

法学概论

第三版

葛现琴 主编



郑州大学出版社

法学概论

葛现琴 主编

郑州大学出版社

• 郑州 •

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/葛现琴主编.—3版.—郑州: 郑州大学出版社, 2015.9

ISBN 978-7-5645-2344-2

I. ①法… II. ①葛… III. ①法学-概论
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 156538 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人: 张功员

全国新华书店经销

辉县市慧昊印务有限公司印制

开本: 787 mm×1 092 mm 1/16

印张: 24.25

字数: 577 千字

版次: 2015 年 9 月第 3 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371-66966070

印次: 2015 年 9 月第 4 次印刷

书号: ISBN 978-7-5645-2344-2

定价: 39.00 元

本书如有印装质量问题, 由本社负责调换

目 录

第一章 法的基本理论	1
第一节 法的概念	1
第二节 法的历史发展	8
第三节 法的形式、结构、分类与效力	11
第四节 法的运行	19
第五节 法与其他社会现象的关系	24
第六节 法治国家	29
第二章 宪法	35
第一节 宪法基本理论	35
第二节 国家制度	42
第三节 公民的基本权利和义务	49
第四节 国家机构	51
第五节 国家标志	54
第三章 刑法	56
第一节 刑法概述	56
第二节 犯罪构成	61
第三节 犯罪形态	68
第四节 刑罚	74
第五节 刑法各论	83
第四章 刑事诉讼法	95
第一节 刑事诉讼法概述	95

第二节	刑事诉讼制度	100
第三节	刑事诉讼程序	108
第四节	特别程序	118
第五章	民法	123
第一节	民法概述	123
第二节	人身权	137
第三节	物权	140
第四节	债权	148
第五节	知识产权	162
第六节	婚姻家庭制度	177
第七节	侵权责任	189
第六章	民事诉讼法	198
第一节	民事诉讼法概述	198
第二节	民事诉讼制度	200
第三节	民事诉讼审判程序	210
第四节	非诉讼程序	218
第五节	执行程序	220
第七章	商法	226
第一节	商法概述	226
第二节	公司法	229
第三节	证券法	248
第四节	票据法	260
第五节	保险法	266
第八章	经济法	277
第一节	经济法概述	277
第二节	市场主体规制法	281
第三节	市场行为规制法	293
第四节	宏观调控法	306
第五节	劳动与社会保险法	313
第九章	行政法与行政诉讼法	325
第一节	行政法概述	325
第二节	行政法主体	329

第三节	行政行为	331
第四节	行政救济	341
第五节	行政诉讼	346
第十章	国际法与国际私法	353
第一节	国际法	353
第二节	国际私法	366

第一章

法的基本理论

【内容提要】

法学基础理论是部门法学的入门向导和总体概括。法学基础理论所涉及的内容均是部门法学中带有普遍意义的结论。包括法的特征、本质和作用,法的历史发展,法与政治、道德、市场经济、民主等各种社会现象的关系,法的制定和实施,法的价值、法治国家等内容。可以说,这些内容是研究部门法学的指针,掌握了这些基本内容就等于掌握了开启学习部门法学之门的钥匙。

第一节 法的概念

一、法的含义

汉语中古体法的写法是“灋”,在中国古代,“法”“刑”“律”通用。据中国历史上第一部字书东汉许慎的《说文解字》考证“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^①中国最早的法律都称之为“刑”,夏有“禹刑”,商有“汤刑”,周有“九刑”;从春秋战国时期李悝的《法经》开始有了“法”的称呼,而改“法”为“律”则是商鞅的一大贡献。清代段玉裁在其《说文解字注》中指出:“律者,所以范天下之不一而归于一,故曰均布。”可见,中国古代“法”“律”的主要内容是刑,而“法”与“律”都具有规范、制度之义,是惩恶扬善的标准。

在西语中,与“法”“法律”同义的词,如拉丁文的 Jus 和 Lex,德文中的 Recht 和 Gesetz,法文中的 Droit 和 Loi 等,不仅有规则、制度之义,还有正义、权利、公平、规律之义。因此,西语中常常将由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的规则称之为“法律”,

