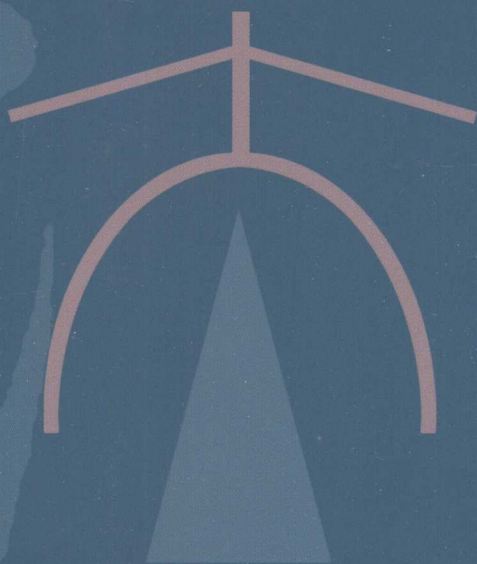


洪冬英 主编 潘小军 王玉珏 副主编

# 法学通论



 上海人民出版社

洪冬英 主编 潘小军 王玉珏 副主编

014030576

D90  
477

# 法学通论



D90  
477



北航

C1717286

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学通论/洪冬英主编. —上海:上海人民出版社,2014

ISBN 978-7-208-12066-2

I. ①法… II. ①洪… III. ①法学-高等学校-教材  
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第025531号

责任编辑 屠玮涓

装帧设计 王晓阳

法学通论

洪冬英 主编

潘小军 王玉珏 副主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 30.25 插页 2 字数 630,000

2014年3月第1版 2014年3月第1次印刷

ISBN 978-7-208-12066-2/D·2451

定价 78.00元

# 目 录

06	.....	章六第
08	.....	章一第
16	.....	章二第
学去如行, 去矣 章二第		
70	.....	学去矣 章一第
78	.....	章一第
80	.....	章二第
82	.....	章三第
95	.....	章四第
118	.....	章五第
第一章 法的本体 .....	3	
第二章 法的作用与价值 .....	7	
第一节 法律作用 .....	7	
第二节 法律价值 .....	10	
第三章 法治 .....	13	
第一节 西方两大法系 .....	13	
第二节 依法治国理论 .....	18	
第三节 法律与社会现象的关系 .....	22	
第四章 法的运行 .....	28	
第一节 立法 .....	28	
第二节 法律解释 .....	30	
第三节 法律实施 .....	33	
第四节 法的效力 .....	44	
第五章 法的要素、渊源与体系 .....	48	
第一节 法的要素 .....	48	
第二节 当代中国法的渊源的种类 .....	51	
第三节 法律体系 .....	56	

第六章 法律关系、责任和制裁	60
第一节 法律关系	60
第二节 法律责任和法律制裁	61

## 第二编 宪法、行政法学

第一章 宪法学	67
第一节 宪法的基本理论	67
第二节 宪法与公民基本权利	70
第三节 宪法的基本制度	75
第四节 宪法与国家机构	79
第五节 宪法的运行制度	84
第二章 行政法	89
第一节 行政法概述	89
第二节 行政主体	92
第三节 行政行为	97
第四节 行政救济	110

## 第三编 民法学

第一章 民法概述	121
第一节 民法的概念与调整对象	121
第二节 民法的基本原则	121
第二章 民事法律关系	123
第一节 民事法律关系概述	123
第二节 民事法律事实	124
第三节 民事权利的分类	125
第四节 民事权利的客体——物	127

