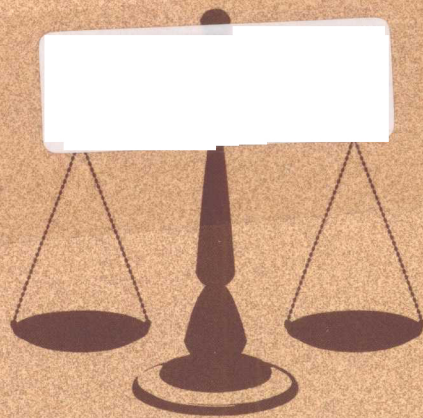


A General Survey of Law

法学概论

主编 黄琪 黄斌

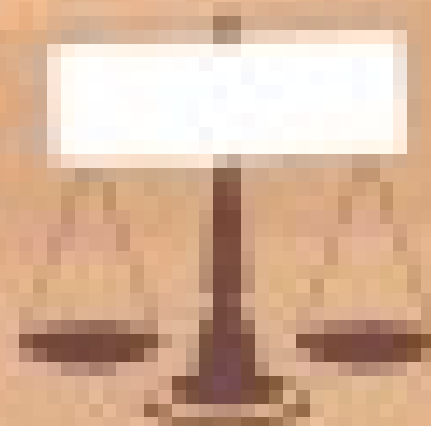


ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

AN ANTHROPOLOGICAL HISTORY OF CHINA

造学编论

丁中江 著



◎ 人类学

法学概论

主 编 黄 琪 黄 斌

副主编 钟 华 孔 钜 吴新梅

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

孔 钜 刘 勇 刘爱娇 吴新梅

钟 华 黄 琪 黄 斌



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

浙江出版集团
浙江出版集团
浙江出版集团
浙江出版集团

图书在版编目(CIP)数据

法学概论 / 黄琪, 黄斌主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2015. 2
ISBN 978-7-308-14381-3

I. ①法… II. ①黄… ②黄… III. ①法学—概论
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 022825 号

法学概论

黄琪 黄斌 主编

责任编辑 傅百荣
封面设计 薛心怡
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 浙江时代出版服务有限公司
印 刷 浙江省浪渚印刷厂
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 22
字 数 563 千
版 次 2015 年 2 月第 1 版 2015 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-14381-3
定 价 35.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591; <http://zjdxbs.tmall.com>

编写说明

法学概论是一门综合性的法学课程,是对法学基本原理和基本知识的概要论述,其内容包括法学基础理论、以宪法为核心的我国各个主要部门法律的基础知识。法学概论课程主要面向在校非法学专业学生开设。因此,本教材在编写过程中:在内容上,注重对基本概念、基本原理、基础知识的阐述,重点介绍各部门法的基本知识和基本制度,结合相关法律规定,重点选取学生接触较多的几大部门法进行学习,取舍得当,避免面面俱到;在体例安排上,各章都有标题和导语,点明了该章的中心内容,为了突出本书的适用性,启发学生的独立思考,我们将案例、习题放到相关知识点当中,以加强学生对理论知识的理解,培养学生的运用法律知识和法律思维分析问题和解决问题能力;在语言表达上,做到通俗易懂,简练流畅,避免艰深晦涩,符合非法专业学生的学习需求。

我们希望通过本书的学习,能够使非法学专业学生掌握最基本的法律知识,在学法、懂法、守法的基础上学会用法律知识和法律思维处理相关事务和问题。具体而言,首先,我们希望通过本书的学习,使同学们能对法律有初步的认识。在掌握法律知识的同时,明白法律就在我们身边并与我们的生活息息相关。其次,我们希望通过本书的学习,使同学们能学法、懂法、守法。掌握学习法律的方法和技巧,明白法律在社会调整中的重要作用,不断提升法律意识和法律素养,养成守法的良好习惯;最后,我们希望通过本书的学习,使同学们学会用法律手段解决问题。当权利受到侵害时,我们能运用法律知识和法律思维分析问题,会用法律的武器寻求救济,以保护自己。

本书编写人员为长期从事各部门法教学和专门从事《法学概论》教学的教师,书中融入了他们多年的教学经验,吸收了法学科领域中较重要的成果和最新信息,较系统而概括地阐明了法的基本理论和各部门法的基本概念、基本知识和基本理论。本书共分为六编,分别是第一编法学基础理论,第二编宪法,第三编行政法,第四编民法,第五编刑法,第六编诉讼法。

这里还需要说明的是,本书在编写过程中参阅和引用了国内外公开出版的相关教材、专著和论文,在此表示衷心的感谢!当然,本书在编写的过程中尽管花了我们较多的精力,但难免疏漏和不足,恳请读者批评指正,以便我们今后进一步修改和完善。

本书由黄琪、黄斌主编,由黄琪、刘爱娇统稿并定稿。各章编写具体分工如下:

黄琪:第一编;

黄琪、黄斌:第二编;

黄斌、刘勇:第三编;

黄斌、刘爱娇:第六编第三章;

孔钜:第四编;

钟华:第五编、第六编第二章;

吴新梅:第六编第一章。

编者

2014年12月

目 录

第一编 法学基础理论

第一章 法的基本概念	(1)
第一节 法的定义	(1)
第二节 法的本质与特征	(2)
第三节 法的作用	(4)
第四节 法的要素	(8)
第五节 法系	(13)
第二章 法的渊源与法的效力	(14)
第一节 法的渊源	(14)
第二节 法的分类	(20)
第三节 法的效力	(22)
第三章 法律关系、法律行为与法律责任	(26)
第一节 法律关系	(26)
第二节 法律行为	(33)
第三节 法律责任	(35)
第四章 法的运行	(39)
第一节 立法	(39)
第二节 法的实施	(43)
第三节 法律解释	(53)
第五章 法律与社会	(55)
第一节 法律与经济	(55)
第二节 法律与政策	(58)
第三节 法律与道德	(60)
第四节 法律与宗教	(61)
第六章 法治	(63)
第一节 法治与法制	(63)
第二节 社会主义法治理念	(67)
第三节 法治国家	(70)

第二编 宪法

第一章 宪法的基本理论	(72)
第一节 宪法的概念、特征和分类	(72)
第二节 宪法的基本原则	(74)
第三节 宪法的历史发展	(75)
第二章 国家的基本制度	(77)
第一节 人民民主专政制度	(77)
第二节 政党制度	(79)
第三节 经济制度	(81)
第四节 人民代表大会制度	(82)
第五节 选举制度	(83)
第六节 民族区域自治制度	(85)
第七节 特别行政区制度	(88)
第八节 社会主义精神文明建设	(89)
第三章 公民的基本权利和义务	(90)
第一节 公民的基本权利和义务概述	(90)
第二节 我国公民的基本权利	(92)
第三节 我国公民的基本义务	(98)
第四章 国家机构	(100)
第一节 国家权力机关	(100)
第二节 国家主席	(105)
第三节 国家行政机关	(106)
第四节 国家军事机关	(108)
第五节 国家审判机关和检察机关	(109)

第三编 行政法

第一章 行政法概述	(111)
第一节 行政法的概念和渊源	(111)
第二节 行政法的基本原则	(112)
第三节 行政法律关系	(114)
第二章 行政主体和行政职权	(115)
第一节 行政主体概述	(115)
第二节 行政职权	(119)

第三章 行政行为	(121)
第一节 行政行为概述	(121)
第二节 行政许可	(124)
第三节 行政强制	(126)
第四节 行政处罚	(130)
第五节 其他行政行为	(135)
第四章 行政责任和行政救济	(138)
第一节 行政责任	(139)
第二节 行政救济	(141)
第四编 民法	
第一章 民法概述	(148)
第一节 民法的概念和调整对象	(148)
第二节 民事法律关系	(149)
第三节 民法的基本原则	(150)
第四节 民事主体	(153)
第五节 民事法律行为和代理	(159)
第二章 人身权	(164)
第一节 人身权的概念和特征	(165)
第二节 人格权与身份权	(166)
第三章 物权法	(168)
第一节 物权的概念及基本原则	(168)
第二节 所有权	(170)
第三节 用益物权	(177)
第四节 担保物权	(182)
第四章 合同法	(183)
第一节 合同法概述	(183)
第二节 合同的订立	(184)
第三节 合同效力	(185)
第四节 合同的履行	(187)
第五节 合同的变更和终止	(188)
第六节 违约责任	(189)
第五章 不当得利与无因管理	(190)
第一节 不当得利之债	(190)
第二节 无因管理之债	(191)

第六章 侵权责任法	(193)
第一节 侵权责任概述	(193)
第二节 关于责任主体的特殊规定	(198)
第三节 特殊侵权行为	(200)
第七章 婚姻家庭继承法	(206)
第一节 婚姻法	(206)
第二节 家庭关系	(213)
第三节 继承法	(217)

第五编 刑法

第一章 刑法概说	(229)
第一节 刑法的概念和任务	(229)
第二节 刑法的基本原则	(230)
第三节 刑法的效力范围	(231)
第二章 犯罪	(234)
第一节 犯罪的概念和特征	(234)
第二节 犯罪构成	(235)
第三节 正当防卫和紧急避险	(241)
第四节 故意犯罪的停止形态	(244)
第五节 共同犯罪	(247)
第三章 刑罚	(249)
第一节 刑罚概说	(250)
第二节 刑罚的体系和种类	(250)
第三节 刑罚的具体运用	(253)
第四章 刑法分则	(260)
第一节 刑法分则概说	(260)
第二节 刑法分则的犯罪种类	(262)

第六编 诉讼法

第一章 民事诉讼法	(270)
第一节 民事诉讼法概述	(270)
第二节 主管和管辖	(274)
第三节 诉讼参加人	(279)
第四节 民事诉讼证据和证明	(283)
第五节 诉讼保障制度	(290)
第六节 民事第一审普通程序	(294)

第七节 民事简易程序与小额诉讼	(297)
第八节 二审程序	(297)
第九节 审判监督程序	(299)
第十节 特殊程序	(301)
第十一节 执行程序	(302)
第二章 刑事诉讼法	(303)
第一节 刑事诉讼法的概念、任务和基本原则	(303)
第二节 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(305)
第三节 管辖	(308)
第四节 回避	(310)
第五节 辩护与代理	(311)
第六节 刑事诉讼证据	(313)
第七节 刑事强制措施	(316)
第八节 刑事附带民事诉讼	(319)
第九节 刑事诉讼普通程序	(321)
第十节 刑事诉讼特别程序	(330)
第三章 行政诉讼法	(332)
第一节 行政诉讼法概述	(332)
第二节 行政诉讼受案范围和管辖	(334)
第三节 行政诉讼参加人	(336)
第四节 行政诉讼证据	(337)
第五节 行政诉讼程序	(338)

第一编 法学基础理论

第一章 法的基本概念

法在汉语和西文中具有不同的含义；马克思主义认为，法是统治阶级意志的体现，其内容由物质生活条件所决定；法具有四个方面的特征；法的作用有规范作用与社会作用之分；法不是万能的，法具有局限性；法由规则、原则和概念三要素构成；当今世界最有影响力的两大法系是大陆法系和英美法系。

第一节 法的定义

一、法、法律的词源和词义

(一)我国古汉语中“法”“律”的词义

在中国古代社会，“法”一词含义较为广泛。从语源上看，汉字“法”的古体是“灋”，东汉许慎《说文解字》一书对“灋”解释为：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”该解释从灋的结构表明了其有三个方面的意义：第一，我国古代的“法”和“刑”是通用的，刑是惩罚性的，是以刑罚为后盾的。第二，“平之如水，从水”，表明法以“冫”作偏旁，有“公平”之意。第三，“廌，所以触不直者去之，从去”，“直”即指正义，表明法有“明断是非曲直”之功能，“去”，有审判和惩罚的含义。

