

法 学 导 论

韩志才 陈国华 主编

合肥工业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学导论/韩志才,陈国华主编. —合肥:合肥工业大学出版社,2006.3

ISBN 7-81093-362-0

I. 法... II. ①韩...②陈... III. 法学—教材 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 015623 号

法 学 导 论

主 编 韩志才 陈国华

责任编辑 方立松

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2006 年 3 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2006 年 3 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	880 × 1230 1/32
电 话	总编室:0551-2903038	印 张	12 字 数 334 千字
	发行部:0551-2903198	发 行	全国新华书店
网 址	www.hfutpress.com.cn	印 刷	中国科学技术大学印刷厂
E-mail	press@hfutpress.com.cn	纸 张	山东光华纸业有限公司

ISBN 7-81093-362-0/D·18

定价:20.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

前 言

为适应法学教学的基本需要，解决法学及相关专业学生学习法学入门难、系统性不强等问题，并进而为学生以后更好地、更深入地学习打下基础，我们组织编写了《法学导论》一书。

本书是面向法学初学者的一本入门教材，其主要特点是：注重理论法学与部门法学相结合，培养学生的法学素养和理论基本功，使学生站在较高的起点上来审视法律和学习法律，以实现从学法者到法律人的转变。

限于编者水平，本书肯定存在许多浅陋和不当之处，还望读者批评并指正。

本书由韩志才、陈国华担任主编，由一批多年从事法学教学的教师担纲执笔，具体撰稿人分工如下（按姓氏笔画为序）：

汪生太：第七章；

汪涌：第一章第四、五节，第四章；

陈国华：第三章，第八章；

黄建华：第一章第一、二、三节，第五章；

韩志才：第六章；

谢海生：第二章，第十章第一节；

潘霞：第九章，第十章第二节。

本书在策划和编写过程中得到了池州师范专科学校大力支持和帮助，南京大学法学学士周红女士在校稿、整理过程中也付出了辛勤的汗水和努力的工作，在此一并表示感谢！

编 者

2006年2月21日

目 录

第一章 法的一般理论	(1)
第一节 法的概述	(1)
第二节 法的价值	(12)
第三节 法的创制	(18)
第四节 法的实施	(22)
第五节 依法治国	(37)
第二章 中国古代法律思想	(44)
第一节 先秦时期的法律思想	(44)
第二节 秦汉时期的法律思想	(54)
第三节 唐宋时期的法律思想	(60)
第四节 明清时期的法律思想	(65)
第三章 西方法律思想	(73)
第一节 古代西方法律思想	(73)
第二节 近代西方法律思想	(80)
第三节 现代西方法律思想	(94)

第四章 宪法	(105)
第一节 宪法概述	(105)
第二节 国家基本制度	(114)
第三节 我国公民的基本权利和义务	(120)
第四节 国家机构	(124)
第五章 行政法	(129)
第一节 行政法概述	(129)
第二节 行政法主体	(136)
第三节 行政行为	(141)
第四节 行政救济	(150)
第五节 行政赔偿	(157)
第六章 民法	(161)
第一节 民法概述	(161)
第二节 民事主体	(166)
第三节 民事法律行为	(172)
第四节 民事权利	(178)
第五节 婚姻家庭与继承法律制度	(196)
第六节 民事责任	(209)
第七节 诉讼时效	(213)
第七章 刑法	(217)
第一节 刑法概述	(217)

第二节 犯罪	(222)
第三节 我国刑法规定的犯罪种类	(241)
第四节 刑罚	(249)
第八章 诉讼法	(258)
第一节 诉讼与诉讼公正	(258)
第二节 民事诉讼	(262)
第三节 刑事诉讼	(282)
第四节 证据制度	(302)
第九章 经济法	(306)
第一节 经济法概述	(306)
第二节 反不正当竞争法	(311)
第三节 消费者权益保护法	(317)
第四节 产品质量法	(322)
第五节 劳动法	(328)
第十章 法律职业	(339)
第一节 法律职业及其职业者	(339)
第二节 法律职业道德与职业责任	(355)
参考书目	(377)

