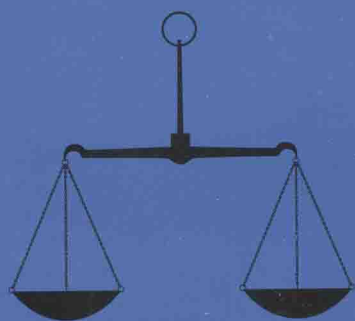


# 法学通论

华 鹰 主编



科学出版社

# 法学通论

主 编 华 鹰

副主编 王建萍 刘 波 张忠民 袁维勤

参 编 张小军 张昌明 初红漫

马 迅 钱颖萍

科学出版社

北 京

## 内 容 简 介

本书主旨是引导和帮助学生较为全面地学习和掌握法律知识,培养学生的法治理念和法律素养。本书内容以法的本体知识和运行知识进行安排,突出法学通论自身结构体系和特色。全书共分为十章,介绍了法律入门、法理进阶、民众之间、国家治理与法、罪与罚、政府与市场、知识产权与大学生、跨国之交、创业与法、休纷止争的内容。每一章后面列出了思考题和典型案例及法理剖析。

本书可作为高等学校本科生通识课教材使用,也可以作为公司企业管理人员培训用书。

### 图书在版编目(CIP)数据

法学通论/华鹰主编. —北京:科学出版社, 2014

ISBN 978-7-03-042122-7

I. ①法… II. ①华… 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 231131 号

责任编辑:李淑丽 / 责任校对:张凤琴

责任印制:肖 兴 / 封面设计:华路天然工作室

**科学出版社 出版**

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

**三河市骏杰印刷有限公司 印刷**

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2014 年 10 月第 一 版 开本: 787×1092 1/16

2014 年 10 月第一次印刷 印张: 22

字数: 522 000

**定价: 48.00 元**

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

# 前 言

为通识学院学生开设高质量的通识核心课,是重庆工商大学通识教育改革的一项重要举措。其目的是引导和帮助大学生拓宽视野、启迪思维、培养人文素养和科学精神、塑造完整人格。在调研论证的基础上,法学通论被列为重庆工商大学通识核心课程。

本书的编写坚持以下原则:一是坚持以法学知识“必需、够用”的原则。本书自成体系,内容充实而不臃肿,具有较强的实用性。二是坚持培养学生法治理念和法律素养的原则。本书内容撰写紧紧围绕大学生身边的法律问题展开,增强大学生守法、用法、护法的自觉性。三是坚持相关课程相互衔接的原则。“法学通论”与“大学生思想道德修养和法律基础”课程中的法律基础部分,注意避免重叠,其中法学通论更偏重于法律知识和理念的传授及法条的具体运用。

本书编写的基本思路:从法的本体知识和运行知识的逻辑顺序进行安排,即法的基本理论、基本法律制度、法律救济的路径来设计安排,具体内容分为三大部分:第一部分为法律入门和法理进阶;第二部分为诸法概览;第三部分为休纷止争,即法律纠纷解决之道。

本书的编写力图体现以下特色:

第一,反映立法新发展和学术最新成果。本书将修法以后的新内容,以及最新的司法解释反映在内容当中,既反映我国立法的新发展,又吸纳众多学者学术研究的新成果。

第二,兼顾严谨和通俗,具有较强的可读性。本书的编写突出法学通论自身结构体系和特色,体系安排注重知识的循序渐进和法律制度的逻辑顺序;内容注重突出重点和知识的适用性,尽量做到语言简洁、通俗易懂,具有知识性和趣味性。

第三,兼顾传授知识和理念,具有较强的启发性。法律不仅是停留在书面上的条文,而且是植根于具体国情上的社会调解器,是分配利益的游戏规则,是现代人解决纠纷的工具。学习法律不等同于记忆条文,还在于感悟条文背后的理念与思维方式。在讲解法条时力求让学生通过了解法律的立法背景、立法理念来理解法律规范,理解法律人的思维方式及处理社会问题的准则,进而理解法律在社会中运行的机理,使学生对社会运行中的游戏规则有所感悟,让他们从理性思维中感受成长的快乐。

本书由重庆工商大学法学院华鹰教授担任主编,王建萍副教授、刘波副教授、张忠民副教授、袁维勤副教授担任副主编。由主编设计教材的体系构架,负责教材的统稿和审稿,副主编参加了审稿。本书具体编写分工如下:张小军(第一章 法律入门)、张昌明(第二章 法理进阶)、王建萍(第三章 民众之间)、袁维勤(第四章 国家治理与法)、初红漫(第五章 罪与罚)、刘波(第六章 政府与市场)、华鹰(第七章 知识产权与大学生)、马迅(第八章 跨国之交)、张忠民(第九章 创业与法)、钱颖萍(第十章 休纷止争)。



