

Faxue Tonglun

通
识

高等学校通识课程系列教材

法学通论

主 编 法学通论编写组

高等教育出版社



高等学校通识课程系列教材

法学通论

FAXUE TONGLUN

主 编 法学通论编写组



高等教育出版社·北京

内容提要

本书是高等学校通识课程系列教材之一,主要内容包括法学基本理论,宪法学,行政法学,民法学,刑法学,经济法学,程序法学和国际法学。本书可作为高等学校非法律专业学生通识课程教材,也可作为社会人员自学用书。

图书在版编目(CIP)数据

法学通论 / 《法学通论》编写组主编. —北京:高等教育出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-04-039971-4

I. ①法… II. ①法… III. ①法学—高等学校—教材
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 155605 号

策划编辑 林 荫 责任编辑 林 荫 封面设计 吴 昊 责任印制 蔡敏燕

出版发行	高等教育出版社	咨询电话	400-810-0598
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	网 址	http://www.hep.edu.cn
邮政编码	100120		http://www.hep.com.cn
印 刷	上海华教印务有限公司		http://www.hepsh.com
开 本	787mm×1092mm 1/16	网上订购	http://www.landracom.com
印 张	18.5		http://www.landracom.com.cn
字 数	477 千字	版 次	2015 年 1 月第 1 版
购书热线	021-56717287	印 次	2015 年 1 月第 1 次印刷
	010-58581118	定 价	38.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 39971-00

前 言

作为南京审计学院四大通论之一的《法学通论》教材“姗姗来迟”，一个重要原因是目前《法学通论》、《法学概论》之类的教材太多，老师们不愿意做没有创意的重复性劳动。但是，法学通论课程在我校非法学专业中已开设多年，选修的学生相当之多，没有一本自己的教材，好像不太好“交代”。再说，最近几年，学校开展通识教育的改革与探索，也急需一本固化改革成果的教材。教材根据我校新一轮人才培养方案的要求，应大力推行通识教育，以拓展学生知识面，提升学生人文素养。

通识教育课程不解决本专业高深的理论问题，而是仅仅提供给学生一种学习的方法、一套完整的专业信息、一条研究分析的可行思路和一个较扎实的专业基底，作为学生将来可能向本专业发展的“前进阵地”。有了这个阵地，学生可以“迅速武装起来”投入职场，也可以作为知识能力的终生储备，作为嫁接其他知识的桥梁和纽带。通识教育课程的实践强调的是“通”、“实”、“精”、“活”、“优”，具体解释如下：

“通”就是突出非专业性，强调各专业的融通，学生能够低门槛进入、且不设专业壁垒，非本专业学生可自由进入，所以能够使通识教育课程进入所有学生的视野。

“实”就是注重通识教育课程的实用性，没有多余或无用的说教，不传授无用信息，学生很容易找到与自己所学专业知识的结合点。

“精”就是要求教学内容更加精准、精练，要求对本专业基础知识和信息的再加工与深加工，以一种新的面目出现在学生面前。

“活”就是加强通识教育课程教学的灵活性，排除呆板、生硬的说教，呈现丰富多彩的教学形式。

“优”是保证通识教育课程的成果，“通”不能降低教育教学的质量要求，教师投入的是优质教学资源，产出的是学生喜闻乐见的优良的教学效果。教与学是能够做到完美结合的。

为了贯彻通识教育课程上述“通”、“实”、“精”、“活”、“优”的精神,我们组织了法学院较为精干的老师,编写了这本通论,具体撰写任务由以下人员承担:

第一章:法学基本理论 负责人:刘爱龙 谢冬慧

第二章:宪法学 负责人:程乃胜 孙展望

第三章:行政法学 负责人:尚永昕 沈 玲

第四章:民法学 负责人:何新容 罗秀兰

第五章:刑法学 负责人:魏昌东 钱小平

第六章:经济法学 负责人:胡智强 王艳丽

第七章:程序法学 负责人:冯 翔 胡晓涛 张丽艳

第八章:国际法学 负责人:路 广 吴一鸣 孙秀娟

以上人员是我校法学学科团队的骨干力量,他们多年从事法学教学和研究,对法学知识的理解透彻而精深。老师们克服困难,按时完成了教材书稿,付出了艰辛的劳动。在本教材编写的过程中,得到学校尹平副校长的多次督促与指点,在此深表谢意。

