

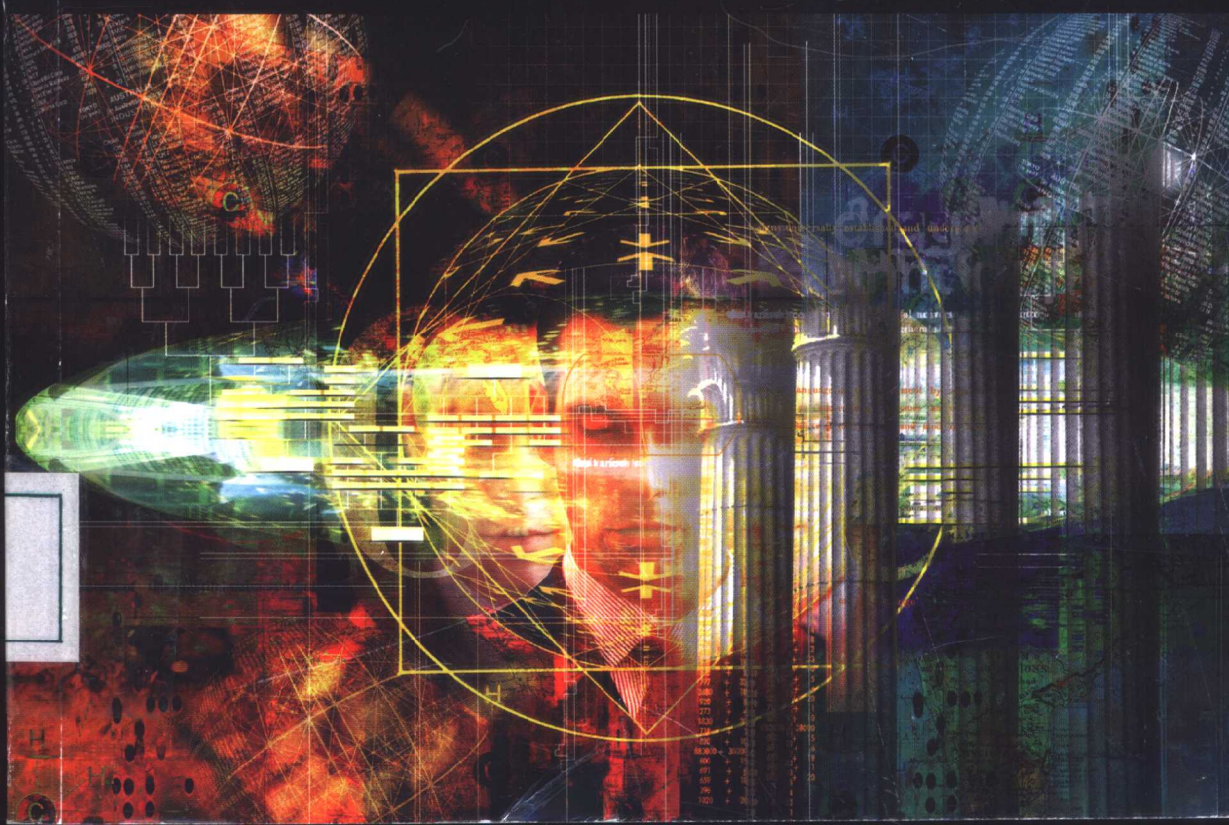
21 世纪高等院校法律课程基本用书

主编 王晨雁 马晓玲

上海交通大学出版社

现代法学基础

XIANDAI FAXUE JICHU



21 世纪高等院校法律课程基本用书

现代法学基础

主 编 王晨雁 马晓玲
副主编 毕少斌 苏 欣
尚永昕 周 蔚

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书就我国法律及有关国际法的基本理论、基本内容作了系统的论述。内容包括我国各种法律制度及相关的国际法制度。本书法律体系完整,内容全面,并将理论问题与实践进行了较好的结合。本书体现了作者多年的教学积累和科研成果,对中国法制史的研究,国际私法及世贸组织法等的探讨与研究都具有显著特色。