由于编者水平有限，书中论述难免有不当之处，敬请读者批评指正。

编 者

2014 年 6 月

# 目 录

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第一章 法律入门.....            | 1   |
| 第一节 法是什么.....            | 1   |
| 第二节 法从何来.....            | 10  |
| 第三节 法有多广.....            | 19  |
| 第二章 法理进阶.....            | 26  |
| 第一节 法的功用.....            | 26  |
| 第二节 法的实施.....            | 32  |
| 第三章 民众之间：私法精要.....       | 50  |
| 第一节 民法概述.....            | 50  |
| 第二节 民法上的人.....           | 55  |
| 第三节 民事行为和代理.....         | 63  |
| 第四节 民事权利.....            | 69  |
| 第五节 民事责任.....            | 75  |
| 第六节 诉讼时效.....            | 82  |
| 第七节 婚姻、家庭与继承.....        | 84  |
| 第四章 国家治理与法：公法精要.....     | 95  |
| 第一节 宪法.....              | 95  |
| 第二节 行政法.....             | 108 |
| 第五章 罪与罚：公法精要.....        | 119 |
| 第一节 刑法概述.....            | 119 |
| 第二节 刑法的基本原则.....         | 122 |
| 第三节 刑法的适用范围.....         | 126 |
| 第四节 犯罪与犯罪构成.....         | 130 |
| 第五节 刑罚与刑罚裁量.....         | 136 |
| 第六节 刑罚执行制度.....          | 146 |
| 第七节 刑法各论.....            | 147 |
| 第六章 政府与市场：经济法的调控与规制..... | 154 |
| 第一节 经济法基础理论.....         | 154 |
| 第二节 市场主体规制法律制度.....      | 175 |
| 第三节 市场秩序规制法律制度.....      | 179 |
| 第四节 宏观经济调控规制法律制度.....    | 186 |



|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第五节 社会分配规制法律制度·····   | 190 |
| 第七章 知识产权与大学生·····     | 196 |
| 第一节 解读知识产权·····       | 196 |
| 第二节 知识产权制度的主要内容·····  | 202 |
| 第三节 知识产权与大学生·····     | 228 |
| 第八章 跨国之交：国际经济法精要····· | 240 |
| 第一节 国际经济法概述·····      | 240 |
| 第二节 国际贸易法的主要内容·····   | 249 |
| 第三节 世界贸易组织及争端解决·····  | 262 |
| 第九章 创业与法：商事法制·····    | 271 |
| 第一节 创业法律主体概述·····     | 271 |
| 第二节 个人独资企业·····       | 283 |
| 第三节 合伙·····           | 289 |
| 第四节 公司·····           | 300 |
| 第十章 纠纷止争·····         | 318 |
| 第一节 法律纠纷解决之道·····     | 318 |
| 第二节 仲裁·····           | 324 |
| 第三节 民事诉讼·····         | 333 |

# 第一章 法律入门

## 第一节 法是什么

### 一、法的定义和特征

#### (一) 法的定义

法就像我们呼吸的空气一样，无时无刻不存在于我们的身边和我们的生活里。我们大部分人都能轻易有自信地举出关于法是什么的例子。然而“法是什么”这个问题，看似简单，要回答却很困难。无数法学家和哲学家试着为法下定义，但至今没有一个统一的、得到整个法学界认可的法的定义。本书赞同以下定义：法是由国家制定或认可并保证实施的，以权利义务为内容，具有普遍性、程序性、可诉性的社会规范体系。

#### (二) 法的特征

社会规范种类繁多，除法律规范之外，还包括道德规范、职业规范、政策等。法的特征是法区别于其他社会规范的征象和标志之所在，是通过比较得出的法不同于其他社会规范的内在规定性。本书认为，法的特征可以概括为以下六个方面。

#### 1. 法是由国家制定或认可的社会规范

法区别于其他社会规范的主要特点在于：法是由国家制定或认可的。

国家造法的方式主要是制定和认可。制定意味着国家和社会生活中本来没有这个法，现在由国家根据生活的需要将其创造出来。制定是现代法得以形成的最主要的途径，由这种方式产生的法，通常具有规范化的条文形式和文本形式。认可意味着社会上已经存在某种风俗、习惯、判例、法理、政策等，但它们不具有法的形式和效力，由国家承认和赋予它们法的效力，借以弥补法的漏洞、空白，克服法的局限性，使法适应不断变化的现实社会。