^① 许慎著:《说文解字·名例》,中华书局 1963 年版,第 202 页。

而将体现社会的公平正义并为绝大多数社会成员奉为道德公理的规则称之为“法”。

在现代汉语中,“法”与“法律”并没截然分开,但法或法律有广义与狭义之分。广义的法指法的整体,具体到我国,包括一切有权机关发布的一切规范性法律文件;而狭义的法指享有国家立法权的国家机关依照法定职权和程序所颁布的规范性文件,即仅指全国人大及其常委会所颁发的规范性法律文件。在法律用语中,中国法学界并没有将“法”与“法律”严格区分开来使用,而是根据各人的习惯。具体含义,需要根据上下文语境和作者的限定来确定。

二、法的基本特征

特征是指一事物区别于其他事物的属性。法的特征就是指法作为规范人们行为的一种行为规则,与调整、规范人们行为的其他规则(如道德、宗教、习惯规则等)相比所具有的特殊性。由于比较的角度不同,法所具有的特殊属性即法的特征也不同。一般地,我国法学界将法的基本特征概括为以下四个方面:

(一) 法是调整人的行为的社会规范

法作为社会关系的调整器,与道德、宗教、社会舆论等社会调整手段相比,其重要区别在于,法仅仅调整和约束人的外在行为,而不调整和约束人的内心思想和情感。正如马克思所说“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。”^①正因如此,法可以禁止和惩罚分裂国家、杀人、抢劫等行为,却不能强制人们内心爱国、无仇恨、无觊觎他人财物之心。思想情感属于意识形态范畴,不能也不适宜用法律的强制手段来加以控制。特别是在现代社会,任何仅以思想控制为目的的法律必然走向专制。当然,我们也应看到,法通过约束和规范人们的行为,可以进而影响到人的思想和观念。比如,我国婚姻法关于男女双方可以约定婚前财产与婚后财产的分配方式的规定,就对中国人的婚姻家庭观念产生了重大的冲击。

法作为一种社会规范,同其他的社会规范一样具有规范性和概括性。法的规范性是指法律作为一种调整人们行为的社会规范而具有的,规定人们可以做什么,应该做什么,不得做什么,从而为人们的行为提供一个模式、标准或方向的属性。对此,我国古代思想家管仲做了精辟的阐述“法律政令者,吏民规矩绳墨也”“法者,天下之程序,万事之仪表”。法的概括性是指法律的对象是一般的或抽象的某一类人或事,而不是具体的、特定的个人或事;法律在同样的条件下可以反复适用,而不是仅适用一次。比如,公司法关于公司设立的条件规定,任何人或单位只要具备了公司法所规定的条件,都可以到主管部门去申请设立公司。正是因为法律具有规范性,并且由特定的国家机关颁行并以国家强制力保证实施,才使法律比其他的社会调整手段更具有高效率性。也正是法律的这种规范性,才将作为法律的规范性法律文件(如《刑法》)与作为法律适用结果的非规范性法律文件(如判决书)区别开来。

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第16~17页。

(二) 法由国家制定或认可,具有国家创制性

从产生方式方面比较,法是由国家制定或认可的,体现了国家意志,具有国家创制性;而其他社会规范都不具有经国家权力而形成的属性。

制定和认可,是国家创制法律的两种主要方式。制定是指特定国家机关依照法定职权和程序创制成文法的活动。创制的成文法叫制定法,也即规范性法律文件;认可是指国家立法机关将社会上已经存在的社会规范,根据统治者的需要,赋予其法律效力,承认其是现行法律规范的组成部分。

不同时代、不同国家,由于其特定社会条件的不同,国家创制法律的方式也有所不同。一般地,制定是现代国家创制法律的重要方式,我国社会主义法的创制主要是采取制定的方式。以认可的方式创制法律主要有三种情况:①赋予社会上早已存在的某些道德、宗教、习惯规范等以法律效力,形成习惯法,如古代早期的习惯法;②通过签订或加入国际条约等方式认可国际法规范;③认可判例形成判例法,这是英美法系国家创制法律的一种重要形式。

