

普通高等教育“十二五”规划教材

# 建设法规教程

郑润梅 主编

李俊恒 副主编



化学工业出版社

普通高等教育“十二五”规划教材

# 建设法规教程

郑润梅 主编 李俊恒 副主编

常州大学图书馆  
藏书章



化学工业出版社

·北京·

本教材对我国现行的建设法规从法学基础理论、建设法规概论、城乡规划法律制度、土地管理法律制度、工程建设执业资格法律制度、土地与拆迁法律制度、工程建设合同法律制度、工程招投标法律制度、工程建设标准法律制度、工程监理法律制度、工程质量法律制度、建筑法律制度、房地产管理法律制度等方面作了介绍。书中还介绍了《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国招标投标法》、《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》等最新颁发的有关法律、法规的内容。在教材编写时注重了一般法律知识的阐述和对相关法律规定的介绍、解释有利于提高学习兴趣。

本书借鉴了大量生动翔实的工程建设案例，并根据国家最新的法律、法规对这些案例进行了深入分析，通过这些案例可以清楚地了解我国的立法轨迹和现状，因此本书具有较强的指导性和实用性。

本书适合作为土木工程专业和工程管理专业及相近专业建设法规课程的教材，还可作为工程建设管理人员的培训用书，也可供从事工程建设和工程管理的专业人员和管理人员学习参考。

### 图书在版编目 (CIP) 数据

建设法规教程/郑润梅主编. —北京: 化学工业出版社, 2012. 8

普通高等教育“十二五”规划教材  
ISBN 978-7-122-14602-1

I. 建… II. 郑… III. 建筑法-中国-高等学校-教材 IV. D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 131660 号

---

责任编辑: 满悦芝  
责任校对: 宋 玮

装帧设计: 尹琳琳

---

出版发行: 化学工业出版社 (北京市东城区青年湖南街 13 号 邮政编码 100011)

印 装: 北京云浩印刷有限责任公司

787mm×1092mm 1/16 印张 15¼ 字数 374 千字 2012 年 9 月北京第 1 版第 1 次印刷

---

购书咨询: 010-64518888 (传真: 010-64519686) 售后服务: 010-64518899

网 址: <http://www.cip.com.cn>

凡购买本书, 如有缺损质量问题, 本社销售中心负责调换。

---

定 价: 36.00 元

版权所有 违者必究



# 前 言

我国实行市场经济以来，建筑业、房地产业、市政公用事业等建设领域中的市场机制也在不断地完善和规范。对建设活动的法律规范也显得日趋突出和重要，从而，涉及建设领域的法律法规也不断建立和完善。目前，相关建设法律规范制度建立、健全，已成为我国社会主义法制建设的重要内容。为此，对建设法律规范有关理论和制度的研究和学习，不仅是国家对建设领域的依法组织、管理和协调的必需，也是现代社会人们生活工作的必需。

《建设法规教程》作为建筑、项目管理、工程管理及相关专业系列教材之一，编写的根本目的在于，通过该课程的教学使学生掌握建设法律、法规基本知识，培养学生的工程建设法律意识，使学生具备运用所学建设法律、法规基本知识解决工程建设中相关法律问题的基本能力。为此，该教材在编写内容的组织上，注重学生对法学基础理论的学习和掌握，使学生通过《建设法规教程》课程的学习，在了解、掌握我国建设领域相关法律、法规内容的基础上，更注重对相关法律条文的理解和应用。

本书共分 12 章，以《中华人民共和国城市规划法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国标准法》、《中华人民共和国物业管理法》等法律为主线，结合现行有关建设领域的行政法规、部门规章、司法解释等规范性文件，阐述了城市规划法律制度、建筑法律制度、招标投标法律制度、建设工程合同法律制度、房地产法律制度、土地管理法律制度以及物业管理制度等。本书附有免费电子教案，选用本书作教材的老师请发信至 [cipedu@163.com](mailto:cipedu@163.com) 免费索取。

本书由郑润梅任主编，李俊恒任副主编，各章编写分工如下：郑润梅负责第 1 章、第 2 章的编写工作；李俊恒负责第 4 章、第 12 章的编写工作；姜玉砚负责第 5 章、第 7 章、第 9 章的编写工作；王秀燕负责第 8 章的编写工作；孟晓波负责第 3 章、第 10 章、第 11 章的编写工作；雷颖负责第 6 章的编写工作。田霞负责全书幻灯片（PPT）的组织编辑。全书由郑润梅、李俊恒负责统稿。

本书在编写工程中，主观上力求做到应用法律要新，内容要全，理论性和实用性要强。但客观上由于编者水平和经验有限，书中难免存在不足和错漏之处，欢迎专家、读者批评指正，并为本书提出宝贵的意见和建议。

