

新编法学概论

主 编	张其成		
副主编	孙 哲 张其成		
编委(按姓氏笔画为序)	王树明 孙哲成 周山屹	周 明	周 明
	周 明 周 明	周 明	周 明
	周 明 周 明	周 明	周 明
	周 明 周 明	周 明	周 明
	周 明 周 明	周 明	周 明

高等教育出版社

新编法学概论

主 编 谢鹏程

副主编 李 衍 袁建伟

撰稿人 以姓氏笔划为序:

王比学 吕忠民 刘玉芝

刘茂林 杨一平 李 衍

金福海 迟德强 陈 晓

高克强 袁建伟 傅静坤

谢鹏程

高等教育出版社

序

有关法的原理的论著，古今中外，层出不穷。这是因为法以社会为基础，而社会总是如大江大河奔流不息，法也随之滔滔向前，人们对法的原理的探讨也永无止境。已经面世的异彩纷呈的法的原理的论著，不论是出自先哲大家之手，还是出自后生晚辈之笔；亦不论是宏篇巨著，还是精湛论文，都必然带有时代的、国度的特色，也必然带有作者自身千差万别的个性痕迹。但只要是作者沿着科学的道路，深入地思考、潜心地钻研，恰当地表述，并把它公之于众，它就会在洋洋大观的法苑里占有一席之地。基于上述考虑，我以为本书是值得向读者推荐的一部具有浓郁时代气息的法学新作。

本书的主编谢鹏程和参与撰稿的作者，都是年轻的法学教学或研究工作者。他们富于探索、创新精神，在我国已出版的同类著作中，其体系设计独具特色，在论述法的一般原理（第一部分）之后，平列了私法原理（第二部分）、公法原理（第三部分）和社会经济法原理（第四部分）。这个体系，给人以新的纲举目张之感。其论点、论证，也多有新意，特别是私法原理部分和社会经济法原理部分的具体内容，大多是以前的同类著作中所没有或略而未详者。它反映了改革开放以来我国法学研究的新发展，反映了近年来我国立法的新进展，特别是反映了建立社会主义市场经济体制过程中，我国法学界加紧研究建立社会主义市场经济法律体系的新成果。在本书付梓之际，我写出读部分书稿的突出感受，是为序。

刘 瀚

1993年10月20日于北京

(京)112号

内 容 简 介

本书由法的一般原理、私法原理、公法原理和社会经济法原理四部分构成,从法律体系的整体、基本结构、部门法结构、子部门法结构和具体法律制度等五个层次全面论述了法的原理;在论述上,以法律原则为纲、以法律规范为经,以权威案例(《最高人民法院公报》刊登的真实案例)为纬,以我国现行法为主,兼顾法的历史和发展趋势以及外国法的有关内容。本书可作为大学生“法学基础”或“法学概论”课程的教材,也可作为法学专业教学参考书。

