

清华大学法学系列教材

法律基础

(第二版)

高其才 主编

清华大学出版社

高其才 主编

法律基础

(第二版)

清华大学出版社
北京

内 容 介 绍

本书在介绍法学基本理论、当代中国社会主义法律制定和实施的基础上,全面讨论了中国宪法、行政法律制度、民事法律制度、商事法律制度、经济法律制度、自然资源 and 环境保护法律制度、劳动与社会保障法律制度、刑事法律制度、诉讼法律制度及国际法律制度、国际私法制度的基本规范和知识。全书内容全面,阐述得当,用语规范,文字简洁。第二版根据最新法律法规对第一版的内容进行了全面修订。

本书适合大专院校的师生,科研机构、法律实务部门的工作人员,对法律、法学有兴趣的其他读者。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法律基础 / 高其才主编. -- 2 版 -- 北京:清华大学出版社, 2011. 8

(清华大学法学系列教材 / 王保树主编)

ISBN 978-7-302-26451-4

I. ①法… II. ①高… 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(2011)第 165844 号

责任编辑:方 洁

责任校对:宋玉莲

责任印制:王秀菊

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京密云胶印厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:18.25 插 页:2 字 数:391 千字

版 次:2011 年 8 月第 2 版 印 次:2011 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:32.00 元



目 录

绪论：法学基本理论	1
第一章 当代中国社会主义法律制度概论	12
第一节 依法治国，建设社会主义法治国家	12
第二节 当代中国的法律制定	14
第三节 当代中国的法律实施	16
第二章 中国宪法	20
第一节 中国宪法概述	20
第二节 国家的基本制度	22
第三节 公民的基本权利	25
第四节 国家机构	26
第五节 宪法的实施及其保障	31
第三章 中国行政法律制度	33
第一节 行政法律制度概述	33
第二节 行政组织法律制度	36
第三节 行政行为法律制度	41
第四节 行政监督法律制度	52
第四章 中国民事法律制度	59
第一节 民事法律制度概述	59
第二节 民法的基本制度	61
第三节 物权法律制度	71
第四节 债权法律制度	79
第五节 人身权法律制度	85



第六节	知识产权法律制度	89
第七节	婚姻家庭继承法律制度	92
第八节	侵权责任法律制度	97
第五章	中国商事法律制度	106
第一节	商事法律制度概述	106
第二节	公司法律制度	111
第三节	证券法律制度	124
第四节	票据法律制度	131
第五节	保险法律制度	135
第六节	破产法律制度	140
第六章	中国经济法律制度	145
第一节	经济法律制度概述	145
第二节	反不正当竞争与反垄断法律制度	146
第三节	广告法律制度	150
第四节	产品质量法律制度	151
第五节	消费者权益保护法律制度	155
第六节	会计与审计法律制度	160
第七节	价格法律制度	162
第八节	财政税收法律制度	165
第九节	银行法律制度	170
第七章	中国自然资源和环境保护法律制度	173
第一节	自然资源和环境保护法律制度概述	173
第二节	自然资源法律制度	174
第三节	环境保护法律制度	183
第八章	中国劳动与社会保障法律制度	192
第一节	劳动与社会保障法律制度概述	192
第二节	劳动法律制度	193
第三节	社会保障法律制度	204
第九章	中国刑事法律制度	209
第一节	刑事法律制度概述	209
第二节	刑法关于犯罪的一般规定	212
第三节	刑法关于犯罪的具体规定	220



第四节 刑法关于刑罚的一般规定	227
第十章 中国诉讼法律制度	233
第一节 诉讼法律制度概述	233
第二节 民事诉讼法律制度	237
第三节 行政诉讼法律制度	247
第四节 刑事诉讼法律制度	250
第十一章 国际法律制度	258
第一节 国际法概论	258
第二节 海洋与空气空间和外层空间法	265
第三节 条约与外交机构	268
第十二章 国际私法制度	275
第一节 国际私法序论	275
第二节 国际私法总论	279
第三节 国际私法各论	282
参考文献	286
后记	287
第二版后记	288

绪论：法学基本理论

一、法律概念

（一）法的词义

在中国，“法”一词涵义较为广泛。从语源上看，汉字的“法”古体为“灋”。根据我国第一部字书，由东汉文字学家许慎所著的《说文解字》中的释义，它大体有三层涵义：第一，“法”与“刑”是通用的。古代的“刑”字，含刑戮、罚罪之意，也还有“规范”的意义。第二，法者，平之如水，含有“公平”之意。第三，法含有“明断曲直”之意。同时，古代的法具有神明裁判的特点。