图书在版编目(CIP)数据

现代法学基础 / 王晨雁, 马晓玲主编. — 上海: 上海交通大学出版社, 2002
21 世纪高等院校法律课程基础教材
ISBN 7-313-03179-3

I. 现... II. ①王...②马... III. 法学—中国—高等学校—教材 IV. D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第074974号

现代法学基础

王晨雁 马晓玲 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm × 960mm 1/32 印张: 33.75 字数: 637 千字

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1 ~ 4 050

ISBN 7-313-03179-3/D · 078 定价: 39.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

我国已于2001年11月正式加入世界贸易组织(WTO),这表明我国已参与到世界经济全球化的进程之中。随着经济交流的增加,必然会促进交流规则的统一化,即交往各方所遵循的法律规则日渐趋同,因为只有当商业伴随以清晰可靠的合同和政府行为预期时,经济活动才能蓬勃发展。从这个角度看,经济全球化的过程就是在全球建立统一法律秩序的过程。因此,经济全球化必然使各国包括立法、执法、司法在内的整个法律体制面临前所未有的挑战,引发和促进新一轮的法律改革,高等学校的法学教育不可避免地也要与法律的这一变革保持同步发展,并按照全球化的坐标重新定位。《现代法学基础》一书正是在经济全球化的背景下,改革法学教育的一项研究成果。

与以往同类型书籍相比,《现代法学基础》一书在内容上有两个突出的特点:一是从法学教育必须树立国际意识和全球意识出发,以培养国际化人才的需要为目的,专章阐述世界贸易组织的贸易法规则。本书作者认为,世界贸易组织规则不是单纯的国际经济法,也不是单纯的国际法,而是综合性很强的法律,涉及到国际法的几乎所有方面,也涉及到国内法的方方面面。它不仅涉及实体问题,也涉及程序问题。因此研究发达国家和国际组织处理WTO案件的经验和方法是十分必要的,这对于改善人才的知识结构,培养适应经济全球化的人才将是十分有益的。本书在内容上的另一个特点是专章阐述中国法制史的相关内容。本书作者认为,在适应经济全球化的法学教学中,应特别注重国情教育和独立文化的主体性教育,增加中国法制史的内容就是要强化学生对本民族文化主体地位的认同感,培养中华情结,使学生充分了解与法律制度相适应的本土社会生活条件和社会结构的特征,能从民族历史的经验出发,对转型中的我国法律发展的现实,进行全新的思考。毕竟经济全球化不是经济一体化,经济全球化也不可能导致政治、文化、科技、教育的全球一体化。因此,法学教育在经济全球化趋势下日益走向国际化的同时,并不能排斥国家化、民族化、地方化、个性化。多样化是人类在信息经济发展道路上赖以创新和开拓的无价之宝,法学教育在国际化的同时,保持民族性,保持自主的文化传统和历史根基同样是十分重要的。

《现代法学基础》一书是新世纪教学改革工程项目。由王晨雁同志主持,马晓玲、毕少斌、苏欣、尚永昕、周蔚等五位同志参加的“经济全球化背景下的法律基础课程教学改革”课题组结合多年来从事法学教学与科研的实践,一方面尽力吸收法学研究的新成果和司法实践的新经验,另一方面力求回答实践中提出的

新问题。在阐述法学的一般理论时,注意采用法学界已形成共识的观点,以避免随意性;在阐述各部门法时,尤其注意引用最新颁布的相关法律、法规,以便及时追踪由于经济全球化而引发的法律变革并在理论上进行了有益的探索。本书共有十六章内容。王晨雁撰写第一章、第四章、第六章和第七章;马晓玲撰写第十三章、第十四章和第十五章;毕少斌撰写第八章和第十一章;苏欣撰写第二章、第九章和第十六章;尚永昕撰写第三章和第十章;周蔚撰写第五章和第十二章。全书由王晨雁同志负责统稿和审稿。

