

GAODENG XUEXIAO FAXUE JINGPIN JIAOCAI XILIE



高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 总主编

法学概论

Introduction to Law

陈明添 吴国平/主 编

郭敏峰 陈建智/副主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 **总主编**

法学概论

Introduction to Law

陈明添 吴国平/主 编

郭敏峰 陈建智/副主编

撰稿人（按章节顺序）

杨阿丽 陈建智 潘书宏

段晓彦 蒋扬帆 刘 诚

林翠秀 陈玉玲 于静涛

林忠志 陈 琳 王书娟



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/陈明添,吴国平主编. —厦门:厦门大学出版社,2010.9

(高等学校法学精品教材系列/朱崇实总主编)

ISBN 978-7-5615-3672-8

I. ①法… II. ①陈…②吴… III. ①法学-高等学校-教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 177645 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建省金盾彩色印刷有限公司印刷

2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:32.75 插页:2

字数:660千字 印数:1~5000册

定价:40.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

G A O D E N G F A X U E Y U A N X I A O J I N G P I N J I A O C A I X I L I E

高等学校法学精品教材系列编委会

主 任：朱崇实

执行主任：朱福惠

编 委：（按姓氏笔画）

朱崇实	朱福惠	刘瑞榕	汤玉枢
许步国	李绍平	吴国平	陈训敬
陈泉生	陈晓明	陈福郎	林旭霞
林秀芹	柳建闽	廖益新	

秘 书：施高翔

厦门大学出版社

总序

中国的改革开放要求建立一个法治社会。与这样的一个宏伟目标相适应,自1979年以来中国的法学教育蓬勃发展,截至2006年,全国已经成立了法律院校600多所,在读大学生数十万人(尚不包括大中专及夜大、成人教育的学生人数)。应该承认,我国法学教育在迅速发展的同时也存在教育质量参差不齐、不能完全适应社会发展需要等方面的问题。因而,积极推进教学方式改革,促进法学课程体系的完善,努力培养“宽口径、厚基础”的复合型法律人才,已经成为法学教育界的共识。为达成此种目的,法学教育中的课程建设及其相关的教材编写,在当前法学教育大调整的格局中显得尤其重要。基于上述考虑,我们特组织福建省各高等法律院校的主要学术骨干编写了这套教材,各部教材的主编均是福建省高等学校法学院的主要学科带头人。例如,《国际经济法》主编廖益新教授、《民法总论》主编蒋月教授、《环境法》主编陈泉生教授、《宪法学》主编朱福惠教授、《刑法总论》主编陈晓明教授和《法理学》主编宋方青教授等,都是在本学科领域颇有建树,得到同行认可并深受学生喜爱的优秀教师。其他参与教材编写的也都是教学第一线的中青年骨干教师,具有良好的法学教育背景,许多人兼通中西法学。由于众多优秀教师参与编写,使这套教材的质量有了可靠的保障。

厦门大学法学院在编写这套教材中发挥了积极的作用。厦门大学是国内最早开设法科的高校之一,从事法学教育已经有八十多年的历史。改革开放以来,法学院在1986年即获得博士学位授予权,2006年获得法学博士授权一级学科,现设有国际法、经济法、民商法、宪法与行政法、诉讼法、法理学和刑法学七个博士点,拥有法学博士后流动站。国际法是国家重点学科,民商法、经济法、宪法与行政法是福建省重点学科。在学科建设取得重大成就的同时,法学院适应我国法制发展的需要,为国家和社会培养了大批优秀的法律人才,成为我国重要的法学研究和人才培养的基地。为了推动我国法学教育事业的发展,厦门大学法学院联合福建省各主要高校的法学院系编写了这套教材,其目的在于整合福建省高校法学教学资源,加强各高校法学教师的联系,总结教学经验,为福建省乃至全国的法学教育作出更多有益的贡献。

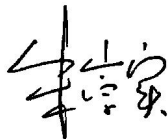
这套教材具有如下几个特色：

第一，依据法学本科教育的特点和规律，吸收我国法学理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。我们认为，本科教学以培养初级法律人才为直接的教育目标，因而必须注重基本概念、基本原理与基本制度的讲解与传授，而不能一味求新求奇，更不能以个别专家的学术观点取代理论界已经形成的共识。我国处于社会转型时期，改革开放事业日新月异的发展，国家的法律制度的变革十分迅速，法学理论的发展更有“一日千里”之势。为了确保本科教育的培养质量，我们在教材内容的甄选方面，努力做到既注重基本知识、理论共识，又注意吸纳理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。

