



21世纪“两课”系列教材

主 编 徐国忠 顾俊杰
副主编 刘 瑾

法律基础教程

同济大学出版社

21 世纪“两课”系列教材

法律基础教程

主 编 徐国忠 顾俊杰
副主编 刘 瑾

同济大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律基础教程/徐国忠,顾俊杰主编. —上海:同济大学出版社,2004.8

(21世纪“两课”系列教材)

ISBN 7-5608-2871-X

I. 法… II. ①徐… ②顾… III. 法律—中国—高等学校—教材 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 051242 号

法律基础教程

主编 徐国忠 顾俊杰 副主编 刘 瑾

责任编辑 孙一风 责任校对 徐 栩 封面设计 李志云 策划编辑 王有文

出 版 同济大学出版社
发 行

(上海四平路 1239 号 邮编 200092 电话 021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 常熟华顺印刷有限公司

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 13.5

字 数 270 000

印 数 1—4 100

版 次 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5608-2871-X/D·79

定 价 15.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换

前 言

为适应我国建设社会主义法治、促进社会主义市场经济发展的要求,现代大学生在掌握有关专业知识的同时,理应掌握法学的基本知识,熟悉我国宪法和主要法律的有关规定,加强法治观念,提高法律意识。为此,根据中共中央宣传部和教育部《关于普通高等学校“两课”课程设置的規定》、《关于印发〈普通高等学校“两课”教学基本要求〉的通知》及其实施工作意见,我们总结了长期进行“法律基础”课程教学的经验和体会,编成本书。在内容上,本书以我国现行宪法和重要的部门法为主,数量繁多的专业法不多涉及,这也是符合开设本课程的基本精神和实际情况的。同时,本教材完全按照修改后新颁法律和有关规定撰写,并做到理论性和实践性相结合,普及性和针对性相结合。本教材适用于高等学校和高职高专类学院非法律专业的教学。

本书共十一章。各章执笔人如下(按章节顺序排列):

顾俊杰:第一章、第二章、第三章、第八章;孙明先:第四章;刘春彦:第五章;徐梅:第六章;罗放:第七章;徐国忠:第九章至第十一章。刘瑾、钟兴瑜两位同志对本书进行了审读,同济大学文法学院的领导给予了大力的支持和重要的指导,在此表示感谢。

由于我国法治建设的快速发展,尽管作者力求本书能体现法律的最新规定,以期编成高质量的教材,但错漏之处仍然难免,敬请读者批评斧正。

编者

2004.5

目 录

第一章 法律的一般理论	(1)
第一节 法律的概念与作用.....	(1)
第二节 法律的起源及其历史.....	(5)
第三节 法律的制定与适用.....	(8)
第四节 法律关系	(15)
第五节 建立社会主义法治国家	(19)
复习思考题	(22)
第二章 宪法	(23)
第一节 宪法概述	(23)
第二节 我国的国家制度和经济制度	(28)
第三节 我国公民的基本权利和义务	(31)
第四节 我国的国家机构	(34)
复习思考题	(38)
第三章 行政法	(39)
第一节 行政法概述	(39)
第二节 行政主体与国家公务员	(42)
第三节 行政行为	(43)
第四节 行政复议	(47)
第五节 行政赔偿	(50)
复习思考题	(52)
第四章 刑法	(53)
第一节 刑法概论	(53)
第二节 犯罪和刑事责任	(56)
第三节 刑罚制度	(65)
第四节 犯罪的种类	(70)

复习思考题	(74)
第五章 民法	(75)
第一节 民法的概念及其基本原则	(75)
第二节 民事法律关系	(77)
第三节 民事法律关系主体	(79)
第四节 民事法律行为和代理	(81)
第五节 民事权利	(84)
第六节 民事责任	(92)
第七节 诉讼时效	(93)
复习思考题	(94)
第六章 婚姻家庭法及财产继承法	(96)
第一节 婚姻家庭法	(96)
第二节 继承法	(106)
复习思考题	(112)
第七章 合同法	(113)
第一节 合同法概述	(113)
第二节 合同的订立	(116)
第三节 合同的效力	(120)
第四节 合同的履行	(123)
第五节 合同的变更、转让和终止	(125)
第六节 违约责任	(128)
复习思考题	(130)
第八章 劳动法	(131)
第一节 劳动法概述	(131)
第二节 劳动合同和集体合同	(132)
第三节 工作时间和休息休假	(138)
第四节 工资	(140)
第五节 社会保险	(142)
第六节 劳动争议	(143)
复习思考题	(146)

