

土地法学

陈会广 张芳怡 付坚强 邹秀清 等编著
东南大学出版社

TUDIFAXUE

内 容 提 要

本书吸收、借鉴法学理论基础,以法律关系为核心,以土地财产法律关系、土地利用法律关系、土地分配法律关系、土地保护法律关系以及土地行政法律关系为重点内容,以建设有别于传统教材专著的体系。全书共分九章:第一章主要概述土地法学的理论基础,并围绕着研究对象讨论研究目的与适用的方法,以法律关系为核心与主线构建内容体系。第二章主要介绍土地法律关系的概念、特征与类型,以及其产生、变更和消灭的过程。第三章以权利归属为重点阐述土地所有权法律关系及相关制度。第四章讲述土地使用权法律关系及制度,以《物权法》建构的相对完整的用益物权体系为重点,分别讨论建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权。第五章以土地的利用为重点,从建设用地使用权分层设立、地役权、相邻关系、社会控制、土地调控等调整与规范土地利用的法律关系入手,讨论土地利用法律关系及制度。第六章讨论用益物权、担保物权与土地交易法律制度,土地契约与土地利用的社会控制,土地征收征用与收购储备、土地调控与土地资源部门分配和土地税收法律制度,从资源配置与收益分配两个方面构建土地分配法律关系及制度。第七章分别就土地用途管制制度、耕地保护法律制度、土地开发整理复垦法律制度等土地保护法律制度做一个总结和评述。第八章在土地行政法律关系论述的基础上,重点介绍土地督察制度、土地争议及行政救济的功能、途径、方法和程序。第九章首先界定了土地法律责任的概念,其次重点阐述了土地民事法律责任、行政法律责任和刑事法律责任。

图书在版编目(CIP)数据

土地法学/陈会广等编著. —南京:东南大学出版社, 2010. 12

(土地科学丛书)

ISBN 978 - 7 - 5641 - 2542 - 4

I. ①土… II. ①陈… III. ①土地法—法的理论—中国 IV. ①D922.301

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010) 第 240383 号

土地法学

出版发行 东南大学出版社
出 版 人 江建中
社 址 南京市四牌楼 2 号
邮 编 210096
经 销 全国各地新华书店
印 刷 南京京新印刷厂
开 本 787 mm×1092 mm 1/16
印 张 17.25
字 数 427 千字
版 次 2010 年 12 月第 1 版
印 次 2010 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5641 - 2542 - 4
定 价 38.00 元

(凡因印装质量问题,请与我社读者服务部联系。电话:025 - 83792328)

《土地科学丛书》编委会

主 编 彭补拙

副主编 陶培荣 黄方方 濮励杰 周寅康 黄贤金

编 者 (按姓氏笔画为序)

王腊春 许有鹏 朱继业 李升峰 李春华

张 燕 张兴奇 张建新 周 峰 周生路

周寅康 陈 逸 高 超 陶培荣 黄方方

黄贤金 彭补拙 窦贻俭 濮励杰

编 著 人 员 及 单 位

- 陈会广 副教授(南京农业大学土地管理学院)
- 张芳怡 讲 师(南京大学金陵学院)
- 付坚强 副教授(南京农业大学人文社会科学学院法律系)
- 邹秀清 教 授(江西财经大学经济学院)
- 柴涛修 讲 师(南京林业大学法律系)
- 钟太洋 副教授(南京大学国土资源与旅游系)
- 刘法威 副教授(安徽财经大学财政与公共管理学院)
- 朱新华 博士生(南京农业大学公共管理学院)
- 龙开胜 讲 师(南京农业大学公共管理学院)
- 马秀鹏 讲 师(南京农业大学外国语学院)
- 谭 荣 副教授(浙江大学公共管理学院)
- 李效顺 讲 师(中国矿业大学土地资源管理系)
- 杨亚楠 硕士生(南京农业大学公共管理学院)
- 刘忠原 硕士生(中国人民大学公共管理学院)

前 言

自有国家以来就有了调整土地所有和使用的法律,例如公元前 20 世纪《苏美尔法典》有田园继承权等土地关系的法律规定。但是,在中国“土地法学”作为一门学科的建设滞后于土地法理论研究以及立法的实践,而“土地法学”教材建设更是滞后于理论与实践。目前,国家在 1986 年颁布实施《土地管理法》后又启动了第四次修改工作。在此情形下,以《土地管理法》为中心、侧重法条解释的土地法教材面临陈旧过时的问题。而且,它们对《土地管理法》以外的其他土地法律,如《农村土地承包法》、《物权法》的立法及研究成果关注似嫌不够。虽然本人在与师祖沈守愚先生的土地法对话,学到了一些东西使本人少了些法学门外汉的自卑;也于 2009 年 8 月国务院法制办公室就国土资源部《土地管理法》(修订案送审稿)征求南京农业大学的意见时,受学校学院委托与沈守愚先生一起完成《关于〈土地管理法〉(修订案送审稿)的修改意见》,但是要改变学科建设中偏重于《土地管理法》法条解释的现象力不从心,仍缺少改变这种现象的法学素养与功底。

