

法 律

法 律 总 论

【法】社会上层建筑重要领域之一。由经济基础所决定。以国家统一意志为决定因素。由国家制定、认可、颁布并强制贯彻实施的规范制度的总和。

中国“法”字系体为“灋”。按汉字结构解义，廌是一种独角兽。触角犀利。《说文》：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”平为动词。刑如水，平之是一种手段；去之也是手段。古代法与刑相通，是一种治理国家、维护统治的手段。治国平天下的思想及以法治国的主张，都把法作为一种统治方法和手段。西方关于法的本质和决定因素的看法也素有争异。如认为是天意或神授；是正义或理性；是民族精神或“国家意志”；是社会契约或连带责任等。近现代仍有自然法学派、心理法学派、纯粹法学派、实在主义法学派、社会法学派等关于法的本质与起源的各种理论。马克思主义认为法是表现为国家意志的统治阶级的意志，是由经济基础和物质生产、生活条件决定的社会上层建筑之一。但在法的起源、法的本质和功能、法的消亡等问题上，对马克思主义的理解也素有争

歧。

【法治】以法治国的主张和管理手段。其涵义主要在于强调国家治理和社会控制要依赖法律规范。针对依靠君主圣明、礼仪典章、道德学说等人治、仁治、德治的主张,注重法律规范和法律手段的制约、控制、调节功能。法治作为一种治国方策自古有之,但传统意义的法治,与资产阶级革命之后的法治所依据的不是同一个思想体系。传统意义的法,指皇权之威、帝王意志。法治所强调的是维护皇权专制的严刑峻法。近现代意义上的法强调社会契约、民主政治基础上的规范制度,法治中包含了权力制约在内的、在法律面前人人平等的重要原则。中国改革开放以来,法治主张是思想解放的产物,具有否定“文化大革命”中破坏法律、个人崇拜以及社会动乱等历史教训的强烈针对性。法治成为中国政治体制改革的重要内容。

【法制】按照民主政治的原则使社会生活法律化、制度化、规范化的思想主张或国家管理体制。内涵丰富,主要包括:(1)与民主政治密切相关。法制的实质含义是政治民主,没有民主就是独裁和人治,也就无所谓法制。任何独裁专制的国家不可能真正实现法制。(2)是社会稳定和秩序的理想状态。实现法制,即实现社会运行的正常机制,把社会生活纳入秩序、理性、文明的轨道。(3)是国家管理规范、制度化的充分实现。立法、司法、法律实施和法律监督各个环节的完善、健全与衔接,形成了一个高度组织化的系统。而政治、经济、文化等各社会领域的行为均按法律规范进行,法律的制约、调整、控制功能充分实现。中国在法制建设的实践中总结出的“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的原则,是对法制原则的概括性描述。“法制”与“法治”的内涵有交叉重复的成份,但两个

概念仍然不可混淆。法制是针对专制、独裁、无序而言,法治是针对人治、礼治、德治而言。法制是一种理想化的政治、社会管理原则和主张,是一种体制系统;法治是一种治国方策手段。对两种概念根据不同角度、不同需要而区别理解和运用,在理论和实践上是有必要的。

【法系】世界上由于历史起源、文化政治传统不同而形成的具有不同法律哲学和实践特征的法律思想体系和规范体系。不以国家划分,一定范围内若干具有共同特征和相近的历史文化传统的国家的法律构成同一法系。世界各国法曾被分为五大法系,即中华法系、印度法系、阿拉伯法系、大陆法系、英美法系。前三个法系已成为历史,称为死法系。后两个仍然存在并继续发挥作用,称为活法系。大陆法系是以古代罗马法为基础和以19世纪初法国民法典为传统产生和发展起来的各国法律的总称,也称罗马法系、民法法系。英美法系是以英国法为传统产生和发展起来的各国法律的总称,又称英国法系、普通法法系。大陆法系和英美法系存在很大差异。主要表现在:(1)法律构成不同。大陆法系以成文法为主,多以法典的形式出现,每个法典分总则和分则,而且实体法和程序法分得很清楚。英美法系以判例法为主,同时也有一定的成文法。判例法是从法官的判决中推论出来的普遍行为规则。实际上是法官制造的法,又称法官法。英美法系也有制定的成文法,但多以单行法规出现。而且实体法和程序法混合在一起。(2)司法组织不同。大陆法系,司法体系比较明确,而英美法系的司法体系不明确。(3)陪审制度和审判程序不完全相同。大陆法系的陪审团同法官组成合议庭,而英美法系国家的陪审团不是合议庭的组成人员,他们在合议庭之外,只参加审理事实,不负责法律问题。在审判程序上,大陆

法系采取问答式,证据在当事人不在场的时候提出。而英美法系,主张辩论制、对抗制,证据在当事人在场时提出。(4)法的部门划分不同。大陆法系把法分成公法和私法,认为宪法、刑法、财政法、行政法、程序法是公法,而民法、商法是私法。英美法系则不提倡划分公法和私法,认为刑法是公法,民法也是公法。

【法的历史类型】按照人类历史上社会形态的变化和法的经济基础所作的基本分类。在人类文明史上,已经出现了4种不同的社会形态,即奴隶制社会、封建制社会、资本主义社会和社会主义社会。也相应出现过四种不同类型的法,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种法,都是建立在生产资料私有制的基础之上的上层建筑,由剥削阶级国家所创立,体现剥削阶级意志,其目的在于保护、巩固和发展剥削阶级在经济上、政治上的统治。因此又统称为剥削阶级类型的法。社会主义法,是建立在生产资料公有制的社会主义经济基础之上的上层建筑,由社会主义国家所创立,体现工人阶级领导的广大人民的共同意志,是打击敌人、惩罚犯罪、保护人民、服务经济建设的有力武器,是人类历史上新的最高类型的法。法的历史类型是由低级向高级依次更替发展的。其更替的原因在于社会经济基础的变革。社会基本矛盾(生产力同生产关系、经济基础同上层建筑的矛盾)的运动是法的历史类型更替的根本原因。法的历史类型的更替,是一个自然的历史过程,有客观的历史必然性。但是,这种更替不是自发进行的,必须通过社会革命来实现。代表历史前进发展方向的进步阶级要通过夺取国家政权,创建自己的法律消灭旧的生产关系。一般讲,法的历史类型的更替往往是社会革命的产物。例如:法国《人权宣言》的诞生,中华人民共和国成立后的宪法和法律制度,都是如此。不同历史类型的

法律之间,在具体的法律思想、立法方法或某些规范形式之间会有一定的继承性。

【法律调整】法律规范对于社会生活中各种矛盾冲突的协调、控制功能。具体表现在每一个法律主体都具有一定的法律上的权利和义务。社会关系表现为各种权利义务关系。法律规范既不能禁止某一种社会关系的出现,也不能造成某一种社会关系的产生,因为法律调整是人类社会出现较晚的一种规范性调整,是阶级社会的一种特殊的调整方式。这种调整方式把规范性调整和个别性调整紧密结合起来,在进行规范调整时,十分明确地预示有必要根据法律规范的一般规定,结合具体情况,进行个别性调整,只要这种调整在法律允许的范围内,不与法律相抵触,就可以直接凭借国家强制力的保证予以实现。法律调整的主体是国家,具有国家命令的性质,由国家强制力保证实施。因而,法律规范可以起到维护一定的社会关系、协调和控制社会矛盾的作用。法律调整要实现法的功能,发挥法调整社会关系的作用。法不仅调整政治关系,对被统治阶级建立起“压迫”的关系,在统治阶级内部建立起个人意志和利益要求服从整个阶级的意志和利益的“服从”关系,还要调整经济关系,确认和保护统治阶级对生产资料的所有权,惩治一切对统治阶级的经济关系和经济秩序进行破坏的违法犯罪活动;确立一国国民经济的组织结构,规定经济关系主体之间的权利和义务,积极为其经济活动提供法律服务。此外,法还起着调整社会公共事务的作用,执行具有全社会意义的社会公共职能。

【法律分类】按照不同标准对法所划分的不同类别。从不同角度的分类主要包括:(1)成文法和不成文法。是依据法是否具有文字表

面形式而对法的一种分类。成文法有权制定法律规范的国家机关依照法定程序所制定的规范性文件(见成文法)。不成文法指未经国家制定,但经国家认可和赋予法律效力的行为规则。如习惯法等。(2)国内法和国际法。是按照法的制定的主体和适用范围所作的分类。国内法指一国创制并适用于该国主权管辖范围内的法。其目的在于调整一国国内的各种社会关系。国际法是在国际交往中,由不同的主权国家通过协议制定或公认的适用于国家之间相互关系的法。国际法的主要渊源是国际条约和国际惯例。(3)根本法和普通法。是按照法的内容和效力的不同所作的分类。根本法就是宪法,规定国家的根本制度、公民的基本权利和义务及国家机构的设置、职权等内容,且具有最高法律效力。普通法指规定国家的某项制度或调整某一种类社会关系的,法律效力仅次于根本法的规范性文件。(4)一般法和特殊法。按照法的效力范围不同所作的分类。一般法指在一国范围内、对一般的人和事都有效的法律;特殊法指在一国的特定地区、特定期间或特定公民有效的法律。(5)实体法和程序法。按照法的内容不同所作的分类。实体法又称主法。指规定法律关系主体之间权利和义务的法律。如行政法、民法、刑法等。程序法又称助法。指规定实现实体法有关诉讼程序的法律。如行政诉讼法、民事诉讼法、刑事诉讼法。(6)公法和私法,这种分类法最早由古罗马法学家乌尔比安提出,为后代法学家广泛采用,尽管对公法和私法的划分标准各说不一,但一般将宪法、刑法、行政法等视为公法,而将民法和商法视为私法。

【习惯法】不成文法的一种。经由国家认可而具有法律效力但又不具备条文形式的习惯。社会的习惯多种多样,但未经国家认可、不具有法律效力的习惯便不能成为法律。习惯变成法,一般需要具备

以下条件:(1)历来为人们所普遍地实际遵循的又具有权利和义务的实体内容的;(2)其内容具有规范性,可以反复适用,与现行法律没有原则冲突的;(3)经由国家认可而且有法律效力的,且由国家强制力保证其实施。习惯法在不同时期,不同制度的国家中,地位不同。奴隶制社会的初期,习惯法曾是唯一的法律渊源。法的最初表现形式就是习惯法。而后来出现的成文法,一开始也大多是习惯法的记载。在西欧封建割据时期,习惯法仍然是主要的法律渊源。在资本主义时代,习惯法仍有重要的地位,尤其是民事和商业方面的关系,往往由习惯法调整。在社会主义国家中,没有习惯法,习惯只是在极个别的情况下才被认可为法律条款。如1950年中华人民共和国的《婚姻法》中,有五服之内能否结婚从习惯的规定。而1980年颁布的新《婚姻法》取消了这一规定。

【成文法】国家机关在其职权范围内依照一定的立法程序制定的明文公布执行的条文式的法律。因为是国家以制定方式创立的,故又称为制定法。历史上成文法的出现,经历了长期的发展过程。法的最初的表现形式是习惯法。习惯法是成文法。一方面因为当时的文字不发达,无法用文字公布法律,另一方面因为奴隶主阶级统治的需要。随着文字的发达和平民的不断斗争,奴隶主阶级被迫用文字形式把法公布出来,出现了成文法。最早出现的成文法,其内容多是习惯法的记载。公元前21世纪亚洲西部两河(即幼发拉底河和底格里斯河)流域的乌尔城邦苏美尔王朝的缔造者乌尔纳姆制定的《乌尔纳姆法典》,是迄今已发现的世界最早的一部成文法典。但保存得较为完整的是公元前18世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比制定的《汉谟拉比法典》,这部法典包括序言、正文和结论三部分,共282条。根据史料记载,中国早在春秋战国时期,就

出现了成文法。公元前 356 郑国政治家子产铸《刑鼎》是中国历史上第一部成文法。现代国家的成文法越来越占主导地位。社会主义国家的法主要是成文法。成文法包括成文宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规等。

【判例法】英美法系国家法的主要渊源。从法官的判决中推论出来的普遍的行为规则。法院可以援引并作为审理同类案件的法律依据的判决和裁定。根据判例法,某一判决中的法则不仅适用于本案,而且往往作为一种先例适用于该法院或下级法院审理的同类案件。即所谓“遵循先例”的原则。根据这一原则,所有法院都必须考虑有关先例,下级法院必须服从上级法院的判例,上级法院一般也受本院判例的约束。判例法实际上是法官制造的法,又称为“法官法”。一般说,在英美法系国家中,议会立法(制定法)的地位高于判例,但是法院在审理案件时,往往通过对制定法的解释,形成新的判例。具有法律约束力。判例法起源于英国封建时期,后由于英国资产阶级革命不彻底,建立了“君主立宪政体”,封建制时期的判例法形式,也随之被保留下来。尽管现在在英美法系的国家中,制定法已愈来愈占主导地位,但是判例法仍是划分英美法系和大陆法系的主要标志。

【法律面前人人平等】确立维护法律制度的重要思想原则。其含义主要是:法律确认和保护公民在享有权利和承担义务上处于平等的地位,不允许任何人有超越法律之上的特权。作为一个口号,是资产阶级革命时期正式提出的。1789 年法国《人权宣言》正式确认了这个原则,明确规定“法律是公共意志的体现”,“在法律面前,所有的公民都是平等的”。法律上具体表现为:(1)全体公民都有权经

由其代表去参与法律的制定；(2)法律对于所有的人,无论是施行保护或处罚都是一样的；(3)他们可以按其能力担任一切官职、公共职位和职务,除德行和才能上的差别外不得有其他差别。1791年的法国宪法以根本法的形式肯定了这些原则。资产阶级的“法律面前人人平等”是建立在资本主义私有制基础上的。而私有制是产生一切不平等的社会根源。资产阶级法律的核心是确认资本主义的私有制神圣不可侵犯,因而资产阶级所谓的法律上平等,掩盖着实际存在的人们经济上和社会地位的不平等。在社会主义社会中,法律面前人人平等的原则是建立在以生产资料公有制为基础的经济制度之上的。1982年《中华人民共和国宪法》明确规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”并具体规定了公民的各种基本权利,包括民主权利、人身权利和其他各项自由权利。对于一切公民不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,在法定的权利和义务面前都是平等的。这种法律上的平等原则,是社会主义法制的基本原则,反映了社会主义经济和政治上的客观要求,对于巩固社会主义经济基础,加强社会主义民主,促进社会主义物质文明和精神文明建设的发展,具有十分重要的意义。

【法律规范】体现统治阶级意志并由统治阶级的物质生活条件决定的、由国家制定或认可的、国家强制力保证执行的、且有一定内在逻辑结构的行为规则。是法的基本单位,其总和就是法。任何法律规范都必须具有三个要素,即假定、处理(指示)、制裁。“假定”是指法律规范中规定的适用该规范的条件和情况的那一部分;“处理”(指示)是指法律规范中具体规定行为规则的那一部分;“制裁”是指违反法律规范将要承担什么法律后果的那一部分。法律规范,就

其“处理”(指示)部分的性质不同,可以分为义务性规范、禁止性规范、授权性规范。凡是规定人们必须作某种行为的规范称为义务性规范;凡是规定人们不得从事某种行为的规范称为禁止性规范;凡是规定公民有权自己作出某种行为的规范称为授权性规范。就其确定性程度不同,可以分为确定性规范和非确定性规范。凡是法律规范中直接明确地规定了某一行为规则内容及其制裁尺度为确定性规范;凡是法律规范本身未直接规定行为规则的内容及制裁尺度的为非确定性规范,一般又分为委任性规范和准用性规范,前者的特征在于法律条文中,只规定了一般规则,具体内容委任某些人或专门机关制定。后者的特征在于法律条文上没有直接规定某一行为规则内容及制裁尺度而准许援引其他法律条文或法规来说明。就其能否被选择遵守,可以分为强行性规范和任意性规范。凡是规定的权利和义务十分明确,而且必须履行,不允许人们以任何方式加以变更或违反为强行性规范。强行性规范又称为命令规范。凡是规定人们在具体的法律关系中有权自行确定权利和义务的具体内容,只有当他们自己无法确定时,才为他们规定一定的权利和义务的为任意性规范。

【法律渊源】国家机关制定或认可的法律规范的种种表现形式。如宪法、法律、行政法规、判例、习惯等。表明法律规范的地位和效力的来源以及效力大小的根据。不同的法律规范的表现形式,来源于不同的国家机关,具有不同的地位和法律效力。一般说,法律渊源有法律、法令、判例、习惯和条约等。但各个国家的情况不同,渊源也不同。古罗马的奴隶制国家,主要渊源有法律、习惯、最高裁判官的告示及法学家的著作;中国封建社会里,封建的纲常礼教和习惯是法的重要渊源。皇帝的诏书、敕令效力最高。在成文法中还有律、

令、格、式等主要形式。在资本主义国家,一般人又把法的渊源分为直接渊源和间接渊源。直接渊源指法律、法令、自治法规、条约等;间接渊源包括:宗教、习惯、法理、学说、判例等。在社会主义中国,法律渊源主要有以下几种:(1)宪法。是全国人民代表大会制定的规范性文件,效力最高,是一切法律、法规的基础,称为根本法。(2)法律。是中华人民共和国人民代表大会和人大常委会制定颁布的规范性文件。其中,中华人民共和国人民代表大会制定的规范性文件称为基本法律;中华人民共和国人大常委会制定的规范性文件称为基本法律以外的其他法律。(3)行政法规。国务院即中央人民政府制定颁布的规范性文件。(4)地方性法规。各省、市、自治区人民代表大会和人大常委会制定颁布的规范性文件。(5)少数民族地区的自治条例。(6)特别行政区制定颁布的规范性文件。(7)国际条约。

【法律意识】人们关于法律心理、思想、观点和知识的总称。包括人们对法的本质和作用的看法,对现行法律的理解、评价、态度和要求;对他人的行为是否合法的评价,以及人们法律知识的多少和法律水平的高低。是社会意识中的一种特殊的形式,由一定的社会物质生活条件决定,同时也受到社会文化、教育水平的制约。就人们对法的认识阶段的不同,可以将法律意识分为法律心理和法律思想两个部分。前者是人们对法的感性认识,是关于法律现象的不系统的自发形成的感觉和情绪,比较表面和直观;后者是人们对法的理性认识,是关于法律现象的系统化、理论化的思想、观点,在法律意识中居于领导地位。就部分同整体的关系看,还可以分为个人法律意识和社会法律意识两个部分。前者是个人的法律观点的总和;后者是整个阶级或国家的法律观点的总和。个人法律意识同社会

法律意识是紧密联系、相互作用的。个人法律意识往往在社会法律意识的积极影响下形成。反之,社会法律意识又在许多方面依赖个人法律意识,吸取个人法律意识中典型的、有代表性的成份。在不同的社会制度下,法律意识同现行法的关系呈现不同的状态。在剥削阶级社会里,一般说,统治阶级的法律意识同现行法是相互影响、相互促进的;被统治阶级的法律意识同现行法则是对抗的。在社会主义社会里,工人阶级和广大人民的法律意识即社会主义法律意识同社会主义法是比较协调一致,相辅相成的。社会主义法律意识是完备社会主义立法,保证社会主义法正确贯彻实施的重要精神力量。

【法律效力】经过国家制定或认可的法律、法规在一定范围内具有调整社会关系的特殊强制力和约束力。包括时间效力、空间效力和对人的效力。(1)时间效力。法律、法规何时生效,何时终止效力,对法律生效以前的事件和行为是否具有溯及力(见法律的溯及力),何时生效。一般包括,自法律公布之日起生效;具体规定生效日期;自法律试行之日起生效;法律文件到达之日起生效;比照其他法律以确定本法生效日期。何时终止效力,包括宪法颁布后,凡是与宪法相抵触的法律、法规一律失去效力;有权的国家机关颁布特别的决议或命令,宣布某项法律、法规终止效力;法律本身自行规定其有效期限,时限届满之日而又无延期施行的特别规定者,即自行终止效力;新的法律生效后,原有旧的同类法律自行失效。(2)空间效力。法律、法规在哪些地方具有约束力。凡中央国家机关制定的规范性文件,一般在全国范围内有效,即在国家主权管辖的全部领域内有效,包括在全部领陆、领海、领空、领水以及其他延伸意义上的领域(如驻外使馆内、航行或停泊在任何地方的本国船

舶及飞机内)、范围均发生效力。另有些中央机关制定的法律,只在指定地区生效。地方性法规,只在该地区内有效,有的法律不仅在国内有效,而且根据主权原则往往规定适用于国外发生的特定事件和行为。特别是有关民事、贸易、婚姻家庭方面的法律、法规,往往具有域外效力。(3)对人的效力。法律对什么有约束力。主要包括,对本国公民的法律效力,一般说,法律对本国公民都有效力,但对于长期住在国外的本国公民,是适用本国法律还是适用所在国法律,往往要参考有关国际法和规定来确定;对外国人、无国籍人的法律效力,一般说,在本国领域内的外国人、无国籍人,除有法律特别规定的以外,对其都有效力;对居住在国外的外国人或无国籍人,本国法律是否有效,要根据国际通用的惯例及本国法律的规定。

【法律的溯及力】新法律颁布生效以前的事件和行为,是否适用新法律的规定,如果适用,就有溯及力,如果不适用,就没有溯及力。法律是否具有溯及力,一般由具体历史条件决定并由法律本身明确规定。世界各国曾有过以下5种原则和主张:(1)从旧原则,新法律不溯及既往,过去的事件和行为,适用过去的法律;(2)从新原则,新法律有溯及既往的效力,过去的事件和行为适用新的法律;(3)从轻原则,新法和旧法哪个对行为人处罚轻,就按哪个法律处理;(4)依新兼从轻原则,新法原则上溯及既往,如果旧法对行为人处罚更轻的,可以按旧法处理;(5)依旧兼从轻原则,新法原则上不溯及既往,但新法对行为人处罚更轻的,可适用新法。世界上多数国家采取依旧兼从轻的原则。社会主义法是否具有溯及力,要作具体分析。一般说,在建国初期,采取依新原则,有溯及力。因为社会主义国家只有新法还没有自己可依的“旧法”,那时的旧法只能是

剥削阶级的法律,因而新生政权不可能依这种旧法来处理过去的问题,只能采用“从新”的原则。另外也是巩固新生的革命政权的需要,胜利了的人民以法律武器追究那些长期以来残害革命者、压迫人民的元凶罪魁,是人民当家做主的重要权利和保障,决定了必须采用“从新”的原则。例如,1922年的《俄罗斯联邦刑法典》施行法第三条规定:“本法典适用于施行以前开始未依司法程序审理的犯罪行为。”中华人民共和国1951年的《惩治反革命条例》第十八条规定:“本条例施行以前的反革命犯罪,亦适用本条例之规定。”随着形势的发展,一般都改为依旧兼从轻的原则。中华人民共和国刑法第九条规定:“中华人民共和国成立以后,本法施行以前的行为,如果当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的,适用当时的法律、法令、政策。如果当时的法律、法令、政策认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八条的规定,应当追诉的,按照当时的法律、法令、政策追究刑事责任。但是本法不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用本法。”

【法的适用】司法机关及其工作人员根据法定职权和程序,运用法律审理案件的活动。一般具有以下特点:(1)法的适用是司法机关及其工作人员的专有活动。只有司法机关及其工作人员才能适用法律,其他公民或者社会团体实现法律规范的活动,不能叫法的适用,只能叫法律规范的遵守。国家行政机关的执法活动,称为法的执行。(2)司法机关及其工作人员只有运用法律手段实现法律规范的活动,才是法的适用。所谓运用法律手段,指施行国家强制的活动,能对其他国家机关、社会团体和公民实行强制的行为,并具有特定的形式。如发布命令、对案件作出判决等。司法机关及其工作人员的其他许多具体的法律宣传工作、组织工作,访问视察,召开

居民小组会等,不能称作法的适用。(3)司法机关及其工作人员适用法律必须依其职权范围和法定程序。刑事案件需经过立案侦察、预审、提起公诉、审判、判决执行的过程;民事案件要经过起诉、受理、开庭审理、法庭调解、法庭辩论、宣布裁判、判决执行的程序。法律适用的全过程一般可以分为两个阶段:第一阶段,从起诉到宣布判决,将一般规范与个别案件事实连接起来,做出新的有法律效力的文件;第二阶段,是以判决裁定的执行或强制行为,使整个适用法律过程直接产生法律效果。可见,法的适用是通过保护性法律关系以实现法律的活动。所谓保护性法律关系指为适用法律、追究当事人法律责任建立起来的诉讼程序法律关系以及刑事、行政制裁的法律关系。即法的适用是在法律的正常遵守、执行中出现障碍时,由司法机关作出裁判的行为。主要有两种情况:(1)当公民、法人因行使权利和职权发生争执纠纷时,需要司法机关依法作出裁决,其结果是对原有法律关系的内容确认、变更、解除或确立新的法律关系。(2)公民、法人实施了危害社会的违法或犯罪行为时,需要司法机关审理,作出制裁与否的判决。不论何种情况,司法机关都以第三者仲裁人的角色对利害关系的案件当事人各方进行裁判,使之回到合法秩序的状态,或确认当事人的刑事责任,实施法律制裁。

【法的适用原则】又称司法原则。司法机关审理案件所应依据的准则。贯穿于司法活动的各个环节和阶段,统领司法活动的各个部门。在社会主义中国,法的适用原则主要有以下几个方面:(1)以事实为根据,以法律为准绳。是中华人民共和国多年来司法实践经验的科学总结,是辩证唯物主义思想路线在司法工作中的具体体现。以事实为根据,指在适用法律处理案件时,必须从案件的实际情况

出发,把案件的审理和判决建立在符合客观事实的基础上,不能以主观想象、分析或判断作依据。以法律为准绳,指执法机关及其工作人员处理案件、定罪量刑时,必须严格按照法律的规定办事,以法律规定的内容为准则。(2)公民在适用法律上一律平等。法律对于全体公民,不分民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、财产状况、教育程度、居住期限都平等地适用;公民依法享有同等的权利,承担同等的义务;任何公民的合法权益,都平等地加以保护,对任何公民的违法犯罪行为都必须依法追究,不允许有不受约束的特殊公民。(3)司法机关依法独立行使职权。国家司法权由各级国家司法机关统一行使,其他机关、社会团体和个人无此项权力;司法机关依法独立行使职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干预;司法机关审理案件必须依法办事,正确适用法律。(4)实事求是,有错必纠。要求司法机关在审理案件中应该尽量避免错误,发现错误应及时纠正,在什么范围内发生错误,就在什么范围内纠正。对错案的纠正,不仅是对错误的判决、决定进行更正,也包括赔偿当事人因错误或决定带来的损失,即实行司法赔偿制度。

【法律类推适用】又称比照适用。法的适用的一种特殊形式。指司法机关所面临的案件,在法律上没有明文规定,而援引最相类似的法律条文进行的审判活动。世界上多数国家,一般实行罪刑法定主义,即实行“法无明文规定不为罪”,“法无明文规定不处罚”,禁止类推适用原则。中国幅员辽阔,人口众多,政治、经济、文化等各个方面都在不断改革,刑法不可能把已经发生的和可能发生的一切犯罪,都毫无遗漏地规定出来。为了切实保障国家和人民的利益,同严重危害社会的行为作斗争,在坚持罪刑法定原则的基础上,实行严格限制的类推制度,必须遵守以下条件:(1)依照类推定罪的

行为,必须是具有社会危害性,且已经达到犯罪的行为。(2)依照类推定罪的行为,必须是刑法分则中没有明文规定的。否则就会产生以类推为借口,过轻、过重地惩罚犯罪人的现象。(3)必须比照刑法分则中最相类似的条文定罪判刑。最相类似,不仅指在行为的性质上而且在所判处的刑罚上都必须最相类似。(4)适用类推,应一律报请最高人民法院核准。地方各级人民法院和专门法院适用类推定罪判刑,只有报请最高人民法院审核批准后,判决才能发生法律效力。

【法的实现】法律规范所设定的权利和义务在现实生活中的体现。法的实现过程就是法的实施过程,但又不仅仅停留在法的实施阶段,而要通过法的实施达到调整社会关系、建立法律秩序的社会效果和目的。一般讲,法的实现比法的实施的含义更为广泛。法的实施,是执法、司法和守法的状态,是贯彻实行法律规范的运动过程。法的实现既包括贯彻实行法律规范的运动过程,又包括这种运动过程的成功结果,从而使法的预期的社会目的变成事实。从一定意义上说,法的实施过程中的执法、司法、守法等环节,可以视为法贯彻实行的手段。而法的实现则是法贯彻实行所要达到的目的和结果。因此,法的实现必须具备一定的条件,而这些条件在不同的社会制度下是不一样的。在社会主义中国,保障法的实现条件主要有以下几个方面:(1)树立宪法的最高权威,一切国家机关、社会组织、国家公务员和公民,都必须以宪法为根本活动准则,一切从属于宪法的其他法律规范性文件都不得同宪法相抵触。(2)国家机关及其工作人员必须依法办事,以身作则,真正做到有法必依、执法必严、违法必究。(3)依靠人民群众,大力培养和提高广大人民群众和社会主义法律意识,对国家机关及其工作人员实行法律监督,以

便正确、合法、及时地适用法律。(4)加强政法队伍建设,提高执法人员的政治素质和业务素质,真正做到刚直不阿、秉公执法。(5)坚持党的领导。党领导人民立法,也领导人民执法和守法。一切党的组织和党员必须在宪法和法律范围内活动。只有这样,才能明确社会主义法律实施的正确方向,不断地加强和完善社会主义法制,保证社会主义法的真正地实现。

【法律解释】由特定的国家机关、社会组织或个人依据国家的立法意图、政策观点对现行法律或法律条文的内容、含义以及所使用的概念、术语、定义等所作的必要的说明。具有鲜明的阶级性,不同历史时期的统治阶级,都以自己的法律意识为指导,从本阶级利益出发去解释法律。在资本主义国家里,法律解释往往是破坏法制,强化资产阶级专政的手段。社会主义国家法律解释的目的,是为了维护广大人民的利益,正确阐明法律的真实含义,保证法律的准确适用。世界各国法律解释的形式多种多样,概括起来,主要有以下几种分类:(1)根据法律解释的主体不同,可以分为正式解释和非正式解释。正式解释又称有权解释、法定解释,是具有法律效力的解释,是特定的国家机关按照宪法的法律所赋予的权限,对有关法律或法律条文所进行的解释。包括立法解释、司法解释、行政解释。立法解释是由制定法律的国家机关对该法律所作的解释。司法解释是由国家最高司法机关在适用法律过程中具体运用法律问题所作的解释。一般又分为审判解释和检察解释。行政解释指依法有权解释法律的行政机关在其权限范围内,对具体运用法律问题所作的解释。与正式解释相对应的是非正式解释,指由有关机关、团体或个人对法律或法律条文所作的不具有法律效力的解释。通常包括学理解释和任意解释。所谓学理解释,指在法学教学、学术研究

和法制宣传教育中对法律规范的内容、含义等所作的解释。所谓任意解释,是指一般公民、当事人、辩护人等按照自己的理解,对法律规范的内容、含义所作的解释。(2)根据法律解释的尺度不同,可以分为字面解释,限制解释和扩充解释。字面解释指严格按照法律条文的字面含义所作的解释,既不扩大,也不缩小,符合立法原意。限制解释指法律条文的字面含义广于立法原意时,对法律所作的比字面含义为窄的解释。扩充解释指法律条文的字面含义窄于立法原意时,对法律所作的比字面含义为广的解释。(3)根据法律解释的方法不同,还可以分为语法解释、逻辑解释、系统解释和历史解释。

【法律关系】法律规范在调整社会关系时,所形成的人与人之间的权利和义务的关系。一种特殊的社会关系。具有以下几个特征:(1)法律关系是由于法律规范的规定而形成的人与人之间的关系。即法律关系离不开法律规范,是以现行的法律规范为前提的,没有法律规范的规定而形成的人与人之间的关系,仅是一般的社会关系,而不是法律关系。因此,法律关系受国家保护,由国家强制保证执行,任何人都不得自行解除这个关系。如果违反或破坏了法律关系,国家将追究法律责任。(2)法律关系是人与人之间的权利和义务的关系。法律关系的参加者总是与法律规范规定的权利和义务联系在一起,依法享有一定的权利,也依法承担一定的义务。一方的权利,往往同时就是对方的义务,一方的义务,同时也是对方的权利。因此,任何法律关系都具有法律上的权和义务的性质,否则只能是一般的社会关系。(3)法律关系在某种意义上是体现统治阶级意志的思想关系。一般说,法律关系的产生、变更、消灭都是法律关系参加者双方或一方意志活动的结果,没有这种意志活动,不可

能形成法律关系。但是法律关系参加者的意志,必须符合法律规范的要求,符合统治阶级的意志。如果违反了法律规定,违背了统治阶级意志,法律关系就要发生变更或导致其性质的改变。由于法律关系以法律规范为前提,法律规范的性质不同,决定了法律关系的性质不同。社会主义法律关系完全不同于剥削阶级的法律关系,具有新的特点。主要是:(1)社会主义法律关系是建立在生产资料公有制为主导的经济基础之上的上层建筑。国家、集体、个人相互之间的关系,是在根本利益一致的基础上的新型关系。(2)社会主义法律关系体现了工人阶级领导的广大人民的共同意志和利益,反映了权利和义务相一致的社会主义法律意识和社会主义道德观念。(3)社会主义法律关系巩固社会秩序,保护社会主义经济、政治、文化制度,推动社会主义物质文明和精神文明建设。

【法律关系主体】又称权利主体。指法律关系的参加者或当事人,亦即依法参加一定的法律关系并能够享受权利和承担义务的人。包括自然人和法人。自然人指具有独立的生活机能的人,一般主要指公民,也包括居住在本国内的外国人或无国籍的人。法人指社会组织。包括国家机关、社会团体、学校、企业或其他事业单位。是由法律赋予的人格。成为“法人”,要具备以下4个条件:(1)必须是经过国家认可或批准成立的统一组织。(2)有能够独立支配的财产,进行独立核算,承担财产责任的组织。(3)能以自己的名义参加法律上的诉讼活动,作为原告和被告的。(4)要有名称、组织机构和一定的活动场所。除了自然人和法人之外,法律关系主体还有国家,国家是一个特殊的主体,只是在特殊的情况下,才以主体的资格参加法律关系。因为法律关系是人与人的关系,所以,每一个具体法律关系的主体不能少于两个。只有一个主体,不能构成法律关系。应

该指出,作为法律关系的主体都是权利和义务的参与者,双方都必须具有一定的权利能力和行为能力,都应该享受一定的权利和承担一定的义务。凡是享受权利的一方是权利主体,凡是承担义务的一方是义务主体,有些法律关系的权利主体和义务主体是明确分开的,有的则互为权利主体和义务主体。

【法律关系客体】又称权利客体。法律关系主体的权利和义务所指向的对象(标的)。由于法律关系多种多样,其主体的权利和义务所指向的对象也多种多样。一般说,主要有以下3种:(1)物。这里的“物”指能够实际支配,能为人们控制的物体。包括天然存在和人类劳动生产出来的一切物质资料,具有一定的经济价值,并可利用来满足生产和生活的需要。一般说,所有权关系的客体都是物。(2)行为。有些法律关系的客体不指具体的物,而指向一定的行为。行为包括作为和不作为,也包括合法行为和不法行为,积极行为和消极行为;(3)非物质财富。又称智力成果,指法律规定的人们脑力劳动创造的精神财富。法律关系的客体,在不同的社会制度下,其内容和范围不同。在奴隶制国家中,奴隶只是会说话的工具,是奴隶主的一种私有财产,没有法律关系主体的资格,只能作为法律关系客体存在。封建制国家中,农民或农奴虽然有了一定的人身自由,成为法律关系主体,但他们的主体资格受到很大限制,在有些情况下,如不能清偿地租时只得卖身,成为法律关系的客体。资本主义制度下,虽然法律上承认一切人都是法律关系的主体,但无产阶级并不能完全摆脱权利客体的地位,其妻子、儿女都可能作为买卖关系的客体。在社会主义制度下,人民是国家的主人,人身、人格不再是法律关系的客体,人只能是主体,而不能是客体。

【法律事实】符合法律规定的、能够引起法律关系产生、变更和消亡的客观情况或现象。显而易见,构成法律事实的关键因素必须是合于法律规定的客观情况出现。一方面,只有法律规范的规定,没有出现法律所规定的事实,不可能引起法律关系的产生、变更和消灭;另一方面,并不是所有的客观情况都可以成为法律事实,哪些客观情况或现象能够成为法律事实,是由法律予以规定的。法律事实多种多样,按照是否以当事人的意志为转移,可以分为法律事件和法律行为两大类。所谓法律事件是不以当事人的意志为转移而发生的能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。如婴儿的出生,能引起婴儿及其父母之间的抚养关系;某人死亡,能引起一系列与死者有关的法律关系(如婚姻关系、劳动关系)的消灭和其他法律关系(如继承关系)的产生或变更(如债务关系)。所谓法律行为指以当事人意志为转移的能够引起法律关系产生、变更和消灭的行为。包括合法行为和违法行为。如企业之间依法共同签订、修改或撤销合同的行为。可以引起合同法律关系的产生、变更或消灭,而合同关系的当事人一方违反合同时,他方可以依法请求赔偿损失,修改或解除合同,从而引起诉讼法律关系、损害赔偿法律关系的产生和合同关系的变更或解除。

【法律权利】法律规范所规定的、法律关系主体所享有的能够作出某种行为的权能。表现为主体有权自己作出某种行为,也有权要求他人作出某种行为或不作出某种行为。一般说,法律权利具有以下几个特征:(1)享有权利的人,在法定范围内能够根据自己的愿望作出一定的行为,从中取得合法的利益;(2)享有权利的人,可以要求他人作出一定行为或不作出一定行为,以便实现自己的权利或不影响自己权利的实现;(3)享有权利的人因他人的行为而使权利

不能实现时,有权请求国家机关加以保护。应该明确,法律权利是有鲜明的阶级性的,在一定的社会制度下,谁能享受权利,谁不能享受权利,是根据统治阶级意志由法律加以规定的,并由国家强制力保护。当然,这种规定不是任意的,而要受到统治阶级的物质生活条件制约。因此,法律的权利既有阶级性,又有法定性和强制性。法律权利通常可以作如下分类:(1)依照公民参加社会关系的性质,可以分为政治权利和民事权利。前者如选举权和被选举权,管理国家大事等政治权利和自由;后者如劳动权、财产权。(2)依照相应的承担义务人的范围,可以分为绝对权和相对权。前者所要求的义务承担人指一切人,是不确定的任何人,如财产所有权、人身权;后者所要求的义务承担是确定的人(个人或集体),如损害赔偿权等。(3)依照权利的主要内容是否以财产为目的作为标准,可以分为财产权和非财产权。前者是以有形或无形财产为目的的权利,如所有权、货款权等;后者又称人身权,指与权利主体自身不能分离的没有财产内容的权利,如生命权、肖像权、游行示威权等。

【法律义务】法律规范规定的法律关系主体应作的行为或者说应尽的责任。表现为主体根据权利享有人的要求作出一定行为或不作出一定行为。法律义务有以下3个特征:(1)负有一定义务的人,必须作出一定行为或不作出一定行为,以保证对方权利的实现或不影响对方权利的实现;(2)义务是有限度的,负有义务的人只须在法定范围内作出一定行为或不作出一定行为;(3)法律义务,受到国家强制力的约束。负有义务的人,必须自觉履行义务,否则,国家强制力要进行干预。法律义务同法律权利一样,都具有阶级性、法定性、强制性。法律义务可作以下分类:(1)公民义务和国家机关及工作人员的义务。前者如遵守宪法和法律的义务、维护国家统一和

各民族团结的义务等;后者称为国家机关及其工作人员的职责,如审判机关保障被告人申诉权等义务。(2)政治义务和民事义务。前者如纳税、服兵役等;后者如清偿债务,赡养扶助父母等。(3)积极义务和消极义务。前者指必须作出一定行为的义务,如抚养儿女、赡养父母;后者指必须抑制一定行为的义务,如夫妻不得遗弃等。

【权利能力】法律关系主体(包括自然人和法人)参加法律关系能够享受权利和承担义务的能力,或称资格。权利能力本身只是一种独立资格,是实际取得权利、承担义务的先决条件。可以分为民事上的权利能力和政治上的权利能力。前者指参加民事法律关系的资格;后者指参加政治法律关系的资格。中华人民共和国《民法通则》第九条规定:“公民从出生时起到死亡时,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务”。一般情况下,公民的权利能力同公民的年龄、精神状态无关,而政治权利能力却要受到一定的限制。如只有年满18周岁的公民才有选举权和被选举权。即政治权利能力不像民事权利能力那样人人都具有,也不像民事权利能力那样不能剥夺。权利能力还可以分为一般的权利能力和特殊的权利能力。前者是每个公民都具有的权利能力;后者则是指具有某些特定的权利能力,如国家机关及其工作人员的职权。法人的权利能力自法人成立之时产生,自法人停止存在时消灭。法人的权利能力不是无限的,而是由法人成立的宗旨和业务范围决定的,法人的活动不得超出其权利能力的范围。

【行为能力】法律关系主体(包括自然人和法人)能通过自己的行为享受权利和承担义务的能力。具有行为能力必须具有权利能力,但是,具有权利能力却不一定具有行为能力。因此,公民具有行为能

力必须达到一定年龄,理智必须正常。公民的行为能力是由法律予以规定的。世界各国法律一般把本国公民划分为具有完全行为能力的人、受限制行为能力的人和无行为能力的人。对于具有完全行为能力的法定年龄,各国法律也作出不同的规定。在中国,公民具有政治上的完全行为能力的法定年龄为 18 周岁;刑事上的完全行为能力法定年龄为 16 周岁(死刑除外);民事上的完全行为能力的法定年龄也是 18 周岁,如果能以自己劳动收入为主要生活来源的 16 周岁以上不满 18 周岁的公民,也视为具有完全行为能力。受限制行为能力的公民指行为能力受到一定的限制,只具有部分行为能力的人。中华人民共和国《民法通则》规定:“10 周岁以上的未成年人限制民事行为能力的人。”“不能完全辩论自己行为的精神病人是限制行为能力的人。”中国刑法将已满 14 周岁而不满 16 周岁的公民视为具有限制行为能力即不完全的刑事责任能力的人。无行为能力的人是指不能以自己的行为享受权利和履行义务的人。中华人民共和国《民法通则》规定,不满 10 周岁的未成年人、不能辨认自己行为的精神病人是无行为能力的人。中国刑法将不满 14 周岁、不能辨认或者不能控制自己行为的精神病人视为无行为能力的人。法人的行为能力由法的宗旨、经营范围决定,法人一经成立,就具有行为能力,法人一经撤销,其行为能力同时消灭。

【法律体系】一个国家的现行法分成不同的法律部门,部门之间具有的内在联系形成的有机整体。一国现行法之所以能够划分为若干个部门,主要因为法所调整的社会关系及调整方式不同。调整不同的社会关系,运用不同的调整方法,就会形成不同的法律部门。如调整人们之间的劳动关系形成劳动法部门,调整家庭婚姻关系形成了婚姻法部门。如果在客观上产生了新的社会关系,这种社会

关系又需要法律调整,在法律体系中也会形成相应的新的法律部门。尽管一国的现行法分成不同的部门,其经济基础是一致的,体现的统治阶级意志是一致的,基本原则、指导思想也是一致的。正是由于这些共同性,所以能够形成一个有机联系的整体。法律体系主要指国内各个法的部门的统一的整体。一般不包括国际法,国际法是调整国家之间关系的准则,单独构成国际法体系。同国内法的体系的不同点是:国际法的主体主要是国家,而国内法的主体是国家机关、社会团体或公民;国际法是由各主权国家根据国际条约或协议创立的,国内法是由国家机关制定出来的;国际法靠参加国际关系的国家来保证实现,而国内法靠国家强制力保证,此外,法律体系同立法体系也有一定区别。法律体系是客观的、历史形成的,是根据社会关系的客观需要而建立的。法的各个部门之间的区别、联系,表明需要调整的社会关系的区别和联系。没有社会关系之间的区别,不可能形成各个法的部门。所以,法的部门的划分,不是主观上随意决定的,客观因素占主导地位。立法体系是规范性文件系统化,如法规汇编、法典编纂等。一般说,立法体系是立法者主观因素起主导作用,也不排除客观的因素。如法规汇编,主要决定于主观的需要,既可以按年代顺序,也可以按问题的性质,也不能不考虑不同的社会关系需要作出不同的系统的排列。

【法律部门】调整同一类社会关系的现行法规以及相应的调整方法的组合体,调整同一类社会关系的法律规范的总和。一般认为,划分法律部门的主要标准,是法律所调整的社会关系。调整同一类社会关系的法律规范,划归为同一法律部门,如调整婚姻家庭关系方面的法律规范构成婚姻部门;调整行政关系方面的法律规范构成行政法部门。所谓社会关系,一般指人们在某一社会领域的相互关

系。全部社会关系的总和,即是社会各个领域的总和,构成了社会整体。同一社会性质的社会关系,由于涉及到不同领域,如经济、政治、婚姻家庭、财产、劳动等领域,也就分为不同种类的社会关系。由于法所调整的社会关系的种类不同,便成为划分不同法律部门的基础。由于社会关系的多样性,决定了法律部门不可能是单一的。法对社会关系调整的方法对法律部门的划分并不是没有意义。法对社会关系的调整,一般有两种方法,一种是集中、命令的方法,一种是分散、平权的方法。调整上下级行政关系采取集中、命令的方法,是行政法部门形成的重要因素。调整平等的主体之间的财产关系,采取分散、平权的方法,是民法部门形成的重要因素。在划分法律部门的时候,应当把法调整社会关系的不同和调整方法的不同有机地结合起来考虑,否则,势必造成对社会关系的破坏。在划分法律部门的时候,还应考虑到社会关系的不同主体,调整某一种社会关系的数量等因素。如选举法是有关选举代表的法律,由于涉及面较窄,又同整个政治制度相联系,所以没有独立为一个部门。而经济关系极其广泛,不是任何一个部门能够全部包括的,所以划分为几个法律部门。法律部门和规范性法律文件有时在名称上是一致的,但两者不是等同的概念。如作为法律部门的刑法和作为规范性法律文件的刑法在名称上相同,但作为规范性法律文件,指一国的刑法典,作为部门法的刑法,除了刑法典以外,还包括其他以刑罚手段惩罚犯罪的单行性法规和散见于其他规范性法律文件中的刑事法律规范。

【法律的制定】又称立法。国家机关依据法定的权限和程序制定、修改或废止法律、法规的活动。其实质是统治阶级通过国家机关把本阶级的意志转化为国家意志的活动。一般说,立法活动具有以下几

个特征:(1)立法是国家机关所进行的一种专门活动。任何个人或社会组织、社会团体都不能进行这项活动。国家机关也不是都可以进行立法活动,享有立法权的国家机关才能进行立法活动,哪些国家机关享有何种立法权由各国宪法和法律加以规定。(2)立法是享有立法权的国家机关依据法定的程序进行的一种专门的活动。任何国家的立法活动都不是随意的,都要遵循一定的程序。不同性质的国家立法程序有所不同,有的是按惯例进行的,但一般都要通过专门制定的立法程序加以规定。(3)立法是享有立法权的国家机关制定、修改或废止法律、法规的活动。立法不仅包括制定法律、法规,而且包括修改、补充或废止法律、法规。任何国家的法律、法规制定以后都不可能一成不变,随着社会生活的发展变化,或由于宪法的修订,有立法权的国家机关都要对法律、法规进行修改、补充或宣告废止。立法活动,虽然是人们自觉的有意识的活动,但是,国家在创制法律、法规时,又不是立法者主观随意的活动,必须受各种社会因素的影响和制约。最根本的要受到统治阶级的物质生活条件的制约。同时,政治观点、道德观点、阶级力量的对比、民族特点以及国际环境都对立法活动起重要的影响作用。社会主义中国的立法活动,有广义和狭义之分。广义的立法,包括一切法律、法规的制定。概指最高国家权力机关、最高国家行政机关以及地方各级的权力机关和行政机关制定法律、法规的活动。狭义的立法仅指享有立法权的国家机关制定法律的活动,即最高国家权力机关制定宪法和法律的活动。中华人民共和国宪法第五十八条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”

【立法程序】享有立法权的国家机关制定、修改或废止法律步骤或阶段。社会主义中国的立法程序指最高国家权力机关即中华人

民共和国人民代表大会及其常委会行使国家立法权,制定、修改和废止法律的程序。主要包括以下几个方面:(1)法律议案的提出。指享有立法提案权的机关和人员向立法机关提出的关于法律的制定、修改或废止的提案或建议。议案一经提出,立法机关必须进行审议并决定是否列入议程。是立法程序的第一个步骤。中华人民共和国《全国人民代表大会组织法》规定:全国人大各专门委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人大代表团、30名以上的代表和10名以上人大常委委员等均享有立法提案权。(2)法律议案的审议。指立法机关对已经列入议事日程的法律议案进行审查和讨论。是立法民主化的重要步骤。(3)法律议案的表决和通过。表决是有权的机关和人员对议案表示最终的态度——赞成、反对或弃权。通过是经过表决,议案获得法定数目以上人的赞成、同意。中华人民共和国宪法规定“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。”“法律或其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。”(4)法律的公布。指将已通过的法律以一定的形式予以公布,以便全社会遵照执行。法律公布是法律生效的前提。法律通过后,凡是未经公布的,都不能发生法律效力。中华人民共和国宪法第八十条规定:“中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定,公布法律。”

【立法原则】关于立法的指导思想或指导方针,进行立法工作的基本出发点。一个国家的立法原则是该国法律的本质的集中体现,不同的历史类型的法有不同性质的立法原则。剥削阶级类型法都以保障生产资料私有制和维护剥削阶级利益为基本立法原则。社会

主义类型法则以维护人民的利益和进行社会主义现代化建设、维护社会主义法制统一为基本立法原则。社会主义中国在长期的立法工作中积累了丰富的经验,形成了具有中国特色的社会主义立法的基本原则:(1)实事求是,从实际出发的原则。是马克思主义原理同中国的实际情况相结合的原则。首先从社会主义初级阶段的生产力发展水平的实际出发,从在一定范围内还长期存在阶级斗争的实际出发,从人民群众的思想水平的实际出发。其次,还要从中国是一个统一的多民族的国家的实际以及各地区政治、经济、文化发展不平衡的实际出发。因此,既要反对不顾实际可行性、条件不成熟仓促立法,也要反对条件已经具备仍不积极立法。(2)领导与群众相结合的民主立法原则。要支持民主集中制的原则,坚持从群众中来、到群众中去的群众路线。人民是国家的主人,是社会实践的主体,只有立法走群众路线,才能把正确的意见集中起来,使法律符合人民的意志和利益要求。(3)原则性和灵活性相结合的原则。原则性指立法要符合“四项基本原则”,符合人民的根本利益要求,保证法制的统一。灵活性,指立法要照顾各方面情况,因时、因地制宜,并且有一定的弹性幅度和伸缩余地。应该明确,原则性是主要的,根本的,灵活性要服从原则性。(4)稳定性和连续性相结合的原则。一方面要求法律的修改不能过于频繁,不能朝令夕改;另一方面又要求适时变化,不能一劳永逸。在立法时,法律的作用和效力不能中断,保持一定的连续性。(5)总结本国立法经验和借鉴外国立法经验相结合的原则。

【违法】人们违背法律规定的对社会有危害的有过错的行为。实质上讲,任何违法,都是对法律规范中所体现的统治阶级意志的违反,并造成对统治阶级所保护的社会关系的危害。违法必须具备以

下几个要素:(1)违法是人们违背法律规定的、依照法律应当受到追究的行为。首先,违法只能是人们所实施的一定的行为,具有一定的客观性。是一种客观存在的行为,而不是一种纯粹主观上的思想活动或意识活动。任何离开行为的意志不能承担法律责任。其次,违法是违反了法律规定的行为,没有实施法律所要求的行为,实施了法律所禁止的行为,也是违反了法律所规定的程序和方式。再次,违法只能是依照法律应当予以追究的行为,根据法律规定不予追究的行为,不构成违法。(2)违法必须是不同程度的侵犯了法律所保护的社会关系和社会秩序的行为,是被国家认定为具有社会危害性的行为。(3)违法必须是行为者有主观过错的行为,即行为人要有故意或过失。故意指行为人明知自己的行为会发生危害的结果,但希望或者放任这种结果的发生。过失指行为人应当预见自己的行为可能发生危害的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者虽然预见,但是轻信可以避免,以致发生了危害的结果。如果行为在客观上虽然造成了损害结果,但不是出于故意或过失,而是由于不能抗拒或预见的原因所引起,不认为是违法。(4)违法的主体只能是具有法定责任能力的自然人、依法设置的法人或其他社会组织所实施的行为。法定责任能力,主要指达到一定的年龄、能够理解、控制自己的行为从而能对自己的行为所引起的法律后果承担责任的能力。一般说,刑事违法的主体是自然人,民事违法的主体可以是自然人和法人,其他违法主体除自然人和法人外,还包括非法人组织。

【法律责任】违法主体对其违法行为所应承担的具有强制性的法律后果。一般说,法律责任具有以下几个特点:(1)必须有明确具体的法律规定。只有当法律上作了某种规定,人们才能承担某种相应的

法律责任。(2)法律责任与违法行为相联系。没有构成违法行为,不能承担法律责任。(3)法律责任是以国家名义对违法行为作出的一种谴责。(4)法律责任以国家强制力作保证,依靠国家强制力使违法者承担相应的法律责任。(5)必须由司法机关或其他国家授权的机关予以追究,其他任何组织或个人都无权行使这种职权。由于法律责任同违法行为联系在一起,因此,不同性质的违法行为应承担不同的法律责任,违法的种类决定了法律责任的种类。四种违法行为有相应的四种违法责任:刑事违法行为承担刑事法律责任;民事违法行为承担民事法律责任;经济违法行为承担经济法律责任;行政违法行为承担行政法律责任。一般情况下,国家机关及其工作人员在追究违法者的法律责任时应遵循以下原则:(1)责任自负,不得株连;(2)教育为主,惩戒为辅;(3)违法与惩罚相适应;(4)依法追究;(5)责任不可避免性和迅速承担法律责任。

【法律制裁】国家专门机关对违法者依其所应负的法律责任而采取的惩罚措施。所包含的内容有以下几个方面:(1)是国家专门机关在其权限范围内依法实施的措施,具有国家强制性;(2)是国家机关对违法者所实施的强制措施,是以确定违法行为为前提的;(3)是与违法者所应承担的法律责任相适应的;(4)是带有惩罚性的措施,是维护法律尊严的必不可少的手段。法律制裁依其实施的国家机关的性质和所依据的法律规范不同,一般可分为刑事制裁、民事制裁、经济制裁和行政制裁。前三种法律制裁,因其是由司法机关所实施的制裁,所以通常又统称为司法制裁。法律制裁具体可分为:(1)刑事制裁。国家司法机关对于犯罪分子依其应负的刑事责任实施的制裁。是各种法律制裁中最严厉的制裁。中华人民共和国《刑法》规定的刑罚手段主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、

死刑。附加刑有罚金、剥夺政治权利、没收财产。(2)民事制裁。国家司法机关对违反民事法规者依其应负的民事责任而实施的强制措施。通常有责令排除妨碍、停止侵害、责令返还原物、责令赔偿损失、罚款、支付违约金、责令停业、停产或搬迁等；(3)经济制裁。从广义上讲，经济制裁包括对违法犯罪行为的各种经济上的惩罚手段；从狭义上讲，专指国家司法机关依据经济法规对社会经济组织的违反经济法规的行为所采取的经济上的强制措施。为赔偿经济损失，责令赔偿违约金等。(4)行政制裁。国家行政机关在其权限范围内对违反行政法规的行为所实施的强制措施。主要包括行政处罚、行政处分和劳动教养。

【法律监督】有广义和狭义含义。广义指所有的国家机关、社会团体和全体公民对法律实施所进行的监督；狭义指专门国家机关依据法定权限和法定程序对法律实施进行的监督。法律监督是法制建设的重要组成部分，任何一个国家的法制，都有自己的法律实施的监督体系，只是监督的目的、范围和手段不同。在社会主义中国，法律监督更具有重要的意义：(1)有利于树立宪法的最高权威，一切国家机关、社会组织和全体公民，都必须以宪法为根本的活动准则，一切从属于宪法的其他法律规范，都不得同宪法相矛盾，相抵触。(2)有利于法制的统一和尊严，保障社会主义法的实现。(3)有利于保障公民基本权利和义务的实现。1949年以后，经过长期的实践，形成了较为完备的法律监督体系，主要包括：(1)立法监督。即国家权力机关的监督，尤其是最高权力机关的监督。(2)专门机关监督。即检察机关的监督，包括法纪监督、侦察监督、审判监督、监所监督等。(3)法院监督。又称之为审判监督，是人民法院内部的法律监督。(4)行政监督。指上级行政机关对下级行政机关、行

政机关对企业事业单位和公民执行和遵守行政法律、法规的监督。(5)社会监督。是非国家机关的监督,是广大人民群众以多种形式、多种手段和多种途径广泛主动地参与对法律实施的监督。包括社会组织、社会舆论、人民群众的监督。(6)党的监督。是中国共产党对党员、各级党组织是否模范地执行、遵守法律的监督,也包括对国家机关、社会团体、企业、事业单位实施法律活动的监督。

【立法监督】国家权力机关的监督,最高国家权力机关的监督。最高国家权力机关,全国人民代表大会及其常务委员会既享有立法权,又享有监督权,在整个法律监督体系中居于主导地位,是最高监督。这种监督,主要通过两种形式:一种是法律上的监督。全国人大及其常委会对法律实施的监督,主要是监督宪法的实施,包括履行宪法规定的职权。任何机关如果作出同宪法相抵触的决议、决定,中华人民共和国全国人大和它的常委会有权予以撤销。一般包括:(1)中华人民共和国全国人民代表大会有权改变或者撤销中华人民共和国人大常委会不适当的决定;(2)中华人民共和国全国人民代表大会有权撤销国务院制定的同宪法相抵触的行政法规;(3)地方各级人大及其常委会有权撤销地方上的不适当的决定、命令。另一种是工作上的监督,即国家权力机关依照宪法性文件对政府、审判机关和检察机关的工作实行监督,通称为对“一府两院”的工作监督,主要是听取和审议其工作报告、提出质询及视察、检查等。立法监督是宪法赋予国家权力机关的重要职权,行使这项职权从根本讲是人民行使当家做主的政治权利,是人民管理国家事务的重要体现。

【司法监督】司法机关的监督。包括审判机关的监督和检察机关的

监督。审判机关监督包括:最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,上级人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现确有错误,有权提审或指令下级人民法院再审;各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误,有权提交审判委员会处理;人民法院对于人民检察院起诉的案件认为主要事实不清,证据不足,或有违法情况时,可以退回人民检察院补充侦查,或通知人民检察院纠正;下级人民法院的审判工作受上级人民法院监督。检察机关监督是人民检察院的监督。人民检察院是国家专门的法律监督机关,其监督权具体包括:侦察监督、审判监督、监管工作监督和对国家工作人员的法纪监督。人民检察院的法律监督作用通过行使检察权来实现,实施法律监督,不是对所有法律的执行情况都进行监督,而是按照法律的规定,在一定范围内行使检察权。各级人民检察院对于国家机关及其工作人员的法纪监督,只对严重违反法律、需要追究刑事责任的案件行使检察权,对于一般违反党纪、政纪的案件,则分别由党的纪律检查部门的政府机关处理。

【行政监督】即行政机关监督。主要指上级行政机关对下级行政机关、行政机关对企业、事业单位和公民执行和遵守行政法律、法规的监督。主要包括:(1)对政府行为的监督,即行政机关自身的监督。根据中华人民共和国的宪法规定,国务院有权改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章,有权改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定、命令和规章。上级人民政府有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府不适当的决定、命令。(2)审计监督。国家审计机关依照法律规定,对各种经

济部门和各类经济单位的财政、经济管理活动以及对财政金融机构、企业事业组织的财务收支所进行的审计监督。(3)监察监督。国家行政监察机关依照法定的权限、程序和方式,对国家行政机关、国家工作人员是否严格执行和遵守法律、行政法规和规章所实行的监督和检查活动。国家监察机关在监督活动中依法享有调查权、检查权、建议权和一定的行政处分权。

【党的监督】社会主义国家执政党对法律实施的监督。在社会主义中国,共产党是执政党,在国家生活中处于领导地位,对国家各方面的工作者起监督作用。党对法律实施的监督,首先是严格监督党员和党的组织模范地执法和守法。党的纪律检查机关有权对违法乱纪的党员实施党纪处分。党纪不能代替国法,凡触犯行政法的,应由行政机关追究行政法律责任;凡触犯刑律者,还要由司法机关依照法定程序追究刑事责任。党的组织还要监督国家机关、社会团体、企事业单位的法律实施活动,尤其是对司法机关的监督,要求司法机关在检察、审判活动中要有法律依据,依法办事。党的监督是社会主义法律监督体系中的重要组成部分,也是马克思主义法学中一个重要的理论和实践问题。只有重视并加强党的监督,才能保证社会主义法制的统一,树立社会主义法制的权威,发挥社会主义法制在保护人民、打击敌人、惩罚犯罪、服务“四化”中的应有作用。

【舆论监督】广大人民群众通过发表自己的意见及看法,对国家工作以及社会生活各个方面进行的监督,即社会监督。法律方面的监督,主要是监督各级机关、各级干部,特别是领导干部严格遵纪守法。舆论监督的形式是多种多样的,最主要的是通过报刊、广播、电

视等新闻媒介,揭露违法犯罪现象,弘扬社会正气,坚决贯彻法律面前人人平等的原则,支持和监督司法机关有法必依,执法必严,严肃处理一切违法事件。因此,舆论监督在各种监督中占有特殊地位,影响最广,时效最快。在社会主义国家,舆论监督的主体是全体公民(包括新闻工作者),是公民依法行使宪法赋予的批评监督权。从本质上说,舆论监督是社会主义国家人民群众参与国家政治生活和社会公共生活的重要途径,是建立社会主义民主政治的必要手段,是反对和遏制官僚主义、封建主义和腐败作风的有效手段。因此,要真正实现舆论监督,必须在坚持四项基本原则的前提下,实行宪法规定的新闻出版、言论自由,为舆论监督创造一个良好的社会环境。

宪 法

【宪法】国家的根本大法。具有最高法律效力的法。据以制定其他法的法律基础。是国家的根本法,与普通法律相比,有其特殊属性,表现在 4 个方面:(1)宪法规定国家的根本制度、国家生活的基本原则。有的国家把宪法称为根本法或基本法。由于宪法规定的是国家生活中最根本、最主要的原则和制度,是立法机关进行日常立法活动的法律基础,因而宪法又被称为“母法”、“最高法”,普通法律被称为“子法”。宪法不能代替普通立法。宪法除规定社会制度和国家制度的基本原则外,还规定国家政权机关组织和承认公民的基本权利和义务。(2)宪法具有根本法这一特点,决定了其法律地位高于普通法,具有最高法律权威和最高法律效力。宪法是制定

普通法律的依据,普通法律的内容必须符合宪法的规定,与宪法内容相抵触的法律无效。(3)宪法的制定和修改一般都有特别程序。宪法就其文字形式上分,有成文宪法和不成文宪法。成文宪法指有明文规定的宪法典,由一个或少数几个法律文书构成。如《美国宪法》就是一部成文的宪法典。不成文宪法指没有明文规定的宪法典和法律文书的宪法,其内容散见于不同历史时期颁布的法律、法令和历史上形成的惯例之中,如美国宪法。成文宪法一般规定了特别的起草和修改程序。为了起草或修改宪法,有的国家成立了专门机构。如“宪法起草委员会”、“制宪会议”、“立宪会议”等。(4)宪法的解释,对宪法施行监督、违宪审查有特别规定。为了保持宪法的权威性,避免造成适用上的困难,有时需要有关国家机关对宪法条文的含义、内容和界限进行具体明确的解释。因此许多国家在宪法中对解释宪法和监督宪法实施的权力归属问题,作了专门规定。宪法的解释权和监督权的归属,根据各国宪法规定,大致有以下三种体制:(1)立法机构解释制。由议会、或最高权力机关行使宪法解释权和监督权。中国1982年宪法规定,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会监督宪法的实施,全国人民代表大会常务委会有权解释宪法。(2)司法机构解释制。始于美国。美国最高法院有权宣布联邦法律和州法律是否符合联邦宪法。(3)特设机构解释制。由专门设立的宪法委员会、宪法法院或宪法法庭之类机构行使这一职权。

【中华人民共和国宪法】中国最高国家权力机关制定和颁布的国家根本法。中华人民共和国建立前夕颁布的《中国人民政治协商会议共同纲领》起了临时宪法的作用。从1954年起,先后制定、颁布过4部宪法,即1954年、1975年、1978年和1982年的《中华人民共

和国宪法》。

【中国人民政治协商会议共同纲领】简称《共同纲领》。1949年9月29日,中国人民政治协商会议全体会议通过并公布。总结了中国人民1840年以来反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义的革命斗争经验,指明了中华人民共和国建立初期的革命和建设目标,确立了新中国的社会制度和国家制度。《共同纲领》除序言外,共有7章60条。

【1954年《中华人民共和国宪法》】1953年1月13日,中央人民政府委员会通过决议,决定成立宪法起草委员会。1954年3月23日的第一次会议上,毛泽东代表中国共产党提出宪法草案初稿。会议决定将初稿作为起草宪法的基础。宪法草案初稿经两个多月的讨论,提出8000多条修改意见。修改后的宪法草案由中央人民政府委员会第三十次会议通过,于1954年6月14日公布,交付全国人民讨论。根据各方面意见,宪法起草委员会进行了再次修改,并经中央人民政府委员会进行过两次讨论,最后提交全国人民代表大会审查。1954年9月15日,在第一届全国人民代表大会第一次会议上,刘少奇代表宪法起草委员会作了《关于中华人民共和国宪法草案的报告》,9月20日,会议出席代表以无记名投票方式一致通过《中华人民共和国宪法》,并由会议主席团公布。中华人民共和国的第一部宪法至此正式诞生。1954年宪法是社会主义类型的宪法,除序言外,分总纲、国家机构、公民的基本权利和义务、国旗、国徽、首都等4章共106条。

【1975年《中华人民共和国宪法》】1975的宪法是在1966年开始的

“文化大革命”尚未结束的特殊历史条件下制定的,是“左”的思想的产物。其指导思想和一些具体规定在理论上是错误的,在实际上是有害的。该宪法仅 30 条,只实施了一年多。1976 年 10 月粉碎了江青反革命集团,为了恢复和健全社会主义民主与法制,修改 1975 年宪法成为一项紧迫的任务。

【1978 年《中华人民共和国宪法》】1978 年 3 月 5 日,第五届全国人民代表大会第一次会议通过,并由会议主席团公布。对 1975 年宪法作了修改。除序言外,共有 4 章 60 条,在结构上和 1954 年、1975 年宪法相同。

【1982 年《中华人民共和国宪法》】1980 年 8 月 30 日,中共中央向第五届全国人民代表大会第三次会议主席团提出《关于修改宪法和成立宪法修改委员会的建议》。9 月 30 日第五届全国人民代表大会按照这一建议,决定成立宪法修改委员会。1982 年 4 月,宪法修改委员会提出《中华人民共和国宪法修改草案》,由全国人民代表大会常务委员会公布,交付全国人大讨论。1982 年 11 月 26 日,在第五届全国人民代表大会第五次会议上,彭真代表宪法修改委员会,作了关于宪法修改草案的报告。12 月 4 日,全体会议以无记名投票方式,通过了《中华人民共和国宪法》。除序言外,有总纲,公民的基本权利和义务,国家机构,国旗、国徽、首都等 4 章,共 138 条。基本精神是:努力建设社会主义的物质文明和精神文明,发扬社会主义民主,健全社会主义法制,维护国家统一,加强民族团结,发展统一战线,坚持独立自主的外交政策。

【违宪审查制度】对法律、法令、行政法规、行政行为等进行审查以

对其是否违宪作出裁决的制度。为了保障宪法的实施、维护宪法的尊严和保持宪法的最高法律效力,世界上大多数国家都建立了违宪审查制度。

【违宪审查的机构】综观各国规定,行使审查权的国家机关大致有3种:(1)由立法机关组成最高国家权力机关行使违宪审查权。中国的宪法监督权由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会共同行使。(2)由普通司法机关行使违宪审查权。最初是美国最高法院在宪法审查实践中形成的宪法惯例,后来有许多国家仿效并作了明文规定。如《日本国宪法》规定“最高法院为有权决定一切法律、命令、规则以及处分是否符合宪法的终审法院。”(3)由特设机关行使违宪审查权。设立宪法法院、宪法法庭或宪法委员会等专门机构,处理违宪案件,保证法律性文件同宪法的一致。奥地利、西班牙、意大利、德国等国建立了宪法法院,法国建立了宪法委员会。

【违宪审查的范围】宪法监督机关的首要任务是审查法律性文件的合宪性,具体审查范围各国规定不同。有的国家可以对一切法律、法令和行政法规进行审查,如意大利宪法法院。有的国家可以对法令和行政法规进行审查,并加以变更。有的国家可以对行政法规和地方性法规进行审查,并加以变更,如朝鲜民主主义人民共和国检察院。中国1982年宪法规定,全国人民代表大会有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”;全国人民代表大会常务委员会有权“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”,“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”。

【违宪审查的方式】就处理法律、法令等规范性文件与宪法相抵触的案件来说,有以下两种不同方式:(1)事后审查,即在规范性文件颁布实施之后审查。大多数国家采取这种方式。(2)事前审查,即在规范性文件颁布实施以前,先由宪法监督机关审查。采取这一方式的国家很少。中国宪法规定,全国人民代表大会常务委员会有权撤销与宪法相抵触的行政法规、地方性法规等规范性文件,属于事后审查的方式;宪法同时规定,自治区人民代表大会制定的自治条例和单行条例,要报全国人民代表大会常务委员会批准后生效,带有事前审查的性质。

【违宪审查结论的效力】宪法监督机关对规范性文件的合法性进行审查之后,要作出是否违宪的结论。这种结论一般具有强制性,被宣布为违宪的规范性文件将全部或部分失去法律效力。在中国因违宪而被全国人民代表大会常务委员会撤销的行政法规和地方性法规以及未经常务委员会批准的自治条例和单行条例,都没有法律效力。

行 政 法

【行政】政府管理国家的活动。国家行政机关为实现国家的目的和任务而行使的执行、指挥、组织、监督各种国家职能。行政活动是为了治理国家而由国家行政机关进行的广泛的组织活动。行政活动内容丰富,具体包括执行法律,执行国家政策,执行权力机关的决

议、命令；颁布行政命令，指挥人们的行动；设立行政部门，任命国家工作人员，协调人们的行动；督促所属部门、公职人员、企事业单位、社会组织和全体公民严格遵纪守法。行政活动涉及面积广，包括国防、民政、教育、科技、文化、卫生、体育行政等，以及国家对国民经济实行的大量组织管理活动。近代国家，大都强调国家行政活动必须以宪法和法律法规为依据，把“依法行政”看作是国家在行政领域必须遵守的基本准则。

【行政法】调整国家行政机关在行使某职权过程中发生的各种社会关系的法律规范的总和。国家行政机关在其行使职权的过程中发生的各种关系包括：行政机关与其他国家机关之间、行政机关与企事业单位之间、行政机关与公民之间，以及行政机关相互之间所发生的关系等。这些关系在与国家行政机关行使职权相联系时，构成行政关系，受行政法调整。现代国家，一般在宪法下，将刑法、民法、行政法并列为三大法律部门。行政法按照国家管理体系中纵的管理程序，可分为行政组织法、行政行为法、行政监督与行政诉讼法；按照国家管理体系中横的管理部门与内容，可分为经济行政法、科技行政法、军事行政法、民政行政法、公安行政法、司法行政法及文化体育等方面的行政法；按照行政法不同的作用，可分为行政实体法和行政程序法。行政法涉及的社会生活领域十分广泛，内容纷繁复杂，技术性、专业性较强，加之行政关系变动较快，因此，形式上没有统一的法典，其内容有易变性是行政法的突出特点。

【行政法的渊源】又称行政法的法源。行政法律规范借以表现的法律形式。在中国，各种具体的法律形式——宪法、法律、行政法规、地方性法规和规章等都包含有行政法律规范。中国行政法的一般

渊源,根据制定主体,效力层次和制定程序的差别,可以分为以下形式:(1)宪法。宪法作为行政法的渊源,所包含的行政法规范主要有关于国家行政机关活动基本原则的规范;关于国家行政机关组织和职权的规范;关于公民在有关行政法律关系中享有的权利和应尽义务的规范。宪法所确认的行政法规范,通常为一般性原则规范,需通过法律、法规加以具体化。(2)法律。包括基本法律和基本法律以外的其他法律。作为行政法渊源的某一项法律,有些其全部法律规范都属于行政法规范,有些则既包括行政法规范,也包括其他部门法的规范。(3)行政法规和部门规章。国务院制定的行政法规、国务院各部门制定的部门规章,是行政法的最主要渊源。(4)地方性法规和规章、自治条例以及单行条例。省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会制定的地方性法规;省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府制定的地方政府规章;民族自治地方的人民代表大会制定的自治条例和单行条例,是行政法的重要渊源。(5)法律解释。中国正式有效的法律解释分为立法解释、司法解释和行政解释。是行政法的渊源之一。(6)国际条约。中国政府所签订、加入或承认的国际条约,在中国境内具有法律效力。一些国际条约涉及行政管辖、行政法律关系的内容,也属行政法的渊源之一。

【行政法律意识】人们关于行政法和行政法律现象的思想、观点、知识和心理的总称。包括人们对行政法的本质、作用的理论、观点;对各种行政法规范和人们的行为从行政法角度的理解、感觉和评价;人们关于行政法的知识、愿望、情绪等。行政法律意识与行政法同属上层建筑范畴,二者相互作用、相互影响。行政法的完善与发展

为行政法律意识的发展产生重要影响,提供良好的法制环境;行政法律意识是加强行政立法,完善行政法律体系的重要条件,也是公民自觉遵守行政法的重要保证。

【行政法律规范】国家为调整行政管理领域的社会关系而制定的行为规则,法律规范的一种形式。行政法律规范是抽象的、概括的规则,是行政法律体系的最基本的因素,是行政法的微观结构层次,是对一定的行政关系的具体的、确定的反映。法律规范是法律条文的内容,法律条文是法律规范的表现形式。一个行政法律规范有时可以由几个行政管理法规条文加以表达。一个具体的行政法律规范在逻辑上由“行为模式”和相应的“法律后果”组成。所谓“行为模式”,即人们通常所说的法律规定了人们可以做什么、应当做什么或禁止做什么,这三种形式的规定,是法律规范的“行为模式”的三种类型。每一个行政法律规范必然是一种类型的“行为模式”。所谓“法律后果”,包括两类:(1)肯定式的法律后果,即指明作出法律规范所容许或所要求的合法行为时,国家将承认其结果的有效性,或予以保护、奖励。(2)否定式的法律后果,即国家根据法律规定对某种行为的有效性加以否定,特别是对违法行为加以制裁。任何具体的行政法律规范必然有其中一类“法律后果”。行政法律规范按照所规定的行为规则的性质,可以分为授权性规范和义务性规范两类。前者由容许人们可以怎样行为的行为模式和肯定式的法律后果两部分组成。后者的行为模式有两种,一是要求人们应当或必须怎样行为的模式,二是禁止人们怎样行为的模式。由此,义务性行政法律规范又可分为两类:一类是命令性行政法律规范,规定了积极意义的义务;另一类是禁止性行政法律规范,规定了消极意义上的义务。义务性行政法律规范的“法律后果”可能是肯定式的,也

可能是否定式的,当人们积极履行法定义务时,这种行为的法律结果是肯定式的,反之其法律后果便是否定式的。

【行政法律关系】经行政法确认的具有权利、义务内容的具体社会关系。国家机关在依法行使行政管理职权时所形成的特定的法律关系。行政法律关系具有以下特征:(1)行政法律关系当事人的一方必须是国家行政机关或经法定授权的机构组织。法律规范对行政职权的确认、行政职权的存在及行使是行政法律关系存在的前提。(2)行政法律关系具有不对等性。具体表现为主体的地位不对等、意思表示不对等,即行政机关以国家的名义执行公务、行使职权时,行政相对人不履行其义务时,行政机关可强制其履行;行政机关决定依法作出,属单方面意思表示,无需征得行政相对人的同意。强调主体双方的不对等性,并不意味着双方在法律上不平等,行政机关在行使其行政职能时,要承担相应的义务,接受各个方面的监督。(3)行政法律关系具有国家先定力。具体表现为双方当事人的权利与义务都由国家法律、法规和规章事先规定,行政机关、行政相对人不能自由选择。(4)行政法律关系具有权利义务统一性。多数情况下,权利和义务很难截然分开,是互相渗透的。行政机关的职权是权利、义务的结合体,行政机关依法行使职权,既不能转让,也不能放弃,转让与放弃都是失职。

【行政法律关系主体】在行政法律关系中享有行政法规定的权利和必须承担行政法规定的义务的人。一般为两方,一方必定是行政机关,因为没有行政机关就没有行政行为,不可能产生行政法律关系;另一方是行政机关的管理对象,可以称为行政相对人,可以是公民、企业事业单位、社会团体、其他行政机关或国家机关、在中国

境内的外国人和外国组织。行政法律关系主体是行政法律关系产生的必要因素之一。

【行政法律关系客体】行政法律关系主体双方因为有一定的物、行为或智力成果而发生权利义务关系,物、行为或智力成果就是行政法律关系中的客体,是主体双方的权利、义务所共同指向的对象。物指人身以外现实存在的并为人力所能控制的自然财富或劳动创造的财物;行为指主体所为的某些行为;智力成果指商标、专利、著作权等知识产权。行政法律关系客体是行政法律关系产生的必要因素之一。

【行政法律关系内容】行政法律关系中主体各方根据行政法规定应当享有的权利和必须承担的义务,称为行政法律关系内容。一般来说,行政法律关系主体各方都有各自的权利和义务,不能认为行政机关只有权利而没有义务;也不能认为行政相对人只有义务而没有权利。主体各方的权利和义务相互依存,一方有权利,另一方必定有相应的义务。如在治安管理活动中,公安机关对违反治安管理的行政相对人有实施处罚的权力,行政相对人有接受处罚的义务。但是,公安机关也要承担遵守法定程序的正确适用法律的义务,否则,行政相对人有申诉和起诉的权利。行政法律关系内容是行政法律关系产生的必要因素之一。

【行政合法性原则】行政权力的存在、运用必须依据法律,符合法律的规定,而不是与法律相抵触。这一原则是行政法原则的重要组成部分。行政合法性原则具有以下基本要求:(1)所有行政法律关系的主体都应当严格遵守并执行行政法律规范,行政活动都应当以

法律规定为依据。(2)任何行政法律关系的主体均不享有行政法律规范规定以外的特权,行政机关超越其权限的行为是无效的行为。(3)违反行政法律规范的行为导致相应的法律后果,一切行政违法主体都应当承担相应的法律责任。行政合法性原则的前提是“有法可依”,这里所称的“法律”,应做广义理解,即不仅包括宪法、基本法及法律,也包括行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章。

【行政合理性原则】行政机关作出的行政决定,其内容要客观、适度、符合理性。这一原则是行政法原则的重要组成部分。行政合理性原则具有以下基本要求:(1)行政行为必须符合行政的目的。法律作为调整社会关系的手段总为一定的目的而制定。法律赋予行政机关以行政权力,是为了有效地实现法律的目的。因此,行政机关作出行政决定时,不得违背行政的目的。(2)行政行为必须具备合理的动机。大量的行政行为是多样的、具体的、经常的,而社会生活本身又是复杂纷繁、不断发展变化的,要求法律对所有行政活动给予细微缜密的法律规定是不可能的。因而,必须赋予行政机关一定的自由裁定权,使其能够根据具体情况,做出相应的行为,维护正常的社会生活秩序。行政机关在行使自由裁量权时要有合理的动机,不能假公济私。(3)行政行为的作出要考虑相关的因素,而不能考虑无关的因素,同时要全面考虑行政行为所涉及或可能影响的因素,使该行为有充分、合理的根据。行政行为不能以无关的因素为根据,作出不合理的行为。行政合理性原则的实施必须以合法性为前提;行政合理性原则是对行政合法性原则的必要补充。

【法定授权】依据法律、法规和规章的规定,给予一些不是行政机关

的机构或组织的授权。由于法律、法规和规章的授权,取得了在某一方面的行政管理资格,成为某一方面的行政活动的主体。它能够以自己的名义独立地对外行使行政职权,也能够以自己的名义独立地承担因行使行政职权所起的法律后果。

【行政委托】行政机关把一定的行政管理事务委托给另一个机构或者组织办理的行为。其特点是,被委托的机构或者组织不具有行政主体资格,必须以委托的行政机关的名义从事活动,这种行政管理活动的法律后果由委托行政机关承受。

【行政违法】行政法律关系的主体违反行政法律规范,侵害受法律保护的行政关系,但尚未构成犯罪的行为。由于行使法律关系的主体分为国家行政机关和行政相对人,行政违法亦可分为管理方行政违法与被管理方行政违法。确定管理方(包括行政机关,或者行政工作人员)行政违法须同时具备 3 个条件:(1)行为人具有明确的法定义务,是行政违法的首要前提;(2)行为人有不履行法定义务的行为,包括作为或者不作为,但都侵害了受法律的行政法律关系,并造成一定社会危害;(3)行为人在主观上存有过错。确定被管理方(包括公民、企业事业单位、社会团体、其他行政机关或国家机关、在中国境内的外国人和外国组织)行政违法须同时具备 4 个条件:(1)行为人侵犯了受法律保护的行政管理秩序,是行政违法的核心条件;(2)行为造成了一定的危害后果,包括直接的或间接的危害后果;(3)法律、法规明确规定某一行为必须要有主观过错的,须具备主观上的故意或过失,一般情况下不考虑行为人的主观方面;(4)行为人是自然人时,必须有责任能力。行政违法是行政法律关系主体承担行政法律责任的前提。

【行政法律责任】行政法律关系主体实施了违反行政法的规定行为,依法承担的法律后果。同行政违法行为相联系,二者之间具有因果关系,又是行政法律规范得以履行的强制保障措施。行政法律责任与行政制裁相联系,追究行政法律责任,也是实施行政制裁。行政法律责任属于违法行为人所应承担的带有强制性的法律上的责任,不同于其他社会责任,具有以下特征:(1)行政法律规范确定有行为模式和法律后果;(2)由国家强制力保证其得以执行;(3)由法定的行政机关或组织机构负责实施法律制裁。行政法律责任与民事法律责任、刑事法律责任共同构成法律责任。其最显著特征是只能由有关的国家行政机关依照行政法予以确认和追究;而民事法律责任、刑事法律责任只能由国家审判机关依照民事、刑事法律规范予以确认和追究。

【行政制裁】由国家行政机关对违反行政法律规范的行为实施的惩罚性强制措施。包括行政处罚、行政处分。与司法制裁共同构成法律制裁。法律制裁指由国家特定的机关对违法者依其应负的法律责任的实施的惩罚性强制措施。行政制裁和行政法律责任都是基于行政违法行为而产生。没有行政违法行为,就不能任意追究行政法律责任,也无法实施行政制裁。行政制裁以确定行政违法行为为前提,又是追究行政法律责任的实际后果。

【国家行政机关】国家的统治阶级依照法律行使国家权力,组织管理国家行政事务的机关。又称国家管理机关,简称政府,是国家机构的重要组成部分,行政法最主要的主体。中国的行政机关由国家权力机关产生,是国家权力机关的执行机关,也是行政事务的管理

机关。其活动对权力机关负责,接受权力机关的监督,这种关系体现了社会主义国家实行议行合一的原则。国家行政机关具有以下特征:(1)有国家的强制力予以保障,是为实现统治阶级的意志和完成统治阶级的国家任务而组成的专门的社会组织;(2)担负国家的行政管理职能,享有其他国家机关不具有的行政权力和行政手段,其制定的行政决定和采取的行政措施,所有的国家机关、企事业单位、社会团体和公民必须遵守和执行;(3)活动依法进行,一切合法的行政管理行为,包括抽象行政行为,具体行政行为,都受到国家强制力的保障;(4)其组织结构依设置原则成立,按照科学方法进行活动,按一定的层次和结构组织起来,以实现国家行政管理的职能。行政法上所称的行政机关为综合各行政单位的整体,必须具有法人的资格。行政机构与行政机关不同,是构成行政机关的内部各单位。

【国家行政工作人员】按照法律规定,通过选举或任命等方式选拔到国家行政机关担任行政管理工作的人员。国家行政工作人员具有以下特征:(1)必须是通过选举、任命等法定方式任用的人员;(2)必须担任国家的一定公职,在其职务范围内行使国家赋予的行政权;(3)必须以国家行政机关名义进行工作;(4)必须以从事公务的劳动领取国家工资报酬。上述四个特征缺一不可。国家行政工作人员是国家工作人员的一部分,专指在国家行政机关中担负国家行政管理职权的工作人员。从其产生方式可分为选举产生、提名任命和按隶属关系任命三种,从对工作任务的作用可分为领导人员、业务执行人员和辅助人员三种。根据中国的公务员制度,国家行政工作人员将分为政务类公务员和业务类公务员两种。

【行政相对人】在行政机关外部行政管理关系中处于被管理地位的组织或个人。在外部行政法律关系中与行政主体相对应的另一方主体。如在税收征纳关系中,税务机关是从事税务管理的行政主体,而纳税人为行政相对人;在交通管理关系中,交通民警是实施交通管理的行政主体,司机为行政相对人。行政相对人可以是一国的公民、企事业单位、社会团体、其他行政机关,也可以是在本国境内的外国人和外国经济组织。在行政法律关系中,行政相对人负有服从管理的义务,也享有行政法律规定的权利。如在工商行政管理中,行政相对人从事经营活动必须向行政主体申请营业执照,服从行政主体的管理。当行政主体拒绝颁发或者不予答复办理营业执照时,行政相对人有权就此提出行政复议或行政诉讼。在某一行政法律关系中处于行政相对人地位的一方,不意味其在一切行政法律关系中均处于行政相对人的地位,某一行政法律关系中的行政主体则可能成为另一行政法律关系中的行政相对人。如税务人员在税收管理中处于行政主体的地位,当其驾驶车辆在公路行驶时,则处于接受交通行政管理的行政相对人地位。

【行政行为】国家行政机关依据法律实施国家行政管理直接或间接地产生法律效果的行为。即国家行政机关及其工作人员行使行政管理职权,履行公务的行为。具有以下特征:(1)行政行为是行政机关的行为,是主体要素;(2)行政行为是实施行政管理的行为,是职能要素;(3)行政行为是法律行为,是法律要素。行政行为按行为的对象不同,可分为抽象行政行为和具体行政行为,国家行政机关依法在其职权范围内,针对普遍的对象,制定行政管理行为规范的活动的称为抽象行政行为。如国务院制定行政法规,国务院各部门制定部门规章,地方政府及其职能部门制定地方政府规章及规范性文

件的行为。由于各种行政管理行为规范适用于普遍的人或事,目的在于规范人们的行为,故称抽象行政行为。国家行政机关依法在其职权范围内,针对特定的对象,采取某种行政措施的活动称为具体行政行为。如工商行政管理部门对违法经营者吊销营业执照;公安部门对违犯治安行政管理的人给予拘留;技术监督行政部门对经销伪劣商品的责任者以罚款等。由于某种行政措施针对特定的人或事,并立即产生法律后果,故称具体行政行为。

【内部行政行为】外部行政行为的对称。行政机关的内部管理。主要是对本行政机关的组织、人员、工作、财务等进行的管理。仅发生在行政机关本身上下级之间、相互之间、行政首长和其所属人员之间。而外部行政行为则是行政机关对其他国家机关、企业事业单位、社会团体和公民进行的行政行为。

【抽象行政行为】具体行政行为的对称。国家行政机关在进行管理时,以一般的管理事项为对象,制定抽象的规范,不对具体事件进行处理的行为。由于其一般以抽象的行政管理法规的方式表现出来,故又称“制定法规的行为”。而具体行政行为是国家行政机关在进行管理活动时,对具体事件的处理活动,以具体的行政措施方式表现出来,故又称采取措施的行为。

【须受领的行为】不须受领的行为的对称。国家行政机关的意思表示必须使行政相对人受领,了解其行为,才发生效果的行为。即在行政行为开始实施时,由行政机关以口头或书面形式将内容告之行政相对人,使其了解。如行政机关在执行行政强制时,一般须预先告知行政相对人。而不须受领的行为指行政机关从表达行为意

志时起,即发生效力,无需行政相对人预先了解。

【要式行为】非要式行为的对称。将行政行为从形式上加以区别的一种。行政行为依法必须使用书面形式或必须遵守一定程序的,称要式行为。行政行为的绝大多数属要式行为,即需要必要的形式,包括书面形式和程序要求。行政行为依法必须是要式行为而未采取要式行为的,将被认定为不具有法律效力的无效行为。比如,房管部门确认房屋产权而未发给产权证书,只是口头上承认,行政相对人必须向其索要产权证书,因为口头行为无效。如行政机关给予行政相对人行政处罚,要求缴纳罚款,不下达书面的行政处罚决定,同样不具有法律效力,行政相对人完全可以不履行。

【自由裁量权】法律对行政机关行使权力只作原则的规定,行政机关因此可以在法律规定的范围内自由选择行使权力的权限。法律给行政机关以自由裁量权限,一般地,是因为有限的法律规范不可能概括客观上复杂的、变化着的行政事项。立法机关在制定法律时,往往规定一些授权条文,可供选择的措施和幅度,使行政机关在行政管理活动中享有自由裁量权。根据中国情况,自由裁量权可分为以下两种:(1)便宜裁量。法律、法规和规章只是原则授权,没有具体规定裁量的原则或幅度,行政机关因而可以“便宜行事”。(2)法规裁量,又称选择裁量。法律、法规和规章明确规定了条件,并规定了在条件出现时或供行政机关选择的措施和幅度。在这种情况下,行政机关无权在规定的措施以外另选措施,在规定的幅度之外另选幅度。后一种在中国法律、法规、规章中较为多见。

【行政程序】行政机关实施的行政行为所必须遵守的一系列前后连

接的工作步骤。有以下特征:(1)确定性。一般情况下,行政程序是确定的。其确定性并非是绝对的,在行政行为过程中,若出现紧急情况或发生了某种重大变故,正常的行政程序不可能得到执行时,采取一些非常程序是必要的,但必须有正当理由,不得滥用。(2)连续性。一般地,每一个行政行为都由前后有序、互相连接的一系列行为构成。行政程序的连续性由行政行为本身的特点决定。(3)期限性。在构成行政行为的整个过程中,各个行为步骤间彼此联系紧密,前一个行为完成的时间直接或间接地影响后一个行为的完成,并最终影响整个行政行为的效率。因此,对构成行政行为的每一个步骤从产生到结束都要有时间限制。这是由于行政程序是提高行政效率的手段这一特点决定的。行政程序一般可分为行政立法程序、行政执法程序、行政司法程序、行政决策程序、行政会议程序、行政分文程序等。

【行政立法】国家行政机关依照法律规定的权限和程序,就有关行政管理的事项制定、颁布规范性文件的活动。(1)行政立法是行政机关代表国家以国家的名义制定行为规则的活动,其行为的结果是制定出具有法律效力的普遍性行为规则;(2)行政立法所立之法属于法的范畴,具有法的基本特征,即普遍性、规范性、强制性;(3)行政立法在法定权限之内,一是依据宪法、法律或有权机关的授权,二是在行政机关的职权范围之内;(4)行政立法遵循行政立法程序,行政法规和规章需经计划、草拟、征求意见、审议、通过和发布等法定程序;(5)行政立法是从属性立法,行政法规范从属于宪法、法律,不得与宪法、法律相抵触。行政立法按照不同的标准可以进行分类。依行政立法权的来源,可分为职权立法和授权立法;依行政立法的主体,可分为中央行政立法和地方行政立法;依行政立

法的内容,可分为执行性立法和创制性立法。这些不同分类分别具有不同的意义和作用。

【职权立法】行政立法主体依照宪法和有关组织法规定的职权进行的立法。根据宪法和组织法的规定,国务院可以制定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。国务院各部委可以在各部门的权限内,发布命令、指示和规章。省、自治区、直辖市的人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府可以制定规章。根据上述规定进行的行政立法活动是职权立法。职权立法具有以下特征:(1)可以经常地、反复地运用。在宪法和有关组织法的有效期间内均有效。(2)行政机关享有何种职权,就可以在哪方面进行立法,只要在宪法和组织法规定的职权范围内即可。(3)行政机关为了执行法律授予的职权,对法律未规定的事项可以加以规定。

【授权立法】又称委任立法。行政立法主体依据宪法和组织法以外的法律的授权所进行的立法活动。中国有许多法律授权行政机关制定某一方面的行政法律规范,据此进行的立法即为授权立法。授权立法具有以下特征:(1)授权立法活动只能由被受权的行政机关在授权的范围内进行,不得反复运用;(2)依授权立法可以制定执行性的行政法律规范,对法律或上级机关所发布的行政法律规范的实施作出具体规定,使其更切合实际情况,更能具体适用。

【执行性立法】行政机关就基本法律或一般法律制定实施办法、实施细则,明确具体法律规范的确切含义和适用范围而不是制定新的权利、义务规范的立法活动。

【创制性立法】行政机关根据全国人民代表大会或全国人大常委会的授权,创制法律尚未确立的新的权利义务规范的立法活动。又称特别授权立法。具有以下特征:(1)一般通过最高权力机关作出专门“决定”或“规定”的形式授权,不同于某个法律的授权;(2)一般对授权的内容、范围、时限、备案批准制度等都作出较严格的具体限制条件。中国特别授权立法情况极少,如六届全国人大第三次会议通过的《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或条例的决定》为其中之一。

【行政法规】国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法和法律,并按照一定的程序制定的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类规范性文件的总称。制定行政法规以依据宪法,在同有关法律和法律性决定的基本原则不相抵触为前提,是中国行政法的重要渊源之一,是行政机关、公民、法人及其他组织在行政管理活动中的行为准则,也是人民法院审理行政诉讼案件的法律依据。截止到 1992 年底,中国行政法规数量大约有 800 件。

【行政规章】①部门规章。国务院各部门根据法律和行政法规、决定、命令在本部门权限内按照规定程序所制定的规范性文件的总称。②地方政府规章。省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市及经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和行政法规按照规定程序所制定的普遍适用于本地区行政管理工作的规范性文件的总称。制定行政规章以“依据法律和行政法规”为原则,是行政法渊源之一,是行政机关、公民、法人及其他组织在行政管理活动中的行为准则。

【行政解释】行政机关依法在其职权范围内对有关的法律、法规、规章所作的解释。其特点是国家行政机关在行政管理工作中对具体应用法律规范作出说明,一般具有普遍的法律效力。1981年6月10日全国人大常委会作出“关于加强法律解释工作的决议”,明确规定了“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释”,即法律的行政解释。1993年3月3日国务院办公厅发出“关于行政法规解释权限和程序问题的通知”,明确规定凡属于行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作补充规定的问题,由国务院作出解释。这类立法性的解释,由国务院法制局按照法规草案审查程序提出意见,报国务院同意后,根据不同情况,由国务院发布或者由国务院授权有关行政主管部门发布。凡属于行政工作中具体应用行政法规的问题,按照现行做法,仍由有关行政主管部门负责解释;有关行政主管部门感到解释困难或其他有关部门对其作出的解释有不同意见,提请国务院解释的,由国务院法制局提出答复意见,报国务院同意后,直接答复有关行政主管部门,同时抄送其他有关部门。上述内容是对行政法规的行政解释权限和程序的专门规定。根据全国人大常委会、国务院的有关规定,凡属于地方性法规,行政规章(包括部门规章和地方政府规章)如何具体应用的问题,均由省、自治区、直辖市人民政府主管部门,国务院各部委进行行政解释。行政解释是保证法律、法规、规章准确实施的一项重要措施,对于正确理解和准确适用法律、法规、规章具有重要意义。

【行政法规的溯及力】行政法律法规溯及既往的效力。法律不得溯及既往,是各国法律普遍遵循的一项原则。对于行政管理法规,法

无溯及力原则一般仅指法规适用的原则,而不是指法规制定的原则,即行政管理法规的效力不溯及该法规公布以前发生的事实,但是如果新制定的行政法规中有关于溯及既往的规定,具体适用该项法规时就必须遵照执行。在行政立法实践中,制定有溯及力的法规的情况并不少见,对于有溯及力的法规应当从严掌握,慎重对待。

【行政立法系统化】为完善行政体系,提高行政法质量,通过法规汇编、法典编纂两方面工作,保证法规形成有机整体的活动。法规的制定是立、改、废的过程。稳定性是其属性之一,但这种稳定性是相对的。现实社会关系经常于变动之中,为了适应客观发展,充分发挥法规的社会功能,对法规要经常进行清理,及时修改、废止不适当的法规,适时地制定行政管理所必须的法规,以保证法规形成有机整体,做到前后一致,上下左右衔接,内容协调一致。法规汇编指对全部行政立法文件加以整理,不改变原法规的内容,按照一定的次序加以编排,汇编成册。法规汇编可以是有效法规与不再有效法规的合编,也可以是现行有效法规的汇编。法典编纂指将全部行政立法文件经过整理和修订,使其成为从某些共同原则出发的,内部统一的法典。法典编纂不是对原有法规简单的外部整理和加工,是在此基础上的一种新的立法活动。编纂出的行政法典经过国家立法机关的确认,即上升为国家的基本法律,具有比行政立法更高的法律效力。

【行政执法】行政机关执行法律的行为。主管行政机关依法采取的具体的直接影响行政相对人权利义务的行为,或是对公民、法人或其他组织的权利义务的进行行政、履行情况进行监督检查的行为。具有

以下特征:(1)行政执法的主体是主管行政机关,作为行政法律关系的主体一方,代表国家履行义务,具有主动执行的特点;(2)是行政机关与公民、法人或其他组织之间发生的双方法律关系,一般表现为行政机关的单方意思表示;(3)行政执法的主要内容是行政机关依法直接影响或直接涉及公民、法人或其他组织的权利义务。一般分为两类,其一是行政机关依法作出行政决定,采取措施,直接影响公民、法人或其他组织的权利义务;其二是行政机关通过各种形式,依法对公民、法人或其他组织是否依法正当行政权利和履行义务的情况进行监督检查。行政执法是政府法制工作的重要组成,行政立法是行政执法的前提,行政执法是行政立法的延续和行政立法的必然结果。行政立法是否合乎实践的要求,必须经过行政执法的检验,使行政立法得以完善。

【行政决定】行政机关依法针对特定的对象所作的具体的、单方面的、能直接发生行政法律关系的决定,也是行政机关运用最广泛的一种执行手段。具有以下特征:(1)由行政机关依照法律规定作出,其内容根据法律规定的羁束程度分为羁束性决定、自由裁量的决定;(2)目的在于适用法律规范,因而比较具体,表现为对象的单一性或效力的一次性;(3)直接发生法律效力,从而影响行政相对人的权利义务;(4)为行政执法行为的一个步骤,行政机关在此之后还可以依法作出相应的行政处罚或行政强制措施。行政决定分权利性行政决定、义务性行政决定两类。其表现形式为命令、批准与拒绝、许可与免除、赋予与剥夺、委托等。

【行政措施】国务院及其他国家行政机关为了执行法律和上级或同级权力机关的决议,所采取的各种具体办法和实施手段。行政管理

的复杂性决定了行政措施的内容十分广泛,具体包括:对行政相对人设定义务;对行政相对人赋予权利;对行政相对人申请的事项许可或拒绝;对特定的法律事实或法律关系予以确认;对行政相对人的行为表示予以受领等。行政措施属要式行政行为,常见的几种要式表现形式为:行政命令、决定、指示;布告、公告、通告、报告、批复等。行政措施依其内容和法律的规定,其效力表现为:拘束力、确定力、执行力。行政措施产生效力的一般要件主要包括:(1)主观要件。采取行政措施的行政机关必须具有制定行政措施的能力和拥有采取行政措施的权限。(2)客观要件。行政措施的表示要符合规定的形式;同时行政相对人必须是具有法律地位和权利、义务能力的合格的“客体”。

【行政监督检查】行政机关为实现行政管理职能,对公民、法人或其他组织是否遵守法律、法规、规章以及具体行政决定所进行的监督检查。行政执法的主要手段,作出正确的行政处罚和行政强制措施的前提和基础。行政监督检查具有以下特征:(1)行政监督检查的主体是行政机关;(2)行政监督检查的对象是公民、法人或其他组织;(3)行政监督检查的内容是法律、法规、规章和具体行政决定的执行情况,前者是对抽象行政行为的检查,后者是对具体行政行为的检查;(4)行政监督检查的方式为一般检查、特别检查、自查等。

【行政处罚】特定的行政机关或法定的其他组织依法对违反行政法律规范的行为人的一种惩戒。属行政制裁范畴。行政机关进行行政管理,履行维护公共秩序行政职能的一种必不可少的行为方式。有以下特征:(1)行为目的惩戒性。以对违法行为人的惩戒为目的,而不是以实现义务为目的,是行政处罚与行政强制执行的区别。

(2)行政相对人行为违法的确定性。行政相对人违反行政法律规范的行为是确定的、实际的,而不是主观推断和模棱两可,是行政处罚与行政强制措施的区别。(3)适用主体的行政特性。有权利行使行政处罚权的,只能是行政机关或有行政管理职能的其他组织,是行政处罚与刑罚的区别。(4)行为的外部特性。指行为是一种外部行政行为,被处罚的人是不特定的一般个人或组织,是行政处罚与行政处分的区别。根据行政处罚主体给予违法行为人惩戒的内容不同,行政处罚分为4种,即申诫罚、财产(经济)罚、行为(能力)罚、自由(人身)罚。

【处罚法定原则】行政处罚应当遵循的原则之一。行政机关对违反行政法律规范的行政相对人,在一定程度上限制其人身权、财产权,从而对违法行为达到惩戒、制裁目的的活动。必须严格依据法律、法规、规章的规定行使。行政机关在行使行政处罚权时必须做到:行使行政处罚权的机关“法定”、接受行政处罚的行为“法定”、行政处罚的种类、幅度“法定”,否则,行政机关的行政行为将侵犯公民、法人或其他组织的合法权益,该行政处罚决定将无效,并由此可能产生行政赔偿责任。

【一事不再罚原则】行政处罚应当遵循的原则之一。包括两层意思:(1)同一违法行为触犯了不同的法规,不能被不同的行政执法机关分别处罚。为此,行政执法明确了“先行管辖”的原则,即不同的行政机关谁先发现,由谁受理,旨在正确处理管辖权冲突。(2)对某一违法行为,只能依法给予一次处罚,不能处罚两次或多次。既使行政执法机关发现行政相对人同时犯有两种以上违法行为,也不简单重复处理。为此,行政执法明确了“一事不再罚”的原则,行政执

法机关对某一违法行为施行了行政处罚之后,其惩戒、制裁目的已经实现,行政处罚即告结束。行政机关实施行政处罚违反这一原则,将导致行政处罚决定的无效,并由此可能产生行政赔偿责任。

【申诫罚】行政处罚的一种。行政机关通过对违法的公民、法人或其他组织的声誉或名誉施以一定的影响,从而惩戒违法者使其不致重犯违法行为的行政处罚。主要采用警告、通报批评等形式。

【财产罚】又称经济罚。行政处罚的一种。行政机关损害或剥夺违法的公民、法人或其他组织的财产权,或没收违法的行为人非法占有的财物的行政处罚。主要有罚款和没收两种形式,是行政法中适用范围最广泛的处罚方式。

【行为罚】又称能力罚。行政处罚的一种。行政机关限制或剥夺公民、法人或其他组织特定的行为能力的行政处罚。行为罚限制或剥夺的是公民、法人和其他组织依行政法律规范获得的权利,是行政机关通过行政许可、行政授权等行为赋予其的权利。主要表现为吊销营业执照、取消许可证等,是行政处罚中较为严厉的制裁手段。

【自由罚】又称人身罚。行政处罚的一种。行政机关依法在一定时间内限制或剥夺违法的公民的人身自由的行政处罚。主要表现为行政拘留,是行政处罚中对公民个人最严厉的制裁。对人身自由处罚只有在全国人民代表大会及其常委会制定的法律中才作规定,行政机关对公民的人身自由罚,必须严格遵循法定的条件,依照法定的程序方可作出。

【行政处分】国家机关、企业事业单位、社会团体对其所属的违反行政管理法规的公民所采取的行政制裁措施。行政法律责任的一种。包括警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、开除留用察看、开除等形式。行政处分和行政处罚合称行政制裁,二者既有联系,也有区别。区别是:(1)制裁对象不同。行政处分的对象只能是公民;行政处罚既可适用于公民,也可适用于法人或其他组织。(2)制裁机关不同。行政处分只能由违法公民所属的国家机关、企业事业单位和社会团体科处,如果违法者和科处机关不存在行政隶属关系,则不存在行政处分;行政处罚必须由特定的行政机关或法定授权的组织科处。(3)制裁形式不同。行政处分的形式主要有警告、记过、降级、撤职、开除等;行政处罚的形式主要有申诫罚、行为(能力)罚、经济(财产)罚、人身(自由)罚。

【行政强制执行】公民、法人或其他组织在行政管理活动中不履行法律、法规规定的义务,行政机关依法强制其履行义务,或强制实现与履行义务有同一状态的行政行为。具有以下特征:(1)以行政相对人不履行法定义务为前提,以强迫其履行义务为目的;(2)执行机关为法律、法规规定的行政机关;(3)内容是行政相对人在行政法上的义务;(4)对象可以是物,也可以是行为,还可以是人身,具有广泛性。行政强制执行可分为直接强制执行和间接强制执行。其方法一般有强制划拨、强制扣缴、强制收购、强制变卖、强行拆除、强行拘留等。行政机关作出行政强制执行能力,必须严格按照法律、法规的规定,法律、法规没有规定行政机关可以强制执行的,行政机关不能自行强制执行;法律、法规没有规定的强制执行方法,行政机关不能自行随意采用。

【行政强制措施】行政机关依法对行政相对人采取的限制人身自由或限制财产保持一定状态的强制手段。如对人身的强制措施主要有收容审查、强制戒毒等;对财产的强制措施主要有扣押、封存等。行政强制措施具有以下特征:(1)其针对行政相对人的行为违法与否不确定。行政强制措施的行使,主要是为了查清楚某一行为是否具有违法性质,或防止某种行为造成违法的社会后果。这是行政强制措施区别于行政处罚的根本之处。(2)不以行政相对人的义务存在为前提。行政机关采取的行政强制措施,主要是为了实现有效的行政管理,为排除紧急险或侵害所采取的即时强制方法。是行政强制措施区别于行政强制执行的根本之处。(3)实施的程序要求具有特殊性。行政机关实施的具体行政行为,多为要式行政行为,一般均需按照严格的审批程序进行,否则可能导致无效;行政强制措施则只要是行政机关有法律依据即可直接依法行使,不必首先必须经过严密的审批程序,只要在法定职权范围内,即可立即实施。

【行政许可】行政机关根据公民、法人或其他组织的申请,经审查依法准许申请者从事法律、法规对一般人的禁止的某种行为,使提出申请的公民、法人或其他组织获得从事某种行为的资格和权利的行政行为。具有以下特征:(1)法律、法规在一般情况下对某行为的禁止是行政许可存在的前提。国家为了公共秩序和公共利益,可以通过立法规定在某一领域禁止一般人从事某种行为,只有具备了法定条件,经行政机关审查批准,才能获得在一定时间和一定的地域内从事某种行为的资格和权利。若法律、法规没有规定禁止的行为,就没有行政许可行为的前提和必要。(2)行政许可是依申请的行为。只有行政相对人提出给予行政许可的申请,行政机关才能决定审查,才能决定是否批准许可。没有行政相对人的申请,行政机

关不能主动实施许可。(3)行政许可是行政机关依法赋予行政相对人某种资格或权利的行政行为,是一种依法行使的权力。(4)行政许可必须依照法定的条件和法定的程序进行,并通过颁发许可证来实现,是具有法律意义的行为。

【行政确认】行政机关对公民、法人或其他组织的法律地位或权利义务关系的确定、认可和证明。一种具体行政行为。行政确认具有以下特征:(1)其主体是行政机关;(2)其内容是行政相对人的法律地位或权利义务关系;(3)行政行为所确认的内容可以是行政法律关系的,也可以是民事法律关系的。行政确认的主要形式有确定、认可和证明 3 种。行政确认与行政许可既有联系,又有区别。主要区别是:(1)两种行为的对象不同。行政确认的对象主要是行政相对人的身份、能力和一些事实;行政许可的对象主要是作为的行为;(2)两种行为的法律效果不同。行政确认是对行政相对人既有的身份、能力和事实的确定、认可,其法律效果具有前溯性;行政许可是使行政相对人获得某种行为的权利和资格,其法律后果是后及性的。

【公证】国家公证机关根据当事人的申请,依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性,以保护公共财产、保护公民身份、财产权利和合法利益的活动。即国家公证机关所进行的证明活动,公证机关行使公证权,赋予公证事项事实上和法律上的证明。属司法行政管理工作。公证机关的证明活动一般在发生民事纠纷之前,为维护法律关系而对法律行为或者具有法律意义的文书、事实的真实性和合法性予以认可。公证机关的证明活动不能为当事人解决争议,只起到减少争讼的作用。在办理公证证明之后,

即产生了三种不同的效力——证据效力、赋予强制执行的效力、法律上的效力。

【行政奖励】国家行政机关为了表扬先进,激励后进,焕发人们的积极性和创造性而对严格遵纪守法,认真执行公务,在一定领域中为国家和人民作出了重要贡献的先进单位和个人所给予的精神和物质鼓励。具有以下特征:(1)行政奖励只能由国家行政机关授予;(2)其目的是为了激发人们的积极性和创造性;(3)其对象可以是单位和个人,也可以是个人;(4)行政奖励实行精神鼓励和物质奖励相结合原则、实事求是原则、奖当其行原则和公正平等原则。在此基础之上,通过一定程序对符合一定条件的组织和个人予以行政奖励。其形式主要有表扬、记功、通令嘉奖、授予荣誉称号、晋级、晋职、颁发奖金或奖品等。

【行政司法】行政机关作为争议双方之外的第三者,按照准司法程序审理特定的具体案件,裁决特定争议的活动。“准司法程序”指具有司法程序的某些形式而非完全的司法程序。行政司法具有以下特征:(1)主体是行政机关;(2)客体是法律规定的特别种类的案件或争议,包括行政调解、行政仲裁和行政复议;(3)程序既非一般行政程序,亦非完全的司法程序,溶行政程序和司法程序为一体,吸收了行政程序的简易、高效和司法程序的公平、合理的特点,排除了行政程序的专断性和司法程序的繁琐性,成为一种特殊的法律程序;(4)形不成统一的体系。由于行政领域发生的争议案件通常涉及一些具体的行政机关,涉及各个不同的专业技术领域,因而只能由不同的行政机关处理,故不存在,也不可能存在统一的体系。

【行政仲裁】行政机关作为第三者主持旨在解决民事争议的活动。仲裁亦称“公断”,指当事人双方在民事权益方面发生争议后,由双方共同提请特定的机构或人员,以第三方身份对双方发生的争议事实进行审理,并对双方当事人的权利和义务作出具有约束力的裁决的一种活动。根据仲裁主体的不同,可分为民间仲裁、社会团体仲裁和行政仲裁。行政仲裁具有以下特征:(1)行政机关开展仲裁必须有法律、法规的特别授权。哪些行政机关能够开展行政仲裁,是由法律、法规明确规定的,否则,行政机关不能受理当事人提出的民事争议仲裁的申请,即便受理申请,作出行政裁决也无法律效力。(2)行政仲裁的主管范围必须是法律、法规所规定的特定民事争议。行政机关只能受理、裁决由法律、法规所规定的其行政主管范围之内的民事争议案件,而不能处理法律、法规规定范围之外的民事争议案件。(3)行政仲裁机构、程序必须依法组成或进行。有权开展仲裁活动的行政机关应当设立专门处理特定范围民事纠纷的仲裁机构,其成员可以是专职的仲裁人员,也可以是兼职的行政管理人员,还可以是聘请社会上具有专业、法律知识的兼职仲裁人员。此外,开展行政仲裁应当遵循法定的程序要求,明确仲裁案件的管辖、促裁的申请与受理、仲裁庭的组成、仲裁活动中的调查取证、保全措施、仲裁前的调解、仲裁的审理与裁决、仲裁的监督与执行以及仲裁费用的承担等。仲裁程序的规定是开展行政仲裁不可缺少的必要条件。(4)行政仲裁的裁决是行政机关适用法律的结果。行政裁决不是争议双方当事人协商的妥协产物,是行政机关以事实为根据、以法律为准绳,适用法律的结果,行政仲裁的裁决有法律的强制力予以保障,一方当事人逾期不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

【行政调解】行政机关为解决公民、法人或其他组织之间的民事争议,在争议当事人的申请下而主持的调解活动。调解指发生纠纷的民事争议双方当事人_{在第三者的主持下},通过说服教育,在明确双方权利义务的情况下,互谅互让,自愿达成解决纠纷的协议,使纠纷在当事人双方互相谅解的基础上获得解决。行政调解具有以下特征:(1)是行政机关为解决民事争议而以第三方名义主持的旨在解决民事争议的一种活动。(2)整个活动体现双方当事人自愿的原则。所谓“自愿”,既包括提请调解的自愿、调解过程的自愿,也包括达成协议内容的自愿。(3)在程序方面没有严格的规定。在调解的范围、调解机构的组成以及程序方面,没有严格的规定。一般情况,行政机关仅限于调解与本机关业务工作相关的或涉及本机关专业技术领域内一定范围的民事争议;不设立专门的调解机构,也不设置专门的调解人员;调解仅包括查清事实和协商的过程。行政调解达成协议后,行政机关应当制作调解书。在调解中不能达成协议,或在调解达成协议后当事人又不自愿履行的,双方当事人均有权申请仲裁或起诉。

【行政争议】行政机关在行使行政职权过程中与公民、法人或其他组织之间发生的争议,以及行政机关相互之间或行政机关与所属公务员之间发生的争议。主要指行政机关与公民、法人或其他组织之间发生的争议。行政机关与公民、法人或其他组织之间发生的行政争议。主要有公民、法人或其他组织不服行政机关所作出的行政处罚或行政强制措施而发生的行政争议;公民、法人或其他组织认为行政机关要求其履行的义务违法,或认为行政机关的具体行为侵犯其经营自主权而发生的行政争议;公民、法人或其他组织向行政机关申请颁发执照、许可证,申请抚恤金和其他社会保障金等权

益请求,行政机关拒绝颁发或不予答复而发生的行政争议;行政机关拒绝履行保护公民、法人或其他组织的人身权、财产权的法定职责,或行政机关的具体行政行为被认为是侵犯他人的人身权、财产权而发生的行政争议。这一类行政争议主要依靠行政复议和行政诉讼的途径解决。

【行政复议】行政管理相对人对行政机关具体行政行为不服时,向上一级行政机关或法律法规规定的其他机关提出异议,上级行政机关或法律、法规规定的其他机关根据行政管理相对人的申请,依法对原具体行政行为进行审查并作出裁决的行政行为。属行政司法活动。具有以下特征:(1)是行政机关的活动,是上级行政机关对下级行政机关进行层级监督的一种较为规范的活动;(2)向行政机关提出复议申请的只能是以某一具体行政行为有利害关系的行政管理相对人;(3)必须按照法定的程序进行,申请复议范围、复议管辖、复议参加人、申请与受理、审理与决定,均有法定的程序要求和期限要求。行政复议应当遵循的原则包括合法的原则、及时的原则、准确的原则、便民的原则。

【行政法制监督】国家通过制定行政监督法,建立起对国家行政机关行政行为的合法性、合理性及对国家行政机关工作人员遵纪守法、廉洁奉公实施监督的各种行政监督法律制度。内容包括不同的监督主体对各级政府、政府行政部门以及行政机关工作人员在实施行政管理活动中坚持依行政法进行的监督。既有对抽象行政行为方面的监督,也有对具体行为方面的监督。中国行政法制监督的形式有:由国家权力机关实施的行政法制监督、由国家行政机关实施的经常的行政法制监督、由国家行政机关设立的专门监督机构

进行的行政法制监督(如行政监察和审计)、由国家检察机关实施的行政法制监督、由国家审判机关实施的行政法制监督、以各种社会力量作为监督主体所实施的行政法制监督、以中国共产党为监督主体所实施的行政法制监督。

【行政诉讼】公民、法人或其他组织认为行政机关或者行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益而依法向法院提起诉讼,法院依法处理此类案件的各种活动。具有以下特征:(1)其宗旨是保护公民、法人或其他组织的合法权益,维护和监督国家行政机关依法行使职权;(2)其产生由行政争议引起,即由于国家行政机关或者行政机关工作人员行使职权,实施具体行政行为,行政管理相对人不服而引起,因此,被告一定是作出某一具体行政行为的行政机关,而不可能是其他人;(3)其内容是人民法院依据国家的行政管理法律、法规,对引起争议的各项具体行政行为的合法性进行审查,并依法作出判决;(4)其程序适宜用行政诉讼法律规范;(5)作为行政法律关系中的管理者和被管理者的行政诉讼当事人,双方在诉讼中的法律地位平等。

刑 法

【刑法】以国家名义颁布实施的关于犯罪以及犯罪处罚的法律规范的总称。国家的基本法之一。有两个基本内容,一是犯罪;二是刑罚。中国刑法是社会主义类型的刑法,建立在以生产资料公有制为主体的经济基础上,反映广大人民群众的共同意志,是实行人民民

主专政的重要工具。中国刑法是以马克思列宁主义、毛泽东思想为指针,以宪法为根据,依照惩办与宽大相结合的政策,结合中国各族人民实行人民民主专政和进行社会主义革命、社会主义建设的具体经验及实际情况制定的。其基本任务是:用刑罚同各种犯罪分子作斗争,以保卫人民民主专政制度,保卫公共财产及公民所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利及其他合法权利,维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保障社会主义革命与社会主义建设事业的顺利进行。刑法有狭义广义之分。狭义刑法指最高立法机关依照法定程序制定和颁布的,全面、系统地规定犯罪与刑法的专门刑事法律文件,如1979年颁布、1980年1月1日施行的《中华人民共和国刑法》,通常称为刑法典。广义的刑法指所有的刑事实体法律规定,包括系统规定犯罪与刑罚的刑法典、单行刑事法规、对刑法的修改与补充规定以及非刑事法律中有关犯罪与刑罚的刑事法律规定。中国刑法有以下特点:(1)刑法调整和保护的社会关系的范围比其他部门法广泛得多;(2)刑法所规定制裁的是社会危害性最为严重的各种违法行为,即达到犯罪程度的违法行为;(3)刑法所规定的制裁手段最为严厉,而且刑事法律关系的建立具有法律强制性。

【刑法的基本原则】在制定和实施刑法中必须遵循的准则。西方刑法学家曾提出过刑法的三大原则,即罪刑法定原则、罪刑相适应原则和刑罚的人道主义。其中,尤其是罪刑法定原则,在近、现代西方各国的刑法中被法定化。中国刑法的基本原则未作明文规定,在刑法理论上比较一致的意见认为刑法基本原则有以下4项:(1)罪刑法定原则;(2)罪刑相适应原则;(3)罪责自负原则;(4)惩罚与教育相结合原则。这四项原则在刑法的司法实践中发挥着实际作用。

【罪刑法定原则】又称罪刑法定主义。刑法的基本原则之一。指构成犯罪的行为以及对犯罪行为处以的刑罚,必须事先由法律明文规定。该原则针对封建司法制度而提出来。后来逐步反映到西方国家的刑法或宪法中,以法律化的形式确定下来。有两个基本的命题,即“法无明文规定不为罪;法无明文规定不处罚”。并有以下4个派生原则:(1)排斥习惯法;(2)刑法的效力不溯及既往;(3)禁止类推;(4)禁止绝对的不定期刑。中国刑法没有明文规定罪刑法定原则,但刑法学者一般认为,该原则应成为中国刑法的基本原则之一。也有学者认为,中国刑法采取的是相对罪刑法定原则,或以罪刑法定为基础、以类推为补充的原则。中国刑法体现罪刑法定原则表现在:刑法总则规定了犯罪的概念、罪与非罪的原则界线以及犯罪成立的必要条件,还具体规定了刑罚种类,量刑原则以及从轻、从重、减轻或免除处罚等量刑情节;刑法分则具体规定了犯罪的种类,每一种具体犯罪的构成要件及其法刑。司法人员定罪量刑必须严格依照刑法总则与分则的规定。但并没有把罪刑法定原则绝对化。刑法第七十九条规定了有严格限制条件的类推制度,即对于刑法分则没有明文规定的犯罪,可以比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑。

【罪刑相适应原则】又称罪刑均衡原则。对犯罪人所判处的刑罚应与其所犯罪行为相称、罚当其罪的原则。最早由资产阶级启蒙思想家为反对封建的等级特权和罪刑擅断主义而提出。基本内容有:(1)犯同样的罪应受同样的处罚,决定刑罚轻重不能以行为人的身份或等级地位为标准;(2)刑罚的轻重应与犯罪行为的性质及其社会危害程度相适应,重罪运用重刑,轻罪运用轻刑。该原则也是中国

刑法的基本原则之一,体现在刑事立法、刑法的具体规定以及刑事司法工作之中。在刑事立法时,必须以罪刑相适应原则为指针来确定犯罪与刑罚的关系。体现在刑法总则与分则的各项规定中。刑法总则根据轻重不同的情节,规定了相应的处罚原则,如对预备犯、未遂犯、中止犯、共同犯罪人、累犯等规定了相应的处罚原则;刑法分则根据各类具体犯罪的危害性大小,规定了轻重不同的刑罚。中国刑法第五十七条规定:“根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度”,依法裁量刑罚。罪刑相适应原则是为刑罚的目的,尤其是一般预防目的服务的。但是,刑罚目的还包括特殊预防,即教育改造犯罪人,使其不再犯罪,因此,罪刑相适应原则不能绝对化。中国刑法在坚持罪刑法定原则的同时,也主张刑罚个别化原则,即在量刑时也要考虑犯罪人的主观恶性大小,一贯表现、认罪态度等个人情况,给予适当的刑罚,以期达到特殊预防的效果。

【罪责自负原则】又称罪责自负、反对株连原则。只追究犯罪行为者的刑事责任的原则。“一人犯罪一人当”。与奴隶社会,封建社会的株连制度相对立。中国刑法将该原则作为基本原则之一。刑法总则关于共同犯罪的定义规定,“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”,即共同犯罪的构成,行为人在主观上必须有共同犯罪的故意,在客观上必须有共同犯罪的行为,否则,不得以共同犯罪论处;刑法总则关于没收财产刑的规定明确指出“没收财产是指没收犯罪分子个人所有财产一部分或全部,不得没收属于犯罪分子家属所有或应有的财产”;刑法分则对某些犯罪刑事责任的规定,明确指出只应追究“直接责任人员”的刑事责任。该原则对于维护社会主义法制,保障人权,具有重要意义。

【刑罚个别化原则】具体分析犯罪主体的主客观要素而准确量刑定刑的原则。主张在确定刑罚时,应根据犯罪人的个人情况,如主观恶性大小、反社会性及人身危险性程度、改造的难易程度等,给予犯罪人最适当的处罚。与刑事古典学派所提倡的罪刑相适应原则有原则分歧。按照刑罚个别化原则,刑罚的裁量不能单纯依据行为人外部犯罪行为及危害结果而定。为刑罚的特殊预防目的服务,旨在更有效地改造犯罪人。重视对犯罪人的人格调查,以便在量刑时对症下药;在行刑上,该原则重视、提倡多样化的刑罚措施,如缓刑、保安处分等,以便对不同的罪犯适用不同的刑罚方法。中国刑法以罪刑相适应原则为基本原则之一,但并不排斥刑罚个别化原则的适用。中国刑法关于共同犯罪的刑事责任,累犯、惯犯、自首、缓刑等许多规定,均是刑罚个别化原则的具体体现。

【刑法的效力范围】又称刑法的适用范围。指刑法适用的地方、人以及时间。包括刑法的空间效力和刑法的时间效力两方面。前者指刑法在哪些地域、对哪些人能够适用的效力,后者指刑法发生其法律效力的有效期限。中国刑法的效力范围主要由《刑法》第三条至第九条规定。

【刑法的空间效力】刑法适用的地方、人,即刑法对地域的效力和刑法对人的效力。确立刑法空间效力的原则主要是:(1)属地原则,又称领土原则,指一国对于在其领域内犯罪的人,除受国际法或国内法所规定的必要限制之外,均应依本国刑法予以处罚;(2)属人原则,又称国籍原则,指一国对于其本国公民的犯罪或侵犯本国公民利益的犯罪,适用本国刑法处理;(3)保护原则,又称安全原则,指

一国对于侵犯其本国国家安全或其他利益的犯罪,均可依照本国刑法处罚;(4)普遍管辖原则,又称世界管辖原则,指一国对于外国人在其领域外实施的某些犯罪,无论侵犯了何国或何人的利益,在一定条件下均可适用本国刑法处罚。各国一般采取以属地原则或属人原则为主,兼采其他原则为补充的混合管辖体制。中国刑法对于空间效力采取的是以属地原则为主,以属人原则和保护原则为补充的混合原则,而没有规定普遍管辖原则。《刑法》第三条至第八条对此作了具体规定,主要内容有:(1)凡在中国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用中国刑法。所谓“特别规定”,主要指享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决。犯罪的行为或结果有一项发生在中国领域的,应认为是在中国领域内犯罪。(2)在中国飞机或船舶内犯罪的,也适用中国刑法。(3)中国公民在中国领域外犯反革命罪、伪造国家货币罪、伪造有价证券罪、贪污罪、受贿罪、泄露国家机密罪、招摇撞骗罪和伪造公文、证件、印章罪的,适用中国刑法;中国公民在中国领域外犯其他罪,而按照中国刑法规定的最低刑应判3年以上有期徒刑的,也适用中国刑法,按照犯罪地的法律不受处罚的除外。(4)外国人在中国领域外对中国国家或公民犯罪,而按中国刑法规定的最低刑应判3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法;按照犯罪地的法律不受外罚的除外。(5)凡在中国领域外犯罪、依照中国刑法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法处理;但是,在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。除《刑法》的上述规定外,1987年6月23日第六届全国人大常委会第二十一次会议还作出决定:“对于中华人民共和国缔结或参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内,行使刑事管辖权。”

【刑法的时间效力】刑法发生其法律效力的有效期限。包括刑法的生效时间、刑法的失效时间以及刑法对其生效前的行为是否具有溯及力三方面的内容。关于刑法的生效时间,一般由立法机关在其所制定的法律中明确加以规定。中国刑法生效时间的确定分两种情况:(1)从公布之日起即行生效;(2)先行公布,经过一定期限后开始生效。关于刑法的失效时间,大致有下述两种情况:(1)由立法机关明文加以废止,即颁布了新的刑事法律后在该新法条文中或在有关实施该新法的法令中明确宣布旧法失效;(2)自然失效,即新法生效后,按照新法优于旧法的原则,与新法具有同类内容的旧法或与新法相抵触的旧法,应自然失效,或者由于社会政治经济条件的变化,某项刑事法律因原有的立法特殊条件已经消失,已无法再适用而自然失效。关于刑法的溯及力问题,中国《刑法》采取从旧兼从轻的原则。

【刑法的溯及力】新的刑法对其生效前未经审判或判决来确定的行为能否适用的问题。如适用,则有溯及力;如不适用,则无溯及力。各国刑事法律关于刑法溯及力的规定主要采取下述 4 个原则:(1)从旧原则,即新法对其生效前的行为不能适用,只能适用行为时的旧法,新法无溯及力;(2)从新原则,即对于新法生效前的行为,一律运用新法处理,新法有溯及力;(3)从新兼从轻原则,即新法原则上对其生效前的行为有溯及力,但行为时的旧法不认为是犯罪或处罚较轻时,则应适用旧法;(4)从旧兼从轻原则,即新法原则上无溯及力,但新法不认为是犯罪或处罚较轻时,则应运用新法。中国《刑法》关于溯及力的问题采取从旧兼从轻的原则,符合罪刑法定原则的精神。但全国人大常委会于 1981 年至 1983 年颁布的几个

刑法补充决定对溯及力作了特殊规定。1981年《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》采取的是从旧原则,没有溯及力。1982年《关于严惩破坏经济的罪犯的决定》采取的是有条件的从新原则,即原则上采取从新原则,有溯及力,但符合法定条件者,即在法定期限内投案自首或坦白检举的,按从旧原则处理。1983年《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》采取从新原则,即有溯及力。上述关于溯及力的规定,只适用于决定中所规定的犯罪。

【犯罪】按照刑法规定,具有社会危害性而应受刑罚处罚的行为。中国《刑法》第十条明确规定了犯罪的定义:“一切危害国家主权和领土完整,危害无产阶级专政制度,破坏社会主义革命和社会主义建设,破坏社会秩序,侵犯全民所有的财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的合法财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪;但是情节显著轻微危害不大的、不认为是犯罪。”根据上述规定,中国刑法中所规定的犯罪具有下述3个基本特征:(1)社会危害性,即犯罪必须是危害国家、集体或公民合法权益的行为。这是犯罪最本质的特征。不具有社会危害性的行为不能认为是犯罪。(2)刑事违法性,即犯罪必须是违反刑事法律的行为。这犯罪的法律特征,是罪刑法定原则的必然要求。(3)应受刑罚惩罚性,即犯罪是应受刑罚处罚的行为。这是犯罪的法律后果。犯罪的上述3个基本特征是相互联系、密不可分的统一体,缺少其中任何一个特征的行为均不构成犯罪。

【犯罪构成】依照刑法规定,决定某一具体行为的社会危害性及其

程度,而为该行为构成犯罪所必须的一切客观要件和主观要件的总和。犯罪成立的规格和标准,包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪的主体、犯罪主观方面。犯罪构成是区别罪与非罪、此罪与彼罪界线的标准,是追究犯罪人刑事责任的根据。刑事古典学派主倡罪刑法定原则,并建立了比较系统的犯罪构成理论。从客观主义出发,把客观的犯罪行为作为犯罪构成的基本内容提到了首要地位,而把行为的主观罪过排除在犯罪构成之外。刑事人类学派和刑事社会学派反对传统的犯罪构成理论,重视行为人而不是行为,强调犯罪人的主观恶性和人身危险性。前苏联刑法学家坚持主、客观相统一的原则,认为犯罪构成是主观要件与客观要件的统一体,是负刑事责任的基础。中国刑法中的犯罪构成理论,也充分体现了主观与客观相统一的原则。

【犯罪构成要件】刑法所规定的确定某种行为构成犯罪所必须具备的条件。各种具体犯罪均有其不同的构成要件,但总体上看,任何犯罪均必须同时具备以下 4 个方面的要件:(1)犯罪客体,即犯罪行为所侵害的社会关系;(2)犯罪客观要件,即犯罪在客观上的外在表现,主要包括犯罪行为、犯罪结果以及犯罪手段、时间、地点等;(3)犯罪主体,即实施犯罪行为,依法应负刑事责任的人;(4)犯罪的主观方面,即行为人对其所实施的危害行为及危害结果所持的心理态度,包括故意或过失,以及犯罪目的和动机。犯罪的成立必须同时具备上述 4 个方面的要件。中国刑法既反对单纯的客观归罪,也反对单纯的主观归罪。犯罪构成要件可分为犯罪构成一般要件与犯罪构成特殊要件,前者指刑法总则所规定的各种犯罪共同具备的要件,后者指刑法分则所规定的各种具体犯罪成立的特殊要件。还可分为犯罪构成必备条件与犯罪构成选择要件,前者指

一切犯罪构成所必须具备的要件,如犯罪行为、罪过(故意过失)等;后者指某些犯罪构成所必须具备的要件,如犯罪的时间、地点和方法以及犯罪的目的等。

【类推】对于刑法分则没有明文规定的犯罪,可以比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑的法律制度。中国刑法坚持罪刑法定原则,但考虑刑法规定不可能将以后可能发生的犯罪包罗无遗,为及时有效地惩处犯罪,刑法规定了有限制的类推制度。为防止滥用类推,刑法规定了严格的适用条件和审批程序。根据《刑法》第七十九条的规定,适用类推必须同时具备以下几个条件:(1)适用类推定罪的行为必须具有达到犯罪程度的社会危害性,应受刑罚的处罚;(2)适用类推定罪的行为必须是刑法分则中没有明文规定的;(3)必须是比照刑法分则中最相类似的条文定罪判刑。适用类推定罪判刑的案件,必须报最高人民法院核准,才能发生法律效力。类推案件必须坚持一案一报,已经核准的类推案件不起判例法的作用,不能成为以后直接定罪判刑的依据。

【犯罪客体】刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会关系。犯罪构成的必要条件之一。一个行为不侵犯任何客体,即不侵害任何社会关系,就不能构成犯罪。犯罪客体决定犯罪的性质及其社会危害性程度,是区分罪与非罪、此罪与彼罪界线的重要标志。中国刑法理论通常将犯罪客体分为以下3种:(1)一般客体,即一切犯罪所共同侵犯的客体,也就是刑法所保护的社会关系的整体。犯罪的一般客体揭示了一切犯罪的共同本质;(2)同类客体,即某一类犯罪所共同侵犯的刑法所保护的社会关系的某一方面或某一部分;(3)直接客体,即某一种犯罪行为直接侵犯的刑法所保护的具体的社会

关系。犯罪的直接客体是每个具体犯罪构成的必要条件,是决定犯罪性质的重要因素,正确定罪的重要依据之一。在刑法理论中,把直接客体分为简单客体与复杂客体。简单客体又称单一客体,是指一种犯罪行为所直接触犯到一种具体的社会关系;复杂客体,指犯罪行为所直接侵犯的客体包括两种或两种以上的具体社会关系。

【犯罪客观要件】又称犯罪客观方面。刑法所规定的犯罪活动的诸客观事实特征,包括犯罪行为,犯罪结果以及犯罪的时间、地点、方法等。其中,犯罪行为是一切犯罪构成必须具备的要件,即必要要件,在犯罪构成中居于核心地位;犯罪结果以及犯罪的时间、地点和方法等只是某些犯罪构成所必须具备的客观要件,属于选择要件。犯罪客观要件与犯罪客体、犯罪主观要件有密切联系,是区分罪与非罪、此罪与彼罪界线的重要标志,也是影响量刑的重要因素之一。中国刑法分则在规定各种具体犯罪的构成特征时,一般对犯罪客观方面的特征作了比较详细的规定。

【犯罪行为】又称危害行为。在人的意志和意识支配下实施的危害社会并为刑法所禁止的行为。一切犯罪构成必须具备的客观要件,在犯罪构成中居于核心地位。仅仅是思想活动而没有表现为外在的危害社会的行为,不能构成犯罪。中国刑法不承认“思想犯”。犯罪行为基本形式有作为和不作为。作为指积极的行为,即实施法律所禁止的行为。不作为指消极的行为,即有义务实施并且能够实施某种积极的行为而不予实施的行为。不作为犯罪的构成,必须以行为人员有某种特定法律义务为前提。所谓特定义务,指基于特定的事实和条件而产生的具体法律义务,而不是一般的道德义务。特定义务的来源或根据大致有下列 3 个方面:(1)法律上的明文规定;

(2)职务上或业务上的要求;(3)由于行为人自己的行为造成某种危险状态,因此有义务消除这种危险状态,不作为又分为两种形式,即纯正的不作为和不纯正的不作为,前者指刑事法律规定只能以不作为形式才能构成的犯罪,后者指以不作为的形式实施刑法以作为的形式所规定的犯罪行为。中国刑法所规定的犯罪中,绝大多数犯罪由作为构成,少数犯罪以不作为构成。

【犯罪结果】又称危害结果。犯罪行为对犯罪客体所造成的损害。包括物质性结果与非物质性结果。犯罪结果与犯罪客体有内在联系,犯罪给刑法所保护的客体即社会关系造成损害或可能造成损害,具有社会危害性。犯罪结果是决定和反映犯罪行为社会危害性程度的重要因素,对某些犯罪来说,也是区分罪与非罪、犯罪既遂与未遂的重要标志。中国刑法所规定的各种犯罪中,犯罪结果大致有以下几种情况:(1)大多数犯罪是“结果犯”,是以犯罪结果的发生作为既遂的条件;(2)少数犯罪是“行为犯”,只要实施了刑法分则条文所规定的犯罪行为,就构成既遂,而不论是否发生了犯罪结果;(3)有些犯罪以犯罪结果的大小轻重作为划分罪与非罪的界线,如盗窃罪等;(4)有些犯罪以发生严重后果的危险作为构成要件,而把造成严重后果作为提高法定刑的根据,如破坏交通工具罪;(5)有些犯罪以犯罪行为造成严重后果作为加重法定刑的依据,在刑法理论上称为结果加重犯;(6)过失行为都以发生严重结果作为构成犯罪的条件,没有造成严重结果的过失行为,不构成犯罪。上述情况表明,犯罪结果对定罪以及量刑均具有重要意义。

【犯罪对象】犯罪行为直接作用或指向具体人或物。具体人是具体社会关系的主体或参加者,具体物是具体社会关系的物质表现。犯

罪分子的行为通过犯罪对象即具体人或物侵害社会关系。中国刑法理论中,犯罪对象与犯罪客体是两个既有联系又有区别的概念。区别主要在于:(1)犯罪客体决定犯罪的性质,而犯罪对象则不一定决定犯罪的性质;(2)犯罪客体是任何犯罪构成的必要要件,而犯罪对象仅是某些犯罪的必要要件;(3)任何犯罪都会使犯罪客体受到侵犯,而犯罪对象则不一定受到损害;(4)犯罪分类以犯罪客体为基础,而不是以犯罪对象为依据。

【刑法中的因果关系】犯罪行为与犯罪结果之间引起和被引起的关系。危害结果发生时,要使行为对此结果负责,必须查明其行为与该结果之间是否具有因果关系,无因果关系,不能使其承担责任。把握因果关系有以下特点:(1)因果关系的客观性。因果关系是现象之间引起与被引起的客观联系,不依人们的主观意志为转移。(2)因果关系的相对性。原因与结果是相对的,刑法中的因果关系只能是人的危害行为与危害结果之间的联系。应当将这一对现象从普遍联系的因果关系中抽出来加以研究。(3)因果关系的时间顺序性。原因在前,结果在后,确定刑法上的因果关系,只能从犯罪结果发生之前的危害行为中寻找原因。(4)因果关系的复杂性。通常表现为“一果多因”或“一因多果”的情况。对“一果多因”和案件,应分清主要原因与次要原因;对“一因多果”的案件,应分清主要结果与次要结果、直接结果与间接结果,以便正确地定罪量刑。在刑法理论中,有人把因果关系区分为必然因果关系与偶然因果关系;直接因果关系与间接因果关系。应明确,刑法上的因果关系仅是行为人承担刑事责任的客观基础。确定了因果关系,不等于行为人必定要负刑事责任。行为人是否应负刑事责任,还须查明行为人主观上是否有罪过,即有无故意或过失。

【犯罪主体】实施了犯罪行为,依法应对自己的罪行负刑事责任的人。包括自然人和法人。犯罪构成的必要要件之一。自然人犯罪主体必须具备以下条件:(1)必须是自然人,即生命的人,动物或物品不能成为犯罪主体;(2)必须达到法定刑事责任年龄;(3)必须具有刑事责任能力。自然人犯罪主体可分为一般主体与特殊主体两种。只要求具备上述三个条件的犯罪主体,就是犯罪的一般主体;除了上述条件之外,还要求具备特定身份的人才能构成的犯罪主体,则是犯罪的特殊主体。在中国法人能否成为犯罪主体存在争议。但全国人大常委会颁布的一些刑法补充规定明确规定,法人或单位可以成为走私罪、逃汇套汇罪、受贿罪、行贿罪等犯罪的主体。这是对《刑法》的重要修改与补充。

【刑事责任年龄】法律规定行为人对自已的犯罪行为承担刑事责任所必须达到的年龄。达到刑事责任年龄,是自然人具有刑事责任能力,作为犯罪主体对自已所实施的犯罪行为承担刑事责任的必要条件。刑事责任年龄的确定主要根据未成年人身心发育的程度。中国刑法将刑事责任年龄分为下述几个阶段:(1)完全无刑事责任年龄,即不满 14 岁的,一律不负刑事责任;(2)相对刑事责任年龄,即已满 14 岁不满 16 岁的人,只对杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃以及其他严重破坏社会秩序罪负刑事责任;(3)完全负刑事责任年龄,即已满 16 岁的人对一切犯罪均应负刑事责任;(4)减轻刑事责任年龄,即已满 14 岁不满 18 岁的人犯罪,应当从轻或减轻处罚。

【刑事责任能力】简称责任能力。犯罪主体承担刑事法律责任的能力。行为人认识自己行为的性质及其意义,并控制和支配自己行为

的能力。简言之,即辨认和控制自己行为的能力。主要包括两个方面:(1)认识能力,即认识自己行为的社会性质及其意识的能力;(2)控制能力,即是基于此种认识来决定和控制自己行为的能力。具有刑事责任能力是行为人对犯罪行为承担刑事责任的前提条件之一,根据自然人的年龄和精神状况,刑事责任能力可分为完全刑事责任能力、限制刑事责任能力和无刑事责任能力。即具有辨认和控制自己行为的充分能力,即具有完全刑事责任能力。不具备或丧失了辨认或控制自己行为能力,即无刑事责任能力。无刑事责任能力有两种情况,一是未达到法定的刑事责任年龄,二是因精神病而丧失了辨认和控制自己行为的能力。中国刑法规定,不满 14 岁的人不负刑事责任;精神病人在不能辨认或不能控制自己行为时造成危害结果的,不负刑事责任。限制刑事责任能力又称减轻刑事责任能力,指行为人因年龄,精神状态以及健康状况等因素的影响,其辨认和控制自己行为的能力有一定程度的减弱,但未完全丧失。限制刑事责任能力人一般有三种:未成年人、辨认或控制自己行为的能力相对减弱的精神病人以及有生理缺陷的人。中国刑法明文规定的限定刑事责任能力人有两种:(1)已满 14 岁不满 18 岁的未成年人,此年龄阶段的人犯罪应当从轻或减轻处罚;(2)有生理缺陷的人,如聋哑人或盲人因其生理缺陷影响其责任能力,故刑法规定,对这些人犯罪的,可以从轻、减轻或免除处罚。对于精神病人或精神障碍人的限制刑事责任能力问题,中国刑法没有明确规定。但在司法精神病学界以及司法实践中,公认的观点是,由于某种精神疾病或精神障碍致使其辨认或控制能力有所减弱的人,属于限定刑事责任能力人,对这类人犯罪的,可以从轻或减轻处罚。

【法人犯罪】法人的代表人或代理人在其业务活动中,为了法人的

利益,经法人决策机关或管理机关授权、许可或默认,代表法人或以法人名义实施的依照刑法构成犯罪的行为。主要特征是:(1)法人的代表人或代理人在从事法人业务活动中实施的犯罪行为,该行为必须与法人的业务活动有关;(2)法人决策机关授权、许可或默认的行为,才能被视为出于法人意志的行为;(3)代表法人或以法人名义实施的;(4)为了法人的利益,否则只能视为个人行为,由其个人承担罪责。法人犯罪行为实际上具有双重属性:既是出于法人的意志,代表法人实施的法人犯罪行为,又是作为法人代表人或代理人的自然出于自己的犯罪故意或过失而实施的犯罪行为。所以对法人犯罪应采取“两罚原则”。即既要對犯罪的法人判处一定刑罚,也要对直接实施该犯罪行为的法人代表人或代理人(中国刑法称为直接责任人员)判处一定刑罚。长期以来,法人能否成为犯罪主体,在理论上是一个有争论的问题。英美刑法理论早已主张法人能够成为犯罪主体,并在其刑事立法上得到明确规定。大陆法系传统刑法理论否定法人是犯罪主体,到现代已出现了肯定法人犯罪的趋向。中国传统刑法理论认为法人能成为犯罪主体,《刑法》没有规定法人犯罪。但全国人大常委会颁布的一些《刑法》补充规定明确了单位可以成为走私罪、逃汇套汇罪、行贿罪、受贿罪、某些毒品犯罪以及走私、制作、贩卖、传播淫秽物品罪等犯罪的主体。

【犯罪主观要件】犯罪构成要件之一。犯罪主体对其所实施的危害社会的行为及其危害结果所持的心理态度或心理状态。其内容包括犯罪故意、犯罪过失、犯罪目的和犯罪动机等主观因素。主要特征是:(1)是犯罪行为人的主观心理态度,通常由意识因素和意志因素构成。犯罪是行为人有意识、有意态的活动。(2)是行为人对其所实施的危害社会的行为及其危害结果所持的心理态度。

具有特定内容,犯罪行为及其危害结果是这种心理态度的外在表现。从中国刑法的有关规定看,犯罪主观要件大致可分为两类:一类是必要要件,包括犯罪故意和过失,合称为“罪过”,是任何犯罪构成必须具备的要件,无罪过即无犯罪;二类是选择要件,即犯罪目的,只是某些犯罪构成所必须具备的要件,犯罪动机既非必要要件,也非选择要件,只是量刑时考虑的一个重要情节。犯罪主观要件对定罪与量刑有重要意义。中国刑法坚持主、客观相统一的原则。

【罪过】犯罪主体对其所实施的犯罪行为及其危害结果所持的故意或过失的心理态度。分为犯罪故意与犯罪过失。罪过是任何犯罪构成都必须具备的要件。中国刑法坚持主观与客观相统一的原则,主张无罪过即无犯罪,无罪过即无刑事责任。任何犯罪行为都必须是行为人在其故意或过失的心理态度支配下实施的行为。行为在客观上虽造成了危害社会的结果,但行为人既无故意,也无过失的,不能认为是犯罪,行为人也不应承担刑事责任。所以罪过是定罪的依据之一,也是行为人负刑事责任的主观基础。此外,罪过对确定行为人刑事责任的轻重也具有十分重要的意义。不同的罪过形式,反映出行为人主观恶性大小的不同。犯罪故意与犯罪过失相比,前者的主观恶性更大,因而刑法对故意犯罪规定的刑罚明显重于过失犯罪。

【犯罪故意】犯罪过失的对称。罪过的表现形式之一。按照中国刑法的规定,犯罪故意指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。主要特征是:(1)从意识因素看,行为人明知自己的行为会发生危害社会的结

果,既包括明知危害结果必然发生,也包括明知危害结果可能发生;(2)从意志因素上看,行为人希望或者放任这种危害结果的发生。犯罪故意包括两种形式:(1)直接故意,即行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度;(2)间接故意,指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理态度。这两种犯罪故意反映出行为人主观恶性程度的不同。一般而言,直接故意的主观恶性要大于间接故意。在确定各种犯罪故意的具体的内容时,应根据各种犯罪构成的具体事实。中国刑法关于故意犯罪的规定不要求行为人认识自己行为的违法性,因此,一般说来,行为人是否认识到自己行为的违法性,并不影响故意犯罪的成立。

【犯罪过失】犯罪故意的对称。罪过的表现形式之一。根据中国刑法的有关规定,犯罪过失指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。其主要特征是:(1)行为人对危害结果的发生应当预见而没有预见,或者已经预见而缺乏应有的注意;(2)行为人既不希望也未放任危害结果的发生,但因疏忽大意或过于自信以致发生为这种危害结果。犯罪过失突出表现为行为人缺乏应有的注意和谨慎,对社会缺乏应有的责任感。按照中国刑法的规定,犯罪过失可分为两种形式:一种是疏忽大意的过失,又称无认识的过失,指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,以致发生这种结果的心理态度;另一种是过于自信的过失,又称有认识的过失,指行为人已经预见自己的行为可能发生危害结果,由于轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。犯罪过失的主观恶性小于犯罪故意。

因此,刑法规定,过失行为法律有规定才负刑事责任。而且,过失行为只有造成了严重的危害结果,刑法才将该行为规定为犯罪,追究其刑事责任。

【刑法中的意外事件】行为在客观上虽然造成了损害结果,但不是出于故意或过失,而是由于不能抗拒或不可预见的原因引起,从而不认为是犯罪的情况。其主要特征是:(1)行为人的行为在客观上造成了损害结果;(2)行为人对该结果的造成主观上既无故意也无过失,即行为人无罪过;(3)损害结果的发生由于不能抗拒或不可预见的原因引起。所谓“不能抗拒”,指行为人遇到某种自身无法排除、不可抗拒的外部力量,无法阻止损害结果的发生。所谓“不可预见”,指行为人对损害结果的发生没有预见,而且根据当时的客观情况和行为人的自身能力,也不能预见。意外事件虽然造成了危害结果,但因行为人主观上无罪过,缺乏犯罪构成的主观要件,因此不应构成犯罪,行为人不应对此承担刑事责任。

【犯罪目的】犯罪人在主观上希望通过实施犯罪行为达到某种危害社会结果的心理态度。属于犯罪主观要件中的选择要件。目的是人的一种主观愿望,犯罪目的是行为人认识其行为的危害结果,并且积极追求这种结果发生的一种心理态度。因此,犯罪目的只存在于直接故意犯罪之中。在间接故意犯罪和过失犯罪中,由于行为人不希望或不积极追求危害结果的发生,因此,不存在犯罪目的。从中国刑法的规定来看,犯罪目的不是犯罪构成的必要要件。但对于某些犯罪,刑法有关条文明文规定以具有某种特定犯罪目的作为其构成要件,不具备该特定目的,不可能构成该犯罪。因此,犯罪目的作为选择要件对于正确定罪具有重要意义。此外,由于犯罪目的