在本书的写作过程中,曾参考了许多学者的大量著作,这些著作对本书的完成产生了积极的影响,在此表示衷心的感谢,并将有关参考书的作者及其著作名称列于本书附录之中。

限于水平和时间的关系,本书在内容上难免存在不足之处,敬请学界同仁和广大读者批评指正,待本书再版时一并修订。

作 者

2002年8月于南京耕园

目 录

第一章 法理学	1
第一节 法的概念、基本特征、法的本质和要素.....	1
第二节 法的起源、法的历史类型、法的渊源和法的效力.....	8
第三节 法制现代化和法治国家	18
第四节 法的功能与作用	22
第五节 法律关系和法律责任	25
第六节 法与其他社会现象的关系	29
第七节 法的制定和实施	37
第二章 宪法	42
第一节 宪法概述	42
第二节 我国的基本制度	48
第三节 我国公民的基本权利和义务	56
第四节 我国的国家机构	61
第五节 我国的国旗、国徽、国歌和首都	65
第三章 行政法	67
第一节 行政法概述	67
第二节 行政机关和国家公务员	72
第三节 行政行为概述	76
第四节 行政行为分述	80
第五节 几个主要的行政管理法律、法规和规章.....	92
第四章 民法	102
第一节 民法概述.....	102
第二节 民事法律关系.....	104
第三节 民事法律行为和代理.....	111
第四节 物权.....	117
第五节 债权.....	127
第六节 继承权.....	134
第七节 人身权.....	138
第八节 侵权行为、侵权责任和诉讼时效	140
第五章 商法	147

第一节	商法概述	147
第二节	公司法	148
第三节	保险法	163
第四节	票据法	169
第六章	知识产权法	179
第一节	知识产权法概述	179
第二节	商标法	180
第三节	专利法	184
第四节	著作权法	192
第五节	反不正当竞争法	197
第七章	经济法	203
第一节	经济法概述	203
第二节	产品质量法	212
第三节	消费者权益保护法	216
第四节	税法	222
第八章	刑法	230
第一节	刑法概述	230
第二节	刑法的基本原则	231
第三节	刑法的效力范围	233
第四节	犯罪的概念和本质	236
第五节	犯罪构成	238
第六节	排除犯罪性行为	244
第七节	故意犯罪的停止形态	247
第八节	共同犯罪	253
第九节	刑罚概念与目的	258
第十节	刑罚体系与种类	260
第十一节	刑罚裁量	265
第十二节	刑罚的执行与消灭	269
第九章	民事诉讼法	275
第一节	民事诉讼法概述	275
第二节	民事诉讼管辖	277
第三节	民事诉讼参加人	280
第四节	民事诉讼证据	280
第五节	财产保全和先予执行	282
第六节	民事诉讼审判程序	282

第十章 行政救济	289
第一节 行政复议	289
第二节 行政诉讼法.....	295
第三节 行政赔偿与国家赔偿法.....	303
第十一章 刑事诉讼法	310
第一节 刑事诉讼法的概念、任务、基本原则.....	310
第二节 我国刑事诉讼的主要制度.....	314
第三节 刑事诉讼主体.....	318
第四节 管辖.....	320
第五节 证据.....	322
第六节 强制措施.....	324
第七节 附带民事诉讼.....	327
第八节 刑事诉讼各阶段.....	328
第十二章 中国法制史	340
第一节 中国法制史概述.....	340
第二节 西周的刑事和民事法律制度.....	344
第三节 秦汉时期的刑事和民事法律制度.....	347
第四节 唐、宋、明、清朝刑事和民事法律制度	355
第五节 中华民国政府的法律制度.....	365
第六节 人民民主政权法律制度.....	369
第十三章 国际法	371
第一节 国际法概述.....	371
第二节 国际法的基本原则.....	375
第三节 国际法主体.....	377
第四节 国际领土法.....	382
第五节 国际法上的居民.....	398
第六节 外交和领事关系.....	402
第七节 国际组织法.....	407
第八节 国际条约.....	409
第九节 和平解决国际争端.....	414
第十四章 国际私法	416
第一节 国际私法概述.....	416
第二节 国际私法的法律渊源.....	419
第三节 国际私法的理论.....	420
第四节 法律冲突.....	422