法由国家制定或认可,而国家是社会的正式代表,因此,一般地一个国家只有一个统一的法律体系。法的统一性意味着在一个国家的法律体系内部,不能存在两个或两个以上相互矛盾或不一致的法律规则,也不能存在两个以上的法律体系。法的这种统一性使得法律具有极大的权威性,任何组织和个人都不得凌驾于法律之上。

(三) 法以权利和义务为内容,具有权利义务明确性

现代法律是通过规定各法律主体的权利与义务或权力与职责,来影响人们的行为动机、指引人们的行为方式、规范人们的行为过程,以达到调整各种社会关系、建立社会生活秩序的目的。而道德和宗教一般是通过规定人对人(或群体与社会)或人对神的义务来调整社会关系的;即使政党组织或社会团体的规章,虽然也有权利义务的内容,但其在内容、范围、实现途径等方面,也大异于法律规范。所以,权利义务的明确性,是法律区别于其他社会规范的又一显著特征。

(四) 法由国家强制力保证实施,具有国家强制性

任何一种社会规范都有一定的强制性,都依赖于某种社会力量保证其实施。但是,法律的强制性性质、范围、程度和方式上都与其他社会规范有所不同,法律的强制性体现在它是一种国家强制,即法律规范是由国家强制力保证其实现的。国家强制力是保证法律实施的不可缺少的手段,也是法律实现的最后一道保障。而其他社会规范虽然也对人们的行为或多或少、或重或轻地具有一定的约束性,但都不具有国家强制性,即不能凭借军队、警察、法庭、监狱等有系统的国家暴力机器来强行推行。因此,国家强制性是法律区别于其他社会规范的最显著特征之一。

由于法由国家制定或认可,是国家意志的体现,并由国家强制力保证其实施,因而法在国家主权管辖范围内具有普遍约束力,任何组织或个人都不得凌驾于法律之上,不得享有法外之特权。而其他社会规范都不具有像法那样的普遍约束力。比如宗教规范只对它的信仰者有效,一定阶级的道德规范只能使该阶级的成员受到约束,而政党、团体的章程只能要求其成员遵守,每个民族有各自独有的习惯,等等。只有法律,对该国领域内的每

一个公民都有效,具有普遍约束力。

三、法的本质

本质是事物的内部联系,现象是事物的外部联系,本质总是要通过一定的现象表现出来。对于法的本质的认识,我们也可以从对法的特征的分析来进行总结。根据马克思主义唯物辩证法原理,结合马克思主义创始人对资本主义法律本质的剖析,可以将法的本质归结为三个层面:

(一) 法律是国家意志的一种表现形态

法律由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施,因而是国家意志的体现。正如马克思和恩格斯在《德意志意识形态》一书中指出的“在这种关系中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。”^①而资产阶级法“不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志”“而这个意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件决定的”^②。因此,法律首先表现为一种意志,是一种国家意志,是社会各阶级、阶层意志斗争的产物,也是各种意志妥协的产物。

(二) 法律是掌握国家政权的社会集团意志的体现,同时也保障社会公共利益

在阶级对立的社会中,由于各个阶级所处的经济地位不同,其愿望和要求也就不同,也就是说,各个阶级都有自己的阶级意志。法所体现的不是任何一个阶级的意志,也不是各个阶级的共同意志,而是在阶级斗争中取得胜利、掌握国家政权的阶级或集团的意志。正如列宁指出的“法律就是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。”^③只有在阶级斗争中取得胜利并掌握国家政权的阶级,才有能力也需要将本阶级的意志制定为法,要求全体社会成员一体遵行。

需要指出的是,法是掌握国家政权的社会集团或阶级意志的体现,但并不是说法是掌权阶级中个别人的个人意志,也不是每个成员意志的简单相加,更不是说被统治阶级的意志对统治阶级的法没有任何影响。法作为一种国家意志的表现形态,它体现的是作为一个整体的掌握国家政权的社会集团的共同意志和根本利益,它不是个别人的任性,也必须对其他社会阶级、阶层的利益加以一定程度的承认和保护,还必须在一定程度上保障社会公共利益,包括维护一般的社会秩序,促进社会发展,保护自然环境等。对此,恩格斯说得明白“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础,而且政治职能只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去。”^④

