

法律基础

理论与实务

汪习根 钟德涛

武汉工业大学出版社

PDG

法律基础理论与实务

汪习根 钟德涛

武汉工业大学出版社

.....

(鄂)新登字 13 号

图书在版编目 (CIP) 数据

法律基础理论与实务/汪习根、钟德涛—武汉：武汉工业大学出版社，1996.8

ISBN 7-5629-1134-7

I. 法… I. ①汪…②钟… III. 法律—理论—实务 IV. D926

武汉工业大学出版社出版发行

湖北毕昇印刷总厂印刷

开本：850×1168 1/32 印张：9.375 字数：271千字

1996年8月第1版 1996年8月第1次印刷

印数：1~5 000册

定价：14.80元

前 言

《法律基础理论与实务》一书经过两年的艰难孕育，终于诞生了！

本书是作者一如既往地从事法制教育科学研究的结晶。早在1992年，作者就参加编写了《法学基础》一书，以简洁明快的手法阐释了法的基础理论和基本知识。而在随后的实践中，作者逐步感受到纯法律理论知识实难适于广大读者尤其是青年大学生和司法人员分析、研讨并解决法律实际问题的需要。于是，在1994年又策划编写了《法律基础案例分析》这部著作，精辟解析了近200个有典型代表意义的案例。书一出版，便在全国各有关高校和司法战线产生了强烈反响。在此后的近三年间，作者不懈探索，再一次认识到这种纯案例分析的体例又难免存在着挂一漏万、失之偏颇的弊端，因此，便试图彻底突破过去要么只阐释纯粹法律原理、要么只分析案例的两个极端的框架，大刀阔斧地进行一次从编写结构到编写内容上的根本性变革。几经磨砺，终成本书。

创新是一部学术著作的生命源泉。本书新就新在：一是体例新。各章内容均分三个层次，第一层为“法律原理”，全书科学全面而简要地阐述了法的一般理论和宪法、刑事法律、民事法律和经济法律及诉讼、仲裁法律的基本理论知识。第二层为“名案评析”，各章精选在全国范围有重大影响的名案、大案1至2个，并加以详尽的理论评判与分析。其意图不在于使读者学会具体的法律运作知识，而在于向其展示一种运用法律分析问题的思路和技巧、启迪思维，具有方法论的意义。第三层为“案例讨论”，针对部门法的各个具体法律制度和具体法律规范，精选了颇有代表性的典型案例，并设置了系列思考题供读者在学习了上两层内容后去讨论问题，检查所学的程度。这种三层次的体系实为国内相同或近似领域之首创。二是内容新。充分反映了近几年我国法制建设的伟大成就，吸收了宪法修正案、修改后的刑事诉讼法、国家赔偿与行政处罚法、合同法、公司法、担保法、仲裁法等经济法律的崭新知识。值得指出的是，中国社会主义市场经济法律体系和法律原

理博大精深，要以较短的篇幅 涵盖如此纷繁的内容，不寻本溯源、再三推敲、斟酌详略、去粗取精、进行大量创造性的工作，显然是难以想象的。本书的新颖性正寓于这种务实求精的探索之中。

武汉大学法学院院长、中国法学会法理学研究会副总干事、博士生导师、著名法学家李龙教授审阅了全部书稿，并提出了宝贵的意见，我们真诚地感谢他的关心、鼓励与扶持！

作为法制园地的新兵，本书作者倍感不断提高学术水平与实作技巧之必要性，更深切地意识到自己肩负着为促进我国法制建设献一份光、出一份力的神圣使命和历史重任，故而出此拙作，以期抛砖引玉。对本书中存在的疏漏与缺点，作者恳望广大同仁和读者不吝赐教、批评指正！

