

新编高职高专“两课”系列教材

法律基础

FA LU JI CHU

主编：沙国华

q

U



东华大学出版社

高 职 高 专 “ 两 课 ” 系 列 教 材

东 华 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

法律基础/沙国华主编. —上海: 东华大学出版社,
2004. 2

ISBN 7-81038-728-6

I. 法... II. 沙... III. 法律-中国 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 126110 号

总 策 划 孙福良
责任编辑 姚时斌
封面设计 林 峰

法 律 基 础

沙国华 主编

东华大学出版社出版

上海市延安西路 1882 号

邮政编码:200051 电话:(021)62193056

新华书店上海发行所发行 苏州望电印刷有限公司印刷

开本:850×1168 1/32 印张:10.75 字数:290 千字

2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

印数:0 001—5 000

ISBN 7-81038-728-6/D · 19

定价:18.00 元



录

第一章 法律原理	1
第一节 法律概念	2
第二节 法律的制定	17
第三节 法治	28
第二章 宪法	36
第一节 宪政理论	36
第二节 国家基本制度	45
第三节 我国公民的基本权利和义务	48
第四节 我国的国家机构	54
立法提示	63
案例分析	64
第三章 行政法	65
第一节 行政法概述	66
第二节 行政主体	70
第三节 行政行为	76
第四节 行政救济	86
立法提示	94
案例分析	95
第四章 刑法	97
第一节 刑法概述	98
第二节 犯罪	104
第三节 共同犯罪	116

第四节 刑罚·····	120
立法提示·····	127
案例分析·····	128
第五章 民事法律制度·····	130
第一节 民法概述·····	131
第二节 民事法律关系的主体·····	135
第三节 民事法律行为和代理·····	143
第四节 民事权利·····	149
第五节 民事责任·····	157
第六节 诉讼时效·····	162
立法提示·····	163
案例分析·····	164
第六章 合同法·····	165
第一节 合同法概述·····	166
第二节 合同的订立·····	170
第三节 合同的效力·····	179
第四节 合同的履行·····	182
第五节 合同的变更和转让·····	187
第六节 合同的终止·····	190
第七节 合同责任·····	192
立法提示·····	195
案例分析·····	195
第七章 知识产权法·····	197
第一节 知识产权法概述·····	198
第二节 著作权法·····	205
第三节 专利法·····	215

第四节 商标法	224
立法提示	232
案例分析	232
第八章 婚姻继承法	234
第一节 婚姻法	235
第二节 继承法	255
立法提示	264
案例分析	264
第九章 经济法和劳动法	266
第一节 经济法概述	267
第二节 反不正当竞争法	273
第三节 产品质量法	280
第四节 消费者权益保护法	286
第五节 劳动法	292
立法提示	301
案例分析	302
第十章 诉讼法	304
第一节 诉讼法概述	305
第二节 刑事诉讼程序	312
第三节 民事诉讼程序	320
第四节 行政诉讼程序	328
立法提示	333
案例分析	334
后记	335



第一章 法律原理

名人名言

法是善良公正之术。

——[古罗马]塞尔苏斯

无论是市民的立法或是政治的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。

——[德国]马克思

【内容提要】

本章主要涉及法理学的一些基本内容。法理学是法学最重要的一门分支学科之一,它以“一般法”即整体法律现象为研究对象,所谓“一般法”,首先指法的整个领域或者说整个法律现实,法理学要概括出各个部门法及其运行的共同规律、共同特征、共同范畴,从而为部门法学提供指南,为法治建设提供理论服务,所以法理学是对各部门法的总体研究,是对各部门法的高度概括,它属于法学知识体系的最高层次,它将对法的概念、法的理论和法的理念作系统阐述,处理法律的一般思想,讨论法学和法律实践中带有根本性的问题,如法是什么?关于法的产生、法的外在特征、法的内在本质、法对人类社会的作用、法所包含的种类、法的历史发展?法是如何运行和操作的?同时,为了解决这些问题,法理学还要概括法学的基本范畴,例如法、权力、法律规范、法律关系、法律价值、法治等,由此可见,法理学是法学的基本理论,所以本章是学习以后各章的基础与指导。

