

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



法学导论

FAXUE DAOLUN

张婧飞 主编
王世涛 主审



大连海事大学出版社

© 张婧飞 2014

内 容 提 要

张婧飞 (CIP) 目 录 出 版 中 国

本书是专门针对法学专业大学一年级学生编写的。本书引入

法 学 导 论

张婧飞 主编

王世涛 主审

号 182393 第 (4105) 字 第 1105 号 第 1105 号 第 1105 号 第 1105 号

出 版 中 国 出 版 中 国 出 版 中 国

大 连 海 事 大 学 出 版 社

© 张婧飞 2014

图书在版编目(CIP)数据

法学导论 / 张婧飞主编. — 大连: 大连海事大学出版社,
2014.9

ISBN 978-7-5632-3088-4

I. ①法… II. ①张… 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 218293 号

大连海事大学出版社出版

地址:大连市凌海路1号 邮政编码:116026 电话:0411-84728394 传真:0411-84727996

<http://www.dmupress.com> E-mail: cbs@dmupress.com

大连住友彩色印刷有限公司印装 大连海事大学出版社发行

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

幅面尺寸:140 mm × 203 mm 印张:4

字数:98千 印数:1~600册

出版人:徐华东

责任编辑:王桂云 杨玮璐

责任校对:刘长影

封面设计:王艳

版式设计:解瑶瑶

ISBN 978-7-5632-3088-4

定价:10.00元

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



内 容 提 要

本书是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门教材。全书分为八章：第一章法律概念，介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念；第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。

力求做到由浅入深，循序渐进，融会贯通。

全书分为八章：第一章法律概念，介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念；第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。这几章的内容既包括对法学和法律现状的概括，也有关于实体法的具体理论阐述。同时，笔者也考虑到法学专业大学一年级学生初涉法学的客观情况，在帮助他们获得相关法学基础知识的同时，有意地增加了对主要的法律部门的介绍，这使得本书具有不同于其他法学导论教材或者法学通论教材的一个显著特点。本书在内容编写上尽可能地删繁就简，侧重对基本概念、原理的梳理和阐释，并提供给读者更多的思考空间，努力做到无论是在内容还是体例上，都能更适合法学一年级的学生以及其他法学初学者学习之用。

全书由张婧飞主编，由王世坤教授主审。本书在编写的过程中，参考了大量的相关资料和文献论著，在此向相关作者表示谢意。

编 者

2014年6月

前 言

《法学导论》一书是大连海事大学2014年校内教材出版资助项目之一,是专门针对法学专业大学一年级学生编写的一本法学入门教材。希望该书可以成为他们步入法学殿堂的入门阶梯,也可以为他们今后进一步学习部门法学的相关课程打下一定的知识基础。此外,该教材又和法学专业开设的法理学课程的内容相呼应,以求做到由浅入深、循序渐进、融会贯通。

全书分为八章:第一章法律概念,介绍法的定义、特征以及法的作用等基本概念;第二章至第八章分别论述了宪法、民法、刑法、行政法、经济法、劳动与社会保障法、诉讼与仲裁制度等当代中国的法律体系及其主要的法律部门的概念、特点及其构成。这八章的内容既包括对法学和法律现状的概括,也有关于实体法的具体理论阐述。同时,笔者也考虑到法学专业大学一年级学生初涉法学的客观情况,在帮助他们获得相关法学基础知识的同时,有意地增加了对主要的法律部门的介绍,这使得本书具有不同于其他法学导论教材或者法学通论教材的一个显著特点。本书在内容编写上尽可能地删繁就简,侧重对基本概念、原理的梳理和阐释,并提供给读者更多的思考空间,努力做到无论是在内容还是体例上,都能更适合法学一年级的学生以及其他法学初学者学习之用。

全书由张婧飞主编,由王世涛教授主审。本书在编写的过程中,参考了大量的相关资料和文献论著,在此向相关作者表示感谢!

编 者

2014年6月

第一章 经济法的概念

第一节 经济法的调整对象

第二节 经济法的界限

目 录

(78)	系关系总特征	第四版
(99)	新编社会法学	第一章
(98)	基本理论	第一版
(92)	总论	第二章
导言		(1)
第一章 法律概念		(4)
第一节 法的概念		(4)
第二节 法的作用		(9)
第二章 宪法		(17)
第一节 宪法释义		(17)
第二节 公民基本权利和义务		(21)
第三节 国家基本制度		(24)
第三章 民法		(31)
第一节 民法基本原理		(31)
第二节 民法的基本原则		(34)
第三节 民事法律关系		(36)
第四章 刑法		(44)
第一节 刑法基本原理		(44)
第二节 刑法的基本原则		(49)
第三节 犯罪		(52)
第五章 行政法		(60)
第一节 行政法基本理论		(60)
第二节 行政法基本原则		(65)
第三节 行政行为		(69)
第六章 经济法		(75)
第一节 经济法的概念		(75)
第二节 经济法的调整对象		(80)
第三节 经济法的界限		(83)