第二，依据法律人的思维范式编撰教学内容，寓“德育”于法律知识教育之中。如前所述，法学教育的总目标在于培养社会主义法治国家的“治国之才”。新时代的法律人才不仅应当具备扎实的法学知识理论功底，而且还应当具有牢固的法律信仰和优秀的道德品质。法律人所具有的这种独特的信仰和道德，与其独特的知识背景和思维范式联系在一起，共同构成法律人所特有的人文精神。如欲培养法律人的道德品质，空洞的道德说教无济于事。唯有依据法律人独特的思维范式、将公平正义的法律理念融汇在教学内容中，学生才能在学习的过程中逐渐自觉地确立法律信仰，法律道德的培养才能初具成效。基于这种认识，我们依据法律人的思维范式编撰教学内容，力图寓“德育”于法律知识教育之中。

第三，依据当代中国社会对于法律人才的要求，努力建构完善的课程体系与教学内容体系。要培养合格的法律人才，建构完善的法学课程体系至关重要。我们根据本科教学的要求，首先组织编写十四门核心课程的教材，对法学上的基本概念和基本原理作了较为清晰的阐释。除此之外，还组织编写了房地产法、证券法、公证与律师制度和知识产权法等与市场经济发展密切相关的法学教材。希望我们这一套教材能够为本科法学教材体系的发展作出微薄的贡献。

由于我们的水平有限，缺点和错误在所难免，敬请读者批评指正。



2007年8月1日

前 言

社会主义市场经济的本质就是法制经济,随着我国社会主义市场经济的不断深入发展,对法制建设提出了更高的要求。法治,乃人心所向,但任重道远!

《法学概论》是面向非法学专业大学生的一本理念教育教材,本书坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想及科学发展观为指导,以培养大学生基本法律意识及树立社会主义法治理念为根本出发点。针对非法学专业大学生学习的特点,围绕高等学校人才培养目标,寓“德育”于法律知识教育之中。本书在体例和内容上均有所创新,全书分为法的概念、法的价值和作用、法的结构、法的运行、法与其他社会现象、法治、中西法律思想史、宪法、刑法、民法、行政诉讼法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等,共计五编十五章。编写过程中,我们注重反映法学研究新成果、新动向;语言表达上避免艰深晦涩,注重简明易懂,同时又不失法律语言的规范性。本书力求做到系统性、科学性相统一,使学生能相对系统、完整地掌握我国法学基本理论、基本框架和基本知识体系,树立正确的法律意识和法治理念。

本书由陈明添教授和吴国平教授担任主编,郭敏峰副教授、陈建智讲师担任副主编,负责本书的统稿和修改工作。本书具体撰写分工如下(以撰写章节先后为序):

杨阿丽,撰写第一章、第二章、第三章;陈建智,撰写第四章、第五章;潘书宏,撰写第六章、第九章;段晓彦,撰写第七章、第八章;蒋扬帆,撰写第十章;刘诚,撰写第十一章第一、二、三、四节;林翠秀,撰写第十一章第五、六节;陈玉玲,撰写第十一章第七、八、九、十节;于静涛,撰写第十二章;林忠志,撰写第十三章;陈琳,撰写第十四章;王书娟,撰写第十五章。

法学理论与实践博大精深,许多问题值得进一步探讨和研究。由

于我们的理论水平及实践经验有限,本书难免有疏漏、不妥之处,恳请学界专家及读者不吝指正,以便我们今后进一步修改、完善。

衷心感谢“高等学校法学精品教材系列”编委会将本书纳入其系列,特别感谢厦门大学出版社的大力支持和帮助!