2010年3月,南京大学黄贤金教授将教材编写的重任交给我,本人勉为其难接了恩师的任务,然后赶鸭子上架利用五年的土地法教学摸索中制订的教学大纲体系,研究编著《土地法学》的内容体系。值得庆幸的是,本人召集了南京大学、浙江大学、南京林业大学、中国矿业大学、江西财经大学、安徽财经大学、南京农业大学等高校土地法学教师从事这项工作。经过会议讨论与邮件交流,大家接受了以法律关系为核心,以土地财产法律关系、土地利用法律关系、土地分配法律关系、土地保护法律关系以及土地行政法律关系为重点的内容体系,并修订完成编著大纲。之所以选择编著的方式,一则吸收各自研究成果可以在较短时间内完成任务;二则考虑到土地管理法正在修改的现实,若按法条解释的模式会面临被淘汰的风险。在领导、同事及同学的鼓励与支持下,我们吸收、借鉴法学理论基础,建设有别于传统教材专著的体系。团队成员有效的工作,渐渐地明晰了过去较为模糊的土地利用法律关系、土地分配法律关系、土地保护法律关系等概念。有的概念在邮件或电话中讨论了多次才达成共识,有的章

节通过邮件交流几易其稿。在团队成员的努力下,最终于2010年11月初完成书稿。

本书编著人员的任务分工如下:

第一章陈会广(南京农业大学)执笔;第二章陈会广执笔;第三章张芳怡(南京大学)执笔;第四章第一、三、五节由龙开胜(南京农业大学)执笔,马秀鹏(南京农业大学)执笔第二节,陈会广执笔第四节;第五章第一、四、六节由刘法威(安徽财经大学)执笔,陈会广、刘忠原(中国人民大学)执笔第二节,朱新华(南京农业大学)执笔第三节,李效顺(中国矿业大学)执笔第五节;第六章第一节陈会广、邹秀清(江西财经大学)执笔,第二节(邹秀清、陈会广)、第三、六、七节由邹秀清执笔,第四节柴涛修(南京林业大学)、陈会广执笔,第五节(陈会广、刘忠原执笔);第七章第一节(陈会广、朱新华执笔),第二节(陈会广执笔),第四节(朱新华执笔),杨亚楠(南京农业大学)执笔第六节,钟太洋(南京大学)执笔第三、五、七节;第八章第二节(陈会广执笔),第四、五节陈会广、谭荣(浙江大学)、朱新华执笔,柴涛修、朱新华、付坚强(南京农业大学)执笔第六节;第九章第一~四节付坚强执笔,第五节朱新华执笔。

感谢南京大学地理与海洋科学学院黄贤金教授的关心与支持;感谢博士后联系导师南京大学法学院李友根教授的关心与支持;感谢团队成员的辛苦劳动;感谢东南大学出版社责任编辑朱珉老师的一再督促与鼓励,文字编辑莫凌燕老师的细致校对。当然,书中的错误与缺点属于我们编著者。

陈会广

2010年11月22日

目 录

(138)	第一章 土地法学概述	第一章 (1)
(130)	第一节 法的概念	第一节 (1)
(130)	第二节 土地法学的基本概念	第二节 (9)
(143)	第三节 土地法学的研究对象、目的和方法	第三节 (14)
(144)	第四节 土地法学研究的内容体系	第四节 (16)
(135)	本章小结	本章小结 (19)
	第二章 土地法律关系	第二章 (21)
(188)	第一节 法系与法律关系	第一节 (21)
(104)	第二节 土地法律关系的概念和特征	第二节 (32)
(107)	第三节 土地法律关系的构成要素及其分类	第三节 (35)
(203)	第四节 土地法律关系的产生、变更和消灭	第四节 (38)
(209)	第五节 土地法律关系的保护	第五节 (40)
(213)	本章小结	本章小结 (41)
	第三章 土地财产法律关系及制度——所有权	第三章 (43)
(212)	第一节 土地所有权法律关系	第一节 (43)
(217)	第二节 国家土地所有权	第二节 (48)
(220)	第三节 集体土地所有权	第三节 (55)
(227)	第四节 土地所有权确权	第四节 (59)
(234)	本章小结	本章小结 (61)
	第四章 土地财产法律关系及制度——使用权	第四章 (63)
(223)	第一节 土地使用权法律关系	第一节 (63)
(222)	第二节 建设用地使用权	第二节 (66)
(222)	第三节 宅基地使用权	第三节 (70)
(222)	第四节 土地承包经营权	第四节 (73)
(228)	第五节 土地使用权确权	第五节 (77)
(230)	本章小结	本章小结 (80)
	第五章 土地利用法律关系及制度	第五章 (82)
(222)	第一节 土地利用法律关系	第一节 (82)
	第二节 地表、地上、地下分层设立与建设用地法律制度	第二节 (88)
	第三节 地役权与相邻关系	第三节 (93)
	第四节 土地利用的外部性、社会控制与土地利用规划	第四节 (98)
	第五节 土地调控法律制度	第五节 (110)
	第六节 相关法律对土地利用问题的规定	第六节 (115)

