

法学新课标教程

法学概论

A GENERAL INTRODUCTION TO LAW

李其瑞◎主 编

东志鹏◎副主编



中国民主法制出版社

全国百佳图书出版单位

法 学 新 课 标 教 程

法学概论

A GENERAL INTRODUCTION TO LAW

李其瑞◎主 编

东志鹏◎副主编

中国民主法制出版社

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/李其瑞主编. —北京:中国民主法制出版社,
2015. 7

法学新课标教程

ISBN 978-7-5162-0933-2

I. ①法… II. ①李… III. ①法学—概论—高等
学校—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 179933 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:陈晗雨

丛书策划:庞从容

责任编辑:唐仲江

责任校对:姚丽娅

书名/法学概论

作者/李其瑞 主编 东志鹏 副主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010)63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010)63056975 63292520

http://www.npcpub.com

E-mail:flxs2011@163.com

经销/新华书店

开本/16 710毫米×1000毫米

印张/17.5 字数/330千字

版本/2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷

印刷/北京盛源印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0933-2

定价/39.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

| 目 录 |

• 第一章 法的一般理论	001
第一节 什么是法	001
第二节 法的基本范畴	008
第三节 法律是如何运行的	020
第四节 法治与法治国家	037
• 第二章 宪法	048
第一节 什么是宪法	048
第二节 宪法的历史	055
第三节 宪法的原则和精神	062
第四节 我国宪法的基本制度	067
• 第三章 行政法	081
第一节 公共行政与行政法	081
第二节 行政法的历史	085
第三节 法治政府	090
第四节 行政主体	100
第五节 行政行为	105
第六节 行政程序	109
第七节 行政赔偿	111

• 第四章 刑法	114
第一节 刑法的概念与任务	114
第二节 刑法的历史	116
第三节 刑法的原则	120
第四节 刑法的效力范围	123
第五节 犯罪论	125
第六节 刑罚论	139
第七节 我国刑法中规定的十类犯罪	151
• 第五章 民法	155
第一节 民法的概念与特征	155
第二节 民法的历史	159
第三节 民法的原则与精神	162
第四节 民事法律制度	168
• 第六章 诉讼法	188
第一节 诉讼的含义	188
第二节 诉讼制度的历史	191
第三节 诉讼法与实体法的关系	195
第四节 民事诉讼制度	198
第五节 刑事诉讼制度	211
第六节 行政诉讼制度	222
• 第七章 亲属法	229
第一节 亲属法概述	229
第二节 亲属法的历史	236
第三节 亲属法的原则	242
第四节 婚姻制度	247
第五节 家庭制度	253
第六节 继承制度	261
• 后 记	270

第一章 法的一般理论

【内容提要】 法是什么？这是法学研习者首先要面对的问题。这一问题看似简单，但其却是有关法的理论的一个永恒命题；法的基本范畴，是构成法律理论体系的基本单位，是对法律现象及其基本问题的抽象和提炼。它包括法律渊源、法律效力、法律关系、法律责任、法律制裁等，对法的基本范畴的认识，就是分别从表现形式、约束力的范围、实现的途径和纠错机制这四个方面对实在法的描述与解读；同样，法作为一种行为规则，从其确立到实现需要经过一系列复杂的程序和过程，这主要由立法、司法、执法和守法等环节构成。其中，立法是法律运行的前提和基础，没有一个完备的法律体系，依法治国就无从谈起。而如果没有司法、执法和守法，法律也只能是“纸上的法”，起不到规范社会生活的实际作用。因此，要了解和把握法是如何从纸上走到社会中去的，就要对法从制定到实施的各个步骤进行全面展示，厘清它们之间的各自特征和相互关系，以期达到对法在社会中的运行过程有一个初步了解。法治是一种关注和尊重自由、平等、民主、人权等价值目标的社会治理模式。对于现代中国，法治国家、法治政府、法治社会一体建设，才是真正的法治。

【重点问题】 法是什么 法律渊源与效力 法律关系 法律责任与制裁 立法与立法权 司法与执法 守法与违法 法律监督 法治与法治国家

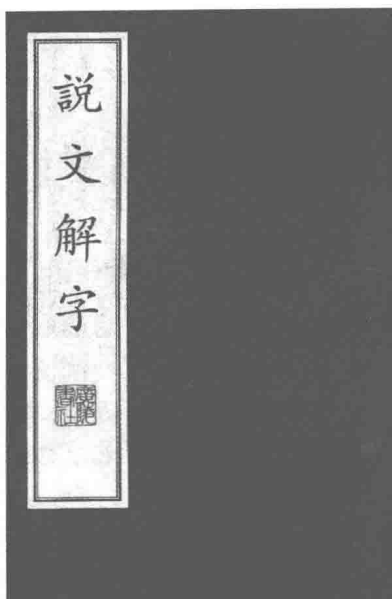
第一节 什么是法

自从人类社会有法以来，人们便试图解释法是什么，给法下定义的历史和人们思考法律问题的历史一样长。但是，由于各种观察法的视角以及各民族历史文化等因素的不同，也就形成了各种不同的法的词义和定义。

一、法的词源词义

在汉语中，“法”的古体写法为“灋”，许慎在《说文解字》中的解释是“灋，刑也。平之如水，从水。廌，兽也，似山牛一角，所以触不直者去之，从

去”。廌是一种传说中的独角兽,能辨别是非曲直,判断良善邪恶。可见,在古代中国,法律是一种刑罚,有水之公平和神明裁判之意。事实上,在中国古文献中,与“法”所表征的含义相同的词还有很多,比如秦以前叫“刑”,所谓“刑名法术之学”或“刑名之学”,即相当于现在的法学。春秋战国时也称单字“法”,如战国魏相李悝的《法经》。秦、汉以后,改“刑”为“律”。许慎解释道:“律,均布也。律者,所以范天下之不一而归于一,故曰均布。”均布是古代调乐器旋律用的一种工具,用“律”字表征法律,是取其可以规范人的行为,使人的行为整齐划一的含义。



东汉许慎所著的《说文解字》

“法”与“律”合为一个词“法律”,这是中国近代以来的用法。清末以降,“法”和“法律”各有侧重,同时并用。“法”通常用来笼统地指称法律观念、法律运行及实在法的整体,而“法律”一词则用来指称社会中实际存在的法律,即实在法。

在我国法律体系中,作为法律渊源意义上的“法律”一词有广狭两义。广义的法律是指实在法的整体,包括由享有立法权的国家机关制定的,处于不同法律效力位阶的,各种规范性法律文件的总称,如宪法、法律、法规等。狭义的法律是特指由全国人民代表大会制定的基本法以及全国人民代表大会常务委员会制定的除基本法以外的其他法律。

在日常用语中,为了避免广义和狭义两种用法的混淆,人们习惯于把广义的法律称作“法”,而把狭义的法律称作“法律”,如人们所说的“遵守法和法律”。

汉语中的法和法律在西方各种语言文字中,通常用不同的词来表达。比如,拉丁文的 Jus 和 Lex,法文中的 droit 和 Loi,德文中的 recht 和 gesetz,意大利语中的 diritto 和 legge,西班牙语中的 derecho 和 ley,就分别对应着“法”和“法律”的含义。在英语中,就没有这样明确的广狭两义,与“法”和“法律”有关的词汇包括 law、norm、rule 等词,其中 law 最为常用。Law 既可作广义解,也可作狭义解,即兼有汉语中“法”和“法律”的含义。一般来说,可用“a law”表达较为具体的、特指的“法律”的含义,用“the law”表达较为抽象、

宽泛的“法”的含义。

上述介绍有助于我们了解和掌握法的一般语义和用法,但是在现实社会生活中,法的含义只有结合特定的语境和文化背景才能准确地使用和把握。

二、法的本质

根据马克思主义经典作家对法律问题的相关论述,法的本质是主观意志性和物质制约性的统一,即法一方面是一种表现为国家意志的掌握政权阶级的意志,另一方面这一阶级意志又受到社会物质生活条件的制约。马克思和恩格斯在《共产党宣言》中谈到资产阶级的法时指出:“你们的观念本身是资产阶级生产关系和所有制关系的产物,正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样,而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件决定的。”^①这段话为我们理解马克思主义法律观提供了思路。

(一) 法是国家意志的体现

法是由掌握政权的阶级制定和认可并运用国家强制力保证实施的,所以,法必然要以国家意志的形式体现出来,法是表现为国家意志的统治阶级意志。进入阶级社会以后,阶级利益的冲突替代了原来氏族内部成员之间的矛盾,占统治地位者必须借助于国家意志来维护自己的利益,统治阶级就需要把阶级意志变为法律。采取国家意志的形式以国家的名义把法律表现出来,也就是马克思讲的“被奉为法律”,把在经济和政治上占统治地位阶级的愿望和要求上升为国家的愿望和要求,即国家意志。法之所以要表现为国家意志,还在于这样就可以凌驾于社会之上,获得国家强制力的保障,取得一体遵行的效力,让所有人在国家的名义下臣服于它。

(二) 法是统治阶级意志的体现

法作为国家意志表面上看似乎是具有中立性的东西,但拨开国家意志的“面具”,国家意志其实是政治和经济上占支配地位阶级的意志,即统治阶级的意志。在阶级对立的社会,只有掌握政权的统治阶级才能将本阶级的意志表现为法,被统治阶级处于弱势和被支配地位,其意志是不能通过国家表现为法的。因此,马克思认为,法不可能是超阶级的“公共意志”或“普遍意志”的表现。法体现的是统治阶级意志,但并非是统治阶级中某个人或少数人的意志,更不是他们的任性。法是统治阶级的共同利益和根本利益的集中反映,是统治阶级的整体意志。在社会主义社会,由于阶级对立关系的消灭,法的性质也在发生着转变,社会主义法是掌握国家政权的广大人民群众

^① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第268页。

众共同意志的体现。

(三) 法的内容由统治阶级的物质生活条件所决定

法是国家意志或者是统治阶级意志并非意味着法是纯粹主观的东西,只有主观性。相反,统治阶级的意志不是任意的,而是由统治阶级所处的特定社会的物质生活条件所决定的。社会物质生活条件主要包括地理环境、人口因素和社会生产方式。马克思主义经典作家提出了“两种生产”理论:“一定历史时代和一定地区内的人们生活于其下的社会制度,受着两种生产的制约:一方面受劳动的发展阶段的制约,另一方面受家庭的发展阶段的制约。劳动愈不发展,劳动产品的数量、从而社会的财富愈受限制,社会制度就愈在较大程度上受血缘关系的支配。”^①也就是说,在人类社会早期阶段,自然条件和第一种生产即“人口的生产”在人们的社会活动中起到主导作用;而到了文明社会,第二种生产即物资生产资料的生产和物资生活资料的生产,取代了第一种生产而成为主导作用的决定因素。因此,既不是“自然为社会立法”,也不是“人在为社会立法”,统治阶级意志要表现为国家的法,必须适应特定社会的物质生活条件。社会物质生活条件对法的最终决定性,也使得马克思主义法律观超越了自然法理论和黑格尔的法哲学观。

