

法学通论

FaXueTongLun 主 编 王 宏

FAXUEGAILUN

山东人民出版社

法学通论

主

江苏工业学院图书馆

藏书章

山东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学通论/王宏主编. —济南:山东人民出版社,2008.8
ISBN 978-7-209-04553-7

I. 法… II. 王… III. 法学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 147924 号

责任编辑 崔 萌

封面设计 张丽娜

法学通论

王 宏 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

济南巨匠彩色印刷有限公司

规 格 32 开(148mm×210mm)

印 张 16.125

字 数 400 千字

版 次 2008 年 8 月第 1 版

印 次 2008 年 8 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04553-7

定 价 38.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。

前 言

随着市场经济的发展,政治文明的进步,我国不断完善法律法规的制定和修改工作,几年来不断有新的法律出台,原有的法律法规也不断地修改,社会主义法律体系不断完善。同时,在依法办事、依法治国的背景下,知法、懂法、守法、用法对公民维护自身合法权益具有积极的意义,掌握更多的法律理论和法律知识是人们日常生活、学习、工作之所需。

大学生作为未来社会主义现代化的建设者,加强基本法律理论和法律知识的学习,对其自身的发展和依法治国方略的有效实施,具有极其重要的意义。目前法学通论课程已成为部分高校和部分专业开设的“两课”之外的法律基础课,本书正是为适应这一需求而编写的。

本书涵盖了教育部核准的法学专业十六门核心课程的基本内容,与以往的教材相比较,本书特别增加了环境法和劳动法的最新内容,反映了学科发展趋势,具有较强的科学性。

本书注重法学理论和知识的系统化,按照从基本理论到基本法律、从国内法到国际法、从实体法到程序法的逻辑安排全书体系,具有系统性。

本书还注重编写语言的专业化和通俗化的结合,理论适中,案例适当,贴近现实;每一章后面还备有针对性很强的思考题,便于学生学习,具有较强的实用性。

王 宏

2008年6月6日

目 录

第一章 法学基础理论	(1)
第一节 法的一般原理	(1)
第二节 法的制定	(19)
第三节 法的实施	(29)
第四节 法与社会	(44)
第二章 宪法	(54)
第一节 宪法概述	(54)
第二节 我国的基本制度	(75)
第三节 我国公民的基本权利和义务	(87)
第四节 我国的国家机构	(100)
第三章 行政法	(114)
第一节 行政法概述	(114)
第二节 行政行为	(126)
第三节 行政复议	(145)
第四节 行政法律责任	(155)
第四章 刑法	(161)
第一节 刑法概述	(161)
第二节 犯罪	(171)
第三节 刑罚	(189)
第四节 几种重要的犯罪及其刑事责任	(205)

第五章 民法	(221)
第一节 民法概述	(221)
第二节 民事权利	(240)
第三节 民事法律责任与诉讼时效	(262)
第四节 合同法	(272)
第五节 婚姻法	(282)
第六章 经济法	(299)
第一节 经济法概述	(299)
第二节 公司法	(307)
第三节 反不正当竞争法	(331)
第四节 消费者权益保护法	(339)
第五节 税法	(347)
第七章 劳动法	(362)
第一节 劳动法概述	(362)
第二节 劳动合同法	(367)
第三节 劳动保障与劳动基准法律制度	(384)
第四节 劳动争议的处理与法律责任制度	(389)
第八章 环境法	(396)
第一节 环境法的概念和特征	(396)
第二节 环境法的体系	(398)
第三节 环境法的基本原则	(401)
第四节 环境法的基本制度	(406)
第五节 环境法律责任	(412)
第六节 生态文明与环境法制建设	(420)
第九章 诉讼法	(425)
第一节 诉讼法概述	(425)

第二节 刑事诉讼法	(428)
第三节 民事诉讼法	(437)
第四节 行政诉讼法	(448)
第十章 国际法	(455)
第一节 国际公法	(455)
第二节 国际私法	(480)
第三节 国际经济法	(490)
后 记	(507)

