



DIANDA FAXUE XILIE JIAOCAI

电大法學系列教材

法 学 概 论

FAXUE GAILUN

■ 张建飞 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D90

71

DIANDA FAXUE XILIE JIAOCAI

法 学 概 论

FAXUE GAILUN

主 编 张建飞

副主编 颜忠良

撰稿人(按姓氏笔画为序)

吴红列 吴旭华 张建飞 陈 虎

陈筱贡 林 卉 饶冠俊 颜忠良



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法学概论/张建飞主编. —北京:北京大学出版社, 2004. 2

(电大法学系列教材)

ISBN 7-301-06928-6

I .法… II .张… III .法学-电视大学-教材 IV .D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 002617 号

书 名: 法学概论

著作责任者: 张建飞 主编

责任编辑: 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-06928-6/D·0832

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京中科印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

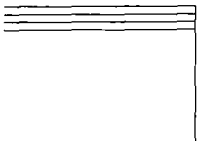
890 毫米×1240 毫米 A5 17 印张 514 千字

2004 年 2 月第 1 版 2004 年 3 月第 2 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究



前 言

在全面建设小康社会和现代化建设不断推向前进的历史条件下,社会主义民主与法制建设显得比任何时候更为重要。《中华人民共和国宪法》明确规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”建设法治国家,取决于许多因素,但其中一个具有决定意义的因素是全体公民的法律意识。很难想象,在一个公民法律意识普遍低下或淡薄的国家会有井然有序的法治状态。由于我国缺乏法治传统,数千年来“人治”观念根深蒂固,加之新中国的法制建设起步较晚,公民法律意识普遍较低。因此,开展法制教育,增强全体公民的法律意识,就显得更加紧迫了。

党的十一届三中全会以来,党和国家为增强公民的法制观念与法律意识,进行了大量的工作,并取得了可喜的成绩。高等院校作为法制教育的重要场所更是受到各方面的高度关注。根据全国人民代表大会常委会、中共中央和国家教育部的有关规定和决议,在全国高校开设法律基础课程,其目的就是要提高大学生的法律意识,增强法制观念和社会责任感,适应建设社会主义法治国家的要求。

本着培养和提高大学生法律意识、法制观念、道德素质的宗旨和目的,我们编写了这本《法学概论》教材。本教材力求完整、准确地阐述法学理论和各部门法的基本概念、基本原理和基础知识,力争做到系统性、科学性、完整性和实用性的统一,尽力吸收最新法学研究成果,反映最新法律规定和司法解释,同时为了开拓学生的视野,对相关的理论问题也择要进行了介绍。此外,为了满足学生开展自主学习需要,本书在体例结构上作了一定的尝试:每章开篇设置“预习目标设定”栏,概括地向学生介绍通过本章的学习希望达到的目标,让学生在学习某一部门法之前对该部门法的重要的知识点和运

用理论分析解决实际问题的内容一目了然;每节内容前均设置“主要内容提示”栏,让学生在学某节内容前已经清楚其主要概况,促使学生带着问题进行学习与思考;每章内容介绍完毕后,安排了“基础知识训练”栏,让学生通过自我训练,深刻了解和检测自己对基础知识的掌握程度;每章的最后,精心设计了“实践操练”栏,使学生通过对该栏目的操练,检验自己运用或结合法学理论分析、解决实际问题的能力。

本书在编写程序上,由主编拟定编写大纲,设计编写体例,明确写作要求,经全体撰写人员讨论确定,然后分工撰写。本书分为法的基础理论部分、实体法部分、程序法部分和国际法部分四编,共14章。各章节撰稿人如下(按章节先后为序):

陈 虎 第一章、第五章第三节(合同)、第七章第一、四、五、六节

颜忠良 第二章、第三章第五节、第七章第二节、第十三章

林 卉 第三章第一、二、三、四节、第十章

张建飞 第四章

陈筱贞 第五章第一、二、三、四、六、七节

吴红列 第六章、第十四章

饶冠俊 第八章、第九章、第十一章

吴旭华 第十二章、第五章第五节、第七章第三节

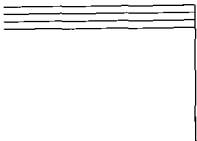
全书由主编张建飞、副主编颜忠良统一审改定稿。

尽管各撰稿人为编写该教材作出了很大的努力,但是由于水平有限,加之编写时间仓促,书中难免有疏漏或不妥之处,敬请学界同仁和读者批评指正,以便再版时改正。

《法学概论》一书的编写得到了浙江广播电视大学张金山校长、刘曾遂副校长的关心和支持,得到了学校教务处处长陈金龙、教材服务中心主任黄晶根的大力帮助。在编写的过程中,借鉴了一些专家和学者的研究成果。在此,全体撰写人员向他们表示衷心的感谢。

