



新编 高等教育 法规概论

XINBIAN GAODENG JIAOYU FAGUI GAILUN

陈晋胜 主编


山西出版传媒集团

 山西人民出版社

新编高等教育 法规概论

山西省高校师资培训中心组 编

陈晋胜 主编

山西出版传媒集团
 山西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

新编高等教育法规概论 / 陈晋胜主编. — 太原: 山西人民出版社, 2014.8

ISBN 978-7-203-08638-3

I. ①新… II. ①陈… III. ①高等教育法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.16

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第166835号

新编高等教育法规概论

主 编: 陈晋胜

责任编辑: 聂正平

装帧设计: 刘彦杰

出 版 者: 山西出版传媒集团·山西人民出版社

地 址: 太原市建设南路21号

邮 编: 030012

发行营销: 0351-4922220 4955996 4956039

0351-4922127 (传真) 4956038 (邮购)

E-mail: sxskcb@163.com 发行部

sxskcb@126.com 总编室

网 址: www.sxskcb.com

经 销 者: 山西出版传媒集团·山西人民出版社

承 印 者: 太原市金容印业有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 11.25

字 数: 220千字

印 数: 1-6000册

版 次: 2014年8月 第1版

印 次: 2014年8月 第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-203-08638-3

定 价: 22.00元

如有印装质量问题请与本社联系调换

目 录

导 论	1
第一章 法学基本理论	5
第一节 法的概念、特征、类型和原则	5
第二节 法的产生、本质、功能和作用	9
第三节 法的渊源、部门、历史发展	12
第四节 法的监督、责任、救济	15
第五节 法的要素、要件、效力	17
第六节 法的制定、实施、解释	19
第二章 高等教育法的基本原理	23
第一节 高等教育管理与法治	23
第二节 高等教育法制实践	30
第三节 高等教育法基本内容	39
第四节 高等教育法结构体系	41
第三章 教育法的基本运行	47
第一节 教育法的制定	47
第二节 教育法的实施	52
第三节 教育法的监督	55
第四章 教育法律责任制度	59
第一节 教育法律责任的法理基础	59
第二节 教育法律责任的基本内容	69
第三节 教育法律责任的具体规定	73

第五章 教育法律救济	85
第一节 概述	85
第二节 教育申诉制度	89
第三节 教育行政复议	96
第四节 教育行政诉讼	105
第六章 《教育法》精解	113
第一节 《教育法》基本原理	113
第二节 《教育法》案例列举	124
第七章 《教师法》精解	129
第一节 《教师法》基本原理	129
第二节 《教师法》案例列举	145
第八章 《高等教育法》精解	151
第一节 《高等教育法》基本原理	151
第二节 《高等教育法》案例列举	171
参考文献	174
后 记	176

导 论

一、什么是法学?

人类自从在地球上出现后,就在开始寻找人类自身存在的方式。经过长期的思考,人类至少选择了人类自身能够很好地生存下来、生活下去的好多种对人类自身有益的方式。而“规则”就是其中最重要的一种生存方式。因为人类要共同对付自然界中各种动物的侵袭,共同防御各种自然灾害,共同治理自然灾害对人类正常生活带来的各种危害,以及人类自身想生活得更安全、更舒心、更美好,人类便通过制定一些“规则”来规范人类自身的社会行为,以使人类的每个人、每个家庭、每个家族、每个部落、每个地区、每个民族等等能够作为“单位”的每种主体,都去遵循已经制定出来的某些“共同规则”。这样,人类社会的秩序就有了。可以说,规则是人类社会秩序化的基本前提,也是人类社会秩序化的重要内容。没有规则,人类无法进步,人类文明也谈不上,人类也绝不会发展到今天的现代化程度。

