



法学概论

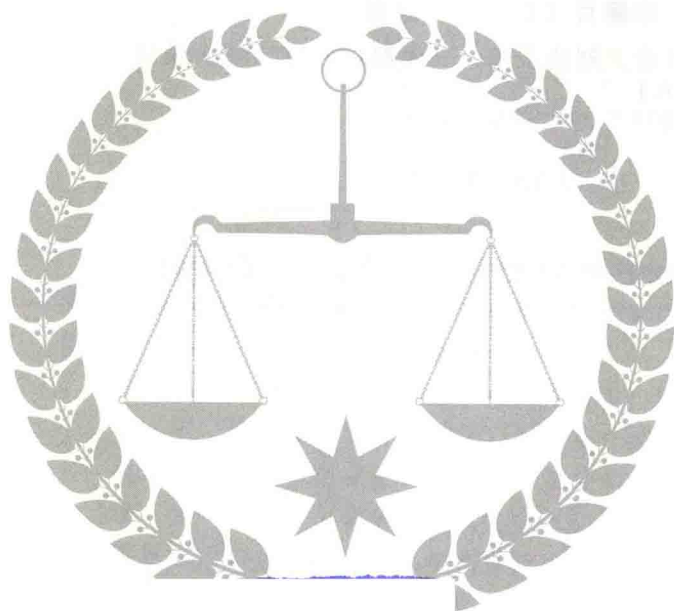
FAXUE GAILUN

刘 伟 主编



西南交通大学出版社

中共四川省委省直机关党校“学历教育辅导丛书”



法学概论

FAXUE GAILUN

刘 伟 主编

西南交通大学出版社

· 成都 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

法学概论 / 刘伟主编. — 成都: 西南交通大学出版社, 2016.1

ISBN 978-7-5643-4464-1

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学 - 概论 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 313936 号

法学概论

刘伟 主编

责任编辑	吴明建
封面设计	刘海东
出版发行	西南交通大学出版社 (四川省成都市二环路北一段 111 号 西南交通大学创新大厦 21 楼)
发行部电话	028-87600564 028-87600533
邮政编码	610031
网 址	http://www.xnjdcbs.com
印 刷	四川煤田地质制图印刷厂
成品尺寸	185 mm × 260 mm
印 张	26.5
字 数	655 千
版 次	2016 年 1 月第 1 版
印 次	2016 年 1 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-5643-4464-1
定 价	68.00 元

图书如有印装质量问题 本社负责退换
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

中共四川省委省直机关党校 “学历教育辅导丛书” 编委会

主 任 陈学明 邓曼丽

副主任 徐学东

成 员 王喜梅 刘 伟 马国祥 李绍华 欧阳旭柳

李 庆 阮 滔 赵利琼 周红芳 曹承龙

刘凡德 杨英虎 李 郑 柳霁柯

前 言

中共四川省委省直机关党校学历教育创办于20世纪80年代初,是由广播电视大学、普通高等院校的函授教育、网络教育、自学考试和党校学历教育等组成的成人学历教育体系。

办学30多年来,我们坚持理论、知识、党性、能力四位一体的培养目标,强化教学管理,注重教学质量,致力于全面提高学员素质,为社会主义现代化事业培养了一大批栋梁之材。共培养专科、本科学员数万名,培养在职研究生千余名。历届学员中有数人担任了省级领导职务,数百人担任了厅局级领导职务,数千人担任了处级职务,成为西部大开发,四川“跨越式”发展,全面奔小康的组织者和带头人。“出人才、出干部、出英模”是省直机关党校学历教育高质量办学的显著标志。学历教育部门也多次被上级有关部门、主管单位评为办学先进单位。

为进一步贯彻落实“十三五”规划精神,继续畅通继续教育、终身学习的通道,推进教育信息化,发展远程教育,更好地探索现代成人教育的规律,充分利用优质教学资源,体现学生自主学习的特点,适应新时期学历教育的需要,省直机关党校学历教育部门结合30多年的办学经验,积极探索教学改革,编写了这套《学历教育辅导丛书》。本丛书从体例、版式设计上做了改革,以适应学生的学习。在内容上,既注意体现学科发展的新动态和新精神,力求理论性与应用性的较好结合,使学生能较好地掌握本学科的基本理论和基本体系,具有分析问题和解决问题的能力,也注重体现党校干部教育的特点和要求,让学生在掌握学科知识的同时,强化社会主义核心价值观的教育,使学生成为有理想、有道德、有知识的全面发展的新型人才。