第九章 民事诉讼法	(147)
第一节 民事诉讼法概述.....	(147)
第二节 管辖.....	(150)
第三节 诉讼参加人.....	(152)
第四节 民事诉讼证据.....	(154)
第五节 期间、送达和法院调解	(158)
第六节 财产保全、先予执行和强制措施	(159)
第七节 民事诉讼第一审程序.....	(161)
第八节 民事诉讼第二审程序和其他程序.....	(163)
复习思考题.....	(167)
第十章 刑事诉讼法	(168)
第一节 刑事诉讼法概述.....	(168)
第二节 刑事诉讼管辖.....	(171)
第三节 刑事辩护与代理.....	(173)
第四节 证据.....	(175)
第五节 强制措施.....	(177)
第六节 附带民事诉讼.....	(180)
第七节 期间和送达.....	(181)
第八节 刑事诉讼程序.....	(183)
复习思考题.....	(192)
第十一章 行政诉讼法	(193)
第一节 行政诉讼法概述.....	(193)
第二节 行政诉讼受案范围.....	(196)
第三节 行政诉讼管辖.....	(198)
第四节 行政诉讼当事人.....	(200)
第五节 行政诉讼第一审程序.....	(202)
第六节 行政诉讼第二审程序和其他程序.....	(204)
第七节 行政侵权赔偿责任.....	(206)
复习思考题.....	(207)
参考文献	(208)

第一章 法律的一般理论

导读

一、学习目的与要求

通过对本章的学习,正确认识法律的概念和作用、法律的产生和发展的过程,以及法律关系、法律制定和实施等法律的基本问题;深刻理解建设社会主义法治国家的重要意义和基本要求,以增强法律意识和法制观念。

二、课程内容和学习重点

第一节重点掌握:法律的特征、本质属性和作用。在此基础上,正确理解法律的定义。

第二节重点掌握:法律是一定历史阶段的产物,是随着阶级、国家的产生而产生的。

第三节重点掌握:法律的制定是一项国家依法定程序进行的职能活动;我国法律渊源的种类、部门法体系;我国法律的适用原则和适用范围。

第四节重点掌握:法律关系的概念、构成和要素;引起法律关系产生、变更和消灭的法律事实的概念;法律责任和法律制裁的涵义。

第五节重点掌握:“依法治国,建设社会主义法治国家”是载入我国宪法的治国基本方略;法治的基本要求。

第一节 法律的概念与作用

一、法律的概念

什么是法律?古今中外的哲学家、法学家给出了各种不同的定义,围绕这一问题的争论延续了几千年,至今也无统一的概念。

“法”,在中国古代的古体字是“灋”。东汉许慎编撰的《说文解字》的解释是:“灋,刑也。平之如水,从水;廌所以触不直者去之,从去。”以水为偏旁,有公平之意;廌是上古传说中的独角神兽,性情耿直,能辨别是非、善恶、正邪。由此可见,中国古代对法的理解就包含了法的基本含义——公平、正直。同时,也体现了中国古代法的另一个重要特征,即法主要体现为刑。此外,在中国古代,“法”与“律”同义,而且主要被称

之为“律”。战国时期魏国宰相李悝集各国法律之大成,编定了《法经》。后商鞅带《法经》到秦国作宰相,进行变法,改“法”为“律”。从此,中国历朝,除宋朝改称“刑统”,元朝称为“通制”之外,法都称之为律,如秦律、汉律、隋律、唐律、明律、清律等。20世纪初,受日本的影响,法与律逐步联结在一起,称为“法律”。

