

法学导论

FAXUE DAOLUN

张婧飞 主编
王世涛 主审



大连海事大学出版社

© 张婧飞 2014

内 容 提 要

张婧飞 (CIP) 目 录 张婧飞 编

本书是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门

法 学 导 论

张婧飞 主编

王世涛 主审

中国版本图书馆 CIP 数据 (2014) 第 218293 号

大连海事大学出版社

大连海事大学出版社

© 张婧飞 2014

图书在版编目(CIP)数据

法学导论 / 张婧飞主编. — 大连: 大连海事大学出版社,
2014.9

ISBN 978-7-5632-3088-4

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—高等学校—教材
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 218293 号

大连海事大学出版社出版

地址:大连市凌海路 1 号 邮政编码:116026 电话:0411-84728394 传真:0411-84727996

<http://www.dmupress.com> E-mail:cbs@dmupress.com

大连住友彩色印刷有限公司印装 大连海事大学出版社发行

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

幅面尺寸:140 mm × 203 mm 印张:4

字数:98 千 印数:1 ~ 600 册

出版人:徐华东

责任编辑:王桂云 杨玮璐

责任校对:刘长影

封面设计:王 艳

版式设计:解瑶瑶

ISBN 978-7-5632-3088-4

定价:10.00 元

内 容 提 要

本书是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门教材。全书分为八章:第一章法律概念,介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念;第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。

力求做到由浅入深,循序渐进、融会贯通。

全书分为八章:第一章法律概念,介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念;第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。这八章的内容既包括对法学和法律现状的概括,也有关于实体法的具体理论阐述。同时,笔者也考虑到法学专业大学一年级学生初涉法学的客观情况,在帮助他们获得相关法学基础知识的同时,有意地增加了对主要的法律部门的介绍,这使得本书具有不同于其他法学导论教材或者法学通论教材的一个显著特点。本书在内容编写上尽可能地删繁就简,侧重对基本概念、原理的梳理和阐释,并提供给读者更多的思考空间,努力做到无论是在内容还是体例上,都能更适合法学一年级的学生以及其他法学初学者学习之用。

全书由张婧飞主编,由王世伟教授主审。本书在编写的过程中,参考了大量的相关资料和文献论著,在此向相关作者表示感谢。

编 者

2014年6月

前 言

《法学导论》一书是大连海事大学 2014 年校内教材出版资助项目之一,是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门教材。希望该书可以成为他们步入法学殿堂的入门阶梯,也可以为他们今后进一步学习部门法学的相关课程打下一定的知识基础。此外,该教材又和法学专业开设的法理学课程的内容相呼应,以求做到由浅入深、循序渐进、融会贯通。

全书分为八章:第一章法律概念,介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念;第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。这八章的内容既包括对法学和法律现状的概括,也有关于实体法的具体理论阐述。同时,笔者也考虑到法学专业大学一年级学生初涉法学的客观情况,在帮助他们获得相关法学基础知识的同时,有意地增加了对主要的法律部门的介绍,这使得本书具有不同于其他法学导论教材或者法学通论教材的一个显著特点。本书在内容编写上尽可能地删繁就简,侧重对基本概念、原理的梳理和阐释,并提供给读者更多的思考空间,努力做到无论是在内容还是体例上,都能更适合法学一年级的学生以及其他法学初学者学习之用。

全书由张婧飞主编,由王世涛教授主审。本书在编写的过程中,参考了大量的相关资料和文献论著,在此向相关作者表示感谢!