在中国古代，常用“律”来指代法律，中国封建社会各代刑典，一般都称为“律”，如秦律、九章律、开皇律、贞观律等。

古代中国一般都是将“法”与“律”分开使用，真正把二者结合成为独立合成词，是在清末民初由日本输入的。

(二)西方历史上法的词义

西方的几种主要民族语言对“法”一词的表达，往往使用两个词。如拉丁文的 jus 和 lex，德文的 recht 和 gesetz，法文的 droit 和 loi，意大利语中的 diritto 和 legge，西班牙语中的 derecho 和 ley，等等。从法在西文中的语源来看，上述词汇既表示“法”，还有权利、正义、公平的抽象含义，同时又有规则、规律等意思。英语中的 law 虽然没有权利、正义、公平之意，而只有规则(rule)之意，但英语中由拉丁文 jus 衍生了许多的法律名词，如 jurisdiction(司法、司法权)、jurist(法学家、法官)等等，jus 所含有的权利、正义、公平之意对英语中法律的词义有很大的影响。由于法在西文词源中既有权利、正义、公平的含义，又有规则、规律等意思，因此人们将法理解为“客观法”(理想法、应然法)和“主观法”(现实法、实然法)。前者即是自然法，指抽象的、永恒的、普遍有效的不以个人的主观意志和行为而客观存在的正义原则和道德公理；后者即是人定法(制定法)，是指由国家机关制定的具体的法律规则，它是“客观法”的真实或虚假的表现形式。

(三) 广义与狭义的法

在我国现代汉语中,法有广义和狭义两种用法。广义的法律是指法的整体,即泛指依照《立法法》等享有立法权的国家机关所制定和认可的规范性法律文件,包括宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规、地方政府规章、自治条例、单行条例等规范性法律文件和国家认可的政策、判例、习惯等。“法律面前人人平等”中的“法律”即为此意。狭义的法或法律仅指由全国人民代表大会制定的基本法律和全国人大常委会制定的除基本法律以外的其他法律。

二、法的定义

法是由国家专门机关制定或认可,以规定人们在相互关系中的权利和义务为主要内容,并由国家强制力保证实施的调整行为关系的规范。

第二节 法的本质与特征

一、法的本质

法律本身是纷繁复杂的,人们对于法律本质的认识也是多样的。在历史上,许多学者分别从不同的维度、层次认识和解释法律,提出了许多不同的法律理论和学说,比如有神意说、理性说、意志说、社会控制说、正义论、社会利益说等,形成了迥然不同的法律理念。马克思主义创始人在研究法律问题时,深刻地分析并批判了资本主义法的深层本质,形成了系统的批判的法本质观。

(一) 法是统治阶级意志的体现

法是意志的体现或反映。法是人们有意识活动的产物,因此,法是意志的体现或反映。意志作为一种心理状态和过程、一种精神力量,本身并不是法,只有表现为国家机关制定的法律、法规等规范性文件才是法。

法是统治阶级意志的反映。在马克思主义产生之前,曾出现过各种学说,认为法是“神的意志”、“民族意志”、“公共意志”、“主权者的意志”等等。但是马克思主义创始人首次指出法是统治阶级的意志的表现或反映,是被奉为法律的阶级意志,揭露了阶级对立社会中法的本质。

(二) 法的内容由统治阶级的物质生活条件所决定

法所体现的意志和利益不是凭空产生的,它是基于统治阶级生活在其中的社会物质生活条件而产生的。社会物质生活条件是人们产生法律需求的原因之所在,同时又决定着法的本质,这也体现了法的客观性。意志作为一种有目的的意识,属于社会上层建筑的范畴,是物质关系的反映,而一定社会的物质关系则是由一定社会的物质生活条件构成的。因此,法便最终取决于社会物质生活条件。换句话说,立法者并不能随心所欲地立法,法归根结底应当是对现存社会物质生活条件的反映。当然,法作为上层建筑也会对社会物质生活条件发生反作用,而不是消极地反映社会物质生活条件。

法除了最终取决于社会物质生活条件以外,还在相当大的程度上受制于其他一些因素,如历史传统、国家形式、道德、宗教、政治观念、文化、民族、科技、风俗习惯以至国际环境等因素,它们都能对法产生不同程度的影响。

根据马克思主义法学的基本观点,下列表述正确的是 ()

- A. 法在本质上是社会成员公共意志的体现
- B. 法既执行政治职能,也执行社会公共职能
- C. 法最终决定于历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等条件
- D. 法不受客观规律的影响

下列有关法的阶级本质的表述中,能够体现马克思主义法学关于法的本质学说的是 ()

- A. 一国的法在整体上是取得胜利并掌握国家政权的阶级意志的体现
- B. 历史上所有的法律仅仅是统治阶级意志的反映
- C. 法的本质根源于物质的生活关系
- D. 法所体现的统治阶级意志是统治阶级内部各党派、集团以及每个成员意志的相加

民间故事《铡美案》中,驸马陈世美被依法处决。这一法律现象表明 ()

- A. 法律是公共意志的反映,具有超阶级性
- B. 法律有时候也是被统治阶级将意志上升为国家意志的结果
- C. 法律是统治阶级整体意志、共同意志的体现
- D. 我国封建社会的法律也贯彻法律面前人人平等的原则

二、法的特征

法的特征是法的本质的外化,是法区别于其他事物和现象的征象和标志所在。了解法的特征是为了更好地把握法的性能、作用,把握法的自身规律,以便在运用法律时我们能够得心应手。

(一)法是调整行为关系的社会规范

1. 法是一种社会规范。社会规范种类繁多,形式多样,主要包括风俗习惯、宗教规范、道德规范、法律规范、经济规范、社会组织规范、政治规范等等。在社会中,这些规范的目的、功效、功能各不相同。法作为一种社会规范,既区别于其他社会规范,又区别于非规范性的法律文件,如判决书、公证书、逮捕证、结婚证、营业执照等。法的规范性表现为四个方面:一是法为人们如何行为确定了明确的标准和方向;二是法的内容具有一般性、概括性和普遍性;三是法可以被反复适用;四是法具有严密的逻辑结构。

法对人们的行为可以反复适用,这体现了法的什么特征? ()

- A. 法的强制性
- B. 法的国家意志性
- C. 法的规范性
- D. 法的普遍性

2. 法的调整对象是行为关系。法是通过对人的行为来调整社会关系,而不是通过对人们思想的调整来调整社会关系的。人与人之间的关系通过人的行为才得以建立和存在,这种“社会关系”是以行为为条件的,并形成“行为关系”。行为关系是社会关系中的一种,它是一种表现于外部的通过人们行为而发生的社会关系。对于法律来说,不通过行为控制就无法调整和控制社会关系。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

(二)法的产生方式是制定、认可或解释

制定是指国家的立法机关根据法定的职权和程序创制规范性法律文件的活动,制定的结果是产生具有普遍约束力的规范性法律文件,通过立法活动产生的法被称为“成文法”或“制定法”。认可是国家有权机关通过一定方式对社会上已有的某些社会规范承认其具有法律约束力的活动。解释是指有权的国家专门机关依照法定权限和法定程序,根据一定的标准和原则对法律所进行的说明。解释是法在实施过程中的一个重要环节,是把抽象的法律规定具体化的过程,是法在制定或认可后一个再度创造的过程。在成文法国家,法律解释的重要性及数量是不容忽视的。

(三)法的内容是权利和义务

法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,权利义务是主体法律地位的体现。法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。法律上的权利和义务规定具有确定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。

(四)法通过国家强制力保证实施

法是以国家的强制力为后盾来保证其实施的。任何一种社会规范都有一定的强制力,都有某种保证其实施的社会力量存在。法与其他社会规范的区别不在于是否有强制力,而在于有什么样的强制力。法由国家强制力保证实施,如果没有国家强制力作后盾,任何形式的法,都不可能在它的效力范围内得到全体社会成员的一体遵行,法在许多方面就变得毫无意义,甚至会成为一纸空文;如果没有国家强制力作后盾,违反法律的行为得不到制裁,法律所体现的统治阶级的意志也就得不到贯彻和保障,法将无从发挥其特有的作用。

下列有关法的强制性叙述中正确的有

- A. 法具有强制性,使其与道德规范等其他社会规范相区别
- B. 法的强制性是一种特殊的强制性,即国家强制性
- C. 国家强制力保证法的实施也必须依法进行,受法律规范的约束
- D. 国家强制力不是保证法的实施的唯一力量

法的国家强制性表现在

- A. 约束人们的思想意识
- B. 以思想教育作保证
- C. 来自人们内心反省
- D. 以国家名义并由专门国家机关所实施

第三节 法的作用

一、法的作用的概念

一般来说,法的作用就是法律对于人的行为、社会生活和社会关系所产生的影响。法律的生命在于其实施,法律的实施必然对个人和社会产生这样或那样的影响,而正是在这一过程中,法律实现着它对社会的调整与控制。这种作用的过程与实效,表明法律是如何影响社会的,又是如何通过其作用的显现而表明其在社会生活中的地位的。

根据法的作用的实质,可以对法的作用作出这样的定义:法的作用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,其实质是国家权力运行和国家意志实现的具体表现,是社会经济状况的具体表现。

法的作用对象包括人的行为和社会两个部分,我们将法对人的行为产生的作用称为法的规范作用,而将法对社会产生的作用称为法的社会作用。

二、法的规范作用

法的规范作用主要体现在以下几个方面:

(一)指引作用

法是通过规定人们在法律上的权利和义务以及违反法律规定应承担的责任来调整人们的行为的。法的指引作用是指法能够为人们的行为提供一个既定的模式,从而引导人们在法所允许的范围内从事社会活动的功用和效能。

法的指引作用有确定的指引与不确定的指引(有选择的指引)两类。确定性的指引,指法对某一行为模式进行了明确的界定,行为人如不遵从则可能要承担不利的后果,即通过规定法律义务,要求人们作出或抑制一定行为。不确定的指引(有选择的指引),是指法律上规定的行为模式是可以选择的,行为人可从有利于自己的角度,在法律规定的范围内择取一种最为可行的行为模式。

法的指引可以分为确定的指引和不确定的指引,下列属于不确定的指引的是()

- A. 宪法规定,公民的人格尊严不受侵犯
- B. 合同法规定,当事人协商一致,可以变更合同
- C. 刑法规定,故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑
- D. 民法通则规定,公民对自己的发明或者其他科技成果,有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励

(二)评价作用

法的评价作用是指法律作为一种规范,能够衡量、评价人的行为是否合法或有效的功用和效能。法律的制定,就是将社会上公认的价值准则纳入法律的内容,因而人们可以根据法律对他人的行为进行评价。由此可见,评价的客体是法律上的人(包括自然人、拟制人及国家)所进行的行为。法律作为一种行为标准和尺度,具有判断、衡量人们的行为的作用。法律不仅具有判断行为合法与否的作用,而且由于法律是建立在道德、理性之上的,所以,能衡量人们的行为的是与非、善与恶。通过这种评价,影响人们的价值观念和是非标准,从而达到指引人们行为的效果。

“本来只想偷些小钱,不想包内竟有价值不菲的玉石。”心生害怕的小偷黄某决定将玉石归还失主,案发几天后,他携带玉石从广东顺德出发,七天辗转千里赶到江苏省淮安市某镇归还物品,其后因涉嫌盗窃被顺德警方抓获。广东省佛山市顺德区检察院以黄某涉嫌盗窃罪向顺德区法院提起公诉,认为被告人盗窃数额特别巨大,依法应当判处10年以上有期徒刑。人民法院审理后认为,被告人不远千里将所盗玉石归还失主的行为,不论其是出于自身的良知还是对法律的敬畏,都应该在道德上予以肯定和在法律上予以正面评价,并且可以也应该成为其改过自新之路的起点。最后,人民法院以被告人黄某犯盗窃罪,判处其有期徒刑7个月,缓刑1年。

问题:结合该案分析法的评价作用。

(三)预测作用

预测作用是指根据法律规定,人们可以预先知晓或估计到人们相互间将如何行为,特别是国家机关及其工作人员将如何对待人们的行为,根据这种预知来作出行动安排和计划。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。在这种复杂的互动关系中,如果没有一定的公认的规则,去预测自己行为和安排的后果,社会生活就会陷入无序状态。法的预测作用正可以减少行动的偶然性和盲目性,提高行动的实际效果。