在欧洲,法的拉丁文是Jus,源于拉丁文的德文Recht,法文droit,俄文право,以及英语中的law等,其语义中既有指人人应遵守的规范之意,也兼有“权利”、“正义”、“公平”等含义。

从以上对法的词源的分析可以看出,不管有多少关于法律概念的争论,东西方法律概念中都包含了诸如是人人应遵循的普遍规则、公平、正直等最基本的含义。法律是人类社会重要的调整工具,也是人类社会追求的重要的价值目标。法律作为重要的社会规范之一,与其他社会规范如伦理道德、宗教规则、政策等相比较,具有以下特征:

第一,法律是调整人们行为和社会关系的规范。法律明确规定了人们可以做什么,应该做什么,禁止做什么,从而为人们提供了行为的方向和预测未来行为及其后果的尺度。同时,法律也为复杂的社会关系的处理提供了模式与标准。

第二,法律是由国家制定或认可的规范。国家的存在是法律存在的前提,法律是国家意志的体现。正因为法律具有国家意志的属性,是国家制定或认可的,所以法律才具有更大的权威性和统一性。

第三,法律规定了一定社会关系主体的权利与义务。权利是指法律允许法律关系主体自主决定作出某种行为;义务是法律对法律关系主体的行为的一种约束和要求。法律正是通过这种权利与义务的确定来设定、保护和发展一定的社会关系。

第四,法律是以国家强制力为后盾的社会规范。这是法律区别于其他社会规范,如道德等的重要特征。道德是靠社会舆论和人的内在良知来保证实施的,对一个缺乏良知和不顾舆论谴责的人来说,道德是无法实现的。但法律是以国家强制力保证实施的,违反了法律就将面临国家制裁的严重后果。

通过对法律的特征分析,可以给法律下这样一个定义:法律是由一定的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规范系统,它规定了人们的权利与义务关系,其目的在于维护、巩固和发展一定的社会关系和社会秩序。这一定义,也是现今我国法学界一般都采纳的定义。

二、法律的精神与本质

(一) 法律的精神

所谓法律的精神,就是法律在根本上所追求的价值与目标,是法律的灵魂所在。尽管对法律的概念有种种不同的理解,但对法律所具有的正义、平等、自由、民主、秩

序等精神,在认识上却相对一致。

1. 正义 正义通常是与邪恶相对应的一个概念,指的是善良的品性得以伸张,合理的行为得到保护,而邪恶得到谴责和制裁。因此,正义是衡量社会活动是否公正、合理的价值观念和标准。正义体现在法律之中,是法律的核心精神,实现正义是法律追求的一个理想,也是社会追求的理想。除了包含上述含义外,正义还与平等紧密相连。平等指的是法律权利对每个人平等对待。

2. 平等 平等一般意义上是指人与人之间在政治、经济、文化等方面处于同等的地位,享有同样的权利。平等体现在法律上,最主要的就是“法律面前人人平等”。即在法律上,每个社会成员都应得到与其行为相适应的、合理的、平等的对待,而不论其民族、种族、性别、信仰、地位、财产、出身、职位等等的差异。我国宪法也明确规定了在法律面前人人平等。在我国,公民平等地享有权利、承担义务,不受任何差别对待,并且受到国家同等的保护。

3. 自由 自由是相对于束缚、禁锢而言,指的是人人都可自主决定自己的行为,不受他人的干预、限制和否定。法律上的自由有两方面的含义,一方面法律明确规定了人们有从事某种行为的自由权利;另一方面,在法律所禁止的行为之外,人们有广阔的自由行为的天地。法律上的自由的概念,其核心是在肯定了人们有充分的行为自由权利的同时,也明确了人们需承担不侵犯他人的行为自由的义务。这种人们应承担的不侵犯他人行为自由的义务在法律上一般体现为禁止性的规范。实质上,即使是禁止性的规范其本质也是否定了人们的不自由,是为了在更大的范围内保护更多人的行为自由。自由的精神,也处处体现在我国的各种法律之中。譬如我国宪法就明确规定了公民有言论自由、出版自由、结社自由和集会、游行、示威的自由。