编 者

2014 年 6 月

目 录

导言	(1)
第一章 法律概念	(4)
第一节 法的概念	(4)
第二节 法的作用	(9)
第二章 宪法	(17)
第一节 宪法释义	(17)
第二节 公民基本权利和义务	(21)
第三节 国家基本制度	(24)
第三章 民法	(31)
第一节 民法基本原理	(31)
第二节 民法的基本原则	(34)
第三节 民事法律关系	(36)
第四章 刑法	(44)
第一节 刑法基本原理	(44)
第二节 刑法的基本原则	(49)
第三节 犯罪	(52)
第五章 行政法	(60)
第一节 行政法基本理论	(60)
第二节 行政法基本原则	(65)
第三节 行政行为	(69)
第六章 经济法	(75)
第一节 经济法的概念	(75)
第二节 经济法的调整对象	(80)
第三节 经济法的界限	(83)

第四节 经济法律关系	(87)
第七章 劳动与社会保障法	(89)
第一节 劳动法基本原理	(89)
第二节 社会保障法基本原理	(96)
第八章 诉讼与仲裁制度	(103)
第一节 诉讼制度概述	(103)
第二节 诉讼基本原则	(107)
第三节 诉讼基本制度	(109)
第四节 诉讼程序	(112)
第五节 仲裁制度	(114)
参考文献	(117)
后记	(119)

导 言

一、法学的概念

所谓法学,是指以特定的概念、原理和思维方式研究法律现象的学问。

在中国古代,法学被称为“刑名之学”或“刑名法术之学”。刑名是指刑罚的名称或刑法的条文,可以追溯到战国时期韩国思想家申不害的“循名责实,慎赏明罚”思想。“法术”中,“法”是指国家制定的成文规则,“术”是帝王的统治之术。古罗马五大法学家之一的乌尔比安(Ulpian)指出,“法学是地神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学”^①。

西方最早出现的法学(Jurisprudence)一词源自古拉丁 Jurisprudentia,该词是由 jus(法)的形容词形式 juris 和另一词根 providere(实践知识)合成的。前者解释为法律、正义、权利,后者表示先见、知晓、聪明、知识等,两者合成一词,其原意是“法律的知识”或“法律的技术”。

为了有助于初学者开放而深入地理解什么是法学,我们有必要强调如下三个方面。

第一,法学的研究对象是法律现象。而这种法律现象是社会

^① [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社,1999年版,第11页。东罗马帝国皇帝查士丁尼(也有译为优士丁尼)发布敕令,规定五大法学家关于罗马法律的著述同法律本身一样具有法律效力,这五大法学家是帕比尼安、乌尔比安、保罗、盖尤斯和帕蒂斯蒂努斯,如果产生分歧时则以帕比尼安的解释为准。

现象的一个组成部分,是社会现象的一种特殊表现方式,这种特殊性表现在全部的法律问题都可以被置换为权利、义务关系问题。换句话说,权利与义务这组最基本的法学范畴,是我们理解法律现象、处理法律问题的逻辑线索。正是基于这种特殊性的权利义务关系,使得法学区别于伦理学、政治学及其他社会科学。基于此,有学者径直把法学称为“权利义务之学”。

第二,法律现象不仅包括法律的文本,也包括法律运行的各个环节。法律现象的研究涉及法律从无到有、从静止到运行的全过程。为了系统而深入地把握法律现象,学习者还要对过去的法律、对法律的历史进行分析和研究。基于此,法学与法律并非简单的关照或映射关系。

第三,法律现象不同于经济现象、道德问题等社会现象,法律现象存在于人类社会的方方面面,它与市场、伦理、文化等因素时时刻刻地交织在一起,并随时可能扭转或改变这些因素的法律属性。法律现象无法像经济、政治等问题一样保持某种特定的类型化的独立特征。基于此,法学研究与法律思维无法像经济学、伦理学和政治学那样简单地化约为某种特定的非此即彼的思维取向。

二、法学的性质

由前所述,我们已知法学是研究法律现象的学问,而后文我们会详细阐述,法律是调整人们行为和社会关系的规范。这就突出地体现了法学实践性的性质和特征。

第一,作为法学的研究对象,法律现象事无巨细,它从个人的行为,拓展至人与人之间的社会关系,再扩展至一个国家的经济、政治和社会秩序,以及国际性和全球性的交往行为和世界秩序。

