法理学

·导读·

法理学部分内容包括四章：法的本体、法的运行、法的演进以及法与社会。法理学在司法考试中的分值为 18 分，题型为选择题，包括单项选择题、多项选择题以及不定项选择题。对法理学的考查偏重于理论性，正因为此，法理学的复习方法在于理解，但是对于一些理论流派还是需要记忆。从历年的司法考试（律考）命题来看，法理学的命题重点较为分散，这虽给复习带来了一定的困难，但其还是有规律可循。本书在写作过程中对难点和相对的重点予以了较多的关注。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一章　法的本体

第一节　法的定义

一、法的界定

法是以国家政权意志形式出现的，作为司法机关办案依据的，具有普遍性、明确性和肯定性，以权利和义务为主要内容的，首先和主要体现执政阶级意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。

法，即法律，是人类社会实践的重要成果，是人类组织管理的重要媒介，是人类制度文明的重要形式。法所指称的专门社会实践活动及在此过程中展示出的复杂、丰富的社会现象引发了任何一位关注自身命运、关心国家兴衰、关怀社会走向的社会主体的认知、评判，并因此而形成异彩纷呈、甚至截然相反的描述、判断和批评，激发了对之爱或恨的心绪、情感直至信仰。历代法律家和法学家都直接或间接、经验或理性地基于自己所处的社会历史背景，特别是在一定的哲学立场之上揭示和把握法、法律的深刻内涵，并以之反观法律的具象的外延，得出对法的最根本的认识，做出对法的最基本的定义，并以之为出发点，塑造法的理论形态，直至构建法学理论体系。反过来，这些理论成果又影响着当时的法律实践活动。因此，为今天的法学研究和法制建设积淀了丰厚的思想素材，为我们获得对法的科学认识和清晰界定提供了绵长的历史镜鉴。

在我国，法与刑、律通用，自清末受日本影响，逐渐以“法律”作为合成词使用至今。

在西方，各民族语言对于“法”、“法律”的指称和表达同样非常复杂，除了英语以外，其中一个比较突出的共同现象是“法”、“法律”之间的差异及其二者以不同语词来表示。归纳起来，“法”较抽象，侧重在法则、规律、权利、公平、正义等；“法律”则较具体，侧重指外在行为规则。一般将二者概括为“法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理；而法律则指国家机关制定和颁布的具体的法；法律被视为法的真实或虚假的表现形式。”这种对法、法律的认识具有二元对立的思维特征，并且成为长期以来西方国家对于法的认识的一个显著特色。

今天，我们认识和应用法、法律，依法治国，建设社会主义法治国家，开展法律实践活动，推动法治实践进程，必须树立实践的观点，正确地把握法的历史和现实，透过法的现象洞察法的本质，全面地廓定法的存在，深刻地理解法的定义，尤其要自觉地辩证地看待法律。

二、法的本质

法的本质即法的根本性质，与法的现象相对称，是法的内在矛盾，或者说是法这一事物的决定因素。

对法的本质问题，不同社会历史时期的法学家给出了不同的解答。主要有以下几种：(1) 神意说，认为法即神意。托马斯·

阿奎那持此观点。(2) 理性说，认为法是理性。其中又有对理性的不同认识而产生的不同观点。西塞罗持此观点。(3) 意志说，认为法是意志。比如卢梭就认为法是公意的宣告。(4) 权利说，认为法即权利的表现或派生物。商鞅持此观点。(5) 自由说，认为法是自由得以协调实现的全部条件。康德持此观点。(6) 利益说，认为法是为了社会利益的体系。耶林持此观点。(7) 社会控制说，认为法是社会控制的形式。庞德持此观点。尽管这些都有局限性，但为我们深化对法的本质以及对法的特征、功能、价值的认识具有重要的参考作用。

马克思主义从经济基础与上层建筑的基本矛盾来认识和把握法的本质，从国家的本质与法的本质的关联性来认识和把握法的本质，认为对法，既不能从它的本身来理解，也不能从人类精神的一般发展来理解，相反的，只能深入到物质的生活关系中去理解。法，首先和主要体现执政阶级意志，并最终决定于物质生活条件。

(一)法首先和主要体现执政阶级的意志

所有社会规范之中，法律，也只是法律首先和主要体现执政阶级意志。法律是国家制定、认可并运用国家强制力保证实施的社会规范，为执掌国家政权的阶级或阶级联盟所独有。而其他种类的社会规范，如道德、政策等却可以为各个阶级都拥有。

执政阶级从来都注重运用法律手段，以法的形式将本阶级的某些意志通过国家政权上升和固定下来，用以建立、维护和发展有利于自己的社会关系和社会秩序。在阶级对抗社会，执政阶级是统治阶级，法所体现的意志首先和主要是统治阶级意志。在社会主义社会，执政阶级是工人阶级和人民内部各阶级，法所体现的意志则表现为工人阶级和广大人民的意志。

法所体现执政阶级意志，是指也只能是指体现阶级对抗社会中统治阶级的整个阶级的共同意志，或社会主义社会中人民的共同意志，而不是统治阶级或人民中的个别人或个别集团的意志，更不是个别人的任意、任性。法应当体现执政阶级的共同意志。但是要注意，在实际上却并非任何法在任何时候都能体现统治阶级的共同意志，也存在执政阶级中的个别人或个别集团将其个人利益或局部利益愿望强行变为法的情形。

再者还要看到并非法的本质、阶级本质总是直露地表现出来的。

法体现执政阶级的意志，具有阶级性；同时，法亦具有社会性，是阶级性与社会性的统一。法的阶级性主要是指：(1) 法的兴亡与阶级的存废相一致，它随着阶级的产生、发展和消亡而产生、发展和消亡。 (2) 法首先是执政阶级的意志的体现，阶级性是法的本质属性。法的社会性主要是指： (1) 法是一种社会现象而非一种自然现象。法是一定社会关系的反映，是随着调整一定社会关系的需要而产生、发展和消亡的。 (2) 法是一种普遍性的社会规范，约束全体社会成员。(3) 法虽是统治阶级意志的体现，但它具有广泛的社会作用，既要服务一定阶级的政治统治，执行政治职能；又要处理社会事务，执行社会职能。

法之所以是阶级性和社会性的统一，原因主要在于：首先，法的产生和发展与阶级的产生和发展紧密相关。法是为调整有利于执政阶级的社会关系而产生的和发展的，法的阶级性是通过法对社会关系的调整来实现的。因而法在具有阶级性的同时又具有社会性。其次，任何法都具有政治职能和社会职能这两种职能。

