

范 军主编



宪法，刑法，民法，它们都是法，但它们调整的是不同的社会关系，它们的调整内容与方式也完全不同。不过，作为法，它们的特征、本质、作用、运行和发展规律等，在本质上都是相同的。在法学中，有这样一门学科，称之为法理学，它专门研究关于法律现象的最基本的共同性问题。它研究的不是某一国的法律制度，也不研究某一种法或法律现象，而是把法律作为一个整体，来研究其产生、本质、发展规律、创制、实施和作用等一般性理论问题。

法律基础与实务

(修订版)

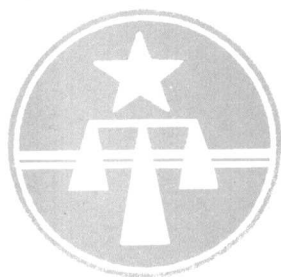
FALUJICHUYUSHIWU



上海三联书店

D920.0
F155

范 军主编



法律基础与实务

(修订版)

FALUJICHUYUSHIWU



A1102061



上海三聯書店

11AM 05/04

图书在版编目(CIP)数据

法律基础与实务/范军主编. —修订版. —上海:上海三联书店, 2003. 2
ISBN 7—5426—1762—1

I. 法... II. 范... III. 法律—基本知识—中国 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007449 号

法律基础与实务(修订版)

主 编/范 军

责任编辑/徐 徐

装帧设计/王志伟

监 制/朱美娜

责任校对/范 琪

出版发行/上海三联书店

(200235)中国上海市钦州南路 81 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail:sanlianc @ online.sh.cn

印 刷/昆山市亭林印刷有限责任公司

版 次/2003 年 2 月第 1 版

印 次/2003 年 8 月第 2 次印刷

开 本/787×1092 1/16

字 数/450 千字

插 页/2

印 张/22

印 数/8001—14000

ISBN 7-5426-1762-1
D·69 定价:34.00 元

前 言

法是什么?从最直观的意义上说,法是一种规则或行为规范。要理解这一点,并不十分困难。问题是,在现实生活中,规则或规范比比皆是,诸如道德、宗教、礼仪、职业要求、质量标准、操作规程等,那么法与它们的区别何在呢?要回答这样的问题,对于未曾接受过专业训练人士来说并不简单。毋庸讳言,我们的社会生活离不开法律,了解法律的基础知识与原理,建立基本的法制观念,既是现代人的必备素质,也是社会发展的必然要求。在“依法治国”的治国方略之下,法律知识已经是各类人才的知识结构体系中的重要组成部分。

本书从最基本的概念入手,依次介绍每个部门法的法律原则和法律规范,循序渐进、层层展开,系统讲解了包括法律概述、宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法和国际法等7个单元在内的法律基础知识。同时,文中还辅之以“观察”、“案例”、“思考”等内容,密切了与社会生活的实际联系,极易理解和把握。因具有相当的可读性,故非常适合自学。

本书在内容上,力求体现最新的立法精神和司法实践的动向;在体例上,将理论与实践、观察与思考、提示与小结等有机地结合起来。这样的内容与体例,既便于学习,又助于拓展思路。通过阅读与学习,相信读者能对我国的法律概况有一个基本的认识,在遇有某些实务性问题时,能以正确的途径谋求法律上的救济。

本书是修订版,在原有版本的基础上增加了“国际法单元”。此外,根据需要及最新的立法规定,我们也调整了其他相关内容。

本书由复旦大学法学院的郭建教授担任主审。华东政法学院的顾亚璐教授、上海大学法学院的鲁叔媛教授也为本书的编写提供了宝贵意见,给予我们很大的帮助。在此一并致谢。全书由范军负责统稿和修改。本书各章节的撰稿人分别是(以章节先后为顺序):

范 军,第一单元第一、二节,第四单元;

袁 静,第一单元第三、四、五节,第二单元;

芦 琦,第一单元第六节;

吴文戈,第三单元;

张 斌,第五单元;

杨 堃,第六单元;

