

金融法律基础知识系列教材

# 银行法律基础知识

JIN RONG FA LU JI CHU ZHI SHI

YIN HANG FA LU JI CHU ZHI SHI

孙国华 冯玉军 主编

XI LIE JIAO CAI

 中国金融出版社

金融法律基础知识系列教材

# 银行法律基础知识

孙国华 冯玉军 主编

 中国金融出版社

责任编辑：王 健

责任校对：潘 洁

责任印制：丁淮宾

## 图书在版编目 (CIP) 数据

银行法律基础知识/孙国华 冯玉军主编. —北京：中国金融出版社，2004.10

(金融法律基础知识系列教材)

ISBN 7-5049-2995-6

I. 银… II. ①孙… ②冯… III. 银行法—中国—教材  
IV. D922.281

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 098774 号

出版

发行

**中国金融出版社**

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010)63286832 (010)63287107 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com> (010)63365686

读者服务部 (010)66070833 (010)82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 保利达印刷有限公司

尺寸 169 毫米 × 239 毫米

印张 29

字数 580 千

版次 2004 年 11 月第 1 版

印次 2004 年 11 月第 1 次印刷

印数 1—3090

定价 48.00 元

如出现印装错误本社负责调换

# 目 录

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 第一章 导论 .....               | 1  |
| 【知识定位】 .....               | 1  |
| 【知识要点】 .....               | 1  |
| 第一节 法学基本原理 .....           | 1  |
| 一、法的概念 .....               | 1  |
| 二、法的渊源及效力 .....            | 4  |
| 三、法的制定 .....               | 6  |
| 四、法的实施 .....               | 8  |
| 五、法律解释和适用法律应注意的几个问题 .....  | 10 |
| 六、法律责任 .....               | 12 |
| 第二节 中国特色社会主义法律体系和金融法 ..... | 14 |
| 一、中国特色社会主义法律体系概述 .....     | 14 |
| 二、金融法的概念与调整对象 .....        | 17 |
| 三、我国的金融法体系 .....           | 18 |
| 四、我国金融法的渊源 .....           | 19 |
| 五、中国的金融体制改革 .....          | 22 |
| 第三节 西方国家金融体制与金融立法 .....    | 25 |
| 一、美国 .....                 | 25 |
| 二、英国 .....                 | 26 |
| 三、日本 .....                 | 27 |
| 四、德国 .....                 | 28 |
| 【参考文献】 .....               | 28 |
| 第二章 中央银行法律制度 .....         | 29 |
| 【知识定位】 .....               | 29 |
| 【主要法律法规】 .....             | 29 |
| 【知识要点】 .....               | 30 |
| 第一节 中国人民银行的法律地位与职责 .....   | 30 |