(二) 法最终决定于社会物质生活条件

法不仅具有阶级性和社会性，而且也具有客观性。法体现执政阶级的意志，执政阶级的意志来源于并反映执政阶级生活在其中的社会物质生活条件。因此，法最终决定于社会物质生活条件。社会物质生活条件是指

与人类相关的物质资料的生产方式和地理环境、人口等的总称，其中生产方式是决定性内容。在生产方式中生产关系是社会成员之间最根本的社会关系，是其他一切社会关系的本源与决定因素。法、法律构建的权利义务关系归根结底是对现存特定历史时期社会物质生活条件的记载、认可、登记和宣布。当然，法会对社会物质生活条件发生反作用，但这种反作用是围绕社会物质生活条件发生的。

法为社会物质生活条件所决定有两方面：一方面，社会物质生活条件的各个侧面对法都具有作用，其中生产方式最为重要；另一方面，法的诸多侧面，包括法的产生、特征、本质、作用、价值、发展等环节，都取决于社会物质生活条件。

另外，法的具体的、历史的存在样式还在很大程度上受到诸如历史传统、国家形式、政治观念、道德、宗教、风俗习惯以至国际环境等因素的影响，与上层建筑、意识形态诸要素也有很密切的关联。

三、法的特征

法的特征是指法在与其他相关事物比较中显示出来的、法的固有的属性或性能。一般将法与上层建筑中的道德、宗教、国家等相联系，并进行比较分析，在把握异同的基础上得出法的特征。通说将法的特征归纳为四个方面，即法是调整行为关系的规范，由国家专门机关制定、认可和解释，以权利义务双向规定为调整机制，依靠国家强制力保证实施。另有学者在此基础上概括为法的规范性、国家意志性、国家强制性、普遍性和程序性。在法的特征问题上，应该说理论观点是基本一致的，只是一些学者依照个人理解可能有所侧重或强调某些方面。

我们认为，法的特征应当至少具有以下五个方面：

（一）法是为人们提供行为标准的社会规范

规范，又称规则、标准、准则，是指对某种活动、关系或事物所确立的要求模式或所提供的参照模型。规范的存在是人类对外在世界、社会实践与主观思维的规律认识基础上加以自我约束和公共控制的产物。按照所调整的对象或所规制的领域，规范可以划分为生产实践领域的技术规范、社会交往领域的社会规范、文字符号领域的语言规范以及认识思维领域的思维规范等等。规范的系统化、多样化是适应人类社会复杂化的必然结果，其中，在社会规范系统中存在着道德规范、宗教规范、法律规范等子系统。

法、法律、法律规范作为一种社会规范而存在。这是法的首要特征。由于具有这一特征，法才和上层建筑中的国家、军队区别开来。国家是一定的阶级或阶级联盟执掌政权的组织机器，以政权为中心，以权力为手段，以组织为载体。军队则是维护国家政权合法存在的暴力。法律则不同，法律以针对社会生活主体的交往活动中的行为来设定标准，提出普遍的要求，以此来将相应社会关系纳入法律调整范围，实现法的目的。

法律以人们的行为，而并非人的思想为其调整的对象。法律规范只是以某种行为状况为指向提出相应的准则，而不以该行为人的社会地位、身份或某一条件来作为调整与否、如何调整的标准。法律也不能针对某人的认识活动或认识结论即立场、观点来加以规制。只有当人们通过实施某种行为，发生社会影响，进而与另一社会主体相互之间形成某种社会关系时，法律才会对此予以干预和介入，提出行为所应符合的模式框架。当然只是在特殊情形下，发生了某一事件，由此致使社会主体之间建立某种社会关系，进而实施有关行为，这时法律也会提供规范加以控制。

法律作为一种社会规范，为某一社会交往行为以及在此基础上的社会关系提供了抽象的、概括的基准要求，并且这种要求因其

需要全本请访问 www.ertongbook.com

普遍性和强制力而得到有效实行，因此作为社会规范的一个类别，又有别于优于道德规范等的特点。

法律较之国家权力的个别决策、个别性调整而言，是针对某一类行为来提出要求并要一体遵行的，是把握某一类行为或社会关系的共性的，因而又是一种普遍有效并富有效率的调整手段，是这样一种规范性调整。

法律作为一种社会规范，还在于它的程序性。法律对某种行为的规范，就是通过将这种行为的一般的、正常运作的状态加以提升、概括，并按某种目的加以程式化的设计而成。这样，法律规范就成为这种行为所必须遵守的过程上的要求、时空上的限度，就成为这种行为的法定程序层次的设计或安排，以此来遏制和惩治人们随意性、随机性和破坏性的行为。所以，法律规范本身具有程序的内容和性质，并在长期法律实践活动中不断发展和强化了一系列特有的程序观念、程序要素和程序表现。

（二）法以国家政权意志的形式出现并以国家强制力为后盾，通过法律程序保证实现

法是一种社会规范，法更是一种特殊的社会规范，是一种以国家政权意志形式出现的特殊规范。来自国家政权，体现出国家对人们现实社会交往行为的评判，是法与其他社会规范相区别、进而有比较清晰的界限的根源。

以法的产生和变动途径来看，国家的存在是法的存在的前提条件。法是由具有立法权或立法性职权的国家政权机关制定、认可、修改、补充和废止的。法的产生、变动均由一定的政权进行，而其他社会规范一般都没有这个特征。比如政党的组织规范、纪律规范、政策规范和道德规范、宗教规范等，另外，要注意，即使是由一定国家机关制定的规范性文件，但因为并非是以立法权或立法性职权为凭据的，因此也不属于法的范围。

从法的内容和价值来看，法所体现和反映的不再是某一个人、某一阶级、某一政党的意志追求和对利益资源的分配方案了，而是代表全社会施行统治与管理的国家的意志了，是国家意志所寻求和借助的一种公开的、普遍的、高级的表现形式。

从法的实施和保障力量来看，法是以国家政权的强制力为后盾来保证的。法律规范与其他社会规范比如道德规范、宗教规范一样具有约束作用。但在社会规范体系或系统之中，不同类别的社会规范的约束力度、强制程度不同，究其原因，就在于其各自所依赖的社会力量不同。法律具有特殊的强制性，即国家强制性。法律公开、直接地借助和运用国家政权的强制力量，它是以国家政权的名义所表现出来的强制，是与法庭、监狱、警察以至军队的强制力相贯通的。违反法律就会遭受到政权的强制，而违反道德规范等则不然。

