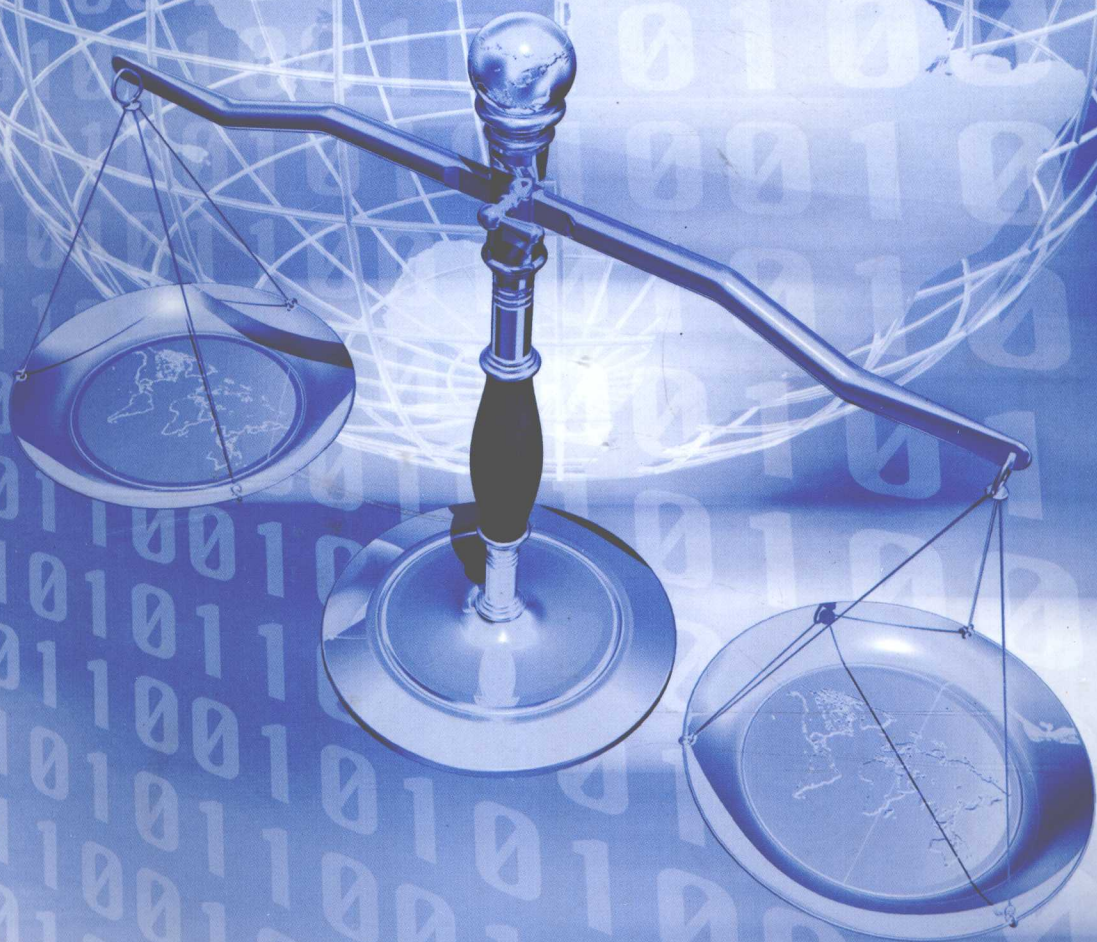


顾问 李申文 李永伦

法学概论

主 编 马慧娟

副主编 姜黎皓 杜爱萍



云南大学出版社

顾问 李申文 李永伦

法 学 概 论

主 编 马慧娟

副主编 姜黎皓 杜爱萍

云南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学概论/马慧娟主编. —昆明: 云南大学出版社,
2005

ISBN 7-81068-900-2

I. 法... II. 马... III. 法学-概论 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 048906 号

书 名: 法学概论

主 编: 马慧娟

副 主 编: 姜黎皓 杜爱萍

责任编辑: 张丽华 米 良

封面设计: 沈世娟

出版发行: 云南大学出版社

印 装: 昆明鸿景印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm (1/16)

印 张: 21

字 数: 377 千

版 印 次: 2005 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-81068-900-2/D·256

定 价: 32.00 元

编写说明

为了全面落实教育部《关于加强高等学校本科教学工作,提高教学质量若干意见》的精神,响应教育部《高等学校教学质量与教学改革工程》的要求,进一步深化高等学校教学和人才培养模式的改革,加强对成人教育的法学教学研究,云南师范大学经济政法学院(包括商学院)法律系教师,在云南师范大学对“《法学概论》课程建设”科研立项的支持和具体领导下,以实施人才培养多元化的改革为主,建设了富有时代特色、成人特点的《法学概论》课程。