4. 民主 民主通常是指与专制相对应的一种政治制度,是指多数人的统治。法国著名政治思想家托克维尔认为:“民主的法制一般趋向于照顾大多数人的利益,因为它来自公民之中的多数。公民之中的多数虽然可能犯错误,但它没有与自己对立的利益。”因此,“民主的政府尽管还有许多缺点,但它仍然是最能使社会繁荣的政府……大多数公民将得到更大的幸福。”^①民主与法律是紧密相连的伙伴,民主的精神体现在法律上就是主权在民这一重要的法律原则。我国宪法也明确规定国家的一切权力属于人民。建立社会主义民主与法治国家,是我国正在努力争取实现的目标。

(二) 法律的本质

法律的本质是指法律内在的根本性质,它使自身与其他社会现象从根本上区别

^① 夏尔·阿列克西·德·托克维尔著,论美国的民主,董果良译,北京:商务印书馆,1988.3页

开来。在历史上,思想家和法学家曾对法的本质问题提出过各种不同的看法。归纳起来有以下几种:①法律是神的意志的体现;②法律是人类最高理性的体现;③法律是人民意志的体现;④法律是人的自由意志的体现;⑤法律是民族意志的体现;⑥法律是社会利益的体现。这些对法的本质的认识,在一定角度、一定程度上揭示了法的一般属性,具有一定的历史价值。

马克思主义法律的本质学说认为法律作为上层建筑,是由一定的经济基础决定的,法的产生、变更、消灭都取决于一定的经济基础的产生、变更和消灭。因此,法律是经济上占统治地位并掌握国家政权的统治阶级意志的体现。统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势,将本阶级的意志上升为国家意志,然后体现为国家的法律。因此,阶级性是法律的本质。

三、法律的作用

法律的作用是指法律对人们行为和社会生活的影响,主要体现在社会作用和规范作用两个方面:

(一) 法律的社会作用

法律的社会作用是指法律所具有的维护有利于一定阶级的社会关系和社会秩序的作用,主要体现在两个方面。一是法律在维护统治阶级的统治方面的作用。在政治上,用法律确立和维护有利于统治阶级的政治制度和政治秩序;在经济上,用法律确立和维护有利于统治阶级的经济制度和经济秩序;在思想道德上,维护统治阶级的意识形态的统治地位。二是法律在执行社会公共事务方面的作用。法律这一作用的发挥,使得社会生产和社会生活能正常而有序地进行。如维护社会治安、保护生态环境、保障交通安全、保证商品交换中的交易安全、促进教育、科学文化的发展等。

(二) 法律的规范作用

法律的规范作用主要体现在以下几个方面:一是法律作为一种行为规范,为人们提供了某种行为模式,使人们知道可以做什么、应该做什么、禁止做什么。二是法律作为一种判断标准和评价尺度,使人们具有判断、衡量他人行为是否合法或违法,以及违法的性质和程度。三是法律的规范作用使人们可以根据法律的规定预先估计到彼此应如何行为,以及某种行为在法律上的后果。最后,通过对违法行为的法律制裁,对包括违法者在内的一般人来说都具有教育和警戒作用;而对守法者和合法行为的保护,对所有人也都有鼓励和示范作用。法律的规范作用对建立公正、稳定、良好的社会秩序具有重要的意义。

第二节 法律的起源及其历史

一、法律的起源

法律不是从来就有的,它是人类社会发展到一定阶段的产物。在原始社会,没有国家,也没有法律。由于生产力水平十分低下,原始社会的人们必须依靠集体的力量与残酷的自然作斗争,必须共同劳动,生产资料共同所有,劳动产品实行平均分配,只有这样才能生存下来并得到延续和发展。当时,没有私有制,没有阶级,也没有剥削,彼此之间处于一种原始的、平等互助的关系。当时的社会组织是按血缘关系为基础自然形成的原始氏族组织,氏族内部的重大问题由氏族全体成员共同讨论决定。在人们长期的生产和生活过程中,逐步形成了原始社会的规范,这些规范主要是习惯。原始习惯内容广泛,涉及社会劳动、公共事务管理、产品分配、婚姻家庭等方面,主要依靠氏族首领的威信、社会舆论和人们的自觉遵守来保证其实施。