作 者

1996 年 7 月

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 法的内在本质	(1)
第二节 法的外部联系	(11)
第三节 法的运行机制	(15)
第二章 宪法	(20)
第一节 宪法概述	(20)
第二节 我国的国体、政体与国家结构形式	(22)
第三节 公民的基本权利与义务	(25)
第四节 我国的国家机构	(27)
名案评析：上千选民讨回选举权	(33)
案例讨论	(36)
第三章 行政诉讼与国家赔偿法	(39)
第一节 行政诉讼法概述	(39)
第二节 管辖、证据、诉讼程序、侵权责任	(48)
第三节 国家赔偿的适用范围与类型	(53)
第四节 国家赔偿的方式与计算标准	(55)
名案评析：公安局被推上被告席	(56)
案例讨论	(59)
第四章 刑法	(61)
第一节 犯罪	(61)
第二节 刑罚	(69)
第三节 各类具体犯罪	(71)
名案评析：跨国罪犯吴弘达的下场	(73)
案例讨论	(78)
第五章 刑事诉讼法	(81)
第一节 概述	(81)
第二节 刑事诉讼制度	(84)

第三节	刑事诉讼程序	(90)
名案评析:	李律师推翻“铁案”记	(97)
案例讨论	(102)
第六章	民法	(105)
第一节	概述	(105)
第二节	民事法律关系的主体	(106)
第三节	民事法律行为与代理	(110)
第四节	民事权利	(114)
第五节	知识产权	(118)
第六节	民事责任和诉讼时效	(120)
名案评析:	越俎代庖悖法理	(122)
案例讨论	(124)
第七章	婚姻法 继承法	(128)
第一节	婚姻法	(128)
第二节	继承法	(134)
名案评析:	全国首届残运会金牌得主刘玉坤离婚及财产 分割案	(138)
案例讨论	(141)
第八章	劳动法	(143)
第一节	劳动法概述	(143)
第二节	劳动合同和集体合同	(145)
第三节	劳动法的具体制度	(152)
第四节	劳动争议的处理	(158)
名案评析:	韩国女老板罚跪 120 名中国工人案	(163)
案例讨论	(164)
第九章	市场经济法	(166)
第一节	经济法概述	(166)
第二节	市场主体法	(168)
第三节	市场运行法	(176)
第四节	宏观调控法	(181)

名案评析：用法律维护中国人的价值和尊严——首例 中国公民状告外国企业案·····	(184)
案例讨论·····	(186)
第十章 合同法 ·····	(189)
第一节 经济合同法·····	(189)
第二节 技术合同法·····	(198)
第三节 涉外经济合同法·····	(203)
名案评析：杭州市百货公司购销、借款合同纠纷案·····	(207)
案例讨论·····	(211)
第十一章 民事诉讼法 ·····	(219)
第一节 概述·····	(219)
第二节 管辖·····	(222)
第三节 诉讼参加人·····	(225)
第四节 民事诉讼的主要制度·····	(227)
第五节 民事诉讼程序·····	(230)
名案评析：厦门特区锦江贸易公司申请诉前证据保 全案·····	(239)
案例讨论·····	(240)
第十二章 仲裁法 ·····	(243)
第一节 仲裁法的概念、调整对象和基本原则·····	(243)
第二节 仲裁组织和仲裁协议·····	(245)
第三节 仲裁程序·····	(248)
第四节 人民法院对仲裁的支持与监督·····	(251)
名案评析：河南省服装进出口公司被诉拒不履行仲裁裁 决案·····	(254)
案例讨论·····	(258)
第十三章 国际法 ·····	(260)
第一节 国际法概述·····	(260)
第二节 居民、领土、海洋法·····	(264)
第三节 国际条约、外交机关和国际组织·····	(268)

第四节 和平解决国际争端的方式·····	(270)
名案评析：	
一、Tinoco Voncessions Arbitration	
——关于政府承认的案件·····	(272)
二、Eastern Greenland Case	
——关于领土的争议案·····	(274)
案例讨论 ·····	(275)
第十四章 国际私法 ·····	(277)
第一节 国际私法概述·····	(277)
第二节 冲突规范和准据法的确定·····	(279)
第三节 外国法的适用·····	(282)
第四节 国际民事诉讼程序·····	(283)
名案评析：	
一、跨越中国大陆、香港和美国的财产继承	
纠纷 ·····	(285)
二、广州远洋公司轮船在埃及与前苏联轮船碰	
损纠纷 ·····	(287)
案例讨论 ·····	(289)

