



高等法学教育「十五」规划教材

法学概论

主编◎葛现琴



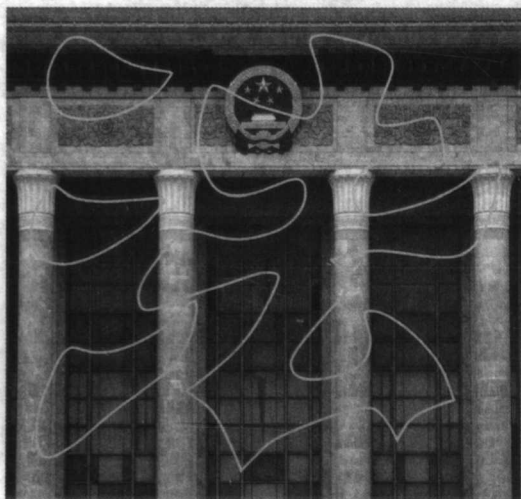
郑州大学出版社



高等法学教育“十五”规划教材

法学概论

主编◎葛现琴



郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/葛现琴主编. —郑州:郑州大学出版社, 2005. 9

ISBN 7-81106-195-3

I. 法… II. 葛… III. 法学-中国-高等学校-教材 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 102127 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

全国新华书店经销

郑州文华印务有限公司印制

开本: 710 mm × 1 010 mm

印张: 27.75

字数: 577 千字

版次: 2005 年 9 月第 1 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371-66966070

1/16

印数: 1~4 100

印次: 2005 年 9 月第 1 次印刷

书号: ISBN 7-81106-195-3/D·81 定价: 38.50 元

本书如有印装质量问题, 请向本社调换

Law 编委会名单

总 主 编:田土城 宁金成 王明锁

执 行 主 编:石茂生

编委会委员:(按姓氏笔画排列)

于鲁原	王 盼	王长水
王肖凤	王济东	王荣献
田留轩	刘德法	孙金伟
安立民	成先平	吴 洪
吴泽勇	宋四辈	宋雅芳
张 峰	张友亮	张秀全
张豫生	李卫平	李盈福
李振江	杨 丽	杨连专
杨培景	沈开举	沈贵明
肖国兴	林五星	林玉河
苗连营	姜建初	姜振颖
祝晓玲	禹桂枝	赵建文
赵朝琴	栗克元	秦恩才
郭志祥	郭学德	梁凤荣
黄进才	焦占营	程宝山
韩明德	翟桂范	

编委会办公室主任:程昱晖

总策划:杨秦予

Law 作者名单

主 编:葛现琴

副主编:张 峰 李玉成

撰稿人:(以章节为序)

李玉成 朱时全 王 勇

张 峰 晁玉凤 井 军

马凤敏 葛现琴

Law 内容提要

本书是河南省高等法学教育“十五”规划教材,本书的写作坚持“必需、够用”的原则,在对法学的基本理论进行阐释的基础上,注重吸收法学的最新研究成果和我国最新法律规范,力争反映最新的法律实践。本书共十二章,分别对我国现行宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、刑事诉讼法、民法、合同法、商法、经济法、婚姻家庭法、民事诉讼法、国际法与国际私法的主要内容进行了简明扼要的阐述。本书内容新颖,结构合理,实用性强,可作为高等院校非法学专业、高等法律职业院校、高等专科学校、成人高校等学校的基础课教材,也可作为职业培训和普法教育用书。

Law 总序

在新中国历史上,迄今大概有三次编写教材的高潮。20世纪50年代,各种教材的相继问世,标志着各学科在新中国的最初创建;80年代,各类教材的重新编写,主要因“文革”后各学科的拨乱反正;本世纪初,林林总总的新教材层出不穷,则反映了新世纪各学科不断发展完善的喜人局面。就法学教材而言,除了教育部组织编写的《全国高等学校法学专业核心课程教材》外,还有许多各具特色的行业教材和地方教材。应当说,在国家规定的《法学类核心课程教学基本要求》的规范下,各式各样法学教材的编写出版,对繁荣发展我国的法学理论和法学教育事业,具有十分重要的意义。