中国古代“法”在典章制度意义上和在哲理意义上两方面使用。“法”在典章制度意义上与“律”、“法律”、“法制”等相通解。《管子·七臣七主篇》：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”《唐律疏议·名例篇》：“律之与法，文虽有殊，其义一也。”中国古代秦汉以后的法律文件，采用过许多名称，如律、令、典、敕、格、式、科、比、例等，它们都是典章制度意义上、国法意义上的“法”。在哲理意义上，汉语的“法”，与“理”、“常”通用，指“道理”、“天理”或常行的范型和标准。《尔雅·释诂》：“法，常也。”具体而言，抽象的“天命”、“天志”、“礼”、“理”、“天理”、“法度”、“道”乃至“人情”等，都属于“法”的范畴。清末民初，由于受日本的影响，国法意义上的“法”，逐渐由“法律”一词代替。

在西文中，“法”也在典章制度意义上、国法意义上和在哲理意义上使用。有学者认为，法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理，即自然法；法律指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则，即实在法，这类法律与国家相联系，出自于国家。

在当代中国，法律一般是指由国家制定或认可，由国家强制力保证实施的，以权利义务为内容的行为规范。本书主要在国法意义上讨论法律，用“法律”表示，唯在涉及哲理意义上时用“法”表示。

（二）法的本质

法的本质指法这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系，本质掌握着可理解



的世界的核心内容。人类对法的本质的认识过程相当漫长。在历史上,思想家和法学家们曾对法律的本质问题进行过认真地思考,从不同的角度进行了探讨,提出过各种各样的法的本质学说。马克思主义法学则全面揭示了法律的本质。

1. 非马克思主义法学的观点

非马克思主义法学关于法的本质学说主要有神意论、理性论、民族精神论、规范论、社会控制论等。

神意论认为法是由神创造的,是神的理性和意志,将法的本质与神意等同划一起来。这是人类最早的关于法的本质的认识。作为西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家,托马斯·阿奎那的神学思想中就包括了当时最为系统的神学法思想。阿奎那将法分为四种:永恒法即上帝的法律,是最高的法律;自然法是沟通上帝和人的桥梁,其首要原则是“行善避恶”;神法是上帝通过《圣经》所赋予的法律,用以补充比较抽象的自然法;人定法,通常包括世俗统治者制定的法律。在阿奎那看来,法律是种种有关公共幸福事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。对于“公共幸福”、“合理”等,他都作了神学上的解释。在他看来,上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。

理性论为西方自然法学派的观点,这一学说在西方具有很大影响。在批判神意论的基础上,它把法理解为一种理想、一种价值、一种道德,认为存在着一种高于实在法、并指导实在法的普遍原则,即自然法,宇宙运行不变之自然法则。罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗,在西方法思想上首先比较系统地提出了自然法的学说。他在《国家篇》中指出,“真正的法律是和自然一致的正当理性,它是普遍适用的、不变的和永恒的,它命令人尽本分,禁止人们为非作歹”;自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在;它对整个人类,不分国家、不分时期都普遍有效,任何人都不得违反、改变或取消这种法律;所有残暴的法令根本不能称为法律,而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。他相信自然理性是宇宙的主宰力量,认为法的本质是正义。

在近代,自然法观念发展到高峰,17、18世纪的古典自然法派是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。主要代表人物有荷兰的格劳秀斯,英国的霍布斯、洛克,法国的孟德斯鸠、卢梭,德国的普芬道夫;意大利的贝卡利亚等。他们从人的理性出发,认为存在一个“自然状态”,在这一状态下人们享有由自然法保障的天赋自然权利,国家是人们通过社会契约建立的;自然法体现了永恒的正义。他们认为自然法代表人类的理性或本性,是最高的法律。自然法是“真正理性的命令”,连上帝也要受它的支配,是永恒的。法是以普通的人性为基础的,因而法是全体人民的共同意志而且同样适用于每一个社会成员,因而每个人不论其阶级地位、财富状况、社会地位等,在法律上都是平等的,都有同样的自由、权利。古典自然法学为美国《独立宣言》、法国《人权宣言》以及近代资产阶级民主、法治理论提供了理论基础。

