



21世纪高等学校精品教材

FAXUE GAILUN

法学概论

漆国生 左传卫 曹 智 主编

 北京理工大学出版社
BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

21 世纪高等学校精品教材

法 学 概 论

主编：漆国生 左传卫 曹 智
编委：冉 杰 刘桂凤 王霖华 彭 柳
彭 娟 陈 婕 刘淑勤

 北京理工大学出版社
BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

内 容 提 要

本书编写着眼于既适合普通高校学生使用,又能满足成人教育教学需要。全书共十章,包括法的一般理论,宪法,民法,刑法,行政法,经济法,婚姻法与继承法,劳动与社会保障法,知识产权法,诉讼法,国际法与国际私法。

该本教材的特点在于切合学生的知识结构与实际需求,既兼顾法学基础理论及各部门法的基础知识,同时又重点突出与市场经济密切相关的实用法律制度,俾能学以致用。

版权专有 侵权必究

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/漆国生,左传卫,曹智主编. —北京:北京理工大学出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5640 - 1656 - 2

I. 法… II. ①漆…②左…③曹… III. 法学 - 概论 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 007712 号

出版发行 / 北京理工大学出版社

社 址 / 北京市海淀区中关村南大街 5 号

邮 编 / 100081

电 话 / (010)68914775(办公室) 68944990(批销中心) 68911084(读者服务部)

网 址 / <http://www.bitpress.com.cn>

经 销 / 全国各地新华书店

印 刷 / 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本 / 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 / 13.75

字 数 / 327 千字

版 次 / 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

印 数 / 1 ~ 6000 册

定 价 / 27.80 元

责任校对 / 陈玉梅

责任印制 / 边心超

图书出现印装质量问题,本社负责调换

前 言

改革开放至今，虽经迂回曲折，但法治终成炎黄子孙的共识与普遍追求。法律精神的传承与法律知识的普及遂成为各高校课程设置中重要的一环，除创设法学院进行专业的法律知识的训练外，在其他非法律专业普遍开设《法学概论》基础课，以培养学生的法律常识，经多年实践证明，这是一个行之有效的做法。

长期以来，编撰一本既适合普通高校学生使用，又能满足成人教育教学需要的法学教材一直是我们的期盼。在广州大学校领导和广州大学继续教育学院的关怀和大力支持下，我们终于得偿夙愿。该本教材的特点在于切合学生的知识结构与实际需求，既兼顾法学基础理论及各部门法的基础知识，同时又重点突出与市场经济密切相关的实用法律制度，俾能学以致用。

该书由漆国生、左传卫、曹智主编，彭娟、刘桂凤、王霖华、陈婕、冉杰、彭柳等人参编。第一章：漆国生、左传卫、冉杰、彭柳；第二章：曹智；第三、六、七、八章：左传卫、刘桂凤；第四章：漆国生、彭柳；第五、十章：彭娟；第九、十章：陈婕；第十一章：王霖华、刘淑勤。

在本书的编写过程中，我们参阅了学术界一些专家学者撰写的著作及教材，并汲取了他们的研究成果和有益经验。本书的出版得到了广州大学继续教育学院教材出版基金的资助，广州大学领导和北京理工大学出版社为本书的出版给予了的大力支持与帮助，在此一并表示感谢。

由于编者水平有限，书中难免存在不当和错误之处，敬请广大读者朋友批评指正。

编 者

目 录

第一章 法的一般理论	(1)
第一节 法的概述	(1)
第二节 法律渊源	(3)
第三节 法律关系	(4)
第四节 法律效力	(7)
第五节 立法、执法与司法	(8)
第六节 法的价值	(12)
第七节 法治国家的一般理论	(14)
第二章 宪法	(16)
第一节 宪法概述	(16)
第二节 我国的基本制度	(19)
第三节 公民的基本权利和基本义务	(24)
第四节 我国的国家机构	(28)
第三章 民法	(31)
第一节 民法概述	(31)
第二节 民事主体	(34)
第三节 民事法律行为和代理	(38)
第四节 人身权	(42)
第五节 物权	(43)
第六节 债权	(48)
第七节 合同法律制度	(50)
第八节 民事责任	(55)
第九节 诉讼时效	(57)
第四章 刑法	(60)
第一节 刑法概述	(60)
第二节 犯罪	(62)
第三节 刑罚	(67)
第四节 《刑法》分则中几种常见的犯罪及其刑事责任	(74)
第五章 行政法	(79)
第一节 行政法概述	(79)
第二节 行政主体	(83)
第三节 行政行为	(86)