第一节 法律概念

一、法律的产生

法律最初的渊源是神灵的意志吗？法律是怎样进入人类社会的呢？回答这些问题是正确认识法律这一社会现象的关键。人类发展的最早阶段为原始社会，氏族公社是其典型的社会组织形式。早期的母系氏族公社的突出特点是实行群婚制和原始共产制，为了对付大自然的威胁和外族对生存资源的争夺，氏族成员共同劳动、共同消费、平等相处，社会关系依靠氏族习惯和氏族公社调控。但是，随着生产力的发展，人类渐次出现的三次社会大分工给社会带来深刻的变化，单纯质朴的氏族制度不得不解体。在第一次社会大分工的过程中，父系氏族开始代替母系氏族。在经济上，私有制及与之相伴的家庭制使氏族不再是一个有饭同吃、人人平等的大家庭，而分裂为一个个独立的经济单位和利益主体，这意味着氏族社会开始解体；在政治上，为了掠夺更多的财富和人口，部族战争更加频繁，军事民主制和其他组织机构发展起来，氏族长老逐渐演变为该氏族内的贵族，而且用来对付战俘和本氏族下层的常设武装以及军队、警察、法庭、监狱也渐次出现，随着私有制和奴隶制的确立，军事民主制最终演变为一种凌驾于社会上的、由职业官吏组成的、以有组织的暴力为基础的特殊公共权力，这就是最早的国家机构组织体系。

在国家组织体系形成的过程中，在经济上、政治上占统治地位的阶层从自身利益出发，对原有氏族习惯加以整理改造，并创制一些新的规范，然后以国家的名义公布，并要求全社会成员一体遵行，这种新的社会规范就是法律。那么法律与原有的氏族习惯有何区别呢？第一，体现的意志不同。氏族习惯体现全体成员的共同意志，而法则以国家意志表现出来的在社会上占统治地位的阶级的意志；第二，两者产生的方式不同。氏族习惯与语言或风俗一样，是在人们的生产生活中自发形成的。法则是统治阶级在行使权力，通过一定的方

式和程序创制的;第三,两者实施的方式不同。氏族习惯的实施依靠当事人的自觉遵守、舆论压力、氏族首领的个人威望来保障实施,而法的实施则有国家强制力作后盾;第四,两者适用的范围不同。氏族习惯只适用于具有血缘亲属关系的同一氏族或部族成员,法则适用于国家权力所及的地域范围;第五,两者的目的也不同。氏族习惯维系氏族成员间平等互助的关系并维护其共同利益。法则是以实现统治阶级利益为首要目的,并为此建立和维护统治关系和统治秩序。

从以上论述可知,法律是人类社会发展到一定阶段的产物,是生产力发展的结果,是在私有制和阶级逐渐形成的背景下孕育并逐渐形成的,并且与国家相伴发展和确立起来的。而且法律制度的形成经历了由习惯到习惯法再到成文法的过程,同时在国家与法律萌芽之初,法律、道德和宗教浑然一体,无明显界限,随着社会管理经验的积累和文明的进化,法律才与道德规范和宗教规范开始分化。

二、法的定义

汉字的古体字为“灋”,西周金文中已有此字。据我国第一部字书《说文解字》解释:“灋,刑也,平之如水,从水;所以触不直者去之,从去。”廌一说獬豸,是中国古代传说中的一种独角神兽,有些象牛、羊、鹿,毛呈青色,它性直,对于有罪之人,它会用角去触,无罪则不触,所以独角兽成为古人判案的工具。《说文解字》的解释说明:在中国古代,法与刑是通用的,汉字的“律”很早就与法同义,意为规范。我国最早称法为刑,如夏之禹刑,商之汤刑,周之吕刑。至春秋战国时期,出现刑书、刑鼎、竹刑。魏相李悝,集诸国刑典造《法经》六篇,改刑为法。商鞅在秦国变法,又改法为律,汉代继承之,制《九章律》。此后历代封建王朝一般都把刑法典称为律,如唐律、大明律、大清律等。但是,“法”“律”二字合用则是在清末民初在日本影响下形成的。

