高等学校法学试用教材

法学概论

李建军　陈金钊　主编

山东人民出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

主　编　李建军　陈金钊

副主编　崔令江　张运所

撰稿人　（按编章节为序）

李建军、陈金钊（第一章）　牛文军（第二章）

张运所、崔令江（第三章）　王瑞君（第四章）

张其山（第五章）　武秀英（第六章）

李秀芬、周磊（第七章）　袁付平（第八章）

张世全（第九章）　张旻昊（第十章）

孙希尧（第十一章）

目 录

第一章 法律及法治…… (1)

第一节 什么是法律…… (1)
第二节 法律思维方式 …… (11)
第三节 法治及其原则 …… (35)

第二章 宪法 …… (48)

第一节 宪法的性质及其历史发展 …… (48)
第二节 国家性质和国家形式 …… (61)
第三节 公民的基本权利和义务 …… (67)
第四节 国家机构 …… (76)

第三章 行政法 …… (87)

第一节 行政法的概念和原则 …… (87)
第二节 行政行为 …… (93)
第三节 行政复议…… (101)
第四节 行政诉讼法…… (111)

第四章 刑法…… (124)

第一节 刑法及其原则…… (125)
第二节 犯罪与犯罪构成…… (128)
第三节 刑罚与刑罚裁量…… (148)
第四节 刑法分论…… (159)

第五章 刑事诉讼法……（170）

第一节 刑事诉讼及其基本原则……（170）
第二节 刑事诉讼制度……（182）
第三节 刑事诉讼程序……（208）

第六章 民法(上)……（222）

第一节 民法的概念和基本原则……（222）
第二节 民事法律关系……（226）
第三节 民事责任……（246）
第四节 时效和期限……（251）

第七章 民法(中)……（258）

第一节 合同法……（258）
第二节 保险法……（271）
第三节 公司法……（292）

第八章 民法(下)……（302）

第一节 婚姻家庭法……（302）
第二节 继承法……（324）

第九章 民事诉讼法……（342）

第一节 民事诉讼法及其基本原则……（342）
第二节 民事诉讼法制度……（348）
第三节 民事诉讼程序……（363）
第四节 涉外民事诉讼程序……（382）

第十章 经济法……（388）

第一节 反不正当竞争法律制度……（389）
第二节 产品质量责任法……（398）
第三节 消费者权益保护法律制度……（413）
第四节 税收法律制度……（421）

第十一章 国际法学……（433）

第一节 国际法……（433）
第二节 国际私法……（455）
第三节 国际经济法……（469）

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一章　法律及法治

“法学概论”主要是为非法律专业学生学习法律的基本知识、原理而编写的教材。法学是众多人文学科的一种，属于规范学科的范畴，研究的是法律规范及其运行的方法和过程。本书旨在向学生讲授关于法律体系的基本知识。所谓法律体系指的是由部门法构成的有机整体，主要包括宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法、经济法、环境法等。通过“法学概论”的学习可以对法律有一个框架性的了解，并对法治形成初步的信念。

第一节　什么是法律

一、法律的词义

在古汉语中，法与律并不连用，二者的含义也不尽相同。法由“　”演变而来，按许慎在《说文解字》中的解释：法者，刑也。刑字的形状由“开”“刀”构成，意味着其主要含义是指惩罚。律原来是一种定音的仪器，后来演变为规范。法与律的结合，意味着法律由个别调整进入了规范调整。在现代汉语中，法与律一般连用，但在有些著述中，法与法律仍有区别。法的一般含义较为宽泛，它不仅包括规范性法律，而且包括法律的精神，法律的价值，甚至理性等。法律则主要指制定法、习惯法和经主权国家认可的国际法规范。这种含义和法学家所说的广义的法同义。法律有时也有其特定的