本书资料截止日期:1994年3月。

新编法学概论

主编 谢鹏程

*

高等教育出版社出版发行

烟台师范学院印刷厂印装

*

开本 850×1168 1/32 印张 16.25 字数 420,000

1994年7月第1版 1994年7月第1次印刷

印数 0001—10100

ISBN7-04-004911-2/C·28

定价 8.50元

目 录

序

绪论：法律体系的结构	(1)
------------------	-----

第一部分 法的一般原理

第一章 法的概念	(21)
----------------	------

第一节 法的特征	(21)
----------------	------

第二节 法的本质	(27)
----------------	------

第三节 法的分类	(29)
----------------	------

第二章 法的起源和发展规律	(32)
---------------------	------

第一节 法的起源	(32)
----------------	------

第二节 法的发展规律	(35)
------------------	------

第三章 法的制定和实施	(40)
-------------------	------

第一节 法的制定	(40)
----------------	------

第二节 法的实施	(46)
----------------	------

第四章 法的地位和作用	(58)
-------------------	------

第一节 法的地位	(58)
----------------	------

第二节 法的作用	(63)
----------------	------

第二部分 私法原理

第五章 私法概说	(69)
----------------	------

第一节 私法的概念和原则	(69)
--------------------	------

第二节 私法的历史发展	(73)
-------------------	------

第六章 民法	(79)
--------------	------

第一节 我国民法的基本原则	(79)
---------------------	------

第二节 民事法律关系	(80)
------------------	------

第三节 代理	(88)
--------------	------

第四节 财产所有权和与财产所有权有关的财产权	(90)
------------------------------	------

第五节 债与合同总论	(95)
------------------	------

第六节 合同分论	(101)
第七节 知识产权	(123)
第八节 财产继承权	(132)
第九节 人身权	(138)
第十节 民事责任	(141)
第十一节 诉讼时效	(146)
第七章 婚姻法	(148)
第一节 婚姻法的基本原则	(148)
第二节 结婚	(150)
第三节 家庭关系	(152)
第四节 离婚	(156)
第八章 商法	(159)
第一节 商法概说	(159)
第二节 公司法	(164)
第三节 票据法	(176)
第四节 证券法	(189)
第五节 保险法	(192)
第六节 海商法	(200)
第七节 破产法	(210)

第三部分 公法原理

第九章 公法概说	(222)
第一节 公法的概念和特点	(222)
第二节 公法的历史发展	(224)
第十章 宪法	(229)
第一节 宪法的概念和历史发展	(229)
第二节 公民的基本权利和义务	(236)
第三节 国家制度	(243)
第四节 宪法的实施	(248)
第十一章 行政法	(251)
第一节 行政法的基本原则	(251)

第二节	公安行政法	(253)
第三节	卫生行政法	(263)
第四节	海关行政法	(270)
第五节	财政法	(276)
第六节	税收征收管理法	(285)
第七节	国家公务员法	(291)
第十二章	刑法	(294)
第一节	刑法的基本原则	(294)
第二节	犯罪构成和排除社会危害性的行为	(299)
第三节	犯罪的预备、未遂和中止	(312)
第四节	共同犯罪	(314)
第五节	一罪与数罪	(319)
第六节	刑罚和量刑	(324)
第七节	刑罚执行中的几种情况和时效	(332)
第八节	各种犯罪的罪名、罪状和法定刑	(336)
第九节	几种常见的犯罪	(352)
第十三章	民事诉讼法	(370)
第一节	民事诉讼法概说	(370)
第二节	民事诉讼程序	(379)
第十四章	行政诉讼法	(385)
第一节	行政诉讼法的基本原则	(385)
第二节	行政诉讼的范围	(387)
第三节	起诉和受理	(391)
第四节	审判和执行	(394)
第十五章	刑事诉讼法	(399)
第一节	刑事诉讼法概述	(399)
第二节	刑事诉讼中的强制措施	(404)
第三节	刑事诉讼程序	(409)

第四部分 社会经济法原理

第十六章	农业法	(418)
-------------	------------------	-------

第一节	农业法概述	(418)
第二节	农业法的主要内容	(420)
第十七章	土地法	(427)
第一节	土地法概述	(427)
第二节	土地法的主要内容	(429)
第十八章	环境保护法	(436)
第一节	环境保护法概述	(436)
第二节	环境保护法的主要内容	(438)
第十九章	金融法	(444)
第一节	金融法概说	(444)
第二节	金融法的主要内容	(444)
第二十章	投资法	(449)
第一节	我国吸收外国投资的法律形式	(449)
第二节	外商投资企业的设立与管理	(451)
第三节	外商投资企业和外国企业可享受的税收优惠	(453)
第四节	对外国在华投资的国有化和外国投资收益自由汇出 ..	(455)
第二十一章	竞争法	(458)
第一节	我国反不正当竞争立法的现状	(458)
第二节	我国反不正当竞争法的基本内容	(460)
第二十二章	产品质量法	(464)
第一节	我国产品质量法的制定	(464)
第二节	产品质量法的主要内容	(465)
第二十三章	未成年人、妇女和残疾人保护法	(472)
第一节	未成年人保护法	(472)
第二节	妇女权益保障法	(482)
第三节	残疾人保障法	(489)
第二十四章	劳动法	(495)
第一节	劳动合同	(496)
第二节	工资	(497)
第三节	劳动保护	(499)
第四节	职业培训	(501)

