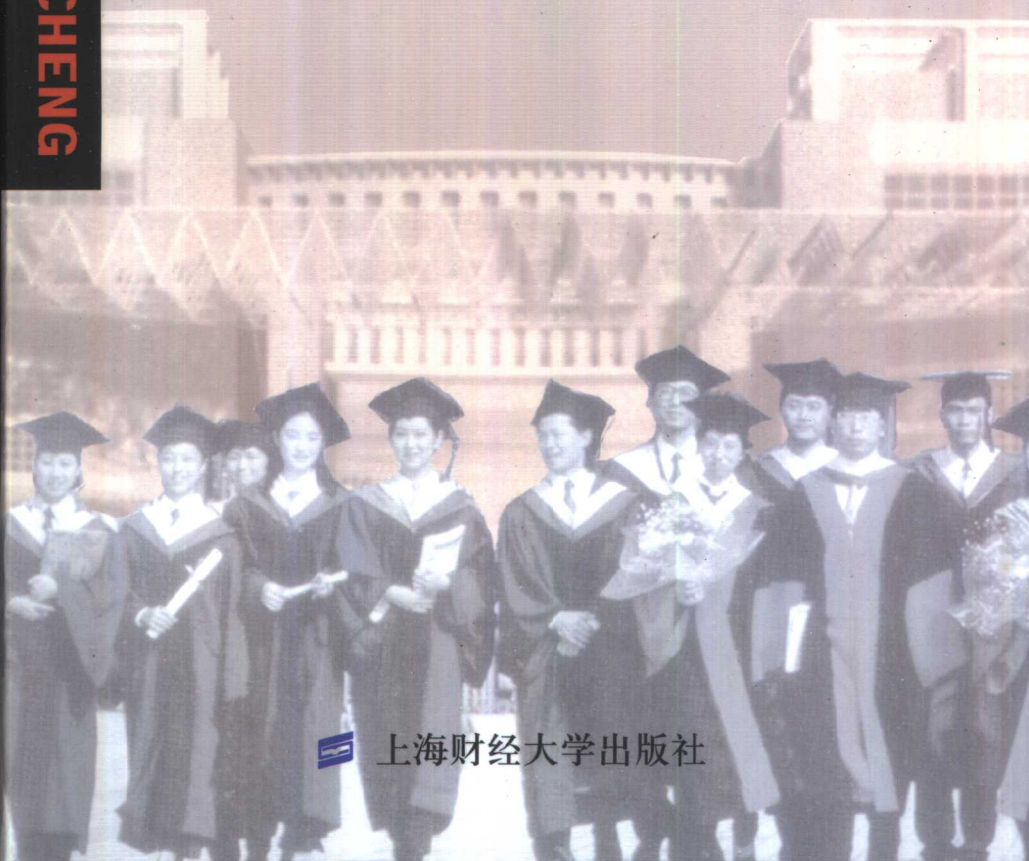


FAXUE GAILUN JIAOCHENG

法学概论教程

费长山 沈 峻 主编



上海财经大学出版社

法学概论教程

费长山 沈峻 主编

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学概论教程/费长山、沈峻主编. —上海:上海财经大学出版社, 2002. 8

ISBN 7-81049-789-8/D·24

I. 法… II. ①费…②沈… III. 法学-概论-高等学校-教材
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 055854 号

☐ 责任编辑 张小忠
☐ 封面设计 余友涵

FAXUE GAILUN JIAOCHENG

法 学 概 论 教 程

费长山 沈峻 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海第二教育学院印刷厂印刷

上海浦江装订厂装订

2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 14.25 印张 410 千字

印数: 0 001—5 000 定价: 25.00 元

前 言

为了适应社会主义市场经济体制对法学教育的要求,适应中国加入 WTO 后对大学生法律知识结构调整的需求,我们组织长期在大学法律教育第一线的具有丰富教学实践经验的教师编写了《法学概论教程》这本书。

本书以江泽民同志“三个代表”为指导,在编写时力求准确阐明基本概念、基本原理和基本知识,努力做到内容和形式的统一,做到知识性和应用性的统一。本书尽力反映最新法律规定及司法解释,同时为了开拓学生的视野,对各法律部门都择要介绍前沿问题或相关学术动态,我们也尝试运用图表、案例等形式直观介绍法律知识,为开展多媒体法学教育创造条件,铺垫道路。但限于我们的水平,加之编写时间略嫌匆忙,本书难免有疏漏或不妥之处,敬请读者批评指正。

