

21世纪法学通用教材
General Textbook



实用法律基础

(第二版)

A Handbook on Fundamentals of Law

主 编 | 张建飞 俞 丹



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

21 世纪法学通用教材

实用法律基础

A Handbook on Fundamentals of Law

| 第二版 |

主 编 | 张建飞 俞 丹



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

实用法律基础/张建飞,俞丹主编.—2版.—北京:法律出版社,2013.1
21世纪法学通用教材
ISBN 978-7-5118-4519-1

I. ①实… II. ①张…②俞… III. ①法律—中国—高等学校—教材 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第013065号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张立明

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/27.75 字数/532千

版本/2013年1月第2版

印次/2013年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4519-1

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

第二版前言

培养和增强大学生的法制观念和法律素养,是建设社会主义法治国家的必然要求。为了普及法律知识,提高学生分析和解决实际法律问题的能力,我们编写了《实用法律基础》这本教材。本教材自2010年8月第一版出版以来,受到了广大师生和其他使用者的欢迎和喜爱,在此表示衷心的感谢!这两年,我国先后出台和修改了一些基本法律,比如2010年10月28日通过了《涉外民事法律关系适用法》(2011年4月1日起施行),2011年2月25日通过了《刑法修正案八》(2011年5月1日起施行),2011年6月30日通过了《行政强制法》(2012年1月1日起施行),2012年3月14日第二次修正了《刑事诉讼法》(2013年1月1日起施行),2012年8月31日第二次修正了《民事诉讼法》(2013年1月1日起施行)等,本教材在第二版中都作出了相应的修改。

本教材重在阐述基础法学理论和各部门法的基本概念和基础知识,力求系统性、基础性、实用性和生动性的统一。

在此,对本教材特作如下说明:

1. 在适用对象上,本教材主要供非法律专业的学生使用,特别适合有一定自主学习能力的学生使用。它也可以作为法学入门读物,供普通读者使用。

2. 在体例上,本教材在每章的开篇都设置了案例思考题,希望以此引起学生的学习兴趣,了解本章的主要问题。在每小节前,设置“学习提示”栏,以设问的形式引导学生了解该节的具体学习目标。在系统学习部分,特意穿插了“相关知识”和“相关案例”,以拓展学生的知识面,并激发其学习的兴趣。在系统学习之后,列出了每节的“知识框架图”,以便学生系统地掌握每节的内容。最后,学生可以通过“阅读和思考”与“自我测试”两个栏目对自己的学习效果进行检验。我们希望这样的体例安排能够满足学生自主学习的需要,并提高学生的实践运用能力。

3. 在内容上,本教材共分七章:第一章法学导论,主要讲述法的概念、发展、分类等基础法律知识以及法的价值、法的创制和法的适用问题;第二章宪法,主要讲述宪法的概念特征、法治的涵义和要求、以及我国现行宪法规定的公民的基本权利和义务;第三章行政法,主要讲述行政法的基本原则、行政主体等基础知识以及我国关于行政处罚、行政许可等具体行政行为和行政复议、行政诉讼等行政救济手段的基本规定;第四章刑事法,主要讲述刑事法学的涵义、刑事法治的意义以及我国刑法和刑事诉讼法的基本规定;第五章民法,主要讲述民法基本原则、民事主体、

2 实用法律基础(第二版)

民事权利等基础法律知识以及我国物权法、侵权责任法、合同法、公司法、婚姻法、继承法、民事诉讼法的基本规定;第六章经济法,主要讲述经济法的范畴、经济法的基本原则以及我国关于反垄断法、反不正当竞争法、产品质量法、消费者权益保护法、劳动法等基本规定;第七章国际法,主要讲述国际公法、国际私法和国际经济法的基本原则以及其他基础法律知识。