“法律”是人类社会发展到今天所选择的最佳的“规则”,也是人类社会发展到今天绝对不可缺少的“规则”。人类社会从过去,依靠它发展到今天。是它使人类社会从无序变得有序,从野蛮变得文明,从低级走向高级,从昏暗步入光明。法学是关于法律规律及其现象的科学,是一种法律理论。法律理论是法律实践的结晶,它来自于法律,而又指导着法律。法律实践是法律理论的基础和前提,没有法律实践就不会产生对法律实践进行研究的法律理论。作为法律理论的法学,人类在长期的法律实践中丰富了它的内容,也使法学对人类社会的法律实践发挥了巨大的正确指导作用。法学在人类社会的长期法律实践中已经完全成熟了,成为一个门类齐全、种类繁多、内容丰富、含义深邃、层次精细、效力多元的一门科学。成为一个以宪法学为核心,以法史学、法理学为基础,以刑法学、民法学、行政法学等实体法学和刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学等程序法学为基本内容,包括经济法学、商法学、税法、合同法学、保险法学、劳动法学、婚姻法学、知识产权法学、国家赔偿法学、国际公法学、国际经济法学、国际私法学和仲裁法学等在内的,涵盖社会政治、经济、文化、宗教等国家管理的

一切方面的“规则”之学；成为关于人类从出生、成长到坟墓的吃、喝、拉、撒、住、生、老、病、死、疼的一切方面的部门法学；成为人类从生产到经营、从劳动到休息、从居家到出门、从国内到国外等一切活动的行为法学；成为人类社会中的一切关于人的人身权、人格权、身份权、人与人的关系、人与组织关系、组织与组织关系、国家与公民关系，以及关于人的财产占有、使用、处分、受益和人类对自然界的开发、利用、保护等方面的实实在在有用的“实用法学”。

二、为什么要学习法学？

首先，法学是一门关于“规则”的科学。什么是“规则”？规则就是规范人们的行为准则。从某种意义上说，规则就是衡量人们行为的标准，就是丈量人们行为的尺度。人们的行为如果符合这个标准和尺度，就是人类社会所肯定的行为，所倡扬的行为。如果不符合这个标准和尺度，就是人类社会所否定的行为，所反对或禁止的行为。法学作为研究“规则”的一门科学，我们学了它，懂得它，就知道我们的行为哪些是正确的，哪些是错误的，哪些是合法的，哪些是违法的。同时也就更进一步知道了我们的行为为什么是正确的，错误的，合法的，违法的。在现实生活中，我们的行为种类是各种各样的，我们的行为动机也是有好有坏的，我们的行为后果也是对社会有利或有害的。因此，作为国家，总是通过制定各种各样的法律规范来保障人们的良好行为，来制约人们的不良行为，来惩罚人们的恶意行为。在社会主义现代化建设的今天，大家都在讲文明、讲礼貌、讲道德、讲诚信，但总有那么一些人，见利忘义，取财无道，或盗窃、诈骗、抢劫，或索贿、受贿、贪污，或故意伤害他人人身，或故意侵占他人财产，或不尽赡养老人义务，或故意虐待、遗弃儿童等等。这些人使社会秩序混乱，社会安宁破坏，使人们无法正常生活、学习和工作，极大地破坏着社会主义现代化的建设事业。我们学习法学，学习好了法学，必然会增强法律意识，掌握法律知识，懂得法律道理。必然会自觉地去守法、护法，成为一名合格的按照“规则”要求从事社会活动的公民，成为一个维护社会规则，维护法律尊严的社会主义现代化的模范公民。

其次，法学是一门关于正义的科学。什么是正义，法学家对这一概念作过多种多样的解释。但千解释万解释，集中到一点是指，正义是绝大多数人的共同意愿，正义行为的正义之举，代表了人类社会的共同心声。事实上，法律就是一个国家多数人意愿的反映。我国的法律是由全国人民代表大会或它的常务委员会制定的，它是真正意义上的全国人民的心声，全国人民的共同意愿。有了法律，就等于有了保护好人、打击坏人的正义之剑。法律掌握在人民的手里，法律就能够通过发挥“剑”的作用，惩恶扬善。特别是在社会主义现代化的经济建设中，法律能够保驾护航，惩治各种违法犯罪；法律能够起到防止腐败、打击腐败的作用；法律能够救助受骗的好人，使好人“一生平安”。

最后,法学是一种自我救助术。什么是自我救助,一般说来,自我救助是指一个人遇到困难,遇到麻烦的时候,法律能够帮助他渡过难关,避免不应有的灾难,自己运用法律武器把自己挽救过来。我们每个人在社会中生活,家家都有一本难念的“经”,这个“经”就是困难和麻烦。懂了法律,我们会依法办事。凡是法律禁止的,我们不会去做,这就避免了好多麻烦。凡是按法律办事的,都会得到法律的保护。现实中,我们每天的吃、喝、住、行,你来他往,一不小心,都有可能成为法律问题。治病时吃了假药,住宿时被人有意暗算,行走时被人无意伤害,这些问题要解决起来都是涉“法”问题。如果我们自己懂法、守法、不违法,这些法律问题解决时,自己就心知肚明,胸有成竹。自己有过错,就自觉地承担责任。自己无过错,就一定要讨回公道。

三、如何学好法学?