含义，这主要是指在立法权和法源理论中具有特定效力级别的狭义法律。为了使立法权有清晰的划分，我国宪法规定，全国人大有权制定宪法、基本法律、法律，而全国人大常委会有权解释宪法，在不违背基本法律原则的前提下修改基本法律、制定法律。在法源理论中，宪法具有最高的法律效力，基本法律的效力低于宪法，但高于法律，而法律的效力又高于行政法规。这里的“法律”就是指狭义的法律。需要指出的是，上述仅是法律的词义，而不是法律含义的全部，法律是一个可以进行多视角观察的整体性概念。

二、多重视角的法律

站在不同的立场上，人们对法律的理解有很大的不同，但只有综合各种角度的认识才可能形成对法律的整体印象。

（一）立法者立场的法律

许多学者从立法者的角度界定法律，如西方有学者认为：法律是主权者的命令，而我国古代有思想家也说：宪令著之于官府，而布之于百姓。在我国现行法理学教科书中，大多认为，法律是统治阶级意志的体现。这里的统治阶级意志指的是掌握政权的统治阶级的整体意志和国家意志。在说明为什么法律是国家意志的时候，学者们主要是从立法角度来回答的，即统治阶级的意志只有通过国家立法形式才能称之为法律，否则只能用统治阶级的政策等形式加以表达。从立法者角度所观察的法律从总体上看是一种规范性法律。因为，立法的主要任务就是向社会输入法律规范——一种制度性法律。对这种法律有学者把其称为一般性法律、“纸上的法律”或法律文本等。这种法律所表述的是同类社会关系的共性规范，是对现实社会关系的一种抽象描述，是法学家关于法律的普适化努力，其法源形式为制定法，其模范状态被称之为法典。我国理论界对法律的描述多属于立法者立场。

（二）司法者立场的法律

在英美国家，法学家观察法律问题时，多着眼于应用，从司法者的角度研究表述法律。司法者角度的法律与立法者不同，它是把普适性的法律转换成个别化的法律，是把一般的法律规范应用到个案中。在司法者眼中，立法者所制定或认可的法律，仅仅是法官判决案件的法源，它只是为法官判案解决了形式合法性问题。由于司法者要把一般的法律个别化为判案依据，因而一般说来，法官很少认为法律是明确的行为规范。法官在司法中经常会看到法律的模糊性、空缺结构以及相互矛盾的法律规范。总之，法律规范常处于不确定状态。为了使法治得以实现，在司法者眼中，法律必须在应用中论证并通过审案法官的理解、解释，使一般的法律个别化后，才适用于具体案件。司法者一般认为，立法机关创设的法律，仅仅是法官裁判案件的法源之一，而不是法律的整体。因而，法官判案还有制定法以外的其他法律形式，如公平、正义观念，国家的政策，善良风俗等。另外，立法者所制定的一般规范，属于关于同类事物的共性规定，它与充满个性的案件的结合，须通过法官、检察官、律师等的论证才能确定。因而，对立法者来说很多确定性很强的法律，在司法过程中也会呈现出不确定状态。对制定法的贯彻必须应用各种法律方法。只有在法律方法应用过程中才能使法律的意义相对固定。从这一角度说，司法者眼中的法律是一种法治原则下各种法律方法的应用结果，而不完全等同于制定法。但我们在书中介绍的，大部分是以制定法为基本内容的。当然，这也是规范性法律的骨干内容。

（三）社会学立场的法律

从立法者和司法者的立场观察法律，在法学上属于实证主义法学的范畴。研究者观察和分析的是国家的实在法，即从立法者立场研究为何建构法律规则体系，从司法者立场研究为何分析、解释和应用法律规则。这样的法律是以规则为核心的，是一种相对