(四)教育作用

法的教育作用是指通过法律的规定和实施,影响人们的思想,培养和提高人们的法律意识,引导人们积极依法行为的功用和效能。法的教育作用表现为,通过把国家或社会的价值观念和标准凝结为固定的行为模式和法律符号,而向人们灌输占支配地位的意识形态,使之渗透于或内化在人们的心中,并借助人人们的行为进一步广泛传播。从这个意义上说,法律实施的过程,也就是法律发挥教育作用的过程;这种教育不仅影响到行为人本身,同时也对其他的

社会成员产生相应的示范作用。

法的教育作用的实现主要通过以下几种方式：一是通过人们对法律的宣传、学习，发挥法的教育作用；二是通过对违法犯罪行为的制裁和惩罚，使违法犯罪者和其他社会成员受到教育，在自己以后的行为中自觉服从法律，依法办事；三是通过对合法行为的鼓励、保护可以对一般人的行为起到示范和促进作用。

(五) 强制作用

法的强制作用是指法律能运用国家强制力保障自己得以充分实现的功用和效能。法律强制的实施主体是国家，实施的对象是违法者的行为，实施的内容在于保障法律权利的充分享有和法律义务的正确履行。法律强制的目的在于实现法律权利与法律义务，确保法律应有的权威，维护社会正义和良好的社会秩序。法律的强制手段是国家强制力的运用，这包括责令行为人进行某种行为或者对其施以法律上的惩罚。法律的实施在很大程度上依赖于人们的自觉遵守，并且可以合理地设想，如果法律体现了广大人民的意志，那么法律也是可以为人们所自愿服从的。但是问题在于，社会上总有一部分人不会自觉地依照法律的规定办事，因而，法律就必须保留有强制作用，对违法犯罪者施予惩戒，以使被破坏的社会秩序得以恢复。

某林区村民于林为盖房欲去山上伐几棵国有林木。父亲对儿子说，未经许可去伐国有林木属乱砍滥伐，是违反《森林法》的。于林依从了父亲的劝导，该事例说明法的哪些作用？

- A. 指引作用 B. 评价作用 C. 教育作用 D. 强制作用

三、法的社会作用

在阶级社会中，按照国家的对内职能，法律的社会作用可以分为阶级统治作用和社会管理作用两个方面。

(一) 阶级统治作用

法律的阶级统治作用是指法律在经济统治、政治统治、思想统治等方面的作用。国家通过自己的权力系统和法律规则体系建立秩序，把一个阶级对另一个阶级的压迫合法化、制度化，把阶级冲突和阶级斗争保持在统治阶级的根本利益和社会存在所允许的范围之内，即建立起有利于统治阶级的社会秩序和社会关系。因而，维护阶级统治就是维护统治阶级对社会生产资料的占有以及在组织生产、分配和消费方面的优越地位；维护统治阶级在政治上的支配地位；保障统治阶级在意识形态领域的垄断地位或优势。统治阶级运用法律除了保障经济、政治和思想上的统治地位外，还处理本阶级内部关系、分配统治权和利益、处罚内部成员的违法犯罪行为等。

(二) 社会管理作用

社会管理作用是指法律在维护人类基本生活条件、确认技术规范等方面的社会公共事务管理的作用。在阶级社会中，法除了维护统治阶级的阶级统治这一主要作用外，还具有管理社会公共事务的作用。在各个阶级社会中，社会公共事务及有关的法律的性质、作用、范围不尽相同。但总括起来，大体有以下几个方面：一是维护人类社会基本生活条件；二是维护生产和交换的秩序；三是组织社会化大生产；四是确定使用设备、执行工艺的技术规程，以及有关产品、劳务、质量要求的标准，以保障生产安全，防止事故，保护消费者的利益；五是推进教育、科学、文化的发展。

从法是一种调整人们行为的规范的这一角度出发来解释法的作用，称之为

- A. 法的规范作用 B. 法的指引作用 C. 法的社会作用 D. 法的评价作用

四、法的局限性

法以其特有的规范作用和社会作用对社会生活发生着深刻的影响,是当代社会经济、政治、文化发展和社会全面进步所必不可少的因素。我们必须充分认识和重视法的作用,特别是法在社会主义初级阶段的重大作用,坚决克服轻视以至否定法的作用的人治传统,大力推进我国社会的法治化进程。但是,我们也要看到法在作用于社会生活的范围、方式、效果以及实施等方面存在着一定的局限性,并要以这种对法的局限性的认识为基础,把法的调整机制与其他社会调整机制有机地结合起来,建立良性的社会秩序。法的局限性主要表现在以下几个方面:

(一)法只是调整社会关系的一种方式或手段

法是用以调整社会关系的重要手段,但它不是唯一的手段。在调整社会关系的手段中,除法律之外,还有政治、经济、纪律、道德、习惯等其他社会规范。在处理社会关系时要综合运用各种手段,以取得最大的社会利益。虽然在现代法治社会,就建立和维护整个社会秩序而言,法是最主要的方法,但在某些社会关系和社会生活领域,法并不是主要的方法。且在各种规范调整方法中,法律有时也不是成本最低的方法。

(二)法律调整范围是有限的

法律仅调整一定范围内的社会关系,在有些社会生活领域中,对有些社会关系或社会问题,法律是不适宜介入的。如果强制地使用外在的力量去解决内在的问题,不仅无效,反而会产生副作用。正因如此,对于某些行为,虽然本身具有社会危害性,但考虑亲情、感情、隐私等因素,法律仍然不强制干预。涉及人们思想、认识、信仰或一般私人生活方面的问题,也不宜采用法律手段。因为法律是以国家意志的形式出现的,是由国家强制力保证实施的,对人们的思想、认识、信仰或私生活方面的问题采用法律手段强行干预、限制、禁止,不仅不可能起到应有的效果,而且往往可能导致有害的结果产生。

下列根本不适合使用法律手段加以调整的是 ()

- A. 离婚纠纷
- B. 亲属间的财产纠纷
- C. 仅有作恶的思想而并无作恶的行为
- D. 家庭内部矛盾

(三)法律自身所具有的局限性

法律具有主观意志性,法律本身并不等于客观规律。法律是人制定的,由于人的认识能力的限制,法律在制定出来时总会存在某种不合理的地方。同时,法律是对人们行为的一种抽象的概括,而现实生活中的问题却是具体的、多变的,法律不可能适应整个社会实践。法对千姿百态、不断变化的社会生活的涵盖性和适应性不可避免地存在一定的限度。因此,法律规范相对于社会生活而言总是不可避免地存在滞后和不全面的问题。

(四)法律的实施要受到人与物质条件的制约

在实施法律所需人员条件、精神条件和物质条件不具备的情况下,法不可能充分发挥作用。“徒法不足以自行”,不管法律制定的质量水平如何,法律对人和物都有依赖性。首先,无论何种法律,即使是制定得很好的法律,也需要具有相当法律素养的人正确地去执行和适用。如果执法者不具备相应的专业知识和思想道德水平,法律是很难以有效地实施的。其次,法律的实施还需要社会上绝大多数人的支持,这就要求他们具备一定的法律意识,尊重并相信法律。如果他们缺乏一定的法律意识,缺乏遵守法律的思想道德风尚和习惯,法律就不可能有效地实施。再者,实施法律还必须要有相应的社会、经济、政治、文化条件的配合,需要有一定的物质装备、基础设施等物质条件。

总之,我们只有正确认识到法本身所存在的局限,并采取相应的措施,才能充分发挥法的

作用。在这方面,既要防止“法律万能论”,也要防止“法律无用论”,正确适用法律机制和法律手段。

下列说法正确的是

- ()
- A. 法并不是调整社会关系的唯一手段
 - B. 法需要人的正确执行和适用
 - C. 法的抽象性、稳定性与现实生活存在一定的矛盾
 - D. 法是达到一定目的的唯一手段和工具

上海市高级人民法院法官集体嫖娼案曝出后,舆论一片哗然,但由于我国现行刑法中没有规定性贿赂犯罪,这些法官的行为在刑法上难以定性。同样,在前铁道部部长刘志军案中也遇到这样的情况。刘志军在其任职过程中,接受行贿人的多次贿赂,包括与行贿人提供的多名女性发生性关系,但由于刑法未规定性贿赂罪,公诉机关并未就这一事实向人民法院提出指控,人民法院在最终的判决中也并未涉及该事实。

问题:结合以上两个案例分析法律的局限性。

第四节 法的要素

一、法的要素释义

(一)法的要素的含义

法的要素是指法的基本成分,即法律由哪些基本因素或者元素构成。法律系统内部构成整体的每一个要素都有别于其他要素,也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,既相互制约又相互补充、相互作用。任何整体形态存在的法律都是由基本的要素构成的,如果把整体形态的法律看作一个系统,那么法律要素就是构成系统的元素。

(二)法的要素的特征

作为整个法律系统的构成要素,法的要素有如下特性:

1. 个别性和局限性。法的要素作为个体单位和元素,构成法律的有机整体,由于受个体局限性影响,要正确认识法律要素的本质和功能,不能脱离法律体系的整体性背景来理解。
2. 多样性和差别性。法的要素可以有不同的类型种类,相同类型种类之间又有不同差别,呈多样化形式体现。
3. 整体性和连锁性。法的每个要素虽然是独立整体,但作为法律的组成部分又不可分割,具有整体性。若其中任何一个法律要素被违反的话,都会引起其他法律要素以及整个法律体系的连锁反应。

(三)法的要素的内容

我国法学界通常认为,法由法律规则、法律原则、法律概念三个要素构成。

二、法律规则

(一)法律规则的含义及特点

法律规则是采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范。法律规则是构成法律的首要成分。

法律规则具有以下特点:第一,法律规则是国家制定认可的,具有强制力保障实施的行为规则;第二,法律规则可操作性强,可以普遍适用,也可反复适用;第三,法律规则有明确的行为模式,特殊的构成要素,具有严密的逻辑结构;第四,法律规则有高度确定性,规定了社会关系

参与者在法律上的权利和义务以及违反规范要求时应承担的法律责任。

(二) 法律规则的逻辑结构

法律规则有严密的逻辑结构,这是它与习惯和道德规范相区别的重要特征之一。法律规则的逻辑结构,指的是一条完整的法律规则是由哪些要素或成分所组成,这些要素或成分是以何种逻辑联系结为一个整体的问题。

按照我国法学界较为流行的观点,一般认为法律规则是由假定条件、行为模式和法律后果三个要素构成。

假定条件,是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况下法律规则对人的行为有约束力的问题。

行为模式,是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,为个人和组织提供的行为标准,用来指明方向。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;(2)应为模式;(3)勿为模式。

法律后果,是指法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。根据法律对人们行为所采取的态度不同,法律后果又可分为两种:(1)肯定性的法律后果;(2)否定性的法律后果。

(三) 法律规则的种类

1. 按照法律规则内容规定的不同,可以将其分为授权性规则和义务性规则。

授权性规则,是指在法律规则中专门规定主体有权为一定行为或可以为一定行为的规则,即规定人们的“可为模式”的规则。在立法中一般表述为:“有权……”,“享有……的权利”,“可以……”,“有……的自由”等等。

义务性规则,是指以明确肯定的形式规定主体应当为或者不能为某种行为的规则。按照承担义务方式的不同,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,是指规定主体的作为义务,必须或者应当为某种行为的规则,即规定“应为模式”的规则。在立法中一般表述为:“有……的义务”,“应该……”,“必须……”等等。

禁止性规则,是指规定主体不作为义务,禁止为某种行为的规则,即规定“勿为模式”的规则。在立法中一般表述为:“禁止……”,“不准……”,“不得……”,“严禁……”等等。

2. 按照法律规则内容确定性程度的不同,可以将其分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。

确定性规则,是指规则的内容明确、肯定,无须再援引或参照其他规则来确定其内容,可直接适用的规则。如《物权法》第 29 条规定:“因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或者受遗赠开始时发生效力。”

