

F A X U E G A I L U N X I N B I A N

法学概论新编



代娟 主编

法学概论新编



陕西新华出版传媒集团



陕西科学技术出版社
Shaanxi Science and Technology Press

— 西 安 —

FAXUE GAILUN XINBIAN

法学概论新编

代 娟 主编

陕西新华出版传媒集团



陕西科学技术出版社

Shaanxi Science And Technology Press

— 西 安 —

Preface

前言

思想政治教育本科专业正式诞生于 1984 年,该专业的目标是把学生培养为掌握马克思主义基本理论和思想政治教育专业知识,具有从事思想政治工作的基本能力,能够在党政机关、学校、企事业单位从事专业思想政治工作的人才。经过 30 多年的发展,该专业已经成为我国人文社会科学数量最多的专业之一。依据 1993 年国家教委颁布的《关于高等学校思想政治教育专业办学的意见》和 2012 年教育部高等教育司颁布的《普通高等学校本科专业目录和专业介绍》等文件,思想政治教育专业共有 19 门必修课程,法学概论课程就是其中一门重要的课程。思想政治教育专业的学生是介于职业法律人和普通大众之间的法律中间人,他们不是专业的法律践行者,有别于职业的法律人,他们是法律思想和思维的传播者,与普通大众有很大的不同。因此,该课程的设置目的是:使学生掌握重要的、基础性的法学知识,具备应有的法学素养,为学好各类非法学的专业课程打下良好基础,使他们在未来更好地胜任中学思想政治课教师及其他思想政治工作岗位的工作。法学概论课程的教学目标的实现,离不开法学概论教材的建设,它是规范法学概论课程的教学内容,提高教学质量的关键重要工具和媒介。



基于以上认识,本教材运用马克思主义基本立场、观点和方法,从客观现实出发,密切联系思想政治教育专业法学概论课程的教学工作和学生学习的实际需要编写,突出法学概论课程教学的时代感、现实性和知识性,以方便教师教学和学生自学。

在本教材编写过程中,参考并借鉴了许多学者的研究成果,在此一并表示衷心感谢。同时,由于编者的水平有限,虽已竭尽所能,但书中诸多不足之处还望读者谅解,敬请各位专家不吝批评指正。

编 者

2019年3月



Contents

目 录

绪论	(1)
----------	-------

第一编 法的一般原理

第一章 法的基本概念	(7)
第一节 法的本质和概念	(8)
第二节 法的渊源	(13)
第三节 法的作用	(15)
第二章 法与其他社会现象的关系	(17)
第一节 法与经济	(17)
第二节 法与政治	(18)
第三节 法与道德	(19)
第四节 法的运行	(20)
第五节 民主、法制与法治	(22)
第三章 法律关系与法律责任	(24)
第一节 法律关系概述	(24)
第二节 法律关系构成要素	(25)
第三节 法律行为	(28)
第四节 法律责任	(32)

第二编 法律思想史

第一章 中国法律思想史	(39)
第一节 夏商西周时期的法律思想	(39)
第二节 秦汉、魏晋时期的法律思想	(56)



第三节	宋明时期的法律思想	(59)
第四节	清朝民国时期的法律思想	(61)
第二章	西方法律思想史	(65)
第一节	古希腊、古罗马时期的法律思想	(65)
第二节	中世纪的法律思想	(71)
第三节	古典自然法理论	(72)
第四节	19、20世纪及现代资本主义法律思想	(76)
第五节	20世纪的法律思想	(79)

第三编 我国现行的主要实体法

第一章	宪法	(85)
第一节	宪法的基本理论	(86)
第二节	宪法历史发展	(92)
第三节	公民基本权利与义务	(99)
第四节	基本国家制度	(102)
第五节	国家机构	(113)
第二章	行政法	(118)
第一节	行政法概述	(119)
第二节	行政主体	(126)
第三节	行政行为	(127)
第三章	刑法	(138)
第一节	刑法概述	(139)
第二节	犯罪	(144)
第三节	刑罚	(173)
第四节	几种主要犯罪类型	(179)
第四章	民法	(192)
第一节	民法概述	(193)
第二节	民事法律关系的主体	(196)
第三节	民事法律行为	(199)



第四节	民事权利	(200)
第五节	民事责任	(203)
第五章	婚姻与继承法	(206)
第一节	我国婚姻法的概念和基本原则	(206)
第二节	结婚	(207)
第三节	家庭关系	(209)
第四节	离婚	(211)
第五节	继承法	(213)

第四编 程序法

第一章	程序法概述	(223)
第一节	程序法与诉讼法概述	(223)
第二节	仲裁法概述	(224)
第二章	三大诉讼法的同构性和不同性	(226)
第一节	三大诉讼法的同构性	(226)
第二节	三大诉讼法的不同性	(228)