独立存在的法律。但是,如果我们从社会学的角度观察便可以看到,法律并不是独立存在的,法律只是社会关系网中的法律,脱离社会关系而孤立存在的法律并不存在。所以,法律规则制定出来以后,能否适应社会并在社会中贯彻实施,我们还应考察法律规则是否能融入社会。有些规则虽为立法者宣布为法律,但在社会中可能遭到拒绝。这样的法律在法律社会学者看来,不具有实际的效力因而就不能被称为真正的法律。所以法社会学眼中的法律是那种在现实生活中能行得通,被人们较为普遍地接受的法律。从法律社会学的角度看,法律源自社会生活,立法者制定法律不能脱离该社会的民族精神、传统文化以及其他作为背景的地方性知识。比如从西方移植过来的法律,必定要被当地的文化、传统、价值所消解。一般地说,某项法律规则越是具有社会根基就越具有实际的效力,而如果脱离社会或者说没有根基,其实际的效力就越差。法律社会学旨在研究法律规则与社会的互动关系,是在社会运行中观察法律的,在一定程度上属于"活法"的范围。法社会学的学者们强调法律是一个变量,其含义随着其与社会的融合程度呈变化趋势;法律的意义并不因为其概念、原理本身的确定性而呈现出清晰状态。但我们学习法律的人对此一定得有清晰的认识,即法律社会学所讲的法律仅是一种对法律的正确认识,但它不是法学(或法律)的主流观点,而仅仅是我们客观地认识法律的一个视角。从维护法治的角度看,立法者所创立的法律是法律人思考法律问题的起点,即法律思维主要指的是根据这样的法律进行思维,而法律社会学意义上的法律仅是社会学家关于法律的思考。

(四)正义视角的法律

关于法律的本质有多种观点,其中西方法学中的自然法学大多把法律的本质概括为正义、公平等。许多思想家认为,法律是正义的体现,而司法的要义就在于实现公正。从这一角度观察研究法律,实际上坚持的是关于法律的二元论,即认为国家的实在法之

上应有一个更高的自然法——主要是指正义。如果国家的实在法与人类的最基本正义发生冲突，就应按正义的标准修改实在法。确实立法者在创立法律的时候，应该考虑正义的因素，体现正义的要求，而在司法过程中，正义更是衡量、修改实在法律的参照系统。在观察法律问题时，坚持法律的二元论对克服严格法治的机械和僵硬性很有益处。我们都知道成文法律是一种关于事物的共性规定。制定时立法者虽然会考虑正义，但这里的正义只是一般的正义。而当共性法律与个案结合时，共性的法律、一般的正义即可能与个别正义发生冲突。这时如果我们恪守法治的严格性，就可能会出现合法不合理的情景。为使一般正义与个别正义获得平衡，我们就应该承认法律的本质是正义，把正义作为法律的精神对法律规则进行修正。但是我们还得注意到并不是法律规则与正义一有冲突，就可以用正义变更法律，否则就会牺牲法治的严肃性。学者们一般认为只有当法律规则与正义发生较大冲突时，才能使用正义衡量的方法去克服法治的僵硬性。在多数情况下，法律应用应追求实质正义与形式正义的统一。但在二者难以双全时，也只能追求形式正义或程序正义，这也许是实施法治所必须付出的代价。

三、法律的基本特征

从不同的角度描述，对法律的特征可以有不同的归纳。在本书中，我们试图从比较三大法系的角度介绍法律可能存在的基本特征。这三大法系是指大陆法系、英美法系和中华法系。

（一）法律的规范性特征

在大陆法系，[①] 法学家在谈论法律的时候，一般认为，法律就

① 指西欧大陆以法、德为代表的法律传统，也称为罗马法系、法典法系、民法体系等，是指以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。

是法律规则，规则就是法律的核心内容。在习惯上，对法律规则的表述，他们更倾向于用成文的法典形式。法律经常被法学家用结构完整、逻辑统一、用语规范的编、章、节、条、款、项、目加以表达，法律在他们眼中就是完整的法律体系或法律规则体系，而在法学中也常称其为概念体系、原理体系等。如民法就是奠基于民法法律关系概念基础上的规则体系。法律的规范性特征强调了法律作为一般规则的三个主要方面：第一，法律规范具有调整对象的一般性，即法律不是针对某一个人制定的，它要适用于同类情况的所有案件，而针对个案的有效法律被称为非规范性法律文件。第二，法律规范具有反复适用性，条件是只要该法律规则没有被废除，它就要不断地被应用下去。第三，法律的规范性还意味着同样情况同样对待。虽然，我们看到世界上并不存在完全相同的案件，但是，人类的抽象思维能力确实找到了许多案件的共同之处，并把它反映到法律规则之中。所以，这里的同样情况并不是案件都完全一致，而是指案件事实大体与法律规则所描述的情形吻合。如果出现这种情况，法律的规范性要求必须有大体相同的处理结果。法学家尤其是大陆法学家，千百年来一直在进行法律的普适化努力，其目的就是想用法律规范各种行为，从而达到法律秩序。

