

全国高等学校通识课系列教材

张文显 主编

# 法学概论

(第二版)



 高等教育出版社  
HIGHER EDUCATION PRESS



中青院 11 000650426

全国高等学校通识课系列教材

张文显 主编

# 法学概论

(第二版)

Faxue Gailun

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

黄文艺 叶传星 张文显 杨春福  
汪习根 苗连营 于立深 王 轶  
张 旭 刘红臻 李广兵 潘金贵  
何志鹏



高等教育出版社·北京  
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

## 内容提要

本书是全国高等学校通识课系列教材之一。全书以培养学生的法律意识、法律理念为核心,分为法的基本原理和部门法基本知识两编,包括法的概念、法的结构、法的运行、法的作用与价值、法治、法与社会、宪法、行政法、民法、刑法、经济法、环境法、诉讼法、国际法等 14 章。本书针对非法学专业学生学习的特点,在写作方法上注意同法学专业教材区分开来。在体系安排上,既注重法的基础知识、一般理论的阐释,又注重各部门法的基本知识和基本制度的介绍;在观点选择上,既注意反映学科所取得的新成果,又注意观点的成熟性和连续性;在语言表达上,既注意法律语言的专业性、规范性,又注意语言的生动活泼,文笔流畅简练,力戒艰深晦涩;在内容取舍上,重点介绍一般法和部门法的基本知识、基本原理,而尽量避免面面俱到,或者过分琐屑;在体例上,每章都包括重点名词、本章概要、关键词、思考题、课堂讨论案例、推荐读物等,具有很强的可读性和教学适用性,适合于非法学专业学生阅读和使用。

## 图书在版编目(CIP)数据

法学概论/张文显主编.—2 版.—北京:高等教育出版社,2010.10  
(2011.7 重印)

ISBN 978-7-04-030423-7

I. ①法… II. ①张… III. ①法学-高等学校-教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 156941 号

策划编辑 姜洁  
版式设计 王艳红

责任编辑 刘柏才  
责任校对 杨凤玲

封面设计 张 志  
责任印制 胡晓旭

出版发行 高等教育出版社  
社 址 北京市西城区德外大街 4 号  
邮政编码 100120  
印 刷 潮河印业有限公司  
开 本 787 × 960 1/16  
印 张 17.75  
字 数 320 000  
购书热线 010-58581118  
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>  
<http://www.hep.com.cn>  
网上订购 <http://www.landrac.com>  
<http://www.landrac.com.cn>  
版 次 2004 年 8 月第 1 版  
2010 年 10 月第 2 版  
印 次 2011 年 7 月第 2 次印刷  
定 价 28.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换  
版权所有 侵权必究  
物 料 号 30423-00

## 作者简介

- 张文显** 法学硕士,哲学博士,吉林大学哲学社会科学资深教授、博士生导师,吉林省高级人民法院院长,中国法学会副会长,教育部法学学科教学指导委员会主任委员,教育部社会科学委员会法学学部召集人。
- 黄文艺** 法学博士,吉林大学法学院教授,博士生导师。
- 叶传星** 法学博士,中国人民大学法学院副教授。
- 杨春福** 法学博士,南京大学法学院教授,博士生导师。
- 汪习根** 法学博士,武汉大学法学院教授,博士生导师。
- 苗连营** 法学博士,郑州大学法学院教授,博士生导师。
- 于立深** 法学博士,吉林大学法学院副教授,博士生导师。
- 王 轶** 法学博士,中国人民大学法学院教授,博士生导师。
- 张 旭** 法学博士,吉林大学法学院教授,博士生导师。
- 刘红臻** 法学博士,吉林大学法学院副教授。
- 李广兵** 法学博士,武汉大学法学院副教授。
- 潘金贵** 法学博士,西南政法大学教授。
- 何志鹏** 法学博士,吉林大学法学院教授,博士生导师。

## 郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

**反盗版举报电话：**(010) 58581897/58581896/58581879

**反盗版举报传真：**(010) 82086060

**E - mail：**dd@hep.com.cn

**通信地址：**北京市西城区德外大街4号

高等教育出版社打击盗版办公室

**邮 编：**100120

**购书请拨打电话：**(010) 58581118

# 目 录

## 上编 法的基本原理

|                  |    |
|------------------|----|
| 第 1 章 法的概念 ..... | 3  |
| § 1 法的用词 .....   | 3  |
| § 2 法的定义 .....   | 4  |
| § 3 法的本质 .....   | 6  |
| § 4 法的特征 .....   | 9  |
| § 5 法的分类 .....   | 12 |
| § 6 法的形式 .....   | 14 |
| § 7 法的效力 .....   | 17 |
| 第 2 章 法的结构 ..... | 21 |
| § 1 法的结构概述 ..... | 21 |
| § 2 法律体系 .....   | 23 |
| § 3 法律部门 .....   | 23 |
| § 4 法 .....      | 26 |
| § 5 法律制度 .....   | 28 |
| § 6 法律规则 .....   | 28 |
| § 7 法律原则 .....   | 29 |
| § 8 法律概念 .....   | 30 |
| 第 3 章 法的运行 ..... | 33 |
| § 1 立法 .....     | 33 |
| § 2 守法 .....     | 38 |
| § 3 执法 .....     | 39 |
| § 4 司法 .....     | 41 |
| § 5 法律解释 .....   | 43 |
| § 6 法律监督 .....   | 45 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| <b>第4章 法的作用与价值</b> ..... | 48  |
| §1 法的作用释义 .....          | 48  |
| §2 法的规范作用 .....          | 49  |
| §3 法的社会作用 .....          | 52  |
| §4 法的价值释义 .....          | 54  |
| §5 维护秩序 .....            | 54  |
| §6 保障自由 .....            | 56  |
| §7 实现正义 .....            | 58  |
| §8 促进效率 .....            | 59  |
| §9 法的局限性 .....           | 61  |
| <br>                     |     |
| <b>第5章 法治</b> .....      | 64  |
| §1 法治的概念 .....           | 64  |
| §2 法治的基本特征 .....         | 67  |
| §3 法治的基础 .....           | 70  |
| §4 当代中国的法治实践 .....       | 72  |
| <br>                     |     |
| <b>第6章 法与社会</b> .....    | 76  |
| §1 法与政策 .....            | 76  |
| §2 法与道德 .....            | 79  |
| §3 法与文明 .....            | 81  |
| §4 法与科技 .....            | 84  |
| <br>                     |     |
| <b>下编 部门法基本知识</b>        |     |
| <br>                     |     |
| <b>第7章 宪法</b> .....      | 91  |
| §1 宪法概述 .....            | 91  |
| §2 国家制度 .....            | 94  |
| §3 国家机构 .....            | 98  |
| §4 公民的基本权利和义务 .....      | 104 |
| §5 国旗、国徽、国歌和首都 .....     | 106 |
| §6 宪法实施的监督与保障 .....      | 107 |
| <br>                     |     |
| <b>第8章 行政法</b> .....     | 110 |

|               |                    |            |
|---------------|--------------------|------------|
| § 1           | 行政法概述 .....        | 110        |
| § 2           | 行政法上的主体 .....      | 113        |
| § 3           | 行政行为 .....         | 115        |
| § 4           | 行政立法与行政决策 .....    | 118        |
| § 5           | 行政程序 .....         | 120        |
| § 6           | 行政救济 .....         | 121        |
| <br>          |                    |            |
| <b>第 9 章</b>  | <b>民法 .....</b>    | <b>126</b> |
| § 1           | 民法绪论 .....         | 127        |
| § 2           | 民法的基本理念和基本原则 ..... | 129        |
| § 3           | 民事法律关系 .....       | 133        |
| § 4           | 民事法律事实 .....       | 136        |
| § 5           | 物权制度 .....         | 138        |
| § 6           | 债权制度 .....         | 142        |
| § 7           | 人身权制度 .....        | 145        |
| § 8           | 知识产权制度 .....       | 146        |
| § 9           | 婚姻家庭继承法律制度 .....   | 147        |
| § 10          | 侵权责任制度 .....       | 149        |
| § 11          | 商事法律制度 .....       | 151        |
| <br>          |                    |            |
| <b>第 10 章</b> | <b>刑法 .....</b>    | <b>155</b> |
| § 1           | 刑法概述 .....         | 155        |
| § 2           | 犯罪与犯罪构成 .....      | 156        |
| § 3           | 排除犯罪性的行为 .....     | 162        |
| § 4           | 故意犯罪的停止形态 .....    | 163        |
| § 5           | 共同犯罪 .....         | 166        |
| § 6           | 一罪与数罪 .....        | 167        |
| § 7           | 刑罚 .....           | 170        |
| § 8           | 刑法各论 .....         | 177        |
| <br>          |                    |            |
| <b>第 11 章</b> | <b>经济法 .....</b>   | <b>183</b> |
| § 1           | 经济法概述 .....        | 183        |
| § 2           | 宏观调控法 .....        | 187        |
| § 3           | 市场规制法 .....        | 192        |



|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第 12 章 环境法 .....      | 198 |
| § 1 环境法概述 .....       | 198 |
| § 2 污染防治法 .....       | 204 |
| § 3 自然资源保护法 .....     | 210 |
| § 4 自然保护法 .....       | 212 |
| 第 13 章 诉讼法 .....      | 216 |
| § 1 刑事诉讼法绪论 .....     | 216 |
| § 2 刑事诉讼基本制度 .....    | 218 |
| § 3 刑事诉讼程序 .....      | 224 |
| § 4 民事诉讼法绪论 .....     | 228 |
| § 5 民事诉讼基本制度 .....    | 229 |
| § 6 民事审判程序 .....      | 233 |
| § 7 民事执行程序 .....      | 235 |
| § 8 行政诉讼法绪论 .....     | 237 |
| § 9 行政诉讼基本制度 .....    | 238 |
| § 10 行政诉讼程序 .....     | 240 |
| 第 14 章 国际法 .....      | 245 |
| § 1 国际法的基本概念与观念 ..... | 245 |
| § 2 国际法的主要领域 .....    | 250 |
| § 3 国际法的制定与实施 .....   | 262 |
| 后记 .....              | 271 |
| 第二版后记 .....           | 272 |

# 上 编

## 法的基本原理



# 第 1 章

## 法的概念

- 法的用词
- 法的定义
- 法的本质
- 法的特征
- 法的分类
- 法的形式
- 法的效力

**【本章概要】** 法的概念问题,即什么是法,无疑是每一个学习法律的人首先想了解的问题。本章主要从法的用词、法的定义、法的本质、法的特征、法的分类、法的形式、法的效力等七个角度和侧面回答了法的概念问题。

### §1 法的用词

据我国历史上第一部字书《说文解字》的考证,汉语中“法”的古体是“灋”。“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”<sup>①</sup>这一解释表明,第一,古代的“法”和“刑”是通用的。古代的刑既有刑戮、罚罪之意,也有规范之意。第二,“平之如水,从水”,表明法有“公平”之意。第三,“廌,所以触不直者去之,从去”,表明法有“明断曲直”之意。据说廌是一种神兽,《神异经》称之为“獬豸”,其“性知有罪……,有罪则触,无罪则不触。”

在古代文献中,“法”除与刑通用外,也往往与“律”通用。据《尔雅·释

<sup>①</sup> 《说文解字》,中华书局 1963 年影印本,第 202 页。

诂》记载,在秦汉时期,“法”与“律”二字已同义,都有常规、均布、划一的意思。《唐律疏义》更明确指出:“法亦律也,故谓之为律。”又称,战国李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律。”<sup>①</sup>“法”与“律”复合,作为“法律”独立合成词,在古代文献中偶尔出现过,但主要是近现代的用法。清末以来,“法”与“法律”是并用的。

在现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义两种用法。广义的“法律”指法律的整体。例如,就我国现在的法律而论,它包括作为根本法的宪法,全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,国务院制定的行政法规,地方国家权力机关制定的地方性法规,国务院各部委和省级人民政府制定的规章等。狭义的“法律”仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。为了区别起见,学者们有时把广义的“法律”称为法,但在很多场合下,仍根据约定俗成的原则,统称为法律,即有时作广义解,有时作狭义解。

还应注意的,“法”、“法律”除作为法学上的用语外,还可用于其他领域。例如,党规党纪、厂法厂纪、道德法典、方法、效法、章法。

## §2 法的定义

由于法是一种非常复杂的社会现象,给法下定义是一件非常困难的事情。英国法学家哈特曾经引用哲学家圣·奥古斯丁关于时间的著名说法来说明给法下定义的困难。圣·奥古斯丁说:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我解释,我便不知道。”<sup>②</sup>同样,即使是最有经验的法学家也会感到,虽然他们知道很多具体的法律,却难以给法下个适当的定义。正像一个人,他能在—群动物中认出大象,却不能给大象下个准确的定义。尽管给法下定义极为困难,但法是什么,一直是法学上最引人入胜、最具有魅力的问题,也是古往今来的法学家绞尽脑汁、锲而不舍地探讨的问题。

### 历史上法的定义

在人类法律思想史上,不同时代、不同民族的思想家、法学家站在不同的角度解释法的概念,提出了琳琅满目的法的定义。这些定义可以分为两大类:一类是非马克思主义的,一类是马克思主义的。概括起来说,非马克思主义的

① 《唐律疏义》,中华书局1983年版,第2页。

② [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

学者主要是从以下四个不同角度来给法下定义：

第一，从立法者的角度来给法下定义，认为法是某种意志或命令。神学家一般认为，法是神（上帝、先知）的意志的体现，是神（上帝、先知）为人类规定的行为标准。英国哲学家霍布斯说，法是国家对人民的命令，用口头说明，或用书面文字，或用其他方法所表示的规则或意志，用以辨别是非、指示从违。

第二，从司法者的角度来给法下定义，认为法是法官的判决。美国法学家格雷认为，法只是指法院在其判决中所规定的东西，制定法、判例、专家意见、习惯、道德只是法的渊源。当法院作出判决时，真正的法才被创造出来。美国法学家弗兰克提出，就任何具体而言，法或者是实际的法，即关于这一情况的一个过去的判决；或者是大概的法，即关于一个未来判决的预测。

第三，从守法者的角度来给法下定义，认为法是约束行为的规范。我国古代思想家、政治家管仲说，法律政令者，吏民规矩绳墨也。欧洲中世纪的哲学家托马斯·阿奎那认为，法是人们赖以导致某些行动和不做其他一些行为的行为准则或尺度。美国法律人类学家霍贝尔认为，法律是这样一种社会规范，即如果有人对它置之不理或违反，拥有社会承认的权力的个人或集团就会以使用武力相威胁或实际使用武力。

第四，从法的作用的角度来给法下定义，着重说明法的工具性。我国汉代思想家桓宽说：法者，刑法也，所以禁强御暴也。古罗马法学家赛尔苏斯说，法是善良公正之术。美国法学家庞德把法理解为发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式——一种通过有系统有秩序地适用社会强力的社会控制。美国法学家富勒认为，法是使人们的行为服从规则治理的事业。

从上述法的定义可以看出，虽然非马克思主义法的定义也包含富有启迪的见解，但从总体上说，它们不是真正科学的定义。非马克思主义的法的定义大都是以唯心主义或形而上学为其哲学基础的，并没有深刻揭示法的内在本质，也不能揭示法的内在本质，其任何法的定义都是肤浅的，甚至是无益的。

## 马克思主义的法的定义

马克思主义创始人在他们的著作中从唯物史观出发，从不同侧面和角度对法做过不少定义式的解释，深刻地揭示了法的本质。马克思和恩格斯在《德意志意识形态》中指出，在一定的物质生产关系中“占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”<sup>①</sup>在《共产党宣言》中论述到资产

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1960年版，第378页。

阶级观念时,他们更为明确地指出:“你们的观念本身是资产阶级的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来决定的。”<sup>①</sup>马克思和恩格斯之后,列宁遵循马克思主义的思想路线和法律思想,也从不同侧面定义式地表述过法的概念。他说:“法律是什么呢?法律是统治阶级意志的表现。”<sup>②</sup>“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”<sup>③</sup>从引文出处的上下文看,马克思、恩格斯和列宁的上述言论都不是专门论述法的,更不是给法下一个学理性定义。但是,它们揭示了法的概念的核心内涵与基本要素,也为研究法的本质和基本特征提供了正确的立场、观点和方法。

根据马克思主义经典作家对法的概念的阐释,吸收国内外法学研究的成果,我们可以把法定义为:法是由国家制定、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。马克思主义法的定义科学地揭示法的本质和基本特征。下面将以这一定义为基础,进一步深入分析法的基本本质和基本特征。

### §3 法的本质

在回答什么是法时,首先应注意法的本质与现象之间的辩证关系。马克思主义哲学认为,本质与现象是一对范畴。任何事物都有本质和现象两个方面,本质是事物的内部联系,现象是事物的外部联系。这两个方面是密不可分的,本质总要通过一定的现象表现出来,而现象总是本质的显现。把这一辩证法的原理运用于法学研究,可以说“法的本质”与“法的现象”是一对范畴,它们分别从法的内部依据和法的外部显现两个方面把握法律现象。法的现象是法的外部联系和表面特征,是外露的、多变的,通过经验的、感性的认识就能了解到。而法的本质则深藏于法的现象背后,是法存在的基础和变化的决定性力量,是深刻的、稳定的,不可能通过感官直接把握,需要通过思维抽象才能把握。非马克思主义的法学家和思想家或者看不到这一点,习惯于停留在表面

① 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第289页。

② 《列宁全集》第17卷,人民出版社1990年版,第145页。

③ 《列宁全集》第16卷,人民出版社1990年版,第292页。

现象就法论法；或者把法的现象等同于法的本质；或者是到虚无缥缈的“宇宙精神”、“自然命令”或人的心灵世界寻找法的本质，所以，他们从未真正发现法的本质。马克思主义创始人对法学的主要贡献在于，依据唯物史观科学地揭示了法的本质及其发展规律。总结马克思主义创始人的有关论述，我们可以把法的本质归结为两方面：

## 法是统治阶级意志的体现

毫无疑问，法是人的有意识的活动的产物，是人的意志的体现或反映。但是，把法看作一种意志的反映，这并不是马克思主义的首创，如果停留在这里，也不是马克思主义。在马克思主义产生之前，剥削阶级思想家曾经说过，法是“神的意志”、“民族意志”、“公共意志”、“主权者的意志”，等等。但是马克思主义创始人首次指出，法是统治阶级意志的表现或反映，是被奉为法律的阶级意志。这就揭露了阶级对立社会中法的本质，驱散了笼罩在法的本质问题上的迷雾。所谓“统治阶级”就是掌握国家政权的阶级。因此，“法律就是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。”<sup>①</sup>

不过，需要指出，虽然统治阶级意志是由统治阶级的根本利益和整体利益所决定的，但其形成和调节也必然受到被统治阶级的制约。统治阶级在制定法律时，不能不考虑被统治阶级的承受能力、现实的阶级力量对比以及阶级斗争的形势。统治阶级意志上升为国家意志、被奉为法律之后，在其实施过程中还会遇到来自被统治阶级的阻力。这种阻力会作为一种反馈信息，促使统治阶级调节其立法政策和法律规定。不过，应当清楚地看到，在任何情况下，被统治阶级的意志都不能作为独立的意志直接体现在法律里面。它只有经过统治阶级的筛选，吸收到统治阶级的意志之中，转化为统治阶级的国家意志，才能反映到法律中。所以，归根到底，在阶级对立社会中，法只能是统治阶级意志的体现。

## 法的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的

把法的本质首先归结于统治阶级的意志，开始触及了阶级对立社会的法的本质。但如果认识停止于此，仍摆脱不了唯心主义。要彻底认识法的本质，认识法产生和发展的规律，还必须深入到那决定着统治阶级意志的社会物质生活条件之中。社会物质生活条件培植了人们的法律需要，同时又决定着法的本质。

社会物质生活条件指与人类生存相关的地理环境、人口和物质资料的生

<sup>①</sup> 《列宁全集》第16卷，人民出版社1990年版，第145页。



产方式,其中物质生活资料的生产方式是决定性的内容。生产方式是生产力与生产关系的对立统一,生产力代表人与自然界的关系,生产关系代表生产过程中所发生的人与人之间的关系。马克思和恩格斯的一个伟大功绩,是发现了社会物质生活条件中生产方式因素的决定意义。生产方式之所以是根本因素,是因为一方面正是通过生产力和生产关系使自然界的一部分转化成为社会物质生活条件,使生物的人上升为社会成员,创造了社会;另一方面生产过程中发生的人与人之间的关系是根本的社会关系(包括对生产资料的占有关系、生产过程的交换关系、对产品的分配关系等),其他一切关系包括法律关系在内都是从这里派生出来的。地形、气候、土壤、山林、水系、矿藏、动植物分布等地理环境因素和人口因素一般说来也只有通过生产方式才能作用于法。

当然,统治阶级意志的内容由社会物质生活条件决定,这是从最终决定意义上说的。除了物质生活条件外,政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、科技等因素也对统治阶级的意志和法律制度产生不同程度的影响。恩格斯在其晚年阐述唯物史观的基本原理时曾指出:“政治、法、哲学、宗教、文学、艺术等等的发展是以经济发展为基础的。但是,它们又都互相作用并对经济基础发生作用。并非只有经济状况才是原因,才是积极的,其余一切都不过是消极的结果。这是在归根到底总是得到实现的经济必然性的基础上的互相作用。”<sup>①</sup>如果不考虑这些因素,也就不能解释为什么受同样的或相似的社会物质生活条件所决定的法律制度之间会有很多差别,为什么几个国家或一个国家在不同地区、不同时期,虽然就经济制度或经济发展水平来说是同样的,但它们的法律却可能存在着千差万别的情况,也就不能完全解释为什么我国社会主义法会具有中国特色。

在法的阶级性与社会物质生活条件制约性的关系上,我们强调社会物质生活条件是法的更深层次的本质,统治阶级的意志是较浅层次的“初级本质”,不是要把二者截然对立起来,更不是要用社会物质生活条件的制约性去否定阶级性。因为,在马克思主义的理论体系中,法的阶级性与社会物质生活条件制约性是统一的:第一,社会物质生活条件都是由一定的阶级即统治阶级来代表的。第二,社会物质生活条件只有通过统治阶级及其国家的意志这个必不可少的中介才能体现在法律中。第三,马克思主义关于阶级和阶级斗争的学说正是从社会物质生活条件的分析中得出的。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第732页。

## §4 法的特征

把握事物的特征是认识事物的重要方式。所谓特征,就是一个事物区别于其他事物的属性。从方法上说,要认识一事物的特征,必须把一事物与其他与之相近的事物相比较,在比较过程中揭示一事物不同于其他事物的属性。我们要认识法的特征,就要把法与相近的社会现象(如道德规范、政策、司法判决)相比较,揭示法不同于其他社会现象的特殊性。总结以往法学研究的成果,我们可把法的特征概括为以下四个方面:

### 法是调整人的行为的社会规范

首先,在社会体系中,法属于社会规范的范畴。作为社会规范,法既区别于思想意识和政治实体,又区别于非规范性的决定、命令,如法院判决。法的规范性具体体现在三个方面:(1)法对人们如何行为提出了明确的指示。法律通过告知人们可以做什么,禁止做什么,必须做什么,对人们的行为进行规范和指引。(2)法的内容具有一般性和概括性。法不是针对某个人、某件事而立的,而是针对一类人、一类事而立的。法对行为的调整表现为一种规范性调整,而非个别性调整。(3)法是反复适用的。法不是仅适用一次,而是在其生效期限内对其指向的对象反复适用的。

其次,人的行为是法的调整对象。也可以说,法的调整对象是社会关系。这两种说法意思是一致的,因为社会关系不过是人与人之间的行为互动或交互行为。没有人们之间的交互行为,就没有社会关系。法调整人的行为,同时也就调整了社会关系。作为法的调整对象的行为是指人的外在行为。法与道德、社会舆论等社会调整手段的重要区别在于,法仅仅调整和约束人的外在行为,而不调整和约束人的内心思想、情感。譬如,法可以禁止和惩罚分裂国家、亵渎国旗的行为,但不能强制人们内心热爱祖国。马克思曾经精辟地指出过:“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。”<sup>①</sup>不过,我们应当看到,法通过约束和规范人的行为,可以影响人的思想、观念。譬如,《婚姻法》规定,男女双方可以约定婚前财产与婚后财产的分配方式,就对中国人的婚姻家庭观念产生了重大的冲击。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第16~17页。

## 法是出自国家的社会规范

社会规范种类繁多,除了法之外,还有道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会礼仪、职业规范、社会组织的规章制度等。法区别于其他社会规范的首要之处在于,法是由国家创立的社会规范。国家创立法的方式主要有两种:一是制定,即国家机关通过立法活动创制出新的规范。在不同的社会制度、政治制度和法律传统下,国家制定法的方式有所不同。国家制定的法一般以一定的规范性文件表述出来,所以被称为“成文法”。二是认可,即国家机关赋予某些既存的社会规范以法律效力,或者赋予先前的判决所确认的规范以法律效力。前一种情况如,国家司法机关在法律没有相应规定的情况下,依据社会的风俗习惯、一般道德规范来审判案件,实际上就是认可这些风俗习惯、道德规范为法。后一种情况仅仅存在于英国、美国等实行判例法制度的国家。在这些国家,司法机关在审理案件时要遵循本司法机关或上级司法机关先前的判决所确认的规范,实际上就是认可先前的判决所确认的规范为法。

法既然是由国家制定或认可的,它就必然具有国家意志的属性,因此具有高度的统一性、普遍适用性。这种统一性是建立在国家权力和国家意志的统一性基础之上的。法的统一性首先指各个法律之间在根本原则上的一致,其次是指除极特殊的情况外,一个国家只能有一个总的法律体系,且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾。其他社会规范则不具备这种高度的统一性。几乎在每一个国家中都同时存在着若干不同的道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会礼仪、职业规范。从法的统一性又可引申出法的普遍适用性,即法作为一个整体在本国主权范围内具有普遍的约束力,所有国家机关、社会组织和个人都必须遵守法。任何人的合法行为都无一例外地受到法律保护,任何人的违法行为也都无一例外地受到法律制裁。

## 法是规定权利和义务的社会规范

法是通过规定人们的权利和义务,以权利和义务为机制,影响人们的行为动机,指引人们的行为,调整社会关系的。权利意味着人们可以作或不作一定行为以及可以要求他人作或不作一定行为。法律通过规定权利,使人们获得某些利益或者自由。义务意味着人们必须作或不作一定行为。义务包括作为义务和不作为义务两种,前者要求人们必须做出一定行为,如纳税的义务,后者要求人们不得做出一定行为,如不得盗用他人注册商标的义务。正是由于法是通过规定权利和义务的方式调整人们的行为,因此人们在法律上的地位体现为一系列法定的权利和义务。例如,现实生活中的父亲是形形色色的,但

是法律上的父亲角色却很简单,主要表现为婚姻法规定的一些权利和义务,如对未成年子女或不能独立生活的成年子女有抚养的义务,监护的权利,对子女的财产有继承权,有要求成年子女赡养的权利,等等。

法的这种调整方式也使它与道德、宗教、习惯相区别。道德和宗教实质上或一般说来是以规定人对人的义务或人对神明的义务而调整社会关系的。法的这种独特的调整方式,使它为人们提供了比道德和宗教更广泛的选择自由和机会,因而更有助于充分发挥人们的积极性、创造性和主动精神。习惯是人们在长期共同劳动和生活过程中自发形成的、世代沿袭并变成人们内在需要的行为模式。依习惯行事,是无所谓权利和义务的。有的社会规范(如党章、团章、工会章程等)虽然也规定其成员的某种权利和义务,但在内容、范围和保证实施的方式等方面,与法律上的权利和义务有很大区别。

## 法是由国家保证实施的社会规范

任何一种社会规范都具有强制性,都有保证其实施的社会力量。然而,不同社会规范的强制性在性质、范围、程度和方式等方面是不尽相同的。例如,道德是依靠人们的内心信念、社会舆论保证实施的,违反道德者会受到社会舆论的蔑视、批评、谴责,也会受到自我良心的谴责,从而感受到强大的精神压力和强制力,不得不按照道德规范行事。社会组织的规章制度主要依靠社会组织的强制力来实施,即社会组织利用其所控制的社会资源,对其成员遵守规章制度的行为进行奖赏,对其成员违反规章制度的行为进行制裁,保证其规章制度的实施。

法的强制性不同于其他规范之处在于,法具有国家强制性。法是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的。法的国家强制性,既表现为国家对违法行为的否定和制裁,也表现为国家对合法行为的肯定和保护;既表现为国家机关依法行使权力,也表现为公民可以依法请求国家保护其合法权利。是否具有国家强制性,是衡量一项规则是否是法的决定性标准。如果一部“法”虽然是由国家机关制定的,但人们千百次违反它却不受任何制裁,很难说它是真正意义上的法。正如德国法学家耶林所言,没有国家强制力的法律规则是“一把不燃烧的火,一缕不发亮的光”。

必须指出,法依靠国家强制力保证实施,这是从终极意义上讲的,即从国家强制力是法的最后一道防线的意义上讲的,而非意味着法的每一个实施过程,每一个法律规范的实施都要借助于国家的系统化的暴力。也不是说,国家强制力是保证法实施的唯一力量。如果一个国家的法仅仅依靠国家政权及其暴力系统来维护,这个国家的法就成为纯粹的暴力。在法律实施过程中,国家暴力常常是备而不用,“无所在,无所不在”。当人们的行为符合法律规范的

要求时,法的强制力只是潜在的,不为人们所感知;而当人们的行为触犯法律规范时,法的强制力才会显现出来。

## §5 法的分类

分类是我们认识事物的基本方法。我们不仅要认识事物的共同本质和一般属性,也要认识事物的多样性和差异性。分类就是根据事物在内在属性和特征上的差异,把事物划分为若干种类或类型。由于分类是以对事物的属性或特征的认识为基础的,因而科学的分类意味着对事物的属性或特征的科学认识,标志着对事物的认识的深化和进步。在人类法律文明的发展史上,法的形式和类型相当复杂和多样化。为了把握法的多样性和差异性,更好地理解 and 把握法律现象,有必要了解法的一般分类。

### 成文法与不成文法

这主要是以法的创制方式和表现形式为标准对法所作的分类。成文法即制定法,是有立法权的国家机关按照一定的立法程序制定的、以规范化的文字形式出现的法。不成文法,是指由国家有权机关认可的、不具有文字形式或虽有文字形式但却不具有规范化成文形式的法。不成文法不仅包括习惯法,也包括判例法等。判例法属于不成文法范畴,但判例法是有文字表现形式的,它是法院通过判决所创制的法;英国宪法也被称为不成文宪法,但英国宪法也有文字表现形式,如自由大宪章、人身保护法等。法学上的成文法与不成文法的区分,不完全看是否有文字表现形式,而要看是否有规范化的成文形式。判例法有文字形式(判决)而被列为不成文法范畴,原因在于它没有一般制定法的规范化成文形式。英国宪法被列为不成文宪法,原因也在于它不是以规范化的即集中的成文宪法典的形式表现出来。

### 国内法与国际法

这主要是以法的创制主体和适用范围为标准对法所作的分类。国内法是指由国内有立法权的主体制定的、主要在本国主权管辖范围内有效的法。国内法法律关系主体主要是个人和组织,国家仅在特定的法律关系中才成为主体。国际法是由参与国际关系的两个或两个以上国家或国际组织之间缔结或认可的确定其相互关系的权利和义务的法。国际法的主要表现形式是国际条约和国际惯例。国际法律关系的主体主要包括国家、国际组织。

## 实体法与程序法

这是以法所规定的内容不同为标准对法所作的分类。实体法一般指以规定主体的权利、义务关系或职权、职责关系为主要内容的法,如民法、刑法、行政法等。程序法通常指以保证主体的权利和义务得以实现或保证主体的职权和职责得以履行所需程序或手续为主要内容的法,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等。实体法与程序法这种分类是基于它们的主要内容而成立的。这种分类并不意味着两者互不涉及对方的内容。事实上,实体法中也有某些程序方面的内容,程序法方面更有权利和义务或职权和职责的内容。如果简单地认为实体法是规定权利和义务的法,程序法是规定实现权利和义务程序的法,就误解了实体与程序这种分类。

### 一般法与特别法

这是以法的适用范围为标准对法所作的分类。一般法指对一般人、一般事项、一般时间、一般空间范围有效的法,如刑法、民法、婚姻法。特别法指对特定的人、特定事项有效,或在特定区域、特定时间内有效的法,如战争时期的法。一般法与特别法的分类,其相对性比之其他法的分类更为明显。有些法,无论从对人、对事、对时间、对空间哪个角度看,都属于一般法,如刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法;或是都属于特别法,如戒严法。更多的法则兼有一般法与特别法两重性,在这种意义上属于一般法,在别种意义上又属于特别法。例如,高等教育法对教育法而言是特别法,对具体规定高等教育领域各有关方面或有关具体问题的法律、法规、规章而言,又是一般法;特区基本法对宪法是特别法,对特区其他法律、法规又是一般法。

### 中央法(联邦法)与地方法(联邦成员法)

这是根据法的创制主体和适用范围对国内法所作的分类。中央法或联邦法是指由中央或联邦有立法权的国家机关所创制的、在全国范围内适用的法。地方法或联邦成员法是指由地方或联邦成员有立法权的国家机关所创制的、在地方或联邦成员的范围内适用的法。在单一制国家,中央法的效力高于地方法,地方法从属于中央法。在联邦制国家,由于联邦与联邦成员分权而治,联邦成员法通常具有相对独立的地位。

## §6 法的形式

### 法的三种形式

法同其他事物一样,都有形式和内容两方面。简单地说,法的内容是指法规定了什么,法的形式是指法的外部表现形态。假如有人说,夫妻有同居的义务是法的规定,那么我们会问,这一规定存在于何处,以何种形式表现出来。这就是法的形式问题。

从人类的法律发展史来看,人类历史上存在过的法的形式多种多样,包括习惯法、判例法、制定法、法学家的著作、公共政策等。在不同历史时期,在不同的国家,法的形式各不相同。譬如,在法产生之初,法的主要形式是习惯法,当时的制定法很少。在古罗马国家,法的形式主要有法律、习惯、裁判官的告示、法学家的著作。人类历史上最主要的法的形式有三种,即习惯法、判例法、制定法。

第一,制定法。制定法是指有立法权的国家机关依法制定的、以立法文件的形式存在的法。最典型、最高级形式的制定法是法典。制定法是现代国家最主要的法的形式。制定法的内容是以条文的形式表达出来,它对于要求人们做什么,禁止人们做什么,允许人们做什么,是比较明确的。

第二,判例法。判例法主要是英美法系国家的法的形式。判例法是指法院以往做出的判决对法院以后审判案件具有法的约束力。也就是说,当法院在审判案件时,应当遵循以往做出的判例、类似的案件类似审判。

第三,习惯法。习惯法是指被有关国家机关认可为法、具有法律效力的习惯。习惯法首先是习惯,而习惯是指经过若干代而形成的、为人们普遍遵循的稳定的行为模式。但习惯并不等于习惯法。即使在古代社会,也并非所有的习惯都是习惯法。只有那些被国家机关认可为法的习惯,才是习惯法。

### 当代中国法的形式

当代中国法的形式以制定法为主,包括宪法、法律、行政法规、军事法规和军事规章、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、国际条约及国际惯例等多种形式。

#### 1. 宪法

宪法是指由全国人民代表大会制定和修改的、具有最高法律效力的根本大法。宪法是国家的根本大法,是国家组织及其活动的总章程,是当代中国最

重要的法的形式。宪法规定了当代中国最根本的政治、经济和社会制度,公民的基本权利和基本义务,国家机关的组织结构和活动原则等国家和社会生活中最基本、最重要的问题。宪法是其他各种法律、法规的“母法”,其他法律、法规的规定是宪法这一根本法的具体化。宪法具有最高的法律效力,其他各种法律、法规的制定,均须以宪法为依据,服从宪法。凡与宪法相抵触、相冲突的法律、法规以及活动和行为,均不具有法律效力。只有全国人大这一最高国家权力机关才能行使制定和修改宪法的权力,宪法的制定和修改应由全国人大以全体代表的2/3以上多数通过。

## 2. 法律

法律是指全国人大及其常委会依法制定的、调整国家、社会和公民生活中重大社会关系和问题的规范性法律文件。根据立法法的规定,下列10类重大事项才能制定法律,属于全国人大及其常委会的专属立法权:国家主权的事项;各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;对非国有财产的征收;民事基本制度;基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸基本制度;诉讼和仲裁制度;必须由全国人大及其常委会制定法律的其他事项。法律又分为基本法律和基本法律以外的法律。基本法律由全国人大制定和修改,如刑法、民法、诉讼法、国家机构组织法;基本法律以外的法律由全国人大常委会制定和修改,内容涉及“除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律”,如国家赔偿法、未成年人保护法、著作权法,等等。

## 3. 行政法规

行政法规是指国务院依法制定的有关国家行政管理事务的规范性法律文件。国务院作为国家最高行政机关,为了贯彻宪法和法律,进行国家行政管理活动,有权依据宪法和法律制定行政法规。行政法规的效力低于宪法和法律,但高于地方性法规、行政规章、自治法规。行政法规调整的社会关系的范围相当广泛,涉及经济、政治、交通、教育、科学、文化、卫生、体育、社会保障等社会生活的各个方面。

## 4. 军事法规和军事规章

我国宪法虽没有规定军事法规和军事规章的制定权,但却规定了中央军事委员会领导全国武装力量。中央军事委员会于1993年4月15日发布的《中国人民解放军立法程序暂行条例》,规定了由中央军事委员会制定军事法规,中央军事委员会各总部、各军兵种、各军区制定军事规章。按照宪法推论,军事法规的法律地位和效力低于宪法和法律,军事规章的法律地位和效力低于宪法、法律、行政法规和军事法规。



## 5. 地方性法规

地方性法规,是指有立法权的地方国家权力机关依照法定的职权和程序制定、修改和废止的、在本行政区域范围内有效的规范性法律文件。从立法主体上说,地方性法规只能由有立法权的地方国家权力机关制定。按照宪法和地方组织法等法律的规定,我国的地方政权共划分为四级,即省、市、县、乡四级。这四级地方政权都设有地方国家权力机关,即人民代表大会。但是,并不是所有地方各级人民代表大会都可以制定地方性法规。根据立法法的规定,只有省级人大及其常委会、较大的市的人大及其常委会享有地方性法规制定权。具体来说,地方性法规的立法主体包括两大类:第一类是省、自治区、直辖市人大及其常委会。第二类是较大的市的人大及其常委会。根据《立法法》第63条第3款的规定,较大的市又包括三类:(1)省、自治区的人民政府所在地的市;(2)经济特区所在地的市;(3)经国务院批准的较大的市。从法律地位上说,地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规,但高于同级人民政府制定的地方政府规章。

## 6. 自治法规

自治法规是民族自治地方的权力机关依照当地民族的具体情况而制定的调整自治地方事务的规范性法律文件。自治法规包括自治条例和单行条例。自治条例是民族自治地方的权力机关依照当地民族的具体情况而制定的全面调整自治地方事务的综合性规范性法律文件,是民族自治地方的总章程。自治条例的内容一般包括以下几方面:(1)规定自治地方的名称、辖区范围、首府等。(2)自治地方的自治机关的具体化。比如规定少数民族干部的比例。(3)自治地方的经济建设和财政管理。(4)自治地方的教育、科学、文化(尤其是民族语言的使用)、卫生和体育事业。(5)自治地方的民族关系和宗教事务。(6)自治地方的成立纪念日和自治条例通过、批准的程序及条例的解释权等。单行条例是民族自治地方的人民代表大会,依照当地民族的情况而制定的调整自治地方某方面事务的单项规范性法律文件。

## 7. 行政规章

行政规章是有立法权的行政机关依法制定的有关行政管理事务的规范性法律文件,包括部门行政规章和地方政府规章两种。部门行政规章是指国务院各部门依法制定的、有关部门行政管理事务的规范性法律文件。这里所说的国务院各部门,是指国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构。部门规章的地位低于宪法、法律、行政法规,不得与它们相抵触。地方政府规章是指有立法权的地方人民政府依法制定的、适用于其管辖的行政区域的规范性法律文件。地方政府规章除不得与宪法、法律、行

政法规相抵触外,还不得与上级和同级地方性法规相抵触。

#### 8. 特别行政区法

特别行政区是国家为了解决香港、澳门和台湾问题,实现祖国统一而设立的享有高度自治权的特殊行政区域。我国目前已设立了香港特别行政区和澳门特别行政区。特别行政区法包括特别行政区立法机关制定的法律,以及除同特别行政区基本法相抵触或经特别行政区立法机关做出修改者外,予以保留的特别行政区原有法律。例如,根据《香港特别行政区基本法》的规定,香港特别行政区法包括1997年7月1日以后,香港特别行政区立法会制定的法律和除同香港特别行政区基本法相抵触或经香港特别行政区立法会做出修改者外,予以保留的香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法。

#### 9. 国际条约和国际惯例

国际条约是指两个或两个以上的国家或者国际组织缔结的,确定其相互关系中的权利和义务的协议。由于国际条约对缔约国的国家机关、社会组织和公民具有法的约束力,所以国际条约是缔约国的一种法的形式。在全球化时代,双边或多边的国际条约越来越多,国际条约已经成为越来越重要的法律形式。我国缔结或加入的国际条约是我国法的一种重要形式。另外,为各国普遍承认和遵守的国际惯例也是我国法的一种形式。我国的有关国内法对国际条约和国际惯例的法律效力做了规定,如《民法通则》第142条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。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。”

## §7 法的效力

法的效力是指法所具有的强制力或约束力,即在什么地方、在什么时间和对什么人具有约束力。法的效力问题具体包括法的空间效力、时间效力和对对象效力三个问题。这里所说的法,是指有立法权的国家机关依照一定程序制定出来的规范性法律文件。从广义上说,法的效力问题不仅涉及规范性法律文件的效力,还包括非规范性法律文件的效力。国家行政机关和司法机关依法做出的非规范性法律文件,如行政处罚决定书、判决书,也具有法律强制力。但是,非规范性法律文件一般仅对特定的人具有约束力。例如,法院做出的判决书仅对案件当事人具有约束力。由于非规范性法律文件的效力问题比较简

单,下面所论述的法的效力问题只涉及规范性法律文件的效力。

## 法的空间效力

法的空间效力是指法在什么地方发生约束力的问题。国家是按地域划分居民实行管理的一种权力组织,它必须有一定的领土。通常而言,国家的领土是法的效力所及的空间范围。这里所说的“领土”包括一国的全部领土、领海、领空,还包括延伸意义上的领域,如驻外使领馆、航行或停泊于一国境外的船舶和航空器。

法的空间效力范围的一般原则是域内效力原则,即法的效力及于制定它的机关所管辖的领域。一般来说,中央国家机关制定的法在全国范围内有效,地方国家机关制定的法在其管辖的区域内有效。某些法(如民事、贸易、婚姻家庭方面的法)可能采取域外效力原则,在制定机关所管辖的领域外有效。

法的域内效力原则和域外效力原则,在不同法律部门实行的情况是不一样的。域内效力原则是宪法、行政法、诉讼法这类部门法的指导原则,而刑法通常是贯彻两种原则的。例如,《刑法》除了适用于在我国领域内的犯罪外,按法律规定的条件,还可以适用于居住在国外的中华人民共和国公民和外国人。

## 法的时间效力

法的时间效力是指法何时开始生效、何时终止生效以及有无溯及力的问题。

法开始生效的时间有两种情况:一是自公布之日起开始生效,二是在公布一段时间后生效。

法终止生效的时间有四种情况:一是以新法取代旧法。随着新法的公布和施行,与新法名称、内容相同的旧法失去效力。二是法完成历史任务而自然失效。如新中国成立初期制定的《土地改革法》随着土地改革的完成而失去效力。三是发布特别决议、命令宣布废止法。四是法本身规定了终止生效的日期,到期自行失效。

法的溯及力是指新法颁布后对它生效前所发生的行为、事件是否适用的问题。在这个问题上,现代各国通行两个原则:第一个原则是不溯及既往的原则;第二个原则是利追溯的原则。所谓不溯及既往,是指法只适用于其生效以后发生的事件和行为,而不适用于其生效前所发生的事件和行为。利追溯的原则在民法中多表现为,如果先前的行为和关系按照新法是合法的,并且对各方都是有益的,应适用新法,承认其合法性并予以保护。利追溯原则在刑法中表现为从轻追溯,即对新法不认为是犯罪或处罚较轻时,适用新法。我

国《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，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，按当时的法律追究刑事责任，但是，如果本法不认为是犯罪或者处罚较轻的，适用本法。”这一规定就是从轻追溯的例子。

## 法的对象效力

法的对象效力是指法对什么人适用的问题。法的空间效力和时间效力，最终要归结到对人的效力上。

在法的对象效力上，各国实行的原则主要有四种：第一，属人主义原则。即法对人的效力以国籍为准，法律规范专门适用于本国人，不适用于外国人。本国人不论在本国内或国外，均适用本国法。第二，属地主义原则。即法对人的效力以地域为准，不论本国人或外国人，凡居住在本国领域内一律适用本国法。第三，保护主义原则。即以保护本国利益为标准，只要是侵害了本国利益，不论发生于何地、何人，都适用本国法。第四，综合或折中原则。即以属地主义原则为基础，综合以上三项原则。

我国在法的对象效力问题上实行综合原则：

第一，中国公民、法人和其他组织在中国领域内一律适用中国法；在国外仍受中国法的保护并履行中国法定义务，同时也遵守所在国的法。当两国法对同一问题规定不一致时，按国际条约或惯例处理，既要维护中国主权，又要尊重他国主权。中国刑法、民法和其他有关规范性法律文件，对中国公民、法人在国外的法的适用问题，有相关规定。

第二，中国法对外国人的适用，包括两种情况：一是在中国领域内的外国人，如果是享有外交特权和豁免权或法有另外规定的，一般不适用中国法。这些人主要包括驻中国的外国使节、来访的国家元首和国家政要，以及这些人的配偶、未成年的儿子和未结婚的女儿。其他外国人除法律另有规定的外，一般适用中国法。二是在中国领域外的外国人对中国或中国公民、法人以及其他组织犯罪的，按中国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可适用中国刑法规定，但按犯罪地法不受处罚的除外。

### 【关键词】

法(law)：是由国家制定、认可并由国家保证实施的，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)意志，以权利和义务为内容，以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。

权利(right)：意味着人们可以作或不作一定行为以及可以要求他人作或不作一定

行为。

义务(duty):意味着人们必须作或不作一定行为。义务包括作为义务和不作为义务两种,前者要求人们必须作出一定行为,后者要求人们不得作出一定行为。

制定法(statutory law):指有立法权的国家机关依法制定的、以立法文件的形式存在的法。

判例法(case law):是指法院以往做出的判决对法院以后审判案件具有法的约束力。

习惯法(customary law):是指被有关国家机关认可为法、具有法律效力的习惯。

法的效力(validity of law):是指法所具有的强制力或约束力,即法在什么地方、在什么时间和对什么人具有约束力。

### 【思考题】

1. 如何理解法的本质?
2. 法的基本特征有哪些?
3. 法的分类主要有哪些?
4. 当代中国法的形式主要有哪些?
5. 什么是法的溯及力?在溯及力问题上各国通行的原则有哪些?

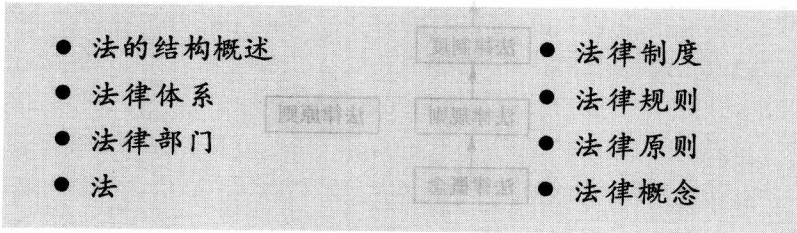
### 【推荐读物】

1. 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版。
2. 刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社 1998 年版。
3. [美]博西格诺等:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社 2002 年版。

【附录】

## 第2章

# 法的结构



**【本章概要】** 法是由众多不同层级和性质的要素按照一定的结构构成的复杂的体系。了解和掌握法的结构,对于学习、制定、理解和运用法律都具有重要的意义。本章逐一地分析了法的宏观结构、微观结构及其构成要素,包括法律体系、法律部门、法、法律制度、法律规则、法律原则、法律概念。

### §1 法的结构概述

法同其他复杂的事物一样,有自己的体系和结构。从逻辑上说,法的结构问题可以分解为两个方面来理解:

一是法的宏观结构,即一个国家众多的法律按照什么样的结构组成一个有机的整体。每个国家都有成千上万件法律,这么多的法律并不是杂乱无章地堆积在一起,而是按照一定的结构组织为一个庞大的法律体系。通常而言,一个国家的法律体系按照一定的标准和方法被划分为若干法律部门,而每个法律部门又由一定数量的法构成。因此,从层级上说,法的宏观结构大体上可

划分为法律体系、法律部门和法三个层级。

二是法的微观结构,即每部法的诸多要素按照什么样的结构组成一个统一的整体。每部法都是由若干层级的要素构成的统一整体。法的微观结构包括三个层级的构成要素,即法律制度、法律规则、法律概念。每部法是由若干法律制度构成的,每项法律制度又是由一定数量的法律规则构成,每项法律规则又是由若干法律概念构成的,如图 2-1。

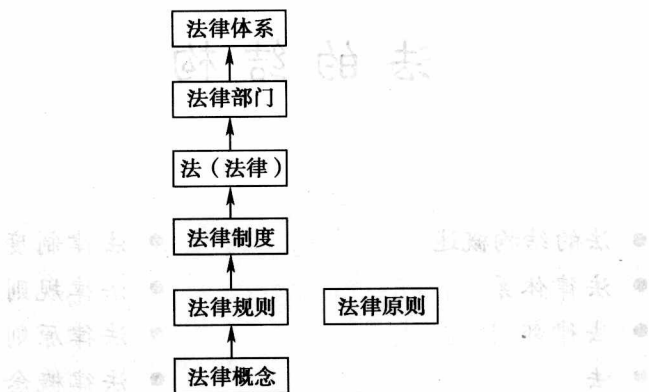


图 2-1 法律结构

在整个法律体系中,法律原则是一个地位相当重要、同时也相当特殊的构成要素。法律原则既可能是整个法律体系的原则,也可能是某个法律部门的原则,还可能是某部法或某项法律制度的原则。

了解和掌握法的结构,对于学习、制定、理解和运用法律都具有重要的意义。我们要了解某个国家法律的基本情况,首先就要了解该国法的宏观结构,知道该国法由哪些法律部门构成。我们要查找一个国家的某部法律,也要知道该国法的部门或类别划分,然后根据要找的法律所属的部门或类别到相应的法律文献中查找。譬如,我们要查找《收养法》,就要了解我国的法律部门划分,知道收养法属于民法法律部门,然后去有关民法的法律汇编中查找这部法律。掌握法的微观结构,是科学立法的前提条件。只有将法的要素按照合理的结构加以组合,才能制定出完善的法律。了解法律的微观结构,也有助于准确地理解和解释法律的含义,正确地适用法律。

法的结构是一个相当复杂的问题。本章逐一介绍法由宏观到微观的七个构成层次,即法律体系、法律部门、法(法律)、法律制度、法律规则、法律原则、法律概念。

## §2 法律体系

法律体系是指由一国现行的全部法律按照不同的法律部门分类组合而形成的一个体系化的有机联系的整体。法律体系有以下几个特点：

第一，法律体系是一个国家的全部现行法律构成的整体。这就是说，它既不是几个国家的法律构成的整体，也不是一个地区或几个地区的法律构成的整体，而是一个主权国家的法律构成的整体；既不包括一国历史上的法律或已经失效的法律，也不包括一国将要制定的法律或尚未生效的法律，只包括现行的国内法和被本国承认的国际法。法律体系不仅是一个国家的社会、经济、政治和文化等条件和要求的综合性法律表现，而且是一个国家主权的象征和表现。

第二，法律体系是一个由法律部门分类组合而形成的呈体系化的有机整体。“体系”一词指由若干事物构成的一个相互联系的有机整体，它和静态意义上的“系统”概念相似。法律体系作为一个“体系”，它的内部构件是法律部门，并且法律部门也不是七零八散地堆积在一起，而是按照一定的标准进行分类组合，呈现为一个体系化、系统化的相互联系的有机整体。

第三，法律体系的理想化要求是门类齐全、结构严密、内在协调。门类齐全是指在一个法律体系中，在宪法的统摄下，调整不同社会关系的一些最基本的法律部门应该具备，不能有缺漏；结构严密是指不但在整个法律体系内部要有一个严密的结构，而且在各个法律部门内部也要形成一个由基本法律与和基本法律相配套的一系列法规、实施细则构成的完备结构；内部协调是指在一个法律体系中，一切法律部门都要服从宪法并与其保持协调一致，即普通法与根本法相协调，程序法与实体法相协调等。

## §3 法律部门

### 法律部门的划分

每个国家的法律体系是由一定数量的法律部门构成的。法律部门是共同调整某一类型的社会关系的众多法所构成的整体。一个国家的法律体系由哪



些法律部门构成,涉及一国法律部门的划分问题。法律部门的划分标准主要有两个:

第一,法律调整的社会关系。法律是调整社会关系的行为准则,法律部门就是以法所调整的社会关系的内容作为依据来对各种法律进行归类或划分。法律所调整的社会关系直接决定法律的性质和特征,调整相同类型的社会关系的法律往往具有相同的性质和特征。社会关系是多种多样的,包括政治关系、经济关系、诉讼关系等,当这些不同领域的社会关系成为法律调整的领域后,它们便成了法律部门形成的基础,而调整不同领域的社会关系的法律、法规构成了不同的法律部门。例如,调整诉讼关系的法律、法规就构成了诉讼法部门,调整平等主体之间的人身关系和财产关系的法律、法规就构成了民法部门等。

第二,法律调整的方法。不同的法律、法规调整社会关系的方法和手段有所不同。譬如,刑事类法律是以刑罚作为调整手段的。调整方法或手段相同的法律、法规往往构成一个法律部门。以刑罚作为调整手段的法律、法规就构成刑法部门。另外,法律的调整方法可以补充前一个标准。以刑法为例,由于刑法所调整的社会关系涉及经济、政治、文化、家庭等众多领域,因此按照第一个标准无法区分其类别,但如果以调整手段来进行划分,则可以清晰地将它与其他法律部门区分开。

## 当代中国的法律部门

1978年以来,我国立法机关适应社会主义现代化建设的需要,特别是社会主义市场经济、政治文明、精神文明、生态文明建设的需要,总结改革开放的丰富经验,借鉴和移植对我国有用的外国法和国际法,初步建立起了以宪法为核心的社会主义法律体系基本框架。按照上述的划分标准,当代中国的法律体系可以划分为9个法律部门:

### 1. 宪法法律部门

宪法是我国的根本大法,是国家活动的总章程,因而是最重要的法律部门。宪法作为一个部门法,主要包括两大部分:第一部分是1982年修改后的《中华人民共和国宪法》以及1988年、1993年、1999年、2004年四次修宪通过的31条修正案。第二部分是宪法性法律,主要有:国家机关组织法,如全国人民代表大会组织法、国务院组织法、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法,全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法,全国人民代表大会常务委员会议事规则,全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法;特别行政区基本法,目前主要有香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法;涉及国家领域、国家主权、国家

象征、国籍及公民的有关政治权利等方面的法律,如领海和毗连区法、专属经济区和大陆架法、国旗法、国徽法、国籍法以及集会游行示威法、戒严法等。

## 2. 行政法法律部门

行政法是调整有关国家行政管理活动的法律规范的总和。行政法涉及的范围很广,包括国防、外交、人事、民政、公安、国家安全、民族、宗教、侨务、教育、科学技术、文化、体育、卫生、城市建设、环境保护等行政管理方面的法律法规。

## 3. 民商法法律部门

民商法是调整作为平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。民法主要是调整商品经济关系,包括财产所有权关系、商品流通关系、遗产继承关系、知识产权关系等。它所调整的是平等主体之间发生的经济关系,也就是通常人们所说的横向的经济关系。其他经济关系,如国家对经济的管理、国家同企业之间以及企业内部的管理等纵向的经济关系,主要由经济法或行政法调整。民法还要调整属于民事范围的人身关系,如婚姻关系、名誉权、肖像权、生命健康权、法人的名称权等。商法是民法中的一个特殊部分,是在民法基本原则的基础上,适应现代商事交易迅速便捷的需要发展起来的。商法调整的是公民、法人之间的商事关系和商事行为的法律规则的总和。目前,我国民商法主要由《民法通则》和大量单行的民商事法律组成。

## 4. 经济法法律部门

经济法是指调整国家从社会整体利益出发对经济活动实行干预、管理或调控所产生的社会经济关系的法律规范的总和。经济法主要包含两个部分:一是创造平等竞争环境、维护市场秩序方面的法律,主要是反垄断、反不正当竞争、反倾销和反补贴等方面的法律;二是国家宏观调控和经济管理方面的法律,主要是有关财政、税务、金融、审计、统计、物价、技术监督、工商管理、对外贸易和经济合作等方面的法律。

## 5. 刑法法律部门

刑法是规定有关犯罪和刑罚的法律规范的总称。刑法承担惩治各种刑事犯罪,维护社会正常秩序,保护国家利益、集体利益以及公民各项合法权益的重要任务。我国目前的刑法法律部门主要是以1997年3月14日修订的《中华人民共和国刑法》为轴心,还包括此后的4个刑法修正案,以及关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定的等。

## 6. 社会法法律部门

社会法是调整有关劳动关系、社会保障和社会福利关系的法。它主要是保障权益的法律。社会法的目的在于从社会整体利益出发,对劳动者、失业

者、丧失劳动能力的人和其他需要扶助的人的权益实行必需的、切实的保障。它包括劳动用工、工资福利、职业安全卫生、社会保险、社会救济、特殊保障等方面的法律。我国已制定的社会法有：劳动法、矿山安全法、残疾人保障法、未成年人保护法、妇女权益保障法、老年人权益保障法、工会法、红十字会法、公益事业捐赠法等。

#### 7. 环境法法律部门

环境法是关于保护环境和自然资源,防治污染和其他公害的法律规范的总称。自然资源保护主要指对各种自然资源的规划、合理开发利用、治理和保护。有关自然资源的法律包括:森林法、草原法、渔业法、矿产资源法、土地管理法、水法、水土保持法、野生动物保护法等。环境保护主要指保护环境、防治污染和其他公害。有关环境保护的法律包括:环境保护法、海洋环境保护法、水污染防治法、大气污染防治法、固体废物污染环境防治法、环境噪声污染防治法等。环境法对于合理利用自然资源,防治环境污染和生态破坏,保护人民健康,促进经济持续发展,具有重大和深远的作用。

#### 8. 诉讼法法律部门

诉讼法是调整因诉讼活动而产生的社会关系的法,包括民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼和仲裁等方面的法律。这方面的法律不仅是实体法的实现形式和内部生命力的表现,而且也是人民权利实现的最重要保障,其目的在于保证实体法的公正实施。我国目前的诉讼与非诉讼程序法主要有:刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、海事诉讼特别程序法、引渡法、仲裁法等。

#### 9. 军事法法律部门

军事法是有关军事管理和国防建设的法律规范的总称,包括由全国人民代表大会制定的兵役法、征兵工作条例、现役军官服役条例、现役士兵服役条例、预备役军官法、军官军衔条例、军事设施保护法等主要法律;还包括国务院与中央军委制定的军事法规以及三军总部与军种、兵种领导机构所制定的军事规章等。军事法的建立,对于依法治军,推动国防管理的科学化、法制化有着重要的作用。

## § 4 法

每一个法律部门是由一定数量的法构成的。每部法都有自己特定的名称,一般都是由几十个、乃至上百上千个法律条款按照一定的结构构成的。从整体上说,一部法通常由两部分组成,即法的名称和法的内容。

正如为了将不同的人区别开来,必须给不同的人取不同的名字一样,为了将不同的法区别开来,立法机关要给每部法确立一个不同于其他法的特定名称。不过,人的姓名只是代表某个人的符号,而不具有实质意义,而法律的名称必须反映法律的实质特征。法的名称一般要反映法的内容、适用范围和效力等级。譬如,在“中华人民共和国药品管理法”这一法律的名称中,“中华人民共和国”表明这一法律的适用范围,即这是一部在全国范围内适用的法律;“药品管理”反映这一法律的基本内容;“法”反映这一法律的效力等级,即这是一部由全国人大或其常委会制定的、效力仅次于宪法的法律。

法的内容可以分为规范性内容和非规范性内容。法的规范性内容即法律规则,规定人们行为的法定模式和法定后果。法的非规范性内容很多,包括关于立法目的、依据的说明,关于专门概念和术语的解释,关于通过机关和通过时间、批准机关和批准时间、公布机关和公布时间的规定,关于法的适用范围和生效或施行时间的规定,关于授权有关机关制定变通、补充规定或制定实施细则的规定,关于废止有关法的规定等。

法的内容是按照一定的结构组织起来的。就内容的结构来说,每部法通常包括总则、分则和附则三个部分。法的总则是对法的整体具有统领作用的部分,通常包括立法目的、立法依据、法律原则、基本法律制度、法的效力、法的适用等内容。法的分则是法的整体中与总则相对应、使总则内容得以具体化的部分,主要是关于各类行为主体的行为模式及其法律后果的规定。法的分则是法的主体部分,是执法、司法、守法的主要根据。法的附则是法的总则和分则的辅助性内容,通常包括有关法律术语的定义、关于解释权的授权规定、关于制定实施细则的授权规定、关于制定变通或补充规定的授权规定、关于宣告有关法或法的规定失效或废止的规定、关于施行问题的规定。<sup>①</sup>

法的内容是以卷、编、章、节、条、款、项、目为单位排列组合的。卷是法中最大的单位,卷下设编,编下设章,章下设节,节下设条,条下设款,款下设项,项下设目。当然,并不是所有法都要依次设置上述单位,立法者可以根据法律的内容多少、篇幅长短进行选择。卷和编通常在篇幅较长的法典和法律中使用,如《法国民法典》是由3卷共35编构成的。特别是卷,一般仅在巨型的或大型的法典中使用。我国目前的法律中使用的最大的单位是编,还未使用过卷这一单位。

<sup>①</sup> 参见周旺生主编:《立法学》,法律出版社1998年版,第19章。

## §5 法律制度

法律制度是一个意义较为丰富的概念。此处所说的法律制度,是指调整某一具体的社会关系或社会活动的、由众多法律规则构成的法律实体。每个法律部门和每部法律是由众多的法律制度所构成的。例如,刑法总则通常包括刑事责任能力制度、法人犯罪制度、犯罪形态制度、共同犯罪制度、刑种制度、减免刑罚制度、数罪并罚制度、假释制度、追诉时效制度等。

与其他法律构成要素相比,法律制度具有两个突出的特征:第一,法律制度调整某一具体的社会关系或社会活动。例如,婚姻法中的结婚制度,调整的是公民之间结婚的社会关系或社会活动;离婚制度,调整的是离婚的社会关系或社会活动。这是法律制度与法律部门、法律规则的区别。第二,法律制度是由众多法律规则构成的。譬如,离婚的制度是由很多规则构成,如自愿离婚的规则、离婚诉讼的规则、限制离婚的规则、复婚的规则、抚养子女的规则、离婚财产分割的规则、债务清偿的规则。

## §6 法律规则

法的主要构成要素是法律规则。法律规则是关于某种事实状态下人们的权利、义务、责任的一般性规定。更具体地说,法律规则具有以下三个基本特征:

其一,法律规则调整某种具体的事实状态下人与人的关系。这里的事实状态,包括事件和行为。譬如,《继承法》第11条规定了代位继承规则:“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。”这个规则是针对被继承人的子女先于被继承人死亡而作的规定,调整这种事实状态下的继承关系。如果现实生活中出现了这种事实状态,就要适用这一规则。

其二,法律规则是关于权利、义务和责任的规定。仍然以代位继承规则为例。这一规则实际上规定了一种权利,即代位继承人的代位继承权,即代位继承人有权继承他的父亲或母亲有权继承的遗产份额。正是由于法律规则规定了人们具体的权利、义务和责任,因而法律规则具有明确性。

其三,法律规则具有一般性。所谓一般性,是指法律规则不是针对某件特定的事、某个特定的人作出规定,而是适用于某一类事、某一类人。这是法律规则与依法做出的有法律效力的决定之间的根本区别。例如,《继承法》第19条规定了一项规则:“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”这条法律规则适用于所有的遗嘱,是一种一般性的规定。例如,张某某立遗嘱将他死后遗产全部归儿子,他的残疾的、无生活来源的女儿不能继承任何遗产,后其女儿起诉到法院。法院最终判决,张某某的遗产的1/3由其女儿继承。法院的判决即是根据法律规则做出的一项具体决定。

法律规则有着严密的逻辑结构。一条完整的法律规则由假定、行为模式和法律后果三部分构成。假定是法律规则中关于适用该规则的条件规定,即法律规则所适用的具体事实状态。行为模式是法律规则中关于允许做什么、禁止做什么和必须做什么的规定。在法律文件中,关于行为模式的规定常常使用这样一些术语或表达方式:可以、有权、应当、必须、不得、禁止等。法律后果是法律规则中关于遵守或违反规则的肯定或否定的后果。法律后果分为肯定性后果和否定性后果两种。肯定性后果是确认行为的合法性,对行为予以保护甚至奖励。否定性后果是否认行为的合法性,对行为不予保护甚至施以制裁。

在理解法律规则的逻辑结构时,必须把法律规则与法律条文区别开来。法律规则是以法律条文的形式表达出来的,但法律条文本身并不等于法律规则。一方面,一个法律条文可以表述一个法律规则,也可以表述几个法律规则。另一方面,一个法律规则可能存在于一个法律条文中,也可能存在于多个法律条文中。也就是说,一个法律规则的诸要素可能分别见诸于不同的法律条文。

## §7 法律原则

法律原则是指可以作为法的基础或本源的综合性、稳定性原理和准则。有的学者认为:法律原则是规则和价值观念的汇合点。法律原则的特点是,它不预先设定任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务,更没有规定确定的法律后果。但是,它指导和协调着全部社会关系或某一领域的社会关系的法律调整机制。在制定法律规则,进行司法推理或选择法律行为时,法律原则是不可缺少的,特别是遇到新奇案件或疑难案件,需

要平衡互相重叠或冲突的利益,为案件寻找合法的解决办法时,法律原则是十分重要的。

法律原则可分为政策性原则和公理性原则两大类。政策性原则是国家为了实现经济和社会发展战略目标或实现某一时期、某一方面的任务而做出的政治设计或决定,一般说来是关于社会的经济、政治、文化、国防、生态环境的发展目标、战略措施或社会动员等问题的,这些问题具有全局性和根本性。例如,我国《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”;“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”都是政策性原则的例子。

公理性原则是从社会关系的本质中产生出来的、得到广泛承认并被奉为法律的公理。例如,《民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”;《宪法》第2条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民”;《婚姻法》第2条规定:“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”;又如,“在被证明有罪之前,一个人是清白的”(无罪推定);“凡是法律没有禁止的,都是允许的”(权利或自由推定);“债权人需依诚实信用方法以行使债权”等等,这些原则分别是社会商品经济关系、民主政治关系、社会生活规律中产生出来的公理。

政策性原则与公理性原则的区别在于:(1) 政策性原则具有较强的针对性,社会问题不同,政策性原则就不同。例如,发展中国家和发达国家各有自己的社会问题,因而各有自己的法律政策。公理性原则是不分东南西北的,也不存在姓“资”姓“社”的区别。(2) 公理性原则因其着眼于平等、公平、善良等永恒的道德价值,要求一律,即同样情况的一致性,而政策性原则因其着眼于功利(利弊比较)而允许差别对待和变更。

无论是政策性原则,还是公理性原则,都有基本原则和具体原则之分。基本原则体现着法的本质和根本价值,是整个法律活动的指导思想和出发点,构成一个法律体系的灵魂,决定着法的内在统一性和稳定性。具体原则是基本原则的具体化,构成某一法律领域或某类法律活动的指导思想和直接出发点。具体原则的正当性和有效性有赖于基本原则的证成和支持。

## §8 法律概念

法律规则是由若干法律概念组合而成的。法律概念是法律思维和表达的基本要素,是法律体系的细胞。法律概念是对各种有关法律的事物、状态、行为

进行分类和概括而形成的权威性范畴。法律中使用的概念的数量是非常多的。依概念所涉及的内容来分类,法律概念可以分为涉人概念、涉事概念、涉物概念。涉人概念是关于各类人的概念,如公民、法人、法定代理人、原告、被告、法官等。涉事概念是关于法律事件、行为的概念,如不可抗力、失踪、犯罪中止、违约、代理等。涉物概念是关于物品的概念,如动产、著作、支票、股票等。

法律概念或者来自日常生活,或者来自法律实践活动,或者来自法学家的创设。由于大量法律概念所使用的术语与日常用语相同,如法律中经常使用的“国家工作人员”、“出生”、“死亡”等概念都是日常用语,因而人们很容易混淆法律概念的日常语义与法律语义。但其实,这些概念的日常语义与法律语义有很大的差别。譬如,通常所说的“国家工作人员”仅指国家机关中从事公务的人员,但刑法中所说的“国家工作人员”不仅包括国家机关中从事公务的人员,还包括国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员。又如,“死亡”作为日常生活概念是指生命活动终止,而作为法律概念的“死亡”各国法律都有明确规定的含义。传统的法律一般以心跳停止或呼吸停止作为死亡的标准。但是,随着医学的发展,心跳停止或呼吸停止的人仍然可以救活,因此,有些国家法律以脑死亡作为人死亡的标准。

### 【关键词】

法律体系(legal system):是指由一国现行的全部法律按照不同的法律部门分类组合而形成的一个体系化的有机联系的统一整体。

法律部门(legal branch):是共同调整某一类型的社会关系的众多法所构成的整体。

法律制度(legal institution):是指调整某一具体的社会关系或社会活动的、由众多法律规则构成的法律实体。

法律规则(legal rule):是关于某种事实状态下人们的权利、义务、责任的一般性规定。

法律原则(legal principle):是指可以作为法的基础或本源的综合性和稳定性原理和准则。

法律概念(legal concept):对各种有关法律的事物、状态、行为进行分类和概括而形成的权威性范畴。

### 【思考题】

1. 法律体系有哪些基本特征?
2. 法律部门划分的基本原则是什么?
3. 法的内容通常包括哪几部分?
4. 什么是法律规则? 法律规则由哪几部分构成?