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 一、中国人民银行的性质和法律地位 .....          | 30 |
| 二、中国人民银行的法律责任 .....             | 32 |
| 第二节 中国人民银行的组织机构与行政权限 .....      | 34 |
| 一、领导机构和货币委员会 .....              | 34 |
| 二、相关机构设置及其职责 .....              | 36 |
| 三、中国人民银行工作人员 .....              | 39 |
| 四、中国人民银行的行政权限 .....             | 40 |
| 第三节 履行货币政策职能的规定 .....           | 48 |
| 一、中国人民银行的货币政策目标 .....           | 48 |
| 二、货币政策工具及运用 .....               | 49 |
| 第四节 人民币发行和流通管理的规定 .....         | 53 |
| 一、人民币的发行管理 .....                | 53 |
| 二、人民币的流通管理 .....                | 55 |
| 第五节 中国人民银行履行服务职能的规定 .....       | 58 |
| 一、经理国库 .....                    | 59 |
| 二、清算服务 .....                    | 59 |
| 三、法律禁止中国人民银行从事的业务 .....         | 60 |
| 第六节 外汇管理 .....                  | 62 |
| 一、结汇、售汇及付汇管理 .....              | 62 |
| 二、外汇账户管理 .....                  | 63 |
| 三、经常项目下外汇管理 .....               | 67 |
| 四、资本项目下外汇管理 .....               | 68 |
| 五、国际收支统计申报管理 .....              | 72 |
| 六、外汇市场和人民币汇率管理 .....            | 74 |
| 七、违反外汇管理行为的处罚与法律适用 .....        | 76 |
| 第七节 财务会计与法律责任 .....             | 80 |
| 一、中国人民银行的财务会计制度 .....           | 80 |
| 二、《中华人民共和国中国人民银行法》规定的法律责任 ..... | 81 |
| 【参考文献】 .....                    | 84 |
| <br>第三章 商业银行法 .....             | 85 |
| 【知识定位】 .....                    | 85 |
| 【主要法律法规】 .....                  | 85 |
| 【知识要点】 .....                    | 86 |
| 第一节 商业银行和商业银行法概述 .....          | 86 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 一、商业银行的概念和性质 .....           | 86  |
| 二、商业银行法的概念和性质 .....          | 88  |
| 三、商业银行法的指导思想、立法目的和调整范围 ..... | 90  |
| 第二节 商业银行组织法 .....            | 92  |
| 一、概述 .....                   | 92  |
| 二、商业银行的组织形式 .....            | 94  |
| 三、商业银行的组织机构 .....            | 95  |
| 第三节 商业银行的设立与变更 .....         | 97  |
| 一、商业银行的设立 .....              | 97  |
| 二、商业银行的变更 .....              | 100 |
| 第四节 商业银行业务法 .....            | 102 |
| 一、商业银行的经营原则 .....            | 102 |
| 二、商业银行的业务范围 .....            | 105 |
| 第五节 商业银行财务管理规定 .....         | 120 |
| 一、商业银行财务会计制度的基本准则 .....      | 120 |
| 二、商业银行会计报表的种类、编报及保存 .....    | 120 |
| 三、呆账准备金的提取与核销 .....          | 122 |
| 四、商业银行的会计年度与经营业绩审计 .....     | 123 |
| 第六节 对商业银行的监督管理 .....         | 123 |
| 一、商业银行的内部监督管理 .....          | 123 |
| 二、商业银行的外部监督管理 .....          | 124 |
| 第七节 商业银行的接管和终止 .....         | 124 |
| 一、商业银行的接管 .....              | 124 |
| 二、商业银行的终止 .....              | 125 |
| 第八节 商业银行的法律责任 .....          | 128 |
| 一、商业银行的责任 .....              | 128 |
| 二、商业银行工作人员的责任 .....          | 130 |
| 三、其他单位和个人的责任 .....           | 131 |
| 四、对商业银行行政处罚的救济 .....         | 131 |
| 【案例解析】 .....                 | 131 |
| 【参考文献】 .....                 | 141 |
| <br>第四章 政策性银行法律制度 .....      | 142 |
| 【知识定位】 .....                 | 142 |
| 【主要法律法规】 .....               | 142 |