法既然是由国家制定或认可，它就必然具有国家意志的属性。因此，体现国家意志的法具有统一性和权威性。

#### 2. 法是由国家保证实施的社会规范

一切社会规范都有保证其实施的社会力量，即都有某种强制性。所谓强制性，就是指各种社会规范所具有的、借助一定的社会力量强迫人们遵守的性质。例如，道德规范主要依靠社会舆论、传统习惯以及人们的内心确信等来加以维持，违反道德规范不仅要受到社会舆论直接或间接的蔑视和批评，承受相应的道德责任和道德制裁，而且将受到自我良心



的谴责，由此会在一定程度和一定范围内制约着人们的行为。

与道德等其他社会规范不同，法是以国家强制力为后盾，由国家强制力保证实施的。国家强制力是指国家的监狱、警察、军队、法院等有组织的国家暴力。这意味着不管人们的主观愿望如何，人们都必须遵守法律，否则将招致国家强制力的干涉，受到相应的法律制裁。

为什么法需要由国家强制力来保证实施呢？因为法以权利义务为内容，必然在规范人们的权利义务时，触犯到一定社会主体的某些既得或预期的社会利益，从而必然会受到某些人的抵触甚至反对。因此，如果没有国家强制力为后盾，违反法的行为得不到惩罚，法所体现的国家意志也就得不到贯彻和保障。

需要指出的是，法的实施虽然离不开国家强制力作为最后一道防线，但其实施过程中起经常性保证作用的是法自身的优良品格（如公正、民主）产生的道德力量，是人们对法的认同、尊重和信仰。

### 3. 法是规定权利和义务的社会规范

法是通过设定以权利和义务为内容的行为模式，指引人们参与社会生活，规范人们的众多行为，将人们的行为纳入统一的法律秩序之中，从而达到调整社会关系的目的。这里讲的“人们”是泛指，包括个人、社会组织、国家机关乃至国家本身。这里讲的“权利”“义务”也是泛指，包括国家机关及其工作人员在执行公务时所行使和承担的权利、职权和职责。

这种规定人们的权利和义务来调整社会关系的方式，使法与其他社会规范相区别。例如，道德规范一般不规定权利和义务两方面的内容，仅要求尽义务。道德一般强调的是对社会、对他人的义务，以此为基准确定社会关系的准则，弘扬个人的献身精神。与此相反，法更多地肯定个人实现自身利益的合理性，更多地关注个人的权利。

法是规定权利和义务的社会规范，由法的根本性质和功能所决定。我们知道，法是国家用以调整社会关系的基本规范体系。社会关系种类极为繁复驳杂，法所调整的是其中基本的、重要的社会关系。在法所调整的社会关系中，最基本的社会关系是以物质生活条件为基础的利益关系，这种利益关系实质上是权利和义务关系。

### 4. 法是具有普遍性的社会规范

任何社会规范都有普遍适用的特征。但比较而言，法与其他社会规范普遍适用的范围有所不同。法适用的范围是国家权力管辖范围内的一切成员，在形式上不分阶级、民族、性别等方面的差别而要求一律平等适用。其他社会规范只对一国内的部分人有适用的效力。例如，道德往往是不统一的，不同阶级的道德只是对一定范围内的社会成员有适用的效力。

法的普遍性包含两方面的内容：其一，法的效力对象的广泛性。在一国范围内，任何人的合法行为都无一例外地受法的保护；任何人的违法行为，也都无一例外地受法的制裁。法不是为特别保护个别人的利益而制定，也不是为特别约束个别人的行为而设立。其二，法的效力的重复性。法对人的行为有反复适用的效力。在同样的情况下，法可以反复适用，而不仅适用一次。法不能为某一特殊事项或行为而制定，也不能因为一次性适用而终止生效。

当然，法具有普遍性，并不是说所有的法都可以在全国适用。法的普遍性，是指法在

自己的效力范围内普遍适用,超出了自己的效力范围,就不能适用。举例来说,《中华人民共和国宪法》在全国范围内生效,而《香港特别行政区基本法》尽管是最高国家权力机关全国人民代表大会制定的,但只能在香港特别行政区范围内适用。

### 5. 法是具有程序性的社会规范

人们一般把法分为实体法和程序法。与实体法相比,程序法才是法的基本的、核心的组成部分。有时候,在没有程序法保障的情况下,实体法难以实施。但程序法可以独立实施,不需要有关的实体法与之配套。程序法不但可以单独实施,而且能取代有关的实体法。然而,实体法不能取代有关的程序法。实体法在某种程度上可以说是程序法的产物,程序法比实体法产生得更早。因此,法是具有程序性的规范。