民族精神论首先在 19 世纪的德国兴起。当时德国半封建的君主专制在政治上处于分裂状态,为实现国家和法律的统一,海德堡大学教授蒂鲍于 1814 年提出了制定统一民法典的建议,但遭到了萨维尼等人的坚决反对。萨维尼等认为古典自然法学派所谓体现人类理性的自然法仅仅是一种假设,不能说明法律的渊源和本质,这种观点只能是幻想;法律像语言、风俗、政制一样,具有民族特性,是“民族精神”的体现,它“随着民族的成长而成长,民族的壮大而壮大,当这一民族丧失其个性时即趋于消逝”;一个民族的法律制度,就像艺术和音乐一样,是其文化的自然体现,在民族内部力量推动下形成的,只有“民族精神”或“民族意识”才是实在法的真正创造者;每个民族的共同信念才是法律的真正渊源。在萨维尼看来,法律主要体现为习惯法,习惯法是法律的真正基础,因为习惯法最能体现“民族精神”,它是最有生命力的,其地位远超过立法;而且德国当时也无能力制定更好的法典。

规范论为分析实证主义法学的观点。这一学说曾长期在英国法学界占统治地位,始人为英国法学家奥斯丁。英国资产阶级革命是以妥协告终的,这种革命的不彻底性在法律方面的直接后果,是旧的诉讼程序被继续运用,封建法律被虔诚地保存下来,这使得当时英国的法律显得杂乱无章,重叠牵制,互相矛盾。但奥斯丁认为,造成英国法律混乱状态的原因,并不在于法律的历史传统,而是因为混乱而散漫的思想方法,尤其是因为古典自然法学说的传播。因此他给自己规定的任务,是把法律和法学从自然法学说中解放出来,通过对法律的逻辑分析,提供一套共同的原则、概念和特征,明确它们彼此之间的逻辑关系,形成有条理的法律体系,以完善资产阶级法制,提高统治效能。奥斯丁认为,法学的对象仅限于实在法,“实际上是这样的法律,”通过对实在法的分析找出它们共同的原则,而这些共同原则实际上都建立在功利的基础之上;法律或严格意义上的法律,是命令,是以制裁作为保证的一种命令,是政治优势者的命令(“我们所说的优势者,是指他们在社会地位、财富和品德等方面优越于其他人”)。他强调,法律和道德是无关的,至少没有必然的联系,一个不道德、不正义的法,只要是合法地制定的,就应该认为具有法律效力,即“恶法亦法”。

社会控制论以社会学理论和方法研究法律现象,认为法律作为社会控制的工具,注重探讨法律在社会中的实际运作。它研究法律与其他社会因素的相互作用,特别是要研究法律的社会目的和社会效果。为说明资产阶级法律的变化,从理论上指导资产阶级法律制度的完善,社会法学派逐步形成。法国的狄骥通过把法律与“社会连带关系”联系起来,进而说明法的本质问题。美国的庞德主张从社会控制论着手,站到一个更高的层次来理解法的概念,认为法是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。在他看来,在人类本性中存在着与人的社会性相对应的自我扩张的本性,尽管个人也往往对它采取摒弃的态度,但不能排除它潜在的存在和以不同方式、不同程度地被激发出来,这就需要一种强有力的控制工具



存在,在现代社会,只有法律才能完成这个任务。法律通过对人们自我扩张的本性的控制来保证和实现社会利益。庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益;20世纪的法律是法律社会化的阶段。

2. 马克思主义的观点

马克思主义的法律本质学说认为:法律的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反它们都根源于物质的生活关系。

马克思主义认为,由于根本利益的不同,在阶级对立的社会里不能形成统一的全社会意志,而只有统治阶级意志才能上升为国家意志。法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势,有必要也有可能将本阶级的意志上升为国家意志,然后体现为国家的法律。法律体现的统治阶级意志具有整体性。法律体现的统治阶级意志不是统治阶级内部成员意志的简单相加,也不是少数人的任性,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。