第四节 行政救济	(94)
第六章 经济法	(102)
第一节 公司法	(102)
第二节 证券法	(106)
第三节 保险法	(111)
第四节 反不正当竞争法	(115)
第五节 产品质量法	(118)
第六节 消费者权益保护法	(122)
第七章 婚姻法与继承法	(128)
第一节 婚姻法	(128)
第二节 继承法律制度	(134)
第八章 劳动与社会保障法	(139)
第一节 劳动法	(139)
第二节 社会保障法	(147)
第九章 知识产权法	(151)
第一节 知识产权法概述	(151)
第二节 著作权	(152)
第三节 专利权法	(156)
第四节 商标法	(161)
第十章 诉讼法	(165)
第一节 民事诉讼法	(165)
第二节 刑事诉讼法	(171)
第三节 行政诉讼法	(180)
第十一章 国际法与国际私法	(188)
第一节 国际法	(188)
第二节 国际私法	(201)
参考文献	(211)

■ 第一章 ■

法的一般理论

第一节 法的概述

一、法的概念

法是由国家制定或认可，以规范人们的权利义务为调整机制，并以国家强制力保证实施的调整行为关系的社会规范。

（一）法的本质

马克思、恩格斯在《共产党宣言》中谈到资本主义法律时指出，“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。”马克思、恩格斯这一论述，科学地解释了法律的本质特征，对我们的探讨和研究法律的本质有着普遍的指导意义。

1. 法是国家意志的体现

法是国家意志的体现，意味着统治阶级可以通过国家专门机关制定或认可体现自己意志的法律，把自己的意志上升为国家意志。实际上，“国家意志”就是掌握国家政权的那个阶级的意志在法律上的体现。所以，法律是以国家意志表现出来的统治阶级的意志。

2. 法所反映的内容是由物质生活条件决定的

统治阶级的物质生活条件主要指的是生产关系。在一定社会中占统治地位的生产关系，特别是所有制关系，决定着该社会统治阶级的根本利益和意志。任何一个统治阶级都离不开其物质生活条件而随心所欲地制定法律，否则，即使制定出了法律，也必然由于违背了客观经济条件而在实际生活中无法实施。

3. 经济以外的因素对法具有影响

法所反映的内容由物质生活条件决定，与此同时，法律还要受到其他社会现象的影响，比如统治阶级的政治、哲学、宗教、伦理等观点，以及政治制度、阶级斗争状况、文化传统等等，都对法律的形成和发展产生不同程度的影响。

（二）法的特征

法的特征是法的本质的外部表现。要深刻理解法的本质，还必须掌握法的基本特征。

1. 法是特殊的社会规范

社会规范是调整人们在社会生活中相互关系的行为准则，如道德、宗教、政策、社会习

惯、法律等。法是一种特殊的社会规范，对有权制定法律规范的国家机关发布的文件，要区分是规范性文件还是非规范性文件。规范性法律文件属于法的范围，它适用的对象不是特定的人，而是一般的人，它不是一次适用，而是在其生效期间内反复适用。非规范性文件不属于法的范围，它是适用一定法律规范的产物，如判决书等，它们对特定的人适用，且只适用一次。

2. 法是由国家制定或认可的社会规范

社会规范只有经过国家的制定或认可，才有可能成为国家的法律。制定法律或认可法律是国家创制法律的两种方式。制定法律是指，有权制定法律的国家机关依照法定程序制定具有不同效力的法律文件。国家制定的法律具有一定的文字表现形式，即为成文法。认可法律是指，统治阶级根据需要，对社会上早已经存在的、符合本阶级利益的风俗习惯、社会道德、宗教伦理等行为规范，由国家机关加以确认，赋予它们一定的法律效力。国家认可的法律通常被称为习惯法。