委任性规则,是指没有明确规定行为规则的具体内容,而是把具体的规则委任其他有关主体来产生和制定。如《会计法》第 38 条规定:“从事会计工作的人员,必须取得会计从业资格证书。会计人员的教育和培训管理办法由国务院财政部门规定。”

准用性规则,是指虽没有直接规定某一行为规则的内容,但明确指出在这个问题上可以适用其他法律条文或法律文件中某一规定的规则。如《物权法》第 153 条规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定”。

3. 按照法律规则对人们行为规定和限定范围或程度的不同,可以将其分为强行性规则和任意性规则。

强行性规则,是指内容规定具有强制力,不允许随意更改的法律规则。如《税收征收管理

法》第34条规定：“税务机关征收税款和扣缴义务人代扣、代收税款时，必须给纳税人开具完税凭证。”

任意性规则，是指规定在一定范围内，允许主体自行选择作为与不作为的方式以及协商确定法律关系中的权利义务内容的法律规则。如《担保法》第18条规定：“连带责任保证的债务人在主合同规定的债务期间届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”

《行政处罚法》第6条规定：“公民、法人或其他组织对行政机关所给予的行政处罚，享有陈述权、申辩权；对行政处罚不服的，有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”该条款的内容属于

A. 授权性规则 B. 义务性规则 C. 强行性规则 D. 准用性规则

我国行政强制法规定：“催告书、行政强制执行决定书应当直接送达当事人。当事人拒绝接收或者无法直接送达当事人的，应当依照《民事诉讼法》的有关规定送达。”该条款的内容属于

A. 委任性规则 B. 准用性规则 C. 确定性规则 D. 任意性规则

《宪法》第39条规定：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”该条款的内容属于

A. 委任性规则 B. 确定性规则 C. 授权性规则 D. 义务性规则

《立法法》第42条规定：“法律解释权属于全国人大常委会。全国人大常委会的法律解释同法律具有同等效力。”该条款的内容属于

A. 授权性规则 B. 义务性规则 C. 准用性规则 D. 确定性规则

(四) 法律规则与法律条文

在成文法中，法律规则是由法律条文来体现的，法律规则是法律条文的内容，而法律条文则是法律规则的表现形式。但在立法实践中，法律条文与法律规则并不是完全一一对应的。首先，法律条文并不是法律规则的唯一表现形式。其次，当法律规则需要由法律条文来表现的时候，其在法律条文中的表现形式也是多种多样的，一个法律规则并不等于一个法律条文。一个完整的法律规则可以由一个法律条文来表述，也可以由数个法律条文来表述，甚至可以分别在不同的规范性法律文件中来表述。反之，一个法律条文中可能包含一个法律规则，也可能包含多个法律规则。因此，不能把法律规则和法律条文混为一谈。

下列关于法律条文与法律规则关系说法正确的有

A. 法律条文和法律规则之间是形式与内容的关系

B. 一个法律规则只能由一条法律条文来表述

C. 法律条文是法律规则的唯一表现形式

D. 法律条文与法律规则不一定是一一对应的

三、法律原则

(一) 法律原则的含义及其种类

1. 法律原则的概念。法律原则是指为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的原理和准则，是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范。在许多法律部门中都有法律原则，例如：行政法中的行政应急性原则、刑法中的罪刑法定原则、民法中的诚实信用原则等。

法律原则和法律规则同为法律规范，但在内容、适用范围、适用方式和作用上存在区别：(1)在内容上，法律规则有严密的逻辑结构，每一个规则均包含假定条件、行为模式和法律后果三要素，其内容比较明确；法律原则不预先设定任何确定而具体的事实状态，也没有设定具体

明确的法律后果,其内容比较抽象和模糊。(2)在适用范围上,法律规则只适用于某一类型的行为规则调整,对人及对事的覆盖面较窄;而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,适用范围比法律规则宽广,具有更大的宏观指导性。(3)在适用方式上,法律规则是以“要么适用要么不适用的方式”;而法律原则的适用则不同,当两个原则在具体的个案中发生冲突时,法官必须根据案件的具体情况及有关背景,在不同强度的原则间作出权衡和价值排序,在同一个案件中可以适用一个或多个法律原则。(4)在作用上,法律规则具有比法律原则强度更大的显示性特征,更明确地指导人们的行为。

2. 法律原则的种类。第一,按照产生的基础不同,可以把法律原则分为公理性原则和政策性原则。公理性原则是指从一定形态的社会关系本质中产生出来,得到社会成员广泛公认并被奉为公理的法律准则,是严格意义上的法律原则,如民法中的意思自治原则。政策性原则是国家在管理社会事务的过程中为实现一定目标而作出并确认为法律准则的政治决策,如我国婚姻法中的计划生育原则。

下列法律原则中属于政策性原则的有()。

A. 依法治国,建设社会主义法治国家原则
B. 国家实行社会主义市场经济原则
C. 等价有偿原则
D. 法律面前人人平等原则

第二,按照原则的覆盖面不同,可以把法律原则分为基本原则和具体原则。基本法律原则是指体现法的基本价值的原则,它是体现法的总体指导思想、基本精神和价值取向的原则,如宪法中的法律面前人人平等原则。具体法律原则是基本法律原则的具体化,构成某一法律领域的法律规则的基础或出发点,如刑法中的罪刑法定原则。

第三,按照涉及的内容和问题不同,可以把法律原则分为实体性原则和程序性原则。实体性原则是指规定实体法问题,包含实体性权利和义务的原则,是调整实体上的权利义务关系,如刑法中的罪责刑相适应原则。程序性原则是指规定程序法(诉讼法)问题的原则,是调整程序上的权利义务关系,如刑事诉讼法中的无罪推定原则。

我国《宪法》规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”该法律原则属于()。

A. 具体原则 B. 实体性原则 C. 基本原则 D. 程序性原则

(二) 法律原则的功能

法律原则具有非常重要和不可替代的意义。法律原则的功能可以具体分成两个层次。

1. 从实施法律的角度来看,法律原则具有指导功能,指导法律解释和法律推理。法律原则可以作为解释和推理的依据,为法律规则的正确适用提供指导。法律原则具有评价功能,可以对法律规则甚至整个法的效力进行实质的评判,说明法及其规则是否有效、是否正确、是否公正,揭示法律规则的例外情形等。法律原则具有裁判功能,法律原则直接作为规范标准用于案件的裁判过程,在这种情形下,可以起到弥补法律漏洞,强化法律调控能力和限定法律适用者自由裁量权的作用。

2. 从制定法律的角度来看,法律原则也具有重要的功能。法律制度的基本性质、内容和价值取向由法律原则直接决定,法律原则成为法律精髓的最集中的体现,是整个法律制度的理论基础;法律制度依托法律原则制定,是法律制度内部和谐统一的重要保障;法律原则为法制社会的改革与进程的方向导航,法律原则具有导向作用。

下列关于法律原则的表述正确的有()。

A. 法律原则具体规定权利义务和确定的法律后果

B. 法律原则具有裁判功能,能够直接用于案件的裁判

C. 法律原则具有指导性

D. 同一个案件中可以适用多个法律原则

下列关于法律原则与法律规则的关系表述错误的有

A. 法律原则的适用范围比法律规则窄

B. 法律原则的内容比法律规则明确

C. 每一个法律原则均有严密的逻辑结构而法律规则则不一定

D. 法律原则可以为法律规则的适用提供指导

四、法律概念

(一) 法律概念含义及其种类

1. 法律概念的含义。法律概念是法律的构成要素之一,是指在长期的法学研究和法律实践基础上对经常使用的一些专门术语进行抽象、概括所形成的具有特定法律意义的概念。像公司、法人、犯罪、量刑、时效、法律行为等都属于典型的法律概念,是对各种法律现象或法律事实加以描述、概括的概念。法律概念是表述法律规则和原则内容的工具,因此不是完全独立的法的要素,而依附于法律规则或原则。

法律概念有自己的特征:首先,法律概念是表述法律规则和法律原则内容的工具,具有法律性特征。一方面是由立法者通过立法明示,直接在法律规定中写明法律概念,另一方面由法律适用者在法律适用过程中根据法律原则和精神对法律概念意义作具体确认。其次,法律概念是基础性或技术性要素,需要对其所要调整的对象和事情进行特殊归纳和列举,找出显著特征,从而为社会定义明确的行为规范。

2. 法律概念的种类。法律概念依据不同的标准可有不同分类,按所涉及的因素,大致可以将其分为四类:

(1) 主体概念,这是用于表达各种法律关系主体的概念。如:公民、人、法人、社会团体、原告、法定代理人等等。

(2) 关系概念,这是用以表达法律关系主体之间权利、义务关系的概念。如:所有权、抵押权、赔偿责任、交付义务等等。

(3) 客体概念,这是用以表达各种权利义务所指向的对象的概念。如:不动产、主物、标的、著作等等。

(4) 事实概念,这是用以表达各种事件和行为的概念。如:不可抗力、违约、犯罪未遂、宣告失踪等等。

(二) 法律概念的功能

法律概念的形成是法律文明发展的重要标志之一,对法学研究和法律运行具有重要作用,主要具有以下三大功能:

1. 表达功能。法律概念及概念之间的连接使法律得以表达,立法者与法律适用者通过概念的形式,体现法律原则和法律精神。理解把握法律概念,立法者才能有效构建法的体系,法律适用者才能准确、有效地执行、适用法律。

2. 认知功能。法律概念把纷繁复杂的法律现象加以整理和归类,使之区别开来,通过概念,人们得以理解和认知法律,不借助法律概念,人们便无从认识法律的内容。

3. 优化功能。明确的法律概念可以提高法律的明确化、专业化程度,使法律成为专门工具,使法律工作成为独立的职业。

下列属于法律概念的有

- A. 入赘 B. 自首 C. 孩子 D. 过失

下列关于法律概念、法律原则、法律规则的理解不能成立的是

- A. 法律规则并不都由法律条文来表述,并非所有的法律条文都规定法律规则
B. 法律原则最大限度地实现法律的确信性和可预测性
C. 法律概念是解决法律问题的重要的工具,但是法律概念不能单独适用
D. 法律原则可以克服法律规则的僵硬缺陷,弥补法律漏洞

第五节 法系

一、法系的概念

法系是西方法学著作中经常使用的一个概念。英文中,legal genealogy, legal family 或 legal system 这几个词组都可以称为法系,是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。它是依据法律的历史传统以及由此形成的不同存在样式和运行方式,对现存的和历史上存在过的各种法律制度所作的分类。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,即被视为同一个法系。

按照法学界的通说,资本主义国家的法律制度可以分为大陆法系和英美法系。

二、大陆法系和英美法系

(一)大陆法系和英美法系的概念

大陆法系,又称民法法系、罗马法系、法典法系、罗马-日耳曼法系,是承袭古罗马法的传统,以《法国民法典》和《德国民法典》为样式而发展起来的各国法律制度的总称。它因在罗马法基础上发展起来,以民法为主要标志,首先产生在欧洲大陆,具有法典化特征,并融合了日耳曼法的内容,故有以上几种名称。

英美法系,也称英国法系、普通法法系、判例法法系、海洋法系,是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。它因以英国的普通法为基础,以判例法为主要的法律渊源并主要分布于一些濒临各海洋的国家,故有以上几种名称。

(二)大陆法系与英美法系的区别

大陆法系和英美法系既有联系,又有区别。两大法系的相同相似性主要体现在:同是西方法律制度,在本质、功能、历史类型方面都是相同的,在根本基础、基本原则、法律理念、主要内容、历史根源方面是一致的,它们都崇尚法治,崇尚法律至上。

但由于受不同历史传统的影响,在存在样式和运行方式上也各具特点,两大法系的不同之处主要表现在:

1. 法律渊源的不同。大陆法系是成文法系,其法律以成文法即制定法的方式存在,它的法律渊源包括立法机关制定的各种规范性法律文件、行政机关颁布的各种行政法规以及本国参加的国际条约,但不包括司法判例。英美法系的法律渊源既有判例法,又有成文法。