（二）法律的程序性特征

在英美法系[①]，法官们在谈到法律的时候，往往与法官据以判案的各种程序结合起来，认为法律就是指程序。他们特别强调程序法在法律体系中的地位。程序法在法律中确实占有重要地位。法律分类的一种方法就是把法律分为实体法和程序法。作为实体的法律规范，规定了详细的行为模式，但如何保证这些行为模式在现实生活中（尤其是司法活动中）贯彻实施是实体法自身无法解决

① 英美法系又称判例法系、普通法系，以英国和美国为代表，是在英国的普通法基础上发展起来的法律的总称。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的问题。按规范法学的说法，它必借助于另外一种规范——程序性规范保证其实行。因而，也有人把程序性规范视为实体规范实施的保护性规范。另外，法治的要义在于限权，而限权的意义，有两方面的内容，这就是限制权利的滥用和权力的越权行使。而要达到限权的目的，从法律上看有两种可以采取的措施：一是实体规范应尽量明确权利与权力的范围、界限。二是用程序规制权利与权力行使的方式、方法。如果离开程序，限权很可能变成一种自觉自愿的行为，其制约因素就少了许多。正是看到了这一点，许多法学家极力主张借用程序法的设计限制权利与权力的任意行使，限制不断膨胀的自由裁量权。程序公正也许是法学家贡献给世人并能实现的最基本公正。按照程序办事，可能是法律行为区别于其他行为方式的最主要特征。我国目前的程序法主要是指刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法。现在立法法也基本规定了立法程序。相信最近还会制定较为系统的行政程序法。这些程序法是法律的重要组成部分，舍此法治便会失去重要保障。

（三）法律的强制性特征

古老的中华法系，在其发展过程中非常重视法律的强制性特征，“法者刑也”的观点被反复强化，而刑在很大程度上主要是指刑罚措施。无论是今天意义上的民法、婚姻法或行政法，在中国古代对违法行为的处理结果均与强制惩处有密切关系。法律的强制性被淋漓尽致地发挥。据史学家论证“夏有乱政，而作禹刑，禹刑之属三千”，“商有乱政，而作汤刑，汤刑之属五千”，这里的“三千”、“五千”均可能指的是刑罚的各种具体措施。

法律的强制性特点是与其他行为规范相比较而得出的结论。这当然不是说道德规范、宗教规范和纪律规范不具有强制性，只是说法律的强制性与其他规范不同。宗教等规范其强制性主要来自人们的内心压力，其实施保障主要来自社会舆论的压力或宗教组织的威吓等。而法律的强制力主要来自国家——这一合法的强力

系统。法律与国家结合，主要想借助国家强力使其得到全面的贯彻。刑事法律判决主要由国家机关执行，民事法律判决虽然大部分靠公民和法人自觉履行，但不自觉履行的情况也时常出现，这就需要国家机关强制执行。法律如果失去了强制性，从实际效力来看，还不如道德有力量。统治阶级之所以愿意把许多规范纳入法律体系，在一定程度上也是看到了法律强制性的魅力。从一定意义上说法律有了强制性才衍生出它的权威性。许多法律如果离开了强制，就可能成为毫无意义的空气震动。这一点对那些经常违法犯罪的人尤为如此。对法律的强制性体会最深的也许就是那些受过法律制裁的人；法律的威慑力，主要源自法律的强制措施。

但我们应注意的是：法律的强制性特征并不意味着刑罚措施越重越好，刑罚的人道化是法律发展的一个趋势。在民事领域如果法律能与正义、理性结合起来，强制性措施就可能成为常设而不一定常用的规则。