第五节	冲突规范	423
第六节	冲突规范的法律制度	428
第七节	国际私法的主体	430
第八节	国际私法主体权利能力和行为能力的法律冲突及法律适用	435
第九节	物权的法律冲突	437
第十节	国际私法中的债	438
第十一节	涉外婚姻家庭法	442
第十二节	涉外继承法	447
第十五章	世界贸易组织的贸易法规则	451
第一节	世贸组织法	451
第二节	最惠国待遇制度	452
第三节	国民待遇制度	454
第四节	关税减让制度	457
第五节	禁止数量限制制度	464
第六节	国家贸易企业和进口垄断制度	467
第七节	原产地装运前检验进口许可证制度	470
第八节	贸易的技术壁垒制度	477
第九节	海关估价制度	480
第十节	倾销与反倾销制度	485
第十一节	补贴与反补贴制度	490
第十二节	农产品贸易制度	497
第十三节	纺织品与服装贸易制度	501
第十四节	与贸易有关的投资措施制度	503
第十五节	国际服务贸易制度	505
第十六节	与贸易有关的知识产权制度	512
第十六章	国际经济法	517
第一节	国际经济法概述	517
第二节	国际贸易法	519
第三节	国际投资法	522
第四节	国际经济组织	524
参考文献		528

第一章 法理学

第一节 法的概念、基本特征、法的本质和要素

一、法的概念

在早期汉语中,“法”和“律”的含义并不完全相同,前者是公平的象征,而后者是指一种普遍的行为规则。把“法”和“律”连用作为独立合成词,始于清末民初西方文化传入之时。

历史上曾经有过许多关于法的概念。比如从法的存在和表现形式考察、定义法,有规则说、命令说、判决说等;再比如从法的本质考察法,着重说明法的基础或来源,其中代表性的观点有神意论、理性论、民族精神论等;另外,也有学者从法的作用和功能的角度考察法,认为法是实现一定社会目标的工具,这类观点包括社会控制论、正义论、事业论等等。

1848年马克思和恩格斯在《共产党宣言》中指出:资产阶级法不过是被奉为法律的资产阶级的意志,而这种意志的内容则是资产阶级的物质生活条件决定的。根据马克思主义关于法的一般理论,吸收国内外法学研究的成果,本书同意把法的概念界定为:法是指由国家专门机关创制的,以权利义务为调整机制并通过国家强制力保证实施的调整行为关系的规范,它是意志与规律的结合,是阶级统治和社会管理的手段,是通过利益关系的调整实现有利于统治阶级的社会秩序的工具。

二、法的基本特征

法的特征是法的本质的外化,是法区别于其他社会现象的标志,它包括:

(一) 法是调整人们行为或社会关系的规范

规范即规则、范例,它提供一定的价值标准或行为模式,并以一定手段保障其实现,其作用在于以此来调整主体的观念或行为。规范的一般特点在于它的普适性、概括性和可预测性。规范有多种多样,如社会规范、技术规范、语言规范、运动规范等。社会规范调整的是人与人之间的关系,规定人们在相互关系中应当怎样行为。它包括法律规范、道德规范、宗教规范、社会组织规章、各种礼仪习惯等等。技术规范调整的对象是人与自然的关系,是规定人们如何使用自然