原始人类在与自然的斗争中不断总结经验,聪明才智不断提高。随着生产工具的改进、劳动生产率的提高,生产力水平得到了稳步的发展。生产力的发展促进了社会大分工,使得劳动产品有了剩余,出现了私有财产和阶级剥削,产品的生产、分配、交换也越来越复杂。随着私有制和阶级的逐步形成,法律和国家便应运而生了。因为私有制和阶级的形成需要有凌驾于社会之上的力量来调整新的社会关系;需要一种特殊公共权力来确定和维护社会成员的权利和义务;需要新的社会规范来解决社会冲突,分配社会资源。为适应这种社会结构和社会需要,国家和法律这种新的社会组织和社会规范就出现了。因此,可以说,法律是随着社会经济的发展、私有制和阶级的产生、国家的出现而产生的,经历了一个长期的、渐进的历史发展过程。恩格斯曾指出:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要,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”^①。

二、中国法律的历史

中国古代法律的历史一般认为是从夏朝开始的。《左传》中说“夏有乱政,而作禹刑”,所谓禹刑,是夏朝法律的总称。而商朝,对法律的情况,历史文献的记载也相当欠缺。《左传》中也有“商有乱改,而作汤刑”之说,所谓汤刑,是商朝法律的总称。而在夏朝、商朝即有“五刑”之说,一般也被认为是可信的。所谓“五刑”,是指墨刑、劓刑、剕刑、宫刑、大辟,是夏、商时期存在的五种刑罚方法。墨刑,又称黥刑,是在犯人

① 马克思恩格斯选集(第2卷)。北京:人民出版社,538~539页

面部或额上刺刻后涂墨；劓刑，是割掉犯人鼻子；刖刑，又称腓刑，是断足或剔去膝盖骨的一种刑罚；宫刑，又称腐刑，是用刀或药物残害男女生殖器；大辟，是一种处死刑的方法。

到了西周，我国古代法律制度得到了进一步的发展。西周法律的主要表现形式是礼与刑。礼的起源主要是原始习俗。我们的先民崇尚祖先崇拜，礼开始时便是祭祀祖先时的宗教仪式。后来，传说经周公“制礼作乐”，全面加工整理，礼便进一步仪式化、系统化和制度化，成为“经国家、定社稷、序人民、利后嗣”（《左传》）的根本制度和社会规范，并以此判断人们行为的是与非、善与恶、罪与非罪。西周的礼最主要的是所谓“五礼”，分别是：吉礼，指各种祭祀之礼；凶礼，指各种丧葬之礼；宾礼，指各种会见诸侯、宾客之礼；军礼，指各种与军事有关的礼仪；嘉礼，包括婚姻、兄弟、亲族之礼。刑，主要是指《吕刑》，据传是由吕侯（即吕尚，又称姜尚）所作，已失传不可考。在西周，另一重要的法律制度就是宗法制。所谓宗法制，是指由父权家长制演变而来的，以血缘关系为基础的嫡长继承、庶子分封的家族制度。嫡长继承制，是指天子世代相传、百世不变，而且，每一代天子都是由嫡长子继承父位；分封制，是以血缘的亲疏远近关系进行分封，周天子将自己的兄弟、子孙、亲属封往各地，建立起大大小小的效忠周天子的诸侯国。

夏、商、周时期，法律都是不成文的，也并不公布于众，有所谓“国之利器、不可示人”、“刑不可知，则威不可测”之说。春秋战国时期，约公元前536年，郑国的执政子产作刑书，并铸之于鼎，公之于众。这是我国最早公布的成文法，在法律史上有重要意义。此外，约公元前445年，魏国宰相李悝吸取了各国立法的经验，制定了《法经》。《法经》共六篇，是我国历史上第一部比较完整的封建成文法典。后来，商鞅携《法经》入秦，作了宰相，便改法为律，进行变法，使秦国成为当时最强大的国家。秦始皇统一中国后，统一货币、统一文字、统一度量衡、统一车道。法律也更是高度统一，并且以严刑峻法治天下，实行重刑主义。