王衍祥,第七单元。

因本书致力于体例和著述风格上的探索,其中不当、疏漏之处在所难免,尚祈读者、专家批评指正。

范 军

2003年1月2日

目 录

第一单元 法律概述	(1)
第一节 法的概念	(2)
一、法的特征	(2)
二、法的本质	(5)
第二节 法的作用	(6)
一、法的作用	(6)
二、法的局限性	(7)
第三节 法律关系	(8)
一、法律关系的概念	(9)
二、法律关系的构成要素	(9)
第四节 法的效力与法律解释	(10)
一、法的效力	(11)
二、法律解释	(13)
第五节 法的渊源与法律部门	(14)
一、法的渊源	(15)
二、法律部门	(16)
第六节 法制现代化	(19)
一、法制现代化的一般含义	(19)
二、法制现代化在中国的具体实践	(20)
三、中国法制现代化的核心内容与要素分析	(20)
第二单元 宪法	(25)
第一节 宪法概述	(26)
一、宪法的概念、特征	(26)
二、宪法的历史发展	(28)
第二节 宪法的基本原则	(31)
一、人民主权原则	(31)
二、基本人权原则	(32)
三、法治原则	(32)
四、分权制衡原则	(33)
第三节 中国的基本制度	(34)
一、国家性质	(34)
二、政权组织形式	(36)
三、国家结构形式	(40)

第四节 公民的基本权利和义务	(44)
一、概述	(44)
二、我国公民的基本权利	(45)
三、我国公民的基本义务	(49)
第五节 我国的国家机构	(49)
一、全国人民代表大会	(50)
二、中华人民共和国主席	(52)
三、国务院	(53)
四、中央军事委员会	(53)
五、地方国家机关	(53)
六、人民法院和人民检察院	(54)
第三单元 行政法	(57)
第一节 行政法概述	(58)
一、行政和行政权力	(58)
二、行政法的概念、调整对象和作用	(61)
三、行政法的特点	(62)
四、行政法律关系	(63)
第二节 行政法的基本原则	(65)
一、行政合法性原则	(65)
二、行政合理性原则	(66)
三、社会公益性原则	(67)
第三节 行政法律关系主体	(68)
一、行政主体	(68)
二、公务员	(69)
三、行政相对人	(71)
第四节 行政行为	(73)
一、行政行为的特征	(74)
二、行政行为的分类	(74)
三、行政行为的生效条件	(75)
四、行政行为的效力	(76)
五、行政处罚	(77)
第五节 行政复议	(79)
一、行政复议概念和特征	(80)
二、行政复议的范围	(80)
三、行政复议参加人	(82)
四、行政复议的程序	(83)
五、行政复议与行政诉讼	(84)
第六节 行政赔偿	(85)

一、行政赔偿概述	(85)
二、行政赔偿的范围	(86)
三、行政赔偿关系中的当事人	(88)
四、行政赔偿程序	(89)

第四单元 民法

(92)

第一节 民法概述

(94)

一、民法的概念

(94)

二、民法的性质

(95)

三、《民法通则》是民事基本法律

(96)

四、民事法律关系

(96)

第二节 民法的基本原则

(99)

一、平等原则

(100)

二、自愿原则

(100)

三、诚实信用原则

(100)

四、民事权利受保护原则

(102)

五、权利不得滥用原则

(102)

第三节 民事主体

(103)

一、自然人

(103)

二、法人

(109)

三、其他民事主体

(112)

第四节 民事法律行为和代理

(114)

一、民事法律行为

(115)

二、代理

(126)

第五节 民事权利

(133)

一、物权

(134)

二、债权

(140)

三、人身权

(150)

四、知识产权

(156)

五、继承权

(159)

第六节 民事责任

(162)

一、民事责任概述

(162)

二、违反合同的民事责任

(167)

三、侵权的民事责任

(169)

第七节 诉讼时效

(174)

一、诉讼时效的概念

(174)

二、诉讼时效的效力

(174)

三、诉讼时效制度的意义

(175)

四、诉讼时效的种类

(176)

五、诉讼时效的中止、中断和延长	(177)
第五单元 刑法	(183)
第一节 刑法概述	(184)
一、刑法的概念	(184)
二、刑法的特征	(185)
三、刑法的任务	(186)
四、我国刑法的效力范围	(186)
五、刑法的体系	(187)
六、刑法的解释	(188)
第二节 刑法的基本原则	(189)
一、罪刑法定原则	(189)
二、适用刑法人人平等原则	(190)
三、罪刑相适应原则	(191)
第三节 犯罪	(192)
一、犯罪的概念和特征	(192)
二、犯罪构成	(194)
三、排除社会危害性的行为	(204)
四、故意犯罪的停止形态	(208)
五、共同犯罪	(211)
第四节 刑罚	(213)
一、刑罚的概念和目的	(213)
二、刑罚的体系和种类	(213)
三、刑罚的裁量	(217)
四、刑罚执行制度	(222)
五、刑罚消灭制度	(223)
第五节 犯罪的种类	(225)
一、概述	(225)
二、常见的具体犯罪	(226)
第六单元 诉讼法	(248)
第一节 诉讼法概述	(249)
一、诉讼法的概念	(249)
二、我国诉讼法的基本原则	(251)
三、我国诉讼基本制度	(253)
第二节 刑事诉讼法	(262)
一、刑事诉讼和刑事诉讼法	(262)
二、我国刑事诉讼法的特有原则	(263)
三、刑事诉讼结构	(264)
四、辩护与代理	(266)