(三) 法律的内容归根结底根源于社会物质生活条件

马克思在《政治经济学批判》序言中说“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它

① 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第377~378页。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年第2版,第289页。

③ 《列宁全集》第13卷,人民出版社1959年版,第304页。

④ 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第219页。

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……物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在,相反,是人们的社会存在决定人们的意识。”^①在这里,马克思深刻揭示了法律的物质制约性。法律所体现的国家意志内容即法律的内容由其社会物质生活条件决定,意味着任何特定社会阶层的法律都必须在现实的社会物质生活条件之内制定法律,都不能脱离客观物质生活条件和时代的限制。如果试图使法律摆脱其社会基础,而仅仅将法律看作统治者的一时灵感或好恶,就会“经常发现法律在世界的‘硬绷绷的东西’上碰得头破血流”^②。

当然,法律的内容由其社会的物质生活条件决定,这是从最终的决定意义上讲的,并不意味着法律的内容不受其他社会因素的影响。事实上,社会的政治、思想、道德、文化、历史传统、民族习惯等因素,对统治阶级的法律都会产生不同程度的影响,也正是这些因素的影响,才形成同一历史发展阶段的不同国家的法律呈现出千差万别的特点。

在认识法的本质时还应看到,法的国家意志性是法的初级本质,而法是掌握国家政权的社会集团意志的体现,才揭示了法的阶级本质,也是法的较深层次或第二层次的本质的;物质制约性则是法的终极本质,也是法律最深层次的本质的。他们之间的关系是:掌权阶级的意志必须通过国家意志的形式表现出来才能成为法律,而物质生活条件的需要必须经过掌权阶级意志这个中介才能在法律中加以体现;掌权阶级意志不是统治者的自由意志,其要上升为法律并得以长久实施,必须符合社会物质生活条件的需要,与社会发展方向相一致。

四、法的作用

法的作用是指法律对人的行为和社会关系所产生的影响。法律的直接作用的对象是人的行为,间接作用的对象是社会关系。法律作为一种行为规范对人的行为的作用,称之为法律的规范作用;而法律作为社会关系的调整器对社会所发生的影响,称之为法的社会作用。

(一) 法的规范作用

作为一种行为标准,法律对人们的行为具有指引、评价、教育、预测、强制的规范作用。

1. 指引作用

指引作用是指法律对人们的行为起到的普遍指导作用。法律是通过规定人们在法律上的权利和义务及违反法律规定应承担的法律责任来调整人们的行为的,其中,通过规定法律义务,要求人们做出或抑制一定行为,为人们提供确定性指引;通过授予法律权利,给人们提供选择的机会和自由,为人们提供不确定的指引。确定的指引是为了防止人们做出违法的行为,而不确定的指引是为了鼓励人们从事法律所容许的行为。

法律的指引是一种一般指引,而不是个别指引,这种一般指引是针对社会的所有人发

^① 《马克思恩格斯全集》第31卷,人民出版社1998年第2版,第412页。

^② 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第379页。

挥作用,因而使得法律对社会关系的调整更稳定、持续和有效。

2. 评价作用

评价作用是指法律作为一种评价尺度,能够对人(包括自然人、法人和其他社会组织)的行为的法律意义进行评价。在现实生活中,评价人的行为的标准可以有多种,如道德规范、宗教规范、风俗习惯、党团章程等,但法律的评价却是唯一的统一评价标准,具有其他评价标准所不具有的客观性、确定性、普遍有效性,它是判断、衡量人们行为合法与否的统一标准。

3. 教育作用

教育作用是指法律不仅是社会的行为规范,也确立了最低的社会道德标准和是非观念,它可以通过它的实施和传播进入人的心灵,矫正人的行为。法律的教育作用不仅在于法律强制作用的发挥,更在于法律所蕴含的公平正义及对社会基本价值观念的确认,只有这样的法律才能成为人们信仰的目标,并通过法律的实施在人们的心灵中进一步强化,成为人们自觉服从的行为准则。仅仅依靠国家暴力而强制推行的法律是很难有持久生命力的。