需要注意的是,说法最终决定于特定社会的物质生活条件,并不意味着法不受该物质生活条件以外的其他因素的影响。道德、习惯、文化、民族、宗教、历史传统等因素对法也有着重要的影响。马克思曾经对孟德斯鸠在《论法的精神》中就历史、地理以及文化传统对法的影响的研究倍加赞赏,认为如果不考虑法的人文哲学基础,单纯的法制并不足以保证社会的稳定和有序。

对马克思主义法的理论还有许多不同的解释。比如,在西方,许多学者把苏联法学家帕舒卡尼斯视为是马克思主义法学的重要代表。帕舒卡尼斯提出了一种“商品形式”的马克思主义法学理论,认为主体间的法律关系仅仅是已经变成商品的劳动成果之间的关系的翻版。因为“只有在商品生产中抽象的法律主体才看到了光芒”^②。另外,奥地利的卡尔·伦纳、意大利的安东尼奥·葛兰西以及德国的马尔库塞等人也都被视为马克思主义法律理论的代表人物,他们对马克思主义与法律的解释有着不同于苏联和中国学者的路径。其中,卡尔·伦纳试图运用马克思的社会学理论来建构一种法

^① 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第2页。

^② [苏联]帕舒卡尼斯:《法的一般理论与马克思主义》,杨昂、张玲玉译,中国法制出版社2008年版,第70页。

律理论；葛兰西则致力于把马克思主义法律理论扩展至包括政治、文化和意识形态在内的非经济视域；而马尔库塞却把马克思的法律理论与社会心理学进行嫁接。^①可见，对马克思主义法的本质理论的认识还需要进一步挖掘和研究，并以此达到更新和发展马克思主义法学的目的。

三、法的特征

法的特征是人们将经验领域中可感知的法律现象及其外部联系通过感性直观认识方式所进行的思维把握。根据对法的这些表象和标志的认识，我们就可以把法与其他相似的社会规范区别开来，从而达到准确认识和把握法律现象的目的。从法的纷繁复杂表象中我们仅提取被称之为特征的这些现象，并将其作为法这一事物区别于其他事物的标志或特点，这表明作为特征的现象并不是一般的现象，而是与事物的本质具有内在联系的现象，或者也可以说是由事物的本质决定的现象。因此，从表现为特征的这些法律现象出发，我们就可以进一步掌握法这一事物的本质；同时也可以说，基于对法的本质的不同认识，我们也可以归纳出不同的法的特征。

（一）法是调整人的行为的社会规范

社会中用来调整人们之间关系的规范并不只有法律一种，法作为诸多社会规范中的一种，其有着不同于诸如道德、习俗、宗教等其他社会规范的自身特点。

首先，法仅规范人的行为，而不调整人的思想。马克思指出：“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域。”^②法是针对人的行为设定的一种规则，它只调整和约束人的外在行为，而不调整和约束人的思想。西方法学家也认为，“法律与道德的区别可见之于这样的事实，即法律调整人们的外部关系，而道德则支配人们的内心生活和动机。”^③可见，对法律调整而言，存在着的首先是人的行为，人的思想仅仅是作为认定行为性质和程度的一个附带的方面。这是法区别于道德、宗教等其他社会规范的一个明显的特点，也是法作为一种特殊的社会规范所具有的独特属性和功能。

其次，法是一种具有规范性的行为规范。法的规范性是法调整人的行

① 有关西方马克思主义法学，可参见李其瑞、邱昭继：《西方马克思主义法学的源流、方法与价值》，《法律科学》2012年第5期。

② 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1972年版，第16页。

③ [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第371页。

为的形式或属性,法的调整是一种规范性调整。法是对社会主体的社会行为所进行的一般性和重复性的调整,是一种针对一类人和一类事可以反复适用的行为准则,与解决某个具体问题而进行的一次性调整相比,法的这种调整被称为规范性调整,它是社会调整方式的一种高级形态。

最后,法是具有特定逻辑结构的行为规范。法律规范一般由内在的逻辑结构即条件、行为模式、法律后果三个要素构成。法律规范中的条件部分是指适用该规范的情况的部分,也就是在什么情况下可以适用这一规范;行为模式部分则是对法律主体如何行为的规定,即对法律主体该做什么、不该做什么的行为要求;法律后果的部分则指行为人的行为在符合或违反规则所规定的行为要求时所产生的肯定或否定的后果。对任何一个法律规范来说,其逻辑结构的三个要素都是不可缺少的。

(二) 法是由国家制定和认可的社会规范

首先,法是一种出自国家的社会规范。法出自国家,它与国家权力与国家主权紧密相连。制定法律就是国家行使主权的重要标志,这表现在国家主权所及范围内的一切社会关系和社会行为都必须服从法律规范的调整和约束。与此相比,其他社会规范则不具有这一特征,如习惯和道德是人们在长期的共同生活中自发产生的,宗教规范是由各宗教组织制定的,政党政策和纪律是由政党的领导机构制定和发布的,等等。

其次,法具有普遍的约束力。这是因为现代国家被认为是“一种表面上凌驾于社会的力量”^①,国家主权被认为是社会中最高的权力,因而由国家制定的法律便取得了其他社会规范都不具有的普遍约束力和最高权威。法的普遍约束力是指一国法律适用于主权范围内的一切组织和个人。

最后,制定和认可是国家创制法的两种形式。制定是指拥有和行使立法权的国家机关,依照法定程序创制出新的法律规范。通过这种方式产生的法律,称为制定法或成文法,它们通常表现为各种类别的规范性法律文件。认可是指拥有和行使立法权的国家机关,对社会中已经存在的某些习惯、道德、宗教行为规则以及国际条约和国际惯例予以认可,并赋予其法律的约束力。以认可的方式形成的法律一般称为不成文法。

(三) 法是规定人们权利和义务的社会规范

首先,法的调整就是对权利和义务的调整。权利和义务是社会利益划分与协调的法律表现形式,权利表征利益,义务表征负担。法给人的行为设定了不同的行为模式,其中由禁止性和命令性行为模式所构成的法律规范被称作义务性法律规范,而由授权性行为模式所构成的法律规范则被称为

^① 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第166页。

授权性法律规范。法律这种模式对人的行为进行调整,对社会关系参加者的利益进行分配,从而确认、保护和发展特定的社会关系,建立稳定的社会秩序。

其次,法的调整是一种双向调整。法有别于其他社会规范的特征还集中表现为:法对人们权利义务所进行的是一种双向调整,即法总是在给人们的行为设定某种权利的时候,同时给人的行为设定与这一权利相适应的义务。纯粹的权利或纯粹的义务在法中是不存在的。其他社会规范则与此不同,如道德、宗教等规范在一般的情况下,只给人们的行为提供一种义务指引。法律规范这种权利和义务的双向调整方式,是其区别于其他社会规范的显著特征。

(四)法是由国家强制力保障实施的社会规范

首先,法具有国家强制性。德国法学家耶林说:“没有强制力的法是不燃烧的火,不发亮的光。”任何社会规范都应该具有某种性质的强制性,但法所拥有的国家强制力有别于其他社会规范。国家强制力是一定的阶级为了特定的统治目的而建立起来的军队、警察、法庭、监狱等国家暴力。近现代以来,民族国家成为社会普遍认可的社会管理组织,国家不但垄断了立法权、司法权和行政权,而且还垄断了社会中使用某种暴力的权力。在现代社会中,只有国家可以合法地使用某种暴力,这使得国家强制力具有了普遍约束力和最高权威性。与此相比,道德则主要靠社会舆论和个人良心保障实施,宗教规范和其他社会规范则主要靠来自组织内部的某些约束和纪律来保障实施,并且它们都不能和法律相违背。法所具有的这一国家强制力的特征,是任何其他社会规范都无法相比的。

其次,法的国家强制力是从最终意义上说的,并不意味着法实施的所有环节都必须有国家强制力的介入。在现代社会,通常情况下法主要是由社会成员的自觉遵守来实现的,法律强制力在此时仅仅处于一种潜在的、隐而不发的状态。法的国家强制性主要表现在:一旦人们违反了法律,就可能导致来自国家强制力对其法律责任的追究,这种对违法责任的强制性纠错,是法律所具有的国家强制力的主要表现形式。同时,还要认识到法律强制力并不意味着赤裸裸的暴力,其最终还取决于其正当性和合理性。

最后,法的国家强制力的运用具有程序性。法所具有的国家强制力,是一种实际和现实的支配力、控制力,它的物化形式就是军队、警察、法庭和监狱。法律强制力运用的直接后果,就是对社会成员现实利益的处分或剥夺,因此,国家强制力的运用必须依照某种特定的程序来进行。在现代民主与法治背景下,国家强制力运用的程序性,不仅体现着这种强制力的合法性以及形式正当性,而且还表现为对国家公权力的制约和监督。

第二节 法的基本范畴

一、法律渊源

(一) 法律渊源的概念及分类

法律渊源从字面讲是一个多义词,可以指法律的历史渊源、法律的本质渊源、法律的理论渊源、法律的效力渊源和法律的形式渊源等。在国内法学界,法律渊源一词主要指的是法律的形式渊源,也就是法律的各种具体表现形式。法律渊源是指有立法权的国家机关所创制的具有不同法律效力和法律位阶的各种规范性法律文件的总和。

法律渊源在理论上可以区分为正式法律渊源和非正式法律渊源。法律的正式渊源是指经由国家立法程序而被确认具有直接法律效力或约束力的规范性法律文件。法律的非正式渊源是指虽未经由国家立法程序确认其具有法律效力,但在司法实践中却具有一定实际影响和参考价值的裁判依据,比如政策、习俗、道德和法理等。

(二) 法律渊源的种类

在不同的历史时期或不同的国家或地区,法律渊源有着各种不同的表现形式,概括讲有以下五种主要形式。

1. 习惯法

这是人类社会早期法律的主要形式渊源,在现代社会的某些国家和地区,习惯法依然是一种重要的法律渊源。所谓习惯法,即指那些被国家赋予了法律上强制执行效力的习惯规则。这些习惯规则是人们在长期的生产和生活中自发形成并被社会广泛认可的,其原本就存在于社会中,经由国家对其的认可取得了法律上的约束力而从习惯成为了习惯法。