河南省地处中原,具有悠久的历史传统和深厚的文化积淀。法学教育虽起步较晚,但近年来已有较大发展。自1980年郑州大学建立法律系开始,河南的法学教育步入了快速发展的阶段。目前,全省已有法律本专科院系二十多个,在校学生达数万人之多。如何切实保障并尽快提高河南的法学教育水平,为我省的经济腾飞、法治建设和社会发展培养德才兼备的法律人才,是尽快实现中原崛起的重要条件,也是我们法律教育工作者义不容辞的历史重任。为此,在郑州大学法学院、河南大学法学院和河南省政法管理干部学院的倡导下,全省二十多个法律院系共同成立了河南省法学教育研究会,并于2003年7月在郑州召开了河南省法律院系领导联席会。会议集中研讨了河南法学教育发展的大计,并决定共同编写一套《河南省高等法学教育“十五”规划教材》。大家期望通过全面、系统的教材编写,进一步加强学术交流与协作,共同促进河南法学教育的发展。

为了确保教材的编写质量,编委会对作者队伍进行了认真筛选。每本教材的主编,均由具有教授职称的学科带头人担任;大多数参编作者,均具有高级职称或者博士学位。编委会还对教材的编写体例和质量标准做出了具体要求,并建立了严格的编审制度。我们希望并要求这套教材

能够具有如下特点。

一、新颖性。首先是体例的新颖性。每本教材都要在博采众家之长的基础上,力求建立独具特色、科学合理的编写体例。其次是内容的新颖性。所有教材都力求全面吸收最新的研究成果,反映最新的学术动向。

二、全面性。一是这套教材的覆盖面较广,预计有三十余种,包括了法学专业的所有核心课程和大部分选修课程。二是每本教材的具体内容都力求全面反映该课程所有应知应会的内容。在有限的篇幅内,包含尽可能多的知识点和信息量。

三、准确性。按照教材的基本特点,我们力求每本教材都必须确保知识要点的准确性。只有按照通说准确介绍了基本概念、基本观点、基本理论,让学生掌握了基本技能之后,才能进一步深入探讨理论争议和学术前沿问题。

四、适用性。我们认为,教材的体系和内容既要适于课堂讲授,又要适于各类学生的不同要求。所以,这套教材的编写特别注意到了教师授课的进度和节奏,知识要点的相互衔接。同时,我们还在一定程度上为基础较好的学生提供了较为广阔的思维空间。

我们深知,编写一套高水平、高质量的法学教材绝非易事。因为,大学教材既不同于专业领域的学术专著,更不同于普及法律的通俗读物。其既要全面系统、科学合理,又要准确无误、新颖适用,是一项看似简单其实极难的工作。但是,为了河南法学教育的发展,我们将以强烈的使命感,尽力做好这一有益的尝试。当然,理想不等于现实。尽管我们将竭尽所能,但由于水平所限,教材中总会有不尽人意之处。我们诚恳企盼国内外专家学者不吝赐教,以求我们的教材能日臻完善。

在第一本教材即将付印之时,受河南省法律院系领导联席会和教材编委会委托,勉为其难地将这套教材的编写缘由和主要特点作以简介。是为序,亦不为序。

郑州大学法学院院长:田土城教授

2004年3月

Law 前言

市场经济就是法制经济。随着我国市场经济体制改革的深入进行,党中央提出了建设社会主义法制社会的总体要求。为了适应法学教育的需要,我们组织多年从事法学教学工作的资深教师编写了这本《法学概论》,以满足高等院校非法学专业、高等法律职业院校、高等专科学校、成人高校等学校职业培训和普法教育的教学需要。

《法学概论》是河南省高等法学教育“十五”规划教材之一。本教材根据河南省高等法学教育“十五”规划教材的编写要求,在吸收同类教材优秀成果的基础上,对其内容体系进行了科学构建。其突出特点表现在:(1)在指导思想上,在注重法学知识的科学性、系统性、完整性和思想性的同时,坚持“必需、够用”和“突出实用性,重视实践性”的原则,注重培养学生的实践技能。(2)在内容上,注重吸收法学的最新研究成果和我国最新法律规范,力争反映最新的法律实践。(3)在体系编排上,将相关实体法和程序法的内容进行衔接编排,如将行政诉讼法的内容编排在行政法之后,将刑事诉讼法的内容编排在刑法之后,将民事诉讼法的内容编排在民法、合同法、商法、经济法、婚姻法之后,便于老师在教学中科学安排和有效组织相应的实践活动,为提高学生的实用技能创造条件。