4. 预测作用

预测作用是指人们可以根据法律规范预测人们相互之间将会怎样行为及行为的法律后果。在社会生活中,每个人的行为都可能对他人的行为发生影响,同时也可能受到他人行为的影响。法律的预测作用可以使人们在法律的范围内,合理地安排自己的生活,防止不可预见的后果出现,从而减少行动的偶然性和盲目性,提高行为的效果。

法律的预测作用提供给人们一种稳定的生活方式,使人们可以更好地实现自己的生活目标。但是,法律预测作用的真正实现还需要法律规范必须是公开的、确定的和不溯及既往的。

5. 强制作用

强制作用是指法律凭借国家强制力对违法者施以制裁以保障顺利实施。强制作用的对象是违法者的行为。法律的强制是一种国家强制,国家强制力是法律实现的最终保障,但不是唯一保障。法律的实现首先依赖公民的自觉遵守,其次才依靠其强制作用,而且我国社会主义法的实现主要是依靠广大人民的自觉遵守。

(二) 法的社会作用

法律作为社会关系的调整手段对社会所发生的影响,就是法的社会作用。法最根本的作用在于维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。具体地,其社会作用体现在三个方面:

1. 分配社会利益

社会利益属于稀缺资源,任何法律都需要按照一定的原则和方法对社会利益进行分配,这种分配体现在立法之中。法律对利益的分配主要是通过权利义务的规定来确认利益主体、利益内容、利益数量和范围等,从而对实际生活中的利益分配进行指导。当然,法律对社会利益的分配并非固定不变,而是会随着社会的变迁、利益的角逐而不断重新调整利益分配格局,以适应社会发展需要。

2. 解决社会纠纷

法律对社会纠纷的解决主要是通过司法活动实现的。随着社会冲突的加剧,自力救济无益于社会秩序,为了进一步解决社会纠纷,国家在以法律确立权利义务以分配社会利益的同时,又通过司法裁判活动,使违法者受到惩罚或承担法律责任,从而平息社会纠纷。社会纠纷的解决虽然并不完全依赖于法律的方式,但法律的方式往往是解决社会纠纷的最终的、最有力的手段。

3. 实施社会管理

每个社会都有众多的社会公共事务需要国家予以处理,国家要发挥积极的职能,对这些公共事务进行管理,也必须得根据法律行使权力。国家依法实施社会管理的作用主要体现在行政机关的执法活动中,从内容上看遍及社会生活的各个领域,且随着国家行政权力的扩张,法律的这一作用还在逐渐加大。

五、法的价值

价值是一个表征关系的范畴,它反映的是在人类实践活动中主体与客体需求与被需求的关系,揭示的是人的实践活动的动机和目的。法的价值就是指法律作为客体对于社会主体——人的需要的满足。法律能够满足人们的哪些需要,它就有什么价值;它能多大程度上满足人们的需要,它就有多大价值。

在法学研究中,“法的价值”一词通常有以下三种不同的使用方式:第一种是指法律在发挥社会作用的过程中能够保护和促进哪些值得期冀、希求的或美好的东西,如法律保护人权的价值,维护安全和秩序的价值,保障自由、促进效率、维护公正的价值等。这种价值就是法的目的价值;第二种是指法律自身所应当具有的值得追求的品质和属性。比如法律应当逻辑严谨而不能自相矛盾,应当简明扼要而不应含混烦琐,应当公开明确而不应神秘莫测,应当规范稳定而不能朝令夕改等,都说明法律自身在形式上应当具备的“良好品质”。这种价值往往被称为法的形式价值;第三种是指称法律所包含的价值评价标准。如美国法学家庞德曾指出:“在法律史的各个经典时期,无论在古代或近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是为法学家们的主要活动。”^①而美国学者博登海默则把从评价标准的角度研究法律问题的法学理论称为“价值取向法学”。

法律价值是社会价值系统中的子系统,且法律本身也是一个价值系统。组成法律价值体系的各种法律价值并非是平行的,而是具有一定的层次性。比如正义、公平、秩序、安全、效率、民主、平等、自由、人权等,都是法律所追求的价值,但法律最基本的价值是秩序,终极的价值追求是公平正义。