第一章 法学基础理论

本章主要介绍法与法学的基本知识与基础知识,包括介绍法律学习和法学研究中的基本概念和一般原理,法的起源、历史发展、基本特征,法和其他社会规范与社会现象的关系,法的本质与作用。在介绍这些基本知识的基础上,按照法制运行的逻辑顺序,分别介绍法的制定与实施的相关知识,以勾勒法治社会中从法的生成到法的实现的基本进程。在此基础上,进一步阐述法与社会的关系,使读者进一步认识作为社会规范的法与作为社会现象的法。

第一节 法的一般原理

一、法、法学与法理学

法是什么?这可能是法学理论中最基本的问题,同时也是最难回答的问题。分析实证法学家哈特曾经引用圣·奥古斯丁的话来形容:“什么是时间?若无人问我,我便知道;若要我向询问者解释,我便不知道”^①。但即便如此,我们仍然不能用一句遁词来回避这个问题。古今中外不同的思想家都曾尝试回答这个问题,以此作为他们进行法学研究的起点。

在中国,汉字“法”的古体字为“灋”,东汉许慎所著《说文解字》这样解析:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从

^① [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第15页。

去”。可见在古代“法”和比它出现更早的“刑”是通用的,表明法包含着惩罚的含义。“法”以水作偏旁,比喻“平之如水”,代表公平,是衡量人们行为是否符合“公平”这个准绳。“法”字中的“廌”,传说是一种头长独角、秉性公正的奇兽(亦作“豸”、“獬豸”),故而“古者决讼,令触不直”。这既反映了上古时代盛行神明裁判,又相信法是正直、正义的准则。因此,“法”就词义而言,是“公平”地判断行为的是非、制裁违法行为的依据。当然,后世不同的法学家,也作出过其他不同的解释。在西文中,除英语中 law 同汉语中的“法律”对应外,欧洲大陆的各民族语言中都用两个词把“法”和“法律”分别加以表达。比如拉丁文的 Jus 和 Lex,法文中的 droit 和 Loi,德文中的 recht 和 gesetz,意大利语的 diritto 和 legge,西班牙语中的 derecho 和 ley,等等。值得注意和思考的是:第一,西文中的 Jus、droit、recht 等词既表示“法”,又兼有“权利”、“公平”、“正义”等富有道德意味的抽象含义;第二,lex 等词通常指具体规则,其词义明确、具体、技术性强;第三,有学者认为,法指永恒的普遍有效的正义原则和道德公理,而法律则指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则,法律是法的真实或虚假的表现形式。

法学,又称法律学或法律科学,是以法律现象为研究对象的社会科学。在我国,先秦时称法学为“刑名法术之学”或“刑名之学”,商鞅改法为律以后,又称之为“律学”,清末,随着西方法律制度和法律文化的传入,“法学”一词才广泛使用。在西方,“法学”一词源于拉丁语,原意为“法律的知识或技术”。法学是专门研究法律现象的学科的总称,它包括很多分支学科,这些分支学科共同构成一个完整的法学体系。关于法学分支学科的划分及其标准,法学界尚无一致的观点。根据我国现阶段法学研究和法学教育的需要,可作如下分类:

第一,以各分支法学学科能否直接应用为标准,可以分为理论法学和应用法学。前者主要包括法理学、法史学和比较法学;后者主要包括宪法学、民法学、刑法学与行政法学等等。

第二,以法律从制定到实施的全过程为标准,应用法学又可以分

为立法学、法律实施学、法律社会学等。

第三,以法学的纯粹程度为标准,可以分为纯粹法学与边缘法学。前者指专以法律现象为研究对象的各法学分科,如行政法学、劳动法学、经济法学;后者则是法学与自然科学或社会科学交叉而形成的学科,如刑事侦查学、法史学、犯罪心理学、法医学、司法会计学等。

