



测绘管理法规**概论**

黄张裕 高俊强 主编

河海大学出版社

测绘管理法规概论

黄张裕 高俊强 主编

河海大学出版社

2007.8

图书在版编目(CIP)数据

测绘管理法规概论/黄张裕,高俊强主编. —南京:河海大学出版社,2007.7

ISBN 978-7-5630-2409-4

I. 测... II. ①黄... ②高... III. 测绘法令—概论—中国 IV. D922.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 137167 号

书 名 / 测绘管理法规概论

书 号 / ISBN 978-7-5630-2409-4/D · 196

责任编辑 / 谢业保

封面设计 / 张世立

出 版 / 河海大学出版社

地 址 / 南京市西康路 1 号(邮编:210098)

电 话 / (025)83737852(总编室) (025)83722833(发行部)

电子信箱 / hhup@hhu.edu.cn

经 销 / 江苏省新华书店

印 刷 / 丹阳市兴华印刷厂

开 本 / 787 毫米×960 毫米 1/16

印 张 / 16.25

字 数 / 310 千字

版 次 / 2007 年 8 月第 1 版

印 次 / 2007 年 8 月第 1 次印刷

定 价 / 26.00 元

前 言

随着我国改革开放的不断深入、国民经济的迅速发展和社会市场经济体制及其法制建设日趋完善,国内测绘市场已逐渐形成,社会对测绘科技人才的数量和质量都有了新的更高要求,对培养测绘人才提出了新的目标和任务。与此同时,随着社会的发展进步,测绘科学也以日新月异的速度向前发展。所有这些都要求我们必须加强测绘学科的建设,加强专业建设,加强教材建设,及时将新理论、新技术、新要求反映到教材中去,使培养的学生成为适应时代需求的全面发展的人才。

1992年12月28日,测绘基本法《中华人民共和国测绘法》经全国人大常委会会议通过并公布实施,其后,于2002年8月29日重新修订并公布实施,将测绘工作纳入了法制的轨道,新形势下要求每位测绘工作者和测绘单位必须熟悉测绘基本法和各类测绘管理法规,并依法从事测绘活动,才能取得良好的经济效益和社会效益。因此,作为未来的测绘工程师——测绘工程专业学生非常有必要开设《测绘管理法规》课程。为适应这一教学需要,我们编写了该教材,旨在普及测绘法律法规,促进测绘行业真正形成“依法行政,依法测绘”的局面,建立良好的测绘市场体系。

本书是为高等学校测绘工程专业编写的教学用书,可作为其他相关专业的参考用书,亦可作为全国注册测绘师资格考试参考用书。在编写过程中,参考了大量相关文献和资料,有些未在书后一一注明,特向有关作者致以深深谢意!

本书由黄张裕(河海大学)、高俊强(南京工业大学)、刘学求(南京炮兵学院)、周保兴(山东交通学院)、史晓云(南京林业大学)共同编写,黄张裕负责全书统稿工作。

由于编者水平有限,书中的不足和疏漏在所难免,敬请读者批评指正。

编 者

2007年8月

目 录

第一章 法学基础知识	(1)
第一节 法的概念	(1)
第二节 法的渊源与效力	(8)
第三节 法律关系	(12)
第四节 法的运行	(19)
第二章 测绘管理概述	(26)
第一节 加强测绘管理工作的必要性	(26)
第二节 测绘管理体制的演变	(29)
第三节 我国的测绘管理工作	(31)
第四节 完善测绘管理体制和提高测绘保障能力	(39)
第三章 测绘法律法规	(43)
第一节 测绘法及其发展	(43)
第二节 测绘法的体系适用范围	(44)
第三节 测绘法的调整对象和基本原则	(46)
第四节 《测绘法》的出台及意义	(47)
第五节 我国测绘事业发展和贯彻实施《测绘法》	(48)
第四章 测绘技术、测绘规划和测绘市场管理	(57)
第一节 测绘技术管理	(57)
第二节 测绘规划管理	(59)
第三节 测绘市场管理	(60)
第五章 界线测绘和地图编制出版管理	(68)
第一节 界线测绘与国界线测绘	(68)
第二节 行政区域界线测绘	(70)
第三节 权属界址线测绘	(71)
第四节 地图编制出版管理	(73)