另外，本书在编写过程中参考了近几年出版的相关书籍中的优秀内容，编者在此对相关作者一并致以谢意。

编者  
2012 年 8 月

# 目 录

<b>第 1 章 法学基础</b> .....	
1.1 法的基本概念 .....	
1.1.1 法的概念和特征 .....	
1.1.2 法的起源 .....	
1.1.3 法的作用 .....	
1.1.4 法的类型 .....	
1.1.5 法的渊源 .....	
1.2 法律规范 .....	1
1.2.1 法律规范的概述 .....	1
1.2.2 法律规范的构成 .....	1
1.2.3 法律规范分类 .....	1
1.2.4 法律规范的实施 .....	1
1.2.5 法律规范的效力 .....	1
1.3 法律关系 .....	1
1.3.1 法律关系的概述 .....	1
1.3.2 法律关系的构成 .....	1
1.3.3 法律关系的运行 .....	2
本章小结 .....	2
案例实训 .....	2
法理分析 .....	2
复习思考 .....	2
<b>第 2 章 建设法规导论</b> .....	2
2.1 建设法规概述 .....	2
2.1.1 建设法规的含义和特征 .....	2
2.1.2 建设法规的基本原则 .....	2
2.2 建设法规立法 .....	2
2.2.1 建设法规立法权限和程序 .....	2
2.2.2 建设法规的体系 .....	2
2.3 建设法规的实施 .....	2
2.3.1 建设行政执法 .....	2
2.3.2 建设司法 .....	3
2.3.3 遵法 .....	3
本章小结 .....	3
复习思考 .....	3
<b>第 3 章 城乡规划法律制度</b> .....	3
3.1 城乡规划法概述 .....	3

3.1.1	基本概念	33
3.1.2	城乡规划法的原则	34
3.2	城乡规划的制定	35
3.2.1	城乡规划制定的原则	35
3.2.2	城乡规划的编制和实施	35
3.3	城乡规划的修改	39
3.3.1	城乡规划实施情况评估	39
3.3.2	省域体系规划、城市总体规划、镇总体规划修改条件	40
3.3.3	省域体系规划、城市总体规划、镇总体规划修改程序	40
3.3.4	其他规划修改条件和程序	41
3.4	城乡规划法对土地出让的限制	41
3.4.1	出让总量限制	41
3.4.2	出让地块条件限制	41
3.4.3	出让转让合同的限制	42
3.4.4	土地使用权的再转让的限制	42
3.5	违反城乡规划的法律的责任	42
3.5.1	建设单位和个人违反城乡规划法所承担的法律的责任	42
3.5.2	城乡规划行政主管部门工作人员的法律的责任	43
	本章小结	45
	案例实训	45
	法理分析	46
	复习思考	46
<b>第4章</b>	<b>土地管理法律制度</b>	<b>47</b>
4.1	土地管理法律制度概述	47
4.1.1	土地的概念与分类	47
4.1.2	土地管理法规	48
4.1.3	土地管理法律制度	48
4.2	土地产权法律制度	50
4.2.1	土地产权的概念	50
4.2.2	我国《土地管理法》中土地权利的类型	50
4.2.3	土地权利的保护	53
4.3	土地利用和保护	55
4.3.1	土地利用总体规划	55
4.3.2	耕地保护	58
4.4	建设用地	61
4.4.1	国有建设用地	61
4.4.2	农村集体建设用地	64
4.5	土地违法的法律的责任	65
4.5.1	土地违法法律的责任概念	65
4.5.2	土地违法行为与法律的责任	65