2. 法律结构不同。大陆法系承袭古罗马法的传统,习惯于用法典的形式对某一法律部门所包含的规范作同一的系统规定,法典构成了法律体系的主干。英美法系很少制定法典,习惯用单行法的形式对某一类问题作专门的规定,因而,其法律体系在结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的。

3. 法官权限的不同。大陆法系强调法律条文,认为司法活动必须依据法律规范,法官必须

按条文办案,只能适用法律而不能创造法律。英美法系主要以判例法为基础,遵循先例原则,法官有法律解释权,法官可以创造法律。事实上,法官的每一次审判活动都是法律的再一次创制。

4. 诉讼程序不同。大陆法系的诉讼程序奉行职权主义,以法官为重心,突出法官的职能,而且多由法官和陪审员共同组成法庭来审判案件。英美法系的诉讼程序奉行当事人主义,以原告、被告及其辩护人和代理人为重心,法官在其中只起消极、被动作用,只是双方争论的“仲裁人”而不能参与争论,与这种对抗式(抗辩式)程序同时存在的是陪审团制度,陪审团主要负责作出事实上的结论和法律上的基本结论(如有罪或无罪),法官负责作出法律上的具体结论,即判决。

此外,两大法系在法律结构、法律术语、法学教育、司法人员录用和培训、司法体制等方面,也有许多方面的差异。

进入 20 世纪以后,两大法系之间相互交流不断加强,相互借鉴、相互汲取的程度和深度不断加大和深化,因而差别逐渐缩小,呈现为相互靠拢、相互融合的趋势。但是,在总体上,两者所承袭的传统及各自存在样式和运行方式仍然有重大的差别,恐怕在短期内不容易完全合一。

下列关于大陆法系与英美法系关系的说法正确的有

- A. 大陆法系的诉讼程序以法官为中心,英美法系的诉讼程序以当事人为中心
- B. 大陆法系法官的权限比英美法系法官的权限大
- C. 大陆法系的法律渊源是成文法,英美法系的法律渊源是不成文法
- D. 大陆法系国家倾向于制定法典,而英美法系国家则更喜欢单行法

第二章 法的渊源与法的效力

法的渊源是指那些具有法的效力作用和意义的法的外在表现形式。法的渊源有正式渊源与非正式渊源之分。在我国,法的正式渊源表现为以宪法为核心,以制定法为主的形态,在司法实践中起到关键的作用。在成文法体系的国家中,规范性法律文件规范化和系统化具有重要意义。法的不同标准的分类,体现着法律调整的不同方法、原则和作用。法的效力是指法律对于法律主体的约束力或拘束力,不同表现形式的法律,其效力也必然不同。

第一节 法的渊源

一、法的渊源的概念

(一)法的渊源的概念

法的渊源又称法律渊源或法源,从词源来看,是指法律规范的源头或来源,即法是怎么来的,源于何处。

法的渊源是一个具有多重涵义的概念,通常会在不同场合被不同的使用,如法的历史渊源、法的本质渊源、法的思想渊源、法的文献渊源、法的效力渊源、法的形式渊源等等。从法的渊源的几种情况来看,最能恰当地表达法的渊源涵义的应该是法的形式渊源,即法的各种外在

表现形式。法只有具备了一定的外在表现形式,才具有效力。因此,法的渊源也可以定义为:指那些具有法的效力作用和意义的法的外在表现形式。由此可以看出,法的渊源也可以称为法的形式。

在法学中所称的法律渊源,通常是指

- A. 法律来源于社会物质生活条件
- B. 根据法律效力、来源不同而形成的不同类别
- C. 各种部门法
- D. 法律表现为法律制度、法律关系

(二)法的正式渊源与非正式渊源

法的正式渊源一般是指出自法律创设机关、可以直接作为处理法律问题依据的法律渊源。由于这种法律渊源来自权威的国家机关,反映着国家的意志,因此,它能够直接约束法律活动参与者的行为。

法的非正式渊源则是指非出自法律创设机关,一般不能直接作为处理法律问题的依据,但对法律活动具有一定的影响力的法的渊源。尽管这种法律渊源不能直接约束法律活动的参与者,较之于正式渊源处于次要的地位,但却不能忽视其对相关问题在处理时的影响力和参考作用,尤其是在正式渊源缺位的情况下,这些非正式渊源即能发挥积极的作用和功能,因而不能忽视。

二、当代中国法的渊源

(一)正式渊源

在不同的国家,由于法的创制途径不同,法的正式渊源的范围也有所不同。比如在英美法系国家,判例一般都被视为法的正式渊源;而在大陆法系国家,法院的判例则一般不被看作法的正式渊源。我国的法律制度更接近于大陆法系国家的法律制度,即法的正式渊源表现为以宪法为核心,以制定法为主的形态。在法的正式渊源中,宪法的效力最高,其他制定法的效力则在宪法之下,依次排列,构成了一个类似于金字塔模式的效力序列。

1. 宪法。在当代中国的法律渊源中,宪法居于核心地位,是最重要的法的渊源。宪法由我国最高权力机关——全国人民代表大会制定和修改。它一方面规定国家的社会制度和国家制度的基本原则,国家机构的设置以及这些机构所行使的权力的范围与界限,代表国家的各种标志,另一方面又规定国家与公民的基本关系,即公民的基本权利和义务。宪法所规定的这些问题都是一个国家最基本、最重要的问题,因此,它具有最高的法律地位,是具有最高效力的法源,其他任何法律渊源都不得同宪法相抵触。宪法是其他各种法律、法规的“母法”,其他法律、法规的制定和修改,均必须以宪法为依据,服从于宪法。正是由于宪法具有最高法律地位,所以,它具有比普通法律、法规及其他法源更大的稳定性、权威性和原则性,其制定和修改程序以及解释和监督实施等,都与普通法律法规不同。

2. 法律。在我国,法律有广义和狭义之分。广义的法律是指所有由具有立法权的立法机关依据立法程序产生的规范性法律文件。狭义的法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定的规范性法律文件。这里的法律是指狭义的法律。

根据我国《宪法》和《立法法》的规定,法律分为基本法律和基本法律以外的法律两个子类别。基本法律是指由全国人民代表大会制定的刑事、民事、国家机构的和其他基本法律,其内容涉及国家和社会生活某一方面的最基本的问题。基本法律以外的法律,也称为一般法律,是指由全国人民代表大会常务委员会制定的除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律。全国人民代表大会闭会期间,全国人大常务委员会可以对基本法律进行部分补充和修

改,但是不得与基本法律的基本原则相违背。

此外,全国人民代表大会及其常委会还有权就有关法律问题作出决议、决定、规定、办法等规范性法律文件,全国人大常务委员会则有权对法律进行解释。这种决议、决定、规定、办法等规范性法律文件以及全国人大常务委员会的法律解释,都具有法律的地位和效力。

在我国正式的法律渊源之中,法律的地位仅次于宪法。

下列法律中不属于基本法律的是

()

- A.《中华人民共和国婚姻法》 B.《中华人民共和国行政强制法》
C.《中华人民共和国人民法院组织法》 D.《香港特别行政区基本法》

3. 行政法规。行政法规是指由国务院为执行法律的规定或者实现自身的法定职权所制定的规范性法律文件。按照国务院《行政法规制定程序条例》的规定,我国的行政法规采用“条例”、“规定”、“办法”等名称。

在我国,国务院作为中央人民政府,是国家最高权力机关——全国人民代表大会的执行机关,因此,国务院的立法活动应从属于全国人民代表大会及其常委会的立法活动,国务院立法必须以宪法和法律为依据,其制定的行政法规不得与宪法和法律相抵触,全国人民代表大会常务委会有权撤销国务院制定的同宪法和法律相抵触的行政法规、决定和命令。而另一方面,国务院作为国家最高行政机关,对全国行政工作负有领导和管理职责,因此,其立法对地方立法而言,又具有主导性,地方性法规和地方政府规章不能与国务院的行政法规相抵触。

作为法的正式渊源,行政法规的地位低于宪法、法律而又高于地方性法规,其效力及于全国。

国务院根据全国人大常委会的授权而制定的规范性法律文件属于

()

- A. 基本法律 B. 其他法律 C. 行政法规 D. 授权性法律

4. 地方性法规。地方性法规是指享有立法权的地方权力机关根据本行政区域的具体情况和实际需要,依法制定的在本行政区域内具有法律效力的规范性文件。我国的地方性法规一般采用“条例”、“规则”、“规定”、“办法”等名称。

根据《宪法》和《立法法》的规定,我国的地方性法规分为两种类型:(1)省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案。(2)较大市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行,并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。这里所指的较大市包括省、自治区人民政府所在地的市,经济特区市和经国务院批准的较大的市。

地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规,其效力范围仅限于本地行政区域内。

在我国,能够制定地方性法规的国家机关包括

()

- A. 省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会
B. 自治州、自治县的人民代表大会及其常委会
C. 省级人民政府所在地的市人民代表大会及其常委会
D. 经国务院批准的较大的市人民代表大会及其常委会

5. 民族自治地方的自治条例和单行条例。民族区域自治是我国的一项基本政治制度,各民族自治地方设立自治机关,行使自治权。根据《宪法》、《立法法》和《民族区域自治法》的规定,民族自治地方的人民代表大会有权根据当地的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单

行条例,自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效,并报全国人民代表大会常务委员会备案。自治条例是一种综合性法规;单行条例是有关某一方面事务的规范性文件。

民族自治条例和单行条例只在本自治区域内有效,其内容必须符合宪法,也不能违背法律的基本原则。

6. 规章。规章是指行政性法律规范文件,根据其制定机关可分为两种:一种是国务院组成部门及其直属机构在其职权范围内制定的规范性文件,即国务院部门规章;另一种是省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府依照法定程序制定的规范性文件,即地方政府规章。

按照《宪法》和《立法法》的规定,国务院所属各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章的法律地位和法律效力低于宪法、法律和行政法规。

根据《宪法》和《立法法》的规定,省、自治区、直辖市以及省、自治区人民政府所在地的市、经济特区市和国务院批准的较大市的人民政府,可以根据法律和行政法规以及本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。地方政府规章的法律效力低于宪法、法律、行政法规和地方性法规,其效力范围仅限于本地行政区域内。

根据宪法规定,国务院各部委有权制定 ()

A. 行政法规 B. 地方性法规 C. 单行条例 D. 行政规章

7. 国际条约、国际惯例。国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后,对签约国具有法律上的约束力,因而国际条约是当代中国法的正式渊源之一。

国际惯例是指以国际法院等各种国际裁决机构的判例所体现或确认的国际法规则和国际交往中形成的共同遵守的不成文的习惯。国际惯例是国际条约的重要补充,同样是我国法的正式渊源。

8. 其他法律渊源。除以上法源之外,我国还有一些特殊形式的正式法源,包括:(1)中央军事委员会制定的军事法规和军内有关部门制定的军事规章。其中,军事法规的法律地位和效力低于宪法和法律,而军事规章的法律地位和效力低于宪法、法律、行政法规和军事法规。(2)一国两制下特别行政区的各种法律,包括特别行政区基本法和特别行政区法律。其中特别行政区基本法由全国人民代表大会制定,属于基本法律的范畴,但只在特别行政区内实施。特别行政区法律则是指根据《宪法》和特别行政区基本法,在特别行政区内施行的其他法律,其法律地位和效力低于特别行政区基本法。(3)经济特区根据全国人民代表大会或其常务委员会的特别授权而制定的法规和规章。经济特区立法不同于一般地方立法,其法律地位和效力应低于全国人民代表大会或其常务委员会制定的规范性法律文件,但又应高于同一级别的一般地方立法机关所制定的普通规范性法律文件。