马克思主义法学强调,法律体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。在一定情况下,法律的内容规定不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。这包括:①法律的内容规定对全社会都有利,不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益(如各种技术法规)。②在阶级斗争激烈对抗的条件下,统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾,把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内,而在立法中对被统治阶级作出一定的让步,规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容,例如,资产阶级法律中也往往有一些保护劳动人民利益的条款,诸如限制劳动时间、劳动保护、最低工资、失业救济、罢工自由等。这些条款是劳动人民同统治阶级进行长期斗争所取得的成果。从这个意义上,我们可以说法律具有共同性,是社会管理的手段。但从本质上看,这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的,它仅具有局部的意义,并不能改变一国法律的整体性质。

马克思主义法学同时指出:不仅统治阶级意志的内容,而且包括法律本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。这里的所谓“社会物质生活条件”,是指人类社会包括地理环境、人口、物质资料的生产方式诸方面,其中主要指统治阶级赖以建立其政治统治的经济基础。从根本上说,法律决定于一定的经济关系(经济基础),法律的产生、变更和消灭都取决于一定的经济关系(基础)的产生、变更和消灭。这也意味着,法律不是统治阶级任性和专横的表现,它不应当违背客观历史条件,违背客观规律。所以,马克思说:只有毫无历史知识的人才不知道,君主们在任何时候,都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令,无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记

载经济关系的要求而已。因而，法律具有物质制约性、客观性、规律性。

（三）法律特征

法律的特征，是法律区别于其他社会规范的征象和标志。任何事物的特征都是在与其他事物的比较中表现出来的。通过认识法律的特征，把握法律外部的特殊性，有助于我们理解法律的性质、作用，认识法律的自身规律。马克思主义法学认为，法律具有规范性、国家意志性、权利义务统一性、国家强制性。

1. 法律是调整人们行为或社会关系的规范，具有规范性

法律是一种规范，是对人们行为的标准和模式。法律不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

作为社会规范，法律具有规范性。法律规范性，是指法律为人们行为提供了一个模式、标准、方向。它表现在：法律规范规定了人们的一般行为模式，从而为人们的相互行为提供一个模型、标准或方向，法律所规定的行为模式包括三种：①人们可以怎样行为（可为模式）；②人们不得怎样行为（勿为模式）；③人们应当或必须怎样行为（应为模式）。同时，法律具有概括性，法律的规定抽象，它的对象是一般的人，而不是特定的人，它是反复适用的而不是仅仅适用一次。

2. 法律出自于国家，是由国家制定和认可的，具有国家意志性

法律是一种特殊的社会规范，是因为法律是由国家制定和认可的，体现了国家意志。没有国家，就不可能有法律。国家的存在是法律存在的前提条件。

国家造法的方式主要有：①制定。制定是立法机关或立法机关授权的机关创制法律的行为。通过这种方式产生的法律，称为制定法，即具有一定文字表现形式的规范性文件，如中国的各种法律（《宪法》、《刑法》、《民法通则》）就属于此类。②认可。认可是指国家立法机关或立法机关授权的机关赋予社会上已有的某种行为规范以法律效力。通过这种方式产生的法律，一般称为习惯法，如经过国家认可的宗族规约、村规民约、行会行业规范等。

法律由国家制定和认可，具有国家意志性。同时，法律具有普遍性，法律在国家主权所及范围内普遍有效，具有普遍约束力。法律的效力对象具有广泛性。

3. 法律规定了人们的权利义务，具有权利义务统一性

法律的要素以法律规范为主，而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务。法律既规定了权利，也规定了义务；法律既规定了公民、法人的权利、义务，也规定了国家、国家机构、国家机构工作人员的权利、义务（职权、职责）。法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的，法律的内容主要表现为权利和义务。

从一般意义上说，权利表征利益，义务表征负担，法律通过规定权利义务对社会资源

进行分配,对各种利益关系进行调整,因而具有利导性(利益导向性)。通过法律的规定,影响人们的动机和行为,从而调整社会关系。

4. 法律由国家强制力保证实施,具有国家强制性

法律是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的,因而具有国家强制性。由于法律调整利益冲突双方的关系,因此自然会引起一方的抵制或反对;同时,法律有可能招致人们的破坏,违法犯罪现象也就不可避免。法律要对侵犯他人权利方作出否定性反应,必须以强制力为后盾。对违法犯罪行为的制裁,靠任何个人的力量或社会舆论,是不可能有保障的,而必须通过国家强制力才能得以实现。法律具有国家强制性主要是一种威慑,具有间接性和潜在性。国家的强制力是法律实施的最后的保障手段。国家强制力也不是保证法律实施的唯一力量。