3. 法是规定人们权利义务的社会规范

法律通过规定人们的权利义务，以权利义务为机制来调整社会关系。法律这种调整机制使它区别于道德等其他社会规范。

4. 法是以国家强制力保证实施的社会规范

法律是由国家强制力保证实施的，以暴力手段作为后盾，这种强制性表现为通过国家机关的法律适用活动，对违法行为予以制裁或强制人们履行法定义务。必须指出，法以国家强制力保证实施，并不意味着法律的每个实施过程、每个法律规范的实施，都要依靠国家系统化的暴力，也不等于国家强制力是保证法律实施的唯一力量。在法的实施过程中，国家暴力一般是备而不用的。

（三）法的社会作用

法的作用，有时候也称为法的功能、职能或者任务。它是指法及其实施对社会产生的影响。法的社会作用是指法作为社会规范在调节社会关系方面的作用，主要表现在以下三个方面：

1. 维护统治阶级所需要的经济秩序

法为自己赖以生存的经济基础服务是其不可缺少的功能，但是，在通常情况下，法不直接关注生产力的发展，只需要保证生产力的发展对统治阶级有利。

2. 维护统治阶级所需要的政治秩序

就政治领域而言，任何法所确立和维护的社会政治秩序都是对该社会的各种权利的分配、享有、运用方式的固定化。法所关注的政治秩序，既要考虑协调统治阶级内部对权利要求的矛盾和冲突，还要考虑统治阶级与同盟阶级的分权关系，更要考虑有效地防止被统治阶级对现有秩序的破坏和反抗。

3. 执行社会公共事务

随着社会主义的发展，政权问题的解决，阶级斗争的弱化，以及社会生活的复杂化，法律的社会公共职能将日益扩大。比如惩治犯罪，调整民事关系、商事关系，保护自然环境，甚至对军事的管理等等。

第二节 法律渊源

法律是一系列法律规范和原则的总称。这一系列规范和原则是通过丰富的法律形式表现出来的。表现法律规范和原则的形式,就是法律渊源。根据制定主体效力层次以及制定程序的差别可以分为以下几种形式:

(一) 宪法

宪法是具有最高效力的法律渊源。它一方面规定了国家的根本制度,即主要的国家权力——立法权、司法权与行政权的范围与界限;另一方面它又规定了公民的基本权利和义务,为保护公民的行动自由设定了标准。

(二) 法律

在我国,“法律”这个概念具有两种含义:①广义的法律是指所有由具有立法权的立法机关依据立法程序产生的规范性法律文件。②狭义的法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定的规范性法律文件。此处的法律是指狭义的法律。在我国正式的法律渊源之中,法律的地位仅次于宪法。

依据立法机关的不同,法律可以分成两个子类别:①基本法律是指由全国人民代表大会制定的、关于我国社会生活某一方面的规范性法律文件。例如,《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国婚姻法》等等。②基本法律以外的法律是指由全国人民代表大会常务委员会制定的规范性法律文件。例如,《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》等等。

(三) 法规

除了狭义法律的立法机关以外,我国的最高行政机关与地方国家权力机关也可以制定规范性的法律文件,这被称为法规。它们属于广义法律的组成部分。根据制定机关的不同,法规可以划分为行政法规与地方性法规两类。

1. 行政法规

行政法规是指由国务院为执行法律的规定或者实现自身的法定职权,所制定的规范性法律文件。

2. 地方性法规

地方性法规是指具有立法权的地方人大及其常委会,可以根据执行法律或者行政法规的需要以及针对自身权限范围内的地方性事务,制定的规范性法律文件。依据制定机关等级的不同,地方性法规可以分成两个层次:①省、自治区、直辖市人大及其常委会制定的地方性法规;②较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规。