力、生产工具等的规范。当这些技术规范在法律上被确认后,就成为技术法规。

作为社会规范,法首先具有概括性。它的对象是抽象的、一般的人,而不是具体的、特定的人,它可以在同样的情况下反复适用,而不是只适用一次,由此我们可以区别出规范性法律文件与非规范性法律文件。其次,法的构成要素主要是规范。一般地说,法是由法律概念、法律原则、法律规则三个要素构成。如《刑法》总则中许多条文都是有关刑法的基本概念,《民法通则》中关于等价有偿、诚实信用的规定,都是法律原则,而法律条文中关于具体权利义务及法律后果的规定则是法律规则。第三,法律的规范的逻辑结构中包括行为模式和法律后果,这是法的规范性的最明显的标志,同其他社会规范有着显著的区别,一般的规范都不具有这种严密的逻辑结构。

法的主要作用是用来调整人们行为进而调整社会关系。法的调整对象是社会关系,即调整社会利益资源在各种社会主体间的分配。法通过对人的行为的调整来实现对社会调整。法的规范性就表现为它具有指引人们的功能,即规定人们在一定情况下可以做什么,应当作为或不应当作为,同时又通过这种指引,作为评价人们行为的标准。对于法而言,不通过行为控制就无法调整和控制社会关系。这是法区别于其他社会规范的重要特征之一。

(二) 法是由国家制定或认可的社会规范

与其他社会规范相比,法的一个重要特征是:法是由国家制定和认可的规范。由国家制定或认可,是国家创制法的两种方式。国家制定的法是指成文法,是由有权创制法规范的国家机关制定的。国家认可的法通常有三种情况:一是赋予社会上早已存在的某些道德、宗教、习俗、礼仪以法律效力,形成习惯法;二是通过加入国际组织、承认或签订国际条约等方式,认可国际法规范;三是特定国家机关对具体案件的裁决作出概括产生规则或原则,并赋予这种规则和原则以法律效力。

法由国家制定或认可,因而具有极大的权威性、统一性和普遍适用性。极大的权威性,也就是指法的不可违抗性,任何国家都不会对严重违法行为放任自流;法的统一性首先是指各个法律之间在根本原则上的一致,其次是指除极特殊的情况外,一个国家只能有一个总的法律体系,且该法律体系内部各规范之间不能互相矛盾;由法的统一性又可引申出法的普遍适用性,即法在国家权力所辖的范围内,对全体社会成员具有普遍的约束力,必须遵守执行。当然,法的普遍约束力并不排斥某些法规仅适用于某地区、某些人和某些事,但总的来说,任何国家和个人都不得违背法律规范另搞一套。

(三) 法是以权利和义务为内容的社会规范

法律通过提供不同的行为模式,将人们之间的相互行为关系区分为法律权利和法律义务。法律正是通过规定人们的权利和义务来调整社会关系,它明确

地告诉人们该怎样行为,不该怎样行为以及必须怎样行为;人们根据法律来预先估计自己与他人之间该怎样行为,并预见到行为的后果以及法律的态度等等。

法律为人们的行为设立了三种模式,从法律规范的表现形式看分别是授权性规范、禁止性规范和命令性规范。后二者可称为义务性规范。

(四) 法是以国家强制力保证实施的社会规范

任何一种社会规范都具有一定的强制性,但不同的社会规范其强制性的程度、强制的来源是不同的。法是由国家强制力保证实施的,法的强制力量来源于国家权力。这是一种外在的强制,是有组织的强制,通过国家专门机关,即监狱、法庭、警察、官吏、行政机构直至军队而实现并保障的强制。

法律强制一方面表明作为整个社会,正式代表的国家对于违法行为的否定性评价;另一方面,还具有特殊的组织性和有保障性。需要指出的是,法的强制力具有潜在性和间接性,也就是说,法依靠国家强制力保证实施,这是从终极意义上讲的,它并不意味着法律实施过程的任何时刻都需要运用强制手段,它只是在人们违反法律时才会降临到行为人身上。同时还要注意到,国家强制力不是保证法实施的唯一力量,法的实施还要依靠道德、经济、文化等方面的因素。如果一个国家的法仅仅依靠国家政权及其暴力系统来维护,这个国家的法就成为纯粹的暴力。在法律实施过程中,国家暴力常常是备而不用的。