知道了什么是法学,知道了为什么要学习法学,但还不一定就知道如何学好法学。作为一名律师和法学教授,经常遇到前来咨询法律的当事人。在咨询过程中,有一个很有意思的发现,那就是有许多人,在遇到法律问题时,都是地地道道的法盲。而在解决问题时,着急了,赶快去书店找相关的法律书籍,赶快到律师事务所找律师咨询,赶快到高等院校找法学教授进行专家“会诊”。而且有好多人念叨着这样一句话:不懂法,吃亏啦,上当啦,受骗啦等等。面对这种情况,我常常在心里想,他们真是急来抱佛脚。因为我看到他们中有些人,经济条件并不怎么好,但买法律的书,花钱毫不吝啬;请律师咨询,也都花高价请名律师;进行专家“会诊”,也不惜专程从几百里以外赶到省城,排队“候诊”。从以上可以看出,懂得法律的人是能够实现自我救助的人。学好了法律,就等于学到了防身“功夫”,能够便利地进行自我保护,实现自我保护。法律就是一把很好的“保护伞”,它能使人们在人生的征途中避风遮雨。

那么如何才能学好法律呢?学法律和学其他社会科学、工作技术基本上是一样的,那就是,只要功夫深,铁棒磨成针,能吃苦耐劳,一般来说就可以学好。具体说应在以下几方面多加努力:

一是要有学习法律的浓厚兴趣。现在的社会,学习法律的大环境很好。全国都在不断地进行普法教育。特别是每天电视广播中的今日说法、焦点访谈,都有精彩的法律案例介绍,法律专家点评。尤其是,我们在大学校园里,有专门的法学教师,有开设的法学课程,学习起来非常便利。只要我们厚爱法律,不愁学不好法律。只要我们以饱满的热情,对法律“酷”起来,就一定能够学习好法律。

二是要有学习法律的持久毅力。法律是一门科学,掌握一门科学应该说都不会那么轻而易举,无论从种类还是从数量都是比较多的。如果我们能以浓厚的兴趣和持久的毅力,坚持学上一年两年,可以说是能够“基本”掌握的。或者说,你所学到的法律知识对你来说是“基本能力”具备了。说实话,任何一个法律专家,都不是法律的通才,都

不可能把一个国家的所有法律知识都掌握得了的。但当我们有了“基本能力”后,对法律问题就可以“自开药方”了。对于某些稍微困难一点的法律问题,我们因为有了“基本能力”,也就会翻查“法律字典”了。如果遇到了专业性特强的法律问题,即便是请教法律专家,也一定会“心有灵犀一点通”。

三是要注意学习法律的方式方法。法律是什么?法律是理的规范化的表现形式,是理的一种强制性规定。一般而言,某人的行为是有道理的,某人的行为就是合法的。反之亦然。所以,当我们用“法律”来衡量某一行为时,可以首先用“理”先衡量。凡背“理”的,一般都是违“法”的,因而应当受到法律制裁。凡有“理”的,一般都是合“法”的,因而应当是受到法律保护的。这说明,我们学习法律,除了基本的法律概念、法律知识需要记忆外,绝大部分的法律知识重在理解。现在的教材中,一般地说,都涵盖了该法的基本原理、相关案例及其分析和学习要点,这是根据法律的特点来安排设计的。可以说,当前高校使用的各种法学教材,既是基础性的,也是实用性的,浅显易懂,比较适合高等院校非法律专业的教师和学生学习。

第一章 法学基本理论

【本章学习提要】 法律是人类创设的生存规则。本章通过解释法的概念、特征、类型和原则,阐释了法的产生、本质、功能和作用,以及法的渊源、部门、历史发展,在此基础上论述了法的监督、责任、救济和法的要素、要件、效力,法的制定、实施、解释等,这些内容均属于法学基本理论,也是高等教育法学的基础理论。