本教材的编写,虽然编者付出了很大的努力,但是由于水平有限,书中难免有疏漏或不当之处,敬请学界同仁和读者批评指正。

《实用法律基础》教材在编写的过程中,借鉴了一些专家和学者的研究成果,也得到了浙江广播电视大学文法学院法律教研室各位老师的大力帮助,在此向他们表示衷心的感谢。

编者
2012年11月

目 录

第一章 法学导论	(1)
第一节 概述	(1)
第二节 法的价值	(24)
第三节 法的创制	(37)
第四节 法的适用	(46)
第二章 宪法	(56)
第一节 概述	(57)
第二节 依法治国	(65)
第三节 我国公民的基本权利和义务	(73)
第三章 行政法	(85)
第一节 概述	(86)
第二节 行政行为	(95)
第三节 行政救济	(107)
第四章 刑事法	(130)
第一节 概述	(131)
第二节 刑法	(140)
第三节 刑事诉讼法	(184)
第五章 民事法	(213)
第一节 概述	(213)
第二节 物权法	(239)
第三节 侵权责任法	(253)
第四节 合同法	(263)
第五节 公司法	(281)
第六节 婚姻法	(294)
第七节 继承法	(304)
第八节 民事诉讼法	(313)
第六章 经济法	(338)
第一节 概述	(339)
第二节 竞争法	(343)
第三节 产品质量法	(355)

2 实用法律基础(第二版)

第四节 消费者权益保护法	(365)
第五节 劳动法	(377)
第七章 国际法	(390)
第一节 概述	(391)
第二节 国际公法	(395)
第三节 国际私法	(410)
第四节 国际经济法	(425)
参考书目	(435)

第一章 法学导论

“人吃人,法律怎么办?”

一个由四人组成的探险小组正在一个山洞里考察,洞口突然崩塌。所幸的是探险小组还可以用手机和外面联系,于是,救援队、地质专家和生理专家都赶来了。经过测量和研究,地质专家告诉被困在洞内的探险人员,打开洞口需要十天的时间。探险人员问外面的生理专家,说他们没有带任何食物,能够活多少天?生理专家说:最多七天。洞里的人又问:如果杀死其中的一个人,其他三个人吃死者的肉,能够活到洞口被打开吗?生理专家极不情愿地说:是。这以后,洞里的人就再也没有和外面联系了。第十天,洞口被打开了,有三个人还活着,原来,这四个人在洞内进行了抓阄,三个幸运者将抽到“死签”的那个人杀死并把他的肉给吃了。

如何评价和处理这三位吃了人的幸存者?法律能够做什么?法律应该体现一种怎样的正义?现代国家会作怎样的制度规定?具体的司法处理又将面临怎样的困境和出路?本章将为你作相关的解读。

第一节 概 述



学习提示:

1. 什么是法?什么是法律?
2. 法律具有哪些特征?
3. 法有哪些历史类型?分别具有什么特点?
4. 什么是英美法系和大陆法系?两者有什么差异?
5. 法律发展的具体途径有哪些?
6. 根据不同标准,法有哪些分类?什么是公法、私法和社会法?什么是实体法和程序法?什么是根本法和普通法?什么是一般法和特殊法?什么是国内法和国际法?

7. 什么是法律关系? 它由哪三大要素构成?
8. 什么是法律责任? 其构成要件包括哪些?
9. 法律责任有哪些分类? 什么是民事责任、刑事责任、行政责任、诉讼责任和违宪责任?

一、法的概念

(一) 法及法律的含义

关于“什么是法和法律”这一问题,古今中外,众说纷纭。在一般的使用中,法与法律这两个概念并没有严格区分,是可以相互替代的。

相关知识:

从语源上讲,汉字“法”古体为“灋”。据我国《说文解字》的说法:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直而去,从去。”一般的理解是:“水”象征着公平,“廌”(zhì)为一种秉性公正的独角兽,“去”意为惩罚,所以,“灋”的基本含义是公平和正义。但也有学者认为此种解释是受西方法学的影响,其中的“水”并非象征公平,而是指将罪者置于水上,随流漂去而驱逐,中文的法在语源上具有文化上的独特性,它主要是指禁止和命令,从实现的手段上讲它主要是指刑罚。在中国古代文献中,“刑”、“法”、“律”三个字在核心语义上是一致的,也就是刑罚的刑,只是从我国古代法来看,在夏商周时期称为“刑”,在春秋战国时期称为“法”,秦汉以后则称为“律”。而从西语语源来看,法的基本含义主要分成两部分,一是指抽象的正义原则和道德律令,它们是永恒的和普遍有效的;二是指由国家制定和颁布的具体规则,其义明确、具体、技术性强。