本书由葛现琴任主编,张峰、李玉成任副主编,各章的撰稿人(按撰写内容的先后为序)为:李玉成(第一章法学基础理论),朱时全(第二章宪法,第十一章民事诉讼法),王勇(第三章行政法与行政诉讼法,第九章经济法),张峰、晁玉凤(第四章刑法,第十章婚姻家庭法,第十二章国际法与国际私法),井军(第五章刑事诉讼法),马凤敏(第六章民法),葛现琴(第七章合同法,第八章商法)。本书由主编、副主编统稿,最后由主编定稿。

在本书的编写过程中,参阅和吸收了国内外知名专家、学者的大量研究成果,在此谨表深深的谢意。

由于作者才疏学浅,掌握的资料有限,加之写作经验不足,虽然已尽心尽力,但不足与错误之处在所难免,请各位学界同仁不吝赐教,多提宝贵意见。

编者

2005 年 6 月

1	第一章 法学基础理论	
	第一节 法的概念与本质	1
	第二节 法与其他社会现象的关系	5
	第三节 法的创制与实施	14
	第四节 法律关系	22
	第五节 民主、法制与法治	26
	第六节 法律责任与法律制裁	33
37	第二章 宪法	
	第一节 宪法基本理论	37
	第二节 国家制度	46
	第三节 公民的基本权利和义务	53
	第四节 国家机构	56
61	第三章 行政法与行政诉讼法	
	第一节 行政法概述	61
	第二节 行政法主体	68
	第三节 行政行为	71
	第四节 行政救济	83
	第五节 行政诉讼法	89
97	第四章 刑法	
	第一节 刑法概述	97
	第二节 犯罪与犯罪构成	101
	第三节 犯罪形态	110
	第四节 刑罚	119
	第五节 罪刑各论	128
138	第五章 刑事诉讼法	
	第一节 刑事诉讼法概述	138
	第二节 管辖	145
	第三节 辩护与代理	147
	第四节 刑事诉讼证据	150

	第五节 刑事诉讼程序	153
164	第六章 民法	
	第一节 民法概述	164
	第二节 民事法律关系	168
	第三节 民事主体	170
	第四节 民事法律行为和代理	178
	第五节 诉讼时效与期限	184
	第六节 人身权	186
	第七节 物权	188
	第八节 债权	191
	第九节 财产继承权	194
	第十节 知识产权	198
	第十一节 民事责任	204
210	第七章 合同法	
	第一节 合同法概述	210
	第二节 合同的订立	214
	第三节 合同的效力	219
	第四节 合同的履行	226
	第五节 合同的变更、转让和终止	230
	第六节 违约责任	235
242	第八章 商法	
	第一节 商法概述	242
	第二节 公司法	248
	第三节 证券法	266
	第四节 票据法	277
	第五节 保险法	285
301	第九章 经济法	
	第一节 经济法基础理论	301
	第二节 市场管理法	309
	第三节 宏观调控法	325
	第四节 社会保障法	334
341	第十章 婚姻家庭法	
	第一节 婚姻家庭法概述	341
	第二节 结婚	343

	第三节 家庭关系	348
	第四节 收养	353
	第五节 离婚	358
	第六节 家庭暴力的救助措施与法律责任	362
365	第十一章 民事诉讼法	
	第一节 民事诉讼法概述	365
	第二节 诉讼程序制度	378
	第三节 非诉讼程序制度	385
	第四节 执行程序	387
393	第十二章 国际法与国际私法	
	第一节 国际法	393
	第二节 国际私法	410
423	关键词索引	
428	参考文献	

Law 法学基础理论

内容提要

法学基础理论是部门法学的入门向导和总体概括。法学基础理论所涉及的内容均是部门法学中带有普遍意义的结论。包括法的特征、本质和作用,法的历史发展,法与政治、道德、市场经济、民主等各种社会现象的关系,法的制定和实施,法的价值等内容。可以说,这些内容是研究部门法学的指针,掌握了这些基本内容就等于掌握了开启所学部门法学之门的钥匙。

第一节 法的概念与本质

一、法、法律的词义

法是一种行为规范或规则。我国古代思想家管子曾指出:“尺寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也,谓之法。”

法是调整人的行为或社会关系的规范,法律规范规定人们可以做(授权)什么,应该做(义务)什么,禁止做(禁止)什么,从而为评价人们行为合法与否提供了标准;为指导、指引人们行为,或预测未来行为及其后果提供了尺度;为警戒和制裁违法行为提供了根据。