《法学概论》是高等院校非法学专业的基础课程之一。本门课程将法律体系下各部门法学的内容作了较为全面的介绍,通过对本门课程的学习,能够使高等院校非法学专业学生,对各部门法学有比较深入的认识。

在本教材的建设、编写过程中,集中了云南师范大学经济政法学院和商学院部分专家学者、教授、副教授及讲师,在研究总结以往教学经验的基础上,发扬优势,注意吸收了国内外法学高等教育的新成果,坚持理论联系实际,坚持结合成人高等教育的特点,注重理论性与实践性、科学性与系统性的高度统一,集体编写而成,主要供高等学校本科学生,尤其是成人本科学生使用,同时,也可作为专科学生及其他读者学习法律的参考用书。

李申文教授、李永伦教授担任本书的顾问,为本书的策划、编写提供了大量的指导意见,为本书的出版花费了大量心血。

本书由马慧娟任主编,姜黎皓、杜爱萍任副主编,马慧娟、姜黎皓、杜爱萍负责统稿。参加本书编写的作者为(以撰写章节先后为序):

林霄红:第一、二、三、七章

陶思宇:第一、二、三、十五章

杞梅:第四章

杨得志、奚金才:第五章

李涛、杨星:第六章

杜爱萍:第七、十三章

姜黎皓：第八、九章
马慧娟：第九、十、十一章
褚俊英：第十一章
张 琳：第十二章
严 励：第十四章

对于本书的编写，尽管我们付出了努力，但由于时间仓促，难免存在疏漏之处，欢迎广大读者批评指正。

编 者
2005 年 3 月

目 录

第一编 法理学

第一章 法的本体	(3)
第一节 法的概念和特征	(3)
第二节 法的本质和作用	(5)
第三节 法的分类和法的渊源	(7)
第四节 法的要素和法律体系	(9)
第五节 法律关系	(11)
第二章 法的运行	(14)
第一节 立法	(14)
第二节 法的效力	(15)
第三节 执法和司法	(16)
第四节 守法和违法	(18)
第五节 法律解释和法律推理	(19)
第六节 法律责任和法律制裁及法律监督	(19)
第三章 社会主义法治	(23)
第一节 社会主义法制与法治	(23)
第二节 社会主义法制与民主	(24)
第三节 中国的法治建设	(26)
第四节 依法治国建设社会主义法治国家	(27)

第二编 实体法学

第四章 宪法学	(31)
第一节 宪法概述	(31)
第二节 我国的基本制度	(34)
第三节 公民的基本权利和义务	(42)
第四节 我国的国家机构	(46)
第五章 行政法学	(50)
第一节 行政法基本理论	(50)
第二节 行政法律关系主体	(52)
第三节 行政行为	(55)
第四节 行政法律救济	(59)
第六章 刑法学	(66)
第一节 刑法的概念、基本原则和效力范围	(66)
第二节 犯罪和犯罪构成	(70)
第三节 正当防卫及紧急避险	(77)
第四节 故意犯罪过程中的停止形态	(80)
第五节 共同犯罪	(81)
第六节 刑罚及其适用	(83)
第七节 罪刑各论	(90)
第七章 民法学	(106)
第一节 民法概述	(106)
第二节 民事法律关系	(109)
第三节 公民	(110)
第四节 法人	(113)
第五节 民事法律行为	(115)
第六节 代理	(118)
第七节 物权	(122)
第八节 债权	(129)
第九节 人身权	(135)

第十节 民事责任	(136)
第八章 知识产权法学	(139)
第一节 知识产权法概述	(139)
第二节 著作权法	(142)
第三节 专利法	(149)
第四节 商标法	(156)
第九章 商法学	(165)
第一节 商法概述	(165)
第二节 公司法	(166)
第三节 合伙企业法	(175)
第四节 证券法	(181)
第五节 票据法	(185)
第十章 经济法学	(195)
第一节 经济法概述	(195)
第二节 企业市场准入与退出制度	(199)
第三节 反不正当竞争法	(201)
第四节 消费者权益保护法	(203)
第五节 产品质量法	(206)
第六节 国有资产管理法	(210)
第七节 税法	(214)

第三编 诉讼法学

第十一章 民事诉讼法学	(223)
第一节 民事诉讼概述	(223)
第二节 民事诉讼管辖	(225)
第三节 民事诉讼参加人	(227)
第四节 民事诉讼证据	(230)
第五节 民事诉讼的保障制度	(235)
第六节 民事诉讼程序	(237)