第一章 法的一般理论

第一节 法的概述

一、法的概念

法是一个复杂的社会现象。在中国古代，汉字“法”的古体为“灋”，审案的法官借用一种名叫“鴈”的灵兽断案，认为是天赋神权，神灵能公正、公平地裁判。汉字“律”在古代被解释为“均布”，即调音律的工具，这说明“律”在当时有规范人们行为的作用，是普遍的人人遵守的规范。把“法”和“律”连用作为独立合成词，却是清末民初法学家由日本引进的，所以我国古代的法学，基本上经历了刑→法→律→法律的漫长演进过程。

在西方法律文化发展史上，欧洲大陆的各民族语言中都将“法”与“法律”两个词分别加以表达。“法”兼有正义、公平、自由、秩序等天然的抽象的道德内涵，它似乎普遍存在于人们生来具有的内心世界里。可以这样认为，法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理。在不同历史时期和不同类型社会中的人们，每一个人心中都有一个判断公平与非公平、正义与非正义、自由与非自由的价值评断标准。当这一标准被绝大多数人所认可，并外在地表现为共同规范人们的社会行为时，法作为一个社会现象就产生了。而“法律”是指国家机关制定和颁布的具体规则，它只是法的真实或虚假的一种表现形式。

在我国法学理论上，法律有广义和狭义之分。广义的法律是指

法的整体,包括法律、有法律效力的解释及其行政机关为执行法律而制定的规范性文件,在我国现代法律制度中,具体表现为包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章等在内的一切规范性法律文件。而狭义的法律专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性文件,在我国现代法律制度中具体表现为全国人大及其常委会制定的基本法律以及基本法律以外的法律。

从历史角度分析,各国法律家、思想家关于法的见解可以分为两大类,一是非马克思主义的,一是马克思主义的。

(一) 非马克思主义关于法的定义

非马克思主义关于法的定义包含着富有启迪性的见解,大致可以从三个角度分别加以表述,即法的本体、法的本源以及法的作用。

从法的本体下定义,着重以抽象简化的方式去揭示法是什么。比较有代表性的定义有:(1)规则说。认为法即规则;(2)命令说。认为法是国家的命令、主权者的命令;(3)判决说。认为法即法院的判决。

从法的本源下定义,着重说明法的基础或法自何出。比较有代表性的定义有:(1)神意论。认为法即神意,天赋神权,法自神出;(2)理性论。认为法是人类理智中稳固并发展了的最高理性;(3)公意论。认为法是公共意志,全体人民的公益是通过法来表现并实现的;(4)权利说。认为法即权利的表现或派生物。

从法的作用下定义,着重说明法的工具性。比较有代表性的定义有:(1)正义论。认为法是正义的工具。例如亚里士多德说:“要使事物合乎正义,须有毫无偏私的权衡,法恰恰是这样一个中道的权衡。”古罗马塞尔苏斯说:“法是善良公正之术。”(2)社会控制说。认为法是社会控制的形式。

从以上非马克思主义有关法的定义可以看出,唯心主义的和形而上学的法的定义具有形式主义或神秘主义的特点,它们最大的缺陷是没有揭示或故意掩盖法的阶级本质,而如果没有揭示这一层本质,任何法的定义都必然是肤浅的,甚至是无益的。

（二）马克思主义关于法的定义

马克思主义创始人从唯物史观出发，从不同侧面和角度对法的概念作了很多表述，深刻地揭示了法的本质和基本特征。

根据马克思主义关于法的一般理论，吸收国内外法学研究的成果，可以把法定义为：法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的以权利和义务为调整机制，以人的行为即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（在阶级对立社会）或人民（在社会主义社会）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。

马克思主义关于法的定义和非马克思主义关于法的定义相比较，具有如下科学性：第一，揭示了法与统治阶级的内在联系，深刻地阐明了法是以统治阶级（或人民）的利益为出发点和归宿来调整社会关系的。第二，揭示了法与国家之间的必然联系，指明了国家在统治阶级的意志客观化为法的过程中起了“中介作用”。第三，揭示了法与社会物质生活条件的因果关系。它深入到法的物质基础即经济基础中来理解法的本源。第四，揭示了法的主要目的、作用和价值。即法是统治阶级有意识地创造出来的用于确认、保护和发展一定社会关系和社会秩序的行为规范体系。

