解决问题；犯罪的方式对人更具有吸引力，可以通过较少的投入获得较大的收益；个人选择犯罪行为的解决方式可以因为害怕社会的惩罚而受到限制；社会反应越严厉越迅速，越可以控制犯罪行为；最有效的预防方式是足够的惩罚而限制人们对犯罪的选择。

第二节　犯罪生物学解释

以龙勃罗梭为代表的犯罪生物学派的理论观点。这一学派开创了运用自然科学的方法进行社会科学研究之先河。把犯罪研究从形而上学的方法之中，提升到科学研究的层面上，从而使得犯罪学独立出来成为一门实证的科学。

犯罪生物学理论的基本假设：人类行为是受到内外在不可抗拒的因素所决定。个人之间之所以会有不同的行为表现，就在于他们身体结构的差异所致。

基本观点：犯罪人之所以犯罪，是因为他们具有与常人不同的生理结构或特征，而这种结构和特征决定了他们的犯罪倾向。犯罪生物学所说的身体结构差异是指，身体表征的差异、基因和遗传缺陷、染色体差异、生化因素的差异等。

第三节　精神分析学解释

弗洛伊德的精神分析学从个体精神活动的层面，把静止的观察变成动态的观察，把相对静止的心理活动描述为动态的活动，将人的精神世界划分为由低到高的三个层次，从而提出犯罪是本我脱离自我和超我的支配而直接外化的一种具有危害性的社会行为。弗洛伊德认为，每个人均具有犯罪或从事偏差行为的本能，他称之为“本我”。本我是人格中最原始的部分，一直以潜伏状态压抑在人的内心。本我代表了无意识的生理驱力，如性、食物、攻击和其他生活必需品，并依照着快乐原则而存在。他不顾外在条件的许可，只要求即刻的满足。而“超我”是个人良知，是人格的道德部分，反映了外在社会的首先规范和父母的价值观念，防止本我的随意表现，使反社会驱力处于被压抑状态之下。当婴儿逐渐学习到自己的欲求不能即刻得到满足，他的自我就开始发展，自我遵循现实原则，依据外在的规范，决定行为是否可行，居间协调本我。弗洛伊德把人格的发展划分为口腔期、肛门期、生殖器。弗洛伊德认为人人都有从事犯罪与偏差行为的本能。犯罪行为可以划分为神经性行为、超我缺陷、替代性满足等三种形式。

第四节　认知心理学解释

皮亚杰的认知心理学把人的道德认知的发展划分为不同的阶段，人在人生的不同阶段会产生相应的道德水平，犯罪是人的道德认知发展不平衡的一种表现。认知心理学认为，犯罪者的道德发展不同于守法者的道德发展。这六个道德发展阶段就是对于什么是“正确”的认识。那些认为遵守法律只是为了避免惩罚、只是为了个人利益的人，要比那些认为遵守法律可使全社会受益、是对他人

权利的尊重的人，更容易犯罪。

第五节　社会学习理论解释

塔尔德的模仿理论把少年犯罪看作是对环境中的不良行为方式和文化因素模仿的结果。华生的行为主义强化了环境对人的意识和行为的支配作用，把人描述为一种在环境中成长的生物，环境可以决定人的行为方式。行为受结果影响。行为的结果是未受到惩罚或是受到奖赏，那么人们就会倾向于学习这种行为。反之，如果行为的结果是受到惩罚而未受到奖赏，那么人们就不会学习这种行为。班杜拉的社会学习理论认为，青少年的攻击行为不是生而具有的，而是后天学习得来的。班杜拉认为，人们并非生而具有暴力行为的本能，暴力行为是透过生活经验学习而来的。暴力犯罪行为是对生活环境的一种学习，而不一定是不正常或道德不成熟的表征。

第六节　社会控制理论解释

理论前提：人不是道德的动物，都有着犯罪的倾向。赫希认为，犯罪是不需要解释的，而不犯罪才是需要解释的。人类要是不受外在法律的控制和环境的熏陶和教养，便会自然倾向于犯罪。赫希提出“依附、奉献、参与和信仰“四种社会联系。他认为一个人越是依附于父母、学校和同龄群体，就越不可能犯罪。犯罪少年被看作是在对家庭生活、学校活动和同龄群体丧失依恋的一群人。

第七节　内外部抑制理论解释

雷克利斯的抑制理论提出了犯罪是由人和环境所产生的内部抑制和外部抑制共同作用的结果。内部抑制是指人的自我控制、良好的自我概念、超我、高度的挫折耐受力，寻找替代性满足的能力，降低紧张和压力的能力。外部抑制是指社会的一致性的道德观、明确的社会角色、规范和责任、有效的监督、社会规范和期待的强化。这一理论形象地解释了犯罪是内外部抑制丧失或是衰弱的表现。

第八节　中立化理论解释

马扎的中立化理论发现犯罪少年在大部分时间内仍然信守传统价值观并从事合法的行为。只不过他们为了犯罪行为的顺利施行，也为了减轻心中的罪责压力，学会了一种把改变罪行的性质并将其合理化的技巧。

第九节　差异交往理论的解释

萨瑟兰的差异交往理论具有广泛的学术影响，他提出有关差异交往的九个命题：一是犯罪行为是习得的；二是犯罪行为是在与他人的交往互动过程中习得的；三是犯罪行为的习得主要发生在与个人亲近的团体之中；四是犯罪行为的学习包括学习犯罪的技巧、犯罪的观念、合理化技巧等；五是犯罪动机取决于学习的法律所产生阻止力量；六是犯罪取决于有利于或是不利于犯罪的定义之间的强弱；七交往的频率、持久性、先后次序和强度产生交往的差异性；八是犯罪行为的学习动机与其他行为的学习动机是相同的；九是犯罪的需要和价值观与其他行为的需要和价值观是一致的（如偷盗与工作同样有对金钱的需求）。

第十节　暴力亚文化理论的解释

沃尔夫岗的暴力亚文化理论认为暴力是某些亚文化群体生活中的一部分，已经渗透到他们的心理品质之中，他们对于犯罪没有罪责感，犯罪就是运用暴力作为解决日常生活需求的一种手段。

第十一节　失范理论的解释

默顿认为由于社会过度地强调共同的目标和理想，但是各个阶层达到这一目标的手段和条件却不同，缺乏条件的人便更容易以非法的方式去达到文化目标，从此便产生的犯罪。默顿根据文化目标和手段的不同组合，而产生了五种不同的社会适应类型。

第十二节　亚文化群论的解释

柯恩认为低阶层青少年犯罪事实上是对中产阶级文化价值的反抗。因为他们的社会地位和经济地位使他们不能以合法的手段达到成功的目标，这些因为文化冲突而产生挫折感的孩子们聚集到一起，便形成了与社会主流文化相反的犯罪亚文化群。

第十三节　标定理论的解释

标定理论又称为标签理论，认为犯罪是社会互动的产物，当个人被有地位的他人，如教师、警察、父母等贴上标签，被描述为越轨者的时候，他就逐渐成为越轨者或是犯罪者。标定论不承认有所谓“本质上就是犯罪的行为”，艾力克森认为，越轨行为并非某种行为的本质，而是直接或间接的旁观者施加给行为人的。因此，越轨行为和犯罪行为完全取决于他的负面反应，而与行为的本质无关，外在的反应才是问题的关键。

第十四节　马克思主义犯罪学理论

这一理论认为，犯罪是社会非道德化的结果，反映出社会上人性的崩溃瓦解。法律并非被设计用来维持社会的安定和进步，犯罪人也并非是愿意侵害他人权利的邪恶之人，犯罪必须要在资本主义社会的政治经济环境中去寻找。

第十五节　羞耻感重整理论的解释

这一理论是在对社会控制理论和标定理论的批判基础之上提出来的。羞耻感是制止人去犯罪的一种情感。社会对犯罪的法律控制同时也是对犯罪人的一种羞恶过程。但是不适当的羞恶有可能把犯罪人排斥到社会共同体之外，迫使他们重新犯罪。羞耻感重整理论提倡要使得对于犯罪人的标定过往过程，要有利他们重新返回社区。

第十六节　社会生物学理论解释

爱德华·威尔逊的社会生物学力图通过学科的整合，来解释环境与人、环境与遗传之间的关系。这一理论认为生物的各种生命活动都可以通过基因得到解释。有机体不过是复制基因的载体。基因的特性是自私，基因是自私行为的基本单位。利他主义是基因自身利益的需要，利他是因为自私造成的。

第六章　青少年犯罪控制

第一节　犯罪控制概述

为什么刑法对于精神方面异于常人的人就要做另类处遇呢。那是因为刑法所处置的只能是那些心智完善的人，那些可以预见自己行为后果的人。他们有能力选择合乎法律规定的方式去行动，而精神病人则不能按照常态去选择自己的行为。因此，我们的刑罚不能对准这一群人，对于他们只能按照病人来看待，用医学的方式来矫正他们的行为。当然，为了防止他们进一步的疯狂行动，对他们进行必要的监禁和隔离也是必要的。把精神病人关进精神病院，实行药物治疗，所有这些都不是由法院宣判的刑罚和处遇，而是医疗模式。刑事惩罚在这里已经结束了。如果精神病人在犯病时杀了人被送到精神病院，只要有了医生的诊治，警察和法官的职能也就达到了。

在此，我们提出问题：刑事司法处理未成年人与精神病人，其异同何在呢？所有的人都会反对将二者相提并论，认为他们二者是完全不同的两类人。但笔者却希望发现他们的相同点：与精神病人相比，孩子的神智虽然是健全的，但他们却存在心智和社会化不足，应当指出的是，这一不足不是心智的病变所导致的，而是来自于生理发育不足所产生的决定性影响。他们在行为方式和后果与那些神智颠狂的成年人十分的相似。他们对事物和自己行为的性质分辨不清，对行为后果估计严重不足，好冲动，不善于约束自己的行动，容易用超常规的思维去认识世界，更容易用超越规范的方式去行动。由此可见，对精神病人应进行另类处理，对未成年人更应运用另一套不同于传统成人法典的方式来处理。例如，像精神病患者一样，少年司法的处遇模式也被称为“准医学模式”，二者在刑事司法的手段和目标上统一了起来：我们的刑罚不能处罚那些无法预见自己行为后果、不能采取常态行为方式、不能有效控制自己内部冲动的人，不论他是否神智健全，运用准医学模式都是适宜的。在历史上，不同文化背景的国家都对未成年人的司法处遇都出现严重的误差，其原因就在于以为孩子们是“神智健全”的人，于是宁可把孩子混同于“成人司法”系列，而不肯对其进行“柔性”处理。刑事法律的“人人平等”的一律性，把孩子推上了司法不公的平台，同成年人一起受到所有“神智健全者” 应受的刑罚处遇。这不能不说是人类认识自我过程中最为严重的误区之一。

第二节　犯罪控制分类

可以分为正式控制和非正式控制。正式控制是指社会控制正规化、制度化的表现。是以政权、法律、条例、纪律和制度组成。非正式控制是正式控制的基础，也是正式控制的一种补充。是非正规的、非制度化的社会控制。主要表现为风俗、习惯、舆论。

积极控制和消极控制。积极控制是通过宣传教育工具引导人的价值观和规范行为；而消极控制是通过惩罚手段对越轨行为进行制裁；

外部控制和内部控制。外部控制是指通过社会规范直接约束个人的行为过程；内部控制是社会成员用内化的价值规范约束和指导自己的行为过程。

第三节　犯罪预防

犯罪预防是指在犯罪发生之前所施行的意在减少犯罪比率的各种对策方式的总和。犯罪预防的方式是受各种犯罪原因解释范式和理论假设影响的。犯罪预防方式可以分为如下三种：

１．保守派方式。保守派把注意力集中于犯罪为社会带来的损害，以及刑事司法体制为犯罪付

出的代价。较强调打击街头犯罪而忽视对付白领犯罪。

2．自由派方式。自由派认为犯罪可以通过消除犯罪原因而得到控制。社会可以通过改革而降低犯罪率，消除低阶层的贫困、失学和受歧视状态，就有可能减少犯罪。

3．激进派方式。激进派认为对于街头犯罪和白领犯罪采取同等重视的态度。他们认为这两大群体的犯罪原因同样是来自于资本主义社会的特殊状况。同时，他们也认为传统的犯罪者是资本主义制度的受害者，因此把更多的精力放到主张社会公正，而不是对犯罪的打击。

第四节　条件预防

又称为情境预防，指的是通过针对特殊犯罪形态，对环境进行特别设计，降低犯罪机会，增加犯罪风险所进行的预防。在条件预防中又包括对目标物的强化、自我保护、非正式社会控制和社区犯罪预防。

第五节　日常活动理论

认为犯罪是人们日常生活形态的一种结果。犯罪的发生必须要有三种因素在特定的时空里发生聚合。即有动机和有能力的犯罪者、合适的犯罪目标和丧失控制犯罪的力量。这一理论证明了，可能被盗窃的财物越多，盗窃的发生率也就越高。

第六节　被害人理论

这是从犯罪被害的角度研究犯罪行为的一种理论，现已发展为一门与犯罪学相邻的学科。犯罪的发生与被害人的行为特征相关。对犯罪可以从犯罪－被害的互动模式中加以研究。

第二部类　少年司法

第一章　少年司法概述

第一节　少年司法的诠释

少年司法不隶属于刑事司法体系。少年司法是刑事、民事和行政等法律的综合体现。少年司法不纯粹是一门司法学，而是由于少年需要社会的、法律的全方位的保护，需要生理的、心理的全方位的保护，所以，少年司法像青少年犯罪学一样与多种相关学科保持着密切关系。

少年司法与少年保护之间的关系。少年司法必须贯彻少年保护的原则，并且把这一保护原则贯穿到少年司法的全过程。少年司法不仅是对青少年犯罪所做出的法律反应，也是对未成年人所实施的法律保护。其的最大特点，就是对全部少年包括犯有罪错的少年实行全方位的保护。

第二节　少年司法的理论基础

少年司法应当被看作是一个庞大的知识体系。这一知识体系不仅涉及到相关的理论解释体系，而且也涉及到相关社会结构功能体系。理论是对事实的说明，与少年司法相关的社会结构本身及其相互间的关系都已超出了法学的理论框架所涵盖的范围，需要能够对这一特定的结构功能做出解释的理论工具。

犯罪学基础体现在少年司法制度的各个方面。首先，我们可以发现，少年司法制度与她分离出来的传统司法体系之间的最根本的区别是主体的年龄特征。这一制度是把社会人口中那一部分以特定年龄为特征的人群作为对象的。年龄特征可以被看作是人与人之间的生理差异性。少年，正是以他们的生理区别于成人，少年人的心理和行为也是以他们的生理特征为基础的。这一特征构成了少年司法制度的生物学基础。犯罪学的创立是从意大利医生龙勃罗梭对生物学的实证研究开始的。龙勃罗梭的假设是人的脑部结构的返祖现象的存在决定了他犯罪的可能性的增大。于是，生物学上存在的差异就这样被引伸到人的心理、精神和行为的差异方面来。

因此，犯罪学对于少年司法的解释，不能停留在生理学的层面之上，还要进入到心理、精神、行为和社会态度等各个层面上。在下面的论述中我们依然可以看到犯罪学的视角和理论所产生的影响，未成年人的身心特点决定了这一司法体系从原则理念到处遇对策、从理论到司法实践所具有的全部特点，并为这一制度赋予了全新的含义。寄希望于一种单一的法学知识背景，或是坚持规范注释的方式，或是执着于传统法学理念，以为可以在这一领域把握话语权是幼稚的。少年司法的研讨，试图提出法学所不能提出的问题，解决法学所不能解决的问题，这就涉及到方法论的问题。

第二章　少年权利

第一节　少年司法的生物学基础

少年司法是依照未成年人与成年人在生理基础方面的差异而建立的。从法律意义上讲未成年人与成年人在受到法律处遇方面有着本质的区别。少年是与一般司法相区别、并从一般司法体系中分离并独立出来的一种特殊法律体系。这种分离是以少年保护为目标而实行的。

人的生物存在可以决定人的社会存在。这对于儿童群体来说是决定性的。所以少年保护和少年司法的基础就是儿童的生物学特征。正是基于这一特征，儿童才被区别对待。人的某些方面的生物存在才被给予法律上的认定。例如对人的生理年龄、精神状态的认定。这是法律上的对于人的行为能力的认定。少年之所以受到特殊保护恰恰是因为他们的生理年龄。而作为老年人，并没有因他们的特殊的生理年龄而受到特殊保护，就是因为老年的生理年龄与行为能力无关。理性成熟程度，是界定群体性质的标准。而这个标准又是由生理年龄来给出精确界限的。

第二节　人的社会化

人的理性成熟程度不可避免地成为界定的标准。儿童的天性印证了人类与自然的联系。当人类的社会属性成为文明的最重要的象征时，并以此压抑着人类的自然属性时，社会就有可能把所有不符合社会属性的行为称之为邪恶。正是基于这一点，社会对于婴儿期的“危害社会秩序的行为”（如污染环境的举动）采取了宽容的态度，不把人类这个时期的破坏行为简单地称之为“恶”，不会对它动用法律。随着年龄的增长，人的社会危害行为就越有可能被称为是一种“恶”，到了青春期前期人所出现的特定的身心变化和越轨行为，就可能被社会认定为可以用法律来进行约束和训诫。不了解少年司法的这一生物学的基础，我们就不能理解，人类为什么要用一部柔性的、宽容的法律来对待孩子。

第三节　青春期危机

青少年犯罪是困扰各国的社会问题通常被看作是社会环境使然，但如果环境真的能决定人的犯罪，为什么在同样环境下，或者是在比孩子的环境更为险恶的环境下的成年人为什么不如青少年那样容易越轨呢？这种追问不得不把我们拉回到对人的生物学因素的考察上面，来考察人的生理发展阶段。青春期是青少年犯罪的高发时期。因此，有学者提出“青春期危机理论”又被称为“思春期危机”，国外学者对其有不同的称谓：如“第二否定期”（彪勒）、“心理断乳期”（霍林沃思）、“第二反抗期”（岩景弘融）、“边缘人时期”（笠原嘉）、“第二恋母情结状态”（弗洛伊德）、“第二次诞生”（斯普兰格）、“自我同一性扩散”（埃里克森）、“疾风怒涛时期”（霍尔）青春期前后的越轨行为已经得到当代科学家的高度关注，这种关注就是对人的某个特定生存阶段的关注。因为根据“自然治愈论”，人度过了青春期，就业或结婚后就不再出现高频次的越轨行为了。生物学基础是解释人在青春期越轨心理和行为的依据。

第四节　少年权利的人性讨论

“本能异化论”的观点。这一观点虽然论及的是人类的犯罪本源，但是却同时包含了对“人之

初”状况的论证，被时任湘潭大学法学院院长的谢勇教授当作犯罪本源理论中的一种“具体个体类理论”的解释范式。这一理论范式“力求证实人在环境面前是一种具有历史主动性和能动性的社会生物”，“如果把犯罪看作是文明的对立物，是文明演进的一个客观标志，那么对犯罪本源的探究必然伴随着对社会文明起源的探究；如果把犯罪看作是人的兽性的显露，看作是人未能实现的社会所发生的危害行为，那么对犯罪本源的探究就应当以人的意识尚待开发、尚处于蒙昧状态的那个时期为起点。”因此，“本能异化论”对犯罪本源的探索，“是遵循属系发生史和个体发生史两条线索展开的。前者指人类社会诞生、演变、发展的历史，后者指人出生之后社会化的历程。两条线索的共同点是以‘人之初’为发端（这里的人指的是本能的人，既指早期野蛮时代的人类，也指文明社会中的婴儿），以‘生物人向社会人的转化过程’为线索，来查证人类社会中非规范行为产生之根源何在。”洛克提出的白板说，把儿童的天性看作是不恶不善的。卢梭也曾提出，野蛮人是最具有文明特质的人群。卢梭眼中的野蛮人，可以被看作是人类的原初形态——幼儿。因而，野蛮人被看作是强壮的幼儿，而幼儿也可以被看作是孱弱的野蛮人。可以看到作为个体的人和作为物种的人类之间的并行的进化路径。符合自然法则的行为在生物层面上是无所谓善恶的，而生物冲动在人类社会生活中的随意宣泄就有可能被标定为越轨。根据这一逻辑，人类文明是本能冲动受到压抑和升华所形成的异化物，没有这种异化物的存在就无所谓越轨。可是当人类陶醉于自己的物质文明成果的时候，总是下意识地忘记，没有人类的原始欲求和冲动的存在，人类的文明又从何产生。

第五节　儿童权利的内涵

有没有自己的权利？儿童的权利是先赋的，还是由成人社会所决定和赋予的？儿童的权利到底有哪些？权利类型的确立自然是权利保护的首要条件。但是，在我国颁布的两部少年法中，儿童权利没有得到明确的伸张，首先，在法律规定中，儿童权利不是作为主体享有的形式提出的，而是以被保护客体的形式提出的。儿童的主体性与权利享有的主体资格并不明确，依然体现了成人社会的指导思想。其次，除了“受教育权”之外，儿童的诸种权利并没有被归纳为具体的确定的权利形式，如被抚养权、隐私权等。这种严重的缺失揭示了我国社会在儿童权利意识方面的陌生。为此，笔者根据我国参与制订的《儿童权利宣言》的内容，总结出儿童拥有的诸种权利类型。如该宣言中规定的“获保护权”、“利益最大化原则”、“利益优先权利”、“生命权”、“发展权”、“姓名权”、“受监护权”、“身份权”、“休息娱乐权”等 25 项权利。相比之下可看到我们与国际社会在儿童权利认知方面的差距之所在。这些权利是对儿童概念自中世纪出现以来各种儿童权利的一个汇总和陈述。虽然，仅仅是这样一种陈述，就足以使人们意识到那个与我们休戚与共而又期待我们抚育的群体的平等存在。在少年法制中的“重刑（刑法）轻民（民法）”、“重刑主义”、“报应刑主义”的司法倾向依然存在，这些在成人司法中没有解决的问题，必然要造成对少年司法的浸淫。这可以被看作是我国司法制度设计中所持的儿童权利的价值取向，而改革的任务就是要对这种偏倾的价值取向重新加以纠正。

第三章　成人社会的概念

有必要提出“成人社会”这一概念，因为当儿童被设定为一个特定的群体或利益群体的时候，他们的权益却并不是由他们自己来伸张的。儿童还不能成为支配自身权益的主人，成人社会要为儿童社会承担相应的责任，于是这就成为两个利益主体之间的责任关系，从法哲学意义上来看，被称之为以国家亲权主义为历史渊源的国家责任或社会责任。

第一节　国家亲权主义

国家亲权主义把这一现象解释为由国家作为儿童利益的监管人。源于英国国王建立的国家亲权制度，“作为一国之父，国家亲权授予国王作为国家的家长，假如孩子的父母没有或不能对孩子施行监管，那么，国王就有权监护这些孩子。”这同人民把权力交由他所依赖的政府来管理的“社会契约论”似乎是同样的道理。国与家都可以从政治社会的角度加以考察。卢梭认为家庭是政治社会的原始模型：首领就是父亲的影子，人民就是孩子的影子。一切社会之中最古代的而又唯一自然的社会，就是家庭。然而孩子也只有在需要父亲养育的时候，才依附于父亲。这种需要一旦停止，自然的联系也就解体。权力最原始的意义被看作是父权的延伸。成人社会在国家与家庭两者中都是以成人价值观为代表而体现的，只不过分为“国家与儿童”、“父母与孩子”，这其实也是强势群体与弱势群体的划分。前者统治后者，前者拥有统治后者的权力。“强力并不构成权利，而人们只是对合法的权力才有服从的义务。”成人负有为儿童伸张权利的义务。

第二节　弗洛依德的解释

最早的人类集体是由一个人对所有其他人的强行统治而建立的。曾几何时，人这个属的生命受到过统治的组织。成功地统治着其他人的人就是父亲，他占有他所渴望的女人并与其生儿育女。马尔库塞在对弗洛依德的思想进行哲学探讨时，重点强调了原始家长制的存在所具备的文化功能，他认为“原始部落是一种具有临时功能的集体，它以某种秩序维持着自己。因此可以设想，建立这种秩序的家长制专制，就它确立并维系了这个集体、从而也维持了整体的存在和共同利益的再生产而言，确是‘合理的’”。“原始父亲为文明以后的发展树立了榜样，并通过强行的节制和对快乐的强行限制提供了进步的基础。”

第三节　启蒙主义的理解

这一流派把奴隶制看作是论述权利关系的重要载体。在奴隶制问题上，奴隶是被剥夺权利的一个阶级群体，而儿童在成人社会面前不是处于奴隶的地位而是平等的权利状态。但是，儿童很容易被当作“奴隶”来看待、忽视或奴役，即把儿童看作是“私有财产”并对其享有处分的权力，成人不仅可以决定儿童的生活和教育，而且可以决定儿童享有的权利“份额”，决定儿童享有什么权利，不享有什么权利，享有多少。这些都可以被看作是对儿童权利状态的忽视，对人身的奴役。正是有鉴于此，儿童权利的保护就是必须给出十分确定的、毫不含混的原则界定。任何在原则界定中的中庸和模棱两可，都有可能直接导致对儿童利益的侵占。

第四节　成人社会的概念

成人社会这一概念的提出，意在确立儿童社会是一个相对独立的利益群体。如果始终把儿童利益并入到整体社会的利益之中，不分你我，儿童利益就无法得到彻底的和有针对性的保护，因为只要保护整体的社会利益、根本的社会利益就是行动的全部目的。当启蒙主义在力图伸张全部人类的个人权利和独立的主体地位的时候，也就无形间涉及到了那个我们一直忽视的儿童的权利和自主地位。随着儿童权利受到更大的关注，特别是发现儿童生活与成人生活发生于全然不同的层面，一个独立于成人社会的儿童社会便浮出了水面。亦即成人社会的概念是与儿童的主体地位的确认而被承认的。成人社会就是一个与儿童社会相对应的、权利平等但又可能支配儿童生活的人类生存系统。因而，以往传统的一体化社会系统被划分为两个独立的板块，这种独立性是以儿童权利的独立性为前提的，如果没有儿童权利的独立性得到认可，我们的成人社会依然会保持原有的格局而察觉不出有划分开来的痕迹。“儿童社会”的独立地位意味着少年儿童一定葆有其自在的文化体系，这种自在的文化体系与主流文化有着密切的联系，但又偏离于主流文化。这种文化形态被称为“少年亚文化”。

第四章　少年司法一体化

第一节　少年司法一体化的缘起

在论述少年司法的理论基础的时候，我们已经触及到这一体系的结构。从全社会范围里来看待少年司法，所涉及的方面十分繁杂，几乎所有与儿童和少年权益相关的活动、机构、组织、功能都与此相关，由此所提出的问题就是对相关知识、理论、机构、活动加以全面的“整合”。我们把这种整合称为“一体化”，这种一体化与上述犯罪学的整合学科性质是相通的。北京大学教授储槐植提出的“刑事一体化”在刑事科学界引起轰动，并已成为一种司法领域里整体论的研究范式。储槐植教授在《刑法研究的思路》一文中展现出刑事一体化的基本构架，即“从刑法之外研究刑法”、“从刑法之外研究刑法“、“在刑法之上研究刑法”和“在刑法之中研究刑法”的论断。储教授指出：“刑法在关系中存在和变化，刑法学当然也在关系中发展，刑法学研究如果只局限在刑法自身，要取得重大进展实在困难。”储先生进一步指出，“作为刑法学方法的一体化至少应当与有关刑事学科（诸如犯罪学、刑事诉讼法学、监狱学、刑罚执行法学、刑事政策学等）知识相结合，疏通学科隔阂，关注边缘（非典型）现象，推动刑法学向纵深开拓。”这段引文其实也印证了上面所述的理论体系的一体化。本文也正是追循储先生提出的这一路径展开少年司法一体化的探究。

第二节　少年司法一体化的内涵

少年司法的一体化，其要旨就是要确定少年司法为一种整合的司法制度。根据不同的标准，创制出不同的一体化的运作模式，大致可以分为：第一，根据所涉及的领域所提出的：社会——司法一体化；第二，根据依据的主要的部门法所提出的：刑事——民事——行政一体化；第三，根据类型所提出的：刑事——福利一体化；第四，根据功能所提出的：（维权、教育、预防、矫正、观护）多功能一体化。以下从各个不同的侧面来考察这一整合的司法制度的基本架构。

1．社会——司法一体化

以司法领域同社会领域的相互关系为标准，可以提出社会——司法一体化。社会•司法模式是少年司法的基本模式，少年法是最能体现法的社会性的一部法律。少年犯罪与成人犯罪具有概念上的本质区别，少年犯罪更多地采取了以社会学和犯罪学为内涵的定义。英文中少年犯罪被严格要求使用“delinquency”一词，这一概念被译为少年“触法”或“非行”，用以区别于一般犯罪“crime”或“offense”这类概念。少年犯罪（Juvenile delinquency）又可以做出多种不同的表述，少年犯罪的多样化的表述与成人犯罪的确定性的呈现出本质的区别。少年的违法或犯罪可以做以下多种表述：“misbehavior”、“misconduct”（日文译为“非行”）、“adolescent deviance”（青春期越轨）、“unmanageable behavior”(难以管理的行为)、“unruly behavior”（非规范行为）、“nonoffenses”（非犯罪的违法行为）等等。而那类专属于未成年人的身份犯罪——“Status offense”，更加鲜明地体现出未成年人与成年人的区别，例如“Vandalism”（滋扰行为）、“liquor law”(违法饮酒)、“Drunkenness”（酗酒）、“Vagrancy”（流浪）、“Runaway”（离家出走）等。在中国的少年司法中“携带管制刀具”、“进入少年禁入的场所”也都是与上述行为有近似的含义。多维度地使用少年违法犯罪概念的意义。这表明了这样一些含义：一是说明少年犯罪没有清晰严格的法律界定，其含义只能用相对主义来说明。少年犯罪是个犯罪学意义上的概念，不能简单用刑事法律来定义；二是少年犯罪具有深刻的社会含义，不仅预示着这种行为的发生具有必不可免的社会

原因，而且也预示了对这类犯罪需要运用多种非刑事或非法律的社会性的方式来处置。少年司法中占主导地位的“转向处理”、“非刑事处罚”的提出，就已经界定了这一制度的社会性。意义。概念的厘清，说明了少年犯罪的治理，首先被看作是个社会性参与干预的一种行为，是封闭和单一化的法律系统所不能单独面对的社会行为。如果孩子的犯罪与父母丧失监护职责相关，或者是与成年人的教唆相关，那么，排除社会干预，仅仅对犯罪少年进行司法制裁显然是不公正的。

少年司法建设的外发型模式。不仅仅取决于非法学学科的努力。少年司法是全部社会控制中的一个组成部分。推动这一制度的建立，归根结蒂还是取决于这一制度所具有的广泛社会性和开放性，从而才有可能使得社会的相关机构和组织有可能进入到这一领域里来，发挥各自的力量。社会·司法一体化也表现为社会化的处遇方式在少年司法体系中被大量采用，也就是常说的替代性措施的采用。所谓替代性措施，指的就是对法律处遇措施的替代，表现为非刑事处罚、非监禁处罚和转向处理。处遇方式的社会化，首先体现了少年司法体系是个开放的系统。成人刑法体系的封闭格局在这里被最大限度的打破了，少年司法体系为社会化处遇提供强制力的制度保证，而社会化处遇则大范围地替代旧有的司法处罚方式，以至于试图为这一司法制度划出一个明晰的法定边界也显得较为困难。

少年司法注重少年与社会的联系，这种联系决定了他们的所选择的行为的性质。据社会控制理论的解释，犯罪的产生与那种把个人和社会联系进来的社会联系的削弱有关：“当个人与社会的联系薄弱或者破裂时，就会产生少年犯罪行为。”因此，少年司法并不是一种将少年与他们正常社会化所必需的环境相隔离的制度。除非万不得已的情况之下，如具有严重人身危险性和主观恶性，少年司法不能过多采取“成人司法”中的剥夺自由、隔离等监禁方式，把犯罪少年同成长环境隔绝开来。从这个意义上讲，少年司法必然成为非封闭的、与外界社会实行信息和能量交换的开放系统。

社会·司法一体化体现的是少年司法多种模式的整合关系。“社会”与“司法”是互动的、相互依赖的而不是在实质上相互替代。这个关系体系中，司法制度的保障作用是社会性处遇或社会政策所不能替代的。少年司法制度的建立，不单是少年事务处置权限或权能重新分配，而是在一个共同目的指导下多种模式、多种方式、多层机构和多种权能的整合，从而达到“个别相加大于总体”的效果。

2．刑事——民事——行政一体化

依据法律适用提出的标准。这是少年司法一体化的根据法律适用而产生的第二种模式，基于不同部门法律在少年司法中的适用，即少年司法是单一的刑事法律，还是多种法律的混合适用。由于少年司法的缘起是从少年刑事案件的处理开始的，狭义的“少年司法”是仅从“刑事法律”的意义上展开的。少年司法也就成了“少年刑事司法”的代名词。由此展开了对少年犯罪的研究，以及对处置少年犯罪的执法司法机构的职能的研究。如果从“大司法”的原则来分析，这一模式的主导思想应当是“少年保护”。侵犯他人的未成年人被看作刑事和非刑事处罚的客体，对这类少年的处遇同样也是基于“保护”的理念之下。非刑事处罚无疑是一种保护，而监禁刑以及矫正同样也要体现保护。对具有较深主观恶性和或是人身危险性的未成年人所采取的监禁，也应看作是对他们本人的保护，而不首先是社会的保护，这一点也是与成人法典的区别。同时，在“少年保护”的理念指导之下，未成年人作为受害者理所当然要列入到少年司法的保护体系之中。民事法律或行政法律成为少年法庭中少年保护的应用性法律。刑事附带民事赔偿、监护权的剥夺和转移、对危害少年身心健康的个人和机构的行政处分都将成为少年司法的组成部分。如日本的家庭法院的职权就包括：审判和调解有关家庭的案件、审判少年保护案件、审理危害少年福利的成年人刑事案件。同时，家庭法院还可决定对犯罪少年是给予刑事处罚还是予以保护处分。

3．刑事——福利一体化

少年司法制度从初创阶段起就面临着一个微妙的定位：这一制度到底是福利救助还是刑事处置。通观美国少年司法制度，在这个最先颁布《少年法庭法》、最早成立少年法院的国家里，对于少年司法的认识也表现在对刑事处置与福利救助的不同侧重上。从早期的典型的福利型少年司法，经过对少年程序权利的恢复，缩小与传统司法的差距，到上世纪八十年代，在少年犯罪率居高不下的压力下实行了严惩主义，完成了由福利型向刑事型少年司法的转变。而日本的少年司法其少年犯罪的压力远不如美国，甚至低于欧洲，因此尽管严惩主义有所抬头，但仍然属于福利型的司法制度。

只要选择少年司法与传统司法的分离模式，本身就含有对未成年人减少刑事处罚、增加福利救助的企图。只追求刑事处置、否认福利救助的倾向是与这一制度的根本宗旨相背离的。反之亦然。因此，刑事——福利一体化是必然趋势，只存在着倾向性的偏差。发达国家在少年司法制度的类型上所做的选择，大都倾向于福利型。这是基于国家财政实力的一种选择。

4．多功能一体化

多功能系指在少年司法过程中存在的维权、教育、矫正、观护、预防等方面的功能。根据结构功能主义的观点，一个社会如何以一种凝聚的、内部整合的方式实现维存。对于这个总是典型的回答是这样表述的：社会的组成部分有助于社会的整合和维持。应当看到，少年司法制度所发挥的功能是由于她的多元结构所决定的。由公安局、检察院、律师、法院、矫正部门、未成年人保护部门、教育部门、福利部门、社会工作部门、社会治安综合治理部门、社区管理机构、家庭等，便组成了少年司法的整体结构。这些部门在其中发挥着各自不同的功能。这是一个完整系统，系统各部分之间不可能独立地发生变化。一个社会单位的特定形式及其实质，是由这个社会单位在系统中运作的方式、对系统及其自身逻辑发展的贡献来说明的。我们可以发现，少年司法所具有的功能的多样性，远比“成人司法”的报应、矫正功能更为复杂。

“维权功能”，从狭义上的理解，在我国，如果把未成年人当作侵权行为的受害人，这一功能是由未成年人保护委员会、共青团系统和法院来完成的。从广义上讲，指的是未成年人权益的全面保护，其中也包括未成年违法者的诉讼权利的保护。对维权活动的法制化，体现在我国未成年人保护法的实施之中。然而，我国第一部“未保法”由于未达到立法的预期要求，即未能实现实体法、程序法和组织法的统一，因而率先进入重新修订阶段。从目前的修订情况来看，依然是单独自行修订，尚未能从“少年法”司法体系方面进行整体考量。因而，单一的“未保法”是否能有效实现少年权益保护目的仍值得怀疑。

“教育功能”，可以从三个方面理解。这一功能的存在是继承中国文化传统之必然。中国文化是倡导“德主刑辅”的，统治者更情愿依赖道德说教的力量而不是法制的强制力。因此，在中国，对未成年罪犯的教育不是像对待成年罪犯一样基本上体现在矫正时期，而是在整个刑事司法流程和社会处遇的过程中都负有教育的职责。“寓教于审”这种模式便集中体现了教育功能在这一体制中的重要位置。另一方面还须指出，在这一体制中对未成年人的教育不仅仅是对其思想品格的教育和预防重新犯罪的教育，而且要保证未成年人完成九年制义务教育所要求的学业。因而，不论是未成年罪犯是在监禁状态下，还是非监禁状态下，社会必须承担其教育义务。于是，教育的责任就不单是矫正机构的任务。在这一方面“一体化”的理念还应成为最终实现“教育功能”的出发点。

由于传统监禁刑和报应主义的影响，“矫正”这一概念中包含了“洗脑”、“强制灌输”、“劳动改造”的阴影。“矫正功能”在今天的一体化设计中，成为最能彰显人道主义和科学精神的一种社会功能。在少年司法的活动中，“矫正功能”的含义已远超出品格和道德教化的范畴。作为一种准医学模式，少年司法中的矫正侧重于心理矫正和行为矫正方面，把未成年罪犯当作心理、精神上有疾患的人，科学的方法取代了道德教化为主的矫正方法。

有关“观护功能”的考察，就是对未成年违法者免于刑事诉讼而且由社区转处的一项功能。这一点在《北京规则》中曾设专章规定。依台湾少年观护所 2002 年报告的第一条的规定，“少年观护所以协助调查依法收容少年之品性、经历、身心状况、教育程度、家庭情形、社会环境及其它必要之事项，供处理时之参考。”在中国大陆，观护制度也被当作检察机关决定是否起诉之前的一项措施。该观护体系的主要对象是涉嫌犯罪且符合取保候审条件的失学、失业、失管未成年人及暂居该区的外省市籍未成年人和其他符合观护条件的未成年人。可以把这一制度看作是与“教育”、“矫正”和“预防”等功能密切相关的一项重要功能。观护功能，是在司法介入的情况下对违法少年的考察和监护，观护期就是对观护对象的考察期，可以为其他功能的开展提供所需要的信息资料。

不论是从控制总体犯罪率的上升，还是控制未成年违法者的“次级越轨”，“预防功能”都是少年司法中最能够发挥效力的一种功能。针对未成年人的违法行为，少年司法制度在摈除报应和惩罚的功能之后，已演进成为一种预防未成年人初犯和再犯的制度。

第五章　少年司法制度的立法原则

少年司法所应当依具的原则是多方面的，本文以这一司法制度的逻辑起点为论说的中心，故只涉及最基本的原则也就是立法原则，本文把立法原则归结为儿童保护原则、儿童利益优先原则和儿童利益最大化原则。后两者以前者为基石并深化展开，三者共同构成这一法律制度的立法原则。在论及立法原则的同时，本文也涉及到了“一体化原则”、“刑罚个别化原则”、“大司法原则”等等相关原则。

第一节　儿童保护原则

《北京规则》中在《总则》中规定：“少年司法应视为是在对所有少年实行社会正义的全面范围内的各国发展进程的一个组成部分，同时还应视为有助于保护青少年和维护社会的安宁秩序。”这段话被国内学界归纳为“双保护”原则，即儿童保护和社会保护的并重。应当看到，“双保护”原则除了声明二者的兼顾，并没有确定二者之间的关系，或者是假设二者是一种对等关系。如果真的是并重或对等的关系，二者发生冲突的时候，我们应当首先保护或是主要保护哪一个利益呢？于是，有必要把“儿童利益优先原则”合并起来加以考察。在报应主义、社会本位理念的影响下，许多人不能理解也不能容忍儿童利益凌驾于社会利益之上。然而，归根结蒂这是个不争的事实，——必须接受一个与“成人司法”原则迥然不同的原则。承认这一点甚至是十分痛苦的。

第二节　儿童利益优先原则

早在 1924 年通过的《日内瓦儿童权利宣言》中阐明了“给予儿童特别照料的需要。” 对于儿童的“特殊照料”这一精神在以后的联合国《儿童权利宣言》、《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利公约》中反复予了强调。这一原则从理论上看是公认的，但在实践中又常常看到儿童的权益并没有总是得到“特殊照料”，反之他们的利益却是最容易、最可能被忽视的。由于被忽视者的弱势地位，他们没有能力表达自己的意愿，儿童们只有等待着那些执掌权力的成年人，在他们认为适宜的时候、把他们无数次争辩和利益权衡之后而同意的保护政策施予儿童。对儿童的“特殊照料”，实际上就是给予孩子超出成年人需要的照料，亦即儿童的利益与成人社会的利益相冲突的时候，儿童的利益是优先的。所有有关少年的法律，并不是主要约束儿童少年的法律，而是约束成年人的法律。这些法律督促、制约着成年人接受这个与他们的现实利益和功利意愿并不相符的法律，并把她付诸实施。

“国家亲权主义”表明国家是儿童的最终照顾者，国家委托政府积极介入到儿童的照顾和教育之中，以充分保护儿童，并促进儿童健全发展。国家亲权主义强调儿童的重要性，认为儿童的利益应超越双亲的权利；尤其是对不胜任的父母，政府应有权利介入，提供强制性替代照顾。对儿童有益或在儿童最佳利益考量下，应透过立法来伸张国家权利，即政府的干预权利优先于家庭与双亲。但是，从发展的角度来看，国家亲权主义在少年司法中是有条件地借鉴的。这一原则不应当被理解为国家对父母监护权的积极剥夺，而应当在尊重家庭教养权的前提下，进行广泛的干预。是在要求家庭履行责任而无法履行时才进行消极的介入。对于家庭无力承担监护责任的，政府介入或替代应属暂时措施。然而，儿童的权益依然是优先于监护人的。因而对不履行义务的家庭的监护权的剥夺、替换和转移也应允许有政府的强制措施。

“儿童利益优先”还应体现在其刑事责任或行为责任的承担方面。国家亲权主义在少年司法中被有条件地借鉴，就在于承认国家和社会应当为未成年人所造成的危害结果负责。未成年人本人承

担的部分应当依照他的犯罪原因、社会化过程、主观恶性和危害程度来确定，而不是进行“罪刑法定”的处罚。这一点成为少年司法的讨论中最为敏感的一个焦点。在少年司法的审前调查中如果查明某个少年的犯罪是由于家庭虐待、成年人教唆、监护人失职等原因所造成的。这名孩子就应受到非刑事化的转向处理，而不必为他的危害后果负全部责任或根本不负责任。在扩大少年检察官、少年法官的自由裁量权的前提下所采取的“罪刑不相一致”、“刑罚个别化”、“犯罪原因决定处置方案”、“转向处理”等柔性司法措施，所遵循的前提就是“儿童利益优先”这一原则。

第三节　儿童利益最大化原则

与此相关的又一个原则就是“儿童利益最大化”的原则。据此，《儿童权利公约》的第 3 条在明确不过地指出了：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”“利益优先”是体现“儿童利益最大化的一个方面，进一步讲，就是司法的全部目的就是从各个方面把实现儿童利益最大化。”“利益最大化”意味着儿童生活中所涉及的权益的范围，即包括生活必备的物质条件和精神生活、人身安全、家教的合理性、教育的保障等等。少年司法的任务不能仅仅限于少年生活中的某一个部分，如只消除了他与监护人之间的冲突状态，而不干预他被剥夺受教育权的情况。“儿童利益最大化”就是实现少年的全面保护。

学时分配

总 36 学时,具体学时分配如下:

（一）青少年犯罪的界定 －5 学时

1．基本含义－1 学时；2．定义－－1 学时；3．与法律概念的区别－1 学时；4．学科定位－1 学时；5．方法论－1 学时；

青少年犯罪现象－4 学时

1．分布－1 学时；2．趋势－1 学时；3．类型－1 学时；4．特征－1 学时；5．统计学意义－1 学时；

（三）青少年犯罪原因－3 学时

1．原因分析的意义－1 学时；2．理论解释的分层－1 学时；3．原因体系－1 学时；

（四）青少年犯罪原因的理论解释－16 学时

1．生物学解释－2 学时；2．心理学和精神分析学解释－4 学时；3 社会学解释－6 学时；4．其他层次的解释－4 学时

（五）青少年犯罪的社会控制－4 学时

1．社会控制概述－1 学时；2．控制对象－1 学时；3．犯罪的三级预防－1 学时；4．条件预防－1 学时；

作业和查阅文献－2 学时；

社会实践－2 学时；

共计 36 学时

教学环节

（一）课堂讨论

青少年犯罪和少年司法中存在着大量具有争议的问题，如少年犯罪越轨行为的自然属性；少年犯罪中的本能冲动；少年司法区别于一般司法（即成人司法）中的特殊原则，这些问题都有可能展开激烈的课堂辩论。

（二）社会实践

到未成年犯管教所里进行问卷调查（问卷由学生们设计初稿）和个案访谈，之后写出调查报告或是学期论文。

（三）学术讲座

为选修这门课的学生举办青少年犯罪与少年司法讲座，并展开课后的讨论，或是把讲座内容当作学期论文中的一部分。

（四）期末论文

对期末论文有严格的形式和内容上的要求。要求按照核心期刊的规范进行撰写。从标题、副标题、内容摘要、关键词、正文中行文规范、索引和脚注、参考书目等均有严格的限定。形式要件不达到要求也会影响成绩。在内容上要求务必采用一种以上的越轨理论对某种越轨现象或行为加以论证。提倡同学们积极发现身边的越轨现象，自发主动地开展越轨行为的调查，自行设计、发放、回收、整理问卷，并依据第一手的材料撰写期末论文。

复习与思考题

（一）复习

本课程在每一部类之后均进行小结，复习本段落的中心思想和要点，根据课程的内容列出思考题。思考题的列出不是以知识性的题目为主，而是真正意义的上思考题，使学生能够对已学过的内容做一个基本的梳理，学会用学到的理论去解释某些与青少年犯罪相互关联的社会现象和行为。

（二）思考题

第一部类：青少年犯罪

青少年、少年、儿童和未成年人的概念界定；

青少年犯罪的定义；

青少年犯罪学的学科定位和原则；

青少年犯罪现象的实证分析；

青少年犯罪的罪因系统；

青少年犯罪的相关理论解释；

结构功能主义的解释；

冲突论的解释；

互动论的解释；

生物学、心理学和社会学的理论分类；

青少年犯罪的社会控制；

个案分析；

第二部类：少年司法

少年司法的生物学基础

少年权利类型

少年权利的界定

成人社会

成人社会价值标准

少年司法一体化的理念

少年司法一体化的具体类型

少年司法的原则

拓展阅读书目

1．皮艺军：《青春期危机》，春秋出版社 1989 年版
2．皮艺军：《犯罪学研究论要》，中国政法大学出版社 1998 年版 ；
3．肖剑鸣、皮艺军主编：《罪之鉴——中国犯罪学基础理论研究》，群众出版社 1996 年版；
4．《青少年犯罪研究年鉴 • 1987 年版》春秋出版社 1980 年版；
5．《青少年犯罪研究年鉴 • 2001 年版》方正出版社 2001 年版；
6．［美］赫希：《少年犯罪原因》，吴宗宪译，中国社会科学出版社 2000 年版；
7．吴宗宪：《西方犯罪学史》，警官教育出版社 1999 年版；
8．［德］施耐德：《犯罪学》，中国人民公安大学 1985 年版；
9．姚建龙：《长大成人：少年司法制度的建构》，中国人民公安大学出版社 2003 年版；
10．中国青少年研究中心：《青少年法律研究系列丛书》2004 年版，共计十本；
11．相关的犯罪学、社会学和青少年研究的著作；

《经济犯罪与刑罚》教学大纲

曲新久　编写

目　录

前　言.....148
总　论.....149
第一章　经济刑法概述.....149
一、经济刑法的概念.....149
二、运用刑法控制经济的基础与范围.....149
三、我国经济犯罪的历史与现状.....149
四、经济刑法的立法原则与方式.....149
第二章　经济犯罪的概念.....150
一、最 广义概念.....150
二、广义的概念.....150
三、狭义的概念.....150
四、本教材的立场.....150
第三章　经济犯罪的构成特征.....151
一、犯罪客体.....151
二、犯罪主体.....151
三、犯罪客观方面.....151
第四章　经济犯罪的刑罚适用.....152
一、生命刑的适用.....152
二、自由性的适用.....152
三、财产性的适用.....152
四、资格刑的适用.....152
分　论.....153
第一章　生产、销售伪劣商品罪.....153
概述.....153
一、生产、销售伪劣产品罪.....153
二、生产、销售假药罪.....154
三、生产、销售劣药罪.....154
四、生产、销售不符合卫生标准的食品罪.....154
五、生产、销售有毒、有害食品罪.....155
六、生产、销售不符合标准的医用器材罪.....155
七、生产、销售不符合安全标准的产品罪.....155
八、生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪.....155
九、生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪.....155
第二章　走私罪.....156
概述.....156
一、走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪.....156
二、走私文物罪、走私贵重金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪.....156
三、走私珍稀植物、珍稀植物制品罪.....156
四、走私淫秽物品罪.....156
五、走私废物罪.....156

六、走私普通货物、物品罪……156
第三章　妨害对公司、企业的管理秩序罪……158
概述……158
一、虚报注册资本罪……158
二、虚假出资、抽逃出资罪……158
三、欺诈发行股票、债券罪……158
四、提供虚假财会报告罪……158
五、妨害清算罪……159
六、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪……159
七、虚假破产罪……159
八、公司、企业人员受贿罪……159
九、对公司、企业人员行贿罪……159
十、非法经营同类营业罪……160
十一、为亲友非法牟利罪……160
十二、签订、履行合同失职被骗罪……160
十三、国有公司、企业、事业单位人员失职罪……160
十四、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪……160
十五、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪……160
十六、操纵上市公司罪……160
第四章　破坏金融管理秩序罪……161
概述……161
一、伪造货币罪……161
二、出售、购买、运输假币罪……161
三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪……161
四、持有、使用假币罪……161
五、变造货币罪……161
六、擅自设立金融机构罪、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪……161
七、高利转贷罪……162
八、骗取金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函罪……162
九、非法吸收公众存款罪……162
十、伪造、变造金融票证罪……162
十一、伪造、变造国家有价证券罪……162
十二、伪造、变造股票、公司、企业债券罪……162
十三、擅自发行股票、公司、企业债券罪……163
十四、内幕交易、泄露内幕信息罪……163
十五、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪……163
十六、操纵证券、期货交易价格罪……163
十七、违法向关系人发放贷款罪……163
十八、违法发放贷款罪……163
十九、用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪……163
二十、非法出具金融票证罪……164
二十一、对违法票据承兑、付款、保证罪……164
二十二、骗购外汇罪……164

二十三、逃汇罪.....164
二十四、洗钱罪.....164
第五章　金融诈骗罪.....165
概述.....165
一、集资诈骗罪.....165
二、贷款诈骗罪.....165
三、票据诈骗罪.....165
四、金融凭证诈骗罪.....165
五、信用证诈骗罪.....165
六、信用卡诈骗罪.....165
七、有价证券诈骗罪.....165
八、保险诈骗罪.....166
第六章　危害税收征管罪.....167
概述.....167
一、偷税罪.....167
二、抗税罪.....167
三、逃避追缴欠税罪.....167
四、骗取出口退税罪.....168
五、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪.....168
六、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪.....168
七、非法出售增值税专用发票罪.....168
八、非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪.....168
九、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪.....168
十、非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪.....168
十一、非法制造、出售非法制造的发票罪.....168
十二、非法出售发票罪.....168
第七章　侵犯知识产权罪.....169
概述.....169
一、假冒注册商标罪.....169
二、销售假冒注册商标的商品罪.....169
三、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪.....169
四、假冒专利罪.....169
五、侵犯著作权罪.....170
六、销售侵权复制品罪.....170
七、侵犯商业秘密罪.....170
第八章　扰乱市场秩序罪.....171
概述.....171
一、损害商业信誉、商品声誉罪.....171
二、虚假广告罪.....171
三、串通投标罪.....171
四、合同诈骗罪.....171
五、非法经营罪.....171
六、强迫交易罪.....171

七、伪造、倒卖伪造的有价票证罪.....172
八、倒卖车票、船票罪.....172
九、非法转让、倒卖土地使用权罪.....172
十、提供虚假证明文件罪.....172
十一、出具证明文件重大失实罪.....172
十二、逃避商检罪.....172

前　言

一、本大纲供法学专业四年制本科《经济犯罪与刑罚》选修课教学使用，其他层次的法学专业也可以用作参考。

二、本大纲由曲新久编写。

三、欢迎批评指正，并希望能得到信息反馈，以进一步修改、完善。

总　论

第一章　经济刑法概述

一、经济刑法的概念

经济刑法，经济领域刑法规范的总称。

二、运用刑法控制经济的基础与范围

三、我国经济犯罪的历史与现状

从计划经济到市场经济背景下的刑法调控：从事前限制向事后问责转变；事前限制规范与经济政策的关系；经济犯罪预防与惩罚的协调。

四、经济刑法的立法原则与方式

必要性原则。及时性原则。超前性原则。
经济刑法典，刑法典，混合模式。

第二章　经济犯罪的概念

一、最 广义概念

二、广义的概念

三、狭义的概念

四、本教材的立场

定义经济犯罪的两条路线。
有关经济犯罪的几个问题。

第三章　经济犯罪的构成特征

一、犯罪客体

超个人法益与经济秩序。

二、犯罪主体

自然人与单位。

三、犯罪客观方面

违反经济法规的认定。
犯罪主观方面
特定之目的。

第四章　经济犯罪的刑罚适用

一、生命刑的适用

二、自由性的适用

三、财产性的适用

四、资格刑的适用

分　论

第一章　生产、销售伪劣商品罪

概述

生产销售、伪劣产品违法犯罪的总体状况及其原因。

立法、行政执法与司法上的主要问题。

立法完善与司法对策。

一、生产、销售伪劣产品罪

生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额5万元以上的行为。

重要问题：

1．伪劣产品的含义。伪劣产品，可以区分为伪产品、劣产品两类。所谓“伪”，是指以假充真。所谓“劣”，是指掺杂、掺假、以次充好以及以不合格产品冒充合格产品。

2．生产、销售伪劣产品行为的具体含义。2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

3．销售金额，是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。销售金额即销售收入，包括生产、销售成本与利润，而不单纯是销售利润。多次实施生产、销售伪劣产品行为，未经处理的，伪劣产品的销售金额或者货值金额累计计算。代人加工伪劣产品而收取加工费的，属于生产伪劣产品的行为，其销售金额以委托者销售后的全部违法收入计算，而不能仅仅以加工费作为其销售金额。

4．本罪与其它生产、销售伪劣商品犯罪的关系。刑法除在第140条中规定了生产、销售伪劣产品罪外，还在第141条至148条中规定了其他生产、销售伪劣商品的犯罪，从而形成法条之间的竞合关系。刑法第149条规定，生产销售第141条至第148条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在5万元以上的，依照第140条的规定定罪处罚，即以生产、销售伪劣产品罪论处；生产、销售第141条至第148条所列产品的，构成各该条规定的犯罪，同时又构成第140条规定之生产、销售伪劣产品罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚，采取重法优于轻法的原则。

5．既遂与未遂的界限。行为人生产、销售伪劣商品，实际销售金额5万元以上的，构成生产、销售伪劣产品罪，属于既遂。生产者已经生产出了伪劣产品或正在生产伪劣产品，或者销售者已经购进了伪劣产品正在销售，销售金额可以达到15万元以上，即经营数额在15万元以上，但实际销售金额尚不足5万元即被查获的，以犯罪未遂论。

6．共同犯罪问题。知道或者应当知道他人实施生产、销售伪劣商品犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、仓储、保管、邮寄等便利条件，或者提供制假生产技术的，以生产、销售伪劣商品犯罪的共犯论处。

7．罪数问题。依据上述司法解释，实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

8．刑事责任。

二、生产、销售假药罪

生产、销售假药罪，是指生产、销售假药，足以危害人体健康的行为。

重要问题：

1．“假药”，是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品，包括：药品所含成分的名称与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符合的；以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的；国务院卫生行政部门规定禁止使用的药品；未取得批准文号生产的药品；变质不能药用的药品；被污染不能药用的药品。

2．足以危害人体健康。所谓“足以危害人体健康”，是指行为人生产、销售的假药具有造成人体正常生理机能严重损害的危险。生产、销售的假药不足以危害人体健康的，应予以行政处罚，不追究刑事责任。

3．刑事责任。

三、生产、销售劣药罪

生产、销售劣药罪，是指生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的行为。

重要问题：

1．“劣药”，是指依照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于劣药的药品，包括：药品成份的含量与国家标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符的；超过有效期的；其他不符合药品标准规定的。

2．“对人体健康造成严重危害”，是指致人肢体残废、毁人容貌、使人丧失视觉、听觉或其他器官机能或者其他严重后遗症。

3．刑事责任。

四、生产、销售不符合卫生标准的食品罪

生产、销售不符合卫生标准的食品罪，是指生产、销售不符合卫生标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的行为。

重要问题：

1．“不符合卫生标准的食品”，是指不符合卫生标准的下列食品：（1）腐败变质、油脂酸败、霉变、生虫、污秽不洁、混有异物或其他异常情况，对人体健康有害的；（2）含有毒、有害物质或者被有毒、有害物质污染，可能对人体健康有害的；（3）含有致病性寄生虫、微生物的，或者微生物毒素含量超过国家限定标准的；（4）未经兽医卫生检验或者检验不合格的肉类及其制品；（5）病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物等及其制品；（6）容器包装污秽不洁、严重破损或者运输工具不洁造成污染的；（7）掺杂、掺假，影响卫生的；（8）超过保存期限的；（9）为防病等特殊需要，国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市人民政府专门规定禁止出售的；（10）含有未经国务院卫生行政部门批准使用的添加剂、农药（残留）的；（11）其他不符合食品卫生标准、卫生规定的。

2．“严重食物中毒”，是指食物中毒比较严重或者造成多人食物中毒。食物中毒，是指细菌性、化学性、真菌性和有毒动植物等引起的暴发性中毒。所称“严重食源性疾患”，是指由于食用了不符合卫生标准的食品，而导致的疾病，如肝炎、肠炎、痢疾等等。依据前述司法解释，经省级以上卫生行政部门确定的机构鉴定，食品中含有可能导致严重食物中毒事故或者其他食源性疾患的超标准的有害细菌或者其他污染物的，应认定为“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患”，即可以构成犯罪。

3．刑事责任。

五、生产、销售有毒、有害食品罪

生产、销售有毒、有害食品罪，是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。

重要问题：

1．“有毒、有害的非食品原料”，主要是指损害人体健康的不能食用的原料。

2．刑事责任。

六、生产、销售不符合标准的医用器材罪

生产、销售不符合标准的医用器材罪，是指生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以危害人体健康的行为。

重要问题：

1．“生产、销售”的扩张解释。

2．刑事责任。

七、生产、销售不符合安全标准的产品罪

生产、销售不符合安全标准的产品罪，是指生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

八、生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪

生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，是指生产假农药、假兽药、假化肥，销售明知是假的或者是失去使用效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受较大损失的行为。

九、生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪

生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，是指生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的行为。

第二章　走私罪

概述

走私罪刑事立法的发展变化。
立法完善与司法对策。

一、走私武器、弹药罪、走私核材料罪、走私假币罪

走私武器、弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪，是刑法第 1 5 1 条第 1 款规定的三种具体犯罪，是指违反海关法规、枪支管理法规、核材料管理法、金融法规，逃避海关监管，走私武器、弹药、核材料、伪造的货币的行为。

走私，是指违反海关法规，逃避海关监督、检查和管理，通过运输、携带、邮寄等方式使货物、物品进出境的行为。这里所说的“武器、弹药”，是指各种军用武器、弹药和炸药以及其他类似军用武器的枪支、弹药和爆炸物等。“核材料”，是指铀、钚、氚等可以发生原子核裂变或聚变反应的放射性材料。“假币”，是指仿照人民币、外币的形状、图案、色彩等，使用任何方法，非法制作的假人民币、外币。

二、走私文物罪、走私贵重金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪

走私文物罪、走私贵重金属罪、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，是刑法第 151 条第 2 款规定的三种犯罪，是指违反海关法规、文物管理法规、动物保护法规，逃避海关监管，走私国家禁止出口的文物、黄金、白银或者其他贵重金属、国家禁止进出口的珍贵动物或者珍贵动物制品的行为。

重要问题：
1．本罪之立法宗旨。
2．刑事责任之特点。

三、走私珍稀植物、珍稀植物制品罪

走私珍稀植物、珍稀植物制品罪，是指走私国家禁止进出口的珍稀植物及其制品的行为。

四、走私淫秽物品罪

走私淫秽物品罪，是指以牟利或者传播为目的，走私淫秽物品的行为。
与刑法分则第六章第八节犯罪之关系。

五、走私废物罪

走私废物罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，将境外固体废物、液态废物和气态废物运输进境，情节严重的行为。

《刑法修正案（四）》的修改宗旨。

六、走私普通货物、物品罪

走私普通货物、物品罪，是指走私毒品、武器、弹药、伪造的货币、国家禁止出口的文物、珍贵动物及其制品、黄金、白银或者其他贵重金属、珍稀植物及其制品、淫秽物品、废物、毒品等以外的其他普通货物、物品，偷逃应缴税额在 5 万元以上的行为。

重要问题：

1．一般货物、物品的范围。

2．特殊的走私形式。

3．刑事责任。

第三章　妨害对公司、企业的管理秩序罪

概述

妨害对公司企业的管理秩序罪刑事立法的发展。

公司治理结构与公司犯罪。

立法完善与司法对策。

一、虚报注册资本罪

虚报注册资本罪，是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

重要问题：

1．“公司”，是指公司法规定的有限责任公司和股份有限公司。

2．“证明文件”，是指依法设立的注册会计师事务所和审计师事务所等法定验资机构依法对申请公司登记的人的出资所出具的验资报告、资产评估报告、验资证明等材料。

3．“其他欺诈手段”，是指使用虚假证明文件以外的其他隐瞒事实真相的方法欺骗公司登记主管部门的行为。“公司登记主管部门”，即工商行政管理机关。

4．“虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”为三选一。

5．刑事责任。

二、虚假出资、抽逃出资罪

虚假出资、抽逃出资罪，是指公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

重要问题：

1．公司发起人，是指依法创立筹办股份有限公司的人。股东，是指公司的出资人，包括有限责任公司的股东和股份有限公司的股东。

2．“虚假出资”，是指违背公司法的有关规定，取得股份而无给付或者无足额给付。取得股份而无给付，就是刑法第 159 条所规定的未交付货币、实物或者未转移财产权；取得股份而无足额给付，在实践中主要是以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权出资，在评估作价时故意高估或者低估作价。“抽逃出资”，是指在公司成立时或者加入公司时缴付了出资，但在公司成立后，非法减少公司资本。

3．刑事责任。

三、欺诈发行股票、债券罪

欺诈发行股票、债券罪，是指在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

四、提供虚假财会报告罪

提供虚假财会报告罪，是指依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的

或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他人利益，或者有其他严重情节的行为。

五、妨害清算罪

妨害清算罪，是指公司、企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他人利益的行为。

重要问题：

1．隐匿财产，是指公司将其财产加以隐藏，而不使债权人或其他权利人知晓该公司拥有该项财产。对资产负债表或者财产清单作虚伪记载，主要是指公司、企业在其负债表上虚构债务、隐瞒债权或者在其财产清单上隐匿其所有的财产。在未清偿债务前分配公司、企业财产，是指清算过程中违反法律规定的清偿和财产分配顺序，在没有依法清偿债务之前分配公司、企业财产。严重损害债权人或者其他人利益，主要是指给债权人或者其他人造成重大损失。

2．刑事责任。

六、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪

隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪，是指隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行为。

《刑法修正案》增设本罪与会计立法、会计制度建设。

七、虚假破产罪

虚假破产罪，是指公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或者其他人利益的行为。

重要问题：

1．破产法立法与本罪的设立

2．立法完善与司法对策。

3．刑事责任。

八、公司、企业人员受贿罪

公司、企业人员受贿罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

重要问题：

1．本罪客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

2．与受贿罪的关系。

3．经济往来中公司、企业人员受贿罪的认定。刑法第１６３条第２款规定：“公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款规定处罚。”

4．刑事责任。

九、对公司、企业人员行贿罪

对公司、企业人员行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为。

重要问题：

1．本罪与行贿罪的关系。

2．刑事责任。

十、非法经营同类营业罪

非法经营同类营业罪，是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。

重要问题：

1．“自己经营”，是指经营自己独资或者担任股东的公司、企业的营业。

2．“为他人经营”，是指经营自己虽非出资但从中获取报酬的公司、企业的营业。“同类的营业”，是指相同或者相近似的经营业务。

3．竞业禁止与本罪设立之宗旨。

4．刑事责任。

十一、为亲友非法牟利罪

为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营，或者以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品，或者向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品，使国家利益遭受重大损失的行为。

十二、签订、履行合同失职被骗罪

签订、履行合同失职被骗罪，是指国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任而被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

十三、国有公司、企业、事业单位人员失职罪

国有公司、企业、事业单位人员失职罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于严重不负责任，造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

十四、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪

国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于滥用职权，造成国有公司、企业、事业单位破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

十五、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪

徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，是指国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为。

十六、操纵上市公司罪

操纵上市公司罪，是指上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务，利用职务便利，操纵上市公司损害上市公司利益，致使上市公司利益遭受重大损失的行为。

重要问题：

1．本罪的主体是上市公司的董事、监事、高级管理人员。

2．操纵上市公司损害上市公司利益行为的司法认定。

3．刑事责任。

第四章　破坏金融管理秩序罪

概述

刑事立法的发展变化。
立法完善与司法对策。

一、伪造货币罪

（一）伪造货币罪的概念与特征
伪造货币罪，是指伪造人民币或外币的行为。
重要问题：
1．客体是货币的公共信用。
2．所谓伪造货币，是指仿照人民币或者外币的形状、图案和色彩制作假币，以假充真的行为。
3．刑事责任。

二、出售、购买、运输假币罪

出售、购买、运输假币罪，是指出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的行为。

三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪

金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员购买伪造的货币或者利用职务上便利，以伪造的货币换取货币的行为。

四、持有、使用假币罪

持有、使用假币罪，是指明知是伪造的货币而持有或者使用，数额较大的行为。

持有伪造的货币，是指非法拥有伪造的货币，可具体表现为非法保存、收藏、携带伪造的货币等形式。使用伪造的货币，是指将伪造的货币作为货币流通的行为，可具体表现为使用伪造的货币进行购买、支付、汇兑、储蓄等形式。

五、变造货币罪

变造货币罪，是指变造人民币或者外币，数额较大的行为。

所谓变造货币，是指对人民币或者外币采用剪贴、挖补、揭层、涂改等方法加工处理，使货币改变形态、升值的行为。

六、擅自设立金融机构罪、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪

擅自设立金融机构罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的行为。

伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪，是指伪造、变造、转让商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的经营许可证、批准文件的行为。

七、高利转贷罪

高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。

八、骗取金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函罪

骗取金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函罪，是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

重要问题：

1．本罪的主观方面是故意，但是行为人对于银行或者其他金融机构遭受重大损失，则既可以是故意也可以是过失。

2．本罪与贷款诈骗罪的区别。行为人以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证，原则上表明行为人以非法占有为目的，应当以贷款诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪论处。但是，事实上存在足够之证据表明，行为人并不是以非法占有为目的实施上述行为的，则不构成贷款诈骗罪、票据诈骗罪、信用证诈骗罪等诈骗犯罪，而构成本罪。

3．刑事责任。

九、非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

所谓非法吸收公众存款，是指违反国家金融管理法规，在社会上吸收不特定的众多人的资金的行为。非法吸收公众存款包括两种情况：一是行为人不具有吸收存款的主体资格而吸收公众存款，例如任何非金融机构的单位或者个人，从事吸收公众存款业务；二是行为人虽然具有吸收公众存款的主体资格，但采取非法的方式吸收公众存款，例如银行等金融机构违反中国人民银行关于利率的规定，擅自大幅度提高利率吸收公众存款。所谓变相吸收公众存款，是指行为人不是以吸收存款的名义而是通过其他形式吸收公众资金，从而实现其吸收公众存款的目的。例如，非法成立资金互助组织吸收公众存款；以投资入股等名义吸收公众资金，但并不按照规定分配利润或股息，并承担风险，而是以一定的利息进行支付等。

十、伪造、变造金融票证罪

伪造、变造金融票证罪，是指伪造、变造金融票据和金融凭证的行为。

本罪客观方面具体表现为：（1）伪造、变造汇票、本票、支票的行为；（2）伪造、变造委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的行为；（3）伪造、变造信用证或者附随的单据、文件的行为；（4）伪造信用卡。

十一、伪造、变造国家有价证券罪

伪造、变造国家有价证券罪，是指伪造、变造国库券或者国家发行的其他有价证券，数额较大的行为。

十二、伪造、变造股票、公司、企业债券罪

伪造、变造股票、公司、企业债券罪，是指伪造、变造股票或者公司、企业债券，数额较大的行为。

十三、擅自发行股票、公司、企业债券罪

擅自发行股票、公司、企业债券罪，是指未经国家的有关主管部门批准，擅自发行股票、公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

十四、内幕交易、泄露内幕信息罪

内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行、证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重的行为。

“内幕信息”是指为知情人员所知悉的、尚未公开的和可能影响证券交易市场价格的重大信息，不包括运用公开的信息和资料对证券市场做出的预测和分析。“知情人员”是指通过履行职务接触或者获得内幕信息的人员；因其业务可能接触或者获得内幕信息的人员；对证券发行人、期货交易人可以行使一定管理权或者监督权的人员；其他可能通过合法途径接触到内幕信息的人员。

十五、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪

编造并传播证券、期货交易虚假信息罪，是指编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，扰乱证券、期货交易市场秩序，造成严重后果的行为。

诱骗投资者买卖证券、期货合约罪，是指证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司的从业人员、证券业协会、期货业协会或者证券期货监督管理部门的工作人员，故意提供虚假信息，或者伪造、编造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约，造成严重后果的行为。

十六、操纵证券、期货交易价格罪

操纵证券、期货交易价格罪，是指违反证券、期货交易管理法规，操纵证券、期货交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的行为。

重要问题：

1．操纵证券、期货交易价格行为的司法认定。

2．刑事责任。

十七、违法向关系人发放贷款罪

违法向关系人发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员或者单位违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。

关系人是指银行或者其他金融机构的董事、监事、管理人员、信贷人员及其近亲属以及这些人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。近亲属，是指配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

十八、违法发放贷款罪

违法发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员或者单位违反法律、行政法规规定，向关系人以外的其他人发放贷款，造成重大损失的行为。

十九、用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪

用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构工作人员或者单位以牟利

为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的行为。

二十、非法出具金融票证罪

非法出具金融票证罪，是指银行或者其金融机构的工作人员或者单位违反规定，为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明，造成较大损失的行为。

二十一、对违法票据承兑、付款、保证罪

对违法票据承兑、付款、保证罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员或者单位在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，造成重大损失的行为。

所谓票据业务，是指商业银行所从事的汇票、本票、支票、信用证等票据结算业务。违反票据法规定的票据，是指不符合票据法的规定，不能予以承兑、付款或者保证的票据。

二十二、骗购外汇罪

骗购外汇罪，是指采取伪造、变造的、重复使用或者使用伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据等欺骗的手段，从国家外汇管理机关购买外汇，数额较大的行为。明知用于骗购外汇而提供人民币资金的，以共犯论处。

二十三、逃汇罪

逃汇罪，是指公司、企业或者其他单位违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，数额较大的行为。

二十四、洗钱罪

洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，而提供资金账户，协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的，通过转帐或者其他结算方式协助资金转移，协助将资金汇往境外，或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的行为。

重要问题：

1．设立本罪之实际意义。

2．上游犯罪在刑事立法上的不断扩大。

3．洗钱行为的司法认定。

4．刑事责任。

第五章　金融诈骗罪

概述

刑事立法的发展变化。
本章犯罪与诈骗罪的关系。

一、集资诈骗罪

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。

二、贷款诈骗罪

贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。
重要问题：
诈骗贷款行为方式的司法认定。
非法占有目的的认定。
单位犯罪问题。
刑事责任。

三、票据诈骗罪

票据诈骗罪，是指进行金融票据诈骗活动，数额较大的行为。
金融票据诈骗行为的表现形式。
刑事责任。

四、金融凭证诈骗罪

金融凭证诈骗罪，是指使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证，骗取财物的行为。

五、信用证诈骗罪

信用证诈骗罪，是指使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的，或者使用作废的信用证，或者骗取信用证，或者以其他方法进行信用证诈骗活动的行为。

六、信用卡诈骗罪

信用卡诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用伪造或者作废的信用卡，或者冒用他人信用卡，或者利用信用卡恶意透支，诈骗公私财物，数额较大的行为。

重要问题：

1．信用卡诈骗行为具体表现为的司法认定。

2．“盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处”的适用。

3．刑事责任。

七、有价证券诈骗罪

有价证券诈骗罪，是指使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券，进行诈骗活动，数额较大的行为。

八、保险诈骗罪

保险诈骗罪，是指进行保险诈骗活动，骗取保险金，数额较大的行为。

重要问题：

1．保险诈骗行为的司法认定。

2．非法占有目的的认定。

3．刑事责任。

第六章　危害税收征管罪

概述

本章犯罪之刑事立法的发展变化。立法完善与司法对策。

一、偷税罪

偷税罪，是指违反税收法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款或者已扣、已收税款，情节严重的行为。

重要问题：

1．客体是国家税收征管制度，选择客体有账簿、凭证管理制度、纳税申报制度、发票管理制度等。

2．实施下列行为之一的为偷税：（1）伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证；（2）在账簿上多列支出或者不列、少列收入；（3）经税务机关通知申报而拒不申报纳税；（4）进行虚假纳税申报；（5）缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款。

3．偷税行为符合下述条件之一的，以犯罪论：其一，纳税人偷税数额占应纳税额的 10%以上并且偷税数额在 1 万元以上的；其二，纳税人因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的。对于多次犯有偷税行为，未经税务机关或者司法机关做出行政或者司法处理的，偷税数额按照累计数额计算。

4．税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁用于记账的发票等原始凭证的行为，应当认定为伪造、变造、隐匿、擅自销毁记账凭证的行为。

5．具有下列情形之一的，应当认定为“经税务机关通知申报”：（1）纳税人、扣缴义务人已经依法办理税务登记或者扣缴税款登记的；（2）依法不需要办理税务登记的纳税人，经税务机关依法书面通知其申报的；（3）尚未依法办理税务登记、扣缴税款登记的纳税人、扣缴义务人，经税务机关依法书面通知其申报的。

6．“虚假的纳税申报”，是指纳税人或者扣缴义务人向税务机关报送虚假的纳税申报表、财务报表、代扣代缴、代收代缴税款报告表或者其他纳税申报资料，如提供虚假申请，编造减税、免税、抵税、先征收后退还税款等虚假资料等。

7．“未经处理”，是指纳税人或者扣缴义务人在五年内多次实施偷税行为，但每次偷税数额均未达到刑法第二百零一条规定的构成犯罪的数额标准，且未受行政处罚的情形。

8．偷税数额，是指在确定的纳税期间，不缴或者少缴各税种税款的总额。偷税数额占应纳税额的百分比，是指一个纳税年度中的各税种偷税总额与该纳税年度应纳税总额的比例。

9．偷税行为与漏税、欠税行为的区别。

10．刑事责任。

二、抗税罪

抗税罪，是指以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

三、逃避追缴欠税罪

逃避追缴欠税罪，是指纳税人欠缴应纳税款数额较大，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额在 1 万元以上的行为。

四、骗取出口退税罪

骗取出口退税罪，是指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

重要问题：

1．纳税人缴纳税款后，采取假报出口或者其他欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照偷税罪定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照骗取出口退税罪定罪处罚。

2．实施骗取国家出口退税行为，没有实际取得出口退税款，属于犯罪未遂。

3．国家工作人员参与实施骗取出口退税犯罪活动，从重处罚。

4．实施骗取出口退税犯罪，同时构成虚开增值税专用发票罪等其他犯罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚。

5．刑事责任。

五、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

六、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪

伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，是指伪造或者出售伪造的增值税专用发票的行为。

七、非法出售增值税专用发票罪

非法出售增值税专用发票罪，是指非法出售增值税专用发票的行为。

八、非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪

非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家对增值税专用发票的管理规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的行为。

九、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

十、非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

十一、非法制造、出售非法制造的发票罪

非法制造、出售非法制造的发票罪，是指伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的专用发票以外的其他发票的行为。

十二、非法出售发票罪

非法出售发票罪，是指非法出售专用发票以外的普通发票的行为。

第七章　侵犯知识产权罪

概述

侵犯知识产权罪刑事立法的发展变化。

立法完善与司法对策。

一、假冒注册商标罪

假冒注册商标罪，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

重要问题：

1．本罪客体是国家的商标管理制度和他人注册商标专用权。

2．本罪客观方面表现为未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标的行为。注册商标所有人，是指取得商标注册的公司、企业、事业单位、个体工商业者、外国公司、企业及外国人。未经商标所有人许可，是构成假冒商标罪的前提条件，如果行为人已经得到注册商标所有人的许可，即使未按法定程序办理有关手续，也不构成犯罪。“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。“使用”，是指将注册商标或者假冒的注册商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易文书，或者将注册商标或者假冒的注册商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动等行为。

3．情节严重是指下列情形之一的：（1）非法经营数额在 5 万元以上或者违法所得数额在 3 万元以上的；（2）假冒两种以上注册商标，非法经营数额在 3 万元以上或者违法所得数额在 2 万元以上的；（3）其他情节严重的情形。

4．在假冒他人注册商标的商品同时又属于伪劣商品的情况下，应注意假冒注册商标罪与生产、销售伪劣商品罪的竞合。未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，而行为人生产、销售的该种商品又属于伪劣商品的，可能既构成假冒注册商标罪，又构成生产、销售伪劣商品罪的，应从一重罪论处，不能数罪并罚。

5．刑事责任。

二、销售假冒注册商标的商品罪

销售假冒注册商标的商品罪，是指销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的行为。

假冒注册商标罪与销售假冒注册商标商品罪的界限。行为人基于共同犯罪故意，为制造假冒注册商标商品的人销售这类商品的，应以假冒注册商标罪共犯论处。

三、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，是指伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的行为。

四、假冒专利罪

假冒专利罪，是指假冒他人专利，情节严重的行为。

重要问题：

1．本罪之行为方式。实施下列行为之一的，属于“假冒他人专利”的行为：（1）未经许可，

在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人专利号的；（2）未经许可，在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号，使人将所涉及的技术误认为是他人专利技术的；（3）未经许可，在合同中使用他人的专利号，使人将合同涉及的技术误认为是他人专利技术的；（4）伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的。

2．假冒他人专利，是抽象的，其具体行为方式怎样一直是一个有争议的问题。

3．刑事责任。

五、侵犯著作权罪

侵犯著作权罪，是指以营利为目的，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

侵犯他人著作权行为方式的司法认定。

六、销售侵权复制品罪

销售侵权复制品罪，是指以营利为目的，销售明知是侵权复制品，违法所得数额巨大的行为。

侵权复制品，是指刑法第 217 条规定的侵犯他人著作权的物品，即侵权作品、侵权图书、侵权音像制品和假冒他人署名的美术作品。

七、侵犯商业秘密罪

侵犯商业秘密罪,是指以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段侵犯他人商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

重要问题：

1．“商业秘密”的认定。商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。不为公众所知悉，是指商业秘密仅限于一定范围内的人知道，具有不公开性。已经公开的为公众所知悉的技术信息、经营信息，不属于商业秘密。具有实用性并能为权利人带来经济利益，是商业秘密的另一个不可缺少的特点。不能为权利人带来经济利益，不具有实用性的信息，不属于商业秘密。经权利人采取保密措施，是商业秘密又一个不可缺少的特点。如果权利人没有采取保密措施，一般人可以轻而易举获取的信息，不属于商业秘密。这里的“权利人”，是指商业秘密的所有人和商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

2．侵犯商业秘密的行为可以表现为以下几种形式：（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的。（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。（4）明知或者应知前述三种行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的。

3．造成重大损失的司法认定。

第八章　扰乱市场秩序罪

概述

本章犯罪的基本特征及其实际意义。

一、损害商业信誉、商品声誉罪

损害商业信誉、商品声誉罪，是指捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

二、虚假广告罪

虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。

三、串通投标罪

串通投标罪，是指投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的行为，以及投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的行为。

四、合同诈骗罪

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，虚构事实或者隐瞒真相，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

重要问题：

1．客体是公私财产和诚实信用的市场秩序。

2．合同诈骗行为的司法认定。

3．非法占有目的的认定

4．合同诈骗罪与民事欺诈的界限。

5．刑事责任。

五、非法经营罪

非法经营罪，是指违反国家规定，进行非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

重要问题：

1．犯罪客体是国家对市场的管理活动。为了对市场秩序加以必要的控制保护，我国法律和行政法规规定，对于一些物品的经营、进口实行专营、专卖及许可证制度，对于垄断、暴利、背信等侵犯市场公平秩序的行为进行必要的干预。非法经营活动，侵犯了国家的上述国家管理活动。

2．非法经营行为的性质与范围。

3．情节严重的认定。

4．刑事责任。

六、强迫交易罪

强迫交易罪，是指以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为。

本罪与敲诈勒索罪的区别。

七、伪造、倒卖伪造的有价票证罪

伪造、倒卖伪造的有价票证罪，是指伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的行为。

八、倒卖车票、船票罪

倒卖车票、船票罪，是指倒卖车票、船票，情节严重的行为。

九、非法转让、倒卖土地使用权罪

非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

十、提供虚假证明文件罪

提供虚假证明文件罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员或者单位故意提供虚假证明文件，情节严重的行为。

十一、出具证明文件重大失实罪

出具证明文件重大失实罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员或者单位严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的行为。

十二、逃避商检罪

逃避商检罪，是指违反进出口商品检验法的规定，逃避商品检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口，情节严重的行为。

《外国刑事诉讼法》教学大纲

郑　旭　编写

目　录

前　言.....182
第一章　英国刑事诉讼.....183
第一节　英国刑事诉讼法的渊源.....183
一、英国刑事诉讼法的渊源概述.....183
二、1984 年警察与刑事证据法.....183
三、1985 年犯罪起诉法.....183
四、1988 年法律援助法.....183
五、1994 年刑事司法与公共秩序法.....183
六、2003 年刑事司法法.....184
七、2004 年宪法改革法.....184
第二节　刑事诉讼法中的国家机关.....184
一、法院.....184
二、皇家检控署.....185
三、警察.....185
第三节　证据制度.....185
一、争议事实和免证事实.....185
二、证明责任和证明标准.....185
三、被告人的品格证据.....186
四、传闻证据.....186
五、意见证据.....186
六、特权和公共利益的豁免.....186
第四节　审判前程序.....186
一、搜查、逮捕和羁押.....186
二、保释.....187
三、讯问.....187
四、律师帮助权.....187
五、起诉.....187
六、审判方式的选择.....187
七、证据披露.....188
第五节　治安法院的简易审判程序.....188
一、起诉书.....188
二、审理程序.....188
三、治安法院移送刑事法院审理.....189
第六节　刑事法院的普通审判程序.....190
一、公诉书.....190
二、答辩程序.....190
三、陪审团、法官和双方律师的角色.....190
四、审理的具体程序.....190
五、量刑.....191
第七节　上诉制度.....191

一、从治安法院提起的上诉……191
二、从刑事法院提起的上诉……192
第八节　非常救济程序……192
一、总检察长对案件的审查……192
二、刑事案件审查委员会……193
三、向最高法院的上诉……193
四、赦免令……193
复习与思考题……193
拓展阅读书目……193
第二章　美国刑事诉讼……195
第一节　美国刑事诉讼法概述……195
一、美国刑事诉讼法的历史发展……195
二、美国刑事诉讼法的渊源……195
第二节　法院和检察机关……195
一、法院……195
二、检察机关……195
第三节　被告人的诉讼权利……196
一、获得律师帮助的权利……196
二、不被强迫自证其罪的权利……196
三、获得迅速的公开审判的权利……196
四、接受公正陪审团审判的权利……196
五、保释的权利……196
第四节　审判前程序……196
一、逮捕前的调查……196
二、逮捕……197
三、登记……197
四、逮捕后的侦查……197
五、决定指控……197
六、初次到庭……197
七、预审……197
八、大陪审团审查……197
九、罪状认否程序……197
十、审前动议和其他准备……198
第五节　审理程序……198
一、开场陈述……198
二、控方举证……198
三、辩方举证……198
四、总结辩论……198
五、法官指示陪审团……198
六、陪审团评议……198
七、陪审裁决……198
第六节　答辩交易……199
一、答辩交易的含义与分类……199

二、答辩交易的程序.....199
三、联邦最高法院对答辩交易的态度.....199
四、关于答辩交易的争论.....199
第七节　审后程序.....199
一、量刑程序.....199
二、上诉程序.....199
第八节　刑事证据法.....199
一、证据的相关性与可采性.....199
二、证据的种类.....200
三、拒绝作证的特权.....200
四、非法证据排除规则.....200
五、传闻规则.....200
六、意见证据和专家证词.....200
七、证明责任.....200
八、证明标准.....200
复习与思考题.....200
拓展阅读书目.....201
第三章　法国刑事诉讼.....202
第一节　法国刑事诉讼制度概述.....202
一、刑事诉讼与刑事诉讼法.....202
二、法国刑事诉讼制度的历史沿革.....202
三、法国现行刑事诉讼法典.....202
四、法国刑事诉讼制度的特点.....202
第二节　法国的刑事诉讼机关.....202
一、审判机关.....202
二、检察机关.....202
三、警察机关.....203
第三节　刑事诉讼证据制度.....203
一、证据的形式.....203
二、证据的证明力.....203
三、举证责任.....203
四、证据的收集.....203
五、质证.....203
六、认证.....203
七、与证据有关的法律责任.....203
第四节　追　诉.....203
一、追诉的主体.....203
二、追诉审查.....204
三、不予立案、调解或追诉决定.....204
四、提起追诉的途径.....204
第五节　强制措施.....204
一、拘留.....204
二、先行羁押.....204