第五节	劳动保险	(502)
第六节	工会和企业民主管理	(504)
第七节	劳动争议	(506)
附		(510)

绪论：法律体系的结构

法律体系是一国全部现行的法律规范构成的统一体。对于这个统一体，我们不仅要从其内容方面认识；还要从其形式方面认识。只有在这两个方面都获得了科学的认识，我们才能把握法律由可能到现实的转化过程，提高法律实践的自觉性、科学性和有效性。值此建立中国社会主义市场经济法律体系之际，深入研究法律体系的结构具有更加现实的意义。

一、法律体系在结构上的一般特点

法律体系的结构，就是把作为法律体系的元素的各种法律规范统一组织起来的形式。^① 它一般具有如下特点：

第一，法律体系的结构具有高度的组织性。在一个法律体系中，法律规范往往数以千计；而且彼此之间存在着各种各样的联系，但任何单一的法律规范都不足以有效地调整社会关系。各种法律规范必须通过法律体系的结构合理地组织起来，才能形成现实的、能动的和积极的调整社会关系的力量。面对数量如此之多、联系如此之复杂的法律规范，法律体系的结构要全面、有效地执行自己的职能，就必须具有高度的组织性；既能按照每个法律规范的性质和职能将其“定位”，又能充分反映各个法律规范相互之间的联系。在一定意义上可以说，任何有效运行的法律体系，都是该法律体系的结构具有高度组织性的证明。换言之，如果法律体系的结构不具有高度的组织性，法律体系就不能够有效地运行。

^① 法律体系的结构不同于“法的结构”，后者的外延较广，它包括立法结构，法律渊源结构和法律体系的结构等。

第二,法律体系的结构的确立是以社会结构为基础、以法律自身的规律为中介的。首先,法律体系的结构必须适合法律体系的内容,即各种法律规范的性质和职能及其相互联系,反映法律体系的内在要求,才能使法律体系的形成和有效运行成为可能;而法律体系的内容是由以经济关系、政治关系和其他社会关系为内容的社会结构所决定的。因此,法律体系的结构归根到底是以社会结构为基础的。然而,社会结构并不是直接地表现为法律体系的内容,更不能直接地决定法律体系的结构。它的作用,不论是在法律体系的内容方面还是在法律体系的结构方面,都要受到法律自身固有规律的制约,都要通过法律自身固有规律的中介才能实现。其次,在社会结构向法律体系的结构转化的过程中,人们的认识水平、主观努力程度等主观因素起着重要作用。因此,具体的法律体系的结构不一定总是真实地反映了它与社会结构之间的必然联系;但它发展的一般趋势是不断地接近这种必然联系。正因为如此,关于法律体系的结构理论也是逐步发展的,多种多样的。

第三,法律体系的结构具有历史继承性。首先,法律体系的结构赖以建立的基础——社会结构的发展变化具有历史连续性,即使是在社会历史形态发生转变以后,先前社会历史形态的社会结构的某些成份也会在新型社会历史形态中以某种方式保留下来或产生影响。其次,法律体系结构的形成和发展必然伴随着法律渊源体系、立法体系、法律思想、法律调整原则、法律技术和术语等法律现象的发展变化,这些法律现象的发展总是连续的,即使是革命性的、突破性的进展或建树,也都有其历史渊源。而法律体系的结构与其他法律现象是密切联系、相互依存的。最后,从文化学的角度看,任何一个法律体系的结构的确立都是多种文化因素综合作用的结果。虽然各种文化因素有其内在的统一性;但是它们的表现形式和作用方式则可能是各具特色的。法律体系的结构通常从属于一定的文化模式,综合反映一定社会中的各种文化因素。这就导致:一方面,同一历史类型或同一法系中的各个法律体系在结构上