第一章 绪 论

第一节 法的内在本质

一、法的起源

法的起源，指法在人类社会中形成的历史过程。法不是从来就有的，而是人类社会发展到一定历史阶段的产物，随着私有制和阶级的出现而产生的，经过了从习惯——习惯法——成文法的演化过程。

第一，习惯——原始社会的行为规则

人类在进入阶级社会以前，处于原始公社制度下。当时，生产工具十分简陋，生产力水平极端低下，单个人无法同自然界和猛兽作斗争。因此，人们为了生存和获得生活资料，形成了与此相适应的生产关系。这种生产关系的特点是：共同劳动、共同占有生产资料、共同消费。在这种生产关系的支配下，人们之间处于一种原始的平等互助的关系之中，没有私有制、剥削和阶级，作为阶级统治工具的国家 and 法也就无从产生。但这绝不意味着它没有自己的社会组织 and 行为规则。

在原始公社制度下，习惯是氏族成员共同遵守的行为规则。原始习惯是适应人类早期社会需要，通过人们长期共同劳动 and 实践，以世代自然相传的方式自发产生 and 发展起来的。它的内容十分丰富，几乎涉及到原始社会生活的各个方面。它调整着氏族成员之间的相互关系，维护着氏族社会的社会秩序。原始习惯体现着全体氏族成员的共同利益 and 意志，平等地保护每一个氏族成员的利益，因而能为人们自觉地遵守。如果某些个别成员偶尔破坏了习惯，就要受到大家的谴责。

第二，法——阶级矛盾不可调和的产物

原始社会后期，由于生产工具的改进，特别是金属工具的被采用，劳动生产率不断提高，劳动产品除了提供人们消费的部分以外出现了

越来越多剩余，为私有制的产生和人剥削人现象的出现提供了物质前提。随着生产力的发展，社会大分工应运而生，最初是畜牧业和农业的分工，后来又产生了手工业和农业的分离。社会分工促使劳动生产率不断提高，人的劳动已经能够提供越来越多的剩余产品，于是战争俘虏不再被杀掉或吃掉，而是变成奴隶，被强迫劳动，以创造财富。这样，社会开始分裂为两大对立的阶级：主人和奴隶、剥削者和被剥削者。

社会分工的发展，不仅反过来促进社会生产力的发展，提高了劳动生产率，而且带来了经常的交换和直接以交换为目的的商品生产。交换过程中，少数负责进行交换、分配的酋长、军事首领和祭司，往往利用自己的特殊地位和方便条件，把交换回来的某些东西或把原来属于全体社会成员的某些东西化公为私，据为己有，私有财产出现。后来交换进一步渗透到氏族内部，促使氏族成员之间的贫富越来越悬殊。这样，极少数人首先在经济上日益富裕起来，并逐渐脱离劳动，脱离氏族成员，由公仆变成了主人，成了专门管理、统治其他氏族成员的氏族贵族。氏族贵族和富有者不仅压榨战俘，而且把本氏族中的贫穷者变为奴隶。这时，“奴隶们不再是简单的助手了；他们被成批地赶到田野和工场去劳动”，（《马克思恩格斯选集》第4卷，第159页。）奴隶劳动成了社会生产的基础，私有制得到发展和巩固，社会完全分裂为奴隶主和奴隶两大对立阶级。

阶级分裂造成了利益上的尖锐对立。奴隶和奴隶主、贵族和平民之间巨大的阶级冲突，使旧的氏族制度名存实亡。奴隶主阶级为了镇压奴隶的反抗，确保自己的经济利益，就需要创造出一种以暴力来维持的特殊“公共权力”来维护自己的统治。这个特殊的“公共权力”就是国家。与此相一致，原有的氏族习惯也远不能适应以私有制和阶级划分为基础的社会经济和政治条件，必然要有一种反映奴隶主阶级意志和利益的行为规则，并以国家的强制力迫使社会成员一体遵行，用以调整已经变化的社会关系，确立起有利于奴隶主阶级的社会秩序。这种行为规则就是奴隶法。可见，法不是从来就有的，而是随着私有制和阶级的出现与国家同时产生的社会历史现象。

