

新编法学通论

王学先 主编

大连理工大学出版社

新 编 法 学 通 论

编审委员会 陈宝庭 王照琨
于明和 曹秀荣
主 编 王学先
副 主 编 费艳颖 万志全 戴倩云

参编人员(以姓氏笔画为序)

万志全 于洪东 王学先 邓新梅
尹世泽 冯振业 李丽华 姜秀英
费艳颖 高彩文 黄秀珍 戴倩云

大连理工大学出版社

(辽)新登字 16 号

图书在版编目(CIP)数据

新编法学通论/王学先 主编.-大连:大连理工大学出版社. 1994. 7

ISBN 7-5611-0922-9 .

I. 新… I. ①王… III. 法学-概论 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (94) 第 07258 号

新 编 法 学 通 论

Xinbian Faxue Tonglun

王学先 主编

大连理工大学出版社出版发行

(邮政编码 116024)

大连海事大学印刷厂印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 12 $\frac{1}{4}$ 字数: 306 千字

1994 年 7 月第 1 版 1994 年 7 月第 1 次印刷

印数: 0001—9000 册

责任编辑: 王君仁

封面设计: 姜严军

责任校对: 邓玉萍

ISBN 7-5611-0922-9

定价: 7.50 元

D · 61

序

大学生的法律基础课是国家教委规定的在高等学校开设的一门必修课程。为了适应新时期法制建设和大学法律基础课教学需要,由大连理工大学管理学院法律专业硕士、律师王学先讲师为主编,由担任法律基础课教学的教师共同参加编写的《新编法学通论》,在大家共同努力下出版了。新出版的《新编法学通论》是大学法律基础课的第三代教材,它显示出自己的特点,集中体现在:

鲜明的思想性。大学生的法律基础课是整个大学思想政治教育系列课程中的一门必修课。作为这门课程的教材《新编法学通论》从总体上,它旗帜鲜明地以邓小平同志关于建设中国特色社会主义理论为指导,坚持马克思主义的树人育才观和法制观。运用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点分析的回答问题,帮助和引导大学生树立社会主义法制观念,强化法律意识,成为社会主义法制建设的模范。

强烈地时代性。我国已经进入建设中国特色社会主义新的历史时期,目标是建立社会主义市场经济体系。全国人大常委会明确提出自己的任务是建立初步的社会主义市场经济的法律体系的框架。为此,加紧了法制建设,不断出台新的法令、法规、法则等来适应市场经济发展的需要。《新编法学通论》正是反映了法制建设时代的这一发展特征。它除在法的基本理论概述基础上,较全面的论述了我国的基本大法宪法和行政法、民法、刑法和诉讼法外,较详尽地侧重论述了民事特别法和经济法,紧紧跟着社会主义市场经济发展的脚步。这就体现在教材所具有的很强的时代现实性上。

突出的针对性。《新编法学通论》针对大学生对法学知识的实

际需要和急需强化法律意识的现实,集中对大学生法制观念的树立和法律意识强化的教育与培养。针对理工科大学生专业的需要,特别详尽地讲述了经济法中的诸如科技进步法、专利法、环境保护法、产品质量法和民事特别法中的经济合同法、技术合同法、公司法、破产法等,还专门介绍了涉外经济法。并注重分析法律实践中的各种实际问题和一些较为突出的法律焦点。这对大学生较扎实的学习和掌握实用性法律知识,从理论与实践结合上认识法律的巨大社会功能都是非常必要的。显然,这又使本教材具有较强的实用性和可操作性的特点。

《新编法学通论》是高等学校对大学生进行法律基础教育的一部内容丰富、反映现时代法律建设最新成果的较好的教材。它也是渴望较系统的学习法律的读者和从事教学工作同行较好的参考教材。毫无疑问,它必将在培养跨世纪的社会主义人才中发挥出应有的作用,显示其巨大的生命力量。

陈宝庭

1994.7

目 录

第一章 法的基本理论	1
第一节 法的概念	1
第二节 法的范畴	12
第三节 法的运作	19
第二章 宪法	27
第一节 宪法概述	27
第二节 我国的国体和政体	30
第三节 公民的基本权利和义务	38
第四节 国家机构	47
第三章 行政法	56
第一节 行政法概述	56
第二节 国家行政机关	62
第三节 国家公务员	71
第四节 行政行为	75
第五节 行政法制监督	86
第六节 治安行政管理	88
第七节 集会游行示威法	90
第四章 民法通则	93
第一节 民法概述	93
第二节 民事主体	107
第三节 民事法律行为	117