第六节　预审程序.....204
一、预审及预审法庭.....204
二、预审程序的特点.....204
三、预审法官.....204
四、上诉法院预审庭.....204
第七节　轻罪案件审理程序.....205
一、轻罪案件一审程序.....205
二、轻罪案件上诉程序.....205
第八节　违警罪案件审理程序.....205
一、违警罪案件一审程序.....205
二、违警罪案件上诉程序.....205
第九节　重罪案件审理程序.....205
一、重罪案件一审程序.....205
二、重罪案件上诉程序.....205
第十节　最高法院审理案件程序.....206
一、撤销原判诉讼程序.....206
二、再审诉讼程序.....206
三、案件移审.....206
第十一节　几种特别诉讼程序.....206
一、特别管辖.....206
二、回避.....206
三、军事方面重罪与轻罪的特别诉讼程序.....206
四、经济、金融犯罪的特别诉讼程序.....206
五、恐怖活动罪的特别诉讼程序.....207
六、毒品走私罪的特别诉讼程序.....207
七、淫媒谋利罪的特别诉讼程序.....207
八、法人实施犯罪的特别诉讼程序.....207
九、关于适用于性犯罪的诉讼程序和对未成年受害者的保护.....207
十、对证人保护的程序.....207
十一、关于征求最高法院意见的程序.....207
第十二节　执行程序.....207
一、刑事裁判决定的执行.....207
二、拘押与自由刑的执行.....207
三、减刑与假释.....207
四、附考验期缓期执行与推迟刑罚宣告.....207
五、拘禁.....208
六、犯罪记录.....208
七、被判刑人恢复权利.....208
复习与思考题.....208
拓展阅读书目.....208
第四章　德国刑事诉讼.....209
第一节　德国刑事诉讼法的法律渊源.....209
一、宪法（基本法）.....209

二、中央法律.....209
三、欧洲保护人权和基本自由公约.....209
四、联邦司法行政法规.....209
五、各州法律.....209
六、判例.....209
第二节　刑事程序的诉讼参与人.....209
一、法院.....209
二、侦查法官.....209
三、检察机关.....210
四、警察机关.....210
五、被告人.....210
六、辩护人.....210
第三节　刑事诉讼法的基本原则.....210
一、国家追诉原则.....210
二、告发原则（公诉原则）.....210
三、起诉法定原则.....210
四、法定法官原则.....210
五、调查原则、直接原则、自由评价证据和罪疑从无.....210
六、言辞辩论、公开审理和迅速审理.....210
第四节　刑事证据.....211
一、证据法之基础.....211
二、证据种类.....211
第五节　强制措施.....211
一、对自由的限制.....211
二、搜查.....211
三、身体检查.....211
四、对私人通信的秘密监控.....211
五、扣押物品.....211
六、其他：暂时的处分措施.....211
第六节　刑事诉讼普通程序.....211
一、侦查与起诉.....211
二、中间程序.....211
三、审判程序（主要程序）.....212
第七节　救济程序.....212
一、抗告.....212
二、第二审上诉.....212
三、第三审上诉.....212
四、再审程序.....212
第八节　裁判的执行.....212
第九节　一般诉讼程序的特殊情形.....212
一、简易程序.....212
二、缺席审判程序.....212
第十节　被害人参与刑事诉讼.....212

一、自诉程序……212
二、附诉程序……213
三、附带民事诉讼……213
第十一节　特殊诉讼程序……213
一、保安处分……213
二、处刑命令程序……213
三、少年犯罪案件诉讼程序……213
复习与思考题……213
拓展阅读书目……213
第五章　日本刑事诉讼……214
第一节　日本刑事诉讼法的渊源和特色……214
一、日本刑事诉讼法的渊源……214
二、日本刑事诉讼法的特色……214
第二节　刑事程序的担当者……214
一、法院……214
二、检察机关……214
三、司法警察……214
四、被疑人、被告人……214
五、辩护人……215
六、告诉人、告发人、请求人……215
第三节　刑事诉讼原则……215
一、强制侦查法定主义……215
二、国家追诉主义、起诉垄断主义和起诉便宜主义……215
三、公开主义、口头辩论主义和直接主义……215
四、连日开庭原则……215
第四节　证据原则及制度……216
一、证据法原则……216
二、证据种类……216
三、证据能力和证明力……216
四、传闻法则……216
五、自白法则……216
六、排除规则……216
七、证明对象……216
八、举证责任……216
九、严格证明和自由证明……217
第五节　侦　查……217
一、侦查权机关……217
二、任意侦查……217
三、强制侦查……217
四、侦查终结……217
五、侦查阶段被疑人的权利……217
第六节　起　诉……217
一、提起公诉……217

二、不起诉.....218
三、对不起诉的制约.....218
第七节　第一审程序.....218
一、公审准备.....218
二、争点及证据的整理程序.....218
三、第一审普通程序.....218
四、即决裁判程序.....218
五、简易命令程序.....218
六、交通案件即决裁判程序.....219
第八节　少年案件刑事程序.....219
一、侦查及移送.....219
二、家庭法院的程序.....219
三、刑罚执行的特别规定.....219
第九节　救济程序.....219
一、上诉审程序.....219
二、再审.....219
三、非常上告.....219
第十节　裁判的执行.....220
一、死刑的执行.....220
二、自由刑的执行.....220
三、财产刑等的执行.....220
复习与思考题.....220
拓展阅读书目.....220
第六章　意大利刑事诉讼.....221
第一节　意大利刑事诉讼法概述.....221
一、意大利刑事诉讼法的发展历程.....221
二、1988 年刑事诉讼法典的框架.....221
第二节　刑事诉讼中的机关和诉讼参与人.....221
一、法院.....221
二、检察机关.....221
三、警察机关.....221
四、被告人.....221
五、被害人.....221
六、辩护律师.....221
第三节　刑事诉讼原则.....222
一、一般原则.....222
二、审判前阶段适用的原则.....222
三、审判阶段适用的原则.....222
四、证据运用的原则.....222
第四节　证　据.....222
一、证据种类.....222
二、证明方法.....222
复习与思考题.....222

拓展阅读书目 222
第七章　俄罗斯刑事诉讼 223
第一节　俄罗斯联邦刑事诉讼法的特色 223
一、俄罗斯联邦刑事诉讼法的历史渊源 223
二、俄罗斯联邦刑事诉讼制度的特色 223
第二节　刑事诉讼的参加人 223
一、法院 223
二、控方参加人 223
三、辩方参加人 223
四、其他参加人 223
第三节　刑事诉讼原则 224
一、刑事诉讼目的 224
二、诉讼中的法制原则 224
三、只有法院才能行使审判权 224
四、尊重个人的名誉和人格权 224
五、人身不受侵犯 224
六、在刑事诉讼中维护公民的权利和自由 224
七、住宅不受侵犯 224
八、通信秘密原则 224
九、无罪推定原则 224
十、控辩双方辩论制 225
十一、保障犯罪嫌疑人和刑事被告人的辩护权 225
十二、自由心证评价证据 225
复习与思考题 225
拓展阅读书目 225

前　言

外国刑诉是由刑事司法学院刑事诉讼法研究所开设的一门法学专业选修课。为了明确本课程的基本教学内容和要求，特编写本教学大纲。

本课程的内容是介绍英国、美国、法国、德国、日本、意大利和俄罗斯的刑事诉讼制度，并关注其最新发展。开设本课程的目的是以这些典型国家作为样本，更好地理解我国现行刑事诉讼制度的优缺点，并为我国刑事诉讼制度的进一步发展与完善提供参考。

第一章　英国刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解英国的法院、起诉机关和警察机关的组织与职能。了解英国的证据制度。了解英国的治安法院审理程序和刑事法院审理程序。了解英国新设立的最高法院。重点思考英国无成文宪法对其刑事诉讼的影响，特别是英国近年来的改革，例如限制沉默权、缩小陪审团审判的范围、设置双重危险的例外等。

学时分配：6

第一节　英国刑事诉讼法的渊源

一、英国刑事诉讼法的渊源概述

在英国一共有三套刑事司法体系，即苏格兰、北爱尔兰以及英格兰和威尔士。如果没有特别说明，是指英格兰和威尔士的刑事诉讼制度。

英国刑事诉讼法的渊源主要表现为议会制定的法律。判例法也是刑事诉讼法的一个重要渊源，但是政府自 20 世纪初以来，不断地运用成文的议会立法来编纂和整理普通法上的内容。另外，欧洲人权公约以及欧洲人权法院的判例，也构成英国刑事诉讼法的一个渊源。

虽然英国政府曾经提出对刑法和证据法进行法典化的主张，但是直到现在还没有提上立法日程，因此各项立法都是针对某一事项的单行立法，而非一个完整的刑事诉讼法典。在刑事诉讼领域，单行立法至少有几十部，这里只能选择几个主要的法律予以介绍。

二、1984 年警察与刑事证据法

警察与刑事证据法制定目的是将规范警察权的法律现代化、合理化，并且对刑事证据方面的法律进行改革。其中的一个主要的创新就是规定在警察局的讯问要录音录像。其它对嫌疑人的保护包括要求警察在所有阶段都将对犯罪嫌疑人的处理记录在案。

三、1985 年犯罪起诉法

该法的重要意义在于创设了皇家检控署（Crown Prosecution Service）。在设立皇家检控署之前，警察和检察长（Director of Public Prosecutions）负责起诉。但是，这样导致了警察既是侦查机关又是起诉机关，承担者双重角色。

因此，在 1985 年犯罪起诉法中创设了皇家检控署，其职责主要是接手警察启动的刑事诉讼程序，然后决定如何进行下一步的诉讼活动。皇家检控署是一个单一的、独立的和全国性的机构，其管辖权是整个英格兰和威尔士。该机构独立于警察并且有权决定不起诉（discontinue prosecution）。与其他国家的起诉机关不同，皇家检控署没有权力直接侦查案件或者指挥警察进行进一步的侦查。

四、1988 年法律援助法

法律援助令的效果是辩护费用由国家承担而不是由被告人个人承担。法律援助的费用从法律援助基金（Legal Aid Fund）中支付。是否给予法律援助的决定由法院作出。

五、1994 年刑事司法与公共秩序法

这部法律涉及到刑事司法体系的很多方面。该法关于刑事诉讼程序的主要规定是对沉默权进行了限制，允许法庭针对被告人在警察讯问期间或者法庭审判期间保持沉默这一现象进行推论。

六、2003 年刑事司法法

该法于 2003 年 11 月 20 日被女王御批，从而成为法律——《2003 年刑事司法法》（Criminal Justice Act 2003），并且已经生效。对于其中具体制度的改革，大体有以下几个方面的内容：

1．在证人作证方面，该法规定了法庭有权通过实时视听传输系统听取法庭外的证言。

2．在禁止双重危险方面，该法对禁止双重危险原则进行了改革，如果发现了新的和令人信服的证据，允许对一系列非常严重的犯罪进行再审。

3．在证据规则方面，有两个方面的改革：一是关于一个人的不良品格证据在刑事审判中的可采性问题。二是改革了刑事诉讼中关于传闻证据可采性的法律规定，从而进一步改革了证据规则。

4．在陪审审判方面，该法规定，控诉方可以申请严重或者复杂的欺诈案件在没有陪审团的参加下进行审理。

5．在治安法院量刑权力方面，该法对刑事法院量刑权力法进行了重大修正。扩展了治安法院的量刑权力，对任何犯罪都可以判处 12 月或者 12 个月以下的刑罚。如果被告人犯两项以上罪行并且需要连续执行监禁刑，治安法院数罪并罚决定的刑期不能超过 65 个星期。

七、2004 年宪法改革法

英国关于宪法改革的计划于 2003 年 6 月公布，并在那时建立了宪法事务部（Department for Constitutional Affairs）。这些变化将促进英国宪法的更加透明、更加公开，并且将增进公众对之的信心。宪法事务部部长（以下简称为“部长”）福尔克纳勋爵（Lord Falconer）说：“我们宪法的改革对确保我们的宪法适应二十一世纪是至关重要的。维持并且增进对这些制度的信任，要求不断的改革”。“我今天宣布的改革措施，将保证司法独立并且有助于司法体系的现代化。将政府、议会和法院相互分立，将是宪法和国家向前迈进的具有重要意义的一步。”

第二节　刑事诉讼法中的国家机关

一、法院

1．治安法院。治安法院的组成是由 1979 年治安法官法规定的，其管辖权和权力是由 1980 年治安法院法规定的。

治安法官的大部分关于刑事审判的工作在治安法院（包括少年法院）或者刑事法院完成。然而，他们的工作还不止这些：1．在侦查阶段，搜查房屋、逮捕或者授权在警察局继续羁押嫌疑人必须由治安法官签发令状；2．1994 年以前，治安法院对应当由刑事法院审理的案件进行预审，以决定案件是否到刑事法院；1994 年以后，检察官将通知被告人案件由刑事法院审理，被告人有权提出驳回起诉的申请，是否同意该申请由治安法官进行，其审理的目的是确定是否存在证明被告人有罪的充分证据以至于可以将其交付陪审团审判。

少年法院有自己的治安法官和自己的程序。其指导思想是为了儿童的福利。

2．刑事法院。只有刑事法院有权审理基于公诉书起诉的刑事案件。刑事法院的审理由一名职业法官主持，他在做法官之前至少有 10 年的执业律师的经验。刑事法院在理论上是“一个”完整的法院，只是在全国 90 个审理中心开庭。这些中心被划分为 6 个巡回区（中部与牛津、东北区、北部区、东南区、威尔士和柴斯特、西部区）。每一个巡回区都有一个高等法院法官担任“主持工作的法官”。

3．上诉法院刑事分庭。上诉法院座落于伦敦，其组成人员包括首席法官（Lord Chief Justice）、上诉法院民庭庭长（Master of the Rolls）和 27 名上诉法院法官。该法院分为民事分庭和刑事分庭。

在审理案件的时候，该法院通常由三名法官组成合议庭，审理针对定罪和量刑的上诉。

二、皇家检控署

《1985 年犯罪起诉法》创立了一个全国性的起诉机构。新的起诉机构独立于警察，在 1992 年分成 13 个地区机构。这些地区机构直接对检察长（DPP，Director of Public Prosecutions）负责。

皇家检控署从警察那里接受每个案件的案卷材料。准备好的案件将由治安法院进行初次听审。如果是简易罪并且被告人做有罪答辩，那么检察官宣读事实的摘要，则检察官的工作就结束了。如果没有作出答辩或者表示作无罪答辩，则将会延期审理以便于为审理做准备，如获得证人证言以及作为证据出示的实物等。这以后可能有若干次预备性听审，检察官需要将控方证据向辩护方展示。

如果是依正式审判程序审理的犯罪或者已经选择由陪审团进行审理，则检察官需要准备由治安法院进行的预审。从 1848 年起这种程序就已经存在，即由治安法院举行预备性审理以确定是否有足够的证据指控被告人。如果存在足够的证据，则被告人被移送到刑事法院审理。1994 年刑事司法与公共秩序法第 44 条废除了这一程序，现在检察官可以向被告人发出通知，告知其案件将在刑事法院审理。被告人可以提出驳回起诉的申请，对于该申请是否同意，由治安法院审理。

三、警察

1．地方化还是全国化：警察机关的结构。虽然有中央集权的倾向，但是地方警察队伍力图维持其独立性——既独立于地方政府，也独立于中央政府。

2．日常巡逻和专门小组。对于公众来说，地方化还是全国化远没有看见一个警察在街上巡逻重要。

3．警察权。普通法对行政分支和警察的合法干预权给予了严格的限制。在国家和个人的关系问题上，警察权是十分显眼的。警察争取权力的斗争获得了一定的胜利，例如 1984 年警察与刑事证据法中对警察权的扩展以及 1994 年刑事司法与公共秩序法中对沉默权的废除的规定。

4．警察使用武力。警察不配枪，是皮尔将警察与军队分离开来的一个标志，表明对国家任意使用武力的禁止。现代警察虽然有一些枪支，但是遇到骚乱时一般调用军队来控制局面。警察局通常只准备有限的武器，而且很少使用。如果控告一个警察伤害他人，不管伤害多么轻微，都有可能引起议会的注意。

5．法院对警察的控制。法院有三种手段可能对警察进行影响：刑事和民事诉讼；证据的排除；对警察行为的司法审查。

6．与皇家检控署（Crown Prosecution Service）的关系。如果警察决定移送审查起诉，案卷将移送给皇家检控署并由其对起诉进行审查。皇家检控署有权不征求警察的意见而作出不起诉的决定。根据皇家检控官准则，起诉或者不起诉的决定是由两个因素决定的：一是证据是否充足，二是起诉是否符合社会公共利益。

第三节　证据制度

一、争议事实和免证事实

这个问题包括两个方面：一是哪些事实必须得到证明，二是除了运用证据予以证明外，是否有其他确立事实的方法。正式承认，推定，司法认知。

二、证明责任和证明标准

“证明责任”一词在两种意义上使用：第一，说服法律审理者的责任，表明存在足够的证据，

使事实的审理者有可能做出裁决；（通常称为证据负担）第二，说服事实的审理者达到需要的证明标准。（通常称为法律负担）

1．控方的证据负担和法律负担。通常情况下，对于所有争议事实的证据负担和法律负担都由控方承担。

2．被告人只负证据负担的情况。通常情况下，对某一事实承担法律负担的当事人也同时承担证据负担；但是，例外的情况是，对于某些类型的辩护，被告人只承担证据负担。一旦向法庭提供的证据能够达到这些辩护可能存在的程度，控诉方承担证明这种辩护不存在的法律负担，即控方必须向陪审团排除合理怀疑地证明这些辩护理由不能成立。因此，在这个问题上，可以说在辩护方完成证据负担之后，由控诉方承担法律负担。

3．被告人承担法律负担的情况。作为控方对争议事实负法律负担这一普遍原则的例外，某些情况下法律负担由被告人承担：被告人以精神不正常为由做无罪答辩时；制定法明确地规定某一事实的法律负担由被告人承担时（例如，由一个试图获得一份政府合同的人向某一政府官员支付的金钱，不是腐败获得的钱）；制定法默示地规定某一事实的法律负担由被告人承担时（例如，一个被告人主张其符合法律规定的但书、例外和豁免）。在这些情况下的证明标准是对“可能性大小的衡量”，即为了证明争议问题，被告人必须证明其存在的可能性比不存在的可能性大。

三、被告人的品格证据

被告人的品格，不管被告人是按时去教堂的人还是一个有罪的人，乍看起来与他是否实施了某一犯罪行为之间没有关联性，因而也就不能作为证据采纳。但是，在审理过程中，将被告人的个人情况完全不予考虑也是不现实的。在特定情况下，被告人的品格可以被采纳为证据。

四、传闻证据

排除传闻的规则十分广泛，其外延没有被明确定义，并且存在一系列普通法和制定法上的例外。

五、意见证据

一个证人的意见、确信或者推论不属于他们的感知，而是从他们的感知中得出的结论，不能够作为证明其确信或者推论的事项真实性的证据而被采纳。意见被认为没有多少证明价值而且侵犯了事实审理者的职权，因为事实审理者的职责就是从证据中作出必要的推理。意见证据的例外有：1. 专家证言（Expert evidence）。2．对“事实”的陈述是感知的结果，或者推论和事实混在一起无法分开。

六、特权和公共利益的豁免

1．特权。被告人作为证人，被告人的配偶，法律职业特权。

2．公共利益的豁免。在过去，如果主张公共利益的豁免权，需要得到部长的证明，然后法院将同意这一主张。在近年来，法院将对政府或者行政的事项与公正司法的要求两者进行利益平衡，来决定是否要求泄露。一般在刑事案件中会作出有利于被告人的决定，除非这些文件属于极其敏感的事项。

第四节　审判前程序

一、搜查、逮捕和羁押

1．临时截停与搜查（Stop and Search）

警察与刑事证据法第 1 条规定，如果警察“合理地怀疑”任何个人或者车辆上载有被盗物品或者违禁品，有权临时截停该人或者车辆并进行细致的搜查，如搜查其衣服口袋、检查其携带的包裹等等。

2．搜查。对嫌疑人的搜查。为了获取证据而对房屋进行的搜查。

3．逮捕和羁押。逮捕的权力。进行羁押的权力。

二、保释

在逮捕之后，被告人只有通过警察或者法院的保释决定，才能重新获得自由。如果不符合上述情况，羁押警官可以羁押嫌疑人并在下次治安法院开庭的时候将被告人带到法官面前。一般情况下法庭不会对案件本身进行审理，在这时被告人可以提出保释的申请，由治安法官作出是否准许保释的决定。

三、讯问

讯问是一个重要的侦查手段。与其他的获得证据的方式相比，其成本低，而且最终获得的供述，是被认为可靠的和令人信服的证据。尽管存在沉默权（已经受到了很大的削弱）和反对自我归罪的特权（privilege against self-incrimination），大多数（特别是羁押在警察局的嫌疑人）选择回答警察的提问，并且很多作出了全部或者部分、口头或者书面的认罪供述。

1．沉默权（the right to silence）。关于讯问的最关键的问题是沉默权问题。1994 年刑事司法与公共秩序法第 34 条至第 37 条允许陪审团将被告人的沉默作为不利于其的证据。

2．警察局以外的询问。在可能的情况下，对被逮捕人的讯问必须在警察局进行。不过，警官必须能够问“不构成讯问”的问题。

3．警察局内的询问。被讯问的嫌疑人的基本权利包括：每 24 小时中有至少 8 个小时的连续休息时间，其间不能对之进行讯问；对其讯问的房间应当有取暖设施，通风良好，光照充足；不被要求站立；在就餐时间有合理的休息。对于讯问过程，要根据《执行守则 E》的规定进行录音录像。

四、律师帮助权

1．侦查阶段的律师帮助权。根据警察与刑事证据法第 78 条的规定，如果未能遵守执行守则中的正确程序，特别是关于律师帮助权的规定，可能会导致后来讯问中获得的嫌疑人的供述被排除。

2．审理阶段的律师帮助权。法律援助制度（Legal Aid Scheme）使辩护费用由国家一方承担而不是由被告人承担。对于在治安法院审理的案件，设有法律援助基金（Legal Aid Fund），由法律协会（Law Society）进行管理。对于在刑事法院审理的案件，律师辩护的费用通过内政大臣支付。

五、起诉

1．审前决定——警告和决定指控。当一个嫌疑人被带到警察局后，警察的选择有：选项一，是否追诉，如果追诉的话是起诉还是传唤。如果决定起诉，还要决定是否予以保释。选项二，是否对警察不打算追诉的嫌疑人进行警告，如果将来发生新的犯罪警察将会追诉；选项三，是否对其不采取任何措施。

2．起诉的决定与皇家检控署规则。审查起诉有两个基本的问题，第一个是证据问题，第二个是公共利益问题。

六、审判方式的选择

在英国，犯罪被分为三个种类：1．只能依照简易程序审理的犯罪（summary only）。这类罪行一般不严重，适合在治安法院审判，如大多数交通罪。2．两可罪（triable either way）。这类犯

罪的严重程度一般取决于具体的犯罪情节，如盗窃、伤害等。3．只能依照正式审判程序审理的犯罪（indictable only）。这类犯罪是最严重的犯罪，只能够在刑事法院审理，如谋杀、强奸、抢劫等。

这三种罪行的分类标准是程序上的差别。如果一项罪行属于简易罪，就必须由治安法院审理。如果属于只能依照正式审判程序审理的犯罪，则只能由刑事法院的法官和陪审团审理。如果一项罪行属于居中的第二类，即两可罪，问题就要复杂一些。它既可能由刑事法院审理也有可能由治安法院审理。有时候人们使用“可诉罪”（indictable）一词，这个词包括上面的第二类和第三类，因为这两类犯罪都可以依照正式审判程序审理。

七、证据披露

1．控方的证据披露。在依正式审判程序审理的案件中，被告人有权事前预览控方的证据，而且还包括“不打算使用的材料”。

2．辩方的证据披露。辩方只在以下几种情况下有披露证据的义务：不在现场的证据；专家证言；在严重欺诈案件的预备性审理程序中。

第五节　治安法院的简易审判程序

一、起诉书

起诉书是一份记载着针对被告人的指控的文件，在简易程序开始以前被告人要针对其作出有罪或者无罪的答辩。在刑事法院程序中与相对应的文件是公诉书（Indictment）。关于起诉书有一系列的具体要求：

1．如果一份起诉书中包含一项以上的指控，治安法院不能对其进行审理。

2．起诉书中必须包含指控的具体罪名以及必要的细节，但是应当避免使用术语，也不必要列明犯罪的所有要素。

3．如果是两个或者两个以上被告人共同犯罪，可以在一份起诉书中进行指控。他们通常会被一并审理，无论他们是否愿意。和正式审判程序中一样，法官有权自由裁量是否将两个被告人分开审理。

4．如果针对一个被告人存在两份以上的起诉书，或者共同被告人被使用分开的起诉书指控，那么，如果没有当事人提出反对，治安法官可以对这些起诉书合并审理。如果一方或者多方当事人提出反对，审理应当单独进行，除非治安法官认为，由于这些起诉书互相关联，合并审理更符合司法的利益。司法的利益既包括使对被告人造成的损害最小化，也包括使控方举证更加方便。

5．针对简易罪的起诉书必须在犯罪发生后的 6 个月内向治安法院提起，除非制定法有明确的相反规定。但是，一般说来，两可罪无论犯罪发生的时间和提出起诉书之间相隔多长时间，都可以在治安法院或者刑事法院审理。

6．治安法官有权自由裁量是否允许在审理期间对起诉书的内容进行修正。

二、审理程序

1．被告人出席法庭。在简易程序中，在某些情况下被告人可以不出庭。在这个方面与正式审判程序是不同的，在正式审判程序中被告人在庭审开始的时候必须出庭，并且通常在庭审的全过程都要在场。

2．庭前的证据披露。在依正式审判程序审理的案件中，被告人必须有权预览控诉方的证据。如果被告人在治安法院受审，这个问题则取决于案件是否属于两可罪。如果属于两可罪，自案件审理方式被确定之日起，辩护方有权预览控诉方的证据。如果该两可罪案件是依简易程序审理，他们

有权预览控诉方所依据的主要证据。但是，如果属于简易罪，辩护方在法律上无权预览控方证据（只能了解起诉书中的内容）。不过，辩护方提出预览控方打算传唤的证人的证言的要求时，检察官通常会同意其要求。这样，审理就可以集中在有争议的问题上，而且辩护方也不会因为突然出现的证据而浪费法庭的审理时间。

3．审理的具体程序。

（1）书记官向被告人宣读起诉书，然后被告人做有罪或者无罪的答辩。对于含混不清的答辩，应当予以澄清；如果无法澄清，则视为无罪答辩。一旦被告人做有罪答辩，治安法官通常会直接进行量刑。和刑事法院的法官一样，治安法官有权自由裁量是否允许被告人在量刑前撤回有罪答辩。

（2）如果被告人做无罪答辩，控诉方有权做开头陈述（opening speech）。

（3）在开头陈述之后，控方传唤证人。由控诉方进行主询问，辩护方进行反询问，由控诉方进行再主询问，然后法庭可以对证人发问。

（4）如果辩护方对控方提出的证据的可采性提出异议，如对一份口供的可采性产生争议，则区别具体情况来处理。关键之处在于，该异议是否是全部或者部分地基于警察与刑事证据法第 76 条，即证据是通过压迫获得或者证据是不可靠的。如果异议是根据这个条文作出的，则辩护方当然有权获得对证据可采性的审理（即审理中的审理，trial within a trial）。但是，如果辩护方提出的排除证据的异议完全是基于警察与刑事证据法第 78 条，则治安法官有权自由裁量是否对证据可采性进行审理。

（5）在控诉方举证完毕之后，辩护方有权提出“无辩可答”（no case to answer）的动议。该动议如果符合下列情形之一即可能获得支持：第一，对指控的罪行的一个关键要素没有证据予以证明；第二，控方的证据是如此的不可靠（或者在反询问之后是如此的不可信）以至于任何理性的法庭都不会基于这些证据作出有罪判决。

（6）如果法官裁决认为有辩可答，辩护方可以提出证据。如果被告人选择作证，他应当作为辩方的第一个证人。如果辩护方提出不在现场的证明，辩护方无需事先告知控诉方（但是在正式审判程序中这种证据要事先告知控诉方）。

（7）辩护方有权做开头陈述或者总结陈述中的一种，一般情况下会选择做总结陈述，这样的好处是能够最后发言。控诉方有权作开头陈述，但是通常不做总结陈述。双方当事人都有权向治安法官申请，请求做第二次陈述。这完全由治安法官自由裁量，但是如果准许一方做第二次陈述，另一方也必须被准许做第二次陈述。控诉方的第二次陈述必须在辩护方的总结陈述之前进行。

（8）领薪治安法官一般在辩护方总结陈述之后立即宣布裁决结果，但是非专业治安法官几乎总是要休庭进行评议。如果合议庭无法形成多数意见，主持审判的法官无权作出决定，该案将另行组成合议庭重新审理。

（9）如果治安法官作出有罪判决，他们接下来会对量刑进行考虑，在必要时延期量刑以便于等待关于量刑的报告。

三、治安法院移送刑事法院审理

在 1998 年犯罪和违法法第 51 条生效以后，对于只能依照正式审判程序审理的罪行将不再经过预审程序（committal proceedings），而是在治安法院进行预备性听审（preliminary hearing）后立即移送到刑事法院。按照这些新的规定，对那些只能依照正式审判程序审理的犯罪以及与之关联的两可罪和简易罪，治安法官不经预审程序（committal proceedings），必须移送刑事法院审理。

第六节　刑事法院的普通审判程序

一、公诉书

如果一项罪行过于严重以至于不能在治安法院审理，就需要制作公诉书。公诉书是一种正式的文件，包含被告人被指控的罪行，以及支持指控的非常简要的事实。这份文件优于所有的其他种类的指控，包括警察的指控（charge）或者提交给治安法官的起诉书（information），而且被告人也是针对公诉书作出有罪答辩或者无罪答辩。公诉书也为法官和陪审团提供了审理的对象，即诉讼程序的开始点。

一份公诉书中可以包含一项以上的罪名，但是每一罪名必须包含在一个独立的“罪状”（count）内，或者独立成段，并且对该具体罪名进行概括，以及列出支持指控的简要事实。法官有权自由裁量决定将案件分开审理，或者是针对不同罪名分开审理，或者是针对不同的被告人分开审理。

二、答辩程序

审理程序的正式开始是初次出庭（Arraignment）、宣读指控和被告人答辩。有罪答辩将会导致更轻的量刑，减轻的幅度大概有 30％。

三、陪审团、法官和双方律师的角色

1．陪审团的角色。

在所有的刑事法院的审理中，如果被告人对公诉书中的指控做无罪答辩，并且控诉方不同意被告人的答辩，则案件将由陪审团进行审判。陪审团由十二人组成。陪审团的功能是听取与指控有关的全部证据，听取法官关于将要适用的法律的指示，然后就他们认定的本案事实集体作出决定，并作出关于指控“有罪”或者“无罪”的裁决。

2．法官的角色。在对抗制审判中，由法官确保审理是按照程序规则进行的。具体包括：决定是否排除证据；撤回争点；总结提示。

3．双方律师的角色。英格兰和威尔士刑事审理程序的重要特征就是对抗制。代表国家提出并且支持公诉的是控方律师的职责，而提出并且支持辩护是辩方律师的职责。法官应当居中裁判，而不能参与其中从而显示出偏见来。

四、审理的具体程序

1．控诉方开头陈述。通常情况下，控方律师解释被告人面临的指控。开头陈述应当讲清楚举证责任和证明标准，说明是应当由控方提出证据证明控诉并且证明到排除合理怀疑的程度。另外，该开头陈述应当总结控方将要证明的事实－－即控方将怎样证明其提出的指控。一般情况下，也会对证据进行简单概括，即主要证人将要提出的证言的要旨。

2．控方举证。控方将传唤的证人。确保证人出庭。没有正当理由而不遵从要求其在法院面前出现的证人令或者对证人的传票的，将构成藐视法庭罪（contempt of court），如同在法庭上犯藐视法庭罪一样可以由该法院以简易程序判处不超过 3 个月监禁的刑罚。

3．提出无辩可答的动议。在刑事法院审理实践中，只有例外情况下，控方的证据的缺陷是如此地明显以至于能够确定任何一个理智的法庭都不会作出有罪裁决，这时法官应当支持这个无辩可答的动议。

4．辩护方开头陈述。

5．辩护方举证。被告人选择作证。专家证言。

6．总结陈述。在辩护方完成举证之后，双方当事人作最后陈述。

7．法官的总结性提示。法官必须向陪审团解释法官和陪审团的不同职责，即法官决定法律问题而陪审团决定事实问题；法官必须明确，证明责任由控诉方承担，并且必须证明到排除合理怀疑的程度。这方面的解释在被告人提出了某种辩护的时候要更加详尽一些，例如在伤害案件中被告人提出了正当防卫的辩护理由。在这种情况下，法官必须解释证明责任始终在控诉方——控方必须证明正当防卫的辩护不能成立。如果被告人提出不在现场的辩护主张，也要作类似的指示。法官应当对指控的罪行进行定义，解释控诉方必须证明的犯罪构成要素。法官应当对案件中出现的证据问题作出评论，例如在控诉方被允许就被告人的先前定罪进行反询问的情况下，法官必须告知陪审团先前定罪只是与可信性有关，与是否有罪无关。如果在同一份公诉书中包含对多名被告人的指控，法官必须指示陪审团对每一名被告人的指控分开考虑。类似地，如果在同一份公诉书中包含对一名被告人多项罪行的指控，法官必须警告陪审团对每一项罪状单独进行考虑。总结性提示的主要部分可能是对案件中证据的总结。法官提示陪审团，在审理中陪审团已经听取了哪些证据，并对这些证据进行评论。法官必须公正地对证据进行总结，特别是一定要确保对辩护方的证据的归纳是全面的。在总结性提示的最后部分，法官应当告知陪审团从其成员中选任一名首席陪审员（foreman），由他来代表陪审团发言。然后，法官会命令陪审团退庭，考虑其决定并且作出一项全票的裁决（unanimous verdict）

8．陪审团退庭评议并作出裁决。陪审团在法庭法警的带领下进入陪审团评议室，未经法庭许可任何人不能与陪审团谈话。在评议室，他们进行思考和讨论，以便于形成一个全票的裁决。

五、量刑

在刑事法院审理的案件中，被告人作有罪答辩或者在审理之后被认定有罪之后，将进入量刑程序。治安法院的量刑程序基本上与此相同，只是不这么详细和正式。

1．控方概括描述犯罪事实。

2．在刑事法院（而不是在治安法院）控诉方应当在其关于事实的陈述中提及有关犯罪人的个人情况的文件（antecedents document）。

3．控方可能提请法庭考虑犯罪人对缓刑、附条件的释放或者缓刑命令的违反，作为量刑的情节。

4．然后，辩护方向法庭陈述，通常会问法庭是否阅读了关于犯罪人的报告。

5．在礼貌地询问了法官是否有机会阅读量刑前报告之后，辩护方将提出要求从轻处罚的请求。

6．在听取从轻处罚的请求以后，法官将宣布判处的刑罚。

第七节　上诉制度

一、从治安法院提起的上诉

从治安法院，被告人有两个上诉途径：

1．向刑事法院上诉。只有被告人可以针对定罪和量刑上诉。控诉方无权针对无罪判决上诉。而且，只有做无罪答辩的被告人可以针对定罪和量刑上诉；做有罪答辩的被告人只能针对量刑上诉。

上诉审理程序以对原审案件完全重新审理的形式进行，传唤原审中的证人（也有可能传唤新的证人）并且重新听取对法律问题的争论。审理案件的法官是由一名巡回法官或者记录法官和（通常是两名）治安法官组成的合议庭进行。他们可以维持也可以撤销定罪，可以变更量刑，包括加重刑罚，但是加重的上限是原审可能判处的最重刑罚。

2．向王座分庭的分支法院（Divisional Court of Queen’s Bench）上诉

双方当事人的任何一方（控方或者辩方）都可以上诉到王座分庭的分支法院，方式是“提交案件”（case stated）。事实上，从治安法院向分支法院提出的“案件提交”不存在对事实的争议。在审理时不调查任何证据，整个审理围绕着法律问题进行，包括治安法官错误地适用了法律、未能适用法律或者超出了其管辖权。

该法院能够“撤销、维持或者变更”治安法院的裁判，将有罪判决改为无罪判决或者将无罪判决改为有罪判决，变更或者判处刑罚，将案件发回治安法院同时命令判决无罪或者有罪，或者命令重新审理。分支法院的决定可以上诉到上议院。

二、从刑事法院提起的上诉

刑事法院定罪的被告人，以及治安法院移送刑事法院进行量刑的被告人，可以针对定罪或者量刑向上诉法院刑事分庭提出上诉；在这之后，还可以向上议院司法委员会提出上诉。对于来自治安法院向刑事法院的上诉，刑事法院的裁决还可以继续向王座分庭的分支法院（Divisional Court of Queen’s Bench）上诉。

向上诉法院刑事分庭的上诉的受理条件是，如果上诉针对的问题纯属法律问题，或者审理法官已经签发了该案适合于上诉的证明，则被告人可以在定罪后立即上诉。如果针对的是事实问题或者是事实问题和法律问题的混合，上诉人必须事先获得上诉的许可。不过，未能申请许可或者针对法律问题申请许可，并不能成为拒绝上诉的原因。在这种情况下，刑事上诉注册官（Registrar of Criminal Appeals）会对其申请进行变更。

即使一个被告人做有罪答辩，在下列情况下也可以针对定罪上诉：对指控或者答辩的内容存在误解；即使被告人承认那些事实，也不在法律上构成被判定的罪行。

虽然上诉法院没有权力加重刑罚，但是它有权命令上诉审之前已经被羁押的期间不计入刑期以内。

上诉的理由在 1968 年刑事上诉法第 2 条第 1 项作出了规定。申请人必须表明：1．陪审团的裁决应当被撤销，因为基于该案的具体情况，该裁决是不可靠或者是不令人满意的；2．审理法院的判决应当被撤销，因为存在对法律问题的错误决定；3．在审理过程中存在实质性的违反程序的情况。

如果上诉是成功的，上诉法院审理后可以作出三种决定：1．撤销定罪；2．驳回上诉，即使上诉法院在法律问题上作出了有利于被告人的认定，如果他们认为不是冤狱的话。换句话说，上诉法院认定，不管是否存在法律或者程序错误，一个理智正常的陪审团做有罪裁决是该案的唯一选择。不过，通常情况下法院会撤销定罪。3．命令重新审理。

第八节　非常救济程序

一、总检察长对案件的审查

作为一项原则，控方没有权利针对刑事法院的无罪判决提出上诉。但是，在两种情况下，控方拥有有限的上诉权：

1．总检察长的移送。总检察长有权因法律问题将案件移送上诉法院，即使这个法律问题是在一个被告人已经被判决无罪的案件中发生的。但是，这并不影响这个案件的原判裁决的效力，被告人仍然是无罪的。

2．“畸轻量刑”。如果一个被告人被定罪，但是对其判处的刑罚在控方看来是畸轻的，总检察长可以将该量刑移送上诉法院，上诉法院可以在认为适当的情况下改判更重的刑罚。

二、刑事案件审查委员会

1995 年刑事上诉法创设了刑事案件审查委员会。该机构有权将案件移送上诉法院，不管案件是依正式审判程序审理的还是依简易程序审理的。依照该法规定，移送案件的标准是，该委员会认为，存在某一裁决或者量刑一经移送就会被推翻的“现实可能性”。对于该委员会移送的案件，上诉法院将依照上诉审程序审理。

三、向最高法院的上诉

在最高法院正式运行之前，上议院司法委员会（Judicial Committee of the House of Lords）是英国的最高上诉法院。在 1992 年，总共有 25 份申请，23 件审结，其中 6 件支持、17 件驳回。上议院的法官是高级法官，他们被授予终身荣誉爵位并且有权成为上议院成员，这些人组成该司法委员会。上议院的合议庭由 5 名法官组成。来自上诉法院的上诉必须是涉及到对社会公众具有普遍重要意义的法律问题。要想向上议院上诉，必须事先获得上议院或者上诉法院的上诉许可。

四、赦免令

在所有的上诉途径穷尽以后，被告人可以向内政大臣递交要求获得赦免的申请，由国王或者女王签发赦免令。在一个人基于公诉书被定罪之后，这一程序很少使用，因为内政大臣可以将案件发回给上诉法院。在 1992 年有 19 份赦免令，其中 17 份是关于交通犯罪，两份是没有购买收看电视的许可的犯罪。

在穷尽英国国内的上诉途径之后，被告人还可以通过向欧洲人权法院上诉的方式获得救济。

复习与思考题

1．英国的非法证据排除规则和美国有什么不同？

2．英国限制了被告人的沉默权，你对此有何评价？

3．英国设置了禁止双重危险的例外，你对此有何评价？

4．在证人特权的问题上，英国与德国、日本有什么差别？你如何评价？

5．英国法要求被告方在庭审前对某些证据进行披露，如不在现场的证据和专家证言等。你对此有何评价？

拓展阅读书目

1．Seabrooke, S. & Sprack, J., Criminal Evidence & Procedure: the essential framework, 2nd edition, Blackstone Press Limited, 1999, London.

2．Davies, Croall & Tyrer, Criminal Justice: An introduction to the criminal justice system in England and Wales, 2nd edition, Pearson Education Limited, 1998, Essex, UK.

3．Choo, A., Evidence: Text and Materials, Addison Wesley Longman Limited, 1998, Essex, UK.

4．Uglow, S., Criminal Justice, Sweet & Maxwell, 1995, London.

5．Smith, J.C., Criminal Evidence, Sweet & Maxwell, 1995, London.

6．Spapper, G. & Kelly, D., The English Legal System, 4th edition, Cavendish Publishing Limited, 1999, London.

7．Murphy, P., Murphy on Evidence, 7th edition, Blackstone Press Limited, 2000, London.

8．Padfield, N., Text and Materials on the Criminal Justice Process, 2nd edition, Butterworths, 2000, London.

9．Keane, A., The Modern Law of Evidence, 5th edition, Butterworths, 2000, London.

10．陈光中主编：《21 世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社 2004 年版。

刑事司法制度在线： http://www.cjsonline.org/index.html

宪法事务部官方网站：http://www.dca.gov.uk/index.htm

内政部官方网站：http://www.homeoffice.gov.uk/

英国议会官方网站：http://www.parliament.uk/

英国法律委员会官方网站：http://www.lawcom.gov.uk/

第二章　美国刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解美国联邦制的特点。了解辩诉交易以及最高法院对其的态度。了解美国的证据制度。了解非法证据排除规则以及美国国内对其的争论。了解美国的司法令状制度。重点思考美国宪法对刑事诉讼的影响，特别是陪审团审判的权利、律师帮助权、反对自证其罪的特权、不受不合理搜查和扣押的权利、禁止双重危险的权利、被排除合理怀疑地证明有罪的权利、正当程序权利。

学时分配：6

第一节　美国刑事诉讼法概述

一、美国刑事诉讼法的历史发展

1．继受英国法阶段（1607 年至 1776 年）。

2．创新和逐步发展阶段（1776 年至 1945 年）。

3．迅速发展阶段（1945 年至 1970 年）。联邦最高法院首席大法官沃伦领导的刑事诉讼革命。

4．调整和稳定发展阶段（1970 年至今）。

二、美国刑事诉讼法的渊源

联邦和各州都有权制定和修改自己的宪法和法律，都有自己的司法系统和执法机构。总体而言，美国刑事诉讼法的渊源主要有以下四类：

1．联邦宪法和州宪法

2．联邦和州的成文法，例如 1968 年《陪审团遴选和服务法》、1984 年《保释改革法》等。

3．联邦和州的刑事证据规则和证据规则，例如《联邦刑事诉讼规则》、《联邦证据规则》、《加州证据法典》等。

4．联邦法院和州法院的判例，特别是联邦最高法院在解释联邦宪法时所形成的判例。

第二节　法院和检察机关

一、法院

联邦和各州存在各自独立的司法系统。

1．联邦法院系统。联邦系统的普通法院由联邦地区法院、上诉法院和最高法院三级构成。除普通法院外，还有专门法院，包括美国国际贸易法院、美国索赔法院、美国税务法院、联邦军事法院等。

2．州法院。概括来说，州法院也有不同级别的普通法院和专门法院。专门法院通常都是初审法院，如未成年人法院、遗嘱检验法院、家事法院等。大多数州的普通法院有四级，它们是：有限管辖法院、一般管辖法院、中级上诉法院和终审法院。

二、检察机关

分散性和地方自治性，不存在一个全国统一的、上下层次分明的、独立的检察系统。

1．联邦检察机关。联邦司法部相当于联邦的检察机关，司法部首长称为总检察长。联邦司法

部以下代表联邦政府履行检察职能的机构是分散于各个司法区的联邦检察官办公室。

2．州检察机关。美国各州普遍设立州检察长。多数州均在地方设有检察官办公室具体履行检察职能。

3．地方检察机关。设在县、市、区从事检察业务的检察官办公室，每个机构由首席检察官全面负责。

第三节　被告人的诉讼权利

一、获得律师帮助的权利

1．第六修正案明文规定，在所有刑事诉讼中，被告人都享有由律师帮助辩护的权利。

2．依据第五和第十四修正案关于“正当程序”的规定，在联邦法院和州法院进行的任何刑事诉讼中，被告人有权在律师的帮助下进行辩护，以保证程序的基本公正。

3．依据第五修正案关于“不被强迫自证其罪”的规定，在警察对嫌疑人的羁押性讯问中，必须充分地保证嫌疑人获得律师帮助的权利，通过律师帮助权保障嫌疑人的沉默权。

4．依据第十四修正案的“法的平等保护”原则，贫穷的被告人至少在第一轮上诉中享有获得指定律师帮助的权利。

二、不被强迫自证其罪的权利

1．宪法第五修正案规定，任何人都“不得被强迫在任何刑事案件中自证其罪”。

2．证人不自陷于罪的特权。

3．犯罪嫌疑人、被告人的沉默权。

三、获得迅速的公开审判的权利

1．第六修正案规定，在所有刑事案件中，被告人有权获得迅速及公开的审判。

2．获得迅速审判的权利。目的是把由于刑事追究带来的焦虑不安和担心降到最低限度。

3．获得公开审判的权利。接受公开审判的权利既受到第六修正案的保障，也是第五修正案和第十四修正案所保障的“正当程序”所必不可少的一项基本要求。

四、接受公正陪审团审判的权利

1．联邦宪法第三条规定：“除弹劾案以外，对所有犯罪的审判都应当由陪审团进行”。第六修正案再次确认了这项权利。

2．1968 年，联邦最高法院通过对第十四修正案的解释，将这一权利适用于各州的刑事诉讼。

五、保释的权利

1．宪法第八修正案规定：“不得要求过重的保释金”。

2．保释的三种形式：个人具结；定金保释；全额保释。

第四节　审判前程序

一、逮捕前的调查

多数案件是通过被害人或第三人的报案而引起警察的注意的。但也有一些犯罪是警察执行公务

时现场发现的，或者是通过告密、电子窃听、监控甚至是诱惑的方法发现的。

如果怀疑某人身上可能携带有武器，警察可以在案发现场或者公共场所拦住这个人，以便对其进行“拍身”搜查。

二、逮捕

1．逮捕分为有证逮捕和无证逮捕两种。

2．有证逮捕的逮捕令状，由警察提出申请，由法官根据警察的经宣誓的证言签发。

3．无论是无证逮捕还是有证逮捕，都要求警察有合理根据相信发生了犯罪并且嫌疑人就是实施犯罪的人。

三、登记

警察逮捕嫌疑人后，要把他带到警察局履行登记手续，包括嫌疑人的姓名、住址、职业、逮捕时间、涉嫌的犯罪等。通常还要照相、提取指纹。

四、逮捕后的侦查

1．搜查。搜查分为有证搜查和无证搜查两种。有证搜查的搜查令状由警察提出申请，由法官根据警察的经宣誓的证言签发。

2．扣押。扣押的对象既包括物品，也包括人的身体，还包括通讯。

3．讯问犯罪嫌疑人。警察有权对任何人进行询问，但是被询问人有权拒绝回答。讯问前要宣读“米兰达警告”。

五、决定指控

1．检察官决定是否起诉。

2．重罪案件需要经过法院的预审，或者大陪审团审查起诉，之后才正式提出起诉。

六、初次到庭

被告人在押的案件，必须不迟延地将被告人带到治安法官面前。多数司法管辖区指逮捕后 24 小时以内，少数司法管辖区允许延长至 48 小时。一般在这个阶段决定是否允许保释。

七、预审

预审的主要目的在于对控方指控被告人犯罪是否有合理根据进行司法审查，以便撤销缺乏根据或者根据不足的指控。

八、大陪审团审查

1．美国联邦宪法第五修正案规定了大陪审团审查起诉。要求必须经过大陪审团审查才能起诉的州不到半数，而且其中部分州仅仅对可处死刑或无期徒刑的案件才要求必须经过大陪审团审查起诉。

2．大陪审团的组成、任期和职能。大小陪审团的区别。

九、罪状认否程序

1．法院收到正式起诉书或者简易起诉书后，应当及时传唤被告人到庭，要求被告人就指控的每一项犯罪进行答辩。

2．答辩有三种：有罪答辩；无罪答辩；不予争辩的答辩。

3．有罪答辩被法庭接受后，不再进行审理，直接进入量刑程序。

十、审前动议和其他准备

1．证据开示。控方有义务主动或者应辩方要求向辩方开示可能影响定罪或者量刑的一切有利或者不利于被告人的证据以及有关的反驳证据。辩方也有一定的证据开示义务。

2．审前动议。例如，排除证据的申请必须在审前提出。

3．审前会议。法院可以命令召开审前会议，以考虑一些程序事项，例如审前动议、证据开示、约定等。

第五节　审理程序

一、开场陈述

开场陈述是指控辩双方向陪审团和法官所作的第一次陈述。检察官先陈述，辩护律师后陈述。

二、控方举证

开场陈述之后，检察官应当向法庭举证，主要方式是传唤证人出庭作证。

三、辩方举证

1．控方举证结束后，庭审通常进入辩方举证阶段。

2．被告人有权选择是否作为辩护方证人作证。

3．辩护方举证是一种权利，辩方举证并非庭审的必经程序。辩方可以主张控方举证未能达到排除合理怀疑的程度。

四、总结辩论

证据调查之后，由控辩双方做总结辩论。

五、法官指示陪审团

在陪审团退庭评议前，法官对陪审团作出指示，包括案件中的法律问题、举证责任分配等。

六、陪审团评议

陪审团进入专用的评议室进行评议。评议秘密进行，外人不得入内。

七、陪审裁决

1．一般要求陪审团作出裁决，是一致通过。如果陪审团不能得出一致结论，法官可以宣布无效审判，解散陪审团。

2．陪审团的裁决公开宣布。如果是无罪裁决，被告人当庭释放；如果是有罪裁决，则择期进行量刑。至此审理程序结束。

第六节　答辩交易

一、答辩交易的含义与分类

1．答辩交易，是指检察官以降低指控或者建议从轻判刑为条件，换取被告人的有罪答辩。

2．从内容上，可以分为指控交易与判刑交易。

二、答辩交易的程序

1．答辩协商。通常在控辩双方律师之间进行。

2．法官参与。《联邦刑事诉讼规则》禁止法官参加答辩交易。各州的做法各不相同。

3．答辩协议的公开和法官的责任。答辩协议应当通知法院；法院应当查明有罪答辩存在事实基础。

4．违反答辩交易的救济方法。如果控方违约，被告人可以撤回有罪答辩，接受正式审判。

三、联邦最高法院对答辩交易的态度

1．1970 年的布来迪案，联邦最高法院首次肯定答辩交易符合宪法。

2．1971 年、1977 年联邦最高法院重申对答辩交易的支持。

四、关于答辩交易的争论

存在废除派和改良派。自从联邦最高法院肯定了答辩交易的合宪性之后，答辩交易在美国学者和法律职业人员中获得了几乎众口一词的认同。

第七节　审后程序

一、量刑程序

无论是陪审团审理后裁决有罪的案件，还是法官审理后判决有罪的案件，最后的判刑都是由法官决定的。在被告人作出有罪答辩的案件中，除事先对判刑达成协议的由法官审查认可以外，也由法官决定如何判刑。但是，如果是需要判处死刑的，一般需要先经过陪审团表决同意。

二、上诉程序

1．对一般管辖法院的无罪判决，控方无权上诉。

2．对于其他有罪判决以及所判的刑罚，被告人有权提出上诉。

3．对上诉法院的上诉审判决的上诉，需要申请上诉的许可，而不是当然权利。

第八节　刑事证据法

一、证据的相关性与可采性

1．相关性是可采性的前提。相关性的定义见《联邦证据规则》第 401 条。

2．可采性是指证据能否暴露给事实审理者。

二、证据的种类

1．言词证据。具体可以分为普通证人证言和专家证人证言。
2．实物证据。包括物证和书证。

三、拒绝作证的特权

1．《联邦证据规则》第 501 条。
2．包括：不被强迫自证其罪的特权，律师当事人特权，夫妻特权，医生病人特权，神职人员忏悔者特权，等等。

四、非法证据排除规则

1．非法口供排除规则。违反米兰达规则获得的口供将被排除，根据是宪法第五修正案。
2．非法搜查、扣押证据的排除规则。根据是宪法第四修正案。
3．非法证据排除规则的例外。如善意的例外等。
4．毒树之果理论。
5．非法证据排除规则的理论根据。震慑理论和司法纯洁性理论。
6．非法证据的排除程序。

五、传闻规则

1．传闻的概念。《联邦证据规则》第 801 条。
2．传闻规则的含义与理论根据。

六、意见证据和专家证词

1．意见证据原则上是不可采的。
2．专家证人的意见是可采的。

七、证明责任

控诉方对指控犯罪负有证明责任，被告人没有证明自己无罪的责任。

八、证明标准

控诉方证明被告人有罪必须达到排除合理怀疑的程度。

复习与思考题

1．简述美国刑事诉讼法的渊源。
2．评美国联邦宪法对美国刑事诉讼的影响。
3．美国联邦系统和各州的法院、检察机关分别是如何设置的？
4．美国刑事诉讼中被告人接受律师帮助的权利述评。
5．简述美国大、小陪审团制度。
6．评美国的答辩交易制度。
7．如何认识美国刑事证据法的特点？
8．美国刑事诉讼法与英国刑事诉讼法有哪些区别？

拓展阅读书目

1．Isreal & LaFave, Criminal Procedure, West Group, 1996, 法律出版社 1999 年影印版。
2. Micheal H. Graham, Federal Rules of Evidence, West Group, 1996, 法律出版社 1999 年影印版。
3．Stephen A. Saltzburg and Daniel J. Capra, American Criminal Procedure, 6th. Ed., 2000.

第三章　法国刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解法国重罪法院的二级预审制度。了解法国的自由心证制度。了解法国刑事诉讼的特点。法国检察机关的设置。重罪案件审理程序。最高法院的撤销原判程序和再审诉讼程序。重点思考法国重罪法院陪审员的人数和参加评议的特点，以及与英美陪审团制的区别。

学时分配：6

第一节　法国刑事诉讼制度概述

一、刑事诉讼与刑事诉讼法

刑事诉讼法就是规定刑事诉讼的组织、提起、展开与审理的法律。

二、法国刑事诉讼制度的历史沿革

1808 年 12 月 16 日颁布拿破仑刑事诉讼法典，1811 年 1 月 1 日开始生效。

三、法国现行刑事诉讼法典

现行法典是 1958 年刑事诉讼法典，一直沿用至今，经过了多次的补充完善。

四、法国刑事诉讼制度的特点

1．明确规定无罪推定。
2．审判组织民刑统一。
3．庭审程序注重公正。
4．刑事案件两审终审。
5．重罪案件沿袭陪审。
6．法官断案内心确信。
7．注重保护受害人权利。

第二节　法国的刑事诉讼机关

一、审判机关

1．普通司法法院。包括：违警罪法院，轻罪法院，上诉法院轻罪上诉庭，重罪法庭，最高法院。

2．特别法院。包括未成年人法庭，军队军事法庭，海商法院，国家最高特别法庭，共和国特别法庭，行政法院。

二、检察机关

1．检察机关的设置。包括最高法院的检察院，上诉法院的检察院，大审法院的检察院，初审法院的检察院。

2．检察机关的特性。包括独立性，等级隶属性，可替换性。

3．检察机关的职能。出庭，刑事调解，刑事和解。

4．检察官。检察官由司法部长提名并由共和国总统发布政令任命。

三、警察机关

1．司法警察机关。国家司法警察中心局是国家警察总署下属的一个中心局，隶属于内政部领导。

2．司法警察。警察分为司法警察和行政警察，其中司法警察的职责主要是发现和调查犯罪。

3．司法警察的职权。发现犯罪并查找犯罪行为人。

4．司法警察的管理和监督。司法警察在大审法院检察长领导下履行职务。对司法警察的纪律惩戒权由其隶属的行政上级行使。

第三节　刑事诉讼证据制度

一、证据的形式

1．证人证言。2．讯问犯罪嫌疑人笔录。3．电讯截听笔录。4．鉴定结论。5．物证。

二、证据的证明力

证据的证明力由事实审理者自由判断。

三、举证责任

1．证明法律要件的证据。2．证明事实要件的证据。3．证明心理要件的证据。

四、证据的收集

证据的收集由司法警察和预审法官来进行。包括：1．勘验。2．传唤和拘留。3．搜查。4．通讯截留。5．询问证人。6．讯问犯罪嫌疑人。7．听取刑事附带民事诉讼当事人的陈述。8．政府成员及外国国家代表证词的接收方式。

五、质证

1．对质。2．法庭辩论。

六、认证

由事实审理者根据其内心确信作出决定。

七、与证据有关的法律责任

1．作伪证的责任。2．不作证的责任。

第四节　追　诉

一、追诉的主体

追诉的主体主要是具有追诉职能的检察机关。如果检察机关没有提起公诉，受害人可以向刑事法院提起刑事附带民事诉讼，成为启动追诉的主体。

二、追诉审查

1．合法性审查。即追诉的法定条件已经具备。2．追诉的适当性审查。即是否有必要进行追诉。

三、不予立案、调解或追诉决定

检察官有权作出不予立案、调解或者追诉决定。

四、提起追诉的途径

1．通过提起追诉意见书提起追诉。2．通过受害人告诉提起追诉。3．通过直接传讯提起追诉。4．通过直接出庭程序提起追诉。

第五节　强制措施

一、拘留

采取拘留措施要求有一个或多个合乎情理的理由，并且拘留一开始即应当通知大审法院检察长。

二、先行羁押

1．自由与羁押法官。设立的目的是为了限制预审法官相对过大的权力。2．先行羁押的条件和限制。

第六节　预审程序

一、预审及预审法庭

1．预审。狭义的预审是指由预审法庭指挥进行的预审。2．预审法庭。某些严重和复杂的刑事案件，在对其进行实体审判之前，首先要经过预审法庭进行预审。

二、预审程序的特点

1．预审采取书面形式。2．预审程序为秘密程序。3．预审原则上不具有对席审判的性质。4．预审程序具有一定的选择性。

三、预审法官

1．预审法官的资格和特点。预审法官是大审法院的法官。具有可替换性。不得参加由其负责进行预审的犯罪案件的审判。2．预审法官的司法管辖权。其管辖权及于在本法院辖区内发生的所有犯罪。3．预审法官的职责。收集犯罪证据，并对涉及某人的犯罪证据是否充分进行认定，从而决定是否将该人提交审判法庭进行审判。4．预审法官的独立地位。预审法官既独立于审判法庭，又独立于检察院。

四、上诉法院预审庭

上诉法院预审庭有两个职能：1．构成第二级预审法庭；对于重罪，以起诉决定书将犯罪嫌疑人移送重罪法庭审判。2．是对警察进行监督的法庭。

第七节　轻罪案件审理程序

一、轻罪案件一审程序

被处以10年以下有期徒刑或3750欧元及以上罚金的犯罪为轻罪。轻罪案件由轻罪法院管辖。轻罪法庭由审判长及两名法官组成。开庭审理的过程，包括传讯被告人、开庭、讯问被告人、辩护、证人作证、法庭辩论等环节。最后作出判决。

二、轻罪案件上诉程序

1．向上诉法院提出上诉的权利属于下列的人：被告人；负有民事责任的人；民事当事人；大审法院检察长；行使公诉权的公共行政部门；上诉法院检察长。负有民事责任和民事当事人的上诉权，仅以民事利益部分为限。

2．上诉应在当庭判决宣告起10日内提出。轻罪上诉法庭由审判长1人及审判员二人组成。

3．上诉法庭可以改判或者撤销原判。

第八节　违警罪案件审理程序

一、违警罪案件一审程序

不超过3000欧元罚金刑的违警罪，由违警罪法院管辖。违警罪一般以笔录或者报告作为证据证明。

二、违警罪案件上诉程序

1．向上诉法院提起上诉的权利属于下列的人：被告人、负有民事责任的人、检察官、民事当事人。负有民事责任和民事当事人的上诉权，仅以民事利益部分为限。

2．上诉法院处理对违警罪法院判决提出上诉的案件，适用对轻罪法院判决提出上诉案件的有关规定。

第九节　重罪案件审理程序

一、重罪案件一审程序

1．必须通过预审法庭移送，才能受理案件。

2．开庭阶段要组成审判陪审团。

3．审理一般公开进行，连续进行。对证据进行核实，庭审辩论。

4．评议。法官与陪审员退席至评议室，共同作出决定。

5．宣判。评议以后，重罪法庭全体成员回到审判庭，宣告有罪判决或者免予刑罚以及宣告无罪的判决。

二、重罪案件上诉程序

1．上诉主体：被告人，检察机关，承担民事责任的人，民事当事人，行使公诉权的公共行政机关。负有民事责任和民事当事人的上诉权，仅以民事利益部分为限。

2．对于一审重罪法庭作出的判决，可以向最高法院指定的另一重罪法庭提出上诉。受理重罪上诉案件的法庭依照审理一审重罪案件程序的规定，对案件进行审理。

3．上诉应当在一审判决宣告后 10 日内提出。

4．重罪上诉法院作出任何不利于被告人的判决，至少应有 10 票多数通过。

第十节　最高法院审理案件程序

一、撤销原判诉讼程序

对上诉法院作出的终审判决或者对其他法院作出的不准向上诉法院提起上诉的终审判决，直接向最高法院刑事审判庭提出申诉，请求其对判决的合法性进行监督。最高法院对原审案件的事实不作评判，仅仅重新审理法律问题。如果认为违反法律，撤销该裁判，交给与原审法院同一级别、同一性质的另一法院重新进行审判。

二、再审诉讼程序

法国实行两审终审制度。之后，可以通过“提起撤销之诉”由最高法院刑事审判庭对原审判决进行严格监督。如果由于发生事实上的错误，则可以向最高法院提出“再审之诉”，目的是对判决认定的事实错误进行纠正。

三、案件移审

对于重罪、轻罪或者违警罪案件，最高法院刑事审判庭均可因合理怀疑，指定任何预审法庭或审判法院放弃管辖权，并将案件移转另一同类法院受理。

第十一节　几种特别诉讼程序

一、特别管辖

1．指定管辖。有关管辖权的一切纠纷，一般均应提交最高法院刑事审判庭处理。

2．法国领域外实施犯罪的管辖，依据国际协定，法国法院可以管辖。

二、回避

法官可以因法定事由被申请回避。当事人有权提出回避申请，由上诉法院院长批准。针对上诉法院院长的回避申请，由最高法院院长决定。最高法院法官的回避，由对该法官由管辖权的审判庭决定。

三、军事方面重罪与轻罪的特别诉讼程序

审判军事方面重罪法庭，由审判长 1 人及审判员 6 人组成，不设陪审团。

四、经济、金融犯罪的特别诉讼程序

在每一个上诉法院辖区内，通过政令确定一个或数个大审法院，对案情十分复杂的经济、金融犯罪案件提起追诉、预审具有管辖权，并对其中的轻罪案件审判有管辖权。

五、恐怖活动罪的特别诉讼程序

巴黎大审法院检察长、预审法官、轻罪法庭、重罪法庭，对恐怖活动犯罪进行追诉、预审及审判。

六、毒品走私罪的特别诉讼程序

在每一个上诉法院的辖区内，根据政令确定的重罪法庭对走私贩卖毒品重罪及相关犯罪的审判有管辖权；重罪法庭的组成与审理军事方面重罪法庭的有关规定相同。

七、淫媒谋利罪的特别诉讼程序

对涉嫌此类犯罪的对公众开放的场所，可以不分昼夜，随时进行查看、搜查和扣押。

八、法人实施犯罪的特别诉讼程序

对法人进行公诉，由法人的法定代表人参加所有诉讼活动。如果法人的法定代表人因相同或者相关的犯罪事实受到追诉，由大审法院院长指定一名诉讼代理人代表法人参加诉讼。

九、关于适用于性犯罪的诉讼程序和对未成年受害者的保护

在进行侦查过程中，司法警官可以对所有人进行医学检查或提取血样检验，以便确定该人是否感染了性传染病。检验结果应当通过医生立即通知受害人，如果受害人是未成年人，则应通知其法定代理人。

十、对证人保护的程序

对证人的身份、住址保密。

十一、关于征求最高法院意见的程序

就法律问题，下级法院可以向最高法院请示。

第十二节　执行程序

一、刑事裁判决定的执行

法院裁判决定最终确定之后，需要依检察机关申请，才能付诸执行。大审法院设一名或多名执行法官，负责判决执行工作。

二、拘押与自由刑的执行

1．先行拘押的执行。每一大审法院、上诉法院、重罪法庭均设置一看守所。
2．自由刑的执行。被判刑人一般应在监狱等服刑机构内服刑。

三、减刑与假释

减刑由执行法官听取执行委员会的意见后作出决定。假释由执行法官或者司法部长批准。

四、附考验期缓期执行与推迟刑罚宣告

刑罚缓期执行考验期为 18 个月至 3 年。推迟刑罚宣告的考验期不得超过 1 年。

五、拘禁

被宣告科处罚金，或者被判处向国库支付款项时，如被判刑人不履行判决，可处以拘禁。

六、犯罪记录

法国实行犯罪记录登记制度。由司法部长主管。犯罪记录只限特定的机关和人员使用。

七、被判刑人恢复权利

被各级法院判处重罪、轻罪或违警罪刑罚的自然人和法人，在刑罚执行完毕后均可依法申请恢复自己的权利。

复习与思考题

1．简述法国刑事诉讼法的渊源。
2．法国刑事诉讼制度的主要特点是什么？
3．法国刑事司法机构是如何设置及规定案件管辖权的？
4．如何理解法国刑事诉讼证据制度的主要内容和特点？
5．简述法国轻罪案件审理程序的主要内容。
6．法国重罪案件审理程序的主要内容和特点是什么？
7．法国最高法院的刑事审判职能有何特点？
8．2000 年以来法国刑事诉讼法有哪些新的发展？

拓展阅读书目

1．【法】卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（上、下），罗结珍译，中国政法大学出版社 1999 年版。
2．王以真主编：《外国刑事诉讼法学》（新编本），北京大学出版社 2004 年版。
3．程荣斌主编：《外国刑事诉讼法教程》，中国人民大学出版社 2002 年版。
4．何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社 2000 年版。

第四章　德国刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解德国法院系统的结构。了解德国基本法对德国刑事诉讼法的影响。了解德国的证据禁止理论。了解德国的自由评价证据的制度。了解德国陪审员参加法庭审理的方式和特点。了解被害人在德国刑事诉讼中的地位和享有的权利。重点思考德国的起诉法定原则。

学时分配：6

第一节　德国刑事诉讼法的法律渊源

一、宪法（基本法）

德国宪法中包含着保障公民在刑事诉讼中的人权的条款。一方面体现了刑事诉讼法的制定何运用都要遵守基本法的精神，另一方面如果在刑事诉讼中出现违宪的情形，公民有权直接向宪法法院提出申诉。

二、中央法律

现行德国刑事诉讼法是 1987 年 4 月 7 日修正公布的。

三、欧洲保护人权和基本自由公约

该公约被视为联邦法，与刑事诉讼法地位相等。公民对德国违反人权公约的行为，可以向欧洲人权法院控告。

四、联邦司法行政法规

在不违反联邦权限划分的原则下，各州和联邦司法部共同制定了多部全联邦适用的司法行政法规。

五、各州法律

各州有权在各自的宪法中对刑事诉讼程序作出相应的规定。

六、判例

法学教学和研究中引用判例非常普遍。州高级法院和联邦法院引用判例是经常的事情。

第二节　刑事程序的诉讼参与人

一、法院

德国的法院由不同的体系组成，包括宪法法院体系、普通法院体系、行政法院体系、财政法院体系、社会法院体系和劳动法院体系。普通法院体系分为四级，联邦法院、州高级法院、地方法院和区法院。联邦法院是普通审判体系的最高法院。

德国实行参审制，由职业法官和陪审员组成混合庭。

二、侦查法官

德国刑事诉讼中很多措施必须由法官决定，为了保证这些措施在侦查程序中得到实施，法律规

定了侦查法官。

三、检察机关

在德国，检察机关是根据法院组织法设立的。从宪法权力分立来看，检察官属于政府行政部门而不是司法部门。联邦检察机关设在联邦法院内，由联邦总检察长和若干副总检察长组成。各州检察机关管辖各州事务，不受联邦检察机关直接领导。

四、警察机关

警察机构的设置和组织属各州的事务，联邦只有在很小的范围里拥有自己的警察机构。

五、被告人

在刑事诉讼中，被告人享有的诉讼权利，分为主动参与权利和被动参与权利。

六、辩护人

德国刑事诉讼中的辩护人并不具有英美法中辩护人那么重要的地位，但相对于检察院和法院而言，辩护人在刑事诉讼中发挥专门有利于被告人的作用。

第三节　刑事诉讼法的基本原则

一、国家追诉原则

国家追诉原则是指国家遵循职权主义，主动开展对犯罪的侦查。其例外是在自诉案件中，被害人可以自行提起诉讼。

二、告发原则（公诉原则）

是指只有在提起告诉后，法院才得开启审判程序。也就是说，起诉职能和审判职能分开。

三、起诉法定原则

当检察官认为有足够的犯罪嫌疑时，必须起诉。强制起诉原则的例外是起诉便宜原则。

四、法定法官原则

对每一个法官应确定其职权；任何联邦法官不得被剥夺其法定法官职务。

五、调查原则、直接原则、自由评价证据和罪疑从无

调查原则是指法院不受检察官与被告人所提供的诉讼资料的限制，自行根据职权主动地对犯罪事实进行调查，查明案件事实真相。直接原则是指在法庭审理时，案卷的内容不得作为裁判的依据。自由评价证据，是指证据的证明力由法官自由判断。罪疑从无，是指在存在疑问时，应作出有利于被告人的决定。

六、言辞辩论、公开审理和迅速审理

言词辩论，是指判决必须建立在言词辩论的基础上。公开审理是指法院审理时允许公众旁听。迅速审理要求刑事诉讼程序应当避免不必要的耽搁。

第四节　刑事证据

一、证据法之基础

证明与说明。严格证明与自由证明。证明的必要性。证据责任。证据禁止。

二、证据种类

证人。鉴定人。实物证据。被告人。

第五节　强制措施

一、对自由的限制

为查明身份责令停止。暂时逮捕。拘提。审前羁押。

二、搜查

搜查应当由法官签发的令状授权，必须以书面形式作出，并且要注明搜查的地点以及希望找到的物品。对于来不及申请令状而进行的搜查，被搜查者可以要求进行司法确认。

三、身体检查

身体检查应当由法官签发的令状授权。对于来不及申请令状而进行的身体检查，可以在审判中要求对其进行审查。

四、对私人通信的秘密监控

邮件检查。电子通信的监控与记录。

五、扣押物品

扣押由法官作出决定；紧急情况下检察官决定的，应当在 3 日内提请法官确认扣押。

六、其他：暂时的处分措施

暂时收容。暂时的执业禁止。暂时性的扣押驾照。

第六节　刑事诉讼普通程序

一、侦查与起诉

刑事诉讼的侦查权由检察官和警察共同行使，但在该程序中检察官是主导者。在有足够的理由提起公诉时，检察官有义务提起公诉。

二、中间程序

起诉后、正式审理前，法院需要对是否开始审判程序作出决定。

三、审判程序（主要程序）

审判程序的准备。审判程序包括开庭、询问被告人身份、检察官宣读起诉书、告知被告人有权自由选择是否进行陈述、法庭调查、法庭辩论、法庭评议与表决、宣判等。法庭审理程序的中断和延期。

第七节　救济程序

一、抗告

抗告是对裁定和处分不服，要求上级法院对有关事实及法律问题进行审核的诉讼行为。检察官、被告人有权提出抗告。

二、第二审上诉

对区法院、陪审法庭作出的判决、裁定不服时，可以在判决宣告后一周内提起第二审上诉。第二审上诉既可以针对事实问题也可以针对法律问题。第二审上诉实行复审制，其审理程序与一审程序基本相同。

三、第三审上诉

联邦最高法院和州高级法院是第三审上诉的管辖法院。第三审法院的任务是进行法律问题的审理。

四、再审程序

在德国，再审原则上只是为审核判决的事实部分而设，而不能用来审核其法律错误。

第八节　裁判的执行

检察机关为刑罚的执行机关。在法院设立刑罚执行庭。

第九节　一般诉讼程序的特殊情形

一、简易程序

是指对案件进行某种程度上的简易判决。只适用于案情不复杂、也不需要对证据判断作系统调查的案件。

二、缺席审判程序

在德国的一些案件中，被告人虽然没有到庭参加审判，法院也可以进行审判程序。

第十节　被害人参与刑事诉讼

一、自诉程序

自诉案件只适用于轻微刑事案件。具有提起自诉资格的人主要是指被害人。自诉程序没有侦查程序，仅由庭审预备和法庭审理两个阶段组成。

二、附诉程序

附诉程序是指检察官担任国家公诉人，同时又有被害人或其他有关人员以附诉人身份参与诉讼的程序。

三、附带民事诉讼

被害人在刑事诉讼中可以行使补偿请求权，这就是附带民事诉讼。

第十一节　特殊诉讼程序

一、保安处分

由于行为人无责任能力或无诉讼能力，以致无法进行刑事诉讼，但依据刑事侦查结果，显示应对其实行保安处分。

二、处刑命令程序

检察官对某些轻微犯罪，可以直接向地方法院要求发布执行刑罚的命令。被告人如对刑罚命令不服，可在送达后 2 周之内提出异议。如果该异议被许可，则由刑事法官或陪审法庭进行审判程序。

三、少年犯罪案件诉讼程序

德国审理少年刑事案件的审判组织分为少年法庭、少年合议庭、少年刑事法庭。少年检察官是专门负责少年案件的检察官。

复习与思考题

1．简述德国刑事诉讼法的渊源。
2．德国刑事诉讼制度有哪些特点？
3．德国联邦法院系统和检察机关是如何设置的？
4．德国警察在刑事诉讼程序中有哪些职权？与检察官之间的关系如何？
5．德国在刑事诉讼中被告人具有哪些权利和义务？
6．简述德国刑事诉讼中刑事辩护人的地位与作用。
7．德国刑事诉讼中证据原则有哪些内容？
8．简述德国刑事诉讼的证据种类与证据法基础。
9．德国刑事诉讼中实物证据包括哪些内容？
10．德国审判程序有哪些特点？
11．简述德国法律救济程序中不同上诉程序的内容及区别。
12．简述德国一般诉讼程序的被害人参与刑事诉讼的主要内容。
13．何谓保安处分？
14．德国少年诉讼程序具有哪些特征？与普通诉讼程序有哪些区别？

拓展阅读书目

1．[德]Claus Roxin：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，三民书局 1998 年版。
2．[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社 2004 年版。

第五章　日本刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解日本刑事诉讼法的特色。了解日本的陪审员制度。了解任意侦查和强制侦查法定主义、国家追诉主义、起诉垄断主义、起诉便宜主义、连日开庭原则等。了解日本的非法证据排除规则。了解日本的证据裁判主义和自由心证主义。严格证明和自由证明。了解日本对不起诉的制约。了解日本的救济程序。重点思考日本刑事诉讼受到的德国影响和美国影响，以及这两种影响在刑事诉讼中的具体体现。

学时分配：6

第一节　日本刑事诉讼法的渊源和特色

一、日本刑事诉讼法的渊源

1948 年 7 月 10 日，日本国会通过现行《刑事诉讼法》。2004 年 5 月日本第 159 次国会通过了一系列关于刑事司法改革的法律文件，其中，《关于修改刑事诉讼法等部分条文的法律》对刑事诉讼法进行了较大修改。

日本宪法也是刑事诉讼法的渊源。2004 年通过的《关于陪审员参加刑事审判的法律》。

最高法院根据宪法第 77 条规定的规则制定权制定的《刑事诉讼规则》。

二、日本刑事诉讼法的特色

1．坚持实体真实与正当程序相统一的诉讼目的。

2．实行职权主义与当事人主义相结合的诉讼构造。

第二节　刑事程序的担当者

一、法院

日本法院组织分为四级：最高法院、高等法院、地方法院和家庭法院、简易法院。日本没有专门法院，只有普通法院。

二、检察机关

检察厅与各级法院对应设置，分为四级：最高检察厅、高等检察厅、地方检察厅和区检察厅。

三、司法警察

中央警察机关是，在内阁总理大臣之下设置国家公安委员会，下设警察厅。

在都、道、府、县知事下设公安委员会，下设警视厅及道、府、县警察本部。

四、被疑人、被告人

在日本刑事程序中，因涉嫌被控犯罪而成为侦查对象，尚未被提起公诉的人，称为被疑人；被提起公诉的人，称为被告人。

被告人、被疑人有沉默权、委任辩护律师权、对不利证人反询问权、传唤辩方证人的权利。

五、辩护人

被疑人、被告人可以随时委托辩护人。分为私选辩护人和国选辩护人。

六、告诉人、告发人、请求人

1．告诉人。告诉，对于非亲告罪，只是侦查的原因；对于亲告罪，则是诉讼条件，没有告诉就不得处罚犯罪人。告诉权人具体包括以下人员：被害人，被害人的法定代理人，被害人死亡时的告诉权人，损毁死者名誉权的告诉权人。

2．告发人。告发一般只是侦查开始的原因，例外情况下也可以成为诉讼条件。告发权人包括：一般人、公务员。

3．请求人。请求是开始侦查的原因，也常常是诉讼条件。

4．对被害人的特别保护。强化作证的被害人的保护，被害人有权旁听公审，在刑事诉讼中导入民事和解制度。

第三节　刑事诉讼原则

一、强制侦查法定主义

所谓强制侦查，是指不受受侦查人意思约束而进行的强制处分。与此相对的，是任意侦查原则。对于任意侦查，法律没有特别限制，即使法律没有明文规定，原则上也可以采取适当的方式进行；对于强制侦查，则只要刑事诉讼法上没有具体的规定，就不得进行。

任意侦查原则和强制侦查法定主义的实质精神，在于尽可能减少和抑制侦查程序中强制力的行使，以避免过多或不当地实施强制性处分而导致侵犯人权。

二、国家追诉主义、起诉垄断主义和起诉便宜主义

1．国家追诉主义。对犯罪一律由国家追诉，而不实行私诉或自诉。

2．起诉垄断主义。刑事案件的起诉权，只能由检察官这一唯一的国家机关垄断行使。

3．起诉便宜主义。检察官根据犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重及情节和犯罪后的情况，认为没有必要追诉时，可以不提起公诉。

三、公开主义、口头辩论主义和直接主义

1．公开主义，是指允许一般国民旁听审判的原则，是宪法为保障司法公正和维护国民对刑事裁判的信任而予以保障的原则。

2．口头辩论主义。所谓口头主义，是相对于书面主义而言的，指基于口头提供的诉讼资料进行裁判的原则。其目的，是在形成法官心证之际，给法官以新鲜的印象，以期发现实体的真实。所谓辩论主义，是指基于当事人的辩论，即基于当事人的主张及立证进行裁判的原则，是当事人主义的一项内容。

3．直接主义。只能以在公审庭上直接调查过的证据作为裁判的基础，称为直接主义，也称为直接审理主义，是与口头主义相联系的一项原则。

四、连日开庭原则

法院审判案件应当连日开庭、连续审理，其实质是要求法庭审理不应无故长期中断和拖延。

第四节　证据原则及制度

一、证据法原则

1．证据裁判主义。认定事实，应当依据证据。

2．自由心证主义。证据的证明力，由法官自由判断。

二、证据种类

1．人的证据和物的证据。以人的陈述表现出来的是人的证据，以物的形式表现出来的是物的证据。

2．供述证据和非供述证据。有关人的经验和知识的报告成为证据资料的，是供述证据；除此之外的是“非供述证据”。

3．人证、书证、物证。

4．直接证据和间接证据。

5．本证和反证。

6．实质证据和辅助证据。

三、证据能力和证明力

证据能力，是指可以作为严格证明的资料使用的形式资格。

证明力，是指其在认定事实中所能发挥作用的实质价值评价。

四、传闻法则

由于传闻证据是无法进行反询问的，因而不能作为证据。存在若干例外。

五、自白法则

自白法则包括非任意自白的排除法则和补强法则。

非任意自白排除法则，是指出于强制、拷问或胁迫的自白，在经过不适当的长期扣留或拘禁后的自白，不得作为证据。

补强法则，是指不论是否属于被告人在公审庭上自白，当该自白是对被告人不利的唯一证据时，不得认定被告人有罪。

六、排除规则

1978 年，最高法院在判例中宣示，在符合以下条件时，应当否定非法搜查、扣押取得的证据：（1）在证据物的收集程序上存在忘却宪法及刑事诉讼法规定的令状主义的重大违法的；（2）从抑制将来违法侦查的角度看将该证据物作为证据是不适当的。

七、证明对象

证明对象就是需要运用证据予以证明的事项。法院对下列事实可以不待证明而认定事实：公知的事实；对法院显著的事实；法律上推定的事实；事实上推定的事实；法规、经验法则。

八、举证责任

对需要证明的事实，在虽经竭力立证其事实存在与否仍旧不明后，一方当事人将受到的不利或

危险，称为“举证责任”或“立证责任”。举证责任原则上由作为国家机关的检察官承担。

九、严格证明和自由证明

运用诉讼法中规定的法定证据方法，经过法律规定的证据调查程序进行的证明，称为严格证明。运用除此以外的证据方法，不受法律规定的约束而进行的证明，称为自由证明。

第五节　侦　查

一、侦查权机关

法律上赋予犯罪侦查权的机关，是检察官、检察事务官及司法警察。

二、任意侦查

对于任意侦查，法律没有特别限制。侦查活动应当尽可能采取被疑人或者相关人员自愿的方式。任意侦查的方法通常包括以下几种：要求被疑人到场并对他进行调查；要求参考人到场并对他进行调查；自愿同行；获得由被疑人或者参考人自愿提出的书面材料；嘱托鉴定、口译或者笔译；照会；留存；现场检查；在符合一定条件下所进行的电子监视、拍照、录像等；电话通讯的截获；逆向追查电话、电波的发信人；诱饵侦查；跟踪、监视；电子跟踪；控制下交付。

三、强制侦查

1．逮捕与羁押。对被逮捕人实施逮捕后，是否羁押，需要法官审查决定。也就是说，羁押并不是逮捕的必然后果。

2．查封、扣押等。查封、勘验、鉴定处分、询问证人等都属于强制侦查措施，实施这些行为应当事先请求并取得法官签发的令状。

四、侦查终结

司法警察在侦查终结后，根据情况分别作出以下处理：1．移送检察官。2．移送家庭法院。3．微罪处分。

检察官对接受司法警察官移送的案件和自行侦查的案件，应根据情况分别作出以下处理：1．提起公诉或不起诉；2．移送家庭法院；3．移送其他检察厅的检察官；4．具有中止侦查事由的，中止侦查。

五、侦查阶段被疑人的权利

在侦查阶段，被疑人有委托辩护人的权利、与辩护人会见的权利、请求告知羁押理由的权利、对羁押裁判提出准抗告的权利等。

第六节　起　诉

一、提起公诉

案件侦查终结后，检察官认为符合起诉条件且有起诉价值时，应当向有管辖权法院提起公诉。提起公诉后，产生下面的效果：（1）诉讼系属，即案件处于由法院审判的状态；（2）禁止双重起诉；（3）公诉时效停止。

二、不起诉

不起诉分为欠缺诉讼条件及被疑事实不够成犯罪，或者没有犯罪嫌疑的不起诉和起诉犹豫的不起诉。

三、对不起诉的制约

1．准起诉制度。对滥用职权和公安调查官滥用职权的犯罪进行控告的人，如对不起诉处分不服，可以在法定期间内向作出不起诉处分的检察官提出请求书。检察官认为有理由时，应当提起公诉。检察官坚持不起诉的，由管辖地方法院依法确定是否将该案件交付法院审判。决定交付审判的，由法院指定律师公诉。这被认为是检察官起诉垄断主义的例外。

2．检察审查会制度。在每个地区法院管辖区内至少设一个检察审查会，审查未提起公诉的处理是否妥当，并提出改进检察事务的意见。

3．对作出送回裁定的少年案件的强制起诉。当家庭法院作出移送检察官的裁定时，只要没有证明不存在犯罪嫌疑或不应追诉的新事实，检察官就必须提起公诉。

第七节　第一审程序

一、公审准备

1．羁押被告人。2．保释。3．其他准备活动，包括组成合议庭或确定独任审判的法官；送达起诉书副本及告知辩护人选任权，或者依法指定辩护人；通知诉讼关系人；照会公务机关等；在公审期日外询问证人；指定审判期日等。

二、争点及证据的整理程序

1．公审前整理程序必须有检察官和辩护人参加。如果被告人没有辩护人便不得进行公审前整理程序。2．展示证据是整理程序的重要内容。

三、第一审普通程序

1．第一审普通程序的审理。开头程序。控辩双方请求调查证据。总结陈述。

2．证人作证的保护措施及被害人等的陈述意见权。法庭审理时对证人进行多种保护。被害人及其法定代理人出庭陈述意见的权利。

3．公审审理中的几个特殊问题。诉因及罚条的修正。辩论的分开、合并和再开。公审程序的停止和更新。

4．终局裁判。裁判在形式上有判决、裁定和命令。

四、即决裁判程序

检察官对于决定提起公诉的案件，认为案件事实清楚且轻微、证据调查能迅速终结并考虑其他情形而适当时，可以在提起公诉的同时，以书面申请即决裁判程序。提出即决裁判程序的申请，应当经被疑人同意。

五、简易命令程序

适用简易命令的要件是：案件属于简易法院管辖；可以处以 50 万元以下罚金或罚款的案件；被疑人对适用该程序没有异议。

六、交通案件即决裁判程序

简易法院根据检察官请求，可以就有关交通的刑事案件，以即决裁判处以 50 万元以下的罚金、罚款，同时可以并处缓刑、没收及其他附加处分。

第八节　少年案件刑事程序

一、侦查及移送

司法警察的侦查及移送。检察官的侦查及移送。

二、家庭法院的程序

有关身体的措施。案件的处理，包括返送检察官，不开始审判、不处分裁定和一事不再理，公审，裁判等。

三、刑罚执行的特别规定

对于受到惩役或监禁宣告的少年，应当在少年刑务所或监狱内特别设置有分界线的场所执行刑罚。

第九节　救济程序

一、上诉审程序

1．检察官、被告人、被告人的法定代理人和保佐人、原审的代理人和辩护人，依法享有上诉权。

2．对判决的上诉方法，分为控诉和上告。控诉是针对第一审判决向第二审法院提出的上诉。上告原则上是不服第二审判决的上诉方法。

3．对裁定的上诉方法，是抗告。对不得声明不服的裁定或命令，如果其违反宪法或判例，可以向最高法院提出特别抗告。

4．对法官作出的某些裁判，可以提出准抗告。

二、再审

再审是对宣告有罪的确定判决，为了被告人的利益，主要对认定事实不当予以补救的非常救济程序。

三、非常上告

非常上告是在判决确定后，以该判决违反法令为由而采取的补救措施。其目的在于统一解释法令，而不是对具体案件进行补救。

第十节　裁判的执行

一、死刑的执行

执行死刑应当依据法务大臣的命令。接受该命令后，检察官指挥执行。死刑在监狱内以绞首的方法执行。

二、自由刑的执行

自由刑由检察官指挥执行。

三、财产刑等的执行

财产刑应当依据检察官的命令执行。

复习与思考题

1．日本刑事诉讼法有什么特色？
2．日本法院系统有何特点？最高法院有哪些权限？
3．日本检察机关在刑事诉讼程序中有哪些职权？
4．日本司法警察是如何分类的，各自的权限有什么不同？
5．如何理解私选辩护和国选辩护？
6．日本刑事证据原则与制度包括哪些内容？
7．日本自白法则和非法证据排除规则有哪些特点？
8．如何理解任意侦查原则和强制侦查法定主义？
9．日本刑事诉讼中检察官与司法警察的关系有何特色？
10．如何理解起诉书一本主义？
11．日本对不起诉设置了哪些制约措施？
12．如何理解诉因制度？
13．日本证据展示的基本内容和特点是什么？
14．日本刑事审判的主要原则有哪些？
15．日本普通刑事审判程序有何特点？
16．日本即决裁判程序的基本内容是什么？
17．日本刑事简易程序有哪些？
18．日本少年刑事案件诉讼程序有何特点？
19．日本刑事上诉审程序的基本内容有哪些？
20．再审与非常上告的功能有何不同？