“法”的概念是法学的起始范畴,古今中外,学者对法的定义主要有三类:一是基于法的本体,着重以简化或抽象化的形式揭示法是什么。其代表性的定义有:(1)规则说,认为法即规则;(2)命令说,认为法是国家的命令、主权者的命令;(3)判决说,认为法即判决。二是基于法的本源,着重说明法的基础和法的来源。其代表性的定义有:(1)神意论,认为法即神的意志,这种观点多流传于古代、中世纪社会以及宗教法系国家;(2)理性论,认为法即理性;(3)公意论,认为法是公共意志或共同意志;(4)权力论,认为法是权力的表现或派生物。三是基于法的作用和功能,着重说明法的工具性。代表性的定义有:(1)正义论,认为法是正义的工具,如梁启超所言:“法者,天下之公器也。”(2)社会控制说,认为法是社会控制的形式,其代表人物是庞德;(3)事业说,其代表人物是富勒,认为法是使人们的行为服从规则治理的事业。

要给法(或法律)下一个准确的定义,是一件非常困难的事情,但几乎所有的阐释都是从应然的价值角度和实然的事实角度来展开的。从应然的价值角度来把

握法的概念,重在分析法与自由、公平、秩序、道德等价值的互动关系,探求的是“法应当是怎样的”问题;而从实然的事实角度来把握法的概念,重在分析法的具体存在形态、运行规律以及在社会生活中的实际作用和地位,观察的是“法实际上是怎样的”问题。所以,应然层面的法通常指的是抽象的正义原则和道德律令;实然层面的法通常指的是国家制定和颁布的具体规范。

马克思主义的创始人从唯物史观出发,对法的概念的阐释主要是从实然的层面来把握的,这也就是我国目前主流的观点:法是指由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制、以人的行为及行为关系为调整对象,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级或人民意志,以确认、保护和发展统治阶级或人民所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。

准确地来讲,法的概念涵盖了法律的概念,法律是法中最为明晰的组成部分,是法在现实制度层面上的表现。但即使仅仅是在制度层面上,法律的含义也有广义和狭义之分。广义的法律,也就是我国目前关于法概念的主流定义,泛指包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章、民族自治地方的自治条例和单行条例,特别行政区的法律、国际条约等在内的一切规范性法律文件。而狭义的法律则是指全国人大制定的基本法律以及全国人大常委会制定的除基本法律以外的法律。比如由全国人大制定的《刑法》、《合同法》、《行政诉讼法》等是基本法律,由全国人大常委会制定的《未成年人保护法》、《消费者权益保护法》、《治安管理处罚法》等是基本法律之外的法律,以上几部法律都属于狭义的法律;而由国务院制定的《行政机关公务员处分条例》、《政府信息公开条例》、《公安机关组织管理条例》等就不是狭义的法律,而是广义的法律。

(二) 法律的特征

法律是法的制度或规则层面,是体现国家意志的现实社会规范,认识和分析法律的特征有利于我们更好地理解法的概念。根据我国目前对法的主流定义,我们把法律的一般特征归纳为以下五个方面:

1. 法律是调整行为关系的规范

法律作为一种社会规范,同道德、宗教、政治等其他社会规范一样,当然是以规范的形式来调整社会关系的。规范具有抽象性和概括性,一般不针对具体的人和事,是可以反复适用的。法律也不例外,但除此以外,法律的规范性具有比其他社会规范更为严密的逻辑结构,一般都包括行为模式和法律后果。社会关系的调整可以通过多种中介进行,比如道德规范通过思想控制来调整和控制社会关系,政治规范通过组织控制或舆论控制来完成社会调整,而法律是针对行为而设立的规则,它首先调整的是社会关系中最为直观和重要的行为关系。当然,在人类历史上,也出现过法律直接对思想的控制,比如我国古代的“腹诽罪”,欧洲中世纪时期的思想定罪。但现代法律规范都把调整对象限定在行为关系上,由此,法律也作为最为