在法律起源的最初阶段,关于诉讼程序的内容在法中占有极为重要的位置。由此可见,法的程序性在法产生之时就已经存在。在古代社会,法尽管还是十分野蛮、愚昧的,但关于程序的内容还是占有非常重要的地位。立法需要通过宣誓、盟诅等仪式,审判和行刑要履行在神祇面前盟誓的程序。可见,法的程序性在古代社会非常明显。古代统治者之所以热衷于程序,就是因为古代式的程序能给法增添神秘感和权威。近代以来,法的程序性更加受到重视,并被认为是克服专政、维护公正、保护法的纯洁性的手段。

相对来说,其他社会规范就不具有严格的程序性,至少它们的程序性不如法的程序性那么明显和严格。例如,道德的形成和践行过程很少像立法程序和司法程序那样有明确的规定和要求。

### 6. 法是具有可诉性的社会规范

法的可诉性,是指法被任何人(特别是公民和法人)在法律规定的机构(特别是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序加以运用的可能性。法一旦制定,在它管辖和调整下的人们发生纠纷时可以据之向法定机构提起诉讼,以期解决问题。如果一部法律能够为人们提供以之为据诉诸法院的根据,那么,它就具有可诉性,否则,就缺乏可诉性。

法的可诉性意味着,法可以作为法院办案的主要依据。法院的职责是依据立法机构制定的法,来衡量已经发生的行为合法与否、违法与否。法能否作为法院判案的标准是判断法有无生命力、有无存续价值的标志。在当代中国现实的法律中,不能在诉讼活动中被法院作为裁判根据的法律着实不少。缺乏可裁判性的法仅是一些具有象征意义、宣示意义或叙述意义的法,其即使不是完全无用的法,至少也不符合法的基本特征。这样的法律的存在,大大减弱了法在我国实践中的实际效力,同时也削减了人们对法律的依靠和信赖度。

法之所以为法,就在于具有可诉性。与此不同,道德、政策等不具有直接的法律效力,也不具有直接的可诉性。至少在现代国家,当事人不应直接将道德、政策等社会规范作为起诉和辩护的有效根据,法院也不得直接将它们视为正式的法律渊源,作为法律判决的直接依据。

## 二、法的本质

法的特征是人们凭借感官就可以直接或间接看到或听到的。然而,对于法的本质,人



们只有通过科学的抽象思维,才能认识和把握。所谓法的本质,就是指法的内部联系,是法区别于其他社会规范的根本属性。法的本质隐藏于法的现象背后,是法的内在的、深刻的、稳定的属性。

在历史上,思想家和法学家曾对法的本质问题进行过认真的思考,从不同的角度进行了探讨,提出过各种各样法的本质的学说。这些学说反映了人类认识法的本质的发展历程,对我们把握法的本质极为重要。马克思主义法学以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导,第一次科学地揭示了法的真正本质。依据马克思主义法学,法的本质及其层次性可以表示如下。

### (一) 法是统治阶级意志的体现

法具有国家意志的属性,但国家意志来源于何处?我们既不能把国家意志看成是一国范围内所有社会成员个人意见的简单相加,也不能把它看成是全体社会成员的共同意志。因为自从人类进入文明时代以来,逐渐分化为不同的阶级,而不同阶级的意志和利益是不同的,甚至是根本对立的。因此,所谓的“公共意志”在阶级社会中是虚幻的、不存在的。从表面上看,国家是凌驾于社会之上的力量,它扮演着“调停人”的角色,力求把各阶级之间的利益冲突保持在“秩序”的范围内,但实际上它并不是“中立”的,国家是最强大的、在经济上占统治地位的阶级的国家。因此,所谓的国家意志实际上只能是统治阶级的意志,统治阶级凭借自己在经济上和政治上的统治地位,把本阶级的意志上升为国家意志并“奉为法律”。国家意志背后体现的正是统治阶级的意志。

法所体现的统治阶级意志,并不是个别统治者的个人意志,也不是统治阶级内部每个成员的意志之和,而是统治阶级作为一个整体在根本利益一致基础上所形成的共同意志,是由统治阶级内部各个成员的意志相互作用而产生的,它对每个成员的意志都有所吸收又有所舍弃。