第十二章	刑事诉讼法学	(249)
第一节	刑事诉讼法概述	(249)
第二节	刑事诉讼管辖	(252)
第三节	刑事诉讼证据	(255)
第四节	强制措施和附带民事诉讼	(258)
第五节	刑事诉讼程序	(262)

第十三章	行政诉讼法学	(273)
第一节	行政诉讼法概述	(273)
第二节	行政诉讼范围和管辖	(275)
第三节	行政诉讼程序	(279)
第四节	行政侵权赔偿责任	(287)

第四编 国际法学

第十四章	国际法	(293)
第一节	国际法概述	(293)
第二节	国际法上的国家	(294)
第三节	国际法上的个人	(296)
第四节	国际法上的空间划分	(298)
第五节	外交和领事关系法	(300)
第六节	条约法	(303)
第七节	国际组织法	(305)
第八节	国际争端的解决	(306)
第九节	战争法	(308)

第十五章	国际私法	(310)
第一节	国际私法概述	(310)
第二节	法律冲突与冲突规范	(312)
第三节	与冲突规范的适用有关的制度	(316)
第四节	各类涉外民事案件的法律适用	(320)

参考书目	(328)
-------------------	-------

第一編
法 理 學

第一章 法的本体

重点内容 法的概念和特征；法的本质和作用；法的分类；法的要素；法律体系；法律关系及其构成要素

第一节 法的概念和特征

一、法的词义

古往今来，“法”一词在不同的意义上使用，其含义也极为广泛。在中国古汉语中，法与“刑”、“律”等概念通用，直至19世纪末20世纪初，西方法律文化传到我国，受其影响才把法与律联结在一起，统称为法律。在西方方法学理论中，“法”（权利）与“法律”（客观法，法律规则）通常是分别使用的。在法律思想家们的著作里，“法”指不同的实体法，如永恒法、自然法、教会法、习惯法、伦理法等等。在法的形式层面，法的范围是十分宽泛的，如中国古代的律、令、格、式、科、比、例，英国的制定法、普通法、衡平等，都可以笼统地称为“法”。

在现代汉语中，法律一词有广义和狭义之分。广义的法律泛指一切法律规范（包括习惯法、判例法等规范性法律文件），即整体意义、国家意义上的法律；狭义的法律，专指有立法权的国家机关制定的规范性文件，即特定意义上的法律。为了避免两者的混淆，我国的一些法学教材和著作，将广义上的法律称为“法”，将狭义上的法律称为“法律”，本教材所讲的“法”是广义的。

二、法的特征

（一）法是调整人们的行为或社会关系的规范

所谓规范，是指人们行为的标准或规则。但法又不是一般的规范，而是一种特殊的社会规范，其特点在于它所调整的是人们的行为和人们之间的社

会关系，在这一点上，法不同于思维规范、语言规范，也不同于技术规范。法作为社会规范，像道德规范、宗教规范一样，具有规范性。所谓法的规范性，是指法所具有的规定人们的行为模式、指导人们行为的性质。它表现在：法律规范规定了人们的一般行为模式，从而为人们的交互行为提供一个模型、标准或方向。法所规定的行为模式包括三种：第一种，人们可以怎样行为（可为模式）；第二种，人们不得怎样行为（禁为模式）；第三种，人们应当或必须怎样行为（应为模式）。从效力上看，具有规范性的法，不是为某个特定的人而制定的，它所适用的对象也是不特定的人；并且它不仅仅适用一次，而是在其生效期间内反复适用的。

法作为调整人们的行为或社会关系的规范，还具有明确性。法的明确性首先表现在，它只调整人们的外在行为，不追究人们的思想方式，如果法律超越行为的范围，追究人们的内心世界，要求人们只能这样思想，不能有别的思想，那么，法将丧失它应有的明确性和可靠性，就会导致司法专横，使人民陷入恐惧的深渊。其次表现在，它是制度化的规范体系，它的具体性、确定性和清晰性的程度较之于其他社会规范达到了最高的水平。正因为如此，法才成为调整人们行为和社会关系最可靠、最权威的标准，也是建立和巩固社会秩序最重要、最有效的形式。

（二）法是由国家制定或认可的

法体现了国家对人们行为的评价，具有国家意志性。这是法与其他社会规范的区别之一。宗教教规、风俗礼仪、道德规范虽然都具有一定的规范性，但由于都不是国家或以国家的名义制定或认可的，因而不具有国家意志的属性。