学习和研究法律价值问题,不仅对于培育法律职业人的职业理念、指导法律实践、推进法治进程具有重要意义,也是正确认识和全面把握法律内涵和属性的基本要求。

^① [美]罗·庞德著,沈宗灵、董世忠译,杨昌裕、楼邦彦校:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第55页。

六、我国社会主义法的含义

通过以上分析可知:法是由一定社会物质生活条件决定的掌权阶级的共同意志,是由国家制定或认可、以权利义务为内容并由国家强制力保证实施的具有普遍约束力的行为规范体系,它通过分配社会利益、调解社会纠纷、实施社会管理,来实现阶级性、社会性、利益性与正义性的统一,最终维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

由此推及开来,由社会主义国家性质所决定,我国社会主义法就是由中国社会主义初级阶段的国情所决定的、由社会主义国家制定和认可并由国家强制力保障实施的行为规范体系,它通过规定人们的权利和义务,确认、保护和发展有利于社会主义建设事业的社会关系和社会秩序。

当代中国社会主义法的本质与国家政权性质相一致,是工人阶级领导的广大人民意志的体现,是国家立法机关通过法定程序,把工人阶级领导的广大人民的利益和要求转化为国家意志,表现为人人遵守的法律规范的活动。

第二节 法的历史发展

一、法的起源

法的起源是法律研究的起点。法律最初是怎样产生的呢?不同时代、不同哲学世界观的法学家对此有不同的回答。马克思主义法学认为,法是阶级社会的产物,是随着私有制、阶级、国家的产生而产生的,而在人类进入阶级社会之前的原始社会,并不存在私有制和阶级,也就没有调整阶级关系的国家和法律。

那么,原始社会是一种什么样的状况呢?是不是因为没有法律就混乱无序呢?实际的状况恰恰相反。正如恩格斯所赞赏的:那里“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监督,没有诉讼,而一切都是有条有理的……在大多数情况下,历来的习俗就把一切都调整好了”^①。原始社会是如何实现对社会的管理的呢?我们知道,社会是人与人组成的系统,任何社会的存续和发展,都离不开社会组织与社会规范这两大社会调控系统,原始社会也不例外。原始社会的社会组织包括氏族、胞族、部落和部落联盟,其中氏族是原始社会最基本的生产和生活单位,同时也履行着原始社会的管理职能,是原始平等和民主的组织;氏族议事会是氏族的最高权力机构,全体氏族或部落成员都有权参加,氏族或部落首领由全体成员民主选举产生并可以随时更换,一切重大问题由全体成员集体讨论决定,氏族或部落首领没有任何特权,全体氏族成员平等劳动,平均分配劳动产品。而原始社会的社会规范是人们在长期的共同生产和生活过程中逐步、自发

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第95页。

形成的,为人们所共同遵守的各种行为规范的总和,包括习惯规范、道德规范和宗教规范。原始社会的各种行为规范之间没有严格的区分,往往相互混同,如图腾崇拜,既是某一氏族的习俗,又具有宗教性与道德性。但是,在原始社会中起主要作用的是习惯规范,它们的实现主要是依靠传统的力量、氏族首领的威信和人们的内心信念来维持的,没有专门从事管理的人和阶级。

法的起源是人类社会规范文明史上的一次质的飞跃。它与原始社会规范的一个明显区别在于它是人类理性自觉的产物。按照马克思主义哲学原理对人类社会历史进行分析,我们可以发现,法律产生的根本原因是社会基本矛盾运动,直接原因是私有制和阶级的出现。