该系列丛书由西南交通大学出版社出版。在教材编写过程中,我们参考了相关著作、教材,同时也得到本校和校外专家、学者的大力支持,在此,我们谨表衷心感谢。

中共四川省委省直机关党校
“学历教育辅导丛书”编委会

《法学概论》 前言

法治，是现代文明的必然结果；法治，是 21 世纪的主题。党的十八大以来，党中央从战略和全局的高度，提出建设法治中国的重大任务，强调坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，将中国特色社会主义法治建设提升到了新的高度。

党的十八届四中全会要求，把宪法法律列入党委（党组）中心组学习内容，列为党校、行政学院、干部学院、社会主义学院必修课；把法治教育纳入国民教育体系，纳入精神文明创建内容。要坚持用马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论全方位占领高校、科研机构法学教育和法学研究阵地，加强法学基础理论研究，形成完善的中国特色社会主义法学理论体系、学科体系、课程体系。

为此，我们组织编写了该书，目的是帮助广大党员干部对法律知识有全面而系统的了解与掌握，提高运用法治思维和法治方式解决问题的能力；同时，该书有助于法学专业的学生学习法学的基本理论与知识，提高自学能力，培育对法治的认同与信仰。本书在注重学科科学性、系统性的同时，注重法学基本理论和法律实务的结合，对法学各学科进行了系统的阐释，对现实中出现的热点法律问题进行了简明扼要的分析，有较强的针对性和指导性。

本书在编写过程中参考了国家司法考试教材、法学专业教材、自考教材的编写内容与体例，参阅了相关著作、论文等文献资料，吸收了理论界的一些研究成果，恕未一一注明，在此说明与表示谢意。本书疏漏与不当之处，敬请广大读者批评指正。

编 者

2016 年 1 月

目 录

第一编 法理学

第一章 法学基本理论	1
第二章 法的本体	3
第三章 法的运行	11
第四章 法的演进	15
第五章 法和社会	18

第二编 中国法制史

第六章 夏、商、西周至秦汉、魏晋时期的法制	21
第七章 唐宋至明清时期的法制	27
第八章 清末、民国、革命根据地时期的法制	34

第三编 中国法律思想史

第九章 夏、商、西周至秦汉、魏晋时期的法律思想	39
第十章 隋唐至宋元明清时期的主要法律思想	46
第十一章 清末、中华民国时期的法律思想	50

第四编 外国法制史

第十二章 古印度法、古希腊法、罗马法	55
第十三章 日耳曼法、教会法、中世纪西欧城市法和商法、伊斯兰法	58
第十四章 英国法、美国法	62
第十五章 法国法、德国法、日本法	66
第十六章 俄罗斯法、欧洲联盟法	71

第五编 宪法

第十七章 宪法基本理论	73
第十八章 国家性质和国家形式	75
第十九章 国家基本制度	79
第二十章 我国公民基本权利和义务	82
第二十一章 国家机构	86

第六编 经济法概论

第二十二章 经济法总论	91
第二十三章 宏观调控法	94
第二十四章 市场规制法	99

第七编 国际法

第二十五章 导论	104
第二十六章 国际法上的主体与国际人权法	106
第二十七章 空间划分	111
第二十八章 外交和领事关系法、条约法	116
第二十九章 国际法律责任与国际争端的和平解决	120
第三十章 战争与武装冲突法	123

第八编 国际私法

第三十一章 国际私法概述	124
第三十二章 冲突规范与适用冲突规范的制度	125
第三十三章 国际私法的主体	128
第三十四章 国际民商事法律适用	129
第三十五章 国际民商事争议的解决	135

第九编 国际经济法概论

第三十六章 绪论与国际经济法的基本原则	139
第三十七章 国际货物贸易法、国际服务贸易法与国际技术贸易法	142
第三十八章 国际投资法、国际货币金融法与国际税法	148