可以反映行为人的主观恶性大小,因此,也是量刑的重要情节之一。

【犯罪动机】刺激和推动犯罪行为人为实施犯罪行为以达到其犯罪目的内心起因。只存在于直接故意犯罪之中。在间接故意犯罪和过失犯罪之中,行为人不是积极追求危害结果的发生,不存在犯罪目的,因而不存在犯罪动机。犯罪动机不同于一般的行为动机,犯罪动机必须是推动犯罪行为并直接指向犯罪目的的内心冲动或意念。犯罪动机本身不是犯罪构成的要件,但在一定程度上反映出行为人的主观恶性程度,因而是量刑的酌定情节之一。犯罪动机与犯罪目的都是犯罪主观要件的要素,二者具有密切联系:是在同一犯罪过程中通过行为人的犯罪行为来表现的行为人的犯罪心理活动,并且相互影响,相互制约。二者又有明显的区别,主要表现在内容、心理活动的时间顺序、与犯罪危害结果的联系以及在犯罪构成中的地位等方面。

【刑事责任】行为人因实施刑事法律所禁止的行为而应依法承担的法律后果。法律责任的形式之一。刑事责任的根据是犯罪构成,一般符合犯罪主体条件的人故意或过失实施刑法所禁止的危害社会的行为,造成危害社会后果的,即应负刑事责任。缺乏犯罪构成的某个要件,不存在刑事责任,如无责任能力者的危害行为,无罪过的意外事件等。某些行为虽然表面上具备了犯罪构成,但实施上并不具有社会危害性或违法性,因而不负刑事责任,如正当防卫和紧急避险的行为,依法执行公务或业务的行为以及其他排除社会危害性的行为等。刑事责任与刑罚既有联系,也有区别。刑事责任是刑罚的前提,刑罚是刑事责任的必然后果和主要体现形式,受刑罚

处罚的人是以负有刑事责任为前提的,但负有刑事责任的人并不一定受刑罚处罚。在某些情况,如具备了法定的免除刑罚情节,应负刑事责任的人可不受刑罚处罚。承担刑事责任的对象只能是犯罪行为人;追究刑事责任的活动只能由国家司法机关依法进行。

【认识错误】刑法学概念。行为人对自己的行为在法律上或事实上的不正确认识。即行为人的主观认识与客观存在不相符合。刑法上的认识错误一般分为法律上的认识错误与事实上的认识错误。法律上的认识错误指行为人对自己的行为在法律性质上的认识错误。一般说,法律上的认识错误不影响行为人行为的性质,不影响定罪与量刑。事实上的认识错误指行为人主观上对其行为客观事实产生了不正确认识。其情况比较复杂,通常可分为对象错误、犯罪客体错误、犯罪手段错误、行为性质错误、因果关系错误等。事实上的认识错误影响行为人的主观心理态度,直接影响到定罪和刑事责任。

【法律上的认识错误】刑法学概念。行为人对自己的行为在法律性质上的不正确认识。具体指行为人对于自己的行为是否构成犯罪,或者应该受到的处罚,作出错误的法律评价。通常表现为以下3种情况:(1)误认无罪为有罪,即行为人的行为在法律上并不构成犯罪,而行为人误认为是犯罪。这种认识错误不影响行为人行为的性质,行为人因其行为依法不构成犯罪,故不负刑事责任。(2)误认有罪为无罪,即行为人的行为依法构成犯罪,而行为人误认为不构成犯罪。这种认识错误一般不会影响行为人的行为的犯罪性质,行为人不得因不知法律而不负刑事责任。在这种情况下,对行为人应依法定罪量刑。(3)罪名上或处罚上的认识错误,即行为人对自己

实施的危害行为已构成犯罪没有误解,但对其犯罪行为在罪名认定或刑罚轻重上有不正确认识。这种错误也不能影响对行为人的定罪量刑。

【事实上的认识错误】简称事实错误。刑法学概念行为人主观上对其行为的客观事实情况发生的不正确认识。事实错误情况比较复杂,对定罪量刑会产生重大影响。主要有以下几种情况:(1)犯罪对象错误,即行为人对自己的行为侵犯的对象产生认识错误,包括同类对象错误和不同类对象错误。同类对象错误指行为人实际侵犯的对象与行为人所误认的对象在性质上是同一类的,对这种情况仍应以犯罪既遂论处。不同类对象错误指行为人实际侵犯的对象在性质上不是同一类的。例如:误以动物为人而加以侵害,这种情况应以犯罪未遂论处;误以人为动物而加以侵害,在这种情况下因行为人无犯罪故意,因此,行为人有过失的,按过失犯罪论处;无过失的,属于意外事件。(2)犯罪手段错误,又称犯罪工具错误,指行为人在实施犯罪行为时,对自己所采取的方法或手段在认识上发生了错误,从而未能实现其犯罪意图。应按犯罪未遂论处。(3)行为性质错误,即行为人对自己行为的实际性质发生了错误认识。最典型的情况是“假想防卫”,即行为人将实际上是危害社会的行为误以为是正当防卫行为。在这种情况下,不成立故意犯罪,行为人有过失的,则成立过失犯罪;无过失的,属于意外事件。(4)因果关系错误,即行为人对自己的行为与危害结果之间的因果关系发生了错误认识。包括对因果关系发展进程的认识错误、对其行为预期结果发生的认识错误,对其行为与结果之间因果联系的认识错误,对因果关系内容的认识错误等情况。这几种情况可能影响到行为人刑事责任的承担,应分别情况处理。

【排除社会危害性的行为】表面上似乎合乎某种犯罪构成,实质上不具有社会危害性,并且有益于社会的行为。实质上是益于整个社会的正当行为,社会危害性被排除,不具有刑事违法性。行为人对这类行为所造成的后果,不负刑事责任。排除社会危害性的行为在某些西方国家的刑法中被称为排除违法性的行为或违法性阻却事由。其表现形式多种多样,主要有正当防卫、紧急避险、执行法律或命令的行为、履行职务的行为、正当业务行为等。中国刑法只规定了正当防卫和紧急避险。

【正当防卫】刑法上的正当防卫指为了使公共利益、本人或他人的人身或其他权利免受正在进行的不法侵害对不法侵害人所实施的必要的防卫行为。中国《刑法》第十七条规定,它是排除社会危害性的行为之一,是法律赋予公民的一项正当权利。正当防卫的成立条件是:(1)必须是针对不法侵害行为。不法侵害行为既包括犯罪行为,也包括其他违法行为。对合法行为不能实行正当防卫。(2)不法侵害行为必须实际发生并且正在进行。对于想象的、尚未开始的或已经结束的不法侵害,不得实施正当防卫。(3)必须是为了保护公共利益、本人或他人的合法权益。如果不是为了保护合法权益,不能成立正当防卫。(4)防卫行为必须是针对不法侵害者本人实行,而不能危及与不法侵害无关的第三人,包括不法侵害者的家属。(5)防卫行为不能超过必要限度,造成不应有的危害。否则,属于“防卫过当”。正当防卫行为不负刑事责任。正当防卫超过必要限度造成不应有的危害时,应当负刑事责任,但应酌情减轻或免除处罚。

【紧急避险】刑法上的紧急避险指为了使公共利益、本人或他人的人身和其他权利免受正在发生的危险的侵害,不得已而采取的损害另一较小合法利益的行为。紧急避险行为虽然造成了损害后果,但是为了保护更大的合法利益而不得已采取的行为,总体上是有利于社会的。中国刑法规定,紧急避险的构成条件是:(1)必须是合法权益受到紧急危害的威胁。这种危险可能来自人的行为,也可能来自动物的侵袭或自然界的威力。(2)必须是正在发生的实际危害,即只有当实际危险已经发生、尚未过去时,才能实行紧急避险。对想象或推测的、尚未到来的或已经过去的危险,不能实施紧急避险。(3)必须是为了使公共利益、本人或他人的人身或其他合法权益免遭损害。如果是为了保护非法利益,不能视为紧急避险。(4)必须是没有其他办法避免危险的情况下不得已采取的行为。(5)不能超过必要限度造成不应有的损害。所谓“必要限度”指紧急避险行为所造成的损害必须小于所要避免的损害;如果大于或等于所要避免的损害,属于超过必要限度,构成“避险过当”。关于避免本人危险的规定,不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。中国《刑法》第十八条规定,紧急避险的行为不负刑事责任;紧急避险超过必要限度造成不应有的危害的,应当负刑事责任,但是应酌情减轻或免除处罚。

【犯罪形态】各种犯罪行为的状态。根据不同的标准,犯罪可表现为不同的形态。例如,以犯罪人数为标准,可以分为单独犯罪与共同犯罪;以罪数为标准,可以分为牵连犯、想象竞合犯、结合犯等形态。中国刑法理论中,犯罪形态通常指故意犯罪在其发展过程中的不同阶段所发生的各种犯罪形态。从犯罪准备开始,经犯罪的着手实行,直至犯罪完成,大体上可以分为犯罪预备阶段和犯罪实行阶

段。这两个阶段中,犯罪可表现为下述几种形态:犯罪既遂、犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止。犯罪既遂为犯罪的完成形态;后三种形态为犯罪的未完成形态。犯罪形态只存在于故意犯罪之中,在过失犯罪和间接故意犯罪中不存在犯罪形态问题。故意犯罪过程中的不同犯罪形态有不同的主客观要件,反映出犯罪行为不同规定了不同的社会危害性,刑法对不同的犯罪形态的刑事责任。

【犯罪预备】为了犯罪而准备工具,制造条件的行为。故意犯罪过程中的未完成犯罪形态之一。中国刑法中的有关规定中,犯罪预备形态具有以下特征:(1)已经开始了犯罪的预备行为,即准备犯罪工具和制造犯罪条件。单纯的犯罪表示不属于犯罪预备行为。(2)发生在着手实行犯罪前,如果已经着手实行犯罪,不属于犯罪预备。(3)由于犯罪分子意志以外的原因而使犯罪停顿在犯罪预备阶段。行为人在犯罪预备阶段自动停止犯罪,不属于犯罪预备,而是犯罪中止。犯罪预备是为犯罪实行作准备的行为,具有一定的社会危害性,一般应当追究刑事责任。中国刑法第十九条第二款规定,对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻或免除处罚。

【犯罪未遂】已着手实行犯罪由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的行为。故意犯罪过程中的未遂构成犯罪形态之一。中国刑法规定的犯罪未遂形态有以下主要特征:(1)已经着手实行犯罪。是犯罪未遂与犯罪预备区别的主要标志。“着手实行”指行为人开始实施刑法分则所规定的具有某种具体犯罪构成要件的行为。(2)犯罪未得逞,即犯罪行为没有完全具备刑法分则规定的某一犯罪的构成要件。是犯罪未遂与犯罪既遂相区别的主要标志;(3)犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因,而不是犯罪人主观意志上

的中止,是犯罪未遂与犯罪中止相区别的重要标志。根据不同的标准,犯罪未遂可作不同的分类。以犯罪行为实行终结与否,可分为实行终了的未遂与未实行终了的未遂;以实际上能否完成犯罪为标准,可分为能犯未遂与不能犯未遂,关于未遂犯的刑事责任,中国刑法规定,对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

【犯罪中止】在犯罪过程中自动中止犯罪或自动有效地防止犯罪结果发生的行为状态。故意犯罪过程中的未完成犯罪状态之一。中国刑法规定犯罪中止必须具备以下条件:(1)在犯罪过程中停止犯罪。犯罪中止既可以发生在犯罪预备阶段,也可以发生在犯罪实行阶段。在犯罪既遂之后自动恢复原状或自动赔偿损失的,不构成犯罪中止。(2)自动中止犯罪,即行为人出于自己的意志自动停止自认为可以进行下去的犯罪行为,或者主动采取积极措施防止了犯罪结果的发生。如果是被迫停止犯罪,属于犯罪预备或犯罪未遂;(3)彻底地停止犯罪或有效防止了犯罪结果的发生。暂时中断犯罪,以后还准备实施的不是犯罪中止。在行为实施终了、犯罪结果尚未发生的场合,即使行为人采取了积极行动以防止结果发生而未能防止,仍发生了犯罪结果,不是犯罪中止,而是犯罪既遂。中止犯的危害性较小,中国刑法规定,对于中止犯,应当免除或减轻处罚。

【犯罪既遂】犯罪行为人故意实施的行为,具备了某种犯罪构成的全部要件。属于故意犯罪过程中的完成形态。认定犯罪既遂的标准,在理论上有不同的观点。犯罪目的达到说认为,犯罪既遂指行为人已经达到了预期的犯罪目的;犯罪结果发生说主张,犯罪既遂必须是犯罪人的行为已经造成了法定的犯罪结果。公认的观点是:

认定犯罪既遂既不能以犯罪目的是否达到为标准,也不能完全以发生了犯罪结果为标准,而应以是否完全具备刑法分则条文所规定的某种犯罪构成的全部要件为标准,具备犯罪构成全部要件的,即为犯罪既遂。中国刑法分则条文所规定的均为犯罪既遂形态。

【共同犯罪】三人以上共同故意犯罪。根据中国刑法规定,共同犯罪的成立必须具备以下要件:(1)犯罪主体方面,必须有两个以上符合犯罪主体条件的人,包括自然人和法人或单位;(2)犯罪客观方面,各共同犯罪人必须有共同的犯罪行为,尽管分工不同,但其行为都指向同一目标,都是共同犯罪行为的一个有机组成部分;(3)犯罪主观方面,各共同犯罪人必须具有共同犯罪故意,都认识到是与他人共同实施犯罪,并且都追求或者放任危害结果的发生。上述条件同时具备,才能成立共同犯罪。二人以上的过失行为、无共同故意的同时犯、超出共同犯罪故意之外的犯罪等,均不构成共同犯罪。共同犯罪可作不同的划分:(1)从共同犯罪能否任意形成来划分,可分为任意的共同犯罪与必要的共同犯罪。前者指按照刑法规定由一个人能够单独实施的犯罪,由二人以上共同实施;后者指按照刑法规定必须二人以上才能构成的犯罪;(2)从共同故意形成的时间划分,可分为事先通谋的共同犯罪与事先无通谋的共同犯罪。前者指共同犯罪人在着手实施犯罪之前已构成共同犯罪故意;后者指共同犯罪人在着手实施犯罪时或在实行犯罪过程中形成共同犯罪故意;(3)从共同犯罪人之间有无分工划分,可分为简单共同犯罪与复杂共同犯罪。前者指犯罪人无复杂的分工;后者指共同犯罪人存在实行犯、教唆犯或帮助犯等分工的共同犯罪;(4)从共同犯罪人之间结合的程度划分,可分为一般的共同犯罪与犯罪集团。

【犯罪集团】三人以上为了在较长时间实施某种或某几种犯罪而结合起来的带有相对稳定性和一定组织性的犯罪团体。其基本特征是:(1)三人以上;(2)具有一定的组织性;(3)具有一定的稳定性,重要成员基本固定;(4)具有实施某一种或某几种犯罪的目的性。犯罪集团不同于犯罪团伙,犯罪团伙既包括犯罪集团,也包括一般共同犯罪。对犯罪集团的处理,刑法分则有明文规定的,依照有关规定处理,刑法分则没有规定,应区别主犯、从犯或胁从犯、然后分别依照总则有关规定处罚。

【主犯】组织领导犯罪集团或者在共同犯罪中起主要作用的人。具体包括以下 3 种人:(1)在犯罪集团中起组织、领导作用的首要分子;(2)在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的首要分子;(3)其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。在共同犯罪中,主犯可能只有一人,也可能有几人。主犯在共同犯罪中起主要、核心的作用,其社会危害性和人身危险性比较大。中国刑法第二十三条规定:“对于主犯除分则已有规定的以外,应当从重处罚。”

【从犯】在共同犯罪中起次要或辅助作用的人。包括:(1)在共同犯罪中起次要作用的分子。虽然直接参与实行犯罪,但所起作用不大、罪行较轻;(2)在共同犯罪中起辅助作用的分子。不直接参加实行犯罪,而为其他共同犯罪人实行犯罪创造方便条件,提供帮助。前一种可称为次要行犯,后一种可称为帮助犯。中国刑法第二十四条规定,对于从犯,应比照主犯从轻、减轻处罚或免除处罚。

【胁从犯】被胁迫、被诱骗参加犯罪的人。根据中国刑法的规定,胁从犯包括下述两种人:(1)被胁迫参加犯罪的人,即在他人的暴力

威胁或精神强制下被迫参加共同犯罪活动的人;(2)被诱骗参加犯罪的人,即由于对实际情况不完全了解,受到某种程度的蒙蔽和欺骗而参加共同犯罪活动的人。胁从犯虽然是被胁迫、被诱骗参加犯罪,但并不是完全丧失人身和意志自由也不是完全不知是在犯罪,与胁迫或诱骗者有共同的犯罪行为 and 故意,应当承担刑事责任。胁从犯在共同犯罪中所起作用较小,主观恶性不大,因此,刑法第二十五条规定,对胁从犯应按照其犯罪情节,比照从犯减较处罚或免除处罚。

【教唆犯】以劝说、利诱、收买、威吓等手段故意唆使他人实施犯罪的人。其构成条件是:(1)在客观上有教唆他人犯罪的行为。教唆方法多种多样,无论采取何种方法进行教唆不影响教唆犯的成立。(2)在主观上有教唆的故意,即明知自己的教唆行为会引起原无犯罪意图的人产生犯罪意图,导致其犯罪,而希望这种结果的发生。教唆犯不是一个独立罪名。对于教唆犯,应按照所教唆的罪确定罪名。中国刑法规定:教唆他人犯罪的,应按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆犯一般起重要作用,应按主犯处罚;如只起次要作用,按从犯论处。教唆不满 18 岁的人犯罪的,应当从重处罚。如果被教唆人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或减轻处罚。这种情况在刑法理论上称为教唆未遂。

【正犯】日本、联邦德国、法国等大陆法系国家刑法中规定的共犯种类之一。指直接实施刑法中确定的某种具体犯罪行为的人,相当于中国刑法理论上所称的实行犯。正犯是共犯(狭义的)相对的概念,包括教唆犯和从犯。正犯可以划分为单独正犯与共同正犯、直接正犯与间接正犯。

【刑罚】国家对犯罪分子实行的惩罚手段。对犯罪人的法律制裁形式之一。与其他法律强制方法相比刑罚具有以下特点：(1)只适用于触犯刑法构成犯罪的人，对其他任何人均不适用；(2)是最严厉的法律制裁方法，不仅可以剥夺犯罪分子的财产权利(如判处罚金或没收财产刑)，而且可以限制或剥夺犯罪分子的人身自由(如判处拘役、有期徒刑或无期徒刑)，甚至可以剥夺其生命(判处死刑)；(3)只能由国家审判或执法机关依照法律程序实行，其他任何机关和个人均无权实行。

【刑罚的目的】国家意志在对犯罪分子适用刑罚上的实际体现。关于刑罚的目的，在理论上有不同的学说。报应刑主义认为适用刑罚是对犯罪人的报应或惩罚；目的刑主义认为适用刑罚是为了达到一般预防或特殊预防的目的；教育刑论认为刑罚的目的在于教育、改造罪犯，使之复归社会；折衷主义或综合主义认为刑罚具有多重目的。现代西方国家刑法理论中，折衷主义的观点颇为盛行。中国刑法理论认为，刑罚的目的不是惩罚、而是预防犯罪，即通过对犯罪分子适用刑罚，充分发挥刑罚的惩罚、威慑、教育等功能，以达到预防犯罪的目的。具体表现为特殊预防和一般预防两方面。特殊预防，是预防犯罪分子本人重新犯罪。一般预防，指通过惩罚犯罪，警戒社会上的不稳定分子，防止他们走上犯罪道路。

【刑罚的种类】刑事法律或刑法理论对各种刑罚方法所作的分类。各国刑事立法或刑法理论对刑罚的分类不尽相同。多数国家按照刑罚方法本身的属性进行分类。将刑罚分为生命刑、身体刑、自由刑、财产刑、资格刑或名誉刑，其中生命刑、自由刑与财产刑是现代

各国刑法中最常见的刑罚种类。少数国家按照刑罚轻重进行分类、将刑罚分为重罚刑、轻罪刑与违警刑。还有一些国家按照刑罚地位的主次,将刑罚分为主刑与附加刑两类。各种具体刑还可作进一步的分类,如有些西方国家将自由刑分为定期刑和不定期刑两类。中国刑法将刑罚分为主刑和附刑两大类,主刑包括死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和管制;附加刑包括罚金剥夺政治权利和没收财产。此外还有两种特殊的附加刑,即对犯罪的外国人适用的驱逐出境和对危害重大的犯罪等人适用的剥夺勋章、奖章和荣誉称号。

【主刑】对犯罪分子适用的主要刑罚方法。中国刑法所规定的刑罚种类之一,与附加刑相对。其特点是:(1)只能独立适用,不能作为附加适用;(2)对一个犯罪行为只能判处一个主刑不能判处两个主刑,对同一犯罪人不能同时决定执行两个主刑。中国刑法所规定的主刑具体包括以下五种:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

【附加刑】又称从刑。主刑的对称。作为主刑的补充而可以附加于主刑适用又能独立适用的刑罚手段。中国刑法所规定的刑罚种类之一。其特点是:(1)既可以附加于主刑而适用,也可以独立适用;(2)一个主刑既可以同一个附加刑同时适用,也可以同几个附加刑同时适用,对同一犯罪人可判处并执行一个或几个附加刑。中国刑法规定的附加刑种类包括罚金、剥夺政治权利和没收财产。此外,还有两种只适用于特定对象的特殊附加刑:(1)对于犯罪的外国人,可以独立适用或附加适用驱逐出境;(2)对于危害重大的犯罪军人,可以附加剥夺勋章、奖章和荣誉称号。

【管制】中国刑法中所规定的对犯罪分子不予关押,但限制其一定

自由,经法院判决在公安机关管束和群众监督下进行改造的刑罚方法。中国刑法中所规定的主刑种类之一。管制作作为一种主刑,为中国独创。是最轻的主刑,适用于罪行较轻的反革命分子和其他刑事犯罪分子,根据刑法的规定,被判处管制的犯罪分子,执行期间必须遵守下列规定:(1)遵守法律、法令、服从群众监督,积极参加集体劳动生产或工作;(2)向执行机关定期报告自己的活动情况;(3)迁居或者外出必须报经执行机关批准。对判处管制的犯罪分子,在劳动中应当同工同酬。管制的期限为3个月以上2年以下;数罪并罚时最高不能超过3年。管制的执行机关是公安机关。管制期满,执行机关应即向本人及有关群众宣布解除管制。

【拘役】短期剥夺犯罪分子人身自由,就近实行强制劳动改造的一种刑罚手段。中国刑法规定的主刑之一。拘役主要适用于罪行较轻,但仍需短期关押改造的犯罪分子。拘役的期限为15日以上6个月以下,数罪并罚时最高不能超过一年。被判处拘役的犯罪分子,由公安机关就近执行,在执行期间,每月可回家1—2天,参加劳动的,可以酌量发给报酬。对判处拘役的犯罪分子,符合缓刑条件的,可以宣告缓刑;符合减刑条件的,可以减刑。

【有期徒刑】剥夺犯罪分子一定期限人身自由,强制劳动改造的一种刑罚手段。中国刑法规定的主刑之一。中国刑法中适用范围最广泛的一种刑罚方法。刑法分则对各种犯罪所规定的法定刑,均包括有期徒刑。有期徒刑的期限为6个月以上5年以下;数罪并罚时最高不能超过20年。判处有期徒刑的犯罪分子,在监狱或其他劳动改造场所执行;凡有劳动能力的,实行劳动改造。在执行期间,符合减刑或假释条件的,可以实行减刑或假释。有期徒刑与拘役虽然

都是剥夺犯罪分子人身自由的刑罚,但二者在适用对象、执行场所、期限执行期间待遇以及法律后果上有所不同。

【无期徒刑】剥夺犯罪分子终身人身自由,实行强迫劳动改造的刑罚手段。中国刑法规定的主刑之一。无期徒刑是仅次于死刑的一种严厉刑罚方法,主要适用于严重反革命分子和其他犯罪分子。被判处无期徒刑的犯罪分子,在监狱或其他劳动改造场所执行,并予以严格监管和严密警戒;凡有劳动能力的,实行强制劳动改造。无期徒刑虽然是终身剥夺自由的刑罚,但中国刑法规定,在执行期间,确有悔改或立功表现的,可以减为有期徒刑;在实际执行 10 年后,如果确有悔改表现,不致再危害社会,可以假释;符合特赦条件的,还可以被特赦释放。因此,被判处无期徒刑的罪犯,只要认罪服法,改恶从善,仍有希望恢复人身自由,重返社会。

【死刑】剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。中国刑法所规定的主刑中最严厉的刑种。死刑存废问题,在理论上存在着严重分歧。有些国家已从法律上完全废除了死刑,但多数国家刑法仍保留死刑。中国的政策是,不废除死刑,但应严格限制死刑的适用,坚持少杀,严禁滥杀,防止错杀。中国刑法对死刑的适用作了严格的限制性规定,主要表现是:(1)适用对象上的严格控制。《刑法》第四十三条明确规定“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”,即对国家和人民利益危害特别严重,情节特别恶劣的罪犯。该原则具体体现在刑法分则条文之中。(2)犯罪主体上的严格控制。刑法规定,犯罪时不满 18 岁的人不适用死刑;已满 16 岁不满 18 岁的,如果所犯罪行特别严重,可以判处死刑缓期两年执行。对于审判时怀孕的妇女,不适用死刑,包括不适用死缓。(3)从死刑复核程序上的严格限制。《刑

法》第四十三条第二款规定,死刑除最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准,死刑缓期执行的,可以由高级人民法院判决或者核准。1983年9月7日最高人民法院发布通知指出,为严厉打击刑事犯罪活动,除由本院判决的死刑案件外,各地对反革命案件和贪污等严重经济犯罪案件判处死的,仍应由高级人民法院复核同意后,本院核准;对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑案件的核准权,本院依法授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。

(4)在死刑的执行上,保留了中国独创的死缓制度,大大缩小了死刑实际执行的范围。死缓制度指对于被判处死刑的犯罪分子,不是立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行,实行劳动改造、以观后效。在死刑缓期执行期间,确有悔改的,二年期满后,减为无期徒刑;确有悔改并有立功表现的,二年期满后,减为15年以上20年以下有期徒刑;如果抗拒改造情节恶劣、查证属实的,依照法定程序裁定或核准执行死刑。中国刑法规定,死刑执行的方法是枪决。

【罚金】人民法院依法判处犯罪者向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。中国刑法规定的罚金刑的一种。在西方国家是主要的刑种,有些国家法律规定对不能缴纳罚金者可易科徒刑。在中国罚金不能易科徒刑。中国刑法规定的罚金主要适用于贪财图利或与财产有关的犯罪。罚金一般单独适用于较轻的犯罪,附加适用较重的犯罪,罚金的数额,刑法只作了原则性规定,即“判处罚金,应当根据犯罪情节决定数额”。同时,还应考虑犯罪人的经济负担能力。关于罚金的缴纳,中国刑法规定了4种情况:(1)限期一次缴纳;(2)限定时间分期缴纳;(3)强制缴纳;(4)减少或免除缴纳。

【剥夺政治权利】剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚手段。中国刑法所规定的附加刑之一。类似外国刑法中的“褫夺公权”。根据刑法的规定,剥夺政治权利的内容,是剥夺下述权利:(1)选举权和被选举权;(2)宪法规定公民享有的言论、出版、集会、结社、游行、示威等自由权利;(3)担任国家机关职务的权利;(4)担任企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。剥夺政治权利可以附加适用,也可以独立适用。附加剥夺政治权利适用比较严重的犯罪,具体包括下述情况:对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子,应当剥夺政治权利终身;对于反革命分子,应当附加剥夺政治权利;对于严重破坏社会秩序的犯罪分子,在必要的时候,也可以附加剥夺政治权利。剥夺政治权利独立适用于较轻犯罪。剥夺政治权利的期限,刑法规定了四种情况:(1)判处剥夺政治权利或主刑是拘役、有期徒刑附加剥夺政治权利的,期限为1年以上5年以下;(2)判处管制附加剥夺政治权利的,剥夺政治权利的期限与管制期限相等;(3)判处死刑、无期徒刑的,剥夺政治权利终身;(4)死刑缓期执行减为有期徒刑或无期徒刑减为有期徒刑的,附加剥夺政治权利的期限相应改为3年以上10年以下。关于剥夺政治权利的刑期起算与执行,也应分别情况:判处剥夺政治权利的,从判决执行之日起计算;判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的、剥夺政治权利的刑期从主刑执行完毕或假释之日起计算并执行,但剥夺政治权利的效力施用于主刑执行期间;判处管制剥夺政治权利的,剥夺政治权利的期限与管制期限相等,同时起算,同时执行。只判处主刑,没有附加剥夺政治权利的,在主刑执行期间,应当享有政治权利,如可以行使选举权。剥夺政治权利由公安机关执行。执行期满,应由执行机关通知本人,并向有关群众公开宣布恢复政治权利。

【没收财产】将犯罪分子个人所有财产的一部或全部强制无偿收归国有的刑罚方法。中国刑法规定的附加刑的一种。没收财产主要适用于严重的反革命罪和严重的经济犯罪。根据刑法规定,没收财产的范围是没收犯罪分子个人所有财产的一部或全部,而不得没收属于犯罪分子家属所有或应有的财产。对于犯罪分子与他人共有的财产,属于他人所有的部分不得没收。关于以没收财产偿还债务的问题,刑法原则规定,查封财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收财产偿还的,经债权人请求,由人民法院裁定。没收财产的判决,无论是附加适用还是独立适用,都由人民法院执行,必要时,可会同公安机关执行。

【驱逐出境】将犯罪的外国人强制逐出中国国(边)境的刑罚手段。(1)只适用于犯罪的外国人。可以独立适用,也可附加适用。单独判处驱逐出境的,从判决确定之日起执行;附加判处驱逐出境的,从主刑执行完毕之日起执行;(2)对于违反中国有关行政法规的外国人采取的行政处罚手段,由《中华人民共和国外国人入境出境管理法》所规定。适用于违反外国人入境出境管理法的规定、情节严重的外国人,由公安部作出决定并立即执行。

【量刑】法院依法对犯罪分子裁量决定刑罚的审判活动。定罪与量刑是刑事审判活动的两个基本环节。正确定罪是正确量刑的前提,量刑是否适当是衡量刑事审判工作质量的重要标志。正确的量刑必须以一定原则为指导。中国刑法第五十七条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”是“以事实为根

据,以法律为准绳”这一审判工作指导原则在量刑上的具体体现。

【累犯】被判处刑罚的犯罪分子在刑罚执行完毕或赦免之后,在一定时间内再次犯罪的行为。中国刑法规定的累犯分为两种:一般累犯与反革命累犯。一般累犯指被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子,在刑罚执行完毕或赦免之后,3年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪。其构成条件是:(1)前罪与后罪都是故意犯罪,如果前罪与后罪都是过失犯罪或有一个是过失犯罪的,不构成累犯;(2)前罪与后罪都必须是被判处有期徒刑以上刑罚;(3)新罪发生在前罪的刑罚执行完毕或赦免以后3年之内。反革命累犯指反革命犯罪分子在刑罚执行完毕或赦免以后,再犯反革命罪。其成立条件是:(1)前罪与后罪的性质都是反革命罪,至于前罪与后罪判处何种刑罚及其轻重,不影响反革命累犯的成立;(2)前罪的刑罚执行完毕或赦免以后再犯反革命罪。后罪犯罪的时间不受限制,任何时候再犯反革命罪的,均构成反革命累犯。累犯主观恶性深,社会危害性大,刑法规定,对累犯应当从重处罚。

【自首】犯罪分子在犯罪以后,自动向司法机关或有关单位自动投案,如实交待自己的罪行,接受审查和裁判的行为。根据中国刑法的规定,自首的成立必须具备以下3个条件:(1)自动投案即犯罪分子在犯罪以后,犯罪事实或犯罪分子未被司法机关发觉,或虽被发觉但尚未被抓获归案之前,自动到司法机关或有关单位投案。(2)如实交待自己的罪行,即犯罪分子按照实际情况全部交待自己的罪行。由于主客观因素的影响,只能如实交待自己主要犯罪事实的,也应视为如实交待罪行。如果是共犯,不仅要如实交待自己的罪行,而且应当交待出所知的同案犯。(3)接受审查和裁判,即犯罪

分子在投案自首之后,必须听候、接受司法机关的侦查、起诉和审判,不得逃避。自首是一个重要的量刑情节,中国《刑法》第六十三条规定,对于犯罪以后自首的,可以从轻处罚,其中,犯罪较轻的,可以减轻或免除处罚,犯罪较重的,如果有立功表现,也可以减轻或免除处罚。

【坦白】狭义的坦白指犯罪分子对自己实施的已被有关组织或司法机关发觉、怀疑的罪行,在对其询问、传讯或采取强制措施之后,作如实供述的行为。广义的坦白包括自首。一般所称的坦白指狭义的坦白。坦白与自首虽然属于犯罪分子在犯罪之后悔罪表现,但二者有明显的区别:(1)归案方式不同。自首是主动投案,坦白是被动归案。(2)时间不同。自首是在犯罪后、未被抓获归案前的行为;而坦白是在被传讯、讯问或采取强制措施之后的行为。在司法实践中,犯罪分子在被采取强制措施之后,如果主动交待了尚未被司法机关掌握的其他罪行,可按自首对待。坦白是酌定从轻处罚的情节,依照中国《刑法》第五十七条的规定,视坦白程度,可以酌情从轻处罚。

【数罪并罚】法院对于犯两项以上罪的犯罪人其所犯各罪分别定罪量刑以后,依照法定的原则,合并处罚的方法。从中国刑法的有关规定看,数罪并罚具有以下特征:(1)一人犯有数罪。是数罪并罚的前提。区分一罪与数罪的标准是犯罪构成的个数。两个以上故意或过失行为,符合犯罪构成的,即为数罪。对于一罪或本为数罪,但刑法将其作为一罪来规定的,不能适用数罪并罚。判决宣告以前一人犯数罪,或者判决宣告以后,刑罚没有执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子还有其他罪没有判决,或者判决宣告以后,刑罚没有

执行完毕以前,被判刑的犯罪分子又犯新罪,适用数罪并罚。(2)判决宣告以前一人犯数罪的并罚。一般为异种数罪。同种数罪按一罪处理,不适用数罪并罚。在判决宣告以后,刑罚没有执行完毕以前,发现漏罪或又犯新罪的情况下,才对同种数罪实行并罚。(3)在对数罪分别定罪量刑的基础上,决定应执行的刑罚。要求对数罪分别确定罪名并分别裁量刑罚,然后依照刑法所规定的数罪并罚的原则,决定执行的刑罚。

【数罪并罚的原则】对数罪合并处罚时所依据的原则。从各国的立法和案例看,数罪并罚的原则主要有:(1)并科原则,又称相加原则,即对数罪分别宣告刑罚,然后数刑相加,合并执行;(2)吸收原则,即对数罪分别宣告的刑罚中,选择其中最重的刑罚为执行的刑罚,其余较轻的刑罚被吸收,不再执行;(3)限制加重原则,即以数罪中所宣告的最重的刑罚为基础,再加一定的刑罚为执行的刑罚,或在数罪分别宣告的数刑的总和刑期以下,数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期。上述诸原则各有利弊,多数国家均是兼采其中二种或三种原则,以便相互补充。中国刑法对数罪并罚基本上采取限制加重原则,同时也兼采吸收原则和并科原则作为补充。具体表现为:(1)对数罪被判处有期徒刑、拘役或管制的,采取限制加重原则即在数刑的总和刑期以下,数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期。管制最高不能超过3年,拘役最高不能超过1年,有期徒刑最高不能超过20年。(2)对数罪中有判处死刑或无期徒刑的,采取吸收原则,即数罪中宣告几个死刑或最重刑为死刑的,执行一个死刑,不执行其他刑罚;数罪中宣告几个无期徒刑或最重刑为无期徒刑的,执行一个无期徒刑,不执行其他刑罚。(3)对判处附加刑的,采取并科原则,即数罪中主刑无论为何种刑罚,附加刑仍需执

行,因而附加刑与主刑性质不同,不妨碍并科。

【惯犯】以某种犯罪为常业,或者以犯罪所得为其生活主要来源或犯罪已成习性,在较长时间内多次实施某种犯罪的犯罪类型。包括常业惯犯和常习惯犯两种。特点是犯罪已成习惯,犯罪时间长,犯罪次数多,非法所得数额较大造成的危害比较严重。中国刑法规定的惯犯类型主要是惯窃、惯骗、惯制造、贩卖、运输毒品、以赌博为常业等。惯犯虽然是一人犯有多个同种罪行,但刑法将这些行为规定为一罪,因此不能实行数罪并罚。惯犯的主观恶性深,人身危险性大,中国刑法将惯犯规定为独立的犯罪类型,规定了较重的法定刑。

【牵连犯】某一构成犯罪的手段与结果牵连了另一罪名的犯罪类型。其特征是:(1)出于一个犯罪目的,所采取的手段行为和结果行为都围绕目的犯罪行为而实施;(2)有两个以上的犯罪行为,各自具备某种犯罪构成的全部要件,独立来看均可单独成立犯罪;(3)该数个犯罪行为之间存在着牵连关系,即手段行为直接为目的犯罪行为服务,或者结果行为是目的犯罪行为的继续。如果不具有牵连关系,不能构成牵连犯,而应是各自独立的数罪。对牵连犯在处理时只按一罪论处。处罚原则是择一重罪处罚,即选择其中最重的一个罪名定罪、并可在法定刑以内酌情从重处罚。

【想象竞合犯】又称想象的数罪。行为人出于一个犯罪故意或过失,实施了一个危害行为,而触犯了两以上罪名的犯罪类型。其特征是:(1)行为人出于一个犯罪的故意或过失,实施了一个犯罪行为;(2)该行为触犯了两个以上的罪名,包括同种数罪名和异种数罪

名。想象竞合犯虽然触犯了数罪名,但不能实行数罪并罚,而应作为一罪处理,处罚原则是择一重罪处罚,即在所触犯的数罪名中,选择最重的罪名定罪,并可酌情在法定刑幅度内从重处罚。

【结合犯】刑法中将性质不同的数个犯罪行为合并成为另一独立犯罪的法律规定。其特征是:(1)数个犯罪行为原来是刑法中规定的不同性质的独立犯罪;(2)数个独立的犯罪被结合成为另一新的犯罪;(3)结合成立的新罪由刑法作出相应的处罚规定。刑法规定结合犯主要是因为所结合的数个不同性质的犯罪往往会同时发生。结合犯不适用数罪并罚,而应依照刑法的规定定罪量刑。中国刑法中没有典型的结合犯。

【缓刑】对于被判处一定刑罚的犯罪分子暂缓执行刑罚的制度。中国刑法中规定的缓刑,指对于被判处拘役 3 年以下有期徒刑的犯罪分子,根据其犯罪情节和悔罪表现,规定一定的考验期,暂缓其刑罚的执行。在此期间,犯罪分子如不再犯新罪,原则的刑罚不再执行。缓刑的基本特点是判处刑罚,同时宣告暂缓执行,但一定时期内保持执行的可能性。适用缓刑的犯罪分子不能是反革命犯和累犯。在宣告缓刑时,应当确定适当的缓刑考验期。根据中国《刑法》第六十八条的规定,拘役的缓刑考验期为原判刑期以上 1 年以下,但不能少于 1 个月;有期徒刑的缓刑考验期为 5 年以下,但不能少于 1 年。缓刑考验期从判决确定之日起计算。被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期内,由公安机关交所在单位或基层组织予以考察。犯罪分子在缓刑考验期内如果没有再犯新罪,缓刑考验期满,原判的刑罚不再执行;再犯新罪,应撤销缓刑,前罪与后罪所判处的刑罚,依照数罪并罚原则,决定执行的刑罚。缓刑的效力不及

于附加刑。

【减刑】对在刑罚执行期间确有悔改或立功表现的犯罪人,适当减轻其原判刑罚的制度。中国《刑法》第七十一条规定适用减刑必须附合下述条件:(1)适用的对象只限于被判处管制、拘役、有期徒刑或无期徒刑的犯罪分子;(2)犯罪分子在刑罚执行期间确有悔改或立功表现;(3)减刑必须有一定限度。该限度刑法作了明确规定,即经过一次或几次减刑之后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的二分之一;判处无期徒刑的,不能少于10年。适用减刑应当由执行机关提出书面意见,报请人民法院审核裁定。

【假释】对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,因其在执行一定刑期之后,确有悔改表现,而附条件地予以提前释放的一种刑罚制度。中国《刑法》第七十三条规定,适用假释必须具备下列条件:(1)只适用于被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。(2)只适用于已被执行一部分刑罚的犯罪分子。被判处有期徒刑的犯罪分子,执行原判刑期二分之一以上,被判处无期徒刑的犯罪分子,实际执行10年以上,才能适用假释。如果有特殊情节,可不受上述执行刑期的限制;(3)只适用于确有悔改表现的犯罪分子。缓刑是有条件的提前释放,需要有一定的考验期。中国《刑法》第七十四条规定,有期徒刑的考验期为没有执行完的刑期;无期徒刑的考验期为10年。假释考验期限,从假释之日起计算,被假释的犯罪分子在假释考验期内,由公安机关予以监督,如果没有再犯新罪,就认为原判刑罚已经执行完毕;如果再犯新罪,就应撤销假释,把前罪没有执行的刑罚与后罪所判处的刑罚,依照数罪并罚的原则,决定执行的

刑期。

【追诉时效】法律规定对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。超过法定追诉期限的,不得再行追诉。中国《刑法》第七十六条规定:法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的,追诉时效为 5 年;法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的,追诉时效为 10 年;法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的,追诉时效为 15 年;法定最高刑为无期徒刑、死刑的追诉时效为 20 年;20 年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。犯罪分子在追诉期限内又犯罪的,前罪的追诉期限应从犯后罪之日起计算,这种情况在刑法理论上称为时效中断。犯罪分子在司法机关采取强制措施以后,逃避侦查或审判的,不受追诉期限的限制,即无论逃避多久,都可以进行追诉。这种情况在刑法理论上称为时效延长。

【赦免】国家对于犯罪分子免除其罪或刑的法律制度。从各立法和案例看,通常分为大赦与特赦两种。一般大赦指国家对一定时期内某些种类的犯罪或一般的犯罪普遍地赦免。这种赦免及于罪与刑两个方面:对宣布的大赦的犯罪,不再认为是犯罪,不再追究其刑事责任;已受罪刑宣告的,宣告归于无效。而特赦通常指国家对受罪刑宣告的特定犯罪分子免除其刑罚的全部或一部分的执行。特赦对犯罪分子只赦免其刑,不赦免其罪。大赦、特赦均由国家元首或最高国家权力机关以命令形式宣布。称为大赦令、特赦令。中国 1954 年《宪法》有大赦、特赦的规定,但在实践中未使用过大赦。中国 1982 年《宪法》只规定了特赦,没有规定大赦。特赦由全国人大常委会决定,由国家主席发布特赦令。从 1959—1975 年,中国已先

后实行过 7 次特赦。

【刑事类推】对于刑法分则中没有明文规定的犯罪,可以比照刑法分则最相类似的条文定罪判刑的刑事法律制度。中国《刑法》第七十九条规定,适用类推必须严格遵守以下条件:(1)类推犯罪行为符合刑法第十条所规定的犯罪的基本特征;(2)犯罪行为是刑法分则中没有明文规定的;(3)必须比照刑法分则中最相类似的条文定罪刑。所谓“最相类似”必须是类推定罪的行为,与刑法分则所规定的犯罪,在其制裁上基本相同,又是个别构成要件不完全同一。适用类推定罪的案件,必须报最高人民法院核准,其判决才能发生法律效力。是从程序上对类推进行的严格控制。

【反革命罪】中国《刑法》规定的类罪名之一。以推翻人民民主专政的政权和社会主义制度为目的,危害中华人民共和国的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是人民民主专政的政权和社会主义制度。(2)在客观方面表现为旨在推翻人民民主专政的政权和社会主义制度,危害中华人民共和国的行为。只有思想,没有实施反革命行为的,不能构成反革命罪。反革命行为的具体表现,规定在中国《刑法》第九十一条至第一百二十条中。(3)犯罪的主体必须是达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。投敌叛变罪和背叛祖国罪的主体只能是中国公民。(4)在主观方面只能是直接故意。危害行为是否出于反革命目的,是反革命罪与其他刑事犯罪相区别的根本标志。

【反革命集团】以反革命为目的、为长期、有计划地进行反革命活动而建立起来的比较稳定的共同犯罪组织。一般由 3 人以上组成。其

组织形式大致可分为两种情况：一种是典型的，特点是组织较为严密，成员相对稳定，有组织名称，有反革命的纲领和计划，有组织者、领导者、成员分工明确；另一种是非典型的，一般没有组织名称和明确分工、只有共同进行反革命活动的口头协议和相互配合。反革命集团社会危险性十分严重。中国《刑法》规定，组织、领导反革命集团或积极参加反革命集团的，不论是否进行了其他反革命活动，都构成组织、领导反革命集团罪或积极参加反革命集团罪。如果又进行了其他反革命活动，触犯了其他罪名，应当按照数罪并罚的原则处理。

【阴谋颠覆政府罪】阴谋推翻人民政府，篡夺国家领导权的行为。主要特征是：(1)在客观上表现为阴谋推翻人民政府。篡夺国家领导权的行为。只要实施了以颠覆政府为内容的阴谋活动，不论是否发生了实际危害结果，即可构成本罪既遂。所以本罪在刑法理论上称为“阴谋犯”；(2)在主观上具有阴谋推翻人民政府的反革命目的。根据刑法规定，犯本罪的，处无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判死刑。

【反革命宣传煽动罪】以反革命为目的进行宣传煽动的行为。反革命罪之一。主要特征是：(1)在客观上有反革命宣传煽动的行为，具体表现为煽动群众抗拒、破坏国家法律、法规的实施，或者以反革命标语、传单或其他宣传煽动推翻人民民主专政的政权和社会主义制度；(2)在主观上出于反革命目的，即企图削弱、推翻人民的政权和社会主义制度。反革命宣传煽动罪是“行为犯”，只要出于反革命目的，实施了反革命宣传煽动的行为，就构成了本罪的既遂。被煽动者是否被煽动起来，是否造成了实际后果，不影响本罪的成

立。根据中国《刑法》第二十一条的规定,犯本罪的,处5年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;对首要分子或者其他罪恶重大的,处5年以上有期徒刑。

【危害公共安全罪】中国刑法规定的类罪名之一。故意或过失地危害不特定的多数人生命、健康或重大公私财产安全以及公共生产、生活安全的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是公共安全。所谓“公共安全”指不特定多数人的生命、健康或重大公私财产安全以及公共生产、生活的安全。(2)在客观方面表现为各种可能造成或已经造成严重后果的危害公共安全的行为。刑法分则第二十一条至第二十五条规定了危害公共安全罪的具体表现形式。其中有一部分属于危险犯罪,即只是实施了法定危害行为,并且造成足以发生危害公共安全的严重后果的危险,构成了犯罪既遂,如破坏交通工具罪,破坏交通设备罪等。(3)主观方面,既可以是故意,也可以是过失。危害公共安全罪大致有以下几个方面:(1)以危险方法危害公共安全的犯罪,如放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪等;(2)破坏特殊对象危害公共安全的犯罪,如破坏交通工具罪、破坏交通设备罪、破坏通讯设备罪等;(3)有关枪支、弹药和犯罪,包括非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物罪,以及盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪;(4)造成重大事故的犯罪,包括交通肇事罪、重大责任事故罪和违反危险物品管理规定肇事罪。

【交通肇事罪】危害公共安全罪之一。从事交通运输的人员违反规章制度,因而发生重大交通事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是交通运输的正常秩序和交通运输的安全。(2)客观方面表现为在交通运输活动

中违反规章制度,因而发生重大交通事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。违反有关规章制度,造成严重损害后果,是本罪构成必不可少的两个条件。(3)本罪的主体是从事交通运输的人员。但非交通运输人员犯本罪的,也应依照本罪定罪处罚;(4)在主观方面只能由过失构成。这种过失指行为人对自己的违章行为造成的严重后果的心理态度,对违反规章制度,可能是明知故犯。根据《刑法》第一一三条的规定,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处3年以上7年以下有期徒刑。

【重大责任事故罪】危害公共安全罪之一。工厂、矿山、林场、建筑企业或其他企业事业单位的职工,由于违反规章制度,或者强令工人冒险作业,因而发生重大伤亡事故,造成严重后果的行为。主要特征是:(1)犯罪主体是工厂、矿山、林场、建筑企业和其他企业事业单位的职工,也包括群众合作经营组织或个体经营户的从业人员;(2)客观方面表现为上述人员在生产、作业活动中,不服管理、违反规章制度,或者强令工人冒险作业,因而发生重大伤亡事故,造成严重后果的行为,没有发生重大伤亡事故或其他严重后果的,不构成本罪;(3)主观方面由过失构成,故意不能构成本罪。过失是就行为人对重大事故的严重后果而言,对违反规章制度本身,可能是明知故犯。依照中国《刑法》第一一四条的规定,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或拘役;情节特别恶劣的,处3年以上7年以下有期徒刑。

【破坏社会主义经济秩序罪】中国刑法规定的类罪名之一。违反国家经济管理法规,破坏国家经济管理活动,使国家经济遭受严重损害的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是国家经济管理的正常活

动和秩序;(2)在客观方面表现为违反经济管理法规,破坏国家经济管理活动的行为。这类犯罪中除少数犯罪如偷税罪可以由不作为构成以外,大多数犯罪只能由作为构成;(3)这类犯罪的主体大部分是一般主体,少数几种犯罪是特殊主体,如偷税罪、抗税罪的主体;(4)在主观方面,犯罪是出于故意,过失行为不能构成本类犯罪。这类犯罪绝大多数具有营利的目的。《刑法》分则第三章对这类犯罪作了具体规定,全国人大常委会还颁布了一些补充规定。这类犯罪可以概括为3个方面:(1)违反海关、财政金融、工商管理法规方面的犯罪,如走私罪、逃汇套汇罪、投机倒把罪、偷税罪、抗税罪等;(2)妨害货币、票证的犯罪,如伪造、倒卖计划供应票证罪、伪造货币罪、伪造有价证券罪等;(3)破坏集体生产方面的犯罪,如盗伐森林罪、破坏自然资源的犯罪,破坏集体生产罪、非法狩猎罪等。

【走私罪】破坏社会主义经济秩序罪之一。违反海关法规、非法运输、携带、邮寄货物、货币、金银或其他物品进出国(边)境、逃避海关监督、检查、偷逃关税、破坏国家对外贸易管制、情节严重的行为。本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制,即国家对进出口货物、物品的种类、数目实行严格控制和监督并征收关税的管理制度。违反海关法和逃避海关监管,是构成本罪的两个必要前提条件。国家工作人员利用职务便利犯本罪的,从重处罚。法人或单位也可成为本罪的主体。一般以营利为目的。走私行为情节严重才能构成走私罪。情节是否严重,是区分走私罪与一般走私行为界线的关键。认定走私情节是否严重,应根据走私物品的性质、走私物品的数额大小以及走私方式等确定。中国对走私罪的处罚,还应依照《关于惩治走私罪的补充规定》来确定。

【投机倒把罪】破坏社会主义经济秩序罪之一。违反金融、外汇、金银、物资、工商管理法规、非法从事金融和工商业活动,破坏国家金融和市场管理,情节严重的行为。侵犯的客体是国家对金融和市场管理活动。认定投机倒把行为,必须依据中国有关司法解释和国务院的有关规定。国家工作人员利用职务便利犯本罪的,应从重处罚。本罪在主观方面是出于故意,并且具有获取非法利润的目的。情节严重才能构成本罪。情节严重指非法经营数额或非法获利数额较大,或者具有其他严重情节。中国《刑法》规定,犯本罪的,处3年以下有期徒刑或拘役,可以并处、单处罚金或没收财产;以投机倒把为常业的,投机倒把数额巨大或投机倒把集团的首要分子,处3年以上10年以下有期徒刑,可以并处没收财产;犯上述罪情节特别严重的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。

【逃汇套汇罪】破坏社会主义经济秩序罪之一。《关于惩治走私罪的补充规定》增加的一个罪名。指全民所有制、集体所有制企业事业单位、机关、团体违反外汇管理法规,在境外取得的外汇,应该调回境内而不调回、不存入国家指定的银行、把境内的外汇非法转移到境外、把国家拨给的外汇非法出售牟利、情节严重的行为。主要特征是:(1)客观方面表现为违反外汇管理法规,以各种方式非法逃汇或套汇的行为。(2)本罪的主体是全民所有制、集体所有制企业事业单位、机关、团体及其直接责任人员。其他单位或个人逃汇套汇的,只能由外汇机关依法处理,不能构成逃汇套汇罪。但任何单位或个人非法倒买倒卖外汇牟利,情节严重的,应按投机倒把罪处罚。(3)本罪的主观方面只能是出于故意,过失不能构成本罪。全民所有制、集体所有制企业事业单位、机关、团体犯本罪的,除依照

外汇管理法规强制收兑外汇、没收非法所得外,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

【挪用公款罪】中国 1988 年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中增加的罪名。国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理财物的人员,利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动的,或者挪用公款数额较大、进行营利活动的,或者挪用公款数额较大,超过 3 个月未还的行为。本罪的主要特征是:(1)侵犯的客体是公款的使用权,主要是使用权。侵犯的对象是公款。挪用公物情节严重的,也可比照本罪论处。(2)客观方面表现为行为人利用职务上的便利,挪用公款归个人使用的行为。“归个人使用”包括挪用公款给自己或他人使用,或者为私利挪用公款以个人名义给单位使用。挪用公款归个人使用的情况有 3 种:一是挪用公款进行非法活动,不论时间长短、也不论数额较多少,均构成挪用公款罪;二是挪用公款数额较大、进行营利活动;三是挪用公款数额较大、超过 3 个月未还。(3)犯罪主体是国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手管理公共财物的人员。(4)主观方面是直接故意,其目的是非法取得公款的使用权。挪用公款不退还的,包括主观上想归还和客观上能归还的,均应以贪污论处。犯本罪的,处 5 年以下有期徒刑或拘役;情节严重的,处 5 年以上有期徒刑。挪用救灾、抢险、防汛、优抚、救济款物归个人使用的,从重处罚。

【侵犯公民人身权利、民主权利罪】中国刑法规定的类罪之一。故意或过失地侵犯他人的人身或与人身直接有关的权利及他人依法享

有的民主权利的行为。表现为用各种方法非法侵犯他人的人身权利、民主权利,如强奸罪、诬告陷害罪、杀人罪、伤害罪等。犯罪主体多数是一般主体,少数是特殊主体,如报复陷害罪的主体是国家工作人员。多数罪是出于故意,不可能由过失构成,如强奸罪、非法拘禁罪等;少数罪既可由故意也可由过失构成,如过失杀人、伤害等。这类犯罪大致有下述几方面:侵犯他人生命权利、健康权利的犯罪;侵犯女性身心健康的犯罪;侵犯他人人身自由的犯罪;侵犯他人人格、名誉的犯罪;侵犯他人民主权利的犯罪;假借国家机关的权力侵犯他人权利的犯罪等。

【故意杀人罪】侵犯人身权利罪之一。故意非法剥夺他人生命的行为。是最严重的侵犯人身权利的犯罪。主要特征是:(1)侵犯的客体是他人的生命权利。侵犯的对象是出生以后有生命的自然人。人的生命始于出生、终于死亡。溺婴行为原则上应作为故意杀人罪处理。(2)客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。其行为方式即可以是作为,也可以是不作为。(3)犯罪主体是一般主体。年满14岁的人犯此罪,应依法追究其刑事责任。(4)主观方面是故意的,即明知自己的行为会使他人死亡,并且希望或放任死亡结果的发生。过失致人死亡的,只能构成过失杀人罪。在实践中,逼迫他人自杀或诱骗他人自杀的,应按故意杀人罪论处;帮助他人自杀的,应区分情况,符合故意杀人罪特征的,应按照故意杀罪论处。根据中国《刑法》第一三二条的规定,犯故意杀人罪的,处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑;情节较轻的,处3年以上10年以下有期徒刑。所谓情节较轻,主要指防卫过当杀人、义愤杀人等。

【强奸罪】强奸妇女罪的简称。指以暴力、胁迫或者其他方法,违背

妇女意志,强行与之发生性关系的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是妇女拒绝与其合法配偶以外的任何男子发生性行为的权利。侵犯的对象是已满 14 岁的少女和成年妇女。奸淫不满 14 岁幼女的,构成奸淫幼女罪。(2)客观方面表现为以暴力、胁迫或其他方法违背妇女意志,在妇女不敢反抗、不能反抗或处于不知反抗的状态下,强行与之发生性关系的行为。违背妇女意志是本罪的本质特征,也是强奸与通奸的主要区别。与无责任能力的妇女发生性行为的,无论是否强行,均构成强奸罪。(3)本罪的主体是年满 14 岁的男子。但妇女可以成为强奸罪的共犯。(4)主观方面是故意的。并且具有强奸的目的。根据中国《刑法》第一三九条的规定,犯本罪的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑;情节特别严重的或者致人重伤、死亡的,处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑;二人以上犯强奸罪而共同轮奸的,从重处罚。

【伪证罪】在侦查、审判中,证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译,意图陷害他人或者陷匿罪证的行为。本罪侵犯的客体是复杂客体,既侵犯了公民的人身权利,也侵犯了司法机关的正常活动。犯罪的对象可以是有罪的人,也可以是被怀疑有罪而实际无罪的人。在主观方面是出于直接故意,并具有陷害他人或隐匿罪证的目的。根据中国《刑法》第一四八条的规定,犯本罪的,处 2 年以下有期徒刑或拘役;情节严重的,处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。

【拐卖人口罪】侵犯公民人身权利罪之一。以欺骗、利诱、胁迫等手段,拐骗出卖人口的行为。侵犯的客体是他人的人身自由。侵犯的“人口”包括男人、妇女和儿童。以出卖为目的,拐骗、收买、贩卖、接

送或中转妇女、儿童的,应依照 1991 年《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》,定拐卖妇女、儿童罪,并依照该决定第一条的规定处罚。客观方面表现为用欺骗、利诱、胁迫等手段,使被害人脱离其家庭,并将其出卖的行为。主观方面是故意的,并且具有营利的目的。中国《刑法》第一四一条规定,犯拐卖人口罪的,处 5 年以下有期徒刑;情节严重的,处 5 年以上有期徒刑。1983 的补充决定提高了该罪的法定刑,对拐卖人口集团的首要分子,或者拐卖人口情节严重的,可在刑法规定的最高刑以上处刑,直至判死刑。

【侵犯财产罪】中国刑法规定的类罪名之一。以非法占有为目的,非法取得公私财物,或者故意毁坏公私财物的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是公私财产的所有权。侵犯的对象是公私财产,即公共财产和公民个人所有的合法财产。(2)客观方面表现为非法获取公私财产或毁坏公私财产的行为。“非法获取”指采用公开或秘密的手段,非法占有财物。非法获取财物的数额大小,对定罪量刑具有重要意义。“非法毁坏”指故意毁灭或毁损公私财物。(3)犯罪的主体,除贪污罪、挪用公款罪为特殊主体之外,其余各罪均为一般主体。(4)主观方面都是出于故意,过失不能构成本类犯罪。而且除故意毁坏财物以外,其余各罪均必须以非法占有为目的。本类犯罪的具体罪名包括各种:抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、贪污罪、挪用公款罪、故意毁坏财物罪。

【抢劫罪】侵犯财产罪之一。指以非法占有为目的,以暴力、胁迫或其他方法,强行劫取公私财物的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是复杂客体,即不仅侵犯了公私财产的所有权,同时也侵犯了被害人的人身权利。侵犯的对象是公私财物及他人的人身。本罪侵犯

的财物只限于动产。(2)客观方面表现为当场以暴力、胁迫或其他方法,强行夺取财物或迫使被害人交付财物的行为。暴力指以强暴手段对被害人身体实施打击或强制;胁迫指以立即实施暴力相威胁;其他方法指除暴力或胁迫之外采取其他使被害人不知反抗或丧失反抗能力的方法。(3)犯罪主体是一般主体。(4)主观方面是出于故意,并且具有非法占有公私财物的目的。依照中国《刑法》第一五三条的规定,犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒逮捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或以暴力相威胁的,应以抢劫罪论处。中国《刑法》第一五 条规定,犯本罪的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑;情节严重或者致人重伤、死亡的,处 10 年以下有期徒刑;情节严重或者致人重伤、死亡的,处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。

【盗窃罪】侵犯财产罪之一。指以非法占有为目的,秘密窃取数额大的公私财物的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是公私财产所有权。侵犯的对象是各种公私财物,一般是动产。盗用电力、煤气等,亦应以盗窃论处。(2)在客观方面有秘密窃取数额较大的财物的行为。所谓“秘密窃取”,指行为人采取自认为不使财物所有人或保管人发觉的方法,暗中取得其财物。盗窃财物数额较大,是盗窃罪的必要条件。(3)犯罪主体为一般主体。已满 14 岁不满 16 岁的人犯惯窃罪和重大盗窃罪行的,应负刑事责任;已满 16 岁的人对一切盗窃罪均负刑事责任。(4)在主观方面由故意构成,具有非法占有公私财物的目的。根据中国《刑法》及有关补充规定,犯本罪的,处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制;惯窃或盗窃数额巨大的,处 5 年以上 10 年以下有期徒刑;情节特别严重的,处 10 年以上有期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。

【贪污罪】侵犯财产罪之一。国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员,利用职务上的便利,侵吞、盗窃、骗取或者以其他方法非法占有公共财物的行为。本罪侵犯的客体是复杂客体,既侵犯公共财物的所有权,也侵犯国家机关的正常职能与威信。侵犯的对象是公共财物。犯罪主体是特殊主体。表现为利用自己职务范围内的权力和地位所形成的便利条件,出于直接故意,并且具有非法占有公共财物的目的。中国 1988 年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》规定了具体的量刑标准,其最高刑为死刑。

【非法所得罪】又称巨额财产来源不明罪。中国国家工作人员的财产或支出明显超过合法收入,差额巨大,本人不能说明其来源的犯罪。中国 1988 年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》增设的一个罪名。犯罪主体是特殊主体,必须是国家工作人员。根据补充规定,犯本罪的,处 5 年以下有期徒刑或拘役,并处或单处没收其财产中超过合法收入的差额部分。

【妨害社会管理秩序罪】中国《刑法》规定的类罪名之一。故意妨害国家对社会的管理活动,破坏社会秩序,情节严重的行为。犯罪主体,除脱逃罪、神汉巫婆造谣诈骗罪是特殊主体外,其他各罪均为一般主体。主观方面只能是故意,过失不能构成这类犯罪。本类犯罪所包括的具体犯罪,可概括为:(1)妨害国家机关正常活动的犯罪,如妨害公务罪、招摇撞骗罪等;(2)妨害司法机关正常活动的犯罪,如拒不执行判决、裁定罪,脱逃罪等;(3)扰乱公共秩序的犯罪,如扰乱社会秩序罪、流氓罪等;(4)妨害社会风尚的犯罪,如赌博

罪,引诱、容留、介绍他人卖淫罪等;(5)危害人民健康的犯罪,如制造、贩卖假药罪,制造、贩卖、运输毒品罪等;(6)违反保护文物、古迹法规的犯罪,主要是破坏珍贵文物、名胜古迹罪;(7)妨害国(边)境管理的犯罪,如偷越国(边)境罪等。

【流氓罪】妨害社会秩序罪之一。聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女或者进行其他流氓活动,破坏公共秩序,情节恶劣的行为。本罪侵犯的客体是公共秩序;主观方面只能由故意构成。根据中国《刑法》第一六一条的规定,犯本罪,处7年以下有期徒刑、拘役或者管制;流氓集团的首要分子,处7年以上有期徒刑。1983年全国人大常委会对该条补充规定,对流氓集团和首要分子或者携带凶器进行流氓犯罪活动,情节严重的,或者进行流氓犯罪活动危害特别严重的,可在法定最高刑以上处刑,直至判处死刑。

【毒品犯罪】各种有关毒品或以毒品谋利犯罪的总称。毒品包括鸦片、海洛因、吗啡、大麻、可卡因等以及其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。中国1990年颁布的《关于禁毒的决定》所规定的毒品犯罪包括下列各罪:走私、贩卖、运输、制造毒品罪;非法持有毒品罪;包庇毒品犯罪分子罪;毒品罪;窝藏毒品罪;窝藏毒品犯罪所得财物罪;掩饰、隐瞒出售毒品获得财物的非法性质和来源罪;走私制造麻醉药品和精神药品的物品罪;非法种植毒品原植物罪;引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品罪;强迫他人吸食、注射毒品罪;非法提供毒品罪。《决定》对毒品犯罪规定了严厉的刑罚。

【传授犯罪方法罪】中国1983年颁布的《关于严惩严重危害治安的犯罪分子的决定》增设的罪名。指用言语、文字、行动或其他方式故

意把犯罪方法传授给他人的行为。侵犯的客体是社会管理秩序。主观上是出于直接故意,其目的是为了教会并促使被传授人实施犯罪活动。本罪与教唆犯罪既有联系,也有区别。根据《决定》规定,犯本罪情节较轻的,处5年以下有期徒刑;情节严重的,处5年以上有期徒刑;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑。

【妨害婚姻家庭罪】中国刑法规定的类罪名之一。违反婚姻法的规定妨害社会主义婚姻家庭制度,情节严重的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是社会主义婚姻家庭制度。(2)客观方面表现为各种妨害社会主义婚姻家庭制度,情节严重的行为。多数罪以作为方式实施,少数罪如遗弃罪以不作为方式实施。(3)犯罪主体多数为一般主体,少数为特殊主体,如虐待罪,遗弃罪的主体即为特殊主体;(4)主观方面出于故意,过失不能构成本类犯罪。本类犯罪包括两方面:一是妨害婚姻的犯罪,包括暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪、破坏军人婚姻罪;二是妨害家庭的犯罪,包括虐待罪、遗弃罪和拐骗儿童罪。

【渎职罪】中国刑法规定的类罪名之一。国家工作人员利用职务上的便利,或者玩忽职守,妨害国家机关的正常活动,致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。具有以下主要特征:(1)侵犯的客体是国家机关的正常活动。(2)客观方面必须有渎职的行为,即利用职务之便进行某项妨害国家机关正常活动的犯罪行为,或者玩忽职守,给国家和人民造成重大损失。(3)犯罪主体除行贿罪和介绍贿赂罪以外,必须是国家工作人员;非国家工作人员一般不能独立构成本罪。但可成为本罪的共犯。(4)主观方面,多数罪只能由故意构成。而泄露国家秘密罪既可由故意构成,也可由过失构成;玩

忽职守罪只能由过失构成。本类犯罪可分为以下几方面:(1)一般国家工作人员的渎职罪,包括贿赂罪、泄露国家秘密罪、玩忽职守罪;(2)司法工作人员的渎职罪,包括徇私枉法罪、体罚虐待被监管人罪和私放罪犯罪;(3)邮电工作人员的渎职罪,即妨害邮电通讯罪。

【贿赂罪】受贿罪、行贿罪和介绍贿赂罪的统称。均有其独立的犯罪构成要件,由于相互间存在不可分割的联系,刑法将它们规定在一起。受贿罪指国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员,利用职务上的便利,索取他人财物,或非法收受他人财物为他人谋取利益的行为。全民所有制企业事业单位、机关、团体,索取、收受他人财物,为他人谋取利益,情节严重的,构成单位受贿罪。行贿罪指为谋取不正当利益,给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以财物的行为。企业事业单位、机关、团体为谋取不正当利益而行贿的,构成单位行贿罪。介绍贿赂罪指行为人在行贿人和受贿人之间进行沟通、撮合、促使行贿与受贿得以实现的行为。中国《刑法》第一八五条以及1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贿赂罪规定了严厉的刑罚。

【玩忽职守罪】渎职罪之一。国家工作人员不履行或不正确履行职责,致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失的行为。主要特征是:(1)侵犯的客体是国家机关的正常管理活动;(2)客观方面表现为玩忽职守的行为,即工作严重不负责任,不履行或不正确履行其职责,并且给公共财产、国家和人民的利益造成重大损失;(3)犯罪主体只能是国家工作人员,非国家工作人员不能成为本罪的

主体;(4)主观方面由过失构成。中国《刑法》第一八七条规定,国家工作人员犯玩忽职守罪,处5年以下有期徒刑或者拘役。

【军人违反职责罪】中国1981年颁布《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》规定的类罪名。中国人民解放军的现役军人,违反军人职责,危害国家军事利益,依照法律应当受刑罚处罚的行为。情节显著轻微、危害不大的,不认为是犯罪,按军纪处理。本类犯罪的主要特征是:(1)侵犯的客体是国家的军事利益。(2)客观方面表现为违反军人职责、并危害国家军事利益的行为。军人职责指军人依照职务和承担的任务而应尽的责任与义务。(3)主观方面多数犯罪是出于故意,少数犯罪是出于过失。(4)犯罪主体是特殊主体,必须是中国人民解放军的现役军人和军内在编职工。《暂行条例》对于本类犯罪的具体罪名、构成及其刑事责任作了明确规定。

刑事诉讼法

【刑事诉讼】诉讼种类之一。侦查、检察、审判机关在当事人和其他诉讼参与人参加下,依照法定程序进行的以实现国家刑罚权利保障诉讼公正为目的的活动。狭义的刑事诉讼仅指法院审判刑事案件的活动,不包括侦查、起诉、执行等活动。广义的刑事诉讼又称刑事程序,包括侦查机关的侦查、起诉机关或人员的起诉、审判机关的审判以及刑事判决的执行等诉讼阶段的活动。刑事诉讼以国家强制力保证实施,是实现国家专政职能的手段之一。刑事诉讼指向的对象是刑事案件事实以及行为人的刑事责任问题,任务是依照

法律规定的程序和规则发现、收集、审查判断证据,查明案件事实,查获犯罪人并给犯罪人以刑罚处罚,保障无罪的人以及其他依法不应追究刑事责任的人不受刑事追究。刑事诉讼由控诉、辩护、审判三大基本职能构成,刑事诉讼的过程是控诉职能、辩护职能,审判职能相互作用实现刑事诉讼的目的的过程。一个国家有权进行刑事诉讼的机关由该国的法律规定。中国有权进行刑事诉讼的国家机关有人民法院、人民检察院和公安机关(包括国家安全机关)其他任何机关、团体和个人无权行使这种权力。

【刑事诉讼法】规定司法机关与诉讼参与人进行刑事诉讼活动的原则、程序和权利义务的法律规范。一国法律体系的重要组成部分,国家基本法律之一。作用是从程序上保证刑事实体法的实施。具体规定刑事诉讼法的性质、任务、基本原则、制度、案件管辖;国家专门机关在追诉犯罪中的职责及相互关系;诉讼参与人的范围及其权利义务;收集、审查和判断证据的规则;强制措施的种类和适用;立案、侦查、起诉、审判、执行的具体程序和步骤。狭义的刑事诉讼法是国家立法机关制定的成文的刑事诉讼法典。广义的刑事诉讼法是有有关刑事诉讼的一切法律规范,包括刑事诉讼法典和其他有关刑事诉讼的法规、法令、条例、规则、决议、决定等,还包括最高人民法院、最高人民检察院和公安机关刑事诉讼程序的规范性文件。在奴隶制和封建制社会,有关刑事诉讼的法律规范与其他法律规范混合在一起,没有专门的成文的刑事诉讼法典。最早的成文刑事诉讼法典是法国于1808年颁布的《刑事诉讼法典》。之后,大陆法系国家先后制定了刑事诉讼法典。英美法系国家有关刑事诉讼的法律规范散见于其他法律和判例之中,或者表现为单行法规。中华人民共和国成立后,制定和颁布了许多刑事诉讼法规,从1957

年起即着手起草刑事诉讼法典,几经易稿,于1979年7月1日中华人民共和国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国刑事诉讼法》,自1980年1月1日起施行。是中华人民共和国第一部社会主义的刑事诉讼法典。

【刑事诉讼职能】构成刑事诉讼所必需的各基本要素所具有的功能、功效或作用。刑事诉讼主体之间的诉讼地位、权利和义务、主张和要求,对诉讼结果所承担的责任各不相同,在诉讼中分别执行不同的诉讼职能。具体可分为控诉职能、辩护职能和审判职能。控诉职能指发现、控告、证实犯罪的职能,发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人时,收集证据,揭露和证实犯罪,提出控告和起诉,追究被告人的刑事责任。在中国,公诉案件的控诉职能,由公安机关、人民检察院行使;自诉案件的控诉职能由自诉人承担。辩护职能指根据事实和法律,反驳全部或部分控诉内容,提出证明被告人无罪或罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护被告人合法权益。这一职能由被告人及其辩护人行使。审判职能指审理和判决刑事案件的职能。在中国,审判职能由各级人民法院行使。控诉职能、辩护职能和审判职能三者之间既独立又互相联系。控诉职能是刑事诉讼中的首要职能,没有控诉职能,诉讼活动无法进行,不但不会有辩护职能,而且不会有审判职能。辩护职能与控诉职能相对应,有控诉就应当允许辩护,没有辩护诉讼无法正确进行。审判职能是最主要最基本的诉讼职能,没有审判职能,诉讼案件无法处理,诉讼活动无法终结,诉讼任务不能实现。

【控告式诉讼】纠问式诉讼的对称。又称弹劾式诉讼。主要实行于奴隶制民主共和国和封建制初期一些国家的诉讼形式。基本特征

为:(1)控诉与审判职能分立,遵循不告不理原则,案件由法院或审判者以外的人请求方可开始审判。(2)案件一般均由被害人或法定代理人提起私诉,由法院直接受理。公众起诉作为私诉的一种补充形式。国家不行使起诉权。(3)原告人和被告人都是诉讼体,处于对等的地位,享有平等的诉讼权利,对各自的诉讼主张负举证责任。法官居被动的地位,只能根据控告人的内容和范围进行审理,在听取原告人和被双方提出的诉讼主张证据后作出判决。(4)审判实行公开原则、言词辩论原则和陪审原则。(5)案件发生疑难时,采取审判或决斗的方式解决。神灵裁判有两种,一种是一方当事人,通常是被告参加;另一种是双方当事人参加。神灵裁判的方式有:对神宣誓、水审、火审、卜筮和十字形证明。

【弹劾式诉讼】见“控告式诉讼”。

【纠问式诉讼】控诉式诉讼的对称。发端于罗马帝国时期,盛行于中世纪后期欧州大陆国家的君主专制时期和中国古代封建专制社会。曾是在欧洲宗教裁判的一种形式。主要特点是:(1)审判官集侦查、控诉、审判职能于一身,不待被害人或他人控告,即可主动进行侦查和传讯;通过侦查和审讯认为被告人有罪时,即直接判处刑罚。不实行不告不理的原则,诉讼的开始不以个人的告诉为前提。(2)司法机关负责调查事实,侦查和审判秘密进行。(3)被害人只是告发人,被告人在诉讼中是诉讼的客体,主要是作为被审问、受追诉的对象存在。诉讼中只有法院是诉讼的主体。(4)实行有罪推定,被告人在被宣判犯罪之前即被视为罪犯。(5)被告人口供为最佳证据,刑讯、供合法化、制度化、欧洲中世纪各国的纠问式诉讼中实行法定证据制度。最典型的纠问式程序见于德国 1532 年的《加洛林

纳法典》和法国 1539 年的《法兰索瓦一世令》。

【当事人主义诉讼】又称辩论主义诉讼。职权主义诉讼的对称。刑事诉讼结构的一种类型。在诉讼中控告和被告双方当事人权利平等,地位对等,各种程序的开始和进行,证据的收集、提出、审查、运用,均以当事人为主,法官只起公断人的作用,通常被用来概括英美法系国家的刑事诉讼结构。主要特征为:(1)在侦查程序中双方当事人都有权各自独立收集证据,当事人都不具有强制处分权,为收集证据确有必要行使强制力时,可以请求法院进行强制处分。国家追诉机关只能以被告人逃亡和可能逃亡为由,限制被告人的自由。(2)当事人(追诉人)即使在证据充分时,也可作出不起诉的决定(起诉裁量主义);起诉之后,经被告同意,也可以撤回起诉(起诉变更主义)。(3)审判由双方当事人推动进行,调查证据的权利和义务,全属当事人,除显属浪费诉讼时间,或纯以拖延诉讼为目的的调查证据以外,法院无权干涉为当事人的调查证据活动。法庭审理过程中,先由控诉人控告,证明被告人所犯的罪,犯罪的主要事实以及适用的法律,然后讯问起诉方所举的证人和出示其他控诉证据,称为“原问”,被告人和其辩护人,可作陈述,并对该证人进行诘问,之后被告一方证人作证。双方证人都可作主讯问、交叉讯问和再讯问。双方提证和辩论基础上,由陪审团作出是否罪的裁断,法官根据陪审团对罪行的裁断,作出适用法律的判决。

【职权主义诉讼】当事人主义诉讼的对称。刑事诉讼结构的一种类型。国家专门机关(警察机关、检察机关、法院等)依据职权进行侦查、起诉、审判,并决定证据的收集、审查和运用,被告人在诉讼中没有与追诉方相应的诉讼权利,只能在服从专门机关的职权的前

提下,进行有限的诉讼活动。职权主义诉讼通常被用来概括大陆法系国家的刑事诉讼结构。主要特征为:(1)侦查阶段不承认双方当事人平等的原则,嫌疑人或被告属于侦查的对象,不享有与追诉方同等的侦查权。被告人认为有能够证明自己无罪或罪轻的证据时,有权请求国家的侦查机关收集,但不能自行收集。(2)起诉程序中当事人对诉讼标的的不享有处分权。通常情况下,只要证据充分追诉人必须起诉(起诉法定主义)。对某些公诉案件,经被害人请求,法院可以强制起诉机关予以起诉(起诉强制主义)。(3)审判程序中,审判日期的指定、调查证据的顺序、范围和方法由法院决定。对被告人、证人、鉴定人的讯问或询问由审判长进行,或者经过审判长许可后进行。整个审判过程由法官依据职权主持诉讼的进行。职权主义诉讼与纠问式诉讼的区别:(1)纠问式诉讼中,法院或审判者不经除自身以外的人起诉便直接审判案件;职权主义诉讼中,案件的审判必须以国家起诉机关的起诉或公民的自诉为前提;(2)纠问式诉讼中,仅有法院或审判者和被告人即可开始审判;职权主义诉讼中,案件的审判必须有法院、起诉者和被告人三方参加才能进行。

【刑事诉讼原则】刑事诉讼法规定的指导司法机关进行刑事诉讼活动和诉讼参与人参加刑事诉讼活动的基本准则。具有法律约束力并对刑事诉讼活动具有普遍的指导意义。欧洲资产阶级革命时期,针对封建司法专横擅断,提出了一系列体现资产阶级民主的诉讼原则,主要有审判公开原则、辩护原则、直接言词原则,不间断原则、不告不理原则、司法独立原则、无罪推定原则等。中国刑事诉讼法以马克思列宁主义、毛泽东思想为指针,从中国国情出发,借鉴国外有益经验,确立了中国刑事诉讼原则,主要有职权原则;人民

法院、人民检察院依法独立行使职权的原则;依靠群众原则;以事实为根据,以法律为准绳,公民适用法律上一律平等,分工负责、互相配合、互相制约、使用本民族语言进行诉讼的原则;审判公开,被告人有权获得辩护的原则;保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利的原则;依照法定情形不予追究的原则;追究外国人刑事责任适用中国刑事诉讼法的原则。

【职权原则】侦查权、检察权、审判权只能由公安机关、人民检察院、人民法院依法行使的原则。中国刑事诉讼的基本原则之一。具体内容和要求为:(1)刑事案件的侦查权、检察权和审判权只能由公安机关(含国家安全机关)、人民检察院和人民法院统一行使,其他任何机关、团体和个人均不得行使。(2)刑事案件的侦查权、检察权和审判权,只能依照法定职责分工,由公安机关、人民检察院和人民法院分别行使,不能混淆法定职权。依照法律,对刑事案件的侦查、拘留、预审,由公安机关负责。批准逮捕和检察(包括侦查)、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。(3)公安机关、人民检察院和人民法院行使侦查权、检察权和审判权,应当依照刑事诉讼法和其他法律的有关规定进行,不得滥用职权。职权原则体现出人民法院、人民检察院和公安机关同犯罪作斗争的积极性和主动性,并要求司法机关依照职权和法律进行诉讼活动保护国家和人民的利益,保障公民的合法权益。自诉案件是适用职权原则的例外,对这类案件,提起追诉和支持控诉的权力属于被害人。如果案件涉及国家、集体利益,检察机关应当依据职权进行追究,这时诉讼本身性质发生了变化,职权原则应该适用。西方国家司法机关,不论大陆法系和英美法系,其职权都是追究犯罪、惩罚犯罪,但追诉形式有所不同,有采取职权主义和当事人主义(或辩论主义)

之分。法国和联邦德国等大陆法系国家采取职权主义,一般由检察官负责追究犯罪和公诉,审判长指挥审判,并主动采取认为有益于发现真相的一切措施,可以传唤讯问任何人。英国采取当事人主义。法院审理案时听取起诉方和被告方的陈述、提证和辩论,不主动调查证据。美国与英国大体相同,但检察官起诉的范围比英国广泛。第二次世界大战后,日本吸取英美法的内容,侦查由检察机关或司法警察进行,控诉的权利为检察官独有。审判的指挥权由审判长行使,但当事人有较大的主动性,检察官、被告人或辩护人都可以请求调查证据。日本法学界认为日本的诉讼以当事人主义为基调,保留职权主义。

【分工负责、互相配合、互相制约原则】中国刑事诉讼法的基本原则之一。指导和处理公安机关、人民检察院、人民法院相互关系的重要准则。中国刑事诉讼法第五条规定,人民法院,人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,应当分工负责、互相配合、互相制约,以保证准确有效地执行法律。分工负责指公、检、法三机关办理刑事案件须根据法律规定的职权范围,各尽其职,各负其责,不得超越职权互相代替或互相推诿;互相配合指公、检、法三机关做好各自职责范围内的工作,为以后诉讼程序的正常进行提供保障;互相制约指公、检、法三机关依照法定程序互相监督和约束,以防止和纠正办理刑事案件中可能出现和已经出现的错误。中国刑事诉讼法规定,对刑事案件的侦查、拘留、预审,由公安机关负责。批准逮捕和检察(包括侦查)、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民检察院负责。公安机关逮捕人犯,应提请检察院批准;公安机关侦查终结认为需要起诉或免予起诉的案件,应移送检察院审查决定;检察院决定不批准逮捕、不起诉、免予起诉的,公安机关应立即释放被告人;

检察院对公安机关的侦查活动进行监督。公安机关对于检察院不批准逮捕、不起诉或免予起诉的决定认为有错误的,可要求复议,意见不被接受时,有权提请上一级检察机关复核。公诉案件除罪行较轻且经法院同意之外,检察院应派员出庭公诉,并对审判中的违法情况提出纠正意见;对法院的判决和裁定,认为有错误,应当依法提出抗诉。法院对检察院公诉的案件进行审查后,认为不需要判刑的,可以要求检察院撤回起诉;认为主要事实不清、证据不足的,可以退回检察院补充侦查;法院对检察院公诉的案件,依法独立地作出被告人是否有罪,犯什么罪,应否处刑以及处以何种刑罚的裁判。通过分工负责、互相配合、互相制约,保证公、检、法机关准确有效地执行法律。

【以事实为根据、以法律为准绳】中国刑事诉讼法的基本原则之一。人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件应当以法律规定作为评价已经查明的案件事实的尺度。以事实为根据、以法律为准绳要求刑事诉讼必须忠于案件的事实真象,查明案件的客观真实。对案件作出处理决定应当有充分确实的证据。对案件的程序问题和实体问题的处理,必须以刑法、刑事诉讼法和有关法律为标准,不得违背事实和法律处罚被告人,切实保障公民权利,公正地惩罚犯罪。

【审判公开】审判原则之一。审判机关审理案件允许诉讼当事人以外的人参加旁听、允许新闻报导。审判公开是资产阶级革命时期针对封建专制司法中的秘密审判、专横擅断提出的。资产阶级革命后,在刑事诉讼立法中均规定了审判公开原则。中国刑事诉讼中,在民主革命时期的中华苏维埃政府颁布的有关法律中已有审判公

开的规定。中华人民共和国成立后,宪法和刑事诉讼法都确认了审判公开原则。1979年刑事诉讼法规定,人民法院审判案件,除本法另有规定的以外,一律公开进行。根据刑事诉讼法第一一一条规定,“本法另有规定”的情形包括:有关国家机密和个人隐私的案件,在审理时被告人尚不满16岁的案件,一律不公开审理;在审理时被告人已满16岁但不满18岁的案件,一般也不公开审理。不公开审理的案件,宣告判决时须一律公开进行。实行审判公开原则,旨在将审判机关的审判活动置于社会的监督之下,保证审判程序的公正性和诉讼当事人的诉讼权利,保障其他诉讼原则和基本制度在审判阶段得以贯彻执行。

【陪审制】国家审判机关吸收非职业审判人员为陪审员或陪审员参与审判案件的司法制度。古希腊奴隶制的民主共和国,已经出现过处理一般案件的公民陪审法院,陪审员每年一任,由抽签产生,发给公职津贴。陪审法院的判决,由公民陪审员投票多数决定。11世纪末至14世纪,英国形成负责审查起诉和审理案件事实的大陪审团和小陪审团制度。资产阶级革命后普遍推行了陪审制,但英美法系国家的陪审团一般只就案件事实进行评断,大陆法系国家到20世纪初则采取了陪审员和职业法官共组成合议庭,就案件事实和法律适用共同投票裁决的“参审制”。现代,大多数资本主义国家的刑事诉讼中,陪审制度都只适用于少数罪行较重的案件;民事诉讼则以诉讼标的大小确定是否适用陪审。在西方国家,陪审员资格受财产限制,规定各不相同。十月革命后,苏联创立了社会主义的陪审制度。中国的陪审制度建立于中华民国初期,但并未得到切实贯彻。中华人民共和国成立后,以革命根据地时期的陪审制度为基础,从1952年开始,试行人民陪审员制度。依据中国刑事诉讼法和

人民法院组织法规定,人民法院审判第一审案件由审判员组成合议庭或由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可以由审判员一人独任审判。即中国实行人民陪审员制度。

【不告不理】未经起诉请求审理的案件,法院不得进行追究审理的诉讼原则。根据这一原则,刑事诉讼必须有检察人员起诉或被害人自诉;民事诉讼必须有原告请求或被告人反诉,法院才能收案审理。不告不理在奴隶制罗马诉讼中已出现,采取控告式诉讼形式,每个公民(奴隶主和自由民)在得到最高裁判官的许可后,即可作为告诉人提起控诉,法院根据其控诉在指定的日期进行审理,告诉人不到,则撤销控诉。近代资产阶级在反对封建专制诉讼的过程中,继承了古代罗马的不告不理原则并加以发展,在刑事方面确定了对任何人未经法定程序起诉,不得判刑的原则。在民事方面,须当事人向司法机关提出诉讼要求时,才予受理。资产阶级革命胜利后,各国相继确认了不告不理原则。中国刑事诉讼法贯彻不告不理原则所要求的控诉和审判职能分离的基本精神,公诉案件须由人民检察院提起公诉,自诉案件须由自诉人提起诉讼,人民法院才予审判。实行不告不理原则,旨在保证诉讼程序的公正性,避免司法官员因兼控诉和审判职能于一身而对案件产生某种预断和偏见。

【一事不再理】诉讼原则之一。对已经生效判决、裁定的案件,除法律另有规定外,不得再行起诉和受理。源于古罗马法。罗马共和国时期实行一审终审制,与之相联系,诉讼中也实行“一事不再理”原则。既适用刑事诉讼也适用于民事诉讼。其理论基础为:“既判的事实,应当视为真实”,因而必须产生判力的效果。案件既判的效力

对同一案件、同一诉讼标的和同一诉讼当事人生效。罗马共和国后期对这项原则采取了补救措施,即在书状内容上允许原告对被告的请求按照债务的性质和清偿的先后顺序作出附加的说明,以避免招致“一事不再理”的后果。近现代各国诉讼法普遍继承了这一原则。英美法系有任何人不因同一罪行受两次起诉和审判的规定。大陆法系各国诉讼法典中也有明确规定。德国刑事诉讼法第二十一条规定:“拒绝开始审判程序的裁定发生效力以后,只有依据新的证据或新的事实才能再行起诉。”中国刑事诉讼法规定,当事人、被害人及其家属或者其他公民,对已经发生法律效力判决、裁定,可以向人民法院或者人民检察院提出申诉,但不能停止判决、裁定的执行。对刑事生效的裁判,如果发现确有错误,可以依照审判监督程序加以纠正。

【直言词原则】法庭审理必须以口头方式进行,法官、陪审员必须直接接触案件的所有材料,审查证据,让当事人、证人出庭并听取他们的口头陈述和法庭辩论,并在审理的基础上作出裁判的原则。法庭审理以直言词方式进行最早在英国的普通法诉讼中实行,要求证人出席法庭作证并接受询问。欧洲资产阶级革命后,为反对中世纪专制诉讼的秘密间接审理,确认直言词原则。1808年法国刑事诉讼法典第二六九条规定,在辩论进行中,审判长不论对于何人,均得传唤到场,必要时,拘传到场受讯。现代资产阶级国家的诉讼普遍采用这项原则。德国刑事诉讼法典第二四九条规定,证书和其他作为证据的文件,应当在审判中宣读。第二五七条规定,讯问每一个证人、鉴定人或者共同被告人以后,以及宣读每一份文件以后,都应当询问公诉人被告人有何意见。

【不间断原则】西方国家诉讼原则之一。法院开庭审理案件,应在不更换审判人员的条件下连续进行,不得中断审理的诉讼原则。如因故中断审理,下次开庭时应重新进行。审理终结后,审判人员应随即进行评议,作出裁判。资产阶级革命时期,资产阶级在提出司法民主原则的同时也主张审判不间断原则。资产阶级革命胜利后这一原则被确认下来,并由各国相继规定在法律中。当时英国法律规定:审判案件一日不能完结时,经法官(陪审官)协议后,可以延至第二天,但法官(陪审官)必须停留在一间屋内,不能与外人来往通信。若法官(陪审官)在审理案件时有病或死亡,本案法庭组成人员必须全部解散,另行组织和更新程序。法国 1808 年《刑事诉讼法典》第三五三条规定:“审理及辩论一经开始,即应继续进行而不间断,并应与各方面断绝来往,直至陪审员提出评断为止。”许多国家现行刑事诉讼也都规定了不间断原则。联邦德国 1975 年《刑事诉讼法典》规定不间断原则的同时,在第二二九条还规定:“中断审判期间总计不超过 10 日的,可以恢复中断的审判继续进行,中断总计超过 10 日的,审判重新开始。”日本《刑事诉讼法》第三一五条规定:“在开庭后更易审判官时,应当更新公审程序。但宣告判决时,不在此限。”

【法律的正当程序】依照每个法律制度确立的原则和规则保护公民个人权利,并使其得以实现的诉讼程序。法律的正当程序要求政府按照公认的保护公民个人权利的法律条款、依据法律认可和授权以及法定的程序行使其权力。法律的正当程序主要指美国的宪法第五条和第十四条修正案中所包含的保护性措施。美国联邦宪法第五条修正案规定:“未经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”依据此项规定,公民有受法律正当程序保护的宪法

权利。在具体案件中,法律的正当程序要求法院根据法律以及法定的程序公正地行使司法权,不得武断或专横。美国刑事诉讼中,被告人享有广泛的权利,有权聘请律师以获得有效的辩护,有权提出证据,有权要求对方当事人到庭对质,有权要求陪审团参加审判等等。这些权利均受法律正当程序的保护,不得任意加以限制或者剥夺。法律的正当程序虽然主要与美国的宪法相联系,但其渊源可以追溯到英国早期的普通法和宪法性法律。在英国 1215 年《大宪章》第三十九条中,国王曾作出如下许诺:凡自由民经贵族的合法裁判或根据国家的法律外,不受逮捕、剥夺、放逐或用任何其他方式加以摧残。以后英国的法律中,“贵族的合法裁判”和“国家法律”,实际上被视为法律正当程序的同义语。在美国,法律的正当程序并无十分明确、具体的含义,常随联邦最高法院解释的变化而变化。

【人民法院】中国的审判机关。《中华人民共和国宪法》规定,国家的审判权由人民法院行使,其他任何机关或个人无权行使审判权。人民法院的任务是,依法审判刑事案件、民事案件、行政案件和其他应由人民法院主管的案件,通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠纷、行政争议,以维护社会主义法制和社会秩序,保护社会主义公共财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他合法权利,巩固人民民主专政制度,并通过审判活动,教育公民自觉遵守宪法和法律。人民法院除军事法院等专门人民法院外,分 4 级设置:最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院。最高人民法院向全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。地方各级人民法院向本级人民代表大会及其常务委

员会负责并报告工作。最高人民法院和各级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭、行政审判庭。各级人民法院均设审判委员会,实行民主集中制。审判委员会总结审判经验,讨论重大或疑难的案件和其他有关审判工作的问题。人民法院审判案件依法实行两审终审制,遵循对一切公民在适用法律上一律平等、公开审判和保障诉讼参与人合法权益等原则。刑事案件中,人民法院与人民检察院、公安机关遵循分工负责,互相配合、互相制约的原则。

【人民检察院】中国的国家法律监督机关。《中华人民共和国宪法》规定,国家设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民检察院的任务是,通过对叛国、分裂国家及其他严重破坏国家法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件行使检察权;对贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪,以及认为需要自己直接受理的其他案件进行侦查;审查批准逮捕、审查起诉和支持公诉;实施侦查监督、审判监督、对判决、裁定执行情况的监督和监所监督等活动,惩罚犯罪,保护人民,加强社会主义法制,维护国家的统一,并通过其职能活动,教育公民自觉遵守宪法和法律。人民检察院分为:最高人民检察院;省、自治区、直辖市人民检察院分院;省、自治区人民检察院分院,自治州和省辖市人民检察院;县、市、自治县和市辖区人民检察院。还包括军事检察院、铁路运输检察院、水上运输检察院及其他专门人民检察院。省一级人民检察院和县一级人民检察院根据工作需要,可依法在工矿区、农垦区、林区等区设置人民检察院作为派出机构。最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作。上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。最高人民检察院对

中华人民共和国人民代表大会和中华人民共和国人民代表大会常务委员会负责并报告工作,地方各级人民检察院对本级人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作。各级人民检察院设立检察委员会,实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。人民检察院遵循独立行使检察权、对一切公民在适用法律上一律平等、与人民法院、公安机关在刑事诉讼中分工负责、互相配合、互相制约等原则。

【公安机关】中国国家行政机构中主管国家和社会治安保卫工作的专门机关。国外称“警察局”、“民警局”等。公安机关的主要职责是:负责治安、保卫工作;刑事诉讼中负责对刑事案件的侦查、拘留、预审及执行逮捕等工作。国务院设有公安部,领导全国的公安工作。省、自治区、直辖市设公安厅(局),地区、直辖市的区、市辖区设公安局(处),市、县、自治县设公安局。县、自治县、市辖区在辖区内的城镇、街道、交通沿线和比较负责的农村以及边远地区设公安派出所。中国还在铁路、民航等系统内设立公安局、处、在军队内部设立相应的保卫机构,在大型场矿企业设保卫处。1983年第六届中华人民共和国人民代表大会常务委员会第二次会议决定,国家设立国家安全机关,承担原由公安机关主管的间谍、特务案件的侦查工作,是国家公安机关的性质,可以行使宪法和法律规定的公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权。

【刑事诉讼参与人】专门机关以外的享有一定诉讼权利和承担一定诉讼义务而参加诉讼的人。通常分为当事人和被害人、法定代理人、辩护人、证人、鉴定人、翻译人员及委托代理人。诉讼参与人的诉讼地位各有不同,有的具有独立的诉讼职能,如当事人;有的不

具有独立的诉讼职能,如证人。诉讼参与人有共同的诉讼权利,也有只同各自的诉讼地位相适应的诉讼权利。诉讼参与人共同享有的诉讼权利有:有权使用本民族的语言文字进行诉讼;对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯自己的诉讼权利和人身侮辱的行为,有权提出控告。

【自诉人】刑事诉讼当事人的一种。自诉案中以个人名义直接向法院提起刑事诉讼,请求追究被告人刑事责任的自然人。自诉人为自诉案件的原告人,通常是被害人或被害人的法定代理人。在告诉才处理的案件中,如果被害人因受到强制、恐吓而无法告诉时,被害人的近亲属也可以为被害人提起自诉。自诉人的诉讼行为可以导致诉讼程序的开始、发展或终止。自诉人的陈述,经查证属实可作为定案的根据。自诉人的诉讼权利有:直接向人民法院提出控告;申请撤回自诉;有权提起附带民事诉讼;申请人民法院调取新证据,传唤新证人、申请重新鉴定或者勘验;申请回避;参加法庭调查,申请向被告人、证人、鉴定人发问;有权参加法庭辩论;有权委托诉讼代理人;有权对第一审人民法院的未生效判决、裁定依法上诉;对生效的裁判提出申诉等。自诉人负有举证责任,捏造事实、伪造证据要承担诬告、陷害的法律责任。自诉人应当亲自参加诉讼。

【刑事被告人】刑事诉讼中的当事人之一。依法被控告犯罪,并由司法机关追究刑事责任的人。刑事被告人在刑事诉讼中的地位复杂。首先是诉讼的当事人,享有广泛的诉讼权利;其次其供述和辩解是证据来源之一;再次,可能是强制措施和定罪判刑的对象。刑事诉讼的一切活动都围绕被告人有罪无罪,罪轻罪重以及处以什么刑罚问题展开。被告人必须亲自参加诉讼,不能替代。当代西方国家

法律赋予被告人以辩护权及取得律师帮助、最后陈述、申请回避、提起上诉等权利。美国宪法及其修正案还规定、被告人享有大陪审团提起公诉、受小陪审团审讯、与对方证人对质,按正当程序公开迅速审判等诉讼权利,并不得强迫犯罪者自证其罪。中国刑事诉讼法规定,被告人在诉讼中是独立的诉讼主体,依法享有当事人应当享有的诉讼权利,有权参加诉讼,有权使用本民族语言进行诉讼;有权申请侦查、检察、审判人员等回避;有权自行辩护或委托辩护人辩护;有权申请调取新的物证、书证、传唤新的证人、重新鉴定或者勘验;有权申请审判长对证人、鉴定人发问;有权参加法庭辩论;有权最后陈述;有权对第一审判决不服提出上诉;有权对司法人员侵犯诉讼权利和侮辱人身的行为提出控告等。刑事被告人也须承担一定的诉讼义务,如不得逃避侦查和审判;必须接受司法机关传唤到案接受讯问,对司法人员的讯问必须如实回答;应当依法行使诉讼权利等。同时,人民法院,人民检察院和公安机关有权依法对被告人采取强制措施和搜查、扣押等,保证诉讼任务顺利完成。

【附带民事诉讼原告人】刑事诉讼当事人的一种。因被告人被指控为犯罪的行为遭受损失而在刑事诉讼中要求赔偿的人。通常是被害人和被害人的法定代理人、监护人、已死亡的被害人的继承人。在单位受害的案件中,单位也可以作为附带民事诉讼原告人,其诉讼地位复杂。公诉案件上的被害人提起附带民事诉讼时,具有被害人和民事原告人的双重诉讼地位;自诉人提起附带民事诉讼时,具有刑事原告人和民事原告人的双重诉讼地位。附带民事诉讼原告人的诉讼权利有:提出损害赔偿请求,撤回赔偿请求,同附带民事诉讼被告人就民事部分达成和解,申请回避,参加民事部分的法庭调查和辩论,对一审未生效的附带民事部分的判决,裁定提出上

诉,委托诉讼的附带民事部分的判决,裁定提出上诉,委托诉讼代理人等。附带民事诉讼原告人,有责任对所提出的请求举出证据,有义务如实陈述案情,并接受人民法院的调查和审判。

【附带民事诉讼被告人】刑事诉讼当事人的一种。对刑事被告人的犯罪行为所造成的经济损失负有赔偿责任的人。通常是刑事被告人,也可以是被告人的法定代理人,监护人或对被告人的犯罪行为所造成的经济损失负有赔偿责任的其他公民、机关、团体、企业事业单位。刑事被告人被要求赔偿经济损失时,具有刑事被告人和附带民事被告人双重身份。根据中国刑事诉讼法规定,附带民事诉讼被告人享有以下诉讼权利:对附带民事原告人提出反诉,申请回避,参加民事部分的法庭调查和辩论,对一审未发生法律效力附带民事部分的判决、裁定提出上诉,对已经发生法律效力的附带民事部分的判决提出申诉,委托诉讼代理人等。附带民事诉讼被告人有义务如实陈述案情,并接受人民法院的调查和审判。

【刑事被害人】刑事诉讼参与人的一种。受被指控为犯罪的行为直接侵害的人。中国刑事诉讼中,公诉案件和自诉案件被害人的诉讼地位不同。公诉案件中,被害人是独立的诉讼参与人。人民检察院作出免于起诉、不起诉决定的案件,有被害人的,应当将免于起诉决定书或不起诉决定书送达被害人。被害人对免于起诉、不起诉的决定不服,可以在收到免于起诉或不起诉决定书后的7日内提出申诉;法庭审理时,被害人经审判长许可,有权向被告人、证人发问;在诉讼中有权提起附带民事诉讼。自诉案件中被害人提起自诉的,是诉讼当事人,享有当事人的一切诉讼权利。附带民事诉讼原告人应当如实向国家专门机关提供案情,接受国家专门机关的询

问、审判。中国刑事诉讼法第五十八条第四项中的被害人,专指公诉案件中的被害人。

【辩护人】受刑事被告人委托或经法院指定,为被告人进行辩护的诉讼参与人。中国刑事诉讼法规定,可以充当辩护人的有:(1)律师;(2)人民团体或被告人所在单位推荐的或经人民法院许可的公民;(3)被告人的近亲属和监护人。被剥夺政治权利的人在剥夺政治权利期间,依法不得担任辩护人;本案的证人及与被告人的犯罪活动有牵连的嫌疑人,不能担任辩护人。辩护人的责任是根据事实和法律提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护被告人的合法权益。辩护人必须依据事实、法律,对涉及个人隐私和国家机密的内容,有保守秘密的义务。

【刑事管辖】又称刑事诉讼管辖。人民法院、人民检察院、公安机关立案受理刑事案件,以及人民法院内部审判第一审刑事案件的分工制度。包括职能管辖和审判管辖。职能管辖又称立案管辖、案件管辖或部门管辖,是人民法院、人民检察院、公安机关之间受理刑事案件范围上的分工制度。审判管辖,是人民法院系统内部,上级人民法院与下级人民法院之间、同级人民法院之间、普通人民法院与专门人民法院之间审判第一审刑事案件的分工制度。刑事管辖的划分须坚持有利于人民法院、人民检察院、公安机关充分发挥职能作用、方便群众参加诉讼、有利于同犯罪作斗争和依法保障办案质量等原则。中国刑事管辖的划分有助于刑事诉讼任务的顺利完成。

【职能管辖】又称立案管辖、部门管辖或案件管辖。中国人民法院、

人民检察院、公安机关在立案受理刑事案件范围上的分工制度。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,告诉才受理的和其他不需要进行侦查的轻微的刑事案件,由人民法院直接受理;贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件,由人民检察院立案侦查;上述以外的其他案件的立案侦查由公安机关进行。最高人民法院、最高人民检察院、公安部,根据实践情况先后联合发布了《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》(1979年12月15日)、《关于重婚案件管辖问题的通知》(1983年7月26日)、《关于盗伐、滥伐森林案件改由公安机关管辖的通知》(1985年5月13日)和《关于全国人大常委会两个〈补充规定〉中有关几类案件管辖问题的通知》(1988年10月22日)。对职能管辖作了进一步的划分和调整。1983年第六届中华人民共和国人民代表大会常务委员会第一次会议决定国家设立安全机关,承担原由公安机关立案的间谍、特务案件的侦查工作。职能管辖主要根据人民法院、人民检察院,公安机关在国家机构体制中的职能和各种刑事案件的不同情况加以划分。

【审判管辖】人民法院系统内部审判第一审刑事案件范围上的分工和权限。包括级别管辖、地区管辖、专门管辖和指定管辖。级别管辖,指各级人民法院,即基层、中级、高级和最高人民法院之间在审判第一审刑事案件范围上的分工;地区管辖,指同级人民法院之间审理第一审案件范围上的分工;专门管辖,指专门人民法院和普通人民法院之间、专门法院之间审判第一审刑事案件范围上的分工;指定管辖,指对管辖不明的案件由上级人民法院指定下级人民法院审判。还有变通管辖的规定,下级法院可请求移送上级法院审判一审案件,必要时上级法院可以审判下级法院管辖的一审案件,也

可以把案件交由下级人民法院审判。审判管辖的划分有利于准确及时地审判刑事案件,充分发挥各级人民法院的作用,有利于群众参加诉讼,并要坚持原则性与灵活性相结合的原则。

【级别管辖】又称审级管辖或事物管辖。根据刑事案件性质、情节轻重、影响范围的大小,划分上下级法院之间对第一审刑事案件受理的分工和权限。中国刑事诉讼中,基层人民法院管辖第一审普通案件(法律另有规定除外);中级人民法院管辖第一审的反革命案件,判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件,外国人犯罪或中国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件;高级人民法院管辖具有全省(直辖市、自治区)性的第一审重大刑事案件;最高人民法院管辖具有全国性的第一审重大刑事案件。各国立法中,英国主要按罪名兼按法定刑划分治安法院与刑事法院管辖。美国除法律规定由联邦系统法院管辖的案件外,通常的案件由各州法院的基层法院和地区分别管辖。基层法院一般只能审理判6个月徒刑以下的案件。大陆法系中,法国按法定刑划分违警罪、轻罪和重罪,从而划分了违警法院、轻罪法院和重罪法院的管辖。联邦德国主要按法定刑划分级别管辖。日本主要按刑法条文和法定刑划分级别管辖。

【地区管辖】又称地域管辖或土地管辖。同级法院之间,按照各自的辖区在审理第一审案件上的分工。级别管辖只能解决刑事案件由哪一级法院进行第一审的问题,地区管辖则进一步解决刑事案件同级法院中具体由哪一个法院审理的问题。中国刑事诉讼法规定,刑事案件由犯罪地人民法院管辖。被告人居住地人民法院审判更为合适的,可以由被告人居住地人民法院管辖。几个同级人民法院都有权管辖的案件,由最初受理的人民法院审判。必要时,可以移

送主要犯罪地的人民法院审判。世界大多数国家刑事案件的地区管辖都以犯罪地为主要标准。法国、联邦德国和日本等国家,则规定犯罪地、被告人居住地及逮捕地都有管辖权。

【专门管辖】各种专门人民法院在审判第一审刑事案件范围上的分工。包括:专门人民法院与普通人民法院之间审判第一审刑事案件范围上的分工;各种专门人民法院之间审判第一审刑事案件范围上的分工。专门管辖由法律加以专门规定。根据人民法院组织法,中国现在已经建立的专门人民法院主要有军事法院、铁路运输法院等。军事法院所管辖的刑事案件,主要是危害国家主权与安全、破坏国防力量和战备设施,涉及军职和触犯军法方面的犯罪案件。军队与地方互涉的刑事案件,原则上,地方人员犯罪的,由地方人民法院管辖;现役军人犯罪的,由军事法院管辖;地方和现役军人共同犯罪的,由地方和军队共同查明事实、通盘研究,取得一致意见后,分别由地方和军队的人民法院依法处理。铁路运输法院所管辖的刑事案件,主要是铁路运输系统公安机关和铁路运输检察院负责侦破的刑事案件,如危害和破坏铁路运输和生产,严重破坏火车和交通设施,在火车上实施的犯罪等案件;还有与铁路运输有关的经济、法纪、涉外等犯罪案件。铁路运输与地方法院因管辖不明而发生争议的案件,由地方人民法院管辖。

【刑事诉讼中的回避】同案件有某种利害关系或其他特殊关系的侦查人员、检察人员、审判人员,以及书记员、翻译人员和鉴定人不得参与本案诉讼活动的一项诉讼制度。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,应当回避的情况有:(1)是本案的当事人或者是当事人的近亲属的;(2)本人或其近亲属与本案有利害关系的;(3)担任过本

案的证人、鉴定人、辩护人或附带民事诉讼当事人的代理人的；(4)与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。回避可分为：自行回避，具备以上情形之一的，有关人员当自行回避；申请回避，当事人及其法定代理人依法要求有关人员回避；指令回避，存在应回避情形而没有自行回避或申请回避，由有权决定的组织或人员指令回避的侦查人员、检察人员、审判人员等的回避，分别由公安机关负责人、检察长、法院院长决定；公安机关负责人和检察长的回避由同级人民检察院检察委员会决定；法院院长的回避由本院审判委员会决定。对驳回申请回避的决定，当事人可申请复议一次。对侦查人员的回避作出决定前，侦查人员不能停止对案件的侦查。世界各国刑事诉讼法都有回避制度的规定，其适用对象通常包括审判官、陪审官、预审官、书记官等。多数国家法律要求申请回避必须提出法定事由。回避一般分为自行回避、要求回避和指定回避。英国诉讼中有无因回避和有因回避之分，被告人及其律师可以行使无因回避申请权，自行回避和原告方申请回避都适用有因回避。

【拘传】强制被告人及时到案接受讯问的一种强制措施。中国刑事诉讼法第三十八条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关根据案件情况，对被告人可以拘传。”拘传的权力属于人民法院、人民检察院和公安机关。公、检、法机关需要对被告人进行拘传时，必须分别由县级以上公安机关负责人、人民检察院检察长、人民法院院长批准或决定。拘传由公安机关、人民检察院的侦查人员或人民法院的司法警察执行。执行拘传的人员不得少于2人。拘传时，应当向被拘传人出示《拘传证》或《拘传票》，遇有抗拒情形，可以使用戒具，拘传被告人到案后，应当立即讯问。讯问完毕应立即释放。拘传不

得超过 24 小时,一次讯问不完,可以再行拘传。

【监视居住】刑事诉讼强制措施之一。司法机关依法责令被告人在指定的场所活动,并监督其活动情况的一种强制方法。中国刑事诉讼法规定,监视居住适用于下列对象:(1)罪行较轻不够逮捕条件的;(2)罪该逮捕,而采取监视居住的方法足以防止发生社会危害性,而无逮捕必要的;(3)罪该逮捕的被告人患有严重疾病,或者正在怀孕、哺乳自己婴儿的妇女;(4)被告人已被羁押,法定期间不能办结,监视居住不致发生社会危险性的;(5)需要逮捕而证据不足的。采用监视居住要制作监视居住通知书,向被告人宣告,并通知执行单位。监视居住应当由当地公安派出所执行,或者由受委托的乡、镇、被告人的所在单位执行。根据被告人具体情况,可设专人监视或不设专人监视。在中国不能同时采用取保候审和监视居住两种强制措施。一般做法是,被告人能提供保证人时,采用取保候审的方法,否则采用监视居住的办法。外国刑事诉讼中,前苏联规定了不远出的具结限制被告人的居住自由,属于被告人自己具结保证。日本规定有限制被告人的住所的措施,即裁判所认为适当时,限制被告人的住所而停止执行羁押。

【取保候审】刑事诉讼法规定的强制措施之一。司法机关责令被告人提供担保人或其他担保形式,保证其不逃避侦查、起诉、审判,并随传随到的一项强制措施。依据中国刑事诉讼法规定,公安机关、人民检察院和人民法院都有权采取这种强制措施。取保候审适用下列对象:(1)罪行比较轻,不需要拘留、逮捕,但有逃避侦查、审判之虞的;(2)被告人主要犯罪事实已经查清,可能判处徒刑以上刑罚,而采取取保候审的方法足以防止社会危险性而无逮捕必要

的;(3)罪该逮捕,但患有严重疾病或是正在怀孕或哺乳自己婴儿的妇女,不宜逮捕的;(4)被告人已被羁押,法定期限内不能办结,取保候审不致发生社会危险的;(5)需要逮捕而证据不足的。采取取保候审措施后,如果情况发生变化,应当及时撤销或者变更强制措施。在中国,对被告人采用取保候审措施时,要制作取保候审决定书。保人找定后,应将被告人和保人找在一起对保,保人要出具保证书,并负有法律责任。保人的主要责任是保证被保的被告人不逃避侦查、审判,候审不误。如果逃避,有责任找回;如果有意串通其逃跑,应根据情况受到一定处分,直至追究刑事责任。西方国家刑事程序中采取对已羁押的被告人取保候审的措施,即保释制度。联邦德国刑事诉讼法第一一六二条规定:(1)担保可以用储存的现金或证券,可以用财产作为抵押物或者请适当的人作为保证人;(2)审判官可以斟酌决定担保的金额和担保的种类。日本刑事诉讼法除规定保释外,还规定裁判所认为适当时,可以将羁押中的被告人委托于其亲属、保护团体及其他人。

【刑事拘留】刑事诉讼强制措施的一种。在紧急情况下由侦查机关决定并实施的依法限制某些情形的现行犯或重大嫌疑分子人身自由的一种方法。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,公安机关对于罪该逮捕的现行犯或重大嫌疑分子,如果有下列情形之一的,可以先行拘留:(1)正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的;(2)被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的;(3)在身边或者住处发现有犯罪证据的;(4)犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的;(5)有毁灭、伪造证据或者串供可能的;(6)身份不明有流窜作案重大嫌疑的;(7)正在进行“打砸抢”和严重破坏工作、生产、社会秩序的。在中国,拘留属公安机关的权限范围,其他任何机关(包括法院

与检察院)都不享有这项权力。拘留时,执行拘留的公安人员应当出示拘留证。拘留后,除有碍侦查或者无法通知的情形外,应当把拘留的原因和羁押的处所,在 24 小时之内通知被拘留人家属或被拘留人所在单位。公安机关对于被拘留的人犯,应当在拘留后的 24 小时以内进行讯问,发现不应当拘留的,应当立即释放,发给释放证明。对中华人民共和国人大代表执行拘留,执行拘留的公安机关应当立即向中华人民共和国人民代表大会主席团或中华人民共和国人大常委会报告。对县级以上各级人大代表执行拘留,执行拘留的公安机关应当立即报告该级人大常委会。英、美、德国和日本等国的刑事诉讼法规定有无证逮捕、紧急逮捕或拘提等近似拘留的措施。法国刑事诉讼法典规定,在调查、侦查时,如情况紧急需要,法警、警官可拘留嫌疑人,拘留时间不得超出 24 小时,必须在期满前移送检察官。检察官、预审法官可延长拘留 24 小时(第六十三、七十七条)。该法典第一三七条、一三八条、一三九条,还把审判前拘留规定为一种特殊措施。轻罪案件审判前拘留不得超过 5 天,重罪不得超过 4 个月,必要时可再延长 4 个月。日本实行紧急逮捕,即检察官、检察事务官或司法警察在情况紧急来不及请求法官签发逮捕证时先将嫌疑人逮捕。

【逮捕】司法机关依法剥夺被告人或现行犯的人身自由并解送到一定场所予以羁押的最严厉的一种刑事强制措施。中国刑事诉讼法规定,对主要犯罪事实已经查清,可能判处徒刑以上刑罚的人犯,采取取保候审、监视居住不足以防止发生社会危险性而有逮捕必要的,应立即依法逮捕。逮捕须经人民检察院批准或人民法院决定,由公安机关执行。公安机关侦查中需要逮捕人犯时,应写出提请批准逮捕书,连同案件材料一并移送人民检察院审查批准。根据

《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》规定,逮捕或者拘留人民代表时,还应履行特别的批准手续,人民检察院和人民法院无权直接批准或者决定。各国对逮捕的规定不尽相同。美国、英国分为有证逮捕和无证逮捕两种。有证逮捕即执行逮捕须持有法官签发的逮捕证;无证逮捕指任何人对现行犯无需逮捕证而予以逮捕。德国分为逮捕和暂时逮捕,前者须有法官的逮捕命令,后者则无需逮捕命令。法国逮捕必须由预审法官签发逮捕证。日本分3种情况:(1)逮捕,根据法官发出的逮捕证实行逮捕;(2)紧急逮捕,检察官、检察事务官或司法警察在情况紧急来不及请求法官签发逮捕证时先将被告人逮捕;(3)对现行犯,任何人都可以没有逮捕证而加以逮捕。

【扭送】群众将当场抓住的正在实施违法犯罪行为的人或在逃的人犯强制送交司法机关处理的行为。中华人民共和国刑事诉讼法和逮捕拘留条例中特别规定了对下列人犯,任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或人民法院处理:(1)正在实行犯罪或者犯罪后即时被发现的;(2)通缉在案的;(3)越狱逃跑的;(4)正在被追捕的。扭送是中国法律赋予公民在紧急情况下协助司法机关同犯罪作斗争的一种权利,是在刑事诉讼中依靠群众,实行司法机关同群众相结合原则的体现。有些国家刑事诉讼中也有类似扭送的规定。日本、德国刑事诉讼法中规定,对现行犯任何人没有逮捕票或没有审判官签发的逮捕命令,可以先行逮捕。

【辩护】刑事诉讼中被告人及其辩护人针对指控进行辩解,以维护被告人合法权益的诉讼活动。与控诉相对应的一种诉讼职能。起源于罗马共和制的后半期,当时的常设刑事法院审理案件,被告人

有权对控告进行答辩,并出现了称作保护人的辩护人。封建专制统治时期,纠问或诉讼中,被告人的辩护权被剥夺。资产阶级在反封建斗争中,明确提出了被告人有辩护权的要求。1679年,英国《人身保护法》规定,被告人有答辩权。随后许多国家在刑事诉讼立法中相继确认了辩护制度。中国封建社会诉讼中被告人没有辩护权,清末、中华民国时期北洋政府和国民党政府的诉讼立法规定了被告人有辩护权。人民司法工作中实行辩护制度。《中华人民共和国宪法》规定,被告人有权获得辩护。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,任何机关、团体和个人都不得以任何借口剥夺被告人的辩护权。刑事诉讼中,从侦查开始的任何一个阶段,被告人都有权进行辩护。法庭审理阶段,被告人可以自己辩护,即有权进行辩解,有权申请调取证据,有权做最后陈述等;还可以委托辩护人进行辩护。

【刑事证据】以法律规定的形式表现出来的能够证明刑事案件真实情况的一切事实。有3个方面特征:(1)客观性,证据是客观存在的事实;(2)关联性,即与案件事实存在着客观联系;(3)合法性,证据必须具有法律规定的形式,并依照法定程序加以收集。刑事证据是查明刑事案情的唯一手段,是处理案件的基础,也是诉讼活动进行的依据。《中华人民共和国刑事诉讼法》贯彻了依证据定案的原则。刑事诉讼证据有6种:物证、书证;证人证言;被害人陈述;被告人供述和辩解;鉴定结论;勘验、检查笔录。以上证据必须经过查证属实,才能成为定案依据。刑事证据依来源与形成的不同可分为原始证据和传来证据;依其与案件主要事实的关系可分为直接证据和间接证据;依其所引起的证明作用可分为有罪证据和无罪证据;依其表现形式可分为言词证据和实物证据等。证据的收集、审查判断和运用必须依法、全面、客观地进行。从实际出发,实事求是,不轻

信口供,是应用证据的基本原则。

【物证】诉讼证据的一种。证明案件事实的物品或痕迹。广义的物证称实物证据,包括书证和视听资料。物证是诉讼中运用十分广泛的证据,表现形式多种多样。在刑事诉讼中常见的有:犯罪分子实施犯罪所使用的工具,如凶器、放火的引火物;犯罪行为造成的痕迹,如脚印、指纹;犯罪行为侵害的对象,如盗窃、贪污案中的脏物脏款,凶杀案件中的尸体;以及犯罪现场遗留的物品,如犯罪分子留下的毛发、烟蒂等。物品或痕迹能否成为物证,在于与案件事实的联系,与案件事实有联系的物品或痕迹才能作为物证。物证具体有较强的客观性、稳定性。物证的收集方法主要有勘验、检查、扣押,也可以向有关单位或个人提取物证。物证应按照原始状态收集和固定,并详细登记发现的时间、地点、提取方法及物证的特点和与本案的关系。诉讼过程中,物证应随案卷移送,不能移送的,应说明理由。对易燃、易爆、易毒化污染等危险物品和易变质的物品,应采取适当的方法妥善保管。审查物证可以通过直观识别、辨认、鉴定等方法进行,并应联系案件其他证据分析对照。

【书证】又称书面证据,证据种类之一。以记载的内容和反映的思想证明案件真实情况的书面材料或其他物质材料。书证的表现形式可以是文字,也可以是图表或其他可识别的符号。与物证的区别在于以记载内容而不是以物质属性或外观特征证明案件事实。依照中国刑事诉讼法规定,收集书证主要通过扣押、搜查、勘查的方式进行,也可由有关单位和个人提供。运用书证须查明来源,制作人员和制作过程,判明书证的内容同案件事实的关系。专业性较强的书证应当鉴定。用作定案根据的,应当在审判中当场庭读,听取有

关诉讼参与人的意见,查证属实。英美国家刑事诉讼中,根据最佳证据法则,对书证要求提供原件,在无法提交原件的法定情形下,才允许提交复印件等第二手材料。大陆法系国家没有明确的限制。

【证人证言】证据种类之一。当事人以外的人就所了解的案件事实情节向侦查、检察、审判机关所作的陈述。依照中国刑事诉讼法规定,证人证言应当以口头的方式提供,由有关的司法机关依法制作询问笔录,证人也可以书面的形式提供证言。证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证,听取各方证人的证言并经过查证属实后,才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证时,应当依法追究刑事责任。英美证据法中,原则上禁止将传闻的事实作为证据,一般要求证人提供亲眼看到或听到的情况,但也有若干例外。

【被害人陈述】刑事被害人将受害情况和其他与案件有关的情况向侦查、检察、审判机关所作的陈述。刑事证据种类之一。通过询问被害人的方式收集。根据中国刑事诉讼法规定,被害人陈述作为定案根据时,应当经过法庭审查核实。在奸淫幼女和被告人与被害人并不相识的强奸案件中,法庭宣读被害人陈述笔录时可以不宣读被害人姓名。被害人直接受被指控为犯罪的行为的侵害,一般对犯罪过程、罪犯体貌特征有直接的了解,所作陈述对查明案情有重要作用。审查时应当注意被害人与案件有利害关系,可能作出虚假陈述,或者因受侵害时精神高度紧张而发生认识或记忆上的误差等特点。法国、英国、美国等刑事诉讼中,将被害人所作的陈述视为证人证言。

【被告人供述和辩解】刑事证据种类之一。被告人就有关案件情况向侦查、检察、审判机关所作的陈述。又称被告人口供。古代刑事诉讼中普遍重视被告人口供的证据价值。古代罗马法把被告人口供称为证据之王,欧洲中世纪纠问式诉讼中认为被告人自供是最完全的,可以作为确定被告人罪责的最好证据。中国封建社会实行“罪从供定”,除法定情形外,没有被告人认罪供述,一般不能定罪。由于断案采取口供主义,刑讯逼供曾很盛行。资产阶级革命后,立法严禁以非法手段获取口供。关于口供的证明力,各国规定不同。英美法系国家刑事诉讼中,根据被告人在了解后果的情况下,于法庭上自愿承认所犯罪行的自白,可以作出有罪判决,无需经过法庭调查和辩论。日本等国则规定,当自白为唯一不利于被告人的证据时,不得认定被告人有罪。中国刑事诉讼法规定,对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,其他证据确实充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。对被告人供述和辩解的收集,主要采用讯问的方式。审查时应当注意被告人与案件处理结果有切身利益关系,可能为逃避法律追究而拒不承认自己的罪行或避重就轻,或者因某种原因承认并非自己实施的罪行等特点。

【鉴定结论】受侦查、检察、审判机关指派或聘请的鉴定人对案件中的专门性问题进行鉴定后所作出的书面结论。包括法医学鉴定、司法精神病鉴定、书法笔迹鉴定、痕迹鉴定、化学鉴定、会计鉴定等所作的书面结论。鉴定结论是鉴定人对专门性问题从科学、技术的角度提出的分析判断意见,不是直接感知或传闻的案情事实的客观陈述。中国刑事诉讼法规定,用作定案根据的鉴定结论必须告知被

告人,被告人有权申请重新鉴定和补充鉴定。鉴定结论应当当庭宣读,鉴定人一般应出庭对鉴定过程和内容作出说明。英美法系证据法中,鉴定人意见视为证人证言的一种。

【勘验、检查笔录】司法人员对与犯罪有关的场所、物品、痕迹、尸体进行勘查、检查所作的客观记载。证据种类之一。包括现场勘查笔录、物证检验笔录、尸体检验笔录、侦查实验笔录等。勘验、检查笔录的审查主要是分析所记载的内容是否符合情理;结合其他证据进行综合审查发现和研究有无矛盾。经在审判中当庭宣读笔录、出示照片和绘图、播放录相,听取控、辩双方意见,查证属实后方可作为定案根据。

【刑事证据分类】又称刑事证据的学理分类。对证据进行理论研究中根据证据本身的各种特征,从不同角度作出的划分和归类。证据的系统分类研究始于资产阶级法学家。英国的边沁(1748—1832)将证据划分为:实物证据和人的证据;宣誓证据、言词证据和书证;直接证据和情况证据;原始证据和传来证据等。中国证据法理论认为,刑事诉讼中最有实际意义的证据分类有:(1)原始证据和传来证据。直接来源于案件事实,未经转述、复制的证据是原始证据;经过转述、复制而不是直接来源于案件事实的证据是传来证据。证据运用中应尽可能使用原始证据或转述、复制次数较少传来证据定案。(2)有罪证据和无罪证据。可以证明被告人实施犯罪以及可以证明罪行轻重情节的证据是有罪证据;可以证明犯罪事实不存在或否定被告人实施犯罪行为的证据是无罪证据。《中国刑事诉讼法》规定,侦查、检察、审判人员必须充分收集能够证实被告人有罪或无罪以及犯罪情节轻重的一切证据。(3)言词证据和实物证据,

以言词为表现形式的证据材料是言词证据;以物品的性质或外部形态、存在状况,以及内容有证据价值的书面文件,都是实物证据。言词证据和实物证据的划分,利于把握不同表现形式的证据材料的特点进行审查和运用。(4)直接证据和间接证据。可以单独直接指明案件主要事实的证据,是直接证据;必须与其他证据相结合才能证明案件主要事实的证据,是间接证据。案件主要事实指被告人被指控的犯罪行为。以上证据划分的标准,是根据证据的来源、证明作用、表现形式以及证据与案件主要事实的证明关系确定的。法定证据种类中的任何一种证据,都可以同时表现为不同的证据分类。被告人有罪供述是原始证据、有罪证据、言词证据和直接证据;证人转述目睹被告人犯罪过程的陈述而提供的证言是传来证据、直接证据、言词证据和有罪证据。

【刑事诉讼证明】刑事诉讼中,国家专门机关依法收集、审查、运用证据认定案情的诉讼活动。广义的证明,包括当事人及其他诉讼参与人依法提出证据,说明、论证自己诉讼主张的诉讼活动。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,公诉案件由公安机关、人民检察院、人员法院依法承担证明责任。审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序收集能够证实被告人有罪、无罪、犯罪情节轻重等的多种证据。自诉案件中的自诉人有提供证据、证明诉讼主张的责任,被告人对自诉人提出反诉的,负有证明其诉讼主张的义务。被告人在刑事诉讼中依法没有提供证据证明自己有罪或无罪的义务。法律严格规定了证明手段、证明要求和证明程序,是刑事诉讼证明活动中必须遵循的。

【刑事诉讼证明责任】刑事诉讼过程中,提供证据、证明案件事实的

责任。不同国家、不同性质的诉讼中,证明责任的规定不尽相同。现代英美法系国家采取辩论主义,证明被告人有罪的责任由控诉方承担,在法定的情况下,被告人亦负有提出证据的责任。大陆法系国家刑事诉讼中采取职权主义,证明责任由检察长和法官承担。中国刑事诉讼中,公诉案件的证明责任由侦查人员、检察人员、审判人员承担。被告人对侦查人员的讯问应如实回答,证明自己无罪或罪轻是其权利而非义务。自诉案件中,自诉人有提出证据的责任,人民法院承担证明责任,被告人反诉的,对反诉案件负提出证据责任。根据《中华人民共和国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(1988年1月21日),身为国家工作人员的刑事被告人,负有提出证据说明其明显超出合法收入的财产或支出的来源是否合法的责任。证明责任是公安司法机关及诉讼参与人在诉讼活动中权利、义务的一种体现。中国法学界对证明责任与举证责任的联系有不同观点,多数学者认为,证明责任就是举证责任,内容包括收集调查证据、审查判断证据、提出证据和证明要证明的问题4个方面。也有学者认为,举证责任是对一定的诉讼主张应负的证明义务,其特定性表现在:与一定的诉讼主张相联系、与诉讼中的一方或双方联系、与审判结果密切相关,即不能举证意味着败诉。证明责任是诉讼证明中具有某种义务的所承担的一切责任,不以诉讼主张和诉讼双方为限,与举证责任不同。

【刑事诉讼证明对象】刑事诉讼中必须由公安机关或当事人依法运用证据予以证明的事实情况。包括实体法事实和程序法事实。对解决案件实体问题具有法律意义的事实,即是实体法事实,又称案件事实。中国刑事诉讼中,实体法事实主要指对定罪量刑具有法律意义的事实,通常包括有关犯罪构成要件的事实、被告人的个人情

况等。程序法事实是对解决诉讼程序问题有法律意义的事实,包括有关回避的事实、有关诉讼期限的事实、违犯法定程序方面的事实、决定对人犯或当事人是否应采取强制措施的事实等。证明对象是由证明任务和证明要求决定的待证事实的范围。明确证明对象,有利于公安司法人员及当事人和有关的诉讼参与人有目的、有步骤地依法收集运用证明案情,正确合法、及时地处理案件。关于证明对象,大陆法系国家诉讼理论认为,实体法事实、程序法事实和证据法事实都属于证明对象。英美法系国家基于证据的关联性,认为与案件有关联的事实,都是证明对象,但众所周知的事实和法律上的推定等,不能成为证明对象。

【刑事诉讼证明要求】刑事诉讼中运用证据认定犯罪事实所要达到的标准或程度。《中华人民共和国刑事诉讼法》具体规定了公安人员、检察人员、审判人员在办案过程中所要达到的证明要求,包括侦查阶段的证明要求,审查起诉、法院判决阶段所要达到的证明程度。刑事诉讼的各个阶段,证明的具体要求有所不同。犯罪事实情节清楚、证据确实充分,是对被告人进行有罪认定处理的证明要求。法律规定,人民检察院对被告人提起公诉和人民法院认定被告人有罪,必须做到犯罪事实情节清楚、证据确实充分。

【神明裁判】借助神的力量考验当事人,确定被告人是否有罪或改诉的原始审判方式。简称神判。原始社会末期已有借助神灵解决争端的作法,进入奴隶社会直至中世纪前期神判成为司法审判中盛行的裁判方法。古代法律文献《汉谟拉比法典》和《摩奴法典》及其补充《那罗陀法典》中均有关于神明裁判的法律。《那罗陀法典》第一 二条规定了 8 种神明裁判的方法:(1)火审,让嫌疑犯手持

烙铁步行或用舌舐之,如无泡即无罪;(2)水审,让嫌疑犯沉入水中一段时间,浮起者无罪;(3)秤审,用秤称体重两次,第二次较前次轻者无罪;(4)毒审,服毒后无特殊反映无罪;(5)圣水审,服用圣水后没有变异的,无罪;(6)圣谷审,吃了供神的米以后吐出来,如无异状者无罪;(7)热油审,把浸在滚油中的货币取出,如未负伤则无罪;(8)抽签审,从正邪两球中摸到正球者无罪。古代、中世纪世界各国关于神明裁判的规定,通常所采用的裁判方式主要有三种:水审、火审、决斗。中国古代也有关于神明裁判的法律规定,如以兽触人的裁判方法,诉讼双方,兽触者有罪。神明裁判是生产文化落后状态下宗教迷信在司法上的反映,使诉讼裁决披上了神明的外衣。

【法定证据制度】又称形式证据制度。法律预先规定证据的可靠性和证明力,法官必须依照法定证据的效力判断证据,认定案件事实的制度。盛行于中世纪的欧洲。欧洲中世纪封建国家政治实行中央集权制,诉讼采用纠问式程序,与此相适应,确立了法定证据制度。法定证据制度的特点,是不问各种证据本身的真实性,只是根据证据的外部特征,由法律预先规定其可靠性和证明力。最早规定法定证据制度的代表法典是1532年神圣罗马帝国的《加洛林纳刑法典》。法定证据制度把证据分为完全证据和不完全证据两大类。完全证据是能够确定案件事实的充分证据;不完全证据又有多半完全、少半完全之分。两个或几个不完全证据可构成一个完全证据。两个善意证人在宣誓后提供的证言是完全证据,一个证人证言则是不完全证据。两个证人证言不一致时,男子优越于女子,显贵人优越于普通人,僧侣优越于世俗人。被告人法庭外所作的供认则是不完全的证据。被告人在法庭外的供认加上一个证人的证明,才能构成完全证据。被告人的供认一般通过严刑拷打取得。法定证

据制下,法官只根据法律的预定规定,机械地计算证据的数量、效力的大小,不能根据具体情况自由判断。具备完全的证据就可以定案。如果若干证据不能构成一个完全的证据,就不能认定案件事实。法定证据制度的确立,是司法实践经验的总结,是为了限制法官的专横擅断,也是为了对付封建割据,适应创立中央集权的民族国家和统一的司法制度的需要,比具有浓厚宗教迷信的神明裁判和司法决斗前进了一步,具有历史进步性。但由于法律上的预先规定不能与每一证据的具体情形相一致,法定的证据规则限制了法官的主观能动性,不利于查明案件的真象。至 18、19 世纪,随着欧洲各国资产阶级革命的胜利,法定证据制度被自由心证证据制度取代。中国古代诉讼法未形成法定证据制度,但也存在一些零散的具有形式主义色彩的证据规则。

【有罪推定】无罪推定的对称。刑事被告人在未被法院判决为有罪的情况下,推定为有罪的判罪方式。封建社会刑事诉讼中实行有罪推定原则。与此相联系,被告人承担证明自己无罪的责任,罪疑时按有罪处理,并普遍实行刑讯逼供。资产阶级为反对封建专制的有罪推定,提出并在立法中确立了无罪推定原则。但有的国家仍保留有罪推定的某些条款。法国 1810 年的刑法典明文规定,乞丐和流浪者持有一件或两件物品价值超过 100 法郎而不能证明其物品来历者,应当受惩罚。中国刑事诉讼法坚持科学性与民主性的统一,贯穿实事求是的原则,摒弃封建的有罪推定。参见“无罪推定”。

【刑讯逼供】诉讼过程中,司法人员对被告人、嫌疑人、证人等进行讯问时采用肉刑或变相肉刑以及精神折磨逼取口供的审讯方法。纠问式诉讼制度中,刑讯逼供是一种普遍现象。中国封建社会诉讼

中,刑讯是法定的取证手段。法律明文规定,除不合拷讯者取众证为定外,司法官吏可通过刑逼取口供,作出定案根据。法律详细规定了刑讯的条件、工具的种类、规格及适用刑讯的部位、次数等。欧洲大陆各国,封建君主专制时期的法律也有关于刑讯的规定。神圣罗马帝国《加洛林纳刑法典》第三十一条规定:某人被怀疑对他人有损害行为,又被发觉在被害人面前躲躲闪闪,形迹可疑,同时,又是可能犯这类罪的人,就足以构成适用刑讯的证据。司法实践中,法外刑讯的现象更为严重。刑讯逼供作为封建司法的一个特征,与封建社会诉讼中重口供的口供断案主义紧密联系在一起。资产阶级革命胜利后,立法上均严禁刑讯逼供,规定以刑讯手段获取的口供不得采纳为证据。中国刑事诉讼法明确规定,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗及其他非法的方法收集证据。国家工作人员对人犯实行刑讯逼供构成犯罪的,要依法追究刑事责任。

【自由心证】法律不预先规定各种证据的证明力和判断证据的规则,而由法官根据其法律意识进行自由判断,并根据通过审查证据所形成的深信不疑的心证来认定案件事实的审判原则。中世纪后期,西欧各国封建国家普遍实行法定证据制度(参见法定证据制度)。1790年法国资产阶级革命家、法学家杜波尔首次提出自由心证原则。1791年1月法国制宪会议首次在立法中废除法定证据制度并确立自由心证制度。1808年法国刑事诉讼法典对自由心证制度作了详尽的规定,被称为资产阶级自由心证制度的典型公式。继法国之后,欧洲各资产阶级国家及日本先后规定了自由心证制度。自由心证把法官从法定证据制度的束缚下解脱出来,使法官能够根据自己的理智和信念判断证据、认定事实,为查明案件事实情况创造了条件,是诉讼法史上的一个进步。但自由心证也为法官主观

擅断提供了条件。清末以后,旧中国的刑事诉讼法也效仿大陆法系,规定了自由心证原则。俄国十月革命胜利后,确立了内心确信的证据制度。前苏联证据理论强调社会主义法律意识在形成审判员内心确信中的作用,并认为是同资产阶级自由心证制度本质性的区别。

【无罪推定】有罪推定的对称。资产阶级国家的刑事诉讼原则之一。被告人在未经法院判决有罪之前,应视为无罪。封建君主专制国家的刑事诉讼,实行有罪推定,被告人在未确定有罪以前,就被作为罪犯对待。资产阶级革命中,针对封建司法专横擅断的有罪推定,明确提出无罪推定原则。最早明确表述无罪推定思想的是意大利法学家贝卡利亚。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中提出:在没有作出有罪判决之前,任何人都不能被称为罪犯。任何人,当其罪行没有得到证明的时候,根据法律应当被看作是无罪的人。最早在立法上确立无罪推定原则的是1789年法国《人权宣言》。大多数资产阶级国家和原苏联及东欧各国都相继在立法上确立了该原则。1948年12月10日联合国大会通过的《世界人权宣言》,1966年的联合国大会通过并于1976年生效的《公民权利和政治权利国际公约》均规定,受刑事控告之人,未经依法确定有罪之前,应假定其无罪。无罪推定原则在国际上已被广泛采用。无罪推定原则在适用中引出两条规则:(1)证明被告人有罪的责任由控诉方承担,被告人不负证明自己无罪的义务;(2)有罪证据不足以排除任何合理怀疑而确凿地证明被告人有罪时,应当按无罪处理。中国刑事诉讼法未明确规定无罪推定原则。中国香港特别行政区基本法明确规定了无罪推定原则。

【证据的关联性和可采性】证据必须与案件的特征事实有关,能够证明案件的特征事实;必须被法律所容许的性质。英美法系国家证据法规则之一。法律要求证据必须与所主张的事实绝对有关,与案件无关的应予排除。法庭采纳证据必须具有关联性,同时,有关联性的证据必须具有可采性才能加以使用。法律规定了一系列关于证据可采性的规则,如一般情况下,传闻证据不得采纳;除非被告人先提出自己品格良好作为证据,法定不得采纳品格证据;有关联的证言可能因证人无资格作证或拒绝作证而被排除等。大陆法系国家刑事诉讼中要求证据必须具有关联性,没有关于证据可采性的繁琐规则,证据是否采纳,由法官裁断。但也有若干限制性规定,如非法取得的被告人供述不得作为证据采纳等。

【刑事附带民事诉讼】刑事诉讼中提起并由法院合并审理的解决被害人因被告人的行为直接造成的损害赔偿的诉讼。中国刑事诉讼法规定,被害人由于被告人的犯罪行为而遭受损失的,在刑事诉讼过程中,有权提起附带民事诉讼;国家财产,集体财产遭受损失,人民检察院在提起公诉的时候,可以提起附带民事诉讼。附带民事诉讼应当同刑事案件一并审理,只有为了防止刑事审判的过分迟延,才可以在刑事案件审判后,由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。刑事附带民事诉讼可以简化诉讼程序,节约人力、物力和时间,减轻当事人的讼累,并可以避免作出相互抵触的判决。法国、德国实行附带民事诉讼制度。英国刑事程序中,法官可以命令被告人赔偿给被害人造成的损害。美国自 1982 年被害及证人保护法颁布后,也实行刑事附带民事诉讼制度。

【刑事诉讼期间】人民法院、人民检察院、公安机关和诉讼参与人分

别进行一定刑事诉讼活动所必须遵守的时间限制。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》及中华人民共和国人民代表大会常务委员会《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》和《关于刑事案件办案期限的补充规定》，法定刑事诉讼期间主要有以下几种：(1)上诉期间、抗诉期间以及对人民检察院免予起诉或不起诉决定不服的申诉时间；(2)采取强制措施时进行某些诉讼行为的期间；(3)人民法院、人民检察院、公安机关的办案期限；(4)其他重要的期间。期间以时、日、月计算。期间开始的时和日不算在期间以内。法定期间不包括路途上的时间。上诉状或其他文件在期间期满之前已经交邮的不算过期。司法实践中，期满之时如果是星期日或法定假日，应顺延到星期一或法定假日后的第一个工作日。由于不可抗拒的原因或有其他正当理由而耽误了期间的当事人，在障碍消除后5日以内可以申请继续进行应在期间内完成的诉讼活动。申请是否准许，由人民法院裁定。刑事诉讼期间，是维护国家法律严肃性的重要制度。期间的规定，有利于保护诉讼参与人的合法权益，提高办案效率，及时有力地惩罚犯罪、保护人民，保证刑事诉讼活动的顺利进行。人民法院、人民检察院、公安机关及诉讼参与人必须执行和遵守有关期间的规定。违反期间规定，即依法引起相应的诉讼后果。

【立案】立案有狭义与广义之分。狭义的立案指公、检、法机关，对控告、检举或者自首的材料经审查后，认为有犯罪事实发生，应当追究刑事责任，而决定将案件交付侦查或审判的诉讼活动。对立案材料审查后的一种处理决定。广义的立案指人民法院、人民检察院或者公安机关对控告、检举或者自首的材料进行审查，并依法决定将案件交付侦查、审判或者不交付侦查、审判的诉讼活动。刑事诉讼

的一个独立阶段。中国《刑事诉讼法》第六十一条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于控告、检举和自首的材料应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。”立案是刑事诉讼的开始阶段，包括对控告、检举或自首的接受，对立案材料的审查，对立案材料审查后的处理等。立案的任务是通过对材料的审查，依法正确作出是否作为一个案件交付侦查或者审判的决定。立案作为一个诉讼阶段，是每个刑事案件的必经程序，是对案件进行侦查、起诉、审判的合法依据，对及时揭露和惩罚犯罪，保护公民的民主权利，具有重要的保障作用。

【侦查】侦查机关为了收集证据、揭露和证实犯罪、查获犯罪分子，以追究其刑事责任所进行的专门调查工作和有关的强制措施。其特定的任务是：依照法定程序，收集、审查各种证据，揭露犯罪、证实犯罪，查获犯罪者。在中国，侦查由公安机关和人民检察院进行，其他国家机关、团体和个人无权进行侦查。人民检察院负责侦查贪污、渎职、侵犯公民民主权利的案件以及认为需要自己直接受理的其他案件。其他案件的侦查由公安机关负责。人民检察院侦查的案件，侦查终结后，应当作出提起公诉、免予起诉或者撤销案件的决定。公安机关侦查的案件，侦查终结后，应当写出起诉意见书或者免予起诉意见书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查决定。侦查中发现具有《刑事诉讼法》第十一条规定的情况，依法不对被告人追究刑事责任的，应当撤销案件。被告人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明；如系公安机关侦查的案件，还应通知原批准逮捕的人民检察院。侦查措施主要有：讯问被告人，询

问被害人、证人,勘验、检查,搜查、扣押物证、书证,鉴定,通缉等。现代资本主义各国,不论是英美法系国家还是大陆法系国家,都把侦查视为一种强制性的职权行为,侦查机关依法行使侦查权力,但行使侦查权的机关却不相同。法国侦查权主要由检察官、司法警察官和预审法官(又称侦查法官)行使;德国侦查权主要由警察机关和检察机关行使。在英美等国,警察机关是主要的侦查机关。

【侦查措施】侦查机关为查明案情、通缉罪犯而采取的行动。可分为:(1)调查措施,如勘查、检验、讯问被告人、询问被告人、证人、辨认、侦查实验、通报等,目的在于了解与犯罪有关的事实情况;(2)追缉措施,如追踪、堵截、搜索、守候、通报、通缉等,目的在于寻找罪犯或查找有犯罪嫌疑的人;(3)强制措施,如拘传、拘留、逮捕等,目的在于限制罪犯或重大嫌疑人的人身自由,防止其逃跑、自杀或继续犯罪、保证交付审判。

【侦查终结】侦查机关经过对案件进行一系列的侦查工作,认为事实已经查清,已无需继续侦查时决定结束侦查并作出处理决定的一项诉讼活动。侦查程序中的最后一道工序。包括3种情况:(1)犯罪事实清楚,证据确实充分,定性准确,法律手续完备,无遗漏罪行和应当追究刑事责任人;(2)经过侦查收集到确实的证据证明不存犯罪的;(3)有确实的证据证明行为人不构成犯罪或具有法定不予追究的情形的。依照中国刑事诉讼法规定,人民检察院侦查终结的案件,应依法作出提起公诉、免予起诉或撤销案件的决定。公安机关侦查终结的案件,应当写出起诉意见书或免予起诉意见书,连同案卷材料和证据一并移送同级人民检察院审查决定。侦查过程中,发现不应当对被告人追究刑事责任的,应撤销案件;被告人已

被逮捕的,应立即释放,发给释放证明,并通知原批准逮捕的人民检察院。

【刑事起诉】有刑事起诉权的机关或个人向法院提起诉讼,请求法院对刑事案件进行审判的活动。由被害人及其法定代理人为维护被害人的合法权益而向法院提起的刑事诉讼称为自诉;由国家起诉机关代表国家向法院提起的刑事诉讼称为公诉。中国实行以公诉为主、自诉为辅的刑事起诉制度。根据中国刑事诉讼法规定,依照刑法告诉才处理和其他不需要进行侦查的轻微的刑事案件,由被害人或者被害人的法定代理人提起自诉。人民法院对自诉进行审查后,认为必须由人民检察院提起公诉的案件,应当移送人民检察院;缺乏罪证的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,经人民法院调查又未能收集到必要的证据,应当说服自诉人撤回自诉,或者裁定驳回;被告人行为不构成犯罪的,或者依法不追究刑事责任的,也应当说服自诉人撤回自诉,或者裁定驳回起诉;对事实清楚、证据充分、属于本院管辖的自诉案件,应当决定开庭审判。公诉案件侦查终结后,需要提起公诉或者免予起诉的,一律由人民检察院审查决定。人民检察院审查起诉,应当查明犯罪事实、情节是否清楚,证据是否确实、充分,犯罪性质、罪名的认定是否正确;有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人;是否具有法定不予追究的情形;有无附带民事诉讼;侦查活动是否合法。审查后,应依法作出提起公诉、免予起诉或者不起诉的决定,对主要事实不清、证据不足的,可以退回补充侦查或自行侦查。人民检察院决定对被告人提起公诉的,应当制作起诉书,连同案卷及有关证物等一并移送有管辖权的人民法院。

【提起公诉】检察机关以国家公诉人的身份将案件提请法院审理的活动。根据中国刑事诉讼法规定,人民检察院终结公安机关移送起诉或免予起诉的案件以及人民检察院自行侦查终结的案件,经审查,认为被告人的犯罪事实已经查清,证据确实充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出提起公诉的决定,制作起诉书,提请有管辖权的人民法院审判。

【免予起诉】检察机关对行为已构成犯罪,但依法不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的被告人作出的免予向法院提起公诉追究刑事责任的决定。检察机关终止刑事诉讼程序的一种法定方式。根据中国刑事诉讼法规定,人民检察院对公安机关侦查终止移送起诉或免予起诉的案件,或者自行侦查终结的案件进行审查以后,认为被告人的行为已构成犯罪,但是依照刑法规定不需判处刑罚或者应当免除刑罚,决定不将被告人提交人民法院审判的,即作出免予起诉决定。免予起诉的条件是:(1)被告人的行为已经构成犯罪,应当追究刑事责任。(2)依照刑法规定不需要判处刑罚或者可以免除刑罚。免予起诉的案件,应制作免予起诉决定书,并公开宣布。被告人在押的应立即释放。免予起诉决定书副本应送交公安等移送案件的侦查机关、被害人以及被告人。移送案件的侦查机关如认为免予起诉的决定有错误,可要求复议,如果意见不被接受,可向上级人民检察院提请复核。被害人或被告人不服,可以在7日内向人民检察院申诉。检察院应当作出复查决定,分别通知被害人或被告人,并同时抄送移送案件的机关。上级检察院认为确有错误时,有权撤销下级检察院的免予起诉决定。

