



信毅教材大系

法学通论

• 熊进光 易有禄 主编

A General Introduction
to Jurisprudence



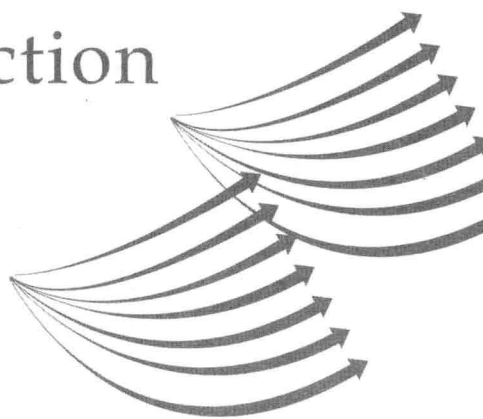
复旦大学出版社

 信毅教材大系

法学通论

• 熊进光 易有禄 主编

A General Introduction
to Jurisprudence



 复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学通论/熊进光,易有禄主编. —上海:复旦大学出版社,2012.11
信毅教材大系
ISBN 978-7-309-09287-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 242191 号

法学通论

熊进光 易有禄 主编
责任编辑/王联合

复旦大学出版社有限公司出版发行
上海市国权路 579 号 邮编:200433
网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>
门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853
外埠邮购:86-21-65109143
上海华业装潢印刷厂有限公司

开本 787×1092 1/16 印张 27.5 字数 588 千
2012 年 11 月第 1 版第 1 次印刷
印数 1—5 100

ISBN 978-7-309-09287-5/D·588
定价:48.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。
版权所有 侵权必究

总序

世界高等教育的起源可以追溯到 1088 年意大利建立的博洛尼亚大学,它运用社会化组织成批量培养社会所需要的人才,改变了知识、技能主要在师徒间、个体间传授的教育方式,满足了大家获取知识的需要,史称“博洛尼亚传统”。

19 世纪初期,德国的教育家洪堡提出“教学与研究相统一”和“学术自由”的原则,并指出大学的主要职能是追求真理,学术研究在大学应当具有第一位的重要性,即“洪堡理念”,强调大学对学术研究人才的培养。

在洪堡理念广为传播和接受之际,德国都柏林天主教大学校长纽曼发表了“大学的理想”的著名演说,旗帜鲜明地指出“从本质上讲,大学是教育的场所”,“我们不能借口履行大学的使命职责,而把它引向不属于它本身的目标。”强调培养人才是大学的唯一职能。纽曼关于“大学的理想”的演说让人们重新审视和思考大学为何而设、为谁而设的问题。

19 世纪后期到 20 世纪初,美国威斯康辛大学查尔斯·范海斯校长提出“大学必须为社会发展服务”的办学理念,更加关注大学与社会需求的结合,从而使大学走出了象牙塔。

2011 年 4 月 24 日,胡锦涛总书记在清华大学百年校庆庆典上,指出高等教育是优秀文化传承的重要载体和思想文化创新的重要源泉,强调要充分发挥大学文化育人和文化遗产创新的职能。

总而言之,随着社会的进步与变革,高等教育不断发展,大学的功能不断扩展,但始终都在围绕着人才培养这一大学的根本使命,致力于不断提高人才培养的质量和水平。

对大学而言,优秀人才的培养,离不开一些必要的物质条件保障,但更重要的是高效的执行体系。高效的执行体系应该体现在三个方面:一是科学合理的学科专业结构,二是能洞悉学科前沿的优秀师资队伍,三是作为知识载体和传播媒介的优秀教材。教材是体现教学内容与教学方法的知识载体,是进行教学的基本工具,也