## 5. 什么是法律原则?

## 【推荐读物】

1. 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版。
2. 周旺生主编:《立法学》,法律出版社 1998 年版。

## 第 3 章

# 法的运行

- 立法
- 守法
- 执法
- 司法
- 法律解释
- 法律监督

**【本章概要】** 法的生命在于运行。法正是在运行过程中才全面展开其本质、功能和价值的。法的规则从生活中来,又要回到生活中去。全面理解法律现象,就要关注法如何来自于生活(法的创制)又如何返回社会生活(法的实施)的整个过程。这个过程主要包括法的制定(立法)、法的遵守(守法)、法的执行(执法)、法的适用(司法)、法的监督等环节。法的运行过程也正是法与社会生活之间交互作用的过程。通过设置权利、义务和责任等的立法活动,国家对社会利益和负担进行权威性分配;通过守法、执法、司法、监督等活动,法定的权利义务转化为社会现实生活中的法,即“纸面上的法”转化为“行动中的法”。只有法的运行诸环节各就各位又彼此衔接,法调整和促进社会生活的潜力才能充分发挥出来,良好的法律秩序才能生成。本章概括地介绍立法、守法、执法、司法、法律解释和法律监督的概念和基本制度。

## §1 立法

### 立法的概念

立法是一种相当复杂的社会政治、法律现象。立法的目的是从社会生活

中提炼规则,即把社会生活的法律需要上升为法,形成法律规范的体系。立法是我国实行依法治国不可或缺的重要环节。

人们对立法的概念有不同的理解。狭义的立法是指专门国家机关在其法定职权范围内,依法定程序,制定、修改、补充、废止、解释以及认可法律规范的活动。广义的立法则可以指,参与立法活动的主体依据一定规则的制定法的活动。

立法活动主要有四个方面的要素来构成:

### 1. 立法主体

这是指行使立法权的机构或者个人。对立法主体,可以有狭义和广义两种理解。狭义的立法主体是指根据宪法、法律或惯例享有国家立法权的个人或组织,即有权把法律草案变成有正式效力的法的组织或个人等。如,根据我国宪法和立法法等法律的规定,全国人大及其常委会是有权制定国家法律的专门机构,其他机构无此权力。从立法实践来看,这种立法主体也可以是个人(古代的皇帝),也可以是全体公民(如对宪法和法律的全民公决)。广义的立法主体则是指实际参与立法的所有个人和组织。就其范围而言,这种广义的立法主体一般比狭义的主体要大很多。以我国《物权法》为例,狭义的立法主体是审议和通过这部法律的全国人民代表大会,而广义的立法主体则是包括参与立法草案起草、讨论、提出建议的所有组织或个人等。

### 2. 立法规则

这是指立法过程中所遵循的规则。立法是根据一定规则或程序进行的专门活动。立法所依据的规则可以是明确的成文法规则,也可以是逐步形成的立法惯例(如宪法惯例)。鉴于立法对现代人生活的影响越来越深刻,现代国家大都倾向于制定专门的规则来分配、保障和约束立法权。立法规则可以分为立法的实体性规则和立法的程序性规则,以程序规则为主。对立法的制约,也主要依靠程序性的规则。

### 3. 立法方式

这是指立法主体创制规则的具体活动方式。立法的方式是多种多样的。在现代社会中,立法活动的主要方式包括,对法律规范的制定、修改、废止、认可以及监督等。制定是指创制出新的规范性法律文件;认可是赋予已有的规范(如判例、习惯、法理、政策、道德等)正式的规范性法律效力;修改是对现有的规范性法律文件予以部分的变更,增加或减少部分内容;废止是终止原有规范性法律文件的法律效力;解释是指立法机关对现行法律所做的规范性解释;监督是指对立法的审查、批准和备案等辅助性的立法活动。

### 4. 立法对象

这是指立法所直接创立的是什么样的规则。立法的对象是法,而非一般

的社会规则。社会生活中的规则很多,制定规则的活动也很多。但显然并非所有制定规则的活动都是立法活动。理解立法,就要搞清楚所立的什么规则才算是法。因而,对立法的理解和界定,直接取决于对法的概念和范围的界定。对法的理解不一样,必然对立法的理解就不一样。如,在古代政教合一的国家,宗教组织制定的宗教规则被认为是法,因而宗教组织制定宗教规则的行为就是立法。立法对象所关注的是,国家可以就哪些事项立法,各类立法主体可以分别就哪些事项立法,现代国家一般都比较明确地规定哪些规则是法。每一个国家一般都有比较明确和一致的标准来认定什么是法。

## 立法体制

所谓立法体制,是指立法主体的构成及其权限划分的制度,包括立法主体由哪些国家机构构成、这些国家机构分别享有哪些立法权、不同国家机构的立法权之间是一种什么样的关系等问题。简单地说,立法体制问题实际上就是立法权的划分问题。

当代中国的立法体制属于“一元多类多级”的立法体制。“一元”体现为最重要的国家立法权由全国人民代表大会及其常务委员会行使,所有其他国家机关的立法都不得同全国人民代表大会及其常务委员会的立法相抵触。“多类”体现为立法主体包括国家权力机关、国家行政机关、国家军事机关等多类国家机关。“多级”体现为从中央到地方的多级国家机关都享有立法权,但地方的立法权从属于中央的立法权。

根据我国宪法、立法法等法律的规定,我国享有立法权的主体有如下几类国家机关:(1)全国人民代表大会。全国人民代表大会是我国最高立法机关,享有制定和修改宪法、基本法律以及监督其他国家机关立法的权力。(2)全国人民代表大会常务委员会。全国人民代表大会常务委员会享有解释宪法、制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律,解释法律、批准和废除同外国缔结的条约和重要协定、监督其他国家机关立法等权力。(3)国务院。国务院有权根据宪法和法律制定行政法规、同外国缔结条约和协定、监督国务院各部门和地方人民政府的立法。(4)国务院各部门。国务院各部门可以根据宪法、法律和行政法规制定部门规章。(5)省、自治区、直辖市、较大的市的人民代表大会及其常务委员会。根据《立法法》第63条第4款的规定,较大的市又包括三类:一是省、自治区的人民政府所在地的市;二是经济特区所在地的市;三是经国务院批准的较大的市。目前,我国共有27个省会市、4个经济特区所在地的市、18个经国务院批准的较大的市。省、自治区、直辖市、较大的市的人民代表大会及其常务委员会有权根据宪法、法律和行政法规制定地方性法规。(6)民族自治地方的人民代表大会。自治区、自治州、自治

县的人民代表大会可以根据当地民族的具体情况制定自治条例和单行条例。(7)省、自治区、直辖市、较大的市的人民政府。省、自治区、直辖市、较大的市的人民政府可以制定地方政府规章。(8)特别行政区立法机关。特别行政区立法机关有权根据特别行政区基本法自主地制定本行政区的法律。

## 立法程序

立法程序是立法主体在立法过程中必须遵循的法定步骤和方法。立法主体必须遵循立法程序,违反程序的立法无效。立法过程通常包含若干个环节。从准备立法到法案的通过、公布,立法活动要经历一系列的阶段和步骤。立法过程和程序如何,直接影响到立法的结果怎样。为了加强对立法过程的控制,提高立法结果的质量,现代世界各国都注重对立法过程的立法,确立起严格的立法程序。

从世界各国的立法程序来看,立法程序通常包括法案提出、法案审议、法案表决、法的公布。下面以我国全国人大、全国人大常委会的立法程序为例说明立法程序的四个阶段:

### 1. 法律案的提出

提出法律案是制定法律的首要环节,是立法活动的起步。法律案的提出者应当是有提案权的主体。根据立法法,可以向全国人民代表大会提出法律案的主体包括:全国人大主席团,全国人大常委会,国务院,中央军委,最高人民法院,最高人民检察院,全国人大各专门委员会,全国人大的一个代表团或者30名以上的代表联名提出的法律案由全国人大主席团决定是否列入会议议程。可以向全国人大常委会提出法律案的主体包括:委员长会议,国务院,中央军委,最高人民法院,最高人民检察院,全国人大各专门委员会提出的法律案由委员长会议决定列入会议议程;常委会组成人员10人以上联名,也可以向常委会提出法律案,由委员长会议决定是否列入会议议程。

### 2. 法律案的审议

法律案的审议是全国人大、全国人大常委会专有职权。法律案的审议包括以下活动内容和程序:事先通知全国人大代表或全国人大常委会委员;提供对法律案的说明和有关资料;审议过程中要广泛听取各方面意见。全国人大常委会审议法律案一般实行三审制。第一次审议法律案包括在全体会议上听取提案人的说明,由分组会议进行初步审议;第二次审议包括在全体会议上听取法律委员会关于法律草案修改情况和主要问题的汇报,由分组会议进行进一步审议;第三次审议包括在全体会议上听取法律委员会关于法律草案审议结果的报告,由分组会议对法律草案修改稿进行审议。

### 3. 法律案的表决

法律案的表决是具有决定性意义的立法环节。立法法规定,由全国人民代表大会制定的法律,由法律委员会根据各代表团的审议意见进行修改,提出法律草案表决稿,由主席团提请大会全体会议表决;由全国人大常委会制定的法律,由法律委员会根据常务委员会组成人员的审议意见进行修改,提出法律草案表决稿,由委员长会议提请常务委员会全体会议表决。无论是全国人大全体会议,还是全国人大常委会全体会议,表决结果赞同票过半数即为通过。

#### 4. 法律的公布

根据我国宪法和立法法规定,全国人民代表大会通过的法律和全国人大常委会通过的法律均由国家主席签署主席令予以公布。从我国法律公布的情况看,多数法律是在通过的当天公布,少数是在几天后公布。有些法律是公布之日起生效施行,有些法律是公布后间隔一定时期方才实施。

### 立法原则

鉴于各个国家经济政治制度和传统文化的不同,各国立法工作的指导原则有相当的差异。我国立法工作的指导原则主要有以下几个方面:

#### 1. 实事求是、一切从实际出发的原则

这一原则是辩证唯物主义的思想路线在我国法的制定工作中的体现。实事求是,就是一切从实际出发,理论联系实际,把马列主义的普遍原理同中国改革和发展的具体实践相结合,这是我国法的制定工作的灵魂。

#### 2. 原则性与灵活性正确结合的原则

坚持原则性,就是要坚持以建设有中国特色社会主义理论为指导,坚持党的基本路线以及各项重大方针、政策,不能有所偏离。坚持灵活性,就是要结合实际情况,找到实现原则所必需、许可的各种具体形式、方法和措施。

#### 3. 维护法律的严肃性、稳定性和连续性的原则

法律的严肃性是指法律必须具有权威,不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。法律一经制定,就必须严格实施,即使要修改、补充或废止,也必须依照法定程序进行,决不能因人因言而废法。法的稳定性是指法律、法规一经制定和实施,就应当在一定时期内保持相对不变,决不能朝令夕改。没有这种稳定性,就会损害法的严肃性、权威性。但是,法的稳定性并不是绝对的、无条件的,而是相对的、有条件的。任何法律、法规都必然也必须随着经济、政治、文化和社会发展的变化而变化,适时地进行立、改、废。法的连续性是指制定、修改、补充法律、法规时,应当保持与原有法律、法规在内容和效力等方面的衔接;在新的法律、法规未生效之前不能随意终止原有法律、法规的效力。

#### 4. 坚持群众路线,实行领导与群众相结合的原则

这一原则也可以叫做民主立法的原则。立法过程,实际上也是发扬社会主义民主的过程。民主既是一种国家制度,也是一种工作方法。在我国,民主立法作为工作方法,就是必须坚持群众路线。任何法律、法规的制定、修改和废止,都必须坚持群众路线,认真听取群众意见。

#### 5. 总结我国经验与借鉴外国经验相结合的原则

这一原则是法的继承性在立法工作中的体现。我国立法工作应该正确处理总结本国经验与吸收、借鉴外国经验的关系问题。既要认真总结本国历史上和现实中的立法经验,也要重视借鉴、合理吸收外国历史上和现实中的立法经验。对于属于人类共同精神财富的法律文化,我们要有所批判地加以继承、吸收和借鉴。

## §2 守法

顾名思义,守法就是遵守法。守法是指国家机关、社会组织和公民个人依照法律规定行使权利(权力)和履行义务(职责)的活动。守法不仅包括严格履行法律义务,它还包含着正确积极地行使法律权利。在法的运行过程中,守法是法律实施和实现的基本途径。如果法律制定出来后,不被人们所遵守,那就与没有法律一样。如果一个国家的很多法律都不被人们所遵守,那就表明该国的法律没有权威和尊严。

### 守法主体

守法主体是指行使权利和履行义务的人。在不同的社会制度中,行使权利和履行义务的主体呈现出不同的状态。在奴隶社会和封建社会,并非全体社会成员都是享有权利和履行义务的主体。统治阶级的成员享有许多权利和特权,而被统治阶级的成员则承担着几乎全部义务。在社会主义国家,一切组织和个人都是守法的主体。我国《宪法》第5条明确规定:“一切国家机关和武装力量,各政党和各社会团体,各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违犯宪法和法律的行为,必须予以追究。”“任何组织和个人都不得有超越宪法和法律的特权。”《宪法》第33条规定:“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。”在当代中国,必须特别强调的是,作为执政党的中国共产党和掌握国家权力的国家机关应该带头严格遵守法律。共产党作为社会主义国家唯一的执政党,在缺乏强有力的内外监督和制度约束的情况下,很容易凌驾于国家和法律之上,不遵守、甚至破坏法制。在国际共运史上,不

乏共产党、特别是党的领导人破坏法制的惨痛教训。因此,共产党首先必须严格遵守法律,在宪法和法律的范围内活动,只有这样才能起表率作用,带动一切国家机关、社会组织和公民严格守法。国家机关拥有广泛的国家权力,并且制定和执行国家的法律,很容易发生自己不遵守法律、却要求人民群众遵守法律的情况。法治首先要求制定和执行法律的国家机关遵守法律。

## 守法范围

对一切现行有效的法,人们都应当遵守。当然,由于在不同的国家,法的形式和范围不一样,因而守法的范围也不一样。在我国,守法的范围主要是各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章、特别行政区法、我国缔结或参加的国际条约等。此外,守法的范围还包括行政机关和司法机关在执行和适用法律的过程中依法做出的具有法律效力的非规范性文件,如行政机关的行政处罚决定,司法机关的判决书、调解书、裁定书。

## 守法方式

守法的基本方式包括履行法律义务和行使法律权利。履行法律义务是指人们依法做出和不做出一定的行为,以保障权利人的合法权利。履行法律义务可分为两种形式:一是履行消极的义务,即人们遵守法律的禁止性规范,不做出一定的行为。人们只要依法不做出一定的行为,便是履行了相应的法律义务,即为守法。二是履行积极的法律义务,即人们依法律中的命令性规范,做出一定的行为。人们只有依法做出一定的行为,才算履行了法律义务,才能构成守法。反之,如果拒不依法做出一定行为,或者虽然做出了一定行为却不符合法律的规定,都不是守法行为,而是违法行为。行使法律权利是指人们通过自己做出或不做出一定行为或者要求他人做出或不做出一定行为来保证自己的合法权利得以实现。行使法律权利实际上是人们遵守法律中的授权性规范。行使法律权利既可以是权利人自己做出或不做出一定的行为,也可以是权利人要求他人做出或不做出一定行为。人们只有依法行使权利,才是守法。如果超出法律的范围行使权利,或者滥用权利,都不是守法行为,而是违法行为。

## §3 执法

行政机关的守法行为同普通公民、社会组织的守法行为有所不同。作为



国家公共事务的管理机关,行政机关遵守法律的过程同时也是执行法律规定、行使行政管理职权的过程。对于行政机关来说,守法与执法是一体的。执法有广义和狭义两种含义。广义的执法是指行政机关、检察机关、审判机关等国家机关及其公职人员依照法定职权和程序,贯彻实施法律的活动,包括一切执行法律和适用法律的活动;狭义的执法特指国家行政机关及其公职人员,在国家和公共事务管理中依照法定职权和程序,贯彻和实施法律的活动。此处所说的是狭义的执法。执法的实质是国家行政机关将体现在法律中的国家意志落实到社会生活之中。执法是法律实施和实现的重要环节。在我国,占总数80%以上的法律、法规都是由行政机关贯彻执行。执法是国家最大量、最繁重、最经常的工作,是实现国家职能和法律价值的决定性环节。

## 执法主体

执法的主体通常是国家行政机关及其公职人员。在我国,执法权是宪法和法律赋予行政机关的职权,中央人民政府、地方各级人民政府及其所属部门是行使执法权的主体。根据有关法律的规定,我国有权执法的政府工作部门主要有工商、公安、税务、物价、环境保护、食品卫生、技术监督、国土资源管理、城建、农业、水利、交通、铁路、民航、海关、金融、计量、统计、审计、劳动、人事、教育、科学技术、文化、新闻出版、计划生育等部门。此外,法律授权的社会组织可以在一定范围内执行法律。譬如,食品卫生法授权卫生防疫站、食品卫生监督站对食品卫生进行检查监督,对违反食品卫生法的企业或个人给予行政处罚。又如,计量法规定,县级以上人民政府的计量行政管理部门可根据需要设置计量鉴定机构,或者授权其他单位的计量鉴定机构,执行法律规定的强制鉴定和其他检、测试任务。行政机关依法委托的社会组织也可以在一定范围内执行法律。例如,行政机关可以委托基层群众自治组织执行法律、履行某些行政职能,如代民政部门发放救灾、救济物资,代税务部门收税,代统计部门办理统计事项等。

## 执法行为

行政机关的管理范围十分广泛,执法行为多种多样。行政执法行为主要有行政处罚、行政检查、行政强制、行政许可、行政征收、行政给付、行政奖励、行政指导、行政复议、行政裁决、行政仲裁、行政调解等。

## 执法原则

在我国,行政机关执法的原则主要有四项:(1)民主原则。行政机关要充分尊重人民当家作主的地位,保护人民群众的权利,吸引和支持人民参政议

政,使执法过程成为发扬民主的过程。如行政机关在作出行政决定以前的听证、公开征求意见等活动,就是在行政执法过程中贯彻民主原则的表现。(2)合法性原则。亦称依法行政原则、行政法治原则,是社会主义法治原则在执法领域的具体体现。合法性原则要求行政执法主体的设立及其职权的设定必须有法律依据,执法行为必须遵循法律规定的程序,执法结果必须符合法律规定的标准。(3)合理性原则。由于社会生活的复杂和变动,再完善的法律也难以对全部行政执法行为做出无遗漏的规定。行政机关的行政行为要在合法的条件下,同时做到符合客观规律、社会公德、法律目的和公共利益。行政机关有行使行政自由裁量的权力,但是要慎重谨慎地行使,要坚决反对行政执法权的滥用。要尽量保障合法性与合理性的兼顾,要增强行政执法人员的职业责任伦理意识。(4)效率原则。行政机关在对社会实行组织和管理的过程中,必须最大限度地发挥其效能,以最小的投入取得最大的行政效率和效益。行政效率强调的是执法的迅速、准确、有效,行政效益强调的则是合法、合理、公正和实现正面实效。高效的行政执法可以减少行政争议,节约公共资源,改善政府与公民、政府与社会的关系。

## §4 司法

### 司法的概念

一般来说,社会中的大多数人都愿意遵守法律,但也总有一些人会违犯法律,总会出现各式各样的法律纠纷。为了维护法律的权威和社会的秩序,国家必须设立专门的机关来认定和追究违法行为的责任,处理各种法律纠纷。行政机关的执法活动是认定和处理行政违法行为的重要途径。但是,认定和追究违法行为的责任、处理各种法律纠纷的主要途径是司法。对于行政机关做出的各种行政行为,包括对行政违法行为的处理决定,当事人如果不服,还可诉诸司法。因此,司法是捍卫法律权威、维护法律秩序的重要机制。

司法是指国家司法机关依照法定职权和程序适用法律处理各种案件的专门活动。司法是以司法权的存在为基础的,是行使司法权的具体表现。司法权是国家的一项重要权力。在西方国家,按照三权分立的理论,司法权与立法权、行政权一起构成现代国家的三项基本权力。司法权一般仅指法院审判案件的权力。在我国,人们对司法权的理解不一致。一种最宽泛的观点认为,司法权包括审判机关、检察机关、公安机关、司法行政机关、监狱机关等机关行使的权

力。多数人认为,司法权仅仅是指审判机关、检察机关适用法律处理案件的权力。此处所讲的司法仅指法院依法审判案件的活动。

## 司法主体

所谓司法主体,是指国家宪法和法律所规定的行使司法权、依法处理案件的司法机关。司法主体一般是指法院。现代各国都设有专门的法院来行使司法权,审理各种案件。但是,在不同的国家,法院的设置、体系、职权有所不同。

我国的法院系统是由地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院组成。其中,地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。基层人民法院设立在县、自治县、县级市、市辖区的行政区。中级人民法院设立在地级市、自治州、不设市的地区的行政区。高级人民法院设在省、自治区、直辖市的行政区。专门人民法院不是按照行政区设立的审判机关,而是在特定部门或对特定案件设立的审判机关。我国现有的专门人民法院包括审理军人犯罪案件的军事法院、审理铁路运输案件的铁路运输法院、审理海事案件的海事法院。最高人民法院是国家最高审判机关。

## 司法对象

司法的对象是各类法律案件。按照案件性质的不同,法律案件通常可以分为宪法案件、民事案件、刑事案件和行政案件四类。宪法案件主要是国家机关及其公职人员违犯宪法的案件,又包括两类情形:一种是有关国家机关制定的法律、法规等规范性文件违犯宪法;一种是有关国家机关或其国家公职人员实施的具体行为违犯宪法。民事案件是平等的民事主体之间发生的权利义务纠纷,包括合同案件、侵权案件、婚姻案件、继承案件等。民事案件通常由合法权益受到侵害的一方当事人向法院提起诉讼。刑事案件即违犯刑法的犯罪案件。由于刑事犯罪直接危害公共利益,因而绝大部分刑事案件都由检察机关代表国家提起公诉。行政案件是发生于行政机关和行政相对人(公民、社会组织)之间的法律纠纷,表现为行政相对人不服行政机关的行政行为而向法院提起诉讼。

## 司法原则

司法原则是指在司法过程中必须遵循的基本原则。我国的司法原则主要包括下列四项:

第一,法治原则。法治原则可以具体化为两句话:以事实为根据,以法律为准绳。以事实为根据,就必须从案件的实际情况出发,把案件的审理建立在符合客观事实的基础上,而决不能以主观想象、主观分析和判断作为审案的依

据。为了查清事实,要认真调查研究,全面、客观地收集证据,重证据,不轻信“口供”,对证据材料也要认真细致地分析研究,做出符合案件事实的结论。以法律为准绳,就必须严格依照法律规定办事,把法律作为处理案件的唯一标准和尺度,符合办案的规格和标准。不仅符合法定权限和程序,而且事实的认定和裁决的做出都符合法律的具体规定。

第二,平等原则。这一原则即公民在适用法律上一律平等原则,是我国宪法规定的“公民在法律面前一律平等”原则在法的适用中的具体运用和体现,也是“以事实为根据,以法律为准绳”原则的必然引申。公民在适用法律上一律平等原则的基本含义是:(1)国家专门机关在适用法律规范的过程中,全体公民不分民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,一律平等地适用法律规范,决不能因人而异。(2)对任何人,只要是法律赋予的各项权利,国家法律平等地予以保护,没有任何例外,而法律所规定的义务,都要求必须履行,也不得有任何例外。公民享有的法定权利和应尽的义务是统一的,不允许任何人只享受权利而不履行法律义务,也不允许存在只尽义务而不享有权利的现象。(3)对任何人的违法犯罪行为都必须平等地追究法律责任,不允许有凌驾于法律之上、超越于法律之外的特权。

第三,司法独立原则。司法机关依法独立行使职权,是我国宪法确定的一条重要的宪法原则。司法机关依法独立行使职权意味着:(1)国家的司法权只能由国家司法机关统一行使,其他任何组织和个人都无权行使司法权;(2)司法机关依法独立行使职权,不受其他行政机关、团体和个人的干涉;(3)司法机关处理案件,必须按照国家的法律规定,准确地适用法律。

第四,司法责任原则。司法人员在执行职务时,因故意或过失性错误,侵犯了公民、法人和其他社会组织的合法权益,造成严重后果而应承担一定责任。这是权力与责任相统一的法治原则在司法活动中的具体化。只有坚持这一原则,建立起权力约束机制,才能增强司法人员的责任感,提高司法质量,防止司法过程中的违法行为,维护司法机关的威信和尊严。

## §5 法律解释

### 法律解释的概念

法律解释是法律实施和运作中的一个重要环节。法律解释既是法的实施

和适用的前提,也是保证法的统一性和权威性的重要方式之一,也是保障法律尽量适应社会不断发展变化要求的方式之一。

法律解释通常有广义和狭义两种概念。广义的法律解释,是指有关国家机关、组织或公民个人,为执行或适用法律规范,根据有关法律、法学理论或自己的理解,对现行法律规范或法律条文的内容、含义以及所使用的概念、术语等的理解和所作的各种说明。本书采用这种广义的概念。狭义的法律解释特指有权的国家机关依照一定的标准和原则,根据法定权限和程序,对法律的字义和目的所进行的阐释。这一概念相当于依广义概念所作分类中的“法定解释”。

法律解释的功能主要在于:首先,法律解释是将抽象的法律规范适用于具体的法律事实的必要途径。其次,法律解释是寻求对法律规范的统一、准确和权威的理解和说明的需要。再次,法律解释是弥补法律漏洞的重要手段。最后,法律解释是调节法律的稳定性与社会的发展变化之关系的媒介。

## 法律解释主体

法律解释主体要说明的是,谁可以作出法律解释。按照法律解释的广义概念,有些法律解释有正式的法律效力,有些解释则没有。法律解释的效力和解释的主体直接相关。在我国,法律解释的主体主要有以下几类:

在我国,立法机关、行政机关和司法机关都可以是法律解释的主体。它们所做的解释分别是立法解释、司法解释和行政解释。这几类解释都具有正式的法律效力。所以这些解释也被成为正式解释或者法定解释、官方解释等。

立法解释,是指立法机关对其制定的规范性法律文件所进行进一步的解释。在我国,立法解释的主体是全国人大常委会、各省市自治区人大常委会和较大的市的人大常委会。司法解释,是指国家司法机关在法律适用过程中,对具体应用法律规范的有关问题所进行的解释。行政解释,是指国家行政机关对不属于审判和检察工作的其他法律、法规如何具体应用以及对其所制定的行政法规、规章等如何具体应用所作的解释。

除专门的国家机关以外,未经授权的国家机关、社会组织或公民个人也都可以对法律规范予以解释。只是他们所作的解释没有法律效力。但是他们的解释也会对司法或者执法等产生积极的影响。

在这些主体中,专家学者和法律工作者的解释更具有专业性和说服力。他们所做的解释就是通常说的学理解释。所谓学理解释,是指在学术研究、法学教育和法制宣传中,由专家、学者和专业法律工作者对法律规范所进行的解释。学理解释主要表现为法律学说。

## 法律解释方法

法律解释方法主要分为两大类,即语义解释和论理解释。

1. 语义解释。这种解释方法是严格遵循法律规范的字面含义的一种以尊重立法者意志为特征的解解释,包括字义解释和语法解释。这种解释按照法律条文的语言表述的字义、语法和通用的表达方式,以及逻辑规律进行解释,目的在于使人们正确理解法律规范的含义和立法者的意志。

字义解释根据解释的尺度的不同,可分为字面解释、限制解释和扩充解释。语法解释,又称文法解释,是指对法律条文的语法结构、文字排列和标点符号等进行分析,以便理解和阐明法律规范的内容和含义。

2. 论理解释。这是指斟酌法律理由,以一定的方法或标准进行推理论证来确定和阐明法律涵义的解释方法。其特点是不拘泥于法律条文的字面意思,而是联系法律的整体结构、效力等级、历史渊源、法律的目的以及社会效果和发展等因素作为法律解释的依据。这样的解释方法不仅能够更深刻地解释立法者的意愿,而且可以适应社会发展的需要,发展甚至创制新的法律规范。这种法律解释方法是对语义解释方法的继续,可以校正或填补语义解释方法的不足之处。

论理解释可进一步分为系统解释、历史解释、目的解释、社会学解释、比较法解释等。

## §6 法律监督

### 法律监督的概念

法的良好运行需要有健全有效的法律监督机制。法律监督机制是现代社会治理体系中的重要环节。这里简要说明我国法律运行过程中的监督制度。

对法律监督通常有广义和狭义两种理解。广义的法律监督泛指一切国家机关、社会团体和组织、公民对各种法律活动的合法性所进行的检查、监察、督促和指导。狭义的法律监督专指有关国家机关依照法定权限和程序,对立法和实施的合法性所进行的检查、监察、督促。

### 法律监督主体

在我国,法律监督主体包括:

### 1. 国家机关

国家机关包括各级人民代表大会及其常务委员会、各级人民政府及其所属的行政主管部门、审判机关和检察机关等。国家机关进行的法律监督是由宪法和有关法律明确规定其权限、范围和程序的,具有法律效力。这种法律监督构成我国法律监督体系的核心。

### 2. 各政党、社会团体和组织

各政党、社会团体和组织包括中国共产党的各级组织、人民政协、各民主党派、群众团体以及企业事业组织。由于中国共产党的领导地位,所以党的监督在各类监督主体中,具有特别重要的作用。

### 3. 人民群众

人民群众是国家的主人,人民群众既通过自己的代表管理国家事务,又通过各种方式监督国家机关及其工作人员的活动。这种法律监督是我国法律监督体系的基础。

## 法律监督的形式

### 1. 国家监督

国家监督即国家机关进行的法律监督。国家机关进行的法律监督,是我国法律监督体系的核心部分,是具有法律效力的监督。国家监督不仅包括各类国家机关对自身和本系统国家机关的活动的监督,而且还包括各类国家机关对其他种类国家机关的活动的监督,如权力机关对行政机关、司法机关的监督,检察机关对审判机关的监督等。

具体而言,主要有以下几方面的监督:第一,对法的创制活动的监督。这种监督是指对一切有权制定规范性法律文件的国家机关制定、修改或废止法律、法规等活动的合法性所进行的监督。第二,对行政活动的监督。这种监督是指对国家各级行政机关实施法的活动的合法性所进行的监督。第三,对司法活动的监督。这种监督是指对国家各级司法机关,包括审判机关、检察机关、公安机关适用法的活动所进行的监督。

### 2. 社会监督

社会监督即非国家机关的监督。社会监督虽然不具有国家监督那样的法律效力,但是在我国,它与国家监督之间有密切的联系,是国家监督的基础,目的都是为了保证社会主义民主和法治的实现。社会监督还能体现广大人民群众自己当家作主,直接参与管理国家和社会事务,直接监督国家机关及其工作人员的活动的重要作用。在我国,社会监督涉及的范围广,形式多,手段和途径也比较全,归纳起来主要有以下形式:中国共产党的监督、人民政协的监督、各民主党派的监督、各人民群众团体的监督、新闻舆论的监督、人民群众的直

接监督等。

### 【关键词】

立法(legislation):就是立法主体依据一定的规则制定法的活动。

守法(abidance by law):是指国家机关、社会组织和公民个人依照法律规定行使权利(权力)和履行义务(职责)的活动。

执法(execution of law):是指国家行政机关及其公职人员,在国家和公共事务管理中依照法定职权和程序,贯彻和实施法律的活动。

司法(judicial judgment):是指国家司法机关依照法定职权和程序适用法律处理各种案件的专门活动。

法律解释(interpretation of law):是指有关国家机关、组织或公民个人,为执行或适用法律规范,根据有关法律规范、法学理论或自己的理解,对现行法律规范或法律条文的内容、含义以及所使用的概念、术语等的理解和所作的各种说明。

法律监督(supervision of law):是指一切国家机关、社会团体和组织、公民对各种法律活动的合法性所进行的检查、监察、督促。

### 【思考题】

1. 立法的特点有哪些?
2. 我国立法的基本原则有哪些?
3. 当代中国司法的基本原则有哪些?
4. 什么是法律解释?
5. 法律解释的基本方法有哪些?
6. 我国法律监督的基本形式是什么?

### 【推荐读物】

1. 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版。
2. 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社 1998 年版。



## 第 4 章

# 法的作用与价值

- 法的作用释义
- 法的规范作用
- 法的社会作用
- 法的价值释义
- 维护秩序
- 保障自由
- 实现正义
- 促进效率
- 法的局限性

**【本章概要】** 人类社会之所以要创造法,现代社会之所以要追求法治,就在于法在社会生活中具有不可替代的巨大作用和价值。本章首先介绍了法的作用的基本含义和一般分类,同时重点介绍了法的规范作用和社会作用,然后分析了法的价值的含义,并说明了法在维护秩序、保障自由、实现正义、促进效率等方面的巨大价值,最后还简要地论述了法的局限性。

## §1 法的作用释义

事物的作用是事物存在的基本标志。凡是现实世界中存在的事物,都是有作用的,只不过作用的内容或大小有所不同。作用是指事物本身所具有的影响或改变其他事物的能力或力量。这种能力或力量往往在事物的相互作用中表现出来。一个事物的作用具体表现为它对其他事物所产生的可观察、可测量的实际作用或影响。法的作用表现为法对人的行为和社会关系所产生的影响。由于法不仅调整人与人的关系,而且通过规范人对自然的开发、改造活

动来调整人与自然的关系,因而法的作用是相当广泛的。法的调整范围越大,法的社会地位越高,法的作用就越强。

法的作用有多种多样的表现形式,可以依据不同的标准对其进行分类。根据人们对法律作用的期待与法律的实际效果之间的区别或差别,可以把法的作用分为预期作用与实际作用。预期作用是立法者立法时设想法律应当或可能发挥的作用,实际作用则是法律在调整社会关系、影响社会生活时实际起到的作用。实际作用与预期作用一致,说明本本上的法律规定已经转变为生活的现实,说明法律是富有实效的;否则,则表明法律缺乏实效,或者法律已经失去效力。

按照法的作用是否对人与社会有益,法的作用可以分为积极作用和消极作用。积极作用是指法对人与社会所具有的有益的、积极的作用;消极作用是指事物对人与社会所具有的消极的、有害的影响。法不是完美无缺的。法既具有其他社会规范和社会控制形式所无法比拟的巨大的积极功能,同时也有其内在的局限性,具有一些消极作用。

按照法作用于人们的行为和社会关系的形式与内容之间的区别,法的作用可以分为规范作用和社会作用。从法是一种社会规范看,法具有规范作用;从法的本质和目的看,法又有社会作用。这两种作用是手段与目的的关系,即法通过其规范作用(作为手段)而实现其社会作用(作为目的)。这种分类既能使人们清楚地认识到法的作用与上层建筑其他组成部分(如国家、社会组织等)的作用各自的特点,又能使人们充分认识到不同历史类型的法的作用的区别。

## §2 法的规范作用

作为由国家制定的社会规范,法具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。

### 法的指引作用

法是通过规定人们在法律上的权利和义务以及违反法律规定应该承担和必须承担的责任等内容来调整人们的行为的。调整就是指引。指引作用的发挥以对法律要求的知晓为前提。法律要求是国家以要达到的社会目的为依据做出并加以宣布的指示。这种指示受到社会价值准则、道德观念或理性判断的决定性影响。因此,通过法律规范,人们可以知道什么是国家赞成的,应当

做、可以做的；什么是国家反对的，不该做、不得做的；可以知道国家的发展目标、价值取向和政策导向，甚至可以知道从国家的观点看什么是明智之举，什么是愚昧之举。指引有两种情况，第一，确定性的指引，即通过规定法律义务，要求人们做出或抑制一定行为。第二，不确定的指引，即通过授予法律权利，给人们创造一种选择的机会，权利指引的不确定性表明权利指引的丰富可能性。从立法的意图来说，这两种指引所包括的两种法律后果都是人们在做出行为时所考虑的因素。但不同的是，就确定的指引来说，法律的目的是防止人们做出违反法律指示的行为；而就不确定的指引来说，法律的目的是鼓励人们从事法律所容许的行为。法作为规范的指引是一种一般指引，即针对群体和类行为的、复现的指引。这使法的指引作用比个别调整具有更稳定 and 更持续的影响和效力。一般说来，计划经济体制下的行政命令实质上是个别指引，而市场经济条件下的法律调整则是规范指引。正是在这种意义上，人们说市场经济是法制经济（法治经济）。

## 法的评价作用

法律作为一种行为标准和尺度，具有判断、衡量人们的行为的作用。法律不仅具有判断行为合法与否的作用，而且由于法律是建立在道德、理性之上的，所以也能衡量人们的行为是善良的、正确的，还是邪恶的、错误的；是明智的、还是愚蠢的。通过这种评价，影响人们的价值观念和是非标准，从而达到指引人们的行为的效果。

在现实生活中，法并不是唯一的评价人们的行为的标准，道德规范、宗教规范、风俗习惯和社会团体的规章等也具有对行为的评价作用。但是，法所做出的评价却有着与它们不同的特点。首先，法的评价具有比较突出的客观性。也就是说，什么行为是正当的，什么行为是不正当的；什么行为是可做的，什么行为是不可做的，在法律规范中有明确的规定。因此，法对行为的评价大体上说来是不会因人而异的。当然，在利用法律规范对行为评价时，评价者对规范的理解也可能发生细微的有时甚至是较大的差别。不过，这种差别在其他评价标准中就更为明显和经常。其次，法的评价具有普遍的有效性。在同一个社会，由于人们的道德观念和宗教信仰不同，或者由于接受的风俗和纪律不同，每个人对一定行为所做的评价只有在与该人具有相同标准的那些人中间才是有效的。对法律规范来说则不同，不论人们的主观愿望如何，只要他们的行为进入了法律行为的范畴，法律规范的评价对他们来说就是有效的。如果不想受到法律的制裁，他们的行为必须在客观上与法的评价协调起来。

## 法的预测作用

预测作用是指根据法律规定,人们可以预先知晓或估计到人们相互间将如何行为,特别是国家机关及其工作人员将如何对待人们的行为,进而根据这种预知来做出行动安排和计划。人们在社会生活中,每个人的行为都可能对他人的行为发生影响,同时也可能受到他人行为的影响。在这种复杂的互动关系中,如果没有一定的公认的规则,去据以预测自己行为和安排的后果,社会生活就会陷入无序状态。法的预测作用正可以减少行动的偶然性和盲目性,提高行动的实际效果。例如,由于《合同法》的存在,经济活动的主体可以预见到什么样的合同是有效的或无效的,违反经济合同将会遇到什么样的法律后果等。再如,由于《集会游行示威法》的颁布和宣传,人们可以相当准确地预见到组织非法游行的后果。总之,由于法律具有预测作用,人们就可以根据法律来合理地做出安排,以使用最小的代价和风险取得最有效的结果。

## 法的教育作用

法的教育作用首先表现为,通过把国家或社会的价值观念和价值标准凝结为固定的行为模式(规则、原则等)和法律符号(如天平、宝剑、蒙眼布等)而向人们灌输占支配地位的意识形态,使之渗透于或内化在人们的心中,并借助人们的行为进一步广泛传播。由于法律是人们在日常生活、生产、交往中反复实践的东西,人们可以不知不觉地与法律相认同,被法律同化,形成法律习惯。其次表现为通过法律规范的实施而对本人和一般人今后的行为发生影响。例如,对违法行为的制裁不仅对违法者起到教育作用,而且可以教育人们:今后谁再做出此类行为也将受到同样的惩罚。再如,对合法行为的鼓励、保护,可以对一般人的行为起到示范和促进作用。法的这种特殊教育作用对于提高公民的法律意识、权利意识、义务观念、责任感、遵守法律和纪律的自觉性,是不可缺少的。

## 法的强制作用

法的强制作用在于制裁违法行为。通过制裁手段可以加强法的权威性,保护人们的正当权利,增强人们的安全感。制裁的形式是多种多样的。如刑法中的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑等;民法中的停止侵害,排除妨碍,消除危险,返还原物,恢复原状,修理、重作、更换,赔偿损失,支付违约金,消除影响,赔礼道歉,训诫,收缴进行非法活动的财产和非法所得,罚款;经济法中的停止供应原材料,停产整顿,停止贷款;行政法中的警告、罚款、拘留、没收、停止营业等;宪法中的对国家和政府领导人的弹劾、罢免等。

### §3 法的社会作用

与法的规范作用相比,法的社会作用是一个比较复杂的问题。因为法的规范作用是从法作为一种社会规范的外部影响力出发来分析的,这种外部显现的东西相对来说是比较容易认识的现象。法的社会作用则是从法的比较隐蔽的本质和目的出发来分析的,加之不同类型的法的社会作用显然是不同的,这就增加了认识的难度。

法的社会作用取决于社会的性质。私有制社会即阶级社会的法的社会作用与社会主义社会的法的社会作用明显不同。

#### 法在私有制社会的社会作用

在私有制社会中,法的社会作用大体上可以归纳为以下两个方面:维护阶级统治和执行社会公共职能。

第一,维护阶级统治。在私有制社会,即阶级对立社会中,基本的社会关系是对立阶级之间的关系,社会的基本矛盾是对立阶级之间的冲突和斗争。这种冲突和斗争是对统治阶级和整个社会最严重的威胁。因此,必须把阶级冲突和斗争控制在“秩序”的范围内。对阶级冲突和阶级斗争的控制是通过国家力量来进行的。国家是一种表面上凌驾于社会之上,实质上还是掌握着经济上最强大的阶级,从而也是政治上最强大的阶级手中的力量。所以,国家通过自己的权力系统和法律规则体系建立的秩序,是把一个阶级对另一个阶级的压迫合法化、制度化,把阶级冲突和阶级斗争保持在统治阶级的根本利益所允许的范围之内,即建立起有利于统治阶级的社会秩序和社会关系。阶级统治的范围极为广泛,包括经济、政治和思想等领域。因而,维护阶级统治就是:维护统治阶级对社会生产资料的占有以及在组织生产、分配和消费方面的优越地位;维护统治阶级在政治上的支配地位;保障统治阶级在意识形态领域的垄断地位或优势。

第二,执行社会公共事务。私有制社会中的法除了维护统治阶级的阶级统治这一主要作用外,还具有执行各种社会公共事务的作用。这里所说的“社会公共事务”是与阶级统治相对而言的。在各个私有制社会中,社会公共事务及有关的法律的性质、作用、范围虽不尽相同,但总括起来,大体有以下几个方面:

(1) 维护人类社会基本生活条件。这些基本生活条件大致包括最低限度的公共治安,社会成员或绝大多数社会成员的人身安全,食品卫生、环境卫生、

交通安全等。现代社会越来越多的公共安全法、人权法规、食品卫生法、交通法规都是为着这种目的而制定的。

(2) 维护生产和交换的秩序。这其中包括确定生产管理的一般规则、各种交易行为的基本规范、规定基本劳动条件等。这方面的法律是为了减少生产和交换过程中的偶然性和任意性,提高确定性和连续性,保证交易安全,减少交易风险,降低代价或成本。

(3) 组织社会化大生产。生产社会化是与社会发展同步的。古代社会典型的社会化大生产是兴修水利、组织灌溉。随着社会生产力的高度发展,科学技术的广泛使用,生产的社会化程度越来越高,私人由于资金、技术和劳力的限制无法承担起社会经济发展所必需的水利、能源、交通、宇航、基础设施工程,因而由国家通过立法来组织实施这些工程。

(4) 确定使用设备、执行工艺的技术规程,以及有关产品、劳务、质量要求的标准,以保障生产安全,防止事故,保护消费者的利益。尤其是对易燃、易爆、高空、高压等危险性行业实行严格的法律规制和无过错责任制度,对直接关系到人们的健康、安全和生命的消费品制定科学的标准,对它们的生产和销售实行严格的法律监督。

(5) 推进教育、科学、文化的发展。教育、科学、文化的发展状况对于一个社会来说,具有长期稳定的意义,以至决定着一个民族的生死存亡。所以,自古以来,特别是近代以来,各国都通过立法来保障和推进教育、科学和文化事业,诸如义务教育法,科技振兴法,专利法、商标法、著作权法等知识产权法。

## 当代中国法的社会作用

对当代中国社会主义法的社会作用可以从不同的角度进行分析和论述。例如,法在经济生活中的作用,法在政治生活中的作用,法在社会文化生活中的作用;法在物质文明建设中的作用,法在政治文明建设中的作用,法在精神文明建设中的作用,法在生态文明建设中的作用;法的对内作用,法的对外作用;法在处理人民内部矛盾方面的作用,法在处理敌我矛盾方面的作用,等等。

在我国现阶段,法的根本作用是为建设中国特色社会主义服务。中国特色社会主义的基本特征可以概括为:建设社会主义市场经济,建设社会主义民主政治,建设社会主义精神文明,建设现代生态文明,实行开放、和平和合作。因此,我国法的社会作用表现为:(1) 保障、引导和推进社会主义市场经济;(2) 保障、引导和推进社会主义民主政治;(3) 保障、引导和推进社会主义精神文明;(4) 保障和促进生态文明;(5) 保障和推进对外开放,维护世界和平及发展。

## §4 法的价值释义

马克思主义认为,“价值”首先是一个表征关系的范畴,它反映的是人(主体)与外界物——自然、社会(客体)的关系,揭示的是人的实践活动的动机和目的。人之所以要去认识客观世界及其事物,是为了对客观世界进行改造;而人之所以要对客观世界及其事物进行改造,又以满足人的自身需要为最终目的。所以,归根到底,人的一切实践活动无不是为了把客观存在的对象改造成为满足人类自身需要的事物。人和物之间的这种需要与满足的对应关系,就是价值关系。在价值关系中,人是价值主体,外界事物是价值客体。

“价值”其次是一个表征意义的范畴,是用以表示事物所具有的对主体有意义的、可以满足主体需要的功能和属性的概念。从始源意义来看,价值经常被界定为客体满足主体需要的积极意义或客体的有用性。因此,在人类的实践中,凡是对人有用、有利、有益的,能够满足人的某种需要,有助于实现人的目标的东西(实体或精神),就是有价值的,就会得到人们的肯定性评价。反之,那些不能满足人的需要,无助于实现人的目标,对人无用、无利甚至有害的东西,就是无价值的或负价值的,必然受到人们的否定性评价。诸如自由、正义、财富、知识、善德,等等,都是人们所需求的东西,因而被人们视为价值的存在形态。

法律价值也具有上述两重性质。它一方面体现了作为主体的人与作为客体的法之间需要和满足的对应关系,即法律价值关系;另一方面它又体现了法所具有的、对主体有意义的、可以满足主体需要的功能和属性。据此,可把法律价值解释为:在人(主体)与法(客体)的关系中体现出来的法的积极意义或有用性。这个释义表明,法律价值不是一个类似“法律规则”、“法律行为”那样的实体范畴,而是一个关系范畴。不能把法律价值理解为独立于人(主体)和法(客体)之外的存在物。只有当法律符合或能够满足人们的需要,在人与法律之间形成价值关系,法律才有价值(有用性)可言。在现代社会,法对人类的价值是多方面的和巨大的。从法学的概括性上,可以把现代法律的基本价值概括为维护秩序、保障自由、实现正义和促进效率四个方面。

## §5 维护秩序

秩序是法的内在价值的集中体现。这是因为秩序的存在是人类一切活动

的必要前提。除了极少数试图从混乱中渔利的坏人,绝大多数人,不管他来自哪个阶级、阶层,担任何种社会角色,都希望有某种秩序的存在。秩序构成了人类理想的要素和社会活动的基本目标。法律是秩序的象征,又是建立和维护秩序的手段。法在建立和维护秩序中的作用主要表现为:

### 建立和维护阶级统治秩序

冲突是秩序的干扰和破坏因素。在阶级社会中,最根本的冲突是阶级冲突,它构成对社会秩序的最严重的危害。为了避免互相冲突的阶级和社会在无谓的斗争中同归于尽,必须把阶级冲突控制在“秩序”的范围内。以法律作为工具,将阶级关系纳入秩序的范围,使阶级矛盾和阶级斗争得到缓和,这是统治阶级长期统治经验积累的结果。它比直接的暴力镇压高明得多。因为这种限制、禁止和控制在外观上对于一切社会成员往往都是无例外的。同时,法是统治阶级主观意志客观化(外化)的产物。作为客观的标准,法律能够促使人们按照已知的标准指导和约束自己的行为,影响、监督和评判别人的行为,从而减少推行统治阶级意志的阻力;能够使国家暴力备而不用或者仅在个别条件下使用,就可以达到建立和维护阶级统治秩序的预期目的。在我国社会主义初级阶段,虽然阶级斗争还将在一定范围内长期存在,并且在某种情况下还有可能激化,但是,由于剥削阶级作为一个阶级已被消灭,我国社会存在的矛盾,大多数不具有阶级斗争的性质,阶级斗争已经不再是我国社会的主要矛盾。所以,我们更要善于运用法律手段处理阶级斗争问题,而不能采取大规模的群众运动的方式。

### 建立和维护社会生活秩序

安居才能乐业。有秩序的社会生活是人类其他活动的前提。所以,建立和维护正常社会生活所需要的秩序是十分重要的。为此,法的价值体现为:第一,为自身提供安全保障,使社会成员不至于为自己的人身安全提心吊胆,从而把精力消耗在自卫上。第二,为社会成员规定明确的权利和义务以及权利的界限和义务的边际,并用强力去保护人们之间的权利义务关系,以预防和制止纷争。第三,用文明的诉讼程序取代野蛮的暴力复仇,使争端以和平的方式得以解决。用公力救济取代私力救济的法律程序是人类文明社会对争端解决方式的最好选择。人们通过法定的诉讼程序来解决或缓和冲突,以避免在无限制的、恶性循环的暴力复仇中互相毁灭。

### 建立社会生产和交换秩序

建立生产和交换秩序,使生产和交换摆脱偶然性和任意性而取得稳定性和



连续性,这是法的价值的根本体现。在建立生产和交换秩序方面,法律关于财产权的规定,使财产所有者可以根据自己的意志在法定范围内占有、使用和处分财产,从而为生产和交换创造了最基本的法律保障。在商品经济社会里,如果没有财产权利规则,那就根本谈不上生产和交换。法律关于自然人或法人权利能力和行为能力的规定,可以避免和消除由于出现不合格的法律关系主体而影响生产和交换正常进行的现象。法律关于契约自由及违约责任的规定,不仅创造了自愿交换的条件,促进资源合理流转,而且使商品所有者可以无后顾之忧地、有合理期望地、尽其所能地进行经济交往和增加财富的活动。现代社会的法律关于工人最低工资、基本劳动条件、工作时间、社会保障等方面的规定,缓和了劳动者和管理者之间的矛盾,保障了生产的正常进行。而国家在运用市场机制的同时,通过法律对整个社会的生产、分配和交换的宏观调控,则可以避免各部门经济的比例失调,化解或减少生产和消费的盲目性,在宏观上创造生产和交换的秩序。

### 建立和维护权力运行秩序

权力指个人、集团或国家贯彻自己的意志和政策,控制、操纵或影响他人行为(而不管他们同意与否)的能力。权力运行的效应是双重的,它既会给他人和社会带来利益,也可能给人们和社会造成危害。就一般情况来看,无规则无秩序的权力运行对他人或社会造成危害的可能性极大。因此,建立权力运行秩序是极其重要的。在现代社会,法律存在的重要意义就在于通过对权力资源的法律配置,以及规定权力的界限、权力的关系、权力的组织和协调、权力运行的起点和终点进而建立权力运行秩序,使权力运行规则化、制度化。在权力体系当中,国家的政治权力,即通过社会中正式的政治设施行使的权力,居于核心位置。所以,建立权力运行秩序首先是建立国家权力的运行秩序。建立国家政治权力运行秩序必须消除专制主义,限制自由裁量。

## §6 保障自由

自由是一个有多重形态、多重意义的概念,法学所关注的主要是社会生活中的自由,特别是社会政治生活、经济生活和文化生活中的自由,即个人在社会关系中可以按照自己的意志活动的权利。在社会主义社会,人民是自由的主体,享有广泛而充实的政治自由和经济自由。当然,社会主义条件下的自由只是人类社会全面自由发展的一个新起点。在通向人类全面自由发展的道路

上还有许多障碍和阻力,需要人们不断地去排除,排除这些障碍和阻力的过程就是人类步入自由王国的过程。

在法律是社会的主要调控规则的时代,自由需要通过法律且要在法律的范围内来实现。法对自由的实现起着多方面、多环节的作用。

第一,提供选择的机会,增加自由选择效能。人们在社会活动中不是只有一种选择的可能,而往往有多种选择的可能。自由在其社会意义上意味着有效地做出选择。这种行为选择的有效能力取决于对行为后果的事先预知或合理预测。法律是以国家政治权威的名义宣布的一般规则。它以明确而肯定的语言规定了在各种预设条件下的行为模式及其法律后果,这就减少了人们在社会生活中的偶然性和盲目性,增加了可预测性,即增加了行为选择的自由度。假如没有法律规则,人们就会犹豫不决,因而也就没有什么自由可言。

第二,为自由意志的外化排除人为的不正当的障碍。自由意志在转化为主体的外部行为时,有可能受到两方面的障碍。一种障碍源自主体自身,例如,心理或生理上的缺陷有时会直接制约、限制主体的行动。另一种障碍来自主体外部,其中包括基于自然的原因而发生的和基于社会的原因而发生的。我们在做任何一件比较复杂的事情时,都可能遇到许多来自大自然的或社会的障碍或束缚。只有排除了这些障碍或束缚,我们才能达到预期的目的,一般来说,法律对自由的保障和促进作用最突出地表现为它能够自由的实现排除社会领域中某些人为的不适当、不公正的障碍或束缚,因为法律只能命令人而不能命令自然。例如,法律能够排除对他人在假日外出旅行的不正当干预,却不能使假日的天气必须晴朗。

第三,把自由法律化为权利,使之成为从事一切对别人没有害处的活动的权利。法律怎样为自由意志的实现排除外在的障碍呢?其具体方法就是使自由转化为法律权利(自由权)。如果意志仅仅是主体的意志,那么它能否克服人为的障碍或束缚就完全取决于主体的力量与外在的障碍或阻力之间的对比,而通常情况下外在障碍和阻力总是处于优势。可是,当主体的自由意志得到了社会正式代表——国家的承认时,它就具有了合法性,从而表现为“普遍的权利”。以自由权利形式表现出来的意志已经不再仅仅是主体的意志,它同时也是国家的意志。因此,任何对它的侵犯也都是对国家权威的侵犯,要受到国家强制力的回击。法律在把自由确认为权利的同时,也就确定了各种自由权利的范围,使之有可能在自由的法律通则之下互相协调。如果自由权利意味着为所欲为,那么自由就不复存在了,因为这将对自由的互相否定。因此各种自由权利都必须有一个明确的边际。在这个边际所指明的范围之内,权利的主体可以从事他想干的一切事情,别人的干涉是违法的。可是如果他超出这个范围,他的自由就失去了权利的性质,他的行为同样是违法的,因为

这时候他必然会对其他人的合法利益造成损害。

第四,把自由与责任联结,为平等的自由提供保护机制。社会生活中的自由与责任是对立统一的。一方面,责任是对自由的制约和限定;另一方面,责任又是对自由的保护机制。与自由联结的有两种责任,一种是作为第一性义务的责任,它要求个人在行使自由权利时要对他人负责,对社会负责。另一种是作为第二性义务的责任,即自由主体应当、而且必须对自己的出于自由意志和自由选择而对他人的利益造成损害的违法行为承担法律责任。这种责任的设定对于保障每个人的平等自由,是绝对必要的。因为“没有责任,自由就会成为无政府状态,而人的权利就会成为无限制的任性。”<sup>①</sup>将责任与自由联结,是以使一种行为成为不值得去做的行为的方式而起作用的。它没有取消人去这样做的能力和自由,但这样做却很不值得。

## §7 实现正义

“正义只有通过良好的法律才能实现”。“法是善和正义的艺术”。这些古老的法学格言和法律定义表明法和正义是不可分的:法律是实现正义的手段,法律的价值在于实现正义。正义中的根本问题是社会体制以及社会体制的正义包括的两个基本方面,与此相适应,法首先要促进和保障分配的正义;其次要促进和保障诉讼的正义。

第一,促进和保障分配的正义。人类社会是这样一个社会,在其中既存在着利益的一致,也存在着利益的冲突。之所以存在着利益的一致,是因为合作可以使所有的人比他们孤立活动生活得更好;之所以存在着利益的冲突,是因为每个人都对自己占有社会合作成果的份额非常敏感,有些人甚至希望自己能得到一个较大的份额。因此,每个社会都需要有一套原则指导社会适当地分配利益和负担,这套原则就是正义原则。法律在实现分配正义方面的作用,主要表现为把指导分配的正义原则法律化、制度化,并具体化为权利和义务,以实现资源、社会合作的利益和负担进行权威性地、公正地分配。

第二,促进和保障诉讼的正义。在社会生活中,私人之间的利益冲突是不可避免的;权利和义务的分配关系不可能受到所有人的尊重,由此引起的法律纠纷也是大量的。这些冲突和纠纷不仅应当是和平地,即不使用私人武力地

<sup>①</sup> [苏]雅维茨:《法的一般理论——哲学与社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年版,第197页。

得到解决,而且应当公正地得到解决。法一方面可以为和平地解决冲突提供规则和程序,另一方面也可以为公正地解决冲突提供规则和程序。公正地解决冲突,其主要标志是无偏见地适用公开的规则:类似案件类似处理,同样的情况同样对待,也就是法律面前一律平等。

在现代社会,为了保障冲突和纠纷的公正解决,法律所提供的规则和程序主要有:(1)司法独立,即司法机关和法官个人在行使司法职能时有不受立法机关、行政机关和任何长官非法干涉的自由(如果没有这种独立和自由,就不可能有公正的司法)。(2)法官在其任期内行使权力时,不应有不利于他的调动。(3)回避制度,即任何人不应审理与自己有利害关系的案件。换言之,法律纠纷应由超然于当事人的第三者来审理。(4)审判公开,即案件的审理必须公开,接受社会的监督和法制监督,但不受舆论所左右。(5)当事人权利平等,即冲突和纠纷双方均应得到有关程序的公平通告,并有公平的机会去回答对方的辩论和证据。判决的内容应当有法律的根据和事实的根据,并为公认的正义观所支持。案件的审理应当及时高效,不得迟误。(6)应有上诉和申诉制度,容许对初审判决不服的当事人把初审法院的法官置于“被告”的地位,由上级法院审查下级法院判决的公正性和合法性。(7)律师自由,律师能够没有顾虑地为当事人(哪怕这个当事人是由国家起诉的被告)提供必要的法律帮助(咨询、代理、辩护等)。(8)法律援助,国家对于社会弱势群体和弱者无偿提供法律援助,使他们的诉讼权利得以平等的实现。

## §8 促进效率

与秩序、正义和自由一样,效率也是一个社会最重要的美德。一个好的社会必须是有秩序的社会,自由的社会,公正的社会,也必须是高效率的社会。没有效率的社会无论如何不能被认为是一个完善的社会。既然效率是社会的美德,是社会发展的基本价值目标,那么,法律对人们的重要意义,应当是以其特有的权威性的分配权利和义务的方式,实现效率的极大化。

第一,承认并保障主体的物质利益,从而鼓励主体为着物质利益而奋斗。马克思主义认为,“利益”是一个非常重要和实用的社会概念。“每一既定社会的经济关系首先表现为利益”。<sup>①</sup>人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。利益,就是人们企求满足的一种要求、愿望或期待。在社会心理学中,

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第209页。

满足既被当作人们需要的实现,进一步,又是新的需要的起点和契机,因而追求利益是人类最一般、最基础的心理特征和行为规律。

既然主体的利益的不断实现和追求是提高生产力,促进经济增长的决定性动机,是社会发展的动力,那么,承认和保护主体的自我利益,使之成为一种权利,从而激励人们在法律的范围內尽其所能地实现物质利益,就成为人类之所以需要法律的一个重要理由。我国自1978年以来进行的经济体制改革和经济方面的法制建设,一个总的趋势就是刺激人们关心物质利益,把物质利益同主体的学习、工作、生产活动挂钩,赋予主体追求物质利益并为之奋斗的正当权利,以使资源(包括人力资源在内)得以最有效率的利用。

人类在追逐物质利益的过程中必然会产生对立和摩擦。这种对立和摩擦会造成资源的浪费甚至是巨大的浪费。因此,法律在承认和保护个人的物质利益的同时,还要权衡和调节各种利益冲突,以便把对立和摩擦减少到最低限度。法律的整个运行过程实际上就是对各种利益进行衡称、选择、取舍,并通过权利和义务对各种不同利益进行权威性、规范性调整的过程。

第二,确认和保护财产权,鼓励个人和法人为着效益的目的而占有、使用或转让(交换)财产。财产权利的承认(产权关系的明确)是有效地利用自然资源的前提。人们只有获得了对资源的占有权和使用权,物有其主,并有权排除他人对自己财产的侵犯或夺取,财产所有者才有信心和动机投入资源,发展财富。所以,任何一个国家的法律都是以财产权为核心的。不同的只是剥削阶级国家的法律是以私有财产权为核心,社会主义法律是以公共财产权为核心。法律在确认财产权的同时,还要创造财产权有效利用的机制,其中最主要的是为财产权的转移提供保障和便利。如果说财产权的法律确认和保障是有效利用资源的必备条件,那么,财产权的可转移性(即从一个主体向另一个主体转移)就是有效利用资源的充分条件。如果财产权是固定不移的,资源就不能从低效益利用流向高效益利用。假如一个农民拥有一定数量的土地,但他不是一个善于耕种和经营的人,他的土地在别人手中可以生产出更多的农牧产品。在这种情况下,资源的有效利用需要一个机制,用以推动这个农民通过交换把土地的占有权或使用权转移给更有效地利用它的人。法定的财产转让权就是这样一个机制。土地是这样,其他的资源也是这样。这一机制已开始引进到我国的宪法和其他法律、法规之中。生产资料租让、企业兼并,就是这一机制发挥作用的表现。党的十六大为全面、平等地保护财产权,引导财产权合理流转,提高资源利用效率,提供了充分的理论依据和政策依据,现在要进一步使之成为法律依据。

第三,确认、保护、创造最有效率的经济运行模式,使之容纳更多生产力。每种社会制度、每个国家都有其经济有效运行的最佳模式。但就当代中国社

会而言,最佳模式是市场经济模式。市场把生产者和经营者置于自由竞争的境地,为人们施展才能创造了广阔的场所,同时也使资源能够从低效益利用向高效益利用流转。在邓小平建设有中国特色的社会主义理论的指导下,经过20多年的锐意改革、特别是最近14年的重大改革,使得我国原有的国家集中过多、统得过死,扼制商品经济、价值规律和市场作用等严重束缚生产力发展的传统计划经济运行模式发生了重大变革,但经济发展中的深层问题远未根本解决,因而要进一步推进改革开放,使社会主义市场经济体制和运行模式在我国全国范围内形成,以进一步解放和发展我国的社会生产力。

第四,承认和保护知识产权,解放和发展科学技术。科学技术是第一生产力。解放和发展生产力,首先是解放和发展科学技术。法在这方面的作用主要是把科学技术活动及其成果宣布为权利,使“智慧的火焰加上利益的燃料”。近代以来各国的经验表明,凡是法律承认知识的价值,保护知识产权的地方,科学技术日新月异,社会生产力蒸蒸日上;反之,社会生产力则徘徊不前。在知识经济时代,衡量法律效率的首要标准是看它是否推进科学技术的发展,是否促进科学技术转化为现实生产力。

## §9 法的局限性

法以其特有的规范作用和社会作用对社会生活产生着深刻的影响,正如以上所述,法是当代社会经济、政治、文化发展和社会全面进步所必不可少的因素。我们必须充分认识和重视法的作用,特别是法在社会主义初级阶段的重大作用,坚决克服轻视以至忽视法的作用的人治传统,大力推进我国社会的法治化进程,建设社会主义法治国家。同时,必须看到,法作用于社会生活的范围、方式、效果等方面还存在着一定的局限性。法的局限性主要表现在以下几个方面:

第一,法只是许多社会调整方法的一种。法是用以调整社会关系的重要方法,但它不是唯一的方法。除法律之外,还有政策、纪律、规章、道德、民约、公约、宗教规范及其他社会规范,还有经济、行政、思想教育等手段。虽然在当代社会,就建立和维护整个社会秩序而言,法是十分重要的方法,但在某些社会关系和社会生活领域,法并不是主要的方法。在各种规范调整方法中,法律有时也不是成本最低的方法。

第二,法的作用范围不是无限的,也并非在任何问题上都是适当的。在现代社会,法的作用范围极为广泛,涉及经济、政治、文化、社会生活的方方面面,

从摇篮到坟墓法律无处不在。但是,应当看到,对不少社会关系、社会生活领域、社会问题,采用法律手段是不适宜的。例如,涉及人们思想、认识、信仰、情感等属于私人生活范畴的问题,就不宜完全采用法律手段。因为法律是以国家意志的形式出现的,是由国家强制力保证实行的。对人们的思想、认识、信仰、情感等私人生活领域采用法律手段强行干预、限制、禁止,不仅不可能起到应有的效果,而且往往导致有害的结果。正如毛泽东指出的:“企图用行政命令的方法,用强制的方法解决思想问题,是非问题,不但没有效力,而且是有害的。”<sup>①</sup>

第三,法对千姿百态、不断变化的社会生活的涵盖性和适应性不可避免地存在一定的限度。法律作为规范,其内容是抽象的、概括的、定型的,制定出来之后有一定的稳定性。法律不能频繁变动,更不能朝令夕改,否则就会失去其权威性和确定性。但是,它要处理的现实社会生活则是具体的、形形色色的、易变的。因而,不可能有天衣无缝、预先包容全部社会生活事实的法典。这就使得法律不可避免地出现规则真空,呈现出一定的不适应性和滞后性。

第四,在实施法律所需的人力资源、精神条件和物质条件不具备的情况下,法不可能充分发挥作用。法律作为国家制定或认可的社会规范体系,必须由公务员、法官、检察官、律师等法律专业人员来实施。即使有了制定精良的法律规范,而如果缺乏具有良好法律素质和职业道德的法律专业人员,这样的法律也难以起到预期的作用。法律的实施也需要有相应的精神条件或文化氛围,例如,需要公民和官员树立法治意识(即有法可依、有法必依、执法必严、违法必究的意识),权利和义务观念,程序意识等。当前我国严重存在的有法不依、执法不严、违法不究的现象,说明我国还没有形成法治所需要的文化环境,法的作用必然受到限制。法律的实施还需要一定的物质条件,例如,要有相对完备的侦查、检察、审判组织及物质的附属物(法庭、监狱等)。这些组织及物质附属物的设立和运行意味着大量的财政支出。假如财政困难,就会限制这些组织及附属物的设立和运行。

总之,我们要充分认识到法的局限性,并要以对法的局限性的认识为基础,把法的调整机制与其他社会调整机制有机地结合起来,把依法治国与以德治国结合起来,建立良性社会秩序,并以良性社会秩序来保障改革开放,保障小康社会建设。

### 【关键词】

法的作用(functions of law):是指法对人的行为和社会关系所产生的各种影响。

<sup>①</sup> 《毛泽东文集》第7卷,人民出版社1999年版,第209页。

法的价值(values of law):是指在人(主体)与法(客体)的关系中体现出来的法的积极意义或有用性。

### 【思考题】

1. 如何理解法的作用?
2. 如何理解法律的评价作用与指引作用?
3. 如何理解法律的局限性?