法律起源的大致进程是:一方面,原始社会末期,生产力的发展导致了三次社会大分工,社会分工使得交换成为必要和可能;同时,生产力水平的提高、金属工具的使用使得以家庭为单位的个体劳动取代了以氏族为单位的集体劳动。交换的发展和劳动方式的改变,必然带来财产私有的结果。另一方面,在财产私有化的过程中,氏族首领利用手中的权力,将用来交换或交换得来的产品逐渐地化公为私,首先在经济上富裕起来,在氏族内部出现了富人与穷人的划分;同时,由于生产力水平的提高,使得人的劳动力的价值得到提高,战争中的战俘不再是简单地处死或吃掉,而是被控制起来当作奴隶来役使,这就是第一次阶级分离——主人与战俘奴隶。后来,随着社会的发展,氏族贵族也开始将氏族内部的穷人当作奴隶来役使,而商业的发展,一些债权人将到期不能偿还债务的债务人出卖为奴隶或用来抵偿债务,债务奴隶的数量激增,这就使得整个社会分裂为两大对立的阶级——奴隶主与奴隶阶级。随着私有制的产生和阶级的形成,要把经济利益根本对立的两大阶级再团结在一个平等和民主的氏族组织内部已经不可能,加之交换的发展使得人们的居住地域变换不定,而以血缘为纽带的氏族要对全体氏族成员进行有效的管理也越来越困难,这时,就需要一种表面上凌驾于社会之上的特殊力量来加强对社会的控制。这种从社会中产生但又凌驾于社会之上的特殊力量就是国家。在经济上富裕起来的奴隶主阶级,为了维护自己的利益,不仅需要国家这种特殊的暴力机器,也需要按照本阶级的意愿和要求对原始习惯规范加以取舍并创造新的规范,来规范全体社会成员尤其是奴隶的行为。这种由奴隶主阶级以国家的名义制定或认可并以国家强制力保证实施的新的行为规范就是法律。所以,法是随着私有制的产生、阶级的形成,与国家同时产生的,是阶级矛盾不可调和的产物。

二、法的历史发展

(一) 法的发展阶段

法律发展是指与社会经济、政治和文化等的全面发展相适应、相协调的,包括了法律制度的变迁、法律精神的转换、法律体系的重构等在内的法律进步过程与趋势。那么,法产生以后经历了哪些发展阶段呢?按照马克思主义关于社会发展形态的划分,人类阶级社会依次经历了奴隶社会、封建社会、资本主义社会及社会主义社会,与此相对应,法律的发展也可以分为奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法四种历史类型。

法的历史类型就是对人类历史上及现实生活中存在着的法,按照其赖以建立的经济基础和所反映的阶级本质对法所做的分类。凡是建立在同一经济基础之上、反映同一阶级本质的法,就属于同一历史类型。在阶级社会中,由于社会基本矛盾的运动,代表先进生产关系的阶级通过暴力革命,推翻代表旧的生产关系的阶级所统治的国家,并利用夺取的政权制定代表本阶级意志和利益的新法,从而推动社会依次实现由低级向高级的法的历史类型的更替。

(二) 法律发展变化的方式和途径

从世界各国法律发展的历史过程来看,由于所处时代、各国国情的不同,法律发展的具体途径和方式也各不相同。然而,由于人类生活的共同性和法律文化的传承性,各个时代、各个民族的法律发展方式都不外乎法律继承、法律移植、法律创新这三种方式,只是有时国家以一种方式为主,有时国家采取混合式发展方式。

法律继承是指在法律发展过程中,新法在审查、批判旧法的基础上,有选择地吸收旧法中的合理因素,使之成为新法的有机组成部分。法律继承是一种主要的法律发展方式,是新法对旧法的“扬弃”。

法律移植是指一个国家或地区有选择地引进、吸收、同化其他国家或地区的法律,使之成为本国法律体系的有机组成部分,以弥补本国法律的不足。法律移植的范围,一是指外国的法律,二是指国际法规范。

法律创新是指对法律观念、法律概念、法律原则、法律规范、法律技术及具体法律制度的独创性革新。它是人类法律智慧活动的最高形式,也是难度最大的法律发展运动。例如英国衡平法中的信托财产制度、美国的违宪审查制度等。

