

华中科技大学网络教育用书



法律基础

■ 张文楚 主编

华中科技大学出版社

E-mail: hustpp@wuhan.cngb.com

图书在版编目(CIP)数据

法律基础/张文楚 主编

武汉:华中科技大学出版社, 2003年2月

ISBN 7-5609-2883-8

I. 法…

II. ②张… ②王… ③唐…

III. 法律-高等学校-教材

IV. D920.5

法律基础

主编 张文楚

责任编辑:胡 艳

责任校对:刘 飞

封面设计:刘 卉

责任监印:张正林

出版发行:华中科技大学出版社

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87545012

录 排:华中科技大学出版社照排室

印 刷:湖北省通山县印刷厂

开本:850×1168 1/32

印张:10

字数:237 000

版次:2003年2月第1版

印次:2003年2月第1次印刷

印数:1—6 500

ISBN 7-5609-2883-8/D·37

定价:13.80元

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

华中科技大学网络教育用书

编委会

主任委员 冯向东

委员(以姓氏笔画为序)

韦 敏 许晓东 李 杰

张 峰 张曙光 欧阳康

洪 明 郑友德 黎秋萍

内 容 简 介

本书是为普通高等学校非法律专业学生学习法律基础课编写的教材。全书内容共七章,主要介绍了法学基础理论以及各类型法律(宪法、行政法、民法、经济法、刑法、诉讼法)的理论知识。

编写者在总结多年教学经验的基础上,联系高等学校和当代大学生实际,在编写过程中注意了教材的思想性、针对性、实用性,尤其强调内容的新颖性,使本书同以往同类型教材相比,有自身的特色。

本书除适用于高等学校非法律专业学生学习使用,也可作为教师及各类型学生学习了解法律知识的参考书。

目 录

第一章 法学基础理论	(1)
第一节 法学基本范畴	(1)
第二节 当代中国法律的制定与实施	(15)
第三节 当代中国依法治国方略的提出与实施	(27)
第二章 宪法	(35)
第一节 宪法基本理论	(35)
第二节 宪法基本制度	(48)
第三节 宪法实施	(58)
第三章 行政法	(66)
第一节 行政法概述	(66)
第二节 行政法主体	(73)
第三节 行政行为	(80)
第四节 行政程序	(89)
第五节 行政违法与行政责任	(93)
第四章 民法	(97)
第一节 民法总论	(97)
第二节 物权	(114)
第三节 债权	(124)
第四节 知识产权	(134)
第五节 人身权	(139)
第六节 婚姻和家庭关系	(140)
第七节 继承权	(144)
第八节 民事责任	(148)
第五章 经济法	(151)

第一节	经济法概述	(151)
第二节	公司法	(155)
第三节	反不正当竞争法	(172)
第四节	消费者权益保护法	(178)
第五节	预算法与税法	(185)
第六节	银行法	(201)
第七节	劳动法与社会保障法	(210)
第六章	刑法	(219)
第一节	刑法概述	(219)
第二节	犯罪	(227)
第三节	刑罚	(246)
第四节	刑法分则	(255)
第七章	诉讼法	(269)
第一节	诉讼法概述	(269)
第二节	刑事诉讼法	(274)
第三节	民事诉讼法	(285)
第四节	行政诉讼法	(296)
参考文献		(309)
后记		(311)

第一章 法学基础理论

内容提要:法学既是宏伟壮美的殿堂,又是纷繁复杂的迷宫。对于满怀期望又带有几分疑惑的初学者而言,所急需的首先是对法学整体概貌的了解,而非径直陷入具体琐细的知识之中,这样更有助于在学习中明确目标和优化路向。在所有的法学分科中,法学基础理论(法理学)就是这样一门能够为我们提供关于法学总体认识的全景鸟瞰图式的学问。故此,法理学的研究对象是“一般法”,即法的一般性的现象、规律和趋势。其内容自然涉及法的概念、法的特征和本质、法的要素、法的功能、法的发展、法的制定与实施等。当然,学习的基点应立足于我国现时代法治现代化的重大理论与实践,并应当关注当代中国依法治国方略的提出与实施。