明确和有效的社会规范得以广泛使用。

2. 法律由国家专门机关创制

法律需要在全国范围内实施,就要求以国家的名义制定和颁布,这是国家权力的体现。广义上的法律的创制主要有三种形式,即制定、认可和解释。法律的制定是指国家机关通过立法活动产生新的规范。法律的认可是指国家对既存的行为规则予以承认,赋予法律效力,最为常见的就是国家赋予社会上早已存在的习惯、道德、经验等以法律的效力,以及由特定国家机关对具体案件的裁决作出概括产生规则或原则,并赋予其法律的效力。法律解释是指有权的国家专门机关依照法定权限和程序,根据一定的标准和原则对法律的字义与目的所进行的阐释,并形成规范,这是法律被制定或认可之后的再创造的过程。具体到我国,广义的法律不仅包括全国人大及其常委会制定的法律、省级人大及其常委会制定的地方性法规,还包括国务院制定的行政法规、国务院各部委和省级人民政府制定的行政规章、国家承认和批准签订的国际条约、最高人民法院和最高人民检察院所作的司法解释等。

3. 法律的内容体现国家意志性

由于法律是由国家专门机关制定、认可和解释,以国家名义颁布和实施的,一般来讲,任何法律都是国家意志的反映。这种国家意志性主要表现为法律是掌握国家政权的阶级或社会集团的意志和利益的体现,也就是说法律具有鲜明的阶级性。但法律的这种阶级性并不能否认其共同性,法律作为阶级统治和社会管理的手段,是阶级性和共同性的统一。共同性即某些法律内容、形式和作用效果并不以阶级为界限,而具有相同或相似性,比如不同性质的国家、同一国家在不同的历史阶段所制定的某些法律都具有一定的相同或相似性,统治阶级制定的法律对被统治阶级也同样有利。随着国家在环境保护、交通安全、医疗健康等社会共同事务管理方面职能的强化和国际交往的日益频繁,法律的这种共同性将越来越明显。

4. 法律以权利义务双向规定为调整机制

法律和权利、义务的概念是密不可分的。几乎所有的法律规范都是以授权、禁止和命令的形式来规定权利和义务的,常见的用词主要有“可以”、“能够”、“不得”、“不能”、“应该”、“必须”等,而法律规范中的法律后果则是对权利和义务的再分配。法律的内容主要就是权利和义务,它明确地告诉人们可以怎样行为、不该怎样行为以及必须怎样行为,人们能够根据法律预见到行为的后果、了解法律的态度。权利和义务本身是相互排斥的对立面,法律上只要规定了权利就必须规定或意味着相应的义务。权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为,使利己的动机转化为合法的行为并产生有利于社会的后果,比如王海基于获得双倍赔偿金(利己动机)行使索赔权(合法行为)从而产生打假效果(合理结果)。而义务则是以其特有的约束机制和强制机制作用于人的行为,促使人们不做法律禁止并且最终不利于自己的事。法律就是通过对权利和义务的双向规定来分配社会利

益,影响人们的动机和行为,从而调整社会关系的。

5. 法律通过程序以国家强制力保证实施

法律对社会生活的调控,对人们行为的规范都必须有国家强制力作为保证,这是法律规范区别于其他社会规范的又一重要特征。法律规范必须通过国家强制力的保证,对违反法律的行为予以制裁,才能使法所体现的国家意志得以实现和贯彻,法律才能获得统一性和权威性。所谓国家强制力,是指国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力。但法律的强制力并不等于纯粹的暴力,它是由专门的国家机关依照法定权限和程序来实施的,也就是说法律还具有程序性,即使是古代法也不例外。否则,统治阶级也无须用法律的形式来进行治理,而只需要有刑场和行刑队这种暴力工具就可以了。程序是法律形式理性的体现,近现代法律对程序的正当化标准提出了更高的要求,这也是法律发展的必然趋势。此外,法律的强制力还具有潜在性和间接性,只有当法律规范遭到破坏的时候才会导致国家强制力发生作用;而且,法律实施的保证力量也并不是只有国家强制力,经济、文化、法律意识等都是影响法律实施的因素。