第一节 法的概念、特征、类型和原则

一、法的概念

法的概念,是法学的核心概念之一。它要回答的是“什么是法”或“法是什么”。英国学者哈特在《法律的概念》中一开始就指出:“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法律’这个问题一样,如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答。”^①尽管如此,任何一个希望在法的领域内有所创建的人,无不在寻求这一问题的答案。这正是法的魅力所在。

在古代汉语中“法”和“律”是分开来使用的,含义也不相同,以后发展为同义,合称为“法律”。最早把“法”、“律”二字连在一起使用的是春秋时期的管仲,他说:“法律政令者,吏民规矩绳墨也。”又据《史记》记载,秦始皇灭六国,法令由一统。一般认为,自秦汉时起,“法”与“律”已经合一,人们在使用“法”、“律”或“法律”这些词时,其含义大体是一致的,但也存在着细微的差别。一般地说,“法的范围较大,往往指整个制度(如变法一语中所讲的法);律则指具体准则,尤指刑律”^②。

在现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义之分。广义的“法律”指法律的整体。例

① [英]哈特著,张文显等译:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1996年版,第1页。

② 沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2003年版,第27页。

如,就我国现在的法律而论,它包括作为根本法的宪法、全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规、某些地方国家机关制定的地方性法规等。狭义的法律仅指全国人大和人大常委会所制定的法律。我国《宪法》第33条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这一条中讲的“法律”,就是广义用法。第62条和第67条分别规定全国人大及其常委会有权制定法律。这两条中所讲的“法律”,就是狭义用法。为了加以区别起见,有的法学著作(包括本书),将广义解的法律称为法,但在很多场合下,仍根据约定俗成原则,统称为法律,即有时作广义解,有时作狭义解。在本书中,除特别说明外,我们一般是在广义上使用“法律”这个词。

二、法的特征

法律的特征是多样的、多层次的、多环节的。法律基本特征表现了法律的特质,是法律本身所固有的、确定的东西,是使法律成为法律并区别于其他社会规范的内在规定性。任何事物的特征都是在与其他事物的比较中表现出来的。马克思主义法学认为,法律具有以下几个特征。

(一)法律是调整人的行为的规范

法律调整社会关系,它通过调整人们的行为关系而不是思想关系来调整社会关系。这是因为正是人的行为才使人与人之间的关系得以确立,意思是说,社会关系的形成有赖于行为,没有行为仅有思想,并不构成社会关系,因而思想关系不是法律调整的范围。

法律调整人的行为的方式主要是通过法的规范,规定人们“可以为”哪些行为,哪些行为是法禁止人们“不为”的行为,哪些行为是人们应当为的行为,并且明确规定了相应的法的后果。通过对这些行为的规定,确认、规定、保障、引导、促进、制约人的行为,既规范人的行为,又协调人的社会关系。

(二)法律是由国家制定、认可的规范

法律是由国家制定、认可和解释的社会规范。因而具有国家性、国家意志性的特点。这是法区别于其他社会规范的重要特征。制定、认可是法律创制的两种主要方式。

法律由国家制定、认可和解释这一基本特征,说明法律具有权威性、普遍性和统一性。正是法律的国家性、国家意志性直接保证了法律的效力。这说明法律对全体社会成员、全体公民具有普遍约束力。在特定的地域范围内,任何一个公民,甚至外国人、无国籍人士都受该国法律的约束,都应受该国法律的调整。

(三)法律是规定人们权利和义务的社会规范

作为一种特殊的社会规范,法律是以规定人们权利和义务为主要内容的。它以权利和义务为机制,通过权利和义务的配置和运作,影响人们的行为动机,指导人们的行为,实现社会关系的调整。

法律上的权利和义务是相对应的范畴。一般说来,凡是法律规定人们可以如此行为的,就是授予人们进行某种行为的权利;凡是法律规定人们应该做的或禁止做的行为,就是人们应该承担的法律上的义务。

(四)法律是由国家强制力保障实施的社会规范

所谓国家强制力是指国家暴力、暴力工具,主要包括监狱、警察、军队、法院等等。在一定的社会发展阶段,国家强制力具有权威性,它对于国家、社会的存在、稳定、发展、进步具有一定的作用。因此,一个国家、一个社会没有强制力作为保证,是无法真正形成良好的社会秩序的。法律作为一种社会规范,是与国家强制力密切相连的,是以国家强制力为后盾的,法律的实施、实现,都借助于国家强制力,国家强制力保证了法律在社会中的实现。