<b>第三章 自然人</b> .....	130
第一节 自然人的民事权利能力 .....	130
第二节 自然人的民事行为能力 .....	131
第三节 监护 .....	132
第四节 宣告失踪和宣告死亡 .....	133
第五节 合伙 .....	135
<b>第四章 法人</b> .....	138
第一节 法人概述 .....	138
第二节 法人的能力 .....	140
第三节 法人的变更 .....	141
<b>第五章 民事法律行为</b> .....	143
第一节 民事法律行为概述 .....	143
第二节 民事法律行为的成立与生效 .....	145
第三节 无效的民事行为 .....	146
第四节 可撤销的民事行为 .....	148
第五节 效力待定的民事法律行为 .....	149
第六节 附条件与附期限的民事法律行为 .....	149
<b>第六章 代理</b> .....	152
第一节 代理制度概述 .....	152
第二节 代理权的行使 .....	153
第三节 无权代理 .....	154
<b>第七章 诉讼时效</b> .....	156
第一节 诉讼时效制度概述 .....	156
第二节 诉讼时效期间的计算 .....	157
<b>第八章 人身权</b> .....	160
第一节 人身权概述 .....	160
第二节 人格权 .....	161
第三节 身份权 .....	163
<b>第九章 物权总论</b> .....	164
第一节 物权概述 .....	164

第二节	物权的分类·····	166
第三节	物权的变动·····	167
<b>第十章</b>	<b>所有权</b> ·····	170
第一节	所有权概述·····	170
第二节	所有权的特别取得·····	172
第三节	共有·····	174
<b>第十一章</b>	<b>用益物权</b> ·····	176
第一节	用益物权概述·····	176
第二节	土地承包经营权·····	176
第三节	建设用地使用权·····	177
第四节	宅基地使用权·····	177
第五节	地役权·····	178
<b>第十二章</b>	<b>担保物权</b> ·····	179
第一节	担保物权概述·····	179
第二节	抵押权·····	180
第三节	质权·····	182
第四节	留置权·····	183
<b>第十三章</b>	<b>债法概述</b> ·····	185
第一节	债的概念与分类·····	185
第二节	债的履行·····	186
第三节	债的担保·····	188
第四节	债的保全·····	190
第五节	债的移转·····	192
第六节	债的消灭·····	193
<b>第十四章</b>	<b>不当得利、无因管理</b> ·····	196
第一节	不当得利·····	196
第二节	无因管理·····	197
<b>第十五章</b>	<b>合同之债</b> ·····	200
第一节	合同的订立·····	200
第二节	双务合同履行中的抗辩权·····	203

第三节	合同的解除·····	204
第四节	违约责任·····	205
<b>第十六章</b>	<b>侵权行为的民事责任</b> ·····	206
第一节	侵权责任的一般原理·····	206
第二节	一般侵权责任的构成要件·····	208
第三节	特殊侵权行为的民事责任·····	209
<b>第十七章</b>	<b>婚姻法</b> ·····	212
第一节	结婚制度·····	212
第二节	家庭关系·····	213
第三节	离婚制度·····	214
<b>第十八章</b>	<b>继承法</b> ·····	217
第一节	继承权·····	217
第二节	法定继承·····	218
第三节	遗嘱继承和遗赠·····	219
第四节	继承的开始和遗产的处理·····	220

## 第四编 刑法学

<b>第一章</b>	<b>绪论</b> ·····	225
第一节	刑法概述·····	225
第二节	刑法的基本原则·····	228
第三节	刑法的效力范围·····	231
<b>第二章</b>	<b>基本犯罪构成</b> ·····	235
第一节	犯罪和犯罪构成·····	235
第二节	犯罪客体·····	237
第三节	犯罪客观要件·····	238
第四节	犯罪主体·····	241
第五节	犯罪主观要件·····	244



<b>第三章 修正犯罪构成</b> .....	249
第一节 排除犯罪性行为 .....	249
第二节 故意犯罪的停止形态 .....	254
第三节 共同犯罪 .....	258
第四节 罪数形态 .....	263
<b>第四章 刑罚论</b> .....	268
第一节 刑事责任和刑罚 .....	268
第二节 刑罚的体系与种类 .....	269
第三节 刑罚裁量制度 .....	275
第四节 刑罚执行制度 .....	281
第五节 刑罚消灭制度 .....	283
<b>第五章 刑法分则</b> .....	286
第一节 刑法分则概述 .....	286
第二节 部分罪名简述 .....	290