五、强制措施	(268)
六、立案	(269)
七、侦查	(271)
八、提起公诉	(274)
九、第一审程序	(275)
十、第二审程序	(280)
十一、死刑复核程序	(283)
十二、审判监督程序	(284)
十三、执行	(285)
第三节 民事诉讼法	(288)
一、民事诉讼和民事诉讼法	(288)
二、民事诉讼法的特有原则	(288)
三、诉与诉权	(290)
四、民事诉讼当事人	(292)
五、财产保全和先予执行	(296)
六、第一审程序	(297)
七、第二审程序	(301)
八、审判监督程序	(302)
九、民事非讼程序	(302)
十、执行程序	(305)
十一、涉外民事诉讼程序	(307)
第四节 行政诉讼法	(308)
一、行政诉讼和行政诉讼法	(308)
二、行政诉讼法的特有原则	(308)
三、行政诉讼受案范围	(310)
四、起诉和受理	(310)
五、第一审程序	(312)
六、第二审程序和审判监督程序	(314)
七、执行	(315)
第七单元 国际法	(318)
第一节 国际法概述	(319)
一、国际法的概念	(319)
二、国际法的渊源	(319)
三、国际法的主体	(320)
四、国家领土	(322)
五、国际法上的个人	(325)
第二节 国际法的基本原则	(328)
一、国际法基本原则的含义	(328)

二、各项基本原则	(329)
三、和平共处五项原则	(331)
第三节 外交和领事关系	(332)
一、使馆及其外交特权	(332)
二、领事馆及其领事特权	(333)
三、外交关系和领事关系的联系与比较	(334)
第四节 联合国与国际争端的和平解决	(335)
一、联合国的宗旨和原则	(335)
二、联合国的主要机构	(336)
三、专门性国际组织与联合国专门机构	(337)
四、和平解决国际争端	(338)

邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实现法治。法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的遵从,而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律。

——亚里士多德

第一单元 法律概述

宪法、行政法、刑法、民法……,它们都是法,但它们调整的是不同的社会关系,它们的调整内容与方式也完全不同。不过,作为法,它们的特征、本质、作用、运行和发展规律等,在本质上都是相同的。在法学中,有这样一门学科,称之为法理学,它专门研究关于法律现象的最基本的共同性问题。它研究的不是某一国的法律制度,也不研究某一种法或法律现象,而是把法律作为一个整体,来研究其产生、本质、发展规律、创制、实施和作用等一般性理论问题。

所以,在学习宪法、刑法、民法等具体的法之前,我们应把握法理学中最为重要的一些内容。法理学在法学中处于“基本理论”的地位,它所涉及的基本原理和基本概念适用于法学的各个学科,把握这些基础知识,是进行法律思维的前提。

本单元选取了法理学中最为基础性的内容,以期大家能对“法”有个最基本的认识,在此基础上再展开后面的学习内容才是有序而有效的。

本单元的内容,可作为大家法学学习的入门向导。

内 容 提 要

通过学习,你应对关于法的一些最基本的问题有所把握,明确法在整个社会生活中处于怎样的地位,并确立起这样一个观念,即把握法的主要内容与实质是树立现代法律意识的前提。

基于以上学习目的,你应完成对以下内容的全面把握:

● 法的定义

● 法的基本特征

- 法的本质
- 法律关系的概念及其要素
- 我国法的效力范围
- 我国法的主要渊源
- 我国法律部门主要有哪些

第一节

法的概念

什么是法？有人说法是“上帝的意志”，有人说法是“人的理性”，也有人说法是“民族的精神”；此外，更有人认为，法是“主权者的命令”，或“强制性的规则”，或“社会控制的手段”，等等。各个时代的哲学家、法学家、思想家都曾以各自的智慧对这一命题进行阐释，尽管立场、角度各异，但就探索本身而言，他们的贡献与作用都是非凡的。