二、法的本质

法的本质问题是一个随着时代与社会变迁而不断被重新思考与解答的古老话题，是法学理论中的基础性、原点性问题。关于法的本质问题有不同的回答，历来也是划分不同法学流派的基本标准。这个问题的提出与争论有其深刻的历史背景和理论背景。马克思主义从唯物史观出发，深刻指出法是统治阶级意志的体现，而这种意志的内容是由统治阶级的社会物质生活条件决定的。但是，在很长一段时间内，他们的思想被简单化、庸俗化，甚至被曲解用来为错误路线和政治斗争服务，即把法的本质仅仅归结为阶级性。党的十一届三中全会果断否定了“以阶级斗争为纲”的错误路线，做出

把工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策。这一伟大的转折促使法学界重新思考和回答法的本质，特别是与社会主义法的本质相关的一系列问题。

关于法的本质的大争论，很多学者认为，法的本质是多层次、多方面的。法的初级本质是统治阶级意志，深层本质是社会物质条件。法除了是阶级统治的手段，具有阶级性外，还是社会管理的手段，具有社会性。法的阶级性有着丰富的内容，它并不限于阶级镇压，而是表明法是由谁制定的，反映谁的利益，为谁服务，因而法的阶级性并不排斥其他阶级在一定范围内的暂时利益和局部利益。在剥削阶级被消灭，阶级斗争不再是社会主要矛盾的情况下，社会主义法的主要职能是调整和处理人民内部各种利益冲突，保障、组织、促进改革开放和现代化建设事业的顺利进行，即法的本质归根于解放、保护和发展社会生产力。

三、法的特征

法律的特征是法律本质的外化，是法律区别于其他事物和现象的征象和标志。法律特征是法律固有的确定的东西，了解法律特征是为了更好地把握法律的性质、功能及自身规律，以便在运用法律时能得心应手。一般情形下，我们把法律特征归纳为四个基本方面。

（一）调整行为关系的规范

法律是通过行为的作用来调整社会关系的。法律的调整对象是社会关系。各社会主体间利益、资源的有效调整与分配必须通过人的外部行为来完成，这种人与人之间建立的“行为关系”是社会关系的一个重要组成部分，社会控制的有效途径就是通过人们对人们行为的规范与引导，进而对社会关系进行调整。另外，在法律上，行为是极其重要的，马克思说过：“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。”行为是法律调控社会关系的中介，这是法律区别于其他社会规范的重要特征，总之，法律是以行为关系为调整对象的规范。

法律是具有规范性的行为规范。首先，法律具有概括性，它不针对具体的人和事，可以反复被适用。其次，法律的构成要素中以法律规则为主，而且法律规则具有明显的规范性。最后，法律规则的逻辑结构中包含行为模式、条件假设和法律后果，这种严密的逻辑结构是法律区别于其他社会规范的显著标志。法律指引着一切同类主体和同类行为，每个人只须根据法律而行为，不必事先通过任何人的批准，因此在各种规范中，法律是最高效的行为规范。

（二）由国家专门机关制定、认可和解释

制定是指国家机关通过立法活动产生新规范；认可是国家对现存的行为规范予以承认，赋予其法律效力；解释是指法律被认可或被制定以后，再次对法律的内容和含义所做的说明，是立法活动的继续。制定、认可、解释是法律创制的三种重要形式。

法律出自国家，具有国家性，它是“一种表面上驾于社会之上的力量”。法律以国家名义来制定和颁布，且适用范围以国家主权为界域，法律实施以国家强制力为保证。统治阶级意志通过法律的形式表现出来就成了形式上所说的国家意志，即法律是国家意志的形式表现，并且在一国全部地域范围内对一切人和组织都有普遍的约束力。

（三）以权利义务双向规定为调整机制

法律的内容主要表现为权利和义务，法律规则对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的。法律上的权利和义务具有确定性和可预测性，它明确地告诉人们可以怎样行为，不可以怎样行为以及必须怎样行为；人们根据法律来预先设计自己与他人之间该怎样行为，并预见到行为的后果以及法律的态度。

法律具有社会利导性。法律通过规定人们的权利义务来分配社会利益和资源，影响人们的动机和行为，进而影响社会关系。法律的社会利导性取决于法律上的权利和义务的规定是双向的。权利和义务是两个互相排斥的对立面：一个表征利益，一个表征负担；一个是主动的，一个是被动的。权利和义务互为范围和界限，没有无权利的义务，也没有无义务的权利，二者必须在法律上同时存在。