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 【知识要点】 .....              | 142 |
| 第一节 政策性银行概述 .....         | 142 |
| 一、政策性银行的概念及其法律特征 .....    | 142 |
| 二、政策性银行的职能 .....          | 144 |
| 三、政策性银行法的性质及其意义 .....     | 146 |
| 第二节 政策性银行组织法 .....        | 147 |
| 一、政策性银行的法律形式和法律地位 .....   | 147 |
| 二、政策性银行的组织体制 .....        | 149 |
| 第三节 政策性银行业务法 .....        | 152 |
| 一、政策性银行业务的基本原则 .....      | 152 |
| 二、国家开发银行的业务 .....         | 152 |
| 三、中国农业发展银行的业务 .....       | 157 |
| 四、中国进出口银行的业务 .....        | 161 |
| 第四节 政策性银行财务管理规定 .....     | 168 |
| 一、政策性银行财务制度的基本原则 .....    | 168 |
| 二、政策性银行的资本金和资金筹集 .....    | 169 |
| 三、政策性银行的资金运用 .....        | 169 |
| 四、政策性银行的财务计划的申报与审批 .....  | 170 |
| 五、政策性银行重要事项的申报与审批制度 ..... | 171 |
| 六、政策性银行财务收支的核算及管理 .....   | 172 |
| 七、利差补贴、利润及分配 .....        | 172 |
| 八、对政策性银行的考核、监督与处罚 .....   | 173 |
| 【案例解析】 .....              | 175 |
| 【参考文献】 .....              | 176 |
| <br>第五章 非银行金融机构法律制度 ..... | 178 |
| 【知识定位】 .....              | 178 |
| 【主要法律法规】 .....            | 178 |
| 【知识要点】 .....              | 179 |
| 第一节 非银行金融机构概述 .....       | 179 |
| 一、非银行金融机构的概念与分类 .....     | 179 |
| 二、非银行金融机构管理法 .....        | 180 |
| 三、非银行金融机构的设立与管理 .....     | 180 |
| 四、非银行金融机构的变更和终止 .....     | 183 |
| 第二节 金融信托法律制度 .....        | 184 |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 一、信托投资公司的概念及沿革 .....              | 184 |
| 二、信托投资机构的设立、变更和终止 .....           | 185 |
| 三、信托投资机构的经营范围 .....               | 186 |
| 四、信托公司的经营规则 .....                 | 188 |
| 五、对信托投资公司的监督管理与自律 .....           | 193 |
| 六、罚则 .....                        | 194 |
| 第三节 信用社法律制度 .....                 | 195 |
| 一、农村信用合作社 .....                   | 195 |
| 二、城市信用社 .....                     | 200 |
| 第四节 邮政储蓄法律制度 .....                | 208 |
| 第五节 融资租赁法律制度 .....                | 209 |
| 一、金融租赁公司的地位、机构设立的条件和程序 .....      | 210 |
| 二、金融租赁公司的变更 .....                 | 212 |
| 三、金融租赁公司的业务范围 .....               | 212 |
| 四、对金融租赁公司业务、财务的监督管理 .....         | 213 |
| 五、金融租赁公司的整顿、接管及终止 .....           | 214 |
| 第六节 财务公司法律制度 .....                | 216 |
| 一、企业集团财务公司 .....                  | 217 |
| 二、独资财务公司和中外合资财务公司 .....           | 218 |
| 【案例解析】 .....                      | 226 |
| 【参考文献】 .....                      | 232 |
| <br>第六章 银行业监管法律制度 .....           | 233 |
| 【知识定位】 .....                      | 233 |
| 【主要法律法规】 .....                    | 233 |
| 【知识要点】 .....                      | 234 |
| 第一节 银行业监督管理概述 .....               | 234 |
| 一、我国银行业监督管理发展简史 .....             | 234 |
| 二、监管主体——中国银行业监督管理委员会 .....        | 237 |
| 三、监管对象——银行业金融机构 .....             | 238 |
| 第二节 银监会的监督管理职责与管理措施 .....         | 240 |
| 一、一般监管职责 .....                    | 240 |
| 二、监督银行业金融机构审慎经营职责 .....           | 248 |
| 三、建立银行业金融机构监管评级体系和风险预警机制的职责 ..... | 250 |
| 四、遵守对有关事项的审批期限 .....              | 250 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 五、与中国人民银行的相互协作 .....            | 250 |
| 六、银监会的监督管理措施 .....              | 251 |
| 第三节 中资银行监管法律制度 .....            | 252 |
| 一、风险监管 .....                    | 253 |
| 二、合规监管 .....                    | 264 |
| 第四节 外资银行监管法律制度 .....            | 272 |
| 一、外资金融机构的种类、市场准入及业务范围 .....     | 272 |
| 二、境外金融机构投资入股中资金融机构的有关规定 .....   | 275 |
| 三、外资银行监管有关法律规定 .....            | 276 |
| 第五节 巴塞尔新资本协议与我国银行业监管立法 .....    | 280 |
| 一、新资本协议的主要内容 .....              | 281 |
| 二、巴塞尔新资本协议对我国银行业监管立法的借鉴意义 ..... | 284 |
| 【案例解析】 .....                    | 286 |
| 【参考文献】 .....                    | 287 |
| <br>第七章 金融业相关法律制度 .....         | 288 |
| 【知识定位】 .....                    | 288 |
| 【主要法律法规】 .....                  | 288 |
| 【知识要点】 .....                    | 289 |
| 第一节 金融民事主体法律制度 .....            | 289 |
| 一、民事主体资格 .....                  | 289 |
| 二、民事主体的分类 .....                 | 291 |
| 三、民事诉讼主体 .....                  | 295 |
| 四、民事主体的退出 .....                 | 296 |
| 第二节 民事行为和民事责任 .....             | 298 |
| 一、民事行为的概念和特征 .....              | 298 |
| 二、民事法律行为与意思表示 .....             | 300 |
| 三、民事法律行为的形式 .....               | 300 |
| 四、民事行为的生效和无效的、可撤销的民事行为 .....    | 301 |
| 五、民事行为的代理 .....                 | 304 |
| 六、民事责任 .....                    | 307 |
| 第三节 合同法律制度 .....                | 311 |
| 一、合同和合同法 .....                  | 311 |
| 二、合同的订立 .....                   | 314 |
| 三、合同的履行 .....                   | 317 |