《法学概论教程》一书在编写过程中得到上海师范大学法商学院领导的关心和支持,也得到其他同志的鼎力襄助。余友涵老师为本书设计了封面,郭新嗣老师为本书的出版事宜付出了辛勤劳动,在此,谨向他们表示真诚的感谢。



本书由费长山、沈峻主编，徐继强为本书的体例、图表重新作了策划和整理，最后由费长山、沈峻、徐继强统稿。各章撰稿人分别如下：

徐继强 （第一章、第十五章、第十六章）

何国锋 （第二章）

费长山 （第三章、第十四章）

武玉红 （第四章）

环建芬 （第五章、第十章）

胡志民 （第六章、第十二章）

沈 峻 （第七章、第八章）

施延亮 （第九章、第十一章、第十三章）

吴 琼 （第十七章、第十九章）

关宏涛 （第十八章）

编 者

2002 年 6 月

目 录

前言/1

第一章 法的一般原理/1

第一节 法律的概念/1

第二节 法律的价值/12

第三节 法律的运行/15

第四节 法律的起源与发展/22

第五节 法治与法治国家/26

第二章 宪法/31

第一节 宪法概述/31

第二节 我国的国家制度/39

第三节 我国公民的基本权利和义务/49

第四节 我国的国家机构/55

第三章 行政法/64

第一节 行政法概述/64

第二节 行政主体/69

第三节 行政行为概述/76

第四节 行政处罚/79

第五节 行政复议/83

第六节 行政赔偿/86

第四章 刑法/90

第一节 刑法概述/90



- 第二节 犯罪/95
- 第三节 正当防卫与紧急避险/101
- 第四节 故意犯罪过程中的犯罪形态/103
- 第五节 共同犯罪/106
- 第六节 刑罚/108
- 第七节 犯罪的种类/117

第五章 民法/128

- 第一节 民法概述/128
- 第二节 民事主体/132
- 第三节 民事法律行为和代理/138
- 第四节 诉讼时效/143
- 第五节 物权/145
- 第六节 债权/149
- 第七节 人身权/153
- 第八节 民事责任/156

第六章 合同法/161

- 第一节 合同法概述/161
- 第二节 合同的订立/163
- 第三节 合同的效力/168
- 第四节 合同的履行/172
- 第五节 合同的终止/176
- 第六节 违约责任/180
- 第七节 合同争议的解决/183

第七章 知识产权法/185

- 第一节 知识产权法概述/185
- 第二节 著作权法/188



第三节 专利法/194

第四节 商标法/203

第八章 婚姻法和继承法/211

第一节 婚姻法/211

第二节 继承法/224

第九章 公司法/233

第一节 公司法概述/233

第二节 有限责任公司/235

第三节 股份有限公司/239

第十章 票据法/249

第一节 票据法概述/249

第二节 票据行为/252

第三节 票据权利/253

第四节 汇票/254

第五节 本票/258

第六节 支票/260

第七节 违反票据法的法律责任/261

第十一章 保险法/264

第一节 保险法概述/264

第二节 保险合同/270

第三节 保险公司/277

第四节 保险公司的经营规则/280

第十二章 反不正当竞争法/283

第一节 反不正当竞争法概述/283



- 第二节 不正当竞争行为/284
- 第三节 对不正当竞争行为的监督检查/293
- 第四节 法律责任/294

第十三章 消费者权益保护法/298

- 第一节 消费者权益保护法概述/298
- 第二节 消费者的权利/300
- 第三节 经营者的义务/303
- 第四节 争议的解决和法律责任/305

第十四章 劳动法/312

- 第一节 劳动法概述/312
- 第二节 劳动合同和集体劳动合同制度/314
- 第三节 劳动法基本制度/319
- 第四节 劳动争议/326
- 第五节 违反劳动法的法律责任/328

第十五章 诉讼法/331

- 第一节 诉讼法概述/331
- 第二节 诉讼中的专门机关和审判组织形式/338
- 第三节 诉讼中的当事人/340
- 第四节 诉讼管辖/345
- 第五节 证据/348
- 第六节 诉讼中的强制措施/352
- 第七节 诉讼程序/353