第三十九章 国际经济组织法与国际争端处理法	154
-----------------------------	-----

第十编 公证与律师制度

第四十章 公证法律制度概述	157
第四十一章 公证机构与管理体制	160
第四十二章 公证书与公证证明活动	163
第四十三章 律师法律制度与律师	167

第十一编 法律文书

第四十四章 绪论	174
第四十五章 公安机关的法律文书	176
第四十六章 人民检察院的法律文书	179
第四十七章 人民法院的法律文书	182
第四十八章 监狱法律文书	185
第四十九章 律师实务文书	186
第五十章 仲裁文书、公证文书	188

第十二编 刑法学

第五十一章 绪论	190
第五十二章 犯罪论	193
第五十三章 刑罚论	199
第五十四章 刑法各论	202

第十三编 刑事诉讼法学

第五十五章 刑事诉讼基本理论	211
第五十六章 审判与执行	221
第五十七章 对办理未成年人犯罪案件程序的特殊要求	227

第十四编 行政法

第五十八章 绪论	228
第五十九章 行政行为概述	231
第六十章 抽象行政行为与具体行政行为	234

第六十一章	行政复议与行政诉讼	243
第六十二章	行政违法、行政责任与行政赔偿	246

第十五编 民法

第六十三章	民法总论	250
第六十四章	物权	263
第六十五章	债权与侵权责任	266

第十六编 民事诉讼法学

第六十六章	民事诉讼法总论	269
第六十七章	通常诉讼程序	279
第六十八章	特殊程序与执行程序	283

第十七编 合同法

第六十九章	合同与合同法概述	288
第七十章	合同的内容和形式	291
第七十一章	合同效力、履行与保全	298
第七十二章	合同变更与违约责任	303

第十八编 婚姻家庭法

第七十三章	婚姻家庭法综述	306
第七十四章	亲属制度	309
第七十五章	结婚制度	311
第七十六章	夫妻关系	313
第七十七章	离婚制度	316
第七十八章	亲子关系和亲权制度	321

第十九编 劳动法

第七十九章	劳动法概述	323
第八十章	劳动法律关系	326
第八十一章	劳动合同制度	330

第二十编 知识产权法

第八十二章	总论	338
第八十三章	著作权法	339
第八十四章	专利权	345
第八十五章	商标权	352

第二十一编 公司法

第八十六章	公司法概述	357
第八十七章	公司设立与公司资本	359
第八十八章	股东与股权	364
第八十九章	董事、监事、高级管理人员的资格、义务与责任	368
第九十章	公司债与公司财务会计制度	370
第九十一章	公司合并、分立与公司形式变更	375

第二十二编 税法

第九十二章	税法概论与税权	379
第九十三章	增值税法与消费税法	383
第九十四章	营业税法与所得税法	386
第九十五章	城市维护建设税法、烟叶税法、资源税和土地增值税法	391

第二十三编 环境与资源保护法

第九十六章	概述	394
第九十七章	环境与资源保护法的基本原则与基本制度	396
第九十八章	环境污染防治法	398
第九十九章	自然保护与资源保护法	401
第一百章	环境与资源保护法的法律责任	406
后 记		409



第一编 法理学

第一章 法学基本理论

第一节 法学绪论

一、法学的性质

法学是研究法、法的现象以及与法相关问题的专门学问，是关于法律问题的知识和理论体系。法学的产生以法的产生为前提，但法学并非和法同步产生。法学是法发展到一定阶段，在人们对法的认识达到一定程度时才得以产生。

马克思主义法学的基本特色为：（1）马克思主义法学坚持唯物主义的观点，认为法归根结底是由经济特别是社会物质生活条件决定的，具有客观性。（2）马克思主义法学坚持阶级分析的观点，认为法是由掌握国家政权的阶级制定或认可的，具有阶级性。（3）马克思主义法学坚持辩证发展的观点，认为法是人类社会发展到一定历史阶段的产物，是历史的范畴，有其产生、发展和消亡的过程。

