

高等学校法学教材
(1998年第7版)

法学概论

主 编 吴祖谋
副主编 李双元

FAXUE

GAILUN

上海人民出版社

SHANGHAI
RENMIN
CHUBANSHE

高等学校法学教材

法学概论

主 编 吴祖谋
副主编 李双元

FAXUE

GAILUN

上海
人民
出版
社
SHANGHAI
RENMIN
CHUBANSHE

责任编辑 曹培雷
封面装帧 甘晓培

法学概论

(1998 年第 7 版)

吴祖谋 主 编
李双元 副主编

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路 54 号 邮政编码 200020)

新华书店上海发行所经销 上海中华印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 19.75 字数 450,000

1997 年 1 月第 1 版 1999 年 3 月第 3 次印刷

印数 13,001~20,000

ISBN7-208-02478-2/D·450

定价 25.00 元

本书获国家教委 1992 年第二届普通高等学校

全 国 优 秀 教 材 奖

DAG 20/13

第七版作者简介

(以姓氏笔画为序)

- 王应瑄** 武汉大学法学院教授,著有《法律基础知识》、全国高等教育自学考试教材《法学概论》、《评点校本唐律疏议》等。
- 庄惠辰** (又名庄琛) 中国环球律师事务所一级律师、主任律师,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员,著有《论审判公开》、《论国际商事合同中的“挫折”》等。
- 李双元** 武汉大学法学院教授,国际私法博士生、博士后导师,中国国际私法研究会副会长,著有《国际私法(冲突法篇)》、《国际私法》、《国际民事诉讼法概论》等。
- 吴祖谋** 河南大学法律系教授、系名誉主任,中国法学会法理研究会干事,河南省法学会副会长,著有《法学基础理论》、全国高等教育自学考试教材《法学概论》(主编)等。
- 张 茂** 武汉大学国际私法博士生,著有《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》、《国际破产法统一化运动评述》等。
- 郑修身** 辽宁师范大学政治系教授,大连市法学会常务理事,东北法学与教学研究合作中心理事,著有《法学概论》等。
- 夏时雨** 苏州大学法学院副教授,著有《法律基础知识教程》、

《法律基础》等。

黄惠康 湖南师范大学、美国新墨西哥州立大学客座教授，法学博士，著有《国际法教程》、《国际法上的集体安全制度》、《Introduction to China's Law and Politics》（《中国法律和政治导论》）等。

黄捷 湖南师范大学副教授，著有《职务犯罪问题研究》、《关于职务与职权的思考》等。

韩长印 河南大学法律系副教授，著有《经济法导论》等。

熊选国 最高人民法院审判员，研究室刑事处处长，法学博士，著有《刑法中行为论》，副主编《中国刑法论理（上、下册）》、《量刑通论》、《刑事诉讼法的修改与适用》等书，发表学术论文 50 余篇。

第六版说明

近年来,国家为适应社会主义市场经济发展的需要,加快了立法步伐,颁布了一系列新的法律法规,所以,尽管本书第五版问世仅两年多时间,但其中不少内容已经陈旧,必须作较大篇幅的修订。

此次修订在保持内容和体系相对稳定的基础上,作了以下改动:(1)改写了第一编法学基础理论部分;(2)把原有的婚姻法章纳入民法章,并对该章作了较大修改;(3)增写了商法章,置于民法章之后;(4)重写了经济法章和刑事诉讼法章;(5)对全书原来的章序进行了调整;(6)对其他各章也都依据新颁布的有关法律法规作了增补和修订。

本书是集体智慧的产物。曾经参加本书撰写或修订工作的有(以姓氏笔画为序)王应瑄、庄惠辰、李双元、李玉泉、朱守真、吴祖谋、吴光前、肖克瑾、张茂、张哲、张健、郑修身、侯洵直、夏时雨、黄惠康、黄捷、韩长印、曾昭度、蒋碧昆、熊选国。