本章小结	(128)
第六章 土地分配法律关系及制度	(130)
第一节 土地分配法律关系	(130)
第二节 用益物权、担保物权与土地交易法律制度	(143)
第三节 土地合约与土地利用的社会控制	(144)
第四节 土地征收征用权及相关法律制度	(152)
第五节 土地储备制度	(163)
第六节 规划权、土地调控与土地资源部门分配	(168)
第七节 土地税收法律制度	(177)
本章小结	(182)
第七章 土地保护法律关系及制度	(185)
第一节 土地保护法律关系	(185)
第二节 土地用途管制	(186)
第三节 耕地保护法律制度	(188)
第四节 土地整治权与开发复垦整理法律制度	(194)
第五节 水土保持法律制度	(197)
第六节 环境权与环境保护法律制度	(203)
第七节 不动产登记法律制度	(209)
本章小结	(213)
第八章 土地行政执法及法律救济	(215)
第一节 土地行政法律关系	(215)
第二节 土地监察与土地督察	(217)
第三节 土地争议与行政调处	(220)
第四节 土地行政复议	(227)
第五节 土地行政诉讼	(234)
第六节 土地行政救济	(245)
本章小结	(253)
第九章 土地法律责任	(255)
第一节 土地法律责任的概念	(255)
第二节 土地法律责任的种类和形式之一:民事责任	(257)
第三节 土地法律责任的种类和形式之二:行政责任	(258)
第四节 土地法律责任的种类和形式之三:刑事责任	(260)
第五节 土地法律责任制度演化趋势	(262)
本章小结	(265)

土地法学概述

土地法学是以法学为基础,与土地科学相结合的一门交叉性、应用性的学科,它离不开法学理论的发展。本章通过解构法的本质、特征,以及渊源与效力等概念,形成土地法学的理论基础;并围绕着研究对象讨论土地法学研究目的与适用方法,以法律关系为核心与主线构建土地法学研究的内容体系。

第一节 法的概念

对于法是什么,哈特(1996[1961])曾引用奥古斯丁在《忏悔录》中的话来形容回答的困难性:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我向询问者解释,我便不知道。”然而法的概念是法学的基本范畴之一,“法是什么”是一个无法回避的问题,因为无论是进行法律实践还是进行理论构架,都需要以这个概念为前提和基础。

一、法与法律

据中国东汉许慎的第一部字书《说文解字》记载,“法”字古体写作“灋”,“刑也,平之如水,从水,所以触不直者去之,从去”。从水,法平如水,意即公平;“廌”(音 zhi)传说是古时一种独角神兽,审判时被触者即认为有罪,从去。“解廌,兽也,似山牛一角,古者决讼,令触不直”,这是古代神明判案的一种形式,说明法能够主持公正,惩罚邪恶,把不正之事去掉。“律”字按《说文解字》解释:“律,均布也”,意即规范人们的行为使之划一。“法”和“律”二字合为“法律”一词,意即以公平、正直来规范天下人的行为,使之成为人们遵循的行为准则(沈守愚,1996)。根据《法学大词典》(曾庆敏,1997)的解释:在中国,“法”最早称“刑”和“辟”,如“禹刑”、“汤刑”、“吕刑”、“刑书”、“刑鼎”等。出土的商代甲骨文中“有惟辟”、“作辟”、“刑辟”等词。“辟”与“刑”同义,“刑”字古体字为“𠔁”和“𠔂”,东汉许慎所著《说文解字》解释为“𠔁,到也,从刀开聲”,喻意刑戮;“𠔂,罚罪也,从井从刀”,喻意罚罪,是为了使社会井然有序。

早在春秋末期,“法”字广泛使用,如李悝所作《法经》。商鞅改李悝的“六法”为“六律”。后来在我国历史上很长一段时间把法称作“律”,如“秦律”、“汉律”、“隋律”、“唐律”、“明律”、“大清律”等,说明律是法的具体体现。将“法”与“律”两字连用始于秦汉。真正被广泛使用是在明末清初。法学上,法与法律有时严加区别,法是指各种类别法的总称或系统,法律则指法的渊源之一,即由立法机关制定和颁布的规范性文件或泛指具体的制定法。