（三）法是司法机关办案的主要依据

这一点尤其应予强调、应予正视和重视，否则仍不能将法与一些事物相互区分开来。因为仅仅明了法是由国家机关制定或许可、变动并以国家政权的强制力为后盾保证实施的，仍然有可能将法律与政策、特别是国家政策相混淆或混同。因为政策也可由国家政权制定并由其强制力保证推行。可见，需要结合专门法律实践活动的特殊要求来看待法的特征。要注意：能否作为司法机关办案依据是衡量一种社会规范是否能划入法的范畴的一个重要标准。

司法机关的职责是依据政权机关所立的法来衡量已经发生的行为合法与否、违法与否、犯罪与否。一种社会规范，不能作为司法机关办案依据，不能在办案中加以适用，就不是法。明确这一点才可以使得法与其他社会规范在强制力问题上彻底区别开来。

当然强调法是司法机关办案依据，不等

于说所有可作为办案依据的东西都可以列入法的范畴。在实践中，司法机关办案依据并非只有法，其他一些社会规范，比如道德、政策等，有时也可作为司法机关办案依据。但这些社会规范作为办案依据不是当然的，而是有条件的，即在法不健全或不敷使用的情况下，作为法的补充，经过法的认同，才可作为办案依据。《民法通则》第 6 条关于“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应遵守国家政策。”的规定，便是例证。只有那些不仅可以作为办案依据，而且还是作为主要的、基本的办案依据的社会规范，才可以列入法的范畴。

在现代国家，能够列入法的范畴的，首先是享有立法权的政权机关所制定的、可作为办案主要依据的规范性文件。在不少国家，由典型判例中抽象出来的法律规范、法律原则正是由于可以作主要的、基本的办案依据之一，也被作为一种正式的法的渊源。英美法系的情形正可以说明这一点。在我国根据《立法法》、《行政诉讼法》等的规定，可作为主要的、基本的办案依据的，首先是全国人大及其常委会制定的法律，其次是地方性法规、自治条例、单行条例、根据授权产生的法规以及特别行政区的法律、法规。规章被规定在《立法法》中作为规范性法律文件，但在《行政诉讼法》中仅处于被“参照”的地位。

（四）法具有普遍性、明确性和肯定性

这是法区别于其他社会规范的又一重要特征。一方面，法的适用对象和适用范围具有普遍性。法律针对某一类行为而设立准则，其中对于行为主体是加以抽象的，是将其作为一个可以替代的、不特定的、一般的人来对待的，并非着眼于一个具体的、限定的行为人而为之作出规定。也因为这一点，法律规范的适用范围具有普遍性。法在国家政权管辖范围内具有约束力，针对相同的事项、相同的法律主体的相同的行为适用相同的法律规定。并且在时间上和空间上都具有普遍性。另一方面，法律规范的内容与形式、类别具有明确性、肯定性。法一般都以具体的、明确的、肯定的内容和形式为人的行为提供标准，而不是也不应该以模糊的、含混的、弹性的内容和形式来规范人们的行为，否则就会形同虚设，使人无所适从。再者，法律规范不仅仅以权利、义务、责任及其相互之间对应的、闭合的规定来清晰地划分行为空间和行为方式以及利益内涵，而且还通过诸多严格而细密的定量规定来评判行为的法律性质、法律后果与行为人可能负担的法律要求、法律义务或法律责任。就其规范性文件中的法律规范（则）来看，也是通过授权性规范、命令性规范、禁止性规范来从不同角度完整地勾勒出人们的行为准则的。当然，法的条文与构成中还有用来说明法的指导思想、基本原则或有关术语的、还有用来说明法的技术性要求的。而这些正是为了辅助实现法的普遍性、明确性、肯定性并使法得以准确适用、并逐步发展起来的。

（五）法以权利、义务为主要内容

人所奋斗的一切都与其利益有关。利益是社会主体为实现一定需要而追求的社会资源。从利益的角度看，社会关系是社会主体围绕利益的流转与分配而形成的联系形式。社会主体的行为及其交往都是可以归结为当事人对一定利益的取予或一定不利的承弃的。所以，由利益及其实现过程来看，法律对社会交往的行为、社会关系的规范与调整实质上是法律对利益的归属及其过程、方式及其在此过程中社会主体交往关系的规定。为此，法律在其实质的内容上，就必然是一方面由对于利益的质量及一定主体取得该利益过程中负担的质量的界分，并将之转化为权利、义务的形式加以确定的实体内容，和另一方面所规定的利益分配、享有、实现的程序制度这样两部分构成。在程序制度中，法律同样将其应为、可为与不得为、不必为

等以程序上的权利义务来规定。可见，法律规范及其运用是对社会利益资源的分配机制、对社会利益格局的调整机制、对社会利益关系的维护机制。法律以权利义务为主要内容，有其对于社会利益资源及其配置的根本内容为依据，是必然和必须的。

从法律规则所实际包含的内容来看，也可归纳为惟一的规范性内容，即权利和义务。权利是利益及其可得的肯定形式、义务是利益的成本与负担上的强制要求，是权利的边界。二者的对立统一完整地标示出主体的法律地位与法律行为的利益内涵。法律规范以授权性规则主要规定主体的权利内容；以命令性规范、禁止性规范主要规定主体的义务内容。在法律规则的后果模式中，也以权利、义务为内容。肯定性的后果模式中赋予合法行为的当事人以权利；而否定的后果模式中则设定违法行为人的义务。

而其他社会规范并未以全社会的利益运动过程为对象，也没有以权利义务为主要内容构建起社会利益资源及其分配的主导的和完备的、专门化的运行机制。有的不是规定权利和义务两方面的内容，有的仅要求尽义务，不包含权利内容，如道德规范和宗教戒律；有的虽然也有权利义务的内容，但是并非主要内容，特别是并非全社会的利益实现体系，如党章关于党员权利义务的规定。

对于法的上述特征，还需注意完整地、有机地把握，而不应将其中的某一点不加限度的夸大，割裂开来。

四、法的作用

（一）法的作用概述

法的作用是指法对社会关系发生的影响，作为上层建筑的重要组成部分，法律依赖于国家权力运行和强制力量保障，在一定程度上适应和回应占主导地位的生产方式的要求，按照政权执掌者的整体意志对社会关系加以规范和调整，因此而形成法的作用。法的作用包括了法的作用手段、作用范围、作用方向和作用力度等几个方面。法的作用与法的功能、法的职能等表述相近或相通，可以不加严格区分。