二、法学的研究对象

法学的研究对象是法、法的现象以及与法相关的问题。西方学派对法学研究对象有不同的理解，有的认为法学要以“应然法”或“理想法”为研究对象，有的主张法学的研究对象应为在实际生活中真实存在的法，有的认为法学应着重关注法的社会功能和社会效果，还有的认为法学的研究对象应为法的价值、形式和事实。

三、法学的研究方法

法学研究方法是法学研究主体在研究法学的过程中，所采取的特定行动方式和思维方式。法学研究方法包括三个层次：第一层次是法学的专业方法，它是人们在法学研究中所采用的特定方法，而在其他研究领域则不为或很少为人们采用。第二层次是法学所摄取的方法，它是人们在法学研究中所采用的某些跨学科的方法或借用的其他学科的方法。第三层次是法学的指导方法，它通常以哲学的形式表现出来，对法学发挥导向作用，并充当整个法学



研究方法体系的理论基础。

第二节 法律职业和法律思维

一、法律职业

法律职业是指以律师、检察官和法官为代表的,受过专业的法律专业训练,具有娴熟的法律技能与法律伦理的人所构成的自治性共同体。法律职业主体一般是指法律规范的具体操作者、适用者。法律职业的特征为:(1)法律职业具有法律专业性;(2)法律职业具有相当大的自主性、自治性和精英性;(3)法律职业具有共同的职业精神和伦理;(4)法律职业的思维方式具有独特性;(5)法律职业是法律秩序的维护者。

二、法律思维

法律思维是指法律职业者根据现行法律进行思考、判断和解决法律问题的一种思维定势,是受法律意识、法律思想和法律文化所影响的一种认识与实践法律的思维方式。法律思维的内容和特征为:(1)以现行有效的法律规范为基本前提;(2)以形式逻辑三段论推理为基础;(3)受时限和职业责任的约束而进行的思考和判断;(4)以法律上的“相对真实”为认知依据;(5)判断结果具有非此即彼的明确性;(6)法律思维具有经验性。

第三节 法律意识和法律文化

一、法律意识

法律意识指人们关于法律的知识、思想、观点、心理或态度等。根据不同的标准,法律意识可以分为以下几种类型:(1)个人法律意识、群体法律意识、社会法律意识;(2)占统治地位的法律意识和不占统治地位的法律意识;(3)职业法律意识和非职业法律意识;(4)传统法律意识和现代法律意识。

二、法律文化

法律文化是一定的法、法制、法治、法律意识以及其他法的现象的精神品格的总称。法律文化包含法律传统在内,法律传统蕴涵于法律文化之中。法律文化是通过历代传承而形成法律传统,法律传统是凝聚的法律文化。

法律意识是社会意识的一种特殊形式,是人们关于法律现象的思想、观点、知识和心理的总称。从概念的内涵来看,法律文化包含了法律意识,法律意识是法律文化最内在的深层次因素。



第二章 法的本体

第一节 法的概念

一、法的定义

法是为社会主体提供行为标准的,以国家政权意志形式出现的,作为司法机关办案依据的,具有普遍性、明确性和肯定性的,以权利和义务为主要内容的,首先和主要体现执政者意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。法的基本特征为:(1)法是为主体提供行为标准的社会规范;(2)法是以国家政权意志形式存在的社会规范;(3)法是作为司法机关办案主要依据的社会规范;(4)法是普遍的、明确的和肯定的社会规范;(5)法是以权利和义务为主要内容的社会规范。

二、法的要素

法是由若干部分构成的一个统一整体,这些构成法的整体的各个组成部分,称为法的要素。法的要素包括法律规则、法律原则、法律概念。法律规则是社会规则的一种,它是国家政权中的有权机关制定或认可的,具有一定的结构形式,规定社会主体的法定权利和义务以及相关法律后果,旨在建立和维护法律秩序的特定行为准则。法律原则是指法中所存在的,可以作为法律规则的基础或本源的那些综合性、指导性和稳定性的原理和价值准则。法的概念是人们对法、法的现象进行分析、归纳、抽象而产生的范畴,是法律规则和法律原则的载体。法的结构三要素中,规则是主体性要素,原则是品格性要素,而概念则是技术性要素。