由于行政权力具有等级制的特征,因此以上两种地方性法规的效力依次减弱。

3. 法规适用的顺序

法官在适用法规时遵循的一般原则是:当它们之间出现矛盾时,依据“行政法规>地方性法规”的方式选择适用。

(四) 规章

中央政府的职能部门以及部分地方人民政府(省、自治区、直辖市以及较大的市的政

府)可以根据法律、行政法规以及地方性法规制定规章,以便执行法律、法规的要求或者实现自身部门的职责。

(五) 自治条例和单行条例

依据我国在少数民族聚居区实行的民族区域自治制度,民族自治地方的人民代表大会有权依据当地民族的政治、经济、文化的特点制定自治条例和单行条例。同时,自治条例和单行条例可以依据当地民族的特点,对法律和行政法规的规定进行变通,但是不得违背法律和行政法规的原则。

(六) 国际条约与国际惯例

国际条约与国际惯例也可能在一定条件之下转变成为我国的法律渊源。

第三节 法律关系

一、法律关系的含义与特征

法律关系是一个重要的法学范畴。20世纪初,大陆法系国家普遍将它作为区分公法与私法的一个内在根据。现在,法律关系被人们广泛地用来认识和分析法律现象。所谓法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。根据这一定义可以看出,法律关系具有如下特征:

(一) 法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系

法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系,具有合法性。确立“法律关系是合法的社会关系”这一观点,在法律实践中具有重要意义。在社会生活中,往往存在着大量的事实关系,它们没有严格的合法形式,甚至完全违背法律的,因此,不能看做是法律关系,但又可能与法律的适用相关联,是法律适用过程中必须认真处理的一类法律事实。举一个例子:

孙某与李某签订购房合同规定:孙某将租借张某的房子于2004年10月1日前出卖给李某,李某支付人民币12万元。李某明知该房屋属于张某,仍于2004年9月将房款交给孙某。张某得知消息后,将孙、李二人告至法院。法院审理后确认孙、李两被告侵权成立,宣布其购房合同无效,并向李某支付赔偿金3000元。

显然,在这个事例中,我们看到:孙某与李某签订购房合同是“无效的合同”,他们之间也就不存在合同法律关系。但他们签订的“无效合同”恰好证明了两人侵权行为成立,这就构成了张某与他们之间侵权法律关系形成的一个事实。也就是说,这个事例中,孙、李与张某之间的损害赔偿关系才属于法律关系的范畴。

(二) 法律关系是体现意志性的特殊社会关系

立法机关在理顺关系、配置权利义务,行政机关在执行法律、实施管理,司法机关在分析案情、适用法律过程中,都自觉或不自觉地运用法律关系这个范畴。而这整个法律关系范畴中,无论立法、执法或者是司法,其活动都体现着国家的意志,按照国家的意志来行事。

(三) 法律关系是特定法律关系主体之间的权利和义务关系

研究法律关系,无论在理论上还是实践中,都是围绕着权利-义务开展的。凡是涉及权利和义务关系的,都应将其法律化和制度化,纳入到法律关系的研究当中来。

二、法律关系主体

（一）法律关系主体的概念和种类

法律关系主体是法律关系的参加者，即在法律关系中一定权利的享有者和一定义务的承担者。在每一具体的法律关系中，主体的多少各不相同，但大体上都归属于相互对应的双方：一方是权利的享有者，称为权利人；另一方是义务的承担者，称为义务人。

在中国，根据各种法律的规定，能够参与法律关系的主体包括以下几类：公民（自然人）、机构和组织（法人）和国家。

（二）法律关系主体构成的资格（权利能力和行为能力）

公民和法人要能够成为法律关系的主体，享有权利和承担义务，就必须具有权利能力和行为能力，即具有法律关系主体构成的资格。

1. 权利能力

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

公民的权利能力可以从不同角度进行分类。根据享有权利能力的主体范围不同，可以分为一般权利能力和特殊的权利能力。前者又称基本的权利能力，是一国所有公民均具有的权利能力，它是任何人取得公民法律资格的基本条件，不能被任意剥夺或解除。后者是公民在特定条件下具有的法律资格。这种资格并不是每个公民都可以享有，而只授予某些特定的法律主体。