也具有自己的特点；另一方面，不同历史类型的或不同法系的法律体系在结构上可能存在着某些共同性或连续性。这两方面的结果实质上证明了同一个命题：法律体系的结构既是发展的、有个性的；又是相对稳定的、有历史继承性的。

第四，法律体系的结构具有一定的开放性。在法律史上，没有任何一个法律体系的结构是完全封闭的。这主要有两个方面的原因：一是法律体系的结构在职能方面既要统一组织现有的全部法律规范，又要为法律的进一步发展留有余地并预设框架，保持容纳新法律规范的能力，进而刺激、指引立法活动；二是一国的法律体系正如一国的边境要与他国接壤一样难免有部分涉外内容。尤其是在当代世界，不仅国与国之间的法律联系增加，而且国家与国际组织之间的法律联系日益密切。任何一个法律体系都必须与其他国家的法律体系和国际法体系保持一定的适应能力；否则这个法律体系就会成为该国进行国际交往的严重障碍。

研究法律体系的结构的一般特点，是进一步认识法律体系的结构的前提和基础；而研究法律体系的结构直接目的是对法律体系的内容进行科学分类。

我们认为，评价一种分类方法的优劣，有四个方面的指标：(1)经济、社会和政治的发展对这种分类方法的需要程度；(2)这种分类方法符合法律自身规律的程度；(3)这种分类方法划分的界线的明确程度(因为法律规范之间的联系十分复杂；任何分类方法都不可能划出绝对的、完全彻底的界线。);(4)这种分类方法对法律实践和法学研究的意义。在上述四个方面都具有相对优势的分类方法就是最好的分类方法。但是，到目前为止，人们还没有找到这种最好的分类方法。在这种情况下，多种分类方法并存是必要的；因为它给各种分类方法之间的优势互补提供了可能。因此，我们主张从法律体系的基本结构、部门法结构和子部门法结构这三个层次依次分别进行分类，并使三种分类法之间保持一定的逻辑关系。

二、法律体系的基本结构

古代的法律体系大都实行诸法合体,虽然也存在着一定的结构,但这些各具特色的结构一般都具有很大的历史局限性,对建立近代和现代的法律体系很少裨益。唯有古罗马法中关于公法与私法划分的方法和观念对近代和现代的法律分类产生了深刻而广泛的影响。直到今天,公法与私法的划分仍然被作为法律的基本分类。这种分类方法是怎样被继承下来的呢?它在当代遇到什么样的挑战?它对我们建立具有中国特色的社会主义法律体系有何借鉴意义?

(一)公、私法划分方法的历史发展

古罗马在共和初期颁布的《十二铜表法》具有诸法合体的性质,被后人称之为罗马“一切公私律令的根源。”公元前3世纪时,罗马逐步成为一个东起小亚细亚中部、西至西班牙西部、北连阿尔卑斯山脉、南达北非的军事强国;但罗马人没有立即建立统一的国家,而是把被征服地区变成所谓“同盟者”,分而治之。在这种情况下,罗马法渐渐形成了两个体系,即市民法体系(适用于罗马人)和万民法体系(适用外邦人及外邦人与罗马人之间的关系)。进入帝国时期后,市民法与万民法融合,形成了统一的罗马法体系。由于政治上的专制统治,有关国家生活的法律,完全由最高统治者操纵,不允许其他人介入;“法学家们谨小慎微地避开了这个危险的禁区。”^①但是,最高统治者把有关私人生活的法律问题交给了法学家们。因此,公、私法的划分最初实质上是法学家们给自己的研究范围划定了一个界限;主要意义在于学术研究,而非法律实务。虽然当时处于帝政时期,但罗马在此之前有五个多世纪的共和历史,自然法的理论传统并没有灭绝;人们仍然认为,国家与个人之间存在着对立的关系。到乌尔比安撰写《法学阶梯》的时候,公法与私法的划分被赋予了新的意义——不仅确立了公法和私法分别是