第四节	代理	124
第五节	财产所有权	131
第六节	债	136
第七节	知识产权	141
第八节	人身权	142
第九节	民事责任	143
第十节	诉讼时效	145
第五章	民事特别法	148
第一节	经济合同法	148
第二节	技术合同法	154
第三节	公司法	162
第四节	票据法	174
第五节	破产法	178
第六章	经济法	182
第一节	经济法概述	182
第二节	反不正当竞争法	184
第三节	产品质量法	189
第四节	消费者权益保护法	193
第五节	环境保护法	198
第六节	科技进步法	202
第七节	专利法	206
第八节	商标法	213
第九节	税法	217
第十节	企业法	221
第七章	刑法	228
第一节	刑法的概念和任务	228
第二节	犯罪及其构成	230
第三节	排除社会危害性的行为	235

第四节	故意犯罪过程中的犯罪形态·····	239
第五节	共同犯罪·····	242
第六节	刑罚·····	245
第七节	量刑·····	250
第八节	数罪并罚·····	254
第九节	缓刑、减刑、假释、时效、赦免·····	255
第十节	刑法分则规定的犯罪种类·····	259
第八章	诉讼法·····	268
第一节	诉讼法总论·····	268
第二节	行政诉讼法·····	276
第三节	民事诉讼法·····	289
第四节	刑事诉讼法·····	317
第九章	涉外经济法·····	333
第一节	涉外经济法概述·····	333
第二节	法律冲突和涉外法律适用·····	338
第三节	涉外经济合同法·····	340
第四节	国际货物买卖·····	350
第五节	国际技术转让法·····	357
第六节	中外合资经营企业法·····	368
第七节	中外合作经营企业法·····	376
	后记·····	381

第一章 法的基本理论

第一节 法的概念

一、法的定义

什么是法?这是法学最基本的问题,是开展对法这一社会现象的一切研究之前首先要予以回答的问题,否则,一切关于法的讨论都无异于梦呓。

古今中外,法的定义历来甚多,近、现代的西方更是出现了众多的法学流派,他们根据自己的观察,从不同的角度研究法,对什么是法的问题作出了各自的回答。例如,自然法学派把法归结于正义和理性;历史法学派把法看成民族精神的体现;分析实证法学派则将法定义为规则、命令或判决,不一而足。先哲们的莫衷一是和聪敏睿智,无不给我们以深刻的启迪,使我们有机会站在他们的肩上看问题。其实,各种关于法的观点可以大体分成两种,一种从现实观察出发解释法,另一种从理想出发去理解法。但无论哪种观点,都是特定历史条件下的产物、都有其真理性的一面。例如,现代新自然法学“复兴”于第二次世界大战以后,直接产生于对如何看待德国法西斯法律的效力等问题的讨论。如果按实证主义法学的观点,“恶法亦法”,法西斯战犯是在执行法律,而不能被认为是犯罪,但纽伦堡审判所依据的是自然法原则,根据正义和理性的要求认定法西斯法律不具法的效力,判决战犯服从法西斯国家命令的

行为是犯罪行为。可见，自然法学是具有革命性的理论，它要求现实法应符合正义和理性的要求，否则应予以修正、废止或摧毁。问题在于，人们是怎样知道自然法内容的？为什么自然法有约束力？力量又源于何处？当人们认为实在法与自然法相矛盾时，可否不遵守实在法？

实证主义法学以观察为基础理解法，认为法学的任务仅限于认知法和解释法，拒绝对法进行价值判断。实证主义法学的流行并不奇怪，因为任何统治者都不会承认自然法的理论，去肯定人们对抗现行法的行为。实证主义法学的问题在于，当人们面对诸如法西斯法律这样的反动法律时，应该遵守它还是应该反抗它？

应该声明，本书的主要任务是介绍中国现行法，以便使读者熟悉他们生活的法律环境，所以本书只能从实证观点定义法，不拟对法做过多的价值分析，但这并不意味着作者反对做这种分析，相反，作者认为，在改革时代，必须常常对法进行价值分析，以使之符合正义、秩序的要求。

科学的定义要求用最简明的语言揭示事物的内涵，使被定义的事物区别于其它事物，在此，我们将法定义为：依靠国家权力保证实施的一般行为规范的体系。

二、法的特征

根据我们对法的定义，法具有如下基本特征：

第一，法是行为规范。作为行为规范，法以权利义务为内容，告诉人们应该如何行为，可以如何行为，禁止如何行为等等。也就是说法为人们提供了行为模式，法通常还规定违背法定义务的后果。