四、法律的作用及其局限性

法律的作用有时被学者们称为法律的功能，是指法律对社会产生的影响。对法律的作用，我们可以从不同的角度观察。传统法理学大多从法律的社会作用和规范作用两个方面叙述。

（一）法律的社会作用

法律的社会作用是指从法律与社会的关系以及法律的目的来观察叙述法律的作用。规范性法律是由人创设的。其创设方式有制定和认可两种形式。无论是制定的法，还是认可的法都带有立法者的目的。如果我们把立法者认定为统治阶级，那么，法律的主要社会作用就是维护阶级统治。如果我们把立法者看做国家，那么法律的社会作用就是指执行公共事务。因为国家是阶级矛盾达到不可调和的时候产生的，为了使相互争斗的阶级不至于在斗争中同归于尽，才产生了凌驾于各阶级之上的国家机器。国家虽然

是维护阶级统治的工具，但国家政权的掌握者，为了使自己的统治能够进行下去或者保持其统治阶级的地位，也不得不担负起公共事务的职责。法律对阶级统治的维护，主要靠在法律中规定统治阶级的政治统治（如阶级地位、统治权力、机构）以及经济统治和文化思想统治等，并在法律执行过程中对那些不利于阶级统治的行为进行打击。执行公共事务的法律，主要是为了使秩序得以实现而制定的那些对任何阶级都有利的法律，如环境法、资源法、能源法、交通法、食品卫生法、教育法、体育法等。实际上，现代社会中的大部分法律都是执行公共事务的法律。但我们并不能因此而忽视法律对维护阶级统治的作用。

（二）法律的规范作用

从法律是调整人们行为的规范这一角度来观察法律的作用就是法律的规范作用。一般认为，法律有如下规范作用：第一，指引作用。通过了解法律，人的行为有了大体的方向，这就是法律的指引作用。法律指引主要通过设置一系列行为模式来进行。这些行为模式，一般规定某种行为的条件、行为方式和行为后果。通过肯定与否定的后果，引导人们按法律模式活动。第二，评价作用。从评价行为的角度看，我们可以把法律称为标准，实际上是人们把法律当成标尺并以此来衡量他人的行为。据此标准衡量可以把人们的行为分为合法行为、违法行为和非法行为（既不违法也不合法的行为）三种结果。其中，法官对当事人行为的评判最为重要，因为它直接影响到当事人的行为自由或利益。第三，预测作用。法律公布以后人们可以据此相互预测对方的行为，以利于行为者决策。个人也可以通过法律预测自己行为的后果，从而增大行为安全性。第四，教育作用。法律的教育作用表现在两个方面：一方面，法律是知识体系，这里面包含着人类对正义、理性的追求，也包含着人类的智慧。人们可以通过学习法律知识、原理受到教育。另一方面法律的实施，对违法者本人也是一种教育，对合法行为者是一种

“奖励”,从而促使人们更愿意依法办事。第五,解决纠纷。法律不仅包括实体法,而且包括程序法。程序法律的重要功能就是通过法官的活动解决各种民事、刑事、行政、经济纠纷。当然,纠纷的解决可能有多种途径,但在现代社会人们更倾向于利用法律手段解决纠纷。因为,法律手段是一种和平、文明的解决纠纷的方法,是法治社会所倡导的一种方法。

(三)法律作用的局限性

在法律作用问题上有两种典型的错误观点:一种观点是法律虚无主义,另一种是法律万能论。法律虚无主义的错误在于看不到法律的作用,认为法律可有可无。这种观点根植于无政府主义思想。在中国历史上和“文革”过程中,曾多次出现并泛滥。法律万能论源于西方法治世界观形成时期。那时,许多思想家推崇法律,把法律视为除了不能把男人变成女人之外的万能的东西。这种观点很快受到了批评,但近年来在我国少数人的心目中,法律万能论有所表现,如认为什么行为都可依法治理等。这实际上是对法律作用不了解的表现。法律在社会中确实发挥着重要作用,但法律决不万能。法律对社会的调整,对人行为的规范以及对权利的救济,只能在有限的范围内进行。许多行为并不宜用法律来调整,如恋爱关系、友谊关系等。许多权利也没有办法用法律来救济(如证据不充分,法官又无法运用法律推定等)。对法律的正确姿态是:我们必须充分认识法律的作用,但决不可轻言法律万能。法律像其他社会现象一样,既有其正面作用也有其消极的一面。片面地强调任何一个方面都可能会危害我们的法治事业。