【不起诉】检察机关对被告人的行为不构成犯罪或者虽构成犯罪但

依法不应追究刑事责任而作出的不向法院起诉的决定。检察机关终止刑事诉讼程序的一种法定职权。不起诉和免予起诉虽然都不再追究被告人的刑事责任,但两者性质、适用条件不同。免予起诉的被告人的行为已构成犯罪,但依法不需要判处刑罚或者可以免除刑罚,是否起诉,由检察机关根据法律和具体情况斟酌决定,是一种从宽处理的有罪决定。不起诉的被告人的行为不构成犯罪或者法律规定不应该追究刑事责任,只要存在法律规定的不应追究刑事责任的情形之一,检察机关就应无条件作出不起起诉决定。中国《刑事诉讼法》第十一条明文列举了不应追究刑事责任的几种情况。凡不起诉的应制作不起诉决定书,并公开宣布。被告人在押的应立即释放。不起诉决定副本应送交公安等移送案件的侦查机关、被害人以及被告人。移送案件的机关可以要求复议,如果意见不被接受,可以向上一级人民检察院提请复核。被害人如果不服,可以在7日内向人民检察院申诉。检察院应当将复查结果告知被害人。上级人民检察院认为确有错误时,有权撤销下级人民检察院的不起诉决定。

【起诉便宜主义】起诉法定主义的对称。对某些犯罪被告人是否起诉可由国家检察官酌情确定的原则。现代世界各国刑事诉讼中,起诉便宜主义的具体表现方式不同。德国《刑事诉讼法典》第一五三条、第一五四条规定,对微小罪行或不重要的附带罪行,在一定情况下,可以不起起诉。瑞典实行放弃起诉制度,对较轻的犯罪,公共利益不要求起诉或者明显不需要以刑罚阻止被告人继续犯罪且无其他起诉理由时,可以放弃起诉。日本实行缓予起诉。《刑事诉讼法典》第二四八条规定,根据犯人的性格、年龄及境遇、犯罪的轻重及情节与犯罪后的情况,在没有必要追诉时,可以不提起公诉。荷兰、

丹麦、挪威等国法律都有类似规定。依照中国《刑事诉讼法》规定,人民检察院审查起诉,对于认为已构成犯罪但依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的人,可以决定不提交法院审判而免予起诉。

【合议制】由审判员组成或由审判员和陪审员共同组成合议庭,集体审判案件的制度。《中华人民共和国民事诉讼法组织法》规定,人民法院审判案件,实行合议制。简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可由审判员一人独任审判。刑事诉讼中,基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件,由审判员 1 人、陪审员 2 人共同组成合议庭进行;高级人民法院和最高人民法院审判第一审案件,由审判员 1—3 人、陪审员 2—4 人组成合议庭进行;人民法院审判上诉和抗诉案件,由审判员 3—5 人组成合议庭进行;最高人民法院、高级人民法院复核死刑案件,由审判员 3 人组成合议庭进行。合议庭由院长或庭长指定审判员 1 人提任审判长;院长或庭长参加审判的由院长或庭长担任审判长。合议庭评议案件实行少数服从多数的原则,评议应制作笔录,由合议庭成员签名,评议中的不同意见,必须如实记入笔录。

【独任制】合议制的对称。由一名审判员对案件进行审理并作出裁判的制度。《中华人民共和国民事诉讼法组织法》规定,人民法院审判第一审案件中,简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可以由审判员 1 人独任审判。轻微的刑事案件主要指犯罪性质不严重、案情简单、处罚不重的案件。简单的民事案件主要指争议标的额不大、案情较为简单、影响不大、当事人对抗不激烈的案件。某些案件,法律特别规定通过独任制审判。《中华人民共和国

《中华人民共和国民事诉讼法》第一二九条规定,依照特别程序审理的案件,除选民名单或者重大、疑难案件由合议庭审判外,其他案件均由审判员1人独任审判。独任制仅是适用于第一审程序的制度,主要用于基层人民法院及其派出法庭适用简单程序或特别程序审理的简单的民事案件和经济案件。世界许多国家采用制独任。美国联邦地区法院、法国初审法院、日本简易法院、英国的郡法院等都采用或主要采用独任制形式审判。

【刑事第一审程序】人民法院对刑事案件进行初次审判所适用的程序。人民法院审判刑事案件的基本程序和必经程序。《中华人民共和国刑事诉讼法》对第一审程序作了详细的规定,其中许多规定同时适用于其他审判程序。刑事第一审的任务是,保障人民法院在公诉人、当事人和其他诉讼参与人和参加下,客观全面地审查证据,查明案件事实,依法就被告人是否有罪、应否处刑以及处以何种刑罚等作出正确的判决。刑事第一审程序可分为公诉案件的第一审程序和自诉案件的第一审程序。公诉案件的第一审程序包括3方面的内容:(1)公诉受理和审查,即从程序法角度审查案件是否具备交付审判的条件,防止把不必要的案件交付法庭审理;(2)开庭前的准备;(3)法庭审判,包括开庭、法院调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判5个阶段。自诉案件的第一审程序除法律有特别规定的以外,参照公诉案件的第一审程序进行。区别在于,法院审理自诉案件可以进行调解;案件宣判前,自诉人可以同被告人自行和解或自诉人撤回自诉;诉讼过程中,被告人可以向自诉人提起反诉。人民法院依照第一审程序审判案件,依法遵循公开审判、回避、辩护以及以事实为依据,以法律为准绳,保障诉讼参与人诉讼原则和制度。

【法庭调查】法庭活动的主要阶段。法庭审判过程中调查核实、查明案件事实的活动。法庭调查系整个审判过程的中心环节,目的是在公诉人、当事人和其他诉讼参与人的参加下,核实证据、查明案件事实真相,对案件作出正确的裁判。法庭调查的范围,是起诉书所指控的被告人的犯罪事实、情节和能够证明被告人有罪或无罪的各种证据。中国刑事诉讼中,法庭调查的步骤和程序是:(1)宣读起诉书。(2)审问被告人。公诉人经审判长许可,可以讯问被告人。被害人、附带民事诉讼的原告人、辩护人经审判长许可,也可以向被告发问。(3)核实、出示各种证据。审判人员,公诉人对证人询问以后,当事人和辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问,也可以经审判长许可直接发问,但审判长认为发问内容与案件无关时,应当制止。审判员要将物证向被告出示,让其辨认。对未出庭的证人和证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当庭宣读,并听取当事人和辩护人的意见。(4)对当事人等提出调取新证据的申请,作出是否同意的决定。刑事诉讼法规定,当事人和辩护人有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或勘验。法庭应对上述申请进行研究,作出是否同意的决定。

【法庭辩论】在法庭调查的基础上,控诉和辩护双方就案件事实和法律适用问题提出各自的意见并互相争论,辩驳的活动。是法庭审理的一个重要阶段。目的在于通过辩论,进一步弄清案件事实,有利于合议庭分清罪责,正确地适用法律,作出公正的判决。中国《刑事诉讼法》规定,法庭辩论的程序,首先由公诉人和被害人发言,然后由被告陈述和辩解,辩护人进行辩解,并且可以互相辩论。一

案有两名以上被告人的,一起参加辩论。法庭辩论必须根据事实和法律进行。在辩论中如果发现与本案有关的新事实,法庭可以宣布停止辩论,重新进行法庭调查。法庭辩论中,被告人拒绝辩护人继续辩护时,辩护人应停止辩护退出法庭;被告人要求另行委托辩护人的,应宣告延期审理。经过几轮辩论,如果案件事实、性质已经清楚,双方没有新的意见,审判长即可宣布辩论结束。

【刑事裁判】人民法院审理刑事案件的过程中或审理结束后,所作的具有约束力的决定的总称。包括刑事判决、裁定和决定。刑事判决是人民法院审理案件结束时就实体问题所作的处理决定。刑事裁定是人民法院对诉讼程序问题或部分实体问题所作的决定。刑事决定是人民法院、人民检察院、公安机关处理诉讼程序问题所作的决定。判决必须以书面形式作出,裁定和决定既可以用书面形式,也可以口头形式作出。对判决、裁定不服,或认为有错误,在法定期限内,当事人或其法定代理人,或人民检察院可依法上诉或抗诉。决定一经作出,立即生效。对刑事判决、裁定抗拒执行,情节严重的,可以拒不执行判决裁定罪追究其刑事责任。

【刑事判决】人民法院审理刑事案件,对案件的实体问题所作的具有约束力的处理决定。人民法院依法行使国家审判权的体现。刑事判决确定被告人是否犯罪、犯什么罪、应否处刑以及处以何种刑罚的问题。分为有罪判决和无罪判决。有罪判决又可分为定罪处刑的判决和定罪免刑的判决。依其所作出的诉讼程序又可分为第一审判决、第二审判决、审判监督审判决等。除最高人民法院所作判决外,对人民法院第一审刑事判决,在法定的上诉期限内,当事人及其法定代理人、人民检察院可依法上诉或抗诉。法定上诉期

满,判决立即生效。第二审人民法院所作的判决为终审判决。判决一经生效,立即执行。刑事判决具有强制性和稳定性的特点。非经人民法院依法定程序进行审判,不能变更或撤销刑事判决。拒不执行人民法院发生法律效力刑事判决是犯罪行为。

【刑事裁定】人民法院审理刑事案件或判决执行过程中,对诉讼程序问题或部分实体问题所作的决定。是人民法院依法行使审判权的体现。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》,人民法院依第一审程序作出的裁定,如果当事人不服或人民检察院认为确有错误,可在法定上诉期限内依法上诉或抗诉。超过上诉期,没有上诉或抗诉的裁定立即发生法律效力,必须执行。刑事裁定具有强制性和稳定性的特点。非经人民法院依法予以改变,任何机关、团体、个人不得变更或撤销。拒不执行人民法院已发生法律效力裁定,是犯罪行为,应受到刑事追究。

【刑事决定】人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼过程中处理个别程序或个别实体问题所作的一种裁判形式。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定,决定主要适用于:(1)临时产生的程序问题,如有关回避的决定,是否同意当事人和辩护人的申请通知新证人到庭,另取新的物证、重新鉴定或勘验的决定;(2)个别实体问题,如人民检察院作出的免予起诉或不起诉的决定等。刑事决定一经作出,一般均立即生效。某些决定,如关于申请回避的决定,如果不服,可以申请复议。决定可以是书面的,也可以是口头的。决定应记录在案,以备考查。

【自诉案件】依法由被害人或其法定代理人直接向人民法院起诉,

由人民法院直接受理的轻微的刑事案件。公诉案件的对称。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,告诉才受理的和其他不需要侦查的轻微的刑事案件,由人民法院直接受理,具体包括轻伤害案件、侮辱、诽谤案件、暴力干涉婚姻自由案件、破坏现役军人婚姻案件、遗弃案件、虐待案件、被害人提出控告的重婚案件、拒不执行判决、裁定案件。自诉案件的特点是:(1)有明确的原告人和被告人;(2)案件的事实明显,情节简单,无须进行侦查;(3)犯罪的社会危害性比较轻微。自诉案件由被害人或其法代理人以书状或口头形式向人民法院提起。人民法院审查后可作出开庭审判、移送检察院处理、要求撤回自诉或裁定驳回等决定。自诉案件的审判参照公诉案件的审判程序进行。自诉案件的审理,可由审判员 1 人独任进行;可以进行调解、自行和解或撤回自诉;被告人可对自诉人提起反诉。反诉适用自诉的规定。

【延期审理】人民法院决定开庭审理或在法庭审理过程中,出现了某种影响审理继续进行的情形,依法决定延展审理日期,待影响审理的原因消除后,再行开庭审理的制度。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,遇有下列情形之一,影响审判进行的,可以延期审理:(1)需要通知新的证人到庭、调取新的物证、重新鉴定或者勘验;(2)检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查,提出建议的;(3)合议庭认为案件证据不充分,或发现新的事实,需退回人民检察院补充侦查或自行调查的;(4)由于当事人申请回避而不能进行审判的。此外,实践中被告人拒绝辩护,请求另行委托或指定辩护人,合议庭同意的;审判中公诉人或自诉人变更了指控范围,提出了新罪,被告一方要求作辩护准备的也应当延期审理。延期审理由合议庭或独任审判员决定。延期审理的决定应当记录在案。

【刑事诉讼中止】又称中止刑事诉讼。诉讼进行过程中,因发生某种特殊情况而将正在进行的诉讼暂时停止,待中止障碍消除后再恢复诉讼的制度。《中华人民共和国民事诉讼法》明确规定了诉讼中止制度。《中华人民共和国刑事诉讼法》没有规定这一制度。刑事诉讼实践中在下列情况下可以考虑诉讼中止:(1)侦查阶段,有条件进行的侦查工作、调查工作已经完成,被告人下落不明又不够通缉条件的;(2)诉讼中被告人因患严重疾病或精神病,不能接受讯问和审判的;(3)自诉案件的自诉人因患严重疾病或精神病,无法参加诉讼,其法定代理人又不参加自诉的;(4)由于不可抗拒的原因,如严重的自然灾害或战争等使诉讼无法继续进行的;(5)当事人有正当理由,要求暂时停止诉讼,经正在办案的专门机关审查同意的。诉讼中止由正在进行诉讼的专门机关决定,并应将诉讼中止的决定通知有关部门和当事人。诉讼中止的案件,被告人在押的,一般应当变更强制措施。共同犯罪案件,只有部分被告人符合中止诉讼条件的,可对其中止诉讼,对其他被告人的刑事诉讼仍可照常进行。

【刑事诉讼终止】又称刑事诉讼终结。由于发生某种特定原因,使诉讼不应继续进行或继续进行没有可能,因而完全结束诉讼程序的一种制度。《中华人民共和国刑事诉讼法》没有明文规定诉讼终止。司法实践中,具备《中华人民共和国刑事诉讼法》第十一条规定的6种情形之一的,应当决定诉讼终止。终止诉讼的决定应由正在办理案件的专门机关作出,并及时送达或通知有关机关和当事人。当事人死亡的则送交其近亲家属和所在单位。被告人在押的应立即释放,并发给释放证明。建立诉讼终止制度,可以及时停止依法不

得继续进行或没有实际意义的诉讼,以维护法制的严肃性。

【两审终审制】又称二审终审制。案件经过两级法院审判,诉讼即告终结的一种审判制度。《中华人民共和国人民法院组织法》规定,除专门人民法院外,人民法院分4级设置。人民法院审判案件,实行两审终审制。根据刑事诉讼法的规定,地方各级人民法院审理第一审案件所作的判决或裁定,如果当事人或其法定代理人,经被告人同意的辩护人或近亲属不服,或者同级人民检察院认为确有错误,在法定上诉期内,可分别向上级人民法院提出上诉或抗诉。上一级人民法院就上诉或抗诉案件所作的第二审的判决或裁定,是终审的判决或裁定,立即发生法律效力,当事人不能再上诉,人民检察院不得依上诉程序再抗诉。最高人民法院所作的一审判决、裁定,为终审的判决、裁定,不能上诉或抗诉。两审终审制有利于群众诉讼和迅速结案,也有利于惩罚犯罪和保护人民的合法权益。世界各国实行的审级制度不尽相同,有二审终审制,也有三审终审制,具体程序也不尽相同。

【刑事第二审程序】又称上诉审程序或二审程序。上一级人民法院根据当事人的上诉或人民检察院的抗诉,对下一级人民法院审理的、判决或裁定尚未发生法律效力的第一审案件重新审理的程序。其重要任务是通过通过对一审法院判决、裁定认定事实和适用法律是否准确合法进行全面审查,维护正确的判决和裁定,纠正错误的判决或裁定,惩罚犯罪,保护无罪的人不受追究,并指导和监督下级人民法院的审判工作。主要内容包括:(1)法定上诉期内,当事人或其法定代理人,或经被告人同意的辩护人、近亲属的上诉或同级人民检察院的抗诉必然引起第二审程序;(2)由原审人民法院的上一

级人民法院依法坚持全面审查的原则进行审理,不受上诉或抗诉范围的限制,审理后可依法裁定驳回上诉或抗诉,维持原判,或改判,或裁定撤销原判,发回原审法院重新审判,重新审判时依照第一审程序进行;(3)人民法院审判上诉或抗诉案件,由审判员 3 至 5 人组成合议庭进行;(4)处罚上适用上诉不加刑原则;(5)适用两审终审制原则,即依第二审程序所作的判决或裁定为终审判决或裁定,当事人不得上诉,人民检察院不得依上诉程序抗诉。法律没有具体规定的,第二审程序参照第一审程序的法律规定进行。

【上诉】当事人对一审人民法院尚未发生法律效力的刑事判决、裁定不服,在法定期限内提请上一级人民法院重新审理、撤销或变更原判决或裁定的诉讼活动。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,上诉是一项重要的审判制度,也是当事人的一项重要诉讼权利。有权提出上诉的人有:当事人或其法定代理人和经被告人同意的辩护人、近亲属。上诉必须在法定期限内提出,不服刑事判决、裁定的上诉期限分别为 10 天和 5 天。中华人民共和国人民代表大会常务委员会《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》(1983 年 9 月 2 日)将杀人、强奸、抢劫、爆炸和其他严重危害公共安全应当判处死刑的案件的上诉期限改为 3 天。上诉一般用书状提出,也可用口头方式提出。刑事诉讼中,上诉必然引起二审程序。人民法院实行上诉不加刑原则,依法保障被告人充分行使上诉权。

【刑事抗诉】人民检察院发现或认为刑事判决、裁定确有错误,依法提请人民法院重新审理并予以纠正的审判监督活动。人民检察院依法行使法律监督权的重要组成部分。刑事诉讼中的抗诉分为对一审未发生法律效力的判决或裁定的抗诉和对已发生法律效力的

判决或裁定的抗诉和对已发生法律效力的判决或裁定的抗诉。分别依照第二审程序和审判监督程序提起。提起第二审抗诉则第一审人民法院的同级人民检察院依法在法定抗诉期限内通过原审人民法院向上一级人民法院提出,并将抗诉书抄送上一级人民检察院,上一级人民检察院认为抗诉不当时,有权向同级人民法院撤回抗诉书,并通知下一级人民检察院;审判监督程序的抗诉,由最高人民检察院对地方各级人民法院、上级人民检察院对下级相应的人民法院依法提出,没有期限,人民法院收到抗诉后应依法进行再审。

【上诉不加刑】刑事诉讼中,被告人及其法定代理人、经被告人同意的近亲属、辩护人上诉引起第二审程序的案件,法院依法不得以任何理由加重被告人刑罚的原则。大多数国家刑事诉讼中普遍采用的一项诉讼原则。《中华人民共和国刑事诉讼法》规定,第二审法院对被告人或其法定代理人,或经被告人同意的辩护人、近亲属提出上诉的案件进行审理,不得加重被告人的刑罚。人民检察院抗诉和自诉人上诉以及人民检察院或自诉人与被告一方同时抗诉和上诉的案件不受此限制。上诉不加刑原则的重要作用,是保证被告人充分行使上诉权,维护被告人的合法权益,贯彻两审终审制原则,保证办案质量。基本含义包括:(1)凡属被告人一方上诉的案件,第二审人民法院不得以任何理由加重被告人的刑罚,也不得借口事实不清发回重审来加重对被告人的刑罚。判决、裁定确有错误,需加重被告人刑罚的,只能通过审判监督程序予以纠正;(2)共同犯罪案件中,不得对未提起上诉的部分被告人加重刑罚;(3)数罪并罚的案件,不得加重实际执行刑罚,也不得在实际刑罚不变的情况下,加重某罪或几个罪的刑罚;(4)一审判处拘役宣告缓刑或有期

徒刑宣告缓刑的,二审人民法院不得撤销缓刑按原判刑罚执行。

【死刑复核程序】对判处死刑的案件进行审查核准的一种特殊程序。任务是全面审查死刑案件的判决和裁定在认定事实和适用法律上是否正确,从诉讼程序上保障死刑的正确适用。死刑复核程序包括判处死刑立即执行案件的核准程序和判处死刑缓期 2 年执行案件的核准程序。根据《中华人民共和国人民法院组织法》、最高人民法院关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的决定,死刑案件除由最高人民法院判决的以外,应报请最高人民法院核准。对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑案件的核准权,最高人民法院依法授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。死刑复核程序可分为报请复核程序和复核程序两部分。其基本内容是:除最高人民法院判处的死刑案件外,(1)中级人民法院判处死刑的第一审案件在法定期限内没有上诉或抗诉的,将案卷材料上报高级人民法院复核或核准。高级人民法院根据核准权的规定进行核准或报送最高人民法院核准。高级人民法院复核后不同意判处死刑的,可以提审或发回重新审判。如果仍判死刑的,应报高级人民法院复核或核准。(2)被告人上诉或人民检察院抗诉的,高级人民法院应按照第二审程序审理。审理后同意判处死刑的,根据核准权作出维持原判,核准死刑的终审裁定或将裁定连同案卷材料报请高级人民法院核准。不同意判处死刑的,可依法改判或发回重审。(3)高级人民法院判处死刑的第一审案件,根据死刑核准权,可作出核准或报请最高人民法院核准。死刑案件的复核应由审判员 3 人组成合议庭进行。

【类推判决的核准程序】人民法院对适用类推判决的案件进行审查核准的程序。刑事诉讼中的一种特殊程序,也是体现人民法院内部审判监督的一种形式。是对刑法分则中没有明文规定的犯罪,比照刑法分则中最相似的条文定罪判刑的制度。是罪刑法定原则的一种补充。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》和最高人民法院《关于适用法律类推案件报送核准的通知》(1980年1月14日),类推判决的核准的程序包括两个阶段:(1)报请核准程序,即地方各级人民法院适用类推判决的第一审案件,在送达判决书以后,已超过法定上诉期限而没有上诉或抗诉的;中级人民法院、高级人民法院审理的上诉、抗诉案件,裁定维持或改判适用类推判决的,都应当写出书面报告连同全部诉讼案卷,逐级上报最高人民法院审理。中级人民法院、高级人民法院对于下级人民法院报送的适用类推判决的案件,应全面审查,同意适用类推的,签署意见并一律由高级人民法院上报最高人民法院审核。不同意类推的,可发回原审法院重新审判,原审法院仍认为应适用类推判决的,仍依类推判决核准程序报请核准。(2)核准程序。最高人民法院审查批准类推判决的案件,应组成合议庭,一般由审判员3人组成。合议庭全面审查后可作出裁定批准、裁定撤销原判发回重审或予以改判等处理意见,报庭长、院长或审判委员会批准生效。类推判决核准程序有利于加强同犯罪作斗争,控制适用类推的范围,保护被告人的合法权益。

【刑事审判监督程序】又称再审程序。人民法院、人民检察院对已经生效的刑事判决裁定,发现在认定事实或适用法律上确有错误,依法提出并由人民法院再行审理所适用的程序。刑事诉讼中的一种特殊程序。适用审判监督程序主要有两种情况:(1)人民法院提起各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定,发现

确有错误,需要再审的,提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院,上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,发现确有错误的,有权提审或指令下级人民法院再审。(2)人民检察院提起,最高人民检察对各级人民法院,上级人民检察院对下级人民法院已发生法律效力的判决、裁定,如果发现确有错误,有权依审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。地方各级人民检察院发现同级人民法院的生效判决确有错误的,可依法提请上级人民检察院依审判监督程序抗诉。当事人、被害人及其家属或其他公民无权提起再审,认为人民法院生效判决裁定有错误,可向人民法院、人民检察院提出申诉。人民法院依照审判监督程序对确有错误的案件进行再审时,应另行组成合议庭进行。原来是一审的案件,依照第一审程序进行再审,所作的判决、裁定可以上诉、抗诉;原来是二审的案件或上级人民法院提审的,应依照二审程序进行审判,所作的判决或裁定为终审的判决或裁定。人民法院依照审判监督程序审判案件,同级人民检察院应派员出席法庭。

【刑事执行程序】刑事诉讼的最后一道程序。人民法院、人民检察院、公安机关、劳动改造机关以及其他有关部门为实现已经发生法律效力的判决和裁定所确定的惩罚和其他处理而进行活动的程序。因判决裁定所确定内容的不同,刑事执行的具体程序也不同。中国的刑事执行程序包括:(1)死刑立即执行判决的执行;(2)判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行;(3)判处拘役缓刑和有期徒刑缓刑的判决的执行;(4)判处管制和剥夺政治权利的判决的执行;(5)判处罚金、没收财产和赔偿经济损失的判决的执行;(6)无罪和免予刑事处分的判决的执行。执行程序可

分为交付执行程序、执行程序和对执行的监督程序。人民法院在判决、裁定生效后,应按案件的性质和刑罚的不同,将其交付劳动改造机关或其他法定的机关执行。执行机关包括人民法院、公安机关、人民检察院对刑事判决、裁定是否合法、刑事执行活动是否合法实行监督。

【刑事执行的变更】刑事判决、裁定交付执行和执行过程中,因发生某些法定妨碍执行的情况或诉讼上的问题而依照法定程序引起的原判决、裁定执行的变化。中国刑事诉讼中,执行的变更依法有以下几种情况:(1)监外执行。被判处徒刑、拘役的罪犯如果患有严重疾病需要保外就医以及怀孕或正在哺乳自己婴儿的妇女可依法暂予以监外执行,监外执行期间应计算在刑期内,监外执行原因消失后仍应收监执行。(2)死刑缓期执行的变更。被判处死刑缓期二年执行的罪犯,缓刑期满确有悔改立功表现的可改为无期徒刑或有期徒刑,抗拒改造、情节恶劣、查证属实的,应依法执行死刑。(3)减刑。被判处无期徒刑、有期徒刑、拘役或管制的罪犯,在刑罚执行期间确有悔改或立功表现的,可减轻原判刑罚。(4)假释。被判处徒刑的罪犯,经过法定期限的改造,确有悔改表现,不致再危害社会的,可附条件提前释放。(5)有期徒刑、拘役缓刑的撤销。被判徒刑、拘役宣告缓刑的罪犯在缓刑考验期内又犯新罪的,撤销原判缓刑,实行数罪并罚。(6)罪犯在服刑期间又犯罪或发现在判决前有漏罪的,由人民法院依法重新审理,变更刑罚。(7)按审判监督程序纠正错判,撤销刑罚。

【涉外刑事案件诉讼程序】处理涉外刑事案件时,公安机关、人民检察院、人民法院、监所改造机关及诉讼参与人等进行诉讼活动所应

遵循的法定程序。中国的涉外刑事案件,主要指中国领域内的外国人(包括无国籍人)的刑事犯罪案件,中国人侵犯外国人(包括无国籍人)或外国权益的犯罪案件以及外国人在中国领域外对中国国家或公民的犯罪案件。中国领域包括中国的领土、领海和领空以及中国所有的船只、飞机。中国领域内犯罪指行为或结果有一项发生在中国领域内。涉外刑事诉讼程序是中国刑事诉讼程序的一部分。《中华人民共和国民事诉讼法》规定,处理涉外刑事案件适用本法。刑事诉讼法和有关法律对涉外程序的特殊规定主要有:(1)关于涉外刑事案件的范围;(2)涉外刑事案件的审判管辖,即涉外刑事案件由中级人民法院进行第一审;(3)享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的,通过外交途径解决。涉外刑事诉讼程序体现以下原则:(1)主权原则;(2)诉讼权利同等原则;(3)信守有关国际条例原则;(4)使用中国通用的语言和文字的原则;(5)指定或委托中国律师参加诉讼的原则等。

【侦查监督】人民检察院对侦查活动的合法性实施的监督。依据《中华人民共和国人民检察院组织法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等的有关规定,人民检察院有权对公安机关(含国家安全机关)侦查的案件进行审查,决定是否逮捕、起诉或免予起诉;对于公安机关的侦查活动是否合法实行监督。侦查监督权是人民检察院法律监督权的重要组成部分。侦查监督包括两方面内容:(1)对公安机关侦查的案件在认定事实、适用法律上是否正确实行监督,即审查逮捕和审查起诉;(2)对侦查活动是否合法实行监督。侦查监督的途径主要有:审阅案件材料;核实证据;派员参加公安机关对重大案件的讨论或参与其侦查活动;接待群众来信来访,受理不服拘留、逮捕的人犯的申诉;询问被告人等。人民检察院发现公安机关的侦

查活动有违法情况时,应当通知公安机关予以纠正,对触犯刑律的要依法追究其刑事责任。

【审判监督】人民法院内部对审判工作的监督和人民检察院对人民法院审判是否正确、合法进行监督的总称。人民法院的审判监督包括依照第二审程序、死刑复核程序、类推判决核准程序和审判监督程序对案件进行审理,也包括对审判工作进行检查和一般性指导等内容,以保证正确、合法地对案件作出判决、裁定,纠正错误的判决、裁定。人民检察院的审判监督是人民检察院法律监督工作的重要组成部分,包括对人民法院所作的判决、裁定是否正确、合法的监督和对人民法院审判活动是否合法进行监督。监督方式有:(1)对第一审人民法院尚未发生法律效力的判决、裁定是否正确合法进行监督。地方各级人民检察院如认为同级人民法院第一审的判决、裁定确有错误,在上诉期内有权向上一级人民法院提出抗诉。(2)对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定是否正确合法进行监督。最高人民检察院对各级人民法院,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现确有错误,有权按照审判监督程序提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。(3)对人民法院的审判活动是否合法进行监督。人民检察院发现人民法院的审判活动有违法情况时有权通知人民法院纠正或及时向法庭提出纠正意见,影响案件正确处理的,可依法抗诉。对审判人员严重违法,构成犯罪的,应依法追究其刑事责任。

【监所监督】又称监所检察。人民检察院法律监督工作的重要方面。人民检察院对人民法院刑事判决、裁定的执行情况以及监狱、看守所、劳动改造机关、劳动教养机关的活动是否合法进行的法律监

督。监所监督的职责范围是：(1)对刑事案件的判决、裁定执行情况是否合法进行监督；(2)对看守所的活动是否合法进行监督；(3)对监狱、劳动改造机关(包括劳动改造管教队、少年犯管教所、拘役所)的活动是否合法进行监督；(4)对劳动教养机关的活动是否合法进行监督；(5)受理劳改、劳教人员又犯罪案件；(6)受理监管改造场所干警职务方面的犯罪案件；(7)受理劳改、劳教人员及其家属的控告、申诉案件。监所监督工作具有地域管辖范围、监督对象的特定性和业务的综合性等特点。各级人民检察院的监所检察部门在监管改造场所范围内综合进行对公安机关侦查该地域内犯罪活动是否合法的监督，审查批捕，审查起诉；对发生在这一地域内的自侦案件进行立案侦查、起诉；监督判决、裁定的执行，监督判决、裁定是否合法，并可依法抗诉；以口头或书面形式纠正违法和违反国家方针政策的现象等。监所监督对保障刑事诉讼活动的顺利进行，保证劳动改造、劳动教养方针的贯彻落实，提高改造质量，维护社会治安，预防和减少犯罪具有极其重要的作用。

婚 姻 法

【婚姻法】按其调整对象范围的不同，分为广义与狭义的婚姻法；按其法律构成的形式和命名的不同，分为形式意义与实质意义的婚姻法。广义的婚姻法指既调整婚姻关系又调整家庭关系的法律。许多国家采用广义婚姻法的立法形式。如大陆法系的国家(含中国)、东欧国家等。狭义的婚姻法指只规定调整婚姻关系，而不调整家庭关系的法律。如英国的离婚改革法、美国的统一结婚离婚法等。形

式意义的婚姻法指以婚姻法、家庭法或亲属法等名称命名,而且在内容上作出规定并调整婚姻家庭关系的法律。如《中华人民共和国婚姻法》、《罗马尼亚家庭法典》等。实质意义的婚姻法指不具有婚姻法、家庭法、亲属法等名称,而具有调整婚姻家庭关系实质内容的法律。例如,妨碍婚姻家庭的犯罪行为,在刑法中专章加以规定;夫妻、父母子女间的遗产继承问题,由继承法加以规定,此外,在民法、户籍法、国籍法等法律中,都有涉及婚姻家庭关系的法律规范。

中华人民共和国成立后,1950年5月1日中央人民政府公布施行了第一部《中华人民共和国婚姻法》,共8章27条。其基本立法精神是废除封建主义婚姻家庭制度,确立社会主义婚姻家庭制度。1980年9月16日五届人大第三次会议通过了第二部《中华人民共和国婚姻法》,于1981年1月1日起施行。共5章37条,适应了社会80年代法制建设和现代化建设的需要,对50年代婚姻法作了重大修改和补充,进一步发展完善了中国婚姻立法。第一章:总则,确立了婚姻法的基本宗旨和五项原则。第二章:结婚,规定了结婚的必备条件和禁止条件,结婚的程序及效力;男女结婚后可以互为对方家庭成员。第三章:家庭关系,规定了夫妻、父母子女及其他家庭成员之间法定的权利义务。第四章:离婚,规定了离婚的法定条件和程序,关于在离婚问题上对军人和女方的特殊保护,离婚后的父母子女关系,离婚时夫妻财产的分割、债务的清偿以及离婚后对生活困难一方的帮助等。第五章:附则,规定了对违法行为的制裁,对判决裁定的强制执行,民族婚姻,婚姻法的效力问题。现行婚姻法属于广义的、形式意义上的婚姻法。

【婚姻法的基本原则】1980年《中华人民共和国婚姻法》对中国婚姻家庭制度的基本内容所作的概括性规定。婚姻法第二条规定了

五项基本原则,内容是:实行婚姻自由;一夫一妻制;男女平等;保护妇女、儿童和老人的合法权益;实行计划生育。其中前三项原则调整婚姻关系,后两项原则调整家庭关系。婚姻法第三条对于违背五项基本原则的行为,作了相应的禁止性规定,即:禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为;禁止婚姻索取财物;禁止重婚;禁止家庭成员间的虐待和遗弃。婚姻法的五项基本原则是婚姻家庭立法的基本指导思想,贯穿于婚姻法的始终,是中国婚姻家庭制度改革的实践经验的总结,充分体现了社会主义婚姻家庭制度的性质和特点。

【婚姻自由原则】婚姻当事人有权依照法律的规定,决定自己的婚姻问题,不受任何人的强制与干涉的原则。是婚姻法确立的五项基本原则之一。婚姻自由具有两点特征:(1)不可侵犯性。婚姻自由是宪法和婚姻法赋予公民的一项权利,为男女两性公民基于爱情的结合提供了有效的法律保障,任何人不得侵犯或强制干涉。(2)具有受约束性。人们在行使婚姻自由权利时,必须以不违背法律与政策为前提。婚姻自由是相对的自由,婚姻自由包括两点内容:(1)结婚自由,指公民有缔结婚姻关系的自由,即婚姻当事人基于自愿而结合,不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉;婚姻当事人必须符合法定结婚条件并履行结婚程序;(2)离婚自由,指公民享有依法提出解除婚姻关系的权利,必须遵照法定离婚条件和程序进行。法律既保障离婚自由,又反对轻率离婚。在上述两项内容中,结婚自由是公民的普遍行为,构成婚姻自由的主要方面;离婚自由是少数公民的特殊行为,构成对结婚自由的必要补充,两者形成婚姻自由不可分割的有机整体。为了保障婚姻自由原则的贯彻实施,婚姻法作了相应的禁止性规定:禁止包办、买卖婚

姻和其他干涉婚姻自由的行为;禁止借婚姻索取财物。参见“包办婚姻”、“买卖婚姻”、“借婚姻索取财物”。

【一夫一妻制原则】一男一女结为夫妻的婚姻制度。婚姻法确立的五项基本原则之一。一夫一妻制具有以下含义:(1)一夫一妻制属于强制性法律规范,是适用于一切中国公民的法律制度。(2)在中国,任何人不得以任何理由,同时存在两个或两个以上的配偶,否则构成重婚。1950年婚姻法颁布前旧社会遗留下来的多偶现象例外。(3)已婚者在配偶死亡前或双方离婚发生法律效力前,不得再行结婚。(4)其他一切公开的或隐蔽的婚外性行为,均属破坏一夫一妻制的行为。为了保障一夫一妻制的贯彻执行,婚姻法相应作出了“禁止重婚、反对其他破坏一夫一妻制的行为”的规定。其他破坏一夫一妻制行为的表现形式主要为通奸、姘居。参见“重婚”、“通奸、姘居”。

【男女平等原则】男女双方以政治、经济、文化平等为基础,在婚姻家庭生活中地位平等的原则。包括夫妻之间以及其他男女两性家庭成员之间在权利、义务上的平等。婚姻法确立五项基本原则之一。按照婚姻法各章的规定,男女平等原则的内容体现在以下方面:(1)婚姻权利上的平等。男女在结婚、离婚方面享有同等的自由权利。关于结婚、离婚条件和程序的规定适用于男女双方。(2)家庭地位中的平等。男女结婚后,在人身关系中,夫妻有同等的姓名权、人身自由权和实行计划生育的义务;在财产关系中,夫妻有平等的对共同财产的所有权、相互继承权和相互抚养的权利、义务。(3)不同性别的其他家庭成员间的平等。如父与女,母与子,公公与儿媳,岳母与女婿,兄弟与姐妹等。不同性别的其他家庭成员之间,

虽然有长辈、晚辈之分,但无尊卑之别,享有同等法律权利并担负同等义务,地位完全平等。为了贯彻男女平等原则,必须破除男尊女卑的旧观念,防止和制裁各种侵犯妇女权益的现象。

【保护妇女、儿童和老人合法权益原则】法律对于妇女、儿童和老人在婚姻家庭方面的权利、利益,给予特殊重视和保护的原则。婚姻法确立的五项基本原则之一。基本含义是:(1)对特定主体的保护。妇女、儿童、老人,属于此原则所示范围。由于男女生理上的差异和人的生命周期的自然规律,妇女、儿童和老人在社会生活中,事实上处于弱者的地位,权利和利益易于受到侵犯,因此有必要予以特殊重视和保护。(2)“特殊保护”并非指给特定主体以法律外的特殊权利,而是指保障法定范围内的合法权益得以真正实现。保护妇女、儿童和老人合法权益原则由三部分内容组成:(1)保护妇女的合法权益,是对男女平等原则的必要补充。婚姻法对于妇女权益的保护主要体现在离婚问题上,明文规定“女方在怀孕期间和分娩后一年内,男方不得提出离婚。”在离婚分割夫妻共同财产时,规定了照顾女方权益的判决原则。此外,1992年4月七届全国人大通过了《中华人民共和国妇女权益保障法》,进一步完善了对妇女权益的法律保障措施。(2)保护儿童的合法权益。婚姻法对儿童合法权益予以了特殊保护,具体表现在父母有抚养、教育、管教、保护子女的权利义务;婚生子女、非婚生子女、有抚育关系的继子女及养子女,都具有同等法律地位;子女有继承父母遗产的权利;禁止溺婴和其他残害婴儿的行为;祖父母、外祖父母在一定条件下有抚养未成年孙子、外孙子女的义务;兄姐在一条件下有抚养未成年弟、妹的义务等。(3)保护老人的合法权益。婚姻法对老人合法权益的特殊保护,表现为以下方面:子女对父母有赡养扶助的义务;孙子女、

外孙子女在一定条件下有赡养祖父母、外祖父母的义务;禁止虐待、遗弃家庭成员。对于侵犯了妇女、儿童、老人合法权益的行为,要根据情节轻重,分别予以行政处分或民事、刑事制裁。

【计划生育原则】在婚姻法的立法和实践中所必须遵循的有计划地调节人口发展速度的原则。在中国,实行计划生育仅指节制生育而言。是婚姻法确立的五项基本原则之一。中国宪法规定:国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。为了贯彻宪法的精神,中国婚姻法不仅将“实行计划生育”确认为基本原则之一,并且规定“夫妻双方都有实行计划生育的义务”。国家为了逐步将计划生育工作纳入法制轨道,各省、自治区和直辖市的计划生育委员会已分别颁布实施了本地区的计划生育条例。主要内容为:

(1)推行并且奖励一胎,一般允许一对夫妻只生一个孩子。国家对于领取独生子女证的家庭给予各种精神和物质奖励。(2)严格控制二胎。国家允许在特殊情况下生育二胎,如只有一子女,经指定医疗单位诊断证明为非遗传性病残的;夫妻双方均为独生子女的;婚后5年以上不育,经指定医疗单位诊断证明为不孕症,依法收养一个子女后又怀孕的;再婚夫妻双方只有一个子女的(按再婚前夫妻双方累计生育或收养子女现存活数计算)等。符合生育二胎条件的夫妇,其生育间隔不得少于4年,女方年龄不得低于28周岁,并且经区、县以上计划生育委员会特殊批准,方可再生育一个子女。

(3)杜绝并且惩罚多胎。违反计划生育条例规定生育第二个或第二个以上子女的,为超计划生育。对超计划生育子女的夫妻,征收超计划生育社会抚育费,并可以给予其他的经济限制和行政处罚。超计划生育子女的夫妻,系国家工作人员或者企事业单位职工的,所在单位可以给予行政处分。国家对于计划生育的基本要求是贯彻

“晚育、少生、优生、优育”的方针。

【包办婚姻】违背婚姻自由原则,包办、强迫他人婚姻的行为。其表现形式除包办成人婚姻外,还有童养媳、娃娃亲、换亲、转亲等。婚姻法为了保障婚姻自由原则的贯彻,规定了“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”。对于有包办婚姻行为且情节轻微的,应当予以批评教育;对于采用暴力包办婚姻的行为且情节严重的,应依照中国刑法第一七九条暴力干涉婚姻自由罪追究其刑事责任。因包办婚姻夫妻一方提出离婚的,根据最高人民法院 1989 年《关于认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的精神处理。包办婚姻,婚后一方随即提出离婚,或者虽共同生活多年,但确未建立起夫妻感情的,视为夫妻感情确已破裂。经调解无效,可依法判决准予离婚。

【买卖婚姻】以索取大量财物为目的,包办强迫他人婚姻的违法行为。表现形式为第三者以聘金、彩礼、嫁妆及其他形式索取财物,违背婚姻当事人意志,包办强迫当事人成婚。为了保障婚姻自由原则的贯彻,婚姻法规定了“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为”。对于实施买卖婚姻行为的当事人,应当进行严肃的批评教育,情节恶劣后果严重的,要依法惩处。因买卖婚姻夫妻一方提出离婚的,根据最高人民法院 1989 年《关于认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的精神处理:买卖婚姻,婚后一方随即提出离婚,或者虽共同生活多年,但确未建立起夫妻感情的,视为夫妻感情确已破裂。经调解无效,可依法判决准予离婚。属于包办强迫买卖婚姻所得的财产,离婚时,原则上依法收缴。

【借婚姻索取财物】买卖婚姻以外的其他以索取财物为结婚条件的行为。一般的表现形式为女方及其父母向男方索取财物。男方向女方索取财物的较为少见。为了保障婚姻自由原则的贯彻,婚姻法规定“禁止借婚姻索取财物”。借婚姻索取财物与买卖婚姻都是索取财物的行为,但两者有区别:买卖婚姻以包办、强迫为特征,借婚姻索取财物的婚姻当事人,其婚姻基础以自主自愿为特征。对于借婚姻索取财物的行为,主要应对当事人采取批评教育方式。夫妻离婚时,对于借婚姻索取的财物,如果结婚时间不长,或者因索要财物造成对方生活困难的,可酌情返还。

【重婚】有配偶者再行结婚的违法行为。即一个人同时有两个或两个以上配偶。为了保障一夫一妻制基本原则的贯彻实施,婚姻法规定“禁止重婚”。重婚有两种形式:(1)法律上的重婚,即有配偶者又与他人办理结婚登记的行为;(2)事实上的重婚,即有配偶者又与他人以夫妻名义公开同居生活,但未进行结婚登记的行为。两种重婚虽构成要件不同,但产生同等的法律责任。重婚和重婚罪并非同一概念,重婚是违反婚姻法一夫一妻制的行为,其当事人在某些特殊情况下,主观上不存在故意;重婚罪是刑法设定的一种罪名,从主观方面看,重婚罪主体具有主观上的明知故意,即自己有配偶或明知他人有配偶,又与他人结婚或以夫妻身份共同生活,构成重婚罪。可见,重婚罪的主体范围有时还包含明知他人有配偶而与他人结婚的无配偶一方。重婚是违法行为,构成重婚罪的,首先应追究罪犯的刑事责任,其次应宣布解除其非法的婚姻关系。根据婚姻法的精神,出现前婚与后婚并存情况时,应坚持保护前婚、解除后婚的原则。根据最高人民法院的民事政策,下列情况可不按重婚或重婚罪论处:因反抗包办买卖婚姻或者不堪配偶虐待、夫妻感情确已

破裂,正当要求离婚未获准,不得已外出与人重婚的;因严重自然灾害等原因,夫妻失散,一方为生活所迫与人重婚的。属于上述特殊情况的,可视婚姻状况,承认前婚或后婚的效力。如果承认后婚有效,应先解除前婚,后婚自前婚解除后始为有效。1988年中国最高人民法院宣布,1987年11月以前形成的涉及台湾婚姻当事人的重婚问题,属于历史造成的现象,不以重婚对待。如果夫妻双方均为再婚者,以最后再婚者再婚时间,视为原婚姻关系消灭。1989年最高人民法院关于认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见指出,夫妻一方重婚,对方提出离婚的,视为夫妻感情确已破裂,经调解无效,可判决准予离婚。

【通奸、姘居】通奸指男女一方或双方有配偶而又与他人自愿发生临时、隐蔽的两性关系的行为。姘居指男女一方或双方有配偶而又与他人过着隐蔽同居生活的非法行为。当事人不以夫妻名义同居,亦没有长久共同生活的目的。为了保障一夫一妻制原则的贯彻,婚姻法规定“禁止重婚”、“反对其他破坏一夫一妻制行为”。通奸、姘居为其他破坏一夫一妻制行为的主要表现形式。通奸、姘居一般不触犯刑律,属于违反婚姻法的行为,可以视其情节轻重,分别予以批评教育、行政处分或治安处罚。对于因第三者与已婚一方公开姘居、屡教不改,导致婚姻另一方男女自杀等严重后果的,可以比照刑法第一七九条的规定,对第三者以“妨害婚姻家庭罪”追究刑事责任。因配偶一方与人通奸、姘居导致离婚纠纷的,可根据中国最高人民法院1989年《关于认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》的精神处理,一方与他人通奸、非法同居,经教育仍无悔改表现,无过错一方起诉离婚,或者过错方起诉离婚,对方不同意离婚,经批评教育、处分,或在人民法院判决不准离婚后,过错方又起诉

离婚,确无和好可能的,视为夫妻感情确已破裂。经调解无效,可判决准予离婚。但是,人民法院应当分清是非,明确责任,在离婚财产分割时,应坚持照顾无过错一方利益的原则。

【婚姻】为一定社会制度所确认的男女两性互为配偶的结合。形成了一种特定的社会关系,称为夫妻关系。婚姻因结婚而产生,因配偶一方自然死亡、被宣告死亡或双方离婚而终止。婚姻的概念有广义、狭义之分。广义的婚姻泛指群婚、对偶婚及一夫一妻制的个体婚;狭义的婚姻仅指一夫一妻制的个体婚。不同的社会制度,对于婚姻有不同的解释。西方国家,采用“婚姻契约说”,认为婚姻为民事契约,婚姻的缔结或解除,都适用民法中有关契约的一般规定。因此,其立法者历来将婚姻家庭法规列入民法体系。中国不认为婚姻是民事契约,而将其视为男女两性依照法定条件和程序的结合,构成夫妻之间的人身关系和财产关系,其中财产关系以人身关系的发生为前提条件。中国的婚姻法,已成为一个独立的法律部门。

【婚姻家庭制度】一定社会中占统治地位的婚姻家庭形态在上层建筑领域的集中反映。把婚姻家庭关系用法律形式或根据社会习惯加以固定化,使之成为人们共同遵守的行为规则。人类社会初期,没有婚姻家庭制度。随着生产力水平的提高,人们对自然选择规律有了认识。进入氏族公社时期,出现了婚姻家庭制度。无阶级社会中,主要由传统习惯道德或氏族部落领袖的仲裁等构成;在阶级社会中,由国家通过法律加以确认,并由道德、礼教、习惯等加以补充。从历史发展进程来看,婚姻家庭制度共经历了3个阶段——群婚制、对偶婚制、一夫一妻制。(1)群婚制,又称集团婚,指一群男子与一群女子互为夫妻的婚姻形式,是人类社会最早的婚姻形态。首

先排除了不同辈分男女之间的通婚,其次排除了同胞兄弟姐妹及其他血缘较近男女间的通婚,为人类两性关系史上的一大进步。

(2)对偶婚制,是由集团婚向个体婚过渡的婚姻形态。指成对男女在或长或短时期内,过着相对稳定配偶生活的婚姻形式。提供了判明子女生父的可能性,盛行于母系向父系氏族社会发展过渡时期。

(3)一夫一妻制,即一男一女结为夫妻的婚姻制度,伴随私有制、阶级的产生而出现,适应了私有财产继承的需要。一夫一妻制与文明社会相适应,至今已有数千年的历史,经历了奴隶社会、封建社会、资本主义社会和社会主义社会四个历史时期。1980年《中华人民共和国婚姻法》确立了中国的婚姻家庭制度——实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女儿童老人合法权益、计划生育。

【亲属】因婚姻、血缘和法律拟制而形成的社会关系。婚姻法学理论将亲属划分为3种类型:(1)血亲,指具有血缘联系的亲属。血亲又可分为自然血亲和拟制血亲两种。自然血亲为因出生而自然形成的,有血缘联系的亲属。如父母子女、兄弟姐妹、伯叔姑、舅姨等。拟制血亲为彼此本无血缘联系,但是由法律确认其具有与自然血亲同等权利、义务的亲属。外国法称为“准血亲”。如养父母与养子女关系,继父母与受其抚养教育的继子女关系。(2)姻亲,指以婚姻和血缘为中介而形成的亲属。在中国,姻亲限于以下3种:第一,血亲的配偶,指自己与自己血亲的配偶之间的关系。如自己与兄弟之妻、自己与儿媳等。第二,配偶的血亲,指自己与自己配偶的血亲之间的关系。如丈夫和妻子父母(岳父母)之间、妻子与丈夫的兄妹(大伯子、小姑子)之间等。第三,配偶的血亲的配偶指自己与自己配偶的血亲的配偶之间的关系。如丈夫与妻子的姐夫、妹夫之间、妻子与丈夫的弟妹、嫂子之间等。(3)配偶,男女因结婚而互为配

偶。配偶为血亲、姻亲关系发生的基础和源泉。

【亲系】又称亲属的系统。亲属之间的血缘联系。法律上确定亲属间的权利义务关系,或者禁止其相互间发生某种法律行为的依据。中国婚姻法将亲系划分为两类:(1)直系亲和旁系亲。直系亲有直系血亲和直系姻亲之分。直系血亲指具有直接血缘联系的亲属,即生育自己或自己所生育的上下各代亲属,如祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女、父母与子女等。养父母与养子女之间,形成抚养教育关系的继父母与继子女之间,均为拟制直系血亲关系。直系血亲构成结婚的障碍,婚姻法禁止直系血亲间结婚。此外,直系血亲之间法定权利义务最多,如抚养教育、赡养扶助、相互继承等。直系姻亲指自己晚辈直系血亲的配偶或者自己配偶的长辈直系血亲,如儿媳、孙女婿、岳父母、公婆等。在通常情况下,直系姻亲之间没有法定权利义务。丧偶儿媳对公婆,丧偶女婿对岳父母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序法定继承人,继承公婆或岳父母遗产。旁系亲有旁系血亲和旁系姻亲之分。旁系血亲指具有间接血缘联系的亲属,即直系血亲以外的、与自己同出自一源的亲属,如兄弟姐妹、堂表兄弟姐妹、伯叔姑等。旁系血亲中只有部分人构成婚姻障碍或具有法定权利义务。婚姻法禁止三代以内的旁系血亲间结婚;规定了兄、姐与弟、妹之间附条件的抚养义务。继承法规定兄弟姐妹互为第二顺序法定继承人。旁系姻亲是指自己旁系血亲的配偶、自己配偶的旁系血亲以及自己配偶的旁系血亲的配偶,如自己的嫂子、小舅子、妯娌等。旁系姻亲间无法定权利义务。(2)长辈亲、晚辈亲和平辈亲。血亲、姻亲、直系亲、旁系亲均有辈分之分,同一世代为一辈。长辈亲属旧称尊亲属,指辈分高于自己的亲属。有父辈(如父母、叔伯姑舅姨等)与祖辈(如祖母、外祖父母、祖姑等)之

分。晚辈亲属旧称卑亲属,指辈分低于自己的亲属,有子辈(如子女、侄子女、外甥、外甥女等)与孙辈(如孙子女、外孙子女、侄孙、甥孙等)之分。平辈亲属又称同辈亲,指辈分与自己相同的亲属,如兄弟姐妹、堂(表)兄弟姐妹等。平辈亲有长幼之分,兄姐为长,弟、妹为幼。继承法规定,被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承,说明划分亲属的辈分具有现实意义。

【亲等】又称亲属的等级。计算亲属关系亲疏远近的标准单位。世界上有两种亲等算法:(1)罗马法亲等算法,源于古罗马帝国法典。以其科学、准确、实用的特点,保持了顽强的生命力,至今仍为世界大多数国家立法所沿用(具体直系血亲、旁系血亲计算方法略)。(2)寺院法亲等算法,为中世纪教会法计算亲等的单位。由于无法准确地反映出旁系血亲间的亲疏远近关系,现代只有个别国家继续沿用(具体直系血亲、旁系血亲计算方法略)。中国现行婚姻法没有确立亲等制度,仅在关于禁止结婚的条件中,采用了独特的代份算法,规定为直系血亲和三代以内的旁系血亲,禁止结婚。代份算法以一辈为一代,以血亲间的世代数来计算亲属关系远近,其作用类似于亲等制,但算法本身又不同于罗马法寺院法等算法。在计算直系血亲时,以己身为一代,再由己身向上或向下数、上数至父母为两代,数至祖父母、外祖父母为三代;下数至子女为两代,数至孙子女、外孙子为三代。依此类推。在计算三代以内旁系血亲的代份时,首先追溯己身与该旁系血亲双方同源最近的直系血亲,然后从己身与该旁系血亲分别上数至同源最近的直系血亲。如果双方与同源人之间的世代数均为三代以内,则断定对方属于自己三代以内旁系血亲;如果其中一方或双方与同源人之间的

世代数超过三代,则予以否定。如自己与堂兄的同源最近直系血亲为祖父母,自己与堂兄分别上数至祖父母各为三代,说明自己的堂兄属于三代以内旁系血亲。再如:自己与表侄(表哥的儿子)的同源最近直系血亲为外祖父母,自己与表侄分别上数至外祖父母,各为三代和四代,其中一方超出三代,说明自己的表侄不属于三代以内旁系血亲。

【结婚】又称婚姻的缔结、婚姻的成立。有广义与狭义之分。广义结婚,既包括订婚,又包括结婚。古代中外立法,多采用广义说。狭义结婚,仅指结婚而言。近现代世界各国立法,多采用狭义说。从狭义角度理解,结婚是男女双方依照法律规定的条件和程序,确立夫妻关系的一种法律行为。具有以下特征:(1)行为的主体应当是男女两性,中国婚姻法暗示了婚姻只能在两性间产生;(2)行为的内容必须符合法定条件和程序,才能发生结婚的效力;(3)行为的目的是建立夫妻关系,要求双方当事人为未婚者或离偶丧偶者;(4)行为的后果是导致夫妻间人身关系和财产关系的产生。

【结婚的条件】又称结婚的实质要件。法律对结婚男女双方的要求和限制。依中国婚姻法,主要内容包括必备条件和禁止条件两部分:(1)结婚的必备条件,又称积极要件,是婚姻当事人结婚时必须同时具备的 3 个条件。第一,男女双方必须完全自愿,不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。是法律赋予当事人婚姻自主权的具体体现,反对封建包办买卖婚姻和其他干涉婚姻自由行为的法律依据。要求婚姻当事人具有结婚的行为能力,并作出真实的意思表示。第二,必须达到法定婚龄。中国婚姻法规定,结婚年龄,男不得早于 22 周岁,女不得早于 20 周岁。晚婚晚育应予

鼓励。法定婚龄是法律允许结婚的最低年龄而不是必婚年龄,更不意味是最佳婚龄。女年满 23 周岁、男年满 25 周岁以上初婚为晚婚;已婚妇女年满 24 周岁后初育为晚育。响应国家号召实行晚婚晚育的职工,可享受额外奖励假待遇。在实践中不得以晚婚年龄强制取代法定婚龄。第三,必须符合一夫一妻制。只有未婚者或者丧偶、离婚的人才才有资格申请结婚。(2)结婚的禁止条件,又称结婚的消极要件或婚姻障碍。指结婚必须排除的条件。第一,直系血亲和三代以内的旁系血亲间,禁止结婚。直系血亲包括父女、母子、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女等具有直接血缘联系的亲属。三代以内的旁系血亲包括兄弟姐妹、堂兄弟姐妹,表兄弟姐妹,叔伯与侄女、姑与侄子、舅与外甥女、姨与外甥等具有间接血缘联系的亲属。第二,患麻风病或性病未经治愈以及患其他在医学上认为不应当结婚疾病的人,禁止结婚。根据 1986 年卫生部颁布的《婚姻保健工作常规》的精神,下列病被列为“其他在医学上认为不应当结婚的疾病”——正处于发病期间的精神分裂症、躁狂抑郁症;正处于发病期间的重度智力低下、痴呆;正处于传染期、隔离期的法定传染病。婚姻法关于结婚禁止条件的规定,已初具优生法规的雏型。违反结婚必备条件或禁止条件之一的,构成婚姻无效的原因。

【结婚的程序】又称结婚的形式要件。婚姻成立必须履行的法定手续。中国婚姻法第七条规定,要求结婚的男女双方,必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证,即确立夫妻关系。履行结婚登记是我国结婚的法定程序。根据中国民政部 1986 年颁布的《婚姻登记办法》的规定,办理婚姻登记的机关,在农村是乡、民族乡、镇人民政府,在城市是街道办事处或区人民政府、不设区的市人民政府。结婚登记须经申请、审查、登记

三个程序:(1)申请。要求结婚的男女双方,必须亲自到一方户口所在地的婚姻登记机关申请结婚登记,并且携带本人居民身份证或户籍证明;当事人所在单位或村民委员会或居民委员会出具的写明本人出生年月和婚姻状况(未婚、离婚、丧偶)的证明;婚前体检健康证明、双方合影三寸照片三张。离过婚的申请再婚时,还应持离婚证件。(2)审查。婚姻登记机关代表国家对申请结婚的当事人是否符合法定结婚条件,携带的证件是否齐全和符合规定,进行审核。(3)登记。经婚姻登记机关审查后,凡符合结婚法定条件的,准予登记,并发给结婚证。从取得结婚证起,夫妻关系即正式确立。凡不符合结婚法定条件的,不予登记,并向当事人说明不予登记的理由。

【婚约】又称婚姻的预约,在中国俗称订婚。男女双方以将来结婚为目的,对婚姻关系的事先约定。中国婚姻法对婚约不予承认、保护,订婚不是结婚的必须程序。同时,法律不禁止订婚。是否订立婚约,由双方当事人自行决定。婚约无法律约束力,如果一方要求解除婚约,只要通知对方即可。在处理因解除婚约引起的财物纠纷时,应根据中国最高人民法院的民事政策区别情况,妥善处理:(1)对借订立婚约而进行买卖婚姻的财物,原则上应判决收缴国库。(2)对于以恋爱订婚为名,行诈骗钱财之实者,除追究诈骗罪的刑事责任外,原则上应将诈骗人非法所得财物全部归还给受害人。(3)对婚约期间相互赠送的普通物品,受赠人一般无返还义务,但如赠送的是贵重物品,赠与方因此造成生活困难的,应酌情返还。

【事实婚姻】无配偶的男女,未经结婚登记,便公开以夫妻名义同居生活,周围人也认为是夫妻的一种关系。由于事实婚姻的成因及案

情较为复杂,在中国偏远山区农村又较普遍地存在,为了维护法律的严肃性,1989年中国最高人民法院制定了《关于审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》,指出:人民法院审理此类案件,应首先向双方当事人严肃指出其行为的违法性和危害性,并视其违法情节给予批评教育或民事制裁。同时,规定了在一定时期内对事实婚采取有条件承认主义的原则:(1)对于在1986年《婚姻登记办法》施行之前形成的事实婚姻,凡起诉离婚时双方均符合结婚法定条件的,可认定为事实婚姻关系,比照离婚案件审理;如起诉时一方或双方不符合结婚法定条件的,应认定为非法同居关系,一律判决予以解除。(2)对于在1986年《婚姻登记办法》施行之后形成的以夫妻名义同居关系,一方向人民法院起诉“离婚”的,如同居时双方均符合结婚法定条件,可认定为事实婚姻关系,比照离婚案件审理;如同居时一方或双方不符合结婚的法定条件,应认定为非法同居关系,一律判决予以解除。(3)自民政部新的《婚姻登记管理条例》施行之日起,没有配偶的男女,未办结婚登记即以夫妻名义同居生活,按非法同居关系对待。(4)解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理。同居期间所生子女为非婚生子女,解除关系时其子女由哪一方抚养,双方协商;协商不成时,应根据子女的利益和双方的具体情况判决。(5)已登记结婚的一方又与第三人形成事实婚姻关系,或事实婚姻关系的一方又与第三人登记结婚,或事实婚姻关系的一方又与第三人形成新的事实婚姻关系,凡前一个婚姻关系的一方要求追究重婚罪的,无论其重婚行为是否构成重婚罪,均应解除后一个婚姻关系。前一个婚姻关系的一方如要求处理离婚问题,应根据其婚姻关系的具体情况时行调解或作出判决。(6)离婚后双方未再婚,未履行复婚登记手续,又以夫妻名义共同生

活,一方起诉“离婚”的,一般应解除其非法同居关系。(7)同居生活期间一方死亡,另一方要求继承死者遗产的,如认定为事实婚姻关系的,可以配偶身份按继承法的有关规定处理;如认定为非法同居关系,而又符合继承法第十四条关于“继承人以外的对被继承人抚养较多的人,可以分给他们适当的遗产”的规定,可根据相互扶助的具体情况处理。

【婚姻无效】违反结婚条件,因而不被法律所承认的“婚姻”关系。有绝对无效和相对无效之分。绝对无效指法律具有溯及力,导致婚姻自始无效,不产生夫妻身份及相互之间的权利义务关系,子女为非婚生子女;相对无效指法律无溯及力,婚姻自宣告无效之日起解除,承认以前的婚姻关系,子女为婚生子女。中国 1980 年婚姻法未确立婚姻无效制度。1986 年中国民政部颁布的《婚姻法登记办法》第九条规定,婚姻登记机关发现婚姻当事人有违反婚姻法的行为,或在登记时弄虚作假,骗取“结婚证”的,应宣布该项婚姻无效,收回已骗取的“结婚证”,并对责任者给予批评教育。触犯刑律的,由司法机关依法追究刑事责任。这一规定使中国具有了宣告婚姻无效制度的雏型。根据婚姻法和婚姻登记办法的精神,男女一方或双方具有下列情形之一的,所建立的婚姻无效:(1)未达法定结婚年龄;(2)非自愿缔结婚姻;(3)已有配偶,再行结婚;(4)属于直系血亲或三代以内旁系血亲关系;(5)患麻风病或性病未经治愈及患有其他在医学上认为不应当结婚的疾病。中国司法实践对于无效婚姻通常以宣告方式确认,可由婚姻登记机关或人民法院宣告婚姻无效。

【家庭】由一定范围的亲属所构成的社会生活单位。家庭的概念有

广义和狭义之分。广义的家庭泛指群婚家庭、对偶婚家庭以及一夫一妻个体婚家庭；狭义的家庭仅指所阶级社会以来一夫一妻制个体婚家庭。家庭是组成社会的细胞，其性质、结构、职能，都由当时的生产关系所决定，并随生产关系的变化而变化。根据婚姻法的规定，在法律上有权利义务关系的近亲属可以组成家庭，这些近亲属的范围是：夫妻、父母子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女。

【夫妻关系】夫妻在家庭中的法律地位及相互间权利义务关系。中国婚姻法第九条规定，夫妻在家庭中地位平等。是指导夫妻关系的总原则。夫妻关系的具体内容包括两个方面：（1）夫妻的人身关系，即没有直接财产内容的夫妻人格、身份方面的权利、义务。表现为夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利，男女当事人婚后无须改变原有姓氏，保持独立的人格；夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由，一方不得对他方加以限制和干涉，侧重保障妻子享有与丈夫在经济、文化方面和社会交往中的自由权利；夫妻双方都有实行计划生育的义务。计划生育是中国家庭职能的重要内容，也是基本国策。夫妻双方要互相配合，采取有效措施，自觉执行只生育一胎的规定；符合生育二胎条件的个别夫妇，也要按规定执行。（2）夫妻的财产关系，即夫妻以人身关系为依据而产生的财产方面的权利、义务。财产方面的权利表现为夫妻双方对共同财产享有平等的所有权。夫妻共同财产包括夫妻一方或双方在婚姻关系存续期间的劳动收入和其他合法收入、继承的遗产以及受赠、受遗赠的财产。夫妻在处分共同财产时，应平等协商。法律允许夫妻用约定的方式，将婚姻关系存续期间所得的某项财产，归属夫或妻个人所有。这种约定必须自愿、合法，并且形成书面协议。约定财产

制的效力高于法定的夫妻共同财产制,有约定时从约定,无约定时从法定。财产方面的义务表现为夫妻有互相抚养的义务。抚养指夫妻在经济上的相互扶助及生活上的照料。具有强制性,当夫妻一方丧失劳动能力或者生活确有困难时,依法享有要求对方给付抚养费的诉权。夫妻间相互继承遗产的权利表现为夫妻互为第一顺序的法定继承人,在婚姻关系存续期间(包括在离婚诉讼过程中),配偶一方死亡,对方享有继承权。如果继承开始时,双方已经离婚,他方无权继承死者的遗产。

【父母子女关系】又称亲子关系。父母与子女之间法定权利、义务关系的总和。分为两类:(1)自然血亲的父母子女关系,基于子女出生的事实而产生,包括婚生子女与父母的关系和非婚生子女与父母的关系;(2)法律拟制的父母子女关系,它基于收养或再婚的法律行为而产生,包括养子女与养父母的关系和形成抚养教育关系的继子女与继父母关系。自然血亲的父母子女关系,只能因收养的成立或父母、子女一方死亡的原因而终止。拟制血亲的父母子女关系,则可因收养的解除或继父母子女抚养关系的变化而终止。中国婚姻法规定了父母子女关系的四项内容:(1)父母对子女有抚养教育的义务。抚养指父母从物质上、经济上对子女的养育和照料。教育指父母在思想上、品德上对子女的关心和培养。父母对子女的抚养期限自子女出生时起到子女独立生活时为止。父母不履行抚养义务时,未成年的或不能独立生活的子女,有要求父母付给抚养费的权利。(2)子女对父母有赡养扶助的义务。赡养指成年并独立生活的子女对父母提供必要的物质生活条件。扶助指子女对父母在精神上、生活上的关心和照料。子女不履行赡养义务时,无劳动能力的或生活困难的父母,有要求子女付给赡养费的权利。(3)父母

有管教和保护未成年子女的权利和义务。在未成年子女对国家、集体或他人造成损害时,父母有赔偿经济损失的义务。1990年中国最高人民法院《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》第一八条补充规定:夫妻离婚后,未成年子女侵害他人权益的,同该子女共同生活的一方应当承担民事责任;独立承担民事责任确有困难的,可以责令未与该子女共同生活的一方共同承担民事责任。(4)父母和子女有相互继承遗产的权利。父母和子女互为第一顺序法定继承人。父母死亡,子女有继承父母遗产的权利;子女死亡,父母有继承子女遗产的权利。父母离婚后,子女无论随哪一方生活,子女对生父母遗产均享有继承权。

【非婚生子女的法律地位】非婚姻关系的男女所生子女的法定权利、义务。非婚生子女旧称私生子女,指未婚男女或已婚男女与他人发生性行为所生的子女。中国婚姻法第十九条规定,非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害和歧视。非婚生子女的生父,应负担子女必要的生活费和教育费的一部或全部,直至子女独立生活为止。通常非婚生子女与其生母的关系基于分娩的事实即可确定,无须加以特别证明。非婚生子女与其生父之间关系的确定,在司法实践中有几种情况:(1)已出生的非婚生子女因生父母结婚,取得婚生子女资格。外国法称为“准正”。(2)生父对非婚生子女的自愿认领,认领须得非婚生子女生母的同意。(3)通过诉讼程序强制生父认领。非婚生子女的生父拒不认领子女或不知子女出生时,生母有向人民法院提出确认子女生父的诉权,生母对此负有举证责任。法院在难以定夺时,可以委托专门的血液鉴定部门进行亲子鉴定。科学的鉴定方法是采用人体白细胞血型(简称HLA)进行抗原试验,与传统鉴定方法——ABO、MN、Ss、Rh、P、

HP 等红细胞血型结合起来,鉴定准确率达 99% 以上。经鉴定证据确凿的,法院可以强制孩子的生父进行认领并负担子女必要的生活费和教育费的一部或全部。

【继子女的法律地位】婚姻法关于继子女法定权利、义务的规定。配偶一方对他方与前配偶所生的子女,称继子女;子女对母亲或父亲后婚配偶,称继父或继母。继父母子女关系因两种情况而形成:生父母一方死亡,他方再婚;生父母离婚,一方或双方再婚。中国婚姻法第二十一条规定,继父母与继子女间,不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。继子女继承了继父母遗产的,不影响其继承生父母的遗产。继父母继承了继子女遗产的,不影响其继承生子女的遗产。据此,继父母与继子女间只有形成了抚养教育关系,才产生父母子女间的权利义务关系,否则,仅构成姻亲关系。“形成抚养教育关系”的标志如下:(1)继父或继母有愿意抚养继子女的意思表示,并长期共同生活,由继父或继母负担了继子女生活费、教育费的一部或全部。(2)已成年并独立生活的继子女对继父或继母承担了主要的赡养义务。为了确保继子女得到稳定、可靠的抚育条件,1991 年颁布的《中华人民共和国收养法》规定,继父(母)在征得继子女的生父母的同意的前提下,可以将继子女收养为养子女,其收养条件适当放宽,即不受普通收养条件中四项条款的限制。

【收养】公民领养他人子女作为自己子女,从而使被收养人与收养人之间确立拟制父母子女关系的法律行为。其中,收养人为领养他人子女的公民,即养父母;被收养人为被他人领养的公民,即养子女;送养人为将自己的子女或自己所监护的婴儿、儿童送给他人领

养的公民或有关机构,即父母、其他监护人及社会福利机构。1991年颁布的《中华人民共和国收养法》与1980年颁布的《中华人民共和国婚姻法》配套使用,使中国初步确立了较规范的收养法律制度。收养子女须遵循以下原则:(1)有利于未成年人的被收养人抚养、成长的原则。(2)平等自愿的原则。平等包括收养双方地位平等和男女两性在收养关系中地位平等。收养是变更和创设亲属法律关系的行爲,具有浓厚的感情色彩,只有双方实现自愿协议,才能建立稳定的收养关系。(3)不违背社会公德原则。收养不仅涉及双方当事人利益,还关系到社会公益。收养必须符合社会公德,才能保障收养关系健康发展。(4)不得违背计划生育的法律、法规。在以计划生育为国策的形势下,一般不允许有子女者再行收养或送养后再行生育。但是,收养孤儿、残疾儿以及涉外收养等特殊情况例外。(5)可以保密的原则。为了稳定收养关系,收养人、送养人要求保守收养秘密的,知情人、承办人不得暴露与收养有关的情况。如生父母的姓名、住址、单位等。由于收养是民事法律行为,当事人确立或解除收养关系时,必须符合法定的条件和程序,才能产生相应的法律效力和后果。参见“收养的成立”、“收养的解除”。

【收养的成立】中国规定收养关系成立的法定条件、程序及其法律效力、后果的制度。收养成立的条件具有以下内容:(1)被收养人应同时符合的条件为被收养人一般应是不满14周岁的未成年人;其身份可以是丧失父母的孤儿或者查找不到生父母的弃婴、儿童或者生父母有特殊困难无力抚养的子女(包括生父母确实无力抚养的子女或非婚生子女以及离异后的子女等);收养年满10周岁以上未成年人的,应当征得被收养人的同意。(2)送养人应同时符合的条件为送养人可以是孤儿的监护人或社会福利机构以及有特殊

困难无力抚养子女的父母;生父母送养子女,须双方共同送养(包括须经已离婚的原配偶同意)。生父母一方不明或查找不到的,可以单方送养;送养人必须为自愿送养;监护人送养未成年孤儿的,须征得有抚养义务的人同意;未成年人的父母均不具备完全民事行为能力的,该未成年人的监护人不得将其作为被收养人,但父母对该未成年人有严重危害可能的除外;送养人不得以送养子女为理由违反计划生育的规定再生育子女。(3)收养人应当符合的条件为无子女;有抚养教育被收养人的能力(有经济条件、精神与身体健康);年满 35 周岁;只能收养一名子女;有配偶者收养子女,须由夫妻共同收养;无配偶的男性收养女性的,收养人与被收养人的年龄应当相差 40 周岁以上;收养人必须为自愿收养。上述条件的例外情况为收养孤儿或者残疾儿童的,收养人可以不受“无子女、年满 35 周岁;只能收养一名”的限制。普通公民及华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女时,继父(母)征得继子女的生父母同意,将继子女收养为养子女时,收养条件可以适当放宽(见“特殊收养条件”)。收养成立的程序,即收养必须履行的法定手续。中国一般公民的收养程序采取三轨制:(1)民政部门登记制。收养查找不到生父母的弃婴、儿童以及社会福利机构抚养的孤儿的,应当向民政部门登记,收养关系自登记之日起生效。(2)民间自行协议制。收养因生父母有特殊困难而无力抚养的子女时,应当收养人、送养人依照收养、送养条件订立书面收养协议,收养关系自书面协议订立之日起生效。(3)收养公证制。收养人、送养人依照收养法规订立了书面协议的,可以办理收养公证。收养人或送养人一方或双方要求办理收养公证的,公证机关应当为其办理收养公证,收养关系自公证之日起生效。收养公证属于可选择性程序,非必经程序。收养成立的效力自收养关系成立之日起,产生相应法律效力:(1)养父母

与养子女间的权利义务关系,适用法律关于父母子女关系的规定;(2)养子女与养父母近亲属间的权利义务关系,适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定;(3)养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除;(4)养子女享有独立的姓名权。

【特殊收养条件】中国普通公民和华侨对近亲属的收养、继父(母)对继子(女)的收养、涉外收养以及少数民族间的收养条件。(1)普通公民对近亲属的收养。年满 35 周岁的无子女的公民收养三代以内同辈旁系血亲的子女,即收养自己兄弟姐妹或堂、表兄弟姐妹的子女,在“一般收养条件”中(见“收养的成立”),可以不受其中 4 项条件的限制。4 项条件即“被收养人为生父母有特殊困难无力抚养的子女”、“送养人有特殊困难无力抚养子女的生父母”、“无配偶的男性收养女性,须有 40 周岁以上年龄差”和“被收养人应当不满 14 周岁”。(2)华侨对近亲属的收养。华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女,即收养自己兄弟姐妹或堂、表兄弟姐妹的子女,在“一般收养条件”中(见“收养的成立”)可以不受其中 5 项条件的限制;5 项条件即“被收养人为生父母有特殊的困难无力抚养的子女”、“送养人为有特殊困难无力抚养子女的生父母”、“无配偶的男性收养女性,须有 40 周岁以上年龄差”、“被收养人应当不满 14 周岁”以及“收养人无子女”。(3)继父(母)对继子(女)的收养。继父或者继母经继子女的父母同意,可以收养继子女,并且在“一般收养条件”中,可以不受其中四项条件限制。(4)涉外收养。收养法允许外国人依收养法规在中国境内收养中国子女。外国收养人、中国送养人、中国被收养人的条件完全等同于中国公民收养子女的一般条件。(5)少数民族间收养。民族自治地方的人民代表大会及其常务

委会可以根据收养法的原则,结合当地情况,制定变通的或者补充规定。自治区的规定,报全国人民代表大会常委会备案。自治州、自治县的规定,报省或者自治区的人民代表大会常委会批准后生效,并报全国人民代表大会常委会备案。少数民族间的收养条件,可依照当地民族自治地方人大制定的变通、补充规定执行。

【收养无效】对违反收养法实质要件(条件)或形式要件(程序)的收养行为予以否定,使其不具有收养法律效力的措施。中国收养法制定了确认收养无效的条件、确认无效的机关及其法律后果的法规。(1)确认收养无效的条件。有下列情形之一时为无效收养:第一,违反了《民法通则》第五十五条的规定时,收养行为无法律效力。如行为人不具有相应的民事行为能力(精神病、痴呆症等);意思表示不真实(一方受欺诈、受胁迫或乘人之危等。如生父母在送养时有意隐瞒了被收养人的生理缺陷);违反了法律或者社会公共利益。第二,违反了收养法规定的收养条件或未遵循收养的程序时,收养行为无法律效力。(2)确认收养无效的机关是人民法院。当收养当事人之间发生纠纷,诉至法院或者有关知情人、单位向法院举报收养系违法行为时,人民法院可以立案。符合宣告收养无效条件的,人民法院可依法行使宣告权。(3)确认收养无效的法律后果。确认收养无效的效力为绝对无效,即收养行为从开始时起就没有任何法律效力,即养父母、养父母的近亲属与养子女之间没有法定权利义务关系。

【收养的解除】规定收养关系解除的法定条件、程序及其法律效力、后果的制度。(1)收养解除的条件。中国收养法规定,有下列情形之一的,可以解除收养关系:第一,在被收养人成年以前,收养人、

送养人双方同意解除收养关系的,可以解除。对于年满 10 周岁以上的养子女,应征得其本人同意。第二,收养人不履行抚养义务,有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的,送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。第三,养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的,可以解除收养关系。(2)收养解除的程序。中国收养法规定了解除收养的两类程序:第一类,两愿解除程序,适用于收养人、送养人及 10 周岁以上的未成年被收养人自行达成解除收养的协议,或者收养人与成年被收养人自行达成解除收养协议,而且收养当事人双方对于财产和生活均无争议的情况。两愿解除须按以下三方式之一办理手续,第一,书面协议制。收养关系是当事人以书面协议确立的,可仍以书面协议解除关系。第二,民政部门登记制。收养关系是经民政部门登记成立的,应当到民政部门办理解除收养关系的登记。第三,公证解除制。收养关系是经公证证明的,应当到公证处办理解除收养关系的公证证明。第二类,诉讼解除程序,即由当事人向人民法院提起解除收养之诉,由人民法院确定能否准予解除。适用于收养当事人一方要求解除、对方不同意解除或者双方同意解除但对财产和生活有争议情况。(3)收养解除的法律效力。第一,养子女养父母及其他近亲属间的权利义务关系即行消除;第二,未成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系自行恢复;第三,成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复,可以协商确定。(4)收养解除导致间接法律后果。第一,经养父母抚养的成年养子女,对缺乏劳动能力又缺乏生活来源的养父母,应当给付生活费;第二,因养子女成年后虐待、遗弃养父母而解除收养关系的,养父母可以要求养子女补偿收养期间支出的生活费和教育费;第三,生父母要求解除收养关系的,养父母可以要求生父母适当补偿收养期间支出的生

活费和教育费,但因养父母虐待、遗弃养子女而解除收养关系的除外。

【其他家庭成员间关系】祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女以及姐与弟、妹之间依法产生的附条件抚养、赡养的权利、义务关系。

(1)祖孙、外祖孙关系。当父母已经双亡或者父母一方死亡另一方确无抚养能力或者父母均丧失抚养能力时,有负担能力的祖父母、外祖父母有抚养未成年的孙子女、外孙子女的义务。当子女已经死亡或者子女确无赡养能力时,有负担能力的孙子女、外孙子女有赡养祖父母、外祖父母的义务。(2)兄、姐与弟、妹关系。有负担能力的兄、姐,对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的弟、妹,有抚养的义务。由兄、姐抚养长大的有负担能力的弟、妹,对丧失劳动能力、孤独无依的兄、姐,有赡养的义务。以上符合法定条件的抚养人、赡养人必须自觉履行抚养、赡养义务,否则,被抚养人或被赡养人有权起诉,请求法院强制义务人履行义务。

【离婚】夫妻双方依照法定条件和程序解除婚姻关系的法律行为。与配偶一方死亡(自然死亡或被宣告死亡)共同构成婚姻终止的原因。离婚具有以下法律特征:(1)离婚双方当事人的法律地位平等。无论是双方协议离婚,还是单方要求离婚,无论在离婚诉讼中作原告,还是被告,双方法律地位都是平等的。(2)离婚主要涉及配偶身份的解除,因此必须有当事人真实的意思表示,并要求当事人亲自到场。(3)离婚是法律行为,必须依照法定条件和程序进行,并得到法律的确认和批准才能生效。(4)离婚是解除夫妻关系的行为,而父母子女关系依然存在。参见“离婚的条件”、“离婚的程序”。

【离婚的法定条件】法律规定的准予离婚的原则界限。中国婚姻法规定:如果夫妻感情确已破裂,调解无效,应准予离婚。其中“夫妻感情已破裂”即准予离婚的法定条件,而其中“调解”无效为程序上的要求。1989年中国最高人民法院颁布了《关于认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》,认为判断夫妻感情是否确已破裂,应当从婚姻基础、婚后感情、发生离婚纠纷的真实原因、夫妻关系的现状及有无和好可能等方面综合分析。指出凡属下列情形之一的,视为夫妻感情确已破裂。一方坚决要求离婚,经调解无效,可依法判决准予离婚。(1)一方患有法定禁止结婚的疾病,或一方有生理缺陷及其他原因不能发生性行为,且难以治愈的;(2)婚前缺乏了解,草率结婚,婚后未建立起夫妻感情,难以共同生活的;(3)婚前隐瞒了精神病,婚后经治不愈,或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚,或一方在夫妻共同生活期间患精神病,久治不愈的;(4)一方欺骗对方,或者在结婚登记时弄虚作假,骗取“结婚证”的;(5)双方办理结婚登记后,未同居生活,无和好可能的;(6)包办、买卖婚姻,婚后一方随即提出离婚,或者虽共同生活多年,但确未建立起夫妻感情的;(7)因感情不和分居已满3年,确无和好可能的,或者经人民法院判决不准离婚后,又分居满一年,互不履行夫妻义务的;(8)一方与他人通奸、非法同居,经教育仍无悔改表现,无过错一方起诉离婚,或者过错方起诉离婚,对方不同意离婚,经批评教育、处分,或在人民法院判决不准离婚后,过错方又起诉离婚,确无和好可能的;(9)一方重婚,对方提出离婚的;(10)一方好逸恶劳,有赌博等恶习,不履行家庭义务,屡教不改,夫妻难以共同生活的;(11)一方被依法判处长期徒刑,或者违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的;(12)一方下落不明满3年,对方起诉离婚,经公告查找确无下落的;(13)受对方的虐待、遗弃,或者受对方亲属虐待,或虐待对方亲

属,经教育不改,另一方不谅解的。(14)因其他原因导致夫妻感情确已破裂的。

【离婚的法定程序】法律规定离婚的步骤及应履行的手续。只有履行离婚法定程序并符合法定条件,才能产生离婚的法律效力。中国婚姻法设定了两种离婚程序:(1)行政程序,即由婚姻登记机关办理离婚登记。适用于夫妻双方自愿协议离婚且对财产分割和子女抚养无争议情况。子女抚养问题,包括离婚后子女随哪方生活、子女生活教育费的负担方法、数额、期限、交付办法等。对财产的处理,包括夫妻共同财产的分割,夫妻共同债务的清偿,以及离婚时一方对生活困难的另一方所给予的经济帮助等。办理离婚登记的机关同结婚登记机关。经离婚双方当事人申请,婚姻登记机关审查后,符合登记离婚法定条件的,应准予登记,发给离婚证,收回结婚证。当事人自取得离婚证之日起,婚姻关系即告解除。(2)诉讼程序,即经人民法院诉讼解除婚姻关系的程序。适用于夫妻一方要求离婚而另一方不同意离婚,或者双方同意离婚但对财产分割或子女抚养有争议的情况。诉讼程序分为几个阶段:第一,起诉和受理。男女一方向人民法院起诉离婚的,一般须向被告户籍所在地基层人民法院起诉。被告户籍所在地与居住地不一致的,向居住地人民法院起诉。人民法院对于符合受理条件的,应当立案。第二,调解或判决。调解是人民法院审理离婚案件的必经程序。调解后有3种结局:一是夫妻和好,原告撤诉;二是夫妻达成离婚调解协议,由人民法院按协议制作、发给当事人离婚调解协议书,婚姻关系即告解除;三是调解无效,进入判决阶段。判决包括两种情况:一是判决准予双方离婚;二是判决驳回原告离婚上诉,不准离婚。当事人对一审法院的判决不服的,可在宣判后15天之内向上一级法院提起上

诉;逾期不上诉的,一审判决生效,发生法律效力。在法定期限内上诉后,二审法院作出的判决为终审判决。

【假离婚与骗离婚】假离婚指婚姻当事人双方为了共同的或各自的目的,约定暂时离婚,等待目的达到后再复婚的行为。假离婚在两种离婚程序中都有发生,一是向婚姻登记机关进行假离婚登记;二是在人民法院达成假离婚调解协议。假离婚导致纠纷的原因在于:离婚时双方当事人彼此无欺骗,并且约定将来复婚,但一方在假离婚后又与第三人结婚,另一方发现后告到法院或婚姻登记机关,要求恢复原婚姻关系。根据最高人民法院(民)复[1985]35号批复精神,对于在婚姻登记机关进行假离婚登记而发生的纠纷,人民法院不应受理,而应由当事人向原婚姻登记机关申请解决。由于婚姻当事人双方串通,弄虚作假,共同欺骗婚姻登记机关,骗取离婚证,由此产生的后果,应由双方当事人共同承担责任。一方当事人持离婚证与他人另行结婚的,应承认其婚姻有效。但婚姻登记机关应将当事人的欺诈行为向其工作单位反映,并建议给予党纪、政纪处分;触犯刑律的,由司法机关依法追究刑事责任。双方当事人均未另行结婚的,婚姻登记机关可宣布离婚无效,收回离婚证。对于在人民法院达成假离婚调解协议的,调解书送达后,一方当事人持调解书另行结婚的,也应承认其婚姻有效,并驳回另一方复婚的请求。如果双方尚未另行结婚,人民法院可按审判监督程序处理。骗离婚指婚姻当事人一方欺骗另一方,佯称暂时离婚待一定条件成就时再复婚,实质上欺诈方通过骗离婚而达到真离婚目的的行为。因一方受欺诈而离婚的,尽可能挽救原婚姻关系,但要以双方自愿恢复为原则。欺诈方已与第三者再婚的,应视再婚有效,可以在经济上给受骗方以补偿。

【对男方离婚起诉权的限制】中国婚姻法规定,女方在怀孕期间和分娩后一年内,男方不得提出离婚。女方提出离婚的,或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,不在此限。是法律对母亲和胎儿、婴儿身心健康的特殊保护。对早产、人工流产等情况,原则上应适用这一规定,但要灵活掌握。这一规定,是在特定时间内对男方离婚起诉权的限制,而非剥夺男方诉权。有两点例外情况:(1)女方作原告在此期间起诉离婚的。因为女方在怀孕和分娩后一年内提出离婚,往往基于急迫原因,若不及时受理,可能更不利于保护妇女、胎儿、婴儿的利益。(2)在此期间,男方要求起诉离婚,人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的。如女方怀孕是由于与他人通奸所致,男方坚持要求离婚,若不及时受理,可能使矛盾激化,危及妇女、胎儿或婴儿的生命安全。在这种情况下,人民法院可以受理男方作原告的离婚案。但是否准予离婚,应依照离婚法定条件处理。

【对军人配偶离婚胜诉权的限制】中国婚姻法规定,现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意。体现了对军人婚姻的特殊保护。适用这一特殊规定时,应注意以下几点:(1)现役军人指具有中国人民解放军军籍的干部和战士,包括解放军和武装警察部队的官兵。退役复员转业军人以及在军事单位中工作未取得军籍的职工等,不在现役军人之列。(2)现役军人的配偶要求离婚,仅指军人配偶为非军人时,须得军人同意。如果双方均为现役军人,或现役军人向非军人配偶一方提出离婚,不适用此规定,按一般规定离婚规定办理。(3)“须经军人同意”,指军人配偶起诉离婚后,法院非经军人本人同意,不得准予离婚。实为对原告(即非军人一方)离婚胜诉权的

限制,当军人不同意离婚时,法院应对军人配偶进行说服教育,调解或判决不准离婚。(4)人民法院认为双方感情确已破裂,不能继续维持夫妻关系的,经调解无效,法院可以通过军人所在部队团以上政治机关做好军人的思想工作,始得准予离婚。但处理时必须慎重,从严掌握。(5)现役军人的配偶提出离婚,若是由于第三者明知其为军人配偶而与之同居或者与之长期通奸,造成军人夫妻关系破裂严重后果的,应依法对第三者以“破坏军婚罪”论处,追究其刑事责任。

【离婚时夫妻共同财产的分割】关于夫妻离婚时财产分割的范围和原则的规定。准确划定夫妻共同财产的范围,是正确处理财产分割的前提。(1)夫妻共同财产的范围包括:第一,婚姻关系存续期间一方或双方所得的财产,如劳动收入和购置的财产,一方或双方继承的遗产和一方或双方受赠、受遗赠的财产。第二,夫妻关系存续期间,一方或双方从事的工商业经营和承包责任田的当年收益,当前无收益的养殖、种植业上的投资。第三,结婚登记前,双方以各自劳动收入合资筹办的结婚用品。第四,结婚登记时,一方或双方父母、亲友赠送给双方的结婚物品。第五,个人婚前所有的房屋或其他财产,婚后由双方长期共同使用、经营、管理、修缮,进行新的投资的(房屋 15 年以上,其他财产 10 年以上属于“长期”使用)。第六,婚姻关系存续期间,复员、转业军人所得的复员、转业费,离婚时,如夫妻共同生活时间较长(10 年以上),尚存复员、转业费按夫妻共同财产进行分割。第七,婚后购置的贵重手饰,价值很大的图书资料以及摩托车、拖拉机、汽车等生活、生产资料,虽属个人专用,也视为夫妻共同财产。第八,婚前财产与婚后财产无法查清的,推定为共同财产。只有上述夫妻共同财产,才属于离婚时财产分割的范

畴。(2)分割夫妻共同财产时,应区分夫妻个人财产和夫妻共同财产的界限。夫妻个人财产的范围包括:婚前个人所有的财产、个人继承、受赠的财产;婚前各自为结婚所准备的物品、各自亲友赠送给个人的结婚资助、物品以及复员、转业军人的复员费、转业费及从部队带回的医疗费。虽系婚后共同购置,但仅供个人使用的一般衣物、生活用品和价值不高的工具、图书资料等个人专用财产,也视为夫妻个人财产。(3)分割夫妻共同财产,还应区分家庭财产和夫妻共同财产的界限。家庭财产指家庭成员的共同财产和各自所有财产的总和。包括:夫妻的个人财产、夫妻婚后的共同财产、子女财产,其他家庭成员各自所有的财产以及全体家庭成员共有的财产。其中夫妻个人财产、子女财产、其他家庭成员各自所有的财产,仍物归原主,不能分割。对于属于全体家庭成员共有的财产,仍物归原主,不能分割。对于属于全体家庭成员共有的财产,应先分家析产,分出属于夫妻一方或双方的财产,然后再对夫妻共有的那部分财产加以分割。(4)离婚时夫妻共同财产分割的原则。中国婚姻法规定,离婚时,夫妻共同财产由双方协议处理;协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾女方和子女权益的原则判决。中国最高人民法院制定了分割共同财产的原则:第一,坚持男女平等原则;第二,坚持照顾女方和子女权益的原则;第三,坚持有利于生产和生活需要的原则;第四,坚持照顾无过错一方的原则;第五,坚持不损害国家、集体和个人利益的原则。

【离婚后的子女抚养】关于离婚后的父母子女关系、孩子随何方生活及子女生活教育费负担的规定。(1)离婚后的父母子女关系。父母与子女间的关系,不因父母离婚而消除。离婚后,子女无论由父方或母方抚养,仍是父母双方的子女。离婚后,父母对子女仍有抚

养和教育的权利义务。(2)离婚后子女随哪方生活问题。离婚后,哺乳期内的子女(指1岁以内),以随哺乳的母亲抚养为原则。是从婴儿的利益出发所做的一般性规定。特殊情况下,如婴儿非母乳喂养或母亲患严重传染病等不宜抚养的,也可由父亲抚养。哺乳期后的子女(指1岁以上未独立生活的子女),由父母双方协议。父母达成协议时,由法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。包括父母的思想品质、家庭环境、经济条件、抚育能力、对子女感情深浅等。子女有选择能力时,应征求、尊重子女的意愿。中国最高人民法院制定了判决子女归属的两项民事政策:第一,在有利于子女利益前提下,应考虑不能生育因年老有病再婚有困难一方的合理要求;第二,要贯彻男女平等原则。如父母抚养条件变化或子女重新选择,可协议变更抚养关系。(3)离婚后子女生活费和教育费的负担。离婚后,一方抚养的子女,另一方应负担必要的生活费和教育费的一部或全部,负担费用的多少和期限的长短,由双方协议。协议不成时,由法院判决。无论协议或判决,都应当根据子女生活费和教育费的实际需要,父母的负担能力和当地的实际生活水平综合认定。子女生活费和教育费的给付期限,应到子女能独立生活时为止。给付方法,可按月或定期给付,也可按收益季度或年度给付,有条件的,也可以一次性给付。子女的口粮田由父或母代耕的,收益归子女。(4)子女生活费和教育费在一定条件下可以合理变更。变更包括增加、减少和免除三种情况。变更原定抚养费数额的,应由当事人双方先行协议,协议不成时,由人民法院根据实际情况判决。第一,子女在必要时有向父母任一方提出超过协议或判决原数额的合理要求。如子女患病、升学、物价调整等,原数额不足以维持子女的生活需要;第二,凡下列情况之一的,有给付抚养义务的一方,可提出减少或免除其义务:义务方因长期患病或丧失劳动能

力,失去可靠经济来源的;义务方被判刑收监,无力给付的;父母一方再婚,其后婚配偶自愿承担继子女生活教育之一部或全部的。

【离婚时的债务清偿】离婚时对夫妻共同债务及夫妻个人债务的清偿办法。(1)离婚时对夫妻共同债务的清偿。中国婚姻法规定,离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,以共同财产偿还。该项财产不足清偿时,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。夫妻共同生活所负的债务,包括为双方生活、赡养老人、抚育子女的需要以及夫妻一方或双方治疗疾病等需要所欠的债务。还包括个体工商户、农村承包经营户夫妻双方共同经营所欠的债务以及一方从事经营,其收入为夫妻共有财产的经营债务。(2)离婚时对夫妻个人债务的清偿。男女一方单独所负的债务,由本人偿还。单独所负的债务,指男女一方在婚前所负的债务以及婚后与共同生活无关的、为满足个人需要或为资助个人亲友所负的债务。如欠债一方确实无力偿还,可说服他方代为清偿,但应遵循自愿原则,不得强迫。

【离婚时对生活困难一方的经济帮助】离婚时夫妻一方生活确有困难的,对方应给予适当的经济帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。适用于男女双方,但在实际生活中,离婚后出现生活困难情况的以女方居多。对困难一方的经济帮助是有条件的:(1)经济帮助仅限于离婚当时一方有困难的情况。对于离婚时不困难,离婚后发生困难的,不予帮助。(2)给予帮助一方必须有负担能力,其帮助只限于力所能及的程度。(3)经济帮助一般是一次性的。对于原经济帮助协议或判决执行终结后,一方又要求对方继续给予经济帮助,法院一般不予支持。(4)经济帮助是适量的,补

助性的。在执行帮助期间,受帮助方再婚了,对方可终止给付补助费。

【违反婚姻法的制裁与强制执行】以国家强制力保障婚姻法实施的措施。(1)违反婚姻法的制裁。根据违法行为的性质、情节和后果的不同,中国婚姻法规定了两种制裁方法:第一,行政处分。适用范围主要为违法者的行为,虽然违反婚姻法,但未触犯刑律。例如从事包办、买卖婚姻或其他干涉婚姻自由的行为,而尚未使用暴力者;有一般的虐待、遗弃家庭成员行为,而情节轻微未构成犯罪者等。对上述违法行为,婚姻登记机关或人民法院可以建议当事人所在单位或有关部门给予适当的行政处分。行政处分的内容,包括警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看、开除。对仅用行政处分尚不足以制裁的行为,还可适用《中华人民共和国治安管理处罚条例》中的有关规定,给予行政处罚。第二,法律制裁。依法对违法者采取相应的惩罚措施,包括民事制裁和刑事制裁两种。违反婚姻法行为的民事制裁方法,主要通过经济手段进行制裁。例如,对从事买卖婚姻的,可没收其非法所得;对拒不履行抚养义务的违法行为,可进行强制执行支付抚养费等。违反婚姻法的行为,情节严重构成犯罪的,应按照刑法中关于妨害婚姻家庭罪的规定,予以刑事制裁,如暴力干涉婚姻自由罪、重婚罪、破坏军婚罪等。某些违反婚姻法的行为,虽未构成犯罪,但情节较严重,经主管部门批准,可实行劳动教养。(2)强制执行。指用强制办法,实现已经发生法律效力判决或裁定的内容和要求。中国婚姻法规定,对拒不执行有关抚养费、扶养费、赡养费、财产分割和遗产继承等判决或裁定的,人民法院依法强制执行。有关单位应负协助执行的责任。常见的强制执行措施有:对被执行人的财产进行扣留、提取存款或劳动收

入;对其财产进行查封、扣押、冻结、变卖等。有义务协助法院执行的单位,对被执行人的钱财有代扣的责任;对财产分割、遗产继承的执行,应提供必要的帮助等。

【民族婚姻】少数民族间或少数民族与汉族间的结婚、离婚和复婚。民族自治地方的立法机关可以根据婚姻法的有关原则或规定,结合当地民族婚姻家庭的具体情况,制定某些变通或补充的规定。是国家的民族政策在婚姻立法上的体现。自1980年婚姻法公布以来,先后有新疆、西藏、内蒙、宁夏、四川、云南等自治区、自治州、县制定了补充规定和变通条例。主要内容有:(1)在基本原则方面,禁止宗教干涉婚姻家庭;尊重不妨碍婚姻自由原则的少数民族传统的婚嫁仪式;废除一夫多妻、一妻多夫的封建婚姻;在计划生育方面,少数民族生育胎数适当放宽。(2)在结婚条件方面,男女双方法定婚龄各降低两周岁,男不得早于20周岁,女不得早于18周岁。(3)在其他方面,结婚、离婚必须履行法定手续,禁止以宗教仪式或口头通知等方式取代结、离婚程序。以上变通补充规定,只适用于居住在该地区的少数民族,对于居住在该地区的汉族人不适用。男女一方是少数民族,另一方是汉族的,一般只适用于少数民族一方。不同民族的男女结婚后所生子女民族的从属问题,子女未成年的,由父母双方协商确定;子女已成年的,由子女自己选择。

【涉及港澳同胞及国外侨胞的婚姻】1983年中国民政部颁布的华侨同国内公民、港澳同胞同内地公民之间办理婚姻登记的几项规定。(1)涉及港澳侨的问题。第一,华侨同国内公民、港澳同胞同内地公民之间结婚或复婚,凡要求在国内(内地)办理的,男女双方须共同到国内(内地)一方户口所在地的县以上人民政府婚姻登记机

关申请登记;第二,申请结婚登记的男女双方,须分别持下列证件:甲、国内公民应持本人户口证明和所在工作单位或市、镇街道办事处,农村乡(镇)人民政府出具的本人出生年月、民族、职业和婚姻状况证明;乙、华侨应持中国驻该国使、领馆颁发的本人护照;经中国驻该国使、领馆认证的居住国公证机构出具的本人无配偶证明,或中国驻该国使、领馆出具的本人无配偶证明;丙、港澳同胞应持港澳居民身份证,港澳同胞回乡证或海员证;中国司法机关委托的香港律师辨认的香港婚姻注册处出具的婚姻状况证明和经该律师证明的由申请人作出的在其他任何地方从未登记结婚的声明书;澳门行政局或警察局出具的婚姻状况证明。此外,华侨、港澳同胞在申请结婚登记时,还须持有在国外和港澳从事的职业可靠经济来源的证明;婚姻登记机关指定的县级以上医院出具的婚前健康检查证明。男女双方自愿恢复夫妻关系的,按照申请结婚登记办理。(2)涉港澳侨的离婚问题。华侨同国内公民、港澳同胞同内地公民双方自愿离婚,并已对子女抚养和财产作了妥养处理的,双方须共同到国内一方户口所在地的县以上人民政府婚姻登记机关申请离婚登记。一方要求离婚或一方不能到婚姻登记机关申请离婚的,可由有关部门进行调解或直接向国内(内地)一方户口所在地的人民法院提出离婚诉讼。

【涉台婚姻】中国大陆公民与台湾同胞之间的婚姻。涉台婚姻主要依据 1988 年民政部、中央对台工作办公室、外交部、公安部、司法部关于台湾同胞与大陆公民之间办理结婚登记有关问题的通知办理。(1)已在大陆定居的台湾同胞申请与大陆公民结婚,按照 1986 年中国民政部发布的《婚姻登记办法》,由县以上民政部门受理。申请结婚登记的台湾同胞一方当事人,应向婚姻登记机关提供在大

陆定居后所在单位或户口所在地的居委会(村委会)出具的婚姻状况证明和在大陆定居前的婚姻状况证明。其中,回大陆定居前在台湾居住的,须提供台湾公证机关出具的无配偶证明或公证的本人户籍登记簿底册复印件;离台后移居港澳地区半年以上来大陆定居的,须提供中国司法部委托的香港律师辨认的婚姻状况证明或澳门民事登记局出具的婚姻状况证明;离台后移居国外半年以上来大陆定居的,须提供由其居住国公证机关出具的、经该国外交部或外交部授权的机关认证,并经中国驻该国使、领馆认证的无配偶证明。无法取得上述证明的,应提供由本人亲自填写的并经大陆居住地公证机关公证的“无配偶声明书”。“声明书”应包括的内容由民政部、司法部制定。(2)来大陆探亲、旅游、经商的台湾同胞申请与大陆公民结婚,一般应婉言劝阻,劝阻后仍坚持结婚的,由省级人民政府指定的婚姻登记机关受理。台湾同胞一方当事人应向婚姻登记机关提供下列证件:第一,香港中国旅行社代办的或公安机关边防检查部门签发的在有效期内的《台湾同胞旅行证明》或我驻外使、领馆(含中华人民共和国外交部驻香港签证办事处、中华人民共和国驻新加坡商务代表处)签发的加注有“台湾同胞”字样的《中华人民共和国旅行证》或《中华人民共和国护照》;第二,公安机关出具的《暂住户口证明》;第三,本人身份证件和婚姻状况证明。其婚姻状况证明应符合已在大陆定居的台湾同胞申请与大陆公民结婚规定的要求,但无法取得上述证明的,不得采用“无配偶声明书”的方式办理;第四,婚姻登记机关指定的医院为其出具的婚前健康检查证明。(3)在台湾或港澳地区居住的,已离婚或丧偶的台湾同胞申请与大陆公民结婚时,应提供经过台湾公证机关公证的,或司法部委托的香港律师证明的,或澳门民事登记局出具的离婚证件或配偶的死亡证明。无法提供上述证明,可以提供经公证的台

湾或港澳报纸刊登的当事人离婚的声明书或公告,未经公证的影印件不具有法律效力。在国外居住的,已离婚或丧偶的台湾同胞,其离婚证件或配偶死亡证明应办理公证、认证手续。(4)已加入外国籍的台湾同胞申请与大陆公民结婚,由省级人民政府指定的婚姻登记机关按照《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》受理。(5)已在港澳或国外取得永久居住权的台湾同胞申请与大陆公民结婚,由省级人民政府指定的婚姻登记机关按照《华侨同国内公民、港澳同胞同内地公民之间办理婚姻登记的几项规定》受理。

【涉外婚姻】发生在中国境内的中国公民和外国人(包括常驻中国和临时来华的外国人、外籍华人、定居中国的侨民)的婚姻。涉外婚姻包括涉外结婚、离婚和复婚。涉外结婚为中国公民和外国人结为夫妻的法律行为。依照中国民法通则第一四七条“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律”的规定,中国公民和外国人在中国境内结婚,必须依照中国婚姻法中有关结婚的必备条件和禁止条件的规定办理。在不违背中国婚姻法原则的前提下,应适当考虑外国人一方所在国法律的有关规定,以免该婚姻被其本国法律认定为无效。为了维护国家的利益,中国的现役军人、外交人员、公安人员、机要人员和其他掌握重大机密的人员,以及正在接受劳动教养和服刑的人,不准同外国人结婚。根据中国民政部1983年发布的《中国公民同外国人办理婚姻登记的几项规定》,涉外结婚的具体程序是:(1)申请结婚的男女双方当事人必须共同到中国公民一方户口所在地的省、自治区、直辖市人民政府指定的婚姻登记机关申请登记;(2)申请结婚登记的中国公民须持本人的户籍证明;本人的户口所在地的县级人民政府或工作所有单位的县级以上机关、学校、事业、企业单位出具的本人姓名、性别、出生年

月、民族、婚姻状况(未婚、离婚、丧偶)、职业、工作性质、申请与何人结婚的证明。申请结婚登记的外国人须持本人护照或其他身份、国籍证件;公安机关签发的《外国人居留证》,或外事部门颁发的身份证件,或临时来华的入境、居留证件;经本国外交部(或外交部授权机关)和中国驻该国使、领馆认证的由本国公证机关出具的婚姻状况证明或该国驻华使、领馆出具的婚姻状况证明。外国侨民须持本人护照或代替护照的身份、国籍证件(无国籍者免交);公安机关签发的《外国人居留证》;本人户口所在地县级人民政府或工作所在单位的县级以上机关、学校、事业、企业单位出具的本人姓名、性别、出生年月、婚姻状况、职业、申请与何人结婚的证明。此外,申请结婚的男女双方,还须提交婚姻登记机关指定医院出具的婚前健康检查证明。(3)经婚姻登记机关审查了解,符合中国婚姻法和涉外婚姻有关规定的准予登记,一个月内办理登记手续,发给结婚证。涉外复婚为中国公民和外国人在华要求复婚的法律行为,按涉外结婚的有关规定办理。涉外离婚为中国公民与外国人依法解除婚姻关系的法律行为。根据中国民法通则第一四七条“中国公民和外国人离婚适用受理案件的法院所在地法律”的规定,凡在中国境内离婚的,无论双方同意还是一方要求离婚,须向中国公民方户籍所在地的中级人民法院起诉离婚。其离婚条件、子女抚养、财产与生活问题,均适用中国婚姻法的有关规定。

【涉外收养】有涉外因素的收养。包括收养双方或一方为外国人、无国籍人在中国的收养或被收养或中国公民在域外进行的收养或被收养。外国人来华收养中国儿童为涉外收养的主要形式。涉外收养适用的法律、成立条件和程序如下:(1)适用的法律。外国人在中国境内收养子女,适用 1991 年通过的《中华人民共和国收养法》,

即适用收养关系成立地法。同时,可以参照收养人住所地法律。在参照外国法律时,不得违背中国的社会公共利益。(2)涉外收养成立的条件。外国人在中国境内收养中国子女,外国收养人、中国送养人及中国被收养人的法定条件完全等同于中国公民收养子女的条件。(3)涉外收养成立的程序为外国人在中国收养子女,应当提供收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料,该证明材料须经其所在国公证机构或者公证人公证,并经中国驻该国使领馆认证。外国收养人应当与送养人订立书面协议,亲自向民政部门登记,并到指定的公证处办理收养公证。收养关系自公证证明之日起成立。

【涉外抚养】处于中国和外国的抚养人与被抚养人之间的抚养关系。抚养指广义抚养,包括夫妻之间的抚养、父母对子女的抚养和子女对父母的赡养。中国民法通则第一四八条规定,抚养适用与被抚养人有最密切联系的国家的法律。实践中,与被抚养人有最密切联系的国家的法律,即可以是被抚养人的本国法或者住所地法,也可以是抚养人的本国法或住所地法,还包括法院地法。视哪种法律对被抚养人最为有利,就选择适用哪种法律为抚养的准据法。

民 法

【民法】民法一词渊源于罗马法的《市民法》。民法是整个法律体系中的一个独立法律部门。广义的民法指调整作为平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规

范的总称。内容包括民事成文法典、单行法规、法令、条例等。狭义上专指民法典。传统上这种区分也称作实质民法和形式民法的划分。民法的产生和一定历史阶段的商品经济关系紧密联系。公元6世纪东罗马帝国的《国法大全》(又称《民法大全》),是商品生产者社会的第一部成文民法典。对简单商品生产社会的一切本质法律关系,作了明确规定,是简单商品生产关系的反映。资产阶级民法是资本主义社会商品经济客观要求的产物。由于在资本主义社会商品生产占了统治地位,民法在资本主义社会得到广泛而充分的发展。1804年的《法国民法典》是反映资本主义商品经济关系的重要法律。1900年的《德国民法典》是反映帝国主义时期商品经济关系的重要法律。1922年的《苏俄民法典》,是第一部调整社会主义商品经济关系的民法典,以巩固、发展生产资料社会主义公有制和废除人剥削人的制度为其基本原则。传统法学理论把民法看成是调整国家权力不直接介入的财产关系和人身关系领域,专门规定私人 and 私人法律关系的法律,故又称“私法”,与“公法”相对称。中国古代作为法律规范总称的民法是存在的,但没有独立的民法典。中国历代的封建法典民刑不分,诸法合体。中国民法典的编纂工作始于清末。清末到民国初年,先后三次制定过“民律”草案,1929年至1930年间陆续公布了民法总则等各编。中华人民共和国成立以后,20世纪50年代和60年代进行过两次民法起草工作。中共十一届三中全会以来,民法典的起草工作又提上重要日程。1979年开始到1982年先后起草四稿。但由于民法牵涉范围广泛而且复杂,中国经济体制改革又在起始时期,经济制度、社会生活不断发展变化,故先后制定了一批民事或者与调整民事关系有关的法律、法规,如经济合同法、涉外经济合同法、专利法、商标法、著作权法、婚姻法、继承法、收养法等。为解决单行民事法规难以解

决的实践中迫切需要解决的共同性原则问题,中华人民共和国第六届全国人民代表大会第四次会议于1986年4月12日通过了《中华人民共和国民法通则》,就民事活动中应当遵循的共同的规范做出了规定。其他有关民事法规都要服从民法通则。在这点上,民法通则同民法典处于相当的地位。

【中国民法的基本原则】其效力贯穿于民法始终的指导方针。对作为民法主要调整对象的商品关系的本质和规律以及立法者在民事领域所施行政策的集中反映。贯穿整个民事立法,对民法的各项规定及其实施都有指导的效力和作用。中国民法的基本原则,作为中国民法的主要特征的集中体现,不仅是参加民事法律关系的一切民事主体进行所有民事活动的行为规则,而且是中国民事立法、民事司法以及解释和研究中国民法的出发点和依据。根据民法通则的规定,一般将中国民法的基本原则概括为:(1)平等原则。民法通则第三条规定“当事人在民事活动中的地位平等。”是中国民法首要的也是核心的原则。平等原则首先体现为法律地位平等,其次体现为平等地享受民事权利和承担民事义务,最后体现为平等地受法律保护。(2)自愿原则。平等主体之间在设立、变更、终止民事法律关系时,双方当事人都应该自愿,能表达自己的真实意志。(3)公平原则。指公平合理,包含三个方面的具体内容。首先是参加民事活动的机会均等,其次是享受权利和承担义务要对等,最后是在承担民事责任上要合理。(4)等价有偿原则。除法律另有规定或合同另有约定者外,取得他人的财产利益或者得到他人的劳动服务,应当向对方支付相应的酬金。(5)诚实信用原则。设立民事法律关系时,要实事求是;履行民事义务时,要恪守信用。要求民事主体在民事活动中要维持双方的利益平衡以及当事人利益与社会利益的平

衡。(6)保护合法民事权益的原则。其含义首先是指任何公民和法人的民事权益均受法律保护,其次是何民事主体的合法民事权益受到非法侵犯时,都有权向人民法院提起诉讼,请求法律保护,再次指任何公民和法人都不得非法侵害其他公民和法人的合法民事权益,否则要承担相应的民事责任。(7)遵守国家法律和政策的原则。公民和法人的一切民事活动,只有在遵守国家法律和政策的情况下,才能得到确认和保护。民事活动的内容和形式都符合法律规定,才能产生当事人预期的法律后果。(8)维护国家和社会利益的原则。民法通则第八条规定“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益、破坏国家经济计划、扰乱社会经济秩序。”是一切社会活动必须遵守的共同准则。

【民事法律关系】由民法规范所调整的具有民事权利义务内容的社会关系。民法调整范围内财产关系和人身关系的法律表现。民事法律关系依照国家制定的民法规范产生。民法规范所体现的统治阶级意志,以民事法律关系的形式,即通过每个具体的民事法律关系加以实现。民事法律关系是民事法律规范的具体体现,因此是一种以生产关系为基础的思想社会关系。属于上层建筑的范畴。民事法律关系包括主体、客体和内容三要素。民事法律关系的主体简称民事主体,指参加民事法律关系享受权利和承担义务的人,即民事法律关系的当事人。民事法律关系的主体资格由法律规定。在中国能够作为民事法律关系主体的,包括公民(自然人)和法人。国家在特殊情况下需要直接参加民事活动时,可以作为特殊的民事主体参加民事法律关系。所谓民事法律关系的客体,指民事法律关系中当事人的权利和义务所共同指向的对象,包括物、行为和智力成果。作为客体的物是国家用法律规范加以确认的。物是所有权

的客体,也是债权的客体。行为指人的活动,是债权活动的客体。智力成果指人的脑力劳动所创造的精神财富,是知识产权的客体。民事法律关系的内容,指民事主体所享有的民事权利和所承担的民事义务。民事法律关系的三要素,是构成每一个具体的民事法律关系的必备因素,缺一不可。民事法律关系和其他社会关系一样既不是自然而然地发生的,也非一成不变的,是由于某种客观事实的存在才设立、变更或终止的。

【民事权利】民事法律关系的主体依据民法规范,在国家强制力的保护下,自身能够做出一定行为,或者能够要求他人做出一定行为以及禁止他人做出一定行为的权利。民事权利和民事义务相互制约和相互适应。权利和义务不可分,民事权利的内容总是通过相应的民事义务得以实现,民事权利和民事义务是同一民事法律关系的两个不同侧面。民事权利包含以下内容:(1)权利人有权在法律规定或合同约定的范围内,根据自己意愿为一定的行为或者不为一定的行为。(2)权利人有权在法律规定或者合同约定的范围内,要求他人为一定的行为或者不为一定的行为,以实现自己的某种利益。(3)权利人有权在自己的合法利益遭到侵害时,请求司法机关给予法律保护。民事权利指民事法律关系中的权利主体,根据自己意愿,依法实现自己某利益的一种可能性。民事权利按性质和特点可以进行多种分类:依照民法调整的对象,可划分为财产权,包括物权、债权、继承权、使用权、经营权、采矿权等;人身权,包括人格权和身份权;知识产权,包括商标权、专利权和著作权等。依其作用划分为支配权、请求权、形成权、抗辩权。依据义务人的范围,可分为绝对权和相对权。依据权利间的关系划分,又可分为主权利和从权利。中国民法通则明文规定的民事权利有:财产所有权、财产

使用权、经营权、承包经营权、采矿权、相邻权、债权、财产继承权、著作权(版权)、专利权、商标专用权、发现权、发明权、生命健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、婚姻自主权等。公民和法人所享有的合法民事权利,由国家以强制力保证其得以实现。保护公民和法人的合法权利,是各个法律部门的共同任务之一。中国的宪法、刑法、行政法等都有保护民事权利的规定。对民事权利的保护,是民法的重要内容。民法主要通过民事诉讼程序来实现对民事权利的保护。根据民事权利所受到侵害的不同情况和民事主体的不同诉讼要求,遭受他人非法行为侵害的公民或法人,可以分别提起确认之诉、给付之诉、形成之诉,请求法院依法保护其合法民事权益。

【人身权】又称人身非财产权利。指人们在社会生活中基于人格和身份而产生的,与人身不可分离,没有直接的财产内容,但与财产关系密切联系,可以成为发生财产关系的前提的民事权利。人身权因出生而取得,因死亡而消失。在权利关系存续期间,不得让与或抛弃。人身权又分为人格权和身份权。人格权指公民和法人为维护自己的生存和尊严所必须具备的,与民事主体的人身不可分离,又没有直接财产内容的民事权利。人格权是维护公民或法人作为民事主体所必须的不可侵犯的权利。公民的生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权和法人的名称权、名誉权等,都是人格权。人格权是法律赋予民事主体所享有的基本的民事权利。身份权指基于民事主体的某种行为或关系而产生的与其身份有关的,为法律所保护,与民事主体的人身不可分离,而又不具有直接的财产内容的民事权利。公民的荣誉权、婚姻自主权、夫妻之间的人身权利、父母子女之间的人身权利,以及法人的荣誉权等,都是身份权。身份权只有

公民和法人在具有一定身份的条件下才会形成,身份不同的民事主体所享有的身份权,在事实上也不同。

【财产权】具有物质财富内容,直接与经济利益相联系的民事权利。财产权包括所有权、与财产所有权有关的财产权(即他物权)、债权、继承权等,也包括知识产权里的著作权、发明权、发现权、专利权中的财产权。是以财产为客体的权利,人们在生产、交换、分配、消费物质财富过程中所发生的社会关系。在中国,财产关系是民法调整的主要对象,但民法并不调整一切财产关系,只调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系。财产所有关系、财产流转关系、财产继承关系等,经民法确认后即形成所有权、债权和继承权等民事法律关系。财产权可以无偿转让,可以在原所有人死后,通过继承方式转移给他人。

【民事义务】民事法律关系的当事人一方,为了满足对方的利益以保证权利人的权利得以实现,所应实施的行为限度。义务人依据民事法律规范,在国家强制力的约束下必须做出一定的行为或禁止做出一定的行为。当负有民事义务的人不履行或不恰当履行自己的义务时,须承担民事责任,要受到国家强制力的制裁。权利和义务不可分,只有权利没有义务或只有义务没有权利的情况,是不存在的。民事权利和民事义务从不同的侧面表现着同一个民事法律关系,两者相互制约和相互适应。权利是法律赋予的意思支配力,义务就是对应于其的拘束,使义务负担者的意思受到拘束。但是,义务不是对负担者人格的拘束,义务与其负担者的人格是分离的。因此民事义务的负担者并不由于负担和履行义务,而丧失人格或使人格受到不利影响。民事法律关系中义务人和权利人的法律地

位平等。凡权利划分的标准,均可适用于义务。理论上义务可划分为:财产义务与人身义务;绝对义务和相对义务;主义务、从义务与随附义务;对应于一般权利的尊重义务与对应于请求权的给付义务等。此外,凡应当实施积极行为的,被称作积极义务;而应当实施消极行为即负有不作为义务的,被称作消极义务。

【民事法律事实】由民事法律规范规定的,能够引起民事法律关系的发生、变更或者消灭的客观事实。简称法律事实。法律事实可以是自然现象,也可以是人的行为。但是,并非一切自然现象和人们的任何行为都被认为是民事法律事实,只有当某种自然现象或者人们的行为由于民事法律规范的规定,能够成为民事法律关系发生、变更、终止的原因时,才是法律事实。民事法律规范是确定民事法律事实的法律根据,民事法律事实是设立、变更、终止民事法律关系的原因,民事法律关系是民事法律事实引起的法律结果。依据是否包含有当事人的意志,民事法律事实可分为事件和行为两大类。事件指与当事人的意志无关的客观事实。如人的出生或死亡,自然灾害的发生或意外事故的出现,时间的经过等。行为指当事人有意识的活动。行为同样可以根据不同的标准进行不同的分类:作为法律事实的行为,根据其内容和形式是否符合法律的规定,可分为合法行为与违法行为。合法行为指符合法律规定,受到法律确认与保护的人的有意识的活动。违法行为指违反法律规定,不受法律保护的行为。凡知道或者应当知道自己实施的行为的性质和法律后果仍故意实施的被称作恶意的行为;凡不知道或不应当知道自己所实施的行为的性质和后果而实施的被称作是善意的行为。根据当事人所进行活动方式的不同,又可将其分为积极的行为和消极的行为。积极的行为又称作为,指当事人主动地进行某种活动。

消极的行为又称不作为,指人的有意识的不活动。还可以根据行为法律性质的不同,把民事法律事实中的行为分为司法行为和行政行为以及事实行为等。民事法律关系的发生、变更或终止,在有的情况下只需要一个法律事实,有的情况下,则需要有两个或两个以上的法律事实同时存在,才能引起某一民事法律关系的发生、变更或终止。民法理论上将这种引起某一民事法律关系的发生、变更或终止的若干法律事实的总和,称作民事法律关系的事实构成,简称事实构成。凡是要求事实构成的民事法律关系,如果缺少事实构成即不能引起这一民事法律关系的发生、变更和终止。

【法律行为】民事法律行为的简称。公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。大多数民事法律关系通过民事法律行为实现。按照中国民法通则的规定,凡是公民或法人等民事主体所实施的,能够产生民事法律后果的行为,都是民事行为,但是并非一切能够产生民事法律后果的行为都是民事法律行为,只有符合法律规定的条件,能够按照行为人事先所追求的目的设立、变更、终止民事权利义务关系的民事行为才被称作民事法律行为。民事行为和民事法律行为都是法律事实中的行为。依人意志为转移的法律事实被称为民事行为。民事行为可分为合法的民事行为(即民事法律行为)和不合法的民事行为。不合法的民事行为包括无效民事行为和可撤销的民事行为。作为一种重要而又广泛的法律事实,民事法律行为以行为人的意思表示为基本特征。所谓意思表示指行为人把自己希望设立、变更、终止一定的民事权利义务关系的内心意思,以一定的方式表示于外部的行为。没有意思表示就没有民事法律行为。是民事法律行为区别于其他法律事实的首要基本特征。民事法律行为是以设立、变更、终止民事权利和民事义

务为目的的行为。能否引起行为人所预期的民事法律后果,是衡量某一民事行为是否构成民事法律行为的第二个重要标志。民事法律行为从本质上讲,应当是一种合法的行为。行为的合法性是民事法律行为的第三个构成要件。

【无效民事行为】不符合民事法律行为的有效要件,从而不能产生行为人预期的民事法律后果的行为。无须任何人主张,也不必经任何程序,从一开始就不发生法律上的效力。无效民事行为,不因事后情况变更或时间经过而使无效变为有效。无效民事行为从行为开始时起就没有法律拘束力。中国民法通则第五十八条规定,下列民事行为无效:(1)无民事行为能力人实施的;(2)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;(3)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;(4)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;(5)违反法律或者社会公共利益的;(6)经济合同违反国家指令性计划的;(7)以合法形式掩盖非法目的的。中国民法通则第六十条规定:民事行为部分无效,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。

【可撤销的民事行为】当事人意思表示没有表达其真实意志,在其不真实和非自愿的基础上所实施的民事行为。由于民事行为缺乏有效要件的情况不同,可撤销的民事行为与无效民事行为的法律后果也不同。可撤销民事行为在其撤销前已发生效力,但因其有效要件在成立时就不符合法律规定,因而处于一种不稳定的状态。法律授予了受害人可要求撤销的权利。如经撤销,才自始无效。可撤销的民事行为只能由特定的人主张,提出撤销的要求,该民事行为才失去效力。根据中国民法通则第五十九条的规定,下列民事行为

一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或撤销:(1)行为人对行为内容有重大误解的民事行为;(2)显失公平的民事行为。民事行为被撤销后,当事人依据该民事行为所取得的财产,应返还给对方。有过错的一方,应赔偿对方因此所受的损失;双方都有过错时,各自承担相应的责任。

【附条件的民事行为】在民事行为中规定了一定的条件,把该条件成就或者不成就,作为确定当事人之间的民事权利和民事义务发生或者消灭的根据的民事法律行为。民事法律行为的条件,可以是事件,也可以是行为。作为条件的事实有:(1)应该是将来才发生的情况。已经发生的情况不能作为条件。(2)应该是将来可能发生或者是不发生的情况。一定发生或者是根本不能发生的情况,不能作为条件。(3)应是当事人议定的事实,而不是法律规定或行为本身的性质所决定的。(4)应是合法的。附条件的民事法律行为分为两类:一类是附延缓条件又称停止条件的法律行为;另一类是附解除条件的法律行为。

【附期限的民事法律行为】在民事法律行为中指明一定的期限,把该期限的到来作为当事人间的民事权利和民事义务发生或者消灭的前提的民事法律行为。期限指一定的日期或一段时间,又称期日、期间。期限条件都是当事人约定的限制民事法律行为效力的一种方式,两者的区别在于:期限是将来一定发生的法律事实,是可知的;而条件的成就或不成就,是当事人所不能预知的,是将来可能发生的,也可能不发生的事实。从期限对民事法律行为所起的作用看,可分为附延缓期限的民事法律行为和附解除期限的民事法律行为两类。延缓期限又称始期,指民事法律行为的效力因期限的

到来而发生。解除期限又称终期,指民事法律行为的效力自成立时起发生,因期限的到来而消灭。

【代理】代理人在代理权限内以被代理人的名义,同第三人实施民事法律行为,其所形成的民事权利和民事义务由被代理人承受的民事法律关系。基于代理权而产生的代理人与被代理人之间的关系,被称作代理的内部关系。基于代理人所实施的民事法律行为而产生的代理人与第三人以及被代理人与第三人之间的关系,被称作代理的外部关系。代理具有以下法律特征:(1)通过代理人实施的行为必须是具有法律意义的行为。代理人只是代替被代理人实施民事法律行为。(2)代理人必须以被代理人的名义实施民事法律行为。代理人的代理行为所产生的民事法律关系,其民事权利的享有者和民事义务的承担者,只能是被代理人 and 第三人,而不包括代理人。(3)代理人必须在代理权限内实施民事法律行为。代理权是代理人代替被代理人实施民事法律行为的法律依据。(4)代理人在代理权限内独立地为意思表示。有权根据实际情况,为被代理人的利益独立地作出意思表示,决定民事法律行为的内容和方式。(5)代理行为所产生的法律后果直接由被代理人承担。代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义,为被代理人的利益所独立实施的民事法律行为,从法律上看,等于被代理人所为的民事法律行为。

【复代理】又称转委托、再代理。委托代理人为了被代理人利益和需要,处理代理权限内的全部和一部分事务,而另选其他的代理人实施代理的行为。因转委托而享有代理权的人称为复代理人或代理人。代理人可以转委托,但有条件限制:(1)必须是为了被代理人的利益;(2)应当事先取得被代理人的同意;(3)只有在紧急情况下,

才允许未经被代理人的事先同意而转委托。基于代理人的转委托,委托代理人将其所享有的代理权的一部分或者全部转托给复代理人。复代理人的代理权,不是被代理人直接授予,原代理人选定的复代理人,对复代理人的代理活动有监督权。复代理人的代理权以原代理人的代理权为限,只能等于或小于原代理人的代理权,不能超过原代理人的代理权。复代理人不是原代理人的代理人而依然是被代理人的代理人,复代理人仍应以被代理人的名义为民事法律行为,由此产生的权利和义务仍然直接归属于被代理人而不归属于原代理人。中国民法通则第六十八条规定:“委托代理人为被代理人利益需要转托他人代理的,应当事先取得被代理人的同意。事先没有取得被代理人的同意的,应当在事后及时告诉被代理人,如果被代理人不同意,由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任,但在紧急情况下,为了保护被代理人的处益而转托他人的除外。”

【无权代理】没有代理权而以他人名义实施的民事行为。广义的无权代理包括表见代理和表见代理以外的无权代理。表见代理指无权代理人因与本人有某种特殊关系,客观上使人相信其有代理权。基于这种关系,法律使本人负授权人的责任。一般情况下,无权代理是在狭义上使用的。狭义无权代理仅指表见代理以外的,没有代理权、超越代理权或代理权终止后仍以他人名义而实施的民事行为。中国民法通则第六十六条规定:“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意。”“第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害时,

由第三人和行为人负连带责任。”

【公民】具有一个国家的国籍,依据该国法律规定,享有权利和承担义务的自然人。公民一词源于古希腊和古罗马国家制度,与国家、法律紧密相连。奴隶社会和封建社会中,奴隶和农奴并不具有公民资格。资产阶级革命时期,17 和 18 世纪的资产阶级思想家,倡导“主权在民”的理论,才将国家的全体成员都视为公民。资产阶级夺取政权后将公民的称谓写入宪法,强调国家权力属于全体公民。中国宪法第三十三条规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”中华人民共和国公民具有法律赋予的权利能力,是民事法律关系的主体。民事活动中,公民是民事权利的享有者和民事义务的承担者。传统的民法和民法学著作一般使用自然人的概念,而不使用公民的概念。资产阶级法律中使用自然人的概念,规定凡自然人均为民事权利主体,是历史的进步。十月社会主义革命胜利后,1922 年的《苏俄民法典》使用了公民的概念,突出强调了作为权利主体的人的社会法律属性。公民与“自然人”非完全相同,自然人是相对于“法人”的法律概念。“自然人”不但包括中国公民,也包括外国人和无国籍人。中国公民是具有中华人民共和国国籍的自然人。中国民法通则第二章的标题为公民(自然人),明确表明了具有中国国籍的一切自然人都是中国公民,都具有平等的法律地位。

【民事权利能力】法律赋予民事法律关系主体可以享有民事权利和承担民事义务的资格。是成为民事主体的前提条件,具有了民事权利能力,就具有了法律上的人格,就能以独立的民事主体的资格参

与民事活动。传统民法理论中,民事权利能力又称“人格”。公民的民事权利能力并非是民事主体实际享有的具体民事权利,仅指公民享有具体民事权利的一种资格,公民只有具有了民事权利能力,才能取得并享有具体的民事权利。民事权利能力是国家赋予公民取得民事权利和承担民事义务的资格,非依法律规定,不得限制和剥夺。公民对自己的民事权利的能力也无法放弃。公民的民事权利能力始于出生,终于死亡。公民的民事权利一律平等。法人的权利能力即法律允许其进行经营活动的范围。

【民事行为能力】简称行为能力。民事主体以自己的行为,进行民事活动,取得民事权利和承担民事义务的能力或资格。广义讲,行为能力不但包括民事主体实施合法行为的能力,还包括民事主体对其违法行为承担民事责任的能力。民事行为能力并非一切公民都具有,也不是人一出生就具有。法律根据自然人不同年龄所具有的不同认识能力和判断能力,或者根据自然人的精神健康状况将公民的行为能力划分为三类:(1)完全行为能力。18周岁以上的公民是成年人,为完全民事行为能力人,可以独立进行民事活动。16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人;(2)10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制行为能力人,可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动。(3)不满十周岁的未成年人或不能辨认自己行为的精神病人为无民事行为能力人。法人的民事行为能力与其民事权利能力一致,法人之间各自行为能力的差别,取决于有关法律规定对其民事活动范围的限制。

【监护】对无民事行为能力的人和限制民事行为能力人的人身、财

产和其他合法权益依法实行监督和保护的一种法律制度。由监护人以代理人的身份,代理或辅助未成年人、精神病人进行民事活动,以达到保护被监护人的合法权益,维护正常的社会秩序的目的。按照中国民法通则的规定,监护分为对未成年人的监护和对无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人的监护,监护人依法行使监护的权利受法律保护,任何人不得非法干涉和侵犯;监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的,人民法院可根据有关人员或者有关单位的申请撤销监护人的资格。监护人的设立有两种方式:由法律直接规定监护人,称作法定监护;由有关部门或人民法院指定监护人,称作指定监护。

【宣告失踪】法院对离开自己住所没有任何音讯而处于下落不明状态达到一定法定期限的公民,经利害关系人申请,在查明事实后,依法宣告该公民为失踪人的一种法律制度。根据中国的法律规定和司法解释,宣告公民为失踪人必须具备:(1)须有下落不明的事实;(2)下落不明须达到一定期限,即公民下落不明持续满两年;战争期间下落不明的时间,从战争结束之日期起计算;(3)须有利害关系人向人民法院提出申请;(4)须经人民法院依法定程序宣告。在民法中确立宣告失踪制度,对于结束因公民长期下落不明,其法律地位和与其相关连的民事法律关系长期处于不确定的状态,保护利害关系人的合法权益,维护社会经济秩序有重要意义。

【宣告死亡】公民下落不明达到一定期限后,经利害关系人申请,法院依照法律规定的条件和程序,在法律上推定失踪人死亡的一种法律制度。目的在于以此结束因该公民长期下落不明所造成的与其有关的民事权利和民事义务的不确定状态,保护该公民的近亲

属和其他利害关系人的合法权益,维护正常的社会秩序。宣告死亡又称推定死亡。依照中国有关法律规定和司法解释,必须具备的法定条件是:(1)被宣告死亡的人必须是下落不明的公民。(2)下落不明必须满一定的期限,一般下落不明的须满4年;战争期间下落不明的,从战争结束之日起计算,须满4年;因意外事故下落不明的,从事故发生之日起须满2年。(3)必须由利害关系人申请。(4)必须由人民法院依照法定程序予以宣告。人民法院宣告死亡的日期,是下落不明的人在法律上被推定死亡的日期。由于被宣告死亡的人并不一定已真正死亡时,被宣告死亡的人重新出现或者确知其并未死亡时,经本人或利害关系人申请,人民法院应当撤销对其死亡宣告。有民事行为能力的人在宣告死亡期间所实施的民事法律行为有效。

【住所】民事主体以久住的意思生活和活动的主要基地或中心场所。在公民和法人的民事活动中,住所有重要的法律意义。确定民事主体的住所,对保障其合法权益有重要的作用。住所可分为:(1)原始住所与选择住所。前者指公民出身时的住所;后者指公民为取代其原始住所而选择的住所。(2)意定住所与法定住所。前者指依本人意志所选定的住所;后者指不依本人意志或其实际住处而由法律所推定的住所。(3)法人住所与自然人住所。法人以其机关的所在地为住所。根据中国民法通则第十五条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”未成年人和被认定为无行为能力的人以其监护人的住所为住所。公民的经常居住地,一般指公民最后连续居住满一年以上的地方,住医院治疗除外。

【居所】因一定目的暂时居住或者外出旅行客居的处所。居所与住所法律上不同。住所是公民的久居之处,一个人只准许设立一个住所,而居所由于不是久居之地,一个人可以同时有数处居所。如果一个人的住所无可考察,或者在中国没有住所的可以视其居所住所。中国法律规定在涉外民事法律关系中,当事人的住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个居所的,以与产生纠纷的民事法律关系有最密切联系的居所住所。当事人有两个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准;当事人没有营业所的,以其住所或者经常居住地为住所。

【个体工商户】公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,取得营业执照,从事工商业经营的法律形式。个体工商户是公民作为民事主体的一种以户的名义出现的特殊组织形式。个体工商户的合法权益受法律保护。个体工商户对其合法取得的生活资料和法律允许其所有的生产资料享有所有权。经批准可以起字号,刻图章,在银行开立帐户。个体工商户的合法权益受到侵犯时,有权请求人民法院予以保护。个体工商户应依法履行法律规定的义务,享有依法进行工商经营的权利。个体工商户对其所负的债务须承担无限清偿责任。个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的以家庭财产承担。对于以个人名义申请登记,用家庭共有财产投资或收益的主要部分供家庭成员享用的,其债务应以家庭共有财产清偿。

【农村承包经营户】农村集体经济组织的成员,在法律允许的范围内,按照承包合同的规定,以户的名义从事商品经营的一种组织形式。是集体经济组织的一种生产经营形式。农村经营户的合法权

益受法律保护。农村承包经营户通过与集体经济组织签定承包经营合同,取得承包经营权,对所承包的土地及其他生产资料享有使用权。国家保护农村承包经营户享有的生产资料和生活资料的所有权,其合法经营取得的劳动收入,在交纳承包金和国家规定应缴纳的税款以后,归自己所有,任何单位和个人不得非法侵占。农村承包经营户对依法承包的土地、果园、山岭享有长期承包权。农村承包经营户必须履行法律规定的义务。和个体工商户一样,对自己在生产经营中所负的债务承担无限清偿责任。

【个人合伙】两个或两个以上的公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等共同经营、共同劳动的一种组织形式。个人合伙须具备下列条件:(1)根据合伙合同而成立。(2)必须由合伙人共同出资。个人合伙必须由两个或两个以上的公民组成。(3)须共同经营、共同劳动。在现实生活中有的公民按照协议提供资金或者实物,并且约定参与合伙盈余分配,不参加合伙提供资金和实物,但约定参与盈余分配,也都视为合伙关系。(4)合伙经营积累的财产是合伙人的共有财产。(5)各合伙人都是权利义务主体,对外共同承担无限连带责任。中国民法通则规定,合伙人对投入的财产,享有统一管理和使用的权利;合伙的业务活动由合伙人共同决定;合伙人可推举合伙负责人和其他人员执行业务活动,由此产生的民事责任,全体合伙人都有承担的义务;合伙的债务由合伙人按照出资比例或者协议约定,以各自的财产承担无限清偿责任;个人合伙的合法权益受到侵犯时,合伙人有权请求人民法院予以保护。

【法人】具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。人类社会发展到一定阶段的产物。是

商品交换突破了只能在自然人之间进行的限制,各种经济组织和社会组织体在商品经济发展中地位日益重要的客观要求在法律上的反映。具有其自身的特征:(1)必须具有一定的组织机构,又称法人的“机关”。(2)必须有自主经营所必须的财产或者经费。法人的财产一经形成,即变为一种独立的财产,要与他人财产和法人成员个人的财产区别开。(3)独立享有民事权利并承担民事义务。以自身独立的财产对外承担有限责任。法人的独立财产是法人赖以进行民事活动的基本物质条件,法人的独立财产责任是其独立承担民事责任的核心内容。中国民法通则第三十七条规定“法人应当具备下列条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。”根据法人成立的目的、方式、结构形式和活动内容等,法人可分为:公法人与私法人;社团法人与财团法人;营利法人与公益法人;本国法人与外国法人;企业法人 with 事业法人等。

【法定代表人】依照法律或者法人组织章程的规定,不需要特别委托,直接以法人的名义进行民事活动,代表法人行使职权的负责人。法定代表人依据法人章程所进行的民事法律行为,即是法人本身的行为,其行为的一切法律后果由法人承担。法定代表人行为不当或者法定代表人本身的变动,并不影响其行为对法人的约束力。代表法人签署各种文件是法定代表人行使职权的主要表现形式。法人的法定代表人由法律或者法人组织章程予以规定。法定代表人有权代表法人行使职权,同时有义务正确地组织领导法人的经营活动,执行国家的法律和政策,否则即应承担相应的法律责任。法人的法定代表人实现法人的民事行为能力。法人的重要民事活动由法人机关来进行。法人机关分为集体机关,如董事会;单一机

关,如厂长、经理。都是法人的法定代表人。

【联营】企业或企业与事业之间,采取一定的法律形式所进行的联合经营。国家各级管理机构与各级经济组织间的行政隶属和指挥、监督等垂直领导关系称为纵向经济管理,相对而言,民事主体之间,通过生产要素的交流和重新组合,以求产生更大的经济效益的各种民事活动,称为横向经济联合。民法通则中的联营,指这种行为达到一定的经济目的,按照法律或者协议的规定,在联合经营中所形成的经济组织的法律形式。中国民法通则第五十一条到五十三条规定了横向经济联合中3种不同内容和形式的联营:(1)法人型联营。指参加联营的企业法人或事业法人在保留各自法人资格的情况下,另外组成一个新的具有法人资格的联营企业。(2)合伙型联营。指参加联营的企业或事业法人订立合伙协议,联营者按比例出资,共同经营,并约定承担连带财产责任或按份财产责任。(3)协作型联营。指参加联合的企事业单位通过联营合同,建立协作关系,各自独立经营,分别承担自己的民事责任。

【民法上的物】作为民事法律关系客体的物。客观存在的,能够为人类所支配和利用的,具有一定的经济价值可以构成人们财产一部分的物质财富。传统民法理论认为,民法上的物必须具有客观物质性、可支配性和可使用性。(1)作为民事法律关系客体的物,必须是能够为民事主体所支配和控制的物质财富。尚不能为人类所支配和控制的物,不能作为民事法律关系的客体,不能叫做民法上的物。随着科学的进步和技术的发展,能为人类所支配的物日益增多,作为民事法律关系客体的物的范围也越来越大。(2)民法上的物必须是能够满足人们的某种生产或生活需要的,并能在商品交

换中体现出价值的物质财富。民法调整的是以物质资料的占有、使用、交换和分配为基础的商品经济关系,只有能够满足人们的某种生产或生活需要的,并能在商品交换中给人们带来某种经济利益的物质财富,才是民法上的物。虽然能为人类所支配和控制,但没有使用价值和交换价值的物,不成为民事法律关系的客体。(3)作为民事法律关系客体的物必须是可以构成人们的财产一部分的物质财富。因此民法上的物是一种法律上的物,由体现统治阶级意志的法律规范所确定。并非一切自然界的物都当然地成为民事法律关系客体的组成部分。社会形态把哪一种物作为民事法律关系客体是不同的,物的范围和法律地位取决于一定社会的经济制度和统治阶级的意志。废除奴隶制以来,人身在法律上已不再是民事法律关系的客体,现代各国民法都禁止任何人对他人的人身享有排他性的权利。所以必须是存在于人身之外的,为人们所能控制的,并具有交换价值的东西,国家才用法律规范确定为民事法律关系的客体。物的不同属性关系到具体的民事法律关系是否发生、设立、变更和终止的法律效果,在民法理论中对民法上的物要作专门的研究。中国民法上的物可分为:生产资料和生活资料;固定资产和流动资金;种类物和特定物;流通物、限制流通物和非流通物;可分物和不可分物;动产和不动产;主物和从物。另外还有漂流物、埋藏物、拾得物、遗失物等。

【标的】民事法律关系的客体。民事法律关系主体之间的民事权利和民事义务所指向的对象。由于民事法律关系的客体难以化一,关于民事法律关系客体的范围,中外学者说法各异,但都承认,各种社会关系都是人们相互间为取得物质、精神等利益需要而形成的。所以民事法律关系的客体必须是能够满足社会成员利益需要的东

西。一般说民事法律关系的客体包括:(1)物(财产)。作为民事法律关系客体的物,不仅具有物质属性,而且具有法律属性。(2)劳务或其他行为。债权、债务的标的是债务人特定的行为标的。这种特定行为,法律上称为给付。标的和标的物是有区别的,标的指给付本身,而标的物是给付的对象。一些劳务必须有物化的结果,才能满足当事人的需求,有些行为以其本身就足以完成给付,不必另有标的物。(3)智力成果指脑力劳动所产生的精神财富。不论有无物质表现形式,都可以作为民事法律关系的客体。(4)其他。在许多民事法律关系中并不需行为,也难以确定具体的物。例如,人格权关系以及人们的生命健康等。一般认为标的一词使用范围较客体一词要小,在民事法律关系如物权关系、债权关系上,通常使用客体一词;在合同关系上,通常使用标的一词。标的既可以是物,也可以是行为,还可以是智力成果。

【动产】可以移动位置,移动以后不改变其性质、形状,特别是经济价值的物。物的这种分类方法的法律意义在于:动产转移所有权时,一般无须到一定的国家机关进行登记。在涉外法律关系中适用冲突规范时,两者也有区别,一般说,动产物权按“动产随人”的原则适用“属人法”。近代,有些国家规定动产和不动产物权都适用“物之所在地法”。中国民法通则第一百四十九条规定:“遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。”

【不动产】不能移动位置,移动后会引引起性质、形状改变,特别是会降低其价值的物。中华人民共和国最高人民法院,《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第一百八十六条规

定：“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”物的这种分类方法的法律意义在于，不动产转移所有权时，必须到一定的国家机关进行登记。在涉外法律关系中适用冲突规范时，一般说，不动产物权适用“物之所在地法”。中国民法通则第一百四十四条规定：“不动产的所有权适用不动产所在地法律。”同时，在民事诉讼中区分诉讼标的是否是不动产以确定案件的专属管辖。《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条第一款规定：“因不动产提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。”

【特定物】种类物的对称。依物单独具有的特征或者由当事人主观意志认定的不能以其他的物代替的物。具有不可替代性。种类物可以由于当事人的选定而特定化，成为特定物。把物分为种类物和特定物，是民法中区分物的一种特有的分类方法。这种分类方法在所有权关系和债权关系中有重要的法律意义。债权的客体可以是特定物也可以是种类物；所有权的客体只能是特定物。不同的民事法律关系对客体有不同的要求。有些民事法律关系的客体只能是特定物；有些民事法律关系的客体只能是种类物。以特定物为标的物的债，标的物在履行前毁损灭失，债务人免除实物交付的义务，但应赔偿对方的损失。以种类物为标的物的债，当标的物在履行前毁损灭失时，债务人仍须交付同种类、同数量、同质量的实物。

【种类物】特定物的对称。依据物所共有的特征来确定的物。种类物可以用度量衡计算，并可以用同种类、同质量的物代替。种类物与特定物的区分是相对的，这种区分在法律上的意义在于：有些民事法律关系的客体必是种类物，以种类物为标的物的债，标的物在交付前毁损灭失时，债务人仍须交付同种类、同数量、同质量的物。

【流通物】又称不限制流通的物或不限制流转物。根据法律规定允许在民事主体之间自由流通的物。中国把物分为流通物和限制流通物的法律意义在于,流通物可以成为公民、法人及国家设立民事法律关系的客体,能够自由流通。是以物能否流通,能在何种范围内流通为标准,在法律上所作的一种划分。与其相对,限制流通物指依照法律的规定,在民事流转的范围和程度上受到限制的物。禁流通物则指法律不允许在任何民事主体间流通的物。

【主物】可以独立存在,但须合并使用才能发挥作用的两个物中的起主要作用的物。物的这种分类其法律意义在于:合并使用的物,如果法律没有特别规定,合同也没有相反的约定,主物的归属决定从物的归属;民事流通中,从物的所有权随主物所有权的转移而同时移转。

【从物】可以独立存在,但须合并使用才能发挥作用的两个物中,起辅助作用的物。物的这种分类的法律意义在于:合并作用的物,如法律没有规定,合同也没有相反的规定时,从物的归属依主物的归属而定;在民事流通中,从物的所有权随主物的所有权的转移同时移转。

【可分物】经过分割不改变其性质,特别是不损害其经济用途或价值的物。把物分为可分物和不可分物,是民法中区分物的一种分类方法,在分割财产时有实际意义。对可分物可以进行实物分割,对不可分物则不能分割实物,只能以变价分割或作价补偿的方式进行。

【不可分物】经过分割即会损害其经济用途或改变性质,特别是会降低其经济价值的物。把物分为不可分物和可分物,是民法中区分物的一种分类方法,在分割财产时有实际意义。对不可分物不应分割实物,只能以作价补偿或变价分割的方式进行;对可分物则可以进行实物分割。此外,在多数的债中,其标的物为不可分物时,应为连带之债。

【孳息】由物或权利所产生的收益。孳息分天然孳息和法定孳息两种。天然孳息指按原物的自然规律自然产生的或按用法而收获的物。天然孳息可以自然产生,也可以是人工在对出产物没有进行加工改造的情况下,按物的用法收获的物。天然孳息必须是与原物已经分离的物,如果没有分离,依然是原物的组成部分。法定孳息指根据法律的规定,由法律关系本身所产生的收益。法定孳息一般指原物由他人使用时所产生的收益。关于孳息所有权的归属,在没有与原物分离之前,只能由原物的所有人所有。孳息产生以后,如果法律或合同没有特别规定,也应由原物所有人所有;如果原物已经转移占有,依照法律或合同的规定,也可以由产生孳息时候的合法占有人所有。在恶意占有他人财产的情况下,占有人无权收取孳息,在返还财产时应将原物和孳息一并返还所有人;在善意占有的情况下,可以仅返还原物而不返还孳息。原物的所有权转移后,对孳息的取得权也即随之转移。

【有价证券】券面所表示的财产权利必须在实际持有该证券时才能得以实现的书面凭证。具有下列特征:(1)财产权利直接表现在证券上。权利与证券不可以分离,融为一体,权利证券化。(2)权利的行使

使不能离开证券。证券的持有人是权利人。离开证券,权利人不能主张权利。(3)权利的转让通常以提示和交付证券为条件。有价证券是商品货币关系高度发展的产物,是流通的媒介,可以扩大和加速商品流通的过程。有价证券可根据所代表的权利性质,权利与占有的关系程度,证券的转移方式,证券上是否载明产生权利的原因等,分为:汇票、本票、支票、公债、国库券、金融债券、企业债券、股票、提货单、仓单等,以及完全有价证券、不完全有价证券、记名证券、不记名证券、指示证券、要因证券、无因证券等。

【所有权】又称财产所有权。所有人依法对自己的财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。不同的情况下,对所有权可以有不同的理解。狭义上说,所有权是法律规定的一项民事权利。在所有权法律关系中,权利主体是特定的所有人,义务主体是不特定的除所有人以外的任何人。所有人对其财产享有直接支配的权利,无需他人的积极协助就能实现自己的权利;义务主体的义务仅仅是需要尊重和不干涉所有人行使其权利。财产所有权的客体是物而且是特定物。财产所有权的内容,是所有人对物的占有、使用、收益和处分的权利,这四项内容又称所有权的权能。财产所有权是物权的一种。在物权中,财产所有权具有物权的一切内容,被认为是完全的物权,是建立在自己所有的物上面的物权,称为自物权。是不以别的权利的存在为前提而能独立存在的权利,被称作主物权。在社会经济生活中财产所有权是一项基本的民事权利。从广义上理解,所有权是一种法律制度。财产所有权制度包括了宪法、民法、刑法、行政法等法律规范规定的,对物质财富的取得、归属、支配的权利以及对财产所有权的行使和保护等内容。