法作为一种社会规范,不是只针对个别人、个别场合的命令,而是适用于某一类社会生活主体、某一类情况的一般行为规则;不是只适用一次,而是在法律规范所规定范围内可以反复适用,具有规范性和普适性。

在中国古代文献中,法往往与“刑”、“律”通用。“刑”主要是指人们必须做出

什么行为或禁止做出什么行为,如果违背了,将招致刑罚的处罚。“律”则有“公平”、“划一”的含义,古代法更侧重于“刑”的含义。

“法”在现代汉语中的含义已远远超出“刑”的范围,但“法”与“法律”一词有时通用。“法律”有广义和狭义两种,广义的“法律”是指法的整体,即国家制定或认可的并以国家强制力保证实施的各种行为规范的总和,通常称之为法。而狭义的“法律”则专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定和颁布的规范性文件。

二、法的基本特征

法作为一种特殊的社会规范,同其他的社会规范如道德规范、宗教规范、各种礼仪、政治规范(政治集团章程、政治生活准则)、经济规范(经济交往中应遵守的规则)、各种职业规范等相比具有如下特征。

(一)法是由国家制定或认可的行为规范

由国家制定或认可,是国家创制法的两种方式,也就是统治阶级把自己的意志转化为国家意志的两种途径。在此,“制定”是相对于“认可”而言,通常是指由特定的国家机关按照一定的程序制定成文法。“认可”通常有三种情况:①赋予社会上早已存在的某些道德、宗教、习俗、礼仪以法律效力,形成习惯法;②通过签订或加入国际条约等方式认可国际法规范;③通过对特定国家机关对具体案件的裁决作出概括产生规则或原则并赋予其法律效力。

既然法是由国家制定或认可的,那么法代表的就是“一种凌驾于社会之上的力量”,具有高度的统一性和极大的权威性。法的统一性意味着在一个国家除了极特殊情况,只能有一个法律体系,法的实施在国家权力有效的范围内是统一的、普遍有效的,即法在其效力范围内具有普遍约束力,任何国家机关和个人都不得背离法律规范而另搞一套。任何违抗法的规定行为,都是对国家权威的蔑视,国家不会对之放任不管。

(二)法是规定权利和义务的行为规范

人们常说,法是社会关系的调整器,人的行为的指南针。法以规定权利和义务的方式调整社会关系和指导人的行为。法具体或抽象、直接或间接地规定所有社会成员享有什么权利(可以做什么),承担什么义务(不得做什么或必须做什么),其中包括统治阶级及其成员的权利和义务,也包括被统治阶级及其成员的权利和义务,以及当行为违背权利和义务的规定时应该承担的法律后果。法正是通过为人们规定权利和义务,影响人们的行为动机,指引人们的行为,把社会关系调整到统治阶级的根本利益所容许的模式之中。法的这种独特的调整方式,为人们提供了比道德和宗教更广泛的选择自由和机遇,因而更有助于发挥人们的积极性、创造性和主动性。

(三)法是由国家强制力保证实施的社会规范

任何一种社会规范,都有保证其实施的某种强制性。然而,不同社会规范的强

制性在性质、范围、程度和方式等方面是不尽相同的。例如,道德是依靠人们的内心信念、社会舆论保证实施的,不需要借助有系统的暴力。法的实施则不同。法是由国家强制力保证实施的,任何法要想成其为法和继续是法,国家必须对侵权行为和违反法定义务的行为实施制裁。之所以如此,是因为法是以国家意志的形式表现出来的统治阶级的共同意志,集中代表了统治阶级的根本利益和要求。法的实施过程就是统治阶级的共同意志的实现过程,就是迫使被统治阶级服从统治阶级意志的过程,也是要求统治阶级个别集团和个人的意志必须服从整个阶级共同意志的过程。

但是,在阶级社会中,各阶级之间在利益上是不同的,甚至是根本对立的,就是在统治阶级内部,部分与整体之间,个人与阶级之间在利益上也是有矛盾和冲突的。因此,在法的实施过程中,必然会遭到被统治阶级的破坏和反抗,也会遭到统治阶级内部的个别集团和个别分子的扰乱。因此,要保证法的实施,就必须有相应的国家机关依靠国家的强制力去镇压和制裁这些反抗、破坏和扰乱,迫使违法者服从法的规定。正如列宁所说:“一般是用什么来保证法律的实行呢?”第一,对法律的实行加以监督。第二,对违反法律的加以惩办。如果对法的实行不进行监督,对违法者不进行惩办,法就成为一纸空文,形同虚设。但是,要对法的实行进行监督,对违法者实行惩办,就必须有相应的国家机关和工作人员,即军队、警察、监狱、法庭以及检察官和法官等等。一句话,必须有国家机器,用国家的强制力保证法的实现。