由于编者的水平等多种原因,书中难免有一些疏漏的地方,恳请读者批评指正,以便修订。同时,由于体例和篇幅所限,教材中引用了学界的研究成果,没有一一注明,谨此一并致谢。

本书编写组

2014年12月30日

目 录

◎ 第一章 法学基本理论	001
第一节 法与法学	001
第二节 法的起源与发展	009
第三节 中国法律的沿革	011
第四节 法的制定与实施	017
第五节 法律关系	019
第六节 法与正义、自由的关系	022
第七节 法治国家及理念	026
思考题	030
◎ 第二章 宪法学	031
第一节 宪法的概念	031
第二节 宪法的历史发展	035
第三节 宪法的基本原则	041
第四节 公民的基本权利和义务	046
第五节 国家制度	053
思考题	058
◎ 第三章 行政法学	059
第一节 行政法概述	059
第二节 行政主体与公务员	064
第三节 行政行为概述	069
第四节 行政违法、行政责任与行政救济	080
思考题	090
◎ 第四章 民法学	092
第一节 民法总则	092
第二节 物权法	099

第三节	债权法律制度——合同之债	102
第四节	债权法律制度——法定之债	111
第五节	知识产权法律制度	119
第六节	人身权法律制度	125
第七节	婚姻家庭法律制度	128
第八节	继承法律制度	134
思考题		139
◎ 第五章	刑法学	140
第一节	刑法的概念、基本原则与效力范围	140
第二节	犯罪	145
第三节	刑罚	157
第四节	刑法分则的基本内容	164
思考题		172
◎ 第六章	经济法	173
第一节	经济法基本理论	173
第二节	市场主体法	179
第三节	市场规制法	188
第四节	宏观调控法	192
第五节	审计法	197
思考题		203
◎ 第七章	程序法学	204
第一节	刑事诉讼法	204
第二节	民事诉讼法	221
第三节	行政诉讼法	238
思考题		257
◎ 第八章	国际法学	259
第一节	国际法	259
第二节	国际私法	270
第三节	国际经济法	279
思考题		291

第一章 法学基本理论

本章主要介绍法与法学的基本概念,法的起源和发展的一般规律,中国法律的沿革,法律体系的概念及其成因,法的制定和实施的基本理论,法律权利、义务和责任的观念及其基本原理,法的正义和自由价值的相关理论,法治、法治国家以及社会主义法治理念的基本理论。

第一节 法与法学

一、法

(一) 法的概念

汉字“法”的古体为“灋”。据《说文解字》解释:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”据说廌是一种独角兽,也叫獬豸。古代认为它是能“治狱”、“别曲直”的神兽,它“性知有罪,有罪触,无罪则不触”。去,即对不公正行为的惩罚。可见,从词源上看,汉字“法”确有“平”、“正”、“直”和“公正裁判”的含义。

与“法”有密切联系的另一个字是“律”。据《说文解字》的解释,“律,均布也。”“均布”是古代调音律的工具,把律比做均布,说明律有规范人们行为的作用,是普遍的人人必须遵守的规范。

可见,“法”是一种判断平、正、直的标准;而“律”则主要强调的是人人必须遵守的东西。把“法”与“律”合用,就是说这种“律”是一种包含有国家确认的判断平、正、直的标准“律”。

“法律”一词在清末民初才被广泛使用。“法律”也是律,只不过是体现“法”的“律”而已。所以通常所说的或广义的“法律”就是指法的表现形式,是国家要求人人必须遵守的文件,这种文件中有国家确认的判断公正与否的标准。

这说明:第一,在中国古代,法与刑是通用的;第二,法从古代起就有公平的象征意义;第三,古代法具有神明裁判的特点。在古代文献中“法”与“律”通用,在近代文献中,“法”与“律”复合,作为“法律”独立成词。

在西文中,除英语中的 law 同汉语中的“法律”对应外,欧洲大陆的各民族语言中都用两个

词把“法”和“法律”分别加以表达。如拉丁语中能够译作“法”的词很多,最有意义的却是 Jus 和 Lex 两个,即“Jus 的基本含义有二:一为法,一为权利。罗马法学家塞尔苏斯的著名定义:‘法乃善与正义之科学’,还有公平、正义等富有道德意味的含义。相比之下,Lex 的含义较为简单,Lex 具体而确定,用于纯粹司法领域,可以指任何一项立法。”^①由此可见,①西文中的法既表示“法”,又兼有“权利”、“公平”、“正义”等富有道德意味的抽象含义;②西文中的律通常指具体规则,其词义明确、具体、技术性强;③有学者认为,法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理,而法律则指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则,法律是法的真实或虚假的表现形式。