按照法的作用的普遍程度，可以划分为一般作用和具体作用。按照法的系统及其构成，可以将法的作用划分为整体作用和局部作用。按照法的作用的主、客观形态可以划分为预期作用和实际作用。按照法律作用与社会历史发展之间的一致关系，可以划分积极作用和消极作用。按照法律作用于社会关系的途径可以分为直接作用和间接作用。

按照法律作用于社会交往行为及其社会关系的内容和形式的区别可以划分为法的规范作用和社会作用两大类。法的规范作用是指法作为一种社会规范对社会关系加以调整的手段或方式的总称。法的社会作用是指法作为一种具有自身价值目标和标示价值原则的特殊社会规范对社会关系加以调整的指向或立场。法的规范作用作为手段，表明法所具备的技术特征；而法的社会作用作为目的，表明法的内容的灵魂或精神、导向及其覆盖的范围和领域。法的规范作用具有鲜明的共同性；而法的社会作用则有鲜明的阶级的、时代的特点。将其二者统一起来方可科学地揭示法的作用。

（二）法的规范作用

法的规范作用有指引、评价、预测、教育和强制作用五种。

指引作用是指法律宣告了国家和社会对于人们的行为要求，以此来引导人们在实际生活中遵循其中的行为模式，来实践法定权利和义务的作用。由于法律规范自身的确定程度不同，因此这种指引可能是确定式的，也可能是选择式的，后者允许行为人自主判断。

评价作用是指法律作为标准和尺度，具有评判、衡量一定行为或事件的法律性质，特别是这一行为是否合法的作用。

预测作用是指法律为主体所知晓和理解

后，可以使其预先了解应当遵照的行为模式和可能的法律后果的作用。预测作用提高了人们行为的可预见性，增强了行为主体的自我控制能力，可以防范违法犯罪行为的发生，在客观上也使交往双方节约信息成本、降低交易风险。

教育作用是指法律及其所反映的价值观念和所确认的行为规范为内容，以其规范性文件和法律调整活动为形式，对社会主体所产生的观念转变、掌握知识与感化诱导的作用。

强制作用是以国家强制力量为后盾，法律对社会关系加以排他式的确认并对违法行为加以制裁，以救济被侵害的合法权益、恢复和维护法定社会关系的有序状态的作用。强制作用反映了法的特有品性，是其他法的作用的保障。

（三)法的社会作用

在阶级对立的社会中，法的社会作用可以归纳为两个方面：一是维护阶级统治，一是执行社会公共职能。在维护阶级统治的方面，法律将统治阶级在经济、政治、文化各个领域的主导、支配甚至垄断的实际利益与优越地位确认下来，并通过使国家政权的压迫、管理活动合法化、制度化、经常化，将阶级冲突、对抗与斗争纳入围绕微观个别事实加以处理的法律程序之中，以便于控制在统治阶级的根本利益及其政权存在所允许的限度之内。具体来看，法律既要广泛深入地在需要调整的社会生活领域内具体细密但又间接委婉地实现统治阶级的利益占有与支配；又要特别集中在政治管理领域内对于统治阶级与被统治阶级之间的关系，对于统治阶级及其同盟者之间的关系，对于统治阶级内部的关系、以及国家机构与国家人员的职权、组织与行为做出调整，甚至可能在局部、个别领域，在特定社会历史时期，对被统治者作出妥协、让步，对于阶级关系予以某种程度的调和；或者对统治阶级内部的阶层、利益集团或个人予以打击、惩治。在执行社会公共事务方面，法律维系社会得以存在的最基本的共同条件，在一定程度上巩固社会文明，包括对人类社会基本生产、生活条件的维护，对生产、交易秩序的保护，对技术工艺规程的确认，对文化教育和科学研究的推动以及对环境生态的保护等等。法在阶级对立社会中的上述两方面的作用是统一的。其中政治统治作用是其根本支点和导向；社会公共作用是其必要条件和基础，二者相辅相成，不可分割或对立起来。

在当代中国，贯彻实施依法治国方略，法的地位和作用越发重要。法的作用领域不断拓展，法的作用手段日益完备，法的作用力度正在加大。当代中国法律的作用方向是为全面建设小康社会、开创有中国特色社会主义新局面服务，其作用的基本内容是：建立健全社会主义市场经济体系；推进社会主义民主政治，建设社会主义政治文明；保障和促进社会主义精神文明；推动和规范对外开放和国防交往，维护国际和平与发展。

（四)法的局限性

当前我国既要高度重视和充分发挥法的作用，又要防止和克服片面夸大法的作用、忽视其客观上存在的局限性的倾向，要科学分析，正确对待和审慎把握法的作用限度。既要反对法律虚无主义；又要破除法律浪漫主义、对法的作用过于迷信、持“法律万能说”的错误观点。

法的作用限度是指因为法的本质及其技术特征而决定的在发挥作用中表现出的范围或者程度上的局限和界限。造成法的作用限度的原因至少有以下四点：一是法的外在化，即法律仅可以社会主体的外在行为及其客观结果为规制对象，而不可以直接作用于社会主体的主观思想意识的内在层面。二是法的形式化，即法以其所抽象的类的意义的社会主体的某种社会交往行为来加以调整，因此可能无法实现个别的、具体的调整及其

实质的公正，而只停留在形式的、程序的公正之上。三是法的专门化，是指法律调整机制需要专门的法律技术，并因此而需要法律职业人员、专门设施和物质成本，由此导致法律无法被普遍地运用、也有可能被歪曲甚至错误地运用。四是法的保守化，即法由于自身主要来源于对既定成熟的社会关系形态的抽象，因而着力点在于守成而非创新，便有可能导致社会秩序的固化或僵化，而不利于创新和自由。可见，法的作用范围不是、不可能也不必要无所不及；法的作用力度又是不均衡的、不理想的；法的作用是有代价和风险等牵制因素的；法的作用也是历史的、阶段性的。只有正视法作为社会控制规范体系之一所具有的恰切地位和特有能量，将其与其他社会调整方式有机统一起来，才可以实现社会有序与活力兼备的发展要求。

第二节　法的价值

一、法的价值的概念

法的价值就是法这个客体对于满足个人、群体、社会或国家的需要的积极意义。法的价值的概念有以下几层意义：（1）法的价值体现了主体与客体之间的关系；（2）法的价值表现了法律对于人民所拥有的正面意义；(3) 法的价值既包括对实然法的认识，更包括对应然法的追求。

二、法的价值判断与事实判断

所谓价值判断即关于价值的判断，是指某一特定客体对于特定主体的价值的确定，包括有没有价值，有多大价值，有什么价值等。所谓事实判断就是指对于客观存在的法律原则、规则、制度等所进行的客观分析和判断。区分价值判断和事实判断的意义在于有利于明确认识、评价法律的多维角度；有利于协调事实与价值之间的固有张力。