当然根据需要,我们还可以将法学作其他分类,如:以法学研究对象的国别为标准,可以分为国内法学、国际法学、比较法学与外国法学;根据法学内部的指导关系,可以分为基础法学和部门法学等等。

法理学,又称为“法学基础理论”,是法学的分支学科,它是以理论形态存在的以法的普遍适用的原理、范畴、原则、规律、价值等为研究对象的法学分支学科,属于理论法学和基础法学的范畴。它将各种形式的法抽象为一般法,然后研究它的共同原理、普通原则、基本范畴、功能作用、发展规律、本质和精神、内外部关系及其价值取向等,以此而成为法学最高层次的理论形态。

二、法的起源与历史发展

(一)法起源的历史必然性

在法人类学家看来,法几乎与人类同时出现,区别法与人类出现的先后顺序,就像讨论先有鸡还是先有蛋一样让人困惑。但是按照马克思主义的观点,法是人类社会发展到一定历史阶段的产物,是随着私有制、阶级和国家的出现而产生的。对法的产生有直接和决定性影响的因素有两个:一是商品交换和私有制的出现;二是奴隶制的出现。

原始社会生产力水平极其低下,没有私有制、阶级,也没有国家和法。原始社会的社会组织前期是原始群,后期是氏族公社。氏族是以血缘关系为纽带而形成的人的集团,是从事集体生产和共同消费的经济单位,同时也是氏族成员维系相互间正常关系和内部秩序的自我管理单位。全体成员参加的氏族议事会是氏族最重要的权力

机关,决议氏族的一切重大问题。氏族议事会由选举产生,并可随时撤换氏族的酋长和对外作战的军事长官。他们同其他氏族成员一样不享有任何特权。

原始社会调整社会关系的规范主要是习惯。它们自发形成且世代相传,体现全体氏族成员的利益和意志,对所有人具有同样的约束力。这种规范的遵守完全依靠人们世代相传和自幼养成的观念,依靠社会舆论的力量和氏族首领的威信,而不是依靠特别的暴力强制。个别氏族成员对其偶尔的破坏被视为对整个氏族组织和氏族全体成员的侵犯,其结果是破坏者受到全氏族的谴责和制裁,最严厉的惩罚就是把他逐出氏族组织。

原始社会后期,由于生产力的发展,社会先后出现了畜牧业与农业、手工业与农业之间的两次分工,其结果是导致了不同群体之间的水平交换。开始的交换只在氏族之间进行,然后逐渐地扩展到氏族内部各个家庭之间。商品交换使家庭中的剩余财富增多,使剥削他人成为必要和可能,氏族酋长化公为私成为第一批有产者,失去财富的氏族成员就沦为无产者,私有制就产生了。

与私有制的发展相并行的是人们身份和地位的社会性变化。第一次社会大分工后,在战争中取得胜利的氏族,不再像以前那样把战俘杀掉或吸收为本氏族的平等成员,而是将他们分配给一些家庭做奴隶,形成家庭奴隶制。随着时间的推移,家庭奴隶制被大规模的生产奴隶制所代替,大批的奴隶被驱赶到田野、海洋和手工作坊里劳动,成为社会的主要生产者。第二次社会大分工后,自由民之间的贫富差距进一步突出,大量的穷人由于负债而沦为富人的奴隶。于是,氏族社会内部便发生了历史性的大分裂,奴隶和奴隶主两大对抗阶级产生了。

在社会大变革面前,原有的氏族制度及其一整套的社会组织和习惯规范,越来越显得无能为力。在新的社会条件下,不同利益的社会集团之间的奴役和反奴役、剥削和反剥削、压迫与反压迫的斗争日趋激烈。原有的氏族管理制度土崩瓦解了,作为氏族社会行为规范