在我国当代法学理论上,法律有广义和狭义两层含义:广义的法律是指法的整体,包括法律、有法律效力的解释及行政机关为执行法律而制定的规范性文件(如规章);而狭义的法律则专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件。

在我国现代法律制度中,法律也有广义和狭义两层含义:前者是指包括宪法、基本法律、行政法规、部门规章、法令、决议等在内的一切规范性法律文件,后者是指全国人大及其常委会制定的基本法律以及基本法律以外的法律。

(二) 法的特征

1. 法律是社会调整体系中的特殊社会规范

任何社会都需要通过一定的规范进行调整。这些规范既有技术规范,又有社会规范。其中,技术规范是调整人与自然之间关系的行为规则,就是通常所说的技术标准,操作规程等。社会规范是调整人与人之间关系的行为规则。法律规则、道德规则、社会团体规则等都属于社会规则。作为社会调整手段之一,法律是人类社会除战争以外的最强有力的社会调控手段,是和平时期社会控制的最后保障体系。

2. 法律是国家意志的体现

首先,法律是以国家的名义创制或认可的;其次,法律的适用范围是以国家主权为界域的,这是法律区别于以血缘关系为范围的原始习惯的重要特征;最后,法律以国家强制力为后盾,由国家强制力来保护实施。法律的内容从本质上是统治阶级意志,从形式上说是国家意志。只有经过国家制定或认可的统治阶级意志才是国家意志。

3. 法律是明确的普遍的规范

具体来说,法律为人们提供三种确定的行为模式来规范行为:①人们“可以怎样做”,它是授权性规范,它往往表现为人们有权干什么,可以干什么,有某种行为的自由;②“必须做什么”,它是义务性规范,表现为应当干什么,必须干什么,有什么样的义务;③“禁止做什么”,它是禁止性规范,表现为不得做什么。至于法律的普遍性,表现在法律具有普遍遵循的效力。一般来说,法律在一国全部地域范围内对一切人和组织发生效力。法律效力,即法律约束力,指人们应当按照法律规定的那样行为,必须服从。但应当注意法律的“普遍性”程度是不一样的,因为不同的法律在空间、时间和对人以及对事的效力上是不一样的。法律在空间上的效力的不同,取决于它是在全国范围内普遍生效,还是只在某一确切规定的地区内生效,或是预先规定在国外生效。

4. 法律是以主体的权利义务为基本内容的社会规范

法律通过规定人们的权利和义务来建构社会关系,形成社会秩序。它以权利义务双向规

^① 梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,贵州人民出版社1992年版,第61页。

定为调整机制,权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为,义务以其特有的约束机制和强制机制作用于人的行为。而道德、宗教规范一般都不采用利导机制,不承认利益,只提倡对社会、对他人的责任和义务。

(三) 法的本质

上述关于法的特征的分析,只是了解法的外部现象,没有揭示法的本质,也就无法回答法究竟是什么等问题。为此,我们必须深入到法现象的背后去把握法的本质。

关于法的本质的分析,西方学者提出过诸多观点:有的把法的本质归结为体现“永恒正义”的“健全理性”;有的把法说成是“主权者的命令”;有的把法看成是民族精神的体现;有的认为法是社会控制的工具;有的认为法是正义的化身,是“公意”的体现,等等。

【知识卡片】 西方学者对法的剖析

英国自然法学派洛克认为,法是体现“永恒正义”的“健全理性”。即,法是人性和正义的体现。德国历史法学派的萨维尼把法说成是民族精神的体现。

上述关于法的本质的理论观点既有合理之处,也有不当之处。但在整体上它们都歪曲、否定或忽视了法与社会物质生活条件的联系,从而无法深刻揭示法的阶级本质。马克思主义经典作家第一次科学地揭示了法的本质,其对法的本质的理解有四个方面:

(1) 从法的阶级本质来看,法不是一切阶级的共同意志而是统治阶级的意志体现,即是在经济和政治上占统治地位的那个阶级的意志的体现。一方面,法属于社会意识,是社会的上层建筑;另一方面,法不是社会所有成员意志的体现,而是阶级意志并且是掌握了国家权力的阶级即统治阶级意志的体现。

(2) 法集中反映了统治阶级的根本愿望和共同需要,代表统治阶级的整体利益。

(3) 法所反映的统治阶级的意志是被奉为法律的统治阶级意志即是国家意志的对象化(外化)。也就是说并不是一切统治阶级的意志都是法,而只有被奉为法律、即体现在由国家制定或认可的、人人都必须遵守的、有国家强制力保障的法律中的统治阶级意志才是法。

(4) 法体现的是统治阶级的意志,国家的意志,代表的是统治阶级的整体利益。并且法受一定社会的物质生活条件的限制,由社会生产关系和经济基础决定。

(四) 法的要素

按照系统论的观点,一定社会中的法都是一个复杂的系统,是由各种内在要素组成的具有特定功能的有机整体。在法律系统内部,构成整体的每一个要素都有别于其他要素,但同时又是作为整体的一个组成部分,诸要素既相互区别又相互联系,既相互制约又相互补充、相互作用。

一般说来,法的基本构成要素可以大体上分为三种:法律规则、法律原则和法律概念。

1. 法律规则

(1) 法律规则的意义和特点。法律规则是指具体规定权利义务和法律后果的准则,或者说是某种事实状态赋予确定法律意义的指示、规定。法律规则在形式上具有以下特点:①法律规则是一般性的行为规则,其效力在时间和空间上都具有普遍性,这使它区别于具有法律效力的个别性决定。②法律规则是明确的、具体的行为规则,为主体提供了确定的行为模式,这

使它区别于法律原则。③法律规则是由国家制定或认可的行为规则,其实施受到国家强制力的保障,这使它区别于其他行为规则。从内容上看,法律规则规定了被调整的主体之间在法律上的权利和义务以及违法行为应当承担的法律责任。

法律规则通常有严密的逻辑结构。法律规则的结构是指一个法律规则由哪些要素构成,以及这些要素之间在逻辑上的联系。一般认为法律规则的要素由前提条件、行为模式和法律后果三部分组成,并据此分析它们之间的逻辑关系。

“前提条件”指明了适用该规则的时空范围及其他具体条件。“行为模式”明确规定了主体权利和义务,指出人们可以做什么,应该做什么,不能做什么,以此作为主体行为合法与否的尺度。“法律后果”明确规定了遵守或违反规则的行为将产生何种法律后果的规定。一般将法律后果区分为肯定性后果和否定性后果。肯定性后果是确认行为以及由此产生的利益和状态具有合法性和有效性,从而予以保护甚至奖励;否定性后果是否认行为以及由此产生的利益和状态具有合法性和有效性,从而不予保护甚至对行为人施以制裁。

(2) 法律规则的分类。从不同的角度、按照不同标准可以对法律规则进行不同的分类。

① 按照法律规则为主体规定行为模式的不同方式,可以把法律规则分为授权性规则、义务性规则和权义复合规则。

授权性规则是指授予主体可以做出某种行为,以及要求他人做出或不做出某种行为的权利的规则。授权性规则的作用在于肯定主体为实现其利益所必需的行为自由,并赋予主体一定权利要求他人(包括国家机关)以消极或积极的行为保障实现这种自由。授权性规则的特点是具有任意性,即既不强令人们必须作出一定行为,也不禁止人们不得作出一定行为,人们可以在行为与否之间作出自由的选择。

义务性规则又可以分为命令性规则和禁止性规则。命令性规则也叫积极义务规则,是规定主体应当或必须做出一定积极行为的规则;禁止性规则是规定主体消极义务的规则,它禁止主体做出某种行为。义务性规则的一个显著特点是具有强制性,它所规定的行为方式明确而肯定,不允许任何人或机关随意变更或违反。

权义复合规则是指兼具授予权利和设定义务两种性质的法律规则。这类法律规则绝大多数是有关国家机关的组织和活动的规则。权义复合规则的特点是,一方面被指示的对象有权(职权)按照法律规则的规定作出一定行为,另一方面作出这些行为是他们不可推卸的义务(职责)。