本书1982年初版,1984年第二版,1987年第三版,1991年第四版,1994年第五版,累计发行近300万册。此次修订后出版的是1996年第六版。

本书初版至第五版由法律出版社出版。自第六版起,改由上海人民出版社出版。

编 者

1996年7月

第七版说明

这是本书第六次修订,修订后出版的是1998年第七版。

本书自1982年初版以来,通常每隔3年修订一次,出一个新版本。但此次修订则提前了1年,因为八届全国人大五次会议通过的新刑法已于1997年10月1日起施行,有必要对书中的刑法部分根据新刑法予以修订,以避免教材内容与现行法律的脱节。此次修订时,我们还根据党的十五大精神,对书中某些内容作了修正,以力求能较全面地反映我国法制建设的新发展和法学研究的新成果。我们诚恳地希望专家学者和广大读者对本书提出宝贵意见。

编 者

1998年7月

目 录

导 言.....	1
----------	---

第 一 编

第一章 法的一般原理	13
第一节 法的起源、本质和基本特征	13
第二节 法的规范、渊源、分类和历史类型	22
第三节 法与其他社会现象的关系	29
第二章 我国社会主义法	34
第一节 我国社会主义法的本质和作用	34
第二节 我国社会主义法的制定	44
第三节 我国社会主义法的实施	52
第三章 我国社会主义法制	64
第一节 社会主义法制的概念和基本要求	64
第二节 社会主义民主与社会主义法制	68
第三节 社会主义法律意识与社会主义法制	71

第 二 编

第四章 宪法	77
第一节 宪法的概念和我国宪法的历史发展	77
第二节 我国的国家性质	85

第三节	我国的政权组织形式	90
第四节	我国的国家结构形式	96
第五节	我国的经济制度	101
第六节	社会主义精神文明建设	107
第七节	我国公民的基本权利和义务	110
第八节	我国的国家机构	119
第九节	我国的国旗、国徽和首都	137
第十节	宪法实施的保证	138
第五章	行政法	142
第一节	行政法的概念、渊源和行政法律关系	142
第二节	行政机关和公务员	147
第三节	行政立法	155
第四节	行政执法	160
第五节	行政司法	169
第六节	监督行政	173
第七节	公安行政管理的几个重要法律文件和司法行政 管理的几项重要制度	177
第六章	民法	189
第一节	民法的概念、渊源和基本原则	189
第二节	民事法律关系的主体	193
第三节	民事法律行为和代理	203
第四节	财产所有权	209
第五节	债权	216
第六节	知识产权	224
第七节	人身权	230
第八节	婚姻家庭	232
第九节	财产继承权	245
第十节	民事责任	249
第十一节	诉讼时效	254

第十二节 期日和期间	257
第七章 商法	260
第一节 商法概述	260
第二节 公司法	264
第三节 破产法	276
第四节 保险法	287
第五节 票据法	294
第八章 经济法	308
第一节 经济法概述	308
第二节 反不正当竞争法	312
第三节 税法	320
第四节 产品质量法	326
第五节 消费者权益保护法	333
第六节 仲裁法	341
第九章 刑法	350
第一节 刑法的概念、任务、基本原则和适用范围	350
第二节 犯罪的本质和概念	357
第三节 犯罪构成	359
第四节 正当防卫和紧急避险	367
第五节 故意犯罪过程中的犯罪形态	371
第六节 共同犯罪	375
第七节 刑罚的概念和目的	378
第八节 刑罚的体系和种类	380
第九节 刑罚的具体运用	386
第十节 犯罪的种类和几种常见的犯罪	394
第十章 刑事诉讼法	412
第一节 刑事诉讼法的概念、任务和基本原则	412
第二节 管辖	420
第三节 回避	423

第四节	证据	424
第五节	强制措施	429
第六节	附带民事诉讼	432
第七节	刑事诉讼阶段	433
第十一章	民事诉讼法	457
第一节	民事诉讼法的概念、任务和基本原则	457
第二节	诉	461
第三节	管辖	463
第四节	诉讼参加人	467
第五节	证据	471
第六节	期间、送达和诉讼费用	473
第七节	财产保全和先予执行	476
第八节	对妨害民事诉讼的强制措施	477
第九节	第一审普通程序	478
第十节	简易程序和特别程序	484
第十一节	第二审程序、审判监督程序	486
第十二节	督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序	489
第十三节	执行程序	492
第十二章	行政诉讼法	496
第一节	行政诉讼法的概念、任务和基本原则	496
第二节	受案范围和管辖	501
第三节	行政诉讼参加人	505
第四节	证据	508
第五节	行政诉讼程序	510

