

城市规划之法律的本质、作用与法律渊源城市规划师考试

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/536/2021_2022__E5_9F_8E_E5_B8_82_E8_A7_84_E5_c61_536306.htm 关于法律的本质渊源,各种观点纷呈,归纳起来有以下三种:第一,国家主义。它的核心是国家主权,认为法律的效力来自于国家权力,制定法是法律的唯一渊源。该理论在中国及西欧各国的早期都有萌芽,但上升为完整的理论是在19世纪中期。17从法理学史的角度看,它是对自然法学说的反动,它打破了自然法学派对自然理性的崇拜,认为法律的本质不在于自然性。分析法学派的创始者奥斯汀(John Austin)虽认为判例法是真正意义上的实在法,但他认为法的源泉只有到主权者的命令中去追寻,“恶法亦法”,属典型的国家主义法源理论者。第二,非国家主义。该理论认为法律最终并非来自国家权力。如自然法学派认为一切实在法最终都来自自然理性,这种自然理性有的认为是永恒的正义观念,有的认为是天赋人权,有的认为是人类的公意.社会法学派则认为制定法的效力受到社会运行中的客观法的制约.历史法学派认为法律最终来自民族精神或历史传统。第三,马克思主义。马克思主义认为法律的本质渊源是统治阶级意志的体现,是该社会占统治地位的生产关系。诚如马克思所言,立法者或立法机关“不是在制造法律,不是在发明法律,而是在表述法律,……如果立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那么我们就应该责备它的极端任性”。18马克思主义的法律的本质渊源的理论解决了国家主义与非国家主义各执一端的争议,即认为法律植根于社会,社会物质生活条件是法律的最终源泉,也认为法律在形式上是由国家制定或认可的,即国家权力

是法律的直接源泉,从而使人类关于法律本质渊源的思维方式进一步符合事物本身的逻辑。形式渊源。即法律规范的形式来源,它通常包括两个方面的问题:一是法律规范的创立方式,即哪些国家机关可以在什么范围内以什么方式创制法律规范。二是法律规范表现为何种法律文件,抑或是其它什么形式。我国法学界更主要、更普遍地是在这种意义上使用法律渊源一词。在这种意义上,法律形式与法律渊源有着相当程度的共性。但是,我们毕竟不能用法律形式来替换法律渊源,一则是因为二者的内涵、外延均不相同,¹⁹二则是二者的着眼点不同。法律渊源着眼的是法律的来源,在此意义上,凡是能够成为一国现行法律或法律根据的现象,都可以称为法律渊源。例如,立法是产生法律的途径,当然属法律渊源,在一些国家,判例、宗教、道德、法理、学者之见也可作为法律的根据,亦即法律的渊源。法律形式的着眼点则在于说明国家制定或认可法律采取何种具体的外部形态,是判例法还是制定法,是成文法还是不成文法,是习惯法还是创制法,等等。²⁰因此,笔者主张还是保留法律渊源的概念为妥。并且,我国法学界主要在这种意义上使用法律渊源一词的做法不应轻易否定。诚然,每一法律规范都有其历史渊源和理论渊源,但只有在它成为公认的形式渊源以后才具有法律效力,具有权威性和强制性,具有实在法的意义。

三、法律渊源的类型划分

在法律渊源的多种语义之外来讨论法律渊源的类型,法学界所做的工作似不太多。讨论这一问题,往往容易与法律渊源的构成相混杂,即法律渊源的类型和法律渊源的构成有相当程度的重合性。同时存在的一个事实是,它还与法律渊源的语义密切相关。一些学者依据法律渊源是否直接有法律效力,将法律渊源分为直接渊源和间接渊

源。所谓直接渊源,是指由一定的国家机关按一程序制定的、以规范性文件的形式表现出来的法,如宪法、法律、行政法规、地方性法规等成文法,以及英美法系国家的判例法。所谓间接渊源,是指虽未经国家制定,但经国家认可和保障的调整人与人之间关系的行为准则,如习惯、判例、法理等,它们本身不具有法律效力,经国家认可后才具有法律效力。²¹从实质上说,这种划分是依据法律的创制方式不同而作出的。这对于了解它们之间的效力等级和相互关系是大有好处的。把法律渊源分成两大类,即正式渊源和非正式渊源,最早可追溯至R庞德的《司法判决的理论》中,但明确提出这种划分的则是E博登海默。正式渊源是指清楚地、逐字逐句地、系统地体现在一个有权威性的法律文献中的渊源,其主要例子是宪法和法规、行政命令、行政规则、条例、自治或准自治团体和组织的特许证和规章、条约和其它一些协定,以及司法判例。非正式渊源则指具有法律意义的资料和因素,它们没有在正式的法律文献中得到一种权威性的或至少是明晰的表述和体现,如正义标准、理性原则和事物本性的研究、个别衡平、公共政策、道德信念、社会思潮和习惯法。²²这种分类是基于他对法律渊源的理解作出的,对于大陆法系国家尤其是我国的许多学者来说,的确有点费解。当我们仅在法律的形式渊源的层面论及法律渊源时,E博登海默关于法律渊源的确定似乎有些泛化了,而所谓的非正式渊源,实质上仅是影响创造法律机关的因素,它们本身并无任何拘束力。笔者认为,在中国这样一个具有几千年成文法传统的国家里,确定法律的正式渊源和非正式渊源的分类是十分必要的。但必须指出的是,E博登海默关于法律渊源的语义及分类的确定,主要是以美国法为考察对象的,如果从世

界范围的角度看,不论采用法律渊源的何种意义,其外延似有过于宽乏之感。 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com