第六章 测绘成果管理和测量标志保护	(78)
第一节 测绘成果管理	(78)
第二节 测量标志保护	(83)
第三节 测绘成果和测量标志使用	(86)
第七章 违法的法律责任	(89)
第一节 违反测绘法的行政法律责任	(89)
第二节 违反测绘法的民事法律责任	(94)
第三节 违反测绘法的刑事法律责任	(95)
第八章 《测绘法》条文释义	(99)
第九章 测绘法律法规选辑	(185)
第一节 中华人民共和国测绘法	(185)
第二节 中华人民共和国测绘成果管理规定	(193)
第三节 中华人民共和国地图编制出版管理条例	(197)
第四节 中华人民共和国测量标志保护条例	(201)
第五节 测绘市场管理暂行办法	(204)
第六节 房产测绘管理办法	(209)
第七节 重要地理信息数据审核公布管理规定	(212)
第八节 公开地图内容表示若干规定	(215)
第九节 地图受理审核程序规定	(219)
第十节 测绘资质管理规定	(222)
第十一节 测绘资质分级标准	(226)
第十二节 测绘作业证管理规定	(241)
第十三节 注册测绘师制度暂行规定	(245)
第十四节 注册测绘师资格考试实施办法	(251)
参考文献	(253)

第一章

法学基础知识

第一节 法的概念

一、法、法律的涵义

在古代汉语中,“法”、“律”二字最初是分开的,含义并不相同,一般“法”和“刑”相通,而“律”则是指人所遵循的格式、准则,如音律等。随着历史的发展,二者字义逐渐趋同。据我国历史上最早解释词义的《尔雅·释詁》记载:“法,常也;律,常也。”可见,早在秦汉,“法”、“律”二字已同义,都有常规、均布、划一的意思。又据《唐律疏义》:“法亦律也,故谓之律”,战国李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律”。自此以后,我国封建社会各代刑典,一般都被称为“律”。“法律”作为独立合成词,在古代文献中也偶尔出现过,如西汉晁错称:“今法律贱商人,商人已富贵矣;尊农夫,农夫已贫贱矣。”清末以来,“法”与“法律”是并用的。

但应该指出的是,在我国历史上,“法”、“律”二字虽可解释为同义,但还是有区别的。一般来说,“法”的范围比较大,往往指整个制度;“律”则指具体准则,尤指刑律。

法是国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的规范的总和,它反映被一定物质生活条件决定的统治阶级的意志,并通过权利和义务的确定来维护社会秩序。法律一般有广义和狭义两种理解。广义的法律是指法律的整体,即拥有立法权的国家机关制定的规范性文件的总和。此时,“法”和“法律”是同义词。我国目前的法律主要有:作为国家根本法的宪法,全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,国务院制定的行政法规,省级地方国家权力机关制定的地方性法规,国务院各部委和省级人民政府制定的规章等。狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。为了以示区别,学者们把广义的法律称为法,但在很多场合下,仍根据约定俗成,统称为法律。在现代法学中,法还可以从静态和动态两种意义上理解。静态的法通常指法律、规则、制度;动态的法泛指立法、执法、司法、守法、法律监督等活动及其