2. 制定法

制定法是指享有立法权的国家机关创制的,系统的、条文化的、书面形式的具有普遍约束力的行为规范。制定法是大陆法系国家主要的法律渊源。制定法在中国一直是主要的法律渊源,在古代有律、令、格、式等不同种类。

3. 判例法

判例是指司法机关对案件所作的裁判典例,其本身仅对该个案具有拘束力。但该判决内含的裁判规则如果被以后同类案件所援引或适用,该判例即转化为判例法。从判决到判例再到判例法,使原判决具有了普遍的约束力。判例法是英美法系国家主要和正式的法律渊源。

4. 协议法

协议法是指通过双方或多方协商产生的,对参与达成协议的各方都有约束力的法律形式。协议法在当代是国际法的主要法律渊源,随着全球化的步伐不断加快,协议法的数量也将逐年增加。

5. 学理法

这是存在于古代社会和国家的一种正式的法律渊源,指的是赋予法学家对法律问题所表达的权威性主张、见解或学说观点以法律效力的一种法律形式。现代世界各国都普遍否定法学理论和学说具有直接的法律效力。

(三) 当代中国的法律渊源

1. 宪法

宪法是我国最主要的法律渊源,在法律渊源体系中处于最高的核心地位,具有最高的法律效力。宪法是制定其他一切法律、法规的依据,一切其他法律、法规等都应具有合宪性,不得与宪法原则和规定相违背。

2. 法律

法律是由全国人民代表大会及其常委会经过特定的立法程序制定的规范性文件。其地位和效力仅次于宪法。法律分为基本法律和一般法律。基本法律是指由全国人民代表大会制定和修改的,规定或调整国家和社会生活中某一方面具有根本性和全面性关系的规范性文件。如民法、刑法、诉讼法等。一般法律指基本法律以外的其他法律,是指由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的,规定和调整除基本法律调整以外的、关于国家和社会生活某一方面较具体问题和关系的法律。如食品卫生法、产品质量法等。

3. 行政法规

行政法规是由国务院根据宪法和法律,在其职权范围内制定的有关国家行政管理活动的规范性文件,其地位和效力仅次于宪法和法律。国务院所属各部门根据宪法、法律和行政法规制定的规范性文件称为行政规章或者部门规章,它也是我国重要的法律渊源。

4. 地方性法规和地方规章

地方性法规是指省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市、国务院已经批准的较大的市、设区的市的人民代表大会及其常委会制定的,适用于本地方的规范性文件。其中,设区的市仅对本辖区城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项可以制定地方性法规。地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规。地方性法规仅在本行政区域内有效。此外,地方规章是指省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区、直辖市人

民政府所在地的市、经济特区所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府,根据法律、行政法规所制定的规范性法律文件。具体表现形式有:规程、规则、细则、办法、纲要、标准、准则等。

5. 自治法规

自治法规是指民族自治地方的自治机关根据宪法和法律制定的自治条例和单行条例。自治条例是指规定关于本自治区实行民族区域自治的基本组织原则、机构设置、自治机关的职权、工作制度以及其他重大问题的规范性法律文件。单行条例是根据自治权制定的调整自治区某一方面事项的规范性法律文件。

6. 国际条约

国际条约是指两个或者两个以上的国家,关于政治、经济、文化、贸易、法律以及军事等方面,规定其相互之间权利和义务的各种协议的总称。国际条约的名称很多,除条约之外,还有公约、协定、和约、宪章、盟约、议定书、换文、宣言、声明等。这些国际条约经我国最高权力机关批准和我国政府申明承认、参加后,即在我国国内具有法律效力,从而成为我国的法律渊源之一。

7. 其他法律渊源

除上述主要法律渊源外,我国还有以下几种正式的法律渊源:一是军事法规,是指中央军事委员会制定的调整和规定关于我国国防建设和军事方面关系的规范性法律文件;二是特别行政区的法,即在“一国两制”之下的特别行政区的规范性法律文件;三是经济特区法规,是指我国经济特区根据授权立法所制定的规范性法律文件。

二、法律效力

(一) 法律效力的含义

法律效力从广义讲是指一切法律文件所具有的法律上的约束力和强制力。法律效力从狭义讲则是指规范性法律文件的生效范围或适用范围,即规范性法律文件在什么时间、什么空间范围内对什么人、什么事适用。本节讲述的是狭义的法律效力。

法律在一定的范围内适用并且具有约束力,这是法与其他社会规范的根本区别,也是法作为一种特殊社会规范的构成条件之一。从这种意义上来说,法律效力表现着法的权威性,它为社会秩序的建立提供权威的指引,也为这种秩序的实现提供强有力的保护。同时,法律效力也体现了法存在的形式正当性,即其约束力或强制力来源于合法立法程序的认可。^①

^① 张文显:《20世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第433页。

(二) 法律效力的位阶

法律效力的位阶,即指法律效力的等级层次。由于制定法律的主体、时间和适用范围的不同,导致法律呈现出效力级别高低的不同,从而形成了法的效力的等级体系。

我国以及大陆法系国家由于以成文法为法的主要渊源形式,因而形成了一个以宪法为最高地位,以其他法律为基层的金字塔型的法律位阶体系。而在以判例法为主要法律渊源形式的英美法系国家,其审判等级对法律效力位阶的影响则更为重要。

我国的法律,以宪法为核心,以制定法(成文法)为主要渊源。在这种法律体系中,法律效力的位阶,主要由制定法律的立法主体的地位、法律的适用范围和法律制定的时间这三个因素来决定。

我国确定法律效力位阶的基本原则主要有:

(1) 宪法至上的原则。宪法是我国的根本大法,在我国的法律体系中具有至高无上的法律地位,其法律的效力级别最高。一切法律、法规都不得与宪法相抵触,其法律效力也都在宪法之下。

(2) 上位法优于下位法的原则。这是根据立法主体地位的不同来确认法律效力等级的原则。具体讲就是宪法的效力在所有法的效力之上,对其他法律法规来说,上一级立法主体制定的法律效力,均高于下一级立法主体制定的法律的效力。同位阶的法律具有同等的法律效力。

(3) 特别法优于一般法的原则。特别法是指根据特殊情况和需要,适用于调整某种特殊社会关系,或在特别的时间范围和空间范围适用的法律规范。特别法和一般法的划分是相对而言的。适用特别法优于一般法的原则有一个前提,即所指的特别法和一般法必须是同一机关制定的法律或处于同等效力级别的法律。

(4) 新法优于旧法的原则。在具有同样的内容和同等效力级别的法律之间,后制定的法律的效力优于先前制定的法律,即后法应予优先适用。这一原则同时也说明,在具有传承关系的新旧两个法律之间,新法生效便自然取代了先前旧法的法律效力。

(5) 国际法优先的原则。国际法优先原则是指对一个主权国家承认或加入的国际条约或国际惯例来说,该国的国内法律规范不得与此国际条约或国际惯例相抵触,且该国际条约或国际惯例相对于国内法来说应予优先适用。

(三) 法律的效力范围

法律的效力范围,指法对什么人、在什么时间和什么空间范围发生约束力和强制力的问题。法律的效力范围,包括法的时间效力范围、法的空间效

力范围、法对人的效力范围三方面的内容。

1. 法律的时间效力

法律的时间效力包括了法律生效的时间、效力终止的时间以及法律的溯及力问题。

(1) 法律生效的时间。法律生效的时间就是制定法何时起发生法律效力的问题,主要有两种情况:第一,自法律公布之日起生效。这分为两种情况:一是该法律中没有规定其开始生效时间,而由其他法律文件宣告自公布之日起生效。如我国1982年12月4日通过的宪法,本身没有规定开始生效时间,是由同日通过的全国人大公告“公布施行”。二是由该法律明文规定自公布之日起生效。如我国国籍法第18条规定:“本法自公布之日起施行。”第二,明文规定该法律颁布后达到一定期限后生效。这也分为两种情况:一是该法明文规定达到一定期限后生效。如我国2000年3月15日通过、2015年3月15日修正的立法法第105条规定:“本法自2000年7月1日起施行。”二是由其他法律文件规定该法的具体生效时间。如香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法的生效时间是由全国人大以决定的形式规定的。

(2) 法律效力终止的时间。法律效力终止是指法律由于被废止,其效力消灭。法律废止一般有明示废止和默示废止两种情况。明示废止,是指在新法或其他法令中,明文对某一法律予以废止。默示废止,是指不以明文规定废止原有的法律,而是在司法实践中确认旧法与新法相冲突而适用新法,这种方法实际上废止了原有法律的效力。一般来讲,法律制定后必须公布施行,废止某项法律时,也应该是明确而清楚的,所以当今各国普遍采用立法方式来明示废止某项法律。

在我国,法律效力终止的时间,主要有以下五种情况:一是新法公布施行后,原有的法律即自动丧失效力;二是在新法中明文规定废止旧法;三是由有关机关颁布专门的决议、决定,宣布废止某些法律,从宣布废止之日起该法即停止生效;四是法律本身自行规定有效时期,至时限届满又无延期规定时,即自行停止生效;五是有些法律由于已经完成历史任务而不再被适用。

(3) 法律的溯及力问题。法律的溯及力是指法律溯及既往的效力,即指新法颁布以后对其生效以前所发生的事件和行为是否适用的问题。如果适用,该法就有溯及力;如果不适用,该法就不具有溯及力。

人们遵守或执行法律的前提是人们行为时知道或者应当知道法律的存在和内容,不能要求人们遵守还没有制定出来的法律。现代社会的法治原则要求,法只能调整和约束其生效后的行为,因此世界各国普遍认为,法律不应具有溯及既往的效力。

由于刑法调整对象的特殊性和连续性,世界大多数国家在刑法中都有条件地保留了刑法的溯及力。确认刑法的溯及力通常适用以下几种原则:一是从旧原则,即认定新法没有溯及力;二是从新原则,即肯定新法有溯及力;三是从新兼从轻原则,即在原则上肯定新法有溯及力,但如果旧法的处罚较新法轻,就按旧法处理;四是从旧兼从轻原则,即首先认为新法没有溯及力,但如果新法不认为是犯罪或新法对行为人的处罚较轻时就适用新法。从旧兼从轻原则是现代各国刑法普遍采用的原则,我国刑法也采用这一原则。刑法第12条规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”

2. 法律的空间效力

法律的空间效力是指法律生效的地域范围,即法律在哪些地方具有拘束力。根据国家主权原则,一国的法律在其主权管辖的全部领域内都具有拘束力。法律效力的地域范围,首先包括一个国家的领陆、领水、领空及其底土在内的全部领域。此外,还包括延伸意义上的领土,即本国驻外大使馆、领事馆及在本国领域外的本国船舶和飞行器。