法的产生经历了一个漫长的、复杂的过程。最初的法是由奴隶制国家认可的、对奴隶主阶级有利的习惯，即所谓不成文的习惯法，后来才逐渐出现了由奴隶制国家制定的成文法。最早的成文法，大多是对习惯法的记载和汇编。在国外有据可查，至今保存比较完整的一部比较早的成文法典是《汉穆拉比法典》。在我国，一般认为最早的成文法是春秋战国时期郑国子产所制定的《刑书》（公元前536年）。但以公元前407年李悝编纂的《法经》，对后世影响较大。

总之，法的产生是社会经济关系发展到私有制阶段以及在此基础上社会分裂为阶级的必然结果，是阶级矛盾不可调和的产物和表现。因此，它也不是永恒存在的，将来到了共产主义社会，随着阶级的消灭，国家的消亡，法也会失去其存在的前提和条件而随之自行消亡。

二、法的定义和本质

法的本质表现为：

首先，法是统治阶级意志的体现。

在阶级社会中，由于统治阶级和被统治阶级之间存在着根本的利益冲突，法不是也不可能是社会各阶级共同意志的表现，而只能是在经济上、政治上处于支配地位的统治阶级意志的表现，是整个统治阶级的根本利益和共同愿望的反映。因为只有掌握国家政权的统治阶级，才能把自己的意志用法律的形式表现出来。所以，法决不是什么超阶级的，只能是统治阶级意志的反映和表现。

当然，这不等于说在私有制社会中，被统治阶级的斗争对统治阶级的法没有任何影响。统治阶级在人民群众的强大压力下，在法律条文中规定一些看来似乎是保护劳动人民利益的条款，如现今资产阶级的法律中缩短工时、改善工作条件、提高福利待遇，等等。但这并没有改变资产阶级法的本质，因为在阶级斗争日益尖锐和深刻的情况下，资产阶级为了求得其政权长治久安，在制定法律时，不能不在其法律的某些条文中，一方面照顾一下它的同盟者或者试图争取的同盟者的某些利益，企图以此来巩固其阶级统治；另一方面不能不敷衍一下它的根本敌人——劳动人民，企图以此来缓和反对它的阶级斗争。所以，

从本质上看，它仍然是资产阶级意志和利益的表现。

其次，法是统治阶级的国家意志。

法是统治阶级意志的表现，但是统治阶级的意志并不都体现为法，同时还反映在它的哲学、政治、道德、文学艺术等方面。法与这些意识形态的不同之处，在于它不是一般的统治阶级意志，而是被奉为法律的统治阶级的那一部分意志。所谓被奉为法律，就是指统治阶级通过国家制定或认可，把自己的意志变为国家意志，用法律形式表现出来，使它成为以国家强制力为后盾的，对人们的行为具有普遍约束力的规则。列宁说：“意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”（《列宁全集》第25卷，第75页。）

再次，法的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的。

法体现统治阶级的意志，但这种意志不是从天上掉下来的，不是统治阶级的随心所欲，而是由统治阶级赖以生存的物质生活条件决定的。统治阶级的物质生活条件，主要是指决定社会面貌、性质和发展方向的主要因素——社会生产方式之生产关系，特别是所有制关系。恩格斯指出：“每一个社会的经济关系首先是作为利益表现出来。”（《马克思恩格斯选集》第2卷，第537页。）在阶级社会中，人们的物质利益集中体现为阶级的物质利益。各个阶级所进行的活动，从根本上说，都是为了本阶级的物质利益。所谓统治阶级的意志，实质上就是从统治阶级的物质利益中产生出来的意愿和要求。统治阶级创造各种法律规范的目的，归根到底，就是要从社会生活的各个方面来确认、保护并发展有利于自己的经济关系，从而实现其意志和利益。

综上所述，对法的定义可作如下表述：法是反映统治阶级意志的，由国家制定或认可并以国家强制力保证实施的行为规范的总和，是保护、巩固和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序，实现阶级专政的工具。