的氏族习惯,也失去了其存在的条件和基础。奴隶主凭借其经济上的统治地位,按照自身的需要,改变了氏族的性质,设置了常备军、法庭、监狱等暴力机关,使全体氏族成员的权力蜕变为少数人把持的特殊的公共权力即国家。随着时间的推移,奴隶主阶级也逐渐把本阶级的意志渗入习惯规范,并形成了一些新的、适合于本阶级利益的习惯规范;然后,又通过国家予以认可,并依靠国家的力量,强制全社会一体遵守,这就是法。综上所述,国家和法是人类社会发展到一定历史阶段的产物,是阶级矛盾不可调和的产物。

(二)法起源的一般规律

法从无到有、从萌芽到最终成为一种基本制度,在不同的民族和社会中经历了不同的具体过程。然而,在纷繁复杂、差别明显的历史现象背后,却存在着一般的共同规律,概括起来,包括以下几个方面:

1. 法和国家密不可分。

国家是统治阶级最基本的政治组织,而法则统治阶级整体意志和利益的体现,二者密不可分。氏族组织演变为国家和氏族,习俗演变为法,是个相互促进的漫长过程。

2. 由习惯到习惯法,再由习惯法到制定法。

人类进入阶级社会以后,习惯被赋予阶级的性质成为法。但是,它们一开始仍然保持着习惯的形式,即习惯法。随着时间的推移,由于社会关系尤其是经济关系的复杂化,才出现了成文法。成文法的发展大都经历了由习惯到习惯法,再由习惯法到成文法的发展过程。世界各国早期法的发展大都如此。

3. 不断地从个别调整上升为一般调整。

法的形成和发展经历了一个不断总结和积累经验的过程。一般而言,包括习惯和法在内的各种社会调整机制,都经历了在个别调整和一般调整之间循环、升华而逐渐完备起来的过程。个别调整是指对某事件或案件偶然采取的、临时性或一次性的调整;一般调整是指反复适用、相对稳定的对于某一类事件或案件的规范性调整。个别

的法律调整取得成功后,便会通过国家使之上升为一般的法律调整即制定或认可为法,进而更有效地指导个别的法律调整。

4. 法、道德和宗教等社会规范从混沌一体逐渐分化为各自相对独立的规范体系。

在国家与法萌芽之初,法、道德和宗教等社会规范并无明显的界限。随着社会管理经验的积累和文明的进化,法、道德和宗教本身及其调整的行为类型开始从混沌走向分化,这种分化在不同的社会所经历的过程并不完全相同。但是,使法的调整、道德调整和宗教调整及其调整的行为类型相对区分开来,则是一个共同的趋势。

(三)法的历史类型的更替

法的历史类型是马克思主义关于法的基本分类,是按照法的经济基础和阶级本质对法所作的分类。它反映了建立在相同经济基础之上、有相同阶级本质的法的共同点。

除原始社会没有法外,与奴隶社会、封建社会、资本主义社会和社会主义社会四种经济基础和阶级本质相适应,有四种历史类型的法,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种法,以私有制为基础,体现少数剥削者的意志和利益,被称为剥削阶级类型的法。社会主义法以公有制为基础,体现工人阶级领导下的广大人民的意志,被称为社会主义类型的法。

1. 奴隶制法。

奴隶制法是人类历史上第一种剥削阶级类型的法。由于生产力的发展,它随着商品交换的出现,原始社会的解体,私有制、阶级和国家的产生而产生。奴隶制法建立在奴隶制生产关系之上,体现奴隶主阶级的意志。

奴隶制法的基本特征是:第一,确认与维护奴隶制生产关系和奴隶主阶级的政治、经济、思想统治的合法化;第二,刑罚极端野蛮与残酷,且带有极大的任意性;第三,公开反映和维护等级特权;第四,长期保留原始社会某些习惯的残余。

2. 封建制法。

与奴隶制法的产生不同,封建制法是在奴隶制法基础上产生和发展起来的,与奴隶制法相比,体现了一定的历史进步性。但是,封建制法是封建主(地主)阶级意志的体现,它建立在封建生产关系的基础之上,并极力维护封建的社会关系与社会秩序,是统治阶级进行阶级统治和社会管理的工具。封建制法体现了以下基本特征:第一,确认和维护封建主(地主)阶级在政治、经济和思想上的统治地位;第二,公开维护封建等级特权;第三,刑罚极端残酷。