法律具有国家强制性还意味着法律具有程序性。国家强制力并不等于纯粹的暴力。国家运用强制力保证法律的实施,也必须依法进行,应受法律规范的约束。国家强制力是有一定限度的,而不是无限的,必须根据法定程序进行。近现代法律更对法律的程序标准加以正当化,使法律实施的方式更科学、更富有理性和公正性。

二、法律作用

法律对社会进行权威的、有效的资源分配、财富分配,通过权利义务的规定,从而实现社会控制,进行社会调整,实现社会动态平衡和有序发展。在解决社会资源有限和人的欲望无限的矛盾方面,法律具有越来越重要的作用。法律在保障个人自由、构建社会秩序、实现社会正义方面起着主要作用。法律通过对个人行为自由与行为限制的界定,实现个体自然性与社会性的最优化统一。

(一) 法律作用的含义

法律作用是指法律对人们的行为、社会生活和社会关系发生的积极或消极的影响。法律作用与法律特征和本质密切联系,是法律特征和本质的体现。法律作用与国家权力也有密切联系。因为,法律是一种国家意志的体现,是国家权力规范化的标志。实现法律作用的过程总是与运用国家权力联系在一起,因此,法律作用是国家权力运行和国家意志实现的具体表现,法律作用是掌握政权者的意志影响社会生活的体现。

法律作用可以分为正作用、负作用或者积极作用、消极作用。这是法律实际作用的两种倾向或后果。正作用表明法律满足了主体的某种需要或达到预期目标;负作用表明法律未满足主体需求或预期目标,并对主体造成了损害。如统治者欲用严刑巩固统治,结果却带来社会普遍不满而有损其统治的合法性;立法者欲用法律促进生产,结果反而适得其反。

对法律作用进行评价非常复杂,受许多因素的影响:①主体价值观的干扰:如统治者



从巩固统治出发而剥夺公民权利的立法,在统治者看来这是为了有利于统治,为正作用;在被统治者观之,则这使他们丧失了权利,为负作用。②同一法律有不同的社会作用,其中普遍作用满足了主体需要,而另一些作用却正相反。如破产法解决了破产而产生的债权债务问题,同时却可能带来失业问题。③预期目标的不相容性,各个目标有时会相互抵触。通常采用的评价标准有统治秩序标准、生产力标准和社会整体文明标准(既包括生产力标准,也包括人权保障、社会结构合理化等)。

(二) 法律的规范作用和社会作用

法律作用可以分为规范作用与社会作用两类。法律的规范作用是基于法律的规范性特性进行考察的,法律的社会作用是基于法律的本质、目的和实效进行分析的。法律的这两种作用之间的关系,是手段和目的的关系,法律的规范作用是手段,法律的社会作用是目的。

1. 法律的规范作用

法律的规范作用是法律自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响。故此,在法理学上,也有人把法律的规范作用称为“法律的功能”。法律的规范作用根据其作用的具体对象、主体范围和方式的不同,可以分为指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用等。①指引作用。法律的指引作用表现为,法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式,指引人们可以这样行为、必须这样行为或不得这样行为,从而对行为者本人的行为产生影响。②评价作用。法律的评价作用表现在,法律对人们的行为是否合法或违法及其程度,具有判断、衡量的作用。③预测作用。法律的预测作用表现在,人们可以根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果,从而对自己的行为作出合理的安排。④强制作用。法律的强制作用表现在,法律为保障自己得以充分实现,运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。这种作用的对象是违法犯罪者的行为。⑤教育作用。法律的教育作用表现在,通过法律的实施,法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。这种作用的对象是社会一般成员的行为。

2. 法律的社会作用

法律的社会作用是法律为实现一定的社会目的(尤其是维护一定阶级的社会关系和社会秩序)而发挥的作用。如果说,法律的规范作用是从法律自身来分析法律的作用,那么法律的社会作用则是从法律的目的和本质的角度来考察法律的作用问题的。法律的社会作用的基本方式有确认、调节、制约、引导、制裁等。

从马克思主义法学观点看,在阶级对立的社会中,法律的社会作用大体上表现在两个主要方面:①法律在维护阶级统治方面的作用。法律的阶级统治作用是指法律在经济统治、政治统治、思想统治等方面的作用。马克思主义法学指出,法律在维护阶级统治方面的作用表现在许多方面:调整统治阶级与被统治阶级之间的关系,调整统治阶级与其