过程。

二、法的本质

法律是一个极为复杂的事物,用系统论的观点来讲,它不仅与其他系统相联系,而且在法律这一系统本身的内部也存在着相互联系各个组成部分,从而构成了一个有机的统一整体。马克思主义创始人在对黑格尔的法哲学进行批判研究的过程中深刻地指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活条件。”在《德意志意识形态》中又明确指出,国家是属于统治阶级的各个个人借以实现其共同利益的形式,这些“占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外,他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”在《共产党宣言》中论述到资产阶级观念时,更为明确地指出:“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物,正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样,而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”马克思主义创始人的这些不断明确和深化的论述不仅揭示出阶级对立社会的法的本质,而且提供了认识法的本质的一般科学方法。我国法学理论界对法的本质的论述主要体现在以下几方面:

第一,法是统治阶级意志的体现。这种意志既不是任何“个人意志”,也不是全体社会所有阶级的所谓“全民的共同意志”,当然也不是被统治阶级的意志。法的这一本质表明法具有鲜明的阶级性。在认识法的本质时,只能把法与统治阶级联系起来。

第二,法是统治阶级整体利益和共同意志的表现。法体现统治阶级的意志,集中表现他们的共同利益和要求。但是,统治阶级的共同意志和利益不是他们的各个成员个人意志和利益的简单相加,就是说,法既不是统治阶级个别成员的意志和利益的表现,也不是统治阶级内部的某个党派、阶层、集团的意志和利益的表现,而是作为一个整体的统治阶级意志和利益的体现。

第三,法是被奉为国家意志的统治阶级的意志。法是统治阶级意志的体现,但并不是说统治阶级意志都表现为法,只有以国家意志表现出来的统治阶级意志才是法。国家意志即统治阶级掌握的国家政权表现出来的统治阶级意志。统治阶级运用国家政权将本阶级的意志转化为国家意志,使其表现为法律规范,通过法律规范形式规定人们的权利与义务,要求全社会成员执行和遵守,以维护有利于其统治的社会关系和社会秩序。

第四,法所体现的统治阶级意志的内容最终是由统治阶级的物质生活条件决定

的。物质生活条件包括社会生产和生活需要的产品的状况,但主要是指生产关系,特别是生产资料所有制关系。统治阶级意志的内容和性质,就是这种以所有制性质为核心的经济关系,以及由其决定的阶级利益的反映和概括。所以,法是以一定的经济关系为基础的。统治阶级有什么样的物质生活条件,就会有什么样的意志作为法的内容。统治阶级立法只能从实际存在着的物质生活条件出发,并受这种条件制约。这就是说,任何统治阶级在立法时都要注意到现实的经济条件以及相应的经济规律。同时,法也受到经济以外其他因素的影响,其中主要包括政治、思想、历史传统、民族、宗教、习惯等等。

总之,我们在分析法的本质的时候,要从各个不同的角度、不同的历史条件等多方面去综合分析,这样才能真正揭示法的本质。

三、法的特征

法是由国家制定或认可的,体现统治阶级意志,以权利和义务为主要内容,以程序为标志,以国家强制力为保障,具有普遍性的社会规范。法虽然属于上层建筑,但具有不同于其他上层建筑的基本特征。

1. 规范性

法是调节人们行为的规范,或者说是调整社会关系的规范。由规范所组成的法,必然表现出鲜明的规范性。同时,法的规范性又使法具有概括性和一般性的特点。概括性是指它为人们的行为提供了一个模式、标准和方向,从而为人们的行为规划出可以自由行动的基本界限。而一般性主要包括几种含义:

第一,法是一种抽象、概括的规定,它适用的对象是一般的人或事,而不是特定的人或事;

第二,它在生效期间内是反复适用的,而不是仅适用一次;

第三,法在同样情况下应该同样适用,也就是通常所讲的“法律面前人人平等”。

从法的规范性和一般性这两个属性中还可以派生出法的其他一些属性,如连续性、稳定性、效率性等。在了解法的规范性特征的同时,还要区分规范性法律文件和非规范性法律文件。规范性法律文件属于法的范畴,它所适用的对象不是特定的某个人,而是一般意义上的人;它不是适用一次,而是在其有效期内持续有效。非规范性法律文件不属于法的范畴,而是适用一定法律规范的产物。它们适用于特定的人和事,而且仅适用一次。