拓展阅读书目

1．【日】田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社 2000 年版。
2．孙长永：《日本刑事诉讼法导论》，重庆大学出版社 1993 年版。
3．彭勃：《日本刑事诉讼法通论》，中国政法大学出版社 2002 年版。

第六章　意大利刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解意大利的强制起诉原则、正当程序原则、控审职能分离原则、不得更改起诉内容的原则、内心确信原则、法官的证据补充原则、非法证据排除原则。重点思考意大利 1988 年刑事诉讼法典从审问式向对抗制转变的原因和措施。

学时分配：2

第一节　意大利刑事诉讼法概述

一、意大利刑事诉讼法的发展历程

1865 年刑事诉讼法典。1913 年刑事诉讼法典。1930 年刑事诉讼法典。1988 年刑事诉讼法典。

二、1988 年刑事诉讼法典的框架

1988 年新法典 746 条，两个部分，十一编。

第二节　刑事诉讼中的机关和诉讼参与人

一、法院

普通法院系统由治安法官、普通法院、高级（重罪）法院、上诉法院、最高法院组成。
特殊法院系统包括宪法法院、少年法院、军事法院和监察法院。

二、检察机关

检察机关执行控诉职能，领导警察实施侦查活动。在机构体系上，实行审检合署制，即检察院的机构被设置于法院中。

三、警察机关

在意大利，有三个主要的警察种类：国家警察，由内政部领导；宪兵警察，由国防部领导；经济警察，由财政部领导。

四、被告人

在一般诉讼程序中，具有被告人资格的人，是指在犯罪侦查终结时，由检察官向预审法官提出提交审判的请求或者直接提出审判申请而确立的相对人。

五、被害人

在典型的刑事案件中，被害人确切的说不属于一方当事人。但是，有权介入预审阶段和法庭审判阶段；可以通过向检察官提出申请而表明自己的上诉请求。

六、辩护律师

辩护律师的任命方式，分为自选辩护人和指定辩护人。

第三节　刑事诉讼原则

一、一般原则

正当程序原则。控审职能分离原则。诉讼阶段分别由不同的司法主体行使不同的诉讼职能。程序简化原则。

二、审判前阶段适用的原则

初期侦查阶段的秘密原则。强制起诉，由检察官依职权决定，不受被害人意志的限制。

三、审判阶段适用的原则

公开原则。口头原则。诉讼的直接和集中的原则。对质原则。不得更改起诉内容的原则。诉讼不可逆转的原则。

四、证据运用的原则

法官内心确信原则。无罪推定与举证义务原则。证明权利原则。直接言词和当庭对质原则。法官的证据补充原则。民事权利证明的限制原则。非法证据排除原则。

第四节　证　据

一、证据种类

证人证言。当事人陈述。鉴定结论。书证。

二、证明方法

检查、勘验。搜查。扣押。信息联络拦截。对质。辨认。司法实验。

复习与思考题

1．1988 年意大利刑事诉讼法典的产生背景是什么？
2．意大利刑事诉讼法典的内容、框架如何？
3．意大利刑事司法体制中的几个主要主体机关的特点是什么？
4．意大利刑事诉讼原则有哪些？它们各自的内容如何？
5．意大利刑事诉讼法中证据的种类是如何划分的？

拓展阅读书目

1．《意大利刑事诉讼法典》，黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版。
2．《外国刑事诉讼法》，宋英辉等著，法律出版社 2006 年版。

第七章　俄罗斯刑事诉讼

本章教学目的和基本要求：了解俄罗斯刑事诉讼制度的特色。了解俄罗斯新刑事诉讼法中对公民权利和自由的尊重以及法官令状制度。了解俄罗斯的无罪推定和自由心证制度。重点思考 2001 年俄罗斯联邦刑事诉讼法中的重大改革及其历史背景。

学时分配：1

第一节　俄罗斯联邦刑事诉讼法的特色

一、俄罗斯联邦刑事诉讼法的历史渊源

早期的《俄罗斯帝国刑事诉讼条例》。1960 年《苏俄刑事诉讼法典》。2001 年《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》。

二、俄罗斯联邦刑事诉讼制度的特色

1．引进了当事人主义的诉讼原则，改造了职权主义的传统和体制。

2．在打击犯罪与保障人权的协调方面，更强调了诉讼中的人权保障和诉讼民主，从而对于其一贯注重打击犯罪的追诉传统有所纠正。

3．基本建立了控辩平等对抗的诉讼结构，但检察机关的地位和作用仍在徘徊发展中。

4．在追求诉讼正义的同时，更强调诉讼效率。

第二节　刑事诉讼的参加人

一、法院

和解法官。区法院。联邦各主体法院，联邦最高法院，联邦军事法院。

二、控方参加人

检察长。侦查员和侦查处长。调查机关、调查机关首长和调查人员。被害人。自诉人、民事原告人和被害人、民事原告人、自诉人的代理人。

三、辩方参加人

犯罪嫌疑人。刑事被告人。未成年犯罪嫌疑人和刑事被告人的法定代理人。辩护人。民事被告人及其代理人。

四、其他参加人

证人、鉴定人、专家、翻译人员以及见证人是刑事诉讼的其他参加人。

第三节　刑事诉讼原则

一、刑事诉讼目的

1．维护被害人的权利和合法利益。2．保护个人免受非法的和没有根据的指控和判刑。3．对犯罪人判处公正的刑罚。

二、诉讼中的法制原则

为了加强刑事诉讼法的法制观念，保障刑事程序的依法进行，刑事诉讼中坚持法制原则。

三、只有法院才能行使审判权

刑事案件的审判权只能由法院行使；只有法院依法进行的刑事判决才能确定有罪和实现刑罚权。

四、尊重个人的名誉和人格权

刑事诉讼过程中禁止实行侮辱刑事诉讼参加人名誉的行为和做出这种决定，禁止以侮辱诉讼参加人人格的态度或造成其生命或健康威胁的行为对待诉讼参加人。

五、人身不受侵犯

1．没有刑事诉讼法规定的合法根据并依照法院做出的决定，任何人不得因为有犯罪嫌疑而受到拘捕或羁押。法院做出决定之前的羁押时间不得超过 48 小时。2．非法的拘捕、剥夺自由以及强制医疗、超期羁押的，必须立即释放。3．保障被依法拘捕或羁押的人的生命和健康不受威胁。

六、在刑事诉讼中维护公民的权利和自由

从人和公民的权利和自由的高度，强调了诉讼中的人权保障措施和法院、检察长、侦查员、调查人员必须履行的义务：必须向诉讼参加人进行权利告知；向放弃作证豁免权的证人告知权利和作证价值；采取保护被害人、证人、其他诉讼参加人及其家属安全的措施；因权利和自由受到侵犯对人造成的损害，以及进行刑事追究的公职人员对人造成的损害，均应予以赔偿。

七、住宅不受侵犯

除法律有特别规定的以外，公民的住宅只有经过住户的同意或者根据法院的决定，才能进行勘验；而对公民住宅进行搜查和提取物品则只有根据法院的决定才能进行。

八、通信秘密原则

除非根据法院的决定，禁止限制公民的通信、电话和其他谈话、邮件、电报和其他通信秘密的权利。

九、无罪推定原则

刑事被告人在未依照法定程序被证明有罪，并由已经产生法律效力的刑事判决确定其有罪以前被认为无罪；举证责任由控方承担，犯罪嫌疑人或刑事被告人没有义务证明自己无罪；存疑案件按照有利于被告的原则解释；有罪判决不得根据推测做出。

十、控辩双方辩论制

刑事诉讼实行控辩双方辩论制；控诉、辩护与审判职能分开；法院不是刑事追究机关，不得参加指控方和辩护方，并有义务为控辩双方履行诉讼义务和行使其权利创造必要条件；控辩双方在法院面前平等。

十一、保障犯罪嫌疑人和刑事被告人的辩护权

犯罪嫌疑人、刑事被告人被保障享有辩护权；法院、检察长、侦查员和调查人员应向犯罪嫌疑人和刑事被告人说明其权利并保障其辩护权的行使；在法律规定的情况下，保障辩护人、法定代理人必须参加刑事诉讼；在法律规定的情况下，使犯罪嫌疑人和刑事被告人可以无偿得到辩护人的帮助。

十二、自由心证评价证据

任何证据均不具有事前确定的效力。法官、陪审员以及检察长、侦查员、调查人员根据自己基于刑事案件中已有全部证据的总和而形成内心确信，同时遵循法律和良知对证据进行评价。

复习与思考题

1．俄罗斯刑事诉讼法典有哪些特色？
2．俄罗斯刑事诉讼中有哪些参加人？
3．俄罗斯刑事诉讼中有哪些原则？每个原则的内容是怎样的？

拓展阅读书目

1．黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社 2003 年版。
2．刘向文、宋雅芳：《俄罗斯联邦宪政制度》，法律出版社 1999 年版。

《司法鉴定学概论》教学大纲

张　方　编写

目　录

第一章　司法鉴定的对象和任务.....232
第一节　司法鉴定及其相关概念.....232
一、司法鉴定概念.....232
二、司法鉴定活动的法律特征.....232
三、相关概念.....232
四、检验与鉴定.....232
第二节　司法鉴定的对象和种类.....233
一、司法鉴定的对象.....233
二、鉴定对象和鉴定结论.....233
第三节　司法鉴定的任务.....233
一、司法鉴定在诉讼中的地位.....233
二、司法鉴定的任务.....233
复习与思考题.....234
第二章　司法鉴定的科学基础.....235
第一节　司法鉴定客体的必备条件.....235
一、司法鉴定客体与鉴定对象.....235
二、司法鉴定客体的必备条件.....235
第二节　司法鉴定客体的基本属性.....235
一、客体的特定性.....235
二、客体的相对稳定性.....235
三、客体特征的反映性.....236
四、客体基本属性与鉴定的关系.....236
第三节　司法鉴定中的同一认定理论.....236
一、“同一”的概念.....236
二、与“同一”相关联的概念.....236
三、同一认定的种类.....237
四、同一认定和种属认定.....237
复习与思考题.....237
第三章　鉴定人和鉴定机构.....238
第一节　鉴定人.....238
一、鉴定人的概念和诉讼地位.....238
二、鉴定人的条件.....238
三、鉴定人的权利.....238
四、鉴定人的义务.....238
五、鉴定人的法律责任.....239
第二节　鉴定机构.....239
一、鉴定机构的种类.....239
二、鉴定机构的设立.....239
三、鉴定机构的职责.....239
四、鉴定机构的法律责任.....239

复习与思考题……239
第四章　司法鉴定的程序……240
第一节　鉴定资料的收集、提取、固定与保全……240
一、鉴定资料的概念……240
二、检材的收集、提取、固定和保全……240
三、样本的收集、提取、固定和保全……240
第二节　鉴定的提请、决定、委托、指聘……240
一、鉴定的决定和委托……240
二、决定鉴定需要考虑的因素……241
三、决定鉴定的要求……241
四、鉴定的指聘或委托……241
五、鉴定委托的形式……241
六、对鉴定机构、鉴定人的选择……241
七、委托鉴定的时机……241
八、委托鉴定的手续……241
第三节　鉴定的受理……241
一、鉴定受理的概念……241
二、受理鉴定的依据受理依据……242
三、受理鉴定的手续……242
第四节　鉴定的实施步骤与方法……242
一、鉴定的准备……242
二、鉴定的实施……242
第五节　鉴定文书……243
一、鉴定文书的性质和作用……243
二、鉴定文书的结构和内容……243
第六节　补充鉴定、重新鉴定、共同鉴定……243
一、补充鉴定……243
二、重新鉴定……244
三、共同鉴定……244
复习与思考题……245
第五章　痕迹鉴定……246
第一节　痕迹的种类和作用……246
一、痕迹的种类……246
二、痕迹鉴定的作用……246
第二节　手印鉴定……246
一、指纹的特性……246
二、手印鉴定的依据……246
三、手印鉴定的程序和方法……247
四、手印鉴定结论的评断与运用……247
第三节　足迹鉴定……248
一、足迹的概念和种类……248
二、足迹鉴定的基本原理……248
三、足迹鉴定依据的特征及方法……249

四、足迹鉴定的方法.....250
五、足迹鉴定结论的评断与运用.....250
第四节　工具痕迹鉴定.....251
一、工具痕迹概述.....251
二、工具痕迹的分类.....251
三、工具痕迹鉴定要点.....252
四、工具痕迹鉴定结论评断与运用要点.....253
第五节　枪弹痕迹鉴定.....253
一、枪弹痕迹鉴定概述.....253
二、射击弹头痕迹鉴定.....253
三、射击弹壳痕迹鉴定.....254
四、射击情况的分析和判断.....255
第六章　物质成分鉴定.....256
第一节　物质成分鉴定的对象及特点.....256
一、物质成分鉴定的概念与对象.....256
二、物质成分鉴定的特点.....256
第二节　物质成分检验的一般方法.....256
一、物质成分鉴定材料的提取.....256
二、样本材料的收集.....256
三、物体检验材料的保存.....256
四、检验前的准备工作.....256
五、外观检验与净化分离.....257
六、物理检验.....257
七、化学检验.....257
八、仪器分析.....257
第三节　物质成份鉴定结论的评断.....257
一、鉴定结论的科学可靠性.....257
二、鉴定结论的证据价值.....257
第四节　爆炸物证鉴定.....258
一、爆炸物证的概念.....258
二、炸药的种类.....258
三、检材和样本的提取.....258
四、鉴定的方法.....258
第五节　油类、涂料鉴定.....259
一、油类鉴定.....259
二、涂料鉴定.....259
第七章　文书物证鉴定.....260
第一节　文书物证鉴定概述.....260
一、文书的概念和种类.....260
二、文书物证鉴定及其种类.....260
三、提交文书物证进行鉴定时应注意的事项.....260
第二节　笔迹鉴定.....261
一、笔迹以及笔迹鉴定的科学依据.....261

二、笔迹的特征.....261
三、书面语言特征.....261
四、文字布局特征.....262
五、笔迹样本.....262
六、笔迹鉴定的步骤.....262
第三节　印章印文鉴定.....262
一、印文的概念.....262
二、印文的特征.....263
三、影响印文特征变化的因素.....263
四、伪造印文的常用方法.....263
五、收集、提交印文比对样本时应注意的问题.....263
六、鉴定印文的常用方法.....263
第四节　伪造文书和变造文书鉴定.....263
一、伪造文书和变造文书的概念.....263
二、伪造文书的常用手法.....263
三、变造文书的常用手法.....264
四、伪造文书的鉴定.....264
五、变造文书的鉴定.....264
第五节　文书制作时间的鉴定.....264
一、文书制作时间及其鉴定的概念.....264
二、文书制作时间鉴定的方法.....265
三、收集样本时应注意的问题.....265
第八章　电子证据鉴定.....266
第一节　电子证据鉴定概述.....266
一、电子证据的形式.....266
二、电子证据鉴定的任务.....266
第二节　录像资料鉴定.....266
一、人像鉴定.....266
二、录像资料物之图像鉴定.....267
第三节　声纹鉴定.....267
一、声纹及声纹鉴定.....267
二、声纹鉴定的内容.....267
三、声纹鉴定的应用.....267
思考题.....268
拓展阅读书目.....268

第一章　司法鉴定的对象和任务

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍司法鉴定以及相关的基本概念，司法鉴定的种类和对象以及司法鉴定的任务和司法鉴定科学。本章的重点在于对司法鉴定的概念和种类有透彻性把握，难点在于对司法鉴定的法律确认等知识点的了解。

学时分配：2 学时。

第一节　司法鉴定及其相关概念

一、司法鉴定概念

司法鉴定是在诉讼过程中，对案件的专门性问题，按照诉讼法的规定，经当事人申请，司法机关决定，或司法机关主动决定、指派、聘请有专门知识的鉴定人，运用科学技术手段，对专门性问题做出判断结论的一种核实证据的活动。司法鉴定是通常所说的狭义的鉴定。

二、司法鉴定活动的法律特征

鉴定程序应严格按照诉讼法的规定，在诉讼过程中提起，由办案机关决定；

鉴定对象限于案件中经法律确认的专门问题；

作为鉴定主体的只能是法定鉴定机构中的有鉴定资格的专家，只能是自然人而不能是鉴定组织或机构；

鉴定活动的性质是以科技手段来核实判定证据的诉讼活动；

鉴定结论是我国诉讼法规定的法定证据。

这种鉴定在诉讼中进行，为实现司法职能服务。

三、相关概念

（一）刑事鉴定、民事鉴定、行政鉴定

此划分是按照对应刑事、民事、行政诉讼法的诉讼类型来划分的。

（二）刑事技术鉴定、检察技术鉴定、法医技术鉴定

公、检、法按照各自不同司法职能将司法鉴定划分的类型，具有部门色彩。

（三）物证技术鉴定

简称物证鉴定，是对案件中的形象痕迹、可疑文书和各种物质物品及其反映形象（或分离体、分裂体）进行的鉴定。它的范围要小于司法鉴定的范围，物证技术鉴定仅就鉴定对象而言，不仅限定于在诉讼中进行。既可以是诉讼性的，又可以不是。

四、检验与鉴定

二者关系目前还未有严格的确定，缘由是检验一词涵盖面很宽，不同的语境条件下可以有不同的理解。

第二节　司法鉴定的对象和种类

一、司法鉴定的对象

对象即作为思维和行为目标的人、物。按我国诉讼法的相关规定，司法鉴定的对象系指和案件有关，需要鉴定人解决的各类专门性问题。其范围包括客体物自身、客体物的反映形象、客体物与其它因素形成的相关事实。

专门性问题无外乎是与案件中人、事、物、（时、空）相关联的问题。称其中“人、物” 为客体物自身；由客体物自身形成的印痕或其他衍生形象称为客体物的反映形象；“事（时、空）”并称其它相关因素。

二、鉴定对象和鉴定结论

（一）鉴定对象是鉴定结论的物质基础和依据

鉴定结论是就鉴定对象所作的科学判断，构成了我国诉讼法规定的一类独立的证据形式。保证鉴定结论的合法有效，首先保证鉴定对象的科学性和合法性是必要的。

（二）鉴定对象的种类与范围

由于鉴定对象极其广泛，涉及的技术方法难以计数，有必要对鉴定对象加以科学的分类。

1．种类标准：以客体作为鉴定对象的划分标准。

2．范围标准：以客体反映形象和种种物质表现来界定。

第三节　司法鉴定的任务

一、司法鉴定在诉讼中的地位

（一）制度层面

司法鉴定制度为诉讼制度的构成部分。司法鉴定制度的完善程度是衡量一国诉讼制度先进性的标志之一。

（二）手段层面

司法鉴定是侦查、审判、法律监督的重要手段。证据是办理各类案件的核心问题，而证据的发现、提取、固定、鉴定、审查无不依靠鉴定技术来加以实现。

（三）发展层面：科技进步、社会发展引起相应涉案专门性问题的情形更为复杂，难度更为增大。要求大力发展学科理论与实践工作。

二、司法鉴定的任务

（一）基本任务

利用可用的科技知识，通过提供科学证据的形式为诉讼活动服务。鉴定手段的适用面非常广泛，为各部门在各个范围内提供服务。

（二）具体任务

1．发现证据。是工作的前提和起点。

2．记录、提取、固定证据。要求全面、客观、准确、迅速，能够在一定时期内保持原有的形态特征，即保持法定的证据效力。是工作的重要环节。

3．分析、识别证据。主要是对现场的工作。

4．鉴定证据。①确定人、物的同一。②认定客体种类范围和种类异同。③确定事件因果关系。④确定事件有无真伪。⑤查明证据来源出处。⑥建立档案和数据库网络。是工作的主要任务。

5．审查、评断证据。是工作的最终环节。

复习与思考题

1．从要点上把握司法鉴定的基本概念以及和相关概念的比较？

2．司法鉴定的对象是什么？对司法鉴定对象进行法律确认的意义、方式、步骤等各是怎么样的？

3．司法鉴定的基本任务和具体任务是什么？

4．司法鉴定科学和法庭科学的关系是什么？

第二章　司法鉴定的科学基础

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍司法鉴定的客体的必备条件和基本属性以及同一认定理论。重点在于对三大基本属性的全面把握，难点在与同一认定理论相关问题的准确理解。

学时分配：4 学时。

第一节　司法鉴定客体的必备条件

一、司法鉴定客体与鉴定对象

（一）司法鉴定的客体

是指作为鉴定主体行为目标的“人、事、物、（时、空）”。互相联系、互相交织。

人：根据人体各方面表现反映出来的本质属性，可进行人身同一认定的种种物。（不夸张的说，案件中任何与人相关的东西都有可能成为物证）

物：与案件有关的物体、物质、物品。通常是有形的实体物。

事：由于科技原因导致的和案件相关联的特殊事实。“事实”鉴定常称为情况鉴定。

（二）鉴定对象：

范围较鉴定客体宽泛，即包括客体物自身，又包括客体物自身的反映形象及由技术加工的复制品。

二、司法鉴定客体的必备条件

被鉴定客体的基本属性已经被现代科技手段证实并加以检验、显现、记录；这属于司法鉴定的科学基础理论问题。

满足上述条件的客体获得了不同形式的法律认可，有一定滞后性。这属于司法鉴定制度的法律规范问题。

第二节　司法鉴定客体的基本属性

一、客体的特定性

（一）客体特定性的概念

指一客体区别于自身以外的其它任何客体的特殊本质。把握两点：不同于其它事物；只能和自身保持同一。

（二）形成客体特殊本质的因素：

1．自身固有属性不同（物理、化学、生物属性）。

2．生产、加工过程中造成外表形态的特殊。（尤其是工具痕迹）

3．客体使用过程中一些附加特征的添加使其更为特定化。（形象痕迹）

4．人生产生活中形成的独特习惯和技能（笔迹文书、步幅步态、语音习惯）。

二、客体的相对稳定性

（一）客体的相对稳定性的概念

客体之重要特征，在一定条件下能够在一定时间内保持不变的属性。事物的变化是绝对的，但

在变化的过程中间存在有暂时的相对静止过程。稳定性是认识事物的必要条件。

（二）客体稳定的原因和程度

哲学上基本问题在司法鉴定中的具体化。

三、客体特征的反映性

（一）客体特征的反映性的概念

客体的特征借助一定条件，以不同形式在其他客体现出来的属性。

（二）客体特征的反映表现形式的种类

1．直接反映：客体特征最为客观和真实，是完全的反映；（主要是物质方面，断离物、人体物质等，自身与自身比较）

2．间接反映：客体特征在其他客体上通过反映形象及其他方式（如制模）的反映；（多为固体物的外表形态特征，工痕、指印、通过特征反映形象作比较）

四、客体基本属性与鉴定的关系

特定性、相对稳定性、反映性是鉴定客体的三大基本属性，共同构成鉴定的科学基础。三属性互相制约互相联系。三属性同时较好才能够满足较好的鉴定条件。

第三节　司法鉴定中的同一认定理论

一、“同一”的概念

同一的概念：同一是客体的自身同一，即自身和自身而不是与自身以外的别的客体。同一就是为了证明是自身与自身的关系。

同一与相同、相似：最关键的是看是同一个客体还是两个或更多的客体。

同一认定的目的是解决先后出现的客体是否同一的问题。

二、与“同一”相关联的概念

（一）客体

与案件事实相关联，能够据以证明案情，且需要用专门的科学技术知识进行鉴定的物体、人身与某些事实与现象。

（二）客体反映形象

物体、人身的某一部位在一定条件下形成的痕迹，或由技术手段制作的复制品。

（三）被寻找客体

与案件确实相关的人或物，是鉴定所要确定的客体。

（四）受审查客体

案件的侦查、调查、或鉴定过程中暂被怀疑与案件有关的人或物。鉴定是以被寻找客体为依据，以受审查客体作为比较对象。

（五）检材

习惯术语，常常是被寻找客体留下的反映形象，或自身的一部分。案件中的证据资料，作出结论以前尚不能确认它与受审查客体的关系，为“未知物”。

（六）样本

受审查客体的反映形象或其自身的一部分。常是从受审查人或受审查物处获得，为“已知物”。

三、同一认定的种类

按同一认定的客体划分：不是按客体名称而是按客体的基本属性来划分。（划分标准）

（一）“人”的同一认定

指最终鉴定结论所认定的是具体的人。这是依据人的某一方面的特性（技能习惯、形象特征、人体某一部分的物质特性等）去认定案件中要确定的人。缘由是人的某一部分的特征与整体特征是一体的，就某一方面的特征认定了统一就是认定了人的同一。

“人”的同一认定的方式有直接认定与间接认定两种

1．直接认定是依据被鉴定客体的直观特征直接进行的，直接认定的情况的较少。（次要形式）

2．间接认定是依据被鉴定客体所遗留的痕迹、字迹、分离物等确定与其自身的关系。（主要形式，整个物证鉴定的结论基本都属于间接证据。）

“人”的同一认定的结论可以直接证明被认定同一的人和案件发生的联系，甚至可以直接证明其是否犯罪。

（二）“物”的同一认定

通过鉴定来确定检材是否就是要寻找的物。“物”的同一认定客体主要包括犯罪工具、交通运输工具、枪弹、鞋袜、印刷物、物质成分等。

1．单体物：具有单一固定形态和单一外表结构的客体，能以较大的局部表面结构形态反映自身特征，其鉴定主要方式是比较客体反映形象。

2．合体物：具有整体特性而非单一结构、单一形态的客体，其每一细小部分都是独立的并能反映整体的特征。鉴定这些客体应有数量上的要求，目的是为确定受审查的物和被寻找的物是否属同类或同一合成物。（二者没有截然界限）

物的同一认定一般只能证明物与案件的联系，但不易确认物主与案件的联系。

四、同一认定和种属认定

（一）种属认定的概念

通过检验未知物质本身或未知客体留下的物质性反映形象确认物质属性和客体类型的一种方法，这是就客体相似或相同问题作出的判断。

（二）种属认定和同一认定的联系与区别

1．种属认定能为发现同一认定客体指明方向。

2．种属认定常是同一认定的初始阶段（符合认识的过程）。

3．种属认定能为同一认定提供佐证（工痕中夹杂微量物质）。

4．种属认定对于分离体认定具有特别意义。

种属认定是解决某一物质或客体究竟是何种物质或何种客体类型；同一认定解决的是先后出现的客体是否是同一个客体。

复习与思考题

1．司法鉴定的对象和客体分别是什么，有何区分。

2．客体的特征和特性有什么异同。

3．了解同一认定的概念、地位、分类等相关问题。

第三章　鉴定人和鉴定机构

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍我国司法鉴定制度的基本问题。重点在于了解鉴定制度、鉴定人、鉴定活动原则等基本面的问题；难点在于了解原有鉴定制度的不足和缺憾，以及新出台实施的决定对现有制度所产生的影响。

学时分配：2 学时。

第一节　鉴定人

一、鉴定人的概念和诉讼地位

（一）鉴定人是实施鉴定行为的主体，是取得鉴定资格并被司法机关指聘解决案件中专门性问题的自然人。

（二）鉴定人和鉴定辅助人、鉴定证人、技术顾问有本质不同

二、鉴定人的条件

由于鉴定人具有双重身份，既是科学工作者又是法律工作者。其从事的工作具有艰巨性和重要性，对鉴定人的条件各国法律要求的较严格。

（一）专业知识条件

这是作为鉴定人的首要条件。

（二）鉴定实践能力条件

这是开展鉴定活动的基础。

（三）法律知识条件

鉴定工作不是单纯的技术操作，而是多了一重法律性的要求。

（四）专业技术职务条件

鉴于司法鉴定是一种特殊的专业技术工作，鉴定人是以专家的身份提供证据，参与诉讼活动的。

（五）思想品德条件

这是保证鉴定结论客观公正的前提。

三、鉴定人的权利

（一）有权了解鉴定所必需的案件资料。

（二）鉴定人有权要求协助委托机关重新勘验、检查、做现场实验。

（三）有权要求委托机关完善鉴定资料。

（四）有权使用鉴定辅助人或进行鉴定协助。

（五）经委托机关同意有询问当事人、证人和勘验人的权利，这一过程应依法进行。

（六）具有独立鉴定权及合法权益受到侵犯时的控告权。

（七）有拒绝接受鉴定委托的权利，但这需要有一定的条件。

（八）有获得鉴定补偿的权利。

四、鉴定人的义务

（一）依法回避义务。

（二）按时完成鉴定任务、提交鉴定结论的义务。

（三）认真负责，不作错误和虚假结论的义务。
（四）接受司法机关、当事人和辩护律师询问的义务。
（五）保守案件秘密的义务。尤其牵涉当事人隐私和商业信息的鉴定。
（六）出庭作证的义务。
鉴定人的权利和义务随着鉴定的委托而产生，至鉴定结束自然终止。

五、鉴定人的法律责任

（一）故意作虚假结论的法律责任。
（二）故意拖延鉴定时限，给整个诉讼造成损失和影响的法律责任。
（三）故意损坏、更换鉴定材料，给鉴定带来严重后果的法律责任
（四）玩忽职守造成鉴定资料遗失、变质、失去鉴定条件的法律责任
（五）泄漏案内秘密的法律责任

第二节　鉴定机构

一、鉴定机构的种类

（一）根据其归属，分为侦查机关所属的鉴定机构、社会专门鉴定机构和行业鉴定机构
（二）根据服务对象，分为为本部门工作服务的鉴定机构和面向社会服务的鉴定机构

二、鉴定机构的设立

（一）鉴定机构设立的条件
主要有：人员条件、设备条件及其他条件
（二）鉴定机构的设立方式
（三）司法鉴定机构的变更和注销

三、鉴定机构的职责

受理鉴定的要求并组织实施鉴定
完成对本机构的从事鉴定工作人员的日常管理工作

四、鉴定机构的法律责任

复习与思考题

1．熟悉鉴定制度、鉴定人的概念。
2．了解“决定”出台以前我国司法鉴定体制的状况以及专家意见。
3．“决定”出台以后我国司法鉴定体制出现的变化以及仍然存在有的问题。

第四章　司法鉴定的程序

本章教学目的和基本要求：本章主要介绍司法鉴定程序方面的系列问题，基本上采取按照时间上顺序的方式加以介绍。本章重点在于对司法鉴定不同阶段的基本问题都能有较为准确的了解。

学时分配：6 学时。

第一节　鉴定资料的收集、提取、固定与保全

一、鉴定资料的概念

鉴定过程中直接应用于检验的一切资料的总称。鉴定资料的质和量的条件好坏直接影响到鉴定结论的正确与否。而鉴定资料的质与量的好坏主要受收取鉴定资料的过程中手续是否合法、方法是否恰当、保全是否有效等因素的影响。

二、检材的收集、提取、固定和保全

检材的概念

1．检材即被检验对象，原始的证据资料。被寻找客体的反映形象或被寻找客体自身的一部分。结论出来前是“未知物”。

2．对检材的收集、提取、固定和保全的要求

（1）手续合法；（2）范围全面；（3）方法科学；（4）迅速及时；（5）注意保全；（6）符合要求。

三、样本的收集、提取、固定和保全

（一）样本概念

供鉴定时与检材对照比较用的已知物。其取得也是由司法办案人员在侦查、调查中取得的。按样本作用的不同划分为同一认定鉴定样本和非同一认定鉴定样本，后者常是和检材的种类、产地、生产批号、物质成分等相同的样品。

（二）对样本的收集、提取、固定和保全的要求

1．来源真实可靠。

2．数量充足。

3．具备较为良好的可比条件。

4．程序合法有效。

5．方法科学恰当。

6．注意保全。

第二节　鉴定的提请、决定、委托、指聘

一、鉴定的决定和委托

鉴定的决定：只有享有侦查、起诉、审判权的司法机关才具有鉴定决定权。

二、决定鉴定需要考虑的因素

鉴定的种类、必要性与被鉴定客体的实际可能性。要求各司法工作者全面了解鉴定种类、鉴定范围对象，鉴定结论可以达到的要求，各门鉴定学科的发展等相关专业问题。

三、决定鉴定的要求

及时主动，紧密配合侦查审判活动的需要。在科学上、法律上都应该符合诉讼的需要。否则客体特征发生变化，抑或在证据问题上出现问题就容易丧失掉最好的鉴定机会，致使诉讼工作不利。

四、鉴定的指聘或委托

指聘：指派聘请，鉴定的指派与聘请各国均称之为鉴定委托。

我国法律将司法机关委托本部门进行鉴定称为指派鉴定，委托本部门以外的鉴定机构进行鉴定称为聘请鉴定。两者合称为鉴定指聘。鉴定的委托权（指派或聘请）是鉴定决定权的派生权利。

五、鉴定委托的形式

作为一项法律程序须有书面的委托文书。指定本部门鉴定时，颁发鉴定命令或主管人员签发的鉴定指派决定书；聘请外部门的鉴定机构时，出具鉴定委托书或聘请书。该文本是鉴定合法性的标志之一，不应以口头形式代替。

六、对鉴定机构、鉴定人的选择

司法机关依据案情与鉴定要求进行选择，要考虑鉴定的难度、性质，鉴定机构的人员、技术仪器水平，鉴定人员间有无何种形式的关联等诸因素。选择多由司法机关直接选任，少数情况由当事人、代理人、律师等提出建议，再由司法机关决定。

七、委托鉴定的时机

及时主动，配合侦查、调查、审判的需要。

八、委托鉴定的手续

该手续按照诉讼法与相关鉴定条例的规定，提交以下材料：

（一）鉴定委托书

（二）检材和样本资料清单

（三）案情资料介绍

（四）受审查人及相关人的基本情况

（五）供鉴定使用的补充文书资料（如现场勘察记录，侦查实验记录等文书副本）

（六）对重新鉴定或复核鉴定应提交前几次的鉴定书及附件

第三节　鉴定的受理

一、鉴定受理的概念

鉴定的受理指鉴定机构或鉴定人依据有关规定，决定接受委托单位的委托，办理有关手续和交接鉴定资料，为鉴定工作开展所作的法律程序性的准备工作。

二、受理鉴定的依据受理依据

（一）受理机构必须是合法取得鉴定执行权的鉴定机构

受理非鉴定机关的非专职鉴定人员进行鉴定，多应征得本人同意。

（二）只接受有鉴定委托权的机关的鉴定委托

鉴定机构要审查委托机关的鉴定决定权资格，同时要求解决问题的范围也应该是案内专门性问题，不得接受其他机关和个人的委托。

（三）受理鉴定应根据自己的条件

我国对司法鉴定机构的鉴定范围实行分类许可，鉴定机构的鉴定学科和项目是经主管部门审批决定的，不是说各个学科的鉴定项目都有权受理。每个鉴定机构的鉴定范围记载于鉴定许可证上。同时个案对鉴定人和设备仪器要求的条件也不尽相同。超出此范围，鉴定机构应拒绝受理并讲清原因。

（四）受理鉴定应尊重检材条件

受理前应首先检查检材、样本是否符合要求。若检材达不到要求且又不能补充的，可拒绝受理；若样本的条件不好，可要求委托机关重新收取或补充材料。

三、受理鉴定的手续

委托方与被委托方在交接过程中必须履行的手续。

（一）查验鉴定委托书

审查委托主体是否具有委托资格。

（二）收取委托机关制作的案情介绍和鉴定要求的书面材料，听取送检人的案情介绍和鉴定要求

（三）查验检材样本的名称数量确定是否具备鉴定条件

根据查验的情况结合自身状况确定是否受理，或要求其补充检材样本或修改鉴定要求。（形式审查和实质审查两方面）

办理具体的收案手续

受理人填写《受理案件登记表》，委托人签名盖章。对检材样本交接，大致约定完成鉴定的时间。

第四节　鉴定的实施步骤与方法

一、鉴定的准备

（一）熟悉案情和鉴定资料，明确鉴定要求

（二）拟定鉴定方案

（三）准备鉴定所需仪器和耗材

（四）对检材样本加以复制，便于进行比对

二、鉴定的实施

同一认定鉴定：以认定同一为目的的鉴定。

（一）分别检验

目的是为发现与确认被寻找客体与受审查客体各自的特征。

（二）比较检验

对检材和样本的特征作对照比较，确定其相同的特征与不同特征。

（三）综合评断

对检材和样本已经发现的特征符合点和特征差异点进行分析，确定其性质与原因，在该基础之上做出受审查客体是否就是被寻找客体的结论。

第五节　鉴定文书

一、鉴定文书的性质和作用

鉴定文书是反映鉴定委托、鉴定过程、鉴定步骤方法及其结果的一种法律文书。

鉴定结论是一种独立的证据形式，是由其他证据派生出来的。它是通过科技手段揭示事物或事实所蕴含的信息特征来证明与案件事实的联系的，而并非该事物本身。

鉴定结论是通过鉴定文书的整体内容来表现其证据作用的，其所有内容都能用来反映鉴定结论的合法性、科学性。

二、鉴定文书的结构和内容

封皮、目录、正页、副页、图片页。鉴定文书一般应以文字叙述为主，图片比对为辅。

（一）文字叙述部分

1．前言部分。鉴定文书的起始部分，反映鉴定的起因、鉴定条件与要求。具体应记录委托机关、委托日期、案由、送交检材和样本的名称、数量、种类、性状、来源、提取方法、包装运送情况、鉴定要求等。对复核、重新、共同鉴定或鉴定委员会鉴定还要有历次鉴定过程和结果的情况以及本次鉴定人构成的情况。

2．检验部分。叙述鉴定方法、过程及该过程发生的情况。这部分是反映鉴定方法是否科学有效，鉴定结论的依据是否充分的关键部分。

3．论证部分。评断检验结果论证鉴定结论科学性的说理部分。要求言简意赅，说理充分。其基本内容是总结归纳检验所确定的事实及其属性，并论证其科学原理。

4．结论部分。鉴定人根据检验所获得的最终结果来对委托机关的鉴定要求所作的明确答复。通常一句话表述，符合法律和科学的要求。

（二）图片部分

作为文字部分的补充，是一种直观的记录和依据的展现。其作用不可忽视，要求图片的选择和展现方式合理能够有效地补充文字内容。

第六节　补充鉴定、重新鉴定、共同鉴定

一、补充鉴定

补充鉴定是第一次鉴定的继续，在原鉴定的基础上为了完备鉴定结论由原鉴定机构和鉴定人对其中的个别问题进行的修订和补充。

（一）补充鉴定的适用范围

1．刑事诉讼中犯罪嫌疑人、辩护人，民事诉讼和行政诉讼中当事人、诉讼代理人在获知鉴定结论后，对其中部分结论持有异议，提请补充鉴定的申请。

2．鉴定委托机关提出多个鉴定要求，但鉴定文书所提供的鉴定结论不完备，需要就未鉴定的其他要求进行鉴定或补充说明。

3．鉴定机关在原鉴定结论出具后又获得了新的鉴定资料，该资料有可能影响原结论。

4．鉴定机关在原鉴定结论出具后为审理案件的需要就同一问题又提出了新的鉴定要求。

5．鉴定人所出具的鉴定文书有误，或结论表述不准确需修订或补充。

出现以上情况，司法机关应考虑批准或是直接提出补充鉴定。

（二）补充鉴定的提出与决定

刑事诉讼中犯罪嫌疑人、辩护人，民事诉讼和行政诉讼中当事人、诉讼代理人在获知鉴定结论后，对其中部分结论持有异议，可提请补充鉴定的申请；司法机关的办案人员也可据实际情况提出补充鉴定申请。司法机关认为确有必要，可作出决定，委托原鉴定机构和鉴定人进行补充鉴定。

（三）补充鉴定的手续及结果处理

委托机关须以书面手续向原鉴定人提出补充鉴定的具体要求，并提供相应的鉴定资料。补充鉴定的结果必须出具补充鉴定书，不可在原鉴定书上作批注。

二、重新鉴定

诉讼中当事人、代理人、犯罪嫌疑人及律师对原鉴定结论的全部持有异议，或司法机关对鉴定结论进行审查后认为难以取信，委托原鉴定机构、鉴定人以外的鉴定机构和鉴定人对同一问题进行的再次鉴定。

（一）重新鉴定的适用范围

1．刑事诉讼中犯罪嫌疑人、辩护人，民事诉讼和行政诉讼中当事人、诉讼代理人在获知鉴定结论后，对原鉴定结论全部持有异议，可提出重新鉴定申请。

2．原委托司法机关或其他司法机关审查鉴定结论后认定原结论不可靠，需由其他鉴定机关或鉴定人重新鉴定的。

3．司法机关经侦查调查获取新的鉴定资料，证明原鉴定结论不可靠，需进行再次鉴定的。

4．司法机关审查案内证据时，发现原鉴定结论和案内其他证据有矛盾，但并不能排除其他证据时。

5．几个鉴定机关鉴定结论不一致，司法机关无法采信时。

6．原鉴定机构由于仪器设备或鉴定水平的原因未能作出结论时。

7．委托机关对鉴定人的能力不信任，或发现其无资格，或鉴定人越过法定鉴定权限致使原鉴定结论无法作为证据时。

对重新鉴定应有次数的限制，不可无休止的进行。通常在一个诉讼程序或审级上不可超过两次 。

（二）重新鉴定的申请与决定

诉讼中当事人、代理人、犯罪嫌疑人及律师均可以申请。实践中申请多为司法机关和办案人员。决定权在于案件所在程序的司法机关。

（三）重新鉴定的委托和受理

程序同常规的委托、受理程序，不同点在于：（1）选择好鉴定机构和鉴定人，应适合鉴定要求，比原鉴定机构具有更好的条件和更高的级别。（2）准备和送交更全面的鉴定资料，写明重新鉴定的原因和要求，送交历次鉴定的所有检材、样本与其他资料。如必要还需交历次的鉴定书。

（四）重新鉴定结果的处理

并非是对原鉴定结论的复查，而应重新按程序要求另行来作（重打鼓、另筛箩），并出具正式鉴定书。

三、共同鉴定

两个以上的鉴定机构、多个鉴定人对同一问题进行的集体鉴定。常由受理鉴定的机构主持，邀

请其他鉴定机构的鉴定人参与。

（一）共同鉴定的适用范围

1．鉴定机构出现设备、技术方面的原因需要邀请另外的鉴定机构与鉴定人的，在征得委托机关和当事人同意的情况下。

2．同一专门性问题经两个以上的鉴定机构，鉴定结论不一致的致使难以采信的情况。

3．当事人、代理人、犯罪嫌疑人及律师对几个鉴定机构的鉴定结论持有不同程度的异议，向司法机关提出扩大鉴定机构和鉴定人的范围的请求，司法机关认为确有必要。

（二）共同鉴定的形式与组织实施

组织形式有地区性和部门性两种。

1．地区性共同鉴定：一个地区范围内，以一个鉴定机构为主（受理机构），邀请另外的鉴定机构、鉴定人参与鉴定。

2．部门性共同鉴定（系统性部门鉴定）：由上级鉴定部门主持，聘请同一个部门几个鉴定机构的鉴定人进行鉴定。这是解决疑难案件和鉴定分歧的重要组织形式。

数量上以地区性共同鉴定居多。

（三）对于组织共同鉴定部门的要求

选择理论水平高、办案经验好、处理疑难或协调分歧的能力强的知名专家担当。对于协调分歧的共同鉴定，原鉴定人不可参加，必要时甚至原鉴定机构的人都不可参加。共同鉴定的鉴定书应以组织鉴定的鉴定机构名义出具。

复习与思考题

第五章　痕迹鉴定

教学目的和基本要求：了解并掌握指纹、足迹、工具痕迹和枪弹痕迹等的基本概念；明确痕迹的各种分类；指纹、足迹、工具痕迹和枪弹痕迹的分类、特征；指纹、足迹、工具痕迹和枪弹痕迹的鉴定方法及作用

学时分配：8 学时。

第一节　痕迹的种类和作用

一、痕迹的种类

（一）静态痕迹和动态痕迹

静态痕迹指在痕迹形成过程中，造型客体与承受客体接触面保持相对不动，在承受客体表面形成的印痕。

动态痕迹指在痕迹形成过程中，由于造型客体与承受客体接触面的滑动形成的印痕。

（二）平面痕迹和立体痕迹

（三）可见痕迹和潜在痕迹

（四）断离痕迹

二、痕迹鉴定的作用

第二节　手印鉴定

一、指纹的特性

人的指掌乳突线花纹具有人各不同、各指不同和终身不变的基本特性。指掌乳突线花纹的特性，是指纹学的核心和精髓，关于指掌乳突线花纹特性的理论，是指纹学个人识别理论的基石。

（一）各人各指不同

各人各指不同，是指乳突线花纹结构的形态，乳突线细节的形状、数目、位置、距离、相隔线数和角度关系在其总体上所构成的特定性，亦即独特性，不重复性。通俗地说，各人各指不同，是指世界上找不到指纹完全相同的两个人，也找不到十指中有相同指纹的一个人，每个人的指纹绝不会与别人的指纹相同，也不与自己十指中的某一个指纹相同。

（二）指纹终身不变

指纹终身不变是指从胎儿 6 个月形成指纹之时起，经出生到死后真皮乳突层腐烂之时止，手指乳突线花纹类型、具体形态，各个细节特征的形状、数量、位置和相互关系所构成的特征总和始终不变。指纹终身不变具有分子遗传学、组织学和生理学的根据。

数量和形态。指纹三角特征既是划分指纹类型的一个条件，又是指纹鉴定的一个依据。

二、手印鉴定的依据

手印鉴定包括：指纹印鉴定、指节印鉴定、掌纹印鉴定。手印鉴定通常以纹线的一般特征和细节特征为依据。

（一）一般特征

指纹的一般特征主要包括：花纹种类（纹型）、纹线系统组合形态、花纹中心的结构、三角的数目、形状、位置等。

（二）细节特征

指纹的细节特征是指纹鉴定认定异同的主要依据。主要包括：纹线的起点、终点、分歧、结合、小钩、小点、小眼、小桥、小棒等细节纹线的具体形态、部位方向及相互间的位置关系；细节纹线的粗细、长短；纹线上汗孔的位置、大小、数目；伤疤的形状、位置、大小及与周围乳突线的关系等。

三、手印鉴定的程序和方法

（一）手印鉴定的一般程序和方法

先进行乳突线花纹的形态特征（一般特征）比对，然后进行乳突纹线细节特征的比对。只有在检材手印与样本手印的花纹形态特征相同或基本相同的情况下再进行细节特征的比对。

（二）一般特征比对（种类特征）

1．指印中心和三角的比对。包括中心纹线的形态比对、乳突线花纹中心的倾斜方向和倾斜度的比对、中心至三角的距离（相隔线数）比对、中心与三角的搭配关系比对。

2．纹线比对。具体为纹线流向的比对、纹线弧度的比对、手印纹线的粗细及密度的比对、伤疤的检验等。

（三）细节特征比对

寻找、确定检材手印中细节特征点的方法一般是从“中心”向外围扩展，由清晰部位向模糊部位寻找。清晰部位中的特征点应一线一线顺序找，模糊部位中的特征点要在相邻两线顺势观察两线之间的距离变化。手印鉴定细节特征比对方法主要有细节特征连线法和细节特征对照法。

（四）综合评断

1．综合评断内容。包括对种类特征的评断和细节特征点的评断；对相同点（符合点）质量高低的评断和差异点产生的原因、性质的评断。

2．经过比对后一般可出现三种情况：

（1）种类特征与细节特征相同，没有明显差异。（肯定性结论）

（2）种类特征与细节特征基本相同，但也有差异。（既不能得出肯定的结论，也不能得出否定的结论）

（3）种类特征相同，细节特征不同（否定性结论）

3．细节特征点质量的评断——本质的差异？非本质的差异？本质的符合？非本质的符合？

四、手印鉴定结论的评断与运用

（一）手印鉴定结论科学可靠性的评断

根据诉讼法的规定，手印鉴定结论虽属鉴定结论之一，但须经审查属实才能作为定案的依据，对手印鉴定绪论的审查评断包括对其可靠性和合法性的两方面的评断。对手印鉴定结论科学可靠性的审查一般从以下四个方面入手：

1．审查检材手印的条件。

2．审查检材、样本手印形成的时间差。

3．审查鉴定结论依据特征的数量和质量。

4．审查手印的发现、显现、提取、保全、鉴定的方法。

（二）手印鉴定结论的运用

手印鉴定结论不仅运用于于刑事案件、民事案件、行政案件，还运用于其他非诉讼案件中，不仅司法机关使用这种证据，诉讼当事人也利用手印鉴定结论来为自己的诉讼主张服务。

1．司法机关对手印鉴定结论的具体运用

（1）可以证明犯罪嫌疑人在案件现场的活动过程事实。

（2）某些特殊案件有时可以直接证明遗留手印的人就是犯罪嫌疑人。

（3）与其他证据相互印证共同发挥证明作用。

2．诉讼当事人对手印鉴定结论的运用。这主要是指刑事、民事、行政案件中的原告和被告及其代理人对手印鉴定结论的具体运用。

在民事、行政案件中，手印鉴定结论常常涉及到手印鉴定结论所认定的人是否为民事权利和义务的享有人、承担人或证明材料的真实提供人。

在刑事案件中，犯罪嫌疑人、被告人、受害人也可利用手印鉴定结论，为自己进行辩护或支持自己的控诉。

第三节　足迹鉴定

一、足迹的概念和种类

（一）足迹的概念

所谓足迹，俗称脚印，是受人体制约的足或穿鞋、穿袜，与承受客体接触所形成的痕迹。

足迹的形成是人以足或穿鞋（袜）为造痕体，在承受客体上做站立或行走运动时，在肌力和自身重力的作用下，足底面和鞋（袜）底面的形态结构在承受客体上留下的痕迹。这标志着足迹已形成，它储存着丰富的人体信息。其中包括赤足或穿鞋、穿袜的形象特征，以及其他附属特征（人体气味、行走动作和附着物）。

（二）足迹的种类

1．按足迹造痕客体不同可分为赤足印、袜足印和鞋印。

2．按足迹承痕体表面变化可分为立体足迹和平面足迹。平面足又可分为加层和减层平面足迹。

3．按足迹的数量和搭配关系可以分为单个足迹和成趟足迹。

4．按足迹的反映性可以分为正常足迹和变形足迹。变形足迹包括残缺足迹、模糊足迹、重叠足迹和特殊足迹等。

二、足迹鉴定的基本原理

（一）足迹的特定性

所谓足迹的特定性，是指足迹形态与其他事物联系的个人差异性。由于人体形态结构存在着个体差异，使人行走姿势千姿百态，人各不同。足迹的这一特性成为足迹检验认定某造型体或认定人身的根本依据。

（二）足迹的相对稳定性

所谓稳定性，是指在一定时期内保持其特定性或基本特征不变，以维系其自身同一的属性。这种稳定性是我们识别客体、达到同一认定目的的最基本条件。

（三）足迹的反映性

所谓足迹的反映性，是指足迹形态及其特征与诸种相关事物因果关系的客观性。在足迹发生变化及对其应用等各个阶段的全过程中，以具体的足迹形态和储存的各种信息反映出造痕体的一般特性和个别特性，使足迹具备了反映造痕事物的反映价值，成为造痕事物客观存在的特殊形式。

（四）足迹的连续性

所谓足迹的连续性，是指足迹形态及其特征的重现性。行走是人体活动的常见方式，是一种重复进行的连贯性动作。行走运动中，根据左右脚的起落，可分为双支撑阶段、右脚单支撑阶段、左

脚单支撑阶段。

（五）人体行走运动的周期性

人体行走运动的基本动力是肌力、支撑面的阻力（反作用力）和摩擦力。行走时，人体运动器官各部分的活动是重复进行的周期性运动。一个周期中，左右脚各经过一次支撑和摆动时期，共分为六个阶段，包括支撑时期的支撑腿的前步阶段、支撑腿的垂直阶段、支撑腿的后步阶段和摆动时期摆动腿的后步阶段、摆动腿的垂直阶段、摆动腿的前步阶段。

三、足迹鉴定依据的特征及方法

所谓足迹的形象特征，是指人的足（鞋、袜）底的外表形态结构及个体特征在足迹上的形象反映。

（一）赤足足迹特征

1．赤足足迹的种类特征。（1）隆出。隆出是指足底痕迹边沿突出的弯曲部分。（2）足趾痕迹形状与分布。包括趾头痕迹的大小、趾头痕迹的形状、趾头痕迹的分布和足趾痕迹前缘顶点连线的形状。此外还有畸形足趾痕迹、足趾痕间隙大小和形状以及足迹趾节区的形状。

2．赤足足迹的个别（特定）特征。（1）赤足足迹乳突纹线特征。包括种类特征和个别特征。乳突纹线的基本类型即弓型纹、箕型纹和斗型纹和混杂型纹是乳突纹线的种类特征，乳突纹线的起点、终点、小勾、小眼、小桥、小点、小棒、分歧、结合的局部形态和结构则是个别特征。（2）褶纹、皱纹特征；（3）伤疤特征；（4）鸡眼、老茧、脱皮特征；（5）畸形足趾痕迹特征；（6）附着物特征。

（二）袜足迹特征

在犯罪现场上遗留穿袜足迹比较常见。袜子较薄，柔软而富有弹性，因而穿袜足迹不仅能够反映出袜子的特征，还能反映出赤足的特征国。检验时，除可以分析和判断袜子的种类外，还可以参考赤足足迹特征进行分析研究。

1．袜子原料及生产工艺特征（种类特征）。织袜所用的不同原料纺出的纱线有粗有细，织出的袜子经纬结构有不同特征。

2．袜底穿用修补特征（个别特征）。在穿袜足迹中，能反映出袜底各部位的磨损、补丁、缝合和粘连的痕迹，其数量、形状、大小、位置特别是针脚、线头等磨损的具体细微特征都很独特。有的穿袜足迹上还可以反映出附着物痕迹，如油漆、沥青等痕迹。

（三）鞋印特征

1．鞋印的形态特征。包括：鞋印的大小和鞋底各部位的形状。鞋印的大小一般通过测量的方法得出，具体包括鞋印全长、鞋前掌宽、鞋弓宽、鞋跟宽。鞋底各部位形状，包括鞋内侧边缘形状、鞋前尖形状、鞋面形状、鞋跟形状等。

2．鞋底制作特征。鞋底的制作特征主要根据鞋的生产工艺方法和鞋底的原料品种而形成。包括生产工艺特征和鞋底的原料品种特征。

4．鞋的穿用与修补特征（个别特征）。所谓穿用特征，主要是指鞋底在穿用过程中造成的磨损、老化和损伤，即通常说的硬伤、磨损、孔洞、断裂、龟裂等。包括鞋外底损伤特征、鞋外底磨损特征。修补修饰特征是指鞋在穿用时发生损坏，如穿孔、折断、裂纹、脱胶等进行修补时形成的特征。

其他特征包括局部鞋帮特征、鞋面褶纹、皱纹特征、附着物特征、脱落物特征等。

（四）足迹鉴定的步法特征

1．步幅特征

步幅特征是指人在行走时反映左右脚之间相互搭配关系的特征，包括左步长、右步长、左步宽、右步宽、左步角、右步角。用这些特征描述人在行走运动中表现在步幅方面的特点，可显示出一个

人在步幅方面的稳定性，又可表现出不同人在步幅方面的差异性。主要描述量有：足迹中心线、步行线、左步长、右步长、左步宽、右步宽、左步角、右步角。

2．步态特征

步态是指单个足迹中形成各种动力定型的细微特征，能够间接反映人体生理特点和步行姿势。按照每只脚在行走运动周期内所完成的动作，在较松软的地面上留下各不相同的步态特征，具体包括：磕痕、踏痕、推痕、跄痕、坐痕、迫痕、压痕、拧痕、抬痕、蹬痕、挖痕、抠痕、挑痕、耙痕、划痕、扫痕、擦痕。

四、足迹鉴定的方法

（一）足迹样本的种类及其收取方法

足迹鉴定视检验方法的不同，对样本亦有不同的要求，样本足迹的质量直接影响到鉴定的可靠与否。因此对于不同种类的样本需采用相应的收取方法并注意有关的问题。足迹样本包括足迹现实样本、鞋袜实物样本和足迹档案样本。现实样本又可分为自然样本、捺印样本和实验样本。

（二）足迹鉴定基本方法

足迹鉴定的方法与手印鉴定的方法基本相同，也是分别检验、比较检验和综合评断三步。只是在比较特征异同时采用的方法有差别。比较的方法有数学测量法、几何边线构图法、特征对照批示法重叠比对法、线痕接合比较法等。

五、足迹鉴定结论的评断与运用

足迹是一种常见的痕迹，各类案件都可能运用足迹物证证明其案件中的人或物的某种联系。应用鉴定结论时应从各方面进行审评断。

（一）足迹鉴定结论的可靠性评断

1．审查检材足迹形成的条件。

2．审查样本足迹的形成条件。

3．审查足迹检材与足迹样本形成的时间距离。

4．审查鉴定方法的可靠程度。

5．审查鉴定人运用的特征及其价值。

（二）足迹鉴定结论的运用

足迹鉴定结论，既有认定人的同一，又有认定物的同一，还有认定人与鞋的关系，评断证据意义的方法较为复杂，应当分别进行。

1．赤足迹认定同一时可确定某人到过现场，鉴定结论所肯定的人，可直接证明其与案件的某种联系。

2．鞋印认定同一的鉴定结论，它只能证明鞋与案的关系。

3．鞋内底印认定穿鞋人和根据鞋底磨损特征认定穿鞋人的结论属于人的同一认定结论，仅可证明鞋与人的关系，不能证明其他关系。

4．袜印鉴定结论与赤脚印的证明作用大致相同，但只有同时依据袜底和脚底面两方面的特征所作的鉴定结论才能如此，单独依据袜底印特征认定的人，与鞋印结论的证明力一致。

5．根据人体行走动作习惯特征认定人身的结论，在是否能作为法庭证据方面人们认识不一。

第四节　工具痕迹鉴定

一、工具痕迹概述

（一）工具痕迹的概念

工具痕迹是指作案人利用一定的工具破坏、侵害客体时，引起承痕体的受力部位发生塑性形变或断离而形成的形象痕迹。简称“工痕”。

（二）工具痕迹的特点

1．立体性。工具痕迹是工具或其他器物作用于承痕体后，使承痕体受力部位发生塑性形变或断离所形成的痕迹，因此工具痕迹是一种立体的形象痕迹，具有长、宽、高（深）三维性，直观可见。

2．稳固性。工具痕迹是一种立体痕迹，它不是以承痕体表面附着物（中介质）的增减变化来表现工具痕迹，而是以承痕体材料发生的形变来表现，且多遗留在金属、木材、人体骨骼等较稳固坚实的承痕体上，使工具痕迹一旦形成后能较稳固地保留下来。

3．多变性。多变性是指工具痕迹在形成过程中由于受多方面因素的影响而可能产生形态各异、变化多端的痕迹形态，使工具痕迹显现出复杂多样的特点。

4．附着物、分离物多。工具痕迹在形成过程中，往往发生工具与承痕体之间物质的转移和工具作用部位材料的断裂分离。

（三）工具痕迹的作用

1．根据工具痕迹可以推断工具种类。

2．根据工具痕迹，分析推断作案手段，刻画作案人条件。

3．根据工具痕迹揭露伪造或伪装现场，鉴别案件性质。

4．根据工具痕迹为并案侦查提供依据。

5．检验鉴定工具痕迹，认定或否定嫌疑工具，为破案、诉讼提供证据。

6．提取检验现场上工具的分离物及工具痕迹和嫌疑工具进行物质成份检验。

（四）工具痕迹的形成

1．工具。工具是形成工具痕迹的造痕体。刑事案件中作案人所用的工具是指广义上的工具，其种类繁多、功能各异、形态多样，决定了所形成的工具痕迹复杂多变。工具的种类包括一般工具即普通工具、专业工具、代用工具和自制工具。

2．被破坏客体。刑事案件中常见的被破坏客体多是木质客体与金属客体，有时也出现土质、骨质、纺织物、竹器、玻璃、塑料、皮革等其他客体。

3．作用力。作用力是工具痕迹形成中最为活跃的因素，是造成工具痕迹多变性的主要因素。这是由于力的变化是极其复杂的，构成力的基本要素有施力的方式、施力的大小、施力的方向、角度及力的作用点。

二、工具痕迹的分类

（一）按痕迹的形态分类

1．凹陷状痕迹。凹陷状痕迹是承痕体在工具的法向力作用下，在其与工具静态接触的部位形成的凹陷变形。如螺丝刀撬压痕迹，铁锤的打击痕迹多呈凹陷状痕迹。陷状痕迹由痕壁、痕底、痕止缘、痕底四个量描述。

2．线条状痕迹。线条状痕迹是承痕体在工具的切向力作用下，在其与工具动态接触的部位形成的切划面，因其表现形式为凸凹相间的一束线条，故称线条状痕迹。如刀斧砍切树苗、人体骨骼

形成的砍切面上留有凸凹相间的线条痕迹，钳剪工具剪切金属线材形成的钳剪痕迹及锯、锉、钻痕迹等均属线条状痕迹。线条状痕迹的结构可分为痕起缘、痕止缘、痕迹面三个部位。

（二）按作用力的性质分

1．动态痕迹。动态痕迹是线条状痕迹的另一种称谓。由于线条状痕迹形成过程中，工具与承痕体的接触部位处于相对运动的状态，接触点位置发生相对位移而形成，故称动态痕迹。

2．静态痕迹。静态痕迹是凹陷状痕迹的另一种称谓。由于凹陷状痕迹形成过程中，工具与承痕体的接触部位位置关系总体不变，接触点位置不发生相对位移而形成，故称静态痕迹。

（三）按作用力的方式分

按作用力的方式可分为撬压痕迹、打击痕迹、擦划痕迹、剪切痕迹、刺切痕迹、割削痕迹。

三、工具痕迹鉴定要点

工具痕迹鉴定是运用痕迹同一认定的基本原理和方法，依据形象特征比较、分析得出现场工具痕迹是否为被送检的嫌疑工具所留的过程。

（一）检验现场痕迹

检验现场工具痕迹的任务是：

1．首先发现提取现场工具痕迹中的附着物，是现场勘查中的一项基本任务。

2．区分痕迹种类，识别重叠工具痕迹和变形工具痕迹。

3．分析痕迹形成的工具条件与作用力条件。

4．寻找确定比对特征。即寻找确定凹陷状工具痕迹特征、线条状痕迹特征和细节特征。

（二）检验嫌疑工具

检验嫌疑工具的任务是：

1．首先寻找提取嫌疑工具上有无与现场痕迹相关的附着物。

2．研究嫌疑工具是否具备形成现场痕迹的各项条件。首先，研究嫌疑工具的结构、功能是否能形成现场痕迹。其次，要进一步研究嫌疑工具的大小、厚薄、长短、粗细、硬度等方面的条件是否满足现场痕迹的形成条件。

3．初步判断嫌疑工具可能形成现场痕迹的接触部位。

（三）制作实验样本

实验样本是指用嫌疑工具可能形成现场痕迹的部位，在适当的实验材料上，模拟现场痕迹形成的作用力大小、方向、角度、作用方式等条件进行试验所取得的痕迹样本。

（四）比较检验

1．比较的顺序。先比较种类特征，后比较个别特征；先比较痕迹的总体形态、轮廓，后比较痕迹的细微特征。

2．比较的方法。工具痕迹的种类不同，采用的比较方法也不同。总的来说有以下四种：特征对照比较法、特征重叠比较法、线痕特征接合比较法和线痕特征扫描曲线比较法。前两种比较法主要用于凹陷状工具痕迹的比较，后两种比较法主要用于线条状工具痕迹的比较。

（五）综合评断

1．凹陷状痕迹认定与否的依据。（1）嫌疑工具的结构、形状、功能、强度等是否具备形成现场痕迹的工具条件。（2）工具的某一部位或其实验样本痕迹的形状、大小、凹凸结构是否与现场痕迹相对应。（3）全部或多数个别特征的形状、大小、凹凸结构、曲折形态、分布位置及特征的相互排列关系是否相同。（4）有无明显差异点，或少数差异点能否得到合理解释或经实验验证排除。

2．线条状痕迹认定与否的依据。（1）工具的结构、形状、功能、强度等是否具备形成现场痕迹的条件。（2）线条在接合比对中，粗大、明显、连贯的线条接合是否自然，接合率是否近于 100

%；中等粗细的线条接合率能否达 70%以上，细线条的接合率是否占 40%以上。（3）接合线条的凹凸结构、峰谷形态、粗细间距是否相一致。（4）少数对接不上的线条经反复实验能否证明是痕迹形成的条件不同等原因造成。

四、工具痕迹鉴定结论评断与运用要点

（一）工具痕迹鉴定结论的可靠性评断

对于工具痕迹鉴定是否科学可靠进行评断时，除了一般鉴定均需注意的是否合乎有关程序的要求外，需重点注意痕迹的变化情况、痕迹对工具特征的反映和鉴定依据的特征等方面。认定同一时要注意依据的特征数量和质量。虽然对工具痕迹的鉴定不像手印鉴定对待征数量有较明确的要求，但对特征的数量和质量有一定的要求则是确定的，如对动态条状痕迹，明显的、连贯的凹凸线痕应能自然延续对接，细微的线痕也要求大部分能够对接，少量不能对接的线痕应证明其属于偶然因素形成的差异。

（二）工具痕迹鉴定结论的证据价值

对工具痕迹的鉴定在条件充分时可以得出工具是否同一的结论，具备一定条件时可以认定工具的种类。对于工具的种类认定可以帮助确定侦查的范围和排除嫌疑工具，如果认定的是特殊工具，则可能有较高的证据价值。此外通过工具痕迹还可认定工具的作用方式，这一点对于证实案件发生的过程和情节是有意义的。

第五节　枪弹痕迹鉴定

一、枪弹痕迹鉴定概述

（一）枪弹痕迹鉴定的概念

枪弹痕迹是指枪支发射时，在射击弹头、弹壳、枪械和射击客体上形成的痕迹。

枪弹痕迹鉴定是指运用痕迹检验学的一般原理和技术方法，以及枪械、枪弹、内外弹道等科学知识，对枪械发射枪弹后留在弹头、弹壳和被射物体上的痕迹、射击残留物进行分析、检验，以确定发射枪械、枪种，查明弹道特性和案件性质、情节等，从而达到揭露犯罪和证实犯罪目的的一门综合性的刑事科学技术。

（二）枪弹痕迹检验的主要任务

1．区分发射枪种和认定射击枪械。
2．查明作案的具体情节。
3．判断作案枪械的性能、状况。
4．对人体致伤效应的检验。
5．确定射击距离。
6．对多起案件现场的弹头、弹壳物证进行串并案。
7．查明与枪械子弹有关的信息。
8．特种枪械的技术性能鉴定。
9．查对枪弹痕迹档案。

二、射击弹头痕迹鉴定

射击时，弹头在火药气体的压力作用下通过枪管，受到多个力的作用，弹头披甲与枪管内壁作用形成能反映枪管内壁构造和使用状况的痕迹特征，在枪弹检验中既可区分发射枪种，又能认定射击枪械。

（一）膛线枪管射击弹头上的痕迹

按形成痕迹的时间、顺序和作用客体性质不同，弹头上的痕迹可分为弹头部的磕碰痕迹、拔弹痕迹、坡膛痕迹（初生痕迹）和线膛痕迹（次生痕迹）。

坡膛痕迹是弹头在火药气体压力作用下经过坡膛进入线堂之前，克服坡膛内表面的阻力而形成的线条状擦划痕迹，是认定发射枪械的主要痕迹，又称为初生痕迹。

线膛痕迹是弹头挤进膛线和在膛内旋转前进时，因挤压、剪切、摩擦等作用形成的与弹轴方向有一定夹角的擦划痕迹，与坡膛痕迹相对应称为次生痕迹。它反映出枪管膛线的结构特征和阳膛线表面的状态特征。膛线痕迹是成对出现的，即阳膛线痕迹和阴膛线痕迹。射击弹头膛线痕迹的种类特征包括膛线痕迹的倾斜方向、膛线痕迹的数量、膛线痕迹的宽度以及膛线的起末端痕迹；膛线痕迹表面的细小纹线、凹凸点、裂纹、金属卷屑等是认定发射枪支最有价值的细节特征。

（二）射击弹头痕迹的鉴定

1．鉴定准备。鉴定准备阶段，要了解案情，熟悉检材弹头痕迹的形成过程、提取保存方法、痕迹特征；勘验样本枪支、子弹或其射击弹头痕迹，掌握基本情况。

2．分别检验现场弹头、样本弹头。本着先检验现场弹头后检验样本弹头的顺序，分别寻找、确定射击弹头（弹丸）上痕迹的种类特征和细节特征。

3．比较检验现场弹头与样本弹头。经过分别检验，如果检材弹头痕迹与样本弹头痕迹的种类特征相同和某些细节特征相似，即应进行逐一比较。比较检验弹头痕迹的基本方法为线痕接合法。

4．综合评断得出结论。主要是评断射击弹头痕迹比较检验的结果，对射击弹头痕迹比较检验过程中发现的特征符合点和差异点进行综合分析判断，并在此基础上作出正确的结论。

三、射击弹壳痕迹鉴定

在装弹、击发和排壳三个阶段，射击弹壳上会形成不同的痕迹。

（一）装弹过程中形成的痕迹

1．弹匣痕迹。枪弹压入弹匣时，壳体和匣口的两侧棱边发生摩擦，在壳体和底座棱边上留下两条平行而有一定间隔的擦划线条痕迹。

2．枪击下表面痕迹。枪弹上膛时，枪机下表面和弹壳发生摩擦，在壳体表面和底座棱边有时留下较大的擦痕，位置在两条弹匣痕迹之间。

3．弹膛后切口痕迹。枪弹进膛过程中，与弹膛后切口以一定的速度碰撞、摩擦而形成了弹膛后切口痕迹。多出现在弹壳口部、口沿、斜肩或接近口部的壳体上以及近底部的壳体表面上。

4．拉壳钩前端痕迹。枪弹进膛过程中，拉壳钩前端与弹壳底面、棱边发生碰撞而留下的磕碰痕迹。

5．指示杆痕迹。枪弹被推进弹膛时，弹膛指示杆就突出在枪机尾部外面，用肉眼可以辨别弹膛内是否留有枪弹。弹膛指示杆痕迹是一个稳定痕迹，可以根据指示杆痕迹确定发射枪械的种类。

（二）发射过程中形成的痕迹

发射过程中留下的痕迹，是枪械机件的主要痕迹。因为这个过程接触面广，作用力大，且多是印压痕迹，所以特征反映明显，稳定可靠，检验中价值较高。

1．击针头痕迹。击针以一定动能撞击底火时，会在弹壳底部的底火帽上留下一个凹痕，凹痕包括击针头部的印压痕和击针边缘的擦划痕迹。它反映出击针表面的几何形状、尺寸、结构特征及端面细节特征。

2．弹底窝痕迹。射击过程中由于火药气体压力的作用，使弹壳底部与枪机弹底窝表面紧密接触，形成不规则形的压痕，有平行纹、交叉纹、弧形纹、同心圆纹、马蹄形痕等。

3．弹膛内壁痕迹。射击过程中，弹壳在弹膛内受到火药气体压力的作用，径向膨胀，与弹膛紧密相贴在一起，使弹壳表面留下反映弹膛内壁结构的压痕。

（三）退壳过程中形成的痕迹

1．拉壳钩痕迹。射击后，在弹壳底部及边缘、弹底槽形成拉壳钩痕迹。拉壳钩痕迹与拉壳钩的宽窄、钩角、形状和位置都有密切的关系。

2．抛壳挺痕迹。射击后，弹壳从抛壳口抛出，在弹壳底部留下了抛壳挺的印压痕迹。抛壳挺痕迹比较明显、特征稳定，反映出抛壳挺表面加工的痕迹特征和几何形状。

3．抛壳口痕迹。抛壳口痕迹是弹壳受抛壳挺惯性力的作用，从抛壳口抛出时，壳身、斜肩、壳口等部位与抛壳口边缘擦划形成的痕迹。利用其宽度、大小、数量、位置及其与其它痕迹的关系可判断枪械种类。

4．弹匣口刮擦痕迹。大部分 64 式、77 式、59 式、公安式手枪在抽、抛壳瞬间都会产生弹匣口刮擦痕迹，这一痕迹又被叫做抛壳匣口痕、小旗痕。其形状似小旗。

（四）射击弹壳痕迹鉴定

射击弹壳痕迹鉴定的步骤与射击弹头痕迹鉴定基本相同，只是比较检验的方法稍有不同。射击弹壳痕迹的比较检验常采用线痕接合法和特征对照法。

四、射击情况的分析和判断

（一）发射枪种的判断

可根据射击弹孔直径、形状、分布特点及射击痕迹的反映进行推断，也可以根据子弹结构特点和弹头、弹壳上的痕迹特征进行判断。还可根据弹头穿透力大小分析枪械性能和威力，进而推断枪械种类。

（二）射击距离的推断

枪弹痕迹检验中将射击距离分为四种，即接触射击、贴近射击（一般在 2－5 厘米以内）、近距离射击（5 厘米－100 厘米）、远距离射击（1 米以外）。可根据不同痕迹反映及弹道现象来判断射击距离。

（三）射击方向和角度的判断

判断射击方向，主要利用射入口和射出口的特征。由于正射、斜射、近射、远射等条件不同，弹头射入口、射出口会出现不同特征，可作为分析出入口的依据。判断射击角度主要利用弹孔的形状、不同材质物体上弹孔的特点、弹道曲线等。

（四）射击时间和顺序的判断

1．发射时间的判断。可利用闻气味、检查机件有无变化、化验亚硝酸盐、做模拟实验等方法判断发射时间。

2．区分射击的顺序。可通过脆性物质上裂纹中断现象、作案路线与排壳位置的关系、多个枪弹伤的相互关系、弹膛或转轮中弹壳存留情况等判断。

（五）射击残留物鉴定

射击残留物是指因射击所产生的烟垢、未燃尽的火药粒、金属屑、枪油等物质。射击残留物会因射击而附着在射击者手上、脸上、障碍物和目的物的射入口周围等处。这些射击残留物痕迹通过理化检验可以判明枪弹的种类、来源、嫌疑人是否接触和击发枪支等。

第六章　物质成分鉴定

教学目的和基本要求：了解物质成分鉴定的对象及特点，鉴定的一般方法，应注意的问题

分配学时：4 学时。

第一节　物质成分鉴定的对象及特点

一、物质成分鉴定的概念与对象

（一）物质成分鉴定的概念

物质成分鉴定指运用物理、化学、生物学的方法揭示、显现客体的物质成分、结构特征，并据此对客体的异同进行判断识别，从而确定各客体之间或客体与案件事实之间关系的一类司法鉴定。

（二）物质成分鉴定的对象

物质成分鉴定的对象非常广泛，只要与查明案件事实有关的，皆可成为物质成分鉴定的客体。按其常见率可分为有机物，如纤维、塑料、橡胶等；无机物如石灰、火碱、水泥等。在很多情况下，则以混合物的情况出现。

二、物质成分鉴定的特点

（一）物质成分鉴定研究的是物质本身的属性。

（二）鉴定的客体多位微量物质 要求鉴定时尽量少消耗检材。

（三）鉴定的客体多为混合物。

（四）对同一检材经常采用多种方法进行检验。

（五）物质成分鉴定利用的特征。

进行物质成分鉴定时利用的主要是物质形态结构、理化性质和成分结构及方面的特征。

第二节　物质成分检验的一般方法

一、物质成分鉴定材料的提取

提取前应纪录被提取物品的位置状态及环境情况。提取过程中应特别避免混杂污染。

二、样本材料的收集

对被鉴定客体进行物质成分鉴定时，往往需要收集对照样本和空白样本。对样本能否正确收集直接影响到对客观事物的正确判断。

三、物体检验材料的保存

不正确的包装会造成物质检验材料的损坏、变质和混杂，一次要根据不同种了物质的不同特点进行不同的包装。

四、检验前的准备工作

根据检验的要求和检材的情况决定采用何种检验的方法，以及先做何种检验，后作何种检验。

五、外观检验与净化分离

对检材初步检验一般采用观察的方法，用肉眼或借助放大镜、显微镜观察检材的形态特征和在各种光源照射下的现象。

六、物理检验

对于客体的各种物理属性可以用适当的仪器工具加以测量，从而区分不同种类的客体。

七、化学检验

使用酸碱反应、沉淀反应、氧化还原反应、络合反应、显微结晶反应、焰色反应、燃烧反应等反应，可对检材的物质种类进行定性的探索。

八、仪器分析

仪器分析方法泛指利用科学仪器对组成课题的物质成分和结构进行分析的方法，具有灵敏度高、速度快、定性定量准确的优点，在检验总得到越来越多的应用。

第三节　物质成份鉴定结论的评断

利用物质成份鉴定的结论作为证据时需对结论是否可靠及结论的证据价值进行评断。

一、鉴定结论的科学可靠性

对于鉴定结论是否可靠，除注意一般鉴定要注意的问题外，对物质成份鉴定要特别注意检材的发现、提取、保管、检验方法及得出结论的依据等方面的问题。

（一）检材的来源

物质成份鉴定中的检材是与案件事实有关的可能作为证据的物质材料，其来源是否可靠，检材是从何处提取的，是首先要注意的问题。

（二）检材和样本提取的情况

评断结论是否科学可靠时要了解提取检材和对照样本的方法，提取的部位，以及是否提取了空白样本。

（三）证据在送交鉴定的过程中保管的情况

主要是了解保管运送过程中有无混杂、污染、变质、遗失的可能及其对检验结果的影响。

（四）选用的检验方法及其对结论的影响。

二、鉴定结论的证据价值

需要采用物质鉴定结论证明的情况可归纳为检材中所含物质成分的种类及含量，检材与样本是否相同。在应用时需考虑其证明的事实和价值。

（一）确定是否存在某物质的结论多用于证明是否发生了某种与事实相关的事实

利用这种结论时需注意检出的物质是否具有特殊性以及与空白样本和对照样本比较的情况。对于空白样本和对照样本的情况进行了解有助于确定证据的价值。

（二）确定样本与检材是否相同的结论多用于证明不同客体之间相互接触过的事实

由于物质成分鉴定一般只能认定种类相同，不能做出统一认定的结论，其证明作用受到一定的限制。但如果能了解案件中的有关情况并加于综合考虑，则可充分发挥物质成分鉴定结论的证据价值。

（三）了解案件情况是要注意是否有相互无关的物质同时出现于同一物体上

某物体先后接触过其它不同的物体后，会带有来自不同物体的微量物质。一物体带有的多种微量物质如果分别与现场上不同物体的物质相同，那么这一物体与现场接触的可能性将大大的增加。

（四）物质成分鉴定结论被用于证明人或物之间的接触，但实际中物质发生转移后，自然界的风雨雷电，人和动物的活动都可能改变现场的情况。对于可能发生变化的情况都需要充分调查了解，并分析判断对鉴定结论的影响。

第四节　爆炸物证鉴定

一、爆炸物证的概念

在与爆炸有关的案件中，一般将构成爆炸装置的一切物品和爆炸作用生成的痕迹称作爆炸物证。

爆炸物证可分为爆炸痕迹、爆炸残留物和爆炸物三类。

爆炸残留物包括残留的微量炸药及分解产物，炸药包壳、包装及盛装物残片，引爆装置、发火能源、增加物的残片等。

二、炸药的种类

炸药可分成单体炸药和混合炸药。司法实践中如能了解这些炸药爆炸之后留下哪些特征、残留物主要以什么形式存在等，对于得到正确的鉴定结果以及用这些结果说明案件有关事实有重要意义。

三、检材和样本的提取

由于爆炸是残留的炸药成分和分解产物以及小的微粒与爆炸卷起的尘土混在一起，有肉眼只能看到尘土不能看到炸药粉尘，所以成为爆炸尘土。对于爆炸尘土的提取是检验残存的炸药元原形物及分解产物的重要环节。

提取样本时，应在未受爆炸物然而与现场尘土相似的部位提取对照样品，即空白样本。

四、鉴定的方法

（一）样品的预处理

可根据不同的对象选用不同的溶剂，如对无机盐了可直接选用水提取；对用有机物，可用乙醇、丙酮等有机溶剂提取。

（二）　化学试剂分析

采用化学试剂进行点滴反映试验可以用以检验无机离子的存在。另外，点滴试验虽也可分析有机物，但灵敏度不高，一般不用与爆炸残留物中有机物成分的分析。

（三）　薄层分析法

主要用于分析微量的、混在尘土或其他物品中的有机炸药成分。简便易行可作为分离手段，也可作为鉴定手段

（四）　仪器分析方法

为了进行准确的定性和定量分析，需要采用仪器分析。目前用于爆炸物正鉴定的仪器分析方法主要由气象色谱法、高效液相色谱法等。

第五节　油类、涂料鉴定

一、油类鉴定

（一）油类鉴定的对象和作用

1．油类鉴定的对象包括油脂物证和矿物油物证。

2．对油类检材进行鉴定可以确定油类物质的种属；弄清被检物上的油渍、油斑或现场上提取的可疑物与可疑人处提取的油类样本是否相同；为推断作案手段、作案人特点提供依据；为侦查案件缩小范围，提供方向；澄清可疑物证的油类无证的证据价值。

（二）油类鉴定的方法

1．在分析油类的成分前通常要求分离提纯。

2．经过分离提纯的样品可根据情况选用适当的方法进行分析，常用的方法有荧光分析法、红外分析法、薄层层析法和气象色谱法。

3．进一步确定动物性脂肪和植物性油类的种类则较困难。如要作出较精确的结论，可改变展开系统重复对已知和未知的样本分析比较，如重复鉴定仍然相同，可作出检材与那一类有相似的结论，或在用其他方法作进一步检验。

4．在做出结论前，应根据案情特点、检材所处的环境、检材包装情况、鉴定过程中的误差综合分析，做出切合实际的结论。

二、涂料鉴定

（一）涂料鉴定的对象和作用

1．涂料又称“油漆”，是有机高分子胶体混合物的黏稠液体或粉末。

2．涂料一般由两部分组成，即挥发性部分和不挥发部分。挥发部分又叫稀释剂，他们都是有机溶剂；不挥发部分是涂料的成膜物质。

3．在许多案件中，物体受到破坏时，其表面的涂料会脱落下来并黏附到有关的人或物上。通过对涂料的检验可以鉴定可疑物品是否为涂料，是何种涂料，为查找涂料来源提供线索；鉴定不同场所提取的涂料样品是否相同，证实涂料是否有证据价值，为分析和证实案件有关情况提供依据。

（二）涂料检材和样本的提取

涂料物证的量常常很少，需要用放大镜和显微镜来发现，提取时要防止丢失，包装时要避免污染。收集的检材及比对样品都要分别放在干净的小试管或玻璃瓶、塑料袋内，贴上标签、注明案件及检材的名称，收集的地点及日期，送检要求等。在必要时，对送检的检材要标明可疑部位。

（三）涂料鉴定的方法

1．鉴定涂料的物理方法主要是在不同光线下观察检材的形态颜色和荧光反应。物理方法一般对样品的形态和物质成份特征无影响，常作为大量快速筛选样品的手段。

2．用于鉴定涂料的仪器分析方法很多，有红外光谱法、裂解色谱法、发射光谱法、扫描电镜法、薄层层析法等。

3．由于各种仪器分析方法分别只能鉴定涂料中的某一成份，应用起来有一定局限性。但如果采用多种方法相互配合补充常能得到特定性较强的结论。

第七章　文书物证鉴定

教学目的和基本要求：了解并掌握文书物证、文书物证鉴定、笔迹、笔迹鉴定、笔迹样本、印文、伪造文书、变造文书、文书制作时间等基本概念；；明确文书物证的种类；提交文书物证进行鉴定的注意事项；鉴定的科学依据；鉴定的常用方法。

分配学时：7 学时。

第一节　文书物证鉴定概述

一、文书的概念和种类

（一）文书的概念

具有文字内容、图案、线条的书面物质。

（二）文书的种类

根据文书的制作方式，可分为手写文书和机制文书。

二、文书物证鉴定及其种类

（一）文书物证

与案件有关联，能够以其所载字迹、符号特征、或其构成物质材料的属性等特征证明案件事实的各种文书。

（二）文书物证鉴定

鉴定人接受指派或聘请，通过分析研究文书的文字符号特征、文书的构成物质材料属性等，就文书的制作者、制作时间、原始状态等问题予以回答，从而确定文书真伪、文书之来源的一种专门的技术活动。

（三）文书物证鉴定的种类

根据文书物证鉴定时的切入点不同，可将文书物证鉴定分为笔迹鉴定、印章印文鉴定、文书物质材料鉴定等。

根据文书物证鉴定时针对的文书种类不同，可将文书物证鉴定分为手写文书鉴定、打印文书鉴定、复印文书鉴定、印刷文书鉴定等。

根据文书物证鉴定的目的不同，可将文书物证鉴定分为被损坏文书鉴定、伪造变造文书鉴定、文书制作时间鉴定等。

三、提交文书物证进行鉴定时应注意的事项

应持有介绍信或委托函

应同时提交具有可比性的比对样本

提交鉴定的文书物证及比对样本通常应是原件

应有明确而又符合实际的鉴定要求

第二节　笔迹鉴定

一、笔迹以及笔迹鉴定的科学依据

（一）笔迹的概念

人们按照一定的书写规范，利用铅笔、钢笔、毛笔等书写工具，在纸张等客体表面书写时形成的，能够反映书写动作习惯的痕迹。

笔迹鉴定的科学依据

笔迹鉴定的概念

笔迹鉴定指鉴定人依法接受委托，通过分析研究文书的笔迹特征、文字布局特征及书面语言特征，确定文书物证的书写人，或比较文书物证与文书样本的书写人是否同一人的一种专门的技术活动。

笔迹鉴定解决的主要问题有分析书写人的个人情况；认定文书的书写者；确定同一份文书物证若干部位的笔迹是否同一人书写，从而判断文书物证是否被变造；确定若干份文书物证是否同一人书写，为数起案件需要并案查处提供依据。

（二）笔迹鉴定的科学依据

书写者书写动作习惯的特定性是我们能够进行笔迹鉴定的科学依据。表现在笔迹中，不同人书写相同的文字符号具有不同的特征，且这种特征就每一个人而言均是稳定的。

二、笔迹的特征

书写水平　　指书写技能的高低，通常从书写动作的准确程度、书写速度、运笔动作的技巧等方面来衡量。

字的形体　　指字形和字体。字形即字的外形轮廓。字体即所写的字是隶体、楷体、行体，以及书写这些字所采用的风格。

字的大小和倾斜程度

字的基本写法　　字的基本写法指在字的笔画结构方面异于标准书写规范的写法特征。

笔画的运笔　　即笔画的起笔、行笔、收笔。书写文字时在笔画的运笔方面表现出的特点是笔迹鉴定时的重要依据。

字的间架结构　　由两个以上笔画构成的文字等，其笔画之间或偏旁部首之间所表现出的一些间架结构特点。也是笔迹鉴定的重要依据。

字符的笔顺特征和连笔特征

字的错写特征

标点符号的书写特征

三、书面语言特征

以文字符号表现出的语言形式称为书面语言。书面语言的使用特点即书面语言特征，是文书作者在语言、词汇、思维表达方式上的习惯定势。

词汇特征

语法特征

别字特征

标点符号的用法特征

四、文字布局特征

书写人在纸张上安排文字的形式。

五、笔迹样本

笔迹样本的概念　可疑书写人书写的、在笔迹鉴定过程中用作比对样本的文字材料，称笔迹样本。

笔迹样本的种类　根据笔迹样本形成的时间和方式的不同，可将笔迹样本分为自由笔迹样本和实验笔迹样本。

自由笔迹样本，即案发前后，嫌疑人在未意识到其书写的文字材料将用于笔迹鉴定的情况下形成的比对样本。实验笔迹样本，即案发后，出于笔迹鉴定的需要，遵从办案人员的要求而由嫌疑人书写的文字材料。