绪 论

在一切学科中,最能够使人类完善且使他们感兴趣的就
是法律科学。

——柏拉图

一、法学的研究对象及其历史发展

法学概论,顾名思义,就是对法学的概要论述。一般认为,法学是以法为研究对象的一门独立的学科,主要研究法的产生和发展的规律,法的本质、特征、形式和作用,法的制定和实施,以及与法有密切联系的各种法律现象和法律思想。总而言之,凡属与法有关的问题和现象都在法学研究的范围之内。法学的研究对象既然是法,没有法的产生和发展,也就不会有法学。法学是在人类社会出现了法,特别是出现成文法和比较完整的法律体系以后,才发展起来的。法学在产生后的相当长的一段时间里,并不是一门独立的学科。人们对法的研究,往往包含在哲学、政治学、伦理学、历史学等其他学科之中。直到19世纪,随着资产阶级职权的巩固,特别是资产阶级国家立法的大规模发展,法学作为一门独立学科的地位才最终确立起来。迄今,法学已经研究发展成为一门体系庞大,结构严密,门类众多的学科。

二、法学的分支学科

随着社会经济、文化的发展,人们对法的认识不断深入,法学研究的范围日





益扩大,门类的划分也日趋细密。到今天,法学已经发展成为一门体系庞大、结构严密、门类众多的学科。大体上可以把法学划分为5大类:

一是对法律的基本原理和一般规律进行研究的理论法学。理论法学的研究内容有法的本质、特征、形式和作用;法的起源、发展和消亡的规律;法的制定和实施的一般原理、原则,等等。理论法学主要指法理学,为其他门类的法学提供理论指导,在整个法学体系中占有重要地位。

二是对法律思想和法律制度发展演变历史进行研究的法律史学。任何国家的法律制度都有其历史渊源,了解法律的来龙去脉,对于研究法的基本原理及其发展规律,正确认识各国现行法律制度及其发展趋势,具有重要意义。法律史学可划分为法律思想史学、法律制度史学和法学史学等。

三是对本国现行法的具体应用问题进行研究的应用法学。对现行法律规范的研究是法学研究的重点,因为它直接关系到现实社会关系的调整和人與人之间法律利益的分配。现行国内法规范依据其调整对象,可以划分为宪法、行政法、民法、商法、经济法、刑法、诉讼法等若干法律部门。与此相对应,就有宪法学、行政法学、民法学、商法学、经济法学、刑法学和诉讼法学等分支。

四是把法律与其他某些社会现象或自然现象的综合研究概括为法学与其他学科之间的边缘学科。如犯罪社会学、犯罪心理学、青少年保护法学、证据学、法医学、司法文书学、法律逻辑学、法律教育学等。

五是把本国法与外国法、历史上的法与现行法以及不同类型、不同法系的法做比较研究的比较法学。这种研究有助于了解和借鉴其他国家的法律,促进本国法律的发展和各国法律文化的交流。

随着社会政治、经济、文化、科学技术的发展和人们认识能力的提高,将会不断地出现一些新的法学分支学科。例如随着人工智能的飞速发展,人工智能与法学交叉的广泛运用,人工智能法学已经日益发展成为法学研究的一个新兴分支领域。

三、法学与其相邻学科的关系

要学习好法学,需要了解法学与其相邻学科的关系。与法学密切相关的学科有哲学、经济学和政治学。





1. 法学与哲学

哲学一词源为古希腊文的 *philosophia*,意思是追求智慧,即爱智。哲学所要探求的不是某一具体领域的具体规律,而是自然界、社会和人类思维发展的一般规律,是人们对于整个世界包括自然界、社会和思维的根本观点的体系。早期的哲学包括法学,德国古典哲学大师黑格尔曾说法学是哲学的一个部门。19世纪中期以后,法学从哲学里分化出来成为一门独立的学科,但是这并不意味着法学与哲学的脱节。事实上,法学始终受着哲学的巨大影响,一定的法学总是自觉或不自觉地受一定哲学思想的指导。人类在一般法基础上对法进行的哲学思考,还形成了法理学这一法学与哲学之间的边缘学科。

2. 法学与社会学

社会学是从变动着的社会系统的整体出发,通过人们的社会关系和社会行为来研究社会的结构、功能、发生、发展规律的一门综合性的社会科学。它具有研究对象的整体性、广泛性和研究方法的综合性等特征。法学是研究社会现象中的法律现象、社会关系中的法律关系及其发展的一般规律的科学,二者关系极为密切。从理论来源看,18世纪末19世纪初的启蒙运动代表人物的著作如孟德斯鸠的《罗马兴衰原因论》和《论法的精神》、卢梭的《论人类不平等的起源和基础》及《社会契约论》、孔多塞的《人类理性进步的历史概观》等,既是社会学说和历史哲学,又是法学理论。从研究方法和技术上看,运用社会调查(包括普查、抽样调查、典型调查、个案调查)和社会统计等社会学的方法考察法律的社会效果和法律成功的条件,不但为法学研究注入了新的思想,而且导致了19世纪30年代以来以庞德为代表的社会学法学派的蓬勃兴起,成为20世纪法学领域的重大成就。