在理解法是统治阶级的意志时,需要特别注意以下几个问题。

第一,法律反映统治阶级的意志,并不意味着法律对统治阶级内部成员的违法犯罪行为就不加管束。实际上,任何一个社会的法律在把打击的锋芒指向被统治阶级的违法犯罪行为的同时,也对来自统治阶级内部的违法犯罪行为予以惩处。这和法的阶级意志性并不矛盾。因为,如前所述,法的阶级意志性表明法反映统治阶级的共同意志。统治阶级的内部成员作出违法犯罪行为,说明他企图把自己的个人利益和个人意志凌驾于整个阶级的共同利益和共同意志之上,如果对这种行为听之任之,最终必将从根本上危及统治阶级的共同利益。所以,法律惩罚统治阶级内部的违法犯罪行为,恰恰说明法有阶级意志性,是统治阶级共同意志的体现。当然,在有些国家,法律对统治阶级内部的违法犯罪行为的惩罚往往是不彻底的,但这样做,有时候也是为了维护统治阶级内部的团结及不同利益集团之间的势力均衡,这同样是统治阶级的共同利益所在。

第二,法律反映统治阶级的意志,并不意味着法律就完全不顾及被统治阶级的愿望和要求。例如,在资本主义社会中,有些法律就规定了一些保护工人阶级和广大劳动人民利益的条款,如限制劳动时间、劳动保护、最低工资、失业救济和罢工自由等。这说明,法所体现的意志并不是“纯而又纯”的统治阶级意志。我们认为,这种情况的存在和法的阶

级意志性并不矛盾。因为法律之所以会在一定程度上照顾被统治阶级的利益，往往是被统治阶级进行反抗斗争的结果。统治阶级出于缓和阶级矛盾的考虑，在不得已的情况下才作出了一定的让步。而且，这种让步只能是非根本利益上的让步，目的是保全统治阶级更大的、更为根本的利益。所以，我们不能因为统治阶级在法律上会对被统治阶级作出一定的让步，就否认法是统治阶级意志的体现。

第三，法律反映统治阶级的意志，并不意味着法律就不保护社会公共利益。任何一个社会，都有一些法律致力于保护社会公共利益，如维护一般的社会安全和社会秩序、促进经济发展、保护自然环境等。这些法律的制定和实施，客观上对所有社会成员包括被统治阶级的成员都有利，至少对所有社会成员都无害，但我们并不能因此而否认法的阶级意志性。因为如果统治阶级不保护一般的社会公共利益，其阶级统治就一天都无法维持下去。统治阶级之所以运用法律维护社会公共利益，其出发点始终在于维护本阶级在政治、经济和思想上的统治地位。而且，法的阶级意志性是就法的整体而言的，要分析那些保护社会公共利益的法的性质，不能孤立地进行，必须把它们放到一国整体的法律体系中予以考察。实际上，它们是作为法律机器的部分在发挥作用，其性质要取决于法在总体上的阶级倾向。所以，我们认为，法的阶级意志性并不排斥某些法律在客观上保护社会公共利益。

## （二）法的内容是由社会物质生活条件决定的

法既然是统治阶级意志的体现，那么，统治阶级的意志从何而来呢？马克思主义认为，反映在法律中的统治阶级意志绝不是凭空产生的，也不是统治者个人随心所欲的结果，而是由社会的物质生活条件所决定的。社会物质生活条件指与人类生存相关的地理环境、人口因素和物质资料的生产方式，其中物质资料的生产方式是决定性的内容。生产方式是生产力和生产关系的对立统一，生产力代表人与自然界的关系，生产关系代表生产过程中所发生的人与人之间、人与社会之间的关系。

在理解法的内容是由社会物质生活条件决定时，需要特别注意以下几个问题。

第一，法的内容是由社会物质生活条件决定，并不意味着法总是符合客观经济条件和经济规律的要求。法应该符合客观经济条件和经济规律的要求，这是一个“应然”的命题，而法律是否符合客观经济条件和经济规律的要求，则是一个“实然”的命题。“应然”和“实然”之间总是有差距的。在任何一个社会中，立法不符合客观经济条件、违背客观经济规律的情况时有发生。可见，无视法与客观经济规律之间的联系，单纯地把法律看成是主观意志的产物，固然是不对的；但无视法的主观意志性，而把法律与客观经济规律混为一谈，也同样是错误的。

第二，法的内容是由社会物质生活条件决定，并不意味着社会物质生活条件以外的因素对法就没有影响。统治阶级的意志的内容由社会物质生活条件决定，这是从最终意义上说的。除了物质生活条件外，政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、科技等因素也对统治阶级的意志和法律制度产生不同程度的影响。如果不考虑这些因素，也就不能解释为什么受同样的或相似的社会物质生活条件所决定的法律制度之间会有很多差别。