### 【推荐读物】

1. 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版。
2. 卓泽渊:《法的价值论》,法律出版社 1999 年版。



# 第 5 章

## 法 治

- 法治的概念
- 法治的基础
- 法治的基本特征
- 当代中国的法治实践

**【本章概要】** 如果说经济领域人们追求的最高目标是效率,政治领域人们追求的最高目标是民主,那么法律领域人们追求的最高目标是法治。法治和民主、正义、自由、秩序、效益、财富、人权等被普遍公认为现代社会的基本价值目标,成为衡量社会进步与文明与否的基本标准。在当代中国,实行法治已经成为全国人民的共识,成为中国社会发展的基本趋势。本章主要从法治的概念、法治的基本特征、法治的基础以及当代中国的法治实践和社会主义法治理念四个方面介绍了法治的基本理论。

### §1 法治的概念

#### 法治的内涵

在当代中国,“法治”一词现已成为一个高频使用的大众词语。但究竟什么是法治,论者却仁者见仁、智者见智。在中外法治思想史上,许多论著都没有对其做出直接或简单的定义。<sup>①</sup>从现有资料来看,法治一词有不同的表达

<sup>①</sup> 正如《牛津法律大辞典》所言,法治是“一个无比重要的,但未被定义,也不是随便就能定义的概念,它意指所有的权威机构、立法、行政、司法及其他机构都要服从于某些原则。”参见[英]戴维·M.沃克编:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第790页。

方式,在中文里有“法治主义”、“以法治国”、“依法治国”等。在西方有“rule of law”(法的统治)、“rule by law”(依法统治)、“rechtsstaat”(法治国)、“government by law”(依法治理)、“government through law”(通过法律治理)等。在各种不同的表达方式中,我们可以看到“法治”一词至少具有以下几种社会内涵和意义。

第一,“法治”指的是一种治国方略或社会调控方式。也就是说,国家在诸多社会控制体系中选择法律作为其主要控制手段。这种“法治”的观点在中国古代先秦诸子和古希腊哲学家的论著中就已提出。如《管子·明法》中有:“以法治国,则举措而已”,商鞅、韩非等人也有类似的观点。古希腊思想家亚里士多德主张“法治优于一人之治”。他们都把法治当作一种治国方略或社会调控方式。与“法治”相对的社会治理方式是“人治”和“德治”。近代以来,法治与人治的对立主要表现为民主与法制、民主与专制主权在民与主权在君、法律与当权者个人意志之间的对立。简单地说,在法治国家中是“人依法”,而在人治国家中则是“法依人”。德治(礼治)论者主张国家应通过对人民进行道德教化来进行治理。在现代社会,法律具有道德机制无可比拟的优势,在社会生活中必然起主导作用。当然,法律不是万能的,法律有其固有的局限和弱点,需要由道德辅助和补充。

第二,“法治”指的是一种依法办事的原则。也就是说,在制定了法律之后,任何个人和组织的社会性活动均应该受到既定法律规则的约束,人人平等地依法办事是法治的基本要求和标志。而法治精神的核心则是政府机关及其工作人员严格依法办事,只有政府官员严格依法办事,接受法律的约束,才有法治可言。正如英国著名学者哈耶克所说:“法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见当局在某一情况下会怎样使用它的强制权力,并根据对此的了解计划它自己的个人事务。”<sup>①</sup>

第三,“法治”指的是一种良好的法律秩序。无论是作为治国方略,还是作为依法办事的原则,法治最终要表现为一种良好的社会秩序。达到某种良好的法律秩序,既是法治的目标和结果,也是检验一个国家是否厉行法治的一个重要指标。法律秩序是法律规范实行和实现的结果,是法治社会的一种基本追求和向往。在法治社会,法律秩序尤其受到人们的关切和重视,可以用来作为一种重要的尺度,用以衡量法治的水平、质量和规模,包括法治过程中的缺陷。法律秩序的合理化、合法化及稳定性的程度越高,越是标志法治的成功;反之,法律秩序如果扭曲化、形式化,法律体系的合理性、

<sup>①</sup> [英]F. A. 哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第73页。

公正性或法律秩序受到严重侵犯和破坏,则说明法治存在内在的弊端或不同程度的危机。

第四,“法治”代表着某种具有价值规定性的社会生活方式。法治不仅是单纯的法律秩序,还是一种理想的社会生活状况。不是任何一种法律秩序都称得上是法治状态,法治是有特定价值基础和价值目标的法律秩序,即是有价值规定性的生活方式。当然,法治的价值基础和价值取向是一个变量(可变的的标准),不同的社会有不同的价值规定性。就现代社会来说,法治的价值基础和取向至少应该包括:(1)法律必须体现人民主权原则,必须是人民根本利益和共同意志的反映,并且是以维护和促进全体人民的综合利益为目标。(2)法律必须承认、尊重和保护人民的权利和自由。(3)法律面前一律平等。(4)法律承认利益的多元化,对一切正当的利益施以无歧视性差别的保护。因此我们可以说,如果某个法律制度或法律秩序缺乏这些最低限度的价值基础和目标,就不配称为“法治”。

## 法治与法制

要理解“法治”的概念,还要分清其与“法制”的不同。“法制”一词在我国古代就已出现,“命有司,修法制,缮囹圄”<sup>①</sup>。新中国成立后,“法制”一词广为使用。它主要是用来指称法律和制度,即法律制度的简称。<sup>②</sup>我国长期以来,用“法制”代替“法治”,并认为法治是西方资本主义国家专有的概念。“法治”与“法制”仅一字之差,但其内涵及外延是有区别的。“法治”强调的是通过法制对国家和社会事务的管理,不仅要有完备的法律,而且要树立法律的权威,并且是“良法之治”,它与“人治”直接对立。“法制”是静态的,强调的是法律和制度的存在。法制并不必然是民主的,可以成为专制的工具。而“法治”则是以民主为前提和基础的法制。中国古代法家思想所谓的“法治”实质上是人治之下的法制。现代意义上的“法治”是在反封建专制的过程中逐步建立起来的民主基础上的法制。

在当代中国,“法制”与“法治”在党和国家的正式文件中的表述也经历了一个变化。1996年3月八届全国人大四次会议根据党中央的建议,把“依法治国,建设社会主义法制国家”作为一个基本方针,明确载入《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》。而在1997年9月召开的党的

① 《礼记·月令》。

② 我国有学者认为,法制一词主要在三种意义上使用,一是静态意义上的法律和制度,即法律和制度;二是动态意义上的法律,即立法、执法、司法、守法、对法律实施的监督等各个环节构成的一个系统;三是指“依法办事”的原则。参见沈宗灵:《依法治国,建设社会主义法治国家》,载《中国法学》1999年第1期。

十五大则将上述的“法制国家”改为“法治国家”，即将“依法治国，建设社会主义法治国家”载入党章；1999年3月，九届全国人大二次会议通过的宪法修正案明确规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。这种从“法制”到“法治”的转变表明了我们党和国家对“法治”认识的不断深化。

## 法治国家的概念

与法治概念紧密相连的概念是“法治国家”。现代意义上的法治国家指的是依靠正义之法来治理国家与管理社会，从而使权力和权利得到合理配置的一种理想状态，是法治理念的实现。依法治国也是在这种意义上使用的，它不仅注重法律作为一种社会调控手段的作用，还注重法律内在的正义要求。

在当代社会主义中国，法治是民主、自由、平等、人权、理性、文明、秩序、效益与合法性的完美结合。因此，社会主义法治国家或法治社会的基本标志应该是：（1）社会生活的基本方面和主要社会关系均应纳入法律治理的轨道。（2）法律构筑在尊重民主、人权和潜能，保护和促进经济增长、社会公平、社会秩序和社会进步的基础之上。（3）建立法律至上的信仰，树立法律权威，以法律约束政府的权力。（4）公民在法律面前一律平等，不因性别、种族、肤色、语言和信仰等的差别而有基本权利和义务的差别。（5）认真对待权利，公民的权利、自由和利益机会非经正当的法律程序和充足的理由不受剥夺，一切非法的侵害（不管来自个人或国家）都能得到公正、合理、及时的补偿，等等。

## §2 法治的基本特征

无论是作为一种治国方略，还是作为一种社会秩序，法治至少应具有以下基本特征：

### 1. 法律至上

法律至上意味着：（1）在国家生活中法律应当有至上的效力和最高的尊严，国家机关的一切职权都依法产生，而且依法行使。（2）国家行政机关、司法机关应受立法机关的监督和制约，其决定不得与立法机关的一般性立法相冲突，否则无效。（3）政党必须在法律的范围内活动，政党的政策不得违反宪法和基本法律。（4）当国家领导人个人以及执政党领袖的意志与法律出现矛

盾时,法律必须高于领导人个人意志,否则,就会出现法律和国家政策因为领导人个人意志或情绪的转变而改变,出现人治政体下经常发生的领导人更替过程中的政局波动和政局危机。

## 2. 法律必须具有一般性

“法律规则在性质上几乎必然是普遍的,因为法律的整个目的是把各种行为和情况分门别类,然后提供一般规则来处理它们。”<sup>①</sup>法律的一般性的含义是:(1)法律对社会生活的一般性调整。它指法律对人的行为的调整主要是两种行为模式,即把允许、肯定和鼓励的行为概括为权利,把禁止、命令和否定的行为概括为义务。(2)法律内容的一般性表述。它指法律规范需用专业性的词汇、概念高度抽象概括人的行为而使权利和义务成为一般性法律条文,人们按事先公布的法律条文选择行为而不被追究。(3)法律实施中的一般性适用。它一方面是指法律规范的全域约束力;另一方面是指法律规范的逻辑适用,即“类似情况类似处理”和“类似情况反复适用”。

## 3. 法律必须具有公开性

“法律必须达到某种程度的公开性,否则它就会崩塌成为原生态政治权力。”<sup>②</sup>法律是人们必须遵守的规则,只有人们直接了解法律,或从别人的法律行为式样中间接了解法律,才能够去遵守法律。如果法律规则不为其治下的民众所知悉,人们将无法合理安排自己的事务和行为。特别是在公法领域,法律法规的公开直接指征了公权力的运作方式,公民、法人及其他社会组织权利在透明的法治制度中就会容易获得保障和救济。再者,法律只有公开,有权机关才能对违法犯罪行为实施制裁,民众也才能有效地监督负责适用和执行法律的人是否无视其规定。因此,法律必须公开,这既是民主的要求,也是法治的要求。

## 4. 法律非溯及既往

法律的溯及力,是指法律生效后,对其生效以前未经裁判的或裁判结果尚未确定效力的行为是否适用的问题。法律非溯及既往是法治的基本要求之一。法律一般是适用于将来的,因此必须规定将来的某些行为。溯及既往的造法是不正义的,“因为这违反了行为人在行为当时合理的期望,这个期望就是行为的法律后果乃是按照行为当时已经存在并被知悉的法律来决定。”<sup>③</sup>特别是在刑法领域,“法无明文规定不为罪”是一切文明民族尊重的原则,更不应有溯及既往的法律。否则,就不是法治而成为专制。

① [英]丹尼斯·罗伊德著,张茂柏译:《法律的理念》,新星出版社2006年版,第100页。

② [美]理查德·波斯纳著,苏力译:《法官如何思考》,北京大学出版社2009年版,第83页。

③ [英]H. L. A. 哈特著,许家馨、李冠宜译:《法律的概念》,法律出版社2006年版,第257页。

### 5. 法律必须具有稳定性

法律的规范作用在于指引人们的行为。在法治状态下,法律不应频繁变动、朝令夕改。“如果经常修改法律,那么人们在特定时间将很难发现法律的规定是什么,人们将陷入修改法律的忧虑之中,因为他们所了解的法律已成为过去。”<sup>①</sup>法律的稳定性不仅是社会稳定的基础,也是社会发展的基础。社会的发展在很大程度上取决于社会主体对未来的信心和计划,这种信心和计划又是以对法律稳定性的信念为前提的。

### 6. 法律必须清晰明了

法律必须使它所针对的人对其内容能够充分理解,至少是律师、法官能够清楚它的确切含义。一般而言,法律的清晰明了体现在两个方面:(1) 法律语言方面的清晰明了。即法律条文绝对不可有任何文字的错漏,法律语言应当平实质朴、用词素淡,易于人们的理解和掌握,而不可晦涩难懂,只有法律专家才能领会。此外,法律条文应当避免冗长繁琐和重复啰嗦,力求言简意赅地进行表述。除此以外法律语言还应尽量做到庄重、严谨和规范等。<sup>②</sup>(2) 法律内容方面的清晰明了。法律的内容应该明晰确定,不能模棱两可。如果法律所欲表达的意思含混不清的话,法官的自由裁量权就会被无端的扩大,而任何随意的裁判都必然会对法律造成严重的侵蚀,使法律不能保持严肃和统一。

### 7. 法律必须具有统一性

法律具有统一性的含义是:法律体系中的法律规则不能自相矛盾。一国之中不同立法主体及不同立法权限的划分应该法定统一,否则将会导致法律规则在适用中出现大量彼此相互冲突的情形。事实上,法律规则间的冲突是不可能完全避免的,因此就需要相应的法律规定来消弭这些冲突。在我国,首先确立了宪法、法律、行政法规、地方性法规(自治条例、单行条例)、规章等效力依次递减的法律位阶制度。其次新法颁行后,原有对同一事项进行规定的旧法一般不再继续适用。法律的统一性保障了案件裁判依据的确定,这十分有利于法律权威的维护。

### 8. 法律普遍得到遵守

法律得到遵守早在古希腊思想家亚里士多德的经典法治定义中就得到了充分的重视,<sup>③</sup>它是法治社会的一项基本原则。法治社会既需要一个普遍守

① [英]约瑟夫·拉兹著,朱峰译:《法律的权威——法律与道德论文集》,法律出版社2005年版,第189页。

② 封丽霞:《法典编纂论》,清华大学出版社2002年版,第331页。

③ 亚里士多德说:“法治应该包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”[古希腊]亚里士多德著,吴寿彭译:《政治学》,商务印书馆1983年版,第199页。

法的民间社会,更需要一个普遍守法的政治机关(及其工作人员)。现代法治的精髓是官吏依法办事,接受法律的约束,“除了法律允许的之外,政府人员不能做其他任何的事。”<sup>①</sup>在通常情况下,行政主体必须遵循“法无规定即禁止”的原则,这与公民的“法不规定即自由”的守法原则不同。

### 9. 审判独立

审判独立包括两个方面的内容,首先是法院的审判权独立。审判权独立意味着审判权只能由法院专门行使,任何其他国家机关、社会组织或个人无权裁判罪与非罪、罪重罪轻等专属法院管辖的法律案件。审判独立还意味着,上级法院不得非法干预下级法院对案件的审理;新闻媒体也不得滥用社会舆论对尚未审理或裁判的案件发表倾向性意见,否则也将会给审判独立带来很大的危害。其次是法官裁判案件的独立。只有审判独立,才能保证审判公正。审判权(司法权)的公正行使是公民、法人和其他社会主体权利受保障的最后一道屏障。可以说,没有审判独立,就没有法治。

### 10. 诉讼应当易行

诉讼应当易行是法谚“有权利必有救济”的体现。当权利受到侵犯时,向法院诉求司法途径的救济往往是当事人最终所选择的主要解决方式。这就要求法院的诉讼资源应不分民族、种族、性别、年龄、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况等向所有社会成员平等开放。对于经济上存在一定困难的当事人,法院应提供合理的救助以确保其诉讼权利的有效行使。此外,诉讼还应该有效率,“迟到的正义非正义”。诉讼过程的效率低下不仅无助于正义的实现,也是对司法权威的消解,同时危及当事人的法律信仰。

## §3 法治的基础

实现法治并不是无条件的,而必须有一定的经济、政治、文化条件基础。<sup>②</sup>

### 法治的经济基础:商品经济和市场经济

纵观法治的发展历史,法治总是与商品经济、市场经济相关,而与自给自足的自然经济和以国家垄断为内容的产品经济、计划经济无缘。法治实现的

<sup>①</sup> [美]爱因·兰德著,秦裕译:《新个体主义伦理观——爱因·兰德文选》,三联书店1993年版,第111页。

<sup>②</sup> 参见张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第166~186页。

程度取决于商品经济、市场经济的发育和发展程度。

在自然经济条件下,每个人、每个经济组织(家庭、庄园、村社)既是生产者又是消费者。在这种社会中,人们对各种社会关系的调整,主要依靠的是血缘关系、宗法关系、共同的感受、传统习惯、宗教戒令和道德禁令等,而对复杂的法律关系要求甚少。在产品经济和计划经济条件下,政治和经济融为一体,经济成为政治的附庸,生产者没有独立的经营权,生产者之间实际上不发生横向的主体关系,有的只是上下级之间的纵向隶属关系。政府主要依靠行政权力关系、行政命令、等级职位安排、政府文件来配置资源、协调关系,法律在行政管理中的作用是微乎其微的。

与自然经济、产品经济和计划经济相对照,商品经济和市场经济则需要大量的从私法到公法的规范。商品生产越是发达,人们越是相互依赖,商品交换的规模越大、频率越高,法律规则的数量就越多、覆盖面就越广;商品生产和交换萎缩,权利和义务趋于简单,法律规范的数量就会相应减少。近代资本主义商品经济和市场经济的发展使社会对法律规则的需要达到空前程度,从而推动了资本主义民法、商法的形成和发展,实现了经济领域的法治。资本主义商品经济和市场经济的发展还导致经济和政治的分离,即经济和政治的二元化——生产资料所有者(他们也是国家权力的真正所有者)不直接行使国家的政治权力,而是他们的政治代表以社会的名义来行使政治权力。这需要有有效的机制确保经济上占统治地位的人们在政治上的主导地位,于是,在社会的政治生活领域也实现了法治。现代法治是以市场经济为其经济基础的,其内在逻辑就在于:市场经济本质上必然是法治经济,市场经济构成了法治的基石。

## 法治的政治基础:民主政治

法治国家在国家制度上的典型表现是采取民主政治,核心要求是权力的合理分工与有效制约。民主政治的特征是:遵循预定的程序,少数服从多数的决策原则,容许保留少数意见。这些特点决定了法治必须由民主政治来支撑,民主政治也必然、必须是法治政治。首先,民主政治是一种科学的程序性政治。各政治主体必须按照法律既定的规则和程序参与政治,这样才能创造一种公平竞争、和平共处和稳定合作的局面,才能真正实现民主基础上的集中,集中指导下的民主。随着法治意识的增强和法律技能的普遍提高,公民对规则的要求和对一切政治活动必须符合法律程序的要求会越来越强烈,从而推动政治活动的法治化。其次,民主政治决定法治的本质和效能。法治的标志主要不在于有没有法律和法律的多少,甚至也不在于法律实现的情况,而在于法律是否由人民制定,是否切实体现和维护人民的利益和意志。那么是否采



取民主的立法体制,立法是否是人民意志的体现就决定了法律的“合法性”。只有是“合法”的规则,民众才会把它转化为内在的行为规则而去自觉地遵守和维护,法律的价值才能实现,法治才能实现。

### 法治的文化基础:理性文化

法治需要特定类型的文化作为其文化基础(或“文化生态环境”)。这种特定类型的文化就是理性文化。理性文化是以科学的思想观念及现代的政治道德为内容的文化。就厉行法治来说,科学精神、公民意识、权利和义务观念、平等和自由观念、社会契约观念等理性文化要素具有特别重要的作用。社会整体文化只有具备这些要素的时候,法治的理想才能实现。

法治需要科学精神来支撑,有了科学精神才能正视事实,尊重客观规律,认识法律的优势与不足。有了科学精神,就会自觉地把握社会生活的法权要求,理性地运用法律的功能机制,防止法律万能的迷信。公民法律意识有助于提高公民的政治主体意识,参与政治生活的热情。公民的积极参与可使国家的政治法律活动符合法定程序,体现人民意志和权益,保障自由,促进正义,提高效益。社会成员具有正确的、强烈的权利和义务观念是实行法治的重要条件,从根本上说,法治要依靠公民行使权利和履行义务来实现。平等的权利义务观念的普及和强化,必然要求制定严密的法律规范,承认正当的权利主张,敦促和监督人们履行相应的法律义务。平等和自由是民主和法治的重要标志。平等观念的基本点在于意识到自己与他人一样,都是社会的主体,在法律面前平等地享有权利、承担义务,任何人不得享有特权。自由观念的基本点在于公民能够在法律和道德的范围内不受人为限制地自行其是,自负其责,充分发挥个人的潜力和优点。这两者是创造宽松、和谐、进步的社会政治环境和文化氛围的基本要件。社会契约与市场观念同样促进社会主体的平等化,摆脱其特权意识,促进经济的合理发展和思想认识水平的提高。

## §4 当代中国的法治实践

现代性意义上的“法治”观念及其实践引入中国乃是自晚清时起,以康有为、梁启超为代表所倡导的改良运动对满清朝廷影响颇深。19世纪末至20世纪初,满清朝廷派出官员到欧洲、日本考察法治,同时宣布“预备立宪”。修律和预备立宪昭示了封闭性的传统法律开始转型变革。1911年辛亥革命的

领袖孙中山把法治同民主政治联系在一起，“国与天地，必有与立，民主政治赖以维系不敝者，其根本存于法律，而机枢在于国会。必全国有共同遵守之大法，斯政治之举措有常规；必国会能自由行使其职权，斯法律之效力能永固。所谓民治、所谓法治，其大本要旨在此。”<sup>①</sup>但是如同世界上任何其他国家的法治实践一样，近代中国的法治化进程也是坎坷曲折的。

1949年中国共产党领导中国各族人民建立了中华人民共和国。在分析和反思新中国成立以来法制建设的经验和教训的基础上，1997年召开的中国共产党第十五次全国代表大会明确提出“依法治国，建设社会主义法治国家”，九届人大二次会议把这一治国方略载入了宪法。这是历史的必然、现实的抉择、理性的胜利。社会主义社会应当是法治社会，社会主义国家应当是法治国家。

在我国社会主义法治国家建设向纵深发展的过程中，以胡锦涛同志为总书记的党中央适时地提出了开展社会主义法治理念教育这一重大的战略决策。党的十六届六中全会从构建社会主义和谐社会的高度，强调树立社会主义法治理念，建设社会主义法治国家。这标志着社会主义法治理念第一次载入党史的历史性文献。党的十七大报告进一步强调指出，“坚持依法治国基本方略，树立社会主义法治理念，实现国家各项工作法治化，保障公民合法权益。”<sup>②</sup>具体言之，社会主义法治理念包括依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面的内容。依法治国是社会主义法治的核心内容，执法为民是社会主义法治的本质要求，公平正义是社会主义法治的价值追求，服务大局是社会主义法治的重要使命，党的领导是社会主义法治的根本保证。这五个方面相辅相成，体现了党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。社会主义法治理念的具体要求可以细化为：党的依法执政；各级人大的民主立法、科学立法、依法决定重大事项和人事任免、依法监督；各级政府要勉力建设法治政府；政法机关要执法为民、公正司法、服务大局；广大人民群众要树立科学、民主、理性的法律观，认同、尊重并信仰法律。<sup>③</sup>无疑，社会主义法治理念的确立为我国的社会主义法治国家的建设提供了强大的理论指南和实践向导，同时也标志着我国社会主义法治国家的建设驶入了快车道。我们应当秉信，具体法治目标的实现，预示着法治国家进程界点的连接，一个界点一个界点的贯通，最后才能达到法治的彼岸。

① 《孙中山全集》第4卷，中华书局1985年版，第480页。

② 胡锦涛：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》，载《求是》2007年第21期。

③ 张文显：《树立社会主义法治理念》，载 <http://www.dffy.com/faxuejieti/zh/200902/20090207173137-6.htm>，最后浏览时间：2010-3-8。

## 【关键词】

**法治 (rule of law)**:指一种治国方略或社会调控方式、一种依法办事的原则、一种良好的法律秩序、一种有价值规定性的社会生活方式。与法治相对的是“人治”、“德治”(礼治)。

**法制 (legal system)**:法律制度的简称。它侧重于静态上的描述。只有民主的法制才可以称为“法治”。

**法治国家 (law-based state)**:现代意义上的法治国家指的是依靠正义之法来治理国家与管理社会,从而使权力和权利得到合理配置的一种理想状态,是法治理念的实现。

**法律至上 (paramount of law, authority of law)**:在国家生活中法律有至上的效力和最高的尊严,一切国家机关、政党、社会组织和个人都必须按照法律的规定行事。

**法律的一般性 (the generality of law)**:法律对社会生活的一般性调整、法律内容的一般性表述及法律实施中的一般性适用。

**法律的稳定性 (constancy of law)**:法律的规范作用在于指引人们的行为。因此,法律不应频繁变动、朝令夕改,否则人们将无所适从。法律的稳定性是社会稳定的基础,也是社会发展的基础。

**法律的非溯及既往性 (nonretroactive character of law)**:法律一般是适用于将来的,因此不能用明天的法律来规制今天的行为,也不能因人们先前的某种行为现在看来是违法的而处罚他们。通常情况下,法律的溯及既往会导致专制。

## 【思考题】

1. 当代中国为什么要将“依法治国”作为治国的基本方略?
2. 如何深刻理解“法律至上”的原则?
3. 怎样看待当代中国法治进程中的主要障碍及解决对策?

## 【课堂讨论案例】

号称“军人国王”的威廉一世当年在波茨坦修建了一座行宫,有一次他登高远眺波茨坦的全景,视线却被紧挨宫殿的一座磨坊挡住了。如此不合时宜的“违章建筑”让国王非常扫兴,但他毕竟还是爱自己的子民的,于是派人前去与磨坊主协商,希望能够买下这座磨坊。

不料这个磨坊主一点也不把“市政规划”和“国家形象”放在眼里,就认一个死理儿——这座磨坊是祖上传下来的,不能败在我手里。几次协商,许以高价,动之以情,晓之以理,均告失败。面对这样不识抬举、不可理喻的“钉子户”,龙颜震怒,威廉一世派警卫人员把磨坊拆了。有趣的是磨坊主在拆迁时倒很配合,好像一点都不担心。他站在一边,嘴里叽叽咕咕:别看你是一国首脑,待我到法院与你理论。第二天,这个老汉居然一纸诉状把国王告上了法庭,地方法院居然受理了,判决结果是“威廉一世擅用王权,拆毁由私人拥有的房屋,违犯了帝国宪法第79条第6款,应立即重建一座磨坊,并赔偿损失费150塔勒。”威廉皇帝贵为一国之君,拿到判决书只好遵照执行。而那个“刁民”此时躺在小磨坊里,一边数钞票,一边偷着乐。

后来威廉一世和磨房主都“驾崩”了，小磨房主因经营不善，面临破产，他希望把磨房卖了还债，不由想起了那个老买主，但他不知小威廉皇帝对这个磨房还感不感兴趣，于是，就给威廉二世写了一封信，希望小皇帝买下磨房。威廉二世给他回了信：“我亲爱的邻居，来信已阅。得知你现在手头紧张，作为邻居我深表同情。你说你要把磨坊卖掉，朕以为万万不可。毕竟这间磨坊已经成为我国司法独立和裁判公正之象征，理当世世代代保留在你家的名下。至于你的经济困难，我派人送六千马克，请务必收下。如果你不好意思收的话，就算是借给你的，以解你一时之急。你的邻居威廉二世”。小磨坊主收到回信后，十分感动，决定不再出售这座磨坊，以铭记这段往事。

试讨论：请问本案例体现了法治的哪些价值，你对法治的内涵是如何理解的？

### 【推荐读物】

1. 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 2004 年版。
2. 约瑟夫·夏辛编著：《法治》，容敏德译，法律出版社 2005 年版。
3. 秋风编：《法治二十讲》，天津人民出版社 2008 年版。

# 第 6 章

## 法 与 社 会

- 法与政策

- 法与道德

- 法与文明

- 法与科技

**【本章概要】** 法不是孤立存在的社会现象,也不是自我封闭的社会系统。法律规范的制定,法律实效的产生,法律价值的升华,都离不开一定的社会生活条件。法律在运行中,并不单纯依赖于国家强制力,必然受到其他社会现象尤其是其他社会控制方式的影响,本章即探讨法与政策、道德、文明、科技等社会现象的密切联系和互动关系,展现法在国家生活和社会控制中的重要地位和作用,同时也说明只有充分挖掘和利用各种社会资源,才能为民主法治建设创造有利的社会条件。

### §1 法与政策

政策在我国往往被称为“红头文件”,准确地说,政策是指政党或国家为实现一定历史时期的任务而制定的行动纲领、方针和准则。也可以说,政策是为达到一定的政治目的而采取的一种策略方针。政策既和政治有关,又和策略相连。在一定意义上,政策和策略是相通的,同时,它也是一个政党或国家在政治活动中必须遵从的行动准则。

政策,按制定主体可分为国家政策和政党政策。国家政策,尤其是基本政策是国家的大政方针,对国家的政治生活具有全局性的指导意义,往往体现在宪法及基本法律制度中,具有法律约束力。政党政策,又可分为执政党的政策

和非执政党的政策。按政策调整层次的高低,可分为根本政策、基本政策和具体政策。根本政策是对政党、国家具有决定性意义的政策。基本政策是以根本政策为基础、具有全局性指导意义的政策。具体政策是国家政治生活中某一方面、某一层级、某一领域内的政策,受根本政策和基本政策的约束和指导。按政策调整的内容,可分为经济政策、外交政策、国防政策、科技政策、民族政策、宗教政策等,它们都是社会生活中某一领域的行动准则。

在各种政策中,掌握国家政权的阶级、政党的政策,尤为重要。在当代中国,法与政策的关系,主要就是法与中国共产党政策的关系。

## 法与党的政策的一致性

在中国,法与党的政策是根本一致的。它们都是以社会主义公有制为经济基础的上层建筑;其基本使命在于维护最广大人民群众的利益,其历史使命是最终实现共产主义;其指导思想是马列主义、毛泽东思想和邓小平理论;其根本任务都是保障和促进社会主义事业的发展;两者都服务于经济建设这个中心。正是由于两者的一致性,就必须将法与党的政策联系起来研究。一方面在制定和执行法律时,要与党的政策保持相对一致性,并结合政策修正法律的偏差,以克服法律自身固有的滞后性;另一方面在贯彻与执行党的政策时,要遵守法律,维护法律的权威和尊严。

政策对法律具有指导作用:首先,党的政策对立法有指导作用。党的政策以科学的世界观和方法论为理论基础,正确反映客观规律,反映社会经济政治的客观要求,是对人民共同意志和利益的高度概括与集中体现。因此,法的制定必须以党的政策为指导,体现其意志和要求,进而使法正确反映客观规律和社会发展的要求,体现人民的利益。其次,党的政策对法的贯彻和实施也有指导作用。法是在党的政策指导下制定的,在法的实施过程中坚持以党的政策为指导,就能牢牢把握法的基本精神,客观准确地执行法律,克服其盲目性。因此,法的实施必须把维护法律的权威和贯彻党的政策有机地结合起来。

法律对政策具有保障与约束作用:首先,党的政策必须转化为法律才能充分发挥作用。与法律相比,政策的制定一般缺乏严密而规范的民主程序,并且政策号召性强而规范性少,不具有很强的操作性,其实施也缺乏有效的保障。因此,党的政策只有通过一定的民主程序上升为国家意志,转化为法律,并以国家强制力为后盾,才能获得全体社会成员的遵守,才能保证党的政策的有效实施。而且,法律是明确的、普遍的社会规范。通过法律体现党的政策的精神和内容,并将其法定化、规范化、条文化,便于人们理解、执行和遵守。也就是说,政策在转变为法律的过程中将更为成熟。其次,党领导国家活动必须以法

律为基本依据和立足点。共产党也是中国众多社会主体的一员,法治的基本特征就是法律面前人人平等,任何人和组织都没有超越法律的特权。因此,党制定政策必须在中国宪法和法律允许的范围内进行,不能损害宪法和法律的权威。

## 法与党的政策的区别

第一,制定机关和程序不同。在中国,法的制定机关是依据《立法法》相关规定享有立法权限的国家权力机关和行政机关,因此,法具有国家意志性。法的制定机关的成员包括社会各界代表,并不限于共产党员。法的制定有一整套严格完备的程序。党的政策的制定机关是《中国共产党党章》规定的共产党的全国代表大会及中央委员会,其中成员全部是中共党员。在共产党政策没有上升到法之前,它不具有国家意志性。政策的制定程序也远不如法律严格。

第二,表现形式不同。法一般以某种法律文件的形式表现出来,如宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规和规章、国际条约等。它们都是具体、明确的社会规范,以权利与义务为主要内容。党的政策主要表现为党的决议、决定、章程、纲领、命令、宣言、声明,还包括通知、通报、讲话、口号、批复、会议纪要等形式。政策在内容上具有指导性和号召性,注重原则上的阐述,虽然有些政策也具有一定规范性,但不如法律那么具体,也不像法律那样具有很强的可操作性。

第三,实施方式和手段不同。法的实施,除依靠宣传、教育等手段外,还要依靠国家强制力,对违法行为由国家专门机关依法给予必要制裁,这种制裁包括刑事制裁、行政制裁和民事制裁,关涉对人的财产、名誉、政治权利乃至生命的剥夺。党的政策的实施则主要依靠宣传教育,依靠党员的信仰和广大人民群众信赖自觉实现。如果党员违反了政策,党组织会给予批评教育,必要时按党章有关规定给以纪律处分,但仅限于违纪者的名誉、党内评价和组织关系等,一般不涉及财产和人身关系。

第四,调整范围和适用范围不同。党的政策调整社会关系的范围比法律广泛,它通过各个渠道渗透到社会各个领域。法律则主要调整国家权力应当涉及并能够涉及的领域,包括对国家和人们生活有较大影响的政治、经济和文化领域。就两者适用范围而言,则情况相反,法律具有普遍约束力,其效力遍及一国主权领土范围内,对该范围内的人和事都具有法律约束力。党的政策则主要针对党员和党内机关,只对党员和党内机关的行为具有指导作用和相应约束力。

第五,稳定性程度不同。法和政策都有一定稳定性,但一般来说,法的稳

定性要大于政策的稳定性,因为法律的修改程序比较严格、复杂,法律的绝对权威性也要求法律必须保持相对稳定,避免过于频繁的修改。政策的制定和修改则具有更大的灵活性、更快的变动性,其修改程序和准备工作上也不像法律那么严格。它能够随形势变化而迅速调整,以适应形势和社会发展的需要。

## §2 法与道德

道德也是一种社会规范,它以善和正义作为自己的对象和内容,并依靠社会舆论、内心信念和传统习惯加以维持。道德往往被看作人类社会一切现象和行为的最高和终极评判标准,被看做真理最高的环节和人间最高的权威。法律与道德的关系也是古今中外法学和哲学中恒久的命题。

### 社会主义法与道德的联系

法对道德的作用:首先,社会主义法本身就包含着立法者关于正义与非正义、善与恶、合理与不合理的价值取向和道德批判。法是国家颁布的行为规则,明确规定了人们必须做什么,禁止做什么,可以做什么三种行为模式,表明了国家支持什么,反对什么,赞成什么的鲜明立场,法律的实施和运行也就在无形中引导人们形成正确的道德观和价值观。其次,社会主义法为社会主义道德提供强有力的支持,能够增强道德的约束力。法是最低限度的道德,社会主义法直接把社会主义道德中最低限度的义务法律化,使之取得普遍的法律效力,并以国家强制力保障实施。道德如果离开了法律的支持,往往显得苍白无力而不能充分发挥其效力。所以说,法律是道德的政治外壳,只有遵守法律,才能实现道德。

道德对法的作用:首先,道德构成法律的伦理基础。道德和法律都是不可或缺的社会规范,在法治社会中,法律是主导,而道德则是法律的基础和灵魂,并对法律的制定具有指导作用。其次,道德为法律的实施提供有力的保障。民众道德水准的提高能够为民主法治建设的展开提供有利的社会背景,有助于降低法律实施的成本,削弱法律运行过程中的阻力。法律职业人员职业道德素质也直接决定着法律能否顺利运行。再次,充分发挥道德的功能,有助于克服法律万能主义的倾向。法律也有自身的局限性,它不可能囊括无遗,也不可能包办一切,法律规范本身存在各种漏洞和空白,因此,必须充分发挥道德的教化功能来弥补法律的空缺。一个健康的社会绝不应该



过分地一味地依赖法律的强制作用。

## 社会主义法与道德的区别

第一,产生和存续的社会条件不一样。按照一般的见解,原始社会没有法律,法律是国家制定或认可的社会规范,法律的产生以国家的建立为前提,即法律离不开国家。到了未来理想社会,随着国家的逐步消亡,法律也不复存在。道德则不一样,与法律相比,道德是更基本的社会规范体系。道德伴随人类社会始终,道德的产生比法律早,延续时间比法律长,只要存在人与人之间的社会关系,就离不开道德的调整和制约。

第二,表现形式不一样。法律是国家颁布的具体的行为规范,它一般以某种法律文件的形式表现出来,具有明确的行为模式,以权利和义务为内容,由原则、规则、概念等要素构成,对人们的行为有微观的指引作用。道德则是一种抽象的行为规范,它植根在人们内心深处,体现在人们的言论和行为中,不一定通过文字的形式表现出来,没有明确的内容和界限。

第三,调整范围不一样。法律调整的范围是有限的,它一般只调整那些对建立正常社会秩序具有比较重要意义的社会关系。道德则不一样,可以说任何社会关系都或多或少地受道德的调整。就调整的广度而言,道德远远超过法律,有一些社会关系,如朋友关系,爱情关系等,法律一般不会涉足,道德的作用却无处不在,无时不在。就调整的深度而言,道德也超越法律。法律侧重于调控人们的行为,虽然它有时候也要涉及人们的内心世界,但它不能离开行为而单纯过问人的思想和信仰。道德则不然,它不仅调控人的外在行为,而且直指人的内心世界,左右着人们的灵魂。

第四,作用机制不一样。法律对违反义务的不利后果有明确规定,违法者往往要承担相应的法律责任,接受相应的法律制裁,就是说,法律是以国家强制力为后盾的。法律在运行过程中,并不是处处都要运用国家强制力,但法律毕竟是以国家强制力作为终极保障的,离开这一保障,法律便无从实施。而违反道德义务,当事人会受到舆论的谴责和良心的折磨,除此之外,并没有明确的处罚措施。正因为这样,法律的实施主要来自外部的强制,更多地表现为“他律”,道德的实施则主要来自人们的内心,更多地表现为“自律”。

## 社会主义法与道德的矛盾和冲突

法律与道德的矛盾和冲突表现为两种情况:其一,某种行为在特定社会中被认为是违反道德的,但法律对此并没有禁止性规定。比如堕胎、同性恋等现象,在某些国家公众的观念中,这是有悖于道德要求的,但法律对此并不干涉。又如几年前中国修改《婚姻法》时,关于要不要把第三者宣布为非法的争论,

也是典型的例子。这种情况涉及要不要把道德规范转化为法律规范,即道德法律化问题。其二,某种行为按照法律的规定,属于违法甚至犯罪,但在社会舆论中却能够获得人们道德上的理解、同情甚至支持。比如中国古代的复仇现象就是典型的例子,这通常是做子女的为父母报仇。擅自杀人,依据法律,当然属于严重犯罪。但按照儒家道德的要求,做子女的为父母报仇是天经地义,这种行为往往能够得到人们的欣赏甚至褒扬,不为父母复仇反而会受到社会舆论的谴责和鄙夷。这种情况涉及要不要把法律规范转化为道德规范,即法律道德化问题。

就中国现代社会而言,第二种情况比较罕见,因此,这里主要探讨第一种情况,即道德法律化问题。毫无疑问,道德的法律化是有限度的,法律不可能取代道德,法律与道德代表着不同的规范性命令,它们控制的领域仅在部分上是重叠的。道德中有些领域是位于法律管辖范围之外的,而法律中也有些部门在很大程度上是不受道德判断影响的。道德的法律强制仅在有限的范围内是合理的。如何确定该有限范围呢?这必须遵循以下原则:(1)只有那些对于维持社会秩序最基本的道德要求才能纳入法律。道德法律化必须以一般人的水准作为衡量的标准,绝不能把一些高层次的道德准则,如见义勇为,舍己救人,强行纳入法律的轨道。(2)只有整个社会人们普遍接受的道德规范才能纳入法律。少数人的愿望和意志不能作为道德法律化的依据,否则,就是侵害和剥夺多数人的权利和自由,这有悖于法治社会的基本目标。因此,在决定是否应将某项道德规范转化为法律规范时,必须作广泛的民意调查,征询社会舆论的意见。(3)考虑社会形势的需要。法律与道德的界限并非凝固不变,随着时代的变化,有些原属道德调控的对象日趋重要,并且对该道德规范的违反确实威胁到社会的基本秩序,那么,道德法律化就应该提上日程。

### §3 法与文明

在我国先秦典籍中,已有“文明”一词。《易经·文言》中有“天下文明”一语,唐经学家孔颖达疏曰:“天下文明者,阳气在田,始生万物,故天下文章而光明也。”这里谈的主要是自然现象,并无社会演进的意义。又《尚书·舜典》颂扬舜的美德曰:“浚哲文明”,孔颖达疏:“经天纬地曰文,照临四方曰明。”把国家治理得井井有条,恩德惠及四方,这合起来就称为“文明”,已具有人文的含义。不过,它与现代意义上的“文明”一词仍有区别。现代汉语中的“文明”是一个内涵和外延都十分宽泛的综合性概念,它与“野蛮”相对,一般

用来指人类社会的进步状态,具体一点,就是指人类社会到达一定阶段后在改造自然和社会的过程中所创造的一切物质和精神成果的总和。按类型,文明可分为物质文明、政治文明和精神文明。按性质,可分为畜牧文明、农业文明、工业文明等。按宗教信仰,有基督教文明、佛教文明、伊斯兰教文明等。按国家和民族,有华夏文明、阿拉伯文明、印度文明、大和文明等。我们常说的东方文明和西方文明,则是从地域上划分,并且包含着思想体系和文化意蕴上的区别。

## 法与文明的关系

第一,“civilization”(文明)一词产生于法律的演进过程中。在中世纪,英语中并无这个词。英国合并苏格兰后,为了把苏格兰社会制度纳入英格兰轨道,开始了苏格兰民法与英国普通法的融合。当时英国法律以司法惯例为主,而苏格兰民法则以成文法为主。苏格兰民法来自罗马法,从拉丁文“civilis”演变而来,其英文为“civil law”。当苏格兰民法与英国普通法融合时,意外地产生了一个新词,即“civilization”,是指把英国普通法吸收到苏格兰民法中去,其特定的意义为“法律、法案、审判”等。但是,到了18世纪后半叶,文明一词的意义发生了转变。启蒙思想家在抨击中世纪黑暗现实的过程中,使用了“文明”一词,把“文明”定义为开化、文化和文雅,与“野蛮状态”相对,此时,“文明”的法律含义已退居次要地位。到了19世纪,“文明”、“开化”与“野蛮”、“落后”成了文化中的标准词汇。

第二,法是文明产生的标志之一。马克思和恩格斯以其一贯的经济决定论和阶级分析方法来探讨文明产生和演进的规律。他们认为文明是社会生产力发展的结果,奴隶社会是文明时代的开端,文明的产生以社会大分工,文字的发明、广泛使用以及国家的诞生为主要标志,其中,国家最突出地表现了文明时代的阶级特点,国家是文明社会的概括,是文明产生的主要标志。一般认为,国家与法是密不可分的,国家离不开法,法也离不开国家,因此,法律也可以看作文明产生的标志之一。

奥地利学者弗洛伊德则以人性为基础来探讨文明的产生原因和特征。他认为,文明是对人本能的抑制和否定,文明的一个重要成分是调节人际关系以及人的社会关系的方式。文明的最初产生,是对社会关系进行调节的结果。人类在进入文明社会以前,社会关系受个人的利益驱使和本能冲动的支配。进入文明社会后,所有的人通过牺牲他们的本能创造了法律规则,并且文明的发展使法律不再代表一个小集体的意愿。按照弗洛伊德的观点,法律是文明产生的必要条件,也是维系文明社会必不可少的方式,这与马克思、恩格斯的文明观可谓殊途同归。

第三,法是促进人类文明演进的动力之一。文明是人类改造自然和社会的过程中创造的一切成果,法律在这一过程中扮演着重要角色。法在改造社会过程中的作用是显而易见的,因为法是调整社会关系的基本方式,并且能够把人们改造社会的成果通过法律的形式固定下来。至于改造自然,法律也发挥着重要作用。现代社会,法律不仅调整社会关系,也调整人与自然的关系,其调控范围和作用呈现出扩大的趋势。如环境法、自然资源保护法,以及大量的技术法规,都涉及人与自然的关系,在一定意义上,法律是人与自然共享的规则,改造自然离不开法律的规范作用。

## 社会主义法与文明

### 1. 社会主义法与精神文明

我国理论界将文明分为物质文明、精神文明和政治文明三类。其中,法制对精神文明建设发挥重要作用。第一,确立精神文明建设的重要地位。我国《宪法》在总纲中明确规定:“国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育,通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约,加强社会主义精神文明的建设。”“国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德,在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育,进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育……”宪法中的相关规定,是精神文明建设的指导性纲领。第二,组织、管理并促进教育、科学和文化事业的发展。我国在教育、科学、文学艺术、广播电视等领域都依法建立了相应的管理机关,并颁布了大量相关的法律、法规、行政规章和地方性法规,从而为精神文明建设提供了法制保障。第三,发挥法律的惩戒功能,打击违背精神文明建设的违法犯罪行为,这一方面是对违法犯罪分子的制裁,另一方面也是对其他公民的教育和引导,从而为精神文明建设的顺利进行创造了有利的社会环境。

### 2. 社会主义法与政治文明

第一,政治文明是法治的内核和精髓。政治文明是人们改造社会及自身所获得的积极的政治成果,是人类政治生活的进步状态,一般表现为人们在一定的社会形态中民主、自由、平等、人权等的实现程度。政治文明包括政治意识文明、政治制度文明和政治行为文明三部分,其中国家政治制度是政治文明的核心。政治制度文明中的制度主要由宪法、组织法、行政法等有关法律规范确认的。一项先进的政治制度,往往包含了权力制衡和权利均衡的精神,而法治最本质的特征就是制约国家权力,保障公民权利。从政治实践上看,政治关系的发展变化是影响法的发展方向的重要因素,特别是制定作为根本法的宪法和基本法律,就是国内各种政治力量对比关系变化的结果。政治活动的内

容更制约法律的内容及其发展变化。第二,法治是实现政治文明的基本方式。政治文明的本质是民主政治,它是一项巨大的系统工程。建设政治文明,需要社会主体运用政治、经济、法律、文化等多种方式和力量。因为国家政治制度是由宪法等法律设定的,因此,民主政治需要法律的保障,需要一系列法律制度来规范实施,而政治统治、政治管理和政治参与等政治行为也必须遵循一定的程序和规范,才能合理有序地进行。建设政治文明,必然要推行法治。

## § 4 法与科技

广义的科学概念包括人类对自然、社会、思维进行认识的经验积累,但此处所说的科学,仅指自然科学,即人们研究自然现象和自然规律所积累起来的知识体系。技术则是泛指根据自然科学原理和生产实践,为某一实际目的而协同组成的各种工具、设备、经验和工艺体系。科学技术是人类文明的重要支柱,是推动社会发展的强大杠杆,马克思主义者高度重视科学技术,称之为第一生产力。

科技从一开始就是由生产决定的,反过来也推动了生产力的发展,这种推动作用,自18世纪英国工业革命以来,表现尤为明显,科技所取得的巨大成功,令全世界陶醉不已。到19世纪,成为科技发展的黄金时期,科技一时之间似乎无所不能。但是,西方科技日益昌盛发达的时代,也是宗教精神和信仰及西方传统价值观念日趋衰败、走向崩溃的时代,德国哲学家尼采曾惊呼:“上帝死了。”不过人们并没有因为基督教信仰的沦丧而痛心疾首,相反,人们在日新月异的科学中找到了新的精神慰藉、信念和希望。科学成为人们崇拜的偶像。19世纪弥漫于西方的不是对上帝死了的恐惧,而是对科学将带来无穷进步的乐观和自信。可是,20世纪两次世界大战惊醒了人们的迷梦,人们开始对科技万能的乐观主义进行反省。第二次世界大战后,科技发展所体现出来的惊人破坏力,如核威胁、环境污染、生态破坏等,也引起了反科技的强大呼声。当然,科技本身并没有错,关键在于如何运用,人们观念的错误,很有可能把科技的发展引向邪路。如何使科技沿着人们期望的坦途前进呢?这涉及多方面因素,而处理好法律与科技的关系也是其中的重要方面,因为法律与科技历来即呈互相作用、互相影响的态势。

### 科技对法律的作用

第一,对法学理论的影响。18世纪科技的迅猛发展,导致新的哲学思潮,

即实证主义的出现,从而对法学的发展产生了巨大影响,形成新的法学流派。科技所取得的巨大成功,使包括法学在内的人文社会科学纷纷向自然科学看齐,近现代许多科学的先进方法也被纳入法律领域中,如控制论、系统论、信息论等方法在法学领域中得到了广泛运用。

第二,对法律内容的影响。这主要表现在大量新型的立法领域不断涌现,如环境保护法、原子能法、生物技术法等,这些立法领域的出现是科技发展的直接产物。大量纯粹技术性、科学性的规范转变为法律规范,使法律越来越呈现出技术化的特点。若干新内容被补充进原有法律规范之中,如婚姻法中关于直系血亲和三代以内的旁系血亲以及某些疾病患者不得结婚的规定,刑法中关于精神病人是否承担刑事责任的规定,这些都是现代医学和心理学发展的成果。再次,随着科学技术向外层空间、海洋深处不断扩张,法律的调整空间也随之膨胀。

第三,对法律运行的影响。在事实认定方面,现代司法机关和司法人员借助通信技术、生物技术、医学技术等先进科技,广泛采用法医鉴定、痕迹鉴定、文书鉴定等方法,能够快速准确地查获证据,认定事实。在适用法律方面,计算机系统起到了特别重要的作用。现代法治国家,法律规范数量日益庞大,若以人工办法从数以千万计的法律文件中寻求相关的法律规范,难免耗费人力脑力,而计算机的应用可以建立有效的法律信息库,为法律文书处理提供了极大方便,并在一定条件下可以协助推理判案,大大减轻了司法职业人员的负担。

第四,对法律形式的影响。法律规范最早以习惯法的形式表现出来,习惯法一般以口头方式世代传习,文字的发明和广泛使用则使习惯法逐步演变为成文法。此后,造纸术和印刷术的发明和推广,巩固了成文法的主导地位,并使法律知识日益普及。而在信息时代,借助电脑、无线电等先进设施,可以在更广泛的时间和空间范围内迅速传播法律信息,信息革命将对法的文字表现形式、结构、传递方式以及法律编纂的方式带来巨大影响。

## 法律对科技的作用

第一,促进和保障科技的发展和进步。现代世界各国都充分认识到只有依靠科技才能保证综合国力的提高,因此,许多国家以法律甚至宪法的形式确立了科技发展在一国社会生活中的地位,确保了科技优先发展战略。如美国1976年制定了《国家科技政策、组织和重点法》,法国1982年制定了《科学研究与技术发展指导和规划法》。又如我国,1982年宪法把实现科技现代化作为社会主义现代化战略目标之一载入序言,以宪法的形式把发展科技确定为我国的根本国策,为科技的发展和科技立法奠定了基础。1985年中共中央作

出《关于科学技术体制改革的决定》，确立了“经济建设必须依靠科学技术，科学技术必须面向经济建设”的科技发展战略，为科技立法提供了政策指导。1993年又颁布了《科学技术进步法》，这是我国第一部科技基本法，它总结了我国科技发展的成功经验和科技体制改革的重大政策，将跨世纪的科技发展战略用法律形式固定下来，确立了我国科技立法的指导思想和基本原则，建立了科技法律制度体系的框架，成为指导我国科技事业发展的基本法律。

第二，对科学技术活动的组织管理作用。科学技术的发展离不开现代化的组织管理策略，从宏观层面来讲，国家根据科技立法与科技政策对全国科学技术发展予以指导和管理，包括确立科技发展的总体战略，科技发展的合理布局，人力、财力和物力的合理分配等等。从微观层面来讲，现代科学技术活动的各个具体环节，从科技人员的组织管理、奖惩制度、科技经费、人员流动到技术合同和技术市场的管理等，都少不了法律的规范作用。

第三，防范和抵制科技发展的消极作用。科技是一把双刃剑，一方面促进了人类社会的进步，同时又产生了种种消极后果和副作用，带来了一系列社会问题，如人口膨胀、环境污染、生态失衡、核战争威胁、计算机犯罪等，都是现代科技滥用的恶果，对此，有必要运用法律的规范性功能予以预测防范。如原子能和平使用方面，必须建立原子能许可证制度，核材料安全监督管理制度，放射防护监督管理制度等一系列法律制度，以此来防范遏制原子能核事故核污染的发生。在人口控制方面，世界许多国家，尤其是发展中国家都依据本国国情，制定了相应的人口政策和人口立法。在防治环境污染方面，环境保护法已成为世界各国法律体系中的重要部门，成为遏制生态环境进一步恶化的重要武器。

第四，推动国际科技交流与合作。科技是全人类的共同事业，科技国际化已成为当代发展趋势。科技活动往往需要各国科研人员通力合作，需要实现国际科研成果的共享，许多全球性问题尤其需要各国政府协商解决，因此，必须利用法律手段来支持国际科技合作，按照国际法和国际惯例的要求，签订各种形式的国际科技合作法律文件，对国际科技合作关系进行指导和调整。

### 【关键词】

政策 (policy)：是指政党或国家为实现一定历史时期的任务而制定的行动纲领、方针和准则。

道德 (morality)：是指以善和正义作为自己的对象和内容，并依靠社会舆论、内心信念和传统习惯加以维持的社会规范。

文明 (civilization)：是指人类社会到达一定阶段后在改造自然和社会的过程中所创造

的一切物质和精神成果的总和。

### 【思考题】

1. 党的政策与法律的关系是什么？
2. 运用法与道德之间相互关系的原理分析情、理、法三者的关系？
3. 法律对科技发展有什么作用？

### 【推荐读物】

1. 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 2006 年版。
2. 李震山：《“复制人”科技发展对既有法律思维与制度之冲击》，参见 <http://www.lunwentuanxia.com/product.free.513055.1/>
3. 汪习根：《法律理念》，武汉大学出版社 2006 年版。





# 下 编

## 部门法基本知识

不 能

路門基本味財

## 第 7 章

# 宪 法

- 宪法概述
- 公民的基本权利和义务
- 国家制度
- 国旗、国徽、国歌和首都
- 国家机构
- 宪法实施的监督与保障

**【本章概要】** 宪法是国家的根本法，这不仅在于其形式上的特征，更在于其蕴含着民主、法治、人权的基本精神，表示的是一系列制约绝对权力、保障基本人权的种种理念、制度与规则。国家制度、国家机构、公民的基本权利和义务等，是一部宪法的主要内容。在国家制度中，国家性质具有决定性的意义，政权组织形式和国家结构形式则是国家性质的外在表现。公民在宪法上的基本权利和义务体现着公民与国家、权利与权力之间关系的价值定位，是宪法关系的核心内容。对国家机关的组织体系、职权范围、运行规则及其相互关系予以规范，是宪法的重要使命。

### §1 宪法概述

宪法一词在古代便已出现，但其意义与近现代的宪法却迥然不同。在中国古代典籍中，“宪”、“宪法”、“宪令”等词语往往指的是一般的法律或典章制度，尤其是刑律，也可指颁布或实施法律的活动。宪法一词的英文为 constitution 或者 constitutional law，源于拉丁文的 costitutio，其原意是组织、确立、结构的意思。亚里士多德曾将古希腊各城邦的法律分为宪法和普通法律，宪法是

有关城邦组织和权限的法律。在古罗马,“宪法”常用于表示皇帝的各种“诏令”和“谕旨”,以区别于市民会议通过的法律文件。在欧洲中世纪,宪法通常用来表示国家机关组织法,后来也被用来作为确认教会与国家、封建主特权以及他们与国王之间关系的法律,如英国 1164 年颁布的规定国王与教士关系的《克拉郎敦宪法》以及 1215 年颁布的限制国王权力的《自由大宪章》等。

近代意义的宪法是在资产阶级革命胜利之后产生的。中世纪末期,英国爆发了资产阶级革命,率先建立了代议制,确立了没有得到议会同意国王不得征税和进行其他立法活动的原则,国家权力逐渐转移到了由资产阶级代表组成的议会手中,君主也要服从并执行代表民意的议会所制定的法律。英国人将这种制度称为“宪法”。自此,宪法一词便具有了特定的含义。人类历史上第一部成文宪法 1787 年美国宪法则集中体现了近代宪法的基本精神与主要内容。1789 年法国制宪会议通过的宪法性文件《人权宣言》明确宣布,凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。这可以说是关于宪法的经典性定义。1791 年法国颁布了欧洲大陆第一部成文宪法。从此以后,近代意义上的宪法在西方国家得以普遍确立。进入近代以来,西方文明对我国的影响日趋明显。1908 年清政府也颁布了《钦定宪法大纲》。从此,“宪法”在近代中国也成为一个专门的法律术语。

尽管由于人们所处的时代背景不同,以及认识问题的立场、方法和角度不同,从而导致对宪法概念的理解和定义也不尽相同,甚至存在着较大的差异。但宪法作为一种客观的社会存在,必然具有某种内在的实质性规定,一部纯粹形式上的宪法没有任何意义,它可以容纳进任何内容,只有当它不仅为一个社会提供了政治框架和法律规则,而且提供了一个人权法案以及保证人权法案得以真正遵守实施的一系列制度设施时,宪法的意义才能够得以彰显。宪法是指以民主法治为基本原则,以人权保障为价值目标,以国家权力和公民权利为核心内容,具有最高法律效力的国家根本法。这可以从形式意义和实质意义两个角度来进行分析。

从形式意义来讲,宪法是一国法律体系的重要组成部分,具有法的一般属性和基本特征,即宪法是法,与其他法律规范一样,宪法也是以权利和义务为内容的、调整特定社会关系的、具有国家强制力的行为规范,是掌握国家政权的统治阶级的根本意志和利益的体现,并具有确定性、程序性、公开性、平等性和不溯及既往等特点。宪法必须作为法律存在才有意义,但它又不是普通的法律,在形式上它是具有最高法律效力的根本法。这表现在:

第一,宪法所规定的是一个国家中最根本、最重要的问题,调整的是各种社会关系中最重要、最根本的社会关系,即国家权力与公民权利之间的关系,涉及的是社会制度和国家制度的基本原则,如国家的性质、政权的组织形式、

中央与地方的关系、社会基本经济制度、公民的基本权利和义务、国家机构的组成、职权、相互关系等一系列国家生活中的根本性问题。

第二,宪法处于一个国家法律体系的顶端,是制定普通法律依据,一切法律、行政法规、地方性法规都不得与宪法相抵触。当普通法律与宪法相抵触时,应当宣布其违宪,并予以废除或修改。我国《宪法》明确规定,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。全国人大常委会有权撤销与宪法相抵触的行政法规和地方性法规。

第三,宪法是一切国家机关、社会团体和公民的最高行为准则。我国《宪法》明确规定,全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。

第四,宪法的制定及修改程序往往比普通法律更为严格和复杂,宪法规范具有更强的稳定性和适应性。制定和修改宪法的机关,往往是依法特别成立的专门机关而非普通立法机关;通过或批准宪法或宪法修正案的程序往往要求2/3或者3/4以上的特别多数通过;有些国家还明文规定宪法的某些内容不得修改或者在宪法通过以后的一定时间内不得修改宪法。我国《宪法》第64条第1款规定:“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。”此外,为了保证宪法实施的权威性和有效性,许多国家还建立了专门的宪法监督制度,以保障宪法的遵守与实施。

由于宪法是对一国政治、经济、文化和社会生活主要内容及其发展方向的最根本的制度化安排,从社会制度和国家制度的根本原则上规范着国家权力的运行和公民权利的保障,是普通立法的依据和整个国家、社会的根本行为准则,因此,它应当具有根本法的地位和尊严。我国《宪法》序言明确宣布:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”

宪法的根本法地位不仅在于上述形式上的特征,更在于其内在的实质性规定。从实质内容看,宪法是一个蕴含了民主、法治、人权等诸多要素在内的多维价值体系和规范体系。一部真正意义上的宪法必须以保障人权为其根本价值追求,奉行人民主权原则,坚持宪法和法律至上,实现对国家权力的有效制约。

## § 2 国家制度

### 国家制度概说

国家制度就是一个国家的统治阶级通过宪法、法律所确认的有关国家性质和国家形式方面的制度的总称,其核心问题是国家政权问题。

国家性质,又称国体、国家的阶级本质,是指社会各阶级在国家生活中的地位,即在国家生活中哪些阶级居于统治地位,哪些阶级属于同盟者;哪些阶级处于被统治者地位。简言之,就是指这个国家对哪些阶级实行民主和对哪些阶级实行专政。<sup>①</sup>这是宪法对社会各阶级、各阶层的权利和义务所做出的最基本规定,是国家制度中的核心部分;只有首先确定一个国家的国家性质,才能正确认识和理解该国的宪法制度。总的来看,社会各阶级在国家生活中的地位直接体现和决定着国家性质,而不同的阶级、阶层之所以有不同的政治地位则取决于他们在一定社会经济结构中所处的不同地位;只有经济上占统治地位的阶级才可能成为政治上的统治者,经济基础往往是决定国家性质的重要因素。同时,作为文化范畴的精神文明和政治文明与一定历史阶段的政治制度、经济制度相适应,直接体现着一个国家的性质和制度运行的进步状态。因此,一个国家在政治、经济、文化方面的基本特征和制度安排,综合反映着一个国家的性质。

国家的性质必须通过一定的形式表现出来,适当的国家形式能够更充分地体现和维护国家的性质。国家形式是指国家权力的配置与实现形式,主要包括政权组织形式和国家结构形式。

政权组织形式,亦称政体,是国家的基本政治制度,是指实现国家权力的政权机关以及各机关之间的相互关系,亦即国家机构的内部构成形式和组织体系。政权组织形式主要分为君主制和共和制两种。君主制就是以世袭的君主为国家元首,国家的最高权力在实际上或名义上由君主一人掌握。在君主制下,凡君主的权力至高无上,不受或很少受到限制的,是君主专制政体;凡制定有宪法且君主的权力受到一定限制和监督的,为君主立宪制政体。共和制是指国家最高权力由通过选举产生、并有一定任期的国家机关掌握的政权组织形式。共和制是资本主义国家普遍采用的较为典型的政体,但也有少数国

<sup>①</sup> 蒋碧昆主编:《宪法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年第1版,第118页。

家实行君主立宪制政体。社会主义国家采取的都是共和制政体。

国家结构形式是指国家整体与其组成部分之间、中央政权与地方政权之间相互关系的构成形式。它主要解决的问题是：国家的领土如何划分，以及国家整体和各个部分之间的权限如何分配。国家结构形式着重表现国家政权体系中纵的方面的权力关系；而政权组织形式则着重表现政权体系的横的方面的关系。国家结构形式主要有单一制和联邦制两种。单一制国家是由若干个行政单位或自治单位组成的统一整体。每个行政单位或自治单位都是国家不可分割的一部分。其特征是：（1）国家只有一部宪法，一个中央机关体系；（2）各行政单位或自治单位均受中央的统一领导，没有脱离中央而独立的权力；（3）不论中央与地方的分权达到何种程度，地方的权力均由中央法律加以规定或改变。联邦制国家是由两个以上的成员国（州、邦、共和国）组成的联盟国家。其特点是：（1）联邦和成员国都有自己的宪法、法律体系和中央机关体系；（2）联邦公民同时也是成员国公民；（3）联邦权力遍及全国，并行使外交、军事、财政等主要权力，成员单位享有较高的自治权，但联邦和成员国之间的权限划分由宪法规定，联邦无权任意改变。

在国家制度中，国家形式和国家性质之间是形式和内容的关系，国家性质具有决定性的意义，它直接决定着国家形式；国家形式则是国家性质的外在表现，从属并反作用于国家性质，对于国家的形成、巩固和发展有着重要的作用。任何国家都是国家形式和国家性质的统一体。没有国家形式，国家性质就无从体现；没有国家性质，国家形式就成为毫无意义的外壳。但是，国家性质与国家形式之间并不存在必然的一一对应关系，一个国家采用何种国家形式，要根据本国的国家性质、历史条件、政治文化背景等因素综合而定。

## 我国的国家性质

各国宪法都直接或间接地规定或反映着该国的国家性质，但不同国家的宪法对国家性质的规定或反映方式却不一样。资本主义国家宪法大都没有关于国家性质的明文规定，社会主义宪法对国家性质则有公开明确的规定。我国《宪法》第1条就对我国的国家性质作了规定，即“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。”根据宪法的规定，我国的国家性质是人民民主专政。

人民民主专政理论是中国共产党在领导中国革命的过程中，将无产阶级专政理论同中国国情相结合的成功实践，是对无产阶级专政理论的丰富和发展。人民民主专政是人民民主和人民专政的辩证统一，二者相辅相成，缺一不可。人民民主专政实质上即无产阶级专政，因为：（1）二者都以工人阶级为领



导；(2)二者都以工农联盟为阶级基础；(3)二者的政权职能相同，均表现为维护人民当家作主的权利，维护世界和平；(4)二者的历史使命相同，都是要消灭阶级，建设社会主义，最终实现共产主义。我国之所以采用“人民民主专政”的提法，是因为：(1)人民民主专政的提法更符合我国的国情；(2)人民民主专政的提法更确切地表明了我国的阶级状况和政权的广泛基础；(3)人民民主专政的提法直接、准确地体现出了对人民实行民主和对敌人实行专政的两个方面的职能。

统一战线的思想是无产阶级专政理论的重要组成部分，是我国人民民主专政的一个显著特点。在长期的革命和建设进程中，已经结成由中国共产党领导的，有各民主党派和各人民团体参加的，包括全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的爱国统一战线，这个统一战线将继续巩固和发展。中国人民政治协商会议是有广泛代表性的统一战线组织，是中国共产党领导的多党合作和政治协商的重要机构，是我国政治生活中发扬社会主义民主的重要形式，其主要职责是政治协商、民主监督、参政议政。人民政协自成立以来发挥了重要的历史作用，今后在国家政治生活、社会生活和对外友好活动中，在进行社会主义现代化建设、维护国家的统一和团结的斗争中，将进一步发挥它的重要作用。中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展。

## 我国的政权组织形式

我国的政权组织形式是人民代表大会制度。人民代表大会制度是指根据国家的一切权力属于人民的宪法原则，由民主选举产生的全国和地方各级人民代表大会作为人民行使国家权力的机关，并以人民代表大会为基础，按照民主集中制的原则组织整个国家机构体系，以实现人民当家作主的根本政治制度。

人民代表大会制度的本质是中华人民共和国的一切权力属于人民，由人民当家作主。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会；全国和地方各级人民代表大会都由人民通过直接或间接的方式民主选举产生，代表人民的利益和意志行使国家权力，对人民负责，受人民监督。选民或选举单位有权依照法律规定，罢免自己选出的代表；人民代表大会主要行使立法权、监督权、重大事项决定权和选举任免权等具有决定性意义的国家权力，而由人大产生的人民政府、人民法院和人民检察院则分别行使行政权、审判权、检察权，并对人大负责，受人大监督。总之，人民代表大会制度体现了我国“一切权力属于人民”的社会主义民主实质和宪法原则，全面、直接地反映了我们国家的阶级本质和国家政治生活的整体与全貌，是建立其他各种制

度的依据和基础,是人民行使国家权力和当家作主的基本方式和途径,是最适合中国国情的根本政治制度。

人民代表大会制度是在中国的具体历史条件下形成的,是马克思主义政权建设理论在中国的具体运用和伟大创造,是近代以来中国社会发展的必然选择。人民代表大会制度自建立以来,在我国国家生活和社会生活的各个方面都发挥了重大的作用。它便于组织人民群众参加国家管理,实现当家作主的权利;便于集中统一地行使国家权力;便于实现中央的统一领导和充分发挥地方的积极性、主动性。这一制度集中体现了中国特色社会主义民主政治的特点和优势,反映了全国各族人民的共同利益和愿望,是实现好、维护好和发展好最广大人民根本利益的可靠保证,具有极大的优越性和很强的生命力。中国特色社会主义政治发展道路的鲜明特点,就是在政治制度上实行人民代表大会制度。尤其是在当代中国的社会发展中,为了“扩大公民有序的政治参与”,规范公共权力的合法、有效运行,保障决策的民主性、科学性,就必须进一步大力发展社会主义民主政治,建立完善的利益“表达”与政治“参与”渠道,健全权力的民主监督机制。而人民代表大会制度作为我国的根本政治制度,在保障人民当家作主,保证国家机关协调高效运转,以及表达民意、整合民意、实现民意等方面具有无可比拟的优越性。当然,我国人民代表大会制度的优越性在实践中还有待于进一步发挥,还需要在巩固和完善人民代表大会制度的前提下,进一步加强人民代表大会制度的建设。

## 我国的国家结构形式

我国是统一的、多民族的单一制国家。我国《宪法》确认:“中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家。”实行单一制的国家结构形式符合我国的历史传统和各族人民的共同心愿,有利于国家的独立和统一,有利于经济和社会的发展,有利于各民族的共同繁荣和团结进步,有利于社会主义现代化建设。我国的行政区域划分为:(1)全国分为省、自治区、直辖市;(2)省、自治区分为自治州、县、自治县、市;(3)县、自治县分为乡、民族乡、镇。其中,直辖市和较大的市分为区、县。自治州分为县、自治县、市。中央和地方国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性和积极性的原则。

民族区域自治制度是我国在单一制的国家结构形式下,解决民族问题、处理民族关系的基本政治制度。它是指在统一的祖国大家庭内,在国家的统一领导下,以少数民族聚居区为基础,建立相应的自治地方,设立自治机关,行使自治权,管理本自治区域的事务的政治制度。自治区、自治州、自治县都是民族自治地方,各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的部分。我国

《宪法》强调:我国各民族一律平等。国家保障各少数民族的合法的权利和利益,维护和发展各民族的平等、团结、互助关系。禁止对任何民族的歧视和压迫,禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为。在维护民族团结的斗争中,要反对大民族主义,主要是大汉族主义,也要反对地方民族主义。国家根据各少数民族的特点和需要,帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展。实行民族区域自治制度有助于把国家的集中统一领导与民族平等和少数民族的自治结合起来,有助于把国家的方针政策和少数民族地区的特点结合起来,有助于把热爱祖国和热爱自己民族的感情结合起来,有助于把国家的富强和各民族的繁荣结合起来。

特别行政区的建立是我国单一制的又一大特色。我国《宪法》规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”特别行政区是指在我国版图内,根据宪法和法律的规定所设立的、享有高度自治权和实行特别的社会经济制度的地方区域。其特征是:(1)特别行政区直辖于中央人民政府,是国家行政区域设置中的一种新的地方行政区域类型。(2)特别行政区实行特别的社会经济制度,保留其原有的资本主义制度长期不变。(3)特别行政区享有行政管理方面的自主管理权以及立法权、独立的司法权和终审权等高度自治权。(4)特别行政区的设立以及特别行政区所实行的制度,由全国人大以法律规定。特别行政区是我国单一制国家结构形式下的地方行政区域,它的设立并不引起我国国家结构形式的改变。当然,它又是对国家结构形式的一个伟大创造,是对单一制的突破和发展,同时,它为用和平方式解决国际争端和实现国家统一树立了典范,有利于保持特别行政区的繁荣和稳定,符合全国各族人民的共同愿望和根本利益,丰富和发展了马克思主义的理论宝库。

### §3 国家机构

#### 国家机构概述

国家机构是统治阶级为行使国家权力、实现国家职能而建立起来的一整套有机联系的国家机关的总称。对国家机关的组织体系、职权范围、国家权力的运行规则及其相互关系予以规范,是宪法的重要内容。根据宪法和法律的规定,我国国家机构的组织和活动原则主要有:民主集中制原则、社会主义法治原则、责任制原则、密切联系群众、为人民服务原则、精简和效率原则。民主

集中制是我国国家机构组织与活动的基本原则,它是一种民主与集中相结合的制度,即在民主基础上的集中和在集中指导下的民主。这一原则主要体现在:全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督;国家行政机关、审判机关、检察机关等都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督;中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。实行这一原则既能保证我们国家广泛的民主基础,又能保证整个国家机构代表人民的利益,统一行使国家权力。

## 全国人民代表大会

全国人民代表大会是最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。全国人大和全国人大常委会行使国家立法权。

全国人大由省、自治区、直辖市、港澳特别行政区和军队选出的代表组成;各少数民族都应当有适当名额的代表。全国人大每届任期5年;在其任期届满的两个月以前,全国人大常委会必须完成下届全国人大代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况,由全国人大常委会以全体组成人员的2/3以上的多数通过,可以推迟选举,延长本届全国人大的任期。但在非常情况结束后一年内,必须完成下届全国人大代表的选举。全国人大会议每年举行一次。如果全国人大常委会认为有必要,或者有1/5以上的全国人大代表提议,可以临时召集全国人大会议。

全国人大的职权主要有:(1)修改宪法;监督宪法的实施。(2)制定和修改基本法律。(3)选举、决定和罢免有关的中央国家机关组成人员。(4)决定国家重大事项。(5)最高监督权。(6)应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

全国人大常委会是全国人大的常设机关,是在全国人大闭会期间行使部分最高国家权力的机关,也是行使国家立法权的机关。全国人大常委会对全国人大负责并报告工作。全国人大常委会由委员长、副委员长若干人、秘书长和委员若干人组成。全国人大常委会组成人员中,应当有适当名额的少数民族代表。全国人大选举并有权罢免全国人大常委会的组成人员。全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。全国人大常委会每届任期同全国人大每届任期相同,它行使职权到下届全国人大选出新的常务委员会为止。委员长、副委员长连续任职不得超过两届。委员长主持全国人大常委会的工作,召集全国人大常委会会议。全国人大常委会会议每两个月举行一次。委员长、副委员长、秘书长组成委员长会议,处理全国人大常委会的重要日常工作。

全国人大常委会的职权主要有:(1)解释宪法,监督宪法的实施。(2)制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律;在全国人大闭会期间,对全国人大制定的法律进行部分补充和修改,但不得同该法律的基本原则相抵触;解释法律。(3)监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院和最高人民检察院的工作;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、行政法规相抵触的地方性法规和决议。(4)重大事项决定权。(5)人事任免权。(6)全国人大授予的其他职权。

## 中华人民共和国主席

中华人民共和国主席、副主席由全国人大选举。有选举权和被选举权的年满45周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人大每届任期相同,连续任职不得超过两届。国家主席缺位时,由副主席继任主席的职位;副主席缺位时,由全国人大补选。国家主席、副主席都缺位时,由全国人大补选;在补选以前,由全国人大常委会委员长暂时代理主席职位。

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,任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长,授予国家的勋章和荣誉称号,发布特赦令,宣布进入紧急状态,宣布战争状态,发布动员令。中华人民共和国主席代表中华人民共和国,进行国事活动,接受外国使节;根据全国人大常委会的决定,派遣和召回驻外全权代表,批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

## 国务院

国务院即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。国务院对全国人大负责并报告工作;在全国人大闭会期间,对全国人大常委会负责并报告工作。

国务院由总理、副总理若干人、国务委员若干人、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。全国人大根据国家主席的提名,决定国务院总理的人选;根据总理的提名,决定副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选。在全国人大闭会期间,全国人大常委会根据总理的提名,决定部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选。国务院每届任期同全国人大每届任期相同。总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

国务院实行总理负责制。总理领导国务院的工作,副总理、国务委员协助

总理工作。总理召集和主持国务院常务会议和全体会议。

国务院的职权主要有：根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；向全国人大及其常委会提出议案；统一领导各部、委员会的工作和全国地方各级国家行政机关的工作；编制和执行国民经济和社会发展规划及国家预算；改变或者撤销各部委发布的不适当的命令、指示和规章，改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；依照法律规定决定省、自治区、直辖市范围内部分地区进入紧急状态；审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员；全国人大及其常委会授予的其他职权。

国务院各部、各委员会实行部长、主任负责制。各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。

### 中央军事委员会

中央军事委员会领导全国武装力量。中央军事委员会由主席、副主席若干人、委员若干人组成。中央军事委员会主席由全国人大选举产生；根据中央军事委员会主席的提名，全国人大决定中央军事委员会其他组成人员的人选。在全国人大闭会期间，全国人大常委会根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选。中央军事委员会每届任期同全国人大每届任期相同。中央军事委员会实行主席负责制。中央军事委员会主席对全国人大和全国人大常委会负责。

### 地方各级人民代表大会和人民政府

省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。省、直辖市、设区的市的人大代表由下一级的人民代表大会选举；县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人大代表由选民直接选举。地方各级人大每届任期5年。

地方各级人大在本行政区域内，保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行；依照法律规定的权限，通过和发布决议，审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划；分别选举并有权罢免本级人民政府的省长和副省长、市长和副市长、县长和副县长、区长和副区长、乡长和副乡长、镇长和副镇长。县级以上的地方各级人大审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告；有权改变或者撤销本级人大常委会不适当的决定；选举并有权罢免本级人民法院院长和本级人民检察院检察长。选出或者罢免人民检察院检察长，须报上级人民检察院检察长提请该级人大

常委会批准。

省、自治区、直辖市的人大及其常委会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定和颁布地方性法规,报全国人大常委会和国务院备案。省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会,根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人大常委会批准后施行,并由省、自治区的人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。

县级以上地方各级人大设立常务委员会。县级以上地方各级人大常委会由主任、副主任若干人和委员若干人组成,对本级人大负责并报告工作。县级以上地方各级人大选举并有权罢免本级人大常委会的组成人员;常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。

县级以上地方各级人大常委会讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项;监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作;撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;撤销下一级人大的不适当的决议;依照法律规定的权限决定国家机关工作人员的任免;在本级人大闭会期间,罢免和补选上一级人大的个别代表。

地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府对本级人大负责并报告工作;县级以上的地方各级人民政府在本级人大闭会期间,对本级人大常委会负责并报告工作。同时,地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作;地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院。地方各级人民政府分别实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。地方各级人民政府每届任期同本级人大每届任期相同。

## 民族自治地方的自治机关

自治区、自治州、自治县设立自治机关。民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。自治区、自治州、自治县的人大常委会中应当有实行区域自治的民族的公民担任主任或者副主任;自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。

民族自治地方的自治机关行使宪法所规定的地方国家机关的职权,同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权,根据本地方实

际情况贯彻执行国家的法律、政策。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区的人大常委会批准后生效,并报全国人大常委会备案。

## 人民法院和人民检察院

人民法院是国家的审判机关。我国设立有最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。最高人民法院院长由全国人大选举产生;根据最高人民法院院长的提请,全国人大常委会任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长。最高人民法院院长每届任期同全国人大每届任期相同,连续任职不得超过两届。

最高人民法院是最高审判机关;最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。最高人民法院对全国人大和全国人大常委会负责;地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。

人民法院审理案件,除法律规定的特殊情况外,一律公开进行;被告人有权获得辩护。人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

人民检察院是国家的法律监督机关。我国设立有最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。最高人民检察院检察长由全国人大选举产生;根据最高人民检察院检察长的提请,全国人大常委会任免最高人民检察院副检察长、检察员、检察委员会委员和军事检察院检察长,并且批准省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的任免。最高人民检察院检察长每届任期同全国人大每届任期相同,连续任职不得超过两届。

最高人民检察院是最高检察机关;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。最高人民检察院对全国人大和全国人大常委会负责;地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责。

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。

人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,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。



## §4 公民的基本权利和义务

### 公民基本权利概述

公民是指具有某国国籍,并根据该国的宪法和法律享有权利和承担义务的自然人。公民资格的取得与丧失以国籍的取得与丧失为依据。我国宪法规定,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。

公民的基本权利是指宪法规定的公民所享有的最基本、最重要的权利,表明了公民的宪法地位,体现着公民与国家之间、公民权利与国家权力之间的关系。人权是宪法的起点和归宿,宪法以人权保障为最根本的价值追求。宪法通过对基本权利的规定,从而使作为道德和应然层面的人权变成实在法中可诉求的个人权利。可以说,公民的基本权利就是人权在宪法规范层面的转化形式。