三、法的价值的种类以及价值冲突

一般认为法的价值包括自由、秩序、义、效率、利益等。这些都是法的基本价值。虽然说法的价值一般情形下是协调一致的，但是在很多情形下，他们又会发生冲突，即弘扬一个价值就将贬抑另一价值，此时就需要协调价值冲突。在解决价值冲突时并没有一个一成不变的原则，但是一般说来，我们通过以下的几种方式协调价值冲突。

1. 预先确定价值位阶。法律预先确定的价值位阶，在不同位阶的价值发生冲突时，在先的价值优先于在后的价值。

2. 个案平衡。在相同位阶的价值发生冲突时，就个案进行衡平确定。

3. 比例原则。即实现某一价值需要损害另一价值，但对于另一价值的损害应尽可能地降低，也就是追求法的整个价值的最大化的事项。

第三节　法的要素

一、法的要素概述

法的要素是与法的系统相对称的。法的系统是指承载法律权利义务以及责任内容，以及相应实现机制与技术规定的法的整体。法的要素是指反映法的内容要求及其实现过程中的技术要求的不同组成部分。法的诸要素按照各自的特点发挥法的作用，并遵循协调统一的关系准则构成法的系统。

与法的要素相区别，法的渊源（形式）是指作为执行和适用依据的各种现行有效的法的外在表现形态。部门法或称法律部门是指对于法的调整对象按照其所客观归属的社会生活领域并结合法律调整手段与机制自身特点进行的分类。权利义务则是由法律对社会主体享有与取得利益的实际范围及其实现方式做出对立而形成的微观的法的构成。法的要素则是在比较区分法的作用得以发挥所依赖的法的不同部分这一角度上形成的概念，突出反映法的局部所具有的特点及其在

法的实现过程中的功能差异。最后，法的要素也不同于成文立法所产生的规范性法律文件自身形式上的构成层次及元素，如编章节条款项目等。

法的要素具有四个方面的特点：(1) 相对独立性。各个法的要素在其自身表现形式和实际运用过程上有一定的独立性，作为法的系统的构成部分，相互之间是可分的，可以个别存在和发挥作用的。比如在某一刑事案件的判决中就表现为引用具体、特定的刑事法律规范。(2) 作用差异性。法的要素在作用对象及作用过程上有差异。比如法律规范以具体的某类法律事实基础上的社会关系为对象；法律原则以某一社会生活领域为其约束的指向，法律概念（术语）却以某一具有法律意义的事物的存在为其针对的对象。法律规范的作用主要具有行为的模式化、完整性和动态型的特点；法律原则在应用上则凸现出调整的抽象化、基础性和间接式的特点；法律概念却有着个性化、确定性和转化性的特点，它只是承担了在法律调整中明确某一事物存在的法律性质，将其转化为法律规范与法律原则实施作用的具体对象的功能。(3) 整体互补性。各个法的要素在最终的意义上只有相互依存才可共同发挥作用，尽管各有侧重。(4) 历史文化性。在不同社会历史阶段和不同法律传统的国家，法的要素的存在类别、数量比例以及实际作用，甚至其所指称和规制的社会生活内容是不同的。比如奴隶就不是当时社会中的法律主体概念，又比如法律原则也是在晚近才在成文法典中有明确表述和独立地位、进而成为一种法的要素的。

法的要素在不同的法学流派的法学家那里有不同的含义和见解。有的从本体意义上使用，如认为法律可归为单一的“命令”要素的博丹、霍布斯、奥斯汀；有的从功能意义上使用，如哈特就将法视为由主要规则和次要规则授予权利或权力；有的从司法意义上使用，如庞德就认为法是一种依照一批在司法和行政过程中运用权威性资料来实施的高度专门化的社会控制制度；有的则侧重强调价值，如德沃金就主张法的要素中除规则以外还有原则、政策。

在我国，一般认为法的要素有法律规则、法律原则和法律概念三个。

二、法律规则

(一)法律规则的含义

法律规则是指赋予某一种法律事实以法律意义，特别是规定其中某一类社会主体为或不为一定行为的具体权利、义务及其责任的指示或准则。

法律规则和法律规则是可以通用的概念。法律规则是法的系统中首要的、基础的、主导的要素。法律规则具有以下四个特点 ：(1) 确定性。它是对社会交往行为以及某种事件基础上相关社会主体行为的方式与后果的完整的、明确的模式化的要求与规范 。(2) 对应性。是指一法律规则与一类或一种法律事实相对应，其中的法律权利义务与责任相对应，权利义务相互之间对应，权利义务的不同主体在社会关系中相对应，否则该法律规则将不是闭合的、完整的和可运用的。(3) 抽象性。是指法律规则是对某种社会行为、社会关系的一种活动程式的要求，可能限定某一种行为状态及其法律后果，也可能只给出这种社会关系的可选择的多种方式及自主行为空间，它与现实的社会关系状态及其实际结果之间是抽象与具体、应然与实然的矛盾关系。(4) 适用性或可操作性。法律规则与法律条文之间是有联系又有区别的。法律规则是法律条文所表达的主要内容，法律条文则是法律规则在成文法国家的规范性文件中的微观载体或者说表现形式。

需注意，法律条文是按照立法目的和立法技术要求对法律规则等法的要素加以设计、编排和陈述的单元。可能在单一法律条

需要全本请访问 www.ertongbook.com

文中表达的是法律规则之外的法律原则，法律概念，而非法律规则；可能即便是表达法律规则的要求，但却在这一法条中只是规定了一个完整的法律规则的权利部分，或者义务部分，甚至责任部分。比如罚则就是指专门规定该规范性法律文件前述部分中的法律行为的法律后果部分的法条的专门集中的章节。

（二)法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构是指完整规定某种法律行为或事件中的社会主体权利、义务与责任的构成要件及其形式逻辑关系的总称。由于法律对社会关系的调整主要是针对社会主体的交往行为来设定权利或义务并以一定的后果的强制实现为保障而进行、完成的，所以按照权利、义务以及责任和某种社会交往行为之间的对应关系及其相互之间的结合形式，可以明确法律规定的构成要件或者称法律规则自身的要素及其关系，并划分不同法律规则或表现形式上呈现出的类别。