② 按照法律规则是否允许主体进行自主调整,即根据自己的意愿自行设定权利义务,可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。

强行性规则规定了明确的权利义务关系,主体必须遵守规则的规定,不允许当事人自行协议解决问题,只允许执行法律的规定。违反法律规定的权利义务的协议是无效的。一般说来,义务性规则都是强行性规则。

任意性规则是在规定主体权利义务的同时,也允许当事人在法律许可的范围内通过协商自行设定彼此之间的权利义务,只有在当事人没有协议的情况下,才适用法律规则的规定。任意性规则在民商法、婚姻法等部门法中较为常见。

③ 按照法律规则内容确定性程度的不同,可以把法律规则分为确定性规则和非确定性规则。确定性规则是指内容明确、结构完整,可直接适用的法律规则。非确定性规则是指内容不明确,需要以其他立法或由适用机关加以具体化的法律规则,这种规则在我国法律体系中是大量存在的。非确定性规则包括两种不同类型:一种是法律没有直接规定某一行为

规则的内容,而是指出由哪一个机关加以规定的规则,通常称为委任性规则;另一种是法律规则虽然规定了权利、义务或法律责任,但并不具体,需要由适用法的机关作出具体解释,通常称为准用性规则。

④ 按照规则所调整的关系是否发生于该规则产生之前,可以把法律规则区分为调整性规则与构成性规则。

调整性规则是对已经存在的各种行为方式进行评价,通过授予法律权利和设定法律义务确认并调整相关行为的规则。调整性规则所调整的社会关系在该规则产生之前就已经存在,规则的作用只是按照一定价值标准加以区分和选择,将某些既存的社会关系上升为法律上的权利义务,使之合法化和规则化,从而纳入法律调整的轨道,如刑法中的大多数规则。

构成性规则是以该规则的规定作为产生某种行为方式的前提条件的法律规则。在构成性规则生效之前,受其调整的社会关系并不存在,只有当规则产生以后,相关的行为才可能出现。如有关开征某种税的规定,有关授予国家机关某项职能的法律规定等。此种情形下,立法者实际上是通过立法活动创造了某种社会关系。

2. 法律原则

(1) 法律原则的含义和特点。法律原则是指在一定法律体系中作为法律规则的指导思想、基础或本源的、综合的、稳定的法律原理和准则。法律原则具有如下特点:①就其内容而言,法律原则往往直接反映了法律体系或法律体系中某一组成部分(如部门法)的基本价值目标,是法律体系和部门法的指导思想和观念基础。因而,它在对人对事的覆盖面上,比法律规则较宽,具有更大的宏观指导性。②法律原则在形式上不具备法律规则必备的三个要素,它往往只是指出了立法者对于某一类行为的倾向性要求,而没有提供具体的行为模式,这种高度抽象概括的性质使法律原则比法律规则更具有稳定性,适用的范围也更为广泛。③法律原则是由国家制定或认可的,是法的组成部分。有的法律原则在规范性文件中直接以文字方式表现出来,有的法律原则虽然没有直接的文字表现,但也必然隐含在规定之中,可以合理地推断出来。未经国家制定或认可的原则只能被视为学说或伦理原则,而不是法律原则。

法律原则无论对法的创制还是对法的实施都具有极为重要的意义。从法的创制上看,法律原则的功能主要表现在三个方面:①法律原则概括和体现了法律制度的基本性质、内容和价值取向。②法律原则是法律制度内部协调统一的重要保障。③法律原则对法制的改革和转型具有导向作用。从法的实施上看,法律原则的作用主要体现在两个方面:其一,指导法律解释和法律推理;其二,补充法律中的空白和漏洞,消除法律体系内部的矛盾。

(2) 法律原则的分类。根据不同的分类标准,法律原则主要分为两大类:

① 按照原则的覆盖面不同可分为基本原则和具体原则。基本法律原则是指体现法的根本价值的法律原则,它是整个法律活动的指导思想和出发点,构成法律体系的神经中枢。它的内容比具体原则更抽象、更稳定,通常可以适用于整个法律体系。具体原则是基本原则在不同领域或法律调整过程不同阶段的具体化,具体原则的适用必须以基本原则为指导,而基本原则的要求也只有通过大量的具体原则才能在不同领域中获得体现。