本章小结 .....	69
案例实训 .....	69
法理分析 .....	69
复习思考 .....	70
<b>第5章 工程建设执业资格法律制度 .....</b>	<b>71</b>
5.1 工程建设执业资格法律制度概述 .....	71
5.1.1 建立从业资格制度的意义 .....	71
5.1.2 建立工程建设执业资格制度的意义 .....	71
5.2 工程建设从业单位资质管理制度 .....	72
5.2.1 建筑业企业的资质管理制度 .....	72
5.2.2 工程勘察设计单位的资质管理制度 .....	74
5.2.3 工程监理企业 .....	76
5.3 工程建设专业技术人员执业资格管理制度 .....	78
5.3.1 注册结构工程师 .....	78
5.3.2 注册监理工程师制度 .....	79
5.3.3 注册造价工程师 .....	81
5.3.4 注册建筑师制度 .....	82
5.3.5 注册建造师制度 .....	84
5.4 违反工程建设执业资格法律制度的法律责任 .....	86
5.4.1 工程建设从业单位的法律制度 .....	86
5.4.2 工程建设从业人员的法律制度 .....	87
本章小结 .....	88
案例实训 .....	88
法理分析 .....	89
复习思考 .....	90
<b>第6章 国有土地上房屋征收与补偿法律制度 .....</b>	<b>91</b>
6.1 国有土地上房屋征收与补偿概述 .....	91
6.1.1 国有土地上房屋征收与补偿的概念与特征 .....	91
6.1.2 国有土地上房屋征收与补偿的原则 .....	92
6.1.3 国有土地上房屋征收与补偿的适用范围和调整对象 .....	93
6.2 国有土地上房屋征收与补偿的内容 .....	93
6.2.1 国有土地上房屋征收与补偿的方式 .....	93
6.2.2 国有土地上房屋征收与补偿的标准 .....	95
6.2.3 国有土地上房屋征收与补偿的程序 .....	96
6.3 国有土地上房屋征收与补偿的管理 .....	97
6.3.1 国有土地上房屋征收与补偿的程序保障 .....	97
6.3.2 国有土地上房屋征收与补偿的法律依据 .....	98
6.4 国有土地上房屋征收与补偿的法律责任 .....	99
6.4.1 国有土地上房屋征收与补偿中的行政违法概述 .....	99
6.4.2 各类行政违法的法律责任 .....	99

6.4.3 其他行为主体的违法行为及其法律责任 .....	100
6.5 国有土地上房屋征收与补偿的启示 .....	101
6.5.1 重大变化 .....	101
6.5.2 重要启示 .....	102
本章小结 .....	103
案例实训 .....	104
法理分析 .....	104
案例实训 .....	105
法理分析 .....	105
复习思考 .....	106
<b>第7章 建设工程合同法律制度</b> .....	<b>107</b>
7.1 合同法概述 .....	107
7.1.1 合同的概念 .....	107
7.1.2 我国合同法的立法沿革 .....	107
7.1.3 合同的订立 .....	107
7.1.4 合同的效力 .....	109
7.1.5 合同的履行 .....	110
7.1.6 合同的变更、转让和终止 .....	111
7.1.7 违约责任 .....	113
7.2 建设工程合同的主要内容 .....	114
7.2.1 建设工程合同的概念 .....	114
7.2.2 建设工程勘察设计合同 .....	114
7.2.3 建设工程施工合同 .....	116
7.2.4 委托合同 .....	118
7.2.5 承揽合同 .....	121
7.3 建设工程施工合同的索赔 .....	122
7.3.1 施工合同索赔 .....	122
7.3.2 建设工程施工合同纠纷的司法解释 .....	125
本章小结 .....	127
案例实训 .....	127
法理分析 .....	129
复习思考 .....	131
<b>第8章 招标投标法律制度</b> .....	<b>132</b>
8.1 招标投标法律制度概述 .....	132
8.1.1 招标投标法的概念 .....	132
8.1.2 招标投标的基本概念及特点 .....	132
8.1.3 招标投标活动的原则 .....	133
8.1.4 招标投标的适用范围和标准 .....	134
8.2 招标 .....	135
8.2.1 招标应具备的条件 .....	135



8.2.2	招标方式	136
8.2.3	招标程序	138
8.3	投标	141
8.3.1	投标的基本知识	141
8.3.2	投标的程序	142
8.4	开标、评标和定标	143
8.4.1	开标	143
8.4.2	评标	144
8.4.3	定标和授标	148
8.5	招标投标的法律责任	150
8.5.1	招标人违法行为应承担的法律责任	150
8.5.2	投标人和中标人违法行为应承担的法律责任	151
8.5.3	招标人与投标人或中标人共同违法行为应承担的法律责任	152
8.5.4	招标代理机构从事的违法行为应承担的法律责任	153
8.5.5	评标委员会违法行为应承担的法律责任	153
8.5.6	其他情况	154
	本章小结	154
	案例实训	154
	法理分析	155
	复习思考	155
<b>第9章</b>	<b>建设工程勘察设计法律制度</b>	157
9.1	建设工程勘察设计法律制度概述	157
9.1.1	建设工程勘察设计法律制度的概念	157
9.1.2	工程建设勘察设计的要求	157
9.1.3	建设工程勘察设计的发包与承包	157
9.2	建设工程勘察设计资格与从业范围	158
9.2.1	建设工程勘察设计资格分级标准	158
9.2.2	建设工程勘察设计的业务范围	158
9.2.3	建设工程勘察设计单位资格的申请与审批	159
9.3	建设工程设计法律制度	159
9.3.1	设计文件的编制与审批	159
9.3.2	施工图设计文件的审查	160
	本章小结	160
	案例实训	160
	法理分析	160
	复习思考	160
<b>第10章</b>	<b>工程建设标准法律制度</b>	160
10.1	工程建设标准概论	160
10.1.1	基本概念	160
10.1.2	工程建设标准特征	160