【国家财产所有权】国家对全民所有的财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。巩固和发展社会主义全民所有制的法律手段。在中国,国家财产属全民所有。代表全体人民的中华人民共和国,是国家财产所有权统一的唯一的主体。国家在一般情况下,并不直接占有、使用和经营其财产,而是交给企事业单位经营。中国民法通则第八十二条规定:“全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权,受法律保护。”国家财产的所有权与国营企业的经营权是可以分离的。授予国营企业经营权是国家代表全体人民行使所有权的方式。国家所有权的客体具有无限广泛性。国家可以享有一切财产。国家专有的财产,只能作为国家所有权的客体。保护国家财产是各个法律部门共同的任务。

【集体财产所有权】又称劳动群众集体所有权。劳动群众集体组织依法对其财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。中国民法通则第四十七条规定:“劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有。”农村各种集体经济组织、乡镇企业和城镇手工业合作社及其他集体经济组织都是集体所有权的主体。集体经济组织在法律的范围内对其所有权的财产在自愿互利、等价有偿的基础上进行经济往来。民法通则第七十四条规定:“集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。集体所有的财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。”

【个人所有权】又称公民个人财产所有权。公民个人对自己通过劳动或者其他合法方式所取得的生活资料和生产资料所享有的占

有、使用、收益和处分的权利。公民个人对其所有的生活资料享有的所有权,是宪法赋予公民的一项基本的财产权利。中国公民分民族、性别、职务、年龄,对自己所有的生活资料都享有平等的权利。每个公民都是自己生活资料所有权的主体,可以依法行使其所有权的各项权能。公民个人生活资料所有权的客体较为广泛,凡法律允许公民个人所有,用于满足物质、文化生活需要的物,公民均可通过合法途径取得,并享有所有权。个人所有权的主体,是国家法律所允许的从事个体劳动的经营者,主要是城乡个体工商户。公民个人生产资料所有权的客体,主要是适应个体劳动者生产经营需要的物资生产资料。公民个人生产资料所有权的内容是其对这些生产资料占有、使用、收益、处分的权利。法律保护公民生产资料所有权的行使,但公民在行使这种权利时,必须遵守国家的政策和法律,不得危害国家、集体和社会公共利益,也不得损害其他公民的合法权益。

【他物权】又称限制物权。权利人根据法律或者合同的具体规定,对他人所有的物,以所有权的权能为内容,作为他人所有权上的负担,而限制其所有权的一种直接支配物,并排除他人非法干涉的权利。分为用益物权和担保物权两大类。用益物权指以物的使用和收益为目的的他物权。担保物权指以担保物的交换价值的取得为内容的权利。用益物权就物的实体,利用其物,以其使用价值的取得为目的。在传统民法上,地上权、永佃权、地役权等都属于用益物权。担保物权,是一种为提供债权担保所设立的从权利,以就其标的物所卖的价金清偿债务为目的。抵押权、质权、留置权都属于担保物权。他物权是根据权利人是对自己的物享有物权,还是对别人的物享有物权所作的一种划分。相对于他物权,所有权被称为自物

权,也称完全物权。他物权没有所有权那样的全面的支配力,只在某些方面,享有特定的支配力,而且还要受标的物上的所有权的制约,被认为是不完全物权。中国民法通则没有采用物权的概念,但规定了“与财产所有权有关的财产权”,实质上是传统民法中的他物权。民法通则明文规定的他物权有:使用权、土地使用权、经营权、承包经营权、采矿权及相邻权。

【使用权】作为中国民法通则中规定的使用权,指全民所有制单位或集体所有制单位以及公民个人依法对国家或集体所有的土地、森林及其他自然资源依法所享有的使用、收益的权利。民法通则第八十条规定:“国家所有的土地,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用、收益的权利。”第八十一条规定:“国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用收益的权利。”城镇或农村的居民对经国家行政主管部门批准的宅基地有使用的权利。使用权具有如下的特征:(1)使用权派生于国家或集体对自然资源的所有权;(2)使用权依据法律的规定而产生,其主体、客体及内容均须依法律规定来确定;(3)取得使用权的全民所有制单位、集体所有制单位和公民个人不仅要依法行使自己的权利,而且必须履行法律规定的管理、保护和合理利用的义务,不得破坏自然资源。同时使用人不得以买卖或者其他形式非法转让使用权的客体。国家保护使用权的使用、收益的权利,任何组织和个人非法侵犯其使用权时,权利主体都有权请求人民法院给予保护。

【承包经营权】中国民法通则规定的公民个人或集体组织在法律规

定的范围内,通过承包合同,对属于集体所有的或者国家所有由集体使用的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源所享有的占有、使用和收益的权利。民法通则第八十条规定:“公民、集体对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。”第八十一条规定:“公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。”随着农村经济体制改革的发展和深入,承包经营已成为农村集体经济的重要经营方式。承包经营权的主体是公民和集体,这里所指的公民,主要指农村集体经济组织的成员,既包括个人,也包括农民家庭。所指的集体,指两个以上的农民组成的劳动集体组织。承包经营权的客体,主要是土地或其他自然资源。承包经营权的内容表现为对承包客体的占有、使用、收益的权利。承包经营权具有排他性,承包方和其他任何人都负有义务,不得妨碍承包经营权人行使权利。法律保护公民和集体组织通过依法签订的承包合同所取得的承包经营权;同时,承包方也承担了法律规定的或合同约定的义务。

【宅基地使用权】中国城乡公民在依法取得的国家所有或集体所有的宅基地上建筑房屋并居住的权利。宅基地使用权的主体,主要是中国公民,包括城市居民和农村的农民。城镇非农业户口的居民经合法的批准手续,也可以使用集体所有的土地作宅基地建造房屋。宅基地使用权的客体,在城市市区是国家所有的土地;在农村和城市郊区一般是集体所有的土地。城镇居民建造房屋须使用宅基地时,须向所在地的土地管理部门申请,经批准依法取得宅基地使用

权;城市郊区和农村农民的宅基地,应当按照乡(镇)、村建设规划,统一安排,禁止任何单位和个人未经批准,擅自占地建造房屋。宅基地使用权的内容有:(1)经审核批准的宅基地,使用人有长期使用的权利,受国家法律保护。(2)使用人有权在宅基地上建造房屋等建筑物居住和使用。建筑物的所有权归建筑人所有。(3)使用人有权在房前屋后的宅基地上种植树木,其所有权归种植人。(4)宅基地不准买卖、出租、抵押或以其他方式非法转让。买卖、出租住房后,再申请宅基地建房的,不予准许。(5)行使宅基地的使用权,不得妨碍公共利益和他人合法权益。

【经营权】中国全民所有制企业,在国家法律授权的范围内,对国家交与其经营管理的财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。特征是:(1)国营企业经营权是国家所有权派生出来的一种权利。(2)国营企业权的取得是基于国家的授权行为。(3)经营权具有排他性,其他的公民和法人都负有不妨碍国营企业行使其经营权的义务。(4)经营权具有局限性,国营企业只限于在国家授权的范围内行使占有、使用、收益和处分的权利。经营权的主体即国营企业,凡依法成立的国营企业,自成立之日起,在国家授权的范围内即取得相对独立的经营权。经营权的客体是国家授权由企业经营管理的财产,包括固定资产、流动资金、专用基金、税后留成等。国营企业经营权的内容即国营企业对国家授权经营的财产所享有的占有、使用、收益和处分的权利。国营企业通过使用国家授权的财产,为国家取得一定的经济利益,是行使经营权的目。

【相邻权】两个或两个以上相毗邻的不动产所有人或占有人,因对各自享有权利的不动产行使其所有权或他物权时,相互间应当给

予便利和接受限制,而依法对他方不动产直接享有的权利。本质上,相邻关系是相邻的不动产的权利人,行使其物权的一种延伸或者限制。相邻权属于不动产物权,是用益物权的一种。相邻权的法律特征是:(1)相邻关系的主体是两个或两个以上的不动产的所有人或占有人。(2)相邻关系主体所有或占有的不动产相互毗邻,是其基本的特征。(3)相邻关系的客体,不是相邻的不动产本身,而是相邻不动产的物权人行使其权利时所体现的利益。(4)相邻权的行使必须以从相邻另一方取得便利为限度。中国民法通则第八十三条规定:“不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失。”

【债】按照合同约定或依照法律规定,在特定当事人之间所产生的特定的权利义务关系。在债的关系中,享有权利的人称为债权人;承担义务的人称为债务人。参与债的民事法律关系的当事人被称为债的主体。债人所享受的权利被称为债权;债务人所承担的义务被称为债务。债权和债务被称为债的内容。债权和债务是不可分割的两个方面,相对应而存在,不能相互脱离而单独存在。债的关系从债权人看,可称为债权关系,从债务人方面看,也可以称为债务关系。债权人的权利和债务人的义务所共同指向的对象,被称为债的客体,又称债的标的。可以是物,也可以是行为,还可以是智力成果。在传统民法理论中,主体、客体和内容被称为债的三要素。民法上的债作为一项法律制度,其本质是债权人实现其特定利益的法律手段。债的关系的成立,旨在达到一定的法律目的,价值即把债权转化为物权或与物权同等或相似的权利。债是民法所调整的

财产关系的重要组成部分,是商品经济中动态财产关系即财产流转关系在法律上的高度抽象。债的关系和一切民事法律关系一样,必须基于一定的法律事实才可能发生、变更和消灭。因此在民法理论中,凡是能够引起债的关系发生的法律事实,称为债的发生根据。依债的发生根据的不同,债分为合同之债、侵权行为之债、不当得利之债和因其他原因所生之债。民法理论中,按照不同的标准,可以对债作出不同的分类:(1)按照债的主体数量的多少,债可以分为单一之债和多数人之债。(2)在多数人之债中,按照主体各自的权利义务范围和相互关系的不同,又可分为按份之债和连带之债。(3)根据债的标的物的属性,债可分为特定之债和种类之债。(4)根据债的内容可否由当事人选择,债可分为简单之债和选择之债。(5)根据债务人的义务内容,债可分为劳务之债和财务之债。(6)根据两个债的关系,债分为主债和从债。此外债还可以根据其他标准,分为总债和分债;指名之债和证券之债等。

【无因管理】没有法律规定的义务,也没有合同约定的义务,自愿为他人管理事务的行为。债的发生根据之一。无因管理这种法律关系形成后,便在管理他人事务的“管理人”与事务被人管理的“本人”之间产生债的关系,即管理人有了请求补偿为管理事务所支出的必要费用的权利;其事务受到管理的本人负有向管理人补偿该项费用的义务。管理人在无因管理中应当像管理自己的事务一样尽责,并须于事后设法及时通知本人,还应对由于自己的过错而造成的对方的损失负赔偿责任。无因管理应具备下列 3 个条件:(1)必须是既无法律上的义务,也没有合同约定的义务。是无因管理与委托代理、法定代理、指定代理以及合同义务的区别。(2)必须是管理他人的事务,而且只有管理能发生债权债务关系的事务,才是无

因管理。纯粹以道德为内容的事务,虽经管理,但不能发生债权债务关系,不是无因管理。(3)必须是为他人的利益。通常,不经本人同意而擅自管理他人事务,是为法律所不许的,只有在以维护他人利益为目的时,才为法律所特许。如以损人利己为目的而擅自管理他人事务,不仅构不成无因管理,情节恶劣时,还可能构成侵权行为。

【不当得利】没有法律的或合同约定的根据,有损他人而自己获得的利益。债的发生根据之一。不当得利事实发生后,不当得利人便负有将不当得利返还给利益受损人的义务;利益受损人则有权请求不当得利人返还其不当得利。如果不当得利人是善意的,在获得利益时并不知道自己没有法律上的依据,返还利益时可只返还尚存部分;如不当得利人是恶意的,在取得利益时明知没有合法的根据而仍然接受,即应负全部返还的责任。不当得利的构成要件是:(1)一方获利;(2)他方受损;(3)所获利益与所受损害之间有直接的因果关系;(4)所获利益没有法律上的根据。不当得利之债不同于因侵权行为所发生的债。因侵权行为发生的债,损害必须是由加害人的违法行为而造成的;不当得利之债的不当得利人,其本人并无违法行为,他人所以受损害,往往由于受害人本人或者第三人的疏忽、误解或过错造成。

【合同】又称契约。两个以上的当事人之间,关于建立、变更或消灭民事法律关系的协议。(1)合同是双方或多方意思表示一致的民事法律行为。只有双方或多方当事人达成协议,合同才能成立。(2)双方当事人在合同关系中法律地位平等。一方不得限制或强迫命令他方。(3)合同是当事人在自主自愿的基础上,为了建立、变更或

消灭民事法律关系达成的协议。(4)合同的内容必须合法。不能违反法律、政策和社会公共秩序。依法成立的合同具有法律约束力。当事人必须全面履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或解除合同。任何一方无合法原因而不履行或不完全履行合同义务时,应负违约责任,对方有权请求履行或解除合同,并有权就不履行或迟延履行所造成的损失请求赔偿。合同发生纠纷时,当事人应及时协商解决;协商不成时,任何一方均可向国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁,也可以直接向法院起诉。合同的订立可以用书面形式,也可以用口头形式。法律有特殊规定时,必须采用法定的书面形式或公证、鉴证等形式方为有效。国家保护合同当事人合法权益。合同是最典型、最普遍的债的发生根据之一。

【合同条款】明确具体地规定合同双方当事人权利和义务的合同的内容。一般书面合同的内容均包括若干条文,条下分款,款下分项,合在一起,统称条款。合同的条款又可分为必要条款的一般条款。必要条款又称主要条款或基本条款。当事人对必要的条款达成协议,合同即成立。确定合同的必要条款,首先要根据法律的规定。中国经济合同法第十二条规定合同的主要条款包括:标的,数量和质量,价款或酬金,履行的地点和方式,违约责任。其次是根据合同的性质来确定,最后是根据当事人的意愿来确定。合同的普通条款指合同的主要条款以外的条款,又称一般条款。普通条款又可分为通常条款,和狭义的一般条款。通常条款即指不必经当事人协商,而直接依据法律或交易习惯的规定当然地成为合同内容的条款。狭义的一般条款指不经当事人协商不能成为合同内容的普通条款,这些条款可以在合同成立以后由当事人继续协商。

【要约】当事人一方向另一方提出的关于订立合同的建议。提出建议的一方称为要约人,对方称为受要约人。要约须包括要约人向受要约人表示签订合同的愿望和合同的主要条款。一般应包括合同的标的、数量和质量、价款、履行的期限、地点和方式及违约责任等。要约是签订合同的重要步骤,可以用口头或电话等方式,也可以用书信或电报等方式。口头要约在受要约人了解其内容时发生效力,书面要约一般在送达受要约人时发生效力。要约生效后,对要约人即发生约束力。要约人在要约的有效期限内,有与受要约人订立合同的义务;出售特定物的要约,要约人不得再向第三人提出同样的要约或与第三人订立同样的合同,否则对由此给对方造成的损失负有赔偿责任。如果对方没有按照约定期限做出答复,则要约人不再受要约的约束。要约中没有规定期的,如是口头要约,受要约人不立即承诺,要约即失效。合理的时间包括函电往返所需的时间和受要约人决定是否承诺所需的时间。要约生效以前,要约人可以将其发生的要约撤回。撤回的通知应先于要约到达,或与要约同时到达。要约撤回后,要约人即不受其约束。但迟到的撤回通知,不发生撤回的效力。如受要约人在接到撤回通知之前已经表示承诺,要约人不得拒绝订约。

【承诺】当事人一方对另一方提出的要约完全同意的意思表示。签订合同的重要步骤。相对于要约而言。承诺必须在要约人所指定的期限内作出才有效。口头要约而无期限的,应立即承诺方为有效;书面要约而无期限的,应在合理的时间和受要约人决定是否承诺时才有效。要约人收到承诺,合同即为成立。如承诺虽及时发出,但因邮电、交通等原因而送达迟误,超出了期限,则要约人必须立即将逾期收到承诺的情况通知受要约人,否则,视为已被接受。

承诺必须全部接受要约所提出的合同的主要条款。部分同意要约条款的承诺,修改要约条款的承诺或附条件地接受以及迟延的承诺,都视为新的要约。要约人收到承诺之前,受要约人仍有权撤回承诺。撤回的通知应先于承诺到达,或与承诺同时到达。

【违约金】法律或合同规定的,当事人一方不履行债务时,必须给付他方的一定数额的金钱。承担民事责任的方式之一,对违约的一种经济制裁。违约金的设立,目的是保证债的履行。当债务人不履行债务时,应按规定给付违约金,即使是对方没有遭受任何损失,违约的一方也要按照法律和合同的规定给付违约金。违约金的标准,如法律有统一规定的,应依规定;无统一规定的,可由双方在合同中约定。违约金一般分惩罚性违约金和补偿性违约金两种。惩罚性的违约金的目的在于惩罚,如对方因违约而造成财产损失,违约一方除支付违约金外,还应另外赔偿全部损失。补偿性的违约金,则是对合同一方当事人因他方违约而可能遭受损失的一种预先估计,给付了违约金即免除了赔偿责任,即使损失大于违约金,也不再补偿。这种办法无须对损失进行调查和计算,受损一方也可免除举证责任,使债权人能更迅捷地得到补偿,加速经济流转。《中华人民共和国合同法》第三十五条规定:“当事人一方违反经济合同时,应向对方支付违约金。如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的,还应进行赔偿,补偿违约金不足的部分。”在中国,社会中的违约金兼具惩罚性和补偿性两种性质。

【保证】合同当事人以外的第三人向债权人担保债务人履行合同义务的协议。(1)保证人可以保证全部债务的履行,也可以只担保部分债务的履行。合同对保证范围未明确规定的,应推定为保证全部

债务。主债务扩大而未征得保证人同意的,保证人对扩大部分不承担担保责任。(2)债务人不履行时,保证人应就其所担保的全部或部分为债务人承担代为履行的责任,也可以承担连带责任。其责任形式,取决于保证人同债权人的约定。(3)保证人代替履行之后,即取代主债务人的地位,有权向被保证人即债务人要求偿还。(4)保证是债的担保的一种合同形式。保证合同属于从合同,保证合同的订立以主合同的存在为前提。保证关系至少要有三人参加,即保证人、被保证人债务人和债权人。保证人对被保证人的债务愿意承担保证责任的意思表示,是成立保证合同的根本条件。(5)同一债务有两个以上的保证人时,保证人之间的责任,可以是按份的,也可以是连带的。如果法律或合同未明确规定,则推定为连带的。多数保证人中的一人代主债务人履行债务后,有权请求其他保证人按份补偿。保证合同一般必须以书面形式订立。

【抵押】债务人或第三人为了保证债务的履行,以自己的财产作担保,当债务人不履行债务时,债权人有权从抵押财产的价值中优先受偿的一种法律制度。提供抵押财产的债务人或第三人称为抵押人。接受抵押财产的债权人称为抵押权人。担保债务清偿的抵押财产被称为抵押物。抵押权人对抵押财产的这种优先受偿的权利被称作抵押权。许多国家把不动产的抵押权称抵押;把动产抵押称为质权。中国民法没有作这种划分,统称为抵押权。抵押的法律特征是:(1)抵押由原合同中的债权人与债务人或第三人通过缔结担保合同而设立。抵押合同是原合同的从合同,以主合同的合法有效存在为前提。(2)抵押人必须是对抵押物享有财产所有权或经营管理权的人。(3)抵押物可以是动产也可以是不动产,但必须是可依法流转的财产。(4)当债务人不履行债务时,抵押人有权依照法律

的规定将抵押物折价或将抵押物变卖,并从中受偿。(5)抵押权是担保物权的一种,抵押权人对抵押物享有担保物权。

【定金】订立合同的一方,为证明合同的成立和保证合同的履行,在应该给付的款项内预先付给对方的一部分货币。如给付定金的一方不履行合同,不得请求返还定金;如接受定金的一方不履行合同,按对等原则,应双倍返还定金。合同履行后,定金即作为给付的一部分。定金是债的担保的一种。《中华人民共和国合同法》第十四条规定:“当事人一方可向对方给付定金。经济合同履行后,定金应当收回,或者抵作价款。给付定金的一方不履行合同的,无权请求返还定金。接受定金的一方不履行合同的,应当双倍返还定金。”中国民法通则第八十九条也有类似的规定。通过定金的罚则,可促使双方如约履行合同,或者补偿不履行合同所造成的损失。

【留置权】合同当事人一方依照合同的约定占有对方的财产,当债务人不履行债务时,债权人有权扣留已经占有的债务人的财物;超过一定期限债务人仍不履行债务,债务人有权将所扣留的财产变卖,从价款中优先受偿的债的担保中的一种方式。(1)留置作为一种担保措施,是在债权人基于合法有效的合同占有债务人的财产的前提下成立的;(2)留置权的行使,必须在法律有明文规定的情况下进行;(3)债权人只有在债务人不按照合同给付款项时才能行使留置权;(4)留置权人必须是在债务人不给付应付款的事实超过了法定期限后,才有权以留置财产折价或者以变卖该项财产的价款抵偿应付款;(5)留置物的所有权依然属于被留置的债务人。留置物被折价或变卖,用以清偿债务后仍有剩余的,应当返还给债务人。留置权人负有妥善保管留置物的义务。如果留置权人保管不

善致使留置物毁损灭失的,应当承担赔偿责任。

【买卖合同】当事人一方将约定的标的物的所有权转移给他方,他方取得财产并支付价金的协议。在买卖合同法律关系中,负有转移标的物所有权义务的一方当事人被称为出卖人;负有给付价金义务的一方当事人被称为买受人。所谓价金指标的物的价格所表现的货币。价金是取得标的物所有权的对价。(1)买卖合同是标的物的所有权与价金对应转移的合同;(2)买卖合同是双务有偿合同;(3)买卖合同是成诺性的合同。买卖合同是商品交换的典型法律形式,当事人双方的权利和义务是对应的,一方所承担的义务就是对方享有的权利。将出卖的财产及其所有权转移给买受人,是出卖人的主要义务;同时,出卖人负有义务按合同规定的质量、数量、时间、地点来履行合同。按合同约定的时间和数额支付价款,并及时受领标的物,是买受人的主要义务。

【借用合同】又称使用借贷合同。出借人无偿将出借物交给借用人使用,借用人使用完毕后在一定期限内,将原物返还给出借人的协议。(1)借用人对借用物只有使用权,没有所有权。出借物的所有权仍然属于出借人。(2)借用合同是无偿合同,无论借用人借用的时间长短,都无须给付报酬。(3)借用合同是实践性合同,出借人只有将借用物交给借用人合同才算成立。(4)借用合同的标的物是不可消耗物、特定物。借用人借用标的物的目的在于使用,使用完毕后要原物返还。(5)借用合同是单务合同,合同成立后出借人不承担义务。但出借人在交付借用人时,该物有瑕疵的则有责任向借用人作出说明。借用人负有按借用物的用途或约定的方法使用借用物的义务,应爱护并妥善保管借用物,借用期满或出借人请求返还

时,借用人应及时返还借用物。在一般境况下,未经出借人同意,借用物不得转借第三人,更不得出租牟利。

【借贷合同】又称消费借贷合同。出借人将一定数量的货币或其他种类物交付给借用人所有,借用人按照约定的时间将同等数量的货币或同等数量、质量的种类物返还给出借人的协议。借贷合同的主要法律特征为:(1)借贷合同是实践合同,出借人交付标的物是借贷合同成立的要件之一。(2)借贷合同是单物合同,合同一经成立就只有借用人承担偿还的义务,出借人仅享有要求偿还的权利,而不承担任何义务。(3)借贷合同是转移标的物的所有权的合同。借用人有权按照自己的需要,占有、使用和处分借用物,偿还时无须返还原物。(4)借贷合同的标的物只能是货币或其他种类物。借用人的义务主要是返还借用物,其次是按照法律规定和双方约定支付利息。借贷合同也可以是无偿的。出借人的责任只是在基于出借人的过错的情况下,明知标的物有瑕疵而不告知,致使借用人遭受损失时,出借人应承担赔偿损失的民事责任。

【保管合同】寄托人有偿或无偿将物品交付保管人保管,保管人妥善保管,并按约定的时间交还保管物的协议。为他人保管物品的人即称保管人;将物品交付保管的人即称寄托人。(1)寄托人将保管物交付保管人,只转移占有权,并不转移使用权和处分权;(2)保管合同的标的物只能是特定之物,保管人返还保管物时必须返还原物;(3)保管合同多为实践合同;(4)保管合同可以有偿的,也可以是无偿的。妥善保管寄托物,完好返还寄托人,是保管人最基本的义务。保管人应亲自履行保管义务。按照合同的规定付给保管费,按期取回寄托物,是寄托人的基本义务。对于保管中特别注意

的事项或具有危险性的寄托物,寄托人应告知保管人,否则造成损失要负赔偿责任。

【委托合同】又称委任合同。受托人根据委托人的授权,以委托人的名义,从事委托人所委托的事务的协议。(1)受托人以委托人的名义和费用办理委托事务,在授权范围内实施的民事法律行为的后果要由委托人来承担;(2)委托合同可以是有偿的,也可以是无偿的;(3)委托合同的订立,以当事人的相互信任为基础,具有严格的人身属性;(4)委托合同是诺成合同、双务合同、不要式合同。受托人在委托权限内所为的法律后果须由委托人承担,其完成委托事物的费用及报酬须由委托人支付,是委托人的主要义务。依受托人的指示亲自处理委托事务,及时报告和转移委托事务的成果,是受托人的主要义务。委托人和受托人在委托关系中均须承担因本身过错给对方造成的财产损失。

【信托合同】又称行纪合同。行纪人受委托人的委托,以自己的名义为委托人实施一定的法律行为并收取酬金的协议。法律特征是:(1)行纪人以自己的名义来实施法律行为。(2)行纪人为委托人购销的物品虽然在行纪人的占有下,但所有权却属于委托人。(3)信托合同是有偿合同。行纪人完成合同义务后,有权从委托人那里取得法定或约定的报酬。(4)信托合同是诺成合同,双务合同和要式合同。承受行纪人所为的民事法律行为后果,向行纪人支付酬金及其他必要费用,是信托合同中委托人最主要的义务。依照委托人的指示执行委托任务,认真检验,妥善保管购销物品,并将收益及时交付委托人,是行纪人的主要义务。同时,行纪人应对第三人违反合同侵犯委托财产承担责任;委托人应向行纪人赔偿由于变更委

托指示或拒付酬金所造成的损失。

【居间合同】居间人为委托人提供订立合同的机会或充当双方订立合同的介绍人,因此而从委托人处取得报酬的协议。(1)居间合同是一种提供服务的合同。内容包括,按照委托人的委托指示为其寻找合乎要求的对象,为订立合同创造机会,同时,居间人还要从中说合,促使双方订立合同。(2)居间人不享有代理委托人去订立合同的权利,也不是以自己的名义与第三人建立民事法律关系,仅仅是起一种带沟通性质的中间活动。(3)居间合同具有诺成性、双务、有偿和不要式的特点。向居间人支付酬金和承担由于擅自变更或取消委托指示给居间人造成的财产损失的责任,是委托人的主要义务。根据实际情况提供订约机会和妥善完成介绍人的任务,是居间人的基本义务,同时居间人负有忠实于委托人利益的义务。

【赠与合同】赠与人自愿将自己的财产无偿地交给受赠人所有,受赠人也表示愿意接受的协议。(1)赠与是双方法律行为。仅有赠与人愿意把财产无偿给予受赠人的表示,赠与合同还不能成立。需受赠人表示同意接受,赠与合同才算成立。(2)赠与合同是实践性合同。赠与人把财产交付给受赠人,受赠人实际接受以后,赠与合同才算生效。(3)赠与合同是单务的无偿合同。公民作为赠与人必须具有完全行为能力的人。国家对于赠与的标的物的范围和赠与的程序也有限制性的规定。根据赠与客体的不同,法律对赠与形式有特别规定的,应当按照法律的规定办理。中国最高人民法院《关于贯彻〈民法通则〉的意见》第一百三十条规定:“赠与人为了逃避应履行的法定义务,将自己的财产赠与他人,如果利害关系人主张权利的,应当认定赠与无效。”

【保险】投保人与保险人之间达成的承担风险的协议。根据这一协议,投保人应向保险人支付规定的保险费;保险人则对由于保险事故而致使投保标的遭受的损失在保险金额范围内承担赔偿责任,或在合同约定的期限届满时承担给付保险的责任。保险一般分为财产保险和人身保险两大类。财产保险是保险人对被保险人的财产损害所承担的保险责任。财产保险还可分为海上保险、陆上运输保险、航空保险、汽车保险、火灾保险、工程保险、农业保险、家庭财产保险、盗窃保险等。人身保险是保险人对被保险人的生命、健康或劳动能力承担的保险责任。人身保险还可分为终身保险和两全保险。人身保险的特点是不论被保险人实际受到人身或经济损失与否,都应该按照保险合同履行给付义务。保险的法律特征主要是:(1)中国保险事业是由国家专营的,因此中国保险合同中的保险人即中国人民保险公司及其下属机构。(2)保险合同是定式合同。在保险单和保险凭证的背面,印有保险公司制定的保险合同的基本条款。投保人是否投保,完全自愿;但如果与保险人签订保险合同,就必须全部接受保险公司预先拟就的合同条款。(3)保险合同为双方有偿合同。

【知识产权】又称智力成果权。公民和法人对其在科学技术和文学艺术等领域内所创造的精神财富依法享有的专有权利。一般认为知识产权包括著作权、专利权、商标权,其中专利权和商标权又合称为工业产权。根据世界知识产权组织公约的规定,知识产权包括:文学、艺术和科学作品的权利;表演艺术家演出、录音和广播的权利;人们努力在一切领域里的发明权利;科学发现的权利;工业品外观设计的权利;商标、服务标记、商号和标记的权利;制止不正

当竞争的权利及在工业、科学、文学或艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。中国民法通则对民事权利一章中对知识产权作了专门的规定。作为中国公民和法人的一项重要民事权利,知识产权被认为具有如下法律特征:(1)是一种无体财产权。智力成果是人们脑力劳动的产品,对无体财产来说,侵权往往表现为剽窃或假冒,而不像有体财产表现为损毁和侵占。(2)必须由民事立法直接规定。否则其不构成知识产权的客体。(3)知识产权具有人身权的性质,又包括含有财产权的内容。(4)具有专有性。法律通过授予权利人专有权的办法,来保护其合法权益。(5)具有地域性,一个国家所确认和保护的知识产,原则上只能在该国领域内发生法律效力,在其他国家不发生法律效力。(6)具有时间性。无论是著作权、专利权,还是商标权,都有保护期限。有效期限届满,不再受法律保护。

【著作权】又称版权。著作权人对文学、艺术和科学作品依法享有的各种专有权利。著作权包括两方面的内容:著作权的精神权利,主要指作者在自己创作的作品上署名;确认作者身份;发表作品;保护作品的完整性;修改已经发表的作品等项人身权利。著作权的经济权利,主要指以出版、表演、广播、展览、录制唱片等方式,使用作品以及通过授权的他人使用作品,而获得经济利益的财产权利。著作权的主体包括公民、法人或非法人单位。著作权的客体包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:文字作品;口述作品;音乐、戏剧、曲艺、舞蹈作品;美术、摄影作品;电影、电视、录像作品;工程设计、产品设计图纸及其说明;地图、示意图等图形作品;计算机软件;法律、行政法规规定的其他作品。作者和其他依法享有著作权的公民、法人或非法人单位都是著作权

人。

【发现权】发现人因对某种自然的现象、特性或规律做出前所未有的,对科学技术发展有重大意义的阐明而享有获得荣誉证书等精神和物质奖励的权利。发现权包括人身权和财产权两个方面。在人身权方面,发现人有权获得荣誉证书,荣誉证书应当载明发现人的姓名和他的成果;有权获得精神奖励,如获得奖章、奖状或其他荣誉标志。在财产权方面,发现人有权根据发现成果的重大程度、贡献大小,按照国家规定的奖励等级获得相应的物质奖励,不受一般奖励等级的限制。属于2人以上共同做出的集体发明,奖章授予集体和对该项发现贡献最大的人员,奖金根据参加该项科学研究工作的人员所作贡献大小合理分配。中国民法通则规定:“公民对自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或其他奖励。”

【损害赔偿】又称侵权行为之债。一方当事人不法侵害他人的财产权利或人身权利,依照法律的规定受害人有权要求侵害人承担同事责任,侵害人负有赔偿由此造成损失的义务的权利义务关系。为民事法律关系。承担损害赔偿民事责任必须具备4个构成要件:(1)损害事实的存在。所谓损害,指侵权行为人的行为侵犯他人的财产和人身权利给受害人的权益所造成的不良后果。损害又分为财产损害和精神损害。财产损害又可再分为直接损失,又称积极损失或实际损失,指已有财产和既得利益的减损;间接损失,又称消极损失或可得利益损失,指预期能够增加的财产利益的减损。对受害人的直接损失,除法律规定或当事人有约定采取限额赔偿外,加害人应全部赔偿;对间接损失的赔偿,须由法律特别规定。精神损

害指因对公民人格的侵害而在人的精神上产生的损害后果。精神损害的受害人行使财产赔偿请求权须有法律明文规定。(2)损害事实与行为人的侵权行为之间有因果关系。是构成损害赔偿民事责任的又一个重要条件。(3)行为人只有在主观上对自己的行为及其损害结果确有过错(包括故意和过失)时,才承担民事责任。(4)行为的违法性。也是构成损害赔偿民事责任的必要条件。仅就词义讲,损害赔偿还包括因违约引起的损害赔偿。习惯上损害赔偿仅指侵权损害之债。

【违约责任】合同当事人违反合同规定的义务所应承担的法律责任。承担违约责任的条件为:(1)合同债务的不履行,其中包括迟延履行,即债务人迟延,债务人一方无正当理由,在合同规定期限届满后仍未履行合同,双务合同中任何一方当事人的迟延都是履行迟延;不恰当履行,又称瑕疵,即履行标的不符合合同规定的质量要求;不完全履行,即交货数量少于合同数量;拒绝履行合同债务,又称毁约,即当事人故意撕毁合同,应承担全部法律责任;因债务人原因的不能履行。(2)债务人对于债务的不履行要有过错。是承担违约责任的又一个条件。过错包括故意和过失。故意指明知自己的行为可能造成违反合同的后果,仍然促成违法后果的发生。过失指当事人对合同规定的义务应加注意而未予注意。其中以普通人所应为之作为抽象标准,称为抽象的轻过失;以合同当事人对他人的财产进行保管时,没有予以和自己财产相同的注意,称为具体的轻过失。法律对故意违反合同的债务人使其负较过失为重的责任。(3)确因合同债务的不履行给对方造成损害。既指确实发生的损害事实,又指损害的事实与债务不履行有因果关系。违约责任的形式主要是违约金和损害赔偿。

【法定继承】继承人的范围、继承顺序、遗产分配原则都直接由法律来确定的一种财产继承制度。中国公民遗产继承的主要方式。法定继承人的范围,指适用法定继承时,有权继承死者的遗产的人。中国继承法明确规定了法定继承人的范围,按第一顺序为:配偶;子女;父母。按第二顺序为:兄弟姐妹;祖父母;外祖父母。继承法第十条规定:“继承开始后,由第一顺序继承人继承,第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。”第十二条规定:“丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。”第十三条规定:“同一顺序继承遗产的份额,一般应当均等。”这是遗产分配的基本原则。同时该条还规定:“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人,分配遗产时,可以多分。有扶养能力和扶养条件的继承人,不尽扶养义务的,分配遗产时应当不分或者少分。”第十四条规定:“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产。”

【代位继承】被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲代替已经去世的长辈来继承被继承人的遗产的一种制度。适用代位继承的条件是:(1)代位继承必须有被代位继承人死亡,而且是先于被继承人死亡的事实。(2)代位继承人必须是被继承人的晚辈直系血亲,即被继承人的孙子女、外孙子女等。被继承人的长辈直系血亲和旁系血亲无权代位继承。(3)代位继承人不论人数多少,一般只能继承被代位继承人应继承的份额。

如果没有其他第一顺序法定继承人,代位继承人可继承被继承人的全部遗产,而第二顺序的继承人不得继承。(4)代位继承只适用于法定继承,不适用于遗嘱继承。遗嘱继承人先于被继承人死亡的遗嘱无效,遗嘱继承人的子女不得依遗嘱代位继承。(5)代位继承不受辈数的限制,晚辈直系血亲包括一切直系后代。(6)晚辈直系血亲包括自然血亲和拟制血亲。(7)继承人丧失继承权的,其晚辈直系血亲不得代位继承。如该代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源,或对被继承人尽赡养义务较多的,可适当分得遗产。

【遗嘱继承】继承人以及其继承遗产的数额都按照被继承人生前依法所立的遗嘱来确定的财产继承制度。立遗嘱的公民称为遗嘱人。根据遗嘱取得遗产的人称为遗嘱继承人。在遗产继承中适用的方式,须依被继承人是否立有遗嘱而确定,被继承人有遗嘱的适用遗嘱继承;没有立下遗嘱的适用法定继承。(1)遗嘱是公民对自己死后遗产和其他事物的处理所留下的遗言。遗嘱是以遗嘱人死后发生法律效力为目的的民事法律行为。(2)遗嘱是一种要式法律行为。遗嘱人立遗嘱时必须按照法律规定的方式和要求进行,否则在遗嘱人死后即可能不发生法律上的效果。(3)遗嘱是被继承人的单方民事法律行为。遗嘱的成立,只需要立遗嘱人单方面的意思表示,不必经其他人同意和认可,立遗嘱人可以随时依法变更或撤销自己所立的遗嘱。(4)遗嘱必须由遗嘱人自己作出,不允许他人代理。(5)遗嘱人必须有完全的行为能力。不具有完全民事行为能力的人所立的遗嘱无效。遗嘱继承制度体现了法律对于个人公民个人财产所有权的充分保护。

【遗赠】遗赠人用遗嘱的方式将其个人财产无偿赠送给国家、集体

或法定继承人以外的人的行为。于遗赠人死亡后发生法律效力的民事法律行为。(1)是一种要式的单方民事法律行为。必须用遗嘱来表示,否则不发生效力。无须征得受遗赠人的同意,只要有遗赠一方的意思表示,在遗赠人死后,遗赠就发生法律效力。(2)遗赠人行使遗赠权不得违背法律的规定。遗赠人除必须为缺乏劳动能力和生活来源的法定继承人保留必要的遗产份额外,还不得以遗赠的方式逃避自己依法应承担的其他法定义务。(3)标的只能是财产上的权利,法律不允许遗赠人以遗嘱的方式为受赠人设定债务。(4)是遗赠人死亡后才发生法律效力的行为。在遗赠人尚未死亡时,受遗赠人无权请求执行遗赠。受遗赠权只能由受遗赠人享有,其他公民和法人不能替代。如果受遗赠人先于遗赠人死亡,遗赠失效。原遗赠财产待继承开始后,由法定继承人按法定继承处理。受遗赠人放弃受遗赠权,遗赠财产只能由遗赠人的法定继承人继承。

【遗赠扶养协议】遗赠人与扶养人签订的,由遗赠人将自己享有所有权的财产于其死后转移给扶养人所有,而扶养人承担对遗赠人生养死葬义务的协议。遗赠扶养协议制度是中国继承法确立的一项新的法律制度。是对继承制度的新发展。(1)遗赠扶养协议的主体中被扶养的一方,通常是无人对其承担法定赡养义务的孤寡老人;承担扶养义务的一般是有关集体经济组织和被扶养的法定继承人以外的公民。特殊情况下,有的老人虽然有直系晚辈亲属存在,但由于种种原因不能履行赡养义务的,也可与他人签订遗赠扶养协议。(2)遗赠扶养协议的内容,即以扶养为条件接受遗赠。遗赠扶养协议一经签订,扶养人就应当依照协议的约定,负责被扶养人的衣食住行,担负起生养死葬的义务;被扶养人应当履行自己的诺言,不得对自己的财产作出不利于扶养人的处分。(3)遗赠扶养

协议,从签订之日起生效。扶养人同时开始履行义务。但只有在被扶养人死亡后,才能享有受遗赠的权利。(4)中国继承法规定:“继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理。”(5)订立遗赠扶养协议必须具备一定的条件。首先,当事人必须是具有行为能力的公民,扶养人也可以是法人;其次,其成立或解除必须有双方当事人一致的意思表示;再次,协议双方不能有法定扶养关系;最后,协议应采取书面形式,并尽可能予以公证。

经 济 法

【经济法】国家制定的确认和调整国民经济管理关系、经济协作关系、经济组织内部关系以及涉外经济关系的各种法律规范的总和。不同国家中,根据其调整范围的大小,可分为广义经济法和狭义经济法。前者指调整国家机关、各种社会组织相互之间及其与公民之间,在物质资料的社会生产和再生产过程及与之相适应的交换、分配、消费过程中所发生的经济关系的全部法律规范。后者指国家直接干预、管理国民经济,以及经济组织进行经济活动的法律规范。无论何种观点,都认为经济法是国家干预和管理经济的重要工具和特殊手段。因此,有相当数量的中外学者认为,经济法是法律体系中一个独立的重要部门。

随着社会经济的发展,为适应经济基础的要求,逐步出现了调整经济关系的某些法律规范。特别是资本主义发展到垄断阶段,社会和各种矛盾日益尖锐时,原有的民法、商法出现了不能适应客观

需要的矛盾,促成了现代意义上的经济法的产生。最早提出经济法概念的是法国的一些空想社会主义者。第一次世界大战前后,德国曾颁布过许多战争经济法规以及诸如《煤炭经济法》等一些重要的产业统治法和卡特尔法,反映出国家权力直接干预和操纵国民经济的特点。之后,美国、日本、法国、意大利等主要资本主义国家均颁布了国有化法、反托拉斯法、公司法、企业法、工业产权法、复兴法、金融法、贸易法、运输法、能源法等一系列名目繁多的经济法律法规。前苏联、捷克斯洛伐克、南斯拉夫、罗马尼亚、匈牙利等国家也曾在第二次世界大战后制定和颁布了带有社会主义性质的经济法规,对建立新的经济基础,恢复国民经济曾起到重要作用。

中国的经济法适应社会主义市场经济和对外开放的需要,是调整各种经济关系,以巩固和发展社会主义公有制的法律保证。中华人民共和国成立后,制定和颁布了大量调整经济关系的法律、法规,内容十分广泛,主要涉及工业、农业、森林、商业、物资、基本建设、计划、价格、运输、金融、保险、税收、工业产权、能源、对外贸易等国民经济各个部门和各个行业,涉及全民、集体、私营及中外合资、合作、外商投资等各种经济形式,涉及国内经济关系和引进外资、引进先进技术、开展各种对外经济贸易往来的涉外经济关系。经济法作为中国社会主义法律体系中独立的、基本的法律部门,作为直接反映经济基础,调整经济关系的法律手段,在国民经济建设中,在实现国家领导、组织、管理经济职能中,发挥着重要作用,在调整经济关系和各种法律手段中具有不可替代的地位。

【商法】亦称商事法。调整商业活动的法律规范的总称。通常包括公司法、票据法、保险法、破产法、海商法等。传统上,商法和民法并列,是互为补充的法律部门。11世纪至15世纪之间,欧洲地中海

一带的城市之间贸易发展迅速,当时的封建法律日益不能满足商业发展的需要。行会组织中的商人逐渐设置自己的特殊法庭,采用各种商事习惯解决商事纠纷,逐渐形成中世纪的商人法。最早的商事立法,有法国路易十四时期在科尔贝尔主持下颁布的 1673 年商事条例和 1681 年海事条例。近代第一部商法典是 1807 年拿破仑一世颁布的《法国商法典》。这部法典不以人的社会地位为规定对象,而以商事行为为法典规定的基础。随着资本主义的发展,荷兰、比利时、希腊、西班牙、葡萄牙、德国、日本等国家也相继颁布了商法典。英、美等国的法律原来没有商法典。自 19 世纪末,美全州国法律统一委员会公布了许多商事法规,在这些法规为多数州接受的基础上,于 1952 年公布了《统一商法典》。英国也先后制定了一些成文的单行商事法规。南斯拉夫、罗马尼亚、匈牙利等国家也曾经颁布过带有社会主义性质的调整商业经济关系的法律,称作“商业法”。一般只适于国内,除规定横向的、平等的经济关系外,还强调纵向的行政管理关系。为统一各国商法,国际上先后签订有海上运输、铁路运输、航空运输、货物销售、专利、商标、票据、海商方面的多边公约或协定。中国自秦汉以来,历来是“清法合一”,没有专门的商法。清末因受历史潮流影响,曾仿效德、日等国商法,于 1904 年颁布《公司律》,1908 年拟订了《大清商律草案》。其中的公司部分,于 1914 年由北洋政府加以修改,颁布施行,名为《公司条例》。国民党政府时期曾陆续颁布票据法、公司法、海商法和保险法。中华人民共和国成立后,陆续公布了一些调整商业经济关系的法律、法令、条例及各种规范性文件,但并不属严格意义上的商法范畴。

【经济立法】国家权力机关、行政机关在法定权限内依照一定程序

所进行的制定、修改和废止经济法律、法规的活动。国家管理经济的重要手段,统治阶级意志的表现。在中国,经济法律由全国人民代表大会及其常务委员会制定和修改;经济法规由国务院制定和修改;地方性经济法规由各省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定和修改。中国的经济立法是调整国家与企业之间,企业与企业之间,以及国家、企业和个人之间经济关系的综合性立法。中华人民共和国成立以来,国家根据各个时期发展国民经济的总任务,一手抓建设,一手抓法制,不断完善经济立法,制定和颁布了大批重要的经济法律、法规,如经济合同法、企业法、专利法、商标法、森林法、草原法、渔业法、矿产资源法、土地管理法、水法、价格法、计量法、会计法、统计法、所得税法、环境保护法、邮政法、工会法、铁路法等。此外,国务院及各部门各省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会,地方各级人民政府还根据国家的法律、法规制定了大量有关经济的条例、规章和办法,基本上改变了无法可依的状况。经济立法的重点是增强企业活力、搞活微观经济方面的立法,建立能够促进经济稳定发展的宏观调控机制方面的立法,整顿和健全市场秩序、在国家宏观管理下充分发挥市场作用的立法,以及涉外经济贸易方面的立法。完善和健全经济立法,是社会经济发展的客观要求,也是搞好经济管理的必要条件。

【经济法律关系】国家机关、企业、事业单位和其他社会组织相互之间,及其与公民之间在经济活动中依法形成的权利和义务关系。按照权利义务的不同内容,可以分为计划法律关系、企业法律关系、经济合同法律关系、基本建设法律关系、交通运输法律关系、财政税收法律关系、金融信贷法律关系、知识产权法律关系、价格法律关系、资源与环境保护法律关系、中外经济合作与贸易法律关系;

根据主体所处的法律地位,分为管理性法律关系和经营协作性法律关系;按照涉及的经济领域,分为外部经济法律关系和内部经济法律关系;根据有无涉外因素,分为国内经济法律关系和涉外经济法律关系。经济法律关系的产生、变更和消灭由法律事实引起。经济法律关系的构成要素包括主体、客体和内容³方面。经济法律关系主体指参加经济管理和经营协作,依法享有经济权利和承担经济义务的人,包括国家、经济管理机关、法人、法人内部实行独立核算的单位、公民、外国企业和其他经济组织或者个人;经济法律关系的内容指经济法主体享有的经济权利和经济义务,是经济法律关系的基础和核心,经济法律关系的基本要素;经济法律关系的客体指主体之间享有经济权利和承担经济义务所共同指向的对象,包括物、经济行为和无形财产。经济法律关系一经确立,经济权利的实现和经济义务的履行就要受到国家强制力的保护和制约。国家对经济法律关系的保护,主要表现为通过法律手段维护经济法律关系主体的合法权益,并严格监督其自觉履行经济义务,追究经济违法行为的法律责任,以保证国民经济的顺利发展和各种经济活动的正常进行。国家对经济法律关系保护的方式有强制执行、仲裁和审判。

【经济法律责任】由违法行为而引起行为人应当承担的经济法律后果。是对社会经济关系进行国家法律调整的一种形式,也是保护经济法律关系主体权利的重要措施。经济法既调整经济管理关系,又调整经济协作关系的特征,决定了经济违法行为的当事人承担的法律责任,既包括经济责任,也包括行政责任和刑事责任。⁽¹⁾经济责任,是对受违法行为侵害者的一种补偿手段,也是对违法者在经济上实行制裁的一种惩罚手段。包括停止侵害;排除妨碍;消除危

险;返还财产;恢复原状;修理、重作、更换;赔偿损失;支付违约金;罚款;没收财产等。(2)行政责任,是行政机关对违反经济法规的单位或个人依据行政程序所给予的处分。对企业和其他经济组织,可以采取通报批评、警告、责令停止整顿、扣缴或吊销营业执照、撤销注册商标、吊销许可证书以及依法撤销关闭等责任形式;对公民和个体经营者,可以采取批评、警告、责令具结悔过、责令停业、扣缴或吊销营业执照和其他许可证书、行政拘留等责任形式;对国家机关工作人员和企业等经济组织的工作人员,可以采取批评、警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、开除留用察看直至开除等责任形式。(3)刑事责任,是对于违反经济法规,造成严重后果,依法构成犯罪的经济犯罪分子给予的刑事制裁。对经济犯罪分子所给予的刑事制裁在《中华人民共和国刑法》以及一些单行的经济法律、法规中都有规定。追究当事人的刑事责任是保护经济法律关系的重要方法之一。

【物资法】调整对有关国计民生的重要物资的收购、分配、供应与销售中所发生的社会关系的法律规范的总称。资本主义社会是由价值规律自发调节,以竞争的方式进行商品交换的,除某些特殊原因外,国家一般不直接干预物资的购销活动。社会主义国家则通过制定法律、条例、指示等,对有关国计民生的重要物资的收购、分配、供应、销售实行计划管理,进行国家干预。随着市场经济的建立,中国物资管理体制将改变过去那种“统一计划、分级管理”制度,而主要依靠经济手段调节国家物资供求关系,逐步建立有领导、有组织的生产资料市场,增强企业活力,促进社会主义市场经济的发展。中国的物资管理主要有4种方式:(1)国家指令性计划分配物资;(2)国家合同订购物资;(3)国家组织产需衔接物资;(4)自由购销

物资。为加强国家对全社会生产资料和重要物资的宏观调控,国务院组建了物资部,负责对国计民生的重要物资进行综合管理,发展生产资料市场,搞活流通。国家通过物资管理立法,建立生产资料市场,加强重要物资的宏观平衡,组织地区之间、企业之间的物资协作,通过物资企业开展对销贸易、换货贸易、补偿贸易和资源开发等,促进物资的横向流通。

【计量法】调整计量关系的法律规范的总称。以法律的形式统一国家的计量单位制度,保证国家的量值准确可靠,实现对计量业务的国家监督。计量是以实现单位统一、量值准确为目的的测量。计量工作过去仅限于流通领域的“度量衡”,随着生产、贸易和科学技术的发展,现代计量已发展为长度、热学、力学、电(磁)学、光学、声学、化学、电离辐射、无线电、时间频率 10 大类专业计量。计量具有统一性、准确性和法制性。绝大多数国家都有计量立法。计量方面的国际组织有国际米制公约组织和国际法制计量组织,常设机构是国际计量局和国际法制计量局。1975 年国际法制计量组织批准颁布了该组织第一个国际性文件——《计量法》。中华人民共和国成立以后,政府十分重视计量立法工作。1985 年 9 月 6 日全国人大常委会通过并公布《中华人民共和国计量法》。在中华人民共和国境内,建立计量基准器具、计量标准具,进行计量检定,制造、修理、销售、使用计量器具,必须遵守计量法。国家采用国际单位制。国际单位制计量单位和国家选定的其他计量单位,为国家法定计量单位。国务院计量行政部门对全国计量工作实施统一监督管理。1987 年 1 月 19 日国务院批准发布《中华人民共和国计量法实施细则》,主要规定了计量基准器具和计量标准器具、计量检定、计量器具的制造和修理、计量器具的销售和使用、计量监督、产品质量

检验机构的计量认证、计量调解和仲裁检定、费用、法律责任等。

【统计法】调整国家统计体制和统计活动的法律规范的总称。统计是认识社会、掌握国情国力、管理和监督国民经济和社会发展的的重要手段。统计立法的目的是为了有效地、科学地组织统计工作,保证统计资料的准确性、及时性,使国家统计工作日臻完善。现代各国大多制定了内容完整的统计法规。各国统计立法的主要内容包括:(1)统计组织。规定国家统计组织的结构、地位、职责、权力及与其他机关的关系。(2)统计协调。对不同机构进行的统计工作所发生的重复与矛盾进行预防和解决。(3)统计资料。规定统计机关有要求报送统计资料的权利,接受统计调查的机关有向其提供统计资料的义务,授权统计人员检查统计资料的质量,保守统计资料的机密等。(4)统计人员。规定统计机关领导人及一般人员的职责。(5)罚则。规定对泄露统计资料秘密,伪造或提供真实的统计资料给予处罚。1983年12月8日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国统计法》,对统计工作的作用、地位、任务、管理体制、统计调查计划和统计制度、统计资料的管理和公布、统计机构和统计人员的职责以及罚则等都作了明确规定。1987年1月19日国务院批准发布《中华人民共和国统计法实施细则》。

【固定资产投资法】调整因基本建设和更新改造投资而产生的经济关系的法律规范的总称。固定资产投资包括基本建设投资 and 更新改造投资两个方面。基本建设主要指建筑、购置和安装固定资产活动以及与此相联系的其他经济活动,即基本的固定资产的再生产包括新建、扩建、改建等。更新改造指现有企业的挖潜、革新和技术改造方面的新建、扩建工程。基本建设和更新改造,从计划、设计到

建成、投产,是一个涉及面广,复杂特殊的生产过程,既有国家机关对建设单位管理而产生的领导与被领导的纵向关系,也有建设单位、施工单位以及其他社会组织之间在活动过程中形成的横向关系。这种经济关系具有两个基本特征:一是必须而且只能是因固定资产的扩大再生产而产生的经济关系;二是必须是基本建设和更新改造全过程所产生的全部经济关系。中华人民共和国成立以来,中国制定和发布了大量关于调整固定资产投资关系的法律、法规和规范性文件。大致可分为:(1)关于固定资产投资管理的法律规定;(2)关于基本建设合同的法律规定;(3)关于固定资产投资监督的法律规定。为了进一步加强国家在固定资产投资的宏观调控,完善这方面的立法,国家正在加快制定一部比较完整的固定资产投资法。

【标准化法】国家对现代化生产进行科学管理的有关标准化的法律规范的总称。主要包括:标准化机构的设置和权限;标准编制的对象和程序;标准化的纲要和计划;标准的应用范围;推广新标准的时间、贯彻标准化的制度、责任以及违反标准化规定时的处罚等。标准化指从制定标准到贯彻标准,使标准在生产技术工作中得到实施,并收到效果的整个活动过程。标准化是组织现代化生产的重要手段,是科学管理的重要组成部分。标准化法和经济建设的关系极为密切。许多国家都很重视标准化的立法。在社会主义建设中推行标准化,是国家的一项重要技术经济政策。中国关于标准化的立法主要有:1988年12月29日全国人大常委会通过并颁布的《中华人民共和国标准化法》,规定了标准化的对象,标准的制定和修订,标准的分级、审批、发布,标准的构成与表达形式,标准的贯彻执行,产品质量的监督检查和违反标准化法的法律责任等;1990

年4月6日国务院发布的《中华人民共和国标准化法实施条例》。

【财政法】调整国家资金的筹集、运用、管理、监督等财政关系的法律规范的总称。财政关系是国家凭借政治权力对一部分社会产品和国民收入进行分配和再分配而形成的分配关系,涉及生产、交换、分配和消费各个领域,同国家政治、经济、军事、文化、科学、教育、社会福利事业的发展有密切关系。中国财政法所调整的财政关系,主要包括以下几种:财政活动内容划分的预算管理关系、税收管理关系、企业财务管理关系、行政事业财务管理关系、基本建设财物管理关系、财政信用关系、财政管理体制关系、会计关系、审计关系以及其他财政监督关系等。财政法具有以下特点:(1)凡属关于国家资金的筹集和分配方面的法规,都是财政法,包括法律、条例、规定等。涉及各种所有制,国民经济的各个部门,生产、交换、分配和消费的各个领域,中央和地方财政,以及预算内和预算外的资金。(2)财政法律关系的主体一方始终是国家,另一方是全民所有制企事业单位,集体所有制经济组织及其他经济组织和个人。(3)凭借国家政治力量直接对全民所有制经济组织、集体所有制经济组织以及其他经济组织和个人,进行强制性的财政分配。(4)财政法一般按照无偿原则进行资金的筹集和分配。财政法在国家筹集资金和运用资金的过程中,通过对各种财政法律关系的调整,发挥财政的杠杆作用,巩固和发展公有制经济,鼓励和支持有利于社会主义现代化建设的其他经济形式的发展。

【财政收入】通过财政各环节筹集的各项资金的总称。中国财政收入包括预算收入和预算外收入。其中预算外收入主要包括地方财政部门管理的收入,事业和行政单位管理的收入,国营企业及其主

管部门管理和各种专项资金,中央和地方主管部门所属不纳入预算的企业收入等。通常所说的财政收入指预算收入。按照中国现行的预算收入科目规定,主要有:(1)企业收入类;(2)国营企业所得税类;(3)国家能源交通重点建设基金收入类;(4)各项税收类;(5)债务收入类,包括国库券收入以及由中国政府向外国政府借款收入等;(6)专项收入类;(7)其他收入类,包括规划费收入、国家资源管理收入、公产变价以及罚没收入;(8)预算调拨收入类等。

【财政支出】通过财政各环节对筹集起来的资金进行分配的总称。中国财政支出包括预算支出和预算外支出。预算外支出主要包括更新改造支出、福利奖励支出、城市维护和建设支出、基本建设支出、科技 3 项费用支出、增补流动资金支出、行政事业费支出等。通常所说的财政支出指预算支出。中国现行的预算支出科目主要有:基本建设支出类,企业挖潜改造资金类,农林、水利、气象等部门事业费,文化教育、科学卫生事业费类,国防支出类,行政管理费类,债务支出类,对外援助支出类及国家物资储备支出类等。

【财政补贴】由国家财政给予的资金津贴和补助。财政补贴分中央财政补贴和地方财政补贴两种。中央财政补贴列入中央财政预算指标或经中央批准。地方财政补贴纳入地方财政预算指标或经地方政府批准。中国现行的财政补贴的种类有:(1)价格补贴,如对有关国营企业由于执行国家价格政策而发生亏损给予的补贴以及因物价改革给予城镇居民的生活补贴;(2)副食品补贴,如对职工由于提高生活必需品的价格给予的补贴;(3)交通补贴;(4)房租补贴等。

【预算法】调整国家机关、社会组织、公民在筹集和分配预算资金过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。预算关系指国家在有计划地集中和分配资金过程中,根据国家预算,在各级财政之间、各级财政与部分预算单位之间、以及各部门预算单位上下之间发生的组织预算收支和进行年终决算的关系。预算法是财政法的重要组成部分,实际上是国家财政的组织法、国家预算的程序法、划分各级预算管理权力和责任的权责法。中国的预算法以预算的编制执行、审批程序、决算的方法和程序为主要内容。其主要特征是:(1)预算收入主要来源是全民所有制企业税收和一部分利润,预算支出主要用于社会主义现代化建设和提高人民物质文化生活水平;(2)在发展生产的基础上,增加财政收入,坚持量入为出,收支平衡,略有节余;(3)正确处理积累和消费的比例关系及积累的內部比例,按照按劳分配原则,正确处理国家、集体和个人三者之间的经济利益关系;(4)坚持统一领导、分级管理和统筹兼顾、适当安排的方针,发挥中央和地方的积极性,照顾地区的特殊性,做好合理布局,促进国民经济的协调发展。

【会计法】国家制定的有关机关、企业、事业等单位处理会计事务方面的法律规范的总称。会计是在商品经济条件下,以货币计量为基本形式,采用专门方法,对企业、事业、国家机关、社会团体、军队等单位的经济业务进行核算和监督的一种管理活动。是经济管理的重要组成部分,在现代宏观和微观经济管理中,尤其需要运用会计反映经济情况,监督经济活动,核算经济效果。经济发达国家为了搞好经济管理,制定了一系列有关会计的法规,在会计业务方面,有会计法、会计准则、成本核算准则、财务报告规则等;在会计机构和人员方面,有会计法制度、总会计师条例、会计师法等。中国会

计法的基本原则,是会计机构、会计人员均必须依法办理会计业务,国家保护会计机构、会计人员依法行使职权。会计制度的制定权限,实行统一领导、分级管理的原则。国家统一的会计制度,由财政部依法制定;地方、部门和军队的会计制度或补充规定,由省级财政部门、国务院业务主管部门、解放军总后勤部制定,但不得与会计法及国家统一的会计制度相抵触,并须报财政部审批或备案。1985年1月21日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国会计法》,主要内容包括会计工作的基本原则、会计核算、会计监督制度、会计机构、会计人员及其职责,以及法律责任等。

【审计法】调整审计监督活动中形成的社会关系的法律规范的总称。审计是国家审计机关和审计人员遵照国家法律和行政法规的规定,依据财政经济的规章制度,对被审计单位的会计记录、会计报表、会计组织和会计行为以及财产收支和经济效益进行全面审查,并将审查结果向国家有关机关报告等一系列活动。国家审计机关通过对政府机关、国营企事业组织和其他使用国家资金的单位的财政、财务收支及其有关的经济活动进行审核和评价,保证国家资金的集中和使用做到合法、经济、有效,以维护国家利益。1982年12月通过的《中华人民共和国宪法》规定:国家实行审计制度,审计机关依照法律独立行使审计监督权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。对审计长的法律地位和任免程序也作了规定。中华人民共和国审计立法的基本任务是加强国家对财政经济活动的监督,促进被审计单位加强管理,提高经济效益,推动社会主义现代化建设的顺利发展。审计法的主要内容包括:(1)审计工作的性质、对象;(2)审计监督程序和审查结果的处理;(3)审计机构的

设置、领导体制及其职权与任务;(4)审计工作的法律责任。

【国营企业成本法】在社会主义条件下,为提高经济效益,保证财政收入,国家对企业生产经营过程中的成本开支和成本计算进行管理监督的法律规范的总称。企业产品的成本是企业经营管理素质的集中表现,是考核一个企业劳动生产、设备利用、原材料、燃料、动力的消耗和资金周转快慢等方面的一个重要指标。成本管理的基本任务是:通过预测、计划、控制、核算、分析和考核,反映企业生产经营成果,挖掘降低成本的潜力,努力降低成本。成本法的主要内容包括成本开支范围、成本核算办法、成本管理责任和成本管理监督与制裁等。

【基本建设法】调整国家机关、企业事业单位和其他社会组织在基本建设活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。包括国家及其主管机关制定的调整基本建设关系的法律、条例、规定等规范性文件。基本建设指固定资产的再生产,包括固定资产的扩大再生产和部分简单再生产,是把社会积累和折旧基金转化为固定资产的生产过程。包括固定资产的新建、改建或扩建,以及与此相联系的勘察、设计及机器设备安装等工作。国家机关、企业事业单位和其他社会组织在基本建设活动过程中,形成了多种社会关系,如国家机关因对基本建设进行领导和组织而形成的经济管理关系,各社会组织之间在基本建设过程中所形成的经济协作关系。上述社会关系称为基本建设关系,受基本建设法调整。中国的基本建设法的内容主要包括基本建设的内容和方针、任务、指导原则、体制和计划,基本建设的布局 and 项目的统筹安排,基本建设的程序和投资的合理分配,建设周期以及基本建设的财务信贷制度、基本建设的合

同制、法律责任等等。具体分为:(1)基本建设投资法;(2)基本建设程序法;(3)基本建设合同法;(4)基本建设财务信贷管理法;(5)基本建设监督机关的法律规定;(6)施工现场管理的规定等。

【商业法】调整商业经济关系的法律规范的总称。体现国家对商业工作的组织领导和对国内商业活动的管理。商业主要指专门从事工农业产品交换和为居民日常生活提供服务的活动。商业法对商业经济关系的法律调整,一般表现在商品流通过程中的商品收购、商品销售、商品调运、商品储存等 4 个方面,同时也表现在国家对以商业企业为主体的商业活动参加者的组织监督 and 商品实物形态、价值形态以及商业行为的管理上。中国商业法所调整的经济关系包括:(1)国家与各级商业主管部门及商业企业的经济关系;(2)商品流通过程中商业企业同工业、农业、交通运输业所发生的经济关系,以及商业企业之间、商业企业与消费者之间的商品交换、提供劳务所发生的经济关系;(3)商业企业内部在经营管理过程中所形成的经济关系。上述经济关系,还涉及工农业两大部门之间、城乡之间、地区之间、民族之间、不同所有制商业之间以及国家、集体、个人三者之间的经济关系。中国商业法的任务在于调整商业活动中的经济关系,保障商业活动参加者的合法权益,使商品流通畅通无阻,以最少的劳动耗费取得最大的经济效益,促进商品生产和商品交换的发展,满足全体人民不断增长的物质文化生活需要。

【价格法】又称物价法。调整在价格的制定与执行过程中发生的社会关系的法律规范的总称。是制定价格和管理监督物价的法律依据。在社会主义国家,是以立法手段保证国家的价格方针、政策的贯彻执行,并通过价格监督对违反价格政策、价格纪律的行为进行

制裁的法律依据。价格是商品价值的货币表现,反映一定的商品交换关系,属于生产关系的范畴,按照生产关系的要求对社会利润进行再分配,因此在国民经济中占有十分重要的地位。由于各国的经济管理体制不同,各国对价格的控制与监督的方法差别很大。有的国家监督价格的方法主要依靠行政手段,有的采取行政手段同经济手段相结合的方法,有的则主要依靠经济手段,把国家监督价格的职能转到社会组织方面。1987年9月正式颁布的《中华人民共和国价格管理条例》是中国第一部比较完整的价格管理法规,就价格体系、价格管理体制、价格监督检查以及违反价格政策的制裁作了明确规定。现在国家对价格管理采取直接管理和间接控制相结合的原则,实现国家定价、国家指导价和市场调节三种价格形式。随着社会主义市场经济在中国的形成和发展,价格将进一步放开,价格管理体制也随之改革,健全完善价格法成为经济体制改革的重要组成部分。

【广告管理法】调整广告的行政管理、监督和指导的法律规范的总称。政府通过发布政策、法规,设立广告管理机构实现对广告的管理。广告管理法的主要任务是加强广告管理工作,推动广告事业的发展,有效地利用广告媒介为社会主义建设服务。依据国家广告管理法规,中国管理广告的机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局,负责监督管理广告活动,保护广告经营者的正当权益,取缔违法的广告经营活动。经营广告业务的单位和个体工商户,应当按照有关法规的规定,向工商行政管理机关申请,分情况办理审批登记手续。广告客户申请刊播、设置、张贴的广告,其内容应当在广告客户的经营范围或者国家许可的范围内。在广告经营活动中,禁止垄断和不正当竞争行为。

【食品卫生法】国家关于食品卫生的法律规范的总称。国家为了保证人民健康,防止食品污染和有害因素对人体的危害,对食品、食品添加剂、食品容器、包装材料和食品用工具、设备以及食品的生产经营场所、设施、环境,用法律形式规定出统一的标准,确立食品卫生管理中的权利义务关系,明确违法责任等,使食品生产经营企业和个人有法可依、有章可循。1982年11月19日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国食品卫生法(试行)》。主要包括:食品的卫生;食品添加剂的卫生;食品容器、包装材料和食品用工具、设备的卫生;食品卫生标准和管理办法的制定;食品卫生管理;食品卫生监督和法律责任等。

【工商行政管理法】国家制定的调整工商行政管理活动中发生的社会关系的法律规范的总称。工商行政管理是国家对工商企业的生产经营活动和市场上的经济活动,通过行政干预进行监督管理的手段,是国家整个行政管理职能的一个方面。国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局是工商行政管理工作的执行机关。工商行政管理,不同于工业、商业、农业等专业性行政管理对各自的经济活动所拥有的直接指挥、监督管理权力,也不同于金融、税收、物价等行政管理对国民经济活动所具有的经济杠杆作用。工商行政管理按照社会主义经济规律和其他客观经济规律,从健全经济法制和贯彻国家经济政策的角度,运用行政干预的手段,对工商企业和市场经济活动,进行监督、检查、协调、服务,保障合法经营,制止非法活动,同危害社会主义经济秩序的行为作斗争,以此支持生产,促进流通,维护国家计划,为社会主义现代化建设服务。工商行政管理法的内容一般包括:(1)对工商企业进行登记管理;(2)对市

场交易活动进行监督和管理;(3)对经济合同进行管理;(4)对商标使用进行注册管理;(5)对广告进行管理;(6)对个体工商户进行管理;(7)对投机倒把活动和其他经济违法活动进行检查处理等。

【自然资源法】调整人们在保护、开发和利用自然资源的过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。国家规定自然资源的所有权、使用权、经营管理办法以及奖惩措施的法规。自然资源是自然界中可以用于生产和生活活动的自然物质,是人类所必需的生产资料和生活资料的来源,例如土地、森林、矿产、草原、水产、野生动植物等。自然资源法是有关保护自然资源的一系列法律规范的总称,由保护各个不同方面的自然资源的法律规范构成。自然资源法的构成一般包括:土地法、森林法、草原法、水法、渔业法、矿产资源法、能源法、野生动植物保护法、环境保护法等不同方面的法律规范。就自然资源法的具体法规内容构成,一般规定:保护的自然资源的种类,所有权、使用权与经营管理权,保护的方针、原则和措施,有关保护、开发、利用、管理中的权利义务关系,管理体制,奖惩办法等。中国的自然资源法遵循一切重要自然资源属于社会主义全民所有,坚持统一规划、分级管理、合理开发、综合利用,维护国家、集体和个人的自然资源权属不受侵犯,保持生态平衡等原则制定,是保证按照自然规律和经济规律,有效保护、合理开发与充分利用自然资源,使之为社会主义建设服务的法律武器。中国自然资源法是由各种法律规范组成的有机联系的统一整体。主要包括:宪法中有关确认自然资源权属和保护自然资源的规定、可更新资源法、不可更新资源法、永恒性资源法以及与环境相关的其他法律规范。

【土地法】调整土地的使用、管理、保护和征用过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。一般规定下列内容:土地所有权和使用权;土地的规划、利用和保护;土地的征用;国有土地的管理;乡(镇)村集体土地的管理;土地管理机关;违反土地法的法律责任等方面的法律规范。土地是地球陆地的表层,是人类赖以生存和发展的重要自然资源,是人类进行农业、工业、国家、交通、城市等开发性建设的基础。公元前 18 世纪的《汉穆拉比法典》中,就有保护土地私有权的条文。近代西方土地关系成为一种商品关系,由民法加以调整。中国早在新民主主义革命时期,革命政权就颁布过《中国土地法大纲》等土地法规。中华人民共和国成立后,为了加强土地管理,保护、开发土地资源,合理利用土地,维护土地公有制,国家颁布了一系列土地法规。1986 年 6 月 25 日全国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国土地管理法》。主要包括:中华人民共和国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制;国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用;认真贯彻土地管理方针,搞好土地利用总体规划,合理开发利用土地资源;加强土地利用管理;保护和改善现有土地状况,提高土地生产力水平;土地复垦利用;土地使用权有偿转让等。国家通过对这些法律关系的调整,维护土地的社会主义公有制,依法管好用好土地资源。

【森林法】调整森林管理、开发、保护和林业生产、经营活动中所发生的经济关系的法律规范的总称。主要包括:森林资源的保护;加强对森林的经营管理;加强森林自然保护区的建设和管理等。森林是国家的重要自然资源,不仅提供木材和各种林产品,而且具有调节气候、涵养水源、保持水土、防风固沙、美化环境、净化

空气等多种功能。国家通过制定森林法规,保护、培育和合理利用森林资源,加快国土绿化,发挥森林的作用,改善生态环境。中华人民共和国成立后,为保护森林和发展林业,制定颁布了一系列政策、法令和条例。1984年9月20日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国森林法》,是建国后制定的第一部森林法。根据该法规定,森林资源属于全民所有,森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益,受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。林业建设实行以营林为基础,普遍护林,大力造林,采育结合,继续利用的方针。各级林业主管部门依照本法规定,对森林资源的保护、利用、更新,实行管理和监督。广泛建立护林组织,负责护林工作,做好森林火灾的预防和扑救。国家制定植树造林计划,采伐森林和林木必须符合国家规定,禁止滥砍乱伐。森林法还对违反森林法的行为作了具体规定。

【草原法】调整在保护、管理和建设草原过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。主要内容包括:草原的所有权和使用权,草原的保护和建设,草原的管理,对违法行为的处罚等方面的规定。草原是发展畜牧业的重要基地,是畜牧业最基本的生产资料。为了加强草原的保护、管理、建设和科学利用,保护和改善生态环境,发展现代化畜牧业,许多国家都制定有草原法。1985年6月18日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国草原法》。根据草原法规定,草原属于国家所有,即全民所有,草原的所有权和使用权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯;地方各级人民政府负责组织本行政区域内的草原资源普查,制定草原畜牧业发展规划并纳入国民经济发展计划,加强草原的保护、建设和合理利用,提高草原的载畜能力;严格保护草原植被,禁止开垦和破

坏。禁止在荒漠草原、半荒漠草原和沙化地区砍挖灌木、药材及其他固沙植物;合理使用草原,防止过度放牧,防治草原鼠虫害,保护捕食鼠虫的益鸟益兽。此外,草原法还就草原捕猎、行驶、防火及违反草原法的处罚办法作了规定。

【水法】国家调整水的开发、利用、管理、保护、除害过程中发生的各种社会经济关系的法律规范的总称。水是经济建设、社会发展和人民生活不可缺少的极其重要的自然资源。为合理开发利用和保护水资源,防治水害,充分发挥水资源的综合效益,适应国民经济发展和人民生活的需要,许多国家通过制定水法的形式来实现国家对水资源的保护。1988年1月21日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国水法》。在中华人民共和国领域内开发、利用、保护、管理水资源,防治水害,必须遵守水法。水资源包括地表水和地下水,属于国家所有,即全民所有。农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水,属于集体所有。国家保护依法开发利用水资源的单位和个人的合法权益,鼓励和支持开发利用水资源和防治水害的各项事业。根据水法的规定,国家实行计划用水,厉行节约用水的方针,为保护水资源,应采取有效措施,保护自然植被,种树种草,涵养水源,防治水土流失和水污染,改善生态环境。国家对水资源实行统一管理与分级、分部门管理相结合的制度。此外,水法还规定了水资源的开发利用,地上水、地下水、水域和水工程的保护,用水管理,防汛与抗洪和违反水法、破坏水资源应承担的法律责任等。

【渔业法】调整人们在管理、保护、养殖、开发和利用渔业资源活动中产生的各种社会关系的法律规范的总称。渔业是人们利用水域

捕捞和养殖水生动植物,以获取水产品的生产部门。可分为海洋渔业和淡水渔业,捕捞渔业和养殖渔业,可以说渔业是以渔业资源为劳动对象的部门。为保护渔业资源,加强渔业管理、开发和利用,改善渔业水域的生态环境,保障国家和渔业生产者的合法权益,促进渔业生产的发展,1986年1月20日中华人民共和国人大常委会通过并公布了中国第一部渔业基本法,即《中华人民共和国渔业法》。在中华人民共和国的内水、滩涂以及中华人民共和国管辖的一切其他海域从事养殖和捕捞水生动物、水生植物等渔业生产活动,必须遵守渔业法规。根据渔业法的规定,中国对渔业生产实行以养殖为主,养殖、捕捞、加工并举,因地制宜,各有侧重的方针。国家对渔业的监督管理,实行统一领导、分级管理。国家鼓励全民所有制单位、集体所有制单位和个人充分利用适于养殖的水面、滩涂、发展养殖业。国家鼓励、扶持外海和远洋捕捞业的发展,合理安排内水和近海捕捞力量。此外,渔业法还对渔业资源的增殖和保护,违反渔业法规应承担的法律责任等问题作了规定。

【矿产资源法】调整人们在开发、保护、利用和管理矿产资源过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。矿产资源是在自然界生成的、在地壳中存在的、可以被人类利用的、具有一定数量和质量矿物或岩石,包括呈固体、液体或气体状态的各种金属、非金属矿产、燃料矿产和地下热能。中国宪法中所称的“矿藏”即指矿产资源。矿产资源是国家的宝贵财富,世界各国对矿产资源的立法十分重视。矿产资源法的内容包括矿产资源的保护,矿产资源的勘查、开采、利用、管理,矿产品的收购管理等。国家通过对这些法律关系的调整,使矿产资源纳入法制的轨道,以保障国家经济建设的顺利发展。1986年3月19日中华人民共和国人大常委会通过并

公布了《中华人民共和国矿产资源法》，主要内容有：(1)矿产资源属于国家所有，禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或破坏矿产资源。(2)国家保障矿产资源的合理开发利用。勘查矿产资源必须依法登记。开采矿产资源必须依法申请取得采矿权。国家保护合法的探矿权和采矿权不受侵害，保障矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序不受影响和破坏。(3)国营矿山企业是开采矿产资源的主体。国家鼓励、指导和帮助乡镇集体矿山企业的发展。国家通过行政管理，指导、帮助和监督个人依法采矿。(4)国家对矿产资源的勘查、开发实行统一规划、合理布局、综合勘查、合理开采和综合利用的方针。(5)对违反矿产资源法、破坏矿产资源的单位和个人追究其法律责任。

【能源法】调整在管理、保护、开发、生产、使用和节约能源过程中所发生的各种经济关系的法律规范的总称。包括石油法、煤炭法、电力法、原子能法等。能源是自然界中能以直接利用或加工转换的方式，获得光、热、电、机械能等能量的一种资源，是人们生产和生活的重要物质基础，同人类的生存、发展息息相关。人类开发利用能源的实践，使能源与法的联系日益密切，并使能源法从人类出于对生存环境的保持来维护自然资源，发展为包括能源的勘探、开发、生产、加工、转换、储存、分配、使用和节约等各个方面的一系列法规。国家通过能源立法，强制实施能源政策、能源规划，加强能源管理，为发展能源技术和能源经济制定各种具体措施，明确各单位在能源领域中的地位、权利和义务。能源法的调整原则一般包括以下几个方面：(1)国家开发利用能源的指导原则；(2)保护能源资源和确保合理开发；(3)保证能源供给和合理有效的利用，使之发挥更大的经济效益；(4)节约能源和促进替代能源的开发；(5)能源开发

利用的规划;(6)实施合理的能源价格和能源税;(7)建立能源管理机构和制订能源消耗标准;(8)对能源的开发利用和节约的奖惩。许多国家制定了能源法。中华人民共和国成立后,十分重视能源管理工作,制定和颁布了一系列有关能源方面的法规,在石油、水电、煤炭等方面作了具体规定,对能源资源的保护、加快能源的开发和节约使用能源起到积极有效的作用。

【环境保护法】国家制定或认可的,由国家强制力保证实施的,调整因保护和改善生活环境与生态环境,防治污染和其他公害而产生的各种社会关系的法律规范的总称。制定环境保护法的目的在于合理利用自然资源,防治环境污染和生态破坏,为人民造成清洁适宜的生活和劳动环境,保护人民健康,促进经济发展。目前在工业发达和法制比较完备的国家,环境保护法已经成为国家法律体系的重要组成部分。主要包括以下几方面:(1)宪法中关于环境保护的规定;(2)环境保护基本法或称环境政策法;(3)保护自然环境的法规,主要有保护土地、森林、草原、河流、海洋、大气、野生动植物、自然保护区、风景游览区、名胜古迹等法规;(4)防治污染和其他公害的立法,包括大气污染防治、水体保护、噪声和震动控制、废弃物处置、农药及其他有毒物品的控制与管理、防止恶臭、放射性物质与电磁辐射危害的防护、防止地面沉降等法规;(5)各种环境质量标准 and 污染物排放标准以及与此有关的各种操作规程;(6)关于设置环境管理机构,关于危害环境的法律责任以及处理环境纠纷及其程序等法规。此外,在民法、行政法、经济法、劳动法、刑法等法规中也包含一部分环境保护的法律规范。1989年12月26日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国环境保护法》,分别就保护自然环境、防治污染和其他公害、环境保护机构和

职责、科学研究和宣传教育、奖励和惩罚等问题作了明确规定。

【野生动物保护法】调整在保护和管理受国家重点保护的野生动物过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。野生动物一般指非人工驯养、生长在自然界的动物。国家法律所保护的野生动物,主要包括珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有益的或者有重要经济、科学研究价值的陆生野生动物。保护野生动物,不仅是发展经济、文化和科学研究,改善与提高人民生活水平的需要,而且也是维护自然生态平衡不可缺少的条件。1988年11月8日中华人民共和国人大常委会通过并颁布了《中华人民共和国野生动物保护法》。在中华人民共和国境内从事野生动物的保护、驯养繁殖、开发利用活动必须遵守野生动物保护法。根据该法规定,野生动物属于国家所有,国家依法保护依法开发利用野生动物资源的单位和个人的合法权益。国家对野生动物实行加强资源保护、积极驯养繁殖、合理开发利用的方针,鼓励开展野生动物科学研究。中华人民共和国公民有保护野生动物资源的义务,对侵占或破坏野生动物资源的行为有权检举和控告。国家保护野生动物及其生存环境,禁止任何单位和个人非法猎捕或破坏。此外,野生动物保护法还规定了野生动物的管理和法律责任等。

【计划法】调整国家机关、企业、事业单位、农村集体经济组织,以及其他社会经济组织在编制、审批、执行、监督、检查、调整、修改计划的全过程中所发生的权利和义务关系的法律规范的总称。计划法所调整的计划关系是由计划法律规范形成的计划主体之间的权利义务关系,是经济法律关系的重要组成部分。计划关系包括纵向计划关系和横向计划关系。计划的法律特征是,需要经过国家权力机

关的讨论通过,是一种法律文件,具有法律效力。计划法的基本内容一般包括:计划法的目的、任务和基本原则,计划体系和指标体系,计划的综合平衡制度,计划的管理体制,计划的编制、审批和执行,计划责任制度和计划纠纷的仲裁或司法程序等。随着中国社会主义市场经济运行机制的建立,以行政管理为主要手段的中央集权或计划管理体制已不适应新的经济形势的发展,不利于国民经济的迅速发展。为加快经济体制改革步伐,推进社会主义经济建设发展,完善国家计划管理体系,发展社会主义市场经济,国家立法机关正在着手起草一部具有中国特色的国民经济和社会发展规划法。

【工业企业法】调整工业企业在生产经营管理中和国家在管理工业企业过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。工业企业指独立从事工业生产经营活动的,自主经营、自负盈亏的经济组织。由于工业企业的分类标准、特别是各类工业企业生产资料所有制的形式不同,为便于调整各类工业企业的经济关系,工业企业法的形式也相应地分为:全民所有制工业企业法、集体所有制企业法、私营企业法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、外资企业法及企业横向经济联合法规等。工业企业法的调整对象包括3类经济关系:(1)国家有关部门和企业之间所发生的纵向经济关系;(2)各企业之间在生产经营活动中所发生的横向经济关系;(3)工业企业内部的各种经济关系。工业企业法的主要内容一般包括:工业企业的开办和关闭的程序,工业企业经营管理的权限和责任,职工的权利和义务,工业企业内部的领导制度,工业企业与主管单位、地方人民政府以及与其他企业、事业单位之间的关系,企业内部的奖惩制度等。中国的工业企业法是为了确立工业企业的法律

地位,保障工业企业正常的生产经营活动,加快工业的发展而制定的法律规范。目前已有的工业企业法律和法规主要有:《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《中华人民共和国企业破产法》、《中华人民共和国私营企业暂行条例》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等。对于保障和促进社会主义经济建设起了积极作用。

【产品责任法】调整产品的制造者、销售者与消费者之间基于侵权行为所引起的人身伤亡和财产损害责任的法律规范的总称。主要确定产品的制造者和销售者对其生产或出售的产品所应承担的责任,加强产品生产者和销售者的责任,保护消费者的利益。产品责任法以侵权行为法中的疏忽、违反担保原则和严格责任原则这三项原则,作为追究产品生产者和销售者责任的依据。首先在英国和美国判例中出现,第二次世界大战后在欧洲大陆有了长足的发展,并且由于国际贸易的日益频繁而陆续拟定了有关产品责任的国际公约,逐步形成了国际产品责任法。根据中国法律规定:因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

【企业登记法律制度】工商行政管理机关对工商企业的筹建、开发、歇业、停业、合并、分立、转业、迁移进行登记审批发照,并对其生产经营活动进行监督管理的法律制度。登记发照是国家对一个企业予以法律承认的一种形式,监督管理是国家对企业经济活动进行行政干预的一种手段。根据国家有关法律规定,具备法人条件的工

商企业,包括全民所有制企业、集体所有制企业、联营企业,在中国境内设立的中外合资经营企业,中外合作经营企业和外资企业,私营企业,以及需要办理企业法人登记的其他企业,都应当依照该条例的规定办理企业法人登记。在中国,企业法人登记和营业登记的主管机关是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局。

【全民所有制工业企业法】调整国家有关部门在对全民所有制企业进行组织管理过程中,以及全民所有制企业在生产经营活动中所发生的经济关系的法律规范的总称。全民所有制工业企业是依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位。为保障全民所有制经济的巩固和发展,明确全民所有制工业企业的权利和义务,保障其合法权益,增强其活力,促进社会主义现代化建设,中华人民共和国人民代表大会于1988年4月13日通过并公布了《中华人民共和国全民所有制工业企业法》。主要包括:企业的设立、变更和终止;企业的权利和义务;厂长的产生、地位、职权及责任;职工和职工代表大会;企业和政府的关系;企业的法律责任等。

【集体所有制企业法】调整国家对集体所有制企业管理过程中,以及集体所有制在其内部组织管理和产生经营活动中所发生的经济关系的法律规范的总称。集体所有制企业主要分布在手工业、工业、建筑安装业、交通运输业、商业、饮食服务业、修理业等不同行业,一般可以分为城镇集体所有制企业和乡镇集体所有制企业。集体所有制企业作为劳动群众集体占有生产资料,共同劳动,实行按劳分配的社会主义公有制经济组织,是自主经营、自负盈亏、独立核算的经济实体。其中,具备法人条件的,依法进行企业法人登记

后,具有法人地位;不具备法人条件的,依法经过营业登记,可以在核算登记的范围内从事生产经营活动。根据中国宪法规定:国家保护城乡集体经济组织的合法权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。集体经济组织在接受国家计划指导和遵守有关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。

【私营企业法】调整国家对私营企业的引导、监督和管理过程中,以及私营企业内部组织管理和生产经济活动中发生的经济关系的法律规范的总称。私营企业指企业资产属于私人所有,雇佣经营,且雇工在8人以上的工商企业。中国宪法规定:国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营企业的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。据此规定,国务院于1988年6月25日发布了《中华人民共和国私营企业暂行条例》。主要规定了私营企业的种类和法律地位、私营企业的开办和关闭、私营企业的权利和义务和对私营企业违法行为的处罚。此外,中国的私营企业法还包括其他法律、法规中有关私营企业法的规定和有关私营企业的专门性行政法规、地方法规等等。

【交通运输法】调整交通运输关系的法律规范的总称。交通运输关系是在交通运输中产生的一种社会关系,按照运输方式不同,分为铁路运输关系、公路运输关系、水路运输关系、航空运输关系、管道运输关系和民间运输关系;按照运输关系性质的不同,分为交通运输管理关系、交通运输合同关系和交通运输的经营管理关系;按照运输对象的不同,分为旅客运输关系和货物运输关系。广义的交通还包括邮电、邮政、电传、电话、电报和广播等。交通运输法是经济

法的重要组成部分,世界各国有不同形式的交通运输法,一般包括公路运输立法,航空运输立法、铁路运输立法和内河、沿海、远洋运输立法。中华人民共和国成立后,没收了官僚资本和帝国主义在华财产,将铁路、海运、航空等现代化运输工具收归国有,并先后制定了一系列调整各种运输关系的单项法规和条例。中国交通运输法包括的内容主要有:当事人的权利义务,有计划地、合理运输的规定,国家统一管理的规定、法则等。目前,中国交通运输法包括以下几方面规范:铁路运输法规、公路运输法规、水路运输法规、航空运输法规、航海运输法规和综合性运输法规。由于交通运输活动具有国际性,国际上制订了一些交通运输公约、规则,并与一些国家的国内立法互为影响。中国与外国发生的国际运输关系,主要由中国参加或批准的国际协定、条约调整。

【邮政法】调整邮政部门同用户之间,以及邮政部门同其他有关方面之间,在邮政事务中所发生的社会关系的法律规范的总称。邮政部门制定一切规章制度的依据。为了保护通信自由和通信秘密,保障邮政工作的正常进行,促进邮政事业的发展,以适应社会主义建设和人民生活的需要,1986年12月2日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国邮政法》。主要内容包括:邮政企业的设置和邮政设施;邮政业务的种类和资费;邮件的寄递;邮件的运输、验关和检疫;损失赔偿;违反邮政法的法律责任等。国务院邮政主管部门管理全国邮政工作。国务院邮政主管部门根据需要设立地区邮政管理机构,管理各地区的邮政工作。

【电信法】调整电信通信关系的法律规范的总称。目的在于统一规定电信通信的管理、建设、使用,以及电信通信的标准、安全保护准

则等,以建立正常的通信秩序,保证电信通信的畅流和发展。1932年,由78个国家的代表参加的马德里会议,决定将国际电报联盟改为国际电信联盟,并制订了《国际电信公约》和新的电报、电话和无线电规则。世界各国一般都有电信立法。中华人民共和国成立后,设立了邮电部,颁布了新的电话、电报业务、技术规章制度。主要内容包括电信各工种的业务规程、使用规则、资费标准,技术维护规程,技术标准,电信工程建设计划、设计、施工、验收规定等。

【公司法】规定公司的设立、组织、活动和解散以及股东的权利与义务等关系的规范的总称。依据世界大多数国家的公司法,公司是依照法律程序设立、以营利为目的的社团法人。按集资方式和股东承担的责任,通常可分为5种形式,即:有限公司、无限公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司。公司起源于16世纪末、17世纪初的欧洲。由于公司是一种适合生产力发展的较先进的企业组织形式,得到各国法律的认可。世界上最早的公司立法见于1673年法国国王路易十四的《商事勒令》,1807年《法国商法典》有所增补。中国清光绪二十九年(1903)制定《公司律》,是最早的公司立法。随着公司在经济生活中的发展而不断变化,公司法也日趋完善。公司法一般包括三方面内容:(1)关于公司的设立、变更、终止和公司章程、公司的法律地位和组织机构等;(2)关于公司的内部关系,即公司的股东相互之间的关系以及股东与公司之间的关系,尤其是股东在公司经营管理和分配红利方面的权利;(3)与公司组织特点有关的一些活动内容,如股票的发行、交易和债券的发行、转让等。为适应中国社会主义市场经济发展的需要,1992年中国颁布了有限责任公司和股份有限公司规范意见。

【无限公司】又称无限责任公司。由两个以上无限责任股东组成、全体股东对公司债务负连带无限清偿责任的公司。各股东应以其全部财产,对公司的债权人负连带清偿责任,以取得信任。如无特殊规定,各股东都有权管理企业,股东转让股份给股东以外的第三人需经全体股东同意。无限公司与有限公司在性质上相对立,而与合伙组织在性质上是相似的。无限公司风险很大,现已不多见。

【有限公司】又称有限责任公司。由法定人数的股东所组成的,股东以其认定的出资额对公司负责,公司以其全部资产对债务承担责任的公司。一般具有以下特征:一般股东仅就其出资额对公司负责,也有就出资额加倍负责的;有限公司一般不公开发行股票,股东的份额及股份的权利证书(股单),是一种证明证券,不是有价证券,不能买卖,转让证书有较严格的限制,须经全体股东一致同意;有限公司的股东人数较少,有的国家对股东人数有上限规定;有的国家对有限公司还限制资本的最低额,可以增加资本,但不得减少资本。有限公司的业务由股东推选一人或数人执行,不执行业务的股东有监督权。

【两合公司】由有限责任股东和无限责任股东共同组成的公司。在这类公司中,无限责任股东对公司债务负连带无限清偿责任,有限责任股东仅就出资额为限对公司债务负责。与股份两合公司的区别,在于有限责任部分的资本不分为等额股份。两合公司,是无限责任公司和有限责任公司之间的中间形式,既有负无限责任的股东以取得外界信任,又可吸收有限责任股东以扩大公司的资金。由于无限责任股东负有很大风险,因而在两合公司中占有主导地位,享有管理公司业务的权力,而有限责任股东则不得执行公司业务

和对外代表公司。无限责任股东死亡会导致退股或公司结束,有限责任公司股东死亡则其股份由继承人继承。

【股份有限公司】又称股份公司。由法定人数的股东发起所设立的,全部资本分为均等的股份,股份以股票的形式公开发行和转让,股东以其所认购的股份为限对公司负责,公司以其全部资产对债务承担责任的公司。股份有限公司具有以下法律特点:股份有限公司用发行股票的方式募集资金,有利于向社会广泛迅速集资,资金雄厚,可经营较大规模的企业;股票可以自由转让,加速资金流转;股东的责任仅以拥有的股票金额为限,可以不冒更大风险;股东的所有权与企业的经营管理职能相分离,公司可选用有才能的企业家参加经营,实行现代化管理方法,提高经济效益。由于股份有限公司是最能分散资本投资风险的企业形态,且能动员众多的资金而形成拥有大量资本的大企业,从而具有很大竞争力,获得更大的利润。

【合伙】两个或两个以上的当事人约定共同出资进行生产经营活动的法律行为,或指由此而建立的合伙法律关系。当事人称合伙人。合伙组织是一种“人的组合”,合伙人与合伙组织紧密联系,合伙人的死亡、退出或破产等都将导致合伙的解散。合伙组织一般被认为具有法人资格,各当事人仍为权利、义务主体,其财产为全体合伙人共同共有,合伙人对外负连带无限清偿责任,当一个合伙人无力偿还债务时,其他合伙人必须按比例分摊。合伙经营事业,可以达到仅靠个人的经济力量所达不到的目的。

【工业产权法】调整因确认、保护和使用工业产权而发生和各种社

会关系的法律规范的总称。工业产权是一种与工商产业的发展密切相关的知识产权,又称工业所有权,是对精神财富的专有权。包括发明专利权、实用新型权、外观设计权和商标权等。工业产权加上版权(著作权),又称为知识产权或智力成果权。按照《保护工业产权巴黎公约》的规定,工业产权的保护对象有发明、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或者原产地名称,以及制止不正当竞争。工业产权法所保护的对象具有一些共同的特点,即:(1)专有性。又称独占性或垄断性。这些权利由权利人独占,他人未经许可不得利用。(2)地域性。一国确认或保护的工业产权只在该国境内有效。(3)时间性。专利和商标都有一定期限,期限届满后,专有权即终止。工业产权方面最早的法律是英国 1624 年的专利法和法国 1857 年的商标法,最重要的国际条约是 1883 年的《保护工业产权巴黎公约》。以巴黎公约为中心,现还签有 12 个工业产权方面的国际条约和协定。中国十分重视工业产权的保护工作,制定和颁布了一系列有关专利和商标的法律规范,其中比较重要的法律有:《中华人民共和国民事诉讼法》中的有关规定、《中华人民共和国专利法》以及《中华人民共和国商标法》。这些法律的颁布和实施,对保护发明创造者的权益,鼓励发明创造和促进科学技术进步,推广使用先进技术,引进国外先进技术,加强国际经济技术和文化的交流提供了法律上的保证。

【商标法】确认商标所有权,调整商标使用过程中所发生的社会关系以及处理商标事宜的法律规范的总称。一般地,商标法的内容包括:商标的构成;商标注册的程序;商标的使用办法;商标管理机关及商标管理制度;对商标专用权的确认及保护;违反商标法应负的法律責任等。商标,即商品的牌子,是商品生产者或经营者用以标

明自己所生产或销售的商品,与其他人生产或者销售的同一商品相区别的标记。商标具有排他性,商标在注册之后,使用人取得专用的权利,作为知识产权的一种,可以转让和继承。仿冒侵害商标专用权的,权利人有权向主管机关和法院请求排除侵害和赔偿损失,仿冒者并负刑事责任。为保护商标专用权,各国均致力于商标法的制定。最早的商标法是1857年的法国商标法。目前已有100多个国家制定了商标法。中国最早的商标法是清政府于1904年颁布的《商标注册试办章程》。中华人民共和国成立后,曾颁布《商标注册暂行条例》和《商标管理条例》。1982年8月23日,中华人民共和国人大常委通过并颁布了《中华人民共和国商标法》,1983年3月10日,国务院又颁布了《中华人民共和国商标法实施细则》,建立和健全了中国商标法律制度。由于商标在国际贸易中具有重要作用,关于商标的世界性和区域性的国际公约、协定不断产生,如《保护工业产权巴黎公约》、《商标国际注册马德里协定》、《商标注册条约》等。

【商标注册】商标使用人将其使用的商标依照商标法及其实施细则规定的注册条件、管理程序,向商标机关提出注册申请,经国家工商行政管理局、商标局依法审定,在《商标注册簿》上登录,发给《商标注册证》并予以公告,授予注册人以商标专用权的法律活动。经过国家工商行政管理局、商标局核准注册并刊登在商标公告上的商标,称为注册商标。注册商标由商标注册人享有专用权,受法律保护,具有排他性,他人不得侵犯。中国的商标法对商标注册一般采用自愿申请注册,但对国家规定必须使用注册商标的商品,如人用药品和烟草制品,则实行强制注册。

【商标申请】商标使用人为了取得商标的专用权,将使用的商标按照法定手续向商标局申请注册的行为。商标注册的申请人必须是依法登记的企业、事业单位和个体工商业者。外国申请人其所属国必须与中国订有商标协议或共同参加国际条约,或者按对等原则,始允许申请注册。申请商标注册,应该按照规定的商品分类表按类分别申请,并填报商品类别和名称,附送商标图样,并缴纳规定的费用。商标注册的申请日期以商标局收到申请书的日期为准。

【商标管理】工商行政管理部门对商标的注册、使用等所进行的行政性管理工作。在中国,对国家规定必须使用注册商标的商品,督促生产者或经营者及时申请商标注册;对转让注册商标、许可他人使用注册商标以及变更注册事项等,督促依法办理规定手续;对使用未注册商标的,防止任意改换、滥用或冒充注册商标;监督商品质量,制止欺骗消费者的行为等。对违反商标法规的行为,工商行政管理部门有权予以制止,责令限期改正,并且可以通报或者处以罚款,直至撤销商标的注册。

【商标代理】受商标注册申请人的委托,代办商标注册和其他有关商标事宜的代理行为。根据中国商标法规定,对外国人或外国企业在中国申请注册和办理其他商标事宜的代理行为,须委托国家指定的组织代理。中国国际贸易促进委员会是国家指定的代理组织。在其他国家,外国人申请商标注册也要求在本国有住所或营业所的人代为办理。委托代理应由委托人出具委托书,规定代理事项和权限。

【专利法】调整因确认和保护发明创造专有权,以及因发明创造的

利用而产生的各种社会关系的法律规范的总称。内容一般包括:保护专利技术的范围,即授予专利的种类;专利权的归属;授予专利权的条件;申请和审批专利的程序;专利权人的权利和义务;专利实施和强制许可实施;对专利权的法律保护等。专利又称专利权,是专利机关代表国家依法授予发明人、设计人或其所属单位对某项发明创造在法律规定的期限内享有的专有权。专利权是一种无形财产权,受法律保护,未经专利权人许可,任何人不得实施其专利,否则构成侵权,专利权人可以要求侵权人赔偿损失或向法院起诉。最早形成专利制度的国家是15世纪时的威尼斯共和国,1474年威尼斯颁布的专利法是世界上第一部专利法。世界上有100多个国家制定了专利法。中国最早的专利法是中华民国时期1912年公布的《奖励工艺品暂行章程》。中华人民共和国成立后曾颁布《保障发明与专利权暂行条例》。1984年3月12日,中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国专利法》,1985年1月19日经国务院批准,中国专利局公布了《中华人民共和国专利法实施细则》。中国专利法保护的发明创造专利有发明专利、实用新型专利和外观设计专利。世界性和区域性专利条约的签订,是专利制度国际化的重要标志,目前主要有《保护工业产权巴黎公约》、《专利合作条约》、《欧洲专利公约》等。

【专利申请】享有专利申请权的单位、企业或者个人以书面形式请求国家授予专利权的行为。中国专利法中,专利申请分为发明专利申请、实用新型专利申请和外观设计专利申请3种。按照专利法规定,申请发明或者实用新型专利的,应当提交请求书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。申请外观设计专利的,应当提交请求书以及该外观设计的图片或者照片等文件,并有应当写明使用该外

观设计的产品及其所属的类别。

【专利实施】制造专利产品、使用专利方法或者销售专利产品的行为。按照中国专利法的规定,发明和实用新型专利的实施,指为生产经营目的而制造、使用或者销售专利产品,或者使用专利方法;外观设计专利的实施,指为生产经营目的制造或者销售外观设计产品。任何单位或者个人实施他人专利的,都必须与专利权人订立书面实施许可合同,向专利权人支付专利使用费。

【专利代理】依法或依委托代表他人向专利局申请专利和办理其他专利事务的行为。担任专利代理工作的人或机构称为专利代理人或专利代理机构。中国专利法规定,单位或者个人在国内申请专利和办理其他专利事务,可以委托专利代理机构办理;向国外申请专利,应委托国务院指定的专利代理机构办理。在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的,也应当委托中国国务院指定的专利代理机构办理。

【农业法】调整农业经济关系的法律规范的总称。农业法的调整对象,包括农业管理部门与国民经济其他部门的关系,农业管理部门内部的各种关系。农业管理部门与国民经济其他部门的关系,主要是各级农业行政管理机关和经济管理部门在领导、组织、经营、管理农业经济组织、农业企业、联产承包的家庭经营户和个体经济户过程中所发生的经济关系;农业管理部门内部的各种关系,主要是农业经济组织、农业企业、联产承包的家庭经营户、个体经济户之间在生产经营过程中所发生的经济关系。农业法调整的范围很广,

包括种植业、饲养业、林业、渔业、农副产品加工业、乡填企业以及农田、水利、农业能源等基本建设等。在国外,罗马的《十二铜表法》和雅典的《德拉古立法》中,都有农业经济方面的法律规定。许多国家普遍制定了农业经济法规。中华人民共和国成立以来,农业立法工作得到进一步加强,陆续颁布了大批农业法规,分别在土地的管理、水产资源的保护、国内植物检疫、进出口动植物检疫、乡镇企业的管理、兽药的管理、农药的使用和管理等各方面作了明确的规定,对保护农业资源、保证安全生产、发展农业联产承包制等起到了促进作用。

【国营农业企业法】调整国营农业企业内外关系的法律规范的总称。用以明确国营农业企业的性质、任务及其在国民经济中的地位和作用,并据以正确调整和处理国营农业企业同其他法人、个人以及其内部各个方面的关系,确保农业企业的事业顺利和健康地发展。国营农场是国家的农业企业,生产资料属于全民所有。目前,有国营农场的国家,有的已颁布了相应的法规,有的虽未专门制订相应的法规,但将有关国营农场的法律条款分列在其他法律规范之内。中国的国营农场法规,规定国营农场是社会主义全民所有制的农业经济组织,规定了国营农场的性质、领导体制、农场职工的待遇,以及在国营农场范围内是否允许集体所有制经济和个体经济存在等。法规对于国营农场的开办和扩建,规定了具体的条件和申报、审批程序。法规还规定国营农场的土地、森林、草原、水域、水源、矿山、水利设施、机械、路、桥、房、作物、牲畜等均属国家财产,任何单位和个人不得侵犯,凡侵占、破坏和盗窃、哄抢国营农场财产,均属违法行为,应受法律制裁。法规还规定了对国营农场和职工的奖励办法,以及对于违反有关规定、侵犯国营农场和职工权利

的单位和个人的惩罚规则。

【种子法】调整有关种子生产、经营和使用的法律规范的总称。国家为了保证农业生产用种子质量,运用法律手段,严格控制农作物种子的选育、审定、生产、加工、经营、贮藏、鉴定、检验、检疫及进出口,以促进农业生产的发展。世界上最早的种子法令,是1816年瑞士伯尔尼市禁止出售掺杂种子的法令。其后,各国相继颁布了种子法。各国种子法,一般经国家立法机构批准,由农业部颁布,并制定具体执行条例,以利实施。世界各国种子法的内容,一般包括:总则、法令及有关规章条例、对象和范围、定义与术语、机构与职责、种子质量控制(检验、检疫)、种子范围、种子生产、种子经营、种子法的实施与执行、种子进出口、违法与惩罚等。中华人民共和国成立后,为加强种子的管理,陆续颁布了一系列有关种子的法规,对农业生产用的种子质量及其管理、选育、审定、生产、加工、贮藏、鉴定、检验、检疫、经营、进出口作出了规定。此外,中国的种子立法还对建立救灾备荒种子储备制度、财政(价格)补贴制度等作出规定。

【植物检疫法】为防止植物病虫害传播、蔓延,由国家制定的关于对进出口和国内不同地区间调运的植物和植物产品进行检疫和处理的法律规范的总称。检疫对象为严重危害农业生产、在国内没有发生或分布未广的、能随同植物和植物产品作远距离传播的病虫害。随着植物和植物产品交易的日益频繁,病虫害的传播蔓延的严重性越来越引起各国的重视,许多国家颁布了植物检疫法或检疫条例。联合国粮农组织于1951年在罗马通过了《国际植物保护公约》。中国于1982年6月4日公布了《中华人民共和国进出口动植物检疫条例》,通称“外检条例”。1983年1月3日公布了《植物检

疫条例》，通称“内检条例”。分别规定了植物检疫的机构、检疫的范围、检疫对象、禁止进口的范围、发生检疫对象的地区封锁措施、植物与植物产品的调运检疫、分地检疫、检疫程序和惩罚原则等。

【农药管理法】为防止农药通过饮水、植物、动物进入人体、畜体、造成急性或慢性积累中毒而制定的关于农药生产、销售和使用的法律规范的总称。随农药的广泛使用而产生。中国从1978年恢复了农药检定所，1982年由农业部、林业部、化学工业部、卫生部、商业部、国务院环境保护领导小组共同颁布了《农药登记规定》。1982年农牧渔业部和卫生部又联合颁布了《农药安全使用规定》，对农药的采购、运输、保管、使用时的安全防护措施，施药人员的选择等作了具体规定。对于外国厂商的农药，还规定其应用效果和残留方面的资料，需在中国两个有代表性的地区进行两年试验并取得合格的实验结果，方得进口。改变剂型或变更使用范围须申请补充登记，外国农药在中国登记有效期为5年。

【金融法】调整货币流通和信用活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。一般包括银行、货币、信贷、票据、信托、储蓄、证券交易、外汇管理、黄金买卖等法律、法规以及实施办法、细则等规范性文件。货币资金的流通与生产有密切的联系，直接影响着生产的发展，国家为保障生产的顺利进行，必须对金融实行严格管理。表现在两个方面：对从事金融活动的机构的管理；对金融活动本身进行管理。金融法作为国家为管理金融而制定的行为规则，即是确认金融机构的法律地位并调整货币资金流通关系的法律规范的统一体，是国家领导、组织和管理金融事业的重要工具。金融法通过对金融关系进行调整，赋予其法律关系的形式，使当事人权利义务的

实现,受到国家强制力的保护,对于维护国家金融秩序,促进国民经济的发展,起着重要的作用。金融法是一个总概念,包括银行法、货币法、信贷法、票据法、保险法、外汇管理法等。多数国家的金融法都遵循货币发行权集中于中央银行的原则,赋予中央银行独立执行金融政策,保持币值稳定的职能;遵循各种信用的等价有偿和保障债权人收取本息的原则。中国金融法大致包括以下内容:(1)关于银行、保险等金融机构法律地位和业务范围的规定;(2)关于货币发行和管理的法律规定;(3)关于外汇和金银管理的法律规定;(4)关于存款、贷款、储蓄等信贷管理的法律规定;(5)关于票据贴现和结算的法律规定;(6)关于信托业务的法律规定;(7)关于金融市场管理的法律规定;(8)关于保险的法律规定等法律规范。

【货币法】有关货币发行及管理的法律规范的总称。制定货币法的目的在于加强国家对货币的管理,调节货币的流通,保证货币的统一和币值的稳定。货币是从商品交换中分离出来的,充当一般等价物的特殊商品,是在社会产品再生产过程中进行计价、计算的工具体,是实现工业与农业、城市与乡村、生产与消费之间经济联系的工具,也是国家进行经济管理监督的重要工具。因此货币法必须由国家统一制定,颁布施行。世界各国都有根据本国货币政策、货币制度制定的货币法令、法规。货币立法的主要内容有确定本位货币金属、货币单位及进制;本位货币和辅币的铸造及流通过程;货币的发行程序及准备制度;本国货币对外国货币的兑换及汇率制度。中华人民共和国的货币立法,确定货币发行权集中于中央,授权中国人民银行为全国发行货币的机关,货币发行量必须报经国务院批准。中央银行根据货币流通规律和国家批准的发行数额,依法调节市场货币流通,决定货币的投放与回笼,使货币流通与商品流通

保持相适应状态,以维护国家金融活动的正常秩序。现金管理和工资基金监督是国家对货币流通的一项重要管理制度,国家通过立法监督和管理各单位的现金收入、支出、库存和支付职工工资的货币资金。

【银行法】调整银行组织和金融活动的法律规范的总称。包括:确认银行的性质和法律地位,确定银行资金来源,银行的管理制度和经营范围,银行根据国家授权发行和管理货币、管理金融、调节货币流通、管理信贷和结算等法律规范。银行,作为商品和货币经济充分发展的产物,是经营货币信用的特殊企业,承担有关资金融通与货币信用的一切金融活动的主要金融机构。银行法的建立与资本主义金融市场和银行业的迅速发展密切相关。最早的银行法是英国在1844年公布的《英格兰银行条例》。之后资本主义各国相继制定了银行法规,用以确认银行的法律地位,发挥银行经营货币资本的作用,调整银行在金融活动中的关系,保障金融活动的正常进行。中华人民共和国成立后,随着金融货币法律关系的发展,相应制订了一系列的银行法规。中国银行法的主要内容有:(1)关于银行的性质、结构体系和法律地位的规定;(2)货币发行和管理的法律规定;(3)金融管理的法律规定;(4)关于代理国库的法律规定;(5)信贷基金和信贷的法律规定;(6)存款和储蓄的法律规定;(7)有关转帐结算的法律规定。中国银行法是金融法律制度中最为重要的部门法,在国家经济建设中具有重要的作用。

【票据法】规定票据的种类、形式、内容和有关当事人的权利、义务等法律规范的总称。票据是以无条件支付一定金额为基本效能的有价证券,是按法律规定的格式,载明受款人,可于指定日期,不需

给付任何代价,而向付款人支取款项的凭证。由于票据具有货币的作用,为了保护票据流通的安全,票据法多为强制性规定。1673年,法国路易十四的《商事敕令》中对汇票、本票作了规定,此后各国订立了不同形式的票据法,但体例并不一致。日本、荷兰、西班牙等国将其编入商法典,英国、美国等国则另订单行票据法规。随着国际经济与贸易的发展,票据的使用愈来愈广泛,各国对票据法的统一愈感必要。1930年在国际联盟特别委员会主持下,于日内瓦签订了3个关于汇票和本票的公约:《关于汇票和本票的统一法公约》、《关于解决汇票与本票若干法律冲突的公约》、《关于汇票与本票印花税公约》。1931年又在日内瓦通过了3个关于支票的公约:《关于支票的统一法公约》、《关于解决支票法律冲突问题的公约》、《关于支票的印花税公约》。中国清朝末年開始拟订《票据法》,1925年修订。1929年中国曾正式颁行《票据法》。中华人民共和国成立后,制订和颁布过一些有关票据的法规。

【股票】股份有限公司公开发行的证明股东在公司中拥有其股权,并作为分配股利和剩余财产依据的有价证券。股票上一般要写明:公司名称、设立登记的年月日、每股金额、股数、股票发行年月日等。一般公司没有义务向股东归还其投资额,股票上也没有偿还本金的日期和数目。股票可以作为买卖对象或抵押品,其价格取决于该股票可能获取的股利的数量。股票票面上载明的金额表明投资入股时的资金数额,是固定的,但可以与实际售价相背离,其价格的高低,与可能取得的股利数量成正比,与银行利率成反比。股票售价是经常变动的,通常用等量资金购买股票,能获取的股利要大于银行存款利息。股票按是否写有股东姓名可分为记名股票与无记名股票;按股东的权益和保障的差异可分为普通股票与优先股

票;按有无票面金额可分为有面值股票与无面值股票。

【票据】以支付一定金额为目的的有价证券。包括汇票、本票和支票。票据载明一定金额,于见票时或指定的到期日,在指定地点,由发票人本人或委托他人为付款人,向受款人或执票人(持票人)无条件支付款项。最初出现于12世纪的意大利,后随着资本主义商业的发展而开始广泛使用。中国唐代有飞钱,明末山西有汇票,但都限于异地汇款。票据有即期票据和定期票据。前者为见票后立即付款的票据,后者为至票面载明的到期日才能付款的票据。票据可以背书和交付的方式转让,成为支付手段和流通手段,也可以通过贴现,成为融通资金的工具。中国使用的结算凭证也利用票据形式,但不能转让和流通。

【国库券】国家为了满足财政上的需要而由国库发行的一种短期债券。性质与公债相似,但期限较公债为短,一般以国家最短期内的预算收入的全部或一部分担保。有的国家规定,面额较小的国库券可作为零星支付的货币流通。中国的国库券由国家制订国库券条例,委托中国人民银行发行并办理国库券的还本付息事宜。为了适当集中各方面的财力,进行社会主义现代化建设,中国自1981年以来,每年都发布了国库券条例,规定国库券的发行对象为:企业、企业主管部门和地方政府、机关、团体、部队、事业单位、个体工商户、城乡人民。国库券的发行总额、利率、面额种类、还本付息及其他事宜均由国家作统一规定。国库券可以用于抵押,但是不得作为货币流通。国库券也可以转让,但应当在国家批准的交易场所办理。

【信用卡】一种由银行或专门机构发给私人使用的信用凭证。形状近似名片,卡上印有持卡人的姓名、签名式样、编号和有效期限等。持卡人可在当地或外地以至国外发卡银行指定的商店、公司、旅馆,凭签字购买商品、车船、飞机票等。信用卡业务具有先买物后结算,先消费后付款的特点,对用户、商号及银行都有益。用户使用时只要出示信用卡,并在帐单上签字确认即可,不需当时付款。事后由受卡商号凭已签字的帐单,向发卡银行收款。银行垫支款项后,汇集帐单,定期向持卡人核对收款,如逾期未付清,银行按期计算欠款利息,直至全部付清为止,实际上也是一种分期付款的消费信贷。信用卡的使用方法分为单独使用信用卡和与支票联合使用的信用卡两种。国际上广泛使用的信用卡是:美国运通卡、大来卡、东美卡、万事达卡 4 种。中国主要有长城卡、牡丹卡和金穗卡 3 种。

【破产法】有关宣告债务人破产,以及对债务人财产进行清算、分配或者和解的法律规范的总称。破产指债务人全部财产不能清偿所欠的债务时,为了使债权人得到公平补偿,维护经济秩序,而对债务人的全部财产由法院强制执行的程序。破产法起源于罗马法,随着商业的发展,在意大利各商业城市逐渐完备。破产法包括实体法和程序法两方面内容。但由于各国立法体例不尽相同,有的将实体部分和程序部分分别作规定;有的将实体和程序内容穿插混合,按照处理破产事件的先后顺序排列。不论采用何种方式,破产法的实体部分一般包括:总则、破产财产、破产债权、财产债权、否认权、别除权、取回权、抵销权等内容。破产法的程序部分一般包括总则、破产申请、破产和解、破产宣告、破产管理人、债权人的申报与确定、债权人会议、破产财产的管理及变价、破产财产的分配终结等内容。1986 年 12 月 2 日中华人民共和国人大常委会通过并公布了

《中华人民共和国企业破产法》(试行),规定全民所有制企业因经营管理不善造成严重亏损,不能清偿到期债务的,人民法院可根据申请人的申请宣告债务人破产。此外,破产法还就破产申请的提出和受理、债权人会议、和解和整顿、破产宣告、破产清算和破产财产的清偿分配、破产程序的终结和破产责任等问题作了规定。

【铁路法】调整铁路运输关系的法律规范的总称。世界上的铁路法有成文法与不成文法两种。成文法以德、法等国为代表,不成文法以英、美等国为代表。中华人民共和国成立后,随着铁路等现代化运输工具收归国有,先后制订和公布了一系列调整铁路运输关系的单项法规。1990年9月7日中华人民共和国人大常委会通过并颁布了《中华人民共和国铁路法》,用以调整国家铁路、地方铁路、专用铁路和铁路专用线运输关系。根据铁路法规定,国务院铁路主管部门主管全国铁路工作,对国家铁路实行高度集中,统一指挥的运输管理体制,对地方铁路、专用铁路和铁路专用线进行指导、协调、监督和帮助。国家铁路运输企业(指铁路局和铁路分局)行使法律、行政法规授予的行政管理职能,铁路运输企业必须坚持社会主义经营方向和为人民服务的宗旨,改善经营管理,切实改进路风,提高运输服务质量。公民有爱护铁路设施的义务,禁止任何人破坏铁路设施,扰乱铁路运输的正常秩序。铁路法还明确规定了铁路运输营业、铁路建设、铁路安全与保护、法律责任等问题。

【航空法】规定领空主权、管理空中航行和民用航空活动的法律规范的总称。航空法的任务是维护国家领空主权和航空权益,保证合理和有效地使用空域,管理空中航行,保障飞行安全,保护公众利益,促进民用航空事业有秩序地发展,以满足国民经济建设、人民

生活和国际交往的需要。航空法一般包括以下内容:(1)航空法的宗旨、适用范围和领空主权原则;(2)民用航空的用途和主管机关及其职权;(3)民用航空器的登记、国籍、标志、适航、证件规则以及生产、维修制度;(4)民用航空人员的类别、考核和执照制度,以及机长的法律地位;(5)机场定义、分类、标准、登记、管理制度;(6)空域划分和管理规则;(7)航空运输管理规则以及航空运输合同和航空承运人的责任赔偿制度;(8)通用航空管理规则;(9)民用航空安全保卫,对地(水)面上第三者造成损害的责任、环境保护、航空保险、人员培训等项规定;(10)处罚规则。航空法是随着人类征服空气空间以及航空技术进步而产生和发展的。航空法是20世纪的产物,发展很快,已形成一个独立的法律部门。世界上150多个国家颁布有航空法。国际上还制订了许多关于民用航空的多边或双边条约及协定。中华人民共和国成立后,随着航空事业的发展,制订和颁布了许多单行航空法规和条例,并参加了有关国际航空公约,同许多国家签订了双边航空运输协定。

【劳动法】调整劳动关系以及与劳动关系密切相联的社会关系的法律规范的总称。内容主要包括:劳动合同的订立、变更与解除程序的规定;集体合同的签订及执行办法;工作时间与休息时间制度;劳动报酬制度;劳动卫生和安全技术规程;女工、未成年工和特殊工程的特殊保护规定;劳动纪律及奖惩办法;社会保险与劳动保险制度;职工培训制度;工会的权利义务和组织原则;职工参加企业管理制度;劳动争议的解决程序以及对执行劳动法的监督、检查制度等。以上内容,在有些国家以各种单行法规的形式出现,有些国家以劳动法典的形式颁布。劳动法是从民法中分离出来的法律部门。资本主义国家的劳动法最初以“工厂立法”的形式出现。1802

年英国议会通过的《学徒健康与道德法》，是劳动法的开端。后来劳动法的内容和适用范围进一步充实和扩大，逐渐发展成为一个完整的法律体系。中国的劳动法律、法规，体现了中国宪法所规定的劳动立法基本原则，主要有：公民有劳动的权利和义务；改进劳动组织，不断提高劳动生产率；实行各尽所能，按劳分配的原则；劳动者享有休息和劳动保护的权利；劳动者有获得物质帮助的权利；劳动者有遵守劳动纪律的义务；劳动者有组织工会和参加企业民主管理的权利；在劳动方面，男女平等，民族平等。中国劳动法建立在生产资料公有制的基础上，是为人民民主专政和建设社会主义现代化服务的工具。其主要任务是调整社会主义劳动关系，合理组织社会劳动，巩固和发展社会主义劳动组织，保护劳动者的权利，增强劳动者履行义务的自觉性，不断提高劳动生产率和工作效率，在发展生产的基础上逐步提高劳动者的物质文化生活水平。

【工厂法】又称工场法。关于工厂内部的组织机构、行政职能和职工的劳动时间、劳动纪律、劳动保护、工资福利、培训计划、奖励制度、劳动保险、生产技术责任等内容的法规。随着资本主义工厂制度的建立而产生，是资本主义国家迫于社会劳动力再生产的需要，在工人运动高涨的形势下制定的。一般认为，世界上最早出现的工厂法是英国议会 1802 年通过的《学徒健康和道德法》。1833 年英国议会又通过了《工厂法草案》。其后，资本主义各国相继制定工厂法。瑞士和法国于 1877 年和 1892 年分别制定了《工厂法》，日本 1911 年制定《工场法》，于 1916 年正式实施。美国的工厂立法，是 1935 年的《国家劳工关系法》。自 20 世纪初，一些国家陆续制订劳动法。第二次世界大战后，制定劳动法的情况更为普遍，原先工厂法的内容已为劳动法所取代。社会主义国家，工人是国家和企业的主人。

以调整劳资关系为主要内容的资本主义的工厂法在社会主义国家并不适用。社会主义制度下的劳动关系,主要由体现这些国家整个工人阶级利益的劳动法来调整。

【工会法】调整工会与国家、工会与单位行政机构关系的法律规范的总称。包括工会活动的宗旨及范围,成立工会的程序,工会的法律地位、组织原则和组织机构,工会的权利和职责,工会经费的征集与使用等。工会法最早出现于18世纪中叶的英国,以后在其他国家相继出现。按产业系统建立的工会为产业工会,按职业原则组织的工会为职业工会。在中国,1924年孙中山领导的广州国民政府颁布的《工会条例》是第一个关于工会的法律文件,中华人民共和国成立后,1950年颁布了《中华人民共和国工会法》。1992年4月3日中华人民共和国人民代表大会又修订颁布了新的《中华人民共和国工会法》。中国工会是工人阶级自愿结合的群众组织,工会组织原则为民主集中制。中华全国总工会是全国工会最高领导机关。工会法还明确规定了工会的任务、工会的权利和义务、工会与国家的关系、工会与企业的关系、工会的组织机构和领导机关、工会会员的资格及工会的来源等。

【劳动合同】又称劳动契约。劳动者同企业、事业、机关团体或个人订立的有关参加劳动的权利义务的协议。根据合同,工人职员加入企业、事业、机关单位,有义务完成规定担任的工作或职务,并遵守企业、事业、机关单位的内部劳动规章制度;企业、事业、机关单位有义务按照劳动者劳动的数量与质量给付报酬(工资),并且提供劳动法规规定的和双方商定的劳动条件、劳动保险、以及福利待遇等。在中国,劳动合同主要分为固定工劳动合同、临时工劳动合同、

亦工亦农轮换工劳动合同等种类。中国在进行经济体制改革过程中对劳动体制也着手进行改革,改变了以固定工为主要用工形式的用工制度而在广大职工中普遍实行劳动合同制,即合同工制。

【集体合同】又称劳动协约、团体协约、集体协约或联合工作合同。企业行政与工会签订的以劳动条件为中心内容的书面集体协议。集体合同与劳动合同不同,不规定劳动者个人的劳动条件,而规定劳动者的集体劳动条件,一般适用于企业行政(或企业主)和全体工人、职员,也有的适用于企业行政(或企业主)和参加签订集体合同的工会成员。在社会主义制度下,集体合同是企业行政与工会双方为保证完成生产任务和改善职工物质文化生活而签订的确定双方权利与义务的集体协议。反映了社会主义互助合作的劳动关系,体现了依靠职工群众民主管理企业的原则。根据《中国工会章程》规定,工会基层委员会“代表本单位职工同行政签订集体合同或专项协议”。社会主义制度下企业的集体合同包括的内容主要有:确定合同期间的生产任务和生产计划的各项指标;企业行政与工会应尽的义务和应保证的事项,包括生产计划、职业培训、劳动报酬、奖励和惩处、工作时间和假期、安全技术和生产卫生、改善职工物质文化生活设施的具体计划等;规定推广先进经验和巩固劳动纪律的措施;有关履行集体合同的检查制度。

【劳动就业制度】为具有劳动能力的人获得职业提供有报酬的劳动和工作的制度。本质上,劳动就业就是公民的劳动权利得以实现的具体形式,在西方国家,劳动就业通过劳动力市场实现,劳动力市场采用无组织的和有组织的两种雇工方式。前者由雇主派人招工,或工人登门求职方式直接进行;后者以职业介绍所形式出现,有由

雇主的同行工会举办,由雇主与雇员合办,由工会或慈善团体举办,或由以营利为目的私人举办等方式。在社会主义制度下,公民享有劳动的权利,不仅是法律上的规定,而且有经济制度的切实保证。中国在劳动就业方面实行统筹规划,广开就业门路,采取政府介绍就业,待业人员组织起来就业和个人自谋职业并举的方针,大力发展劳动密集型的行业和商业、服务业,为公民实现劳动权利创造良好条件。

【职业培训制度】为培养和提高人们从事各种职业所需要的技术业务知识和实际操作技能而进行的教育和训练工作。职业培训可以有多种形式,一般分为就业前的职业培训和就业后的职业培训两大类。前者主要是给未参加工作的青年以从事某种职业的专门知识和生产技术的训练,使其成为新的技术工人,包括以师带徒或吸收未参加工作的青年进入职业学校、技工学校学习等形式;后者主要给在职职工以专业知识和技能的训练,包括脱产、半脱产、业余的业务训练,如参加企业举办的职工学校、短训班、业务讲座学习,或参加中等专业学校、高等院校学习等形式,中国职业培训的主要方式有:学徒制度、技工学校制度、在职培训制度。

【劳动报酬制度】对劳动者付出的社会劳动量而给予同量的物质补偿的制度。广义指有关调整人们从事劳动取得各种报酬的法律规范。中国宪法规定“国家实行‘不劳动者不得食’、‘各尽所能、按劳分配’的社会主义原则”,“男女同工同酬”。劳动法保障每个劳动者都有按照自己劳动的数量和质量领取劳动报酬的平等权利。中国现行劳动法规规定了职工劳动报酬的形式,有计时工资、计件工资、浮动工资、奖励工资、津贴制度,以及特殊情况下工资的支付办

法。对全民所有制企业、事业管理人员和技术人员,以及国家机关工作人员,根据各种职务的复杂程度、责任大小等不同,确定不同的工资等级,并规定相应的工资数额。对生产工人实行工人工资等级制度,由国家根据不同产业部门在发展国民经济中的作用、劳动条件和技术复杂程度、劳动的繁重程度分别规定工资标准、工资等级和技术等级标准。农村集体经济中采用的劳动报酬形式,自20世纪50年代至70年代末,一般实行工会制度,主要形式有两种:评工记分和按劳动定额计分。80年代初开始,逐步实行专业承包联产计酬责任制的劳动报酬形式。

【劳动保护法规】国家为保护劳动者在生产过程中的安全和健康而制定的各种法规。一般包括安全技术规程、劳动卫生规程、对女工和未成年工特殊保护以及各种劳动保护管理制度等。随着劳动立法的发展,各国在职业安全和劳动卫生方面的法规逐渐增多,除适用于工业部门的一般规定外,对某些重要的产业部门,如矿山、海运、石油、化工等,还制定了专门的法规,劳动保护的规范成为各国劳动法的重要内容。在社会主义制度下,实行劳动保护,最大限度地关心职工和改善劳动条件,是国家的一项重要政策。中国宪法明确规定要“加强劳动保护,改善劳动条件”。中华人民共和国成立以后,国家结合整顿和加强企业管理,建立和健全了各种劳动保护的规章制度,如安全生产责任制度、劳动保护措施计划管理、伤亡事故调查报告制度、国家劳动保护监察制度、劳动保护用品发放和管理制度、女工和未成年工特殊保护制度、设备维护检修制度等。对于进一步改善企业的劳动条件,加强劳动保护管理,防止伤亡事故和职业病,促进经济建设的发展,起到了积极作用。在中国,劳动保护法规的贯彻执行情况,由各级劳动行政机关代表国家对企业以

及主管部门进行监督检查,各级工会代表群众进行监督。

【安全技术规程】国家为了防止和消除在生产过程中的伤亡事故,保障劳动者安全和减轻繁重体力劳动而规定的各种法律规范。既包括技术措施,又包括组织措施。国家规定的安全技术规程只能对一些比较突出、比较有普遍意义的问题作出原则规定,各企业单位应从本身生产的特点出发,根据生产各个环节的需要,采取必要的技术措施,制定有关的规章制度,保证安全生产。

【劳动卫生规程】又称工业卫生规程。国家为改善生产过程中的劳动条件,保护职工的健康,预防和消除职业病和职业中毒而制定的各种法律规范。如对有毒气体、粉尘和噪声的消除,以及对通风和照明状况的改进等的有关规定。中华人民共和国成立后,国家为贯彻安全生产方针,改善劳动条件,保护劳动者的身体健康,公布了一系列劳动卫生规程。内容包括各种生产卫生、医疗预防、健康检查等。

【女工保护制度】国家根据妇女的生理特点,为保证女职工在生产过程中的安全与健康而制定的法律规范,以及由于社会原因,对女职工在劳动就业和劳动报酬方面给予保护的法律法规。在中国,党和国家一贯重视女工的特殊保护工作。中华人民共和国成立以来,女工的社会地位发生了根本变化,国家制定并实施了一系列有关女工特殊保护的法规,主要内容包括:男女平等,同工同酬;在组织女工劳动生产过程中禁止女工从事繁重体力劳动和有毒有害作业;对女工经期、孕期、产期、哺乳期的特殊保护等。1992年3月27日中华人民共和国人民代表大会通过并公布了《中华人民共和国

妇女权益保障法》。

【社会保险】劳动者或全体社会成员在年老、疾病或者丧失劳动能力以及发生其他生活困难时,从国家、社会或有关部门获得物质帮助的一种制度。在中国,包括劳动保险、职工生活困难补助、社会救济以及农村集体经济组织成员的合作医疗、退休养老等制度。社会保险的对象比劳动保险广泛,涉及社会上的各种成员,而劳动保险则仅限于工人和职员。中国宪法规定:公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。中国的社会保险主要有职工的社会保险和农村集体经济组织的社会保险两种形式。随着生产和经济的发展,中国的社会保险事业逐步扩大,趋于完善。

【劳动保险】简称劳保。对工人、职员在生育、养老、疾病、死亡、伤残等情况下,给予物质帮助的一种制度。在中国,劳动保险是社会保险的组成部分,其保险对象仅限于职工。中国宪法规定,中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。

【劳动纪律】劳动者在共同劳动中所必须遵守的规则和秩序。劳动纪律要每个劳动者都必须按照规定的时间、质量、程序和方法完成自己所应承担的任务,是组织社会劳动特别是社会化大生产劳动的必要条件,是劳动者共同劳动或共同工作的重要保证。不同的社会制度下,劳动纪律的性质和维持劳动纪律的方法根本不同。中国

宪法将“遵守劳动纪律”规定为公民的一项基本义务。中国劳动纪律的建立,贯彻说服教育和纪律制裁相结合的原则。对模范地遵守劳动纪律和成绩优秀的,给予精神或物质的鼓励;对于违反和破坏劳动纪律的,根据情节给予批评教育或相应的纪律处分;因违反劳动纪律而引起刑事责任时,分情节依法追究。

【保险法】调整保险关系的法律规范的总称。保险是保险人以收集起来的保险费建立保险基金,用于补偿投保人因自然灾害或意外事故造成的财产、生命、健康损失的一种制度。在社会生活中,保险具有限制灾害、减少损失、恢复正常生产秩序、安定群众生活、聚集建设资金等多种功能。保险制度用法律的形式固定下来并受法律调整。无论是法定保险,还是自愿保险,保险关系的成立、变更、转让都要按法定程序进行。保险法律关系的主体是保险合同的当事人和关系人;客体是保险标的和利益;保险关系的内容是保险当事人之间的权利与义务关系。保险制度开始于海上保险,保险法起源于1369年的热那亚法令。中华人民共和国成立后,对保险业进行了整顿,陆续制定全国性的强制保险,如铁路、轮船、飞机旅客是意外伤害强制保险和地方性强制保险,如公路旅客、乘客,公共汽车乘客,轮船和轮渡旅客意外伤害保险等法令。1981年12月公布的《中华人民共和国合同法》对财产保险合同的主要问题作了明确的规定。1983年9月国务院工委又颁布了《中华人民共和国财产保险合同条例》,对财产保险作了更具体的规定。中国人民保险公司,是在国家保险管理机关——中国人民银行领导下的在全国经营保险、再保险业务的国营企业。

【保险合同】投保人与保险人有关保险的权利与义务的协议。保险

合同规定,投保人应向保险人支付规定的保险费,保险人投保标的因保险事故所造成的损失,在保险金额的范围内承担赔偿责任,或在合同约定期限届满时,承担给付保险金的责任。保险合同有两种形式:一种是双方共同签署的协议或合同;另一种由投保人提出申请,经保险人认可后,由保险人单方签署保险单。

【保险单】证明保险方与投保方之间已订立保险合同的一种书面凭证。保险单应当将保险合同的全部内容详尽列明。包括保险方和投保方双方的权利与义务。保险单主要内容包括:投保方名称、保险标的名称、保险的责任范围、保险金额、保险期限、保险费的数额和交付办法、订约双方的权利和义务、保险条款或双方约定的其他条款。保险单是保险方根据投保方的申请而单方面签发的凭证。如果保险标的遭受承保的危险而发生损害时,保险单是投保方向保险方索赔的主要依据,也是保险方藉以处理赔款的主要依据。

【税法】规定国家与纳税人之间征收和缴纳税款方面的权利、义务关系的法律规范的总称。国家向纳税人征税的法律依据。税收是国家为实现其职能,凭借政治权力,按照预定标准强制、无偿地征收货币或实物的经济行政活动,是国家参与社会产品和国民收入分配和再分配的主要手段,也是国家管理经济的一个重要的调节杠杆。税法体现了税收的3个特征:(1)强制性,任何单位和个人必须依法无条件地履行纳税义务;(2)无偿性,国家征税不付出任何代价或报酬;(3)固定性,国家按照法律预先规定的范围、标准和环节征税。税收是一个重要的经济杠杆,许多国家利用修改税法来调节经济。中国的税法根据宪法及党和国家的方针、政策制定。中华人民共和国成立后,中华人民共和国人大常委会、国务院和财

政部制定了许多税收法规,对巩固和促进经济的发展发挥了很大作用。税收法规的主要内容包括:征税主体、纳税主体、纳税客体、税目、税率、纳税环节、纳税期、纳税鉴定与申报、减免税和加成、以及对违反税法行为的制裁措施等。税法一经立法机关或其授权机关的批准颁布后,就具有法律效力,税务机关和纳税人均应严格执行。

【经济合同法】调整经济合同当事人之间,为实现一定经济目的而发生的商品货币关系的法律规范的总称。狭义的经济合同法,指1981年12月13日中华人民共和国人民代表大会通过并公布的《中华人民共和国合同法》,内容主要包括经济合同的订立、履行、经济合同的变更解除、违反经济合同的责任、经济合同纠纷的调解和仲裁以及经济合同的管理等。广义的经济合同法,包括经济合同法和国务院根据该法制定的各类经济合同的实施条例和细则,以及国务院有关部门和各省、自治区、直辖市人民政府颁发的实施该法和管理经济合同的规定和办法。自经济合同法颁布以来,国务院根据该法的规定,已先后发布和批准了《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《中华人民共和国合同法仲裁条例》、《中华人民共和国财产保险合同条例》、《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》、《借款合同条例》、《仓储保管合同实施细则》、《铁路货物运输合同实施细则》、《公路货物运输合同实施细则》、《水路货物运输合同实施细则》、《航空货物运输合同实施细则》等。1987年6月23日中华人民共和国人大常委会通过并公布的《中华人民共和国技术合同法》,是调整各种技术合同关系的重要准则。1985年3月21日中华人民共和国人大常委会通过并公布的《中华人民共和国涉外

经济合同法》，是调整涉外经济合同关系的重要准则。技术合同法、涉外经济合同法是中国经济合同法体系中的重要组成部分，是经济合同法体系中相对独立的分支。经济合同法不仅是经济合同当事人订立和履行经济合同的依据，也是经济合同仲裁机关和人民法院处理经济合同纠纷的准绳。对于保护经济合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，提高经济效益，保证国家计划的执行，促进社会主义现代化建设的发展，有极其重要的意义。

【经济合同】法人之间、法人和公民之间以及公民之间为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议。合同的一种重要类型，除具有合同一般的法律特征外，还有其独立的特征；经济合同的主体主要是具有法人资格的社会组织，某些依法成立的不具备法人条件的企业、社会组织 and 个体工商户、农村承包经营户和公民个人也可以作为经济合同的当事人；经济合同的内容，必须是在生产建设、货物运输、商品流通等生产经营活动中，为实现一定的经济目的，所明确的权利义务关系；经济合同直接或间接受国家计划的指导和制约；经济合同是双方的、有偿的合同。在中国，社会经济生活中关系到国计民生重要的和大量的经济往来，一般都在社会主义组织之间通过经济合同进行。中国经济合同法规定了 10 种基本的经济合同，即购销合同、建筑工程承包合同、加工承揽合同、货物运输合同、供用电合同、仓储保管合同、财产租赁合同、借款合同、财产保险合同和科技协作合同。

【财产保险合同】投保方为使自己的财产和利益得到安全保险，向保险方支付保险费，保险方在发生保险事故时负赔偿责任的协议。财产保险合同的保险方有特定的资格，只能是国家设立的中国人

民保险公司及其分公司,或者是经国家批准的其他办理保险业务的法人。保险合同通过填具投保单签订,由投保方提出投保要求,填具投保单,经与保险方商定交付保险费办法,并经保险方签章承保后,保险合同即告成立。财产保险合同是一种特殊的、附条件的有偿合同,只有在保险期限内发生了合同规定的保险事故,并且应由保险方负责赔偿时,保险方才在保险金额内履行赔偿损失的义务。合同应明确规定保险标的、财产座落地点、保险金额、保险责任、除外责任、赔偿办法、保险费交付办法及保险起讫期限等。

【购销合同】供、需双方为实现一定经济目的,有偿转让工业产品和农副产品而明确相互权利义务关系的协议。购销合同按其内容,可分为工矿产品购销合同和农副产品购销合同两大类。按其形式可分为供应、采购、预购、购销结合及协作、调剂等 6 种合同。购销合同属于转移财产的经济合同,其标的都是一定数量的物质财产。除即时清结者外,购销合同应采用书面形式。按照合同规定,供方将自己生产或经营的一定数量的物质财产有偿转让给需方,并因此而丧失了对该财产的所有权或经营管理权;需方支付一定价金并因此获得了对该财产的所有权或经营管理权。1984 年 1 月 23 日,国务院发布《工矿产品购销合同条例》和《农副产品购销合同条例》。

【建设工程承包合同】发包方和承包方之间为完成特定工程项目的建设任务而明确相互权利义务关系的书面协议。包括勘察、设计、建筑、安装四种合同。按照合同规定,承包方按期完成发包方(建设单位)交付的特定工程项目,发包方按期验收,并支付报酬或价款。一项建设工程,可以由建设单位分别与勘察、设计、建筑、安装单位

签订合同,也可以由建设单位与一个单位签订总包合同。由总包单位与各分包单位签订各种分包合同。建设工程承包合同必须符合国家有关基本建设法规的规定,必须根据国家批准的投资计划和规定的程序签订书面合同,否则视为无效合同。1983年8月8日,中国国务院发布了《建设工程勘察设计合同条例》和《建筑安装工程承包合同条例》。

【加工承揽合同】承揽方按照定作方提出的要求完成一定的工作,定作方接受承揽方完成的工作成果并给付报酬的协议。包括加工、定作、修理、修缮、印刷、广告、测绘、测试等合同。加工承揽合同的标的是一定的工作任务,表现形态为特定的劳动成果(特定物)。1984年12月20日,中国国务院发布了《加工承揽合同条例》。

【货物运输合同】承运人和托运人、收货人之间为完成一定的货物运输任务而明确相互权利义务关系的协议。根据运输方式的不同,货物运输合同可分为铁路、公路、水路、航空和联合运输合同。货物运输合同是承运方为托运方提供运输劳务的经济合同,这种运输劳务只变更货物的存放场所,不涉及所有权的转让。由于承运方只是提供运输劳务的组织,所以承运方由于自己的过错造成货物变质、损坏、短缺时,只负赔偿实际损失的责任,不能要求承运方赔偿原物。1986年11月8日,中国国务院批准发布《公路货物运输合同实施细则》、《水路货物运输合同实施细则》、《航空货物运输合同实施细则》和《铁路货物运输合同实施细则》。

【供用电合同】供电方(供电局)和用电方(用户)之间就实施计划供用电而明确相互权利和义务关系的协议。供用电合同中的一方当

事人供电方,只能是具有法人资格的供电局,其他非供电单位无权充当供电方而与用电方签订供用电合同。供用电合同是一种特殊的供应合同,属于转移财产的经济合同。供电方应按照规定标准将电力输送给用电方,用电方应按规定用电并给付电费。

【仓储保管合同】保管方和存货方为妥善保管货物,由保管方对存货方的货物进行安全储存,并收取保管费的协议。仓储保管合同属于提供劳务的经济合同,其标的是提供的保管服务。保管方对存货方交付的货物只有暂时的占用权,无使用权和处分权,负有妥善保管的义务。超过合同约定的合理损耗,要赔偿损失。保管期届满时,保管方返还给存货方的必须是委托保管的原物。合同中应明确规定储存货物的品名、规格、数量和保管方法,入库、出库手续,验收项目和验收方法,损耗指标和结算方法,违约责任等条款。1985年9月25日,中国国务院批准发布《仓储保管合同实施细则》。

【财产租赁合同】出租方把特定财产交给承租方在一定期限内使用,由承租方向出租方交付租金,并在租赁关系终止时将原租赁财产返还给出租方的协议。属于转移财产的暂时占有权和使用权,承租方在合同存续期间,对租赁财产只有占有权和使用权,无处分权。合同的财产应是非易耗特定物。出租方将租赁财产所有权转移给第三方时,租赁合同对新的所有人有效。承租方如将租赁物转移给第三方承租使用,必须事先征得出租方的同意。财产租赁合同,应明确租赁财产的名称、规格、质量、数量,租赁用途和期限,提供和归还租赁物的日期,租金标准和租金交纳期限,租赁期间财产维修保养的责任,违约责任等。

【技术合同法】调整法人之间、法人和公民之间、公民之间在技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务方面所发生的社会关系的法律规范的总称。技术合同的标的是科学技术成果,或利用技术为社会提供的服务,是一种无形的知识产权,技术合同是媒介知识形态商品生产和交换的法律形式,作为连结科技和经济的纽带,是科技成果走向物质生产领域的必经桥梁。为明确技术合同当事人的权利和义务,保障其合法权益,维护技术市场的秩序,促进科学技术为经济建设和社会发展服务。1987年6月23日中华人民共和国人大常委会通过并公布了《中华人民共和国技术合同法》。技术合同法是统一调整中国技术合同关系的基本准则和技术市场的基本法律制度,规定了订立、履行、变更、解除各类技术合同的一般要求;技术合同当事人的权利义务;技术交易中存在的知识产权和技术成果的分享、技术情报和资料的保密、开发风险的承担;当事人的违约责任;技术合同的管理技术争议的仲裁和诉讼等问题。技术合同法的调整范围是技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同四种类型的技术合同。《中华人民共和国技术合同法》是技术合同法体系中的基本法。国务院科学技术主管部门制定的、报国务院批准施行的技术合同法实施条例和其他有关规定,也是技术合同法体系中的重要组成部分。

【技术开发合同】技术合同的一种。指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。新技术、新产品、新工艺、新材料及其系统,指当事人在订立技术合同时尚未掌握的产品、工艺、材料及其系统等的新技术方案,不包括在技术上没有创新的现有产品改型、工艺变更、材料配方调整以及技术成果的检验、测试和试生产。技术开发合同的特征是当事人的权利

义务关系存在于开拓未知的技术领域、解决新的技术课题的过程中,依合同内容的不同,技术开发合同分为委托开发合同和合作开发合同。前者指当事人一方委托另一方进行 research 开发所订立的合同,其特征是委托方向研究开发方提供研究开发经费和报酬,研究开发方完成开发工作并向委托方交付成果。后者指当事人各方就共同进行 research 开发所订立的合同,其特征是共同投资、共同参与、共担风险和共享研究开发成果。

【技术转让合同】技术合同的一种。当事人就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、非专利技术的转让所订立的合同。不同于物质商品的买卖合同或购销合同,特征是,作为合同标的的技术并不因转让而与原来的主体相分离,转让的内容是特定和现有的技术使用权和转让权,不包括转让尚待研究开发的技术成果或传授不涉及专利或者非专利成果权属的知识、技术、经验和信息订立的合同。依标的物权利化程度的不同,技术转让合同分为专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同和非专利技术转让合同。

【技术咨询合同】技术合同的一种。当事人一方为另一方就特定技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的合同。特征是顾问方利用知识、技术、经验和信息为委托方完成咨询报告、解答技术问题,提供决策参考,技术咨询合同委托方支付报酬。当事人可以就下列技术项目的分析、论证、评价、预测和调查订立技术咨询合同:有关科学技术与经济、社会协调发展的软科学研究项目;促进科技进步和管理现代化,提高经济效益和社会效益的技术项目;其他专业性技术项目。

【技术服务合同】技术合同的一种。当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同。包括服务方运用科学技术知识,完成专业技术工作解决的有关改进产品结构和工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益和社会效益等技术问题。特征是,服务方提供的智力劳务,是传授没有知识产权和非专利技术使用权、转让权属的一般科技知识和经验;技术服务解决特定的专业技术问题,传播的与解决这些技术问题有关的公知技术。技术服务合同还包括技术培训合同和技术中介合同。

【经济合同的订立】当事人双方依法就经济合同的主要条款协商一致,并使达成的协议具有法律约束力的法律行为。经济合同的订立要符合《经济合同法》和有关经济合同实施条例、实施细则的要求。在中国,订立经济合同必须遵守国家的法律,必须符合国家政策和计划的要求;必须贯彻平等互利、协商一致、等价有偿的原则。社会组织作为经济合同当事人要有法人资格,代订经济合同必须事先取得委托单位的委托证明,并根据授权范围以委托单位的名义签订。订立经济合同必须具备法定的主要条款,即标的、数量和质量、价款或酬金、履行的期限、地点和方式、违约责任,除即时清结者外,应采用书面形式。

【经济合同的履行】经济合同的执行和实现,是当事人双方按照经济合同规定的条款,全面完成各自所承担义务的行为。当事人完成了自己应尽的全部义务,称全部履行;当事人只完成了自己应尽的义务的一部分,称部分履行。经济合同的履行是经济合同法律约束

力的首要表现,以有效的经济合同为前提和依据。在中国,经济合同履行的原则主要是实际履行原则和全面履行原则。

【经济合同的担保】保证和督促经济合同当事人恪守信用、切实履行合同义务,保障当事人合同权利得以实现的一项法律制度。为保证经济合同的履行而设立,从属于经济合同。担保法律关系一经设立,就在当事人之间产生一定的权利和义务关系。担保随经济合同的变更、解除而变更、解除;当事人不能履行或不能完全履行合同义务时,担保法律制度就要保障对方合同权利的实现,或者保证使其所受损失得到补偿。经济合同被确认无效时,担保也无效。中国法律规定的经济合同担保形式主要有违约金、定金、保证、抵押和留置等。

【经济合同的变更和解除】经济合同的变更,指在合同没有履行或没有完全履行时,因订立合同所依据的主客观情况发生变化,由当事人依照法律规定的条件和程序,对原合同进行的修改和补充。经济合同的解除,指在合同没有履行或没有完全履行时,因订立合同所依据的主观客观情况发生变化,致使合同的履行成为不可能或不必要,由当事人按法律规定的条件和程序,对原合同关系的终止。合同变更后,当事人的权利义务有所改变;合同解除后,当事人之间由原合同确立的权利义务关系不再存在。变更和解除合同必须依法进行,任何一方当事人不得擅自变更和解除合同,也不得因承办人或法定代表人的变动而变更或解除合同。

【无效经济合同】国家不予承认和保护、没有法律效力的经济合同。根据中国经济合同法的规定,无效经济合同包括:(1)违反法律和

国家政策、计划的经济合同;(2)采取欺诈、胁迫等手段所签订的经济合同;(3)代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同;(4)违反国家利益或社会公共利益的经济合同。无效经济合同从订立的时候起就没有法律约束力。无效经济合同有全部无效经济合同和部分无效经济合同之分。确认经济合同部分无效的,如果不影响其余部分的效力,其余部分仍然有效。在中国,无效经济合同的确认权,归合同管理机关和人民法院。

【违反经济合同的责任】简称违约责任。经济合同中有关当事人在因过错而不履行或不完全履行合同义务时应承担的经济责任。违反经济合同承担的违约责任,以经济合同合法有效地存在为前提。违约事实和当事人的过错构成违约责任的必要条件。违约责任条款是解决经济合同纠纷或追究违约责任的重要依据。经济合同违约责任的种类有的是由经济合同法规定的,有的是由双方当事人在经济合同中根据现行法律约定的,主要有:违约金、赔偿金、继续履行、单方解除经济合同、价格制裁、借贷制裁、定金制裁和其他制裁。

