



法学概论

Faxue Gailun

樊 颢 主编



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE

法 学 概 论

樊 颙 主编



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

法学概论 / 樊頔主编. —上海:立信会计出版社,
2011. 8
ISBN 978-7-5429-2790-3

I. ①法… II. ①樊… III. ①法学—概论 IV.
①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第163775号

责任编辑 张 蕾
封面设计 周崇文

法学概论

出版发行	立信会计出版社		
地 址	上海市中山西路2230号	邮政编码	200235
电 话	(021)64411389	传 真	(021)64411325
网 址	www.lixinaph.com	电子邮箱	lxaph@sh163.net
网上书店	www.shlx.net	电 话	(021) 64411071
经 销	各地新华书店		

印 刷	浙江省临安市曙光印务有限公司		
开 本	787毫米×960毫米	1/16	
印 张	22.75		
字 数	470千字		
版 次	2011年8月第1版		
印 次	2011年8月第1次		
印 数	1—3 100		
书 号	ISBN 978 - 7 - 5429 - 2790 - 3/D		
定 价	39.00元		

如有印订差错,请与本社联系调换

编委会名单

主 编 樊 颙

副主编 金立炜 杨邹华 张 梅

编 写 杨 薇 戈 慧 严瑾洁 丁 艳

高 敏 樊韵儿

前 言

“法学概论”是我国大学生必修的公共法制教育课。本书从学生的实际需要出发,在阐述法的概念、特征、本质、作用以及法的制定与实施等法学基础理论的基础上,吸收最新立法信息,反映最新司法实践,对我国现行宪法、刑法、刑事诉讼法、民法、合同法、知识产权法、经济法、劳动法、民事诉讼法、行政法、行政诉讼法的基本理论和基础知识作了简明扼要的阐述,此外,还对国际公法和国际私法常识作了必要的介绍。

本书共分为十三个章节,全书结构合理、重点突出、适用性强,可作为高等学校、高等专科学校的专业基础课教材,也可作为职业培训和普法教育用书。为方便学习,每章节都为学生制定了学习目标和要求,并以图表形式列出每章的知识结构,使得读者能更直观、更系统地学习法律知识内容。

本书由樊颉担任主编,教材的编写还得到了法学界同行的鼓励和支持。值此教材出版之际,一并致以诚挚的感谢。另外,也希望广大师生和读者在使用本教材的过程中提出批评性建议或意见,以使本教材不断更新和完善。

目 录

第 一 编

第一章 法的一般原理	3
第一节 法的起源	4
第二节 法学体系	10
第三节 法律分类	12
第四节 法律关系	14
第五节 法系	16

第 二 编

第二章 宪法	21
第一节 宪法概述	22
第二节 宪法对公民权利的保护和义务的设定	26
第三节 宪法对国家基本制度的设定	29
第四节 宪法对国家机构的设定	32
第三章 行政法	53
第一节 行政法概述	54
第二节 行政法的基本原则	56
第三节 行政法律关系	58
第四节 行政主体	60
第五节 行政行为概述	64
第六节 抽象行政行为	70

第七节 行政许可与行政处罚	71
第八节 违法行政与行政法律责任	77
第九节 监督行政法律制度	78
第四章 民法	81
第一节 民法概述	83
第二节 民事主体	87
第三节 民事法律行为	94
第四节 代理	98
第五节 诉讼时效与期限	101
第六节 婚姻法概述	103
第七节 婚姻法的基本原则	106
第八节 结婚制度	108
第九节 离婚制度	111
第十节 夫妻关系	116
第十一节 父母子女关系	119
第十二节 收养制度	121
第十三节 其他家庭成员关系	124
第十四节 知识产权	125
第十五节 财产继承权	131
第十六节 人身权	134
第五章 商法	136
第一节 商法概述	137
第二节 公司法	139
第三节 企业法	147
第四节 票据法	156
第五节 保险法	159
第六章 经济法	163
第一节 经济法概述	164
第二节 反垄断法	165
第三节 消费者权益保护法	167