第一节 法学基本范畴

一、法的概念

(一) 法的词源

在古汉语中,法写作“灋”。东汉许慎《说文解字》释为:“灋,刑也,平之如水,从水;廌(音 zhì),所以触不直者去之,从去。”其字形颇繁,涵义尤丰,透露出丝丝缕缕由遥远的先民时代折射出来的法文化信息。在古代,商鞅之前多称“法”,商鞅之后多称“律”,嗣后的法律文件,名称繁复多变,如律、令、典、赦、格、式、科、比、例等,但“律”是最稳定的主要称谓,它沿袭直至清末。近代以来,尤其受日本的影响,“法”、“律”二字联词,合称“法律”。

在西欧语中,法的词源也相当复杂。以作为后来诸国语言母

体的拉丁文为例,“Jus”作为词根,既可指代法,又可表示正义、权利等。故此,有句法谚说道:“法律是客观的权利,权利是主观的法律。”

(二) 法的定义

1. 法的定义方法

一般而言,越是具有普遍性、基本性的概念,其逻辑上的抽象性程度越高,对其下定义的难度越大。古今中外的学者都孜孜以求,尝试从不同角度来阐释“法”的概念。但从形式逻辑的准则出发,下定义应遵循这样一种方法,即被定义的概念 = 属概念 + 种差。换言之,法的概念 = 法的上位概念 + 法的特征。因此,法的概念与法的特征事实上是不可分割的。

2. 法的上位概念

在定义法的概念之前,首先对各种“法”的名称进行清理,从而界定讨论的范围。我们所要学习的法的概念,是指“国法”(国家的法律)。其外延包括:国家专门机关(立法机关)制定的“法”(成文法);法院或法官在判决中创制的规则(判例法);国家通过一定方式认可的习惯法(不成文法);其他执行国法职能的法(如教会法)。“国法”是法理学的一个核心,而其他诸种所谓的“法”,都不过是学者们围绕着对“国法”的认识而提出的。

法一方面从社会现实生活中来,到社会现实生活中去;另一方面,法既不属于单纯的物质文明,也不属于单纯的精神文明,它属于介乎二者之间的制度文明,是一种规范。然而法又不是一般的规范,乃是一种社会规范。其特点在于,它所调整的是人们之间的交互行为。在这一点上,法作为社会规范,不同于思维规范、语言规范,也不同于技术规范。因此,法首先是一种社会规范,社会规范是法的上位概念。

3. 法的特征

法有别于其他类型的社会规范,如伦理道德、宗教仪轨、政党政策等,其特征在于:法是调节人的行为的社会规范;法是规定权

利、权力和义务的社会规范;法是由国家制定或认可(包括明示认可和默示认可)的社会规范;法是由国家(特别是通过强制力)保证实施的社会规范。正如列宁所言:“如果没有一个能够迫使人们遵守法权规范的机构,法权也就等于零。”

4. 法的本质

上述法的特征是法的本质的外在反映。历史上,许多种思想流派都曾试图去探究“什么是法的本质”这一核心问题。比如,古罗马政治家西塞罗主张“理性说”、中世纪欧洲经院神学家托马斯·阿奎那诠释“神意说”、英国思想家托马斯·霍布斯警言“主权命令说”、法国思想家让·雅克·卢梭首倡“意志说”、德国哲学家康德阐扬“自由说”、法国思想家孟德斯鸠宏论“事物性质说”、德国法学家卡尔·冯·萨维尼坚守“民族精神说”、德国法学家鲁道夫·冯·耶林力辩“利益说”,等等。