【不可抗力】当事人在订立合同时不能预见、对其发生和后果不能避免并不能克服的客观事件。一般表现为自然现象或社会现象。前者如水灾、旱灾、风灾、火灾、地震、海啸等;后者如战争、军事行动等。由不可抗力引起的经济合同不能履行或不能完全履行,当事人可以变更或解除经济合同,并且除已向保险公司投保并能得到保险赔偿者外,当事人均可部分或全部免除经济责任。

【经济合同的公证与鉴证】经济合同的公证指国家公证机关依照法定程序,证明经济合同的真实性和合法性的活动。在中国,公证不是经济合同生效的必经程序。公证机关办理经济合同的公证,采取自愿原则,根据当事人的申请办理,不实行强制公证。经济合同的鉴证指国家经济合同管理机关审查经济合同当事人的资格和合同的内容是否真实、合法,对经审查认为完全真实、合法的经济合同给予证明的活动。根据国家有关规定,经济合同的鉴证采取自愿的原则,不是订立经济合同的必经程序。双方当事人自愿要求鉴证的,工商业行政管理机关应予鉴证;一方当事人坚持要求鉴证的,也可以鉴证。

【经济仲裁】双方当事人,在协商和调解不成的情况下,把相互间产生的经济纠纷提交法定的仲裁机关,由其依法作出裁决以解决争议的一种法律制度。广义的经济仲裁包括有关经济、贸易、运输、海事等经济纠纷的仲裁。狭义的经济仲裁仅指经济合同的仲裁。中国国际经济贸易仲裁委员会和中国海事仲裁委员会受理涉外经济、贸易、运输、海事等纠纷案件。中国经济合同仲裁机构是国家工商行政管理局和地方各级工商行政管理局设立的经济合同仲裁委员会。仲裁机关实行一次仲裁原则,当事人不服裁判决,只能在法定期限内向有管辖权的人民法院起诉。

【经济司法】中国司法制度的一个重要组成部分。审理经济纠纷案件、经济犯罪案件和涉外经济案件的司法活动。广义的经济司法,指经济审判机构和经济检察机关、经济审判制度和经济检察制度,以及经济审判机构和经济检察机关依法对经济案件进行审理的整个诉讼活动。狭义的经济司法,仅指法院审理经济纠纷案件的诉讼

活动。由于社会化大生产的高度发展,社会经济活动的日益频繁,经济纠纷的大量增多,逐渐产生了经济司法制度。现在,许多国家都设有经济司法机构。1979年以前,中国未建立专门的经济司法机关。1979年7月1日,第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法组织法》和《中华人民共和国人民检察院组织法》,规定在各级人民法院增设经济审判庭,在各级人民检察院增设经济检察机构,恢复和建立铁路运输、森林、海事等专门法院和专门检察院。从此,中国正式确立了经济司法制度。经济司法的作用,在于及时处理经济纠纷,维护社会主义经济秩序,同经济领域的违法犯罪行为作斗争,保护公共财产和人民的健康与安全,维护国家主权,促进对外经济联系;还在于及时提出建议,促进企业改善经营管理以及经济法规的制定和完善。

【经济检察】人民检察院对国家机关和国家工作人员在经济领域中的违法犯罪行为进行的法律监督。在中国,经济检察工作是人民检察院依法行使检察权的重要组成部分,主要任务是对经济活动中一切危害,破坏经济建设和违反经济法规的犯罪案件行使检察权,对法定的部分经济犯罪案件,直接受理、立案、侦查、提起公诉,以此维护国家经济政策、法律、法规的统一实施,打击危害、破坏国家经济建设的犯罪分子。经济检察的管辖范围主要是贪污、行贿受贿、玩忽职守、重大责任事故、偷税抗税、挪用救灾抢险物资、假冒商标、盗伐滥伐森林等八个方面的犯罪案件,以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他经济案件。

【经济犯罪】违反国家财政经济法规,破坏国家经济管理活动,非法攫取公私财产,严重危害国民经济的行为。主要包括贪污、行

贿赂受贿、玩忽职守、重大责任事故、偷税抗税、走私、投机倒把、逃汇套汇、假冒商标、伪造国家货币、破坏集体生产、盗伐林木、侵犯公私财产、破坏社会主义经济秩序等犯罪案件。

【经济审判】人民法院通过经济审判庭对经济纠纷案件以及经济犯罪案件依法进行审理和判决的活动。中国的经济审判机构,除各级人民法院的经济审判庭外,还有铁路运输、海事、森林等专门法院。其任务是通过经济纠纷、海外经济案件的审理和经济领域中违法活动的制裁,保护社会主义公共财产和当事人的合法权益,维护社会主义经济秩序,保障社会主义经济的顺利发展。经济审判工作要做到“以事实为依据,以法律为准绳”,证据确凿,是非分明,秉公执法,刚正不阿。

【中国专利局】中国主管专利工作的机关。一些国家的专利局(或称工业产权局)不仅主管专利工作(包括发明、实用新型和外观设计),还主管商标的保护工作,少数国家还兼管版权工作。中华人民共和国国务院于1980年1月决定成立中国专利局。依照专利法的规定,受理和审查专利申请,对符合该法规定的发明创造授予专利权。中国专利局只负责专利工作,包括发明、实用新型和外观设计三种。专利局除审批专利申请以外,还决定专利实施的强制许可和有关的使用费,指导各地区、各部门专利管理工作,对外提供专利情报服务,并代表中国开展国际专利合作活动。

【国家工商行政管理局】中国对全国工商企业实行经济管理和监督的机构。主要任务是:贯彻执行党和国家的经济政策、法律、法令,研究拟订有关工商行政管理的法律、法令和规章制度,对工商企业

实行经济监督、保护合法经营,取缔非法经营,维护社会经济秩序,促进生产,活跃流通,保证国家计划的实现和经济的稳步发展。主要职责是对市场物价、交易活动监督管理,查处违法经营活动。管理城乡集市贸易和三类工业品、旧货等专业市场;组织办理工商企业、个体工商业户和中外合资企业、外国企业常驻代表机构的登记,发放营业执照,建立经济户口,通过登记实行监督管理。管理、监督和检查经济合同的订立和履行,调解仲裁经济合同纠纷,确认无效经济合同,查处违法经济合同;对商标实行管理,办理中国全国的商标统一注册,办理外国商标注册,保护商标专用权,保护消费者利益;管理广告,查处违法广告,指导广告协会和学会的工作;管理个体经济,研究城乡个体经济政策,指导个体劳动者协会工作;打击投机倒把活动;监督和检查机关、团体、部队、企业、事业等单位的经济违法活动,制止商品流通中的不正之风。

民事诉讼法

【民事诉讼】包括诉讼活动和诉讼关系两方面内容。人民法院和一切诉讼参与人,在审理民事案件的过程中所进行的各种诉讼活动,以及由此所产生的各种诉讼关系的总和。诉讼活动既包括人民法院的审判活动,又包括诉讼参与人的诉讼活动。两种诉讼活动结合形成人民法院和一切诉讼参与人之间的诉讼关系。诉讼关系以诉讼权利和义务为内容,人民法院和诉讼参与人必须按照法律规定行使诉讼权利,履行诉讼义务,否则所进行的诉讼活动不具有法律效力。在民事诉讼过程中,当事人和人民法院的诉讼活动对诉讼的

发生,变更和消灭有很大影响。但人民法院的审判活动,在诉讼中始终起主导作用,对诉讼的发生,变更和消灭具有决定性意义;是人民法院作为审判机关的权威性决定的。民事诉讼由若干诉讼程序和诉讼阶段组成。大体可以分为审判程序和执行程序两大诉讼阶段。审判程序又分为第一审程序、第二审程序、特别程序、再审程序、督促程序、出示催告程序和企业法人破产还债程序。每个程序内部,程序与程序之间又由若干诉讼阶段构成。每一个诉讼阶段与诉讼程序相互衔接,相互联系,构成一个统一的民事诉讼程序体系。民事诉讼在中国司法实践中的意义,已经不是狭义地用于处理民事案件的诉讼,民事诉讼还包括婚姻案件的诉讼、行政案件的诉讼、劳动案件的诉讼、专利案件的诉讼、海事案件的诉讼和破产案件的诉讼等,除行政诉讼已脱离民事诉讼自成系统以外,上述专门诉讼仍属于民事诉讼的范畴。因此,现代意义的民事诉讼是广义的民事诉讼。

【民事诉讼法】调整民事诉讼活动和民事诉讼关系的法律。有广义和狭义之分,或实质意义与形式意义之分。狭义或形式意义的民事诉讼法,指民事诉讼法典,即国家最高权力机关颁布的关于民事诉讼的专门性法律。中国的民事诉讼法是1991年4月9日颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》。广义或实质意义的民事诉讼法,包括除了民事诉讼法典之外的其他有关民事诉讼的规范,如法院组织法、民法、婚姻法等民事实体法,大量的行政法规,以及其他实体法、民事程序法中关于民事诉讼程序的规定。这些民事诉讼的法律规范,虽然不是以民事诉讼法典的形式出现,但对民事诉讼能够起到拘束的效力。最高人民法院发布的指导民事诉讼的有关规定,批复和指示等司法解释,也可以属于广义的民事诉讼法,这些解释本

身不是法律,但对各级人民法院有指导和约束作用。总之,民事诉讼法是规定人民法院和一切诉讼参与人,在审理民事案件中所进行的各种诉讼活动,以及由此而产生的各种诉讼关系的法律规范的总和。民事诉讼法本身,首先是部门法,其调整对象是民事诉讼活动和民事诉讼关系,这种特定的调整对象是其他法律部门代替不了的;其次是程序法,相对实体法而言。实体法是规定人们实体权利义务的法律,程序法是确认并保障实体权利义务得以实现的法律;再次是基本法,相对宪法而言。宪法是根本法。民事诉讼法作为基本法,要求其立法精神和根本原则不得与宪法相违背。民事诉讼法是调整民事诉讼的法律规范,是人民法院审判民事案件的准则,也是一切诉讼参与人进行诉讼活动的准则,人民法院的审判人员和执行人员,诉讼当事人,代理人和其他诉讼参与人,都必须严格遵守民事诉讼法。

【民事诉讼法的主要原则】民事诉讼法规定的用以指导人民法院和诉讼参与人进行民事诉讼活动的基本准则。中国民事诉讼法在第一编总则的第一章中,以 12 条文确立了 18 个基本原则,反映了民事诉讼法最基本的精神实质,集中体现了中国民事诉讼法的社会主义本质和特点,为人民法院的民事审判活动和诉讼参与人的诉讼活动指明了方向。民事诉讼法的基本原则在民事诉讼过程中所体现的主导作用不同,有些原则贯穿于民事诉讼的全过程,体现在诉讼活动的各个方面。有些原则在民事诉讼的一定阶段上发挥作用。由于这些原则直接体现中国民事诉讼法的指导思想,因此,在整个民事诉讼制度中都有重要的地位和作用。根据规定基本原则的法律和基本原则运用范围的不同,可以把基本原则分为民事诉讼法与其他法的共同原则和民事诉讼特有原则两大类。共有原则

是民事诉讼法和其他法都加以规定,并且在这些法中适用的原则。特有原则是根据民事诉讼自身的特点,只在民事诉讼中特别加以规定,并且只适用于民事诉讼活动的原则。这些基本原则包括:民事案件的审判权由人民法院行使原则;人民法院依法对民事案件独立进行审判原则;以事实为根据,以法律为准绳原则;对当事人在适用法律上一律平等原则;合议原则;回避原则;公开审判原则;两审终审原则;使用本民族语言、文字进行诉讼原则;诉讼权利同等原则;对等原则;人民检察院对民事审判活动实行法律监督原则;辩论原则;保障和便利当事人平等地行使诉讼权利原则;自愿、合法调解原则;处分原则;支持起诉原则;人民调解原则。对于哪些原则属于民事诉讼法与其他法共有的原则,哪些原则是民事诉讼法特有的原则,各家学说不同。大多数人认为前 11 种原则是共有原则,后 7 种原则是特有原则。掌握民事诉讼法的基本原则,在理论和司法实践中都具有重要意义。在理论上有利于正确理解和执行民事诉讼法的制度和程序的具体内容,增强贯彻执行民事诉讼法的自觉性;在司法实践中有利于解决诉讼中出现的各种复杂问题。

【诉讼权利平等原则】又称当事人诉讼地位平等原则。民事诉讼法的基本原则之一。在诉讼中,双方当事人的诉讼地位平等,彼此享有平等的诉讼权利,承担平等的诉讼义务。人民法院应当保障和便利当事人行使诉讼权利。(1)诉讼权利平等指当事人双方诉讼地位平等。无论当事人的个人出身、社会地位、经济状况如何,也不论当事人是公民还是法人,是原告还是被告,纠纷发生在公民之间、法人之间,还是发生在公民和法人之间,诉讼地位都是平等的。(2)诉讼权利平等既包含当事人双方有相同的诉讼权利,又包含当事人

双方有对等的诉讼权利。当事人双方有相同的诉讼权利指当事人之间有些诉讼权利是同样的。如原被告都有权委托代理人进行诉讼,都有权申请回避、提供论据,进行辩论,提起上诉,请求和解,申请执行等。当事人双方有对等的诉讼权利指由于当事人所处的诉讼地位不同,享有的某些权利相互对应。如原告有权提起诉讼,被告有权反驳或提出反诉,原告有权变更或放弃诉讼请求,被告有权承认或反驳诉讼请求等。(3)诉讼权利平等意味着双方当事人的诉讼义务也平等,在诉讼中,不允许任何一方当事人只享受权利不承担义务,也不允许任何一方当事人被剥夺权利只承担义务,权利和义务相对应,不允许任何一方享有诉讼上的特权。人民法院应当保障和便利当事人行使诉讼权利,指在诉讼中,人民法院有责任给双方当事人提供行使诉讼权利的均等机会,一视同仁地给双方当事人创造便利行使诉讼权利的条件,当事人才能有效地维护自己的合法权益。诉讼权利平等的原则适用于中国当事人,也适用于在中国领域内进行民事诉讼的外国当事人。根据民事诉讼法第五条第一款规定:“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。”即中国法律把给予当事人的民事诉讼权利,也给予在中国进行民事诉讼的外国当事人,使外国当事人的民事诉讼权利与中国当事人相等。无论是对外国公民,还是对外国的企业和组织,在享受诉讼权利和履行诉讼义务上,中国法律都没有附加额外限制。如果外国当事人所在国法院对中国当事人的诉讼权利加以限制,中国法院将根据对等原则,对该外国当事人的诉讼权利同样加以限制。

【辩论原则】民事诉讼法的基本原则之一。在人民法院的主持之下,

民事诉讼当事人双方有权就案件事实和争议问题各自陈述自己的主张和理由,互相进行反驳和答辩,以维护自己合法权益的原则。辩论原则是当事人证明自己的诉讼请求和诉讼理由合法正当的手段,也是人民法院查明事实、分清是非的方法之一。辩论原则贯穿于民事诉讼程序的全过程,在一审程序、二审程序和再审程序中,都允许当事人双方进行辩论。辩论主要采取口头形式,在法庭审理案件的辩论阶段,是双方当事人进行口头辩论最集中反映的阶段。辩论也可以通过书面形式进行。起诉状、上诉状、答辩状、向法庭书面陈述意见,都是书面形式的辩论。辩论的内容主要围绕两个方面的问题进行:一是围绕本案的实质性问题进行,即民事权利义务关系存在与否、事实的有无,法律的适用等问题;二是围绕本案的程序性问题进行,即对方当事人是否合格,本案是否应由受诉人民法院管辖,代理人是否经过合法授权等问题。辩论原则的意义在于,体现了诉讼民主的精神,是当事人的民主权利在民事诉讼中的体现。通过当事人的互相反驳和答辩,使当事人之间的纠纷原因逐渐明朗,争议焦点集中,可以帮助人民法院查明事实,分清是非,有利于正确适用法律,及时审理民事案件。同时,通过当事人就案件事实和适用法律进行辩论,可以对当事人及旁听群众进行法制宣传教育。

【调解原则】中国解决民事纠纷坚持的原则。调解分为两种,一种是人民法院在处理民事案件中的调解;另一种是人民调解委员会在解决民间纠纷中的调解。调解原则指人民法院在处理民事案件中应坚持调解的原则。调解是在人民法院主持之下,双方诉讼当事人经过自愿协商,互相作出让步,达成一致意见,解决民事纠纷的方法。用调解的方法解决民事纠纷,有利于缓和矛盾,使纠纷彻底得

到解决,还可以节省诉讼程序,是中国群众乐于接受的方式,由于调解是中国法院审结案件的方式之一,因此在调解过程中仍要坚持三个原则:(1)查明事实,分清是非的原则,即调解必须在分清是非的基础上进行;(2)自愿原则。即调解程序的采用取决于当事人自愿,调解是否能达成协议取决于当事人自愿,任何人都不能勉强或强迫当事人;(3)合法原则,即调解的程序要合法,调解达成协议的内容要合法,不得损害国家、集体和他人的权益。人民法院在审理民事案件中,无论在一审、二审和再审程序中,都应注意坚持调解原则。但是,对不能调解,或者调解不成的案件,应及时判决,不应久调不决,甚至久拖不判。当事人在人民法院主持下达成的调解协议,一经送达到当事人手中,与生效判决具有同等法律效力。

【处分原则】民事诉讼法的基本原则之一。指民事诉讼的当事人,在法律规定的范围内,有支配自己的民事诉讼权利的自由。诉讼权利是当事人维护自己的民事权利的特殊手段。民事诉讼法赋予当事人有权按照自己的意愿,处分自己的民事权利和诉讼权利。处分原则的基本内容是:(1)诉讼当事人的处分行为对整个诉讼程序的发生、发展、消灭起决定的作用。当事人的民事权益受到侵犯或发生争议时,是否向法院提起诉讼,完全由当事人自己决定,诉讼程序开始以后,双方当事人可以自己和解,原告可以放弃或者变更诉讼请求,被告可以承认或反驳原告的诉讼请求,可以提起反诉;第二审程序是否发生,取决于当事人行使还是放弃上诉权;强制执行程序是否开始,一般也取决于当事人自己的意愿;(2)中国民事诉讼中的处分原则是相对的和有限制的。当事人的处分行为必须符合法律的规定,当事人的处分行为超出了法律允许的范围,侵犯了国家、集体和他人的合法权益,人民法院有权干预。当事人的处分行

为始终处于人民法院的监督之下,当事人的处分行为是否有效,由人民法院审查决定,对于当事人在法律规定范围内的处分行为,人民法院应当准许,不应加以限制和干涉,否则应当判定无效。

【支持起诉原则】民事诉讼法的基本原则之一,又称社会干预原则。指对于损害国家、集体、或者个人民事权益的行为,受害的单位或者个人由于种种原因未起诉,机关、社会团体,企业、事业单位有权支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉,要求给予司法保护的行为。支持起诉原则是民事诉讼法对人民群众之间互相关心、仗义直言等行为的肯定性和原则性规范。支持起诉不是代替起诉,支持起诉的人只能在精神上或物质上支持和鼓励受害单位或个人解除思想顾虑,依法向人民法院起诉。在受损害的单位或个人同意并授权时,支持起诉的单位,可以派出代理人代理受害者参加诉讼。任何借支持起诉搬弄是非、扩大矛盾、干涉人民法院审判工作的作法,都是不允许的。根据民事诉讼法的规定,支持起诉的条件是:(1)有损害国家、集体或个人的民事权益的行为发生;(2)受损害的单位或个人由于种种原因和顾虑没有提起诉讼;(3)有权支持起诉的人,只限于机关、社会团体、企业、事业单位,不包括公民个人。

【对等原则】国家之间处理相互的公民、企业和组织在民事诉讼活动中的地位 and 关系的一项基本原则。指外国法院对中国公民、企业和组织的民事诉讼权利加以限制,中国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,也采取相应措施,加以限制的原则。对等原则旨在维护国家主权,实现国家之间在司法方面的相互尊重,平等对待。在国际交往中,每一个国家都应当为在其法院起诉,应诉的他国公民、企业和组织提供方便,保障他们依法享有诉讼权利,承担

诉讼义务,不能限制他们的诉讼权利,增加他们的诉讼义务。中国是一个独立自主的主权国家,历来尊重国际惯例,信守中国缔结和参加的国际条约。在涉外民事诉讼中,主张以平等互惠为基础,依法保障外国公民、企业和组织的诉讼权利,不首先在法律上作出限制外国公民、企业和组织的民事诉讼权利的规定。如果外国法院对中国公民、企业和组织的诉讼权利加以限制,或者增加中国当事人的诉讼义务,中国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利实行对等原则,也限制该国公民、企业和组织的诉讼权利,或者增加他们的诉讼义务。以限制对抗限制,以求实现互惠,实现平等。这是维护国家主权和民族尊严的需要,是保护中国公民、企业和组织合法权益的需要。

【审判管辖】又称管辖。依照法律的规定,各级人民法院之间,同级人民法院之间,对受理第一审民事纠纷案件的权限和分工。管辖可分为法定管辖和裁定管辖。法定管辖指法律明确规定的管辖。又分为级别管辖、地域管辖、专门管辖 3 种;裁定管辖指法律规定可以由法院根据具体案情以裁定形式确定的管辖,又分为指定管辖、移送管辖、管辖权的转移和管辖权并议。审判管辖情况比较复杂,仅有法定管辖,不足以适应复杂多变的情况,因此民事诉讼法在法定管辖之外,又规定了裁定管辖,以弥补法定管辖的不足。法定管辖和裁定管辖并存,是原则性与灵活性相结合的体现。在确定管辖时,首先应确定第一审案件的管辖,明确第一审案件管辖权后,第二审案件的管辖权自然确定。原告必须依法向有管辖权的人民法院起诉。人民法院对原告起诉的审查,必须搞清楚案件应由哪一级法院,或哪一个法院管辖,本法院对案件是否有管辖权。人民法院对已经受理的案件发现管辖有错误时,应按民事诉讼法的规定,或

者移送给有管辖权的人民法院管辖,或者报请上级人民法院指定管辖。中国民事诉讼法在确定人民法院的管辖时,充分考虑并遵循了以下原则:(1)便于人民群众进行诉讼,便于人民法院行使审判权。避免因管辖不明,发生法院之间相互推诿或者相争管辖的现象。避免发生当事人投诉无门,纠纷得不到及时解决,合法权益得不到保护的现象。(2)考虑各级人民法院的职能和工作负担的均衡,将绝大部分第一审民事案件放在基层人民法院管辖。上级人民法院管辖第一审民事案件逐级减少,以便对下级人民法院的审理活动进行监督和业务指导。(3)有利于公正审理,保护当事人合法民事权益。民事诉讼法针对管辖争议,管辖并议和不予受理的情况专门规定了处理方法和上诉制度。(4)对涉外民事案件,要有利于坚持和维护国家的主权,维护国家和人民的利益。

【级别管辖】按照人民法院组织系统,划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。中国人民法院分为4级:基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院。中国四级人民法院都有权管辖一定范围的第一审民事纠纷案件。民事诉讼法根据案件的性质,是否属于重大、复杂以及对社会的影响大小确定哪些第一审案件应由哪一级法院管辖。根据民事诉讼法的规定,最高人民法院管辖的第一审民事案件有两种:(1)在全国有重大影响的案件,(2)最高人民法院认为应当由自己审判的案件。高级人民法院只管辖在本辖区内有重大影响的第一审民事案件。中级人民法院管辖的第一审民事案件有三种,重大的涉外案件,在本辖区有重大影响的案件,以及最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。这类案件主要是专利纠纷案件和海商、海事案件。基层人民法院管辖的第一审民事案件,是法律没有规定应当由最高人民

法院、高级人民法院和中级人民法院管辖的第一审民事案件,即大量的民事案件,经济纠纷案件都由基层人民法院作为第一审法院。民事诉讼法关于级别管辖的规定,贯彻了考虑各级法院的职能和工作负担均衡的原则,使基层人民法院的工作重点放在审判民事案件上。中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院的工作重点放在审理上诉案件,对下级法院的工作进行监督和业务指导上,既便于人民法院更好地行使审判权,又便于人民群众进行诉讼。

【地域管辖】又称土地管辖或区域管辖。根据各人民法院的辖区确定的,同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。解决案件由哪一个地方的人民法院管辖的问题。以人民法院的辖区和案件与该辖区空间是否有隶属关系确定。本辖区的民事案件属于本辖区人民法院管辖。地域管辖分为一般地域管辖、特殊地域管辖和专属管辖。一般地域管辖根据当事人所在地确定管辖法院。特殊地域管辖根据诉讼标的所在地,或者引起法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地确定管辖法院。专属管辖根据案件的特殊标的,法律规定必须由特定地区人民法院管辖。地域管辖与级别管辖存在密切联系,只有先确定级别管辖,才能进一步确定地域管辖;明确案件由哪一级法院管辖后,再确定案件由哪一个地方法院管辖。必须对这两种管辖同时考虑,才能最终解决案件管辖问题。

【专属管辖】民事诉讼中地域管辖的一种。法律强制规定某些种类的民事案件,必须由特定地区的法院管辖,排除其他地域管辖,不允许当事人用协议变更管辖的分工和权限。中国民事诉讼法规定了3种情况适用专属管辖:(1)因不动产提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;(2)港口作业中发生的诉讼,由港口所在地人

民法院管辖;(3)继承遗产的诉讼,由被继承人生前住所地或主要遗产所在地人民法院管辖。民事诉讼法规定,在涉外民事诉讼程序中,因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同,中外合作经营企业合同,中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国人民法院管辖。也是关于专属管辖的规定。

【裁定管辖】法定管辖的对称。法院根据案情决定案件的管辖法院。裁定管辖是法定管辖的必要补充。通过裁定管辖机动灵活的方式可以及时解决在具体案件管辖上出现的一些问题,更好地实现法院系统内部在案件管辖方面的协调。根据民事诉讼法的规定,裁定管辖包括移送管辖,指定管辖,管辖权的转移和管辖异议。移送管辖指对案件没有管辖权的法院,将已经受理的案件移送给有管辖权的法院审理;指定管辖指上级法院指定其辖区内的下级法院对某一具体案件行使管辖权;管辖权转移指经上级法院决定或同意,将案件的管辖权由上级法院移交给下级法院,或者由下级法院移交给上级法院审理;管辖并议指当事人认为受诉法院对本案无管辖权,而向受诉法院提出的不服该法院管辖的意见或主张。人民法院在处理移送管辖、指定管辖、管辖权的转移和管辖异议问题时都应依法作出裁定。

【协议管辖】又称合意管辖或约定管辖。民事案件的双方当事人在民事争议发生之前或者发生之后,用协议的方式来选择解决相互之间争议的管辖法院。协议管辖尊重当事人的意愿,由当事人协商选择审理案件的法院。可以使无管辖权的法院产生管辖权,也可以使有管辖权的法院丧失管辖权。体现了诉讼民主。根据中国民事诉讼法的规定,单纯的国内民事诉讼,只有合同纠纷案件允许当事

人协议管辖,其他案件尚不适用协议管辖,当事人双方可以用书面形式选择管辖法院,口头协议无效。当事人可以在被告住所地、合同履行地、合同签订地,原告住所地、标的物所在地 5 个地区的法院中,协议选择其中之一法院进行诉讼。对涉外民事诉讼,中国民事诉讼法规定了较为宽松的协议范围。

【诉权】民事权利主体向人民法院起诉和应诉,请求人民法院行使审判权,保护其民事权益的权利。当事人享有的所有诉讼权利都从诉权中派生,是诉权在不同诉讼阶段的具体表现。没有诉权,当事人不能向人民法院提起诉讼,各种诉讼权利也不能发生。诉权具有双重含义,即程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。所谓程序意义上的诉权,指当事人请求法院给予司法保护的权利,包括起诉权、应诉权、反诉权、上诉权、申诉权等。诉权是一切诉讼当事人都平等享有的权利,不仅原告享有诉权,被告也享有诉权。当事人的诉讼权利完全平等。有些诉讼权利双方当事人虽不相同,但是互相对等。实体意义上的诉权,又称胜诉权。指当事人请求人民法院通过审判实现其民事权益的权利。实体意义的诉权产生于实体法律关系发生时,是否具有实体意义上的诉权,取决于是否具有实体法律上的权利。当事人是否具有实体意义上的诉权,不是在诉讼开始之前审查,而是在诉讼开始后的审理过程中查明,具有实体意义上的诉权就具有了胜诉权。程序意义上的诉权和实体意义上的诉权互相关联,主要表现为:程序意义上的诉权与实体意义上的诉权是形式和内容、手段和目的的关系。程序意义上的诉权是形式和手段,实体意义上的诉权是内容和目的。没有程序意义上的诉权,就没有起诉的资格,不能引起诉讼程序的发生;没有实体意义上的诉权,就不具有胜诉的资格,诉讼的结果只能是败诉。也可以认为,没

有程序意义上的诉权,实体意义的诉权就无法实现;没有实体意义上的诉权,行使程序意义上的诉权就成为既无目的,又无意义的活动。人民法院通过对案件的审理,凡是查明原告具有实体意义上的诉权,应作出原告胜诉的判决;凡是查明原告无实体意义上的诉权,应作出原告败诉的判决。

【诉】民事权利主体向法院提出保护其民事权益的请求。当民事主体的合法权益受到侵犯,或者发生争议时,可以按照法定程序向法院提出保护自己民事权益的请求。这种请求是当事人获得司法保护的一种手段,也是引起法院行使审判权的前提和起点,诉具有双重含义,即程序意义上的诉和实体意义上的诉。程序意义上的诉指当事人在自己的合法权益受到他人分割或者发生争议的时候,依法向法院提出通过审判予以保护的请求;实体意义上的诉指原告依照实体法的规定,通过法院向被告提出的实体权利请求;实体意义上的诉和程序意义上的诉紧密联系,不可分割。实体意义上的诉是程序意义上的诉的基础和目的,程序意义上的诉又是实体意义上的诉的前提和保障。没有程序意义上的诉,不可能开始诉讼程序,对实体权益实现审判上的保护;没有实体意义上的诉,审判程序就失去了保护对象,成为毫无内容的活动。二者互相依存,缺一不可。根据当事人向法院提出的诉讼请求的内容和目的不同,诉可以分为三种:给付之诉,确认之诉和变更之诉。给付之诉是当事人请求法院依法判令负有履行义务的人履行一定民事义务的诉。法院审理给付之诉,首先要确认当事人之间是否存在一定的民事权利义务关系,然后再判令败诉的一方当事人履行义务。败诉的当事人不自动履行判决中确定的义务,可以依法强制执行。确认之诉是当事人请求法院查明与确认原、被告之间是否存在一定的民事权

利义务关系的诉讼。法院审理确认之诉,只需确认原、被告之间存在或不存在一定的民事法律关系,消除当事人之间的争议,审理即告终结。不需要判令败诉方履行一定的民事义务,不存在给付或执行的问题。变更之诉是原告请求法院依法变更或者消灭某种民事法律关系的诉讼,如解除收养关系的诉讼,请求离婚的诉讼。在法院变更或消灭某种法律关系的判决生效后,原、被告之间现存的法律关系发生变更或消灭。

【诉讼标的】又称诉的标的。双方当事人发生争议,要求法院作出裁判的法律关系。即当事人之间的实体权利义务关系。任何一种诉讼都有诉讼标的。没有诉讼标的,案件无法进行审理,法院也无法对此作出裁判,诉讼的种类不同,诉讼标的也不同。在给付之诉中,诉讼标的是原告提出诉讼请求所基于的法律关系。在确认之诉中,诉讼标的是请求法院加以确认的、有争议的法律关系。在变更之诉中,诉讼标的是原告要求法院依法变更或消灭的,他与被告之间现存的具体民事法律关系。在审判实践中,诉讼标的不能任意改变,因为诉讼标的是一个诉区别于另一个诉的重要标志之一,诉讼标的改变,诉也完全改变,法院对之判决的法律关系也不同。确定诉讼标的,有利于确定诉讼管辖,明确案件的审理内容和判决的对象,便于正确处理诉的合并与分离,正确组织诉讼程序的进行。

【诉讼参加人】依法参加民事诉讼活动,享有诉讼权利,承担诉讼义务的人。包括当事人和诉讼代理人。当事人指因民事权利义务关系发生争议,或者民事权益受到侵害,以自己的名义参加诉讼,并受人民法院裁判约束的利害关系人。当事人有广义和狭义之分,狭义的当事人仅指原告和被告;广义的当事人包括原告、被告、共同

诉讼人和第三人。诉讼代理人指以被代理人的名义,在法律规定或者当事人授权的范围内,为保护被代理人的合法权益,代理实施诉讼行为,参加诉讼活动的人。中国民事诉讼法根据代理权产生的原因不同,将诉讼代理人分为法定代理人和委托代理人。当事人和诉讼代理人都是诉讼参加人,但具有不同的法律特征:(1)当事人以自己的名义进行诉讼活动,诉讼代理人必须以被代理的名义进行诉讼活动;(2)当事人因为自己的权利义务关系发生纠纷而参加诉讼,与诉讼有直接的利害关系,诉讼代理人与诉讼没有直接的利害关系,参加诉讼行使代理权的目的在于协助被代理的当事人,实现诉讼权利和履行诉讼义务;(3)当事人参加诉讼维护的是自己的利益,诉讼代理人参加诉讼维护的是被代理人的利益;(4)当事人是民事权利的享有者和义务的承担者,必须受法院裁判的拘束,诉讼代理人只是代理当事人进行诉讼活动,诉讼活动后果对当事人生效,诉讼代理人并不承担诉讼产生的法律后果;(5)当事人享有诉讼主体的资格,他们的诉讼行为,能够使诉讼程序发生、变更或消灭。诉讼代理人不是诉讼主体,其诉讼行为不能使诉讼程序发生、变更或消灭。诉讼参加人要与诉讼参与人相区别。诉讼参与人有广义和狭义之分,广义的诉讼参与人包括诉讼参加人,指除法院以外所有参加诉讼的人。有诉讼当事人、诉讼代理人、证人、鉴定人、翻译人员和勘验人等。狭义的诉讼参与人仅指证人、鉴定人、勘验人和翻译人员。诉讼参加人与诉讼参与人的范围不同,享有的权利和义务不同,诉讼权利和义务指向的对象也不相同,但都必须依法行使诉讼权利,履行诉讼义务,保证诉讼正确进行。

【民事诉讼当事人】因民事权利义务关系发生争议,或者民事权益受到侵害,以自己的名义参加诉讼,并受到法院裁判约束的利害关

系人。当事人有广义和狭义之分,广义的当事人包括原告、被告、共同诉讼人和第三人;狭义的当事人仅指原告和被告,原告指为了保护自己的民事权益,以自己的名义向人民法院提起诉讼,因而引起民事诉讼程序发生的人;被告指被原告诉称侵犯其合法权益,或者与其发生民事权益争执,而由人民法院通知应诉的人。当事人的特征是:以自己的名义进行诉讼,为保护自己的民事权益参加诉讼,受人民法院裁判约束,不具备这些特征就不是民事诉讼中的当事人。当事人在民事诉讼的不同阶段,具有不同的称谓,在第一审程序中称为原告、被告或第三人;在第二审程序中称为上诉人和被上诉人;在执行程序中称为申请执行人和被申请执行人;当事人的称谓不同,表明他们在民事诉讼中的不同阶段,具有不同的诉讼地位,不同的诉讼权利和义务。民事诉讼的当事人可以是公民、法人,也可以是其他组织;可以是中国公民,也可以是外国公民和无国籍人;可以是中国的企业和其他组织,也可以是外国的企业和其他组织。所有的诉讼当事人,在诉讼中法律地位平等,享有的诉讼权利和承担的诉讼义务也平等。

【诉讼中的第三人】民事诉讼当事人的一种。指对他人之间争议的诉的标的,有独立的请求权或没有独立的请求权,但案件的处理结果与其有法律上的利害关系,因而参加到他人之间已经开始的民事诉讼中进行诉讼,以维护自己的合法权益的人。第三人可以是公民,也可以是法人或其他组织。可以分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。有独立请求权的第三人指对他人之间争议的诉讼标的,认为自己有全部或部分独立请求权,参加到已经开始的诉讼中来进行诉讼的人。这种第三人参加诉讼,既不同意原告的诉讼主张,也不同意被告的诉讼主张,认为两者的诉讼主张都侵

犯其合法权益,从而以本诉的原告和被告为共同被告,向法院提出新的诉讼。有独立请求权的第三人在诉讼中的地位相当于原告,享有原告的一切诉讼权利,承担原告的一切诉讼义务。无独立请求权的第三人指对他人之间争议的诉讼标的虽然没有独立的请求权,但案件的处理结果与其有法律上的利害关系,为了维护自己的利益而参加到当事人一方进行诉讼的人。无独立请求权的第三人参加诉讼,必须要支持一方当事人的主张,反对另一方当事人的主张,如果另一方当事人胜诉,他就可能在法律上承担某种义务。这种第三人在诉讼中既不是原告,也不是被告,是具有独立诉讼地位的诉讼参加人。如法院判决其承担民事责任时,他具有当事人的诉讼权利和义务。

【共同诉讼】民事诉讼当事人的一种。指当事人一方或双方为二人以上的诉讼。其中原告为二人以上的诉讼,称为共同原告,被告为二人以上的,称为共同被告。共同原告和共同被告统称为共同诉讼人。共同诉讼诉的主体合并的一种形式,其意义在于可以简化诉讼程序,节省诉讼时间和费用,避免人民法院在同一事件或同类事件上作出相互矛盾的判决。根据共同诉讼成立的不同条件,可以将共同诉讼分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。必要的共同诉讼指当事人一方或双方为二人以上,其诉讼标的是共同的,人民法院必须合并审理并作出同一判决的诉讼。诉讼标的是共同的,指共同诉讼人对争议的民事法律关系有权利义务上的共同的利害关系,必须一同起诉或应诉。是一种不可分割的诉讼,人民法院必须合并审理,不能分案审理。普通的共同诉讼指当事人一方或双方为二人以上,其诉讼标的属于同一种类,人民法院认为可以合并审理的诉讼。诉讼标的是同一种类,指争议的权利义务关系属于同一种类

型。普通共同诉讼中的共同诉讼人在权利义务上没有共同的利害关系,因此,既可以在一案中合并审理,也可以作为独立的诉讼分别审理,是否合并审理,由人民法院根据具体案情决定。

【代表人诉讼】又称群体诉讼。当具有相同利害关系的一方或双方当事人人数众多,不能够或没有必要进行共同诉讼时,由其共同推选的代表人代为起诉或应诉,法院对该诉讼的裁判涉及全体有利害关系人的诉讼。多用于环境保护诉讼,消费者保护诉讼,劳务诉讼,证券交易诉讼等。在中国,代表人诉讼是一项新型诉讼制度,民事诉讼法将代表人诉讼制度分为选定代表人诉讼和集团诉讼两类。适用选定代表人诉讼应具备以下条件:(1)当事人一方或双方人数众多,不可能全部到庭参加诉讼。(2)众多的一方当事人具有相同的利害关系。(3)众多的一方当事人的人数可以确定。(4)代表人由全体有共同利益的当事人推选。代表人与全体当事人具有相同的利益。代表人代表全体共同利益人直接行使诉讼权利,履行诉讼义务,其诉讼行为对所代表的当事人发生效力。适用集团诉讼应具备以下条件:(1)当事人一方人数众多,但在起诉时尚未确定人数;(2)诉讼标的是同一种类;(3)集团的代表与集团成员在诉讼利益上保持一致。代表人由集团成员共同推选,推选不出代表人的,人民法院可以与集团成员商定代表人。人民法院对集团诉讼所作的判决和裁定,不仅对参加诉讼的当事人发生效力,而且对在诉讼时效期间提起诉讼的,未参加诉讼的权利人也发生效力。

【诉讼代理】诉讼中维护被代理人的合法权益,保证诉讼正常进行的一种诉讼制度。指代理人以被代理人的名义,在法律规定或者当事人授权的范围内,为保护被代理人的合法权益实施诉讼行为。在

民事诉讼中设立诉讼代理制度具有重要意义。一方面能为具有诉讼权利能力而无诉讼行为能力的当事人提供进行诉讼,维护自己民事权益的条件,为虽然有诉讼行为能力,但缺乏法律知识的当事人提供诉讼上的帮助,更好地维护当事人的合法权益;另一方面诉讼代理制度,有利于配合人民法院正确、合法、及时地审理民事案件,解决当事人之间的民事权益纠纷。民事诉讼法根据代理权产生的原因不同,将诉讼代理分为法定代理和委托代理两种。法定代理指根据法律的规定而产生的代理。法定代理是为无行为能力和限制行为能力的当事人在法律上设立的一种代理制度。当为精神病人和未成年人的利益需要进行诉讼时,法律规定应当由其近亲属作为法定代理人参加诉讼。委托代理指受当事人、法定代理人、法定代表人的委托,代为诉讼行为的制度。委托代理的产生基于被代理人的授权委托,委托代理人只能在被代理人的授权范围内进行诉讼活动。一些诉讼当事人因某种原因难以亲自诉讼,或因缺乏法律知识需要他人帮助诉讼时,法律允许当事人委托代理人参加诉讼。诉讼代理人参加诉讼所产生的法律后果均由被代理人承担。

【委托代理人】诉讼代理人的一种。受当事人、法定代理人、法定代表人的委托,代为诉讼行为的人。根据民事诉讼法的规定,当事人、法定代理人、法定代表人可以委托律师、当事人的近亲属,有关社会团体或者所在单位推荐的人、及经人民法院许可的其他公民作为诉讼代理人。委托代理人的代理权限和代理事项,应当由被代理人决定和授权,委托代理人只能在被代理人的授权范围内进行活动,当事人、法定代理人、法定代表人委托他人代为诉讼,必须向受诉人民法院递交授权委托书。授权委托书必须注明委托事项和权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求,进行和解,提起反

诉或上诉,必须有被代理人的特别授权。在代理权限范围内,委托代理人可独立进行诉讼代理活动,并对被代理人发生法律效力。

【反诉】在已经开始的民事诉讼程序中,被告以本诉的原告作为被告,向人民法院提出的与本诉有联系的独立的反请求。原告提起的诉称为本诉,被告提起的诉称为反诉。反诉是法律赋予被告的一种特殊的诉讼手段。特点是被告不是单纯从程度上或实体上反驳原告的诉讼请求,而是通过提出反请求抵销或吞并原告的诉讼请求,使原告请求部分或全部失去作用。反诉应具备四个条件方能成立:(1)反诉的被告必须是本诉的原告,不能向本诉以外的人提起;(2)反诉应在本诉起诉之后,法庭辩论终结之前提起,便于法庭将反诉与本诉合并审理;(3)反诉必须向审理本诉的人民法院提起;(4)反诉必须与本诉有联系。即反诉与本诉产生于同一法律关系或同一事实。人民法院对符合条件的反诉通常与本诉合并审理,一并作出判决。但在审理中,法院对本诉与反诉分别予以审查,并在判决中对本诉和反诉分别作出处理决定。由于反诉与本诉的诉讼请求分别独立存在,因此本诉的撤回并不影响人民法院对反诉的继续审理。同样,反诉的撤回也不影响本诉的继续审理。反诉制度有利于正确处理民事案件,提高办案效率,节约人力、物力和时间,避免人民法院作出互相矛盾的判决。

【诉的合并】人民法院把两个以上诉讼合并在一个诉讼程序中进行审理的制度。目的和意义在于简化诉讼程序,提高办案效率,节省人力、物力和财力,防止人民法院在同一问题上作出互相矛盾的判决,保证办案质量。根据民事诉讼法的规定,诉的合并主要有以下几种情形:(1)诉的主体合并。又称共同诉讼。包括两种情况,一种

是必要的共同诉讼引起的诉的合并,一种是普通的共同诉讼引起的诉的合并。两种情况都是将多个诉讼当事人合并到一案中进行诉讼,合并审理。(2)诉的客体合并。人民法院对同一原告向同一被告提出的两个以上的诉讼请求,合并于同一诉讼程序中审理,一并作出处理决定。(3)诉的混合合并。即有诉的主体合并,又有诉的客体合并,两种情况混合在一起。包括两种情形,一种情形为有独立请求权的第三人参加诉讼后,人民法院将原来当事人之间的诉令,与第三人和原来当事人之间的诉讼,在一个诉讼程序中共同加以审理的诉的合并。这一诉讼中既有诉讼主体的合并,又有诉讼客体的合并。另一种情形是被告提起反诉而引起的诉的合并。反诉成立后,要与本诉合并在一个案件中审理。这种合并既有诉的客体的合并,也有诉的主体的合并。诉的合并,仅是程序上进行合并审理,当事人提出的各个诉讼请求不因合并而失去独立性。人民法院在审理中仍须就每个诉讼请求分别予以审查。

【民事诉讼证据】能够证明民事案件真实情况的一切材料或事实。民事诉讼证据基本特征是:(1)具有客观性。即证据必须是客观真实情况的反映,不是任何假设、臆想的情况;(2)具有关联性。即作为诉讼证据的材料应与本案有内在联系,能够证明案件事实的全部或一部分,与案件没有内在联系的材料不能作为诉讼证据使用;(3)具有合法性。即证据应具有法律要求的特定形式,证据的收集,调查,保全和判断必须符合民事诉讼法和其他法律规定的程序。民事诉讼法规定的证据有 7 种:(1)书证,指以文字、符号、图形记载或表示的内容,能够证明案件待证事实的书面材料;(2)物证,指能够证明案件事实的一切物品;(3)视听资料,指以录音、录像等反映的声音和图象,或以电子计算机储存的信息资料来证明案件事实

的证据;(4)证人证言,证人就自己知道的案件事实和法院所作的口头或书面的陈述;(5)当事人陈述,指民事诉讼中的当事人就案件事实向人民法院所作的陈述;(6)鉴定结论,指鉴定部门运用专门知识对当事人和法院所指出的专门性问题进行分析鉴定后作出的科学判断;(7)勘验笔录,指勘验人对现场、物品勘验时所作的笔录。证据材料应当在法庭上出示。并由当事人互相质证,按照法定程序,全面、客观地审查核实后,才能作为认定案件事实的根据。

【举证责任】又称证明责任。对待证事实负责提供证据,予以证明,提不出证据将承担一定法律后果的人的责任。根据中国民事诉讼法的规定,当事人对自己主张的事实应当提供证据,所提证据必须能够证明自己所提出的主张真实。当事人对自己的主张提不出证据,人民法院又没能收集调查到证据时,当事人应当承担不利于己乃至败诉的后果。当事人包括原告、被告和第三人,无论谁提出了诉讼主张,都有责任提出证据证明自己的主张正确。人民法院没有举证责任,一般情况也不收集调查证据,只有当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据、或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院才调查收集。举证责任可以转移,并不是自始至终都由一方当事人承担举证责任。举证责任可以从原告方转移到被告方,或由被告方转移到原告方。

【证据保全】对可能灭失或者以后难以取得的证据,根据诉讼参加人的申请,或者人民法院依职权采取措施,预先加以调查、收集和固定的制度。条件是:(1)证据有灭失的客观可能性;(2)证据存在将来难以取得的情况;(3)该证据对案件事实有证明作用;(4)必须是在当事人已经起诉,法院已立案,但尚未进入调查阶段之前。符

合证据保全条件的,诉讼参加人可以向法院申请证据保全,人民法院也可以依职权主动进行证据保全。保全证据的方法,因不同种类的证据而有所不同,可以拍照、绘图、制作勘验笔录、复制、录音、录像、制作调查询问笔录等。证据一经保全,即免除当事人提供该项证据的责任。

【民事诉讼期间】人民法院、当事人和其他诉讼参与人各自完成某项诉讼行为应当遵守的期限。民事诉讼期间包括法定期间和指定期间两种。法定期间是法律明确规定的诉讼期间。对于法定期间,人民法院、当事人或其他诉讼参与人均不得任意延长。指定期间是人民法院根据审理案件的具体情况和需要依职权对诉讼参与人进行或完成某项诉讼行为指定的期限。指定期间一经确定,当事人应在此期限内进行或完成某项诉讼行为。但指定期间具有一定的灵活性。如果因为特殊情况不能在指定期间内完成某项诉讼行为,人民法院可以根据实际情况延长或缩短原定期间,另行指定。对诉讼期间当事人应严格遵守,凡是因当事人主观上的原因耽误了诉讼期间的,无权再行使诉讼期间可以行使的权利。人民法院也不能予以补救。当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,可以在障碍消除后的10日内,向法院申请顺延期间。是否准许,由人民法院决定。

【送达】人民法院按照法定程序和方式,将诉讼文书或者法律文书送交当事人和其他诉讼参与人的诉讼行为。在民事诉讼中,送达的主体必须是人民法院,送达的对象是当事人和其他诉讼参与人,送达的内容是诉讼文书和法律文书。送达要按法定程序和方式进行。民事诉讼法规定了五种送达方式:(1)直接送达。即由人民法院将

诉讼文书或法律文书直接交给受送达人或其法定代理人,代收人签收;如受送达人是公民,本人不在时,可交给其同住的成年家属签收。如受送达人是法人或其他组织,应当由法人的法定代表人,其他组织的负责人,或者法人,其他组织负责收件的人签收。(2)留置送达。受送达人或与受送达人同住的成年家属,拒绝接收送达的文书时,人民法院将应送达的文书留于受送达人的住所的方法。留置送达要由送达人邀请受送达人所在地的基层组织的代表或其他人见证。(3)邮寄送达,通过邮局将送达文书挂号寄给受送达人的送达方法。(4)委托送达,受诉法院委托有关人民法院或有关单位将诉讼文书交给受送达人的送达方式。(5)公告送达。受送达人下落不明或用其他方法无法送达的,由人民法院用张贴布告、登报等方式,通知受送达人在法定期间到指定地点领取诉讼文书的方式。公告送达自发出公告之日起,经过 60 天,即视为送达。

【审判程序】人民法院依法对受理的民事案件进行审理和作出判决所适用的诉讼程序。审判包括审理和判决两部分。在当事人和其他诉讼参与人的参加下,通过法庭调查,法庭辩论审查证据,查清案件事实称为审理。在查清案件事实的基础上,根据法律规定作出实体处理决定称为判决。根据民事诉讼法的规定,审判程序包括第一审程序、第二审程序、特别程序、审判监督程序、督促程序、出示催告程序、企业法人破产还债程序。第一审程序是人民法院对案件进行初次审理的程序。人民法院在第一审程序中,将对案件进行全面审理并作出判决。当事人对第一审法院不服的,可以向上一级人民法院提起上诉。第二审程序是由于当事人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定,在法定期限内提起上诉,请求上一级人民法院进行审判,人民法院审理上诉案件适用的程序。人民法

院适用第二审程序对案件审理后,所作的判决、裁定是终审判决、裁定,当事人不得上诉。由于中国实行两审终审制,才有第一审和第二审的区别,两个程序都是民事诉讼的一般程序。审判监督程序,又称再审程序,是人民法院对已经发生法律效力的判决、裁定,发现确有错误,对案件再次进行审理的程序。审判监督程序不具有审级性质,是一种纠正错误裁判的特殊的审判程序。特别程序是审理特殊案件的程序。依特别程序审理的案件,都是没有民事权益争议的,确认某一法律事实存在或不存在的案件,实行一审终审制。督促程序是人民法院根据债权人的申请,向债务人发出支付令,要求债务人给付金钱或者有价证券,如果债务人在法定期间内无异议,债权人可以请求人民法院强制执行的程序。公示催告程序是在可以背书转让的票据遗失或灭失的情况下,人民法院根据申请人的申请,以公示方式催告不明的利害关系人于一定期间内申报权利,如不申报,则判决票据无效或失权的程序。破产还债程序是在债务人的总财产不足以清偿多数债权人的总债务时,为了平等地保护全体债权人的合法权益,由人民法院对债务人的全部财产进行清理、变价,并在全体债权人中进行公平分明的程序,适用特别程序、督促程序、公示催告程序。破产还债程序处理的案件都是特殊的民事案件,都实行一审终审制,当事人不能提起上诉。审判程序中要贯彻民事诉讼法的基本原则和各项诉讼制度,要使诉讼当事人的合法权益最终得到确认和保护。审判程序是民事诉讼法的核心。

【民事第一审程序】人民法院对民事案件进行初次审判的程序。中国法院实行两审终审制。民事案件由哪一级、哪一个法院为第一审法院应根据民事诉讼法关于管辖的规定确定。民事第一审程序包

括普通程序和简易程序,是人民法院审理第一审民事案件通常所适用的审判程序。普通程序是法律规定得最系统最完整的程序。内容包括:起诉和受理、审理前的准备、开庭审理、诉讼中止和终结、判决和裁定。规定了诉讼程序的各个环节。普通程序具有广泛的适用性,不仅是第一程序的基础,还是全部民事审判程序的基础。人民法院审理第一案民事案件,除简单的案件适用简易程序外,其余一般和重大复杂的民事案件,都应按普通程序进行审理。即使适用简易程序审理的案件,简易程序没有规定的,也要适用普通程序的有关规定。简易程序是基层人民法院和其派出的法庭审理简单的第一审民事案件所适用的程序。简易程序相对于普通程序而言,是普通程序的简化,是第一审程序中的独立而又简便易行的诉讼程序。在适用简易程序审理案件时,简易程序中未作出规定的诉讼制度,仍适用普通程序的有关规定。适用简易程序可以完全地审结第一审民事案件,与适用普通程序审理的案件具有同等的法律效力。依民事第一审程序审判的案件,如果当事人不服,可以向第二审人民法院提起上诉。

【起诉】公民、法人和其他组织认为自己的民事权益受到侵害或与他人发生了争议,以自己的名义,请求人民法院依法审判,给予法律保护的诉讼行为。法律赋予民事主体的一项重要诉讼权利。根据民事诉讼法的规定,起诉必须符合4个条件:(1)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织。有直接利害关系指必须是因为自己的民事权益受到侵犯或者与他人发生争议,才有资格起诉。(2)有明确的被告。指原告必须明确指出谁侵犯了他的民事权益,或者与谁发生了争议。(3)有具体的诉讼请求、事实和理由。即原告要说明请求法院保护的民事权益的内容,要说明发生纠纷

的事实和起诉的理由。(4)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。起诉可以采用口头或书面方式。

【受理】又称立案。人民法院经过对原告起诉的审查,认为符合起诉条件,决定立案的诉讼行为。人民法院接到原告的起诉状或口头起诉后,应在7日内进行审查,并决定是否受理。经审查符合起诉条件,不存在法定不予受理的特殊情况的,人民法院在7日内决定受理。经审查有下列情况的不予受理:(1)属于行政诉讼受案范围的案件;(2)双方当事人对合同纠纷订有仲裁条款的,应向仲裁机构申请仲裁;(3)应当由其他机关处理的争议;(4)不属于本院管辖的案件;(5)判决、裁定已经发生法律效力的案件,当事人又起诉的;(6)依法在一定期限内不得起诉的案件,当事人在不得起诉期限内起诉的;(7)判决不准离婚和调解和好的离婚案件,判决调解维持收养关系的案件、没有新情况、新理由、原告在6个月内又起诉的。人民法院对不予受理的案件,应当在7日内裁定不予受理,原告对裁定不服的,可以提起上诉。

【诉讼中止】在诉讼进行中,由于出现了法定的特殊情况,使诉讼无法进行而暂时停止诉讼,待中止的原因消除后,再恢复诉讼程序的一种制度。民事诉令法规定下列情况应中止诉讼:(1)一方当事人死亡,需要等待继承人表明是否参加诉讼的;(2)一方当事人丧失诉讼行为能力,尚未确定法定代理人的;(3)作为一方当事人的法人或者其他组织终止,尚未确定权利义务承受人的;(4)一方当事人因不可抗拒的事由,不能参加诉讼的;(5)本案必须依另一案的审理为依据,而另一案尚未审结的;(6)其他应当中止诉讼的情形。中止诉令由法院作出裁定。中止诉讼期间,当事人应停止本案的一

切诉讼行为,法院除依法采取保全措施外,应停止对本案的审理。中止诉讼的原因消除后,恢复诉讼程序。中止诉讼前实施的一切诉讼行为仍然有效。

【诉讼终结】在诉讼进行中,由于存在或发生了法定的特殊情况,使诉讼不可能或没有必要继续进行,从而结束诉讼程序的一种制度。民事诉讼法规定下列情况应终结诉讼:(1)原告死亡,没有继承人,或者继承人放弃诉讼权利;(2)被告死亡,没有遗产,也没有应当定承担义务的人;(3)离婚案件,一方当事人死亡;(4)追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡。诉讼终结由人民法院作出裁定,诉讼程序最终停止,以后也不再恢复诉讼。

【简易程序】基层人民法院及其派出的法庭审理简单的民事案件所适用的程序。相对于普通程序而言,是对普通程序的简化。是第一审程序中独立而又简便易行的诉讼程序。其独立性表现在:适用简易程序审理的案件,无论是以调解方式结案,还是以判决方式结案,均与普通程序审理的案件具有同等的法律效力。其简便易行表现在:适用简易程序起诉的方式简化,可以口头起诉;受理案件的程序简化,不受7日内立案期限的限制;传唤和通知的方式简化,可以随时以各种形式传唤当事人;审判组织简化、适用独任制;审判程序简化,不受普通程序中规定的审理阶段的约束;审结案件的时间短,3个月内就应审结案件。简易程序只适用于审理简单的民事案件,在适用中如发现案件属于重大、复杂的民事案件,应根据情况改用普通程序。

【特别程序】人民法院审理特殊类型民事案件的审判程序。适用特

别程序的案件有：选民资格案件；宣告失踪或者宣告死亡案件；认定公民无民事行为能力或者限制民事行为能力案件；认定财产无主案件。特别程序的特点是：（1）特别程序审理的案件，不属于民事权益之争，而是法院对某项法律事实和某种民事权利是否存在加以认定和判决的案件。这种案件没有明确的被告，没有利害关系相对立的双方当事人。（2）特别程序是各自独立的程序，一种案件一种程序，程序之间没有必然联系。（3）一般实行独任审判，除选民资格案件或重大疑难的非讼案件，由审判员组成合议庭审判，其他案件都实行审判员一人独任审判。（4）特别程序实行一审终审制。（5）按特别程序审理的案件，免交诉讼费用。（6）特别程序中所作判决，如果出现新情况，人民法院可以自行撤销原判。

【民事判决】人民法院对所受理的民事案件，经过法庭审理，根据国家的法律、法规作出的解决民事实体权利义务争议的具有权威性的判定。是对民事实体权利义务所作的判定，人民法院处理民事案件的意思表示，结束审判程序的方式，体现了国家法律的意志。民事判决发生法律效力后，即排除了当事人以同一案件重新起诉的可能，对全社会来说具有极大的权威和稳定性。任何单位和个人都要维护和执行人民法院的判决，非依法定审判监督程序，任何单位和个人，包括人民法院本身不得改变和否定生效的判决；负有义务的当事人必须履行判决所确定的义务，否则权利人可以判决为根据，申请人民法院强制执行。

【民事裁定】人民法院在审理民事案件的过程中，对有关的程序方面的问题所作的判定。可以在诉讼进行中，或在诉讼终结时依法作出，用于解决诉讼过程中出现的程序问题。根据民事诉令法的规

定,民事裁定适用于下列范围:(1)不予受理起诉;(2)对管辖权有异议的;(3)驳回起诉;(4)财产保全和先予执行;(5)准许或者不准许撤诉;(6)中止或者终结诉讼;(7)补正判决书中的笔误;(8)中止或者终结执行;(9)不予执行仲裁裁决;(10)不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书;(11)其他需要裁定解决的事项。对(1)、(2)、(3)三种裁定,当事人不服可依法提出上诉。对(4)裁定不服,可以申请复议一次。其他裁定一经作出或送达立即生效。裁定应由人民法院依法作出。分为口头和书面裁定两种形式。

【民事决定】人民法院在民事诉讼程序中,依法对出现的某些特殊问题作出的判定。既不同于解决实体问题,也不同于解决程序问题,只用于解决以下特殊问题:(1)申请回避;(2)对妨害民事诉讼行为采取强制措施;(3)当事人申请顺延诉讼期间;(4)审判监督程序事项。对这些问题人民法院应制作决定书。关于回避问题的决定,当事人不服,可向法院申请复议一次。关于罚款、拘留的决定,当事人不服可以向上一级法院申请复议一次。民事决定一经宣告或送达,立即发生法律效力,即使有的决定允许当事人申请复议一次,在复议期间,也不能停止原决定的执行。

【财产保全】人民法院在对民事案件立案前或立案后,为了保证将来的生效判决能顺利得到执行,对当事人的财产或争议的标的物所采取的强制保护措施。一般在具有给付内容的案件或争议中采用。必须在由于当事人一方的不当行为或其他原因,有可能使判决将来不能执行或难以执行时采用。当事人一方的不当行为主要指当事人主观上可能实施的恶意行为,如转移、挥霍、隐匿财产等;其他原因主要指客观原因,有可能使财物造成损耗的行为,如财产变

质腐烂,自然挥发等。财产保全包括二种情况:诉讼中的财产保全和诉讼前的财产保全。诉讼中的财产保全一般由当事人向法院提出保全申请,个别情况也可由法院依职权主动采取保全措施。诉讼保全的时间限于立案后,判决发生法律效力前。诉讼前的财产保全可以在申请人起诉之前提起,但申请人必须在 15 日内向法院提起诉讼,否则法院将解除保全措施。申请人提出诉前保全必须向法院提供担保,以便在给被申请人造成损失时负责赔偿。财产保全应是与本案有关的财产,保全的价额应与当事人请求给付的价额大体相当,否则可能给被申请人造成损害。申请人申请财产保全有错误的,应承担民事责任,赔偿被申请人同财产保全而遭受的财产损失。人民法院在接到财产保全申请后,必须在 48 小时内作出财产保全裁定,并开始执行。财产保全的措施有查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。

【民事第二审程序】民呈诉讼当事人不服地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定,在法定的期间内向上一级人民法院提起上诉,上一级人民法院对案件进行审理所适用的程序,称为第二审程序。第二审程序是由于当事人上诉引起的,又称为上诉审程序。中国实行两审终审制,一个案件经过两级法院审判即告终结,当事人不能再提起上诉,因此,第二审程序又称终审程序。第二审程序由第一审程序的当事人,在法定期间内提起上诉而引起。第二审人民法院对上诉的案件,应由审判员组成合议庭,或者开庭审理,或者径行判决。开庭审理指直接传唤当事人和其他诉讼参与人到庭,进行法庭调查、辩论,合议庭进行评议和作出判决。径行判决指合议庭经过阅卷,调查、询问当事人,在全部事实核对清楚后,认为不需要开庭审理的直接作出裁判的审理方式。第二审法院对当事人上

诉请求的有关事实和适用的法律进行审查后,根据不同情况,分别作如下判决:(1)认为原判事实清楚,证据确实充分,适用法律正确的,应判决驳回上诉维持原判;(2)认为原判认定事实清楚,但适用法律错误的,应依法予以部分改判或全部改判;(3)认为原判认定事实不清、证据不足的,原则上要撤销原判,发回原审法院重审,但作为例外,也可以在查清事实后自行改判。第二审判决、裁定是终审判决、裁定。当事人不得再提起上诉。

【民事上诉】民事诉讼当事人,不服地方各级人民法院未生效的第一审判决、裁定,在法定期限内声明不服,并提出上诉状请求上一级人民法院进行审判的诉讼行为,称为上诉。上诉是民事诉讼法规定的一项诉讼制度。当事人行使上诉权提起上诉,必须符合法定条件:(1)提起上诉必须是享有上诉权或可依法行使上诉权的人,第一审案件中的原告、被告、第三人及经过授权的诉讼代理人;(2)只能对地方各级人民法院第一审未发生法律效力判决或裁定提起上诉;(3)必须在法定期限内提起上诉。对判决提起上诉的期限为15天,对裁定提起上诉的期限是10天;(4)上诉必须递交上诉状,上诉状必须具备法定内容,包括当事人的姓名、名称、原审人民法院名称,案件的编号和案由,上诉的请求和理由。当事人可以将上诉状提交给原审法院,也可直接提交第二审法院。原审法院在收到上诉人提交的上诉状或者第二审法院发交的主诉状后,应当在5日内将上诉状副本送达对方当事人,并告知其在15日内答辩。对方当事人在法定期间不答辩,不影响第二审人民法院的审理。对方当事人答辩的,原审法院应在5日内将答辩状送达上诉人。原审法院将上诉状和答辩状以及全部案卷、证据材料整理齐备后,报送上级人民法院。上级人民法院审查上诉人的上诉后,认为符合法定条

件的,即予以立案,上诉审程序开始。

【再审程序】由具有审判监督权的法定机关决定,或由当事人申请,对确有错误的,已经发生法律效力判决、裁定、调解书依法再行审理的程序。再审程序不是每一个民事案件必经的程序,只是对于已经发生法律效力而且确有错误的判决、裁定、调解书才能适用的一种特殊审判程序。再审程序的提起可以有以下几种情形:(1)各级人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定,发现确有错误,提交审判委员会讨论决定再审;(2)最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现确有错误,有权提审或者指令下级人民法院再审;(3)上级人民法院发现下级法院已生效的判决、裁定确有错误,有权提审或指令下级人民法院再审;(4)最高人民检察院对地方各级人民法院已发生法律效力裁定、判决,上级人民检察院对下级人民法院已发生法律效力判决、裁定,发现确有错误,有权提出抗诉;(5)对已经发生法律效力判决、裁定,调解协议,当事人认为确有错误,可以申请再审。只要当事人的申请符合法定情形的,人民法院当再审。再审应由人民法院另行组成合议庭进行。再审的程序,原来是第一审法院审结的,再审时仍然适用第一审普通程序进行审理。所作判决,裁定当事人不服可以上诉。原来是第二审法院审结的,再审时仍然适用第二审程序进行审理。所作判决、裁定是终审判、裁定。

【审判监督程序】在中国,审判监督程序即再审程序。参见“再审程序”。

【督促程序】对于给付金钱或者有价证券为标的的请求,人民法院

根据债权人的申请,向债务人发出支付令,如果债务人在一定期间内无异议,债权人可以请求人民法院强制执行的程序。专用于追索金钱或有价证券的债务纠纷。依债权人的申请发生,在这一程序中不解决债权债务纠纷,只在债权人的申请没有对待给付,即没有其他债务纠纷时才适用。人民法院在接到债权人的申请后,须对申请进行审查,并在 5 日内通知债权人是否受理。经审受理的,人民法院在 15 日内向债务人发出支付令,要求债务人在 15 日内清偿债务或者向人民法院提出异议。支付令应直接送达债务人。否则不能发出支付令。债务人收到支付令不得提起上诉。或者清偿债务,或者向法院提出异议。如果债务人在法定期间内既不提出异议,又不清偿债务,支付令即发生法律效力。债权人有权依支付令向法院申请强制执行。如果债权人在法定期间内提出异议,支付令自行失效,人民法院应裁定终结督促程序。通过督促程序,处理没有争议的债务纠纷,可以使债权人免去繁琐的诉讼过程,以简便的方式取得执行根据,尽快实现自己的权利。

【强制执行】人民法院的执行组织依当事人的申请或审判组织移交,对应予强制执行的法律文书,按照法定程序强制义务人履行义务的活动。强制执行只能由人民法院进行,必须有生效的法律文书为根据,目的是实现法律文书所确认的权利,维护社会经济秩序,维护法律文书严肃性。根据法律规定,作为执行根据的法律文书有两大类:(1)人民法院制作的具有财产执行内容的民事判决、裁定和调解书,刑事判决、裁定书中的财产内容以及人民法院发出的支付令;(2)其他机关制作的依法应当由人民法院负责执行的法律文书。主要有仲裁裁决书和调解书,公证机关赋予强制执行效力的债权文书以及行政机关作出的行政决定。法院制作的法律文书由第

一审人民法院执行。其他机关制作的法律文书由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。强制执行应依照法定程序,采取法定的措施和方法进行。坚持强制执行与说服教育相结合,注意保护双方当事人的合法权益。

【执行措施】人民法院的执行机构依照法定程序,强制负有义务的一方当事人履行义务的方法 and 手段。民事诉讼法对不同案件的执行,规定了不同的执行措施。具体有:(1)查询、冻结、划拨被执行人储蓄存款;(2)扣留、提取被执行人的收入;(3)查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产;(4)搜查被执行人隐匿的财产;(5)强制被执行人交付法律文书指定的财物或者票证;(6)强制被执行迁出房屋或退出土地;(7)强制转移有关财产权证照;(8)强制被执行人完成法律文书指定的行为;(9)强制被执行人支付迟延履行期间的债务利息或迟延履行金。强制执行必须采用法定的执行措施,依照法定的程序进行。

【执行中止】在执行过程中,因发生法定情况,使执行程序暂时不能进行,中途停止,待情况消失后,再恢复执行程序的制度。民事诉讼法规定的中止执行的情况有五种:(1)申请人表示可以延期执行;(2)案外人对执行标的提出了确有理由的异议;(3)作为一方当事人的公民死亡;(4)作为一方当事人的法人或者其他组织终止,尚未确定权利义务承受人;(5)人民法院认为应当中止执行的其他情形。执行中止只是执行程序的暂时停止,并不是执行的结束。因此,执行中止前的一切执行活动,不因执行中止而失去效力,当执行中止的原因消灭后,执行程序应继续进行。

【执行终结】又称终结执行。在执行过程中,由于发生了法定的特殊情况,执行程序没有必要或者不可能继续进行,从而结束执行程序的制度。民事诉讼法规定的终结执行的情况有:(1)申请人撤销申请执行;(2)据以执行的法律文书被撤销;(3)作为被执行人公民死亡,无遗产可供继承,又无义务承担人;(4)追索赡养费、扶养费、抚育费案件的权利人死亡;(5)作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款、无收入来源,又丧失劳动能力;(6)人民法院认为应当终结执行的其他情形。这种情况下,执行程序没有必要继续进行,或无法继续进行,应该最终结束执行程序,以后也不再恢复执行程序。

【破产程序】又称破产还债程序。债务人的总财产不足以清偿多数债权人的总债务时,为了平等保护全体债权人的合法权益,由人民法院对债务人的全部财产进行清理、变价,并在全体债权人中公平分配的程序。在中国,破产程序是适用于具有法人资格的企业破产还债的程序,不能适用于自然人。破产程序开始应具备两方面的条件:一方面应具备形式要件,即应有债权人或债务人提出破产申请,并向人民法院提交法定的申请材料和证据材料;另一方面应具备实质要件,即债务人应达到法定的破产界限。人民法院受理破产案件后,应发出公告告知全体债权人参加破产程序,召开债权人会议,成立清算组。允许债务人与债权人会议和解。在和解不能成立时,人民法院依法作出破产宣告的裁定,由清算组开始破产清算。清算组在变卖破产财产后,依法定清偿顺序进行破产分配。破产财产分配完毕,破产程序即告终结。

【仲裁】解决民事纠纷的程序之一。双方当事人按照有关规定,事前

或事后达成协议,将以前的争议提交仲裁机构以第三者的身份,对争议的事实和权利义务关系作出判断和裁决的方法。中国仲裁制度分为国内仲裁和涉外仲裁两种:国内仲裁对国内经济合同争议进行仲裁,由各级工商行政管理机关的仲裁委员会进行仲裁。适用《中华人民共和国经济合同仲裁条例》。涉外仲裁包括对外经济贸易仲裁和海事仲裁。对外经济贸易仲裁是对涉外经济、贸易合同交易中发生的争议的仲裁,由中国国际经济贸易仲裁委员会进行。海事仲裁是对有关海事,海商争议的仲裁,由中国海事仲裁委员会进行。涉外仲裁适用《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》和《中国海事仲裁委员会仲裁规则》。当事人提请仲裁要向仲裁机构提交申请。提起涉外仲裁须提交双方当事人订有仲裁条款的合同,或者事后达成的书面仲裁协议,仲裁机构即予以受理。双方当事人订有书面仲裁协议的,不得再向人民法院起诉;双方当事人没有在合同中订有仲裁条款,或者事后没有达成书面仲裁协议的,涉外仲裁机构不予受理。仲裁机构根据仲裁规则进行仲裁,所作裁决是直接发生法律效力终局的裁决,任何一方不得向人民法院起诉,也不得向其他机构提出变更仲裁裁决的请求。一方当事人不履行仲裁裁决时,对方当事人应向被申请人住所地或者财产所在地的人民法院申请强制执行。

【涉外民事诉讼程序】民事诉讼程序的一部分。人民法院受理、审判和执行具有涉外因素的民事案件的诉讼程序。涉外因素有广义和狭义之分。狭义的涉外因素仅指当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业和组织。广义的涉外因素有三种情况:当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业和组织;民事法律关系发生、变更和消灭的法律事实存在于外国;当事人争执的财产在外国。具

有三种情况中的任何一种,都属于具有涉外因素的民事诉讼。涉外民事诉讼程序专门用于处理涉外民事诉讼,是民事诉讼法根据涉外民事诉讼的特点,针对涉外民事案件的特殊情况,对审判程序和执行程序作出的特别规定。涉外民事诉讼程序并不是独立于民事诉讼程序之外的完整程序,是民事诉讼程序的补充规定,是针对涉外民事诉讼的原则、仲裁、送达、期间、诉讼保全司法协助等问题作的特别规定。在审判实践中,涉外民事诉讼程序有特别规定的,应首先适用特别规定;无特别规定的,适用民事诉讼程序的其他规定。适用涉外民事诉讼程序的特别规定,仍然受民事诉讼法基本原则的指导。

【涉外民事诉讼管辖】民事诉讼法针对涉外民事诉讼的特殊情况,对涉外民事案件管辖所作的特别规定。根据民事诉讼法的规定,对一般的涉外合同纠纷或者其他财产权益纠纷,中国实行地域管辖的原则。对于特殊的涉外合同纠纷,中国实行专属管辖的原则。一般合同纠纷指除了法律规定应该专属管辖的特殊合同纠纷之外的其他合同纠纷,包括涉外经济合同纠纷和涉外非经济合同纠纷。财产权益纠纷指因财产的占有、使用、收益、处分中产生的纠纷。对一般的涉外合同纠纷或者其他财产权益纠纷,如果是对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起诉讼,如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行或诉讼标的物在中华人民共和国领域内,或被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产,或被告在中华人民共和国领域内没有代表机构,可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地的人民法院管辖。特殊合同纠纷指因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外

合作勘探开发自然资源合同发生的纠纷。因为这 3 种合同纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国法院管辖,即实行专属管辖的原则。不允许当事人以协议的方式提请其他国家的法院管辖,对于一般的涉外合同纠纷和涉外财产权益纠纷,民事诉讼法允许当事人用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。

【司法协助】不同国家之间,根据自己国家缔结或参加的国际条约,或者根据互惠的原则,彼此之间互相协助,为对方代为一定诉讼的行为。由于一国的诉讼程序具有严格的地域性,只能在其领域内具有法律效力,不能延伸到外国发生法律效力。因此,一国法院审理涉外民事案件,需要把诉讼文书送达给居住在国外的当事人,需要询问在国外的证人或收集在国外的证据,需要在外国执行生效判决或裁定时,涉及到如何疏通司法渠道,完成这些诉讼行为的事宜。国际间一般作法是通过两国法院之间的相互委托和接受委托,互助协助代为进行诉讼行为达到目,即司法协助。不同国家之间的司法协助,一般根据国家互相缔结或者参加的双边或多边条约中所约定的司法协助条款。如果国家之间没有条约关系,但事实上存在司法上的互惠关系,也可以根据互惠原则,互相进行司法协助。司法协助根据内容不同分为一般司法协助和特殊司法协助。一般司法协助是不同国家的法院之间,互相委托,代为送达诉讼文书,调查取证以及进行其他诉讼的行为。特殊司法协助是对外国法院判决和外国仲裁机构裁决的承认与执行。外国法院委托中国法院司法协助的事项,应该属于中国人民法院主管,不能损害中国的主权、安全或者社会公共利益。

公证与律师

【公证】国家设立的专门机构的公证人员,按照国家赋予的权利,代表国家在法律规定的范围内进行的证明活动。公证制度是国家司法制度的组成部分,公证制度和其他法律制度一样,都是管理经济、调整国家、集体及公民个人之间法律关系的重要手段。公证具有以下特点:(1)公证是由国家设立的专门机关即公证处进行的证明活动。公证处以国家的名义进行的证明,在法律上有特定的效力,这种效力不受行业、国籍、职业、行政级别、地域的限制,是其他机关的证明所不具备的效力。(2)公证对法律行为、法律事件及能引起一定法律后果的事实和文书的真实性、合法性予以证明,目的是预防纠纷发生,为解决纠纷提供可靠的证据。公证不存在解决纠纷的问题,出现纠纷应由国家仲裁,审判等部门负责解决。因此公证是一种非诉讼活动。(3)公证根据当事人的申请进行,没有申请,公证机关不能作出任何证明。公证当事人指具有民事权利能力的人,可以是公民、法人和其他组织。除可以委托公证的事项外,当事人必须亲自到公证处申办。公证处在公证时应坚持:直接会见当事人的原则遇有与本人、配偶及他们的近亲属有利害关系的公证事项进行回避的原则证明对象真实、内容合法,形式合法的原则;为当事人保密的原则;使用中文和民族文字的原则以及方便群众办证的原则。公证机关的公证员,在与当事人进行了谈话,认真审查了当事人提供的各种证明材料,必要时进行调查取证、鉴定,认为待证事项真实、合法无疑义后,即可按规定程序制作公证书。

公证书加盖公证处钢印后发生效力。公证机关所作公证的效力,具体体现为公证书的效力。公证书具有证明的效力,是一种可靠的证据,可供接受者直接采用,无需核查。公证的证据效力是一种广泛的效力,不仅表现于民事诉讼中,而且表现在日常的民事交往和行政管理中,不仅适用于国内,而且得到国际社会的公认。公证书具有强制执行的效力。具体指经过公证证明的追偿债款和物品的债权文书,一旦经公证机关赋予强制执行的效力,债权人可持公证书直接向人民法院申请强制执行,不须再经过诉讼程序。公证书还具有法律要件的效力,即根据法律规定或当事人约定,公证证明成为某些法律行为成立的必要条件时,不办理公证,该行为不能发生法律效力。

【公证机关】代表国家办理公证业务的机构。中国《公证暂行条例》规定:直辖市、县市设立公证处,经省、自治区、直辖市司法行政机关批准,市辖区也可设立公证处。中国的公证机关以直辖市、市县为基本单位,按地域设置,一般在一个县级基本单位内只设立一个公证处,特殊情况下,在省市辖区的市中,经省一级司法行政机关批准,市辖区也可以独立单设一个公证处。中国的公证机关基本按国家行政区划设置,但又不完全与国家行政区划相吻合,如在省、自治区一级行政区,作为基本行政单位的乡不设立公证处。中国截止到 1993 年 5 月设立的公证处有 2758 个,除了直辖市或省辖市的公证处外,其余基本按县或市辖区设立。公证处设公证员、助理公证员,根据需要可以设主任、副主任,主任、副主任由公证员担任。主任、副主任领导公证处的工作,并且必须履行公证员职务。公证员、助理公证员是公证处的基本组成成员,是公证处业务活动的主要承担者。公证处除了上述专业人员外,还有部分辅助人员,如

书记员、打字员,在较大的公证处还有翻译人员、会计人员等。这些人员与业务人员共同组成一个有机的公证机关。公证处受司法行政机关领导,既受上级司法行政机关领导,也受同级司法行政机关领导。公证处的上级司法行政机关主要负责从业务上进行领导、监督公证工作。根据授权任免公证干部,处理公证处之间的管辖纠纷和群众申诉,检察所辖公证处的公证质量,撤销错误或不当的公证书和业务决定等。公证处的同级司法行政机关,对公证处的行政事务及日常业务进行直接领导、监督、负责处理行政及日常业务中发生的各种问题。各公证处之间互相独立,没有隶属关系。不论公证处级别高低,都受司法行政机关领导,所出具的公证书具有同等效力。

【公证管辖】公证处之间办理公证事项权限的划分。分为地域管辖,协商管辖、指定管辖和特殊管辖。地域管辖指按照公证处所辖的行政区域指定公证处之间受理公证事项的分工和权限,包括 4 个方面的内容:(1)由当事人住所地公证处管辖,当事人可以是公民、法人和其他组织,公民的住所地指公民的户籍所在地。住所地与经常居住地不一致时,由公民经常居住地公证处管辖。法人和其他组织的住所地指他们的主要办事机构、所在地。(2)由法律行为发生地、法律事件发生地公证处管辖。公证处对发生在本处辖区的法律行为和法律事件的公证事项具有管辖权。(3)涉及不动产转让的公证事项,由不动产所在地的公证处管辖。不动产转记包括不动产所有权和使用权的转让。由不动产所在地公证处管辖便于公证处了解情况,适用不动产所在地的法规、政策规定办理公证。(4)收养子女由收养人住所地公证处管辖,便于公证处对收养人进行审查,保护被收养人的利益。根据司法部有关规定,涉外收养公证由被收养人

住所地公证处管辖,涉及港、澳、台地区的收养公证依照涉外公证管辖规定办理。协商管辖指根据地域管辖,几个公证处都有权办理公证的情况下,由当事人进行协商,共同向其中一个公证处申办公证。当事人协商不成的,由公证处之间协商由一个公证处办证。导致协商管辖的情况主要有:(1)申办同一公证事项的若干当事人的住所地不在同一个公证处辖区;(2)财产所在地跨几个公证处;(3)法律行为发生在几个地区。指定管辖指上级司法行政机关指定某一公证处办理某项公证事项。需要指定管辖的有两种情况:(1)公证处之间因管辖权发生争议。由其共同上级司法行政机关指定管辖;(2)因遇到特殊情况需要上级司法行政机关指定管辖。特殊管辖指在某些特定场所,公证机关不能在那里行使公证职能的,根据法律、国际条约的规定,由其他部门,个人代行公证职能。主要适用于中国驻外使馆、领事馆办理涉外公证业务。

【公证程序】办理公证事务的基本步骤和方法。中国公证程序以《公证程序规则(试行)》为依据,根据该规则,公证程序以3个基本环节为框架:申请与受理,审查及公证。(1)申请与受理。申请指公民、法人和其他组织向公证处提出办理公证的请求。公证机关的公证行为要根据当事人的申请进行。申请标志公证程序开始。受理指公证处接受当事人的申请,并同意予以办理公证的行为。受理标志公证处公证行为开始;(2)审查。公证处受理当事人的公证申请以后,出具公证书以前所进行的,对当事人申请办理的公证事项及提供的证明材料的调查、核实工作。公证处应重点审查以下内容:当事人的人数、身份、资格和民事行为能力;当事人的意思表示和相应的权利;需公证的行为、事件或文书的内容是否真实、合法;需公证的文书内容是否完善,文字是否准确,签名、印鉴是否齐全;当事

人提供的证明材料是否真实、充分。必要时公证处有权进行调查,请专门部门、专门人员进行鉴定,公证审查直接关系到公证处是否出具公证,出具公证的质量。(3)出证。指公证处根据审查结果,对符合条件的公证事项依法制作、出具公证书的活动。公证机关活动的结果,受理、审查等公证程序工作的归宿。是公证程序中的最重要环节。经审查法律行为、有法律意义的事实和文书,文书上的签名、印鉴、文书的文本、债权文书等符合出证条件的,承办公证员应及时按司法部规定或批准的格式制作公证书,连同卷宗提交公证处主任、副主任或其指定的公证员审批,经审批合格,加盖公证处章和钢印,除法律另有规定之外,公证书从审批人批准之日起生效。

【合同公证】国家公证机关根据当事人的申请,依法证明当事人之间签订的合同行为真实性、合法性的一种证明活动。中国《公证暂行条例》和《公证程序规则(试行)》规定,合同签订双方需要办理公证时,首先应到其住所地或合同签订地的公证处提出公证申请,逐项填写公证申请表的内容。其次要向公证处提交法定的文件和材料,如身份证明、介绍信、委托书等。提交双方拟好的合同草稿一份,交公证处审查、存档,并提交与合同有关的其他材料。如果是法人之间签订经济合同,还需提交法人资格证明,合同双方的开户银行及其帐号。要如实回答公证员的询问,并在接谈笔录上签字。经公证处依法对合同内容、合同形式审查合格,公证处即可出具公证书。

【遗嘱公证】遗嘱是遗嘱人生前按照法律规定的方式处分个人财产或其他事务,并在其死亡时生效的法律行为。公证遗嘱是遗嘱的一

种重要形式,指遗嘱人在公证员面前订立的由公证书确认的遗嘱。公民希望设立公证遗嘱时,应亲自到其户管所在地的公证处提出申请,本人因身体等原因,确实不能亲自前往申请的,公证员可以到立遗嘱人面前接受申请人的正式申请。公证处接受申请后,须核对申请人的身体,其权利能力、行为能力;审查遗嘱处分的财产是否属于遗嘱所有;审查遗嘱是否遗嘱人的真实意思表示。办理遗嘱公证必须由两名公证人员进行,公证遗嘱生效之前,公证处要为遗嘱人保守秘密,使遗嘱人的合法权益不受损害。

【收养关系公证】收养是公民领养他人子女为自己子女的民事法律行为。收养公证是公证机关对收养人领养他人子女行为的真实性、合法性给予证明的活动。目的是从法律上确认收养关系的成立,使各方面当事人正确享有权利和履行义务。收养公证应由收养关系当事人:收养人、被收养人、送养人到收养人户籍所在地公证处提出申请,必须由当事人亲自办理公证,不得委托他人代理。申请被受理后,公证机关以《中华人民共和国收养法》为依据,审查、核实申请人的申请材料是否真实,是否符合法定的收养条件。对涉外收养公证,还要针对相对国的有关规定,审查核实是否符合收养条件。经审查符合条件的,公证处还需了解收养人的人品及道德状况,询问 10 岁以上被收养人本人是否同意被收养的意见。认为无异议的,公证处可向当事人出具收养公证书。

【委托行为公证】委托行为指受托人按照委托人的授权范围,以委托人的名义实施民事法律行为。受托人实施受托行为一定要以委托人的授权委托书为凭证。委托行为公证是对授权委托书的公证,指公证机关根据委托人的申请,依法证明委托人的授权委托行为

真实性、合法性的活动,简称委托书公证,或委托行为公证。委托书公证的意义在于确认委托书的法律效力,使受托人能以委托人的名义顺利地与其他公民和法人进行民事法律行为,防止假委托,无效委托等行为的发生,预防因委托代理权而引起纠纷。办理委托行为公证应由委托人和被委托人亲自到本人住所地公证处提出申请。不得让他人代为申请。并提交下列材料:身份证明;委托书原稿;证明委托行为合法的法律材料。公证处在对这些材料的真实性、合法性审查、核实后,委托人要亲自在公证员面前,在委托书上签名、盖章。公证机关审查合格后,即可出具委托公证书。

【身份关系公证】身份关系通常指亲属关系,是因婚姻、血缘和收养而产生的人们之间的关系。包括夫妻之间、父母子女之间、祖父母、外祖父母和孙子女、外孙子女之间、兄弟姐妹之间等关系。公证业务中对亲属关系、婚姻关系的证明都属于身份关系公证,属于对具有法律意义的事实公证的范畴。申办身份关系公证,当事人应提交法定材料,如本人身份证明,有关证明材料,所在单位根据档案记载出具的证明等,公证机关在审查中要查明:申请人与关系人之间的称谓,互相间辈份,申请人公证的目的。在查明法律事实真实、合法的情况下,出具公证书。

【涉外公证】中国公证机关办理的一项重要公证业务。公证的当事人、证明对象、公证书使用地诸因素中,有一个以上的涉外因素的公证事项。涉外公证文书主要发往域外使用,具有特殊的域外法律效力。香港、澳门、台湾是中国的领土,但因实行与内地不同的社会制度和法律制度,涉及这3个地区的公证事项被作为涉外公证事项。办理涉外公证在适用法律时,既要符合中国的法律,又要受使

用国法律的约束,涉外公证书才能产生应有的域外法律效力,当事人的权益才能得到承认和保护。中国公证机关主要办理以下涉外公证业务:(1)涉外合同公证;(2)涉外担保书公证;(3)中国产品在国外销售和取得专利权、商标权注册公证;(4)职称、经历、未受刑事制裁公证;(5)证据、委托书公证;(6)法人营业证书、资产负债公证;(7)亲属关系,出生、婚姻状况、生存、死亡、学历公证;(8)其他涉外公证事项。

【律师】具有法律专业知识,通过国家规定形式的考试,取得律师资格,并从事律师工作的人。资本主义国家认为律师是社会自由职业者,以服务、代理的身份从事律师工作,依法维护当事人的权益。一些学者认为律师是法制的化身,是保护委托人权益的代言人。《律师暂行条例》规定律师是国家法律工作者,具有与法院、审判员和检察院检察员同等的法律地位,受国家司法行政部门领导和管理,同时接受律师协会的业务管理和指导。随着国家经济体制的改革,中国律师制度也发生了变化,出现了合作制律师和个体律师。对律师作为国家法律工作者还是作为社会工作者的问题,律师应完全由国家行政机关领导和管理还是应由律师协会管理的问题,出现争鸣和变化。根据律师条例和中国的实际做法,取得律师资格须经过业务考试合格,填写律师资格审批呈报表,由所在律师事务所逐级审核上报,并由省、自治区、直辖市司法厅(局)审查批准。授予律师资格。律师的业务具体有五项:(1)接受国家机关,企事业单位、社会团体的聘请,担任法律顾问;(2)接受民事案件当事人的委托,担任代理人参加诉讼;(3)接受刑事案件被告人的委托或者人民法院的指定,担任辩护人;接受自诉案件的自诉人、公诉案件的被害人及或近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;(4)接受非诉讼文件

或非诉令法律事务当事人的委托,提供法律帮助;(5)解答关于法律的询问,代写诉讼文书和其他有关法律事务的文书。律师必须隶属于某个律师事务所从事业务活动。律师在执行职务中,受国家法律保护,任何单位、个人不得干涉。律师违法乱纪或者有悖社会公德和职业道德,必须给予一定的处分。律师因犯罪受到刑罚处罚,严重违反律师工作纪律,或严重违反律师职业道德和社会公德,应取消其律师资格。

【律师协会】由律师组成的群众性的社会团体,律师的组织。中国有全国性律师协会 11 个,省一级律师协会 28 个,单列市律师协会 8 个。中华全国律师协会是中国唯一的全国性律师组织。中华全国律师协会的会员分为两大类:一类为团体会员,各省、自治区、直辖市律师协会均为其团体会员;另一类为个人会员,全国律师,即凡具有中华人民共和国律师资格者,无论专职律师,兼职律师或特邀律师,包括仅具有律师资格,但不从事律师工作的人均为中华全国律师协会的个人会员。中华全国律师协会的最高决策机构是全国会员代表大会。全国会员代表大会每 4 年举行一次,代表由各省、自治区、直辖市律师协会代表大会选举产生,任期 4 年,连选可连任。全国会员代表大会选举理事若干名组成理事会,负责领导协会的日常工作。理事会会议每年举行一次。在全国会员代表大会和理事会闭会期间,由协会的会长、副会长、秘书长、副秘书长组成常务理事会,主持协会的日常会务工作,享有决定协会的办事机构设置的权利。协会设有办公室、会员部、理论部等办事机构、负责处理协会的日常工作。中华全国律师协会的任务是:对律师进行思想教育,组织律师开展业务学习、研究、交流业务活动经验和业务信息,维护会员的合法权益,开展与国外律师团体的交往。

【律师资格】从事律师工作应具备的条件或身份。中国《律师暂行条例》规定,取得律师资格须具备两个方面的条件:政治条件和专业知识条件。律师的政治条件是:热爱中华人民共和国,拥护社会主义制度,有选举权和被选举权。律师的专业知识条件是:(1)高等院校法律专业毕业,做过两年以上司法工作、法律教学工作或法学研究工作;(2)受过法律专业训练,担任过人民法院审判员,人民检察院检察员;(3)受过高等教育,做过3年以上经济、科技等工作,熟悉本专业以及与本专业有关的法律、法令,经过法律专业训练,适合从事律师工作;(4)其他具有上述第(1)项或第(2)项所列人员的法律业务水平,并具有高等学校文化水平,适合从事律师工作。具备上述条件,还必须经过业务考试合格,填写律师资格审批呈报表,由所在律师事务所逐级审核上报,由省、自治区、直辖市司法厅(局)审查批准,授予律师资格。

【律师代理】律师作为代理人参加诉讼活动或提供法律服务的制度。包括:接受民事案件当事人的委托,担任代理人参加诉讼;接受刑事自诉案件自诉人、公诉案件被害人及其近亲属的委托,担任代理人参加诉讼;接受非诉讼事件当事人的委托,担任代理人参加调解、仲裁活动。律师代理民事诉讼、刑事诉讼、非诉讼事件活动,必须由律师事务所出面与当事人签订委托代理合同,还须由当事人出具授权委托书,明确律师作为代理人的代理权限范围。委托代理合同和授权委托书是律师行使代理权的依据。律师代理在民事诉讼和非诉讼事件中,可因当事人的委托而发生,在刑事诉讼中,可因人民法院的指定和当事人的委托而发生。

【律师辩护】辩护制度是在刑事诉讼中确保被告人行使辩护权的制度。律师辩护是帮助被告人行使辩护权的重要方式。律师可以接受人民法院的指定和被告人的委托担任辩护人,为被告人辩护。其优越性是:律师是从事法律工作的专业人员,大都具有较丰富的法律专业知识和辩护实践经验。在维护被告人合法权益方面,比被告人自行辩护和其他公民辩护更能够起到有效的作用。律师在辩护工作中,能够自觉地遵守国家的法律规定和辩护人的职责,最大限度地发挥辩护工作的作用。律师享有比较广泛的诉讼权利,如调查权、阅卷权、会见被告权等,有利于切实维护被告人的合法权益,是其他辩护人所不及的。律师站在国家和人民的立场为被告人进行辩护,维护被告人的合法权益,但不受被告人意见的约束。

【法律顾问】有广义与狭义之分。广义指具有法律专业知识,按照聘请合同为聘方提供法律服务,以及单位内部设立的专门的法律服务机构中的人员;狭义仅限于为聘方提供法律服务的律师,即律师接受律师事务所的指派,按照与聘方之间签订的聘请合同的规定,运用自己的法律专业知识,为聘请单位或个人提供各种法律服务。法律顾问既是一种活动,又是一种身份。法律顾问根据任职时间的长短,可以划分为常年法律顾问和临时法律顾问。根据服务的对象不同,可以划分为担任国家政府及行政管理机关的法律顾问;担任企业事业单位的法律顾问;担任社会团体的法律顾问;担任承包户和个体经营户及其他公民的法律顾问。根据业务范围不同,可以划分为普通法律顾问和专门法律顾问。

【法律咨询】律师就国家机关、企业事业单位、社会团体及公民个人提出的有关法律事务的询问,作出解释或说明,或提供法律方面的

解决表示或建议的一种业务活动。律师的法律咨询工作主要包括两个方面:(1)接待来访者,就其在社会生活,家庭生活中遇到的法律问题提出的询问进行解答,属于一般法律咨询,通常用口头的方式进行解答;(2)就政府部门、中外各类团体、企业事业法人以及公民,就生产、经营、管理、流通中发生的法律关系及问题提出的询问,从法律方面提供建议和意见,属于经济法律事务咨询,通常以出具法律意见书的方式进行解答。解答法律询问只是对询问者提供法律帮助,对询问者没有法律上的约束力。

【代书】律师业务之一。分为公代书和律师代书。律师代书指受委托的律师,根据委托人所提出的一定事项,以委托人的名义,依照委托人所表示的意见,并根据事实和法律,为保护委托人的合法权益,书写有关法律事务文书的一种业务活动。律师代书的特点为:以委托人的名义书写,反映委托人的合法意志,代书所反映的内容符合客观事实和法律规定。律师代书主要有两类:(1)代写诉讼文书,如民事诉令文书,行政诉讼文书和刑事诉文书。(2)代写有关法律事务的文书,如遗嘱、合同、分单、协议书、说明书等。律师在代书时应严格恪守不同文书的形式要求。代书经委托人签名或者盖章即为完稿,加盖代书专用章后,交委托人使用。

国 际 公 法

【国际法】国际社会中为各国公认的调整国际关系的规范制度的总称。以国家为主的各种国际关系主体权利义务关系的规范体系。

国家产生后,国家间关系逐渐形成各种约定俗成的规则,最初多用于规范战争行为,并以习惯、惯例为主要渊源。随着国际交往的复杂和深化,国家间需要在各种事务上达成协议,并各自承担权利义务,国际法趋于完善和复杂。jus gentium 一词最早由荷兰法学家格老秀斯于 1625 年在其名著《战争与和平法》中提出,中文译为“万民法”;后英文相同意思的词汇 law of nations 产生,中文译为“万国公法”。1789 年英国学者边沁用 international law 取代原称,中文译为“国际法”,此后为国际社会普遍接受。

国际法发展的历史既表现在所调整的国际关系范围的不断扩大,也表现在其形式、渊源的不断丰富。同时,其约束力也随着国际组织、国际法院的产生以及国际社会格局的变化不断增强。早期的国际法仅包括调整规范战争和冲突行为的内容。被分为和平法、战争法、中立法、争议法 4 个部分。第二次世界大战以后,又增加了条约法、海洋法、外交关系法、国籍法、空间法等,传统内容也有了重要补充和发展。20 世纪 50 年代以后由于国际关系的需要和联合国等国际组织的推动和法学研究的深化,国际法体系迅速扩展,国际刑法、国际经济法、国际环境保护法、国际金融法、国际投资贸易法、外层空间法、国际组织法等,纷纷以各种条约、决议等形式纳入国际法体系。

现代国际法变化的一个重要特征,在于第二次世界大战后纷纷独立的广大第三世界国家为争取国际社会的平等格局,建立国际经济新秩序而斗争,改变了强国利用国际法控制世界的局面。除具体规范内容外,一系列国际法原则的产生成为现代国际法的重要基础性依据。主要有:互相尊重主权和领土完整,互不侵犯,互不干涉内政,平等互利,和平共处等。

与国内法相比,国际法有许多不同之处,主要表现在:(1)国际

法没有世界统一的立法机关和强制实施的机构;(2)国际法的主体是国家,事实上现代国际社会的国际组织、尚未成为国家的政治实体也作为权利义务的承担者被承认为国际法主体;(3)国际法的实施是国家对国际法认可、接受前提下的自我约束,其法律效力缺乏统一的强制性保证。而国际法对于法律责任的追究,是通过报复手段、舆论谴责手段进行的。经济制裁或多国一致的制裁手段的运用是否有效,是否符合国际法原则是争论的问题;(4)国际法渊源是国际公约、条约、协议、国际组织或国际会议的决议、宣言等。部分惯例或为国际社会共同认可的某些国家的国内法也可能成为渊源。

【国际法主体】具有独立参加国际关系并直接承受国际法上权利和义务的能力的集合体。现代国际法主体包括国家、争取独立的民族和政府间的国际组织。国家是国际法的基本主体,是由国际法的性质和国家在国际关系中的地位决定的。国家在国际关系中始终居于最主要的地位并发挥最重要的作用,离开国家之间的关系,国际关系不能形成和发展;国家具有主权,因而拥有完全的法律行为能力和权利能力,能够独立自主地对外交往,行使国际法上的权利并承担国际法上的义务;国际法的调整对象主要是国家之间的关系,其内容主要是关于国家间关系的原则、规则和规章制度,故国家的基本主体资格不容否定。争取独立的民族虽然在其历史的某一阶段尚未取得政治上的独立,但只要建立了代表和领导本民族争取独立斗争的政治实体,则在一定范围内具有了参加国际关系和直接承受国际法上的权利和义务的能力,成为国际法主体之一。民族自决权是争取独立的民族取得国际法主体资格的根据。相比之下,争取独立的民族的国际法律行为能力和权利能力有一定限制。政

府间的国际组织也具有独立参加国际关系并直接承受国际法的权利和义务的能力,是国际法主体之一。国际组织可以派遣和接受享有外交特权的使节,参加国际会议,调解国际争端,与其他国际法主体缔结条约或协定,直接提起诉讼或采取其他手段保护自己的权益。由于国际组织根据国家间的协议创立,其主体资格产生于成员国订立的组织章程,因而其职能和活动范围必须受其组织章程规定的限制,是一种派生的、特殊的国际法主体。自然人或法人均不是国际法主体。

【国家管辖权】国家对其领域内的一切人、物和所发生的事件,以及对其领域外的本国人行使管辖的权利。一般包括 4 个方面:(1)属地管辖权,国家对其领域内的一切人和物所发生的事件行使管辖的权利;(2)属人管辖权,国家对一切具有本国国籍的人行使管辖的权利,无论他们是否在本国境内;(3)保护性管辖权,国家对外国人在本国领域外侵害本国国家或者公民重大利益的犯罪行为行使管辖的权利;(4)普遍性管辖权,指根据国际法规定,对于普遍地危害国际和平与安全以及全人类利益的某些特定的国际犯罪行为,无论其发生在何地或者罪犯具有何国国籍,国家均有权行使管辖。以上四项管辖权中,最主要的是属地管辖权和属人管辖权。国家不能对在其境内的外国国家元首、政府首脑、外交官员以及外国的国家行为或国家财产行使管辖,是一项确立已久的国际法原则。

【国家承认】既存国家以一定方式对新国家出现的事实的确认,并表示愿意与之建立正常关系的国家行为。国家发生合并、分离、分立或独立时,即可能出现国家承认。国家承认是一种政治行为,既存国家要从各个方面考虑,主要从政治利益和外交政策考虑是否

作出承认行为。承认方式有明示和默示两种。明示承认是一种直接的、明文表示的承认,承认国以照会、函电或者声明正式通知被承认国,表示对其予以承认;默示承认是一种间接的、通过某种行为表示的承认,具体方式有缔结条约、建立外交关系或领事关系等。承认还可分为法律上的承认和事实上的承认。法律上的承认是承认国对被承认国一种永久的、明确的正式承认,并表示愿意与其进行全面交往;事实上的承认是一种非正式的承认,具有临时和不稳定的性质。法律上的承认产生全面的法律效果,承认国和被承认国将建立正式外交和领事关系,缔结政治、经济、社会、文化和科技等方面的条约,相互承认对方法律法令的效力,相互承认对方国家财产的司法豁免权。事实上承认的法律效果不如法律上承认广泛,主要是承认国承认被承认国的国内立法、司法和行政权力,双方建立经济、贸易关系,缔结非政治性的条约或协定,被承认国在承认国法院享有司法豁免权。

【政府承认】既存国家以一定方式承认某一国家的新政府为该国的正式代表,并表示愿意与其建立或者继续保持正常关系的国家行为。政府承认与国家承认有联系,亦有区别。其联系在于既存国家对新国家的承认同时,亦是对代表该国家的新政府的承认;其区别在于当既存国家发生政府更迭时,只发生对新政府的承认,不涉及对国家的承认。政府更迭是发生政府承认的前提,但并非一切政府更迭都产生政府承认。根据宪法程序进行的正常政府更迭不存在对新政府的承认;由于社会革命或政变导致的政府更迭方可能产生对新政府的承认。国家对新政府的承认,一般以“有效统治”原则为根据,只有新政府在本国领土内建立起实际的控制并且能够有效地行使权力,其他国家方可予以承认。国家在对外国新政府作出

承认时,一般不再考虑其政权起源和法律根据。政府承认的方式和法律效果与国家承认相同。

【国家继承】由于领土变更的事实引起的一国的权利和义务转移给另一国的法律关系。领土变更是产生国家继承的前提。国家领土变更情况复杂,有全部变更,亦有部分变更,因而国家继承的范围亦相应全部继承和部分继承。继承的对象是国家在国际法上的权利和义务,一般分为条约和条约外事项两大类,条约外事项包括国家财产、国家债务、国家档案等。国家继承的基本条件有两个:(1)条约和条约外事项的权利和义务,必须符合国际法,一切与国际法抵触的权利和义务,均不属继承范围;(2)国家继承的权利和义务必须与所涉领土有关,与所涉领土无关的权利和义务亦不属继承范围。对于条约,被继承国缔结的政治性条约,继承国一般不予继承;与处理所涉领土事务有关的条约或者关于中立化或非军事区的条约,一般应予继承。国家财产继承的主要标准是被转属的财产与变更的领土之间有关联。其原则主要有两项:(1)国家财产一般随领土的转移由被继承国转属继承国;(2)关于国家继承所涉领土的实际生存原则。国家债务一般通过有关国家协议和按照公平原则由被继国转属继承国,但被继承国违背继承国或转移领土上人民的利益,或者违背国际法基本原则承担的恶意债务,继承国有权拒绝继承。

【政府继承】由于革命或政变引起政府更迭,旧政府的权利和义务为新政府取代而产生的继承。政府更迭是政府继承的前提,但根据宪法程序进行的政府更迭不发生政府继承,只有由于社会革命或者政变导致政府更迭,新政府在本质上不同于旧政府,方可能产生

政府继承问题。俄国 1917 年 10 月革命后建立的社会主义政权为现代国际法上的政府承认提供了实例。1949 年中华人民共和国成立后的实践,进一步丰富了政府继承的内容。对于中国旧政权与外国签订的一切条约和协定,中华人民共和国政府既不承认其继续有效,亦不认为其自然失效,而是根据条约的性质和内容逐一审查,分别予以承认,或废除,或修改,或重订。对于解放前中国在外国的财产,中华人民共和国政府有合法的继承权。自中华人民共和国成立之日起,当时属于中国的国家财产,无论居于何处或者具有何种形式,一律归中华人民共和国所有。旧中国政府所借的外债,中华人民共和国政府根据其性质和情况予以区别对待。外国政府为援助中国旧政权维护反动统治,进行内战而借给的债务,中华人民共和国政府不予继承;对于合法债务,则与有关国家友好协商,以得到公平合理的解决。

【大陆架】原为地质地理学用语,为海床从海岸起逐渐向海洋倾斜,直到大陆坡为止的海底平坦区域。1958 年《大陆架公约》规定,大陆架是“邻接海岸但在领海范围以外,深度达 200 公尺,或超过此限度而上覆水域的深度容许开采其自然资源的海底区域的海床和底土”。1982 年《海洋法公约》第七十六条对大陆架的法律概念作了新的规定:“沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边外缘的距离不到 200 海里,则扩展到 200 海里的距离。”该条同时规定,大陆架国家大陆架的宽度不应超过从领海基线量起 350 海里或者 2500 公尺等深线以外 100 海里。沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的,对大陆架行使主权利;对授权和管理在大陆架进行钻探活动有专属权

利;对在大陆架上建造、操作和使用人工岛屿、设施和结构有专属管辖权。沿海国行使其在大陆架的权利,不得影响大陆架上覆水域和水域上空的法律地位及其他国家在大陆架上的合法权利。《海洋法公约》第八十三条规定:“海岸相向或相邻国家间大陆架的界限,应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定,以便得到公平解决。”“在达成协议之前,有关各国应基于谅解和合作的精神,尽一切力量作出实际性的临时安排,并在此过渡期间内,不危害或阻碍最后协议的达成。”

【专属经济区】领海以外并邻接领海的一带海域。宽度从领海基线量起不超过 200 海里。第二次世界大战以后,一些南美洲国家先后对 200 海里以内的海域提出权利要求。1972 年加勒比海沿岸国在《圣多明各宣言》中提出建立 200 海里承袭海的主张。同年 8 月肯尼亚向联合国海底委员会提交《关于专属经济区的概念的条文草案》。在第三次海洋法会议上,经过讨论,专属经济区制度被正式制订在《海洋法公约》中,成为一种新的海域制度。沿海国对勘探、开发、养护和管理专属经济区内水域和海底的自然资源以及其他经济性利用享有主权权利,但沿海国若不能捕捞区内全部可容许的鱼获量,可通过协议允许其他国家捕捞剩余部分;对专属经济区内人工岛屿、设施和结构的建造和使用、海洋科学研究和环境保护拥有专属管辖权,有权制定有关专属经济区的法律规章,为确保其得到遵守,有权采取必要措施,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序。其他国家在专属经济区内享有航行、飞越和铺设海底电缆管道的权利,但行使这些权利时,应顾及沿海国的权利,并遵守沿海国的有关法律规章。《海洋法公约》对专属经济区划界的规定与大陆架划界的规定完全相同。

【群岛国】全部由一个或多个群岛构成的国家,并可包括其他岛屿。《海洋法公约》规定,群岛国可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁最外缘各点的直线群岛基线。群岛基线以内的水域为群岛水域。为防止群岛水域过大,公约对群岛基线的长度和基线内陆地与水域的比例做了限制。群岛国领海、毗连区、专属经济区和大陆架的宽度从群岛基线量起。群岛国可在群岛水域内用封闭线划定河口、海湾和港口的内水界限。群岛国主权及于群岛水域、水域上空、海床和底土及其中的资源,但应尊重与其他国家的现有协定,承认直接相邻国家在群岛水域内传统的捕鱼权,允许其他国家对现有海底电缆和管道进行维修或更换。所有国家的船舶均享有通过群岛水域的无害通过权,为保护国家安全,群岛国可在特定区域内暂时停止外国船舶的无害通过。群岛国可指定适当的海道和其上的空中通道,以便外国船舶和飞机继续不停和迅速通过或飞越。

【内陆国】没有海岸的国家。《海洋法公约》第十部分规定了内陆国出入海洋的权利和为出入海洋的过境自由,公约的其他部分和1958年《公海公约》亦有关于内陆国的规定。内陆国有利用公海的自由,有权拥有自己的船舶并发给本国船舶证书。内陆国船舶有权悬挂本国旗帜,航行时享有与沿海国船舶平等的待遇。为使内陆国自由进出海洋,位于海洋和内陆国之间的国家应与内陆国签订双边或区域协定,向其过境提供便利。内陆国过境运输无需向过境国缴纳任何关税、捐税或其他费用,但为此类运输提供特定服务征收的费用除外;过境国应采取一切措施避免过境运输发生迟延或其他技术性困难;内陆国船舶在海港内应享有其他外国船舶享有的同等待遇,过境国可根据协议在其港口内提供自由区或其他海关

便利,方便内陆国的过境运输。国际海底管理局在分配从海底区域和 200 海里以外大陆架上取得的收入时,应特别考虑内陆国家的需要。

【海盗】在公海上对其他船舶或人员非法施加暴力或掠夺的人。1958 年《公海公约》和 1982 年《海洋法公约》规定,海盗行为指私人船舶或私人飞机的船员、机员或乘客为私人目的在公海上对另一船舶或飞机、或其上的人或财物,或者在任何国家管辖范围以外的地方对船舶、飞机、人或财物的任何非法的强暴行为、扣留或掠夺行为。自愿参加上述行为或者教唆或便利上述行为的人亦为从事海盗行为。若处于主要控制地位的人员意图利用船舶或飞机从事上述各项行为之一,该船舶或飞机视为海盗船舶或飞机。所有国家都负有在制止海盗行为方面进行合作的义务。各国军舰、军用飞机和经授权的政府船舶、飞机都有权拿捕从事海盗行为的船舶或飞机,逮捕船内、机内人员并没收其财产。对海盗的处罚,由拿捕海盗的国家根据本国法律进行,并可决定对船舶、飞机或财产应采取的行动。若拿捕涉嫌海盗行为的船舶或飞机没有足够的理由,拿捕国应向船舶或飞机所属国赔偿因拿捕造成的任何损失或损害。

【国家责任】国家在国际活动中以作为或者不作为的方式破坏国际法规范,违反国际义务而承担的法律 responsibility。国家破坏国际法规范,违反其承担的国际义务的国际不法行为是产生国家责任的前提。国际不法行为的构成包括主观要素和客观要素,主观要素指某一行为按国际法的规定可归因于国家;客观要素指该行为违背了国家承担的国际义务。根据违背国际义务性质的不同,国际不法行为可分为一般的不法行为和国际罪行两类。国际罪行的特点在于,所

违背的不是一般的国际义务,而是违背了对于保护国际社会的根本利益至关重要的、以至整个国际社会公认违背该项义务是一种罪行的国际义务。国家在他国的有效同意,或者在不可抗力和偶然事故、危难与紧急状态下采取的违反其所承担的国际义务的行为,可排除其不法性。国家责任的形式包括限制主权、赔偿、恢复原状和道歉。两次世界大战以后,国家的刑事责任形式正式确立起来。

【领土】处于国家主权支配下的地球的特定部分。包括领陆、领水、领陆和领水的底土和领空。领陆为国家疆界以内的全部陆地,是领土最主要的部分;领水包括内水和领海,内水为国家疆界以内的河流、湖泊、内海湾、内海峡、港口及直线领海基线内的全部水域;领海为国家陆地领土和内水以外邻接的一定宽度的水域;领陆和领水的底土是国家陆地领土和领水以下直达地心深处的部分;领空为国家领陆和领水以上一定高度的空气空间部分,其上限在国际法上尚未确定。领土是构成国家的基本要素之一,是国家及其人民生存和发展的物质基础,亦是国家行使最高权力的对象和范围。国家对领土拥有主权。领土主权是国家主权的重要内容和具体表现。领土主权包括两个方面的意义:(1)国家领土神圣不可侵犯,破坏国家领土完整即是侵犯国家主权,是违反国际法基本原则的严重非法行为;(2)国家对本国领土有属地优越权,对本国领土内的一切人和物及发生的事件有排他的管辖权。

【边界】划分一国领土与他国领土或与公海、一国领空与外层空间、一国底土与他国底土的界线。国家边界有的由相邻国家历史的行政管辖范围形成,有的根据条约划定。为避免发生争议,以条约划分边界已成为现代国家实践中的普遍做法。划界时,有关国家首先

经过谈判签订边界条约,确定两国边界的主要位置和边界线的走向,然后设立由双方代表组成的划界委员会,实地进行勘察,确定边界线的具体位置和走向,并树立界桩作为标志,最后双方代表起草边界议定书并绘制地图,详细载明整个边界线的走向和全部界桩的位置。日后若界桩位置与划界议定书或地图不符,以议定书和地图为准;若地图划法与议定书或条约所说明的边界线不符,以议定书或条约为准。边界是确定国家领土范围的界限,其他国家不得侵犯。国家间若发生边界争端,应以谈判、斡旋、调解、仲裁或国际法院裁决等和平方式解决。

【边境】边界线两侧一定的区域。为保卫国家安全、防止走私和便利边境居民生产和生活等目的,相邻国家通常订立有关边境制度的条约或协定,其内容一般包括以下几个方面:(1)双方对界桩的维护负有责任,不得损毁或移动。一方发现界桩被移动或损毁,应尽快通知另一方,于双方代表在场的情况下予以恢复或重建。(2)界水的利用不得损害对方国家的利益。任何一方均不得污染界水或采取任何可能使对方遭受河水枯竭或泛滥危害的措施,更不得故意使河流改道。界水的捕鱼、航行或其他利用由两国协议规定。(3)一国对边境土地的利用不得危害对方国家居民生命财产的安全,不得在边境地区设立靶场、试验武器或建立可能污染对方空气、水源或动植物的工厂设施。(4)相互给予边境居民进行航运、小额贸易、探亲访友、治病和进香朝圣等活动进出国境的便利。(5)设立边界委员会或其他机构,处理一般的边界争端。严重争端须经外交途径处理。

【租借地】一国根据条约将本国领土租借给另一国所用的部分。租

借条约规定的租期内,承租国将租借地用于条约规定的目的,并对租借地行使管辖权。出租国保留对租借地的所有权,租借期满后将其收回。近代历史上,帝国主义国家曾根据不平等条约在不发达国家取得大量的租借地,租借实际上成为帝国主义国家侵占别国领土的方式之一。这种租借违反国家主权平等原则,损害国家的领土主权,因而为现代国际法所禁止。若国家在平等自愿的基础上通过条约将本国领土的一部分租借给别国使用,则是合法的。

【国际地役】一国根据条约同意他国在本国特定领土上从事某项活动或者本国在特定领土上不行使某项权利以为他国利益服务的制度。依据条约产生,其主体只能是国家,客体只能是国家领土。可分为积极的地役和消极的地役。积极的地役指允许他国在本国领土上从事某项活动,如为运送旅客、货物的目的行使过境权、使用海港进出海洋等;消极的地役指国家承担条约义务,为别国利益不在本国特定领土上行使某项权利,如不在边境地区建设可向对方射击的工事、设立可能给对方造成污染的工厂等。国际地役的概念在国际法理论界颇有争议,其是否合法取决于据以产生的条约性质。根据平等条约产生的国际地役合法;反之,则非法。

【内水】国家陆地疆界以内和领海基线向陆地一面的水域。陆地疆界以内的水域包括河流和湖泊;领海基线向陆地一面的水域包括港口、内海湾、内海峡及其他水域部分。内水的法律地位与陆地领土相同,任何外国船舶未经许可不得进入他国内水。国家有权制定有关内水利用、管理和开发的法律规章,其他国家或国际组织无权干涉。除边界河流和边界湖泊涉及邻国权利和利益,须经有关国家协议规定外,内水完全处于一国主权管辖之下。外国船舶在领海基

线向陆地一面的海域不享有无害通过权,但如果由于采用直线领海基线的效果,使得在采用正常基线时外国船舶可以无害通过的海域被划为内水,则这一部分海域仍应允许外国船舶无害通过。根据地理状况和法律地位的差别,河流一般分为国内河流、边界河流、多国河流、国际河流和运河等五类。国际河流和通洋运河的航行制度一般通过国际条约加以规定。港口是否对外国船舶开放,由港口所在国自行决定。

【海湾】有地理学上的海湾和法律上的海湾之分。地理学上的海湾指海水深入陆地形成的明显水曲;法律上的海湾除具备上述条件外,水曲的面积必须等于或者大于以湾口宽度为直径所划的半圆的面积。根据 1958 年《领海与毗连区公约》和 1982 年联合国《海洋法公约》规定,若海湾各天然入口处两端的低潮标之间划一条封口线,该线与海岸之间的水域应视为沿海国的内水。若海湾各天然入口处两端的低潮标之间的距离超过 24 海里,则 24 海里的直线基线应划在海湾内,历史性海湾不受此种限制。历史性海湾指湾口宽度超过 24 海里,历史上一向被认为是沿海国内海的海湾。一般认为,历史性海湾应具备的条件是:有关国家对该水域长期行使主权,并且其他国家默示承认这一事实。国际社会没有关于历史性海湾的协议,《联合国海洋法公约》对此亦未作规定。

【海峡】连接两个海洋的天然狭长水道。按照地理特征,分为大陆之间的海峡、岛屿之间的海峡,大陆和岛屿之间的海峡;根据法律地位的不同,可分为内海峡、领海峡、非领海峡和用于国际航行的海峡。在一国领海基线以内的海峡为内海峡,其法律地位与内水相同。宽度不超过 24 海里的海峡为领海峡,无论其两岸属于一个国家或者

两个或两个以上国家领土,法律地位与领海相同。宽度超过 24 海里的海峡为非领峡,其两岸领海宽度以外的水域属于公海,实行公海自由制度。用于国际航行的海峡是宽度不超过 24 海里,连接两个公海或大洋,构成世界性海洋通道的海峡。此类海峡一部分通过国际条约的规定,对一切国家的船舶开放;另一部分根据《联合国海洋法公约》的规定,实行两种航行制度,即过境通行制度和无害通过制度。过境通行制度对外国船舶和飞机通过海峡给予较大的便利,海峡沿岸国的权利受到一定的限制。

【国际河流】流经数国并直通海洋,据国际条约或协定的规定向所有国家商船开放的河流。国际河流制度始于 19 世纪。世界上重要的国际河流有莱茵河、多瑙河、刚果河、尼日尔河、亚马孙河等。1921 年,欧洲、亚洲、美洲的 40 多个国家在巴塞罗那举行会议,通过《国际性可航水道制度公约及规约》。根据该公约和有关开放国际河流的条约规定,国际河流的沿岸国对流经本国领土的河段拥有主权,并得行使管辖权;沿岸国保留沿岸航运权,外国船只不得从事同一沿岸国各口岸之间的商业运输活动;沿岸国和非沿岸国的商船均可在河流上自由航行,航行中,一切国家的国民、财产及航旗在一切方面享有平等待遇,非沿岸国军舰不得自由航行;沿岸国负责管理和维护流经本国领土的河段,并得为维持和改善河道航运征收公平的捐税;国际河流应设立特别国际委员会,制定必要的管理规章,保障河流的航行自由。

【通洋运河】沟通两个海洋,构成国际海上交通要道的人工开凿的水道。主要有沟通地中海与红海的苏伊士运河、沟通太平洋与大西洋的巴拿马运河和连接北海与波罗的海的基尔运河。通洋运河为

所在国的内水,由于其对国际海上运输具有重要意义,根据国际条约或国内法的规定向所有国家的船舶开放。1888年的《君士坦丁堡条约》确定了苏伊士运河的航行制度;1901年的《海·庞斯福条约》确定了巴拿马运河的航行制度;基尔运河则根据德国国内法向外国船舶开放。按照上述两条约的规定,苏伊士运河和巴拿马运河实行中立化;无论平时或战时对所有国家的商船和军舰开放,不得限制自由使用;运河不得封锁,亦不得在运河区行使任何战争权利或进行任何敌对行动。有关国家设立运河管理机构,管理运河的航行事宜,并对通过运河的船舶征收通行费。

【领海】邻接国家陆地领土和内水,受国家主权支配和管辖下的一定宽度的海水带。传统通洋法上,领海宽度为3海里。《联合国海洋法公约》第三条规定:“每一国家有权确定其领海的宽度,直至从按照本公约确定的基线量起不超过十二海里的界限为止。”领海基线有正常基线和直线基线两种,为测算领海宽度的起始线。正常基线又称低潮线,为海水退潮时退到离海岸最远的一条线;直线基线为连接海岸和近岸岛屿上一系列基点形成的折线。领海的外部界限是一条其上每一点与基线的距离均等于领海宽度的线。沿海国主权及于领海的水域、上空、海床和底土,外国船舶在领海内有无害通过权,外国飞机未经许可不得飞入或飞经他国领海上空。沿海国在领海享有属地优越权,对领海内的一切资源享有专属权利,非经同意,任何国家或个人不得进行开发或利用,外国船舶不得从事同一沿海国各港口之间的商业运输活动。沿海国有权制定有关航行、关税、移民、卫生及保护国家安全和经济利益的法令,并采取相应的执行措施。沿海国一般不对无害通过其领海的外国船舶行使刑事管辖权,除非罪行的后果及于沿海国、罪行具有扰乱当地安宁

与良好秩序的性质,经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助或者为取缔非法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要。沿海国也不应为对通过领海的外国船舶上某人行使民事管辖权的目的,使船舶停止航行或者改变航向。

【无害通过制度】外国船舶在不损害沿海国和平、安全和良好秩序的条件下,无需事先通知或取得许可而在该国领海内通过的制度。根据国际惯例和联合国《海洋法公约》,外国船舶为穿越领海但不进入内水或从内水驶出或进入内水的目的,有权在领海内航行。航行必须是继续不停和迅速进行,只有遇难或遇险,或为救助其他遇难遇险的船舶或人员时方可停泊或下锚。无害指通过时不得损害沿海国的和平、安全和良好秩序。联合国《海洋法公约》列举了 12 项非无害的情况,包括对沿海进行武力威胁或使用武力,进行军事操练或演习,搜集情报、进行影响沿海国防务或安全的宣传,在船上起落或接载飞机或发射、降落或接载军事装置、违反沿海国海关、财政、移民或卫生的法规、严重污染领海、捕鱼、进行研究及测量活动、干扰沿海国通讯系统或进行与通过无直接关系的任何其他活动。沿海国有权制定有关海关、财政、移民、卫生、航行安全、养护海洋生物资源、环境保护、海洋科学研究、保护电缆管道等方面的法律规章,要求通过领海的外国船舶遵守。对违反沿海国规章,作出非无害行为的外国商船,沿海国有权进行管辖,对其实行扣押或拿捕;违法船舶为外国军舰或政府船只,则要其立即离开领海。为保护国家安全,沿海国可在领海的特定区域暂时停止外国船舶无害通过。

【毗连区】领海以外毗连领海的一个区域。1958 年《领海和毗连区

公约》规定,毗连区属于公海的一部分,其宽度从领海基线量起不得超过 12 海里。1982 年联合国《海洋法公约》规定,毗连区是毗连领海的一个区域,宽度从领海基线量起不得超过 24 海里。自 18 世纪开始,一些国家为防止走私和非法移民的目的,在领海以外划定一定宽度的海域行使管辖权,逐渐形成毗连区制度。联合国《海洋法公约》第三十三条第一款规定,“沿海国可在毗连其领海称为毗连区的区域内,行使为下列事项所必要的管制:(1)防止在其领土或领海内违反其海关、财政、移民或卫生规章;(2)惩治在其领土或领海内违反上述规章的行为。”毗连区不是沿海国领土的组成部分,也不同于公海或专属经济区,是具有特殊法律地位的一个海域。

【海洋法】有关各种海域的法律地位和各国在各种海域从事航行、资源开发和利用、海洋科学研究、海洋环境保护等活动的原则、规则和规章、制度的总称。包括有关内海、领海、毗连区、专属经济区、大陆架、用于国际航行的海峡、群岛水域、公海、国际海底区域等海域的一系列制度。海洋法经历了漫长的发展阶段。古罗马时期,海洋被认为是共有物,供人类共同使用。欧洲中世纪时期,欧洲一些国家相继宣布对海洋的占有:1609 年荷兰学者格老秀斯发表《海洋自由论》,提出海洋应供各国自由利用;17 世纪初意大利学者提出国家领土应包括毗连的海域。根据各国的实践,海洋分为领海与公海,领海宽度为 3 海里,公海由各国自由利用成为传统海洋法的主要内容。第二次世界大战以后,由于新独立国家的大量出现和科学技术的进步,海洋法有重大的发展,基本的趋势是国家管辖的范围不断扩大和各种新的海域制度不断提出。1958 年联合国召开第一次海洋法会议,通过了《领海和毗连区公约》、《公海公约》、《捕鱼

与养护公海生物资源公约》和《大陆架公约》。为解决领海宽度和渔区范围问题,第二次联合国海洋法会议于1960年召开,但由于各方在有关问题上存在重大分歧,未取得任何结果。1973年12月,联合国第三次海洋法会议召开,历时九年。1982年12月,会议通过联合国《海洋法公约》。公约共17部分、302条,另有8个附件,内容包括各个海域的法律地位和法律制度,是历史上最完整的国际海洋法文件。公约第三百零八条规定:“公约应自第六十份批准书或加入书交存三日起十二个月后生效。”

【公海】不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域。不构成任何国家领土的组成部分,不处于任何国家的主权管辖之下。向所有国家开放,供各国平等地共同使用。公海自由是其法律地位的基础,根据《海洋法公约》,公海自由包括航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由、建造人工岛屿和设施的自由、捕鱼自由和科学研究的自由等6项。每个国家,无论沿海国或内陆国,均有权在公海上行驶悬挂本国旗帜的船舶。公海上航行的船舶必须悬挂一国的旗帜,悬挂两国国旗或视方便换用两国国旗的船舶不受任何保护。船舶在公海上仅受船旗国管辖,发生碰撞事件时,对船长或船员的刑事责任只能向船旗国或其国籍国提出。船舶有互相救助的义务,船长在不严重危及其船舶、船员或乘客的情况下,应尽力救助公海上遇难遇险的船舶或人员或者遭碰撞损坏的船舶及其上的人员。军舰和政府公务船舶在公海上有不受船旗国以外的任何其他国家管辖的完全豁免权。军舰和经授权的政府公用船舶如遇有涉嫌从事海盗行为、贩卖奴隶、非法广播的外国船舶或不悬挂国旗、换挂两国国旗、虽悬挂外国国旗但事实上与军舰属同一国籍的船舶,有权登临检查。军舰、军用飞机

或经授权的政府公用船舶或飞机还可在公海上对违反本国内水、领海或其他管辖范围海域法律规章的外国船舶行使紧追权。国家有权在公海铺设电缆和管道,但不得损坏原有电缆管道,或对其维修更换造成困难,损坏电缆管道应负赔偿责任。国家在公海捕鱼应注意公海生物资源的养护,各国应采取措施,使捕捞鱼种的数量维持或恢复到能够生产最高持续产量的水平。各国应制定法律规章,对本国船舶、人工岛屿、设施和结构以及海底开发活动对海洋环境造成的污染加以防止、减少或控制,努力减少陆地来源对海洋环境的污染。

【临检权】军舰对在公海上的外国船舶行使的登临检查的权利。根据《海洋法公约》,一国军舰在公海上遇有下列嫌疑的船舶,有行使登临和检查的权利:(1)从事海盗行为;(2)从事奴隶贩卖;(3)从事未经许可的广播;(4)没有国籍;(5)虽悬挂一国旗帜或拒不展示旗帜而事实上与军舰属同一国籍。军舰可派一只由一名军官指挥的小艇登临嫌疑船舶,若检查船舶文件后仍有怀疑,军舰可进一步在船上进行检查。若经检查证明怀疑没有根据,被登临船舶所遭受的任何损失应由行使登临权的军舰所属国负责赔偿。除军舰外,军用飞机和经授权有明显标志的政府公务船舶和飞机也可以行使临检权。

【紧追权】沿海国对违反该国法律的外国船舶进行追逐,直至将其拿捕并交付审判的权利。根据《海洋法公约》,沿海国主管当局有充分理由认为外国船舶违反了该国的法律规章时,方可对该外国船舶进行紧追。紧追必须在外国船舶或其小艇之一在沿海国的内水、领海或毗连区内时开始。若外国船舶违反有关专属经济区或大陆

架的法律规章,紧追也可从专属经济区或大陆架内开始。紧追必须连续不断地进行,不得中断,可以一直追到公海上将被追逐船舶拿捕。被追船进入其本国或第三国领海后,紧追即得停止。紧追权只能由军舰、军用飞机或其他经特别授权的政府船舶或飞机行使。被追逐的外国船舶在公海上被拿捕后,应被押送回行使紧追权的国家的港口。押送途中若经过被捕船舶所属国的专属经济区,不得要求释放。若在不应当行使紧追权的情况下,在领海以外命令外国船舶停驶或逮捕外国船舶,由此造成的任何损失或损害应由行使紧追权的国家负责赔偿。

【国际海底区域】国家管辖范围以外的海床洋底及其底土。1967年马耳他常驻联合国代表建议将该区域宣布为“人类的共同继承财产”。1970年联合国大会通过《关于各国管辖范围以外海床洋底及其底土原则宣言》。1982年《海洋法公约》对国际海底区域的法律地位和开发制度作了专门规定。国际海底区域及其资源是人类的共同继承财产,任何国家不应对区域的任何部分或其中的资源主张或行使主权权利;任何国家或自然人或法人,也不应将区域或其资源的任何部分据为己有。区域内资源的一切权利属于全人类,由国际海底管理局代表全人类行使。区域内的开发活动应为全人类的利益进行,应在无歧视的基础上公平分配从区域开发活动中取得的收益。区域的开发活动应在国际海底管理局的控制下,一方面由管理局的开发机构企业部进行,另一方面由《海洋法公约》的缔约国或国营企业、或在缔约国担保下的具有该国国籍的自然人和法人与管理局以协作的方式进行。为防止海底区域矿物的生产对同类矿物的陆地生产国产生不良影响,海底区域矿物的产量应加以一定的限制。进入海底区域开发的企业或国家必须向管理局转

让有关的开发技术,并做出财政贡献。为防止少数国家及其公司获得过多矿址,垄断开发活动,《海洋法公约》规定了同一国家在同一区域和整个区域所能持有矿址总面积的两项标准。公约还规定了对区域开发制度的审查制度。

【过境通行制度】公海或专属经济区的一个区域和公海或专属经济区的另一个区域之间的用于国际航行的海峡中,所有外国船舶和飞机享有不受阻碍地过境通行权利的制度。根据《海洋法公约》,在上述用于国际航行的海峡中,所有国家的船舶和飞机都可为继续不停和迅速过境的目的,行使航行和飞越的权利。船舶和飞机在行使过境通行权时,必须毫不迟延地通过或飞越海峡,不得对沿岸国使用武力或武力威胁;除因不可抗力或遇难外,不得从事与通过无关的活动;通过中的船舶必须遵守有关海上安全及防止、减少和控制船舶污染的国际规章、程序和惯例,飞机应遵守国际民航组织制定的《航空规则》。海峡沿岸国有权制定关于指定海道和规定分道通航制的航行安全和海上交通安全的法律规章和防止污染、防止捕鱼及海关、财政、移民、卫生等方面的法律规章。上述规章应妥为公布,不应对外国船舶有任何歧视,亦不得产生否定、妨碍或损害过境通行权的实际后果。沿海国负有义务不应妨碍或停止外国船舶或飞机的过境通行,并在将已知的海峡内或其上空对航行或飞越有危险的任何情况妥为公布。

【先驱投资者】1982年结束的联合国第三次海洋法会议除通过联合国《海洋法公约》和9个附件外,还通过4个决议。其中第二个决议对国际海底区域开发活动的先驱投资者作了规定。申请成为先驱投资者必须具备两个条件:(1)申请者于1983年1月1日以前

至少已将相当于 3000 万美元的数额用于海底区域资源开采之前的开辟活动,发展中国家可延长至 1985 年 1 月 1 日以前;(2)申请者必须有一个或一个以上《海洋法公约》的签字国证明其已支出上述数额用于开辟活动。该决议列举的先驱投资者有法国、日本、印度、前苏联等 4 个国家和肯尼科特财团、海洋采矿联合公司、海洋管理公司和海洋矿产公司等 4 个国际财团。先驱投资者的权利有:(1)在公约生效时,其勘探和开发国际海底区域资源的权利应得到保证,管理局对其工作计划均应批准;(2)工作计划经批准的先驱投资者,在分配生产许可时,应对管理局企业部以外所有的非先驱投资者有优先权。先驱投资者在分到开辟区后至其工作计划被批准的期间,应交付定期费用;有义务协助企业部用缔约国和其他实体采用的类似方法开发海底资源并帮助企业部勘探,勘探费用由企业部偿还;应帮助训练海底管理局筹委会指定的人员,作出转让技术的承诺。中国于 1992 年成为先驱投资者。

【领空】国家陆地领土和领水以上一定高度的空气空间。传统国际法上,领空的概念并未单独出现。随着航空器的发明和航空事业的发展,国家领土以上的空气空间对国家安全和经济利益愈益重要,领空成为国家领土必不可少的组成部分之一。1919 年《巴黎航空公约》第一条规定:“缔约各国承认,每一国家对其领土上的空间具有完全的排他主权。”1944 年芝加哥《国际民用航空公约》也做了相同的规定。由于国家对其领土上空有完全和排他的主权,领空受国家主权的支配和管辖,外国飞机不享有飞越他国领空的无害通过权。国家有权规定外国飞机通过其领空的条件,有权设置空中禁区,甚至完全禁止外国飞机进入本国领空,外国飞机擅自飞越一国领空,即构成对其领空主权的侵犯,该国有权根据不同情况采取警

告、抗议、迫降甚至击落等措施。对于领空高度的界限,各个国家和国际法学界有不同的看法。

【空中劫持】狭义指非法劫夺航空器的行为;广义包括危害航空安全的一切行为。国际民用航空组织迄今主持制定了 3 个关于防止和惩治危害民用航空安全的非法行为的国际公约,即 1963 年的《东京公约》、1970 年的《海牙公约》和 1971 年的《蒙特利尔公约》。《蒙特利尔公约》将 5 种行为列为危害民用航空安全的非法行为:(1)对航空器内的人采取暴力行为;(2)破坏使用中的航空器或使其受损坏;(3)在使用中的航空器内放置或使别人放置装置或物质,可能破坏该航空器或使其受损坏;(4)破坏或损坏航行设备或妨碍其工作;(5)传送虚假情报,从而危及飞行中航空器的安全。对非法劫持飞机和危害民航安全的行为,航空器登记国、降落地国、承租人主要营业地国或永久居所地国、罪犯所在地国和犯罪行为发生地国都有管辖权。罪犯所在地国有权决定是否将空中劫持罪犯引渡给有关国家接受审判。若不引渡,无论罪行是否在其境内发生,该国应一律将案件提交其主管当局,以便起诉。该主管当局应按照本国法律,以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式予以判决。

【国际民用航空公约】1944 年于美国芝加哥制定。有效的有关国际民用航空制度的主要公约。根据该公约,国家对其领土上空具有完全和排他的主权,为军事需要和国家安全的理由,国家有权设置空中禁区,紧急情况下有权限制或禁止外国飞机在其全部或部分领空飞行。公约将民用航空飞行分为定期航班飞行和不定期航班飞行,国际定期航班飞行必须经有关缔约国许可并遵照许可的条件

方可进行;不定期航班飞行的航空器,在遵守公约规定的条件下,无须事先获准,有权飞入或飞经缔约国领空或作非运输业务性降停。民用航空器应具有登记国的国籍,受登记国的管辖。公约要求缔约国在发布关于国家航空器的规章时,对民用航空器的安全予以应有的注意。各国必须避免对飞行中的民用航空器使用武器,若要拦截,以不危害航空器上人员生命安全为限。公约决定设立国际民用航空组织,负责发展国际民用航空的原则和技术,促进国际航空运输的发展。1947年该组织成为联合国专门机构之一。

【空气空间法】有关空气空间的法律地位和航行活动的原则、规则和规章、制度的总称。国际法新兴的部门法之一。主要包括空气空间的法律地位、民用航空和防止及惩治危害民用航空安全的非法行为等项法律制度。空气空间根据法律地位的不同分为国家领土上空和公海及其他不属于国家管辖地区的上空。国家领土以上的空气空间是国家领土的组成部分,国家对其领空享有完全和排他的主权,有权禁止外国飞机飞入或飞经其领空,或者规定外国飞机通过的条件;公海及其他不属于国家管辖地区以上的空气空间向所有国家开放,各国飞机均有权自由飞行。1919年签订的《巴黎国际航空公约》首次规定了国际航空活动的基本原则;1944年在芝加哥签订的《国际民用航空公约》则是有效的规定国际民用航空制度的主要条约。为防止和惩治危害国际民航安全的犯罪行为,国际民用航空组织制订了三个公约,即1963年的《东京公约》,1970年的《海牙公约》和1971年的《蒙特利尔公约》。公约对空中犯罪的定义、罪犯的管辖和引渡、起诉等问题作了明确规定,有利于国际社会与空中劫持及其他空中犯罪行为进行斗争。

【外层空间法】有关外层空间和天体的法律地位和规范各国从事外空活动的原则、规则和规章、制度的总称。国际法新兴的部门法之一。内容涉及外层空间和天体的法律地位、外空发射物体的登记和法律地位、宇航员的营救、空间物体造成损害的国际责任,利用卫星进行直接电视广播和卫星遥感地球等方面。上述内容大多已通过联合国制订的一系列条约和协定加以规定,少数尚未形成各国接受的法律文件。根据1967年《外层空间条约》,所有国家都可在平等、不受歧视的基础上,根据国际法自由探索和利用外层空间;各国不得通过主权要求、使用或占领等方法,把外层空间(包括月球和其他天体)据为己有。月球和天体必须用于和平目的,禁止建立军事基地、军事装置、设施和防御工事;禁止试验武器、进行军事演习或放置核武器和大规模杀伤性武器。发射到外空的物体应在发射国登记,登记国对留置在外层空间或天体的发射物体及其所载人员享有管辖和控制权。宇航员在外空受其乘坐的外空物体的登记国管辖,对因意外事故降落在国家领土、公海或其他不属于任何国家管辖地区的宇航员,各国应给予一切可能的救助,并将其尽快送回发射国。国家对其政府部门或非政府团体在外层空间和天体从事的活动承担责任;发射国对其外空物体在地球表面、或给飞行中的飞机、或给其他发射国的空间物体或其所载人员、财产造成损害时,应负赔偿责任。月球及其资源是全人类的共同继承财产,任何国家、国际组织、自然人或法人不得将月球的任何部分或其中的资源据为己有。

【国籍】个人具有的某一国家的公民或国民资格。联系个人与国家的纽带。基于此种联系,个人与其国籍国保持长久的法律联系,服从国家属人优越权的管辖,享受公民权利,同时负有为国家效忠的

义务。个人在国外时,若其合法权益受到损害而得不到居留国的适当救济,国籍国可对其行使外交保护权。国籍取得主要有出生和加入两种方式,因出生取得的国籍称为原始国籍,因加入取得的国籍称为继有国籍。对于出生取得国籍,各国规定不同,有的采取血统主义,有的采取出生地主义,也有的采取两者兼顾的“混合制”。加入取得国籍主要是由于婚姻、收养或申请入籍被批准而取得新国籍。个人也可能由于退出本国国籍、被剥夺本国国籍、婚姻或收养等原因丧失国籍。由于各国国籍立法原则的冲突,可能产生双重国籍人或无国籍人。双重国籍和无国籍现象的存在,对有关个人和国家均会带来不便,应通过国家国内立法、签订双边条约或制订国际公约获得解决。

【血统主义】依父母的国籍确定出生儿童的国籍。凡本国人所生子女,无论其出生在国内或国外,均具有本国国籍。血统主义分单系血统主义和双系血统主义。单系血统主义通常指依父亲的国籍决定出生儿童的国籍,体现男女不平等;双系血统主义指父母双方的国籍对确定出生儿童的国籍具有同等效力,父母任何一方的国籍均可决定所生儿童的国籍。现代国家国籍立法中,单纯采取血统主义赋予出生儿童国籍的很少。此外,采取血统主义国籍立法原则的国家根据其母亲的国籍确定非婚生儿童的国籍。

【出生地主义】依出生地确定出生儿童的国籍。与血统主义相对的赋予儿童国籍的方式。儿童在何国领土上出生即具有该国国籍,不论其父母的国籍如何。历史上,一些人口稀少的国家为使更多的人有机会成为本国公民,一般采取出生地主义赋予出生儿童。现代,单纯采取出生地主义国籍立法原则的国家几乎已不存在。大多数

国家在确定儿童国籍的问题上采取血统主义与出生地主义相结合的“混合制”原则,即区别不同情况,根据儿童父母的国籍或儿童的出生地确定其国籍。中华人民共和国国籍法采取“混合制”的立法原则。

【原始国籍】依出生取得的国籍。世界上绝大多数人的国籍为原始国籍。由于各国国籍立法对依出生取得国籍采取的原则不同,有的采取血统主义,有的采取出生地主义,也有的采取“混合制”,因而取得国籍的情况有所不同。血统主义指依父母的国籍确定出生儿童的国籍,又分为单系血统主义和双系血统主义。出生地主义指依儿童的出生地确定其国籍,而不论其父母的国籍如何;“混合制”指血统主义和出生地主义相结合,血统关系和出生地都是确定儿童国籍的依据。在现代,单纯采取血统主义的国家很少,单纯采取出生地主义的国家几乎没有,绝大多数国家采取“混合制”的国籍立法原则。

【继有国籍】因加入取得的国籍。主要包括由于自愿申请、婚姻、收养或选择国籍而取得的新国籍。自愿申请入籍指一国公民或无国籍人自愿申请加入外国国籍获批准后取得国籍。国家没有批准外国人入籍的义务,但一般规定根据一定条件赋予外国人或无国籍人国籍。一国公民与另一国公民结婚,或者无国籍人与某国公民结婚亦可取得新国籍或国籍。一国儿童或无国籍的儿童为另一国公民收养,被收养人可因收养关系取得收养人的国籍。在一国部分领土转移给另一国的情况下,根据有关转移领土的条约,所涉领土的居民可能被允许选择加入新国籍或保留原有国籍,选择加入新国籍的居民即取得新的国籍。

【国籍抵触】又称国籍冲突。由于各国国籍法关于国籍取得与丧失的不同规定而产生的双重国籍和无国籍现象。各国国籍法对取得和丧失国籍规定不同,使有些人可能因出生、婚姻、收养、入籍等原因具有两个、甚至两个以上国籍,成为双重或多重国籍人。双重国籍人处于两个国家的属人优越权之下,因而给个人和有关国家带来不便。双重国籍的减少和消除一般需通过各国制定国内法、国家间签订双边条约或制订国际公约实现。由于各国在赋予国籍、取消国籍和剥夺国籍方面的不同规定,也可能使有些人不具有任何国家的国籍,成为无国籍人。无国籍人不受任何国家的保护,处境十分不利。减少和消除无国籍现象的途径主要是制定国内立法时避免无国籍情况的产生以及国家间订立有关的国际条约。

【驱逐出境】国家根据正当理由强制外国人或无国籍人离开国境的行为。对犯罪的外国人刑事处罚的方式之一。国家将外国人或无国籍人驱逐出境根据本国法律决定。1928年美洲国家《关于外国人地位的公约》第六条规定:“各国得以公共秩序和公共安全的理由,将在其领土内设有住所、居所或临时过境的外国人驱逐出境。”驱逐出境一般适用于严重违反所在国法律、有政治阴谋、偷渡入境、逃避在其本国服刑、有从事暴力活动嫌疑或被限令出境而不离境的外国人或无国籍人。国家对驱逐出境的权利不得滥用,否则将招致被驱逐者国籍国的抗议或报复。1955年《欧洲居留公约》第三条第一款规定:在其他各方领土内正常居住的缔约各方国民,除非威胁国家的安全或违反公共秩序或善良风化,不得被驱逐。1951年《关于难民地位的公约》禁止把政治避难者驱逐或送回至对其有较大迫害危险的国家。驱逐出境的程序由各国国内法规定,对外国

人提出的不服驱逐出境决定的申诉,应由主管机关复审。

【限令出境】国家以行政命令的方式限令外国人或无国籍人在一定期间内离开国境的行为。限令出境适用的情况由各国国内法律规定,一般对藐视居留国法律、有碍居留国公共秩序和公共道德以及有伤风化的外国人或无国籍人,不具有居留国国籍的乞丐、流浪者、有损公众健康的传染病患者或签证逾期居留者,国家可限令其出境。1985年《中华人民共和国外国人入境出境管理法》规定:对违反本法规定非法入境、出境的,在中国境内非法居住或者停留的,未持有效旅行证件前往不对外国人开放的地区旅行的,伪造、涂改、冒用、转让入境出境证件的,可以处以警告、罚款或者10日以下的拘留处罚;情节严重的,公安部可以处以限期出境或驱逐出境处罚。

【外交保护】在外国的本国公民的合法权益受到损害,依该外国的国内法律程序未得到补救,国家可通过外交途径要求该国给予适当救济的方式。对在外国的本国公民行使外交保护权的依据是国家的属人管辖权。国家行使外交保护权要满足两个条件:(1)受害人从遭受损害时起,至受到外交保护并得到解决为止,具有本国国籍,即国籍连续性原则;(2)受害人首先必须在居留国用尽当地一切可以利用的救济手段,仍未得到对损害的救济时,其国籍国方可对其进行外交保护,即国内救济原则。国家对本国公民行使外交保护权的事项主要包括以下几个方面:(1)居留国司法机关拒绝接受本国公民的申诉或在诉讼程序中剥夺其合法的诉讼权或审判结果显失公平;(2)本国公民被居留国当局非法逮捕或拘禁;(3)本国公民的财产被没收或无偿征用;(4)居留国未给予本国公民足够的保

护以防范私人或团伙的暴力袭击;(5)本国公民被无理驱赶或遭受迫害。外交保护的方式包括交涉、照会和抗议,反对用武力行使外交保护权,更不能以保护侨民为借口,发动战争,侵犯别国的主权与领土完整。对于确属违反居留国法律受到惩处的本国公民,国家不得予以外交保护。

【引渡】一国把在其境内被他国追捕、通缉或判刑的人,根据有关国家的请求移交给请求国审判或处罚的行为。国际司法协助的形式。国家没有引渡罪犯的义务,引渡一般根据国家间的双边或多边条约进行。请求引渡的主体有罪犯的国籍国、犯罪行为发生地国和犯罪行为的受害国。若几个国家同时要求引渡同一罪犯,被请求引渡的国家有权决定接受哪个国家的引渡请求。引渡的客体是一切被指控为犯罪的人,但若要求引渡的是被请求国的公民,多数国家拒绝引渡,即执行“本国人不可引渡原则”。引渡的罪犯包括普通的刑事罪犯、战争罪犯和劫持飞机的罪犯,政治犯、宗教犯和军事犯不在引渡之列。构成引渡理由的犯罪必须是请求引渡的国家和被请求引渡的国家双方法律承认的犯罪行为,或至少是引渡条约所列的罪行,轻微的犯罪不予引渡。国家引渡罪犯的请求一般通过外交途径办理,请求国应提交引渡请求书和罪犯的犯罪证明材料。被请求国收到请求书后,由本国法院对罪犯犯罪证明材料进行形式上的审查。若无异议即可逮捕罪犯,通知请求国在指定的地点和时间派员接收。罪犯移交请求国后,引渡程序即告终止。请求国对引渡回国的罪犯只能按其请求引渡时指控的罪名审判和处罚,不得以其他罪名加重刑罚,也不得片面将罪犯引渡给第三国。

【庇护】国家对于遭受追诉或者迫害的外国人,请其入境、居留和给

予保护,并拒绝将其引渡给另一国的行为。以国家的属地优越权为依据。是否给予庇护由国家自主决定,庇护权属于给予庇护的国家,不是个人的权利。庇护的对象主要是政治犯以及因政治原因或其他原因遭受迫害的人,普通刑事罪犯、战争罪犯和从事恐怖活动的罪犯不得给予庇护。受庇护人若未加入庇护国国籍,其法律地位与一般外国人相同,应遵守庇护国的法律、规章,不参与庇护国的政治活动,不得在庇护国境内从事反对他国的活动。国家可根据受庇护人的不同地位,分别给予优惠待遇。1967年12月14日,联合国大会通过《领土庇护宣言》,确认了有关庇护的3个原则:(1)对某些人行使庇护权是各国主权的表现,各国应互相予以尊重;(2)犯有“危害和平罪”、“战争罪”和“危害人类罪”的人不在庇护之列;(3)是否给予庇护,由给予庇护的国家决定。