### 三、法的要素

从理论上来说,研究法的特征和本质是从宏观上解答“法是什么”这一基本法学问题,而研究法的要素则是从微观层次进一步探讨这一问题,从而使人们对法律的认识更清晰、更具体、更丰富。

法是由若干部分构成的一个统一整体。构成法的整体的各个主要组成部分,称为法的要素。所谓法的要素,是彼此互相联系、互相作用从而构成完整的法的系统的各种元素。按照系统论的观点,法律是由若干要素所构成的一个复杂的系统。在该系统中,各个要素彼此相互独立却又相互关联。缺少其中任何一个要素,法的系统都将不够完整,系统的作用也将难以发挥。

法的整体是由法的要素构成,那么构成法的整体的要素有哪些呢?在西方法学史上,不同法学流派对这个问题有迥然不同的回答。西方法学家从不同角度对法的要素所进行的剖析,值得我们认真借鉴。本书认为,法的要素可以分为以下三种:法律规则、法律原则和法律概念。

#### (一) 法律规则

##### 1. 法律规则的含义

法律规则是指具体规定人们的权利和义务并设置相应的法律后果的行为准则。法律规则是对一个事实状态赋予一种确定的具体法律后果的各种指示和规定。在所有的法的要素中,法律规则无疑是最重要的一类,它是明确的关于权利、义务的记载和表述,是立法者意图的集中体现。法律规则数量庞大、内容繁杂,涉及范围广泛,是法的主体部分。

在司法审判中,除疑难案件外,几乎所有的普通案件的审判都是以法律规则为依据的。尤其在崇尚规则的大陆法系国家,法官对法律规则的重视和依赖达到很高的程度,没有法律规则就几乎无法进行司法审判。

##### 2. 法律规则的逻辑结构

法律规则是法的整体的一个要素。但法律规则本身也是一个整体,在这个整体中也有下一位阶的若干要素,正是这些要素逻辑地构成了完整的法律规则。法律规则的逻辑结构,是指从逻辑意义上分析,法律规则由哪些要素构成,以及这些要素之间是如何联结在一起的。

法律规则的逻辑结构中主要包括哪几个要素,学界尚无一致见解。我们认为,法律规则由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成。

###### 1) 假定条件

所谓假定条件,指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情形下法律规则对人的行为有约束力的问题。法律规则并不是在任何情形下都会对主体发挥作用,只有具备法律规则所规定的相关条件时,才能发挥作用。

## 2) 行为模式

所谓行为模式,指法律规则中规定人们如何具体行为之方式的部分。它是从人们大量的实际行为中概括出来的法律行为要求。根据行为要求的内容和性质不同,法律规则中的行为模式分为三种:①可为模式,指在假定条件下,人们“可以如何行为”的模式。②应为模式,指在假定条件下,人们“应当或必须如何行为”的模式。③勿为模式,指在假定条件下,人们“禁止或不得如何行为”的模式。它们的内容是任何法律规则的核心部分。

## 3) 法律后果

所谓法律后果,指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果的部分,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。法律后果又分为两种:①合法后果,又称肯定式的法律后果,是法律规则中规定人们按照行为模式的要求行为而在法律上予以肯定的后果,它表现为法律规则对人们行为的保护、许可或奖励。②违法后果,又称否定式的法律后果,是法律规则中规定人们不按照行为模式的要求行为而在法律上予以否定的后果,它表现为法律规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止或要求恢复、补偿等。

在理解法律规则的逻辑结构时,需要注意以下三个问题。

第一,任何一条完整意义的法律规则都是由前述三种要素按一定逻辑关系结合而成的。三要素缺一不可,缺少任何一种,都意味着该法律规则是不存在的。例如,一个规则只是规定在任何条件下(假定条件)不得说谎(行为模式),但是对作伪证的行为却没有规定相应的法律后果,那么这就意味着并不存在一条禁止作伪证的法律规则,而可能存在一条禁止如此行为的道德规则或风俗习惯。

第二,立法实践中,有时出于立法技术的考虑,为了防止法律条文过于繁琐,在表述法律规则的内容时,常常对某种要素加以省略。但是,省略并不意味不存在这些要素,被省略的要素可能存在于法律内在的逻辑联系之中,只是没有被明文表述出来而已。因为通过法律推理,这些未加明文表述的规则要素可以较容易地被人们发现。例如,“妻子有继承丈夫遗产的权利”这一规定,其假定条件和法律后果部分没有被明文表述,但是该规定只能在丈夫过世且留有遗产的条件下(假定条件)才能适用,妻子合法继承的遗产应得到法律确认和保护(法律后果)。