三、法的类型

马克思主义法学认为,法律历史类型是指按照法律赖以存在的经济基础和所体现的阶级意志的不同,对人类社会的法律所进行的分类。凡是建立在相同的经济基础之上、体现同一阶级意志的法律,就属于同一历史类型。法律历史类型是按照由低级向高级的发展规律不断更替和进步,人类社会先后出现过奴隶制法律、封建制法律、资本主义法律、社会主义法律四种类型。其中前三种类型的法律通常称为剥削阶级类型的法律,社会主义法律是崭新的、最高历史类型的法律。

(一)奴隶制法的特征

奴隶制法确认和维护奴隶主对财产和奴隶的占有;公开确认自由民之间在法律上的不平等,维护奴隶主贵族的等级特权;刑罚种类特别繁多,手段极其残酷野蛮;长期保留原始社会行为规范的残余。

(二)封建制法的特征

封建制法确认和维护皇权为首的封建等级特权;维护地主阶级土地所有制,确认农民或农奴封建地主的依附关系;封建社会的法律刑罚种类繁多、手段残暴。

(三)资本主义法的特征

维护资本主义私有财产权;标榜契约自由;宣扬法律面前人人平等。

(四)当代中国社会主义法的特征

阶级性及人民性的统一;权利和义务的统一;强制实施与自觉遵守的统一;一国与两制的统一。

四、法的原则

(一)法律原则的含义

法的原则这里即指法律原则,是指法律的基础性真理或原理,为其他规则提供基

基础性或本源的综合规则或原理,是法律行为、法律程序、法律决定的基础性规则。沃克认为,法律原则是法律推理所依赖的前提,不断地、正当地适用于比较特别和具体的规则解决不了的或不能充分、明确解决的待决案件的一般原则。^①我们认为,法律原则是法律的基础性原理,它贯穿于法律的始终,是立法、司法活动的基础。

法律原则有着自己的特征,这主要表现在:(1)法律原则具有普遍性、一般性的特点;(2)法律原则稳定性程序比较高,不因个人、社会条件而发生变化;(3)法律原则没有具体的权利和义务的设定,也没有确定的法律后果的设定,而只是一些抽象性、一般性的公理;(4)法律原则覆盖面较广,适用性非常广泛,可以运用于许多法的领域,对具体的法律原则运作具有指导性作用,往往成为“判案遇到困难的法官的救生圈”;(5)法律原则的逻辑形式主要体现在:在结构上比较简洁、简单,一般不设定具体的权利和义务,在命题的陈述上都是一些陈述性命题,主要体现在序言、总论、修正案、法律原则专章等。

(二) 法律原则的作用

1. 法律原则为法律规则和法律概念提供基础,消除法律冲突

在法律运行的过程中,法律概念和法律规则的含义并不总是明确的。在立法时,法律原则对理解法律概念和法律规则的确切含义具有指导意义。在法律执行、法律适用、法律解释过程中,法律原则起着确保法律精神实现的功能。例如,无罪推定原则,对刑法、刑事诉讼法、证据法等法律规则的制定都起着决定性的影响,任何与这一原则相违背的法律概念、法律规则,都将因此而无效。再比如,平等原则对于合同法、诉讼法等也都起着决定指导意义。

2. 直接适用法律原则裁决疑难案件

在司法实践中,经常发生法的规则上没有规定或者规定的不明确的情形,我们把这样的案件通常称之为疑难案件。这样的案件之所以疑难,是因为指定法律规则或判例法中的判决理由中没有出现过,使得法官不能按照形式推理得出裁判结论来。这时,就需要法官运用法律原则来解释法律规则,为解决纠纷提供新的依据。

3. 法律原则作为审判的依据,弥补法律规则的不足

与法的原则作为审判疑难案件的依据不同,通常的情况是,法律对于某种行为没有明文规定,执法者或司法者只能根据法律原则进行裁量。不仅如此,当某一行为所涉及的问题,如果适用既有的法规进行调整会导致明显的不公,用既有的法律规则解决问题将成为不正义时,可以直接适用法律原则。

^① [英]戴维·M·沃克著,北京社会与科技发展研究所组织翻译:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1998年版,第717页。