第四节 银行法	169
第五节 证券法	173
第六节 劳动法	179
第七章 刑法	187
第一节 刑法概述	188
第二节 犯罪	191
第三节 犯罪构成	192
第四节 排除犯罪性的行为	196
第五节 犯罪过程中的形态	198
第六节 共同犯罪	201
第七节 刑罚	204
第八节 量刑	208
第九节 刑法分则所规定的各类犯罪	210
第八章 刑事诉讼法	215
第一节 刑事诉讼法概述	216
第二节 管辖	217
第三节 证据	219
第四节 强制措施	220
第五节 附带民事诉讼	222
第六节 刑事诉讼程序	223
第九章 民事诉讼法	229
第一节 我国民事诉讼法概述	229
第二节 管辖	230
第三节 诉和诉讼参与人	232
第四节 证据、期间、送达、财产保全和先予执行、对妨害民事诉讼的强制措施、 诉讼费用	233
第五节 民事诉讼程序	235
第六节 涉外民事诉讼	238
第十章 行政诉讼法	240
第一节 行政诉讼法概述	242

第二节	行政诉讼法学体系	243
第三节	行政诉讼的基本原则	243
第四节	行政诉讼的受案范围	245
第五节	行政诉讼的管辖	249
第六节	行政诉讼的参加人	251
第七节	行政诉讼的证据规则	256
第八节	行政诉讼中的起诉与受理	257
第九节	行政复议概述	259
第十节	行政复议的基本原则	260
第十一节	行政复议的范围	261
第十二节	行政复议的机关与管辖	264
第十三节	行政复议的程序	265
第十四节	行政复议的法律责任	268
第十五节	行政赔偿概述	269
第十六节	行政赔偿的范围	271
第十七节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	272
第十八节	行政赔偿程序	273
第十九节	行政赔偿的方式和计算标准	275

第 三 编

第十一章	国际法	279
第一节	国际法概述	280
第二节	国际法上的国家	282
第三节	国际法上的居民	289
第四节	国家领土	293
第五节	国际争端的和平解决	295
第十二章	国际私法	298
第一节	国际私法概述	299
第二节	国际私法的主体	301
第三节	冲突规范	305
第四节	外国法的适用	307
第五节	对外国法适用的限制	310

第六节 物权	312
第七节 合同准据法	313
第八节 涉外票据的法律适用	316
第九节 侵权行为	318
第十节 继承	320
第十一节 国际民事诉讼法	323
第十二节 国际商事仲裁	325
第十三章 国际经济法	334
第一节 国际经济法概述	335
第二节 国际货物买卖法	337
第三节 国际货物运输法	348
第四节 不正当竞争与限制性商业惯例	350

第一编

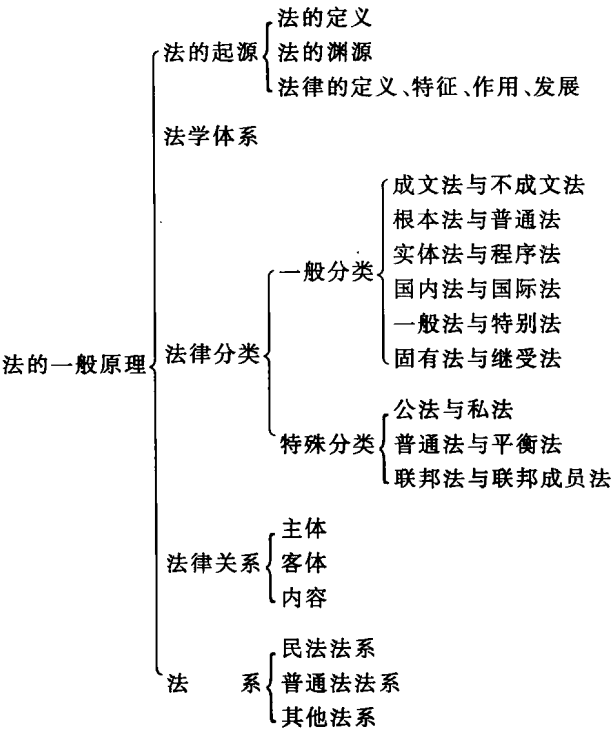
第一章

法的一般原理

【本章学习目标与要求】

通过本章学习,你应当学会:
了解法的起源、法学功能、中国法学的历史、西方法学的历史;
掌握法的定义、法的特征、法的起源、法学体系法律关系;
掌握法的规范、渊源、分类和历史类型、法律分类法系。