秦末刘邦反秦，进入关中时，曾约法三章：“杀人者死，伤人及盗抵罪”，这是西汉立法的开始。汉朝法律的核心是《九章律》。这是萧何在《法经》六篇的基础上增加了户律、兴律、厩律三篇，主要是增加了户籍、婚姻、兴修工程水利、国库、粮草、牛马等方面的内容，一共九章，故称《九章律》。西汉与东汉，在法律上也有一些重要发展，如加强皇权、伦理道德在法律中的地位越来越重要等等。在具体的制度上，有两项意义重大。一项是废除肉刑，还有一项是“罪人有期”，即犯人服徒刑规定了相应的期限。而三国魏晋南北朝时期，是我国法律发展史上的一个重要转折时期，我国历史上一些至关重要的封建法律制度，如十恶（当时称“重罪十条”）、官当制、八议制、五刑制、刑讯制、死刑复奏制等制度在当时已经基本成熟并在法律中规定下来，为唐朝成熟的封建法律制度的形成奠定了基础。

唐朝是我国封建社会法律制度的成熟时期。唐朝法典《唐律》集秦汉以来历朝法典

之大成,完成了儒家思想法典化的进程,是中华法系的代表性法典,对宋、元、明、清立法有决定性的影响。唐朝以后的历代法典,基本上都是以《唐律》为蓝本制定的,在内容上也无重大变化。同时,《唐律》对同期亚洲的许多国家也产生了重要的影响,形成了以中国为核心,包括东亚、东南亚在内的,在世界上独树一帜的中华法系。直到清末,随着西方列强的入侵,西方的政治制度与法律制度也开始传入中国。清朝法务大臣沈家本主持以西方法律特别是以德国法律和原本学习德国的日本法律为蓝本改革中国的传统法律,至此,中华法系消亡。

三、西方法律的历史

西方法律的历史,头绪繁多,复杂而面广,我们主要从两大法系的比较中来理解。

(一) 英美法系

英美法系,是以英国自中世纪以来的法律,特别是以它的普通法为基础而发展起来的法律的总称,也因此又称为英国法系或普通法法系。英美法系首先起源于11世纪诺曼人入侵英国后逐步形成的以判例形式出现的普通法。其时,英国国王派官员到全国各地巡回审理案件,并因此而逐步建立了一批王室法院,后来通称普通法法院。普通法是在普通法法院的判例基础上形成的全国适用的法律。英美法系也起源于14~15世纪开始出现的衡平法。其时,为了适应社会经济的新发展,英国专门成立了独立于普通法法院的大法官法院来审理新的种类的案子。大法官法院又称衡平法院,衡平法是由大法官法院审理案件的判例形成的。英美法系以不成文的判例为主要表现形式。

英美法系的范围,除英国(苏格兰例外)、美国外,主要是历史上曾是英国殖民地或附属国的国家和地区,如加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、新加坡、缅甸、马来西亚等。我国的香港地区,回归之前也属于英美法系。

(二) 大陆法系

大陆法系,又称罗马法系、民法法系、法典法系,是以古罗马法和19世纪初的《法国民法典》(又称《拿破仑法典》)为基础发展起来的法律的总称。大陆法系是以民法为典型内容,以法典化的成文法为主要表现形式。

大陆法系发源于古罗马法。1804年法国拿破仑执政时,以罗马法为基础制定了《法国民法典》,奠定了大陆法系的基础。1896年,在《法国民法典》的直接影响下,德国制定了《德国民法典》,丰富了大陆法系的内涵。法国民法典以强调个人权利为主体,反映了自由资本主义时期的社会经济特点;德国民法典以强调社会利益为主导思想,反映了垄断资本主义时期的社会经济特点。

大陆法系的地域范围,除了法国和德国之外,还包括欧洲大陆的一些国家,如意大利、荷兰、西班牙、葡萄牙等国,以及历史上曾是法、德、西、荷、葡等国殖民地的国家和地区,如中美洲的一些国家、埃及、埃塞俄比亚等国。日本和国民党时期的中国也属于大