第二，法是一般行为规范。所谓一般，是说法所规范的是一般的对象而不是具体的对象，法规范是反复适用的，只要发生法规定的行为，都要受法的约束。相反，以具体行为为规范对象的就不是法，例如法院的判决，检察机关的逮捕令等，它们只是法律适用中产生的规范，其对象是具体的，而且只能适用一次。

第三,法是依靠国家权力保证实施的。这是法最显著的特点,社会行为规范有很多,例如党纪、政策等,它们与法有共同之处,就是它们也是行为规范,告诉人们应如何行为,应如何行为,禁止如何行为等等,但法与其它规范不同,法的实施是以国家权力为后盾的,法的力量来源于国家权力,没有国家权力,法就只能是废纸一张,没有任何意义。从消极后果来看,违反法的要求,将受到国家的强制,而违反其它规范则不会受国家权力的干涉。国家是暴力机器,在这个意义上,法是“必须”被遵守的。但是也应该看到,法的国家强制特性并不是体现在每一法规范的实施过程中的,在大多数情况下,尤其在人民当家做主的民主法制社会里,法是被自觉遵守的,只有在个别情况下,在发生违法情况时,国家权力的强制才现实地体现出来。另一方面也要注意,法是普遍社会现象,但法绝不是万能的,法要达到理想的效果,必须与其它社会规范密切配合,合力调整整个社会的各个方面关系。

第四,法是由国家制定或认可的。制定和认可是国家制定法的两种途径,国家制定是指有立法权的国家机关,按立法程序创制法。国家认可是指国家立法机关或司法机关赋予社会上早已存在的某些规范以法的效力,如习惯法、判例法等。由于法是国家创制的,因此法表现出高度的统一性、广泛的适用性和极大的权威性。

第五,法是法规范的有机体系,不能将单个具体法规范与法等同起来。

三、法的本质

法的本质说明的是,法是由什么决定的,法现象的内在联系是什么?马克思主义法学绝不满足于对法现象的分析,更要透过法现象揭示法的本质。如前所述,法的最显著的特征是其得以实施的保证力量源于国家权力。法是由国家创制,并由国家保证实施,所以法必然与其赖以存在的国家具有相同的本质。根据马克思主义的国家理论,国家是一个阶级压迫另一个阶级的工具,是在社会占统

治地位的阶级实现其阶级统治的暴力机器，而法是国家意志的反映，因此法必然反映统治阶级的意志。正如马克思和恩格斯在《共产党宣言》中揭露资产阶级法的本质时所指出的，资产阶级的法不过是奉为法律的资产阶级的意志，这种意志的内容是由资产阶级的物质生活条件决定的。也就是说，法在本质上是统治阶级意志的国家或法律表现形式，这就是马克思主义对法的本质的基本观点。我们在理解法的本质时，应注意以下几点：第一，法只是统治阶级意志的反映；第二，在讲到法的本质时，应将某一特定法作为一个整体去考虑，不能就某一具体法规范来讨论其本质；第三，并非统治阶级的所有意志都表现为法，法只是表现为国家意志的统治阶级的意志，法是国家意志。

那么，统治阶级的意志的内容是由什么决定的呢？统治阶级是否可以随心所欲地制定法？马克思主义法学在指出法是统治阶级意志的反映的同时，更进一步深刻地指出，统治阶级意志的内容是由他们的物质生活方式决定的。归根到底，法是由统治阶级所赖以存在的社会生产方式决定的。法作为社会的上层建筑总是反映着一定社会的现实经济基础，而不能凭空杜撰这个基础，“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已”。“民法准则只是以法律形式表现了社会的经济条件”。法这个社会上层建筑是由其一定的经济基础决定的，法的内容反映着这一基础的现实并服务于这一基础。但法并不只是消极地复写经济基础，法对经济基础的反映是能动的、积极的，在上层建筑领域，法的反作用相对来说最直接、最巨大。因此，一方面要认识法的内容的客观性，它受制于统治阶级的意志，最终受制于社会经济基础的现实，但另一方面也要充分认识法对经济基础的巨大能动作用。

马克思主义关于法的本质的原理告诉我们，法绝不是游离于社会生产方式的不可捉摸的东西，理解法必须理解法的内在本质，理解法的基础。我们正在进行的改革事业，就是要改革上层建筑领