【外交使团】国家派遣常驻外国、代表本国负责处理与驻在国外交事务的使馆馆长及其他使馆成员。广义上也包括派往外国访问、参加国际会议或驻国际组织的临时外交使团。1961年《维也纳外交关系公约》对外交使团制度作了系统、明确的规定。外交使团由使馆馆长、行政技术人员和服务人员组成。使馆馆长分为大使、公使和代办3个等级,派遣哪一等级的馆长由有关国家协议决定。使馆成员由派遣国自由任命,馆长的任命需征求接受国同意。使馆的主要职责是在接受国代表派遣国,保护派遣国及其国民的利益,与接受国政府进行交涉,调查接受国政治、经济等各方面的情况并向本国政府报告,促进接受国与派遣国的友好关系,发展经济、文化、科学等方面的关系。为便于执行外交使命,使馆及其人员享有外交特权与豁免,同时对接受国承担一定的义务。外交人员在接受国的活动应遵守国际法规则,亦应尊重接受国的法律、法令和风俗习惯。

外交人员不得干涉接受国内政,不得利用使馆从事与其职务不相符的活动或从事间谍或颠覆活动,也不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动。

【外交机关】代表国家制定和执行外交政策、从事具体外交活动的机构和人员的总称。分国内外交机关和驻国外的外交机关。国内外交机关包括国家元首、政府及政府首脑和外交部。国家元首是国家对外关系的最高代表,其在对外关系上的职权由本国宪法规定,一般包括派遣和接受外交代表,批准和废除条约,宣战和媾和等;政府是国家最高行政机关,在对外关系方面,政府制定国家对外政策,管理外交事务,领导外交工作,与外国政府进行谈判,签订条约和协定;政府首脑有权代表政府与外国政府进行谈判,发表对本国有约束力的宣言或声明,出席重要的国际会议,签订条约;外交部是国家专门主管外交事务的机关,其职权包括负责执行国家对外政策,领导和监督驻外使、领馆、驻国际组织代表团和出席国际会议代表团的工作,与外国使馆和使团保持联系和进行谈判,保护本国和本国公民在国外的合法权益。驻外外交机关主要是国家派驻外国的使馆,此外还有驻国际组织的代表机构以及临时出国访问或出席国际会议的代表团。1961年《维也纳外交关系公约》和1969年《特别使团公约》对驻外外交机关的等级、组成人员、派遣和接受、职权、特权与豁免以及对接受国的义务等方面都作了明确的规定。

【外交团】狭义为驻在一国首都所有的使馆馆长组成的团体;广义为驻在一国首都所有的使馆馆长、外交官员及其家属组成的团体。外交团在国际法上不具有独立的法律地位,《维也纳外交关系公

约》对此亦无规定。根据国际惯例,外交团是礼节性的团体,其主要活动是礼节性的、社交性的,如参加接受国的庆典或宴会,向接受国政府转达外交团成员在日常事务上的要求,就外交官的特权与豁免遭受侵犯向接受国政府提出交涉等。外交团不具有法律职能,不得从事政治性活动,不得干涉接受国内政或者采取联合抗议行动向接受国政府施加压力。按照外交惯例,外交团团长由驻在一国的使馆馆长中等级最高、开始执行职务最早的馆长担任,也有一些国家规定由罗马教廷大使担任。团长在接受国举行庆典或宴会时,代表外交团参加并致词,召集并主持外交团的聚会,向新任使馆长就位次或礼节方面的事项提出参考意见。

【不受欢迎的人】被接受国宣布为不受欢迎或不可接受的派遣国的外交人员。根据《维也纳外交关系公约》,接受国可以随时通知派遣国,宣布使馆馆长或使馆任何外交职员为不受欢迎的人或使馆任何其他职员为不可接受,且无须说明理由。遇此情形,派遣国应斟酌情况召回该员或终止其在使馆中的职务。接受国对派遣国任命的任何使馆成员,也可在其到任前宣布为不受欢迎的人或不可接受。若派遣国拒绝或在相当期间内未召回被接受国宣布为不受欢迎的人员或未终止其在使馆中的职务,接受国可拒绝承认有关人员为使馆成员。国家有权将驻在本国的派遣国使馆人员宣布为不受欢迎的人或不可接受,但此种权利不得滥用,否则易召致派遣国的报复,损害国家正常的外交关系。

【外交特权与豁免】外交代表机关及其人员在接受国享有特殊权利和免受接受国法律管辖的优惠待遇。外交代表机关及其人员享有特权与豁免是其有效执行职务的需要,也显示接受国对外交代表

所代表国家的尊重。根据《维也纳外交关系公约》，外交特权与豁免的主要内容包括以下几个方面：(1)使馆馆舍、档案、公文和外交代表人身不可侵犯。接受国对使馆馆舍不得施行任何法律程序，非经馆长同意，接受国官员不得进入使馆，外交代表不受任何形式的逮捕或拘禁；(2)外交代表享有接受国法律管辖的豁免和行政管辖的豁免。非经派遣国明示放弃豁免，接受国法律不得管辖外交代表；(3)使馆享有为公务目的的通讯自由，外交代表在接受国法律允许范围内有行动自由；(4)使馆免纳一切对房地产征收的捐税；外交人员免纳一切对人或对物征收的捐税。使馆的公务用品和外交代表的私人用品入境时免纳关税；(5)使馆馆舍、馆长寓所和使馆交通工具具有权使用派遣国的国旗和国徽。外交特权与豁免适用于使馆的外交人员、行政技术人员和服务人员，但其范围依次递减。使馆人员自其进入接受国就任时起享有外交特权与豁免，在其职务终止离开接受国时、或在其合法离境时间届满时停止享有外交特权与豁免。

【领事关系公约】有关领事制度的主要法律文件。1963年4月24日在维也纳通过，1967年3月19日生效。对领事的等级、职务、派遣与接受、特权与豁免等事项作了明确规定。根据《领事关系公约》，领事分为总领事、领事、副领事和领事代理人4个等级，与之相适应的四级领馆为总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处。领馆成员包括领事官员、领事雇员和服务人员，如无协定或其他规定，派遣国任命领馆馆长不需事先征求接受国同意，接受国发给领事证书后，领馆馆长即可开始工作。公约列举了13项领事职务，主要包括在接受国内保护派遣国及其公民和法人的利益，特别是监视有关条约协定的执行和保护侨民的生命财产不受非法侵害；促

进派遣国与接受国商业、经济、科学和文化关系的发展;给予本国侨民以及到达接受国的本国飞机、船舶及其人员所需的帮助;办理护照、签证、公证、认证和户籍登记等项法律手续。为保证领馆能代表本国有效执行职务,领馆和领馆人员享有一定的特权与豁免。领馆馆舍、设备和交通工具不受侵犯;领馆档案文件无论何时,亦不论位于何处,均不得侵犯;领馆有为公务目的的通讯自由,领事官员人身自由受接受国保护并享有一定限度的管辖豁免。中华人民共和国于 1979 年 7 月 3 日加入《领事关系公约》。

【领事机关】代表国家从事领事活动的机构和人员的总称。主要指国家派驻国外的领事馆和领馆成员。根据《维也纳领事关系公约》,领馆分为总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处 4 个等级,由总领事、领事、副领事和领事代理人分别领导。并非所有国家都实行四级领事制度,派遣和接受几个等级的领事由有关国家协议决定。领馆成员包括领事官员、领事雇员和服务人员。领馆馆长的派遣如无特别协定或规定,不需征求接受国同意,但接受国可以随时通知派遣国,宣告某一领事官员为不受欢迎的人或任何其他领馆官员为不能接受,派遣国应视情形召回该员或终止其在领馆中的职务,接受国也可以在被任命的任何领馆人员到达国境之前,宣布其为不能接受。领事的职务主要是在接受国保护派遣国及其国民的利益,促进派遣国与接受国经济、贸易、科学和文化关系的发展,以及办理公证、签证、认证、户籍登记等项日常的法律手续。领事不得在接受国对其本国侨民行使司法管辖权。为保证领馆能够代表本国有效地行使职能,领事馆和领事人员在接受国享有一定的特权与豁免,领事特权与豁免在程度与范围上均不及外交特权与豁免。

【领事特权与豁免】领馆及其人员在接受国所享有的特殊权利和优惠待遇。根据《维也纳领事关系公约》，接受国官员未经同意不得进入领馆馆舍中专供领馆工作之用的部分，如遇火灾或其他灾害须迅速采取保护行动时，须获得馆长同意方能进入领馆。领馆馆舍、设备、财产及交通工具免受征用，但确有必要时，仍可征用。领馆档案及文件不论何时，亦不论位于何处，均不得侵犯。接受国应准许领馆为一切公务目的的自由通讯，领馆来往公文不得侵犯，领馆邮袋不得予以开拆或扣留，领馆有权与派遣国国民保持联系。领馆馆舍和馆长寓所免纳国家、区域或地方性的一切捐税，公务用品入境时，免除一切关税。接受国对领事官员应表示适当尊重并采取一切适当步骤以防其人身自由或尊严受任何侵犯，若领事官员犯有严重罪行或为执行司法判决，可对其施以监禁或限制其人身自由。领事官员和其他人员执行职务的行为不受接受国司法或行政机关的管辖，就其执行职务所涉及的事项，没有担任作证或提供有关来往公文及文件的义务。接受国应确保领馆人员在其境内的行动及旅行自由。领馆人员及其家属免纳一切对人或对物征收的国家、区域或地方性捐税，私人用品入境时，享有一定的免税待遇，私人行李免受查验。

【国际组织】若干国家为了特定目的，根据条约建立的常设性组织。最早产生于 19 世纪后半期，现代得到大量发展。国际组织有明确的宗旨和目的，有规定其组成和职权范围的组织章程，还有相应的组织机构和活动程序。国际组织的主体主要是国家，其性质是国家之间的组织，而不是超国家的机构，任何国际组织均不得干涉本质上属于成员国国内管辖范围的事项。国家主权平等是国际组织的

基本原则,组织的成员国不论大小强弱,都应享有平等的法律权利和地位。国际组织的成立文件是其成员国签署的国际条约或协定,国际组织只能在其组织章程规定的职权范围内活动。国际组织以基本性质为标准,可以分为一般性和专门性的两大类;以其成员构成情况为标准,又可分为世界性和区域性的两大类。在国际组织中,一般性和世界性的国际组织具有十分重要的地位。国际组织是现代国际法主体之一,具有一定的法律权利能力和行为能力。国际组织有权参加国际关系,从事国际活动,可以派遣和接受外交代表,进行国际谈判,协调成员国活动,调解有关争端,缔结双边或多边条约或协定,享有一定的特权和豁免。国际组织的国际法主体资格与国家不同,国际组织依据其成员国签定的组织文件成立,其主体资格来源于成员国通过组织章程的授权,是一种派生的国际法主体。国际组织只能在其宗旨和职能所规定的范围内活动,不能象国家一样享有国际法规定的一切权利和承担全部义务,不具有完全的法律权利能力和行为能力。

【国际会议】狭义指政府间的国际会议,广义包括非政府间的所有国际会议。政府间的国际会议是国家之间讨论和解决国际问题的一种临时性议事组织,既是政府间国际组织形成过程中的一个重要阶段,又是调整国际关系、解决国际争端的一种独立的存在形式。在国际会议的发展中,早期双边会议居多,多边会议甚少;在战争结束时用以解决善后问题的会议居多,和平时期调整国家间关系的会议甚少。19世纪前后,国际会议日益频繁,议事内容也日益扩大,涉及政治、经济、军事、文化、社会等各个方面。政府间的国际会议已成为国际活动中的一种正常制度。国际会议有的由一个或几个国家倡议召开,有的由国际组织主持召开;有的是由各国国家

元首或政府首脑参加的最高级会议,有的是由各国外交代表参加的一般会议。会议的目的可以是缔结和约或者解决对国际社会具有普遍意义的问题,也可以是为了促进国家间在某些专门领域的共同合作;会议可以是双边的,也可以是多边的。政府间的国际会议作为一种临时性的议事组织,其召开、议程、程序、组织、表决和内容等方面有很大的灵活性。政府间国际会议的基本原则是国家平等,与会国应有平等的代表权和表决权。会议召开的时间、地点和议程等事项,应由召集国与被邀参加国共同协商。会议主席可协商指定,也可由各与会国轮流担任。会议决议或其他文件的通过,需全体与会国一致同意。若有关文件按规定可由多数与会国表决通过,则对未表示同意的国家不发生法律效力。

【联合国】根据 1945 年 10 月 24 日生效的《联合国宪章》成立,当代最重要的一般性和世界性的国际组织。宗旨是维持国际和平与安全;发展各国间以人民的平等权利和自决原则为根据的友好关系;促进国家间经济、社会、文化等方面的合作。原则包括会员国主权平等、真诚履行宪章义务、和平解决争端、禁止以武力相威胁或使用武力、集体协助、确保非会员国遵守宪章原则和不干涉会员国内政策七项。会员国分为创始会员国和非创始会员国两类,截止 1993 年 2 月底,共有会员国 180 个,其中创始会员国 51 个。联合国主要机构有六个,即大会、安全理事会、经济及社会理事会、托管理事会、秘书处和国际法院。大会由全体会员国派代表组成,每年召开一次常会,具有广泛的职权。安全理事会由 5 个常任理事国和 10 个非常任理事国组成,负有维持国际和平与安全的主要职责。经济及社会理事会由 54 个理事国组成,为联合国大会权力下负责协调联合国及各专门机构的经济与社会工作的机关。托管理事会

在大会的权力下进行活动,负责监督托管领土的行政管理,理事国名额不定。秘书处的任务是为联合国其他机关服务,并执行它们制定的计划和政策。国际法院是联合国的主要司法机关,在解决国际争端方面有重要的作用。

【联合国宪章】联合国的组织章程。1945年6月25日在旧金山“联合国家关于国际组织的会议”上通过,同年10月24日正式生效。由1个序言和19章组成,全文共111条。宪章规定的联合国宗旨是维持国家和平与安全;发展各国间以人民的平等权利和自决原则为根据的友好关系;促进国家间经济、社会、文化等方面的合作。联合国原则包括会员国主权平等、和平解决争端、真诚履行宪章义务、禁止以武力相威胁或使用武力,集体协助、确保非会员国遵守联合国宪章原则、不干涉会员国内政等7项。宪章对联合国会员国、6个主要机构的组成、职权范围、活动程序、主要工作以及宪章的修改等作了明确的规定。《联合国宪章》虽然只是联合国的组织章程,但由于某些条款确认或发展了一些公认的国际法原则,因此成为现代国际法的重要文件。

【联合国大会】由联合国全体会员国派代表组成。每年9月第三个星期二开始举行一次常会,每个会员国的代表不得超过5人。大会设主席1人、副主席21人,按地区分配名额轮流选任。大会举行常会时,除全体会议外,还设有7个主要委员会和2个程序委员会,即总务委员会和全权证书委员会。大会可以讨论宪章范围内的任何事项或问题,但非经安理会要求,不得对安理会正在审议的争端或情势提出建议。在维持国际和平与安全和促进国际合作方面,大会可进行讨论和提出建议,但无权通过有拘束力的决议;在关于

联合国内部管理方面,大会的决议对会员国有拘束力。会员国不论大小,在大会享有一个投票权。大会对重要问题的决议,须由出席并投票的会员国 2/3 多数决定;其他问题只需出席并参加投票的会员国以简单多数作出决定。大会除常会外,还可根据安理会或过半数会员国的请求,召开特别会议或紧急特别会议。

【安全理事会】联合国六大机构之一。由中、美、英、法、俄 5 个常任理事国和 10 个非常任理事国组成。非常任理事国按地区分配名额由大会选举,任期 2 年,每年改选 5 个,不得连选连任。安理会设有两种会议制度,常会由安理会主席认为必要时,或经安理会任何理事国请求、大会建议或秘书长提请,随时召集各理事国常驻代表举行;定期会议每年举行两次,具体时间不定。安理会为执行职能,设有专家委员会、接纳新会员委员会和军事参谋团。安理会主席主持安理会会议,由各理事国轮流担任。安理会的职权主要是维持国际和平与安全,具有执行的性质,安理会有权调查任何争端或情势,以断定其是否危及国际和平与安全,并促请当事国以和平方式解决争端。如安理会断定存在任何对和平的威胁、对和平的破坏或侵略行为,可以提出建议并决定采取不涉及使用武力的强制措施;如上述措施不足以解决问题,可决定采取武力行动恢复和平。在安理会决定采取执行行动时,各会员国应予以协助。安理会每个理事国享有一个投票权。程序性事项由 9 个理事国的赞成票决定;实质性事项由包括 5 个常任理事国在内的 9 个理事国的赞成票决定,即常任理事国对实质性事项的决议有否决权。此外,常任理事国对某一事项是否程序性这一先决问题也可以行使否决权。

【经济及社会理事会】简称经社理事会,联合国六大机构之一。在大

会权力下,协调联合国及各专门机构的经济和社会工作的机构。理事会由 54 个理事国组成。理事国任期 3 年,每年改选 1/3,可连选连任。经社理事会每年举行两次常会。每一理事国享有一个投票权,决议以出席并投票的理事国过半数赞成票通过。经社理事会的职权包括:(1)促成或发动关于国际间经济、社会、文化、教育、卫生等事项的研究和报告,并得向联合国大会、各会员国和有关专门机构提出此种建议;(2)为促进尊重和遵守一切的人权和基本自由,提出建议;(3)就其职权范围内的事项拟定公约草案,提交大会;(4)召开国际会议,讨论其职权范围内的事项;(5)同各政府间专门机构订立协定,使其与联合国建立关系;并通过各种磋商和协议协调各专门机构的活动;(6)同各有关的非政府组织磋商各种有关事项。理事会设立常设委员会、职司委员会、区域委员会和其他附属机构,常年在联合国总部和其他地区进行工作。各委员会分别研究和处理与其工作有关的问题,并向经社理事会提出报告。

【双重否决权】联合国安全理事会表决程序中的一项制度。根据宪章第二十七条,安理会关于程序事项以外的一切事项的决定,应以 9 个理事国的可决票包括全体常任理事国的同意票表决,即常任理事国可行使否决权;关于程序性事项的决定,以任何 9 个理事国的可决票表决。按照 1945 年旧金山会议上中、苏、英、美四国代表团发表的《关于安理会投票程序的声明》,非程序性事项包括解决争端;调整足以引起争端的情势;断定对和平的威胁;消除对和平的威胁;制止对和平的破坏。程序性事项包括通过或改变安理会的议事规则;确定推选安理会主席的方法;组织安理会本身使其能持续行使职能;决定安理会会议的时间地点;设立必需的机构;邀请在安理会中没有代表的会员国或安理会正在审议的争端中的任何

当事国参加安理会的讨论。除上述指明的事项外,如将来有必要决定某一事项是否属于程序性这一先决问题时,常任理事国可以行使否决权。这一规定意味着安理会常任理事国不仅对非程序性事项有否决权,而且对决定某一事项是否程序性这一先决问题也有否决权即“双重否决权”

【大国一致原则】联合国安全理事会表决程序中的一项原则。1944年秋,中、苏、英、美四国代表在美国华盛顿敦巴顿橡树园举行会议,草拟了“关于建立普遍性国际组织的建议案”。但关于安全理事会的表决程序问题各方未能达成一致意见。在1945年2月美、英、苏三国首脑举行的雅尔塔会议上,三国领导人对这一问题达成协议,即安全理事会关于程序事项以外一切事项的决定应以11个理事国中7个理事国的可决票包括全体常任理事国的同意票表决。即安全理事会在通过关于程序事项以外事项的决议时,必须得到5个常任理事国的一致同意的“大国一致”原则。这一原则在《联合国宪章》规定的安全理事会表决程序中得到完全的体现。

【国际托管制度】《联合国宪章》规定的对托管领土进行管理的制度。根据宪章,联合国设立托管理事会,作为负责监督托管领土行政管理的机构。理事会由管理托管领土的会员国、未管理托管领土的安理会常任理事国和大会选举的其他非管理国组成,名额不定。托管理事会在大会权力下协助大会行使关于除战略地区以外的各托管领土的职能,负责就托管领土居民的政治、经济、社会和教育进展拟定调查表。管理当局应依该表提出年度报告;审议管理当局的报告;收受托管领土居民或其他方面的请愿书,并咨商管理当局审查此种请愿书;按同管理当局商定的时间对托管领土进行视察。

托管制度的目的是增进托管领土居民趋向自治或独立之逐渐发展。战略地区的托管职能由安全理事会行使。联合国成立以来,置于国际托管制度下的领土共 11 块。这些领土至今已基本独立或与其他国家合并,因此,国际托管制度已成为宪章修改中一个亟待解决的问题。

【联合国维持和平部队】联合国向发生争端的地区派出的旨在防止冲突扩大或再度发生,维持当地和平的部队。维持和平部队一般由秘书长根据安全理事会的决议建立,也可由安理会直接建立。部队由联合国较为中立的会员国提供武装部队分遣队组成,其派遣须得到争端当事国及有关各方的同意和合作。部队的职能和任务视情况与需要有所不同,一般包括观察和报告争端地区的局势;监督停火、停战或撤军协议的执行情况;在缓冲地区巡逻,防止违反停火或停战协议的情况发生,建立脱离接触地带;维持冲突地区的治安并协助恢复秩序。维持和平部队在执行任务时必须严守中立,其成员仅配备防御性武器,而且只有在自卫时方可使用。维持和平行动的费用由会员国分摊,或靠自愿捐款解决。联合国成立以来,曾多次向发生重大冲突的国家或地区派遣维持和平部队,由于联合国维持和平部队在维护国际和平与安全方面的重要作用,1988 年被授予诺贝尔和平奖。

【国际争端】国际法主体之间关于法律上或事实上的观点不一致、法律上的见解或利益上的矛盾对立。由于国际法的基本主体是国家,国际争端主要指国家之间的争端。按照传统的分类,国际争端分为法律性质的争端和政治性质的争端。法律性质的争端指当事国根据国际法所承认的理由,双方就彼此法律上的权利和义务各

自提出自己的见解或要求而引起的关于权利的争端。具体包括条约的解释;国际法的任何问题;属于违反国际义务的任何事实的存在;因违反国际义务应予赔偿的性质和范围。政治性质的争端是当事国之间由于利益冲突而发生的、不涉及或不直接涉及法律问题的争端。这种分类的主要目的是将法律性质的争端作为“可裁判的争端”,以便通过仲裁或司法程序解决;政治性质的争端为“不可裁判的争端”,采取特殊的政治外交方法处理。但在国际实践中,由于国际争端的性质、内容及产生的原因极为复杂,许多法律性质的争端包含一定的政治内容和实质,政治性质的争端又往往以法律争端的形式表现,因此严格区分两者的界限事实上不容易做到。在传统国际法上,通过战争解决国际争端是合法的。但现代国际法禁止国家以战争的方式解决争端,和平解决国际争端已成为国际法的基本原则之一。根据传统国际法,解决国际争端的方法分强制的和非强制的两大类,强制方法主要包括反报和报复,非强制方法分政治的解决方法和法律的解决方法,前者包括谈判、协商、斡旋、调停、调查、和解以及利用国际组织解决争端;后者指仲裁和司法解决。现代国际实践中,联合国和联合国国际法院对和平解决国际争端发挥着很大作用。

【国际调查制度】通过国际调查委员会对争端事实进行调查,促进争端和平解决的制度。主要根据 1899 年第一次海牙会议制订,并经 1907 年第二次海牙会议修订的《和平解决国际争端公约》和 1914 年所谓的《布赖恩和平条约》建立。《和平解决国际争端公约》规定:凡遇有国际争端不涉及国家荣誉或根本利益而只起因于对事实的意见分歧者,如争端当事国不能以外交手段解决,则于情况许可范围内,设立国际调查委员会,进行公正认真的调查,辨清事

实,以促进争端的解决;国际调查委员会应由争端当事国订立专约组成。调查专约载明应调查的事件,并规定组成委员会的方法、期限及委员会的权限。调查结束后,委员会应讨论、起草和宣读调查报告。报告限于查清事实,没有仲裁裁决的性质,当事国是否接受调查结果,有完全的自由。1914年美国根据国务卿布赖恩的建议,与其他国家签订了一系列所谓《布赖恩和平条约》。根据和约,缔约国必须把一切不能通过外交程序解决的争端提交调查委员会,由委员会进行调查并提出报告,在委员会提出调查报告之前,当事国不得诉诸武力。调查委员会为常设机构,经当事国一方委托,即可开始调查程序。《布赖恩和平条约》规定的常设调查制度只适用于美国和与其缔结此类条约的国家,不适用于其他国家。

【国际调解制度】又称国际和解制度。通过建立国际调解委员会,查清争端事实,并协助当事国和平解决争端的制度。在两次海牙会议通过的《和平解决国际争端公约》的国际调查委员会制度的基础上,通过1928年国际联盟制订的《日内瓦和平解决国际争端总议定书》建立。1949年联合国大会对该总议定书进行修订时,再次确认了这一制度。根据总议定书,国家间凡不能以外交方法解决的争端,除对纯属国内管辖事项及领土的法律地位的争端等所作的保留外,均可提交调解程序,由当事国双方组织的常设或特设调解委员会处理。调解委员会由5人组成,当事国双方各提名1人,在本国国民中选任;其余3人由双方协议,委派第三国国民充任,但必须属于不同国籍,当事国应从中选定委员会主席;委员任期3年,可以连任;委员会只有当全体委员出席时,才能就争端事实作出决定。调解委员会的任务是用调查或其他方法搜集一切必要的情报以明确争端中的问题,并设法使当事各方达成协议。委员会的工作

应从受理争端之日起在 60 日内结束。调解委员会是在调查争端事实的基础上,提出解决争端的建议,帮助当事国达成协议,因此与调查委员会不同。

【和平解决国际争端公约】1899 年第一次海牙和平会议签订,1907 年第二次海牙和平会议修订的最早概括规定和平解决国际争端方法的一般性条约。由 5 部分 97 条组成,内容包括斡旋、调停、仲裁和国际调查委员会解决争端的制度。公约对斡旋与调停制度作了详细规定,但并未对两者特别予以区别。此外还规定了一种特殊的调停方式,即遇有危及和平的严重争端时,争端当事国应各自选择一个国家,委托直接接触,以防止和平关系破裂,受委托的国家须尽力解决当事国间的争端。国际调查委员会由争端当事国协议组成,任务是查明争端事实并就事实真相提出报告,由当事国自行解决争端。公约除对仲裁制度的一般内容作出规定外,还规定设立常设仲裁法院,以便利缔约国将不能用外交方法解决的争端立即提交仲裁。常设仲裁法院设立国际事务局和常设行政理事会,前者负责仲裁院的联系事项、保管档案并处理一切行政事务;后者负责制订议事规则和其他必要程序,指导和监督事务局的工作,并决定仲裁院可能产生的一切行政问题。除上述两个机构外,常设仲裁院并没有设立一个由固定的常任仲裁法官组成的真正法院,只有一份仲裁员名单和一部供采用的程序规则。

【国际常设法院】国际联盟成立后创立的第一个普遍性的国际常设司法机构。《国际联盟盟约》第十四条规定:“行政院应制订设立国际常设法院之计划,交联盟各会员国采用。凡各方提出属于国际性质之争端,该法院有权审理并判决之。凡有争议或问题,经行政院

或大会有所咨询,该法院亦可发表意见。”1920年12月13日,国际联盟通过《国际常设法院规约》,同时决定将该规约以议定书的形式提交国联会员国签字批准,1921年国联大会和行政院按照规约的规定选出11名法官和4名候补法官(1929年以后法官增至15名,取消候补法官名额)。1922年2月15日,法院在海牙正式宣告成立。到第二次世界大战爆发前,国际常设法院共处理争端案件65件,其中作出判决的33件,提出咨询意见的28件。1940年德国占领海牙,法院实际上已经停止活动。1945年10月法院举行了最后一次形式上的开庭。1946年1月1日以全体法官提出辞职的方式宣告解散。国际常设法院的成立,开创了司法解决国际争端的先例,并为后来联合国国际法院的成立和活动提供了条件和经验。《国际常设法院规约》对法院的组成、职权、法律适用和程序等方面作了明确的规定,成为制订《国际法院规约》的根据。

【国际法院】联合国的主要司法机关。1946年4月3日在海牙正式成立。由15名法官组成,法官的选举由联合国大会和安理会分别进行,只有同时在两个机关中获得绝对多数票的候选人才能当选。法官任期9年,每3年改选5名,可连选连任。法院设书记处,负责处理一切日常行政事务及法院随时委托的其他职务。国际法院的职权主要是诉讼管辖权和咨询管辖权。在法院作为诉讼当事者的只能是国家,法院管辖的案件包括争端当事国自愿提交的案件,《联合国宪章》或现行有效的条约及协定中特定的事件和规约当事国自愿接受法院强制管辖的法律性质的争端案件。联合国大会、安理会和经大会授权的联合国其他专门机构,可请求国际法院对任何法律问题发表咨询意见。法院适用的法律包括国际条约、国际习惯、一般法律原则和作为确定法律原则补充资料的司法判例及权

威最高的公法学家的学说。规约对法院的诉讼程序作了明确的规定。国际法院的判决为确定性的终局判决,不得上诉。但可请求法院进行解释或复核,法院以判决的形式作出决定。如当事一方不履行判决,他方可向安理会申诉,安理会认为必要时,可作出建议或决定应采取的办法以执行判决。

【反报】一国以同样或类似的行为回答另一国的不礼貌、不公平、不友好的行为。引起反报的行为包括禁止或限制商品进口、对进口商品征收过高的关税、禁止移民或实行苛刻的护照条例、予以外国侨民歧视待遇或禁止外国船舶进入港口等。上述事项属于一国国内管辖范围,除受条约限制外,并不违反国际法。但由于可能对外国利益造成不利影响,因此对方可以采取类似的行为进行反报。反报通常不涉及使用武力,目的是使对方停止其不公平、不友好的行为或对此类行为给本国造成的损害提供补偿。目的一经达到,反报即行停止。反报是国家可以采取的自助手段和自卫行为,对维护正常的国际法律秩序有一定的意义。但反报的适用必须符合国际法,不得滥用。

【报复】一国针对另一国的国际不法行为采取的相应的强制措施,以迫使对方停止其不法行为或对其不法行为造成的后果进行赔偿,从而使争端得到解决的行为。报复行为本身也是一种不法行为,但由于是为对抗他国的不法行为而采取的,因而被视为正当行为。报复的目的是解决争端,所以在采取报复行为之前应向对方要求赔偿或补救,只有在要求无法实现时,方可诉诸报复措施。报复不应过度,不适当的报复行为会构成国际不法行为,报复不得侵害即使在战争时期也应保护的客体和权益。为报复采取的强制手段

包括停止执行某些条约、扣押对方船舶或财产、冻结对方资产等。传统国际法的报复措施还包括使用武力,如军事示威、平时封锁等,但现代国际法禁止任何涉及使用武力或武力威胁的报复行为。

【平时封锁】国家在和平时以武力封锁他国港口或海岸的全部或一部,以迫使该国接受自己提出的解决争端的要求的行为。平时封锁的实践始于 19 世纪,其后为一些国家作为解决国际争端的手段不断采用,平时封锁只有在经谈判未能解决争端时才能实施,封锁国应明确宣布封锁的意图及封锁开始的时间和范围。一般认为,如被封锁国的船舶试图突破封锁,封锁国可以予以拿捕和扣押,但不得判决没收,封锁终止后应予放还。对于企图突破封锁的第三国船舶,封锁国无权予以拿捕和扣押。国际实践证明,平时封锁一般是海上强国对弱小国家采取的,构成对弱小国家领土主权的侵犯。由于国家主权平等和和平解决国际争端是现代国际法的基本原则,因此平时封锁是完全非法的。

【斡旋】当事国不愿意直接谈判或虽经谈判而未能达成协议时,第三方协助解决争端的方法。进行斡旋的第三方以各种有助于促成争端当事国进行直接谈判的行动,导致他们开始谈判或者继续业已中断的谈判。第三方可以提出建议或转达当事双方的建议,但不参与双方之间的谈判。1899 年制订并经 1907 年修订的《和平解决国际争端公约》对斡旋制度有详细的规定。当事国遇有严重争端时,在诉诸武力之前,应尽可能请求一个或数个友好的国家出面斡旋。与争端无关的国家也宜不待当事国请求而主动提供斡旋,战争进行期间也可进行斡旋,争端任何一方决不能视此为不友好的行为。斡旋只具有劝告的性质,决没有拘束力,斡旋终了,无论成功或

失败,第三方的任务即告终止,第三方不承担任何法律责任。

【调停】在争端当事国不愿意直接谈判或者虽然经谈判但未解决争端时,第三方予以协助解决的方法。与斡旋一样,调停也需有第三方的协助。进行调停的第三方不仅要采取各种行动促成当事国直接谈判或者重开业已中断的谈判,而且要以调停者的身分主持或参加谈判,提出条件作为当事国谈判的基础,并调和、折衷争端各方相反的主张或要求,缓和或平息当事国之间的敌对情绪,努力使双方达成解决事端的决议。在第三方进行调停的情况下,争端当事国都保留完全自由,没有接受调停者建议的义务。调停结束后,无论结果如何,调停者的任务即为完成,不承担任何法律责任。由于调停与斡旋有相同之处,在国际实践中第三方往往先进行斡旋,条件成熟时又参加谈判,因此在外交实践和国际公约中对两者并不总是严格区分。

【战争法规】关于武器、其他作战手段和作战方法以及保护平民、战斗员和战争受难者的原则、规则和规章制度。战争法规分为两个系统:(1)以海牙公约为主的系统,包括圣彼得堡宣言、1925 年日内瓦议定书、巴黎海战宣言等关于作战手段和方法的条约和惯例;(2)以日内瓦公约为主的系统,是关于保护战争受难者的条约和惯例。战争法规的编纂开始于 19 世纪后半期,至今国际社会已经制定了许多有关战争法规的条约和协定。根据战争法规,战争中禁止使用极度残酷的武器、有毒、化学和细菌武器以及核武器;禁止使用不分青红皂白的、背信弃义的或者改变环境的作战手段或方法,如不得攻击或炮击不设防的城镇、乡村或住宅,不得破坏生态平衡,破坏臭氧层等。合法的交战人员包括武装部队、非正规军、起义

居民和游击队,他们被俘后,享有战争法上保护战俘的待遇。交战国拘捕或扣留战俘的目的是防止其再度参加战斗,而不是予以惩罚。战俘处于敌国国家权力管辖之下,拘留国应对战俘负责,给予其人道待遇和保护,不得虐待俘虏或侮辱其人格,也不得强迫其提供情报;战俘的自用物品仍归个人所有,其饮食、衣服、住宿和医药照顾应得到保障,并应准许与家庭通信;战争结束后,战俘应立即遣返,不得扣留。对于伤病员,收容他们的交战国应不加区别地给予人道待遇和治疗;被俘的伤病员,除应受看护外,应按战俘对待;每次战斗后,各方应采取一切措施,搜寻和救助伤病员;对于死者,应办理登记并妥善埋葬或火化。军事行动应针对武装部队,不得攻击和杀害平民。处于交战国领土上的敌国平民,应准予安全离境;未被遣返的平民,其基本权利应予保障,不得将他们安置在某一地点或地区以使该地点或地区免受攻击;禁止体刑和酷刑,禁止集体惩罚和扣为人质。此外,战争法规对海战和空战还有一些特殊的规定。

【战争犯罪】传统国际法把进行战争作为国家的权利,战争犯罪仅指违反公认的战争法规和惯例的行为。两次世界大战之后,战争犯罪开始包括发动侵略战争的行为。根据纽伦堡军事法庭宪章,战争犯罪具体有:(1)反和平罪。包括计划、准备、发动或实施侵略战争,或违反国际条约、协定或诺言进行战争,或参与为实现上述战争的计划。(2)战争罪。违反战争法规与惯例,对占领地居民进行谋杀、虐待、奴役或放逐;对被俘人员进行虐待或谋杀;劫掠公私财物;任意破坏城市、集镇或乡村的行为。(3)反人道罪。在战争开始前或进行中,对任何平民的谋杀、灭绝、奴化、放逐或其他非人道行为;因政治、种族或信仰的不同,对平民的任何迫害。根据国际法,对战

争犯罪行为负有责任的个人应追究责任。罪犯在国内的地位如何、所犯罪行为不违其国内法的规定或犯罪行为系根据政府或上级命令作出等都不能成为免除国际法责任的理由。战争罪犯无权要求庇护,而且不适用法定时效原则。

【战争法】又称战时国际法。调整战争时期国家之间关系的法律制度。其渊源主要是条约及惯例。战争法的作用在于保护中立国、交战国及非交战国之间的合法权益,保护平民并使战斗员和战争受难者免受非法伤害;制裁和惩办侵略及战争罪犯。战争法律制度由两部分组成:第一部分规范战争、武装冲突的开始及结束,以及交战国之间、交战国与中立国或非交战国之间的法律制度;第二部分规范战斗行为、手段以及保护战斗员、平民及战争受难者的法律制度,即通常所称的战争法规。从更广泛的意义上看,战争法的内容还应包括维护和平、禁止侵略及禁止非法使用武力的法律制度。现代国际法禁止侵略战争和非法使用武力,使传统战争法制度发生了根本变化。战争法的内容既包括战争,也包括无战争状态的武装冲突以及非法使用武力的情况。

【远东国际军事审判】1946年1月19日远东盟军最高统帅部公布远东国际军事法庭宪章。根据这一宪章,联合国在1946年5月3日至1948年11月12日历时两年半的时间里对日本首要战争罪犯进行了审判。由于审判在东京进行,又称东京审判。原告是美国、英国、苏联、中国、法国、荷兰、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、菲律宾11国。被告是包括日本前首相东条英机在内的28名日本军政首领。其中,大川周明因精神失常、枕冈洋佑和永野修身在终审前病亡,未出庭受审。审判结果表明,25名被告全部犯有破坏和平

罪、战争罪和反人道罪行。其中判决 7 人绞刑,16 人无期徒刑,2 人有期徒刑。

【纽伦堡审判】1945 年 8 月 8 日,美、英、苏、法在伦敦签订了《关于告发及惩处欧洲各轴心国主要战犯的协定》及其附件《国际军事法庭宪章》。法庭管辖的范围是犯有反和平罪、战争罪、反人道罪的欧洲轴心国家的主要战犯。起诉书于 1945 年 5 月 18 日提交法庭,审判即告开始。1946 年 10 月 1 日审判结束。判决 12 人绞刑,3 人无期徒刑,4 人有期徒刑,宣布纳粹党领导机构、秘密警察和党卫军为犯罪组织。

【纽伦堡原则】第二次世界大战后,由控告和惩处欧洲轴心国首要战犯协定、欧洲国际军事法庭宪章、远东盟军最高统帅部特别通告和远东国际军事法庭宪章等国际法文件所形成的国际法原则。1946 年 12 月 11 日,联合国大会一致确认“纽伦堡国际军事法庭宪章及该法庭判决书中所包括的国际法原则”,并指示国际法编纂委员会“把纽伦堡原则制订为一部规定有关破坏人类和平与安全罪的一般法典,或使它同一部国际刑法典相连系”。大会同日还宣布决议,宣告“灭绝种族与人们的良心相冲突,给人类带来巨大损失,违背道德准则及联合国精神和宗旨”,并确认“灭绝种族是文明世界所不容的国际法上的一种罪行”。1950 年,国际法编纂委员会编纂的原则是:(1)从事违反国际法的犯罪行为的人承担责任,并因而遭受惩罚;(2)不违反所在国的国内法不能作为免除国际法责任的理由;(3)被告的地位不能作为免除国际法责任的理由;(4)政府或上级命令不能作为免除国际法责任的理由;(5)被控有违反国际法罪行的人有权得到公平的审判;(6)违反国际法的罪行是:反和

平罪,战争罪,反人道罪;(7)共谋上述犯罪是反国际法的罪行。应当注意的是,国际法委员会在对上述原则进行编纂时删去了国际军事庭宪章规定的“战争之前或战争期间”这一必要条件,反人道罪已超出了战时国际法的范畴而成为平时国际法禁止的一种国际罪行。

【格老秀斯】(1583—1645) 荷兰法学家。由于对国际法的巨大贡献,被称为“国际法之父”。出生于荷兰代尔夫特,8岁时会用拉丁语作诗,12岁进入来顿大学,15岁随一名荷兰政治家出使法国,被法国国王亨利四世称为“荷兰的奇迹”,同年在奥尔良大学获法学博士学位,16岁成为一名职业律师,其后不久担任荷兰史官。1618年因卷入宗教、政治纠纷被判终身监禁。1621年越狱,逃至法国。1634年任瑞典驻法官使。1645年告老还乡途中病逝于德意志洛斯托克的一家旅店。格老秀斯的主要著作有《海洋自由论》、《战争与和平法》和《捕获法》。1925年出版的《战争与和平法》内容丰富,持论公正,风行一时且影响深远,是国际法学上最重要的文献。由于受罗马法时代的影响,格老秀斯致力于昭示超越国家意志的永恒的理性规则,承认国际惯例,但把国际法分为依惯例形成的国际法和依自然法形成的国际法。主要著作以论述自然国际法为主。

【奥本海】(1858—1919) 国际法学家。生于德国法兰克福,后入英国籍。青年时期在获得票据法学位后曾在边沁教授的指导下攻读刑法学,获得很大成功。后因健康原因移居英国,并于1900年入英籍,从此开始研究国际法。在伦敦国际经济政治学院教授国际法时,奥本海将其讲稿汇编,并于1905年出版了《国际法》第一卷,第二年又出版了第二卷。该书出版后受到普遍的好评,奠定了他在国

际法学界的显要地位。一战爆发后,奥本海对其祖国无视战争法规、践踏国际条约的行为极为愤慨,坚信国际法作为一个整体不可能被破坏和消灭,并立志修订出版《国际法》第三版,以恢复即将失去作用的国际法原则。由于日夜劳作,精力耗尽,在此工作完成之前于1919年10月逝世。奥本海去世后,其学生罗克斯伯格继续完成了《国际法》第3版的修订。以后劳特派特与麦克奈尔继续从事此项修订工作,至1957年,该书已出版到第8版。

【条约】国际法主体之间为规定其相互之间的权利和义务关系依据国际法缔结的书面协议。1969年联合国在维也纳通过国际法委员会起草的《条约法公约》,1980年1月27日,公约正式生效。《条约法公约》的内容包括条约的缔结与生效;条约的遵守、适用和解释;多边条约的加入和保留;条约对第三国的效力;条约的修改、终止和停止施行等。公约规定了缔结条约的一般规则,并为大多数国家所接受,成为指导国家间条约实践的重要法律文件。条约的缔结程序一般包括谈判、签字、批准和互换批准书等4个步骤。未在条约上签字的国家可以通过交存加入书的方式成为多边条约的缔约国。国家在对一个条约表示同意时,可以对其中的某些条款提出保留,以摒除或更改这些条款对本国适用时的法律效果。条约一般自生效之日起开始适用,其适用范围包括缔约国的全部领土。条约非经第三国同意,不为该国创设权利或义务。若条约有效期届满,规定事项履行完毕或被代替,条约即行终止;若缔约国退约,条约对退约国终止,但对其他缔约国继续有效;若缔约国退约使条约当事国不足法定生效国数,则条约在全体缔约国间终止;若缔约一方违背条约义务或发生重大情势变迁,缔约国可以单方面终止条约。缔约一方对另一方使用威胁或武力而获致缔结的条约和违反国际法

强行规范的条约,不发生效力。缔约国对在平等自愿的基础上合法缔结的条约,必须坚决遵守,以维护正常的国际关系和国际法律秩序。

【条约的加入】一国或国际组织表示同意承受条约拘束的一种方式。未在多边条约上签字的国家或国际组织于多边条约签署后参加该条约并受其约束的一种正式国际法律行为。双边条约很少有加入的情况。加入一般指参加开放性多边条约或国际公约,如《维也纳外交关系公约》、《海洋法公约》等。根据两个维也纳条约法公约第15条的规定,以加入的方式表示同意承受条约拘束可以有3种方式:(1)条约规定一国或国际组织应用加入来表示这种同意;(2)另经确定,谈判各方协议,该国或国际组织用加入的方式表示这种同意;(3)全体当事方嗣后协议,该国或国际组织应用加入方式表示这种同意。加入不以条约是否已生效为先决条件。一国或国际组织既可以加入已生效的条约,也可以加入尚未生效的条约,条约的生效也部分地依赖加入书的交存。例如,《维也纳条约法公约》第84条规定:“本公约应于第三十五件批准书或加入书存放之日后第30日起发生效力。”对于已生效的条约,除非条约另有规定,加入国或国际组织一般从加入之日起享有条约的权利和承担条约的义务。加入方的地位与原始缔约方的地位相同,即都是条约的当事方。除非某一当事方对条约提出保留,所有条约当事方享有的权利和承担的义务相同,而不以其是原始缔约方或加入方而有所不同。加入条约的决定由哪个机关作出由各国国内法或国际组织规章规定。《中华人民共和国缔结条约程序法》第21条规定:“加入多边条约和协定,分别由全国人民代表大会常务委员会或国务院决定。”中华人民共和国成立以后,特别是联合国等国际组织恢

复中国合法席位后,中国先后加入了一系列国际公约和多边条约,例如,1963年4月24日《维也纳领事关系公约》(1979年7月3日加入、1972年8月1日对中国生效)。《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》(1992年7月1日加入,1991年10月15日对中国生效)。到20世纪90年代初,中国已加入160多个国际条约。

【条约的批准】缔约国的国家元首或其他有权机关代表本国同意承受其全权代表所签署的条约的拘束的表示。国际组织一般用正式确认表示批准。根据两个维也纳条约法公约第十四条第一款的规定,遇有下列情形之一,一国承受条约拘束之同意,以批准表示:(1)条约规定以批准方式表示同意;(2)另经确定谈判国协议需要批准;(3)该国代表已对条约作须经批准之签署;(4)该国对条约作须经批准的签署的意思可见诸其代表所奉之全权证书,或已于谈判时有此表示。各国国内法一般都规定特定的条约必须经过批准。《中华人民共和国缔结条约程序法》第七条规定,须由全国人民代表大会常务委员会批准的条约和重要协定有:(1)友好合作条约、和平条约等政治条约;(2)有关领土和划定边界的条约、协定;(3)有关司法协助的条约、协定;(4)同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定;(5)缔约各方议定须经批准的条约、协定;(6)其他须经批准的条约、协定。如果条约须经批准,一般也在条约中加以直接规定。批准是一缔约国同意承受其全权代表所签条约的拘束的表示。因此,批准只是条约生效的前提,但不等于使条约发生效力。对于双边条约,只有经双方批准并互换批准书之后一定时期,条约方生效力。如:1992年3月31日签署的《中华人民共和国和突尼斯共和国领事条约》第五十条规定:“本条约自互换批准书之日起第三十天开始生效”。对于多边条约,只有当交存批准书、正式

确认书或加入书的国家或国际组织达到条约所规定的生效数目的一定时期,条约即生效力。对于已经生效的多边条约,批准国交存批准书后的一定时期,条约即对该国生效。一国是否批准其全权代表所签署的条约应由该国自己决定。从法律上说,各国没有必须批准其全权代表所签条约的义务,但从道义上说,各国对其全权代表所签条约应予批准。从国际实践看,各国对其全权代表所签条约一般都予以批准,但是,长期不予批准或拒绝批准其所签条约的事例也时常发生。据统计,美国从 1789—1946 年拒绝批准的条约多达 100 件以上,无限期推迟批准的条约有 50 余件。

【条约的单方面废除】缔约一方单方面宣布废弃其所缔结的某一条约的行为。如果缔约一方只是不履行某一条约所规定的义务而不宣布废除该条约,则不构成单方面废除条约。根据国际法,缔约方有义务履行其所缔结的一切合法、有效的条约。因此,合法、有效的条约均应遵守。国际法禁止废除合法、有效的条约。当条约本身违反国际法或失去履行条约的条件或者条约一方违反条约规定时,缔约另一方可以终止或废除某一条约。条约单方面废除还有以下 3 种情况:(1)废除不平等条约。不平等条约曾是帝国主义奴役和掠夺广大弱小国家的工具,是帝国主义殖民政策的产物。由于这种条约本身违反了国际法,属于非法条约,因此,受害的一方完全可以将其废除。两个维也纳条约法公约第五十二条规定,条约系违反联合国宪章所含国际法原则以威胁或使用武力而获缔结者无效,如 1914 年土耳其宣布废除领事裁判权条约。1949 年《中国人民政治协商会议共同纲领》第五十五条规定:“对于国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定,中华人民共和国中央人民政府应加以审查,按其内容,分别予以承认,或废除,或修改,或重订。”说

明了中华人民共和国政府对国民党政府所订条约的整个态度,其中包括了废除不平等条约这一不可争辩的权利。发达国家在向发展中国家提供贷款或援助时,附加种种条件,迫使发展中国家接受的条约也是违反国际法的不平等条约。(2)因他方违约而终止条约。根据国际法和国际实践,缔约一方违约,缔约另一方有权援引违约为理由而终止某一条约。两个维也纳条约法公约第六十条规定:双边条约当事国一方有重大违约情事时,他方有权援引违约为理由,终止该条约;多边条约当事国之一有重大违约情事时,其他当事国有权一致协议在各该国与违约国关系上或在全体当事国之间终止该条约。如1977年索马里政府宣布废除1974年签订的索苏友好条约,因前苏联政府在文字上或精神上已经单方面废除这项友好条约。(3)条约因履行条约的基本情况改变而终止。条约签订以签订条约时的情势不变(情势不变原则)为前提,一旦情势发生根本变化,缔约方可援引情势变迁为理由而终止条约。两个维也纳条约法公约第六十二条对此作了有关规定。国际实践中依据“情势变迁”原则而废止条约的情况不太多。1963年3月法国宣布退出北大西洋公约组织被认为是引用“情势变迁”原则单方面废约的一个实例。此外,条约还可因为发生意外不可能履行而终止。如因为实施条约所必不可少的标的物永久消失或毁坏而不可能履行条约时,当事国可援引不可能履行为理由而终止条约。

【条约的终止】又称条约的失败。因条约到期,或由于某种事实或原因的存在而使条约失去效力的情况。条约的终止不同于条约的无效,条约的无效指条约本身违反国际法而根本不发生效力。条约必须遵守是公认的国际法准则,但是,当条约有效期限届满,或存在某种使条约失效的事实或原因时,条约就失去其应有的效力。对于

终止条约的原因,两个维也纳条约法公约规定:(1)条约依条约规定或经当事方同意而终止。如条约所规定的有效期限或延长期限届满,缔约各方不再根据条约的规定而予以延长时,条约即告终止;如条约规定因退约而使该条约之缔约国不足一定数目时终止,当条约当事国低于这一数目时,条约即行终止;如条约签署后缔约各国一致同意终止该条约,该条约即告终止。(2)条约因缔结后订条约而默示终止。当前的国际实践一般是在新条约中明文规定旧条约的处理方法。(3)条约因违约而终止(见“条约的单方面废除”)。(4)条约因发生意外不可能履行而终止(见“条约的单方面废除”)。(5)条约因履行条约的基本情况改变而终止(见“条约的单方面废除”)。(6)条约因与一般国际法新产生之强制规律相冲突而终止。遇有新的一般国际法强制规律产生时,任何与该规律相抵触之现有条约即成为无效而终止。此外,两个维也纳条约法公约还规定:(1)对于没有终止规定的条约,当事方一般不得予以终止;(2)多边条约并不仅因其当事方数目减少到生效所必需的数目以下而当然终止;(3)外交或领事关系的断绝并不当然影响彼此间由条约所确定的法律关系。在发生战争的情况下,一般来说,交战国之间的条约可能终止,也可能停止施行,但有关战争方面的法规不能终止。关于根据条约规定所开展的活动在条约终止后的效力问题,根据国际实践,其效力应是永久的。至于双方根据条约规定所开展的合作,在条约有效期限届满后应直至其履行完毕。

【条约的修正、修改】条约的修正指条约的全体当事方对多边条约进行的更改;条约的修改指条约的部分当事方彼此间对条约进行的更改。修正和修改都是对条约进行部分更改,但参加更改的当事方的范围有所不同。多边条约有可能在全体当事方间进行修正,也

有可能在部分当事方间进行修改,双边条约的更改则只有一个程序。条约的修正和修改是更改条约的两个不同程序。关于在全体当事方之间对多边条约进行更改,两个维也纳条约法公约规定:在全体当事方之间修正多边条约的建议应通知全体缔约方,各缔约方有权参加对这种建议采取行动的決定,也有权参加修正条约的任何协定的谈判和缔结。关于条约修正程序和修正案的生効,一般都在条约中加以明文规定。如《联合国宪章》第108条规定:“本宪章的修正案经大会会员国三分之二表决并由联合国安全理事会会员国三分之二,包括安全理事会全体常任理事国,各依其宪法程序批准后,对于联合国所有会员国发生效力。”关于在部分当事方间对条约进行更改,两个维也纳条约法公约规定,条约内必须有关于修改的规定,或者某项修改不为条约所禁止,并且不影响其他当事方的权利和义务,也不涉及有效实现整个条约的目的和宗旨。如果部分当事方彼此之间按上述规则对条约进行了修改,应将修改内容通知其他当事方。如1935年英德签订的海军装备协定,是对1919年《凡尔赛条约》第五部分的修改。关于双边条约的修改,不论条约中有无关于修改的规定,缔约双方嗣后都可以对其加以修改。条约中有关于修改的规定,缔约双方则按条约规定的修改程序进行修改;条约中没有关于修改的规定,缔约双方嗣后可达成修改条约的协定。

【条约的接受】一国或国际组织同意承受条约拘束的表示。按照传统的国际法,一国同意承受条约拘束的方式主要有签字、批准、加入以及交换文书等。第二次世界大战后,国际条约实践中还出现了接受、赞同、正式认可、核准等作为同意承受条约拘束的方式。根据国际条约实践,接受之前可以签署条约,也可以不签署。不经签署

的接受相当于加入。如1948年《国际海事组织公约》第七十一条规定,任何国家都可以用签字或接受方式成为该公约的缔约国。规定中所指的接受即加入。须经签署的接受相当于批准,是一种简易程序的批准。根据批准程序,条约经签署后,必须将条约按律法规定提交议会作出批准的决定,这种批准的程序复杂、费时,有可能影响条约的及时生效。为了简化缔结条约的程序,对于可以不须立法机关批准的条约,国际实践中采用了接受作为同意承受条约拘束的方式,这种简易的接受方式通常由一国行政机关作出。《中华人民共和国缔结条约程序法》第十二条规定:“接受多边条约和协定,由国务院决定。”对于条约的接受,两个维也纳条约法公约作了如下规定:一国或国际组织承受条约的拘束的同意以接受或赞同方式表示者,其条件与适用批准者同。公约中的接受指须经签字的接受,不经签字的接受归入加入一类。

【条约的登记】缔约各方将其所缔结的条约在条约生效后送交国际组织(现主要指联合国秘书处)存案并公布的一种制度。双边条约由缔约双方交送;多边条约由保存国家或国际组织交送。由于第一次世界大战以前各国缔结大量秘密军事同盟条约,导致了大规模的世界大战。鉴于秘密条约所导致的世界大战给世界人民带来惨不堪言之战祸,人们开始主张为了和平的目的将条约副本送交国际组织予以公开。最初进行这种尝试的是国际联盟。《国际联盟盟约》第十八条规定:“嗣后联盟各会员国所订条约或国际协议应立即送交秘书处登记并由秘书处从速发表。此项条约或国际协议未经登记以前不发生效力。”由于这一制度将登记作为条约生效的前提条件,不仅没有防止秘密条约的缔结,而且起了限制登记的作用,因此,在国际联盟存续期间,到国际联盟登记的条约并不多。

《联合国宪章》第一 二条规定：“一、本宪章发生效力后，联合国任何会员国所缔结的一切条约及国际协定应尽快在秘书处登记，并由秘书处公布之。二、当事国对于未经本条第一项规定登记之条约或国际协定，不得向联合国任何机关援引之。”避免了将登记作为条约生效前提条件的弊端。为实施该条的规定，联合国大会先后通过决议，规定凡由联合国一个以上的会员国于 1945 年 10 月 24 日以后（即《联合国宪章》生效之日后）缔结的任何条约和协定，不论其形式、名称如何均应尽快在秘书处登记。登记制度最初是为克服秘密条约的弊端而产生，随着国际和平环境的建立和发展，登记制度起到了公开有关条约的信息的作用。

【中华人民共和国缔结条约程序法】中国规定缔结条约程序方面的法律。1990 年 12 月 28 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过，并于该日公布施行。《缔结条约程序法》是在总结中国缔结条约的经验并根据 1982 年宪法制订的，共 21 条。规定了该法的适用和比照适用范围，中国缔结条约的决定、批准和管理机关，缔结条约的名义，缔结条约的程序，全权代表的委派，全权证书的颁发，须经批准、核准、备案和登记的条约范围，加入和接受条约的程序，条约的文字，条约的保存、公布以及交联合国秘书处登记等。《缔结条约程序法》的颁布使中国同外国缔结条约时有法可依。

【条约的解释】对条约具体规定的含义加以正确的分析。正确了解条约的含义是履行条约的前提，因此，条约的解释在条约法上占有十分重要的地位。条约的解释，按解释主体的不同，可分为学理解释和官方解释；按解释效力的不同，可分为有权解释和非有权解释；按解释方法的不同，可分为文法解释和逻辑解释；按解释尺度

的不同,可分为扩充解释和限制解释等。根据国际法,条约的解释权属于缔约各方,因此,只有缔约各方才有权解释他们所缔结的条约。这一原则来自古罗马法的“谁制定的法律谁就有权解释”。缔约各方对条约的解释发生分歧不能通过协商取得一致时,由谁来解决条约解释的分歧问题仍应由条约当事各方自己决定。因此,缔约各方既可以在条约中规定有关解释的条款和解决解释分歧的程序,也可以事后就条约的解释达成一项新的协议。条约的解释必须根据一定的规则进行。两个维也纳条约法公约对条约的解释提出了一项重要规则,即“条约应依其用语按其上下文并参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义,善意地加以解释。”还规定了大量解释条约的材料以及其他一些解释规则。

【条约的抵触】几个条约的规定互相冲突,即由缔约方后订条约的内容与其先订条约的内容发生矛盾所引起的哪个条约应居优先地位的问题。原则上,条约各当事方不应缔结含有与前条约义务相冲突的条约,因为相互冲突的条约义务无法履行。《联合国宪章》第103条规定:“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先。”避免了与《联合国宪章》相抵触的条约所带来的法律上的不确定性。但是,随着缔约各方所缔结的条约的数目日益增多,前后所订条约相互冲突的情况难以避免。两个维也纳条约法公约第30条规定以不违反《联合国宪章》第103条为限。关于同一事项先后所订条约的原则主要是:如果条约中明文规定该条约不得违反先后所订条约,或不得视为与先后所订条约不符,则该先后所订条约应居优先;如果条约中没有明文规定,那么,在先条约的当事方同时也是后订条约的当事方。在订立后条约时没有终止或停止施行先条约

的情况下,先条约仅在其规定与后条约相符的范围内才适用;如果后条约的当事方不包括先条约的全体当事方,在同为先后两个条约的当事方之间,先条约也仅在其规定与后条约相符的范围内适用;在为两条约的当事方与仅为其中一个条约的当事方之间,其权利和义务,依各方同为当事方的条约的规定办理。

【条约的效力】条约的法律拘束力。任何有效之条约对其当事方均具有拘束力,即条约当事方有履行条约的义务。条约对当事方的拘束力最初源于条约必须遵守的习惯国际法,后被众多的国际条约确认。《联合国宪章》序言指出:“尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务。”两个维也纳条约法公约第二十六条更加明确地规定,凡有效之条约对其各当事方有拘束力,必须由各方善意履行。关于条约效力的时限,两个维也纳条约法公约第二十八条规定,条约不溯既往。因此,条约中没有相反的规定时,条约只从生效之日起对当事国有拘束力,而对其生效前所发生的行为或事实、或在其生效前已消灭的情势无拘束力。条约的终止并不当然地导致根据条约规定所实施的行为的终止,特别是根据众多的合作协定所实施的行为应至其履行完毕。关于条约的效力范围,两个维也纳条约法公约第二十九条规定,除条约另有规定外,条约的效力应及于当事方的全部领土,不论其领土为一连续的整体或由数个岛屿组成。关于条约的效力,还涉及条约与当事国国内法的关系的问题。关于条约与当事国国内法的关系,各国宪法规定和实践不尽相同,概括起来,大致可分为两类:(1)以美国为代表的接受型,即承认条约为全国最高法律。中国的法律规定和实践与此相同。(2)以英国为代表的转化型,即在国内执行条约时,原则上必须由国会立法。如果条约规定与国内法相冲突,各国不得援引其国内法而不履行条约所

规定的义务。

【条约的国内效力】条约在缔约当事国国内的法律地位。条约是缔约当事国自由意志的一致表示,缔约当事国有义务采取必要措施,保证对其有效之条约在其领土内的履行。两个维也纳条约法公约第二十六条规定,凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由各该国善意履行。第二十七条规定,一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。各当事方有义务履行对其有效之条约。有的条约甚至明文要求当事国制订特别的国内立法以保证条约义务的履行。如:《消除对妇女一切形式歧视公约》第二十四条规定:“缔约各国承担在国家一级采取一切必要措施,以充分实现本公约承认的各项权利。”有些国家的国内法明文规定条约的国内效力,如1958年法国宪法第五十五条规定“依法批准或通过的条约或协定一经公布,具有高于法律的效力,但对于每一条约或协定,均以缔约对方的执行与否作为保留条件。”有些国家虽在其国内法中未明文规定条约在国内法中的地位,但按其习惯,条约处于优于法律的地位。根据中国的法律和实践,对中国有效之条约处于优先于法律的地位。如1982年《中华人民共和国民事诉讼法》第189条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。”也有些国家不承认条约的国内效力,只有当条约转变为国内法后,才被国内法所接受。承认条约的国内效力的国家概括起来,大致可分为四类:(1)国内法优越于条约;(2)国内法与条约地位相等;(3)条约优越于国内法;(4)条约优越于宪法。

【条约的签署】广义的签署包括草签和尚待认可的签署;通常意义

上的签署仅指缔约各方的全权代表在条约正式文本上签字,表示该缔约方对条约约文的认证或同意承受条约拘束的正式国际法律行为。因此,通常意义上的签署具有双重意义:(1)对条约约文的认证;(2)同意承受条约拘束。对条约约文认证的签署表示该项签署还须批准或核准才能使条约产生法律效力;同意承受条约拘束的签署表示该项签署无须批准或核准就使条约直接产生法律效力。

【条约的核准】国际上缔约各方表示同意承受条约拘束的一种方式,一缔约方行政首脑机关同意其全权代表已经签署的条约的拘束的正式国际法律行为。核准是批准的一种简易程序,通常由一缔约方的行政首脑机关作出。两个维也纳条约法公约第十四条规定,一缔约方以接受或核准方式表示同意受条约拘束,其条件与适用于批准或正式确认者相同。各国国内法一般都规定了须经核准的条约范围。中国《缔结条约程序法》第七条规定:“本法第七条第二款所列范围以外的国务院规定须经核准或者缔约各方议定须经核准的协定和其他具有条约性质的文件签署后,由外交部或者国务院有关部门会同外交部,报请国务院核准。”中国与其他国际法主体签订的许多条约,特别是中国与世界银行和亚洲开发银行签订的贷款协定基本都经过核准生效。

国 际 私 法

【国际私法】国际法的重要部分。调整含有涉外因素的民事关系,并决定应该适用哪国法律的法律规范体系。由 4 种规范组成:(1)外

国人民事法律地位规范。规定外国人在居留国哪些范围内享有民事权利、承担民事义务的规范。该规范可以规定在一个国家的立法中,也可以规定在国际条约中。主要涉及与外国人民事法律地位有关的几种法律制度;自然人和法人的国籍、住所;自然人、法人权利能力、行为能力的准据法;国家参加民事交往的法律地位。(2)冲突规范。在调整具有涉外因素的民事关系时,指出该关系应适用何国法律的规范。特点是不直接确定某个涉外民事关系双方当事人的具体权利和义务,仅指出该涉外民事关系应适用何国法律来调整。(3)统一实体规范。在国际条约中规定或在国际惯例中确立的直接规定涉外民事关系双方当事人具体权利义务的规范。广义的统一实体规范指对世界上所有国家或大多数国家都适用的实体规范;狭义的统一实体规范指两个国家之间或某个地区、某个特定集团的国家之间通过条约确定的实体规范。统一实体规范按其法律效力可分为强制性的统一实体规范、非强制性的统一实体规范和建设性的统一实体规范。凡要求当事人必须遵守不得改变的规范属强制性规范。例如1980年《联合国国际货物销售合同公约》第四十一条关于卖方交付的货物必须是第三方不能提出任何权利请求的货物的规定。凡允许当事人在订立合同时可以偏离或变通的规范属非强制性规范。例如关于对外贸易合同的方式,1980年《联合国国际货物销售合同公约》允许合同在形式上不受任何其他条件的限制,可以用书面或其他一切方式成立。建议性的统一实体规范不具强制性,是由双方当事人自行决定是否采用的规范。(4)国际民事诉讼程序和仲裁程序规范。一国法院或仲裁机构在审理涉外民事案件时,法院、仲裁机构、当事人以及其他参与诉讼的人必须遵守的规则、步骤和方法。主要包括:外国人民事诉讼地位;管辖权;司法委托和司法协助;一国法院的判决或仲裁机构的裁决在另外

一个国家的承认和执行。国际私法所调整的民事关系具有以下 3 个特征:(1)是在国际交往中产生的。(2)必然具有涉外因素。包括主体中的一方或双方是外国人,法律关系的客体位于国外,与法律关系之产生、变更、消灭相联系的法律事实发生在国外 3 种情况。(3)国际私法调整的是广义的民事关系,既包括一般的民事关系,也包括国际贸易及与国际贸易有关的国际货物运输、保险、货款支付与结算等各种关系,还包括国际投资关系、涉外婚姻家庭关系、涉外继承关系以及为解决上述各种关系引起争议的诉讼程序和仲裁程序方面的关系。

【国际私法渊源】表现国际私法规范的法律文件的形式。主要有国内渊源和国际渊源两种。国内渊源是:(1)国内立法。各国国内立法中对国际私法规范的规定,有四种不同的规定形式,一是将国际私法规范按其所解决问题的性质,分别规定在民法典或其他法典的有关章节中。1804 年的法国民法典是这一类型的代表。二是以专门法典或单行法规的形式对国际私法规范系统地加以规定。最早采用这一形式的是 1896 年公布的德国民法施行法。三是在民法典或其他法典中列入专篇,系统地规定国际私法规范。中国 1986 年颁布的《中华人民共和国民法通则》第八章、1991 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》第四篇采用此形式,分别就涉外民事关系的法律适用以及涉外民事诉讼程序作出了专章规定。四是在单个单行法规中,就某个方面的问题制定国际私法规范。英美两国的立法为代表。(2)国内判例。英美普通法国家的主要渊源。国际渊源是:(1)国际条约。两国或数国之间关于确定、变更或终止相互之间权利义务关系的协议。就其参加国的多少,可分为双边国际条约和多边国际条约。分别就国际私法中外国人的民事法律地位、国际

贸易、运输及支付、知识产权、国际经济与技术合作、婚姻、家庭、继承、诉讼与仲裁等问题作出了约定。(2)国际惯例。在国际交往中经过反复实践所形成的行为规则。国际惯例作为国际私法的渊源必须具备两个条件,一是经长期普遍的实践而形成通则;二是必须经国家或当事人接受为法律。国际私法中的国际惯例,大量的的是实体法上的有关制度,是在长期商业实践的基础上产生的,后来又经统一编纂和解释而变得更准确的商事惯例。

【法则区别说】13 世纪由意大利法学家巴托鲁斯提出,为国际私法的发展奠基的学说。以法则作为研究的出发点,将法则区别为不同的种类而分别决定其适用的范围。其发展可分为 3 个阶段:第一阶段是意大利法则区别说。13 世纪中叶以后,为意大利后期注释法学者创立,由后来的法国法学家继承和发展。代表人物是意大利著名法学家巴托鲁斯。中古时代,意大利以罗马法作普通法。11 世纪以后,意大利的经济、政治情况发生了变化,北部及中部城市不仅工商业蓬勃发展,还制定了各自的法典,包括本城市的习惯法和新创制的法律,各个城邦的法则又不尽相同。随着各城邦间商业发展的日益繁盛和人民往来的密切,法则之间常有冲突发生。于是后期注释法学派的工作重点放在解决这一法律抵触问题上。将法律分为人法、物法、行为法 3 大类。人法,即人之住所地法,用来调整与人有关的法律关系;物法,即物之所在地法,用来调整与财产有关的法律关系;行为法,即行为地法,用来调整与契约有关的法律关系。第二阶段是法国法则区别说。16 世纪以后,法则区别说的中心转移到法国,以法国学者杜摩兰为代表。杜摩兰是国际私法中当事人意思自治说的创始人,把法则分为:(1)关于程序和行为方式的法则。(2)关于法律关系内容的法则。可区分为两种,一种是不问

当事人意思而必须适用的法则,可区分为物的法则和人的法则两个分支。另一种是依当事人的意思,决定其应适用的法则。第三阶段是荷兰的法则区别说,以胡伯为代表。胡伯著有《论罗马法与现行法》,其中第二编题为“各国法律的冲突”,阐述了以下 3 大原则:(1)每一国家的法律在其领土的界限内有其效力,并拘束其全体居民,但在此界限以外并无效力。(2)在一国领土界限内的一切人,不论是定居在该领土的界限内,或只是暂时居留,都应视为该国的公民。(3)各国统治者为“礼让”起见,应互相尊重他国法律,在不妨碍本国权益的限度内,使其保持效力。

【普遍主义—国际主义派】由德国萨维尼奠基,盛行于 19 世纪欧美两洲的国际私法学派。主要代表人物有德国的萨维尼巴尔、齐特elman;法国的魏斯、华耶;意大利的曼西尼;荷兰的杰特等。其学说内容互有不同,以萨维尼和曼西尼的学说影响较大。该派学者认为国际私法的一些原则可以从超越于国家之上的国际法或自然法推演而得,根据这些原则能构成一个普遍的冲突规则体系,用以界限各国的立法管辖权,对各国均有拘束力。该学派所追求的,是实现冲突规则方面的国际统一,几乎都从“国家共同体”的观念出发,试图证明在客观上存在或应该存在约束各国的统一的、普遍的规则。萨维尼在其 1849 年出版的《现代罗马法制报》中阐述了他的国际私法理论,认为冲突法的科学基础“在于各国之间的互相依赖”。由于存在国家间相互依赖的客观情况,所以才有相互交往的国家所组成的国际社会的存在,才要求国家间相互适用法律,形成一个“法律共同体”。冲突法的任务,是应当在法律冲突事件中,使一个法律关系,不论判决由哪国作出,都适用统一的法律,得到同一的解决。关于解决法律冲突的方法,萨维尼抨击并摒弃了法则区别说从法

律规则出发进行研究的方法,提出了著名的法律关系本座说。认为任何法律关系,按其本质,都要归向一个特定的地域,这个特定的地域,就是法律关系的本座,冲突法的任务是要找出这一法律关系与某一特定地域的基本联系。住所是人的归属之处,人的身份关系、行为能力应以住所地为其本座。住所地法是这类法系的准据法。对可知觉的存体物的权利,以存体物所存的空间为其本座,所以对存体物的权利不管是动产还是不动产,一概适用物之所在地法。对无体物的债权,因其没有存在的空间,应以债务履行地为其本座,因为债务履行地是债务关系实现的空间。法律行为的冲突,概以行为地法为其本座。萨维尼提出了一个解决法律冲突的新方法,影响深远,其学说不仅在 19 世纪末支配整个欧洲大陆并影响英美,至今仍然影响着很多国家的国际私法学者和立法。

【特殊主义—国家主义派】19 世纪末叶代替普遍主义—国际主义学派兴起的国际私法学派。代表人物有德国的科恩纽梅耶、沃尔夫、梅希奥;法国的巴丁、巴迪福;英国的载西、戚希尔;美国的比尔、库克、劳伦森等。这一派学者认为国际私法不是普通的而是特殊的,不是国际的而是国内的,各国国际私法只是自己国内法的一个分支,不仅因为各国国际私法的渊源主要是国内立法和判例,而且各国国际私法的冲突规则在相当程度上是不同的。例如,关于自然人的身份和能力,英、美、北欧和大多数拉丁美洲国家适用当事人住所地法,而中欧、西欧和非洲国家适用当事人本国法。他们认为普遍主义—国际主义学派主张有一个适用于世界各国的冲突规则体系不过是幻想。特殊主义时常伴随有国家主义,认为内国法是民族精神的体现,在法律适用上对国内法、外国法采取不平等态度。

【冲突规范】由国内法或国际公约规定的,指明为同性质的涉外民事法律关系应适用何国法律的规范的总称。是国际私法的特有规范,主要特点是仅指定某种涉外民事法律关系应适用何国法律,并不直接规定涉外民事关系中双方当事人的具体权利和义务。因此是法律适用规范,而不是实体规范。其本身结构分为两部分,前一部分指出该规范所要调整的法律关系,称为“范围”;后一部分指出该法律关系所要适用的法律,称为“系属”。由于系属的不同,冲突规范可分为4个种类:(1)单边冲突规范。指在冲突规范的系属中直接指明应适用某个特定国家法律的规范。有两种情况,一种是直接指明某特定范围的法律关系应适用国内法的规范,另一种是直接指明某特定范围的法律关系应适用某特定的外国法的规范。(2)双边冲突规范。指某系属并不直接规定适用国内法或外国法,只规定一个可推定的系属,根据这个系属结合涉外民事法律关系的具体情况推定应适用某一国法律的冲突规范。例如《中华人民共和国民法通则》第一百四十七条规定:“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”(3)重叠适用的冲突规范。其系属有两个或两个以上并须同时适用于某种涉外民事法律关系的冲突规范。例如,1902年在海牙订立的《关于离婚与别居的法律冲突和管辖权冲突公约》第2条规定:“离婚之请求,若非依夫妇之本国法及法院地法均有离婚之原因者,不得为之”。表明离婚问题必须同时适用夫妇之本国法和法院地法,只有两者均认为有离婚原因时,才准许当事人离婚。(4)选择适用的冲突规范。其系属有两个或两个以上,选择其中之一来调整有关涉外民事法律关系的冲突规范。根据选择的方式可分为两类,一是无条件的选择性冲突规范。冲突规范中所列的系属,地位相等,没有先后之别、主次之分,当事人可

从中任选一个系属适用。二是有条件的选择性冲突规范。其系属有两个或两个以上,要求必须依顺序或有条件地选择一个来调整涉外民事法律关系。

【法律冲突】对于同一民事关系因所涉及各国立法不同且都主张对它管辖,从而产生的法律适用上的冲突。其产生是由以下几个因素相互作用的结果:(1)各国民事法律制度不同。由于各国民事法律规定互不相同,对同一涉外民事法律关系,因适用不同国家的法律必然产生不同的结果,于是提出应适用何国法律来确定当事人权利义务的问题。(2)各国人民之间通过正常民事交往,结成各种涉外民事法律关系。这一因素为民事法律冲突的产生提供了客观基础。如果各国人民之间没有存在民事交往,各国民事法律仅在本国范围内实施,民事法律冲突便无从产生。一旦进行正常的民事交往,必然会提出依哪国法律结成涉外民事关系及在相互关系中发生争议应适用哪国法律的问题,这是法律冲突的实质所在。(3)各国在一定条件下承认外国民事法律在国内的效力,任何法律都有一定的效力范围,即域内效力和域外效力。法律的域内效力指一国法律所具有的及于其管辖领土内一切人、物和行为的效力,表现了国家的属地优越权;法律的域外效力指一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力。表现了国家的属人优越权,需要各国在相互交往中根据主权原则和平等互得原则彼此协调相互承认。由于各国相互承认外国民事法律在国内的效力,于是提出了对某一涉外民事法律关系究竟适用何国法律的问题,或者说产生了外国法律的域外效力与国内法律的域内效力或国内法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。

【识别】又称定性或归类。在适用冲突规范时,依照某一法律制度对有关的事实或问题进行分析,将其归入一定的法律范畴,并对有关的冲突规范进行解释,从而确定何种冲突规范适用于何种事实或问题的过程。包含两个相互制约的方面,一方面是对有关的事实或问题进行的识别,即对涉外民事案件所涉及的事实或问题加以分类或定性,将其纳入特定的法律范畴;另一方面是对冲突规范本身的识别,即对冲突规范所使用的法律术语进行解释,包括对冲突规范中“范围”及“连结点”的解释。识别的产生有两个原因:(1)不同国家对同一涉外民事案件所涉及的事实确定了不同的法律性质。由于各国法律文化背景不同,对许多事实的定性常有很大差异。例如英国把时效视为程序法问题,德国则把时效视为实体法问题;法国法将父母对子女的许婚视为结婚能力问题,英国法则将其视为婚姻形式问题。导致不同国家的法院对同一案件的事实给予不同的定性,适用不同的冲突规范,并因此得出不同的判决结果。(2)不同国家对同一问题规定的冲突规范具有不同的含义。例如,各国都主张“不动产依不动产所在地法”,但各国对动产、不动产有不同的理解。如法国认为蜂房属于动产,荷兰则视为不动产。由于各国存有差异,法院在运用冲突规范处理涉外民事案件时,有必要对有关的冲突规范进行解释。关于法律识别,各国立法及实践作法不一,归纳起来有几种主张:(1)依据法院地法识别说。为德国学者卡恩和法国学者迈丹所倡导,认为一个国家的国际私法既然是某国内法的一部分,一切国际私法的规范都与该国国内法基于同一基础和目的,受理案件的法院只应该依自己国家的法律观念和理论进行识别。(2)依据准据法识别说。为法国学者德帕涅和德国学者沃尔夫所倡导,主张依照法律关系本身的准据法来解决该法律关系的定性问题。实践中这一主张使用很少。(3)分析法与比较法说。

为德国的拉伯尔和英国的戚希尔等所提倡,认为冲突规则中所使用的概念与实体法中的概念常相互独立,而非必然同一,识别过程应该始终按照分析法学的原则和在比较法研究基础上形成的普遍适用的基本原则进行,而不受国内法的影响。对不同案件依不同法律进行识别的理论是前苏联学者隆茨的主张。认为实践中不存在识别的普通依据,一切取决于案情,应按不同案件分别依据不同的法律进行识别。四种理论均有可取之处,但在实践中大多数国家的作法是以法院地法作为识别的主要依据,必要时兼顾其他有关国家的解释。

【反致与转致】国际私法中两个相关联法律术语。反致指对于某一法律关系,依法院国冲突规范的规定本应适用某一外国法,而按照该外国冲突规范的规定,应该适用法院国的法律作准据法,结果法院根据自己国家的法律判决案件的情况。转致是对于某一民事法律关系,依法院国冲突规则本应适用甲国法,而该外国冲突法规定,此种法律关系应适用乙国法,最后法院以乙国实体法判决案件的情况。反致和转致的产生有两个条件:(1)法院国及所涉及的国家的冲突规范所使用的连结点不同;(2)法院国在适用法律时顾及了有关外国的冲突规范的规定,即认为法院国的冲突规范指定的外国法包括了该外国法中的冲突法。反致与转致的产生,源于19世纪后半叶法国法院对福果案的判决,自此案始,反致问题才为国际私法学者关注和讨论。福果是一个非婚生子,1804年出生于巴伐利亚,并取得巴伐利亚国籍,5岁随其母去法国,此后一直居住于法国,直至1869年去世,这时他的妻子已经先死,并无子女。尽管福果的一生几乎都在法国度过,但始终未取得法国国籍,也未取得法国法律意义上的住所。死亡时在法国遗有动产而未立遗嘱,其

母的旁系亲属向法国法院就这笔遗产提出继承要求。依法国冲突法规范,继承应适用死亡者的本国法,即巴伐利亚法,巴伐利亚民法规定旁系亲属有继承权,福果的遗产应归他们继承。但法国法院认为它的冲突规范指定的巴伐利亚法包括了它的冲突法。巴伐利亚冲突法规定,继承应适用死者住所地法,而且巴法允许“事实住所”,法国法院便借此规定,认定福果的住所在法国,结果适用法国继承法中的有关规定,否定了这些旁系亲属的继承权,将遗产收归国库。对于反致,一直有赞成与反对两种尖锐对立的观点。但自 20 世纪 30 年代以来,毫无保留地反对反致和转致的学者,除意大利和希腊的学者以外,已不多见。大多数国际私法学者赞成反致和转致,但主张加以限制。例如主张在以下几种情况下不用反致:(1)在根据当事人意思自治原则适用外国法时;(2)在根据场所支配行为规则适用外国法时;(3)如果采取转致将导致法律适用上无休的循环时。

【公共秩序保留】在依法院国自己的冲突规则本应适用某一外国实体法作准据法时,因其适用会与法院国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触而可排除其适用的一种保留制度。包括以下 3 种情况:(1)按照国内法或国际规范指引应适用某外国法,如果该法的适用将与国内关于道德、社会、经济、文化或意识形态的基本准则相抵触,则不适用该外国法。此时公共秩序保留制度起对外国法加以防范和否定的作用。(2)按照国内的冲突法规则原应适用的外国法,如果予以适用,将违反国际法的强行法则,国内所负担的条约义务或国际社会所一般承认的正义要求时,也可以违反公共秩序为由而不予适用。(3)一国民法中的一部分法律规则,由于其属于公共秩序法的范畴,在该国有绝对效力,从而

不适用与之相抵触的外国法。法典中对公共秩序保留制度的规定方式有 3 种:(1)间接限制外国法适用的立法方式。在有关法律中明确规定该国内立法对涉外民事法律关系的调整具有强制的直接的效力,从而表明排除外国法的适用。(2)直接限制外国法适用的立法方式。在冲突法中规定,外国法的适用与国内公共秩序相抵触时,不得适用该外国法。这种规定方式并未表明哪种外国法其适用属违背国内的善良风俗或法律原则,而反映判断委之于办理案件的法院或法官。因而实际上是一种自由裁量规范,实践中活动伸缩的余地很大。(3)合并限制的立法方式。在国内法中,既有关于某些法律具有直接适用的强制性的规定,又有赋予法院在出现立法不能预见或未能预见的情况时,援用公共秩序排除外国法适用的自由裁量的规定。当援用公共秩序保留制度不适用外国法时,一般各国都适用法院地法。

【法律规避】国际私法上指当事人为利用某一冲突规则,故意制造出一种连结因素,以避开本应适用的准据法,并取得对自己有利的法律适用的逃避行为。应具备以下要件:(1)必须有行为人逃避某种法律的故意,即行为人必须具有逃避某种法律的目的;(2)被规避的法律必须是按照法院地国冲突规范本应适用的法律;(3)被规避的法律属于强行法的范畴;(4)必须是通过改变构成冲突规范连结点的具体事实来实现的,如改变国籍、住所、行为地等,并且这种行为表面上是合法的;(5)规避法律必须是既遂的,即当事人所希望的那个实体法得以适用,其目的已经达到。对于法律规避的效力,各国一般有如下主张:(1)规避国内法、外国法一律无效;(2)禁止规避本国法,允许规避外国法;(3)禁止规避本国法,对规避外国法,应视情况而定,如其规避的是外国法律的正当、合理的规定,应

当禁止,如其规避的是外国法中不合理的规定,应当允许。

【外国法的确定】当一国国际私法规范指示应适用某一外国法时所发生的对该外国法的内容如何确定的问题。国际社会的主张是:(1)当事人举证证明外国法的内容。法国、美国、英国及意大利等国把外国法看作“事实”,用确定事实原程序来确定外国法的内容,即由当事人负责证明外国法的内容。当事人可以提出刊载有关法律内容的权威文件,也可请专家证明。如果双方当事人对所应适用的外国法有一致理解,双方可向法院提出一项协议声明,法官据此肯定涉外国法的内容不必再用其他方式证明。即使当事人对外国法的共同理解是错误的,法官也予肯定,并以此判案。如果当事人对外国法理解不一致,则各自提出证据证明,由法官确定。(2)法官依职权查明。德国、荷兰、奥地利等国认为冲突规范指引的外国法是法律,法官应依职权予以调查,负责查明外国法的内容。(3)法官负责查明,也要求当事人予以协助。瑞士、南斯拉夫等国基本上把外国法视为法律,由法官依职权查明,同时要求当事人提供关于外国法内容的证明。外国法内容经过调查而未能确定时,可以适用与该国法属于同一法系的法律,例如,对比利时民法规定的内容有能确定时,可适用同法系的法国民法典的相应规定。

【系属公式】又称冲突规则。国际私法中,当事人的系属被公式化和固定化的冲突规范。最常见和常用的系属公式有:(1)属人法。指自然人和法人所属国家或住所地的法律,一般用来解决人的身份、能力、家庭关系以及继承等方面的民事法律冲突。(2)物之所在地法。指民事法律关系的客体物所在地国家的法律。用来解决有关物权特别是不动产物权的法律冲突问题。(3)行为地法。指行为发

生地国家的法律。根据不同的行为又可分为合同缔结地法、合同履行地法、使公行为地法、婚姻举行地法。通常用来确认行为方式的有效性。(4)当事人合意选择的法律。指当事人双方自主选择的法律。意思自治学说的立法形式。常在选择涉外合同关系准据法时采用。(5)法院地法。即审理涉外民事案件的法院所在地国家的法律。常用来解决涉外民事诉讼程序的法律冲突问题并在某些特殊情况发生时,代替其他的系属公式。(6)国旗国法、船舶、飞行器悬挂的国旗所属国家的法律。主要用来解决船舶、飞行器在运输过程中发生的法律冲突问题。

【属人法】国际私法中指自然人和法人所属国家或住所地的法律。即以自然人或法人的国籍或住所作为连结点的系属。根据这种系属所确定的准据法,一般用来解决人的身份、能力、结婚的实质要件、家庭关系以及动产继承等方面的民事法律冲突。属人法有本国法即国籍国法和住所地法之分。现代国家出现以前,属人法指住所地法而言,19 世纪初,《法国民法典》首次确定依国籍决定属人法的原则,以后在意大利法学家孟西尼的影响下,这一原则又为 1985 年《意大利民法典》采用。随着各国国内法律的统一及国家主权观念和民族主义思想的扩展,其他国家如德国、葡萄牙、荷兰、西班牙、波兰、苏联、日本及拉丁美洲一部分国家,都以当事人本国法为其属人法。另外一些国家,如英美法系国家、丹麦、挪威及拉丁美洲一部分国家,仍然以住所地法为属人法。

【物之所在地法】民事法律关系客体物之所在地国家的法律。这一系属公式主要解决有关物权,特别是不动产物权的法律冲突问题。其原则产生于 14 世纪的意大利,由巴托鲁斯在法则区别说中提

出。不动产物权以及依附于它的地上权、地役权、抵押权、典权等,由于标的物是固定于一个国家内的土地及其定着物,所以适用物之所在地法已是各国采用的普遍原则,其适用范围是:(1)动产与不动产的划分由物之所在地法决定。通常意义上,动产和不动产的区别,在于是否能从一个地方移到另一个地方。现实经济关系中,各国的法律制度并不只作这种简单的划分。例如在奥地利 1811 年民法典中,将房属上的固定附着物、池塘里的鱼、森林中的走兽作为不动产对待,而大多数国家则作动产对待。(2)不动产物权客体的范围由物之所在地法决定。例如土地、工厂、森林、矿藏、生产资料与生活资料,哪些可以作为私人、集体或国家所有权的客体,必须由物之所在地法决定。(3)物权的内容由物之所在地法决定。如什么样的权利才构成物权,占有权、地上权、地役权、永佃权是否都可以作为物权,如果这些权利都属于物权,其内容如何,是否具有可转让的性质,能否被继承,都由物之所在地法决定。(4)物权取得之方式及转移变更和消灭的条件,由物之所在地法决定。(5)物权的保护方法由物之所在地法决定。由于某些标的物的特殊性或处于某种特殊状态中,使适用物之所在地法成为不可能或不合理,因而物之所在地法原则在适用中有以下几种例外情况:(1)对于运送途中的物,由于其处于经常变换所在地的状态之中,一般不适用物之所在地法。有的主张适用物的所有权人的属人法,也有的主张适用目的地法或起运地法。国际上没有一个普遍适用的冲突规则。(2)关于船舶、飞行器的物权问题。由于它们在经常移动之中,不易确定其所在地,或常处于公海公空之中,无法律存在,因而一般均主张适用其旗国法或注册国法。

【行为地法】法律行为发生地国家的法律。起源于“场所支配行为”

原则。罗马法和英美法认为应该把行为的“方式”与“实质”分开对待,而对行为方式的有效性适用行为地法。由于行为方式的多样性,行为地法又可派生出如下系属公式:(1)合同缔结地法。通常用来解决合同方式、合同是否成立、合同有效性问题。(2)合同履行地法。通常用来解决债务内容,即当事人权利义务关系问题。(3)侵权行为地法。用来解决因不法行为而发生的债务问题。(4)婚姻举行地法。用来解决以哪种方式结婚为有效的问题。

【意思自治说】根据契约自由原则,契约双方当事人有权选择某一国法律作为双方间契约关系准据法的学说。最初出自法国学者杜摩兰《巴黎习惯法评述》一书。由于这一学说与资产阶级民法上的契约自由原则相吻合,反映了资本主义商品经济发展的客观需要,因而为欧洲大陆国家、英国、美国、日本等国的立法和司法实践广泛采纳,成为冲突法中确定合同法律适用的一种主要学说。本世纪以来,中国、前苏联和东欧国家在立法中也吸收了当事人意思自治说的思想。随着意思自治学说的广泛流传,许多国家越来越多地通过国内立法对当事人选择法律的自由作出限制,形成有限的意思自治说。该学说要求当事人对法律的选择不但必须善意、合法,而且所选法律必须与合同存在一定的客观联系。例如大陆法系国家一般要求当事人只能在合同缔结地法、履行地法、物之所在地法、当事人住所地法或国籍国法之间作出选择。美国《统一商法典》也规定,当事人可以选择买方、卖方甚至第三国的法律,但这些国家应与合同有合理的联系。

【法院地法】审理涉外民事案件的法院所在地国家的法律。冲突法的系属公式之一。通常在以下情况下适用:(1)解决有关涉外民事

诉讼程序的法律冲突。根据这一系属公式,一国法院在审理涉外民事案件时一般都适用自己国家的程序法,即法院地法,而不考虑适用外国法。(2)对有些问题在国内立法和国际条约中没有相关的国际私法规范时,各国通常用法院地法解决。(3)关于识别,许多国家主张用法院地法。(4)当冲突规范援引的外国法违反法院地国家的公共秩序时,一般不予适用,而适用法院地法。

【国籍的冲突】由于各国法律规定不同,有时会出现一个人同时具有两个或两个以上的国籍,有的人则无任何国籍的非正常现象。在冲突法上,将前一种情况称为国籍的积极冲突,后一种情况称为国籍的消极冲突。一个涉外案件中,如果一个人具有两个国籍或无国籍,将会使当事人的本国法无法确定,所以解决自然人国籍冲突是国际私法的任务之一。自然人国籍的积极冲突,各国分两种情况加以解决:当事人所具有的两个或两个以上的国籍中有一个是本国国籍时,国际上通行的作法是以本国国籍为准,把该当事人优先视为国内人,以国内法作为本国法;当事人所具有的两个或两个以上的国籍均为外国国籍时,各国实践不一致,归纳起来,有如下几种作法:(1)以最后取得的国籍为准。例如1898年日本《法例》第二十七条第一款规定“应依当事人本国法时,如当事人有两个以上国籍,依最后取得国籍为其本国法”;(2)以当事人住所或惯常居所所在地国国籍为准。如匈牙利1978年国际私法法令第十一条第三款规定“如个人具有多重国籍,但都不是匈牙利国籍,……其属人法为其住所地法”;(3)以与当事人有最密切联系的国籍为准。这种方法既为许多学者所倡导,也被一些国家的立法所采纳。例如1966年施行的《波兰国际私法》第二条第二款规定“具有两个以上国籍的外国人,以同他关系最密切的国家法律为其本国法”。某一国家

的法律与当事人最密切的联系,需综合考虑各方面情况加以确定。自然人国籍消极冲突的解决,在当事人无国籍或其国籍不明确的情况下,一般主张以当事人住所地国的法律为其本国法。当事人无住所或住所不能确定时,以其居所所在地国法律为其本国法。

【法人国籍的确定原则】关于如何确定一个法人国籍的法律原则。法人虽然没有自然人那种意义的国籍,但仍属于一个特定的国家,这种对一个特定国家的属性就是法人的国籍。按照多数国家的立法和实践,法人的民事行为能力适用法人属人法,而法人的国籍则是确定法人属人法的依据,因此,确定法人国籍在冲突法上有重要意义。对于如何确定一个法人的国籍,国际上无一致的做法,归纳起来,有几种主张:(1)法人设立地说,或称法人章程登记地说。认为,法人的国籍应依其设立地而定,凡在国内设立的法人即为国内法人,凡在外国设立的法人即为外国法人。其理由是,一个组织之所以能成为法人,具有民事法律关系的主体资格,是因为一国依法对该组织章程的批准或给予核准登记。或者说,由于一国依法批准或给予登记的行为创设了法人,因而法人应具有设立地国国籍。(2)法人住所地说,或称法人管理中所在地说。认为法人的住所是法人的经营管理或经济活动中心,法人的重大法律行为都在此完成,因而其国籍应依其住所所在地而定。凡在国内有住所的法人为国内法人,在外国有住所的法人为外国法人。(3)成员国籍说或称资本控制说。认为法人是由其设立人建立起来的组织,其权利实际上属于组成法人的自然人,因而法人不能脱离其设立人而独立,只能与其设立人同一国籍。或者说,法人国籍的确定,要看法人的资本控制在哪一国公民手中,然后根据资本控制者的国籍来确定法人的国籍。(4)准据法说。认为法人都是依一定国家法律的规定并

基于该国明示或默示认许而设立的,故法人的国籍应依法人设立时所依据的法律确定。(5)法人设立地和法人住所地并用说。由于确定法人国籍的复杂性,单独采用哪一种主张都不能圆满解决问题。于是有的学者提出并用的主张,兼用法人的设立地和法人的住所地确定法人的国籍。该说已在国际和国内的立法实践中得到支持。

【准据法】经冲突规范指定援用来具体确定涉外民事法律关系双方当事人权利义务的特定实体法。其本身不属于冲突规范范畴,是经冲突规范援用的实体法。由于冲突规范的直接作用只是选择法律,或者说援用准据法,并不能直接调整涉外民事法律关系,只有和其所指定的准据法相结合才能最终调整涉外民事关系,因此准据法的确定在冲突法中具有极为重要的意义。可以成为准据法的法律分别为国内实体法和统一实体法。国内实体法包括本国实体法和外国实体法;统一实体法包括国际惯例和国际条约。准据法作为冲突法的一个特殊范畴,具有以下特点:(1)必须是通过冲突规范所指定的法律。(2)是能够具体确定涉外民事法律关系的当事人权利义务的实体法。是虽经冲突规范的指引但不能用来直接确定当事人权利义务的实体法。譬如在接受反致、转致的情况下国内冲突规范所援用的外国冲突规范,不是准据法。(3)一般依据冲突规范中的系属并结合有关涉外民事案件的具体情况确定。例如,在“婚姻方式依婚姻举行地法”这条冲突规范中,“婚姻举行地法”是系属,为了确定某一涉外婚姻方式的准据法,法院需将该亲属中的“婚姻举行地”与该案件中的具体情况结合起来考察。如果婚姻举行地在中国境内,中国法就是规范该婚姻方式的准据法。

【自然人权利能力的准据法】根据冲突规则的指引自然人的权利能力应适用某一国家的实体法。权利能力指自然人在法律上能够享有权利并承担义务的资格。依现代国家的法律,自然人的权利能力始于出生,终于死亡。其准据法的确定原则主要是属人法。自然人民事权利能力的冲突主要表现在如下两方面:一方面为民事权利开始时的冲突。一个人出生后从什么时间起被承认具有法律人格,从而具有权利能力,各国法律规定不同,如有的国家以胎儿出生时间为准认为具备权利能力,而有的国家则以“婴儿出生后存活若干小时”为出生,认为从此时起,婴儿才具备权利能力。对国际私法上的此类法律冲突,各国学说和法律大都以出生者的属人法为其准据法。大陆法系国家将其认定为出生者的本国法,英美法系国家则将其认定为出生者的住所地法。另一方面为民事权利终止时的冲突。自然人的民事权利能力因自然死亡、宣告失踪或宣告死亡而终止。此类冲突主要发生于失踪和死亡宣告方面。失踪宣告或死亡宣告是一国法院对失踪人宣告失踪或宣告死亡、借以结束其涉及的法律关系的一种制度,各国虽然普遍遵守,具体规定却差别很大。例如1907年的《瑞士民法典》只有失踪宣告的规定,无死亡宣告的制度;中国民法通则既规定了失踪宣告制度又规定了死亡宣告制度,并对两者的效力作了不同规定。即使是同样采取失踪宣告和死亡宣告制度的国家,其条件的要求也不一致。在这一问题上,法律冲突时有发生。关于涉外失踪宣告和死亡宣告的法律适用,一般有几项主张:(1)适用失踪人的属人法。例如1978年《奥地利联邦国际私法法规》第十四条规定:“死亡宣告及死亡证明程序的要件、效力和撤销,依失踪人最后为人所知的属人法”。(2)原则上适用失踪人本国法,但在本国法院对失踪宣告或死亡宣告有管辖权时适用法院地法。如1966年的《波兰国际私法》第十一条规定:“宣

告失踪人为死亡,依其本国法,死亡宣告亦同。”“但波兰法院宣告死亡时,依波兰法律”。(3)原则上适用失踪人本国法,但涉及在本国的不动产时例外。(4)原则上适用失踪人本国法,但对失踪外国人在国内的不动产以及依国内法成立的法律关系适用国内法。

【自然人民事行为能力的准据法】根据冲突规则的指引,自然人民事行为能力应适用的某一国家的实体法。行为能力指自然人在法律上能够通过自己的行为取得权利和承担义务的资格。依各国法律,人的权利能力始于出生,成年后方具备行为能力。由于各国民法对成年年龄、禁治产制度规定不同,在涉外民事交往中,关于自然人民事行为能力的法律冲突不可避免。对于这类冲突,各国普遍遵行的原则是:自然人的行为能力依其属人法,即依其本国法或住所地法;无国籍人的行为能力,依其住所地法,住所不能确定时,依其居所地法;居所地不能确定时,依其现在所在地的法律。《中华人民共和国民法通则》第八章第一百四十三条规定了自然人民事行为能力的法律适用原则:“中华人民共和国公民定居国外的,他的民事行为能力可以适用定居国法律。”“定居国法律”可以理解为“住所地法”或“惯常居所地法”。根据这一精神可推定,中国公民和定居中国的外国人、无国籍人在中国境内的民事行为能力应受中国法支配。定居国外的中国公民,其民事行为能力依定居国法律。

【物权的准据法】涉外物权关系依冲突规则所应适用的法律。一般以物之所在地法为准据法。参见“物之所在地法”。

【合同的准据法】涉外合同依照冲突规则所应适用的法律。主要有三种主张:(1)意思自治原则,又称主观论。即主张合同适用当事人

自己选择的法律。参见“意思自治说”。(2)客观标志说,即合同准据法的客观论。在19世纪末20世纪初一些学者对意思自治说进行抨击的基础上产生。主要倡导者有德国法学家巴尔、法国学者列瓦尔德巴迪福等人。认为当事人不能就合同的准据法作出选择,合同的准据法只能由法律根据客观的标志予以强制性规定。依据的客观标志有以下几个:合同缔结地、合同履行地、当事人本国或住所地、合同标的物所在地、法院地或仲裁举行地。例如,1928年美洲国家的《布斯塔曼特法典》规定合同关系适用合同缔结地法,就是对客观标志说的应用。随着国际商品经济的发展,合同当事人对意思自治的要求日益迫切,因而使合同准据法的主观论不断发展。当前在意思自治说被普遍接受和采纳的情况下,客观标志已逐渐退居次要位置,成为对意思自治原则作补充的替补性学说。只有当事人放弃选择法律或选择的意思不明时才考虑适用客观标志说。

(3)最密切的联系原则。在当事人未选择法律的情况下,适用与合同有最密切联系国家的法律。该学说注重法律关系与某一地域的联系,主张在诸多的连结因素中,由法官根据案情,从质和量等诸方面进行衡量,找出与该合同有最密切联系的因素,然后根据该因素的指引,适用与合同有最密切联系的国家的法律。《中华人民共和国民法通则》第八章第一百四十五条规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”中国立法采纳的是意思自治说和最密切联系说。

【中国关于合同关系的准据法】根据中国冲突规则的指引涉外合同应适用的实体法。《中华人民共和国合同法》第五条规定:“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选

择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例。”《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十五条也作了同样的规定。从以上立法可看出,中国确定涉外合同准据法的原则是:第一,合同争议适用当事人自己选择的法律。明确按照意思自治学说,承认合同当事人有行使意思自治的权利,即有权选择解决争议所适用的法律。当事人既可以选择中国法,也可以选择外国法,还可以选择国际条约和国际惯例。当事人对法律的选择必须通过书面形式明示作出。第二,确立最密切联系原则为合同准据法的补充原则。在当事人没有选择法律时,适用与合同有最密切联系的国家的法律。该原则赋予了中国法官和仲裁员以决定合同准据法的自由裁量权。法官可在诸多有联系的国家的法律中选出一个联系最密切的国家的法律作合同的准据法。最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》中为法官如何行使裁量权提出了依据。指出:“如果当事人未选择合同所适用的法律时,对下列涉外经济合同,人民法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律。”通常情况下是:(1)国际货物买卖合同。适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的和合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立和合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的,则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。(2)银行贷款或者担保合同。适用贷款银行或者担保银行所在地的法律。(3)保险合同。适用保险人营业所所在地法律。(4)加工承揽合同。适用加工承揽人营业所所在地法律。(5)技术转让合同。适用受让人营业所所在地的法律。(6)工程承包合同。适用

工程所在地的法律。(7)科技咨询或者设计合同。适用委托人营业所所在地的法律。(8)劳务合同。适用劳务实施地的法律。(9)成套设备供应合同。适用设备安装运转地的法律。(10)代理合同。适用代理人营业所所在地的法律。(11)关于不动产租赁、买卖或抵押合同。适用不动产所在地的法律。(12)动产租赁。适用出租人营业所所在地的法律。(13)仓储保管合同。适用仓储保管人营业所所在地的法律。但是,合同明显地与另一国家或地区的法律具有更密切的关系,人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。第三,根据《涉外经济合同法》第五条第二款的规定,在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,排除当事人意思自治,只能适用中国法律。因为该三类合同的缔约地、履行地、物之所在地、当事人一方以及合营的国籍等众多连结因素均集中于中国,依照最密切联系原则,适用中国法是最适宜的。第四,国际法优先原则。中国《涉外经济合同法》第六条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的与合同有关的国际条约同中华人民共和国法律有不同规定的,适用该国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”第五,尊重国际惯例原则。中国《民法通则》第一百四十二条第三款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”

【侵权行为的准据法】涉外侵权行为依冲突规则所应适用的法律。各国立法对侵权行为之债准据法的确定采取不同的原则,有的以一种原则为主,兼采其他原则,有的则同时采取几项原则,视案件的不同情况酌情适用。侵权行为准据法的确定原则主要有以下几种,第一,适用侵权行为地法。侵权行为之债适用侵权行为地法,是

国际私法最早确定的一个原则,也是目前世界上很多国家确立的原则。侵权行为地的确定为,如果侵权行为的有关事实发生于两个或两个以上的国家,须首先确定什么地方是侵权行为地。国际上的主要主张和实践是:(1)侵权行为地是加害人的行为地,即行为人实施加害的地方。欧洲大陆国家及一些拉丁美洲国家的立法接受这一理论。例如1978年奥地利国际私法法规第四十八条第一款规定“非契约的损害求偿权,依造成此种损害的行为发生地国家的法律”。(2)侵权行为地是损害发生地。是美国传统的理论。(3)凡有关事实发生的地方,包括行为发生地和损害发生地在内都可认作为侵权行为地。是20世纪60年代前后美国国际私法学界提出的新理论,主张允许受害人自由选择已发生的不法行为的任何一个环节为侵权行为地,只要受害人认为该地法律对其有利。对侵权行为地法的限制主要有:(1)侵权行为之债的双方当事人具有同一国籍或在同一国家有住所,适用当事人本国法或当事人住所地法。如波兰1965年11月12日《关于国际私法的法律》规定“非法律行为产生之债,依债务原因事实发生地法,但当事人国籍相同又在同一国家有其住所时,则适用该国法律。”(2)有的国家为了保护本国当事人的利益,在法律中对侵权行为地法的适用加以特别限制。如德国1896年《民法施行法》第十二条规定“对于德国人关于其在外国所为的不法行为,不得为大于德国法认许的请求。”第二,适用法院地法。为19世纪上半叶德国法学家韦希特尔和萨维尼倡导。认为各国内国法中关于侵权行为的规则与刑法相似,都具有强行的性质,任何国家只能适用自己的侵权行为规则,而不能适用他国的侵权行为规则。这种理论虽然受到很多国际私法学者的反对,但对美国法的发展有很大影响。第三,行为地法兼法院地法原则。该原则要求侵权行为的成立必须同时符合行为地法和法院地法。各国学

者普遍认为,国内审理侵权行为案件,一律适用国内法律。在外国发生的行为虽然依行为地法律为侵权行为,但只有国内法律也认为构成侵权行为时,才可以考虑适用该外国法(行为地法)。力主该原则的是美国的戴赛和莫里斯。第四,最密切联系原则。20世纪60年代开始的关于侵权行为准据法的一种理论。主张根据每个案件的具体情况确定所应适用的准据法,而不一律机械地适用侵权行为地法。这种观点在美国最为盛行。要求关于侵权行为之债适用与该侵权行为有最密切联系国家的法律。确定这种最密切联系所必须考虑的因素是损害发生地、加害行为地、当事人的住所、国籍、公司的成立地、营业地以及当事人关系的集中地。

【中国关于侵权行为的准据法】《中华人民共和国民法通则》第八章第一百四十六条规定:“侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一个国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或住所地的法律。中华人民共和国不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。”包括3项内容:(1)首先把侵权行为之适用侵权行为的法作为确定侵权行为准据法的基本原则;(2)如果侵权行为发生在同一国籍的双方当事人之间或者在同一国家有住所的双方当事人之间,既可以适用侵权行为地法,也可以适用双方当事人的共同本国法或住所地法;(3)由于各国法律对于侵权行为的认识不同,侵权行为损害赔偿的数额也相差悬殊。为防止某些国家将侵权范围扩大,利用所谓的“侵权行为”要求巨额赔偿,《民法通则》规定中华人民共和国法律不认为是侵权行为的,不能作为侵权行为处理。

【结婚的准据法】按照冲突规则,涉外结婚所应适用的实体法。涉外

结婚发生的法律冲突问题,分为两类:第一类涉及结婚的实质要件。如婚龄、近亲结婚的禁止,尊亲属的同意等。第二类涉及结婚的形式要件。如婚姻是否必须民事登记或宗教婚姻等。关于结婚实质要件的准据法,各国采用的作法有3种:(1)婚姻举行地法。将婚姻看成是一种契约关系,根据场所支配行为原则,婚姻这种关于人身关系的契约,其成立的实质要件应受结婚举行地法律支配。在举行地有效的婚姻,在其他任何地方都有效。采取这一制度的国家主要有美国、巴西、智利和阿根廷等国。(2)当事人属人法。将婚姻关系视为一种身份关系,其所适用的法律应与确定自然人身份与能力法律相同,适用当事人的属人法。由于对属人法的不同理解,可分为两大派,其中采用当事人住所地法的国家有美国、挪威、丹麦等国;采用当事人本国法的国家有法国、日本、比利时、瑞士、荷兰等国。(3)实行混合制度。确定结婚实质要件准据法时,不只采取一项冲突规则,而是以一项冲突规则为主兼采其他原则。欧洲各国近年来制定的冲突法中,多采用混合制度。关于结婚形式要件的准据法,大多数国家采取双重制度。在国内举行的婚姻必须依照国内法所规定的方式;在外国举行的婚姻,必须依照婚姻举行地法或属人法的方式,才认为有效。

【中国关于涉外婚姻的准据法】《中华人民共和国民法通则》第一百四十七条规定:“中国人与外国人结婚适用婚姻缔结地法。”结婚实质要件的准据法,在具体实践中,分四种情况处理:(1)中国公民与外国人在中国境内结婚。这时婚姻举行地法为中国法。男女双方当事人,无论是中国公民还是外国人,都要符合中国婚姻法规定的实质要件。(2)双方都是外国人在中国境内结婚。通常采取两种处理办法,一是允许外国人双方到中国婚姻登记机关进行登记,其结

婚的实质要件适用婚姻缔结地法,即中国婚姻法。二是如果外国人双方同国籍,在互惠的基础上允许他们到该国驻华使馆或领馆办理领事婚姻,适用该国婚姻法,同时要求遵守中国婚姻法的基本原则。(3)中国公民和外国人在中国境外结婚。根据《民法通则》第一百四十七条的规定,其结婚的实质要件适用婚姻缔结地法律,但不得违背中华人民共和国的社会公共利益和中国婚姻法的基本原则(如一夫一妻制),否则该婚姻关系不被中国法律承认。(4)外国人在中国境外结婚。外国人在中国境外依有关国家法律合法缔结的婚姻,中国法律予以承认。结婚形式要件的准据法,根据民法通则第一百四十七条的规定,应适用“婚姻缔结地法”。具体作法是:(1)中国公民与外国人在中国境内结婚的,必须到中国婚姻登记机关登记;(2)双方都是外国人在中国缔结婚姻的,可到中国婚姻登记机关登记,也可在互惠基础上到其驻华使领馆办理领事婚姻;(3)在国外居住的华侨,可依侨居国规定的形式结婚,也可到中国使领馆办理领事婚姻。

【领事婚姻】国家授权其驻外领事在驻在国不反对的条件下,为本国侨民办理结婚手续的制度。外交机关或领事机关在驻在国主持本国公民的婚姻仪式,原则上必须得到驻在国明示或默示的许可,遵守驻在国或本国的法律规定,婚姻双方(在某些情况下婚姻一方)是派遣国的国民。

【离婚的准据法】涉外离婚按照冲突规则所应适用的实体法。各国确定离婚准据法的法律适用原则有 4 种:(1)适用夫妻共同本国法。这种主张认为,离婚关系到人的身份问题,所以在实体法上应受当事人本国法的支配,而且婚姻关系的建立既然依当事人的本

国法,婚姻的解除也应适用同一法律。离婚案中财产的分割、子女的教育和抚养、赡养费的给予等,都与当事人的本国有密切的联系,应适用夫妻双方的共同本国法。例如匈牙利 1979 年的国际私法第四十条规定:“离婚的要件依起诉时夫妻共同的属人法。如果夫妻属人法不同,依最后共同属人法。在无最后共同属人法时,如一方为匈牙利公民,则依匈牙利法,否则依夫妻最后共同住所地法。如果夫妻从未有过共同住所,则适用法院地法。”(2)适用夫妻共同或一方住所地法。采取这一制度的国家认为,住所地是当事人生活的中心,与当事人的关系最为密切,所以离婚应适用夫妻的共同或一方的住所地法。例如英国普通法规定,离婚由起诉时夫妻的住所地法院管辖,英国法院受理的离婚诉讼适用英国法。这里的英国法既是住所地法,也是法院地法。按照英国 1973 年《住所和婚姻诉讼法》,夫妻任何一方起诉时在英国有住所,或有惯常居所居住一年以上,英国法院有管辖权,并且适用英国法。(3)适用法院地法。丹麦、挪威、拉丁美洲国家、美国、前苏联和中国在确定离婚准据法时适用的冲突规则。认为婚姻的解除,涉及法院地国的基本道德、宗教观念以及公共政策必须绝对受国内法律支配。(4)重叠适用夫的本国法和法院地法。德国 1896 年《民法典施行法》在萨维尼学说的影响下首先采取。萨维尼认为离婚涉及法院地的公共秩序,因此应适用法院地法。日本也采取这种制度,日本《法例》第十六条规定“离婚依构成离婚原因的事实发生时夫的本国法,但日本法院只能在日本法也承认该事实为离婚原因时才能作出离婚的宣告。”

【继承的准据法】按照冲突规则涉外继承应适用的实体法。关于继承的准据法,各国法律规定的冲突规则主要有:(1)分割制的规定方式。将动产和不动产区别,分别适用不同的准据法。即对于不动

产继承适用物之所在地法,对于动产继承则适用被继承人的属人法。英国、美国、法国、比利时、阿根廷等国家将属人法规定为被继承人死亡时的住所地法;奥地利、土耳其、卢森堡、匈牙利等国将其规定为被继承人死亡时的本国法。(2)同一制的规定方式。不分动产和不动产,对被继承人所有财产的继承,都适用被继承人死亡时的属人法。现在许多国家都以这种单一的法律作为继承的准据法。在有些国家,这种属人法是被继承人死亡时的住所地法,如瑞士、丹麦、挪威、巴西等。但在较多的国家,这种属人法是被继承人死亡时的本国法,如德国、日本、西班牙、葡萄牙、希腊、荷兰、波兰等。中国法律采取分割制的规定方式,动产继承适用被继承人死亡时住所地法,不动产继承适用不动产所在地法。1985年颁布的中国继承法规定:“中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产,动产适用被继承人住所地法律,不动产适用不动产所在地法律;外国人继承在中华人民共和国境内遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民遗产,动产适用被继承人住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。中华人民共和国与外国订有条约或协定的,按条约、协定办理。”1986年中华人民共和国《民法通则》吸收了上述规定内容,并加以补充和修订,在第一百四十九条中规定:“遗产的法定继承,动产适用被继承人死亡时住所地法律,不动产适用不动产所在地法律。”

【海商法】又称海事法。调整海上运输中发生的和与船舶有关的社会关系的法律规范的总称。海上运输中发生的社会关系主要包括与提单、海上货物运输合同、旅客运输合同、海上保险合同有关的海上运输合同关系;因船舶碰撞,船舶污染海洋环境等事故引起的海上侵权关系;由海上风险责任产生的债权债务关系等;与船舶有

关的社会关系如船舶的法律地位、船舶物权关系;围绕船舶安全和管理发生的一些社会关系。早期的海商法是中世纪从事海上贸易的商人根据海上贸易惯例编纂的习惯法,如通行于大西洋沿岸的奥列隆法,通行于地中海沿岸的海事裁判集(康苏拉地法)以及在波罗的海和北海沿岸适用的维斯比法。前4—前3世纪产生于爱琴海东部的罗得法,是文献记载最早的海商法。早期海商法为地区习惯法,不具有一国国内法的性质。至近现代,各国相继制定本国海商法,使其成为具有特定调整对象的国内法。在“民商合一”的国家,海商法属于民法的特别法,在民商分立的国家,属于商法或商法的特别法,中国的海商法属何法律部门尚无定论,有些学者将其划归民法或经济法部门,有的认为海商法是独立的法律部门。海上船舶运行范围广阔,从事国际货物运输占很大比重,船舶经常在公海上航行,进出外国港口,海事关系多属涉外关系或具有涉外因素的法律关系。海商法具有较强的涉外性,一国制定的海商法,其效力可及于本国海域的外国船舶,外国海域的本国船舶,甚至外国海域的外国船舶。海商法又是专业技术性很强的法律,涉及船舶、船员、航海、货物运输等许多专业技术。中国海商法的表现形式有国内立法、国际条约和国际惯例。

【船舶登记】船舶所有者或对船舶享有某种权利者,向国家授权的船舶登记机关提交有关文件,船舶登记机关经审查,对符合法定条件的予以注册登记,签发证书的法律事实。船舶登记的法律意义是:船舶经过登记,才能取得船舶国籍证书或船舶执照,取得隶属于登记国的法律身份,从事合法的营运活动;经登记注册船舶的合法权利受国家法律保护,船舶的所有权、抵押权、租赁权的取得和转移,须经登记后才发生对抗第三人的法律效力;船舶登记有利于

国家对船舶的监督管理,经登记取得国籍的船舶,在海事纠纷中可据此确定应适用的法律。世界各国的法律都要求船舶必须登记,根据各国对船舶登记条件限制的程度不同,可将登记国分为开放登记国与正常登记国,前者指对登记船舶所有人的国籍和使用船员国籍不加限制,后者则在这两方面作了一般的或严格的限制。根据1988年1月1日起施行的《中华人民共和国海船登记规则》的规定,只有中国人拥有的,并且全部船员都是中国公民的船舶才能在中国登记,取得中国国籍。国家授权的船舶登记主管机关是港务监督局。船舶登记需提交船舶所有权证明文件、经国家港务监督局认可的船舶检验部门签发的船舶技术证书或适航证书。

【提单】承运人在接受所交付托运的货物后,签发给托运人的,用以证明双方已订立运输合同,货物已由承运人接管并保证在目的港按照提单所载明的条款交付货物的书面凭证。在海上货物运输中,提单的法律职能有3种:(1)提单是证明承运人和托运人之间订有运输合同的凭证。提单本身不是合同,托运人为运输货物与承运人办理托运手续时,运输合同已经成立,当提单条款与承、托双方达成的协议不一致时,应以协议为准。(2)提单是承运人按照提单所填内容收到货物的初步证据,若承运人认为提单所记载货物与事实不符,仍可提出确切证据对抗托运人,但对善意接受提单的第三人,承运人不得以相反证据否定提单所载内容。(3)提单是货物所有权的物权凭证,合法持有提单者,占有该项货物,享有处分货物的权利。提单按货物是否已装船分为已装船提单和待运提单;按提单抬头分为记名提单、不记名提单和指示提单;按提单正面有无批注可分为清洁提单和不清洁提单;按运输方式可分为直达提单、海上联运提单和多式联运提单。提单内容分正面记载事项和背面记

载事项,提单正面记载船名、承运人、托运人、收货人、装货港和卸货港、货物名称及详细情况、运费、提单签发等事项。提单背面条款理论上是运输合同的组成部分,但不得与有关提单的国际公约和承托双方事先达成的协议相抵触。

【倒签提单】货物装船后签发的以早于货物实际装船日期为签发日期的提单。通常因为货物装船完毕的日期已经或可能超过信用证规定的装船期限,为使装船日期符合信用证规定,以便结汇,承运人应托运人要求签发此种提单。托运人要求签发此种提单时,常常出具保函,其法律后果与托运人出具保函要求签发清洁提单一样,承运人需承担一定风险。提单签发日期是当事人是否履行合同的重要证据,应与实际装船完毕的日期相符合。倒签提单以伪造的装运日期,掩盖托运人违反合同规定的装运条件的事实,是侵犯买方正当权益的违法行为。对此,买方可撤销合同并要求赔偿损失,承运人为维护企业信誉,也应当拒绝这种做法。

【预借提单】货物尚未装船或正在装船时承运人签的提单。通常在信用证规定的装船日期和交单结汇日期届满时,托运人为结汇,请求承运人先按规定日期签发提单。预借提单与倒签提单一样,都是以伪造的装运日期掩盖实际装船日期的不正当行为。如属托运人与承运人串通对收货人或善意第三人进行欺诈,则是严重的违法行为,受损害的一方可追究对方违约责任和其他责任,并要求赔偿损失。

【保函】在国际货物买卖中,买方和结算银行拒收不清洁提单,托运人为及时向银行结汇,当货物外表不良或有缺陷时,为换取清洁提

单,向承运人出具的一种书面保证。保函中通常许诺:因未将大副收据上的批注转移至提单上,承运人可能承担对收货人的赔偿责任,承运人因此受到的损失,由托运人赔偿。在实践中,如货物表面缺陷并不影响其内在质量,托运人本着诚实信用原则出具保函,经承运人认可,可视为双方达成的一项保证赔偿的协议。保函对托运人有效,但对受让提单的收货人或任何第三人无效。如根据货物状况,签发提单明显损害收货人利益,或托运人有胁迫购买承运人接受保函之嫌,则视为承运人与托运人合谋欺诈善意收货人,保函对托运人无效。承运人不仅无权取得赔偿,而且要对包括收货人在内的任何第三人承担无限赔偿责任。

【海牙规则】全名为《统一提单的若干法律规定的国际公约》。于1924年由欧美26国在比利时首都布鲁塞尔通过,1931年6月2日生效。由于该公约以“国际法协会”于1921年在海牙制定的有关规则为基础,故又称《海牙规则》。公约共16条,其中第一条至第十条是实质性条款,规定了承运人最低限度的责任是在航次开始之前和开航当时,尽适当的谨慎,使船舶适航,妥善和谨慎地装载,操作积载、运送、保管、照料和卸下所运货物。还规定了责任范围、赔偿限额和诉讼时效等等。其主要成就在于通过最低限度责任的规定,限制承运人滥用“契约自由”的原则,单方面任意规定免责条款,侵害提单受让人权利的行为。规则规定承运人可与托运人另定提单条款,但只可加重不可减少或免除这些最低限度的责任。《海牙规则》已被世界大多数国家的立法所采纳,成为调整国际海上货物运输的重要的、普遍适用的法律依据。

【维斯比规则】全名为《修订统一提单若干法律规定的国际公约的

议定书》。于 1968 年 2 月 23 日在布鲁塞尔召开的,由 53 个国家或地区的代表参加的第十二届海洋法外交会议上通过。由于 1963 年国际海事委员会在斯德哥尔摩开会讨论该议定书时,曾到哥特兰岛区首府维斯比城签署议定书草案,因而议定书简称《维斯比规则》。经议定书修订的《海牙规则》称《海牙—维斯比规则》。第二次世界大战后,由于国际形势的变化和造船技术的进步及通货膨胀的影响,《海牙规则》规定的承运人责任限额过低的问题日益显露,适用范围也过于狭窄。因此,《维斯比规则》对《海牙规则》作了某些修补,提高了承运人对货物损害赔偿的最高限额,明确了集装箱和托盘运输中计算货物损害最高赔偿责任的数量单位,但对《海牙规则》的基本原则未作实质性修改。《维斯比规则》于 1977 年生效,目前仅有少数国家参加该议定书。

【汉堡规则】全名为《1978 年联合国海上货物运输公约》。鉴于《维斯比规则》对《海牙规则》的修改很不彻底,在广大发展中国家的要求下,联合国国际贸易法委员会于 1976 年 5 月草拟了《海上货物运输公约草案》,旨在对《海牙规则》作进一步的修改。1978 年 3 月,78 个国家代表在汉堡召开会议,正式通过了这个公约,定名为《1978 年联合国海上货物运输公约》,简称《汉堡规则》。《汉堡规则》对《海牙规则》作了全面修改,以期在承运人和托运人之间建立合理的权利义务关系。主要内容是:变更赔偿责任的基础,取消了《海牙规则》规定的某些承运人免责事项;延长了承运人的责任期间;提高承运人对货物灭失或损坏的赔偿限额;延长了诉讼时效等等。《汉堡规则》应在第二十个国家提交本国政府的批准书一年后生效,截至 1991 年 3 月,已有 19 个国家向联合国秘书长交存了参加该规则的文件。

【航次租船合同】出租人将船位租给承租人,并负责按照约定的一个航次或几个航次运输承租人货物,由承租人支付约定运费的运输合同。国际海上货物运输分为班轮运输和租船运输,前者适用于小件杂货,后者适用运送大宗货物。在班轮运输中,作为货主的托运人将货物交由承运人(轮船公司),按固定航线、停靠期限和停靠港运营,提单是双方合同关系的证明而不另订合同或协议,因此,班轮运输合同为不要式合同,双方受有关提单的专门法规和国际公约约束。航次租船合同与其他租船合同一样为要式合同,在航次租船运输中,货物托运人以承租人的名义向船东(出租人)租用轮船舱位,船东仍享有对船舶所有权、占有权和管理权,并承担营运费用,承租人仅要求出租人把货物安全运至卸货港,并支付运费,这些基本权利和义务由双方签订航次租船合同确定,不受有关提单的国际公约制约,但根据诚信和最大善意原则,保证开航时谨慎处理及保证船舶适航和适于装载货物,仍然是船东(出租人)不得免除的义务和责任。在国际航运实践中,船东和承租人总是选定某份标准航次租船合同格式为协商基础,再通过修改增减达成协议。常用的标准合同格式有:统一杂货租船合同(简称“金康合同”);澳大利亚谷物租船合同;巴尔的摩班轮条款谷物租船合同。主要条款有:船舶;运载货物的品种、数量和包装;装卸港;装卸时间和滞期费;运费;出租人责任;合同解除和留置权。

【装卸期间】又称装卸时间。航次租船合同双方协议的,出租人应使船舶适于装卸,承租人在运费之外不支付任何费用的一段时间。通常自船长或出租人的代理人向承租人或其代理人递交装卸准备就绪通知书后,经过一定时间开始起算。递交装卸准备就绪通知书应

满足以下条件:(1)船舶必须到达合同规定的港口或泊位;(2)船舶各方面已作好装卸货物的准备。装卸日期的计算方式如下:(1)规定装卸日数为几日,或者规定每日、每日每作业舱口装卸多少吨货物,其中“日”的含义有“日历日”、“工作日”、“良好天气工作日”等。国际航运市场普遍使用连续 24 小时晴天工作日。(2)按习惯尽快装卸。(3)以船舶能够收货或交货的速度装卸。(4)停泊时间计为装卸时间等等。

【滞期费与速遣费】滞期费是非由于出租人的原因,承租人未能在装卸期限内完成货物装卸,对因此产生的船舶延误向出租人支付的款项。滞期费按船舶滞期时间乘以合同规定的滞期费率计算;滞期时间为实际装卸时间与合同规定的装卸期限之差额。滞期费属于违约金性质,承租人一旦滞期,不论是否给出租人造成损失,也不论滞期费能否抵偿所造成的损失,都应按固定比率计算支付。有时合同规定允许船舶滞期一段期间,在该期限届满后若继续滞期,应支付超滞期费,相当于超滞期内出租人所受实际损失,具有损害赔偿性质。速遣费是因承租人在合同规定的装卸期限届满之前完成装卸,由出租人向承租人支付的款项。速遣费按船舶速遣时间乘以速遣费率计算,通常为滞期费率的一半。速遣费是船方对承租人的奖励。

【定期租船合同】出租人将船舶租给承租人,由承租人在约定期限内按约定用途使用船舶运输,并向出租人支付租金的合同。定期租船合同有租赁合同的性质,按这种合同规定,在租赁期间,船舶的使用权,经营管理权归承租人所有,承租人可以调度船舶,运载自己的或他人货物,并负担船用燃料和锅炉用水等营运费用,向船东

支付租金;船东仍是船舶所有者,负责配备船长和船员,负责船舶维修保养以及支付船员的工资伙食费用,其中主要体现对船舶的出租和使用关系。在定期租船合同中,财产(船舶)的占有权与管理权仍在出租人手里,不同于一般的财产租赁关系,标的物与所有人分离而由承租人完全占有,同时双方之间,双方与第三人之间也会发生货物运输法律关系。租船合同条款中,关于运输中权利和义务的规定又具有运输合同的特性,说明定期租船合同是一种特殊合同,有独特的法律地位。定期租船合同为要式合同,以书面形式订立,内容由双方商定,租船期间可长可短。目前世界上最有代表性的定期租船合同标准格式有:统一定期租船合同(租约代号 BALTIME);定期租船合同(租约代号 Produce Form);定期租船合同(租约代号 SINOTIME1980)。主要条款有:船舶;船舶使用范围和航行区域;租用期限;租金;承租人与出租人赔偿责任;交、还船的时间和地点;争议的解决。

【停租条款】定期租船合同中的重要条款。通常规定在租期内,由于特定原因,承租人不能正常使用船舶,因此解除其支付未使用船舶期间租金权力。停租期间自引起停租的事实发生,并造成损失时算起,至引起停租的事实消失,船舶重新处于有效运营状态时为止。停租的事实原因应在租船合同中列举,通常有:(1)人员或船舶运转所需物料不足;(2)因船体、船机或其他设备损坏,不能继续运营而需要进港修理;(3)船舶或货物遭受海损事故使船舶营运延误;(4)船舶进入船坞进行保养。上述事实发生后,不论出租人有无过错,承租人均可停租,但仍应提供燃料等费用。

【光船租船合同】又称空船出租合同。船东(出租人)将没有配备船

员的“空船”出租给承租人使用,承租人按照约定的时间支付租金的协议。实质上是财产租赁合同,在租期内,船舶由承租人及其所配备的船员和雇员占有、使用和经营,船舶的占有权与使用权分离,船舶的所有权和处分权仍属于出租人,符合租赁关系的特点。光船租船又具有物权关系的特点,承租人对船舶租赁权有对抗包括船东在内的第三人的效力,即使出租人将船舶所有权转让,原租赁关系仍然有效,船舶运营中发生的风险和责任由承租人负担,船东不受影响。光船租赁合同为要式合同,合同以书面形式订立,合同准据法除海商法外,也包括民法中有关财产租赁的规定。目前国际上使用比较广泛的光船租赁合同格式是波罗的海国际航运公会1974年制定的《标准光船租赁合同》(租约代号“贝尔康”)。光船租船合同条款基本与定期租船合同条款相同,但也有其不同点:(1)对船舶维修保养提出特殊要求。由于出租期间,船舶处在承租人占有和支配之下,承租人应本着诚信原则,保持船舶设备处于良好状态。出租人有权随时检查船舶状况,以确定承租人是否对船舶进行合理维修保养。(2)对船舶抵押、担保、转租、保险应有明确规定,船东将船舶出租时,应保证未将船舶作为抵押物和担保物,因船舶使用而产生的留置,承租人应保证船东不受影响。

【海上旅客运输合同】承运人以适合旅客运输的船舶将旅客从一港运至另一港,由旅客支付票款的合同。海上旅客运输的对象为旅客,为确保安全,国际公约和国内立法对船舶规范和承运人的责任作了严格规定,严格过失责任和推定过失原则被普遍采用。海上旅客运输合同为诺成合同,客票为合同的证明,承运人向旅客出售客票后,合同即告成立。调整海上旅客运输的国内立法主要是1980年11月1日公布实施的《中华人民共和国交通部水路旅客运输规

则》及有关补充规定。有关的国际公约主要是 1974 年由联合国政府间海事协商组织制定,1987 年 4 月 28 日生效的《1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约》,简称“雅典公约”。海上旅客运输合同中承运人的义务是:(1)做好运送准备,保证开航时使船舶处于适航和适于安全运送旅客的状态;(2)提供适当舱位,合理尽速、直航目的港;(3)无偿运送旅客行李和提供膳食;(4)对旅客人身伤亡或行李灭失或损害负赔偿责任。承运人的权利是:(1)享有运费请求权和对未支付运费的托送行李的留置权;(2)对拒绝补票的无票乘船、越级越程乘船的旅客有处置权;(3)对旅客人身伤亡和行李损害赔偿的责任限制。旅客享有支付票款后乘船安全到达目的地的权利,免费携带一定量行李物品权,并有支付票款,遵守船上安全规定和公共秩序的义务。

【船舶碰撞】船舶间在水上发生的可能造成损害的异常物理接触。碰撞多属船与船之间的直接接触,如海船与海船,海船与内河船之间的碰撞。也有间接碰撞事故,如在港区或狭水道船舶因航速偏高微起波浪,导致航行中的小船沉没或使并排停泊的船只相互撞击所造成的浪损事故。船舶在航行中碰撞渔网,在港区碰撞码头、桥梁、航标、防浪堤,毁坏海底电缆等设施不属于船舶碰撞。船舶碰撞如陆上交通事故一样经常发生,且损失巨大,因碰撞产生的损害赔偿关系属民法上的侵权行为之债。船舶碰撞涉及航海、船舶操纵、船舶工艺等方面的专门问题,单由民法调整明显不足,海商法中关于船舶碰撞的规范,可直接调整因船舶碰撞产生的损害赔偿法律关系。有关的国际公约主要有 1910 年在布鲁塞尔制定的《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》和 1972 年《国际海上避碰规则》,前者解决了船舶碰撞的损害赔偿办法,后者对分析碰撞事故

原因,具体划分碰撞事故的责任有重要作用。海商法把船舶碰撞依原因不同分为3类:(1)因意外、不可抗力或原因不明的碰撞。这类事故因各方都无过错,不应承担赔偿责任,损失由各自分担。(2)一般过失引起的碰撞。损害赔偿 responsibility 由该过失船承担。(3)两船都有过失的碰撞。应按各方过失程度的比例负赔偿责任,过失程度相当或者过失程度比例无法判定的,平均负赔偿责任。

【船舶碰撞的损害赔偿】构成要件为责任方确有违反避碰规则的过失;责任方的过失行为使碰撞事故发生;因船舶碰撞造成受害方损失;损失由责任方的过失行为引起的赔偿。缺乏上述任何一项要件,船舶碰撞的损害赔偿后果不能发生。船舶碰撞造成的损害主要有船舶全损和部分损害;船上货物和其他物品损失;人身伤亡造成的经济损失等。根据民法和海商法规定的损害赔偿原则,因碰撞造成的损害首先应设法修理,使其恢复原状,如无法恢复则应赔偿相应财产或货币。赔偿还应以碰撞造成的直接损失为限,这种损害后果是当事人合理预见的,如本应赚得的运费损失等。受损船舶应努力减少损失,受害方没有采取抢救措施,或未到最后时刻弃船,对这部分扩大的损失,加害方可不负责。

【海上救助】由外来力量对遇难船舶及船上人员和财产的救助。海商法特有的制度。船舶遇险后,救助人如能成功地使船舶脱险,即有权为自己的救助行为取得报酬。海商法中关于海上救助的国内立法和国际公约是调整救助人与被救人的法律关系,规定救助成立要件和救助原则,确定救助报酬的法律规范。目前主要的国际海上救助法有《统一有关海上救助的若干法律规则的公约》(简称1910年救助公约);《1989年国际救助公约》(简称1989年公约)。

使用最广的海上救助合同标准格式是英国劳合社制定的劳氏救助标准合同格式。海上救助成立要件是：(1)船舶确实存在现实的危险，仅靠船方自救不能有效防止船、货灭失；(2)处在危险中的船舶是法律承认的救助标的，即海船、船上财产和客货；(3)基于双方自愿，依法律或合同规定负有救助义务者的救助行为，不适用海上救助法，不得要求报酬；(4)救助必须有效果，包括直接效果和间接效果，有形效果和无形效果。救助无效果无权请求报酬，即海商法确立的“无效果无报酬”原则。救助人对具有损害环境危险的船舶和货物进行救助而不能获取报酬时，救助人有获得公平合理补偿。救助通常采用签订无效果无报酬救助合同的形式。

【救助报酬】海上救助的法律事实成立后，如救助有效果，被救船舶财产的所有人应向救助者支付的报酬。在双方产生的这一债的法律关系中，债权人(救助者)享有海事优先权和留置权。下列情况救助者无权取得报酬：(1)不顾遇险船舶的船长明确和正当的拒绝，违反自愿原则进行救助；(2)由于救助人的过失使船货发生危险而施救；(3)在救助过程，盗窃或隐藏被救财物或进行欺诈等不法活动；(4)遇险船舶的船员和专业救助船舶的船员进行救助。救助报酬的数额一般由双方当事人协商确定，其最高额不得超过获救财产的价值，并以金钱支付。确定救助报酬时应考虑救助效果；被救船舶、财产的价值；救助人所冒危险的性质和程度；救助人在防止和减轻环境污染方面的技能和努力；救助人的救助成本消耗等。救助报酬数额协议不成，由双方协议的仲裁机构裁决或法院判决。

【共同海损】在海上运输中，船舶和货物遭遇自然灾害、意外事故或其他特殊情况时，为解除船货共同危险需采取必要的合理措施，由

此引起的特殊损失和合理的额外费用,由受益方按比例分摊的法律制度。其构成应符合下列条件:(1)共同海损是基于船、货所遭遇的共同危险发生的。因船舶或货物一方遭遇的危险,或主观臆想的危险采取措施造成自己损失的不属于共同海损。(2)引起共同海损的措施必须有意而合理,即船长明知采取措施会导致船货进一步损害,但为避免共同危险不得不以最小牺牲换取船货安全的最大利益。(3)损失和费用必须是特殊的,是正常营运和履行承运人义务以外的牺牲。(4)引起共同海损的措施必须有效果,即达到了使船货脱险的目的。共同海损包括特殊的直接牺牲和特殊的费用支出,前者是在船货面临危险的情况下,对部分货物和船舶设备作出的牺牲。一般情况下对船舶的危险也是对货物的危险,如危险仅危及货物不危及船舶不属于共同海损。后者是为船货共同安全而采取措施,虽船货未直接受损,但需支付的费用,如为船舶的共同安全必须驶入最近避难港的费用;船舶危难之际接受他船救助的费用;船舶受损后所需临时修理费以及代替费等。共同海损通过理算按船、货、运费 3 部分价值分摊。

【共同海损的牺牲】在船货面临危险时,为船货共同安全,对部分货物和船舶设备作出的牺牲。由获救的船方和货方共同分担。共同海损的牺牲主要有:(1)抛弃货物,通常在船舶遭遇触礁、搁浅等事故时,为使船舶重新浮起而采取;(2)扑灭船上火灾,如为灭火将船舶凿洞、搁浅,使船货或其中之一受损;(3)自动搁浅损失;(4)对于搁浅并处于危险境地的船舶,为使其重新浮起,致使机器及锅炉超负荷运转所造成的机器和锅炉损害;(5)在危险时作为燃料烧掉的货物和船用物料;(6)运费牺牲。下列损失属单独海损,不得列入共同海损牺牲:抛弃已燃烧的货物损失;抛弃不符合航运习惯的甲板

货物;抛弃本身已着火的船舶设备或受烟熏火烤损害的货物;在船舶浮动状态下过度使用机器造成的损失;航次延长船货所受损失。

【共同海损的理算】由专业机构或人员按照理算规则,对共同海损的损失和费用,各受益方的分摊价值,以及各方应分摊的共同海损数额进行的审核和计算工作。海损理算人是专门办理海损理算的机构或理算师。国际上,理查德、霍格国际理算师协会是影响较大的海损理算机构。中国的国际贸易促进委员会下设海损理算处,凡在运输合同中规定共同海损在中国理算的,均由其理算。根据《北京理算规则》规定,船舶在海上发生事故,有关方应在船舶到达第一港口后 48 小时内宣布共同海损;在港口发生事故,应在事故发生后 48 小时内宣布。船东委托理算人理算时,应提供证明共同海损成立的有关文件:海事声明书、海事报告、航海日志录、船舶检验证书和货物检验证书等。共同海损理算书是理算人编制的各受益方分摊共同海损的结算报告,如无异议,即具有法律效力。

【约克·安特卫普规则】国际上通用的共同海损理算规则。规定了共同海损成立条件、共同海损损失和费用的范围以及分摊共同海损的标准。该规则为民间规则,非国际公约,1860 年英国社会科学促进会联合欧洲各海运国家的航运、保险界人士,在英国格拉斯哥城举行会议,就共同海损成立及损失费用的计算和分摊问题展开讨论,并制定 11 条决议,称格拉斯哥决议,经征求意见和修改后,于 1864 年在英国约克城召开的第三次国际共同海损会议讨论通过,定名为 1864 年约克规则。1877 年,上述与会国家在比利时安特卫普开会,对 1864 年约克规则进行了修改,通过了“1877 年约克·安特卫普规则”共 12 条。后于 1890 年、1924 年、1950 年和

1974 年进行过多次修改,现国际上普遍使用“1974 年约克·安特卫普规则”,但历次修改的规则并不废除。

【船舶所有人的责任限制】当发生重大海损事故时,作为责任人的船舶所有人,根据法律规定,将自己的赔偿责任限制在一定范围内的法律制度。船舶发生海难造成货损(有时货物价值可能大于船舶价值),不应由船长和船员(直接责任者)赔偿,也不应由船舶所有者负无限责任,因为他们可能不是直接责任者。这种“无限责任”也会给船舶责任保险带来危机。为此,国际航运界着手建立船舶所有人赔偿责任限制的法律制度,在第十届海事法外交大会上通过了《1957 年关于海运船舶所有人责任限制的国际公约》(简称 57 年公约),此后,国际海事组织在伦敦召开的外交大会又通过了《1976 年海事索赔责任限制公约》(简称 76 年公约),两公约均已生效。海事索赔责任限制的法律适用的船舶是海商法意义的船舶,最初的责任限制主体仅仅是船舶所有人,现在已经包括船舶经营人、承租人、救助入、船长、船员及其他受雇人。责任限制需要一定条件,若损害由船舶所有人的实际过失或参与所引起,则不能限制其赔偿责任;若损害是由于责任人的故意或明知可能造成,却采取漫不经心的行为所致,也不得限制赔偿责任。关于责任限额的确定各国分别采用金额制、船价制、委付制和执行制等,更多的采用金额制,按肇事船舶总吨乘以每吨的赔偿额计算总的责任限额。

【海上留置权】即海事优先权。海商法赋予某些海事债权人的请求以优先受偿的权利。债权人根据法律规定,可通过司法程序扣押和拍卖与债权有关的当事船舶,并从拍卖价款中受偿。海上留置权属于船舶担保物权,受海上留置权担保的债权有若干合同之债和侵

权行为之债。前者如船长船员依劳动合同产生的工资、报酬和社会保险费用的给付;船舶吨税,引航费、港务费等港口费用的给付;海难救助费的给付纠纷等。后者如在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;船舶营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求等。海上留置权的标的为船舶及其属具、运费及附属利益。这种留置权随船而行,不因船舶所有权转让而丧失,不论买主购买船舶时是否知情,是否破产,均不影响海上留置权的成立。其担保的债权在受偿时的顺序通常考虑如下原则:(1)一些国家将因行使海事优先权而产生的诉讼费、保存、拍卖船舶和分配价款而产生的费用规定为海上留置权担保的债权最先受偿。(2)保护船员利益。因船员雇佣合同产生债权受偿顺序在前。(3)因侵权产生的债权优先于合同之债。(4)人身伤亡的债权优先于财产损害的债权。海上留置权因担保的债权消灭而消灭,因船舶灭失或时效届满而消灭,因法院强制拍卖而消灭。

【船舶抵押权】船舶所有人为谋得贷款,以船舶及其属具为清偿债务的担保,而不转移占有船舶的法律行为。船舶抵押权与船舶优先请求权都是船舶担保物权,不以占有为要件。民法学中,抵押权的标的只能是不动产,而船舶为动产,若按动产的质权或留置权处理,将船舶交由债权人占有是不可取的,因此各国在立法上仿照不动产处理原则,规定了船舶登记制度并准予抵押。船舶抵押权的取得须先由借贷之债的双方当事人鉴定抵押合同,明确规定双方权利义务,之后由船舶所有人向登记机关申请船舶抵押登记,经审查后,由登记机关发给抵押登记证明书,并将副本留登记机关存查。船舶抵押登记后,具有对抗第三人的法律效力,有的船舶所有人为逃避债务,将设有抵押权的船舶出卖转让,为保护债权人利益,抵

押权人可追及标的行使其权利,不问船舶由谁占有,只要债务到期未履行,抵押权人可通过法院拍卖抵押船舶,并就卖得的价金优先受偿。船舶抵押权的标的可以是船舶(或整条船队)、建造中的船或船舶属具。船舶抵押权的清偿顺序为按船舶抵押权登记的先后顺序清偿。船舶抵押权与船舶优先请求权发生重叠时,按国际公约和有关国家法律规定,船舶优先权居先,船舶抵押权可排在一般债务之前受偿。

【涉外保险法】调整涉外保险法律关系的法律规范的总和。涉外保险关系指法律关系的主体、客体、权利义务的内容具有涉外因素,如保险人或被保险人是外国人或外国法人;保险标的(保险利益)在外国或权利义务关系的内容具有涉外因素。涉及港澳的保险关系虽不属于涉外保险关系,但由于适用的法律不同,处理涉及港澳的保险案件应参照处理涉外保险案的一般做法。涉外保险主要是国际海上货物运输保险,除此以外,还包括国际铁路和公路货物运输保险,国际航空货物运输保险,国际联合货物运输保险,国际海上、航空、铁路旅客运输保险。除运输领域外,涉外保险也发生在其他对外经济关系领域,主要有对外加工装配、补偿贸易业务保险、对外建筑工程保险、对外安装工程保险、对外产品责任保险、雇主责任保险、对外投资保险等。调整涉外保险关系的法律主要有国内立法、国际公约和国际条约、国外保险法、国际惯例。中国人民保险公司是中国国内主要受理涉外保险业务的保险公司,已同世界上许多保险公司和组织建立了再保险业务,进入了国际保险市场。中国调整涉外保险关系的法律有《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国财产保险合同条例》。中国人民保险公司制定的各类保险条款,是该公司开展涉

外保险业务,签订涉外保险合同的主要依据,也是中国司法机关、仲裁机关审理涉外保险案件的重要依据之一。在国际上,1906年,英国制定了《海上保险法》,是参照各国商事习惯和判例制定的,长期以来,对资本主义各国保险立法有深刻影响。英国伦敦保险协会(参加该协会的有劳合社及伦敦各个保险公司)所制定的保险条款,也受到世界各国重视,在国际保险市场上广泛应用。现代科学技术的发展使新技术和新产品不断出现,各国保险公司相继开辟了新的保险业务如石油开发保险、卫星保险、各种信用保险等,为涉外保险立法提出新课题,带来新发展。

【涉外保险合同】在国际经济和贸易关系中,投保方为使自己或有关当事人的财产或利益得到安全保障,向保险方支付保险费,保险方在发生保险事故时负责赔偿的协议。涉外保险合同的主体或客体或权利义务关系的内容具有涉外因素,如中国某公司向日本某公司按 C. I. F 价格条件出口中国土产品,虽然由中方办理运输保险,但在履行交货、结算付款时已将保险单转让给买方(日本某公司),如发生损失,买方可凭保险单行使被保险人权利。中国从外国进口货物,如按 F. O. B 和 C. D. F 价格条件,均需由中国买方办理投保,保险标的就是从外国进口的产品。有时交易双方可能按伦敦保险协会货物条款投保,则权利义务内容具有涉外因素。涉外保险合同的当事人和关系人有:保险人即承保人,是收取保险费并按涉外保险合同规定负责赔偿损失的人;投保人,同保险人订立保险合同并交付保险费的人,一般情况下,投保人即被保险人;保险代理人,是接受保险人委托,在授权范围内代保险人招揽保险业务,出立暂保单或保险单,勘查损失及理算赔款的中间商人,其代理行为的法律后果由保险人承担;保险经纪人,是专门代表被保险人同保

险人洽订保险合同,向保险人收取佣金的中间商人。涉外保险合同的主要条款有:保险标的的详细情况、保险金额(价值)、保险责任、除外责任、赔偿办法、保险费交付办法及保险起讫期限等。

【保险人】收取保险费并按保险合同规定负责赔偿损失的人。根据中国法律规定,保险人对于保险事故造成的损失和费用,在保险金额的范围内承担赔偿责任。被保险人为避免或减少保险责任范围内的损失而进行施救、保护、整理、诉讼所支出的合理费用由保险人支付。保险标的发生保险责任范围内的损失应由第三者负责赔偿的,投保方如向保险方提出赔偿要求时,保险方可按合同规定先予赔偿,但投保方应将向第三者追偿的权利转让给保险方,并协助保险方向第三者追偿,否则,保险方有权拒绝赔偿。为保障被保险人利益,法律规定保险人必须是经国家有关部门审查认可,准许专门经营保险业务的法人。在中国,中国人民保险公司及其分公司是从事国内外保险业务的国营法人。

【投保人】同保险人订立保险合同并交付保险费的人。根据法律和保险合同规定,投保人应当按约定期限,交付保险费;应当遵守国家有关部门制定的关于消防、安全和劳动保护的规定,遵守诚信原则。维护标的如变更用途或增加危险时,投保人应及时通知保险人,保险方不负责赔偿因此而引起的危险事故所造成的损失。发生保险事故后,投保人有责任采取一切必要措施避免损失扩大,并将事故发生的情况及时通知保险人。投保人在订立合同时应详细了解保险人提出的保险条款,并将保险人需要了解的有关的主要危险情况如实告知保险方。一般情况下,投保人即成为被保险人,被保险人受保险合同保障,在保险事故发生后,有权按合同规定向保

险人索赔,这种权利可随保险合同转让第三人,被保险人对保险标的必须享有可保利益才能享有保险合同规定的权利。

【保险金额】保险人依保险合同赔偿或支付款项的最高金额。在订立保险合同时,保险金额可等于或低于保险价值(标的物价值),但不能高于保险价值。在不定值保险中,保险金额由被保险人根据保险标的的实际价值自行确定,或按被保险人会计帐目帐面价值确定,也可由双方根据保险标的实际情况协商确定。在人身保险合同中,保险金额由双方当事人约定。在定值保险情况下,由于保险金额是双方约定的,其数额可能等于或不等于保险价值,保险价值等于保险金额时,即全额保险。保险金额低于保险价值时,即不足额保险,对未投保部分的损失,保险人不负赔偿责任。在保险金额高于保险价值时,即超额保险,如投保人是善意的,有权请求返还超额部分保险费,对超额部分保险金,保险人有权不予赔偿。