2. 国家性

法的国家性主要体现在法律规范是由国家制定或认可的。法由国家制定或认

可,从而使法具有“国家意志”的形式。这一特征明显地表现了法与其他社会规范,如道德、宗教规范,政党和其他社会组织的规章,以及习惯礼仪等的差别。国家制定或认可是国家创制法律规范两种基本形式:国家制定是指有权的国家机关依照法定程序创制法的活动,该种法被称为成文法(典)。国家认可是指国家赋予某些已经存在的习惯以法的效力的活动,该种法被称为习惯法或不成文法(典)。至于由哪些机关制定或认可,以什么方式制定或认可,以制定为主还是以认可为主,在不同时期,由于社会制度、国家或法律传统的不同,差别很大。法的国家性又派生出法的权威性、普遍性和统一性。权威性指法代表国家主权即最高权力的意志。普遍性和统一性指在主权所及范围内普遍有效并相互一致和协调。

3. 意志性

法是统治阶级意志的体现。法规定或确认法律意义上的权利、义务。这一特征也表明法与其他社会规范的区别。有的社会规范(如政党或其他社会团体的规章)也规定各自成员的某种权利和义务等,但在内容、范围和保证实施的方式等方面,法律上的权利和义务同其他社会规范中所确定的权利和义务,是有很大区别的。如道德、宗教等规范,一般仅规定义务而无权利。

4. 强制性

法是以国家强制力作为后盾而保证实施的。尽管法的每个实施过程和每个规范并非都需要国家系统化的强制力,但从最终的依托来看,法必须依靠国家强制力才能保证实施,这是法实现其本身价值的基本保证。而且正是这种强制性,使法具有普遍的约束力,在国家领域内的所有行为都要受到法律的规范和约束,在国家领域以外的行为也依然受到该国法律的规范和约束。

四、法的要素

法的要素是与法的系统相对而言的。系统是诸多相互联系、相互作用的要素所构成的整体,要素则是组成一个整体而相互联系和作用的部分。作为与法律系统相对应的法律要素,有如下特征:

第一,个别性、局部性。法律要素虽具体表现为一个个元素或个体,但它们不是孤立的个体而是作为有机体细胞的个体;它的性质取决于它所处的系统,法律要素只有在法律系统中才有法的性质和意义。

第二,多样性和差别性。各个法律要素在法律系统中有着不同的地位,起着不同的作用,因而它们之间有着这样或那样的差别。但是,对外它们是作为一个整体起作用的,都受整体作用的制约。

第三,连带反应性。任何一个法律要素若被违反,同时也是法律系统被违反,会招致法律系统作为整体的反应。

第四,不可分割性。法律要素作为法律系统的构成元素,相对于该系统来说,必须假定它是不可分割的,即必须作为非复合体看待。结合国内外,特别是我国的立法实践,可以把现代法律系统的基本要素简化为规则、原则和概念。

1. 规则

法是一种规范或规则。我国古代思想家曾指出:“尺寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也,谓之法。”在我国汉语中,规则和规范是同义的;在中外法学中,法律规则和法律规范也是通用的。法律规范或法律规则是一种社会规范,它确定了特定社会群体中一般成员共有的行为规则和标准。社会规范包括政治规范(如政党章程、政治生活准则)、法律规范、道德规范、宗教规范或一般社会组织规章等。除社会规范外,还有技术规范、语言规范、运动规范等。当社会规范外的一些规范通过法律的形式确定下来后,也就具有了法律上的约束力。