在现代汉语中,“法律”一词有广义和狭义两种含义。广义的法律是指法的整体,包括由国家制定的所有具有法定效力的规范性文件。狭义的法律是指国家立法机关所制定的规范性文件,在我国则

是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。

三、法的本质

法的本质是指法的内部联系,法区别于其他一切事物的根本属性。它隐藏于法的现象的背后,是法的内在的、深刻的、稳定的属性。马克思主义法理学以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导,第一次科学地揭示了法的真正本质。法的本质包含以下三个层次:

1. 国家意志性

法在现象上是一种来源于国家的行为规范,它在一国范围内普遍适用并由国家强制力保证实施。那么国家为什么要颁布法律呢?因为法律是国家意志的凝结,它维护了以国家为代表的公共利益。这就是法的初级本质——国家意志性。在阶级社会中,掌握国家政权的阶级为了反对特殊的私人利益,总是要把本阶级的意志美化为“国家意志”并以国家的名义将这种意志制定成法律,要求全体社会成员一体遵循。

2. 阶级意志性

法在初级本质上是国家意志的体现,那么国家意志来源于何处呢?我们既不能把国家意志看成全体社会成员的共同意志,也不能把它看成所有社会成员个人意志的简单相加。所谓的国家意志实际上只能是在政治上、经济上、文化上占统治地位的阶级的意志。这就是法的二级本质——阶级意志性。必须注意的是,法虽然体现的是统治阶级的意志,但并不意味着它对统治阶级内部的违法犯罪行为不加以处罚,也不意味着法律就完全不顾及被统治阶级的一些愿望和要求。同时,任何社会都有一些法律致力于保护社会公共利益,诸如维护一般的社会安定和社会秩序、促进经济发展、保护环境等,这些法律的实施对所有社会成员都是有利的,我们不能因此而否认法的阶级性,因为任何社会的法律都具有两大社会作用:维护阶级统治及社会管理。在阶级对抗激烈的社会,法主要侧重于发挥阶级统治的功能;在阶级关系缓和或非对抗的社会,法律主要发挥社会管理的

功能,在内容上主要是对公共事务的规定。

3. 物质制约性

在二级本质上,法律是统治阶级意志的体现,那么统治阶级的意志从何而来呢?马克思主义认为反映在法律中的统治阶级的意志不是凭空产生的,也不是统治者个人随心所欲的结果,而是由物质文化生活条件决定的。这就是法的终极本质——物质制约性。物质文化生活条件含义广泛,至少包含地理环境、人口和社会生产方式等,其中有决定意义的是生产方式,如古代东方自给自足的自然经济与古希腊、古罗马的商品经济就决定了古代东西方法制迥然不同的发展轨迹。可以这么说,法的国家意志性和阶级意志性表明法反映了人的意志,具有主观性,而法的物质制约性表明了法的客观性,而且客观性是主观性的基础,它要求立法者在制定法律时必须从客观经济条件出发,不可臆造或违反。正如马克思所言:“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。”

四、法的特征

所谓法的特征,就是法区别于其他社会规范(包括道德规范、习惯规范、宗教规范、政党的政策等)的显著特征。法的特征是法的本质属性的外化,是法的本质属性在现象上的体现。我国法理学界一般认为,法的特征有四个方面:

1. 国家创制性

从产生方式上看,法律一定是由国家制定或认可的,而其他社会规范都不是由国家创制的。例如习惯和道德往往是人们在长期的生产生活中自发形成的,宗教规范是由宗教组织制定的,政党的政策是由党的领导机构发布的。法的国家创制性意味着法律出自国家,国家是法律的唯一来源,没有国家权力的支撑,任何法律将无从产生。

制定、认可 and 解释是国家创制法律的主要形式。制定是指拥有立法权的国家机关按照一定的程序创造出新的法律规范。所谓认可是指拥有立法权的国家机关赋予社会上已经存在的某种行为规范以