第四节 经济法律关系	(87)
第七章 劳动与社会保障法	(89)
第一节 劳动法基本原理	(89)
第二节 社会保障法基本原理	(96)
第八章 诉讼与仲裁制度	(103)
(A) 第一节 诉讼制度概述	(103)
(B) 第二节 诉讼基本原则	(107)
(C) 第三节 诉讼基本制度	(109)
(D) 第四节 诉讼程序	(112)
(E) 第五节 仲裁制度	(114)
参考文献	(117)
后记	(119)
(1C)	总则 章三第
(1E)	总则本基总则 节一第
(1F)	总则本基总则 节二第
(1G)	总则本基总则 节三第
(1H)	总则 章四第
(1I)	总则本基总则 节一第
(1J)	总则本基总则 节二第
(1K)	总则 节三第
(1L)	总则 章五第
(1M)	总则本基总则 节一第
(1N)	总则本基总则 节二第
(1O)	总则 节三第
(1P)	总则 章六第
(1Q)	总则本基总则 节一第
(1R)	总则本基总则 节二第
(1S)	总则 节三第

导 言

一、法学的概念

所谓法学,是指以特定的概念、原理和思维方式研究法律现象的学问。

在中国古代,法学被称为“刑名之学”或“刑名法术之学”。刑名是指刑罚的名称或刑法的条文,可以追溯到战国时期韩国思想家申不害的“循名责实,慎赏明罚”思想。“法术”中,“法”是指国家制定的成文规则,“术”是帝王的统治之术。古罗马五大法学家之一的乌尔比安(Ulpian)指出,“法学是地神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学”^①。

西方最早出现的法学(Jurisprudence)一词源自古拉丁 Jurisprudentia,该词是由 jus(法)的形容词形式 juris 和另一词根 providere(实践知识)合成的。前者解释为法律、正义、权利,后者表示先见、知晓、聪明、知识等,两者合成一词,其原意是“法律的知识”或“法律的技术”。

为了有助于初学者开放而深入地理解什么是法学,我们有必要强调如下三个方面。

第一,法学的研究对象是法律现象。而这种法律现象是社会

^① [古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社,1999年版,第11页。东罗马帝国皇帝查士丁尼(也有译为优士丁尼)发布敕令,规定五大法学家关于罗马法律的著述同法律本身一样具有法律效力,这五大法学家是帕比尼安、乌尔比安、保罗、盖尤斯和帕蒂斯蒂努斯,如果产生分歧时则以帕比尼安的解释为准。

现象的一个组成部分,是社会现象的一种特殊表现方式,这种特殊性表现在全部的法律问题都可以被置换为权利、义务关系问题。换句话说,权利与义务这组最基本的法学范畴,是我们理解法律现象、处理法律问题的逻辑线索。正是基于这种特殊性的权利义务关系,使得法学区别于伦理学、政治学及其他社会科学。基于此,有学者径直把法学称为“权利义务之学”。

第二,法律现象不仅包括法律的文本,也包括法律运行的各个环节。法律现象的研究涉及法律从无到有、从静止到运行的全过程。为了系统而深入地把握法律现象,学习者还要对过去的法律、对法律的历史进行分析和研究。基于此,法学与法律并非简单的关照或映射关系。

第三,法律现象不同于经济现象、道德问题等社会现象,法律现象存在于人类社会的方方面面,它与市场、伦理、文化等因素时时刻刻地交织在一起,并随时可能扭转或改变这些因素的法律属性。法律现象无法像经济、政治等问题一样保持某种特定的类型化的独立特征。基于此,法学研究与法律思维无法像经济学、伦理学和政治学那样简单地化约为某种特定的非此即彼的思维取向。

二、法学的性质

由前所述,我们已知法学是研究法律现象的学问,而后文我们会详细阐述,法律是调整人们行为和社会关系的规范。这就突出地体现了法学实践性的性质和特征。

第一,作为法学的研究对象,法律现象事无巨细,它从个人的行为,拓展至人与人之间的社会关系,再扩展至一个国家的经济、政治和社会秩序,以及国际性和全球性的交往行为和世界秩序。

第二,法学的实践性还体现在,法学研究并不能止于学理性的思辨,其必须要面向、关注和回应社会实践中的各种矛盾和纠纷,提供有效的解决方案并给出合法而有说服力的论证。

第三,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的概念和原理来实现的。法学是反映人的经验理性的学问,是人的法律经验、知识、智慧和理性的综合体现。法学是一种职业性知识体系,它所使用的语言是冷静、刚硬、简洁且符合逻辑的,是经过法学家们提炼、加工和创造出来的行业语言,与人们的“日常语言”存在一定的差别。在许多场合,法学的语言对外行人来讲是非常陌生的,如“无因管理”“不可抗力”等。