## 第五编 商法、经济法及国际法学

<b>第一章 商法</b> .....	309
第一节 商法概述 .....	309
第二节 公司法 .....	314
第三节 破产法 .....	322
第四节 保险法 .....	330
第五节 票据法 .....	335
<b>第二章 经济法</b> .....	342
第一节 经济法概述 .....	342
第二节 财税法 .....	344
第三节 竞争法 .....	350
第四节 消费者权益保护法 .....	360
第五节 产品质量法 .....	368

<b>第三章 国际法</b> .....	373
第一节 国际公法 .....	373
第二节 国际私法 .....	379

## 第六编 司法制度、诉讼法学

<b>第一章 中国司法制度</b> .....	389
第一节 司法和司法制度 .....	389
第二节 审判制度 .....	391
第三节 检察制度 .....	395
第四节 侦查制度 .....	399
第五节 律师制度 .....	401
第六节 公证制度 .....	404
第七节 其他司法制度 .....	406
<b>第二章 刑事诉讼法</b> .....	410
第一节 刑事诉讼法概述 .....	410
第二节 刑事诉讼主体 .....	412
第三节 刑事诉讼的基本制度 .....	415
第四节 刑事诉讼证据 .....	419
第五节 刑事强制措施 .....	423
第六节 审前程序 .....	426
第七节 审判程序 .....	431
<b>第三章 民事诉讼法</b> .....	442
第一节 民事诉讼和民事诉讼法 .....	442
第二节 民事诉讼法的基本原则与基本制度 .....	444
第三节 民事案件的主管与管辖 .....	447
第四节 诉讼当事人 .....	450
第五节 民事诉讼证据 .....	453
第六节 民事调解 .....	457
第七节 民事诉讼程序 .....	459
第八节 非讼程序 .....	466
第九节 执行程序 .....	469
<b>编后记</b> .....	473

# 第一编 法 理 学



## 第一章

# 法的本体

### 一、法的基本特征

从认识论角度来说,人们对一切事物的认识都有一个从现象到本质的过程,对法的认识自然也不会例外。要弄清“法是什么”这一问题,必须从分析法的现象入手。法的现象极为丰富,可以从不同角度加以分析,我国法理学界一般通过把法和其他社会规范(包括道德、习惯、宗教教规、党的政策等)进行对比,研究法在现象上不同于其他社会规范的显著特点,并把它们概括为法的基本特征。我们认为,法的基本特征表现为法在现象上所具有的四个独特属性:国家创制性、特殊规范性、普遍适用性和国家强制性。

#### (一) 国家创制性

从产生方式上看,法律和其他社会规范的区别在于它有国家创制性,即法律是由国家制定或认可的。法律以外的其他社会规范无一例外地都不是由国家创制的。例如,习惯和道德往往是人们在长期的共同生活中自发地形成的,宗教教规是由各种宗教组织制定的。

制定和认可是国家创制法律的两种途径。所谓制定是指有关国家机关按照一定的程序创造出新的法律规范,通过这种方式产生的法律,称为制定法或成文法。所谓认可是指有关国家机关赋予社会上已经存在的某种行为规范以法律效力,通过这种方式产生的法律是不成文法。

#### (二) 特殊规范性

从内部结构上看,法律和其他社会规范的区别在于它有特殊规范性。法律主要是由法律规范所构成的,法律规范有自己特殊的逻辑结构,这种完整的逻辑结构是其他社会规范所没有的。

首先,法律规范是一种行为规范,它通过对人们的行为提出模式化要求,进而实现调整社会关系的目的。

其次,法律规范有着独特的、严密的逻辑结构。

### (三) 普遍适用性

从适用范围上看,法律和其他社会规范的区别在于它有普遍适用性。由于法律是以国家名义制定或认可的,代表着国家意志,因此,是一种普遍性的社会规范。法的普遍适用性,指法作为一个整体在本国主权范围内或法所规范的界限内,具有使一切国家机关、社会组织和公民一体遵行的法律效力。法并不是为特别保护个人的利益而制定,也不是为特别约束个人的行为而设立。法为社会上的一切人提供行为准则,它的对象是抽象的、一般的人,而不是具体的、特定的人。任何人的合法行为都无一例外地受法律的保护,任何人的违法行为也都无一例外地受法律的制裁。