法律效力。所谓解释是指有权的国家机关(在我国指有权的立法机关、行政机关、司法机关)根据一定的标准和原则对法律所进行的阐释。

2. 特殊规范性

从内部结构来看,法律与其他社会规范的区别在于它有特殊规范性。首先,法律规范是一种行为规范,它通过对人们的行为提出一种模式化要求,规定人们的权利和义务,进而实现调整社会关系的目的。其次,法律规范有独特、严密的逻辑结构,包括假定、处理和制裁三部分,或称为前提条件、行为模式和法律后果。

按照法律规范是授予权利还是设定义务,可以把法律规范分为两大类型:一是授权性规范,即通过“可为”的规定,立法者授权人们可为一定行为以及要求他人为一定行为或不为一定行为的法律规则。二是义务性法律规范,表现为“应为”、“勿为”的形式,即规定人们必须作某事或不能作某事,其中“应为”是积极义务,“勿为”是消极义务,有的书中将它们分别称为命令性规范和禁止性规范。法律这种以权利义务为内容、具有严密逻辑结构的特殊规范性是其他社会规范所没有的。

3. 普遍适用性

从适用范围上看,法律与其他社会规范的区别在于它有普遍适用性。由于法律是以国家的名义制定并颁布实施的,是国家意志的代表,因此它是一种普遍性的社会规范。即法作为一个整体在国家主权所及范围内或其所规范的界限内,具有使一切国家机关、社会组织 and 公民个人一体遵守的法律效力。而其他社会规范往往有其特定的适用对象和范围,如政党的政策一般对该党的各级组织及党员个人有效。法律的普遍适用性是法律的国家性的体现。

4. 国家强制性

从实施方式上看,法律的实施由国家强制力保证。所谓国家强制力是指一定阶级为了一定的目的而建立军队、警察、法庭等有组织的国家暴力。在现代社会,它由专门的国家机关按照法定程序来运

行,任何组织或个人违犯了法律都无法逃脱国家强制力的处罚。也正是如此,法律具有了统一性、普遍性及极高的权威性。其他的社会规范的实施也有一定的强制性,例如,习惯规范的实施靠传统力量的强制,宗教规范的实施靠精神力量的强制,道德规范的实施靠社会舆论的强制,政党规范的实施主要靠党内纪律,但是这些社会规范的实施都只是一般性的强制,而非国家强制,因为没有国家强制力保证实施。

五、法的历史类型

法的历史类型是与社会形态相联系的概念,是依据法所赖以存在的经济基础以及法所体现的国家意志的性质的不同而对各种社会的法律制度所做的分类。法律发展史上曾先后产生过四种历史类型的法律制度,即奴隶制法律、封建制法律、资本主义法律和社会主义法律。

奴隶制法律、封建制法律和资本主义法律,分别建立在不同的私有制经济基础之上,所体现的国家意志分别来自于奴隶主阶级、封建地主阶级和资产阶级,这三种类型的法律都属于剥削阶级的法。社会主义法律建立在社会主义公有制经济基础之上,它所体现的国家意志来自于工人阶级及其领导下的广大人民,因而与体现少数剥削者意志和利益的法律制度有着根本的差别,是最高历史类型的法。

1. 奴隶制法律

奴隶制法律是人类历史上最早出现的剥削阶级类型的法,是随着私有制、阶级和国家的出现,在氏族制度的废墟上建立起来的。四大文明古国埃及、巴比伦、印度、中国都有自己的奴隶制法。古巴比伦法律的代表是公元前18世纪的《汉穆拉比法典》;公元前2世纪至公元2世纪之间完成的《摩奴法典》则是古印度法中最具代表性的;中国古代奴隶制法大约出现在公元前21世纪至公元前11世纪的夏商王朝。西方奴隶制度的出现比东方晚很多世纪,其主要代表是古希腊法和罗马法。雅典的城邦民主制高度发达,所以古希腊被誉为