在西欧语种中,“法”的拉丁文是“jus”和“lex”,英文为“law”,德文为“recht”,法文为“droit”(曾庆敏,1997)。其中“jus”含有抽象意义上法、权利和公平等意味;而表示“法律”的词是“lex”,含有规范、规则之义。英语中的“law”含有规则、规律双重含义。总的来说,在西方法的词意的核心是正义(公正、公平),其次是权利,再次是规则(王明辉,2005)。法的语义反映古代人对法的朴素看法,触及法现象方面的某些特征,如中国“法”的词源突出罚罪,而

西方“法”的词源与权利紧密相关,反映了古代中西法律文化的不同特点(曾庆敏,1997)。

现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义两种用法。广义的法律与法的含义相同,是指法的整体,即由国家强制力保证实施的,具有普遍的法的效力的行为规范的总称,包括由国家制定的宪法、法律、法令、条例、决议、指示、规章等规范性文件和认可的判例、习惯等。从这个意义上看,我国目前的法律主要包括作为根本大法的宪法、全国人大及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、某些地方国家机关制定的地方法规、民族区域自治地方制定的自治条例和单行条例等。狭义的法律是指具有国家立法权的国家机关制定的法律,在我国是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件(王明辉,2005)。

二、法的本质

法相对于其他事物,尤其是相对于其他社会规范而言,需要我们借助其外部形式上的特点,才可以在纷繁复杂的社会现象中识别出来。法的本质也是法的特征,但是从法的内容、来源、职能、目的等方面来说,它是法这类事物所普遍具有的、稳定的、内在的规定性。相对于形式特征而言,本质特征需要更加抽象的、更思辨的理论分析才能发现和把握。关于法的本质的问题,历史上许多学者分别从不同的维度、层面认识 and 解释,提出了许多不同的法律理论和学说,形成了迥然不同的法律理念(吴汉东,2005)。

(一) 几种有代表性的法本质学说

1. 神学论。在古代,由于人们对自然力的无知和无力,以及与自然界抗争而产生的恐惧,认为万物中弥漫着神秘莫测的灵魂,导致人们直接或间接地把法归结为神灵的意志,由此形成了神学论。提出和坚持这一主张的神学家们认为,法律是上帝理性的表现,是神的意志,是神创造出来规范人的生活和行为的。神学论诉诸超人间的力量来说明法律的来源和本质,突出了法律的宗教性。

2. 理性说。这一理论是由自然法学所倡导的。理性说认为,法律是人的理性的创造物,是理性的(最高)体现和表达。如西塞罗、格老秀斯、洛克、康德等思想家都极为重视法律的理性根源和特征。理性说注重法律的合理性、价值性。

3. 意志说。黑格尔(1961[1821])曾说过,法确立的地位和出发点是意志。意志是自由的,所以自由就构成法的实体和规定性。这一理论认为,法律体现的是意志。而意志又有主体的差异,与此相应意志说又分为:个人(统治者)意志说、阶级意志说、共同意志说(如卢梭的公意说)。前述的神学论亦可归入意志说。意志说注重法律的意志性。

4. 民族精神说。这一理论是历史法学家的代表人物萨维尼的观点。该理论认为,法与民族的风俗习惯和语言一样,是世代相传的民族精神的体现。民族精神说强调法有其自身产生和发展的历史历程,主要体现形式为习惯法,它是自发地、缓慢地和逐步成长的,所以不能盲目照搬外国的法。

5. 社会利益说。这一理论认为,法律是社会利益的体现和表达,即利益是法律保护的基本要素,权利是法律上被保护的利益。许多社会法学家,如耶林、庞德是社会利益说的代表。社会利益说突出的是法律与人的利益,特别是与社会整体利益的关系。

6. 社会控制说。一些社会法学家认为,法律是社会控制的工具、手段。如布莱克说,法律是政府的社会控制。庞德说,法律是一种社会工程或社会控制工具。从16世纪以来,法

律已成为社会控制的首要工具。社会控制说强调的是法律在社会中角色、功能、效应。

7. 正义说。历史上许多思想家认为,法律是正义的化身、体现,如柏拉图、亚里士多德、西塞罗等等。正义论着眼于法律的道德性,强调法律的合法性是奠定在正义、价值的基础上。