法人的权利能力没有上述的类别，所以与公民的权利能力不同。一般而言，法人的权利能力自法人成立时产生，至法人解体时消灭。其范围是由法人成立的宗旨和业务范围决定的。

2. 行为能力

行为能力是指法律关系主体能够通过自己的行为实际取得权利和履行义务的能力。

公民的行为能力是公民的意识能力在法律上的反映。确定公民有无行为能力，其标准有二：一是能否认识自己行为的性质、意义和后果；二是能否控制自己的行为并对自己的行为负责。

公民的行为能力问题，是由法律予以规定的。世界各国的法律，一般都把本国公民划分为：①完全行为能力人。②限制行为能力人。③无行为能力人。

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

三、法律关系客体

法律关系客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象。它是构成法律关系的要素之一。

法律关系客体的种类包括：物、人身、精神产品、行为等。

（一）物

法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产上和生活上所需要的客观实体。它可以是天然物，也可以是生产物；可以是活动物，也可以是不活动物。物理意义上的物要成为法律关系客体，须具备以下条件：① 应得到法律之认可。② 应为人类所认识和控制。不可认识和控制之物（如地球以外的天体）不能成为法律关系客体。③ 能够给人们带来某种物质利益，具有经济价值。④ 须具有独立性。

（二）人身

人身是由各个生理器官组成的生理整体（有机体）。它是人的物质形态，也是人的精神利益的体现。人身不仅是人作为法律关系主体的承载者，而且在一定范围内成为法律关系的客体。但须注意的是：

第一，活人的（整个）身体，不得视为法律上之“物”，不能作为物权、债权和继承权的客体，禁止任何人（包括本人）将整个身体作为“物”参与有偿的经济法律活动，不得转让或买卖。贩卖或拐卖人口，买卖婚姻，是法律所禁止的违法或犯罪行为，应受法律的制裁。

第二，权利人对己身不得进行违法或有伤风化的活动，不得滥用人身，或自践人身和人格。例如，卖淫、自杀、自残行为属违法行为或至少是法律所不提倡的行为。

第三，对人身行使权利时必须依法进行，不得超出法律授权的界限，严禁对他人人身非法定强行行使权利。例如，有监护权的父母不得虐待未成年子女的人身。

人身（体）部分（如血液、器官、皮肤等）的法律性质，是一个较复杂的问题。它属于人身，还是属于法律上的“物”，不能一概而论。应从三方面分析：① 当人身之部分尚未脱离人的整体时，即为所属主体之人身本身；② 当人身之部分自然地身体中分离，已成为与身体相脱离的外界之物时，亦可视为法律上之“物”；③ 当该部分已植入他人身体时，即为他人人身之组成部分。

（三）精神产品

精神产品是人通过某种物体（如书本、砖石、纸张、胶片、磁盘）或大脑记载下来并加以流传的思维成果。精神产品不同于有体物，其价值和利益在于物中所承载的信息、知识、技术、标识（符号）和其他精神文化。同时它又不同于人的主观精神活动本身，是精神活动的物化或固定化。精神产品属于非物质财富。西方学者称之为“无体（形）物”。我国法学界常称为“智力成果”或“无体财产”。

（四）行为

在很多法律关系中，其主体的权利和义务所指向的对象是行为。作为法律关系客体的行为是特定的，即义务人完成其行为所产生的能够满足权利人利益要求的过程或结果。这种过程或结果一般分为两种：一种是物化结果，即义务人的行为（劳动）凝结于一定的物体，产生一定的物化产品或营建物（房屋、道路、桥梁等）；另一种是非物化结果，即义务人的行为没有转化为物化实体，而仅表现为一定的行为（通常为服务行为）过程所产生的结果（或效果）。

四、法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体之间的法律权利和法律义务。它是法律规范所规定的

法律权利与法律义务在实际的社会生活中的具体实现。

值得我们注意的是,就法律关系主体之权利行使本身来讲,它在现实法律生活中总是表现为权利人的外在行为,因而有一个适度的范围和限度。超出了这个限度,就不为法律所保护,甚至可能构成“越权”或“滥用权利”,属于违法行为,必然招致法律的禁止甚或制裁。而像权利行使是有限度的一样,法律关系主体之义务的履行也是有限度的。要求义务人作出超出“义务”范围的行为,同样是法律所禁止的。义务的限度具体表现在:①实际履行义务的主体资格的限制。②时间的界限。③利益的界限。