收集笔迹样本应注意的问题

1．收集的自由笔迹样本，应包括嫌疑人在案发前后各个时期，特别是与发案时间相近的时期书写的文字材料。

2．收集的自由笔迹样本，应在书写速度、书写工具、纸张材料、书写格式等方面尽可能与送交鉴定的文书物证相同或相近。

3．收集的自由笔迹样本应具有与送交鉴定的文书物证形体相同的字或词。

4．履行必要的批准手续后，可以从嫌疑人的档案材料，或嫌疑人平时书写的各种文字材料中收取自由笔迹样本，也可让嫌疑人书写一定内容的文字材料。

5．收集实验笔迹样本时，禁止将文书物证交给嫌疑人抄写。

6．收集实验样本时，办案人员应针对笔迹鉴定的需要，将重点需要鉴定的字、词有机地编排成一段话。

7．收集实验样本时，办案人员应让嫌疑人多次抄写或听写已编排好的文字材料。

六、笔迹鉴定的步骤

（一）分别鉴定

即对文书物证和笔迹样本分别进行检查和研究，确定各自笔迹特征，并分别记录在特征比对表上的过程。

（二）比较鉴定

即将已发现的文书物证的笔迹特征与笔迹样本的笔迹特征进行比较研究的过程。

（三）综合评判并给出鉴定结论

即将比较鉴定过程中发现的特征符合点和差异点综合起来分析研究，以判断文书物证和笔迹样本是否同一人书写，并最终给出肯定或否定之鉴定结论的过程。

（四）出具笔迹鉴定书

内容包括送交鉴定的文书物证和比对样本；送交鉴定者的鉴定要求；鉴定过程；鉴定结论；鉴定人的签名或印鉴，鉴定书出具时间，以及鉴定机构的公章。

第三节　印章印文鉴定

一、印文的概念

在外力作用下，印章盖印时留在纸张上的、能够反映印章印面外形结构特征的痕迹被称作印文。

二、印文的特征

（一）印文的一般特征

刻印时在印章印面形成的一些种属特征在印文中的反映。包括印文内容和布局、印文的形状和大小、印文的边框、印文字体及其大小。

（二）印文的细节特征

印章在制作、使用过程中形成的特点在印文中的反映。包括文字图案及组成文字图案的笔画、线条的具体结构、形状；文字图案及其笔画线条的相互位置、搭配比例；印文暗记；印章印面上的缺损。

三、影响印文特征变化的因素

包括湿度的大小及印章使用的频繁程度，盖印时作用力大小、衬垫物软硬、印油多少及落印角度，印章的使用磨损，印面沾染污物等。了解影响印文特征变化的因素，对正确评价印文间的特征差异，有着重要的意义。

四、伪造印文的常用方法

主要有雕刻伪造法、单字组合伪造法、誊写油印伪造法、描摹、复写伪造法、拓印伪造法、照相制版伪造法、复印伪造法、打印伪造法、局部伪造法。

五、收集、提交印文比对样本时应注意的问题

用于比对的印文应是文字、图案等清晰可见的印文原件。应以与可疑印文盖印时间相同或相近的真印文作为比对样本。在可能的情况下应将真印章一并提交鉴定机构。

六、鉴定印文的常用方法

主要有特征对照法、特征重叠法、特征拼接法、画线比较法、测量比较法。

第四节　伪造文书和变造文书鉴定

一、伪造文书和变造文书的概念

伪造文书，又称“全部伪造文书”，即以真文书为样本，或按照伪造者自己设计的格式制作的假文书。

变造文书，又称“局部伪造文书”，是局部变更、篡改真文书制得的假文书。

二、伪造文书的常用手法

（一）手工描绘伪造法

以真文书为样本，用绘画的方法伪造文书。

（二）复印伪造法

利用复印机复印真文书从而制得假文书。

（三）手工雕刻制版伪造法

将真文书的图案、花纹、文字等，按不同颜色分别复制在不同版材上，刻版，然后以套色印刷法印制假文书。

（四）誊写油印伪造法

将真文书的图文用铁笔、钢板誊写在蜡纸上，再用油印的方法制得假文书。

（五）铅字盖印伪造法

选择适当的铅字，依照真文书的格式、内容，蘸上油墨，在纸上盖印制得假文书。

（六）照相制版伪造法

将真文书以照相的方法制成底片，再经晒版，将图文复制到涂有感光液的版材上，并以化学方法处理版材制成印版，最后用印刷的方法制得假文书。

（七）光电誊影机制版伪造法

用光电誊影机制成与真文书一样的油印版，再以印刷的方法印制假文书。

（八）拓印伪造法

将纸张浸泡在化学试剂中，用时取出覆盖在真文书上，以加压的方式将真文书的图文拓印下来制得假文书。

三、变造文书的常用手法

（一）擦刮变造文书法

将真文书的某些文字笔画用工具擦去或刮掉，从而改变原文内容。

（二）消褪变造文书法

用单一或混合化学试剂将真文书的部分文字笔画消褪掉，再在被消褪处填写所需文字。

（三）添写、改写变造文书法

添写法指在真文书的空白处、字行的前后或字间添写所需文字，以改变文书原意的方法。改写法指直接在真文书原文文字上添加、涂描笔画，改变原文文字或数字的方法。

（四）更换照片变造文书法

将真文书上的照片撕揭下来，改贴或改换上另一张照片的变造方法。

（五）挖补、剪贴变造文书法

四、伪造文书的鉴定

通常通过与真文书比较的方法鉴定。比较的内容主要有：比较印刷版型、比较版面特征、比较印文、鉴别印刷物质材料、比较证件的装订方式、研究文书的格式内容等。

五、变造文书的鉴定

根据可疑文书表现出的不同特点判断有无变造事实，再显现或辨别被变造的原始文字内容。

伪造文书和变造文书鉴定解决的问题以及提交鉴定时应注意的问题

（一）伪造文书和变造文书鉴定解决的问题

可疑文件是否是伪造或变造，即揭露伪造或变造事实。可疑文书是用何种方法伪造或变造的，即揭露伪造或变造的方法。可疑文书的伪造者或变造者是谁，即确定造假者。

（二）提交鉴定时应注意的问题

将可疑文书提交鉴定时，应同时提交相应的真文书。提交可疑文书就是否变造的问题进行鉴定时，通常不必另行提供比对样本。对伪造者或变造者的认定是通过笔迹时，按照笔迹鉴定的要求收集样本。

第五节　文书制作时间的鉴定

一、文书制作时间及其鉴定的概念

（一）文书制作时间

指以某一具体方式将文书制作而成的时间。

（二）文书制作时间鉴定

即鉴定人依法接受委托，对文书物证上的物质材料随时间发生的变化进行分析研究，以确定文书制作时间的活动。

（三）文书制作时间鉴定所能解决的问题

确定文书物证上标示的制作时间是否真实。判断文书物证的内容是否被改写或添写。判断文书物证的某一页是否被更换过。

二、文书制作时间鉴定的方法

主要根据是：文书物证上的书面语、文书内容和格式；文书上的邮戳；文书的制作方式、制作工具的变化；纸张上的特征或纸张的变化；墨水、圆珠笔油、印油或印泥、复印墨粉、打印油墨等随时间的变化。

三、收集样本时应注意的问题

用于比对的文书样本其制作时间应明确具体，且应为诉讼双方所认可。根据文书物质材料随时间的变化情况进行鉴定时要求种类及保存条件都相同的比对样本。

第八章　电子证据鉴定

教学目的和基本要求：

通过本章学习，掌握电子证据鉴定的概念、任务及电子证据资料的提取和保全，重点掌握录像资料鉴定和声纹鉴定的内容、作用等知识点。

学时分配：3 学时。

第一节　电子证据鉴定概述

一、电子证据的形式

电子证据，是指利用光学、声学、电子学等现代科学技术手段，以录音、录像、照相等方式记录并存储与案件有关客体的声音特征和形象特征的证据。包括录像资料鉴定、声纹鉴定和狭义的电子证据鉴定，即计算机、电子通讯设备等载体的鉴定。

二、电子证据鉴定的任务

利用电子证据进行同一认定。主要是根据电子证据记录的声音和图像认定特定的人或物。

鉴定电子证据真伪及形成过程。对于电子证据的形成过程的鉴定实际中使用的音像资料经常是经过复制的，利用一定的设备可以在复制的过程中对复制的信息进行删除和修改等处理。

确认电子证据反映的内容。当案件中遇到可能成为证据的电子方式记录的材料时，往往需要确定其记载的内容。

对电子证据所反映的信息传递和设备运行情况的鉴定。

第二节　录像资料鉴定

录像资料鉴定，主要是指对录像资料中的图像进行鉴定，包括对人和物的图像鉴定。

一、人像鉴定

人像是指声像资料中通过摄影、摄像等技术手段记录的人体外貌形态。人像鉴定就是对供认定客体记录的相貌特征进行的一种人身同一认定，是侦查活动中进行个人识别的重要手段，其鉴定结论是重要的诉讼证据。记录人体相貌的载体包括人像照片和录像资料相片两大类。

（一）人像鉴定的原理。

人像鉴定是人身同一认定的一种最有效的手段，其科学根据在于人体外貌特征具有特征总和的特定性、特征的相对稳定性以及特征的易反映性。

（二）人像特征。

人像特征是人体外貌各部分生长特点及其运动的具体征象，是人像鉴定的具体依据。人像特征从人体解剖学结构特点和人体各部分功能性活动特点上可分为人体外貌的解剖学特征和人体外貌的动态特征，以及人体特殊标记特征。人体外貌的解剖学特征包括人体各部分的生长形态、大小、长短比例，及相互间配置关系等。人体外貌的动态特征是指人体通过颈部与腰部、肩关节与髋关节等行使运动形成的人体各种习惯性的动作，以及人体颜面在面部肌肉作用下形成的颜面丰富多彩的表情特征，它包括颜面动态特征和头部、四肢、腰部习惯性的体态特征。人体外貌的特殊标记是由人体生理、病理及损伤等原因形成的人体解剖学异常特征和运动功能异常特征。

（三）人像鉴定的方法。

人像鉴定是运用同一认定的原理和方法，因而和其他物证同一认定的方法一样，也包括分别检验、比较检验和综合评断三个基本步骤。其中比较检验常用特征标示法、画线测量法、拼接比较法、定位比较法和重叠比较法。

二、录像资料物之图像鉴定

录像资料中记录的往往是与案件事实有关的人、物和事。录像资料图像鉴定，就是对录像资料中记录的与案件事实有关的人、物、事的鉴定。其中有关人的鉴定主要是对录像资料记录的作案人或有关当事人的人体外貌特征的鉴定，即前面所述的“人像鉴定”。有关物的鉴定，主要包括两方面内容：一是对录像资料中记录的与案件有关的物体的种类、性质、数量等的鉴定；二是将录像资料中记录的与案件事实有关的某一物体与可疑物体进行比对作出的同一认定。具体的方法有：图像的回放技术、图像处理技术、录像资料图片制作技术。

第三节　声纹鉴定

一、声纹及声纹鉴定

声纹，是指将人讲话的语音利用电声学仪器转化为电磁振动，在屏幕上显示或在纸张上打印出的可供观察、比较、鉴别的坐标式静态声音频谱图像，即语声的声谱图。在刑事技术和司法鉴定技术领域中，人们比照指纹形象的称之为声纹。

声纹鉴定，是指把犯罪人（或当事人）的语声和嫌疑人的语声分别通过有关仪器转化成声纹图像或特征数据，再针对各方面的特征的异同进行分析、比对、判断，最后作出两者语声是否源于同一人发音器官的全部检验过程。

二、声纹鉴定的内容

在声纹鉴定技术的产生和发展过程中，其检验项目也由最初的话者同一认定发展为以下多项内容：

录音剪辑的检验。录音剪辑检验，即利用送检录音带中的声音信息进行录音有否开始、结束、删除、添加、编辑等改变原始录音内容的鉴别。

话者同一性鉴定。话者同一性鉴定是指通过电声学仪器对未知语音材料与已知语音材料进行听音、视谱和语音声学特征的检测、比对，综合分析作出说话人同一性的判断过程。话者同一性的鉴定可以通过听觉鉴别、视觉鉴别、定量比对进行识别。

录音内容辨识。有时侦查和审判工作要求将模糊不清的说话录音内容，具体的辨识出来。

言语人身分析。为给破案提供线索需要对案犯——未知说话人进行人身状况分析。对未知说话人的性别、年龄、身高、体态、生活地域、文化水平、职业特点进行分析推断。

噪音分析。噪音分析除用于录音剪辑的检验外，还可利用录音中的各种环境噪音分析推断案件发生的地点、时间等，为破案提供线索。前苏联曾有类似的案例。

视听资料录制器材的检验。俄罗斯、乌克兰有这方面的研究和检验方法。

三、声纹鉴定的应用

声纹鉴定结论可以为侦查破案提供线索，可以为审判提供证据。其在不同案件中的证据价值和作用是不同的，根据我们受理语音材料声纹鉴定的实践和送检的要求，可以归纳以下四点：

一是对案件的侦破起决定性的直接证据作用。语音材料和话者同一认定结论往往起直接证据作

用。特别在绑架、敲诈、诈骗等案件中，声纹鉴定结论往往是案件中的唯一证据。

二是为案件的侦破提供线索、方向，划定侦查范围。语音材料可以为绑架、敲诈、诈骗、诽谤等案件的侦察提供线索、方向，划定侦查范围。

三是与其他证据互相印证，形成证据链起定案作用。

四是对案件的侦破起间接的辅助作用。

此外，声纹鉴定除用于司法领域外，还可以应用于商业、金融和安全保卫工作。

思考题

1．试述电子证据、音像证据鉴定、声纹鉴定的概念。
2．简述电子证据鉴定的范围。
3．简述声纹鉴定的内容和作用。
4．简述电子证据鉴定的任务。

拓展阅读书目

1．吴宗济、林茂灿：《实验语音学概要》，高等教育出版社，1989.
2．岳俊发、王英利：《声纹鉴定》，警官教育出版社，1996.
3．梁鲁宁主编《当代法庭物证技术鉴定技术经典与前沿》中央编译出版社 2004 年 5 月版。

《证据调查学》教学大纲

陈　碧　编写

目　录

前　言.....275
第一章　导　论.....276
第一节　证据调查与司法公正.....276
一、司法公正的大讨论与标准.....276
二、保障司法公正应重视证据调查.....276
第二节　证据调查的界说.....276
一、证据调查的概念.....276
二、证据调查的形式.....277
第三节　证据调查的原则.....277
一、实事求是的原则.....277
二、遵守法制的原则.....277
三、依法独立办案.....277
第四节　证据调查学的对象和体系.....277
一、证据调查学的研究对象.....277
二、证据调查学的体系.....278
第五节　证据调查学与相关学科的关系.....278
一、服务于刑法、民法、经济法等实体法学.....278
二、从属于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等程序法学或诉讼法学.....278
三、与证据学和物证技术学是姊妹学科.....278
四、与侦查学是联系紧密且内容交叉的近邻学科.....278
复习思考题.....279
拓展阅读书目.....279
第二章　证据调查方法的历史沿革.....280
第一节　神明调查法.....280
一、产生.....280
二、神誓法.....280
三、神判法.....280
第二节　审讯问案法.....280
一、产生.....280
二、刑讯逼供制度.....280
三、中国的科学讯问.....281
四、西方国家的科学讯问重点介绍测谎技术。.....281
第三节　勘验鉴定法.....281
一、产生.....281
二、中国的勘验鉴定法.....281
三、西方国家的勘验鉴定法.....281
第四节　察访询问法.....281
一、中国的察访询问法.....281
二、西方国家的查访询问法.....281

第五节　人身识别法……281
一、产生……281
二、中国的人身识别法……282
三、西方国家近现代的人身识别法……282
复习提要……282
复习思考题……282
拓展阅读书目……282
第三章　证据调查思维……283
第一节　证据调查思维的重要性……283
一、证据调查思维的概念……283
二、重要性的体现……283
第二节　证据调查思维的特点……283
一、对抗性……283
二、逆向性……283
三、时效性……284
第三节　证据调查思维的种类……284
一、从思维的性质，分为抽象思维与形象思维……284
二、从思维的方法，分为归纳思维与演绎思维……284
三、从思维的精确度，分为精确性思维与模糊思维……284
第四节　证据调查思维的常见误区……285
复习提要……285
复习思考题……285
拓展阅读书目……285
第四章　证据调查的途径与步骤……286
第一节　证据调查的途径……286
一、案件事实的构成要素……286
二、证据调查的基本任务……286
三、证据调查的两种模式……286
第二节　证据调查的基本步骤……286
一、明确调查任务……286
二、分析已知证据……287
三、提出调查假设……287
四、收集与保全证据……287
五、审查运用证据……287
复习思考题……287
拓展阅读文章……287
第五章　勘　验……288
第一节　现　场……288
一、概念……288
二、犯罪现场的构成要素……288
三、犯罪现场的分类……288
四、保护现场……288

第二节　勘验组织.....289
一、概念.....289
二、勘验前的组织活动.....289
第三节　实地勘验.....290
一、现场勘验的对象.....290
二、现场勘验的步骤.....290
三、现场勘验的方法.....290
四、现场勘验的顺序.....290
第四节　现场访问.....291
一、现场访问的对象和内容.....291
二、现场访问的方法.....291
三、现场访问的要求.....291
第五节　现场分析.....291
一、现场分析的目的和要求.....292
二、现场分析的方法.....292
三、现场分析的内容及具体分析方法.....292
四、拟定初步侦查方案.....293
第六节　制作笔录.....293
一、现场勘验笔录.....293
二、现场绘图.....294
三、现场照相.....294
复习思考题.....294
拓展阅读书目.....294
第六章　询　问.....295
第一节　概念、任务和方式.....295
一、询问的概念.....295
二、询问的分类.....295
第二节　询问的组织.....295
一、掌握详情.....295
二、拟好提纲.....295
三、明确分工.....295
第三节　询问的实施.....296
一、动之以情.....296
二、心理较量.....296
三、与其他取证方式紧密联系.....296
第四节　对询问结果的评断.....297
一、对询问结果的可采性、可靠性审查.....297
二、审查判断的方法.....297
三、预防伪证的规则.....298
复习思考题.....298
拓展阅读书目.....298
第七章　实验（方法）.....299

第一节　实验的概念和作用.....299
一、实验的概念.....299
二、实验的分类.....299
第二节　实验的功能和规则.....299
一、实验的作用.....299
二、实验的规则.....299
第三节　实验的组织实施.....300
一、制定侦查实验计划.....300
二、确定侦查实验的参加人员.....300
三、制作实验记录.....300
第四节　实验结果的审查运用.....300
一、实验结果的审查.....300
二、实验结果的运用.....300
复习题.....301
拓展阅读文章.....301
第八章　辨　认.....302
第一节　辨认的概念和种类.....302
一、辨认的概念和种类.....302
二、辨认的科学性基础.....302
第二节　辨认的规则.....302
一、自由辨认.....302
二、混杂辨认.....302
三、个别辨认.....302
第三节　辨认的组织实施.....302
一、法律规定.....302
二、基本程序.....303
第四节　辨认的审查判断.....303
一、考察辨认主体方面.....303
二、考察辨认客体方面.....303
三、考察辨认过程方面.....303
复习思考题.....304
拓展阅读书目.....304
第九章　讯　问.....305
第一节　讯问的定义.....305
第二节　讯问的原则.....305
一、依法讯问的原则.....305
二、讯问应当与查证相结合。.....305
三、严禁刑讯逼供，保障犯罪嫌疑人的权利。.....305
第三节　讯问的常规方法.....305
一、讯问前的“准备”阶段.....305
二、讯问前期的“观察”和“闲谈”阶段.....305
三、讯问中期的“交锋”阶段.....306

四、讯问后期的供述阶段.....306
五、讯问末期的彻底供述阶段.....307
复习思考题.....307
拓展阅读数目.....307

前　言

课程性质：法学专业选修课程。

基本内容：证据调查学是一门新近出现的应用法学，它研究证据调查活动的规律、规则和方法，同其他学科尤其是部门法学之间存在着密切的联系。该门课程的主要内容包括：证据调查的历史沿革、证据调查的基本原理、证据调查的思维谋略、证据调查的基本步骤和基本方法。课程的学习以中国有关证据调查的规定以及诉讼实践为基础，同时比较其他各国有关证据调查的实践，强调证据调查在实践中的运用，并辅之目前有关证据调查的热点话题的介绍。

基本要求与目的：掌握证据调查的方法和规律及其配套的制度要求，养成良好的证据调查意识。能够运用所学的理论与知识分析具体的案件，培养初步的实际办案能力。

教学方式：基本理论和相关规定、方法的讲解，结合课堂讨论、案例分析，期末书面考查。

课时要求：36 课时。

第一章　导　论

本章教学目的和基本要求：本章主要掌握实体公正与程序公正的关系；证据调查与司法公正的关系；证据调查概念的内涵和外延；证据调查的原则；证据调查学的对象和体系；证据调查学同相关学科的关系。

学时分配：3 课时。

第一节　证据调查与司法公正

一、司法公正的大讨论与标准

1．实体公正与程序公正：所谓实体公正，是指司法人员在执法的过程中严格按照行政实体法、民事实体法和刑事实体法的规定处理各种行政、民事或刑事案件。

所谓程序公正，是指司法人员在执法的过程中严格按照行政程序法、民事程序法和刑事程序法的规定处理各种行政、民事或刑事案件。

实体公正和程序公正是司法公正不可分割的两个方面。如果没有实体公正，即使程序上公正，司法公正也无从谈起；反之，如果没有程序公正，实体公正也就不能实现，司法公正同样无从谈起。实体公正和程序公正两者之间的关系是相辅相成的。我国一直比较重视实体公正，而对程序公正则重视不够。改革开放 20 多年来，不论是在立法还是司法实践方面，我国都给予程序公正以越来越多的重视。

2．实体公正具有局限性：根据人类现有的理性和刑事诉讼本身的限制，事实真相是无法完全获得的，再加上刑事实体法本身的局限性，直接导致了实体公正的实现必然是有限度的。 应当说明的是，实体公正永远是刑事诉讼不懈的价值追求。但根据人类现有的理性，事实真相是无法完全获得的，由此也决定了实体公正实现上的有限性。

3．司法公正要借助看得见的方式来实现——证据调查是必要手段

二、保障司法公正应重视证据调查

1．现状：在我国的法律体系中，证据法相对比较落后，因此司法人员和律师在收集和使用证据时往往有随意性，甚至有忽略证据规则和轻视证据调查的倾向。无论是法官、检察官、律师、警察，还是其他执法人员，都应该重视证据调查工作，加强证据意识，提高执法的科学性。

2．由于证据调查普遍地存在于各种司法活动和执行活动之中，不仅适用于刑事案件，也适用于民事案件、经济案件和行政诉讼案件。它不仅适用于侦查人员的工作，也适用于审判人员、检察人员、律师及其他执法人员的工作。因此，对于保障司法公正意义重大。

第二节　证据调查的界说

一、证据调查的概念

证据调查就是与证据的收集、审查和运用有关的各种调查活动的总称，是司法人员、执法人员及其他有关人员为查明和证明案件事实而进行的调查活动。

1．主体：各种司法人员、执法人员及其他法律工作者等。

问题：中国应否允许民间证据调查组织、民间调查人员参与办案？

2．目的：查明案件事实和证明案件事实。

3．性质：一种专门的调查活动。专门性表现在以下几个方面：有专门人员实施；针对案件中的专门问题；按照专门的程序进行，经常要采取一些专门的调查方法；围绕证据进行。

二、证据调查的形式

按照程序不同的划分；按照调查主体不同的划分；按照调查主体权限的划分；按照是否需要委托划分等。

第三节　证据调查的原则

一、实事求是的原则

反对主观主义，从客观实际出发；
反对片面主义，克服心理偏见或者倾向；
反对表面主义，不为表象所迷惑。
不能凭想当然，必须从案件的具体情况出发；不能先入为主、偏听偏信

二、遵守法制的原则

我国关于证据调查的法律规范；
严禁通过刑讯逼供等非法手段获取证据，严格按照法定程序收集、使用证据。

三、依法独立办案

阐述独立办案与党的领导的辩证关系

第四节　证据调查学的对象和体系

一、证据调查学的研究对象

1．证据调查的方法。虽然不同案件中的证据调查方式和重点有所不同，虽然不同主体的证据调查活动各有一定的特殊性，但是它们在基本方法上有着本质的共性。正是这种共性或内在的统一性使它们共同组成了证据调查学的研究对象。由此可见，证据调查学既要研究各种证据调查活动的一般方法，也要研究各类案件中证据调查活动和各类主体证据调查活动的特殊方法。

2．证据调查的规则。证据调查是司法活动或执法活动的组成部分，是以实现有关法律任务为目的的，其行为必须遵守有关法律的规定，因此证据调查学要研究这些法律规定。而这些法律规定也就是证据调查必须遵守的规则。一是有关程序的法律规定，如《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《仲裁法》等法律中有关证据调查的规定；二是有关主体的法律规定，如《法官法》、《检察官法》、《律师法》等法律中有关职业行为规范的内容；三是有关各种行政执法活动的法律规定，如《行政处罚法》、《治安管理处罚条例》、《海关法行政处罚实施细则》、《税收征收管理法》等法规中有关调查取证的内容。此外，每一种具体的证据调查措施或方法也有其必须遵循的规则，如询问证人的规则、现场勘查的规则、物证鉴定的规则等，这些也是证据调查学必须研究的内容。

3．证据调查的规律。 证据调查学必须在全面总结证据调查实践经验的基础上探索这种调查活

动的规律。证据调查的规律也具有多层次性，既包括一般认识方法和思维活动的规律，也包括具体调查措施的运作规律，还包括各种调查活动的特有规律等。准确地揭示证据调查活动的各种规律，并在此基础上创建相应的理论体系，这正是证据调查学的根本任务。

二、证据调查学的体系

1．证据调查原理，包括证据调查的概念、方法和原则；证据调查学的对象和体系；证据调查方法的历史沿革；证据的性质和种类；证明的对象和程度；证据调查的思维方法等。

2．证据调查步骤，包括证据调查的一般途径和基本步骤；如何分析已知本证和反证的内容及可信度；如何确定待查问题并提出假设性推论；如何收集新证据；如何评断和使用证据等。

3．证据调查方法，包括证据调查的一般方法和基本原则；人证调查方法；物证调查方法；书证调查方法；视听证据调查方法；科学鉴定方法等。

4．证据调查实务，包括证据调查的技能和策略；不同主体的证据调查实务；不同案件的证据调查特点等。

第五节　证据调查学与相关学科的关系

一、服务于刑法、民法、经济法等实体法学

刑事被告人的定罪量刑和确定某种民事或经济法律关系的发生、变更、消灭，都必须以一定事实为依据，而认定这些事实都必须通过证据，都离不开证据调查活动。证据调查学研究证据调查的方法、规则和规律，为实现各实体法学的任务提供了保障。

二、从属于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等程序法学或诉讼法学

诉讼法学研究各种诉讼活动的原则、制度和程序，探索诉讼活动的规律，其中当然包括收集证据的程序和使用证据的规则。证据调查学研究证据调查的规则必须以上述法律规则为前提。但是，证据调查学不仅要研究上述法律规则，而且要研究具体调查措施的操作规则。另外，诉讼法学并不研究证据调查的具体方法和规律，而这正是证据调查学研究的主要内容。从某种意义上讲，证据调查学是诉讼法学中有关内容的延伸和补充。

三、与证据学和物证技术学是姊妹学科

这三门学科都是以证据为研究对象的，而且都服务于刑法、民法、经济法等实体法学并跨越刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等程序法学的领域。不过，这三门学科研究证据的角度有所不同。证据学研究的是在诉讼中运用证据的法律制度和法律规范；物证技术学研究的是发现物证、识别物证、记录物证、提取物证、检验和鉴定物证的科学技术方法；而证据调查学研究的是与证据的发现、收集、评断和使用有关的各种调查方法和规律。换言之，证据学是从法律的角度研究证据；物证技术学是从科学技术的角度研究证据；而证据调查学是从调查方法的角度研究证据。三者之间既有联系，又有区别，是相辅相成的。

四、与侦查学是联系紧密且内容交叉的近邻学科

侦查学和证据调查学都要研究查明案情和收集证据的方法和手段，但是前者仅适用于刑事案件之中，后者还适用于民事案件、经济纠纷案件和行政诉讼案件之中。即使在刑事案件之中，二者研究的角度和重点也有所不同。侦查学主要研究侦查人员的调查活动，它侧重的是揭露犯罪和打击犯罪的作用。证据调查学既研究侦查人员的调查活动，也研究辩护律师的调查活动，它强调的是查明

案件事实和证明案件事实的准确性和公正性。

复习思考题

1．证据调查的主体和对象是什么？
2．证据调查中如何遵循实事求是、遵守法制与独立办案的原则？
3．试述证据调查学的发展前景

拓展阅读书目

1．何家弘主编：《新编证据法学》，法律出版社 2003 年版
2．何家弘主编：《证据调查实用教程》，中国人民大学出版社 2000 年版
3．徐立根主编：《侦查学》，中国人民大学出版社 1991 年版
4．王传道主编：《刑事侦查学》，中国政法大学出版社 1996 年第 2 版
5．杨宗辉、王均平编著：《侦查学》，群众出版社 2002 年版
6. 张建升：《以符合诉讼规律的方式侦查取证——“侦查取证与人权保护”理论研讨会述要 》，《人民检察》2005/14
7．余为青：《论辩护律师的调查取证权》，《社会科学战线》2003/05
8．陈永生：《论辩护方以强制程序取证的权利》，《法商研究》2003/01

第二章　证据调查方法的历史沿革

本章教学目的和基本要求：本章主要掌握神明调查法的产生和作用；审讯问案法的历史发展；勘验鉴定法的历史发展；察访询问法的历史发展；人身识别法的历史发展。

课时分配：3 课时。

第一节　神明调查法

一、产生

在人类社会早期，司法裁判官员在争讼双方真假难辨曲直难断时，往往求助于神的力量，依据神的示意来查明案情和证明案件“事实”，这就是“神明调查法”。

二、神誓法

所谓“神誓法”，就是当原告人和被告人就案件事实提出互相冲突的陈述时，裁判者要求原告和被告分别对神发誓以证明其陈述的真实性，从而查明案件事实的方法。

三、神判法

所谓“神判法”，就是在诉讼过程中以某种方式来请求神灵示意并据此查明案情的方法，又可称为“神明裁判法”。

1．西方国家的神判法：水审或水判；沸水审；烙铁审；司法决斗

2．中国的神判法：

（1）捞油或捞油水——西藏的藏族；贵州台江地区的苗族

（2）捞开水——云南的景颇族、佤族；四川的彝族

（3）潜水——景颇族

（4）捧铧——四川凉山的彝族

（5）嚼米——四川凉山的彝族

神判法和神誓法一样，也是人类社会发展到一定历史阶段的产物。从客观上讲，它既“查明”了当时人类认识能力本无法查明的疑难案情，也提高了裁决的权威性，因而有利于奴隶主阶级的统治。

第二节　审讯问案法

一、产生

审讯问案的目的是获取当事人有关案件事实的陈述并核实有关的证据，当然其最主要的功能还是获取被告人的口供。

二、刑讯逼供制度

1．中国的刑讯：历史悠久，广泛应用于司法实践中。

2．西方国家的刑讯：秘密审讯和拷打逼供是让被告人开口的常规手段。

三、中国的科学讯问

“五声听狱讼”、“钩距”、“情迹论”

四、西方国家的科学讯问重点介绍测谎技术。

第三节　勘验鉴定法

一、产生

勘验鉴定方法主要针对物证。

二、中国的勘验鉴定法

1．周朝：勘伤验创的实践
2．秦朝：《封诊式》记载了一套固定的勘验鉴定法。牢隶臣、医生、隶妾
3．唐朝：法律中开始有了关于勘验鉴定责任的规定。
4．宋朝：长足发展，体现于《宋刑统》和《洗冤集录》。检验官、仵作、坐婆
5．元明清：开始重视对于物证的检验。行人
配合洗冤集录的案例分析

三、西方国家的勘验鉴定法

1．古希腊时期：医生进行尸体检验的记载。
2．盎格鲁撒克逊王国时期：验尸官制度的缘起。
3．19 世纪末：法医学、枪弹检验的出现。
4．20 世纪：勘验鉴定成为案件调查中最为广泛使用的方法之一。

第四节　察访询问法

一、中国的察访询问法

办案者询问案件当事人及有关的证人以便查明案情，这是一种相当古老的证据调查方法。我国秦代的《封诊式》中就有记载。

二、西方国家的查访询问法

通过察访来收集犯罪证据的方法在 18 世纪才真正得到发展。法国刑事警察局的创始人是尤金·维多克。17 世纪时，英国社会中出现了具有私人侦探性质的“捕盗人”。

《福尔摩斯探案全集》中经常可以看到查访询问的情节，包括明察暗访。

第五节　人身识别法

一、产生

人身识别就是依据人体的各种特征来对人进行的同一认定。由于诉讼案件一般都是与人有关

的，而且往往是以人为中心的，所以办案人员在调查案情时经常会面临人身识别的问题。

二、中国的人身识别法

姓名——户籍档案——墨刑——刺字——体貌特征（海捕文书、画影图形）

三、西方国家近现代的人身识别法

1720年巴黎的罪犯档案——1840年照相档案——1879年贝蒂隆人体测量法——19世纪后期指纹法（赫谢尔、福尔茨、泰勒）——笔迹鉴定法、足迹鉴定法、牙痕鉴定法、毛发鉴定法、声纹鉴定法、唇纹鉴定法、DNA 鉴定法

复习提要

1．神誓法和神判法都是人类社会发展到一定历史阶段的产物。

2．在以审讯问案作为查明案情的主要方法时，刑讯逼供是一种必然的产物。

3．勘验鉴定法登上证据调查的历史舞台，是因为案件中许多物证的收集和评断都需要现场勘验和专家鉴定。

4．在古代的控告式诉讼制度下，办案者“坐堂问案”，没有必要进行察访。

5．人身识别及依据人体特征对人进行的同一认定。

复习思考题

1．如何评价神明裁判的历史作用

2．如何实现审讯方法的科学化

3．如何理解证据调查中勘验鉴定与察访询问的关系

4．为什么说人身识别在证据调查中具有特别重要的作用?

拓展阅读书目

1．赵信会：《民事诉讼中的证据调查制度》，《现代法学》2004/06

2．何家弘：《司法证明方式和证据规则的历史沿革——对西方证据法的再认识》，《外国法译评》1999/04

3．奚玮：《中国古代“五听”制度述评》，《中国刑事法杂志》2005/02

4．张嘉军：《历史流变中的民事诉讼证据种类》，《现代法学》2005/02

第三章　证据调查思维

本章教学目的和基本要求：主要掌握证据调查思维的重要性；证据调查思维的对抗性；证据调查思维的逆向性；证据调查的抽象思维与形象思维；证据调查的归纳思维与演绎思维以及证据调查思维的常见误区。

学时分配：4 课时（包括 2 课时课堂讨论）

第一节　证据调查思维的重要性

一、证据调查思维的概念

证据调查思维是指证据调查人员在办理案件过程中对案件事实的分析、判断、推理等认识活动。

二、重要性的体现

案情分析的基础就是思维，它依靠证据调查思维。

如何开展证据调查活动，包括证据调查活动的安排，依靠证据调查思维。

调查所收集来的证据材料，也需要证据调查思维的分析、整理、加工。

对案件中所有的证据进行评断，也往往以思维为基础。

第二节　证据调查思维的特点

一、对抗性

1．概念：即思维正确与否不仅取决于你自己，还取决于对手的思维；具有对抗性指主体的思维活动表现为两方的对抗形式，其中一方的思维正确与否往往要取决于另一方思维。

对抗性思维的利用

（前苏联犯罪侦查学家Ｂ•格罗莫夫曾就换位思考法在搜查中的具体运用作过精辟论述，他建议侦查人员“应该把自己置于被搜查者的地位，考虑他的心理状态、职业、生活方式、性格和习惯，并提出这样的问题：如果进行搜查的人自己处在被搜查者的环境和条件下，并且同他的文化水平、职业、技能和本领都一样，进行搜查的人自己会想出什么办法，会把东西藏在什么地方”。）

换位思考法/设身处地思考法/反省法

测试：警察与逃犯的对抗

2．分类：同时对抗+滞后对抗+超前对抗

二、逆向性

1．概念：逆向性指主体的思维方向与客观事物的发展方向相反，不是从事物的原因去探索结果及结果的结果，而是从结果去探索原因及原因的原因。

2．讨论：

（1）日常生活中有哪些逆向性思维？

（2）证据调查活动中有无顺向性思维？

三、时效性

1．主体的思维活动受案件时间条件的限制；
2．思维的效果也要受案件时间条件的限制；
3．时效不仅是法律的规定，而且是证据调查活动的内在要求。

第三节　证据调查思维的种类

一、从思维的性质，分为抽象思维与形象思维

1．抽象思维：以抽象的概念、判断、推理等为内容的思维，又称逻辑思维，思维焦点集中在事物的性质上；

2．形象思维：以具体的直观形象特征为内容的思维，焦点集中事物的形象上。这种思维带有直观性、具体性，其解决方式是形象手段。

二、从思维的方法，分为归纳思维与演绎思维

1．归纳思维：从个别事实导出一般性结论的思维；归纳是从个别知识的前提推出一般知识结论，也就是由实事到结论的推理过程。例如人们发现地球是按椭圆轨道围绕太阳运转，土星是沿椭圆形轨道围绕太阳作周期性运转，从水星到冥王星太阳系中的九大行星都沿椭圆形轨道以太阳为中心进行周期性转动。因此人们断定太阳系的大行星都是沿椭圆形轨道围绕太阳运动。

2．演绎思维：从一般原理或规律导出个别性结论。演绎的思维进程方向正好与归纳推理相反，它是从一般到特殊的推理，经历由一般原理推出个别结论的过程。

讨论：福尔摩斯的武器是归纳思维还是演绎思维？

归纳与演绎都是推导结论的思维方法。

从思维的形式，分为发散性思维与收敛性思维

1．发散性思维：从一点出发向多个方向、多个角度扩散延伸的思维活动。沿着各种不同的方向去思考，去探求新的远景，去追求多样性的思维，是一种从同一来源材料，探求不同答案的思维过程和方法，也叫求异思维。

2．收敛性思维：从多个方向、多个角度向一点集中收敛的思维活动。把问题所提供的各种信息聚合起来得出一个正确的思维。思维方向集中于同一方面，即从同一方面进行思考，所以也叫求同思维。

三、从思维的精确度，分为精确性思维与模糊思维

1．精确性思维：思维客体的类属边界与性质呈明确、清晰状态的思维。

2．模糊思维：思维客体的类属边界与性质呈不明确、不清晰状态的思维。

举例：模糊侦查理论源于模糊数学，它是由侦查思维具有鲜明的模糊性所决定的。比如，检察机关接到群众举报，某规划局长在批准某公司房地产建设项目当中具有受贿嫌疑。反贪局根据此举报信只能得出一个模糊印象。

根据模糊侦查理论，我们可以对此设定一个模糊的侦查方向，那就是房地产建设项目的受益人为行贿人，对有可能出现的行受贿方式进行模糊化处理，用模糊的形式表现精确的内容。 具体的办法是综合分析房地产领域的商业操作规则，初步判断出举报线索的模糊价值，然后再视举报是否署名进一步寻找案件的支撑点。比如，如果是署名举报，可以利用举报者的具体情况充分挖掘举报者的知情信息，先将信息点模糊处理，再从房地产业界内利益人的竞争对手中逐步印证。如果是匿

名举报，可以从举报信的行文、措辞、叙事的逻辑结构、对事件的了解程度等模糊地抽象出举报人的大概形象，得出举报内容的一个模糊的可信度、可查度，然后再深入到相关房地产行业进行查访。

第四节　证据调查思维的常见误区

一、思维的表面性
二、思维的主观性
三、思维的片面性
四、囿于思维定势
五、思维违反逻辑

复习提要

证据调查思维具有对抗性、逆向性、时效性和复杂性的特点，可分为抽象思维与具体思维、发散性思维与收敛性思维、精确性思维与模糊思维等类型。调查人员应克服在证据调查思维方面的表现性、片面性、主观性、思维定势及思维违反逻辑的错误。

按照思维的性质，证据调查思维分为抽象思维与形象思维；按照思维的方法，分为归纳思维与演绎思维；按照思维的形式，分为发散性思维与收敛性思维；按照思维的精确度，分为精确性思维与模糊思维。

复习思考题

1．证据调查思维对于证据调查活动的意义如何？
2．如何理解证据调查思维的对抗性？
3．证据调查思维的时效性包括哪两层含义？

拓展阅读书目

1．胡桂丽：《刑事庭审会话中的闪避回答》，《修辞学习》2006/04
2．韩登池：《公诉中逻辑方法的运用》，《人民检察》2004/08
3．郝建设：《法律推理与司法公正》，《社会科学辑刊》2004/01
4．雷励：《关于定罪推理的逻辑再思考》，《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1999/02

第四章　证据调查的途径与步骤

本章教学目的和基本要求：主要掌握案件事实的构成要素；证据调查的基本任务；证据调查的两种模式；证据调查的一般途径；证据调查的基本步骤。

课时分配：3 课时课堂教学+2 课时案例讨论。

第一节　证据调查的途径

一、案件事实的构成要素

何谓案件？以纠纷为基础，以被人们所认识为前提，以立案或采取法律措施为标志。

事实的构成要素包括：“七”何。

何事：判断事情的性质；

何时：包括顺序性、连续性、关联性。

何地：包括自然形态的空间性质和社会形态的空间性质。

何情：案件发生的情况，包括案件发生的方式和过程。

何故：案件发生的原因，包括主观原因和客观原因，前者指案件当事人或者行为人的动机和目的；后者指外界因素。

何物：案件中的标的物、案件中的使用物、案件中的关联物。

何人：案件的当事人、案件的关系人、案件的知情人。

二、证据调查的基本任务

在核查已知事实与调查未知事实的基础上，收集所需要的各种证据，并加以审查评判。

核查案件事实要素中的已知内容；

查明案件事实要素中的未知内容；

全面收集有关案件事实要素中的各种证据；

综合评断有关案件事实要素的各种证据。

三、证据调查的两种模式

1．模式之一：从事到人，此种途径是指事实性质明确，发生案件事实后立案，从存在的事实出发查找作案人的途径。从勘查现场，现场访问以及研究现场各种情况入手，以事实为依据，从行为造成的后果发现作案人的一种方法。

2．模式之二：从人到事，指有嫌疑而具体情节不明确，以人立案，从具体嫌疑对象出发，查清其事实的途径。它是以特定的嫌疑人为对象，从调查和发现某个人嫌疑或迹象入手，以查明行为侵害的对象，时间，地点，手段以及后果或者正在预谋的行为，然后采取各种措施或取证，破获案件。

第二节　证据调查的基本步骤

一、明确调查任务

1．事件法+要素法

2．注意刑民案件的区别

二、分析已知证据

1．分析已知证据的内容：本证、反证的区别。
2．分析已知证据的证明价值：分析每个已知证据的证明价值；分析全部已知证据的证明价值。
3．分析已知证据的可信度：分析证据内容的可靠性；分析证据来源的可靠性。

三、提出调查假设

要从已知证据出发推断未知证据的内容和形式，并作相应的假定和设想，即存在着那些潜在证据。

1．关于未知事实的假设；
2．关于潜在证据的假设：历史事件重建法；明确己方需要的潜在证据；提出潜在证据假设。
3．证据调查提纲：已知案情提纲；已知证据提纲；潜在证据提纲。

四、收集与保全证据

1．制定收集证据的计划；
2．证据的发现和提取：笔录提取法；音像提取法；实物提取法；模型提取法。
3．证据的保管：保护证据的特定价值；保护证据的证明价值；保护证据的法律价值。

五、审查运用证据

1．审查证据的任务和内容：查明证据是否确实；查明证据是否充分。
2．审查证据的步骤和方法：直接证明法+间接证明法；要素证明法+系统证明法。
3．证据的运用。

复习思考题

1．案件事实的构成要素包括哪些？
2．什么是证据调查的任务？
3．证据调查的形式和和途径是什么关系？
4．证据调查的基本步骤包括哪些？
5．何谓要素证明法与系统证明法？

拓展阅读文章

1．何泉生：《刑事证据体系的结构探究》，《中国人民公安大学学报》2005/05
2．刘仲秋：《证据中的事实信息》，《西南师范大学学报(人文社会科学版)》2005/05
3．戴长林：《刑事证据理论在投毒杀人案件中的应用研究》，《中国法学》1999/06
4．孙建国：《如何搜集与审查判断电子证据》，《人民检察》2006/11
5．陈碧：《论言词证据认证的若干问题》，《政治与法律》2005/02
6．王世明：《从信息角度论刑事诉讼中证据的信息收集》，《西南民族大学学报(人文社科版)》2004/06

第五章　勘　验

本章教学目的和基本要求：通过本章学习，明确犯罪现场与现场勘查的基础知识；了解现场勘查的组织指挥要领；学会临场初步处置、保护现场及制作访问笔录与勘验记录；熟悉现场访问、现场分析的内容；掌握现场访问、现场勘验、现场分析的步骤、方法；懂得勘验现场痕迹物品。

课程分配：4 课时教学+2 课时课堂演示。

第一节　现　场

一、概念

现场是指事发地点，具体而言指事故或事件发生的地点、场所，以及可能留有痕迹、物证的周围关联场所。

“罪犯肯定会在短暂停留过的作案现场留下蛛丝马迹，就像蜗牛爬过会留下湿润的足迹一样。”

（先展示用数码相机拍摄的各种真案现场照片。阅后使学生对犯罪现场有个初步的感性认识。）

关于犯罪现场的几个问题：1．是否系犯罪现场，不以侦查人员是否勘查为标准；2．犯罪现场不是一块简单的地域，而是一个综合性范畴；3．有犯罪案件就有犯罪现场，反之亦然。

现场具有不可替代性、易变性、暴露性和阶段性。

二、犯罪现场的构成要素

1．犯罪行为要素：犯罪行为是犯罪分子为了实现其犯罪意图而采取的行动。

2．时间、空间要素：时间和空间是一切客观事物存在的形式，当然也是犯罪现场存在的形式。

3．物质形态变化要素：被侵犯对象及其物质环境的变化可归纳为被侵犯对象的变化、现场客体物的增减、现场上原有客体物的位置、形状及其组合状态的改变和有关客观现象的发生等。

构成犯罪现场的三要素互相联系、互相依存、缺一不可。犯罪分子的犯罪行为，必然与作案时间、作案空间同时存在，是被侵犯对象及其物质环境发生变化的直接原因，是与非犯罪现场的本质区别，因此，犯罪行为是犯罪现场的核心要素；空间、时间是犯罪现场的存在形式；物质形态变化是犯罪行为的必然结果。

三、犯罪现场的分类

犯罪现场纷繁复杂、多种多样，在对犯罪现场进行分类时，经常从多个不同的角度来进行。

1．根据案件类型分类

2．根据犯罪现场形成后有无重大变化分类

3．根据多个现场形成的先后次序和主要犯罪行为发生的地点分类

4．根据同一现场的不同部位在该现场中的地位分类

5．根据现场所处的空间位置分类

6．根据对现场有无伪装破坏分类

四、保护现场

保护现场的确切称呼应该是保护犯罪现场。保护犯罪现场是指对犯罪现场进行警戒封锁，使其在勘查前保持案件发生、发现时的状态的一项专门工作。保护现场有利于收集案件证据，发现案件线索，保守秘密，处置现场。“现场的某个物品，一旦被移动或改变，要想恢复其原始位置或状态，

几乎是不可能的。”

1．保护现场的任务

保护犯罪现场的任务，总起来说，就是要在现场勘查人员到达现场以前，根据犯罪现场的个体情况和周围环境，划定保护区范围，布置警戒，采取紧急救护和有效保护措施等，把由于种种原因造成的现场变动减少到最小程度。

保护现场是公安保卫人员的重要职责，公安保卫人员保护犯罪现场的具体任务是：

（1）核实情况，迅速报案

（2）划定保护区的范围，封锁现场

（3）根据现场情况，采取紧急措施

（4）收集对案件的反映，登记在场的证人

（5）向侦查人员汇报有关情况

（6）在现场勘查指挥员统一领导下，继续搞好现场保护工作，直至勘查完毕。

2．保护现场的方法

划出一定的保护范围，把现场封锁起来，禁止与现场勘查无关的任何人进入，以保持现场的原始状态。

在保护现场时，常见的警戒措施有：设置"人墙"；设置障碍物，划警戒线；封锁交通道口，指挥现场交通；张贴布告、关闭大门、划通道等。另外，在警戒现场的同时，要劝退或撤离现场围观人员；应禁止外人闯入保护区；如果案件是发生在农村住户的家里，还应当把散养在保护区内的牲畜、家禽等圈养起来，或者赶离现场保护区；如果案件影响较大，有记者、领导到达现场的，还要设置现场接待站。

（1）室外现场的保护方法：室外现场的保护，通常是划出一定的范围布置警戒，将现场封锁起来，禁止一切无关的人员进入。

（2）室内现场的保护方法：室内犯罪现场的保护，通常是把出事的房间和室外进出该房间的路线，以及可能留有犯罪痕迹、物品的场所一起封锁起来，布置警戒，张贴布告，或者绕以绳索，禁止一切无关人员入内。

（3）现场痕迹、物品的保护方法：警戒法、标记法、遮盖法、转移法、提取法

（4）现场上尸体的保护方法：根据处在不同空间里尸体的不同情况采取不同的保护方法。对尸体、痕迹、物证的保护要贯彻因地制宜的原则

第二节　勘验组织

一、概念

现场勘查是指侦查人员为了发现和提取与案件有关的各种痕迹、物证，而依法对与案件发生有关的场所所进行的勘验检查活动。

二、勘验前的组织活动

1．平时准备——临战时快速反应制度

日本警事厅统计，“区控时间” 每提高一分钟，现场捕获犯罪的可能性则提高 15.7%

2．勘验前分组：指挥组、现场保护组、现场访问组、实地勘验组、现场联络组、机动组；

3．询问现场发现人、报案人、保护人，了解发生、发现和现场保护情况，决定是否采取补救措施、紧急追缉措施；

4．邀请两名与案件无关的见证人，邀请专家。

5．紧急处置：抢救伤、病、火灾；搜索、追缉嫌疑犯。

第三节　实地勘验

一、现场勘验的对象

现场勘验的对象就是犯罪现场上与犯罪有关的所有客体，包括犯罪场所、犯罪痕迹、犯罪物品和尸体、人身等。

二、现场勘验的步骤

现场勘验是一项复杂而又细致的工作，通常按从整体到局部、从局部到个体的步骤进行。

1．整体巡视

整体巡视，又称巡视现场，是指侦查人员为了了解现场的内外状态及周围环境，而围绕现场进行观察研究的一项勘验活动。

通过整体巡视，实现对犯罪现场的完整认识，为勾划勘验方案，划定勘验的范围，确定勘验的重点、顺序，选择进入中心现场的通道提供可靠的依据。

2．局部勘验

局部勘验，又称为初步勘验，是指在不变动现场原始状态的情况下，按照确定的勘验范围和顺序，把现场分成若干部分，逐一进行观察、记录、研究的一项勘验活动。

3．个体勘验

个体勘验，也称细目勘验，个体勘验的主要目的是：

（1）寻找发现痕迹物品。

（2）研究检验痕迹、物品、尸体和人身。

（3）记录固定痕迹、物品、尸体。

（4）提取保存痕迹物品。

（5）勾通情况，防止痕迹物品遗漏。

现场勘验的三个步骤是一个从整体到局部、从局部到个体的勘验活动过程。三个步骤是有机联系和配合进行的，它是一个连续逐步的工作过程，三个步骤不能截然分开。

三、现场勘验的方法

现场勘验作为一项专门活动，有其专门的、相对固定的勘验方法，经常采用的有以下几种。

1．实地观察法

2．技术检验法

3．现场搜索法

4．现场实验法

四、现场勘验的顺序

1．总体顺序。对于现场范围不大，中心部位比较明确，且在中心部位痕迹物品比较集中的现场，往往采用从中心向外围勘验的顺序；对于现场范围较大，涉及面广，痕迹物品比较分散，中心一时难于确定的现场，往往采用从外围向中心勘验的顺序；对于范围较大，或者地处狭长地带，或者犯罪地点涉及到几个楼层、几幢楼房的现场，应将现场划分为几个不同的局部，分片分段地进行勘验；　对于范围较大，与地形地物的自然界线有一定关系的现场，可沿着地形地物的自然界线进行勘验；而当现场上出现某些痕迹物品集中，犯罪动作、手段及意图明确的部位时，可以从这些部

位着手，顺着或逆着犯罪分子的作案过程进行勘验。

2．个体顺序。现场勘验的个体顺序，是指对犯罪有关有痕迹、物品、尸体等进行勘验时应遵守的顺序。对个体进行勘验时，通常应按照以下顺序进行：一是先静观后动手；二是先固定后提取；三是先无损后有损；四是先低处后高处；五是先重点后一般；六是先易逝后稳定。

第四节　现场访问

现场访问，是指侦查人员在现场勘查过程中，依法对被害人和证人进行正面查询的一项侦查活动。

一、现场访问的对象和内容

1．现场访问的对象：

2．现场访问的内容

在进行现场访问时，因具体案件性质的不同，访问对象的不同，所要查明的问题不同，其访问内容是有区别的，每个案件都有其访问的重点。一般来说，现场访问的内容有以下几方面：（1）案件发生、发现的情况。（2）犯罪分子的情况。（3）被害人的情况。（4）现场遗留物的情况。（5）被侵犯财物的情况（6）案发前后的疑人疑事。

二、现场访问的方法

1．发现和确定访问对象

2．选择访问地点

3．创造良好的气氛，讲究问话艺术

4．引导和追询

5．根据访问对象的心理特点，做好心理转化工作

6．　结束访问

三、现场访问的要求

1．现场访问必须遵循的法定程序

（1）现场访问只能由侦查人员进行，参加访问的侦查人员不得少于二人。

（2）侦查人员在进行访问时，必须首先向访问对象出示公安机关的证明文件和侦查人员的工作证件。

（3）现场访问应当个别进行。

（4）告知访问对象应当如实提供证据、证言，若有意作伪证或隐匿罪证应当负法律责任。

（5）现场访问禁止暗示、引诱、侮辱人格、泄露案情或表示对案件的看法。

（6）访问中，对未成年证人、被害人可以通知其法定代理人到场。

（7）对每一个访问对象进行正式访问时要制作笔录。

2．访问对象的权利和义务

第五节　现场分析

在现场访问和实地勘验结束后，侦查指挥人员召集参加访问和勘验的调查人员，以开讨论会的方式，对事件性质、案件情况、及初步侦查方案等问题进行初步分析判断的活动。

一、现场分析的目的和要求

1．现场分析的目的

通过现场分析要达到的目的是：全面掌握现场情况； 弥补现场访问和现场勘验的不足； 确定侦查工作的起点和内容；开辟发现新证据和新线索的途径； 确定妥善处理现场的方案；

2．现场分析的要求

科学的现场分析应该符合以下要求：（1）要从客观情况出发，全面占有材料，实事求是。（2）要对获取的各种材料进行审查甄别。（3）要具体案件具体分析，注意特殊矛盾。（4）要抓住关键性问题，不要贻误战机。（5）要坚持整体的联系的观点。（6）要坚持认识规律。（7）要运用逻辑学、心理学及其他相关学科的知识。

二、现场分析的方法

1．单项分析。所谓单项分析，就是对现场勘查所获得的全部信息材料逐一和逐项分析。

2．综合分析。所谓综合分析，就是在单项分析的基础上，把现场的各个部分、各种问题和全部案件信息材料综合起来，从总体上进行分析。

三、现场分析的内容及具体分析方法

1．分析事件和案件的性质

所谓分析事件性质，就是要判明现场上已经发生的事件是否属于犯罪事件，是否需要刑侦部门立案侦查。由于现场情况比较复杂，分析事件性质一般可以从以下方面进行：

（1）研究访问对象的陈述是否合乎情理。

（2）研究事件现场的本身是否存在矛盾。

（3）研究现场周围群众对事件的反映。

（4）根据实验的结果、鉴定结论等进行分析。

2．分析案件形成情况

分析案件形成情况包括分析作案时间、作案地点、作案工具、作案手法及过程等。

（1） 分析作案时间

（2）分析作案地点

（3）分析作案工具

（4）分析作案手法

（5）分析作案过程

3．分析作案人情况

分析作案人情况，就是分析犯罪分子的人数、自然条件、社会特征条件及其他必备条件。

（1）分析犯罪人数

（2）犯罪分子的自然条件

（3）犯罪分子的社会特征条件

（4）犯罪分子作案的必备条件

4．分析犯罪心理痕迹

分析犯罪心理痕迹，是指分析犯罪分子在犯罪过程中的心理活动情况。这些心理活动情况包括犯罪动机、犯罪目的、实施某一行为时的心理状态以及其他的特殊心理等。

分析犯罪心理痕迹应充分依据犯罪分子在实施犯罪行为过程中在犯罪现场上形成的能直接或间接反映犯罪心理活动的一切现象进行。

四、拟定初步侦查方案

1．确定侦查方向范围

2．明确下一步侦查工作思路

在确定了侦查方向和范围之后，下一步的工作就是从与案件有联系的人、事、物、时、空五个方面所暴露的各种犯罪迹象以及现场遗留的痕迹物品去选择、优化侦查目标。

3．制定侦查计划，确定侦查措施

在明确了下一步侦查思路后，为了顺利开展工作，还必须在此基础上制定切实可行的书面侦查计划。案件情况不同，侦查计划内容也不同。

第六节　制作笔录

一、现场勘验笔录

现场勘验笔录是用文字记载的形式，对勘查经过、勘查所见和勘查结果进行记录。它是现场勘验记录最重要的部分。

1．现场勘验笔录的结构及其内容：现场勘验笔录通常由首部、正文和尾部组成。

首部记载的内容：

（1）受理报案的情况。接到报案的时间；案件发生和发现的时间、地点；报案人、当事人或被害人的姓名、职业、住址以及他们所陈述案件发生、发现的经过情况。

（2）现场保护情况。现场保护人员的姓名、职业、到达现场的时间和采取的保护措施以及在保护过程中发生、发现的有关情况等。

（3）参加现场勘验的指挥员和侦查人员的姓名、单位、职务。

（4）被邀请的现场见证人的姓名、职业和住址。

（5）现场勘验工作的起止时间，勘验的顺序，当时当地的气候(如光线、温度、湿度、风向、风力)等。

正文部分记载的内容：（1）现场的地址。（2）现场中心部位的情况。（3）现场上所见的其他异常情况。

尾部记载的内容：（1）提取现场痕迹、物品的名称、数量和特征。（2）现场拍照、录像的内容、数量和绘制现场图种类、数量。（3）参加现场勘验的指挥员、侦查员、技术员、笔录制作人签名或盖章。（4）现场见证人签名或盖章。（5）笔录制作日期和加盖制作单位公章。

2．制作现场勘验笔录的要求

第一， 现场勘验笔录记载的顺序应当与勘验的顺序相一致，以免因记载紊乱而发生遗漏和重复的现象。

第二，现场勘验笔录记载的内容要客观。

第三，现场勘验笔录用语力求准确、鲜明。

第四，现场勘验笔录用语要符合统一标准。

第五，现场勘验笔录记载的内容应繁简得当。

第六，在现场勘验活动中，如果进行尸体检查、现场实验、人身搜查、物证检验等，应单独制作笔录。但是，对上述检验工作如果与勘验工作同时进行的，应在笔录中予以扼要地记载，并将附件附在勘验笔录中。

第七，当一个现场进行多次勘验时，每次都应制作现场复验笔录。如果一案有多处现场，应分别制作现场勘验笔录。

二、现场绘图

现场绘图，是侦查人员运用制图学的原理和方法，通过几何图形固定和反映现场状态的一种记录形式。

由于现场所处的位置不同，制图的种类也有所区别。按照现场图所表示的范围，一般可分为：现场方位图、现场全貌图、现场局部图和现场综合图 4 种。而 4 种图中的现场局部图又可具体分为：现场平面图、现场平面展开图、现场立面图、现场立体图、现场剖面图、现场引伸图等 6 种。

三、现场照相

1．现场照相的种类

现场照相可分为方位照相、概貌照相、重点部位照相和细目照相四种。

2．现场照相常用的方法：相向照相法；十字交叉照相法；连续照相法；比例照相法。

复习思考题

1．勘验的基本含义是什么？
2．不同种类的现场特点是什么？
3．勘验有哪些基本原则？
4．什么是静态的勘验？什么是动态的勘验？
5．勘验记录的作用是什么？对勘验记录有哪些要求？
6．现场照相的内容有哪些？
7．现场分析的内容有哪些？

拓展阅读书目

1．王大中：《现场勘查》，人民公安出版社，1999 年版。
2．邓洪：《神探李昌钰》，海天出版社，2000 年版。
3．程军伟：《由现场勘查的性质反思我国刑事立案制度》，《法律科学》2005/01

第六章　询　问

本章教学目的和基本要求：掌握询问的概念、任务、方式；询问的功能和规则；询问的准备；询问的技巧；不同询问对象的心理特点；询问的步骤和方法；询问结果的评断。

学时分配：4 课时课堂讲授+2 课时案例演习。

第一节　概念、任务和方式

一、询问的概念

调查人员与案件的有关人员进行谈话，依法了解案件有关情况的专门活动。

一定的询问环境+科学的询问技术；任务：收集证据；查明基本情况，发现线索；审查、查找嫌疑人。

二、询问的分类

1．正式询问和非正式询问：前者是指调查人员依照法律规定进行的具有法律效力的询问；后者指为了解案情进行的一般性谈话。

2．正面询问和侧面询问：按照调查人员身份是否公开分类。

3．走访询问与传唤询问：按照询问地点作出的分类。

第二节　询问的组织

一、掌握详情

要了解被询问人的基本情况，如文化程度、社会关系、道德品行，初步分析被询问人在本案中所处的位置。同时，对询问时可能涉及的人名、地名、行业术语等要有备而来，这样可以避免记录时发生不必要的错误和涂改，也可以使询问更具针对性，使被询问人更快地进入谈话状况。

二、拟好提纲

询问前，办案人员要开好碰头会，商定询问提纲和要点。应根据询问前掌握的情况确定询问时先问什么、后问什么，是直奔主题还是循序渐进，是政策攻心还是出其不意等。要充分估计到询问中可能出现的各种情况，并列出相应的对策。

三、明确分工

一般询问人员不得少于两人。不同的人对某一案件的询问可能有不同的思路，但询问时不能各说各的。因此，办案人员进行科学分工并统一思想显得尤为重要。要确定好主询问人，由主询问人围绕询问提纲进行提问，主导好整个谈话进程。一般情况下，其他办案人员不要打断主询问人的提问，但可以顺着主询问人的思路进行必要的补充提问。记录人要对询问人的问话心领神会，尽量把谈话内容记准、记全，防止疏漏。

第三节　询问的实施

一、动之以情

1．平等待人。应通过平等的对话，在被询问人心中树立良好执法形象。

2．耐心引导人。当违法当事人或相关证人开始陈述时，办案人员一般不要中间打断。对不善言辞的人，更要多鼓励、多启发、多引导，尽量让其自由陈述，这样既可消除被询问人的紧张或抵触情绪，也可帮助办案人员更好地把握被询问人的性格特点和思想变化，使下一步询问工作更能切中要害。

3．以诚感化人。随着询问和陈述的深入和被询问人的心理变化、思想矛盾也将逐渐加大。例如，违法当事人为逃避处罚往往会在谈话中避重就轻，证人可能持“事不关己、高高挂起”的态度而不愿吐露更多实情。对此，办案人员要沉着冷静，坦诚相待，适时讲清政策，因势利导，做好思想教育工作。对证人，要讲明作证的责任和义务，承诺为其保密，激发其维护社会公共秩序的正义感；对违法当事人，要讲明不如实陈述事实的利害关系，帮助其走出思想误区。

二、心理较量

询问调查的过程，在一定意义上是办案人员与被询问人心理较量的过程。从执法实践看，被询问人尤其是违法当事人在询问过程中的心理变化一般要经过试探猜测、抵触相持、动摇不定、如实陈述四个阶段。办案人员必须牢牢把握被询问人的心理变化规律，采取有效策略，突破对方的“心理防线”，引导其如实回答提问。

1．静观其变。要冷静观察被询问人的情绪、神态、声调的变化等细节，透过这些表象分析被询问人真实的心理活动，为进一步询问打好基础。

2．适时出击。在询问中，违法当事人由于紧张往往会前后矛盾或露出破绽。办案人员要善于看准时机，果断出击，使违法当事人放弃侥幸心理，从抗拒的歧途转到合作的正轨上来。

3．政策攻心。办案人员可以结合近期查办的类似案件，向当事人说明如实陈述的重要性，帮助被询问人分析利弊，消除思想顾虑，增强对执法人员的信任感，主动配合执法人员做好案件事实的调查取证工作。

三、与其他取证方式紧密联系

1．认真核对询问笔录。在将询问笔录交付被询问人阅读签字之前，办案人员要通篇阅读，看记录内容是否完整、准确，是否符合取证要求，前后有无自相矛盾之处，是否对案件的突破有价值。办案人员核对询问笔录的过程是整个询问调查过程在脑海中的重演，也是发现提问遗漏或记录遗漏的有利时机。一旦错过，势必延缓办案进程，给下一步调查取证工作造成被动。

2．与其他证据对比印证。执法人员不能仅靠谈话内容就给案件定性，还应与其他证据对比分析，看证人证言或被询问人陈述与其他客观证据是否一致，能否相互印证，是否符合证据的关联性、合法性、真实性要求。

3．做好细节“文章”。询问过程中，被询问人有时看似有意无意的一些话语，却传递着与本案或其他违法事实相关的信息。对这些细节，办案人员不应放过，而应从细微处发现新情况，寻找新线索，使案件调查得以深入，取得更大的突破。

第四节　对询问结果的评断

一、对询问结果的可采性、可靠性审查

1．审查判断证人的资格：我国《刑事诉讼法》第 48 条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”从上述规定可以看出，对证人资格的考察主要是从生理和作证能力两方面进行的，具体 应了解证人的年龄、身体状况，性格、心理，受教育的条件和程度以及对事物的感知、记忆和表达能力等，这些因素都对证人能否作证及作证能力的强弱产生一定的 影响。我国刑诉法虽然没有对证人的年龄做出明确的限制规定，但对于证人作证能力的认定，还应根据案件的复杂程度、证人智力发育程度等综合加以判断。对某些重要证人的作证能力，必要时可以进行鉴定。

2．审查判断提供询问结果时有无受到外界影响，是否愿意如实提供询问结果。一方面应审查收集是否合法，有无采取收买、欺骗、威胁、刑讯等非法手段逼取或骗取询问结果，另一方面应审查主观上是否有意作伪证或隐匿罪证，是否受到当事人及其利害关系人的利诱、指使或威胁。如存在上述情形，则询问结果即不具有证明效力。

3．审查判断询问结果的来源。主要应查清询问结果内容是亲眼在场目睹，还是间接获取，不能以证人的主观臆想或道听途说作为定案的根据。

4．审查判断询问结果的形成过程，以判断证据证明力的大小与强弱。询问结果的形成是一个复杂的、主观能动地反映客观事物的感知、记忆和陈述过程，由于证人的 生理、心理、受教育程度等等情况各不相同，因此证人对发现的客观事物加以再现的表达能力也各不相同，这种表达能力与证人的语言文字水平和逻辑思维能力及模 式有着十分密切的关系，凡语言文字水平高的证人一般都能客观、准确地表达案件的事实情况，而逻辑思维强的证人就能按照一定的逻辑顺序，紧扣问题的实质部 分，清晰地展现案件的原貌，使其询问结果具有较高的证据价值。反之，证人在作证时语言表达能力差，用词不当，逻辑思维混乱，颠三倒四，导致询问结果内容含糊不清，令人费解，将极大地削弱其证据力的强度。

5．审查判断询问结果的内容。主要应审查询问结果所表达的内容与案件事实之间有无关联性，以 及询问结果与其他证据之间有无矛盾之处，询问结果与被确认的案件事实之间是否相互吻合，有无矛盾之处。如果询问结果与案件事实本身并无关联，即使在内容上是符合客观事实的，也无证据价值。当询问结果与其他证据出现矛盾，或者与已发生的案件事实相抵触时，应结合其他证据相互印证，必要时还要依法补充收集证据。

6．审查认定证人与案件当事人或案件本身是否有利害关系。证人与当事人有亲属、朋友、同事、同学等关系，或者存在相互敌视的对立关系，就有可能影响证人询问结果的客观真实性，对上述证人所提供的询问结果，必须严格核实，根据不同情况作具体分析，慎重使用。

二、审查判断的方法

1．对单个询问结果所表达的内容进行全面的分析，判断其是否合乎情理、逻辑和事物发展的客观规律。这种判断方法也称为“甄别法”，是对单个证据进行审查认证 的常见形式。即审查主体对询问结果所表达的内容结合全案事实及其他证据，进行全面分析，考察其与案件有何种联系、证明得了哪一事实，询问结果所反映与案件有关的事 实是否符合人之常理，是否符合客观事物发生、发展和变化的一般过程，有无违反逻辑，综合加以识别和判断，从而得出相应的结论。

2．将询问结果与案件事实及其他证据进行对比，判断彼此之间是否存在矛盾。任何一个证据都无法借助自身来证明其真实性、可靠性，只有与其他证据结合起来，加以综合分 析、判断，才

能确认其真伪。通常情况下，对某一案件事实的认定，仅凭审查某一证据是否具有真实性、可靠性，是无法达到确认案件事实的。这就要求办案人员在 判断证人询问结果时，不仅要将此种证据与彼种证据进行对照比较，而且要将证人询问结果与案件事实联系起来加以考察，分析询问结果与证据之间、询问结果与案件事实之间有无矛 盾，审查询问结果对案件事实的证明方向是否一致，最终全面评价询问结果的证明力。

3．在法庭审理中，当庭进行询问和质证。询问结果必须经过法庭审理和当庭质证，查证属实，才能作为定案的根据。如果证人不能出庭或者拒绝出庭，未出庭的证人的询问结果宣读后经当庭质证属实，也可以作为定案的根据。

三、预防伪证的规则

1．伪证的法律责任
2．当庭出示、公开查证
3．证人出庭作证
4．宣誓或者具结
5．交叉询问

复习思考题

1．如何理解询问的含义？
2．如何进行询问的准备工作？
3．开展正式询问应注意什么？
4．怎样审查询问结果？

拓展阅读书目

1．胡洪亮：《机智询问、巧揭伪证》，《人民检察》2002/03
2．龙宗智：《论我国刑事审判中的交叉询问制度》，《中国法学》2000/04
3．李丰：《制作询问笔录应注意的几个问题》，《人民检察》1999/03

第七章　实验（方法）

本章教学目的和基本要求：主要掌握实验的概念；实验的种类；实验的规则；实验的组织实施；实验结果的审查和实验结果的运用。重点问题包括实验的概念和作用；实验应遵守的规则；实验计划的主要内容；实验笔录的主要内容；实验的审查和实验结果的运用。

课时分配：2 课时

第一节　实验的概念和作用

一、实验的概念

实验方法是指模拟案件或事件发生时的条件，使某事实或现象重新加以演示，从而便于确定与案件有关的该事实或现象是否可能发生或存在的一种调查方法。

二、实验的分类

1．诉讼中的实验与行政执法中的实验；
2．有关感知可能性的实验、行为可能性的实验、自然力的实验
3．单一实验和对照实验
4．人的试验、物的试验、事的实验。

第二节　实验的功能和规则

一、实验的作用

1．确定在一定条件下能否听到或者看到；
2．确定在一定时间内能否完成某一行为；
3．确定在什么条件下能够发生某种现象；
4．确定在某种条件下某种行为和某种痕迹是否吻合一致；
5．确定在某种条件下使用某种工具可能或者不可能留下某种痕迹；
6．确定某种痕迹在什么条件下会发生变异；
7．确定某种事件是怎样发生的。

二、实验的规则

1．近似实验的规则：相关条件基本相同，包括时间、光照环境、地点环境、工具、材料基本一致。

2．多次实验的规则：为防止客观条件以及人为的误差，应在相同条件下反复多次实验。

3．安全实验的规则：注意防止出现意外。

4．文明实验的规则：尊重不同民族的风俗习惯、不同人群的感情因素。

5．秘密实验的规则：如果涉及国家机密、商业秘密、个人隐私应当保密。

6．依法实验的规则：应当获得同意，邀请证人参加，应当有客观、全面、准确的记录。

第三节　实验的组织实施

一、制定侦查实验计划

1．调查收集资料：身份的确定；环境的调查；性格的调查；
2．制定确实可行的试验方案和计划：实践、地点、工具物品、警戒工作。

二、确定侦查实验的参加人员

1．确定实验的主持人；
2．确定实验的实施人员；
3．指定实验的记录人；
4．聘请专家；
5．邀请实验见证人；

三、制作实验记录

原则：迅速及时、全面无遗、客观真实、条理井然。

组成：前言、正文和结尾。侦查实验笔录一般由三部分组成。前言包括侦查实验开始至结束的时间，要具体到某时某分；进行侦查实验的具体场所；参加人员的姓名、单位、职务；实验的目的等通过实验要解决的问题。正文：这部分内容是实验笔录的写作重点，要写明实验过程及结论。实验过程，包括在什么条件下，用何种材料进行实验、如何组织实验，实验的种类和方式，实验的次数和每次具体情况。这是实验笔录的核心内容。它直接关系到实验结论的可靠程序。如果实验中使用了几种方法，应将实验过程中的各种情况逐一具体写清楚。最后写明通过实验所要解决的问题能否得到证实，从而作出肯定或否定的结论。最后是参加的人员、见证人、记录人签名。

第四节　实验结果的审查运用

一、实验结果的审查

1．实验是否严格遵守实验规则？
2．实验计划是否科学、是否切合实际？
3．实验对象有没有可能影响实验结果的某种职业知识或者专门技能？
4．实验对象的生理、心理状态是否正常？
5．实验对象是否与案件有利害关系？
6．实验过程中是否出现了突发事件？
7．实验过程中是否存在矛盾或者疑点？

二、实验结果的运用

1．肯定结果不足以表明这一现象或事实一定存在或发生；
2．否定性结果基本能够排除某人实施某种行为的可能性或者证实某人有不实陈述。

（结合案例讨论）

复习题

1．实验的种类和特点。
2．实验能发挥什么样的作用？
3．进行实验时应遵守哪些规则？
4．完整的实验计划应包括哪些内容？
5．实验的组成人员有哪些？
6．如何审查运用实验结果？

拓展阅读文章

1．张静：《论类比推理在侦查思维中的运用》，《西南民族大学学报》(人文社科版) 2005/02

第八章　辨　认

本章教学目的和基本要求：辨认的概念与种类；辨认的科学性；辨认的规则；辨认的组织实施以及辨认结果的审查判断。

课时分配：2 课时。

第一节　辨认的概念和种类

一、辨认的概念和种类

辨认是指调查人员为查明案件事实，而组织安排相关人员对与案件有关的人、物或场所进行识别的一种措施。

辨认必然经过感知、记忆、辨识三阶段。

辨认可用于验证、判断证人询问结果、被告人供述或辩解、被害人陈述的可靠性；查找与案件有关联的人；审查嫌疑人；以及获取证据。

二、辨认的科学性基础

1．客体方面：

辨认客体的特定性；辨认客体的稳定性；辨认客体的反映性。

2．主体方面：

人具有一定的感知能力；人具有一定的记忆能力；人具有一定的辨识能力。

第二节　辨认的规则

一、自由辨认

独立自主、实事求是地进行辨认。主持人可以帮助辨认人全面细致的观察客体的特征，也可以进行必要的解释，但必须保持客观的态度。

二、混杂辨认

“量”：不能单独辨认。

“质”：年龄、性别、体貌相似的人混杂；种类、型号、牌子、形状、颜色相同的物品。

三、个别辨认

几个辨认人对同一辨认对象进行辨认时，不能同时在一起进行；

辨认对象有两个以上时，不能一起接受辨认。

第三节　辨认的组织实施

一、法律规定

刑事诉讼法中没有在侦查行为中对辨认作出规定，但是最高检《规则》和公安部《规定》都对

辨认予以专门规定。

二、基本程序

根据最高检《规则》和公安部《规定》的相关规定，辨认应当遵循的程序包括：

1．公安机关侦查过程中需要辨认犯罪嫌疑人的，应当经办案部门负责人批准；人民检察院在对自侦案件的侦查过程中需要辨认犯罪嫌疑人的，应当经检察长批准。

2．辨认应当在侦查人员主持下进行，在公安机关侦查的案件中，主持辨认的侦查人员不得少于 2 人。人民检察院主持辨认，可以商请公安机关参加或者协助。在辨认前，侦查人员应当向辨认人详细询问被辨认人或者被辨认物的具体特征，禁止辨认人见到被辨认人或者被辨认物，并应当告知辨认人有意作假辨认应负的法律责任。

3．几名辨认人对同一被辨认人或者同一物品进行辨认时，应当由每名辨认人单独进行。必要的时候，可以有见证人在场。

4．辨认时，应当将辨认对象混杂在其他人员或者物品中，不得给予辨认人任何暗示。公安机关侦查的案件，在辨认犯罪嫌疑人时，被辨认的人数不得少于 7 人；对犯罪嫌疑人的照片进行辨认的，不得少于 10 人的照片。人民检察院自行侦查的案件，辨认犯罪嫌疑人时，受辨认人的人数不得少于 5 人；辨认照片时，被辨认的照片不得少于 5 张；辨认物品时，同类物品不得少于 5 件，照片不得少于 5 张。

5．公安机关侦查的案件，对犯罪嫌疑人进行辨认时，辨认人不愿意公开进行时，可以在不暴露辨认人的情况下进行，侦查人员应当为其保守秘密。

6．辨认经过和结果，应当制作《辨认笔录》，由侦查人员签名，辨认人、见证人签字或者盖章。

第四节　辨认的审查判断

一、考察辨认主体方面

1．能力
2．心理状态和积极程度
3．辨认人与案件的利害关系

二、考察辨认客体方面

1．特征是否突出
2．特征是否稳定
3．特征是否容易被感知和记忆

三、考察辨认过程方面

1．有无影响辨认结果的各种客观因素
2．环境条件与案件当时是否相同或相似
3．有无违反辨认规则的情况

（结合案例讨论）

复习思考题

1．辨认中组织者、辨认人、辨认对象三者的地位如何？
2．辨认应当遵守哪些专门性规则？
3．如何判断辨认结果的可靠性？

拓展阅读书目

1．王刚：《信心对目击证人辨认的影响机制研究》，《中国人民公安大学学报》2005/02
2．吴杲：《目击辨认研究概览》，《心理科学进展》2005/02
3．黄维智：《目击证人辨认的可信性及其程序保障》，《社会科学研究》2004/06
4．宗淼：《辨认笔录的证据归类》，《人民检察》2003/07

第九章　讯　问

本章教学目的和基本要求：讯问的判断标准；讯问对象的权利及保障机制；讯问的策略与方法；测谎技术；讯问的定义；讯问的原则；讯问的常规方法；讯问的策略方法；讯问的辅助方法。

课时分配：3 课时课堂教学+2 课时测谎演示。

第一节　讯问的定义

讯问是指司法调查人员为了查明案件真实情况、揭露和证实犯罪，依法对犯罪嫌疑人、被告人进行面对面审查的一项专门活动。

根据讯问的阶段，分为侦查讯问（含检察讯问）、审判讯问（庭审讯问）与治安讯问等。

第二节　讯问的原则

一、依法讯问的原则

对讯问人员人数的规定：身份要求、数量规定。

对讯问时限的规定；被传唤、拘传的犯罪嫌疑人；被监视居住、取保候审的犯罪嫌疑人；被刑事拘留、逮捕的犯罪嫌疑人。

对讯问方式的规定。

二、讯问应当与查证相结合。

三、严禁刑讯逼供，保障犯罪嫌疑人的权利。

1．讯问对象享有自我辩护权等等权利
2．司法实践中非法讯问花样繁多：（介绍案例）
3．中国的非法讯问存在客观原因；
4．中国防止非法讯问任重道远。

第三节　讯问的常规方法

一、讯问前的“准备”阶段

准备工作主要有以下几个方面：讯问对象的个人情况。包括姓名、性别、年龄、文化程度、社会经历、个人性格、爱好、家庭关系好坏、人缘好坏、工作环境、作案原因、涉嫌罪名等；、现有的证据情况。

二、讯问前期的“观察”和“闲谈”阶段

观察的内容是：1．观察讯问对象的走姿、坐姿、神情是否自然、气色好坏、穿着的华丽或朴素、是否紧张、携带物品的各类（如：手机的档次、香烟的品牌等）。2．观察讯问对象的言辞。是激烈还是温和；是夸夸其谈不是沉默不语；是强烈对抗不是冷静沉着；表达能力如何等。

通过上述细致的观察，可以进入“闲谈”阶段。这时侦查人员可以询问其个人的简历、学习经

历、工作经历、生活经历、夫妻关系、交友情况、个人爱好等。“闲谈”的目的有二：一是逐步控制讯问对象的情绪和情感，消除其对立抵触情绪；二是对讯问对象注入同情心，让他觉得你是为他着想。

“闲谈”阶段应注意两个问题：一是准确把握讯问对象的心理；二是牢牢掌握“闲谈”的主导权。通常的方式，侦查人员应该是引导式的“闲谈”，这种引导既要达到我们“闲谈”的目的，又不能让讯问对象了解我们讯问的目的。

三、讯问中期的“交锋”阶段

经过前期的“闲谈”阶段，侦查人员要逐步引导讯问对象进入供述案件事实的环节，这时，也就不可避免地发展到双方斗智斗勇的交锋阶段。

1．交锋阶段。因为当讯问触及到案情的实质问题时，讯问对象一般不会马上如实供述。这时，讯问对象一般具有狡辩、抵赖、否认、谎供等心理。此阶段要求侦查人员必须采取恰当的策略攻破其心理防线，当然，用什么样的策略必须因人而异，具体问题具体分析。使用证据的策略占有重要地位。此阶段，侦查人员运用证据可采取引而不发的方式，出示少量的证据以引起讯问对象的思考，让他感觉到其罪行已经暴露。

2．动摇阶段。当然，讯问对象的动摇是建立在双方相持的基础上的。这时讯问对象的心理很矛盾，主要有以下几种表现：一是选择继续顽抗，又怕按证据定罪，受到从严惩处；二是想早日摆脱讯问的编排，又怕因拒不认罪使讯问持续升温；三是既想认罪交代，又怕定罪处罚；四是如果认罪，所拥有的一切也会化为乌有。上述矛盾心理交替出现，使讯问对象犹豫、动摇人。这一阶段对讯问人员而言非常重要，侦查人员一定要及时运用政策攻心，结合使用证据，促其矛盾心理向如实供述发展，这也是讯问成功与否的关键。

运用证据要把握好以下几个原则：

（一）时机适宜原则。选择怎样的时机出示证据最为有效，可以从以下几个方面参考：1．讯问人员就某个事实出示了少量证据，但是，讯问对象认为讯问人尚未掌握确凿充分的证据，案件事实证据仍处于无法认定的状态，只要我不开口，他就不可能查清事实。这时，讯问人员可义正言辞，态度严肃地再出示部分证据，但一定要做到点到为止，切忌详细讲述；2．讯问对象在讯问人有针对性的法律、政策教育和利害分析之后，态度已有所转变，但对如实供述或态度反复时，侦查人员再出示少量证据，促其如实供述；3．讯问对象已开始供述，但是蹭出现不实供述或态度反复时。

（二）客观真实原则。在侦查阶段，讯问人员所拥有的证据真伪并存。但是，在动摇阶段，侦查人员必须出示甄别以后，判断为真的证据。因为，在讯问对象思想处于动摇的阶段，其重要的心理是侥幸心理，所以，如果出示假的证据，就一定会造成讯问对象认为讯问人并未获取扎实证据这样的印象，势必增强其侥幸心理；另一方面，不实证据的出示也会削弱讯问对象对讯问人的信任程度，甚至会将讯问人前几阶段的努力尽弃，使讯问陷入僵局。

（三）少量高质原则。也就是用尽可能少量的证据取得高质量的供述。具体方法有：1．分解证据的方法。比如受贿案件，“某时某人在某地点送钱给某人（讯问对象）”这一证据，其内容可分解为：“某时”、“某人”、“某地点”、“送钱”这四个部分。2．证言含蓄的方法。也就是运用证据要尽是不用直白的方式，也不要直接谈出证据内容。

四、讯问后期的供述阶段

经过讯问人对讯问对象适时的政策攻心、运用证据等工作，讯问就进入了后期的供述阶段。此阶段，讯问对象的畏罪心理和侥幸心理依然残留。可从以下几方面着手：

1．让讯问对象自由陈述。因为此时讯问人员即使发现其有虚假、避重就轻、推卸责任等不实供述，也不要轻易打断，让他完整地供述。在其供述期间，侦查人员可做一些必要的记录（不是笔

录），特别是那些不实之处。

2．对于讯问对象不彻底的供述进行再次引导。

具体做法有：第一，发现供述中的矛盾，并予以点破。供述矛盾主要有以下几种（1）供述前后矛盾；（2）供述不符合客观规律，如自然条件、客观环境等；（3）供述与其他证据相矛盾；（4）供述不符合会计资料等书面证据。针对上述情况，侦查人员可就这些矛盾让讯问对象充分详细地讲述，讲清具体的细节和经过，而不应立即戳穿他。具体做法有以下几点（1）对讯问对象深追细问，直至问得他理屈词穷时，适时地进行思想政策教育。

第二，利用讯问对象与同案犯、证人之间的利害关系，促其彻底供述。侦查人员可向讯问对象讲明以下事实：（1）首先交待，揭发他人是法定从宽情节。要使讯问对象认识到，他不供述同案犯会供述，因为二者都想先供述而获从宽处理；（2）证人必定如实作证否则其会因作伪证而受追究。要使讯问对象认识到，证人为了自己的利益，特别是在合法的如实作证和违法的作伪证的天平前，必然选择如实作证而不受牵连。

五、讯问末期的彻底供述阶段

主要是询问笔录的完成。

复习思考题

1．如何判断讯问的构成条件？
2．犯罪嫌疑人在侦查讯问中的权利有哪些？
3．讯问中可资利用的矛盾有哪些？
4．何为讯问策略？
5．何为讯问方法？它与讯问策略的关系如何？

拓展阅读数目

1．朱孝清：《侦查讯问时律师在场之我见》，《人民检察》2006/10
2．顾永忠：《关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与思考》，《现代法学》2005/05
3．薛炳尧：《论侦查讯问告知程序与人权保障》，《中国人民公安大学学报》2004/06
4．郑海：《沉默权与侦查讯问》，《西南民族大学学报》(人文社科版) 2004/11
5．毕惜茜：《侦查讯问策略运用的法律界限》，《中国人民公安大学学报》2004/03
6．郝宏奎：《侦查讯问改革与发展构想》，《法学》2004/10
7．毕惜茜：《侦查讯问制度若干问题思考》，《中国人民公安大学学报》2003/06
8．徐美君：《侦查讯问的程序性原则》，《政法论坛》2003/01
9．梁玉霞：《侦查讯问的程序意义——一个审判中心主义的视角》，《法学评论》2002/04
10．马切明：《打破“沉默”的几种讯问方法》，《人民检察》2000/06