下列属当代中国法正式渊源的有

A. 行政法规 B. 行政法规 C. 判例法 D. 司法解释

根据法律的渊源,可以将法律分为

A. 宪法、民法、刑法、行政法等 B. 宪法、行政法、经济法、诉讼法等

C. 宪法、法律、行政法规、地方性法规等 D. 宪法、法律、规章、条例等

(二)非正式渊源

1. 政策。政策是指一定阶级通过其政党或政治组织在处理国家事务、公共事务中制定的调整各种社会关系的路线、方针、规则和措施的总称。

政策与法律是两种不同的社会调整方式,但在我国这样一个社会主义国家,共产党的政策与社会主义法律之间存在着密切的关系。反映时代要求、代表广大人民利益的党的政策是国家制定法律法规的依据。不仅党的总政策能够指导立法,党的具体政策也对相应的立法具有指导作用。因此,在法律的实施过程中,要准确地理解和运用某一个具体的法律规范,往往要考虑政策上的要求。从这个意义上讲,政策尽管不是我国法的正式渊源,但它仍然可以被视为法的非正式渊源。

2. 习惯。习惯是指由于同一种行为方式的不断重复而被人们习以为常地接受的行为规则。

几乎在任何法律文化背景下,习惯都是法的渊源的一种。在人类社会早期,人们调整社会关系的规范性手段主要就是习惯规范。随着社会的发展变化,人们开始自觉地创建新的社会规范,调整社会关系的手段日趋多样化。在当代,成文的制定法越来越显现其重要性,但是,即便是如此,内容庞杂的习惯在社会生活中仍然具有不可替代的地位,尤其是当制定法存在漏洞或意思不清晰时,习惯就可以作为一种非正式的法律渊源发挥其作用。

3. 判例。判例指的是法院就诉讼事件作出判决而构成的先例。

判例在英美法系被视为法的正式渊源,随着两大法系的逐渐融合,大陆法系对判例重要性的认识也在不断提高。在我国法学界,对是否承认判例的法源作用存在争议。但事实上,我国最高人民法院的裁判文书由于具有最高的司法效力,对各级人民法院的审判工作具有重要的指导作用,甚至成为法律、法规和规章制定和修改的参考。在司法实践中,当制定法存在不足的时候,判例的重要性即显现出来。

下列关于某甲对判例的评价正确的有()

- A. “我国不采用判例法制度”
B. “在我国判例不具有拘束力”
C. “判例不是中国法的渊源之一”
D. “我国应当重视判例的作用”

4. 外国法。一般来说,一国的法律只能在其本国主权范围内产生效力,他国并无义务接受该法律的约束。因此,外国法并不是法的正式渊源。但是,当各国面临的法律问题比较相似,而本国的法律规定又不明确或者存在漏洞的时候,国外针对相同问题的法律规定与法律实践就可以作为本国适用法律的参考了。尤其是在世界经济一体化的背景下,各国的政治、文化交往也日益增多,此时,通过借鉴外国法的规定来辅助本国的法律解释,不失为一种合理而又明智的做法。

5. 理论学说。在历史上,理论学说往往被视为法的渊源之一。如西方的自然法思想,中国封建时代的儒家学说等等,都对当时的法律制度产生了深远的影响。在古罗马,许多法学家的学说也构成了罗马法的一个组成部分。但是,在现代社会,随着国家立法的发展,理论学说一般不被看作是法的正式渊源,法官也不能直接将某一法学理论作为案件判决的依据。尽管如此,法学理论在法律实践中所发挥的作用仍然不可忽视,其所蕴含的法理能够帮助法律职业者思考法律问题,并为其进行法律论证和法律推理提供依据。因此,理论学说可以被视为法的非正式渊源。

关于非正式法源,下列选项正确的是

- A. 它具有一定的说服力

- B. 它可以弥补正式法源的漏洞
- C. 它没有正式的法律效力,司法机关不能以它作为裁判案件的理由
- D. 它具有法律意义
- 下列属于当代中国法律渊源的有

- A. 《中华人民共和国刑事诉讼法》
- B. 最高人民法院《关于适用中华人民共和国〈婚姻法〉若干问题的解释(三)》
- C. 《大理白族自治州自治条例》
- D. 《海牙公约》

三、规范性法律文件的规范化与系统化

(一) 规范性法律文件的规范化和系统化的含义

规范性法律文件规范化要求各种规范性法律文件在制定权限和表现形式上应当规范化,是指有权的国家机关在制定规范性法律文件时,必须遵循一定的规范性要求,使规范性法律文件符合其制定主体的立法权限,以及符合一定的规格和标准。如确定规范性法律文件不同的法律地位、法律效力及其相互关系,并使规范性法律文件的名称、内容的表述、形式的体现以及其他各有关方面都规范化。规范性法律文件的规范化,能够使一国的规范性法律文件成为内部和谐、外部协调的整体。

规范性法律文件系统化是指采用一定的方式,对已制定和颁布的法律、法规等规范性文件进行归类、整理或编纂,使之集中起来作有系统的排列、加工的活动,使之更具协调性。规范性法律文件的系统化是规范性法律文件制定后的要求。

(二) 规范性法律文件的系统化方法

规范性法律文件的系统化主要包括三种方法:法律汇编、法典编纂和法律清理。

1. 法律汇编,也称法规汇编,是将已颁布的规范性法律文件按照一定的目的或标准进行系统排列,汇编成册。法律汇编不改变规范性法律文件的内容,主要是一项技术性整理和归类的活动,本身不属于立法活动,不能对规范性法律文件的文字、内容进行改动,不具立法效力。法律汇编可以按发布年代的顺序进行,也可按调整的社会关系进行,按发布的机关进行。可以有官方的汇编,也可有民间的汇编。法规汇编的目的是方便人们查阅法律法规,以利于法律的遵守和适用。

下列关于法律汇编的表述不准确是

- A. 对原有规范性文件内容加以适当变动
- B. 一种立法活动
- C. 在不改变内容的前提下,将规范性文件按涉及问题的性质或按发布的时间顺序汇编成册
- D. 将某一部门的法律规范进行加工整理

2. 法典编纂,是对属于某一类或某部分法的全部规范性法律文件进行整理、审查、修改和补充,编纂成统一、完整法典的活动。法典编纂不仅可以改动被编纂的法律、法规的内容,删除已经过时或不正确的部分,还可以增加新的内容,使其形成新的、统一的法律文本。法典编纂作为一种重要的立法活动,只能由享有立法权的国家机关来进行,其他任何机关、团体和个人无权进行。

3. 法律清理,指有权的国家机关在职权范围内,以一定的方式,对一定范围内的规范性法律文件进行审查,确定它们存废的专门活动。法律清理活动是国家法律、法规创制机关的专有活动,实践中有两种情况:一是根据国家的统一安排有计划进行法律清理活动;二是根据法律

的规定,当新的法律或法规颁布以后,对新法涉及的有关法律法规要做相应清理工作,确定有关的法律法规是否有效及对其进行修订的工作。法律清理的目的是重新确定被清理法规的效力,由此可能产生三种法律效力上的结果:一是明令废止,二是进行修改,三是继续有效。

下列属于规范性法律文件的是

- A. 逮捕证
B. 《关于对吴某某开除公职的决定》
C. 《中国共产党章程》
D. 《婚姻登记管理办法》

下列关于法律汇编与法典编纂的说法正确的有

- A. 法律汇编、法典编纂都属于规范性法律文件的规范化的基本方法
B. 法律汇编属于国家重要的立法活动
C. 法典编纂的工作只能由立法机关进行
D. 法典编纂可以改变原来法律规范的内容,也可以增加新的内容

第二节 法的分类

对法律的分类可有一般分类与特殊分类之分。法的一般分类是对所有的法律制度普遍适用的分类。法的特殊分类则仅仅适用于部分国家或地区,而不具有普遍的适用性。

一、法的一般分类

(一) 成文法与不成文法

按照法的创制和表达形式的不同,法可以分为成文法与不成文法。

成文法又称制定法,是指由享有立法权的国家机关制定或认可,并以规范化的法律条文的形式表现出来的法。

不成文法是指由国家认可的不具有文字表现形式,或者虽具有文字表现形式但却不以规范化的条文形式来表现的法。不成文法不由国家立法机关创制,主要包括习惯法和判例法两种表现形式。

下列关于成文法与不成文法的表述正确的是

- A. 不成文法大多为习惯法
B. 判例法尽管以文字形式表述,但不能视为成文法
C. 不成文法从来就不构成国家的正式渊源
D. 中国是实行成文法的国家,没有不成文法

下列属于不成文法的是

- A. 习惯法
B. 地方政府规章
C. 单行条例
D. 判例法

(二) 根本法与普通法

按照法的效力、内容和制定程序的不同,法可以分为根本法与普通法。

根本法是宪法的别称,是一个国家中享有最高法律效力和最高法律地位的法律,其内容涉及国家的根本制度和公民的基本权利义务,其制定主体、制定程序、修改程序等也都不同于普通法。

普通法是指宪法以外的法律,其法律效力和法律地位低于宪法,内容仅仅涉及国家的某项具体制度或调整某一方面的社会关系,其相关规定往往是宪法某一方面规定的细化、具体化。其制定程序和修改程序也较宪法简单。

根本法与普通法的分类只适用于有成文宪法的国家。

(三) 实体法与程序法

按照法律所规定具体内容不同,法可以分为实体法与程序法。

实体法是指主要规定权利和义务的法,如民法、刑法、行政法等。

程序法是指主要规定如何保障权利和义务得以实现的程序的法,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法。

实体法和程序法的划分并不是绝对的,二者之间也会存在一些交叉,实体法中也有可能包含一些程序内容,程序法中也会涉及权利和义务的规定。

下列属于程序法的是

- A.《刑事诉讼法》 B.最高人民法院《人民调解工作若干规定》
C.《行政处罚法》 D.《中国海事仲裁委员会仲裁规则》

(四) 一般法与特别法

按照法的适用范围的不同,可以将法分为一般法与特别法。

一般法是指针对一般人、一般事、一般时间、在全国范围内普遍适用的法律。如刑法、民法等。

特别法是指针对特定的人、特定的事、在特定的时间、在特定的地域生效的法律。如公务员法、兵役法等。

一般法与特别法在法律实践中的适用顺序是不一样的。当出自同一立法机关,具有同等法律地位的一般法与特别法之间发生冲突的时候,需要优先适用特别法的规定。这一原则被称为特别法优于一般法的原则。之所以要优先适用特别法,是因为与一般法相比,特别法对于事件的解决更具有针对性。但这一原则的适用前提是两部法律均处于同等的法律地位,如果不具备这一前提条件,即两部法律的地位与效力并不相同,则不能适用特别法优于一般法的原则。

相对于《合同法》而言,下列属于特别法的有

- A.《收养法》中关于收养协议的规定
B.《婚姻法》中关于夫妻财产协议的规定
C.《保险法》中关于保险合同的规定
D.《海商法》中关于海商货物运输协议的规定

(五) 国内法与国际法

按照法的创制主体和适用主体的不同,可以将法分为国内法与国际法。
国内法是指由一国的特定国家机关创制,在该国主权管辖范围内,对该国的自然人、社会组织、国家机关以及该国本身适用的法律。

国际法是指由不同的国家、国际组织或政治实体创制,对参与创制和加入的国家、国际组织和政治实体适用,调整国家之间、国际组织之间以及国际组织与国家之间关系的法律。

下列关于国际法与国内法的表述错误的是

- A. 国际法就是指国际条约
B. 国内法是由立法机关制定的、在领域范围内适用的法律
C. 国内法的一切规范性法律文件均在全国范围内适用
D. 国际法是国内法的渊源

按照法的效力、内容和制定程序的不同,可以把法分为

- A. 国内法与国际法 B. 根本法与普通法 C. 一般法与特别法 D. 成文法与不成文法

二、法的特殊分类

(一)公法与私法

公法与私法是大陆法系国家对法律所作的基本分类。

现代法学一般认为,凡涉及公共权力和上下服从、管理关系的法律,即为公法,如宪法、刑法、行政法等。

凡涉及个人利益、个人权利和平权关系的法律,即为私法,典型的私法是民法和商法。

(二)普通法与衡平法

普通法与衡平法是英美法系国家对法律所作的基本分类。

这里所指的普通法不同于前面所述的法的一般分类中与根本法相对应的普通法概念,而是特指产生于英国 11 世纪后逐渐形成的普遍适用于英国各地的判例法。判例法产生于法官的判决,是法官从判决中所揭示的原则,属于法官创制的法。