关于法律发展的具体途径,对应社会发展问题上的进化论和建构论,在法律发展的道路上也有本土化和国际化两种形式。“本土化”是强调一国的法律演进与发展应当立足于本国既有的法律文化遗产和本土资源,在自己的社会生活中发现和培育法律进步的基因;而“国际化”则认为,当今世界在经济、政治、科技、文化等领域都明显地显现出一体化的趋势,为了适应多元一体化的趋势,任何国家都必须借助于其他国家健全的法制和丰富的法治经验,在较短的时间内改变本国法制落后的状况,完成各种社会体制的法制化和社会生活法治化的进程。当代中国的法律发展正在从外源型现代化向内发型现代化转化,从模仿大陆法系到建立具有混合特色的社会主义法律制度转变。中国法制现代化的根本方式是通过立法设立法律制度,通过法律制度运行推进社会变革,力图快速实现社会从传统向现代的转型。在这一过程中,政府是法律现代化的有力推进力量。

三、法系

世界上每一政治社会都至少存在一种在其内部实施的法律制度,但是,其中许多法律制度都有着相似的地方。西方法学家通常采取划分法系的方法,将世界上存在过的及现实生活中仍然存在着的法进行分类,以发现和研究各种法律制度的共性。

所谓法系,就是根据法的历史传统和外部特征对世界上各个国家和地区的法律制度进行的一种分类。凡是具有相同的历史渊源和传统,具有相同或相近的存在样式和运行

方式的法律制度,便被视为属于同一个法律家族,即法系。关于法系的分类,世界上观点不一,日本的穗积陈重将世界各国的法律划分为五族:印度法、中国法、伊斯兰法、英国法和罗马法,后又增补斯拉夫法和日耳曼法。但是,在法学界,将当今世界最有影响的资本主义法律制度划分为两大法系——大陆法系和英美法系。

大陆法系又称罗马法系、民法法系、法典法系或罗马日耳曼法系,是指以古罗马法为历史传统,仿照《法国民法典》和《德国民法典》的样式而建立起来的各国法律制度的总称。欧洲大陆上的法、德、意、荷兰、西班牙等国和拉丁美洲、亚洲的许多国家的法律都属于大陆法系。大陆法系的特点是:以古罗马法为历史渊源;采取结构单一的成文法(法典)形式,不承认判例具有法律效力。

英美法系又称英国法系、普通法系或判例法系,是指以承袭英国中世纪的法律传统而发展起来的各国法律制度的总称。英、美、澳、新西兰等英语国家和地区的法律制度均属于英美法系。该法系的特点是:以英国的普通法和衡平法为历史传统;判例是重要的正式法律渊源。

大陆法系和英美法系除了历史渊源、法律形式上的区别之外,在判例的作用和地位、制定法编纂的观念、法官的地位、司法诉讼制度及法律分类和术语等方面也存在巨大差异。但是,随着世界经济政治的一体化趋势,两大法系也出现了融合的趋势,然而两大法系的差异在短时期内并不会消失。

第三节 法的形式、结构、分类与效力

一、法的形式与渊源

作为行为规范的法律,必须由特定的国家机关通过一定的形式表现出来,才能为人们所知晓、遵守,才能具有法律上的效力。这种用以表现法的规范的各种具体形式,法学上称为法的形式。根据国家创制法律的方式不同,法的形式主要可分为成文法与不成文法。成文法就是国家以制定的方式创制的、以规范性法律文件形式表现出来的法律;不成文法是指国家以认可的方式创制的、不具有规范性的法律条文形式的法律,包括习惯法和判例法。规范性法律文件也就是特定国家机关依照法定职权和程序以成文法形式创制出来的法律,它是与非规范性法律文件相对而言的;非规范性法律文件是指国家机关依照法定职权和程序适用法律处理具体法律事务所产生的结果性文件。两者的区别在于:规范性法律文件适用的对象是一般的人、一般的事,是同样情况同样适用,即可以反复适用,如《刑法》《消费者权益保护法》等;而非规范性法律文件适用的对象是具体的人、具体的事,只能够适用一次,如逮捕证、判决书等。

法的渊源是指法律规范的来源或源头。但是,由于研究的角度不同、目的不同,对法的渊源的界定也各不相同。从司法者的角度来理解法的渊源,即指法官或执法者发现法律之处。在西方国家,依据法律渊源所体现的国家权威程度及效力,将法的渊源分为主要