第四,法学回应社会实践的方式是通过一整套特定的思维方式来实现的。通过这种特定的法律思维方式,把善与恶、是与非、多与少等价值分歧和事实分歧纳入特定的纠纷处理模式中,并完成先后排序。

第一章 法律概念

第一节 法的概念

一、法的定义

法是什么？这是学习法律的人首先想要了解的问题，但同时也是一个最难给予明确回答的问题，因为法是一种非常复杂的社会现象。我们每天都可能耳闻目睹许多法律现象，譬如，在图书馆或书店里看到有关法律法规的书籍，在电视或报纸上看到有关立法、执法的新闻，在生活中目睹或听说周围的人打官司或违法犯罪的行为。要全面、准确地概括这么复杂的法律现象是很困难的。在法学史上，不同法学家提出的法的定义都不尽相同。每位法学家都力图对法做出一种最准确、最有效的解释，但最终都只能解释法律现象的某些方面和领域，而无法完整地解释和概括全部法律现象。

我们首先回顾一下历史上比较有影响的几类法的定义。第一类法的定义把法解释为行为规则。例如，我国古代著名思想家和政治家管仲认为，法律是官吏和百姓的行为规矩和准绳。西方中世纪著名的哲学家托马斯·阿奎那认为，法是导致人们做某些行动和不做其他一些行为的行为准则或尺度。美国法律人类学家霍贝尔认为，法律是这样一种社会规范，即如果有人对它置之不理或

违犯,拥有社会承认的权力的个人或集团就会以使用武力相威胁或实际使用武力。这一类定义比较符合普通人对法的理解和认识。我们通常把法理解为约束人的行为的规则,理解为国家制定和实施的行为规则。

第二类法的定义把法理解为某种意志。古代有许多思想家和当代的神学家都认为,法是神或上帝的意志。西方的自然法学派认为,法律是人类的理性。在资产阶级革命过程中,卢梭、罗伯斯庇尔等思想家、革命家认为,法律是全体人民共同意志的体现。列宁认为,法律就是统治阶级意志的体现,就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志表现。这一类定义揭示出法是人的意志的表现,认识到法是人的有意识活动的产物,具有一定的合理性。

第三类法的定义把法解释为社会控制的形式。例如,美国法学家庞德把法理解为发达的政治上组织起来的社会高度专门化的社会控制形式,即一种通过有系统、有秩序地适用社会强制力的社会控制形式。美国新自然法学派的代表人物富勒认为,法是使人们的行为服从规则治理的事业。这一类定义揭示了法的社会功能和目的。

第四类法的定义把法解释为人的行为或者活动。美国法学家卢埃林认为,法不是本本上的官方律令,法存在于官员或平民的实际活动中,特别是存在于法官的审判活动中。美国法律行为主义者布莱克认为,法存在于可以观察到的行为中,而非存在于规则中。这一类定义有助于打破把法律仅仅理解为条文的狭隘认识。其实,法律不仅存在于法律条文和法律规范中,而且存在于可观察的行为中。而且,只有存在于人的行为中的法律,才是真正的法律。不能转化为人的实际行为的法律,只不过是供人玩赏的摆设。

上述法的定义都从某一角度揭示了法律现象的某些内容和特征,但同时却忽视了法律现象的另一些内容和属性。总结法学史上的种种法的定义,对法的概念的一种比较完整的理解是这样的:

法是由一定的物质生活条件所决定的,由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的,具有普遍效力和严格程序的行为规范体系。

二、法的特征

任何社会都或多或少地存在着多种社会规范,告诉人们如何行为,以协调人际关系,建立社会秩序。社会规范是在人类社会生活中调整人们之间相互行为的准则。所有的社会规范都具有一般性的特点,即社会规范不是针对特定的某个人或几个人而设立的,而是针对社会上的一般人设立的。例如,“损坏他人财物应当赔偿”,就是一条社会规范。而“张三摔坏了李四的自行车,张三应当赔偿李四的自行车”,就不是一条社会规范,而是适用规范的具体处理决定。在一个大型的社会中,社会规范种类繁多,包括法律规范、道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会礼仪、行业规范、社会组织的规章等。法只是众多社会规范中的一类,但又是一类特殊的社会规范。法的特殊性体现在以下几个方面:

(一)法是调整人们的行为或社会关系的规范

法具有规范性。所谓规范,是指人们行为的标准或规则。但法不是一般的规范,而是一种特殊的社会规范,其特点在于它所调整的是人们的行为和人们之间的相互关系,在这一点上,法不同于语言规范,也不同于技术规范。法作为社会规范,像道德规范、宗教规范一样,具有规范性。所谓法的规范性,是指法所具有的规定人们的行为模式、指导人们行为的性质,表现在其规定了人们的一般行为模式,从而为人们的相互行为提供了一个模型、标准或方向。法所规定的人们行为模式包括三种:(1)人们可以怎样行为(可为模式);(2)人们不得怎样行为(勿为模式);(3)人们应当或必须怎样行为(应为模式)。从效力上看,具有规范性的法,不是为某个特定的人而制定的,它所适用的对象是不特定的人;它不仅仅适用一次,而是在其生效期间内反复适用的。

(二)法是出自国家的社会规范

法不同于很多其他社会规范的首要之处在于,法是由国家创立的社会规范,体现了国家对人们行为的评价,具有国家意志性。国家创立法的方式主要有两种:一是制定,即国家机关通过立法活动创制出新的规范。在不同的社会制度、政治制度和法律传统下,国家制定法的方式有所不同。国家制定的法一般以一定的规范性文件表述出来,所以被称为“成文法”。二是认可,即国家机关赋予某些既存的社会规范以法律效力。例如,国家司法机关在法律没有相应规定的情况下,依据社会的风俗习惯、一般道德规范来审判案件,实际上就是认可这些风俗习惯、道德规范为法。

法既然是由国家制定或认可的,它就必然具有国家意志的属性,因此具有高度的统一性、极大的权威性。这种统一性是从国家权力和国家意志的统一性中引申出来的。法的统一性,首先是指各个法律之间在根本原则上的一致;其次是指除极特殊的情况外,一个国家只能有一个总的法律体系,且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾。法的统一性有赖于国家的统一和政治上的安定团结。如果一个国家处于分裂状态或混乱局面,国家意志和国家权力不能有效地支配在其领土范围内居住的人口,法就失去其统一性。其他社会规范不具备这种高度的统一性,几乎在每一个国家中都同时存在着若干不同的道德体系、宗教、风俗习惯、政治规范体系、职业规范。从法的统一性又可引申出法的普遍适用性,即法作为一个整体在本国主权范围内具有普遍的约束力,任何国家机关和个人都不得有法律规定之外的特殊对待。法的权威性主要是指法的不可违抗性,任何国家都不会对严重违法行为放任自流。

(三)法是规定权利和义务的社会规范

法是通过规定人们的权利和义务,以权利和义务为机制,影响人们的行为动机,指引人们的行为,调节社会关系的。权利意味着

人们可以作为或不作为一定行为以及可以要求他人作为或不作为一定行为。法律通过规定权利,使人们获得某些利益或者自由。义务意味着人们必须作为或不作为一定行为。义务包括命令性义务和禁止性义务两种,前者要求人们必须做出一定行为,如纳税的义务;后者要求人们不得做出一定行为,如不得盗用他人注册商标的义务。法所规定的权利和义务不仅指自然人、法人及国家的权利和义务,而且也包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和职责。

法的这种调整和指导方式也使它与道德和宗教相区别。道德和宗教实质上或一般说来是以规定人对人的义务或人对神明的义务而调整社会关系的。法的这种独特的调整方式,使它为人们提供了比道德和宗教更广泛的选择自由的机会,因而更有助于充分发挥人们的积极性、创造性和主动性。有的社会规范,例如,党章、团章、工会章程等,虽然也规定了其成员的某种权利和义务,但在内容、范围和保证实施的方式等方面,与法律上的权利和义务有很大区别。

(四)法是由国家强制力保证实施的社会规范

任何一种社会规范,都有保证其实施的社会力量,即都有某种强制性。然而,不同社会规范的强制性在性质、范围、程度和方式等方面是不尽相同的。例如,道德是依靠人们的内心信念、社会舆论保证实施的,违反道德的人通常会受到社会舆论的轻蔑、批评、谴责,如果他是一个组织的成员,还可能同时受到所属组织的处分。在这里,每一个有关的组织,每一个社会成员,都可以把违反道德的责任直接同违反者联系起来,直接实施道德制裁,而不需要经由什么特定的程序,不需要借助系统化的暴力。法的实施则不同。法是由国家强制力保证实施的,尽管不同性质的法,保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同。任何法要想称其为法并且继续是法,国家必须对违法行为实施制裁。

必须指出,法依靠国家强制力保证实施,这是从终极意义上讲的,即从国家强制力是法的最后一道防线的意义上讲的,而非意味着法的每一个实施过程,每一个法律规范的实施都要借助于国家的系统化的暴力,也不等于国家强制力是保证法实施的唯一力量。如果一个国家的法仅仅依靠国家政权及其暴力系统来维护,这个国家的法就称为纯粹的暴力。在法律实施过程中,国家暴力常常是备而不用的。