编 者

2003年12月



目 录

第一编 法的基础理论部分

第一章 法理学	(3)
第一节 法的概念	(3)
第二节 法的形式	(6)
第三节 法律发展	(16)
第四节 法律创制	(24)
第五节 法律规范	(31)
第六节 法律关系	(34)
第七节 法的实施	(40)
第二章 宪法学	(48)
第一节 宪法概述	(48)
第二节 我国国家基本制度	(58)
第三节 我国公民的基本权利和义务	(73)
第四节 我国的国家机构	(80)

第二编 实体法部分

第三章 行政法学	(97)
第一节 行政法概述	(97)
第二节 行政法主体	(103)

第三节	行政行为	(110)
第四节	行政违法与行政救济	(122)
第五节	国家赔偿法	(127)
第四章	刑法学	(140)
第一节	刑法概述	(140)
第二节	犯罪和犯罪构成	(146)
第三节	正当防卫与紧急避险	(156)
第四节	故意犯罪的停止形态	(160)
第五节	共同犯罪	(164)
第六节	刑罚及其具体运用	(168)
第七节	犯罪种类及几种常见罪分析	(182)
第五章	民法学	(205)
第一节	民法概述	(205)
第二节	物权	(219)
第三节	债权	(227)
第四节	人身权	(249)
第五节	知识产权法	(254)
第六节	婚姻家庭法	(268)
第七节	民事责任	(282)
第六章	商法学	(297)
第一节	商法概述	(297)
第二节	公司法	(303)
第三节	保险法	(321)
第四节	票据法	(327)
第五节	企业破产法	(334)
第七章	经济法	(339)
第一节	经济法概述	(339)
第二节	税法	(345)
第三节	反不正当竞争法	(353)
第四节	产品质量法	(361)
第五节	消费者权益保护法	(367)

第六节 环境保护法·····	(375)
----------------	-------

第三编 程序法部分

第八章 刑事诉讼法学 ·····	(385)
第一节 刑事诉讼法概述·····	(385)
第二节 刑事诉讼制度·····	(388)
第三节 刑事诉讼程序·····	(399)
第九章 民事诉讼法学 ·····	(408)
第一节 民事诉讼法概述·····	(408)
第二节 民事诉讼制度·····	(412)
第三节 民事诉讼程序·····	(423)
第十章 行政诉讼法学 ·····	(432)
第一节 行政诉讼法概述·····	(432)
第二节 行政诉讼制度·····	(436)
第三节 行政诉讼程序·····	(447)
第十一章 仲裁法学 ·····	(455)
第一节 仲裁法概述·····	(455)
第二节 仲裁程序·····	(458)
第三节 涉外仲裁·····	(462)

第四编 国际法部分

第十二章 国际公法学 ·····	(467)
第一节 国际公法概述·····	(467)
第二节 国际法上的国家·····	(471)
第三节 国际法上的个人·····	(473)
第四节 国家领土·····	(476)
第五节 条约法·····	(478)
第六节 外交和领事关系法·····	(480)
第七节 国际组织法·····	(483)

第八节 国际争端的解决·····	(485)
第十三章 国际私法学 ·····	(490)
第一节 国际私法概述·····	(490)
第二节 冲突规范·····	(494)
第三节 外国法的适用·····	(500)
第四节 我国涉外民商事关系的法律适用·····	(504)
第五节 国际民事诉讼程序和国际商事仲裁程序·····	(507)
第十四章 国际经济法学 ·····	(513)
第一节 国际经济法概述·····	(513)
第二节 国际贸易法·····	(517)
第三节 国际投资法·····	(525)
第四节 国际货币金融法·····	(529)
第五节 国际税法·····	(532)

法的基础理论部分

第一编

第一章

法 理 学



预习目标设定

1. 重点掌握法的定义,法的特征,法的渊源,法的体系,法的实施,法的适用,法的创制和法律创制程序,法律规范,法律关系,违法,法律责任。
2. 学会运用法律基础理论中的法的发展途径,法律规范的逻辑结构和分类,法律关系,法的效力范围等理论分析现实问题。
3. 了解法的产生,法系的一般概念和基本分类,法的分类的各种形式,法的历史类型。

第一节 法的概念



主要内容提示

1. 法是指由国家专门机关依照法定程序创制的,反映国家意志的,以权利义务为内容和调整机制并通过国家强制力保障实施的行为规范。
2. 法具有以下特征:法律是调整行为关系的规范;法律由国家专门机关创制;法律的内容体现国家意志性;法律以权利义务为调整机制发生作用;法律由国家强制力保障