域的一些不适应社会生产力发展的东西,包括法律制度中不符合发展生产力要求的因素,这完全符合法发展的一般规律,也符合历史唯物主义的基本原理。

四、法的价值

法的价值指的是对法的评价标准。人们自觉不自觉地总会对影响他们生活的法做出自己的是非判断,而且每个人或团体在对法做价值判断时,都有他自己的标准。换一个角度,法的价值是说法所要实现的目标,或者法所要体现的一定的要求。应该说,法的价值是很多的,但我们认为,法的基本价值有两个,一是秩序,二是正义。

社会中的秩序表示某种关系的稳定性、结构的有序性、行为的规则性、进程的连续性、事物的可预测性,以及财产和心理的安全性,它摆脱了单纯偶然性和任意性。社会秩序是社会存在的前提,一个“好”的法,首先要求符合秩序的要求,以实现秩序为基本目标,谁也不会认为一个不能建立秩序的法是有价值的法,除非他是一个企图趁火打劫的匪徒。一般来说,通过法来建立和维持的秩序可分为四种,即阶级统治秩序、社会生活秩序、社会生产和交换秩序以及权力运行秩序。由于法具有特有的强制力,这些秩序就有了可靠的保证。可以说,不以秩序为价值追求的法是罪恶的法,而没有法做保证的秩序便是不可靠的秩序。

正义的问题是一个十分复杂的问题,虽然它一直被人们推崇为美好的理想,并被人们希望成为法的第一价值,许多人甚至将法和正义直接等同起来。但对什么是正义,以及如何判断法是否体现了正义等问题,也一直困扰着人们。其实,关于正义的问题从来没有,将来也不会有绝对统一的认识,人们只能在某些方面寻求关于正义的共识,例如都认为禁止偷盗、禁止谋杀等为正义,如此而已。国际社会不是至今仍在为人权的正义争得面红耳赤,甚至兵戎相见吗?尽管正义问题是很难用三两句话来回答的问题,但关于正

义的范围还是可以简要讨论的。我们认为法所要实现的正义中,利益分配的正义和诉讼正义是基本的正义价值,当人们判断法是否公正时,首先是看法本身对利益分配的规定是否公正合理,其次是看当对利益分配发生争执时,法解决这些争执能否做到公正合理。

秩序和正义是法的基本价值,法的其它价值,如自由、平等、效率等,都可以从秩序和正义中派生出来,在此不一一罗列。

五、法的作用

在前面的讨论中,我们看到,法在现象上是社会规范,在本质上是表现为国家意志的统治阶级的意志。所谓法的作用,是指法通过什么机制实现其规范社会以及实现统治阶级意志的目的的。从法的这两个目的出发,我们将法的作用分为法的本质作用和法的规范作用两个方面。

从法的本质是统治阶级意志的反映这一观点来分析,法的作用有这样几个:首先,法调整社会的政治生活,维护统治阶级的政治利益和统治地位,通过规定政治权力的分配以及权力的运行规则来实现;其次,法调整社会的经济生活、维护统治阶级的经济利益和经济统治,在阶级斗争相对缓和的场合,法调整经济生活的作用更是突出表现出来;第三、法调整社会的文化生活,保证统治阶级的思想统治,为统治阶级巩固其在所有领域的统治地位服务。

法在形式上表现为一定的社会行为规范,目的在于实现其秩序的价值,在实现这一目标中,法有三方面作用,通常称为法的规范作用:

1. 指引作用

法的指引作用表现在法通过各种规范告诉人们该如何行为,不该如何行为和可以如何行为,从而为人们的行为指出方向,只要人们都遵守法的指引、法所追求的秩序便指日可待。另一方面,法也通过制裁违法行为,从消极方面指出人们不可以如何行为。

2. 评价作用

法的评价作用表现在两种场合，一是国家对社会成员行为的评价，具体就是国家的司法活动，通过行使司法权来对社会成员的行为做出肯定或否定的评价，而这一评价的标准就是法。我们通常说，以法律为准绳，指的就是法在评价中起着标准的作用。没有法这一标准，司法机关的行为就失去根据，就无从谈起什么是合法，也无法说清什么是非法。国家以法为标准，评价社会成员的行为，肯定的予以褒奖，否定的予以惩罚，以此来实现法的正义和秩序目标。

法的评价作用表现的另一场合是社会成员对其它社会成员的行为的评价。这种评价并不具有司法意义，当某社会成员认为另一社会成员的行为属违法时，并不能产生可以依法惩罚他的结果，否则只能导致非法制的混乱状态，这就是为什么要强调司法权必须由国家专门机关统一行使的原因。但这并不是说这第二种评价没有任何法律意义，可以想象，如果社会成员普遍学会以法为标准评价其它人的行为，法所追求的正义和秩序就不难实现了。古今中外，任何统治者都没忘记对社会进行法的教育，其原因就在于此。我国广泛开展的全民普及法律常识的活动，其目的就在于通过这一活动增强人们的法律意识，只有在这种条件下，法制才是可能的。