第二节 法的作用

法的作用表现为法对人的行为以及对社会关系产生的影响。由于法不仅调整人与人的关系,而且通过规范人对自然的开发、改造活动而调整人与自然的关系,因此,法的作用是相当广泛的。而且,法调整的范围越大,法的社会地位越高,法的作用就越强。法的作用有多种多样的表现形式,可以依据不同的标准对其进行分类。按照法在社会中发挥作用的形式和内容,法的作用可以分为规范作用和社会作用。从法是一种行为规范来看,法必然具有规范作用;从法对社会关系产生的影响来看,法必然具有社会作用。按照法的作用是否对人有益,法的作用可以分为积极作用和消极作用。积极作用是指法对人所具有的有益的、积极的作用,消极作用是指法对人所具有的消极的、有害的功能。法不是完美无缺的。法虽具有其他社会规范所无法比拟的巨大的积极作用,但同时法也有其内在的局限性,具有一些消极作用。下面我们从法的规范作用、社会作用、局限性等方面对法的作用进行分析。

一、法的规范作用

法的规范作用,是指法作为一种特殊社会规范自身所具有的,

对人们的行为发生影响的性能。法作为一种行为规范,对人们的行为具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。法的这五种规范作用是法律必备的,任何社会的法律都具有。但是,在不同的社会制度下,在不同的法律制度中,由于法律的性质和价值的不同,法的规范作用的实现程度也会有所不同。

(一) 指引作用

法的指引作用是指法通过规定人们在法律上的权利、义务,告诉和指引人们做出一定行为或不做出一定行为。法的指引是一种规范指引,不同于个别指引。个别指引是通过一个具体的指示就具体的人和情况进行指引。例如,法官对诉讼当事人在诉讼期间如何行为进行的具体的引导,即是个别指引。而诉讼法规定诉讼当事人在诉讼过程中的权利和义务,告诉诉讼当事人在诉讼过程中应当如何行为,这属于规范指引。因为诉讼法的规定是适用于所有诉讼当事人,而不是针对特定的、具体的诉讼当事人。法对人们行为的指引主要有两种情况:一种是确定的指引,即通过规定法律义务,要求人们必须做出或者不做出一定行为,若人们未按照法律的规定做出或不做出一定行为,就会受到法律的制裁;另一种是不确定的指引,即法通过授予法律权利,给人们创造一种相对自由选择的机会,人们既可以行使法律权利,也可以不行使法律权利。

(二) 评价作用

法的评价作用是指法作为人们对他人行为的评价标准所起的作用。法作为一种行为的标准和尺度,具有判断、衡量人们的行为的合法性的作用。道德规范、宗教规范、风俗习惯、社会团体的规章制度等其他社会规范都对行为具有评价作用。但是,法所做的评价却有着与其他社会规范不同的特点。首先,法的评价具有比较突出的客观性。也就是说,什么行为是正当的,什么行为是不正当的,什么行为是可做的,什么行为是不可做的,在法律规范中都

有明确的、一致的规定。因此,依法对行为所做的评价大体上不会因人而异。当然,在依照法律规范对行为进行评价时,评价者对法律规范的理解也可能存在细微的、甚至重大的差别。不过,这种差别在其他评价标准中更为明显和经常。其次,法的评价具有普遍的有效性。在同一个社会中,由于人们的道德观念、宗教信仰、风俗习惯不同,每个人对一定行为所做的评价只有在与该人持有相同标准的那些人中间才是有效的。对于法律规范来说,由于一个国家的法律是统一的,只要人们的行为进入了法律的范畴,法律规范的评价对他们来说就是有效的。如果不想受到法律的制裁,他们的行为必须在客观上与法的评价相协调。

法的评价可分为两大类,即专门的评价和普通的评价。专门的评价是指经法律专门授权的国家机关对他人的行为所做的评价,如法院通过做出判决对诉讼当事人的行为所做的法律评价,行政机关通过做出行政决定对行政相对人的行为所做的法律评价。专门的评价是由国家机关代表国家做出的,因而具有法律约束力和国家强制力,因此又称为效力性评价。普通的评价是指普通社会主体以舆论形式对他人行为所做的评价,没有法律约束力和国家强制力,又被称为舆论性评价。

(三) 预测作用

法的预测作用是指人们可以根据法律的规定预先知道人们相互间将如何行为以及行为的后果,从而对自己的行为做出合理的安排。在社会生活中,每个人的行为都可能对他人的行为产生影响,同时也可能受到他人行为的影响。在这种复杂的互动关系中,如果没有一定的公认的规则去据以预测他人的行为以及各种行为可能导致的后果,社会生活就会陷入无序状态。例如,合同当事人可以根据合同法的规定预测到对方在一般情况下会全面履行合同,如果对方不履行合同,自己可以通过诉讼或仲裁程序要求对方履行合同并承担违约责任。这样,合同法就为双方当事人提供了