（三）法具有国家强制性

所谓法的国家强制性就是指法具有依靠国家强制力保证实施、强迫人们去遵守的性质。也就是说，不管人们的主观愿望如何，人们都必须遵守法律，否则将导致国家强制力的干涉，受到相应的法律制裁。国家强制力是法实施的最后保障手段。国家的强制力体现在国家通过军队、警察、司法机关、监狱等强制机构来保障法的实施。

（四）法具有普遍性

所谓法的普遍性，也称“法的普遍适用性”、“法的概括性”，就是指法作为一般的行为规范在国家权力管辖范围内具有普遍适用的效力和特性。

（五）法具有程序性

法应当按程序制定，按程序执行，没有正当程序，可以说就没有现代意义上的法。也可以说，法是一个程序制度化的体系。

综上所述，我们可以对法的定义作如下概括：法是由国家制定、认可并由国家强制力保证实施的具有普遍效力和严格程序的明确的行为规范体系。

第二节 法的本质和作用

一、法的本质

本质与现象，是一个哲学的范畴，每一个事物都是现象与本质的统一体。现象是事物的外部表现，本质是事物的内在联系。运用到法学研究上，现象指法律现象的外在特征；本质是贯穿于这些法律现象的根本属性，基本精神，即法律是为谁服务的，它是由什么所决定的。

从古到今，中外法学家从不同角度，用不同的方法对法的本质作了探讨和研究，主要的学说有：神意说，认为法就是神意或天意；理性说，认为法是理性的体现；意志说，认为法是公众意志的表现；权利说，认为法是掌权者的命令。在当代西方法学流派中，存在着新自然法学、现代分析主义法学和社会法学，分别从法与道德、法与国家权利和法的形式来论述法的本质。这些学说，反映了在不同历史阶段人们对法的本质的认识和探求。从总体上讲，在马克思以前的法学家，由于历史的局限，没有揭示或故意掩盖了法的本质。

马克思和恩格斯在论及法的本质时指出：“法的关系正如国家的形式一样，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，它们根源于物质生活条件。”^① 根据此学说，法的本质表现在相互联系的两个方面：

其一，从主观方面看，法是统治阶级意志的体现。法是由国家制定或认可的，并且是由国家强制力保证实施的，但这只是法的外部特征之一，不能反映法的本质。从总体上看，法是掌握国家政权的阶级或集团（统治阶级）的根本利益或意志的体现。这是因为，只有掌权的阶级或集团才有必要并有可能将自己的意志以法或法律的形式表现出来。然而，法所体现的统治阶级意志并不是统治阶级内部各党派、集团（阶层）及每个成员的意志的简单相加，而是统治阶级的整体意志，因而具有统一性和整体性。在某些特定情况下（例如阶级集团之间的矛盾不可调和），被统治阶级、集团的愿望和要求也会被承认而载入法律文件之中，但它在一国法律体系中仅具有局部的意

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷，第82页。

义，不能改变一国法律的整体性质。

其二，从客观方面看，法的内容是由特定社会的物质生活条件决定的。也就是说，法虽然是统治阶级意志的体现，但并不是统治阶级或其统治者个人主观意见的表现。任何统治阶级都不得不服从于一定的经济关系和条件，而不能向他们赖以存在的经济条件发号施令。超越特定的历史阶段，违背客观规律制定的法律只能是一些任性的“恶法”，最终将归于无效或消灭。法与客观规律的关系，要求统治阶级的意志中应当包含理性的成分。

综合上述两点：法既是统治阶级意志的体现，又是由一定的物质生活条件所决定的。前者是法的阶级性，后者是法的物质制约性。这二者之间的对立统一关系，就构成了历史上各种类型的法（或法律）的本质。

二、法的作用

法的作用，指法对人们的行为或一定的社会关系发生的影响。法的作用分为规范作用和社会作用两类。

（一）法的规范作用

法的规范作用，是指法作为社会规范自身所具有的、对人们的行为发生影响的性能。其主要内容包括：

指引作用，即法通过授权性行为模式（权利）和义务性行为模式（禁止性行为 and 命令性行为）的规定，指引人们作出一定行为或不作出一定行为。

评价作用，即法作为一种行为标准和尺度，可以判断、衡量人们行为的是或非、善或恶，以影响人们的行为。

预测作用，指人们可以预计到自己或他人的行为是否符合法律规定，在法律上是否有效。

强制作用，指法通过对违法行为的制裁、惩罚，从而保护和恢复一定的社会关系和秩序。

教育作用，指法对违法行为予以制裁和对合法行为予以保护，从正反两方面提高人们的法制观念和责任意识，达到预防违法犯罪的目的。

（二）法的社会作用

法的社会作用，指法为达到一定的社会目的而对一定的社会关系产生的影响。其内容包括以下几个部分：

法的政治作用，即法在调整政治关系，包括不同阶级、利益集团之间的统治与被统治、管理与被管理等之间的关系，维护政治统治秩序方面的作用。这种作用直接反映出各个国家和社会的法之不同的政治目的和阶级性质。