三、法的基本特征

法与反映统治阶级意志的其他意识形态和社会规范相比，具有以

下基本特征：

首先，法由国家制定或认可，具有国家意志性。在所有的社会规范中，只有法是由国家制定或认可的。所谓国家制定，就是国家机关按照特定的程序，创制具有各种不同法律效力的规范性文件。所谓国家认可，就是国家赋予某些已经存在的有利于统治阶级的社会规范（如某些风俗习惯、道德规范等）以法律效力。法这种社会规范是由国家制定或认可的，具有国家意志的属性，这是法区别于其他社会规范的重要特征之一。至于统治阶级根据需要，通过国家把某些道德规范、宗教戒律、社会习惯等确认为法律规范时，这些规范就兼具法律的性质，成了具有法律效力的行为规则了。

其次，法是国家强制力保证实施的，具有普遍的约束力。任何社会规范的实施都有赖某种强制力。但除了法以外，没有一种社会规范是以国家强制力来保证实施的。法既然只反映统治阶级的意志和利益，必然遭到被统治阶级的反抗和破坏。同时统治阶级内部中的少数人出于一己私利，也往往置法于不顾。因此，统治阶级为了保证法的实施，实现其意志，就必须依靠国家暴力，迫使社会全体成员毫不例外地遵守，否则法律就会象列宁所说的那样：“如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出的机关都等于零。”（《列宁全集》第11卷，第98页。）

再次，法通过规定人们的权利和义务来调整社会关系。作为一种行为规范的法，其调整社会关系的规范作用是通过规定人们的权利和义务的方式来实现的。法律上的权利，通常表现为法律允许人们作或不作某种行为。法律上的义务，则通常表现为法律指令人们必须作或不作某种行为。法律上的权利和义务是受国家强制力保障的。其他社会规范，例如道德规范、宗教规范、社团规章等，虽然也有权利义务的规定，但这种权利义务都不是受国家强制力保障的。统治阶级就是通过法这个规定权利和义务的社会规范来调整人们之间的关系，实现其阶级利益，建立和维护有利于自己的社会关系和社会秩序，使之成为统治秩序。

四、法的规范作用和社会作用

法作为社会关系的调整器，它对人们的生产、生活和社会的发展起着十分重要和多方面的作用。统治阶级总是通过创制各种法律规范，通过发挥法的职能作用，积极调整社会各方面的关系朝着有利于自己的意志和利益的方向发展。

（一）法的规范作用

法的规范作用，具体表现为：

第一，指导作用。法的指导作用，是指它对人们行为的指引。法明确地规定了人们在一定条件下可以做什么，应当或不当做什么，即它为人们的行为提供了一个一般的模式。法所具有的指引作用是通过人们的权利和义务来实现的。

法的指引作用，分为义务性指引和授权性指引两种形式。义务性指引又称不可选择的指引。法律条文明确规定，人们应该有这样的行为或不应该有这样的行为，并且一般还规定，谁违反了这种规定，谁就应当承担相应的否定性的法律后果（如国家不予承认，加以撤销或予以制裁等）。授权性指引又称可选择的指引，它允许人们自行决定是否有这样的行为，从而允许或鼓励人们从事法律所允许的行为。人们如果有此行为，必然带来某种肯定性的法律后果（如国家承认有效、合法并加以保护或奖励等）。义务性指引的目的在于防止人们的某种行为，授权性指引的目的在于鼓励至少是允许人们的某种行为。

第二，评价作用。法的评价作用，是指它作为人们的行为准则，具有判断、衡量人们行为合法与否的作用。在社会生活中，对人们行为的评价，总要有一个具体的、客观的标准或准则。而法则是一个重要而普遍的评价准则，即根据法律来判断人们的是非曲直，并通过法律准则去影响人们的价值观念。

第三，预测作用。法的预测作用，就是依照法律规范对人们的相互作用作出预测，即人们事先可以预料到自己或他人的某种行为究竟是合法的还是非法的，以及在法律上是否有效，会有什么样的法律后果等。法律在经济生活中的预测作用，有利于增强相互信任，以增强