二、法的发展

(一)法的产生

法并不是从来就有的,它是一个社会历史范畴,是人类社会发展到一定历史阶段的产物。法是随着生产力的发展、私有制的出现、阶级的形成和国家的产生而产生,并经历了由习惯到习惯法再到成文法的漫长过程。

相关知识:

在人类早期的原始社会,调整人们行为的规范主要是氏族成员在共同生活中自发形成的氏族习惯,这种习惯既是氏族成员共同遵守的行为规则,也带有很强的宗教色彩,同时也是道德和礼仪上的要求。在原始社会末期,随着社会生产力的发展,特别是生产工具的改进,出现了剩余产品,这使产品交换和剥削他人成为可能。社会分工的出现和发展,使经常性的交换成为可能和必要,也促使了婚姻形态的变化,氏族公有制逐渐被家庭私有制所取代。氏族社会内部也分化为奴隶主和奴隶两大阶级,阶级矛盾的不可调和和对抗促使氏族管理机构中产生了诸如军队、法庭、监狱等暴力机构,于是,国家产生。随着国家的不断成熟和发展,开始由国家机关来认可一些行为习惯并由国家强制力保证实施,从而使氏族习惯逐渐转变为习惯法。当习惯法不足以调整日益发展的社会关系时,由国家机构有针对性地制定新的具有普遍性的规则就成为必要,成文法由此而生。世界上早期的成文法主要有公元前18世纪两河流域的古巴比伦国刻于石柱上的《汉穆拉比法典》、公元前5世纪古罗马的《十二铜表法》、我国古代战国时期魏国执政李悝的《法经》等。

(二) 法的历史类型

法的历史类型是按历史上法的阶级本质和其所依赖的经济基础对法所进行的基本分类。迄今为止,人类历史上依次有四种类型的法律制度:奴隶制法、封建制法、资本主义法、社会主义法。

1. 奴隶制法

是人类历史上最早出现的剥削阶级类型的法。著名的奴隶制法有:古巴比伦的《汉穆拉比法典》、古罗马的《十二铜表法》和《查士丁尼法典》等。奴隶制法的特点主要表现为:(1)确认和维护奴隶主对生产资料和奴隶的人身占有,奴隶是奴隶主的私有财产;(2)惩罚手段极其野蛮、残酷且具有任意性;(3)公开确认和维护自由民内部的不平等,比如不同等级的人不许通婚;(4)长期保留了某些原始社会行为规范的痕迹,比如刑法中的同态复仇等。

2. 封建制法

是建立在封建经济基础上,体现封建地主阶级利益和意志的法。著名的封建制法有:中国的《唐律》、阿拉伯帝国的《古兰经》、法兰西王国的《诺曼底大习惯法》等。封建制法的特点主要表现为:(1)确认和维护农民或农奴对封建主阶级的人身依附关系;(2)公开维护封建等级特权制度,比如我国封建社会首先维护的是皇权和皇族的利益;(3)确认和维护封建地主阶级残暴的统治,比如形形色色的死刑和肉刑执行方式等。

3. 资本主义法

是指由资本主义国家机关制定或认可的法律规范的总称。它是在封建时代的后期孕育、萌发,通过资产阶级革命而最终确立的。资本主义法律制度以资本主义私有制关系为基础,体现的国家意志来源于占社会少数的资本家阶级。资本主义法的一个总体特征就是按资本主义市场经济和民主政治的本质要求建立的资本主义的法治国家。确立的原则主要有:(1)私有财产神圣不可侵犯原则;(2)契约自由原则;(3)法律面前人人平等原则。资本主义法律制度除了这三项原则外,还有人民主权、法律至上、有限政府、分权制衡等重要原则。