对于法律规则的构成要素，先后有不同观点。一种为“三要素说”，认为法律规则由假定、处理、制裁三要素构成。假定是该法律规则适用的条件和范围；处理是该法律规则所要求的作为或不作为；制裁是违反处理中的行为要求所必须承担的法律责任。另一种行为“两要素说”，认为法律规则由“行为模式”和“后果模式”或者说“法律后果”这两个要素构成。又有新“三要素说”，认为应划分为假定或假定条件，行为模式，法的后果或法律后果三个要素。我们认为“两要素说”即主张法律规则由行为模式和后果模式构成的观点曾被认为有力说。

法律规则首先规定行为模式。行为模式是指对主体行为的利益内容、过程方式及其条件限度给予权利、义务的确认，因此而形成的主体为或不为一定行为的标准。行为模式对主体活动可能提供的空间，允许选择的要求，即其可以这样行为；也可能是限定方式与内容的惟一可能的规定，即其不是可以或不可以，而是只能这样或应当这样；也可能是明示行为界限、禁绝或排斥某种可能的规定，即其不应当这样行为。

为了保障法定行为模式得以遵行，基于法的本质和效力，法律规则随后规定、也应当或者说必须、必然规定与该行为模式相匹配的后果模式。后果模式是指对主体实际行为及其结果与法定行为模式是否一致予以评价，因而对该行为主体给予相应法律上的对待的规定。后果模式鲜明地反映了法律所特有的价值评判、行为矫正、强制约束和规范引导的特征和功能。对某一主体实际行为和前述行为模式相互吻合的，在该法律规则的后果模式上即表现为肯定的对待，即对此实际行为加以认可、保障和维护并排斥其他主体对该行为及其主体的非法干预或侵害。反之，如果某一主体的实际行为和前述行为模式相悖离，那么在后果模式上则必被予以否定的对待，即对此实际行为及其现实结果加以否认、禁止和纠正、补救直至惩罚、制裁。因此，后果模式可归纳为两类：肯定性后果和否定性后果。

行为模式和后果模式之间是互补的、统一的，在表述上是先后的顺序关系，在运用上是必然的因果关系，共同构成法律规则。

新“三要素说”现在也广为人们所接受。

（三）法律规则的分类

1.根据法律规则中所设定的行为模式不同，可以将法律规则划分为权利规范、义务规范和权利义务复合规范三类。权利规范又称授权性规范（规则），是指在行为模式中规定某一类主体可以为或不为的法律规则。权利规范是该主体享有和行使法定权利，同时据此向他人提出尊重权利、履行义务或排除妨碍、请求保护的实际主张的资源或根据。该主体对权利规范所赋予的权利内容及其规定方式有处分、选择的可能。义务

规范又称义务性规范（规则），是指在行为模式中规定某一类主体必须为或不为一定行为的法律规则。义务规范规定了主体应当承担的法定义务，其法律强制性突出，即主体对此不可选择、不可抛弃、不可懈怠。其中规定主体必须以作为方式履行的积极义务的，为命令性规范；再一类则是规定主体不得作为，而应不作为的消极义务的，为禁止性规则。权利义务复合规范（规则）是指在行为模式中规定某一类主体可以为或不为一定行为，同时又必须依法为或不为该行为的法律规则。权利义务复合规范对该主体既是一种权力、权能、权利的授予，又是一种职责、权限、义务的限制。相对一类主体而言，这种权利义务复合规范的内容呈现出权利的特征；而相对另一类主体来看，却分明是义务的要求，二者以同一法律规则的同一行为模式要素复合式地表达和存在，以致该法律规则是双重性的。比如对国家机关的职权与活动予以规范的大量法律规则即此。

2. 根据效力强弱或刚性程度不同，可以划分为强行性规范和任意性规范。强行性规范是指强制主体只能依法定行为模式为或不为一定行为，不允许其自主意志选择判断的法律规则。任意性规范又称指导性规范，是指只对主体行为提出基本甚至部分的要求，允许其通过自主裁量来确定实际行为的法律规则。

3. 根据行为模式、后果模式在同一法律规则中的表述的直接程度，可以划分为确定性规范、委托性规范和准用性规范三类。确定性规范是指明确、直接和完整地规定了该行为模式与后果模式全部内容的法律规则。委托性规范是指没有明确、直接规定该规范行为模式或后果模式，而是委托（或称授权）其他创制主体以其他规范性文件的形式予以具体规定的法律规则。准用性规范是指没有规定行为模式或后果模式，而是规定了确认本规范中行为模式或后果模式的可资参照、比照、援引的其他相关法律规则以支持和补充自身的一类法律规则。确定性规范是明示的、直接的和独立性最高的；而后两者则是由于一国立法体制中立法权限划分或者立法技术而造成的，反映了法的规范相互之间的协调统一关系。

三、法律原则

（一）法律原则的含义

法律原则是指对某一阶段或领域的法律实践的共同特征予以概括，反映立法者在这一方面的基本立场和价值取向的准则或要求。法律原则具有以下四个特征：第一，基础性，是指法律原则对于某一部门法或法的运行环节，及其中的法律解释、法律推理等均具有根本的制约作用。第二，稳定性。第三，宏观性。第四，补充性，是指在法律规则的运用中出现法律规则冲突或立法漏洞、空白时则以法律原则加以弥补。

（二）法律原则与法律规则的关系

法律原则与法律规则的联系非常密切，二者均为法的要素，有各自的特点和独立地位，但相互之间是关联而非游离的。（1）法律原则是制定、说明和适用法律规则的逻辑依据，法律规则是体现和反映法律原则的具体要求。（2）法律原则为保证法律规则之间的协调一致提供尺度，法律规则为法律原则的实现提供主要媒介。

二者之间又有区别，主要是以下四点：（1）调整方式不同。法律原则的调整只是给出一个方向或具体界分权利、义务或责任的标准，而法律规则则是以具体、明确的特定环境中主体的行为模式及其法律后果来加以规制的。（2）适用范围不同。法律原则的适用是在某一广泛的社会关系领域予以指导，法律规则则是限定在针对某一种类的法律事实之上，是微观的、个别的。（3）生效方式不同。法律原则的生效可以是多个原则同时适用于一种情形，可以是指导法律规则的选择确定并通过所选定的法律规则来生效，也

可以在无法律规则的条件下迳直适用。而法律规则则在绝大多数情形下表现为单一规范适用于单一特定情形，相互之间存在选择或排他的关系。(4) 直接程度不同，在适用过程中，法律原则是间接地借助于辩证逻辑的，而法律规则是直接依赖形式逻辑即可适用于每件事实的。前者亦需要通过法的执行或适用的自由裁量环节，而后者则不然。