衡平法是指为弥补普通法的不足,在英国 14 世纪后发展起来的判例法形式。衡平法的出现是为了对普通法进行修正和补充。

(三)联邦法与联邦成员法

联邦法和联邦成员法是联邦制国家特有的对法律的分类方式。

联邦法是指由联邦中央制定的法律。

联邦成员法是指由联邦成员制定的法律。

由于各联邦制国家的内部结构、法律关系各不相同,因此,有关联邦法和联邦成员法的法律地位、适用范围、效力等级等均由各联邦制国家宪法和法律规定,没有统一的模式。

民法法系通常将法律分为 A. 制定法和判例法 B. 公法和私法 C. 普通法和衡平法 D. 成文法和法官立法

第三节 法的效力

一、法的效力的概念

法的效力是指法律对于法律主体的行为的约束力或强制力。任何现行有效的法律都必然具有法律效力,法律效力意味着法律主体应当遵守、执行或者适用法律,不得违反。但是已经失效的法律和尚未出台的法律并不具备针对法律主体行为的约束力,只有现行法才是有效的法律,才是法律主体行动的指南。

法的效力应当包括两个方面的问题:一是法的效力等级问题,也就是在一个国家的法律体系中,不同形式的法律的效力是否相同,如果不同,则其效力级别如何认定和排序;二是法的效力范围问题,即法律对于法律主体行为的约束力范围问题,法律针对哪些主体、在什么空间、时间条件下具有约束力,因此,法的效力范围包括法的对象效力范围、空间效力范围和时间效力范围三个方面。

二、法的效力等级

法的效力等级又称效力层次,不同的法律由于受到各种因素的影响,可能具有不同的效力等级。一般来说,影响法的效力等级的因素有三个:一是法律创制主体的地位和级别。不同的立法主体所创制出的法律,其地位和效力会出现差别。一般来说,立法主体的地位和级别越高,其所创制的法律的效力也就越高。二是法律的创制时间。不同法律的创制时间可能有先后之差,之前所创制的法律,在实施过程中如果出现漏洞和不足,就会被新创制的法律所修改

和补充,那么,在法的实施中,新创制的法律的效力等级就应高于之前所创制的法律。三是法律的适用范围。之前在法的分类中,根据法的适用范围的不同,我们把法分为一般法与特别法。由于一般法是针对一般人、一般事、一般时间、在全国范围内普遍适用的法律,而特别法则是针对特定的人、特定的事、在特定的时间、在特定的地域生效的法律,显然,在实施过程中,面对需要解决的特定问题,特别法的针对性和解决能力更强,因此,其效力等级也应高于一般法。

确定法的效力等级一般按下列三个原则进行:

1. 上位法优于下位法。法的制定主体地位的高低直接影响到法的效力等级的高低,因此,不同立法主体制定的法律就形成不同的效力等级。通常,立法主体地位越高,其制定的法律效力等级也越高。按此原则,宪法的效力等级是最高的,其他任何法律法规均不得与宪法相抵触。除宪法之外,其他任何上一级法的效力均高于其下一级法的效力。即法律的效力高于行政法规的效力,行政法规的效力高于地方性法规和行政规章的效力,地方性法规的效力又高于同级地方政府制定的规章的效力。

2. 新法优于旧法。这是针对同一制定主体在不同的时间有关同一事项制定的法所适用的原则,当同一立法主体在其原有法律未失效的情况下又针对同一事项制定新法的,新法的效力高于旧法的效力,优先适用新法。

3. 特别法优于一般法。这也是针对同一制定主体所制定的法而适用的原则,当同一制定主体在某一领域里既有一般性立法,又有不同于一般立法的特殊立法时,特殊立法的效力高于一般立法。

三、法的效力范围

法的效力范围是指法律的约束力和强制力所及的范围,具体包括法的对象效力范围、法的空间效力范围和法的时间效力范围。

(一)法的对象效力范围

法律是为社会和人所制定的,有其明确的调整对象。法的对象效力范围也称为法对人的效力,是指法适用于哪些人,这里所指的“人”,既包括自然人,也包括法人,即国家机关和社会组织。

在一个主权国家的法律对哪些人有效这一问题上,世界各国主要有几种不同的做法:

(1) 属人主义。采用属人主义的国家,法的对人效力以其国籍为准,法律只适用于本国人,对外国人不生效。因此,本国人无论是居住在国内还是国外,本国法律均对其有效;外国人即使居住在本国领域内,也不适用本国法。

(2) 属地主义。采用属地主义的国家,法的对人效力以地域为准,不论本国人还是外国人,只要其行为发生地在本国领域内,就适用本国法。而当本国人在国家领域外活动时,则可以不受本国法的约束。

(3) 保护主义。保护主义是以维护本国国家和公民的利益为根据,不管行为人是本国人还是外国人,不管行为地是在本国领域内还是领域外,只要其行为侵害了本国国家或公民的利益,就要适用本国法。

(4) 折中主义。折中主义是以属地主义为基础,以属人主义为补充,兼及保护主义的一种折中做法。

根据我国法律的相关规定,我国采用折中主义做法,法律的对人效力主要体现在两个方面:

(1) 对我国公民的效力。首先,我国公民在我国领域内一切行为均适用我国法律,无人可

以例外;其次,我国公民在国外的行为,原则上也应适用我国法律,但当我国法律与所在国法律相冲突时,要区别不同情况根据相应的国际法及国内法的规定,来确定是适用我国法律还是外国法律。

(2)对外国人和无国籍人的效力。我国法律对外国人和无国籍人效力的问题包括两种情况:其一,外国人和无国籍人在我国境内的,除法律另有规定的以外,一律适用我国法律。所谓另有规定,一般是指法律上明确规定不适用我国法律的情形,如享有外交特权和豁免权的外国人,需要通过外交途径来解决;其二,对于外国人和无国籍人在我国领域之外的行为,我国法律有条件地有效。如我国刑法规定,外国人在我国境外对我国国家或我国公民实施的犯罪,该犯罪按我国刑法应判处3年以上有期徒刑,同时该行为在所在地国也被认为是犯罪的,可以适用我国刑法。

下列有关法对人的效力的表述正确的是 ()

- A. 各国法律对作为人权主体的人和作为公民权主体的人在效力规定上是相同的
- B. 法律在对人的效力上采取“保护主义”原则,主要是为了保障外国人和无国籍人的人权
- C. 中国法律中有关于保护主义原则的规定
- D. 法律对在不同空间活动的人所规定的效力有一定的差异

一个法国人乘坐美国飞机前往澳大利亚,当飞机飞越中国领空时,该法国人杀害了一名英国人。按照下列哪一项原则,中国法得以适用? ()

- A. 属人主义原则
- B. 属地主义原则
- C. 保护主义原则
- D. 折中主义原则

《中华人民共和国刑法》第8条规定:“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”关于该条文,下列判断正确的是 ()

- A. 规定的是法的溯及力
- B. 规定的是法对人的效力
- C. 体现的是保护主义原则
- D. 体现的是属人主义原则

(二)法的空间效力范围

法律的空间效力范围是指一个国家的法律适用于哪些地区,在哪些地域有效。一般来说,一国法律适用于该国主权范围所及的全部领域,包括领土、领水及其底土、领空,以及领土的延伸领域,如本国驻外使领馆、悬挂本国国旗的航空器、船只等。

在立法主体单一的国家,所有的法律往往只由唯一的最高立法机关制定,所以法律的空间效力也往往及于整个国家。但是在立法主体多元化的国家,由于立法主体的不同,不同法律的空间效力范围也会有所差异。我国法律的空间效力范围就分为三种情况:其一是在全国范围内生效。在我国,凡是由中央立法机关制定的法律,包括宪法、全国人大制定的基本法律、全国人大常委会制定的其他法律、国务院制定的行政法规,均在全国范围内生效。但是,由于我国实行“一国两制”,因此在我国香港、澳门、台湾等地区,中央立法机关制定的上述法律并不必然在这些地方有效。其二是在局部范围内生效。凡是地方国家机关制定的法律就只能在制定机关管辖范围内生效。其三是在域外生效。法律在域外生效是指法律的效力及于制定机关所管辖的领域之外,一般指一国的法律在国外有效的问题。目前我国刑法中的一些规定就体现了法律的域外效力,如外国人在国外实施的针对我国国家或公民的犯罪,如果按我国刑法应处三年以上有期徒刑,同时该行为在所在地国也被认为是犯罪的,可以适用我国刑法,该规定实际上就是赋予我国刑法以域外效力。

(三)法的时间效力范围

法律的时间效力范围是指法律从何时开始生效、何时终止效力,以及法律对于其生效前的

事件或行为是否有效。法律的时间效力设定了法律对于人们行为约束的时间期限,也是对法律自身生存时间的直接规定。

(1)法的生效时间。我国法律的生效时间一般包括几种情况:一是自法律公布之日起生效;二是由法律明文规定其生效时间;三是由专门决定规定该法的具体生效时间;四是规定法律公布后达到一定期限开始生效。

(2)法的失效时间。我国法律的效力终止一般包括几种情况:一是新法公布后,原有的法律即丧失效力;二是新法取代旧法;三是由立法机关以专门文件的形式宣布某一法律失效;四是法律本身规定的有效期届满而失效;五是法律已完成其历史任务而自然失效。

法律终止生效是法律时间效力的一个重要问题。在以默示废止方式终止法律生效时,一般应当选择下列哪一原则? ()

- A. 特别法优于一般法 B. 国际法优于国内法 C. 后法优于前法 D. 法律优于行政法规

(3)法的溯及力。法的溯及力又称法溯及既往的效力,是指新法公布后,对其公布前的事件和行为是否有效的问题。如果有效,则具有溯及力,反之则不具有溯及力。

世界各国关于法的溯及力问题的做法主要有几种:一是从旧原则,按照这个原则,新的法律颁布后,对其生效之前发生的事件和行为一律不适用,以前的问题仍适用旧法;二是从新原则,按照这个原则,新的法律颁布后,对其生效之前的事件和行为一律适用;三是从轻原则,按照这个原则,在具体适用法律时要对新法与旧法的内容进行比较,从中选择对行为人更加有利的或者处罚较轻的法律加以适用;四是从新兼从轻原则,即新法原则上溯及力,但旧法对行为人的处罚较轻时,则依照旧法为准适用;五是从旧兼从轻原则,即之前发生的事件和行为原则上应适用旧法,但新法的规定对行为人更有利或处罚较轻时,则适用新法。

当今世界上绝大多数国家都有条件地允许某些法律可以溯及既往,即采用“从旧兼从轻”的原则:原则上法不溯及既往,新法生效前的行为仍适用旧的法律,但如果新法的规定给公民的权利更多而惩罚更轻的话,则可以适用新法,即承认新法具有溯及力。

与大多数国家的做法相同,我国法律一般是遵循“法不溯及既往”的法律原则,但也有例外,如《刑法》第12条就规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用本法。”该规定就体现了从旧兼从轻的原则,即新法在特殊情况下是允许有溯及力的。这一原则同时也在《立法法》中作出规定。

下列关于法的效力的表述正确的是 ()

- A. 法律不经公布,就不具有效力
B. 一切法律的效力级别高低和范围大小是由刑法、民法、行政法等基本法律所规定的
C. “法律仅仅适用于将来,没有溯及力”,这项规定在法学上被称为“从新”原则
D. 法律生效后,应该使一国之内的所有公民知晓,所谓“不知法者得免其罪”

在法的溯及力问题上,各国采取的通行做法是 ()

- A. 从轻原则 B. 从旧原则 C. 从新兼从轻原则 D. 从旧兼从轻原则

第三章 法律关系、法律行为与法律责任

法律关系是由法律所调整的社会关系；法律关系由主体、客体和内容构成；法律关系的主体需要具有权利能力和行为能力；法律关系的内容表现为法律权利和法律义务；客体主要有物、行为和智力成果；引起法律关系产生、变更或消灭的事实称为法律事实，包括法律事件和法律行为；法律行为由内在方面和外在方面构成；行为人不按法律要求履行法律义务即产生法律责任。