4. 社会主义法

是指建立在社会主义经济基础之上,反映工人阶级领导的全国人民共同意志的法。它具有根本不同于一切剥削阶级法的三个基本特征:(1)阶级性与人民性的统一;(2)国家意志性与高度科学性的统一;(3)强制实施与自觉遵守的统一。

(三) 法的传统差异

法的历史传统是指经过历史沉淀并沿传至今的关于法律的社会态度、信仰、习惯和制度。人类文明本来就是借鉴、积累和渐进的产物,法的发展也不可能脱离历史传统而横空出世。法的历史传统不仅仅是过去,也是对现在和未来都能够产生影响的精神因素。

1. 中西法律传统的差异

我国和西方国家在法律传统方面存在着诸多差异,比如法律哲学和法律精神方面、法律结构和法律文化方面、司法体制和司法程序方面、法律形式和司法技术方面、法律民族性和国际性、封闭性和开放性方面以及法的学术方面等,这些法的传统差异直接影响着中西方法的现状和发展趋势及路径。



相关知识:

中国法律的现代化发展面临一个重要问题,即法律移植与本土化。在借鉴西方国家先进的法律制度时,必须考虑我国的法律传统和现实背景,中西方法的传统差异是显著的,在法律改革过程中,必须正视这种种差异。(1)在法律哲学和法律精神方面:中国法的发展长期受儒家哲学的影响,主张“性善论”,重视伦理道德的教化,法是政权威慑的工具,是专制制度下人治的法;而西方法的精神则与“性恶论”的哲学倾向和“原罪观”的宗教传统紧密相关,重视法律的独立性,官吏应服从法律,主张法治。(2)在法律结构和法律文化方面:中国法律结构以刑法为主,法律文化以公法文化为核心,“诸法合一,民刑不分”,法即是刑,国家可使用强力来干涉一切私人事务;西方法律结构以民商法为主,以私法文化为核心,法即权利。(3)在司法体制和司法程序方面:中国的司法依附于行政,两者合二为一,没有独立的法院系统,司法程序也表现为行政化;而西方的司法与行政是分权制约的,法院组织出现较早,不同性质的案件由不同的法院审理,同时还规定了许多关于诉讼的专门原则和程序,比如“公开审判”、“不告不理”等。(4)在法律形式和司法技术方面:中国法过分依赖成文法典,司法技术相对落后,很少借助司法的手段来弥补成文法的不足,而是对成文法进行不厌其烦的注释;而西方法是成文法与不成文法并存,司法技术比较发达,能够借助于判例法、法律原则和法理学说来弥补成文法的不足。(5)法律民族性和国际性、封闭性和开放性方面:中国法的发展追求民族化,在封闭排外的前提下自我生成、发展和更新,具有保守的特点;而西方法比较重视在对外交流和融合中不断实现法律的自我更新,比如古罗马能够在“市民法”之外发展起“万民法”。(6)在法的学术方面:中国传统律学向来缺乏独立性,它是依据儒家经典对制定法进行讲习、注释的学问,关注的是刑罚的宽与严、肉刑的存与废、儒家礼教与刑的关系等;而西方法被认为是“善良和公正的艺术”,是“关于正义与非正义的科学”,重点探讨的是法的本质、法的价值等问题。(摘自孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》)

2. 两大法系及其差异

比较研究各国在法的历史传统方面的共性和差异,西方法学家首先提出了“法系”这个概念。法系是指根据若干国家和地区基于法的历史传统原因在法律意识和法律实践等方面所具有的共性而进行的法律分类,它是这些具有共性或共

同历史传统的法律的总称。目前世界上公认的法系主要是大陆法系和英美法系。

大陆法系是指以罗马法为历史渊源和基础,以《法国民法典》和《德国民法典》为主要标志或与其有继受关系并因之具有某些相似性、不变性的各国家和地区法律的总称。大陆法系又因它是在罗马法基础上发展而来,所以被称为罗马法系;因以民法为主要标志而被称为民法法系;因具有法典化特征而被称为法典法系;因融合了日耳曼法的内容而被称为罗马—日耳曼法系。大陆法系起源于古代罗马法,经过中世纪罗马法的复兴,近代法典化运动和欧洲大陆国家的殖民扩张,最终发展成为主要以欧洲大陆为中心,包括拉丁美洲、亚洲和非洲的许多国家和地区为范围的世界性法系。我国清末法律改革,主要借鉴的也是大陆法系国家的法律制度,一般来讲,我国也属于大陆法系国家。