【保险标的】保险合同权利义务所指向的对象。在保险合同中,通常表现为物或其他事物。如货物、船舶、房屋等。在海上保险合同中,船舶、运费、货物都可能成为保险标的;在人身保险合同中,保险标的是被保险人的生命、健康、劳动力等。为防止利用保险进行违法或欺诈活动,法律对所投保的保险标的有一定的限制:(1)被保险人与保险标的之间有经济上的利害关系,即应该是被保险财产的所有人或经营管理人或者是对保险标的有保险利益的人;(2)被保险人对所投保的标的物有合法的利益关系,即保险利益是合法取得的或依法产生的;(3)保险标的的损失大小必须能用货币计算,否则无法补偿。坐落地点是保险标的特定化的标志,在房屋、财产和船舶等运输工具保险中,必须详细标明使标的物特定化的一些

标志。

【保险费】投保人投保时需向保险人交纳的一定数额的款项。保险费的数额、支付办法应在保险合同中写明,保险人只有在被保险人承诺或实际支付保险费的条件下才承担相应的法律责任。按英国保险法的规定,保险人一经出立保险单,就要收取保险费。保险费是保险人经营业务的基本收入,是保险基金的来源,也是被保险人从保险人获得损失赔偿权利所付出的代价。从保险人与被保险人之间关系看,保险费类似商品价格,即保险人对承保货物所承担的保险责任的价格。以一定的保险费的形式表示,保险人根据保险标的的属性、险种的不同,规定不同的费率。保险费由保险金额乘以保险费率得出。保险费率根据保险人承保风险损失率的统计资料和保险业务开支的费用为基础确定,在国际保险市场上随供求关系和市场竞争的变化而变化。

【定值保险】在保险单证上载明保险标的物约定价值的保险种类。财产保险中首先要确定标的物的保险价值,在不同时间用不同标准衡量可保利益的大小,得到不同结果。为避免理赔时对保险价值的大小产生争议,合同双方根据标的物实际状况和国际惯例,在订立保险合同时商定一个合理的价格,作为索赔根据。不论标的物的实际价值高于还是低于约定的价值,保险人均按约定的价值计算赔偿。双方约定的价值可以包括货物运费、货价、保险费以及预期费用和利润等。定值保险避免了在货物受损后确定保险价值的困难,不仅易于计算赔款,也可使被保险人获得充分补偿,是国内外保险业务广为采用的保险种类。

【不定值保险】保险人与投保人在保险单内不事先确定保险标的物的价值,而只规定一个最高限额,具体价值留待危险发生以后再行确定的保险类别。在不定值保险中,危险发生后确定保险金额采用3种办法:(1)由被保险人根据保险标的的实际价值自行确定;(2)按照被保险人会计帐目最近帐面的价值确定;(3)由当事人双方根据保险标的的实际情况协商确定。总之,在不定值保险中,保险金额应为保险标的物的实际价值。实践中,为避免保险事故发生后可能出现的争议,一般采用定值保险,较少采用不定值保险。

【逐笔保险】与总括保险、预约保险、流动保险相对,仅就某一项具体利益进行的投保。在中国国内保险业务中普遍适用。对外贸易中,按C. I. F条件成交出口的货物,由买方承担运输途中风险,但卖方仍承担货物在装船之前的风险,因此卖方应在出口货物运往码头或车站之前,向保险公司逐笔办理投保手续,以防多保、错保和漏保,影响结汇。

【流动保险】又称浮动保险。通常在保险单中载明货物保险的总条件,包括保险货物类别、货物总的保险金额、承保风险险别、载货船舶等级和航行区域、撤销保险单的方式等,而将保险单项目的其他细节留待投保人每次将货物装运后向保险人申报。流动保险是一种连续有效的保险,适于大宗货物分批陆续出口。投保人于每次保险货物装运后向保险人申报投保金额,保险人则从约定的总保险金额内逐步扣除,直至扣完,保险单效力终止。保险费一般由投保人在签发保险单时率先支付,待全部货物运出后,按实际率多退少补。流动保险简化了出口手续,免除了逐笔投保的麻烦,可在保险费率上获得优惠,并可防止错保漏保造成损失,投保人每次申报如

有错漏,如货物受损,只要出于善意,仍可更改或补报,并不影响保险效力。

【总括保险】又称闭口保险。保险人在约定的保险期间内对一定的保险标的的总承保。办理此类保险,保险人与投保人就保险货物商定一个总的保险金额、承保险别、启运地点、费率水平,投保人支付一笔总的保险费,在约定保险期间内,保险人对被保险人每批出运的货物全部承保,投保人不需逐批通知保险人。货物发生损失时,保险人的赔款应从总保险金额中扣除,总保险金额扣净后,保险人不再承担保险责任。总括保险适于整批成交多次分批出运、运输距离短、每次出运货物的种类及价值相近的货物,可以简化手续,节省时间。总括保险不仅限于货物运输,轮船公司把其所有或经营管理的整个船队一起投保也是一种总括保险。

【预约保险】一种长期有效的保险。投保人与保险人在保险单内事先约定保险货物的范围、险别、保险费率或每次货物最高保险金额,但不限定总的保险价值。投保人于每次发运货物时通知保险人有关货物名称、数量、包装、载货船舶、启运地、保险金额等,保险人按保险单约定自动承保。预约保险与流动保险相同之处在于,都是对陆续分批起运的货物所订立的一种保险,简化了手续,免除了对每批货物逐笔投保的麻烦。同时,两种保险都规定有“每船限额条款”和“地点条款”,以限制保险责任。区别是流动保险规定承保货物的总价值,一旦保尽,保单效力终止;预约保险不限定承保货物总价值,在规定期限内可无限制地使约定货物承保,因此,预约保险使用更为普遍。

【可保利益】被保险人对保险标的所拥有的某种合法的经济利益。表现为被保险人对保险标的享有所有权、担保物权,直接或间接的经济责任和风险责任。各国保险法大都规定投保人对保险标的必须有可保利益,中国财产保险合同条例第三条规定,财产保险的投保方,应当是被保险财产的所有人或经营管理人或者是对保险标的有保险利益的人。保险利益通过与之相关的保险标的体现出来,如房屋、船舶、货物等财产,人的生命和健康等,与投保人有直接或间接的利害关系。可保利益与保险金额不完全等同,人身保险虽有可保利益,但无保险金额。可保利益必须是一种合法权益,被保险人对于保险标的有合法的利益关系。可保利益必须是一种确定的权益,是客观上可以实现的。

【诚信原则】保险制度的基本原则之一。要求保险关系的当事人本着最大的诚实信用精神签订合同,被保险人在投保时应将标的物真实情况主动告知保险人,对保险人询问应如实陈述,以便保险人决定是否承保和确定保险费率。保险合同为诚信合同,因为保险标的物由被保险人占有,标的物情况,甚至危险发生受损害的情况,保险人无法控制和实际了解,而被保险人可能知情,要求投保人如实陈述标的物情况,保险人基于对其陈述的信赖签订合同。如发现投保人故意隐瞒货物缺陷,虚报损害后果,保险人有权解除合同。海上货物运输中,即使在订立保险合同时,标的物的保险责任损失已经发生或已经不可能发生,如保险人和投保人均不知情,双方无隐瞒或虚报故意,则该保险合同仍然有效。海上运输保险中“不论是否灭失”条款,是具有承保合同成立前可能发生危险事故的有追溯效力条款。

【近因原则】保险制度的基本原则之一。要求造成保险标的物损害后果的危险事故是承保范围的危险事故,危险事故是造成标的物损害的直接和主要的原因,保险人才承担赔偿责任,否则,即使产生了保险标的物的损害事实和后果,保险人也不负赔偿责任。造成事故近因不仅限于时间上的近因,也意味着在一因多果或一果多因的复杂情况下,找出造成事故的主要原因,以此作为追究保险责任的根据。基于事物因果关系的复杂性,在保险合同中,当事人应明确约定保险事故与损失之间特定的因果关系。英国海上保险法第五十五条规定:“除保险单另有规定外,保险人对于由所承保的危险近因所致的损失负赔偿责任,对于非由所承保的危险近因所致之任何损失,概不负责。”

【国际海上货物运输保险】投保人向保险人预先支付规定的保险费,保险人对保险货物在海上运输中发生事故造成的损失,按约定数额给予赔偿的法律关系。国际海上货物运输所承保的风险主要有:(1)自然灾害。即恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等人力不可抗拒的灾害。(2)意外事故。即运输工具遭受搁浅、触礁沉没、碰撞、失火等意外原因造成的事故。(3)外来风险。通常包括偷窃、破碎、短量、玷污、钩损等一般外来风险和战争、敌对行为、武装冲突、罢工、拒收等特殊的外来风险。由上述风险造成保险标的物的损失,按损失程度可分为全部损失与部分损失,按损失性质可分为共同海损与单独海损,共同海损与单独海损都属部分损失。国际海上货物运输保险的险别有平安险、水渍险和一切险。但对下列损失不负赔偿责任:被保险人故意行为或过失造成的货损;属于发货人责任引起的损失;在保险责任开始前被保险货物品质不良和数量短差造成的损失;被保险货物自然损耗、本质缺陷、市价跌落、运输迟延

造成的损失;战争及罢工引起的损失,投保附加险除外。海上货物运输保险责任期限通行“仓至仓”原则,保险责任自货物离开保险单所载明的起运仓库或储存所开始运输时起,到货物到达保险单所载明的目的地收货人最后仓库或储存处所为止。

【国际陆上货物运输保险】投保人向保险人支付保险费,由保险人对投保货物在陆上运输发生事故造成的损失,按约定数额赔偿的法律关系。陆上运输指铁路和公路上的火车和汽车运输,不包括陆上其他运输形式。陆上货物运输的风险主要有:(1)自然灾害。即暴风、雷电、地震、洪水等自然灾害。(2)意外事故。指火车和汽车发生碰撞、倾覆、出轨、隧道坍塌、崖崩等意外事故造成损害以及驳动工具(如渡船)发生搁浅、触礁、沉没、碰撞所造成的货物的损失。(3)外来原因造成的损失。如偷窃、提货不着、破碎、渗漏、碰损、钩损、淡水雨淋、生锈、受潮、受热、霉烂、玷污和串味造成的损失。与海上货物运输不同的是,陆上运输不发生共同海损问题,只要因承保责任内的风险造成的损失,保险人都应赔偿。陆上运输保险的险别与海上货物运输不同,分为陆运险和陆运一切险。陆运险承保货物在运输中因自然灾害和意外事故造成的全部损失或部分损失;陆运一切险承保除上述陆运险造成的损失外,对货物在运输中因外来原因造成的损失也负责赔偿。陆上货物运输保险的除外责任与海上货物运输保险基本相同,陆上货物运输保险责任期限也实行仓至仓条款,被保险货物到达最后卸车站后,保险责任以 60 天为限。

【国际航空货物运输保险】投保人向保险人支付保险费,由保险人对投保货物在航空运输中发生事故造成的损失按约定数额赔偿的

法律关系。航空货物运输保险分为航空运输险和航空运输一切险以及航空运输货物战争险。航空运输险的责任范围是承保货物在运输途中因遭受雷电、火灾、爆炸或由于飞机遇难被抛弃,以及飞机发生碰撞、倾覆、坠落、失踪等自然灾害和意外事故所造成的全部损失或部分损失。航空运输一切险的承保责任范围除上述航空运输险的全部责任外,保险人还赔偿被保险货物由于被偷窃、短少等外来原因所造成的全部或部分损失。航空货物运输保险的除外责任与海上货物运输保险的除外责任基本相同。航空货物运输保险也采用仓至仓条款,但与海上和陆上货物运输保险不同的是,在被保险货物未抵达目的地收货人最后仓库或储存处所的情况下,保险单效力至货物卸离飞机后满 30 天为止。航空货物运输战争险为附加险,投保人只有在投保了上述两种险或其中一种险的基础上才可加保附加险。航空运输战争险的责任范围是赔偿在航空运输途中由于战争、类似战争行为、敌对行为或武装冲突以及各种常规武器和炸弹所造成的货损,但不包括核武器造成的损失。

【平安险】海上货物运输保险险种,又称单独海损不赔。平安险为海上货物运输保险的基本险。承保责任的范围是:(1)被保险货物由于恶气候、雷电、海啸、地震、洪水自然灾害造成的整批货物全损或推定全损;(2)由于运输工具发生搁浅、触礁、沉没、互撞与流水或其他物体碰撞以及失火,爆炸意外事故造成货物的全部或部分损失;(3)在运输工具已经发生搁浅、触礁、沉没、焚毁等意外事故情况下,货物又在此前后在海上遭受恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害造成的部分损失;(4)在装卸或转运时由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失;(5)被保险人对遭受承保责任内危险的货物采取的抢救,防止或减少货损措施而支付的合理费用,但以

不超过该批货物保险金额为限；(6)运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货引起的损失，以及在中途港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物所产生的特别费用；(7)共同海损的牺牲、分摊和救助费用；(8)运输合同订有“船舶互撞责任”条款，根据条款规定由货方偿还船方的损失。

【水渍险】海上货物运输保险险种。原文含义是负单独海损责任。水渍险与平安险一样为海上货物运输保险的基本险，承保的责任范围是：(1)平安险所承保的全部责任；(2)被保险货物在运输途中，由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害所造成的部分损失。可见，被保险货物如因自然灾害和意外事故造成的全部损失，无论承保水渍险或平安险，保险人都要负赔偿责任。只有在发生部分损失情况下，两种险别才有不同：水渍险不论对自然灾害或意外事故造成的部分损失均予负责；平安险对由于意外事故所造成的部分损失负责，而对于自然灾害所造成的部分损失一般不予负责。但在运输工具曾发过搁浅、触礁、沉没、焚毁的情况下，即使自然灾害所造成的部分损失也予负责。

【附加险】海上货物运输保险险别，与基本险相对。不得单独投保，只能在投保了基本险中的一种的基础上才能加保。附加险分为一般附加险与特殊附加险，前者指由于外来原因所引起的一般风险造成损失的险别，包括偷窃提货不着险、淡水雨淋险、短量险、混杂、玷污险、渗漏险、碰损、破碎险、串味险、受潮受热险、钩损险、锈损险、包装破裂险。特殊附加险是由于外来原因引起特殊风险而造成损失的险别。包括交货不到险、进口关税险、舱面货物险、拒收险、黄曲霉毒素险、海关检验险、码头检验险、战争险。

【海上货物运输战争险】海上货物运输保险险别。特殊的附加险之一。其赔偿范围如下：(1)直接由于战争、类似战争行为和敌对行为、武装冲突或海盗行为所致的损失；(2)由于上述情况引起的捕获、拘留、禁制、扣押所造成的损失；(3)各种常规武器，包括水雷、鱼雷、炸弹所致的损失；(4)海洋运输货物战争险条款责任范围内引起的共同海损的牺牲、分摊和救助费用，对由于敌对行为使用原子或热核制造的武器所致损失和费用，根据执政者、当权者或其他武装集团的命令受扣押、拘留引起的承保航程丧失和挫折所致的损失，保险人不负赔偿责任。海运货物战争险的承保责任期限仅限于“水面危险”，即从货物装上保险单所载起运港的船舶时起，至卸离保险单所载目的港船舶时止。

【货物运输罢工险】承保因罢工者，被迫停工工人，参加工潮、暴动和民众斗争的人员的行动或任何人的恶意行为所造成的直接损失和上述行为所引起的共同海损、牺牲、分摊和救助费用的保险。根据1981年1月1日修订的《中国人民保险公司货物运输罢工险条例》的规定，在罢工期间由于劳动力短缺或不能运用所致的保险货物的损失，包括因此而引起的动力或燃料缺乏使冷藏机停止工作所致的冷藏货物的损失，不属货物运输罢工险的承保范围。

【邮包保险】承保通过邮局以邮包运送的货物损失的保险。邮包保险分为邮包险和邮包一切险和邮包战争险。邮包险承保邮包在运输途中因自然灾害和意外事故造成的损失；邮包一切险的责任范围除包括邮包险的责任外，还负责赔偿被保险货物在运输途中由于外来原因造成的全部或部分损失。邮包险和邮包一切险的责任

起讫从被保险货物经邮局收讫并发给收据开始,直至运达目的地邮局送交收件人为止。邮包战争险是邮包险和邮包一切险的附加险,承保邮包在运途中因发生战争等行为造成的货物损失。其责任范围基本上与海洋运输货物战争险责任范围相同。

【财产保险】以物质财富以及同其有关的利益作为保险对象的保险。主要包括火灾保险、海上保险、内陆运输保险、汽车保险、航空保险、工程保险、灾后损失保险、盗窃保险、农业保险等。根据1983年9月1日国务院颁发的《中华人民共和国财产保险合同条例》的规定,财产保险的投保方应当是被保险财产的所有人或经营管理人或者是对保险权有保险利益的人。投保方提出投保要求,填具投保单,经与保险公司商定交付保险费办法,并经保险公司签章承保后,保险合同即告成立。保险公司根据保险合同及时向投保方出具保险单或者保险凭证。在财产保险合同有效期内,投保方应遵守国家有关部门制定的关于消防、安全、生产操作和劳动保护等有关规定,维护保险财产的安全,并及时采取措施消除不安全因素,否则由此引起的保险事故造成的损失,保险人不予负责。在保险事故发生后,投保方应采取一切必要措施,避免扩大损失,并将事故发生情况及时通知保险方。保险方在收到投保方要求赔偿的单证后,按合同规定核定应否赔偿。

【机器损坏险】简称机器险。承保机器设备在使用中遭受的意外损失的险种。中国保险法规规定,保险公司对机器设备由于下列原因造成的损失负赔偿责任:(1)设计、制造或安装错误,铸造和原材料缺陷;(2)工人、技术人员操作错误、缺乏经验、技术不善、疏忽过失、恶意行为;(3)离心力引起的断裂、物理性爆炸、锅炉缺水以及

电气短路和其他电气原因引起的损失;(4)自然灾害引起的损坏;(5)除外责任规定以外的其他不可预料事故。机器损坏险的除外责任主要包括:(1)被保险人或其代理人的故意行为或重大过失以及在保险之前已经知道或应该知道存在的缺点或缺陷引起的损失或费用;(2)战争、类似战争行为、敌对行为、武装冲突、没收、征用、罢工、暴动、民众骚乱、核子反应和辐射或放射性污染引起的损失或费用;(3)根据法律或契约,应由供货方或制造人负责的损失和费用以及保单中规定应由被保险人自行负担的免赔额;(4)机器设备运转后必然引起的损耗;(5)各种传送传动带、缆绳、金属线、链条、轮胎、印模、可调换的工具、印刷滚筒、玻璃、磁、陶及钢筛、网筛、毛粘制品,一切操作中的媒介物;(6)保险事故发生后引起的各种间接损失或责任以及财产险承保的各种责任范围。

【工程保险】承保工程期间的一切意外物质损失和第三者人身伤害与财产损失引起的赔偿责任的保险。中国保险公司开办的工程保险主要有建筑工程一切险和安装工程一切险。建筑工程一切险承保建筑材料、设备、装修物料等,从运到工地开始,直至建筑工程完工验收时止的整个建筑过程中,由于下列原因造成的损失:(1)自然灾害,如洪水、潮水、水灾、地震、海啸、暴风雨、雪崩、山崩、冻灾、冰雹、雷电所造成的损失;(2)意外事故,如火灾、爆炸、飞机坠毁等所造成的损失;(3)人为事故,如盗窃,工人或技术人员疏忽、过失或恶意行为等造成的损失。安装工程一切险主要承保各类工厂、矿山的机械设备、原材料等,从标的物到工地开始到安装、试车验收完毕时止的整个安装过程中,由于意外事故和自然灾害所造成的损失。对因超负荷、超电压、磁线、电弧、走电、短路、大气放电及其他电气引起的事故损失,不负赔偿责任。发生承保范围内的风险事

故后,保险公司主要赔偿物质损失。物质损失包括建筑工程损失、工程所有人提供的物料及项目损失、安装工程项目损失、建筑用机器安装及设备损失、场地清理费、工地内建筑物损失、工程所有人或承包人在工地上的其他财产损失、土木建筑工程项目损失等。在工程期间,保险期限内,因发生意外事故对工地及邻近地点的第三者造成人身伤亡或财产损失,依法应由被保险人负责和被保险人因此而支付诉讼费用时,保险公司负责赔偿。

【汽车保险】以汽车车身为标的的财产保险。汽车保险的标的和一般财产保险的标的有很大不同,一般财产保险的标的固定在某一地点上,而汽车保险的标的即车身却经常处于运动状态。根据1988年11月中国人民保险公司发布的《机动车辆保险条款》的规定,机动车辆保险(包括汽车保险在内)分为车辆损失险和第三者责任险。车辆损失险主要承保由于下列原因造成的保险车辆的损失:(1)碰撞、倾覆、火灾、爆炸;(2)雷击、暴风、龙卷风、洪水、破坏性地震、地陷、冰陷崖崩、雪崩、雹灾、泥石流、隧道坍塌、空中运行物体坠落;(3)全车失盗(包括挂车单独失盗)在3个月以上;(4)载运保险车辆的渡船遭受自然灾害或意外事故(只限于有驾驶人员随车照料者)。第三者责任险指承保被保险人或其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中发生意外事故,并造成第三者人身伤亡或财产直接损失的保险。被保险人投保机动车辆保险时应将保险车辆的情况如实申报,并在签订保险合同时一次交清保险费。在保险合同有效期内,保险车辆转卖、转让、赠送他人或变更用途,被保险人应事先通知保险公司并申请办理批改。被保险人索赔时应向保险公司提供保险单、事故证明、事故调解结案书、损失清单和各种有关费用单据。保险公司经审查核实,在10天内一次赔偿结案。

【雇主责任保险】又称劳工险。承保雇主对雇员在受雇期间的人身伤害承担赔偿责任的保险。责任保险的一种。中国开办雇主责任保险主要是为了适应中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业的需要。根据中国人民保险公司保险条例的规定,中国开办的雇主责任保险的责任范围是,保险公司对被保险人的雇佣员工在生产劳动或工作过程中遭受意外事故而造成的伤亡或患有与业务有关的职业病所引起的伤亡,根据雇佣合同需由被保险人负担的经济赔偿责任予以赔偿。但是,对被保险人的故意行为或重大过失,以及对其承包商所雇佣员工的责任,保险公司不予负责。雇主责任险除负责患有职业病的员工的医药费外,对因意外伤残或平时患病需要支付的医药费不予承保。被保险人必须另保医药费保险。雇主责任险对第三者责任不单独承保,必须附加在雇主责任险中。被雇佣人员从事有关业务时,由于意外或疏忽造成第三者人身伤亡或财物的损失时,依法应由被保险人赔偿的部分由保险公司负责赔付。

【产品责任保险】责任保险的一种。承保被保险人生产或出售的有缺陷的产品对消费者造成人身伤害或财产损失,而引起的依法应承担的赔偿责任。中国于1980年开办了产品责任险。凡是产品的制造商、进出口商、批发商、零售商以至修理商等一切产品经手人,都可以投保产品责任险。在保险有效期内,被保险人所生产、出售或分配的产品或商品在使用、消费或操作该产品或商品中发生意外事故而造成任何人的伤害、疾病、死亡或财产损失,依法应由被保险人负责时,保险公司将根据保险单的规定,在规定的赔偿限额内予以赔偿。中国人民保险公司对下列各项不负赔偿责任:

(1)根据合同或协议应由被保险人承担的其他人的责任;(2)根据劳工法应由被保险人承担的责任;(3)根据雇佣关系应由被保险人对雇员所承担的责任;(4)被保险产品本身的损失;(5)被保险人所有、照管或控制的财产的损失;(6)被保险人故意违反生产,出售或分配的产品或商品造成任何人的伤害、疾病或死亡或财产损失。

【人身意外伤害保险】人身保险的一种。因意外事故致被保险人伤残或死亡,保险公司给付保险金的保险。中国人民保险公司开办的人身意外伤害保险分为A和B两种险别,其所承担的责任范围也不相同。A种人身意外险对被保险人在保险有效期间遭受意外所致的伤亡,根据不同的伤害程度,由保险人赔偿。但对被保险人住院治疗所需的医药费不负赔偿责任。保险人只能在投保A种人身意外险的同时加保医疗费保险,才能得到医药费的赔偿。B种人身意外险加保疾病伤残、死亡险,是在A种人身意外险的基础上,扩大责任范围,对被保险人在有效期间遭受意外引起伤残、死亡或者由于疾病导致伤残或死亡,都由保险公司负责赔偿。此种险别对伤残治疗所需的医药费也不予以赔偿。被保险人只能在此种险别之外加保医药费保险。我国保险条款还规定,凡直接或间接由于下列原因造成的伤残,保险公司不负责赔偿:(1)战争、类似战争行为、叛乱、罢工、暴动或核子辐射;(2)疾病、传染病、分娩、怀孕以及外科治疗手术所造成的伤残;(3)自加伤害、自杀或犯罪行为;(4)打猎、攀山、参加各种竞赛滑雪、斗殴或酒醉、服用药物以及精神错乱。人身意外伤害保险的保险期限一般为一年,到期可办理续保。目前,我国开办的人身意外伤害保险主要有团体人身意外伤害保险、旅客意外伤害保险和学生平安保险。

【海上石油开发保险】财产保险的一种。主要承保海上石油普查勘探阶段、钻井勘探阶段、建设阶段以及生产阶段风险损失的保险。中国开办的海上石油开发保险主要有以下几种：(1)海上移动性钻探设备保险。该种保险承保钻探船、钻井船、半潜式钻探设备、潜式钻探设备、升降式钻探设备等的一切直接损失。(2)平台钻井机保险。主要承保平台设施上属于被保险人所有的、保管的或控制的有关设备、机械、工具、钻井架、底层结构、钻杆、材料、供应物等的一切直接损失。(3)各种作业船舶保险。承保探矿船、供应船、交通船、驳船、救生船等各种作业船舶的风险损失。各种作业船保险并无特定条款，一般按有关的船舶险条款办理相应的保险。(4)油田建设工程险。承保工程中使用的机器、设备和材料等的物质损失、有关费用以及对第三者应负的赔偿责任。保险期限通常从被保险物资卸到工程地点开始至建筑、安装工程完毕、试车交工程为止。(5)平台和油管保险。平台保险承保平台的一切物质损失。油管保险的承保责任，如属铺设油管保险，按建筑工程保险相似的办法承保。除上述各种保险外，海上石油开发还涉及到费用保险、责任保险、战争险和政治风险。费用保险主要包括控制井喷的费用保险、溢油或污染损失的费用保险、重钻费用保险、丧失租金保险。责任保险对被保险人有责任赔付或应予支付的任何有关责任及费用都负责。战争险是海上石油钻探设备保险的附加险，其责任范围与船舶战争险的承保范围相似。政治风险指国有化风险，承保此种风险的责任范围包括被保险财产在石油开发地被当地政府收归国有、扣留或恶意破坏所造成的损失。

【海关法】调整海关与进出关境的当事人之间、海关与其他国家机

关之间以及海关机构之间在监督管理活动中的相互关系的法律规范的总和。主要通过确立国家对进出境活动进行监督管理的权力,达到对进出口的有效控制,维护国家主权,实现国家的政治和经济目的。海关法律制度是中国法律制度的一个重要组成部分,主要有由全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。中国第一部海关法是1951年3月颁布的《中华人民共和国暂行海关法》,该法确立了我国海关法律制度的基础。第二部海关法是1987年1月22日第六届全国人民代表大会常务委员会议通过的《中华人民共和国海关法》,同年7月1日起实行。该法适应了改革开放的要求,强化了监督管理职能,保障了当事人的合法权益。是中国海关法律行为的现行法律依据。除上述专门的海关法律外,其他法律也对海关法律制度作出了规定,例如:(1)《中华人民共和国文物保护法》;(2)国务院制定或批准的行政法规,如《中华人民共和国关税条例》及《海关进出口税则》、《中华人民共和国海关法行政处罚实施细则》等;(3)由海关总署单独或会同国务院有关部门制定的规章,如《中华人民共和国海关对机关单位实施注册登记制度的管理规定》、《关于中外合资经营企业进出口货物的监管和征免税规定》、《海关对回国探亲华侨进出境行李物品的管理规定》等;(4)中国缔结或参加的国际条约中有关海关法律的规定,如《维也纳外交关系公约》、《联合国1972年集装箱关务公约》等。上述渊源构成了以《海关法》为基础,多层次的海关法律体系。海关法律体系主要对海关组织制度、海关监管制度、关税制度、查辑和处理走私以及违反海关监管规定行为的制度、海关统计制度等作出了明确规定。

【海上运输工具的通关】海上运输工具的报关。海上运输工具主要是船舶,为了促进对外贸易发展,方便进出境船舶运输,加强海关

对进出境船舶及其所载货物、物品的管理,中华人民共和国海关总署于1991年8月23日发布了《中华人民共和国海关对进出境国际航行船舶及其所载货物、物品监管办法》。根据该办法的规定,进出境国际航行船舶应当通过设有海关的港口进境或者出境,应当在设有海关的港口停泊、装卸货物、物品和上下人员,并接受海关监管。船舶在海关监管区内停泊、移泊、装卸货物、物品和上下人员的地点由当地港务局提前通知海关;船舶在非海关监管区停泊、移泊、装卸货物、物品和上下人员须由当地港务局会商海关。船舶如需通过未设立海关的港口进出境,或者在未设立海关的港口停泊、装卸货物、物品和上下人员,应当经国务院或国务院授权的机关会商海关后批准,接受海关监管,并向海关缴纳规费。船舶负责人或其代理人应将船舶到港和离港的时间提前24小时通知海关,将船舶装卸货物、物品的时间事先通知海关。船舶进出境时,船舶负责人应当同海关如实申报,并提供有关单证。海关检查船舶时,船舶负责人应到场,并按海关要求指派人员开启船上舱室、房间、储存处所;有走私嫌疑的,应当开拆可能藏匿走私货物、物品的部位,搬移货物、物料等。必要时,海关有权集中船员和暂时加封船员房间或其他部位。海关检查完毕,船舶负责人应当在海关检查记录上签注。

【船舶吨税】对船舶因使用港口的助航设备而征收的一种港口使用税。有些国家称为灯塔税。征收对象是在中国港口行驶的外国籍船舶、外商租用(程租除外)的中国籍船舶。中外合营的海运企业自用或租用的中外国籍船舶。但下列船舶可免征船舶吨税:(1)外国驻华使馆、领馆的船舶;(2)避难、修理、停驶或拆毁并且不上下客、货的船舶;(3)泊趸船、浮桥趸船及浮船;(4)进口后24小时或停泊

港口外 48 小时以内离港,并且未装卸任何客资,不需向海关办理申报进境的国际航行船舶;(5)来中国港口专为添装船用燃料、物料,并符合上述第四项规定的国际航行船舶;(6)船舶吨税税额不满人民币 10 元的船舶。船舶吨税依船舶注册的净吨位由海关代交运输管理部门计征。

【陆路运输工具的通关】陆路运输工具的报关。陆路运输工具主要有铁路进出境列车和进出境汽车。为加强对陆路运输工具的海关管理,1958 年 11 月 5 日,原对外贸易部和铁道部联合发布了《中华人民共和国海关对铁路进出境列车和所载货物、行李、包裹监管办法》。1963 年 8 月 29 日,对外贸易部又发布了《中华人民共和国海关对进出境汽车及所载货物监管试行办法》,上述两个监管办法仍然有效。根据上述监管办法的规定,进出境列车必须在国境车站停留,接受海关检查,进境列车到达国境车站和出境列车驶离国境车站的时间、车次、停发车地点,由国境车站事先通知海关。进境列车达国境车站时,出境列车驶离国境车站前,列车长或车站应将列车组成单递交海关。海关在列车检查完毕放行后,应及时通知车站,进境列车自到达国境车站停车时起至海关检查完毕止,出境列车自海关开始检查时起至列车开行止,未经海关许可,不准移动、解体或者调离。汽车进出境必须经由设有海关的地方通过,并且在海关规定的地点停留,向海关申报,并由汽车驾驶人员向海关交验载货清单一份。进出境的汽车,经海关放行后方可继续内驶或出境。经营客、货运输的外国籍汽车,如进境后需继续往国内行驶,驾驶人员应当按海关要求填具内驶车辆申报单一式两份,报经海关审查后,一份由海关留存,一份由海关签印后发还汽车驾驶人员,并在出境时向海关缴销。

【航空运输工具的通关】航空运输工具的报关。为了便利国际民用航空运输,原对外贸易部于 1974 年 9 月 10 日修订发布了《中华人民共和国海关对国际民航机监管办法》。规定国际民航机降停后,机长或其代理人应立即向海关递交下列文件:(1)入境和过境旅客以及行李舱单一份;(2)进口和过境的货物、邮件和其他物品舱单一份以及有关货物的运单副本一份;(3)机组人员及其自用物品、货币、金银清单一份。国际民航机起飞前,机长或其代理人也应向海关递交如下文件:(1)出境旅客及行李舱单一份;(2)出口货物、邮件和其他物品舱单一份以及有关货物的运单副本一份;(3)机组人员及其自用物品、货币、金银清单一份。国际民航机于同一航次在中国领土内的第二、第三个国际航空站降停和起飞时,机长或其代理人也应按照上述规定向海关提交申报文件。国际民航机降停后或起飞前,应当接受海关检查,海关检查完毕即在出口舱单上签印放行。国际民航机,因气候和其他客观原因,经民航管理部门同意在指定的备用机场临时降停时,如果不上下旅客、装卸货物等,可不向海关递交申报文件。但是,机长应采取必要措施,保证机上所有货物和行李完整无缺。

【集装箱的监管】海关对集装箱体、集装箱所装货物以及集装箱批准牌照等事项实行监督管理的活动。为了加强对集装箱的监督管理,海关总署于 1983 年和 1986 年分别发布了《中华人民共和国海关对进出口集装箱和所装货物的监管办法》、《中华人民共和国对用于运输海关加封货物的国际集装箱核发批准牌照的管理办法》。1986 年中国还加入了《联合国 1972 年集装箱关务公约》。中国对集装箱的监管主要包括以下 3 个方面:(1)对集装箱体的监管。装

运进出口货物的集装箱应有加封装置并符合海关监管条件。境内生产的集装箱投入国际运输时,集装箱所有人应向海关办理注册、登记手续。从国外购买和售给国外的集装箱进口或出口时,应填写报关单向进境地海关报关。(2)对集装箱所装货物的管理。集装箱货物的收发货人在办理进出口报关手续时应提交有关单证。进出口集装箱应在经海关批准的装拆点、中转站办理装箱、拆箱手续。(3)对核发集装箱批准牌照的管理。对申请核发批准牌照的国际运输用集装箱,集装箱所有人应向国家船舶检验局所设的检验机构办理申请检验手续,在取得该项核发的集装箱检验证书后,凭以向海关申请核发《按定型设计批准证明书》和《按制成以后批准证明书》。集装箱申请人在取得海关核发的批准证书后,应在经批准的每个国际集装箱上安装海关批准牌照。

【进出口货物的通关】进出口货物的所有人或其代理人,在设有海关的地方通过并在指定的地点停留时,持与货物有关的单证向海关申报进口或出口,并接受海关监管的行为。根据中国《海关法》的规定,进口货物的收货人、出口货物的发货人应当向海关如实申报,申报时必须填制“进口货物报关单”并随附进出口货物许可证、货运单据(包括提货单、装货单、运单、发票、装箱单、磅码单、明细单等)、减税或免税的证明文件以及视货物情况和海关要求所应交纳的单据,如检验证书、合同、产地证明等。国家限制进出口的货物,没有进出口许可证时不予放行。进口货物的收货人应当自运输工具申报进境之日起 14 日内,出口货物发货人(海关特准的除外)应在装货人的 24 小时前,向海关申报。进口货物应由收货人在货物进境地海关申报,出口货物应由发货人向货物出境地申报。经收发货人申报,海关同意,进口货物收货人可在设有海关的指运地点

报关;出口货物的发货人可在设有海关的启运地点报关。经电缆、管道或其他特殊方式输送进出境的货物,经营单位应定期向指定的海关报关;过境、转运和通运货物,运输工具负责人应向进境地海关报关。

【报关单位】经海关审批注册,可直接向海关办理报关后续的单位。根据 1985 年 7 月 1 日起实施的《中华人民共和国海关对报关单位实施注册登记制度的管理办法》的规定,报关单位包括直接向海关办理进出口货物和进出口运输工具报关手续的企业,以及代收、发货人和旅客及运输工具所有人或者负责人办理进出口报关手续的企业。上述报关单位应持以下证件向有关海关办理注册登记:(1)国务院和省、自治区、直辖市有关管理部门或其授权部门批准开业的证件副本或影印件;(2)工商行政管理部门核发的营业执照副本或影印件;(3)银行出具的经济担保书(海关认为必要时提交);(4)报关注册登记申请书。报关单位经海关审核批准后,发给《报关注册登记证明书》。报关单位应指定专职或专责报关人员,并对其指定的报关员的一切报关行为负法律责任。

【进出口货物的担保放行】进出口货物由于某些原因不能在报关时交验有关单证,进出口收发货人提供保证金或保证函后海关即予以放行的制度。根据 1987 年 7 月 1 日起实行的《中华人民共和国海关关于进出口货物申请担保的管理方法》的规定,在下列情况下,经海关审核同意,可接受担保申请:(1)暂时进出口货物、国家限制进出口货物;(2)领取了进出口许可证,因故不能及时提供的;(3)进出口货物不能在报关时交验有关单证,而货物已运抵口岸,亟待提取或发运,要求海关先行放行货物,后补交有关单证的;(4)

正在向海关申请办理减免税手续,而货物已运抵口岸亟待提取或发运,要求海关缓办进出口纳税手续的;(5)经海关同意,将海关未放行的货物暂时存放于海关监管区之外的场所的;(6)因特殊情况经海关总署批准的。

【暂时进出口货物的通关】为发展经济、技术、科学、文化合作交流需要而暂时运入中国境内或暂时运出中国境外使用,而后再交运出境或进境货物的报关。暂时进口货物主要包括以下几种:来华拍摄或与中国国内单位合作拍摄电影和电视片而运进的摄影、摄像及录音器材和服装、道具、车辆等;来华进行体育比赛、文艺演出而运进的器材、道具、服装、车辆等;来华进行工程施工、学术技术交流、讲学而运进的各种设备、仪器、工具、教育用具、车辆等。暂时进口货物入境时,收货人应填写“进口货物报关单”并注明“暂时进口货物”字样,连同进口货物清单和批准文件等向进境地海关申报。经海关批准暂时进口的货物应在 6 个月内复运出境,并向原进境地海关办理复运出境的报关手续。暂时出口货物出境时也应办理报关手续,在境外使用完毕(限 6 个月)复运进口时,也应办理报关手续。

【进出口货样和广告品的通关】进出口专供订货参考的货物样品以及进出口用以宣传有关商品内容的广告宣传品的报关。为加强对进出口货样和广告品的管理,海关总署于 1986 年 7 月 1 日发布了《中华人民共和国海关对进出口货样、广告品监管办法》。规定进出口的货样和广告品,不论是价购还是免费提供的,均应由接受和发送单位或其代理人(或携运人)向海关申报;经国家批准有权经营进出口业务的公司和企业进出口的货样、广告品,海关凭其进出口

货物报关单查验放行。其他企事业单位进出口的货样和广告品,经海关审核,数量合理并且价值在人民币 1000 元以下的,海关凭其主管部门出具的证明和进出口货物报关单查验放行。经海关审检,数量不合理或价值在人民币 1000 元以上的,海关凭经贸管理部门审批证件和其填写的进出口货物报关单查验放行。除上述规定外,监管办法还对进出口货样及广告品的征免税问题作了具体规定。

【进口溢卸、误卸或短卸货物的通关】进口溢卸、误卸或短卸货物的报关。根据《海关法》的规定,确属误卸或者溢卸的进境货物,经海关审定,由原运输工具负责人或者货物的收发货人自该运输工具卸货之日起 3 个月内,办理退运或者进口手续;必要时经海关批准,可以延期 3 个月。逾期未办手续的,由海关提取变卖处理。所得价款在扣除运输、装卸、储存等费用和税数后,尚有余款的,自货物变卖之日起 1 年内,经收、发货人申请,予以发还;逾期无人申请的,上缴国库。对不需长期保存的货物,海关可根据实际情况提前处理。如发生短卸货物的情况,收货人应向海关提交理货报告、商务签证或商检证书,并经海关查验属实后相应减免税款或将已征得的税款退还。

【进出口展览品的通关】进出口展览品的报关。1975 年 11 月 3 日,原对外贸易部发布了《中华人民共和国海关对进口展览品监管办法》,1976 年 9 月 26 日又发布了《中华人民共和国海关对出口展览品监管办法》。根据上述监管办法的规定,展览品进口前,展出单位或其代理人应向展出地海关提交展览品清单并申报。展览进口时,展出单位或其代理人应向进境地海关递交外国货物转运准单的提单(或运单)及续运的装载清单,经海关检查后转运到展览场

所。展览品转运到展览场所后应接受海关的监管。展览品复运出口时应在展览会闭幕之日起 3 个月内复运出口。中国有关单位组织展览品出口时,组织单位应向出境地海关申报。展品复运进口时,组织单位应向入境地海关申报。

【保税制度】规定保税货物、保税仓库、保税工厂的条件、使用、加工及进出境程序的一系列海关监管制度。其目的在于发展进料加工业和转口运输。世界各国都建立了保税制度,发展本国的保税仓库和保税工厂,扩大保税加工区的范围。中华人民共和国成立之初,也曾实施保税制度,并设立了一些保税仓库,但发展比较缓慢。中共十一届三中全会确定了对内搞活、对外开放的方针之后,保税制度得到进一步确认和广泛推行。1981 年 2 月 10 日,海关总署颁布了《中华人民共和国海关对保税货物和保税仓库监管暂行办法》,1988 年又对上述办法作了修改,相继颁布了《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理办法》、《中华人民共和国海关对加工贸易保税工厂管理办法》。1990 年颁布了《中华人民共和国海关对进出上海外高桥保税区货物、运输工具和个人携带物品的管理办法》等。上述法规的颁布使保税制度更加完善。到 1992 年 10 月为止,中国已建立了上海外高桥、天津港、深圳沙头角和福田、大连大窑湾、广州黄浦以及江苏张家港等实行保税制度的保税区。

【保税货物】经海关批准未办理纳税进口手续进境,在境内储存、加工、装配后复运出境的货物。《中华人民共和国海关对保税仓库及其所存货物的监管办法》对保税货物作了具体规定。根据该办法,保税货物在保税仓库所在地海关入境时,货主或其代理人应当填写“进口货物报关单”一式三份,加盖“保税仓库货物”印章,并注明

此货物存入其保税仓库,向海关申报。经海关查验放行后,一份由海关留存,另两份随货带交保税仓库,由保税仓库经理人签收。货主在保税仓库所在地以外的其他口岸进口货物时,应办理转关运输手续,货物运抵后再按上述程序办理入库手续。保税货物复运出口时,货主或其代理人应填写“出口货物报关单”一式三份,并交验进口时由海关签印的报关单,经海关查验与实质相符后放行。

【保税工厂】经海关特准专为生产出口产品进行保税加工的企业。根据 1988 年 4 月 6 日海关总署颁布的《中华人民共和国海关对加工贸易保税工厂管理办法》的规定,凡经国家批准有权经营进出口业务的企业或具有法人资格的承接进口料、件加工复出口的生产企业,均可向主管地海关申请建立保税工厂,经海关实地勘查批准后,发给加工贸易保税工厂登记证书。保税工厂进口的货物属海关保税货物,自进口之日起至全部出口之日止,受海关监管。未经海关许可不得出售、转让、调换或移作他用。海关认为必要时,可派关员驻厂或随时派遣关员对保税工厂进行监督检查。保税工厂在失去海关严密监管或有违反海关法规规定的行为时,海关可吊销其保税工厂证书,并对其违法行为依法处理。

【保税仓库】海关设立或经海关核准注册的专门用于存放保税货物的仓库。根据《中华人民共和国海关对保税仓库及所存货物的管理办法》的规定,保税仓库限于存放供来料加工、进料加工复出口的货物,或者暂时存放后再复运出口的货物以及经海关批准缓办纳税手续进境的货物。一般贸易进口货物不准存入保税仓库。保税仓库对所存货物应有专人负责并定期将有关情况列表报送当地海关检查。保税仓库中不得对所存货物进行加工,如需改变包装等,

必须在海关监督下进行,必要时海关可会同保税仓库经理人双方共同加锁或随时派员检查货物储存情况,甚至驻库监管。保税仓库所存货物储存期为1年。如因特殊情况可向海关申请延期,延期最长不得超过1年。

【进出境物品的通关】进出境人员行李物品的报关以及进出境邮递物品的报关。根据1989年11月1日海关总署发布的《中华人民共和国海关对进出境旅客行李物品监督管理办法》,进出境物品的所有人向海关申报时,可填写“旅客行李申报单”和其他申报单证进行书面申报,也可口头申报或选择应税或免税通道(红、绿通道)以行为申报;以分离运输方式进出境的行李物品,应当在其所有人进出境时一并向海关申报,并于3个月内运进或运出,海关将其与旅客随身携带的行李合并计算,征税或免税放行。进出境行李物品报关时,海关有权予以查验。享有外交特权和豁免权的外国机构或人员的公务用品、外交邮袋、自用物品可以免予查验。搭乘同一国际运输工具进出境,或在中国口岸换乘运输工具,未离开海关监管区的过境人员,免办进出境申报手续,其所带行李物品不保留在境内。邮寄进出境的物品,由寄件人填写“报税单”或者“绿色签条”向海关申报,收件应到设有海关的邮局办理查验手续。进出境邮袋的装卸、转运和过境,应当接受海关监管。邮政企业应当向海关递交邮件路单,并将开拆及封发国际邮袋的时间事先通知海关,海关派员到场监管查验。邮运进出境的物品,经海关查验放行后,有关经营单位方可投递或者交付。

【“红绿通道”通关制度】进出境旅客在实施“红绿通道”验放制度的海关报关的制度。为简化海关手续,方便旅客进出境,1989年5月

15 日,海关总署发布了《中华人民共和国海关关于进出境旅客选择“红绿通道”通关的规定》,根据该规定,凡在实施“红绿通道”验放制度的海关检查场所,进出境旅客应按下列规定自行申报并选择通道办理海关手续。下列进出境旅客可选择绿色通道通关,但需向海关出示本人证件和按规定填写的申报单证:(1)持有中国主管部门给予外交、礼遇签证护照的外国籍人员;(2)海关给予免验礼遇的人员;(3)无必须选择“红色通道”通关情事的其他人员。进境旅客有下列情事者,必须选择红色通道通关,并持按规定填定的“旅客行李申报单”或其他申报单证,主动向海关办理行李物品申报:(1)携带海关限量管理及应征税的物品的;(2)申请进口的物品的;(3)携带进境旅行自用物品超出以下范围的(照相机、小型收录音机、小型摄影机、小型摄像机各一件);(4)携带货样、展品、专业用品以及其他需办理进境验放手续的物品的;(5)另有分离运输行李、境内提货券及拟在境内购买外汇商品的。出境旅客有下列情事之一者,须选择红色通道通关,并按规定主动向海关人员办理行李物品申报手续:(1)携带文物、货物、货样以及其他需办理出境验放手续的物品的;(2)未将应复带出境物品原物带出的;(3)携带外币、金银及其制品,但未取得有关出境许可或携带外币、金银及其制品数额超出原进境申报数额的;(4)携带出境物品超出海关规定的限量、限值或其他限制规定的;(5)携带有需复带进境的物品的。不明海关规定或不知如何选择通道的旅客,应选择红色通道通关。

【禁止和限制进出境的物品】中国禁止进境的物品有:(1)各种武器、弹药及爆炸品;(2)伪造货币及伪造的有价值证券;(3)对中国政治、经济、文化、道德有害的印刷品、胶卷、照片、影片、录音带、录像带、激光视盘、计算机存储介质及其他物品;(4)各种烈性毒药;(5)

鸦片、吗啡、海洛因、大麻以及其他能使人成瘾的麻醉品、精神药物；(6)带有危险性病菌、害虫及其他有害生物的动物、植物及其产品；(7)有碍人畜健康的、来自疫区的以及其他能传播疾病的食品、药品或其他物品。国家禁止出境的物品有：(1)列入禁止进境范围的所有物品；(2)内容涉及国家秘密的手稿、印刷品、胶卷、照片、唱片、影片、录音带、录像带、激光视盘、计算机存储介质及其他物品；(3)珍贵文物及其他禁止出境的文物；(4)濒危和珍贵的动物、植物及其种子和繁殖材料。国家限制进境的物品有：(1)无线电收发信机及通信保密机；(2)烟、酒；(3)濒危和珍贵动物、植物及其种子和繁殖材料；(4)海关限量管理的其他物品。国家限制出境的物品有：(1)金银等贵金属及其制品；(2)外币及其有价证券；(3)无线电收发信机及通信保密机；(4)贵重中药材料及其成药；(5)一般文物；(6)海关限量管理的其他物品。国家限制进出境的物品，必须办理准许进出境的审批手续或在规定的限量之内才能携带进出口。

【海关进出口税则】各国海关对于征税商品、免税商品及禁止进出口的商品加以系统分类的一览表。主要包括 4 栏：税则号、商品名称、进口税率和出口税率。1951 年中国政务院公布了《中华人民共和国海关进出口税则》；1985 年，国务院发布了第二个《中华人民共和国海关进出口税则》，该税则是中国海关征收关税的现行法律依据。1985 年的进出口税则将全部进出口商品分为 21 类。各类之下又分为章，各类所设的章按统一顺序排列，共有 99 章。在各章之下，设立税目，列明具体的商品名称，同时规定相应的税则系列，确定该商品的进出口关税税率。在一些税目之下，有的还进一步列出子目，规定进出口关税税率。海关在对进出口商品征收关税时，首先将实际进出口的具体商品正确地归入适当的税目和子目。然后

确定对该商品征税所应适用的税率。税则税率共有 4 个栏目,进口税率分为最低税率、普通税率和进口调节税率;出口税只有 1 栏。凡是《海关进出口税则》中出口税率栏未列有税率的出口商品,都不征收出口关税。

【原产地规则】各给予关税优惠的国家制定的给予发展中国家的产品以关税优惠的条件。原产地规则是衡量受惠国的出口产品是否取得原产地资格,能否享受关税优惠待遇的标准。包括 3 个部分:原产地标准,直运规则和书面证明。原产地标准是由给惠国对原产品概念所下的定义。根据《中华人民共和国关于进口货物原产地的暂行规定》,进口货物应从 4 个方面确定其原产国别:(1)完全在一个国家内生产或制造的进口货物,其生产国或制造国即为该货物的原产国;(2)对经过几个国家加工、制造的进口货物,以最后一个对货物进行可以视为实质性加工的国家作为有关货物的原产国;(3)对石油产品以购自国为原产国;(4)对于机器、仪器、器材或车辆所用的零件、部件、配件、备件及工具,如与主机同时进口,且数量合理,其原产地按主件的原产地予以确定,如分别进口,应按其各自的原产地确定。直运规则要求原产品必须从出口受惠国直接运至进口给惠国。出口商品除符合原产地标准及直运规则外,还必须持有能证明其原产资格的原产地证明书和符合直运规则的证明文件。为加强对出口货物原产地工作的管理,中国国务院于 1992 年 3 月 8 日又发布了《中华人民共和国出口货物原产地规则》。该规则第六条详细规定了出口货物原产地为中华人民共和国的标准。

【完税价格】对进出口货物计征应交税款时所使用的价格。根据

1992年3月18日中国国务院发布的《国务院关于修改〈中华人民共和国进出口关税条例〉的决定》的规定,进口货物以海关审定的成交价格为基础的到岸价格作为完税价格。到岸价格包括货价,加上货物运抵中国关境内输入地点起卸前的包装费、运费、保险费和其他劳务费等费用。进口货物的到岸价格经海关审查未能确定的,海关应依次以下列价格为基础估定完税价格:(1)从该项进口货物同一出口国或者地区购进的相同或类似货物的成交价格;(2)该项进口货物的相同或类似货物在国际市场上的成交价格;(3)该项进口货物的相同或类似货物在国内市场上的批发价格,减去进口关税、进口环节其他税收以及进口后的运输、储存、营业费用及利润后的价格;(4)海关用其他合理方法估定的价格。出口货物应以海关审定的货物与境外的离岸价格,扣除出口关税后,作为完税价格。离岸价格不能确定时,由海关估定完税价格。

【关税的退补】进出口货物完税后,纳税人发现有以下情况之一的,可向海关申请退还已缴纳税款的规定。(1)因海关误征,多纳税款的;(2)海关核准免验的进口货物,于全数完纳关税后,发现有短缺情事,经海关审查认可的;(3)已征出口税的货物,因故未装运出口,申请退关,经海关查验属实的。纳税人应自缴税款之日起1年内向海关申请退税,逾期海关不予受理。申请退税时应填具“退税申请书”,并连同原税款缴款书及有关单证向原征税海关提出。海关应当自受理退税申请之日起30日内作出书面答复并通知退税申请人。如海关核准,则发给“税款退还书”,由申请人凭以向银行办理退税手续。海关在进出口货物放行或完税后,发现有短征或漏征税款情事的,可以从缴纳税款或货物放行之日起一年内向纳税义务人补征。因纳税义务人违反规定而造成短征、漏征的,海关可

以在 3 年内追征。

【关税的减免】根据 1992 年 3 月 28 日中国国务院修订的《中华人民共和国进出口关税条例》的规定,下列 4 种货物经海关审查无讹,可以免税的规定。(1)一票货物的关税税款在人民币 10 元以下的;(2)无商业价值的广告品及货样;(3)国际组织、外国政府无偿赠送的物资;(4)进出境运输工具装载的途中必需的燃料、物料和饮食用品。有下列情形之一的进口货物,海关可酌情减税或免税:(1)在境外运输途中或在起卸时,遭损坏或损失的;(2)起卸后海关放行前,因不可抗力遭受损坏或者损失的;(3)海关查验时已经破漏、损坏或者腐烂经查明不是保管不慎造成的。中国缔结或加入的国际公约中有关减免关税的规定,中国海关也应执行。除上述法定减免情形外,中国对特定地区、特定企业或特定用途的进出口货物也给予减免关税的优惠。

刑 事 侦 查

【刑事案件】有广义、狭义之分。广义指因触犯刑法,需要依法追究刑事责任而经公安、检察、审判及国家安全机关确立在案的犯罪案件。狭义指公安机关刑事侦查部门根据有关规定需要立案侦查的案件。根据中国《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》规定:由人民法院受理的刑事案件有伤害案、暴力干涉婚姻自由案、重婚案、破坏现役军人婚姻案、公然侮辱案、诽谤案、抗拒执行判决、裁定案、虐待案、遗弃

案;由人民检察院受理的案件有贪污案、刑讯逼供案、诬告陷害案、破坏选举案、非法拘禁案、非法管制、搜查案、报复陷害案、非法剥夺宗教信仰自由案、行贿、受贿案、玩忽职守案、重大责任事故案、偷税、抗税案、假冒商标案、体罚虐待人犯案、挪用救灾、抢险等款物案;由公安机关负责侦查的刑事案件有反革命案、放火案、爆炸案、决水案、投毒案、破坏交通设备案、破坏动力、燃料设备案、非法制造、贩运枪支、弹药案、交通肇事案、重大责任事故案、走私案、投机倒把案、伪造倒卖票证案、伪造国家货币贩运伪造国家货币案、伪造有价证券案、破坏集体生产案、杀人案、伤害案、致死人命案、强奸案、引诱、留容、强迫妇女卖淫案、拐卖人口案、抢劫案、盗窃案、诈骗案、枪杀案、敲诈勒索案、毁坏公私财物案、妨害公务案、扰乱社会秩序案、流氓案、在押犯脱逃案、窝藏案、包庇案、私藏枪支弹药案、制造、贩卖假药案、神汉巫婆造谣诈骗案、伪造、毁灭公文证件印章案、聚众赌博案、制作贩卖淫书淫画案、制造贩运毒品案、窝脏销赃案、破坏珍贵文物、名胜古迹等案件;由国家安全机关负责侦查的刑事案件主要有间谍、特务、资敌等案件。

【刑事案件分类】根据刑事犯罪性质、作案手段、造成的后果等对刑事案件所进行的分类。按照犯罪的性质,可以将刑事案件分成 7 类:(1)反革命案件;(2)危害公共安全的案件;(3)破坏社会主义经济秩序的案件;(4)侵犯公民人身权利、民主权利的案件;(5)侵犯财产的案件;(6)妨害婚姻家庭案件;(7)渎职案件。按照作案手段可以分为杀人、强奸、抢劫、盗窃、诈骗、贪污、抢夺、放火、爆炸、投毒、决水、流氓、赌博、销赃、贿赂、走私、假冒商标、伪造货币、拐卖人口等案件;按照犯罪情节和造成后果的严重程度又可以将其分为一般案件、重大案件和特别重大的 3 种类型案件。根据公安部

刑事案件立案标准规定:杀人致死、重伤的,爆炸、放水、决水、投毒致人重伤、死亡或损失财物千元以上;盗窃诈骗、抢夺财物千元以上;强奸妇女已遂或奸淫幼女的;拐卖人口情节和后果严重的;制造贩运鸦片、海洛因、吗啡或其他毒品等 13 类案件为重大刑事案件。一次杀死、杀伤数人或者杀人碎尸的;持枪杀人、持枪抢劫、持枪强奸妇女的;抢劫公私财物千元以上;爆炸、放火、决水、投毒致死数人;直接损毁财物损失万元以上;盗窃、诈骗、抢夺公私财物万元以上,粮食 5000 公斤以上;粮票 5 万公斤以上;盗窃国家珍贵文物,盗窃、抢劫、抢夺枪支的;轮奸妇女;伪造国家货币,贩运伪造国家货币等 13 类案件为特别重大的刑事案件。

【刑事侦查】简称刑侦。公安机关、国家安全机关、人民检察院在办理刑事案件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。综合运用各种手段揭露和证实犯罪的专业性职业活动。包括:讯问被告人、询问证人、询问被害人;现场勘验、检查搜查、扣押物证书证;鉴定、通缉等调查工作。还包括:拘传、取保候审、监视居住、拘留、逮捕等强制性措施。刑事侦查不同于军事、政治上的侦察,属于刑事公诉案件的一个诉讼阶段,是一种诉讼行为,为认定被告人有罪无罪提供法律证据,同时也为审判机关定罪量刑提供依据。这个阶段从立案后至审查起诉前,公安机关、国家安全机关立案侦察的案件在侦查终结后,应出具起诉意见书或者免予起诉意见书并连同案件的一切调查材料、证据、证词等一同移送给同级人民检察院,由人民检察院审查决定是否提起公诉。经审查,不需要对被告人追究刑事责任的,应当撤销案件;被告人已被逮捕的,应立即释放并发给释放证明。人民检察院侦查的刑事案件在侦查终结后,应当作出提起公诉、免予起诉或者不起诉的决定。根据中

国刑事诉讼法规定,只有公安机关、国家安全机关、人民检察院可以从事刑事侦查活动,其他任何机关、团体和个人不得行使这种职权,否则依法追究其刑事责任。

【刑事侦查权】刑事案件的侦查权限。有广义狭义之分。广义的刑事侦查权指根据中国《刑事诉讼法》的规定,公安机关、国家安全机关和人民检察院具有的刑事案件侦查权,其他任何机关、团体和个人都没有侦查权。人民检察院负责侦查贪污、贿赂、玩忽职守、侵犯公民民主权利以及认为需要自己直接受理的案件;国家安全机关专门侦查间谍、特务、颠覆国家安全的案件;其他需要侦查的刑事案件由公安机关负责侦查。狭义的刑事侦查权指公安机关刑事侦查部门的一种可以使用秘密侦查手段的权限。包括:秘密搜查、跟踪、守候、监控、使用秘密侦查力量、窃听、秘取、秘密录音、秘密录相、特情及刑事技术检验鉴定等。根据中国《刑事侦查工作细则》及有关规定,刑事侦查权属于县(市)以上公安机关,企业、机关、学校等保卫部门和基层公安派出所具有行使现场勘查、询问证人、询问被告人、追缴赃物等一般侦查措施和查破一般案件的权力。在专案侦察中、根据侦查工作需要,经省、市、自治区公安厅(局)批准,可以授予企业保卫组织一定的侦查权。公安派出所可以就地查破一般的刑事案件,而重大、特大的刑事案件由县(市)以上的公安机关行使其侦查权。

【刑事侦查学】关于揭露犯罪、证实犯罪的具体方法的科学。刑事法科学中的一个专门学科,中国法学体系中的一个组成部分。是以刑事犯罪侦查理论、刑事犯罪活动规律、特点以及刑事侦查对策为主要内容的学科。研究对象是发现、固定、提取、检验犯罪痕迹和物证

的技术手段以及查明案情、收集证据的侦查措施和各类刑事案件的侦破方法。刑事侦查学是一门阶级性、实践性、科学性很强的科学。阶级性表现为所研究的各种侦查技术、侦查措施和侦破方法是直接为打击犯罪活动服务的,目的在于维护社会秩序,巩固人民民主专政;实践性表现在对各种侦查技术、侦察措施和侦破方法的研究,是在总结公安、检察机关的破案经验的基础上进行的,因而与侦查实践有不可分割的联系。侦查实践是刑事犯罪学内容的基础,也是充实和提高刑事侦查学内容最切实的方法。科学性表现为它对侦破刑事案件方法的研究,是以唯物辩证法的认识论为指导,在广泛利用各种科学技术成就的基础上进行的,不仅与刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、预审学等有密切的联系,还与自然科学有紧密的关系。刑事侦查学的建立和发展,对于促进中国刑事侦查机关有效地制止、揭露、证实和打击犯罪活动具有重大意义。

【刑事侦查技术】又称刑事科学技术或刑事技术。刑事侦查中运用的各种技术手段。有广义和狭义之分。广义的刑事侦查技术泛指在侦查刑事犯罪中利用的科学技术,包括尸体的法医检验、物证的理化检验等;狭义的刑事侦查技术指形象痕迹,作为物证的文书、枪弹和其他有关的物品等作为检验对象,以解决同一认定为主要内容的专门技术。利用物理学、化学、生物学、医药学、植物学、语言学、数学等科学原理和成就,解决侦查破案和预防犯罪中具有刑事诉讼证据意义的客体异同的问题。不是简单地搬用这些科学技术成就,而是创造性地运用这些科学技术的原理和方法,结合侦查破案的特殊需要而研究出来的专门技术方法。刑事侦查技术通常包括:(1)刑事照相;(2)痕迹检验;(3)枪弹检验;(4)文书检验;(5)刑事登记;(6)外貌识别;(7)计算机犯罪等。利用刑事侦查技术可以

解决:(1)记录现场勘查和其他侦查活动中发现的对案件有意义的情况;(2)显现、固定、提取、检验肉眼不能辨别的痕迹;(3)建立罪犯登记系统,为查缉罪犯积累和提供可靠资料;(4)对一定的客体进行种类认定和同一认定;(5)从技术角度研究预防犯罪的措施。实践证明,刑事侦查技术在现代犯罪日趋智能化的过程中,发挥着越来越大的作用。

【刑事案件侦查中的密搜取证】对刑事被告人、犯罪嫌疑人依法进行秘密搜查获取犯罪证据的侦查手段。密搜取证与公开调查取证不同,是在不被刑事被告人、犯罪嫌疑人发现的情况下进行的。刑事侦查是一项隐蔽和特殊的工作。斗争的双方相互保持着自我一方的秘密性。任何一方如果失去了秘密性就会在侦查或反侦查中处于劣势。因此,在情况复杂、侦查需要的条件下,有必要采取秘密搜查取证这一特殊的斗争方式,把隐蔽的犯罪分子揭露出来,依法惩处。秘密搜查取证包括住宅搜查、办公地点搜查、临时住地搜查。住宅搜查指侦查人员在不暴露身份,并在不被对方察觉的情况下搜查其住宅;办公地点搜查指对其从事职务活动的地点搜查。临时住地搜查指对其下榻的宾馆、旅店进行搜查。注意实施密搜取证后要保持室内物品陈设与搜查前一样。

【刑事侦查实验】简称侦查实验。为了确定对案件侦查有意义的某一事实、现象是否存在或在某种条件下能否发生,而参照案件原有条件将该事实或现象加以再现的一种侦查措施。比一般的观察有许多优越之处。侦查实验凭借直观的方法,以接近于原始状况的物质形象和环境为依据,经历从直觉到抽象思维的认识过程,保证认识的客观性。侦查实验可以排除一切局外影响,避免观察分析中由

于无关因素的干扰而产生的错误。实验过程中可以加入新的情况,以便研究弄清案件事实情节产生的必要条件,研究事实情节出现的最大可能性。侦查实验能在同一条件下或改变的条件下多次重复试验,以便确定案件的某一事实能否发生的准确性和稳定性。侦查实验作为取得证据的一种方法,在犯罪侦查中运用得比较广泛。

【刑事案件中的知情人】了解案件事实情况或部分情况的人。这些人可能和犯罪人有某种关系,虽然不一定在现场看过事态的发生,但对于犯罪案件都有条件提供最有价值的情况。从法律的角度讲,作为刑事案件的知情人必须具备两个基本要素:一是必须了解案情的全部或一部分;二是必须能够辨别是非、精神正常、能够正确表达。年幼无知,对某一事实不能辨别是非的人不能作为知情人。在接受侦查人员的询问时,知情人有义务说明事实真象,不能拒绝询问,对于侦查人员的询问内容要保守秘密。知情人也有对自己的姓名要求保密的权利,有使用本民族语言、文字的权利,有对自己的语言笔录要求阅读或向其宣读的权利,有权提出补充或修改或者自行书写证言材料。对于侦查人员侵犯本人诉讼权利或对其实施诱供、骗供、侮辱的行为,有提出控告的权利。

【刑事案件的并案侦查】一个罪犯或一伙罪犯在同一地区或不同地区先后实施了一系列犯罪时,根据现场勘查材料分析,发现这一系列案件有许多共同特点,把这些案件合并为一个案件进行侦查的侦查方法。并案侦查是同系列犯罪作斗争的有效方法,是打击惯犯、屡犯和犯罪团伙的有效手段。其优点是犯罪资料集中后比较充分,罪犯形象容易刻画;可以采用针对性强的侦查措施开展侦查活动以便发现重点嫌疑人;可以统一使用侦查力量,省人、省力。条件

相同案件发生在同一地区内,并案侦查由该地区的刑侦部门承担组织领导工作;条件相同的案件发生在不同地区,并案侦查应由上一级刑事侦查部门组织领导,由发案地区的刑侦部门参加,统一调动,统一指挥,开展侦破工作。

【刑事技术鉴定】在刑事犯罪侦查中或在审判等诉讼活动中,对案件本身情节或处理各种证据所涉及的某些专门知识性问题由刑事侦查技术部门或聘请有关专家进行的检验过程和评断。刑事技术鉴定结论应用书面形式表达。刑事技术鉴定是侦查破案的重要手段,能借助科学仪器和化学药物的特殊功能揭露人的视力不能见或不易见的某些事实;能利用科学的鉴别分析方法,确定物质的成份、性质,查明某些事实形成的原因和状况;能利用同一认定的科学理论,对客体的异同作出科学的结论。在犯罪侦查或审判中许多证据事实,经常需要通过鉴定才能充分发挥其证明作用。由于刑事技术鉴定所涉及的是与案件相关的事实,因此,对司法机关最终判定案件具有重大影响。

【刑事登记】对于某些具有侦缉意义或刑事技术检验意义的客体所施行的各种登证制度的总称。按照一定的规则进行,按照一定的方法记录、分类和归档存储,以供查用。刑事登记包括:姓名登记、指纹登记、外貌登记、作案手段登记以及无名尸体登记等。刑事登记可以解决以下问题:(1)如果被拘留人因前科作过指纹登记,可通过刑事登记资料,查明被拘留人的历史情况;(2)可以利用刑事登记资料,查明被拘留的可疑人员是否是被通缉的罪犯;(3)利用刑事登记资料与现场上发现的罪犯遗留的指纹比对,查明罪犯;(4)发现无名尸体或发现有人失踪时,可以利用刑事登记资料,查明无

名尸体的身份或找到失踪人的下落;(5)利用刑事登记资料,查明若干起未破案件由一人所为,因而可以并案侦查,加速破案。各种刑事登记由公安机关统一管理。

【刑事照相】犯罪侦查技术的一个组成部分。运用照相方法,固定犯罪现场状态,记录勘查、搜查、扣押等侦查活动过程和结果,发现、收取和保存犯罪痕迹、物证,为分析案情、开展侦查提供依据的侦查技术。照相方法还可以检验物证,固定被检验客体特征,显示与犯罪有关的事实,为揭露和证实犯罪提供证据;可以运用照相方法收集和贮存犯罪资料,用以辨认罪犯、查对赃物罪证,为侦查破案提供准确资料。运用刑事照相方法所拍照的现场照片、物证照片以及其他照片是现场勘查笔录和其他记录侦查措施结果的法律文书不可缺少的附件,在法律上具有证据作用。在拍照时要严格遵守刑事照相的有关规则,制作照片务求清晰、准确,不允许进行任何艺术上的加工和修饰。刑事照相主要分为两大类:一类是记录照相,另一类是检验照相。

【刑事录相】利用录相设备和拍摄技巧,把刑事案件的现场状况与刑事案件有关的活动真实地记录下来,为侦查破案提供形象资料,为揭露、证实犯罪提供证据的手段。与现场照相比有很大的优越性。刑事录相之后可以马上播放,不用处理底版负片,还可以剪接编辑,根据破案需要随时调整。分为现场录相、侦查实验录相和其他侦查活动录相。现场录相主要记录刑事案件现场原始状况和物证、痕迹的状态;侦查实验录相指案件侦破人员为了证实现场中的某些情节、人为地恢复现场的某些情况,并模拟犯罪动作,用以验证、分析后果的正确与否,并把这些活动过程及验证结果录制下来

的活动。其他侦查活动的录相指秘密侦查录相、重大活动情况的监视录相,重点部位的定位录相及搜查、取证等秘密工作的录相。

【通缉】公安机关以通缉令的方式要求其他公安机关和公民协助抓捕在逃人犯的一项查缉措施。中国刑事诉讼法规定“应当逮捕的被告人如果在逃,公安机关可以发布通缉令,采取有效措施,追捕归案。”“通缉的对象应该具备三个条件:其一是已经在逃的;其二是依法应该逮捕的;其三是身份已经清楚的。”从侦查实践中看,需要发布通缉令的一般都是重大案件的人犯。或者罪行很严重;或者社会危害性很大;或者有可能逃往境外;或者有可能继续作案。通缉令上应写明被通缉人的姓名、性别、年令、籍贯、住址、穿着、体貌特征和简要案情。包括身高、体态、脸型、发型、面部明显特征、外露的斑痣和疤痕、残疾、行走姿势和噪音。如果被通缉人持有枪支、凶器应加以注明,并附带被通缉人犯的正面近照。

【通报】公安机关之间以文字、电话、传真等方式通告犯罪情报或要求协助调查案情的一项查缉措施。公安机关之间为了查缉案犯而互通情报、互相配合的一种方法。可分为两大类:一类是预警通报,也称敌情通报。主要作用是把犯罪活动的情况通知有关地区的公安机关,使其预先做好准备并制订出针对性的防范和打击措施。根据通报内容不同,又可以分为社会一般犯罪情况的预警通报和具体案件情况的预警通报。另一类是协查通报。主要作用是把案件中需要查清的问题通知有关地区的公安机关,请协助调查解决。根据通报内容不同,可以分为以下几种:(1)关于无名尸体的协查通报;(2)关于失踪人的协查通报;(3)关于犯罪嫌疑人的协查通报;(4)关于流窜犯身份的协查通报;(5)关于赃款赃物的协查通报;

(6)关于案情线索的协查通报等。

【追缉】沿着犯罪分子或犯罪嫌疑分子可能逃跑的方向和路线对案犯进行的追捕。公安机关在人犯逃跑不久时,利用其体貌特征和携带物品的特征对其进行缉捕的一种紧急措施。主要在3种情况下使用:(1)在现场勘查过程中发现作案分子逃跑不久;(2)在侦查过程中发现重大嫌疑分子逃脱控制;(3)被扣押的犯罪分子或犯罪嫌疑分子逃离羁押地。追缉的方法有单路尾追法、两侧迂回法和分路出击法。追缉要与沿途察访相结合,追缉人员应当注意观察沿途是否有案犯逃跑的痕迹和丢落的物品,并随时向过往行人和沿途群众询问是否看到有可疑人经过,以便获得有关逃犯体貌特征,携带物品特征和逃跑路线的补充材料,为及时修正追缉方案提供依据。追缉是查缉人犯的重要措施,对侦查破案、打击犯罪分子有重要意义。

【堵截】侦查人员在犯罪分子或犯罪嫌疑分子逃跑不久时,利用其体貌特征和携带物品特征对其进行拦捕的一种紧急措施。即在犯罪分子或犯罪嫌疑分子逃跑时,可能经过的关卡、道口,如车站、码头、机场、海关等地点进行阻留。运用堵截这项紧急措施必须具备下列条件:(1)犯罪人的身体形象有比较明显的暴露,容易辨识指认;(2)赃物数量较大,特征比较明显,盘查时容易辨识;(3)罪犯逃跑不久。侦查实践表明,抓住时机、正确运用堵截这一措施,常常可以人赃俱获。堵截不仅可以抓捕逃犯,还可以制止犯罪分子继续作案和危害社会。有些犯罪分子逃跑以后还会继续作案并严重威胁社会安全。及时采取堵截措施,会避免国家、集体和人民利益再遭损失。在打击严重暴力犯罪中,堵截有重要意义。

【跟踪】刑事侦查人员采取秘密尾随的方式对犯罪分子或重大犯罪嫌疑分子的活动进行监视或控制的一项秘密侦查手段。一类为步行跟踪,一类是车辆跟踪。跟踪的目的是调查、了解重大嫌疑分子的活动情况,发现新的犯罪线索;控制和防止犯罪分子重新犯罪;发现犯罪分子的活动范围、接触对象、联络及落脚地点,从中发现其犯罪团伙;发现窝赃、销赃、分赃和转移赃物的地点,获取罪证,在必要时将罪犯一网打尽。跟踪时,侦查人员与跟踪目标要保持适当的距离,既不能过近以防止被跟踪人发现,又不可脱梢。要求侦查人员灵活机动,大胆谨慎。而指挥人员则要随时研究案情变化,及时调整力量、变换跟踪人或跟踪车辆,防止目标发现被跟踪,而使跟踪失败。

【犯罪现场】犯罪分子实施犯罪的地点和遗留有同犯罪活动有关的痕迹或其他物证的场所。由犯罪分子的犯罪活动造成。犯罪活动和任何客观事物一样,都不能离开一定的时间、空间和条件而存在。从这个意义上说,一般的刑事案件都有犯罪现场。犯罪活动的过程,有的简单,有的复杂。简单的犯罪可能只有一个现场,复杂的犯罪可能有几个现场。犯罪现场可以从不同的角度进行分类。按照案件类型,可分杀人现场、盗窃现场、强奸现场、纵火现场、爆炸现场等;按照是否保持现场的原始状态,可以分为原始现场和变动现场,按照现场是否伪造,可分为真实现场和伪造现场;按其与实施犯罪的密切程度,可以分为主体现场和关联现场;按照其形成的先后顺序,可以分为第一现场、第二现场、第三现场等。犯罪现场形成的因素和条件很多,如时间、地点、罪犯及其活动;犯罪动机和目的;使用的工具和手段;侵犯的客体以及产生的后果等。其中,犯罪

的活动是主要的,是区别犯罪现场与非犯罪现场的基本因素。认定犯罪现场对于顺利侦查破案起着很重要的作用。判断是否是犯罪现场,不仅要详细分析现场形成的每一个因素,还要通过其他因素认定行为人的行为是否犯罪行为。不是犯罪行为造成的现场不是犯罪现场。

【犯罪现场保护】案件发生后,在现场勘查人员到达之前,一直保持案件发生时的原始状况,避免受到自然或人为原因造成的破坏的做法。及时认真、严密地保护现场是做好现场勘查工作的前提条件。中国刑事诉讼法规定:“任何单位和个人,都有义务保护犯罪现场,并立即通知公安机关派员勘验。”现场保护的基本要求是划定保护的范围、布置警戒、维护秩序,在勘查人员到达之前,不许任何人进入现场,如遇到气候发生变化或其他情况,可能使痕迹、物证遭到变动和破坏时,应当采取措施妥善保管。现场保护的方法,应根据现场的具体环境决定。主要分为室内现场保护和室外现场保护两种。对血案、手印、脚印、工具痕迹、车轮痕迹、遗留物品等要严加保护,对尸体的保护更要加以注意。

【犯罪现场勘查】刑事侦查部门为了发现、收取犯罪痕迹、物证、研究犯罪现场情况和访问现场周围群众而对与犯罪有关的场所进行观察和研究的一种紧急措施。是刑事案件侦查的起点,又是开展侦查工作的基础。因而现场勘查质量对侦查工作的结局有直接的影响。现场勘查可以为判明案件性质、分析有关案情、揭露和证实犯罪人提供依据,同时又为防止犯罪提供对策及技术手段。现场勘查的主体只能是侦查办案人员,即公安、安全机关和检察机关的办案人员。由公安机关管辖的案件,现场勘查由公安机关负责;由人民

检察院管辖的案件,现场勘查由人民检察院负责;机关、团体、企业、事业单位发生的一般案件,由本单位的保卫部门负责,其他任何组织和个人均无权进行现场勘查。现场勘查必须依照法定程序进行。

【犯罪现场分析】又称犯罪现场案情分析。在现场勘验和现场访问基本结束后,就地召集参加访问和勘验的人员,以开会讨论的形式对案件的性质和有关情况进行初步分析判断的方式。对于现场勘查和开展侦查具有重要的意义。通过现场分析,可以判明现场具有的性质,为解决立案问题提供依据。通过现场分析可以判明犯罪分子的个人特点和犯罪动机、作案手段,为确定侦查方向和侦查范围提供根据。还可以为制定侦查计划开展侦查工作提供条件。犯罪现场分析的深度、广度和准确程度取决于勘验和访问是否获得了有价值的材料和线索。材料和线索越多,分析的问题也越多,准确程度也越大。要注意分析案件的性质、作案时间、作案人情况、作案手段、作案动机、罪犯在现场活动的情况等。

【犯罪现场分类】按照一定的标准,对犯罪现场进行分类的方法。现场分类主要根据现场的完损状态、真伪情况和主次关系划分。从现场的完损状态看,可分为原始现场和变动现场。原始现场指案件发生后至勘查前没有遭受破坏和变动的现场;变动现场指案件发生后到勘查前,由于自然或人为的原因,现场的原始状态部分受到改变的现场。从现场真伪情况看,现场可分为真实现场和伪造现场。真实现场指没有掩盖和伪装的现场;伪造现场指罪犯为了掩盖已实施的犯罪行为或转移侦查视线,故意伪造的现场。从犯罪行为的主次关系看分为主体现场和关联现场。主体现场主要指施实主要

犯罪行为的地点;关联现场指实施同主要犯罪行为有关的各个活动的场所。按先后顺序可分为第一、第二、第三……现场。还可以分为室内现场和露天现场以及根据案件性质分为杀人现场、盗窃现场、强奸现场等。

【犯罪痕迹】广义的犯罪痕迹泛指犯罪现场物质环境中,由于犯罪活动而引起的一切变化。不仅包括各种客体留下的反映形象,也包括物质、物体的增减和移动,如犯罪分子留下的足迹、手印以及现场原有物质的一切变化现象等。狭义的犯罪痕迹主要指形象痕迹。是一个客体在另一个客体上形成的反映形象。形象痕迹不仅能为判断案件性质及推断作案时间、地点、人数、手段和过程等犯罪情节提供根据,还能为分析罪犯特征、个人情况提供重要的线索。犯罪痕迹的种类有几种不同的划分。根据承受体本身是否发生凹凸变化,可把形象痕迹分为主体痕迹和平面痕迹。平面痕迹又可分为平面加层痕迹和平面减层痕迹。根据形象痕迹形成时造型体与承受体接触而是否相对滑动,又可分为静态痕迹和动态痕迹。根据形象痕迹形成时承受体表面发生变化是在接触范围以内或以外,形象痕迹又可分为内部痕迹和外围痕迹。此外,当整体物因受某种力的作用,被分离为若干部分时,根据分离的特点可分整体分离痕迹和整体断离痕迹。形象痕迹可以用来进行同一认定,是区别犯罪侦查中所利用的其它犯罪痕迹如烟头、毛发、血迹等的主要标志。犯罪痕迹是侦破犯罪案件的重要线索。

【犯罪隐语】又称犯罪暗语或黑话。犯罪成员在犯罪活动中或监禁生活中,为实施、隐匿犯罪行为和逃避、抗拒惩罚及改造或出于某种防备、戒备或忌讳而发明、约定、使用并区别于大众语言的,具有

特定相约的犯罪之间或犯罪团伙之间使用的交际语言。犯罪集团和犯罪分子之间流传的一种特殊语言。每个地区都有区别于其他地区的犯罪隐语。通过隐语可以判断对方为哪一犯罪群体,也是犯罪团伙区分敌我的一个标准。犯罪隐语也是犯罪分子或团伙之间互相勾结、交流犯罪经验,进行犯罪活动的一种传递信息的工具。始于明末清初,是帮会之间或帮会内部的秘密语言,后来逐渐演化,成为犯罪分子的专用黑话。如 20 世纪 30 年代初,中国北方土匪集团使用的“流子”、“空子”或“老爷子”等暗语。现在犯罪分子仍然使用这种暗语如称警察为“雷子”等。犯罪隐语属于反社会性的非语言符号。由于犯罪集团使用的暗语对其他的社会成员有着严格的排他性,所以具有一定的保密性。随着公安机关的不断打击,犯罪分子为适应犯罪活动的需要又继续编造出新的犯罪隐语。但犯罪隐语一般都有一定的规律性,是可以破译的。

【犯罪工具】又称作案工具。犯罪分子用来从事犯罪活动的器械用品。如犯罪分子用以杀人的工具刀斧、棍棒、绳索、镰刀等;盗窃用的工具锹、镐、撬棍、改锥、钳子、羊角锤等;转移赃物或尸体用的交通运输工具等;作案时用的克丝钳、凿子、锉、钻、锯等。有的犯罪分子还自制了专门工具。工具的种类很多,凡是犯罪分子用来为实现犯罪目的所使用的器械,都可称作犯罪工具。在破案活动中,犯罪工具是一种有力的直接证据,是侦查人员现场勘查中寻找的重点。犯罪分子在作案时,不论使用何种工具,都会留下一定的痕迹。工具痕迹不仅在推断犯罪人数、分析犯罪过程、了解犯罪使用某种工具的熟练程度和特点,推断罪犯的体力和身高以及判断犯罪现场真伪等方面能够提供有一定价值的侦查线索,还可以对嫌疑工具进行同一认定,为犯罪侦查提供有力的证据。有时可以利用犯罪工

具直接追查到犯罪分子。

【侦查假设】对破案中需要查明的问题提出推测的方法。侦查假设应从案件的事实出发,运用逻辑思维方法作出推测的解释,提出推测。提出推测应当以现有的材料为依据。由于材料的局限性,要运用逻辑思维,对案件的某些环节进行推测,并对这种推测进行验证,然后做出肯定或否定的假设。侦查假设,通常用于对案件性质的假设、对作案人及人数、作案工具、作案时间、作案手段、犯罪活动过程和方式等方面的问题推测假设。侦查假设可以帮助侦查人员扩大思路,打开视野,正确地分析案情。一般可以设立几种假设,在这些假设中,往往有一个最为合理、符合逻辑,对这一假设也需要调查和验证,查证的结果或是肯定或是否定。不论结论如何,侦查假设对于侦查破案都具有重要意义。侦查人员可以利用侦查假设推进侦查活动。

【侦查推理】侦破案件活动中,运用逻辑思维的方式,以所掌握的线索为依据,对尚不清楚的作案过程和环节进行客观的符合逻辑的推断,并且从一个或几个推断中导论出另一个新的推断的方法。认识犯罪事件和认识其他一切客观事物一样,都要经过感性认识和理性认识的两个阶段。侦查人员接触犯罪案件,开始所了解的只是一些零散的情况,使侦查人员产生一个初步的看法和印象,即感性认识随着调查工作的深入发展不断积累,经过大脑思维、加工,变成理性认识。理性认识形成于概念、判断和推理。推理由两个部分组成,一部分是作为推理根据的判断,另一部分是从这个判断推理出新的判断。前者是前提,后者称结论。侦查推理一方面可以获得对案情的新认识,另一方面可以防止在分析案情时犯逻辑错误。侦

查中最常用的推理是假言推理。在推断案件性质、推断作案手段等方面都要利用假言推理。利用逻辑推理,获得犯罪案件真相的认识是有条件的,只有正确的推理,才能推断出新的认识,使侦查人员保持正确的侦查方向。反之,如果推理不正确,则会得出错误的结论,并可能把侦查引入歧途。所以侦查推理必须遵守两个条件,一是推理的前提必须是真实的;二是推理的过程必须遵守推理的规律和规则。

【侦查终结】又称侦查程序的结束。侦查案件的最后一步。经过侦查,认为案情事实情节清楚,证据确定、充分,犯罪性质和罪名认定正确,法律手续完备,被告人所犯的罪行没有遗漏,或被告无罪,即标志侦查终结。案件侦查终结后,由侦查员写出《侦查终结报告》并作出处理意见。中国刑事诉讼法规定,人民检察院侦查的案件,侦查终结后,应当作出提起公诉,免予起诉或撤销案件的决定。公安机关侦查的案件,侦查终结后,应当写出《起诉意见书》或《免予起诉意见书》连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。侦查过程中,发现对被告人不应追究刑事责任的,应当撤销案件并填定《撤销案件决定书》,被告人已被捕的应当立即释放并发给释放证明,同时通知原批准逮捕的人民检察院,由检察院自行侦查的案件在侦查终结后,也应把案卷材料移送给本院刑事检察部门审查。

【杀人案件侦查】对非法剥夺他人生命的行为所构成案件的侦查。故意杀人是最凶残的犯罪,是侵犯公民人身权利罪中最严重的犯罪行为。杀人案件由公安机关刑事侦查部门负责侦查。由于杀人动机不同可以分为财杀案件、仇杀案件、强奸杀人案件、流氓滋事

杀人案件以及因恋爱、婚姻和家庭纠纷杀人案件等。杀人案件的侦查首先要分析案件性质。杀人案件的性质是侦查杀人案件中确定侦查范围和方向的主要依据,是选择侦查途径的前提。通过现场勘查和访问,可以判断杀人时间、杀人地点,分析杀人手段,分析杀人过程等。侦查杀人案件的途径很多,可以从调查因果联系入手开展侦查;从勘验调查杀人现场的痕迹物品入手;从调查和控制赃物入手发现杀人线索;从排队摸底入手,发现嫌疑人。

【强奸案件侦查】对使用暴力、胁迫或用其他手段,违背妇女意志而强行与妇女发生性交,或以奸淫为目的,用暴力,威胁、欺骗、利诱及其他手段与幼女发生性交的犯罪案件的侦查。强奸案件的类型可分为拦路强奸、入室强奸、利用交通工具强奸、利用药物强奸等。特点是受害人与罪犯有人身接触过程,可对犯罪人特征进行描述,现场可能留下搏斗痕迹及精斑、毛发等物证,一般没有目击人或证人,罪犯往往连续作案。对于受害人无法指认的强奸案件要经过以下途径进行侦查:从受害人的陈述中发现嫌疑线索;从现场勘查中发现痕迹物证;从人身体留有可疑伤痕的人中发现嫌疑人;利用指纹发现罪犯;从社会行为不轨的人中摸排调查等。强奸案件政策性较强,侦查中要注意方法,避免造成不良后果。

【抢劫案件的侦查】对以暴力、胁迫和其他手段抢劫公私财物的行为构成的犯罪案件的侦查。由公安机关的刑事侦查部门负责侦查。可分为2类:一类是入室抢劫,另一类是拦路抢劫。抢劫案件的特点是受害人与抢劫犯有过正面接触;罪犯比较暴露;现场多留有痕迹物证;抢劫犯多持凶器;抢劫案件有赃款、赃物可查;抢劫犯多连续作案等。抢劫案件的最初侦查要从询问被害人开始,然后进行现

场勘查,发现犯罪线索、物证、痕迹以及对案情进行分析,布置侦查力量。抢劫案件的侦查途径可以从以下几个方面入手:从追缉堵截控制销赃入手;从深入开展调查发现犯罪嫌疑人入手;从巡查守候、捕获现行入手;从向有关地区发出协查通报、请求协助发现犯罪嫌疑人入手。

【爆炸案件的侦查】对用爆炸物发生爆炸造成人员伤亡,使公私财物造成重大损失或使公共安全遭受危害案件的侦查。故意爆炸或危害公共安全的爆炸案件由公安机关负责侦查。故意爆炸案件的特点是爆炸现场破坏严重,变动很大;勘验比较困难;爆炸现场发现及时,目睹人多;现场爆炸物证也较多;罪犯具有使用某种爆炸物品的技能和取得爆炸品的条件,犯罪因果关系比较明显。爆炸现场是侦查线索和证据的主要来源,因此该案件的侦查首先从现场勘查开始,并且爆炸现场的勘查难度较大,需要采取多种技术手段。要勘查爆炸中心点,发现和提取爆炸物证,对尸体进行法医检验,发现和提取其他痕迹物品,进行现场访问和调查,然后进行案情分析,对爆炸品种类和数量进行分析,对罪犯实施爆炸犯罪方式进行推断。如爆炸伤害是特定的人,可选择由事到人的侦查途径。

【纵火案件的侦查】对故意用放火焚烧公私财物的方法危害公共安全案件的侦查。由公安机关负责侦查。纵火案件的特点是现场烟火升腾易于发现;因果联系比较明显;纵火现场的原始状态易遭破坏。勘查纵火现场是侦破纵火案件的起点。通过现场勘查,可以查明起火点、起火原因和起火时间,可以收集能够查明纵火案件性质的痕迹物证,为侦查破案指明方向。纵火案件根据其性质,可以分为反革命放火、私仇放火、杀人灭迹放火、盗窃灭迹放火等。侦查人

员首先要查明起火情况和损失情况,然后分析判断起火原因和性质,查明被害人身份和表现。纵火案件一般都有因果关系可查,侦查的途径通常从分析纵火的动机目的入手。通过分析放火的动机目的,可以找出放火犯与事主、被害人的因果关系,为缩小侦查范围,寻找纵火嫌疑人提供重要依据。

【盗窃案件侦查】对以非法占有为目的,秘密窃取公私财物所构成案件的侦查。由公安机关负责侦查。盗窃案件的特点是罪犯作案前,对犯罪目标往往进行预谋窥测;作案成员青少年居多;作案手段往往带有习惯性;作案现场多留有各种痕迹;有赃物赃款可查。盗窃案件可分为内盗和外盗两大类。单位内部人员作案的为内盗;非内部人员作案的为外盗。盗窃案件根据损失程度可以分为一般盗窃案件、重大盗窃案件和特别重大的盗窃案件。盗窃案件的现场勘查是侦查破案的起点。现场勘查的重点是对盗窃分子来去现场路线和现场出入口进行勘验,对被盗窃物品的存放地点进行勘验,搜索现场周围,发现获取犯罪痕迹和物证。盗窃案件的侦查可以从控制赃款赃物入手;从追缉堵截,巡逻守候入手;从查对指纹档案入手;从串案分析入手;从审查收容人员入手;从调查摸底入手。

【投毒案件】对于用投毒的方法杀人所构成案件的侦查。由公安机关负责侦查。投毒案件的特点是投毒案件都有中毒死亡的尸体或中毒后被抢救过来的受害人,能够为毒物检验或研究中毒症状提供材料;投毒案件易与服毒自杀、误食中毒相混淆而增加侦查难度;投毒案件的犯罪分子和被害人存在一定的利害关系,有因果关系可查。根据投毒案件的特点侦查工作可从现场开始,根据现场勘查和访问、分析案件性质、分析投毒手段、查明投毒时间和地点、分

析因果关系、查明投毒动机判断是否报复投毒、奸情投毒、谋财投毒等以便缩小侦查范围,确定侦查方向。投毒案件的侦查途径有多种,可以从调查因果关系入手;从调查毒物来源入手;从调查投毒地点入手;从调查投毒时间入手;从研究投毒方法入手。

【走私案件侦查】对于走私犯罪行为构成案件的侦查。对于重大走私犯罪和走私集团需要立案侦查的由海关移交给公安机关刑侦部门负责侦查。犯罪的特点是走私犯罪多内外勾结;犯罪活动比较隐蔽;手法多变;走私集团性案件比较突出;有赃款赃物可查;与其他犯罪相互渗透。走私案件的侦查途径应该根据走私犯罪活动的特点来确定。对于一开始就有犯罪嫌疑人的案件,应该从严密侦查嫌疑对象入手,将走私嫌疑人的活动纳入侦查视野。从其来往关系中发现新的线索,必要时可以利用隐蔽力量,开展内线侦查或化装侦查,弄清案情取得证据。还可以从海关检查中发现走私犯,一旦发现,要掌握好控制候检、待检、验放三个环节。必要时可进行人身搜查。对于已查获了私货但尚未查出犯罪人的,应当仔细研究私货,发现线索,顺藤摸瓜查获犯罪人。

【贿赂案件侦查】对受贿、行贿、介绍贿赂犯罪行为构成案件的侦查。由人民检察院负责侦查。如果检察机关认为有必要,可以同公安、监察、工商、税务等移送案件的部门联合调查。贿赂案件的特点是犯罪主体复杂;贿赂手段多样;贿赂活动具有隐蔽性;作案双方多有攻守同盟对抗侦查等。贿赂案件的侦查应当从选择突破口入手。突破口的正确选择,对于迅速打开侦查工作的局面,突破全案具有重要意义。在侦查贿赂案件时,为了正确选择侦查途径,侦查人员应当在全面分析案情和案件特点的基础上,根据案件和犯罪

人的不同情况进行侦查。还可以从审查受贿人的业务活动入手;从行贿人选择突破口入手;从调查行贿人、受贿人的家属,亲朋好友及知情人入手;从审查其他犯罪入手;从审查会计资料入手。必要时,经主管部门同意,可以采用秘密侦查手段。

【贪污案件侦查】对于国家工作人员、集体经济组织工作人员以及其他经手、管理公共财物的人员,利用职务上的便利,侵吞、盗窃、骗取或其他手段,非法占有公共财物的犯罪行为所构成案件的侦查。此类案件侦查权属于人民检察院。贪污案件的特点是作案成员大都属从事公务的人;涉及的部门多、范围广;贪污犯罪分子利用职务之便隐蔽作案;有赃款赃物可查;往往连续作案;作案人具有一定的文化水平、专业知识;有的是领导干部,掌握一定的财权、物权,社会经验比较丰富,善于随机应变,反侦查的意识较强。贪污案件的侦查途径应当根据贪污犯罪分子的作案手段所掌握的证据材料的情况加以选择。可以从检查会计资料入手选择突破口;从调查访问入手;从采取强制措施入手;从笔迹鉴定或伪造、变造文书鉴定等技术手段入手开展侦查。

【劫持案件侦查】对用劫持方法抢夺公私财物或为达到某种政治目的进行劫持所构成案件的侦查。常见的劫持案件分为劫持飞机、劫持人质或劫持出租汽车等。劫持飞机、劫持人质作案大部分出于一定的政治目的。中国劫持出租汽车案件居多。其特点是以洗劫财物为目的的居多;作案手段凶狠、残忍;多在夜间或在偏僻地区作案;一般两人以上合谋作案。犯罪分子心毒手狠,不仅洗劫财物,而且杀害被劫持的司机,因此无法从被害人那里得到对犯罪分子的特征描述。这类案件的侦查,要从现场勘查作起发现破案线索。侦

查途径可以从以下几个方面选择:从杀人方法入手;从杀人工具辨认入手;从社会劣迹青少年调查入手;从摸底排队找嫌疑人入手。

【拐骗案件侦查】对用欺骗手段拐走不满 14 岁儿童,使其脱离家庭或监护人的行为所构成案件的侦查。拐骗案件由公安机关负责侦查。拐骗与拐卖有很大区别,侦查的手段也不尽相同。拐骗案件的特征是蒙骗和利诱;以收养为拐骗动机,不具有营利或勒索的目的;侦查的范围小、难度大、时间长。案犯一般采取甲地蒙骗乙地收养或奴役的手段,跨越几市或几省。因此侦查范围的确定十分困难,几乎无现场可查,犯罪线索和痕迹难以寻找。侦查的途径主要通过调查走访。根据儿童的智商情况,向家长了解孩子走失时间。时间短可采取追缉堵截的方法,将该儿童的照片和具体情况制成内部通报,在车站、码头、机场等关卡进行堵截或根据沿途群众所提供的情况进行追缉并与外省市公安机关联系,根据案犯家庭人口的变化作为侦查途径。

【枪杀案件侦查】对用手枪、步枪、猎枪等武器杀人所构成案件的侦查。由公安机关负责侦查。特点是有枪击射入口可查;有弹头、弹壳可查;有枪支来源可查。枪杀案件发生后,侦查人员应立即进行现场勘查,发现与案件有关的痕迹物证,同时调查访问群众寻找可疑线索,由法医进行尸体检验取出弹头,根据弹头判断枪支种类;根据子弹的射入口和射出口判断射击距离;根据死者卧态判断射击方向、角度、然后寻找现场遗留的弹壳,寻找射击地点,对该地点仔细搜查发现犯罪的其他痕迹和物证。根据弹壳、弹头判断杀人犯的位置等,最后调查枪支情况。根据弹头的来复线和瓜子沟等痕迹进行验枪,可以发现确定杀人枪支,然后根据枪支的使用情况,对

持枪人进行调查。如果是盗枪作案,可以从丢失枪支的单位入手进行侦查。

【信用卡犯罪侦查】对利用信用卡进行诈骗窃取、获取物品和资金的行为构成犯罪案件的侦查。信用卡犯罪的特点是公开使用信用卡;犯罪分子暴露较充分;对犯罪分子描绘较清楚易为其画像;有赃款赃物可查。犯罪分子利用信用卡犯罪有几种情况:利用盗窃得来的信用卡;利用拾到的信用卡;利用伪造的信用卡;利用涂改、篡改的信用卡;利用诈骗得来的信用卡。由于信用卡可以提取商品和现金,所以此类案件逐步增多。有些犯罪分子与商业、银行的营业员合谋作案。利用信用卡犯罪侦查的途径有:在该卡指定的商店、饭店、宾馆等地守候;向营业员、接待员、售货员等了解该嫌疑人的体貌特征;通过其他渠道了解有否合谋作案的可能。对该卡进行技术鉴定,根据卡上的记载情况确定侦查范围,利用笔迹鉴定、指纹鉴定查找犯罪人。

【伪造货币案件侦查】对以营利为目的,仿照国家货币制造假币的行为所构成案件的侦查。案件的特点是:有假币可查;犯罪人掌握一定的印刷技术;有较好的印刷工具;多在使用中被发现。该类案件作案范围较广,投放假币的地点较多,犯罪分子往往甲地伪造、乙地使用。因此,该类案件的侦查有一定的困难。侦查途径有多种,可以从控制运输流通过程入手;从使用假币的嫌疑人入手;从控制假币的投放地点入手;从鉴定假币质量,根据印刷技术、纸张情况确定侦查范围;从具有印刷专业知识和印刷工具的嫌疑人中排查可疑线索;从调查嫌疑暴发户的财产来源入手;从调查犯罪嫌疑人的家属入手。伪造货币案件的侦查主要靠发现假币,审查假币使用

人,通过假币使用人及其他线索,追查伪造货币的犯罪分子。

【化装侦查】根据侦查需要,进行乔装打扮,掩盖真实身份,为了弄清与案件有关的问题或查获犯罪分子而采取的侦查手段之一。其优点是有利于迷惑犯罪人,不使其察觉;可以接近犯罪分子或团伙了解犯罪事实;可以接近赃物为破案提供证据;可以打入黑社会内部,扩大侦查范围和线索并掌握犯罪动态;可以发现其他犯罪人;可以加快破案速度,省时、省力。化装侦查对于走私案件、盗窃案件、强奸案件、抢劫案件,贩卖毒品案件等十分有效。对于走私案件侦查人员可以化装成“老板”以谈生意为名,深入走私贩私窝点实行秘密侦查;对于贩卖毒品案件,侦查员可以化装成吸毒者以买毒品为由获取证据;对于扒窃案件侦查员可以化装成各种身份的人混在人群中,注意发现和控制犯罪嫌疑人,及时捕获犯罪人。

【狱内侦查】公安、预审、监狱、劳改部门为进一步弄清案情,制止狱内案犯破坏监规,在狱内进行特殊调查和监控的手段。是同犯罪分子继续进行斗争的重要手段,是揭露犯罪和控制犯人的重要措施。可以解决两大问题:(1)久侦不破,难以取证的案件。利用狱中侦查接近罪犯,拉拢罪犯与罪犯“交心”可套取重要的不为人知的证据。(2)可以及时有效地打击狱内的各种阴谋破坏活动,确保改造场所的安全。狱内侦查包括狱内特情侦查和狱内技术侦查两种:狱内特情侦查指利用狱内耳目,把具体的任务布置给耳目,由耳目搜集犯罪证据;狱内技术侦查指对有逃跑、自杀、行凶、暴狱等倾向的案犯运用技术手段进行监控并收集其证据。这种侦查只准在监内对特定的罪犯进行实施,要经过批准,严格保密,并由专人负责侦查。

【痕迹】广义的为犯罪痕迹的统称；狭义的指在检验中作为检验对象的痕迹。犯罪痕迹指凡是犯罪行为所引起的现场上或与犯罪有关物体上的一切物质变化，如现场上各种物体、物品外表结构形象的变化；物质形态的变化；各种物体、物品的移位现象；物品增加或减少等情况。作为检验对象的痕迹，指犯罪分子在实施犯罪活动过程中，在现场或有关物体上遗留下人或物的各种客体的印迹，根据印迹所反映出的客体外部结构形象或动作习惯特征、整体和部分的关系能够进行同一认定。痕迹的种类很多，分类的方法各有不同。实践中按检验对象一般可作如下分类：按照遗留痕迹的客体种类划分，有手印、足迹、工具痕迹、枪弹痕迹、车辆轮胎和牲畜蹄掌痕迹、牙齿痕迹、爆炸痕迹、整体分离痕迹等；按照形成痕迹的机械作用，可以进一步分类，如工具痕迹可分为打击、撬压、剪钳、擦划、刺切、割削以及锯、锉、钻等痕迹；按痕迹形成后的形态分类，可以分为立体痕迹、平面痕迹；按照媒介物质的增加或减少又可分为平面加层痕迹和平面减层痕迹；按照形象痕迹形成时造型客体和承受客体接触面是否滑动，可以分为静态痕迹和动态痕迹；按照承受客体的痕迹所反映的造型体形象的范围，可以分为接触面内部痕迹和造型客体外围痕迹等。

【工具痕迹鉴定】运用专门技术对案件中的工具形成的痕迹进行的鉴定。工具痕迹是犯罪现场上经常遇到的痕迹之一，是痕迹检验的重要内容，能为分析案情提供依据；为侦查提供线索；为揭露和证实犯罪提供证据。通过工具痕迹推断工具种类，通过工具痕迹的细节特征认定作案工具的同一。工具痕迹检验分为两个阶段：（1）对工具痕迹的检验；（2）对检验结果的评断。尔后作出鉴定结论，通过对现场工具痕迹的检验和对嫌疑工具的检验，进一步进行比较检

验。工具痕迹的鉴定方法有:特征比对法、特征接合法和特征重叠法。工具痕迹评断对现场工具痕迹特征和嫌疑工具外表结构特征进行全面、综合的分析研究,找出它们之间必然的内在联系,正确评断两者的符合点和差异点,作出鉴定结论。

【枪弹痕迹鉴定】运用专门技术手段,对枪支发射的弹头和弹壳上的痕迹进行的鉴别和评定。主要解决现场上的弹头和弹壳与发射枪支的同一认定问题。一般分为两种情况:一种是判断现场上的两个以上的弹头和弹壳是否为同一枪支射出;另一种是判断现场上的弹头和弹壳是否为某一枪支射出。对于前者侦查员应提供两个或两个以上的弹头和弹壳作为检材,对于后者侦查员除提供现场弹头和弹壳外,还应提供嫌疑枪支并提供与其相同规格、型号的子弹,进行实验射击,制作对比样本。弹头上的来复线痕迹属于动态擦划痕迹,一般利用比较显微镜采取特征接合法进行检验;弹壳上的痕迹属于静态压痕,一般采用放大照片或低倍显微镜,以特征对照法进行检验。最后进行综合评断,作出肯定或否定的结论,并制作枪弹痕迹鉴定书。

【车辆痕迹鉴定】运用专门技术对与案件有关的车辆轮胎和车体形成的痕迹进行的鉴别和评定。车辆痕迹的鉴定应根据对车辆痕迹的分析推断车辆的种类;轮胎的规格、型号、研究车辆痕迹的形成和状态;判断车辆行驶方向等。车辆痕迹鉴定通过对车辆痕迹的个别细节特征的检验,对遗留痕迹的车辆进行同一认定。车辆痕迹的检验方法、步骤与其他痕迹检验方法基本相同。由分别检验、比较检验和综合评断构成。先根据痕迹确定车辆的种类,再研究轮胎上的花纹沟的特征以及磨损位置、形状、修补等特征进行同一认定。

确定是否为某一车辆所形成,还要观察嫌疑车辆、车体棱边和突出部位,如车头与车尾部有无与现场痕迹有关的附着物、遗留物,并对其进行检验,增加鉴定的可靠性。最后制定车辆痕迹鉴定书。

【牙齿痕迹鉴定】运用专门技术对与案件有关的牙齿咬合痕迹进行的鉴别和评定。包括人牙印鉴定、假牙印鉴定和动物牙齿鉴定。鉴定方法主要是对现场牙印和牙印样本之间的特征符合点和差异点进行比对。根据牙齿痕迹反映的牙齿数目、形状、排列状态、牙弓形状及异齿、病齿和修补特征,认定遗留牙齿痕迹的人以及作出人牙印及动物牙印的鉴定。鉴定方法主要利用特征对照法、特征接合法、特征重叠法进行牙齿痕迹鉴定,了解案件情况,研究现场牙齿痕迹,确定牙位,找出特征。对牙印特征的质量与数量分析后,可以对符合点与差异点作出判断。如符合点是主要的、本质的,差异点是次要的、可以解释的,即可以作出认定的结论。相反,即可作出否定的结论,最后制作鉴定书。

【爆炸痕迹鉴定】运用专门技术手段对与案件有关的爆炸痕迹进行的鉴别和评定。爆炸作用于一定的介质上使其发生结构破坏、粉碎、压缩熔化变形、移动等现象,称为爆炸痕迹。是由爆炸物、爆炸作用介质、爆炸作用力 3 个基本要素形成的。爆炸痕迹的勘验主要在现场上进行。勘验的目的除了客观地反映爆炸的破坏程度外,更重要的是通过爆炸痕迹的分析,说明爆炸发生的性质;爆炸发生的过程;爆炸的炸药量发生的性质;爆炸发生的过程;爆炸的炸药量等问题,为查明爆炸的真实情况提供证据。通过爆炸痕迹的勘验可以区别气体爆炸与炸药爆炸;判断炸药物设置的部位;判定炸药量及定性分析。爆炸痕迹可以分为:爆炸物起爆炸作用痕迹;爆炸物

抛掷作用痕迹;爆炸物极限作用痕迹;爆炸物间接作用痕迹。

【撬压痕迹鉴定】运用专门技术对与案件有关的撬压痕迹进行的鉴别和评定。撬压痕迹是犯罪分子运用杠杆原理撬压障碍物和目的物时留下的一种静态痕迹。常用的撬压工具有铁棍、改锥、凿子、炉条等。撬压工具不同形成痕迹的特征也不同。由于承受客体质地的不同,承受客体表面会引起压缩、弯曲、扭转、变形、凹陷、断裂等不同形状的痕迹。其痕迹一般能反映出撬压工具接触部位的结构形态特征。如接触面的形状、大小、缺损、沟纹、砂眼、凹凸等特征。根据其特征,可以推断撬压工具的种类、型号,并进行鉴定,为侦查破案提供线索和依据。鉴定的方法是通过分别检验和比较检验,利用特征比对法、特征接合法、特征重叠法进行评断,找出二者间的必然的内在联系。正确评断符合点与差异点,从而作出鉴定结论。

【整体分离痕迹鉴定】运用专门技术确定与案件有关的分离物是否为一个整体而进行的鉴别和评定。整体分离痕迹包括断裂痕迹和分离痕迹两种。凡是单体物受外力作用或自然断离为若干部分,其反映原属同一整体的特征即为断裂痕迹。断裂痕迹表现为不同的断裂和断面,两个相邻部位的断裂线或断裂面相互对应,凸凹互补。凡是合体物受外力作用或自然脱落而使整体遭受破坏或缺少的为分离痕迹。整体分离痕迹鉴定的任务是通过两个以上断离物的检验认定它们原来是否属于同一整体。这一鉴定是通过研究分离物断面上分离和凹凸结构相反特征来进行的。由于整体分离有单体物的断裂与合体物的分离,鉴定时要采用相应的方法。一般整体分离痕迹的检验方法有特征对照法、特征结合法、特征重叠法、结构成分对照法。

【笔迹鉴定】为确定书写人异同,对与案件有关的字迹进行的鉴别、评定。笔迹是书写习惯的反映形式。书写习惯具有人各不同和相对稳定的特性。笔迹鉴定是通过笔迹物证和笔迹样本之间的比较、检验,鉴别是否为同一笔迹。笔迹鉴定包括对正常笔迹的鉴定以及伪装笔迹、摹仿笔迹的鉴定。笔迹鉴定结论有以下作用:证明笔迹物证的书写人;证明参与作案的人数;证明作案时间、地点和次数;证实文件的真伪。笔迹鉴定要研究笔迹特征。笔迹特征指一个人的笔迹不同于他人的形象特征,能反映个人书写习惯的特殊性。笔迹特征包括:书写水平特征、字形特征、字体特征、文字布局特征、字的结构特征、笔顺特征、搭配比例特征、运笔特征及符号标点特征、书面语言特征等。通过一系列的比较,确定两者的书写习惯是否同一,然后作出鉴定结论。

【声纹鉴定】利用专门仪器,通过对嫌疑人声音记录和声谱图进行分析研究来认定发音人是否同一的鉴别和评定。声纹指人的声音通过声谱仪转换成的声谱图像。声纹鉴定依据声谱图像识别人的异同。人发音时,受到鼻腔、口腔、舌头、牙齿、嘴唇等多种因素的影响,两个发音体不会发出同样的声音。声纹具有人各不同和相对稳定的特性。利用声谱仪可以对声音高低、声音频率、持续时间和振幅进行测定。1945年美国贝尔电话研究所发明了声音摄谱仪。1947年首次出版了声纹专著《可见语言》。1981年在密执安州成立了国际声纹鉴定协会。目的是使声纹鉴定成为一种人身识别的科学方法,促使法庭接受这种鉴定证据。尤其对于诱拐儿童的绑票案及恐吓案、诈骗案等,可以利用电话录音并通过声纹鉴定来认定犯罪分子。

【指纹鉴定】运用专门技术对与案件有关的指纹的异同进行的鉴别和评定。刑事技术鉴定的重要内容之一。由公安机关的刑事技术部门负责。根据人的指纹各不相同终生不变的特性而建立的罪证。指纹鉴定包括检验前的准备;对现场指纹的检验;对嫌疑人的指纹样本检验;比较检验;综合评断等步骤。对现场指纹检验和对嫌疑样本检验时,先要判断指位、花纹线类型、纹线型态、特征等。比较检验在这一基础上,对它们的特征进行全面的比较,鉴别彼此之间的符合点与差异点,为综合评断提供依据。比对的方法有特征对照法和特征连线比对法。通过对特征的符合点与差异点进行全面的分析和评断,即可作出鉴定结论,最后制作鉴定书。指纹鉴定书由文字部门和照片部分组成,以便相互对照和印证。

【掌纹鉴定】运用专门技术对与案件有关的人的手掌纹线特征进行的鉴别和评定。根据人的手掌纹线分布的状态,可将其分为手掌上部区域、手掌内侧区域、手掌外侧区域。掌纹鉴定根据人的手掌各不相同和具有相对稳定性的特点而建立。鉴定的内容是手掌各部位的屈肌褶纹特征、乳突线花纹特征、皱纹形态特征以及个别伤痕特征等。鉴定的步骤是预备检验、对现场掌纹的检验、对嫌疑人掌纹的检验;比较检验、综合评断。通过掌纹鉴定,可以认定现场掌纹与嫌疑人掌纹是否同一。最后制作鉴定书。掌纹鉴定书是记录掌纹检验全部过程和结果的一种正式文件,是证实和揭露犯罪的一种诉讼证据。又是评断该检验过程和结果的科学性、可靠性的客观依据。所以制作鉴定书要遵守有关规定,按照一定顺序编排记录。

【司法会计鉴定】司法机关指派或聘请精通会计专业知识的人员,

对与案情有关的财务帐目方面的问题进行的审查和评定。司法会计鉴定主要用于贪污案件,如财会人员涂改帐目,采购人员伪造单据,仓库保管人员收入不记帐、少支多报、多收少报、重复开支、虚报冒领、伪造合同证件、私制公章、制造假原始凭证、造假帐、把收方、付方科目冲平,改写数字等。贪污犯罪发生后,必然在会计资料中发生帐目不符或帐实不符等现象。犯罪分子的罪证都会反映在会计资料上。所以司法会计鉴定的对象是在诉讼过程中需要进行专门鉴定的经济业务、财产物资收支情况的会计资料,如各种凭证、帐册、报表以及财产物资和其他票证。通过司法会计鉴定,为查破经济犯罪提供线索和证据。

【笔相学】西方书法鉴定流派之一。认为天生的犯罪人特点可以在笔迹中流露出来。主张人的书法特征和人的性格有直接的联系,笔迹能够反映出书写人的道德、性格。通过笔相可以判断书写人的品质,推断能够犯罪或不会犯罪,是唯心主义的观点。书写习惯是通过反复练习和书写实践而巩固下来的一种活动方式,和其他活动习惯一样,是人的大脑高级神经系统的一种反射活动,同时也是动力定型的形成过程。因而笔相学派关于通过笔相可以鉴别天生犯罪人的观点是错误的。

【动力定型】各种外来刺激依照其一定的次序重复,在人的大脑中形成一套比较稳定的动作,再次发出同样的刺激和信号,已定型的这套神经联系系统自动地、有规律地按照原来的次序再现的定型活动。动力定型可以反映到人们的书写习惯、语言习惯、动作习惯里。如在高级神经的支配下,人们把文字符号按照一定的形式反映出来,反复多次进行,会在人们的大脑皮层中与书写动作器官之间

建立一种相互协调一致的比较稳固的神经联系系统。经过长期的反复,反射活动巩固下来,形成比较稳定的习惯,尔后,每次书写活动都会按照已经形成的书写活动规律自动再现,即动力定型发挥的作用。动力定型具有较长时期保持不变的特性。

【指纹】手指的皮肤花纹。皮肤组织结构在手指表面上的一种凹凸形态。从人体组织学的角度讲,由于在真皮部位形成了乳头层,皮肤表面呈现出与乳层相应的凹凸结构。由许多乳头突起排成的线条称乳头线;许多乳头线构成的图形称乳头花纹;与乳头线并行的凹线称作小犁沟。乳头层垂直切面呈凸凹波浪形,从皮肤表面观察呈现出凹凸花纹图样,即指纹。指纹具有特定性和稳定性。特定性指每个人的手指指纹与他人的指纹以及同一个人的各个指纹都不相同;稳定性指在一个相当长的时间内,指纹可以保持相对不变。指纹的这种特定性和稳定性被利用在侦查破案中,在揭露和证实犯罪中占有重要的地位。中国是利用指纹最早的国家,距今已有2700多年的历史。指纹的理论创始于欧洲。

【足迹】又称脚印。人赤脚或穿鞋、袜在站立和行走时,与承受客体相接触而形成的反映形象。不仅反映赤脚底表面和鞋、袜的底表面的形态特征,还能反映人的行走习惯特征。足迹检验在侦查破案中起重要作用。研究和运用犯罪足迹,可以为揭露犯罪、证实犯罪提供线索和证据。现场足迹能为分析判断案情提供依据,分析判断作案人的个性特点。根据足迹的大小、形状和细节特征,可以分析判断作案人的年龄、性别、身高、体态等人身特点,为缩小侦查范围提供线索。通过检验现场遗留的赤脚印能直接认定犯罪人,足迹还能作为步法追踪提供依据,为警犬追踪和鉴别提供嗅源。足迹可以分为

赤脚印、鞋印、袜印。足迹鉴定原理利用的是人体足迹的特定性和稳定性。根据足迹的分类标准,可以分为立体足迹、平面足迹、静态足迹、动态足迹等。

【步法特征】人行走时的运步规律和特点称为步法,行走时在承受体上形成的反映步法特点的动态形象称为步法特征。步法反映人的行走习惯特征。可分为步幅特征和步态特征。步幅特征是反映人行走时左右脚之间相互关系的特征。包括步长、步宽和步角等特征。步长指左右脚脚印之间的普通步的垂直距离。分长步、中步、短步;步宽指脚印后跟中心点至步行线的垂直距离。可分为直线步、分离步、交错步、并尖步及搭尖步。步角指左右脚脚印中心线和步行线所构成的夹角。可分为外展步、内收步、直行步和不对称步。步态特征指人行走时,落脚、碾脚和起脚形成的特征。落脚时形成的主要痕迹有磕痕、踏痕、擦痕、跄痕等。起脚痕迹有抬痕、蹬痕、抠痕、控痕、挑痕等。碾脚时形成的痕迹有压痕、坐痕、拧痕等。步法特征具有一定相对的稳定性。

【步法分析】人行走时的运步规律和特点称步法,对承受体上留下的反映步法特点的痕迹的分析称步法分析。根据步法可以分析犯罪人的性别、年龄、身高、体重、体态、步行姿式等人身特点及职业特点,并可以分析推断罪犯人数、作案过程及逃离现场的方向路线,在可能的条件下,及时为组织追捕犯罪提供线索和依据。根据步法分析可以判断其步法特征和步态特征;分析判断犯罪分子的步长,以此判断其身高。步长一般为脚长的3倍。根据步宽可以判断案犯为直线步、分离步或是交错步等。根据步角可以分析案犯属外展步、内收步、直行步还是不对称步等。根据步态的起脚、碾脚、

落脚形成的特征,可以分析案犯的体重和体态及步行姿式等。通过步法分析还可以判断人的腿型。如O型腿的脚压痕偏外,X型腿的脚压痕偏内。如步法大小不一、步角较大、压痕较重等还可以判断案犯是负重而行等。

【伪装足迹】犯罪分子为逃避打击,转移侦查视线,在作案过程中或逃离现场时,改变自己足迹的真实状态,改变步法和步幅等行走习惯特征,故意制造的掩盖真实足迹的足迹。如故意改变步长、步宽和步角;故意搭跟或搭尖;逃离现场时故意倒退步走或左右脚反穿鞋;小脚故意穿大鞋;大脚故意穿小鞋;换穿他人鞋;男案犯故意穿女鞋;女案犯故意穿男鞋、年轻案犯故意穿老年人用鞋、老年案犯故意穿年轻人的鞋或用棉软的物品包住脚行走;利用兽蹄、畜蹄帮助行走等方法形成的伪装足迹。伪装足迹因违背已定型的动作习惯而不可能持久,可以鉴别出来。比如伪装足迹违背常规、常理,足迹畸轻畸重反映不正常。故意改变步法会出现动作不协调、力量不均匀,足迹忽长、忽短、忽宽、忽狭等现象。

【伪装现场】犯罪分子作案后,为逃避惩罚,转移侦查视线,迷惑侦查人员,故意制造的将犯罪现场的真实情况掩藏起来的假现场。可以分为全部伪装现场和部分伪装现场。全部伪装现场指犯罪分子为了掩盖自己实施的犯罪行为,在一定的地点设置的假现场。这种“犯罪现场”纯属无中生有,因而现场上的情况往往自相矛盾、漏洞百出。在侦查实践中,全部伪装现场并不少见。例如,为了掩盖贪污罪行而伪装被盗现场,为了骗取一定利益而伪装被抢现场等;部分伪装现场指犯罪分子在实施犯罪活动过程中,为了毁灭有关罪证,或为逍遥法外故意把现场上的某种原始情况加以变造形成的

假现场。例如,枪杀案件的罪犯把射击用手枪放在死者手中,伪装成自杀状态;投毒杀人却伪装成服毒自杀的状态。目的是妄图蒙骗侦查人员,逃避罪责。

【步法追踪】根据步法特征追缉人犯的侦查活动。进行步法追踪首先要确定原踪。原踪是追踪的出发点,确定原踪是步法追踪的基础,然后要对原踪的特征进行综合分析,确定其特征并作为追踪的依据,最后把原踪和犯罪分子出入现场的足迹联结起来寻迹外追。步法追踪的方法有循迹追踪、逾越追踪、圈踪、候踪等。循迹追踪指顺着罪犯的足迹向前追缉。逾越追踪指在正确判断案犯逃跑方向和路线的情况下,利用交通工具逾越复杂地带,赶到易于留下罪犯足迹的地方,发现其足迹然后继续追踪;圈踪指采用半圆式螺旋式及迂回的方法追踪;候踪指在踪迹消失后,可选择隐蔽处守候,待罪犯的足迹出现后继续追踪。如遇到迷踪、乱踪、断踪时要采取上述方法继续追踪。追踪的关键是正确判断踪迹的去向。

【警犬追踪】利用警犬以犯罪分子遗留的气味为嗅源,沿其逃跑路线步犯罪分子之后进行追踪的方法。是侦查破案追缉逃犯的有力措施,尤其对追捕持枪逃犯更为有效。警犬具有发达的高级神经活动的机能,具有特别敏感的嗅觉、听觉、视觉和分辨能力。因此,可以指令警犬对逃犯进行追踪。警犬追踪首先要确定嗅源,使警犬感受其气味,建立巩固的条件反射系统。追踪时要携带此嗅源以备途中使用。侦查员要与警犬配合,追迹线明显时应保持警犬的体力,当侦查员对追迹线无法辨认时再利用警犬引导追踪。在追踪时侦查员要时刻注意警犬的表现和反应及周围的地形、地物,注意发现逃犯遗留的痕迹。要正确运用追踪方法,如脱线追踪法、断线追踪

法、利用交通工具追踪法。如遇脱、断线时,可将嗅源再次提供给警犬,待警犬反映兴奋有明显表示时再继续追踪。

【同一认定】以解决客体是否同一为目的的科学方法体系。认识事物的一种方法。同一认定问题,在许多科学领域里都可能发生。在刑事侦查中具有特别重要的意义。在保障鉴定结论的准确性、科学性方面起着重要的作用。同一认定的方法,是鉴定过程和认识过程的客观反映,是认识客体是否同一的客观规律的概括和总结。同一认定的科学方法是每一项鉴定活动应该严格遵守的科学程序。对任何一个鉴定过程都具有普遍的适用性。同一认定的程序应该由分别检验、比较检验、综合评断 3 个层次构成。同一认定的程序是各自独立而又相互联系的,具有严格的顺序性。每一个阶段都有各自的特定任务和独特方法。在同一认定的程序中,前一个阶段是后一个阶段的基础,后一个阶段是前一个阶段的继续。

【内线侦查】广义指在隐蔽斗争中,为了解敌情,做到知己知彼而打入敌人内部的重要侦查手段。是公安机关或国家安全机关在敌特组织内部建立秘密的侦查力量和组织,目的是在敌特内部侦查敌特活动,了解敌特的动态、人员、装备、武器等情况,达到彻底打击敌人,摧毁敌特组织的目的。狭义指刑事犯罪秘密侦查手段之一。是侦查机关以秘密的侦查方式,运用秘密的侦查力量或派人打入犯罪集团内部,了解犯罪内幕和一切犯罪活动。这种形式是侦查的高级手段,是一种获取犯罪证据的有效方法,也是防患于未然,及时打击犯罪破坏活动的有力措施。

【法医学】应用医学、生物学、化学及其他自然科学的理论和

研究并解决司法、公安工作中有关人身伤亡和涉及法律的各种医学问题的科学。基础理论涉及医学和其他自然科学知识,在鉴定人体损伤时要研究损伤的部位、情况、性状、程度以及损伤与死亡的关系,还要推断损伤时间,死亡时间,致伤、致死工具,以利用侦查追缉罪犯。法医学随法律科学的需要而产生,并为法律科学服务,是具有独立理论体系的医学分科。在任何法治国家中,是一门不可缺少的重要的科学。法医学的研究对象是司法工作中需要进行专门技术鉴定的尸体、活体和物证。通过尸体检验可以确定死亡时间、致死原因和性质,判明是自杀还是他杀,是否正常死亡以及与死因有关的一些问题。通过活体检验可以判断性犯罪的有关问题,如精液、血液、分泌物、唾液等,依此认定犯罪人。通过物证检验可以判断物证如毒物、药物、毛发及人骨与动物骨的区别等。因此法医学的主要任务是为揭露犯罪事实提供科学证据。为正确处理民事案件提供科学依据,为防止减少医疗事故或法定传染病等起到督促和防范的积极作用。其研究方法是通过尸体解剖对一切暴力死者、猝死者、无名尸体、医疗纠纷尸体等进行检验;通过临床医学检查,对活体进行鉴定,如性犯罪及亲子鉴定等;通过动物实验以加深对人体各种暴力死亡及伤害的了解;通过化学方法,研究毒物与中毒,鉴定毒物性质,对其进行定性、定量分析,包括化学显色法、薄层色谱法,气相色谱法等;通过物理方法,如利用 X 射线推断人的年龄和体内异物,用核磁共振谱分析方法,研究药物的量;通过生物学方法解决人与动物的血、骨、毛的种属问题。利用血清学的方法判断属何种血型等。中国法医学的发展一般分为 3 个阶段:法医学的萌芽时期(战国末期至 1246)、形成时期(1247—1911)、发展时期(1912 年之后)。中华人民共和国成立后,南京大学医学院、沈阳中国医科大学都招收法医学专业学生,高等政法院

校也将法医学列为必修课。

【机械性损伤】致伤物与人体在机械运动中相互作用所造成的人身伤亡。机械性损伤由致伤物、机械力、被伤害人体 3 要素构成。致伤物指形成人体机械性损伤的物体,一般分为 3 类,即锐器、钝器和火器。机械力指机械运动中形成的力,当机械力超过人体组织所能承受的限度时,会形成损伤。机械力对人体作用可分为 3 种,即直接作用、间接作用和震荡作用。机械性损伤可以分为若干类。从致伤物的类型分类,一般分为锐器伤、钝器伤和火器伤 3 大类。锐器伤又分为切创、砍创、刺创、剪创四种;钝器伤可分为徒手损伤、工具打击伤、坠落伤、碾压伤 4 种;火器伤可分为枪弹伤、爆炸伤等;从机械力的作用分类可以分为直接伤、间接伤和震荡伤;从人体皮肤有无破损分类,通常分为开放性损伤、闭合性损伤;从损伤对人体的危害分类,可以分为致命伤和非致命伤,致命伤又分为绝对致命伤和相对致命伤,非致命伤又分为重伤和轻伤;从受伤的时间分类通常分为生前伤、濒死伤和死后伤;从外伤的性质分类,有自伤、他伤和意外伤 3 种。由于致伤物的形状、机械力的大小和人体受伤部位的条件不同,其损伤的严重程度及伤痕特征也不相同。通常将机械性损伤分为表皮脱落、皮下出血、创伤、脱臼和骨折、内脏破裂、肢体断离等 6 种。

【机械性窒息】人体呼吸器官受外界暴力压迫或被物体堵塞,使人体缺氧或二氧化碳蓄积而引起的人身伤亡。常见的有缢死、勒死、扼死、闷死、溺死等。异物堵塞呼吸道、胸腹部受压迫也能引起机械性窒息死。机械性窒息死的致死方法有徒手致死、使用绳索、裤带勒死或者将鼻淹入水中溺死。机械性窒息死亡迅速,几分钟或十几

分钟内即可致死。因此,常被用作杀人或自杀的手段。需要法医进行机械性窒息死的检验。机械性窒息由外呼吸障碍引起,根据机械力作用的方式及部位不同,可分为压迫性窒息和堵塞性窒息两种。压迫性窒息死包括:压迫颈部器官所致死的窒息,如扼颈、勒颈、缢颈等;压迫胸腹部所致的窒息,如房屋倒塌、人群挤压等阻碍呼吸运动,使氧气供应不足而引起的窒息死。堵塞呼吸道所致的窒息包括:闭塞呼吸孔所致的窒息,如闷死;堵塞呼吸道所致的窒息,如食物团块等异物堵塞呼吸道引起的窒息死;液体进入呼吸道所致的窒息。法医检验机械性窒息死者的目的在于确定是否机械性窒息死亡,确定属于何种机械性窒息死,判明死亡性质是自杀、他杀或意外事故。机械性窒息死的尸体外表特征有颜面青紫肿胀、皮肤和结合膜下有出血点,尸斑出现早、呈暗红色等。

【尸表检验】又称尸体外表检验。包括一般检查、尸体现象检查和局部检查。一般检查首先检查死者衣着是否完整,钮扣有无缺损或衣着是否撕裂,衣物有无泥土,血迹及其他附着物,身上有无证件等。然后脱光死者衣服,注意观察尸体的一般营养状态和发育情况,全身肤色是否异常,有无伤痕等。尸体现象检查要测定尸体温度,尸僵部位及强度,尸斑部位、形状、颜色程度、指压是否退色,尸体有无腐败等。局部检查包括头部及头皮有无损伤或异常状况,颜面部有无肿胀,眼睑有无皮下出血,眼球有无异常,角膜透明度如何,瞳孔大小。球睑结膜有无充血或出血;口腔内及口周围有无血液或其他液体,有无损伤,口内有无异物,牙齿情况;颈项部有无索痕、扼痕、表皮剥脱、皮下出血;胸腹部有无表皮剥脱、皮下出血、肿胀、损伤、骨折、女性尸体注意检查有无妊娠纹和妊娠斑;四肢姿态、指趾端颜色、指甲缝内有无污垢、泥土、血痂等;胳膊和下腿内侧有无表

皮脱落,皮下出血、小腿有无水肿、四肢有无损伤或骨折;背部有无损伤,脊柱有无脱位及骨折;生殖器有无损伤、出血、肿胀、糜烂等。注意检查尸体的外阴部、处女膜及阴道内有无损伤、有无精液或其他异常。肛门有无损伤和异常。如有创伤,要对创伤进一步检验。

【尸僵】一种尸体现象。人死后,全身肌肉逐渐收缩变硬,使尸体固定成难以改变的姿式的现象。称为尸体僵硬,简称尸僵。尸僵通常在死后 2—4 小时开始出现,经 3—7 小时全身僵硬,70—75 小时以后缓解消失。尸僵的发展顺序一般是从下颌关节、颈关节的肌群开始出现,继而颜面肌、躯干、上肢、下肢,有时与此相反。尸僵的缓解顺序一般也是按照其发展的顺序。下颌强直的消退往往比颈部、上肢要迟。尸僵出现和缓解的时间、僵硬程度与死者的年龄、肌肉发育状况、死因及外界环境因素有一定的关系。例如,老年人、儿童以及肌肉衰弱者,尸僵发生快、持续时间短;青壮年、肌肉发达者,尸僵出现缓慢而持久;临死时经过强烈运动或痉挛者,尸僵发生较快;夏天尸僵出现快,冬天较慢。

【尸斑】一种尸体现象。人死后血液停止循环,由于血液的自身下坠力沿血管流动,逐渐坠积于尸体低部,该部位毛细血管扩张,淤积多量血液,使皮肤表面显出的紫红色斑痕。尸斑分布位置与尸体的姿式相关。如仰面平卧的尸体,尸斑出现在枕部、颈部、背部、腰部、臀部和四肢的后侧;俯卧的尸体尸斑分布在颜面、胸部、腹部和四肢的前侧;尸体处于立位,尸斑出现在下肢、下腹部和前臀及手部。尸斑通常在死后 2—4 小时出现,经 12—14 小时发展到最高度,24—36 小时固定下来不再转移,一直到尸体腐败。因此,尸斑的发展可分为坠积期(大约死后 12—24 小时内),扩散期(大约死后

12—24),浸润期(通常在死后 24—36 小时左右)。尸斑的发展快慢和出现的强度与死因、气温、外界环境等多种因素有关。

【自杀与他杀】自杀指本人结束自己生命的行为。自杀的原因较多,如逃避个人生活中的危机而自杀;由于自己的理想破灭而自杀;由于环境所迫而自杀;由于失恋而自杀;由于被遗弃而自杀;由于厌世而自杀等。自杀的手段很多,如自缢、自尽等。他杀指被他人用暴力或其他手段杀害致死。由于他杀必然要涉及到加害人或杀人凶犯,因此正确鉴定自杀他杀有极其重要的法律意义。揭露他杀对于维护国法制度和保卫人民生命安全、打击犯罪极为重要。他杀中,以色、财、仇杀为多。色情杀人是基于色情动机而杀人,情况十分复杂。青年男女间的情杀,大多是因为失恋、单相思、争风吃醋、婚姻失败、淫乱或强奸杀人等。财杀基于谋求财物动机杀人,见财起意,图财害命,或因财物归属问题而结怨。如为抢劫财物而杀人,为谋取财产而杀人,为图谋断承家业而杀人等。仇杀是因相互仇恨、积怨很深、为达到报复目的而杀人。其他杀人的原因有些比较复杂和奇特。他杀的方法很多,如他杀缢死、他杀扼死、他杀溺死、锐器杀人、钝器杀人、药物杀人、火器杀人、爆炸杀人、毒物杀人、电击杀人等多种多样。根据公安机关的法医鉴定,根据现场勘查及对尸体解剖检验来判断自杀或他杀。

【自伤与他伤】自伤指自伤者出于某种动机自己造成的损伤。有时伴有擅造现场的情况,有些自伤者以重大案件受害人的身份出现,谎报被他人杀伤。他伤指犯罪分子在实施犯罪过程中遇到被害人的抵抗或搏斗后受伤,为隐瞒犯罪行为而将他伤伪装自伤或伪称意外损伤。司法实践中,将自伤伪称为他伤的较多。如财会人员、

保管人员、采购人员等将公款公物窃为己有后为隐瞒实情,谎报受到歹徒袭击,被抢走了公款、公物,为了更能证明被抢假象,便把自己身体的某一部位弄伤,妄图掩盖事实真相。这类自伤案件的特点是伤轻者居多,重伤或毁容极少;伤痕分布于自伤者本人手持致伤工具能够达到的部位。如头部、胸部、腹部等;伤痕排列比较整齐,方向一致,分布较集中,伤痕间的距离较小,深度较一致;损伤程度与表现症状有明显矛盾,常常是轻度损伤而表现出严重的症状等。本人陈述受伤过程经不起推敲,多与现场情况有矛盾,如自述与歹徒搏斗但伤势与歹徒的残忍相矛盾,现场值得怀疑。对于这类自伤者应与医护人员相配合,查清自伤原因。

【生前损伤与死后损伤】生前损伤指尸体上的损伤在生前已经形成。死后损伤指尸体上的损伤在死后形成。生前损伤和死后损伤的区别主要看以下现象:(1)出血现象。由于生前心脏跳动,血液在血管内有一定的压力,如果血管受伤破裂,血液会流出并伴有皮下出血,开放性伤口流血量多。流血过多致死者,体表与内脏呈贫血状态,尸斑少而淡。(2)组织现象。生前形成的创伤,肌肉收缩,创缘皮肤内卷,创口哆开较大。死后形成的创伤,尤其是尸僵形成以后所致的创伤,其组织收缩不明显,创口哆开较小,创缘无卷缩现象。(3)炎症反应。生前形成的伤局部组织因受刺激发生炎症反应,水肿、白细胞浸润,甚至局部受细菌感染发生红肿、化脓现象。从受伤到死亡经过的时间越长,炎症反应越明显,死后伤一般不会出现白血球浸润及局部化脓、红肿现象。法医鉴定时,可测定损伤部位反应的组织胺、5—羟色胺和某些酶的变化情况。(4)其他现象。受伤后血液吸入肺内或者入消化道,发生的外伤性空气栓塞、脂肪栓塞或组织栓塞等现象,均能证明是生前伤。

【烧死与焚尸鉴别】法医根据尸体的局部征象及内部征象对烧死与焚尸的鉴别。局部征象主要依据尸体上红斑、水疱、痂皮等表象。烧死的尸体皮肤上有时可见红斑,而焚尸没有这种情况出现。烧死者有时可见水疱,疱内充满液体,内含白细胞和纤维蛋白,疱底和疱周充血及发生白细胞浸润的现象,焚尸的疱内含气体和少量的液体,疱底和疱周无炎症反应;烧死者痂皮下充血和水肿的细胞浸润,而焚尸的痂皮下有不类似的凝固性坏死现象,但无炎症反应。内部征象也易区别,烧死者可见烟灰、炭末等附在喉头、气管、支气管、细支气管内,焚尸的烟灰、炭末仅附着于口、鼻部;烧死者心脏及大血管内血中含碳氧血红蛋白,而焚尸没有这一现象;烧死者各内脏器官脂肪变性、坏死及出血,而焚尸没有这一现象。如受到火焰的高热作用,烧死者喉头以及上呼吸道粘膜可见充血、肿胀或水疱,有时可见出血及诱发声门水肿造成窒息。烧死者心内膜下出血及广泛肺出血,有时可出现心、肝、肾器官的脂肪变性,混浊肿胀和局灶性坏死。由于高热作用,烧死者硬脑膜外血肿范围大,与硬脑膜无紧密粘连现象,容易剥离。有颅骨板障内血管破裂,血液向颅腔内溢,硬脑膜紧缩,静脉破裂出血,血液堆积在头骨与硬脑膜之间等现象。

【人体分泌物检验】主要指精液斑检验和唾液斑检验。精液斑检验适用于强奸或强奸杀人案件,其检验的步骤与血迹检验大体一致。首先进行预备试验和定性试验确定是否精液斑,然后确定精液斑的种属和血型。预备试验先作紫外线检查,还可以作弗劳兰氏结晶反应。定性试验包括显微镜检查、乳酸脱氢酶同功酶 X 的检查,酸性磷酸试验。预备试验和定性试验确定为精液斑之后,要进行种属

试验确定是人或动物的精液斑。精液斑种属试验常用的方法是显微镜检查、血清沉淀试验。然后进行血型测定。唾液斑检验通常是现场香烟头检验的一个组成部分。其检验的任务是确定是否唾液斑以及鉴定唾液斑的血型和性别。定性试验可以确定是否唾液。人体分泌物检验还包括阴道分泌物的检验、尿斑检验、粪便斑检验、乳汁斑的检验。

【血型】人体抗原抗体反应的一种遗传特性。狭义指红细胞抗原的差异;广义指包括白细胞、血小板和血清等成分的抗原差异。1900年兰斯坦纳氏发现了 ABO 血型系统,把人体血液分为 A、B、AB、O4 种血型。现已经知道人类红细胞血型有在遗传关系上各自独立的 15 个系统,除了 ABO 系统血型外,还有 MNS 系统血型、P 血型、Rh 血型等。白细胞血型除具有些红细胞抗原外,还有自己的特有抗原,如 HVA 抗原。除上述血型外,还有红细胞酶型和血清型。由于血型研究发展较快,将会逐渐发现更多的血型抗原,血型系统的分类也将越来越细。科学研究已经证实子孙的血型必须要受父母血型基因的控制,具有遗传特性。血型测定不仅用于法医血迹检验,而且从毛发骨质、牙齿、精液斑、组织切片都能够测定血型,为人身识别和亲子鉴定提供有力的证据。

【血迹形状】又称血迹形态。分为(1)点状血迹,血液垂直滴落在地面或物体上,一般形成圆形而边缘有少数小突起的散射状斑点。其形态与血液滴落的高度、受伤者运动的方向以及承受物的倾斜度等因素有关。如果血迹在受伤者行走或移动过程中滴落在地面上时呈椭圆形。(2)喷溅血迹,血液由动脉溅出时,在墙壁或附近物体上形成多个惊叹号状的喷溅血迹。其尖端指向血液喷溅的方向。

(3)流柱状血迹,从创口流出的血液沿衣服、墙壁、床沿或其他物体向下流动,形成流柱状。(4)擦拭血迹,指粘附血液的物体或出血处与某种东西接触并有移动时所遗留的血迹。擦拭血迹一般面积较大,浓度不匀,并有擦纹。(5)接触血迹,指粘附血液的物体或其他物品接触而没有移动的情况下遗留的血迹。(6)血泊,血液大量流出,在受伤地点聚集形成。

【血痕检验】流出体外的血液干燥后,形成的斑迹,称为血痕。刑事犯罪侦查中,凡有损伤出血时,必须采取血痕进行鉴定,并作为证据。是法医学物证中最经常和最重要的检验项目。血痕的主要检验范围,包括现场留下的血痕或附着有疑似血痕的物证,侦查过程中收集的留有可疑血痕的物证,活体或尸体的血液化验,无名尸体的血液化验更为重要。法医学物证检验中,血痕检验主要验证所提供的检材上是否有血痕,如是血痕,应判别是人血或动物血以及何种血型。血液离开机体后,由于血红蛋白逐渐变化而改变原有的颜色。血液干燥后成为血痕,呈暗红色,随时间推移呈褐色。陈旧血痕或经温热作用过的血痕,可因变性血红蛋白为血红素而呈灰褐色。认真分析血痕的位置,有时可以帮助判断人体致伤或临死时活动情况,对分析死亡性质有一定意义。

【脑死亡】关于脑死亡的诊断标准,各国法律规定不尽一致。中国尚无法律规定,但一般认为脑死亡的基本概念是包括大脑、小脑和脑干在内的全部脑机能,彻底而不可逆转地停止,即全脑死亡。具体有如下特征:(1)大脑反应消失,最强烈的疼痛刺激也引不起反应;(2)脑反射消失,包括瞳孔反射、角膜反射、前庭反射、眼听反射、眼脑反射等消失;(3)脑电图检查呈大脑沉默,脑电图检查最短需 30

分钟,一直呈平的或等电位脑电图象;(4)脑循环停止,是诊断脑死亡的可靠指征,其中包括脑血管造影,脑超声图,脑闪烁扫描和 γ 线照像及脑血流的同位素测定和鞘内注射放射性碘、血清白蛋白。脑死亡的发生,可原发于脑组织的严重损伤、出血、肿瘤以及脑水肿、脑压迫或脑疝等。

【锐器伤】以锐器形成的损伤。锐器指具有锋利的刃口或尖端的物体。常见的锐器有各种刀、匕首、剪刀、斧子等。玻璃片、剃须刀片、铁片也可形成锐器伤。锐器伤可分为切创、砍创、刺创、剪创4类。一般特点是皮肤全层、表皮、真皮及皮下组织被锐器分离形成创伤。创缘整齐,附近皮肤不伴有挫伤带,软组织被整齐断开,创口呈梭形、菱形、楔形。将创口合拢时,多呈线状,无局部组织,创内组织无缺损,创壁光滑、血管被齐断。大的动脉出血时呈喷射状,创角尖锐不带撕裂现象,骨质上可留有线状刃痕或其他形状的刺痕、砍痕、切痕、刃口残片,刺器断尖有时可残留在创口内。砍创、刺创多见于他杀,切创与剪创多见于自杀。锐器伤一般有创口、创缘、创腔和创底。

【人体毛发部位检验】人体毛发因生长部位不同,有头发、眉毛、睫毛、鼻毛、胡须、腋毛、胸毛、阴毛、肛毛、腿毛和毳毛之分。法医检验中最常见的是头发和阴毛。区别各部位毛发的主要依据是毛的长短、粗细、色泽、形状、有无毛尖、横断面的形态以及表面附着物等。头发是人体最长的毛,经过理发后也可很短,毛发的平均直径约0.075—0.1毫米,呈黑色、黑褐色或灰白色,横断面是圆形或椭圆形,表面可能粘有发油、发蜡、染发颜料或洗发香波等。头发的髓质常出现间断。阴毛与头发明显差异,阴毛弯曲、通常呈“S”形,长度

在 3—6 厘米左右,平均直径男性为 0.099—0.125 毫米,女性为 0.106—0.15 毫米,横断面多呈椭圆形,其髓质多连贯而无中断现象,表面可能粘有精液斑或月经血及尿斑等。

【钝器伤】由于受钝器的打击、碰撞、挫压等作用,使人体组织的完整性受到破坏使机体发生机能障碍的伤痕。钝器指无刃、无尖、质硬、作用力和作用面较大的钝性物体。依钝器伤的轻重程度可以分为:擦伤、挫伤、挫裂创、骨折、内脏破裂、肢体断碎等。钝器的种类可分为:斧锤伤、棍棒伤、砖石伤、拳击伤、脚踢伤、咬伤以及其他钝器所形成的损伤等。根据致伤作用可分为:打击伤、碰撞伤、高坠伤、辗压伤、挤压伤、撕裂伤。钝器伤多见于他杀。以钝器自杀而死者极为少见。凶杀案件中以头部钝器损伤最为常见。根据损伤形态学上轻重程度的不同,钝器伤还可以分为表皮剥脱、皮下出血、脱臼或脱位、脑损伤等。在他杀案件中钝器伤的检验占有极其重要的位置。

【挫裂创】由钝器挫压形成的创伤。特点是创缘不整齐,呈锯齿状,伴有表皮剥脱及皮下出血。创角较钝,创底不平,创腔大于创口呈囊状,创内有组织间断,局部组织因受牵扯、撕拉。因打击的工具不同,形成的挫裂创也不相同。棍棒垂直打击形成的挫裂创,创口呈长条形,创缘多呈锯齿状,周围常伴有与创缘相平行的,由表皮剥脱和皮下出血所构成的镶边状挫伤带;圆形棍棒的一端打击可以形成新月形挫裂创;斧背平面打伤形成直角形和直线形的“口”形挫裂创;斧背一角打击则可形成三角形挫伤或挫裂创;斧背棱边着力形成直线形的挫裂创;锤类打击伤根据锤子的形状不同,形成的挫裂创的形状也不同;圆头锤打击可形成圆形挫裂创;羊角锤打击

时可形成排列成对的挫裂创;砖石打击形成与砖石着力面相应形状的挫裂创。

【脑损伤】又称人脑损伤。一般分为脑震荡、脑挫伤、脑挫裂伤、脑出血等。脑震荡指头部受外界暴力打击之后,立即发生的大脑一时性功能障碍,是脑损伤最轻的一种。昏迷一般不超过半小时,随后意识可恢复正常,但重度脑震荡也可以致死亡。脑挫伤指外界暴力作用于头面部所造成的脑组织器质性破坏,是常见的脑组织严重损伤,往往是伤害致死原因。脑挫裂伤比脑震荡的临床症状严重,伤后立即发生昏迷,可持续数小时、数周,伤后可立即出现相应的神经系统症状,如偏瘫、失语症等。脑出血指外界暴力引起的脑内血管破裂出血,可形成大小不等的血肿,又称脑内血肿。脑出血也可在不受外力作用单独发生,并可与脑挫裂伤、脑膜血肿、颅骨骨折等并存。还可由外伤引起迟发性脑出血。

【亲子鉴定】多适用于因婴幼儿或儿童的抚养问题所引起的纠纷。出现由于产院婴儿室工作人员的疏忽将婴儿换错的情形时,也可以利用亲子鉴定改正过来。鉴定一般从三个方面进行:(1)鉴定自称父亲的生殖能力。如果证实在推定的受孕期中,该男子没有生殖能力或性交能力,则可否定其父子关系。(2)确定母体受孕的时间,若在该期间内,其男子不在女方居住地,或因其他原因确实证明未与女方性接触者,可以否定父子关系。(3)进行血型测定。人类的血型是按照遗传基因传给下一代的,一定血型的父母,所生子女也会有相应的血型,而不会出现其他血型。如父母血型为O型,其子女的血型应是O型,而不可能有A、B或AB型。如父亲是O型,母亲是A型,其子女的血型可能是O型或A型,但不可能有B型

或 AB 型等……。

【生前入水与死后入水鉴别】生前入水的外部表现为生前入水者常因激烈挣扎,两手乱抓,手中握有水草、泥沙,指甲缝内嵌入泥沙,手指弯曲成鹰爪状,皮肤上的毳毛竖立,毛囊隆起,全身出现鸡皮疙瘩。在挣扎中或者肌肉痉挛而碰撞到较硬的物体时,可在额面部或四肢突出的部位形成生前碰撞伤。生前入水的内部征象是由于呼吸活动,可以在呼吸道和肺脏中出现泥沙、水草、硅藻之类的成份。特别是可在细支气管内检出上述异物和在远离支气管的肺组织检见大量硅藻,并伴有肺脏水肿、气肿和浆膜下出血点,肺脏体积膨大,重量增加,肺泡壁毛细血管淤血,肺泡内含有泥沙或硅藻等异物。左右心血液改变,左心血液的血红蛋白含量比右心低25—40%,肝、肾器官有硅藻,消化道内及十二指肠内有泥水。如果没有上述反应便可认定是死后入水。

【碎尸】有两种情况,一种是火车碾压形成的肢体断离或爆炸形成的肢体断离,另一种是杀人犯罪分子为销毁罪证,将尸体切割分别抛匿或出自仇恨心理将死者大卸八块,或为不使公安机关查出死者身份及姓名而故意肢解尸体。对碎尸要进行检验,首先将尸块按人体解剖位置排列,观察相同部位有无复重,断端能否对合,各个尸块的新鲜程度或腐败程度是否一致,皮肤的色泽、弹性及皮下脂肪丰满程度是否一致,其血型、性别是否相同,认定各个尸块是否为同一具尸体的组成部分。然后检验记录尸体的生理、病理特征,从尸块推断死者的年龄、身高、性别等。其次根据尸体伤痕情况判明死者的死因和罪犯杀人手段,判明碎尸方法和碎尸工具,罪犯是否熟悉人体解剖结构,推断罪犯的职业特点,还要仔细检验尸块的