10.1.3	工程建设标准分类	168
10.1.4	工程建设标准体系	170
10.1.5	工程建设标准化的意义	170
10.2	工程建设标准演变历程	171
10.2.1	古代工程建设标准	171
10.2.2	近代工程建设标准	172
10.2.3	新中国成立后至改革开放前工程建设标准	172
10.2.4	改革开放以来的工程建设标准	173
10.3	工程建设标准的编制、修订与管理	173
10.3.1	工程建设标准的编制	174
10.3.2	工程建设标准的复审与修订	177
10.3.3	工程建设标准管理	178
	案例实训	179
	复习思考	181
<b>第 11 章</b>	<b>建筑法律制度</b>	<b>183</b>
11.1	概述	183
11.1.1	建筑法的概念和调整对象	183
11.1.2	建筑法的立法目的	183
11.2	建筑管理法律制度	184
11.2.1	建筑工程施工许可	184
11.2.2	建筑工程发包与承包	186
11.2.3	建筑工程合同	187
11.3	建设工程监理	189
11.3.1	建设工程监理概述	189
11.3.2	建设工程监理的主要工作	189
11.3.3	强制监理的范围	190
11.3.4	工程监理实施程序	190
11.4	建设工程质量	191
11.4.1	建设工程质量概述	191
11.4.2	政府对建设工程质量的监督管理	191
11.4.3	工程建设各方的质量责任和义务	192
	本章小结	193
	案例实训	193
	法理分析	194
	复习思考	194
<b>第 12 章</b>	<b>城市房地产管理法律制度</b>	<b>195</b>
12.1	房地产管理法律制度概述	195
12.1.1	房地产的概念	195
12.1.2	房地产法的概念	195
12.1.3	房地产法规体系	195

12.1.4 房地产管理法律制度 .....	196
12.2 房地产开发管理法律制度 .....	196
12.2.1 房地产开发的概念与原则 .....	196
12.2.2 房地产开发企业 .....	197
12.2.3 房地产开发用地 .....	200
12.2.4 房地产开发建设 .....	203
12.3 房地产交易管理法律制度 .....	204
12.3.1 房地产交易一般规定 .....	204
12.3.2 房地产转让 .....	206
12.3.3 房地产抵押 .....	210
12.3.4 房屋租赁 .....	212
12.3.5 房地产中介服务 .....	213
12.4 房屋权属管理制度 .....	215
12.4.1 建筑物区分所有权 .....	215
12.4.2 房屋登记制度 .....	217
12.5 物业管理法律制度 .....	220
12.5.1 物业与物业管理 .....	220
12.5.2 业主自治管理 .....	221
12.5.3 前期物业管理与物业管理服务 .....	226
12.6 房地产违法行为的法律责任 .....	228
12.6.1 行政责任 .....	229
12.6.2 民事责任 .....	231
12.6.3 刑事责任 .....	231
本章小结 .....	231
案例实训 .....	231
法理分析 .....	233
复习思考 .....	233
<b>参考文献</b> .....	<b>234</b>

# 第1章 法学基础

## 1.1 法的基本概念

### 1.1.1 法的概念和特征

#### 1.1.1.1 法的概念

法是社会生产的必然结果，也是国家机器职能发展需要的产物。通俗地理解，法是社会生活中判断人们行为是与非的一种界限，是人们行为安全与否的标志，它规定了人们行为的自由度。但是，法又不同于一般的标志或界限。一般意义上的标志，只是表明特征的一种记号，只是分界不同事物的标志，而法是由经济基础决定的上层建筑。所以说，法是由一定物质生活条件所决定的，由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的具有普遍效力的行为规范体系，其目的在于确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

在我们的认识中，往往把法和法律归为同一概念，但在汉语中，“法”和“律”二字最初的使用具有不同的含义：法——“平之如水”，代表公平；律——“律者，所以范天下不一而归于一，故曰均布也”，意指“律”是一致遵循的格式或准则。从秦汉时起，“法”、“律”合用，一般所指中，可以理解为同义，但二者有本质上的区别。一般来说，法的范围较大，往往指整个制度或一个学科研究体系。法律则较具体，一般指具体的法则，即在特定的范围和时期，当统治阶级主观意志和客观利益达到有机统一时的产物。