3. 法律对人的效力

法律对人的效力是指法对哪些人适用或有效。世界各国在确认法对人的效力范围时,通常采用以下原则:

(1)属人主义原则,即法只对具有本国国籍的公民和在本国登记注册的法人适用,而不论他们在本国领域内或在本国领域外。外国人即使在本国境内犯法,也不适用本国法。

(2)属地主义原则,又称领土主义原则,即凡在本国领域内的所有人都适用本国法,而不论是本国人还是外国人,本国人如不在本国领域内也不受本国法的约束和保护。

(3)保护主义原则,即以保护本国利益为基础,任何人只要损害了本国利益,不论损害者的国籍和所在地域在哪里,均受该国法的追究。

(4)以属地主义为主、以属人主义和保护主义为补充的折中主义原则。这是近代大多数国家所采用的原则。我国法律在确认对人的效力时也采用“以属地主义为主、以属人主义和保护主义为补充”的原则。依据这一原则,我国法律对人的效力具体表现为两个方面:

第一,对我国公民的效力。有两种情况:一是我国公民在我国领域内一律适用中国法律;二是中国公民在中国领域外原则上仍受中国法律的保护和约束,但在适用法律时必须满足一定的条件。

第二,对外国人的效力。也有两种情况:一是我国领域内的外国人和无国籍人,除法律另有规定外(如享有外交特权和豁免权应通过外交途径解决),一律适用我国法律,即我国法既保护其合法权益,也追究其违法责任。二是我国领域外的外国人,如果侵害了我国国家或公民的权益,或者与我国公民产生法律关系,原则上也应适用我国法律规范,但也必须满足一定的条件。如我国刑法规定,外国人在中国领域外对中国国家或中国公民的犯罪,最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法,但按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

三、法律关系

(一) 法律关系的概念

法律关系是指法律规范在调整人们行为或社会关系的过程中所形成的人们之间的权利与义务关系。法律关系首先是社会关系,即人与人之间的关系。但法律关系却不是一般的社会关系,而是一种特殊的社会关系,其特殊性就表现在它是一种人与人之间的权利与义务关系。法律关系根据不同标准可以划分为不同的类别,如一般法律关系和具体法律关系、绝对法律关系和相对法律关系、平权性法律关系和隶属性法律关系、调整性法律关系和保护性法律关系等。

法律关系是人与人之间的思想意志关系。社会关系可以划分为物质关系和思想意志关系,前者是不依赖于人的意志而产生和形成的关系,如生产关系;后者是人们有目的、有意识建立和形成的关系,如法律关系。法律关系之所以是思想意志关系是因为,法律关系是根据法律规范建立的,而法律规范又是国家意志的体现。此外,法律关系参加者的意志对于法律关系的建立和实现也有重要作用。

(二) 法律关系的特征

1. 法律规范是法律关系产生的前提

没有相应的法律规范的存在,就不可能产生法律关系。法律关系是因法律调整,并根据法律规范规定而建立起来的社会关系。众多的社会关系并非都是法律关系,社会关系能否成为法律关系,取决于国家是否对其进行法律调整。被法律调整的社会关系就具有不同于一般社会关系的国家意志性和国家强制性等特点和属性而成为法律关系。由于法律只调整那些主要或重要的,即对社会秩序的确立和维护具有基本意义的社会关系,社会关系能否因法律的调整而成为法律关系,主要取决于该社会关系的重要性程度。

2. 法律关系是人们之间的权利与义务关系

法律关系区别于其他一般社会关系的另一个特点是,法律关系是以权

利与义务的方式来确认人们关系的。法律关系中的权利与义务,是由法律规范规定的,但法律规范中规定的权利与义务只是一种抽象的可能性,是主体能够做或应该做的行为模式,它并不表明主体实际具有了这种权利和义务。只有当人们依照法律所规定的行为模式,做出或未做出一定行为或某种法律上规定的情况发生时,人们之间才可能形成某种现实具体的法律关系,此时法律规范为这种法律关系所预先设定的权利和义务才成为现实。现实生活中,人们实际所具有的权利和义务,是以法律规范所设定的可能的权利和义务为前提的。

3. 法律关系是以国家强制力作为保障手段的社会关系

国家对某种社会关系的法律调整,体现着国家对该行为的态度,由此所建立或形成的法律关系当然也是国家意志的体现,也是由国家政权的力量来保证实施的。事实上,社会关系上升为法律关系,其意义不仅在于它具有实现的必要性,而且更在于用法律手段调整这种关系的必要性,即需要以国家强制力来保证这种社会关系的确立和实现。

(三) 法律关系的构成要素

1. 法律关系的主体

法律关系的主体是指法律关系的参加者,即法律关系中权利的享有者和义务的承担者。法律关系的主体是法律关系必不可少的构成要素之一。法律关系的主体具有法定性,即什么人可以充当何种法律关系的主体,是由国家法律规定的,而不是自发和任意形成的。不同历史时期的不同国家,法律关系的主体因法律规定而有所不同。比如在古代社会,奴隶是奴隶主所占有的财产,在法律上被作为法律关系的客体来对待,因而不能充当法律关系的主体。法律关系的主体一般有三类:自然人、法人、国家。

法律关系主体的权利能力和行为能力。行为人具有权利能力和行为能力,是成为法律关系主体的法定条件或资格,不具有这两个条件或资格的人,不能成为特定法律关系的主体。权利能力就是法律关系主体依法享有一定权利并承担相应义务的资格或能力。权利能力具有法定的专属性,其取得、限制和丧失都由法律规定之;行为能力是指法律关系主体能够依自己的意志,通过自己的行为享有权利和履行义务的能力。公民或自然人的行为能力,通常和年龄及精神健康状态有关,各国法律一般都把公民的行为能力划分为三种:完全行为能力人、限制行为能力人、无行为能力人。

法律关系主体的行为能力和权利能力有着密切联系,其行为能力必须以权利能力为前提。但法人和自然人的行为能力与权利能力却具有如下不同:自然人的行为能力与权利能力有时可能会分离,即具有权利能力时并不一定具有行为能力;而法人的权利能力和行为能力却不会分离,它们是同时

产生、同时灭失的。法人一经依法成立,就同时具有权利能力和行为能力,依法撤销后,其权利能力和行为能力也同时灭失。

2. 法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体所享有的法律上的权利和义务。所谓法律权利,就是法律所保护的权利和自由,即国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定做出某种行为及可以要求他人做出某种行为的许可和保障。法律权利的定义表明其内容应当包括:一是权利人可以自主决定做出一定行为的权利;二是权利人要求他人履行一定法定义务的权利;三是权利人在自己的权利受到侵犯时请求国家机关予以保护的权力。权利总是和义务紧密相关,离开了义务,权利既无法实现同时也得不到保障。所谓法律义务,就是国家通过法律规定,对法律主体行为的一种约束,即国家通过法律规定要求法律关系主体必须做出一定行为或不得做出一定行为。由于权利表征利益,而义务表征负担,所以权利人可以放弃法定权利,而义务人却不能放弃和拒绝履行法定义务。义务可以分为积极义务与消极义务。积极义务是指法律要求义务人必须做出某种行为;消极义务是指法律要求义务人不得做出某种行为。

3. 法律关系的客体

法律关系的客体就是法律关系主体的权利义务所指向的对象。法律关系的客体是法律关系的基本构成要素之一。法律关系客体须具有如下属性:一是客观性。作为法律关系的客体,必须是那些在现实物质世界真实存在的事物,而不能是虚构的。二是可控性。作为法律关系的客体,必须是人类能够认识和把握或控制的事物。人类不能认识和把握的事物当然也不可能被法律所规定和调控。三是法定性。作为法律关系的客体,必须是得到国家法律确认和保护的。四是价值性。作为法律关系的客体,必须对人类的生产、生活具有价值,对社会的法律调整具有意义;若没有一定的价值和意义就没有必要用法律来调整,也就不可能成为法律关系的客体。我国法律关系的客体主要有以下几类:物、智力成果、行为等。

4. 法律关系的形成、变更和消灭

法律关系的产生,有赖于法律规定的存在这一前提条件,除此之外还有赖于特定法律事实的出现。法律事实是法律规定的引起法律关系形成、变更和消灭的客观事实和情况。古罗马人认为“法律事实是法律使某一权利的取得、丧失或变更赖以发生的条件”^①。相对于法律规定这个前提条件而言,法律事实对特定法律关系的形成、变更和消灭更为直接。法律规定是一

^① 李其瑞主编:《法理学》,中国政法大学出版社2007年版,第221页。

般抽象法律关系产生的间接原因,而法律事实则是特定具体法律关系形成、变更和消灭的直接原因。法律规定中的可能性,只有在法律事实出现之后才能成为现实。法律事实可以分为以下几类:法律事件与法律行为、肯定的法律事实和否定的法律事实、单一的法律事实和复合的法律事实、一次性作用的法律事实和连续性作用的法律事实等。

四、法律责任

(一) 法律责任的含义

法律责任有广狭两义,广义的法律责任是指任何组织和个人都有遵守法律的义务,都应自觉维护法律的尊严。狭义的法律责任是指行为人由于违反法定义务而应承担的某种不利后果。法学理论和司法实践中所说的法律责任,通常是指狭义的法律责任。依据一定的标准,可以把法律责任分违宪责任、民事责任、行政责任、刑事责任。

法律责任的本质是什么,社会缘何要追究违法者的法律责任以及怎样来追究他们的法律责任,这些问题关系到国家的责任以及立法、执法与司法的实践,也关系到我们对法律责任内部构成要素的理解和把握。有关这些问题的观点和学说十分丰富:如康德认为,犯罪是一种道德过错,而法律的性质则是一种正义,对犯罪追究法律责任的理由是道义报应^①;而黑格尔则认为,对犯罪进行惩罚是法律对行为人的否定性评价,追究法律责任的理由是法律报应^②。综合起来有代表性的观点是道义责任论、社会责任论、规范责任论、人格责任论、报应责任论和补偿责任论等。

要准确和全面把握法律责任的本质,就应该把法律责任放到整个法律制度 and 法律秩序中去进行分析。法律是在人类社会共同生活的需要中产生的事物,因此法律责任的本质亦应源于人类共同生活的需要。在社会生活共同体中,每个人都会追求各自的特殊利益,但同时都必须维护和自己利益攸关的集体利益、社会利益、国家利益,因此法律要求人们在追求自己利益的同时,尊重他人、社会 and 国家的利益,并且必须对危害他人和社会利益的行为进行纠正。法律责任制度设立的必要性和必然性即在于此。

首先,法律责任在本质上是一种利益责任,这种责任存在于社会共同体和社会成员的利益冲突之中;其次,法律责任是国家对违法行为所给予的法律上的否定性评价,以及国家对合法利益的一种保护和修复;最后,法律责任是国家促使法律主体合法行使权利、自觉履行义务的重要制度保障。通