《刑事执行法学》教学大纲

王顺安　编写

目　录

前　言.....318
第一章　刑事执行法学概述.....319
第一节　刑事执行法学的概念.....319
一、刑事执行.....319
二、刑事执行法.....319
三、刑事执行法学.....319
第二节　刑事执行法学的研究对象及学科体系.....320
一、刑事执行法学的研究对象.....320
二、刑事执行法学的学科体系.....320
第三节　刑事执行法学的学科性质、地位及于相邻学科的关系.....320
一、刑事执行法学的学科性质.....320
二、刑事执行法学的学科地位.....320
三、刑事执行法学与相邻学科的关系.....320
复习与思考题.....320
拓展阅读书目.....320
第二章　刑事执行法的历史.....321
第一节　国外刑事执行法的历史发展.....321
第二节　中国历史上的刑事执行立法.....321
一、中国奴隶社会的刑事执行法律规范.....321
二、中国封建社会的刑事执行法律规范.....321
三、中国半殖民半封建社会的刑事执行法律规范.....321
第三节　新中国成立后的劳动改造立法.....321
一、狱政法制的初创.....321
二、狱政法制建设的初步发展.....321
三、狱政法制建设的挫折.....322
四、狱政法制的恢复.....322
五、狱政法制改革与逐步完善.....322
第四节　《中华人民共和国监狱法》的诞生.....323
一、《监狱法》诞生的艰难历程.....323
二、制定《监狱法》的必要性.....323
三、《监狱法》制定的指导思想和基本原则.....323
四、《监狱法》制定与出台的依据.....323
五、《监狱法》的基本特色.....323
六、《监狱法》颁布的重大意义.....323
第五节　呼吁创制《中华人民共和国刑事执行法》.....324
一、创制《中华人民共和国刑事执行法》的必要性.....324
二、创制《中华人民共和国刑事执行法》的可行性.....324
三、创制《中华人民共和国刑事执行法》的若干建议.....324
复习与思考题.....324
拓展阅读书目.....324

第三章　刑事执行法的立法宗旨、任务、方针和原则 325
第一节　刑事执行法的立法宗旨 325
第二节　刑事执行法的任务 325
第三节　刑事执行法的方针 325
第四节　刑事执行法的原则 325
一、关于刑事执行法原则的争论及分析 325
二、刑事执行法的原则的结论 325
复习与思考题 325
拓展阅读书目 325
第四章　刑事执行机关 327
第一节　刑事执行机关概述 327
一、刑事执行机关的概念、特征 327
二、刑事执行机关的种类 327
三、刑事执行机关的功能 327
四、刑事执行机关的地位 327
第二节　刑事执行机关的核心——监狱 327
一、监狱的概念、特征及种类 327
二、监狱的功能 328
三、监狱的管理体制 328
四、监狱的财产和经费 328
五、监狱与有关部门的关系 328
第三节　刑事执行机关的发展趋势 329
一、美国两项刑事执行机构的改革与走向 329
二、未来刑事执行机构的发展趋势 329
复习与思考题 329
拓展阅读书目 329
第五章　刑事执行警察 330
第一节　刑事执行警察概述 330
一、刑事执行警察的概念、特征 330
二、刑事执行警察的范围 330
三、刑事执行警察的职责与素质要求 330
第二节　刑事执行警察的核心——监狱人民警察 330
一、监狱人民警察概述 330
二、监狱人民警察的职权与义务 330
三、监狱人民警察的素质要求与教育培训 331
四、监狱人民警察的管理 331
第三节　刑事执行警察的发展趋势 331
一、联合国有关刑事执行工作人员的法律规定 331
二、刑事执行警察的发展趋势 331
三、刑事执行警察尤其是监狱人民警察管理的发展趋势 331
复习与思考题 332
拓展阅读书目 332
第六章　罪　犯 333

第一节　罪犯概述.....333
一、罪犯的概念与特征.....333
二、罪犯的分类与目的.....333
三、罪犯的反社会性与可改造性.....333
第二节　罪犯的法律地位.....333
一、罪犯法律地位的概念及种类.....333
二、生命刑罪犯的法律地位.....333
三、自由刑罪犯的法律地位.....333
四、罪犯权利和义务的特点.....334
第三节　21 世纪罪犯的构成及处遇.....334
一、21 世纪罪犯的构成.....334
二、21 世纪罪犯的处遇.....334
复习与思考题.....334
拓展阅读书目.....334
第七章　生命刑的执行.....335
第一节　生命刑执行概述.....335
一、生命刑的概念.....335
二、生命刑的起源遇发展变化.....335
三、生命刑的存废之争.....335
四、我国刑法中的生命刑规定.....335
五、生命刑的复核制度.....335
第二节　死刑立即执行.....335
一、死刑立即执行的概念、特征.....335
二、死刑立即执行应当遵循的原则.....335
三、死刑立即执行的方法、场所与时间.....335
四、死刑立即执行的程序.....336
五、死刑立即执行的停止执行及其变更.....336
六、死刑立即执行后的善后工作.....336
七、关于死刑犯尸体能否用于医学解剖和器官移植问题.....336
第三节　死刑缓期执行.....336
一、死刑缓期执行的概念、特征.....336
二、死刑缓期执行的由来.....336
三、死刑缓期执行适用的条件.....336
四、死刑缓期执行的方法、程序.....336
五、死刑缓期执行的变更执行与程序.....336
复习与思考题.....337
拓展阅读书目.....337
第八章　自由刑的执行.....338
第一节　自由刑执行概述.....338
一、自由刑的概念、特征.....338
二、自由刑的种类.....338
三、自由行执行的概念、原则与特征.....338
四、自由刑执行的历史.....339

五、剥夺自由刑执行的监禁和戒护制度 339
第二节　徒刑的执行 339
一、徒刑执行概述 339
二、对罪犯的监禁管理 339
三、对罪犯的教育改造 339
四、对罪犯的考核奖惩 339
五、监狱体制改革 340
第三节　拘役的执行 340
一、拘役的概念、特点 340
二、拘役的历史 340
三、拘役的执行机关 340
四、拘役的执行期限 340
五、拘役的交付执行程序 340
六、拘役的执行方法 340
第四节　管制的执行 340
一、管制的概念、特点 340
二、管制的历史 341
三、管制的执行程序 341
四、管制执行的期限与内容 341
复习与思考题 341
拓展阅读书目 341
第九章　财产刑的执行 342
第一节　财产刑执行概述 342
一、财产刑的概念、种类 342
二、财产刑的地位与财产刑执行的意义 342
第二节　罚金刑的执行 342
一、罚金刑的概述 342
二、罚金刑的执行方式 343
三、罚金刑执行的程序 343
第三节　没收财产刑的执行 343
一、没收财产刑的概念、特征 343
二、没收财产与罚金和没收犯罪物品的区别 343
三、没收财产刑执行的概念、特征 343
四、没收财产刑的执行范围 344
五、犯罪人正当债务的清偿 344
六、没收财产刑执行的程序 344
复习与思考题 344
拓展阅读书目 344
第十章　资格刑的执行 345
第一节　资格刑执行的概述 345
一、资格刑的概念、特征 345
二、资格刑执行的概念、内容与特点 345
第二节　剥夺政治权利刑执行 345

一、剥夺政治权利刑的概念、特征.....345
二、剥夺政治权利刑执行的内容].....345
三、剥夺政治权利刑执行的期限.....345
四、剥夺政治权利刑的执行程序与要求.....345
第三节　驱逐出境的执行.....346
一、驱逐出境的概念、性质.....346
二、驱逐出境的特征.....346
三、驱逐出境的执行程序.....346
复习与思考题.....346
拓展阅读书目.....346
第十一章　社区矫正.....347
第一节　社区矫正的基本范畴及科学内涵.....347
一、社区.....347
二、矫正.....347
三、社区矫正.....347
第二节　社区矫正产生的理论基础.....347
第三节　社区矫正的必要性、合理性、可行性.....347
一、社区矫正的必要性.....347
二、社区矫正的合理性.....347
三、社区矫正的可行性.....347
第四节　社区矫正的性质、地位、目的与任务.....347
一、社区矫正的性质.....347
二、社区矫正的地位.....348
三、社区矫正的目的.....348
四、社区矫正的任务.....348
第五节　社区矫正的种类、适用对象及范围.....348
一、社区矫正的种类.....348
二、社区矫正的适用对象.....348
三、社区矫正的适用范围.....348
第六节　社区矫正的组织机构、社区矫正工作者及矫正对象.....348
一、社区矫正的组织机构.....348
二、社区矫正工作者.....348
三、社区矫正的矫正对象.....349
第七节　社区矫正的开始、管教措施与终止.....349
第八节　社区矫正的利与弊.....349
复习与思考题.....349
拓展阅读书目.....349
第十二章　缓刑制度.....350
第一节　缓刑制度概述.....350
一、概念.....350
二、作用和意义.....350
第二节　缓刑的适用与执行.....350
一、缓刑的适用.....350

二、缓刑的执行……350
第三节　缓刑的考察与变更……350
一、缓刑的考察……350
二、缓刑的变更……351
三、缓刑撤销和期满后宣告原判刑罚不予执行的程序……351
第四节　战时对犯罪军人适用的缓刑……351
一、战时对犯罪军人适用缓刑的条件……351
二、军人战时的缓刑与普通缓刑的区别……351
三、实行战时军人缓刑制度的意义……351
复习与思考题……351
拓展阅读书目……351
第十三章　减刑制度……353
第一节　减刑制度概述……353
一、概念……353
二、特征……353
第二节　减刑的条件……353
一、可以减刑的条件……353
二、应当减刑……353
三、限定减刑的要求……353
第三节　减刑的程序……353
一、无期徒刑犯的减刑……353
二、有期徒刑犯的减刑……353
三、管制、拘役犯的减刑……354
第四节　缓刑犯的减刑……354
复习与思考题……354
拓展阅读书目……354
第十四章　假释制度……355
第一节　假释制度概述……355
一、假释制度的概念、特征……355
二、假释制度的历史……355
三、假释的功能与意义……355
第二节　假释的条件……355
第三节　假释的程序……355
第四节　假释的考验期限与监督管理……355
一、假释的考验期限……355
二、假释的监督管理……355
三、假释的撤销……356
复习与思考题……356
拓展阅读书目……356
第十五章　监外执行制度……357
第一节　监外执行制度概述……357
一、监外执行制度的概念、特征……357
二、监外执行的种类……357

三、我国监外执行的历史.....357
四、监外执行制度的意义.....357
第二节　监外执行的条件.....357
一、监外执行的前提条件.....357
二、监外执行的实质条件.....357
第三节　监外执行的程序.....357
一、刑事诉讼过程中监外执行的处理程序.....357
二、刑罚执行过程中监外执行的处理程序.....358
第四节　监外执行的监督考察.....358
一、负责监外执行监督考察的机关.....358
二、监外执行监督考察的内容.....358
三、监外执行的完结.....358
复习与思考题.....358
拓展阅读书目.....358
第十六章　赦免制度.....359
第一节　赦免制度概述.....359
一、赦免制度的概念、特征.....359
二、赦免制度的历史渊源.....359
三、赦免制度的意义.....359
第二节　赦免的种类及内容.....359
一、政令赦免、个别赦免.....359
二、常时赦免、特别赦免.....359
三、大赦、特赦、赦免减刑、刑罚执行中的免除、复权.....359
第三节　我国的赦免制度.....360
一、我国赦免制度的法律规定.....360
二、我国赦免制度的司法实践.....360
三、我国赦免制度的条件、程序与特点.....360
复习与思考题.....360
拓展阅读书目.....360
第十七章　释放制度.....361
第一节　释放的概念、种类和意义.....361
一、释放的概念.....361
二、释放的种类.....361
三、释放的意义.....361
第二节　释放的依据与程序.....361
一、释放的依据.....361
二、释放的程序.....361
三、释放的时间要求.....361
复习与思考题.....362
拓展阅读书目.....362
第十八章　刑事执行法律监督.....363
第一节　刑事执行法律监督概述.....363
一、法律监督的概念.....363

二、刑事执行法律监督的定义 363
三、广义刑事执行法律监督的种类 363
四、狭义刑事执行法律监督的种类 363
五、广义与狭义刑事执行法律监督的规范状况 363
六、刑事执行法律监督的意义 363
第二节　刑场执行的法律监督 363
一、刑场执行法律监督的概念、特征 363
二、刑场执行法律监督的内容 363
三、刑场执行法律监督的程序 363
四、刑场执行法律监督的意义 364
第三节　监所执行的法律监督 364
一、监所执行法律监督的概念、特征 364
二、监所监督的职权、任务和原则 364
三、监所监督的工作机构与基本制度 364
四、监所监督的内容 364
五、监所监督的程序和方法 364
六、监所监督的意义 364
第四节　狱外执行的法律监督 365
一、狱执行法律监督的概念、特征 365
二、对被判处管制刑罪犯行刑的法律监督 365
三、对判处罚金、没收财产刑罪犯行刑的法律监督 365
四、对判处剥夺政治权利刑、驱逐出境刑罪犯行刑的法律监督 365
五、对缓刑、监外执行和假释罪犯考察与社会监管的法律监督 365
六、对人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的执行的法律监督 365
七、狱外执行法律监督的意义 365
复习与思考题 365
拓展阅读书目 366

前　言

刑事执行法学，是一门研究刑事执行法律理论与实务的部门法学，与刑法学、刑事诉讼法学一起共同构起刑事法学的最核心内容。

刑事执行法学是研究刑事执行法律及其所反映与调整的行刑与矫治规律的科学。刑事执行法学属于刑事法学中的“执行法学”属性，具体是指对刑事实体法中规定的刑罚，经过形式程序法所确定的生效判决与裁定，付诸实施并最终实现刑罚预防与减少犯罪目的的刑事法学。以刑事执行法学为研究对象、研究方法及其内容与形式上分析，刑事执行法学是规范学，是应用法学，具有很强的操作性。

刑事执行法学是一个独立的刑事法律部门，与刑法、刑事诉讼法一起，共同构成刑事法律体系，而不是隶属于刑法和刑事诉讼法的子法，更不可能是行政法的附属法。因此，对刑事执行法予以专门性研究的刑事执行法学，无疑也是与刑法学、刑事诉讼法学相并列的一个独立的刑事法学学科。

我校是开展刑事执行法学研究和教学最早的学校之一。早在 20 世纪 90 年代中期，时任犯罪学与监狱学教研室主任的邵名正教授就极力倡导研究与开设刑事执行法学，并与王顺安教授一起给昌平本科生开设了讲座。此后，王顺安于 2000 年出版《刑事执行法学》专著，由群众出版社出版。2005 年，王顺安又出版了《刑事执行法学通论》一书，仍由群众出版社出版。与此同时，在继续教育学院、本科班、专升本和校内本科，均开设了刑事执行法学新课。

《刑事执行法学》课程教学目的，主要有以下几个方面：第一，培养刑事法学的专门性人才，为行刑和矫正工作服务；第二，培养全面发展的综合素质较高的政法大学学生；第三，为刑事司法学院、社会学学院、法学院的学生深化刑事法的学习，提供新的专业课程；第四，弥补监狱法学和社区矫正只是单向传授的不足，追求行刑知识系统整合的功效；第五，为适应世界刑事法研究与实践发展的趋向，从重视行刑际效果来反馈或检讨刑事立法和刑事司法、刑法和刑事诉讼法。

《刑事执行法学》课程基本要求，主要有以下几个方面：第一，要求初步掌握刑法、刑事诉讼法等相关刑事法知识，再学习刑事执行法学较为理想；第二，要求融合古今中外的刑事执行立法与实务，开展比较性学习与研究；第三，要求理论联系实践，时刻关注我国监狱体制改革和社区矫正试点工作；第四，要求勤于思考，善于分析，开动脑筋，与时俱进分析人类刑罚及其执行演变发展的过去、现在与未来。

《刑事执行法学》主要内容及学时分配

基于我们对刑事执行法学研究对象、性质和地位的认识和把握，刑事执行法学的体系应由基础论、行刑论和延伸论三部分组成。第一部分：基础论，共 6 章。第一章为“刑事执行法学概述”，第二章为“刑事执行法的历史”，第三章为“刑事执行法的立法宗旨、任务、方针和原则”，第四章为“刑事执行机关”，第五章为“刑事执行警察”，第六章为“罪犯”。第二部分：行刑论，共 9 章。第七章为“生命刑的执行”，第八章为“自由刑的执行”，第九章为“财产刑的执行”，第十章为“资格刑的执行”，第十一章为“社区矫正”，第十二章为“缓刑制度”，第十三章为“减刑制度”，第十四章为“假释制度”，第十五章为“监外执行制度”。第三部分：延伸论，共 3 章。第十六章为“赦免制度”，第十七章为“释放制度”，第十八章为“刑事执行法律监督”。

由于我校将刑事执行学定为选修课，36 学时，因此上述 18 章的授课学时安排是：每章按 2 学时计算，共 18 章，每章 2 学时，共 36 学时。

第一章　刑事执行法学概述

教学目的和要求：通过本章教学，使学生对刑事执行法学有一个初步的概括认识，重点明确刑事执行、刑事执行法及刑事执行法学的概念，明确刑事执行法学的研究对象及学科体系，了解刑事执行法学的学科性质、地位及与相邻学科之间的关系，为学好以后各章打好基础。

第一节　刑事执行法学的概念

一、刑事执行

（一）概念

刑事执行是指国家刑罚执行机关和国家授权的其他专门机构将已经发生法律效力的审判机关刑事判决和裁定付诸实施，并对服刑人予以矫治的刑事司法活动。

（二）特征

1．执行主体特定

2．执行对象特定

3．执行依据特定

4．执行内容特定

5．性质是国家刑事司法活动

二、刑事执行法

（一）概念

刑事执行法是指由国家制定和认可的并由国家强制力保证实施的调整刑事执行机关和服刑人之间的行刑与矫正关系的法律规范。有狭义和广义之分，侠义的刑事执行法是指全国调整所有刑罚执行及其惩罚与改造活动的专门性法律或法典；广义说则包括一个国家宪法、刑法、刑事诉讼法、监狱法或刑事执行法和其他法律法规中所有涉及刑事执行、惩罚与改造工作的法律规范。

（二）刑事执行法是否客观存在及法律渊源问题

（三）刑事执行法是否独立法律部门及其法律地位问题

三、刑事执行法学

（一）概念

刑事执行法学是指在马列主义、毛泽东思想和邓小平理论的指导下，运用法学及其他学科的知识与科学方法，研究刑事执行法律和在刑事执行过程中行刑与矫治或惩罚与改造实践及其变化发展规律的一门刑事法律科学。

（二）刑事执行法学与刑事执行学及刑罚执行法学的区别与联系

1．刑事执行法学与刑事执行学的区别与联系

2．刑事执行法学与刑罚执行法学的区别与联系

第二节　刑事执行法学的研究对象及学科体系

一、刑事执行法学的研究对象

二、刑事执行法学的学科体系

主要包括三个部分，即基础论、行刑论和延伸论。基础论主要从客观角度对刑事执行法学进行全面阐述，包括对刑事执行法学概念、研究对象、学科性质、学科体系、刑事执行警察以及服刑人的基本知识。行刑论主要是对当前全部刑罚分类别的进行阐述，从理论和实践两个方面探讨各种刑罚制度的利弊。延伸论则着重于行刑活动之后的释放与回归社会问题的研究，重点探讨刑事执行的检查、监督问题。

第三节　刑事执行法学的学科性质、地位及于相邻学科的关系

一、刑事执行法学的学科性质

二、刑事执行法学的学科地位

三、刑事执行法学与相邻学科的关系

（一）刑事执行法学与刑法学、刑事诉讼法学的关系

1．刑事执行法学与刑法学的关系

2．刑事执行法学与刑事诉讼法学的关系

（二）刑事执行法学与宪法学、行政法学的关系

1．刑事执行法学与宪法学的关系

2．刑事执行法学与行政法学的关系

（三）刑事执行法学与犯罪学、犯罪心理学及刑事侦查学的关系

1．刑事执行法学与犯罪学的关系

2．刑事执行法学与犯罪心理学的关系

3．刑事执行法学与刑事侦查学的关系

复习与思考题

1．如何理解刑事执行、刑事执行法及刑事法学的概念？

2．我国存不存在刑事执行法？阐述你的理由。

3．如何看待刑事执行法学的学科地位？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。

2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。

3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。

4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。

第二章　刑事执行法的历史

教学目的和要求：本章是刑事执行法学的基础性知识，学生需了解刑事执行法的历史，对刑事执行法历史发展有一定的认识。

第一节　国外刑事执行法的历史发展

一、古代刑事执行法律规范
二、中世纪刑事执行法律规范
三、近代刑事执行法律规范
四、现代刑事执行法律规范

第二节　中国历史上的刑事执行立法

一、中国奴隶社会的刑事执行法律规范

二、中国封建社会的刑事执行法律规范

三、中国半殖民半封建社会的刑事执行法律规范

（一）清末统治时期的刑事执行法律规范
（二）北洋军阀政府时期的刑事执行法律规范
（三）南京国民党政府时期的刑事执行法律规范

第三节　新中国成立后的劳动改造立法

一、狱政法制的初创

（一）初创时期的狱政法制建设的状况
1．劳动改造罪犯制度的建立
2．劳动改造工作的立法状况
（二）初创时期的狱政法制建设的特点
1．毛泽东思想关于劳动改造罪犯理论的指导性
2．前苏联劳动改造罪犯理论和实践的借鉴性
3．新民主主义时期监所立法经验的继承性
4．劳动改造罪犯政策的替代性
（三）初创时期狱政法制建设的经验教训
1．初创时期狱政法制建设的经验
2．初创时期狱政法制建设的教训

二、狱政法制建设的初步发展

（一）狱政法制建设初步发展的状况

（二）《劳动改造管教队工作细则》颁行与内容

1．劳动改造管教队的性质、任务

2．劳动改造管教队的政策与原则

3．劳动改造管教队的管理体制

4．劳动改造管教队的管押制度

（三）狱政法制建设的特点

1．劳动改造立法活动频繁，但尚未形成体系

2．“改造第一，生产第二”的劳改工作方针得以确立

3．劳动改造罪犯工作取得了巨大成就

（四）狱政法制建设的经验教训

1．狱政法制建设的经验

2．狱政法制建设的教训

三、狱政法制建设的挫折

（一）挫折时期的狱政法制建设的状况

（二）挫折时期的狱政法制建设的特点

四、狱政法制的恢复

（一）恢复时期的狱政法制建设的状况

（二）恢复时期的狱政法制建设的特点

1．在恢复传统的狱政法律制度的同时，劳改立法亦有新的发展

2．注意纠正“文革”期间制造的冤假错案，体现了有错必纠的社会主义法制精神

3．大力整顿监管秩序，加强监管工作

4．强调对劳改干警的政策、法制教育，提高劳改干警的战斗力

五、狱政法制改革与逐步完善

（一）改革与完善时期狱政法制建设的状况

（二）改革与完善时期狱政法制建设的特点

1．强调对现行狱政制度的改革

2．重视对刑罚执行制度的完善

3．劳改检察法制的加强

4．狱政法律体系初步形成

（三）改革与完善时期狱政法制建设的经验教训

1．党和国家领导人对劳改工作的重视，是改革和完善时期狱政法制建设蓬勃发展的关键

2．部门领导人对劳动改造立法的正确认识与及时决策，是促进狱政法制建设迅速发展的直接原因

3．理论研究的加强和理论成果的辈出，为狱政法制建设的发展创造了理论基础

4．缺少狱政的基本法

5．监狱立法落后于改革实践

6．对少年犯管家工作的法律建设重视不够

第四节　《中华人民共和国监狱法》的诞生

一、《监狱法》诞生的艰难历程

（一）第一阶段：司法部调研、草拟和送审阶段
（二）第二阶段：国务院法制局审议、上报阶段
（三）第三阶段：全国人大常委会审议、通过阶段

二、制定《监狱法》的必要性

（一）制定《监狱法》是适应新形势、新任务的需要
（二）制定《监狱法》是在新的形势下贯彻党和国家改造罪犯的方针÷政策的需要
（三）制定《监狱法》是健全我国刑事法律的需要
（四）制定《监狱法》是为了适应国际司法交流与合作日益扩大的需要

三、《监狱法》制定的指导思想和基本原则

（一）《监狱法》起草的指导思想
（二）《监狱法》起草过程中坚持的原则
1．以《宪法》为依据的原则
2．从实际出发，实事求是的原则
3．走群众路线的原则

四、《监狱法》制定与出台的依据

（一）实践基础
（二）工作基础
（三）物质基础
（四）理论依据

五、《监狱法》的基本特色

六、《监狱法》颁布的重大意义

（一）《监狱法》的颁布标志着国家刑事法律体系的完善
（二）《监狱法》为确保正确执行刑罚奠定了基础
（三）《监狱法》以国家法典的形式，明确界定了监狱的性质、任务，并为之提供了应有的法律保障
（四）《监狱法》确定了监狱人民警察的法律地位，强调了对罪犯权利的法律保障，充分反映了我国监狱制度的文明、人道与进步
（五）《监狱法》全面总结了我国监狱工作的成功经验，规范了监狱的执法活动，建立与完善了具有中国特色的社会主义监狱制度
（六）《监狱法》的颁布与实施，有利于加强国际司法交流与合作，适应国际人权斗争的需要

第五节　呼吁创制《中华人民共和国刑事执行法》

一、创制《中华人民共和国刑事执行法》的必要性

（一）制定《刑事执行法》必要性的学说
（二）制定《刑事执行法》必要性之我见

二、创制《中华人民共和国刑事执行法》的可行性

三、创制《中华人民共和国刑事执行法》的若干建议

复习与思考题

1．《监狱法》的指导思想和原则有哪些？
2．如何理解《中华人民共和国刑事执行法》制定的必要性与可行性？阐述自己的观点。

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．王明主编：《毛泽东法律思想库》，中国政法大学出版社 1993 年版。
6．孙晓雳著：《中国劳动改造制度的理论与实践》，中国政法大学出版社 1994 年版。
7．樊凤林主编：《刑罚通论》，中国政法大学出版社 1994 年版。
8．（加拿大）西莉亚·布朗奇菲尔德著：《刑罚的故事》，法律出版社 2006 年版。
9．金鉴主编：《监狱学总论》，法律出版社 1997 年版。
10．储槐植主编：《外国监狱制度概要》，法律出版社 1999 年版。
11．吴宗宪著：《当代西方监狱学》，法律出版社 2005 年版。

第三章　刑事执行法的立法宗旨、任务、方针和原则

教学目的和要求：了解刑事执行法的立法宗旨、任务、方针及基本原则。了解关于刑事执行法原则的争论，并启发学生进行思考。

第一节　刑事执行法的立法宗旨

一、正确执行刑罚
二、成法和改造罪犯
三、预防和减少犯罪

第二节　刑事执行法的任务

一、准确行刑
二、矫治罪犯
三、威慑儆戒

第三节　刑事执行法的方针

一、第一阶段（1951－1954）：“三个为了”
二、第二阶段（1954－1964）：“两个结合”
三、第三阶段（1964－1995）：“改造第一，生产第二”
四、第四阶段（1995 至今）：“惩罚与改造相结合，以改造人为宗旨”

第四节　刑事执行法的原则

一、关于刑事执行法原则的争论及分析

二、刑事执行法的原则的结论

（一）惩罚与改造相结合的原则
（二）教育与劳动相结合的原则

复习与思考题

1．刑事执行法的任务有哪些？
2．刑事执行法的原则有哪些？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。

5．马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。
6．林山田著：《刑罚学》，台湾商务印书馆 1983 年版。
7．周红梅：《刑罚执行论》，辽宁人民出版社 1994 年版。
8．刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版。
9．王立峰著：《惩罚的哲理》，清华大学出版社 2006 年版。

第四章　刑事执行机关

教学目的和要求：掌握刑事执行机关的概念及基本特征，明确监狱作为刑事执行核心机关的地位，了解刑事执行机关的发展趋势。

第一节　刑事执行机关概述

一、刑事执行机关的概念、特征

（一）概念

刑事执行机关，即刑罚执行机关、行刑机关，是指负责实现人民法院生效刑罚判决或裁定内容，且担负着行刑与矫治任务的国家机构。

（二）特征

1．刑事执行机关负责实现人民法院的生效刑罚判决或裁定的内容

2．刑事执行机关担负着行刑与矫治的任务

3．刑事执行机关是国家机构

二、刑事执行机关的种类

（一）人民法院

（二）监狱

（三）未成年犯管教所

（四）公安机关

三、刑事执行机关的功能

（一）惩罚功能

（二）改造功能

（三）威慑功能

（四）预防功能

四、刑事执行机关的地位

第二节　刑事执行机关的核心——监狱

一、监狱的概念、特征及种类

（一）监狱的概念

一般意义的监狱概念是指国家旨在实现阶级统治、社会控制和防止犯罪的目的，依法建立起来的对已决犯执行刑罚的国家行刑司法机关。法定意义上的监狱概念是指国家依法设置与管理的，对判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯执行刑罚，实现惩罚与改造的刑罚执行机关。

（二）监狱的特征

1．阶级性

2．惩罚性

3．防范性

4．社会性

（三）监狱的性质

国家的刑罚执行机关，是依法对被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯执行刑罚的机关。

（四）监狱的种类

1．立法划分：普通监狱、女监和未成年犯管教所

2．学理划分

二、监狱的功能

（一）专政功能

（二）惩罚功能

（三）改造功能

（四）防范功能

三、监狱的管理体制

（一）监狱管理体制的含义

监狱管理体制是指为保证监狱工作的顺利进行，依据国家法律的规定和要求，制定并实行的关于监狱的领导、管理、以及监狱机构的设置和管理权限划分的一种组织管理制度。

（二）监狱工作的领导体制

监狱工作的领导体制是监狱管理体制的核心内容，是指监狱工作隶属于哪一个政府部门，由谁来领导，也就是通常所言的监狱的归属。

（三）监狱工作的管理机关

监狱工作的管理机关是指国家设立的专门负责领导惩罚和改造罪犯工作的政府职能机构。

（四）监狱的设置和内部管理体制

1．监狱的设置

2．监狱的内部管理体制

（1）监狱内部的领导体制

（2）监狱内部的基层管理体制

（3）监狱内部的工作机构

四、监狱的财产和经费

（一）监狱的财产

（二）监狱的经费

五、监狱与有关部门的关系

（一）监狱与公安、检察、法院和人民武装警察部队的关系

1．监狱与公安机关的关系

2．监狱与检察机关的关系

3．监狱与人民法院的关系

4．监狱与人民武装警察部队的关系

（二）监狱与政府有关部门的关系

1．监狱与文教。科技部门的关系

2．监狱与财政经济、生产计划、劳动人事和民政保障等部门的关系
3．监狱与商业、粮食、医疗卫生等部门的关系

第三节　刑事执行机关的发展趋势

一、美国两项刑事执行机构的改革与走向

（一）取消监狱
（二）监狱私营化

二、未来刑事执行机构的发展趋势

（一）体制一元化
（二）机构单一化
（三）规模小型化
（四）管理人机化
（五）建筑人性化
（六）类型多样化
（七）位置城镇化
（八）硬件现代化

复习与思考题

1．刑事执行机关的概念及特征是什么？
2．刑事执行机关的种类有哪些？核心机关是什么？
3．刑事执行机关有哪些功能？
4．如何理解监狱的概念、特征及种类？
5．未来刑事执行机构有哪些发展趋势？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
6．刘强主编：《美国刑事执行法的理论与实践》，法律出版社 2000 年版。

第五章　刑事执行警察

教学目的和要求：掌握刑事执行警察的概念、特征及范围，明确监狱人民警察作为刑事执行警察核心的地位，了解刑事执行警察的发展趋势。

第一节　刑事执行警察概述

一、刑事执行警察的概念、特征

（一）概念

刑事执行警察，是指在刑事执行机关从事行刑与矫治活动的国家工作人员，是国家人民警察序列中的一个重要组成部分。

（二）特征

1．刑事执行警察是在国家刑事执行机关工作的人员

2．刑事执行警察是从事行刑与矫治活动的国家刑事执行机关的工作人员

3．刑事执行警察是国家工作人员

4．刑事执行警察是人民警察

二、刑事执行警察的范围

（一）监狱人民警察

（二）公安机关从事刑事执行工作的人民警察

（三）在人民法院从事刑事执行工作的人民警察

三、刑事执行警察的职责与素质要求

第二节　刑事执行警察的核心——监狱人民警察

一、监狱人民警察概述

（一）监狱人民警察的概念和构成

监狱人民警察是指从事监狱管理，对罪犯执行刑罚，实施惩罚与改造活动的刑事执行警察。

（二）监狱人民警察的性质

人民警察一种，是国家刑事执行警察

（三）监狱人民警察的任务

（四）监狱人民警察的工作地位与作用

二、监狱人民警察的职权与义务

（一）监狱人民警察的职权

1．刑罚执行及变更执行的职权

2．狱内侦查的职权

3．行使狱政管理的职权

4．对罪犯进行教育改造的职权

5．组织罪犯劳动的职权
6．对罪犯考核奖惩的职权
（二）监狱人民经查的义务
1．依法行使职权的义务
2．准确执行刑罚的义务
3．保障罪犯合法权益的义务
（三）监狱人民警察的行为准则

三、监狱人民警察的素质要求与教育培训

（一）监狱人民警察的素质要求
1．政治思想素质
2．业务素质
3．身体素质
（二）监狱人民警察的教育培训
1．监狱人民警察教育培训的概念、特点
2．监狱人民警察教育培训的种类
3．教育培训的原则、方法
（三）国外监狱警察的素质要求和教育培训

四、监狱人民警察的管理

（一）监狱人民警察管理的含义
监狱人民警察管理是指对监狱人民警察的职位分类、警衔、考试录用、考核奖惩、职务升降、调动任免、培训教育、辞职、辞退与退休、工资福利待遇等一系列问题的管理活动及过程。
（二）监狱人民警察管理的特点
1．在行为上实行准军事化管理
2．在组织指挥上实行职务和警衔管理
3．在人事管理上实行国家公务员管理
（三）监狱人民警察管理的内容

第三节　刑事执行警察的发展趋势

一、联合国有关刑事执行工作人员的法律规定

二、刑事执行警察的发展趋势

三、刑事执行警察尤其是监狱人民警察管理的发展趋势

（一）管理科学化
（二）管理法制化
（三）管理系统化
（四）管理规范化

复习与思考题

1．刑事执行警察的概念及特征是什么？
2．刑事执行警察的范围有哪些？核心是什么？
3．监狱人民警察的概念和特征是什么？
4．刑事执行警察有哪些发展趋势？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第六章　罪　犯

教学目的和要求：掌握罪犯的概念和特征，明确罪犯的法律地位，了解 21 世纪罪犯的构成及处遇。

第一节　罪犯概述

一、罪犯的概念与特征

（一）概念

罪犯是指实施了严重的危害社会行为，触犯刑律并被人民法院依法判处刑罚，且处于执行阶段的服刑人。

（二）特征

1．罪犯是实施了严重的危害社会行为的人

2．罪犯是触犯刑律的人

3．罪犯是处于刑罚执行阶段的服刑人

二、罪犯的分类与目的

三、罪犯的反社会性与可改造性

（一）罪犯的反社会性

（二）罪犯的可改造性

第二节　罪犯的法律地位

一、罪犯法律地位的概念及种类

（一）罪犯法律地位的概念

罪犯的法律地位是指罪犯的基本法律身份和在刑事执行法律关系中所处的位置，即是否是刑事执行法律关系的主体及其依法享有的权利和承担的义务。

（二）罪犯法律地位的种类

1．罪犯是人

2．罪犯是公民

3．罪犯是犯了罪的公民

二、生命刑罪犯的法律地位

（一）死刑立即执行罪犯的法律地位

（二）死刑缓期二年执行罪犯的法律地位

三、自由刑罪犯的法律地位

（一）剥夺自由刑罪犯的权利

（二）剥夺自由刑罪犯的义务

四、罪犯权利和义务的特点

（一）罪犯权利和义务的统一性
（二）罪犯权利和义务的差异性
（三）罪犯权利和义务的破损性
（四）罪犯权利和义务的特定性
（五）罪犯权利和义务的实效性与可变性

第三节　21 世纪罪犯的构成及处遇

一、21 世纪罪犯的构成

（一）罪犯构成的含义
（二）新中国成立以来罪犯构成的概况
1．20 世纪 50 年代罪犯构成的状况
2．20 世纪 60 年代罪犯构成的状况
3．20 世纪 70－80 年代罪犯构成的状况
4．20 世纪 90 年代罪犯构成的状况
（三）21 世纪罪犯构成的趋势预测

二、21 世纪罪犯的处遇

复习与思考题

1．如何理解罪犯的概念及特征？罪犯有哪些分类？
2．如何理解罪犯的反社会性和可改造性？
3．罪犯权利和义务的特点是什么？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．邵名正、孙晓雳等著：《罪犯论》，中国政法大学出版社 1989 年版。
6. 孙晓雳著：《中国劳动改造制度的理论与实践——历史与现实》，中国政法大学出版社 1994 年版。
7．夏宗素著：《罪犯矫正与康复》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
8．（意）龙勃罗梭：《犯罪人论》，中国大百科出版社 2001 年版。

第七章　生命刑的执行

教学目的和要求：掌握生命刑的概念及特征，了解生命刑的由来，并对生命刑的存废争论有一定认识。分别掌握死刑立即执行和死刑缓期执行的执行程序、方法、原则，并牢记变更执行的条件。

第一节　生命刑执行概述

一、生命刑的概念

生命刑是指剥夺犯罪人生命权利或权益的一种刑罚方法，是刑法中历史最久远且最为严厉的一个刑种。

二、生命刑的起源遇发展变化

三、生命刑的存废之争

四、我国刑法中的生命刑规定

五、生命刑的复核制度

第二节　死刑立即执行

一、死刑立即执行的概念、特征

（一）概念

死刑立即执行是指人民法院在死刑判决核准生效后，依法立即将罪犯执行死刑剥夺其生命的死刑执行制度。

（二）特征

1．死刑立即执行的主体是人民法院

2．死刑立即执行的对象是被判处死刑立即执行的罪犯

3．死刑立即执行的依据是死刑判决生效后并经核准法院院长签发执行死刑的命令

4．死刑立即执行的内容是依法执行死刑，剥夺死刑犯的生命

二、死刑立即执行应当遵循的原则

（一）慎重执行原则

（二）秘密执行原则

（三）不增加受刑人痛苦的原则

三、死刑立即执行的方法、场所与时间

（一）死刑立即执行的方法

（二）死刑立即执行的场所

（三）死刑立即执行的时间

四、死刑立即执行的程序

（一）命令签发
（二）执行的准备
（三）验明正身，询问有无遗言、信札
（四）执行死刑

五、死刑立即执行的停止执行及其变更

（一）在执行前发现判决可能有错误
（二）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的
（三）罪犯正在怀孕的

六、死刑立即执行后的善后工作

七、关于死刑犯尸体能否用于医学解剖和器官移植问题

第三节　死刑缓期执行

一、死刑缓期执行的概念、特征

（一）概念

死刑缓期执行，即死刑缓期二年执行的制度，简称死缓的执行。具体是指监狱根据人民法院的判决、裁定，将判处死刑同时宣告缓刑二年执行的罪犯，予以收监进行劳动改造，以观后效的一项死刑执行制度。

（二）特征

1．死刑缓期执行性质的双重性
2．死刑缓期执行后果的过渡性
3．死刑缓期执行方式的特殊性

二、死刑缓期执行的由来

三、死刑缓期执行适用的条件

（一）罪犯应当判处死刑
（二）不是必须立即执行

四、死刑缓期执行的方法、程序

（一）死刑缓期执行的方法
（二）死刑缓期执行的程序

五、死刑缓期执行的变更执行与程序

（一）死刑缓期执行的变更执行

1．判处死刑缓期执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，两年期满后，减为无期徒刑

2．判处死刑缓期执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，两年期满后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑

3．判处死刑缓期执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑

（二）死刑缓期执行犯予以变更执行的程序

1．死刑缓期执行的罪犯予以减刑的程序

2．死刑缓期执行的罪犯予以执行死刑的程序

复习与思考题

1．你对生命刑的存废有何认识？列出理由。

2．死刑立即执行应该贯彻那些原则？

3．死刑立即执行和死刑缓期执行在程序上有何差别？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。

2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。

3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。

4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。

5．邱兴隆主编：《比较刑法》（第一卷·死刑专号），中国检察出版社 2004 年版。

6．邱兴隆、许章润著：《刑罚学》，群众出版社 1998 年版。

7．张正新著：《中国死缓制度的理论与实践》，武汉大学出版社 2004 年版。

第八章　自由刑的执行

教学目的和要求：掌握自由刑的概念、特征及种类，了解各项具体执行制度。

第一节　自由刑执行概述

一、自由刑的概念、特征

（一）概念

自由刑是国家予以剥夺或限制犯罪人人身自由为主要内容的刑罚方法，是现代刑罚体系中处于中心地位的一类刑罚。

（二）特征

1．自由刑的核心内容是使犯罪人失去或减少人身自由

2．自由刑强调在惩罚的前提下，以教育、矫正和改造犯罪人为宗旨

3．自由刑具有时间上的延续性、伸缩性与分割性

4．自由刑要求具有特定的执行场所

5．自由刑是一种刑罚方法，而不是非刑罚的强制措施

二、自由刑的种类

（一）剥夺自由刑和限制自由刑

（二）无期自由刑和有期自由刑

（三）长期自由刑和短期自由刑

（四）定期刑和不定期刑

（五）必须参加劳动的自由刑、应该参加劳动的自由刑和无需参加劳动的自由刑

（六）重惩役、轻惩役和拘禁

（七）无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制

三、自由行执行的概念、原则与特征

（一）自由行执行的概念

自由刑的执行是指有关刑罚执行机关（包括刑罚执行的专门机关以及其他机构）将人民法院的刑事判决所宣告的自由刑的内容付诸实施的行事司法活动。

（二）现代自由行执行的原则

1．个别化原则

2．社会化原则

3．人道性原则

4．经济性原则

5．科学化原则

（三）现代自由行执行的特征

1．由强调监内执行，到强调监外执行

2．由注意监禁戒护，到注意教育作业

3．由行刑目的消极，到行刑目的积极

4．由行刑机构的依附性，到行刑机构的独立性

5．由行刑事务的集权，到行刑事务的民主

四、自由刑执行的历史

（一）古代中国自由刑的萌芽与形成
（二）近代西方自由刑的产生与发展
（三）现代自由刑执行的状况

五、剥夺自由刑执行的监禁和戒护制度

第二节　徒刑的执行

一、徒刑执行概述

（一）徒刑执行的概念、种类
徒刑执行是指刑罚执行机关依法对被判处徒刑的罪犯予以行刑与矫治的活动。
徒刑的执行可分为有期徒刑的执行和无期徒刑的执行。
（二）徒刑执行的机关
（三）徒刑执行的目的、目标
（四）徒刑执行的手段、方法
（五）徒刑执行的运行机制

二、对罪犯的监禁管理

（一）监禁管理的概念、任务
监禁管理是指监狱为了准确地对罪犯执行刑罚、惩罚罪犯和为了保障改造罪犯的任务与目的的实现，所依法实施的各种带有强制性的监禁措施与管理活动。
（二）收监
（三）分押监管
（四）警戒
（五）戒（警）具、禁闭室和武器的使用
（六）会见、通信、邮汇制度
（七）生活卫生管理制度
（八）罪犯死亡处理制度
（九）对罪犯提出的申诉、控告、检举的处理
（十）对罪犯服刑期间犯罪和漏罪的处理

三、对罪犯的教育改造

（一）对罪犯教育改造的概念、特征与原则
（二）教育改造
（三）劳动改造
（四）心理矫治

四、对罪犯的考核奖惩

（一）考核奖惩的概念、意义

（二）考核奖惩的原则

1．实事求是原则

2．准确及时原则

3．严格依法的原则

（三）考核奖惩的内容与方法

（四）行政奖惩与刑事奖惩的联系与区别

五、监狱体制改革

（一）监狱体制改革的背景

（二）监狱体制改革的目标、内容

（三）监狱体制改革的目的和意义

第三节　拘役的执行

一、拘役的概念、特点

（一）拘役的概念

拘役是短期剥夺犯罪人的人身自由，由公安机关就近执行的刑罚方法。

（二）拘役的特点

1．拘役是一种短期自由刑，介于管制与有期徒刑之间的一种较轻的刑罚

2．拘役主要适用于罪行较轻，但仍需要短期关押改造的犯罪人

3．拘役的刑期短、幅度窄

4．拘役由公安机关就近执行

二、拘役的历史

三、拘役的执行机关

四、拘役的执行期限

五、拘役的交付执行程序

六、拘役的执行方法

第四节　管制的执行

一、管制的概念、特点

（一）管制的概念

管制是指由人民法院判决，对犯罪人不予关押，但限制其一定时间的人身自由，交由公安机关执行，并依靠群众监督的刑罚方法。

（二）管制的特点

1．对被判处管制刑罚的犯罪人不予关押

2．管制的适用对象主要是罪行较轻的犯罪人
3．管制的执行由公安机关进行，并依靠群众监督的配合
4．管制的法律后果较轻
5．管制作为一种刑罚方法，必须由人民法院依法判处

二、管制的历史

三、管制的执行程序

四、管制执行的期限与内容

（一）管制执行的期限
（二）管制执行的内容

复习与思考题

1．自由刑的概念、特征是什么？
2．徒刑执行的概念、特征是什么？
3．管制与拘役的执行有何不同？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．李贵方著：《自由刑比较研究》，吉林人民出版社 1992 年版。
6．吴宗宪著：《当代西方监狱学》，法律出版社 2005 年版。
7．储槐植主编：《外国监狱制度概要》，法律出版社 2002 年版。
8．王泰著：《现代监狱制度》，法律出版社 2003 年版。
9．张苏军主编：《中国监狱发展战略研究》，法律出版社 2000 年版。
10．张秀夫主编：《中国监狱法实施问题研究》，法律出版社 2003 年版。

第九章　财产刑的执行

教学目的和要求：掌握财产刑的概念、种类，了解财产刑的地位与意义。掌握罚金刑和没收财产刑的具体执行制度。

第一节　财产刑执行概述

一、财产刑的概念、种类

（一）财产刑执行的概念、种类

财产刑执行是指财产刑执行机关根据人民法院的生效判决和裁定，对被判处财产刑的罪犯予以依法执行刑罚的活动，是使通过行事审判而确定的经济处罚得以实施的法律措施。

（二）财产行执行的特征

1．执行主体是人民法院

2．执行内容是剥夺一定的金钱或财务

3．执行范围限于犯罪人个人所有的合法财产

4．执行的程序适用民事诉讼的执行程序

5．执行不受主刑是否执行完毕和服刑罪犯是否死亡的限制

6．是一种刑事执行的法律活动

二、财产刑的地位与财产刑执行的意义

（一）财产刑的地位

（二）财产刑执行的意义

第二节　罚金刑的执行

一、罚金刑的概述

（一）罚金刑的概念、特征

1．概念

罚金是人民法院判处犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。

2．特征

（1）罚金只能由人民法院依法判决

（2）罚金的内容是剥夺犯罪人一定的金钱

（3）罚金适用对象广泛

（4）罚金适用方式多元

（二）罚金刑执行的概念、特征

1．概念

罚金刑执行是人民法院将其对犯罪人判处的生效的罚金刑付诸实施的程序与步骤。具体而言，就是指人民法院如何将已生效的罚金刑所确定的向国家缴纳的罚金数额，收归国有。

2．特征

（1）罚金刑由人民法院执行

（2）罚金刑的执行地点一般就在人民法院内部
（3）罚金可以在指定的期限内一次或者分期缴纳
（三）罚金刑的历史演变

二、罚金刑的执行方式

（一）罚金刑执行方式的概念、种类
罚金刑执行的方式是指罚金缴纳的方式。
（二）我国《刑法》规定的罚金刑执行方式

三、罚金刑执行的程序

（一）执行开始
（二）执行过程
（三）强制和减免执行的特殊要求
（四）执行终结
（五）罚金的上缴

第三节　没收财产刑的执行

一、没收财产刑的概念、特征

（一）概念
没收财产刑是指由人民法院判决和裁定的把犯罪人个人所有的一部或全部财产强制无偿地收归国有的刑罚方法。
（二）特征
1．没收财产是强制地无偿地将犯罪人的财产收归国家所有，是财产刑中最严厉的一种
2．财产刑只能由人民法院适用
3．财产刑适用对象是犯罪人的个人所有财产的一部或全部
4．没收财产主要适用于危害国家安全罪和某些情节严重的贪财图利的犯罪

二、没收财产与罚金和没收犯罪物品的区别

（一）没收财产与罚金的区别
（二）没收财产与没收犯罪物品的区别

三、没收财产刑执行的概念、特征

（一）概念
没收财产刑执行是指人民法院将其作出的生效的没收财产刑的判决、裁定所确定的内容付诸实施的活动及程序。具体而言就是人民法院依法将刑事判决、裁定书所确定的犯罪人的个人财产的一部或全部收归国有。
（二）特征
1．没收财产刑执行主体是人民法院
2．没收财产仅限于刑事判决、裁定书上确定的犯罪人的个人财产的一部或全部
3．没收犯罪人全部财产时，应当对犯罪人本人及其抚养的家属保留必须的生活费用

四、没收财产刑的执行范围

（一）犯罪人个人所有的财产
（二）没收犯罪人全部财产时，应当对犯罪人本人及其抚养的家属保留必须的生活费用
（三）不得没收属于犯罪人家属所有或者应有的财产

五、犯罪人正当债务的清偿

六、没收财产刑执行的程序

（一）没收财产刑的执行机关
（二）没收财产刑的执行过程
（三）需要委托财产地人民法院代为执行的程序

复习与思考题

1．财产刑的概念和特征是什么？
2．罚金刑有何执行方式？
3．没收财产与罚金有何区别？
4．没收财产与没收犯罪物品有何区别？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
6．刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版。
7．马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。
8．刘明祥著：《财产刑比较研究》，中国政法大学出版社 2001 年版。
9．邵维国著：《罚金刑论》，吉林人民出版社 2004 年版。

第十章　资格刑的执行

教学目的和要求：掌握资格刑执行的基本制度，尤其是剥夺政治权利刑的执行制度。

第一节　资格刑执行的概述

一、资格刑的概念、特征

（一）概念

资格刑是指剥夺犯罪人享有或行使一定权利的资格，以减损其名誉的刑罚。

（二）特征

1．资格刑的内容是剥夺犯罪人的某种资格

2．资格刑剥夺的资格即可能是犯罪人过去已经取得资格，也可能是其将来要取得的资格

二、资格刑执行的概念、内容与特点

（一）概念

资格刑执行是指刑罚执行机关根据人民法院对犯罪人判处的资格刑的生效判决、裁定，予以实施的步骤与程序。

（二）特征

1．资格刑执行主体是公安机关

2．资格刑执行内容是政治权利

3．资格刑执行的效力不因犯罪人的死亡而消失

第二节　剥夺政治权利刑执行

一、剥夺政治权利刑的概念、特征

（一）概念

剥夺政治权利刑是指人民法院适用的剥夺犯罪人参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法。

（二）特征

1．剥夺政治权利刑的内容是剥夺犯罪人的政治权利

2．剥夺政治权利刑的适用对象主要是危害国家安全的犯罪人、严重破坏社会秩序的犯罪人等，以及被判处死刑和无期徒刑的犯罪人

3．剥夺政治权利刑既可以终身又可以有限。

二、剥夺政治权利刑执行的内容]

三、剥夺政治权利刑执行的期限

四、剥夺政治权利刑的执行程序与要求

第三节　驱逐出境的执行

一、驱逐出境的概念、性质

驱逐出境是指人民法院对外国人（包括具有一国国籍的人和无国籍人）适用的 强迫其离开中国国（边）境的一种刑罚方法。

二、驱逐出境的特征

（一）驱逐出境由人民法院适用
（二）驱逐出境对外国人适用
（三）驱逐出境既可以独立适用，也可以附加使用
（四）驱逐出境是“可以”而不是“应当”对犯罪的外国人适用
（五）驱逐出境的目的是为了从根本上防止外国人继续危害中国利益

三、驱逐出境的执行程序

复习与思考题

1．资格刑的概念、特征及种类是什么？
2．剥夺政治权利执行程序与要求是什么？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
6．刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版。
7．马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。
8．吴宗宪、陈志海等著：《非监禁刑研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版。

第十一章　社区矫正

教学目的和要求：掌握社区矫正的基本概念，了解社区矫正产生的理论基础及必要性、可行性。着重掌握我国社区矫正试点的各项制度。

第一节　社区矫正的基本范畴及科学内涵

一、社区

二、矫正

三、社区矫正

（一）重说纷纭的社区矫正概念
（二）社区矫正概念的分类
（三）我国官方确定的社区矫正定义的优缺点

第二节　社区矫正产生的理论基础

一、刑罚目的理论的演进——社区矫正发展的刑罚理论基础
二、监禁刑的缺陷及刑法谦抑主义思想——社区矫正的刑事政策基础
三、对提高刑罚执行效益的追求——社区矫正产生的经济性选择
四、社会观念和以人为本的人文主义精神——社区矫正产生和存在的社会思想基础

第三节　社区矫正的必要性、合理性、可行性

一、社区矫正的必要性

（一）社区矫正符合罪犯再社会化原理
（二）监禁矫正不利于罪犯回归社会
（三）社区矫正符合人类刑罚文明发展的方向

二、社区矫正的合理性

三、社区矫正的可行性

第四节　社区矫正的性质、地位、目的与任务

一、社区矫正的性质

（一）国外社区矫正的性质
（二）我国社区矫正的性质及争议

（三）社区矫正性质之我见

二、社区矫正的地位

三、社区矫正的目的

四、社区矫正的任务

第五节　社区矫正的种类、适用对象及范围

一、社区矫正的种类

（一）英国的社区矫正的种类
（二）美国的社区矫正的种类
（三）加拿大的社区矫正的种类
（四）澳大利亚的社区矫正的种类
（五）日本的社区矫正的种类
（六）中国现行法律规定的社区矫正的种类

二、社区矫正的适用对象

三、社区矫正的适用范围

第六节　社区矫正的组织机构、社区矫正工作者及矫正对象

一、社区矫正的组织机构

（一）现行法律框架下社区矫正组织机构的状况
（二）上海、北京等试点地区社区矫正组织机构的设置
1．上海模式
2．北京模式
（三）《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于开展社区矫正试点工作的通知》中规定的社区矫正组织机构及职责
（四）司法所在社区矫正工作中的地位、职责

二、社区矫正工作者

（一）国外社区矫正工作人员与志愿者
（二）我国社区矫正工作者的试点模式
（三）社区矫正工作者的构成、职责
1．司法所工作人员
2．社会志愿者
（四）社区矫正工作者的性质
（五）目前社区矫正干警对试点工作的看法

（六）北京地区社区矫正工作者存在的问题

三、社区矫正的矫正对象

（一）社区矫正的矫正对象的含义
（二）我国目前社区矫正的矫正对象
（三）社区服刑人员的法律地位
（四）不同类型服刑人员的法律地位
（五）社区服刑人员对现行社区矫正试点工作的看法

第七节　社区矫正的开始、管教措施与终止

一、社区矫正的开始
二、社区矫正的管教措施
三、社区矫正的终止

第八节　社区矫正的利与弊

一、问题的提出
二、社区矫正的利
三、社区矫正的弊
四、管制、剥夺政治权利、缓刑假释和监外执行的利与弊
五、社区矫正利弊的评价及应有的立场

复习与思考题

1．如何界定社区矫正的定义？
2．社区矫正产生的理论基础有哪些？
3．社区矫正适用范围包括哪些？
4．社区矫正工作者的构成是什么？
5．如何评价社区矫正的利与弊？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．郭建安、郑霞泽主编：《社区矫正通论》，法律出版社 2004 年版。
6．刘强编著：《美国刑事执行法的理论与实践》，法律出版社 2000 年版。
7．刘强编著：《美国社区矫正的理论与实践》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。
8．刘强主编：《各国（地区）社区矫正法规选编及评价》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。
9．张昱、费梅华著：《社区矫正实务过程分析》，华东理工大学出版社 2005 年版。
10．廖斌、何显兵著：《社区建设与犯罪预防》，人民法院出版社 2003 年版。
11．冯卫国著：《行刑社会化研究》，北京大学出版社 2003 年版。
12．袁登明著：《行刑社会化研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十二章　缓刑制度

教学目的和要求：掌握缓刑制度的基本理论，了解缓刑执行的具体制度，掌握缓刑变更制度。认知战时军人缓刑制度。

第一节　缓刑制度概述

一、概念

缓刑是指附条件地不执行原判刑罚，但是在一定期限内保持刑罚执行的可能性的一种刑罚制度。

二、作用和意义

第二节　缓刑的适用与执行

一、缓刑的适用

（一）适用缓刑的法定条件
（二）缓刑的考验期限的确定
（三）缓刑的宣告

二、缓刑的执行

（一）缓刑判决的交付执行
（二）缓刑犯在缓刑考验期内的法律地位

第三节　缓刑的考察与变更

一、缓刑的考察

（一）缓刑考察的概念、特点
1．概念
缓刑的考察是指公安机关及在有关单位或者基层组织的配合下，依照法律的规定对被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期间的行为表现，进行了解、考核和监督教育，促使缓刑犯悔改自新的各种活动。
2．特点
（1）考察机关是公安机关
（2）考察对象是特定的被宣告缓刑的犯罪分子
（3）考察时间只能在缓刑考验期限内进行
（4）缓刑考察对于是否撤销缓刑，执行原判刑罚和缓刑考验期满如何处理等问题，都必然产生一定的法律后果
（二）缓刑考察的意义

（三）公安机关在缓刑考察中的职责
（四）缓刑考察的内容和方法

二、缓刑的变更

（一）缓刑犯在缓刑考验期内再犯新罪，必须撤销缓刑
（二）缓刑犯在缓刑考验期内犯罪而考验期满后发现的，也应撤销缓刑
（三）在缓刑考验期内，发现缓刑犯有“漏罪”的，应撤销缓刑
（四）缓刑犯在缓刑考验期内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑

三、缓刑撤销和期满后宣告原判刑罚不予执行的程序

（一）缓刑撤销的程序
（二）缓刑考验期限已满的处理

第四节　战时对犯罪军人适用的缓刑

一、战时对犯罪军人适用缓刑的条件

（一）适用的时间只能是战时
（二）适用的前提只能是没有现实危险
（三）适用的刑罚，只能是被判处 3 年以下的有期徒刑
（四）适用的罪犯身份只能是军人
（五）适用的内容只能是戴罪立功
（六）适用的后果撤销原判刑罚，不可以犯罪论处

二、军人战时的缓刑与普通缓刑的区别

1．适用的对象不同
2．缓刑的性质不同
3．考验的方法不同
4．考验的期限不同
5．法律后果不同

三、实行战时军人缓刑制度的意义

复习与思考题

1．缓刑适用的条件是什么？
2．缓刑变更的程序是什么？
3．军人战时的缓刑与普通缓刑的区别是什么？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。

4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。

5．张文学、李燕明、吕广伦、蒋历编著：《中国缓刑制度理论与实务》，人民法院出版社 1995 年版。

6．左坚卫著：《缓刑制度比较研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

7．王运生、严军兴著：《英国刑事司法与替刑制度》，中国法制出版社 1999 年版。

8．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

9．刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社 2003 年版。

第十三章　减刑制度

教学目的和要求：了解减刑制度的基本理论，掌握可以减刑、应当减刑的条件。了解减刑的程序，尤其是缓刑犯的减刑程序。

第一节　减刑制度概述

一、概念

减刑制度是指人民法院根据刑罚执行机关的减刑建议，针对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑缓期二年执行的受刑人，因在刑罚执行期间，确有悔改表现，或者有立功表现，或者有重大立功表现，而将其原判刑罚予以适当减轻的一种刑罚执行制度。

二、特征

（一）减刑的主体人民法院
（二）减刑的对象是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑缓期二年执行的受刑人
（三）减刑的适用必须是在刑罚执行期间
（四）减刑建议书由刑罚执行机关提出，严格依照法律规定进行
（五）减刑必须达到法定条件

第二节　减刑的条件

一、可以减刑的条件

（一）确有悔改表现
（二）立功表现

二、应当减刑

三、限定减刑的要求

（一）绝对的限制
（二）期限的限制
（三）减幅的限制
（四）减间的限制
（五）减刑的起始时间的限制

第三节　减刑的程序

一、无期徒刑犯的减刑

二、有期徒刑犯的减刑

三、管制、拘役犯的减刑

（一）管制犯的减刑
（二）拘役犯的减刑

第四节　缓刑犯的减刑

一、普通自由刑缓刑犯的减刑问题
二、死刑缓期二年执行犯的减刑
（一）死缓犯必须在死刑缓期二年执行刑罚的二年期满后，才可能考虑减刑
（二）死缓犯在死刑缓期二年执行期间，必须没有故意犯罪或者有重大立功表现，才能获得减刑

复习与思考题

1．可以减刑的条件有哪些？
2．应当减刑的条件有哪些？
3．减刑的限制条件有哪些？
4．死刑缓期二年执行犯如何减刑？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．张文学主编：《刑罚执行变更理论与实务》，人民法院出版社 2000 年版。
6．陆敏著：《减刑制度比较研究》，中国方正出版社 2001 年版。
7．高憬宏主编：《减刑、假释的法律适用与司法实践》，人民法院出版社 2005 年版。

第十四章　假释制度

教学目的和要求：了解假释制度的概念及特征，掌握假释的条件和程序，了解假释的监督制度。

第一节　假释制度概述

一、假释制度的概念、特征

（一）概念

假释是指人民法院根据刑罚执行机关的假释建议书，对判处有期徒刑、无期徒刑的罪犯，在其执行一定刑期以后，确有悔改表现，不致再危害社会而附条件予以提前释放，若在考验期限内未发现法定撤销的事由，则其未执行之刑视为已执行的一项刑罚执行活动。

（二）特征

1．假释的主体是人民法院

2．假释的对象是判处有期徒刑、无期徒刑的罪犯

3．假释的依据是人民法院根据刑罚执行机关假释建议书所作出的假释裁定

4．假释是对有期徒刑和无期徒刑罪犯的附条件地予以提前释放

二、假释制度的历史

三、假释的功能与意义

第二节　假释的条件

一、假释的对象条件

二、假释的期限条件

三、假释的实质条件

第三节　假释的程序

一、有期徒刑犯假释的程序

二、无期徒刑犯假释的程序

三、属于具有“特殊情况”的罪犯的假释程序

第四节　假释的考验期限与监督管理

一、假释的考验期限

假释考验期是指法律规定的服刑罪犯被适用假释以后对其进行考察的一定期间。

二、假释的监督管理

（一）假释的监督管理机关

（二）假释的监督管理内容

三、假释的撤销

（一）假释撤销的条件

1．因再犯新罪而撤销假释

2．因发现漏罪而撤销假释

3．因违法行为而撤销假释

（二）假释撤销的程序

1．再犯新罪和发现漏罪的假释被撤销的程序

2．违法行为的假释撤销程序

3．因特殊情况假释的撤销程序

复习与思考题

1．假释适用的条件有哪些？

2．假释的监督管理应遵循那些规定？

3．假释撤销应遵循哪些程序？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。

2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。

3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。

4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。

5．张文学主编：《刑罚执行变更理论与实务》，人民法院出版社 2003 年版。

6．柳忠卫著：《假释制度比较研究》，山东人民出版社 2005 年版。

7．马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版。

第十五章　监外执行制度

教学目的和要求：了解监外执行制度的概念及特征，掌握监外执行的条件和程序，对监外执行监督制度有一定认识。

第一节　监外执行制度概述

一、监外执行制度的概念、特征

（一）概念

监外执行制度是指人民法院、监狱管理机关和公安机关对被判处有期徒刑和拘役的罪犯，因出现了不适宜在监禁机构执行的法定特殊情况，依法予以变更执行场所和方法，并将监外执行的期间算入刑期以内的一项行刑制度。

（二）特征

1．监外执行的主体是人民法院、监狱管理机关和公安机关

2．监外执行的对象是有期徒刑犯和拘役犯

3．监外执行必须出现法定的不适宜在监禁机构执行特殊情况

4．监外执行的适用必须严格按照法律规定的程序办理

5．监外执行是一项变更刑罚执行场所与方法的行刑制度

二、监外执行的种类

（一）刑事诉讼过程中的监外执行、刑事执行过程中的监外执行

（二）临时监外执行、永久监外执行

（三）广义的监外执行、狭义的监外执行

三、我国监外执行的历史

四、监外执行制度的意义

第二节　监外执行的条件

一、监外执行的前提条件

（一）监外执行的刑种条件

（二）监外执行的法定情形条件

二、监外执行的实质条件

第三节　监外执行的程序

一、刑事诉讼过程中监外执行的处理程序

二、刑罚执行过程中监外执行的处理程序

（一）由监狱管理机关作出监外执行决定的处理程序
（二）由公安机关作出监外执行决定的处理程序

第四节　监外执行的监督考察

一、负责监外执行监督考察的机关

二、监外执行监督考察的内容

三、监外执行的完结

（一）因监外执行的情形消失而完结
（二）因刑期届满而完结
（三）因罪犯在监外执行期间死亡而完结
（四）因罪犯在监外执行期间又犯新罪而完结
（五）因发现监外执行决定存在错误而完结

复习与思考题

1．监外执行的种类有哪些？
2．监外执行的条件有哪些？
3．监外执行监督考察的内容有哪些？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．张文学主编：《刑罚执行变更理论与实务》，人民法院出版社 2003 年版。
6．周红梅著：《刑罚执行论》，辽宁人民出版社 1994 年版。
7．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十六章　赦免制度

教学目的和要求：了解赦免制度基本理论，识记赦免的分类及内容，掌握我国赦免制度的条件、程序及特点。

第一节　赦免制度概述

一、赦免制度的概念、特征

（一）概念

赦免制度又称恩赦制度，是指国家（元首）基于某种目的在特殊时空条件下采取一定形式免除或减轻犯罪人的罪责或刑罚的制度，是在刑事法律之外对犯罪人作出恩赐与宽恕处理的罪刑变更制度。

（二）特征

1．国家是赦免制度实施的主体

2．犯罪人是赦免制度实施的对象

3．赦免是国家基于某种目的在特定时空条件下采取的措施

4．赦免制度要采取一定的形式予以操作

5．赦免的内容是免除或减轻犯罪人的罪责或刑罚

6．赦免制度是在刑事法律之外对犯罪人作出的恩赐与宽恕

二、赦免制度的历史渊源

三、赦免制度的意义

（一）赦免制度的存废之争

（二）赦免制度的意义

第二节　赦免的种类及内容

一、政令赦免、个别赦免

二、常时赦免、特别赦免

三、大赦、特赦、赦免减刑、刑罚执行中的免除、复权

（一）大赦

（二）特赦

（三）赦免减刑

（四）刑罚执行中的免除

（五）复权

第三节　我国的赦免制度

一、我国赦免制度的法律规定

二、我国赦免制度的司法实践

三、我国赦免制度的条件、程序与特点

（一）赦免的条件
（二）赦免的程序
（三）赦免的特点

复习与思考题

1．如何对赦免进行分类？
2．我国赦免制度有何条件和特点？如何适用赦免制度？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．阴建峰著：《现代赦免制度论衡》，中国人民公安大学出版社 2006 年版。
6．郭金霞、苗鸣宇著：《大赦、特赦——中外赦免制度概观》，群众出版社 2003 年版。

第十七章　释放制度

教学目的和要求：了解释放的概念、种类及意义，掌握释放的依据和程序。

第一节　释放的概念、种类和意义

一、释放的概念

（一）概念

释放是指国家刑罚执行机关依法对被关押服刑改造的罪犯解除监禁状态，恢复其人身自由，终结刑罚执行活动的一项刑事执行制度。

（二）特征

1．释放活动只能由国家刑罚执行机关行使

2．释放的对象仅限于被依法剥夺人身自由，在监狱、拘役所等监禁刑执行机构服刑与改造的罪犯

3．释放的目的是解除罪犯的被监禁状态，恢复其人身自由

4．释放是一项刑事执行制度

二、释放的种类

（一）侦查、起诉、审判阶段的释放和执行阶段的释放

（二）刑满释放、根据重新修改后的决定或裁定释放以及特赦释放

三、释放的意义

第二节　释放的依据与程序

一、释放的依据

（一）刑满释放的依据

（二）修改后的判决或裁定释放的依据

（三）特赦释放的依据

二、释放的程序

（一）出监教育

（二）制作出监鉴定

（三）签发释放证明书

（四）发给回家路费、适当生活补助费，退还罪犯个人财物

（五）释放后的考察

三、释放的时间要求

复习与思考题

1．释放有哪些种类？
2．释放应遵循哪些程序？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。

第十八章　刑事执行法律监督

教学目的和要求：了解刑事执行法律监督的基本理论，掌握基本概念。对具体刑事执行法律监督有系统认识，启发学生发现问题并开展讨论。

第一节　刑事执行法律监督概述

一、法律监督的概念

二、刑事执行法律监督的定义

广义刑事执行法律监督是指国家机关、社会组织和公民依法对人民法院生效刑事判决与裁定的执行活动的合法性所进行的监察、督促和督导。狭义的刑事执行法律监督是指人民检察院依法对人民法院发生的法律效力的刑事判决、制定的执行活动的合法性所进行的监察和监督。

三、广义刑事执行法律监督的种类

四、狭义刑事执行法律监督的种类

五、广义与狭义刑事执行法律监督的规范状况

六、刑事执行法律监督的意义

第二节　刑场执行的法律监督

一、刑场执行法律监督的概念、特征

（一）概念

刑场执行法律监督，即通常所说的“临场监督”，是指人民检察院依法对人民法院负责执行的死刑立即执行的案件在行刑现场所进行的检察监督。

（二）特征

1．刑场执行法律监督的主体是人民检察院

2．刑场执行法律监督的客体是负责执行死刑立即执行的人民法院及其工作人员的执行死刑的活动

二、刑场执行法律监督的内容

（一）监督死刑立即执行的活动是否合法

（二）监督死刑立即执行的停止执行是否合法

（三）依法建议人民法院停止执行死刑

三、刑场执行法律监督的程序

四、刑场执行法律监督的意义

第三节　监所执行的法律监督

一、监所执行法律监督的概念、特征

（一）概念

监所执行法律监督，即通常所说的“监所监督”，是指人民检察院对负责死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役刑执行的监狱、未成年犯管教所、看守所和拘役所的刑罚执行及矫治活动的合法性所进行的法律监督。

（二）特征

1．监所执行法律监督的主体是人民检察院

2．监所执行法律监督的客体是特定的监所机构及其行刑与矫治活动

3．监所执行法律监督是一项监所行刑检察制度

4．监所执行法律监督是一项依法进行的检察制度

二、监所监督的职权、任务和原则

（一）监所监督的职权

（二）监所监督的任务

（三）监所监督的工作原则

三、监所监督的工作机构与基本制度

（一）监所监督的工作机构

（二）监所监督的基本制度

四、监所监督的内容

（一）对监所执行刑事判决、裁定的监督

（二）对监所监管改造活动是否合法实行监督

（三）对犯罪案件的处理

（四）对申诉、控告和检举的处理

（五）对监狱人民警察监管改造行为的监督

五、监所监督的程序和方法

（一）办理犯罪案件的程序与方法

（二）对申诉控告和检举案件的监督处理程序与方法

（三）纠正监狱违法的程序与方法

（四）对监狱提出检察建议的程序与方法

六、监所监督的意义

（一）有利于国家刑事法律尤其是《监狱法》的准确实施

（二）有利于保障罪犯合法权利，督促罪犯履行义务

（三）有利于防止监狱人民警察违法犯罪

（四）有利于监狱工作方针、政策的贯彻落实

第四节　狱外执行的法律监督

一、狱执行法律监督的概念、特征

（一）概念

狱外执行法律监督是指人民检察院依法对人民法院、公安机关负责执行的管制、罚金、没收财产、剥夺政治权利、驱逐出境等刑罚，以及缓刑、监外执行、假释等狱外执行活动的合法性所进行的法律监督。

（二）特征

1．狱外执行法律监督的主体是人民检察院

2．狱外执行法律监督的客体是人民法院和公安机关及其行刑与矫正活动

3．狱外执行法律监督的执行对象是在狱外执行与缓期执行刑罚的罪犯及刑事被告人

二、对被判处管制刑罪犯行刑的法律监督

（一）注意检查具体执行管制的公安机关的层次

（二）监督管制执行机关及相关协助组织的管理监督工作的落实情况

（三）人民检察院监督对被判处管制刑罪犯的违法犯罪行为处理

（四）监督管制刑执行机关的执行程序是否合法

三、对判处罚金、没收财产刑罪犯行刑的法律监督

（一）对判处罚金刑罪犯行刑的法律监督

（二）对判处没收财产罪犯行刑的法律监督

四、对判处剥夺政治权利刑、驱逐出境刑罪犯行刑的法律监督

（一）对判处剥夺政治权利刑罪犯的法律监督

（二）对判处驱逐出境刑罪犯行刑的法律监督

五、对缓刑、监外执行和假释罪犯考察与社会监管的法律监督

（一）对缓刑罪犯考察的法律监督

（二）对监外执行罪犯行刑的法律监督

（三）对假释罪犯监督考察的法律监督

六、对人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的执行的法律监督

七、狱外执行法律监督的意义

（一）确保狱外执行活动的落实

（二）协助狱外执行机构的工作

（三）保障狱外执行罪犯的合法权益

复习与思考题

1．如何界定刑事执行法律监督的定义及分类？

2．死刑执行如何进行法律监督？
3．监所监督有哪些内容？
4．狱外执行法律监督包括那些内容？

拓展阅读书目

1．王顺安著：《刑事执行法学通论》，群众出版社 2005 年版。
2．力康泰、韩玉胜著：《刑事执行法学原理》，中国人民大学出版社 1998 年版。
3．张绍彦著：《刑事执行法学》，中国人民公安大学出版社 1990 年版。
4．利子平、李保民主编：《行刑学》，江西人民出版社 1993 年版。
5．侯国云主编：《刑罚执行问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
6．（美）克莱门斯·巴特勒斯著：《矫正导论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版。

《职务犯罪案件侦查》教学大纲

刘　品　编写

目　录

前　言.....373
第一章　绪　论.....374
第一节　职务犯罪概念界定.....374
一、职务犯罪的概念.....374
二、职务犯罪的分类.....374
三、我国反腐败查办职务犯罪的发展历程.....374
四、新形势下查办职务犯罪工作需要解决的几个认识问题.....374
第二节　职务犯罪案件的侦查管辖.....375
一、职务犯罪案件侦查的职能管辖.....375
二、职务犯罪侦查的其他管辖.....375
复习与思考题.....375
拓展阅读书目.....375
第二章　职务犯罪侦查的基本原则.....376
第一节　依法独立行使侦查权原则.....376
一、贯彻依法独立行使侦查权原则，首先要依法侦查.....376
二、在“依法”的前提下，要独立行使侦查权，坚决排除行政机关、社会团体和个人的干涉.....376
第二节　专门工作与群众工作相结合原则.....376
一、职务犯罪案件侦查与群众工作.....376
二、职务犯罪案件侦查与专门工作.....376
三、职务犯罪案件侦查中，群众工作必须与专门工作相结合.....376
第三节　实事求是原则.....377
一、坚持实事求是的必要性.....377
二、坚持实事求是原则的要求.....377
第四节　迅速及时原则.....377
一、坚持迅速及时原则的必要性.....377
二、坚持迅速及时原则的内容.....377
三、坚持迅速及时原则的要求.....377
第五节　保守秘密原则.....378
一、坚持保守秘密原则的必要性.....378
二、坚持保守秘密原则的内容.....378
三、坚持保守秘密原则的要求.....378
第六节　协同作战原则.....378
一、坚持协同作战原则的必要性.....378
二、协同作战的形式.....378
三、坚持协同作战原则的要求.....378
复习与思考题.....378
拓展阅读书目.....378
第三章　职务犯罪侦查的任务.....379
第一节　职务犯罪侦查的性质.....379

一、职务犯罪侦查的阶级性.....379
二、职务犯罪侦查的法律性.....379
三、职务犯罪侦查的专门性.....379
第二节　职务犯罪侦查的特点.....379
一、职务犯罪侦查的过程一般是“由人到事”.....379
二、侦查主客体双方矛盾的激烈对抗性.....379
三、职务犯罪线索来源的隐蔽性.....379
四、侦查取证过程的复杂性.....379
五、侦查思路的特殊性.....380
第三节　职务犯罪案件侦查的任务.....380
复习与思考题.....380
拓展阅读书目.....380
第四章　职务犯罪案件侦查的程序.....381
第一节　职务犯罪案件侦查的提起.....381
一、职务犯罪案件的线索的发现和收集.....381
二、职务犯罪案件材料的审查.....381
三、职务犯罪案件的初查.....381
四、职务犯罪案件侦查的提起.....382
第二节　职务犯罪案件侦查的实施.....382
一、 职务犯罪侦查决策.....382
二、调查取证.....383
三、对职务犯罪重点犯罪嫌疑人的侦查.....383
第三节　职务犯罪案件的侦查终结.....384
一、职务犯罪侦查羁押期限.....384
二、职务犯罪侦查终结的条件和要求.....384
三、职务犯罪侦查终结的程序.....384
四、职务犯罪侦查终结案件的处理.....385
五、职务犯罪案件补充侦查.....385
复习与思考题.....385
拓展阅读书目.....385
第五章　职务犯罪的侦查措施.....386
第一节　侦查措施概述.....386
一、侦查措施的概念、种类和意义.....386
二、侦查措施的使用要求.....386
第二节　讯问犯罪嫌疑人.....386
一、讯问犯罪嫌疑人的原则.....386
二、职务犯罪嫌疑人被讯问时的心理特点及其变化规律.....386
三、讯问犯罪嫌疑人突破口的选择.....387
四、讯问犯罪嫌疑人的策略方法.....387
五、做好讯问前的各项准备工作.....387
六、口供的固定和翻供的防止.....387
七、讯问笔录的制作.....388
第三节　询问证人、被害人.....388

一、询问证人、被害人的原则.....388
二、询问证人的方法.....388
三、询问被害人的方法.....388
四、询问证人、被害人笔录的制作.....389
第四节　搜　查.....389
一、搜查的要求.....389
二、搜查的决策.....389
三、搜查的方法.....389
第五节　查询、冻结存款、汇款.....389
一、查询、冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的概念.....389
二、查询、冻结存款、汇款的方法.....389
第六节　鉴　定.....390
一、鉴定的概念和种类.....390
二、鉴定的程序和要求.....390
第七节　辨　认.....390
一、辨认的概念.....390
二、辨认的原则.....390
三、辨认的方法.....390
第八节　协助追捕.....391
一、追捕的概念和意义.....391
二、准确判断犯罪嫌疑人的逃跑方向和落脚点.....391
三、追捕的方法.....391
第九节　调取、扣押物证、书证和视听资料.....391
一、调取、扣押物证、书证和视听资料的概念.....391
二、调取物证、书证和视听资料的程序.....391
三、扣押物证、书证和视听资料的程序.....392
复习与思考题.....392
拓展阅读书目.....392
第六章　贪污贿赂案件的侦查.....393
第一节　贪污案件的侦查犯罪.....393
一、贪污案件的特点.....393
二、贪污案件的立案审查.....393
三、查账.....394
四、讯问犯罪嫌疑人.....394
五、贪污案件侦查措施的综合运用.....395
第二节　挪用公款案件的侦查.....395
一、挪用公款案件的特点.....395
二、挪用公款案件的立案审查.....395
三、挪用公款案件的侦查方法.....395
第三节　贿赂案件的侦查.....396
一、受贿案件的特点.....396
二、受贿案件的立案审查.....396
三、受贿案件侦查的途径和突破口的选择.....397

四、受贿案件的侦查取证措施 397
五、对几种疑难受贿案件的侦查 398
第四节　巨额财产来源不明案件的侦查 398
一、巨额财产来源不明案件的特点 398
二、巨额财产来源不明案件的侦查方法 399
第五节　私分国有资产案件的侦查 399
一、私分国有资产案件的特点 400
二、私分国有资产案件的侦查（含初查）重点和途径 400
三、私分国有资产案件的侦查措施和方法 400
复习与思考题 400
拓展阅读书目 401
第七章　渎职案件的侦查 402
第一节　滥用职权案件的侦查 402
一、滥用职权案件的特点 402
二、滥用职权案件的侦查（含初查）的重点、难点及其途径 402
三、滥用职权案件的侦查措施和方法 402
第二节　玩忽职守案件的侦查 403
一、玩忽职守案件的特点 403
二、玩忽职守案件的侦查（含初查）的重点、难点及其途径 403
三、玩忽职守案件的侦查措施和方法 404
第三节　徇私舞弊案件的侦查 404
一、徇私舞弊案件的特点 404
二、徇私舞弊案件侦查（含初查）的重点、难点及其途径 405
三、徇私舞弊案件的侦查措施和方法 405
复习与思考题 406
拓展阅读书目 406
第八章　侵权案件的侦查 407
第一节　非法拘禁案件的侦查 407
一、非法拘禁案件的特点 407
二、非法拘禁案件的立案审查 407
三、非法拘禁案件的侦查（含初查）重点、难点及其途径 407
四、非法拘禁案件的侦查方法 408
五、侦查非法拘禁案件中应注意的问题 408
第二节　非法搜查案件的侦查 408
一、非法搜查案件的特点 408
二、非法搜查案件的侦查（含初查）的重点、难点及途径 409
三、非法搜查案件的侦查措施和方法 409
第三节　刑讯逼供案件的侦查 409
一、刑讯逼供案件的特点 409
二、刑讯逼供案件的侦查重点、难点及途径 409
三、刑讯逼供案件的侦查措施和方法 410
第四节　报复陷害案件的侦查 410
一、报复陷害案件的特点 411

二、报复陷害案件的侦查（初查）重点、难点和途径 411
三、报复陷害案件的侦查措施和方法 411
复习与思考题 411
拓展阅读书目 412

前　言

课程简介：职务犯罪是国家工作人员利用职务便利实施的一类特殊犯罪。本课程以马列主义、毛泽东思想和邓小平理论为指导，以国家法律、法规及最高人民检察院的有关文件规定为依据，根据社会领域的深刻变化和反腐败斗争所面临的新形势，阐述职务犯罪侦查的基本理论和方法。课程结合大量典型案例的分析，突出基本原理、基本知识在检察工作中的应用，以适应当前检察工作形势、任务和培养检察专门人才、拓展侦查专业学生的知识视野的需要。

教学对象：侦查专业本科生

教学时间：36 学时

相关教学环节：联系实际结合职务犯罪典型案例开展课堂讨论，占 4 学时。

第一章　绪　论

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解职务犯罪的概念、分类；了解我国职务犯罪的历史沿革；重点掌握职务犯罪的侦查管辖。

学时分配：2 学时

第一节　职务犯罪概念界定

一、职务犯罪的概念

职务犯罪指具有一定职务身份的人故意或过失地实施了与其职务之间具有必然联系的、侵犯了国家管理公务的职能和声誉，致使国家和人民利益遭受重大损失的各种犯罪的总称。

职务犯罪的上述概念表明了职务犯罪具有以下几个本质属性：

（一）职务犯罪的主体是具有一定职务身份的人，以行为人具备一定的身份为前提

（二）职务犯罪是犯罪行为与行为人的职务之间具有必然联系的犯罪

注意：职务犯罪不同于职业犯罪，二者有本质的区别。

二、职务犯罪的分类

（一）依国家工作人员职务犯罪的罪过形式，职务犯罪可以分为职务上的故意犯罪和职务上的过失犯罪

（二）依行为人执行职务的特点，职务犯罪可以分为一般职务犯罪和特别职务犯罪

（三）依行为人的身份在定罪量刑中的作用，职务犯罪可以分为纯粹性职务犯罪、限制性职务犯罪和非纯粹性职务犯罪

（四）依行为人犯罪侵犯的主要客体，职务犯罪可以分为经济性职务犯罪、侵权性职务犯罪和渎职性职务犯罪

三、我国反腐败查办职务犯罪的发展历程

（一）中国古代的职务犯罪及其惩治

（二）中国近代的职务犯罪及其惩治

（三）新民主主义革命时期革命根据地的职务犯罪及其立法惩治

（四）新中国的职务犯罪及其立法惩治

四、新形势下查办职务犯罪工作需要解决的几个认识问题

（一）正确认识查办职务犯罪与促进经济建设的关系

（二）正确认识加入世界贸易组织后职务犯罪侦查工作面临的新挑战

（三）正确认识立法对职务犯罪侦查实践的重要影响

（四）正确认识法律的变化调整对查办职务犯罪侦查工作的影响

（五）正确认识职务犯罪侦查改革的重要性和紧迫性

第二节　职务犯罪案件的侦查管辖

一、职务犯罪案件侦查的职能管辖

（一）贪污贿赂案件由检察机关反贪污贿赂部门负责侦查

（二）国家工作人员的渎职犯罪案件由检察机关渎职犯罪侦查部门负责侦查

（三）国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪案件，由检察机关的渎职犯罪侦查部门或监所检察部门负责侦查

二、职务犯罪侦查的其他管辖

（一）级别管辖

人民检察院对直接受理的职务犯罪案件实行分级立案侦查的制度。上级人民检察院在必要的时候，可以直接侦查或者组织指挥、参与下级人民检察院管辖的案件，也可以将本院管辖的案件交由下级人民检察院侦查；下级人民检察院认为案情重大、复杂，需要由上级人民检察院侦查的案件，可以请求移送上级人民检察院侦查。

（二）地域管辖

国家工作人员职务犯罪案件，由犯罪嫌疑人工作单位所在地的人民检察院管辖；如果由其他人民检察院管辖更为适宜的，可以由其他人民检察院管辖。

（三）指定管辖和协调管辖

对管辖不明确的案件，可以由有关人民检察院协商确定管辖；对管辖权有争议或者情况特殊的案件，由共同的上级人民检察院指定管辖。

几个人民检察院都有权管辖的案件，由最初受理的人民检察院管辖。必要时可以由主要犯罪地的人民检察院管辖。

上级人民检察院可以指定下级人民检察院立案侦查管辖不明或者需要改变管辖的职务犯罪案件。

（四）专门管辖

军事检察院、铁路运输检察院等专门人民检察院的管辖以及军队、武装警察与地方互涉案件的管辖，按照有关法律法规的规定执行。

复习与思考题

1．职务犯罪的概念是什么？

2．简述职务犯罪的侦查管辖。

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。

2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

3．赵惠民主编：《检察机关职务犯罪侦查理论与实践》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

第二章　职务犯罪侦查的基本原则

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解在职务犯罪侦查中的遵循这些基本原则的必要性，掌握各个原则所包含的具体内容和要求。

学时分配：2 学时

检察机关侦查的原则，是指贯穿于侦查工作全过程，对侦查工作有普遍指导意义，检察机关侦查中必须遵循的基本行为准则。它是检察机关侦查内在规律的科学总结。

第一节　依法独立行使侦查权原则

宪法和人民检察院组织法都规定：“人民检察院依照法律规定独立行使职权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”落实到侦查工作上，就是依照法律规定独立行使侦查权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