第一节 法律关系

一、法律关系的概念和特征

法律关系是法律规范在调整社会关系的过程中形成的人们之间的权利义务关系。

法律关系具有如下特征：

第一，法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系。法律关系是法律对人们的行为及其相互关系加以调整而出现的一种状态，法律规范设定了法律关系产生、变更、消灭的一般条件和法律关系的一般内容，任何一种法律关系的存在都是以法律规范的存在为前提的，在没有相应的法律规范之前，也就不可能形成相应的法律关系。

第二，法律关系是特定主体间法律上的权利和义务关系。法律关系是以法律上的权利、义务为纽带形成的社会关系，没有特定法律关系主体的实际法律权利和法律义务，就不可能有法律关系的存在，因此，法律权利和义务的内容是法律关系区别于其他社会关系的重要标志。

第三，法律关系是体现国家意志，以国家强制力作为保障手段的社会关系。法律关系是根据法律规范有目的、有意识地建立的，所以，法律关系像法律规范一样必然体现国家的意志。如果这种现实的权利义务关系受到破坏，就意味着国家意志所授予的权利受到侵犯，意味着国家意志所设定的义务被拒绝履行。因此，一旦一种社会关系被纳入法律调整范围之内，就表明国家意志不会听任它被随意破坏，并且会利用国家强制力来加以保障。

根据我国法律规定，下列可以形成法律关系的情形有（ ）

- A. 刘某因赌博欠吴某1万元
- B. 甲区警方查处存在火灾隐患的企业，有关人员或被拘留或被处以重罚
- C. 何某为急赶回家，将已过有效期限的身份证涂改，机场安检站不予放行登记
- D. 任某在医院进行肾移植手术

二、法律关系的种类

按照不同的标准，可对法律关系作不同的分类。

（一）基本法律关系和普通法律关系

依据法律关系所体现的社会内容的性质不同，可以将其划分为基本法律关系和普通法律关系。

基本法律关系是由宪法或宪法性法律所确认或创立的、直接反映该社会经济制度和政治制度基本性质的法律关系。基本法律关系主要包括公民与国家的关系、国家机构之间的关系、中央与地方的关系、民族之间的关系、所有制关系和分配关系等内容。基本法律关系是社会

根本性的权利和义务关系,直接反映社会基本利益结构,并构成其他法律关系的基础。

普通法律关系是依据以宪法和宪法性法律为指导的法律而形成的,存在于各类权利主体和义务主体之间的法律关系。普通法律关系是由各种普通法加以调整的法律关系,它们构成了全部法律关系的主干部分,是最为常见、数量最大的法律关系。

(二)绝对法律关系和相对法律关系

依据法律关系的主体是否完全特定化,可以将其划分为绝对法律关系和相对法律关系。

绝对法律关系是指权利主体特定化而义务主体不特定的法律关系。绝对法律关系以“某个人对其他人”的形式表现出来,即一个特定的人与其他任何可能出现的人之间的法律关系。最典型的绝对法律关系是所有权关系。

相对法律关系是指权利主体和义务主体均特定化的法律关系。相对法律关系以“某个人对某个人”的形式表现出来,即参加法律关系的双方或多方当事人均是特定的、具体的个体。最典型的相对法律关系是债权关系。

(三)第一性法律关系和第二性法律关系

依据法律关系之间因果联系与相互间地位的不同,可以将其划分为第一性法律关系和第二性法律关系。

第一性法律关系又称主法律关系,是主体间合法建立的不依赖其他法律关系即可独立存在的法律关系以及在多向法律关系中居于支配地位的法律关系。

第二性法律关系又称为从法律关系,其产生于第一性法律关系,与第一性法律关系相比其地位与作用具有从属性。当合法的第一性法律关系受到非法的干扰与破坏时,便会产生对其进行相关保护与补救的第二性法律关系。在多向法律关系中,除了处于支配地位的第一性法律关系之外,还有一些法律关系是在前者基础上产生的,处于从属地位,这些法律关系也是第二性法律关系。

(四)平权型法律关系和隶属型法律关系

依据法律关系主体之间相互地位的不同,可以将其划分为平权型的法律关系和隶属型的法律关系。

平权型法律关系也称为平向法律关系,是指产生于法律地位平等、相互之间没有隶属关系的法律关系主体之间的法律关系。民事法律关系调整平等主体之间的财产关系和人身关系,是典型的平权型法律关系。

隶属型法律关系也称为纵向法律关系,是指产生于地位不对等、相互隶属、一方服从于另一方的法律关系主体之间的法律关系。行政法律关系中,行使行政职权的行政主体可以通过单方面的意思表示而要求相对人服从,是典型的隶属型法律关系。

(五)调整性法律关系和保护性法律关系

依据法律关系产生依据和执行职能的不同,可以将其划分为调整性法律关系和保护性法律关系。

调整性法律关系是由于合法行为而产生的,是法的调整职能的具体体现。主体之间依法所建立的各种民事、行政等法律关系均属调整性法律关系。

保护性法律关系是由违法行为产生的,是法的保护职能的具体体现。由于一方主体的违法或违约行为引发法律责任,最终导致法律制裁的出现,由此产生的法律关系属于保护性法律关系。

张同学向王同学借钱 300 元,约定一个月后归还,二人之间所形成的法律关系属于()。

A. 平权型法律关系 B. 隶属型法律关系 C. 第一性法律关系 D. 第二性法律关系

孙某的狗曾咬伤过邻居钱某的小孙子,钱某为此一直耿耿于怀。一天,钱某趁孙某不备,将孙某的狗毒死。孙某掌握了钱某投毒的证据之后,起诉到法院,法院判决钱某赔偿孙某 600 元钱。对此,下列选项正确的是

- A. 孙某因对其狗享有所有权而形成的法律关系属于保护性法律关系
 B. 由于孙某起诉而形成的诉讼法律关系属于第二性的法律关系
 C. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系属于隶属型的法律关系
 D. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系中,孙某不得放弃自己的权利

三、法律关系的要素

法律关系的要素包括法律关系的主体、法律关系的客体及法律关系的内容。

(一) 法律关系主体

法律关系的主体指法律关系的参加者,即在法律关系中依法享有权利和承担义务的人或组织。其中,享有权利的一方称为权利人,承担义务的一方称为义务人。

在我国现阶段,能够参与法律关系的主体包括以下几类:

1. 自然人。自然人是指有生命并具有法律人格的个人,是权利主体或义务主体最基本的形态,包括公民、外国人和无国籍人。具有中华人民共和国国籍的中国公民,是多种法律关系的参加者,公民与公民之间、公民与社会团体、企事业单位、国家机关以及国家之间可以发生多种形式的法律关系。外国人和无国籍人参与法律关系的范围和方式以我国有关法律以及我国与有关国家签订的条约为依据。

2. 法人。法人是自然人的对称,指具有法律人格,能够以自己的名义独立享有权利或承担义务的团体。法人是由自然人组成的团体,但是,它在法律上不同于任何团体成员。法人有时又被称为拟制人,即由法律赋予人格并将其视同自然人一样有独立的意志和利益的社会组织体,因此,法人可以以自己的名义从事各种法律活动。法人主要包括三类:第一类是各种国家机关;第二类是各种企事业单位;第三类是各政党和社会团体。

3. 国家。在特殊情况下,国家可以作为一个整体成为法律关系的主体。国家作为法律关系主体出现的时候,多数情况下由国家机关或授权的组织作为代表参加法律关系,但在发行国债等行为中,可以直接以自己的名义参与法律关系。

作为法律关系的主体,应该具备一定的资格和能力,包括权利能力和行为能力。

法律关系主体的权利能力,是指法律关系主体能够参与一定的法律关系,依法享有一定权利和承担一定义务资格。它是法律关系主体实际取得权利、承担义务的前提条件。

法律对不同主体权利能力的规定是有差别的。根据对主体规定的不同,主要可以分为自然人的权利能力和法人的权利能力两类。

自然人的权利能力又有一般权利能力与特殊权利能力之分。一般权利能力又称为基本的权利能力,是所有自然人从事一般的法律活动普遍具有的法律资格,终生享有,不能被任意剥夺或解除。而特殊权利能力是指自然人在特殊条件下具有的法律资格,只有具备法律所特别要求的条件与情况时才享有。如选举权等政治权利能力即属于此类特殊权利能力。

法人的权利能力与自然人的权利能力不同,没有上述类别。法人的权利能力始于法人依法成立,终于法人解散或撤销。其范围是由法人成立的宗旨和业务范围决定的。

每个公民自出生到死亡都享有权利的能力或资格,在法学上称为

- A. 人身权 B. 财产权 C. 权利能力 D. 行为能力

法律关系主体的行为能力,是指法律关系主体能够通过自身的行为享有权利和承担义务的能力。它是强调在已具备权利能力的基础和前提下,主体通过自身的一定行为来实际地享有权利和切实地承担义务的能力。

行为能力与权利能力有密切联系,即法律关系主体具有行为能力首先必须具有权利能力。但二者也有区别,首先,法律关系主体具备权利能力并不必然表明其具备行为能力。其次,权利能力与行为能力在设定时的价值取向也有所不同,权利能力主要解决法律关系主体的资格问题,即其是否能够参与法律关系,成为权利主体或义务主体;而行为能力则主要是解决权利与义务能否通过法律关系主体本人的行为来具体实现的问题。

根据主体的不同,行为能力主要分为自然人的行为能力和法人的行为能力两类。

自然人具有行为能力,意味着法律允许其以自己的名义参加法律关系,行使自己的权利或履行自己的义务。这是需要有相应认定标准的,这一标准就是看行为人是否具备对自己行为及后果的理解和判断能力。自然人的这种能力主要取决于其年龄和健康状况两种因素。因此,自然人是否达到一定年龄、神智是否正常,就成为其能否享有行为能力的标志。据此,各国法律一般将自然人分为三类。第一类是完全行为能力人,即达到法定年龄、智力正常、能够对自己的行为负完全责任的自然人。这一类人可以独立处分自己的一切权利和义务。第二类是限制行为能力人,是指仅达到法律所规定的一定年龄阶段的人和患有精神疾病但具有一定辨识能力的人。这一类人的行为能力受到一定限制,只具有部分行为能力,只能独立处分与其能力相适应的权利和义务。第三类是无行为能力人,包括未达到一定年龄的幼童和完全丧失辨识能力的精神病患者。这一类人不能独立处分自己的权利和义务,其权利义务应由其监护人代为行使或履行。

法人的行为能力是由法人依法成立时的宗旨与业务范围决定的,并由有关法律和法人组织的章程具体加以规定。法人的行为能力与权利能力完全一致,始于法人成立,终于法人解散或撤销。

下列有关公民权利能力的表述错误的是 ()

- A. 权利能力是公民构成法律关系主体的一种资格
- B. 所有公民的权利能力都是相同的
- C. 公民具有权利能力,并不必然具有行为能力
- D. 权利能力也包括公民承担义务的能力

下列有关行为能力的表述正确的有 ()

- A. 公民的行为能力始于出生,终于死亡
- B. 公民有行为能力必然有权利能力
- C. 法人有权利能力就必然有行为能力
- D. 某甲因故意杀人被判处无期徒刑,其在服刑期间不具有行为能力

(二) 法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体之间的法律权利和法律义务。法律权利和法律义务在法制体系中处于核心地位:法以权利和义务为机制来调整人的行为和社会关系,是法的核心内容;权利和义务是从法律规范到法律关系再到法律责任的逻辑联系的各个环节的构成要素,贯穿于法律运行的全部过程,全面地表现和实现法的价值。

1. 法律权利。法律权利是权利主体以相对自由的方式获得利益的法律手段。法律权利的内容一般包括:第一,权利主体可以自主作出一定行为的权利;第二,权利主体要求他人履行一