总之,以上种种理论、学说对于人们进一步认识、解释法律现象和本质都产生了一定的影响,既有其合理的一面,也有其不足的一面。这些理论有的注视法律的价值性,有的注重法律的形式性,有的强调法律的事实性,有的突出法律的工具性、功能性,有的重视法律的目的性、理想性,有的从法律的人为性出发,有的从法律的神创性着眼,有的强调法律的经验性,有的侧重法律的意志或理性根基。显然,这些理论在解释法律的意蕴方面都分别做出了有益的贡献,但难免存在偏差,忽视了法律的整体性、统一性,割裂了法律的各种元素之间的内在关联。

(二) 马克思主义关于法的本质的理论

马克思主义在法的本质问题上的基本观点与其他思想家们的认识有着根本的不同。马克思(1995[1871])指出,法的关系,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,它的根源于物质的生活关系,应当由它赖以存在的经济基础加以说明。马克思主义经典作家对法的本质,特别是阶级对立社会中法的本质作过科学的分析。例如,马克思、恩格斯(1995[1848])在《共产党宣言》中就指出:“你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志……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(1961[1849])认为,社会不是以法律为基础的,而是法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单一个人的行为。

1. 法是被上升为法律的统治阶级的意志的集中体现和反映,体现为阶级意志性和国家意志性

法是意志的体现和反映。法律是人类有意识、有目的活动的产物,是人的意志的结果,而非神的意志或其他物种的意志的结果。法是统治阶级意志的集中体现和反映。第一,法是统治阶级的阶级意志、整体意志、普遍意志,是统治阶级的共同意志,而不是统治者个人的意志,也不是统治者个人意志的简单相加(“众意”),更不是统治者的任性和随意。法律正是通过规范化、制度化、法律化、系统化和一般化,把个别性的东西转变为普遍性的东西,把局部的东西转变为整体性的东西,把集团性的东西转变为社会共同性的东西。经过这种升华了的意志,就真正变成社会的规范、规则。第二,法所体现的统治阶级意志,不是其意志的全部,而是如马克思所说“被奉为法律的那部分阶级意志”。只有经过法律程序认可、确定、处理的那一部分意志,只有经过国家中介的那一部分意志,才是法律。就此而言,法律只不过是社会的掌权集团或统治阶级根据自身整体意志、共同意志而以国家名义制定、认可、解释的,并由他们通过国家力量强加于全社会,要求一体遵行的。第三,法只能体现统治阶级的意志,不可能体现被统治阶级的意志。第四,法的阶级意志的基础是利益,是统治阶级的根本利益、整体利益、普遍利益。统治阶级所创立的任何法律都与他们的利益、需要相关,是为了满足、实现他们的利益、需要和欲望。

2. 法的基础是社会物质生活条件,其中社会生产方式是最具有决定性的因素

社会物质生活条件是法的本性存在的基础。任何一个民族、国家、社会都不能脱离它

的具体的地理环境、人口、生产方式诸条件而存在。因此,社会物质生活条件构成了人的社会、人的社会生活的基石。

在社会物质生活条件各要素中,生产方式具有决定性的意义。马克思主义基本原理告诉我们,政治、法律、国家等制度性的社会组织和结构,哲学、文学、历史、宗教、道德、法律等思想性的社会要素,以及从事这些制度性、思想性社会要素的建设都是在一定的社会生产方式基础上进行的。法律作为一种独特的社会现象,与其他社会现象一样,依存于一定的生产方式及生产力、生产关系,依存于一定的经济基础,它的存在、发展、运作与实施都受制于生产方式、经济基础,是由社会生产方式所决定的。马克思(1995[1859])说:“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。”在《共产党宣言》中,马克思、恩格斯(1995[1848])谈到资产阶级法律观念和本质时说:“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。”

法律是经济的集中体现和反映。法律本身具有内在的经济逻辑、经济机制与经济属性,一切法律问题,归根到底都是经济关系、经济状况、经济机制的反映和要求。“法学家以为他是凭着先验的原理来活动,然而这只不过是经济的反映而已。”(恩格斯,1995[1890])“只有毫无历史知识的人才不知道:君主们在任何时候都在不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令。”(马克思,1956[1847])因此,一切的法律现象都可以还原为经济现象,一切法律问题都可以归结为经济问题。经济是法律的基础。

由此可见,法的本质可分为三个层次:其表层,表现为国家意志,即以国家的名义向社会全体成员提出的普遍行为要求;对违反法律者也以国家的名义采取强制措施,给予法律制裁,故人们通称法律为“国法”。其中层,所谓国家意志事实上是社会中居于统治地位的阶级意志,是统治阶级凭借其手中掌握的国家权力把自己的意志体现为法的形式而取得普遍遵行的效力。其深层,是由统治阶级物质生活条件所决定的利益需要。所谓统治阶级意志,并非传统阶级的“自由意志”,而是它赖以生存的生产关系,即经济基础所决定的利益需要。即经济关系中居于统治地位的阶级利益表现出来。法的本质是一定经济关系的利益需要所决定的统治阶级意志的体现。