3. 法学与政治学

政治学是研究政治现象,主要是以国家、政府、政党等政治现象为研究对象的学科。法是政治活动和实现政治目标的一种常规形式,因而法学与政治学的关系极为密切。在历史上,政治学与法学曾经长期不分。中国最早的政治典籍《尚书》与《周礼》以及稍后的韩非等法家的著作中,法学与政治学同文并茂。在






古希腊,三大哲学家苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等人的《理想国》《法律篇》《雅典政制》中,法律思想、政治学说和伦理观念兼收并蓄。中世纪的欧洲,法学与政治学同为神学的附庸,17、18世纪资产阶级革命时期,二者摆脱天主教会的桎梏而获得发展,并密切地结合在一起,如洛克的《政府论》、卢梭的《社会契约论》、孟德斯鸠的《论法的精神》等论著,都是兼具政治学、法学内容的著作。直到19世纪末20世纪初,政治学与法学才不仅脱离哲学,而且也相互分离,成为相互独立的社会科学。尽管政治学与法学二者研究的对象有所交错,但不应相混,更不应相互代替。企图用法学代替政治学,或用政治学取代法学的做法,都是错误的。

四、法学概论的性质和内容

法学概论,顾名思义,是对法学的概要论述,是法学的一个特殊分支学科,是对法学基础理论和我国社会主义法律体系中主要部门法的概括论述。法学概论课程是全国高校普遍开设的一门以专业法律教育为特征的通识性基础课程,关系着当代大学生法治素养的养成和法治观念的确立。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“坚持把全民普法和守法作为依法治国的长期基础性工作,深入开展法治宣传教育,引导全民自觉守法、遇事找法、解决问题靠法。”党的十九大报告也明确要求:“提高全民族法治素养和道德素养”,“加大全民普法力度,建设社会主义法治文化,树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念。”通过法学概论课程的学习,提升法律素养,初步具备运用所学法律知识解决法律问题的能力。法学概论课程注重实效、适度,既强调普及的面,又注重专业的度,最终使法律规则外化于大学生的言行举止、法治理念内化为大学生的内心信仰,培养坚定的社会主义法治崇尚者、遵守者和捍卫者。





第一编 法的一般原理

【典型案例】

2003年,家住重庆市的刘维碧8岁的儿子卢维和另外2名小朋友在长江长化码头玩耍。卢维一脚踩空,滑进滔滔长江。危急关头,一李姓男子气喘吁吁地跑来,顾不得脱衣脱鞋,跳入江中,终于将落水孩子救上了江岸。刘维碧闻讯赶到江边,为表谢意,当即让孩子跪下认李某作干爹。孩子照做后,李对刘说:“你10万元也买不到你孩子的命,你必须给我付1000元感谢费,并赔偿我进了水的手机和手表。”刘当时未反对也未答应,而是让李某到她家再说,她可以去借点钱作感谢费。晚7时,李某随母子俩回到家里,他让刘维碧出去借钱,自己坐在刘家抽烟。由于家里穷,刘只好挨门挨户向邻居借钱。邻居张永惠得知刘借钱的原委后,虽然觉得不可思议,但还是借给刘300元。收下这300元钱的李某并不满意,让刘继续借钱。憨厚老实的刘只好哭着再次向邻居们借钱,邻居们纷纷来到刘家,要求李某立即离开刘家。闻讯赶来的上东街居委会的同志也希望能和李某心平气和地“对话”,并表示如果他不再要钱,他们将召集居民敲锣打鼓给他单位送一面锦旗。但李某称:我救人是要跟经济利益挂钩的。李某的话激怒了居民们,有的居民甚至开始骂李某。刘维碧家真可谓家徒四壁,除了一张祖宗留下的老床还值点钱,她家连一张饭桌都没有。邻居袁素华告诉记者,刘维碧3年前丧夫,母子俩只能靠每月80元的最低生活保障费艰难度日,“她哪有那么多钱去报恩嘛”。人们见仁见智。采访过程中,有不少人认为“这种见义勇为完全变了味”,在受益人无力支付的情况下索取千元感谢费实属不该。但也有人认为,有人愿意冒着生命危险救人,值得钦佩,索取感谢费之举,无可非议。