权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为,诱使利己行为转化为社会行为并产生有利于社会的后果。义务也有利导性,它以其特有的约束机制和强制机制作用于人的行为,使人们从有利于自身利益出发来选择行为,因为义务本质上意味着利益负担及责任后果,所以它能促使人们不做法律禁止的不利于自己的事,从而自觉地履行法律规定的义务。在众多的社会规范中,只有法律的利导性是最明显、最有效的,只有法律是通过权利和义务的双向规定来影响人们的意识并调节有意识的活动的。

(四) 依靠国家强制力,通过一定程序予以实施

法律的实施以国家强制力为后盾,诸如军队、警察、法庭、监狱等国家暴力机构均为其实施的重要保障,否则法律所体现的意志就得不到真正的实现。但是国家强制力具有一定的潜在性和间接性,只有人们违反法律时才会降临到行为人身,也就是说,法律的实施不能仅靠国家强制力,要实现法律理想的社会实效还必须依靠诸如道德、纪律、经济、文化、舆论等其他方面的因素。在现代社会的变迁中,人们的民主、法治意识会逐渐增强,法律的强制性也会出现日益弱化的趋势。

四、法的要素

(一) 法律规则

1. 法律规则的概念

法律规范是规定法律上的权利、义务、责任的准则、标准,或是赋予某种事实状态以法律意义的指示规定。法律规则是法的最基本细胞,是法存在的具体单位。法本身是抽象的,它必须通过具体而明确的法律规则来表现。无规矩不成方圆,无规则不成社会。社会规则有多种形式,诸如礼仪、道德、纪律、法律等,它们均是社会秩序的维系力量,但在法治社会的规范体系中,法律是具有最高或最强效力的社会规则。

2. 法律规则的逻辑结构

关于法律规则的逻辑结构,存在两种不同看法,主要有三要素

说和二要素说。三要素说历史久远，在众多学说中占主导地位，主要内容是：法律规则由假定、处理、制裁三部分构成。假定是法律规则中指出适用这一规则的前提、条件或情况的部分；处理是法律规则中具体要求人们做什么或禁止人们做什么的那一部分；制裁是法律规则中指出行为要承担的法律后果的部分。二要素说将法律规则的结构分为行为模式、法律后果两部分。行为模式是指法律规则中规定人们可以行为、应该行为、不得行为的行为方式，它可以苛以义务，也可以授予权利。法律后果是指规则中指示的关于行为产生后可能引起的法律结果或法律反应的部分。

3. 规则的特征

法律规则具有微观的指导性。法律规则在其所调整的有限的事实范围内，可以具体地指导人们的行为方式。

法律规则具有较强的可操作性。只要一个具体案件符合规则设定的事实状态，执法人员可直接适用该规则裁决纠纷，同时一般公民也能轻易地依据规则选择自己的行为。

法律规则的确定性程度较高。如果没有确定性，法律规则难于被重复适用，法律实施就缺乏稳定和安全，但确定性又是相对的，有些规则需要有弹性，保留自由裁量或进一步解释的空间，所以立法者应当追求法律规则最大限度的确定性，即做到“粗中有细，细中有粗”。

法律规则具有重复适用性。法律规则与个别性命令规则相比较而言，它能在法律效力的时间、空间范围内重复适用，并且适用的对象是针对那些具有相同特征的普遍群体，而不是某些特定群体或特定个人。

4. 法律规则的分类

依据不同的标准和出于不同目的可以对法律规范作出不同的分类。下面我们介绍几种对法理学研究意义较大的分类：

第一，从法律规定内容上看可以将它分为授权性规则、义务性规则和权义复合规则。

授权性规则是指示人们可以作为、不作为或要求别人作为、不

作为的规则。授权性规则的作用在于赋予人们一定的权利去构筑或变更、终止他们的法律地位或法律关系，为人们的自主行为和良性互动提供行为模式，为社会的良性运作和发展提供动力与规则保障。授权性规则旨在为权利主体提供一定选择自由。这一规则通常采用“可以”、“有权利”、“有……自由”等等用语。这些规则本身没有强制性，在规则体系中占据首要地位。

义务性规则是直接要求人们作为或不作为的规则，它表现为对义务主体的约束，为促进人际互助、维持社会安全提供保障。该规则有强制性，对他人和社会有利，对义务人却是不利的。例如，我国婚姻法中关于父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务的规定，都是义务性规范。