第 三 编

第十三章	国际法	521
第一节	国际法概述	521

第二节	国际法上的国家	525
第三节	国际法上的个人	532
第四节	国际组织	539
第五节	海洋法	543
第六节	空气空间和外层空间法	550
第七节	条约法	552
第八节	外交和领事关系法	558
第九节	战争法	566
第十四章	国际私法	569
第一节	国际私法概述	569
第二节	冲突规范和准据法的确定	574
第三节	外国法的适用	582
第四节	我国涉外民商关系的法律适用	588
第五节	国际民事诉讼程序	591
第六节	国际商事仲裁	597
第十五章	国际经济法	601
第一节	国际经济法概述	601
第二节	国际贸易关系的法律调整	605
第三节	国际投资关系的法律调整	609
第四节	国际经济组织	613
参考书目		618

导 言

法学,亦称法律科学,是社会科学中一门历史悠久的、独立的学科。

—

法学的产生以法的产生和发展为前提。当社会的政治、经济和文化发展到一定阶段,出现了比较完整的法律体系以后,法学才逐渐形成和发展起来。恩格斯指出:“随着立法发展为复杂和广泛的整体,出现了新的社会分工的必要性:一个职业法学者阶层形成起来了,同时也就产生了法学。”^①

古代希腊一些著名的思想家,在他们的许多著作中都曾广泛地论及法的问题。苏格拉底、亚里士多德和斯多葛派的哲学家们,把法分为两种:一种是以自然为基础的不变的自然法;另一种是由人们制定的可变的人定法。并且认为自然法是居于人定法之上的指导人定法的普遍法则,较早地提出了自然法的学说。但是,在古希腊,人们对法的研究往往包含在哲学、政治学、伦理学、修辞学之中,法学还没有作为一门独立的学科从其他学科中分立出来。

在欧洲,最早的职业法学者阶层当推古罗马帝国前期的法

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第539页。

学家集团,即通常所说的罗马法学家。他们协助罗马皇帝立法,出任高级行政司法官职(执政官),编写法律著作,解答法律问题。罗马法渊源于公元前5世纪中叶的《十二铜表法》,主要发展于公元2、3世纪,形成于公元6世纪中叶东罗马帝国皇帝查士丁尼(公元527—565年)时代,前后达千余年(约为我国东周贞定王十八年至南北朝陈文帝六年)。在罗马法中,法律分为三种,即:市民法、万民法和自然法。罗马法是古代“以私有制为基础的法律的最完备形式”^①。在罗马法臻于完备的过程中,罗马法学家起着重大的作用。著名的罗马“五大法学家”伯比尼安(公元250年前后)、保罗(公元121—180年)、盖尤斯(公元117—180年)、乌尔班(公元170—228年)和毛特思丁(公元250年前后)等,他们从理论上论证了自然法、万民法和市民法的关系,详尽地阐述了以商品生产和交换为中心的法律概念和法律关系。他们的学说不仅在当时具有法律效力,而且对后世许多国家的法律和法学的发展也都产生了深远的影响,并发展成为西方社会的法律传统。

中世纪的欧洲为神学所统治,“政治和法律都掌握在僧侣手中,也和其他一切科学一样,成了神学的分支,一切按照神学中通行的原则来处理。教会教条同时就是政治信条,圣经词句在各法庭中都有法律的效力。甚至在法学家已经成为一种阶层的时候,法学还久久处于神学的控制之下。”^② 托马斯·阿奎那的法学思想,代表了这个时代法学的特征。他从神学世界观出发,把法律分为四种:(1)永恒法,即神的理性的体现,是上帝用来统治宇宙的。(2)自然法,即永恒法对理性动物的关系。(3)人法,

① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第143页。

② 《马克思恩格斯全集》第7卷,人民出版社1959年版,第400页。

即通过国家机关制定的法律。它最终是根据永恒法制定的,是反映人的理性的法律。(4)神法,即永恒法在《圣经》中的体现,是一切法律的源泉。他认为,在上述四种法律中,永恒法高于其他一切法。力图以此来证明封建法律是神的意志的体现,罗马教皇的权力高于世俗一切权力,以巩固教皇对欧洲的统治。

17、18 世纪,资本主义经济在封建社会内部迅速发展,日益壮大的资产阶级强烈要求推翻封建制度,建立自己的统治,于是以格老秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠和卢梭等为代表的近代自然法学派应运而生。这个学派代表人物的思想观点虽各有异,但多假定一种自然状态的存在,认为在这种状态中生活的人们是自由、平等的,受人类“理性”即自然法的支配。后来,由于自然状态遭到破坏,人们自由、平等的自然权利受到侵犯,遂相约成立政府,服从一定的政治权威,从而产生了国家。在订立的契约中,个人可以放弃一些自然状态下的自由,以换取国家对人们生命、自由和财产的保护,于是出现了各种法律。近代自然法学派的代表认为,一切现行法律都不能与自然法相违背,后者是自然存在和永恒不变的。它的效力并非来自上帝,而是来自人类的理性。这种学说的历史作用在于摧毁了中世纪的神权学说,为资本主义制度的建立准备了理论条件。它是一种资产阶级的法学理论,是为资产阶级利益服务的。

19 世纪以来,随着资产阶级专政的建立和阶级斗争的发展,近代自然法学派的学说因不再适合资产阶级的需要而日趋衰落,逐渐为以胡果、萨维尼为代表的历史法学派,以边沁、密尔为代表的功利主义法学和以奥斯丁为代表的分析法学派所取代。历史法学派并非真正要用历史观点来研究法律,而是打着“历史”的招牌,妄图倒转历史的车轮。功利主义法学反映了资产阶级唯利是图、损人利己的阶级本质。分析法学派的锋芒已

经不是指向封建制度,而是指向无产阶级和广大劳动人民。到了帝国主义时代,为了适应垄断资产阶级的需要,出现了众多的现代资产阶级法学派别,其中影响较大的主要是社会法学派和规范法学派。前者主张以社会学的观点和方法来研究法学,认为法学应以影响法律的各种社会因素或社会本身作为研究对象,并且主张在行动中研究法律,把法律的适用过程看作是最重要的。后者则把法律和政治、经济等社会现象割裂开来,主张从逻辑形式上分析所谓“法的外壳”。这些思想观点都是垄断资产阶级法学世界观的反映,是维护垄断资产阶级统治的精神武器。

我国法学的发展源远流长。从史籍中可以看到,早在西周时,人们对法(包括“礼”和“刑”)的本质和作用等问题就有所论述。到了春秋战国之际,各诸侯国相继公布成文法,秦有《秦律》,楚有《宪令》,齐有《七法》,燕有《奉法》,韩有《刑符》,赵有《国律》,特别是公元前407年魏国司寇李悝综合各国法律编成《法经》六篇以后,对法的研究日趋繁荣,学派林立,百家争鸣,在我国法学发展史上写下了灿烂的一页。以商鞅、慎到、申不害、韩非为代表的法家,反映新兴地主阶级的要求,针对儒家的“礼治”思想,提出了“以法治国”的主张。他们认为“治强生于法,弱乱生于阿”^①,故必须以法来规范人们的行为,“以事遇于法则行,不遇于法则止”^②;并且猛烈抨击了“礼不下庶人,刑不上大夫”^③的传统观念,主张“刑无等级”^④,“法不阿贵”,“刑过不避大臣,赏善不遗匹夫”^⑤。在这场论战中,韩非集法家之大成,把

① 《韩非子·外储说左下》

② 《韩非子·难二》

③ 《礼记·曲礼》

④ 《商君书·赏刑》

⑤ 《韩非子·有度》