

第四讲 · 法律渊源

一、法律渊源的概念

学者对法律渊源有不同的理解和解释，有的指法律的历史渊源，有的指理论渊源，有的指构成法律的历史材料，还有的指法律的社会根源，但最通常的含义是指法律的效力或约束力的来源。

法律渊源 (source of law) 是指由国家或社会所形成的、能够成为法官裁判依据或者人们行事准则，具有一定法律效力和法律意义的规范的表现形式。

相关概念：
1、立法渊源
2、法律形式

法律的存在状态、外部形态或者表现形式，比如法律规范的载体是什么，它以什么形式表现出来以便为人们所了解。

二、法律渊源的分类

(一) 正式的法律渊源：
正式的法律渊源是指对于国家机关、公民和社会组织具有约束力的渊源，是国家机关必须用来作为处理问题的根据而不能回避的。

制定法：
制定法是立法机关和行政机关有意识制定的以法律条文形式表达的规定。

判例法：
判例是指法院对于诉讼案件做出判决之成例，如果此种判决对于法院以后审理类似案件具有普遍约束力，便成为该国的一种法律渊源。

习惯法：
习惯法是国家认可社会上已通行的某种习惯具有法律效力而产生的法律，这些法律一般不以法律条文形式表达出来，有时甚至不以文字形式表达出来。

国际法和国际条约：
国际条约是国家及其他国际法主体间所缔结的确定相互关系的权利义务协议。

正义：
正义是指一个社会流行的关于何谓公平、合理的价值观念。

习惯：
习惯指社会上通行的、为人们实际遵守的、比较明确的常规性做法，当违反一种常规性做法，可能招致社会的惩罚性反应时，这种做法就成为习惯。

公共政策：
公共政策是有关必须达到的集体目的或目标的一种政治决定，这种决定一般来说旨在改善经济、政治或者社会的境况，促进整个社会的某种集体目标的实现。

客观知识：
理性与事物之性质实际上是一种知识，即人们对事物内在规律的认识。人们有时候根据这种认识来确定某一个法律规定的意义，或者根据这种认识做出判决。

权威性学说或法理：
权威性学说或法理主要是指某些法学家对法律所做出的的各种学理性说明、解释和理论阐发。

(二) 非正式的法律渊源：
非正式的法律渊源是指对于国家机关、公民和社会组织具有说服力而无约束力的某些规则、原则或观念；这种渊源对于国家机关、公民和社会组织从事某种具有法律后果的行为起着参考作用。

当代中国的法律渊源
(非正式的法律渊源)

(一) 政策：
在中国，可以作为非正式法律渊源的政策，主要是指中国共产党的政策和国家政策。《民法通则》第六条规定，“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”

(二) 判例：
判例在中国一般称为案例，不作为正式的法律渊源。

(三) 习惯：
《民法通则》第一百四十二条“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。
《合同法》第22条：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”

当代中国的法律渊源
(正式的法律渊源)

(一) 宪法：
现行宪法是1982年修改通过的宪法，1988年、1993年、1999年、2004和2018年分别五次通过了宪法的修正案。在1999年修正案中，“建设社会主义法治国家”写入了宪法。

1. 法律基本律，是指由全国人民代表大会制定和修改的、规定或调整具有根本性和全面性的社会关系的法律，包括关于刑事、民事、国家机构的基本法律和其他的基本法律。

2 “其他的基本法律”，主要指其内容涉及全国公民的切身利益并要求他们普遍遵守的法律。

基本法律以外的法律，或称非基本法律，是指由全国人民代表大会常务委员会制定和修改的、规定或调整除基本法律调整以外的某一方面社会关系的法律。

(二) 法律 (狭义的法律包括两个部分)：

(三) 行政法规：
行政法规指最高国家行政机关即国务院根据并为了实施宪法和法律而制定和颁布的各种规范性文件，它是国家重要而且数量很大的一种法律渊源。行政法规规定国家行政管理事项。

(四) 军事法规和军事规章：
- 现在也增加了监察委员会的法规

军事规章是中央军事委员会各总部、军兵种、军区，根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令，在其权限范围内，制定的有关国防建设和军事方面关系的规范性文件。

地方性法规的立法主体包括两大类：
一、是省、自治区和直辖市人大及其常委会。

二、是设区的市人大及其常委会。

(五) 地方性法规：
《中华人民共和国立法法》第72条规定：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。

自治条例，一般是指规定关于本自治区实行的区域自治的基本组织原则、机构设置、自治机关的职权、工作制度以及其他重大事项的规范性文件。

单行条例，一般是指根据宪法规定和本自治区的实际情况，对于国家法律法规做出的变通或者补充规定，或者规定本自治区某一具体事项。

(六) 自治法规：
自治法规即自治条例和单行条例，它们是【民族自治地方 (自治区、自治州、自治县)】的【人民代表大会】根据宪法和法律的规定，依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定和颁布的规范性文件。自治区的报全国人大常委会批准生效；自治州、自治县的报上级人大常委会批准后生效，并报全国人大常委会备案。

国务院各部委制定的称为部门行政法规，其余的称为地方行政法规。

《规章制定程序条例》，第六条 规章的名称一般称“规定”、“办法”，但不得称“条例”

(七) 行政法规：
指国务院各部委以及各省、自治区、直辖市的人民政府和省、自治区的人民政府所在地的市以及设区市的人民政府根据宪法、法律和行政法规等制定和发布的规范性文件。

宪法可以在断案时直接用吗？
与各国的政治体制有关，一般中国是不可以直接用宪法的。

(八) 国际条约和协定：
国际条约是指国际法主体间缔结的相互权利义务关系的书面协议。广义的条约除以“条约”为名的协议外，还包括【公约、宪章、盟约、规约、协定、议定书、换文、最后决定书、联合宣言等。条约可分为双边条约、多边条约】。国际协定是指国家间或国家对外活动的组织间，用于解决专门事项或临时性问题而缔结的短期契约性文件