权义复合规则指兼有授予权利、设定义务两种性质的法律规则，例如，我国宪法规定接受九年制义务教育既是公民的基本权利也是公民的基本义务。

第二，从法律规则的功能上看，可将法律规则分为调整性规则和构成性规则。

调整性规则是对已有行为方式进行调整的规则，它的功能在于控制行为。行为先于规则本身而存在，规则的功能在于对行为的模式予以控制或改变或统一。例如，市场经济中各种民事商贸活动均受民商法律规范的控制和调整。

构成性规则是引导、规范人们按已有规则中规定的行为去活动的规则。从逻辑上讲，规则中所指定的行为在逻辑上依赖规则本身。例如我国设定某类行政机关的组织法中的规则均属构成性规则，该类行政机关的一切活动均要遵循这一规则本身，否则行政活动没法开展。

第三，按照法律规则内容确定程度不同进行分类，分为绝对确定性规则（规范性规则）和相对确定性规则（标准性规则）。

绝对确定性规则指直接而明确地规定行为规则内容的法律规范。其特点是这类规则的内容非常明确，适用时不必援用其他规范来补充和说明，执行人员没有自由裁量的余地，只须严格依法执行

即可。

相对确定性规则是虽有明确规定，但规则的部分内容或全部内容（事实状态、权利、义务）具有一定伸缩性，须经解释方可使用或可适当裁量的法律规则。

除了以上分类方法，法律规则还可以分为强制性规则和指导性规则，普遍规则和特殊规则等。

（二）法律原则

1. 法律原则的含义

《布莱克法律辞典》对法律原则的解释是：法律的基础性真理或原理，为其他规则提供基础性或本源的综合性规则或原理，是法律行为、法律程序、法律决定的决定性规则。根据布莱克的定义，我们可以把法律原则定义为：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或本源的综合性原理或出发点。

2. 法律原则的功能

法律原则是非常抽象的，例如契约自由原则、法律面前人人平等原则等；法律原则也可以是很具体的，例如任何人不能担任自己案件的审判者。

法律原则的作用是法律规则所不能替代的，它的功能主要表现在以下几个方面：（1）为法律规则和概念提供宏观的基础性的精神指导。（2）法律原则可以直接作为疑难案件的断案根据。当某一案件事实使用原有法律规则断案可能不公正或者原有规则中没有相应的规范调整这一案件涉及的社会关系时，法律原则可以作为审判的依据。有些原则与规则具有同等功能，可以直接作为审判依据，例如美国法中的正当程序原则、我国行政法中的行政合理原则均可作为诉讼案件的审判依据。

3. 法律原则与法律规则的区别

法律原则与法律规则同为法的要素，两者有共性，在规则与原则内有一个边缘地带，甚至有的法律要素究竟属于规则还是属于原则很难判断。但两者又存在着明显区别：（1）在对事及人的覆盖面上，法律原则较宽，法律规则较窄，即法律原则有更大的宏观指

导性，某一法律原则常常成为一群规则的基础。(2) 在变化的速率方面，法律原则有较强的稳定性。原则是社会重大价值的沉淀，不会轻易改变，但规则随社会政治、经济、文化的发展而不断地产生、变更和废止。(3) 在适用确定性方面，原则较为模糊而规则较为明确；当原则与规则相互冲突时，选择方法也不同，存在相互冲突的规则适用常常要么无效，要么有效，相互冲突的原则确定适用时，常常要对冲突的原则所代表的利益作出权衡，通常会选择适用社会价值量更大的原则。

4. 法律原则的分类

按原则产生的基础不同，法律原则分为政策性原则和公理性原则；按原则适用范围不同，法律原则分为基本法律原则和具体法律原则；按原则的内容不同，法律原则分为实体性原则和程序性原则。

(三) 法律概念

“概念”一词从哲学上讲，它是认识事物而形成的思维形式。法律概念是具有法律意义的概念，即对各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的术语。例如“法人”、“权利”、“出生”、“标的”、“要约”、“故意”、“权利能力”等等。

法律概念对于法律的运作和法学研究具有重要意义。

法律概念具有三大功能：(1) 表达功能。法律概念及概念的连接使法律得以明确表达，增强了法律内在的逻辑性，更便于指导人们的行为模式。(2) 认识功能。法律概念使人们得以认识和理解法律，不借助法律概念，人们便无法认识法律的内容，并进行法律交流。(3) 改进法律、提高法律科学化程度的功能。丰富的、明确的法律概念可以提高法律的明确化程度和专业性程度，进一步强化法律的工具性。