同盟者之间的关系,调整统治阶级内部的关系。②法律在执行社会公共事务方面的作用。社会公共事务是相对于纯粹的政治活动而言的一类社会活动。其特征是:这些事务的直接目的并不表现为维护政治统治,而在客观上对全社会的一切成员均有利,具有“公益性”。法律在执行社会公共事务上的作用具体表现在这样一些方面:维护人类社会的基本生活条件;维护生产和交换条件,即通过立法和实施法律来维护生产管理、保障基本劳动条件、调节各种交易行为等;促进公共设施建设,组织社会化大生产;确认和执行技术规范;促进教育、科学和文化事业。

法律在维护阶级统治方面的作用和法律在执行社会公共事务方面的作用在不同的时代、国家会发生变化。如在阶级关系对立或对抗社会,法律主要侧重于统治作用。在阶级关系缓和或明显非对抗社会,法律主要侧重于管理作用。

(三) 正确认识法律作用

在认识法律作用时,我们应当辩证地进行认识,必须注意“两点论”:对法律的作用既不能夸大,也不能轻视;既要认识到法律不是无用的,又要认识到法律不是万能的;既要反对“法律无用论”,又要防止“法律万能论”。

1. 法律作用的重要性

在法治社会中,法律作用是不容低估的,法律以其独特的方式对人类生活产生着重要的影响:首先,自从有了国家之后,法律在人类社会中所扮演的角色愈来愈重要,逐渐代替了宗教、道德、习俗等社会规范在调整人们的行为和社会关系中原有的影响力,成为最主要的社会调整手段。其次,法律是社会运动和发展的最重要的稳定和平衡的工具,它以其稳定性和可预测性为激变的社会生活确立相对稳固的规范基础。若没有法律,社会生活的变化将变得更无章可循。再次,法律具有其他社会规范所不具有的优点,例如它的国家强制性、权威性、公开性、程序性等,都不是其他社会规范可以取而代之的,若废法而弃之,则重建社会基本结构和秩序,不仅需要付出更大的成本,而且还可能产生难以预料的社会后果。重视法律的作用不仅是一个理论问题,而且是所有的人(包括治国者和普通民众)均须重视的一个实践问题。特别在我们中国这样一个历史传统和现实状况的社会里,更应该强调法律在社会生活中的重要地位,突出依法治国的必要性。

2. 法律作用的有限性

但是,我们也应该清醒地认识到,法律有其固有的弱点,法律并非无所不能,它也有其有限性。法律作用的这种有限性主要表现在以下几个方面:①法律仅涉及人的外部行为,而不能涉及人的思想。法律作用的范围不是无限的,而是有限的。②法律是众多社会规范、社会调整手段中的一种。法律是调整社会关系的重要手段,但不是唯一的手段。③法律因自身特点而产生的有限性。第一,法律具有保守性,总体上落后于社会生活实际。第二,法律具有概括性,它不能在一切问题上都做到天衣无缝、缜密周延,也不能处

处做到个别正义。第三,法律具有稳定性、普遍性,而社会生活却是具体的、多变的。第四,法律是讲究程序的规范,缺乏对社会事件的及时应对和处理。法律救济程序启动的被动性导致的权利保障的限制。第五,冲突的利益不能两全,使法律不能保护所有利益。个人自由与社会利益冲突时,法律也有可能不能保护少数人的利益,可能牺牲较小的利益,甚至可能牺牲个人自由。④人的因素的影响。荀子曾经说过:“法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。”人的认识水平会限制法律作用的发挥。法律是规范,不是规律本身,它总是体现着人的意志的。立法者、执法者的能力和素质也会影响法律作用的实现。⑤法律作用的实际发挥,还有赖于其他社会因素的配合。经济发展、政治、文化、传统、教育等社会因素对法律作用的发挥有重要影响。

因此,在现实生活中,我们不能指望靠法律解决我们所有的问题,能够百分之百地实现我们的愿望。对法律寄予过高的期望,反而对法律的成长和发展是不利的。

三、法律发展

(一) 法律起源

作为一种社会历史现象,法律是人类社会发展到一定阶段的产物,它是在一定条件下产生和发展的,有其自身的起源、发展的规律。

从古到今,许多思想家、法学家对法律起源问题进行了探讨,提出了关于法律起源的各种学说,主要的有:

(1) 神创说。这一学说认为法是人格化的超人类力量的创造物,各种各样的神为人类创造法。

(2) 暴力说。这一学说认为法律是暴力斗争的结果,是暴力统治的产物。

(3) 契约说。人类在进入政治社会之前处于自然状态,后来为了安全,为了生产发展,为了社会安定和发展等原因,人们相互间缔结契约,通过缔结契约人们放弃、让与部分自然权利,组成政府,最初的契约就是法律。17、18世纪的古典自然法学者大部分都持此说。

(4) 发展说。具体包括两种:①人的能力发展说。随着社会的进化,人的能力有了发展,财富有了增加,社会关系开始复杂,因而需要法。②精神发展说。黑格尔就认为绝对精神在自然界产生之前就已存在,绝对精神发展到自然界阶段,才有了人类、人类精神的发展产生法。民族精神论者提出法来自民族的精神或历史传统。

(5) 合理管理说。许多法社会学者持此说,如当代美国法社会学家塞尔茨尼克认为,一个群体的法律秩序,是基于合理性管理的需要而发展起来的。

马克思主义认为,法律不是从来就有的,也不是永恒存在的,而是人类社会发展到一定历史阶段才出现的社会现象。法律是随着生产力的发展、社会经济的发展,私有制和阶

级的产生、国家出现而产生的,经历了一个长期的渐进的过程。特殊公共权力系统即国家的产生、权利和义务观念的形成和法律诉讼和司法的出现是法律产生的主要标志。法律的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法律调整的发展过程;法律的产生经历了习惯到习惯法、再由习惯法到制定法的发展过程;法律的产生经过了法律与宗教规范、道德规范的浑然一体到法律与宗教规范、道德规范的分化、法律的相对独立的发展过程。

(二) 法律发展

法律发展是指一定历史时期内与社会发展相适应的法律进步。法律发展的根本动力在于一个社会的进化和发展;法律发展的外在推动也是不可忽视的因素。

法律历史类型的更替是法律发展中的剧变和革命,法律继承、法律移植和法制改革是特定历史类型的法律制度的进步和自我完善。

法律历史类型是按照法律所据以产生和赖以存在的经济基础的性质和体现的阶级意志的不同,对人类社会的法律所作的分类。凡是建立在相同经济基础之上、反映相同阶级意志的法律,就属于同一历史类型。划分法律的历史类型,有助于认识和揭示法律的阶级本质及其发展变化的历史规律。

与人类进入阶级社会后的社会形态的划分相一致,人类社会存在四种历史类型的法律,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种法是以私有制为基础的剥削阶级社会的法律,体现少数剥削者的利益和意志,通称为剥削阶级类型的法律。社会主义法体现工人阶级领导的人民群众的意志,是新的、最高历史类型的法律。

在人类社会的发展过程中,并不是每一个国家、民族的法都一定经过法律的这四种历史类型。但法律的历史发展的总体过程表明,从奴隶制法到封建制法,继而发展为资本主义法和社会主义法,是法律历史发展的一般规律。随着人类社会的发展,法律历史类型也由低级类型的法向高级类型的法律依次更替。

法律历史类型的更替,是不依人的意志为转移的历史的必然,社会基本矛盾(生产力同生产关系、经济基础同上层建筑的矛盾)的运动是法律历史类型更替的根本原因。但是,这种更替不是自发进行的,而是必须通过阶级斗争和社会革命来实现的。

法律继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,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。法律继承是客观存在的,法律就是在继承中发展的。法律作为文化现象,其发展表现为文化积累过程,其继承是不可避免的。法律的阶级性并不排斥法律的继承性。

法律继承的内容是十分广泛的,主要有:法律术语、技术、形式;有关社会公共事务的法律规定;反映市场经济规律的法律原则和规范;反映法的一般价值的原则等。

法律移植是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国



法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。法律继承体现时间上的先后关系,法律移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴。法律移植的范围除了外国的法律外,还包括国际法律和惯例。法律移植以供体(被移植的法)和受体(接受移植的法)之间存在着共同性,即受同一规律的支配、互不排斥,可互相吸纳为前提的。

法律移植是一项十分复杂的工作,要避免不加选择地盲目移植,应选择优秀的、适合本国国情和需要的法律进行移植,注意国外法与本国法之间的同构性和兼容性,注意法律体系的系统性,同时法律移植还要有适当的超前性。