② 按照原则产生的基础不同可分为公理性原则与政策性原则。公理性原则是从一定形态的社会关系本质中产生出来,得到社会成员广泛公认并被奉为法律准则的公理。在同一社会形态或社会关系的某些方面具有共性的国家中,相关的公理性原则往往是普遍适用的。政

策性原则是国家在管理社会事务的过程中为实现一定目标而作出并被确认为法律准则的政治决策。与公理性原则相比,政策性原则往往依各国不同时期具体条件和任务的不同而呈现出更大的灵活性和多样性。

3. 法律概念

法律概念是指对各种法律事实进行抽象,概括出它们共同特征而形成的权威性范畴。法律概念是构成法律规则和原则的基础,但它本身不是价值判断,而只是构成规则和原则的前提。法律概念具有明确性、规范性和稳定性等特点。

依照法律概念所涉及的法律事实要素的类别,可以把法律概念区分为涉人概念、涉事概念和涉物概念三大类。涉人概念用于界定和区分法律关系的主体;涉事概念用于界定和区分法律事件和法律行为的性质和类别;涉物概念是指具有法律意义的无人格现象。

法律概念在法的系统中具有重要的功能,这种功能主要表现在以下三个方面:

(1) 认知功能。法律调整范围内的现象纷繁复杂,在认识这些现象内在特征的基础上对它们进行分类和整理,将具有相同或类似性状的对象归为一类,用特定的法律概念加以表达,使之能够与其他现象区别开来,从而使人们借助法律概念,认识法律的内容,并进行法律交流,这是任何法律系统的建构和发展所必须的。

(2) 构成功能。法律规则和法律原则在语法结构上都表现为一定的判断,而判断的基础是概念,任何一个规则和原则都是两个以上不同概念构成的,因而法律概念又是构成法律规则和法律原则的基本要素。

(3) 规范功能。在绝大多数情况下,法律的调整功能是通过法律规则实现的,但在规则不够完备,不能涵盖所有调整对象的场合,也可以通过法律概念与法律原则的结合,直接起到规范主体行为的作用。

(五) 法的分类

法的分类,就是从不同的角度,按照不同的标准,将法律规范划分为若干不同的种类。对法进行分类的首要目的是为了更全面、准确地理解法律的概念。

1. 成文法与不成文法

这是按照法的创制方式和表现形式的不同对法进行的分类。成文法是指由特定国家机关制定颁布,以不同等级的规范性文件形式表现出来的法律规范,所以又称“制定法”或“立法”。不成文法是由国家机关以一定形式认可其法律效力,但不表现为成文的规范性文件形式的法律规范,一般指习惯法。

2. 实体法和程序法

这是按照法律规定内容的不同进行的分类。实体法规定的权利义务直接来自人们在生产和生活中形成的相互关系的要求。程序法的重要内容是规定主体在诉讼活动中的权利和义务,也即主体在寻求国家机关对自己权利予以支持的过程中的行为方式,这种权利和义务是派生的,其作用在于保证主体在实际生活中的法律权利义务得以实现。

3. 根本法和普通法

这是根据法律的效力、内容和制定程序的不同所进行的分类。在采用成文宪法的国家,根本法是指宪法,它在国家法律体系中享有最高的法律地位和法律效力,宪法的内容和制定、修改的程序都不同于其他法律。普通法是指宪法以外的其他法律,其内容一般只涉及社会生活的某一方面,如民法、行政法、刑法等,其法律效力低于宪法。

4. 一般法和特别法

这是根据适用范围的不同对法律所作的分类。一般法是指在效力范围上具有普遍性的法律,即对一般的人或事、在较长时间内、在全国范围普遍有效的法律。特别法是指对特定主体、特定事项、特定地域或在特定时间有效的法律。

5. 国内法和国际法

这是根据创制主体和适用法律关系主体的不同对法进行的分类。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律。国内法的法律关系主体一般是个人和组织(在特定的法律关系中也包括国家机关)。国际法是由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,国际法律关系的主体主要是国家。

除了上述法的一般分类外,由于法律文化传统和国家结构形式的不同,一些国家和地区的法律还有某些特殊分类:例如公法和私法,普通法和衡平法,联邦法和联邦成员法等。

【知识卡片】 公法、私法分类法

公法与私法是古罗马法学家乌尔比安关于法律分类的观点,从此法律有公法和私法之分,公法是指规范国家和人民之间关系的法律规范,私法是指调整平等的民事主体之间的法律规范。