第十六章 仲裁法/362

- 第一节 仲裁法概述/362
- 第二节 仲裁协议/364



- 第三节 仲裁机构/365
- 第四节 仲裁的基本程序/367
- 第五节 法院对仲裁机构的支持和监督/370

第十七章 国际法/373

- 第一节 国际法概述/373
- 第二节 国际法主体/377
- 第三节 国际法律责任/382
- 第四节 国际法上的空间划分/385
- 第五节 国际法上的个人/390
- 第六节 外交与领事关系/395
- 第七节 条约/397

第十八章 国际私法/403

- 第一节 国际私法概述/403
- 第二节 国际私法的主体/406
- 第三节 法律冲突、冲突规范和准据法/409
- 第四节 外国法的适用/412
- 第五节 国际民商事争议的解决/418

第十九章 世界贸易组织(WTO)/422

- 第一节 世界贸易组织概述/422
- 第二节 世界贸易组织的基本原则/425
- 第三节 世界贸易组织主要协定的内容/427
- 第四节 争端解决机制和政策评审机制/429

附录一:主要法律网站/432

附录二:法律文书样本/432

第一章 法的一般原理

第一节 法律的概念

【内容提要】

本章简明讲述法理学的基本知识,主要内容为:什么是法律,以及权利、义务、行为、责任等法学基本范畴;法律与秩序、法律与正义的关系等法律基本价值问题;立法、执法、司法和法律解释、法律程序等法律运行的基本环节;法律现代化、法律继承、法律移植和法律的本土化等法律产生、发展的基本问题;最后简要阐明了法治与建设社会主义法治国家的基本原理。

一、什么是法律

1. 法律的概念

什么是法律,这是一个既简单又非常复杂的问题。不同的法律流派,往往有截然不同的回答。马克思主义则从唯物史观出发,深刻解释法律的本质,从而把法律定义为:法是由国家制定、认可并依据国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整对象,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级或人民意志,以确认、保护和发展统治阶级或人民所期望的社会关系和价值目标为目



的的行为规范体系。

我们从法学发展史上三个重要的法学流派对法律的定义可以看出,人们对法律的理解是不同的。自然法学派往往从法律条文背后的公平、正义、神意、理性来给法律下定义,认为实在的法律如果同这些背后的价值相违背,就不成为法。“神意论”、“理性论”、“正义论”是自然法学派的主要观点。“神意论”认为,法即是神意,法是上帝、先知为人类规定的行为准则。而“理性论”认为,法是理性。例如古代的自然法学家西塞罗说:“法就是最高的理性”。“正义论”则认为法是正义的工具。例如亚里士多德说:“要使事务合乎正义,须毫无偏私地权衡,法恰恰是这样一个中道的工具”。

实证法学派则着重从实在的法律现象给法律下定义,强调“实然的法”与“应然的法”的区别,认为法律就是实实在在的规则,至于所谓的公平、正义、理性都应该从法律中剔除出去。这方面有代表性的观点是“规则说”、“命令说”。例如,现代西方的法律实证主义者明确地把法律定义为一个社会为了决定什么行动应受公共权力加以惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则。而“命令说”认为,法是国家的命令,主权者的命令。

社会法学派则着重从法律与社会的关系,以及法律在社会中的实际情形来给法律下定义。这其中比较有名的有“行动中的法律说”。他们认为判断什么是法律,不仅要看“白纸黑字的法”,更重要的是要看“行动中的法”,要看法律在社会中的实现和实际运作状态。社会法学派提醒人们关注法律与社会的关系,关注社会习俗、民族传统、地方资源对法律的影响;指出法律不仅是逻辑,而且是经验;不仅要关注法律的制定,更要关注法律的实现。

2. 法律的基本特征

一般认为法有四大基本特征:①法是调节人们行为的规范。②法



是由国家制定或认可的一种特殊的行为规范。③法是以规定权利和义务的方式来运作的行为规范。④法是由国家强制力保证实施的社会行为规范。

二、法律的构成要素

法律的构成要素指法的基本成分,即构成法律的基本元素。法律的基本构成要素有法律规则、法律原则、法律概念。

法律规则又叫法律规范,是规定法律上的权利、义务的标准、准则,或是赋予某种事实状态以法律意义的指示、规定。法律规则是构成法律的首要成分。

法律原则是法律的基础性真理、原理,或是为其他法律要素提供基础和本源的综合性原理或出发点。

法律概念是对各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的术语。法律概念与日常生活的概念有重大的区别。这种区别主要表现为:第一,它有明确的定义和适用范围;第二,技术含量高,往往与日常生活语言有一定距离,成为专门化、职业化的概念体系。