必须指出,法依靠国家强制力保证实施,这是从终极意义上讲的,即从国家强制力是法的最后一道防线的意义上讲的,而非意味着法的每一个实施过程,每一个法规范的实施都要借助国家的系统化的暴力;也不等于国家强制力是保证法实施的唯一力量。如果一个国家的法仅仅靠国家政权及其暴力系统来维护,这个国家的法就成为纯粹的暴力,而不能称其为“法”。

三、法的本质

(一)法是统治阶级意志的表现

法是“取得胜利,掌握国家政权的阶级的意志”的体现,在阶级对立的社会,“掌握政权的阶级”只能是在经济关系和政治关系中居于统治地位的阶级,因为只有这个阶级才有条件和能力将本阶级的意志直接“奉为法律”。应当指出,法所反映的统治阶级的意志,不是统治阶级的所有意志,而是那些与统治阶级根本利益相联系的那部分意志;同时,还必须指出,法所反映的统治阶级意志,是这个统治阶级的阶级意志即统治阶级的共同意志,而不是这个阶级内部某个人的意志或某些人的意志的简单相加。

(二)法是以国家意志表现出来的统治阶级的意志

统治阶级意志仅仅表现为该阶级成员的愿望和要求时,是难以令全体社会成

员遵行的。只有当它经国家这个中介上升为国家意志即取得“法律的一般表现形式”之后,才能上升为法。这正是马克思、恩格斯所说的统治阶级意志“被奉为法律”的真正含义。由此可见,实现这一具有实质意义的跨越,必须借助国家这一中介。实现这种转变通常有两种具体途径:一是有权的国家专门机关,依照立法程序,将统治阶级的意志制定为法律规范;二是有权的国家专门机关,对社会上现实存在的符合统治阶级意志的一般社会规范赋予法律效力,使之成为事实上体现统治阶级意志的法律规范。

(三)法的基本内容是由特定的社会物质生活条件决定的

社会物质生活条件是指与人类生存相关的物质资料的生产方式、地理环境和人口等因素,其中物质资料的生产方式是决定性因素。只有从这一决定性因素入手,并且承认这一因素对法的内容的决定作用,才能真正理解和把握法的本质。这也正是马克思主义法学在揭示法的本质时,有别于非马克思主义法学的根本之点。

当然,法的内容是由特定的社会物质生活条件决定的,这是从最终意义上讲的。我们没有、也不应该忽略社会物质生活条件以外的政治、民族精神、科技等等因素对法产生的影响。如果舍弃这些因素的作用,也就无法解释为什么由同样或相似的社会物质生活条件所决定的法或法律制度之间有时会出现相当大的差异。

综上所述,法是由特定的社会物质生活条件决定的、通过国家意志表现出来的统治阶级的共同意志。

四、中国社会主义法的概念和本质

(一)中国社会主义法的概念

社会主义法是由社会主义国家制定和认可并由国家强制力保障实施的行为规范体系,中国社会主义法体现着被我国不同阶段的物质生活条件所决定的、以工人阶级为领导的广大人民的意志,它通过规定人们在相互关系中的权利和义务,确认、保护和发展有利于社会主义建设事业的社会关系和社会秩序。

(二)中国社会主义法的本质

任何国家中法的性质与国家政权的阶级属性是一致的。我国是以工人阶级为领导、工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。工人阶级和广大人民群众是国家的主人,社会主义国家的立法机关通过法定程序,把工人阶级为领导的广大人民的利益要求转化为国家意志,成为人人都必须遵守的法律规范,以确认、维护有利于工人阶级和广大人民群众的社会关系和社会秩序。

因而,我国社会主义法必然体现工人阶级为领导的、以工农联盟为基础的广大人民群众共同意志。这种“共同意志”并不是这些阶级的阶层意志的机械的总和,也不是自发地形成的,而是在我国工人阶级的先锋队——中国共产党领导下逐步形成的。1982年宪法的制定过程典型地说明了全国人民共同意志的形成过程。同时,