根据马克思主义经典作家的论述,我们认为,法的本质的科学内涵应包括三个层次。(1)法是国家意志的体现。在任何阶级对立的社会,国家意志就是掌握国家政权的统治阶级的意志,在已消灭了剥削阶级的社会主义社会,国家意志就是掌握国家政权的以工人阶级为领导的广大人民的共同意志。体现国家意志的法具有统一性和权威性。^②当然,法并不完全等同于国家意志,国家意志的表现形式是多方面的。(2)法的内容是由社会物质生活条件所最终决定的。强调这一点的意义在于尊重客观现实,防止唯意志论的危害。(3)法还要受到经济以外的因素,如政治、思想、道德、文化、科技、历史传统、民族、宗教以及习惯等复杂因素的影响。

5. 法的概念的表述

概言之,法就是由国家制定或认可并保证实施的、规定人的权利、权力和义务的一种社会行为规范,是由社会物质生活条件所决定、并受到经济以外因素影响的国家意志的体现。

二、法的要素

法作为完整的系统,是由法律规则、法律原则和法律概念三类要素有机构成的。

(一) 法律规则

法律规则与法律规范基本上同义通用,但二战后的西方法学更倾向使用法律规则一词。法律规则与法律条文应相互区别,前者侧重内在的逻辑构成,而后者则侧重外在的立法表述。一个法律规则可以通过一个或多个法律条文表现出来,一个法律条文也可能是一个或多个法律规则的表现产物。那么,如何来判别某个法的要素是不是法律规则呢?关键看其是否满足法律规则的内在逻辑构成。

较早的观点认为,法律规则的逻辑结构由三个环节组成,即假定、处理和制裁。所谓假定,指的是规则的适用条件和主体的行为条件;所谓处理,就是行为规则,表现为一定的行为模式,具体包括“可为模式”、“应为模式”以及“勿为模式”;所谓制裁,是指主体若不遵循前述模式之指示而行为时所应承担的否定性后果。

较新的观点则认为,法律规则的逻辑结构应由两个环节组成,即行为模式和法律后果。这主要是考虑到假定部分与处理部分在逻辑上往往实为一体,难以划分;并且,遭致否定性后果并非是承受法律后果的惟一类型,还有其他可能,比如依法获得保护、褒奖等,都属肯定性后果之列。

法律规则可从不同角度作如下分类。

1. 任意性规则与强行性规则

任意性规则,指的是由当事人根据自身意志自行选择适用与否的规则;强行性规则,指的是当事人必须予以适用而不论自身意志如何的规则。前者在私法类法律,如民法、商法中较多;后者在公法类法律,如刑法、行政法中较多。

2. 授权性规则、义务性规则和权义复合规则

授权性规则,是指示人们可以做出或要求别人做出一定行为的规则。它使用的术语往往是“可以”、“有权”、“有……的自由”等。

义务性规则,是直接要求人们从事或不从事某种行为的规则。据此,又可进一步分为命令性规则和禁止性规则。前者使用的术语往往是“应当”、“应该”、“必须”等;后者使用的术语往往是“不得”、“严禁”、“禁止”等。

权义复合规则,是兼具授予权利和设定义务两种性质的法律规则。其特点是,一方面被指示的对象有职权按照法律规则做出一定行为,另一方面做出这些行为是他们不可推卸的职责。此类规则多属有关国家机关及其工作人员的组织和活动的规则。

3. 确定性规则、委托性规则和准用性规则

确定性规则,即规定了明确的行为规则,不必再援用其他规则。委托性规则,即并未规定行为规则,而规定委托其他机关加以规定。准用性规则,即并未规定行为规则,而规定援用或参照其他既有的法律规定。

(二) 法律原则

法律原则,是指可以作为规则的基础或本源的概括性、稳定性的原理和准则。在逻辑结构上,法律原则不同于法律规则,它并不预先设定任何确定的事实状态,不规定任何具体的权利和义务,更没有规定任何确定的法律后果。因此,法律规则由于内容具体明确,只适用于某一类型的行为;而法律原则由于内容的抽象性,对行为的适用有着更广阔的覆盖面。

法律规则与法律原则相比较,在法律适用过程中有明显区别。(1)规则在适用时,要么有效,要么无效,即或被遵守,或被违反。而原则的适用比较灵活,它不和具体法律后果发生联系。(2)规则之间如果相互冲突,其中必有一个是无效的。原则之间如果相互冲突,结果可能是:在当前的场合甲原则优越于乙原则,但绝不意味着乙无效;而在其他场合,乙可能优越于甲。