我国现行宪法完善了对公民基本权利的保障,建立了一个较为完备的基本权利体系。2004年通过的《宪法修正案》更是将“人权”概念直接写进宪法,明确规定“国家尊重和保障人权”,这是中国人权事业发展的又一个里程碑。宪法上“人权保障条款”的诞生,不仅反映了人权观念在我国的重大发展,更标志着人权保障制度在我国的历史性跨越。

### 我国公民的基本权利

我国公民享有的基本权利主要有以下几类:

#### 平等权

平等权既是一项宪法原则,又是公民所享有的一项基本权利。我国《宪法》规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”。它包括以下几个方面的含义:(1)公民都平等地享有宪法和法律规定的权利,也都平等地承担宪法和法律规定的义务。(2)国家机关在适用法律的时候,对任何人都应当是平等的;公民的合法权益都一律平等地受到保护,对违法行为都一律平等地予以追究。(3)任何公民都不得享有超越宪法和法律之外的特权,也不承担法外的义务。因此,“公民在法律面前一律平等”,既包括司法平等,即公民在适用法律上一律平等,又包括公民在守法上一律平等。

#### 政治方面的权利和自由

(1)凡年满18周岁的公民,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,都有选举权和被选举权;但是依照法律

被剥夺政治权利的人除外。(2) 公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。(3) 公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于他们的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利;由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。

### 人身自由和宗教信仰自由

(1) 公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。(2) 公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。(3) 公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。(4) 公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。(5) 公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。

### 社会经济教育文化方面权利

(1) 公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。(2) 公民有劳动的权利和义务。(3) 劳动者有休息的权利。(4) 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。(5) 公民有受教育的权利和义务。(6) 公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。

### 特定人的权利

(1) 中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。(2) 婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。(3) 国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。(4) 国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。(5) 国家保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。

## 我国公民的基本义务

公民的基本义务是宪法所规定的公民应承担的义务,是国家和社会要求公民所履行的最基本的责任。根据我国宪法的规定,公民的基本义务主要有:(1) 维护国家统一和各民族的团结;(2) 遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德;(3) 维护祖国的安全、荣誉和利益;(4) 保卫祖国、抵抗侵略,依照法律服兵役和参加民兵组织;(5) 依照法律纳税。此外,宪法还规定:公民有劳动的义务;受教育的义务;夫妻双方有实行计划生育的义务;父母有抚养教育未成年子女的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务。

## 我国公民基本权利和义务的特点

我国公民基本权利和义务的特点主要有:(1) 权利和自由的广泛性。这主要表现为享有权利的主体十分广泛,同时,公民权利和自由的内容与范围也十分广泛。(2) 权利和义务的现实性。我国宪法所规定的公民权利和义务是从我国的实际情况出发的,充分考虑了我国政治经济文化的发展水平。同时,公民的权利和自由有切实的法律保障和物质保障。(3) 权利和义务的平等性。“公民在法律面前一律平等”的宪法原则为我国公民权利义务的平等性奠定了法律基础。公民应当都一律平等地享有宪法和法律规定的权利,并平等地承担宪法和法律规定的义务。(4) 权利和义务的一致性。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。公民的权利和义务是相互依存、相互促进的,权利相对于义务而言,自由相对于纪律而言;没有无义务的权利,也没有无权利的义务。公民只有认真履行自己的义务,促进经济社会的发展,才能使自己享有的各项权利不断扩大并得到可靠的保障。此外,公民的某些权利和义务是相互结合的,如劳动权、受教育权,既是公民的权利,又是公民的义务。

我国宪法规定了公民享有的广泛的权利和自由。需要强调的是,公民在行使这些权利时,又负有不得滥用这些权利的义务,而应当在遵守宪法和法律的前提下行使自己的权利和自由。同时,公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。

## § 5 国旗、国徽、国歌和首都

国旗、国徽、国歌是国家的象征和标志,通常由宪法加以明确规定。首都

虽然严格来说不是国家的象征或标志,但由于首都是一个国家的政治中心,在国民的心目中是国家的核心,因此也一般由宪法加以明确规定。

我国《宪法》第 136 条规定,中华人民共和国国旗是五星红旗,国歌是《义勇军进行曲》。第 137 条规定,中华人民共和国国徽,中间是五星照耀下的天安门,周围是谷穗和齿轮。第 138 条规定,中华人民共和国首都都是北京。

## § 6 宪法实施的监督与保障

### 概述

宪法实施的监督与保障,是指一个国家为保证宪法实施而建立和采取的一系列原则、制度、方式和程序等项内容的总称。其内容主要是:审查法律、法规等规范性文件的合宪性;审查国家机关及其工作人员的行为的合宪性;处理国家机关之间的权限争端;监督各政党、社会团体、企业事业组织和公民的行为的合宪性等。

宪法监督的模式是就宪法监督的体制或主管机关而言的,主要有立法机关监督制、司法机关(普通法院)监督制、特设的专门机构(主要是宪法法院)监督制三种。

从某种意义上讲,宪政就是把蕴含民主、法治、人权等价值要素的宪法付诸于实践的政治过程。设计一部完美的成文宪法只是实行宪政的起点而远非它的终点,只有宪法得到真正实施后,宪政理想才能成为活生生的社会现实,宪法规范才能成为具有稳定性、权威性的根本行为准则。如果宪法得不到实施,人权保障、民主法治便失去了根基。因此,建立一套行之有效的宪法监督保障制度,具有重要的意义。

### 我国的宪法监督与保障制度

我国现行的宪法监督制度是由 1982 年宪法确立下来的,主要有以下几个方面:(1) 我国宪法明确规定,本宪法是国家的根本法,具有最高的法律效力;一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触;一切违反宪法和法律的行为必须予以追究。这就为宪法的监督实施提供了基本依据。(2) 全国人大及其常委会有权监督宪法的实施,并规定宪法的解释权由全国人大常委会行使;各专门委员会在最高国家权力机关行使监督宪法实施职权的过程中发挥具体的作用;地方各级国家权力机关在本行政区域内保证宪法的实施。这

就为宪法的监督实施提供了组织保证。(3) 宪法还明确规定,全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。这就把宪法的实施植根于一切机关、政党、组织和人民群众的力量之中,具有重大的意义。(4) 我国宪法监督实行事前审查和事后审查并用的监督方式。

我国宪法实施的监督与保障制度,契合了我国的国家性质和民主集中制的原则,在保障宪法实施、推进社会主义民主法治建设中发挥了重要作用。但是,也应当看到,这一监督制度还存在着一些值得进一步健全与完善的地方,如可以考虑设置专责的宪法监督机构,以保证宪法监督的经常性和制度化;建立完备的宪法监督的程序性规范,以增强宪法监督的可操作性和规范性;强化宪法监督的制裁机制和责任承担方式,以保证宪法监督的实效性和适用性等。可以说,进一步健全和完善我国宪法实施的监督与保障制度,维护宪法的权威和尊严,对于我国的社会主义民主法治建设具有重大的意义。

### 【关键词】

1. 宪法(constitution):是指以民主法治为基本原则,以人权保障为价值目标,以国家权力和公民权利为核心内容的,具有最高法律效力的国家根本法。

2. 国家制度(state system):是一个国家的统治阶级通过宪法、法律所确认的有关国家性质和国家形式方面的制度的总称。

3. 国家性质(character of state):又称国体、国家的阶级本质,是指社会各阶级在国家生活中的地位,即在国家生活中哪些阶级居于统治地位,哪些阶级属于同盟者;哪些阶级处于被统治者地位。

4. 政权组织形式(structural form of state political power):亦称政体,是指实现国家权力的政权机关以及各机关之间的相互关系,或者说是指国家机构的内部构成形式和组织体系。

5. 国家结构形式(form of state structure):是指国家整体与其组成部分之间、中央政权与地方政权之间相互关系的构成形式。

6. 人民代表大会制度(system of People's Congress):是指根据国家的一切权力属于人民的宪法原则,由民主选举产生的全国和地方各级人民代表大会作为人民行使国家权力的机关,并以人民代表大会为基础,按照民主集中制的原则组织整个国家机构体系,以实现人民当家作主的根本政治制度。

7. 国家机构(structure of the state):是统治阶级为行使国家权力、实现国家职能而建立起来的一整套有机联系的国家机关的总称。

8. 公民的基本权利(basic civil rights of citizens):是指宪法规定的公民所享有的最基本、最重要的权利,表明了公民的宪法地位,体现着公民与国家之间、公民权利与国家权力之间的宪法关系。

9. 宪法实施的监督与保障(supervision of constitution):是指一个国家为保证宪法实施

而建立和采取的一系列原则、制度、方式和程序等项内容的总称。

### 【思考题】

1. 为什么说宪法是国家的根本法?
2. 为什么说人民代表大会制度是我国的根本政治制度?
3. 我国国家机构的组织和活动原则主要有哪些?
4. 我国公民的基本权利主要有哪些?
5. 试述我国宪法实施的监督与保障制度。

### 【课堂讨论案例】<sup>①</sup>

1. 2009年1月,云南玉溪北城镇男子李荞明因盗伐林木被刑拘,进入晋宁县看守所,2月8日受伤住院,2月12日死于“重度颅脑损伤”。对于死因,晋宁县公安机关称,李荞明受伤,是由于其与同监室狱友在看守所天井里玩“躲猫猫”游戏时不小心撞到墙壁所致。结论一出,舆论哗然,“躲猫猫”一词迅速走红网络。

2月27日,云南省检察机关、公安机关公布“躲猫猫”事件调查结论:李荞明系因同监室在押人员殴打、拳击头部后撞击墙面致死。4月至9月,高检院与公安部联合开展专项检查活动,集中解决看守所监管及看守所法律监督中存在的突出问题。11月9日,国务院法制办公布《拘留所条例(征求意见稿)》,规定执行拘留活动应当接受检察院的法律监督。

试:从宪法学的角度对此事件进行分析。

2. 自2008年9月,山西省政府根据《关于加快推进煤矿企业兼并重组的实施意见》和《关于进一步加快推进煤矿企业兼并重组整合有关问题的通知》,推行“煤矿兼并重组”以来,2000多座煤矿被挂上了“国字号”的牌子。这场被誉为“国进民退”的改革,成为近30年来山西煤炭领域最大的一场变革。这意味着,这些煤老板如果不接受被兼并,他们的煤矿将会被强制关闭。

试:从宪法学的角度对此事件进行分析。

### 【推荐读物】

1. 张千帆:《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社2008年版。
2. 韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2008年版。
3. 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2005年版。

<sup>①</sup> 以下事例选自“2009年度中国十大宪法性事例”,载《检察日报》2009年12月28日

## 第 8 章

# 行政法

- 行政法概述
- 行政立法与行政决策
- 行政法上的主体
- 行政程序
- 行政行为
- 行政救济

**【本章概要】** 行政法是部门法的后起之秀,但却是发展得最快的法律部门。行政法体现了双重功能:既要控制行政权力不做坏事,又要控制行政权力去做利民惠民的好事。形象地说,行政法首先把行政权力“视为一头必须关在笼子里的狮子”<sup>①</sup>;其次行政法又认为行政权力经过宪政和法治驯化之后可以给人们带来福祉。消极行政和积极行政各有其条件和功效。本章着重介绍行政法的基本概念、基本原则和基本制度。

## § 1 行政法概述

### 行政法

“行政”一词最早见于春秋《左传》“行其政令”、“行其政事”,古文中的“行政”,有“推行政治”、“实行政令”之含义。近代意义上的“行政”一词,起源于日本明治初期,我国在清末预备立宪过程中出现了“立法、行政、司法三

<sup>①</sup> [美]施瓦茨:《美国法律史》,徐炳译,群众出版社 1986 年版,第 74 页。

权并峙”的提法。<sup>①</sup>“行政”一词含有组织、管理或者控制的意思。“行政”，首先是指公法上的公共行政，有别于私法上的私人行政。例如，在日常生活里，股份公司组织机构里的执行总裁被简称为CEO(Chief Executive Officer)，讲的就是私人行政即私法上的管理关系。

就内容而言，行政法是调整行政权力与私人权利关系的法律，“行政法”是宪政分权之后才形成的一个特定概念；就形式而言，行政法是公法的一个分支，是宪法的动态部分，行政法担负了实现宪法目标的重任，“宪法消逝，行政法长存”。<sup>②</sup>行政法也是实体法、程序法和诉讼法的统一体，内容易于变动，很难进行统一的法典化，一般只对行政程序、行政诉讼或者对某类行政行为进行法典化，如《行政处罚法》、《行政监察法》、《行政复议法》、《行政许可法》、《公务员法》、《治安管理处罚法》、《政府信息公开条例》等。

在现代国家，行政权力是国家权力的重要内容，行政机关已经从最初拥有较少的“警察权力”(Police Power)，扩张到对社会和私人施加更广泛的管制权力(Regulatory Power)。<sup>③</sup>行政权力既表现为静态的职权，也表现为动态的行政行为，它是行政机关依法享有、实施的强制支配他人服从的资格，具有国家意志性、法定性、专属性、不可处分性、单方性和优先性等特点。在法治与宪政视野里，行政法是关于行政权力的授予、行使，以及对行政权力进行监督和对后后果予以补救的法律规范的总称。行政法是控制行政权力的法，行政组织关系、行政管理关系、内部行政关系、行政救济关系和监督行政关系，都是行政法调整对象之重要组成部分。

行政法的功能有两个方面：一方面，规范行政权力及其行政行为，使其合法化、秩序化和高效率运作，并由此保护公共利益和社会秩序；另一方面，保护私人正当的权利和利益，对不法行为进行制裁和矫正，或者通过积极行政、给付行政的方式，为社会成员直接提供公共产品、服务和资助。

## 行政法学说

行政法学是一门研究行政法律现象和制度的法学科，发端于19世纪法国大革命之后。现代行政法学奠基于德国行政法学者奥托·迈耶1895年出版的《行政法》。<sup>④</sup>清朝末年，中国行政法学舶于西方，今日之中国行政法学，复兴于20世纪80年代，已形成三种较完备的理论学说。

① 张帆：《“行政”史话》，商务印书馆2007年版，第6、14、31页。

② 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第4页。

③ Hugh D. Spitzer, Municipal police power in Washington State, *Washington Law Review*, Vol. 75, 2000, p. 495.

④ 参见[德]奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版。



第一种学说谓之“管理论”，主张行政机关是管理主体，受其约束的公民、法人或者其他组织是管理客体，秩序安定是行政法的根本目的，行政法就是管理法。

第二种学说谓之“控权论”，主张行政法是控制行政权力的法，强调必须通过法律来制约行政权力，防止滥用。此种主张，以英美法学家为甚。施瓦茨认为：行政法是管理政府行政活动的部门法，行政法包括三个部分：（1）行政机关所具有的权力；（2）行使这些权力的法定要件；（3）对不法行政行为的补救。<sup>①</sup> 韦德认为行政法的第一要义就是“控制政府权力的法”。<sup>②</sup>

第三种学说谓之“平衡论”，主张在行政法律关系中，行政主体与相对人的权利义务在总体上应该平衡，公共利益和个人利益应该均衡；传统的权力—服从关系是非平衡的，应该通过监督行政权力的平衡机制，加以矫正。<sup>③</sup>

## 行政法的基本原则

法典的刚性与社会现实流变性的紧张关系、成文法预见能力和语言表达能力的局限性，是法律原则存在的根本理由。行政法的基本原则，是由立法者、行政执法者、法官、行政法学者高度概括出来的行政活动总的指导思想和方针，蕴含了行政法的基本理念。

法治政府对“依法行政”的基本要求是：合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一<sup>④</sup>。由此，行政法的基本原则不是一个而是一组，它们之间具有互补性，而且，行政实体法、行政程序法和行政诉讼法的基本原则各有不同。

行政法治原则，是被公认的行政法基本原则，要义是：行政职权法定、法律保留、法律优先和遵守法定程序，即行政合法，行政权的存在、行使必须依据法律，不得与法律相抵触，违法行政必须承担法律责任。职权法定，是指任何行政权力的来源与作用都必须具有明确的法定依据，否则越权无效。1996年“四川省夹江县彩印厂万建华诉四川省技术监督局行政处罚违法案”中，争论的焦点就是：省技术监督局是不是合法的行政执法主体？是否有权采取行政强制措施和行政处罚？<sup>⑤</sup> 法律优先，强调法律规范在效力上的位阶顺序关系，强调法律对行政法规和规章的优越地位。法律保留，是指在国家法律秩序范

① [美]施瓦茨：《美国法律史》，徐炳译，群众出版社1986年版，第1页。

② [英]韦德：《行政法》，徐炳译，中国大百科全书出版社1996年版，第5页。

③ 罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社1997年版，第17页。

④ 参见中华人民共和国国务院2004年3月17日发布的《全面推进依法行政实施纲要》。

⑤ 参见莫于川：《从夹江打假案看行政法治的若干现实问题》，《行政法学研究》1997年第1期。

围内,某些事项必须专属于民意代表机构来立法,行政机关不得代为规定,《立法法》第8条体现了法律保留思想。

行政合理原则,是指行政权在合法前提下,应当客观、适当、合乎理性,裁量权的运用应当符合法定目的、具有正当动机、公正而适度,主要包括平等对待、比例合适和信赖保护三项子原则。平等对待原则要求:行政机关实施行政管理,应遵循公平公正原则,平等对待行政相对人,不偏私、不歧视;行使裁量权应符合法律目的,排除不相关因素的干扰。比例合适原则要求:行政目的与行政手段相适应、成比例,行政措施以侵害最小方式做出,强调目的妥当、手段必要、违法程度和处罚程度均衡,其法律谚语是“勿以炮击鸟”。信赖保护原则要求:行政机关诚实守信,一经做出言论或者行为,除因违法对社会公益或第三人利益造成重大影响,或者行政相对人有重大过错,不得撤销或变更;如因社会公益或第三人重大利益必须撤销或变更的,应对无过错行政相对人的合法预期利益予以维护,或者补偿损失。信赖保护原则有助于解决发生情势变更和行政错误时“政府违法,百姓买单”的不平等状况,这在《行政许可法》第8条和第69条中已经有所规定。信用政府要求行政机关在实施授益性行政行为、行政指导、行政合同、行政奖励时,禁止反言,禁止违反政府承诺。

行政效率原则,有三层含义:(1)设立相应法律制度和程序来保证行政权力的高效性、快捷性和连续性,赋予行政机关必要的应急权力和优先权,包括职务上和物质上的特权。(2)行政效率也指向行政相对人,行政机关必须站在便民利民惠民视角,尽量减少繁琐程序,及时履行职责。(3)采纳成本与效益平衡的方法检验行政行为(尤其是行政立法和决策)的必要性和可行性。

正当程序原则,要求行政机关实施行政管理时,除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私之外,应当公开;充分说明行政立法、决策或执法的理由;听取行政相对人和利害关系人的陈述和申辩,保障其知情权、参与权和救济权;行政机关工作人员履行职责,与行政相对人存在利害关系时,应当回避。

## §2 行政法上的主体

### 行政主体

行政法上的主体,是指所有参与行政法律关系的主体,包括行政主体、行政相对人和第三人(利害关系人)。行政主体是行政法律关系中的一方当事

人,是指以自己的名义运用行政职权,并且因此享有权利或者承担义务的行政机关或者被授权组织。行政主体是恒定的行政复议被申请人和行政诉讼被告。行政主体包括行政机关、被授权组织,公务员和受委托的组织不是行政主体。

行政机关是依照国家组织法设定的享有和使用行政职权的机关法人,以自己的名义行使权力和承担责任。行政组织泛指一切行政机关和机构,行政机构则是行政机关的内部单位,经过授权的行政机构可以是行政主体,例如商标评审委员会、专利复审委员会都是特定行政法律关系的行政主体。

可以作为行政主体的行政机关包括:国务院;作为国务院组成部门的部、委、行、署;国务院直属机构,如国家工商行政管理总局、海关总署;国务院各部委管理的国家局,如国家烟草专卖局、国家文物局;省、自治区、直辖市人民政府及其职能部门;地区行署、自治州政府、地级市政府及其处、局;市县人民政府以及乡镇政府、街道办事处等。

具有一定的管理公共事务职能的社会组织,经法律法规、规章或者行政命令授权,得以自己名义行使一定行政职权,谓之被授权组织。此种授权,须以公开的书面公告方式做出且不得再转让。被授权组织的类型比较复杂,行政机关直属的事业单位或者协调议事机构可被授权,如中国气象局、国务院学位委员会。在20世纪90年代以前,铁路运输企业和烟草公司等国有行业公司被授予少量的行政职权,随着行政管理体制改革的深化,公用事业单位和行业性企业的经济行政管理权呈现出式微和消失的趋势。相反,社会管理权的授予日益加大,例如律师协会、住房公积金管理组织等依法获得了行政授权。在自治权之外,工会、居民委员会、村民委员会还获得了一定的行政管理权,即法定受托事务,例如《传染病防治法》第6条授权“居民委员会、村民委员会应当组织居民、村民参与社区、农村的传染病预防与控制活动。”

受委托组织,是指接受行政机关委托而行使某项行政职权的组织,不能以自己的名义行使行政职权,产生的法律责任由委托机关承担。《行政处罚法》、《行政许可法》规定了委托处罚和许可问题。

## 公务员

公务员,一般是指在行政机关中行使行政权力,执行国家公务的所有工作人员,既包括通过选举产生的政务员,也包括经过公开竞争考试、择优录用,无过失可以长期任职的一般公务人员。与国务院1993年通过的《国家公务员暂行条例》规定的“公务员”不同,2005年通过的《公务员法》第2条规定的公务员是指:“依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。”判断我国公务员的标准有三条:(1)依法履行公职,即从事公务活动。(2)纳入国家编制,即由国家编制局承认的编制。(3)由国家财政负担

工资福利。除了行政机关的非工勤工作人员之外,我国公务员的范围扩展到各级人民代表大会、政治协商委员会、中国共产党和民主党派机关的工作人员以及法官、检察官等。

公务员制度包括公务员的条件、义务与权利、职务与级别、录用、考核、职务任免、职务升降、奖励、惩戒、培训、交流与回避、工资福利保险、辞职辞退、退休、申诉控告、职位聘任、法律责任等内容。公务员因违法违纪应当承担纪律责任的,给予处分;违纪行为情节轻微,经批评教育后改正的,可以免于处分。处分包括:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

公务员不是行政主体。公务员违法和失职行为的法律责任由国家承担,无故意或重大过失的,不受国家追偿。依据《公务员法》第54条,公务员有义务服从和执行上级依法做出的命令和决定,但是公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。

## 行政相对人

行政相对人是指作为行政行为对象的自然人、法人或其他组织,以及权益受行政行为影响的利害关系人。通常,行政机关被当然作为行政主体之一,但当行政机关并不行使行政职权而实际上处于行政管理对象之地位时,就不是行政主体而是行政相对人。如果税务机关向城市规划局申请建设项目,此时它是相对人。行政相对人不等于是义务人或者被管理对象,行政处罚中的受害人,行政许可中的相邻权人或者公平竞争权人,也属于广义上的相对人。行政相对人的权利主要有申请权、参与权、知情权、正当程序权、批评建议权、申诉控告检举权、申请复议权、提起行政诉讼权、请求国家赔偿和补偿权、抵制违法行政行为权。主要义务是:服从行政管理、协助公务、维护公益、接受行政监督、提供真实信息、遵守法定程序。<sup>①</sup>

## §3 行政行为

### 行政行为及其效力

行政行为是指行政主体为履行国家行政职能,行使国家行政权力,做出的受行政法律规范调控的,且具有一定法律效果的意志行为。行政行为具有主

<sup>①</sup> 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2008年版,第165~168页。

体专属性、单方意志性、国家强制性、效力先定性和可诉性。

行政行为的效力,是指行政行为在法律上所发生的效果及对当事人的影响,其内容表现为公定力、确定力、拘束力和执行力,其效力形态包括生效、有效、无效、失效。行政行为一经做出,即推定其合法有效,对行政主体和行政相对人以及其他国家机关均具有约束力量。行政相对人认为行政行为违法,只能通过法定途径和方式寻求救济,在该行政行为没有被有权机关依法撤销、变更或宣布无效前,始终推定为合法和合理。即使在行政复议和诉讼期间,在复议机关或人民法院没有作出否定性决定或判决、裁决前,该行政行为连续有效,不予停止执行。

## 行政行为类型

### 1. 学理分类<sup>①</sup>

(1) 抽象行政行为与具体行政行为。前者是指行政规范的创制行为,即行政立法和规范性行政文件的制定行为。后者是指行政主体行使行政职权而对具体的人和事直接产生法律效果的行为。

(2) 行政法律行为和行政事实行为。前者简称“行政行为”,是指能形成行政法上的权利义务关系、产生法律效果的行为。后者是指行政主体基于职权实施的不能产生、变更或者消灭行政法律关系的行为,例如行政即时强制、信息公开处理行为、行政证据收集行为等。

(3) 内部行政行为与外部行政行为。前者是指行政主体基于隶属关系对行政组织及其工作人员产生法律效力的行政行为,如行政处分。后者是指行政主体基于对外行政管辖关系面向社会实施行政职权,对外部行政相对人做出的行政行为。

(4) 羁束行政行为和裁量行政行为。前者是指行政主体必须严格依照法定条件和方式做出、没有选择权的行政行为。后者是指行政主体基于裁量权(Discretion Power),在法定范围和幅度、行政裁量基准内得以自由、合理斟酌而做出的行为。

(5) 依职权与依申请的行政行为。前者是指行政主体依据法律、法规、规章赋予的职权,无需相对人请求而主动实施的行为,如行政检查。后者是指行政主体必须有相对人的申请才能实施的行政行为,行政许可最为典型。

<sup>①</sup> 行政行为类型的学理划分多达 40 余种,详细内容参见胡建森主编:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社 2005 年版。

(6) 强制行政行为与非强制行政行为。非强制行政行为也叫“非权力行政”<sup>①</sup>,是指行政主体依权限主动做出的,不以强制行政相对人服从、接受为特征的行政行为,包括行政契约、行政指导、行政奖励等。

(7) 授益行政行为(权利性行政行为)和负担性行政行为(义务性行政行为)。前者是指行政主体依法使行政相对人获得某种权利和权益,或者免除某种义务的行政行为,如行政给付、行政奖励。后者是指使行政相对人负担某种义务,或者剥夺、限制其权益的行政行为,如行政征收。

(8) 行政作为与不作为。前者是指行政主体积极改变现有法律状态的行为,如予以行政处罚。后者是指行政主体及其工作人员负有某种作为的法定义务,并且具有作为的可能性而在程序上逾期有所不为的行为,例如不予答复和拒绝颁发许可证。

## 2. 立法分类

(1) 行政处罚,是对行政相对人违反行政法律规范但尚未构成犯罪的行为,给予的一种法律制裁。《行政处罚法》(1996年)规定的行政处罚种类包括警告、罚款、没收违法所得和没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证和执照、行政拘留等六种。《治安管理处罚法》(2005年)规定了警告、罚款、行政拘留、吊销公安机关发放的许可证四类治安管理处罚,对违反治安管理的外国人可以附加适用限期出境或者驱逐出境。通报批评也属于行政处罚,劳动教养是否属于行政处罚还存在争议。

(2) 行政许可,是指行政机关或被授权组织根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。行政许可是对法律普遍禁止的自由的恢复。在行政审批制度改革背景下,我国制定了《行政许可法》(2003年)。行政许可的形式有:普通许可、特许、认可、核准、登记以及法律和行政法规规定的其他行政许可<sup>②</sup>。

(3) 行政强制,包括行政强制措施和行政强制执行。行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财产实施暂时性控制的行为,其种类包括限制公民人身自由、查封扣押财物、冻结存款汇款等。行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为,其方式包括排除妨碍、恢复原状等义务的代履行、加处罚款或者滞纳金的执行罚、划拨存款、汇款等。

① [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999版,第10页。

② 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第339页。

(4) 行政给付,也叫给付行政(administrative benefits)、福利行政,是行政主体对符合条件的相对人提供一定的财物或者服务的行政活动。行政给付的内容可以是财物,也可以是服务和公共设施。在保障民生的国家政策和建立服务型政府目标之下,我国行政给付的种类已经有:伤残抚恤、困难救济、特殊人群救助、政策资助、政府补贴、能源或公共设施的普遍服务和供给等。

(5) 行政合同,现代行政要求充分发挥行政指导、行政合同等非权力行政的作用。行政合同,也称政府合同,是指行政主体为行政管理之目的而与行政相对人协商一致所达成的协议。行政合同是以行政主体为一方当事人而发生、变更或消灭行政法律关系的合意,因此具有契约性和行政性双重属性。大陆法系国家多在行政程序法典中设立专门的行政合同法律条文,我国已经在国务院纲领性文件和若干法律法规及司法解释中承认了行政合同制度。从实务上看,我国的行政合同类型主要有:教育行政合同、国有土地使用权出让合同、征用征收补偿合同、农村土地承包合同、公务管理行政合同、公有房屋租赁合同、政府工程承包合同、公务悬赏合同、社会保障行政合同、行政和解、社区戒毒协议、科学或技术研究合同等。

(6) 政府信息公开,是指公民、组织对于行政机关在行使行政职权的过程中掌握或控制的信息拥有知情权,除法律法规明确规定的不予公开事项外,行政机关应当通过有效方式向公众和当事人公开。“公开是对社会和工业疾病的补救。阳光是最好的消毒剂,电光是最有效的警察。”<sup>①</sup>我国于2007年制定了《政府信息公开条例》,设立了主动公开、依申请公开和不予公开三种政府信息公开制度。

## §4 行政立法与行政决策

行政立法是指特定行政主体根据法定权限和法定程序制定和公布行政法规和行政规章的活动。从性质上看,行政立法主要是授权立法、执行立法和有限立法,立法事项和权力配置受到限制。但是从所调整的法律关系类型角度看,行政立法可以分为公法性质的行政立法和私法性质的行政立法。例如,铁道部颁布的《铁路旅客运输损害赔偿规定》,既是一个行政立法,也是一个民事法律规范。

<sup>①</sup> Lotte E. Feinberg, *Mr. Justice Brandeis and the Creation of the Federal Register*, *Public Administration Review*, Vol. 61, No. 3. (May-Jun., 2001), p. 362.

行政法规,是指国务院依照宪法、国务院组织法、立法法赋予的立法职权,或者依照全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律或决定的授权,经过法定程序制定,由国务院常务会议审议或者由国务院审批,并经国务院总理签署发布的普遍性法律规则。行政法规的效力高于行政规章、地方性法规和民族地方自治条例,但不得与宪法、法律、国际条约抵触。

行政规章,是指特定行政机关依照法定程序起草、制定,经法定的会议形式通过,并经行政首长签署、公布的普遍性法律规则。行政规章包括五种类型:部门规章、地方政府规章、军事规章、联合规章和授权规章。不同类型行政规章之间的效力是平行的,适用冲突时,由上级行政机关来裁决和监督。

有权制定部门行政规章的行政机关包括:国务院组成部门的部、委、行、署和直属机构。有权制定地方政府规章的人民政府包括省、自治区、直辖市人民政府、省会市人民政府、经济特区所在地的市人民政府,以及国务院批准的较大的市的人民政府。<sup>①</sup>

根据《立法法》,中央军事委员会各总部、军兵种、军区,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内,制定军事规章。军事规章在武装力量内部实施。

授权规章是指根据法律、法规授权制定的规章。例如,《工会法》(2001年)第56条授权“中华全国总工会会同有关国家机关制定机关工会实施本法的具体办法”,《学位条例》(2004年)第19条规定“本条例的实施办法,由国务院学位委员会制定,报国务院批准。”根据国务院“三定方案”(职能配置、内设机构和人员编制),国务院直属事业单位也有制定规章的权力,例如中国气象局以及中国证券、保险、银行、电力四大监督管理委员会,都有权制定相关领域里的行业规章。

根据《立法法》、《行政法规制定程序条例》(2001年)和《规章制定程序条例》(2001年),行政立法的主要程序包括:立项、起草、审查、决定、公布、解释程序。其中,起草程序中的听取意见程序(包括书面征求意见、座谈会、专家论证会、利害关系人听证会)最有意义,谓之“开门立法”。

行政决策主要指由政府主导制定的公共事务政策。从形式上看,它是普遍性规则;从过程上看,它是多方利益主体通过座谈会、听证会程序做出的一项集体选择。目前,我国的行政决策座谈会、听证会集中于价格和收费决策、城市规划决策、规范性文件制定,典型的行政决策案例有铁路春运票价听证、圆明园遗址公园湖底防渗工程项目的环境影响听证会、厦门市人民政府缓建

<sup>①</sup> 包括唐山市、大同市、包头市、大连市、鞍山市、抚顺市、吉林市、齐齐哈尔市、青岛市、无锡市、淮南市、洛阳市、宁波市、苏州市、徐州市、淄博市、邯郸市和本溪市。



百亿吨PX(对二甲苯)项目的座谈会,以及全国各地的教育收费、自来水和供热价格、垃圾场选址大讨论等。我国行政决策民主化进程开端于20世纪80年代初期,现已形成了多项行之有效的制度,但是存在形式主义和决策过度民主化而导致无法做出科学决策的现象,需要制定统一的行政程序法典来规制行政决策民主。

## §5 行政程序

从法治视角看,行政程序是指由行政机关做出行政行为的步骤、顺序、时间和方式构成的行为过程。步骤、顺序、时间、方式是构成行政程序的四个要素,但是参与、回避、程序关系以及程序原则,也是行政程序的要素或内容。<sup>①</sup>从民视角看,行政程序是指做出行政决定和决策的透明性和参与性,是指行政决定做出的对话和沟通的动态机制。透明性和参与性,是行政程序的基本价值。

行政程序理念起源于英国的自然正义观念,有两个关键点:听取对方意见、个人不能作自己案件的法官。在美国,正当程序为宪法原则,正当程序的基本要素是:(1)政府的某项行为将影响你的生命、自由和财产时必须给予通知;(2)受到利益影响的人被给予听证的机会。<sup>②</sup>美国1946年制订的《行政程序法》和《州示范行政程序法》被美誉为“行政法的大宪章”和“权利法案”。<sup>③</sup>行政程序的功能是多样的,对行政权力、当事人和参加人的权利、公共利益、实体正义以及程序正义,分别表现出不同的法律约束和效果。行政程序有助于:扼制行政恣意,保证行政理性;保护私人实现合理预期;使相对人平静接受行政决定,平息弱化社会矛盾,降低社会成本,养成行政民主习惯和信仰;程序正义可以对结果正义产生实质影响。

制定行政程序法典,已经提上我国立法议程。行政程序法的公认基本原则有合法原则、平等对待和非歧视原则、公开和透明原则、公正公平原则、参与性原则、高效便民的效率原则、信赖保护原则。行政程序基本制度包括:

资讯公开制度,行政主体应该将所有涉及行政相对人权利、义务和利益

<sup>①</sup> 应松年、杨小君:《法定行政程序实证研究》,国家行政学院出版社2005年版,第1~15页。

<sup>②</sup> Steven. J. Cann. *Administrative law*, Thousand Oaks, California: Sage Publications Press. 1995, p. 209.

<sup>③</sup> Ferrel Heady, the New Reform Movement in Regulatory Administration, *Public Administration Review*, Vol. 19, No. 2. Spring, 1959, p. 89.

的信息,包括法律法规、规章、其他规范性文件、行政政策、行政决定、行政机关的工作制度、办事规则及程序、手续等,只要不属于国家秘密或者侵犯隐私权、商业秘密的,均应以一定方式向社会公开,允许相对人获取、查阅或复制。

职能分离制度,行政主体应该将其内部的某些相关职能分离,使之分属于不同的机构或工作人员。例如,行政决策权、执行权和监督权分离、罚款与收缴分离、调查与裁决分离。

不单方接触制度,行政主体在处理某一涉及两个或两个以上有利益冲突的当事人的行政事务或裁决他们之间的纠纷时,不能在一方当事人不在场的情况下单独与另一方当事人接触,听其陈述,接受证据等。

回避制度,行政主体及其工作人员在做出行政决定和实施行政行为时,如自己或自己的近亲属与相应决定、行为有利害关系,应主动回避或应相对人申请回避,不参与相应决定的制作和相应行为的执行。

说明理由制度,行政主体在做出涉及相对人、利害关系人权益的决定、裁决,特别是做出对他们权益有不利影响的决定、裁决时,必须在决定书、裁决书中说明事实、法律适用的根据,履行说明理由的义务。

听证制度,行政听证是行政主体在做出影响相对人、利害关系人权益的决定之前,由行政官员(美国是行政法官)、相对人、利害关系人及其代理人(律师)参加的一种法律程序。听证会上可以辩论、对质,听证笔录是做出行政决定的基本依据。听证费用一般由行政主体负担。我国已在《行政处罚法》、《价格法》、《行政复议法》、《立法法》、《行政许可法》、《环境影响评价法》等法律中确立了行政听证制度。

## §6 行政救济

### 救济权与行政救济

权利救济是指私人权利受到私权或者公权侵害发生纠纷后,所形成的权利矫正、利益恢复的方式和方法。按照《世界人权宣言》(1948年)和《公民政治权利国际公约》(1966年),救济权在人权体系中占有重要地位。

行政救济是指法律为受到行政行为不利影响的行政相对人、利害关系人提供的救济途径,包括声明异议、申请行政复议、请求行政赔偿、行政补偿和行政申诉控告等。

## 行政复议

行政复议是指公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益,向行政机关提出申请,要求审查行政行为合法性和合理性的法律制度。行政复议既是权利救济方式,也是行政监督方式。

依照《行政复议法》(1999年)和其他法律法规,可申请的行政复议范围包括:行政处罚、行政强制、对许可证的管理行为、自然资源确权行为、侵犯合法经营自主权的行为、变更或者废止农业承包合同的行为、违法征集财物或者科加劳务的行为、不予行政许可或者登记的行为、不履行保护人身权利、财产权利和受教育权利法定职责的行为、未依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费的行为、劳动教养、工伤认定、不予行政奖励、公务员的录用行为,等等。不可申请行政复议的范围,包括行政立法行为、行政机关做出的行政处分或者其他人事处理决定、行政机关对民事纠纷做出的调解或者其他处理行为。

依据《行政复议法》,公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的行政规定不合法的,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请,可附带申请审查的行政规定包括:(1)国务院部门的规定;(2)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(3)乡、镇人民政府的规定。“行政规定”是指行政机关发布的除行政法规、规章以外的所有规范性文件,包括各种具有普遍约束力的决定、决议、规定、规则、命令、公告、通告等。

申请行政复议的时效是60日,法律规定申请期限超过60日的除外。行政复议的申请人包括公民、法人或者其他组织,股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会认为行政机关做出的具体行政行为侵犯企业合法权益的,可以以企业的名义申请行政复议。通常,人民政府或者上一级行政机关管辖行政复议的申请、受理并做出复议决定,但是对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的只能由上一级主管部门垂直管辖行政复议。不服行政复议决定的,除终局复议决定外,都可以提起行政诉讼。《税收征收管理法》(2001年)等极少数法律,设置了行政复议前置条件和程序,不履行前置义务或者程序的,不得申请行政复议(第88条)。

《行政复议法实施条例》设立了行政复议调解与和解制度。公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的裁量权做出的具体行政行为不服申请行政复议的,或者当事人之间的行政赔偿或者行政补偿纠纷的,行政复议机关可以按照自愿、合法的原则进行调解。对行政机关行使法律、法规规定

的裁量权做出的具体行政行为不服申请行政复议,申请人与被申请人在行政复议决定做出前可以自愿达成和解,和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的,行政复议机构应当准许。

## 行政申诉

依照《公务员法》,公务员对涉及本人的处分、辞退或者取消录用、降职、定期考核定为不称职、免职、申请辞职或提前退休未予批准、未按规定确定或者扣减工资福利待遇等人事处理不服的,可以向原处理机关申请复核;对复核结果不服的,可以向同级公务员主管部门或者做出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉;也可以不经复核,直接提出申诉和再申诉。

依照《行政监察法》,行政监察机关对行政机关、行政机关公务员和行政机关任命的其他人员实施监察。受到行政处分的行政机关、公务员可以通过行政监察程序保护自己的权利。对行政处分决定不服的,可以申诉,监察机关可以复查、复核行政处分决定。监察机关有权建议原决定机关变更或者撤销行政处分决定,或者在职权范围内,直接做出变更或者撤销的决定。

## 行政赔偿和补偿

行政赔偿,是指行政机关及其工作人员违法行使职权,侵犯公民、法人或其他组织合法权益并造成损害,由国家承担赔偿责任的一种法律责任。对侵犯人身权的行政赔偿,主要指两种情形:(1)因为违法拘留或者采取强制措施、拘禁手段造成的人身自由损害赔偿;(2)因为使用暴力或者违法使用器械造成的生命健康损害赔偿。对侵犯财产权的行政赔偿,主要指违法采取行政处罚、行政强制措施,违法征收财物和摊派费用,以及其他违法行为造成的财产损害赔偿。不予行政赔偿的情形是:行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为;因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的,或者符合法律规定的其他情形。

行政赔偿以金钱赔偿为主,辅之以返还财产、恢复原状,并可要求行政机关消除影响、恢复名誉、赔礼道歉。但是,精神损害和间接损失不予赔偿。行政赔偿程序有两种。一是赔偿请求人在行政复议或行政诉讼过程中,附带请求行政赔偿。二是赔偿请求人径直向行政赔偿义务机关提出赔偿请求。

行政赔偿义务机关在对受害人进行赔偿之后,有权要求有故意或重大过失的公务员、受委托的组织或个人承担部分或全部赔偿费用,此谓行政追偿。

行政补偿,是指国家对行政机关合法行为造成公民、法人或其他组织合法权益损失而采取的一种补救手段,主要包括私有财产征收或者征用补偿、外资企业国有化和征收补偿、野生动物造成的人身和财产损害补偿、土地和建筑物

征用补偿,以及国家政策行为造成的损害补偿。例如,我国因“非典”、“H1N1病毒”防治措施对生产者、财产被征用者造成的损失,采取了政府补贴和补偿。

### 【关键词】

行政法(administrative law):是关于行政权力的授予、行使,以及对行政权力进行监督和对其后果予以补救的法律规范的总称。

行政主体(administrative subject):是指以自己的名义运用行政职权,并且因此享有权利或者承担义务的行政机关或者被授权组织。

行政行为(administrative action):是指行政主体为履行国家行政职能,行使国家行政权力,做出的受行政法律规范调控的,且具有一定法律效果的意志行为。

行政立法(the rules-making):是指特定行政主体根据法定权限和法定程序制定和公布行政法规和行政规章的活动。

行政程序(administrative procedure):是指由行政机关做出行政行为的步骤、方式和时间、顺序构成的行为过程。

行政救济(administrative remedy):行政救济是指法律为受到行政行为不利影响的行政相对人、利害关系人提供的救济途径,包括声明异议、申请行政复议、请求行政赔偿、行政补偿和行政申诉控告等。

### 【思考题】

1. 如何理解行政法的含义?
2. 行政主体的类型包括哪些?
3. 如何理解行政程序及其功能?
4. 如何理解行政救济的性质?

### 【课堂讨论案例】

2008年5月,B市疾病预防控制中心准备在甲栋居民楼对面,新建一座动物实验室。甲栋居民楼80户居民认为动物实验室是污染环境项目,根据环境法律规定,该类建设项目必须先进行环境污染和影响评价评估,报市环保局批准后,方能批准建设项目设计任务书。经查,B市规划局早在2007年9月就核定了设计方案通知书,确定了动物实验室的可行性研究结论,并于2007年10月颁发了建设工程规划许可证。2008年6月,B市疾病预防控制中心向市环保局申请办理环保评估审批手续,2008年8月得到确定批复。

试讨论:

1. 指出本案例中的程序违法之处?
2. 居民是否有权参与实验室项目审批程序?
3. 建筑工程规划许可证应否撤销?为什么?
4. 规划委员会应该承担何种法律责任?

5. 抽象行政行为和具体行政行为有何区别？

### 【推荐读物】

1. 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2008 年版。
2. 胡建森：《行政法学》，法律出版社 2006 年版。
3. 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社 2008 年版。
4. [日]南博方：《行政法》，杨建顺译，中国人民大学出版社 2009 年版。

# 第 9 章

## 民 法

- 民法绪论
- 民法的基本理念和基本原则
- 民事法律关系
- 民事法律事实
- 物权制度
- 债权制度
- 人身权制度
- 知识产权制度
- 婚姻家庭继承法律制度
- 侵权责任制度
- 商事法律制度

**【本章概要】** 在所有的部门法中,民法是最关乎人们日常行为的法律部门。一个人终其一生,从“摇篮到坟墓”,甚至在来到摇篮之前,进入坟墓之后,都要和民法打交道。因而民法被奉为“生活的百科全书”,既蕴含着一定的生活理念,又蕴含着丰富的生活技巧。它告诉人们为人处世之方、待人接物之法、安身立命之术,最富有生活的品格。在这种意义上,民法为“众法之母”,“民法是法治的真正法律基础”,“民法最充分地体现了法治的价值。民法传统中的权利神圣和契约自由精神,是宪政和法治的文化源泉”<sup>①</sup>。本章着重介绍民法的基本概念、基本理念、基本原则和基本制度。

<sup>①</sup> 张文显:《中国步入法治社会的必由之路》,载《中国社会科学》1989年第2期。

## §1 民法绪论

### 民法的意义与性质

对于民法的意义,必须从实质意义与形式意义两个方面加以理解。实质意义上的民法是指所有调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。它包括民法典、其他民事法律、法规以及有权解释等。在我国,虽无民法典,但有一部作为民事基本法《民法通则》,以及大量单行的民事法律和法规,如《合同法》、《物权法》以及《侵权责任法》等。形式意义上的民法就是指民法典。民法典是指按照一定的体系结构将各项民事法律制度加以系统编纂从而形成的立法文件,如《法国民法典》、《德国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》等。民法典属于民事法律中最高形式的成文法。我国目前尚无民法典,因此并不存在形式意义上的民法。为了在2010年建立社会主义市场经济的法律体系,我们必须尽快制定民法典,从而实现民事立法的体系化、系统化。

法律在传统上分为公法和私法。民法属于私法,<sup>①</sup>以民事主体间的平等和自决为基础,是市民社会的基本法。民法调整的主要对象也是市民社会中最主要的社会关系,即平等主体之间的财产关系和人身关系,实质上就是市民社会一般生活关系的基本形态。因为主体平等正是市民社会的固有特征,而财产关系和人身关系也不过是市民社会一般生活的两个基本的方面。

公法和私法的划分最初由罗马法学家乌尔比安提出,并被《学说汇纂》所采纳。但关于公法和私法的分类标准极不统一。主要形成了三种不同的划分标准:一是利益说,即根据法律保护的利益涉及的是公共利益还是私人利益区分公法和私法。此种标准最初为乌尔比安(Domitius Ulpianus)所倡导。二是隶属说,也称为“意思说”,此种观点为德国学者拉邦德(Laband)所倡导,他认为根据调整对象是隶属关系还是平等关系来区分公法和私法。公法的根本特征在于调整隶属关系,私法的根本特征在于调整平等关系。三是主体说,是由德国学者耶律内克(G. Jellinek)所倡导,并得到日本学者美浓部达吉的赞同。此种观点认为,应当以参与法律关系的各方主体为标准来区分公法和私法。

<sup>①</sup> 民法是私法的核心部分。但除民法之外,民事诉讼法、国际私法等,也应当属于私法的组成部分。



如果这些主体中有一方是公权主体,即法律关系中有一方是国家或国家授予公权的组织,则构成公法关系。该学说为现代公法私法区分的通说。

私法与公法有不同的规范原则。私法以个人自由选择为特征,公法则以强制和拘束为内容;私法强调自主决定,因而私法上的决定无需提供理由和依据,公法则强调权力约束,因而公法上的决定须遵循程序要求,并须提供理由和依据。为保障个人的自由,应遵循有异议时为自由的原则,即遵循私法优先原则。

## 我国民法的历史与渊源

历史上的中华法系,礼法不分,诸法合一。历代统治者虽然重视法典编撰,但多为刑法规定。其中涉及民事关系的,如户、婚、钱债等,也多采用刑罚制裁为限,实际上仍然是刑法规范。一般的民事关系,主要依靠习惯法调整。直至1907年,在内外交困的背景下,清政府为变法图强,开始了中国历史上的首次民法典编撰,近代民法制度始传入中国。

中华人民共和国的民事立法工作始自1950年5月颁布的《婚姻法》。此后,曾三次进行民法典的起草工作,但都未能最终完成。1978年以后,我国实行改革开放政策,民事立法工作全面展开,民事法律制度逐渐完善。我国相继制定颁行了《民法通则》(1986年)、《合同法》(1999年)、《担保法》(1995年)、《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)、《专利法》(1984年,1992年第一次修正、2000年第二次修正、2008年第三次修正)、《商标法》(1982年,1993年第一次修正、2001年第二次修正)、《著作权法》(1990年,2001年修正)、《婚姻法》(1986年,2001年修正)、《收养法》(1991年,1998年修正)、《继承法》(1985年)、《公司法》(1993年,1999年第一次修正、2005年第二次修正)、《乡镇企业法》(1996年)、《合伙企业法》(1997年,2006年修正)、《个人独资企业法》(1999年)、《中外合资经营企业法》(1979年,1990年第一次修正、2001年第二次修正)、《中外合作经营企业法》(1988年,2000年修正)、《外资企业法》(1986年,2000年修正)、《商业银行法》(1995年,2003年修正)、《证券法》(1998年,2004年第一次修正、2005年第二次修正)、《票据法》(1995年,2004年修正)、《保险法》(1995年,2002年第一次修正、2009年第二次修正)、《海商法》(1992年)、《企业破产法》(2006年)等,我国已经基本形成了较为完备的民事法律体系。

《民法通则》在民事法律中具有特别重要的意义,该法对民事主体应当遵循的一些基本原则和共同规范做了规定,是我国基本的民事法律。

同时,国务院制定了大量民事方面的行政法规。如《中外合资经营企业法实施条例》(1983年,2001年修正)、《外资企业法实施细则》(1986年,

2001年修正)、《著作权法实施条例》(2002年)、《商标法实施条例》(2002年)、《专利法实施细则》(2001年,2002年第一次修订、2010年第二次修订)等。

最高人民法院所作的民事方面的司法解释,如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(1988年)等,对各级人民法院处理民事案件也具有拘束力。

此外,尚有习惯与习惯法、国际公约、国际惯例等也发挥着民法渊源的作用。

可以预见,我国的民事法律制度将更加完善。

## §2 民法的基本理念和基本原则

### 民法的基本理念

民法的基本理念,就是民法所持守的基本的价值取向,就是人们意欲通过民法所表达的信仰。近代市民社会系以平等的契约关系为基础,而与封建社会以阶级的身份关系为基础不同,因此在私法上以自由平等为理念,演变成“所有权绝对”、“契约自由”、“过失责任”三项基本原则,<sup>①</sup>这三项基本原则的核心就是“自由”。自由即“由自”,是“一个人不受制于另一人或另一些人因专断意志而产生的强制的状态。”<sup>②</sup>自由之于民法,犹若灵魂之于生命。没有对于自由的信仰和崇奉,就没有制定民法的必要和可能。在这种意义上,民法就是保护和确认自由的法。正是这一点,使民法成为典型的私法。在民法上,“占据主导地位的通常是那些自由的、不需要说明理由的决定;而在公法中,占据主导地位的则是那些受约束的决定。”<sup>③</sup>

民法确认和保护的自由,就是个人自由。这种自由,相对于公权力的行使而言,是免受干预的消极自由;相对于个人事务的处理而言,是自主决定的积极自由。社会发展的历史告诉我们一个经验法则,保证个人自主决定实现的制度是符合人性的制度,也是最有生命力的制度;同时经济发展的历史也告诉我们一个经验法则,“自主决定是调节经济过程的一种高效手段。特别是在一种竞争性经济制度中,自主决定能够将劳动和资本配置到能产生最大效益

① 郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局股份有限公司1979年版,第10页。

② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第4页。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第7页。

的地方去。其他的调节手段,如国家的调控措施,往往要复杂得多、缓慢得多、昂贵得多,因此总体上产生的效益也要低得多”<sup>①</sup>。由此我们可以推导出一项法治社会应当遵循的基本准则,也是民法的制定应遵循的立法原则,即对于个人自由的确认和保护,既不需要理由也不需要设置明确的法律依据,但对于个人自由的限制,则既需要有足够充分且正当的理由又需要设置明确的法律依据。于是,自由及其限制问题就成为民法上一个最为核心的问题。自由不能没有限制,否则自由本身就不可能存在或不可能很好地存在,但是又必须严格限制对自由的限制。得以限制自由的充分且正当的理由就是国家利益和社会公共利益。

需要强调的是,法不仅仅是静止的条文,更是活的力量。自由实现于民法,仅是自由实现于现实生活的必要条件。自由的真正实现,尚有赖于民事主体的民事活动。只有通过民事主体的民事活动,才能将民法所认可的客观权利转化为主观权利。在这一转化的过程中,民事主体应秉承为权利而斗争的信念。权利是类型化的自由,为权利而斗争,就是在为自由而斗争,就是在为民法真实的生命而斗争!

## 民法的基本原则

原则,即观察问题、处理问题的准绳。民法的基本原则,体现了民法的基本价值,是民法的本质和特征的集中体现,是高度抽象的、最一般的民事行为规范和价值判断准则。民法的基本理念属于民法基本原则中处于核心地位的基本原则。

民法的基本原则是民事立法的准则。民法的基本原则,蕴含着民法调控社会生活所欲实现的目标,所欲达致的理想,集中体现了民法区别于其他法律,尤其是行政法和经济法的特征。它贯穿于整个民事立法,确定了民事立法的基本价值取向,是制定具体民法制度和规范的基础。民法的基本原则是民事主体进行民事活动的基本准则。民事主体所进行的各项民事活动,不仅要遵循具体的民法规范,还要遵循民法的基本原则。在现行法上对民事主体的民事活动欠缺相应的民法规范进行调整时,民事主体应依民法基本原则的要求进行民事活动。民法的基本原则是法官解释法律、补充法律漏洞的基本依据。民法的基本原则是法官对民事法律、法规进行解释的基本依据。法官在审理民事案件时,须对所应适用的法律条文进行解释,以阐明法律规范的含义,确定特定法律规范的构成要件和法律效果,并辨别法律规范的类型。法官在对法律条文进行解释时,如有两种相反的含义,应采用其中符合民法基本原

<sup>①</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第143页。

则的含义。无论采用何种解释方法,其解释结果均不能违反民法基本原则。如果法院在审理案件时,在现行法上未能获得据以做出裁判的依据,这就表明在现行法上存在法律漏洞。此时,法院应依据民法的基本原则来进行法律漏洞的补充。

在我国现行的民事立法上,承认了平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则以及公序良俗原则。

平等原则,是民法的基础原则,离开了民事主体之间平等的假设,民法就丧失了存在的根基。所谓平等原则,也称为法律地位平等原则。我国《民法通则》第3条明文规定,当事人在民事活动中的地位平等。平等原则是市场经济的本质特征和内在要求在民法上的具体体现,是民法最基础、最根本的一项原则。现代社会,随着在生活、生产领域保护消费者和劳动者的呼声日高,平等原则的内涵正经历从单纯谋求民事主体抽象的法律人格的平等,即单纯强调民事权利能力平等,过渡到兼顾在特定类型的民事活动中,谋求当事人具体法律地位的平等。

自愿原则,是指法律确认民事主体得自由地基于其意志去进行民事活动的基本准则,习惯被称为私法自治原则。我国《民法通则》第4条规定,民事活动应当遵循自愿原则。私法自治原则是民法最重要、最有代表性的原则,是民法基本理念的体现。民法最重要的使命,就是确认并保证民事主体自由的实现。私法自治原则的存在和实现,以平等原则的存在和实现为前提。只有在地位独立、平等的基础上,才能保障当事人从事民事活动时的意志自由。私法自治原则同样也是市场经济对法律所提出的要求。在市场上,准入的当事人被假定为自身利益的最佳判断者,因此,民事主体自愿进行的各项自由选择,应当受到法律的保障,并排除国家和他人的非法干预。私法自治原则派生出了结社自由、所有权神圣、合同自由、婚姻自由、家庭自治、遗嘱自由以及过错责任等民法的基本理念。这些基本理念是私法自治原则在民法不同领域的具体体现,也是民法对冲突的利益关系据以做出价值判断的基本依据。在一般的意义上,民法保证了私法自治原则,保证了上述民法基本理念的实现,就是保证了法律所追求的公平、正义的实现。因为民法上的公平、正义是建立在意思自愿的要素上,而非任何一种内容合理或正确性的要素上,所以法谚云“对心甘情愿者不存在不公正”。

私法自治原则的核心是合同自由原则。虽然有商品经济就有合同自由的理念,但合同自由作为一项法律原则却是迟至近代民法才得以确立。以亚当·斯密为代表的自由主义经济思想是其经济理论的根据,18世纪至19世

纪的理性哲学是其哲学基础,资本主义市场经济是其经济基础。<sup>①</sup> 合同自由原则在立法上首见于《法国民法典》,该法典第 1134 条规定:“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。”“前项契约,仅得依当事人相互的同意或法律规定的原因取消之。”一般认为,合同自由原则包括以下内容:(1) 缔约自由,即当事人可以自由决定是否与他人缔结合同;(2) 选择相对人的自由,即当事人可以自由决定与何人缔结合同;(3) 内容自由,即双方当事人可以自由决定合同的内容;(4) 变更或解除的自由,即当事人可以经由自由协商变更或解除合同,或可自由决定是否行使约定的、法定的解除权解除合同;(5) 方式自由,即当事人有选择合同形式的自由;(6) 争议解决方式的自由,即当事人可以经由自由协商,以确定双方争议解决的具体方式是提起诉讼还是申请仲裁。当然,合同自由从来都不是绝对的、无限制的自由。在某种意义上,一部合同自由的历史,就是合同如何受到限制,经由醇化,从而促进实践合同正义的记录。<sup>②</sup>

公平原则,是指民事主体应依据社会公认的公平观念从事民事活动,以维持当事人之间的利益均衡。我国《民法通则》第 4 条规定,民事活动应当遵循公平的原则。公平原则,意在谋求当事人之间的利益平衡,是对自愿原则的有益补充。公平原则是进步和正义的道德观在法律上的体现。它对民事主体从事民事活动和国家处理民事纠纷起着指导作用,特别是在立法尚不健全的领域赋予审判机关一定的自由裁量权,对于弥补法律规定的不足和纠正贯彻自愿原则过程中可能出现的一些弊端,有着重要意义。<sup>③</sup>

诚实信用原则,是市场经济活动中形成的道德规则。我国《民法通则》第 4 条规定,民事活动应当遵循诚实信用原则。诚实信用原则,将最低限度的道德要求上升为法律要求,以谋求个人利益与社会公共利益的和谐。诚实信用原则是市场伦理道德准则在民法上的反映。诚实信用原则承担着保护社会公共利益的使命,在功能上限制了自愿原则发挥作用的范围。

公序良俗原则,是公共秩序和善良风俗的合称。公序良俗原则是现代民法一项重要的法律原则,是指一切民事活动应当遵守公共秩序及善良风俗。在现代市场经济社会,它有维护国家社会一般利益及一般道德观念的重要功能。我国《民法通则》第 6 条规定,民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。第 7 条规定,民事活动应当尊重社会公德,

① 崔建远主编:《新合同法原理与案例评释》,吉林大学出版社 1999 年版,第 22 页。

② P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979. 转引自崔建远主编:《新合同法原理与案例评释》,吉林大学出版社 1999 年版,第 23 页。

③ 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社 1990 年版,第 18 页。

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。公序良俗原则承担着维护国家利益和社会公共利益的使命,在功能上构成了对自愿原则的限制。

### §3 民事法律关系

#### 民事法律关系的概念和特征

民事法律关系,是由民事法律规范调整所形成的以民事权利和民事义务为核心内容的社会关系,是民法所调整的平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现。

民事法律关系是现代社会中最重要的一类社会关系。在社会生活中,个人和组织为了满足自身的各种需要,必须从事社会经济活动,相互之间要发生各种社会关系。为了使社会关系的确立和发展符合国家的要求,国家运用各种法律来调整社会关系,从而使受法律调整的社会关系获得了法律关系的性质。由于调整各种社会关系的法律不同,所形成的法律关系也有所不同。民事法律关系是法律关系的一种,属于私法关系。民法学在一定意义上就是民事法律关系之学。

由于民法自身功能的局限以及社会生活的无限丰富多样,民法所调整的只能是社会关系中的一部分。这也就意味着,社会关系与民事法律关系之间并非一一对应关系,民事法律关系并非是在忠实地描述实际的社会关系。民事法律关系是对一部分现实生活的撷取。生活关系是一个连续同一体,而我们正是从这一连续同一体中取出一部分来,对其进行法律观察。何种社会关系会成为民法关注的对象,被描述为民事法律关系,需要从民法的规范目的出发进行价值判断。

民事法律关系不同于其他法律关系的特征在于:

第一,民事法律关系是民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系所形成的社会关系,民事法律关系的发生,大多取决于民事主体的意思。民法调整一定的财产关系和人身关系,是赋予当事人以民事权利和民事义务,而不是在这些被调整的社会关系之外,形成另一种独立的社会关系。民事法律关系产生以后,民事法律规范便落实为约束当事人行为的具体的权利和义务。以平等主体之间的民事权利和民事义务为内容,其发生大多取决于民事主体的意思,正是民事法律关系与其他法律关系的重要区别。

第二,民事法律关系的保障措施具有补偿性。民事法律关系是一种由国家强制力保证其实现的社会关系。民事法律关系中所确定的民事权利和民事义务,受到法律的保护和约束。法律对于民事权利的保护,主要是赋予遭受损害的当事人一方以请求权。经由请求权的行使,以弥补该方当事人所遭受的损失。所以,民事法律关系的保障措施具有补偿性,以弥补损失为主要目的。

## 财产法律关系与人身法律关系

民事法律关系可以按不同的标准进行分类。其中根据民法调整对象的不同,民事法律关系可以区分为财产法律关系和人身法律关系。财产法律关系是指因财产的所有和财产的流转所形成的、满足民事主体财产利益需要的民事法律关系。如财产所有权关系、买卖关系、租赁关系、保管关系等。由于民法主要调整财产关系,因此财产法律关系在民事法律关系中占有很大的比重。人身法律关系是指与民事主体的人身不可分离、为满足民事主体的人身利益所形成的民事法律关系。如因人的姓名、名称、名誉、荣誉而发生的关系,因发明、发现以及因创作的科学、文学、艺术作品而发生的法律关系中的人身权利义务方面,都属于人身法律关系。这类关系虽然不具有直接的物质利益内容,但并不是与人的物质利益不发生联系。

## 民事法律关系的要素

任何民事法律关系都由几项要素构成,要素发生变化,具体的民事法律关系就随之变更。民事法律关系包括主体、内容和客体三个要素。

民事法律关系的主体,简称民事主体,是指参加民事法律关系,享受民事权利并承担民事义务的人。在我国,民事主体包括自然人、法人、其他组织和国家等。

民事法律关系作为人与人之间的社会关系,总是要有多方主体参加。在参加民事法律关系的当事人中,享有权利的一方是权利主体,承担义务的一方是义务主体。在某些民事法律关系中(例如赠与等),一方只享有权利,另一方只承担义务。而在大多数民事法律关系中,双方当事人既享有权利,又承担义务。例如,在买卖关系中,买方有请求出卖人交付标的物并移转标的物所有权的权利,又有支付价款的义务;卖方有交付出卖物并移转标的物所有权的义务,又有收取价款的权利。因此,在这些民事法律关系中,每一方当事人既是权利主体,又是义务主体。当事人的这种双重主体身份,是由这些法律关系的双务性决定的。

民事法律关系的每一方主体可以是单一的,也可以是多数的。例如,在债权关系中,债权人和债务人每一方都既可以是一个人,也可以是几个人。在相

对法律关系中,每一方主体都是特定的;在绝对法律关系中,承担义务的一方是不特定的。

民事法律关系的内容,是指民事主体所享有的权利和承担的义务。民事权利,是经由民法规范或法院判决类型化的自由,基于这种自由,民事主体或者可以保障自己的利益,或者可以获得法律上的利益。它具体包括:(1) 免受他人侵扰的自由;(2) 作出自主决定或向他人提出积极主张的自由;(3) 这种自由是有保障的自由,法律不但保障这种自由的实现,而且一旦这种自由受到侵犯,民事主体有权请求国家发动公权力予以保护。

民事权利是由民法所赋予的,并且构成民法的基本内容。从性质上看,任何民事权利都体现着一定的利益,这种利益是权利人的个体利益与整个社会利益的结合。对社会不利,不符合社会利益的个体利益,法律是不会保护的。权利体现着一定的利益,实际上是确定人们享有利益和实现某种利益行为的范围或限度,在这一限度内,权利主体可以依自己的意志享有某种利益,或者依自己的意志去实现某种利益,由此表现出权利的意志因素,反映出权利人发挥其积极性、主动性的行为自由。

民事义务,是法律上拘束的类型化,这种法律上的拘束,可以基于法律的规定或者当事人的意志产生,通常是要求民事主体为一定行为或不为一行为,目的是满足相对人权利的实现。<sup>①</sup>

在民事法律关系中,权利和义务是相互对立、相互联系在一起的。在任何一个民事法律关系中,权利和义务都是一致的,权利的内容要通过相应的义务表现,而义务的内容则由相应的权利限定。当事人一方享有权利,必然有另一方负有相应的义务,并且权利和义务往往是同时产生、变更和消灭的。因此,民事权利和民事义务是从不同的角度来表现民事法律关系的。

民事法律关系的客体是指民事权利和民事义务所指向的对象。民事权利和民事义务如果没有具体的对象,就将成为无法落实、毫无意义的东西。民事法律关系的客体主要有五类,即物、行为、智力成果、人身利益和权利。其中,物主要是物权法律关系的客体,例如所有权、用益物权法律关系的客体一般仅限于物;担保物权法律关系的客体一般也是物,但不限于物,还包括权利,如建设用地使用权、股权等;债权法律关系的客体是行为;人身权法律关系的客体是人身利益;知识产权法律关系的客体是智力成果和商业标志。

<sup>①</sup> 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2008年版,第43页。



## § 4 民事法律事实

### 民事法律事实的概念

民事法律事实,是指依法能够引起民事法律关系产生、变更和消灭的客观现象。民事法律规范本身并不能在当事人之间引起民事上的权利、义务关系,而只是表明民事主体享有权利和承担义务的可能性。但是,法律可以根据需要,规定一些事实条件,在发生这些事实时,就使民事法律关系产生、变更和消灭。这些由法律规定的、能够产生一定法律后果的事实,就是法律事实。

法律事实出现时,产生如下法律后果:

第一,引起民事法律关系的产生。只有通过法律事实,才能使民事法律所规定的权利义务,转化为当事人实际享有的权利和承担的义务。

第二,引起民事法律关系的变更。因法律事实的出现而导致民事法律关系的变更通常包括:主体变更(权利主体或义务主体发生变化);内容变更(主体享有的民事权利和承担的民事义务在范围和性质上发生变化);客体变更(客体发生变化)。

第三,引起民事法律关系消灭。使主体之间的权利义务不再存在。

### 民事法律事实的分类

根据是否与当事人的意志有关,法律事实可以分为事件和行为两大类。

事件,是指与当事人的意志无关,能够引起民事法律后果的客观现象。例如,人的生死使继承人取得继承遗产的权利,物的灭失引起所有权关系的消灭,他人的行为使当事人享有不当得利返还请求权,国家的征收使当事人丧失财产所有权等。

行为,是指当事人的有意识的活动。行为可分为:(1) 民事行为,是指行为人旨在确立、变更、终止民事权利义务关系的行为。民事行为是最主要的民事法律事实。(2) 准民事行为,是指行为人以法律规定的条件业已满足为前提,将一定的内心意思表示于外,从而引起一定法律效果的行为。它主要包括意思通知行为、观念通知行为和感情表示行为等。(3) 事实行为,是指行为人实施的一定行为,一旦符合了法律的构成要件,不管当事人主观上是否有确立、变更或消灭某一民事法律关系的意识,都会由于法律的规定,从而引起一定的民事法律后果的行为。事实行为有合法的,也有不合法的。从事智力创

造活动,拾得遗失物、漂流物等属于合法的事实行为;侵害国家、集体的财产或他人的人身、财产则是不合法的事实行为。

民事法律关系的产生、变更和消灭,有时只以一个法律事实为根据,有时需要以两个或两个以上的法律事实的相互结合为根据。例如,遗嘱继承法律关系,就需要立遗嘱的行为和遗嘱人死亡这两个法律事实才能够发生。这种引起民事法律关系的产生、变更或消灭的两个以上的事实的总和,就叫民事法律关系的事实构成。要求事实构成的民事法律关系,只有在事实构成具备的情况下,才能引起民事法律关系的产生、变更和消灭。

民事法律事实的区分,其主要价值在于:民法对于民事行为以及准民事行为的调整采取意思主义的调控方式,主要依据民事主体的意思安排当事人之间的利益关系;对于事件以及事实行为的调整采取法定主义的调控方式,只要符合法律认可的事实构成,法律会直接对当事人之间的利益安排做出决定。

## 民事行为

私法自治的工具是民事行为。民事行为即以发生私法上效果的意思表示为要素的行为,是经由民事主体的自由意志对自身的利益关系做出安排的行为。民事行为有单方民事行为、双方民事行为、多方民事行为以及决议行为之分,其中最重要的是双方民事行为,核心是合同行为。民事行为制度一方面通过其内涵的程序设计,如要约、承诺制度等,为法律上的决定自由的实现提供了可能;另一方面,民事行为以意思表示为要素。而目的意思、效果意思和表示行为又是意思表示的构成要素,经由针对这三项意思表示构成要素所进行的民事行为效力的制度设计,又为事实上的决定自由的实现开辟了渠道。通过民事行为,民事主体可以自主地塑造自己与他人之间的法律关系。民事行为所产生的法律效果,就是从事民事行为的民事主体希望发生的法律效果。

民法对民事行为的调整,在规范设计上,以任意性规范为主导。这是在规范设计的层面上将自由实现于民法的关键一环。任意性规范,又称补充性规范,是得经由当事人的特别约定而排除该项法律规范适用的规范。任意性规范,仅在当事人对其私人事务未作安排时,发挥替代性安排的职能。以合同行为为例,任意性规范的适用,须经由以下步骤:首先,当事人之间的合同对相关事项设置有特别约定的,不发生任意性规范的适用;其次,尽管当事人对合同相关事项未设置特别约定,但当事人愿意对该事项进行协议补充,并能够达成补充协议的,不发生任意性规范的适用;再次,在当事人未对合同相关事项设置特别约定,也不愿意进行协议补充或协议补充不能达成补充协议的,只要对合同进行体系解释即可得出适用于相关事项结论的,不发生任意性规范的适用;另外,在当事人未对合同相关事项设置特别约定,也不愿意进行协议补充

或协议补充不能达成补充协议,进行体系解释也无法得出结论的,只要当事人间就相关事项存在有交易习惯,也不发生任意性规范的适用。任意性规范的适用,发生在上述四个步骤之后。这就使得民法上的任意性规范对自由的限制维系在最低限度。

除任意性规范外,尚有倡导性规范、授权第三人的法律规范、强行性规范以及混合性规范与合同行为的调整有关。在合同行为的法律调整中,倡导性规范与任意性规范,都与合同自由原则的确认和贯彻有关,都同样关涉合同当事人之间“私”的利益安排。但任意性规范兼具行为规范与裁判规范的双重功能,倡导性规范则仅发生行为规范的功能,从而使该类规范几乎不会构成对合同自由的限制。授权第三人的法律规范,是基于保护特定第三人利益的考量而对合同自由的限制。此类规范唯有在合同当事人的自由决定损害特定第三人的利益时,经由该特定第三人的主张方可适用。强行性规范无疑是对合同自由限制更多的规范类型。唯有出于保护国家利益和社会公共利益的需要,才有适用强行性规范的可能。混合性规范有时发挥任意性规范功能,有时发挥强行性规范功能。

## §5 物权制度

### 物权的概念

我国的物权制度主要体现在《物权法》中。《物权法》第2条第3款确认,物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。

物权是和债权相对应的一种民事权利,它们共同组成民法中最基本的权利形式。在市场经济条件下,人和财产的结合表现为物权,当财产进入流通领域之后,在不同主体之间的交换则体现为债权。主体享有物权是交换的前提,交换过程则表现为债权,交换的结果往往导致物权的让渡和移转。可见,民法关于物权和债权的规定构成了市场经济运行的基本规则。

### 物权法的结构原则

我国的物权法律制度建立在以下几项结构原则基础上:

首先是物权法定原则。物权法定原则是指物权的种类和内容由法律统一确定,不允许依当事人的意志自由创设。违反物权法定原则,创设民法或其他

法律未认可的物权类型,仅在当事人间产生债权的效力,不能发生物权效力。不过,考虑到严格贯彻物权法定原则,不利于物权法适应变化的社会状况的要求,学说和审判实践承认习惯可以创设物权。