### (四) 国家强制性

从实施方式上看,法律和其他社会规范的区别在于它有国家强制性,即法律是由国家强制力来保证实施的。其他的社会规范在贯彻实施上也都有一定的强制性,例如,习惯规范的实施主要靠传统势力的强制,道德规范的实施主要靠社会舆论的强制,宗教规范的实施主要靠精神力量的强制,党的政策的实施主要靠党内纪律的强制。但是,这些社会规范的强制性都仅仅是一般的强制性,而非国家强制性,因为它们是靠一般的强制力而非国家强制力来保证实施的。

## 二、法的本质

法的本质问题是法理学领域最为根本性的问题,也是被过去各个时代统治阶级的思想家们弄得最为混乱不堪的问题,他们往往站在自己的立场上对这个问题作出有利于本阶级利益的回答。从历史上看,剥削阶级思想家对法的本质的认识,就方法论而言,大体上可以分为两类:一类是把法的本质归结为某种精神力量,把法说成是“神的意志”、“民族精神”、“人的理性”、“社会公意”,等等;另一类是把法视为单纯的规则体系,把法说成是“主权者的命令”、“纯粹的规范”等等。这些关于法的本质的见解,都是他们为维护本阶级的法律统治,在唯心主义和形而上学哲学观的指导下得出的结论。尽管其中也包含着某些“真理的微粒”,但却无一例外地都不是关于法的本质的科学认识。

马克思主义经典作家在论述法的本质时,并不是把法的本质归结为某种单一的属性,而是从法与国家政权的关系、法与统治阶级意志的关系以及法与社会物质生活条件的关系这三个层次来进行的。遵循这一思路,可以把法的本质概括为以下三个层次的属性:国家意志性、阶级性、物质制约性。

### (一) 国家意志性

从初级本质上看,法有国家意志性,即法是国家意志的表现。

剖析法的本质,必须从认识法的现象入手。如前所述,从现象上看,法有国家创制性、特殊规范性、普遍适用性和国家强制性四个特征。概而言之,法在现象上是来

源于国家的一种特殊行为规范,它在一国范围内普遍适用并由国家强制力来保证其实施。显然,法与国家政权密切相联,没有国家政权作依托,法就无从产生,无从实施。这一点,是人们通过感官就可以感知到的,因此,认识到这一点,人的思维仍停留在法的现象层面而没有触及法的本质。透过法的现象性特征,人们自然会思考这样一个问题:国家为什么如此青睐法律?换言之,国家为什么要制定并颁布实施法律?借助科学的抽象思维,我们不难寻找到答案:因为法律是国家意志的凝结,是实现国家意志的重要手段。这样,我们就找到了法的初级本质,即国家意志性。

## (二) 阶级性

从二级本质上看,法有阶级性,即法是统治阶级意志的体现。

法在初级本质上是国家意志的体现,那么,国家意志来源于何处?我们知道,意志指人们为了达到某种目的而产生的心理状态和心理过程,是一种精神力量。国家作为一种政治组织,是没有生命的,因而也就不可能有自己的意志。我们既不能把国家意志看成是一国范围内所有社会成员个人意志的简单相加,也不能把它看成是全体社会成员的共同意志。马克思主义要求我们牢牢记住这样一个基本的历史事实:即自从人类进入文明时代以来,始终分化为不同的阶级。不同的阶级,其意志和利益是不同的,甚至是根本对立的。因此,所谓的“国家意志”或“社会公意”从来就是虚幻的、不存在的。从表面上看,国家是凌驾于社会之上的力量,它扮演着“调停人”的角色,力求把各阶级之间的利益冲突保持在“秩序”的范围之内,但实际上它并不是“中立”的,“它照例是最强大的、在经济上占统治地位的阶级的国家,这个阶级借助于国家而在政治上也成为占统治地位的阶级,因而获得了镇压和剥削被压迫阶级的新手段”。<sup>①</sup>因此,所谓的国家意志实际上只能是统治阶级的意志,统治阶级凭借自己在经济上和政治上的统治地位,把本阶级的意志上升为国家意志并“奉为法律”。列宁曾明确指出:“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”<sup>②</sup>可见,只要人们的思维越过国家意志这一层次,就会发现隐藏在其背后的正是统治阶级的意志,所以说,法的二级本质是阶级性。