第二,法学的实践性还体现在,法学研究并不能止于学理性的思辨,其必须要面向、关注和回应社会实践中的各种矛盾和纠纷,提供有效的解决方案并给出合法而有说服力的论证。

第三,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的概念和原理来实现的。法学是反映人的经验理性的学问,是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。法学是一种职业性知识体系,它所使用的语言是冷静、刚硬、简洁且符合逻辑的,是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言,与人们的“日常语言”存在一定的差别。在许多场合,法学的语言对外行人来讲是非常陌生的,如“无因管理”“不可抗力”等。

第四,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的思维方式来实现的。通过这种特定的法律思维方式,把善与恶、是与非、多与少等价值分歧和事实分歧纳入特定的纠纷处理模式中,并完成先后排序。

第一章 法律概念

第一节 法的概念

一、法的定义

法是什么？这是学习法律的人首先想要了解的问题，但同时也是一个最难给予明确回答的问题，因为法是一种非常复杂的社会现象。我们每天都可能耳闻目睹许多法律现象，譬如，在图书馆或书店里看到有关法律法规的书籍，在电视或报纸上看到有关立法、执法的新闻，在生活中目睹或听说周围的人打官司或违法犯罪的行为。要全面、准确地概括这么复杂的法律现象是很困难的。在法学史上，不同法学家提出的法的定义都不尽相同。每位法学家都力图对法做出一种最准确、最有效的解释，但最终都只能解释法律现象的某些方面和领域，而无法完整地解释和概括全部法律现象。

我们首先回顾一下历史上比较有影响的几类法的定义。第一类法的定义把法解释为行为规则。例如，我国古代著名思想家和政治家管仲认为，法律是官吏和百姓的行为规矩和准绳。西方中世纪著名的哲学家托马斯·阿奎那认为，法是导致人们做某些行动和不做其他一些行为的行为准则或尺度。美国法律人类学家霍贝尔认为，法律是这样一种社会规范，即如果有人对它置之不理或

违犯,拥有社会承认的权力的个人或集团就会以使用武力相威胁或实际使用武力。这一类定义比较符合普通人对法的理解和认识。我们通常把法理解为约束人的行为的规则,理解为国家制定和实施的行为规则。

第二类法的定义把法理解为某种意志。古代有许多思想家和当代的神学家都认为,法是神或上帝的意志。西方的自然法学派认为,法律是人类的理性。在资产阶级革命过程中,卢梭、罗伯斯庇尔等思想家、革命家认为,法律是全体人民共同意志的体现。列宁认为,法律就是统治阶级意志的体现,就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志表现。这一类定义揭示出法是人的意志的表现,认识到法是人的有意识活动的产物,具有一定的合理性。

第三类法的定义把法解释为社会控制的形式。例如,美国法学家庞德把法理解为发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式,即一种通过有系统、有秩序地适用社会强制力的社会控制形式。美国新自然法学派的代表人物富勒认为,法是使人们的行为服从规则治理的事业。这一类定义揭示了法的社会功能和目的。

第四类法的定义把法解释为人的行为或者活动。美国法学家卢埃林认为,法不是本本上的官方律令,法存在于官员或平民的实际活动中,特别是存在于法官的审判活动中。美国法律行为主义者布莱克认为,法存在于可以观察到的行为中,而非存在于规则中。这一类定义有助于打破把法律仅仅理解为条文的狭隘认识。其实,法律不仅存在于法律条文和法律规范中,而且存在于可观察的行为中。而且,只有存在于人的行为中的法律,才是真正的法律。不能转化为人的实际行为的法律,只不过是供人玩赏的摆设。

上述法的定义都从某一角度揭示了法律现象的某些内容和特征,但同时却忽视了法律现象的另一些内容和属性。总结法学史上的种种法的定义,对法的概念的一种比较完整的理解是这样的:

法是由一定的物质生活条件所决定的,由国家制定或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行为规范体系。