三、法的基本特征

所谓法的基本特征是指法的外部联系,是法在形式上的特点,和法的本质比较而言,属于外在的属性(赵会明等,2000)。我国法学界对法的现象问题的看法大致相同,一般认为法具有四大特征,现将其稍加修正表述如下:

(一)法是调整人们行为或社会关系的规范,即具有规范性

法的规范性的具体内容可以划分为四个方面:第一,法是一种社会规范,以社会关系为调整对象。社会关系具有多种类型,如人身关系、财产关系、代理关系、民族关系等,但是法律并不调整所有的社会关系,只调整那些重要的、适合法律调整的社会关系。比如感情关系、学术上的某些交流等,法律一般不介入;而所有权关系、生命权关系等,法律一般是要调整的。第二,法律是一种行为规范,是以人们的行为作为调整对象的。马克思(1956[1842])曾说:“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。我

的行为就是法律在处置我时所应依据的唯一的東西,因为我的行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西,而且因此我才受到现行法的支配。”由此可见,尽管法律的目的是调整社会关系,进而形成理想的社会秩序,但是法律直接的作用对象却是人的行为。如果法不以行为而以思想为对象,就使得法律的规范要求失去了清晰可辨的外在标准,成为可以任意解释的专制工具。第三,法律是对人们行为的一种规范性指引,是对社会的一种规范性调整。这里的规范性是和个别性、具体性相对的。所谓规范性,就是法律的对象永远是普遍性的,即法律只考虑一般的、具有普遍性的事物,而绝不考虑个别的人以及个别的行为(卢梭,2003[1762])。换言之,法律对一般性的事物概括性地进行规定,这种规定对同类的事物具有反复、多次使用的效力。第四,法的规范性表明,法的要求不等于人们实际如何行为。法是对人们行为提出的要求,要求人们在特定的条件做出某种行为或者禁止做出某种行为,是一种“应当”。这种“应当”对人们的行为必然发生影响,但是只是影响因素之一,人们实际行为则是众多因素作用的合力结果。认识法的要求与人们实际行为的差距,有助于我们正确评价法律的作用及其限度,有助于我们深入认识法律和其他社会因素的相互作用(刘作翔,2005)。

(二) 法是由国家制定和认可,即具有国家意志性、权威性

法律与国家有关,是由国家制定、认可、解释的社会规范。法律的内容从本质上说是统治阶级意志,从形式上说是国家意志。只有经过国家制定或认可的统治阶级意志才是国家意志。因而具有国家意志性和权威性。这是法区别于其他社会规范,如道德规范、宗教规范等的重要特征。

从法的产生和形成看,国家制定、认可和解释是法的创制的三种主要方式。制定是指拥有立法权(创制权)的国家机关根据法定权限,依照法定程序制定法的活动和结果。法律创制的结果是规范性法律文件。在一个成文法国家中,法律的创制主要是通过立法实现的,法律的表现形态有制定法(Statute)、成文法(Written Law)和法典(Code)。所谓认可,是指拥有立法权的国家机关或拥有司法权的国家机关,承认和赋予社会上已有的某种风俗、习惯、判例、法理、政策等以法律效力,用来弥补法律规范的漏洞、空白,弥补、克服法律的局限性,使法律适应不断变化的社会现实。国家认可而形成的法,是不成文法。法律认可的形式是多种多样的,其中最为主要的是习惯法。所谓法律解释,是指拥有法定权限的国家机关对现存的法律规范、规则的说明。法律解释,特别是法定解释,如立法解释和司法解释,本身就具有法律效力(王明辉,2005)。

(三) 法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,实现对社会关系的调整。

之所以说法律是以权利和义务为主要内容,是因为:第一,法律的要素以法律规范为主,而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务;法律规范中的法律后果则是对权利义务的再分配。第二,法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的,因而法律的内容主要表现为权利和义务。第三,权利义务是主体法律地位的体现,不管法律是怎样的法律,不管这种法律以权利为本位还是以义务为本位,权利和义务总是被立法者充分重视,也受社会各成员关注。法律上的权利和义务规定具有明确性

和可预测性的特点,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。

法律通过规定人们的权利和义务来分配利益,影响人们的动机和行为,进而影响社会关系,这体现了法律的利导性。法律的利导性取决于法律上的权利和义务的双向性。“双向”表现在:权利和义务是两个截然不同的事物,它们是两个相互排斥的对立面。法律上只要规定了权利就必须规定或意味着相应的义务。权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为,而义务以其特有的约束机制和强制机制作用于人的行为,这种双向性使人们从有利于自身利益出发来选择行为。