## (三) 物质制约性

从终级本质上看,法有物质制约性,即法所体现的统治阶级意志的内容是由该阶级的物质生活条件所决定的。

分析法的终级本质,必须从透视法的二级本质入手。在二级本质上,法是统治阶级意志的体现,那么,统治阶级意志从何而来?马克思主义认为,反映在法律中的统治阶级意志决不是凭空产生的,也不是统治者个人随心所欲的结果,而是由统治阶级的物质生活条件所决定的。统治阶级的物质生活条件的含义比较广泛,概而言之,包

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第168页。

<sup>②</sup> 《列宁全集》第13卷,人民出版社1990年版,第304页。

括地理环境、人口和社会生产方式等方面,其中有决定意义的是生产方式,尤其是同生产力的一定发展阶段相适应的生产关系,即社会的经济基础。法的物质制约性才是法的最深层的本质所在。

综上所述,法的本质是由法的三个层次的属性所构成的一个有机整体,即法的国家意志性、阶级性和物质制约性。正是这三个属性最终把法和其他一切事物区别开来。首先,法的物质制约性表明法在社会结构中处于上层建筑领域,这就把法和经济基础区分开来;其次,法的阶级性表明法是统治阶级意志的体现,这就把法和一切没有阶级性的社会现象区分开来;最后,法的国家意志性表明法是被上升为国家意志的统治阶级意志,这是法所特有的属性,上层建筑领域的许多现象,例如,政治、哲学、道德等,虽然也有阶级性,也是统治阶级意志的体现,但它们都没有被宣布为国家意志,所以,国家意志性最终把法和上层建筑领域那些有阶级性的现象区分开来。我们在认识法的本质时,必须始终把握住法的本质的这种多层次性,避免把法的本质归结为某种单一的属性,否则,就无法把法和其他一切事物从根本上区分开来。

### 注释与参考文献

① 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。

② 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。

③ 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。

④ 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。

① 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。

② 参见《法学通论》(第二版),中国政法大学出版社,2003年,第10页。



## 第二章

# 法的作用与价值

## 第一节 法律作用

### 一、法律作用

法律作用有规范作用和社会作用之分,这是由法律的调整对象所决定的。法律的调整对象有直接对象和间接对象两个层次,其直接调整对象是人的行为,其间接调整对象则是社会关系。所谓法律调整对象,实际上就是法律对其发生作用的对象。法律首先是一种行为规范,它直接作用于人的行为;同时,法律又是社会关系的“调整器”,它间接作用于社会关系。因此,法律作用客观上也有两个层次:一是法律规范作用,法律作为调整人的行为的规范,对人的行为所产生的影响;二是法律社会作用,法律作为社会关系的“调整器”,对社会关系所产生的影响。

实际上,不少思想家、法学家都是从规范作用和社会作用这两个层次来剖析法律作用的。例如,我国古代思想家管仲曾说过:“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。”<sup>①</sup>从字面上看,管仲是在论述法、律、令之间的不同点和相同点,并没有划分法律的规范作用和社会作用。但是,我们不妨根据对法律这种作用的认识,把这句话解释为:法律是通过“令人知事”、“规矩绳墨”的手段(规范作用),来达到“兴功惧暴”、“定分止争”的目的(社会作用)。当代英国新分析实证主义法学家拉兹则明确提出,在分析法律的作用时,应注意区分法律的规范作用和社会作用。他认为,法律因有规范性而具有规范作用,因有或想有社会影响而有社会作用。<sup>②</sup>可见,法律的规范作用和社会作用的区分是客观存在的,法律规范作用是法律社会作用的手段,法律社会作用是法律规范作用的目的,两者是手段和目的的关系。

法律规范作用指法律作为调整人的行为规范对人的行为所产生的影响。一般认为,可把它概括为指引、预测、评价、保护、强制和教育六个方面。

① 《管子·七臣七主》。

② 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第211页。