#### 1.1.1.2 法的本质与特征

(1) 法的本质与现象 本质是事物的内在联系，是决定客观事物存在的根据；现象则是事物的外在表现和外部联系，是本质的表现形式，这是任何事物都具备的两个方面。事物的本质总要通过现象表现出来，一切现象的表现也总要反映事物的本质。所谓“透过现象看本质”，即客观准确地反映二者之间的关系。为此，区分法的现象与法的本质是法学认识的前提。法的现象是指能够经验的、凭借直观的方式可以认识的法的外部联系的总和，直观的感性对象——法的本身；法的本质则是深藏于法的现象背后以至凭借直观的方式无法把握的法的内在联系，是人们对可感知的法的外部联系的真实本源的一种主观把握和理性抽象。法的现象和法的本质是对法学认识的统一对象的不同方面。在认识法的本质时，必须首先揭示法的现象。因为法的现象是具体的、可感官的，所以只有深入到法的现象领域，揭示法的现象之间的联系，才可能正确认识法的本质。

在阶级社会中，任何法律都是由其阶级属性决定的，是由物质条件决定的统治阶级意志的反映，体现在国家对法的制定、认可以及强制力保障实施的全过程中。为此，法的本质取决于制定法的阶级意志和形成法所处时代的经济基础。

① 阶级意志性：法律是人的意志的体现，这种意志是统治阶级的意志，统治阶级通过国家机关的立法活动，把统治阶级意志上升为国家意志。阶级意志反映的是阶级的共同意志或者是根本意志，绝不是统治阶级内部各党派、各团体或者每个成员的个别意志。在实现意志过程中，统治阶级会利用惩罚的手段，迫使与统治阶级意志冲突的个别意志服从统治阶级



的根本利益。

② 物质制约性：法的内容是由物质生活决定的，受客观规律制约，客观规律中最重要的就是一定的经济关系。

a. 法律具有规律性，它是在对客观规律的把握和认识的基础上制定的；

b. 不能把法律等同于客观规律，规律是客观的，而法律不完全客观，它加入了人的主观能动性。

总之，法是客观见之于主观的东西，是人的主观对客观的反映。主观上看法具有阶级性，客观上看具有物质制约性。

(2) 法的特征 法的特征是法的本质的外在表现，是区别于其他事物和现象的标志所在。由于法反映的是由物质生活条件决定的统治阶级的意志，并由国家制定、认可并用强制力保障其实施，为此，它具有以下特征。

① 法是统治阶级意志的体现 马克思、恩格斯在《共产党宣言》(第二章)中谈到资本主义法时指出：“你们的观点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> 在特定的历史时期，马克思和恩格斯在此虽然直接讲的是资本主义法的本质特性，但该特性同样适用于所有阶级社会的法。

在一定的经济关系和政治关系的阶级社会中，处于不同地位的社会各阶级都有自己的阶级意志，即维护自己阶级利益的愿望和要求，但并不是每个阶级的意志都能表现为法律。法律只能是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。且法律所表现的统治阶级的意志，是指集中反映整个统治阶级利益的共同愿望和要求，而不是统治阶级中少数成员的任何一种愿望和要求。为此，当统治阶级的某个成员违反了法律的规定时，也会受到代表本阶级整体意志的法律的制裁。这种制裁，正是为了保障统治阶级意志的统一性，维护统治阶级的整体利益。

② 法是由国家制定和认可的 法属于上层建筑，是人类社会发展到一定历史阶段才出现的社会现象，它产生的主要标志是特殊公共权力系统即国家的出现。统治阶级的意志必须上升为国家意志并由国家制定和认可之后，才对全体社会成员具有普遍约束力。

制定——是指国家立法机关按照法定程序创制规范性文件的活动；认可——是国家对既存的行为规则予以承认并赋予法律效力的过程（一般有三种情况：第一，赋予社会上早已存在的某些一般社会规则，如习惯、经验、道德、宗教、习俗、礼仪，使之具有法律效力；第二，通过加入国际组织、承认或签订国际条约等方式，认可国际法规范；第三，特定国家机关对具体案件的裁决作出概括产生规则和原则，并赋予这种规则和原则以法律效力）。

法律需要在一定范围内实施，适用的范围以国家主权为界域，这就要求法律必须以国家的名义制定和认可。所以，法律从本质上说是统治阶级意志的反映，从形式上却体现为国家的意志。事实上，在阶级社会中，统治阶级的意志也只有通过国家才可以表现和实现。为此，法律出自国家，以国家的名义创制，具有国家性，它代表的是“一种表面上凌驾于社会之上的力量”。<sup>②</sup>