(三)法律原则的分类

按照法律原则的来源可以划分为政策性原则和公理性原则。政策性原则是指体现国家政策、政治目标或者政治、社会的最基本要求的法律原则，其实质是国家方针、政策的法定化。公理性原则是指来源于法律实践自身，体现长期法律实践的普遍价值要求或技术要求的，经立法者选择和认可的法律原则，其实质是历史传承或在特定社会历史阶段为全社会所共识的法制文明的共通部分在法的原则中的继承或升华，政策性原则的针对性、阶段性、国别性与变动性突出，反之，公理性原则的普遍性、继承性、伦理性与稳定性较强。

按照法律原则的位阶和具体程度不同，可以将其分为基本原则和具体原则。居上位阶的，整个法律体系或某一法律部门所共同遵循的，反映法的基本价值取向或普遍政策要求的，可以称为基本原则；与之相对应，在适用范围内只是针对某一社会领域的局部而确定的法律原则，居于基本原则之下位阶的，则可称之为具体原则。这种划分是相对的，说明法律原则中的层次性。

按照法律原则的内容不同，可以划分为实体性原则和程序性原则。前者是指针对实体权利、义务及其责任的界定与分配的法律原则，后者是指针对实体权利、义务及其责任的实现过程以及在此基础上的法律行为程序的法律原则。

四、权利义务

(一)权利义务的地位

权利义务在法律中处于核心的地位，是法律的核心内容和法学的基本范畴。

1.权利和义务是从法律规则到法律关系再到法律责任最后到法律秩序的法律内在运行的各个环节的构成要素。法的内在运行实质就是法律权利义务从设定、产生到实现的运行过程，其间也会出现法定的权利义务关系模糊或者被破坏，由法定的国家机关确认和恢复的情况。法治状态就是权利义务、职权职责依法得到合理配置的状态。

2. 权利和义务贯穿于立法、执法、司法、守法和法律监督等法的外显运行的整个过程。作为法律运行起点的立法是立法机关在人们之间对权利和义务进行规范化和制度化的合理分配过程。法律实施无非是将法律设定的纸面上的抽象的权利义务转化成人们行为中的实际享有和履行的权利和义务。法律监督则是监察和督促法定权利义务、职权职责实现的活动。

3. 权利义务全面地体现和实现法的目的和价值。统治阶级通过权利与义务的宣告与落实，把自己的价值取向与价值选择转变为国家和法的价值取向和价值选择，并借助法的程序和国家权威来实现。

(二) 法律权利义务的涵义

法律权利，就是国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定做出某种行为的许可和保障手段。其特点在于：(1) 权利的本质是由法律规则所决定，得到国家的认可和保障。当人们的权利受到侵犯时，国家应当通过制裁侵权行为以保证权利的实现。 (2) 权利是权利主体按照自己的愿望来决定是否实施的行为，因而权利具有一定程度的自主性 。(3) 权利是为保护一定的利益所采取的法律手段。(4) 权利总是与义务人的义务相关联的。离开了义务，权利就不能得以保障。

权利的内容实际上是三种权利要素——自由权、请求权和诉权的统一：（1）自由权，即权利人可以自主决定做出一定行为的权利，不受他人干预。自由权是法律权利的核心，是其他权利要素存在的基础。(2）请求权，即权利人要求他人做出一定行为或不做出一定行为的权利。请求权是对人权，它始终与特定义务人的义务相联系，其内容范围就是义务人的义务范围。(3）诉权，即权利人在自己的权利受到侵犯时，请求国家机关予以保护的权利。它是权利实现的根本保证。这三个要素是紧密联系，不可分割的。其中，自由权是基础，请求权是实体内容，诉权是保障手段。

法律义务是国家通过法律规定对法律主体行为的一种约束手段，是法律规定人应当和不得做出某种行为的界限。义务的性质表现在两点：（1）义务所指出的，是人们的“应然”行为或未来行为，而不是人们事实上已经履行的行为。(2）义务具有强制履行的性质，义务人对于义务的内容不可随意转让或违反。义务在结构上包括两个部分：第一，义务人必须根据权利的内容做出一定的行为，这表现为人们不得不做出一定的行为，即“作为义务”。第二，义务人不得做出一定行为的义务，即“不作为义务”或“消极义务”。

法律规则明文规定或从法律规则的精神中推定出来的权利义务，是统治阶级意志的体现，是统治阶级及其所代表的社会的价值观念和根本利益的体现。权利和义务归根结底都是手段，而不是目的。它们的工具性首先表现为，它们是统治阶级的国家分配利益和负担，从而维护统治阶级利益或社会普遍利益，实现阶级统治、公共管理（社会控制）的手段。其次表现为，它们是社会成员或其集体实现自我利益的手段。

（三）私权利与公权力的区别与联系

在法律和法学上，私权利与公权力之间存在着差别，主要表现为：(1）权力的拥有者只能是表现出强制力和支配力的国家专门机关、执行职务的公职人员或对内的社会集团的代表，公民不能充当权力主体，而权利主体却是公民个人。国家或集团在成为权利主体的时候，已是与公民平等的在法律上被人格化了的“人”。(2）权力的内容重在“力”上，表现为某种形式的强制或管理；权利的内容则侧重于“利”，表现为权利人要求实现的利益。(3）指向对象的确定程度不同。权力的指向对象是特定的管理活动与支配行为必定有具体的承担人，且权力拥有者与权力对象地位不平等；权利指向的对象，在一部分法律关系中是特定的，而在另一部分法律关系中又是不特定的，权利关系中的权利人与义务人地位是平等的，不像权力关系那样存在着服从与被服从的关系。(4）法律对权力与权利的要求不同。权力与职责相对应，职务上的责任是公权力的义务，法律要求权力变为职责，职责是不能放弃的，一般也不能让渡，弃置权力将构成渎职；权力与义务相对应，法律准予权利的能动性，使权利人对权利获得了随意性，放弃权利被认为是行使权利的表现。私权利和公权利在运行的时候经常发生冲突，每当这种情况出现，就需要否定其中的一个，谁超越了法定界限就将成为被否定的对象。

权力与权利又存在着密切联系。(1）在现代民主法治国家，权力来源于权利。国家的权力是由人民赋予的，是人民委托出去的；国家权力的设置，行使国家权力的机构设置及其运作方式，国家核心官员的产生都是人民行使权利的结果。权力来源于权利的背后是人民的利益高于一切，人民的利益是国家一切活动的目的和源泉。(2）权力服务于权利。国家权力设立的目的和国家权力自身的价值均在于为权利服务。权力服务于权利，不仅应当防止权力对权利的侵害，而且更重要的是为权利的行使和实现创造条件，