三、法的本质

什么是法,法的本质究竟是什么?这是法学中的一个根本问题。人类对法的本质的认识经历了相当漫长的历史进程。不同的思想家、法学家在自己所处的特定的政治、经济、文化等历史背景下,根据自己的世界观和方法论,提出了对法的本质的不同见解,并由此形成众多的学派。但是,囿于阶级的、历史的以及方法论上的局限,以往思想家和法学家不能正确认识和把握法的本质,不能正确地区别法的现象和本质,或者仅从现象本身去理解法的本质,因而无法解开法的本质这一“千古之谜”。只有马克思主义才对这一问题作了科学的回答。

马克思主义认为:“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关系。”〔1〕

(一) 法是统治阶级意志的体现

法是人们有意识活动的产物,因此,法是意志的体现或反映。对此,许多学者均有阐述,他们或者把法作为“神”的意志,“君主”的个人意志,或者把法说成是人民的“公意”。马克思主义认为法不仅是“意志”的体现,而且它更是在经济

〔1〕 马克思恩格斯选集,第2卷,第82页

上、政治上占统治地位的那个阶级意志的体现。阶级社会里,在现存的经济关系、政治关系中处于不同地位的各个阶级,各有从本阶级的共同利益中产生的共同意志,即反映这种共同利益并以维护和发展这种共同利益为目的阶级的意志。在阶级对立的社会中,各个不同阶级的阶级意志,不可能都反映在法中。只有在经济上、政治上占统治地位的那个阶级的意志才有可能反映到法中。因为某个阶级在阶级斗争中取得了胜利,夺取了国家政权,在经济上、政治上占有统治地位,才可以通过国家机关将本阶级意志上升为国家意志,制定为法律,取得一体遵行的效力。对于被统治阶级而言,由于不掌握国家政权,其意志便不可能被“奉为法律”。可见,是否掌握国家政权,是一个阶级的意志能否上升为法的关键。正如列宁所说的那样:“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现”。

值得注意的是,体现在法中的统治阶级意志并不是统治阶级每个成员的意志,也不是每个成员个人意志的总和,而是统治阶级共同的、整体的意志。因此,统治阶级内部成员也必须像被统治阶级一样毫无例外地遵守法律、法规。否则,统治阶级的整体利益和共同意志就不可能真正实现。对于那些无限制地追求个人私利而危及统治阶级整体利益的人,同样要给予追究和制裁。

需要指出的是,法是“被奉为法律”的统治阶级意志。这表明,统治阶级意志本身并不是法,只有“被奉为法律”才是法,或者说并不是所有的统治阶级意志都为法。“奉为法律”,就是经过国家机关把统治阶级的意志上升为国家意志,并客观化为法律。在经济上、政治上占统治地位,掌握国家政权的统治阶级,不仅能够而且需要将本阶级的意志上升为国家意志,以法律的形式表现出来。只有这样,其意志才能取得普遍遵守的效力,才能在现实生活中得以实现。所以马克思恩格斯指出:统治阶级为了维护其统治,“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。”^{〔1〕}这也正如列宁所说的那样:“意志如果是国家的,就应该表现为政权机构所制定的法律,否则,‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”^{〔2〕}

此外,法虽然不反映被统治阶级的意志,但在法中有时仍可以看到某些被统治阶级的要求。只是这些要求是以不危及统治阶级的根本利益为限度的。在奴隶社会、封建社会和资本主义社会的法律中,我们可以看到有一些保护被统治阶级利益的规定。统治阶级之所以这样做,是经过权衡利弊,从总体利益出发的,这仍然是统治阶级意志的体现,不能因此认为法是统治阶级与被统治阶级意志