③ 法是由国家强制力保障实施的 法律的实施是由国家强制力保证的。如果没有国家

<sup>①</sup>《马克思恩格斯全集》第4卷，第485页。

<sup>②</sup>《马克思恩格斯选集》第4卷，第166页。

强制力作后盾，违反法律的行为得不到惩罚，法律所体现的统治阶级的意志即得不到保障和贯彻。在此意义上，法的国家强制性就是指法依靠国家强制力保证实施、强迫人们遵守的性质。也就是说，不管人们的主观愿望如何，人们都必须遵守法，否则将招致国家强制力的干涉，受到相应的法律制裁，即国家的强制力是法实施的最后保障手段。国家强制力是指国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力，这些机关的执法活动保证法律获得了对全社会的普遍约束力。

④ 法是由一定的物质生活条件决定的。马克思主义认为，“法律……的发展是以经济发展为基础的”<sup>①</sup>，而“经济进一步发展的影响和强制力又经常摧毁”原有的法律体系，“并使它陷入新的矛盾”<sup>②</sup>。虽然法是统治阶级意志的反映，是上层建筑的重要组成部分，但统治阶级的意志不可能随心所欲，必须由其所依赖的物质生活条件所决定。统治阶级的物质生活条件，主要指的是生产关系。一定社会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不能离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。

### 1.1.2 法的起源

法作为历史阶段产物，是随私有制和阶级的出现而产生，并随生产力的发展、社会政治制度的变化和经济关系的复杂而不断充实和完善的。英国哲学家 T. 霍布斯认为，在自然状态中，人对人像狼一样，在那时，每个人的私欲和其他人的私欲发生冲突，由此而产生“一切人反对一切人的战争”。为了解决冲突，人们不得不以“理性”作指导，以契约的形式建立一种共同的权力，于是产生了实在法。英国哲学家 J. 洛克认为，人类在未形成国家以前，处于一种无政府的“完善无缺的自由状态”。但那时的缺点是，缺少一种权力来支持正确的判决和保证这种判决的执行。为了弥补自然状态的这种缺陷，于是人们互相协议，自愿把自己一部分自然权利交给专门的人去行使，“这就是立法权和行政权力的原始权利和这两者之所以产生的缘由，政府和社会本身的起源也在于此。”<sup>③</sup>

在原始公社制度下，没有法，也没有权利和义务的划分，但存在公认的行为规则，这种公认的行为规则，就是在长期生产和生活过程中形成的反映氏族全体成员共同意志的原始习惯。随着原始公社的解体和奴隶社会的形成，在经济上、政治上占统治地位的奴隶主阶级的利益和意志，同奴隶阶级以及社会其他居民的利益和意志发生了对抗，奴隶主阶级为了维护其统治地位，需要一种特殊的行为规则，以此迫使被统治阶级服从自己的利益和意志，这种特殊的行为规则就是法。恩格斯对此曾有过精辟的描述，他指出：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同的规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”<sup>④</sup> 该描述清楚地概括了法产生的过程。

法的形成经过了以“习惯”为核心的不成文法到成文法的演变。最初的成文法大都是习惯的记载，稍后，立法活动逐步发展，才形成比较完整的成文法典。表面上，“立法就显得

① 《马克思恩格斯选集》第四卷，第 506 页。

② 《马克思恩格斯选集》第四卷，第 484 页。

③ [英] 洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1996 年版，第 78 页。

④ 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，1972 年版，第 538-539 页。

好像是一个独立的因素，这个因素并不是从经济关系中，而是从自己的内在基础中，例如从‘意志概念’中，获得存在的理由和继续发展的根据。人们往往忘记他们的法权起源于他们的经济生活条件，正如他们忘记了他们自己起源于动物界一样”。<sup>①</sup>

历史上最早出现的成文法典有：公元前 20 世纪西亚地区亚述王朝制定的《亚述法典》，公元前 18 世纪巴比伦颁布的《汉穆拉比法典》，公元前 5 世纪罗马的《十二表法》等。在我国，有公元前 536 年和公元前 501 年郑国先后公布的《刑书》和《竹书》，以及公元前 407 年李悝编撰的比较系统完整的《法经》等。

### 1.1.2.1 原始习惯与法的产生

在原始社会，社会的组织形式是氏族，在氏族中确定人们行为界限的标准不是法，而是人们在长期劳动生活中形成的习惯，我们称之为原始习惯。原始习惯的内容是广泛的，它包括了原始社会共同劳动和平均分配的经济制度、氏族社会的组织制度、婚姻家庭关系的婚姻制度。由于这些习惯是在人们共同的生活劳动中产生的，反映了所有人的愿望，人们不需要强迫就能自觉的遵守它。所以，原始习惯的根本特征是不需要强制力保障实施，因此原始习惯不是法，但在原始社会它起到了规范人们行为的作用。