西方民主制的摇篮。古罗马法以私法见长,奠定了西方法制的基础,它的原则、概念、术语对后世法律产生极大影响。

奴隶制社会是刚刚脱离了蒙昧状态的最初文明社会,这就决定了奴隶制法必然带有野蛮、残酷的特点。例如,在古雅典奴隶制国家最终形成之前,处于正在成长过程之中的法律制度曾规定(德拉古立法)偷窃水果和蔬菜的一律处死,甚至连“懒惰”也要处死。在中国的夏代,刑罚的种类最多时不下 30 余种。

2. 封建制法律制度

封建制法律是继奴隶制法律之后的另一种剥削阶级类型的法律。大多数封建制法律是在奴隶制崩溃之后建立起来的,但由于受特定历史条件影响,也有一些封建法是由处于氏族社会末期的民族在征服了原先实行奴隶制的地区后,为适应所统治地域的社会生活条件而建立起来的。

由于不同社会中的封建制法在形成之初的历史背景有较大差异,它们发展的条件和道路也有较大差异,因此它们所具有的重要特点也不完全相同,这一点在东西方的封建制法律之间特别明显。在一定的意义上,可以概括出封建制法如下四个重要特征:肯定人身依附关系、封建等级森严、维护专制王权和刑罚残酷、野蛮、擅断。其中,第一、二个特征在西欧封建制法中比较典型,第三个特征在东方封建制法中比较典型,第四个特征是一切封建制法的共同点,不过东西方封建制法律的这一特点在表现形式上也略有不同。

3. 近、现代资本主义法律制度

资本主义法律制度是在封建时代的后期孕育、萌发,通过资产阶级革命而最终确立的。资本主义法律制度以资本主义私有制关系为基础,它所体现的国家意志来自于社会成员中少数的资本家阶级,因此,它与古代两种历史类型的法一样,也属于剥削者类型的法。不过,由于资本主义法律制度是在资本主义的市场经济和民主政治条件下存在和运行的,所以,它又是近、现代法律文明的一种形态,其奉行的许多原则也就明显不同于古代法律制度。

资本主义法律制度的一个总体特征就是按资本主义市场经济和民主政治的本质要求,建立了资本主义的法治国家,这一特征集中体现在下述原则中:

(1) 私有财产神圣不可侵犯原则

这一原则首次出现在 1789 年法国《人权宣言》上:“财产是神圣不可侵犯的权力,除非当合法认定的公共需要所显然必需时,且在公平而预先赔偿的条件下,任何人的财产不得受到剥夺。”后来,各国资本主义法都确认了这条原则。

这一条原则是资本主义法的首要原则,因为它准确地反映了“自由地利用资本来剥削劳动”这一资本主义生产方式最本质的要求。在前资本主义社会中,并不存在这样的法律原则,那时私有财产虽然受法律保护,但并未达到神圣不可侵犯的程度。这一原则为交易安全提供了有力的保障,对资本主义市场经济的发展具有巨大意义。当然,在任何人的财产权利都神圣不可侵犯这一行法律文字的背后,存在着一种明显的事实状态,即主要的社会财富集中垄断在少数资本家手中,他们才是这一原则的真正受益者。

私有财产神圣不可侵犯原则,在近代资本主义法中具体表现为一种绝对的所有权,它允许所有权人几乎可以完全任意地使用和处分自己的财产,对此任何人(包括政府)均不得干涉,这种绝对的所有权后来引发了一系列严重的社会矛盾。到了 20 世纪初,所有权的滥用开始受到限制,这是在资本主义法制发展史上,现代法制区别于近代法制的重要标志。

(2) 契约自由原则

资本主义法制制度首次把契约自由上升为调整社会经济关系的基本原则。它意味着承认一切人都具有独立的法律人格,具有平等的法律地位,可以在法律所界定的广阔领域中自主地处分自己的利益和权利,并在社会交往双方达成合意的条件下建立或改变彼此间的权利、义务关系。