3. 资本主义法。

资本主义法是最后一种剥削阶级类型的法。与前两种剥削阶级类型的法相比,无论在内容上还是在形式上都表现出巨大的历史进步性。早在封建社会后期,西欧一些国家因商品经济发展的需要,便制定了带有资本主义因素的法,其中最早的便是海商法,如意大利的《阿马尔非法典》、西班牙的《巴塞罗那海商法》等等。这些海商法分别规定了保险、票据、银行、合伙、破产等内容,包含了资本主义法的某些因素。真正意义上的资本主义法是资产阶级革命的产物,是资产阶级夺取全国政权后逐步发展起来的。资本主义法可分为两大法系,即英美法系和大陆法系。

大陆法系又称罗马法系、民法法系、法典法系。它是指以罗马法为基础、以《拿破仑民法典》为蓝本而发展起来的一些资产阶级国家法的总称。它包括两个分支,即法国法系与德国法系。实际上是资本主义发展的两个阶段(即自由资本主义阶段与垄断资本主义阶段)在法的内容上的反映。法国法系以1804年的《拿破仑民法典》为蓝本,德国法系以1896年《德国民法典》为样板。大陆法系总的特点是:强调成文法,以法典为法的主要形式;不承认法官有创制法的权力,否认判例的法律效力;提倡公法与私法的分类;在诉讼中,坚持法官的主导地位,奉行职权主义。

英美法系又称英国法系、普通法系、判例法系。它是指以英国中世纪开始适用的普通法为传统而发展起来的各种资本主义法的总称。其主要特征是:判例具有法律效力,上级法院的判决特别是最高

法院的判决对下级法院具有约束力;在诉讼中,奉行当事人主义,法官是消极的裁判者。

资本主义法是资产阶级共同意志和利益的体现,维护有利于资本主义的社会秩序,促进资本主义市场经济的发展。它有如下共同的基本特征:第一,确认和保障以雇佣劳动为基础的资本主义私有制;第二,确认和保障资产阶级专权与代议制政府;第三,确认和保障有利于资产阶级的自由、平等和人权。

4. 我国的社会主义法。

与各种剥削阶级类型的法的产生的条件不同,无产阶级取得政权是社会主义法产生的前提。我国社会主义法是我国无产阶级和广大人民在中国共产党领导下,经过长期革命斗争,在推翻了反动统治阶级的统治,夺取了政权之后,由人民民主专政的国家创立的。以生产资料的社会主义公有制为基础的社会主义经济制度不可能在旧社会内部自发地产生。它只有在无产阶级革命胜利后,运用国家政权和法律手段,通过“剥夺剥夺者”和对非社会主义经济实行社会主义改造,才能建立起来。不建立无产阶级自己的政权,就不可能创立社会主义法,不创立社会主义法,无产阶级的政权也不可能巩固。这是因为,不仅社会各阶级在无产阶级国家政权中的地位需要法来确认,而且国家的各项制度以及国家机关的组织和活动,都有赖于法作出明确的规定。所以,只有借助法,才能使整个国家机器按照无产阶级的意志协调一致地运转,从而使无产阶级专政的国家制度得到巩固和发展。

我国社会主义法的主要特征可以概括如下:第一,我国社会主义法既有鲜明的阶级性,又有广泛的人民性,是阶级性和人民性的统一。这种统一的基础是工人阶级和广大人民根本利益的一致,统一的保证是中国共产党的领导。第二,国家强制性和人民自觉遵守法律相统一。众所周知,法是由国家强制力保证实施的。由于国家的阶级本质不同,法的国家强制性在性质上就迥然有别。一切实行剥削阶级法的国家都是少数剥削者对广大劳动人民的专政,因此,剥削