英美法系通常是指以英国中世纪以来的普通法为基础、以判例法为主要标志并与其存在继受关系因之具有某些相似性、不变性的各国家和地区的法律的总称。英美法系又因以英国的普通法为基础被称为英国法系或普通法法系;因以判例法为主要的法律渊源而被称为判例法法系。11世纪,诺曼人入侵英国后开始逐步形成一套由严格的令状制度和诉讼程序组成的规则体系,这种法律被称为“普通法”。14世纪后,为了克服普通法的僵化和刻板,英国的大法官或衡平法院按照法律良心、自然正义或道德戒律通过判例形成了一种新的法律形式,即“衡平法”。随着英国殖民地的扩张,到19世纪,英美法系发展成又一世界性法系,目前主要存在英国法和美国法两大支流,它们在法律分类、宪法形式、法院权力等方面存在着一定的差异。

大陆法系和英美法系在法的价值与精神上具有相同或相似之处,所确认和保障的经济、政治和社会制度也基本一致,两大法系的相互借鉴和融合也成为当今世界法律发展的一个总趋势。但在可预见的未来,两大法系的一些重要差异不可能完全消失,这些差异主要表现在:

(1)从法律渊源传统来看,大陆法系具有制定法的传统,制定法为其主要的法律渊源,判例一般不作为正式法律渊源,对法院审判也无约束力;而英美法系具有判例法传统,判例法为其正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。

(2)从法典编纂传统来看,大陆法系的基本法律一般采用系统的法典形式,逻辑严谨;而英美法系一般不倾向法典形式,其制定法一般是单行的法律和法规,它强调根据具体经验解决具体问题,针对性和灵活性强。

(3)从法律结构传统来看,大陆法系的基本结构是在公法和私法的分类基础上建立的,传统意义上的公法指宪法、行政法、刑法以及诉讼法,私法主要指民法和商法;而英美法系的基本结构是在普通法与衡平法的分类基础上建立的。从历史上看,普通法代表立法机关(议会)的法律;衡平法主要代表审判机关(法官)的“法

律”(判例法),衡平法是对普通法的补充规则。

(4)从法律适用传统来看,大陆法系的法官在确定事实以后首先考虑制定法的规定,而且十分重视法律解释,以求制定法的完整性和适应性;英美法系法官在确定事实之后,首先考虑的是以往类似案件的判例,将本案与判例加以比较,从中找到可以适用于本案的法律规则或原则。

(5)从诉讼程序传统来看,两大法系也存在一些传统的差别。如大陆法系倾向于职权主义,即法官在诉讼中起积极主动的作用;英美法系则倾向于当事人主义,即控辩双方对抗式辩论,法官的作用是消极中立的。

(四)法的发展规律及具体途径

总体来讲,法的发展同其产生一样,都是由社会物质生活条件所决定的,法律的历史也是一个从低级向高级不断进化的过程。法律不断进步的规律表现在它从自然经济的法向商品经济的法、从义务本位的法向权利本位的法、从专制的法向民主的法发展。换言之,它从野蛮、愚昧发展到文明、科学,从摧残人发展到尊重人,从不平等发展到平等,从身份的法律给人以束缚发展到契约的法律使人得以解放,从“神权”的法律迷信发展到“人权”的法律科学等,这是不以任何人的意志为转移的。