二、法的特征

任何社会都或多或少地存在着多种社会规范,告诉人们如何行为,以协调人际关系,建立社会秩序。社会规范是在人类社会生活中调整人们之间相互行为的准则。所有的社会规范都具有一般性的特点,即社会规范不是针对特定的某个人或几个人而设立的,而是针对社会上的一般人设立的。例如,“损坏他人财物应当赔偿”,就是一条社会规范。而“张三摔坏了李四的自行车,张三应当赔偿李四的自行车”,就不是一条社会规范,而是适用规范的具体处理决定。在一个大型的社会中,社会规范种类繁多,包括法律规范、道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会礼仪、行业规范、社会组织的规章等。法只是众多社会规范中的一类,但又是一类特殊的社会规范。法的特殊性体现在以下几个方面:

(一)法是调整人们的行为或社会关系的规范

法具有规范性。所谓规范,是指人们行为的标准或规则。但法不是一般的规范,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相互关系,在这一点上,法不同于语言规范,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,表现在其规定了人们的一般行为模式,从而为人们的相互行为提供了一个模型、标准或方向。法所规定的人们行为模式包括三种:(1)人们可以怎样行为(可为模式);(2)人们不得怎样行为(勿为模式);(3)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,它所适用的对象是不特定的人;它不仅仅适用一次,而是在其生效期间内反复适用的。

(二)法是出自国家的社会规范

法不同于很多其他社会规范的首要之处在于,法是由国家创立的社会规范,体现了国家对人们行为的评价,具有国家意志性。国家创立法的方式主要有两种:一是制定,即国家机关通过立法活动创制出新的规范。在不同的社会制度、政治制度和法律传统下,国家制定法的方式有所不同。国家制定的法一般以一定的规范性文件表述出来,所以被称为“成文法”。二是认可,即国家机关赋予某些既存的社会规范以法律效力。例如,国家司法机关在法律没有相应规定的情况下,依据社会的风俗习惯、一般道德规范来审判案件,实际上就是认可这些风俗习惯、道德规范为法。

法既然是由国家制定或认可的,它就必然具有国家意志的属性,因此具有高度的统一性、极大的权威性。这种统一性是从国家权力和国家意志的统一性中引申出来的。法的统一性,首先是指各个法律之间在根本原则上的一致;其次是指除极特殊的情况外,一个国家只能有一个总的法律体系,且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾。法的统一性有赖于国家的统一和政治上的安定团结。如果一个国家处于分裂状态或混乱局面,国家意志和国家权力不能有效地支配在其领土范围内居住的人口,法就失去其统一性。其他社会规范不具备这种高度的统一性,几乎在每一个国家中都同时存在着若干不同的道德体系、宗教、风俗习惯、政治规范体系、职业规范。从法的统一性又可引申出法的普遍适用性,即法作为一个整体在本国主权范围内具有普遍的约束力,任何国家机关和个人都不得有法律规定之外的特殊对待。法的权威性主要是指法的不可违抗性,任何国家都不会对严重违法行为放任自流。

(三)法是规定权利和义务的社会规范

法是通过规定人们的权利和义务,以权利和义务为机制,影响人们的行为动机,指引人们的行为,调节社会关系的。权利意味着

人们可以作为或不作为一定行为以及可以要求他人作为或不作为一定行为。法律通过规定权利,使人们获得某些利益或者自由。义务意味着人们必须作为或不作为一定行为。义务包括命令性义务和禁止性义务两种,前者要求人们必须做出一定行为,如纳税的义务;后者要求人们不得做出一定行为,如不得盗用他人注册商标的义务。法所规定的权利和义务不仅指自然人、法人及国家的权利和义务,而且也包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和职责。

法的这种调整和指导方式也使它与道德和宗教相区别。道德和宗教实质上或一般说来是以规定人对人的义务或人对神明的义务而调整社会关系的。法的这种独特的调整方式,使它为人们提供了比道德和宗教更广泛的选择自由的机会,因而更有助于充分发挥人们的积极性、创造性和主动性。有的社会规范,例如,党章、团章、工会章程等,虽然也规定了其成员的某种权利和义务,但在内容、范围和保证实施的方式等方面,与法律上的权利和义务有很大区别。