【本章知识结构图】



第一节 法的起源

.....

一、法学简说

(一) 法学词源

“法学”这一用语的拉丁文为“Jurisprudentia”，至少在公元前3世纪末罗马共和国时代就已经出现，该词表示有系统、有组织的法律知识、法律学问。德文、法文、英文以及西班牙文等西语语种，都是在Jurisprudentia的基础上，发展出各自指称“法学”的词汇，并且其内容不断丰富，含义日渐深刻。

关于法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”，或者“刑名之学”，中国古代的“法学”一词与来自近现代西方的“法学”概念有着很大区别。

现代意义上的汉语“法学”一词，最早由日本输入。

(二) 法学的研究对象

法学，又称法律学或法律科学，是研究法律现象及其发展规律的一门社会科学。

(三) 法学的层次

根据有的学者的研究，法学有三个层次：知识之学、智慧之学、精神之学。

二、古汉语中“法”的词义

在汉语言中，“法”字的古体是“灋”。其含义是：灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。

古代汉语中的“法”、“律”、“刑”等词语彼此之间有关联。

三、西方思想传统中对“法”与“法律”的区分

西方的“法”除有“法”的含义外，还兼有“权利”、“公平”、“正义”或“规律”、“法则”之意，因此它们常被人们理解为“客观法”或“理想法”、“应然法”。

西方的“法律”则主要被理解为人们依主观意志和认识而制定的法律，即“主观法”或“现实法”、“实然法”。

在西方法文化传统中，人们凭借自然法概念将“法”与“法律”明确地区分开来。自然法理论认为，法律在本质上是规范性的，“恶法非法”，因为存在着一种规制政治权力和法律权力，并为人们的行为制定道德标准的自然法体系。

四、广义的“法”与狭义的“法”

人类的存在和发展都需要秩序,需要社会规范和行为规则,广义的“法”同人类社会共始终。狭义的“法”仅指国家出现以后的一种社会存在。狭义的“法”即法律,与国家有着直接的关联,是一种历史现象。

五、法律起源

(一) 原始社会规范

原始社会的调控准则是原始社会规范。原始社会规范是原始社会中人们在长期的共同生产和生活过程中逐步而缓慢地、自发地形成的,为人们所共同遵守的各种行为规则的总和。

(二) 法律起源的历史过程

法律的产生是人类社会规范文明史上一次质的飞跃,是人类法律文明的起点。

法律产生的根本动因是社会内部基本矛盾,即生产力与生产关系、经济基础与上层建筑之间矛盾的运动发展,直接原因是私有制和阶级的出现。

(三) 法律起源的规律

- (1) 法律的产生经历了一个由个别调整到规范性调整的过程。
- (2) 法律的产生经历了一个由习惯到习惯法,再发展成为制定法的过程。
- (3) 法律的产生经历了一个由自发调整到自觉调整的过程。

六、法律发展

(一) 法律发展基本理论

1. 先天主义的理性建构论

先天主义的理性建构论建立在自然法、自然状态和政治社会起源的契约假设的基础之上,这种理论认为人类可以依靠理性对自然法则的把握,构建自己所需要的法律制度。

2. 法律与主权的命令说

法律与主权的命令说将法律的起源归结为主权者的命令,法律无所谓发展。

3. 法律的历史进化论

法律发展的历史进化论以反对法律的理性建构论为其认识的起点,该派学者通过对法律史实的研究,认为法律有其自身发展的连续的、不可割裂的历史,这种历史呈现出一种内在的进步因素的推动,是不为人们的主观意志所改变和创造的历史。该派观点以 19