法的发展途径主要是法律继承、法律移植和法制改革三种。

1. 法律继承

它是指不同历史类型的法之间的延续、继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。在法律的发展过程中,每一种新的法律制度都是以先前的法律制度为起点和阶梯的,这就决定了法律继承必然是法的发展的基本形式和途径。法律继承实际上是一种批判的、有选择的继承,即在否定旧法固有阶级本质和整体效力的前提下,吸收旧法中某些依然可用的因素,赋予其新的阶级内容和社会功能,使之成为新法体系的有机组成部分。在我国的法制现代化建设中,正确对待法律传统至关重要,既不能全盘否定,也不能顽固保守,而应“取其精华、弃其糟粕”地进行扬弃。比如,我国法律传统中“和为贵”的精神对现代法律纠纷解决机制的影响问题;在当今这个“诉讼爆炸”的时代,如何改革和完善传统的调解制度以适应司法公正和效率的要求,令人深思。

2. 法律移植

它是指一国现行法律制度的部分或者大部分都是从另一国法律制度或其他“法律集团”中输入的一种法律发展的方法,主要包括法律规则、法律术语和法律技术等等的借鉴、吸收和移植。但是,为了促进法律的健康发展,法律移植时还必须考虑到国外法(供体)和本国法(受体)之间的同构性和兼容性,应对受体进行必要的机理调整,以防止法律移植之后产生法律制度的实质变异。我国的法制现代化起步较晚,借鉴西方发达国家先进的法律制度成为推进我国法制快速发展的重要

途径,但在法律移植的同时,本土化问题也至关重要。若不顾我国实际,盲目照搬照抄则只会与我们的初衷背离,出现“四不像”的尴尬,比如在西方国家运行良好的陪审制度,我国若要建立并使其良性发展就必须进行本土化整合和改造才行。

3. 法制改革

法律继承和法律移植在法律发展中必不可少,但法律发展仅靠继承和移植还远远不够。继承是“古为今用”,依赖的是前人经验的借鉴;移植是“洋为中用”,依赖的是别人经验的启示,而我们今天所面临的法律问题,有许多是古人和洋人都未曾遇到过的,这就需要制度创新,需要变法。法制改革能使法律制度在一定程度上适应迅速变化的社会需要,历史也早已证明了变法的可行性及其对社会发展的积极作用。比如20世纪初清末修律是在西方冲击下的一次被迫变法,却成为中国传统法律向现代法律过渡的转折点。

三、法的分类

(一) 公法与私法

公法和私法的划分是由罗马法学家最先提出,在近代资本主义国家得以完整确立,并只在大陆法系国家得到明确肯定的一种法律分类。这种分类不仅在标准上众说纷纭,就是在其分类意义上也颇多争议,但主流的观点还是充分肯定了这种法律分类的意义,尤其是在具有浓厚公法文化传统进行法制现代化建设的我国,公私法的划分具有重大的理论价值和现实意义。

现代公法的本质在于限制权力,是宪政的产物。一般认为,现代公法在内容上包括宪法、行政法、刑法以及诉讼法等法律部门。从调整对象上看,公法调整国家与公民、法人以及其他市场主体之间的关系,尤其是国家机构相互之间的关系。从调整方法上看,公法主要在于合理组织公共权力,强行性调节社会关系。

现代私法的本质在于保护权利,特别强调当事人的意思自治。私法主要调整市场主体及个人相互之间的关系。在内容上,私法以民商法为主,还包括公司法、票据法、合同法、继承法、证券交易法等。市场经济是在市场主体局部利益的驱动下运行的,市场主体追逐自身利益的行为需要得到国家和社会的认可及保障,私法的职能即在于此。也因此,民商法被称为市场经济的基本法。

(二) 实体法与程序法

根据法律的内容及其功能不同,可以将法分为实体法和程序法。

实体法是规定法律关系主体在实体上享有什么权利、承担什么义务以及相应的法律后果的法律。在一国法律体系中,刑法、民法、行政法、商法、经济法、社会保障法等都是实体法。比如,民法规定的是平等主体在民事关系中的诸如财产权、人身权等一系列权利和相应的义务,一旦这些权利受到侵犯或者相应的义务没有履行,就会产生相应的民事法律责任。

程序法,一般认为是规定如何实现实体法律规定内容的步骤、方法与手续的法