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 四、合同的变更和转让 .....            | 319 |
| 五、合同的终止 .....               | 320 |
| 六、借款合同 .....                | 322 |
| 第四节 担保法律制度 .....            | 323 |
| 一、担保与担保法 .....              | 323 |
| 二、保证担保 .....                | 324 |
| 三、抵押担保 .....                | 328 |
| 四、质押担保 .....                | 331 |
| 五、留置权 .....                 | 334 |
| 六、其他担保方式 .....              | 335 |
| 第五节 票据法律制度 .....            | 336 |
| 一、票据与票据法 .....              | 336 |
| 二、票据关系和票据当事人 .....          | 337 |
| 三、票据行为和票据法上的权利 .....        | 338 |
| 四、票据的丧失和补救 .....            | 341 |
| 五、汇票、本票和支票 .....            | 342 |
| 【案例解析】 .....                | 344 |
| 【参考文献】 .....                | 346 |
| <br>第八章 金融（银行业）犯罪 .....     | 347 |
| 【知识定位】 .....                | 347 |
| 【主要法律法规】 .....              | 347 |
| 【知识要点】 .....                | 348 |
| 第一节 金融犯罪概述 .....            | 348 |
| 一、金融犯罪概念及特点 .....           | 348 |
| 二、金融犯罪认定原则 .....            | 349 |
| 第二节 金融犯罪的构成与分类 .....        | 350 |
| 一、金融犯罪构成要件 .....            | 350 |
| 二、金融犯罪分类 .....              | 354 |
| 第三节 危害货币管理的犯罪 .....         | 354 |
| 一、伪造货币罪 .....               | 354 |
| 二、银行工作人员购买假币、以假币换取货币罪 ..... | 356 |
| 三、持有、使用假币罪 .....            | 357 |
| 第四节 危害外汇管理的犯罪 .....         | 359 |
| 一、逃汇罪 .....                 | 359 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 二、洗钱罪 .....                     | 361 |
| 第五节 危害金融业务管理的犯罪 .....           | 363 |
| 一、擅自设立金融机构罪 .....               | 363 |
| 二、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪 ..... | 365 |
| 第六节 危害信贷管理的犯罪 .....             | 366 |
| 一、高利转贷罪 .....                   | 366 |
| 二、非法吸收公众存款罪 .....               | 368 |
| 三、违法向关系人发放贷款罪 .....             | 370 |
| 四、违法发放贷款罪 .....                 | 372 |
| 第七节 危害票证、结算管理的犯罪 .....          | 373 |
| 一、伪造、变造金融票证罪 .....              | 373 |
| 二、非法出具金融票证罪 .....               | 375 |
| 第八节 金融诈骗犯罪 .....                | 377 |
| 一、票据诈骗罪 .....                   | 377 |
| 二、金融凭证诈骗罪 .....                 | 378 |
| 三、信用证诈骗罪 .....                  | 380 |
| 四、信用卡诈骗罪 .....                  | 381 |
| 五、贷款诈骗罪 .....                   | 383 |
| 【参考文献】 .....                    | 386 |
| <br>第九章 港澳地区银行法律制度概述 .....      | 387 |
| 【知识定位】 .....                    | 387 |
| 【主要法律法规】 .....                  | 387 |
| 【知识要点】 .....                    | 387 |
| 第一节 香港特别行政区银行法 .....            | 387 |
| 一、货币银行法律制度 .....                | 388 |
| 二、商业银行法律制度 .....                | 390 |
| 三、银行监管法律制度 .....                | 393 |
| 第二节 澳门特别行政区银行法 .....            | 400 |
| 一、澳门银行法体系 .....                 | 400 |
| 二、货币银行法律制度 .....                | 401 |
| 三、商业银行法律制度 .....                | 404 |
| 四、银行监管法律制度 .....                | 406 |
| 五、中央和香港、澳门签订监管合作谅解备忘录 .....     | 411 |
| 【参考文献】 .....                    | 411 |