^① 参见陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社1998年版,第128—129页。

^② 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第286页。

过对违法行为人追究法律责任,使被违法行为破坏的法律关系、法律秩序得以恢复,从而使社会有序发展。

法律责任的本质决定了法律责任具有法定性,它是由国家法律预先设定的,是国家对人们行为的一种规范性调整;法律责任同时还具有国家强制性,即法律责任的追究和执行必然得到国家强制力的保障,必须是国家机关依照法定职权和程序来实施和执行的。正确理解法律责任的本质,对构建科学合理的法律责任理论及立法体系具有十分重要的意义。

(二) 法律责任的归结与免除

1. 法律责任的归结

法律责任的归结也称为法律责任的归责,是指由特定国家机关或授权机关依法对行为人的法律责任进行判断和确认的活动。这种活动是在特定的原则指导下进行的。这些原则体现着法律制度的价值取向,它既引导着法律责任的立法,也指导着法律实践中对法律责任的认定和归结。归责法律责任必须遵守下述原则:

第一,责任法定原则。责任法定原则是指作为一种否定性的法律后果,有关法律责任的一系列要件都应由法律预先设定,特定机关只能在法律预先设定的范围内认定行为人的法律责任。责任法定原则表明,什么人、在什么情况下、做出或未做出一定行为,应承担什么法律责任,以及什么机关依照什么程序和原则来归结、认定和追究行为人的法律责任,都应该由法律事先明文规定。任何人和组织都无权在法律规定之外认定和追究行为人的法律责任。所谓“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”就是责任法定原则的简略表达。

第二,责任相称原则。责任相称原则是指行为人应承担的法律责任的性质、种类以及程度,应该与行为人违法行为的性质及其造成的后果相适应。这一原则反对轻罪重罚,重罪轻罚。它要求有责当究,无责不究,轻罪轻罚,重罪重究,罚当其罪。

第三,责任自负原则。责任自负原则是指法律责任只能由违法行为人自己来承担,而与其他人无关。追究违法者法律责任时,不能无辜株连那些与违法行为无关的违法者的亲属、配偶、子女等,不能损害这些人的合法权益。法律责任自负原则是对古代连坐和株连制度的否定和批判,它不仅是一项归责原则,也是现代法治社会的一般原则。

第四,责任平等原则。责任平等原则是“法律面前人人平等”这一法治原则在法律责任制度中的体现。作为法治社会的一般原则,法律面前人人平等贯穿于执法、司法和守法的全过程,而责任平等原则就是法律面前人人平等原则在这一过程中的具体表现。它要求适用法律认定和追究法律责任

时,应该对所有的人一律平等,任何机关和个人都不能享有法外特权,包括如果党和国家的领导人违法犯罪亦要追究其法律责任。同时,任何人都都不应受到法外追究,包括违法者的家属和亲属等。

2. 法律责任的免除

法律责任的免除也称为法律责任的免责,是指行为人应承担的法律责任因满足某种法定的免责条件而被部分或全部免除。免责并不是不应承担法律责任,它是以法律责任的成立为前提和基础的,是指本应承担法律责任,但在法律规定可以免除责任的事由出现时被免除而不再承担。

免责的法定事由主要有以下六种:时效免责、不诉免责、主体死亡免责、赦免免责、因履行不能而赦免、自首或立功免责。

五、法律制裁

(一) 法律制裁的含义

法律制裁是指特定国家机关依照法定职权和程序对责任主体依其应负的法律责任而实施的强制性惩罚措施。它是实现法律责任的重要和基本的方式。通过这种强制性惩罚措施的运用,使违法行为人的违法行为受到惩罚,使受到侵犯的权利和利益得到赔偿和补偿,同时教育违法者及其他社会成员,达到纠正违法和预防犯罪的目的。

法律制裁具有如下特点:法律制裁以法律责任为前提,它是追究法律责任的直接法律后果;没有法律责任就没有法律制裁,法律责任是由法律规定或授权的国家机关来实施的,其他任何机关、组织和个人均无权实施法律制裁;法律制裁必须依照法定的职权和程序进行,任何逾越法定程序的制裁都是无效的。

(二) 法律制裁的种类

法律制裁可分为违宪制裁、刑事制裁、民事制裁、行政制裁。其中,违宪制裁是责任主体依其所应承担的宪法法律责任而被施加的强制性惩罚措施。违宪制裁针对的是行为(如撤销、罢免等),实施违宪制裁的主体一般是宪法法院或最高法院,在我国则是由全国人大及其常委会来行使违宪审查权和违宪制裁措施的。刑事制裁是责任主体依照其所应当承担的刑事法律责任而被施加的强制性惩罚措施。刑事制裁也称为刑罚,其主要针对人身、生命和财产,制裁主体只能是法院。民事制裁是责任主体依照其所应承担的民事法律责任而被施加的强制性惩罚措施。民事制裁主要针对人身、财产和行为,制裁主体只能是法院。行政制裁是指责任主体依其所应承担的行政法律责任而被施加的强制性惩罚措施。行政制裁包括行政处分和行政处罚,其主要针对人身、财产和行为,制裁主体一般是行政机关。行政制裁

必须以违反行政法规的义务为前提,但被施加行政处分的违法主体是国家机关工作人员,而被施加行政处罚的主体则是行政管理行为的相对人。

第三节 法律是如何运行的

一、法律的制定

(一) 立法的含义

对立法一词的说明必然涉及对“法律是什么”的理解。从词义上看,立法在法学中是一个多义词,在不同的语境中具有不同的含义。首先,立法在大多数情况下专指制定法,把立法理解为国家权力和国家职能的体现。“立法是通过具有特别法律制度赋予的有效地公布法律的权力和权威的人或机构的意志制定或修改法律的过程。这一词亦指在立法过程中所产生的结果,即所制定的法律本身。在这一意义上,相当于制定法。”^①其次,还有一种较为普遍的观点是把法官立法也纳入立法的范畴之中,认为立法不仅有立法机关制定的法律规范,还包括法官的立法。还有,法官在司法过程中对法律的续造也构成了一种“隐蔽的立法”^②。最后,对自生自发的社会规则是否包含在立法中也存在着分歧。自萨维尼以来,习惯等社会立法就一直成为悬而未决的问题。“人们在多大程度上是否可以行使私法自治而设立的私权看成是法律制定。”^③

对立法一词的不同理解表明,“法律是什么”这一基本问题的不同答案,涉及立法的内涵和外延的确定。在我国,教科书大多从广义和狭义两种意义上对立法进行界定。广义上的立法泛指一切有关国家机关依照法定权限和法定程序制定具有法律效力的各种规范性法律文件的活动;狭义上的立法专指国家最高权力机关依照法定职权和法定程序制定规范性法律文件的活动。我们认为,立法的这两种含义实际上依然存在着上述不同观点中所透出的问题,即如果最高权力机关以下的其他国家机关制定的规则具有法律效力,属于法律渊源,那么立法必然要作广义的理解,反之则要作狭义的理解。在我国,具有法律效力的规范性法律文件既包括最高权力机关和它的常设机关所制定的各种法律文件,也包括中央国家行政机关和地方

^① [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第547页。

^② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第361页。

^③ [德]N. 霍恩:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第28页。

有关国家机关依照法定权限和程序制定的行政法规、地方性法规、自治条例及其他规范性文件、决议等。因此,对立法作广义上的理解既体现了我国立法活动的实际状况,同时也与我们对“什么是法律”的学理解释相一致。

立法活动作为实现依法治国、建立法治国家的前提和基础,它与行政、司法等其他国家活动具有不同的特征。

首先,立法从性质上讲是国家的一项专门活动。立法是国家权力的运用,是由有关国家机关表达以人民意愿为基础的国家意志的活动,除宪法和法律赋予权力的法定机关以外的其他政党、社会团体和个人,均无权行使立法权和进行立法活动。

其次,立法从方式上讲具有程序性。立法必须依照法定的职权和程序进行,这不仅要求没有被赋权或授权的国家机关、社会团体和个人不能立法,也要求被赋权或授权的国家机关不能越权立法。同时,享有立法权或被授权的国家机关也只能在法定职权范围内依照法定程序和步骤进行立法,否则其所立之法就会被视为无效。正所谓:“立法权力乃是那种必须按照特定方式行事的权力。”^①

最后,立法从内容上讲包括创立、修改、解释、废止法律规范的活动。立法作为一种有关国家机关制定、认可法律规范的活动,其不仅要立新法、释现法,还要不断地改旧法、废旧法。法律的立、改、释、废其必要性自不待言,人们对法律的立、改、释、废互动也主要是由于社会关系的不断发展和变化所致。例如,汽车的出现,使道路管理、交通信号、车辆停放等问题需要法律规则来规范,而这些新规范又会引起驾驶员的义务、保险以及损害赔偿等方面的新问题;又如,计算机网络的发展出现了虚拟财产以及给个人隐私带来的威胁,因而需要法律来规范与管理;等等。总之,法律不断地立、改、释、废已经是现代社会法律发展变化的一个重要特征了。

(二) 立法的原则

立法的原则是指体现在各种立法活动中的指导思想和必须遵守的基本准则。自从人类社会有法律以来,每一个国家、每一个时代在立法时都会遵循一定的立法原则。例如,早期的自然法学家们就曾论证过自然法是制定实在法的普遍原则,边沁也极力主张以功利原则作为立法的道德原则,当代经济分析力学的代表人物波斯纳则以效率作为衡量法律的基本原则。实际上,立法活动不存在一劳永逸的普遍永恒原则,不同时代以及一个国家的不同

^① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法和自由》(第2、3卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第299页。

同历史时期都会有不同的立法原则。在当代中国,立法应当遵循宪法的基本原则,以经济建设为中心,坚持社会主义道路、坚持人民民主专政、坚持中国共产党的领导、坚持马克思列宁主义毛泽东思想邓小平理论,坚持改革开放的立法总原则。同时,在这个总原则下又形成了我国立法所应遵循的一系列基本原则,这些基本原则在我国立法法中得到了明确的规定。