法律规则与法律原则之间又有着密切的联系:在立法上,原则统率规则,是规则内在精髓的集中体现;在司法上,如果规则间出现空白缺位或者相互抵触冲突而无法适用时,原则就可以从幕后走上前台成为法官判案的裁决依据。

一般而言,法律原则根据不同的覆盖面和适用范围,可分为基本原则与具体原则;根据所涉的不同内容和问题,可分为实体性原则与程序性原则;根据不同的产生基础,可分为公理性原则与政策性原则;公理性原则是从社会关系的本质中产生出来的并被奉为法律的公理,比如《中华人民共和国民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”政策性原则是国家为了实现经济和社会发展战略目标或实现某一时期、某一方面的任务而作出的制度设计或决定,一般说来,是关于社会的经济、政治、科技、文化、国防以及环境的发展目标、战略措施或社会动员等全局性问题的。例如,《中华人民共和国宪法》第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”

(三) 法律概念

法律概念,是指法律上规定的或人们在法律推理中通用的概念,即所谓的“法言法语”。它相对于“日常话语”而言,更集中地表现着人们的法律思维,更为凝练精省,对于正确地理解和适用法律规则往往起着关键作用。法律概念的内涵和外延相对稳定,但随着时代发展又在不断变化。比如“继承权”,在古代法中首先指对身份的继承权,其次方指对财产的继承权,而在近现代法中则仅仅指财产继承权了。

一般而言,法律概念按其涉及的内容,可分为涉人概念、涉事概念和涉物概念。涉人概念如“个体工商户”、“企业法人”、“未遂犯”、“诉讼参与人”等;涉事概念如“承包”、“侵权”、“正当防卫”、“起诉”等;涉物概念如“标的”、“票据”、“违禁品”、“管辖范围”等。

三、法的功能

法的功能,也称法的作用,是指法对社会中的个人和由个人组成的社会所产生的影响。

早在西方古代社会,医学、神学和法学并立,世称三大显学。人们认为,医术用以治疗人的肉体上的疾病,宗教用以拯救人的精神上的痛苦,而法律则用以解决人们之间的纷争。我国古代思想家管仲说:“法者所以兴功惧暴也,律者所以定分止争也,令者所以令人知事也,法律政令者,吏民规矩绳墨也。”凡此等等,集中反映了当时人们对法的功能的思考。

当代法理学认为,法的功能应从以下两个角度来认识。(1)从法的特征出发,法具有调整人的行为的规范功能。(2)从法的本质出发,法具有维护经济基础和发展生产力的社会功能。法的规范功能与社会功能二者之间是手段和目的的关系,即法通过规范功能实现社会功能。

(一) 法的规范功能

1. 法的指引功能

我们每一个人在社会生活中都有赖于两类行为指引来安身立命、处世行事。第一种是所谓个别指引,即通过每一个具体的特定的指示来对具体的人和情况予以指引。比如,一位成年人引领着一名孩童行路,对孩童而言,就是依赖于引路的成年人这项个别指引方无失于途。第二种是所谓规范指引,即通过一般的普遍性的指示来对同类的人和情况予以指引。比如,一位成年人来到一座陌生的都市,他购买当地地图,依图示行进,并无需依赖于另一位成年人带路,对这位成年人而言,就是依赖于地图标识这项规范指引方可免迷路之虞。法律作为一种社会规范,具有重要的指引功能,且是一种典型的规范指引,它使得每个人对自己的行为都可以依法律指引而自律。