^① 转引自沈宗灵著《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第95页。

国家政治领域和个人生活领域的权威,而且界定了国家权力的支配范围,使私法成为维护个人权利不受公权力侵犯的一道法律屏障。但是,从乌尔比安有关公法与私法的划分的论述来看,这些意义分别体现在三个方面:一是公法与私法的宗旨不同:公法造福于公共利益,私法造福于私人;二是公法与私法调整的领域不同:“公法存在于宗教事务、宗教机构和国家管理机构之中”,私法调整公民个人之间的关系。三是给公法和私法确立了完全不同的原则,“公法不得被私人简约所变通”;^①“私人简约可以变通私法。”这种基于法律调整对象,而不考虑法律调整方式的划分方法,实际上把公法与私法截然分开了。其结果是,调整具有公共利益和个人利益双重性质的社会关系的法律规范往往被不适当地分别划归公法或私法。例如有关保护妇女嫁资和受监护人财产的法律规范被划归于公法;而所谓的“私犯”包括民事侵权行为和盗窃、强盗等犯罪行为,其有关法律规范都属于私法,诉讼法也被划归私法。这样,私法演变成了一个自足的、独立的法律体系,使公法与私法的划分在罗马法中丧失了结构上的统摄职能。直到11世纪罗马法复兴之时,这种缺陷依然存在,即公法受到排斥和冷落。

资产阶级启蒙思想家所处的时代和肩负的历史使命同罗马法学家和中世纪末期属地法学家的已经大不一样了,他们要全面否定封建制度,从经济领域和政治领域同时筹划适应资本主义发展的新秩序。罗马法显然不能满足资产阶级启蒙思想家的需要;但是罗马法中划分公法与私法的观念对他们设计资本主义法律体系的结构具有重要的启发意义,乌尔比安等法学家赋予公、私法划分方法的意义正符合或仅仅符合早期资本主义经济发展的直接要求。罗马公法不能给启蒙思想家提供多少值得借鉴的东西,而雅典的法律制度正好弥补了这个缺陷。可以说,启蒙思想家是一只脚站在

^① 参见:[意]彼德罗·彭梵得著,黄风译《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第10页。

罗马私法上,另一只脚站在雅典公法上,展望资本主义法律体系的。正因为如此,公法与私法的划分作为法律体系的基本结构,从严格意义上说,在资本主义时代才真正实现;而且最初只是在欧洲大陆上的法国实现的。在划分公法与私法的理论和法律模式上,法国是当之无愧的典范。^① 这种理论和模式在法国之后建立的资本主义国家里,以不同的方式得到了推广和应用;甚至以观念的形式渗透进了以保守著称的英国,^② 冲击着传统的普通法与衡平法之划分。

作为资产阶级启蒙思想体系重要组成部分的古典自然法学,不仅继承了罗马法学通过公法与私法的划分确立的“私人自治”(即私权主体有权自主实施私法行为,他人不得干预,仅对基于自由表达的真实意思而实施的私法行为负责;在不违反强行法的前提下,私人协议可变通私法)原则;而且赋予了公法与私法的划分以新的意义:公法是民主的产物和保障;公法不仅要保证实现人民的集体意志,成为一切政治活动的权威根据;而且要有效地防止权力的滥用和腐败,保证个人权利的实现。这样,在民主的基础上使公法与私法获得了内在的统一性,消除了罗马法中公法与私法截然分裂的片面倾向,使公法与私法同步发展成为可能,打破了公法被视为法学研究禁区的观念;另一方面,这种统一性不仅促使法学家注意研究法律调整手段在性质上的差异,促进了公法与私法划分上的合理化;而且为公法和私法的各自进一步分化和发展开辟了道路。

从法律发展的社会条件来看,虽然公法和私法有着共同的社会基础;但是各自发展的直接动力或主要根源有所不同。公法的发展,其根本性的动力在于政治民主,而且政治民主化的程度直接决