阶级法的强制,实际上是少数剥削者对广大被剥削劳动群众的强制,它的锋芒始终是指向广大劳动人民的。我国是人民民主专政的社会主义国家,在人民内部实行民主,对敌人实行专政。因此,社会主义法强制的对象是极少数敌视和破坏社会主义的敌对分子以及严重危害社会的违法犯罪分子。

(四) 法律发展

法律发展问题作为一个专门的法律问题来研究是在二战后开始的,但是与社会发展理论的研究一样,由于陷入了一种“西方中心主义”的迷信,致力于把西方发展的模式普适化,使得对这一问题的研究偏离了科学研究的方向。即便如此,关于法律发展的研究仍然获得了一定的成功。在法律发展问题上有两种基本观点:一种观点认为法律是永恒不变的。比如所谓的“天不变,道亦不变”、“祖宗之法不可变”。自然法学派往往认为法是永恒的上帝的意志或者是人类永恒的理性,因而认为有不变的自然法。近代的概念法学派也认为,法律是一个逻辑自足的体系,因而也认为法律是与社会变化无关的不变规则体系。另一种观点认为法律是处于永恒运动之中的。例如社会法学派往往认为法律是随社会而不断发展变化的,法律不是一个逻辑自足和封闭不变的体系。马克思主义法学认为法律是一个不断发展进化的过程,经历了从奴隶社会的法律、封建社会的法律、资本主义社会的法律到社会主义社会的法律的历史类型的转变,其发展的根本动力是经济运行方式的变化。无论从法律本身的特点还是从法律所承担的功能来看,法律应该具有稳定性并且法律也确实具有相对的稳定性,以给人们的行为提供可以期望的预测性,朝令夕改这一词语正是表达了人们对那些变化无常的法律及其制度的不满。但是,无论具体到不同社会制度的更替,还是每一特定社会制度发展的一定时期,法律确实又在发生变化,只不过有时法律在和平地演变,有时在剧烈变革而已。

在法律发展的问题上有两种典型的理论模式,即进化论和建构论。进化论强调法律的进步依赖社会自身的力量,经济和社会生活

的需要、人民群众的呼唤和参与是法律发展的真正动力。建构论则更重视政府的主导作用,依靠政府的设计和推动。我们认为法律的发展既是进化的又是建构的。法律资源的本土化和国际化对应进化论和建构论,在法律的发展道路上又有本土化和国际化两种理论。前者认为我们应立足于本国既有的法律文化遗产和本土资源,在自己的生活中培养和发现法律进步的因素;后者则认为,当今世界出现了经济技术一体化的趋势,文化和政治领域也出现了国际化的现象,所以必须借助于外国健全的法制和丰富的法治经验,在较短的时间内改变一国法制落后的现状。我们认为,我国应当在发展有限的本土资源的同时,大力借鉴、吸收和移植他国的法律。

不管法律发展的模式如何,法律继承和法律移植都是一国法律进步的两种基本途径和形式。法律的继承是指不同历史类型的法律之间的延续、相继、继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的吸收和承接。法律继承是法律发展和法制现代化的重要条件和方式。法律移植则是一个国家和地区将其他国家和地区的法律,吸纳到自己的法律体系当中,并予以贯彻实施的活动。法律移植是法律发展的捷径,是法律发展的推动力,法律发展和法制现代化离不开法律移植。法制的现代化是法律发展变迁的一个特殊阶段,是指法律从传统型法向现代型法的转变过程。从历史的角度看,法制现代化是人类法律文明的成长与跃进过程,是文明社会法律发展进程中的一场深刻的革命;从基本性质上来看,法制现代化是从人治型社会向法治型社会的转型;从内涵来看,法制现代化是一个包含了人类法律思想、行为及其实践各方面的进程,其核心是人的现代化。

三、法的特征

古往今来,人们在多种意义上使用“法”这一概念。在最宽泛的意义上,如孟德斯鸠在讲到宇宙万物之法时说,“一切存在物都有它们的法。上帝有他的法;物质世界有他们的法;高于人类的‘智灵