**第十章 世界贸易组织有关银行业的文件体系及主要内容** ..... 412

    【知识定位】 ..... 412

    【主要法律法规】 ..... 412

    【知识要点】 ..... 412

**第一节 《服务贸易总协定》有关银行业的基本内容** ..... 414

        一、范围和定义 ..... 415

        二、一般义务和纪律 ..... 417

        三、特定承诺 ..... 427

        四、服务贸易的逐步自由化 ..... 433

        五、制度条款 ..... 435

**第二节 世界贸易组织专门调整金融服务的法律文件** ..... 436

        一、两个金融服务附件 ..... 436

        二、《关于金融服务承诺的谅解协议》 ..... 440

        三、《金融服务协议》 ..... 443

    【参考文献】 ..... 447

**后记** ..... 448

# 第一章 导 论

本章概括地阐明了法的概念和特征、法的形式及效力、法律规范、法律渊源、法律责任以及立法、法律适用、法律解释等一系列法学范畴，以此为基础，结合中国特色社会主义法律体系的总体建构，较为详细地介绍了我国金融法律体系和法制建设的基本情况。

## 【知识定位】

1. 了解法的特征、形式及法的作用
2. 了解法的制定、解释、适用以及法律责任等法律基本原理
3. 熟悉我国法律体系的基本框架及金融法在其中的地位和作用
4. 掌握我国银行法律调整机制和基本原则
5. 了解我国银行法制建设的发展过程

## 【知识要点】

## 第一节 法学基本原理

### 一、法的概念

#### (一) 法、法律的含义

“法”是现代社会一个耳熟能详的热门词汇，是个多义词，一般皆有平、正、直的含义。我们研究的是法学所讲的“法”。什么是法学中所讲的法？它是指一个国家、一个社会人们参与国家生活、社会生活的基本规则，是一定历史时期内人们共同生活所必须遵循的普遍规范，具有政治统治、社会管理和文化传播等多重功能。它告诉人们在法律上能够做什么，应该做什么，不应该做什么；人们做了法律禁止做的事，或者没有做法律规定必须做的事要承担什么样的后果。

与同样作为社会调整工具的道德、宗教等其他社会规范以及传统习俗相比，法的基本特征是：

1. 法是一种特殊的社会规范，具有规范性、概括性和可预测性等特点；
2. 法是由国家制定或者认可的社会规范；
3. 法是规定了人们法律上的权利和义务的社会规范；
4. 法是有国家强制力保证实施的，具有普遍约束力的社会规范。

按照马克思主义的基本原理，法的本质就是由国家制定或认可并有国家强制力保证其实施的，反映着统治阶级意志的规范体系，这一意志的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的。法通过法律上规定人们相互关系中的权利和义务，确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。

法律有广义和狭义之分。广义的法律指法的整体，基本与法同义，即指由国家制定或认可并有国家强制力保证其实施的行为规范的总和，是宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章等所有规范性文件的通称。狭义的法律特指由国家最高权力机关制定和颁布的规范性文件。