当原始社会的生产力逐步提高后，出现了三次社会大分工：一是畜牧业从手工业中分离出来，出现了剩余劳动产品；二是手工业从农业中分离出来，出现了商品交换；三是商业成了独立的行业，出现了商品交换中的盘剥现象。随社会大分工和社会私有化的出现，阶级和国家也产生了，从而出现了统治阶级和被统治阶级的区分。统治阶级为实现自己的阶级利益为被统治阶级确定行为规则，无论从主观上还是客观上都成了阶级利益的需要。同时，统治阶级又要确定统治阶级中各成员的行为规范，以协调阶级内部的关系，于是，作为行为规则的法产生了。

事实上，法的产生是个长期的过程。首先，它在向氏族习惯渗透阶级内容的过程中，保留了氏族习惯中统治阶级需要的内容，摒弃了对统治阶级不利的成分；其次，统治阶级把原始社会不成文的原始习惯，以文字的形式固定下来，出现了成文法；第三，统治阶级把道德、宗教从法中分离出去，让人们通过信仰接受，而法的规则是用皮鞭、坐牢、杀头等国家暴力手段来强迫人们接受和遵守。所以说法律是伴随着国家、阶级的产生而产生的。

### 1.1.2.2 法与原始习惯的异同点

从事物实践的本意来讲，法与原始习惯的共同之处是二者都是人们活动和生活行为的行为规范，是人们共同遵守的行为规则。但从事物的本质来讲，法与原始习惯存在有本质的不同，二者的不同点主要表现在以下几方面。

① 产生的条件不同。原始社会的习惯规范是原始人在长期的共同劳动、共同生活的过程中逐渐形成的；法律规范是由统治阶级运用国家制定或认可的。

② 反映的意志不同。原始习惯反映的是原始社会所有人的意愿；而法反映的是阶级社会中剥削阶级的意志。原始社会的习惯规范不具有阶级性，它是氏族全体成员意志和利益的反映，是为整个氏族服务的；法律规范具有鲜明的阶级性，它是统治阶级意志的反映，是为维护其阶级的经济、政治统治服务的，是对被统治阶级实行专政的工具。

③ 强制力的不同。人们对原始习惯的自觉遵守，依靠的是家长权威、传统力量、道德

<sup>①</sup>《马克思恩格斯选集》第 2 卷，第 538-539 页。

观念以及社会舆论的维护,依靠氏族成员的自觉遵守;而法的自觉遵守,靠的是法所维护的社会利益与人们追求利益的一致性。法的被迫遵守依靠的则是暴力,是以军队、监狱、法庭等暴力机关作后盾,依靠国家的强制力保证其实施。

④ 维护关系的不同。原始习惯维护的是氏族内部的血亲关系,它平等地维护全体社会成员的利益;法维护的则是一个地域范围内的社会秩序,它维护的是统治阶级与被统治阶级之间不平等的阶级利益关系。

### 1.1.3 法的作用

法的作用,指法存在的价值和法对社会发生影响的体现,即调整社会关系和维护社会秩序所产生的效果。从总体上看,法的最根本的作用是能够反映出掌握政权的统治阶级的根本利益和愿望,并要求全社会普遍遵循。从阶级统治的角度分析,人们之间的关系,按其性质基本上可分为两大类:一类是统治阶级内部的各种关系;一类是统治阶级和被统治阶级之间的各种关系。中间阶层,其地位或者接近于统治阶级,在某种程度上参与统治阶级的统治;或者接近于被统治阶级,处于被统治地位。

法的作用分为规范作用和社会作用。法的规范作用包括指引、评价、教育、预测和强制5个方面的内容,法的社会作用则涉及社会经济生活、政治生活、思想文化生活、思想文化生活这4个领域,以及政治职能(通常说的阶级统治的职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能)这两个方面。概括之,法的规范作用是法作用于社会的特殊形式,通过法在社会生活中调整人们行为规范形式的角度体现;而法的社会作用体现的是法的本质,要从法规制和调整社会关系的目的角度去认识。两者之间的关系为:规范作用是手段,社会作用是目的。对法的作用的划分突出了法律调整的特点,是区别法与其他社会现象的根本,同时,也明确了各个时期法律目的的差异。

(1) 法的规范作用 法的规范作用,即通常所讲的“法主要是由法律规范构成的,它是调整人们行为规范的总则”,即是对法的规范作用的释义。法的规范作用分为指引、评价、教育、预测和强制5种。法的这5种规范作用是法律必备的,任何社会的法律都具有。但是,在不同的社会制度下,由于法律的性质和价值的不同,法的规范作用的实现程度有所差异。