正是由于法律的构成要素不同于一般的社会规范,所以无论学习法律、研究法律还是适用法律都必须具备法律的思维。与政治思维方式、经济思维方式和道德思维方式相比,法律思维方式有诸多特殊之处,其中至少有六个方面是最为重要的区别:即以权利义务为线索,普遍性优于特殊性、合法性优于客观性,形式合理性优于实质合理性、程序问题优于实体问题、理由优于结论。(摘自郑成良《论法治理念与法律思维》,吉林大学社会科学学报,2000年第4期)

三、法律的渊源与效力体系

1. 法律的渊源

法律的渊源指法律的权威及强制力的来源或法律的存在形态。法律渊源同法律的形式往往同义。



法律的一般渊源通常包括制定法、判例法、习惯法以及权威的理论和公认的价值。

(1)制定法,是有权的机关制定的法律。有权机关主要是立法机关。在现代社会有权机关的制定法是法律的重要渊源,特别是大陆法系制定法是主要的法律渊源。

(2)判例法,是以法院作出的有约束力的判例为形式的法律。严格来说,判例法并非指整个判例,而是判例中概括出来的原则和规则。在不同的法律传统的判例的地位不同,英美法系,法律渊源以判例法为主。即使是大陆法系也并非完全排斥判例,特别在行政法领域,行政判例越来越受到重视,成为重要的法源。

(3)习惯法,是以习惯的形式表现出来的法律。习惯之所以成为法律,主要在于社会的公认或者国家的认可。远古时期,法律无一例外都是习惯法,但是习惯法的地位随着法律的发展呈不断下降的趋势。

(4)权威理论,指的是著名法学家的解释和法律论著等。公元529年,查士丁尼皇帝下令编制的《国法大全》中的《学说汇编》和《法学阶梯》就是具有法律效力的法学理论著作和教科书。

(5)公认的价值,是一个社会普遍认同的基本社会价值,如正义、情理等。有些地方,公认的价值由法学家在其理论中被阐释,有些地方被法官发现,而有些地方则以百姓的“情理”面目出现。现代许多国家的法律制度中都或多或少地存在吸纳公认价值观的制度。权威理论和公认的价值是次要的法律渊源。

在现代,我国法律的渊源主要是制定法,包括:①宪法;②法律;③行政法规;④地方法规;⑤自治法规;⑥部门规章;⑦地方规章;⑧国际条约;⑨其他法的形式,如军事法规等。

我国最高人民法院的判例对各级人民法院判案有重大影响,但不是法律渊源;习惯一般也不是我国的法律渊源;由于我国法学水平不高,法学的独立性和权威程度较低,所以也不是法律的渊源。党和国家的政策在我国起着重要的规范作用,西方社会法学派也倾向于把政策作为法的渊源之一,但是

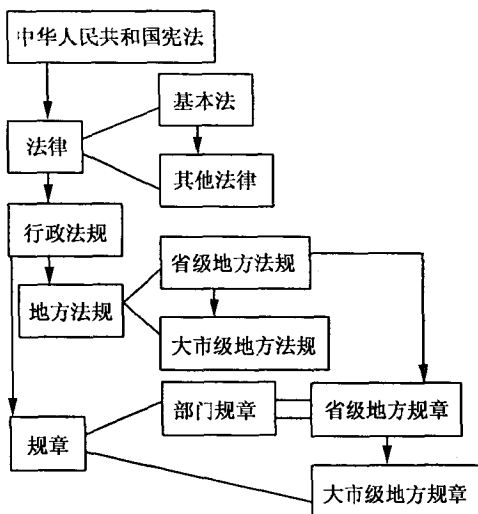


如果以政策作为一个国家的主要法律渊源,则与法治国家的原则不符。

2. 法律的效力体系

由于法律的权威和强制力的来源不同,各种法律形式之间存在着不同的效力等级,或者称为法律的位阶。不同位阶的法律之间构成了一个高低有序、效力不同的效力体系。从实证法的角度而言,处于这个效力体系中最高位阶的是宪法,效力最高。低位阶的法律不得与高位阶的法律相冲突,否则无效。