其次是物权客体特定原则。物权客体特定原则又称为一物一权原则,物权的客体仅为独立的特定的物;一个所有权的客体仅为一个独立物;一物的某一部分不能成立单个的所有权。

再次是公示、公信原则。所谓公示原则,是指物权在基于法律行为发生变动时,必须或者应当将物权变动的事实通过一定的公示方法向社会公开,从而使第三人知道或能够知道物权变动的情况,以避免第三人遭受损害并保护交易安全。如《物权法》第6条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。在《物权法》中,不动产物权变动以登记为公示手段;动产物权变动的公示以交付为原则,以登记为例外。

所谓公信原则,是指物权变动以登记和交付等为公示方法,如果信赖这种公示而为一定的行为,即使登记或交付所表现的物权状态与真实的物权状态不相符,也不能影响物权变动的效力。

由占有的公信力以及登记的公信力产生出善意取得制度。所谓善意取得制度,是指无处分权人处分动产或不动产,善意受让人仍可在特定情形下依据法律规定取得所有权或其他物权的制度。《物权法》第106条认可善意取得制度。

最后是物权效力优先原则。物权的效力优先原则包括两方面内容:其一,当物权与债权并存时,物权通常优先于债权;其二,在某些情况下,当事人可以在同一物之上设立多个物权。同一物之上有数个物权并存时,应确定物权实现的先后顺序,这就是物权相互间的优先效力。如抵押权并存于同一物上时,依设立的先后确定实现的顺序;同一财产抵押权与留置权并存时,留置权人优先于抵押权人受偿。

## 物权的分类

物权依据其对于物的支配范围存在的不同,可以区分为所有权和他物权。他物权又可区分为用益物权和担保物权。

### 1. 所有权

所有权,是指所有人对自己的不动产或者动产,依法享有的占有、使用、收益和处分的权利。根据所有权归属主体的不同,我国《物权法》将所有权区分为国家所有权、集体所有权和私人所有权。

根据所有权的存在形式,所有权可以分为单独所有和共有两种形式。一

个人单独享有对某项财产的所有权为单独所有,财产所有权的主体是单一的。某项财产由两个或两个以上的权利主体共同享有所有权为共有。《物权法》确认了两种共有形式,即按份共有和共同共有。

按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。共有人出售其份额,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。共同共有是指两个或两个以上的民事主体,根据某种共同关系,如夫妻关系、家庭共同劳动关系等而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。共同共有人对共有财产享有平等的占有、使用权。对共有财产的收益,不是按比例分配,而是共同享用。对共有财产的处分,必须征得全体共有人的同意。共同共有关系存续期间,各共有人无权请求分割共有财产。在我国,共同共有的基本形式有两种,即夫妻共有财产和家庭共有财产。根据《婚姻法》的规定,夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金等财产归夫妻共同所有。家庭共有财产是指家庭成员在家庭共同生活存续期间,共同创造、共同所得的财产。

## 2. 他物权

依据我国《物权法》,他物权包括用益物权和担保物权两类。

着眼于财产使用价值的利用,对他人所有的物,在一定范围内进行占有、使用和收益的他物权为用益物权。我国《物权法》,主要确认了以下几种类型的用益物权:

一是土地承包经营权。土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

二是建设用地使用权。建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利,有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。依照土地管理法等法律的规定,集体所有的土地也得设定建设用地使用权。

三是宅基地使用权。宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利,有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

四是地役权。地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的收益。

除了《物权法》认可的用益物权外,在《民法通则》等民事立法以及民事习惯法中尚认可其他类型的用益物权。如:

全民所有制企业经营权。这是指全民所有制企业对国家授予其经营管理的财产享有的占有、使用、收益和依法处分的权利。房屋典权,即典权人支付典价,对他人房屋进行占有、使用、收益的权利。典权人的主要权利包括:对典物进行占有、使用、收益;转典;在出典人出卖典物时享有优先购买权;对典物

进行重建或修缮等。出典人的权利是：让与典物所有权；就典物设定担保物权；回赎典物等。

为确保债权的实现而设定的，以直接支配特定财产的交流价值为内容的权利为担保物权。我国《物权法》确认了三种类型的担保物权：

一是抵押权，即为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。抵押权须基于设定抵押权的合同取得，以不动产或不动产权利为客体的抵押权，必须办理抵押权登记。以动产为客体的抵押权，不办理抵押权登记，债权人的抵押权不得对抗第三人。在抵押权担保的债权已届清偿期而债务人未履行债务时，抵押人可以通过行使抵押权，以抵押物折价或变卖、拍卖抵押物所得的价款优先受偿。此外，《物权法》还认可最高额抵押和浮动抵押制度。最高额抵押即抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。浮动抵押即企业、个体工商户、农业生产经营者以其现有或者将有的生产设备、原材料、半成品、产品作为抵押物，经当事人书面协议而设立的抵押权。

二是质权，即为了担保债权的实现，债权人依法占有债务人或者第三人的动产，或控制债务人或者第三人可转让的财产权，债务人不履行到期债务或发生了当事人约定的实现质权的情形时，债权人就该动产或财产权的变价优先受偿的担保物权。《物权法》确认，动产以及权利可以成为质权的客体。其中可以成为质权客体的权利包括：汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单、可以转让的基金份额、股权、可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权、应收账款以及法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。以该等权利出质的，出质人应当在合同规定的期限内将权利凭证交付质权人或依法办理登记手续，质权产生。其中（1）以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。（2）以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。（3）以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自有关主管部门办理出质登记时设立。（4）以应收账款出质的，质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

三是留置权，即债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并就该动产优先受偿的担保物权。留置权是一种法定担保物权，一般仅在保管合同、仓储合同、承揽合同、运输合同、行纪合同等交易中

适用。

## 相邻关系

为贯彻物尽其用原则,充分发挥财产的价值。《物权法》对相邻关系作出了规定。两个或两个以上相互毗邻的不动产的所有人或使用人,在行使不动产的所有权或使用权时,因相邻各方应当给予便利和接受限制而发生的权利义务关系为相邻关系。相邻关系的主要类型包括:因土地、山岭、森林、草原等自然资源的使用或所有而产生的相邻关系;因宅基地的使用而产生的相邻关系;因用水、排水产生的相邻关系;因修建施工、防险发生的相邻关系;因排污产生的相邻关系;因通风、采光而产生的相邻关系。《物权法》确认,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。

## § 6 债权制度

### 债的关系概述

在现代法上,债是指特定当事人之间得请求为一定行为的法律关系。我国《民法通则》第84条第1款规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人间产生的特定的权利义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。”在债的关系中,双方当事人称为债权人与债务人。债权是指债权人所享有的权利,即债权人得请求特定人为或不为特定行为的权利。

债权关系与物权关系都属于财产法律关系,二者都是民法调整财产关系的结果。但是,债权关系与物权关系是两种不同的财产法律关系,债权关系具有不同于物权关系的特征。

第一,在反映的社会关系上,债权关系反映的是财产的流转关系,即动态的财产关系,目的在于保护财产的动的安全;物权关系反映的是财产的归属和利用关系,即静态的财产关系,目的在于保护财产的静的安全。

第二,在法律关系的主体上,债权关系的主体都是特定的,即债权人只能向特定的债务人主张权利,因此,债权关系为相对法律关系,债权为相对权;物权关系的权利主体是特定的,而义务主体是不特定的,物权人得向一切人主张权利。因此,物权关系是绝对法律关系,物权为绝对权。

第三,在法律关系的内容上,债权关系的权利人只有通过债务人的特定行

为才能实现其权利,因此,债权为请求权;物权关系的权利人只需自己对标的物加以支配即可实现权利,无需义务人为特定行为。因此,物权为支配权。

第四,在法律关系的客体上,债权关系的客体是债务人的特定行为,即给付;物权关系的客体只能是物,而不能是行为。

第五,在法律关系的效力上,债权关系具有平等性和相容性,在同一标的物上成立的数个债权关系不存在优先性和排他性问题;物权关系则具有优先性和排他性,在同一标的物上成立数个物权关系时,物权关系之间有先后顺序之分,并且在同一标的物上不允许成立内容不相容的数个物权关系。

第六,在法律关系的发生上,债权关系大多为当事人自由创设;物权关系不允许当事人自由创设。

## 债的发生根据

根据《民法通则》的规定,债的发生根据主要有以下几种:

**合同之债。**合同又被称为契约,它是指民事主体之间关于设立、变更或终止民事关系的协议。签订合同的行为是引起债的發生的最主要、最普遍的根据。我国债权法的主要内容是合同之债。

**侵权损害赔偿之债。**在民事活动中,如果一方实施了侵权行为,导致他人遭受人身或财产损害,满足侵权损害赔偿责任的构成要件,就在加害人和受害人之间产生特定的权利义务关系。按照法律的规定,受害人有权要求加害人赔偿其财产损失或由身心损害所带来的损失;加害人则负有赔偿这种损失的义务,因为侵权损害赔偿发生了特定的债的关系,所以侵权损害赔偿也是我国较为普遍的债的发生根据。

**不当得利之债。**没有法律或合同根据取得利益而使他人受到损失的行为为不当得利。当出现不当得利的事实时,就在当事人之间引起特定的债——不当得利之债,受损失的一方因而有权请求对方返还所得的利益;对方则负有返还其不当得利的义务。当事人之间的这种权利义务关系,显然是一种债权债务关系,因此,不当得利也是债的发生根据之一。

**无因管理之债。**没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失而进行管理或者服务的行为为无因管理。由于这是一种助人为乐的行为,体现了高尚的社会公德,因此,法律将之确认为发生债的根据之一,用法律手段予以确认和保护。

此外,缔约过失责任的承担等也可产生债的关系。

## 合同法律制度

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利



义务关系的协议。我国的合同法律制度主要体现在《合同法》中。合同法贯彻了鼓励交易的立法宗旨,是比较全面和彻底地反映了市场经济内在要求的一部法律规范。

法律规定,当事人订立合同,采取要约、承诺方式。根据《合同法》的规定,要约的内容必须具体确定,必须表明经受要约人承诺,即受该意思表示拘束。要约到达受要约人时生效。采纳数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。受要约人同意要约的意思表示为承诺。承诺的内容应当与要约的内容一致。但承诺对要约的内容做出非实质性更改的,除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容做出任何变更的以外,该承诺有效,合同的内容以承诺的内容为准。承诺到达要约人时生效。合同成立的时间一般是由承诺实际生效的时间所决定的。

在合同订立过程中,一方因违背其依据诚实信用原则所负担的先合同义务导致另一方损失时应承担缔约过失责任。

我国的合同法律制度确认合同有以下几种效力类型:

一是生效合同。即直接产生当事人预期的法律效果的合同。《合同法》规定,依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。

二是效力未定的合同。即合同是否于成立时发生效力尚不能确定,而有待于其他行为使之确定的合同。主要包括:限制民事行为能力人依法不能独立订立的合同;无权代理人订立的合同;法人的法定代表人、其他组织的负责人超越权限订立的合同;无权处分的合同。

三是无效合同。即合同虽然已经成立,但因其内容上违反了法律、行政法规的强制性规定或违反国家利益和社会公共利益而无法律效力的合同。无效合同的种类主要包括如下几种:一方以欺诈、胁迫的手段而订立的损害国家利益的合同;恶意串通,损害国家、集体或第三人利益的合同;以合法形式掩盖非法目的的合同;损害社会公共利益的合同;违反法律、行政法规强制性规定的合同。

四是可撤销的合同。即当事人在订立合同时,因意思表示不真实,法律允许撤销权人通过行使撤销权而使已经生效的合同归于无效。可撤销合同包括:因重大误解订立的合同;订立时显失公平的合同;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订立的合同。

除此之外,尚有相对特定第三人无效的合同以及尚未完全生效的合同。

按照《合同法》的规定,当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事

人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。这就确立了合同的全面履行的原则。合同可以因债务已经按照约定履行、合同解除、债务相互抵消、债务人依法将标的物提存、债权人免除债务、债权债务同归于一人、法律规定或合同约定的其他原因归于终止。

合同当事人因违反合同义务应当承担相应的违约责任。根据《合同法》的规定,在通常情形下,合同当事人存在有违约行为,其违约行为的发生没有约定或法定的免责事由,即应承担违约责任。违约责任的承担方式包括继续履行、采取补救措施、赔偿损失、支付违约金和适用定金罚则等。

《合同法》在分则部分具体规定了 15 种类型的独立有名合同,包括:买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,保管合同,仓储合同,委托合同,行纪合同,居间合同等。此外,在其他的民事立法上还确认有保险合同、保证合同、合伙合同以及设定物权的各类合同。

## §7 人身权制度

人身权是指民事主体享有的由法律保证实现的人格利益和身份利益不受侵犯的自由。人身权的确认和保护对于保护人的自由、尊严和安全,使人真正成为自己的主宰,具有重要意义。《民法通则》对人身权作了专门的规定,《侵权责任法》也确认有保护人身权的法律规则。

我国法律规定的人身权包括人格权和身份权。其中人格权以人格利益为客体,是民事主体固有的权利。人格权有一般人格权和具体人格权之分。一般人格权以人格独立、人格自由、人格尊严为其内容。一般人格权的具体化,就是各类具体人格权:(1) 生命权。生命权是自然人独有的人格权,它以自然人的生命安全利益为内容。(2) 健康权。健康权也是自然人独有的人格权,以维持人体生理机能的正常运作和功能的正常发挥为具体内容。(3) 姓名权和名称权。其中姓名权是自然人决定、使用和依照规定改变自己姓名的权利;名称权是指自然人以外的其他民事主体依法享有决定、使用、改变、转让自己的名称并排除他人非法干涉的一种权利。(4) 肖像权。肖像权就是自然人所享有的对自己的肖像上所体现的人格利益为内容的一种人格权。它的主要内容包括肖像制作权、维护肖像完整权和肖像使用权等。(5) 名誉权。名誉权是民事主体就自身属性和价值所获得的社会评价和自我评价享有的保有和维护的人格权。《民法通则》规定,公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法

律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。(6) 婚姻自主权。婚姻自主权是指自然人依照法律规定,自己做主决定其婚姻的缔结和解除,不受任何其他他人强迫或干涉的人格权。此外,隐私权等也被《侵权责任法》确认为具体人格权。

身份权与人格权不同,它是民事主体基于某种特定的身份依法享有的民事权利。民事主体在亲属关系以及其他非亲属的社会关系中所处的稳定地位,以及由该种地位所产生的与其自身不可分离,并受法律保护的利益为身份。我国民事立法上明确认可的身份权是荣誉权和监护权。民事主体获得、保持、利用荣誉并享有其所生利益的权利为荣誉权。在现代文明社会,人格权的地位日益重要,具体人格权的类型日渐增多,身份权则日趋式微。

## §8 知识产权制度

自然人、法人、其他组织基于创造性劳动所产生的、对自己所创造的智力活动成果依法享有包括人身权利和财产权利在内的民事权利为知识产权。我国的知识产权法律制度主要是由《著作权法》、《商标法》以及《专利法》确立起来的,主要包括著作权及其邻接权、商标专用权以及专利权等。我国建立与完善知识产权法律制度,使知识产品能在社会生活各个领域里被广泛采用和传播;同时保护创造者的利益,调动其积极性,使更多的新颖的知识产品问世,提高全民族文化素质和文明水平。

作者或者其他著作权人依照法律规定对文学、艺术和科学等作品所享有的各项专有权利为著作权。我国的公民、法人或者非法人单位的作品,包括文字作品,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、法律和行政法规规定的其他作品等,不论是否发表,都得享有著作权。外国人的作品首先在中国境内发表的,也得享有著作权。外国人在中国境外发表的作品,根据其所属国与中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权,也受中国法律保护。我国法律规定,没有创造的或已经属于人类共同财富的作品,如简单的标语、口号、表册、表格、日历、各种科学定律、公式、已公开的数据、超过版权保护期的作品,法律不予保护;国家政权机关及有关部门公布的法律、条例、规章、决议、通知、报告、技术标准和技术规范、标准地图、统计数字等作品,由国家指定的新闻出版单位出版,上述单位对此类作品享有

专有出版权,但作者不享有著作权。著作权人得享有发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、使用权和获得报酬权。出版、表演、录音、录像、播放者可以依法取得著作邻接权。

经商标局核准注册的商标为注册商标,商标注册人享有商标专用权,受法律保护。申请注册商标的,应当按照规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。申请注册的商标,符合商标法规定的,由商标局初步审定,予以公告。对初步审定的商标,自公告之日起3个月内,任何人均可以提起异议,无异议或经裁定异议不成立的,才能核准注册,发给商标注册证。注册商标的有效期为10年,自核准注册之日起计算,有效期满,应申请续展,每次续展的有效期为10年。

当事人的发明、实用新型以及外观设计经向中华人民共和国专利局申请,可以获得专利权。授予专利权的发明、实用新型、应当具备新颖性、创造性和实用性。授予专利权的外观设计,应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计不相同或者不近似。申请发明、实用新型专利,应当提交申请书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。申请外观设计专利,应当提交请求书以及该外观设计的图片或者照片等文件,并且应当写明使用该外观设计的产品及其所属的类别。符合专利申请的审查和批准的有关规定,可取得专利权。发明专利权的期限为20年;实用新型和外观设计专利权的期限为10年,均自申请日起计算。对专利权有异议的,得申请宣告专利权无效。

## §9 婚姻家庭继承法律制度

### 婚姻制度

我国婚姻制度的内容主要体现在《婚姻法》上。《婚姻法》确认婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女、儿童和老人的合法权益等原则为婚姻法的基本原则。结婚必须男女双方完全自愿。男性满22周岁,女性满20周岁,没有法律禁止结婚的情形,亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。登记机关予以登记,发给结婚证的,即确立夫妻关系。夫妻在家庭中地位平等,夫妻双方都有各用自己姓名的权利,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或干涉,夫妻双方都有实行计划生育的义务。夫妻关系存续期间所得的财产,除双方另有约定或法律另有规定外,归夫妻共同所有。夫妻应当互相忠实,互相尊重;禁止重婚,禁止有配偶者

与他人同居。双方可以自愿离婚或者在符合法律规定的离婚条件时向人民法院提出离婚。由于一方的过错导致离婚的,有过错方应赔偿无过错方损失。离婚时,夫妻的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,依据照顾女方和子女的原则做出裁判。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。离婚后,不直接抚养子女的父或母,有探视子女的权利。

## 收养制度

我国收养制度的内容主要体现在《收养法》(1991年通过,1998年修正)上。根据《收养法》的规定,下列不满14周岁的未成年人可以被收养:丧失父母的孤儿;查不到生父母的弃婴和儿童;生父母有特殊困难无力抚养的子女。收养人应同时具备下列条件:无子女;有抚养教育被收养人的能力;未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病;年满30周岁。收养人一般只能收养1名子女。收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。收养人在被收养人成年以前,不得解除收养关系,但收养人、送养人双方协议解除的除外,养子女年满10周岁以上的,应当征得本人同意。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之间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的,可以向人民法院起诉。养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活的,可以协议解除收养关系。不能达成协议的,可以向人民法院起诉。

外国人依照《收养法》可以在中华人民共和国收养子女。外国人在中华人民共和国收养子女,应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料,该证明材料应当经其所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证,并经中华人民共和国驻该国使领馆认证。该收养人应当与送养人订立书面协议,亲自向省级人民政府民政部门登记。收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的,应当到国务院司法行政部门认定的具有办理涉外公证资格的公证机构办理收养公证。

## 继承制度

《继承法》奉行继承权男女平等原则。确认法定继承和遗嘱继承两种继承方式。法律规定,法定继承的遗产按照下列顺序继承:第一顺序:配偶、子女、父母;第二顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后,由第一顺序

继承人继承;没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。公民死亡时遗留的个人合法财产是遗产,由被继承人的法定继承人或遗嘱继承人继承。对被继承人生前负担的债务,实行限定继承原则,即继承人在继承遗产的限度内对被继承人的债务承担责任。公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议,扶养人承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。公民可以与集体所有制组织签订遗赠扶养协议。按照协议,集体所有制组织承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有;死者生前是集体所有制组织成员的,归所在集体所有制组织所有。

## § 10 侵权责任制度

我国民法关于侵权责任的规定主要体现在《侵权责任法》上。为保护民事主体的合法权益,明确侵权责任,预防并制裁侵权行为,促进社会和谐稳定,我国立法机关开创性地制定了《侵权责任法》。侵权责任法律制度在物权、人身权、知识产权等民事权利以及民事利益的保护上发挥着非常重要的作用。

《侵权责任法》在结构上区分为三部分:即总则、分则和附则。《侵权责任法》的总则就该法的立法目的、调整对象、法律适用规则以及责任构成与责任承担、不承担责任和减轻责任承担的情形等做出了集中规定。为周到保护民事主体的民事权益,《侵权责任法》坚持了《民法通则》认可的立法体例,承认了侵权责任承担方式的多样化,除包括恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉在内的损害赔偿 responsibility 外,尚认可停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产为责任承担方式。其中,加害人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产责任,一概采严格责任原则,不论加害人有没有过错,只要加害人不能举证证明存在有法律认可的免责事由,就得承担相应的侵权责任。就损害赔偿 responsibility 而言,又可进一步区分为一般侵权损害赔偿 responsibility 和特殊侵权损害赔偿 responsibility,区分的依据是归责原则的差异。《侵权责任法》第 6 条第 1 款规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。这是关于一般侵权损害赔偿 responsibility 的规定,采取了过错责任原则作为侵权损害赔偿 responsibility 的一般归责原则。第 6 条第 2 款规定,根据法律规定推定行为人有过错,行为人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。第 7 条规定,行为人侵害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。这是

关于特殊侵权损害赔偿责任的規定,認可过错推定責任以及严格責任为侵权损害赔偿責任的例外归責原則。

《侵权责任法》的分則部分对一些具体类型的侵权責任作了規定。主要包括:监护人責任、用人者責任、不作为侵权責任、产品責任、机动车交通事故責任、医疗損害責任、环境污染責任、高度危險責任、饲养动物損害責任、物件損害責任等。

为贯彻以人为本的立法精神,我国《侵权责任法》認可多元的损失分配制度,主要包括:(1)在特定情形下由受害人自身承受損害。如《侵权责任法》第27确认,損害是因受害人故意造成的,行为人不承擔責任。(2)認可通过由受害人以外的其他民事主体承擔侵权损害赔偿責任的方式来分配損失;(3)認可由受害人以外的其他民事主体用承擔侵权损害赔偿責任以外的其他方式分担損害来分配損失。

就由受害人以外的其他民事主体承擔損害而言,通过民事主体承擔侵权损害赔偿責任的方式分配已经产生的損害,无疑是我国《侵权责任法》損害分配制度中的核心和关键。就此种类型的損害分配制度而言,若以是由行为人自己对自己的加害行为承擔損害賠償責任还是由行为人以外的其他民事主体对行为人的加害行为承擔損害賠償責任,可以将侵权損害賠償責任区分为自己責任和替代責任。所谓自己責任,即行为人就自己的行为給受害人造成的損害,自行承担損害賠償責任。所谓替代責任,又称对他人行为負責,即由行为人以外的其他民事主体依据法律的規定,对行为人給受害人造成的損害承擔損害賠償責任。其中,确认自己責任的规则为一般规则,确认替代責任的规则为例外规则。如果以是由单一的民事主体还是由两个或者两个以上的民事主体來承擔侵权损害赔偿責任作为区分依据,则《侵权责任法》上的損害賠償責任首先可以区分为单独責任和共同責任。其中,确认单独責任的规则为一般规则,确认共同責任的规则为例外规则。就共同責任而言,在《侵权责任法》上有连带責任、不真正连带責任、补充責任、按份責任以及类似补充責任的区分。

除了通过承擔侵害損害賠償責任,由受害人以外的其他民事主体承擔損害以分配損失外,我国《侵权责任法》尚認可其他的由受害人以外的民事主体分担損害的损失分配制度。首先是允许在特定情形下,依据民法公平原則由其他民事主体对受害人遭受的損害予以补偿。其次是借助保險制度來分配損失。最后是通过其他社会保障措施來分配損失。

## § 11 商事法律制度

### 概述

我国采取民商合一的立法体例,没有关于商事规则的一般规定,而是对一些商事主体和商事行为通过公司法、证券法、票据法、保险法、海商法等民事特别法专门加以规定。

### 公司法

我国对公司及其相关交易行为进行调整的法律主要是《公司法》。《公司法》规定的公司包括有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任;股份有限公司,其全部资本分为等额股份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利。

《公司法》规定设立有限责任公司,应当具备下列条件:(1) 股东符合法定人数;(2) 股东出资达到法定资本最低限额;(3) 股东共同制定公司章程;(4) 有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构;(5) 有公司住所。设立股份有限公司,应当具备下列条件:(1) 发起人符合法定人数;(2) 发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额;(3) 股份发行、筹办事项符合法律规定;(4) 发起人制定公司章程,采用募集方式设立的经创立大会通过;(5) 有公司名称,建立符合股份有限公司要求的组织机构;(6) 有公司住所。

《公司法》还对有限责任公司的具体设立和组织机构,股份有限公司的具体设立和组织机构,股份有限公司的股份发行和转让,公司债券,公司财务、会计,公司合并、分立,公司破产、解散和清算,外国公司的分支机构以及违反该法应负的法律责任等问题作了相应的规定。

### 证券法

证券是各种有价证券的统称,《证券法》上的证券主要指资本证券。《证券法》是对证券业从业主体以及证券市场上的交易行为进行专门调整的民事特别法。《证券法》规定了证券的发行、交易活动应遵守的原则:保护投资者



合法权益原则、合法性原则、国家干预原则。禁止欺诈、内幕交易和操纵证券交易市场的行为。

根据《证券法》的规定,公开发行的证券,必须符合法律、行政法规规定的条件,并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准或者审批;未经依法核准或者审批,任何单位和个人不得向社会公开发行证券。证券发行申请经核准或者经审批,发行人应当依照法律、行政法规的规定,在证券公开发行前,公告公开发行募集文件,并将该文件置备于指定场所供公众查阅。发行证券的信息依法公开前,任何知情人不得公开或者泄露该信息。发行人不得在公告公开发行募集文件之前发行证券。证券公司应当依照法律、行政法规的规定承销发行人向社会公开发行的证券。证券承销业务采取代销或者包销方式。

经依法核准的上市交易的股票、公司债券及其他证券,应当在证券交易所挂牌交易。证券在证券交易所挂牌交易,应当采用公开的集中竞价交易方式。证券交易的集中竞价应当实行价格优先、时间优先的原则。禁止证券交易内幕信息的知情人利用内幕信息进行证券交易活动。

同时,《证券法》对上市公司收购、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、证券业协会、证券监督管理机构以及违反该法相关规定须负的法律 responsibility 等都作了具体规定。

## 票据法

《票据法》是调整票据行为的专门法律。我国的票据法强调票据活动应当遵守法律、行政法规,不得损害社会公共利益;票据的签发、取得和转让,应当遵循诚实信用的原则,具有真实的交易关系和债权债务关系。

我国的《票据法》具体规定了汇票、本票、支票以及涉外票据的法律适用,对出票、背书、承兑、保证等票据行为进行了规范。出票人签发的,委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据为汇票,汇票分为银行汇票和商业汇票。出票人签发的,承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据为本票,《票据法》规定的是银行本票。出票人签发的,委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据为支票。

## 保险法

保险,即投保人根据合同约定,向保险人支付保险费,保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任,或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险

金责任的商业保险行为。保险法是调整保险业从业主体以及保险交易行为的民事特别法。我国的《保险法》分别对保险合同,包括财产保险合同和人身保险合同;保险公司;保险经营规则;保险业的监督管理;保险代理人和保险经纪人以及违反该法相关规定应承担的法律责任等做了规定。

## 海商法

《海商法》分别对船舶,包括船舶所有权、船舶抵押权、船舶优先权;船员,包括船长的职权;海上货物运输合同;海上旅客运输合同;船舶租用合同;海上拖船合同;船舶碰撞;海难救助;共同海损;海事赔偿责任限制;海上保险合同;时效制度以及涉外关系的法律适用等作了专门规定。

## 外商投资企业法

对外商投资企业进行法律调整主要依靠《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等。这些法律分别对中外合资经营企业、中外合作经营企业以及外资企业的设立程序、形式、资本与利润分配、经营管理自主权、变更、终止、清算等方面的内容设置了具体规定。在我国加入世界贸易组织的过程中以及加入之后,又根据加入世贸组织的要求,以及“国民待遇原则”对上述法律进行了必要的修改。

除了上述商事法律规范外,还有《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《商业银行法》、《企业破产法》等其他法律、法规。

### 【关键词】

民法(civil law):所谓民法,必须从实质意义与形式意义两个方面加以理解。实质意义上的民法是指所有调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的人身关系和财产关系的法律规范的总称。形式意义上的民法就是指民法典。

民法的基本理念(basic idea of civil law):民法的基本理念,就是民法所持守的基本的价值取向,就是人们意欲通过民法所表达的信仰。

民法的基本原则(basic principles of civil law):民法的基本原则是民法的本质和特征的集中体现,是体现了民法基本价值的高度抽象的、最一般的民事行为规范和价值判断准则。

物权(right in rem):物权是权利主体直接支配财产的权利。

债权(credit):债权是指债权人所享有的权利,即债权人得请求债务人为或不为特定行为的权利。

人身权(personal right):人身权是指民事主体享有的由法律上之力保证实现的,人格利益和身份利益不受侵犯的自由。

知识产权(intellectual property):自然人、法人、其他组织基于创造性劳动所产生的、对

自己所创造的智力活动成果依法享有包括人身权利和财产权利在内的民事权利。

### 【思考题】

1. 简述民法的基本理念。
2. 简述自愿原则。
3. 简述债的发生根据。
4. 简述侵权责任的承担方式。

### 【课堂讨论案例】

蒋某与黄某于1963年5月登记结婚,婚后夫妻关系一直较好,并收养一子。1990年7月,蒋某继承父母遗产而取得面积为51平方米的房屋一套。1995年因城市建设,该房屋被拆,拆迁单位将一套面积为77.2平方米的住房安置给了蒋某,并以蒋某的名义办理了房屋产权登记手续。1996年,黄某与比他小近30岁的张某相识后,二人便一直在外租房公开同居生活。2000年9月,黄某与蒋某将蒋某继承所得房产以8万元的价格出售。双方约定在房屋交易中产生的税费由蒋某负担。2001年春节,黄某、蒋某将售房款中的3万元赠与其养子。2001年初,黄某因肝癌晚期住院治疗,于2001年4月18日立下书面遗嘱,将总额为6万元的财产赠与张某,其中包括出售前述房屋所获款的一半即4万元,及住房补贴金、公积金、抚恤金和自己所用的手机一部等。该遗嘱于2001年4月20日在公证处得到公证。2001年4月22日,黄某因病去世。黄某的遗体火化前,张某偕同律师上前阻拦,并当着蒋某的面宣布了黄某留下的遗嘱。当日下午,张某以蒋某侵害其财产权为由诉讼至区人民法院。区法院认为遗赠人黄某的遗赠行为违反了法律的原则和精神,损害了社会公德,破坏了公共秩序,应属无效行为。依照我国《民法通则》第7条的规定,于2001年10月11日做出一审判决,驳回原告张某的诉讼请求。一审宣判后,张某不服一审判决,于2001年11月向市中级人民法院提起上诉。二审法院认为抚恤金是死者单位对死者直系亲属的抚慰,黄某死后的抚恤金不是其个人财产,不属于遗赠财产的范围;黄某的住房补贴金、公积金属于夫妻共同财产,黄某未经蒋某同意,单独对夫妻共同财产进行处理,侵犯了蒋某的合法权益,当庭做出了驳回上诉,维持原审的终审判决。

试讨论:黄某的遗嘱是否违反公序良俗原则,为什么?

### 【推荐读物】

1. 王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2008年版。
2. 崔建远主编:《新合同法原理与案例评释》,吉林大学出版社1999年版。

# 第 10 章

## 刑 法

- 刑法概述
- 犯罪与犯罪构成
- 排除犯罪性的行为
- 故意犯罪的停止形态
- 共同犯罪
- 一罪与数罪
- 刑罚
- 刑法各论

**【本章概要】** 刑法是我国的基本法律部门之一,主要规定什么行为构成犯罪以及对各种犯罪应如何处罚。刑法学是以刑法为研究对象的科学。与《刑法》划分为总则和分则相对应,刑法学由刑法总论和刑法各论两部分构成。刑法总论主要研究刑法的功能、指导思想以及关于犯罪与刑罚的一般原理、原则,刑法各论则主要探讨刑法分则中各种具体犯罪的罪状、特点以及具体的处罚规定。刑法总论为刑法各论的研究提供指导和依据,刑法各论则将刑法总论的内容具体化。

### §1 刑法概述

#### 刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律,具体而言,刑法是掌握政权的统治阶级,为了维护本阶级政治统治和经济利益,根据自己的意志,以国家的名义制定哪些行为是犯罪,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律规范的总称。刑法一词有广义和狭义之分。广义的刑法是指一切规定犯罪、刑事责任和刑

罚的法律规范的总和,既包括刑法典、刑法修正案,又包括单行刑事法律以及非刑事法律中的刑事责任条款。狭义刑法指系统规定犯罪、刑事责任和刑罚的刑法典。目前我国现行刑法包括1997年3月14日修订的《中华人民共和国刑法》,1999年12月25日通过的《中华人民共和国刑法修正案》(即《刑法修正案(一)》),2001年8月31日通过的《刑法修正案(二)》,2001年12月29日通过的《刑法修正案(三)》,2002年12月28日通过的《刑法修正案(四)》,2005年2月28日通过的《刑法修正案(五)》,2006年6月29日通过的《刑法修正案(六)》,2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》;单行刑法,如1998年12月29日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及附属刑法(即附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范)。

### 刑法的基本原则

刑法的基本原则,是指刑法本身所具有的,贯穿于刑法始终,必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则。

我国刑法首先规定了罪刑法定原则。罪刑法定原则,是指行为是否构成犯罪,构成何种犯罪,是否应受刑罚,应受何种刑罚,均由刑法加以规定。对于刑法分则没有明文规定的犯罪,不得定罪处罚,简言之就是:法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。

此外,我国刑法还规定了平等适用刑法原则与罪责刑相适应原则。

## §2 犯罪与犯罪构成

### 犯罪的概念与特征

犯罪的概念,是指对犯罪的各种内在、外在特征的高度概括。我国刑法中犯罪的概念是在法律特征与本质特征相统一的基础上确定的。《刑法》第13条规定,“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,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,依照法律应当受到刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”

根据这一规定,犯罪具有以下三个基本特征:

第一,犯罪具有严重的社会危害性。犯罪具有严重的社会危害性,即犯罪是严重危害社会的行为,这是犯罪的本质特征。一个行为是否是犯罪首先取决于该行为是否具有社会危害性,即是否对社会关系造成实际危害或者现实威胁。其次要考查行为的社会危害性程度。并非具有社会危害性的行为都是犯罪。根据我国刑法规定,只有社会危害性达到严重程度的,才能构成犯罪。

第二,犯罪具有刑事违法性。刑事违法性,是指犯罪行为是违反刑法的行为,这是犯罪的法律特征。行为的社会危害性必须达到违反刑法的程度,才能构成犯罪。即使某一行为具有严重的社会危害性,但只要没有违反刑法,就不是犯罪。因此,犯罪是严重社会危害性与刑事违法性的统一。

第三,犯罪具有应受刑罚惩罚性。应受刑罚惩罚性,是指犯罪行为是应当受刑罚处罚的行为。应受刑罚处罚是犯罪行为在法律上的后果。刑罚是最严厉的制裁方法,它不仅剥夺人的自由、财产,甚至可以剥夺人的生命,因而严重危害社会和违反刑法的行为,应当受到刑罚处罚。

犯罪的上述三个特征是紧密结合,有机统一的。行为具有严重的社会危害性是刑事违法性的基础,刑事违法性是严重社会危害性在刑法上的表现,应受刑罚处罚性则是对具有严重社会危害性与刑事违法性的否定评价。

## 犯罪构成

我国刑法中的犯罪构成,是指刑法规定的,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具备的一切主观要件与客观要件的有机统一。

从这个定义可以得出:

- (1) 犯罪构成是一系列主客观要件的有机统一;
- (2) 任何一种犯罪都可以由许多事实特征来说明,但并非每一个事实特征都是犯罪构成要件,只有对行为的社会危害性及其程度具有决定意义而为该行为成立犯罪所必需的那些事实特征,才是犯罪构成要件;
- (3) 行为成立犯罪所必须具备的诸要件,是由我国刑法加以规定或者包含的。刑法对犯罪构成的规定,是由刑法总则和刑法分则共同实现的,刑法分则规定的是各种具体犯罪的具体构成要件,刑法总则规定了各种具体犯罪的共同要件,即任何犯罪成立都必须具备的共同基本要素。根据我国刑法规定,任何一种犯罪的成立都必须具备的构成要件包括四个方面:犯罪客体,犯罪客观方面,犯罪主体和犯罪主观方面。

### 其一,犯罪客体

所谓犯罪客体,是指我国刑法所保护的,为犯罪行为所侵害的社会关系。

犯罪客体是犯罪构成不可缺少的条件之一。

犯罪客体可以从不同角度、用不同标准划分为不同的种类。按照犯罪客体所包含的社会关系的层次的不同,犯罪客体可以分为一般客体、同类客体和直接客体。犯罪的一般客体,又称犯罪的共同客体,是指一切犯罪行为所共同侵犯的客体,也就是我国刑法所保护的社会关系的整体。犯罪的同类客体,是指某一类犯罪行为所共同侵犯的客体,亦即刑法所保护的社会关系的某一部分或某一方面。犯罪的直接客体,是指某一特定犯罪所直接侵犯的客体,亦即某一特定犯罪所直接侵犯的某种具体的社会关系。这三者的关系是一般与特殊、整体与部分的关系。

按照犯罪行为所侵犯的社会关系的个数,犯罪客体可分为简单客体和复杂客体。

在司法实践中,要注意把犯罪客体与犯罪对象区别开来。

## 其二,犯罪客观方面

犯罪客观方面,是指刑法所规定的、说明行为对刑法所保护的社会关系造成侵害的客观外在事实特征。犯罪客观方面主要包括危害行为,危害结果,危害行为与危害结果之间的因果关系以及犯罪的时间、地点、方法。其中危害行为是犯罪客观方面研究的核心。

危害行为专指犯罪构成的客观方面的行为,即由行为人的意识、意志支配的违反刑法规定的危害社会的身体动静。危害行为首先必须是自然人或单位实施的行为。其次,人的意识与人的身体动静之间存在因果关系,前者为原因,后者为结果。再次,危害行为是对社会有危害的行为。最后,危害行为还必须是违反刑法规范的行为。只有既具备社会危害性,又违反刑法规范的行为,才属于刑法中的危害行为。

刑法中的危害行为的具体表现形式多种多样,但归纳起来不外乎两类,即作为与不作为。作为指行为人以积极的身体动作,实施刑法规范所禁止的行为,即“不当为而为之”。在刑法中多数犯罪以作为方式构成,如抢劫、强奸、偷越国境等犯罪。不作为指行为人负有实施某种积极行为的特定义务,且能够履行而不履行该种义务的行为,即“当为而不为”。构成刑法中的不作为,必须具备三个条件:一是行为人负有实施某种积极行为的特定义务。这是成立不作为的前提条件。关于特定义务根据,主要有法律明文规定的义务,行为人的职务上或业务上要求的义务以及行为人先行行为产生的义务。二是行为人有履行特定义务的可能性。行为人虽然具有实施某种积极行为的义务,但是由于某种客观原因存在,而根本不可能履行的,则不能成立刑法中的不作为。三是行为人不履行特定义务,并对社会关系构成严重的威胁或已经造成实际损害。

### 其三,犯罪主体

#### 1. 犯罪主体的概念

我国刑法中的犯罪主体,是指实施危害社会的行为、依法应当负刑事责任的自然人和单位。自然人主体是我国刑法中最基本的、具有普遍意义的犯罪主体。单位作为犯罪主体则以刑法分则的规定为限。自然人犯罪主体,是指具备刑事责任能力,实施危害社会的行为并依法应负刑事责任的人。

当自然人作为犯罪主体时,必须具备两个条件:一是犯罪主体必须是有生命的人。自然人的人格即资格,始于出生,终于死亡。二是作为自然人的犯罪主体必须具备刑事责任能力。无责任能力的行为人即使实施了有害于社会的行为,也不能成为犯罪主体。有刑事责任能力的人利用无责任能力的人实施犯罪的,利用者才是犯罪主体。刑事责任能力是犯罪主体的核心和关键要件。

#### 2. 影响刑事责任能力的因素

与刑事责任能力有关的因素包括人的年龄情况、精神状况和重要的生理功能状况等。刑法关于这些因素及其作用的规定,成为犯罪主体部分研究的主要内容。

##### (1) 刑事责任年龄

刑事责任年龄简称责任年龄,是指法律所规定的行为人对自己实施的刑法所禁止的危害社会行为负刑事责任必须达到的年龄。我国《刑法》第17条对责任年龄作了较为集中的规定,把刑事责任年龄划分为三个阶段。

一是完全不负刑事责任年龄阶段。根据我国刑法,不满14周岁的人,无论实施了什么样的危害社会的行为,都不负刑事责任。这主要是考虑,不满14周岁的人受生理和智力条件的限制,一般来说,还不具备辨认和控制自己行为的能力。但对于因不满14周岁而不予刑事处罚的实施了危害社会的人,应依法责令其家长或监护人加以管教,也可视需要对接近14周岁的人由政府收容教养。

二是相对负刑事责任年龄阶段。已满14周岁不满16周岁,是相对负刑事责任年龄阶段。这个年龄阶段的人,已经具备了一定的辨别大是大非和控制自己重大行为的能力,因此,法律要求其某些严重危害社会的行为,即对“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪(根据2002年3月26日实施的最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》,取消投毒罪,将其修改为投放危险物质罪)”负刑事责任。此外,该规定取消了奸淫幼女罪的罪名将其纳入强奸罪中,这实际上也是对此条款的修正。此年龄阶段的人如果实施上述八种犯罪以外的犯罪行为不负刑事责任。

三是完全负刑事责任年龄阶段。我国刑法规定,已满16周岁的人进入完



全负刑事责任年龄阶段。这一阶段的人体力和智力有相当的发展,一般已能够根据国家法律和社会道德规范的要求来约束自己。因此,我国刑法认为已满16周岁的人原则上可以构成刑法中的所有犯罪,要求他们对自己实施的刑法所禁止的一切危害行为承担刑事责任。同时考虑未成年人犯罪的特殊性,我国刑法在对未成年人犯罪案件的处理上采取两条重要的原则,即从宽处理原则和不适用死刑原则。

### (2) 精神障碍

行为人即使达到负刑事责任的年龄,如果存在精神障碍,也可能影响其刑事责任能力。我国《刑法》第18条第1款至第3款专门规定了精神病人的刑事责任问题:首先,精神病人在不能辨认或者控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任。认定精神障碍者为无责任能力人,必须同时具备两个标准,即从医学角度看,行为人是基于精神病理的作用而实施特定危害社会行为的精神病人;从心理学、法学的角度看,患有精神病的行为人的危害行为,不但是由精神病理机制直接引起的,而且由于精神病理的作用,使其行为时丧失了辨认或者控制自己行为的能力。尽管无责任能力的精神障碍者不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,也可以由政府强制医疗。其次,精神正常时期的“间歇性精神病人”和大多数非精神病性精神障碍人应完全负刑事责任。第三,尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚。

### (3) 生理功能丧失

我国《刑法》第19条规定,“又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚。”这一规定意味着,聋哑人、盲人实施刑法禁止的危害行为的,构成犯罪,应当负刑事责任,但可以从轻、减轻或者免除处罚。

### (4) 醉酒

醉酒主要包括病理性醉酒和生理性醉酒两类情况,病理性醉酒属于精神病的范畴,按照有关精神病人的刑事责任能力原则处理。而对于生理性醉酒,则不管行为人在行为时是否具有辨认或控制自己行为的能力,都要求行为人负刑事责任。不过,对醉酒犯罪案件处罚时,应当注意到行为人在醉酒前有无犯罪预谋,行为人对醉酒有无故意、过失等情况,予以轻重不同的处罚,以使刑罚与犯罪的醉酒人的责任能力程度及其犯罪的危害程度相适应。

## 3. 犯罪主体的特殊身份

以刑法是否要求犯罪主体具备特定身份为要件,自然人犯罪主体分为一般主体和特殊主体。刑法规定以特殊身份作为犯罪成立要件的主体,称为特殊主体。在中外刑法理论上,通常还将以特殊身份作为主体构成要件或者加

重和减轻刑罚根据的犯罪称为身份犯。

#### 4. 单位犯罪

我国《刑法》第30条规定某些单位可以成为犯罪主体。单位作为犯罪主体的犯罪,称为单位犯罪,即由公司、企业、事业单位、机关、团体实施的应当承担刑事责任的危害社会的行为。

对单位犯罪,我国《刑法》一般采取双罚制,即在对单位判处罚金的同时,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。但是,当刑法分则和其他法律(特别刑法)另有规定时,则采取单罚制。

#### 其四,犯罪主观方面

犯罪主观方面,是指犯罪主体对自己实施的危害行为及危害社会的结果所持的心理态度。犯罪主观方面主要包括犯罪故意和犯罪过失两个方面。犯罪的故意,是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一种主观心理态度。按照行为人对危害结果所持的心理态度不同,刑法理论上将犯罪故意区分为直接故意与间接故意两种类型。犯罪的直接故意,是指行为人明知自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度。如故意举枪近距离向被害人头部射击时,行为人的心理状态就是直接故意。犯罪的间接故意,是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。在司法实践中,犯罪的间接故意大致有三种情况:一是行为人追求某一犯罪目的而放任另一危害结果的发生;二是行为人追求一个非犯罪目的而放任某种危害结果的发生;三是突发性犯罪,不计后果,放任严重后果的发生。

犯罪的过失是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的一种心理态度。按照犯罪过失心理态度的不同内容,刑法理论上将犯罪的过失分为过于自信的过失与疏忽大意的过失两种类型。过于自信的过失,是指行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。疏忽大意的过失,是指行为人应当预见到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。

犯罪的过于自信的过失心理与间接故意的心理虽然都预见到行为可能发生危害社会的结果,且都不希望这种结果的发生,但二者是性质截然不同的两种罪过形式,有明显的区别:首先,认识因素上有所不同。二者虽然都是预见到行为发生危害结果的可能性,但他们对这种可能性是否转化为现实性即实际上发生危害结果的主观估计是不同的。其次,意志因素上不同。间接故意的行为人虽不希望结果发生,但也不反对、不排斥危害结果的发生。过于自信过失的行为人,不仅不希望危害结果发生,而且希望避免这种结果发生。

犯罪的故意和犯罪的过失是犯罪主观方面研究的基本内容。此外,由于不能预见的原因引起损害结果的意外事件,犯罪的目的和动机以及行为人对自已的行为在刑法上的性质、后果和有关的事实情况的认识错误也通常在主观方面加以研究。

### § 3 排除犯罪性的行为

排除犯罪性行为,是指那些在形式上似乎符合某种犯罪构成,而实际上不具有社会危害性和刑事违法性,因而不构成犯罪的行为。我国刑法只规定了正当防卫和紧急避险两种排除犯罪性的行为。

#### 正当防卫

根据《刑法》第20条的规定,正当防卫是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和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制止其不法侵害且没有明显超过必要限度的行为。

根据我国刑法的规定,正当防卫的成立必须符合以下条件:

1. 防卫意图限制。正当防卫的防卫意图是“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害。”这是公民进行正当防卫的首要前提条件。

2. 防卫起因条件。正当防卫的起因条件是不法侵害的发生和存在。只能针对不法侵害者实施,这是正当防卫的本质所在。

3. 防卫对象条件。正当防卫的对象只能是不法侵害人。防卫行为必须针对不法侵害者本人进行,这是正当防卫的对象条件。对于不法侵害人以外的人,即使是不法侵害人的家属,也不能进行防卫。

4. 防卫时间条件。正当防卫的时间条件,是指可以实施正当防卫的时间,通说认为不法侵害正处于已经开始并且尚未结束的进行阶段。在不法侵害尚处于预备阶段所实施的防卫是事先防卫,在不法侵害已经结束的情况下,对侵害人的某种权益进行打击的行为是事后防卫。事先防卫和事后防卫都不是正当防卫,其造成的损害,符合具体犯罪构成的,按犯罪处理。

5. 防卫限度条件。防卫不能明显超过必要限度造成重大损害,这是正当防卫的限度条件。这一条件意味着防卫必须在一定限度内进行,且造成的损害适当,才能成立正当防卫。如果防卫行为明显超过了必要限度,造成了重大损害,则是防卫过当。

根据《刑法》第20条第2款的规定,防卫过当,是指防卫明显超过必要限度造成重大损害,应当负刑事责任的犯罪行为。防卫过当的主体一般是已满16周岁的人,已满14周岁不满16周岁的人,由于认识能力的限制,一般不可能正确判断防卫过当这种犯罪行为的性质。防卫过当的罪过形式主要为疏忽大意的过失、过于自信的过失和间接故意。防卫过当在客观上表现为防卫行为明显超过了必要限度并造成了重大的损害。防卫过当的行为已经构成犯罪,应当负刑事责任。需要注意,防卫过当不是罪名,因此,对防卫过当行为,应根据防卫人主观上的罪过形式及客观上造成的具体危害结果,依照刑法分则的有关条款来确定罪名。对防卫过当构成犯罪的,应当减轻或者免除处罚。

《刑法》第20条第3款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”这是刑法对特殊情况下防卫权的规定,学理称为特殊防卫或者无限制防卫。

## 紧急避险

根据《刑法》第21条的规定,紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或其他权利免受正在发生的危险,不得已损害另一较小合法利益的行为。紧急避险不负刑事责任。

成立紧急避险,必须具备以下条件:(1)必须有威胁合法利益的危险发生;(2)必须是危险正在发生;(3)必须是为了使合法权益免受正在发生的危险;(4)避险的对象是无辜的第三者;(5)避险行为只能在不得已的情况下实施;(6)避险行为不能超过必要限度造成不应有的损害,即避险行为造成的损害必须小于所避免的损害。另外,刑法还规定,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。

如果避险行为超过必要限度造成不应有的损害,属于避险过当。避险过当应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。

## §4 故意犯罪的停止形态

所谓故意犯罪的停止形态,是指故意犯罪在其产生、发展和完成犯罪的过程和阶段中,因主客观原因而停止下来的各种犯罪状态。故意犯罪的停止形态,按其停止下来时犯罪是否已经完成,可区分为两种基本类型:一是犯罪的完成形态,即犯罪的既遂形态;二是犯罪的未完成形态,即犯罪的预备形态、未

遂形态和中止形态。

## 犯罪既遂形态

犯罪既遂形态,是指行为人所故意实施的行为已经具备了某种犯罪构成的全部要件的犯罪停止形态。根据我国刑法分则对各种直接故意犯罪构成要件的不同规定,犯罪既遂形态有以下四种类型:

第一,结果犯。结果犯,是指不仅要实施具体犯罪构成客观要件的行为,而且必须发生法定的犯罪结果才构成既遂的犯罪,即以法定的犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区别标志的犯罪。这里的犯罪结果,专指可以具体测量确定的、有形的损害结果。例如,故意杀人罪的犯罪结果就是他人的死亡,发生了死亡结果的为犯罪既遂,因行为人意志以外的原因未发生死亡结果的为未遂。

第二,行为犯。行为犯,是指以法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪。这类犯罪的既遂并不要求造成物质性的和有形的犯罪结果,而是以行为完成为标志。按照法律的要求,这种行为要有一个实行过程,要达到一定程度,才能视为行为的完成。例如,脱逃罪是以行为人达到逃脱了监禁羁押的状态和程度作为犯罪行为完成和犯罪既遂成立的标志。

第三,危险犯。危险犯,是指以行为人实施的危害行为造成法律规定的发生某种结果的危险状态作为既遂标志的犯罪。例如,放火罪中,只要行为人实施的放火行为已经对公共安全造成了威胁,即成立犯罪既遂,而不必要求放火行为必须造成危害公共安全的结果。

第四,举动犯。举动犯,也称即时犯,是指按照法律规定,行为人一着手犯罪实行行为即告犯罪完成从而构成既遂的犯罪。包括两种情况:一是原本为预备性质的犯罪,例如我国刑法中的组织、领导、参加恐怖活动组织罪;二是教唆、煽动性质的犯罪,例如,我国刑法中的传授犯罪方法罪。

对行为符合犯罪既遂特征的既遂犯,我国刑法要求根据其所犯的罪,在考虑刑法总则一般量刑原则的基础上,直接按照刑法分则具体犯罪条文规定的法定刑处罚。

## 犯罪预备形态

犯罪预备形态,是指故意犯罪过程中未完成犯罪的一种停止状态,是指行为人已经开始为实施犯罪而创造条件的行为,由于行为人意志以外的原因而未能着手犯罪实行行为的犯罪停止形态。

根据我国《刑法》第22条的规定,可以将犯罪预备行为分为两种类型:一是为犯罪实行准备犯罪工具的行为;二是其他为实施犯罪创造便利条件的行

为。对于预备犯的处罚，“可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”

## 犯罪未遂形态

根据刑法规定,犯罪未遂是指行为人已经着手实行具体犯罪构成的实行行为,由于其意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。

犯罪未遂具有如下三个特征:

第一,行为人已经着手实行犯罪。这是指行为人已经开始实施刑法分则规定的具体犯罪构成要件行为。着手实行犯罪具备主观和客观两个基本特征:主观上,行为人实施具体犯罪的意志已经直接支配客观实行行为,并通过后者表现出来;客观上,行为人已开始直接实行具体犯罪构成客观方面的行为,并使刑法所保护的具体权益受到初步危害或面临实际存在的危险。行为人已经着手实行犯罪是区分犯罪未遂形态与犯罪预备形态的主要标志。

第二,犯罪未完成而停止下来,这是犯罪未遂形态区别于犯罪既遂形态的主要标志。犯罪没有完成,主要表现为三个方面:一是以法定的犯罪结果没有发生作为犯罪未完成的标志,如盗窃未发生窃得财物的犯罪结果;二是以法定的犯罪行为未能完成作为犯罪未完成的标志,如实施脱逃罪的行为人在逃出监房后未能逃出监狱的警戒线;三是以法定的危险状态尚未具备作为犯罪未完成的标志,如行为人在油库放火,因火柴受潮而未能擦着时被捕获。

第三,犯罪停止在未完成状态是犯罪分子意志以外的原因所致,这是犯罪未遂形态与着手犯罪后的犯罪中止区别的关键。“意志以外的原因”应该是足以阻止犯罪分子犯罪意志的原因。在司法实践中,“意志以外的原因”大致包括犯罪人本人以外的原因、行为人自身方面对完成犯罪具有不利影响的因素和行为人主观上对犯罪对象情况、犯罪工具性能以及犯罪结果是否已发生或必然发生等的错误认识三个方面。

我国《刑法》第23条第2款规定:“对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”

## 犯罪中止形态

我国刑法中的犯罪中止,是指在犯罪过程中,行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生,而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。犯罪中止有两种类型,即自动放弃犯罪的犯罪中止和自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止。

自动放弃犯罪的犯罪中止,必须同时具备三个特征:其一,时间性。即必须是在犯罪处于运动过程中而尚未形成任何停止形态的情况下停止犯罪。其

二,自动性。即行为人出于自己的意志而放弃了自认为当时本可继续实施和完成的犯罪,即行为人在主观上放弃了犯罪意图,在客观上自动停止了犯罪的继续实施和完成。这是犯罪中止形态的本质特征。其三,彻底性。即行为人在主观上彻底打消了原来的犯罪意图,在客观上彻底放弃了自认为本可能继续进行的犯罪行为。

自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止,除必须同时具备上述三个基本特征外,还要具备“有效性”特征,即行为人还必须有效地防止了已实施的犯罪的法定犯罪结果的发生,使犯罪未达既遂状态而停止下来。

我国《刑法》第24条第2款规定,“对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。”

## §5 共同犯罪

### 共同犯罪的概念与成立条件

共同犯罪,是指两人以上共同故意犯罪。根据我国刑法关于共同犯罪的定义,成立共同犯罪必须具备以下要件:

(1) 共同犯罪的主体必须是两个以上在相应犯罪上具备刑事责任能力的人。在有组织犯罪的情况下,则要求主体为三人以上。

(2) 各共同犯罪人在主观方面具有共同犯罪故意。所谓共同犯罪故意,是指各共同犯罪人通过犯意联系,明知自己与他人配合共同实施犯罪会造成某种危害结果,并且希望或者放任这种危害结果发生的心理态度。

(3) 各共同犯罪人在客观方面必须具有共同犯罪行为。所谓共同犯罪行为,是指各共同犯罪人的行为都指向同一犯罪,彼此联系,互相配合,成为一个有机的犯罪活动整体。在发生危害结果的场合,每个人的行为都与危害结果之间存在因果关系。

### 共同犯罪人的分类及其刑事责任

由于各共同犯罪人在共同犯罪活动中所处的地位和所起的作用可能不同,因此,我国刑法按照行为人在共同犯罪中所起的作用的大小和分工,将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯,并对不同的共同犯罪人规定了不同的刑事责任原则。在共同犯罪人中,应给予主犯和教唆犯更多的关注。

#### 1. 主犯

所谓主犯,是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。具体而言,主犯有两种:

(1) 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子,即犯罪集团的首要分子。这种主犯有两个特征:其一,必须是犯罪集团中的首要分子。其二,必须实施了组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的行为。

根据《刑法》第26条第3款的规定,对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚。这里所说的“集团所犯的全部罪行”,是指首要分子组织、领导的犯罪集团在预谋犯罪的范围内所犯的全部罪行。

(2) 在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。这种主犯是犯罪集团首要分子以外的在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。具体包括:第一,犯罪集团中的骨干分子。第二,全部可罚的聚众犯罪中的首要分子及骨干成员和部分可罚的聚众犯罪中的首要分子。

根据《刑法》第26条第4款的规定,对于犯罪集团首要分子以外的其他主犯,应当按其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。这里包括两种情况:一是对于全部可罚的聚众犯罪和部分可罚的聚众犯罪中的首要分子,按照其所组织、指挥的全部犯罪处罚;二是对于在集团犯罪和聚众犯罪以外的其他共同犯罪中起主要作用的主犯,按照其所参与的全部犯罪处罚。

## 2. 教唆犯

所谓教唆犯,是指教唆他人犯罪的人。其主要特征是:在客观方面必须具有教唆他人犯罪的行为;在主观方面必须具有教唆他人犯罪的故意。

对于教唆犯的刑事责任,我国刑法规定了三种情况:(1) 教唆他人犯罪的,按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。(2) 教唆不满18周岁的人犯罪的,应当从重处罚。需要注意的是,如果是教唆不满14周岁的人犯罪,或者教唆已满14周岁不满16周岁的人犯《刑法》第17条第2款所规定的8种犯罪以外的犯罪,应当属于间接实行犯,不能成立教唆犯。(3) 如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚。

## §6 一罪与数罪

### 罪数判断标准

一罪与数罪形态,亦称罪数形态,其基本任务在于从罪数单复的角度描述行为人的危害行为构成犯罪的形态特征,阐明各种罪数形态的构成要件,揭示



有关罪数形态的本质属性即实际罪数,剖析不同罪数形态的共有特征并科学界定其区别界限,进而确定对各种罪数形态应适用的处断原则。

我国刑法以犯罪构成标准说(主客观统一说)作为罪数判断的标准。根据犯罪构成标准说的主张,确定或区分罪数单复的标准,应是犯罪构成的个数,即行为人的犯罪事实具备一个犯罪构成的为一罪,行为人的犯罪事实具备数个犯罪构成的为数罪。

## 一罪的类型

### 1. 实质的一罪

实质的一罪包括继续犯、想象竞合犯和结果加重犯。

(1) 继续犯。所谓继续犯,亦称持续犯,是指犯罪行为自着手实行到构成既遂,犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。我国《刑法》第238条规定的非法拘禁罪就是典型的继续犯。继续犯必须是基于一个犯罪故意,实施一个危害行为的犯罪,是持续地侵犯同一或相同直接客体的犯罪,而且其以持续一定时间为成立条件。

我国刑法分则对属于继续形态的犯罪及其法定刑设置专条予以规定,故应按刑法规定以一罪论处,不实行数罪并罚。

(2) 想象竞合犯。所谓想象竞合犯,亦称想象数罪,是指行为人实施一个危害行为,而触犯两个以上异种罪名的犯罪形态。想象竞合犯成立要求行为人基于一个犯罪意图,实施一个危害行为,侵犯数个不同的直接客体,同时触犯数个罪名。

我国刑法学界认为对想象竞合犯应采用“从一重处断”的原则加以处断,即对想象竞合犯应按照其所触犯的数个罪名中最重的犯罪定罪处罚。

(3) 结果加重犯。所谓结果加重犯,是指实施基本犯罪构成要件的行为,由于发生了刑法规定的基本犯罪构成要件以外的重结果,刑法对其规定加重法定刑的犯罪形态。如我国《刑法》第234条所规定的故意伤害致死的情况。

由于结果加重犯是以刑法的明文规定为前提并通过刑法的明确规定加重其法定刑的犯罪形态,所以,对于结果加重犯,应当按照刑法分则条款所规定的加重法定刑处罚。

### 2. 法定的一罪

法定的一罪包括结合犯和惯犯。

(1) 结合犯。所谓结合犯,是指数个原本独立的犯罪行为,根据刑法的明文规定,结合成为另一独立的新罪的情况。一般认为,我国刑法中没有规定典型的结合犯。

对结合犯应以结合后的新罪,以一罪论处。

(2) 惯犯。所谓惯犯,是指以某种犯罪为常业,或者以犯罪所得为主要生活来源或者腐化生活来源,或者犯罪已成习性,在较长时间内反复多次实施同种犯罪行为,刑法明文规定对其以一罪论处的犯罪形态。

惯犯必须是反复多次地侵犯同一或相同直接客体的犯罪形态,其在主观上具有基于特定的心理倾向和目的而产生的反复多次实施犯罪的同一故意,在客观方面表现出时间的长期性,行为的多次性和行为的同一性,并以现行行为已经构成犯罪为前提。

我国刑法中的惯犯是法定的一罪,故对于惯犯按法律明文规定的相应的量刑幅度予以论处。

### 3. 处断的一罪

处断的一罪包括连续犯、牵连犯和吸收犯。

(1) 连续犯。所谓连续犯,是指行为人基于一个概括的犯罪故意,连续实施数个性质相同的犯罪行为,触犯同一罪名的犯罪形态。连续犯必须是基于一个概括的犯罪故意,实施数个足以单独构成犯罪的危害行为,而且数个犯罪行为必须触犯同一罪名。

对于连续犯应当适用“从一重处断”的原则,即在对连续犯按一罪论处,不实行数罪并罚的前提下,按照行为人所触犯的罪名从重处罚或者作为加重构成情节酌量判处刑罚。

(2) 牵连犯。所谓牵连犯,是指行为人实施某种犯罪,而其方法行为或结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。牵连犯必须基于一个最终的犯罪目的,且具有两个以上的、相对独立的危害社会的行为。牵连犯所包含的数个危害社会行为之间必须具有牵连关系,必须触犯不同的罪名。

对牵连犯的处罚,凡刑法分则有明确规定的,按相应规定处断;刑法分则未明确规定的,应当适用从一重处断原则定罪处刑,不实行数罪并罚。

(3) 吸收犯。所谓吸收犯,是指行为人实施数个犯罪行为,因其所符合的犯罪构成之间具有特定的依附与被依附关系,从而导致其中一个不具有独立性的犯罪,被另一个具有独立性的犯罪所吸收,对行为人仅以吸收之罪论处的犯罪形态。

对于吸收犯,应当仅按吸收之罪处断,不实行数罪并罚。

## 数罪的类型

数罪依据不同的标准也可以进行不同的划分。以行为人实施的数个犯罪构成的性质是否一致为标准分为同种数罪和异种数罪;以对行为人的犯罪事实已构成的实质数罪是否实行数罪并罚为标准分为并罚的数罪和非并罚的数

罪;以实质数罪发生的时间条件为标准分为判决宣告以前的数罪和刑罚执行期间的数罪。

## §7 刑罚

### 刑罚概述

刑罚是指刑法规定的由国家审判机关依法对犯罪的人适用的限制或剥夺其一定权益的强制性法律制裁方法。刑罚的内容为对受刑者一定权益的限制或剥夺;刑罚的对象只能是犯罪的人;刑罚的根据在于刑法的明文规定;刑罚适用的主体只能是国家各级刑事审判机关。

刑罚的目的,是指国家进行的由创制、裁量和执行刑罚所组成的整个刑事法律的目的,亦即国家的刑事立法采用刑罚对付犯罪现象的强制措施及其具体运用和执行所预期达到的效果。我国刑罚的目的是预防犯罪,其内容包括特殊预防和一般预防。特殊预防,是指预防已经犯了罪的人重新犯罪;一般预防,是指预防尚未犯罪的人实施犯罪。特殊预防与一般预防是一种既对立又统一的关系,二者相互依存、不可偏废。

### 刑罚的体系和种类

刑罚的体系,是指国家以有利于发挥刑罚的功能、实现刑罚的目的为指导原则,通过刑法的规定而形成的,由一定刑罚种类按其轻重程度而组成的序列。我国的刑法体系是由主刑和附加刑构成的完整体系。

#### 1. 主刑

主刑是指只能独立适用的主要刑罚方法。主刑只能独立适用,不能附加适用,即一个罪只能适用一个主刑,不能同时适用两个或两个以上主刑。主刑是刑罚方法的类名称,它包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种具体的刑罚方法。其中管制是指对罪犯不予关押,但限制其一定自由,由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法;拘役是指短期剥夺犯罪人自由,就近实行教育改造的刑罚方法;有期徒刑是指剥夺犯罪人一定期限的人身自由,实行强制劳动和教育改造的刑罚方法;无期徒刑是指剥夺犯罪人的终身自由,并对其实行强制劳动和教育改造的刑罚方法;死刑是指剥夺犯罪人生命的刑罚方法,包括死刑立即执行和死刑缓期2年执行两种情况。

20世纪后期,受人权保护浪潮的冲击,死刑成为刑法理论关注的热点,各

国学者围绕死刑的存废进行了旷日持久的讨论。由于社会客观实际情况的限制,我国目前还不能废除死刑,但我国对死刑的适用进行了严格的限制。我国刑法对死刑的限制主要表现在四个方面:

(1) 适用范围的限制。我国刑法对死刑的适用范围分别在总则和分则中作了限制性规定。从总则看,《刑法》第48条明文规定:“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”从分则看,对可以判处死刑的犯罪及其情节作了明确的规定。

(2) 适用对象的限制。我国刑法以排除的方式对死刑的适用对象作了限制性规定。《刑法》第49条规定:“犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑。”不能适用死刑不是暂不适用死刑,同时也不适用死刑缓期执行。

(3) 适用程序的限制。根据《刑事诉讼法》第20条的规定,死刑案件只能由中级人民法院进行一审,基层人民法院无权判处被告人死刑。而且,根据《刑法》第48条以及《刑事诉讼法》第200条至第202条的规定,死刑除依法由最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准。

(4) 执行方法的限制。《刑法》第48条规定:“对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”根据《刑法》第50条的规定,对于被判处死刑同时宣告缓期二年执行的犯罪人,最终有三种处理结局:在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,2年期满后,减为无期徒刑;在死刑缓期执行期间,如果确有重大立功表现,2年期满后,减为15年以上20年以下有期徒刑;在死刑缓期执行期间,如果故意犯罪,查证属实的,由最高人民法院核准,执行死刑。

## 2. 附加刑

附加刑又称从刑,是补充主刑适用的刑罚类型。其特点是既可独立适用,又可附加适用。而且,对于同一犯罪和同一犯罪人,依法还可以同时适用不止一个的附加刑。根据《刑法》第34条和第35条的规定,我国的附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产以及只能适用于犯罪的外国人的驱逐出境。

在附加刑中,罚金是较为经常适用的刑罚方法。罚金是指人民法院判处犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。其为财产刑的一种。罚金刑的适用对象主要是破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、妨碍社会管理秩序罪和贪污贿赂罪。此外,危害公共安全罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪和危害国防利益罪中也有些犯罪可适用罚金刑。我国刑法规定了选处罚金、单处罚金、并处罚金及并处或者单处罚金四种适用罚金的方式。

关于罚金数额的确定,我国刑法总则中规定了一般原则,即“判处罚金,

应当根据犯罪情节决定罚金额”。关于罚金的执行,我国刑法规定了一次缴纳、分期缴纳、强制缴纳、随时缴纳和减免缴纳几种方式。

## 刑罚裁量

刑罚裁量又称量刑,是指人民法院依据刑事法律,对于构成犯罪的行为人,确定是否判处刑罚,判处何种刑罚以及是否适用某种刑罚制度的审判活动。

### 1. 刑罚裁量的原则

我国刑法为了保证量刑的公正,明确规定“对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。”据此,量刑的原则主要包括两个方面:

(1) 量刑必须以犯罪事实为依据。量刑必须以犯罪事实为依据,要求量刑时必须首先查清犯罪事实。这里所说的犯罪事实,是指案件本身所包含的,对定罪量刑有意义的各种客观事实。其次,要正确认定犯罪性质,即要正确定罪。再次,准确评价犯罪行为对社会已经造成或者可能造成的损害程度。

(2) 量刑必须以刑事法律为准绳。量刑必须以刑事法律为准绳,要求量刑必须依照刑法总则中所规定的刑罚体系的内容,正确运用各种刑罚种类;依照刑法分则各条款对于各种犯罪规定的法定刑,根据不同情节,决定适用与犯罪行为危害性相适应的法定刑幅度;在不具有任何法定量刑情节的情况下,根据行为自身危害程度和酌定量刑情节,在法定刑的幅度内,选择合适的宣告刑。

### 2. 刑罚裁量情节

刑罚裁量情节,简称量刑情节,指人民法院在依法对犯罪分子裁量决定刑罚时所考虑的,据以决定刑罚轻重或者免于刑罚处罚的各种事实情况。依据我国刑法,裁量情节主要划分为法定情节与酌定情节。

(1) 法定情节。法定情节是指刑法明文规定在量刑时必须予以考虑的各种事实情况。法定情节分总则性法定情节和分则性法定情节两大类。

我国刑法中总则性法定情节包括很多,具体又有从宽情节与从严情节、应当型情节和可以型情节以及单功能情节与多功能情节。如《刑法》第17条规定的已满14周岁,不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚的规定就同时属于从宽情节、应当型情节和多功能情节;《刑法》第19条规定的又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚属于可以型的、多功能从宽情节;而《刑法》第29条规定的教唆不满18周岁的人犯罪的,应当从重处罚则属于应当型的、单功能从严情节。

分则性法定情节则明确规定在不同的条款中,如《刑法》第243条2款

“国家工作人员犯前款罪的(诬告陷害罪),从重处罚”的规定。

(2) 酌定情节。酌定情节是指刑法中没有明文规定,但是根据刑事立法精神和有关刑事政策,由司法机关根据审判实践概括出来,在裁量刑罚时也需要予以考虑的各种犯罪事实情况。

酌定情节种类很多,根据我国刑事司法实践,经常适用的酌定情节主要有:犯罪动机;犯罪人罪前的一贯表现;犯罪人罪后的表现;犯罪手段;犯罪对象及犯罪的时间、地点等。

## 刑罚裁量制度

### 1. 累犯

累犯,是指因犯罪而受过一定的刑罚处罚,在刑罚执行完毕或者赦免以后,于法定期限内又犯一定之罪的罪犯。

我国刑法规定的累犯,分为一般累犯和特别累犯两种。一般累犯是指判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或者赦免以后,在5年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的犯罪分子。特别累犯,是指因危害国家安全罪受过刑罚处罚,刑罚执行完毕或者赦免以后,在任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪分子。

我国现行《刑法》第65条规定,对累犯应当从重处罚。

### 2. 自首和立功

自首,是指犯罪分子犯罪以后自动投案,如实供述自己罪行的行为,或者被采取强制措施以后的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。根据我国《刑法》第67条第1款的规定:“对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。”

立功,是指犯罪分子揭发他人犯罪行为,查证属实,或者提供重要线索,从而使其他案件得以侦破等行为。我国刑法中的立功分为一般立功和重大立功,两者依法受到的从宽处罚程度有所不同。根据我国《刑法》第68条的规定,对于立功犯分别依照以下不同情况予以从宽处罚:犯罪分子有一般立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;犯罪分子有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚;犯罪分子犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。

### 3. 数罪并罚

#### (1) 数罪并罚概述

我国刑法中的数罪并罚,是指人民法院对一行为人在法定时间界限内所犯数罪分别定罪量刑后,按照法定的并罚原则及刑期计算方法决定其应执行的刑罚的制度。这种制度的实质在于,依循一定准则,解决或协调行为人所犯