在现代社会，法、法律的重心与基本目标在于尊重和保障人权，确认并保障公民的基本权利和自由，维护公民的合法权益。法律保障公民权利和利益的方式，不外两种。一种是正面明确规定公民在一定历史时期的权利和自由，如政治权利、人身权、财产权等；另一种则表现为对国家机关和公民权力和权利的限制，对侵犯他人合法权利的惩罚，对犯罪行为的打击，以及通过程序法来保障实体权利的实现。

## （二）法的分类、法系和法律规范

法的分类是指从一定角度或根据一定标准将法律规范或法律制度划分为若干不同的种类。对法进行分类可以依据不同的标准。按法所调整的社会关系和调整方法的不同，可以把法区别为不同的部门法和不同的部门群，如公法、私法、社会法。按法赖以建立的经济基础和社会阶级本质，可以划分为奴隶制法、封建制法等不同历史类型的法。按所规定内容的不同，可以分为实体法和程序法：实体法一般是指规定实体权利、义务关系（包括职权、职责关系）为内容的法，如民法、刑法、婚姻法等；程序法是以规定保证实体权利和义务实现所必需的程序为内容的法，如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、中国人民银行行政处罚程序规定等。法还有国内法和国际法之分：国内法是在一国主权范围内，由该国的国家机关制定或认可并保障其实施的法；国际法是参与国际关系的国家之间通过协议制定或认可的法律规范，通常表现为多国参与的国际条约、两个以上国家间的协议和被认可的国际惯例。

根据各国法的特点、历史传统及其源流关系，可以将法分为不同的法系。凡是具有某些共同特点和历史传统的，有着同一源流关系的法，就属于同一法系。当代世界的法系大体可以分为四大类：大陆法系（即民法法系，如法国、德国、

日本和意大利)、英美法系(即普通法系,如英国、美国、新加坡、加拿大)、亚非宗教法系和其他法系(如伊斯兰法、印度法和非洲各国法)。其中有重大影响的是大陆法系和英美法系。由于近代中国历史转型的复杂原因,中国法律受到大陆法系的影响很大。大陆法系和英美法系的主要区别是:大陆法系的法律渊源是制定法,不承认判例法,而英美法系中法院的判例是主要的法律渊源。另外,这两大法系在适用法律技术、法典编纂、法律概念等方面也有很大区别。20世纪以后,特别是第二次世界大战以来,随着国际间交流的发展,两大法系之间出现了相互接近、互相渗透、互相融合的趋势,但是由于传统的不同,它们之间的基本差别仍然存在。

法律规范是法的基本细胞。它是由国家制定或认可,具有普遍约束力的行为规则,它规定了社会关系参加者在法律上的权利和义务,并以国家强制力作为实施的保障。一个国家若干法律规范的总和,即构成该国的某一法律部分;一个国家全部法律规范的总和,即构成该国的法律体系。法律规范是一种特殊的、逻辑上周延的规范。一般来说,一个完整的法律规范在逻辑上是由“假定”、“处理”和“制裁”三个要素构成的。“假定”是指适用该规范的条件和情况,也就是说,当发生了假定设定的行为或事件时,规范就开始生效。“处理”是指规范中规定的主体的权利和义务,即关于允许做什么,要求做什么和禁止做什么的规定。“制裁”就是指违反规范的规定时行为人应当承担的法律责任以及国家将采取的强制性措施。

对法律规范可以按照不同的标准分类:

1. 按照法律规范确定的不同行为模式,可以把法律规范分为授权性规范和义务性规范。授权性规范是规定主体享有作出或不作出某种行为的权利和自由的法律规范,如继承或转让财产、在自己的作品上署名等;义务性规范又可分为命令性规范和禁止性规范。命令性规范是规定主体必须作出某种行为的法律规范,即主体必须承担积极作为的义务,如纳税的义务,服兵役的义务等;禁止性规范是规定主体不得作出某种行为的法律规范,即主体承担不作为的义务,如不得侵犯公私财产,不得泄露国家机密等。