是深化教育教学改革,提高人才培养质量的重要保证。

一本好的教材,要能反映该学科领域的学术水平和科研成就,能引导学生沿着正确的学术方向步入所向往的科学殿堂。因此,加强高校教材建设,对于提高教育质量、稳定教学秩序、实现高等教育人才培养目标起着重要的作用。正是基于这样的考虑,江西财经大学与复旦大学出版社达成共识,准备通过编写出版一套高质量的教材系列,以期进一步锻炼学校教师队伍,提高教师素质和教学水平,最终将学校的学科、师资等优势转化为人才培养优势,提升人才培养质量。为凸显江财特色,我们取校训“信敏廉毅”中一前一尾两个字,将这个系列的教材命名为“信毅教材大系”。

“信毅教材大系”将分期分批出版问世,江西财经大学教师将积极参与这一具有重大意义的学术事业,精益求精地不断提高写作质量,力争将“信毅教材大系”打造成业内有影响力的高端品牌。“信毅教材大系”的出版,得到了复旦大学出版社的大力支持,没有他们卓越视野和精心组织,就不可能有这套系列教材的问世。作为“信毅教材大系”的合作方和复旦大学出版社的一位多年的合作者,对他们的敬业精神和远见卓识,我感到由衷的钦佩。

王 乔

2012年9月19日

前言

以群体方式存在的人类,必然产生相互交往。而在人们相互交往的过程中,各自的利益和价值取向并非完全一致,因此,在相互交往的人们之间往往会产生各种冲突、争议和纠纷。为将这些冲突、争议和纠纷控制在正常秩序的范围之内,以更大程度地实现人们的整体利益,需要有相应的社会规范来引导、甚至约束人们的行为,调整人们在相互交往中产生的各种社会关系。起初,这种职能主要是由传统习俗、道德准则、宗教戒规等来承担的。随着人类社会的发展,在具备特定条件的前提下,法律作为协调冲突、解决纷争、实现社会秩序和正义的重要制度便应运而生。

法律产生后,因其所具有的规范性、普遍性、权威性、体系性、程序性、专门性等特点而使之在社会规范体系中脱颖而出,并随着现代法治国家的形成而成为占主导地位的社会调控手段。在西方国家,人们对法律的信任和尊崇已经成为一种行为习惯。今日之中国,法律也正以前所未有的方式深入到国家和社会生活的方方面面。大至国与国之间的领土争端,小到普通百姓之间的邻里纠纷,当事各方越来越倾向于法律途径的解决。法律与人们的生活已是如此息息相关,因此,知法、懂法和守法不再仅仅是国家和社会对公民单方面的要求,而是每个人均应积极达至的状态。只有当每个人的内心确立起对法律的认同和守护,并自觉地以法律捍卫自我时,才能真正构建起法治的社会。

作为社会成员之一的当代大学生,要做到知法、懂法和守法,首先必须习法。然而,在中国特色社会主义法律体系业已形成、法学研究长足发展之当下,法律条文浩如烟海,法学论著卷帙浩繁,该从何学起,学些什么,以及如何学习呢?这正是我们开设法学通论课程并编写本教材,以引导非法专业的学生学习法律的目的所在。



我们认为,初学法律之人,首先应当了解法是什么、法有何用、法从何来等有关法的本体知识与历史知识,掌握立法、执法、司法等有关法的运行的知识以及法治的内涵、源流、特征等有关法治国家的知识。只有从静态和动态两个面向对法律现象有了一个基本的把握之后,部门法知识的研习和法治理念的养成方有可能。有鉴于此,本教材上篇安排了上述内容并冠之以“法律入门”。在此基础上,本教材下篇“诸法纵览”对有“诸法之母”之称的宪法和中国特色社会主义法律体系的几大部门法的知识进行了介绍与阐释。

非法学专业的同学并非以法律职业生涯为目的而学习法律,专门学习法律的时间也非常有限,因此,其学习法律当以培育和弘扬法治理念为第一要务。如果认为学习法律就是要记住几个条文,甚至认为法学就是一门记忆性的学科,那显然是对法学学科特点的过于浅显的认知!实际上,法学在一定意义上可以说是保存和发展人类理想的学问,是最关注人类精神境界的为数不多的几个学科之一。就此而言,非法学专业的同学在学习法律的过程中固然要掌握相关知识要点和法律规定,但更重要的是应借此培育和弘扬法治理念。