一、贯彻依法独立行使侦查权原则，首先要依法侦查

（一）要防止只重视实体法而不重视程序法

（二）要坚决抵制以言代法、以权压法

二、在“依法”的前提下，要独立行使侦查权，坚决排除行政机关、社会团体和个人的干涉

依法独立行使侦查权，须正确认识和处理的几个关系：

（一）正确认识和处理独立行使侦查权与中国共产党领导的关系

（二）依法独立行使侦查权与国家权力机关监督的关系

（三）依法独立行使侦查权与党的纪律检查委员会“组织协调”的关系

第二节　专门工作与群众工作相结合原则

一、职务犯罪案件侦查与群众工作

（一）人民群众是获取揭露证实职务犯罪的线索和证据的重要来源

（二）依靠群众是克服侦查人员知识局限性的需要，可解决职务犯罪案件侦查中的诸多复杂和疑难问题

（三）人民群众能够在职务犯罪案件侦查的各个环节上给侦查工作以支持、配合和监督

（四）人民群众是职务犯罪案件侦查工作获取无穷无尽力量的源泉

二、职务犯罪案件侦查与专门工作

（一）职务犯罪案件侦查是国家法律所赋予的具有侦查权的特定机关和个人的一项专门工作

（二）职务犯罪案件侦查中，组织实施侦查措施和手段的主体只能是检察机关及其侦查人员

（三）职务犯罪案件侦查中的一些基础业务工作是检察机关的专门工作

三、职务犯罪案件侦查中，群众工作必须与专门工作相结合

（一）侦查人员要从思想上认识到依靠群众的重要性，坚决克服案件侦查中神秘主义、孤立主

义的倾向

（二）要积极创造条件，充分调动人民群众参与破案和同职务犯罪作斗争的积极性

（三）职务犯罪案件侦查中的群众工作决不能代替专门工作

第三节　实事求是原则

实事求是的基本精神是按照客观事物的本来面目及其内部规律认识和改造事物，体现在侦查工作中，就要求侦查人员从案件的客观实际出发，开展侦查活动，以收集的证据为依据，研究具体的人和犯罪事实之间的联系，准确判明其是否有罪和罪重、罪轻。

一、坚持实事求是的必要性

（一）由职务犯罪案件侦查工作的性质和任务所决定

（二）由职务犯罪侦查中认识活动的逆向性特点所决定

（三）由职务犯罪案件的复杂性所决定

二、坚持实事求是原则的要求

（一）要求必须贯穿于侦查的各个阶段和各个方面

（二）要求必须重证据

（三）要求必须重调查研究

（四）要求发扬民主作风，尊重群众意见

（五）要求要勇于坚持真理，修正错误

第四节　迅速及时原则

一、坚持迅速及时原则的必要性

（一）防止犯罪分子作案后，串供毁证，订立攻守同盟，隐匿转移赃款赃物

（二）防止随着时过境迁，证据失真或湮灭，犯罪现场被破坏等

（三）可以使检察机关尽早地发现线索，缩短作案与发案之间的时间差，弥补较长的时间差所带来的证据损失

二、坚持迅速及时原则的内容

（一）抓住战机

（二）积极侦查

（三）及时破案

三、坚持迅速及时原则的要求

（一）要具有高度的政治责任感和雷厉风行的战斗作风

（二）要积极主动地获取案件线索

（三）要求建设起适应现代社会的侦查装备

第五节　保守秘密原则

一、坚持保守秘密原则的必要性

（一）由职务犯罪侦查工作的特性所决定
（二）由职务犯罪活动的基本特点所决定

二、坚持保守秘密原则的内容

（一）职务犯罪案件侦查工作所获取的情况和线索
（二）职务犯罪侦查工作的部署和实施情况

三、坚持保守秘密原则的要求

（一）侦查人员不能向外人泄露职务犯罪案件侦查的有关情况
（二）职务犯罪案件侦查中的保守秘密有着一定的范围和限度

第六节　协同作战原则

一、坚持协同作战原则的必要性

（一）能够使职务犯罪案件侦查工作更好地适应职务犯罪动态化和国际化的客观需要
（二）增强了职务犯罪侦查机关整体作战能力

二、协同作战的形式

（一）联合侦查
（二）互通职务犯罪情报
（三）协查
（四）“会诊”案情
（五）破案战役

三、坚持协同作战原则的要求

（一）必须树立全局观念和全国一盘棋的思想
（二）加强国际合作，打击跨国职务犯罪

复习与思考题

试述职务犯罪案件的侦查原则。

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。
2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。
3．赵惠民主编：《检察机关职务犯罪侦查理论与实践》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

第三章　职务犯罪侦查的任务

本章教学目的和基本要求：
通过本章学习，了解职务犯罪侦查的性质、任务，重点理解职务犯罪侦查的特点。
学时分配：1 学时

第一节　职务犯罪侦查的性质

一、职务犯罪侦查的阶级性

我国的职务犯罪侦查必须为无产阶级利益服务，必须以工人阶级和广大人民群众的根本利益为最大出发点，严厉打击和惩罚职务犯罪，以实现人民民主专政的历史任务。

二、职务犯罪侦查的法律性

职务犯罪侦查的法律性是指职务犯罪侦查是一项法的活动，必须严格遵守刑法、刑事诉讼法和其他有关法律、法规。

三、职务犯罪侦查的专门性

从根本上而言，职务犯罪侦查是法律赋予的具有职务犯罪侦查权的特定机关和个人的专门工作。在我国，职务犯罪侦查主要由作为法律监督机关的人民检察院行使。

第二节　职务犯罪侦查的特点

研究职务犯罪侦查的特点的宗旨在于把握职务犯罪侦查的规律性，这是制定职务犯罪侦查行之有效的侦查对策的前提。

一、职务犯罪侦查的过程一般是“由人到事”

职务犯罪侦查则多数是围绕一定的嫌疑人调查取证而查明有无犯罪事实的，与普通刑事案件的“由事到人”相比，侦查职务犯罪的过程更秘密、更审慎、更讲究策略的运用。

二、侦查主客体双方矛盾的激烈对抗性

（一）侦查主体的特殊性
（二）侦查客体的特殊性
（三）主客体双方矛盾的激烈对抗性

三、职务犯罪线索来源的隐蔽性

职务犯罪线索来源的隐蔽性源于职务犯罪行为的隐蔽性、举报人怕受到打击报复等多种因素。这一特点决定了立案前的审查阶段要花相当多的时间和精力核查有无犯罪事实。

四、侦查取证过程的复杂性

（一）侦查取证范围广，需获取的证据数量多
（二）侦查技术性强，取证工作量大

（三）侦查对象的反侦查中的干扰阻力大

五、侦查思路的特殊性

（一）重视“初查”工作
（二）立案要慎重
（三）指挥决策具有风险性
（四）要讲究谋略的运用
（五）侦查手段的可优先

第三节　职务犯罪案件侦查的任务

一、收集职务犯罪线索和证据，查明职务犯罪案情，揭露职务犯罪，揭发职务犯罪人
二、防范控制犯罪，减少职务犯罪案件发生
三、保护国家、集体、个人的合法权益不受侵吞，保障无罪的人免受刑事追诉，保障犯罪嫌疑人的合法权利

复习与思考题

职务犯罪案件侦查的特点是什么？

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。
2．赵惠民主编：《检察机关职务犯罪侦查理论与实践》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

第四章　职务犯罪案件侦查的程序

本章教学目的和基本要求：

通过本章的学习，让学生了解职务犯罪案件侦查提起、实施、终结的程序，重点掌握职务案件侦查立案、侦查终结、补充侦查的条件及法律规定。本章的难点问题是如何拓展职务犯罪案件线索，如何正确区分初查和侦查，如何制定职务案件侦查计划和如何打破职务犯罪侦查的僵局。

学时分配：5 学时

第一节　职务犯罪案件侦查的提起

一、职务犯罪案件的线索的发现和收集

（一）职务犯罪案件线索的来源

1．单位和个人的报案或举报。

2．被害人的报案或控告。

3．犯罪人自首。

4．上级机关交办的线索。

5．有关机关移送的线索。

6．检察机关自行发现的线索。

（二）职务犯罪案件线索的收集

1．广泛宣传，扩大线索来源渠道。

2．建立和巩固与多发系统、单位的工作联系制度和案件移送制度，加强案件查处的协调工作。

3．建立案件线索移送制度。

4．注意从新闻媒介中发现有关线索。

5．建立搜集案件线索的工作机制。

二、职务犯罪案件材料的审查

（一）职务犯罪案件材料的审查程序

1．举报中心对所收到的报案、控告、举报或犯罪嫌疑人自首的职务犯罪案件线索进行审查，解决案件线索归哪个机关或者部门管辖的问题。

2．职务犯罪侦查部门负责对有关机关或者部门移送的案件线索进行审查，解决属于自己管辖的案件线索是否决定初查和立案的问题。

（二）职务犯罪案件大要案线索的备案

人民检察院对于直接受理的要案线索实行分级备案的管理制度。所谓要案线索是指依法由人民检察院直接立案侦查的县处级以上干部犯罪的案件线索。

三、职务犯罪案件的初查

职务犯罪案件初查，是指检察机关侦查部门对接受和自行发现的职务犯罪线索，按照案件管辖范围进行调查，以确定是否立案的专门活动。

（一）职务犯罪案件初查的条件

1．有反映职务犯罪事实的案件线索；

2．可能追究刑事责任；

3．检察机关已经受理；

4．经过一定的审批程序。

（二）职务犯罪案件线索初查措施的原则

1．职务犯罪案件初查的措施。

可以采取：（1）询问；（2）查询；（3）勘验、检查；（4）鉴定；（5）辨认；（6）调取、扣押物证、书证和视听资料。

不可以采取：（1）限制被查对象人身、财产权利的措施；（2）强制措施；（3）不得查封、扣押、冻结被查对象的财产。

2．职务犯罪案件初查的原则

（1）依法初查原则；（2）秘密初查原则；（3）迅速及时原则；（4）初查适度原则。

（三）职务犯罪案件线索初查的方法

1．职务犯罪案件线索初查途径的选择。

2．职务犯罪案件线索初查突破口的选择。

3．职务犯罪案件线索初查时机的选择。

（四）职务犯罪初查结果的处理

1．决定立案。

2．决定不立案。

（五）职务犯罪案件线索初查的性质

同侦查相比较：（1）法律依据不同；（2）职权方法不同；（3）法律后果不同。

四、职务犯罪案件侦查的提起

职务犯罪案件侦查的提起也就是立案侦查，标志着对职务案件线索的查处正式进入刑事诉讼程序。

（一）职务犯罪案件立案的条件

1．立案的事实条件：认为有犯罪事实

注意：认为有犯罪事实不等于有犯罪事实。

2．立案的法律条件：需要追究刑事责任

（二）职务犯罪案件立案的方式

1．以人立案

条件：认为有犯罪事实；犯罪事实属嫌疑人所为；需追究犯罪嫌疑人的刑事责任。

2．以事立案

条件：施用于犯罪后果已暴露，但犯罪嫌疑人并不明确的案件。

第二节　职务犯罪案件侦查的实施

一、 职务犯罪侦查决策

（一）分析案情

分析案情的方法：（1）辩证分析法；（2）逻辑推理法；（3）心理分析法。

（二）选择职务犯罪侦查途径

1．由事到人的职务犯罪侦查途径。

（1）从因果关系入手；（2）从作案的规律入手；（3）从作案手段入手；（4）从并案职务犯

罪侦查入手。

2．由人到事的职务犯罪侦查途径。

（1）从特定的嫌疑对象入手；（2）从人身形象入手。

3．由物到人的职务犯罪侦查途径。

（1）从可疑痕迹入手；（2）从现场可疑物入手；（3）从控制赃物入手。

（三）拟定职务犯罪侦查计划

1．职务犯罪侦查计划的类型。

（1）根据案件职务犯罪侦查的不同阶段，可分为全案职务犯罪侦查计划和分段职务犯罪侦查计划。

（2）根据职务犯罪侦查计划的内容和涉及范围，可分为个案职务犯罪侦查计划、并案职务犯罪侦查计划、专项职务犯罪侦查计划和补充职务犯罪侦查计划。

2．拟定职务犯罪侦查计划的步骤。

（1）轮廓设想；（2）精心设计；（3）领导抉择。

3．职务犯罪侦查计划的内容。

（1）立案的根据；（2）对案情的分析判断；（3）职务犯罪侦查的任务和措施；（4）职务犯罪侦查力量的组织和分工；（5）有关工作制度；（6）附分段职务犯罪侦查计划或某一方面的职务犯罪侦查计划。

4．制定职务犯罪侦查计划应注意的问题。

（1）要全面细致地研究案件材料；（2）要充分发扬民主，集思广益；（3）要全面安排，点面结合；（4）要随着客观情况的变化，适时修改。

二、调查取证

（一）深入地对有关知情人、被害人进行调查

1．调查犯罪人基本情况。

2．调查赃款、赃物情况。

3．调查被害人情况。

（二）对犯罪线索的查证

1．审查嫌疑人有无作案的时间。

2．审查嫌疑人有无作案的因素。

3．审查有无证明嫌疑人犯罪的证据。

（三）犯罪线索查证的要求

1．查证线索要深入细致。

2．查证线索要突出重点，兼顾一般。

3．查证线索要及时、准确。

三、对职务犯罪重点犯罪嫌疑人的侦查

（一）确定重点犯罪嫌疑人

1．动机目的方面的条件。

2．行为实施方面的条件。

3．物质方面的条件。

4．案后表现方面的条件。

（二）突破重点犯罪嫌疑人

1．严密监控职务犯罪侦查对象，为取证创造条件。

2．选择突破口，运用各种措施、手段和策略。

（三）打破职务犯罪侦查僵局

1．研究职务犯罪侦查停滞的原因。

2．研究职务犯罪侦查推进的方法。

（四）遏制和利用职务犯罪嫌疑人的反侦查，排除干扰和阻力

1．职务犯罪反侦查的遏制对策。

（1）秘密进行调查和开展侦查，不惊动侦查对象；（2）及时提取、查封实物证据，防止侦查对象转移、隐匿和毁弃实物证据；（3）控制侦查对象；（4）割断串供对象之间的联系；（5）采取强制措施；（6）加强监管工作和实行异地羁押；（7）尽量控制侦查工作的知情面。必要时，可提高管辖级别和实行异地侦查。

2．巧用反侦查，将计就计的对策。

下列情形之一的，可借反侦查推动侦查：（1）需“打草惊蛇，引蛇出洞”的；（2）侦查陷入僵局而利用反侦查可能获取以突破僵局的证据的；（3）反侦查活动猖獗，与其遏制不如利用之的；（4）可据以发现隐匿的犯罪嫌疑人线索的；（5）查实反侦查活动后可据以作为摧毁侦查对象的心理防线而迫使其招供的；（6）其他有利用反侦查必要的。

实施将计就计时，应把握好的环节：（1）严密监控侦查对象，对其反侦查活动要了如指掌；（2）争取串供、毁证中介人的帮助，若不然，则应改用监控措施对其监控；（3）在羁押场所串供的，要物色可靠的秘密力量开展狱内侦查；（4）毁证时应及时制止，以保全证据；（5）及时做好受威胁的知情人的工作，取得其协助并获取受威胁的证据；对被收买的知情人应晓以利害，依法进行揭露，争取其如实作证。

3．排除干扰和阻力，依法行使侦查权的对策。

（1）提高侦查管辖级别或实行异地侦查；（2）运用法律武器，针锋相对，击溃阻扰侦查的人的进攻；（3）采用缓兵之计，一面斡旋，一面秘密调查或侦查。

第三节　职务犯罪案件的侦查终结

职务犯罪侦查终结，是人民检察院对自己立案侦查的职务犯罪案件经过一系列的侦查工作，认为案件事实和证据已经查清，不需要继续进行侦查时，对职务犯罪侦查工作作出结论和对案件作出进一步处理的活动，是职务犯罪侦查的最后程序。

一、职务犯罪侦查羁押期限

（一）职务犯罪侦查羁押的一般期限

（二）职务犯罪侦查羁押的延长期限

（三）职务犯罪侦查羁押期限的计算

二、职务犯罪侦查终结的条件和要求

（一）事实清楚

（二）证据确实、充分

（三）法律手续完备

（四）定性定罪正确

三、职务犯罪侦查终结的程序

（一）全面系统审查案件事实和证据

（二）制作职务犯罪侦查终结报告

（三）批准职务犯罪侦查终结

四、职务犯罪侦查终结案件的处理

（一）移送审查起诉和移送审查不起诉

（二）撤销案件

五、职务犯罪案件补充侦查

所谓职务犯罪案件的补充侦查，是有职务犯罪侦查权的机关依法对已侦查终结的职务犯罪案件继续进行收集补充证据的一种侦查行为。它适用于部分事实、情节需要进一步查证的职务犯罪案件。

补充侦查有两种法定形式：一是退回补充侦查，即人民检察院将案件依法退回原职务犯罪侦查机关或部门要求其补充侦查；二是自行补充侦查 ，即决定补充侦查的人民检察院自行进行补充侦查。

复习与思考题

1．职务犯罪案件线索具有什么特点？如何健全它的发现机制？

2．什么是初查？初查和侦查有什么区别？

3．什么是职务犯罪侦查僵局？如何打破僵局？

4．什么是职务犯罪侦查计划？它包括哪些内容？

5．职务犯罪侦查终结的条件和要求是什么？

6．简述职务犯罪案件补充侦查的形式。

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。

2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

3．赵惠民主编：《检察机关职务犯罪侦查理论与实践》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

4．郭立欣主编：《举报初查•立案技巧•强制措施》（《检察机关侦查实务》第 2 卷），中国检察出版社 2005 年 3 月第一版。

第五章　职务犯罪的侦查措施

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解职务案件侦查措施的概念、种类、意义及使用；掌握职务案件侦查中常用的九种侦查措施，即讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人，勘验、检查，搜查，调取、扣押物证、书证和视听资料，查询、冻结存款、汇款；鉴定，辨认，协助追捕的使用方法、使用要求、使用策略及法律规定。

学时分配：5 学时

第一节　侦查措施概述

一、侦查措施的概念、种类和意义

侦查措施也称侦查行为，指人民检察院在办理职务犯罪案件过程中，为了收集证据，查清犯罪事实，查获犯罪嫌疑人，法律规定进行各种专门调查活动而采取的措施。

广义的侦查措施包括强制措施，本文指的是狭义的侦查措施。根据刑事诉讼法的规定和司法实践，人民检察院办理职务犯罪案件使用的侦查措施主要有九种，即讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人，勘验、检查，搜查，调取、扣押物证、书证和视听资料，查询、冻结存款、汇款；鉴定，辨认，协助追捕。

检察机关侦查的目的是收集证据，查清犯罪事实，查获犯疑人。而要达此目的，就必须使用各种侦查措施。离开了侦查措施，收集证据，查清犯罪事实，查获犯罪嫌疑人就无从谈起。因此，侦查措施是人民检察院实现侦查目的的惟一途径和桥梁。

二、侦查措施的使用要求

三项原则：一是任意侦查原则；　二是必要性原则；三是相当性原则。

三个要求：一是整体性；二是针对性；三是有效性

第二节　讯问犯罪嫌疑人

讯问犯罪嫌疑人，是指侦查人员为了查明案情和其他有关问题，依照法定程序，以言词方式对犯罪嫌疑人进行审问的一种侦查措施。

一、讯问犯罪嫌疑人的原则

（一）重证据、重调查研究，不轻信口供原则

（二）权利告知原则

（三）禁止非法讯问原则

二、职务犯罪嫌疑人被讯问时的心理特点及其变化规律

（一）职务犯罪嫌疑人被讯问时的心理特点

犯罪嫌疑人由于趋利避害的自卫本能，被讯问时一般存在两种互相矛盾的心理：一种是“抗拒”心理，一种是“坦白”心理。

1．产生抗拒心理的主要原因是：（1）畏刑；（2）侥幸；（3）抵触。

2．产生坦白心理的原因主要是：（1）心虚；（2）推测；（3）恐慌。

（二）职务犯罪嫌疑人被讯问时的心理变化

1．抵触对抗阶段；

2．试探摸底阶段；

3．犹豫动摇阶段；

4．交代供述阶段。

三、讯问犯罪嫌疑人突破口的选择

（一）从案件事实和情节上选择

（二）从犯罪嫌疑人心理上选择

（三）从犯罪嫌疑人自身选择

（四）从共同犯罪或窝案、串案的犯罪嫌疑人中选择

四、讯问犯罪嫌疑人的策略方法

（一）讯问犯罪嫌疑人的一般策略方法

1．教育攻心法。

2．情感催化法。

3．单刀直入法或迂回包抄法。

4．稳扎稳打法或秋风卷席法。

5．先发制人法或后发制人法。

6．避实击虚法或直击要害法。

7．引而不发法或使用证据法。

8．利用矛盾法。

9．暗示法。

10．刚柔相济法。

（二）讯问犯罪嫌疑人的分类策略方法

1．对不同性情的犯罪嫌疑人的讯问策略方法。

2．对不同年龄段和经历的犯罪嫌疑人的讯问策略方法。

3．对共同犯罪嫌疑人的讯问策略方法。

4．对有侥幸心理的犯罪嫌疑人的讯问策略方法。

5．对有畏刑心理的犯罪嫌疑人的讯问策略方法。

五、做好讯问前的各项准备工作

（一）人员配备

（二）熟悉案情

（三）研究犯罪嫌疑人的特点

（四）拟订讯问计划

六、口供的固定和翻供的防止

（一）依法文明办案，不给犯罪嫌疑人翻供以任何的借口

（二）运用强大的心理攻势，摧毁当事人翻供的心理基础

（三）围绕犯罪构成要件细问深查，堵死犯罪嫌疑人翻供的缝隙和漏洞

（四）把讯问与全面调查取证紧密结合起来

（五）深挖犯罪嫌疑人的犯罪动机和走上犯罪道路的原因、教训

（六）让犯罪嫌疑人亲笔书写供词，对讯问过程录音录像

（七）依法果断采取逮捕强制措施

七、讯问笔录的制作

（一）讯问笔录的要求

最高人民检察院《规则》第 142 条所规定的：“字迹清楚，详细具体，忠实原话。”

（二）讯问笔录的制作方法

1．记录员事前必须熟悉案情。

2．要如实反映讯问情况。

3．每次讯问结束后，要给犯罪嫌疑人阅读讯问笔录；并逐页签名或盖章，在末页写上日期。

4．讯问笔录可以用笔手工记录，也可以用电脑、录音设备记录。

5．讯问笔录正文里遗留下来的空白页、行，在犯罪嫌疑人签名前，都应由侦查人员划线填满，以防日后被人增添所谓“供词”进行舞弊。

第三节　询问证人、被害人

询问证人、被害人，是指侦查人员依照法定程序，通过言词方式向能够证明案件情况的证人、被害人进行调查的一种侦查措施。

一、询问证人、被害人的原则

（一）保证证人、被害人有客观充分地提供证据条件原则

（二）个别询问原则

（三）如实作证原则

（四）保障证人及其近亲属安全原则

二、询问证人的方法

（一）询问证人的一般方法

1．以诚相待。

2．教育启发。

3．正确选择询问开始的方式。

4．少言多听。

5．要求证人“讲细节”，“复述”，以此甄别证言。

6．要问明证人提供情况的来源，以评断其证明价值。

（二）询问拒证证人的方法

面对拒证证人，应根据其拒证的原因，采取相应的方法。侦查人员只要既坚持以诚相待，教育启发，又晓以利害，必要时依法采取相应的措施，一般是能达到询问目的的。

三、询问被害人的方法

（一）先稳定情绪再提问

（二）教育被害人如实陈述，不能因被侵害而不实事求是

（三）让被害人充分地、客观地对案件情况作详细陈述

（四）对于受重伤的被害人要立即送医院抢救，并在医生协助下找机会进行询问

四、询问证人、被害人笔录的制作

与制作方法与讯问犯罪嫌疑人基本相同，有两点需要注意：
（一）对刑事诉讼法第 98 条规定的告知情况，应当记明笔录
（二）询问笔录应当分别记录

第四节　搜　查

搜查是指侦查人员为了收集犯罪证据、查获犯罪人，依法对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处或者其他地方进行搜寻、检查的一种侦查措施。

一、搜查的要求

根据最高人民检察院《规则》第 182 条的规定，搜查的基本要求是：“及时、全面、细致”。

二、搜查的决策

搜查的决策，指在什么时机、什么条件下决定搜查？
搜查的时机，应看是否符合搜查的条件，对同时符合以下条件的职务犯罪案件，可以进行搜查：
（一）根据已有证据，人民检察院确信犯罪嫌疑人存在犯罪事实
（二）预测案件侦查结果，构成犯罪的把握性大
（三）如果侦查结果不构成犯罪，也不至于造成大的被动

三、搜查的方法

（一）对人身的搜查方法
（二）对住宅的搜查方法
（三）对办公室、车库等场所的搜查方法

第五节　查询、冻结存款、汇款

一、查询、冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的概念

我国职务犯罪侦查的查询、冻结存款、汇款，指人民检察院根据侦查工作的需要，依法查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款或与案件有关单位的存款、汇款的一种侦查措施。

二、查询、冻结存款、汇款的方法

（一）拉网式的查询
这种查询工作量大，效率低，效果差。
（二）有针对性有重点地查询
这种查询工作量小，效率高，效果好。
1．从发现犯罪嫌疑人的存款线索入手。
2．从分析犯罪嫌疑人的存款方位入手。

第六节　鉴　定

一、鉴定的概念和种类

鉴定，指人民检察院为了查明案情、解决案件中某些专门性问题，指派或者聘请具有专门知识的人对该专门性问题进行科学鉴别和判断的一种侦查措施。

职务犯罪侦查中常用的鉴定种类：司法会计鉴定、文书鉴定、赃物的价格鉴定、“侵权”案中的人身侵害或精神病的医学鉴定等。

二、鉴定的程序和要求

（一）鉴定的一般程序和要求

1．提出需要鉴定的问题，批准鉴定。

2．选择鉴定人。

3．送请鉴定。

4．出具鉴定结论。

5．对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的时间不计入羁押期限和办案期限。

（二）对重新鉴定的特殊要求

1．人民检察院决定重新鉴定的，应当另行指派或者聘请鉴定人。

2．对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定的，由省级人民政府指定的医院进行。

3．人民检察院认为省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论不能作为定案根据的，应当另行委托省级人民政府指定的其他医院重新鉴定或者补充鉴定。

第七节　辨　认

一、辨认的概念

辨认，是指侦查人员为了查明案情，在必要时让被害人、证人以及犯罪嫌疑人对与犯罪有关的物品、文件、尸体、场所或者犯罪嫌疑人进行分辨、识别的一种侦查措施。

在职务犯罪侦查中，辨认主要适用于对人、对物（赃物、文书等）、对场所的辨认等。

二、辨认的原则

（一）单独辨认原则

（二）混杂辨认原则

（三）严禁暗示原则

三、辨认的方法

1．按辨认客体及其持有人是否知晓被辨认，可以分为公开辨认和秘密辨认；

2．按辨认人与辨认客体是否直接观察、感知，可以分为直接辨认和间接辨认；

注意：辨认前要详细询问辨认人；要做好辨认人的思想工作；要选择安排好辨认的时间、场所和环境 ；要做好辨认笔录。

第八节　协助追捕

一、追捕的概念和意义

追捕，指对逃跑的犯罪嫌疑人组织力量进行追缉并将其捕获归案的侦查措施的总称。

在职务犯罪侦查中，需要追捕的都是已经立案、且一般已被决定拘留或者逮捕的犯罪嫌疑人，根据刑事诉讼法的规定，它应由公安机关负责，检察机关可以协助。但是，由于近年来职务犯罪特别是贪污贿赂犯罪嫌疑人携款潜逃较为突出，追捕工作量大，公安机关则因任务繁重，因而多数案件的追捕是在检察机关协助下（有些甚至以检察机关为主）完成的，因此，有必要研究协助追捕的问题。

二、准确判断犯罪嫌疑人的逃跑方向和落脚点

（一）详细了解犯罪嫌疑人的基本情况
（二）及时勘验、搜查，发现蛛丝马迹
（三）调查犯罪嫌疑人的亲人、关系人
（四）调查了解犯罪嫌疑人的社会关系
（五）调查犯罪嫌疑人出逃前后的通讯情况
（六）扣押邮件、电报，实施电话监控
（七）调查附近机场售票情况和登机情况
（八）调查赃款、赃物的流向
（九）发动群众提供线索
（十）巧用说情人
（十一）利用境外侦探社和华人团体发现逃犯的踪迹和落脚点

三、追捕的方法

（一）追缉堵截法
（二）通令缉拿法
（三）网上追捕法
（四）伏击守候法
（五）利害诱捕法
（六）敦促自首法
（七）司法协助法

第九节　调取、扣押物证、书证和视听资料

一、调取、扣押物证、书证和视听资料的概念

调取、扣押物证、书证和视听资料，指人民检察院依法调取或强行扣留与案件有关的物品、文件和视听资料的一种侦查措施。

二、调取物证、书证和视听资料的程序

（一）检察人员可以凭人民检察院的证明文件，向有关单位和个人调取能够证实犯罪嫌疑人有

罪或者无罪的证据材料，并且可以根据拍照、录像、复印和复制。

（二）人民检察院需要向本辖区以外的有关单位和个人调取物证、书证的，办案人员应当携带工作证、单位办案证明信和有关法律文书，及时同当地人民检察院联系，当地人民检察院应当配合，协助执行任务，

（三）调取书证、视听资料应当调取原件，调取原件确有困难或者因保密需要不能调取原件的，可以调取副本或者复制品。

三、扣押物证、书证和视听资料的程序

（一）勘验、搜查时扣押的程序

（二）扣押邮件、电报的程序

复习与思考题

1．简述在职务犯罪侦查中讯问突破口的选择。

2．简述在职务犯罪侦查中询问拒证证人的方法。

3．在职务犯罪侦查中如何把握搜查的时机？

4．简述在职务案件侦查中查询、冻结存款、汇款的方法。

5．什么叫鉴定，职务犯罪侦查中常用的鉴定种类有哪些？

6．简述在职务案件中侦查辨认的原则。

7．在职务案件侦查中如何准确判断犯罪嫌疑人的逃跑方向和落脚点？

拓展阅读书目

1．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

2．赵惠民主编：《检察机关职务犯罪侦查理论与实践》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。

3．吴克利著：《审讯心理攻略》，中国检察出版社 2004 年 2 月第一版。

4．郭立欣主编：《讯问对策•询问技巧•翻供翻证》（《检察机关侦查实务》第 3 卷），中国检察出版社 2005 年 3 月第一版。

5．郭立欣主编：《侦查对策•侦查措施•假账查证》（《检察机关侦查实务》第 4 卷），中国检察出版社 2005 年 3 月第一版。

6．郭立欣主编：《侦查证据•文书鉴定》（《检察机关侦查实务》第 5 卷），中国检察出版社 2005 年 3 月第一版。

第六章　贪污贿赂案件的侦查

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解贪污案件、挪用公款案件、贿赂案件、巨额财产来源不明案件、私分国有资产案件的概念、特点及立案；掌握其侦查方法和取证措施。其中贪污案件、挪用公款案件中的查账、一对一的贿赂案件的取证、巨额财产来源不明案件中犯罪嫌疑人的财产核查为本章的难点问题。

学时分配：9 学时

贪污贿赂案件，是指刑法分则第 8 章规定的贪污贿赂犯罪以及其他章中明确规定依照第 8 章相关条文定罪处罚的犯罪案件，具体有贪污案、挪用公款案、贿赂案、巨额财产来源不明案、隐瞒境外存款案、私分国有资产案、私分罚没财物案共 7 种案件。

第一节　贪污案件的侦查犯罪

贪污案件是指刑法第 382 条、第 183 条第 2 款、第 271 条第 2 款、第 394 条所规定的国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为所构成的犯罪案件。

一、贪污案件的特点

贪污案件从不同角度归纳，具有很多特点，其中与侦查工作密切相关、在侦查中应予注意并采取对策的特点主要有：

（一）发案的部门多，涉及的范围广

（二）犯罪手段不断翻新

（三）犯罪行为具有连续性

（四）犯罪事实一般有会计资料可查

（五）一般有赃款赃物可查

二、贪污案件的立案审查

（一）贪污案件的受理

贪污案件线索的主要来源是：机关、人民团体、国有企事业单位的控告，有关执法执纪部门的移送，公民举报，知情人报案，案犯揭发，犯罪人自首以及检察机关自行发现等。

（二）立案前审查的重点内容

1．查明行为人的主体资格。

2．查明非法占有公共财物的行为是否利用职务上的便利实施。

3．查明行为人非法占有的财物是否符合贪污罪的对象。

（三）初查方法

贪污案件线索经书面审查后，认为有立案可能，但某些问题尚需调查才能决定是否立案的，则应进行初查。初查的方法主要是：

1．向线索提供者了解与线索有关的具体情况。

2．秘密查账，获取证据。

3．进行外围调查。

通过书面审查和初查，认为符合立案条件的，予以立案侦查。

三、查账

查账是清查会计资料和有关款物工作的简称。贪污案件的证据大多要通过查账获取，故查账是贪污案件侦查工作的根本性措施和中心环节，也是侦破贪污案件的关键所在，必须高度重视。

（一）控制会计资料和款物

（二）查账的一般方法

1．检查会计凭证有无问题。

2．检查账与账是否相符。

3．检查账面现金与库存现金是否相符。

4．检查账和实物是否相符。

5．检查小金库。

（三）对混乱、不全账目的检查方法

1．首先算总账，即算总收入和总支出，以便对账有个总的概念，从而估算出贪污的大致数额。

2．然后算细账，到有业务往来关系的对方单位调查核实。

3．最后算经济账，通过讯问、追赃等查实贪污数额。

（四）对几种主要贪污主体的查账方法

1．财会人员贪污案件的查账方法。

（1）以银行对账单为依据，核对单位的银行日记账，看二者余额是否相符；（2）检查收款凭证存根，然后与有关账证进行核对；（3）检查付款原始凭证和记账凭证；（4）检查应收应付款项。

2．购销人员贪污案件的查账方法。

（1）检查收款与付款凭证；（2）检查应收应付款。

3．实物库管人员贪污案件的查账方法。

（1）检查实物出入库登记手续是否健全、账目是否清楚；（2）交货人与领货人的签名有无假冒；（3）通过盘点，检查账面上登记的实物数额与库存实物数额是否相符。

4．银行人员贪污案件的清查方法。

（1）存款业务中贪污案件的查账；（2）结算业务中贪污案件的查账；（3）信贷业务中贪污案件的清查。

（五）查账中应注意的几个问题

1．要突出重点。

2．要重视技术鉴定。

3．要注重深挖。

四、讯问犯罪嫌疑人

（一）讯问犯罪嫌疑人的任务

贪污案件讯问犯罪嫌疑人的主要任务，一是扩大战果，二是核实查账和外围调查所得的证据，搞清每一笔贪污事实的来龙去脉及赃款去向，进一步完善证据。因此，在讯问中，要对二者全面把握，不可偏废。

（二）讯问犯罪嫌疑人的策略

1．引而不发。

2．巧使证据。

3．利用矛盾。

五、贪污案件侦查措施的综合运用

（一）围绕获赃、取证和扩大战果，做好搜查、扣押、查询、冻结存款、汇款和追缴赃款赃物等工作

（二）询问证人

询问证人，重点要询问四方面的证人：一是案件的控告人、报人；二是与犯罪嫌疑人单位有业务往来的人；三是犯罪嫌疑人领导、同事及其他知情人；四是犯罪嫌疑人的家属、亲友。对该四方面的证人，要根据他们对案件的不同态度采取不同的询问策略和方法。询问证人，主要查明犯罪嫌疑人贪污的时间、地点、金额、作案方法、作案过程、犯罪涉及的人员以及赃款赃物的去向等。

（三）进行司法会计鉴定和物证鉴定

司法会计鉴定和物证鉴定是运用科学技术揭露和证实贪污犯罪的重要手段。

第二节　挪用公款案件的侦查

挪用公款案件，是指刑法第 384 条规定的国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大，超过 3 个月未还的行为所构成的犯罪案件。

一、挪用公款案件的特点

（一）发案数随资金供求关系的变化而起伏

（二）犯罪数额巨大，危害严重

（三）作案方式多种多样

（四）犯罪事实一般有会计资料可查

二、挪用公款案件的立案审查

（一）挪用公款案件的受理

挪用公款案件的线索来源主要是：受害单位的控告；公民个人的举报；有关执法执纪部门移送；犯罪嫌疑人自首；同案人检举、揭发；检察机关在办案中发现以及上级交办等。

（二）挪用公款案件立案前的审查

1．是否有挪用公款的事实及所挪公款的数额与性质。

2．被挪公款使用主体的性质。

3．被挪用公款的用途。

4．挪用公款的时间及有否归还。

三、挪用公款案件的侦查方法

（一）查账

由于挪用公款案件一般有会计资料可查，因此，查账是侦查挪用公款案件的最基本方法。主要从以下几个方面入手：

1．检查账面现金与库存现金是否相符。

2．检查本单位账目与有经济往来关系的外单位账目是否相符。

3．检查单位现金日记账与银行对账单的余额是否相符。

（二）询问证人

挪用公款案件的证人主要有控告人、举报人；犯罪嫌疑人所在单位的领导、同事；同犯罪嫌疑

人有过业务往来的人；犯罪嫌疑人的家属、亲友；被挪公款的使用人及其亲友。

询问被挪公款的使用人及其亲友要围绕以下三方面的问题进行询问：

1．挪用人与使用人对挪用一事有无通谋。

2．挪用人对所挪公款用途的知道程度。

3．与挪用人是否存在不正常的经济关系。

（三）讯问犯罪嫌疑人

讯问犯罪嫌疑人，目的是在查账的基础上，进一步查明挪用公款的时间、金额、用途、去向等问题，并进一步扩大战果。根据挪用公款案件的特点，讯问时要注意以下几点：

1．对挪用公款给他人使用的，要注意查明其对被挪公款真实用途的了解程度、有无跟使用人通谋，有无从使用人处得到利益等问题。

2．对账目补平的案件和挪用后不归还的案件，要注意查明是贪污还是挪用。

3．要注意深挖。

（四）适时采取强制措施

特别是对挪用公款数额巨大的，挪用公款进行非法活动的，对其果断采取强制措施，不仅有利于促使犯罪嫌疑人如实交待犯罪事实，而且有利于防止犯罪嫌疑人继续进行违法犯罪活动和进行反侦查活动。

（五）综合运用其他各种侦查措施

要综合运用搜查、追捕、追赃、进行技术鉴定等侦查措施，以便为定案提供科学的依据。

第三节　贿赂案件的侦查

贿赂案件，是指刑法第 385 条至第 393 条规定的贿赂类的犯罪案件，它包括 6 个罪名，即受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪。

在该 6 种罪中，受贿罪和单位受贿罪是职务犯罪；行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪和介绍贿赂罪不属于职务犯罪，但由于它们与受贿罪、单位受贿罪这两个职务犯罪紧密联系，相伴而生，因而刑法把它们规定在一起。本文主要研究贿赂犯罪中最有代表性的受贿犯罪案件的侦查。

一、受贿案件的特点

（一）发案部位随着对权力需求热点的变动而变动，且犯罪情况渐趋严重

（二）作案手法狡猾隐蔽，形式复杂多样

（三）物证、书证少，言词证据地位突出

（四）侦查难度大

（五）一般有赃款赃物可查

二、受贿案件的立案审查

（一）受贿案件的受理

受贿案件的线索来源主要是：机关、团体、企事业单位的检举揭发；有关执法执纪部门的移送；公民举报或控告；犯罪人自首；同案犯揭发；检察机关在办案中发现等。

（二）初查

初查是受贿案件侦查中的一个重要环节，案件立案前一般都要经过初查。人民检察院对受理的受贿案件线索进行全面审查后，认为有立案可能的，即应进行初查。

1．初查的重点内容。

（1）案件线索所反映的嫌疑人据以受贿的那件事是否存在；（2）嫌疑人有无收受财物；（3）

嫌疑人有无利用职务之便为行贿人谋取利益；（4）嫌疑人的基本情况。

2．初查的方法。

常用的初查方法有：接谈察访法、借车行路法、以案隐案法、化装调查法、内线调查法、秘录音像法、张网布控法等。

三、受贿案件侦查的途径和突破口的选择

（一）侦查的途径

1．从行贿人入手侦查。

2．从介绍贿赂人入手侦查。

3．从受贿嫌疑人的其他罪行入手。

（二）侦查突破口的选择

当侦查矛头直接针对受贿嫌疑人的受贿问题后，侦查工作除了从受贿人身上寻找突破口，并对受贿人进行讯问外，还可以以下几个方面作为突破口：

1．以受贿人的家属作为突破口。

2．以共同受贿嫌疑人作为突破口。

3．以有关的证据作为突破口。

四、受贿案件的侦查取证措施

查取证的任务主要是查明犯罪嫌疑人有无收受贿赂和有无利用职务之便为请托人谋取利益，侦查取证的措施主要有：

（一）询问证人获取证言

询问证人获取证言，主要是为了查明犯罪嫌疑人受贿的时间、地点、方式、过程、次数，贿赂的种类、数置、特征，赃款赃物的去向，受贿人的职责范围、为行贿人谋取了何种利益，以及其他犯罪事实和情节。

受贿案件的证人主要有控告人、举报人，犯罪嫌疑人所在单位的知情人，犯罪嫌疑人的家属及亲友。

（二）适时采取强制措施

采取强制措施特别是拘留措施不仅能阻隔犯罪嫌疑人与外界的联系，防止其串供、毁证、逃跑，保障侦查活动的顺利进行，而且能震慑和动摇犯罪嫌疑人的抗拒心理。同时，对犯罪嫌疑人采取强制措施（拘留）后，询问证人、搜查等侦查措施就能全面展开。

（三）讯问犯罪嫌疑人

1．讯问前要充分准备。

2．要精心选择讯问突破口。

3．搞好第一次讯问。

4．要把讯问犯罪嫌疑人与其他调查取证工作紧密结合起来，做好证据的固定工作，防止翻供翻证。

（四）搜查、扣押、查询、冻结存款、汇款和追赃

由于贿赂案件言词证据地位突出，因此搜查、扣押、查询并冻结存款、汇款和追赃对于固定证据，防止翻供，扩大战果，证实犯罪都具有十分重要的意义。

（五）调查行贿人行贿款的来源和出处

查明行贿人行贿款的来源和出处，对于间接证明行受贿犯罪事实，防止翻供翻证具有重要意义。

（六）运用隐蔽手段获取证据

必要时对少数重大受贿的犯罪嫌疑人可以运用技术侦查手段，但必须严格履行批准手续，由公

安机关的技术部门实施。

（七）运用技术鉴定获取证据

在受贿案件侦查过程中常用的技术鉴定有：文书物证鉴定、司法会计鉴定、声像资料鉴定、工程技术鉴定和产品质量鉴定。

五、对几种疑难受贿案件的侦查

（一）对“一对一”案件的侦查

对“一对一”案件的侦查，就是要力求打破“一对一”的僵局。具体方法有：

1．在秘密调查时获取关键证据。

2．从受贿嫌疑人亲属入手，并使其证言与行贿人口供及其他证据形成完整的链条。

3．运用谋略突破犯罪嫌疑人口供。

4．全面调查取证，使间接证据与行贿人口供形成完整的证据链条。

（二）以“借”、“代买”为名的受贿案件的侦查

有些受贿案，受贿人往往以所谓“借”、“代买”为借口掩盖犯罪事实。侦查人员必须揭露其假象，还案件的本来面目。

1．对以“借”为名的案件，可从以下几方面入手：

（1）查双方平时关系；

（2）查“借用人”有无正当、紧迫的用途以及款“借”来后的去向；

（3）查“借”款后的态度，即“借”款人有无还款的意思表示及意思表示的时间、次数；

（4）查“借”款的时间及还款能力、还款机会；

（5）查出“借”方对“借”款的态度，即是真借还是以借为名，以后是否要对方归还，有无将此开支人账报销。

2．以“代买”为名的受贿案，都表现为没有付款或案发后才去付款。可从以下几个方面入手调查：

（1）查有无代买的正当理由。

（2）查货物拿到后有无付款的表示和行动，为什么没有？

（3）在有付款能力和付款机会的情况下为什么没有付款？

（4）已付款的，要查付款的实际时间，必要时可对笔迹作技术鉴定。

（5）“代买”人的主观故意及账上的反映。

（三）对利用亲属收受贿赂案件的侦查

（1）查犯罪嫌疑人对家中经济的过问、管理的情况及程度；

（2）向行贿人讯（询）问犯罪嫌疑人的亲属在收受财物时和收受财物后的态度；

（3）查犯罪嫌疑人在其亲属收受财物后的态度；

（4）查犯罪嫌疑人为行贿人谋利的情况；

（5）查相应时间银行存款或投资情况及具体办理人。

第四节　巨额财产来源不明案件的侦查

巨额财产来源不明案件，是指刑法第 395 条第 1 款规定的国家工作人员的财产或者支出明显超出合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为所构成的犯罪案件。

一、巨额财产来源不明案件的特点

（一）案件的成立以国家工作人员拥有来源不明的巨额财产的事实状态为依据，而不是以非法

取得这些财产的具体行为方式为依据

（二）案件往往从侦查其他职务犯罪中发现

对犯罪嫌疑人立案时，一般不是先针对巨额财产来源不明，而是先针对贪污、受贿等罪。

（三）举证责任不同于其他案件

二、巨额财产来源不明案件的侦查方法

（一）努力调查巨额非法财产的真实来源

（二）查明犯罪嫌疑人的财产差额

1．初步核查犯罪嫌疑人的财产差额。

犯罪嫌疑人财产差额的计算公式为：

财产差额 ＝ 现有财产总额 十 支出财产总额 － 合法收入总额

据此，初步核查工作要分四步进行：

（1）核查犯罪嫌疑人现有财产的总额。

这里的“现有财产”是指犯罪嫌疑人现在实际拥有的现金、存款、股票等有价证券、购置的房屋、电器及各种耐用消费品等有形物质。对所购置的有价证券、物品的价值的认定，应以购买所支付的价格为依据。

（2）核查犯罪嫌疑人支出财产的总额。

这里的“支出财产”是指犯罪嫌疑人已经消耗掉的财物，而不包括支出后购回的各种物品。

（3）核查犯罪嫌疑人合法收入的总额。

所谓“合法收入”是指通过法律认可的方式获得的财产，以及其他依照法律规定的合法收入。

（4）算出财产或者支出超过合法收入的差额。

在进行上述初步核查中，要正确确定时间起点和人员范围。时间起点原则上应以犯罪嫌疑人任国家工作人员时起算，至于核查财产收支及差额的人员范围，应以同财共居的家庭成员为宜。特别注意：要正确区分国家工作人员本人的不合法收入与其家庭成员的不合法收入。

2．责令犯罪嫌疑人说明巨额财产的来源。

（1）要先讯问经济犯罪问题，而不先发“责令”；（2）要责令犯罪嫌疑人对巨额财产作出书面说明。

3．核查犯罪嫌疑人的说明。

4．算出差额，对案件作出实事求是的处理。

当犯罪嫌疑人不能说明巨额财产的来源后，检察机关应当正确计算财产的差额。“正确计算”要坚持两个原则：一是实事求是原则；二是留有余地原则。

（三）综合运用各种侦查措施

要综合运用搜查、查询并冻结存款汇款、调取扣押物证书证、进行技术鉴定、讯问犯罪嫌疑人、询问证人等侦查措施，以便为定案提供科学的依据。

第五节　私分国有资产案件的侦查

私分国有资产案件，是指刑法第 396 条第 1 款规定的国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为所构成的犯罪案件。

一、私分国有资产案件的特点

（一）犯罪因收入分配混乱和不合理等因素而诱发

（二）行为隐蔽，手法多样

（三）危害严重

（四）侦查阻力大，但一般有账可查，有突破口可寻

（五）系单位犯罪，实行单罚制

二、私分国有资产案件的侦查（含初查）重点和途径

（一）查明犯罪嫌疑人所在单位的性质

（二）查明私分的事实

1．查明所私分资产的性质。

2．查明私分的具体情况。

3．查明私分行为是否违反国家规定。

（三）查明私分的决策情况

三、私分国有资产案件的侦查措施和方法

（一）查账

查账是侦查私分国有资产案件的基本方法。查账主要查两方面的账：

1．表明有无私分和私分款物的来源和性质的账。

2．反映集体私分国有资产情况的账。

（二）询问证人和讯问犯罪嫌疑人

1．要选准突破口。

要选择表现较好、正直正派的证人和胆子较小、在集体私分中责任较轻的涉嫌人员作为突破口，予以重点突破。询问时要讲究方法，一般应在下班后约见或登门拜访，并为其保密。

2．要善于打心理战。

要善于运用攻心、迷惑等谋略，教育有关责任人和知情者明白“纸包不住火”的道理，争取主动，避免被动，尽早讲清问题和真相。

3．要注意辨别有关责任人口供的真伪。

在对有关责任人讯问时，他们往往会对责任互相推诿，自己则避重就轻。对此，可运用让有关责任人多次复述的办法来发现矛盾，辨别真伪，然后抓住矛盾予以揭露和驳斥，促使其端正态度，如实交代案件事实。

（三）综合运用其他侦查措施

要综合运用搜查、调取扣押物证书证、进行技术鉴定、适时拘捕等侦查措施，以便为定案提供科学的依据。

复习与思考题

1．试述贪污案件的侦查方法。

2．简述“一对一”贿赂案件的侦查难点及侦查方法。

3．挪用公款案件中如何询问证人？

4．巨额财产来源不明案件的特点是什么？

5．简述私分国有资产案件的侦查重点和途径。

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。
2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。
3．王德合著：《贪污贿赂案件的侦查与组织指挥》，中国检察出版社 2000 年 9 月第一版。
4．朱丽欣、于泓著：《贪污贿赂案件侦查实务》，中国检察出版社 2000 年 1 月第一版。

第七章　渎职案件的侦查

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解滥用职权案件、玩忽职守案件、徇私舞弊案件的概念、特点、侦查（含初查）的重点及难点；掌握滥用职权案件、玩忽职守案件、徇私舞弊案件的侦查方法和取证措施。

学时分配：6 学时

渎职案件，是指刑法第 9 章规定的国家机关工作人员不履行或不正确履行职责，滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，危害国家机关正常职能活动，致使国家和人民利益遭受或可能遭受重大损失的行为所构成的一类犯罪案件的总称。

第一节　滥用职权案件的侦查

本节所说的滥用职权案件，是刑法第 9 章中规定的滥用职权这一类犯罪案件的总称，它指的是国家机关工作人员超越合法限度行使职权，危害国家机关的正常职能活动，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为所构成的犯罪案件。

一、滥用职权案件的特点

（一）社会危害性大

（二）案件涉及面广、环节多，人员复杂

（三）犯罪行为既有一定的隐蔽性，也有一定的欺骗性

（四）多与其他犯罪交织

二、滥用职权案件的侦查（含初查）的重点、难点及其途径

（一）查明犯罪嫌疑人的主体资格

（二）调查或确定损失或危害后果

（三）查明行为人滥用职权的事实

行为人滥用职权的事实是滥用职权罪客观要件的重要组成部分。要查明滥用职权的事实，就要查明以下三方面内容：

1．行为人的职责权限及所违反的法律、政策及有关规定。

2．查明行为人的主观故意。

3．查明行为人的滥用职权行为。

（四）查明行为人滥用职权行为与危害后果之间的因果关系

（五）查明行为人的犯罪动机

三、滥用职权案件的侦查措施和方法

（一）因案制宜，决定立案方式和侦查方法

侦查滥用职权案件往往以人立案与以事立案两种立案方式并存，要根据案件的实际情况来决定立案方式，哪种立案方式先具备立案条件，就应以哪种方式立案，以便及时启动侦查程序，运用侦查措施。

与立案方式相适应，滥用职权的侦查有顺查法和倒查法这两种方法。顺查法适用于以人立案的案件，其侦查工作按照由犯罪嫌疑人查滥用职权行为，再由滥用职权行为查危害后果的途径进行。倒查法适用于以事立案的案件，其侦查工作按照由危害后果查滥用职权行为，再由滥用职权行为查

责任人的途径进行。

（二）全面收集书证

滥用职权案件的书证，主要有以下几个方面：

1．证明犯罪嫌疑人职务、职责范围的书证。

2．犯罪嫌疑人所违反的法律、政策及有关规定的具体内容或条文。

3．证明犯罪嫌疑人滥用职权行为的书证。

4．证明犯罪嫌疑人对有关情况“明知”的书证。

5．证明犯罪嫌疑人犯罪动机的书证。

（三）及时勘查现场

1．要拍照录像，准确记录现场状况。

2．要仔细发现和收集能证明事故原因的证据，以便深查可能存在的滥用职权犯罪。

3．要查明事故所造成的损失，包括伤亡情况、经济损失情况及其他危害情况。

4、要做好现场调查访问，重点问明事故的起因、经过等。

（四）进行科学鉴定

在滥用职权案件侦查中，常用的鉴定有法医鉴定、物品价值鉴定、会计鉴定、物证痕迹鉴定、文件笔迹鉴定、技术质量鉴定等。

（五）询问证人，获取证言

一般来说，控告人、举报人及受害人能积极主动地作证；公开程度高、中间环节多的案件，愿意作证的证人也相对较多。但是，有不少证人会因种种原因而拒证。对此，要在分析判明拒证原因的基础上，采取不同的询问方法。

（六）讯问犯罪嫌疑人

滥用职权案件的犯罪嫌疑人一般是国家机关中担任一定职务的领导干部，阅历广、经验丰富，反审讯能力强，会根据案件的不同情况采取不同的反审讯对策。对此，侦查人员要高度重视，认真准备，采取相应的对策。

第二节　玩忽职守案件的侦查

玩忽职守案件，是刑法第 9 章中规定的玩忽职守这一类犯罪案件的总称，它指的是国家机关工作人员严重不负责任，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为所构成的犯罪案件。

一、玩忽职守案件的特点

（一）危害十分严重

（二）案件发生的领域广泛

（三）案件多因危害后果的发生而案发

（四）案件往往一果多因，责任比较分散

（五）侦查工作干扰多、阻力大

二、玩忽职守案件的侦查（含初查）的重点、难点及其途径

（一）查明行为人的主体资格

（二）查明危害后果

（三）查明玩忽职守的行为

1．查明行为人的职责。

2．查明行为人对职责“玩忽”的行为。

行为人对职责的“玩忽”行为，有两种基本表现形式：（1）不履行职责，这是一种不作为的形式；（2）不认真履行职责，即敷衍地履行了自己的职责，既可以是作为的形式，也可以是不作为的形式。

（四）查明玩忽职守行为与危害结果间的因果关系

（五）确定和划分行为人的责任

1．区分直接责任人员和间接责任人员。

2．区分领导人员和具体实施人员的责任。

3．区分集体研究和个人决定的界限。

（六）查明行为人的犯罪动机

三、玩忽职守案件的侦查措施和方法

（一）正确把握立案条件

检察机关受理案件线索后，当认为危害后果系国家机关工作人员不正常的因素即玩忽职守行为所造成时，即可予以立案。

（二）及时勘查现场

凡有犯罪现场的案件都应及时勘查，玩忽职守案件的犯罪现场一般是犯罪结果发生的现场。

（三）全面收集书证

玩忽职守案件的书证主要有：（1）证明犯罪嫌疑人职务、职责及具体要求的书证；（2）证明犯罪嫌疑人玩忽职守行为的书证；（3）证明案件经过的书证；（4）证明犯罪动机的书证。

收集书证的方法：（1）向发案单位或主管部门、有关知情人、犯罪嫌疑人调取；（2）通过搜查扣押；（3）通过邮检扣押。

（四）进行科学鉴定

玩忽职守案件侦查中常用的鉴定主要有痕迹、法医、笔迹、司法会计、技术和质量等检验鉴定，通过鉴定，为确认危害后果，查明原因，确定责任人提供科学的依据。

（五）询问证人，获取证言

玩忽职守犯罪在多数情况下是过失犯罪，其知情人往往比故意罪过形式的滥用职权罪要多一些。同时，国家机关工作人员的玩忽职守行为，大多发生于决策指挥、监督管理环节，而不是操作环节，因而在玩忽职守行为与危害后果之间，中间环节比较多，与此相适应，知情人也就比较多。这就为侦查工作提供了有利条件。

（六）讯问犯罪嫌疑人

讯问玩忽职守案件的犯罪嫌疑人的重点是：（1）职责及其要求；（2）玩忽职守的行为，包括事件的开始、经过、结果，集体讨论情况，所采取的措施及其理由；（3）玩忽职守的动机；（4）对玩忽职守行为所造成的危害后果的态度等。其中问明玩忽职守的行为和动机是整个讯问工作的重点。

第三节　徇私舞弊案件的侦查

徇私舞弊案件是指司法工作人员或行政执法管理人员为徇私情私利，违反事实和法律、规章，滥用职权或者故意不履行、不正确履行职责，给国家和人民利益造成或可能造成重大损失的行为所构成的一类犯罪案件。

一、徇私舞弊案件的特点

（一）犯罪领域广泛

（二）犯罪手段多种多样，且具有行业的特点

（三）犯罪行为诡秘隐蔽，不易暴露

（四）犯罪嫌疑人具有某一领域专业知识，有些还熟悉法律，容易以此对抗侦查

二、徇私舞弊案件侦查（含初查）的重点、难点及其途径

（一）发现案件线索

侦查徇私舞弊案件难，首先就难在案件线索的发现上。这主要是因为徇私舞弊案件大多不自动暴露，必须认真疏通案件发现渠道，构筑案件发现机制。

（二）查明原案的处理或原行政行为（含行政决定，下同）是否符合事实和法律、规章，行为人有无实施舞弊行为

要通过调阅原案或原行政行为的卷宗材料、讨论记录，询问原案当事人（主要指犯罪嫌疑人、被告人、罪犯）、行政机关、行政相对人、证人等措施开展调查。

（三）查明行为人是否明知原案或原行政客体的性质

通过调阅原案或原行政行为的卷宗材料，询问原案当事人、证人或原行政相对人，讯问行为人，看原案或原行政客体的性质是否明确，行为人有无舞弊行为，并结合考虑行为人的业务水平，就不难得出正确的结论。

（四）查明行为人有无徇私的动机

徇私包括徇私情和徇私利两个方面。要查明行为人有无徇私的动机，关键要查明行为人与原案的当事人、原行政相对人的关系。查明行为人徇私动机的途径主要是：讯问行为人，询问原案当事人、行政相对人及有关知情人，搜查、扣押等。

（五）分清经领导人员批准或集体讨论决定的案件或行政行为中各人的责任

司法、行政机关对案件或行政客体所作的决定，一般要经领导人员批准，有的还要经集体讨论。对此，要正确区分各人的责任。

三、徇私舞弊案件的侦查措施和方法

（一）秘密进行外围调查，扩大线索

一般先从外围秘密调查入手，以便“丰满”原本单薄的线索。外围调查的途径和措施主要有：

1．接触举报人、检举揭发人，问明线索的来源、依据及具体情况。

2．从侧面了解原案或原行政行为是否由涉嫌人员办理。

3．走访原案或原行政行为的被害人或利益受损人，获取有价值的证据。

4．有选择地走访行为人、原案犯罪嫌疑人（被告人）、原行政相对人的邻居及知情者，向他们了解行为人与原案犯罪嫌疑人（被告人）、行政相对人之间的关系、往来是否频繁密切、有无请客送礼等情况。

5．物色合适人选，贴靠行为人、原案犯罪嫌疑人（被告人）、原行政相对人，获取原案或原行政行为的真情。

（二）从查原案或原行政行为入手，查明徇私舞弊行为

1．正确认定和处理原案或原行政行为。

2．询问原案或原行政行为的当事人、相对人、说情人、家属及其知情人。

3、善于运用政策攻心、巧使证据、利用矛盾、制造错觉等谋略和方法。

（三）讯问犯罪嫌疑人，获取口供

1．要充分准备。

2．要同时分别讯（询）问，各个击破。

3．要讲究策略方法。

徇私舞弊的犯罪事实主要分徇私和舞弊这两部分。讯问时，要把这两部分事实查问清楚，另外要增强侦查意识，查清余案余罪，不使犯罪人漏网。

（四）综合运用其他侦查措施

要综合运用搜查、调取、扣押物证、书证、进行技术鉴定等侦查措施，以便为定案提供科学的依据。

复习与思考题

1．简述在滥用职权案件的侦查中需要收集的书证有哪些？
2．简述玩忽职守案件的侦查的重点、难点及其途径。
3．简述徇私舞弊案件的侦查措施和方法。

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。
2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。
3．裘树祥主编：《渎职侵权案件侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。

第八章　侵权案件的侦查

本章教学目的和基本要求：

通过本章学习，了解非法拘禁案件、非法搜查案件、刑讯逼供案件、报复陷害案件的概念、特点及立案；掌握其侦查方法和取证措施。其中非法拘禁案件的初查、刑讯逼供案件的讯问为难点问题。

学时分配：6 学时

职务犯罪中的侵权案件，系国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利的犯罪案件的简称。

第一节　非法拘禁案件的侦查

非法拘禁案件，是指刑法第 238 条规定的以拘禁或者其他方法非法剥夺他人人身自由的行为所构成的犯罪案件。根据行为主体和行为特征的不同，非法拘禁案件分别由检察机关和公安机关管辖，即国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁案件，由检察机关侦查；非国家机关工作人员实施的非法拘禁案件或国家机关工作人员不是利用职权实施的非法拘禁案件，由公安机关管辖。

职务犯罪中的非法拘禁案，特指由检察机关管辖的国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁案。

一、非法拘禁案件的特点

（一）有明确的嫌疑对象或嫌疑对象范围

（二）犯罪形式多种多样

（三）一般有现场可供勘查

（四）一般为共同犯罪

（五）侦查工作阻力较大

二、非法拘禁案件的立案审查

（一）立案前的审查

非法拘禁案件线索的来源主要是被害人及其亲友的控告、知情者举报、有关部门的移送以及上级交办。由于非法拘禁案件分属两个机关管辖，因此在受理案件线索时要特别注意审查行为人是否属于国家机关工作人员，犯罪行为是否利用职权实施。

（二）初查

初查方法应根据案件受理与犯罪事实的发生相隔时间的长短而有所区别。

1．对正在实施或刚实施完的非法拘禁案件，初查方法是：（1）立即询问控告人、举报人，向他们初步了解拘禁人、受害人，拘禁的时间、地点、起因、手段、后果等；（2）迅速赶赴现场，排除非法侵害，进行现场勘验和现场访问；（3）对行为人进行必要的控制，防止其逃跑和串供。

2．对受理时已时过境迁的非法拘禁案件，初查工作主要是询问受害人、勘查现场、调查目击者和其他知情人、调查被害人治疗或住院记录等。

三、非法拘禁案件的侦查（含初查）重点、难点及其途径

（一）查明非法拘禁的故意

（二）查明非法拘禁行为及其后果

（三）查明非法拘禁各参与人在犯罪中的地位、作用及应负的责任

（四）查明案件的幕后指使者

四、非法拘禁案件的侦查方法

（一）迅速勘查现场，获取证据

迅速赶赴现场，及时对被害人、知情人询问，有利于取得第一手证据，准确地查明案情。检察机关到达现场后，要做好以下工作：

1．处理紧急情况。

2．保护并勘验现场。

3．及时进行现场访问。

（二）询问被害人和证人

1．询问被害人。

在询问时，既要对被害人被非法拘禁的遭遇表示应有的同情，又要教育其实事求是地反映案件事实，不能扩大或缩小，更不能编造，否则要负法律责任。询问时，主要问明案件的起因、经过、结果，非法拘禁的手段，参与非法拘禁的人数，各人的外貌特征、行为及在案件中的地位、作用等。

2．询问证人

询问证人是非法拘禁案件侦查中的重要一环，要注意以下几点：（1）要明确询问的任务；（2）要针对证人的不同心理进行询问；（3）要保护证人。

（三）讯问犯罪嫌疑人

非法拘禁案件多为共同犯罪案件，因而要根据共同犯罪的特点来开展讯问，要注意以下几点：

1．要选准突破口。

2．要追问细节，抓住矛盾。

3．要善于打心理战。

4．要适时采取强制措施。

（四）进行科学鉴定

非法拘禁案件所涉及的鉴定主要有理化鉴定和法医学鉴定。

五、侦查非法拘禁案件中应注意的问题

（一）要区别对待，打击少数，教育挽救多数

（二）要稳妥地处理“人质型”非法拘禁案件

（三）要加强与公安机关的联系与配合

第二节　非法搜查案件的侦查

非法搜查案件，就是刑法第 245 条规定的非法搜查他人身体、住宅的行为所构成的犯罪案件。根据行为主体和行为特征的不同，非法搜查案件分别由检察机关和公安机关管辖，即国家机关工作人员利用职权实施的非法搜查案件，由检察机关管辖；非国家机关工作人员实施的非法搜查案件，或国家机关工作人员不是利用职权实施的非法搜查案件，由公安机关管辖。

职务犯罪中的非法搜查案，是指由检察机关管辖的国家机关工作人员利用职权实施的非法搜查案件。

一、非法搜查案件的特点

（一）案件具有公开性

（二）案件的起因多种多样

（三）非法搜查行为多由数人共同实施

（四）多有犯罪现场可供勘查

二、非法搜查案件的侦查（含初查）的重点、难点及途径

（一）查明搜查的性质是否非法

搜查的非法性，是对案件进行侦查的前提。非法搜查有三种表现形式：（1）无证非法搜查；（2）真证非法搜查；（3）假证非法搜查。

（二）查明非法搜查的行为和后果

（三）查明各参与人在犯罪中的地位、作用及应负的责任

三、非法搜查案件的侦查措施和方法

（一）及时赶赴现场进行勘查

现场勘查的任务主要是：查明非法搜查的行为人和被害人，非法搜查的目的、手段和所造成的结果。

勘查时，首先要对现场进行拍照录像。其次，收集搜查人留下的物证痕迹。再次，向现场目击者进行现场访问。

（二）询问被害人和证人

询问被害人和证人，主要问明以下内容：（1）与搜查人是否认识，有哪些人参加了搜查；（2）搜查的起因；（3）搜查的具体经过、时间、过程、各搜查人的主要言行等；（4）搜查出并带走的财物或人，有无留下书面凭证；（5）搜查所造成的危害后果。在全面搞清上述问题的基础上，着重查明非法搜查的决策指挥者和情节严重的积极参与者。

（三）讯问犯罪参与人，查明各人的责任

（1）讯问时要分别同步进行，以便防止相互联络串供，形成交叉火力；（2）要选准突破口；（3）要善于运用谋略，动摇各参与人的心理防线；（4）要适时采取强制措施，发挥其震慑作用，进一步摧毁各参与人的心理防线，促使分化瓦解。

第三节　刑讯逼供案件的侦查

刑讯逼供案件，是指刑法第247条规定的司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑逼取口供的犯罪案件。

一、刑讯逼供案件的特点

（一）案件大多会自行暴露

（二）犯罪主体多为公安干警

（三）多为共同犯罪

（四）有犯罪现场且多留有痕迹物证，但又多被破坏

（五）犯罪手段多样，被害人身体多有伤痕

（六）侦查中困难多，阻力大

二、刑讯逼供案件的侦查重点、难点及途径

（一）查明被害人伤残、死亡等严重后果的原因

（二）查明刑讯逼供各参与人在共同犯罪中的行为、地位、作用及应负的责任

三、刑讯逼供案件的侦查措施和方法

（一）询问被害人

在询问被害人时，应当教育其如实陈述刑讯逼供的具体情节，决不允许任意扩大或缩小案件事实，更不允许虚构捏造事实，否则要负法律责任。对被害人的陈述，要与案件的其他证据包括证人证言及犯罪嫌疑人口供等结合起来审查，不能偏听偏信。

（二）及时勘验现场

1．勘验时要仔细寻找和发现一切有助于证明刑讯逼供事实的物证痕迹。

2．对重伤、死亡的被害人，要对其人身或尸体的伤痕进行详细的拍照录像，认真记录伤痕的部位、形状、程度等事项，并由法医进行鉴定。

3．要注意观察现场的真伪，防止被伪造的现场所迷惑。

（三）询问证人

刑讯逼供案件的证人，主要是刑讯场所周围的居民、职工，看守所的干警，与被害人关同一监室的犯罪嫌疑人或被告人，司法机关内部的知情人等。

询问证人要注意以下几点：

1．要尽量秘密进行。要根据有利于保密和尊重证人意愿的原则，选择询问的时间、地点和方式。

2．要讲究方法耐心启发教育。

3．询问刑讯时在场的两个以上证人，应同时分别进行，以防他们统一口径，并可利用他们间相互猜疑、惟恐被动的心理，打心理战，促使他们争取主动，尽早如实作证。

（四）及时进行鉴定，揭露犯罪

刑讯逼供案件涉及的鉴定主要有法医鉴定和理化鉴定。

（五）适时进行搜查

在搜查中，要注意发现犯罪嫌疑人可能存在的其他犯罪行为的证据。

（六）适时采取强制措施

对犯罪嫌疑人适时果断地采取强制措施，对于震慑犯罪，瓦解犯罪嫌疑人的抗拒心理，走坦白交代之路，对于促使证人大胆作证，具有重要意义。采取强制措施，要根据条件贯彻区别对待的原则。

（七）讯问犯罪嫌疑人

讯问犯罪嫌疑人的任务是查明各犯罪嫌疑人分别实施了哪些刑讯逼供行为、各自在刑讯逼供中的地位、作用及应负的责任。刑讯逼供的犯罪嫌疑人一般为司法机关中担负审讯职责的人员，有很强的抗审能力，因而必须高度重视，认真对待。要注意以下几点：

1．要认真准备。

2．要选准突破口。

3．要对各犯罪嫌疑人同时分别讯问。

4．要善于发现和利用矛盾。

5．适时使用鉴定结论及其他证据。

6．讯问犯罪嫌疑人要与其他侦查措施紧密结合。

第四节　报复陷害案件的侦查

报复陷害案件，是指刑法第 254 条规定的国家机关工作人员滥用职权，假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为所构成的犯罪案件。

一、报复陷害案件的特点

（一）有明确的犯罪嫌疑人

（二）报复陷害行为事出有因

（三）报复陷害的方式多种多样且大多具有公开性

（四）犯罪嫌疑人多有其他违法犯罪行为

二、报复陷害案件的侦查（初查）重点、难点和途径

（一）查清犯罪嫌疑人对被害人所实施的行为的违法性

（二）查明犯罪嫌疑人所实施的违法行为与被害人的控告、申诉、批评、举报行为的因果关系

（三）查明犯罪嫌疑人对被害人所实施的报复陷害行为与危害结果之间的因果关系

三、报复陷害案件的侦查措施和方法

（一）询问被害人

询问时，要着重问明以下问题：

1．对犯罪嫌疑人提出控告、申诉、批评、举报的情况。

2．犯罪嫌疑人报复陷害的事实。

3．犯罪嫌疑人对其控告、申诉、批评、举报知情的情况及其依据。

4．报复陷害行为所造成的结果。

5．被害人自身有无过错。

（二）询问证人

报复陷害案件的证人主要是：证明被害人控告、申诉、批评、举报事实的人；证明犯罪嫌疑人知道被害人曾对其控告、批评、举报的人；证明犯罪嫌疑人所实施的报复陷害行为的人；证明被害人受报复陷害后造成严重结果的人等。要注意对不同的证人讲究不同的询问时机和方法。

（三）收集书证，证实犯罪

报复陷害案件侦查中需要注意收集的书证：

1．被害人对犯罪嫌疑人控告、申诉、批评、举报的原始材料，或接待人员所作的记录。

2．犯罪嫌疑人对被害人打击报复的书面证据。

3．精神失常、死亡的被害人在受到打击报复后在精神正常时或生前所写的与案件有关的材料、日记、信件。

4．犯罪嫌疑人所写的与案件有关的日记、信件、材料及有关讲话录音。

5．法医对被害人伤残、精神失常或死亡结果的鉴定结论。

（四）讯问犯罪嫌疑人，反驳狡辩，取得真实的供述

由于报复陷害行为大多具有公开性，因而犯罪嫌疑人在被讯问时对施加给被害人的行为往往否认报复陷害的故意，对此，侦查人员可从以下两个方面进行反驳：

1．运用常识反驳。

2．用证据反驳。

（五）注意发现和查清犯罪嫌疑人的其他犯罪行为

报复陷害案件的犯罪嫌疑人多有其他违法犯罪行为，因此，在侦查中，要增强侦查意识，重视对被害人控告、申诉、批评、举报内容的调查，从中发现犯罪嫌疑人的其他罪行和其他犯罪人。

复习与思考题

1．简述非法拘禁案件的侦查方法。

2．简述非法搜查案件的侦查的重点、难点及途径。
3．简述刑讯逼供案件的特点和侦查方法。
4．报复陷害案件侦查询问时的重点是什么？

拓展阅读书目

1．裘树祥主编：《职务犯罪侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。
2．朱孝清著：《职务犯罪侦查学》，中国检察出版社 2004 年 1 月第一版。
3．裘树祥主编：《渎职侵权案件侦查》，中国检察出版社 2002 年 2 月第一版。

《被害人学》教学大纲

王顺安　编写

目　录

前　言.....420
一、《被害人学》教学目的和基本要求.....420
二、《被害人学》课程主要内容及学时分配.....421
第一章　被害人学概述.....422
第一节　被害人学的基本概念.....422
一、广义、狭义被害人含义.....422
二、被害人与刑事被害人.....422
三、“无被害人犯罪”的被害人.....422
四、被害人学.....422
第二节　被害人学的研究对象、学科性质及地位.....422
一、被害人学研究对象.....422
二、被害人学学科性质.....423
三、被害人学的地位.....423
第三节　被害人学的功能.....423
复习与思考题.....423
拓展阅读书目.....423
第二章　被害人学的历史发展.....424
第一节　犯罪被害人产生的历史背景.....424
第二节　犯罪被害人学的产生与发展.....424
一、被害人学产生以前的被害人学说.....424
二、犯罪被害人学的产生与发展.....424
三、犯罪被害人学的发展.....424
四、我国的犯罪被害人学的研究状况.....425
复习与思考题.....425
拓展阅读书目.....425
第三章　犯罪被害人的特征.....426
第一节　犯罪被害人的特征.....426
一、犯罪被害人的特征及其意义.....426
二、犯罪被害人特征的分类.....426
第二节　不同类型的被害人的特征.....426
一、犯罪被害人的总体特征.....426
二、杀人犯罪的被害人的特征.....427
三、伤害犯罪的被害人的特征.....427
四、强奸犯罪的被害人的特征.....427
五、抢劫犯罪的被害人的特征.....427
六、盗窃犯罪的被害人特征.....427
七、诈骗犯罪的被害人特征.....427
第三节　被害人与犯罪人的特征比较.....427
复习与思考题.....428
拓展阅读书目.....428

第四章　被害现象.....429
第一节　被害现象研究的意义.....429
第二节　被害现象研究的理论依据.....429
一、生活方式暴露理论.....429
二、日常活动的理论.....429
三、个人被害因素理论.....429
四、暴力循环理论.....429
五、无助学习理论.....430
第三节　被害人权益保护的缺失.....430
复习与思考题.....430
拓展阅读书目.....430
第五章　被害原因.....431
第一节　刑事被害的社会原因.....431
第二节　刑事被害的文化原因.....431
一、宗教文化与刑事被害.....431
二、风俗习惯与刑事被害.....431
三、外来腐朽文化与刑事被害.....431
第三节　刑事被害的环境因素.....431
一、城市社区的刑事被害问题.....431
二、城乡接合部的刑事被害的问题.....432
三、农村的刑事被害问题.....432
第四节　刑事被害的个人原因.....432
一、未成年人的刑事被害的个人原因.....432
二、老年人刑事被害的个人原因.....432
三、女性刑事被害的个人原因.....432
复习和思考题.....432
拓展阅读书目.....432
第六章　单位被害.....434
第一节　单位被害及其特征.....434
一、单位被害的定义.....434
二、单位被害的特征.....434
第二节　单位被害与自然人被害的区别.....434
一、单位被害损失更为严重.....434
二、单位被害的原因相对复杂.....435
第三节　单位犯罪的趋势与预防.....435
一、单位被害的趋势.....435
二、单位被害的预防.....435
复习和思考题.....435
拓展阅读书目.....435
第七章　国家被害.....437
第一节　国家被害的内容.....437
一、国家及国家机关被害.....437
二、社会与无辜的民众被害.....437

三、世界诸国及全人类被害.....437
第二节　国家被害的分类.....437
一、国家的直接侵害.....437
二、国家的间接被害.....437
第三节　加强国家被害的研究.....437
复习和思考题.....437
拓展阅读书目.....438
第八章　特殊被害.....439
第一节　特殊被害的基本类型.....439
第二节　研究特殊被害的意义.....440
一、特殊被害是反映犯罪变化的“风向仪”.....440
二、特殊被害是抽象被害特征的切入口.....440
三、特殊被害者急切需要得到特殊的帮助.....440
复习与思考题.....440
拓展阅读书目.....440
第九章　聚合被害.....442
第一节　聚合被害的概念.....442
一、聚合被害的定义.....442
二、聚合被害与重复被害、多重被害.....442
第二节　聚合被害的特征.....442
一、侵害人的多源性.....442
二、被害人的过错性.....442
三、被害后的恶变性.....443
第三节　聚合被害的主要类型.....443
一、胁迫型.....443
二、麻痹型.....443
三、私了型.....443
四、贪利型.....443
五、转嫁型.....443
六、忍辱型.....443
第四节　聚合被害的心理表现.....443
一、狂犬病效应.....443
二、落井效应.....443
三、醉酒效应.....443
复习与思考题.....444
拓展阅读书目.....444
第十章　常见犯罪的被害人及其特征.....445
第一节　盗窃犯罪的被害人.....445
第二节　杀人犯罪的被害人.....445
第三节　抢劫犯罪的被害人.....445
第四节　强奸犯罪的被害人.....445
第五节　诈骗犯罪的被害人.....446
第六节　拐卖妇女儿童犯罪的被害人.....446

第七节　黑社会犯罪的被害人……446
复习与思考题……446
拓展阅读书目……446
第十一章　被告人的权利义务……448
第一节　被害人的权利……448
一、对刑事案件有陈述权……448
二、有权请诉讼代理人……448
三、有权使用本民族语言文字进行诉讼和请翻译……448
四、有权提供证据……448
五、有权报案或者控告……448
六、有权要求回避……448
七、有权要求法庭审理……449
八、有权对执法人员的违法行为提出控告……449
九、有权对人民检察院决定不起诉的案件提出申诉，或直接向人民法院起诉……449
十、有权对人民法院的一审判决。裁定请求人民检察院提出抗诉或直接向上一级人民法院上诉……449
十一、自诉人可以同被害人自行和解或者撤回自诉……449
十二、有权要求赔偿犯罪所造成的物资损失和补偿其精神损害……449
第二节　被害人的义务……449
一、如实陈述，提供真实材料的义务……449
二、有按侦查人员的通知到检察院或公安机关进行陈述的义务……450
三、有接受侦查人员对自己进行人身检查的义务……450
复习与思考题……450
拓展阅读书目……450
第十二章　被害人与犯罪人的互动……451
第一节　被害人与加害人的相互作用……451
一、加害与被害是相互作用的过程……451
二、加害行为发生前的相互作用……451
三、加害行为发生时的相互作用……451
第二节　被害人与加害人的角色转换……451
一、角色转换的可能性……451
二、角色转换的类型……452
第三节　加害人与被害人和解……452
复习与思考题……452
拓展阅读书目……452
第十三章　被害预防……454
第一节　被害预防的概念……454
第二节　被害预防的重要性……454
第三节　被害预防与犯罪预防的关系……454
第四节　树立预防被害意识……454
第五节　防范被害的主体……454
第六节　被害预防的客体和条件……455
第七节　被害预防的特性……455

第八节　各类被害防范的具体对策.....455
复习与思考题.....455
拓展阅读书目.....455
第十四章　被害人在刑事司法中的地位.....457
第一节　刑事被害人的诉讼地位.....457
一、犯罪被害人具有证人地位.....457
二、犯罪被害人具有民事当事人地位.....457
三、犯罪被害人具有当事人地位.....457
复习与思考题.....458
拓展阅读书目.....458
第十五章　被害人自救与求助.....460
第一节　被害前的自救与求助.....460
一、概念.....460
二、被害人被害前没有自救和求助的心态.....460
第二节　被害时的自救与求助.....460
第三节　被害后的自救与求助.....460
一、被害后的自救与求助的方法.....460
二、不应当采取的做法.....460
复习与思考题.....461
拓展阅读书目.....461
第十六章　被害人自杀及预防对策.....462
第一节　犯罪之被害的自杀者.....462
一、一般的自杀者.....462
二、被害的自杀者.....462
第二节　自杀者的预防对策.....463
一、自杀者动机的特征.....463
二、自杀预防的途径.....463
复习与思考题.....464
拓展阅读书目.....464
第十七章　刑事损害赔偿.....465
第一节　刑事损害赔偿的含义与构成.....465
一、刑事损害赔偿的含义.....465
二、刑事损害赔偿的构成.....465
第二节　刑事损害赔偿的对象与范围.....466
一、刑事损害赔偿的对象.....466
二、刑事损害赔偿的范围.....466
三、赔偿范围的具体确定.....466
第三节　刑事损害赔偿的原则.....466
一、赔偿与损害相适应原则.....466
二、有惩有赔的原则.....466
三、一次性赔偿的原则.....466
四、个人负责与连带责任相结合原则.....466
五、犯罪人生前财产首先用于赔偿的原则.....466

第四节　刑事损害赔偿的程序和刑事损害赔偿的实施 467
一、刑事损害赔偿的程序 467
二、刑事损害赔偿的实施 467
第五节　刑事损害赔偿的作用 467
一、保护被害人的经济利益 467
二、抚慰被害人心灵的创伤 467
三、惩戒、教育改造犯罪分子 467
四、教育群众，维护法纪，预防减少犯罪 467
复习与思考题 467
拓展阅读书目 468
第十八章　刑事损害补偿 469
第一节　研究刑事损害补偿的意义 469
第二节　国外刑事损害补偿立法简介 469
第三节　刑事损害补偿的原则及途径 469
一、先赔后补，以赔为主的原则 469
二、精神损害亦可补偿的原则 470
第四节　建立我国被害人国家补偿法 470
一、基本原则 470
二、补偿的资金来源 470
三、补偿的范围和顺序 470
四、补偿机构和程序 470
五、其他规定 471
复习与思考题 471
拓展阅读书目 471

前　言

被害人学（victimolvgie），又称被害者学、犯罪被害人学或刑事被害人学，是一门以被害人为研究对象的学科。对被害人的研究，起始于犯罪学的研究，随着对被害人外延的扩大（不仅研究犯罪被害人，而且还研究违法行为被害人；不仅研究违法犯罪行为的被害人，而且研究一切行为被害人；不仅研究人类行为的被害人，而且研究所有能致自然人、社会和国家受害行为的被害人，包括被害的自然人、社区、社会国家乃至国际社会），被害人逐渐脱离犯罪学，成为 20 世纪末以来的发展最快、影响最大且最具生命力的显学。

本世纪 20 年代，德国律师（后为以色列律师）犹太人本杰明.门德尔松（Benzamin . Mendelshu）发表了《论被害人的人格》一文，首开被害人学的先河。1948 年，德国学者，汉堡大学教授汉斯.范.亨梯（Hens . Vou . Hentig）出版了被害人研究专著《犯罪人及其被害人》一书。1956 年门德尔松又发表了《被害人学——生物、心理、社会学的一门新学科》一文，主张将被害人的研究从犯罪学中分离出来，将其体系化、学科化，与刑法学、犯罪学并列而成为一门独立的学科。

从世界范围上看，被害人学作为一门学科、一个独立的研究领域已经为学者所公认。1973 年，在门德尔松的倡导下，首届国际被害人学研讨会在耶路撒冷召开，该会的召开标志着国际被害人学会的成立。国际被害人学会（World Society of Victimology）简称“WSV”，是一个专门研究被害人问题的国际性民间组织。此后，国际被害人学学会每隔 3 年召开一次，在全球拥有广泛的学术影响。从我国国内来看，犯罪被害人的研究是从 80 年代开始起步的。1989 年，汤啸天、任克勤出版了《刑事被害人学》（中国政法大学出版社 1989 年版）、赵可也出版了《被害者学》（中国矿业大学出版社 1989 年版）。此后，一系列有关被害人学的文章与著作面世，不仅是犯罪学界，而且刑法学界、刑事诉讼法学、行政法学界乃至社会学界的同志均参与其中。

我校研究被害人学较早，早在 20 世纪 80 年代初期，一些教师和研究生均关注国际被害人的学术研究动态，在报刊上撰写论文予以介绍，如我校研究生郭建安、陈浩然于 1984 年 9 月 12 日，在《中国法制报》上发表了介绍被害人的文章——《被害人学》。此后，在 1989 年出版的魏平雄教授主编的《犯罪学》教材中，设专章论述了“被害人”。许章润教授用了极大的热诚与精力在翻译德国犯罪学家、被害人学学会会长汉斯.约阿希姆.施奈德主编的《国际范围内的被害人》，1992 年由中国人民公安大学出版社出版，影响较大。随后，许章润、王顺安、赵宝成等教师先后给研究生开设了《被害人学》这门新课。

被害人学作为一门本科生的选修课，起步于 20 世纪末，进入 21 世纪后，由于教师研究重点的转移，师资力量相对匮乏，给本科生授课断断续续。由于被害人学对刑事和解、恢复性司法、社区矫正、刑事赔偿和刑事补偿等国际领域内刑事司法制度的重大推动作用，以及被害预防、社区警务和环境设计等预防犯罪运动的巨大促进，使老师和同学们都意识到被害人学知识的重要性与本科生教学的必要性，因而近些年来逐步地对被害人学的教学与科研领域予以重视或关注。

一、《被害人学》教学目的和基本要求

《被害人学》的学习与研究，至少有以下几方面的功用：第一，通过被害调查评估犯罪水平和趋势；第二，通过分析被害原因深化犯罪原因研究；第三，通过研究被害人对犯罪发生的责任提高定罪量刑的准确程度；第四，通过研究被害人权利保证刑事诉讼的公正；第五，通过研究被害人赔偿和服务促进消除和减轻被害人所受的损害；第六，通过研究被害人的痛楚促进对犯罪的教育和矫正；第七，通过研究被害预防促进犯罪预防；第八，通过研究被害人推动宽严相济刑事政策的落实与实现。

《被害人学》的基本要求：首先，应当对犯罪学有基本的常识，最好学习了犯罪学之后再学习

被害人学，若仅作为一般常识学习与掌握，任何专业的学生，在不具备犯罪学知识的前提下，也可以选修被害人学。其次，应将被害人学与刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等学科知识揉合起来学习与掌握。第三，将被害人学习与恢复性司法、刑事和解和社区矫正的刑事司法体制改革相结合，理论联系实际，学有所用。第四，将被害人学的知识与被害预防常识相融合，从预防犯罪转变为预防被害，更积极主动地搞好平安建设，维护社会稳定，构建防治犯罪的综合治理长效机制。

二、《被害人学》课程主要内容及学时分配

《被害人学》课程共分 18 章。第一章为“被害人学概述”，第二章为“被害人学的历史发展”，第三章为“被害人特征”，第四章为“被害现象”，第五章为“被害原因”，第六章为“单位被害”，第七章为“国家被害”，第八章为“特殊被害”，第九章为“聚合被害”，第十章为“被害人与犯罪人的互动（转化）”，第十一章为“被害预防”，第十二章为“被害人在刑事司法中的地位与作用”，第十三章为 “被害人自救与求助”，第十四章为“被害人自杀及社会救助”，第十五章为“刑事损害赔偿”，第十六章为“刑事损害补偿”，第十七章为“被害人的权利和义务”，第十八章为“常见犯罪的犯罪人及其特征”。