法究竟是什么？对此，马克思主义的创始者们以其独有的视角，深刻揭示：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系。”^①

按照我国法学界的通说，法的定义应该是：法是由国家制定或认可的，并靠国家强制力保证实施的、反映统治阶级意志的行为规范的总和。这一概括源自对法的特征和法的本质的分析。

要正确理解这一定义，显然不那么简单。就让我们从法的特征讲起，再透过法的本质，去接近法的定义的丰富内涵。

一、法的特征

1、法是调整社会关系的行为规范

^① 参见《马克思恩格斯选集》第二卷，第82页。

法律是针对行为而设立的^①,它既提供特定的行为模式,又指明法律后果;既有确定性,又有可预测性。法律明确地告诉人们,必须为怎样的行为;应该或可以为怎样的行为,如何为之;以及不该为怎样的行为。人们根据法律来预先估计自己与他人之间该怎样展开行为,并预见行为的后果及法律对此的态度。

通过对人的行为的调控,法律实现着对社会的调整和控制。同时,法还显示出其独有的规范性:

- 它是一般的、概括的规则,可以反复使用;
- 它包含大量的法律规范;
- 它具有严密的逻辑结构^②。

这些特性是其他规范所不具有的。在社会生活中,道德规范、语言规范、思维规范、宗教规范、风俗习惯等,虽也具有一定的规范性,但这些规范大多内容分散,原则性规定多于具体规范,没有明确的罚则。相对而言,法具有极强的规范性,能有效地引导人们的行为,实现对社会关系的调整。

2. 法由国家制定或认可,具有国家意志性

从产生的方式看,法是由国家制定或认可的。

“制定”和“认可”是国家创制法的两种方式。没有国家,就不可能有法的存在。

法的制定,通常是指特定的国家机关通过一定的程序制定具有法律效力的规范性文件。

法的认可,通常有三种情况,即国家根据需要:(一)赋予社会上早已存在的某些道德规范、习惯、礼仪、宗教以法律效力;(二)以加入国际组织、承认或签定国际条约等方式,认可国际法规范;(三)由特定的国家机关对具体案件的裁决作出概括,产生规则或原则,并赋予这些规则或原则以法律效力。

法具有的国家性,表现在:

- 法要求以国家的名义创制和颁布,因为它需要在全国范围内实施;
- 法的适用范围以国家主权为界域;
- 法是以国家强制力为保证的。

这些特性是法区别于其他社会规范的重要特征。

^① 法的作用是针对人的行为的,而非针对人。这是因为,法只以人的外部行为为指向,而不以人的内心世界为观察点,它只注重对人的客观活动的事实判断,而不注重对人的主观动机的情感体验。马克思就曾指出:对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的。他所指的就是法律只对人的行为产生作用。

^② 法律规范的逻辑结构中包括:行为模式和法律后果,而一般的规范不具有这种严密的逻辑结构,这是法的规范性最明显的标志,同其他规范有着显著的区别。

3. 法是以权利义务为内容的行为规范

从法的内容看,法是规定人们权利义务的行为规范。

法通过规定人们的权利与义务来确认、保护和发展一定的社会关系。法与权利、义务的概念不可分,同时,权利和义务相互关联、相辅相成。法以其明确的关于权利、义务的规定,为人们提供特定的行为模式,又指明行为的法律后果。基于法律规范内容上的这种特点,使它具有极强的规范性,从而引导人们的行为,实现对社会关系的调整。

4. 法由国家强制力保证实施

从法的保障实施看,法是由国家强制力保证实施的。

国家强制力,是指国家的军队、警察、法庭、监狱等有组织的国家暴力。法的实施是以国家强制力作后盾的,人们必须遵守法律,否则将招致国家强制力的干涉,受到相应的法律制裁。如果没有这一保障,也就无所谓法的尊严与权威。因此,任何法要想成其为法和继续是法,就必须以系统化的国家暴力为后盾。

观 察

在某大学的校长办公会议上通过了这样的规定:学生考试作弊,将受记过处分。此类的校纪校规虽也具有强制性,但其强制力不来自国家,不能动用国家暴力,它主要靠学生的自觉遵守,违反者一般只会受到批评教育、责令改正和纪律处分等。这是因为,校规不是法,不具有国家强制性。