彼此信任与期望的基础。法律正是通过为人们提供预测他人行为的权威性标准,从而方便了人们的生活,促进了社会秩序的形成。

法之所以具有预测作用,是因为法具有强制性、权威性、明确性、稳定性等特点。法是具有国家强制力的权威性社会规范,社会成员通常都会依据法的规定实施行为。因此,人们可以根据法律的规定预测人们在某种情况下会做出何种行为。法律的规定通常是相当明确的,人们应当怎么做、不应当怎么做、可以怎么做都很清楚。这使得依据法律对他人行为所做出的预测能够比较准确。法律通常在一定时期内保持稳定性和连续性,这使得人们在一定时期内能够预测他人的行为。不过,如果法律朝令夕改,那么人们也就无法依据法律进行行为的预测。

(四) 教育作用

法的教育作用是指法通过在社会生活中的实施、传播而对人们的思想、观念和行为的影晌。例如,对违法行为的制裁可以教育人们不得实施此类行为,否则也将受到同样的惩罚。对合法行为的保护和奖励可以教育人们多实施合法行为,这样才能受到法律的保护和奖励。在法律实践中,为了扩大法的教育作用,国家往往要采取各种措施,如允许人们旁听法庭审理过程、新闻媒体转播法庭审理过程等。法的教育作用对于提高公民的法律意识、权利意识、义务观念、责任感、遵纪守法的自觉性是不可或缺的。

(五) 强制作用

法的强制作用表现为制裁违法行为。法的强制作用是法的权威性、约束力的重要保证。如果违法不会受到法律制裁的现象经常发生,法的威信就会一扫而空,法律的约束力也就无从谈起。法律制裁的形式多种多样,如刑法中的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑,民法中的停止侵害、排除妨害、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、支付违约金、消除影响、赔礼道歉,行政法中的警

告、罚款、行政拘留、吊销营业执照,宪法中对国家领导人的弹劾、罢免,等等。

二、法的社会作用

法的社会作用是指法为达到一定的社会目的或政治目的而对一定的社会关系产生的影响。法的社会作用是从法的本质和目的这一角度出发确定法的作用,如果说法的规范作用取决于法的特征,那么,法的社会作用就是由法的内容、目的决定的。法的社会作用主要涉及三个领域和两个方向。三个领域即社会经济生活、政治生活、思想文化生活领域;两个方面即政治职能(阶级统治的职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能),内容包括以下两个部分。

(一) 阶级统治职能

即法在调整不同阶级、利益集团之间的统治与被统治、管理与被管理者之间的关系、维护政治统治秩序方面的作用。主要表现在调整统治阶级和被统治阶级的关系,调整统治阶级和同盟者之间的关系,调整统治阶级内部之间的关系。这种职能直接反映出各个国家和社会的法具有不同的政治目的和阶级性质。

(二) 执行社会公共事务职能

即法在执行社会公共事务中表现出来的作用。在各个阶级对立的社会中,这种社会公共事务及其有关法律的性质、作用和范围是很不相同的。总的来说,执行这些活动的法律大体上有以下几种:(1)维护人类社会基本生活条件的法律,例如有关自然资源、医疗卫生、环境保护、交通通信以及基本社会秩序的法律;(2)有关生产力和科学技术的法律;(3)有关技术规范的法律,即使用设备工序、执行工艺过程和对产品、劳动、服务质量要求的法律;(4)有关一般文化事务的法律。从表面上看,执行社会公共事务职能

的法并不必然具有政治属性和阶级性质,而对所有的社会和所有的阶级、集团都是有利的。但是,从本质上看,尤其是从阶级统治的角度看,法只是在有效地执行了社会公共事务职能之后才能有效地发挥其阶级统治职能。从这个意义上说,即使是那些承担社会公共事务职能的法,最终也还是为一定的社会政治目的服务的。由此可见,法对国家、社会的作用是巨大的,但法的作用并不是无限的。在现代社会,社会关系的领域极为广泛,法不可能也没有必要调整社会关系的各个方面。而且在很多问题上,法是不宜介入的,只能通过道德、政策、纪律或宗教规范等社会规范来调整。换言之,法也是有局限性的,而不是万能的。