第二节 法的产生、本质、功能和作用

一、法的产生

国家与法是人类社会发展到一定历史阶段的产物。在此以前,人们曾经历了长达数百万年之久的、没有国家和法的原始社会时期。

社会分工、商品生产和交换的需要是法律产生的经济根源。在原始社会后期,随着生产力的提高,发生了三次社会大分工,出现了个人劳动产品的生产和交换,逐渐促进了生产资料私有制的形成和发展,促进了财富向少数人的积累。于是“在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要: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。

除了以上讲的经济根源外,法的产生也是当时阶级划分和阶级斗争的结果,随着社会生产力发展,社会分工以及生产与交换发展的同时,社会也出现了私有制、国家与阶级。从此也就产生了奴隶与奴隶主的划分以及两者之间的斗争。作为统治阶级的奴隶主,利用国家和法律来维护自己的统治,这是法律产生的阶级与政治根源。

再有,随着社会经济的发展,社会公共事物也比以往原始社会越来越复杂和增多。为了处理这些事物,原始社会中的极为简单的习惯已不再适应,因而就需要一种新的行为规则,即法律。还有,随着社会经济的发展,人的独立意识的成长也促进了法的产生。总之,法的产生,除了经济、阶级根源外,也还有其他人文、地理等因素的影响。因此,世界上不同的原始社会转变为阶级社会的具体形式必然存在着差别。

二、法的本质

“本质”一词最早由亚里士多德提出,他认为,本质是一个事物之所以是该事物的属性,事物若丧失了这些属性,就不成为该事物了。不仅一个个体事物有本质,而且每种品类都有本质。一个个体事物和每种品类的定义都包括它的本质在内。一个定义就是对于一件事物的本质性质的陈述。自亚里士多德之后,本质的概念就成了哲学的核心问题之一。

我国法学理论界对法的本质的论述,过去尽管没有使用“层次”这一用语,但事实上一般都是从以下三个层次来分析阶级对立社会的法的本质的。

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第211页。

(一)法是国家意志的体现

任何阶级社会的法,无论是奴隶制社会、封建制社会、资本主义社会或社会主义社会的法,都是国家意志的体现。当然,这里讲的法是现实生活中存在的法,而不是一些思想家、法学家学说中所假设的法。

统治阶级的意志和它的阶级利益是不可分的。在阶级对立的社会中,由于剥削制度的存在,统治阶级和被统治阶级之间的利益,从根本上说是对立的,因而这一社会的法,就其阶级本质或作为一个整体来说,只能是统治阶级意志的体现,没有也不可能是超阶级的、全体社会成员的“共同意志”。资产阶级虚伪地宣告资本主义法是社会成员的“共同意志”。

法要调整各种社会关系,实质上即调整各种利益关系。从利益的内容来说,有物质利益、政治利益和精神利益之分。从利益的时间性来说,有眼前利益和长远利益之分。从利益的具体主体来说,有个人利益、集团利益和社会利益(往往又和国家利益结合在一起)之分。从阶级属性来说,有不同阶级利益,特别是统治阶级利益和被统治阶级利益。法是在维护统治阶级作为一个整体的、长远的、根本的利益的前提下调整各种社会关系或利益关系。

(二)最终决定因素——物质生活条件

法的第一层次的本质是意志,但这绝不是说法是以这种意志为基础的,更不意味这种意志创造了社会经济关系。相反地,无论是法或它所体现的统治阶级的意志,都是由一定的社会经济关系所决定的,而这种社会经济关系是不依人们意志为转移的。为了说明这一问题,就要进一步探讨法的第二层次的本质。

马克思和恩格斯认为,法所代表的统治阶级的意志的内容是由这一阶级的物质生活条件决定的。这可以说是法的第二层次的本质。法所体现的统治阶级意志的内容由其物质生活条件所决定,也意味着任何统治者在立法时都应注意现实的经济条件以及相应的经济规律。

(三)经济以外因素对法的影响

经济以外的各种因素,其范围是广泛的,主要包括政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、宗教、习惯等等。如果以上所讲的物质生活条件中不包括人口、地理环境和科学技术等,那么它们也应列入非经济的因素。本国历史上的和外国的法律和法学,作为一种文化知识,对本国法律也具有重大影响,它们也应被纳入法的第三层次的本质之列。