《被害人学》课程为选修课，36 学时，每章学时数为 2 学时，18 章，共 36 学时。

第一章　被害人学概述

教学目的与要求：

1．掌握被害人学的概念；

2．了解被害人学的研究对象、学科性质及地位；

3．了解被害人学的功用

第一节　被害人学的基本概念

一、广义、狭义被害人含义

广义的被害人是指正当遭受犯罪侵害的自然人、法人以及国家。包括：（一）直接或间接受到犯罪行为的侵害的自然人（个体被害人）；（二）、直接或间接受到犯罪行为的侵害的法人或非法人团　体（团体被害人）；（三）直接或间接受到犯罪行为损害或直接威胁的自然或社会公益（社会被害人）。狭义的被害人是指受到犯罪行为侵害的自然人。

二、被害人与刑事被害人

同刑事被害人相邻相关的被害人有民事被害人、行政被害人、社会被害人，研究其相互间关系可以看到：

刑事被害人不同于其他被害人。

1．所受侵害的性质不同；

2．被置于不同法律规范调整的法律关系中；

3．权利与义务的不同

（二）不同被害人可以兼容和互相转化

三、“无被害人犯罪”的被害人

“无被害人犯罪”，有些犯罪是被害人和犯罪人双方都同意并且自愿交换的行为，如吸毒者与贩毒者之间、赌徒与赌场老板之间等等。上述行为的“被害人”并不认为自己是被害人，他们认为自己是一个利益交换者。实际上真正无被害人的犯罪是不存在的。

四、被害人学

被害人学是研究被害人的特征、补偿和预防的科学，它通过对被害人的概念、被害人共同的人格特性、产生被害人的社会原因、容易成为被害人的个人原因以及发现这些原因时怎样进行治疗等问题的研究，寻找预防被害的有效途径和对被害人的补偿办法，以唤醒广大社会成员的警戒心，使之免遭犯罪之害，在尽可能的范围内减少被害的发生，减轻受难的程度，帮助被害人恢复正常的生活。

第二节　被害人学的研究对象、学科性质及地位

一、被害人学研究对象

（一）刑事被害对象；

（二）刑事被害原因；

（三）刑事被害的预防；
（四）刑事被害人的政策；

二、被害人学学科性质

被害人学是刑事科学中的一个独立学科。被害人学和犯罪学、刑事政策学有着极为密切的关系。

三、被害人学的地位

第三节　被害人学的功能

一、预防功能
二、刑法功能
三、诉讼功能
四、补偿功能

复习与思考题

1．什么是被害人学？
2．“无被害人犯罪”的概念
3．被害人学的功用

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版
3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版
4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版
5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版
6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版
7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版
8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版
9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版
10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版
11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版
12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版
13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版
14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版
15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版
16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第二章　被害人学的历史发展

教学目的和要求：

1．系统的介绍一下国内以及国外的被害人学的产生发展的历史过程。

2．详细分析一下犯罪被害人学的产生的历史背景

3．学说的产生与传播以及国内外关于犯罪被害人的研究状况

4．通过本章的教学，使学生对于被害人学的发展进程和现代该学科的研究状况有一个大致的了解

第一节　犯罪被害人产生的历史背景

犯罪被害人学产生的宏观背景是犯罪被害人地位的变迁的结果。随着社会形态和刑事法律制度的发展，被害人的地位在历史过程中是不断变化的。

一、作为刑罚执行者的被害人 ——原始社会中，血亲复仇 和血族复仇以及后来的同态复仇和赎罪，都是由被害人、被害人的近亲属直接实施

二、作为犯罪起诉者的被害人——在奴隶社会和封建社会，被害人享有很大的权利，处于犯罪起诉者的地位。

三、逐渐被遗忘的被害人——近现代刑法理论中，被害人的权利不断的萎缩，被害人本身越来越不受重视。国家成立了专门的犯罪追诉机构，罪犯是否受到追诉不再取决于被害人的意志。

四、再度引起重视的被害人——二战以后，被害人在各国又开始重新受到重视。

第二节　犯罪被害人学的产生与发展

一、被害人学产生以前的被害人学说

对于被害人的研究可以追溯到被害人学产生以前的几个世纪

法国的毕达尔、德国的费尔巴哈对于被害人都做过论述

德国犯罪学家汉斯• 冯• 亨梯《乱伦研究》

瑞士的克莱历克 1926 年关于诈骗罪的论文中涉及到被害人的态度

美国犯罪学家 H• 萨瑟兰在《职业盗窃》中明确的说明了犯罪人与被害人之间的关系

冯• 亨梯 1941 年发表的《论犯罪人与被害人的相互作用》，成为犯罪被害人学的基础

二、犯罪被害人学的产生与发展

（一）下面三篇论文的发表标志着被害人学的诞生

1．明确提出“犯罪被害人学 ”的是以色列法学家杰明• 门德尔松。1947 年《被害人学---生物、心理、社会学的一门新科学》中提出来的

2．冯• 亨梯于 1948 年发表了《犯罪人及其被害人》

3．1954 年亨利 • 艾伦伯格的《犯罪人与被害人之间的关系》

（二）随后，被害人学在世界各国可是传播，在 40 年代至 60 年代经历了广泛传播

三、犯罪被害人学的发展

1．1963 年新西兰通过了第一部赔偿被害人损失的法律

2．1965 年，加利福尼亚通过了被害人赔偿法
3．1973 年，第一届国际被害人学的研讨会召开
4．1976 年，第二届国际被害人研讨会召开

四、我国的犯罪被害人学的研究状况

（一）我国对于犯罪被害人学的研究是从翻译和介绍外国的著作开始的
（二）1989 年张智辉的《犯罪被害人学》是我国第一部犯罪被害人学的专著
（三）犯罪被害人学开始在中国深入发展

复习与思考题

1．简述被害人学的发展历程
2．简述被害人学产生的标志

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版
3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版
4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版
5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版
6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版
7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版
8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版
9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版
10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版
11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版
12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版
13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版
14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版
15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版
16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第三章　犯罪被害人的特征

教学目的和要求：

1．分析个总被害人的性别、年龄、职业、婚姻状况、文化程度等社会统计学特征

2．分析被害人的空间和时间的分布

3．比较被害人与犯罪人的特征

4．使学生对于犯罪人的特征有一个总体的把握

第一节　犯罪被害人的特征

一、犯罪被害人的特征及其意义

1．被害人的特征是指被害人群在人口统计学变量和行为方面的区别于其他群体的显著特点。

2．通过对于被害人特征的研究能够勾画出被害人的轮廓，确定易被害群体，以便于司法机关和有关部门及时地向这一群体提供各种形式的保护，防止他们再次被侵害，减少公民个人和社会因为遭受犯罪侵害而造成的各种损失。

3．通过对于被害人特征的研究，确定容易被侵犯的人群，并使这种知识在人民之间传播，可以使广大人民群众充分认识到哪些因素容易导致自己受到侵害，进而对于自己的行为加以改进。

二、犯罪被害人特征的分类

（一）客观性特征：被害人自身的人口统计学特征、财产状况等客观条件及其所处的社会环境和自然环境等因素。性别：就总体而言，男性被害率要比女性的高，但是，受到某些具体类型的犯罪侵害的比率，女性要比男性的高。

年龄：就年龄而言，青少年和中年人被害率高，而幼年人和老年人的被害率最低。

婚姻状况：未婚者和离异的被害率高，尤其是为暴力犯罪的侵害的比率更高。

社会阶层：上层社会被害率高，例如富有的个体户或者生活水平较高的高级干部、高级知识分子、明星等人员和家庭极容易成为财产犯罪的被害人；掌握一定国家权力的公务员、企业家等容易成为一些因公仇恨而进行报复的暴力性犯罪的被害人。此外，流动性人口所到之处，人生地不熟，在语言、环境、人际关系方面的都很生疏，而在经营活动中又收入较多者，也极易成为犯罪被害人。

主观性特征：被害人本身在心理、行为方面存在的那些容易导致被害的因素，例如被害人不良和不同于主流社会的品行、生活方式、行为方式、习惯、人际关系等。

诱发性特征：在被害人方面存在的引发犯罪人的犯罪行为从而使自己受害的行为因素，多指被害人方面在被害之前针对后来的犯罪人实施的挑衅性或者诱惑性的行为。不同性别的诱发性特征有不同的表现形式，不同性别的诱发性特征引起的被害后果不同。

易感性特征：被害人自身在心理和行为方面具有的、处于无意识状态的，容易被犯罪人引入被害境遇而使自己成为犯罪人加害对象的因素。易感性特征主要是吸引犯罪人加害自己。

第二节　不同类型的被害人的特征

一、犯罪被害人的总体特征

被害人的性别分布：男性被害人在被害人的总数中占的比例远远超过了女性

被害人的年龄分布：犯罪被害人主要集中在 18—45 岁之间，印证了犯罪被害人多为青少年和中年人的结论。

被害人的婚姻状况：在美国、加拿大、澳大利亚等国家的调查结果表明绝大多数被害人是未婚者，而我国的调查结果则与他们有所不同，已婚的被害人占了被害人总数的一半以上。

被害人的时空分布被害人的社会阶层：低阶层的社会成员在犯罪被害人总数中所占的比例远远高于他们在社会总人口中所占的比例。

多数犯罪一般发生在户外的隐蔽场所或者是公共场所，在一年中，夏季发生的被害率最多，其次是冬季，秋天所占的比例最少。各种犯罪被害集中于晚上 8：00 至 24：00 之间。

二、杀人犯罪的被害人的特征

性别：多为男性、年龄：多数是青年人、婚姻状况：已婚者的数量高于未婚者、社会阶层：被害人多为文化程度较低的农民和工人、行为特征：被害人的行为中多数存在着诱发性因素等方面

三、伤害犯罪的被害人的特征

性别：被害人绝大多数是男性、年龄：被害人多数是青壮年、婚姻状况：被害人中已婚者高于未婚者、社会阶层：被害人多为文化程度较低的农民和工人、行为特征：被害人多数存在着诱发性因素等方面

四、强奸犯罪的被害人的特征

性别：均为女性、年龄：被害人多为 35 岁以下的青少年、婚姻状况：未婚女性占了绝大部分、社会阶层：被害人多为文化程度较低的农民和工人、行为特征：被害人多存在着易感性因素等方面

五、抢劫犯罪的被害人的特征

性别：绝大多数为男性、年龄：被害人多位青壮年、婚姻状况：已婚者数量高于未婚者、社会阶层：仍然是文化程度低的工人和农民占多数、行为特征：被害人多数不存在诱发性因素等方面

六、盗窃犯罪的被害人特征

性别：被害人多数为男性、年龄：被害人多数为青壮年、婚姻状况：已婚者的数量远远超过未婚者、社会阶层：被害人多数为文化程度较低的农民和工人、行为特征：被害人的行为中多存在着易感性的因素等方面

七、诈骗犯罪的被害人特征

性别：被害人多数为男性、年龄：被害人的总体年龄有所上升，26-35 岁和 36-45 岁两个年龄最多、婚姻状况：被害人中已婚者的比例最高、社会阶层：被害人的文化程度一般比较高、行为特征：被害人行为中存在着明显的易感性因素，一是贪利，二是利令智昏等方面

第三节　被害人与犯罪人的特征比较

一、被害人与犯罪人之间的性别比较：从总体上来看，女性既不容易犯罪，也不容易被害。无论是犯罪人还是被害人，男性所占的比例都高于女性。

二、被害人与犯罪人之间的年龄比较：从总体上看，犯罪人和被害人的年龄大多集中于 18-25 岁和 26-35 岁之间。

三、被害人与犯罪人之间的婚姻状况比较：从总体上看，已婚者在被害人中所占的比重高于他

们在犯罪人中所占的比重

四、被害人与犯罪人之间的文化程度比较：从总体上看，初中文化水平的成员犯罪和被害的比例都很高

五、被害人与犯罪人之间的职业比较：从总体上看，多数职业在犯罪人和被害人的分布都比较均匀，只有无业人员在犯罪人中所占的比重远远远远高于他们在被害人中所占的比例，农民在犯罪人和被害人中所占的比例都居第一，工人在两者中的比重都居第一。

复习与思考题

1．简述被害人的特征及其分类

2．简述被害人的总体特征

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大： E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第四章　被害现象

教学目的与要求：

1．了解被害现象的研究意义

2．被害现象的研究的理论依据

3．被害人权益保障的缺失

第一节　被害现象研究的意义

被害人学的研究领域，并不限于犯罪加害者与被害者的关系，凡是涉及到被害人的生活他性、人格特质、社会对被害者的态度、被害者的处遇、被害者在刑事司法中的角色、潜在性被害者与犯罪预防控制的关系、被害人补偿办法、北海预防对策等等都属于刑事被害人研究的范畴。其研究意义在于：

一、可以对于犯罪现象及其原因有一个全面深入的了解。如果对犯罪的研究局限于加害者单方，极容易曲解犯罪真相，高估犯罪人的加害性，无法正确认识犯罪原因。

二、阐明加害者与被害者之间的关系，为刑事和民事诉讼提供真实证据。

三、犯罪被害人的研究有利于犯罪预防。可以使潜在的被害性降低，避免易于被害的时空环境，达到预防犯罪的目的。

四、刑事被害人学的研究有利于刑事侦查的进行。在许多的犯罪案件中，往往只知道被害者而不知道侵害者，如果我们能预知两者可能存在的关系，可以推测或者得出有利的侦查方案。

五、有利于探讨犯罪黑数的实际状况，掌握真实的犯罪数据、分布情况、发展趋势，弥补犯罪统计上的偏差。

第二节　被害现象研究的理论依据

一、生活方式暴露理论

基本背景不同的个人，形成不同的生活方式，这些不同的生活方式的决定了暴露于被害危境的频率。是否常与有犯罪特性的人接触交往，也决定了个人被害可能性的高低。

二、日常活动的理论

非法活动依附于日常合法活动所建构的社会体系之中，因此，社会结构的改变，非法活动也会随之改变。非法活动与日常的活动中的合法活动具有共存关系，即非法活动的发生，在时间上和空间上往往与日常的合法活动相结合。

三、个人被害因素理论

被害人之所以遭受被害，必然有诸多的个人因素，如个人特性、社会情景、居住环境、加害人与被害人的关系等。常见的被害因素：激发或者挑拨因素；煽动因素；促进因素；弱势因素；机会因素；机会因素；免罚因素。

四、暴力循环理论

犯罪行为与日常生活的压力密切相关，其产生具有阶段性，具有周期循环规律，除非加害者接

受各种治疗，矫正不良心理因素，否则，这种行为必然会重复出现。

五、无助学习理论

被害人对于家庭暴力的消极反映极其有害，如果长期遭受家庭暴力的被害者既不敢躲避，又不敢举报，认为离开家庭会失去子女与经济来源，于是忍气吞声，这种习得的无助助长了暴力行为的发生。

第三节　被害人权益保护的缺失

一、尽管被害人在刑事司法体系中每一环节都有着举足轻重的作用，但是，长期以来确实被忽视了。主要表现在公安机关侦查时恶劣的态度，检察官及法官的不信任的态度，往往使被害人遭受最大的凌辱和痛苦。

二、新闻媒体对于犯罪的揭露报道中忽视了对被害人权益的保护。

复习与思考题

1．简述被害现象的研究意义

2．简述被害现象研究的理论基础

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第五章　被害原因

教学目的与要求：

1．了解刑事被害的社会原因

2．了解刑事被害的文化原因

3．了解刑事被害的环境原因

4．了解刑事被害的个人原因

第一节　刑事被害的社会原因

一、贫富差距与刑事被害：贫富差距的拉大，引发了许多社会矛盾

二、体制改革与刑事被害：我国的经济、政治体制有了根本的改变，这种体制的改革往往会触动一些人的利益，引发尖锐的矛盾。

三、人口问题与刑事被害

1．流民生存环境的质量不高：农民虽然生活在城市，但是不具备城市居民的身份，无法享受许多便利与优待，生活质量很低。

2．就业困难：改革的发展有一部分人处于下岗的地位，没有稳定的工作，容易产生矛盾。

第二节　刑事被害的文化原因

一、宗教文化与刑事被害

宗教文化在一些落后的地区仍然比较严重，影响人们的思想，不少人成为这种落后文化的直接受害者。

二、风俗习惯与刑事被害

1．干涉婚姻自由导致的被害：在一些地区，长辈往往将晚辈视为自己的私有财产，操办晚辈的婚事，不准自由婚姻。有人不从，往往会受到违法犯罪手段的对待。

2．男尊女卑观念的引发的被害：女性往往在家庭中容易受到虐待。

3．贞操观与刑事被害

三、外来腐朽文化与刑事被害

西方腐朽的性自由、性解放等性文化的严重腐蚀了人们的思想，导致了我国的犯罪率在急剧的上升。

第三节　刑事被害的环境因素

一、城市社区的刑事被害问题

1．人口高密度区，人们的注意力会被分散，而且人与人之间的距离比较近，容易实施盗窃等犯罪。

2．人流量稀少的僻静公园、楼道等区域，往往会容易发生抢劫、强奸等案件。

3．流动人员的火车、汽车及旅社，由于人员的流动性比较大，因此，盗窃、抢劫的犯罪发生率会比较高。

二、城乡接合部的刑事被害的问题

1．集镇发生的敲诈勒索犯罪与刑事被害
2．集镇发生的盗窃、抢劫犯罪与刑事被害

三、农村的刑事被害问题

1．铁路、公路沿线的农村，盗窃、抢劫案件的发案率较高
2．位于山区、丘陵地带的农村，交通不便，与外界沟通少，处于一个相当封闭的环境中。
3．处于大城市的边沿的农村，经济发展较为迅速，这些农村呈现城镇化的发展的趋势。

第四节　刑事被害的个人原因

一、未成年人的刑事被害的个人原因

1．暴力犯罪与未成年人的被害：未成年人在暴利性犯罪被害人中所占的比例比较小。
2．拐卖儿童的犯罪与未成年人的刑事被害：大量的未成年人被拐卖，外部原因是购买者具有封建思想的遗毒，内部原因就是儿童的年幼无知，轻信别人，缺乏防范意识。

二、老年人刑事被害的个人原因

1．诈骗犯罪与老年人的刑事被害：由于历史的原因，一部分老年人的文化程度不高，尤其是老年妇女文盲比较多，他们往往缺乏足够的判断能力和分析能力，容易被犯罪分子蒙骗。
2．盗窃犯罪与老年人的刑事被害：老年人大多具有节俭的优良作风，反对浪费。一般将财物放在家中，往往会导致盗贼的光顾。
3．抢劫犯罪与老年人刑事被害：犯罪分子一般喜欢选择妇女、老人等弱势群体进行抢劫，因为大部分妇女和老人都没有足够的力量进行反抗。

三、女性刑事被害的个人原因

1．轻信别人，缺乏自我保护的能力。这种女性一是由于自身的文化素质低下，容易上当受骗，另一种就是缺乏防范意识，过于单纯。
2．缺乏反抗意识。缺乏反抗的意识，容易助长犯罪分子的气焰。
3．被害人自身的过错。女性大多追求相貌迷人，举止风骚，穿着外露，引发性侵害。

复习和思考题

1．简述刑事被害的社会原因
2．简述刑事被害的文化原因
3．简述刑事被害的环境原因
4．简述刑事被害的个人原因

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第六章　单位被害

教学目的与要求：

1．了解单位被害的定义

2．了解一下单位被害的特征

第一节　单位被害及其特征

一、单位被害的定义

单位的自身权利（财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权，以及名称权、名誉权、荣誉权等）直接受到违法犯罪的侵害的现象或结果。

二、单位被害的特征

（一）单位的财产权受到侵害

1．法定代表人玩忽职守，使法人财产遭受严重损失

2．企业法人代表，有关领导干部和业务人员不懂法，不懂得运用法律手段从事经济活动，而上当受骗，导致法人财产遭受重大损失。

3．法人组织内部管理制度不严，个别财会人员或工作人员利用职务之变，贪污和挪用公款，致使单位遭受损失。

4．单位内部职工违章违纪作业，导致单位财产损失。

5．单位犯罪，导致单位的财产受到损失。

（二）法人的债权受到侵害。

（三）单位的名誉权受到侵害。法人的名誉权是指法人依法享有的名誉不受侵害的权利，它是社会对于法人的经营、产品、信用等方面的价值。

（四）单位的产品商标权受到侵害。

（五）单位的专利权受到侵害。

第二节　单位被害与自然人被害的区别

一、单位被害损失更为严重

单位被害与自然人被害相比，具有结果更加严重，破季的犯罪更加广泛的特点

1．现阶段的单位被害实质上是社会主义国家法律所保护的国家、集体所有的财产的被犯罪所侵害，侵害造成的结果不仅仅是某一单位的利益遭到损失，更重要的是其代表的公共利益受到了犯罪活动的侵害。

2．经济领域的一切活动是靠经济秩序来规定和维持的，单位被害，其实就是经济秩序受到严重的破坏。

3．单位被害在经济上的损失往往超过自然人被害的很多倍。

4．危害单位的犯罪主体除了故意的自然人之外，还有不少的就是单位犯罪，所以在弥补单位被害损失的时候，往往呈现复杂性。

二、单位被害的原因相对复杂

1．国家对于经济活动暴漏的问题往往不能及时地进行调整，会导致某些混乱。
2．单位被害往往可能会继续被害
3．追究单位被害的相关人员的责任往往不健全，存在着混乱。

第三节　单位犯罪的趋势与预防

一、单位被害的趋势

1．大量单位被害案件的数量会呈现明显的上升。
2．危害单位的侵害行为会出现多样性。
3．由于我们的管理还比较落后，也会使得侵占、挪用单位　资金等危害单位利益的犯罪案件增多。

二、单位被害的预防

1．立法预防。要从单位被害的案件中吸收教训，大力加强单位被害的法制建设。
2．司法预防。只有严格执法，真正查办一批案子，才能真正的树立法律的权威，震慑犯罪。
3．制度预防。要建立防范监督机制，预防单位被害，
4．教育预防。要充分的利用报刊、广播、电视等工具，加强理论研究和舆论宣传工作。
5．组织预防。选择培养好法人代表和相关责任人员是预防单位被害的关键。

复习和思考题

1．单位被害的概念
2．简述单位被害的特征
3．单位被害与自然人被害的区别
4．简述单位犯罪的趋势与预防

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版
3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版
4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版
5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版
6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版
7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版
8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版
9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版
10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版
11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版
12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第七章　国家被害

教学目的与要求：

1．了解国家被害的内容

2．了解国家被害的分类

第一节　国家被害的内容

1．狭义的国家被害是指某一主权国家的权益遭到犯罪的侵害。

2．广义的国家被害包括国家及其国家机关被害，社会与无辜居民被害，世界诸国及全人类的被害。

一、国家及国家机关被害

这类犯罪直接指向国家或者国家机关，在这其中，或许会连累一些无辜的平民。

二、社会与无辜的民众被害

这种犯罪针对这大量的无辜的平民，并对他们的生命、财产造成重大的侵害

三、世界诸国及全人类被害

主要是一些侵略罪、战争罪、犯人道罪、非法使用武器罪等

第二节　国家被害的分类

一、国家的直接侵害

这种犯罪者皆针对者国家和国家机关

二、国家的间接被害

凡是对于法人和自然人的侵害，都是对于国家的直接侵害

第三节　加强国家被害的研究

一、最近一个时期以来，全球的犯罪特点，尤其是经济犯罪、计算机犯罪、毒品犯罪、环境犯罪等方面的严重情况正在提醒我们，必须开阔视野，将国家与整个社会纳入被害人学的研究范畴。

二、我国是人民当家作主的社会主义国家，国家利益与人民利益在根本上的一致性为我们研究国家被害提供了得天独厚的条件

三、相对于犯罪而言，自然人、法人、国家同属于被害主体，拒不对国家被害进行研究的被害人学决不可能是完整成熟的学科。

复习和思考题

1．国家被害的内容

2．国家被害的分类

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第八章　特殊被害

教学目的与要求：

1．了解聚合被害

2．了解聚合被害的特征和类型。

第一节　特殊被害的基本类型

特殊被害相对于一般被害现象而言的。形成原因有被害主体身份特殊性、被害原因的特殊性等。特殊被害主要表现为自然人的被害。在现代社会，任何一个人都是多重社会角色的集合体。随着社会的发展和人际交往广度的拓展，社会成员在不同时空范围内担当的角色已大为丰富。为使被害人学的研究更加深入，我们将因身份特定或所扮演社会角色的特殊而遭致被害的现象称为特殊被害。主要类型有：

1．替罪羊式的被害人：因自己所在的家庭或单位与他人发生冲突，而代人受过无辜遭受犯罪侵害。在一般情况下，无辜的被害人是因在特定时间、空间与犯罪人遭遇，在自身没有过错的情况下被害。　替罪羊式的被害人与因偶然机遇而无辜被害者相比，显然会在心理上蒙受更深的阴影。因为，其被害的原因怪诞而复杂，本来是不应当由其承受侵害的恶果，却因为其周围的人与犯罪人的纠葛而无辜受害。笔者以为，如何防止无辜者成为“替罪羊”式的被害人是亟待研究的课题之一。

2．履行公职的被害人：职务是指依照程序所赋予的责任和权利。职务是人的社会角色之一，担当一定职务的人必须在社会生活中恪守职守，否则的话该职务将被罢免。职务应当是权利与义务的统一体，有职便应有权，有权必须履职。面对犯罪人的软硬兼施，公职人员能否坚定立场、明辨是非，主动防御侵害是至关重要的。

3．见义勇为的被害人：见义勇为，是指见到正义的事情就奋不顾身而为之。显然，见义勇为是要付出相当代价的。在社会治安形势十分严峻的情况下，见义勇为者受伤致残，甚至牺牲生命的危险都是存在的。见义勇为者是履行义务而非执行公务，其成为被害人是为了救助他人或维护社会公共利益。从这个意义上说，见义勇为者是在社会控制力量缺失或不足的情况下，奋不顾身地充当了维护正义的力量才被害的，其被害的特殊性就在于此。

4．沦为人质的被害人：人质是被一方限制人身自由，用以胁迫对方接受某种条件或履行诺言的人。人质的数量一般不多，但往往遭受非人的待遇，或是在肉体上，精神上受到摧残，是被害人中比较特殊的一部分。在现代社会中，可以具体分为战争中的人质、恐怖活动中的人质、掳人勒赎中的人质。

5．滥用职权的被害人：滥用职权的行为在严格意义上可分为滥用职权与徇私舞弊两大类，前者的被害对象主要是自然人，后者主要表现在国家被害。在国家机关工作人员滥用职权的场合，被害人处于被审查或被监管的状态，其承受侵害完全是被动的、无可奈何的。有的被害人甚至连横祸源自何处都一无所知。与一般被害人相比，因国家工作人员滥用职权而受害的被害人具有被动性、受控性、难以摆脱性等特征。

6．购买消费的被害人：消费包括购买商品或服务这两种形态。当前，在我国物质消费中的被害主要源于假冒伪劣商品，尤其是毒酒、假药害死人命的案件已在我国屡有发生。在购买服务的消费过程中受害并不仅限于被暴利所扰，随着电脑的普及，用人为设置病毒的方法敲诈顾客钱财的案件已经露头。

7．知识产权的被害人：知识产权是主体对其创造性的智力劳动成果依法所享有的专有权利。知识产权作为智力劳动的称过，具有财产权和人身权的双重属性，一般是作为主体的民事权利加以

保护的。由于法律仅承认该种民事权利的客体是智力劳动的成果，而并非智力，所以知识产权必须经法律直接确认。凡经法律确认的知识产权具有专有性、地域性、时间性特征。

8．电脑“黑客”的被害人：“黑客”的主要破坏作用是非法窥视他人在网络上的核心机密，截取正在使用中的密码，远距离操纵电脑盗窃巨额资金，移植潜态病毒并在关键时刻将其激活，传输反动、色情、暴力和怪诞的消息，利用大量信息垃圾将网络中某一终端的输出输入通道堵塞等等。随着计算机技术的飞速发展，“黑客”的危害手段会不断更新，被害人也会越来越多。

第二节　研究特殊被害的意义

一、特殊被害是反映犯罪变化的“风向仪”

犯罪是随着社会、经济、科技、文化的发展而不断变化的。在当今世界，相当一部分犯罪的新形态并不是直接暴露出来的，最先反映出来的往往是某种被害。由此可见，特殊被害是反映侵害目标、作案手段更新变换的“风向仪”。只有以敏锐的目光透过被害的现象，才能看到犯罪的变化。在许多场合，我们首先发现的是闻所未闻的被害现象，在查找到该类现象产生的原因后，才发现一种新的犯罪类型已经问世。对特殊被害的现象保持高度的警觉，是掌握犯罪类型、手段变化的重要途径。

二、特殊被害是抽象被害特征的切入口

我国学术界在对被害人基本特征的认识上是有一定分歧的。有的学者认为被害人的基本特征之一是“可责性，即因被害人自身的某种失误等原因使被害发生，而自己在道德和责任上受到某种责怪或谴责”。我认为，可责性并不是被害人的基本特征。客观上，被害人可分为有过错的被害人与无过错的被害人两大类。无过错的被害人自身是没有任何责任的，将可责性视为被害人的特征，至少是以偏概全。

三、特殊被害者急切需要得到特殊的帮助

在社会主义条件下，国家利益、集体利益、个人利益在本质上是一致的。国家必须对勇于保护国家、集体或他人合法权益而作出牺牲的被害人予以特殊的褒奖与帮助。应当说，最需要帮助与保护的是见义勇为者。但这方面问题一直没有得到彻底解决，有些地方甚至出现了“英雄流血又流泪”的悲剧。我们在此呼吁给见义勇为者以特殊的帮助与保护，希望我们社会能以具体的行动来弘扬正义。

复习与思考题

1．特殊被害的基本类型有哪些？

2．研究特殊被害的意义是什么？

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第九章　聚合被害

教学目的与要求：

1．了解聚合被害

2．了解聚合被害的特征和类型。

第一节　聚合被害的概念

一、聚合被害的定义

聚合被害又称被害的聚合效应，是指数起犯罪侵害聚集一人之身，而使被害人呈现中毒症状的一种社会现象。有的被害人会在不同的时间和空间连续受到来自多名犯罪人的侵害，被害在其身上聚合的过程种中，不但使其合法权益和身心健康受到严重损害，而且自身也呈现中毒状态。中毒深重者对被害的容忍性越来越大，有的成为犯罪的合作者或演变为犯罪人。

我们用聚合一词描述此类被害，首先是想指出此类被害人是集合了来自多人的多起犯罪侵害于其身；其次是想强调来自不同犯罪人的多源性侵害，会使被害人发生类似化学上所说的聚合变化。

聚合被害是一种特殊形态的被害现象。聚合，并不是数量上的简单相加，而是被害人由单一状态向复合状态的演进，由非自愿性被害人向自愿性被害人发展的过程。

二、聚合被害与重复被害、多重被害

在被害人中有相当一部分人或家庭成为重复的被害人，而且常常是同一犯罪类型的被害人。我们之所以不用“重复被害人”的概念是因为，重复是指相同的东西又一次出现或又一次做相同的事情，用重复一词不能确切表达本章所述的被害人在不断受害过程中与犯罪人相互作用的特征。

多重被害人称为复合被害人，是指同时遭受两种以上侵害的或遭受某种侵害导致了其他方面连带侵害的被害人。

多重被害人的提法，虽与聚合被害人在文字上有些近似，但含义却是不同的。聚合被害理论的提出，不仅意在说明多种，多次犯罪侵害可以重迭出现在某一被害人身上，而且，被害人也有容忍多种侵害在自己身上“聚而合之”的深层心理原因。

第二节　聚合被害的特征

一、侵害人的多源性

多源性的犯罪侵害，在毒性上只有品种的不同，没有实质的差异。当来自不同角度，以不同方式出现的犯罪侵害集中到一个被害人身上时，被害人就会处在交叉感染，多重中毒的危险境地中。同样，当单源性的亲和都使被害人难以抵御时，多源性的侵害就会使被害人防不胜防。

二、被害人的过错性

据我们考察，聚合被害都是发生在有过错的被害人身上，被害人自身的过错程度越严重，被害在他身上聚合的就越多。尤其是性侵害，聚合超过一定限度，被害人就会发生性心理的逆变，由被害人转变为犯罪人。

大量犯罪侵害之所以能聚合在一个人身上，无论侵害的方式如何，侵害发生的背景如何，被害

人诱发、促成侵害发生的过错都是肯定无疑的。

三、被害后的恶变性

我们将符合社会前进方向的变化成为良性变化（即顺变），将不符合社会前进方向的变化称为恶性变化（即逆变）。研究表明，犯罪行为在某一被害人身上不断聚合的过程，就是被害人向加害人逆向恶变的过程。

第三节　聚合被害的主要类型

一、胁迫型

抓住被害人的短处或把柄，以要挟、胁迫。精神强制的方法逼人就范是犯罪分子常用的伎俩。

二、麻痹型

无论单位和个人可供犯罪人利用的间隙、漏洞越多，遭受刑事侵害的可能性就越大。犯罪人对被害人身上的被害易感性是极为敏感的。思想麻痹，行为失慎，显财露实，胡吹乱侃都是被害易感性的表现。

三、私了型

由于公了不如私了，私了既实惠又不结仇的邪说流传，在普法教育成效甚微的地方，有不少被害人被私了推进了没完没了的受害的火坑。

四、贪利型

贪利型的被害人因主观上具有贪图小利的道德缺陷，在被犯罪人利用的情况下，尽管在总体上对侵害具有排斥的态度，但在事实上则会忍受来自多方面的侵害。

五、转嫁型

在诈骗犯罪的案件中被害人上当受骗的揪心之痛往往并不能使他们猛醒，反而促使他们产生如法炮制骗局到他人头上“捞本”的邪念，结果大多数由于心虚手拙而再度受骗。

六、忍辱型

有的被害人生性懦弱，而且不懂得依靠法律才能保护自己，在歹徒面前一味忍让屈从。

第四节　聚合被害的心理表现

一、狂犬病效应

我们在此提出“狂犬病效应”一说，目的是为了提醒人们，在通常情况下，凡有创伤就有细菌或病毒入侵。若不及时采取有针对性的抗感染措施，中毒就难以避免。

二、落井效应

三、醉酒效应

复习与思考题

1．什么是聚合被害

2．聚合被害有哪些特征

3．聚合被害的类型有哪些

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十章　常见犯罪的被害人及其特征

教学目的与要求：

1．了解常见犯罪的被害人及其特征

第一节　盗窃犯罪的被害人

盗窃犯罪在常见犯罪中是位居之首的犯罪，在所有犯罪中它所占比例最大。最为突出的盗窃犯罪行为的被害人是：

一、入室盗窃公私财务的被害人

二、自行车被盗的被害人

三、机动车被盗的被害人

四、盗抢火车运输物资和货场、仓库的被害人

五、扒窃犯罪的被害人

第二节　杀人犯罪的被害人

最为常见的故意杀人犯罪的被害人有：

一、报复杀人的被害人

二、被谋财害命的被害人

三、恋爱、婚姻中杀人犯罪的被害人

四、家庭矛盾诱发的杀人犯罪的被害人

五、执行公务中被杀害的被害人

六、持枪杀人犯罪的被害人

七、绑架撕票的被害人

八、强奸杀人犯罪的被害人

第三节　抢劫犯罪的被害人

抢劫犯罪是最常见的严重犯罪行为。抢劫犯罪的被害人可分为三种类型：

一、财物被抢劫的被害人

二、不仅财物被劫，而且身体受到严重伤害的被害人

三、财物被抢劫，同时生命也被剥夺的被害人

第四节　强奸犯罪的被害人

犯罪人与被害人之间的关系十分复杂，大致有以下几种情况：

一、与犯罪人相互不认识的被害人

二、与犯罪人只一面之交的被害人

三、与犯罪人相识又相知的被害人

四、家庭内部的强奸犯罪的被害人

第五节　诈骗犯罪的被害人

从总体上看，诈骗犯罪的被害人可以分为以下几种基本类型：

一、街头诈骗犯罪的被害人

二、合同诈骗犯罪的被害人

三、金融诈骗犯罪的被害人

四、冒充国家公务人员。领导干部亲属。港澳台商人、公司经理等进行诈骗犯罪的被害人

第六节　拐卖妇女儿童犯罪的被害人

一、被拐卖的妇女被害人

二、被拐骗后卖给他人为妻的被害人

三、逼迫为社会提供非法服务的女性被害人

四、被拐卖的儿童被害人

第七节　黑社会犯罪的被害人

一、黑社会犯罪

二、职业化的黑社会犯罪的被害人

三、地方流氓恶势力犯罪的被害人

四、以公司为掩护的黑势力犯罪的被害人

复习与思考题

1．诈骗犯罪的被害人类型有哪些

2．黑社会犯罪的被害人类型有哪些

3．强奸犯罪的被害人类型有哪些

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十一章　被告人的权利义务

教学目的与要求：学习被告人的权利义务

按照我国《刑事诉讼法》有关规定，犯罪被害人在刑事诉讼中享有法律规定的各种权利，例如有权对案件进行陈述，参与诉讼，请代理人，使用本民族语言，请翻译，参与法庭审理，提供证词等等。司法机关在诉讼中要依法保护被害人的各项法定权利。

第一节　被害人的权利

我国刑事诉讼法规定的被害人的权利有：

一、对刑事案件有陈述权

我国刑事诉讼法第四十二条关于证据的种类中把“被害人陈述”作为一类证据；第一百五十五条规定，公诉人在法庭上宣读起诉书后，被害人，被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述。可见被害人陈述不仅是被害人的一项法定权利，而且对于侦查预审机关、检察机关和审判机关以事实为依据，法律为准绳，对犯罪嫌疑人进行侦查、预审、起诉、审判和正确定罪量刑具有重要作用。

二、有权请诉讼代理人

按照我国刑事诉讼法第四十条的规定：“公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件的自诉人及其法定代理人，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。

三、有权使用本民族语言文字进行诉讼和请翻译

刑事诉讼法第九条规定，各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用语言文字的诉讼参与人（包括被害人），应当为他们翻译。

四、有权提供证据

按照我国刑事诉讼法第四十二条的规定，被害人陈述，是一种证据。被害人是直接受犯罪行为侵害的人，他的陈述，对于案件的侦查、预审、起诉和审理以及对犯罪嫌疑人定罪量型具有非常主要的作用。

五、有权报案或者控告

按照我国刑事诉讼法第八十四条第二款的规定：“被害人对侵害其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或人民法院报案或者控告。”这是法律赋予被害人并受法律保护的被害人的权利。正确的行使这一权利对于及时准确地打击犯罪，保护被害人的合法利益具有重要意义。

六、有权要求回避

按照我国刑事诉讼法第二十八的规定，当事人（包括被害人）及其法定代表人有权要求有下列之一的侦查人员、检察人员和审判人员进行回避；第一是本案的当事人和当事人的近亲属；第二，本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；第三，担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的、第四、与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

七、有权要求法庭审理

按照我国宪法规定，一切公民在适用法律上一律平等，在法律面前不允许有任何特权。被告人、辩护人以及被害人及其诉讼代理人，附带民事诉讼的原告人、被告人及其诉讼代理人，在提供证据，参与证据调查、法庭辩论，提出上诉等方面享有平等权利

八、有权对执法人员的违法行为提出控告

在这里所说的执法人员是指审判人员、检察人员和侦查人员，在违法行为是指其侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为

在刑事诉讼中，被害人是当事人之一，而且是受到犯罪行为侵害的当事人，他享有法律规定的各项诉讼权利。

九、有权对人民检察院决定不起诉的案件提出申诉，或直接向人民法院起诉

按照我国刑事诉讼法第一百四十五条的规定，对于人民检察院决定不起诉的案件的被害人，如果不服该决定，可以在收到决定书后 7 日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉，或者也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。

十、有权对人民法院的一审判决。裁定请求人民检察院提出抗诉或直接向上一级人民法院上诉

公诉案件的被害人及其法定代理人，如果对地方各级人民法院的第一审判决不服的，自收到判决书后 5 日以内，有权请求人民检察院抗诉。人民检察院在收到被害人及其法定代理人的请求后 5 日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人；自诉案件的自诉人及其法定代理人，如果对地方各级人民法院第一审的判决、裁定不服的，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉，附带民事诉讼的当事人（包括被害人）和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决裁定中的附带民事部分提出上诉。

十一、自诉人可以同被害人自行和解或者撤回自诉

按照我国刑事诉讼法第一百七十二条的规定，人民法院对自诉案件可以进行调解；自诉人在宣告判决之前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉。

十二、有权要求赔偿犯罪所造成的物资损失和补偿其精神损害

按照我国刑事诉讼法第七十七条的规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提出附带民事诉讼。”

第二节　被害人的义务

权利和义务在法律上总是相辅相成，同时存在，缺一不可。在刑事诉讼中，被害人应当尽法律规定的义务，其中包括：

一、如实陈述，提供真实材料的义务

被害人既是当事人又是证人。他对犯罪行为实施的全过程和具体情况应当说是亲身经历的，是最了解的。所以被害人如实陈述，是确定加害人是否有罪和罪行轻重的最有力证据。

二、有按侦查人员的通知到检察院或公安机关进行陈述的义务

按照我国刑事诉讼法第九十七条的规定，侦查人员询问被害人，可以到被害人所在单位或者住处进行，但必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件，在必要的时候，也可以通知被害人到人民检察院或者公安机关进行陈述和提供证言。

三、有接受侦查人员对自己进行人身检查的义务

按照我国刑事诉讼法第一百零一条的规定，侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。

复习与思考题

1．被害人的权利有哪些

2．被害人的义务有哪些

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十二章　被害人与犯罪人的互动

教学目的与要求：
1．学习被害人与犯罪人的相互作用
2．学习被害人与犯罪人的角色转换

第一节　被害人与加害人的相互作用

一、加害与被害是相互作用的过程

任何事物都是在运动中不断发展，不断变化的，在加害与被害的整个过程中，被害人与加害人总是处于运动的而不是静止的过程中。在加害人与被害人的相互作用过程中，在一般情况下，因为加害人是行为的主体，是行为的首先实施者，而且其行为是有预谋、有计划、有充分准备，有作案工具的，被害人往往又是处于相对被动的地位，所以加害人的行动往往能够达到既定的目的，获得成功，而只有在少数情况下，加害人与被害人在相互作用过程中可能会发生角色转换。

二、加害行为发生前的相互作用

加害行为发生前，加害人与被害人的相互作用可以分为两种类型：一是加害人与被害人并不发生直接冲突，相互之间可能相识相知，有一定的关系，也可能并不相识相知，没有任何关系但是并不意味着他们之间不存在相互关系；二是加害人与被害人有正面接触，或者相互之间已经存在某种关系，或相互之间因为一件小事或者感情纠葛或财产问题或其他问题存在矛盾和纠纷。

在加害行为发生前，除极少数情况外，在绝大多数场合无论加害人与被害人之间有无面对面的接触，他们都处于相互影响和相互作用的过程中。

三、加害行为发生时的相互作用

会出现以下三种加害与被害的情况：
第一、被害人未能进行反抗而被害。
第二、被害人的对抗失利而被害。
第三、被害人抗衡有力。损失轻微
第四、被害人由被动转换为主动，制服加害人
第五、迫使加害人中止加害行为

第二节　被害人与加害人的角色转换

一、角色转换的可能性

在侵害和被侵害的相互斗争中，可能会出现两种能使被害人和加害人发生角色转换的可能性；

第一，被害人由于正当防卫及时得力，会因此而变消极被动为积极主动。双方角色转换的关键使被害人的正当防卫明显超过了必要限度的时候。这时才有可能出现被害人与加害人的角色转换。

第二，被害人在收到加害人加害行为的侵害之后，被害人没有及时报案和诉诸法律而是私自对加害人进行报复，严重伤害或杀害加害人或加害人的子女和亲属。这种场合会出现角色转换。

二、角色转换的类型

被害人与加害人的角色转换由两种基本类型：

第一，防卫过当型

尽管防卫过当者因为自己的正当防卫明显超过必要限度而由被害人转化为加害人，但他不同于原来故意对他实施侵害行为的加害人。

第二，报复型

被害人在加害行为结束后，因为自己被害而又反过来故意对加害人进行报复的一种加害行为。他是原来的被害人被害以后，有预谋、有计划、有准备的对其加害人实施的一种复仇性的行为，由此使原来的加害人变为被害人的过程。

第三节　加害人与被害人和解

被害人和加害人的和解是一个涉及刑事政策和立法的原则性问题，而不是一般的问题。因此，首先要对这个问题进行理论上的研究，要有充分的理论依据。但是，我国刑法学界对这个问题几乎还未涉足或涉足很少。

从犯罪预防和被害人方面考虑，某些社会危害一般的刑事案件的被害人与加害人通过法律程序进行和解，由犯罪人赔偿和补偿被害人的物质损害和精神损害，似乎比单纯地对加害人判出监禁性也许会有积极作用，这不仅有利于犯罪人改过迁善，也有利于最大限度的减少被害人的损害。这里主要包含着对加害人经济上的制裁。特别是对于那些初次实施了一般刑事犯罪的未成年人，是否可以首先考虑他们于被害人和解的问题呢？即可以通过待定的刑事诉讼程序，促使被害人和解呢？

复习与思考题

1．什么是被害人与加害人的相互作用

2．什么是被害人与加害人的角色转换

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十三章　被害预防

教学目的与要求：

1．学习被害预防含义

2．了解被害预防与犯罪预防的关系

第一节　被害预防的概念

所谓被害预防，是指从被害人方面采取各种各样的措施和手段，防治自己成为犯罪行为的被害人的一种目的明确的预防活动。

被害预防包括多种多样的预防活动，其中最主要的是被害的社会预防，家庭预防，学校预防，社区预防，环境预防和个体预防等。也就是说被害预防不是纯粹的个人问题，而是社会问题，是各种各样预防被害措施的有机结合。

第二节　被害预防的重要性

被害预防在社会治安综合治理中，在保护国家财产和公民生命财产安全免受犯罪行为侵害的活动中以及在遏止犯罪中起着积极的作用。

第一，被害预防在社会治安综合治理中的作用

第二，被害预防是保护自己免受犯罪侵害的重要措施

第三，预防被害是有效预防犯罪的前提条件

第三节　被害预防与犯罪预防的关系

被害预防与犯罪预防各有各的特点：

第一，防范的重点对象不同

第二，防范的直接目的不同

第三，防范的措施不同

第四，防范的具体内容不同

第四节　树立预防被害意识

第一，要客观的认识犯罪现象

第二，树立积极防范被害的思想意识

第三，认真汲取自己和他人被害的教训

第五节　防范被害的主体

第一，国家机关

第二，企事业单位

第三，社会团体

第四，法律援助机构

第五，学校
第六，社区
第七，家庭
第八，个人

第六节　被害预防的客体和条件

第一，人，包括自然人和法人
第二，物
第三，钱
第四，事
第五，时空

第七节　被害预防的特性

第一，被害防范的阶段性
第二，被害防范的时空性
第三，被害防范的个别性
第四，被害防范的综合性

第八节　各类被害防范的具体对策

第一，侵犯财产的被害防范
第二，杀人罪和伤害等暴力犯罪的被害预防
第三，性犯罪的被害预防

复习与思考题

1．被害预防的重要性有哪些
2．被害预防的特性被害预防的特性
3．杀人罪和伤害等暴力犯罪的被害预防措施有哪些

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版
3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版
4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版
5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版
6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版
7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版
8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版
9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版
10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十四章　被害人在刑事司法中的地位

教学目的与要求：
1．了解被害人在刑事司法中的地位
2．犯罪被害人具有当事人地位

第一节　刑事被害人的诉讼地位

被害人在刑事诉讼中的地位主要有三种情况

一、犯罪被害人具有证人地位

在普通法系国家，被害人一般是以证人的身份参加诉讼，在传统的刑事诉讼程序中，被害人仅仅是作为一名证人参加诉讼，在他出庭的短暂时间内，仅回答公诉人或辩护律师的提问，而对犯罪及影响犯罪的感受和对惩罚犯罪的愿望与要求，他无法陈述，对他所关心的有关诉讼活动无从得知，也无法施加影响；而在普通法系国家犯罪被害人的地位虽然是证人地位，但其诉讼权利远多于传统的刑事诉讼中的诉讼权利"如一九八二年美国制定《联邦被害人和证人保护法》规定：如果被害人会受到威胁或将发生针对他们的报复行为，应对其加以保护，必要时可扣押施加威胁者检察官提交给联邦法院的调查结果报告中，必须包括一份称为-被害人被害状态的陈述."如果缺乏这个-陈述.，法院将不能对罪犯进行审判，这说明极大地提高了被害人在刑事诉讼中的地位"被害人已开始摆脱长期以来只作为证人的局面，逐步拥有获知指控罪名理由的权利，向法官陈述犯罪影响和状态的权利，并在审判过程中拥有了与一般证人不同的参与权"

二、犯罪被害人具有民事当事人地位

被害人在附带民事诉讼程序中具有民事当事人地位附带民事诉讼是司法机关在刑事诉讼中解决被告人刑事责任的同时一并解决的，由被害人提起的由于犯罪行为而遭受的损害赔偿问题的诉讼活动，解决被害人因犯罪行为引起的损害的赔偿或补偿问题"主要有三种情况：一是在刑事诉讼法中规定附带民事诉讼程序"如大陆法系的法国、德国、意大利、前苏联、中国等国;二是在一定情况下通过刑事诉讼程序附带予以解决"其余情况下，可以通过民事诉讼程序或其他单独诉讼程序解决"如美国《联邦被害人和证人保护法》规定，法院可以作为独立刑罚判处罪犯补偿被害人所遭受的损害;三是完全通过单独的民事诉讼程序解决"采取这种形式的主要是日本"在附带民事诉讼程序中，可以提起附带民事诉讼的民事当事人，首先是被害人，但不限于被害人，如美国《联邦被害人和证人保护法》规定，对曾经在经济上帮助过被害人的亲朋，在法院审理期间，也同样可以向罪犯提出赔偿损害要求"在法国、德国、意大利的刑事诉讼中，民事当事人虽然被列为与检察法!被告人并列的第三方，但取得的只是准当事人地位"1985 年，欧洲议会部长会议批准了/关于改善被害人在刑法和刑事诉讼中的地位的建议 0"在建议中一项主要的内容是：给予犯罪人何种处罚也要考虑被害的需要，即优先考虑对被害人的犯罪损害赔偿"不仅要给予被害人执行补偿的权利，而且也要给予补偿被害人损害的犯罪人以实施补偿所需的机会，也是其争取重新社会化的机会"在判处监禁的罪犯中如果有人要适用缓刑，那么缓刑主要是为了使罪犯对被害人进行赔偿，而且对被害人的损害赔偿要优先于罪犯的其他经济义务"

三、犯罪被害人具有当事人地位

犯罪被害人在刑事诉讼中的当事人地位，可分为两种情况：一是自诉案件的当事人;一种是在

检察机关代表国家提起公诉中，被害人也具有当事人地位"世界上大多数国家允许被害人在自诉案件中作为原告向法院提起诉讼，享有原告的诉讼权利与义务"这种自诉案件基本上是刑法规定的某些轻微犯罪，自诉人一般情况下就是被害人本人，当被害人为未成年或者是无行为能力人时，有的国家允许其法定代理人代表其行使诉讼权;被害人死亡时，有的国家规定自诉权也可由其近亲属行使"被害人在公诉案件中具有当事人地位。被害人在公诉案件中可以直接参加诉讼，如被害人有权申请搜集证据、进行侦查行为，采取保证物质补偿的措施等;从侦查终结起，有权了解案件材料，提出补充侦查的申请;在法院审理时，有权参加审判，经审判人许可，可以向证人、鉴定人提出问题，要求法庭宣布文件，勘验物证;依上诉程序审理案件时，有权参加审判，作出自己的辩解"并可以通过自己的代理人为自己的利益进行辩护等"但是由于以检察机关代表国家提起公诉，被害人已非传统意义上的原告，一般认为他参加诉讼只是协助检察机关行使控诉职能，因此属于控诉一方当事人，而非独立原告"显然，被害人权利的独立性、重要性在当今被确认。1996 年中国修改的刑事诉讼法除了扩大自诉案件的范围，使被害人享有广泛的直接起诉权以外还把被害人定位为当事人，赋予他及其代理人独立的申请回避权;在庭审阶段享有与被告人基本上同等的诉讼权利，一审法院审理时，公诉人宣读起诉书后，被害人与被告人一样可以就案件事实进行陈述，经审判长同意，可以向被告人讯问;对公诉案件第一审判决不服可以要求人民检察院提出抗诉等"刑事诉讼法修正案虽然将被害人在法律上规定为当事人，笔者认为被害人的地位实际上是准当事人的诉讼地位"第一，《刑事诉讼法》第一百八十条：被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉"被告人的辩护人和近亲属经被告人同意，可以提出上诉"附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决"裁定中的附带民事诉讼部分提出上诉"对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺"第一百八十二条规定：被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决的，自收到判决书后五日内，有权请求人民检察院提出抗诉"人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后五日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人"

由此规定看出，法律未将上诉权赋予犯罪被害人，只赋予犯罪被害人申请抗诉权"而上诉权是判断一个诉讼参与人是否当事人的主要标准之一"因为申请抗诉权未必引起第二审程序，其决定权在检察机关，而检察机关大多数时候决定不抗诉，这样使申请抗诉权形同虚设"而上诉权必定引起第二审程序，这与同为当事人的被告人相比，其诉讼地位实际降低了许多"

复习与思考题

1．被害人在刑事司法中的地位是什么样的

2．犯罪被害人具有怎样的当事人地位

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十五章　被害人自救与求助

教学目的：

1．了解被害人自救与求助的方法和注意问题

第一节　被害前的自救与求助

一、概念

被害前的自救与求助，是指已临近被害情势或有被害可能性和危险性的人，为防止自己真正遭受犯罪之害而自行避免犯罪侵害自身的可能性以及向其犯罪所属单位、执法机关、社会团体和组织以及家属、亲朋好友和周围人表示的和提出的给予其及时帮助的一种请求。

二、被害人被害前没有自救和求助的心态

（一）有的被害人不以为然，不相信自己会成为被害人，所以也就不可能进行自救和求助于他人；

（二）有的被害人自以为是，总觉得优势在自己一边，即使预先知道有人可能危害自己，也毫不在乎，以至于临近被害，马不会有求助之心;

（三）有的被害人明知自己可能被害，却不敢求助他人，以至于发生自己真正被害的结果。

（四）有的被害人在被害前，向他人求助，意图脱离可能被害的环境和情势，但是由于周围的人不愿意多管闲事，不闻不问，错过了帮助被害人脱离险境的机会，而使被害的事实得以发生。

第二节　被害时的自救与求助

被害时的自救与求助的方法：

一、大声呼救

二、想方设法同罪犯周旋，麻痹罪犯，伺机逃离现场或制服罪犯

三、答应和满足犯罪人的所有要求，并有意识的记住犯罪人的特征，脱离险境后立即去报案

四、勇敢地同犯罪人作斗争，用自己的智慧和力量同罪犯较量，进行正当防卫

第三节　被害后的自救与求助

一、被害后的自救与求助的方法

（一）尽快报案，求助于法律，由执法机关依照法律程序对犯罪案件进行立案、侦查、起诉和审判，以打击犯罪，保护被害人的合法权益，维护社会的正常秩序

（二）可以求助于社会组织、社会团体、和法律援助机构

（三）可以求助于居民委员会、邻居、亲朋好友以及所有能够帮助自己的周围群众

二、不应当采取的做法

（一）不报案，也不求助，独自承担被害的痛苦

（二）和犯罪人私了

（三）私自进行报复

复习与思考题

1．被害人在被害前、被害中、被害后如何进行自救与求助

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版
2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版
3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版
4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版
5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版
6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版
7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版
8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版
9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版
10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版
11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版
12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版
13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版
14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版
15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版
16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十六章　被害人自杀及预防对策

教学目的：
被害人自杀的类型
被害人自杀的预防

第一节　犯罪之被害的自杀者

一、一般的自杀者

指非犯罪行为和一般违法行为的自杀者，他们具有以下特征：

（一）利他性自杀

利他性自杀指在社会习俗或群体压力下，或为追求某种目标而自杀。常常是为了负责任，牺牲小我而完成大我。这类自杀者的共同心理是死是有价值的，是唯一的选择。涂尔干认为在原始社会和军队里这类自杀较多。在现代社会里越来越少。

（二）自我性自杀

自我性自杀与利他性自杀正好相反。指因个人失去社会之约束与联系，对身处的社会及群体毫不关心，孤独而自杀。如离婚者、无子女者。涂尔干认为这类自杀在家庭气氛浓厚的社会发生机会较低。

（三）失调性自杀

失调性自杀指个人与社会固有的关系被破坏。例如，失去工作、亲人死亡、失恋等，令人彷惶不知所措而难以控制而自杀。

（四）宿命性自杀

宿命性自杀指个人因种种原因，受外界过分控制及指挥，感到命运完全非自己可以控制时而自杀。如监犯被困的密室中、宗教徒为主而献身。

我国学者把自杀分为情绪性自杀和理智性自杀两类。

情绪型自杀常常由于爆发性的情绪所引起，其中由委屈、悔恨、内疚、羞惭、激愤、烦躁或赌气等情绪状态所引起的自杀。此类自杀进程比较迅速，发展期短，甚至呈现即时的冲动性或突发性。

理智性自杀不是由于偶然的外界刺激唤起的激情状态导致的，而是由于自身经过长期的评价和体验，进行了充分的判断和推理以后，逐渐地萌发自杀的意向，并且有目的、有计划地选择自杀措施。因此，自杀的进程比较缓慢，发展期较长。

（五）畏罪性自杀

是指违法犯罪或具有违法、违纪行为的人、在其罪行或问题可能暴露或已经暴露的情况下，精神文明紧张，心理上陷入极度恐惧，或因对自己的行为感到后悔，产生自责；或因出于对抗心理，逃避法律的制裁，而引起的自杀。他们是犯罪者，而不是被害者，其自杀本身也是一种违法行为。

二、被害的自杀者

（一）因遭受某种犯罪的危害而自杀者

1．强奸罪之被害者的自杀

强奸罪是对妇女性权利的粗暴侵犯，是违背妇女意志的性暴力行为。青少年女性，因为其生理变化特点，社会经验不足等，容易被诱骗，容易上当，也最容易成为强奸犯罪者选择的被害对象。

2．受财产犯罪损害的自杀者

在现实生活中，财产受到盗窃、抢劫、诈骗等犯罪侵害的情况很大，其中有少数被害者因为财产遭受严重损害而精神压力很大，在这种情况下也有为此成为自杀的人。这种自杀虽然不是犯罪行为的直接结果，但它是因犯罪行为而引起的自杀。

3．暴力干涉婚姻自由罪的自杀者。暴力干涉婚姻自由罪的犯罪主体一般为被害者的亲属，即父母、兄妹及其他亲属等。当前婚姻问题上，因为种种原因引起的杀人、伤害等犯罪十分严重，许多被害者婚姻和家庭纠纷，而受伤或死于非命。也有一些是因为父母暴力干涉婚姻自由，而被迫自杀的。这类自杀者在农村和边远地区比较严重。

4．被侮辱和被诬陷的自杀被害者

这类被害者是指因自己的身体、人格、名誉等受到严重侮辱和诬陷，自以为名誉扫地，又无法摆脱这种精神上压力而自杀的被害者。

（二）因政治上的原因而自杀的被害者

这类自杀的被害者，现在已不多见。但是在过去政治运动频繁，这类被害者有一定的数量。

第二节　自杀者的预防对策

自杀者是当代各国普遍存在的一种社会社会病态现象。在我国，虽然法律没有明文规定禁止自杀，但从立法的总体精神来看，我国公民的生命是受法律保护的，在宪法和法律赋予公民所拥有的各项权利中，并不包括处置个人生命的权利。预防自杀，用道义的力量抑制自杀，就成为社会主义民主与法制建设的一项重要任务。

一、自杀者动机的特征

（一）稳定性　动机是人行为的内心起因，一旦形成，就具有相对的稳定性，就会不择手段地为之行动。

（二）喧泄性　自杀动机一旦形成，实现这一动机就具有相当的诱惑力，不少人都不可遏制地毁灭自己，达到喧渠情绪的目的。

（三）可变性　也有一部分人自杀动机是不稳定的，一旦通过疏导，便会恢复理智和自控力，达到心理平衡，毅然抛弃自杀动机，重新进入正常的生活。

（四）复杂性　人的动机并不简单地与目的等同，自杀者的自杀动机同其他社会成员从事其它活动的动机一样是复杂的，分为不同层次的。

二、自杀预防的途径

（一）自杀趋势预测

自杀作为一种社会现象，有它具体的原因，特征和表现形式，只要综合运用多学科的知识，对自杀现状进行深入调查、统计和分析，就可以掌握自杀的规律和特点，对自杀趋势作出概略的预测。自杀预测包括：1．自杀率的预测；2．自杀类型的预测；3．自杀主体趋势预测；4．自杀手段趋势预测；5．自杀特征预测

（二）加强对自杀者的心理诊断

自杀动机和其他心理现象一样，有其自身发生、发展和终结的过程。对自杀者及时进行心理诊治，并开展疏导工作，矫正其心理和行为，对于预防自杀是十分必要的。

（三）着手于微观社会整合

微观社会整合是指家庭、学校、居住区、单位这些构成个体的微观社会环境的净化、协调而言的。自杀绝大多数与微观社会环境失调有关，因此，着力于微观社会社会整合对予防止自杀有重要作用。

（四）运用法律调整手段

法律调整自杀的手段，包括犯罪者畏罪自杀的刑事责任追究、赔偿财产损失；对采取不正当手段直接导致自杀者的惩治，等等。

（五）强化行政管理

从目前自杀手段来看，以服毒自杀者为多，因此，医院、农药供应单位建立健全规章制度，强化岗位责任制，杜绝因管理不善为自杀者提供自杀工具，从而达到预防或减少自杀现象的目的。

复习与思考题

1．自杀的类型

2．怎样预防自杀

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十七章　刑事损害赔偿

教学目的与要求：

1．理解刑事损害赔偿的含义与构成

2．了解损害赔偿的对象与范围

第一节　刑事损害赔偿的含义与构成

一、刑事损害赔偿的含义

（一）含义

人民法院按照犯罪行为造成被害人经济损失大小，判处犯罪人对被害人予以一定的经济赔偿的制度。

（二）特征

1．刑事损害赔偿的损害是犯罪行为造成的，如果不是基于犯罪行为造成的损害，就不是刑事损害赔偿。

2．刑事损害赔偿必须是犯罪行为对被害人造成的损失，如果犯罪行为没有对被害人造成经济损失，也不能构成。

3．刑事损害赔偿是根据犯罪行为对被害人造成经济损失大小，判令犯罪分子给被害人赔偿一定数额金钱。

4．刑事损害赔偿应当由人民法院判决，其它机关、团体与个人都无权决定。

5．刑事损害赔偿必须是在刑事诉讼中提起。

二、刑事损害赔偿的构成

（一）主观方面：

刑事损害赔偿必须是行为人主观上具有犯罪的故意过失，如主观上不是出自犯罪的故意过失，便不构成刑事损害赔偿，而是意外事件。

（二）客观方面：

刑事损害赔偿必须是行为人实施了犯罪行为，这种犯罪行为产生了被害人的经济损失的结果。犯罪行为与经济损失的结果之间存在因果关系。如果行为人实施了犯罪行为但未造成被害人经济损失，或此种行为与被害经济损失的结果之间不存在因果关系，也不构成刑事损害赔偿。

（三）赔偿主体：

刑事损害赔偿的主体可分为赔偿损失权利主体和赔偿义务主体。前者又可称受赔偿主体即被害人；后者又可称赔偿主体即犯罪人。按照刑事诉讼法第 5 条规定，有权提起刑事损害赔偿的一是公民个人，一是人民检察院，但被害人如是未成年人，是精神病患者等不能独立行使诉讼权利的人或被害人已死亡，我们认为他的法定代理人、近亲属或对被害人承担了治疗、丧葬费的人或单位，也应当允许提出诉讼。国家、集体财产遭受损失的，一般由人民检察院提起附带民事诉讼。

第二节　刑事损害赔偿的对象与范围

一、刑事损害赔偿的对象

根据我国刑法的规定，刑事损害赔偿的对象是指犯罪行为的被害人经济损失，不包括行为造成的被害人的精神损害。而所谓经济损失则包括犯罪行为侵犯被害人的财产造成的经济损失和侵犯被害人人身权利造成的经济损失。

二、刑事损害赔偿的范围

刑事损害赔偿的范围，主要包括因犯罪行为造成的经济利益的“直接损失”，主要包括两种：一是已造成的经济损失，亦称“积极损失”；二是被害人将来必然要遭到的经济损失，亦称“消极损失”。

三、赔偿范围的具体确定

在具体工作中，要从犯罪行为造成被害人的实际经济损失来确定赔偿范围，既不能过窄也不宜过宽。在确定赔偿范围时，要充分考虑被害人的要求，但又不能受其束缚。司法机关必须从实际出发，确定受损害的程度，实事求是地规定能普遍适用的标准，然后根据具体案件的情况判定。

第三节　刑事损害赔偿的原则

一、赔偿与损害相适应原则

这一原则包括两层意思：一是有损害事实就必须进行赔偿，以便维护被害人的合法权益；二是赔偿的数额必须与被害人所遭受的损失程度相适应，不能不切实际的任意夸大，也不能不顾客观事实随意减少。

二、有惩有赔的原则

根据刑法的规定，犯罪行为造成被害人经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处分外，并应根据情况判处赔偿经济损失，这就是有惩有赔。

三、一次性赔偿的原则

所谓的一次性赔偿，就是在决定刑事损害赔偿时，要对被害人遭受的各类因素综合考虑，计算出合理的应当赔偿的数额，力争一次处理完毕，有助于维护安定团结。

四、个人负责与连带责任相结合原则

一般刑事损害赔偿是由实施犯罪行为的人承担的。单位的工作人员在执行公务时，非法造成他人损失的，单位应负连带赔偿责任；共同犯罪人造成他人经济损失的，在赔偿时也适用于连带赔偿责任。

五、犯罪人生前财产首先用于赔偿的原则

在有的刑事犯罪中，犯罪人已经死亡的，不再提起诉讼，但对于刑事被害人的经济损害如何赔偿呢？我们认为，应当坚持犯罪人生前财产首先用于赔偿的原则。决不能因犯罪人没有提起刑事诉

讼，没有附带民事诉讼的条件而不考虑对罪犯的经济惩罚。对犯罪分子所造成的经济损害，完全可以依照民法中关于损害赔偿的规定，依法对犯罪人判处“侵权损害”的赔偿。而决不能不顾被害人的经济损失，任犯罪人亲属继承其遗产，而使被害人得不到应有的赔偿。

第四节　刑事损害赔偿的程序和刑事损害赔偿的实施

一、刑事损害赔偿的程序

由于各国法律制度的不同，大致可以分为三种：（一）惩赔一并实施；（二）有限的刑事附带民事诉讼；（三）完全分开实施。在我国，解决刑事案件中的损害赔偿问题一般采用刑事附带民事诉讼的办法。

二、刑事损害赔偿的实施

在被害人和人民检察院向人民法院提起附带民事诉讼后，除了必须严格按照法定程序办事以外，在具体实施过程中还要注意以下具体问题：（一）刑事损害赔偿证据的收集。公安人员应当对刑事损害赔偿的法律地位有足够的认识，不仅自己要懂，还要向当事人宣传，在实际办案中，把可能涉及民事附带诉讼的证据收集好，为判决提供证据。（二）案情与证据的核实。人民法院在被害人和人民检察院提起附带诉讼后，应对经济损失的情况作认真调查核实。（三）赔偿判决的执行。在判决前，先就经济赔偿问题进行调解，达成协议，由加害人一方向被害人一方预付一部分赔款。如果调解不成，在必要时可以根据刑事诉讼法的规定，查封和扣押被告人的财产，使判决能得以实施。

第五节　刑事损害赔偿的作用

一、保护被害人的经济利益

二、抚慰被害人心灵的创伤

三、惩戒、教育改造犯罪分子

四、教育群众，维护法纪，预防减少犯罪

因我国对刑事侵害补偿问题重视不够，被害人在受害后得不到应有的抚慰和帮助的事件时有所闻，个别地方甚至出现过见义勇为抓歹徒的勇士医疗费无处报销，迫于生计，险些自杀的怪事。如果有刑事侵害补偿的法规，被害人就不会因生活无着而走投无路。

复习与思考题

1．刑事损害赔偿的概念与特征
2．刑事损害赔偿的原则
3．刑事损害赔偿的对象
4．犯罪人死亡后，被害人的刑事损害赔偿权利如何行使

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

第十八章　刑事损害补偿

教学目的和要求：

1．了解刑事损害补偿制度的意义

2．了解国外刑事损害补偿立法的情况

3．掌握刑事损害补偿的原则和途径

第一节　研究刑事损害补偿的意义

研究刑事损害补偿，一方面，可以使社会公众更多地看到犯罪给被害人造成的惨况，激发人们同情和支助被害人的心理。另一方面，使被害人的经济损失在无法得到刑事附带民事诉讼妥善的解决的时候，仍能通过社会途径在生活上得到帮助，在经济上得到援助，促使其心灵的创伤尽快得到平复。再一方面，能使被害人更好地运用法律武器来保护自己。

建立刑事损害补偿制度的必要性：

一、有的被害人在遭受刑事侵害后，家产荡然无存，急需在经济上得到帮助，以解燃眉之急。

二、有的犯罪分子根本没有赔偿被害人的经济损失的实际能力，或虽有一定能力，但远不足弥补其侵害损失，法院即使勉强下判也难也实施。

三、在有些案件中外国人因被击毙或畏罪自杀，其生命已经丧失，又无财产可供作侵害赔偿用，被害人的经济损失无法得到赔偿。

四、有些案件因诸多原因成为成为一时查无头绪的“死案”，在犯罪分子尚未归案前，赔偿问题便无法处理。

第二节　国外刑事损害补偿立法简介

世界各国都在陆续制定刑事损害补偿法规。瑞士是从 1937 年就开始建立了有关制度。英国从 1964 年就开始成立了“刑事损害赔偿委员会”，负责对被害人进行赔偿、补偿。日本在 1980 年通过了《犯罪被害人等怃恤金付给法》。1982 年 10 月 12 日，美国国会通过了《联邦被害人和证人保护法》，这是一项旨在保护和援助联邦犯罪的被害人和证人的综合措施。

世界各国对刑事侵害补偿的立法，大致有三种情况：一是颁布独立的刑事损害补偿法规；二是在刑事诉讼法典中规定侵害补偿的有关内容；三是法律上仍未作出明确的规定，但已在司法实践中试行处理补偿问题。

第三节　刑事损害补偿的原则及途径

刑事损害补偿的有些原则，如侵害与补偿相适应的原则上，一次性补偿的原则与刑事损害赔偿是一致的。现将不同之处略述如下：

一、先赔后补，以赔为主的原则

人民法院必须按照犯罪人的财力令其最大限度地对被害人实施赔偿，不能使犯罪分子在经济上占到便宜。如果赔偿已经比较充分，被害人在生活上、经济上又无特殊的困难，便可以不予补偿或补偿。要把有限的刑事损害补偿基金用到未得到赔偿或只得到很少赔偿，而又受害深重的被害人身上。

二、精神损害亦可补偿的原则

精神损害可以通过赔偿给以弥补，这在民法通则中已经明确，这一精神是否适用于刑事附带民事诉讼尚无定论。我们认为，被害人在人格、名誉等方面遭受侵害的，如赔偿不能实施或实施不足时，亦可得到补偿，以抚慰其心灵的创伤。

关于刑事损害补偿费用的来源，我们主张设立刑事损害补偿基金，该基金专款专用，由人民法院统一掌握。基金来源大体有四：

（一）对犯罪分子的罚金、没收财物款；

（二）处理各种违法案件时收缴的罚款和没收的非法所得款；

（三）全民所有制单位没有报案的被盗物由破案机关收缴的的变过关卖款；

（四）社会福利团体和公民的捐赠。

第四节　建立我国被害人国家补偿法

我国的犯罪被害国家补偿法具体应当涵盖以下几个方面：

一、基本原则

1．弘扬公平正义原则

2．有条件取得补偿原则

3．补偿的力度与损害的程度相适应的原则

4．以赔偿为主、以补偿为辅的原则

二、补偿的资金来源

1．对某些罪犯适用罚金刑和没收财产刑；

2．借鉴瑞典的做法，令被判处管制或拘役的罪犯向专门机关缴纳一定的金钱；

3．考虑在一定程度上将管制刑和拘役刑“以罚代刑”，既可惩罚罪犯，又可充实基金，保护被害人；

4．在罪犯假释时，作为一个条件，令其缴纳一定数量的金钱。

三、补偿的范围和顺序

补偿的范围：

1．以人身伤害为主。适当考虑财产损失；

2．以遭受故意犯罪侵害的为主，适当考虑过失犯罪；

3．补偿以被害人无严重故意过错为前提，补偿金额可视过错程度酌定；

4．对于精神损害也应予以补偿。

补偿的顺序应当借鉴国外补偿法及我国继承法的有关规定排列，一般顺序为：（1）被害人的配偶，（2）被害人的未成年子女，（3）被害人的父母，（4）被害人的祖父母，（5）被害人的同胞兄弟姐妹，（6）其他需要予以补偿的亲属。

四、补偿机构和程序

世界各国确定的补偿机构基本有两类，其一是专门设立的委员会；其二是法院。根据我国的实际情况，确定法院为补偿机构为宜，因为法院对整个案件已经熟悉，易于做出正确裁判，而且也节约出国家成本。

在补偿程序上一般应当具备以下条件：

（一）先由被害人向人民法院提出申请；

（二）再由人民法院进行补偿调查；

（三）最后由人民法院判决并执行。

五、其他规定

复习与思考题

1．什么是刑事损害补偿

2．为什么要进行刑事损害补偿

3．刑事损害补偿的原则和途径

拓展阅读书目

1．赵可主编《被害者学》，中国矿业大学出版社，1989 年版

2．汤啸天，任克勤著《刑事被害人学》，中国政法大学出版社，1989 年版

3．麻国安著《被害人援助论》，上海财经大学出版社，2002 年版

4．赵可，周纪兰，董新臣著《一个被轻视的社会群体—犯罪被害人学》，群众出版社，2002 年版

5．汤啸天，张滋生著《犯罪被害人学》，甘肃人民出版社，1998 年版

6．张智辉，徐名涓编译《犯罪被害人学》，群众出版社，1989 年版

7．许永强，《刑事法制视野中的被害人》，中国检察出版社，2003 年版

8．曹中友，《被害者心理》，湖北省新闻出版局，1989 年版

9．肖建国，姚建龙，《女性性犯罪与性侵害》，2002 年版

10．莫洪宪，《刑事被害救济理论与实务》，武汉大学出版社，2004 年版

11．杨正万，《刑事被害人问题研究》，中国人民公安大学出版社，2002 年版

12．加拿大，E• A• 法坦赫，V• F• 萨柯，青锋，罗回平，王学沛等译，《老年人被害与预防》，群众出版社，1992 年版

13．任克勤，《被害人心理学》，警官教育出版社，1997 年版

14．郭建安，《犯罪被害人学》北京大学出版社，1997 年版

15．王大伟，《中小学生被害人研究——带犯罪发展论》，中国人民公安大学出版社，2003 年版

16．德，汉斯• 约阿希姆• 施奈德，许章润等译，中国人民公安大学出版社，1992 年版

《证据法学》教学大纲

郑　旭　编写

目　录

前　言.....480
第一章　证据法学概述.....481
第一节　证据法学的概念及其研究对象.....481
一、证据法学的概念.....481
二、证据法学的名称.....481
第二节　证据法学的内容.....481
第三节　证据法的两个基本原则.....481
一、证据裁判主义.....481
二、自由心证.....481
复习与思考题.....482
拓展阅读书目.....482
第二章　外国主要证据制度.....483
第一节　神示证据制度.....483
第二节　法定证据制度.....483
第三节　英美法系国家的证据制度.....483
一、英美法系国家证据制度的历史背景.....483
二、英美法系国家证据制度的主要内容.....483
第四节　前苏联的内心确信证据制度.....483
复习与思考题.....484
拓展阅读书目.....484
第三章　中国证据制度.....485
第一节　奴隶社会的证据制度.....485
第二节　封建社会的证据制度.....485
一、证据种类.....485
二、取证方式.....485
三、证据的审查判断.....485
四、疑罪的处理.....485
第三节　旧中国证据制度的近代转型.....485
第四节　新中国证据制度.....486
一、创立与发展.....486
二、新中国证据制度的特点.....486
复习与思考题.....486
拓展阅读书目.....486
第四章　证据的概念和意义.....487
第一节　证据的概念和特征.....487
一、证据的概念.....487
二、证据的基本特征.....487
第二节　证据的意义.....487
复习与思考题.....488
拓展阅读书目.....488

第五章　非法证据排除.....489
第一节　非法证据排除规则概述.....489
一、排除规则和非法证据排除规则的关系.....489
二、非法证据的范围.....489
第二节　刑事诉讼中的非法证据排除.....490
一、非法证据排除的确立对刑事诉讼的影响.....490
二、我国对非法取得的实物证据是否排除的规定.....490
第三节　沉默权.....490
一、沉默权的起源.....490
二、沉默权的保障机制.....491
三、沉默权与我国刑事诉讼.....491
四、我国应当引入沉默权以及具体设计.....491
第四节　毒树之果.....492
第五节　秘密侦查手段获得的证据.....492
第六节　私人不正当获得的证据.....492
第七节　侦查陷阱获得的证据.....492
复习与思考题.....492
拓展阅读书目.....493
第六章　证据种类.....494
第一节　证据种类概述.....494
一、证据种类的概念.....494
二、我国诉讼法规定的证据种类.....494
三、我国目前无法纳入证据种类的方法.....494
第二节　物　证.....494
一、物证的概念和特征.....494
二、物证的证明特点.....494
三、对物证原物的要求.....494
第三节　书　证.....495
一、书证的概念和特点.....495
二、书证的意义.....495
三、书证的分类.....495
第四节　证人证言.....495
一、证人证言的概念.....495
二、警察作证的问题.....495
三、免证特权.....495
四、证人证言的特点.....496
五、证人证言的分类.....496
第五节　被害人陈述.....496
一、被害人陈述的概念.....496
二、被害人陈述的分类.....496
三、被害人陈述的特点.....496
第六节　犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解.....497
一、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的概念.....497

二、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特点 497
三、对口供的分类 497
四、单位犯罪主体的陈述 497
五、与口供有关的几个问题 497
第七节　当事人陈述 497
一、概念 497
二、分类 497
三、当事人承认 498
四、当事人陈述的意义 498
五、刑事诉讼中被告人认罪的后果 498
第八节　鉴定结论 498
一、概念 498
二、鉴定结论的特点 498
三、分类 499
四、新兴科学 499
五、2005 年全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定 499
六、当事人申请鉴定和法院依职权决定鉴定 499
七、鉴定结论的审查 499
第九节　勘验、检查笔录和现场笔录 499
一、勘验、检查笔录 499
二、现场笔录 500
第十节　视听资料 500
一、概念 500
二、视听资料的特点 500
三、视听资料的作用 500
四、视听资料的分类 500
复习与思考题 500
拓展阅读书目 502
第七章　证据的分类 503
第一节　证据分类概述 503
一、证据分类的概念 503
二、证据分类与证据种类的联系和区别 503
三、证据分类的意义 503
第二节　原始证据与传来证据 503
一、原始证据与传来证据的划分依据 503
二、最佳证据规则 503
三、传闻证据规则 504
四、原始证据的特点和运用规则 504
五、传来证据的特点 504
六、传来证据的运用规则 504
第三节　言词证据与实物证据 504
一、划分依据 504
二、言词证据的特点 504

三、言词证据的运用规则 504
四、实物证据的特点 505
五、实物证据的运用规则 505
第四节　有利于被追诉人的证据 与不利于被追诉人的证据、本证和反证 505
一、有利于被追诉人的证据和不利于被追诉人的证据 505
二、本证与反证 505
第五节　直接证据与间接证据 505
一、直接证据与间接证据的划分依据 505
二、直接证据的特点 505
三、直接证据的运用规则 506
四、间接证据的特点 506
五、间接证据的作用 506
六、完全依靠间接证据定案的规则： 506
第六节　证明力强的证据与证明力弱的证据 506
一、划分依据 506
二、现行法律规定 506
第七节　主证据与补强证据 506
一、划分依据 506
二、我国法律要求补强的证据 507
三、补强证据的一般运用规则 507
复习与思考题 507
拓展阅读书目 508
第八章　证明对象 509
第一节　证明概述 509
一、证明的特点 509
二、严格证明与自由证明 509
第二节　证明对象的概念和特征 509
一、证明对象的概念 509
二、证明对象的特征 509
三、研究证明对象的意义 510
第三节　实体法事实 510
一、刑事诉讼中实体法事实的证明对象 510
二、民事诉讼中实体法事实的证明对象 510
三、行政诉讼中实体法事实的证明对象 510
第四节　程序法事实、证据事实和不需要证明的事实 510
一、作为证明对象的程序法事实的范围 510
二、证据事实不是证明对象 511
三、司法认知 511
四、我国刑事诉讼中不需要证明的事实 511
五、我国民事诉讼中不需要证明的事实 511
六、我国行政诉讼中不需要证明的事实 511
复习与思考题 512
拓展阅读书目 512

第九章　证明责任.....513
第一节　证明责任概述.....513
一、证明责任的概念.....513
二、证明责任的意义.....513
第二节　当事人的举证责任.....513
一、举证责任概述.....513
二、我国刑事诉讼中的无罪推定.....513
三、我国刑事诉讼中举证责任的具体承担.....513
四、我国民事诉讼中的举证责任.....514
五、我国行政诉讼中的举证责任.....514
六、举证时限.....514
七、证据交换.....515
复习与思考题.....515
拓展阅读书目.....516
第十章　证明标准.....517
第一节　证明标准概述.....517
一、证明标准概述.....517
二、自由心证与客观真实.....517
第二节　客观真实与主观真实.....517
一、客观真实.....517
二、主观真实.....518
三、法律真实.....518
第三节　我国证明要求与标准.....518
一、定案的证明要求与标准.....518
二、立案的标准.....518
第四节　疑罪的处理.....518
一、疑罪从无.....518
二、刑疑惟轻.....518
复习与思考题.....518
拓展阅读书目.....519
第十一章　推　定.....520
第一节　推定的概念和意义.....520
一、推定的概念.....520
二、推定的法律属性.....520
三、推定的意义.....520
第二节　推定的适用.....520
一、推定的设立.....520
二、推定的适用.....520
复习与思考题.....521
拓展阅读书目.....521
第十二章　法庭上的证据调查.....522
第一节　概　述.....522
一、证据查证的概念、程序和意义.....522

二、我国已经确立的质证规则.....522
第二节　证人证言的庭审调查.....522
一、证人不出庭作证的原因：.....522
二、解决证人出庭问题可能的对策.....522
三、证人宣誓.....523
四、对证人的询问.....523
五、对证人的处罚.....524
六、证人保护和经济补偿.....524
复习与思考题.....524
拓展阅读书目.....525
《证据法学》 课程实践教学环节.....526
一、实践教学任务和目的.....526
二、实践教学基本要求.....526
三、实践教学内容.....526
四、实践项目与学时分配.....526
五、考核方式.....526
六、教材及参考书.....526
七、说明.....526

前　言

证据法学是由刑事司法学院刑事诉讼法研究所开设的一门法学专业选修课。为了明确本课程的基本教学内容和要求，特编写本教学大纲。

本课程的内容是研究我国诉讼法和司法解释中有关证据问题的规定，并对比其他国家的与之对应的规定，进行理论上的分析。开设本课程的目的是向学生系统讲授我国证据制度的基本内容，掌握我国现有的法律规定，并分析其优缺点，为进一步完善我国的证据制度提出理论上的建议。

第一章　证据法学概述

本章教学目的和基本要求：了解证据法学的范围。了解证据法中的证据裁判原则和自由心证原则。重点思考诉讼中的真实查明任务。

学时分配：2

第一节　证据法学的概念及其研究对象

一、证据法学的概念

1．证据法：是指规定证据的提出与采纳、证明责任和标准、证人特权以及免证事实等问题的法律规范。

2．立法体例：无单独证据立法，散见于三大诉讼法证据章及最高法院司法解释中

3．最高法院关于行政、民事证据的单行司法解释。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下简称“民事证据规则”）。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（下简称“行政证据规则”）

4．学者们的主张和立法部门的态度

二、证据法学的名称

1．我国证据法学的范围。我国证据法学包括：美国证据学课程的内容；美国宪法刑事诉讼的内容（如第五修正案、第四修正案）；美国刑事诉讼法的内容（如证据开示）；美国刑法的某些内容（如侦查陷阱）。

2．我国证据法学的学科现状。

第二节　证据法学的内容

一、证据可采性

二、宪法刑事诉讼的限制

三、诉讼法中与证据相关问题的规定

四、少量的对证据证明力的限制

五、实践中对证据收集、判断以及在法庭上查证的具体方法

第三节　证据法的两个基本原则

一、证据裁判主义

认定案件事实，必须依靠证据。也可以表达为：除证据外不得推定犯罪事实。但是，存在例外，即刑事、民事、行政诉讼中都存在的免证事实（详见“证明对象”一章中的论述）。

二、自由心证

自由心证，又称“内心确信”，是指法律对证据的证明力不作预先规定而由法官在审理案件中加以自由判断的证据制度。

1808 年《法国刑事诉讼法典》率先规定，意大利、德国、日本采纳。

《法国刑事诉讼法》第 353 条

法律并不考虑法官通过何种途径达成内心确信；法律并不要求他们必须追求充分和足够的证据；法律只要求他们心平气和、精神集中，凭自己的诚实和良心，依靠自己的理智，根据有罪证据和辩护理由，形成印象，作出判断。法律只向他们提出一个问题：你是否已形成内心确信？这是他们的全部职责所在。

自由心证制度的主要内容：1、证据的证明力完全由法官凭自己的理性和良知自由加以判断；2、法官对案情的认定，必须在自己内心形成确信。

复习与思考题

1．刑事、民事、行政诉讼是否有相同的证据规则和原理？

2．客观性、关联性、合法性是不是共同的要求？

3．自由心证是否要求法官根据本案证据得出心证？有人认为，自由心证就是法官随意判案。你是否同意？

4．法官达成心证，是否要求心证达到客观真实的程度？有人认为客观真实是不可能达到的，你如何认识？

5．自由心证是大陆法系国家普遍采用的证据制度，你如何评价？

6．我国是否应当引入自由心证的原则？

7．证据法的两大原则是证据裁判和自由心证，在我国是否也是如此？

拓展阅读书目

1．陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社 2004 年版。

2．[台]周叔厚：《证据法论》第四版，三民书局（2000）。

3．[台]李学灯：《证据法比较研究》，五南图书出版公司（1992）。

4．[台]吴巡龙：《新刑事诉讼制度与证据法则》，台湾学林出版社（2003）。

5．易延友：《对自由心证哲学基础的再思考》，载《比较法研究》，1998 年第 2 期。

6．易延友：《证据学是一门法学吗？——以研究对象为中心的省察》，载《政法论坛》，2005 年第 3 期。

7．吴丹红：《面对中国的证据法学——兼评易延友<证据学是一门法学吗>》，载《政法论坛》，2006 年第 2 期。

8．史立梅：《程序正义与刑事证据法》，中国人民公安大学出版社 2003 年版。

9．毕玉谦、郑旭、刘善春：《中国证据法草案建议稿及论证》，法律出版社 2003 年版。

10．最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定，法释[2001]33 号；发布日期：2001.12.21； 实施日期：2002.04.01；

11．最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定，法释[2002]21 号，发布日期：2002.07.24，实施日期：2002.10.01；