为实现上述目的,本教材不仅在上篇以专章对法治国家的基本知识做了介绍与阐释,而且在全书的其他章节也非常重视对法治理念的具体内涵进行论证和诠释。特别要予以强调的是,作为本教材下篇的“诸法纵览”部分虽然从形式上看主要是对宪法和我国法律体系的几个主要部门法知识的介绍与阐释,但其中蕴含的法治理念却同样是不容忽视的。而且,我们认为,在具体法律制度的学习中领悟法治理念是更为直观、真切和具体的。例如,通过对“诸法之母”、“行政法制”和“刑事法制”三章的讲解与学习,“宪法至上”、“人权保障”、“公权制约”、“依法行政”、“罪刑法定”等理念将在学习者的心中生根发芽,而经由“民事法制”、“商事法制”、“经济法制”、“程序法制”等章的讲解与学习,“私权神圣”、“私法自治”、“商事自由”、“社会本位”、“司法公正”、“程序正义”等理念又将对学习者产生深远的影响。

因此,对于本教材的读者来说,自始至终,更为重要的并不是记住些什么,而是领悟到什么。要知道,法律貌似冷酷无情,但其中却充盈着天理人情。只有领悟到蕴藏于法律、法学之中的天理人情,其中强烈的家国之忧、激越的社会使命感、体大精深的人生哲理,尤其是其中深刻的人文关怀、法治理念才会真正在内心落地生根!特别是在网络信息、网络舆论盛行与泛化的时代,如何从法律和法治的广阔视野来认识与理解社会的变革和发展,并进而以法治的力量推动社会的进步,这将是每个公民应尽的义务与责任。

本教材由熊进光教授和易有禄教授主编,参与编写工作的是活跃在高校法学理论界和部门法学界的一些青年学者,他们大多具有法学博士学位和高级职称。编写本教材的具体分工如下:

熊进光,法学博士,江西财经大学法学院教授,副院长,江西省高校中青年学科带头

人,负责写作提纲的拟定、全书统稿及第七章第一节至第六节的撰写;

易有禄,法学博士,江西财经大学法学院教授,法学系主任,负责写作提纲的拟定、全书统稿及第二章和第四章的撰写;

刘国,法学博士,江西财经大学法学院副教授,负责第一章和第五章的撰写;

陈运生,法学博士,江西财经大学法学院讲师,负责第三章的撰写;

朱丘祥,法学博士,江西财经大学法学院副教授,负责第六章的撰写;

吴萍,法学硕士,江西财经大学法学院教授,负责第七章第七节的撰写;

张怡超,法学博士,江西财经大学法学院讲师,负责第八章的撰写;

王柱国,法学博士,江西财经大学法学院教授,负责第九章的撰写;

喻晓玲,法学硕士,江西财经大学法学院教授,负责第十章的撰写;

杨德敏,法学博士,江西财经大学法学院副教授,负责第十一章的撰写;

马德才,法学博士,江西财经大学法学院教授,负责第十二章的撰写;

易虹,法学硕士,江西财经大学法学院教授,负责第十三章第一、三节的撰写;

李忠民,法学博士,江西财经大学法学院副教授,负责第十三章第二、四节的撰写。

著者

2012年8月

上篇 法律入门

第一章 法的概念	003
第一节 法的定义	003
第二节 法的要素	010
第三节 法的效力	021
第二章 法的作用	032
第一节 法的作用概述	032
第二节 法的规范作用	035
第三节 法的社会作用	038
第三章 法的演进	044
第一节 法的起源	044
第二节 法的发展	053
第三节 法律全球化	062
第四章 法的运行	073
第一节 立法	073
第二节 执法	086
第三节 司法	093
第五章 法治国家	103
第一节 法治的含义和源流	103
第二节 法治国家的基本特征	112