主编 谨识

2010年7月20日

目 录

总序
前言

第一编 法的基本原理

第一章 法的概念	(3)
第一节 法的定义、本质及特征	(3)
第二节 法的渊源及效力	(10)
第二章 法的价值和作用	(15)
第一节 法的价值	(15)
第二节 法的作用	(21)
第三章 法的结构	(29)
第一节 法的要素	(29)
第二节 权利与义务	(33)
第三节 法律行为	(36)
第四节 法律关系	(40)
第五节 法律体系与法律部门	(46)
第四章 法的运行	(50)
第一节 立法、守法、执法、司法与违法.....	(50)
第二节 法律责任	(62)
第三节 法律解释	(66)
第四节 法律监督	(69)
第五章 法与其他社会现象	(75)
第一节 法与经济	(75)
第二节 法与政治	(80)
第三节 法与道德	(85)
第四节 法与文化	(89)
第六章 法治	(91)
第一节 法治的内涵及特征	(91)
第二节 社会主义法治理念	(93)

第二编 中西法律思想史

第七章 西方法律思想史	(109)
第一节 古希腊罗马的法律思想.....	(109)
第二节 中世纪的法律思想.....	(111)
第三节 西方近代法律思想.....	(112)
第四节 西方现当代法律思想.....	(115)
第五节 西方马克思主义法学.....	(123)
第八章 中国法律思想史	(130)
第一节 先秦时期的法律思想.....	(130)
第二节 秦汉至明清的法律思想.....	(136)
第三节 中国近代的法律思想.....	(140)
第四节 中国传统法律思想与现代法理念.....	(145)

第三编 宪法学

第九章 宪法	(159)
第一节 宪法概述.....	(159)
第二节 我国的基本制度.....	(167)
第三节 社会主义物质文明、政治文明和精神文明协调发展.....	(179)
第四节 我国公民的基本权利和义务.....	(182)
第五节 我国的国家机构与象征.....	(192)

第四编 主要实体法

第十章 刑法	(213)
第一节 刑法概述.....	(213)
第二节 犯罪及犯罪构成.....	(223)
第三节 犯罪形态.....	(240)
第四节 刑罚.....	(247)
第五节 几类常见的犯罪行为.....	(257)
第十一章 民法	(284)
第一节 民法概述.....	(284)
第二节 民事法律关系.....	(287)
第三节 民事法律行为和代理.....	(289)

第四节	民事权利和义务	(301)
第五节	物权制度	(304)
第六节	债权制度	(311)
第七节	人身权制度	(320)
第八节	婚姻、家庭、继承制度	(322)
第九节	知识产权制度	(337)
第十节	民事责任与诉讼时效制度	(344)
第十二章	行政法	(348)
第一节	行政法概述	(348)
第二节	行政法律关系的主体	(355)
第三节	行政行为	(362)
第四节	行政程序	(388)

第五编 程序法

第十三章	刑事诉讼法	(393)
第一节	刑事诉讼法概述	(393)
第二节	刑事诉讼的基本原则	(400)
第三节	刑事诉讼管辖	(407)
第四节	刑事辩护和代理	(410)
第五节	刑事强制措施	(414)
第六节	刑事诉讼主要程序	(420)
第十四章	民事诉讼法	(430)
第一节	民事诉讼法概述	(430)
第二节	民事主管与管辖	(438)
第三节	诉讼参加人	(447)
第四节	民事诉讼证据制度	(455)
第五节	诉讼保障制度	(460)
第六节	民事诉讼主要程序	(465)
第十五章	行政诉讼法	(486)
第一节	行政诉讼法概述	(486)
第二节	行政诉讼的受案范围	(490)
第三节	行政诉讼管辖	(493)
第四节	行政诉讼参加人	(496)
第五节	行政诉讼证据制度	(501)
第六节	行政诉讼的主要程序	(502)

法的基本原理

第一编

LAW

第一章 法的概念

第一节 法的定义、本质及特征

一、法的定义

(一)法的词源和词义

我国学者在研究法的含义,探求法的定义时,通常是从“法”的词源和语言意义来进行考察的。

1. 法的词源。中文法字,在西周金文中写作“灋”,由三部分组成:灁、廌、去,与其他汉字一样,是一个绝妙的意象丰富的象形文字。据我国第一部字书《说文解字》解释:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^①从这一解释中可以看出,古代的“灋”包括以下几层意思:第一,“灋”和“刑”两个字是通用的,代表着制裁、惩罚之意,也有规范之意;第二,“平之如水,从水”,喻示法像水一样平,表明法有公平、公正之意;第三,“廌,所以触不直者去之,从去”,表明法有明辨曲直之意。廌(音 zhì),是传说中的一种独角神兽,它的头上长着一支独角,锋利无比,故又俗称独角兽。廌有分别罪与非罪的本能,有罪则触,无罪则不触。见人争斗时,用它的一只独角向无理、有罪的一方触去,是非曲直,立见分晓。无论当时的法能否做到公平与公正,但至少可以表明这一释义寄寓了中华民族对法的原始的美好愿望。