12．最高人民法院关于刑事诉讼法若干问题的解释，证据部分。

第二章　外国主要证据制度

本章教学目的和基本要求：了解神示证据制度、法定证据制度、自由心证证据制度、英美法证据制度、苏联内心确信证据制度。重点思考证据的证明力能否通过法律预先规定的形式予以确定。

学时分配：2

第一节　神示证据制度

1．证据制度：法律规定或确认的关于诉讼中的证据的含义和种类、证明对象、证明责任、证明要求和标准，以及如何收集、审查判断证据，如何运用证据认定案件事实的各种原则、规则等的总称。

2．神示证据制度：根据神的启示来判断诉讼中的是非曲直。诅誓；水审和火审；决斗；卜筮；十字形证明。

第二节　法定证据制度

法定证据制度：又称形式证据制度，其主要内容是，一切证据的证明力的大小，以及对它们的取舍和运用，都由法律预先明文加以规定，法官在审理案件过程中不得自由评断和取舍。盛行于中世纪后期的欧洲大陆地区，16－18 世纪最为发达。1532 年《加洛林纳法典》。与纠问式诉讼相联系。

法定证据制度的主要内容：自白被认为是最完善的证据；证人证言：两个典型证人证言为完全的证据；按多数人的证言判断案情；男人、学者、显要、僧侣证言优先。

第三节　英美法系国家的证据制度

一、英美法系国家证据制度的历史背景

地域范围：英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等。

对抗制诉讼以及陪审团审判

不规定证据的证明力问题，重在可采性 （admissibility）

二、英美法系国家证据制度的主要内容

一般规定；司法认知；推定（证明责任）；相关性；特权；证人；意见证据和专家证言；传闻；真品性验证和辨认；书证、录制品和照片的内容。

第四节　前苏联的内心确信证据制度

苏联的内心确信证据制度：在苏维埃刑事诉讼中，法院依据案件一切情节的总和，加以审查，在进行证据的判断及决定哪些证据是符合其见解、哪些证据得不采纳甚至不视为证据，由审判员自由加以评定，并根据由此形成的确信对案件进行裁判。

复习与思考题

1．神示证据制度产生的原因是什么？我国历史上是否存在？

2．如何评价神示证据制度？

3．法定证据制度与神示证据制度的根本区别何在？

4．随着英美证据规则的引入，很多学者主张借鉴其内容来丰富我国证据法。你认为如何？

5．ICTY 的证据规则采取了两大法系折衷的办法，即：注重事实的查明，忽视技术性证据规则；吸取两大法系证据法中的合理内容；注重真实查明和诉讼效率的兼顾。你认为这是否是中国证据法的发展方向？

6．英美证据法的程序功能是什么？

拓展阅读书目

1．易延友：《英美证据法的历史与哲学考察》，载《中外法学》2004 年第 3 期。

2．[美]米尔建.R·达马斯：《漂移的证据法》，中国政法大学出版社 2003 年版。

3．[美]迈克尔.H.格莱姆：《联邦证据法》影印本，法律出版社 1999 年版。

4．齐树洁主编：《英国证据法》，厦门大学出版社 2002 年版。

第三章　中国证据制度

本章教学目的和基本要求：了解中国古代的证据制度，特别是刑讯制度、亲亲得相首匿、尸体勘验制度。了解我国目前证据制度的特点。重点思考中国古代实质正义的传统与现代根据举证责任进行裁判的冲突。

学时分配：2

第一节　奴隶社会的证据制度

允许刑讯；师听五辞：辞听、色听、气听、耳听、目听；疑罪从赎。

第二节　封建社会的证据制度

一、证据种类

1．被告人口供。“断罪必取输服供词”，“罪从供定，犯供最关紧要。”
2．原告人陈述。被害人或者第三人。
3．证人证言。“据众证定罪”、“亲亲得相首匿”
4．勘验笔录。宋慈的《洗冤集录》。
5．物证、书证。“赃状露验”

二、取证方式

刑讯合法化。对象包括被告人、原告人、证人。
1．刑讯的条件。
2．刑讯的工具。
3．刑讯的施行。
4．不许刑讯的对象。

三、证据的审查判断

1．五声听狱讼。
2．对质。
3．刑讯。

四、疑罪的处理

疑罪唯轻，实行有罪推定。

第三节　旧中国证据制度的近代转型

三个阶段：萌芽时期：清末变法。初步形成时期：临时政府和北洋政府。形成时期：国民党1928年和1935年刑事诉讼法，基本上实现了证据法的现代化改造。

第四节　新中国证据制度

一、创立与发展

1949 年废除国民党的六法全书，消灭法学教育、法官和律师，彻底进入无法无天的状态。
1979 年制定刑事诉讼法，深受前苏联理论与实践的影响。

二、新中国证据制度的特点

实事求是的证据制度。
坚持辩证唯物主义认识论，不轻信口供。
查明客观真实。
法院的依职权查证的责任。

复习与思考题

1．我国古代有追求实体正义的传统，因此追求判决的客观公正是我们民族文化的组成部分。如何看待这一民族传统文化？

2．近来有一起民事案件，主审法官依举证责任作出判决后，当事人自杀，后对该法官进行了刑事起诉。对此事你如何评价？

拓展阅读书目

1．陈光中等：《刑事证据制度与认识论——兼与误区论、法律真实论、相对真实论商榷》；载《中国法学》2001 年第 1 期。

2．陈瑞华：《从认识论走向价值论——证据法理论基础的反思与重构》，载《法学》，2001 年第 1 期。

3．易延友：《证据法学的理论基础》，载《法学研究》，2004 年第 1 期。

4．张建伟：《证据法学的理论基础》，载《现代法学》，2002 年第 2 期。

5．刘金友主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2001 年版。

第四章　证据的概念和意义

本章教学目的和基本要求：了解证据的概念。了解证据的相关性的要求。了解品格证据、习惯证据的相关性。对相关证据的偏见效果的衡量。了解证据对于诉讼的重要性。重点思考证据可采性与证明力的区别。

学时分配：5

第一节　证据的概念和特征

一、证据的概念

制定法较少进行规定，古今中外众说纷纭。例如，证据：是指在诉讼过程中，当事人用来证明自己主张的一切事实或材料。

学术界曾经存在的关于证据定义的争论：事实说；材料说；定案根据说；材料事实统一说。

三大诉讼法都规定了证据的种类，即证据的表现形式。同时，“必须经过查证属实，才能作为定案的依据”。定案根据的要素：1．必须被事实审理者确信为真实；2．必须是能够获得；3．不被证据法的规定所排除。

二、证据的基本特征

历史上的三性说与两性说之争。相关性和可采性。

1．关联性（相关性）。含义：是从证据事实与案件事实的相互关系方面来反映证据特征的，它要解决的是客观事实可以作为证据的内在根据问题。通俗地说，就是证据对案件事实能够起到证明作用。一般说来，关联性是一个逻辑问题，也就是说证据是否具有关联性，用常识、理性就能解决。但是，可能根据科技的发展而变化，例如弹道鉴定、指纹鉴定、DNA、测谎器等。但是，有时候是政策性的选择，例如“强奸盾牌条款”则是基于女权主义的考虑。一般说来，相似事实和品格证据不具有相关性。

2．可采性。可采性解决是究竟哪些证据可以在法庭上提出、被事实的审理者看见和听见的问题，也有人将其称为“证据能力”。证明力（weight）是指一项证据在事实的审理者心中的重量。应当将可采性问题和证据的证明力问题区分开来。可采性的价值。第一，基于诉讼效率的考虑，防止争议点模糊和诉讼拖延。例如，相关性规则就是为了防止证据调查范围的无限扩大而设立的证据可采性规则。第二，基于实体公正的考虑，防止可能不真实的证据进入法庭。比如排除传闻证据就是因为传闻证据可能不可靠以及不能经过主询问和反询问来检查其真实性。第三，基于程序公正的考虑，防止警察滥用权力，侵犯公民的基本权利。例如刑事诉讼中的非法证据排除规则就是为了制止警察用侵犯公民基本权利的方法取证。因此，要求认定案件事实依据的证据必须具有可采性是实现实体公正、程序公正和提高诉讼效率的要求。

第二节　证据的意义

一、是查明案情的主要手段

二、是当事人双方推进诉讼活动的必要条件

复习与思考题

1．现行刑事诉讼法采取的是事实说。“事实说”存在着什么问题？

2．我国对证据的定义是指整个诉讼过程中用以证明案件情况的材料，包括侦查、起诉和审判阶段。英美则专指法庭审判，如对证人的定义，对证据的定义，对证明的定义。这说明了我国刑事诉讼的什么重要特点？

3．如果你要提起一起诉讼，提出主张的时候必须提供什么来支持？

4．对于三性说和两性说的争论，你如何评价？

5．我国传统观点中使用的合法性，和英美法的非法证据排除规则有什么区别？

6．证据是否是查明案件事实的唯一手段？如果不是，还有什么方法？

拓展阅读书目

1．樊崇义等：《刑事证据法原理与适用》，中国人民公安大学出版社 2001 年版。

2．郭志媛：《刑事证据可采性研究》，中国人民公安大学 2004 年版。

第五章　非法证据排除

本章教学目的和基本要求：了解非法证据排除的含义。了解美国创设非法证据排除的历史背景和原因。分析私人不正当取证的处理。分析我国现有的非法证据排除的规定。分析毒树之果的处理。分析我国是否应当确立沉默权以及非法搜查、扣押获得的实物证据是否应当排除。重点思考非法证据排除的德国模式和美国模式，以及民事、行政诉讼中非法取证的处理。

学时分配：4

第一节　非法证据排除规则概述

一、排除规则和非法证据排除规则的关系

1．应当注意的是，有的学者将依照可采性予以排除的证据都称为“非法证据排除”，将不具有可采性的证据都称为非法证据，这种理解是不正确的。证据的排除规则是一个宽泛的概念，包括非法证据排除规则，但并不等同于非法证据排除规则。基于可采性的排除规则包括相关性规则、最佳证据规则、传闻证据规则、普通证人的意见证据规则和非法证据排除规则等等。一项证据被排除并不一定是基于非法证据排除，可能根据其他关于证据可采性的规则被排除。

2．非法证据排除的目的有两个模式：一个是美国模式，即其目的是在于限制国家权力，防止法律实施机构，特别是警察侵犯公民的基本权利；另一个是德国模式，目的是为了保护公民的宪法权利，特别是 free development of personality。

3．非法证据排除会带来一个重要的不利影响，就是不利于案件真实的查明。一项证据即使是真实的，但是如果属于警察采用侵犯公民基本权利的方式收集的，不能在诉讼中作为证据提出。

4．传统观点认为，只要是不具备合法性的证据都必须排除，而证据的合法性包括证据必须具备法定形式、具有合法的来源等等，不属于刑事诉讼法规定的七种形式的，不得采纳为证据。实际上，这是对非法证据的一个误解。不符合法定形式的证据并非就是非法证据；非法证据排除的目的仅仅是为了限制警察权力、防止公民权利受到侵犯，因此只有当国家权力的行使者——警察违法行使职权获得的证据才是非法证据。

二、非法证据的范围

1．刑事诉讼中的相关规定。

1998 年最高人民法院《关于执行<中华人民共和国刑事诉讼法>若干问题的解释》第 61 条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证属实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人陈述，不能作为定案的依据。”司法解释实际上就是排除刑讯逼供等方法获得的言词证据。

1984 年联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何已经确定系以酷刑引得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。”

2．民事诉讼中的相关规定。

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

注意：1995 年 3 月 6 日，最高人民法院在《关于未经对方当事人同意私自录制取得的资料能否作为证据使用问题的批复》中规定此类资料不能作为证据使用的规定已经作废，被最高人民法院

《关于民事诉讼证据的若干规定》所取代。

3．行政诉讼中的相关规定。

最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 55 条 法庭应当根据案件的具体情况，从以下方面审查证据的合法性：（一）证据是否符合法定形式；（二）证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求；（三）是否有影响证据效力的其他违法情形。

第 57 条 下列证据材料不能作为定案依据：（一）严重违反法定程序收集的证据材料；（二）以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料；（三）以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料；……

第 58 条 以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

第二节 刑事诉讼中的非法证据排除

联合国大会 1984 年 12 月 10 日第 39/46 号决议通过并开放供签署的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。”最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第 61 条严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的依据。

一、非法证据排除的确立对刑事诉讼的影响

非法证据排除规则是否在刑事诉讼法中确立，存在着一个价值权衡的问题。如果允许将非法取得的证据作为定案根据，对查明案件的真实情况、实现国家的刑罚权是有益的，但这样作是以破坏国家法律所确立的秩序和侵犯宪法保障的公民基本权利为代价的。反过来，如果对非法证据予以排除，又会阻碍对犯罪的查明和惩治。因此，一个国家是否确立非法证据排除规则，以及在多大程度上排除非法取得的证据，与该国的刑事诉讼的目的、主导价值观念、对公民个人权利的重视程度等因素都是相关的。

二、我国对非法取得的实物证据是否排除的规定

最高法院的司法解释没有做出规定。我国宪法第 37 条第 3 款规定，禁止非法搜查公民的身体；第 39 条规定，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。由此可见，不受非法搜查是公民的宪法权利，对于侵犯公民宪法权利而获得的证据如果予以采用，实际上就是对侵犯公民宪法权利的行为的默许和纵容，其危害的不仅仅是某个公民的隐私权，更是对宪法尊严的侵犯。也就是说，不排除非法搜查、扣押取得的证据，宪法的权威就的不到维护，司法公正就没有办法达到。

第三节 沉默权

一、沉默权的起源

沉默权（right to silence）在某些法律文件中被称作反对自证其罪的特权（privilege against self-incrimination）。其含义包括：1．不能强迫任何人作不利于己的陈述；2．任何人有权拒绝陈述、保持沉默，并被告知这一权利，并不得作对其不利的推论；3．陈述只有在自愿并了解陈述后果的情况下才可采。

《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条 3 款（庚）项规定：“在判定对他提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证：……不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”

二、沉默权的保障机制

1．讯问前的告知义务。美国的米兰达警告。英国 1994 年以前的警告和 1994 年之后的警告。

2．讯问中的保障程序。供述必须在自愿和了解后果的情况下作出才可采；律师有权在讯问时在场；不得采用损害其意志力、理解力的方法；羁押讯问分离；全程录像；等等。

3．证据的排除规则。违反自愿性的供述不具有可采性。德国、意大利、日本也如此规定。

4．无不利后果的裁判原则。不得因被追诉人保持沉默而作出对其不利的推论。

英国 1994 年 CJPOA 的改革。

三、沉默权与我国刑事诉讼

现行关于刑事诉讼的司法解释规定非法获得的言词证据不能作为定案的依据，但是刑事诉讼法第 93 条同时规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”这与反对强迫自证其罪的规则显然是矛盾的。我国规定犯罪嫌疑人如实陈述的义务，其立法理由是为了有利于发现案件的真实情况，有利于提高诉讼效率。

1．主张沉默权的理由。诉讼公正的要求。反映了无罪推定原则对举证责任的要求。沉默权并未成为打击犯罪的障碍。我国的侦查技术和手段可以确立沉默权。消除实践中的刑讯逼供现象。

2．反对沉默权的理由。有利于实体公正的实现。口供有着不可替代的证据价值。是量刑的酌定情节。要求其回答并不意味着可以刑讯。我国不一定照搬外国立法，特别是英国的改革给我们重新思考提供了契机。不利于打击犯罪，而我国目前犯罪率不断上升。是否确立沉默权应当根据各国传统而定。

四、我国应当引入沉默权以及具体设计

有人主张，应当对现行刑诉法如实回答的规定进行改革，确立反对强迫自证其罪的特权。理由有以下几个方面：（1）规定如实回答会导致一些不利的影响。要求犯罪嫌疑人、被告人如实回答，会导致公安司法机关过分依赖口供。（2）确立反对强迫自证其罪的规则，可以使我国的刑事诉讼制度与有关的国际条约相一致。（3）确立反对强迫自证其罪的规则有利于保障人权，有利于防止在刑事诉讼中使用不正当手段取证的行为，防止警察滥用权力侵犯普通公民的自由、财产和隐私权。

1．沉默权的具体设计。借鉴英国 1994 年议会通过的《刑事司法和公共秩序法》中对沉默权的限制，对于被告人拒绝在审判中提供陈述的，控诉方可以对其在侦查、审判阶段保持沉默的做法进行评价，或者援引其前后不一致的陈述来说明其陈述的虚假性，但不能强迫要求他必须回答控诉方的问题。还应当注意的是，即使在某些特定的情况下，法律要求犯罪嫌疑人、被告人负有一定的解释和说明义务，如果被告人选择拒绝提供陈述，法庭也不能以此作为对被告人定罪的唯一根据。

2．沉默权的配套措施。在刑事诉讼中讯问时沉默权的告知，以及讯问时律师在场的权利。不仅赋予犯罪嫌疑人、刑事被告人拒绝陈述的权利，而且要求在讯问前告知其沉默权，如果他决定放弃沉默权而接受询问，则他的律师有权在讯问时在场。在确立了沉默权的西方国家，在对犯罪嫌疑人进行讯问前，要告知其沉默权，以保证被追诉人的陈述是自愿的。

3．沉默权的放弃。如果犯罪嫌疑人、刑事被告人在了解供述的后果，完全自愿的情况下放弃沉默权，则代表国家的公诉方可以获得更多的证据材料，对查明案件的实质真实，准确地实现惩罚犯罪、保护无辜的任务，有着十分重要的意义。

4．如实供述的后果。犯罪嫌疑人、被告人可以用自愿作有罪供述来换取较轻的量刑。由于犯

罪嫌疑人可能面临刑罚的惩罚，一般不愿意作有罪的自愿陈述。因此，法律上应当规定对其如实陈述的鼓励措施，使犯罪嫌疑人在权衡全案的情况之后，作出是否愿意如实陈述的选择。

第四节　毒树之果

我国法律不要求排除毒树之果。对毒树之果是否应当予以排除，面临着两难选择：如果加以排除，是将保护被告人的权利高于对犯罪人追诉和惩治，不利于警察获得罪证，并且会削弱对犯罪的控制；如果不加以排除，则不利于宪法规定的公民权利的保护的实现，不利于制止警察的非法取证。结合以上两个方面的利益权衡，以及我国在排除非法证据方面刚刚开始尝试，目前不强制要求排除。

第五节　秘密侦查手段获得的证据

在司法实践中，公安机关、国家安全机关和检察院的侦查人员在侦查过程中，都在使用秘密侦查手段收集犯罪证据，以增强打击犯罪的力度，更迅速、更准确地侦破案件。在侦查中使用秘密侦查手段是世界各国普遍使用的侦查策略之一，但很多国家都是在刑事诉讼法中明确规定秘密侦查手段的种类、方法、令状的获得、令状的签发权限等进行规定，以防警察任意采用秘密侦查手段侵犯公民的隐私权。显而易见，如果秘密侦查手段不能受到一定的制约，其对公民权利侵犯的程度要远远大于普通的搜查和扣押，因为秘密侦查手段往往是采用一定的技术手段进行的，对公民权利侵犯的强度更深，而且一般是该行为进行后被侵犯权利者还毫不知情。

第六节　私人不正当获得的证据

我国刑事诉讼法对私人不正当获取的证据的可采性问题没有作出规定。在民事诉讼中，最高人民法院 1995 年曾在司法解释中规定：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”

2001 年 12 月公布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。这条规定实际上废除了上述批复关于未经对方当事人同意私自录音不得作为证据的规定，将应当排除的范围限制在“侵害他人合法权益”和“违反法律禁止性规定”的范围内。2002 年 7 月公布的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 58 条作了相同的规定。

第七节　侦查陷阱获得的证据

所谓“侦查陷阱”（entrapment），或者叫“侦查诱饵”，就是侦查人员进行一段时间的调查，已经掌握了一定的犯罪线索，但没有足以起诉的证据时，由警察经过化装制造条件，诱使犯罪者实施犯罪行为，然后当场抓获的侦查方法。在犯罪侦查中使用“陷阱”或“诱饵”是一个颇有争议的问题，一些人认为这是一种极为有效的侦查手段，而另一些人则认为它是一种带有诱人犯罪性质的不当侦查行为。

复习与思考题

1．在非法证据排除方面，你赞同美国模式还是德国模式？结合录音带案和日记案进行讨论。

2．司法解释中“不得作为定案的依据”含义是什么？法官是否可以看见和听见？起诉方是否可以在法庭上提出？

3．在我国，未告知犯罪嫌疑人沉默权而获得的供述是否可以作为定案的依据？侦查阶段没有会见律师的犯罪嫌疑人的供述是否具有可采性？

4．非法搜查、扣押获得的证据，在我国是否应当排除？对于不排除的理由，学术界通常的观点是因为非法获得并不影响其真实性，而且具有不可替代性。你认为如何？

5．非法证据的范围究竟应当如何确定？

6．我国目前刑事诉讼中对非法证据是如何规定的？学术界是如何定义非法证据的？目前司法解释规定排除的范围是怎样的？

7．依照目前的司法解释，民事、行政诉讼中是否存在非法证据排除规则？你的看法如何？

8．非法证据排除规则的价值目标是什么？

9．应如何解决传闻证据及未经庭审质证的证据？

10．Bentham 的名言：有罪者主张沉默的权利，无罪者要求说话的权利。你认为沉默权保护了什么价值，有什么弊端？

11．你对我国规定的如实回答如何评价？

12．国内对沉默权限制的主张。有人主张，控方提出证据后，如果被告人保持沉默或者无法反驳，就认定控方主张的事实成立。你认为如何？

13．如何解决口供的可靠性问题？

14．对于以刑讯逼供为由的翻供问题，应当如何解决？

15．超期羁押的问题应当如何加以解决？

16．刑讯逼供屡禁不止的原因何在？

17．如何解决民事、行政诉讼中以侵犯公民权利的方式获得的证据？

18．在刑事诉讼中公民私自以不正当手段获得的证据应当如何对待？

19. 非法取得的言词证据在我国是否强制排除？是否包括证人和被害人？应当由谁来证明刑讯等方法的存在或者不存在？

20．你认为解决“侦查陷阱”的根本方法是什么？

拓展阅读书目

1．杨宇冠：《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学 2002 年版。

2．易延友：《沉默的自由》，中国政法大学出版社 2001 年版。

3．[台]林辉煌：《论证据排除——美国法之理论与实务》，北大出版社 2006 年版。

4．何家弘：《毒树之果》，中国人民公安大学出版社 1996 年版。

第六章　证据种类

本章教学目的和基本要求：了解物证的概念和特点。分析物证的提出——证据的保管锁链。了解书证的概念和分类。分析书证的最佳证据规则。了解证人证言的概念、证人资格。分析警察作证的问题。了解对证人的询问、证人出庭的规定，以及如何进一步完善。了解民事、行政诉讼中当事人陈述的后果。了解刑事诉讼中被告人自愿认罪的后果。了解我国关于鉴定结论和专家证人的规定。重点思考我国是否应当确立证人特权，以及被告人自愿认罪是否应当省略对事实问题的审理。

学时分配：6

第一节　证据种类概述

一、证据种类的概念

是指根据证据事实的表现形式，在法律上对证据所进行的分类。

是否有必要规定证据种类？

二、我国诉讼法规定的证据种类

相同的有：物证、书证、证人证言、鉴定结论、视听资料。

刑事诉讼特有的：被害人陈述与犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解

行政诉讼法增加了现场笔录

三、我国目前无法纳入证据种类的方法

测谎器；警犬识别；秘密录音录像

第二节　物　证

一、物证的概念和特征

物证是指以其物质属性、外部特征、存在状况证明案件真实情况的物体或痕迹。物证与书证的区别。常见的物证。

二、物证的证明特点

客观性较强，比较容易查实。对科学技术依赖较强。证明范围狭窄，需要和其他证据相结合。

三、对物证原物的要求

最高人民法院刑诉法解释

第 53 条 收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。书证的副本、复制件，物证的照片、录像，只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原件、原物同等的证明力。制作书证的副本、复制件，拍摄物证的照片、录像以及对有关证据录音时，制作人不得少于二人。提供证据的副本、复制件及照片、音像制品应当附有关于制作过程的文字说明及原件、原物存放何处的说

明，并由制作人签名或者盖章。

另参见民事证据规则 10、20、21；行政证据规则 10、11、12、40。

第三节　书　证

一、书证的概念和特点

1．书证是指在诉讼以外形成的，并以文字、符号、图画等形式所表达的思想内容来证明案件真实情况的书面文件或其他物体。

2．特点：诉讼以外形成，与笔录相区别；以思想内容证明案件事实，与物证相区别；书面文件，与视听资料相区别。

二、书证的意义

1．常见。例如合同书、欠条、传单。

2．证明过程的直接性、确切性和简明性。

3．检验、印证其他诉讼内形成的证据。

三、书证的分类

1．公文性书证与非公文性书证。

2．依照制作书证时是否有特别要求，可分为一般书证与特别书证。

3．依照书证的形成方法不同，可分为原本、正本、副本、节录本、影印本和译本。

4．是否经过公证，分为公证书证与非公证书证。

第四节　证人证言

一、证人证言的概念

1．是指证人就其所了解的案件情况向司法机关所作的陈述。包括书面证词。

2．证人的资格。了解案件情况的当事人以外的诉讼参与人；生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人；证人应当是自然人。

二、警察作证的问题

对于警察应否出庭作证的问题，应区别对待。警察应当在以下几种情形下出庭提供证言：

1．警察在现场目击犯罪事实的发生，或者当场抓获犯罪人的情况。

2．警察实施勘验、检查、搜查、扣押等活动，即便形成了笔录，也应当在庭审时就勘验、检查、搜查、扣押等活动的进行过程提供证言，以便于当庭核实这些笔录的真实性和合法性。Chain of custody

3．当辩方对证据的合法性提出异议时，警察应当出庭提供证言，以证实没有刑讯逼供、没有非法搜查等情形，如提出口供的获得是出于犯罪嫌疑人、被告人的自愿、搜查是根据合法的搜查证进行的等等。

三、免证特权

在西方各国刑事诉讼立法中，几乎都有拒绝作证权的规定。拒绝作证权是指公民在法定情况下

可拒绝充当证人或对某些问题拒绝陈述的权利。在英美法中，拒绝提供证言的权利被称为特权，享有特权者可以拒绝提供证言或者阻止其他人对同一事项提供证明。

1．免证特权的种类。反对自我归罪的特权（沉默权）；配偶、近亲属的拒绝作证权；职业特权（医生、心理医生、记者、神父、律师）；公务特权（公务员、议员、高级官员）。

2．特权的理论基础。有美国学者认为，虽然欧洲大陆的法律思想可能会认为至少某些特权是与正确地查明事实这一目标相一致的，因为这些特权有助于防止伪证，但是英美法学家的分析一般是从这样一个前提出发，即承认这些特权构成了在诉讼中查明事实的一个不断的阻碍。假设这个前提是成立的，这就没有争议地证明了，对人类的自由来说，存在比准确地司法更为重要的东西。这其中之一就是在特定的人与人之间的关系问题上，人们有不被政府干扰的权利。

3．在我国是否确立证人特权。

四、证人证言的特点

1．就感知的事实进行陈述，不是他对事实的推断和分析判断意见。《民事诉讼证据规则》第57条 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言。《行政诉讼证据规则》第46条 证人应当陈述其亲历的具体事实。证人根据其经历所作的判断、推测或者评论，不能作为定案的根据。

2．善意的证人也可能提供不真实的证言。多种实验表明证人感知的事实的不完整性和不准确性。

3．与案件没有利害关系，一般比较客观，比当事人陈述的真实性、可靠性强。

五、证人证言的分类

1．有利害关系的证人与没有利害关系的证人。

2、完全行为能力的证人和限制行为能力的证人。

第五节　被害人陈述

一、被害人陈述的概念

是指刑事案件的被害人就其受害情况和其他与案件有关的情况向司法机关所作的陈述。

二、被害人陈述的分类

1．自然人的陈述和单位的陈述。

2．与犯罪嫌疑人有直接接触和无直接接触的被害人陈述。

3．完全、限制和无行为能力的被害人陈述。

4．有过错的被害人和无过错的被害人陈述。

三、被害人陈述的特点

1．可能最直接和形象地证明案件事实。

2．由于与案件事实和处理结果有利害关系，陈述虚伪的可能性较大。

3．误证，由于精神、心理原因错误作证。

4．诬告陷害（伪称强奸，自伤伪称他伤）。

第六节　犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解

一、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的概念

是指犯罪嫌疑人和被告人对被指控的犯罪事实及其他与处理案件有关的事实向办案人员所作的陈述，俗称口供。

二、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特点

1．对是否实施了犯罪最为清楚。
2．虚假的可能性最大。
3．真假混杂。
4．反复性较大。

三、对口供的分类

1．单犯口供和共犯口供。（攻守同盟；推卸责任；讯问技巧－－同案犯已经招供）
2．单位口供与个人犯罪的口供。（夸大单位的责任而推脱个人的责任）
3．有罪的供述和无罪、罪轻的辩解

四、单位犯罪主体的陈述

1．单位主要负责人的陈述；直接责任人的陈述；具体工作人员的陈述。第三种属于证人证言。
2．单位法定代表人应当出庭；如果与是单位犯罪的直接负责的主管人员，应由单位的其他负责人作为诉讼代表人出庭。

五、与口供有关的几个问题

1．沉默权问题与律师在场问题。
2．刑讯逼供问题，参考排除刑讯获得的言词证据；刑讯逼供屡禁不止的原因。
3．仅凭口供不能定案。（口供补强规则）

第七节　当事人陈述

一、概念

1．是指民事、行政诉讼中当事人就有关案件事实向人民法院所作的叙述和承认。
2．刑事附带民事当事人的陈述属于当事人陈述。
3．仅限于对事实的陈述才是证据。
4．特点：虚伪性、复杂性、反复性。

二、分类

1．是否有关事实的陈述
2．书面和口头
3．确认、否认和承认

三、当事人承认

1．概念：是指民事、行政诉讼中，一方当事人承认对方当事人提出的不利于己的事实的真实性和诉讼请求的合理性的口头或书面认可。

2．分类：诉讼中的承认和诉讼外的承认（后者不免除）。明示的承认和默示的承认（民事证据规则第 8 条规定可以免除）。

3．效力：免除当事人举证责任。

4．条件：须是诉讼中的承认；须是对案件事实和诉讼主张的承认；可以是明示的承认或者默示的承认（参看民事证据规则第 8 条，实际上是承认了默示的承认）；真实意思表示，没有威胁、引诱、欺诈（如果有证据证明是受胁迫或者重大误解作出与事实不符的，不能免除对方举证责任。）；不损害国家社会利益，不违背法律

5．承认后的反悔。对反悔的理由举证。

四、当事人陈述的意义

有利于迅速确定案件事实。

五、刑事诉讼中被告人认罪的后果

最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》

条件：被告人在诉讼中（法庭审理中）自愿认罪，同意适用这种程序审理，知悉认罪可能导致的法律后果，并且检察院同意。不适用于死刑、外国人犯罪等案件。

审理程序的特点：1．证据核实简化，控辩双方对无异议的证据，可以仅就证据的名称及所证明的事项作出说明。2．法庭辩论主要围绕确定罪名和量刑进行。3．一般当庭宣判。

量刑上的特点：对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。

第八节　鉴定结论

一、概念

1．是指接受司法机关指派或聘请或当事人及其法定代理人的聘请的鉴定人，对案件中的专门性问题进行鉴定后所作的书面结论。三大诉讼中都存在这一证据种类。

2．鉴定人的条件：与本案无牵连；没有其他身份；不是司法工作人员；具有专门知识的自然人。

3．我国鉴定人与证人的区别。证人提供的是事实；鉴定人提供的是意见。不存在回避问题；属于应当回避的范围。没有专门知识；必须具有专门知识。不可更换；可以更换。对案件事实的了解是在诉讼开始之前；诉讼开始之后才了解。不能阅卷，不能协商；可以阅览案卷，几个鉴定人可以互相讨论。

二、鉴定结论的特点

1．客观性强，与案件没有利害关系。（美国的费用补偿对专家证人的影响）

2．是意见而非事实

3．证明力高于其他证据

4．也有不实的可能

三、分类

1．按问题分，可以分为法医与医学鉴定、精神病鉴定、毒物鉴定、物品鉴定、笔迹鉴定、痕迹鉴定、会计鉴定、交通肇事鉴定、一般技术鉴定。

2．一般鉴定和特别鉴定（假币、淫秽物品）

四、新兴科学

DNA；声纹鉴定；测谎器（polygraph）；指纹数据库

五、2005 年全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定

1．国务院司法行政部门主管全国鉴定人和鉴定机构的登记管理工作。省级人民政府司法行政部门依照本决定的规定，负责对鉴定人和鉴定机构的登记、名册编制和公告。

2．侦查机关根据侦查工作的需要设立的鉴定机构，不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务。人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构。

3．在诉讼中，当事人对鉴定意见有异议的，经人民法院依法通知，鉴定人应当出庭作证。拒绝出庭作证情节严重的，撤销登记。

六、当事人申请鉴定和法院依职权决定鉴定

1．法院在证据保全时可以采用鉴定的方法。（民事证据规则 24 条）

2．当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。对需要鉴定事项负举证责任的当事人，如果不申请，承担举证不能的后果。（第 25 条）

3．鉴定机构、鉴定人员由双方当事人协商。协商不成的，法院指定。（26 条）

4．申请重新鉴定的条件: 对法院委托的鉴定，必须提出证据证明存在下列情形之一：不具备鉴定资格；程序违法；依据不足；其他等情形。（27 条）对一方当事人自行委托的，只要有证据足以反驳。（28 条）

七、鉴定结论的审查

1．审查内容：委托人的姓名和鉴定的内容；材料；鉴定的依据；鉴定过程；明确的鉴定结论；鉴定资格；鉴定人和鉴定机构的签名盖章。（29 条）

2．证明力特点：人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，可以认定其证明力。（71 条）（对此的争论）

第九节　勘验、检查笔录和现场笔录

一、勘验、检查笔录

1．勘验笔录，是指对与案件有关的场所、物品或者尸体，由特定专门机关的办案人员依其职权和法定程序，进行勘查、检验而做的客观记载。

2．检查笔录，是指办案人员为确定被害人、犯罪嫌疑人、被告人的某些特征、伤害情况或者生理状态而对他们的人身进行检查和观察而做的客观记载。

3．侦查实验笔录。

特点：客观性较强；反映内容比较全面；记录手段多样。

意义：独立证据种类；发现、收集、固定证据的重要方法；是揭示证据证明力的重要方法。

二、现场笔录

是指行政执法机关及其工作人员在实施具体行政行为时，对现场情况所作的笔录。如交通违章案件进行处罚的现场笔录。

特点：主体；现场；事实和过程；文字为主。

第十节　视听资料

一、概念

是指以录音、录像机以及计算机等高科技设备记录并显示的内容来证明案件事实的证据。

三大诉讼都存在

具体表现：秘密或者公开的录音录像资料；电子邮件；录音遗嘱；电话打入打出的记录；电子商务；电子结帐……

二、视听资料的特点

生成和显示时依赖高科技设备。客观性强。易毁灭和删改，且不留痕迹。形象和生动、连续、逼真，信息容量较大

三、视听资料的作用

某些视听资料可以单独证明案件的主要事实

证明侦查过程中询问、讯问合法。

四、视听资料的分类

录音资料、录像资料和电子数据

诉讼外的资料和诉讼中的资料（如讯问时的录像）

原件与复制件

复习与思考题

1．证据种类与证据分类有何区别？

2．司法认知和推定是不需要运用证据加以证明的事实。那么，司法认知是否应当作为证据的一种？

3．我国将人的陈述划分为四种，这和美国法统一将之视为证人证言相比，有何优缺点？

4．在我国，书证的副本是否具有可采性？如果可以提出，那么条件是什么？以上的规定是否就是最佳证据规则？物证能否提出照片、录像？

5．对副本、复制件，我国是从证明力的角度加以限制。这是否符合最佳证据规则的原意？

6．某甲贪污案中，有某甲涂改的购买电脑一台的发票，由 4000 元改为了 14000 元。这张发票是物证还是书证？

7．某甲在思考了一段时间之后，决定亲笔书写一份供词。这是书证还是供述与辩解？

8．某杀人案件的现场在勘验时进行了录像。该录像带是何种证据？

9．某杀人案，警犬发现了藏有尸体的冰箱。这属于何种证据？

10．公文书证的证明力上有什么特点？法律依据是什么？

11．经过公证的书证在证明力上有什么特点？

12．哪些书证是原件，哪些是非原件？

13．译本在什么时候有要求？译本是否单独成为一种证据？

14．审判员甲在上班路上目睹一起伤害案。他应当以何种身份参加诉讼？

15．我国对证人资格做了哪些方面的规定？

16．某男孩，6 岁，目睹了其舅父某甲扛一个用毯子包起来的一个长的圆筒去了后山的竹林。他能否成为证人？

17．某甲，系聋哑人，目睹一起伤害案。能否作证？

18．某甲，系精神病人，能否就私房买卖合同作证？

19．我国古代对证人特权是怎么规定的？

20．我国目前法律不规定特权的原因是什么？

21. 学术界越来越多的人愿意接受证人特权的规定，特别是对律师－当事人特权已经基本接受。这是否表明我国证据法价值的多元化已经成为主流？

22．我国是否已经确立了“意见证据规则”？

23．在我国诉讼的庭审中，律师可否提出“反对，证人完全是一种猜测”？

24．证人与当事人如果有利害关系，例如兄弟姐妹、恋人、杀父仇人，能否作为证人？

25．证人与案件有利害关系，是否影响证言的证明力？

26．未成年人的证言，在证明力上是否有限制？

27．被害人是否要在法庭上接受各方的询问？

28．被害人是否有权在所有证人作证的时候在场？其他证人是否可以旁听庭审？

29．被害人陈述是否都是直接证据？

30．按照传统观点，单位能否提供被害人陈述？

31．我国是否赋予了犯罪嫌疑人沉默权？ICCPR 是否要求赋予沉默权？我国该怎么处理？

32．我国法律对口供的证明力有何特殊规定？

33．如何解决时供时翻的问题？

34．某甲因房屋买卖纠纷到某镇法庭提起民事诉讼。该庭庭长对书记员说：“带他去录一下口供”。该庭长的说法是否正确？

35．当事人陈述是否包括刑事诉讼中的当事人？

36. 当事人的承认的后果是什么？刑事诉讼中被告人承认的后果是什么？这个被告人认罪的案件的普通程序是否和美国的辩诉交易类似？你认为这种规定的好处何在？有什么不足？回顾当事人承认的有关规定，刑事诉讼中是否和民事、行政诉讼类似？

37. 在英美，被告人做有罪答辩的后果是什么？我国是否应当借鉴？你认为是否有必要区分事实上有争议的案件和事实上没有争议的案件？

38．我国的民事证据规则和行政证据规则已经吸收了意见证据规则，即普通证人（lay witness）只能提供事实，不能提供意见。那么，鉴定人是否可以提供意见？英美法中，是否允许专家证人（expert witness）提供意见？

39．依据《鉴定问题的决定》，哪些机关不能设立鉴定部门？对公安、检察的鉴定部门，有什么样的限制？

40．测谎器的结果能否作为证据使用？

41．我国有人主张，在鉴定人之外设立专家证人。你认为如何？

42．勘验、检查笔录，在法庭上应当如何提出？在我国，勘验、检查的警察是否出庭提供陈述并接受主询问和反询问？

43．你认为是否有必要增加规定警察对勘验、检查的内容出庭陈述并接受询问？

44．在英国，CCTV（close circuit Television）成为各个城市继水、电、下水道、电话之后的第

五重要的公共设施。城市街道、停车场、大学校园、机场普遍安装，保安只需要坐在几十个屏幕前即可。你认为是否侵犯公民的基本人权？

45．在中国，银行、饭店、机场、地铁、居民小区都有 CCTV。你认为这是否侵犯了你的隐私权？如果有明确告知，是否可以？如何评判这种 surveillance 的合理性？

拓展阅读书目

1．王进喜：《刑事证人证言论》，中国人民公安大学出版社 2002 年版。

2．[美]乔恩·R·华尔兹著，何家弘等译，《刑事证据大全》，中国人民公安大学出版社 1993 年版。

3．[美]乔恩·R.华尔兹：《刑事证据大全》第二版，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

4．[美]弗雷德·英博：《审讯与供述》，何家弘译，群众出版社 1992 年版。

5．[美]阿瑟 S·奥布里等著：《刑事审讯》，西南师范大学出版社 1998 年版。

第七章　证据的分类

本章教学目的和基本要求：　了解证据分类和证据种类的区别。了解实物证据与言词证据、原始证据与传来证据、有罪证据和无罪证据、直接证据和间接证据、主证据和补强证据的划分。重点思考我国是否应当确立传闻证据规则。

学时分配：2

第一节　证据分类概述

一、证据分类的概念

是指对诉讼法中所规定的各种法定证据种类的诉讼证据，根据其自身的特点，从不同角度，按照不同的标准，在理论上将其划分为若干不同的类别。

分类的特点：

1．对象限于诉讼法规定的法定证据种类

2．从不同的角度分类（种类的划分标准是单一的）

3．理论上的分类（种类是法定的）（但民事、行政证据规则规定了原始证据优于传来证据、直接证据优于间接证据）

二、证据分类与证据种类的联系和区别

1．种类是法定的，分类是学理上的。

2．种类是根据证据的表现形式，而分类的划分依据则多样。

3．种类对证据特性的表现比较单一，分类从不同角度审视证据的特性。

三、证据分类的意义

有助于研究分析各类证据的特点。

有利于指导司法实践。

第二节　原始证据与传来证据

一、原始证据与传来证据的划分依据

1．划分依据是根据证据的来源，是否经过了传抄、复制、转述，与是否由司法人员亲手搜集无关。

2．第一来源不仅仅限于案件事实。

3．传来证据与传闻证据

二、最佳证据规则

英美法对非原件、原物和未出席法庭的人的陈述的限制主要是最佳证据规则（best evidence rule）和传闻证据规则（the rule against hearsay）。最佳证据规则就是要求书证必须提供原件，复制件只有在原件提出确有困难的情况下才具有可采性。我国目前的法律已经确认了这个规则，但范围比较宽，包括实物证据。我国的规则可以称之为原始证据优先规则。

三、传闻证据规则

传闻证据（hearsay）是英美法一个十分重要的概念。其定义是，一个人的法庭外陈述被用来证明案件事实。原则上传闻证据不可采，依照反对传闻证据的规则予以排除。美国联邦证据规则第八章规定了传闻证据。

我国法律对传闻证据并不排斥。例如，其他人听到的被告人的法庭外陈述，也可以被用作证明案件事实的依据。

法庭外的证人证言笔录属于传闻证据。因为原始陈述者并没有出庭接受当事人各方的询问。

反对传闻证据的理由。其理由主要有三个方面：有转述不准确的危险；没有宣誓；无法接受控辩双方的主询问和反询问。其中最主要的是为了保障控辩双方对证言进行质疑的机会。

四、原始证据的特点和运用规则

1．不存在因传播环节而失真的可能（但言词证据本身也可能不实）

2．原始证据的证明力大于传来证据。

五、传来证据的特点

1．证明价值随着中间环节的增加而减弱。

2．不同的传播方式对其影响不同。

3．作用：可据以发现和收集原始证据；可据以审查验证原始证据；可与其他证据相印证；查证属实的传来证据可以作为定案的根据。

六、传来证据的运用规则

1．没有查明来源的不能作为定案的依据。

2．必须经过查证核实

3．尽量用传播环节少的证据

4．在法律规定的特定情况下，才可以查证属实的传来证据定案

第三节　言词证据与实物证据

一、划分依据

1．根据其表现形式。凡是以人的陈述为表现形式的诉讼证据都是言词证据。证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、当事人陈述和鉴定结论都是言词证据。凡是表现为一定实物的证据叫做实物证据。物证、书证；勘验、检查笔录，现场笔录；视听资料都是实物证据。

2．需要特别注意，鉴定结论属于言词证据，勘验、检查笔录属于实物证据。

二、言词证据的特点

关联性明显，形象、生动，直接证明案件事实

陈述人可能主动提供

受是否愿意如实陈述、感知、记忆、表达的影响

三、言词证据的运用规则

1．严禁刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法方法。

2．审查是否故意伪证，是否受到贿买、威胁，是否误证。
3．要求亲自出席法庭提供陈述，并接受各方的询问。

四、实物证据的特点

1．不受人的影响，较为客观、可靠。
2．只是一个侧面，需要推理
3．依赖于人类的认识能力

五、实物证据的运用规则

1．必须注意与言词证据相结合
2．必要时进行辨认和科学鉴定

第四节　有利于被追诉人的证据与不利于被追诉人的证据、本证和反证

一、有利于被追诉人的证据和不利于被追诉人的证据

1．划分依据：证据的证明作用。有利于被追诉人的证据：凡能够证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻以及应当从轻处罚或者减轻、免除刑事责任的证据。不利于被追诉人的证据：凡能证明犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重以及应予从重处罚的证据。有的教材划分为有罪证据和无罪证据；控诉证据和辩护证据。

2．划分的意义。有助于指导司法人员全面收集证据。刑诉法第 43 条规定“收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的证据。”第 89 条规定“有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。”有助于辩护律师正确履行辩护职能。除非重大犯罪预谋，律师不得揭发被追诉人。

二、本证与反证

划分标准：民事、行政诉讼中按照诉讼证据证明作用方向的不同。凡能证明负举证责任的当事人一方所主张事实成立的证据，为本证。凡证明负举证责任的当事人一方所主张事实不能成立的证据，为反证。

第五节　直接证据与间接证据

一、直接证据与间接证据的划分依据

1．划分根据：证据与案件主要事实之间的证明关系。直接证据：凡能单独直接证明案件主要事实的证据。间接证据：凡不能单独直接证明、而需要和其他证据结合起来才能证明案件主要事实的证据。主要事实：刑事诉讼中是指两个方面，犯罪行为确已发生和是被追诉人所为。

2．刑事诉讼中可以分为肯定有罪直接证据和否定有罪直接证据。肯定有罪直接证据必须能够证明案件主要事实的两个方面，而否定有罪的直接证据只要求能够单独直接证明犯罪行为没有发生或者该行为确非被追诉人所为任何一个方面。

二、直接证据的特点

1．揭示的事实内容与案件的主要事实重合，因而不需要推理，不需要和其他证据相结合。2．多

为言词证据，虚假和误证的可能性大。

三、直接证据的运用规则

1．不同的直接证据证明范围不同；2．不能仅仅靠一个直接证据定案，需要其他证据印证。仅凭口供不能定案，要注意对口供的审查。

四、间接证据的特点

只有与其他证据相结合并组成一个完整的证据锁链，才能证明案件主要事实。

五、间接证据的作用

1．确定侦查方向，比如指纹、脚印；2．发现直接证据的线索；3．查证直接证据；4．支持直接证据；5．没有直接证据，仅凭间接证据也可以定案。

六、完全依靠间接证据定案的规则：

1．客观性；2．关联性；3．不矛盾性；4．完整的证明体系；5．排他性。

第六节　证明力强的证据与证明力弱的证据

一、划分依据

以证明力大小为划分标准。证明力强的证据：证明作用比较大的证据。证明力弱的证据：证明作用比较小的证据。指多个证据对同一证明对象证明的可靠性、可信度和充分性而言。

二、现行法律规定

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 63 条 的规定与此大体相同。

第七节　主证据与补强证据

一、划分依据

1．能否对案件主要事实起主要的证明作用和一方对另一方有担保依赖关系。

2．主证据：是指基于证据本身的特殊性质，需要与其他证据增强或者担保其证明力方得作为认定案件主要事实主要根据的证据。

主证据的两个特点：具有证明案件主要事实的主要证明价值。例如口供。基于本身的特殊性质，为了确保其真实性，需要其他证据予以补充，担保其证明力。

3．补强证据，是指为了增强、担保主证据的证明力而提出的诉讼证据。两个特点：作用是担

保主证据的证明力；也是证明案件主要事实的证据。

4．英美法要求补强的证据。日本法要求补强的证据。台湾法要求补强的证据。

二、我国法律要求补强的证据

刑事诉讼法第 46 条规定，只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚。这一规定实际上就是要求对口供进行补强，口供必须有补强证据才能据以定案。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 69 条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：（一）未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言；（二）与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言；（三）存有疑点的视听资料；（四）无法与原件、原物核对的复印件、复制品；（五）无正当理由未出庭作证的证人证言。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 71 条 的规定与此大体相同。

三、补强证据的一般运用规则

1．补强证据应当来自不同的来源。如被告人法庭外的自白和庭审中的自白，就不能作为补强证据。

2．应当具有共同的证明对象。如未成年人目睹犯罪事实与被告人供述相互补强。

3．补强证据不能由增强可信性的证据来取代。

4．补强证据应达到一定的充分性。

复习与思考题

1．学位证书的复印件是原始证据还是传来证据？

2．证人甲看到张三杀李四，回家告诉了父亲乙。乙向法庭的陈述是原始证据还是传来证据？

3．证人甲向侦查人员提供了陈述，但没有出庭。公诉人宣读了甲的证言笔录，是否属于传来证据？是否属于传闻证据？

4．刑诉法解释、民事证据规则和行政证据规则规定了证人可以不出庭的情形。你认为范围是否合适？

5．司法实践中证人证言笔录较多使用，这样有什么不利的影响？

6．如果一个证人不具备法律规定的不出庭的情形，但是也不出庭作证，法院有什么办法？

7．假设我国立法机关接受了证人不出庭应当受到法律制裁的主张，规定对无正当理由不出庭的人可以拘留、罚款。你认为在公安机关、人民检察院阶段不提供陈述的证人，公、检是否可以对其进行制裁？

8．有人主张，应当赋予律师强制取证权。你认为如何？是否有权制裁？

9．民事证据规则第 69 条规定，无正当理由未出庭作证的证人证言不能单独作为认定案件事实的依据。那么，书面证人证言笔录在不符合例外的情况下，可否向法庭提出？

10．行政证据规则第 63 条规定，出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言。那么，未出庭的证言可否向法庭提出？

11．对于陈述者在法庭上作证，有一问一答和连贯陈述两种选择。你赞成哪一种？

12．我国司法解释规定对作证的陈述人不能诱导。有人说，是因为 leading 的翻译造成的。你认为对陈述者能否 lead？

13．视听资料属于实物证据还是言词证据？

14．视听资料是否可能证明案件的主要事实？

15．某杀人案现场发现指纹一枚。经鉴定，与甲的指纹同一。指纹是何种证据种类？是言词证据还是实物证据？认定同一是何种证据种类？言词证据还是实物证据？

16．我国证人出庭问题是一个带有普遍性的问题。诉讼中证人不出庭作证的原因和对策是什么？

17．在英美法的几个重要证据规则中，我国已经部分吸收了意见证据规则（opinion evidence）、最佳证据规则(best evidence rule)、传闻证据规则(rule against hearsay)，标志着我国证据法学的现代化与国际的接轨。那么，除了英美法系国家、台湾和日本，其他国家是否也确立了这些原则？国际刑事法庭的规定又是如何？我国在以上方面的规定具体都是怎么样的？

18．有利于被追诉人的证据一定是无罪证据，这个说法正确否？

19. 我国法律是否规定了律师和当事人之间的交流受特权保护？是否禁止律师泄漏其交谈的内容？

20．按照主流观点，律师在何种情况下可以揭发被追诉人？这和美国关于 lawyer－client privilege 的规定是否一致？

21．按照现行法律和司法解释，仅凭口供不能定案这一规则是否适用于被害人陈述？你是如何看待的？

22．民事诉讼规则、行政诉讼规则关于口供以外的证据要求补强的规定是否应当适用于刑事诉讼？

23．有人认为，“孤证不能定案”，并且要求写入证据法。你的看法如何？

24．你认为补强证据应当达到什么样的程度？是与主证据结合能够证明案件事实，还是不考虑主证据就足以证明案件事实？

25．某杀人案，被告人作有罪供述，控诉方有杀人的手枪，上面有被告人的指纹；被害人尸体里的子弹头经鉴定就是这支枪发射的；被告人在作案现场被警方抓获。哪个是主证据，哪些是补强证据？是否足以定案？

拓展阅读书目

1．樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社 2004 年版。

2．卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2002 年版。

第八章　证明对象

本章教学目的和基本要求：了解关于证明对象的理论和司法解释的有关规定。了解我国司法解释中对免证事实的规定。重点思考我国应当如何确定免证事实的范围，例如司法认知的范围究竟如何确定、民事裁判是否可以约束将来的刑事审理等。

学时分配：2

第一节　证明概述

一、证明的特点

1．案件事实不可逆转，只能根据证据进行推理。

2．是在诉讼程序中进行的，受诉讼法的调整。

3．证明的主体是特定的机关和诉讼参与人。

4．证据必须具有关联性和可采性。

5．证明方法是逻辑推断、事实推断和客观验证的结合。

二、严格证明与自由证明

严格证明：凡涉及案件的发生过程、行为人的罪过、刑罚的幅度，以及民事行政实体法有关的事实，也就是涉及对定罪、量刑和处理民事、行政案件有实体意义的事实情节，法律对其证明作出严格规定的。

必须严格依照法定程序进行；必须达到高度“确信”程度，刑事诉讼要求达到排除合理怀疑的程度，民事行政诉讼要求达到优势证据的程度。

自由证明（释明）：举证证明具有灵活性，需要达到的证明程度，只限使裁判官相信“大概如此”为满足。

我国法律没有规定。限于对实体处理没有影响的程序法事实。

第二节　证明对象的概念和特征

一、证明对象的概念

是指在诉讼中专门机关和当事人等（或称证明主体）必须用证据予以证明或者确认的案件事实及有关事实。也称“待证事实”或者“要证事实”。

不同诉讼证明对象不同，不同案件不同，不同阶段不同（如采取强制措施时）。

二、证明对象的特征

1．必须是与案件有关联并对正确处理案件有影响的事实。

2．作为证明对象的事实，一般由法律规定。比如杀人罪的犯罪构成；从重从轻的量刑情节；饲养动物致人损害的赔偿范围及免责条件等。

3．必须是需要运用证据加以证明的事实，不能是免证事实。比如，众所周知的就不用证明。

4．与证明责任、证明要求紧密相关。不同的事实可能由不同的主体负举证责任，比如环境污染、动物致人损害等。

三、研究证明对象的意义

1．有利于指导专门机关和当事人进行证明活动。可以有的放矢地收集证据，准备诉讼。

2．集中应予证明的事实，防止浪费诉讼资源，防止遗漏应予证明的事实。

第三节　实体法事实

一、刑事诉讼中实体法事实的证明对象

最高人民法院关于刑事诉讼法的解释第 52 条规定。因而，刑事诉讼中的证明对象可以概括为与定罪和处刑有关的事实。理论上归纳为四个方面：有关犯罪构成方面的事实；有关排除行为刑事责任的情况；量刑的情节；被告人的个人情况和犯罪后的表现。

二、民事诉讼中实体法事实的证明对象

民事诉讼的实体法事实是指当事人主张的关于实体权益的法律事实。它是指当事人主张的为民法、经济法、婚姻法、继承法等实体法所规定的引起民事法律关系设立、变更和终止的法律事实。因为当事人进行诉讼，是由于实体法规定的权利受到侵害或与他人发生争议，要解决争议，就必须查明实体法规定的事实是否存在以及实体权利受到侵害或发生争议的原因。

另外，民事诉讼的证明对象还包括：1．经验规则。指根据实践获得的反映事物内在规律的法则。如果是常识性的，不需要证明；但当运用专门经验规则证明待证事实时，审判人员与一般人都不易知道，则该规则为证明对象。2．外国现行法和港澳台地区的有关现行法。对于国内法，一般遵循“法官知悉法律”的原则，当事人并不承担举证责任，但是外国法律和地方性习惯，不属于法官职务上应当知悉的范围。外国法律一般指处理涉外案件时所适用的外国实体法律。其查明的顺序是：当事人提供；我国驻外国使领馆提供；该国驻华使领馆提供；中外法律专家提供。国际条约和国际惯例，有的时候也需要当事人提供。有人认为地方法规，即我国的具有地方性质的法律规范也能够成为证明对象，因为我国地方性法规较多，审判人员不可能一一了解。

三、行政诉讼中实体法事实的证明对象

1．行政机关的具体行政行为的法律依据和规范性文件及某些行政法规、规章。

2．具体行政行为所依据的事实。

3．具体行政行为是否符合法律、法规。

4．行政侵权损害的事实。

5．滥用职权或超越职权的事实。

第四节　程序法事实、证据事实和不需要证明的事实

一、作为证明对象的程序法事实的范围

1．关于回避的事实。

2．关于申请恢复耽误的诉讼期限的事实。（不能抗拒的原因或者其他正当理由）（诉讼费用的缓、减、免）

3．影响采取强制措施的事实。（怀孕、严重疾病）

4．一审严重违反法定诉讼程序，如刑事诉讼法第 191 条，会导致发回重审的结果。（公开审

判；回避制度；法定诉讼权利；审判组织不合法；其他可能影响公正审判的。）

5．当事人申请再审的事实。如刑事诉讼法第 204 条的规定。（新证据证明原判决确有错误；证据不确实不充分；适用法律有错误；审判人员违法行为）

6．关于证据保全和诉讼保全措施的事实。（证据可能日后无法获得；财产可能被转移）

二、证据事实不是证明对象

1．只是证明的手段，不是案件事实本身。2．查证属实属于证据审查判断的内容。3．据以定案的证据都是具有客观性的，是真实的。

三、司法认知

1．美国法中的司法认知。所谓司法认知，是指法院对某些事实，可以无需证明就认为存在。司法认知可以分为对事实的司法认知和对法律的司法认知。在美国的证据法中，司法认知的范围包括：事实问题的司法认知；法律的司法认知。

2．台湾法中的司法认知。公知事实；裁判上显著的事实；职务上已知的事实。

四、我国刑事诉讼中不需要证明的事实

在法庭审理中，下列事实不必提出证据进行证明：1．为一般人共同知晓的常识性事实；2．人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实；3．法律．法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实；4．在法庭审理中不存在异议的程序事实；5、法律规定的推定事实。

五、我国民事诉讼中不需要证明的事实

最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》第 75 条规定下列事实，当事人无须举证：

1．一方当事人对另一方当事人陈述的事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；当事人在诉讼中作出的明示或者默示的承认，免除对方当事人的举证责任。

2．众所周知的事实和自然规律及定理；

众所周知的事实，指在一定范围内，被大多数人认为是客观真实的事实。例如 1976 年唐山发生的地震，2003 年的伊拉克战争，10 月 1 日是国庆节，这就是众所周知的事实。

自然规律和定理，比如生物学中雌性繁衍后代，医学上呼吸停止意味着死亡，指纹人各不同，DNA 重复率为 60 亿分之一，等等。

3．根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；

是指根据生活经验、客观事物的因果关系或者法律规定，从一个事实推定出另外一个事实。例如，夫妻关系存续期间所生子女推定为婚生。

4．已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；其意义一是能够提高诉讼效率，二是防止法院作出相互矛盾的判决。

5．已为有效公证书所证明的事实。（民诉法明确规定）

此外，有人还主张司法人员依职权可以认知的事实，也不必加以证明，如国内法等。

六、我国行政诉讼中不需要证明的事实

下列事实法庭可以直接认定：1．众所周知的事实；2．自然规律及定理；3．按照法律规定推定的事实；4．已经依法证明的事实；5．根据日常生活经验法则推定的事实。前款第 1、3、4、5 项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

另外，生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实，可以作为定案依据。但是如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序予以纠正后恢复诉讼。

复习与思考题

1．证明（proof）在英美是指在法庭上提出证据和说服事实的审理者。在我国，证明的含义有什么不同？

2．我国法律中是否有严格证明和自由证明的规定？

3．关于口供获得的合法性问题，有人认为，控方应当对口供合法取得负举证责任，并且应当严格证明。你认为如何？

4．哪些事实可以用自由证明的方式？

5．对于联合国宪章以及我国缔结、参加的国际公约，是否应当属于法官予以认知的范围？我国的法官及法学院的学生，是否有机会了解这些规定？

6．司法认知（Judicial Notice）的范围应当多大？在我国，国内法是否应当进行认知？外国法、港澳台法是否是认知的范围？

7．如果对一个录像带的真实性发生争议，并且针对其是否经过剪辑进行了鉴定，其证明对象是什么？

8．民事生效判决裁定确定的事实，控诉方在刑事诉讼中是否不需要证明？

9．在刑事诉讼中，被告人在庭审中正式承认犯罪是否免除控诉方的举证责任？

10．在刑事诉讼中，公诉方是否有责任证明被告人精神正常？是否需要证明被告人了解中国法律？

拓展阅读书目

1．吴宏耀、魏晓娜：《诉讼证明原理》，法律出版社 2002 年版。

2．樊崇义等著：《刑事证据法原理与适用》，中国人民公安大学出版社 2001 年版。

3．何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社 2004 年版。

第九章　证明责任

本章教学目的和基本要求：了解我国法律和司法解释关于刑事、民事、行政诉讼中证明责任的规定。分析民事诉讼中当事人举证和法院查证的关系。重点思考刑事诉讼中被告人是否承担举证责任以及人民法院是否承担证明责任。

学时分配：2

第一节　证明责任概述

一、证明责任的概念

是指司法机关或某些当事人应当收集或提供证据证明应予认定或阐明的案件事实或自己所主张的事实的责任，否则将承担其所认定的事实或主张事实有不能成立危险的法律后果。

分为司法机关的证明责任和当事人的举证责任。

二、证明责任的意义

1．是支持当事人主张的事实所必需的一种责任。

2．可以在事实无法查明的情况下根据举证责任的分配作出判决。

第二节　当事人的举证责任

一、举证责任概述

1．举证责任的概念。是指当事人对自己提出的诉讼主张，须提供证据证明，否则将负担不能依其主张进行裁判的危险。

2．举证责任的转移。是指在诉讼证明中，对双方所主张的对立事实，按诉讼顺序，由一方负举证责任的当事人先举证后，转换成另一方负举证责任的当事人举证，并且可以再互相转换举证的举证规则。刑事、行政诉讼中不存在转移。

3．举证责任的免除。又称举证责任的例外，指当事人对其主张的事实，在特定情况下无须举证证明，而免除其举证责任。

二、我国刑事诉讼中的无罪推定

1．概念。是指在刑事诉讼中，任何被怀疑犯罪或者受到刑事指控的人在未经司法程序最终确认为有罪之前，在法律上应推定其无罪或者假定其无罪。

2．要求。第一，控方举证推翻这个推定。第二，由法院依法认定被告人是否有罪。

3．无罪推定在我国的适用。1996 年刑事诉讼法第 12 条规定了“未经人民法院判决，对任何人都不得确定有罪。”并具体规定了证据不足的不起诉和证据不足的无罪判决。但是，没有赋予沉默权，而是要求如实回答。签署 ICCPR 之后，应当明确规定无罪推定。

三、我国刑事诉讼中举证责任的具体承担

1．公诉人负举证责任。公诉人的地位相当于控方当事人，而不是证据的审查判断者。其庭审

中的活动是为了使法院审判案件能够采纳自己的控诉主张。

2．被害人的举证责任。

3．自诉人负举证责任。自诉人的起诉必须达到“犯罪事实清楚，有足够证据”的程度。如果法院认为自诉人的起诉证据不充分，应当说服自诉人撤回起诉，或者裁定驳回起诉（解释第 188、192 条）；

4．附带民事诉讼原告人、被告人对其主张负举证责任。

5．犯罪嫌疑人、被告人原则上不负举证责任。

（1）根据无罪推定的原则，被告人主张自己无罪，不负举证责任，司法机关不能因为其对无罪主张举证不能或者举证不足，使其承担有罪的决定或裁判后果。

（2）但是，实体法规定被告人负举证责任的情况例外。我国刑法规定了“巨额财产来源不明”和“非法持有国家绝密、机密文件资料、物品”罪。

（3）要求被告人如实回答并非是举证责任。因为即使其不如实回答，也不必承担其有罪的不利后果。

（4）被告人在特定情况下是否应当负举证责任。在英美法中，特定情况下被告人要负举证责任：一是当有关的推定对被告人不利时，被告人应当提出证据推翻这样的推定，比如知情的推定、实体法规定的推定等；二是被告人提出积极的辩护主张的时候，例如不在现场 alibi、精神不正常、正当防卫、符合法律规定的但书、例外或者豁免。但是，当辩方提出以上主张之后，控诉方必须排除合理怀疑地推翻上述主张，也就是说，控方的举证责任是一贯的、并且证明标准是很高的。

四、我国民事诉讼中的举证责任

1．民事诉讼举证责任的内容。“谁主张，谁举证”的原则。主张责任、提出证据责任、说服责任。

2．民事诉讼举证责任的分配。

（1）当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。包括各方当事人，包括积极事实和消极事实，包括正反两方面的主张。例如欠款不还。

民事证据规则第 2 条：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”

（2）举证责任倒置。是指提出积极的诉讼主张的一方当事人不承担举证责任，而作消极否定性主张的另一方当事人承担举证责任。民事证据规则规定了八种情况：（详见民事证据规则）

（3）举证责任的免除。即“免证事实”，包括自认、司法认知和推定。

五、我国行政诉讼中的举证责任

在我国行政诉讼中，以被告负举证责任为原则，以原告负举证责任为例外。

1．行政诉讼被告的举证责任。被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。

2．行政诉讼原告人的举证责任。《行诉解释》第 27 条规定了原告对某些事项承担举证责任。

六、举证时限

民事、行政诉讼中的举证时限制度。民事、行政证据规则确立的。可以提高诉讼效率，强化程序正义在诉讼中的作用和地位。

是对公正与效率的折中选择。《最高人民的关于民事诉讼证据的若干规定》和《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》的相关规定。

七、证据交换

我国刑事诉讼中尚未确立证据展示制度，民事诉讼和行政诉讼中已经通过最高人民法院的司法解释初步建立。

《最高人民的关于民事诉讼证据的若干规定》第 37 至 40 条；《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 21 条。

复习与思考题

1．我国的证明主体是否包括公检法机关？

2．我国的证明责任是否仅仅限于当事人或者控辩双方在法庭上证明自己主张的责任？

3．在我国，法院是否有证明责任？

4．民事、行政诉讼中的鉴定人以外的专家的身份是什么？

5．什么是证据裁判主义？要求人民法院以证据能够证明的事实为依据作出裁判，是否就是证据裁判主义？

6．如果案件事实无法查明，法院应当作出何种判决？在刑事诉讼中应当作出何种判决？

7．在英美法，其证据法是通过限制证据的可采性，防止事实的审理者被误导；大陆法系则是要求法官详尽地说明其形成心证的理由，明确对证据证明力判断的过程和理由。国际刑事法庭则同时采纳了两个方面。我国目前没有可采性规则，但是已经要求法官说明判断的理由和结果。你倾向于哪一种？

8．行政诉讼中的专业人员的规定与民事诉讼中的专业人员有何不同？其与鉴定人有什么区别？

9．目前有的学者主张刑事诉讼中也要设立专家证人。在日本、意大利和台湾都有鉴定证人或者专家证人的规定。你认为这种主张如何？

10. 民事证据规则和行政证据规则都规定了人民法院应当在裁判文书中阐明对证据证明力判断的理由。这样规定的目的何在？

11．行政证据规则使用了“采纳”一词。这个词和美国法中的 admissibility 是否一致？在这里其含义是什么？

12. 我国目前刑事诉讼法第 12 条的规定，与无罪推定的要求有哪些是一致的，还有哪些差距？

13．无罪推定是否包含沉默权？

14．区分无罪推定和无罪假定是否有意义？

15．无罪推定与实事求是是否矛盾？

16．面对我国刑事诉讼法和 ICCPR 的差距，我国应当如何处理？

17．规范性文件是不是证据？

18．外国法文本是不是证据？

19．刑事诉讼法对证据的定义是“事实”。经验法则，外国法，规范性文件，地方性法规，是否能够成为证据？

20．民事证据规则第 34 条中规定的“不组织质证”与第 43 条规定的“不予采纳”之间是什么关系？

21．民事证据规则第 43 条第二款规定的新证据与 41 条第一项规定的新证据有什么区别？

22．在刑事诉讼中，证据展示应当是单向的还是双向的？

23．证据展示要实现的价值是什么？

24．证据展示主要是国家责任，你是否同意？

25．是否应当要求辩护方展示证据？是全部还是部分？具体哪些证据应当展示？

拓展阅读书目

1．易延友：《冤狱是怎样炼成的——从<窦娥冤>中的举证责任说起》，载《政法论坛》，2006年第四期；

2．朱苏力：《窦娥的悲剧》，载《中国社会科学》，2005 年第 2 期；

3．[台]周叔厚：《证据法论》，台湾三民 1995 年版。

4．[台]刁荣华主编：《刑事证据比较各论》，台湾汉林 1984 版。

5．[德]罗森贝克：《证明责任论》，中国法制出版社 2002 年版。

6．陈刚：《证明责任法研究》，中国人民大学出版社，2000 年版。

7．张卫平：《证明责任概念解析》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2000 年第 6 期；

8．李浩：《证明责任与不适用规范说》，载《现代法学》2003 年第 4 期。

第十章　证明标准

本章教学目的和基本要求：了解我国理论界对客观真实的要求。分析客观真实和法律真实之争。了解美国法中关于排除合理怀疑的判例。重点思考我国刑事诉讼的证明标准应当如何确定以及疑罪如何处理。

学时分配：2

第一节　证明标准概述

一、证明标准概述

1．我国刑事、民事、行政诉讼中都要求达到事实清楚、证据确实充分的程度。而且，在刑事诉讼中，侦查终结、决定起诉和最后定罪时都要求达到犯罪事实清楚、证据确实充分的程度。

我国传统上要求查明案件的客观真实。近年来的争论，即客观真实和法律真实之争。由于可采性、举证范围、诉讼期限的限制，有主张无法达到客观真实的说法。根据举证责任在真伪不明的情况下所作的判决就是对客观真实说的一个挑战。

2．排除合理怀疑的含义

在美国，公诉方有义务在超出合理怀疑（beyond reasonable doubt）的程度上证明所控犯罪的所有实质性要素。正如人们常说的那样，被告可以用无罪答辩和概不承认的方法来“迫使公诉方去证明”。大多数法官都拒绝向陪审团给出“合理怀疑”的定义，而将这一证明标准视为不言自明的。

对陪审团的提示中有好几种解释，例如有一种解释是：“合理怀疑是指‘基于原因和常识的怀疑——那种将使一个理智正常的人犹豫不决的怀疑’，所以排除合理怀疑的证明必须是如此地令人信服以至于‘一个理智正常的人在处理他自己的十分重要的事务时将毫不犹豫地依靠它并据此来行事。’”

二、自由心证与客观真实

我国不接受自由心证，而是从客观角度设定证明标准。

但是，在证据裁判主义的前提下，法官判断案件只有两种方法：法定证据制度和自由心证。我国两者都反对，但是目前的司法解释倾向于法定证据制度。

第二节　客观真实与主观真实

一、客观真实

1．客观真实的标准，就是要求司法机关处理案件，必须以查明的案件客观真实情况为根据，否则就要依法予以纠正。

2．客观真实面临的困难。首先，如果要求法院去查明案件的客观真实，那么法院是否要受到双方当事人举证的限制，是否受庭审中调查核实过的证据的限制？其次，客观真实的要求与一些证据规则是相互冲突的。比如证据的可采性方面的规则。最明显的莫过于非法证据排除规则。再次，客观真实可能会造成诉讼拖延。每一个案件所能收集到的证据都是有限的，诉讼期限也是有限的，最后具有可采性、符合提证程序而被审理者最终作为定案根据考虑的证据更是有限的。

客观真实与某些证据规则存在价值取向上的矛盾。例如，证据规则中的被告人不得被强迫自证

其罪规则、特定的人享有拒绝作证权、非法取得的被告人供述、非法搜查扣押的证据物的排除规则等等，都阻碍了客观真实的查明。而确立这些证据规则，是因为在客观真实与保护人权、诉讼文明、限制政府权力以及其他更为重大的社会价值的权衡中，在某些情况下，其他社会价值与客观真实的目标相比，更应当加以确认和保护。

3．如何理解客观真实。我国刑事诉讼的证明标准应当是追求查明案件的客观真实，但应当是在遵守证据法的前提下追求查明，而不能只考虑查明真实的价值而忽略其他的价值，如疑罪从无、诉讼效率、人权保护等等。如果在顾全以上价值的基础上，查明案件事实达到排他性的程度，则可以做有罪判决。

二、主观真实

主观真实，即人们主观上相信真实，在证据制度上称为“内心确信”真实。美国的 OJ Simpson 审判。陪审团裁决的终局性。排除合理怀疑与排他性之间的关系。排除其他一切可能性与排除合理怀疑。

三、法律真实

法律真实，可以理解为“法律上有罪”（legal guilt），与事实上有罪相对而言。

第三节　我国证明要求与标准

一、定案的证明要求与标准

1．刑事诉讼。移送审查起诉、起诉、定罪必须做到犯罪事实情节清楚，证据确实充分。对证据不足的，应当作出不起诉或者无罪判决。（疑罪从无）

2．民事、行政诉讼：“事实清楚，证据充分”。

二、立案的标准

刑事公诉案件：有犯罪事实发生；自诉案件：起诉时有一定证据证明，如果证据不充足，可能被驳回起诉。

民事、行政诉讼：提供相应的证据。

第四节　疑罪的处理

一、疑罪从无

1．疑罪的概念：是指因事实不清或者证据不足而造成的既不能证实被告人有罪也不能排除其犯罪嫌疑的案件。罪疑：是否有罪存在疑问；刑疑：罪轻罪重存在疑问。

2．中国对待疑罪的态度：证据不足的不起诉；证据不足的无罪判决。

二、刑疑惟轻

有疑问时作有利于被告人的解释，如果罪轻罪重无法查明，按罪轻处理。

复习与思考题

1．我国的法官判断证据，是依照法律预先规定的证据证明力规则，还是依据理性和良心自由

判断？

2．法律和司法解释规定证据证明力规则的优点是什么？有什么缺点？

3．法定证据制度为什么被自由心证的证据制度取消？

4．客观真实和法律真实争论的根本分歧何在？其依据的哲学理论是否相同？在案件事实能否查明的问题上，他们是否存在分歧？

5．我国法律规定的具体证明标准是什么？如何理解？

6．侦查终结、起诉和审判是否应当达到同样的证明标准？这样要求的好处和弊端是什么？

7．定罪标准要求高低的优缺点是什么？

8. 能否由法律具体规定最终定案所必须达到的证据标准？如果不能，应当如何解决这个问题？有学者提出了实物检验规则，你认为如何？

拓展阅读书目

1．樊崇义：《客观真实管见——兼论刑事诉讼证明标准》，载《中国法学》2000 年第 1 期。

2．何家弘：《让证据走下人造的神坛》，载《法学研究》1999 年第 5 期，第 104 页。

3．张继成：《事实、命题与证据》，载《中国社会科学》，2001 年第 5 期。

4．樊崇义等：《刑事证据法原理与适用》，中国人民公安大学出版社 2001 年版。

5．陈浩然：《证据法原理》，华东理工出版社 2002 版。

第十一章　推　定

本章教学目的和基本要求：了解推定的概念。了解我国法律关于推定的规定。重点思考刑事诉讼和民事诉讼中的推定是否应当有区别，以及我国刑事诉讼中对于“明知赃物而购买”的规定是否合理。

学时分配：2

第一节　推定的概念和意义

一、推定的概念

推定是指当某一个事实得到证明时，就假定另一个事实是真实的。提出主张的一方当事人对后一个事实无须证明，而提出反驳的另一方当事人应当承担举证责任。

最高法院司法解释规定，根据法律规定或者已知事实，能推出的另一事实，当事人无须举证。其价值在于简化证明程序，提高诉讼效率。属于免证事实之一。我国法律已经规定了若干种推定。

一般情况下，推定中的事实分为两个部分：一是作为推断或者认定根据的事实，称为基础事实。二是根据基础事实认定其存在的事实，称为推定事实。法院在没有反证推翻的情况下，直接认定推定事实。

二、推定的法律属性

1．先定性和偏见性。都是先预想某一事实的存在，对当事人一方有利。

2．实体性和程序性。法官可以在没有反驳的情况下认定实体权利义务关系；在程序上将举证责任置于反驳推定的一方当事人身上。

三、推定的意义

1．合理分配举证责任。往往是出于政策的考虑，比如环境污染，产品质量，婚生子女，刑事诉讼中国家一方负举证责任，等等。

2．在事实无法查清的情况下对案件事实进行认定。诉讼的目标是为了定纷止争，有的事实无法查明，但是法院还是要做判决。

第二节　推定的适用

一、推定的设立

1．逻辑证明关系。法律推定应当建立在绝大多数情况下推定的事实是真实的，然后允许当事人反驳，这样即使出现例外也可以弥补。例如，巨额财产来源不明。

2．给事实无法查明的案件一个合法的解决办法。如死亡顺序的推定、无罪推定。

3．价值判断和利弊选择。比如无罪推定、婚生子女等。

二、推定的适用

1．必须有法律依据。事实推定也可以适用。

2．基础事实必须得到证明。

3．允许当事人反驳推定，提出反驳的一方当事人承担举证责任。

复习与思考题

1．民事证据规则第七十五条：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。”这是不是推定？基础事实是什么？推定的结论是什么？

2．民事证据规则第九条：“下列事实，当事人无需举证证明：3．根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实。 ”这包括事实推定和法律推定两个方面。是否应当是免证事实？

拓展阅读书目

1．[美]波斯纳：《证据法的经济分析》（修订），中国法制出版社 2004 版。
2．卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2005 年版。
3．沈达明著：《英美证据法》，中信出版社 1993 年出版。

第十二章　法庭上的证据调查

本章教学目的和基本要求：了解我国法律和司法解释中对法庭上的证据调查的规定，特别是法庭上对证人证言的审查。分析禁止诱导性提问的合理性。重点思考证人宣誓制度、对证人的询问的方法、证人的经济补偿和证人的处罚。

学时分配：2

第一节　概　述

一、证据查证的概念、程序和意义

1．证据查证的概念。是指司法人员和诉讼当事人等证明主体，对收集的证据进行审查判断、鉴别其真伪，确定其能否作为定案根据的诉讼活动。

2．证据查证的程序。主要是指法庭审判中的证据调查，我国学者一般称之为庭审中的“举证、质证和认证”。

3．我国庭审调查的特色。（1）刑事诉讼中被告人无权选择是否作证，并且由控方首先询问。（2）既不实行自由心证，也不规定详细的证据规则。

二、我国已经确立的质证规则

1．主询问和反询问规则。由提请传唤的一方先问，然后由对方发问。发问应当与本案事实相关；不得以诱导方式提问；不得威胁证人；不得损害证人的人格尊严；不得要求证人提供猜测或者意见。需要探讨的问题：什么时候提出；是否需要说明理由；谁来裁判；能否上诉；异议成立的后果；法官能否主动干预等等。

2．刑事被告人在场原则。

3．证人身份披露规则。证人到庭后，审判人员应当先核实证人的身份、证人与当事人及本案的关系。

4．所有证据都应经过双方质证才能作为定案根据。出示证据的顺序。一证一认的要求。

第二节　证人证言的庭审调查

一、证人不出庭作证的原因：

1．法律没有规定证人不出庭的法律后果。

2．对证人出庭的费用补偿问题。

3．证人保护的问题。

4．开庭审判的案件数量太多。

5．控方不愿意证人出庭。

二、解决证人出庭问题可能的对策

1．赋予法院罚款、拘留的权力。（是否给公安、检察和律师？）

2．明确证人费用补偿。（民事、行政证据规则的规定）

3．加强证人保护。（刑诉法、民事、行政证据规则的规定）

4．区分对事实有争议和无争议的案件。

5．排除传闻证据。

三、证人宣誓

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 142 条规定：“证人到庭后，审判人员应当先核实证人的身份，与当事人以及本案的关系，告知证人应当如实地提供证言和有意作伪证或隐匿罪证要负的法律责任。证人作证前，应当在如实作证的保证书上签名。”第 144 条又规定了“鉴定人说明鉴定结论前，应当在如实说明鉴定结论的保证书上签名。”

我国最高法院的司法解释中关于证人应当在如实作证的保证书上签字也是使用的“应当”。由于证前宣誓是证人作证的必经程序，而且伪证罪的处罚又是以宣誓为前提，因此，为保证证言的真实性和宣誓制度的彻底实施，证人必须在提供陈述前进行宣誓，没有经过法庭宣誓的证人不能向法庭提供证言。

四、对证人的询问

本方当事人对本方证人询问；对方当事人对该证人询问；本方当事人再次对本方证人询问；对方当事人再次对该证人询问。如果法庭认为必要，双方当事人可以按照以上顺序对证人继续询问。主询问和反询问（direct and cross examination），是英美法中在庭审时对证人进行询问的方法。

1．我国刑事诉讼中对证人的发问顺序。

最高人民法院关于刑事诉讼法若干问题的解释第 143 条、第 145 条和 148 条规定了询问证人、鉴定人的顺序：1．向证人、鉴定人发问，应当先由提请传唤的一方进行。（解释第 143、145 条）。2．提请传唤的一方发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。（解释第 143、145 条）。3．审判人员认为有必要时，可以询问证人、鉴定人。（解释第 148 条）。

2．我国刑事诉讼中对被害人、被告人在法庭上的询问顺序。将被害人视为控诉方证人，将被告人视为辩护方证人，在询问顺序上规定为：先由本方询问，然后由对方询问；审判人员可以依职权询问。这种询问顺序与对证人的询问顺序是相同的。

3．我国法律规定的证人作证方式。对证人的询问方法有两种，一是证人进行连贯陈述；一是一问一答。应当采纳一问一答的方式，也就是说，证人在作证时是逐一回答当事人提出的问题，只需要对问题进行真实、准确的回答，而不是连续讲述其所感知的整个事件。

《人民检察院刑事诉讼规则》第 338 条规定，公诉人应当首先要求证人就其所了解的与案件有关的事实进行连贯陈述。证人连贯陈述后，公诉人经审判长许可，可以对证人发问。证人不能连贯陈述的，公诉人也可以直接发问。发问应当采取一问一答形式，提问应当简洁、清楚。可见，我国目前采用的是先连贯陈述，然后一问一答。

4．我国刑事诉讼中对诱导性问题的规定。诱导性问题是指暗示证人作出询问人希望得到的回答的问题。因为诱导性问题可能会误导证人，不利于保证证言的真实性、准确性。我国现有的最高法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第 146 条也已经规定，不得以诱导方式提问。

5．美国法中反对诱导性问题的例外。反对诱导性问题的例外主要有两个：一是在反询问中，允许使用诱导性问题；二是在特定情况下（未成年人；理解能力低下的人；预备性问题），在主询问中也准许诱导性问题。

6．证人不能旁听法庭的审理。

7．根据我国现有司法解释，一方当事人可以对与本案无关的问题提出反对。如果法官认为异议成立，证人不需要回答这个问题。

最高人民法院在刑事诉讼法若干问题的解释（第 147 条） 审判长对于向证人、鉴定人发问的

内容与本案无关或者发问的方式不当的，应当制止。对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况予以支持或驳回。

关于行政诉讼证据若干问题的规定（第 39 条）中均要求发问的内容应当与案件的事实相关。与案件事实是否相关，也就是该问题与案件的争议之点是否有相关性。对相关性的判断标准，主要是一个逻辑问题，即看它对案件争议之点是否能够起到证明作用。

8．在我国法庭审理中，当事人有权对发问方式不当提出反对。我国法律确立的反对理由。意见；诱导；非法取证；非原件。

9．在我国，法官有权主动干预。

目前的司法解释规定审判长对不当的发问应当制止（最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第 136 条 审判长对于控辩双方讯问、发问被告人、被害人和附带民事诉讼原告人、被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当的，应当制止。

第 147 条 审判长对于向证人、鉴定人发问的内容与本案无关或者发问的方式不当的，应当制止。这意味着在当事人双方没有提出异议的情况下，法官有权并且有义务制止不当的发问。

五、对证人的处罚

对不出庭的证人，应当给予的处罚。我国只有刑法中规定了特定案件中拒绝提供证言的人的法律责任，刑法第 311 条规定：“明知他人有间谍犯罪行为，在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。”有人建议，法院对无正当理由拒不出庭作证或者拒绝宣誓的人的处罚措施，从轻到重包括：强制到庭；罚款；拘留；追究刑事责任。

六、证人保护和经济补偿

1．我国法律中关于证人保护的规定的不足。刑事诉讼法规定，人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 80 条： 对证人、鉴定人、勘验人的合法权益依法予以保护。当事人或者其他诉讼参与人……对证人、鉴定人、勘验人打击报复的，依照《民事诉讼法》第 102 条的规定处理。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 74 条：证人、鉴定人及其近亲属的人身和财产安全受法律保护。人民法院应当对证人、鉴定人的住址和联系方式予以保密。

2．我国法律中对证人的经济补偿的规定。证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。

复习与思考题

1．我国是否确立了证人宣誓制度？

2．对于被告人的配偶、近亲属等，如果放弃证人特权，选择作证，是否应当进行宣誓？并且如果伪证的话，是否要承担伪证罪的刑事责任？

3．享有职业秘密特权和公务秘密特权的，经过特权人或者相应机构许可或者批准，是否应当进行宣誓？

4．对于被告人，如果放弃特权（即沉默权）选择作证，能否提供宣誓陈述？

5．刑事诉讼中侦查、起诉阶段是否要求宣誓？（在公安机关的侦查阶段和检察院的起诉阶段提供陈述的人，包括参考人、鉴定人等一般都不需要宣誓，只有在特别情况下，即证人如实陈述对以后的程序至关重要时，以及证人可能无法出席法庭审判时，才可以请求法院命令证人宣誓。）

6．在什么情形下，可以免除证人的宣誓义务？（以下几种例外情形：第一，证人是未成年人。第二，刑事被告人提供陈述。第三，符合传闻证据规则的例外的情形。）

7．在民事诉讼中，证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的，能否视为出庭作证？

8．对证人进行处罚的权力，是否应当也赋予公安和检察？

9．依照我国现行法律，伪证罪的处罚是否以宣誓为前提？如果不是，你认为是否应当以宣誓为前提？

拓展阅读书目

1．Twinning and Stein，Evidence and Proof，New York University Press（1992，2003）

2．刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版

3．刁荣华主编：《比较刑事证据法各论》，台北汉林出版社 1984 年版；

4．[美]摩根著，李学灯译，《证据法之基本问题》，台北“教育部”1982 年版；

5．毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，法律出版社 1997 年版；

6．[台]李学灯著：《证据法比较研究》，五南图书出版公司 1981 年出版。

《证据法学》 课程实践教学环节

一、实践教学任务和目的

通过对一个具体案例中证据的分析，更加深入地理解证据的种类、分类；更加深入地理解各种证据在查明事实中的作用。

二、实践教学基本要求

由教师描述一个具体案例中的证据，由学生分析各个证据的种类和分类。

三、实践教学内容

实践教学项目一　某杀人案证据分析
预习要求：事先阅读教材中关于种类与分类的论述，充分理解各种概念和划分标准。
实践目的：正确划分证据的种类与分类，并理解其在实践中的运用。
实践内容和要求：对各项单个证据进行分析。
实践学时：3 课时。
教师点评：最后教师给出参考答案，并听取学生对参考答案的反馈。

四、实践项目与学时分配

序号	项目名称	学 时	要　求	类型
404040082001	案件中证据分析	3	单个证据分析	课堂讨论

（注：序号为课程代码加自设代码，自设代码为三位数，并从 001 起排列）

五、考核方式

根据学生在讨论中的表现和答案的准确程度、说理的充分程度给分。实践考核成绩占课程总成绩的 10％。

六、教材及参考书

1．樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社 2004 年版。
2．卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2002 年版。

七、说明

本实践教学环节在教学过程中由任课教师随堂进行。最好是在种类、分类讲授结束后进行。任课教师为刑事诉讼研究所全体教师。