第三节	当代中国的法治国家建设	118
-----	-------------------	-----

下篇 诸法纵览

第六章	诸法之母	133
第一节	宪法概说	133
第二节	公民的基本权利和义务	141
第三节	国家的基本制度	148
第四节	国家机构	156
第七章	民事法制	165
第一节	民法概说	165
第二节	民事主体	169
第三节	民事法律行为	178
第四节	民事权利	184
第五节	民事责任	189
第六节	诉讼时效	193
第七节	婚姻、家庭与继承	195
第八章	商事法制	210
第一节	商法概说	210
第二节	商事主体	223
第三节	商事行为	234
第九章	行政法制	244
第一节	行政法一般理论	244
第二节	行政处罚法	247
第三节	行政许可法	253
第四节	行政强制法	257
第五节	国家赔偿法	265
第十章	刑事法制	274
第一节	刑法概说	274
第二节	犯罪行为	282

第三节	刑罚制度	295
第四节	破坏社会主义市场经济秩序罪	305
第十一章	经济法制	317
第一节	经济法概说	317
第二节	市场规制法律制度	322
第三节	宏观调控法律制度	330
第四节	社会保障法律制度	337
第十二章	国际法制	347
第一节	国际公法	347
第二节	国际私法	357
第三节	国际经济法	367
第十三章	程序法制	378
第一节	民事诉讼法	378
第二节	刑事诉讼法	389
第三节	行政诉讼法	402
第四节	非诉讼程序法	412

上篇 法律入门

第一章 法的概念

学习目标

- 理解法的西语词源和中文词源的区别
- 掌握法律专业人士对法的理解
- 掌握法的定义
- 掌握法的要素的三个部分的内容
- 掌握法的效力的类型

第一节 法的定义

一、“法”的词源分析

法哲学或法律理论的一个核心问题就是,探究法概念的性质与普遍意义上“法”的词义。尽管法律在现代社会生活中几乎无所不在,但并不存在一个关于法概念的一致认识。人们可以用许多方式来对法下定义,不同的定义方式自身无所谓对与错,只是人们看待问题的思路不同,并源自于不同的实践目的的需要。考察法概念的词源,是把握法概念的出发点。探索法的词源对于理解法的词义具有非常重要的意义,我们也只能从法的词源及其词义的历史变迁这一角度去透视法这一社会现象本身的历史与本质。

(一) “法”的西语词源

由于语言文化和法律传统的不同,在西文语系中,“法”的词源存在着两种语义脉络,即欧洲大陆各民族语言和英语。首先,就欧洲大陆民族语言来说,拉丁语汇中能够译作“法”的词非常之多,其中典型的有两个,即 Jus 和 Lex。Jus 的基本含义有两种:一种为法,另一种为权利。罗马法学家塞尔苏斯对法的著名定义是:法乃善与正义之科学(jus est ars boni et aequi),就是从第一种含义而来的;拉丁格言:错误不能产生权利(jus ex injuria non oritur),就是从第二种含义而来的。此外,Jus 同时还有公平、正义等富有道德意味的含义。相比之下,Lex 的含义较为简单,它的原义是指罗马王政时期国王制定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律。一般来说,Lex 是具体而确定的规则,用于纯粹的司法领域,可以指任何一项立法,而 Jus 只具有



抽象的性质^①。由此可见,法在西文词源中的含义主要分为两个部分:一是指抽象的正义原则和道德律令,它们是永恒的和普遍有效的,其特点是抽象、含混,富有哲学意味;二是指由国家制定并发布的具体规则,其特点是明确、具体,技术性强。

其次,“法”在英文中的词义。从词源上分析,Law 作为法来理解时,它并不含有权利的意思。Law 一词源自北欧,大约公元 1000 年传入英格兰,但我们同样清楚源自罗马法的私法精神与权利意识是它们共同的基础。因此,英文中存在与 Jus 意义接近的还有 Right 一词,它的基本含义是权利,但也可以指作为一切权利基础的抽象意义上的法。