第二节　法律思维方式

一、法律渊源与法律形式

(一)法律渊源

法律渊源是一个常被误解的概念,在过去的法理学教科书中,法律渊源被称为法律的表现形式。其实法律渊源在西方法学中是指与司法活动密切相关的问题。大体上,我们可以把法律渊源视为法官法源,即法官用以裁判案件的法律源自何处的问题。在法律渊源中的法律与作为一般行为规范的法律有很大关系,但并不等于一般的规范性法律。渊源的意思是说法官裁判案件的法律的来源。一般认为,法官裁判案件应具备合法性特征,应依法裁判,而裁判的合法性主要来自法律。但是,这里的法律是广义的法律,即能作为判决来源的各种法律形式都可以作为法源。一般认为,法官判案在大多数情况下,首先应依据制定法;当制定法对某一领域的事务有特定认可形式时,而案件又属于特殊法律调整时则优先应用习惯法、国际法等。当出现制定法、习惯法和国际法对某些问题没有规定时,法官可以在法律的非正式渊源中去寻找法律的其他渊源。这些形式常称为法律的非正式形式,主要包括公平、正义观念,善良风俗,法理学说,事物本质,理性,国家的有关政策等。值得注意的是,法律的非正式渊源主要解决的是判决的合理性问题。从上面的叙述中,我们可以看到,法律的表现形式不同于法律渊源,它只是作为法官判决案件的法律源泉。

(二)法律的表现形式

法律的表现形式可分为两大类:法律的正式形式与非正式形式。在我国,法律的正式形式,主要包括制定法、习惯法和国际法。

制定法是指由国家立法机关所颁布的法律。按其级别效力，可分为宪法、基本法律、法律、行政法规、地方性法规及与其并行的民族区域自治法、经济特区法、行政特区法等。国际法和习惯法都属于国家认可的法律。国际法作为正式法律必须经国家认可，这是一个国家主权的体现。非正式法律主要包括公平、正义观念，法理学说，国家的政策，事物的本质和理性等。为什么法官在判决案件的过程中要考虑非正式法律？其原因有二：第一，正式法律是由立法者制定和认可的，是一种较为明确的行为规范，但是法律越明确，其涵盖的范围就越小，这就越可能出现法律的漏洞，或者出现相互矛盾的情况，如要弥补法律漏洞，协调法律间的矛盾，单靠正式法律自身无法解决。同时为克服法官裁判的任意性，也需要借助社会中存在的其他规范进行衡平。第二，法律的目的是达到公平、合理地解决纠纷。所以，法官处理案件不仅要讲法，还得说理，虽然成文法律中蕴含着人类社会的基本正义要求，但这只是一般的抽象正义，而法官要解决的是个案。有时个案中的正义与法律会相互冲突。为了使正义能在个案中实现，各国法律一般都允许法官在个案中应用正义原则对一般的法律进行适当的修正，以便使判决既合理又合法。在这种情况下，法律的非正式形式往往可以作为法源。另外，判例法也是需要说明的问题。判例法在英美国家是法律的正式形式。英美国家法官应用遵循先例的拘束力原则，因而判例法是其最主要的法律形式。我国的法律传统和技术与大陆法系接近，判例一般不属于正式法律。但我国最高人民法院以典型判例的形式在《最高人民法院公报》中公布的案件对下级法院也有一定的影响。此外，由于存在上诉制度，因而上级法院的判决对下级法院也会产生相应的影响。所以判例在我国虽然不属于正式法源，但也可以视为非正式法律形式。

需要全本请访问 www.ertongbook.com