1. 从实际出发的原则

实事求是、从实际出发是辩证唯物主义者的思想路线和基本立场,它要求立法者在制定法律时要反映客观规律及其要求,力求以法律形式准确、科学地表述客观存在和客观现实。

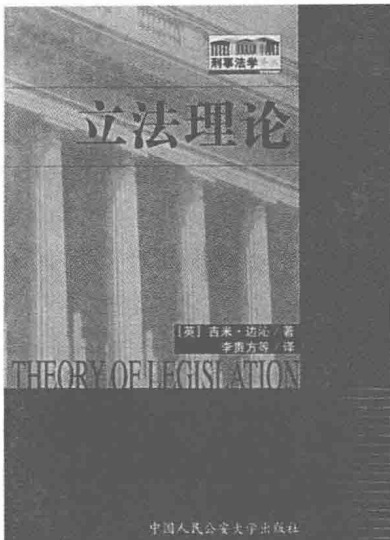
首先,立法要从中国的实际出发。我国是一个发展中国家,生产力发展的总体水平还不高,将长期处于社会主义初级阶段。立法时必须充分考虑中国的这一现实状况,深入地调查和研究社会关系中存在的各种实际问题,力图制定出符合生产力发展水平和生产关系状况的法律、法规,使立法在尊重客观规律的基础上推动和保障各项事业的顺利发展。

其次,立法要全面总结国内的立法实践经验和借鉴国外的有益经验。立法活动具有很强的经验性,立法者对自己国内的立法实践进行全面认真地经验总结,既可以发现存在的问题,也可以积累以往的有益经验。同时,外国立法的有益经验也是人类法律文化和法律认识的经验结晶,也要结合我们的实际需要进行借鉴和吸收。

最后,立法还要发挥引领和推动现实的作用。在立法活动中强调从实际出发并不意味着立法就是保守和被动的,在经济社会发展的不同阶段,立法发挥作用的重点和方式有所不同。新中国成立之初,比较强调法的制裁作用;改革开放之初,比较强调法的规范和保障作用;经过三十多年的改革发展,积累了丰富的现代化建设经验,这为发挥立法的引领和推动作用提供了丰富的制度资源和坚实的实践基础。

2. 合宪性和法制统一的原则

宪法是国家各种活动的根本准则,遵循宪法、维护法制统一是立法活动的一条重要原则和防止“立法之乱”的重要依据。宪法是国家的根本法,是一切



英国法学家边沁的著作《立法理论》

法律的基础,具有最高的法律效力。在立法活动中遵循合宪性原则应注意两方面的问题:其一,享有立法权的国家机关应严格按照宪法所规定的立法权进行立法,不能超越立法权限;其二,一切立法不能与宪法相悖,否则将不具有法律效力。与合宪性原则相联系的一项重要立法原则是法制统一原则。在立法活动中提倡法制统一原则就是要做到:其一,一切法律、法规、规章、条例等规范性文件不能与宪法相抵触;其二,在各种法律渊源中,下位阶的法不得与上位阶的法相抵触,同位阶的法之间也应保持协调一致。

3. 科学民主立法的原则

“法不察民之情而立之,则不成。”现代法治国家都是人民民主的国家,人民是国家的主人,一切权力属于人民。“立法权是属于人民的,而且只能是属于人民的。”^①立法的目的就是要把人民的要求和意愿,以法律的形式肯定和表现出来,否则“人民永远可以作主改变自己的法律,哪怕是最好的法律”^②。因此,立法工作就是要时刻把人民的利益放在第一位,使法律能够真正体现广大人民的意志。立法要实现人民当家作主、充分体现人民意志的立法目的,就需要在立法工作中广泛听取人民群众的意见,保障人民通过多种渠道参与立法活动,使立法活动和立法过程民主化、公开化。一般来讲,人民群众参与立法工作主要是通过两种途径实现的:一是人民选举自己的代表,有人民代表参加立法工作,体现民意和保障民权;二是各级立法机关在立法过程中广泛吸收有关方面的专家参与法律、法规的起草工作,还可以通过各种形式的听证会、研讨会、座谈会和网络征询意见等方式来集中人民意愿。

4. 针对性和可执行性原则

良法善治,不是简单的有法可依就可以实现的,它还要求法律具有针对性和可操作性。杜绝缺乏可操作性,执行性差、针对性差、有效性差的法律。这就要求立法要有效地适应经济社会发展和全面改革的要求,同时法律规范要明确具体、具有针对性和有效性。非常抽象、笼统,不能执行和落实到位的条款不能入法。改变法制建设初期那种宜粗不宜细的立法习惯,强调立法要能够精准,在立法中树立精细化思维,注重法律的可执行性和可操作性。使制定出来的法律能“立得住、行得通、够实用”,发挥好法律的指引、评价、预测、教育、强制等功能。

(三) 立法程序

立法程序是指按照宪法和法律规定享有立法权的国家机关制定、修改、解释和废止规范性文件步骤和方式。立法程序是通常意义上的法律

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第75—76页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第73页。

程序(司法程序、行政程序、监督程序和立法程序)的组成部分之一,立法程序对于立法活动具有重要意义,它关系到立法活动的民主化、科学化和法治化,是法治国家的一个重要标志。

在现代国家,立法程序均以宪法和法律的形式明文规定,不允许任何违背立法程序的违法行为,否则在该活动中制定、修改、解释、废止的规范性文件当属无效。这也表明,立法程序要求一方面只有立法机关或被授权的机关或人员才可以行使立法权,另一方面立法机关或被授权的机关或人员不能越权立法。立法活动必须按照事先规定好的步骤或方式进行,这是现代立法的一个基本特征。

立法作为一种具有程序性的专门活动,其操作过程需要经过收集研究与此相关的各种资料、拟定立法草案、征求专家和民众的意见、反复进行论证及修改,并在此基础上提出法案、审议法案、表决法案、公布法案等环节,这一系列的环节大体上可以概括为三大阶段、四个步骤。其中,三大阶段包括:第一,立法的准备阶段,即进行立法预测、制定立法规划、收集研究与此相关的各种资料、拟定法律草案、征求专家和民众的意见、反复进行论证及修改等立法的前期准备过程;第二,立法的确立阶段,即提出法律案、审议法律草案、表决法律草案、公布法律等决定法律能否从法律案转变为生效法律的过程;第三,立法的完备阶段,即通过对已生效的规范性文件进行法律清理、法典编纂等活动,并以此修订、补充、完善和废止规范性文件的过程。在这三个阶段中,立法的确立阶段是立法活动的核心环节,通常人们把这一环节概括为四个步骤,即提出法律案、审议法律草案、表决法律草案、公布法律。当然,立法的完备阶段也与这四个步骤密不可分,对规范性文件进行清理和编纂的过程也要经过这四个步骤才能最终得以完成。下面将对立法程序的四个步骤作一简单介绍。

1. 提出法律案

提出法律案是指享有立法提请审议权的机关或个人向立法机关提出关于制定、修订或废止某项规范性法律文件的正式议案。提出法律案是立法的第一道程序,它标志着立法活动的正式开始,法律案一经提出立法机关就要将该议案列入议事日程,进行正式的审议和讨论。

2. 审议法律草案

审议法律草案是指立法机关对列入全国人大常委会会议日程的法律草案进行正式审查和讨论。审议法律草案是立法活动的关键环节,它是一个关系到该法案能否获得通过的重要步骤。因此,在立法程序中最为复杂的流程也就属于这一个环节。在中国,审议法律草案一般经过两个阶段:一是由全国人大有关专门委员会审议;二是立法机关全体会议审议。对法律草

案审议的结果一般有以下几种情况：一是提付表决；二是修改后提付表决；三是搁置；四是否定表决法律草案。

3. 表决法律草案

表决法律草案是指立法机关对经过审议后提付表决的法律草案正式表示是否同意。对法律草案的表决是立法程序中具有决定意义的一个步骤，因为法律草案交付表决并不意味着都能获得通过，有的需要修改后再复议，有的则被否决而不能通过。在中国，法律的通过需要获得全国人大或全国人大常委会法定人数的半数以上同意，这里的过半数是“绝对半数”，也就是说与世界大多数国家不同，中国强调应是全国人大或全国人大常委会法定人数的半数以上，而不是出席会议的代表数的“相对半数”以上，这一程序较之于“相对半数”更为严格。

4. 公布法律

公布法律是指立法机关或国家元首将已经获得表决通过的法律以一定形式向社会公告，以便全社会遵照执行。公布法律是立法程序中的最后一个步骤，它是法律生效的前提。需要公之于众，而不是藏之于官府是法律的一个基本特征，人们早已认识到“被那些我们不知道的法律所统治是一件非常痛苦的事”^①，未经法定程序正式公布的“法律”，人们就有理由不服从它。要想得到人们尊重和服从的法律必须要公之于众，让人们事先知晓。公布法律还有一个重要的理由，那就是“如果法律不向民众公布，人们便无法监督负责适用和执行这些法律的人是否无视其规定”^②。法律一般由国家元首来公布。我国宪法规定，中华人民共和国主席根据全国人大的决定和全国人大常委会的决定，公布法律。我国公布法律的法定刊物是《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》，在该公报上刊登的法律文本为标准文本。

二、法律的适用

（一）司法的含义

在法学上，司法又被称为“法的适用”或“法律适用”，是指国家司法机关依照法定职权和程序，具体适用法律处理各类案件的专门活动。这种专门活动是以国家名义实现其司法权的活动，属于国家的基本职能之一，在国家全部活动中占有极其重要的地位，甚至在一定意义上超越了立法的作用。对此，富勒曾经有过专门的论述，他认为：“知道法律应当被清晰明了地表述

① [美]博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第7页。

② [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第62页。

为在效力上具有前瞻性并且为公民所周知的一般性规则是很容易的事情。但是,要知道如何、在何种情况下以及按照什么样的优先顺序来实现它们,却丝毫也不比做一位立法者容易。”^①

从人们对司法的用法可以看出,司法一词既可以将其置于非常宽泛的语境中使用,也可以将其限定在较窄的范围内解释。一般认为“司法”有广狭两义:广义上的司法包括审判、侦查、检察等国家权力的运作行为以及调解、仲裁等“准司法”活动,只要是把纸上的法用于实际生活均为司法;而狭义的司法则指审判、检察机关处理案件的专门活动。这里所指的司法是从狭义上来说的。

司法权从本质上说是一种裁判权,司法权所要解决的问题是他人之间发生争议而需要加以裁判的事项。行政权的性质则与此不同,尽管行政机构所要解决的问题也涉及他人之间的争端,但其主要是代表国家和社会对特定事项实施管理。从这种意义上说,行政权可称为处理权或管理权,即行政机构依照一定的原则和方式凭自己的单方面意志对行政相对人作出某种处理决定的权力。司法的下述特点使之区别于行政:

第一,司法的被动性。行政权作为一种社会和国家利益的充分代表,其权力运行的方式具有主动性,它总是要积极主动地干预社会 and 个人的生活,使其与公共利益相一致。而司法权则与之相反,非因控方或诉方的请求司法机构不作主动干预或强行审判,奉行“不告不理”的原则。在没有人要求司法机构作出是非判断或裁判时,司法机构是没有裁判权的。