(二)“法”的中文词源

汉语中“法”的古体写法是“灋”,许慎所著《说文解字》对该字的注释是:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^②“廌”又名“解豸”或“獬豸”,是传说中的一种独角兽,其生性悍直,能区分是非曲直。现在人们对于许慎这一解释的一般理解有三:一是“灋”与“刑”这两个字在中国古代是相通的;二是“灋”的基本含义是公平、正义;三是惩罚之意。按照这种理解,似乎中国的“法”与西方语系中的“法”的含义是一致的。不过这种观点受到了质疑,蔡枢衡先生在《中国刑法史》中对“法”进行考证后认为,“平之如水”四字乃是后世浅人所妄增,不可轻信。他认为水的含义在“灋”中不应是象征性的,而是功能性的,它指将有罪的人置于水上,使其随水漂去,即现在所谓的驱逐^③。从他的这种观点来看,不能从“平之如水”中联想为中国古体字“灋”中含有与西方语系中“法”字所指称的正义一样的含义。

通过对汉语中“法”的词源考察,表明:①“灋”自古音“废”,钟鼎文“灋”借为“废”,因此,“废”字的含义就渐渐成为“法”字的含义。依《周礼·天官大宰》注:“废,犹遏也。”《尔雅·释言》注:“遏,止也”,“废,止也。”《战国策·齐策》注:“止,禁也。”《国语·郑语》注:“废,禁也。”从这些注释中,我们可以发现,法在词源上其实具有禁止的含义。②“法”与“逼”是双声,“逼”变为“法”。《释名·释典艺》注:“法,逼也。人莫不欲从其志,逼正使有所限也。”这也是法具有禁的含义的例证。而《左传·襄公二年》注:“逼,夺其权势。”《尔雅·释言》注:“逼,迫也。”这又说明,法具有命令的意思。③古音法、伐相近,法借为砍伐。伐者攻也,击也。这里法就有了刑罚的意思。《管子·心术》:“杀戮禁诛谓之法。”《盐铁论·诏圣》:“法者,刑罚也,所以禁强暴也。”这些解释都可以佐证法的确有刑罚之义^④。如此理解法的词源,我们不难发现蔡枢衡先生强调了中文里法的词源在文化上的独特性,从功能上讲它主要指禁止与命令,从实现这种功能的手段上讲它主要指刑罚。

梁治平先生对上述观点作了进一步发挥。他指出,中国古代文献中,刑、法与律可以互训。如《尔雅·释诂》:“刑,法也”,“律,法也。”《说文》:“法,刑也。”《唐律疏议·名

① 梁治平:《法辨》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 63 页。

② 许慎:《说文解字》,中华书局 1963 年版。

③ 蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社 1983 年版,第 170 页。

④ 蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社 1983 年版,第 5、6、41 页。

例》：“法，亦律也。”而从时间顺序上来看，我们今天称为古代法的，在三代是刑，在春秋战国是法，秦汉以后则是律。这三者之间的关系尽管并非并列而无偏重，但它们的核心语义是统一的，都是指刑罚的刑。它们之间绝无像西方语系中法所指称的不同层次的意思，比如作为规则的法与作为正义与权利的法。因此，中国的“法”字从词源上讲与刑法关系密切，这的确是中国传统法律文化与西方法律文化具有明显差异的地方。可见，仅从词源的角度而言，单独用“法”来对译西文语系中法所指的丰富内容是有一定难度的^①。

二、法的日常理解与专业理解

（一）法的日常理解

日常生活之中，人们经常提到“法”或“法律”这样的字眼，但我们并不一定清楚地意识到在各种具体情景下，我们口中所说出的“法”的真实含义是什么。那么，各种情形中所说的法的意思是一样的还是有所区别呢？

试比较下面两句话中的“法”有什么不同：

A1：“张三的行为是违法行为。”

B1：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”