自己的行为 and 合法利益的安全感。

第四，教育作用。法的教育作用，是指通过法的实施而对人们今后的行为所产生的影响，即通过对违法行为或违法的制裁，对一般人或被制裁者起教育的作用，同时对那些正在违法或已违法而企图逃避法律制裁者起威慑作用。

第五，强制作用。法是由国家强制力保证实施的，自然具有强制作用。这种强制性的规范作用的主要对象是违法者的行为，即依法制裁、惩治违法犯罪行为，同时还可以预防违法犯罪行为。法的强制作用，对于增进社会成员的安全感，提高人们的权利和义务观念以及组织纪律观念具有重要意义。

（二）法的社会作用

在阶级社会中，法在实现统治阶级的政治统治方面职能的同时，还起着一种具有全社会意义的社会作用，即马克思所说的“执行由一切社会的性质产生的各种公共事务”（《马克思恩格斯全集》第25卷，第432页。）的职能。例如，为保障自然资源的合理使用，就要制定各种资源保护法；为了防止环境污染，就要制定环境保护法；为了搞好公共交通，就要制定交通规则，等等。承担社会作用的法律规范与执行政治职能的法律规范相比较，虽有其自身的特点，但这类法律规范多属技术性规范，侧重调整人与自然的关系；它的实施不仅有利于统治阶级，也有利于全社会。但是，我们不能因此而认为承担社会作用的法律规范不具有阶级性。因为无论是执行政治职能的法律规范还是承担社会作用的法律规范，都由统治阶级通过国家机关制定，反映统治阶级意志，因而都具有阶级性。

五、法的历史发展和资本主义的两大法系

（一）法的历史发展

法产生之后，即进入一个漫长的历史发展过程。在法学上，将人类历史上存在过的以及现实生活中仍然存在的法，按其阶级本质和它借以建立的经济基础所作的基本分类，称为法的历史类型。按照法的历史类型的划分标准，可以将人类历史上的法划分四个历史类型，即

奴隶制法、封建制法、资产阶级法和社会主义法。

第一，奴隶制法的本质和特点

奴隶制法是奴隶制经济基础的重要上层建筑之一。它由奴隶制国家制定或认可，反映奴隶主阶级的利益和意志，是奴隶主阶级维护其经济利益和政治统治，对奴隶实行阶级专政的工具。

确保奴隶主的私有财产，特别是对奴隶的人身占有，是奴隶制法制的首要任务与最本质的特点。例如，古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》共 282 条，其中保护奴隶主私有财产的条文就有 121 条，因侵犯私有财产而处死刑的达 30 多条。古罗马的《十二铜表法》规定，债务人如果无力偿还债务，要以身抵债，沦为奴隶。奴隶制法规定，奴隶不是权利的主体，而是权利的客体。例如，古代罗马法规定“奴隶就是物”，奴隶主有权任意处置自己的奴隶，甚至于可以象屠宰牲畜一样杀死奴隶而不受追究。

公开确认人们的不平等地位，是奴隶制法的另一个显著特点。奴隶制法不仅规定了奴隶主的种种特权和奴隶的无权地位，同时也确定了自由民之间的不平等。在自由民中，除享有完全公民权的人之外，还有权利受到不同程度限制的各种人。例如，罗马《十二铜表法》明文禁止贵族与平民通婚，不准平民担任公职和占有、使用国有土地。总之，在奴隶制社会里，“法律只保护奴隶主，唯有他们才是有充分权利的公民。”（《列宁选集》第 4 卷，第 49 页。）

第二，封建制法的本质和特点

封建制法是封建地主阶级意志的反映，它把封建地主对农民的经济剥削和政治统治，以及封建地主的等级特权和农民的无权地位用法的形式固定下来，以维护有利于封建地主阶级的社会关系和社会秩序，实现封建地主阶级的专政。

封建制法具有以下几个主要特点：

首先，严格地维护封建土地所有权和对农民的不完全占有。封建制法的基本内容，就是确认地主阶级对土地的所有和农民对地主的人身依附关系，凡是侵犯了封建土地所有权和其他财产权的行为，都要受到严厉的惩罚。