法的社会公共作用，指法在执行社会公共事务中表现出来的作用。其中包括组织和管理经济建设与社会化大生产，推进教育、科学和文化事业的发展，维护社会的正常生产与交换秩序，保护人类生存的环境和条件等等。从表面看，执行社会公共职能的法并不必然具有政治属性和阶级性质，而是对所有的阶级、集团都有利的。但从本质上看，尤其是从政治统治的角度看，法只是在有效地执行了社会公共职能之后才能有效地发挥其政治统治作用。从这个意义上说，即使是那些承担公共职能的法，最终也还是为一定的社会政治目的服务的。

除了政治作用和社会公共作用外，法还具有干预和组织社会经济生活的经济作用，促进思想道德建设的文化作用。由此可见，法对国家、社会的作用是巨大的，但法的作用并不是无限的。在现代社会，社会关系的领域极为广泛，法不可能也没必要调整社会关系的各个方面。而且在许多问题上，法是不宜介入的，只能是通过道德、纪律或宗教教规等社会规范来调整。

第三节 法的分类和法的渊源

一、法的分类

在法学理论中，可以按照不同的标准对法进行分类。最常见的法的分类有下述几种：

（一）国内法和国际法

按照法的创制和适用主体不同，将法分为国内法和国际法。国内法是特定国家制定并在该国主权管辖范围之内适用的法；国际法是由不同国家间通过协议制定或公认的，并适用于国家间的法。

（二）根本法和普通法

按照法的内容和效力的不同，将法分为根本法和普通法。根本法即国家的宪法，指规定国家的根本制度、公民的基本权利和义务等重要事项，在法律体系中居于最高法律效力的法。除宪法以外的其他法律，均称为普通法。

（三）一般法和特别法

按照法的效力范围不同，将法分为一般法和特别法。一般法是指在一国范围之内对一般的人和事均有效的法。特别法则是在一定的特定地区、特定期间或对特定的主体才有效的法。

（四）成文法和不成文法

按照法的创制和表现形式不同，将法分为成文法和不成文法。成文法是

由国家专门机关（立法机关）制定公布并以条文形式表述的法。不成文法是不经专门机关制定而是通过认可的形式确立的法，这种法多数不以文字形式表述，又称为习惯法。

（五）实体法和程序法

按照法所规定的具体内容不同，将法分为实体法和程序法。实体法是规定人们实体权利和义务的法，如民法、行政法、刑法等；程序法是指为保障实体权利与义务实现而制定的实施程序的法，如各种诉讼法。

（六）公法与私法

按照法所调整的关系和保护的利益不同，将法分为公法和私法。公法是调整国家机关之间、国家（机关）与公民之间的公益关系，保护公共利益的法。私法是调整地位平等的法律主体之间关系，保护私人利益的法。在西方法学中，一般将宪法、刑法、行政法和程序法视为公法，将民法和商法视为私法。而劳动法、社会福利法、保险法、经济管理法、环境法等，则兼有公法和私法的双重性质。

另外，按照法的历史传统和外部特征不同，可以将法分为不同的法系。从历史传统来讲，公认的法系主要有三个：即社会主义法系、大陆法系和英美法系。此外还有中华法系、印度法系、阿拉伯（伊斯兰）法系等。按照经济基础和社会制度不同，把历史上存在的各种法分为不同的历史类型，有奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

二、法的渊源

通过立法所产生的法律文件，往往构成成文法国家的主要法律渊源或法律形式。在我国，正式的法律渊源或法律形式有以下几种：

（一）宪法

宪法是国家根本大法，具有最高的法律地位。

（二）法律

法律由全国人大及其常委会制定、颁布，其效力和地位仅次于宪法而高于行政法规和其他法规。法律分为基本法（如刑法、民法通则等）和非基本法（如商标法、收养法等）。

（三）行政法规

由国务院制定、发布，效力低于宪法、法律，高于地方性法规和其他法规、规章。

（四）地方性法规

其由各省、自治区、直辖市的人民政府所在地的市，国务院批准的较大