数罪的各个宣告刑与执行刑之间的关系。

数罪并罚要依据一定的原则进行。以往各国立法中采用的数罪并罚原则主要有并科原则、吸收原则、限制加重原则和折中原则。依据《刑法》第69条的规定,我国的数罪并罚采用以限制加重原则为主,以吸收原则和并科原则为补充的折中原则。其具体适用范围和基本适用规则如下:判决宣告的数个主刑中有数个死刑或最重刑为死刑的,采用吸收原则,仅执行一个死刑;判决宣告的数个主刑中有数个无期徒刑或最重刑为无期徒刑的,采用吸收原则,只执行一个无期徒刑;判决宣告的数个主刑为有期徒刑、拘役、管制的,采用限制加重原则合并处罚。具体限制加重规则为:在判决宣告的数个主刑的总和刑期以下,数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,但有期徒刑最高不能超过20年,拘役最高不能超过1年,管制最高不能超过3年。数罪中有判处附加刑的,采用并科原则,附加刑仍须执行。

#### (2) 不同法律条件下适用数罪并罚原则的具体规则

一是判决宣告以前一人犯数罪的合并处罚规则。《刑法》第69条的规定表明,我国刑法规定的数罪并罚原则及由此而决定的基本适用规则,是以判决宣告以前一人犯有数罪的情形为标准确立的。因此,就基本内容而言,判决宣告以前一人犯有数罪的合并处罚规则,与前述我国刑法中数罪并罚原则的基本适用规则完全一致,故不再赘述。

二是刑罚未执行完毕以前发现漏罪的合并处罚原则。我国《刑法》第70条规定:判决宣告以后刑罚执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪行没有判决的,应当对新发现的罪作出判决,把前后两个判决所处的刑罚,依照本法第69条的规定,决定执行的刑罚。已经执行的刑期,应当计算在新判决决定的刑期以内。该种计算刑期的方法,依特点可概括为“先并后减”。

三是刑罚执行期间又犯新罪的合并处罚原则。我国《刑法》第71条规定:判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,被判刑的犯罪分子又犯新罪的,应当对新犯的罪作出判决,把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚,依据本法第69条的规定,决定执行的刑罚。该种计算刑期的方法,依特点概括为“先减后并”。

#### 4. 缓刑

我国刑法中的缓刑是指人民法院对于被判处拘役、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,认为暂缓其刑罚的执行确实不致再危害社会的,规定一定的考验期,暂缓其刑罚的执行,若犯罪分子在考验期内没有发生法定撤销缓刑的情形,原判刑罚就不再执行的制度。

根据刑法规定,缓刑适用的条件有三个:(1)犯罪分子被判处拘役或者3年以下有期徒刑的刑罚。(2)根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现,认为适

用缓刑不致再危害社会。(3) 犯罪分子不是累犯。

被宣告缓刑的犯罪分子必须接受一定时期的考察。我国《刑法》第 73 条规定:拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上 1 年以下,但是不得少于 2 个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上 5 年以下,但是不得少于 1 年。在缓刑考验期限内,被宣告缓刑者应当遵守法律、行政法规,服从监督;按照考察机关的规定报告自己的活动情况;遵守考察机关关于会客的规定;离开所居住的市、县或者迁居,应当报经考察机关批准。如果在缓刑考验期限内,被宣告缓刑者再犯新罪或者发现漏罪,或者严重违法法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定,则要撤销缓刑,执行原判刑罚。若没有以上情形,缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行。

此外,我国《刑法》第 449 条还规定了战时缓刑制度。

## 刑罚执行

刑罚执行,又称行刑,指有行刑权的司法机关将人民法院生效的判决所确定的刑罚付诸实施的刑事司法活动。刑罚执行的前提和基础是人民法院生效的判决所确定的刑罚;刑罚执行的主体是有行刑权的司法机关。在我国,有行刑权的司法机关除监狱外,还有公安机关和人民法院,三者共同组成我国刑罚执行的主体。

刑罚执行,应包括各种刑罚的执行和刑罚执行制度两部分。这里只简要介绍减刑和假释两种刑罚执行制度。

### 1. 减刑

我国刑法中规定的减刑,指被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,在刑罚执行期间,确有悔改、立功表现的,适当减轻其原判刑罚的制度。

减刑必须符合两个条件。一是前提条件,即只有被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子,才有减刑的可能。二是实质性条件。减刑可分为相对减刑(可以减刑)和绝对减刑(应当减刑)两种,二者的实质性条件不同。相对减刑的实质性条件是指犯罪分子在刑罚执行期间,认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改或立功表现。绝对减刑的实质性条件是指犯罪分子在刑罚执行期间有重大立功表现。

减刑有一定限度。减刑的限度具体为:犯罪分子经过一次或者几次减刑后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的  $1/2$ ;判处无期徒刑的,不能少于 10 年;对于死刑缓期 2 年执行的罪犯减为无期徒刑、有期徒刑后又减刑的,其实际执行的刑期不能少于 12 年。所谓实际执行的刑期,是指判决执行后或死刑缓期执行减为无期徒刑、有期徒刑后犯罪分子实际服刑的期限。



根据《刑法》第79条的规定,对于犯罪分子的减刑,由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理。对确有悔改或者立功表现的,裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

## 2. 假释

假释是指被判处有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子,在执行一定刑期之后,因其确有悔改表现,不致再危害社会而附条件地将其提前释放的制度。

根据我国《刑法》第81条的规定,适用假释必须同时具备以下三个条件:(1)适用假释必须是被判处有期徒刑和无期徒刑的犯罪分子。有两类情况不得假释:一是累犯,二是暴力性犯罪(因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等犯罪被判处有期徒刑10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子)。在我国司法实践中,对判处有期徒刑1年以下和判决生效后经折抵余刑不足1年的罪犯,一般不予假释。(2)适用假释必须是已经执行了一定期限刑罚的犯罪分子。我国刑法规定被判处有期徒刑的,执行原判刑期 $1/2$ 以上,判处无期徒刑的,实际执行10年以上,才可以适用假释。根据有关司法解释,对死刑缓期2年执行的犯罪分子减刑后假释的,其实际执行的刑期不得少于12年,死刑缓期2年执行的犯罪分子实际执行的刑期自死缓2年期满第2日起计算。(3)适用假释必须是认真遵守监规、接受教育改造、确有悔改表现、假释后不致再危害社会的犯罪分子。

假释是对剥夺较长时期自由的犯罪分子的附条件的提前释放,因此需要设立一定的考验期限,以便对假释罪犯继续进行监督改造。我国《刑法》第83条规定,有期徒刑的假释考验期限,为没有执行完毕的刑期;无期徒刑的假释考验期限期限为10年。在假释考验期限内,被宣告假释的犯罪分子应当遵守法律、行政法规,服从监督;按照监督机关的规定报告自己的活动情况;遵守监督机关关于会客的规定;离开所居住的市、县或者迁居,应当报经监督机关批准。

在假释考验期内,被假释的犯罪分子如果又犯新罪、发现漏罪或违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定,则须撤销假释,将假释的犯罪分子收监执行刑罚。

根据《刑法》第82条的规定,对于犯罪分子的假释,由执行机关向中级以上人民法院提出假释建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理,对符合假释条件的,裁定予以假释。非经法定程序不得假释。

## 刑罚消灭

刑罚消灭,是指由于某种原因,致使国家对特定犯罪人的刑罚权归于消灭。

刑罚消灭,必须以一定的法定事由为前提。从世界各国的立法例来看,

导致刑罚消灭的法定原因大致有以下几种情况:(1) 刑罚执行完毕;(2) 缓刑考验期满;(3) 假释考验期满;(4) 犯罪人死亡;(5) 超过时效期限;(6) 赦免。

这里有必要对时效作简要的说明。时效,是指经过一定的时期,对犯罪不得追诉或者对所判刑罚不得执行的一项制度。我国刑法典只规定了追诉时效。追诉时效,是指依法对犯罪分子追究刑事责任的有效期限,超过这个法定期限,就不得再对犯罪人提起诉讼。

根据《刑法》第 87 条的规定,追诉时效的期限分为以下四个档次:(1) 法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的,其追诉时效期限为 5 年;(2) 法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的,其追诉时效期限为 10 年;(3) 法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的,其追诉时效期限为 15 年;(4) 法定最高刑为无期徒刑、死刑的,其追诉时效期限为 20 年。如果 20 年后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。

追诉期限的起算,分为两种情况:一是即时犯的追诉期限“从犯罪之日起计算”。所谓“犯罪之日”应理解为犯罪成立之日。二是连续犯和继续犯的追诉期限“从犯罪行为终了之日起计算”。

在追诉期限内,如果发生法律规定的事由,即在追诉期限以内又犯罪的,以前经过的时效期间归于无效,前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。这种情况称作时效的中断。如果在追诉期限内,因发生法律规定的事由,也可以使追诉期限无限延伸。时效延长有两种情况:一是人民检察院、公安机关、国家安全机关对于接受的报案、控告、举报、自首或自己发现的犯罪事实材料进行审查,认为有犯罪事实并应追究刑事责任的,决定作为刑事诉讼案件予以受理并进行侦查以后,或者在人民法院对于人民检察院提起公诉,公民自诉的案件进行审查并决定立案审理以后,犯罪分子逃避侦查或者审判,无论逃避多久均不受追诉期限的限制。二是被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关接到上述控告后,应当立案而不予立案,无论这种状态持续多久,都不影响对犯罪分子的追诉。

## § 8 刑法各论

### 刑法分则的体系

刑法各论以刑法分则为研究内容,因此,了解刑法分则体系,是掌握刑法各论的前提。刑法分则体系是指刑法分则所规定的各类犯罪以及各类犯罪所

包含的各种具体犯罪,按照一定次序排列而成的有机体。

我国刑法分则主要依据犯罪行为所侵犯的同类客体,同时也考虑到犯罪的主体特点将犯罪划分为10类。下面根据我国《刑法》和《刑法修正案》(一)至(七)的规定,并结合最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》(一)至(四),对这十类犯罪类型及其主要罪名作以简要的介绍。

第一类是危害国家安全罪。其是指故意危害中华人民共和国国家安全的行为。如背叛国家罪,投敌叛变罪,叛逃罪,为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪等。

第二类是危害公共安全罪。其是指故意或过失地实施危害不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产安全的行为。如放火罪,劫持航空器罪,违规制造、销售枪支罪,交通肇事罪,强令违章冒险作业罪等。

第三类是破坏社会主义市场经济秩序罪。其是指违反国家市场经济管理法规,干扰国家对市场经济的管理活动,破坏社会主义的市场经济秩序,使国民经济发展遭受严重损害的行为。根据刑法分则第3章的规定,破坏社会主义市场经济秩序罪包括生产、销售伪劣商品罪,如生产、销售有毒、有害食品罪;走私罪,如走私国家禁止进出口的货物、物品罪;妨害对公司、企业的管理秩序罪,如虚报破产罪;破坏金融管理秩序罪,如操纵证券、期货市场罪;金融诈骗罪,如信用卡诈骗罪;危害税收征管罪,如逃税罪;侵犯知识产权罪,如假冒注册商标罪;扰乱市场秩序罪,如组织、领导传销活动罪八个亚类。

第四类是侵犯公民人身权利、民主权利罪。其是指故意或过失地侵犯公民的人身权利、与人身直接有关的其他权利以及民主权利,依法应受到刑罚处罚的行为,如故意杀人罪,强奸罪,刑讯逼供罪,绑架罪,组织残疾人、儿童乞讨罪,出售、非法提供公民个人信息罪等。

第五类是侵犯财产罪。其是指故意非法占有公私财物,或者故意破坏生产经营、毁坏公私财物的行为,如抢劫罪,盗窃罪,职务侵占罪,挪用资金罪,敲诈勒索罪等。

第六类是妨害社会管理秩序罪。其是指妨害国家机关对社会的管理活动,破坏社会秩序,情节严重的行为。根据刑法分则第6章的规定,妨害社会管理秩序罪分为扰乱公共秩序罪,如开设赌场罪;妨害司法罪,如掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪;妨害国(边)境管理罪,如组织他人偷越国(边)境罪;妨害文物管理罪,如倒卖文物罪;危害公共卫生罪,如妨害动植物防疫、检疫罪;破坏环境资源保护罪,如重大环境污染事故罪;走私、贩卖、运输、制造毒品罪,如非法持有毒品罪;组织、强迫、引诱、容留、介绍卖

淫罪,如组织卖淫罪;制作、贩卖、传播淫秽物品罪,如传播淫秽物品罪九个亚类。

第七类是危害国防利益罪。其是指危害作战和军事行动,危害国防建设,危害国防管理秩序,拒绝或者逃避履行国防义务的犯罪行为,如阻碍军人执行职务罪,过失损坏武器装备、军事设施、军事通信罪,故意提供不合格武器装备、军事设施罪,聚众冲击军事禁区罪,冒充军人招摇撞骗罪,非法生产、买卖武装部队制式服装罪等等。

第八类是贪污贿赂罪。其是指国家工作人员利用职务上的便利贪污、受贿,或者拥有不能说明与合法收入差额巨大的财产或者支出的合法来源,或者私分国有资产或罚没财物,以及其他人员行贿、介绍贿赂的行为,如贪污罪,挪用公款罪,受贿罪,利用影响力受贿罪巨额财产来源不明罪,私分国有资产罪等等。

第九类是渎职罪。其是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊,妨害国家机关的正常活动,致使公共财产或者国家和人民利益遭受重大损失的行为,如滥用职权罪,玩忽职守罪,故意泄露国家秘密罪,民事、行政枉法裁判罪,枉法仲裁罪,徇私舞弊不移交刑事案件罪,环境监管失职罪,传染病防治失职罪等。

第十类是军人违反职责罪。其是指中国人民解放军的现役军人、执行军事任务的预备役人员以及执行军事任务的其他人员违反职责,危害国家军事利益,依照法律应当受刑罚处罚的行为,如战时违抗命令罪,隐瞒、谎报军情罪,投降罪,战时临阵脱逃罪,擅离、玩忽军事职守罪,军人叛逃罪,非法获取军事秘密罪,为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪,故意泄露军事秘密罪,非法出卖、转让武器装备罪等。

## 刑法各论研究的基本内容

刑法各论以刑法分则条文的规定为主要研究内容。刑法分则条文一般由罪状和法定刑两部分组成。罪状又与罪名密切相关。可以说,对罪状、罪名以及法定刑的研究是刑法各论研究的共性问题。

### 1. 罪状

罪状,是指刑法分则罪刑式条文对具体犯罪的基本构成特征的描述。根据罪刑式条文对罪状的描述方式的不同,可以将罪状分为叙明罪状、简单罪状、引证罪状和空白罪状。(1)叙明罪状,即罪刑式条文对具体犯罪的基本构成特征作了详细的描述。(2)简单罪状,即罪刑式条文只简单地描述具体犯罪的基本构成特征。(3)引证罪状,即引用同一法律中其他条款来说明和确定某种犯罪构成的特征。(4)空白罪状,即罪刑式条文没有直接地具体说明

某一犯罪构成的特征,而是仅仅指明该罪构成需要参照的法律、法规的规定。

## 2. 罪名

罪名,是指高度概括具体犯罪本质特征,对具体犯罪的称谓。罪名具有概括功能、区分功能、评价功能和威慑功能。罪名以其效力为依据可分为立法罪名、司法罪名和学理罪名;以其所包含的犯罪构成的内容的单复为依据可分为单一罪名和选择罪名;以其是否确定不变为依据分为确定罪名和不确定罪名。

## 3. 法定刑

法定刑,是指刑法分则罪刑式条文所确定的适用于具体犯罪的刑罚的种类和幅度。法定刑通常可以分为绝对确定的法定刑、绝对不确定的法定刑和相对确定的法定刑。(1)绝对确定的法定刑,是指在条文中对某种犯罪或某种犯罪的某种情形只规定单一的刑种和刑度。(2)绝对不确定的法定刑,是指在条文中对某种犯罪不规定具体的刑种和刑度,只规定对该种罪处以刑罚,具体如何处罚完全由法官掌握。(3)相对确定的法定刑,是指在条文中对某种犯罪规定一定的刑种和刑度,审判机关可以根据具体案件的情节在法定的幅度内决定判处适当的刑罚。我国刑法分则条文中法定刑绝大多数为相对确定的法定刑,其具体表现如下:分则条文仅规定法定刑的最高限度,其最低限度决定于刑法总则对某刑种下限的规定;分则条文仅规定法定刑的最低限度,其最高限度则取决于刑法总则的规定;分则条文同时规定法定刑的最高限度与最低限度;分则条文规定两种以上的主刑或者规定两种以上主刑并规定附加刑;分则条文规定援引性法定刑。

## 学习刑法各论需注意的几个问题

要学好刑法各论,要特别注意三个问题。

第一,要充分、正确地运用总论的知识,分析和研究各论的问题。刑法总论与刑法各论是普遍性与特殊性的关系,因此,在研究各论中的具体问题时,几乎随时都要涉及总论中的一些概念和原则。离开总论的知识,就无法真正、全面地解释各论问题。用总论指导各论,还表现在具体解释刑法分则的任何一条规定,都不能违反总则的规定。

第二,要注意分则条文之间的相互关系,弄清罪名之间的界限。在刑法分则条文中,有一部分条文间存在部分重合或交叉关系。此时,依据哪个条文定罪量刑,往往影响着犯罪的性质和刑罚适用。另外,还要注意合乎逻辑地对刑法条文加以解释,尽管不同的条文中使用相同的词语,但在不同的条文中,相同词语的含义可能有很大差别。因此,要把分则条文放到具体的环境中认识和分析。

第三,要及时了解立法动态,注意理论和实际相结合。刑事立法不是一成

不变的。随着社会客观形势的变化,立法也要进行相应的调整。在某种意义上说,分则的变化往往更大些。因此,要准确地定罪和量刑,必须及时了解立法的变化。另外,为了对各论内容有充分的了解,还必须尽可能地了解司法实践对案件的处理经验,并结合实践中提出的疑难问题进行研究。对案例的了解和分析,无疑会锻炼自己运用刑法理论分析和解决实际问题的能力。

## 【关键词】

**刑法 (penal law)**: 掌握政权的统治阶级,为了维护本阶级政治统治和经济利益,根据自己的意志,以国家的名义规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律规范的总称。

**犯罪构成 (elements of crimes)**: 是指刑法所规定的、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需的主观要件与客观要件的统一。

**危害行为 (harmful behavior)**: 是指由行为人的意识、意志支配的危害社会的身体动静。

**刑事责任能力 (capability of criminal liability)**: 是指行为人承担刑事责任所必须的、在刑法意义上辨认和控制自己行为的能力。

**共同犯罪 (complicity)**: 是指二人以上共同故意犯罪。

**犯罪未遂 (attempt)**: 是指行为人已经着手实行具体犯罪构成的实行行为,由于其意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。

**刑罚 (punishment)**: 是指刑法规定的由国家审判机关依法对犯罪人适用的限制或剥夺其一定权益的强制性法律制裁方法。

## 【思考题】

1. 怎样区分罪与非罪?
2. 简述影响刑事责任能力的因素。
3. 简述间接故意与过于自信过失的异同。
4. 试析危害行为。
5. 简述正当防卫的条件。
6. 论述刑罚裁量。

## 【课堂讨论案例】

### 案例 1

甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系,引起游客的极大愤慨,造成了恶劣的社会影响。

**试讨论**: 对甲和乙的行为应当如何认定?

### 案例 2

药店营业员甲与乙有仇,某日,乙的妻子丙到药店买药为乙治病,甲将一包砒霜混在药中交给丙,后甲非常后悔,于第二天到乙家欲取回砒霜,而乙谎称药已经服完。甲见乙

没有什么异常反应,就没有将真相告诉乙。几天后,乙因服用甲提供的砒霜而死亡。

试讨论:甲的行为构成什么犯罪?如何定罪处罚?

### 【推荐读物】

1. 西莉亚·布朗奇菲尔德:《刑罚的故事》,郭建安译,法律出版社2006年版。
2. 高铭暄、马克昌主编,赵秉志执行主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版。
3. 李立众编:《刑法一本通》,法律出版社2009年版。

### 【思考题】

## 第 11 章

# 经 济 法

- 经济法概述
- 市场规制法
- 宏观调控法

**【本章概要】** 经济法是现代法律体系中的新兴法律部门。与以国家权力执行公共选择的公法和以意思自治贯彻市场逻辑的私法相并立,经济法意在通过国家经济调制行为的规制和市场主体逐利行为的国家调制(进而市场秩序的修复),构造自由、节制、效率、公平、繁荣、和谐的制度框架和生活空间。简言之,经济法成为现代社会市场、福利国家和法治国家内在机理的法律表达。本章着重介绍经济法的概念、特性、价值理念、调整机制和制度安排。

### §1 经济法概述

#### 经济法的概念

经济法,是指调整、调制性经济关系的法律规范的总称。调制性经济关系,是指国家依据一定规则加以调节、控制的经济关系,包括国家与经济主体之间的调制性经济关系和经济主体之间受到国家调制性安排的经济关系。

现代意义的经济法,表现为矫治市场失灵之法和规制国家经济调制行为之法。一方面,经济法确认和调整国家在市场机制的失灵处对于市场主体经济活动的引导、调节、干预和管理。另一方面,经济法设定了国家经济调制行为必须遵循的规范和程式,通过相关权限、程序、范围、手段等制度的控制,将



国家经济调制行为纳入法治的轨道。

依据西方市场经济实践经验和理论分析,自由放任式市场经济的缺陷主要表现为宏观经济运行的不稳定性,以及由垄断、信息偏在、外部性、公共物品等所表征的竞争秩序的失序。<sup>①</sup>相应,国家的补救性经济行为主要表现为对于宏观经济运行的调控和对于市场经济秩序的修复。因此,现代意义经济法的调整范围主要涵盖宏观经济调控领域和市场秩序修正领域,包括国家与市场主体之间的宏观调控关系、国家与市场主体之间的市场规制关系,以及市场主体之间受到国家调制的经济关系。一般意义上,现代意义经济法指称宏观调控法和市场规制法。

## 经济法的特性

经济法为维护社会公共利益而存在,“社会性”是其根本属性,决定了经济法从价值理念到调整机制等一切方面的基本特征。

由市场失灵所凸显的维护社会公共利益的制度需求,使经济法禀赋“社会法”的特性,超越公、私法的局限应运而生。市场机制的运行具有自发性、盲目性、滞后性等缺陷,其所确立的经济主体对于个体私利的放任追逐,必然导致失业、通货膨胀、垄断、不正当竞争等宏观经济的动荡和市场秩序的失序,从而导致市场效率受到减损、社会公正受到损坏,社会公共利益遭受毁损。个体利益与社会公共利益相制衡的铁律,必然要求对于个体本位的市场机制做出社会性的修复和矫正。国家作为社会公共利益的终极代表,必然承担了更多的经济职能,以其所行使的公共权力对市场主体的自由经济活动进行必要的调节、干预和规制。但另一方面,政府亦存在失灵现象,国家理性认知复杂经济规律的有限能力、政府官员的短期行为、权力行使者的寻租倾向等政府缺陷对于国民经济造成更大破坏的可能,决定了政府调节机制相对于市场调节机制的辅助性和第二性地位;决定了国家调控行为的宏观性、间接性和经济性特征;由此,产生了一种兼容国家规制因素和市场自由因素的新型经济关系。此种经济关系,因其规制性和自治性相融合的特质而不同于平等的民事经济关系和命令性的行政管理关系。对于此种经济关系的法律调整,引发了私法和公法的交互融合。此种融合,在理念上超越了私法对个体性的张扬和公法对国家性的关注,在调整机制上超越了私法的任意性规范形式和公法的强制性规范形式。由此,必然产生一个在

<sup>①</sup> 信息偏在,是指信息在市场主体间的不对称分布,一方所了解的交易信息多于其相对人。外部性,是指一个或更多的人的自发行为未经第三者的同意而强加给他们的费用或强行给予他们的收益。公共物品,是指其消费具有非排他性的物品。

理念上关注社会公共性、在调整机制上兼具私法和公法混合特质的第三法域——作为“社会法”的经济法。作为其产生依据，“社会性”构成了经济法的本质特性，昭示了经济法与相邻公、私法的区别与联系，并决定了经济法制度安排的主要形态。

1. 在价值理念上，经济法对于市场效率、社会公正和经济秩序的追求与维护。效率、公正和秩序是所有法律部门所力促的价值目标，经济法的特性在于对其公共性和社会性内涵的关注与阐发。由于失灵现象的存在，市场不再是一个所有经济主体均可同等自由地实现和分享最大化利益的场所，诸价值目标的个体性和公共性内涵发生分裂。一方面，交易成本的增加使市场主体对于个体效率的追逐不足以同时促进社会群体福利的增长，市场效绩需要帕累托改进；<sup>①</sup>另一方面，优势群体和劣势群体的益愈分裂（例如垄断企业与中小企业、生产经营者与消费者的对立），撼动了以平等自由为价值基础的经济社会体系，社会正义的价值诉求益愈凸显；同时，竞争各方对于个体私利的非理性和不道德追求，倾向于破坏市场运行的自治机制，自由经济秩序需要得到修补和维护。经济效率中的帕累托最优、正义诉求中的社会公正、自由竞争秩序的社会性修复，非为个体本位的私法和国家本位的公法所能顾及和促就。作为社会法域的经济法，以其对集体经济行为<sup>②</sup>的确认和规制，承担了维护自由经济秩序、保护弱势群体经济利益、增进社会总体福利、谋求最大多数人的最大幸福的职能。

2. 在主体形态上，经济法对于国家规制主体、社会准规制主体和市场受规制主体的确认与构造。经济法以集体经济行为对非理性个体经济行为的规制来修复社会公共利益。国家规制主体和市场受规制主体必然构成经济法主体结构的基本两极。同时，社会的自治和自律性团体在维护群体利益、规约和限制个体和国家的任意性行为中担当重要角色，该类团体以社会准规制主体的姿态成为经济法的重要主体。<sup>③</sup> 被赋予主体资格的国家规制主体、社会准规制主体和市场受规制主体，在其权力、权利和义务的交互制衡下，贯彻经济法维护社会公共利益的制度安排。

3. 在权利、义务的配置上，经济法对于调制主体和受调制主体权利限度及其相互间非均衡性、不对等性和倾斜性结构关系的设定。<sup>④</sup> 作为集体经济行为矫治非理性个体经济行为的法律表达，经济法的调制主体享有进行宏观

① 帕累托改进，是指在资源配置过程中，不损害一些人的福利就无以改善其他人的福利的一种状态。

② 在此指称国家的调制性经济行为。

③ 参见王全兴：《经济法基础理论专题研究》，中国检察出版社 2002 年版，第 499～570 页。

④ 参见张守文、于雷：《市场经济与新经济法》，北京大学出版社 1993 年版，第 133～138 页。

调控和市场规制的经济职权,并承担相应经济职责;受调制主体在享有依法从事各种市场经济活动、进行正当竞争和取得合格商品与服务的权利的同时,承担接受对其自由经济行为施行的法定调节与控制的义务。社会性的根本属性,决定了经济法权利(力)的限度性和边界性,为其行使附加不得滥用的义务。其中,调制主体对其宏观调控权和市场规制权的行使必须依照法律规定的范围、程序和方式进行,不得滥用或超越法定职权;受调制主体对其自由经济权利的行使,受到公共福利和公序良俗的必要限制,负有不对抗公共选择、不违反诚实信用的义务。另外,在社会公共利益的目标追求中对于福利国家的角色强化、对于非理性和不道德市场主体行为的否定以及对于弱势群体权利的强调,使经济法在主体间权利、义务的配置中呈现出某种非均衡性、不对等性和倾斜性特征。非均衡性,是指调制主体的权力、义务和市场主体的权利、义务在不同法律情境中的不均等分配和规定。不对等性,是指规制主体与受规制主体间以及受规制主体相互间权利(力)、义务的非对应和非平等组合状态。倾斜性,是不对等性的一种具体表现,是指经济法对于规制主体的权力配置多于具体的义务设定,而对于市场主体的义务设定则多于具体的权利宣告,对于弱势群体的权利袒护多于义务设定。

4. 在法律责任的归结上,经济法对于主体责任双重性、可分性和社会性的确认。经济法由传统公、私法交融而生,作为经济法主体的调制主体和受调制主体同时具有行政主体和民事主体的基础身份,因此,经济法主体对于经济法义务的违反可能同时导致对其基础性身份义务的违反,进而导致本法责任和他法责任的双重追究。与之相关的则是经济法主体责任形式的综合性特点,即民事责任形式、行政责任形式和刑事责任形式的兼采并用。同时,经济法主体间权利(力)、义务的非均衡性、不对等性和倾斜性配置,导致经济法主体责任的可分性。责任的可分性,是指调制主体与受调制主体分别承担不同形式的责任,前者主要承担行政责任而后者既可承担民事责任、又可承担行政责任和刑事责任;前者责任以补偿性为主,后者责任则以惩罚性为主。更为重要的,经济法责任具有社会性的根本属性。社会性的属性,决定了经济法责任的归结并不必然强调“过错”性要件(例如产品责任法中的严格责任);亦决定了经济法对规制主体责任的强调和对市场主体责任的严格设定(例如,生产者侵犯消费者权益时承担加重的赔偿责任)。

5. 在调整手段的使用上,经济法对于私法性、弹性化手段和公法性、刚性化手段的综合采纳。经济法的社会法属性、公私法性质兼具的特质及其规制性和经济性的特征,决定了其调整手段中权力性规制方式和非权力性规制方式的综合运用。调制主体宏观调控权和市场规制权的行使,可能通过强制性规范以命令、许可等刚性化方式进行,也可能通过任意性规范以指导性计划、

劝告、行政合同、杠杆诱导等弹性化方式进行。调整手段的综合性采用,体现了经济法对于现代市场经济体制下“市场基础,国家优位”的社会利益维护机制的法律表达,亦表征了经济法与公、私法的区别所在。

## §2 宏观调控法

宏观调控法,是指调整在宏观调控过程中发生的经济关系的法律规范的总称。宏观调控关系,是指国家对国民经济总体活动进行调节和控制过程中发生的经济关系。

宏观调控法旨在实现国民经济的总量平衡和结构优化,其通过规定宏观调控的主体权限和行为程序,法律化地表达了相应的国家经济政策和调控手段。宏观调控法的法群结构主要包括计划法、产业法、财政法、税收法、金融法、价格法等子部门法。

### 计划法

计划法,是调整在制定和实施国家计划的过程中发生的社会关系的法律规范的总称。国家计划是“国家对其经济和社会事业发展所做出的预测及其希望实现的政策目标,以及为实现政策目标所需采取的相互协调的政策措施”。<sup>①</sup>

作为国家介入和组织经济的行动纲领和措施安排,计划的范围和强度直接指示市场自由机制与国家规制机制的整合格局。指令性计划体系向指导性计划体系的转变、针对企业等微观经济个体的计划向针对市场宏观运行态势的计划的转变、强制性计划向诱导性计划的转变、集权性和行政化计划向民主性和法治化计划的转变,诠释了我国高度集权的计划经济体制向国家宏观调控下的市场经济体制的变革。

计划法律制度包括实体性制度和程序性制度。实体性计划法律制度主要包括计划管理体制、宏观调控目标体系、宏观调控政策体系、计划主体及其权力、义务和责任等。

计划管理体制是“有关计划权的分割、配置的各项制度的总称”。<sup>②</sup> 计划管理体制主要指称计划决策权和计划管理权在权力机关和行政机关之间的分

① 参见杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第270页。

② 杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第274页。

配和协调。

宏观调控目标体系主要关涉宏观经济的总量平衡和结构优化。我国的计划目标体系包括经济增长率、就业率、国际收支平衡、人口增长率等重要指标。

宏观调控的政策体系主要包括以调节总需为重点的经济总量平衡政策、以产业政策为核心的经济结构调整政策,以兼顾效率与公平为宗旨的收入分配政策、以促进经济、科技、社会、环境协调发展为目标的可持续发展政策等。

计划主体是制定、审批、实施、监督计划的主体。赋予计划主体的计划权力在性质上是一种国家主权、经济职权兼经济自主权、创制权、宏观调控权、实体权力兼程序权力。计划主体的责任设定则遵循过错责任原则,由做出违反计划法行为的权力主体承担包括行政责任和刑事责任形式的法律责任。<sup>①</sup>

程序性计划法律制度表现为对于计划的制定、审批、修改、实施和监督等步骤、环节和流程的程式化、制度化规定。

## 产业法

产业法,是调整国家产业政策制定和实施过程中发生的经济关系的法律规范的总称。产业政策是政府设计有关产业发展,特别是关于产业结构演变的政策、目标和政策措施的总和。<sup>②</sup>

在市场体制下,产业结构和组织主要由市场机制自发调节。但是,鉴于市场调节的盲目性和滞后性等缺陷,产业政策和产业法对于优化本国产业布局、促进经济科学、协调、健康、快速发展起着不可或缺的作用。

产业法体系涵括产业结构法、产业组织法、产业技术法和区域经济协调发展法等。其中,产业结构法是产业结构政策的法律化,旨在实现产业结构的优化,主要包括产业结构的长期构想、对战略产业的保护和扶植、对衰退产业的调整和援助等相关政策规范。产业组织法是产业组织政策的法律化,旨在促进企业的合理竞争、实现规模经济 and 专业化协作,主要包括反垄断政策法、中小企业政策法等有关市场秩序、产业合理化和产业保护等的政策规范。<sup>③</sup> 产业技术法是产业技术政策的法律化,旨在激励技术创新和应用、提高我国产业的技术水平,主要包括科学技术进步法、产业技术创新法、落后技术淘汰法、技术成果转化法和技术引进法等政策规范。区域经济协调发展法是区域经济政

<sup>①</sup> 参见邱本:《计划法研究》,载法苑精粹编辑委员会编:《中国经济法学精粹》(2002年卷),机械工业出版社2002年版,第200~234页。

<sup>②</sup> 参见杨紫烜主编:《经济法》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2008年版,第458~459页。

<sup>③</sup> 参见漆多俊主编:《宏观调控法研究》,中国方正出版社2002年版,第148页;杨紫烜主编:《经济法》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2008年版,第467页。

策的法律化,旨在改善国民经济的空间结构、达到提高经济效率和实现社会公平的总目标,主要包括区域经济发展总体规划制度和区域经济发展财政制度、金融制度、投资和开发制度、贸易制度等具体规划制度。

## 财政法

财政法,是调整国家财政活动的法律规范的总称。财政,是国家和其他公共团体为了满足公共欲望而取得、使用和管理资财的活动的总称。财政法的体系结构包括关涉财政收入的税法和国债法、关涉财政支出的政府采购法和转移支付法以及同时关涉财政收入和财政支出的预算法。

预算法,是调整在国家进行预算资金的筹集、分配、使用和管理过程中发生的经济关系的法律规范的总称。预算,是国家对会计年度内的收入和支出的预先估算,反应了政府活动的范围、方向和政策目标。预算管理体制,是指国家机关之间、中央和地方之间在预算管理职权方面的划分。依据“一级政府、一级预算”的原则,我国的预算体系可分为中央预算和地方预算。完整的预算包括预算收入和预算支出。前者包括税收收入、依照规定应当上缴的国有资产收益、专项收入和其他收入。预算支出的形式主要包括经济建设支出;教育、科学、文化、卫生、体育支出;国家管理费用支出;国防支出;各项补贴支出和其他支出。预算管理程序是国家在预算管理方面依序进行的各个工作环节所构成的有秩序活动的总体,主要包括预算的编制、审批、执行和调整、决算的编制和批准。

国债法,是调整在国债的发行、使用、偿还和管理的过程中发生的经济关系的法律规范的总称。国债,是国家为实现其职能而以国家信用为基础所借的债务,是国家筹集财政收入、弥补财政赤字和进行宏观调控的重要手段。国债的发行,是指国债的售出或被认购的过程。国债发行的方法主要包括直接发行、间接发行、销售发行、摊派发行。国债的使用,主要包括政府对国债资金的使用以及国债债权人对其债券权利的行使。国债的偿还,是国家依法定或约定,对到期国债还本付息的过程。其资金来源可以是预算盈余、预算拨款或新债还旧债等。国债管理,是为调控国债的规模、结构、利率等所采取的各种措施,主要包括规模管理和结构管理。

政府采购法,是调整政府采购行为的法律规范的总称。政府采购,是指政府为了实现公共目的而按照法定的方式和程序,以购买者身份购进货物、工程和服务的行为。政府采购法律制度关涉政府采购的模式(可分为由主管机构或其授权机构统一采购的集中采购模式和由使用单位自行采购的分散采购模式)、采购法的主体(一般包括采购主管机构、采购收益机构、采购中介机构、供应商或承包商等)、政府采购的资金来源(一般是财政性资金,包括财政拨

款、收益机构的各种收入等)。

转移支付法,是调整在财政转移支付的过程中发生的社会关系的法律规范的总称。转移支付,是指各级政府之间为解决财政失衡而通过一定的形式和途径转移财政资金的活动,是用于补充公共物品而提供的一种无偿支出。

## 税法

税法,是调整在税收活动中发生的社会关系的法律规范的总称。税收,是国家为实现其公共职能而凭借其政治权力,依法强制、无偿地取得财政收入的活动或手段。

税收具有国家强制性、公共目的性、无偿征收性和标准确定性等特征。作为一种财政手段,税收是国家财政收入的基本来源;作为一种经济杠杆,税收具有宏观调控的功能;作为一种转移支付的方式,税收是谋求社会正义的重要途径。税收的分类直接影响税收体系和税制建设。依据税负能否转嫁,税收分为直接税和间接税;依据税收征计标准的不同,税收分为从量税和从价税;依据征税对象的不同,税收分为商品税、所得税和财产税;依据税收管理权和税收收益权的不同,税收分为中央税和地方税;依据税收与价格的关系,税收分为价内税和价外税;依据课税标准是否具有依附性,税收分为独立税和附加税。

税法体系包括税收体制法和税收征纳法,税收征纳法又包括税收征纳实体法和税收征纳程序法。税法的构成要素包括实体法要素和程序法要素;其中,实体法要素主要包括征税主体、纳税主体等税法主体,商品、财产、所得等征税客体,税目和计税依据,比例税率、累进税率和定额税率等税率;程序法要素主要包括纳税时间和地点等。

税收体制,是指在相关国家机关间划分和配置税收权力的制度系统,税收权力主要包括税收立法权、税收征管权和税收收益权。我国实行分税制的税收体制,即将统一税种划分为中央税、地方税和中央与地方共享税,分别建立中央税收和地方税收体系,分设中央与地方两套税务机构分别征管和入库。

税收征纳实体法律制度主要包括:

(1) 商品税法律制度。商品税是以商品为征税对象,以依法确定的商品的流转额为计税依据而征收的一类税。商品税主要包括增值税、消费税、营业税和关税。

(2) 所得税法律制度。所得税是以所得为征税对象,向获取所得的主体征收的一类税。所得税主要分为企业所得税和个人所得税两类。

(3) 财产税法律制度。财产税是以财产为征税对象,并由对财产进行占有、使用或收益的主体缴纳的一类税,例如资源税、房产税、土地使用税等。

税收征纳程序法律制度主要包括税务管理制度、税款征收制度、税务检查制度、税务代理制度等。

## 金融法

金融法,是调整金融关系的法律规范的总称。金融,是以信用为媒介的货币资金的融通。由于货币融通构成经济系统的循环血脉,金融政策成为国家进行宏观调控的重要杠杆,金融市场受到国家的监管和规制。

广义的金融法包括银行法、货币法、证券法、票据法、信托法、保险法等。由于金融活动主要通过银行业务来实现,所以银行法构成金融法的基本法,在狭义上指代金融法。银行法是调整银行的组织和活动的法律规范的总称。依据银行等金融机构的组织、性质、地位和业务活动范围的不同,银行法主要包括中央银行法、普通银行法和非银行金融机构法。在经济法的语境下,作为宏观调控法被指称的是中央银行法。

我国的银行和金融体系主要包括中央银行、商业银行、政策性银行和非银行金融机构。其中,中央银行不以营利为目的、不参与竞争,主要从事金融调控和管理活动;政策性银行为特定的国家经济政策服务,不从事营利性金融经营业务;商业银行和非银行金融机构主要从事借贷业务、中间业务等金融经营活动。亦即,中央银行的角色定位主要表现为国家的金融调控和监管主体,政策性银行表现为国家经济政策的执行主体,商业银行和非银行金融机构表现为逐利性特征的金融市场主体。因此,银行法,如同广义的金融法,包括作为经济法范畴的金融调控和监管法以及作为商法范畴的金融经营法。在宏观调控法体系中,被论及的是中央银行法。

我国中央银行法的核心内容主要关涉:

### 1. 中央银行的定位

中央银行是代表国家进行金融调控和管理的特殊金融机构,是唯一的发行银行、政府的银行和银行的银行。中央银行代表国家制定、执行金融政策,对经济进行宏观调控,是国家调节信用和管理金融的工具。

### 2. 中央银行的职能

中央银行的职能可归纳为服务职能、调控职能和管理职能。服务职能体现在中央银行为政府和普通金融机构提供资金融通、代理业务、主持清算等方面。作为政府的银行,中央银行为政府管理国库、融通资金、作金融代表和金融顾问等。作为银行的银行,中央银行是银行最后的贷款者、主持全国的清算事宜等。调控职能是指中央银行可以通过对货币和信用的调节和控制来影响和干预整个社会经济的运行,以实现预期的货币政策目标。其调控职能主要表现为调节货币供应量、调整存款准备金和再贴现率、开展公开市场业务等。



管理职能是指中央银行作为法定的金融管理的最高机关所应具有的功能,主要表现为其有权制定有关的金融政策和规章,有权对金融机构的市场主体资格进行审批,有权对各种金融机构的业务活动进行监督和管理等方面。

### 3. 中央银行的货币政策和货币政策工具

货币政策是中央银行为实现特定的经济目标而制定和实施的各种旨在调控货币供应量或信用量的策略和做法的总称。货币政策主要由信贷政策、利率政策和外汇政策组成。货币政策通过调节市场主体的经济行为间接控制社会总需求,进而促进供求总量的平衡,关系到宏观经济运行中的货币供应量、信用量、利率、汇率及金融市场等问题,是国家进行宏观调控的重要工具。中央银行的货币政策主要通过一般性货币政策工具和其他货币政策工具来实现。前者主要包括再贴现政策、存款准备金政策和公开市场政策。后者主要包括直接信用控制、间接信用控制、消费信用控制、不动产信用控制和证券市场信用控制等。

## 价格法

价格法,是指国家为调整与价格的制定、执行、监督有关的各种经济关系而制定的法律规范的总称。价格法所调整的价格关系主要包括:价格管理部门内部的价格权限划分关系;价格管理部门与经营者之间在制定、调整和执行商品(或服务)价格中发生的价格监督和管理关系;经营者相互之间及其与消费者之间因提供商品(或服务)而发生的价格关系。

价格法是国家运用法律手段进行宏观调控,加强价格管理,规范价格行为,发挥价格合理配置资源作用,稳定市场物价总水平,保护消费者和经营者合法权益,促进市场经济健康发展的重要手段。

我国的价格管理机构是各级政府物价主管部门和其他相关部门。目前,除极少数不适宜由市场调节价格的商品外,多数商品的价格已经开放,由经营者在国家政策的指导下自主制定,只对其价格行为通过法律进行规范;极少数商品或服务的价格,政府通过定价目录规定其范围,由政府的价格主管部门和其他相关部门进行管理。市场调节价、政府指导价和政府定价是当前我国价格形成的三种基本形式。

## §3 市场规制法

### 市场规制法概述

市场规制法,是指调整在市场规制过程中发生的经济关系的法律规范的

总称。市场规制,是国家依照法律和相关规则对市场主体的自由竞争和交易行为进行的管理和干预。

市场规制法所保护的法益,是在私人法益的损害中同时受到危害的公共利益;市场规制法的功能设定,在于通过对于个体交易行为和关系的强制性规范而实现对于自由竞争秩序的修复。因此,市场规制法所调整的经济关系,是在市场主体间自由交易的微观基础关系上叠加国家强制力量,既表现为国家直接作为主导一方与市场主体间的管理与被管理关系(如工商机关对于不正当经营者的管理),又表现为交易当事人之间受到国家权力隐性安排的不平等关系(如在生产经营者与消费者之间对于后者的特别保护)。相应,市场规制法的调整机制,一方面表现为国家经济行政权力与市场主体义务和责任的不对等性设置;另一方面表现为博弈能力分殊的市场主体之间倾斜性和不均等性的权利、义务、责任配置。

依其对于排除和妨碍竞争行为、不公平竞争行为、不正当竞争行为的规制及其对消费者权益的特殊保护,市场规制法的体系结构主要包括反垄断法、反不正当竞争法和消费者权益保护法等子部门法。

## 反垄断法

反垄断法,是在市场经济条件下,为了促进自由、公平、有效的竞争,防止和排除垄断所导致的弊端而制定的法律。垄断,是指经营者以独占或有组织的联合行动等方式,凭借经济优势或行政权力,操纵或支配市场,限制和排斥竞争的行为。垄断包括基于自由竞争优势形成的经济性垄断和基于行政权力形成的行政性垄断。

垄断,以经济力的集中为内核直接关涉市场结构和效果。它一方面导致对于竞争的排斥和限制,导致市场效率的减损和社会公正的偏轨;另一方面有利于防止过度竞争,实现有效竞争,追求规模效益和应对经济波动与不景气。因此,各国反垄断法均在不同程度上兼容自由机制和矫治机制,对垄断采取一般禁止和适用除外,既限制和禁止又包容和鼓励的态度。

### 1. 反垄断法的原则

(1) “原则禁止”原则与“弊害禁止”原则。“原则禁止”原则,又称当然违法原则,是指只要存在结合或共谋等垄断行为就应加以限制或禁止。“弊害禁止”原则,是指只是在结合和共谋等垄断行为确实限制了竞争,造成垄断弊害时,才应加以限制或禁止。

(2) 行为控制原则与结构控制原则。行为控制原则,是指反垄断法应以控制限制竞争和形成垄断的市场行为为重点的原则。结构控制原则,是指反垄断法应通过控制市场结构来控制垄断发生的条件,从而禁止和控制垄断的

原则。

## 2. 反垄断法的实体性内容

(1) 禁止限制竞争。此类规定的对象是私人垄断和卡特尔协议。我国《反垄断法》所规制的垄断协议主要包括固定价格、市场划分、联合抵制等横向垄断协议,限制转售价格、排他交易等纵向垄断协议,及其行业协会组织的垄断协议等。

(2) 禁止过度集中。主要体现为反垄断法对企业兼并的限制,意在防止经济实力过度集中。

(3) 禁止滥用优势地位。市场优势的滥用是指少数大企业凭借自身的经济实力而对其他企业施加影响和控制,从而限制有效竞争的行为。我国反垄断法所列举的此类行为主要包括:以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;没有正当理由,以低于成本的价格销售商品、拒绝交易、限定交易相对人只能与其或其所指定者进行交易、搭售商品、对交易相对人实行差别待遇等。

(4) 适用除外条款。该条款的适用范围一般包括:具有一定自然垄断性质的公用公益事业等特定经济部门;知识产权领域;特定时期和特定情况下的垄断行为和联合行动。

## 3. 反垄断法的程序性内容

(1) 反垄断法的执行机构及其职责。各国大都设置专门机构来实施反垄断法。它们一般享有广泛的立法权,一定程度的准司法权和准立法权,并在一定程度上处于超然地位。我国反垄断法的实施采用二元执法体制,即由反垄断委员会和反垄断执法机构二者之间进行分工协作。

(2) 违法事件的处理程序。基于反垄断法中的违法事件的特殊性,其处理程序一般是在审判程序之前加入专门执法机构的准司法性质的程序。

## 反不正当竞争法

反不正当竞争法,是指对不正当竞争行为进行规制和禁止的法律规范的总称。不正当竞争行为,是指违反公平合理、诚实信用、善良风俗原则,违背公认的商业道德和市场竞争规则的行为。

不正当竞争行为的表现形式主要包括:

(1) 采用欺骗性标志从事交易行为。主要包括假冒他人的注册商标,仿冒知名商品的名称、包装、装潢等标志,仿冒他人的企业名称或姓名、使用质量虚假标志等行为。

(2) 强制性交易行为。是指公用企业或其他依法具有独占地位的经营者优先限定他人购买其指定的经营者的商品,排斥其他经营者的行为。

(3) 商业贿赂行为。我国商业贿赂的主要形式是回扣。

(4) 虚假宣传行为。是指经营者利用广告或其他方式,对商品的质量、性能、用途、价格等作引人误解的虚假表示,诱发消费者产生误购的行为。

(5) 侵犯商业秘密的行为。主要包括以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人商业秘密的行为;披露、使用或者允许他人使用以前述手段获取的权利人的商业秘密的行为;违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为。

(6) 压价排挤竞争对手行为。其特征表现为不当降价、以排挤竞争对手为目的、限制竞争。

(7) 搭售和附加不合理交易条件的行为。其特征表现为违背自愿原则、违背公平原则、限制竞争。

(8) 不正当有奖销售行为。主要包括欺骗性的有奖销售行为、推销质次价高商品的有奖销售行为、巨奖销售行为等。

(9) 诋毁商誉行为。是指经营者通过捏造、散布虚假事实等不正当手段损害竞争对手的商业信誉和商品声誉,削弱对手竞争能力的行为。

(10) 串通勾结投标行为。主要表现为投标者之间的串通投标行为和招标者与投标者之间的勾结行为。

(11) 滥用行政权力限制竞争行为。该类行为实为政府经济职权的滥用。

## 消费者权益保护法

消费者权益保护法,是指调整在保护消费者权益的过程中发生的经济关系的法律规范的总称。消费者,作为与经营者相对应的概念,是指为了满足个人生活消费的需要而购买、使用商品或者接受服务的居民。

由于信息不对称、知识偏在市场缺陷的存在,消费者在与生产经营者的利益谈判中居于弱势地位,其权益的易于受侵性,使消费者权益成为一项社会性的人权而应受到生产经营者、社会和国家的特别尊重和保障。

消费者权利主要包括:

(1) 保障安全权。它是消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的保障其人身、财产安全不受损害的权利。

(2) 知情了解权。它是消费者享有的知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

(3) 自主选择权。它是消费者享有的自主选择商品或服务的权利。

(4) 公平交易权。它是消费者在购买商品或者接受服务时所享有的获得质量保障和价格合理、计量正确等公平交易条件的权利。

(5) 依法求偿权。它是消费者在因购买、使用商品或者接受服务而受到

人身、财产损害时,依法享有的要求并获得赔偿的权利。

(6) 获得尊重权。它是消费者在购买、使用商品或者接受服务时所享有的其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

(7) 依法结社权。它是消费者享有的依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

(8) 监督批评权。它是消费者享有的对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。

对应于消费者权益的特别保护,经营者义务主要包括:依法定或约定履行义务、听取意见和接受监督、保障人身和财产安全、不作虚假宣传、出具相应凭证和单据、提供符合要求的商品或服务、不从事不公平和不合理交易、不侵犯消费者人身权等。

消费者权益的国家保护主要包括立法、行政管理和惩处违法犯罪等方面的保护。消费者权益的社会保护,主要指公益性消费者组织的保护,其中最重要的是消费者协会的保护。

### 【关键词】

经济法(economic law):是指调整调制性经济关系的法律规范的总称。调制性经济关系,是指国家依据一定规则加以调节、控制的经济关系。

宏观调控法(laws of micro-economic control):是指调整在宏观调控过程中发生的经济关系的法律规范的总称。宏观调控关系,是指国家对国民经济总体活动进行调节和控制过程中发生的经济关系。

市场规制法(laws of market regulation):是指调整在市场规制过程中发生的经济关系的法律规范的总称。市场规制,是国家依照法律和相关规则对市场主体的自由竞争和交易行为进行的管理和干预。

### 【思考题】

1. 如何理解经济法的“社会性”特征?
2. 税法有哪些构成要素?
3. 我国反垄断法所规制的垄断协议有哪些?
4. 不正当竞争行为的主要形式是哪些?

### 【课堂讨论案例】

1. 张某在某商场化妆品自选柜台选购化妆品时,为某品牌做促销的王某极力劝其购买自己的商品。张某拒买,遭到王某的粗鲁对待,并被该商场的一名保安以偷窃为名强行搜身(未搜出任何疑窃之物)。张某愤然向法院起诉,要求该商场赔礼道歉、为其恢复名誉并赔偿精神损失3000元。

**试讨论:**在本案中,张某的哪些权益受到了侵犯?

2. 李某和刘某各经营一家饭店。李某的饭店生意萧条,而刘某的饭店生意兴隆。当李某得知刘某生意兴隆的原因在于其拥有的祖传秘方时,提出与刘某合作,提议刘某把祖传秘方注入李某的饭店,李某饭店所得利润的60%分给刘某。在合作过程中,李某获得刘某祖传秘方的主要配料后,以合作条件尚不成熟为由拒绝了刘某的进一步商谈。李某利用从刘某处所得的配方进行菜品制作,生意大好。

**试讨论:**刘某能否追求李某的责任,法律依据是什么?

### 【推荐读物】

1. 杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社2008年版。
2. 宋彪编:《经济法案例研习教程》,中国人民大学出版社2008年版。

# 第 12 章

## 环 境 法

- 环境法概述
- 污染防治法
- 自然资源保护法
- 自然保护法

**【本章概要】** 环境法是一个相对新兴的法律部门,又是进入新世纪后十分活跃的法律领域。人们社会生活的几乎每一个方面都跟环境法有关。小到家庭装修产生的室内环境问题,相邻住户之间的采光、油烟问题,大到一条河流、一个地区和一个国家的环境规划管理,乃至全球气候变化的问题,都是环境法发挥作用的场合。因此,环境法是一个跨学科、跨部门法的交叉法律部门。与此同时,环境法又是一个促进变革的法律部门。所有产品从生产到贮存、运输、消费使用、废弃处置的全过程都必须符合国家的环境保护要求,人们的日常生活的许多方面也越来越多要求以环境友好的方式进行,环境法就是要致力于人们的生产方式和生活方式的改变。本章主要介绍环境法的基本概念、理念、原则、以及防治污染、自然资源保护和管理、自然保护的基本法律制度与措施。

### § 1 环境法概述

#### 环境法的概念

所谓环境法,是指为了协调人与环境的关系,促进经济和社会的可持续发展,由国家制定或认可,并由国家强制力保证执行的有关保护和改善环境、合

理利用自然资源、防治污染和其他公害的法律规范的总称。

环境法的作用,是通过调整人们(包括组织)在生产、生活及其他活动中所产生的同保护和改善环境有关的各种社会关系,协调社会经济发展与环境保护的关系,把人类活动对环境的污染与破坏限制在最小限度内,维护生态平衡,达到人类社会同自然的协调发展。环境法所调整的社会关系可分为两类:一类是同保护自然、合理开发和利用自然资源有关的各种社会关系;一类是同防治工业废气、废水、固体废物、放射性物质、恶臭物质、有毒化学物质、生活垃圾等有害物质和废弃物对环境的污染,以及同防治噪声、振动、电磁辐射、地面沉降等公害有关的各种社会关系。

## 环境法的特点

环境法之所以能够与其他法律部门区别开来,并成为一个独立的法律部门,除了它有其自己特定的调整对象外,很重要的一个原因就是它有一些不同于其他法律部门的特点。

### 1. 综合性

环境法的综合性,首先表现在其法律关系的主体广泛,客体丰富,内容多样。环境法律关系主体不仅包括一般法律主体的公民、法人及其他组织,也包括国家乃至全人类,甚至包括尚未出生的后代人。环境法的保护对象相当广泛,包括自然环境要素、人为环境要素和整个地球的生物圈。如中国《环境保护法》第2条规定:“本法所称环境,是指影响人类生存和发展的各种天然和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜、城市和乡村等”。环境法规范的领域也相当广泛,不仅要防止大气污染、水污染、海洋污染、环境噪声污染、放射性污染、有毒化学品污染等,而且还要保护土地资源、森林资源、草原资源、水资源、矿产资源、物种资源、风景名胜资源和文化遗迹地等。

其次,环境法的综合性表现为环境法的调整手段与方法的多样化。由于环境法所调整的社会关系涉及生产、流通、生活各个领域,并与开发利用、保护环境和资源的广泛社会活动有关,这就需要多种法律规范、多种方法,从多个方面对环境法律关系进行综合性调整。环境法实际上采用的就是一种综合运用各法律部门的手段对环境社会关系实行综合调控的体制。<sup>①</sup>它不仅适用于诸如宪法、行政法、刑法等公法予以解决,也可以适用民商法等私法予以救济,还可以适用国际法予以调整。它不但包括实体法,也包括程序法规范。

<sup>①</sup> 吕忠梅:《环境法》,法律出版社1997年版,第87页。



环境法就是这些法律规范的综合体,是一个跨部门的法律门类。

## 2. 科学技术性

环境法具有浓厚的科学技术性,这也是其不同于传统部门法的一个显著特征。环境法不是单纯调整人与人之间的社会关系,而是通过调整一定领域的社会关系来协调人与自然的关系。这就决定了环境法必须体现自然规律特别是生态规律的要求,并把大量的技术规范、操作规程、环境标准、控制污染的各种工艺技术要求等包括在法律规范中。

环境法的科学技术性不仅体现在它需要已知知识及其建议,而且对科学的不确定性也要做出反应。在立法实践中,对科学上有争议的对人类可能有不利影响的环境问题,采取了“宁可信其有,不可信其无”的态度,这就是所谓的风险防范原则。环境法的这一特点告诉我们,法律虽然必须有现实基础,但是就环境问题对人类及其生态环境的危害是不可逆的特点而言,环境法又必须在科学认识的基础上较传统法要有更多的灵活性及事前的预见性。

## 3. 社会公益性

环境法作为法,当然要反映占统治地位的阶级的意志,但它与阶级性和政治职能较强的一些立法如宪法、刑法等不同,它并非阶级矛盾不可调和的产物,而是人类与自然矛盾的产物。环境法所关注和规范的主要是社会公共利益和保障基本人权,它反映了全体社会成员的共同愿望和要求,代表人类的共同利益。在体现社会公共利益方面,环境法比其他任何法律部门都更加明显和突出。这是因为,第一环境污染与生态破坏,受害者绝不是个别人,也不仅仅是某一部分人,影响所及是受环境污染和破坏的整个区域的所有人。第二,有些环境损害具有潜伏性和延缓性,不仅危害当代人,而且还会危及子孙后代。第三,有些环境污染或破坏还会跨越国界危害世界不同国家的人们。因此,环境法就不可能仅是为某一部分人的利益服务,它必然要体现出为整个社会利益服务的公益性。

正是在这个意义上,有人认为环境法的本质是社会法,说它是典型的以社会公共利益为立法目的的法律部门。<sup>①</sup>

## 4. 促进变革性

法律的基本功能是要稳定现实的社会关系与社会秩序,环境法也不例外。环境法通过对各种环境社会关系的调整,同样也是致力于维护现有的政治秩序、经济秩序和人们的生活秩序。但是,环境法的产生从根本上来说是缘于人

<sup>①</sup> 参见吕忠梅:《环境法》,法律出版社1997年版,第49~55页。周珂:《环境法》,中国人民大学出版社2000年版,第14页。

们的生产方式和生活方式导致的人与自然的冲突,为了完成自己的使命,环境法除了提供传统的制度规范,要求人们的行为符合既有的大多数人的道德水准外,还要求人们积极地改变传统的高投入、高污染、高浪费的生产方式和求大、求多、用了就丢的生活方式,即要求具有一定的超前的环境道德水平。因此,环境法还提供许多非传统型的倡导性制度规范,促进社会的变革。例如,我国近年来颁布的《清洁生产促进法》(2002)、《循环经济促进法》(2008)等,就十分明显地体现出环境法促进变革的特性。

## 环境法的基本原则

环境法的基本原则是调整因开发、利用、保护和改善环境而产生的社会关系的指导思想和基本准则,是环境法本质和特征的集中体现。它贯穿于整个环境法中,具有普遍的指导作用。现在比较普遍认可的环境法的基本原则包括协调发展原则,预防为主、防治结合、综合治理原则,环境责任原则,以及公众参与原则。

协调发展原则,是环境保护同经济建设、社会发展相协调原则的简称,是指环境保护与经济建设和社会发展规划、同步实施、协调发展,实现经济效益、社会效益、环境效益的统一。这一原则正确地反映了环境保护与经济社会发展之间的关系,同时也指出了如何正确对待和处理它们之间的关系。《环境保护法》第4条规定,“国家制定的环境保护规划必须纳入国民经济和社会发展规划。国家采取有利于环境保护的经济政策和措施,使环境保护工作同经济建设和社会发展规划相协调”,就是这一原则的最好体现。现代环境问题多是伴随着经济、社会的发展而产生的,而实质是人的思维、决策和发展模式的失误。人类不得不重新反思自己对自然的认识,反思传统的经济与社会发展道路。在寻求新的道路的过程中,先后出现了几种不同的主张。一种是主张先发展经济,然后再去治理污染,改善环境,即走“先污染,后治理”的发展道路。在这种观点看来,环境问题不是什么大不了的难题,人类在发展的过程中自然有办法去解决的。另一种观点则相反,认为人类如果按照传统的发展模式发展下去必然导致整个生态系统的崩溃,因此,解决环境问题的出路就在于停止经济增长,走“零增长”、“零排放”的发展道路。这两种观点或主张都片面强调了经济、社会发展与环境保护的对立的一面,而忽视了它们相互促进的一面。实际上,环境保护与经济、社会的发展是对立统一的辩证关系,它们既有互相制约的一面,也有相互依存、相辅相成的一面。只要正确地对待,是能够实现同步发展的。于是,可持续发展观点在20世纪80年代便应运而生。可持续发展要求既满足当代人的发展需求,又不对后代人的发展能力构成危害。它要求树立尊重自然的理念,改变传统的高消耗、高污染的经济增长

模式,抛弃“用后就丢”的消费模式,走经济、社会与环境协调发展的新道路。

预防为主、防治结合、综合治理原则,是指采取各种预防措施,防止环境问题的产生和恶化,或者把环境污染和破坏控制在能够维持生态平衡、保护人体健康和社会物质财富及保障经济、社会持续发展的限度内。这一原则明确了预防和治理的关系,确立了治理环境污染和破坏的途径和方式。它要求防治环境污染和破坏,要以预防为主,做到“防患于未然”;同时,应采取各种措施,综合治理已经发生的环境污染和破坏。只有这样,才能有效地保护和改善环境质量。贯彻这一原则的具体要求是,根据我国环境法的规定,建立预防为主的环境保护责任制,采取有效措施,防止造成各种污染和破坏;严格控制新的环境污染和破坏,严格执行环境影响评价制度和“三同时”制度,加强对建设活动的环境保护管理;积极治理已经产生的环境污染和破坏,实行城市环境综合整治,把环境保护规划纳入城市总体发展规划,调整城市产业结构和经济布局,改善城市能源结构,减少污染物排放总量;加强环境监测,对可能发生的重大环境污染的企业事业单位采取预防措施等。

环境责任原则是“污染者付费、利用者补偿、开发者保护、破坏者恢复”原则的总称,是指人们基于对环境资源的利用,或对环境造成污染破坏、对资源造成减损,就应承担相应的法律义务或责任。20世纪70年代初期,经济合作与发展组织就提出了“污染者负担”原则,要求排污者应承担因污染破坏环境造成的损失的费用。这一原则随后就迅速为各国环境立法所接受并加以引申和发展,形成了环境责任原则。污染者付费,是指污染环境造成的损失及治理污染的费用应当由排污者承担,而不应当转嫁给国家和社会。如向排污者征收排污费、要求排污者治理污染等就是这一原则的体现。利用者补偿,是指开发利用环境资源者,应当按照国家有关规定承担经济补偿责任。这实际上就是要求实行资源的有偿使用。开发者保护,是指开发利用环境资源者,不仅有开发利用环境资源的权利,同时还有保护环境资源的义务。破坏者恢复,是指因开发环境资源而造成环境资源破坏的单位和个人,对其负有恢复整治的责任。如对开发建设活动者的水土保持要求、土地复垦要求等就是这一原则的体现。

公众参与原则,是指在环境资源保护领域内,社会公众有权通过一定的程序或途径参与一切与公众环境权益相关的决策活动、实施活动,使得其符合广大公众的切身利益。公众参与原则在环境法上的确立,既是民主法治思想的体现,也是环境问题的特点的必然要求。环境资源就其自然属性和对人类的极端重要性来说,它应该是人类的“共享资源”,是“公共财产”,任何人不能任意对其占有、支配和损害。在我国,根据现有的有关法律,公众参与原则的基本内容包括:(1)保证公民的环境知情权。公众应有权利获取所在国家、地区的环境状况的资料,有权知道影响其生活环境的开发建设项目的环境影

响资料,有权获取有关的环境保护法律、法规资料等。(2)公众有参与环境决策的权利。如《水污染防治法》第13条第4款的规定:“环境影响报告书中,应当有该建设项目所在地单位和市民的意见”。也就是让公众参与对建设项目的决策。(3)当环境或公众的环境权益受到侵害时,人人都可以通过有效的司法途径和行政程序进行救济。(4)一切单位和个人都保护环境的义务,并有权对污染环境和破坏环境的单位和个人进行检举和控告。

## 环境法的体系

所谓环境法的体系,是一个国家现行的有关保护和改善环境与自然资源、防治污染和其他公害的各种法律规范所组成的相互联系、相辅相成、协调一致的法律规范的整体。目前,我国的环境法已经形成比较完整的体系,成为国家整个法律体系的一个重要组成部分,主要由以下几个方面构成:(1)宪法中关于保护和防治污染的规定。目前,许多国家都在宪法里对环境保护作出规定,作为国家和社会的环境保护活动的最高准则和法律基础。如我国《宪法》第26条规定:“国家保护和自然资源,防治污染和其他公害”。(2)综合性的环境保护法,或称环境政策法,如我国1989年颁布的《中华人民共和国环境保护法》、罗马尼亚的《环境保护法》、日本的《公害对策基本法》、美国的《国家环境政策法》、保加利亚的《自然保护法》、瑞典的《环境保护法》等。这种法律是一个国家在环境保护方面的基本法,一般是对环境保护的范围和对象、方针、政策、基本原则、重要防治措施和对策、组织机构等重大问题,作出原则的规定。(3)保护自然资源和自然环境的法规,包括有关保护土地、矿藏、森林、草原、河流、湖泊、海洋、大气、野生动植物、自然保护区、风景名胜、国家公园等的法规。(4)防治污染及其他公害的法规,包括关于防治大气污染和水体污染,控制噪声和振动,防止地面沉降、防治恶臭和热污染,处理废弃物,控制和管理农药及其他有害化学品,防护放射性物质和电磁辐射危害等法规。(5)环境标准,主要是各种环境质量和污染物排放标准,如水质标准、大气质量标准、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等组织以及处理环境纠纷的程序等的法规。(7)在行政法、刑法、民法、经济法、劳动法等法规中有关环境保护的规定。此外,我国参加或缔结的国际环境条约也是我国环境法体系的重要组成部分。目前我国已经签订、参加了六十多个与环境资源有关的国际条约,除中国宣布予以保留的条款外,它们也构成中国环境法体系的一个组成部分。如《国际油污损害民事责任公约》、《国际防止船舶污染海洋公约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》、《气候变化框架公约》、《生物多样性公约》、《国际重要湿地保护公约》、《世界遗产公

约》、《野生迁徙物种养护公约》、《濒危物种国际贸易公约》、《南极环境保护议定书》以及中日、中澳之间《关于保护候鸟及其栖息环境的协定》，等等。

## §2 污染防治法

### 污染防治法概述

污染防治法是有关环境污染防治的法律的总称。所谓环境污染,是指由于人类的生产、生活活动产生的物质或能量进入环境,导致环境的物理、化学或生物特性发生改变,使环境质量恶化,影响人类或其他生物的生存和发展以至生态系统的良性循环的现象,简称“污染”。包括大气污染、水污染、土壤污染,也包括由上述污染衍生的环境效应,如:温室效应、臭氧层破坏、酸雨等。一般来说,污染总是人为的向环境介质中添加某种物质或能量,因此,环境污染也被叫做“投入”性环境问题。污染防治的立法主要也就是规范这些向环境媒介中的“排放”行为,包括对向环境中排放废弃物的原因行为管制和对环境有毒、有害的原因物质的管理两大类。

目前我国已经颁布的污染防治法律、法规主要有:《大气污染防治法》(2000)、《水污染防治法》(2008)及其实施细则、《海洋环境保护法》(1999)及其6个条例<sup>①</sup>、《固体废物污染环境防治法》(2004)、《环境噪声污染防治法》(1996)、《淮河流域水污染防治暂行条例》(1995)、《放射性污染防治法》(2003)、《农药管理条例》(1997)、《危险化学品安全管理条例》(2002)、《电磁辐射环境保护管理办法》(1997)等。此外,还有一些综合性的法律法规也主要是以防治污染为目的,如《环境保护法》(1989)、《环境影响评价法》(2002)、《清洁生产促进法》(2002)、《循环经济促进法》(2008)、《排污费征收使用管理条例》(2002),等等。

### 污染防治法的基本制度与措施

#### 1. 环境标准制度

环境标准是国家为了维护环境质量、控制污染,从而保护人群健康、社会财富和生态平衡而制定的各种技术指标和规范的总称。我国的环境标准体系

---

<sup>①</sup> 这6个条例分别是《防治陆源污染物污染损害海洋环境管理条例》、《防治海岸工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》、《海洋石油勘探开发环境保护管理条例》、《防止船舶污染海域管理条例》、《防止拆船污染环境管理条例》、《海洋倾废管理条例》。

分为三类两级。三类是说环境标准包括环境质量标准、污染物排放标准和环境保护基础方法标准。两级是指我国的环境标准包括国家标准和地方级标准。国家级环境标准由国务院环境保护行政主管部门制定并颁布,在全国范围内实施。地方级环境标准由省级环境保护行政主管部门组织制定,同级人民政府颁布实施。

环境质量标准,是以维护一定的环境品质、保护人体健康、社会财富和生态环境安全为目标,规定的环境中各类污染物质在一定时间和空间内的容许含量。环境质量标准是评价环境是否受到污染的法定依据,将环境污染限制在这个范围以内,就可以保持区域环境状况的良好。环境质量标准的法律性质类似环境行政计划,至多不过是行政努力的一个指标,并不具有作为直接规定公民的具体权利义务的性质。换句话说,即使区域的环境发生超过环境质量标准的恶化现象,也无法成为及时地对污染发生源实施强化限制的法律依据。在这种场合,行政机关只能通过行政指导对污染源提出限制污染行为的要求。因此,可以说环境质量标准的主要约束对象是政府,如我国《环境保护法》第16条就规定:“地方各级人民政府,应当对本辖区的环境质量负责,采取措施改善环境质量。”此外,环境质量标准在进行民事上的损害赔偿诉讼或停止行为请求诉讼中,可以当作判断加害行为违法性的判断要素之一。例如日本的判例认为,环境质量标准是基于许多学科调查而设定的,它是了解受害程度考虑忍受限度上的重要尺度。目前我国主要的环境质量标准有:《大气环境质量标准》、《地面水环境质量标准》、《渔业水质标准》、《海水水质标准》、《农田灌溉水质标准》、《生活饮用水卫生标准》、《工业企业噪声卫生标准》、《城市区域环境噪声标准》、《放射防护规定》、《微波辐射暂行卫生标准》、《核电厂环境辐射防护规定》等。

污染物排放标准,是为了实现环境质量标准和环境保护的目标,对污染源排放到环境中的污染物质的浓度或数量所做的限量规定。排放标准的设定方法分为浓度限制方式和总量控制方式两种,以前者为主,后者为发展方向。排放标准是对排污者课以直接遵守义务的标准,具有法规的直接约束力,违反这种标准将受到处罚。也就是说,超过排放标准的排污行为视为违法,要承担相应的法律后果。但是,排放标准只不过是行政上的管制标准,不能解释为企业只要遵守这个标准,当然地就能够免除民事、刑事上的一切责任。目前,我国主要的污染物排放标准有三类,一类是综合排放标准,如《污水综合排放标准》等。一类是工业生产排放标准,如《造纸工业水污染物排放标准》、《钢铁工业污染物排放标准》、《水泥工业污染物排放标准》、《纺织印染工业水污染物排放标准》、《石油化工水污染物排放标准》、《制革工业水污染物排放标准》等。还有一类是控制产品在使用过程中排放污染物的标准,如《汽车柴油机