包装物发现侦查线索。

【验尸】对他杀或有他杀嫌疑的尸体的检验。通过对尸体的检验,弄清死亡原因并判断死亡时间、致死手段、致死过程及致死工具的种类,判断死亡性质,为侦查、审判提供科学依据。验尸包括尸体外表检验、尸体解剖检验以及死者衣着情况的检验。尸体外表检验要脱去死者衣裤,按照从上到下,由前到后的顺序进行。要测量死者身高、体重、尸体温度,证明尸斑的位置、颜色、有无腐败等,然后从头到脚依次检验,并要注意发现伤痕、索沟、血迹以及其他暴力特征,要证明其位置、形态大小、深度以及创口内异物并绘图、拍照加以固定。经尸体外表检验不能判明死因时,公安机关有权进行解剖。法医解剖要按照一定的程序和次序。检验之后,应将尸体内脏组织放入死者腹腔,按原解剖线重新缝合,整理并为其穿好衣服,经过简单的清洗、整容,将尸体交给死者家属处理。

【精斑检验】对强奸案件或奸杀案件进行检验的一种方法。有时该检验也用于鉴定有无生殖能力等问题。精斑为精液排出体外,附着在衣物上干燥后形成的痕迹。精斑检验的任务是确定被检物上有无精斑,是否为人精斑以及精斑的血型等。精斑的检验包括一般检查的肉眼观察、紫外线观察及化学检验法,包括结晶试验、酸性磷酸酶试验。形态学检验法、血清学检验法以及精斑的血型检查,是精斑检验最重要的内容之一。精液存在与红细胞血型相同的 ABO (H)型物质,而且每个人的分泌能力不同,血型物质的含量也有差异。大部分人的血型物质含量高,容易检出,称为分泌型;少数人的血型物质含量很低或测不出,称为非分泌型,一般不能测知血型。根据案情,有时须提取嫌疑人的血液或唾液等进行血型检验以便

对照。O 型与非分泌型只有在用抗 H 血清作凝集反应后才能区别。

【碎尸检验】碎尸检验在两种情况下进行:(1)死于交通事故,如火车辗压、飞机失事等以及其他灾害事故使人体肢离断碎以及无法辨认死者身份时;(2)罪犯将人杀死后,为了掩盖罪行、毁灭罪证,进行分尸然后将尸块丢弃或藏匿时。有时尸体的碎断也可以由动物造成。对于杀人碎尸案件进行检验时要注意以下事项:首先要详细勘查碎尸现场及发现尸体碎块现场的特点,尽力寻找犯罪线索和与案件有关的异常现象,注意确定所发现尸体各部或尸块是否同一个人的。要利用某些方法做身长、体重、发育、营养状态以及性别、年龄、个人特征的鉴定。其次要注意查视尸体碎块断端的特点、形状以及附着物。还要判断碎尸工具、手段等,通过碎尸的熟练程度判断碎尸人的职业特点,最后查验各部位以确定死因,推断死亡经过时间及碎尸时间。

中国法制史

【五听】中国古代司法审判过程中用以审查当事人的五种方法。《周礼·秋官·小司寇》:“以五声听狱讼,求民情。一曰辞听、二曰色听、三曰气听、四曰耳听、五曰目听。”即运用察颜观色及心理分析的方法来判断当事人人口供的真伪,既是古代司法审判经验的总结,也带有一定的局限性。

【六礼】中国古代结婚的六道程序。即纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。其制始见于《礼记·婚义》。纳采,即通过媒人向对方家长提亲,“纳其采择”;问名,即男家请媒人问女方的名字及出生时间;纳吉,即男家卜得吉兆后通知女家,决定缔结婚姻;纳征,亦称纳币,即男家送聘礼女家;请期,即请求女家决定婚期;亲迎,即以一定仪式迎娶新娘。六礼之制起源于奴隶社会,到封建时代几乎为各朝代法律肯定和保护,成为古代缔结婚姻的必备要件,是古代婚姻买卖性和包办强制性的突出反映。

【商鞅变法】商鞅于秦孝公时对秦国社会政治制度进行的重大改革。其中对法律的改革,对当时及后世产生了重大影响。主要包括:(1)改“法”为“律”。不仅是名称上的变化,而是强调了法律的普遍贯彻执行,并使“律”根据调整对象的不同而相对独立。(2)行刑重法。主张以严刑峻罚达到以刑去刑的目的。(3)刑无等级。提倡刑罚适用上的平等,打破了奴隶制刑不上大夫的传统原则。(4)用法律手段推行重农抑商政策。

【废肉刑】汉朝的刑罚改革事件。封建社会初期继续沿用奴隶制的刑罚制度,包括墨、劓、斩左右趾等残害肢体的肉刑。汉文帝十三年(前167),发布了废除肉刑的诏令,以徒刑、管刑和死刑分别替代黥、劓和斩左右趾三种肉刑。黥,改为髡刑;劓,改为笞三百;斩左趾,改为笞五百;斩右趾,改为弃市。这次改革的功绩在于在法律上宣布了肉刑的废除,但又具有极大的局限性,正如《汉书·刑法志》所说:“是后外有轻刑之名,内实杀人”。汉景帝继位后,将笞三百和笞五百分别减为二百和三百,不久又因为“加笞者或至死而笞未毕”,将笞二百减为一百,三百减为二百,并限制了作为笞刑刑具的

笞的长短、厚薄及行刑时加笞的部位,使改革向前迈进了一大步。这次刑罚改革,是中国社会从奴隶制过渡到封建制后法律制度上的一次重大改革,为封建五刑制度的确立奠定了基础,具有进步意义。但将斩右趾改重为死刑,又将笞刑排除在肉刑之外,反映了这次改革的局限性。

【七出三不去】中国封建法律规定的丈夫离弃妻子的 7 种理由。又称七去、七弃。其制始于汉,据《大戴礼记·本命篇》:“妇有七去:不顺父母,去;无子,去;淫,去;妒,去;有恶疾,去;多言,去;盗窃,去。”以后各封建朝代在法律上均对之予以肯定,成为男尊女卑传统和夫权制在封建婚姻关系上的集中反映。另一方面,为了维护封建伦理道德,保持封建婚姻关系的稳定性,“七出”附有限制性条款,即“三不去”:
“有所娶无所归,不去;与更三年丧,不去;前贫贱后富贵,不去。”既使妻子符合“七出”之条,但如具备上述三种情形之一,丈夫便不得休妻。

【亲亲相隐】一定范围的亲属之间相互可以隐匿犯罪而无须负刑事责任的原则。其理论根据源于儒家思想。孔子曾说:“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”。汉宣帝本始四年(前 70)曾颁诏令:“父子之亲,夫妇之道,无性也。……自今子首匿父母、妻匿夫、孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻。”这一维护礼教、宣扬封建人伦道德的原则从此便为封建法律所确立,并在汉以后的封建法律中得以继承和发展。在封建法制下,“亲亲相隐”既是权利,又是义务,通过这种方式维护封建伦常和家族制度,达到巩固君主专制的目的。

【春秋决狱】汉代流行的一种断案制度。《春秋》是由孔子修订的一部鲁国编年史,以其“微言大义”而被儒家学者奉为“礼义之大宗”。汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”之后,在儒学大师董仲舒的亲自倡导下,以儒家经典特别是《春秋》的精神和事例作为司法审判的依据。这种引经断狱的精神实质是“论心定罪”,原则为:“志善而违于法者,免;志恶而合于法者,诛”。以“志善”、“志恶”的主观意志作为定罪量刑的根本标准,对当时汉朝繁法严诛、客观归罪的司法黑暗能予以一定程度的纠正,但其本质仍是主观归罪、罪刑擅断,扩大和纵容了司法审判中的任意性。

【录囚】中国封建时代由皇帝或上级司法机关通过复查案件的形式发现冤错并及时平反昭雪的制度。又称虑囚。其制始于汉,据《汉书·隽不疑传》载:隽不疑“每行县录囚徒还,其母辄部不疑:‘有所平反、活几人何?’”颜师左注:“省录之,知其情状有冤滞与不也。”汉代录囚为郡守之常职。其后魏明帝、晋武帝、隋文帝、唐太宗等均有亲录囚传的记载。录囚不过是统治者恤刑慎罚的一种表示,但对纠正封建司法的冤滥有一定意义。

【五刑】中国古代五种主要刑罚的总称。五刑之名最早见于《尚书·舜典》:“流宥五刑”。《尚书·吕刑》记载奴隶制五刑的具体内容为墨、劓、剕、宫、大辟,是奴隶制时期的主要刑罚种类。进入封建社会后,奴隶制的五刑继续被沿用下来,直至西汉文、景时期刑罚改革,古代刑罚制度发生了巨大变化,经过三国两晋南北朝时期的发展与演变,至隋、唐时,笞、杖、徒、流、死作为封建制五刑被正式确立,成为隋、唐及以后各封建朝代的主要刑罚手段。

【十恶】中国封建社会 10 类重大犯罪的总称。十恶的一些罪名,从秦、汉时开始形成。北齐定律,将 10 种重大犯罪归纳为“重罪十条”,隋律改为“十恶”,自此“十恶”之称正式确立。《唐律》规定的“十恶”为:(1)谋反,即图谋推翻政权的行为;(2)谋大逆,即图谋毁损皇家宗庙、山陵、宫阙的行为;(3)谋叛,即图谋背国从伪的行为;(4)恶逆,即殴打和谋杀尊亲属的行为;(5)不道,即灭绝人道的行为;(6)大不敬,即对帝王不尊敬的行为;(7)不孝,即违背孝道的行为;(8)不睦,即谋杀和出卖缌麻以上亲属,殴打或控告大夫、大功以上尊长和小功尊亲的行为;(9)不义,即杀害本属的府主、刺史、县令、现任授业老师的行为,以及吏卒杀害本部五品以上官长,丈夫死亡而妻子密不举丧、寻欢作乐、脱去丧服、改嫁他人等行为;(10)内乱,即奸淫小功以上亲、父、祖父之妾及与之通奸的行为。封建法律将上述犯罪视之为最严重的犯罪行为,予以最严厉的打击,即使是“八议”范围的人,有犯亦不得享受减免,且“常赦所不原”,惩罚时还要株连家属及亲族。反映了封建法律重点保护皇权和封建家族统治的特征。

【八议】中国封建法律规定的八类人物犯罪后可予减免处罚的制度。其制源于《周礼》的“八辟”。《魏律》正式更名为“八议”,此后便为封建法典所公认。根据《唐律》的规定,八议为(1)议亲,亲即皇亲;(2)议故,故即皇帝的故旧;(3)议贤,贤即有“大德行”的圣贤之士;(4)议能,能即有杰出才能之士;(5)议功,功即有卓越功勋者;(6)议贵,贵即一定级别的显贵;(7)议勤,勤即有大勤劳者;(8)议宾,宾即前朝帝王后裔并被视为国宾者。上述范围的人,除犯十恶大罪之外,其他犯罪行为一般衙门不得擅断,须将其所犯之罪情及特殊身份上奏皇帝,然后由皇帝交付有关官员集体审议,提出从轻

处罚的意见,最后报皇帝裁决。此制体现了封建统治阶级上层人物在法律上的特权地位。

【官当】中国封建社会以官抵罪的制度。《晋律》中已有以官抵罪之例,正式名称的确立始于《陈律》。《隋律》中官当之制已趋完备,《唐律》沿袭《隋律》,具体规定:五品以上官,私罪一官当徒二年,公罪三年。九品以上官,私罪一官当徒一年,公罪二年。其以官当流者,比照徒刑四年计算。如有兼职,先以高者当;如罪轻官品高,抵罪后留官收赎。罪重官品低,则余罪收赎。如历任各种官职,有余罪或又犯罪者,可以历任之官当。明、清律中取消了官当之制。

【六赃】中国古代 6 种非法占有公私财产犯罪的总称。其名始见于《唐律》,并为后世封建法典所承袭。《唐律》规定的六赃是:(1)受财枉法,即官吏收受贿赂并因之枉法曲断;(2)受财不枉法,即官吏虽接受贿赂但并未枉法曲断;(3)受所监临财物,即官吏接受其属下吏民的财物;(4)强盗,即以威力强抢财物;(5)窃盗,即窃取财物;(6)坐赃,即吏民非因收受贿赂或盗窃等原因,而是为公或为私收取非份之财物。明、清律亦有六赃之名,但内容稍有变化,以“监守盗”和“常人盗”取代“受所监临财物”和“强盗”。凡贪污自己经营管理的公物的,即属“监守盗”;凡一般盗窃行为即为“常人盗”。此外,清律“枉法”、“不枉法”二赃还分为有禄人和无禄人两种,有禄人犯此处罚从重,无禄人从轻。

【九卿会审】明、清两代的特殊审判制度。又称圆审。明、清时期凡遇特别重大的案件,须由吏、户、礼、兵、刑、工六部尚书会同都察院左都御史、通政使和大理寺卿九大员联合审理。是明、清两代的中

央最高审级,但所作判决须经皇帝审核后方能执行。

【朝审】明、清两代的会审制度。始于明英宗天顺三年(1459),每年霜降后,三法司会同公、侯、伯联合审理重囚。清代朝审于每年霜降后 10 日举行,由九卿、三法司等官员在天安门外、金水桥朝房会同审理刑部判决的案件以及京师地区斩监候和绞监候案件。审理结果可分为情实、缓决、可矜和留养承祀四类。

【秋审】清代会审制度。其制源于明代英宗时期的朝审,清代沿袭了明代的朝审之制,又于每年秋季对外省死刑重案另行会审,故名。秋审案件主要是地方上的斩监候和绞监候案件,其判决一般可分为情实、缓决、可矜、留养承祀四类。

【领事裁判权】帝国主义国家通过不平等条约在半殖民国家攫取的一种司法特权。1843 年,英国通过《中英五口通商章程》率先在中国取得这一特权。1844 年美国通过《望厦条约》也取得此项特权并扩大了范围。此后,法、俄、德、日等国也先后通过不平等条约取得该权。主要内容是:凡享有领事裁判权的国家,其在中国境内之人员如成为民、刑诉讼的被告时,中国法庭无权审理,而只能由其本国驻该地领事按其本国法律裁判,不受中国司法机关和法律的管辖。领事裁判权的确立标志着清廷司法主权的丧失。

【会审公廨】又称会审公堂。帝国主义国家在旧中国租界内强行设立的审判机构。1858 年中英《天津条约》规定:中国人和英国人发生争端,调解不成时,“即由中国地方官与领事官会同审办”。1864 年清廷与英、美、法三国驻不海领事协议在租界内设立法院,自此

会审公廨在上海正式产生,后又延伸到汉口、厦门等地。根据会审章程规定:纯属外国人的案件只由领事审理;原告为中国人,被告为外国人的案件,由领事主审,中国会审官观审。其他案件,名义上由领事和中国官员会审,适用法律则由领事任意选择,导致出现了“外人不受中国之刑章,而华人反就外国之裁判”的怪现象。会审公廨完全是帝国主义在保护侨民和商人的借口下破坏中国司法独立和主权的工具。

【廷尉】秦、汉时期中央司法长官。秦代始设,汉初因之。汉景帝中元六年(前144)改称大理,武帝建元四年(前137)复其称,为中央九卿之一,专理刑狱,主管全国司法行政,审理诏狱和地方上达的疑难案件。其属官有左右正、左右监、左右平等。

【大理寺】中国古代中央司法审判机关。北齐时期始建。唐代大理寺设卿一人为长官,少卿二人为副,下设正、丞、主簿、司直、评事等属官。其主要职责是负责审理中央百官的犯罪案件和京师地区徒刑以上的案件,并有权重审刑部移来的地方死刑或疑难案件。所判决的徒、流刑案件须送刑部复核,死刑判决则需报皇帝批准。明、清两代大理寺职责发生了变化,一般不掌审判,转而专司复核。清末大理寺改为大理院。

【刑部】中国古代中央司法审判机关。隋代始建,初为都官尚书的下属机构,隋开皇三年(583)改都官尚书为刑部尚书,成为中央六部之一,掌司法、刑狱事宜。唐代刑部设尚书、侍郎各一,并分为刑部、都官、比部、司门四司。主要职责是管理司法行政事务,同时也参与审判,复核大理寺判决的流刑以下的案件。明、清两代刑部职权转

为主要负责中央审判事务。清末刑部改为法部,专掌司法行政权。

【御史台】中国古代中央监察机构。正式确立于东汉。因御史居殿中兰台,故又称兰台寺或宪台。唐代御史台以御史大夫为长官,御史中丞为副,下设三院,待御史居台院,殿中侍御史居殿院,监察御史居察院。主要职责是纠察中央以及地方官吏的违法失职行为,对大理寺和刑部的司法审判活动进行监督,同时也有权参与某些特殊的审判活动。明、清两代御史台改称都察院,但其职权未变。

【都察院】明、清两代的中央监察机构。明洪武十五年(1382)改唐、宋的御史台为都察院,并将原台、殿、察三院合并,使机构得以扩大。都察院设左、右都御史各一人为正副长官,下设左、右副都御史各一人,左、右僉都御史各二人。地方由监察御史负责监察巡按。清代改以左都御史、左副都御史为正副长官,右都御史、右副都御史则专作各省总督或巡抚的加衔。雍正元年(1723)将六科给事中并入都察院,给事中与各道监察御史合称科道,至此实现了台、谏合一之制,都察院的职权除作为“天子耳目风纪之司”,纠察中央及地方百官的违法失职行为外,还监督刑部的审判和大理寺的复核,并有权参与某些重大案件的审理。

【咨议局】清末地方议事机构。1908年7月,清廷以“仿行宪政”相标榜,颁布了《咨议局章程》,确定咨议局“为各省采取舆论之地,以指陈通省利病、筹计地方治安为宗旨”,有权议决本省应兴应革事宜,以及本省预决算、税法、公债等事项。由于各省督抚对本省咨议局的议决案拥有裁定权,所以不具备地方议会的性质,仅是装饰民主的咨询机关。

【资政院】清末在正式召开国会前的过渡机构。作为清末立宪骗局的一部分,资政院筹设于1906年,至1909年8月清廷颁布《资政院章程》。确认资政院以取决公论,预立上下议院基础为宗旨,由钦选议员和民选议员共200人组成,有权议决岁入岁出、预算决算、法典朝章、公债税率及奉旨交议之事。但所有议决案须奉请皇帝后方能生效。皇帝可以停止其活动并予以解散。1910年10月,资政院首次开会,但“资政院可决之法律,政府不施行之如故;资政院否决之法律,政府施行之如故”。其对军机大臣的弹劾,竟遭“此事非资政院所得擅予”的训斥,可见资政院仅是一个承旨办事的御用机关而已。

【疑狱集】书名。五代后晋和凝、和 父子共同编著,共4卷。是中国古代现存最早的一部案例汇编,全书收集了情节复杂、争讼不决而终致圆满解决的各种典型案例百余篇,主要内容包括:治狱之道,阐明了在审理案件时所应坚持的职业原则,如不畏权势、严明公正、力戒拷掠等;定案之法,论述了定罪量刑的宪严界限;破案之法,介绍了各种疑难案件的侦破方法。书中除对历代执法严明,敢于平冤理屈的司法官吏极力褒扬外,还对司法检验、刑事侦破等方面的经验进行了总结,成为古代有关司法鉴定方面的名著。现在流行的刊本中,附有明代张景所著《补疑狱集》6卷,清代金凤清又增辑疑案三十例附之。

【折狱龟鉴】书名,又名《决狱龟鉴》。宋代郑克著。原本20卷,有明万历刻本。清收入《四库全书》,并为8卷。全书以五代和凝父子所著《疑狱集》为基础,增补案例395例,分为释冤(上、下)、辩诬、鞠

情、议罪、宥过、惩恶、察奸、核奸、鞫奸、察慝、证慝、钩慝、察盗、迹盗、谪盗、察贼、迹贼、谪贼、严明、矜谨等 20 类。全书对以往历代有关决断疑狱和司法检验方面的经验教训进行了介绍和总结,贯穿着从“矜恕”出发,根据事理人情分析和推究案件原委,明慎用刑,严防冤滥的刑法思想。书中同时还夹杂着鼓吹封建伦理道德,宣扬因果报应的糟粕。

【洗冤集录】中国古代法医学名著。又称《洗冤录》,宋代宋慈著。作者通过总结检验刑事案件的经验,于宋淳祐七年(1247)编撰而成。内容大体可分为 4 个方面:(1)宋代历年公布的同法医检验相关的法令,主要规定检验官吏的职守和注意事项;(2)法医检验的工作总论,包括法医检验人员的一般办事原则、检验原则、技术操作程序等;(3)各种尸伤的检验和区别办法;(4)各种急救方法和药方。其中对检验死伤的征象,推定死伤的原因以及检验的手续和方法等论述尤为详尽,有些方面具有较高的法医学价值,曾对宋以后的法医检验产生重大影响,并被翻译成荷兰、英、法、德、日、朝鲜等国文字。

【法经】战国时期魏文侯相李悝编纂的一部法典。集春秋以来各国立法之大成,是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。原文早已失传,《晋书·刑法志》保存了它的指导思想和篇目,《唐律疏议》中也有一些有关记载。其内容分为盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法 6 篇,据《晋书·刑法志》载:李悝以为“王者之政,莫争于盗贼”,故将盗法和贼法置于篇首。盗、贼须劾捕,故列囚法和捕法于其后,内容为断狱的捕亡方面的规定。杂法是对轻狡、越城、博戏、假借不廉、淫侈、逾制等行为进行处罚的规定。具法是有关加重或减轻刑

罚的规定。从总体看,法经是一部以刑为主的刑法和刑事诉讼法典。所确立的刑法指导思想和刑法结构体系,对后世封建立法产生了重大影响。

【睡虎地秦墓竹简】又称云梦秦简。1975年12月在湖北省云梦县睡虎地出土的秦代竹简。内容主要包括《编年记》、《语书》、《秦律十八种》、《效律》、《秦律杂抄》、《法律答问》、《封诊式》、《为吏之道》、《日书》9部分。其中的第二至第七部分都涉及法律制度,占全部1155克竹简的半数以上。通过这些珍贵的材料,可以了解秦代在立法上所取得的巨大成就,说明秦律已超出了《法经》“刑”的局限,包容了包括刑事法律在内的多种部门的法律规范,如有关农业、手工业和商业等经济方面的法规以及有关行政方面的法规。然而秦律并未采用“诸法合体”的形式,而是根据调整对象的不同,让各部门法律保持相对独立,与后世的封建立法存在很大差异。

【九章律】汉初基本法典。丞相萧何根据秦朝旧律制定,律条共九篇,故名。律文今不存,据《晋书·刑法志》载:《九章律》是在《法经》六篇的基础上,再增加三篇,故其篇目依次为盗、贼、囚、捕、杂、具、兴、廄、户。前6篇仍是以刑为主,兼及审判、禁囚等规定;后3篇是有关和徭役、户籍、赋税、畜牧等方面的法规,称为事律。可见《九章律》已将“刑”、“事”两类法律规范统一于一部法典之中,成为“诸法合体”的封建法典的雏型,反映了汉律在立法体例上的重大变化。

【魏律】三国时期魏国的法典。陈群、刘劭等人受命参酌汉律而制订,魏明帝太和三年(229)颁行。其律文今已不存,据《唐六典》所

载,其篇目在汉《九章律》的基础上,增加劫掠、诈伪、毁亡、告劾、系讯、断狱、请贼、惊事、偿赃等九篇,合为 18 篇。在体例上,改汉之“具律”为“刑名”,并冠于律首,从而为后世“名例律”的确定奠定了基础。在内容上,以《周礼》的“八辟”为依据,正式确立了维护封建等级特权的“八议”制度。在刑罚方面,根据“更依古义制为五刑”的原则,明确规定刑罚种类为死刑、髡刑、完刑、作刑、赎刑,以及罚金、杂抵罪,使封建刑罚制度向规范化的方向迈进了一大步。

【晋律】又称《泰始律》。晋代法典。贾充、杜预等人在删改魏律的基础上制成,晋武帝泰始四年(268)颁布。《晋律》今失传,据《晋书·刑法志》载,该律共 20 篇,620 条。《唐六典》所存其篇目为刑名、法例、盗律、贼律、诈伪、请贼、告劾、系讯、断狱、杂律、户律、擅兴、毁亡、卫宫、水火、厩律、关市、违制、诸侯。《晋律》根据汉、魏律而有所损益,且“蠲其苛秽,存其请约,事从中典,归于益时”,故史称其优于汉、魏律。在《晋律》颁布的同时,明法掾张斐和河南尹杜预先后为之作注,其注解经晋武帝批准,成为具有法律效力的权威注本以至于人们将律文与注解视为一体,或称之为张杜律。《晋律》“纳礼入律”,按服制定罪量刑,成为儒家传统法律思想贯彻于封建立法之中的一部法典。

【北魏律】南北朝时期北魏王朝的法典。律学博士常景等编撰,北魏孝文帝太和十九年(495)完成,原文已佚,《唐律疏议》存其篇目 15,即刑名、法例、宫卫、违制、户律、厩牧、擅兴、贼律、斗律、系讯、诈伪、杂律、捕亡、断狱。据《魏书·刑罚志》载,封建制五刑制度在《北魏律》中已初步建立,刑名分为死刑、流刑、徒刑、鞭刑和杖刑。在刑罚适用上,以宫爵除刑和留养已正式规定于律文之中。《北魏

律》的篇章结构和刑罚体系上承汉、魏，下启隋、唐，具有重要意义。

【北齐律】南北朝时期北齐王朝的法典。尚书令高欢等于武成帝河清三年(564)撰成。原文已佚，据《隋书·刑法志》载，其篇目依次为名例、禁卫、婚户、擅兴、违制、诈伪、斗讼、贼盗、捕断、毁损、厩牧、杂等12篇，计949条。《北齐律》首置“名例”一篇，从而固定了刑法原则在封建法典中的地位，是立法技术的一大进步，在结构上定为12篇，开隋唐律篇章结构之先河。内容上确立了重罪10条，即反逆、大逆、叛、降、恶逆、不道、不敬、不孝、不义和内乱，此为后世“十恶”的前身。还规定了杖、鞭、徒、流、死的五刑制度。史称《北齐律》“法令明审，科条简要”，是一部较成熟的法典，对隋律有直接的影响。

【开皇律】隋代法典。隋文帝开皇元年(581)命高颎、郑泽等人修订新律1700多条，开皇三年(583)又命苏威、牛弘等人加以更定而正式完成《开皇律》。以《北齐律》为蓝本而有所损益，共12篇，500条，篇目依次为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂、捕亡和断狱。确立了笞、杖、徒、流、死的封建五刑制度，废除了前代枭首、车裂等酷刑及孥戮相坐之法；规定了“八议”之制，以维护贵族官僚的法律特权；设立“十恶”之制，规定“死罪者三奏而后决”的复奏制度。被称为是一部“刑纲简要，疏而不失”的法典，直接为唐代立法所沿袭。

【唐律疏议】唐代法典。唐高宗李治即位后，命长孙无忌等人以唐初《武德律》和《贞观律》为基础，编纂成《永徽律》，并于永徽二年(651)颁行全国。后又由长孙无忌等对律文逐条进行注解，称为“疏

议”，经唐高宗审定批准之后附于律文之后，效力与律条等。律与疏合称《永徽律疏》，后世称之为《唐律疏议》，又称《唐律》。是中国现存最早、最完整的一部封建法典，也是中国古代法典的典范。内容共分为 30 卷，12 篇，502 条：(1)名例律，57 条，集中体现立法基本精神和原则，相当于现代刑法法典的“总则”部分。主要内容包括五刑；十恶；八议、请、减、赎、官当，老、幼、笃、废残疾减免刑；公罪私罪的划分；数罪并罚；自首；共犯；故意与过失；类推；同居相为隐；化外人犯罪等。(2)卫禁律，33 条，关于警卫皇宫、庙苑，保卫城堡，官府、武库、关津要塞、边防等方面的法律规定。(3)职制律，59 条，关于国家机构的编制，官吏的选拔、考核、职责以及驿传方面的法律规定。(4)户婚律，46 条，有关户籍、土地、赋役和婚姻家庭方面的法律规定。(5)厩库律，28 条，有关公、私牲畜饲养和管理以及官府仓库管理方面的法律规定。(6)擅兴律，24 条，有关军事和国家工程兴造方面的法律规定。(7)贼盗律，54 条，有关侵犯人身及财产安全等方面犯罪的法律规定。(8)斗讼律，60 条，有关斗殴和诉讼方面的法律规定。(9)诈伪律，27 条，有关伪造和欺诈犯罪方面的法律规定。(10)杂律，62 条，凡不易归入上述篇条之内的一些犯罪行为及处罚规定杂列其中。(11)捕亡律，18 条，有关处罚逃亡和脱逃方面的法律规定。(12)断狱律，34 条，有关审判和行刑方面的法律规定。这部法典是在初唐统治者“德主刑辅”、“约法省刑”的立法思想指导下制定的，因此，一方面严格维护封建统治秩序和等级特权制度，严厉镇压违反这种秩序和制度的行为；另一方反映出了礼法结合，刑事镇压相对宽缓的特征。此外，作为一部以刑为主，诸法合体的封建法典代表作，在罪名、刑制、量刑标准及司法原则的运用等众多方面均较前代进步。其科条简要、结构严谨、概念明确、内容全面的特点，反映出唐代封建立法技术达到了前所未有的新

高度。

【唐六典】唐代有关官制的行政法典。原题唐玄宗御撰，李林甫奉敕注。规定了唐代中央和地方国家机关的机构建制、编制、职责、人员、品位、待遇等方面内容，注文中附释了历代官制的沿革。《唐六典》仿照《周官》的体例，全篇分治职、教职、礼职、政职、刑职、事职等6部分，计30卷。是中国现存最古老完整的一部具有行政法性质的法典。其编纂使行政法成为一种独立的法律形式，标志着封建社会刑法、行政法两大成文法典体系并行局面的确立。

【大周刑统】又称《显德刑统》。五代时期后周王朝的法典。周世宗显德四年(957)以当时所行律令文辞古质，格敕条目繁杂之故，命侍御史知杂事张 等编集新律，次年书成颁行。全书21卷，今已不存。据《旧五代史·刑法史》记载，该刑典以律为主，释之以疏，再附之以武、令、格、敕，以至于朝庭禁令、州县常科，各以类分，一同编附，“刑名之要，尽统于兹”，故以“刑统”而名。这种立法体例的变化，对宋代立法产生了直接影响。

【宋刑统】宋代基本法典。宋太祖建隆四年(963)由窦仪主持编修而成。共30卷，12篇，502条。以《唐律疏议》和《大周刑统》为蓝本，篇目与条文内容仿照唐律，但在形式上采用律、令合编的体例，将唐代开元二年(714)以后以及后唐、后晋、后周、宋初颁行的有关刑名的敕、令、格、式加以编辑，附于律条之后，反映了宋朝刑事立法的新变化。体例仿照《大周刑统》，分12篇，每篇之下再分若干门，计213门，每门包括律文、敕、令、格、式及起请各若干条。《宋刑统》也是中国历史上第一部刊版印制的法典。

【庆元条法事类】南宋时期有关国家行政、财经、刑狱等敕、令、格、式的汇编。南宋嘉泰二年(1202)由谢深甫等编修,翌年正式颁行。全书共 80 卷,附录 2 卷。汇集南宋初至庆元年间敕、令、格、式及随敕申明。分职制、选举、文书、榷禁、财用、库务、赋役、农桑、道释、公吏、刑狱、当赎、服制、蛮夷、畜产及杂等 16 门,对于研究宋代政治、经济和法律制度具有较高的史料价值。

【大元通制】元代法典。元英宗至治三年(1323)修订而成。全文共 20 篇,88 卷,2539 条。结构上分为断例、条格、诏制及别类 4 部分。原文已散佚,据《元史·刑法志》载,其主要篇目有:名例、卫禁、职制、祭令、学规、军律、户婚、食货、大恶、奸非、盗贼、诈伪、诉讼、斗殴、杀伤、禁令、杂犯、捕亡、恤刑、平反。可见其篇目是在仿照唐、宋旧律的基础又有增益,反映了元代法制的独特之处。

【元典章】元代有关诏令、条格、断例的法律汇编。全称《大元圣政国朝典章》。分前、新两集。前集 60 卷,包括诏令、圣教、朝纲、台纲。吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部等 10 类。新集不分卷有国典、朝纲、吏、户、礼、兵、刑、工 8 门,这种结构为明、清律按六部分类的体例开了先河。其内容包括了元世祖(1260—1294 在位)到元英宗至治二年(1322)间的诏令、判例和各类典章规范,大致可分为以下 5 类:(1)涉及国家根本制度的政令;(2)有关提高统治效力的诏令;(3)有关国家行政方面的规范和制度;(4)有关民事、婚姻方面的规定;(5)犯罪及其刑罚条文和诉讼制度。

【大明律】明代基本法典。明太祖朱元璋洪武三十年(1397)正式颁

行。共 30 卷,460 条,在篇目上改唐律的 12 篇为 7 篇,仍以名例律冠首,以下则按六部建制,分吏、户、礼、兵、刑、工六律:(1)名例,1 卷,47 条,内容包括五刑、十恶、八议、自首、共犯、合并论罪等,并创设了“充军”刑;(2)吏律,33 条,是有关官吏公务方面的法律规范,分职制和公式 2 卷;(3)户律,95 条,是有关民事和经济方面的法律规范,分户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市 7 卷;(4)礼律,26 条,有关维护礼制方面的法律规范,分祭祀和仪制 2 卷;(5)兵律,75 条,是关于军事方面的法律规范,分宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿 5 卷;(6)刑律,171 条,是有关刑事犯罪的处罚以及诉讼、逮捕、逃亡、审判、禁囚等方面的法律规范,分贼盗、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、犯奸、杂犯、捕亡、断狱等 11 卷;(7)工律,13 条,是关于工程兴造和水利交通等方面的法律规范,分营造和河防 2 卷。《大明律》作为中国封建社会后期一部重要法典,在内容上虽大体沿袭唐律,但有关贼盗及帑项钱粮等方面犯罪的量刑较唐律为重,而有关典礼及风俗教化方面犯罪的量刑又较唐律为轻。是一部有所发展的封建法典,并对清朝立法产生了巨大影响。

【明大诰】明代特别刑事法规。明太祖朱元璋亲自指导编纂。朱元璋自洪武十八年(1385)起,亲自“采辑官民过犯”,仿西周时周公的“大诰”旧制,“取当世事之善可为法、恶可为戒者,著为条目,大诰天下”。至洪武二十年(1387)间共颁行大诰四编,计 236 条,其中《大诰初编》74 条、《大诰续编》87 条、《大诰三编》43 条、《大诰武臣》32 条。主要内容有:(1)洪武年间的重要案例;(2)结合案例而新颁布的若干重刑法令;(3)朱元璋对吏民的“训导”。表达了其重典治国的法律思想。与普通法律相比,《明大诰》具有以下特点:(1)列举大量案例肯定了律外用法的合法性;(2)与《大明律》相比,

同一犯罪的量刑大大加重；(3)新增了不少禁令和罪名；(4)突出了重典治吏的思想，其 80% 的条目属于惩治贪官污吏的内容。

【大明会典】明代行政法典。明孝宗弘治十年(1497)敕儒臣仿《唐六典》之制，将累朝典制加以编辑，于弘治十五年(1502)成书。其后，武宗、世宗、神宗三朝均重加校刊增补。《大明会典》以文武职官衙门为纲，分述各行政机构的职掌与事例。文职衙门首列宗人府，以下是吏、户、礼、兵、刑、工六部以及各院、科、寺、府、监、司等；武职衙门首例中军都督府，以下是各府、卫。由于大明会典汇集了明代官修的《诸司职掌》、《皇明祖训》、《大诰》、《大明令》、《大明集礼》、《教民榜文》、《大明律》、《军法定律》、《宪纲》等典章律令的内容，具有法规大全的性质，因而它的颁布实施，对调节国家机构的运行起了一定的作用。且其所载典章制度全面完备，成为研究明代各项制度的重要文献。

【大清律例】清代基本法典。清廷于顺治二年(1645)开始修律，至顺治四年(1647)正式颁布《大清律集解附例》，除条目上略作增删外，几乎全盘沿袭唐、明律。此后康熙、雍正、乾隆三朝均进行了一系列的校正、增换和更定工作，至乾隆五年(1740)正式完成《大清律例》。至此，中国历史上最后一部封建法典，历经近百年的不断编纂修订问世。其体例仿照明律，共 7 篇，47 卷，30 门，436 条，附例 1049 条，同治九年(1870)增例至 1892 条。律首附有六赃图、五刑图、狱县图、丧服图等，名例律之后，分吏、户、礼、兵、刑、工六律。其最大特点在于采用律、例合编形式，例作为一种灵活而有效的法律形式，有利于统治者进行镇压和统治。清代重例，甚至使例凌驾于律之上，“有例则置其律”，破坏了法律的统一性，进一步加剧了司

法黑暗。

【清会典】清代具有行政法性质的法典。清代自康熙二十三年(1684)开始,仿照明代会典立法的先例,依衙门官职类编法规,至康熙二十九年(1690)完成《康熙会典》,共 162 卷;雍正十年(1732)撰修《雍正会典》250 卷;乾隆二十七年(1729)编订《乾隆会典》100 卷;嘉庆十七年(1812)纂制《嘉庆会典》80 卷;光绪二十五年(1899)编制《光绪会典》100 卷。上述五朝会典,首尾衔接,从清代国初到光绪朝的各级行政机关的职掌以及各种行政规章制度尽列其中,内容远较《唐六内》和《明会典》丰富。不仅是中国古代行政及官制立法的重大成就,也是研究清代典章制度的珍贵文献。

【天朝田亩制度】太平天国政权的纲领性文件。1853 年在天京(今南京)颁布。宣布废除一切土地私有权,“凡天下田,天下人同耕”,以实现“有田同耕、有饭同食、有衣同穿、有钱同使,无处不均匀,无人不饱暖”的理想社会。同时还规定了县以下的行政组织制度,司法机关体系,宣布确立“凡天下婚姻不论财”的一夫一妻制。以废除封建土地所有制为出发点,以法律形式制定了平均分配土地的方案,反映了农民理想而又朴素的民主要求,具有一定的反封建性,但同时又带有浓厚的农民绝对平均主义色彩,表现出了不可能实现的农业社会主义空想。

【大清现行刑律】清末法典。法学家沈家本主持,由修订法律馆制订,1910 年 5 月正式颁布。是一部作为新刑律制定前暂付使用的过渡性法律。以《大清律例》为基础,删除了吏、户、礼、兵、刑、工诸篇目,并将纯属于民事的条款分出,不再科刑。同时废除了凌迟、枭

首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑,以罚金、徒、流、遣、死取代封建五刑。

【大清新刑律】清末刑法典。清末法学家沈家本主持并延聘日本法学博士冈田朝太郎“帮同考订”而完成,1911年元月正式颁布。广泛吸取了西方资产阶级刑法原则,对中国传统刑法体系和原则进行了大幅度改革。全文分总则和分则两编,另附维护封建礼教精神的《暂行章程》5条。确立主刑为死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金;从刑为褫夺公权和没收。同时在刑罚的适用上取消了因官秩、良贱、服制而形成的不平等,并规定了有关国交、选举、通信、交通、卫生等方面的新罪名,确立了刑法原则和缓刑,假释制度。是中国历史上第一部采用西方资产阶级刑法原则而制定的半封建半殖民地的刑法法典。

【中华民国临时政府组织大纲】辛亥革命后南京临时政府颁布的政府组织法。1911年12月3日各省都督府代表联合会通过。大纲共4章21条,确定南京临时政府为总统制共和政府,政府机关实行三权分立的原则,临时大总统既是国家元首,又是政府首脑,总揽行政权;参议院行使立法权;临时中央审判所行使司法权。组织大纲是由各省都督府代表制定的,因此并不能代表人民的意志。但在中国历史上第一次以法律的形式确认了资产阶级共和政体的诞生,宣告了封建君主专制制度的灭亡,具有重大的历史意义。

【中华民国临时约法】辛亥革命后南京临时政府制定的具有资产阶级共和国宪法性质的文件。南京临时参议院通过,1912年3月11日公布。共分7章,依次为总纲、人民、参议院、临时大总统副总统、国务员、法院、附则,56条。以孙中山的民主和民权学说为指导,参

照西方资产阶级共和国的国家制度而制定。主要内容为:(1)根据资产阶级“主权在民”的原则,确定中华民国为资产阶级民主共和国,但有关人民、国民的概念并不清晰;(2)根据资产阶级“三权分立”的原则,确定了资产阶级的国家政治制度;(3)根据资产阶级民主自由原则,规定了人民的权利,但缺乏物质的保障和实现的基础;(4)根据资产阶级保护私有制的原则,确立了人民的财产权及营业自由。约法从根本上废除了封建君主制度,确认了资产阶级共和国的国家制度和资本主义生产关系的合法地位,是中国近代资产阶级宪政运动的不朽结晶。

【钦定宪法大纲】清末宪法性文件。宪政编查馆制订,1908年颁布。清末统治者在日益高涨的反封建潮流威胁下,为了苟延残喘,制造了预备立宪的骗局,在“大权统于朝廷,庶政公诸舆论”的立法原则指导下,制定了这部欺骗人民、安抚立宪派的宪法大纲。大纲全文共23条,包括正文“君上大权”和附录“君臣民权利义务”两部分,充分说明了其要害在于维护君权,从而企图借所谓宪法形式确认封建专制制度的合法性。大纲授于皇帝立法、行政、司法等各项大权,却对臣民主要规定了众多的义务,是一部代表封建统治阶级意志,与现代民主宪政格格不入的专制纲领。

【重大信条十九】又称《十九信条》。清末宪法性文件。资政院制定并于1911年11月3日公布。1911年10月10日辛亥革命爆发,面对骤起的革命高潮,清统治者匆忙命资政院速草宪法,企图以此挽救其岌岌可危的统治。《十九信条》在形式上缩小了皇帝的权力,扩大了国会的权力,但其基本精神与《钦定宪法大纲》一脉相承,即企图用君主立宪的外壳保护封建专制的实质。尤其是对人民的民主

权利只字未提,更暴露了其本质所在。

外国法制史

【楔形文字法】古代两河流域居民所适用的法律制度,因文字是楔形,故称。是迄今已发现的人类历史上最早的一批成文法,其中以《汉谟拉比法典》为典型的代表。楔形文字法的主要特点是:从形式和结构看,都是案件的具体解决办法,而不是抽象的法规;公法与私法、诉讼法与实体法不分;具有同样的表达风格,一般都分为序言、本文和结论。从法典的内容看,都以神的意志作为立法的依据,反映了君权和神权相结合的君主专制制度;都肯定奴隶制度,奴隶是财产可以买卖,杀死奴隶只许赔偿即可;肯定自由民内部的不平等,刑罚根据犯罪者的社会地位不同而有所不同;肯定了国有土地和公社土地所有制,严格保护国王和神庙对土地、奴隶和其他财产的所有权;体现了国家对经济干预的职能,如规定了各种物品的价格,劳务报酬和借贷利息;肯定了买卖婚姻和奴隶主的家长制度,家长有惩罚子女和用子女抵债的权力;实行神明裁判制度;保留原始公社残余,如血亲复仇及同态复仇的原则。

【汉谟拉比法典】公元前 18 世纪古巴比伦王国第六代国王汉谟拉比(约前 1792—前 1750)颁布的法律。法典用楔形文字刻在黑色玄武石柱上(高 2.25 米,上部周长 1.65 米,底部周长 1.90 米),故又称石柱法。1901 年由法国考古队在伊朗西南部古城苏萨发现,现存巴黎卢佛宫博物馆。石柱上端是汉谟拉比王站在太阳神夏马西

面前接受权标的浮雕,下端刻满法典条文,其中有 35 条已经磨损。《汉谟拉比法典》由序言、本文和结论 3 部分组成,序言和结论约占全部篇幅的 1/5,语言丰富,词藻华丽,可以说是一篇对汉谟拉比本人的赞美诗。在序言里汉谟拉比自称受命于天神安努,是“巴比伦的太阳”、“四方的庇护者”、“众王的统治者”,他是按照神的意志颁布这一法典的。结语部分强调法典的永恒性,规定:“此后千秋万代,国中之王必遵从我在石柱上所铭刻的正义言词,不得变更我所决定的司法判决。”否则神将剥夺其贵为王者的光辉,“断其王笏,诅咒其命运”“使其祸起萧墙,消弭无术,而终灭之”。正文部分共 280 条。1—5 条诬告伪证和对法官私自改制的处理;6—25 条盗窃、隐藏奴隶及对逃奴的处理;26—41 条服军役的权利和义务;42—66 条土地、果园租赁及对牧场树林的保护;67—70 条原文被磨灭;71—107 条房屋租赁及借债的规定;108 条关于酒商的规定;112—126 条债务委托和扣押;127—195 条婚姻家庭继承规定;195—227 条伤害和赔偿;228—235 条建筑和造船;236—277 条租金和损害赔偿;278—282 条奴隶的买卖及处罚。这部法典维护君主专制制度、奴隶制度和自由人内部的不平等地位;保留土地国有和公社所有制;有较多关于商品交换和保护动产私有权的规定。法典是在两河流域较早制定的一些奴隶制法(如苏美尔法典、俾拉拉马法典)的基础上编纂的,保持了两河流域成文法典的传统和风格。但在内容和编纂技术上比过去有所提高,反映了该地区社会的进一步发展,是集两河流域法之大成。《汉谟拉比法典》在古巴比伦王国长期有效,对两河汉域后来的成文法,有很大的影响。以它为代表形成了“楔形文字法系”。

【摩奴法典】古印度婆罗门教的法典。传说由所谓神之子“人类的始

祖”摩奴(Manu)制定。约成于公元前 2 世纪至公元 2 世纪间,或为公元初的几个世纪。流传至今的法典文本共分 12 章,2648 颂,内容涉及宗教、法律、赋役、产权、婚嫁以及道德、习俗等方面,详细规定各种姓的权利、义务与所应遵循的行为规则,旨在维护高级种姓的利益和特权。宣称梵天大神的口造成婆罗门,双手造成刹帝利,双腿造成吠舍,双脚造成首陀罗,婆罗门种姓为“一切创造物的主宰”,学习与教授吠陀经,主持祭神,接受施舍;刹帝利种姓“保护人民”,祭神和施舍;吠舍种姓学习吠陀经,祭神和施舍,从事牧、农、商各业;首陀罗种姓唯一的职务是顺从地为以上三个“再生”种姓服务。法典指明奴隶有七种来源,战俘奴隶,为糊口当奴隶,家中生的奴隶、买来的奴隶、赠与的奴隶,继承的奴隶,及罪犯沦为奴隶。该法典系研究古印度社会历史的重要资料,并对印度以外如缅甸、泰国等产生过一定影响。

【梭伦立法】公元前 594 年希腊首席执政官梭伦所进行的政治改革称为梭伦立法。梭伦是古雅典政治家,诗人。被称为希腊“七贤”之一。出身名门,其父埃克塞斯提德属克德罗“王”的后裔,母亲是庇西特拉图的堂姨母。因家道衰落,一度赴外邦经商,曾在雅典和麦加拉争夺萨拉米岛的战争中荣立战功,并以同情平民的处境而享有声望。梭伦立法的主要内容有:废除债务并禁止债务奴役(今后借贷禁止以人身作担保),已被卖到国外的奴隶,由国家出资赎回(称解负令);按收入多少划分公民为四个等级,各等级的政治权利不再按其出身,而是依其财力的大小为定;创设管理国家的新机构四百人会议和陪审法庭,作为最高行政和司法机关,并恢复和提高公民大会的权力。此外,还采取禁止货物外销、改革币制、统一度量衡、奖励工商业、吸收外邦能工巧匠及实行遗嘱自由等措施。改革

措施打击了传统的氏族贵族势力,夺其部分权益,有助于工商业的发展,并为雅典建立奴隶主的民主政治奠定了基础。改革暂时缓和了雅典的社会矛盾,但未能满足下层平民的要求。

【罗马法】自罗马奴隶制国家形成至东罗马皇帝查士丁尼期间(前6—6世纪)罗马奴隶制国家法律的总称。罗马法的历史发展共分成三个时期。(1)罗马法早期(前753—前3世纪)。这一时期的法律形式是市民法的出现,市民法包括习惯法,平民大会通过的法律、元老院的决议和成文法。成文法主要是《十二表法》,奠定了罗马法发展的基础,起到承上启下的作用,习惯称《十二铜表法》,内容包括第一表,传唤;第二表,审理;第三表,索债;第四表,家长权;第五表,继承和监护;第六表,所有权和占有;第七表,土地和房屋;第八表,私犯;第九表,公法;第十表,宗教法;第十一表,对前五表的补充;第十二表,对后五表的补充。从中可以看到诸法合体,私法为主,程序法先于实体法的特点。(2)罗马法发展时期(前3—3世纪)。这时期罗马法获得大的发展,主要表现在出现了万民法,形成了两法并存的局面;法学家的地位和作用不断加强。由于市民法存在着严重的形式主义和保守性,属人主义法的缺点,以及城邦的历史条件所带来的狭隘的民族性、排他性,公元前242年设立了外事最高裁判官,专门解决罗马公民和异邦人、异邦人和异邦人之间的法律纠纷。创立了一套与市民法办案原则不同的万民法。与市民法比较,具有简易、灵活、不拘形式的特点。促进罗马法发展的一个重要因素是法学家的地位作用不断加强。早期罗马法被僧侣垄断,后来转向了世俗,出现了从事实际法律工作者,他们的工作获得了社会的承认,并具有法律效力,逐渐形成了法学家阶层和法学流派。最后出现著名的五大法学家。法学家们的争论,有力地促进了

罗马法的深入研究和发展的著作琳琅满目,学说精彩纷呈。(3)罗马法完备时期(3—6世纪)。这时期的法律形式,主要是编纂皇帝的敕令。最著名的编纂是查士丁尼(527—565)时期,公元528—534年先后完成的三部法律汇编。第一部是《查士丁尼法典》,是一部罗马历代皇帝的敕令汇编,共12卷。第二部是《查士丁尼法学总论》,又名《法学阶梯》,是阐述罗马法原理的法律简明教本,具有法律效力,共4卷。第三部是《查士丁尼学说汇纂》,又译《学说汇编》,是历代罗马著名法学家的学说著作,共50卷。在三部汇编之后,查士丁尼发布的敕令168条,又被法学家们汇编成册,称《查士丁尼新律》。四部统称《国法大全》或《民法大全》,其发表,标志着罗马法已发展到最完备阶段。

罗马法的主要内容是:(1)人法。是对在法律上作为权利和义务主体的人的规定,包括自然人、法人的权利能力和行为能力以及婚姻家庭关系的规定。(2)物法。物为权利客体,从物的性质,用途和转移方式等不同角度,对物作出比较详细、明确的分类,并规定了它们在各种法律关系中的作用。按照权利的性质及特点,把权利分为物权、债权和继承权3大类别。物权是权利人直接行使于物上的权利,又分为自物权和他物权。自物权指所有权,他物权指役权、永佃权、质权等。债权是通过债务人的作为或不作为实现的。债产生的原因是契约准契约、侵权行为准侵权行为。关于各种契约及履行都有较详细的规定。继承主要是遗嘱继承与法定继承。(3)诉讼法。罗马法规定了法定诉讼、程式诉讼、特别诉讼3种形式。

罗马法中关于商品生产的各种法律关系的详细规定,对资本主义的民法产生很大影响。著名的《法国民法典》以及《德国民法典》在体系结构和具体的概念术语上沿袭了罗马的传统。其他大陆法系国家也相继在继承罗马法的基础上,制定了自己的民法典。英

美法系国家虽然没有民法典,但私法方面许多原则也源于罗马法。罗马法不愧为是“以私有制为基础的法律的最完备形式”。

【十二铜表法】古罗马时期最早的一部成文法。罗马法制史上从习惯法向成文法转变的重要标志,罗马法发展的基础。公元前451年制定了一部有10项条文的法典,雕刻在10块青铜牌上,设置在罗马广场上公布于众。翌年,又根据民众意见,增补了两项条文,共有12块铜牌(又称铜表),史称这部成文法典为《十二铜表法》。公元前391年在蛮族入侵的战火之中,十二块铜表被毁。现《十二铜表法的内容》是史学家依据罗马的史学和法学资料搜集拼凑而成,内容不十分准确。《十二铜表法》规定了诉讼程序,所有权和债权、家长权和继承权、宗教法,并有犯罪和刑罚等内容。具有以下特点:(1)是以私法为主要内容但又包括刑法和诉讼程序,即民、刑法不分,实体法与程序法不分,具有古代法诸法合体的特点;(2)在诉讼程序上对官僚贵族的专横统治作了一定限制;(3)在一定程度上限制了高利贷;(4)以严酷的刑罚手段保护奴隶主的人身、财产安全不受侵犯;(5)保留了一些原始公社的痕迹。

【市民法】罗马国家早期仅适用罗马公民的法律。公元前3—前1世纪,罗马奴隶制经济获得迅速发展。对外征服战争的胜利,使罗马的领土不断扩大,成为横跨欧亚非的奴隶制大帝国,同时阶级矛盾和社会矛盾日益尖锐。经过大规模奴隶起义和平民反抗斗争,罗马共和国出现危机,开始逐步废弃共和制,建立起军事独裁政权,进入帝国时期。这一时期罗马法的主要特点是市民法占统治地位。市民法又称公民法,仅适用于罗马公民内部,是罗马国家国有的法律。以《十二铜表法》为基础,包括民众大会和元老院所通过的决议

以及习惯法等。市民法的内容主要是国家行政管理、诉讼程序、婚姻家庭关系和所有权、债权、继承等方面的规范。其中涉及财产关系的规范并不完善,而且具有保守性和形式主义色彩,履行法律手续必须遵循严格的仪式,念诵规定的套语,实施特定的动作。

【万民法】罗马国家适用于罗马公民和外来人的法律规范。罗马共和国中期,由于经济的迅速发展及罗马疆域的不断扩大,贸易往来的频繁,罗马公民与外来人之间适用法律的矛盾日益突出。古老市民法的排他性、属人主义原则对新出现的法律关系,无能为力,无法解决。为了调整罗马公民与外来人以及外来人与外来人之间的权力、义务关系,罗马国家于 242 年设立了外事最高裁判官。外事最高裁判官处理案件不是根据市民法的固有规范,而是根据所谓“公平,正义”的原则,实际上是适应新形势,依据奴隶主阶级的法律意志断案。于是创立了一套与市民法不同,专门适用罗马公民与外来人以及外来人之间财产关系的规范,称为万民法。万民法的原意为“各民族共有的法律”。其内容着重于债权债务,不涉及家庭、婚姻、继承关系,这些关系仍由市民法调整,或按属人主义原则由外来人原来适用的法律调整。万民法主要来源于罗马法固有规范,同时也吸收了其他民族的规范。与市民法比较,具有简易、灵活、不拘形式等特点。因此,更加符合统治阶级的要求。万民法的产生,使罗马“私法”出现两个不同体系。但两者不是截然对立的,而是互为补充的。

【国法大全】东罗马皇帝查士丁尼时期编纂的《民法大全》。查士丁尼为重建和振兴罗马帝国,即位的第二年起,成立了以大臣特里波尼安为首和著名法学家参加的法典编纂委员会,进行法典编纂工

作。从公元 528—534 年,先后完成了 3 部法律汇编。(1)《查士丁尼法典》。是一部罗马历代皇帝的敕令大全。从 528 年开始,法典编纂委员会对历代皇帝敕令和元老院决议进行整理、审订和汇编,删除业已失效或同当时法规相抵触的内容,于次年颁布施行。后因发现一些新敕令尚未列入,又重新进行增补修正,于 534 年再度颁行。法典共 12 卷,每卷分章节,所载敕令一律按年月日顺序编排,并标出颁布各项敕令皇帝名字。第一卷为教会法和国家公职人员的权利义务;第二卷至第八卷为私法;第九卷为刑法;第十卷至第十二卷为行政法。(2)《查士丁尼法学总论》,又名《法学阶梯》。以罗马法学家盖尤斯同名著作为蓝本,参照其他法学家的著作改编而成。533 年底完成。是阐述罗马法原理的法律简明教本,也是官方指定的“私法”教科书,具有法律效力。共分 4 卷。第一卷为人法(自然人和家庭法);第二卷为物和物权以及遗嘱;第三卷为法定继承、债及契约;第四卷为因侵权行为所生之债和诉讼。(3)《查士丁尼学说汇纂》。从 530 年开始,将历代罗马著名法学家的学说著作和法律解答分门别类地汇集、整理,进行摘录,凡收入的内容,均有法律效力。全书共 50 卷,于 533 年颁布实施。内容大体可分为有关市民法的著作摘录,以萨比努士学派的学说为主;有关裁判官法和著作摘录,以乌尔比安的学说为主;有关各种实用性的法律问题及案件的著作摘录,以伯比尼安的学说为主。以上三部汇编完成后,查士丁尼先后又颁布了 168 项敕令,死后汇编成册,称《查士丁尼新律》,内容包括公法和教会法方面规范。总括以上 4 部法律汇编,统称为《国法大全》或《民法大全》。标志着罗马法的成熟和完备。

【日耳曼法】公元 5—9 世纪,在西欧形成的一种法律体系。在日耳

曼各部族在侵入西罗马帝国,建立“蛮族”国家的过程中,由原有部落习惯逐渐发展而成。范围包括凡古代日耳曼建立的国家的法律,除“蛮族”国家主要分布地区——西南欧的法律外,斯堪的那维亚人和不列颠岛建国的盎格鲁·萨克逊人等的法律也属日耳曼法;形成的时期大体为5—9世纪,从日耳曼形成到西欧封建制完全确立并进入封建割据,日耳曼法发展为地区性习惯为止。在发展时期上,各地区不是整齐划一的,斯堪的那维亚和盎格鲁·萨克逊人的法律发展较缓慢。9世纪后,西欧进入封建割据时期,日耳曼法失去其独立存在的意义,其原则和制度,在与罗马法融合的基础上转变为分散的地方习惯,这类习惯在整个封建社会中都是其法律的基本渊源,只是程度有所不同。

日耳曼法是封建的法律,但仍保留着氏族公社的残余。其特点为:(1)是“团体本位”的法律。日耳曼法保护的中心是团体(即家庭、氏族、公社),而不是作为团体构成部分的个人,个人利益必须服从团体的利益;人们之间的关系在法律上由人们的身份决定,而不能凭个人的意志加以改变。一个人所属的阶级和等级,在阶级和等级中所处地位,决定其享有的权力,负担的义务。这种“团体本位”的特点明显区别于罗马法的“个人本位”的法律。(2)是属人主义的法律。日耳曼人不论居住何地,一律适用本部族的法律。9世纪进入封建割据时期以后,由于各部族的混合居住,加之各部族在罗马法影响下融合为地方习惯,因而法庭判案时一律适用本地区习惯法,而不问当事人的祖先属于哪个部族。因此,适用法律的属人主义逐渐过渡到属地主义。(3)是具体的法律。和某些古代法一样,日耳曼法不是抽象的法规,只是一些解决各种纠纷的具体办法。(4)是形式主义的法律。日尔曼法注重形式,注重法律行为的外部表现,转让财产、结婚、赔偿损害、脱离氏族关系等法律行为,

都必须遵守固定的形式和程序,讲特定的语言,配合做特定的象征性动作,否则不生效力,个人外部表现出的语言和动作,都按习惯加以解释而发生法律后果,真实意思如何无关重要。确立犯罪的标准也基于表现出来的行动,不考虑犯罪者的主观因素。(5)是世俗的法律。日耳曼法中虽有原始宗教的因素,但内容中不包括宗教法规,也没有明确宣布法律是神的意志的体现。

【撒利克法典】法兰克王国的一部成文法典。法兰克王国建立后,由于进行统治的需要,以及受罗马法典编纂的影响等原因,开始把习惯法记录下来,编纂成一部适用本国的法典,即《撒利克法典》。该法典的编纂日期不能肯定,说法不一,大体认为是在国王克洛维统治时期完成的。是一部习惯法的汇编,其中所反映的制度比法典编纂的时期早一些。法典的原文没有流传,现有的抄本是在公元750年以后完成的。较早的抄本共65章,每章又分若干条目,后来抄本的内容一度增多,达99章,可能有后人的增减和补充。法典未象其他日耳曼法律一样受到宗教方面的影响。某些情况下法兰克的文字仍然保留在文本里,如晚期抄本中插有法兰克语的“马堡注释”(法院注释),便于审判时运用。因此有人称其为一部纯粹的日耳曼法典。本法典内容多是法兰克人固有习惯的记载,不直接包括政权机关的法令。法典的序言,叙述了四个被推选出来的“智者”,经过同地方长老的讨论,搜集处理各种案件所根据的习惯,为编纂法典提供资料的情况。该法典主要是一部刑法和程序法典,有一清单列举对各种违法犯罪应课处的罚金,也包括了一些民法的法令,其中有一章公布女儿不得继承土地,这一原则被法国用来作为妇女不能继承王位的权威依据。

【罗马法复兴】12 世纪初开始,西欧各国先后出现的一个研究和采用罗马法的热潮。在欧洲文化史上,与宗教改革和文艺复兴并列,通称三尺运动。罗马法复兴,不是一件孤立的法律革新运动,而是适应中世纪末期社会经济生活的急剧变迁,特别是商品经济发展的产物。

罗马法复兴经过了 3 个阶段:(1)罗马法复兴的开端,注释法学派的形成。西罗马帝国灭亡后,罗马法在西欧社会生活中虽然没有完全消失,但作为整体已经中断,法学作为一门学科也处于停滞、衰退状态。1135 年,由于一个偶然的机会,在意大利北部阿马尔菲发现了查士丁尼的《国法大全》原稿。这一发现,引起意大利法学家的普遍关注和浓厚兴趣,于是博洛尼亚大学率先开展了对《国法大全》的研究工作,逐步吸引了欧洲各国学生从德、法、荷、英等国前往该校留学,人数达万人,盛况空前,形成了罗马法研究的发源地和第一中心。开始阶段博洛尼亚大学采用注释方法研究罗马法,在深入研究《国法大全》的过程中对较难的词、条文和原则进行解释。这种研究方法称为注释法学派,其创始人是伊纳留。他们使《国法大全》的研究成为一门科学,为运用罗马法奠定了基础。(2)罗马法复兴的高潮,评论法学派的兴起。随着研究的深入,仅注释不能满足社会实践的需要。于是产生了评论法学派,根据实际,把罗马法的原则和制度运用到各种社会关系中去,成为适用现实的法律,实现了复兴罗马法的根本目的,使这一运动达到了高潮。(3)西欧其他国家也掀起了罗马法复兴的热潮。罗马法的复兴对欧洲起着重大的作用,主要表现为:(1)促进了各民族统一国家的形成。在西欧中世纪要建立民族统一国家,只有通过加强王权,促成国王政府同市民等级的联盟来实现。而罗马法关于君主权力不受限制的原则,为加强王权,消除割据势力提供了法律武器。(2)为资

本主义的经济的发展提供了现成的法律形式。经过罗马法复兴,以研究《国法大全》为中心,法学蓬勃发展起来,形成了一个世俗的法学家阶层,取代了教会僧侣的地位,为把罗马法运用于实践准备了条件,从而为正在成长中的资本主义关系提供了现成的法律形式。15世纪以后这种复兴了的罗马法被许多西欧国家接受为有约束力的法律,资产阶级革命后在继承罗马法的基础上创建资本主义私法制度提供了条件,也正由于英国和大陆各国在继承罗马法上具有明显的区别,才形成了西方两大法系(普通法法系和民法法系)的划分。(3)为新兴资产阶级的反封建斗争提供了思想武器。近代自然法学说和“法律面前,人人平等”的口号,是17、18世纪新兴资产阶级进行反封建斗争的主要思想武器,近代自然法学说的思想渊源正是罗马法学家关于自然法的思想,“法律面前,人人平等”口号可追溯到罗马法中自由人在私法关系上的平等原则。

【天主教会法典】罗马教廷颁行的教会法全书。在西欧中世纪,天主教会是封建制度的社会支柱和国际中心,占有其势力范围的1/3的土地,在经济上、政治上和思想上形成巨大的统治力量。随着教会权力的扩张,教皇诏令、宗教法院判决、宗教大会决议不断增加。11、12世纪意大利各大学在研究罗马法的同时,也开展了对教会法的系统研究。在这一基础上,博洛尼亚僧侣格拉提安努斯(约1090—1159)于约1140年编纂了教会法。用自己的语言阐述教会法原则,并在每一规则下引《圣经》、教皇诏令和宗教大会决议加以注释,注意消除其中的矛盾,特别是消除地方性宗规,终于编纂成《格拉提安努斯教令》。在西欧具有很高权威,成为各地法庭适用教会法以及各大学研究和讲授教会法的主要依据,为教会法发展成独立的法律体系奠定了基础。教皇格列高利十三世(1572—1582)

将此教令同以后的几部教令集,合编成一部新教令集,定名为《教会法大全》。1904 年底护十世(1903—1914)指派以红衣主教迦斯巴里(1852—1934)为首的委员会,在《教会法大全》基础上,并从当时分散流行的众多教会法令集中,汇集并编订一部较为简便易行的正式统一定本法典,即《天主教会法典》。于 1917 年由本笃十五世(1914—1922)颁布,1918 年正式生效。全书共 2414 条,分成 5 编,第一编总则 86 条,规定了教法、习惯、敕答、特别权利、宽免等。第二编人,共 638 条,规定了圣士、修会员、教友的权利和义务以及组织机构。第三编物,共 826 条,规定了圣事、圣处所及圣时期、恭敬天王、天主教会之教诲职权、圣禄职及教会之无团体建设,教会之财产。第四编诉讼行为,共 643 条,规定了审判程序、神职人员诉讼、办理特定案件或实行刑事恕罚程序。第五编罪罚,共 220 条,规定了罪、罚,各罪之罚。法典明确规定仅适用于使用拉丁礼仪的天主教会,使用东方礼仪的天主教会除条文性质也适用者外,皆不受其约束。从上述所列编来看主要是各级教会组织法、教阶制度、修会、宗教场所、宗教事物、宗教活动、神权、禁书、教会财产、教会诉讼、罪、教会的处罚等。

【教阶制度】又称教会体制。基督教神职人员的等级和教务管理的体系与制度。公元 4 世纪基督教成为罗马帝国的国教后,参照帝国的官阶体制而逐步完备,到公元 8—11 世纪定型。13 世纪为极盛时期,主体由 3 个品位构成。

教皇是基督教会的最高统治者。自公元 9 世纪起教皇称号专用于罗马主教。根据天主教教义,教皇是众使徒之首,彼得的后继人,因此,作为罗马主教,教皇拥有信仰、道德、纪律和行政上的最高权力。教会法规定:教皇有召集宗教会议、批准会议决议及任免

主教、调动主教、划定主教辖区的权力。“无教皇命令所召开之宗教会议不得称为全体会议”，“非经教皇批准，任何书卷、篇章不得尊为法典”。“他所批准的决议，除他自己外，不得由任何人撤销。”教皇是教会法院的最高审级，“各地教会较重大案件，一律呈送教皇审核。任何人不得擅自对向教廷上诉者（借故）判罪。”“教皇本人不受任何人审判”。并且“具有（上帝）所赋予废黜帝王之权”，除明文规定之外，各教皇还自行加称各种至上的头衔，使教皇成为上帝在人间的代理人，神圣不可侵犯。教皇下面是大主教、主教、神甫，统称为大教职。大主教也称红衣主教，指驻在大城市而管辖教省的主教。由教皇任命，享有选举和被选举为教皇的权利。教会法规定：大主教有权召开教省会议，总管和监督教省范围内的各个教区，其等级高于一切主教。主教为主教辖区的主管人，主教在其辖区内享有立法和审判权以及对一切事务的管理权。主教由教皇选任，并宣誓效忠教皇。神甫为一般神职人员，协助主教管理教务，通常为一个教堂或一个教区的负责人。主持本教堂的“弥撒”及其他圣礼，直接管辖教徒，任满一定期限可升为主教。大教职之下称为小教职，包括修士、修女，修士、修女的下层被视为“蠢汉”，不准读书，禁止谈笑。

【宗教裁判所】又译异端裁判所。天主教会侦察和审判“异端分子”的机构。公元1215年，教皇英诺森三世主持的第四次拉特兰宗教会议所颁布的《教皇敕令》，就是针对异端分子对教会的抨击而重申的教义和法律。该敕令规定：凡已判处的异端分子应交世俗政府，严加惩罚，财产予以没收；如有领主不清除领地内的异端，予以解除教籍；如该领主在一年内不悔改补过，则由教皇宣布解除其侍臣效忠誓约，并将其领地转赠他人。教皇洪诸留三世（1216—

1227)于1220年通令建立,主要由多明我会修士主持。1233年,教皇格里高利九世发布“通谕”,重申上述措施并规定教皇审判异端法庭可要求地方主教全力协助。此后在各教区定也相应设立地区裁判所,并由教皇委派主教充当教区的法官,教区以下由主教指派若干名神甫担任专职基层教区法官。如此建立了一套完整的教令司法机构,用以镇压“异端”。宗教裁判所审判程序采取秘密侦察、拷打、逼供的纠问式程序,审判原则是:(1)教会的法官既是审判人也是起诉人,审判官根据告密者的材料对被告直接追究,不另设立起诉人。在宗教法庭上,被被告人不能知悉控告人、见证人的姓名。任何罪犯都可以充当控告人、见证人。采取形式主义的证据理论,只要有两个人作证,控告即成立。控告一旦成立,证人不得撤回证词,如撤回将被认为是同谋犯。(2)宗教裁判所对被告实行严刑逼供、有罪推定。被告人如不承认“罪行”,就反复用刑拷问,教会法官认为这样完全是为了使犯罪的人从异端邪恶中摆脱出来。对于被告,裁判所还要求不仅供出自己罪行,还必须供出同伙或可疑人,否则也要用酷刑。(3)一切有利于被告的证词都不能成立,任何人从事于有利被告的活动,都要给予严厉的惩罚。任何人对被告给予法律援助或者请求减刑,都会遭到革除教籍的处分。(4)宗教裁判所施用的刑罚残酷,最普遍施用的是死刑和监禁。被告如拒不认罪要处死,如认罪后又翻悔,则不再审判,处以死刑。被告如承认有异端行为,愿意表示悔改,判处终生监禁。处死的方法一般是火刑。(5)宗教裁判所审讯是秘密的,但是判决执行却要大肆宣扬。中世纪宗教法学家托马斯·阿奎那(1225—1274)在“神学大全”中宣称:“伪造钱币犯是为了维持肉体生命,而异端活动腐蚀信仰,毁灭灵魂,性质比伪造钱币更为严重。世俗君主对伪造钱币者判处应得的死刑,对异端分子就更有充足理由判处死刑。”把异端审判活动

加以理论化。异端裁判所对已死的“异端”也要加以惩罚。异端裁判所存续了 500 年之久,仅西班牙一国,先后被判为犯“异端”罪的人多达 38 万。意大利唯物主义哲学家布鲁诺、捷克宗教改革家胡司、意大利天文科学家采科·达斯科里,都被判为异端,活活烧死。波兰天文学家哥白尼一生历尽迫害;意大利物理学家伽里略曾被罗马异端裁判所判处终生监禁,后获释客死异乡。

【伊斯兰法】伊斯兰教教法(音译“沙里阿”)。在政教合一的阿拉伯国家形成和发展起来的关于穆斯林在宗教道德和社会生活方面所应遵守的准则的总和。伊斯兰法的渊源多样,但各种渊源的地位不同。(1)《古兰经》,伊斯兰教的经典,也是最重要的伊斯兰法的渊源,内容为伊斯兰教的创始人穆罕默德在传统教过程中,作为“安拉”的启示而发布的经文。(2)“圣训”,指对穆罕默德本人的言论和活动的传布,权威性次于《古兰经》。(3)法学,不是一般意义上的法学,而是根据《古兰经》、“圣训”创制法律的活动或根据《古兰经》、“圣训”演绎出的法律。(4)阿拉伯人原有的习惯。伊斯兰法的基本特点之一是伊斯兰法与伊斯兰教紧密相连,无论从伊斯兰法的产生、伊斯兰法的概念,还是伊斯兰法的内容看,都表现得极为明显,伊斯兰法既是法律规范也是宗教的信条。特点之二是伊斯兰法具有独特的发展道路,其中法学家起了重大的作用,原因在于君主没有立法权,只能由法学家根据《古兰经》和“圣训”通过类比、决议的方法来创制和注释新的法律,因此伊斯兰法的发展,由法学家完成,一定意义上说法学家创造了伊斯兰法。特点之三是伊斯兰法表现为分散性和杂乱性。伊斯兰法的内容主要包括:穆斯林义务(履行五功)、债法、婚姻家庭与继承法、刑法等。20 世纪特别是第二次世界大战后,伊斯兰法适用范围已缩小,但影响仍然存在,许多原

则和制度仍被各穆斯林国家采用。70 年代以来,在伊斯兰世界普遍兴起了一场声势浩大的伊斯兰复兴运动,无疑对今后伊斯兰法的发展将产生重大影响。穆斯林各国的法律制度仍然不能完全摆脱宗教的羁绊,伊斯兰法在穆斯林各国的社会生活和法律体系中依然占有重要的地位,起着巨大的作用,但是不可能完全取代世俗化、西方化的法律规范,二者处于一种相互渗透、相互协调而又平行发展的状态。

【德川幕府】又称江户幕府。1603 年德川家康击败丰臣秀赖后在江户所建立的政权。日本历史上最后的一个封建幕府。始于 1603 年德川家康任征夷大将军,至 1867 年德川庆喜辞职为止,历时 265 年。德川家康任征夷大将军的第三年,即 1605 年 4 月,把大将军一职让予亲子德川秀忠(1579—1632),自己引退骏府(静岡)视政。一是为了培养和锻炼秀忠,使之增长才智;二是向天下大名宣示,今后将军一职,将由德川氏世袭,他人不得染指。德川幕府时期,以雄厚的经济力量压倒其他大名,大名须定时到江户谒见,担负军役、工役、并将家属作为人质留居江户。由此建立一套幕藩体制。幕府组织也很完备。在京都设所司代,监视皇室及近畿以西大名。直属武士有旗本、御家人,号称“旗本八万骑”,在军事力量上超过其他各藩。在农村以村为单位决定贡赋额,推行保甲制,将农民束缚于土地上。18 世纪国内出现资本主义生产关系,封建制衰落。19 世纪中期,美、英、法、俄等国家先后迫使幕府订约通商,夺取在日特权,幕府统治动摇,接着发生尊王攘夷运动。直到 1867 年,第十四代将军德川庆喜被迫还政于天皇,明治维新开始,幕府制度告终。

【养老律令】公元 757 年发布的日本法典。因于奈良时期养老二年

(公元 718 年)据《大宝律令》修成,故名。内容继承持统天皇时的《飞鸟嶢御原令》,有律 6 卷、令 11 卷。律即刑法;令是国家行政制度和户籍、田制、税制、兵制及司法制度等规定。总结了以往日本律令,参考中国唐朝制度,肯定了大化改新的成果,加强了中央集权,是律令制即日本古代国家政治体制的基础。原令现已散佚,主要内容为《养老律令》所继承,但两者也有不同之处。具体内容包括:民法方面有户田篇、继承篇、杂篇(婚姻等项);公法方面有官职篇、行政篇、军事防务篇;还有刑法和刑罚等专篇。条文完备,法理清晰,结构严谨,公布后还派法吏分赴七道向民众宣讲,尽力使人人皆知,予以奉行。

【明治宪法】日本明治期间国家的根本大法。1884 年明治政府迫于民众的压力,设立制度调查局,由伊藤博文等人从事宪法起草工作。3 年后,于 1889 年 2 月 11 日颁布了《明治宪法》,翌年 11 月施行。《明治宪法》(大日本帝国宪法)的主要内容有:明治宪法共 7 章 76 条,即:天皇、臣民权利义务、帝国议会、国务大臣及枢密顾问、司法、会计、补则。明治宪法首先规定,主权属于天皇,天皇神圣不可侵犯。如宪法规定:“大日本帝国,由万世一系之天皇统治”、“天皇为国之元首,总揽统治权。”天皇有最高的立法、行政、司法权和军队的最高统帅权。天皇对议会不负任何责任,内阁和全体官吏隶属天皇,只对天皇负责。然而,天皇在行使统治权时,要受枢密院及皇室机关的牵制。枢密院由天皇指定或与内阁首相和元老院协商提名。对于有关国家政令的皇室大事,应由枢密院审议;凡与宪法有关的法律、法令草案,宣布威严,签订外交条约军事项也必须交枢密院讨论。日本内阁虽然隶属天皇,实际上受枢密院支配和控制。此外,皇室机关(宫内大臣、内大臣、皇族会议等)对天皇的政策

法令及大臣的任免都有重要的影响。明治宪法还规定,国务各大臣,辅佐天皇,负其责任。表明内阁是从属天皇的最高行政机关。内阁总理及各省大臣,由天皇任命。天皇在选择新内阁时,即召开元老会议,咨询元老的意见,往往由元老会议推荐内阁总理。陆军大臣和海军大臣表面上虽由首相提名,实际上人选的决定权掌握在军部。军部是直隶于天皇的参谋本部、海军军令部、陆军省和海军省四个机关的统称。凡重大军事行动都由军部直接上奏天皇,内阁和议会无权过问,即所谓的二重内阁。陆军大臣在内阁中也占有特殊地位,可以就有关军事事务方面的事宜直接上奏天皇,这种权力是其他内阁大臣所没有的。日本内阁的特点是完全不受议会的控制,上对天皇负责,而不对议会负责。不同于一些资产阶级国家对议会负责的责任内阁。明治宪法又规定:“帝国议会,以贵族院、众议院两院构成之。”贵族院议员来自:皇族公爵、侯爵的终身议员;每7年从伯、子、男爵中选出的议员;由天皇任命有“功勋”的官僚议员;高额纳税者互选一部分代表的议员。众议院由选举产生,但选举权有各种限制,如必须每年缴纳一定数额直接税并年满25岁以上的男子才有选举权,由于这种限制,日本第一届议会仅有1%的居民有选举权。日本议会在天皇政权中不占主要地位,即使在形式上也不是最高立法机关,只起协助天皇的作用,天皇对议会通过的法律有裁决权。在财政方面议会无权过问皇室费用和军事开支。可见明治宪法是一部维护天皇独裁统治的宪法。

【1946年日本宪法】第二次大战后,日本公布的国家根本法。1945年,美国对日本进行占领,占领军最高统帅指令日本原内阁起草新宪法。1946年1月,日本内阁发表了根据松本蒸治修改宪法的四项原则拟定的松本草案。由于此草案露骨地维护天皇的绝对统

治权,不利于美国对日本的控制,也不利于取信于日本人民,为此,美国提出修改宪法的3项原则:(1)保留天皇制,但天皇的权力必须受宪法的限制;(2)放弃战争和一切战备;(3)废除所有封建制度。日本政府根据这三项原则,于1946年5月6日公布了题为“改正宪法草案纲要”,后经进一步文字上的整理,形成正式草案,送交二院审议通过,于1946年11月3日由日本天皇裕仁公布。这部宪法全文103条,共分11章,有:天皇、放弃战争、国民的权利和义务、国会、内阁、司法、败政、地方自治、修订、最高法则、补则。日本1946年宪法与明治宪法有显著不同:(1)1946年宪法仿效西方资产阶级的议会民主制,确认了立法、司法、行政“三权分立”原则为基础的议院内阁制,天皇虽被保留下来,但权力受到了限制,宪法明文规定天皇只是“日本国的象征,是日本国民整体的象征”。国会由参众两院组成,议员均由选举产生,议会权力相对扩大,不再像明治宪法中的“帝国议会”那样仅起协赞的作用。内阁作为行使政权的中央机关,对国会负连带责任。废除了战前的枢密院。内阁总理具有较大的实权,不仅可以对内阁成员进行任免,而且可以代表内阁解散国会,并持有立法提案权,甚至可以直接间接影响法院的司法工作,同战后日本垄断资产阶级扩大行政权力,以更好地维护其利益的要求相适应。(2)1946年宪法中对于“国民的权利与义务”作了专门规定,是为了应付战后日本人民为争取基本人权所掀起的斗争高潮而设立的。如宪法规定公民不分性别,在法律上享有平等地位;规定公民有信仰、思想、集会、结社、言论、出版的自由,工人有组织工会的权利等。这些权利也受一定限制。(3)1946年宪法规定了“放弃战争”的条款,是日本人民斗争的结果。宪法第九条规定“日本国民衷心谋求于正义与秩序的国际和平,永远放弃作为国家主权发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的

手段”。还规定“为达到前项目的,不保持陆、海、空军及其他战争力量,不承认国家的交战权”。根据这些规定,战前的海军省、陆军省及陆军参谋部、海军军令部等军事机构被撤销。这一规定一方面是慑于日本国内以及国际上和平、民主力量的强大压力;另一方面也利于美国占领军的自身利益。

【1899 年日本民法典】日本参照德国民法典制定的有关民事法规的大典。1894 年,日本在全面仿效法国民法典制定的“旧民法”,遭到各界强烈反对后,政府又成立了法典调查会,并指令专人重新起草新民法。这次起草主要参照德国民法典,将民法典分为五编:总则、物权、债权、亲族、继承。1894 年起草完成并公布了前 3 编,1898 年公布后 2 编。整个民法典的正式施行自 1899 年 7 月 16 日开始。民法典共 5 编 36 章 1146 条。第一编总则,共 6 章。是关于自然人、法人、物和法律行为等民事主体与客体的规定。法典规定“权利享受始于出来之时”,以标榜公民民事权利平等的原则。实际上是不平等的,从法典关于父与子、男与女、夫与妻的规定中可以得到证明。还将法人分为财团法人和社团法人。第二编物权,共 10 章。规定了物权的总则,占有权、所有权、地上权、永佃权、地役权、留置权、先取特权、货权等。是关于有产者对于财产占有的特殊的规定,确立了资本主义无限私有的原则,并保留了一些封建残余。第三编债权,共 5 章。规定了债的总则、契约、事务管理、不当得利、不法行为。贯彻了“契约自由”原则。第四编亲属,共 8 章。规定了亲属的总则、户主及家族、婚姻、亲子、亲权、监护等。集中地反映出严格维护封建家族和男女之间的不平等。第五编继承,共 7 章。包括户主身份继承、遗产继承、继承权承认及抛弃等。将继承分为户主身份继承和遗产继承。法典的 5 编中,前 3 编模仿德国和法国民

法典,以资本主义的个人主义思想为基础。后 2 编主要以封建的家族主义思想为基础。这两种思想显然不能适应日本资本主义深入发展的要求,所以 1900 年、1902 年制定了建筑物保护法和工场法、借地法和不动产登记法等很多单行法规,实际是对民法典一些原则的修改。1927 年公布了亲属法改正要纲 34 项、继承法改正要纲 17 项。修改的要点是:(1)成年男子,要求分出家庭,可以不必征得户主的同意。(2)户主对家族成员的离籍,须征家庭法院的许可,才能令其离籍。(3)扩大了家庭中妻子的权利,如母对子有亲权。并将不利于妻子提出离婚的理由作了修改。(4)在继承方面,家族继承的原则没有变化,有关财产部分规定了家族继承人应分一些给户主的配偶和自己的兄弟姐妹。遗产继承方面的修改,提高了妻子和女子的继承地位。第二次世界大战后,日本公布施行了新宪法,原民法典的思想基础,特别是身份法方面与新宪法的精神不相适应,有些甚至与之相对立。因此,民法典的修改势在必行。

【日本改正民法一部分之法律】一部对日本 1899 年民法典进行全面修改的法律。第二次世界大战后,日本原民法典因不适应新形势的需要,进行了两次重大修改。第一次修改称为民法应急措置法。第二次全面的修改称为“改正民法一部分之法律”,公布于 1947 年 12 月 22 日,翌年 1 月 1 日起施行。在总则编中修改的条文不多,其核心仍然是保护私有制。但为维护垄断资本的利益,加进了不允许因私人利益而损害社会公益的条款。物权编和债权编变动不大。如物权编中增加了承认被欠工资的受雇人,对雇主的财产有先取特权。亲族编和继承编变动较大。如第四编亲族原来分为 8 章,其中第二章“户主及家族”一章全部删除,因而户主的权力、家族继承,以及与家有关的制度完全废止。改动后的亲族编分为 6 章,即

总则、婚姻、亲子、亲权、后见、抚养,废除了日本实行多年的家族制度,是日本社会制度的革命。婚姻制度方面,修改后提高了结婚年龄,限制了结婚时父母的同意权,规定男女双方姓氏要经协商决定,废除了同居只是妻子的义务的不平等的规定,制定了婚姻生活费用相互分担的条款。这些改正无疑提高了妇女地位和婚姻的自主权。在离婚问题上扩大了妇女诉请离婚的权利。继承编也作了较大修改,主要废除了家督继承。家督继承是继承户主的家长地位,同时继承家的全部财产,废除家督继承必然使单独继承变为共同继承。所以修改后的民法规定“被继承人之直系卑亲属;依照下列规定,为继承人:(1)亲等异者间,以近为先。(2)亲等同者间,为同顺位之继承人。”还规定:“直系卑亲属,直系尊亲属,或兄弟姐妹有数人时,其继承分相等。但非嫡出之直系卑属之承分,仅为嫡出直系卑属继承分 $1/2$ 。仅父母一方相同之兄弟姐妹之继承分,为父母双方相同之兄弟姐妹继承分 $1/2$ 。”依上述规定,父亲死亡时,男和女,不论长幼,在同等顺位上,共同继承其父遗产,与家督继承显然不同。

【日本新刑法典】在修正旧刑典基础上形成的新刑法典。日本 1882 年施行的“旧刑法”,由于不适合日本国情,加之刑法理论陈旧,政府于 1901 年提出了修正草案,草案共分两编 300 条,采用新派刑法理论,主要参考了德国的刑法。修正草案的变化主要是:(1)条款中取消了“法无明文规定不为罪”的规定。其理由是宪法中第二十三条已规定有“日本居民非依法律不得逮捕、拘禁、审问、处罪”,所以没有重复规定的必要。(2)规定了缓刑和免刑。(3)将刑期幅度扩大并减少了刑种。在此草案的基础上经进一步的修改,成为日本 1907 年的新刑法典。新刑法典共 2 编 264 条,条文比旧刑法显著

减少,主要因为旧刑法采用个别化规定,而新法改用概括性规定。如第一编总则共 13 章,规定了刑法的适用范围、刑种、缓刑、假释、累犯、共犯等内容。新刑法典和旧刑法典相比较,有以下一些特点:(1)废除了旧刑法中的重罪、轻罪、违警罪的划分,简明了犯罪的区别。(2)把刑名简化,刑法典中的 16 种主刑,减缩为死刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料 6 种主刑。(3)新刑法扩大了刑罚的量刑幅度,使法官有广泛的自由裁量的余地。(4)新刑法规定了对累犯的加重处罚,同时也规定了对犯罪未被发觉前自首减刑和犯罪行为未遂自首免刑的内容。(5)新刑法典规定了宽大缓刑和假释的条件,凡被判处 2 年以下的惩役或禁锢者,可以实行缓刑(旧刑法典规定 1 年以下为限);被判处惩役或禁锢者,在狱中有悔改表现,有期徒刑执行 $1/3$ (旧刑法典定执行 $3/4$),无期徒刑 10 年后,经批准可以假释出狱。但在缓刑期间和假释出狱之后,又重新犯罪,则立即取消缓刑和假释,重新入狱服刑。第二编共 40 章,列举了 40 种罪行及刑罚。本编突出反映了严格维护皇权及地主资产阶级的政治统治和私有财产权,相反对广大的劳动人民则实行残酷镇压的特点。如“皇室之罪”指凡对天皇及天皇亲属有加害或欲加害者,都应处以死刑。对广大工农群众的游行、示威,刑法典规定为犯有内乱罪,为首者要处以死刑,参与商议者处无期或 3 年以上监禁,参与者处 3 年以下监禁。

【日本刑事诉讼法】日本刑事程序法规的大典。伴随日本 1889 年宪法的公布,法院组织随之变革,诉讼亦不得不变,于 1890 年废止了《治罪法》,1890 年 10 月公布了《刑事诉讼法》,同年 11 月开始实施。刑事诉讼法共分 8 编 15 章 334 条。第一编总则,规定了公诉、私诉、诉权消灭等一般原则,主要肯定了国家追诉的原则。第二编

法院,规定了法院管辖及回避制度。第三编犯罪的侦查、起诉及预审,确立资产阶级“自由心证”原则。第四编公判,规定了公判的一般程序,贯彻了重口供不重证据的原则。第五编上诉,规定了上诉的通则,控告、上告、抗告的条件及其程序。第六编再审,列举了再审的六种理由。第七编大审院特别权限的诉讼程序。第八编裁判的执行及特赦。由于此刑诉法官权色彩浓厚,遭到日本社会各界的反对,第一次世界大战后于1922年重新公布了刑事诉讼法,1924年开始实行新的刑事诉讼法。1922年刑事诉讼法与1890年刑事认讼法相比有以下不同之处:(1)扩大侦查机关强制处分的范围,在紧急情况下,可以自行拘提、羁押和搜查。(2)扩大被告人的一些权利。例如被告人任何时候均可选任辩护人,都可以随时撤回自己的诉状或上诉状,又如对被告强制羁押期尽量减少,原则上规定2个月为限。(3)扩大了上诉审的职权。以前第三审法院,只能对原审法院的判决就适用法律上进行审查,不得全面复审上诉案件。此刑诉法规定:第三审法院可以对上诉案件的全部事实认定、量刑是否恰当进行审查,并可对案件自行重审。1922年刑诉法,虽较前具有更多的资产阶级自由主义色彩,实际上日本由于太平洋战争爆发,独裁思想的统治,仅有的自由主义原则也未能实行。

【日本裁判所法】1947年制定的有关法院的组织与活动的法典。日本1946年新宪法施行,其中有关法院组织和诉讼制度的规定发生了很大变化,为适应变化,日本于1947年4月16日公布了《裁判所法》。《裁判所法》共7编73条。第一编总则,规定裁判所的种类及管辖范围。第二编最高裁判所,规定了其组成及权限。第三编下级裁判所,包括高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所、简易裁判所四章,分别规定了其组成和权限。第四编裁判所的法官、职员和司

法实习生,其中分别规定了他们的任用资格、任用的程序及对裁判官的身分保障、退休及报酬。第五编裁判所日常工作的处理,规定了开庭的场所、法庭秩序的维持、裁判所的专门用语、裁判评议的手续。第六编司法行政,主要明确了司法行政监督权和裁判权的关系。第七编裁判所的经费。《裁判所法》将法院分为5级:(1)最高裁判所。管辖范围主要是上告和诉讼法特别规定的抗告案件。(2)高等裁判所。管辖范围是受理地方裁判所第一审判决、家庭裁判所及简易裁判所关于刑事判决的上诉案件;受理地方裁判所、家庭裁判所裁定的抗告和对简易裁判所关于刑事裁定的抗告案件;受理地方裁判所第二审判决的上告及对简易裁判所判决的上告案件;受理第一审关于内乱罪的诉讼案件。(3)地方裁判所。审判管辖权是受理不属于高等裁判所管辖的第一审案件;受理对简易裁判所判决的上诉案件,刑事案除外;受理对简易裁判所的抗告案件。(4)家庭裁判所。权限包括:家庭案件的审判的调查;少年案件;与少年犯罪有关的刑事案件。(5)简易裁判所。管辖权是诉讼标的不超过10万元案件;判处罚金以下刑罚的各种案件等。《裁判所法》对各级裁判官的任用规定了严格的资格,并对裁判官的身份保障有明确规定。如凡裁判官除因公被弹劾或因身体条件不能履行其职务外,不得违反本人意愿,被免官或停止其职务或减其报酬。还规定最高裁判官70岁,其他裁判官65岁应退休。

【普通法】有多种含义,可指与制定法相对而言的判例法;与衡平法相对而言的普通法法院的判例;与大陆法系相对而言的英美法系;与教会法相对而言的世俗法。在西方法学中,普通法最初指英国于13世纪形成的通行于全国的判例法。被认为是源于“王国的普通习惯”,所以称作普通法,意思是代替了各地的习惯法而通行于全

国。在盎格鲁·萨克森人统治不列颠时期,各王国制定的法律主要记载日耳曼人的习惯法,内容零散,矛盾很多,也不统一。1066年诺曼底公爵威廉征服英国后,建立了强大的王权。为缓和同当地居民的矛盾,国王政府一再声称尊重原有的地方习惯法,同时又利用统一王权削弱封建领主的审判权。亨利二世在位时(1154—1189)进行了司法改革:统一司法机构,扩大王室法院管辖权,将王室法院划分为棋盘法院、民事诉讼高等法院和王座法院,分别审理有关财政、民事和刑事案件;建立巡回审判制度,被委派到各地定期巡回审判的法官有权撤销地方法院的判决,他们从征服者的利益出发,对各地的日耳曼法律和习惯进行分析,凡认为正确、合理,与国王的立法不相冲突的,被确认为判案的依据;建立陪审制度,吸收骑士和富裕农民为陪审员,参与法庭审判活动。巡回法官由中央委派,陪审员熟悉各地的习惯法,统一的司法机构使巡回法官有机会聚集在中央综合各地法律习惯,交换意见,承认彼此的判决。一些被引为依据的判决便成为普遍应用于全国的普通法。

【衡平法】从14世纪起,由大法官在审判实践中根据所谓公平正义的原则形成的,旨在对普通法的不足进行补救的一套法律规范体系。13世纪中叶,英国的手工业和商业迅速发展,新的经济关系和社会关系需要有新的法律规范调整。根据普通法的规则,当事人在普通法法院提起诉讼,必须向大法官申请以国王的名义发出的开始诉讼令。开始诉讼令根据原告的不同申诉而分类,如不动产诉讼令根据原告的不同申诉而分类,不动产诉讼包括土地所有权确认之诉和土地所有权回收之诉;动产诉讼包括契约之诉、债务诉讼、请求返还扣留物之诉等。每种令状都和一定的诉讼形式与诉讼程序密切相关。进入14世纪后,由于大法官认为要保持法律的稳定

性就不应当再创立新的诉讼理由,并且为了增加法院的收入,地方法院与普通法法院争夺诉讼管辖权的情况也不断发生,普通法法院不再承认新的令状,使令状固定化。同时,即使普通法法院接受审理的案件,也常因其救济方式有限,难以获得“公允”的解决。例如,普通法只能对于侵权行为造成的损害,给予有限的金钱赔偿,却无力制止侵权行为本身;只承认书面契约,对于违反合同本身的诉讼没有相应的令状;不承认受益制中受益人的权利;在不动产抵押关系中严格限制抵押人的赎回权等。遇到上述情况,当事人为了保护自己的利益,根据古老的习惯,向国王提出施与恩惠给予补偿的请求。国王被看作“正义的源泉”、“公正的化身”。而国王本人为表示“恩典”和“仁爱”,把处理这类案件的行政裁判权赋予司法大臣,即大法官,由其根据国王的“公平和正义”直接判处。大法官在审理这类案件时采用了不同于普通法的原则和普通法法院的诉讼形式。1474年,大法官第一次以自己的命义作出案件的判决,此后,这类由大法官作出特殊审理的案件,称作衡平案件。随着衡平案件的增多,16世纪时逐步形成衡平法院。衡平法院的判决自成体系,就是衡平法。与普通法相比较,衡平法是罗马法原则在英国的具体运用,衡平法的格言“公平”、“正义”、“良心”等概念,来源于罗马法的“自然理性”、“自然正义”和教会法的宗教道德观念。衡平法的诉讼程序比较简易,不用开始诉讼令,不设陪审团,允许书面答辩。对于侵害诉讼,衡平法院的大法官不仅可以判决金钱赔偿,而且可以颁发命令,制止侵权行为。如果当事人不服从大法官的裁决而向普通法法院重新申诉,大法官有权向当事人颁发禁令;如果当事人不服从大法官的命令或禁令,则以藐视法庭论处,施加刑罚。衡平法主要调整财产法和契约法方面的法律关系,尤其是不动产。17世纪前,这类案件主要有:普通法上不予救济的情况,如受

益、信托关系；依普通法的刻板程序得不到公正审理的情况；虽依普通法可以得到损害赔偿，但仍失公平的情况。尽管“衡平遵从法律”，但衡平法不是取代普通法，而是补充和修改普通法，16 世纪末 17 世纪初，普通法法院同衡平法法院之间的冲突是英国法律史上的突出现象。英国资产阶级革命后，普通法法院同衡平法法院的矛盾有所缓和，衡平法法院大法官的自由裁量权受到抑制。19 世纪后，随着资本主义经济的发展和社会矛盾的加深，诉讼案件大量增加，极为繁琐、复杂的两套法院组织、两种诉讼程序明显不适应社会需要。英国议会于 1873 年通过《司法条例》（1875 年生效），对英国的司法机构作出重大改革，废除了普通法法院和衡平法法院的划分，建立起单一的法院体系，统一适用普通法和衡平法，并明确，在二者发生冲突时，以衡平法为准。

【判例法】泛指可作前例引用的法院判决中包含的法律原则或规则。通常与制定法相对而言。由于英美法的主要法律规范不是通过立法文件表达，而是通过法官的判决确立，因此英美法又称判例法。判例指判决中体现的法律规则，判例成立后，法官在司法活动中必须遵守。判例法的基础是“遵循先例”的原则，其含义为：一项判决所确立的法律原则将产生法律效力，以后法官在处理类似案件时，有义务遵循这些法律原则。实际上，很少有两个案件的情况完全相同，因而很少有可能全部采用现存的法律原则。通常的情况是把先前判例中的法律原则适用于新的基本相同的案件，通过类推，创制出新的法律原则。“遵循先例”原则的一般规则是：所有法院都必须考虑有关先例；下级法院必须服从其上级法院的判例；上诉审法院一般也受到自己先前判例的约束。英国上议院作为英国最高上诉法院，自 1898 年的《伦敦街道有轨电车股份有限公司诉

伦敦市政府》案中确定“遵循先例”的原则以来,一直强调遵守该院的先例。但 1966 年通过的一项决议,认为在某些情况下对于判例僵硬地依循,将可能导致不公正,并限制法律的正当发展,因此,允许在认为正确时,背离本院的的某一先例。“遵循先例”的原则在很大程度上限制了法官判案的任意性,使判例法得以保持其稳定和连续性。在判例法中,判决理由是案例的核心,所谓先例主要指判决理由。

【大宪章】英国 13 世纪初制定的重要政治、法律文件。13 世纪后,随着诸侯对农民统治地位的日益巩固,要求摆脱王权控制的情绪增长。1215 年春天,诸侯在中小贵族和市民的支持下,开始反对国王的战争。国王被迫屈服,于 6 月 15 日签订《大宪章》,共 63 条。《大宪章》肯定了诸侯和僧侣的特权,如规定除赎回国王的身体时所需,国王的长子受封武士时所需,及国王的长女出嫁时所需者外,国王在向封建主征收税金时,必须召开由大主教、主教、长者、伯爵及男爵参加的大议会,由大议会决定;国王应承认教会的选举自由权,不得侵犯教会的权利;任何自由人除经其贵族依法判决或遵照国法规定外,不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕等。《大宪章》规定了一些适合市民的条款,如统一全国度量衡,酒类、谷类的量器,以“伦敦夸尔”为标准,染色布、手织布及锁子铠的尺度,应以织边下的两码为标准;开放城市贸易,免缴一切苛捐杂税等。为了限制王权,《大宪章》特别规定了监督国王履行宪章的条款,设立选举产生的 25 个诸侯组成的 25 名委员会,对国王进行监督,在国王违反宪章时,有权使用一切方法强制国王执行宪章。1215 年《大宪章》是一部封建性法律文件,确立了英国封建贵族和僧侣的特权,助长了诸侯各自

为政的割据倾向。然而《大宪章》中宣布的未经“全国公意”不得征税,非经法院判决不得任意逮捕、拘禁、没收财产和国王权力受法律限制的原则,在英国法律史上具有重要意义。英国资产阶级革命取得胜利后,《大宪章》被确认为英国重要的宪法性文件之一。

【人身保护法】泛指 17 世纪英格兰保证臣民自由权的令状。旨在提供有效手段保证释放在监狱、医院或私人羁押中的非法拘禁者。特指 1679 年辉格党人为反对查理二世的专横统治而拟定的法律。5 月 26 日迫使查理二世签署。该法共 20 条。主要内容是:非依法院签发的写明犯罪行为的逮捕证,不得逮捕羁押;已依法逮捕者,应视羁押处所远近,定期移送法院审理;在押人或其代表,有权向法院申请发给“人身保护”令状,限期将在押人移交法院,并说明拘捕理由;法院以简易程序对案件进行审理,如认为无正当拘捕理由,在押人即可获释;对破坏该法的郡长或狱吏第一次处以 100 英镑罚款,第二次处以 200 英镑罚款;法院可酌情准许在押人取保开释;法官不但在开庭期,即使在休庭期也应发出“人身保护”令状,破坏规定者课处罚金 500 英镑,由被害人诉追之。1679 年《人身保护法》被英国法学家称颂为人权保障和英国宪法的“奠基石”。是英国宪法的成文部分之一。1816、1862 年和 1960 年对该法作了补充修改。

【权利法案】英国 1688 年政变后,资产阶级确立的君主立宪制的宪法性文件之一。1689 年 10 月 23 日由国会颁布。规定国王未经国会同意不得停止法律或停止法律的实施;不得征收和支配税收;不得征募或维持常备军;不得设立审理宗教事务的钦差法庭;臣民有向国王请愿的权利;国会经自由选举产生,议员在国会内的言论在

国会外不受法院或其他机关的弹劾或质问；不得对臣民要求超额的捐税和罚款；不得对臣民采用残酷的刑罚；新教徒可持有自卫武器等。扩大了国会权力，限制了王权，提出英国资产阶级宪法的一些主要原则。

【权利请愿书】英国宪法性法律文件。1628年3月，由于财政困难，查理一世被迫同意召开第三届国会。在汉普顿、皮姆等领导下，国会以国民代表名义向查理一世提出国会征税权的书面要求，并以《权利请愿书》的名义正式公布。其主要内容为：未经国会同意，不得强迫任何人承担或缴纳任何“赠与”、恩税、强制性借款、税赋或类似费用；凡自由人除经国家法律或法庭程序，不得加以拘捕、监禁、或剥夺其管业权、各项自由及自由习惯；不得违反居民意志，强占民房驻兵；撤废执行戒严法的官吏。同时，国会同意拨款35万英镑，作为国王接受这些要求的代价。查理一世被迫接受，但于1629年3月即强行解散国会。

【威斯敏斯特条例】因在英国威斯敏斯特制订而得名。在爱德华一世(1272—1307在位)时期发布的1275年的《威斯敏斯特第一条例》，1285年的《威斯敏斯特第二条例》，1290年的《威斯敏斯特第三条例》。这三个条例涉及民法、刑法和诉讼制度，实行了许多改革。如第二条例规定：设立土地限嗣继承制，凡属不许出售或不许以任何方式转让给家族以外的土地，只能由直系亲属继承，不得自由转让，但可用以清偿经法院判决应予履行的债务；扩大侵权索偿诉讼的范围，允许类似于侵权行为的受害人向大法官提起“类推侵权之诉”；将原有的刑事巡回审判制度扩大到民事诉讼方面，案件就地审理。1931年12月11日，英国议会根据1926年和1930年两次帝

国会议制定的旨在处理英联邦内部关系的法律颁布《威斯敏斯特条例》，除序言外，共 12 条。规定加拿大、澳大利亚联盟、新西兰、南非联邦、爱尔兰自由邦和纽芬兰被正式宣布为参加大不列颠和北爱尔兰联合王国的成员，称自治领。《1865 年殖民地法律效力法》对于以后各自治领议会所制定的法律从此不予适用。条例明确规定：本法施行后，各自治领议会所制订的法律及任何法律的条文，不得因与英国法，或与联合王国议会所通过的任何现行法律或将来通过的任何法律的条文，或依据任何此项议会法律而制定的任何命令、规则或规章相抵触而无效或不予实施。各自治领议会，对构成该自治领法律的一部分的任何此项法律、命令、规则或规章，应有废止或修正之权（第一条）。各自治领议会有制订具有域外实施的效力的法律的全权（第三条）。本法施行后，联合王国议会所通过的任何法律，除在该法内明文规定该自治领曾经请求和同意该规定外，不得作为该自治领的法律的一部分、实施或认为要实施于该自治领（第四条）。根据该条例，各自治领可以制定自己的外交政策，派遣外交使团，参加国际组织与国际会议。《威斯敏斯特法》扩大了各自治领国家的独立地位。从此，每年召开英联邦各国总理参加的帝国会议。第二次世界大战后，一些自治领宣布独立。印度、巴基斯坦、锡兰、加纳等国独立后又成为英联邦成员国。至 1973 年，英联邦已徒具虚名。

【王位继承法】英国资产阶级和新贵族为确立君主立宪政体而制定的宪法性法律之一。1701 年 6 月 12 日由英王威廉三世签署。规定：威廉三世死后，如其没有后代，王位由其妻妹、詹姆士二世的幼女、信奉新教的安娜继承；安娜死后，如其没有后代，王位由信奉新教的詹姆士一世的孙女汉诺威选侯索菲亚继承；英国王位不得传

给天主教徒,凡登皇位者必须是英格兰国教的教徒。这些规定排除了信奉天主教国的王复位的可能。该法还规定:凡生于英格兰、苏格兰或爱尔兰所属领土之外者,不得为枢密院参议或国会两院之议员,亦不得受任文武官职,其本人或所托之人且不得受有国王所赐土地,从而防止政权落入外国人手中。为防止国会中形成有势力的宫廷党派,该法规定:凡担任王室职务或向皇室领取薪俸者,不得为下议院议员。该法确认司法独立,规定:法官如称职,其委任可不变,惟议会两院有奏请者,得黜免之。该法申明了国会的立法权,规定:国家的一切法律与条例,非经国会两院通过,国王批准,均属无效。该法还规定国王的赦免对弹劾案无效等。

【美利坚合众国宪法】美国制宪会议于1787年9月15日通过,9月28日提交邦联国会通过送各州批准。1789年3月4日,第一届联邦国会正式宣布宪法生效。1787年2月21日邦联国会邀请各州代表在费城召开会议,修改《邦联条例》,实则起草宪法。会议于5月25日正式开会,后被称作制宪会议。与会者为起草新宪法展开激烈争论,焦点是:大州与小州在国会中的代表比例、蓄奴州和自由州在国会中的代表比例、国会管理商业和废除奴隶贸易问题。制宪会议根据妥协方案制定宪法草案。1787年美国宪法由序言和7条本文组成。序言指出宪法产生的渊源是“合众国人民”,声明宪法的目的是增进联邦的团结、正义、国内外和平、自由和一般福利。第一条,规定立法权;第二条,规定行政权;第三条,规定司法权;第四条,规定授予各州的权力;第五条,规定宪法修正案提出和通过的程序;第六条,包括多种规定,主要强调宪法和根据宪法制定的法律及缔结的条约是“全国最高法律”;第七条,规定宪法本身的批准问题。美国宪法原则:(1)联邦主义原则。其主要内容是在联邦

中央与各州的关系中,联邦的法律是全国最高法律,联邦中央对各州处于最高地位,联邦保护各州;在联邦国会的立法权范围方面,依照宪法规定,未经列举的权力一概归各州保留行使;在各州之间的关系方面,遵循相互信任、礼让和平等对待的原则。(2)三权分立和制约与平衡原则。其主要内容为立法权属于由参、众两院组成的国会。参议院由各州选派议员 2 人组成,任期 6 年,每两年更换其中的 1/3,众议院由各州按人口比例选举产生,每两年选举一次。国会还有宣战权,提出及批准宪法修正案的权力,以及对总统进行弹劾的权力等。行政权属于合众国总统。总统由选举产生,任期 4 年。总统是国家元首,又是行政首脑和武装部队的总司令,总统拥有指挥和监督全部行政部门的权力,一切行政机构在法律上要向总统负责。总统具有广泛的任免权,并有权发布具有法律效力的行政命令,在全国使用武装力量。总统通过向国会提交咨文和否决国会立法的方式影响国会立法。司法权属于联邦最高法院和国会随时制定与设立的低级法院。联邦最高法院的法官由总统经参议院同意任命,如无失职行为,得终身任职。最高法院审理重要的民、刑事案件和联邦下级法院及与联邦利益有关的各州法院的上诉案件。美国宪法是资产阶级国家最早的成文宪法,宣布了在美国实行共和制度,巩固了资产阶级革命成果,对于当时处于封建专制制度下的欧洲国家有重大影响。但宪法的 7 条本文中并没有公民基本权利和自由的内容,承认蓄奴制度存在。宪法至今有效,以修正案作修改和补充。

【人权法案】又称《权利法案》。美国宪法第一至二条修正案。1789 年召开的第一届美国国会通过,1791 年经 9 个州批准后生效。1787 年美国宪法草案公布后,在交由各州批准的过程中,引起激

烈斗争。以杰斐逊为代表的资产阶级民主派要求维护各州民主权利,反对宪法;一些州因宪法中没有关于公民权利与自由的规定拒绝批准宪法;一些州虽同意批准宪法却要求在宪法中补充权利法案。迫于人民的不断要求和法国大革命的影响,第一届国会决定修改宪法并通过宪法前 10 条修正案。《人权法案》规定,人民享有宗教信仰、言论、出版、和平集会及向政府请愿的自由,国会不得制定法律剥夺这些权利;享有保护身体、住所、文件和财产不受侵犯的权利;不受无理搜索和拘捕;享有配带武器的权利;在和平时期,禁止军队驻扎民房;被告有要求陪审、获悉被控的罪名和理由、与原告的证人对质及要求律师协助辩护的权利;受同一犯罪处分者,不得令其受两次生命或身体之危险;不得强迫人民在任何刑事案件中自证其罪;未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产;不得要求过重的保释金,不得课以过高的罚款,不得施以酷刑;宪法中被列举的某些权利,不得被解释为否认或轻视人民所保留的其他权利;未经宪法规定授予合众国行使,或禁止州政府行使的权力,一律保留给州政府或人民行使之。《人权法案》给予人民一些有限的资产阶级民主权利,在当时欧洲封建专制制度仍占统治地位的情况下,具有进步意义,但这些有限的民主权利并不包括黑人和印度安人,为此美国人民进行了长期不懈的斗争。

【邦联和永久联合条例】简称《邦联条例》。1787 年美国联邦宪法生效前的根本法。《独立宣言》发表 1 年后,除少数州外,各州均起草州宪法,并拟联合组成同盟。1776 年 6 月 7 日弗吉尼亚的理查德·亨利·李在大陆会议上提出脱离英国,建立美洲联盟议案。6 月 12 日,会议指定以约翰·迪金森为首的 12 人组成委员会起草条例。1777 年 11 月 15 日,大陆会议通过条例草案,交各州批准。

1781年3月1日,马里兰州最后批准条例,同日,大陆会议宣布《邦联条例》生效。该条例共13条。规定邦联的名称为美利坚合众国;各州保留其主权、自由和独立;为各州共同的防御、自由的保证和公共福利,自愿结盟,彼此负有相互援助的义务;各州自由居民享有诸州自由公民一切特权和豁免权,并有自由移入或移出任何州的权利及经商的权利;各州间引渡罪犯并尊重和信任法院的案卷、判决及司法程序;各州派代表参加国会,每州只1票表决权;国会议员在国会中的言论免责;各州不得派遣或接受使节,不得彼此订立条约,不得征收妨碍邦联的税收,除邦联同意外不得参加战争;对宣战、签发捕拿证、铸造货币、招募军队等重大事项须有9州同意方能有效。据此,美国由13州组成松散的邦联国家,大陆会议停止行使权力。

【统一商法典】美国统一州法全国委员会编纂的统一商法典。19世纪末,美国以统一法律为目标,兴起统一州法运动。1892年成立的统一州法全国委员会拟定的法规草案经全体会议通过后,建议各州采用。在英国商法成文化的影响下,美国统一州法全国委员会起草、公布了一系列统一的单行商法草案,如:1906年的《统一买卖法》、《统一货栈收据法》;1909年的《统一提单法》、《统一股票转让法》;1918的《统一附条件买卖法》;1933年的《统一信托收据法》。这些统一的法案并未被各州全部采用。为适应现代商事实践的需要,改变各州商事法律混乱的局面,1942年,《统一商法典》的起草工作纳入美国法学会和统一州法委员会的计划。法典的首席报告人是卡尔·卢埃林(1893—1962)。1952年,委员会公布《统一商法典》的正式文本供各州研究,并于1957、1958年和1962年相继发表修正文本。到1974年止,除路易斯安那州外,其他各州和首都哥

伦比亚特区均基本采用该法典。经考察法典的执行情况后,“统一商法典常设编辑委员会”于1972年和1978年相继推出修订文本。根据目前多数州使用的1972年的文本,法典分为10编:总则;买卖;商业票据;银行存款和收款;大宗转让;信用证;仓单、提单和其他所有权凭证;投资证卷;担保交易、账债和动产契据的买卖;生效日期和废除效力。法典共400多条,总则中规定的法典的基本宗旨是:使调整商业交易的法律更加简洁、明确并适应现代要求;使商业行为能够通过习惯、惯例和当事人协议不断获得发展;在各种管辖权范围内求得法律的统一。法典的第二章货物买卖是法典的核心,集中了美国合同法的主要内容,分7部分104条,对于从买卖合同的成立到违约和补救做出详尽规定。《统一商法典》不是大陆法系类型的商法典,其中包括许多被大陆法系认为是属于民法范畴的法律规范,反映了英美法系民商合一的法律传统。该法典以买卖为核心,只涉及动产交易,内容范围比传统商法典窄,很难独立运用,必须与各州其他成文法和联邦成文法,及普通法结合运用。该法典把普通法规则加以系统化,是以成文法改变普通法的成功尝试。

【解放黑奴宣言】美国南北战争时期林肯(1809—1865)总统发布的解放奴隶的公告。南北战争开始后,北方废奴运动日趋高涨,林肯总统于1862年9月22日发布该公告,1863年1月1日林肯政府正式签署并颁布。公告宣布自1863年1月1日起,任何参加叛乱的州或地区,如不终止叛乱,其黑人奴隶将“永远获得自由”,美国政府和陆海军当局将承认和维持这些人的自由;解放后的黑人,除必需的自卫外,应避免使用暴力,“在任何可能的情况下,应当为合理的工资作忠诚的工作”;解放的黑人奴隶,凡条件合适者,可以参

加联邦的武装部队,在陆军及舰队服兵役。《解放黑奴宣言》的颁布标志着南北战争进入以解放奴隶为目标阶段。受到北部人民的普遍欢迎。根据宣言,400万黑奴获得自由,成为在南部同盟后方反对奴隶主的同盟军,使战争向有利于北方联邦政府的方向发展。但《解放黑奴宣言》不是彻底解放黑人的文件,不包括没有参加叛乱的特拉华、肯塔基、马里兰和密苏里诸州黑奴,也不适用于弗吉尼亚和路易斯安那州联邦军队占领区的大批奴隶。直到1865年1月,美国国会批准宪法第十三条修正案,才在美国法律上正式承认奴隶解放。

【马布里诉麦迪逊案】1800年,坚持建立强力联邦政府的联邦党人约翰·亚当斯在总统选举时落选,主张加强州政权的民主共和党的候选人托马斯·杰斐逊当选为总统。联邦党人为改变厄运,力图控制司法机构牵制立法和行政,在亚当斯总统下台前夕改任国务卿约翰·马歇尔为联邦最高法院首席法官,并在亚当斯任职的最后一夜,任命一批同党担任联邦法官。由于行事匆忙,在有些亚当斯任命的联邦法官得到国会批准,却未得到正式委任的情况下,亚当斯的职务即被杰斐逊代替。马布里是未接到委任状的新任命的哥伦比亚特区的法官之一。杰斐逊上台后指使新任国务卿麦迪逊拒不颁发对马布里等人的委任状,以削弱联邦党人对司法权的控制。马布里向联邦最高法院提出申诉,要求根据1789年《司法条例》第十三条颁发令状,强制麦迪逊交出委任状。该条规定最高法院有权颁布令状,命令政府官员履行职责。1803年2月24日,马歇尔在宣布最高法院的裁决时提出3个问题:(1)请求人对他所要求的职务是否具有直接权利?(2)如果他具有一种权利而被侵害,国家的法律是否可以向他提供补救的办法?(3)如果法律可以向他

提供补救的办法,这种办法是不是由最高法院发布的执行命令?马歇尔对于前两个问题作出反对麦迪逊而有利于马布里的判断,认为后者有权获得委任状;对于第三个问题,马歇尔提出:联邦宪法在规定最高法院的管辖权方面,并未把向行政官员颁发令状包括在内。因此,问题的关键在于最高法院究竟应当遵从《司法条例》第十三条的规定,还是应当遵从联邦宪法?马歇尔认为“极为明显而不容置辩的结论是:宪法取缔一切与之相抵触的法案。”判定何者符合宪法,断然属于司法部门的权限和职责。宣布:由于1789年《司法条例》第十三条的规定超出联邦宪法关于最高法院司法管辖权的规定,因此是违宪无效的。1803年马布里案的判决加强了联邦党人控制下的最高法院的地位,开创了最高法院有权通过审理有关案件解释宪法和审查国会立法是否违宪的先例。

【斯科特诉山福案】美国联邦最高法院运用司法审查权维护奴隶制度的判决案。1820年,美国国会中的废奴派和蓄奴派达成妥协,通过《密苏里妥协案》。规定密苏里州作为蓄奴州,缅因州作为自由州加入联邦;以北纬36度30分为界,划分自由州和蓄奴州。斯科特是密苏里州的一名黑人,随主人到过伊利诺州和威斯康星州。依《密苏里妥协案》规定,两地区均为自由州。斯科特回到密苏里后,主人亡故,改属纽约公民山福所有。1848年斯科特以曾经居住在自由州可以自动成为自由人为理由,向密苏里州法院申诉,要求恢复“自由民”身份。申诉被驳回,理由是伊利诺州和威斯康星州虽不准蓄奴,但此两地的法律在密苏里州并无治外法权。斯科特的辩护人于1854年在密苏里州向联邦巡回上诉法院提出申诉,申诉再次被驳回,斯科特遂向联邦最高法院上诉。1856年联邦最高法院受理该案。1857年3月6日,联邦最高法院首席法官罗杰·B·唐尼

代表法院判决：斯科特无权向上级法院上诉，无权获得自由。其主要现由是根据宪法规定，国会“未经正当法律程序”无权制订法律，剥夺公民的财产。宪法并未区分奴隶这种财产和公民的其他财产有何区别，奴隶是主人的财产，应当受到宪法保护。《密苏里妥协案》禁止公民在北纬 36 度 30 分以北合众国领土上占有此种财产是违宪无效的。斯科特案的判决是美国联邦最高法院第二次运用司法审查权宣布国会的立法无效的判决。该判决在法律上为南部奴隶主巩固和发展种植园奴隶制提供了依据。

【反托拉斯法】美国反对垄断、保护竞争的工商管理法规。国会根据宪法授予联邦管理州际商业和对外贸易的权力制定的法律，也包括各州的法律。1890 年国会通过的《谢尔曼反托拉斯法》是美国反托拉斯法中最基本的一部法律，因由参议员谢尔曼（1823—1900）提出而得名。该法规定：任何以托拉斯形式或其他形式出现的合同、协定或以限制州际贸易、对外贸易为目的者，均属非法，违者课以 5 千美金以下罚金或 1 年以下徒刑；凡垄断或企图垄断，或其他任何人联合或勾结，以垄断州际或对外贸易之任何部分者，均作为刑事犯罪；对由于采取该法所禁止的行为，而使他人遭受损害的任何入，应强迫其赔偿 3 倍的损失费和诉讼费；地方法院应根据地方检察官的申请受理有关案件，法院有权颁布其认为必要的禁令。该法实施的初期作用不大，克利夫兰总统任期内，该法多针对工人联合组织；西奥多·罗斯福任期内，该法被广泛运用，其中 1904 年的“北方证券公司诉美国”案和 1905 年的“斯惠夫特公司诉美国”案最为著名。《克莱顿反托拉斯法》是国会于 1914 年通过的另一重要的反托拉斯法，用以加强和扩大《谢尔曼反托拉斯法》的作用。因由众议员克莱顿（1857—1929）提出而得名，该法列举了商业竞争

的非法方式,禁止排他性的具有反竞争效果的交易;禁止银行和资金超过 100 万美元的从事州际商业的公司互任董事的行为;禁止有利于大买主的价格歧视;禁止公司的合并以及对另一公司部分股票的直接和间接的转移或获得。规定:工会及农民组织不受《谢尔曼反托拉斯法》的限制;禁止滥用司法禁令压制罢工,但在劳工损害资本家财产权时例外;工人罢工及用和平方法实施纠察,不算违法行为。1914 年的《联邦贸易委员会法》也是联邦反托拉斯法。该法规定设立联邦贸易委员会,该委员会是一个由专家组成的机构,其职责是:搜集和编纂情报资料,对商业组织和商业活动进行调查,并对不正当的商业活动发布“停止违法行为令”,以阻止在商业活动中的不正当的竞争方法。该法中最著名的条款是第五条,规定:“对于商业活动中的各种不正当的竞争方法,均就此宣布为违法。”在理论上,该法通过确保竞争来实现对消费者的保护。但 1931 年联邦最高法院在“联邦贸易委员会诉罗来丹姆公司”案的判决中认为,一种贸易做法虽然损害了消费者的利益,却并不能表明其实质上损害了任何竞争者的利益。在这种情况下,不能根据第五条的规定宣布这种贸易做法为不正当的竞争方法。1938 年,《联邦贸易委员会法》第五条的规定被扩大为:“对于商业中各种不公正的竞争方法和不公正或欺骗性的行为或做法,均就此宣布为非法。”根据修改过的第五条的规定,联邦贸易委员会可以在认定消费者直接受到卖方行为的欺骗的情况下,对厂商采取行动,而不必首先查明是否损害了卖方间的竞争。该法第十二条规定:有关食品、药物、设备或化妆品的虚假广告,属于第五条所禁止的范围。该法第十五条规定“当广告在实质上足以引起人们的误解”时,就是虚假的广告,并且应将广告所作的表述与反映的实际事实结合起来考虑。1975 年,对该法第五条和第十二条进行了修改,“商业中”

被修改为“商业中或影响商业的”，以便使联邦贸易委员会能有效地行使管辖权。

【史密斯法】又名《外侨登记法》。第二次世界大战前，美国共产党和美国人民开展了广泛的反对法西斯威胁的群众运动。在此形势下，罗斯福总统以反对“第五纵队”的名义，于1940年6月28日签署第七十六届国会通过的《外侨登记法》，因该法由众议员史密斯起草，又称《史密斯法》。其要点为：对于蓄意鼓动、教唆他人用武力或用暗杀政府官员为手段颠覆美国政府者；印刷、编辑、出版、发行、贩卖、散发任何文件，以提倡或宣教他人用武力推翻美国政府者；组织或协助组织那些提倡或鼓励用武力或暴力手段推翻美国政府的任何社会集团或集会者；在了解上述组织的宗旨后成为任何此种组织的或附属于此种组织的成员者，经证明有罪后，处1万元以下罚金，或10年以下徒刑，或两刑并处。《史密斯法》原针对战时法西斯的间谍活动，战后成为美国政府镇压进步力量的工具。1948年7月20日，美国纽约联邦地方法院依据该法对美国共产党12位领导人进行审判，把共产党说成是：“阴谋组织”，共产党员是“阴谋”的参加者。1951联邦最高法院在审理该案的上诉案中，宣布维持原判，并确认《史密斯法》符合宪法。联邦最高法院的判决，是美国政府大批逮捕共产党领袖的信号，司法部长布朗纳尔在1956年10月8日给美国总统艾森豪威尔的备忘录记载：根据《史密斯法》，已组织18次审判，使108名共产党领袖被判刑，尚有22名共产党员候审。美国共产党对最高法院的判决发表声明，谴责美国政府对共产党人的迫害破坏了长达160年之久的权利法案。

【凡尔登条约】瓜分法兰克王国的重要法律文件。由法兰克王国国

王虔诚者路易的三个儿子罗泰尔、路易、查理签订。条约规定：法兰克王国分为 3 部分。埃斯科河、玛斯河、索恩河与罗纳河以西的领土由查理继承并统治。东部莱茵河与易北河之间的领土由路易继承并统治。从北海到南部意大利的中间狭长地带由罗泰尔继承并统治。条约签订后，被瓜分的法兰克王国的 3 个部分分别演变为法国、德国、意大利 3 个独立的国家，所以说凡尔登条约是法、德、意 3 国立国的法律依据。

【第三等级】法国资产阶级大革命前除贵族、僧侣外承担纳税义务的被统治阶层。主要包括农民、手工业者、城市平民和富有的资产阶级。法国封建社会不同阶层的公民被分为不同等级，不同等级的权利义务极不平等。僧侣为第一等级，贵族为第二等级，属于特权阶层，不承担纳税义务。农民、手工业者和城市平民需交纳人头税、什一税、习法税等各种国家和地方性的苛捐杂税。资产阶级在经济上已经相当强大，但法律地位低下，因属于纳税等级而财产所有权得不到保障。特权等级制度引起广大第三等级群众的强烈不满，最终导致法国大革命爆发。在大革命中，第三等级成为革命力量，其中农民、手工业者等是革命的主力军，资产阶级是革命的领导阶层。

【佩剑贵族】法国封建社会宫廷显贵的称谓。因有佩剑特权而得名。法兰西封建王国把公民分为三个等级，第一等级是僧侣，第二等级是贵族，第三等级为平民。到 18 世纪末大革命前夕，贵族又分化成若干贫富不均的阶层。最上层的是以国王为首，大约四千个家族的宫廷显贵，即佩剑贵族。住在凡尔赛国王附近，经常出入宫廷，过着骄奢淫逸的生活，享受荣誉的、经济的、财政的种种特权而不负担

任何义务。虽然部分人因经济原因与富有的资产阶级来往较多,从而接受了资产阶级自由主义思想。但是就佩剑贵族整体而言,一直是封建制度最顽固的维持者。

【穿袍贵族】法国资产阶级大革命前贵族化的资产阶级的称谓。因从事司法工作身着长袍而得名。在 16 世纪原是上层资产阶级,因在封建政权财政困难出卖官职时,买得高等法院法官职位而跻身贵族阶层。穿袍贵族的职位是终身和世袭的。除行使司法权外,还有权监督王家政府,参与国家行政,即享有“注册权”。国王颁布的法令、敕令等必须经过高等法院注册才能生效,如果不予注册,国王必须修改或取消该法令,否则国王就须“御临法院”。穿袍贵族的政治态度和世袭封建贵族相同,反对任何有损于贵族特权的改革。大革命前夕,国王为挽救垂死的封建社会,多次企图推行财政改革措施,都因高等法院穿袍贵族的反对而告失败。高等法院干预国王行政的历史是导致大革命后法国建立行政法院制度的一个重要因素。

【巴士底狱】公元 14—18 世纪法国巴黎的城堡和国家监狱。建于 1370—1382 年间,原是一座堡垒,用以加强巴黎东门的防务。16 世纪时扩建,形成一个坚固庞大的防御体系。由 8 个高大的塔楼组成,一道高 24 米、厚 2 米的围墙把 8 个塔楼联结成一个整体,周围还有宽 26 米、深 8 米的壕沟,进出全靠吊桥。17 世纪的巴士底狱改为国家监狱,专门关押政治犯。大革命前很多无辜公民受“密札”迫害被投入巴士底狱,因而该监狱被视为封建专制制度的象征。1789 年 7 月 14 日巴黎人民举行武装起义,攻克巴士底狱,开始了法国资产阶级大革命。1880 年法兰西第三共和国时期,共和

国议会决定把 7 月 14 日定为法国国庆日。

【巴黎第三等级陈情书】1789 年法国大革命前夕巴黎第三等级提交给国王,反映资产阶级政治、经济要求的书面材料。1788 年法国国王宣布于次年召开三级会议。全国各选区、各等级的代表纷纷行动起来,向国王递交陈情书,说明自己的疾苦或所希望的改革措施。第三等级的陈情书最多,其中又以巴黎市民提出的一份最有代表性。该陈情书由巴黎第三等级选举人大会通过,在塔热、卡睦、巴伊、吉约旦等大革命早期活动家的主持下完成。实际上是一份全面规划法国资产阶级政治、法律、经济制度的立法倡议书,其中提出的所有原则几乎全部为以后的资产阶级政权所采纳。在“权利宣言”部分指出:“在任何政治社会中,所有的人在法律上都是平等的”,“一切权利来自国民”,“各种所有权都是不可侵犯的。任何公民非经合法判决不得受到逮捕或惩罚”。在“宪法”一章中,设计了君主立宪制政体和三权分立的政权组织形式,认为“每一国王登基时,国王应向国民宣誓,国民也应向国王宣誓”,国王应忠于国家宪法。三级会议行使立法权,各部部长等行政官吏“应就各种舞弊、越权的及不善运用资金等事对三级会议所代表的国民负责”。法院行使司法权。关于财政、农业、商业、宗教、医疗、教育,《陈情书》提出了一系列反封建主张,如平等纳税,废除封建领主养鸽权、狩猎权、严格保护公民私人财产所有权,实行资本主义工商业的无限自由等。关于刑事法律制度,它主张立法的目的在于保护资产阶级人身自由和财产安全,任何公民在没有正当法律手续的情况下不得加以逮捕,亦不得强制其出庭受审;实行陪审制、公开审判制,被告人有权自行选任辩护人,公民在适用法律时人人平等。《陈情书》的很多内容涉及到法律问题,因此实际上相当于一个十分重要的法律

文件。

【法国宪法】法国大革命以来颁布的一系列国家根本大法。主要有1791年法兰西王国宪法、1793年雅各宾宪法、1795年共和国3年宪法、1799年共和国8年宪法、1804年共和国12年元老院整体决议案、1814年钦宪宪章、1815年帝国宪法附加法、1830年七月王朝宪章、1848年法兰西第二共和国宪法、1852年路易·波拿巴宪法、1870年固定帝国宪法的法令、1875年法兰西第三共和国宪法、1946年法兰西第四共和国宪法和1958年法兰西第五共和国宪法。其中特点比较突出、历史意义比较深远的是1791年宪法,是法国第一部资产阶级宪法;1793年宪法,是大革命时期最激进的一部宪法;1875年宪法,是法国历史上适用时间最长的宪法;1946年宪法,是第二次世界大战以后法国最长的一部宪法;1958年宪法,是法国的现行宪法。法国宪法是资产阶级夺取政权、巩固政权的历史记载,是统治阶级和被统治阶级之间、统治阶级内部各派政治力量之间在不同历史时期错综复杂矛盾斗争的产物。法国宪法数量多,形式多样,轮廓鲜明,各具特色。在政治体制方面有君主立宪制,如1791年宪法;帝制,如1804年宪法;民主共和制,如1848年宪法。在议会制定方面,有一院制、两院制,甚至三院制、四院制。选举制度变幻多端,公民的权利和义务也有多种不同规定,如1791年宪法把广大贫苦群众视为消极公民,从而剥夺了他们的选举权和被选举权。1793年宪法则因为大革命的深入进行而给予公民比较广泛的民主权利,其中包括劳动权、生活权、受义务教育的权利等。尽管如此,法国宪法始终是资产阶级性质的国家根本法,大都受大革命的影响,确认和维护资本主义的原则和制度,体现资产阶级的阶级意志。

【法国民法典】又称拿破仑法典。法国大革命后制订的民法典。是法国直到今天一直适用的唯一的一部民法典,也是资本主义国家最早、影响最广泛的民法典。1804年颁布实施,由包塔利斯、特朗舍、比戈·普勒阿默那、马勒维尔等著名法学家起草,在拿破仑主持下制定成功。法典由总则和3编组成,共36章2281条。其渊源有罗马法、教会法、大革命前王室颁布的某些法令,法国的习惯法以及大革命时期的民事立法。法典总则六条,是关于民法典的公布、效力及适用的规定。第一编名为“人”,是关于民事法律关系主体的规定,也包括婚姻家庭方面的内容。指出所有法国人无论出身、门第、民族、文化程度如何,都毫无例外地享有平等的民事权利,年满21岁的成年法国公民都有平等的民事行为能力。婚姻是世俗男女之间的一种合意,夫妻任何一方都有提出离婚的自由,但离婚必须有严肃的理由。法典第二编名为“财产及其对所有权的各种限制”,是关于所有权客体的各项规定。第五百四十四条指出:“所有权是对于物有绝对无限制地使用、收益和处分的权利。”第五百四十六、五百五十二条进一步明确物的所有权可以扩张至由于天然或人工附加之物。土地所有权包括该土地上空和地下的所有权。财产所有权神圣不可侵犯,任何人不得被强制出让其所有权,即使因为公共需要,也应给予足够的补偿。法典第三编名为“取得财产的各种方法”,确认了民事法律关系客体从一个主体转移到另一个主体的各种方法,如赠与、继承、契约等。第一千一百零一条把契约定义为:“契约为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”第一千一百三十四条指出:“依法成立的契约,在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。”关于继承,法典规定实行法定继承和遗嘱继承相结合的制

度。被继承人以遗嘱方式划分自己的财产时,必须为法定继承人留出应有的份额。法定继承人仅包括婚生子女。关于侵权责任,法典适用过失责任原则,即无过失便无赔偿责任。民法典颁布后,广泛影响了西欧大陆和拉丁美洲一些国家的民事立法,以其为首形成了一个大的资产阶级法律体系——大陆法系。恩格斯称其为“典型的资产阶级社会的法典”。民法典制订于19世纪初期,随着现代科学技术的发展,资本主义政治、经济形势的变化,又经多次修订。其中变动最大的是第一编,原来法典中有关人格和身份不平等的规定绝大部分都已修改,使之更适合现代夫妻家庭生活的要求。财产法变动最小。第三编中有关继承、夫妻财产制和合伙等也有重大修改,例如原来关于非婚生子女没有继承权的规定已经取消。尽管如此,民法典至今仍保持原来的体例结构,法国一直没有制定一部新的法典来取代之。

【法国刑法典】1810年法兰西第一帝国时期由拿破仑主持编纂的法国第一部资产阶级刑法典,也是资产阶级国家最早一部有代表性的刑法典。法典共484条,分总则、分则两大部分。总则规定了犯罪的分类、处刑的原则、从轻从重处罚的原则、刑事责任年龄、刑事责任能力等。分别规定了各种犯罪应处的刑罚。犯罪分重罪、轻罪和违警罪。以违警刑所处罚的犯罪属于违警罪,“以惩治刑所处罚的犯罪”属于轻罪,重罪为“以身体刑或名誉刑所处罚的犯罪”。危及资产阶级私有财产、统治秩序以及统治者安全的犯罪绝大多数属于重罪,对这些犯罪广泛适用死刑。在公共道路上行窃处无期重惩役,夜间盗窃、合伙盗窃、持武器盗窃、砸门撬锁盗窃等一律处死刑。对危害国家安全罪、危害宪法罪和危害公共安全罪处刑也极其严厉。对所谓“大逆罪”,即以暴力或阴谋危害皇帝或皇族生命或

身体,以及颠覆政府、抗拒皇权、篡夺王位的行为,均适用死刑或没收全部财产。对国家官吏和政府工作人员在执行公务时的犯罪给予相应的惩罚。法典第一百一十四条规定,国家官吏、政府代理人员或其他工作人员以某种专横或暴戾的行为危害个人自由,处剥夺公权。第一百一十七条规定,凡行政官吏、司法官吏、行政机关的代理人或其他工作人员在执行职务时收受贿赂,处枷项刑并课以罚金,罚金数额相当于收受贿赂数的二倍,最低不得少于 200 法朗。法典规定了所谓“流氓罪”和“乞丐罪”;凡没有一定住所、失去生活资料、失去职业的人都被视为犯有“流氓罪”,在公共场所乞讨的人被视为犯有“乞丐罪”,体现出法典镇压劳动群众的阶级性。法典继承了封建刑法残酷性的传统,刑罚残酷,既有残害肢体刑,也有侮辱性刑罚。死刑的执行方式是斩首。1810 年法国刑法典承袭罗马法传统,巩固发展了大革命时期刑事立法,特别是刑法典草案的立法成果,在法国刑法史上起到了承前启后的作用。鲜明地体现了资产阶级刑法原则,为近 200 年来法国刑法和其他资本主义国家刑事立法的发展奠定了基础。条文简明,通俗易懂,立法经验丰富。作为资产阶级维护其政治经济统治的武器,刑法典的阶级性也十分明显。

【法国行政法院】法国独立于普通法院之外,负责审理国家机关之间、国家机关和公民个人之间行政纠纷的专门性司法机构。拿破仑一世统治时期正式诞生。1799 年法国宪法规定:“在执政的指挥下,设一参政院担任撰拟法律草案和行政规章,以及解决行政上所发生的疑难事件。”这里的参政院即现代行政法院的前身。最初参政院行使的是“国家元首保留的审判权”,即参政院对行政案件拟定判决词,判决的最后决定权依法属于国家元首拿破仑,他可以任

意更改判决。1872年5月24日,法兰西第三共和国颁布了“参议院法”,进一步健全了参政院的建制、职权、审判制度等,规定参议院应以法国人民的名义独立行使审判权,国家元首不再保留审判权。从此参议院不再依附于行政权,基本上取得了独立于行政权,也独立于普通法院的现代法国行政法院的地位。根据1872年参议院法,还设立了权限争议法庭,负责解决普通法院与行政法院的管辖争议,法国行政法院的组织机构也基本定型。1873年2月8日,权限争议法院审理了“勃朗科案”,在该案判决词中明确了普通法院与行政法院依公务标准划分管辖权的原则,在行政法院制度的发展史上有重要意义。1889年12月3日最高行政法院审理了“卡多案”,其判决词指出:“当事人不服行政机关的决定,可以直接向行政法院起诉,无需首先经过行政部门首脑的裁决。”使行政法院取得了完全独立于行政权的地位,完成了行政法院唯一行政诉讼机构的演变过程。目前法国设有最高行政法院一所,审理特别重大或情况特殊的行政诉讼案件,例如关于撤销总统和部长会议命令的事件、与总统任命的高级公务员个人地位有关的案件等。上诉行政法院若干,受理地方行政法庭的上诉案件。33个行政法庭,分设在法国本土和海外各省,负责审理大多数一审行政诉讼案件。此外法国还设有3所行政争议厅。行政法院审理案件主要依据判例,而不是法国的成文法典,是法国行政法院不同于普通法院的一个重要特征。

【巴黎公社宣布自己是唯一政权的法令】1871年3月29日颁布。1871年3月26日,法国巴黎22万市民举行巴黎公社的民主选举。3月28日,20万人在市政厅广场隆重集会,庆祝人类历史上第一个无产阶级政权——巴黎公社正式诞生。巴黎公社是无产阶级

专政的第一次伟大尝试,在其存续期间,不仅采取了不同于任何剥削阶级国家的政治、经济、军事、文化、宗教措施,而且颁布了一系列旨在摧毁旧国家机器,确立工人阶级领导地位的革命法令。关于巴黎公社为唯一政权的法令是公社成立后颁布的第一个革命法令,由公社委员会主席勒弗朗赛发布。主要内容是宣布“巴黎公社为现今唯一的政权”,“凡尔赛政府及其附庸发出的命令或通告,今后对各国家机关的职员一概无效”。任何官员或职员不得违背此法令。

【告法国人民书】1871年3月19日颁布于法国巴黎。1871年3月18日,巴黎工人阶级和广大革命群众发动武装起义,一举推翻资产阶级政权,领导革命的国民自卫军中央委员会成为临时革命政府。革命政权建立后,立即发布政令,接管政府各部门,整顿社会秩序,回击资产阶级对工人革命行动的诬蔑,镇压反革命示威,粉碎资产阶级反夺权阴谋,果断地行使了国家权力。“告法国人民书”是巴黎公社革命后发布的第一个革命文件。文件自豪地宣布:“巴黎人民终于挣脱了别人一直想强加于他们的桎梏。他们坚信自己的力量,镇静、沉着,对那班妄想危害共和国的无耻狂徒,既不害怕,也不挑衅,一直拭目以待。……让巴黎和法兰西共同来奠定共和国的基石吧!这个共和国及其一切成果将会受到热烈欢迎,因为只有这样的政府,才能永远结束内忧外患的时代。”文件还要求巴黎人民回到本区,准备进行巴黎公社的选举。因为国民自卫军中央委员会认为在把卖国政府赶走之后,自己的“代表证书已告期满”,应当尽早“把自己的委任交到普选产生的代表手中”。只有这样,才是对其“梦寐以求的愿望给予的唯一可能的报偿”。中央委员会的做法体现了无产阶级大公无私的精神,但是在当时栖居凡尔赛的反动

派随时准备向巴黎反扑的情况下,给了凡尔赛以喘息之机,最终导致公社的失败。

【亚眠宪章】法国总工会在亚眠大会上通过的一个纲领性决议。1906 年法国总工会在亚眠举行代表大会,会议声明承认阶级斗争,认为资产阶级对工人阶级在物质上和精神上进行了各种形式的剥削和压迫,导致了工人阶级的反抗。工人只有没收资本才能实现彻底的解放。关于工人阶级的反抗组织,会议强调工团主义,主张采取总罢工的办法去争取工人彻底解放,“工会今天是抵抗性的团体,将来会成为生产和分配的团体,社会改组的基础”。会议还主张“作为工会团体,不应去管政党问题,政党在工会之外可以自由地进行社会改革”,亚眠代表大会的上述观点被载入决议,该决议被称为“亚眠宪章”。

【普鲁士民法典】又称《普鲁士邦法》。1794 年颁布,其渊源有《查士丁尼法典》、《撒克逊法典》、《马德堡法》、《卢卑克法》和一些法院判例,共 19000 条。内容庞杂,包括:私法、商法、公法、行政法和刑法等多种部门法的规则。法典一方面顽固坚持封建主义立场,另一方面也不得不反映已经成长起来的资本主义经济关系和资产阶级的一些要求。例如用大量篇幅确认和巩固农奴制度、贵族特权、教会干预世俗法律事务的特权等,同时又宣布所有权是人的最重要的和绝对的财产权,是全部法典的基础,法典使用很多含混不清的语言,以便于法官随意适用和解释。恩格斯评述这部法典是“启蒙的、宗法制的专制主义的法典”,“还完全是属于革命以前的时代的”。对德国统一后制定的资产阶级民法典有重要影响。

【德意志帝国宪法】德国建立统一的资产阶级国家后制定的第一部宪法,共14章,78条,1871年始生效。1918年被魏玛宪法取代。继承了1848年普鲁士邦宪法的传统,以被称为“俾斯麦的影子”的《北德意志联邦宪法》为蓝本。宪法充分肯定了普鲁士邦在帝国中的霸主地位,确认了大资产阶级、容克贵族对国家的统治。规定国家的结构形式是联邦制,帝国由25个邦和1个直辖区(阿尔萨斯—洛林)组成。普鲁士操纵和控制联邦中央,帝国皇帝和首相即由普鲁士邦的皇帝和宰相担任。联邦中央拥有广泛权力,其立法高于各邦立法,中央政府有权管理关税、贸易、货币、度量衡、银行、发明权、铁路、水路运输、邮电等事务,各邦政府的独立管辖权仅限于本邦教育、宗教等。帝国实行君主立宪制。皇帝对外代表国家,对内统帅武装力量,宣布和签发议会通过的法律,任免帝国首相。首相控制行政权,其工作不向议会负责,仅向皇帝负责。首相除管理国家行政事务外,还管理阿尔萨斯—洛林这个帝国唯一的直辖区。帝国议会行使立法权,由联邦参议院和帝国国会两院组成。联邦参议院主席即帝国首相,在参议院内普鲁士邦占据17个席位,其他各邦一般有3—4席,最多只有6席。通过法案时,每个席位为一票,满14票就可以反对任何宪法修正案,因此普鲁士邦实际左右了国家根本立法。宪法继承了普鲁士的军国主义传统,要求普鲁士的军事法律应迅速施行于全帝国,国家实行普鲁士的义务兵役制,所有德国人都必须承担服兵役的义务。1871年德意志帝国宪法巩固了德国的统一,在一定程度上推动了德国历史的前进,但强烈的专制的军国主义特征对德国以后的政治生活也发生了重要影响。

【魏玛宪法】德国第一部资产阶级共和制宪法。资本主义进入垄断时期产生的第一部现代资产阶级宪法。大资产阶级和社会民主党

右翼相与勾结、相互妥协的产物,共 2 篇 181 条,规定国家结构形式是联邦制,国家管理形式是资产阶级共和国,国家元首是直接选举产生的总统,每届任期 7 年。总统对外代表国家,对内任免国家官吏和军官,可以提前召开和解散议会,可以以武力强制各邦遵守德意志联邦宪法和法律,特别是有权停止宪法规定的基本人权,以武力恢复所谓公共秩序与安宁。总理由总统任命,其工作向国会负责。议会行使立法权,由两院组成,其中下院有权宣布对政府的不信任。公民享有较为广泛的民主权利,如工作权、法律面前平等的权利,迁徙、言论、人身、住宅、秘密通讯、发表意见、和平集会、选举、请愿、宗教、学术、结社等自由权等。国家实行劳资会议制度和经济会议制度等,由劳动者和受雇者与企业主共同“制定工资劳动条件和生产力上全部经济发展之规章”,由企业主和雇员代表共同组成经济会议,审议和提出“关系重大之社会经济和法律草案”,并在一定范围内对企业行使监督和管理权。魏玛宪法制定于 1919 年,法西斯上台后被废除。

【1871 年德意志帝国刑法典】1871 年 5 月 15 日正式颁布,1872 年 1 月 1 日起施行的德国第一部统一的资产阶级刑法典。由总则和两编组成,共 370 条。总则把犯罪分为重罪、轻罪和违警罪。重罪指判处 5 年以上有期徒刑至死刑的犯罪,轻罪指判处 150 马克以上罚金至 5 年以下有期徒刑、苦役的犯罪,违警罪是判处拘留或 150 马克以下罚金的犯罪。第一编包括各种刑罚及其适用、犯罪未遂、共犯、数罪并罚等方面的规定。第二编是关于各种犯罪及其刑罚的规定。法典贯穿了罪刑法定主义、罪刑相适应等资产阶级刑法原则,对危及资产阶级统治秩序、统治者的人身安全以及侵害资产阶级私有财产的犯罪规定了极严酷的刑罚。如第八十条规定:凡谋

杀德意志帝国皇帝和联邦皇帝和联邦内各国国王,或欲谋杀而未遂者,均构成“大逆罪”,处以死刑。第八十一条规定:凡企图以暴力紊乱帝国或联邦各国之宪法或变换皇统者,也构成“大逆罪”,处无期重惩役或无期徒刑。又如法典规定,对皇帝和各邦国王施暴行者处无期重惩役或无期徒刑,对他们有“不敬”行为者,处5年以下有期重惩役或5年以下有期徒刑。法典维护宗教神权,用专章规定了“宗教罪”,凡“公然以不敬之语言亵渎神,使怀不快”,“公然对基督教会和其他联邦领域内所存立之教会与其规约仪式加以侮辱”,或“于教堂和其他宗教集会所设立之场所”进行凌辱等行为均构成“宗教罪”,处3年以下苦役。刑法典颁布后,对大陆法系国家的刑事立法产生了重要影响。在德国一直适用到法西斯政权的建立。希特勒政权虽然没有正式宣布废除,但进行了大规模修改。第二次世界大战后根据《波茨坦协定》精神废除了法西斯刑法,该刑法典得以恢复。

【德意志联邦共和国基本法】原德意志联邦共和国的宪法性文件。1949年5月8日通过,同年5月23日美、英、法三国占领军军事长官正式批准生效。由前言和正文11章组成,共146条。规定联邦德国是一个联邦制国家,联邦权力高于州权,联邦内各州之间相互平等,“在各州,所有的德国人都享有同等的公民权利和义务”。国家元首是选举产生的总统,总统不享有停止公民基本权利和以武力强制各邦的权力。立法权属于联邦议会,由联邦众议院和参议院两院组成。众议院由普遍、直接、自由、平等和秘密的选举产生,参议院由各州政府成员组成。最高行政机关是联邦总理为首的联邦政府。总理确定政治方针并对其负责,任免各部部长。联邦议会通过的法律、决议,总统颁布的公告、法令须由联邦总理和有关部长

签署才能有效。司法权由联邦宪法法院、联邦最高法院、基本法所规定的联邦法院和各州法院行使,法官在征求议会两院同意的情况下由总统任命,“法官具有独立性,只服从法律”。基本法关于公民基本权利的很多内容直接针对法西斯德国黑暗、野蛮统治。规定“人人有生存权和肉体完整权”,“任何人不得因性别、世系、种族、语言、籍贯、出身、信仰、宗教或政治观而受到歧视或优待”,“任何人不得违背良心被迫拿起武器服兵役”……。公民行使个人权利不能超出统治阶级允许的范围。第十八条指出:“如任何人滥用自由表达的权利,特别是出版自由、教育自由、集会自由、结社自由,通信、邮政、电讯秘密权,财产权和避难权,此种滥用法定权利与自由民主的基本法令相抵触,将丧失上述各种基本权利。”联邦宪法法院将宣布褫夺此类权利,并确立褫夺的范围。“基本法”产生后在原联邦德国一直适用,虽曾经过数十次修订,但基本上保持了稳定性。