2. 法的评价功能

在日常人际交互活动中,每一个人的行为都会受到来自他人

的评价。而评价过程中,判断与衡量的尺度或确定或模糊、或客观或主观,不一而足。比如,经常会出现这样的情形,在一起民事纠纷发生后,站在不同的道德立场上,我们的情感可能会倾向于不同的当事人。而在各种各样的评价方式中,法律重点在于评价人们的行为是否合法或有效,可以提供能为世人所共识的、公认的,具有普遍性、确定性、客观性的尺度。它让我们可以根据法律来对他人的行为进行规范评价,从而使每个人的行为都受到他律。法律正是这样,通过对人们行为的自律与他律,为稳定、连续的社会秩序提供了生成基础。

3. 法的预测功能

古语云:“凡事预则立,不预则废。”也就是说,人们总是希望通过预测自己与他人相互之间将来可能发生怎样的行为,来提前做好准备,并尽可能地优化自己的行为策略,从而趋利避害,谋求最佳的行为效果。法律正是提供着预测的功能,使人们能够预先估计自己与他人之间(包括与国家机关之间)可能发生的行为及其一系列反应。比如,车流汹涌的路段对于行人而言本是高危险的区域,但人们确信只要遵守交通法规即可安全通行。因为大家会预测到,如果某人违章肇事,就将受到国家主管机关的惩处,而不敢轻易地以身试法。这就是交通法规之预测功能的生动体现。法律通过预测功能,建立并强化着人们之间的信任关系。

4. 法的教育功能

在日常生活中,付诸实施的法律总会广泛、深刻地影响着社会现实。或是令人扼腕痛惜的负面教训,或是令人击节叫好的正面典型,或亲历或传闻,耳濡目染,无不使人透过实例瞥见法的精神,受到启蒙、启示或启迪,正如古语所云:“见贤思齐,见不贤则改过之。”并将遵宪守法的观念自觉地植根于内心,由此树立起对法律的信任、信念乃至信仰。

5. 法的强制功能

在社会现实中,铤而走险者有之,抗法逆行者亦有之。因此,

当法不能始终为人们所自愿地遵守时,就必须凭借国家强制力的强迫方得以遵守,即古语所谓“以暴去暴,以恶去恶”。国家的强制力是法的实施的最后的保障手段。当然,国家专门机关运用强制力时,也必须依法进行,受法律规范的约束。

(二) 法的社会功能

法的规范功能是其社会功能的手段,其对象是人的行为,具有形式性和表象性,是一切法所普遍具有的共性;而法的社会功能则是其规范功能的目的,对象是社会关系,即人与人之间的关系以及社会化了的人与自然之间的关系,具有内容性和本质性,在不同的历史时期、不同的国家或地区中存在着显著的差别。

以往通行的观点认为,在阶级对立的社会中,法的社会功能一般分为两大部类。一部类是法在维护阶级统治方面的社会功能,包括:调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;调整统治阶级内部的关系;调整统治阶级与其同盟者之间的关系,等等。另一部类是法在执行社会公共事务方面的社会功能,包括:维护人类社会的基本生活条件;维护生产和交换条件;促进公共设施建设,组织社会化大生产;确认和执行技术规范;促进教育、科学和文化事业,等等。

在当代社会主义中国,阶级对立已被基本消灭,继续沿用上述法的两大部类社会功能“二分法”已不能很好地适应时代发展的需要。可试作以下新的概括:总的来说,当代中国法的社会功能是促进实现良性的社会秩序。具体而言,社会功能包括:设定和维护权利机制,保障公民和法人的利益;设定和制约权力机制,规范国家机关及其公职人员的行为;设定和维护各种社会纠纷的解决机制、各类违法行为的制裁机制;设定和维护法律本身良性发展的运行程序和监督机制,等等。

我们高度重视法的诸功能在现代社会文明中的突出作用,推崇法律至上观,反对法律虚无观,也不赞成法律万能观。这就涉及到对法的功能的重要性如何予以全面的、辩证的估价问题。我们认为,从其有用性而言,法在现代社会中是最主要的调整手段,是