全负荷烟度排放标准》、《锅炉烟尘排放标准》、《船舶污染物排放标准》、《农药安全使用标准》等。

基础与方法标准是一类特殊的标准,包括环境监测方法标准、环境标准样品标准和环境基础标准,它们是制定环境质量和污染物排放标准时所依据的工作规范,只有按照这些基础与方法标准获得的监测数据才是能够获得足够的法定效力的数据。这类标准有《制定地方水污染物排放标准的技术原则与方法》、《制定地方大气污染物排放标准的技术原则与方法》、《大气飘尘浓度测定方法》、《汽车尾气一氧化碳和碳氢含量测定方法》,等等。

## 2. 环境影响评价制度

环境影响评价,是指在进行对环境有影响的规划、计划以及开发、建设活动之前,对这些活动可能给环境造成的影响进行调查、预测和评价,提出减少和防治不良环境影响的方案,作为决策的依据。环境影响评价制度就是有关环境影响评价的范围、内容、程序、法律后果等事项的法律规则系统。

环境影响评价制度最早见于美国 1969 年的《国家环境政策法》,后来这项制度被认为是预防性环境政策的支柱,在全世界范围来得到广泛采纳和应用。中国 1979 年的《环境保护法(试行)》就建立了环境影响评价制度,1981 年的《建设项目环境保护管理办法》以及 1998 年的《建设项目环境保护管理条例》对这一制度作了较完善的规定,2002 年颁布的《环境影响评价法》进一步扩大了环境影响评价制度的应用范围,确立了我国完整的环境影响评价制度。

我国环境影响评价制度的具体内容主要包括:

(1) 环境影响评价的范围。凡是对环境有影响的规划、建设项目、区域开发项目,都必须进行环境影响评价。

(2) 环境影响评价的内容。对规划的评价,内容包括:实施该规划对环境可能造成影响的分析、预测和评估;预防或者减轻不良环境影响的对策和措施;环境影响评价结论。对建设项目的评估,内容包括:建设项目概况;建设项目周围环境现状;建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估;建设项目环境保护措施及其技术、经济论证;建设项目对环境影响的经济损益分析;对建设项目实施环境监测的建议;环境影响评价结论。

(3) 环境影响评价的程序。一般分三个步骤,第一,确定评价形式。根据规划或建设项目对环境的影响程度,决定是进行简单的环境影响说明,还是编制详细的环境影响报告书。第二,评价报告的编写。评价工作应由有资质的评价单位承担,评价单位应在规划的起草阶段或建设项目的可行性研究阶段完成评价。第三,评价报告的审批。评价报告完成后,按照有关规定报政府主

管部门审批。

### 3. “三同时”制度

“三同时”制度是指一切可能对环境有影响的建设项目,其环境保护设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用的制度。

“三同时”制度是我国所独创的,它与环境影响评价制度一起,构成了主要的控制新污染的预防性法律制度,在我国所有的污染控制立法中都有规定。具体来说,建设项目在设计时要有环境保护篇章,对其可能造成的环境影响及防治对策进行说明;在建设过程中,环境保护设施要与主体工程同时建设,落实环境保护篇章中的工程措施;在项目竣工时,环境保护设施必须经过竣工验收,取得合格证后,项目才能正式投产使用。

### 4. 排污收费制度

排污收费制度又称征收排污费制度,是指向环境排放污染物以及向环境排放污染物超过国家或地方污染物排放标准的排污者,必须按照污染物的种类、数量和浓度,根据排污收费标准向环境保护主管部门缴纳一定费用的法律制度。

我国对排污收费制度的基本规定是在《环境保护法》第28条,即有关征收超标排污费的规定。1982年,国务院颁布了《征收排污费暂行办法》,对排污收费的目的、范围、标准以及费用的管理使用等作了具体规定。此后,1984年《水污染防治法》对征收范围作了扩大,既征收超标排污费,也征收排污费。2000年《大气污染防治法》又确立了排污即收费,超标就罚款的制度。2002年,国务院又颁布了《排污费征收管理条例》,进一步完善了该项制度,使其更加符合中国环境保护的发展需要。

根据《排污费征收管理条例》,凡是直接向环境排放污染物的单位和个人工商户,都应当缴纳排污费。排污者应当在接到当地环境保护行政主管部门排污费缴纳通知单之日起7日内,到指定的商业银行缴纳排污费。逾期拒不缴纳的,处以应缴纳排污费1倍以上3倍以下的罚款,并经有批准权的人民政府批准,责令停产停业整顿。征收的排污费必须纳入财政预算,列入环境保护专项资金进行管理,主要用于下列项目的拨款补助或者贷款贴息:(1)重点污染源防治;(2)区域性污染防治;(3)污染防治新技术、新工艺的开发、示范和应用;(4)国务院规定的其他污染防治项目。

### 5. 排污许可证制度

1988年3月,国家环境保护局发布了《水污染物排放许可证管理暂行办法》,并决定在北京、上海等18个市(县)开展“水污染物排放许可证”试点工作,揭开了我国排污许可证制度的序幕。1989年《水污染防治法实施细则》,规定了对向陆地水体排放污染物的许可证分为排污许可证和临时排污许可证



两种。2000年国务院重新颁布的《水污染防治法实施细则》对实行总量控制的水体同样规定了这两种排污许可证。根据国务院1990年《关于进一步加强环境保护工作的决定》中关于“逐步推行污染物排放总量控制和排污许可证制度”的要求,国家环境保护局于1991年4月决定在上海、天津等16个城市进行排放大气污染物许可证制度试点工作。2000年颁布实施的《大气污染防治法》规定,在大气污染物总量控制区内,由有关地方人民政府按照公开、公平、公正的原则,核定企业事业单位的主要大气污染物排放总量,核发主要大气污染物排放许可证。2001年7月国家环境保护总局颁布了《淮河、太湖流域排放重点水污染物许可证管理办法(试行)》,规定在淮河和太湖流域实施重点水污染物总量控制区域实行排放重点水污染物许可证制度,禁止无证排放重点污染物。

从这些法律法规的规定可以看出,排污许可证制度在我国还处于试行阶段,而且只适用于实施总量控制区域的重点控制的大气和水污染物的排放控制。

以水污染物排放许可证为例,现行的排污许可证制度的主要内容是:首先,排污单位按要求进行排污申报登记。第二,当地政府或环境保护部门确定本地区的污染物排放总量控制指标,并分配污染物总量削减指标。第三,排污单位申请排污许可证。第四,环境保护部门根据排污申报登记的内容进行审查、核实。对于不超过排污总量控制指标的排污单位,颁发《排放许可证》;对超出排污总量控制指标的排污单位,颁发《临时排放许可证》,并限期削减排放量。第五,环境保护部门对发放的排污许可证进行监督与管理,保证排污单位按照许可证的规定排放污染物。

这种以总量控制为基础的排污许可证核定的排污指标,在某一地区内的企业内部、企业与企业之间可以相互调剂、有偿转让。不同的排污者之间这种可交易的排污许可,就是所谓的“排污权”交易,在美国也称可交易的排污许可证制度,其实质是排污指标的有偿转让。排污权交易制度的实施,可以在控制一定区域污染物排放总量的前提下,通过市场的措施,调动企业治理污染的积极性,达到降低总体的污染控制成本和支持该地区的经济发展的双重功效。

#### 6. 限期治理制度

限期治理,是对污染严重的污染物、污染源、污染地区、污染行业等,采取限定治理时间、治理内容和治理效果的强制性措施。

依照现行的环境保护法律法规,限期治理制度的内容主要有:

(1) 限期治理的适用对象。包括两大类:其一,对环境造成严重污染的企事业单位。主要是针对那些污染严重、影响较大、群众反应强烈的污染源。其二,位于需要特别保护区域内的超标排污设施。这些区域包括风景名胜区、

自然保护区、饮用水源保护区等。

(2) 限期治理的内容。包括限期治理的目标与期限两个方面。关于目标,对于具体的污染源治理,其目标是达标排放;对行业污染的限期治理,可以分期分批逐步要求所有的污染源都达标排放;至于区域的限期治理,则要求通过治理达到适用于该地区的环境质量标准。

关于限期治理的期限,目前的法律没有明确规定。但一般不宜过长,应尽量做到科学合理。实践中多为一年,也有二、三年的。

(3) 限期治理的决定权限。对于中央或省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理,由省、自治区、直辖市人民政府决定;市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理,由市、县人民政府决定。被限期治理的单位没有按期完成任务的,由环境保护部门加收排污费、罚款,或者由决定限期治理的人民政府责令停业、关闭,其中责令中央直接管辖的企业事业单位停业、关闭,须报国务院批准。

#### 7. 环境污染与破坏事故的应急与处理制度

我国《环境保护法》第31条规定,因发生事故或其他突发性事件,造成或者可能造成污染事故的单位,必须立即采取措施处理,及时通报可能受到污染危害的单位和居民,并向当地环境保护部门和有关部门报告,接受处理。

2006年国务院发布了《国家突发公共事件总体应急预案》,并将环境污染与破坏事件纳入灾难类突发公共事件的范畴,并制定了《国家突发环境事件应急预案》。所谓突发环境事件应急预案制度,就是指为及时应对突发环境事件,由政府事先编制突发环境事件的应急方案及其应急机制,在发生或者可能发生突发环境事件时,启动该应急预案以最大限度的预防和减少突发环境事件及其可能带来的危害等规范性措施的总称。

依据《国家突发环境事件应急预案》,突发环境事件,是指突然发生造成或者可能造成重大人员伤亡、重大财产损失和对全国或者某一地区的经济社会稳定、政治安定构成重大威胁和损害,有重大社会影响的涉及公共安全的环境事件,分为突发性环境污染事件、生物物种安全环境事件和辐射环境污染事件三大类。国家突发环境事件应急组织体系由应急领导机构、综合协调机构、有关类别环境事件专业指挥机构、应急支持保障部门、专家咨询机构、地方各级人民政府突发环境事件应急领导机构和应急救援队伍组成。按照严重性和紧急程度将突发环境事件分为重大环境事件(Ⅰ级)、重大环境事件(Ⅱ级)、较大环境事件(Ⅲ级)和一般环境事件(Ⅳ级)四级。

突发环境事件管理的运行机制如下:

(1) 预防与预警机制。各级人民政府都要制定和完善各类突发环境事件应急预案,将预警分为四级,由低到高,颜色依次为蓝色、黄色、橙色、红色,并

建立环境安全预警系统、环境应急响应资料库和应急指挥技术平台。

(2) 应急响应机制。对突发环境事件按照属地为主的原则实行分级响应,实行1小时报告制度。突发环境事件责任单位和责任人以及负有监管责任的单位在事件发生后,应在1小时内向所在地县级以上人民政府报告,同时向上一级相关专业主管部门报告,并立即组织进行现场调查。报告分为初报、续报和处理结果报告三类。政府根据需要成立环境应急指挥部,指导、协调突发环境事件的应对工作。

(3) 应急保障机制。包括资金保障、装备保障、通信保障、人力资源保障、技术保障,以及宣传、培训与演练、应急能力评价等。

(4) 后期处理机制。包括受灾人员的安置工作、对灾害范围的科学评估、提出补偿和对生态环境进行恢复的建议。此外,还应当建立突发环境事件社会保险机制。

(5) 责任追究机制。在突发环境事件应急工作中,对有关责任人员视情节和危害后果,由其所在单位或者上级机关给予相应的行政处分或者依照法律追究责任。

### §3 自然资源保护法

#### 自然资源保护法概述

自然资源保护法是调整人们在开发利用自然资源过程中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。其目的是为了规范人们开发利用自然资源的行为,防止人为地对自然资源的过度开发,改善与增强人类赖以生存和发展的自然基础,协调开发与保护的关系,保障社会经济的可持续发展。它调整的社会关系主要包括资源权属关系、资源流转关系、资源管理关系和涉及自然资源的其他经济关系。

环境问题很大程度上就是人们不合理地开发利用自然资源的结果,因此合理地开发利用自然资源的规范也是环境法的重要组成部分。传统上,自然资源法关注的是资源的经济价值,因此,立法主要是促进资源的开发利用,最大限度的满足人类物质生产和生活的需要。随着资源危机的加深和环境保护意识的提高,自然资源立法在关注自然的经济价值的同时,更加注重对自然生态价值的维护,要求对自然资源实现可持续性的利用,保护与合理利用自然资源的思想已经被现代自然资源立法广泛采纳与贯彻。

我国目前主要的自然资源方面的法律有:《渔业法》(1986)、《农业法》(2002)、《气象法》(1999)、《土地管理法》(1998)、《农村土地承包法》(2002)、《水法》(2002)、《水土保持法》(1991)、《海域使用管理法》(2001)、《森林法》(1998)、《草原法》(2002)、《矿产资源法》(1996)、《节约能源法》(2007)、《可再生能源法》(2005)、《煤炭法》(1996)等。

## 保护和合理利用自然资源的基本制度<sup>①</sup>

### 1. 自然资源权属制度

自然资源权属制度是关于自然资源归谁所有、使用以及由此产生的法律后果由谁来承担的一系列法律规范。这一制度规定了自然资源的所有权归属和使用权行使方面的问题。

根据我国现行法律,自然资源一般实行公有制,即属于国家或者集体所有,基本上没有完整意义上的自然资源个人所有权,只存在自然资源的个别部分的个人所有权。自然资源的使用权个人和单位都可以依法获得,并受法律保护。

### 2. 自然资源规划制度

自然资源的规划制度是根据一个国家和地区自然资源的特点以及国民经济发展的要求,在一定的规划期内对管辖区内的各类自然资源的开发、利用、保护、恢复和管理等方面的问题做出总体安排的法律制度。

不同的自然资源规划,其内容自然不同,但通常都要包括规划的现实基础,规划要达到的总目标和分期、分类目标,以及为实现目标而采取的主要政策和措施。

### 3. 自然资源调查和档案制度

自然资源调查和档案制度是由法定机关对某一区域的自然资源分布、数量、质量、开发利用等问题进行全方面的调查和分析,并将调查的资料和成果按照一定的方式汇集、整理、制作档案的制度。

### 4. 自然资源开发利用许可证制度

许可证制度是指从事资源开发、利用、保护和改善活动的建设者或经营者,需要事先提出申请,经主管部门审查批准,颁发许可证后才能从事该项活动。许可证制度的管理程序通常包括申请、审查、决定、监督和处理。这项制度在我国自然资源立法中得到了广泛运用,如土地使用许可证、狩猎证、水面养殖证、渔业捕捞证、森林采伐许可证、矿产资源勘探和开发许可证,等等。

### 5. 自然资源有偿使用制度

<sup>①</sup> 参见曲格平主编:《环境与资源法律读本》,解放军出版社2002年版,第79~80页。

这是国家采取强制手段使自然资源的开发利用者向国家支付一定费用的制度。自然资源有偿使用的形式包括自然资源税和自然资源费。前者如矿产资源税、土地使用税、耕地占用税、土地增值税、水产品税等。后者如育林费、森林植被恢复费、生态补偿费、野生动物资源保护费等。

## §4 自然保护法

### 自然保护法概述

自然保护法是指以防止人为原因造成的生态系统破坏,以保存生物多样性为目的而制定的法律规范的总称,也称生态保护法。<sup>①</sup>与自然资源保护法不同,自然保护立法主要强调生态系统的完整性,强调的是自然的存在价值。自然保护的目的是为了维护人类生存的自然基础,不追求经济利益,而是尊重自然的内在价值,将自然作为人类共同遗产来看待,兼顾一些美学、娱乐、观赏和科研用途。

几十年来,随着人们对人类发展方式的深刻反省,生态利益中心主义逐渐在理念上替代了人类利益中心主义的思想,从而使自然保护的思想也日益深入,自然保护立法越来越得到重视和加强。我国的环境立法也以污染防治和自然资源为主,转向污染防治、自然资源保护管理和自然保护并重。目前,我国有关自然保护的法律法规主要有:《自然保护区条例》(1994)、《风景名胜区条例》(2006)、《野生动物保护法》(1988)、《野生植物保护条例》(1996)、《实验动物管理条例》(1988)、《动物防疫法》(1997)、《进出境动植物检疫法实施条例》(1996)、《森林公园管理办法》(1993)、《文物法》(1982),等等。

### 自然保护法的基本制度与措施

目前,各国自然保护立法所确立的保护对象,主要包括自然区域和物种保护两大类,自然保护的法律法规也主要包括自然区域保护的法律法规和物种保护的法律法规两方面。因此,主要的法律制度就是自然保护区制度和生物多样性保护制度。

#### 1. 自然保护区制度

自然保护区,是指对有代表性的自然生态系统、珍稀濒危野生动植物物种

<sup>①</sup> 参见汪劲:《环境法学》,北京大学出版社2006年版,第420页。

的天然集中分布区、有特殊意义的自然遗迹等保护对象所在的陆地、陆地水体或者海域,依法划出一定面积予以特殊保护和管理的区域。

根据《自然保护区条例》第10条的规定,具有下列条件之一的,应当建立自然保护区:第一,典型的自然地理区域、有代表性的自然生态系统区域以及已经遭受破坏但经保护能够恢复的同类自然生态系统区域;第二,珍稀、濒危野生动植物物种的天然集中分布区域;第三,具有特殊保护价值的海域、海岸、岛屿、湿地、内陆水域、森林、草原和荒漠;第四,具有重大科学文化价值的地质构造、著名溶洞、化石分布区、冰川、火山、温泉等自然遗迹;第五,经国务院或者省、自治区、直辖市人民政府批准,需要予以特殊保护的其他自然区域。

我国的自然保护区分为国家级自然保护区和地方级自然保护区两类,进一步的区分为国家级、省级、市级和县级四个级别。

自然保护区的管理按照核心区、缓冲区和实验区三类分类管理。核心区禁止任何人进入,只允许进入从事科学研究的观测、调查活动。缓冲区内可以开展参观、旅游活动。实验区可以进入从事科学试验、教学实习、参观考察、旅游以及驯化、繁殖珍稀、濒危野生动植物活动。不得建设污染环境、破坏资源或者景观的生产设施;建设其他项目的,污染物排放不得超标。

## 2. 生物多样性保护制度

生物多样性是指一定范围内多种多样活的有机体(动物、植物、微生物)有规律地结合所构成稳定的生态综合体。这种多样包括动物、植物、微生物的物种多样性,物种的遗传与变异的多样性及生态系统的多样性。物种多样性是指动物、植物、微生物种类的丰富性;遗传多样性是指存在于生物个体内、单个物种内以及物种之间的基因多样性;生态系统多样性是指森林、草原、荒漠、农田、湿地和海洋以及竹林和灌丛等生态系统的多样化特性。

生物多样性保护的保护措施主要有就地保护、迁地保护和离体保存。所谓就地保护,就地保护是指为了保护生物多样性,将包含保护对象在内的一定面积的陆地或水体划分出来,进行保护和管理,如建立自然保护区。就地保护是保护生物多样性的最好的方式。所谓迁地保护,是在生态系统已经受到破坏或可能受到严重破坏威胁不再适宜物种生存、繁衍时,以人工方式对那些不迁移就会灭绝的野生生物种,从这些地方迁往另外一个适宜的地域加以保护的过程。所谓离体保存,就是针对濒临灭绝的物种,将它们的遗传信息采集下来存放到物种基因库中加以保存的方法和活动,这是一种相对被动的保护措施。

当前,生物多样性保护法律制度针对的重点包括野生动植物、外来物种入侵和转基因物种,主要措施不外乎许可证制度、环境影响及风险评估制度、名录及分类管理制度,等等。

## 【关键词】

环境法 (environmental law): 是指为了协调人与环境的关系, 促进经济和社会的可持续发展, 由国家制定或认可, 并由国家强制力保证执行的有关保护和改善环境、合理利用自然资源、防治污染和其他公害的法律规范的总称。

污染防治法 (pollution prevention and control law): 是指为了预防和治理环境污染, 对产生或者可能产生环境污染的原因活动实施管理, 以达到保护生活环境和生态环境、进而保护人体健康和财产安全的目的而制定的同类法律的总称。

自然资源法 (natural resources law): 是为了调整人们在自然资源的开发、利用、保护和管理过程中所发生的各种社会关系的而制定的同类法律的总称。

自然保护法 (natural conservation law): 也称生态保护法, 是指以防止人为原因造成的生态系统破坏, 以保存生物多样性为目的而制定的同类法律的总称。

## 【思考题】

1. 环境法的目的是什么?
2. 环境法的体系由哪些部分构成?
3. 环境标准的法律意义是什么?
4. 环境影响评价制度是如何贯彻公众参与原则的?
5. 自然资源法与自然保护法的联系与区别有哪些?

## 【课堂讨论案例】

1. 一家高尔夫球场投资公司(甲)拟在一个国有山林中投资兴建一个大型高尔夫球场, 公司提交了环境影响报告书, 环境保护部门经过审查批准了该项目。一个鸟类环境保护民间团体(乙)认为高尔夫球场的建设会改变该森林区域的原生环境并影响其中的鸟类生存, 于是便以环境保护部门的决定侵害了乙的权益为由, 向法院提起行政诉讼, 要求法院撤销环境保护部门的决定。<sup>①</sup>

试讨论: 乙是适格的原告吗?

2. 某投资商计划在靠近居民小区附件的山地旁建立一个企业项目, 投资商依法进行了环境影响评价, 并提供了 A、B、C 三个项目方案供评价选择。环境影响报告书的结论推荐采用 B 方案, 但依旧认为存在着对周边环境造成污染的风险。为此, 环保部门依法组织建设方和利害关系方进行了环境影响报告书审批听证会。利害关系方认为, 居民小区附近的山地空气清新、水质优良, 建设项目会污染周边的环境, 这样不仅给居民带来实际健康侵害风险, 而且会降低小区住宅的舒适性和实用价值。因此, 要求一旦政府批准建设, 建设方就应该对可能直接受到污染危害的小区居民予以适当补偿。建设方认为, 既然政府批准建设, 就说明建设项目的排污达标, 生产合法, 而且自己也会按要求缴纳排污费, 因此对今后可能存在的水污染和大气污染造成的健康风险和财产损失不应承

<sup>①</sup> 案例来源于汪劲:《环境法学》, 北京大学出版社 2006 年版, 第 64 页。

担任何责任。<sup>①</sup>

**试讨论:**如果政府批准该建设项目,建设方是否应当给小区居民予以补偿?

### 【推荐读物】

1. 吕忠梅:《环境法》,法律出版社 1997 年版。
2. 汪劲:《环境法学》,北京大学出版社 2006 年版。

---

<sup>①</sup> 案例来源于汪劲著:《环境法学》,北京大学出版社,2006,第 71 页。



# 第 13 章

## 诉 讼 法

- 刑事诉讼法绪论
- 刑事诉讼基本制度
- 刑事诉讼程序
- 民事诉讼法绪论
- 民事诉讼基本制度
- 民事审判程序
- 民事执行程序
- 行政诉讼法绪论
- 行政诉讼基本制度
- 行政诉讼程序

**【本章概要】** 本章主要介绍我国刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法的基本知识和基本原理。重点对刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法所规定的诉讼参与人、管辖、回避、辩护与代理、证据、强制措施、附带民事诉讼、财产保全、先予执行、行政复议、行政赔偿等基本制度以及立案、侦查、起诉、审判、执行等基本程序作介绍。

### § 1 刑事诉讼法绪论

#### 诉讼、刑事诉讼、刑事诉讼法的概念

诉讼是指国家司法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下,按照法定程序解决案件争议的活动。根据案件性质的不同,诉讼可以分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼。

在我国,刑事诉讼是指公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下,按照法定程序解决犯罪嫌疑人、被告人刑事责任问

题的活动。刑事诉讼法是指国家制定的调整公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下,解决犯罪嫌疑人、被告人刑事责任问题的活动的法律规范的总称。刑事诉讼法有广义和狭义之分。狭义刑事诉讼法仅指刑事诉讼法典,如我国于1979年7月1日制定、1996年3月17日修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》;广义的刑事诉讼法除了刑事诉讼法典外,还包括宪法、其他法律法规、司法解释、国际条约中关于刑事诉讼的规定。

## 刑事诉讼中的专门机关与诉讼参与人

我国刑事诉讼中的专门机关是指依法在刑事诉讼中承担一定诉讼职能的国家机关。它主要指公安机关、人民检察院和人民法院,一般合称为公安司法机关。公安机关是国家的治安保卫机关,其性质属于行政机关,是各级人民政府所属的职能部门之一,其职权主要是负责刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审。人民检察院是国家的法律监督机关,代表国家行使检察权,其性质属于司法机关,其职权主要是负责检察、批准逮捕、对直接受理的案件进行侦查、提起公诉。人民法院是国家的审判机关,代表国家行使审判权,其性质属于司法机关,其职权主要是负责审判。

刑事诉讼中的诉讼参与人是指除侦查人员、检察人员、审判人员以外,依法参加刑事诉讼活动并且享有一定权利和承担一定义务的人。包括当事人和其他诉讼参与人。当事人是指在刑事诉讼中承担控诉或者辩护职能,与案件的结局有利害关系的人,包括犯罪嫌疑人、被告人、被害人、自诉人以及附带民事诉讼的原告人和被告人。在我国刑事诉讼中,涉嫌犯罪的公民在侦查和起诉阶段被称为“犯罪嫌疑人”,在审判阶段被称为“被告人”。在同一案件中,犯罪嫌疑人、被告人是指同一人,只不过在不同诉讼阶段称谓不同而已。除当事人之外的诉讼参与人称为其他诉讼参与人,包括法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。

## 刑事诉讼的基本原则

刑事诉讼的基本原则是指刑事诉讼法规定的,国家专门机关和诉讼参与人进行刑事诉讼活动必须遵循的基本准则。根据《刑事诉讼法》的规定,我国刑事诉讼中应当遵循以下原则:侦查权、检察权、审判权由专门机关行使;严格遵守法律程序;以事实为依据,以法律为准绳;对一切公民在适用法律上一律平等;公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约;人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督;使用本民族语言文字进行诉讼;两审终审;审判公开;犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护;未经人民法院依法判决对任何人不得确定有罪;

保障诉讼参与者依法享有的诉讼权利;具有法定情形不予追究刑事责任;追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法等。

## §2 刑事诉讼基本制度

### 管辖

刑事诉讼中的管辖是指公安司法机关在直接受理刑事案件上的权限划分以及人民法院系统内部在审理第一审刑事案件上的权限划分。包括:

#### 1. 立案管辖

立案管辖是指公安司法机关之间在直接受理刑事案件上的权限划分。刑事诉讼中的立案管辖制度是:(1) 刑事案件的侦查由公安机关进行,法律另有规定的除外;(2) 贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪,由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查;(3) 自诉案件,由人民法院直接受理。自诉案件包括:告诉才处理的案件;被害人有权证明的轻微刑事案件;被害人有权证明对被告人侵犯自己人身权利、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

#### 2. 审判管辖

审判管辖是指各级人民法院之间、同级人民法院之间以及普通人民法院和专门人民法院之间、各专门人民法院之间在审判第一审刑事案件上的权限划分。审判管辖可以分为级别管辖、地区管辖和指定管辖。

(1) 级别管辖。是指各级人民法院之间在审判第一审刑事案件上的权限和分工。刑事诉讼中的级别管辖为:基层人民法院管辖第一审普通刑事案件,但是依法应当由上级人民法院管辖的除外;中级人民法院管辖危害国家安全案件和可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件以及外国人犯罪的刑事案件;高级人民法院管辖的第一审刑事案件,是全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件;最高人民法院管辖的第一审刑事案件,是全国性的重大刑事案件。

(2) 地区管辖。是指同级人民法院之间在审判第一审刑事案件上的权限和分工。确定地区管辖的原则有两个:一是以犯罪地人民法院管辖为主、被告

人居住地人民法院管辖为辅的原则。犯罪地一般是指犯罪行为发生地。被告人居住地包括其户籍所在地、经常居住地、工作或学习地。二是以最初受理的人民法院为主,主要犯罪地为辅的原则。几个同级人民法院都有管辖权的案件,由最初受理的人民法院审判。在必要的时候,可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

(3) 指定管辖。是指在出现管辖权争议的情况下,由上级人民法院确定案件的管辖。

## 回避

刑事诉讼中的回避是指侦查人员、检察人员、审判人员等在与案件有法定的可能影响案件公正处理的关系时,不得参加处理案件的诉讼活动的制度。

适用回避的情形包括:(1) 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的;(2) 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的;(3) 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的;(4) 与本案当事人有其他关系,可能影响公正处理案件的;(5) 审判人员、检察人员、侦查人员等接受当事人及其委托的人的请客送礼,违反规定会见当事人及其委托的人的。

适用回避的人员包括:侦查人员、检察人员、审判人员以及参与诉讼活动的书记员、翻译人员、鉴定人。审判人员、检察人员、侦查人员、书记员、鉴定人员和翻译人员的回避,分别由院长、检察长和公安机关负责人决定;院长的回避,由本院审判委员会决定;检察长和公安机关负责人的回避,由同级检察委员会决定。

## 辩护与代理

辩护是指犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人为反驳指控而在事实和法律上提出对犯罪嫌疑人、被告人有利的材料和意见的诉讼活动。辩护分为三种形式:(1) 自行辩护,即犯罪嫌疑人、被告人自己针对指控进行辩护;(2) 委托辩护,即犯罪嫌疑人、被告人为维护其合法权益,依法委托辩护人为其进行辩护;(3) 指定辩护,即人民法院为具备法定情形而无力聘请辩护人的被告人指定承担法律援助义务的律师为其进行辩护。指定辩护适用于以下三种情形:一是公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护;二是被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护;三是被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

辩护人是指接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定,帮助犯

罪嫌疑人、被告人行使辩护权,以维护其合法权益的人。

辩护人的范围包括:(1) 律师;(2) 人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人;(3) 犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

刑事诉讼代理,是指诉讼代理人接受特定诉讼参与人的委托,以被代理人的名义,在被代理人授权的范围内,为维护其合法权益所进行的诉讼活动。

## 刑事证据

### 1. 证据的概念和特征

我国刑事诉讼中的证据,是指以法律规定的形式表现出来的,能够证明案件真实情况的一切事实。证据具有以下特征:(1) 客观性。是指证据必须是已经发生的案件事实的客观反映,而不是主观猜想、捏造的事物;(2) 关联性。是指证据必须与案件事实有实质性联系,从而对案件事实有证明作用;(3) 合法性。是指证据的形式、收集和查证,都必须符合法律的规定。

### 2. 刑事诉讼证明

刑事诉讼证明,是指公安司法机关在刑事诉讼中运用证据认定案件事实的活动。包括:

(1) 证明对象。是指刑事诉讼中需要运用证据加以证明的问题。证明对象包括实体法事实和程序法事实,前者主要包括有关犯罪构成要件的事实、有关量刑情节的事实;后者主要包括对解决诉讼程序问题具有法律意义的事实,如关于回避的事实等。

(2) 证明责任和举证责任。刑事诉讼中的证明责任是指公安司法机关应当收集证据、运用证据证明案件事实的责任。举证责任是指控辩双方在审判阶段中,负有提出证据证明自己诉讼主张的责任。在公诉案件中,证明责任和举证责任由公安司法机关承担;自诉案件中,证明责任和举证责任由自诉人承担;犯罪嫌疑人、被告人一般不承担证明责任或举证责任。

(3) 证明标准。是指法律规定的运用证据证明案件事实所应达到的程度。我国刑事诉讼中的证明标准是“犯罪事实清楚,证据确实充分”。

### 3. 刑事证据的理论分类

按照不同标准,可以将刑事证据分为以下几类:

(1) 原始证据与传来证据。这是以证据的来源来划分。凡是直接来源于案件事实,未经复制、转述等而形成的证据是原始证据,如现场目击证人的证言等;凡是间接来源于案件事实,经过复制、转述等而形成的证据是传来证据,如物证的复制品等。

(2) 言词证据与实物证据。这是以证据的表现形式不同来划分。凡是以言词形式表现出来的证据是言词证据,如证人证言;凡是以实物形式表现出来的证据是实物证据,如一把杀人的刀。

(3) 直接证据与间接证据。这是以证据与案件主要事实之间的证明关系不同来划分。所谓刑事案件的主要事实,是指犯罪行为是否系犯罪嫌疑人、被告人所实施。凡是能够单独直接地证明案件的主要事实的证据就是直接证据,如犯罪嫌疑人供述自己的杀人经过;凡是不能够单独直接地证明案件的主要事实,需要与其他证据相结合才能证明的证据是间接证据,如犯罪现场发现的指纹,只能说明该人到过现场,但并不能就确定其是作案人。

(4) 有罪证据与无罪证据。这是以证据的证明作用是肯定还是否定犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为来划分。凡是能够证明犯罪事实存在,犯罪嫌疑人、被告人实施了犯罪行为的证据都是有罪证据;凡是能够证明犯罪事实不存在,犯罪嫌疑人、被告人没有实施犯罪行为的证据都是无罪证据。

#### 4. 刑事证据的法定种类

刑事诉讼法规定了以下七种证据:

(1) 物证、书证。物证是指以其外部特征、物质属性和存在状态来证明案件事实的物品和痕迹。书证是指以文字、符号、图画等记载的内容和表达的思想来证明案件事实的书面文件或者其他物品。

(2) 证人证言。是指证人就自己所知道的案情向公安司法机关所作的陈述。凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作为证人。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实以后,才能作为定案的依据。

(3) 被害人陈述。是指遭受犯罪行为侵害的人就其了解的案件情况,向公安司法机关所作的陈述。

(4) 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解。是指犯罪嫌疑人、被告人就其被指控的犯罪事实以及其他案件事实向公安司法机关所作的陈述,即通常所说的口供。刑事诉讼法规定:严禁刑讯逼供。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,证据确实充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。

(5) 鉴定结论。是指公安司法机关为了解决案件中的某些专门性问题,指派或者聘请具有专门知识的人,进行分析判断后做出的书面结论。

(6) 勘验、检查笔录。是指办案人员对与犯罪有关的场所、物品、人身等进行勘查、检验后所作的记录。

(7) 视听资料。是指以录音、录像、电子计算机等高科技设备储存的信息证明案件情况的资料。

## 强制措施

强制措施是指公安司法机关为了保证刑事诉讼的顺利进行,依法对犯罪嫌疑人、被告人或者现行犯、重大嫌疑分子采取的在一定期限内暂时限制或者剥夺其人身自由的强制方法。强制措施包括:

### 1. 拘传

拘传是指公安司法机关强制未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人到指定地点接受讯问的强制措施。每次拘传持续的时间不得超过 12 个小时,不得以连续拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人、被告人。

### 2. 取保候审

取保候审是指公安司法机关责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金,以保证其不逃避或妨碍侦查、起诉和审判,并随传随到的一种强制措施。取保候审的对象为:(1) 可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;(2) 可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审、监视居住不致发生社会危害性的;(3) 应当逮捕,但患有严重疾病,不宜羁押的;(4) 依法应当逮捕,但正在怀孕或者哺乳自己婴儿的;(5) 对已被依法拘留的犯罪嫌疑人,经过讯问、审查,认为需要逮捕但证据不足的;(6) 已被逮捕羁押的犯罪嫌疑人、被告人,在法定的侦查、起诉、一审、二审的办案期限内不能结案,采用取保候审的方法没有社会危险性的。

取保候审可以采取保证人担保和保证金担保两种方式。采用保证人担保的,保证人必须符合下列条件:(1) 与本案无牵连;(2) 有能力履行保证义务;(3) 享有政治权利,人身自由未受到限制;(4) 有固定的住处和收入。保证人要履行以下义务:(1) 监督被保证人遵守刑事诉讼法对取保候审人的规定;(2) 发现被保证人有违反刑事诉讼法规定的行为的,应及时向执行机关报告。被保证人应遵守以下规定:(1) 未经执行机关批准不得离开所居住的市、县;(2) 在传讯的时候及时到案;(3) 不得以任何形式干扰证人作证;(4) 不得毁灭、伪造证据或者串供。取保候审由公安机关执行,时间最长不得超过 12 个月。

### 3. 监视居住

监视居住是指公安司法机关责令犯罪嫌疑人、被告人在一定期限内未经批准不得离开住处或者指定的居所,并对其行动加以监视的强制措施。监视居住的适用对象和条件与取保候审相同。被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:(1) 未经执行机关批准不得离开住处,没有固定的住处

的,未经批准不得离开指定的居所;(2) 未经执行机关批准不得会见他人;(3) 在传讯的时候及时到案;(4) 不得以任何形式干扰证人作证;(5) 不得毁灭、伪造证据或者串供。监视居住由公安机关执行,时间最长不得超过6个月。

#### 4. 拘留

拘留是指公安机关、人民检察院对直接受理的刑事案件,在侦查过程中,遇到法定的紧急情况时,对现行犯或者重大嫌疑分子采取的临时剥夺其人身自由的强制措施。公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子,具有下列情形之一的,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) 不讲真实姓名、住址,身份不明的;(7) 有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。人民检察院直接受理的案件中符合前述第4、5项规定的情形,需要拘留犯罪嫌疑人的,有权做出拘留决定。拘留由公安机关执行。

#### 5. 逮捕

逮捕是指公安司法机关在一定期限内依法剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由,予以羁押的强制措施。逮捕是强制措施中最为严厉的一种。逮捕必须具备三个条件:(1) 有证据证明犯罪事实发生;(2) 可能判处有期徒刑以上的刑罚;(3) 采取取保候审、监视居住等方法尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的。

逮捕的权限分工是:人民检察院、人民法院有权决定逮捕;人民检察院有权批准逮捕;公安机关对于自己侦查的案件,认为需要逮捕犯罪嫌疑人的,应当依法提请人民检察院审查批准,无权自行决定逮捕;无论是决定逮捕还是批准逮捕,均由公安机关执行。

## 附带民事诉讼

附带民事诉讼是指公安司法机关在刑事诉讼过程中,在解决被告人刑事责任的同时,附带解决由遭受物质损失的被害人或者人民检察院提起的,由于被告人的犯罪行为所引起的物质损失的赔偿而进行的诉讼活动。提起附带民事诉讼必须具备以下条件:(1) 刑事诉讼成立是提起附带民事诉讼的前提;(2) 被害人的损失是被告人的犯罪行为造成;(3) 被害人的损失必须是物质损失,精神损失不属于赔偿的范围;(4) 有赔偿请求权的人在刑事诉讼过程中提出了赔偿请求。



## §3 刑事诉讼程序

刑事诉讼一般分为立案、侦查、起诉、审判、执行五个阶段。但如果是自诉案件,则不需要经过侦查、起诉,在立案后即进入审判阶段。

### 立案

刑事诉讼中的立案是指公安司法机关对于报案、控告、举报、自首等材料进行审查,判明有无犯罪事实和应否追究刑事责任,并依法决定是否作为刑事案件进行侦查或审判的诉讼活动。立案必须符合下列条件:(1)有犯罪事实;(2)需要追究刑事责任。这两个条件必须同时具备。

### 侦查

侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件的过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

侦查机关在办理案件的过程中,依照法律进行的专门调查工作称为侦查行为。侦查行为主要有以下几种:讯问犯罪嫌疑人;询问证人、被害人;勘验、检查;搜查;扣押物证、书证;鉴定;通缉。

侦查机关对于自己立案侦查的案件,经过一系列的侦查活动,认为案件事实已经查清,证据确实、充分,足以认定犯罪嫌疑人是否有罪和应否追究刑事责任,从而决定结束侦查,并对案件依法所作处理的诉讼活动称为侦查终结。侦查终结必须具备以下三个条件:(1)案件事实已经查清;(2)证据确实充分;(3)法律手续完备。

### 起诉

刑事起诉是指拥有控诉权的国家机关或者公民,依法向法院提起诉讼,请求法院对指控的犯罪进行审判,以确定被告人的刑事责任并依法予以制裁的诉讼活动。刑事起诉可以分为公诉和自诉两种方式。

#### 1. 提起公诉

提起公诉是指人民检察院代表国家指控被告人犯罪,请求人民法院对被告人的行为进行审判,以确定被告人的刑事责任并予以制裁的诉讼活动。提起公诉包括审查起诉、狭义的提起公诉、不起诉等制度。

(1) 审查起诉。是指人民检察院对于侦查终结需要提起公诉的案件依法

进行审查,以确定应否对犯罪嫌疑人提起公诉的诉讼活动。审查起诉必须查明以下五个方面的内容:一是犯罪事实、情节是否清楚,证据是否确实、充分,犯罪性质和罪名的认定是否正确;二是有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人;三是是否属于不应当追究刑事责任的情况;四是有无附带民事诉讼;五是侦查活动是否合法。

(2) 提起公诉。此即狭义的提起公诉,是指人民检察院对于侦查终结的案件,经过审查,认为犯罪事实已经查清,证据确实充分,依法应当追究刑事责任,而向人民法院提起诉讼,将被告人交付审判的诉讼行为。提起公诉应当具备下列三个条件:一是犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清;二是证据确实充分;三是依法应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任。

(3) 不起诉。是指人民检察院对于侦查终结的案件进行审查后,依法做出不将案件交付人民法院审判的一种处理决定。不起诉分为三种情形:一是法定不起诉。是指具有《刑事诉讼法》第15条规定情形之一的,人民检察院必须做出不起诉决定。二是酌定不起诉。是指对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以做出不起诉决定。三是证据不足不起诉。是指对于侦查终结的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,可以做出不起诉决定。

## 2. 提起自诉

提起自诉是指被害人及其法定代理人、近亲属等,以个人名义向法院提起诉讼,请求保护自己的合法权益追究被告人刑事责任的诉讼活动。提起自诉必须符合下列条件:(1) 自诉人是本案的被害人或者其法定代理人、近亲属;(2) 属于法定的自诉案件范围;(3) 有明确的被告人、具体的诉讼请求和证明被告人犯罪事实的证据;(4) 属于受诉人民法院管辖。

## 审判

刑事诉讼中的审判,是指人民法院依法对刑事案件进行审理并做出判决、裁定的诉讼活动。

人民法院审判刑事案件的组织形式包括独任庭和合议庭,前者是指由审判员一人单独对刑事案件进行审判,后者是指由审判员或者审判员和人民陪审员数人组成法庭集体对刑事案件进行审判。刑事诉讼中对案件进行裁判的方式有三种,即判决、裁定和决定。判决是人民法院经过审理后对案件的实体问题做出的处理结论;裁定是人民法院在审理案件过程中和裁判执行过程中,对案件的程序问题及部分实体问题做出的处理结论;决定是公安司法机关在刑事诉讼过程中,对有关程序问题做出的处理结论。

我国刑事诉讼法规定了四种审判程序:

## 1. 第一审程序

第一审程序是指人民法院对人民检察院提起公诉或者自诉人提起自诉的刑事案件进行初次审判的程序。第一审程序分为：

(1) 普通审判程序。人民法院对提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的,应当决定开庭审判。普通审判程序包括开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判五个阶段。合议庭经过评议,根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定,分别做出以下判决:一是案件事实清楚,证据确实充分,依据法律认定被告人有罪的,应当做出有罪判决;二是依据法律认定被告人无罪的,应当作无罪判决;三是证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。人民法院审理公诉案件,一般应当在受理后1个月以内宣判。对自诉案件的审判,参照公诉案件的审判程序进行。

(2) 简易审判程序。是指人民法院审理第一审刑事案件所适用的相对简化的审判程序。基层人民法院对于下列三种案件,可以适用简易程序,由审判员一人独任审判:一是对依法可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件,事实清楚、证据充分,人民检察院建议或者同意适用简易程序的;二是告诉才处理的案件;三是被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。适用简易程序审理案件时,公诉人可以不出庭,法庭调查、法庭辩论程序简化,人民法院应当在20天以内审结案件。

## 2. 第二审程序

第二审程序是指第一审人民法院的上一级人民法院对因不服第一审尚未生效的判决、裁定而提起上诉或者抗诉的案件,依法重新进行审判的程序。启动第二审程序有两种方式:

一是上诉。是指享有上诉权的人不服第一审尚未生效的判决、裁定,依法要求第二审人民法院对案件进行重新审判的诉讼行为。享有上诉权的人即上诉人包括:(1)自诉人及其法定代理人;(2)被告人及其法定代理人;(3)经辩护人同意的被害人和近亲属;(4)附带民事诉讼的当事人及其法定代理人。上诉的理由是“不服”第一审判决、裁定。

二是抗诉。是指人民检察院认为人民法院的判决、裁定确有错误时,提请人民法院依法重新进行审判的诉讼行为。抗诉分为对一审未生效判决、裁定的抗诉即二审抗诉和对已生效判决、裁定的抗诉即再审抗诉两种。有权对第一审未生效判决、裁定提出抗诉的机关是第一审人民法院的同级人民检察院。抗诉的理由必须是第一审判决、裁定在认定事实或者适用法律上“确有错误”。

不服判决的上诉和抗诉期限为10日,不服裁定的上诉和抗诉期限为5日,从接到判决书、裁定书的第二日起算。

第二审人民法院对案件进行审理后,应当分别情况做出如下处理:(1) 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的,应当裁定驳回上诉或者抗诉,维持原判;(2) 原判决认定事实没有错误,但适用法律有错误,或者量刑不当的,应当改判;(3) 原判决事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判;(4) 对于第一审人民法院的审理存在违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。第二审人民法院的裁判是终审的裁判,一经宣告或送达,立即发生法律效力。对于发回重审的案件,原审人民法院应当另行组成合议庭,依照第一审程序进行审判,对于重新审判后做出的判决、裁定,可以上诉、抗诉。

二审程序实行“上诉不加刑”的原则,即第二审人民法院审判仅有被告人一方提出上诉的案件,不得以任何理由改判重于原判决确定的刑罚。如果是人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的案件,或者在被告人上诉的同时,人民检察院和自诉人也提出抗诉或者上诉的案件,则不受上诉不加刑原则的限制。

### 3. 死刑复核程序

死刑复核程序是指对判处死刑的判决和裁定进行审查核准的一种特殊程序。根据刑事诉讼法及有关规定,自2007年1月1日起,除最高人民法院自己判处死刑立即执行的案件外,中级人民法院判处死刑立即执行的第一审案件,被告人不上诉的,应当由高级人民法院复核后,报请最高人民法院核准。高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的和判处死刑的第二审案件,都应当报请最高人民法院核准。中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件,由高级人民法院核准。

### 4. 审判监督程序

审判监督程序是指人民法院、人民检察院对已经发生法律效力的判决或者裁定,发现在认定事实或者适用法律上确有错误时,依法提出并由人民法院重新进行审判的诉讼程序。

提起审判监督程序的重要材料来源是申诉。申诉是指当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力的判决、裁定不服,向人民法院或者人民检察院提出重新审查和处理的一种诉讼请求。申诉符合下列法定情形之一的,应当按照审判监督程序重新审判:(1) 有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的;(2) 据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的;(3) 原判决、裁定适用法律确有错误的;(4) 审判人员在审理该案件的时候,有贪污受贿、徇私舞弊、枉法判决和裁定行为的。

有权提起审判监督程序的主体及其权限为:(1) 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,必须提交审判委员会处理;(2) 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,上级人民法院对下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,有权提审或者指令再审;(3) 最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,上级人民检察院对下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,有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。

人民法院按照审判监督程序重新审判的案件,应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审的案件,应当按照第一审程序进行审判,所作的判决、裁定,可以上诉、抗诉;如果原来是第二审案件,或者是上级人民法院提审的案件,应当依照第二审程序进行审判,所作的判决、裁定是终审的判决、裁定。

## 执行

刑事诉讼中的执行是指刑罚执行机关为实现人民法院已经发生法律效力判决或裁定的内容而依法进行的活动。执行是刑事诉讼的最后一个阶段。

执行的依据是发生法律效力判决和裁定,包括:(1) 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定;(2) 终审的判决和裁定;(3) 最高人民法院核准的死刑判决,高级人民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的,如果被告人在押,在宣判后应当立即释放。死刑立即执行的判决应当由最高人民法院院长或者高级人民法院院长签发执行死刑的命令后,依法执行。对于被判处死刑缓期二年执行、有期徒刑的罪犯,送交监狱执行刑罚。对于被判处拘役、管制、剥夺政治权利的罪犯,由公安机关执行。罚金、没收财产由人民法院执行。

## §4 民事诉讼法绪论

### 民事诉讼、民事诉讼法的概念

民事诉讼,是指人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下,依法审理和解决民事纠纷案件的活动以及由此所产生的各种法律关系的总称。

民事诉讼法是指国家制定或认可的,调整人民法院和当事人及其他诉讼参与人在民事诉讼中的行为以及由此而产生的权利义务关系的法律规范的总称。民事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的民事诉讼法仅指民事诉讼法典,如我国于1991年4月9日通过并实施的《中华人民共和国民事诉讼法》;广义

的民事诉讼法除了民事诉讼法典外,还包括其他法律中有关民事诉讼程序、制度和原则的规定,以及有关司法解释等。

## 民事诉讼中的诉讼参加人

民事诉讼中的诉讼参加人包括:

### 1. 当事人

当事人是指因民事权利义务关系发生纠纷,以自己的名义进行诉讼,与案件的审理结果有直接利害关系,受人民法院的裁判约束的人。公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。当事人有广义和狭义之分,狭义的当事人仅指民事诉讼的原告和被告,广义的当事人则包括原告、被告、诉讼代表人和第三人,以及特别程序中的申请人和起诉人,执行程序中的申请执行人和被申请执行人。

### 2. 诉讼代理人

诉讼代理人是指在民事诉讼中以被代理人的名义,在代理权限范围内进行民事诉讼活动的人。诉讼代理人可以分为法定诉讼代理人和委托诉讼代理人两种。前者是指依照法律规定代理无诉讼行为能力的当事人进行民事诉讼活动的人,通常是被代理人的监护人;后者是指接受当事人及其法定代理人的委托,以被代理人的名义,在授权范围内进行民事诉讼活动的人。律师、当事人的近亲属、有关社会团体或者当事人所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。

## 民事诉讼的基本原则

根据《民事诉讼法》的规定,我国民事诉讼中应当坚持以下原则:审判权由人民法院行使;人民法院独立审判,不受行政机关、社会团体和个人的干涉;以事实为根据,以法律为准绳;对当事人在适用法律上一律平等;使用本民族语言文字进行诉讼;人民检察院对审判活动实行法律监督;当事人诉讼权利平等;法院调解;支持起诉以及辩论原则、处分原则等。

## §5 民事诉讼基本制度

### 管辖

民事诉讼中的管辖,是指上下级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事案件的权限和分工。包括:

## 1. 级别管辖

级别管辖是指上下级人民法院之间受理第一审民事案件的权限和分工。民事诉讼中的级别管辖为:(1) 基层人民法院管辖第一审民事案件,但法律规定应当由上级人民法院管辖的案件除外;(2) 中级人民法院管辖下列三种第一审案件:一是重大涉外案件;二是在本辖区有重大影响的案件;三是最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件;(3) 高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审案件;(4) 最高人民法院管辖下列第一审民事案件:一是在全国有重大影响的案件;二是认为应当由本院审理的案件。

## 2. 地域管辖

地域管辖是指同级人民法院之间审理第一审民事案件的权限和分工。民事诉讼中的地域管辖分为:

(1) 一般地域管辖。是指以当事人住所地与法院辖区之间的关系来确定管辖法院。其基本原则是“原告就被告”,即被告住所地在哪个法院辖区,原告就应当到哪个法院起诉,案件就归该被告所在地法院管辖。但在一些特殊情况下也可以“被告就原告”,即由原告住所地或经常居住地人民法院管辖。

(2) 特殊地域管辖。是指以诉讼标的所在地,引起法律关系发生、变更和消灭的法律事实发生地以及被告住所地等多重标准确定的管辖。以下情况适用特殊地域管辖:一是因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖;二是因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖;三是因票据纠纷提起的诉讼,由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖;四是因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖;五是因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖;六是因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼,由事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖;七是因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼,由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖;八是因海难救助费用提起的诉讼,由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。九是因共同海损提起的诉讼,由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地的人民法院管辖。

(3) 专属管辖。是指法律强制规定某些案件只能由特定的人民法院管辖。此类案件主要一是不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;二是因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;三是因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所

在地人民法院管辖。

(4) 协议管辖。是指双方当事人在纠纷发生之前或之后,以书面形式约定管辖法院。协议管辖仅适用于合同纠纷。合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖,但不得违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定。

(5) 共同管辖与选择管辖。前者是指依照法律规定两个以上人民法院对同一案件都有管辖权;后者是指依照法律规定对同一案件两个以上人民法院都有管辖权的,当事人可以选择其中一个人民法院起诉。原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的,由最先立案的人民法院审理。

(6) 移送管辖和指定管辖。移送管辖是指人民法院受理案件后,发现自己对该案无管辖权,而依法将案件移送给有管辖权的人民法院。指定管辖是指上级人民法院以裁定的方式指定下级人民法院对某一案件行使管辖权。人民法院之间因管辖权发生争议,由争议双方协商解决,协商解决不了的,报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

(7) 管辖异议。是指人民法院受理案件后,当事人依法提出其对该案无管辖权的意见或主张。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

## 回避

民事诉讼中的回避,是指审判人员及其他有关人员遇有法律规定的情形时不得参与处理案件的诉讼活动的制度。回避的情形主要包括:(1) 是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属;(2) 与本案有利害关系;(3) 与本案当事人有其他关系,可能影响对案件公正审理的。适用回避的人员包括案件的审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人和勘验人。

## 民事证据

民事诉讼证据是指能够证明案件真实情况的事实。民事诉讼法规定的证据有以下七种:书证,物证,视听资料,证人证言,当事人的陈述,鉴定结论,勘验笔录。民事诉讼证据的理论和制度与刑事诉讼证据的理论和制度基本相同,但也有一些不同之处。

民事诉讼中实行“谁主张、谁举证”的举证责任原则,即当事人对各自的诉讼主张负有提供证据加以证明的责任。但在某些情况下,人民法院可以根据当事人的请求或者依职权进行收集、保全证据。如果当事人对自己的诉讼主张不能提供证据或者所提供的证据未能证明其诉讼主张成立,则该当事人就要承担不利的法律后果。



## 法院调解

法院调解,是指在人民法院审判人员的主持下,双方当事人就民事争议通过自愿协商,达成协议的活动。人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,可以进行调解。调解达成协议,必须双方自愿,不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。调解达成协议,人民法院应当制作调解书。调解书经双方当事人签收后,即具有法律效力。调解未达成协议或调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。

## 财产保全和先予执行

### 1. 财产保全

财产保全是指人民法院根据利害关系人或者当事人的申请,或者依职权对当事人的财产采取保护措施,以保证将来生效判决得到执行的诉讼制度。财产保全可以分为:

(1) 诉前财产保全。是指在起诉之前人民法院根据利害关系人的申请,对有关财产采取的保护措施。采取诉前财产保全应具备以下条件:一是情况紧急,不立即采取保全措施将会使利害关系人的合法权益受到难以弥补的损害;二是应由利害关系人向财产所在地人民法院提出申请,人民法院不能依职权主动采取;三是申请人应当提供担保,否则人民法院将裁定驳回申请。

(2) 诉讼中的财产保全。是指人民法院在受理案件后,为保证将来生效裁判的顺利执行,根据当事人的申请或者依职权对有关财产采取的保护措施。采取诉讼财产保全应具备以下几个条件:一是案件必须具有给付内容;二是必须有可靠的事实根据和充分的理由;三是必须在诉讼过程中,由当事人申请或由人民法院依职权主动采取。

### 2. 先予执行

先予执行是指人民法院在诉讼过程中,根据当事人的申请,裁定一方当事人预先支付给另一方当事人一定数额的金钱或者其他财物的诉讼制度。

人民法院裁定先予执行应具备的条件:一是当事人之间权利义务关系明确,彼此之间不存在其他权利义务纠纷;二是不先予执行将会严重影响权利人的生活或者生产经营;三是义务人有先行给付权利人一定金钱或者财物的能力。

先予执行适用于以下几种案件:一是追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件;二是追索劳动报酬的案件;三是因情况紧急需要先予执行的案件。

## § 6 民事审判程序

### 第一审普通程序

第一审普通程序是指人民法院审理第一审民事案件通常适用的程序。

#### 1. 起诉和受理

起诉是指当事人依法向人民法院提出诉讼请求的诉讼行为。起诉必须符合下列条件:(1)原告必须是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织;(2)有明确的被告;(3)有具体的诉讼请求和事实、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。

受理是指人民法院接受原告起诉,启动诉讼程序,开始对案件进行审理的诉讼行为。人民法院收到起诉状或者口头起诉,应当审查其是否符合法律规定的起诉条件,对于符合起诉条件的,应当在7日内立案并通知当事人;对于不符合起诉条件的,应当在7日内裁定不予受理;原告对裁定不服的,可以在收到裁定书之日起10内提起上诉。

#### 2. 开庭审理

开庭审理,是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,依照法定程序对案件事实进行全面审查和认定,并依此做出裁判的诉讼过程。开庭审理是第一审普通程序的中心环节。开庭审理的程序包括:(1)开庭前的准备;(2)宣布开庭;(3)法庭调查;(4)法庭辩论;(5)法庭调解;(6)评议宣判。

人民法院适用第一审普通程序审理的案件,应当在立案之日起6个月内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准,可以延长6个月;还需要延长的,报请上级人民法院批准。

### 简易程序

民事诉讼中的简易程序是指基层人民法院及其派出法庭审理简单民事案件所适用的一种简便易行的诉讼程序。

简易程序的适用范围为:(1)仅限于基层人民法院及其派出法庭;(2)仅限于事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件。

人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起3个月内审结。

## 第二审程序

第二审程序是指上一级人民法院根据当事人的上诉,就下级人民法院尚未发生法律效力的一审判决或裁定进行审理的程序。

### 1. 上诉的提起

上诉是指当事人不服第一审人民法院做出的未生效裁判,在法定期间内要求上一级人民法院对案件的事实和法律问题进行审理的诉讼行为。

上诉必须符合下列条件:(1) 上诉必须由享有上诉权或者依法可以行使上诉权的人提起;(2) 提起上诉的客体必须是依法允许上诉的判决或者裁定;(3) 必须在法定期间内提起上诉;(4) 上诉必须递交上诉状,当事人口头表示上诉而未在法定上诉期间内递交上诉状的,视为未提出上诉。

### 2. 上诉案件的审理

上诉案件的审理以开庭审理为原则,但合议庭经过阅卷和调查,询问当事人,在事实核对清楚后,认为不需要开庭审理,可以直接做出裁判。

第二审人民法院对上诉案件经过审理,按照不同情况分别做出如下处理:(1) 原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判决;(2) 原判决适用法律错误的,依法改判;(3) 原判决认定事实错误,或者认定事实不清,证据不足,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审或者查清事实后改判;(4) 原判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审;(5) 对于不服原审人民法院裁定的上诉案件的处理,一律使用裁定。

对判决的上诉案件,应当在第二审立案之日起3个月内审结。对裁定的上诉案件,应当在第二审立案之日起30日内做出终审裁定。

## 审判监督程序

审判监督程序是指人民法院对已经发生法律效力判决、裁定和调解书,依照法律规定对案件进行再审理的诉讼程序。在符合法律规定的当事人申请再审、人民检察院提出抗诉或者法院依职权提起再审的情况下可以启动审判监督程序。

当事人的申请符合下列情形之一是,人民法院应当再审:(1) 有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(2) 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(3) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的;(4) 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的;(5) 对审理案件需要的证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的;(6) 原判决、裁定适用法律确有错误的;(7) 违反法律规定,管辖错误的;(8) 审判组织

的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；(9) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；(10) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；(11) 未经传票传唤，缺席判决的；(12) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；(13) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定情形，或者审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的，人民法院应当再审。

人民法院按照审判监督程序再审的案件，应依以下程序进行：(1) 裁定中止原判决的执行并及时通知双方当事人；(2) 另行组成合议庭；(3) 分别适用第一、二审程序审理：案件原为第一审审结的，适用第一审程序审理，所作裁判当事人不服可以上诉；原为第二审审结的，适用第二审程序审理，所作裁判为终审裁判，当事人不得上诉。上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力判决、裁定。

### 其他民事审判程序

(1) 特别程序。是指人民法院审理某些非民事权益争议案件所适用的特殊审判程序。这些案件包括：选民资格案件，宣告失踪、宣告死亡案件，认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件，认定财产无主案件。

(2) 督促程序。是指人民法院根据债权人的给付金钱或有价证券的申请，以支付令的形式，催促债务人限期履行义务的特殊程序。如果债务人在法定期间内没有提出异议，该支付令即具有强制执行的效力。

(3) 公示催告程序。是指人民法院根据当事人的申请，以公开告示的方法告知并催促不明的利害关系人在法定期间内主张权利，逾期无人申报即做出除权判决的程序。公示催告程序的适用范围有两类：一是可以背书转让的票据（包括汇票、本票、支票）被盗、遗失或者灭失，票据持有人可以申请公示催告；二是依照法律规定可以申请公示催告的其他事项。

## §7 民事执行程序

民事诉讼中的执行，是指人民法院依照法定程序，强制义务人履行已发生法律效力法律文书所确定的义务的活动。执行程序是指人民法院、申请执行人、被执行人以及协助执行人进行执行活动必须遵守的法律规定。

## 执行的一般规定

(1) 执行机构。执行由执行员执行。执行员是隶属于法院执行局的工作人员。

(2) 执行管辖。发生法律效力民事判决、裁定,以及刑事判决、裁定中的财产部分,由第一审人民法院执行。法律规定由人民法院执行的其他法律文书,由被执行人住所地或者被执行财产所在地人民法院执行。

(3) 执行行为异议。是指当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的,向负责执行的人民法院提出的书面异议。

(4) 执行异议。是指在执行过程中,案外人对执行标的提出不同意见并主张全部或部分实体权利的行为。

(5) 委托执行和协助执行。前者是指被执行人或者执行标的在外地的,可以委托当地人民法院代为执行的一种制度;后者是指在执行过程中,其他人民法院以及有关单位和个人配合、帮助有管辖权的人民法院完成执行任务的活动。

(6) 执行和解。是指执行过程中,双方当事人自愿协商,达成协议并经人民法院审查批准,从而结束执行程序的活动。

(7) 执行担保。是指在执行过程中,被执行人因确有困难暂时缺乏偿付能力时,向人民法院提供担保并经申请执行人同意而暂缓执行的制度。

(8) 执行承担。是指在执行过程中,由于出现特殊情况,被执行人的义务由其他公民、法人或组织履行的制度。

(9) 执行回转。是指在执行完毕后,因据以执行的法律文书被依法撤销,由执行人员采取措施,强制一方当事人将执行所得的利益退还给原来的被执行人,恢复到执行程序开始前的状态的一种制度。

## 执行的开始

(1) 申请执行。是指生效法律文书中的实体权利人,在对方当事人不履行义务时,向人民法院请求强制执行的行为。申请执行是开始执行程序的方式之一。

(2) 移送执行。是指人民法院审判员根据案情依法主动将生效的判决、裁定或其他法律文书交付执行组织执行的行为。移送执行是开始执行程序的另一种方式。

## 执行措施

执行措施是指人民法院依法强制实现作为执行根据的法律文书的具体方法和手段。执行措施主要有以下几种:(1) 查询、冻结、划拨被执行人的存款;

(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) 对被执行人隐匿的财产进行搜查;(5) 强制被执行人交付法律文书指定的财物或票证;(6) 强制被执行人迁出房屋或退出土地;(7) 办理财产权证照转移手续;(8) 强制被执行人履行法律文书指定的行为;(9) 强制被执行人支付迟延履行期间债务利息或迟延履行金。

## 执行中止和终结

执行中止是指在执行过程中,由于出现了某种特殊情况而导致执行程序暂时停止,待这种情况消失后,再恢复执行的情形。有下列情形之一的,人民法院应裁定中止执行:(1) 申请人表示可以延期执行的;(2) 案外人对执行标的提出确有理由的异议的;(3) 作为一方当事人的公民死亡,需要等待继承人继承权利或者承担义务的;(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的;(5) 人民法院认为应当中止执行的其他情形。

执行终结是指在执行过程中由于出现某种特殊情况而导致执行工作无法继续进行或者没有必要继续进行,从而结束执行程序的情形。有下列情形之一的,人民法院应裁定终结执行:(1) 申请人撤销申请的;(2) 据以执行的法律文书被撤销的;(3) 作为被执行人的公民死亡,无遗产可供执行,又无义务承担人的;(4) 追索赡养费、抚养费、抚育费案件的权利人死亡的;(5) 作为被执行人的公民因生活困难无力偿还借款,无收入来源且又丧失劳动能力的;(6) 人民法院认为应当终结执行的其他情形。

## § 8 行政诉讼法绪论

### 行政诉讼、行政诉讼法概念

行政诉讼是指人民法院在各方当事人的参加下依法解决行政争议的活动。行政诉讼法是指调整人民法院和诉讼参与人在解决行政争议的过程中所进行的活动法律规范的总称。行政诉讼法有广义和狭义之分。狭义的行政诉讼法仅指行政诉讼法典,如我国于1990年10月1日正式实施的《中华人民共和国行政诉讼法》;广义的行政诉讼法除行政诉讼法典外,还包括宪法、其他法律法规中关于行政诉讼的规定。

### 行政诉讼参加人

行政诉讼参加人是指参加行政诉讼的当事人和与当事人诉讼地位相似的

诉讼代理人。当事人包括原告、被告、共同诉讼人、第三人；诉讼代理人包括法定代理人和委托代理人。其中，行政诉讼的原告是认为行政机关的具体行政行为侵犯了其合法权益的公民、法人或其他组织，即行政管理相对人；行政诉讼的被告是行使国家行政管理职权的行政机关。

## 行政诉讼的基本原则

行政诉讼的基本原则是指人民法院和诉讼参加人进行行政诉讼都必须遵守的基本行为准则。根据行政诉讼法的规定，行政诉讼中应当遵守人民法院依法对行政案件独立行使审判权；以事实为依据，以法律为准绳；对具体行政行为是否合法进行审查；当事人法律地位平等；使用本民族语言文字进行诉讼等原则。

## §9 行政诉讼基本制度

### 行政案件的受案范围

行政案件的受案范围是指法律规定的人民法院受理审判一定范围内行政案件的权限。

#### 1. 人民法院受理行政案件的范围

人民法院应当受理的行政案件的范围是：(1) 对行政处罚不服的案件；(2) 对行政强制措施不服的案件；(3) 认为行政机关侵犯法定经营自主权的案件；(4) 认为行政机关拒绝颁发许可证、执照的案件；(5) 认为行政机关不履行保护人身权、财产权的法定职责的案件；(6) 认为行政机关没有依法发给抚恤金的案件；(7) 认为行政机关违法要求履行义务的案件；(8) 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的案件；(9) 法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

#### 2. 人民法院不予受理的行政案件

对于以下行政行为不能提起行政诉讼：(1) 国防、外交等国家行为；(2) 行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令，即抽象行政行为；(3) 行政机关对其工作人员的奖惩、任免等决定；(4) 法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

### 行政诉讼管辖

行政诉讼管辖是指人民法院审理第一审行政案件的权限和分工。包括：

### 1. 级别管辖

级别管辖是指各级人民法院之间在受理第一审刑事案件上的权限和分工。行政诉讼中的级别管辖是:(1)基层人民法院管辖第一审行政案件,法律另有规定的除外。(2)中级人民法院管辖下列几种第一审行政案件:一是确认发明专利权的案件、海关处理的案件;二是对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件;三是本辖区内重大、复杂的案件。(3)高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。(4)最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

### 2. 地域管辖

地域管辖是指同级人民法院之间在受理第一审行政案件上的权限和分工。地域管辖分为:(1)一般地域管辖。是指行政案件由最初做出具体行政行为的行政机关所在地的人民法院管辖;(2)特殊地域管辖。是指按照法律的特别规定确定的对行政案件的管辖。特殊地域管辖包括以下三种情形:一是经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,可以由最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖,也可以由复议机关所在地人民法院管辖;二是对限制人身自由的行政强制措施不服提起的行政诉讼,由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖;三是因不动产提起的行政诉讼,由不动产所在地人民法院管辖。

### 3. 裁定管辖

裁定管辖是指人民法院在某些特殊情况下,依照行政诉讼法的有关规定,以裁定的方式确定行政案件的管辖法院。裁定管辖是上述法定管辖制度的补充,根据《行政诉讼法》的规定,裁定管辖主要有移送管辖、指定管辖和管辖权的转移等几种情况。

### 4. 管辖权异议

在行政诉讼中,当行政案件当事人对人民法院的管辖权有不同意见时,有权提出管辖权异议。当事人提出管辖异议,应当在接到人民法院应诉通知之日起10日内以书面形式提出。对当事人提出的管辖异议,人民法院应当进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

## 行政证据

行政诉讼法规定了七种证据:书证,物证,视听资料,证人证言,当事人的陈述,鉴定结论,勘验笔录,现场笔录。行政诉讼证据的基本理论和制度与民事证据、刑事证据基本相同,最大的区别在于行政诉讼中由被告承担主要举证



责任,原告承担次要举证责任。

### 1. 被告的举证责任

《行政诉讼法》第32条规定:“被告对做出的具体行政行为负有举证责任,应当提供做出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”第33条规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”因此,在行政诉讼中,举证责任主要由被告即有关国家行政机关承担。处于被告地位的行政机关有责任提出证据证明自己所作的引起行政争议的具体行政行为的合法性。如果行政机关不能提供这样的证据,就要承担败诉的法律后果。

### 2. 原告的举证责任

行政诉讼中,原告对下列事项承担举证责任:(1)证明起诉符合法定条件,但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外;(2)在起诉被告不作为的案件中,证明其提出申请的事实;(3)在一并提起的行政赔偿诉讼中,证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实;(4)其他应当由原告承担举证责任的事项。

## § 10 行政诉讼程序

### 起诉和受理

行政诉讼中的起诉是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益,依法请求人民法院对行政机关的具体行政行为予以审查和确认,从而保护自己合法权益的诉讼行为。

行政诉讼起诉应当符合下列条件:(1)原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织;(2)有明确的被告;(3)有具体的诉讼请求和事实根据;(4)属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

对属于人民法院受案范围的行政案件,公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议,对复议不服的,再向人民法院提起诉讼;也可以直接向人民法院提起诉讼。在某些情况下,公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服时,必须向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议,对复议不服的,才能向人民法院提起诉讼,即所谓“复议前置”。复议前置只适用于法律、法规有明确规定的具体行政行为。

人民法院接到原告的起诉状后,应当组成合议庭对原告的起诉进行审查,

经审查认为符合起诉条件的,应当在7日内立案;不符合起诉条件的,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。

## 第一审程序

行政诉讼的开庭审理程序包括以下步骤:(1)开庭准备;(2)宣布开庭;(3)介绍案情;(4)法庭调查;(5)法庭辩论;(6)合议庭评议;(7)宣告判决。

人民法院经过审理,根据不同情况,分别做出以下判决:(1)具体行政行为为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持;(2)具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新做出具体行政行为:一是主要证据不足的;二是适用法律、法规错误的;三是违反法定程序的;四是超越职权的;五是滥用职权的;(3)被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行;(4)行政处罚显失公正的,可以判决变更。

## 第二审程序

第二审程序,是指上一级人民法院根据当事人对未生效的第一审行政判决、裁定的上诉,按照法定程序对案件进行审判的过程。

第二审人民法院审理上诉案件,应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查,不受上诉人上诉范围的限制,一般应当在收到上诉状之日起2个月内作出终审判决。

第二审人民法院审理上诉案件,按照不同情况分别处理如下:(1)驳回上诉,维持原判;(2)依法改判;(3)裁定撤销原判,发回重审;(4)当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的,第二审人民法院可以进行调解,调解不成的,应当告知当事人另行起诉。

## 审判监督程序

审判监督程序是指人民法院依法对已经生效的行政判决或裁定重新进行审理的诉讼活动。

按照审判监督程序决定再审的案件,应当裁定中止原判决的执行。人民法院按照再审程序对行政案件进行审理后,如果认为原生效判决、裁定认定事实清楚,适用法律、法规正确,应当裁定撤销中止执行原裁判、决定再审的裁定,判决维持原判;如果认为原生效判决、裁定确有错误,在撤销原生效判决、裁定的同时,可以对生效判决、裁定的内容做出相应裁判,也可以裁定撤销生效判决、裁定,发回做出生效判决、裁定的人民法院重新审判。

## 执行程序

行政诉讼的执行,是指人民法院和有关行政机关在义务人逾期不履行人民法院就行政案件依法做出的具有执行力的法律文书时,依法采取强制措施,从而使生效法律文书得以实现的活动。

此外,《行政诉讼法》第66条还规定了一种特殊的“非诉执行”：“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”严格地讲,“非诉执行”并不属于行政诉讼的范畴,但由于我国有相当的行政机关没有强制执行权,其做出的具体行政行为如果相对人不自觉履行,就处于难以执行的状态,从而使行政机关代表国家做出的意思表示无法实现。《行政诉讼法》作此规定,旨在解决行政执法中的实际问题,弥补法律、法规中关于行政强制执行规定的不足。

## 行政赔偿诉讼

行政赔偿诉讼是指人民法院根据行政赔偿请求人的要求,依法解决行政赔偿争议的活动。公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员做出的具体行政行为侵犯造成损害的,有权请求赔偿。公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求,应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服,可以向人民法院提起诉讼。

### 【关键词】

刑事诉讼法(criminal procedural law):是指国家制定的调整公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下,解决犯罪嫌疑人、被告人刑事责任问题的活动的法律规范的总称。

民事诉讼法(civil procedural law):是指国家制定或认可的,调整人民法院和当事人及其他诉讼参与人在民事诉讼中的行为以及由此而产生的权利义务关系的法律规范的总称。

行政诉讼法(administrative procedural law):是指调整人民法院和诉讼参与人在解决行政争议的过程中所进行的活动法律规范的总称。

证据(evidence):是指以法律规定的形式表现出来的,能够证明案件真实情况的一切事实。

### 【思考题】

1. 如何理解“未经人民法院依法判决对任何人不得确定有罪”的原则?
2. 诉前财产保全与诉讼中的财产保全有何不同?
3. 为什么行政诉讼中要由被告承担主要的举证责任?