近代资本主义法中的契约自由原则是以绝对的、极端的形式表

现出来的,国家和法律对契约关系的形成持放任的态度,由此引发的社会矛盾和反道德行为使原有的启蒙思想受到全面破坏。自20世纪初开始,契约自由也与私有财产一样受到法律的限制,从绝对的契约自由到相对的契约自由也与私有财产一样受到法律的限制。从绝对的契约自由到相对的契约自由是近代资本主义法制与现代资本主义法制的重要区别。

(3) 法律面前人人平等原则

法国《人权宣言》在第一条和第六条规定:“人们在自由上而且在权利上,生来是平等的。”“法律对于所有的人,无论保护或处罚都是一律平等的。在法律面前,所有的公民都是平等的。”这一原则同前述两条原则一样,也是资本主义法制首先确立下来的。

法律面前人人平等原则的确立,是人类社会从古代法律制度进入现代法律制度的最主要标志,是等级社会和专制国家的死亡宣告,因而具有划时代的意义。但是也应看到,在资本主义的经济和政治结构中,这一原则的法律意义和社会意义是不同的。尽管所有公民在法律上享有平等的基本权利,但法律规范中的权利只是一种可能性,权利的实现离不开必要的条件,在经济资源、政治资源和信息资源不平等占有的情况下,许多平等的权利对许多普通的劳动者来说,很少具有实际意义。虽然在法律上,普通工人也与老板同样有投资办厂的权利,同样有竞选总统和议员的权利,然而这些平等权利丝毫也不能改变资源不平等占有的阶级差别。

除了上述讨论的三项原则之外,资本主义还有人民主权、法律至上(或宪法至上)、有限政府、分权制衡、普选代议等许多重要原则。在这些原则的指导下,资产阶级以不同于古代社会的方式实施自己的统治,其共同利益在“法治国家”的稳定状态下得到了最大化的实现。

由于法律形成的历史渊源和传统以及由此形成的存在样式和运行方式不同,资本主义国家之间法律存在着差别,可以据此分为两大法系,即大陆法系和英美法系。大陆法系又称罗马法系、民法法系、

法典法系或罗马——日尔曼法系,是承袭古罗马法的传统,仿照《法国民法典》和《德国民法典》的样式而建立起来的各国法律制度的总称。欧洲大陆上的法、德、意、荷兰、西班牙、葡萄牙等国和拉丁美洲、亚洲的许多国家的法律都属于大陆法系。英美法系又称英国法系、普通法系和判例法系,是承袭英国中世纪的法律传统而发展起来的各国法律制度的总称。英、美、澳大利亚、新西兰、中国香港特别行政区等英语国家和地区的法律制度均属于英美法系。

大陆法系与英美法系都是资本主义经济关系的产物,其阶级本质是相同的,其法律的主要原则和内容也是相同的。但是,由于受不同历史条件的影响,在存在样式和运行方式上也各具特点,两者的主要区别主要包括以下几个方面:

(1) 法律渊源不同。大陆法系是成文法系,其法律以成文法即制定法的方式存在,它的法律渊源包括立法机关制定的各种规范性文件、行政机关颁布的各种行政法规以及本国参加的国际条约,但不包括司法判例。英美法系的法律渊源既包括各种制定法,也包括判例,而且判例所构成的判例法在整个法律体系中占有很重要的地位。

(2) 法律结构不同。大陆法系承袭古罗马法的传统,习惯于用法典的形式对某一法律部门所包含的规范做统一的系统规定,法典构成了法律体系结构的主干。英美法系很少制定法典,习惯用单行法的形式对某一类问题做专门的规定,因而其法律体系在结构上是以单行法和判例为主干而发展起来的。

(3) 法官的权限不同。大陆法系强调法官只能援用成文法中的规定来审判案件,法官对成文法的解释也需要成文法本身的严格限制,故法官只能使用法律而不能创造法律。英美法系的法官既可以援用成文法也可以援用已有的判例来审判案件,而且也可以在一定的条件下运用法律解释和法律推理的技术创造新的判例,从而法官不仅适用法律,也在一定的范围内创造法律。

(4) 诉讼程序不同。大陆法系的诉讼程序以法官为重心,突出