三、法的局限性

尽管法在社会生活中有着举足轻重的作用,但法却不是万能的。因为法是以社会为基础的,所以它不可能超出社会发展的需要来创造社会,法有其局限性。

(一) 法并不能干预或解决所有的社会问题

法通常只能有效地控制外显的社会行为,即在与他人交往和互动的过程中实施的行为,而很难控制个人的隐私行为,更难控制人们的思想、信仰。这是由法的属性所决定的。法具有强制性,即当有人违反法律时,有关机关应当认定和追究违法者的法律责任。法律重证据,认定和追究法律责任必须以客观的证据为基础。通常情况下,由于个人的隐私行为没有见证人和受害人,很难搜集到有关证据,因而法律很难干预或控制。而且,个人的隐私行为往往只涉及其本人,而不涉及他人利益或公共利益。按照现代法的基本精神,个人在不损害他人利益和公共利益的范围内有权支配自己的人身、行动和利益。因此,美国学者金斯伯格认为,法律应当只考虑能以可靠的证据确定的事情,只调整那些可准确认定的行为,以及公开的、外显的、可观察到的行为。法律应当尽可能地尊

重隐私。另外,法律也无法控制多数人所共同具有的嗜好性行为。

(二) 法律作用的充分发挥依赖一系列社会条件

(1) 良好的政治法律体制。政治法律体制是法律得以存在和运行的框架结构。良好的政治法律体制的基本标志是有权威的立法机关、依法行政的行政机关、独立的司法机关。(2) 良好的法律和法律体系。良好的法律的基本标志是反映人民意志,充分尊重人权,限制国家权力,保持稳定性和连续性。良好的法律体系的基本标志是部门齐全、结构严谨、内部和谐、体例科学。(3) 高素质的法律职业群体。法律职业群体是法律的操作者。即使有良好的法律,但如果缺乏具有良好法律素质和职业道德的法律职业群体,法律也难以实现预期的作用。(4) 良好的法律文化氛围。法律文化是法律存在及运行的文化环境。良好的法律文化氛围包括对法律的尊重、认同和信仰,民主观念、宪政意识、权利和义务观念等。(5) 良好的物质条件。国家的立法、执法和司法等法律运行环节需要有一定的物质设施、技术装备和经费开支作支持。因此,良好的物质条件是法律运行的物质基础。法律的运行情况受这些条件及其他一些条件的直接或间接的影响或制约。这些条件在任何一个国家都是不容易齐备的。

(三) 法律的运作成本巨大

法律的运作需要大量的人力、物力和财力,消耗大量社会资源,因而法律的运作是有成本的。而且,法律越发达,诉讼越多,法律的运作成本就越大。法的运作成本包括立法成本、执法成本、诉讼成本等。以诉讼成本为例,诉讼活动会产生两种诉讼成本:一种是公共成本,包括国家维持司法体系运转的费用以及司法机关审理和执行案件的费用;二是私人成本,包括诉讼当事人支付的诉讼费、律师费,出庭应诉所耗的时间和费用,以及诉讼久拖不决所带来的消极损失。案件标的物越大,案情越复杂,案件审理的时间越

长,诉讼成本也就越高。法律的运作成本和企业的生产成本不一样。企业的生产成本是能带来财富增值的成本,而法律的运作成本是非生产性成本,是不能直接带来财富增值的成本。

(四) 法律自身条件的制约

法律具有保守性、僵化性与限制性。法律的保守性表现为:法律必须保持一定的稳定性,而不能频繁变动,更不能朝令夕改,但社会生活又是易变的、多变的,因而法律有可能落后于社会生活的发展,如果严格按照落后于社会生活的法律办事,法律就有可能成为社会进步和发展的阻碍。法律的僵化性表现为:法律考虑的是社会生活中经常出现的一般情形,法律的内容是抽象的、概括的、简洁的,而社会生活又是千姿百态、纷繁复杂的,因此,在某些特殊的情形中,如果严格地适用法律,反而会出现不合理、不公正甚至荒唐的结果。法律的限制性表现为:法律为维护某种秩序而对人们行为所施加的约束,有可能转化为限制人们进行有益的创新和改革的枷锁。

第二章 宪法

第一节 宪法释义

一、宪法的概念

宪法是近代资产阶级民主革命胜利的产物,是人类民主、法制进程的伴生物。现代社会存在两种社会制度,即资本主义制度和社会主义制度,相应地,也就存在两种不同的关于宪法的概念类型。资产阶级学者对宪法主要是从宪法的形式特征或抽象意义界定的;而社会主义学者则是重在揭示宪法的阶级本质和政治功能,从宪法的形式和内容的结合上下定义的。

西方各国关于宪法的概念大体上有以下几种类型,即道德说、政治说和法律说。道德说就是从伦理规范的意义上来定义宪法,如奥斯汀认为,宪法是一种实定的道德,它反映了一种道德要求。政治说是从宪法规范政治权力和政治过程的意义上来定义宪法概念的。比如,法国《拉鲁斯大百科全书》中宪法的定义是:宪法规定一个国家的一整套政治制度。英国人芬纳认为宪法就是在各政府机构及其官员之间分配职能、权利和义务,规定其与公众关系的法典。法律说主要是从宪法作为法律规则和行为规范的意义上定义宪法。英国的《牛津法律大辞典》将宪法定义为:宪法是法律规则的总称。它是指某一特定政治社会政府的基本政治和法律结构,