根据《中华人民共和国立法法》的规定,我国法律的效力体系和位阶如下图所示:(其中,“大市级”系指省会城市、国务院批准的较大市以及经济特区城市)



四、法律的分类与体系

1. 法律的分类

法律的分类,就是从不同的角度,按照不同的标准,将法律规范划分为若干不同的种类。由于角度和标准的不同,法律的分类也有多种,



这里我们介绍最常见的几种类型:

(1)根本法和普通法。这是根据法律的地位、效力、内容和制定主体、程序的不同为标准而对法律的分类。人们把决定国家组织和公民权利的宪法称为根本法,其他法律为普通法。根本法的效力高于普通法,在大陆法系其制定和修改程序也更严格和复杂。

(2)一般法和特别法。这是按照法律适用的效力范围所作的划分。对一般人和事,在整个管辖区普遍适用的法为一般法;对特定的人和事,在某一特定领域或特定时期内生效的法律是特别法。一般而言,在同一法律位阶上,特别法的效力优于普通法。

(3)实体法和程序法。这是按照法律规定内容的不同为标准对法律的划分。规定实体性权利义务的法律是实体法,规定程序性权利义务的法律是程序法。刑法、民法等是典型的实体法。而现代程序法主要包括立法程序法、行政程序法和司法程序法。我国过去有“重实体,轻程序”的倾向,其实,程序法非常重要,现代法治的标志之一就是程序法的完善。

(4)公法和私法。公法与私法的划分,主要是大陆法系的分类方法,始于古罗马。现代法学一般认为,凡涉及到公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法为公法,如行政法、刑法等;凡属于私人利益、私人权利、自由选择、平权关系的法为私法,如民法、商法等。但是,在当代公法与私法出现了融合的趋势,有所谓的“公法私法化”和“私法公法化”,所以,公法与私法划分的标准和意义存在很多争论。过去,我国不承认公法与私法的划分,现在一般认为借鉴公法、私法划分的理论对建立社会主义市场经济的法律体系仍然具有重要的参考意义。

2. 法律体系

法律体系是指由一国现行全部法律规范按照不同法律部门分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的整体。法律体系的构成单位是法律部门。我国的法律体系由以下法律部门构成:

宪法法律部门;行政法法律部门;民商法法律部门;经济



法法律部门;劳动法法律部门;科教文卫法律部门;资源环境法律部门;刑法法律部门;诉讼法律部门;军事法律部门等。

3. 法系

法系和法律体系不同,是指具有相同法律文化传统的数个国家法律所组成的法律“家族”。从历史上看,世界的法系主要分为:大陆法系、英美法系、印度法系、中华法系、伊斯兰法系等。现今世界最大,也是最有影响力的法系是大陆法系和英美法系。

大陆法系也称民法法系、罗马法系、法典法系,是源于罗马法的传统而发展起来的,以法典为主要特征的近现代法系,大陆法系的典型国家为法国、德国;英美法系也称普通法系、判例法系,是继承日耳曼法律传统而发展起来的,以判例法为特征的近现代法系,英美法系的典型国家是英国和美国。

两大法系主要特征比较

	法律渊源	法律编纂方式	适用法律的技术	法官的权限	典型国家
大陆法系	制定法为主	法典形式	演绎推理	严格适用法律	法、德
英美法系	判例法为主	单行法规形式	归纳、类比推理	法官可以造法	英、美

五、法学的几个基本范畴

1. 权利、义务、权力

(1)权利、义务、权力是法学的核心范畴。对权利、义务、权力的界定不仅是一个众说纷纭的问题,而且反映了一个国家公民的法律意识、法律文化传统和法治水平。我们认为,权利本身即是正义,是正当化的利益;义务是法律关系主体承担的不利益,表现为必须依法做出某行为或抑制某行为;法律上的权力是合法确认和改变人际关系或处理他人财产或人身的能力。

有一种观点认为,权利概念包含着“权衡”和“利益”两个因素,因而往往带有功利主义的色彩,权衡利益的结果如果是