第三,应当把法律规则和法律条文区别开来。法律条文只是法律规则的表述形式,而不是法律规则的同义语。通常情况下,一个法律规则的全部要素是通过数个法律条文加以表述的;有时,其中的一个要素(如假定条件)也可能分别见诸于不同的法律条文;甚至法律规则的诸要素分散于不同的法律文件之中,有的还跨越两个以上的法律部门。

## 3. 法律规则的分类

依据不同的标准,可以对法律规则进行如下分类。

(1) 依据法律规则的内容,可将其分为授权性规则、义务性规则和权义复合规则。

所谓授权性规则,是指规定人们有权做一定行为或不做一定行为的规则,即规定人们的“可为模式”的规则。

所谓义务性规则,是指在内容上规定人们的法律义务,即有关人们应当作出或不作出



某种行为的规则。它也分为两种：①命令性规则，即规定人们应当履行当为义务（也称积极义务）的规则；②禁止性规则，即规定人们不得作为义务（也称消极义务）的规则。

所谓权义复合规则，是指兼具授予权利、设定义务两种性质的法律规则。例如，劳动权利和义务，在一个公民失业时，就明显是其权利范畴，但当其已经在某一行业就业时，劳动则变成其义务。其他如服兵役的权利和义务、受教育的权利和义务等，都具有权利和义务的复合性特征。

（2）依据法律规则的效力，可将其分为强制性规则和任意性规则。

所谓强制性规则，是指为社会关系的参加者规定了明确的行为模式而不得自行变更其内容的法律规则。据此，行为主体必须遵守规则的规定，不允许他们自行协议解决问题，违反法定行为模式的协议是无效的。

所谓任意性规则，是指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。任意性法律规则在民商法中比较常见。

（3）依据法律规则内容的确定性程度的不同，可以将法律规则分为确定性规则、委托性规则和准用性规则。

所谓确定性规则，是指内容本已明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。在法律条文中规定的绝大多数法律规则属于此种规则。

所谓委托性规则，是指内容尚未确定，而只规定某种概括性指示，由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。例如，《中华人民共和国著作权法》第五十九条规定：计算机软件、信息网络传播权的保护办法由国务院另行规定。这一条文规定即为委托性规则。

所谓准用性规则，是指本身没有明确规定具体的规则内容，但明确规定可以或应当依照、援用、参照其他规则来使本规则的内容得以明确的规则。例如，《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十一条规定：经营者假冒他人的注册商标，擅自使用他人的企业名称或者姓名，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示的，依照《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国产品质量法》的规定处罚。这就属于准用性规则。

## （二）法律原则

### 1. 法律原则的含义

原则是事物的初始化的根本性的准则。法律原则，是为法律规则提供某种基础或根源的综合性的、指导性的价值准则。

### 2. 法律原则的种类

（1）根据原则的来源或产生的基础不同，可以将法律原则分为公理性原则和政策性原则。公理性原则是由法律原理构成的或从法律上的事理推导出来的原则，它得到社会广泛公认并被奉为法律之准则，如民法中的诚实信用原则。政策性原则是国家在管理社会事务

的过程中为实现某种长期、中期或近期目标而作出的政治决策，如我国把“计划生育”确立为基本国策，也把它作为法律原则规定在婚姻法中。

(2) 根据原则的位阶、适用范围大小和具体程度不同，可以将法律原则分为基本原则和具体原则。基本原则体现了法律的基本精神，是整个法律体系或某一个法律部门所适用的法律原则。具体原则是在基本原则指导下适用于某一特定社会关系领域的法律原则。

(3) 根据原则的内容不同，可以将法律原则分为实体性原则和程序性原则。实体性原则是指直接涉及规定和确认实体性方面的权利、义务的原则。程序性原则是指涉及规定和确认保证实体性方面的权利、义务得以实现的程序性方面的权利、义务的原则。

### 3. 法律原则的适用

为了保障法律的客观性和确定性，必须对法律原则的适用设定严格的条件。具体来讲，法律原则的适用必须符合下列条件。

(1) “穷尽规则”。在通常情况下，法律适用的基本要求是：有规则依规则。“法律发现”的主要任务是法官尽可能全面彻底地寻找个案裁判所应适用的规则，当出现无法律规则可以适用的情况下，法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发生作用。所以，从技术的层面看，若不穷尽规则的适用就不应适用法律原则。这可以表述为法律原则适用的一个条件规则：“穷尽法律规则，方得适用法律原则。”