3. 预测作用

法的预测作用也有两个方面。第一种预测是社会成员对国家的预测，因为法是国家意志，所以通过法，人们可以预先知道国家将对自己的行为采取什么样的态度，从而去做国家不禁止的事。在法制社会，国家的态度必须是能被预测的，否则就是暴政和专制，而人们只能通过法来预测国家的态度。法制的要求，诸如法无溯及力、法无明文不为罪、限制类推等，都是对法的预测作用的反映，这种法制的要求，表现为国家应努力完善立法，同时努力做到严格的依法办事，否则，法就无法真正起到预测作用，法制也就无从谈起

了。

法的预测作用的另一方面是社会成员互相预测。人们普遍有趋利避害的心理,大家都避免违法而受到法的制裁,因此可以认为,在正常情况下,人们都会按法的要求去行为,而当你知道了法的内容,就等于知道了与你进行社会交往的人将如何行为,才能避免或减少冲突。比如当你驾车在街道上行驶时,由于你知道交通法规,并相信其它行人和车辆也会和你一样遵守这些交通规则,车祸就会避免,如果没有交通法规,你根本不敢在街道上行走,因为你无法知道他人将如何行为。

法的预测作用表明一个事实:在法制社会,要想获得最大限度的自由,必须最大限度的熟悉法。在一定意义上可以这样说,学习法律的目的在于掌握实现自由的手段。

六、法的渊源

法的渊源作为法学术语,指的是法的表现形式。在不同的国家,不同的历史时期,法的渊源不尽相同,例如,在中国,判例并不是一种法的渊源;而在英国和美国等国家,判例却是法的最主要渊源。又如,在中国的隋唐时期,律、令、格、式都是法的渊源;而在今天,人们大都不知道它们是何物。所以我们这里讲法的渊源,无法列举各国各时期的法的各种渊源,只能就当代法的渊源加以简要介绍。

(一)制定法

这是指拥有法的制定权的国家机关,按法定的程序制定的法。现代世界各国,大都以制定法为法的主要渊源,即便在判例法国家,也大量存在制定法。制定法的特点是规范、准确,便于学习掌握。制定法又可根据其效力和制定机关的不同而分为如下几种:

1. 宪法。宪法是资本主义制度确立以后才出现的法的渊源,但宪法是民主法制社会的法律基础和最主要的标志。宪法是民主国家的根本大法,是一切法律及其它法的渊源的母法,具有至高无上

的法律效力,一切不符合宪法精神的法律、法规等,都不具有法的效力。宪法的原则是:不承认任何凌驾于宪法和法律之上的权威。

2. 法律。首先应说明,在日常生活中,人们使用“法律”一词,有两种含义,一种指广义的法律,其含义与本义使用的“法”的含义相同;另一种是指狭义的法律,即作为法的渊源之一的“法律”。法律作为法的渊源之一,是指国家立法机关制定的规范性文件。除了享有立法权的机关,其它任何组织和个人都无权制定法律。在中国,制定、修改、废止法律的权力由宪法赋予全国人民代表大会及其常务委员会专门行使。法律在效力上仅次于宪法,高于其它法的渊源。

3. 行政法规。行政法规是行政机关在执行法律过程中颁布的规范性文件。在中国,行政法规专指国家最高行政机关(国务院)颁布的规范性文件。行政法规作为法的渊源,具有法的效力,这意味着法院无权审查行政法规的合法性问题,审查行政法规是否违背宪法和法律的权力归最高权力机关。在实行“三权分立”的资本主义国家,法院享有违宪审查权,可以判决某行政法规违反宪法而宣布其不生效力。

4. 地方法规。在中国,地方法规是指享有地方立法权的地方各级权力机关制定的适用于本地区的规范性文件。在一般情况下,只有省、自治区和直辖市的权力机关才有权制定地方法规。随着体制改革的深入,为了调动中央和地方的积极性,某些市级的权力机关也被授予地方立法权,如广东省的深圳市。地方法规不得与宪法、法律和行政法规相抵触,否则无效。

(二)习惯法

习惯是人们基于长期实践而形成的被共同认知的惯常做法。习惯法是最古老的法的渊源,许多制定法都直接源于习惯,直至今日,习惯法仍无可争议地在法的各种渊源中占一席之地。习惯法之所以仍起着不可忽视的作用,原因之一就在于制定法的不完善,在