在古代中国,法又往往与律通用,《唐律疏议》明确解释道:“法,亦律也”,“律之与法,文虽有殊,其义一也”。据史籍记载,商鞅变法,改“法”为“律”,从此“律”字广泛使用,其频率高于法。我国古代法典大都称为律,如秦律、汉律、魏律、晋律、隋律、唐律、明律、清律,只有宋代称刑统,元朝称典章。

虽然汉字“法”、“律”已有两千年以上的历史,但作为独立合成词的“法律”却是

^① 张文显主编:《法学概论》,高等教育出版社2004年版,第3页。

在清末民初由日本传入我国的。^①

2. 法的词义。在现代汉语中,法和法律基本上可以当作同义词,但也有区别。在我国法律制度中,一般认为“法律”一词有广义和狭义两种含义。广义的法律泛指法律的整体,包括作为根本法的宪法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、地方国家权力机关制定的地方性法规、国务院各部委制定的行政规章以及省级人民政府制定的地方性规章等等。狭义的法律仅指拥有立法权的国家机关根据法定权限,依照法定程序所制定的规范性法律文件,在我国仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。为了区别起见,多数学者习惯于把广义的法律称为法,而把狭义的法律仍称为法律,但在多数场合下,仍统称为法律。

(二)法的概念

法在现代社会中几乎无所不在,但由于法是一种非常复杂的社会现象,给法下定义是一件非常困难的事情。在人类法律的发展史上,不同的法学家从各自的角度来解释什么是法,提出了形形色色的法的定义。从宏观上,可以把法的定义划分为西方非马克思主义的定义和马克思主义的定义。

概括起来,西方非马克思主义的法的定义主要有以下几种学说:

1. 命令说。认为既然法的效力来自于国家的权力,法就应当是国家命令的体现,法是国家对人民的命令。

2. 规则说。认为法是一种公之于众的行为规范,用来指引人们的行为。

3. 判决说。认为法是法官的判决。大法官霍姆斯曾说:“我所谓的法,不过是关于法院事实上将做什么的预测而已,而不是别的什么。”^②

4. 正义说。历史上许多思想家认为,法律是正义的化身和体现。亚里士多德说:“要使事物合于正义,须有毫无偏私的权衡,法恰恰是这样一个中道的权衡。”^③古罗马法学家凯尔苏斯直言法是善良公正之术。格劳秀斯认为,法是道德行为的规则,它责成人们作出公正的行为。上述学说对于人们进一步认识、解释法律现象都产生了一定的影响,既有其合理的一面,也有其不足的一面。

我国法学家在马克思主义辩证唯物主义和历史唯物主义的基础上,吸收西方法律学的优秀成果以及现代法理学的研究成果,在法的定义方面作了许多有益的探索。我国学者目前提出的有代表性的法的定义主要有以下几种:

沈宗灵教授认为法是经国家制定或认可的,反映着被一定物质生活条件决定的统治阶级(在社会主义社会,是工人阶级为首的广大人民)的意志,并且由国家强

^① 徐永康主编:《法理学专论》,北京大学出版社2008年版,第10页。

^② 徐永康主编:《法理学专论》,北京大学出版社2008年版,第11页。

^③ 徐永康主编:《法理学专论》,北京大学出版社2008年版,第13页。

制力保证实施的规范体系。它通过确认人们在一定社会关系中的权利和义务,确认、保护和发展着对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。

刘作翔教授对法作了如下定义:法是国家制定或认可,并由国家强制力保障实施的、以权力和义务的形式表达其要求的规范或规范体系。^①

张文显教授认为法是指由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权力和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整对象,反映特定物质生活条件所决定的统治阶级(在阶级对立社会)或人民(在社会主义社会)的意志,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。^②