实施。

一、法的语源

在论述法的概念前,我们先从讨论法以及法律的语源开始。

汉字“法”古体为“灋”。据我国的《说文解字》的说法:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”从词源上考查,我国古代对“法”与“刑”是不加区分的。另外,在我国“法”字从古代开始就有公平、正义等含义。汉字“律”,据《说文解字》说:“律,均布也。”其中体现了普遍和规范的含义。在我国古代,“法”与“律”二字属同义,一般不作区分。《唐律疏议》中也提到:“法亦律也,故谓之律。”而且我国古代的法典多以“律”为称谓,如《九章律》、《唐律》等。

把“法”和“律”合而为一,并且广泛使用是在近代。现代语境中对“法”和“法律”一般不作区分,按其所适用的场合不同以便利利用之,其内涵、外延都已经相同。

在我国当代法学理论中,对“法律”的理解却有广义和狭义之分。广义的法律是指法律的整体,或称为法律规范性文件的总和,包括法律、有法律效力的解释及其行政机关制定的规范性文件;狭义的法律则专指由特定的有法律创制权的国家机关依照法定程序创制的规范性文件。

二、法的定义及其特征

按照马克思主义关于法律以及国家社会体制的论断,结合中国的现实法律环境,对法可作如下表述:法是指由国家专门机关依照法定程序创制的,反映国家意志的,以权利义务为内容和调整机制并通过国家强制力保障实施的行为规范。

据此,法具有以下特征:

(一) 法律是调整行为关系的规范

法律的调整对象是行为关系。法律是通过对行为发生作用来调整社会关系的。社会关系是以行为为基本条件的,法律对行为进行调整以达到调整社会关系的目的。所以本质上法律调整的是行为而不是社会关系本身。此外,人的思想不属于法律调整的范畴。因为,

社会关系的基础是行为关系,只有人的行为才使人与人之间的关系得以建立和存在;而人的思想作为行为的前提条件,只有当人们付诸实施的时候才外化为行为。所以法律不可能通过对人们思想的调整达到调整社会关系的目的。对于法律本身而言,不通过行为控制就无法调整和控制社会关系。当然法律对人们的思想并不是不会产生影响,但是这只是法律作为社会规范的次要功用。

(二) 法律由国家专门机关创制

法律的创制从本质上讲,是国家权力的体现。法的创制是指国家或国家机关,依照法定程序,制定、认可、修改法律规范的活动,主要包括法律规范的制定和法律规范的认可两大类。制定是指国家机关依照法定程序产生新规范,是一个从“无”到“有”的过程;认可是国家通过一定程序对业已存在的行为规则予以承认,赋予其法律效力的过程。

(三) 法律的内容体现国家意志性

由于法律创制的主体是国家,而且制定和认可这两种方式只是形式上的不同,本质上都体现了国家意志性。这种国家意志性表现为法律是掌握国家政权的阶级或社会集团的意志和利益的体现,也即说明了法律具有鲜明的阶级性。正是基于这种国家意志性,又会派生出法律的另一特征——“普遍性”,即法律在一国范围内具有普遍适用性。但是,由于法律的时间效力、空间效力和对人效力的不同,法律的普遍性也会有所不同。追根溯源,法律的效力来源于国家权力。

(四) 法律以权利义务为调整机制发生作用

法律和权利、义务的概念是密不可分的。法律的要素以法律规范为主,而法律规范的调整方式主要是以授权、禁止和命令的形式规定权利和义务。法律通过设定权利和义务实现对社会关系的调整和控制,实际上是促使人们认识到在不同的社会关系中有一定的利益或不利益的可能性和必要性。这种权利义务表现出来的利益和不利益可以成为人们行为的利导力量和限制力量,同时法律规范的适用结果往往又是对法律权利(利益)和义务(不利益)的再分配,这样法律通过权利和义务的双向规定来影响人们的意识并调节有意识的活

动。也正是因为这个原因,法律才最适应商品经济的价值规律,最能适应商品经济社会的生产、分配和交换的行为。

(五) 法律由国家强制力保障实施

法律对社会生活的调控,对人们行为的规范都必须有国家强制力作为保证。这是法律规范区别于其他社会规范的又一重要特征。法律规范必须通过国家强制力的保证,对违反法律的行为予以制裁,才能使法所体现的国家意志得以实现和贯彻。否则,法律就成了一纸具文。由于法律是国家创制并以国家强制力保障实施的,因此法律具有了统一性和权威性。法律可以在全国范围内形成统一的体系,并统一地普遍地实施,具有普遍的约束力,具有极高的权威。当然法律的国家强制力并不意味着强制力的直观性,法律的强制力是潜在和间接的,只有当法律规范遭到破坏的时候才会导致国家强制力发生作用;而且,法律实施的保证力量也并不是只有国家强制力,经济、文化、法律意识等都是影响法律实施的因素。