并随着社会的发展承认更多的权利。（3）权力应以权利为界限。任何法律确认的权利都意味着主体自由行事的活动空间，国家权力的运行应以此为界。强调权力以权利为界的意义在于防止和及时纠正权力越位和滥用。(4) 权力必须由权利制约。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不变一条经验。”因此，民主法治国家都积极寻求建立各种有效机制，以制约权力。其中以权利制约权力是重要措施之一。具体做法是，将权力分解或分散为权利，使权力尽可能权利化。

（四）权利义务的分类

对法律权利和义务，可以从不同的角度、按照不同的标准进行分类。

1. 基本权利义务与普通权利义务

这是根据根本法与普通法规定不同，对权利义务所作的分类。基本权利义务是宪法所规定的人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务。普通权利和义务是宪法以外的普通法律所规定的权利和义务。

2. 绝对权利义务与相对权利义务

这是根据相对应的主体范围对权利和义务所作的分类。绝对权利和义务，又称“对世权利”和“对世义务”，是相对应不特定的法律主体的权利和义务。绝对权利对应不特定的义务人；绝对义务对应不特定的权利人。相对权利和义务又称“对人权利”和“对人义务”,是对应特定的法律主体的权利和义务。“相对权利”对应特定的义务人；“相对义务”对应特定的权利人。

3. 个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务

这是根据权利义务主体的性质所作的分类。个人权利义务是指公民个人（自然人）在法律上所享有的权利和应履行的义务，集体（法人）权利义务是国家机关、社会团体、企事业组织等的权利和义务。国家权利和义务是国家作为法律关系主体在国际法和国内法上所享有的权利和承担的义务。

（五）权利与义务的关系

权利与义务的关系，从宏观方面可概括为：历史进程中曾有的离合关系，逻辑结构上的对立统一关系，总体数量上的等值关系，功能上的互补关系，运行中的制约关系，价值意义上的主从关系。

1. 从人类不同的发展阶段看，权利与义务经历了从相互分离到结合统一的关系

在原始社会，没有权利与义务的区分。但是，进入奴隶社会和封建社会以后，权利和义务严重分离，一部分人只享受权利，而另一部分人只尽义务而享受不到权利。在资本主义社会，权利义务在法律上相互统一起来；在社会主义法律中，权利义务真正统一起来。

2. 从逻辑结构上看，权利和义务是对立统一的关系

权利意味着获得，而义务则意味着付出；一个是主动的，另一个是被动的。它们在法律关系中是相互对立、相互排斥的，但同时又是相互依存、相互贯通的两个方面。这种互相依存关系表现在，权利和义务不可能孤立存在和发展，一方的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为前提。二者的相互贯通表现为权利与义务是相互渗透和相互转化的，有的行为既有权利属性又有义务的特点。

3. 从整体数量上看，权利与义务具有量上的等值关系

一个社会的权利总量和义务总量是相等的。就整个社会而言，只有权利与义务在总量上处于等额状态，利益的付出与获取才能达到平衡，社会生活才不至于出现混乱。权利与义务相互界定范围。

4. 从功能上看，权利与义务具有互补关系

法律总是以确认和维护某种利益为其价

值目标，但是，单纯的权利并不足以使利益得到，必须通过设定义务去保障权利目标的实现。没有义务就无所谓权利，没有权利也就无所谓义务。

5. 从法律运行的角度看，权利与义务之间具有制约关系

在社会互动过程中，权利与权利之间、权利与义务之间、权利与权力之间存在着互相制约、互相影响的关系。一方面，从个人与国家的关系上讲，个人的权利对国家的权力的制约导致国家的义务和责任的产生，国家的权力对个人生活的制约导致个人义务的形成。另一方面，从国家机关相互之间、个人之间的关系上看，权利与义务也具有制约关系。

6.从法律调整的价值取向上看，权利与义务具有主从关系

在法律关系中，权利与义务不可能处于同等重要的地位，在有些法律关系中，义务处于主导地位，有的法律关系中，权利处于主要地位。就整个法律关系而言，权利与义务相统一，权利处于主导地位，权利是目的，义务是手段，义务的设定以保障和实现权利作为出发点和归宿。

五、法律概念

法律概念是对具有法律意义、进入法律调整领域的事物与活动的法律界定，通过法律概念对某一事物或活动予以自然属性、社会属性基础上的法律属性的规定，使法律调整在对象和范围上得以澄清，在法律原则和法律规则的表述和适用上成为可能。

法律概念可以依据其来源划分为日常概念和专业概念两类。前者是指既在日常生活中存在和使用，又被反映和规定为法律实践中的概念。尽管这一概念有来自日常生活上升和转化到法律调整领域的过程及其中的内涵与外延上的差异，但毕竟有来自日常生活的现实基础和对应的存在。专业概念则是基于法律实践活动中的规范表现及其实际应用的特有专业技术化的要求而揭示反映某一现象所确立的概念，这些法律概念往往为法律调整机制所特有。

又可以按照法律概念所反映的法律关系的要素不同，划分其为主体概念、客体概念、内容概念和事实概念四类。还可以按照法律概念所依存的部门法领域及其抽象层次划分为一般法律概念和部门法概念，以及按照内容的确定程度区分为确定性概念和不确定性概念。

第四节　法的渊源与分类

一、法的渊源的概念与一般分类

法的渊源主要指法的效力来源。在中国，指由不同国家机关制定、认可和变动的，具有不同法的效力或地位的各种法的形式。一国不同法的渊源构成该国法的渊源体系。

法的渊源的基本分类，就是以法的效力来源不同为标准的。重要的法的渊源的分类有：

1. 法的正式渊源与非正式渊源

所谓正式意义上的法的渊源，又称为直接渊源，主要指以有权主体制定的规范性法律文件形式表现出来的成文法，如立法机关制定的法律、行政机关制定的规章、判例法国家的法院判决等。非正式意义上的法的渊源，又称为间接渊源，一般指具有法的意义的观念、道德准则、权威著作、习惯、惯例、政策、国际会议的决议、非判例法国家的法院判决等等。

2. 实质渊源与形式渊源

这主要是在我国广泛采用的对法的渊源的分类。所谓实质意义上的法的渊源，指法的内容的根源，也就是经济、经济关系或深层物质条件。形式意义上的法的渊源，指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或者认可的具有不同法律效力和地位的法的不同

需要全本请访问 www.ertongbook.com