世纪英国梅因(Main)为代表。

与历史上既存的法律发展理论相对应,当代中国法学理论界在法律发展问题上也出现了建构论与进化论两种对立的学术观点。

(二) 法律发展的时空线索——法的历史类型与法系

(1) 法律发展的时间线索是法的历史类型。根据时间线索,人类的法律可以分为四种不同的历史类型:奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。

(2) 法律发展的空间线索是指法系。它是根据世界上各个国家和地区的法律的历史渊源、继受关系和法律制度的固有特征而对其进行的分类。凡是具有相同的历史渊源、继受关系以及固有特征的若干国家和地区的法律,就属于同一法系。

(三) 法律发展的规律

(1) 从神法向人法发展。

(2) 从“身份的法”向“契约的法”发展。

(3) 从古代民主法治型法,经人治型法最终向现代民主法治型法发展。

(4) 从不成文法向成文法发展。

(5) 从族群之法向世界之法发展。

(四) 法律发展的方式

1. 法律继承

所谓法律继承,是指在法律发展过程中,新法在审查、批判旧法的基础上,有选择地吸收旧法中的合理因素,使之成为新法的有机组成部分。

2. 法律移植

法律移植是指一个国家或地区有选择地引进、吸收、同化其他国家或地区的法律,使之成为本国法律体系的有机组成部分,以弥补本国法律的不足。

3. 法律创新

所谓法律创新,是指对法律观念、法律概念和技术、法律原则、法律规范和具体法律制度的独创性革新,它是人类法律智慧活动的最高形式,也是难度最大的法律发展运动。

七、法律现代化

(一) 现代化理论

“现代化”是指人类社会从工业革命以来所经历的一场涉及社会生活诸领域的深刻的变革过程,这一过程以某些既定特征的出现作为完结的标志,表明社会实现了由传统向现代的转变。

第一个阶段为从 18 世纪至 20 世纪初的萌芽阶段,这一阶段以总结和探讨西欧国家自身的资本主义现代化经验以及面临的问题为主。第二个阶段为第二次世界大战后至 20 世纪 60、70 年代的形成阶段,此时以美国为中心,形成了比较完整的理论体系。第三个阶段为从 20 世纪 60、70 年代至今的修正阶段,这一时期研究的核心是如何处理非西方的后进国家现代化建设中的传统与现代的关系。

(二) 法律现代化的含义和特征

1. 法律现代化的含义

法律现代化是指一国法律伴随该国政治、经济、文化等诸领域的现代化变革而出现的、以某些特征为显著标志的、从传统人治向现代法治转变的深刻变革过程。

2. 法律现代化的特征

第一,法律现代化与社会政治、经济、文化等各个领域的现代化紧密联系,相互促进。

第二,法律现代化包括法律领域各个方面的现代化。

第三,法律现代化是一个传统人治社会获取现代法治社会的特征的动态过程,以实现法治为目标,是过程与目标的统一。

第四,法律现代化是变革性与连续性的统一、民族性与世界性的统一。

(三) 法律现代化的基本模式

以法律现代化最初的动力来源为标准,可以把法律现代化划分为内发型和外发型两种模式。

内发型法律现代化的模式,是指法律由于社会诸内部条件的成熟而从传统走向现代。

外发型法律现代化的模式,是指因一个较先进的法律对较落后国家法律的冲击而导致的该国法律的进步转型过程。

八、法律的特征

(一) 法律区别于其他社会规范的特征

(1) 法律是调整社会关系的行为规范。

(2) 法律是国家制定或认可的行为规范。

(3) 法律是以权利与义务为内容的行为规范。

(4) 法律是由国家保证其实施的行为规范。

(二) 现代法律作为社会规范的主要特点

1. 确定性

所谓法律的确定性是指法律规则所确立的法律主体与客体、权利与义务、行为与后果