从逻辑上说,每一法律规则由行为模式和法律后果两个部分构成。行为模式是从大量实际行为中概括出来作为行为的理论抽象、基本框架或标准的。它可分为三类:可以这样行为、应该这样行为和不应该这样行为。这三种行为规则也就意味有三种相对应的法律规则:授权性法律规则、命令性法律规则和禁止性法律规则。后两类法律规则合称为义务性规则。法律后果一般是指法律对具有法律意义的行为赋予某种结果。它可分为两类:第一,肯定性法律后果。也就是法律承认这种行为合法、有效,并加以保护以至奖励的后果。第二,否定性法律后果,即法律上不予承认,并要加以撤销以至制裁的后果。法律规范在成文法中一般由法律条文体现出来,但一个法律规范并不一定等于一个法律条文。一个法律规范可以包括在几个条文中,一个条文中也可能包括几个法律规范。

法律规则按不同角度还可以分为:调控性规则和构成性规则,强行性规则和任意性规则,确定性规则、委托性规则和准用性规则。

2. 概念

法律上的概念是对各种法律事实进行概括,抽象出它们的共同特征而形成的权威性范畴。概念虽不规定具体的事实状态和具体的法律后果,但每个概念,一般都有确切的法律意义和应用范围、领域或者场合。当人们把某人、某一情况、某一行为或某一物品归于一个法律概念时,有关的规则和原则即可适用。规则、原则的适用取决于概念的明确。法律概念是法学家从无数法律实践中概括出来的,其内涵和外延不是固定不变的,而是随着社会生活的发展、法制水平和法学家认识水平的发展而不断

发展变化的。例如,1804年《法国民法典》和1896年的《德国民法典》各自所用的“合同”概念,就既有历史联系,又都打上了不同时代的烙印。

在法律的体系中,概念的特点和独特功能是对法律事实进行定性的分析,既确定事件、行为和物品等的“自然性质”和“社会性质”,又确定事件、行为和物品等的法律性质,为人们认识和评价法律事实提供了必要的结构。没有这个结构,就无法对事件、行为和物品作出法律评价和法律处理。不同时期,不同国家、地区,不同法律制度、法律传统,特别是不同社会制度中,都会有不同的法律概念。此外,即使是共同适用的概念,也可能会有不同的理解。因此,在强调法律概念的重要性时,也必须注意法律概念的局限性。

3. 原则

法律原则是法律上规定的用来进行法律推理的准则。法律原则不仅可以指引人们如何正确地适用规则,而且在没有相应法律规则时,可以代替规则来作出裁决,即它能较有把握地应付没有现成规则可适用的新情况。原则的特点是,它不预先设定任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务,更没有规定确定的法律后果。但是,它指导和协调着全部社会关系或某一领域社会关系的法律调整机制。在制定法律规则、进行司法推理或选择法律行为时,原则是不可缺少的,特别是遇到新案件或疑难案件需要平衡互相重叠或冲突的利益,为案件寻找合法的解决办法时,原则就更加凸显其重要性了。原则可分为政策性原则和公理性原则两大类。政策性原则是国家关于必须达到的目的或目标,或实现某一时期、某一方面的任务而作出的政治决策,一般说来是关于社会经济、政治、文化的发展目标和战略措施等问题的。公理性原则是从社会关系的本质中产生出来的、得到广泛承认并认定为法律的公理。

法律原则在判例法中的逻辑作用有三种:第一,限制法律规则的范围;第二,扩展法律规则的范围;第三,通过创造新判例并最后建立新规则的方式解决法律“空隙”问题。

在法律体系中,法律原则的优点和独特功能是:第一,较宽的覆盖面。每一原则都是在广泛的现实的或既定的社会生活和社会关系中抽象出来的标准。它所涵盖的社会生活和社会关系,比规则要丰富得多。第二,宏观上的指导性。即在较大的范围和较长的过程中对人们的行为有方向性指导作用。第三,较强的稳定性。这种稳定性有助于维护社会生活和社会关系的相对稳定。