① [美] 艾伦·沃森著,李静冰等译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 194 页。

② 沈宗灵著:《比较法总论》,北京大学出版社 1987 年版,第 202 页。

定着公法学研究的创造力。至少罗马法的历史证明了沃森的这一观点：“缺乏任何真正公法学的真实理由，只能到专制主义时代的政体结构里去寻找；警察国家的行政不可能为一种系统的公法理论孕育材料；公法理论需要法治国家的诞生”。^①私法的发展，其根本性的动力在商品经济，而且商品经济的性质和规模直接决定着私法学研究的创造力。商品经济越发达，私法学领域里的创造性成果越丰富，政治家就越依赖民法学家。资本主义国家的建立，为公法和私法的发展都创造了极为有利的条件；因而，公法和私法同时繁荣起来了。在公法领域，宪法在人民主权原则和权力分立原则的基础上不仅拓展了领域、提高了权威，而且逐步完善起来，成为稳定资本主义政治秩序的柱石；行政法是继宪法之后形成的独立的法律部门，规模不断壮大，成为资本主义国家法治的极为重要的环节，是当代公法中最活跃、最富有创造性成果的部门；刑法、诉讼法这些传统的法律部门，不仅其公法性质得到了多数法学家的肯定，而且其内容得到了改造，体现了人道主义、民主精神等现代文明的成果。在私法领域，最突出的成就或许是把罗马私法转化为资本主义国家的民法典，如1804年的《法国民法典》，1900年的《德国民法典》、1907年的《瑞士民法典》等等。这些民法典之间的差异主要有两种，一是体例差异，德、法等国的民法采取民法与商法分立体例，瑞士民法典和1942年的《意大利民法典》等则采取了民法与商法合一的体例。二是时代精神的差异，法国民法典与德国民法典时隔近一个世纪，是资本主义发展的两个阶段上的产物。从现代大陆法系中私法发展的趋势看，民商合一的倾向反映了把意思自治贯彻全部私法的要求，因为一般认为民商分立渊源于对商业阶层的歧视和罗马法对商法的遗漏。民法与商法的内在统一性和内容上的部分重合，这是不可忽视的事实；但是，民商的分立并不一定完

^① [美] 艾伦·沃森著，李静冰等译：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1992年版，第198页。

全排斥这种统一性，现代贸易和商业组织的国际化和国家干预已经赋予了民商分立以新的意义——商事活动在市场经济中具有特殊重要的地位。可以预期，商法不再是《法国商法典》或《德国商法典》的那种模式，而是作为特别私法发生进一步分化——形成一系列单行法，如公司法、票据法等。

从上述公、私法划分方法的历史发展中，我们可以总结出如下论点：(1)公、私法的划分方法主要是在大陆法系中沿袭和发展着的；“在普通法中不过是潜在和含蓄的，”^①或者说只是以观念形态存在的。(2)公、私法的划分方法不仅适应民主政治发展的需要；而且特别适应商品经济发展的需要。(3)公、私法划分方法全面实现的障碍主要不在法的阶级本质差异，而在于政治专制制度和封建文化传统的抵抗。(4)公法和私法在现代已经都发展为包括着若干部门法的部门法群，而不再是结构单一的一类法律规范。

(二)公、私法划分的标准

从前文中，我们已经知道，公、私法的划分标准首先可分为古罗马的划分标准和近代的划分标准这两个时代的标准。在这里，我们只简略地分析一下现代的划分标准。据说，仅在20世纪就出现了17种有关公、私法划分标准的学说。^②这些学说大致又可分为两类，即单一标准说和多重标准说。

在单一标准说这一类中，利益说和权力说的影响较大。

所谓权力说，就是以法律关系中是否以权力因素为区别公法与私法标准的学说。它认为公法是调整不平等权力关系的法律；在公法关系中，权力人对权力对象有强制力，而权力对象必须服从，没有选择或放弃的意思自由，如行政法律关系中管理者与被管理者，刑事法律关系中国家与被告的关系，等等。私法是调整平等关

① [美]格伦顿等著，米健等译：《比较法律传统》，中国政法大学出版社1993年版，第65页。

② 《国际比较法百科全书》，第2卷，第2册，第22页。转引自沈宗灵著《比较法总论》第99页。