三、法的功能和作用

法律作用这一概念来自西方,function一词可译为作用,也可译为功能。从中文含义分析,作用是表征不同事物的关系的词,功能是表征系统内的要素对系统的功用的

词。就法律作用和法律功能来说,两者只是观察者的视野不同而已:法律作用是将法律看作是与其他社会现象相独立的现象,研究法律与其他社会现象之间的互动关系;法律功能是将法律看作是社会的一个要素,从社会整体的视野来观察法律这个社会要素对社会本身的功能,两者实为一物,我们可以把法律作用和法律功能视为同一概念的不同用词^①。因此,法律作用的概念可以这样表述:法律作用亦称“法律功能”,是指法律对人的行为以及最终对社会关系和社会生活所产生的影响,其实质是统治阶级(或人民)意志、国家权力对社会关系和社会生活的影响,是社会生产方式自身力量的体现^②。

按照法律作用的直接和深刻程度可把法律的作用划分为规范作用和社会作用。

(一) 法律的规范作用是指法律作为调整行为的规范对人们的行为所产生的影响。它主要表现在以下几个方面:

1. 指引作用

指引作用是指法律对人的行为具有引导作用,它为一般人的行为提供了一个模式,引导人们选择合法的行为方式。

2. 预测作用

预测作用是指凭借法律的存在,可以预先估计到人们相互之间会如何行为。法律预测作用的对象是人们相互之间的行为,包括自然人之间,社会组织之间,国家、企事业单位之间以及它们相互之间的行为的预测。

3. 评价作用

评价作用是指法律作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评价作用。这里行为的对象是他人行为。在现代社会,法律已经成为评价人们行为的基本标准。

4. 保护作用

保护作用是指法律对人的合法行为的有效性予以确认,保障行为人享有基于合法行为应获得的利益。在古代专制社会,法律侧重于对违法行为进行惩罚,而相对忽视对合法行为的保护。而在现代民主社会,法律的运行主要是依靠人们守法的自觉性,国家将越来越重视对合法行为的保护,借此引导人们守法。因此,法律保护作用的重要性将日渐明显^③。

5. 强制作用

强制作用是指法律可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律,保护和恢复一定的社会关系和秩序。这里强制作用的对象是违法者的行为,其作用不仅在于制裁违法犯罪行为,而且还在于预防违法犯罪行为,保护人们的正当权利,增强人们的

① 周永坤著:《法理学》(第二版),法律出版社2004年版,第160页。

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第349-350页。

③ 徐永康主编:《法理学》,上海人民出版社2003年版,第40页。

安全感。

6.教育作用

教育作用是指通过法律对违法行为的制裁和对合法行为的保护,从正反两方面提高社会成员的法律意识和责任观念,从而使法律对一般人的行为产生影响,教育人们弃恶从善。

(二)法律的社会作用是指法律为了达到一定的社会目的而对一定的社会关系和社会秩序产生影响。法律的社会作用包括法律的阶级统治作用和法律的社会管理作用。

1.阶级统治作用

法律的阶级统治作用是指法律通过对各种社会关系的调整,以维护统治阶级的统治地位。阶级统治涉及的范围十分广泛,包括社会、政治、经济、文化思想等领域。

2.社会管理作用

法律的社会管理作用是指法律通过对各种社会关系的调整,以管理一般的社会公共事务。社会公共事务是相对于纯粹的政治活动而言的一类社会活动。其特征是:这些事务的直接目的并不表现为维护政治统治,而在客观上对全社会的一切成员均有利,具有“公益性”。

第三节 法的渊源、部门、历史发展

一、法的渊源

法的渊源,简称“法源”或称为“法律渊源”,指法律的源泉、来源、源头。根据我国法学界的通说,法律渊源一般指的是法律的形式渊源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法的效力和地位的法律的不同表现形式。因此,在我国有的学者也将法律的渊源称为法律的形式,认为它侧重于从法律的外在形式意义来把握法律的各种表现形式。^①

当代中国法律渊源主要是以制定法为主的法律渊源。它们有不同的层次,主要包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、特别行政区的法律、经济特区的规范性文件、规章、国际条约及国际惯例等等。其中宪法、法律、行政法规在中国法律渊源体系中居于主要地位。

(一)宪法

宪法是国家的根本大法,是当代中国最重要的法律渊源。它是国家最高权力机

^① 张文显主编:《法理学》(第二版),法律出版社2004年版,第65页。