第二节 法的价值

一、法的价值释义

法的价值就是法这种客体对于社会主体的关系和在这种关系中所具有的可以满足或影响社会主体需要的属性和潜能。法的价值通常在三种意义上被使用:一是用来指称法自身有哪些价值,这是法的形式价值。二是用来说明法在实现社会调整的过程中可以增进和维护哪些价值,这是法的目的价值。三是用来作为评判标准,评价同法相关的行为和社会现象,这把法视为一种价值准则。



二、法律秩序

法律秩序是由法所确立和维护的,以一定社会主体的权利和义务为基本内容的,表现出确定性、一致性、连续性的,具有特殊强制力的一种社会状态。法律秩序的特征有:(1)以法律规则、法定制度为纽带而形成运行;(2)以权利和义务为基本内容;(3)具有确定性、一致性、连续性、稳定性和普遍性;(4)以法庭、监狱、警察、军队等国家强制力为保障。

三、法律利益

法律利益是利益的一种形式,是从利益体系中剥离出来的、以法定形式存在的利益,也即通常所说的合法利益或权益。法律利益的主要特征在于,它是经由国家特定机关选择和确认的,体现国家意志的,以法律权利为内容的,具有特殊强制力的一种利益。

什么样的利益可以或应当转化为法律利益?这一方面取决于利益本身是否有必要采取法定化的形式;另一方面,也取决于一定的社会环境、社会制度和法律制度本身的文明程度、进步程度。利益从一般利益转化为法律利益,其主要和直接的原因,在于各种利益之间的冲突和矛盾需要法予以调节和处理。而法对利益的调处过程,也就是将利益转化为法律利益以保障其实现的过程。法应当怎样调节和处理各种利益之间的冲突呢?一方面,需要以立法或法律制度的方式,确定需要或可以形成法律利益的范围;另一方面,也要采取行之有效的科学方法和制度。

第三节 法的功能和作用

一、法的功能和作用释义

法的功能是法所固有的可以对社会生活发生影响的功用和性能,是法这个事物的内在的、稳定的和应然的能量和潜力。法的功能的特质及其意义在于:(1)法的功能是法所固有的内在属性;(2)法的功能是法所固有的稳定属性;(3)法的功能是法所固有的应然属性。

法的作用是法对社会主体和社会关系所发生的实际影响,它体现法同外部世界即国家生活、社会生活和公民生活所发生的关系。法的作用特质及其意义在于:(1)法的作用是被赋予和设定的法的外在属性;(2)法的作用是体现社会变化的法的动态属性;(3)法的作用是同社会需求相连的法的实然属性。

二、法的功能

法的功能更多的是同法的基本特征相连的,而法的作用更多的是同法的本质相连的。法以调整、指引和保障为基本功能。法的调整功能是以法所具有的法律制度形式来规范社会主体和社会关系的功用和性能,即用法律制度形式将一定社会主体的行为模式和一定社会关系的形态固化下来。法的指引功能是法所具有的可以为社会主体的行为和社会关系的发展提供法定标准和指明法定方向的功用和性能。法的指引有确定指引和不确定指引两种。确定指引是刚性指引,同这种指引相关的主体,无论个人还是组织,都应当遵照实行,没有讨价还价



的余地。确定指引同法律规则中的义务规则、强行规则和确定性规则相联。不确定指引是柔性指引,指主体对法的指引有选择余地,或是有一定的自由度。不确定指引同法律规则中的权利规则、任意性规则、委托性规则和准用性规则相联。法的保障功能是法这个事物所具有的对一定社会主体的利益和一定社会关系予以保护和屏障的功用和性能。

三、法的作用

法的作用是法对社会主体和社会关系所发生的实际影响,是法同外部世界所发生的真实的关系。法的作用的意义表现为:首先,就实际生活的需求而言,国家生活、社会生活和公民生活都与法的作用有密切关联。其次,就法自身而言,法的秩序价值、利益价值和正义价值要得以实现,法的调整功能、指引功能和保障功能要对生活发生真实的影响,都有赖于法的作用的发挥。法学归根结底是要经世致用的,差不多所有形式和类别的法学研究和其他法学学术活动,总是在一定程度上以认识、揭示和发挥法的作用为出发点和归宿的。