(四) 法是由国家强制力保证实施的,即具有强制性

法律的实施由国家强制力保证,如果没有国家强制力作为后盾,那么法律在许多方面就变得毫无意义。国家强制力是指国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力。尽管许多社会规范也有强制力,但是其他社会规范的强制力不具有国家性。国家强制力是法律与其他社会规范的重要区别。

国家强制力并不是保证法律实施实现的唯一力量和手段,它只是法律实施实现的必要条件之一,只是法律发挥威力和功效的最终力量和最后一道防线。动用国家强制力是万不得已,且只有在其他力量和方式都已经失灵的情况下,才能考虑使用强制力。因此,研究法律的强制性必须注意以下几个问题:(1) 法律的权威性与国家的强制力是怎样的关系? 传统认为,法律的权威性来自国家强制力,是以强大的暴力作为基础的。而现在,法律权威性在于法律的价值性、合理性、公正性。不能脱离法律的价值导向性、正义导向性去强调法律的强制性。(2) 法律的强制性与强制力的关系是间接的、潜在的。这种强制性只在人们违反法律时才会降临到行为人身。日本法学家高柳贤三(1932)的一个观点颇能说明这一问题,他认为法律以“强制可能性”为本质,法律规范“被破坏之可能性同时,常有外部强制可能性”。国家强制力并不意味着法律实施过程中的任何时候都需要直接运用强制手段,当人们自觉遵守法律时,国家强制力并不显露出来,而只是间接地起到教育和警示的作用。(3) 法律的强制性不等于纯粹的暴力。法律的强制力是以法定的强制措施和制裁措施为依据并有专门的机关依照法定程序执行的。法律的强制如果等同于简单的暴力,那么统治阶级也就无须采用法律的形式来进行治理,只要有刑场和行刑队这种暴力工具就行了(王明辉, 2005)。

四、法的渊源与效力

(一) 法的渊源

根据《法学大辞典》的解释,法的渊源,简称“法源”,语源来自于罗马法 fontes juris,意为法的源泉,即法从何而来。一国的法源是指该国由不同的国家机关制定或认可的具有不同的形式和不同效力的法。例如我国封建制国家,封建的伦理道德和某些习惯在法的渊源中占重要地位,刑法和行政管理方面则以成文法为主要渊源,具体表现有律、令、格、式等形式。大陆法系国家以成文法为主要形式;英美法系国家除成文法的宪法、法律外,判例法和习惯法也是主要形式。我国社会主义法的渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等形式,分别由全国人民代表大会及其常务委员会等制定和发布,其中宪法具有最高的法律效力。另基于我国存在“一国两制”的特殊国情,特别行政区法也是我国法的渊

源之一,而且本身又有相对独立的法的渊源体系(曾庆敏,1997)。对“法的渊源”一词还有以下几种解释:

1. 法的本质意义上的来源,即对法的形成具有决定意义的力量。例如认为法是神或上帝的意志的体现,认为法是群众的意志的体现,认为法是人民“公意”的体现等等。马克思主义法学认为,法是由一定的社会物质生活条件决定的统治阶级意志的体现。

2. 法的历史渊源,是指引起某一特定法律规则或法律原则产生的历史来源,包括继承历史上一定的法律文化或历史上发生的某些事件。例如现代西欧国家的法律继承了古代罗马法的法律文化传统。英国 1215 年由于发生国王与贵族间的冲突而产生了《大宪章》。

3. 法的思想和理论上的渊源,是指影响某一特定法产生的理论原则或哲学原则;例如 17、18 世纪资本主义国家建立之初的立法所体现的自由、平等、法治等原则的理论渊源是古典自然法学说,社会主义国家的法的理论来源是马克思列宁主义。