〔1〕 马克思恩格斯选集,第3卷,第387页

〔2〕 列宁全集,第25卷,第75页

的混合物。在这个问题上,法体现的意志是“一元的”,而不是“二元的”或“多元的”。

(二) 法的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的

社会物质生活条件培育了人们的法律需要,同时又决定着法的本质。统治阶级的意志不是凭空产生的,而是以社会物质生活为基础,它也不是毫无限制,为所欲为的,而是以社会物质生活条件所允许的范围为限的。正如马克思所指出的:“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”〔1〕

物质生活条件一般是指与人类生存相关的地理环境、人口和物质生活资料的生产方式。其中,物质生活资料的生产方式是法的本质的决定性因素。因为人与人之间在生产过程中发生的关系是最根本的社会关系,在不同生产方式中,人们在生活中所处的位置和作用不同,对于物质资料占有形式和分配形式也不同,这决定着人与人之间相互关系的基本形态,因此,“每一种生产形式都产出它所特有的法权关系,统治形式等等。”〔2〕其他自然条件对于人际关系的影响也要通过社会生产方式而发生作用。

当然,除了物质资料的决定作用之外,法也要受到其他因素、包括上层建筑因素的影响,经济关系以外的其他因素也可以影响法的形式以至法的内容的某些方面。但是它们并不能决定一定社会中人与人关系的基本性状,而且它们本身的发展归根到底还是要受经济因素的制约。

四、法的要素

法律是一个复杂的系统,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,但同时又都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,既相互制约又相互协调、相互作用,使一国法律作为一个整体发挥其功能。

关于法的构成要素,不同学者有不同的看法。比如,分析法学派认为,“命令”或“规则”是构成法的整体的基本要素。再比如社会法学派认为,构成法律的要素除规则以外还包含有“律令”、“技术”和“理想”三个要素。我国法学界关于法律的构成要素也有不同看法,较为普遍的观点是将法律的构成要素区分为三类,即规则、原则和概念。

(一) 法律规则

法律规则是指法律中关于具体权利、义务及法律后果的规定,或是对某种事

〔1〕 马克思恩格斯选集,第3卷,第21页

〔2〕 马克思恩格斯选集,第2卷,第91页

实状态赋予一种确定的具体后果的规定。法律规则在形式上具有以下三个特征：一是法律规则作为一般性的行为规则，其效力在时间和空间上都具有普遍性；二是法律规则是明确、具体的行为规则，它为主体提供了确定的行为模式；三是法律规则的实施受到国家强制力的保障，这使它区别于其他行为规则。

法律规则的逻辑结构由假定、处理和法律后果三个要素构成。所谓假定是指法律规则中规定适用该规则的条件部分，指出在发生何种情况，具备何种条件时，法律规则生效；所谓处理是指法律规则中关于主体在一定状态下的具体行为模式的规定，就是通常所说的关于主体权利和义务的规定，它指明人们可以做什么，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；所谓法律后果是法律规则中对于遵守或违反规则的行为将产生何种法律后果的规定。法律规则的三个要素之间存在着逻辑上的必然联系，任何一个完整的法律规则都必须具备这三个要素。其中，假定是法律规则发生作用的前提条件，处理是主体在一定场合的行为模式，法律后果则是对于主体权利的保护方式和对违法行为的制裁方式。在许多场合，法律规则的三要素以及它们之间严格的逻辑联系也是它区别于其他行为规则的重要特征之一。

对法律规则，我们可以从不同的角度，按照不同的标准进行分类。常见的有以下几种：

第一，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和义务性规则。其中，授权性规则是指授予主体可以作出某种行为，以及要求他人作出或不作出某种行为的权利的规则。义务性规则又可分为命令性规则和禁止性规则。命令性规则也叫做积极义务规则，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。

第二，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和义务，可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。强行性规则为社会关系参加者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。通常，禁止性规则与义务性规则都是强行性规则，而任意性规则在设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的权利与义务，只有在当事人没有协议的情况下，才适用法律规则的规定。