但是,这并不意味着,法的实施每时每刻都要借助国家政权及其暴力系统,如果法律得到了遵守,或是一般的民事违法行为,而违法主体依法进行了自我纠正(承担民事责任,如赔偿等),就不需要国家暴力系统的介入。另一方面,国家强制力并非保证法的实施的唯一的力量,社会舆论、道德观念、法制观念、思想教育等因素,对法的实施也起着积极的作用。

5. 法在国家权力管辖范围内普遍适用

从法的效力范围看,法对国家权力管辖范围内的一切社会成员都具有约束力。

法在全国范围内形成统一的体系,并被普遍地适用。法为所有社会成员提供了统一的行为模式和准则,对所有的人普遍具有法律效力。

法具有普遍性,这是就法的属性而言。如果就一个国家具体的法律效力而言,则呈现出不同的情况,有些法律在全国范围内有效,如宪法、刑法等;有些法律则在部分地区或仅对特定主体有效,如地方性法规、军事法规等。所以,对法的普遍性不能作片面理解。

以上是法的特征。这些特征是法区别于其他事物的特有属性,而它们仅是法的外在的、形

式的表现,因为,这一切最终是由法的本质所决定的。

二、法的本质

法的本质不同于法的存在,法的存在是人们可以感受到的客观实在,而法的本质则是深藏于法的存在背后的精神或物质因素,它是内在的、隐蔽的,是法的存在的基础和变化的决定力量。

马克思主义关于法的本质的观点,与以往思想家们的认识完全不同。^① 其基本观点如下:

1. 法是统治阶级意志的体现

在阶级社会里,人是被划分为阶级的。所谓统治阶级,是指掌握了国家政权,在经济上、政治上、思想上占统治地位的阶级。只有这样的阶级,才能凭借国家政权的力量将本阶级的意志,转变为整个社会共同遵循的法。具体来说,统治阶级须通过一定的程序,并经过其内部的民主制度,将本阶级的意志提炼、上升为国家意志,并将其制定为法律。所以,法是以国家意志的形式表现出来的统治阶级的意志。

有了这层含义,才有了法的一系列特征,诸如法由国家制定或认可、法由国家强制力保证实施、法在国家权力管辖范围内普遍适用等。

所以,只有经过国家制定或认可的统治阶级的意志才是国家意志。统治阶级的政策虽然也是统治阶级的意志,但它不是由国家制定或认可的,所以,不是国家意志^②。因此,政策不是法律。

2. 法的内容是由统治阶级所处的物质生活条件所决定的

物质生活条件主要是指物质生活资料的生产方式、地理环境和人口状况等因素。这些因素构成了社会的基本经济关系,而统治阶级的阶级利益也蕴含其中。正是这些蕴含着的阶级利益,产生出了统治阶级的物质欲望和要求,并不断地形成着其阶级意志的具体内容。离开这些物质生活条件,统治阶级的意志将无从产生,法律自然更无从谈起。

至此,我们对法的概念的认识可以初步确立,即通过对法的特征和本质的概括,我们可以明确:法,就是由国家制定或认可的,并靠国家强制力保证实施的、反映统治阶级意志的行为规范的总和。

^① 关于法的本质的理论,各种认识和观点都有其历史的必然性和合理性,同时,又有其历史的局限性和认识的片面性,其科学总是相对于特定时代的认识水平和社会存在而言的,没有任何人能够一劳永逸地说明法的本质。所以,在前人认识的基础上,全新地建立适应我们这个时代的法的本质的理论显然是必需的。