(四)法是由国家强制力保证实施的社会规范

任何一种社会规范,都有保证其实施的社会力量,即都有某种强制性。然而,不同社会规范的强制性在性质、范围、程度和方式等方面是不尽相同的。例如,道德是依靠人们的内心信念、社会舆论保证实施的,违反道德的人通常会受到社会舆论的轻蔑、批评、谴责,如果他是一个组织的成员,还可能同时受到所属组织的处分。在这里,每一个有关的组织,每一个社会成员,都可以把违反道德的责任直接同违反者联系起来,直接实施道德制裁,而不需要经由什么特定的程序,不需要借助系统化的暴力。法的实施则不同。法是由国家强制力保证实施的,尽管不同性质的法,保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同。任何法要想称其为法并且继续是法,国家必须对违法行为实施制裁。

必须指出,法依靠国家强制力保证实施,这是从终极意义上讲的,即从国家强制力是法的最后一道防线的意义上讲的,而非意味着法的每一个实施过程,每一个法律规范的实施都要借助于国家的系统化的暴力,也不等于国家强制力是保证法实施的唯一力量。如果一个国家的法仅仅依靠国家政权及其暴力系统来维护,这个国家的法就称为纯粹的暴力。在法律实施过程中,国家暴力常常是备而不用的。

第二节 法的作用

法的作用表现为法对人的行为以及对社会关系产生的影响。由于法不仅调整人与人的关系,而且通过规范人对自然的开发、改造活动而调整人与自然的关系,因此,法的作用是相当广泛的。而且,法调整的范围越大,法的社会地位越高,法的作用就越强。法的作用有多种多样的表现形式,可以依据不同的标准对其进行分类。按照法在社会中发挥作用的形式和内容,法的作用可以分为规范作用和社会作用。从法是一种行为规范来看,法必然具有规范作用;从法对社会关系产生的影响来看,法必然具有社会作用。按照法的作用是否对人有益,法的作用可以分为积极作用和消极作用。积极作用是指法对人所具有的有益的、积极的作用,消极作用是指法对人所具有的消极的、有害的功能。法不是完美无缺的。法虽具有其他社会规范所无法比拟的巨大的积极作用,但同时法也有其内在的局限性,具有一些消极作用。下面我们从法的规范作用、社会作用、局限性等方面对法的作用进行分析。

一、法的规范作用

法的规范作用,是指法作为一种特殊社会规范自身所具有的,

对人们的行为发生影响的性能。法作为一种行为规范,对人们的行为具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。法的这五种规范作用是法律必备的,任何社会的法律都具有。但是,在不同的社会制度下,在不同的法律制度中,由于法律的性质和价值的不同,法的规范作用的实现程度也会有所不同。

(一)指引作用

法的指引作用是指法通过规定人们在法律上的权利、义务,告诉和指引人们做出一定行为或不做出一定行为。法的指引是一种规范指引,不同于个别指引。个别指引是通过一个具体的指示就具体的人和情况进行指引。例如,法官对诉讼当事人在诉讼期间如何行为进行的具体的引导,即是个别指引。而诉讼法规定诉讼当事人在诉讼过程中的权利和义务,告诉诉讼当事人在诉讼过程中应当如何行为,这属于规范指引。因为诉讼法的规定是适用于所有诉讼当事人,而不是针对特定的、具体的诉讼当事人。法对人们行为的指引主要有两种情况:一种是确定的指引,即通过规定法律义务,要求人们必须做出或者不做出一定行为,若人们未按照法律的规定做出或不做出一定行为,就会受到法律的制裁;另一种是不确定的指引,即法通过授予法律权利,给人们创造一种相对自由选择的机会,人们既可以行使法律权利,也可以不行使法律权利。

(二)评价作用

法的评价作用是指法作为人们对他人行为的评价标准所起的作用。法作为一种行为的标准和尺度,具有判断、衡量人们的行为的合法性的作用。道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会团体的规章制度等其他社会规范都对行为具有评价作用。但是,法所做的评价却有着与其他社会规范不同的特点。首先,法的评价具有比较突出的客观性。也就是说,什么行为是正当的,什么行为是不正当的,什么行为是可做的,什么行为是不可做的,在法律规范中都