## 【课堂讨论案例】

案例1:1998年4月20日晚8时许,在云南省昆明市发生一起枪杀案。被害人分别为昆明市公安局干警王某(女)和云南省路南县公安局副局长王某(男)。公安机关经过侦查,认为被害人王某(女)的丈夫杜某有重大犯罪嫌疑。由于杜某拒不承认自己杀人,侦查人员对杜某采取了刑讯手段,杜某被迫招认了杀人罪行。

1998年11月20日昆明市人民检察院以犯罪嫌疑人杜某犯有故意杀人罪向昆明市中级人民法院提起公诉。公诉机关指控:犯罪嫌疑人杜某因怀疑其妻与王某(男)有不正当两性关系而对两人怀恨在心。在案发当晚,杜某骗得王某(女)随身携带的七七式手枪,用此枪先后将两人杀害,并将手枪及两人随身携带的移动电话等物品丢弃。

庭审过程中,被告人杜某当庭出示了在侦查期间被刑讯逼供后打成条状的沾满血迹的衬衣,并辩称案发当晚并未与两被害人见面,更未实施杀人行为。其辩护人提出了案件事实不清、证据不足,被告人无罪的辩护观点。但这些意见均未被采纳。昆明市中级人民法院一审判处被告人杜某死刑。杜某不服一审判决,向云南省高级人民法院提出上诉。云南省高级人民法院经审理认为本案存在疑点,改判被告人杜某死刑、缓期二年执行。判决生效后,杜某被交付监狱执行刑罚。

半年后,昆明市公安机关侦破了杨某抢劫、杀害军警犯罪集团案,杨某等人供认,王某(女)、王某(男)被害案系他们所为。侦查人员在杨某租住的房屋内搜查到了一系列证据,如王某(男)随身携带的七七式手枪等。杜某遂无罪释放。

试讨论:公安司法机关在办理本案过程中主要存在哪些不当之处?

案例2:香港著名影星刘某在B市拍片时,在B市某百货商店和某商厦发现未经其本人同意而印有本人肖像的商品广告宣传物及包装物。经查,这批商品广告和包装物均来自A市某实业公司。该公司在未经刘某同意的情况下将刘某的肖像用于其生产的化妆品的包装、说明书及广告宣传品上,并与B市某百货商店和某商厦签订了经销合同。某百货商店和某商厦在经销过程中,将印有刘某肖像的广告宣传品悬挂于商场内,并将包装物上印有刘某肖像的香皂,以“买一送一”的形式予以销售。

为此,原告刘某以被告某实业公司未经其准许以营利为目的在其商品广告和包装物上使用原告肖像,属侵权行为;某百货商店和某商厦在自己商场内悬挂该违法广告并以“买一送一”的形式大量销售该批违法广告物和包装物的商品,也应承担一定的侵权责任为由,向B市中级人民法院提起诉讼。同时向B市中级人民法院申请先予执行,要求被告立即停止使用其肖像,并提供了2万美元的担保。一审法院审查后裁定准予原告的先予执行请求。本案庭审后,经调解,被告A市某实业公司向原告赔礼道歉,并自愿补偿原告人民币10万元;原告自愿放弃要求被告赔偿人民币100万元的诉讼请求,同时撤回了对B市某百货商店和某商厦的诉讼请求。B市中级人民法院对上述调解协议及原告的撤诉申请进行审查后判发了调解书,案件圆满解决。

试讨论:

1. 本案中原告申请先予执行是否合法?
2. 本案中原告撤诉是否必须经人民法院审查核准?

案例3:2002年5月,张某经县规划局批准,在办理了有关手续后,兴建一座四层楼的

私人住宅。同年9月,在工程即将完工时,张某突然接到县规划局的通知,称:该住宅处于县里规划即将兴建的迎宾大道的中点,属于违章建筑,应立即停工并予以拆除,同时处以罚款5万元。经查,在同年7月,县规划局领导作了调整,新领导上任后,提出了新的规划思路,并获得了县政府的批准,而张某的在建住宅恰好处于新规划的迎宾大道的中点,必须予以拆除。张某不服,向市规划局申请复议。市规划局经复议后做出了房屋应予拆除,但撤销罚款处罚的决定。张某仍然不服,遂向人民法院提起了诉讼。

试讨论:本案应如何处理?

### 【推荐读物】

1. 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版。
2. 陈光中主编:《刑事诉讼法》,高等教育出版社、北京大学出版社2009年版。

# 第 14 章

## 国 际 法

- 国际法的基本概念与观念
- 国际法的制定与实施
- 国际法的主要领域

**【本章概要】** 在法律的大家庭里,国际法与人们的日常生活距离最远。大多数人不会接触到国际立法,也不会参与到国际司法活动之中。在纽约、日内瓦、海牙的国际法律机构忙碌的事务似乎远在天边,国际法看起来是法律大陆之外一个神秘的岛屿。它实际上如何呢?本章将揭开国际法的面纱,来观察它的基本结构和主要内容,分析它的力量和弱点。

### § 1 国际法的基本概念与观念

#### 国际法

国际法(international law),又称国际公法,最直观的解释是国家之间的法律,即以国家之间的关系为主要调整对象的法律。随着时代的发展,其内涵已有所拓展,现在指调整以主权国家为主的国际人格体之间的规则总体。<sup>①</sup>

国际法是国际关系(international relations, ir)的一部分,是国际关系中采用确定的规则进行处理的部分。国际法的萌生背景是国际交往,产生前提是

<sup>①</sup> 本章仅介绍国际法的基本知识和根本理念,关于更细节的问题,参见白桂梅:《国际法》,北京大学出版社2009年版;Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2008; Malcolm Shaw, *International Law*, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge University Press, 2008.

国际社会的政治决策,国际法的出现、存在和运行影响着国际关系的格局与状态。对于国际关系进行的理论研究被称为国际关系学(International Relations, IR)。国际关系学的理论为国际法的研究提供了一个分析问题的框架,它对国际法之外而影响国际法产生与发展的因素进行分析与考察并得出结论,具有重要的解释功能,它可以诠释国际法的产生与发展、效力依据、地位与作用、发展动力等问题,从而消除了国际法理论中的一些困惑。同时,国际关系理论也影响国际法的发展,是国际法发展的理论条件,二者相互影响、相互促进。

国际法不同于国际私法。国际私法也称法律冲突法或冲突法,处理跨国国民商事交往中出现的法律问题,主要在不同国家相互差异的国内法之间进行选择。

国际法也不同于国内法,但二者之间有着千丝万缕的联系。国内法主要调整在其管辖范围内的人及其他法律实体的行为,一些国际法的规则会通过国家的引入或者转化变成国内法的一部分。

## 国际法的主体

国际法的主体是那些能够独立参加国际法律关系、直接承受国际法权利和义务之行为体。一般认为,国家是国际法的基本主体,国际组织是派生性主体,争取独立的民族是过渡性主体,非政府组织和个人是国际法正在兴起的主体。

### 1. 国家

国家之所以成为国际法的基本主体,主要是因为国际法是以国际关系为调整对象的法律,而国际关系主要是国家间关系,所以国际法主要是国家间的法律。无论是国际法的传统部门,还是国际法的新领域,其对象主要是国家,其主要内容是有关国家在国际法上的权利和义务,国家也因此当然是国际法权利和义务的主要承受者。国际法的特性决定了国家是国际法律关系的基本主体。要构成国际法上的国家,必须具备定居的居民、确定的领土、政府和主权四个要素。永久中立国是以国际条约或国际承认为根据,在对外关系中承担永久中立义务的国家。这是具有特殊地位的主权国家。在国际法上,国家的权利可分为基本权利和派生权利两大类。所谓基本权利是指国家所固有的权利,它与国家主权相联系;而派生权利是指从国家基本权利引申出来的权利。许多国际法律文件专门规定了国家的基本权利和义务。根据国际实践和有关的国际法律文件,国家基本权利主要为独立权、平等权、自卫权和管辖权。(1) 独立权主要是指国家按照自己的意志处理本国事务而不受他国控制和干涉的权利。(2) 平等权是指国家作为国际法主体在国际法律关系中所具有的地位平等的权利。(3) 自卫权是指国家在受到外来武装攻击时进行单独或

集体自卫的权利。在当代国际法上,自卫权的内容得到了进一步的明确和发展。《联合国宪章》在肯定自卫权是国家的“自然权利”的同时,承认“集体自卫权”(即一群国家在安理会的组织下采取武装自卫行动),从而将国家自卫权与国际集体安全制度联系在一起。(4)管辖权是指国家对其领域内的一切人、物和事件以及境外特定的人、物和事件行使管辖的权利。管辖权分为属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖等种类,其中最具有优越地位的是属地管辖。也就是说,甲国不能派警察到乙国来逮捕人犯、甲国的法院判决也不能在乙国内直接生效,即使是针对具有甲国国籍的人、属于甲国的船舶、财产也不例外。唯一的例外是乙国同意,但当前的国际法中此种同意极其罕见。

此外,国家享有管辖豁免。即在国际交往中,一国的行为及其财产未经所属国同意不受他国管辖。国家管辖豁免是“法定”的行使国家管辖权的例外情况。2005年联合国进行立法,对于以往的国家豁免国际法进行了统一和发展。根据现行的主流国际法,国家在从事公务时享有豁免,但在从事商事活动时不享受豁免。

## 2. 国际组织

国际法上的国际组织是特指政府间国际组织,即由两个以上的国家为谋求合作、通过其政府间订立的符合国际法的协议而创立的、具有一整套常设机构的国家联合体。现代意义上的国际组织的出现是19世纪欧洲国家间多边关系发展的产物。在工业革命和法国大革命之后,经由欧洲列强的会议制度及国际行政联盟演进而来。

国际组织的国际法主体资格,是随着国际组织的发展逐渐得到确认的。1949年,在“关于为联合国服务而受损害的赔偿案”咨询意见中,国际法院明确指出,联合国具有国际法律人格,有能力享受国际权利和承担国际义务,而且有能力以提起国际索赔来维护自身的权利。国际法院这一重要的咨询意见具有普遍的指导意义和示范作用,被推广到联合国专门机构以及其他政府间国际组织。国际组织在其基本文件所确定的范围内,为实现组织宗旨,履行组织职能,理应具有相应的国际法上的权利能力和行为能力,具有国际法律人格。主要表现为缔约权、使节权、承认权与被承认权、求偿权与国际责任、继承权、召集国际会议的能力以及为其职员履行国际职能之必要和便利,向他们颁发用作出入有关国家通行证的旅行证件、使用自己的旗帜、印章和徽标等一系列权利和能力,以及一定的特权和豁免。

## 3. 争取独立的民族组织

20世纪以来,特别是第二次世界大战以后,殖民地和半殖民地被压迫民族在争取民族独立的过程中,不仅形成了代表该民族进行民族独立运动的政



治组织,而且还作为政治实体参加了国际关系,并逐渐成为国际法律关系的主体。

第一次世界大战期间,捷克斯洛伐克和波兰人民为争取民族独立,在巴黎成立了民族委员会,先后获得了英、法等国的承认,并作为协约国的同盟者直接参加了巴黎和会。第二次世界大战后,争取独立的民族的国际法主体资格得到了更多国家的承认。例如,在巴勒斯坦国成立之前,巴勒斯坦解放组织已得到 120 多个国家的承认。

尽管争取独立的民族组织具有国际法主体资格,可以享受国际法权利和承担国际法义务;但由于其未建立起国家,未能在全国范围内实现有效统治,行使管辖权的范围就受到一定限制,也不可能履行所有的国际义务。因此,争取独立的民族不能像国家那样拥有完全的权利能力和行为能力。由于争取独立的民族的最终目的是建立起自己的独立国家,而一旦国家建立,国家的国际法主体资格就取代了民族的主体资格。从这个意义上讲,争取独立的民族是一种过渡性的国际法主体。

#### 4. 非政府组织

非政府组织是指由民间的个人、社团建立的非赢利的跨国组织,通常被称为 Non-governmental Organizations,简称 NGOs。

非政府组织的活动范围包括向国家及政府间组织提供咨询和信息、表达和宣传非政府组织的观点、影响各国政府和政府间组织的决策过程、监督国家及政府间组织国际义务的实施、参与实施政府间组织的项目、为国际经济社会发展提供特定服务、作为国际争端和平解决的非正式协调者等。

实践表明,非政府组织已逐步成为全球化时代国际社会的完全参与者,是国际关系中的非国家行为体。非政府组织以服务于国际社会公共利益为其宗旨,较少地受国家政治、经济利益的驱动,不受政府行为的支配,能够比较客观、公正地从社会道义、公益的角度,致力于国际问题的解决,形成成为一种非国家中心主义的国际体制。非政府组织有广泛的民意基础和代表性,是各国民众直接参与国际事务、进行合作的组织形式。非政府组织虽然是民间组织,但是掌握着国际社会巨大的人力、物力和智力资源,而且组织健全,分布广泛,专业素质高,技术力量强,有足够充分的行为能力去履行其社会职能。

国际非政府组织通常享有总部所在国的法人资格,其活动主要受国内法的约束,但也不得超出国际法所允许的范围。非政府组织的非国家性和非政治性,能够使它们在决策、行事时无须经过繁复的法律程序,也不必启用正式的官僚机制,可以及时灵活地对国际事务作出反应,有很大的自由裁量权,对风险和失败的承受力也远胜于政府间组织,因此有利于开展民间的国际合作。

## 5. 个人

在传统的国际法中,个人是看作客体的。相关的问题主要包括:

(1) 国籍,是指一个人属于某一个国家的国民或公民的法律资格。

(2) 外国人的法律地位,包括入境、居留和出境的制度以及外国人待遇。一国是否准许外国人入境,完全是国家主权范围内的事项。合法进入一国境内的外国人,根据所在国的法律和有关的国际条约或协定,可以在该国短期、长期或永久居留。外国人出境,只要符合所在国有关出境的规定,就应被允许出境。从国际实践看,给予外国人的待遇主要有国民待遇、最惠国待遇、差别待遇等,现在的主流待遇是国民待遇。

(3) 外交保护,泛指一国通过外交途径对国外的本国国民的合法权益所进行的保护。国家根据属人管辖原则有权对其在国外的本国国民的合法权益进行外交保护。一国行使外交保护必须符合两个基本条件:第一,被保护的外国人必须具有保护国的国籍;第二,在所在国已经诉诸于各种可以求助的权利保护手段,即“用尽当地救济”。

(4) 庇护,一国以属地管辖为基础,对于遭受追诉或受迫害而来避难的外国人给予保护,并拒绝将其引渡给另一国。庇护的对象,主要是因为政治原因而受追诉或迫害的外国人,因此,庇护也称为政治避难。

(5) 引渡,一国的主管机关应有管辖权的他国主管机关的请求,依据国际法的有关规定,将被指控犯罪或判决有罪而又可引渡的域内之人送交他国进行审判或惩处。引渡是国家间的刑事司法协助行为,国家通常通过条约对引渡的内容和程序予以明确规定。引渡实施的条件有双重犯罪原则(也称相同原则,引渡所涉对象的行为必须依请求国与被请求国的法律均构成犯罪并应受刑罚处罚)、政治犯不引渡原则、同一原则(也称专一原则,即请求国对被引渡的人只能就引渡请求书中所指控的罪行进行追诉或处罚)、本国国民不引渡原则。

20世纪以后,随着国际法的现代化和人本化发展,个人的主体性逐渐提升。《联合国宪章》和一些国际公约关于保障基本人权的規定使个人成为国际法的关注对象。从欧洲共同体到欧洲联盟,个人在国际法庭上享有了诉讼权利;欧洲人权法院等国际人权司法机构使得是的个人可以在国际司法体制中对抗国家;同时,一些国际法规范确立了对于海盗、灭绝种族者、贩卖奴隶者、贩卖毒品者和战争罪犯等进行惩处的制度,东京审判、纽伦堡审判、前南斯拉夫特别刑事法庭(ICTY)、卢旺达特别刑事法庭(ICTR)等对这些制度进行了实践。从目前的国际现实看,应当承认个人在国际法的某些领域具有有限的国际法主体资格。

## 国际法的渊源

法律渊源是国际法的传统理论问题。尽管对国际法渊源的定义有不同的理解,但许多学者都认为《国际法院规约》第38条列举了国际法渊源的具体表现形式。该条将国际法的主要渊源,即国际法规则形成的方式归结为三:条约、习惯国际法和为各国承认的一般法律原则。

条约是国际法主体之间订立的符合国际法的协议,国家是条约的主要缔结者。按照“约定必须信守”(pacta sunt servanda)的国际法原则,条约对国家有拘束力,国家必须遵守条约。因此《国际法院规约》第38条第1款规定,国际法院判案时应首先适用国际条约,可见条约在国际法渊源中居于重要地位。条约有多种类型、名称和功能,按其法律性质考察,可分为契约性条约(规定国家之间关于特定事项的权利义务的条约,一般采用双边条约的形式,如两国之间的贸易、交通条约)和造法性条约(多个国家参加的、以制定某种共同行为规则为目的并以这种规则为内容的条约,创立国际法的原则和规则,如《外交关系法公约》、《海洋法公约》、《联合国宪章》等)。根据条约缔约国家的数目多少可以将条约分为双边条约(bilateral treaty)和多边条约(multilateral treaty)。

习惯国际法,简称习惯,是国家交往中形成并被广泛接受为法律的惯例。其构成有两个要素:(1)国家的一致行为(usus/practice of states), (2)法律确信(opinion juris)。习惯常常是以早期条约的某些条款为其渊源,这些条款后来就被承认为法规。但是也有个别的国际法规则是由世界列强的大致相同的实践发展而成的。习惯的主要规则有主权、承认、同意、信实、公海自由、国际责任、自卫等。近几十年来,习惯的作用随着条约的大量产生而有所减弱,但在条约所未涉及的国际社会的诸多领域,习惯仍然具有不可替代的意义。

为各国所承认的一般法律原则只有在国际习惯法或条约法没有相应的规则与之平衡的情况下才起作用,所以它的造法作用是辅助性的。这种原则必须是一般的法律原则,而不是作用范围有限的法律规则;它还必须得到相当多的国家(至少包括世界上主要的法律体系)的承认。

此外,权威公法学家的学说、国际审判机构的判例以及国际组织的决议也构成了国际法的渊源。

## §2 国际法的主要领域

国际法是一个与国内法相对称的术语。所以,国内法所具有的领域,国际

法大多也具有。例如国际宪法(这是一个比较新的概念)、国际行政法、国际民商法、国际刑法、国际经济法、国际环境法、国际知识产权法等。各个领域的国际法成熟程度差异很大,表现方式也各异。本节列举国际法中相对成熟的各领域。

## 领土

领土法相当于民法中的物权法。领土是处于国家主权支配之下的地球表面的特定部分,包括领陆(国家疆界以内的陆地,包括岛屿)、领水(陆地疆界以内或与陆地疆界邻接的一定宽度的水域,分为内水和领海)、底土(领陆下面的底土和领水的水床及底土)以及领空(领陆和领水上面一定高度的空间,具体高度没有一致的规范)。领土是国家的生存之基。

### 1. 领土主权

领土主权是指一国对其领土享有最高的和排他的权力,是国家主权的最重要内容。包括两个方面的表现:(1) 国家对其领土享有最高的拥有权、使用权和处分权,此即国家的领土所有权或领有权;(2) 国家享有排他的领土管辖权。在领土上或进入领土内的任何人或物,以及在领土内发生的事件,均隶属于该国的属地最高权之下。《联合国宪章》等国际法文件都确认或重申了尊重国家主权及领土完整的原则。任何国家都有尊重其他国家的主权、领土完整和政治独立的义务。

### 2. 国家领土的取得与变更

传统国际法上,国家领土的取得有先占、时效、添附、割让、征服五种方式。这些方式多成陈迹,在现代国际法中多无法实现或不再合法,唯有添附尚有可能。这些方式的现实意义在于:当国家之间发生领土争端时,证明有关国家领土的来源与效力。

现代国际法上的国家领土变动应符合国家主权平等及其他国际法基本原则,主要实践包括民族自决、公民投票、交换领土、归还领土等。

### 3. 南北极

各国对北极的法律地位持不同的主张。有人主张毗连北极的国家拥有以该国海岸或某一纬线为底边,以北极为顶点,以从北极到该国东西两端的国界的两条经线为腰的扇形空间内的一切陆地和岛屿以及流动冰群,即“扇形理论”。此主张制定成国内法遭到了反对。

南极冰盖及冰层下的丰富资源,战略地位十分重要。不少国家对南极提出主权要求,但相互冲突。1959年签订的《南极条约》确定了和平利用、促进科考、冻结主权要求等规范。

## 海洋

海洋法是国际法中很具专业色彩的领域,不过值得注意的是,虽然国际社会从1930年开始努力,形成了一些处理海洋关系的国际条约,其中最主要的是1982年《联合国海洋法公约》;但是由于有些条约的参加国不多,有些条约本身的规范不明晰,这些条约的解决问题能力都不强。

中国是海洋大国。为了保护海洋权益,中国制定、公布了《海洋环境保护法》(1982)、《海上交通安全法》(1983)、《渔业法》(1986)、《领海与毗连区法》(1992)、《中国政府关于领海基线的声明》(1996)、《专属经济区和大陆架法》(1998)、《海岛保护法》(2009)等;1995年批准了《联合国海洋法公约》。

### 1. 领海

领海指邻接国家领陆、内水或群岛水域的,受国家主权管辖和支配的一定宽度的海水带。

领海基线是测算领海和其他管辖海域宽度的起点线,有正常基线和直线基线两种。(1)正常基线,也称自然基线,以落潮时海水退到离海岸最远的潮位线即低潮线作为测算领海的基线。(2)直线基线,也称折线基线,指以连接海岸和近岸岛屿的最外缘上所选的基点的直线作为领海的起始线。

领海的外部界限与基线之间的垂直距离就是领海宽度。各国有权自行确定领海宽度,但1982年《联合国海洋法公约》规定该宽度不应超过12海里。

领海是沿海国领土的组成部分,处于沿海国主权之下,国家主权及于领海的水域、上空、海床及底土,国家对领海内的一切人、物、事件具有排他的管辖权,包括对自然资源拥有所有权、对领海上空拥有领空权、沿海航运及贸易权、制定有关航行、关税等法律规章。还有对违反本国法律制度的外国船舶实行追逐并可紧追至公海的权利。

但是,外国在别国领海上可以无害通过,即在不损害沿岸国和平、安全与良好秩序的情况下,毋须事先通知或征得许可而连续不停地迅速地穿过领海或为驶入内水或自内水驶往公海而通过领海的航行。

### 2. 内海

内海是指一国领海基线以内的海域。它包括一国的内陆海、内海湾、内海峡、海港以及其他直线基线与海岸之间的海域。

内海与国家的陆地领土具有相同的法律地位,国家对其行使完全的、排他的主权。外国船舶未经许可不得驶入一国内海,也不得进行捕鱼和其他海洋活动。

### 3. 毗连区

毗连区,又称邻接区或特别区,是指沿海国在毗连其领海的一定范围内,

为对其海关、财政、卫生和移民等类事项行使管制而设置的区域。它从领海基线量起不超过 24 海里。

沿海国对毗连区不享有主权,只在毗连区行使某些方面的管制,而且国家对毗连区的管制不包括毗连区上空。

《联合国海洋法公约》规定,沿海国可以在毗连区行使下列管制:(1)防止在其领土或领海内违犯其海关、财政、移民或卫生法律和规章;(2)惩治在其领土或领海内违犯上述法律和规章的行为。

#### 4. 专属经济区

专属经济区或称专属渔区,是领海以外并邻接领海的一个区域,该区域从测算领海宽度的基线量起,不超过 200 海里。《联合国海洋法公约》规定,拥有专属经济区的权利并非沿海国所固有,需要沿海国以国内法形式宣告来实现。

沿海国在专属经济区享有以勘探和开发、养护和管理其自然资源为目的的主权权利,以及关于在该区从事经济性开发和勘探,如利用海水、海流和风力生产能源等其他活动的主权权利;对该区域内的人工岛屿、设施和结构的建造和使用以及海洋科学研究、海洋环境的保护和保全享有管辖权;并具有公约规定的其他权利和义务。外国在专属经济区内享有船舶航行、飞机飞越和铺设海底电缆和管道的自由,但在行使此权利时,须遵守沿海国的有关法律和规章。

#### 5. 大陆架

在地质学上,大陆架是海底从海岸以平缓的坡度向海洋方面倾斜延伸至显著转折处的海床。《联合国海洋法公约》确定的大陆架为:沿海国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的外缘的距离不到 200 海里,则扩展到 200 海里的距离。如从测算领海宽度的基线量起超过 200 海里,大陆架在海床上外部界限的各定点,不应超过从基线量起 350 海里,或不应超过 25 000 公尺等深线 100 海里。沿海国为勘探和开发其自然资源的目的,对大陆架行使专属性的主权权利,此种权利不取决于有效或象征的占领或任何明文公告。另外,沿海国有授权和管理为一切目的在大陆架上进行钻探的专属权利。

关于相向或相邻国家间海域的划界,是一个十分棘手的问题。国际社会提出了等距离中间线等原则,但在具体争议中,往往各持己见,没有普遍接受的法律规范。

#### 6. 公海

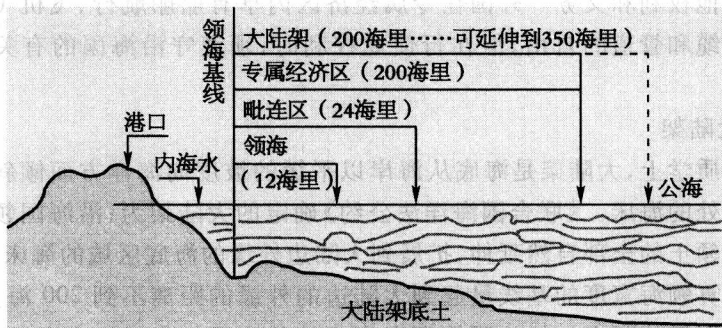
公海的概念产生于 16 世纪,到 19 世纪被公认。在相当长的时期内,公海

指领海以外的海域。《联合国海洋法公约》规定,公海是指不包括在国家的专属经济区、领海、内水、群岛国的群岛水域内的全部海域。公海不在任何国际法主体管辖之下,任何国家不得将其任何部分据为己有,不得对公海本身行使管辖权。所以,公海是全人类的共同财富,对所有国家开放。所有国家包括沿海国和内陆国可平等地共同使用公海,并有权行使公约规定的各项自由。当前,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、建造国际法所容许的人工岛屿和其他设施的自由、捕鱼自由、科学研究自由六项。

公海应只用于和平目的。行使公海自由不得侵害别国的权利和利益,也不得违反海洋法公约和公认的国际法原则及有关规则。

### 7. 国际海底区域

国际海底区域,简称区域,是指大陆架以外的不属于国家管辖范围的海床、洋底及其底土。《联合国海洋法公约》规定,国际海底区域及其资源是人类共同继承财产。对“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人类行使。在区域内的开发活动应为全人类的福利而进行,并特别考虑到发展中国家和仍未取得独立或其他自治地位的人民的利益和需要。各国在“区域”内的一切行为应符合国际法。



国际法上的海域示意图

## 空间

### 1. 空气空间与航空法

科学家将空间分为空气空间和外层空间。空气空间一般是指环绕地球的大气层空间,外层空间是指一般指大气层以外的整个空间。空气空间与外层空间在法律地位和适用的法律原则和制度方面也有着明显的区别。适用于空气空间领域的法律原则、规则和制度称为空气空间法。人类在空气空间的活动简称为航空,空气空间法也称为航空法。

根据现行国际法,国家对其领土之上的空气空间具有完全和排他的主权。

不属于国家领土的空气空间,例如公海的上空,则实行飞行自由。根据领空主权原则,一国航空器进入他国领空必须经过他国允许,并应遵守他国的法律。外国国家航空器,未经特别协定或许可,不得进入本国领空;国家有权制定法律和规章,管辖进入本国的外国航空器;可以保留“国内两地空运权”;并为军事和公共安全的需要,在本国的一定空域有权禁止或限制外国航空器飞行。

1919年以来,国际民用航空事业迅速发展,国际航空法也随之形成体系,主要包括以1944年《芝加哥公约》为主体的国际民用航空基本体制、以1929年《华沙公约》为主体的国际民用航空损害赔偿体制(《华沙公约》的现代化成果体现于1999年《蒙特利尔公约》,见后文)和以1970年《海牙公约》、1971年《蒙特利尔公约》为主体的国际民用航空安全体制。

1919年签署的《关于管理空中航行的公约》(简称“巴黎公约”)对于国际航空法的建立和发展具有重要作用,该公约规定了国家的领空主权、外国航空器的“无害通过权”、国家设立“空中禁区”和保留“国内两地间空运权”、航空器的国籍等问题。1944年签订的《国际民用航空公约》(简称“芝加哥公约”)取代了巴黎公约,确立了有关现代国际航空的基本原则和规则。公约规定设立国际民用航空组织(ICAO)。

1929年签订的《统一国际航空运输某些规则的公约》(简称“华沙公约”)对航空运输的业务范围、运输票证、损害赔偿标准等作了具体规定,形成国际航空运输上的所谓“华沙体系”。然而,华沙责任体制受到国际社会政治经济矛盾和各国利益冲突的制约,在其运行和适用的70余年里屡遭修订,而未能形成妥协一致的立法结果。2003年11月4日,华沙体制一体化和现代化改革的重大成果——1999年《统一国际航空运输某些规则的蒙特利尔公约》(简称1999年《蒙特利尔公约》)在国际航空领域生效和适用,标志着当代国际航空运输责任法进入新的发展阶段。该公约是对华沙体制的继承和发展。一方面,1999年《蒙特利尔公约》将逐步代替华沙体制在国际航空运输领域中的作用;另一方面,在今后一段时期内,该公约不能马上涵盖华沙公约的全部缔约国,在实践中会形成1999年《蒙特利尔公约》规则与华沙体制规则并行的过渡情况。<sup>①</sup>

1944年签订的《国际航空运输协定》(又称《五大自由协定》)规定了每一缔约国给予其他缔约国的定期航班“五项自由”,即(1)不降停而飞越其领土的权利;(2)非运输业务性降停的权利;(3)卸下来自航空器所属国领土的旅客、货物和邮件的权利;(4)装载前往航空器所属国的旅客、货物和邮件的权

<sup>①</sup> 参见王瀚:《二十一世纪国际航空运输责任立法的创新和发展》, <http://www.nwsil.cn/main/HTML/86.html>



利;(5) 装卸前往或来自任何其他缔约国领土(第三国)的旅客、货物和邮件的权利。但由于签字、批准国家数目有限,国际航空运输的运营问题主要还是由有关国家签订双边航运协定来解决。

20世纪50年代以后,由于空中劫持事件不断发生,对航空安全造成重大威胁,国际社会签订了《关于在航空器上犯罪和其他某些行为的公约》(《东京公约》,1968)、《关于制止非法劫持航空器的公约》(《海牙公约》,1970)和《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(《蒙特利尔公约》,1971)分别处理空中犯罪的管辖权、空中劫持的处罚和引渡和普遍性管辖问题。

## 2. 外层空间与外层空间法

外层空间一般指大气层以外的整个空间。外层空间的法律地位与空气空间的法律地位有着明显的区别:地面国对其领土之上的空气空间具有完全和排他的主权;外层空间不属于任何国家所有,地面国不得将其主权扩大到外层空间。

随着人类探索和利用外层空间活动的发展,适用于外层空间的法律也随之建立和发展。适用于外层空间领域的法律原则、规则和制度称为外层空间法。规定和反映适用于外层空间领域的国际法原则、规则和制度的国际条约和国际法律文件主要有1963年《外空原则宣言》、1967年《外层空间条约》、1968年《营救宇宙航行者、送回宇宙航行者 and 归还射入外层空间的物体的协定》(简称“营救协定”)、1972年《空间物体造成损害的国际责任公约》(简称“国际责任公约”)、1975年《关于登记射入外层空间物体的公约》(简称“登记公约”)和1979年《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》(简称“月球协定”)。近30年来,外空法基本没有突破性发展,主要原因是:虽然《星球大战》、《阿凡达》等电影展示了人类幻想的新境界,但人类的外空探索还没有超过20世纪70年代末的水平;而原来的国际规范则很具前瞻性。

1961年,联合国大会通过的1721号决议提出了有关外层空间法律地位的原则:外层空间和天体供一切国家按照国际法自由探测和利用;外层空间和天体不得由任何国家据为自有。

1963年12月13日,联合国大会一致通过的《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》(简称“外空原则宣言”)重申了有关外空法律地位的原则:各国都可在平等的基础上,根据国际法自由探索和利用外层空间及天体;外层空间和天体决不能通过主权利要求、使用或占领、或其他任何方法,据为一国所有。

1967年1月27日订立、1967年10月10日生效的《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(简称“外层空间条约”)以条约的形式确立了有关外空法律地位的原则:所有国家可在平等、不受歧视

的基础上,根据国际法自由探索和利用外层空间(包括月球和其他天体),自由进入天体的一切区域;各国不得通过主权要求、使用或占领等方法,以及其他任何措施,把外层空间(包括月球和其他天体)据为己有。

卫星直接电视广播是人类利用外空的重要方式。1982年联合国大会通过了《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》的决议,该决议所规定的原则主要包括:(1)利用卫星进行国际直接电视广播不得侵犯国家主权并不得侵犯人人有寻求、接受和传递信息和思想的权利;(2)从事卫星直播活动应遵守《联合国宪章》、《外层空间条约》等国际法规范;(3)各国从事卫星直播的权利一律平等;(4)国际直接电视广播卫星服务应进行协商;(5)各国对其卫星直接广播活动承担国际责任。

卫星遥感地球是从外空勘查地球表面的活动。“遥感活动”是指对原始数据的收集、处理或分析所获得的数据,以及散发各种卫星数据和资料的活动。有关卫星遥感的法律问题包括:遥感国是否有权在外层空间对他国领土进行遥感活动,是否有权自由处理遥感所获得的信息,遥感国在未取得受感国事先同意的情况下从事遥感活动是否构成对遥感国主权的侵犯。在卫星遥感地球方面尚未形式明确的法律制度。1986年联合国大会通过了《关于从外层空间遥感地球的原则》的决议,确定如下原则:遥感活动应为所有国家谋福利,并应特别顾及发展中国家的需要;遥感活动应遵守《联合国宪章》、《外层空间条约》等国际法规定;遥感国应尊重受感国主权,遥感国应与受感国协商,以提供参与机会和增进相互利益;受感国有权按合理价格取得原始数据和经处理的数据;遥感活动应促进保护环境和保护人类。

## 外交

外交关系主要是指国家之间通过互访、谈判、缔结条约、互派常驻外交代表机构、参加国际会议和国际组织等方式进行交往所形成的关系,可区分为正式的外交关系(双方互派常驻使节)、半外交关系(双方互派代办级外交使节)和非正式外交关系(没有正式建交的国家直接进行外交谈判并互设某种联络机构保持接触)。

领事关系,与外交关系有联系又有区别。这种关系的基础是国家间协议,体现为相互在对方一定地区设立领事馆和执行领事职务。外交关系的建立包括领事关系的建立,但断绝外交关系并不当然断绝领事关系。领事与外交代表同属于外交人员组织系统,由外交部领导。外交代表可以同时执行领事职务。当两国无外交关系时,领事人员如获外交部特别授权,也可以兼办外交事务。

领事关系与外交关系的区别主要表现为:使馆全面代表派遣国,与接受国

中央政府进行外交往来,而领馆通常就保护侨民、商业和航务等领事范围内的事务与接受国地方当局进行交涉;使馆着重保护派遣国国家和国民的整体利益,活动范围是接受国全部领土,领馆着重保护派遣国国家和国民的具体利益,活动范围一般限于有关的领事区域;领事不是外交官,使馆与外交代表享有的外交特权与豁免略高于领馆与领事享有的领事特权与豁免。

在外交关系上,主要的法律是1961年《维也纳外交关系公约》,此外还有1969年《特别使团公约》、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1975年《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》等文件。1963年《维也纳领事关系公约》全面地规定了适用于国家之间领事关系的原则、规则和制度。

### 1. 外交机关

一国的外交机关包括国家元首、政府、外交部门。外交部门的首长一般称“外交部长(Foreign Minister)”,美国称“国务卿(Secretary of State)”,日本称“外务大臣(がいむだいじん)”,英国称“外交及联邦事务大臣(Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs)”,是贯彻国家的对外政策和处理日常外交事务的主要人员,在进行谈判、参加国际会议等外交活动中无需出示或提交全权证书;在外国时,享有全部外交特权与豁免。

### 2. 使馆

使馆是一国派驻外国的常设代表机关。在现代外交法中,常设代表机关还包括国家向国际组织派遣的常驻使团。

使馆的职务主要包括:(1)在接受国中代表派遣国;(2)在国际法许可限度内,在接受国中保护派遣国及其国民之利益;(3)与接受国交涉;(4)以合法手段调查接受国状况向派遣国政府报告,“以合法手段”获取情报是使馆与间谍的区别;(5)促进派遣国与接受国友好关系。还可以担负国际法许可、接受国同意的其他职务,例如执行领事职务,受托保护第三国及其国民的利益等。

使馆人员由使馆馆长和使馆职员组成。使馆馆长分为三级:向国家元首派遣的大使或教廷大使,向国家元首派遣之使节、公使或教廷公使,向外交部长派遣之代办。传统上,使馆馆长的级别意义很大,但现代国际法主张主权平等,所以除优先地位和礼仪事项外,使馆馆长等级没有差别。在很多国家,教廷使节享有很高的尊荣,中国至今还不接受教廷使节。使馆职员有:(1)外交职员,即具有外交官职位的使馆职员,包括参赞、武官、秘书和专员等,他们和使馆馆长统称“外交代表”;(2)行政和技术职员,如译员、会计等;(3)事务职员,指为使馆服务的使馆职员,如司机、厨师、传递员、信使等。

### 3. 外交特权与豁免

外交特权与豁免,是指外交代表机关及其人员根据国际法或有关协议在

接受国所享有的特别权利和优惠待遇的总称。

使馆的特权与豁免包括使馆馆舍不得侵犯、使馆档案及文件不得侵犯、通讯自由、行动和旅行自由、免纳捐税、关税、使用国旗和国徽等；外交代表的特权与豁免包括人身不可侵犯，寓所、文书、信件、财产不可侵犯，管辖豁免，免纳捐税，免除关税和行李免受查验以及免除一切个人劳务及所有各种公共服务等。使馆其他人员也享有一些特权和豁免，可见于《维也纳外交关系公约》第37条。外交特权与豁免的初衷是好的，但是有些外交人员和其他工作人员滥用特权和豁免，比如在纽约经常有此类人员醉酒闹事、违章停车，造成的问题也值得关注。

#### 4. 领事关系法

领事与外交代表都是一国政府正式派遣的执行本国对外政策和保护本国利益的人员。但领事的主要职务是保护派遣国关于商务及侨民的利益，一般以其辖区为限，仅与地方当局交涉，且只在其职能范围内同接受国当局进行交涉，不能直接同接受国中央打交道。领事的办公场所称领馆，具体级别有总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代办处等。

领馆人员有领事官员、领事雇员和服务人员。领馆馆长的等级有总领事、领事、副领事、领事代理人等。

领事的职务主要包括：(1) 在国际法允许范围内保护派遣国及其国民利益，19世纪的国际实践有“领事裁判权”，在当今国际法上已经不复允许；(2) 增进两国友好关系；(3) 以合法手段调查接受国状况向派遣国政府报告，(4) 向派遣国国民发给护照及旅行证件，并向拟赴派遣国旅行人士发给签证或其他适当文件，这是我们最经常和领馆打交道的方面。

领馆和领馆人员也享有一些特权与豁免，总体看来比使馆和使馆人员低一些。

## 人权

当今的国际社会见证着人权全球化的进程。在相当长的历史时期内，人权基本上被看作国内管辖事项。19世纪以后，保护宗教少数者、劳工，禁止奴隶等领域的国际保护逐渐增多，但并没有国际人权的观念。两次世界大战的惨痛教训使国际社会警醒，各国确认，人权的国际承认和保护同世界和平与安全息息相关，所以必须固定为国际法的原则和宗旨。1945年的《联合国宪章》第一次将人权列为国际法的重要原则。

1948年，联合国通过人类第一个国际人权专门文件《世界人权宣言》(UDHR)，为国际人权保护确立了原则和标准。1966年在联合国主持下缔结的《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)和《经济、社会、文化权利国际公

约》(ICESCR)及其任意见定书,将人的基本权利和自由明确化、具体化。以上三个人权文件被合称为“国际人权法案”(international bill of human rights)<sup>①</sup>,它标志着国际人权法的正式形成,具有划时代的意义。

自从《联合国宪章》“国际人权法案”通过以来,人权全球化逐渐推进。主要体现在:(1)原有的以国际劳工组织为代表的人权体制巩固和发展,以联合国为代表的全球人权体制不断健全和完善,区域人权保护制度蓬勃发展;(2)人权保护方面的国际公约、宣言和决议数量越来越多,涉及的领域越来越广泛,人权保护的内容越来越具体;(3)人权保护的义务进一步得到强化,国际人权司法进程迅速;(4)形成了自决权、和平权、发展权、天然资源永久主权等国际特有的人权概念。

## 经济

经济领域的国际法是国际法中较为成熟的部分。这些立法与各国调整国际经济的立法一起被称为“国际经济法”。全球国际经济法主要体现在贸易、投资、税收、货币金融等方面;区域经济一体化在半个多世纪以来也得到了蓬勃的发展,制度建构和革新同样可观。

全球贸易体制中最引人注目的是1947年开始运作的关税与贸易总协定(GATT)及其1995年的继承者世界贸易组织(WTO)。这一组织现有153个成员,其中中国内地、香港、澳门、台北各为一成员,称“一国四席”。而欧盟作为一个整体及其成员国分别算作成员。WTO在货物贸易领域为各成员当局确立了一系列的要求,被称为“多边贸易纪律”。这些纪律细节繁复,但其主旨却很简单:它要求各成员对其他成员的不同产品采取相同的待遇(国民待遇原则);要求各成员仅仅采取关税的方式进行保护,而且关税必须逐步降低;要求各成员的法规公开透明。在外来产品大规模进入可能损害某一成员内部的产业时,该成员可以采取反倾销(当货物价格超低)、反补贴(当政府为出口商品提供补贴)、保障措施(当没有倾销和补贴,因进口产品大量增加,对国内生产相同或竞争产品的产业造成严重损害或严重损害威胁的时候)等手段予以限制。在知识产权领域,WTO树立了一套严格的保护标准,致使很多发展中国家认为这套规范的权利义务配置是不均衡的。在投资领域,WTO初步确立规范,以禁止扭曲外国投资正常活动的“投资措施”。在服务贸易(比如出境旅游、出国留学、在国外行医或者开设会计师事务所)领域,WTO试探性地议定了最惠国待遇和国民待遇原则。

<sup>①</sup> The International Bill of Human Rights, [www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf); see also, [en.wikipedia.org/wiki/International\\_Bill\\_of\\_Human\\_Rights](http://en.wikipedia.org/wiki/International_Bill_of_Human_Rights).

迄今尚无全球性的投资体制。但世界银行1985年通过了《多边投资担保机构公约》，1988年生效，成立了多边投资担保机构(MIGA)。其宗旨是为成员国在海外的投资提供政治风险(而非商业风险)担保，以鼓励它们向发展中国家投资和进行技术交流，加强国际间的经济合作。凡参加多边投资担保机构的国家，其投资者到另一个成员国投资，均可向机构申请担保。“担保”，就是在投资者在投资所在国受到货币转移限制、征收、违约、战争或民事动乱等政治风险而给投资造成损失时，机构可以予以补偿。

国际货币基金组织(IMF)为建立全球货币金融体制作了一些努力，包括约束各国汇率、设立特别提款权等，但是其效果并不明显。经济大国经常需要非正式协商(例如G8)确定方向。

区域性的经济组织最突出的是欧盟(EU,前身为欧洲经济共同体[EEC]、欧洲共同体[EC])，其核心目标是建立内部市场，对内取消关税、对外实行统一关税，实现商品、服务、资本、人员流动四大自由。1957年的《罗马条约》是其奠基文件，当时有6个成员国，1992年《马斯特里赫特条约》扩大了成员国之间的合作范围，至2009年《里斯本条约》生效，欧洲联盟合作上升到新的阶段，现已有成员国27个。《北美自由贸易协定》(NAFTA)在北美建立了自由贸易区，南美、非洲、东南亚也进行了经济一体化的努力。

## 环境

由于资源和环境问题的凸显，国际社会共同关注环境问题，形成了国际环境法。虽然19世纪就已经有了一些国际环境条约，但领域有限、影响很小。从1972年的斯德哥尔摩会议开始，国际社会注重环境立法，1992年的里约会议、2002年的约翰内斯堡会议都一直向前迈进。因而，国际环境法历史较短，发展迅速。国际环境规范经历了从宣言到框架条约再到议定书的发展过程，呈现了规范逐渐细化和具备约束力的现象。

可持续发展、国际合作、共同但有区别的责任是国际环境法的基本原则，对于国际法乃至法律整体都有影响。

现在初步形成了一些海上油污处理、大气污染防治、野生动物保护、有毒废物处置的一些规范。1992年《气候变化框架公约》的《京都议定书》建立了碳排放的配额和交易制度，这是利用制度经济学处理环境问题的尝试。虽然取得了一些进步，但是由于美国的拒绝而没有真正达到目标。试图对《京都议定书》进行完善的2009年哥本哈根会议无果而终，人类环境规范的制定之路仍然漫长。

## 人道(战争与武装冲突)

战争与武装冲突也应当有法可依，这是人类社会文明进步的表现。战争

法规萌生于19世纪中叶,红十字国际委员会在这方面功不可没。虽然《联合国宪章》禁止使用武力或者以武力相威胁,但是世界上的武装冲突还是绵延不绝。在这种背景下,参战者都遵守规则比相互乱打要好一些,所以战争与武装冲突法在当前仍然很重要。现代国际法中的战争法或武装冲突规则主要围绕人道主义原则而制定,因此被称为国际人道法。

国际人道法有两大条约系统,即“海牙公约系统”和“日内瓦公约系统”。海牙公约系统主要是作战手段和方法的规则,日内瓦公约系统主要是保护平民和战争受难者的规则。

在现代国际法中,侵略战争是最典型的非法战争,是国际法所禁止的。自卫战争是合法的,国际法不禁止。但是战争中一定有一方是非法的,因为两方都自卫是打不起来的。问题在于,所有国家都认为是合法的,为此美国甚至创造了“预防性自卫”这一绝妙的概念,很像刑法中的假想防卫(很显然不属于正当防卫)。

在战争中,最核心的法律原则是人道原则。即要求交战各方尽量减低战争的残酷性,不仅对平民和非战斗人员应加以保护,即使是敌对方的战斗员,也不应施加与作战目的不成比例的没有必要的伤害,增加不应增加的痛苦或死亡。为此,即使有约束力的条约没有规定,也不解除当事国尊重战争法的义务;“军事必要”也不构成违背人道原则的理由。在二战之后,日本以没有参加相关的人道条约为由为其非人道行为辩护,国际社会就明确了人道义务的普遍性和强制性。

为了惩治战争犯罪和非人道行为,国际社会做出了持续努力。根据1998年《国际刑事法院规约》建立的国际刑事法院是这方面的主要机构。主要针对灭绝种族罪、侵略罪、战争罪和反人道罪进行处罚。至今中国、俄罗斯、美国等大国还没有进入这一体系。

### §3 国际法的制定与实施

国际法既包含实体的部分,也包含程序的部分。各国的法治实践告诉我们,如果没有好的程序,则无论实体权利义务、行为准则规定得多么令人神往,最终还是不能达到秩序构建的目的。所以,观察国际法,不仅要知道它有哪些实体规范,也应知道它的实施程序是什么样的。

当代国际法的最主要表现形式是条约,这方面最主要的法律文件是1969年的《维也纳条约法公约》(VCLT)。

## 条约的缔结与实施

### 1. 条约的缔结

国际法主体作为国际人格者具有在国际社会合法缔结条约的能力(国际法上称为“缔约能力”),以国家为主的国际法主体不能脱离人而行动,所以必须规定内部某个机关或个人去缔结条约。这种缔结条约的权限在国际法上称为“缔约权”。无缔约权者或越权缔约者缔约无效。传统上,享有缔约权的人在参与条约制定时要出示全权证书,这是一国或国际组织主管当局或主管机构颁发的,指派一人或数人代表该国或国际组织谈判、议定或认证条文,表示该国或国际组织同意受其约束,或完成缔结条约的任何其他行为的文件。当代通讯媒体如此发达,此种证书的意义主要是礼仪上的。

在数量上,双边条约占据条约的绝大部分。其缔结程序基本上分为繁复程序和简化程序两种。

繁复程序要经过下列过程:(1)谈判和议定条约文本(约文),即缔约双方为使条约内容达成一致而进行的交涉。(2)约文的认证,即谈判双方确认起草完毕后的约文是正确的和作准的。(3)签署,即全权代表把其全名签于约文的下面。(4)批准,即缔约方内部权力机关按照其宪法或组织文件的程序对其全权代表签署的条约予以确认,授权行政机关向缔约另一方表示同意接受条约约束。批准是条约能够发生效力的关键,未获批准的条约没有约束力。(5)交换批准书,即把本国的批准书交给对方,这和签合同同时的确认程序颇有相似之处。(6)登记和公布,即将缔结的条约送交联合国秘书处登记,并由其公布。其作用是便于其他国家了解,在国际争端中也可以援引。

简化程序,意味着在一个阶段里完成缔结条约的所有行为,通常省去条约的批准或核准阶段,条约一经签署或换文,即告完成缔约程序,开始对缔约方发生约束力。

多边条约数量不多,但影响范围广,所涉事项一般也更具基础性和结构性。主要过程是:(1)谈判起草。大多在有关国家或国际组织召集的国际会议上进行。约文初成通常有各方代表共同起草、组成的专门委员会起草、交由一个国际组织起草三种方式。(2)认证,往往需要缔约方的特定多数票表决或者是协商一致通过。(3)签署,顺序一般是按照缔约方名称的字母排列,依次签字。(4)批准。(5)批准书的交存和通知。一般将批准书交给保存条约正本的某个缔约国政府或国际组织。负责保管批准书的机关在接到批准文件后,应向所有条约缔约方发出通知。保管机关有权审查各缔约方的批准书是



否手续完备。

## 2. 条约的加入

在多边条约签署后,如果该条约允许,没有在条约上签字的国家可以表示同意接受条约约束,其他缔约国认可后,条约的权利义务就延伸到这一国家。一些条约很容易加入,另一些条约的加入则需要经过长期的谈判和考核程序。

## 3. 条约的保留

有的国际法主体在签署、批准、接受、核准或加入条约时,因为感觉条约中的某些条款对其不适合,所以会通过作单方面声明的方式,表达排除条约中若干规定对其适用的意愿。这就称为保留。保留是国际法和国内法的一个重大区别。很难想象某人或者某公司可以在《刑法》颁布实施的时候发个声明,说“本人认为,由于情势差异,《刑法》第三章第三节对本人(公司)不具有约束力”。

一般来说,只有多边条约才能保留。因为双边条约只有两方,一方保留某些条款,那些条款就变成单方承诺而不再是约定了。有些多边条约不允许保留。如果条约禁止保留,或者条约只允许在某些方面做出保留,而提出的保留超出范围,或者保留与条约的目的宗旨不相容,则保留为不允许。保留可以随时撤回。

## 4. 条约的冲突

缔约方订立的不同条约间可能发生冲突。《条约法公约》第30条规定:(1)如果联合国会员国之间订立的条约,无论在《宪章》之前或《宪章》之后,与《宪章》的规定冲突的,宪章的规定优先。(2)如果条约明文规定,该条约不得违反先订或后订的条约,或不得视为与先订或后订的条约不和,则该先订或后订的条约优先。(3)如果先订条约的全体当事方同时也是后订条约的全体当事方,而先订条约依法并未终止或停止施行,适用后订条约的规定。(4)如果后订条约的当事方不包括先订条约的全体当事方,在同为先后两约的当事方之间,适用后订条约;而在同为两约的当事方与仅为一约的当事方之间,适用同为当事方的条约的规定。

## 5. 条约的修订

在条约缔结后、有效期内可以改变其规定,此谓修订,具体分修正和修改两种。修正是条约全体当事方对原条约规定进行的更改;修改是条约部分当事方在彼此间对原条约规定进行的更改。在全体当事方之间修正多边条约时,必须通知所有的缔约方,各缔约方均有权参加相应的行动。多边条约一般都明文规定该条约的修订程序。如果多边条约的若干当事方之间修改条约,必须满足以下条件:(1)条约允许或不禁止修改;

(2) 修改不影响其他当事方的权利义务;(3) 修改不涉及有效实现整个条约的宗旨。

## 国家责任

国家责任(state responsibility)是现代国际法中的一项重要法律制度,它是国家由于从事了国际不当行为而违反了自己所承担的国际义务时,在国际法上应该承担的责任。

衡量国际不当行为的标准是国际法,而不是国内法。国际不当行为在国际法上的非法性不因该行为在国内法上的合法性得以排除。一个国家的行为是否引起国家责任,需要从两个方面去考查和甄别:(1) 国家的不当行为能够在国际法上归因于国家,即该行为属于“国家行为(act of the state)”,又称为主观要件;(2) 国家不当行为违背了该国承担的国际义务,即该行为具有客观违法性,又称为客观要件。

国家责任的形式包括终止不当行为、赔偿以及其他责任形式。国家责任的免除包括同意、对抗措施、不可抗力 and 偶然事故,以及危难和紧急状态等。国际犯罪是对国际社会整体和根本利益的严重侵害,对于这样的行为仅采用终止不当行为和赔偿不足以消除国际犯罪所产生的严重后果。为此,国际社会正在形成国家刑事责任制度,国际刑事法院是其中最主要的尝试。国内法中针对环境、高危作业等情况规定了严格(无过错)责任,国际法中也正在讨论由于国际法不加禁止行为而导致的损害性后果所引起的国际赔偿责任问题。

## 国际法的监督:条约的监督

“徒法不能以自行”。国际法的遵守机制尤其重要。由于习惯国际法的规范本身就非常模糊,甚至相互矛盾,所以遵从问题主要体现在条约上。与国内法不同,国际社会是无政府社会,没有超国家体制强制国家,所以条约的监督体系并不健全,而且这还是近几年才发展起来的。根据现代条约实践,对国家的条约义务施加牵制的方式在不同类别的条约中有着不同的规定,最常见的是“定期报告和审查机制”、“核查机制”和“国际机构监督机制”。

定期报告和审查机制是一些条约规定的,要求各当事国定期向国际机构提交其关于执行条约的定期报告,以便审查、监视当事国的履约情况。例如,1919年所制定的《国际劳工组织章程》第22条规定,在执行国际劳工保护公约方面,会员国负有定期报告的义务。数人权公约都规定了报告和审查制度,即规定各当事国有将其履行条约的情况向依条约建立的机构或有关国际机构提交报告的义务。

核查机制是指条约缔约国负有义务允许有关国际机构在其领土上检查有关设施,以确定其是否正确履行条约义务的制度。二战后,国际社会从讨论禁止核试验开始,核查问题作为保障条约实施的手段,逐步成为军备控制和裁军条约中的重要问题。为确保缔约国履行其义务,使条约得到全面遵守和执行,还建立了以国际监测系统、磋商与澄清、现场视察及建立信任措施为主体的国际核查机制。

国际机构监督机制是指缔约各国通过现有国际机构或依条约设立的专门机构审查条约施行情况,进行必要管理以监督条约执行的机制。例如,国际原子能机构就建立了促请违约方采取补救措施、向联合国安理会和大会报告违约情况的监督机制。WTO的贸易政策审议机制(TPRM)在监督条约方面的努力也很出色。所有WTO成员必须定期接受审议,WTO秘书处的贸易政策审议司每年年初做出全年的审议计划,并在收集信息的基础上负责撰写成员的贸易政策审议报告。秘书处会提出问题单,并访问接受审议成员的首都,特别针对贸易政策的某一个或几个问题或者部门,进行详细评论。

有些人权公约还规定了处理缔约国来文指控及和解制度,《公民权利和政治权利国际公约》在这方面的规定较为典型;而《消除一切形式种族歧视国际公约》第11~13条规定,消除种族歧视委员会有权处理任何缔约国间的指控,而无须依据任择条款。同时,有的人权公约还规定了一定条件下的个人申诉制度等。

## 国际法的司法机制

在传统的国际法上,解决国际争端的方法主要包括反报(如征收高额报复性关税、宣布外交代表为不受欢迎的人等)、报复、平时封锁、干涉等强制手段,以及协商谈判、斡旋调停、调查、和解等缓和手段。这些手段揭示出了国际社会的非法治状态。一个完善的法治社会是不需要求助于私力救济的,也不会考虑如先民一样只用商谈或找族长解决纠纷。现代国际法逐渐形成了仲裁和司法的手段。

### 1. 仲裁

仲裁是一种准司法机制。各国由它们自己选择的法官(仲裁员),在尊重法律的基础上解决其间分歧的方法。仲裁的争端当事国自由决定、同意选择仲裁员、仲裁法庭的程序以及适用的规则等。仲裁裁决与司法判决一样,对当事国有拘束力,其执行有赖于当事国自己的道义心和责任感,因此,它的执行情况远比司法判决的执行情况为好。以仲裁解决国际争端,始于1794年的英美仲裁条约(杰伊公约)。1899年和1907年的《和平解决国

际争端公约》对仲裁作了系统的规定。公约还规定设立常设仲裁法院,该法院于1900年在荷兰海牙正式成立。1958年7月联合国国际法委员会还拟定了一个《仲裁程序示范规则(草案)》。对仲裁条约、协定及仲裁条款、仲裁审理的范围、仲裁庭的组成、仲裁庭适用的法律、仲裁程序、裁决等问题作了规定。

根据世界银行制定的《解决国家和他国国民之间投资争议公约》(简称“华盛顿公约”)而设立的解决投资争议国际中心(ICSID)以仲裁的方式解决了很多投资者和投资所在国之间的投资争端。

## 2. 审判

在现代国际法体系中,如果争端当事国同意,可以由一个常设的国际司法机关根据国际法审理提交给它的争端,并做出有拘束力的判决。

第一次世界大战结束后,按照巴黎和会所通过的《常设国际法院规约》,1922年在海牙正式成立了国际常设法院(PCIJ)。PCIJ审理了很多案件,对发展国际法作出了重要贡献。PCIJ的活动由于第二次世界大战而终止,1946年被联合国国际法院(ICJ)所取代。

ICJ的职权有诉讼管辖权和咨询管辖权。在诉讼管辖权方面,只有国家才可以向法院提交案件,当事国可以任意选择是否声明、何时声明接受管辖权,但一旦当事国发表了接受管辖的声明,在该声明的范围内,法院具有强制管辖权,故称“任意强制管辖”。中国未接受该条款,中国参加的多边条约也保留了将争端送交国际法院诉讼的规定。在咨询管辖权方面,只有联合国大会、安理会以及由联合国大会授权的联合国其他机关或专门机构才能请求法院提供咨询意见,对于咨询问题能供给情报的国家有权在咨询案中出庭。

法院的裁决,包括判决、咨询意见和通常就时限的确定、鉴定人的任命、临时保全措施的指示、案件的联合诉讼等发出的命令,均由出席法官的多数通过。判决在宣读之日起生效,但拘束力仅及于当事国及本案。判决是终局的,不得上诉。如果一方不履行法院判决,他方得向安理会申请,安理会如认为必要时,应做出建议或决定应采办法以执行判决。国际法院已经做出70多项裁决,虽然这些裁决都是强制性的,但是并不是每一项裁决都得到切实履行。当一方认为另一方没有履行法院裁决时,可以要求联合国安理会采取行动,以在必要时迫使另一方履行裁决中所规定的义务。美国曾在1946年执行了国际法院的裁决,但是在1986年国际法院裁决要求美国停止针对尼加拉瓜的非法军事行动时,遭到美国的拒绝。

在国际刑事审判方面,1946年的纽伦堡审判和东京审判判决,确认了侵

略战争是严重的国际罪行,并对战争罪犯加以严厉制裁。<sup>①</sup>此后,联合国安全理事会分别于1993年5月和1994年11月设立了“起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭”(ICTY)和“起诉在1994年期间在卢旺达境内或卢旺达国民在邻国所犯灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为的人的国际法庭”(ICTR)。其目的是为了起诉和审判在前南斯拉夫境内和卢旺达境内的武装冲突中犯有严重违反国际人道主义法行为的人。两个法庭性质相同,卢旺达国际法庭是参照前南国际法庭而设立的。2002年成立的国际刑事法院(ICC)主要功能是对犯有灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪的个人进行起诉和审判。

此外,欧洲共同体(欧洲联盟)法院、欧洲人权法院、美洲人权法院、非洲人权法院也进行了一系列的国际司法活动。

WTO建立了一套解决成员之间贸易争端的方法和程序。经过WTO成员磋商,并可自愿采取斡旋、和解和调停程序,如果在这一阶段未能解决,就进入专家小组程序。专家小组以独立机构的权威性决定来解决世界贸易组织成员之间的分歧或争端。专家小组报告送交世界贸易组织所有成员和争端解决机构后,争端解决机构应进行审议,并在60天内通过报告,但各方一致反对通过的情况除外。争端当事方有权参加审议,反对通过报告的争端当事方可以上诉于上诉程序。上诉机构由7名成员组成,审查经过专家小组处理的上诉案件,但仅限于专家小组报告涉及的法律问题和专家小组做出的法律解释。

国际法的司法化当前还只是初级阶段,但这是国际法的方向,是国际法真正成为法律的必由之路。

### 【关键词】

国际法(international law):调整以主权国家为主的国际人格体之间的规则总体。

条约(treaty):国际法主体之间订立的符合国际法的协议。

习惯国际法(custom):国家交往中形成并被广泛接受为法律的惯例,简称习惯。

政府间国际组织(inter-governmental organization):由两个以上的国家为谋求合作、通过其政府间订立的符合国际法的协议而创立的、具有一整套常设机构的国家联合体。

领土主权(territorial sovereignty):一国对其领土享有最高的和排他的权力,是国家主权的最重要内容。

国际人权法案(international bill of human rights):1948年《世界人权宣言》(UDHR)、

<sup>①</sup> 关于东京审判,可参见梅如璈:《远东国际军事法庭》,法律出版社、人民法院出版社2005年版;以及据此拍摄的电影《东京审判》。关于纽伦堡审判,可参读珀西科:《纽伦堡大审判》,刘巍译,上海人民出版社2000年版;利旋:《纽伦堡大审判:纳粹战犯受审纪实》,四川人民出版社2005年版,以及1961、2000年拍摄的故事片和多部纪录片。

1966年《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)和《经济、社会、文化权利国际公约》(ICESCR)三个人权文件的合称,是联合国系统内人权的基本文件。

国际人道法(international humanitarian law):国际法中战争或武装冲突规则的现代称谓,因其主要围绕人道主义原则而得名。

### 【思考题】

甲乙丙丁四同学,学习了国际法后在一起讨论。

甲说:“我认为国际法根本没有用,世界上就是谁更强大就听谁的。美国根本不在乎国际法,那些谨小慎微遵守国际法的国家也免不了受欺负。”

乙说:“我看也不全是,很多国家还是遵守国际法的,因为遵守国际法利大于弊。中国加入WTO就是这样。”

丙说:“我觉得世界在慢慢地进步,文明在逐渐地提高。世界各国慢慢都会树立守法为荣、违法为耻的道德观念。人权、环境领域的国际法就很好。”

丁说:“我看国际法在国际社会中的作用很像法律在中国的作用啊。”

根据你学习的知识,结合你的理解,分析一下这几个同学的观点,并阐述你个人的观点。

### 【课堂讨论案例】

1. 1992年9月1日,美国弗吉尼亚州警方以涉嫌谋杀逮捕了一名巴拉圭籍公民,并于1993年8月判处其死刑,定于1998年4月14日执行。在整个的逮捕和审判过程中,美国方面均未向这名巴拉圭籍公民告知其根据1963年《维也纳领事关系公约》所应享有的权利。1996年,该巴拉圭公民设法和本国驻美的领馆取得联系,并寻求帮助。但领事所进行的外交、法律等多方努力均告失败。最后,巴拉圭被迫于1998年4月3日向国际法院起诉美国违反《维也纳领事关系公约》的义务,并请求法院采取适当的临时措施,在本案结束前暂时中止美国对其公民的死刑执行。案件的当事双方对《维也纳领事关系公约》的义务被违反的事实,以及不得以国内法为由规避国际法义务的原则均没有异议,法院也对这一点予以确认。但是,对于《维也纳领事关系公约》是否赋予当事国以要求恢复原状的权利,双方存在争议。

试讨论:美国作为《维也纳领事关系公约》的缔约国,是否应尊重并切实履行条约?如何使其履行?

2. 1946年5月15日,英国海军部派出两艘军舰通过位于阿尔巴尼亚大陆与科孚岛北部之间的科孚海峡时遭到阿尔巴尼亚海岸炮台轰击,但未被击毁。为此,在互换照会中,英国政府认为:它享有通过该海峡而不作任何通知或者等候许可的权利。而阿尔巴尼亚政府却明确表示,外国船舶通过,必须事先通知并请求阿尔巴尼亚许可。1946年10月22日,英国为试探阿尔巴尼亚的态度,派出一队由两艘巡洋舰和两艘驱逐舰组成的英国舰队通过该海峡时,造成其中两艘驱逐舰触雷,死40人,伤42人的巨大损失。事件发生后不久,同年11月13日,英国海军未经阿尔巴尼亚同意,单方面强行到海峡属于阿尔巴尼亚领土去扫雷,发现有22颗水雷。但英国海军的行动遭到阿尔巴尼亚的强烈抗议。紧接着,英

国政府将这一事件提交联合国安全理事会,控告阿尔巴尼亚在盟国海军当局已经进行过扫雷工作之后,又敷设水雷或允许第三国敷设了水雷,要求追究责任。1947年4月9日安理会通过一项决议,建议有关国家应立即根据《国际法院规约》的规定将争端提交国际法院来解决。1947年5月22日,英国单方面向国际法院起诉。法院于1948年到1949年对该案进行过三次判决,最后英国政府胜诉。

**试讨论:**在何种情况下,英国有权通过科孚海峡?

### 【推荐读物】

1. 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版。
2. 白桂梅:《国际法》,北京大学出版社2009年版。

## 后 记

法治是现代社会的 basic 特征。生活在现代社会的人不可避免地要与法律打交道,接受法律的治理,依靠法律主张和维护自己的权利。为了能够更加理性地面对法律的治理,履行自己的法定义务,正确行使法定权利,每个现代人都应当具有一定的法律素养。特别是对于未来的社会主义事业建设者和接班人的大学生来说,习得一定的法律知识,树立科学、民主的法律观,养成良好的法律素养,显得更为重要和必要。正是基于这样一点,所有高校都要给非法学专业大学生开设法律基础课或法学概论课。为此,高等教育出版社组织编写了本教材。

我们在编写的过程中,充分考虑到教材使用对象的特殊性——非法专业的大学生在写作方法上既注意与法学专著区别开来,又注意同法学专业教材区分开来;在体系安排上,既注重法的基础知识、一般理论的阐释,又注重各部门法的基本知识和基本制度的介绍;在观点选择上,既注意反映各学科所取得的新成果,又注意观点的成熟性和连续性;在语言表达上,既注意法律语言的专业性、规范性,又注意语言生动活泼,文笔流畅简练,力戒艰深晦涩;在内容取舍上,重点介绍一般法和部门法的基本知识、基本原理,而尽量避免面面俱到,或者过分琐屑。

参加本书编写的有吉林大学、北京大学、中国人民大学、武汉大学、南京大学、西南政法大学、郑州大学等高校的 13 位学者。各章编写的具体分工如下:黄文艺,第 1、2 章;叶传星,第 3 章;张文显,第 4 章;杨春福,第 5 章;汪习根,第 6 章;苗连营,第 7 章;于立深,第 8 章;王轶,第 9 章;张旭,第 10 章;刘红臻,第 11 章;李广兵,第 12 章;潘金贵,第 13 章;何志鹏,第 14 章。本书由张文显主编,黄文艺副教授协助统稿。

本教材的编写得到了法学界同行的鼓励和支持,得到了吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院的关心和帮助,得到了高等教育出版社的紧密配合和协助。吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院的部分研究生参加了文稿校对工作。值此教材出版之际,一并致以诚挚的感谢。另外,也希望广大师生和读者在使用本教材的过程中提出批评性建议或意见,以使本教材不断更新和完善。

张文显

2004 年 4 月 15 日



## 第二版后记

《法学概论》第一版在高等教育出版社出版六年来,在读者中产生了良好的反响,具有较大的影响力和辐射力。但是,在过去的六年里,国家立法的变动较大,法学理论研究的发展较快。为了使教材与国家立法保持一致,同时进一步提高教材的编写质量,我们决定对该教材做相应的修订。

在修订的过程中,我们在保持第一版的特色的基础上,与时俱进地对全书的体例、风格、内容、观点进行了适度的更新或调整。在编写体例上,每章均包括重点名词、本章概要、关键词释义、思考题、课堂讨论案例、推荐读物等内容;在编写风格上,既注重学生的法律意识、法律理念的启蒙,又注重学生分析、判断和解决法律问题的能力的培养;在语言表达上,既注意法律语言的专业性、规范性,又注意语言生动活泼,文笔流畅简练,力戒艰深晦涩;在内容更新上,立足中国国情,以现行立法为依据,同时注意适当反映该学科最新研究成果。

参加本书编写和修订的有吉林大学、中国人民大学、武汉大学、南京大学、西南政法大学、郑州大学等高校的13位学者。各章编写和修订的具体分工如下:

黄文艺,第1、2章;叶传星,第3章;张文显,第4章;杨春福,第5章;汪习根,第6章;苗连营,第7章;于立深,第8章;王轶,第9章;张旭,第10章;刘红臻,第11章;李广兵,第12章;潘金贵,第13章;何志鹏,第14章。本书由张文显主编,黄文艺协助统稿。

本教材的编写得到了法学界同行的鼓励和支持,得到了吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院的关心和帮助,得到了高等教育出版社的紧密配合和协助。值此教材出版之际,一并致以诚挚的感谢。另外,也希望广大师生和读者在使用本教材的过程中提出批评性建议或意见,以使本教材不断更新和完善。

张文显

2010年6月5日

## 全国高等学校通识课系列教材

法学概论（第二版）

民法概论

商法概论

经济法概论

国际商法概论

张文显 主编

姚 辉 主编

王保树 主编

刘文华 主编

沈四宝 主编

### 内容提要

本书是全国高等学校通识课系列教材之一。全书以培养学生的法律意识、法律理念为核心，分为法的基本原理和部门法基本知识两编，包括法的概念、法的结构、法的运行、法的作用与价值、法治、法与社会、宪法、行政法、民法、刑法、经济法、环境法、诉讼法、国际法等14章。本书针对非法学专业学生学习的特点，在写作方法上注意同法学专业教材区分开来。在体系安排上，既注重法的基础知识、一般理论的阐释，又注重各部门法的基本知识和基本制度的介绍；在观点选择上，既注意反映学科所取得的新成果，又注意观点的成熟性和连续性；在语言表达上，既注意法律语言的专业性、规范性，又注意语言的生动活泼，文笔流畅简练，力戒艰深晦涩；在内容取舍上，重点介绍一般法和部门法的基本知识、基本原理，而尽量避免面面俱到，或者过分琐碎；在体例上，每章都包括重点名词、本章概要、关键词、思考题、课堂讨论案例、推荐读物等，具有很强的可读性和教学适用性，适合于非法学专业学生阅读和使用。

ISBN 978-7-04-030423-7



9 787040 304237 >

定价 28.00 元

策划编辑 姜 洁 封面设计 王 睢