——参见徐显明主编《法理学教程》,第39页。

^② 参见徐显明主编、胡秋江副主编:《法理学教程》,中国政法大学出版社,1999年8月版,第18页。

第二节

法的作用

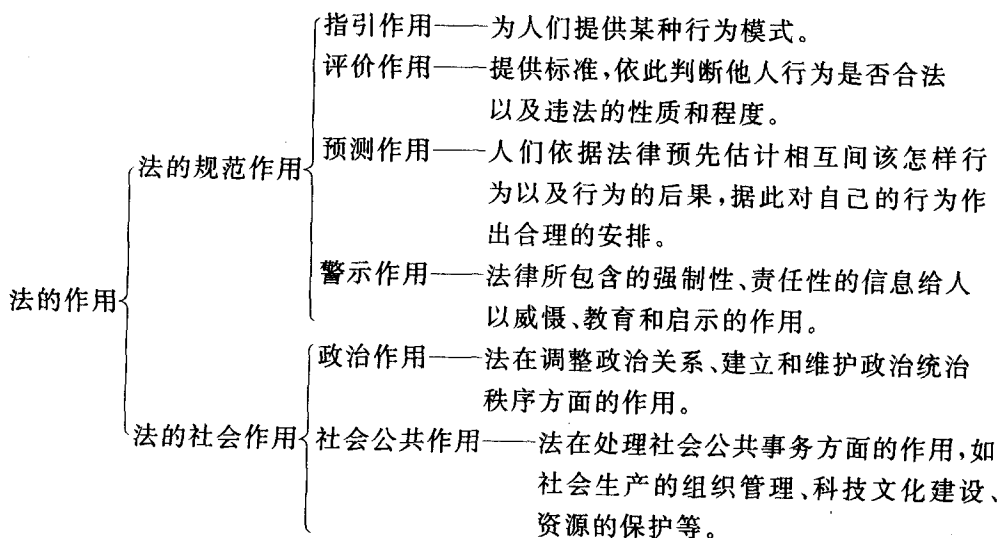
一、法的作用

法的作用,是指法对人的行为以及对社会最终产生的影响。

法的作用与法的特征和本质密切联系,是法的特征和本质的体现。

我们可将法的作用,理解为法在社会生活中所扮演的“角色”。分析这个“角色”,我们无非从两个角度入手:其一,看它本身所发挥的职能或作用;其二,在整体的社会环境下来观察其所产生的影响。依此,我们可将法的作用分为规范作用和社会作用两类。就法本身而言,法是调整人们行为或社会关系的规范,当然具有规范作用;就整个社会生活而言,法是一定的人们的意志的体现,反映了他们的利益要求,所以法又具有各种社会作用。法的这两种作用中,法的规范作用是手段,法的社会作用才是目的所在。

关于法的作用,可作如下简单归纳:



回溯历史,古代社会的法,在作用方式上,明显突出了法的限制、禁止、约束和惩罚的作用,

较少重视法的引导、调节、预测、管理作用,其目的仅仅是维护君权、特权以及专制统治。进入近代社会,人类不断意识到法律不应成为君权和特权的附庸,法律不应是束缚人的工具,随着人类文明的进步,法的作用发生了巨大的变化。近现代的法律以权利为本位,依靠社会公共权力,建立法律至上的法治秩序;法不再附随于个人意志,其作用大大加强了;它不仅作用于阶级统治方面,更多地作用于社会公共事务的管理,并侧重于保护人权、平等、自由,保障经济效益和秩序。

二、法的局限性

尽管法律是一种必不可少的具有高度裨益的社会生活制度,但它像人类创建的大多数制度一样也存在某些弊端。^① 这些弊端与法的特征、本质相联系,是其本身所固有的弱点。

案 例

有这样一个有趣的事例:在美国的内华达州,有一种叫科纳特的野生动物,它专吃羊,它的大量存在严重危害着内华达州的重要产业——养羊业。于是,该州的立法机关制定了一项法律,要求每一个政府官员都买一双科纳特的耳朵带到办公室去。此举的用意在于刺激人们猎杀科纳特,以减少其数量。然而,该法公布实施后,农民们为了有更多的科纳特耳朵卖给政府,谋取利润,便开始在家中喂养这种动物。这样内华达州的科纳特数量不仅未减少,反而大量增加,社会被迫承担喂养科纳特的物质损耗。

类似的例证在我国也有。比如在改革开放之初,许多党政官员经商,从中以权谋私。为改变这一状况,有些省份即以地方性法规或政府规章的形式明令禁止党政官员经商,以确保政治廉洁和社会公正。该法律公布实施后,党政官员经商确实少了,但党政官员的子女、配偶、朋友经商的却多了,这些党政官员可以更“合法”地利用职权并在更大程度上以权谋私而不受法律制裁。政治廉洁和社会公正遭到更严重的侵害。

以上这两个例证,都是法律失效的情况。法律不可能是万能的,它有其固有的局限性。^②

1、法不是调整社会关系的唯一的方法

法律的调整范围是有限的,比如它对个人的情感、思想、信仰等领域的事务,是无力进行调整的。许多社会问题的处理必须依靠或辅之以其他的调整方法和社会控制手段,包括道德、纪律、规章、习俗、政策等社会规范以及经济、政治、文化等社会力量。例如,预防未成年人犯罪,就绝不仅仅是个法律问题。

^① 参见 E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社,1987 年版,第 388 页。

^② 以上事例摘自卓泽渊著《法的价值论》,法律出版社,1999 年 7 月版,第 57 页。