法应当以规则为主体,而不应当停留在一般原则或宣言上。在法律体系中,原则是必不可少的,而概念必须精确、规范、统一。

五、我国社会主义初级阶段法的本质

正确认识我国社会现在所处的历史阶段、社会性质和基本国情,是正确认识当代中国法的本质和目的的前提。我国现阶段还是社会主义初级阶段,现阶段我国社会主义法的本质主要体现在以下几个方面:

第一,贯彻了社会主义原则和民主原则。社会主义制度是我国的根本制度。社会主义法要确认和保护社会主义制度,我国的宪法和法律贯彻了这一基本原则。社会主义法具有高度的民主性,集中体现在它确认以广大劳动者为主体的全体人民当家作主的地位,确认和保障社会主义民主制度,这种民主原则的核心和实质,就是国家的一切权力属于人民,社会主义法就是对人民享有管理国家、管理经济、管理社会其他事务的权利加以确认和保护,使之制度化、法律化。社会主义法律确认公民在经济上、政治上、文化教育等方面的广泛的民主权利和自由。社会主义法的民主原则还体现在它把对人民的民主与对敌人的专政结合起来,把人民内部的民主与集中,自由与纪律结合起来。

第二,体现了阶级性和人民性的统一。我国社会主义法是工人阶级领导的广大人民群众共同意志的体现。这种共同意志首先是工人阶级的意志;其次,是我国农民和知识分子的意志;最后它 also 包括了拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的意志。因此,我国社会主义法既体现了它鲜明的阶级性,又体现了它广泛的人民性,其阶级性与人民性是统一的。另外,我国社会主义法还具有广泛的社会性,它执行着广泛的社会公共职能,促进社会的向前发展。

第三,体现了国家强制力和人民守法自觉性的统一。我国社会主义法是以国家强制力与人民自觉遵守相结合来保证实施的,这就是强制性与自觉性的统一。社会主义法是工人阶级和广大人民自己制定的,体现了自己的意志和利益,它们的实施过程就是人民意志和利益的实现过程。因此,广大人民群众能够自觉地遵守。同时,社会主义法的国家强制性又是人民群众自觉守法的前提条件。在社会主义国家,还存在敌对势力和敌对分子,在人民内部还会经常产生违法犯罪行为。因此,社会主义法的实施就不能只靠人们的自觉遵守,而同时必须以国家强制力来保证其实施。

第四,贯彻了公民权利与义务的统一。社会主义法贯彻了公民权利与义务的统一。公民在享有宪法和法律规定的权利的同时,必须履行宪法和法律规定的义务。公民在法律面前一律平等,不允许任何人只享受权利而不履行义务,或只尽义务而不享受权利,必须坚持权利与义务的统一。公民在行使权利或履行义务时必须依法进行。

第五,体现了阶级性与科学性的统一。所谓法的科学性是指法与客观规律的关系

系,法能够反映这种客观规律的程度。我国社会主义法的阶级性与科学性的统一,主要表现在这种法是工人阶级领导的广大人民的共同意志的体现,这种意志的内容是要建立社会主义并实现共产主义制度,它符合社会发展的客观规律;社会主义法以共产党的政策为依据,这些政策是运用辩证唯物主义和历史唯物主义观点,总结革命和建设实践经验制定出来的,符合人民的利益,符合社会发展的客观规律,从而使法的科学性由可能性变为现实性;社会主义法贯彻民主原则,是广泛吸收人民群众意见和人类共同创造的法律文化及各种法律体系长期积累的符合客观规律的有益成分,并按照法定程序制定出来的,这同样决定了社会主义法能够符合客观规律,具有一定的科学性。

第六,贯彻了法制统一的原则。依据我国宪法的规定,国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同国家宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体,各企业事业组织都必须遵守国家宪法和法律。一切违反国家宪法和法律的行为,必须予以追究。这就要求国家在立法、司法、执法和守法等方面必须一致起来,而不得破坏这种法制的统一性。