(2) “实现个案正义”。在通常情况下，适用法律规则不至于要进行本身的正确性审查。但假如适用法律规则可能导致个案的极端不公正的后果，那么此时就需要对法律规则的正确性进行实质审查。首先，通过立法手段；其次通过法官之“法律续造”的技术和方法选择法律原则作为适用的标准。这样，我们就可以把这个条件用反面推论的方式确立为如下规则：“法律原则不得径行适用，除非旨在实现个案正义。”

(3) “更强理由”。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义，其实难度很大，法律原则必须为适用第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由，否则上面第二个条件规则就难以成立。在已存有相应规则的前提下，若通过法律原则改变既存之法律规则或者否定规则的有效性，却提出比适用该规则分量相当甚至更弱的理由，那么适用法律原则就没有逻辑证明力和说服力。据此，我们可以得出如下的条件规则：“若无更强理由，不适用法律原则。”

## (三) 法律概念

### 1. 法律概念的含义

法律概念是法的构成要素之一，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。

### 2. 法律概念的种类

法律概念以其涉及的内容，大体分为涉人概念、涉事概念和涉物概念。涉人概念是关于人的概念，如“公民”“近亲属”。涉事概念是关于法律事件和法律行为的概念，如“违



约”“侵权”。涉物概念是具有法律意义的有关物品及其质量、数量、时间、空间等无人格的概念，如“标的”“证券”。

## 第二节 法 从 何 来

### 一、法的起源

法的起源即法的起始和发源。从古至今，许多思想家、法学家对法的起源问题进行了探讨，提出了关于法的起源的各种学说。马克思主义认为，法是随着生产力的发展、私有制的产生、阶级的分化和国家的产生而产生的，经历了一个长期的渐进过程。

#### （一）原始社会的社会规范

迄今为止的人类社会可以分为原始社会和文明社会两大阶段。原始社会是人类历史上最初的社会形态。原始社会的生产力水平十分低下，在绝大部分时间里，人们使用简陋的石器工具，采集和狩猎是获得生活资料的主要方式。以此为基础并与此相适应，原始社会的经济基础就是，生产资料属于原始公社所有，人们集体劳动、共同生活，所得产品归集体所有。人们的劳动除了勉强维持生存，没有产品剩余，因而没有财产私有制，没有剥削，没有阶级和阶级斗争。

与原始社会的经济基础相适应，原始社会的主要社会组织是氏族。氏族是以血缘关系为基础的原始社会组织，它是原始社会的基本生产单位和生活组织。氏族组织有一个发展的过程，经历了母系氏族和父系氏族两个发展阶段。氏族的前身是人类的原始群，它与其后出现的胞族、部落、部落联盟共同构成了原始社会的整个社会组织体系。

在原始社会，人们为了共同生活，除了氏族组织，还需要一定的社会规范。原始社会的社会规范主要是习惯，或称习惯法、原始法。原始习惯是原始人在长期的社会生产和生活中经过不断重复和积累而形成的、共同信奉的行为标准和生活惯例。这些原始习惯遍及渔猎、农耕、收获、分配等多个环节，以及尊老、扶幼、互助、婚丧、继承、复仇、祭祀、管理等诸多方面。例如，在生产和分配方面，按照性别和年龄分工，共同劳动，劳动成果在氏族成员中平均分配，并优先照顾老弱病残者。在社会管理方面，氏族内部按照原始民主、平等的原则，选举或罢免氏族首领，重大事务由氏族全体成员讨论决定，任何人都必须服从集体的决定。在婚姻家庭和亲属制度方面，实行族外婚，用不同的称谓表示亲属关系的亲疏远近。在继承方面，死者的财产只能由本氏族成员继承，夫妻不能相互继承财产，子女也不能继承父亲的财产。在处理纷争方面，氏族内部纠纷多由当事人自行调解或由氏族首领出面调停；当氏族成员受到外族伤害时，全体成员都要为其复仇，氏族或部落之间的冲突则以战争方式解决。在宗教信仰方面，氏族成员不仅有共同的宗教仪式，而且带有宗教性质的原始图腾和禁忌对氏族成员有极大约束力，如严禁使用图腾物、严禁直呼图腾名、严禁图腾成员之间通婚。

原始社会规范是氏族全体成员共同意志的反映，保护着氏族全体成员的利益。它的实施，靠的是氏族成员的自觉遵守，以及传统的力量、舆论的压力、内心的信念和首领的威