第四节 法律效力

法律效力是法律行为的生命,符合生效要件的法律行为,才能在实际生活中发挥作用,并获得国家强制力的保障。不符合生效要件的,有瑕疵的法律行为便成为可撤销或者失效的法律行为,都不能也不应该对社会生活和个人、组织的权利义务产生影响。因此,研究法律效力问题,对理论和实践都有重要意义。

一、法律效力的含义

简单地说,所谓法律效力,是指法律对法律主体的约束力或拘束力。其通常包含广狭二义:广义的法律效力,是指所有法律文件的效力,无论是规范性法律文件还是非规范性法律文件,均具有法律效力;狭义的法律效力,是指规范性法律文件的效力。规范性法律文件与非规范性法律文件的区别在于,其约束力的范围是针对特定主体还是不特定主体。针对不特定主体的是规范性法律文件,针对特定主体的就是非规范性法律文件。

二、法律效力的范围

所谓法律效力的范围,是指规范性法律文件或者制定法在什么时间、何种空间以及对于何种对象有效,从而产生行为拘束的后果。依据这个概念,法律的效力范围可以具体分为三个部分:①时间效力。②空间效力。③对人效力。

在我国,法律的生效时间,一般表现为四个方面:①自法律公布之日起生效;②具体规定本法的生效时间;③比照其他法律以确定本法律的生效时间;④自法律试行之日起生效。

同法律生效一样,法律可以通过明令废止或默示废止的形式,而终止其效力。我国法律的终止生效时间主要有下面五种形式:①新法律公布后,原有的法律即丧失效力;②新法律取代原有法律,同时宣布旧法作废;③法律本身规定的有效期届满;④由有关机关颁发专门文件宣布废止某个法律;⑤法律已完成其历史任务而自行失效。

三、法律溯及力

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

法律溯及力的原则有：

(1) 从新原则。新的法律颁布后，对其生效以前所发生的事件和行为一律适用。或者说，法律一律具有溯及力。

(2) 从旧原则。新的法律颁布后，对其生效以前所发生的事件和行为一律不适用。或者说，法律一律不具有溯及力。

(3) 从新兼从轻原则。新的法律颁布后，原则上，对其生效以前所发生的事件和行为一律适用，除非旧法处罚轻于新法处罚。或者说，原则上承认法律的溯及力；但是，在旧法处罚轻于新法处罚的时候，否认法律的溯及力。

(4) 从旧兼从轻原则。新的法律颁布后，原则上，对其生效以前所发生的事件和行为一律不适用，除非新法处罚轻于旧法处罚。或者说，原则上否认法律的溯及力；但是，在新法处罚轻于旧法处罚的时候，肯定法律的溯及力。

我国关于法律的溯及力问题，主要体现在刑事立法之中。我国1979年通过的《中华人民共和国刑法》有关于溯及力问题的明确规定。1997年修订的《中华人民共和国刑法》也有关于溯及力问题的明确规定。根据其规定，我国刑法原则上没有溯及既往的效力，但是当该刑法的处罚较轻时或该刑法视为不是犯罪时具有溯及既往的效力，因而体现了从旧兼从轻的原则。除此之外，我国宪法和其他法律、法规很少有关于法律的溯及力问题的规定。在实践中，通常是通过司法解释处理这一问题，有的采用法律不溯既往原则，有的则采用法律溯及既往的原则。

第五节 立法、执法与司法

一、立法

(一) 立法的概念

立法有广义和狭义之分。广义的立法是指国家机关依照法定的职权和程序，制定、认可、修改和废止法律和规范性法律文件的活动。狭义的立法仅指最高国家立法机关制定、认可、修改和废止法律的活动。