上述定义虽然表述各有不同,但主旨是一致的。本书采纳上述沈宗灵教授关于法的定义的方法。第一,该定义揭示了法作为上层建筑是由经济基础决定的;第二,该定义明确揭示了法的最终目的和作用,也即是确认、保护和发展着对统治阶级(广大人民)有利的社会关系和社会秩序;第三,该定义的表述结构较为清晰,语言通俗易懂,对于初学者来说可以更好地理解什么是法。因此,本书认为,法是经国家制定或认可的,反映着被一定物质生活条件决定的统治阶级(在社会主义社会,是工人阶级为首的广大人民)的意志,并且由国家强制力保证实施的规范体系。它通过确认人们在一定社会关系中的权利和义务,确认、保护和发展着对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。

二、法的本质

从哲学意义上讲,本质是指事物本身所固有的,决定事物性质、面貌和发展的根本属性,是事物的内在联系。法的本质是法学研究中一个重要而又复杂的问题,马克思主义创始人以唯物史观为基础,把法的现象放到整个社会大系统中加以考察,科学地确定了法在社会大系统中的地位,从而真正揭示了法的本质。根据马克思主义的基本原理,结合上述法的定义的内容,我们认为,应该从以下三个层次来分析法的本质。

(一)法是统治阶级意志的体现

统治阶级意志是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志。在我国现阶段,统治阶级意志体现为工人阶级为首的广大人民的意志。法律是统治阶级的阶级意志,是统治阶级的一般意志、整体意志和普遍意志,是统治阶级的共同意志,而不是统治者个人的意志,也不是统治者个人意志的简单相加,更不是统治者的任性和随

① 刘作翔主编:《法理学》,社会科学文献出版社2005年版,第45页。

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2003年版,第46页。

意。这种阶级意志是通过规范化、制度化、法律化、系统化和一般化而成为法律的。法律正是通过规范化、制度化、法律化、系统化和一般化,把个别性的东西转变为普遍性的东西,把局部性的东西转变为整体性的东西,把集团性的东西转变为社会共同性的东西。经过这种升华了的意志,就真正变成社会的规范规则。

(二)法是以国家意志的形式表现出来的统治阶级意志

法律所体现的统治阶级意志,不是其意志的全部,而是上升为国家意志的那部分意志。对于上升为国家意志的统治阶级意志,全体社会成员都必须遵守,否则,将遭致国家强制力的制裁。在统治阶级取得政权后,其阶级意志以国家为中介上升为法,以法律作为一般表现形式。实现这种转变通常有两个途径:一是国家对法的制定,即有权的国家机关通过特定程序将统治阶级意志制定为法律规范;二是国家认可,即有权的国家专门机关,对社会上现实存在的符合统治阶级意志的一般社会规范赋予法律效力,使之成为事实上体现统治阶级意志的法律规范。也就是说,意志是多种多样的,并非也不需要所有的阶级意志都上升为法律,转化为法律。只有经过法律程序确定、认可、处理的那一部分意志,才是法律。因此,法必须体现国家意志,国家意志性是法的本质属性之一。

(三)法所表现的统治阶级意志是由特定的社会物质生活条件所决定的

马克思指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系。”^①马克思所谓的“物质的生活关系”,就是指社会的物质生活条件。可见,社会物质生活条件是法的本源性存在基础。

物质生活条件是指与人类生存有关的物质资料的生产方式、地理环境、人口等因素。其中,物质资料的生产方式是决定因素。马克思主义基本理论告诉我们,政治、法律、国家等制度性的社会组织和结构,哲学、文学、历史、宗教、道德、法律思想等思想性的社会要素,都是在一定的社会生产方式基础上进行的,受制于一定社会的生产力和生产关系,受制于一定社会的经济基础。法律作为一种独特的社会现象,与其他社会现象一样,依存于一定的生产方式及生产力和生产关系,依存于一定的经济基础,它的存在、发展、运作和实施都受制于生产方式、经济基础,是由社会生产方式所决定的。有什么样的生产方式,就有什么样的法律;离开了一定的生产方式,法就失去了存在的根据和基础,也就无从产生、存在和发展。不同时代的法律之所以会有不同的内容,如奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法之所以在内容上各有不同,就是因为它们反映不同时期的物质生活条件,体现了社会生产力对法的根本要求。

^① 《马克思恩格斯全集》第13卷,人民出版社1962年版,第8页。