① 指引人们行为的作用 法的指引作用又称为法的引导功能,是指法对本人的行为具有引导作用。即法告诉人们该怎样做和不该怎样做,以此引导人们抑制自己做出违反法律的行为和积极做出符合法律的行为。例如,某投资商意欲进行房地产投资开发活动,法律专家告诉该投资商,未取得房地产开发经营资格从事该活动的,违反了《中华人民共和国城市房地产管理法》,属于违法经营。投资商依从了法律专家的指引,以法定条件和程序取得了房地产开发资格。该事例说明了法的指引作用。

指引作用又分为确定性指引和不确定性指引。

确定的指引是指人们必须根据法律规范的指引而行为,即通过设置法律义务,要求人们做出或抑制一定行为,使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限,目的是防止人们做出违反法律指引的行为。如《中华人民共和国物权法》第一百一十六条规定:“天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”该规定对于具有物权孳息关系的当事人可以起到很明确的指引作用。



选择的指引指通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围，即法律允许人们自行决定是否这样行为（授权性规范）。选择指引的法律规范的目的，一般是鼓励人们从事法律所指示的行为，如《中华人民共和国宪法》规定年满十八岁的公民有选举权，且对依法实施的行为，将带来肯定性的法律后果，即承认其有效、合法并加以保护；再如《中华人民共和国合同法》规定，当事人协商一致，可以变更合同（即是说：是否变更由当事人自行决定）。

② 评价人们行为的作用 法的评价作用是指，法律作为一种行为标准，具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。在现代社会，法律已经成为评价人的行为的基本标准，这里讲的评价作用的对象是指他人的行为。在评价他人行为时，总要有一定的、客观的评价准则。法是一个重要的普遍的评价准则，即根据法来判断某种行为是否合法。除此以外，人们的很多行为并不由法律来调整，而由党纪、政纪、道德等来规范。如对一个离婚案件，从法律上一般仅判断是否准予离婚，但对引发离婚原因的评判则可能需要根据道德规范加以评价。另外，如赡养案件的判定，确定赡养与否，法律上一般仅仅判断是否有亲缘关系，至于拒绝赡养的原因，则需要道德规范加以评价。

③ 预测人们行为的作用 法的预测作用是指凭借法律的存在，可以预先估计到人们相互之间会如何行为。法的预测作用的对象是人们相互之间的行为，包括公民之间，社会组织之间，国家、企事业单位之间以及它们相互之间的行为的预测。人们的交往行为是社会构成的基本要素，社会规范的存在就意味着行为预期的存在。而行为的预期是社会秩序的基础，也是社会能够存在下去的主要原因。譬如，由于《中华人民共和国合同法》的存在，经济活动的主体可以预见到什么样的合同有效或无效，违反合同将会遇到什么样的法律后果。再如，一个打算从事房地产开发经营活动的人，根据法律考虑主管部门是否能对自己的申请核准登记并发给营业执照和从业资格。

④ 对一般人行为的教育作用 法对一般人的教育作用，既表现在违法人的违法行为受到制裁时对一般人以及受到制裁者本人今后的行为所起到的警戒作用，又表现在人们的合法行为受到法律的保护和鼓励时对一般人的行为所起到的示范作用。

任何一个法律都具有不同的威慑作用，但仅靠威慑作用的法律是不稳定且不可能持久存在的，只有能够对绝大多数的社会成员真正起到教育作用的法律才是稳定的、持久的。但是一个法律能否真正起到教育作用或者这种教育作用的程度有多大，则要取决于法律规定本身能否真正体现大多数社会成员的利益。

⑤ 法的强制作用 法的强制作用是指法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律，强制作用的对象是违法者的行为。制定法律的目的是希望通过人们的遵守，法律的规定能够转化为社会现实。为此，法律必须具有一定的权威性，法律一旦缺失了强制性，也就失去了权威。这种强制作用不仅在于对违法犯罪行为的直接制裁，而且还在于对一般人所起的间接的震慑作用，这种震慑可以使一般人引以为戒，从而预防违法犯罪行为。

(2) 法的社会作用 法的社会作用与法的规范作用相比是一个较为复杂的问题。因法的规范作用是从法作为一种社会规范这个特征出发分析的，这种特征是比较容易认识的客观现象。而法的社会作用则是从法的本质和法的目的的角度出发分析的，核心是法维护有利于一定社会关系和社会秩序应起到的社会效果和社会作用。这种对法的本质和目的的认识，则需要以大量的现象研究为认识的基础。

法的目的是维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序，所以统治阶级要运用法律手段保护社会生活在其统治下有组织、有秩序地进行，也就必然要规定确认和维护以生产资料所