第一节 法的本质和概念

一、法和法律的词源、词义

在论述法的概念时,需要先对法和法律的词源、词义做一些必要的考查。汉字中的“法”,古体为“灋”。东汉许慎的《说文解字》说:“灋,刑也,平之如水,从水;廌所以触不直者去之,从去。”我国奴隶社会,“法”统称“刑”。不过,这里的“刑”与“典型”“范型”的“型”相通,含有常规、规范的意思。“平之如水”,是说不高不低,不偏不倚,像水一样平。“廌”是传说中的一种神兽,形似牛,独角,生性公正,能辨曲直,古时审判案件,以被其触者为败诉。律,《说文解字》说:“律,均布也。”清人段玉裁注释:“律者,所以范天下之不一而归于一。”古代“法”“律”二字原可互训。《尔雅·释诂》:“法,常也。律,法也。”《唐律疏议》也说:“律之与法,文虽有殊,其义一也。”可见,“法”和“律”都含有规范、划一、公平、公正的意思。我国在先秦时,“法”专指各个朝代和各个诸侯国的刑典。自战国李悝“集诸国刑典,造《法经》六篇……商鞅传授,改法为律”后,我国封建社会各代刑典,一般都称为“律”,如《秦律》、汉《九章律》《唐律》等。把“法”和“律”合为“法律”一词,这在我国古代就有了。不过,广泛使用“法律”这个词则是近代的事情。

在西方国家的语言中,也有与法或法律的含义相仿的名词。在欧洲大陆,这一词汇大多源于拉丁文。拉丁文中的 jus 是一个具有哲理意义的模糊概念,其语义不仅是指法,也兼指权利、正义、公平等。后世发展起来的欧洲国家的文字如德语 recht、法语 droit,大抵上与 jus 具有相同的用法。

这一用法在近代遇到了应用和理解上的麻烦。学者们为了方便区别,分别在法一词之前加上客观的和主观的定语。客观的法指法律规则,主观法指法律权利。法律是客观的权利,权利是主观的法律。这种说法充分体现出西语中法律概念的模糊性。在英语国家,法律的名称统一以 law 表示,另外 law 还具有规律和法则之义。在以 law 表示法律的具体场合,需要通过单复数或冠词的变化来表达法律的一般意义和特殊意义。例如,law 或 the law 指整个法律体系





(制度)或一般意义的法,而 a law 则指具体的法律。

二、法的概念

随着法律这一特定社会现象的产生,人们揭示其真正的内涵的努力就未曾停止过。人们从不同的角度来界定法的概念。

(一)从法律的形式特征界定法律

1. 规则说

认为法律即规则。如管仲所言:“法律政令者,吏民规矩绳墨也。”

2. 命令说

认为法律是国家或主权者的命令,英国的分析实证主义法学家奥斯丁指出:“人们所说的准确意义上的法或规则,都是一类命令。”

3. 判决预测说

认为法律是一种对司法判决的预测,认为对法院实际做什么的预测,就是法律。

(二)从法律的本源界定法律

1. 神意说

认为规范人类生活和行为的法律当然是来自神的意志,是神创造出来的,认为法律是神的意志的体现。这一观点和学说多流传于古代、中世纪社会以及现代政教合一的国家。

2. 理性说

认为法律是人类理性的体现。把法律与理性联系在一起,是西方法学的一个主要传统。

3. 意志说

认为法律是人类对外部世界进行安排的愿望和实现这种愿望的具体行动。在不同的学者那里,法律所体现的意志是不同的,卢梭认为,意志来自共同体,在马克思看来,法律则是统治阶级意志的体现。





4. 民族精神说

德国法学家萨维尼认为,法律如同语言、行为方式,是民族精神的呈现。法律不依赖于国家权力的确定,而是铭刻在民族的共同信念之中。

(三)从法律的作用或功能界定法律

1. 正义说

法学史上,大多数的法学流派,特别是价值论法学,主张法律的正义理论。这类观点认为法律不仅体现正义,而且是实现正义的重要工具。以柏拉图、亚里士多德、西塞罗为代表的法的本质正义说观点认为,法律是正义的化身和体现,正义说将法的本质与抽象的正义相联系,强调法律的合法性是奠定于正义、价值的基础之上,法是体现“永恒正义”的“健全理性”。

2. 社会控制说

认为法律是依照一批权威性法令实施专门形式的社会控制。其代表人物是美国的社会法学家庞德。

(四)马克思主义的法的概念

法是由国家制定、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)的意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。

(二)法的特征

1. 法是调整人的行为的社会规范

法是调整人们行为或社会关系的规范,是指法规定人们的行为模式、指导人们的行为。法作为社会规范的具体表现为:①法对人们如何行为提出了明确的指示;②法的内容具有一般性和概括性;③法是反复适用的。

2. 法是出自国家的社会规范

法是由国家制定或者认可的,体现了国家对人们行为的评价。国家的存在是法存在的前提条件。一切法的产生,大体上都是通过制定和认可这两种途