陆法系。我国的澳门地区,也是属于大陆法系。

(三) 两大法系的比较

英美法系和大陆法系在不同的历史发展过程中,形成了不同的历史传统,在形式和内容上都有很大的差别。这些差别主要表现在:

第一,法律的表现形式不同。在大陆法系的国家,法律的正式表现形式是制定法;在英美法系的国家,法律的表现形式主要是判例法。进入 20 世纪以后,英美法系的国家也逐步采用了一些制定法的形式,但还不能成为主要的表现形式。因此,在大陆法系国家,法官处理案件,首先必须遵循制定法所确定的规范与准则来处理案件,法官没有创制法律的权力。而在英美法系的国家,遵循前例是一个重要原则,在没有前例可遵循的情况下,法官可以按照公平与正义的原则自由心证,处理案件,因此,法官具有创制法律的职能。

第二,在大陆法系的国家,一般采用法典的形式。编纂法典一直是大陆法系国家的重要传统,如罗马法时代的《查士丁尼法典》、《法学阶梯》等,法国的《拿破仑法典》、德国的《德国民法典》等等。而英美法系的国家,一般不采用法典的形式,虽然 20 世纪后法典形式也逐步被采用,但主要还是判例法的系统化、规范化。

第三,在诉讼程序上,两大法系也有着较大的区别。大陆法系国家一般采用纠问式审理方式,法官在诉讼程序中居于中心地位;英美法系国家一般采用对抗式的审理方式,实行当事人主义,法官在诉讼程序中处于消极的、中立的裁定者的地位。

当然,进入 20 世纪以后,两大法系彼此相互吸收和学习了各自的一些特长,在许多方面正在逐步靠拢,差别也已逐步缩小。特别是英国加入欧盟后,更加促进了两大法系之间的融合。随着全球化的趋势加剧,相信会进一步促使两大法系的融合。当然,由于根深蒂固的历史原因,两大法系之间一些传统特点上的差异还将存在很长一段时间。

第三节 法律的制定与适用

一、法律的制定

(一) 法律的制定的概念

法律的制定是指有权的国家机关以国家的名义,按照法定的职权和程序,制定、修改、废止法律和其他规范性法律文件的活动。它包括国家最高权力机关及其常设机关制定宪法和法律的活动;包括有权的地方权力机关制定规范性法律文件的活动;包括国务院和有权的地方行政机关制定行政法规和其他规范性法律文件的活动。法律的制定是一项广义上的国家立法活动,而不仅仅是指享有立法权的国家权力机关及其常设机构的立法行为。

法律的制定是一项国家职能活动,只有国家才能制定法律,并且必须严格地遵循法

定程序,按法定的步骤和方式进行。首先是法律议案的提出,这是法律的制定程序的开始。法律议案是指依法享有法律议案提案权的机关或个人向立法机关提出的关于制定、修改、废止某项法律的正式提案。法律议案一经提出,立法机关就要列入议事日程,进行正式审议和讨论。譬如,我国全国人大对法律草案的审议,一般经过两个阶段,一是由全国人大有关专门委员会进行审议,二是立法机关全体会议的审议。审议包括审查、讨论、修改、补充。法律制定程序中具有决定意义的一个步骤是法律草案的表决。表决有通过和不通过两种结果。法律草案的表决通过是指立法机关以法定多数对法律草案表示最终的赞同,从而使法律草案成为法律。法律通过后,最后一个程序就是法律的公布。法律通过后,凡是未经公布的,都不能发生法律效力,不具有普遍约束力,从而无法在社会生活中发挥作用。我国宪法规定,国家主席根据全国人大及其常委会的决定,公布法律。

(二) 我国法律的渊源

法律的渊源,即法之源,指法律的存在形式,法律部门中法律规范的来源或出处,亦即法律规范的载体。当代中国法的渊源主要是以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区的规范性文件、章程、特别行政区的法律、国际条约和国际惯例。判例不是我国法律的渊源,不具有普遍的法律效力。