2. 根据法律规范与个别调整的不同联系,可以把法律规范分为绝对确定性规范和相对确定性规范。绝对确定性规范是具体而详尽地规定了主体的权利、义务或法律责任及其界限,未给执法人员的个别调整留下自由裁量的“空白”的法律规范。相对确定性规范则不同,它虽然也规定了上述内容,但往往留有一定余地,允许执法者在法定幅度以内根据具体情况作出个别裁量。

3. 按照规范内容是否确定,分为非确定性规范、委任性规范和准用性规范。

4. 按照执行的是法的调整性职能(建立一定的法律秩序)还是法的保护性职能(保护已建立的法律秩序)还可以分为调整性规范和保护性规范;确认性规

范和构成性规范等。

## 二、法的渊源及效力

### (一) 法的渊源

法的渊源是指法的“形式渊源”，即法的具体表现形式。法的产生方式不同，制定机关不同，其表现形式和法律效力也不同。

我国现行法的渊源主要表现为有立法权的国家机关制定的规范性法律文件，即制定法。判例不是我国法的渊源。根据宪法和有关法律的规定，我国法的渊源有：

#### 1. 宪法

宪法是国家的根本大法，它规定了我国社会和国家的基本制度、公民的基本权利和义务、国家机关的组织 and 活动的基本原则等。我国宪法由全国人民代表大会按特殊程序制定和修改，具有最高的法律效力，是制定其他一切法律、法规的依据，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

#### 2. 法律

这就是严格意义上的即狭义的法律。法律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。其中刑事、民事以及有关国家机构等基本法律由全国人民代表大会制定，基本法律以外的其他法律由全国人民代表大会常务委员会制定。法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。

#### 3. 行政法规

行政法规是国务院根据宪法和法律的规定，在其职权范围内制定的有关国家行政管理活动的规范性文件。行政法规的效力高于地方性法规、规章。

#### 4. 部门规章

部门规章是国务院各部委、中国人民银行、审计署和具有管理职能的直属机构，根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内制定的规范性文件。部门规章一般在全国范围内有效。

#### 5. 地方性法规

地方性法规是各省、自治区、直辖市和较大的市（即省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市；下同）的人民代表大会及其常务委员会，根据本行政区域的具体情况和实际需要制定的规范性文件的总称。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。

#### 6. 地方政府规章

地方政府规章是省、直辖市人民政府和较大市的人民政府，根据法律、行政

法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定的规范性文件的总称。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

#### 7. 自治条例和单行条例

自治条例和单行条例是民族自治区、自治州、县的人民代表大会依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定的规范性文件的总称。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

#### 8. 特别行政区的法

特别行政区的法是特别行政区的国家机关在宪法和法律赋予的职权范围内制定或认可，在特别行政区内具有普遍约束力的成文法和不成文法。我国实行“一国两制”，因此特别行政区的法律渊源具有一定特殊性。对此，《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》均作出了具体规定。

#### 9. 军事法规和军事规章

中央军事委员会根据宪法和法律制定军事法规。中央军事委员会各总部、军兵种、军区，可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定军事规章。军事法规、军事规章在武装力量内部实施。

#### 10. 国际条约

我国与外国签订的具有规范性内容的国际协定以及我国批准加入的国际条约，也是我国法的渊源。

### (二) 法的效力

法的效力，是指法作为国家意志所具有的约束力和强制性。法的效力包括两方面的内容，即效力等级和效力范围。

1. 法的效力等级。法的效力等级是指一国法律体系中不同形式的法律规范在效力方面的等级差别。

确定法的效力等级差别，一般应遵循以下原则：

(1) 法的效力等级首先取决于其制定机关在国家机关体系中的地位。一般说来，制定机关的地位越高，法律规范的效力等级也越高。如，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律的效力等级要高于国务院制定的行政法规，行政法规的效力等级要高于中国人民银行制定的部门规章。

(2) 在同一机关制定的法律规范中，按照特定的、更为严格的程序制定的法律效力等级高于按一般程序制定的法律。如，同是全国人民代表大会制定的法律，按照更为严格的程序制定的宪法的法律效力等级要高于按照立法法规定的一