第四节 法的渊源

一、法的渊源释义

法的渊源主要指法的来源。法的渊源是由资源、进路和动因三项基本要素所构成的综合事物。在法的渊源三要素中,资源性要素是最基本的要素。法的渊源中的资源性要素是法得以形成的原料性或质料性要素。法的渊源中的进路性要素是法得以形成的途径性要素。资源性因素和动因性要素不可能自动地成为法,要使它们成为法,需要借助某些途径,主要是立法、司法、行政和国际交往诸途径。法的渊源中的动因性要素是根本的要素。法不是生活中固有的,也不是无缘无故出现的,而是基于一定的动力和原因形成的。从马克思主义观点和社会发展事实来看,法的最主要动因是人们的实际社会生活的需要。

二、法的渊源的价值实现

法的渊源作为法的资源、进路和动因,其主要价值在于法的形成方面。实现法的渊源的价值,主要是实现由法的渊源向法的转变。第一,法的渊源是某些法的直接来源。第二,法的渊源是某些法律规则、法律原则和法律制度的来源。第三,法的渊源是某些法的精神品格、文化特色、社会特色、先进经验的来源。第四,法的渊源中的立法、行政、司法等进路性渊源,是法和法律制度得以形成的基本途径。第五,法的渊源包涵着使法得以形成、存在和发挥作用的根本动因。

在法的渊源转变为法的过程中,其价值实现有两种基本情形:自觉型和自发型。前者是在理解和认知法的渊源价值及其实现的基本理念、知识和方式的前提下,自觉地发现、整合和实现法的渊源价值,从而形成预期的法或法律制度;后者则是盲目地、被动地在某种动因的促动下,消极地实现某些法的渊源价值,形成了某种法或法律制度。



第五节 法的形式

一、法的形式释义

法的形式，指法的具体的外部表现形态，它所指称的主要是法由何种国家机关制定或认可，具有何种表现形式或效力等级。法的形式表明法所存在的方式，是一国的法和法律规范的既成产品，是以一定形式存在的已然的法。

二、当代中国主要法的形式

宪法是国家最高权力机关经由特殊程序制定和修改的，综合性地规定国家、社会和公民生活的根本事项，具有最高法的效力的一种法。法律是由全国人大及其常委会依据法定职权和程序制定和变动的，规定和调整国家、社会和公民生活中某一方面带根本性的社会关系或基本问题的一种法，是中国法的形式体系的主导。法规包括行政法规、地方性法规和自治法规。行政法规是由最高国家行政机关国务院依法制定的，有关行政管理和管理行政两方面事项的规范性法律文件的总称。地方性法规是由特定地方国家机关依法制定，效力不超出本行政区域范围，作为地方司法依据之一，在法的形式体系中具有基础作用的规范性法律文件的总称。自治法规是民族自治地方的权力机关所制定的特殊地方规范性法律文件即自治条件和单行条件的总称。规章是指有关行政机关依法制定的事关行政管理和管理行政的规范性法律文件的总称，分为部门规章和政府规章两种。部门规章是国务院所属部委根据法律和国务院行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，所发布的各种行政性的规范性法律文件，亦称部委规章。政府规章是有权制定地方性法规的地方的人民政府，根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定的规范性法律文件，亦称地方政府规章。国际条约指两个或两个以上国家或国际组织之间缔结的，确定其相互关系中权利和义务的各种协议。国际惯例是国家关系中不成文的规则和原则。

三、法的形式规范化和系统化

法的形式规范化就是指以成文法形式表现出来的各种规范性法律文件的规范化。具体而言，规范性法律文件的规范化，是指立法主体应当以统一的规格和标准，制定和修改各种形式的规范性法律文件，使一国属于法的形式范围的各种规范性法律文件成为效力等级分明、结构严谨、协调统一的整体。法的形式系统化是指对已制定的有关规范性法律文件加以系统整理和归纳加工，使其完善化、科学化的活动。

第六节 法律关系

一、法律关系释义

法律关系是由法所调整的一定主体之间的权利和义务关系。它是一种社会关系而不是自