(二) 立法的特征

我们从立法的概念中，可以看出立法活动具有如下的特征：

第一，立法是由特定主体进行的活动。只有享有立法权的国家机关才能制定、认可、修改和废止法律。

第二，立法是依据一定的职权进行的活动。在我国，全国人民代表大会和各级地方人民代表大会依法享有立法权。

第三，立法是依照法定程序所进行的活动。享有立法权的国家机关必须依照法律，按照法定程序来创制和修改法律。

第四，立法是具有专业性和技术性的活动。法律的创制一般先有立法委员会或者法学学者提出法律议案，法律草案通过集体讨论后审议通过，方能公布法律，予以施行。

第五，立法是制定、认可、修改和废止法的活动。

（三）立法的基本原则

中国立法的基本原则包括法治原则、民主原则和科学原则。

1. 立法的法治原则

立法的法治原则包括三个方面的要求：① 必须民主、科学地划分立法权限，实现立法权的法制化；② 立法的内容要合乎宪法，而且各个级别、种类的立法必须具有统一性，实现立法内容的合宪性和合法性；③ 立法必须遵循严格的法定程序，实现立法活动的程序化。

2. 立法的民主原则

立法的民主原则包括三个方面的内容：① 立法主体具有广泛性。立法主体应多元化，建立中央与地方、权力机关与行政机关合理的立法权限划分体制和监督体制。② 立法内容具有人民性。立法应当以维护人民的利益为宗旨，注重确认和保障人民的权利。③ 立法活动过程和立法程序具有民主性。在立法过程中贯彻群众路线，促进公民对立法过程的参与。

3. 立法的科学原则

立法活动必须坚持科学原则，使得所立之法能够更好地反映客观规律。坚持立法的科学原则，有助于克服立法的主观随意性和盲目性，避免或减少失误，提高立法的质量。

（四）我国的立法体制

根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国立法法》的有关规定，我国国家机关的立法权限划分如下：

1. 最高国家权力机关及其常设机关的权限

全国人民代表大会修改宪法，制定和修改刑事、民事和其他基本法律。全国人大常委会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修改，但不得同该法律的基本原则相抵触。

2. 最高国家行政机关（国务院）及其所属机关的权限

国务院根据宪法和法律，制定行政法规，规定行政措施，发布决定和命令。国务院各部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门权限内发布命令、指示和规章。

3. 地方各级国家权力机关及其常设机关的权限

地方各级人民代表大会在本行政区域内，有权依照法律规定的权限通过和发布决议；省、自治区、直辖市的人大及其常委会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，并报全国人大常委会和国务院备案；较大的市的人大及其常委会，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。

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，报全国人大常委会和国务院备案。

4. 地方各级国家行政机关及其所属机关的权限

地方各级人民政府在本行政区域内，有权依照法律规定的权限发布决定和命令；省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区和直辖市的地方性法规，制定规章；县以上人民政府的下属部门可以发布命令和指示。

二、执法

(一) 执法的概念

执法,又称法的执行,是指国家机关及其公职人员依照法定职权和程序,贯彻、执行法律的活动。执法有广义和狭义之分。广义的执法,是指一切执行法律的活动,包括国家行政机关、司法机关及其公职人员依照法定职权和程序实施法律的活动。狭义的执法,则专指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权、履行职责、实施法律的活动。人们通常称行政机关为执法机关,就是在狭义上使用“执法”一词的。本节所讲的执法,仅指狭义的执法。

(二) 执法的特征

有法必依,执法必严是法治的基本原则,因此,国家立法之后,就必然要求严格执法。值得一提的是,人们对执法这一概念的认识有一个从不明确到逐步明确的过程,认识在逐步深化,因此掌握执法的特征能够更好理解执法的精神内涵。执法的特征可以从四个方面分析:

1. 执法是以国家的名义对社会进行全面管理,具有国家权威性

执法的内容涉及社会的方方面面,包括经济活动、文化交流等社会公共事务和民事问题。执法的结果具有最高权威性,未经法定程序不得任意更改。

2. 执法的主体是国家行政机关及其公职人员以及依法被授权的组织

这一点可以看出,执法的主体是特定的,具有严格的要求,是必须依法享有执法权或者被授予执法权的国家公职人员和被委托的组织。

3. 执法具有国家强制性

行政机关的执法活动是属于公务行为的一种,为了维护社会秩序和法律权威,国家的执法活动必须在国家的强制力下依法进行。

4. 执法具有主动性和单方面性

有的执法活动是职能部门主动进行的,比如查处街道的违章建筑,抽检食品的公共安全等;有的执法活动是依申请人申请才进行的,比如工商部门申请注册营业执照等。

(三) 执法的原则

执法活动同立法活动一样,有其原则,贯穿于整个执法活动当中,作为执法的精髓,指导执法活动的整个过程。我们认为,执法活动主要有以下几个原则:

1. 合法性原则

执法的合法性原则也称为依法行政原则,是指行政机关必须依据法定权限,法定程序和法治精神进行管理,越权无效。

2. 合理性原则

执法的合理性原则是指执法主体在执法活动中,特别是在行使自由裁量权进行行政管理时,必须做到适当、合理、公正,即符合法律的基本精神和目的,具有客观、充分的事实根据和法律依据,与社会生活常理相一致。

3. 应急性原则

应急性原则是指在某些特殊紧急情况下,出于国家安全、社会稳定和公共利益的特别需要,行政机关可以在限制条件下,采取没有法律依据的或者同法律抵触的措施。具体说,就是在正常的宪政和法制体制难以运转的情况下,行政机关可以采取必要的应急措施,即使

该项措施没有法律依据或者同法律相抵触，也应该视为有效。

三、司法

(一) 司法的概念

司法，又称为法的适用，通常是指国家司法机关依据法定职权和法定程序，具体应用法律处理案件的专门活动。

(二) 司法的特点

立法、执法和司法是三个相互独立又相互联系的范畴，要将三者区分，必然要掌握它们的特征。我国法律明确规定，人民法院和人民检察院依法独立、公正、高效地行使宪法赋予的审判权和检察权，不受任何国家机关、社会团体和个人的干涉。从这一表述中，可以看出，司法的特点具有：

(1) 司法是由特定的国家机关及其公职人员，依据法定职权实施法律的专门活动，具有专门性。在我国，人民法院和人民检察院依法享有司法权。

(2) 司法是司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动，具有国家强制性和权威性。公正司法是建设法治国家的关键。客观公正是对司法的本质要求，是司法的灵魂。只有依靠国家的强制力，保障司法的公正，才能维护法律的尊严，才能真正实现法律面前人人平等。

(3) 司法是司法机关依照法定程序、运用法律处理案件的活动，具有严格的程序性。司法的公正与否，是衡量一个国家民主、文明程度的重要标志。司法的公正，其重要一环就是司法程序是否合法，因此，司法必须具有严格的程序性。

(4) 司法必须有表明法的适用结果的法律文书，如判决书、裁定书和决定书等。

(三) 司法的基本原则

司法的基本原则是司法活动中最主要、最具有普遍适用价值的原则，是司法存在的基础。离开这些原则，就没有实际意义的司法活动。那么，究竟哪些是司法的基本原则呢？在我国，司法的基本原则主要可以概括为以下三点：

1. 合法原则

在我国，这条原则具体体现为“以事实为根据，以法律为准绳”的原则。以事实为根据，是指司法机关处理案件时，只能以被合法证据证明了的事实和依法推定的事实作为适用法律的依据。需要注意的是，司法机关通过证据证明的事实或者推定的事实，在很多情形下，也并不尽然与客观事实相符合。

2. 平等原则

司法必须奉行平等原则。在我国，司法平等原则是宪法中规定的“公民在法律面前一律平等原则”在司法过程中的具体体现。我国法律明确规定，法律面前一律平等原则的内容包括：① 凡是我国公民都必须平等地遵守我国的法律，平等地享有法定权利和承担法定义务，不允许任何人有超越法律之上的特权；② 任何公民的合法权益，都平等地受到法律的保护，他人不得侵犯；③ 任何公民的违法犯罪行为，都应平等地依法受到法律的制裁和追究。

3. 司法独立原则，即司法权独立行使原则

司法机关在办案过程中，依照法律规定独立行使司法权。我国的宪法、有关组织法和诉讼法中都明确规定了该项原则。司法独立原则要求国家的司法权只能由国家的司法机关独立