第七,当代中国的法是社会主义初级阶段的法。我国的社会主义初级阶段并不是泛指任何国家进入社会主义社会都会经历的起始阶段,而是特指我国在生产力落后,市场经济不发达条件下建设社会主义必然要经历的特定的很长的历史阶段。因此,我国现阶段的法也一定是社会主义初级阶段这个前提条件下的法。

第二节 法的渊源与效力

一、法的渊源的概念

法的渊源,可以从以下不同的角度理解:第一,是指法的历史渊源,即引起特定法律原则和规范产生的历史上的行为和事件;第二,是指法的理论渊源,就是那些促进过立法和法律改革的理论原则和哲学原理;第三,是指法的形式渊源,就是那些被赋予法的效力和强制力的、具有权威性的某些原则和规范;第四,是指文件渊源,就是对于法律规范做权威性解释的文件或者公文;第五,是指文献渊源,就是指那些没有权威性的、法官没有义务加以采纳的各种关于法律问题的文献资料。

法的渊源还可分为实质意义上的渊源和形式意义上的渊源。所谓实质意义上的渊源,即法的来源、根源和发源,是指一定生产方式下法产生的物质生活条件。形式

意义上的渊源,指法的创制方式和表现形式,也就是法的效力渊源,即法学上通常所说的法的渊源。形式意义上的渊源还可分为直接渊源和间接渊源。直接渊源又称为正式渊源或法定渊源,是指国家机关制定的各类规范性法律文件,依其地位和效力不同,又分为宪法、法律、各种法规和规章等。间接渊源,又称为非正式意义上的渊源或者非法定渊源,是指各种习惯、判例、宗教规则、法理学说、道德原则和规范等。在不同法系的国家中,判例作为法的渊源的情况是不同的,在大陆法系国家中,判例一般不是直接渊源,或仅是非正式渊源,制定法是法的主要渊源;而在普通法法系国家中,除了制定法是法的直接渊源外,判例则是法的一个重要的直接渊源或正式渊源。

通常,法学中所说的法的渊源,就是指法的效力渊源,即根据法的效力来源而划分的法的不同形式,如制定法(包括宪法、法律、行政法规等)、判例法,以及习惯、法理等。一般地说,制定法(又称成文法)是现代国家主要的法的渊源,即不同国家机关根据法定职权和程序制定的各种规范性文件。判例法是与制定法相对称的一种法律渊源,指上级法院(特别是最高法院)的判例对下级法院处理类似案件时具有法律约束力。

二、法的渊源在中国的历史发展

由习惯到习惯法,由不成文法到成文法,是法律产生和发展的一般规律。在中国的历史上,最早的法的渊源是习惯法。我国古代史籍记载:“上古议事以制,不为刑辟”;“神农无制令而民从”;“刑政不用而治,甲兵不起而王”。我国最早的成文法,出现于公元前 536 年郑国宰相子产所铸的刑鼎之上,故而子产被称为中国打破法律神秘主义的第一人。之后,郑国大夫邓析把刑法写在竹简上,称为竹刑。战国时的思想家李悝,在公元前 412 年制定的《法经》则是我国第一部比较完整的法典。

在中国历史上的各个封建王朝,法的渊源种类多而且变化大。但是,总的说来,是以成文法为主要形式,主要有“律”、“令”、“格”、“式”。“律”是法律的一种重要形式,秦以后的法典称为律,即通常所说的商鞅改法为律。“令”是强制人们实行的某种制度、规定的文告,是有关国家基本制度的法律。“格”是行政法规之一。“式”是一种关于公文程式或活动细则的行政法规。另外,在我国封建制社会,还存在着典、款、科、比的法的渊源。

三、社会主义法的渊源

在我国,现代法的渊源可以归结为:

1. 宪法

在当代我国社会主义法的渊源中,宪法规定国家的根本制度和根本任务,具有最

高的法律地位和法的效力,是制定一切法律、法规的依据。它是由全国人民代表大会制定、通过和修改,是规定国家最根本的政治、经济和社会制度、公民的基本权利和义务,国家机关的组织结构和活动原则等国家和社会生活中最基本、最重要问题的法律。

2. 法律

这里所说的法律是狭义上的,作为一种法的渊源的法律。在我国,它是由全国人民代表大会及其常务委员会制定和修改的,内容涉及国家和社会生活的基本问题,具有仅次于宪法效力的规范性文件。可以分为基本法律和非基本法律。基本法律是由全国人民代表大会制定和修改的,规定或调整国家和社会生活中,在某一方面具有根本性和全面性关系的法律,包括关于刑事、民事、国家机构和其他方面的基本法律。非基本法律是由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的,规定和调整除基本法律以外的,关于国家和社会生活某一方面具体问题的法律。

3. 行政法规和部门规章

行政法规是由国务院依法制定和修改的规范性法律文件。部门规章则是由国务院所属各部、各委员会在权限内制定的规范性法律文件,其效力次于宪法和法律。

4. 地方性法规和地方规章

地方性法规是指省、自治区、直辖市,以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市级人民代表大会及其常务委员会根据本行政区内的具体情况和实际需要,依据法律规定的权限制定和发布的规范性文件。地方规章是指由省、自治区、直辖市,以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市人民政府为保证法律、行政法规和本行政区地方性法规的遵守和执行,制定和发布的规范性文件。

5. 民族自治地方的自治条例和单行条例

民族自治地方的自治条例和单行条例是指由民族自治地方(包括自治区、自治州和自治县)的人民代表大会制定或批准的规范性法律文件。自治区的自治条例和单行条例报全国人大常委会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区人大常委会批准后生效。

6. 特别行政区的法

特别行政区的法是指由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,并由国家强制力保障实施的,在特别行政区内具有普遍约束力的行为规范的总和,是根据我国“一国两制”的基本方针和宪法的规定制定的。

7. 国际条约和国际惯例

我国同外国缔结的双边条约和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件是我国法的渊源之一。国际条约中没有明确规定的,可以适用国际惯例。

除以上七种正式渊源外,政策、判例、习惯、学说等也可以作为非正式的渊源辅助裁判。

四、法的效力

1. 基本概念

法的效力,即法律的约束力,指人们应当按照法律的规定行事。一般而言,法律的效力来自于它的合法程序和国家强制力。通常,法的效力可以分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力。规范性法律文件的效力,也叫狭义的法的效力,指法律的生效范围或适用范围,即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。非规范性法律文件的效力,指判决书、裁定书、逮捕证、许可证的法的效力。这些文件在经过法定程序之后也具有约束力,任何人不得违反。但是,非规范性法律文件是适用法律的结果而不是法律本身,因此不具有普遍约束力。我们讲的法的效力主要是指狭义的法的效力。狭义的法的效力可以分为四种,即对人的效力、对事的效力、空间效力、时间效力。

2. 法律对人的效力

法律对人的效力,指法律对谁有效力,适用于哪些人。根据我国法律,对人的效力包括两个方面:第一,对中国公民的效力。中国公民在中国领域内一律适用中国法律。在中国境外的中国公民,也应遵守中国法律并受中国法律保护。第二,对外国人和无国籍人的效力。外国人和无国籍人在中国领域内犯罪的,除法律另有规定者外,适用中国法律;外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪的,若按《中华人民共和国刑法》规定应处最低刑罚3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

3. 法律对事的效力

法律对事的效力,指法律对什么样的行为有效力,适用于哪些事项。这种效力范围的意义在于:第一,告诉人们什么行为应当做,什么行为不应当做,什么行为可以做。第二,指明法律对什么事项有效,确定不同法律之间调整范围的界限。比如,专利法是规定专利权的享有及保护的法律,它因此区别于其他民事法律。又比如,《刑法》第7条规定:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。”