4. 法的文献渊源,是指包含该法律的原则的具有权威性的文件,例如对法律原则的权威性解释文件、法规汇编、判例法汇编、权威性的法学著作等(曾庆敏,1997)。

(二) 法的效力

《法学大辞典》认为,法的效力是指法的生效范围,包括法的时间效力、空间效力和对人的效力,即法在何时、何地及对何人发生效力。法的效力与法律效力是紧密联系的两个概念。其联系性表现在:法的效力是法律效力的前提和根据,没有法的效力就不会产生具有法律效力的事实,如依法经过公证的文件具有法律效力是以存在“公证法”的效力为根据的;法律效力是法的效力的体现,如经过公证的文件具有法律效力表明“公证法”效力的存在。两者的区别在于:(1) 法的效力仅限于规范性法律文件,法律效力既用于规范性法律文件,也应用于非规范性法律文件,例如法院依法做出的判决、经过注册的商标等对特定的人或事具有法律效力。(2) 法的效力具有抽象性、普遍性特征,它对法定范围内所有的人具有约束力;法律效力是已经个体化了的、对特定的事或人具有约束力。(3) 法的效力属于应然的范畴,而法律效力属于已然或实然范畴。法的效力存在并不意味着该法调整范围内发生的事实都是具有法律效力;反之,不具有法律效力的事实存在,并不因此丧失法的效力。(4) 法的效力直接来自法的创制权力及其行使的程序,其实质意义表明法的成立和付诸实施;法律效力直接来自法,其实质意义表明某种行为的合法性、有效性。法的效力自古以来基本有三种类型:(1) 属人主义,即法律专适用于本国人,外国人即使侨居在本国也不适用本国法。古代国家多采用属人主义。(2) 属地主义,即无论本国人、外国人只要居住在本国境内都适用本国法;本国人如果不在本国境内便不受本国法约束。法的这种效力原则始于封建制时期的国家。(3) 属人、属地相结合,一般以属地主义为主结合,属人主义规定法的效力范围。此种效力原则为近现代国家普遍采用。我国主要实行属地主义,并在有关国家主权、公民权益的特定事项上,结合属人主义原则(曾庆敏,1997)。

《法学大辞典》解释,确定法颁布实施前已经发生的行为事实和关系是否有法的适用效力,称之为法的溯及力,又称“法的回溯力”。有适用效力称有溯及力,反之称无溯及力。不溯及既往的原则始于罗马法,现基本上已成为各国通例。这一原则有利于维护法的权威和既成的法律秩序。但是法律不溯及既往也并非绝对,在某些情况下法可以溯及既往,其主要的情况是:(1) 如果新法与旧法相比对同类问题的处理较轻,则按照新法处理,即所谓“从旧兼从轻的原则”。(2) 某些持续性关系或者在新法颁布实施之前已经发生且未实现最终

法律后果的事实,一般要按照新法予以调整。(3)某些专门检查性或者清查性的法律规范具有完全的溯及力。

此外,当法律冲突时的解决规则是:高层次的法有效,低层次的法无效。即下位法服从上位法。而例外的原则是:当两个法构成特别法和一般法时,优先适用特别法。

五、法的分类

(一) 法的分类的概念

根据《法学大辞典》的解释,法的分类是指从不同角度,按照不同标准把法划分为若干种不同的类别。随着社会的发展、法律调整范围的扩大和法的数量的增加,对法进行分类组合是法发展的必然趋势。在我国,最早对法进行分类的是魏文侯相李悝(前455—前395年),其所著《法经》中把法分为“盗法”、“贼法”、“囚(网)法”、“捕法”、“杂法”和“具法”。后历代成文法都有不同类别的划分。在西方,历史上最早对法进行分类的是古希腊思想家亚里士多德,他把法作了自然法与人定法、习惯法与成文法的划分,并在成文法中提出了基本法的概念。随后在法的发展过程中,法的分类方法和相应的法的类别也日益增多。有些是处于政治上的需要,如自然法与实体法、神法与人法的划分;有些出于具体应用上的需要,如法的渊源的分类、法律部门的分类。西方较多地致力于法的分类研究的是分析实证主义法学。马克思主义法学开创了从法的本质上进行分类的方法,即按照法的阶级本质和赖以存在的经济基础把法划分为不同的法的历史类型(曾庆敏,1997)。

(二) 法的一般分类

法的一般分类是指世界上所有国家都可适用的法的分类,主要有以下几种类型:

1. 成文法与不成文法

这是按照法的创制方式和表达形式为标准对法进行的分类。成文法是指由国家特定机关制定和公布,并以成文形式出现的法律,因此又称制定法。不成文法是指由国家认可其法律效力,但又不具有成文形式的法,一般指习惯法。不成文法还包括同制定法相对的判例法,即由法院通过判决所确定的判例和先例,这些判例和先例对其后的同类案件具有约束力。

2. 实体法和程序法

这是按照法律规定内容的不同为标准对法进行的分类。实体法是指以规定和确认权利和义务或职权和职责为主的法律,如民法、刑法、宪法等。程序法是指以保证权利和义务得以实施或职权和职责得以履行的有关程序为主的法律,如民事诉讼法、刑事诉讼法、立法程序法等。

3. 根本法和普通法

这是根据法律的地位、效力、内容和制定主体、程序的不同为标准而对法进行的分类。这种分类通常只适用于成文宪法制国家。在成文宪法制国家,根本法即宪法,它在一个国家中享有最高的法律地位和最高的法律效力。普通法是指宪法以外的法律,其法律地位和法律效力低于宪法,如民法、刑法、商法等。

4. 一般法与特别法

这是按照法的适用范围的不同对法所作的分类。一般法是指针对一般人、一般事、一般时间,在全国普遍适用的法;特别法是针对特定人、特定事或特定时间、特定地区内适用