第二,司法的中立性。行政权主要代表国家和公共利益,具有官方性,因此在处理问题时就具有了明显的倾向性,即总要把国家利益和社会利益放在优先考虑的位置。司法机构则不同于政府,它在发生纠纷的政府和公民或者两造当事人之间不能具有任何的倾向性,而是要中立于其间,对控辩双方的主张和利益都给予同等的关注,并在此基础上作出公正的裁判。美国法学家戈尔丁曾给影响司法公正的中立性提出了具体标准:(1)与自身有关的人不应该是法官;(2)结果中不应含纠纷解决者个人利益;(3)纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见。^②可见,司法机关超越于双方当事人的利害关系,这是司法公正的必然所在,中立性要求司法人员在诉讼中必须保持中立。

第三,司法的专属性。行政权具有可转授性,行政机构可以将本属于自己的行政事务授权给非政府人员或民间组织处理,比如税务机关可以委托企事业单位代扣代缴个人所得税就属于这种情况。而司法则具有专属性,

^① [美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第111页。

^② [美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第240页。

其职权不可转授,司法机构不能将自己的裁判权转授给其他组织或个人。

第四,司法的独立性。行政机构上下级之间的关系是一种服从关系,行政机构在处理行政事务时必须接受上级的指示或命令。而司法权却是一种只接受监督但不服从于任何指挥和命令的权力,法官审理案件只服从法律。正如凯尔逊所说:“法官通常是‘独立的’,即,他们只从属法律而不从属上级司法或行政机关的命令(指示)。然而,行政机关多半并不是独立的。如果行政组织是等级制的,那么,行政机关就要接受上级机关的命令和约束。”^①

第五,司法的终极性。由于行政机构对自己的行政管理行为是否合法、合理不能由自己作出判断,所以,行政机构对行政事务的处理及其争端的裁决往往不是最终的,一个行政决定可能会被司法裁决所撤销。司法权却是一种终极性的权力,是一种“最后的权力”。也就是说,司法裁决一旦生效,就立即产生既判力、拘束力,任何个人和组织都不得随意挑战司法的权威,对司法裁决的否定和修正只能是新的司法裁决。当然,“司法权因相对弱小且法官极易受到外部控制而使其独立性得到强调,但是,这种独立绝不意味着法官可以不受任何制衡甚至恣意妄为。”^②

(二) 司法的原则

司法原则是指在司法活动中必须遵守的具有指导作用的基本原理与准则。司法原则表达了应该如何适用法律的一种观念和立场,它对司法机关审理案件具有重要的指引作用。在法治国家中,司法原则要充分体现“中立、平等、公正、独立、文明”的现代司法理念。这些基本原则主要有以下几项:

1. 公正司法的原则

公正司法,或曰司法公正,是指司法机关在司法活动的过程和结果中坚持和体现公平与正义的理念,公正地解决人们之间的争端和纠纷,并将法律平等、合理地适用于所有人。司法公正是人们诉诸法律所追求的正义,而正义又是司法活动所追求的最高理念。人们精心设计、创制了公平、正义的法律,但如果没有司法,这种法律就只能是高高在上、遥不可及的东西。“法律借助于法官降临尘世”^③,正义之法自己无法实现自己,它必须通过公正的司法活动才能转为现实。

公正司法一般是通过两种方式实现的:一是在司法活动中要公正、合理地适用法律,不能因人而异,公民在适用法律上一律平等,即司法的实体公

① [奥]凯尔逊:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第305页。

② 陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,《法学研究》2000年第5期。

③ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第100页。

正。司法的实体公正一般是通过权利和义务的实现来体现的,但由于法律所赋予人们的权利和义务在现实中可能会遭到侵犯和损害,司法活动正好可以使受损的权利得以恢复和补偿,并以此来实现正义。二是司法活动要严格依法定程序适用法律,保证争议或纠纷的解决要在公开、公平的前提下实现,即司法的程序正义。正如伯尔曼所说:“正义不仅要被伸张,而且必须眼见着被伸张。这并不是说,眼不见则不能接受;而是说,没有公开则无所谓正义。——法律要像宗教仪式一样起源于公开仪式,这种仪式一旦终止,法律便丧失其生命力。”^①司法公正要求审理案件时不能逾越法定的程序和步骤,否则即使审理结果正确,这一裁决也将是无效的。

可见,公正司法既要求司法活动的结果体现公平和正义的精神,也要求司法活动的过程遵循平等和正当的原则。长期以来,我国司法机关有一种忽视程序公正的倾向,总是习惯于先确定案件的结果,然后再寻找程序的公正性,有时甚至是忽略程序的公正性而追求结果的公正性。这种只要结果正确,无论过程如何都无所谓看法是片面的。只有把实体公正与程序公正相结合,才能全面地实现公正司法。

2. 独立司法的原则

独立司法是指司法机关在审理案件的活动中依照法律规定独立地行使司法权。独立司法作为一项重要的司法制度和法治原则,是人类历史长河长期发展中所筛选出的良方,并被所有现代法治国家普遍奉行。该原则的具体内容包括:第一,司法的排他性。司法权只能由国家的司法机关统一行使,其他组织和个人都无权行使此项权力。第二,司法的中立性。司法组织和司法人员在行使职权时只服从法律,要做到不偏不倚、保持中立的立场,不受任何机关、团体和个人的干涉,正所谓:“只在仅仅服从法律的法院中,才能实现司法权的独立。”^②第三,司法的公开性。司法只有公开,才能接受社会和民众监督,独立司法才不至于变为独断专行。

司法活动作为一种判断性活动,其本质和特征决定了司法必须独立。独立司法是法治的核心,没有独立的司法,法治就是无源之水。人类的法治经验表明,只有通过独立的司法才能从实际中和形象上都让人们获得严格遵守法治的保障。独立的司法作为司法正义之根本的原则深深根植于现代世界各国的法律机制中,几乎每一部现代国家的宪法都明确规定要保障司法权的独立性。独立的行使司法权愈来愈成为社会、公民期望和信赖法治的制度保障。

^① [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第20页。

^② [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第100页。

独立司法作为一项司法原则,并不意味着司法权可以不受任何制约和限制。任何权力若不受制约和限制,必然导致滥用和腐败。司法不独立,不能保持中立,有碍司法公正;反之,如果独立司法而不受监督制约,也会出现司法的专横和腐败。为此,必须建立规范的监督体系,尤其是处理好党委、人大和社会舆论对司法活动的监督关系,以保障司法独立。

首先,正确处理党对司法工作的领导关系,以保障司法独立。独立司法不是削弱和摆脱党的领导,而是为了更好地完善党的领导,我国的独立司法仍然是党领导下的独立司法,但这并不意味着党组织或党的领导可以插手和干预具体案件的审理。党对司法工作的领导一般表现为组织领导和思想领导,通过党的纪律来约束党员法官,使党员法官真正服从法律。

其次,认真对待人大对司法的监督关系,以保障独立司法。人大作为权力机关,有权监督司法机关的工作。各级人大作为同级司法人员的任免机关可以通过对司法活动是否合法进行质询和检查,以此作为法官任免、晋升和惩戒的依据之一,使法官服从法律。为了保证人大的监督不影响案件的公正审理,人大对司法尤其是审判的监督是过程监督而不是结果监督,是整体监督而不是个案监督,是法律监督而不是工作监督。只有这样才能保证人大不干预司法审判,保证司法活动的独立性。

最后,理顺传媒对司法的监督关系,以保障司法独立。新闻媒体对司法活动的监督主要是通过通过对庭审活动的客观报道,使案件的审判具有公开性,最大限度地确保公众知情权的实现,增强公民对司法公正的认同和信任,使审判人员受到社会舆论的约束,从而必须服从法律。在现代法治国家,司法权是国家权力的重要组成部分,媒体对司法活动进行报道并监督司法权的行使,已是一种司空见惯的社会现象。在我国,传统上媒体对司法的监督作用非常有限,努力提高传媒在促进司法公正、遏制司法腐败方面的积极作用,是法治建设的一项重要内容。但是,传媒的社会角色是大众传播工具,其本身不具有对社会纠纷和矛盾加以解决的裁决功能。而当前我国传媒常以舆论监督的名义,以“裁判者”自居,轻率地给司法机关尚在处理的案件定性,容易发生传媒社会角色的错位,从而影响司法独立。因此,理顺传媒监督与司法权的相互关系,形成以现代司法理念为指引,以司法权运作与传媒监督的良性互动为机制的法治型监督关系,将是我国司法改革的一个重要课题。

3. 民主司法的原则

民主司法是指司法机关在审理案件的过程中,要按照民主的原则,充分保障诉讼参与人的诉讼权利,并让民众有参与司法的机会,以实现司法正义。司法民主原则具体包括:司法权的运行应当体现司法为民、司法公开、

民众参与司法、职业司法官经过民主程序任免等内容。

在新中国成立之初,民主司法原则就作为一项重要原则在司法领域中得以确立,倡导“从群众中来,到群众中去”的“人民司法”,使民众逐渐理解了司法活动不是森然恐怖的枷锁,而是伸张正义、救济权利的正义之手。现代社会是法治社会,法治权威首先体现为司法权威,而司法权威则源自民主的力量。正所谓,“法治作为一种社会状态,一种治国方略,一种价值选择,其本身就是民主的产物。没有民主,何谈法治,只能导致专制。”^①可见,强调司法民主才能克服司法活动中的国家主义倾向,防止司法成为远离民众的专断,从而建立以民主为基础的司法裁判体制。

民主司法原则的核心是提高社会成员对司法活动的参与度,以实现司法为民的目的,民众“参与是微型民主的本质,或者说,它为上层结构即民主政体,提供了关键的基础结构”^②。民主司法的重要表现,是在诉讼中实行陪审或者参审制度,允许民众直接参与司法活动。这种机制源自对司法活动民主化的追求以及对专制和司法擅断的反抗,是司法活动取得民主性、公正性结果而不流于形式的重要环节。民众参与司法在世界上的通行模式主要有三种:一是陪审制;二是参审制;三是治安法官制。在我国,民众参与司法的主要形式体现在人民陪审员制度,它不同于西方国家民众参与司法的模式,但与“参审制”有一定的相似之处。