(六) 法律体系

作为法律调整对象的社会关系本身具有一定的整体性和系统性,由此决定了法律规范之间也必然存在着内在的联系。法律体系是法的内在结构,反映了法律规范之间的内在联系。

1. 法律体系的概念与特征

法律体系,也称部门法体系,是指一国的全部现行法律规范按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。

法律体系具有以下特征:

- ① 法律体系是由一个国家的全部现行法律规范构成的一个有机整体。
- ② 法律体系既具有内在的统一性,又具有一定的差别性。一国全部现行法律规范之间的这种协调和统一性,从根本上说决定于其经济基础、国家制度和反映在法律规范中的国家意志的统一。法律体系的差别性表现在法的体系分为不同法的部门、子部门和制度。
- ③ 法律体系是内在统一性与变动性的有机结合。这是由于法律体系和法一样是一种客观存在的社会生活现象,它的部门与制度是历史形成的内在结构,它的基础是社会经济状态所特有的生产关系体系。

④ 法律体系是客观法则和主观属性的有机统一。法律体系的形成是由客观经济规律和经济关系决定的;但法律关系的形成又离不开人的意志和主观能动性。

2. 法律体系的基本结构

法律体系可以划分为不同的相对独立的部门,这就是法律部门。法律部门就是调整因其本身性质而要求有同类调整方法的社会关系的法律规范的总和。每个法律部门都以它调整的社会关系以及调整的方法的不同而与其他部门相区别,又互相联系,协调统一。当代中国的法

律体系主要包括宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等七个法律部门。

二、法学

(一) 法学的概念

法学,又称法律学或法律科学,是研究法律现象的各种科学活动及其认识成果的总称,是关于法律问题的知识和理论体系,是社会科学的一门重要学科。

在我国,法学思想最早渊源于春秋战国时期的法家哲学思想。法学一词,在中国先秦时被称为“刑名之学”,自汉代开始有“律学”的名称。在西方,古罗马法学家乌尔比安对“法学”一词的经典定义是:对人和神的事物的认识,正义和非正义之学。现代的法学,是指研究法律的科学。

(二) 法学的研究对象

法律现象是法学的研究对象。作为一门系统的科学,法学必须对其研究对象进行全方位的研究,既要对法进行历时性研究——研究法的产生、发展及其规律,又要对法进行共时性研究——比较研究各种不同的法律制度,分析其性质、特点及其相互关系;既要研究法的内在方面,即法的内部联系和调整机制等,又要研究法的外部方面,即法与其他社会现象之间的关系;既要研究法律规范、法律体系的内容和结构以及法律关系、法律责任的要素,又要研究法的价值和法的实施效力。

(三) 法学体系

法学体系是由法学分支学科构成的具有内在有机联系的统一整体。法律调整的社会关系是多种多样的,因而研究社会的各种法律现象及其发展规律的法学所研究的范围也就十分广泛,从而形成若干分支学科。这些分支学科构成一个有机联系的知识系统就是法学体系。一般来说,法学可以分为理论法学和应用法学两大部类。

1. 理论法学

理论法学是从总的方面探求法学研究对象的各种基本概念、基本原理、基本原则和基本规律的法学分支学科的总称。

理论法学主要不是从认识论的角度划分出来的结果,而是依据法学的研究对象和方法划分出来的。那些研究对象比较抽象、研究方法偏重于理论分析的分支学科基本都可列为理论法学,其主要代表是法理学。如果一国法学体系中不设综合法学这个大的部类,那么诸如立法学、法社会学、法解释学、比较法学等也可视为理论法学。法学边缘学科中侧重于理论研究的也可列为理论法学。

2. 应用法学

应用法学是指那些旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题的法学分支学科的总称。

应用法学的研究对象主要是法律实际生活中的经验材料,它比理论法学更具有实践性,它是理论法学的具体化,也是理论法学的资料渊源。但应用法学并非没有理论,其所产生的理论

不是用来对跨学科进行普遍指导,而是为解决本应用学科的实际问题服务的。应用法学的代表性学科是各种部门法学,如宪法学、民商法学、刑法学、程序法学等。有关法律实务的分支学科,法学边缘学科中侧重于解决实践问题的分支学科也可列入应用法学。