社会运动和发展的最重要的稳定和平衡的工具；法具有其他社会规范所不具有的优点，如普遍性、连续性、权威性以及统一性等。但另一方面，从其有限性而言，法并不是万能的，不是调节社会生活的惟一手段，只是众多社会调整手段中的一种；法的作用范围也不是无限的，它无法穷尽一切社会领域和层面；法自身的特点也导致了它的局限性，如保守倾向，难以与时俱进、适时应变，其解释存有歧义性，其制定和实施往往有赖于高昂的成本和诸多复杂的外部条件等。

四、法的发展

1. 法的起源

法是如何产生的？这是一个相当复杂的学理问题。鉴于其直接的现实意义已趋淡化，故勿需详论。在法的起源问题上，各种法形态有其内在共性的产生规律，但在不同的时空条件下，各种法形态又呈现出多姿多彩的个性特征。经济根源、阶级状况、文化因素以及地理特性等都曾在此幕如史诗般壮美的人类活剧中扮演着不同的角色。按照马克思主义经典作家的论述，经济根源是其中起着最终决定作用的因素，即生产力→生产关系→生产方式→社会关系→社会组织→社会规范。据此，我们可以大致描述法的起源的基本线索，即在原始社会末期，生产力的发展开始引发经济结构与社会结构的变化，随着生产工具的改进和劳动生产率的提高，开始出现了剩余产品；在生产关系上，被强迫劳动的战俘作为奴隶成了最早的剥削对象；在生产方式上，氏族成员共同劳动的形式逐渐为以家庭为单位的个体劳动形式所替代；在社会关系上，商品交换和货币关系瓦解了原始公有制经济的同时，催生了私有制经济，贫富差别破坏了原始社会人与人之间朴素的平等关系，利益对立的日益加重出现了阶级分化；在社会组织上，原始社会的氏族管理结构发生嬗变，以压迫取代平等、以特权取代民主、以暴力取代自愿、以地缘取代血缘，孕育了一种全新的社会组织，即国家；在社会规

范上,原始习惯规范、原始道德规范以及原始宗教规范等经过漫长的改造,逐渐演化为国家的伴生品——法律。阶级、国家与法律的产生,既是人类迈向高级文明的号角,又是饱含奴隶血泪的对原始社会的挽歌。

2. 法的历史类型

自法起源以来,法逐渐从涓涓细流汇涨成滔滔江河,在不同的历史阶段,发出不同的时代回响。所谓法的历史类型,就是根据马克思主义经典作家的学说,按照人类社会经济形态的历史类型,以纵向时序将法的发展阶段划分为四种基本的历史类型。(1)奴隶制法。奴隶主对于作为生产资料的奴隶人身的完全占有是其产生和存在的社会历史条件。奴隶制法以《汉穆拉比法典》、《十二表法》、《摩奴法典》和中国上古的“禹刑”、“夏刑”、“汤刑”、“周礼”等为代表,其本质是严格维护奴隶主阶级的生产资料私有制,其特点是公开确认自由民之间的不平等,以十分野蛮的惩罚措施维护奴隶主的政治统治,保留许多原始社会规范的遗痕等。(2)封建制法。封建主阶级占有绝大部分土地和不完全占有生产者是其产生和存在的社会历史条件。封建制法以《秦律》、《查士丁尼国法大全》、《撒利克法典》、《诺曼底习惯法》、《古兰经》为代表,并以帝制时期的中国法最为典型,其本质是严格维护封建土地所有制和农民对封建主的人身依附关系,其特点是公开规定封建等级特权,用残酷的手段镇压人民的反抗,封建邦国间的条约和宗教信条是成文法的重要渊源等。(3)资本主义法。生产资料掌握在少数资本家手中,而无产阶级被剥夺生产资料,被迫出卖劳动力,为资本家创造剩余价值,是其产生和存在的社会历史条件。资本主义法以法国《人权宣言》、英国《权利法案》、美国《独立宣言》、《法国民法典》、《德国民法典》等为早期代表,其本质是维护以剥削雇佣劳动为基础的资本主义私有制,其特点是确认私有财产神圣不可侵犯原则、确认契约自由原则、形式上宣布法律面前人人平等、维护资产阶级的自由与平等及人权、维护资产阶级专政和代议制政府、确