民主司法原则的实现,必须要有一套运作良好的民主司法的机制。一方面,需要由具有公民意识的民众进行参与,使这种机制能够促进公民培养或者强化民主意识的能力。“让人民参加政府的管理工作很难,而让他们积累管理的经验和产生管好国家的意识更难。”^③如果民众缺乏民主意识,不能起到对司法机构制约的作用,民众参与就会流于形式。因此,公民意识的培养,是司法民主和司法公正得以实现的重要前提。另一方面,必须将这种参与途径制度化、规范化和程序化。注重程序的内在价值是实现司法民主的重要保障,不仅要让正义实现,而且要让正义以看得见的方式实现,以程序保证司法不受“过度民主”的冲击。总之,泛化民主、滥用民主的司法会成为虚涨热情和冲动民意的宰割品,则司法中立不可保证,司法公正难以实现;没有民主、轻视民主的司法则会成为民众难以企及的幻景,司法就会变成擅断,司法“迟早要陷入独夫的无限淫威之下”^④。民主司法原则正是要在民主与司法之间寻求一种平衡与和谐,让司法作用于民主,也让民主影响着司

① 刘作翔:《迈向民主与法治的国度》,山东人民出版社1999年版,第60页。

② [美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1998年版,第122页。

③ [法]托克维尔:《论美国民主》(上卷),董果良译,沈阳出版社1999年版,第397页。

④ [法]托克维尔:《论美国民主》(上卷),董果良译,沈阳出版社1999年版,第398页。

法。即使民主不会成为“多数人的暴政”，也使司法保持着对民主的有限吸纳。

三、法律的执行

(一) 执法的含义

法律执行简称“执法”，有广义和狭义之分。广义的执法是指一切国家机关、公职人员及授权组织依照法定的职权和程序，实施和运用法律的活动。狭义的执法专指国家行政机关、公职人员及授权的组织依照法定的职权和程序，实施和运用法律的活动。广狭两义执法在概念上的区别主要在于实施和运用法律的主体不同，前者在主体上包括司法机关、行政机关及其公职人员，而后者则专指行政机关、公职人员及授权的组织。也正是这样的不同，执法通常也被限定性地称为“行政执法”，在此所指的执法便是狭义上的执法。行政执法作为一种受控性的权力，与司法权相比具有以下特有的属性。

1. 执法的范围具有广泛性

执法是政府以国家名义对社会实行的全方位管理活动，它涉及路边摆摊、路上行车、打架斗殴等，其实远不止这些，可以说小到衣、食、住、行，大到政治、经济、文化等社会事务无所不包。世界各国政府的规模有大小，但无论怎么小的政府都是特别有权的，广泛的政府职能和强大的政府权力都要求政府要依法行政。

2. 执法的行为具有主动性

执法既是行政机关的一项管理权力，又是一种它应该承担和履行的职责。比如，工商管理主动进店检查、警察主动探查各种违法行为，都表明行政执法不同于司法审判，它要采取积极的行动去履行职责。

3. 执法的主体具有可转授性

执法的主体是国家行政机关和所属的公职人员，在法律规定的范围内也可以将执法权力授权给特定的组织。当然，将执法权转授委托给其他社会组织必须有法可依，于法无据的转授属于违法授权。

4. 执法的方式具有单方面性

除行政复议、行政裁决、行政仲裁等之外，执法与司法以第三者身份居间裁判不同，在行政法律关系中，行政机关代表国家所作的决定无须行政相对人同意，行政行为仅以行政机关单方面的决定而成立，不需要行政相对人的请求或诉求。

(二) 执法的原则

执法的原则是指行政机关在执法活动中必须遵守的具有指导作用的基本原理与准则。在全面推进依法治国的背景下，明确依法行政的目标和方

向,确定和遵循执法的基本原则,对于法治行政的建设和发展具有极为重要的意义。

1. 依法行政原则

依法行政原则也称为行政合法性原则或行政法治原则,它是合法性原则在行政领域内的体现,其含义是国家的一切行政管理活动都必须严格依法进行。依法行政要求行政机关及其工作人员只能依照法律规定行使职权,依法行政实际上是“依法治吏”,而不是指行政机关用自己制定的文件去治理行政相对人,把法律作为一种管理别人的工具。“法无授权不可为”,法律赋予行政机关何种权力,行政机关便具有何种权力,没有法律依据或超越法律而实施的执法行为就是违法的或者是不当的行为,是应当被撤销的行为。正所谓行政机关的“所有权力都必须通过法律赋予,否则行政机关不得享有和行使任何权力,与此同时,任何权力都必须通过法律来制约和控制”^①。依法行政原则对指导国家行政机关正确实施管理,防止行政权力滥用具有重要意义。依法行政原则具体来说包括以下内容:

首先,执法的主体要合法。对依法行政主体合法性的要求,一方面体现在行政执法行为的实施者必须依法设立或依法授权,对行政机关而言,法律无规定即无权力,一切执法活动必须在职权范围内进行;另一方面,法律授予行政机关职权既是一种权力,又是一种义务和责任,行政机关必须尽一切力量履行这些义务和责任。行政职权与行政职责是一个问题的两个方面,是统一的。行政机关如放弃职权,不依法行使职权,就是不履行职责,就是失职,应追究其法律责任。

其次,执法的内容要合法。行政机关及其工作人员实施行政管理活动的依据是宪法和法律规定,要求执法的内容合法,就是要在一切行政管理活动中符合法律的实体规定,不得与宪法、法律相抵触,不允许违法执法和越权执法。行政机关实施的行为,特别是对公民、法人和其他组织不利的行政行为,都必须有明确的法律依据。只要行政机关实施的行政行为违反了法律、法规,对所造成的损害,国家必须承担责任。必须撤销或改变违法的行政行为,只有这样才能保证行政机关依法行政。

最后,执法的程序要合法。程序是行为的方式和步骤,实体是行为的目的或结果,两者密不可分。因此,依法行政原则要求行政机关及其工作人员在执行职务时不仅要遵守实体法,而且要遵守程序法,严格按照法定的步骤、顺序和时限进行执法。如果法律明确规定了执行职务必须履行的程序,不履行这些程序或者超越、省略、遗漏某个程序均属违法。

^① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,商务印书馆1980年版,第264页。

2. 行政合理性原则

行政合理性原则是指行政机关及其公职人员在执法活动中,特别是在行使自由裁量权时,必须合理、合情、恰当、适宜,与社会常理相一致。对执法活动的合理性要求,在于行政管理活动涉及的范围广泛而复杂,法律不可能事无巨细地对所有问题都加以规定,而只能由法律规定出一定的幅度和范围,然后行政机关在法律规定的幅度内自由裁量。但是,法律赋予行政机关较大的自由裁量权又有可能导致行政管理过程中的不当行为,从而使行政权侵犯甚至欺凌公民权。因此,必须以合理性原则补充合法性原则的缝隙和遗漏,防止自由裁量权的滥用。

需要注意的是,对行政合理性原则的把握要与行政合法性原则相结合,二者既有联系又有区别。

首先,行政合法性原则是主要原则,行政合理性原则是补充原则。合理性原则是以合法性原则为前提的,是在合法性前提下的合理性,合理性不能违反或超越法律的范围;同时,合法性原则也不能没有合理性原则的辅助和补充,否则较大的自由裁量空间可能会使执法活动背离立法的目的。

其次,行政合法性原则强调行政的形式公正,行政合理性原则关注的是行政的实质正当。合法性原则适用于行政法的所有领域,合理性原则主要适用于自由裁量领域。通常一个行为如果触犯了合法性原则,就不再追究其合理性的问题;而一个自由裁量行为,即使没有违反合法性原则,也可能引起合理性问题。

最后,违反行政合法性原则和违反行政合理性原则都属于行政瑕疵。违反合法性原则将导致行政违法,违反合理性原则便将导致行政不当,纠正这两种行政瑕疵是现代法治国家的基本要求。

3. 行政效率原则

行政效率原则是指行政机关在实现其行政管理职能时,要在合法性和合理性的前提下,力争降低时间、人力和财力等资源耗费,取得尽可能大的社会和经济效益。现代法治国家的行政管理不仅要求其守法与合理,而且要求行政机关的任何决策和行为,都必须考虑做必要的可行性研究和成本效益分析,使得行政决策和行为具有最大可能的效率性。

行政效率原则之所以成为行政执法活动所遵循的一项基本原则,主要是由于行政执法活动实际上就是一种管理活动,而与管理联系最密切的词就是效率,正是“人们对效率的渴求才导致了近代管理思想的诞生”^①。按照

^① W. Dack Duncan, *Great Ideas in Management: Lessons from the Founders and Foundations of Managerial Practice*, Oxford: Jossey-Bass Publishers, 1990, p. 27.

美国管理学家埃默森关于“适当的人、在适当的时间、适当的地点、以适当的方式、做适当的工作”的效率原则,行政效率应当是指行政机关用合理的时间、以合理的代价、正确处理行政事务并产生预期的社会效果。

行政效率原则主要有以下三项要求:(1)严格遵循行政程序和时限,使行政程序规则化;(2)行政组织机构精干,做到行政机构精简化;(3)加强行政决策、行政行为的效益考量,行政决策的成本效益分析。

4. 行政公开原则

行政公开原则是指国家行政机关行政管理活动或者行为过程和结果的公开,其本质是对公众知情权、参与权和监督权的保护。阳光是最好的防腐剂,只有政府活动公开进行,才能置它于当事人和公众监督之下,才能防止政府官员滥用权力,消除腐败。同时,公众还可以行政公开原则要求政府行为除依法应保密的以外,应一律公开进行。

行政公开原则具体来说包括:(1)行政决定公开。无论是行政决策、行政行为,还是行政裁决和行政复议都应该以适当的形式公开。(2)行政过程公开。任何行政行为都要经过一定的程序才能作出,除法定事由外,公开行政决策的过程是体现民主参与国家管理的必然要求。(3)行政信息公开。凡是涉及公民基本权利义务的行政决定,必须公布或通知;公民有权要求政府提供政治、经济、社会生活各个方面的信息,回答有关咨询、质询,以便于公民参与经济和社会的管理和监督活动;官方新闻媒介依法对有关行政信息情报的进行公开发布。

四、法律监督

(一) 法律监督的含义

监督一词,在汉语中有查看、督促和约束之意。对监督最通俗的解释就是“监视、督促”,按老百姓的话讲:“监督就是找毛病、挑刺儿呗!”监督的目的主要在于促进被监督者改正缺点和错误,按照监督者的要求做得更好。这就会让一些被监督者感到不舒服,因而总是自觉不自觉地抵制或逃避监督。其实,监督好比医生看病,如果医生不是认真地“挑毛病”,而是一味地恭维病人如何健康,这是对病人的爱护还是坑害呢?答案是不言而喻的。^①在法治社会里,监督主要表现为一种法律监督,所谓法律监督自然是要凭借法律的权威和力量来进行监督。按照学理上的解释,法律监督是指国家机关、政治党派、企事业单位、社会团体、新闻媒体及其公民依照法律规定和法定程序,对法律的制定及其在社会中的实施状况所进行的监察与督促。这里我们所要讨

^① 参见邵景均:《监督是什么》,《人民日报》2004年4月22日。