第三，按照法律规则内容确定程度的不同，可以把法律规则分为确定性规则和相对确定性规则。确定性规则是指明确、具体地规定某一行为规则的内容，无须由其他立法、执法和司法者加以具体解释的法律规则。相对确定性规则是指那些有关权利、义务或法律责任界限的规定并不十分的明确、具体，需要以其他立法或适用法的机关加以具体化的法律规则。相对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,需由适用法的机关作出具体解释。

第四,按照法律规则所调整的社会关系是否发生于该规则产生之前,可以把法律规则区分为确认性规则和构成性规则。确认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;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。

(二) 法律原则

在法学中,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。在内容上,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。在形式上,法律原则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,这种高度抽象和概括的性质使法律原则比规则更具有稳定性,适用的范围也更为广泛。

法律原则无论对法的创制还是法的实施都具有极为重要的意义。一方面,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,保障法律制度内部的协调统一,引导法律制度的改革和转型;另一方面,法律原则指导着法律解释和法律推理,必要时还可以补充法律中的空白和漏洞,消除法律体系内部的矛盾。

(三) 法律概念

法律概念是指在法律上对各种事实进行概括,抽象出它们的共同特征而形成的权威性范畴。法律概念不同于法律原则和法律规则。概念只是将各种法律现象加以整理归类,是构成规则和原则的基础,但它本身不是价值判断,而只是构成规则和原则的前提。

在法的系统中,法律概念具有重要的作用,这种作用表现在以下三个方面:一是认识作用。法律调整范围内的现象纷繁复杂,在认识这些现象内在特性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,这是任何法律系统的建构和发展所必须的。二是构成作用。法律规则和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,任何一个规则或原则都是由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。三是规范作用。在绝大多数情况下,法律的调整功能是通过法律规则来实现的,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。

第二节 法的起源、法的历史类型、法的渊源和法的效力

一、法的起源

(一) 关于法的起源的学说

在法的起源问题上历来有不同的认识,可谓众说纷纭。分类来看,大致有两种:一是否认法的起源;二是肯定法的起源,但对起因各持己见。为叙述方便,我们称前一种为“起源否定说”,后一种为“不同的起源说”。

1. 起源否定说的主要内容

早在罗马时代,人们对法律就有了一种特别的看法,他们认为,法律可以分为自然法、万民法和市民法,“自然法是自然界教给一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有,而是一切动物都具有的,不问是天空、地上或海里的动物。由自然法产生了男与女的结合,我们把它叫做婚姻;从而有子女的繁殖及其教养。的确我们看到,除人而外,其他一切动物都被视为同样知道这种法则。”这是罗马《法学总论》中的一段文字,代表了罗马传统兼正统的法律思想。由此可知,在罗马人的眼中,法律不是人类所特有的,它早于人类也超越了人类,至少“自然法”是与自然界同生同存的。因此,相对于法是人类历史的产物这种法的起源观来说,罗马人的看法是否定的。^{〔1〕}

在西方,还有一种广泛流行的看法,认为人是社会和政治的动物,法与国家一样是人类社会所固有的。法国法学家狄骥在其名著《宪法论》中写道:“在人类的一切大小社会中,我们如看到一个人或一部分人具有强加于他人的一种强制权力,我们就应当说已有一种政治权力,一个国家存在了。人们即使大力研究,也不会在一个部落酋长的权力和国家元首、部长、议会所组成的一个现代政府的权力之间发现任何本质的区别。……客观法是整个人类社会所固有的,只要人类社会存在,客观法就存在……社会的概念就含有法的概念。”

狄骥的言论表明了这样一种看法:国家与法是从来就有的,并且与人类社会相始终。

2. 不同起源说的主要内容

在法学界,持“法律从来就有”、“原始社会就有法”这种观点的自然不限于上述几例,但更多的法学家则认为,法并不是从来就有的,它存在一个起源问题,至于起源的原因则各有说法,大体有神学说、契约说、暴力说等等。

〔1〕 范健,张中秋,杨春福编著.法理学.第125页