1. 宪法 作为国家根本法的宪法,是一切法律部门的渊源,是我国法律最基本的法律渊源,其法律地位和效力是最高的。宪法规定了国家的国体、政体、经济制度、公民的权利和义务、国家的结构形式、国家机构的设置等根本性的制度。宪法以民主政治为前提,其权威直接来源于人民,是国家最高权力的象征与标志。宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规和其他规范性法律文件都不得同宪法相抵触。

2. 法律 广义的法律泛指一切规范性法律文件,狭义的法律仅指全国人大及其常委会制定的规范性法律文件。法律作为法的一种渊源是就其狭义而言的。法律的效力与地位仅次于宪法。

3. 行政法规 行政法规是国家最高行政机关国务院依据宪法授权而制定的规范性文件,在我国法律的渊源体系中也占有重要的地位,其效力与地位仅次于宪法和法律。

4. 地方性法规 地方性法规是由省、自治区、直辖市人大及其常委会,省、自治区人民政府所在地的市的人大及其常委会,以及国务院批准的较大的市(如苏州、无锡、宁波、大连、青岛等)的人大及其常委会制定的规范性文件。地方性法规是我国法律的渊源之一,但不得与宪法、法律和行政法规相抵触。

5. 自治条例和单行条例 民族自治地方的人民代表大会根据宪法的规定,依照当地民族的政治、经济和文化的特点,有权制定自治条例和单行条例。自治条例与单行条

例作为我国的法律渊源之一,只在民族自治地方的地域范围内发生效力。

6. 经济特区的规范性文件 全国人大及其常委会授权经济特区人大及政府制定的规范性文件,也具有法律渊源的地位。

7. 规章 规章分行政部门规章和地方性规章。前者是指国务院各部、各委员会和某些工作部门根据宪法和国务院组织法的授权而制定和发布的规范性法律文件;后者是指省、自治区、直辖市人民政府,省、自治区人民政府所在地的市,国务院批准的较大的市所制定的规范性文件。规章也是我国法律的渊源之一。

8. 特别行政区的法律 特别行政区是根据“一国两制”的构想和宪法的规定设立的,它实行不同于全国其他地区的政治、经济和法律制度,在立法权限和法律形式上也有其特殊性,依法享有高度的自治权。特别行政区的法律法规在我国的法律渊源中也占有重要的一席。

9. 国际条约和协定 我国加入和承认的国际条约和双边、多边的国家间协定,也是我国法律的渊源之一。

此外,根据我国法律的一些相关规定,法学上一般也认为,习惯和执政党的政策应被视为我国法律的非正式渊源。

(三) 当代中国的部门法体系

部门法体系是指一国现行全部法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门,并由这些法律部门所构成的一个有机的整体。法律部门,也叫部门法,往往主要表现为一个成文法的规范性文件,但是单一的规范性法律文件不能包括一个完整的法律部门。例如,作为一个法律部门的民法部门并不仅仅为民法典,而是所有的民事法律规范的总称。当代中国的法律部门一般包括下列部门:宪法、行政法、民法、商法、经济法、刑法、诉讼法、婚姻家庭法、劳动法与社会保障法、环境法。正是这些法律部门,构成了当代中国的部门法体系。

1. 宪法 宪法是我国的根本大法,具有最高的法律效力,必须经由特别的程序来制定和修改。它作为一个法律部门,在当代中国部门法体系中具有特殊的地位,是整个体系的基础,对其他法律部门具有指导意义,其他任何法律部门的法律、法规都不能违反宪法,与宪法相抵触。宪法部门除了《中华人民共和国宪法》这一主要的、根本性的规范性法律文件外,还包括了一些附属的较低层次的法律,如:主要国家机关组织法,包括《全国人民代表大会组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《国务院组织法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等;选举法、民族区域自治法;特别行政区基本法,等等。

2. 行政法 行政法是有国家行政管理法律规范的总称,是规定国家行政主体的组织、职权,行使职权的方式、程序,以及对行使行政职权的法律监督,调整行政关系的法律规范系统。行政法部门涉及范围很广,主要的规范性法律文件包括《行政监察