第二节 法的形式



主要内容提示

1. 法的渊源又称法的形式,我国法的渊源有:宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治条例和单行条例、特别行政区的法律、国际条约和协定等。
2. 按照不同的标准对法可作不同的分类。
3. 法的体系、法的部门、法的效力范围。

一、法的渊源

法的渊源,也称为法律渊源,或法源。从一般的语境来说,“渊源”一词指的是某一事物的来源、出处、起源等;但是在法学中,“法的渊源”有其特殊的意义。它并不是指法律的来源问题,特指“法的效力的来源”,是指具有法的效力作用和意义的法的外在表现形式。因此,法的渊源也称为“法的形式”,也即侧重于从法的外在的形式意义

上来把握法的各种表现形式。

研究法的渊源对于正确认识和正确实施法律有着重要的意义。但是因为各国在法律传统、政治制度、思想道德、宗教信仰和国际交往等方面的差异,其法律渊源也有很大的不同。在法的发展历史中,作为具有法的效力和意义的法的外部表现形式的法的渊源主要有以下几种:

(一) 习惯法

习惯法是由习惯发展而来的一种法的渊源,习惯是经过长期的历史发展而形成的一种为人们自觉遵守的行为模式。在法产生的初期阶段,习惯法是调整社会关系的主要形式,随着法的演变和发展,习惯法逐渐被制定法所取代。当社会生活中的习惯经过国家有权机关的认可,习惯就上升为习惯法,它的外在保障力量就是国家强制力,便具有了法律的约束力,因而便具有了法的效力,成为法的渊源的一种。现今,习惯法已经成为制定法的补充形式。

(二) 制定法

又称成文法,是现代国家主要的法的渊源,即指由特定的享有法律创制权的国家机关在其职权范围内,依照法定程序制定的各种规范性文件。

(三) 判例法

判例法是与制定法相对应的一种法律渊源。判例是上级法院对下级法院处理类似案件时具有法律上的约束力的案例,即先前的判决。它不仅对当时的案件有法律约束力,而且对以后发生的类似的案件也有法律上的约束力。先前的判例就成为具有普遍约束力的行为规范。在英美法系国家中,判例具有法的效力就成为判例法。判例法并不是简单的案例汇编,而是把先前的判例所确立的原则视为审判过程中必须遵循的根据,并且据此审理同类案件。

(四) 法理

法理主要是指法学家对法所作的各种理性说明、解释和理论阐发,这种学理性解释(法理)能否成为具有法律效力的法的渊源,取决于各个时代和各个国家的法律规定和法律传统。在法律发展早期,如古希腊、古罗马时代,法学家的著作中所阐发的法理成为具有法律

效力的法的渊源之一。而在现代,各个国家一般不承认法理作为具有直接法的效力的法的渊源。

(五) 国际条约和协定

国际条约和协定是指两国或者多国缔结的双边或多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。国际条约作为国际法的主要渊源,也成为现代社会的重要的法的渊源之一。当一国承认或和他国缔结国际条约和协定,基于“条约必须遵守”的原则,国际条约和协定就成为该国法的渊源之一。

二、当代中国法的渊源

当代中国法的渊源是以各种制定法为主的正式的法的渊源,形成主要以宪法为核心(根本大法)的各种制定法构成的体系。由于法律规范创制主体的多样性,导致了我国法的渊源的多样性。它们有各自不同的层次和范畴,主要包括:宪法、法律、行政法规和部门规章、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例,特别行政区的法律、国际条约等。

(一) 宪法

宪法是国家的根本大法,在当代中国法律体系中处于最高地位,具有最高的法律效力,是我国最主要的法的渊源。其他各种法律、法规的制定,均须以宪法为依据,服从宪法,凡是与宪法相冲突的法律、法规和行为,均不具有法律效力。宪法的制定和修改程序相对于普通法律而言也要严格得多。

(二) 法律

对法律的理解有广义和狭义之分。广义的法律是指一国所有规范性法律文件的总体。狭义的法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定颁布的法律规范的总和。作为法的渊源之一的法律是指狭义的法律。根据宪法规定,法律包括基本法律和基本法律以外的其他法律两类。基本法律,是指全国人民代表大会制定和修改的,调整国家和社会生活中具有普遍性的社会关系的规范性法律文件的总称,如民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等。基本法律以外的其他法律是指全国人民代表大会常务委员会制定和