第二节 法的起源与发展

一、法的起源

法不是从来就有的,它只是人类进入阶级社会时才出现的特有现象。

(一) 法产生的主要标志

1. 认可、制定、实施和保障法律的特殊公共权力系统即国家的产生

国家的产生彻底改变了社会规范的特征。区别于原始习俗,法律是国家这种凌驾于社会之上的特殊共同权力系统认可、制定、实行和用强制力来保证实现的,法律的使用范围则依国家权力所及的地域来界定。

2. 社会成员之间权利和义务出现分离

这种分离首先表现为财产归属上有了“我的”、“你的”、“他的”之类的区别。其次,在利益(权利)和负担(义务)的分配上出现了不平等,即出现了特权。再次,在行使权利和履行义务上出现了明显的差别,有的人(贵族和富人)仅享有权利,而大多数人仅承担义务。

3. 法律诉讼和司法出现

在法律出现后,一切当事人不能自行解决的严重冲突通过法律诉讼来解决,由此出现了司法活动和不断专门化的司法机关。法律诉讼和司法的出现,标志着公力救济代替了私力救济,文明的诉讼取代了野蛮的暴力复仇。

(二) 法产生的一般过程和具体规律

法产生的一般过程和具体规律主要有:①行为的调整方式逐渐从个别调整发展为一般调整;②法律规则的形成经历了由习惯变为习惯法再发展为成文法的长期过程;③法律、道德、宗教等行为规范由混沌一体逐步分化为各自相对独立的规范系统。

二、法的历史类型

法的历史类型是按照法律制度赖以产生的生产关系的类型和反映的阶级意志的不同,对历史和现实的不同国家和地区的法律制度进行的分类。人类社会存在过的法律制度包括四种历史类型,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三者统称为私有制法。私有制法具有共同的特征。社会主义法和私有制法既有本质区别,又有历史联系。

法的历史类型的更替遵循着从低级到高级的发展规律。生产力与生产关系、经济基础与

上层建筑这一社会基本矛盾的运动规律是法的历史类型更替的根本原因。

三、法的继承与移植

(一) 法的继承

法的继承是指不同历史类型的法之间的延续、相继、继受,一般表现为旧法(原有法)对新法(现行法)的影响和新法对旧法的承接、继受或借鉴。在本质上,法的继承是新法对旧法的扬弃。

新法之所以可以而且必然批判地继承旧法中的某些因素,主要原因是:①社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性。②法的相对独立性决定了法的发展过程的延续性和继承性。③法作为人类文明成果的共同性决定了法的继承的必要性。④法的发展的历史事实验证了法的继承性。

法律继承的内容是十分广泛的。就社会主义法律对资本主义法律的继承来说,一切能够与科学、理性、民主、自由、公平、人权、法治、和平、秩序、效率为内容的时代精神融为一体的那些富有生命力或再生能力的积极因素都在继承之列。具体而言,法律继承的主要内容可归纳为以下几个主要方面:①法律技术、概念;②反映市场经济规律的法律原则和规范;③反映民主政治的法律原则和规范;④有关社会公共事务的组织与管理的法律规定。

(二) 法的移植

法的移植是指特定国家或地区的某种法律规则或制度移植到其他国家或地区,其所表达的基本意思是在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律(包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等),使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。这种移植是以被移植的法律和接受移植的法律之间存在着共同性,即受同一规律的支配、互不排斥、可互相接纳为前提的,而非简单照搬。

法的移植有其必然性和必要性:①社会发展和法律发展的不平衡性决定了法的移植的必然性;②市场经济的客观规律和根本特征决定了法的移植的必要性;③法的移植是法制现代化的一个过程和途径,因此法的移植是法制现代化和社会现代化的必然需要;④法的移植是对外开放的应有内容。

法的移植有三种类型:①经济、文化和政治相同或基本相同的国家相互吸收对方的法律,以至融合和趋同;②落后国家或发展中国家直接采纳先进国家或发达国家的法律;③区域性法律统一运动和世界性法律统一运动或法律全球化。

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,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,同时法律移植要有适当的超前性。

四、法系

法系是依据法律的历史渊源和传统以及由此形成的不同存在样式和运行方式,而对现存的和历史上存在过的各种法律制度所做的分类。凡是具有相同的历史渊源和传统,具有相同