再比较我国宪法第五条规定中的“法律”一词所指是否相同：

A2：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。”

B2：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”

上述例句中，句子 A1 中的“法”和 A2 中的“法律”有同一个层面的意思，而句子 B1 中的“法”和 B2 中的“法律”又是另一个层面的意思。其中前者的范围比后者的范围更为广阔，前者包括一切中央和地方国家机关颁布的有效的规范性法律文件，而后者仅指全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会颁布的规范性法律文件。

可见，法这个字，有广义和狭义两层含义，它在不同的地方和不同语境中的意思是不一样的。

（二）法律专业人士对法的理解

事实上，关于法的上述理解只是人们在生活中的一个比较感性的了解，若要深刻认识法的内涵为何，也就是要对法作一个更为理性的认识，则会因人们的价值观的不同而更加具有多样性色彩，可谓人言人殊，想要获得一个广为认同的法的概念实非易事。正如所谓“旁观者清、当局者迷”，人们在不同的位置去看待一件事情会得出不同的结论。

^① 梁治平：《法辨》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 66 页。



上述句子中的法或法律尽管包含的范围有大小的不同,但它们具有共同的特征,即都是由特定的国家机关颁布出来,在一定范围内统一实施,任何人或组织都必须遵守,否则将会受到制裁。我们都知道,国家机关是行使国家权力的一种组织,上述法是由国家以一种组织的名义制定并发布的。而国家机关是由人组成的,国家权力是由国家工作人员来行使的,那么,国家工作人员能否以个人的名义制定或发布法律呢?请看下面一些说法:

甲:霍姆斯是美国的一位大法官。他认为,法院事实上将做什么的预言就是我所说的法。他说:“如果一个特殊的社会中法官们由于他们自己的原因而决定 $2+2=5$ ”,那么在这个特殊的地方的法就是5是答案,即使数学家和立法者不同意这个结论^①。

乙:弗兰克,美国的另一位大法官。他将法律事务称为预测的艺术,当一个人同他的律师商量关于一件事的法律的时候,就是要估计法院将来大概会如何判决,律师对他的回答事实上就是对司法判决的预测。他认为,就任何具体的情况而言,法或者是:(1)实际的法律,即关于这一情况的一个已有的判决;或(2)大概的法律,即一个未来判决的预测^②。

以上甲乙二人都是美国联邦最高法院的大法官,他们从自己的立场出发,认为法院的判决就是法律。持这种观点的另一位学者卢埃林认为,法官实际上是凭感情、凭预感而不是凭推理进行判决的,法官一顿不愉快的早餐也足以对法官的判决产生决定性影响,这就是法官的消化功能判决的笑话。总之,持这种观点的人认为,人们关心的不是国家机关颁布出来的规范性法律文件,由于法院的判决直接关系到人们的切身利益,因而人们更为关心的是法院判决书的内容,而法律规定的内容并不重要,只有法院的判决才是真正有效的法律。

(三) 非法律专业人士对法的理解

在对待法的概念问题上,专门从事法律工作的人(我们姑且称之为法律人)和并非专门从事法律工作的人(我们姑且称之为非法律人)对法的理解是不一致的。上述我们所看到的都是从法律人的角度来认识法的含义,法律人是从法的内部即法本身来理解法的内涵。但并非所有人都这么看,事实上,非法律人从法的外部去理解法的内涵,他们认为法律人理解的只是法的一部分内容而已,即国家法(或政府法)的部分,法除了包括国家法之外,还有非国家法(或非政府法)。

请阅读下面两则材料:

材料一:美国社会学家马考利认为,现代社会生活的一个日益明显的现象是,私人的社会组织与公共的政府组织之间的界限越来越模糊,很难在它们之间划一条明确的界限。通过对一些私人社会组织如大学生田径协会、仲裁协会、社区居民委员会等的考

① O. W. Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol. X(1898), p. 457.

② J. Frank, *Law and Modern Mind*, 1930, pp. 50-51.