解决诸如国家首脑、立法、行政和司法机构，它们的构成权力及关系之类的事项。每个国家都有宪法，因为每个国家都是依据某些原则和规则进行运转的。

我国关于宪法的概念深受苏联宪法学者的影响，主要结合我国的国体和政治结构的现实情况，着重从宪法的阶级本质和政治功能角度阐释宪法的含义。具体来讲，可以将宪法定义为，宪法是规定国家根本制度和根本任务，集中表现各种政治力量对比关系，保障公民权利的国家根本法。

二、宪法的特征

宪法既具有一般法律所共有的特征，同时又具有区别于一般法律的独有特征。

（一）宪法与一般法律共有的特征

首先，宪法与普通法律一样，都是由国家强制力保证实施的行为规范。其次，宪法与普通法律一样，都是统治阶级意志的体现，都是阶级统治的工具。法不是从来就有的，也不是永恒存在的。宪法虽然在形式上以规范民主制度和民主原则为内容，但在本质上都是为特定统治阶级的根本利益服务的工具，都是特定统治阶级意志和要求的体现。最后，宪法与普通法律一样，其内容都主要取决于有利于统治阶级的社会物质生活条件。社会物质生活条件，就是指一定发展水平的生产力同以这种生产力为内容的生产关系的统一，是统治阶级政治统治得以存在的经济基础。

（二）宪法区别于一般法律的特征

首先，宪法是国家的根本大法。第一，宪法规定的内容具有根本性。它是国家的根本制度与公民的基本权利和义务。第二，宪法的法律效力具有最高性。宪法的这种最高效力体现在两个方面，一方面即对其他法律具有最高效力，是其他法律的根源和依

据,其他法律必须服从宪法,违反宪法的法律不再是法,而是对法的败坏;另一方面即对人的最高效力,在我国,任何组织和个人都必须遵守宪法,任何组织和个人都享有宪法规定的权利,同时也要履行宪法规定的义务。其次,宪法的制定和修改的程序较一般法更为严格,表现在:(1)在宪法的制定上,一般法的制定均由一国普通的立法机关制定,而宪法往往具有特别的立宪机关。(2)在宪法的修改上,宪法的修改程序也较一般法更为严格,具有较强的刚性。以我国为例,我国一般法律的修改需要经过相应立法机关过半数通过,而宪法的修改则需要经过全国人民代表大会 2/3 以上的票数通过才能进行。

三、宪法的基本原则

(一)人民主权原则

宪法是人类文明的重要标志,是人类社会从神治到个别人之治,再到人民治理的里程碑式文献。列宁说过,宪法就是一章写满了人民权利的纸。宪法记录了人民取得政权并行使这一权力的全过程。具体而言,社会主义人民主权原则的含义是:(1)“一切权力属于人民”,这是社会主义国家人民主权理论的基石,也是社会主义国家制度的核心内容和根本准则。(2)强调主权属于人民,而且只属于人民。在社会主义国家里只有人民主权,没有其他形式的主权,具有排他性。(3)反对对主权的分割,强调人民主权的统一性;而人民行使主权的方式是由人民代表制来实现的。(4)社会主义国家人民主权理论的“人民”是个政治概念,有特定的含义,并在不同历史时期有不同的内容。(5)社会主义国家人民主权理论要求实行人民代表大会制度。人民不仅可以选举人民代表,而且有权监督和罢免人民代表。

(二)法治原则

宪法的精髓在于保障公民权利,同时限制政府的权力。要达

到上述目的,需要借助于法律的治理。按照亚里士多德的说法,法治有两条基本特征,一是在一个社会中法律获得普遍的服从,二是人民所服从的法律是制定的良好的法律。概言之,普遍服从良法即为法治。在宪法的规制下,良法应有以下基本的含义:(1)除法律外任何人的行动不受阻碍;任何人没有特权;关于个人权利的一般宪法原则都是司法裁判的结果而不是权利宣言之类的言论。(2)政府权力要受限制,即个人享有某些不容侵犯的基本权利;政府权力的行使要遵守法定的程序;设置和加强司法机关,使上述原理付诸实现。

凡是一个有组织的社会不能没有政府来行使权力以限制公民的自由。同时,重要的是,政府的权力也要受法律的限制,这才是法治的实质意义。

(三)分权原则

分权与宪法有着不可分割的联系,正如1789年法国《人权宣言》中所明确指出的,“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法”。

亚里士多德《政治学》中提出国家有三种职能的观点,即议事的职能、行政的职能和审判的职能,又称亚氏“政体三要素论”。古罗马思想家波里比阿发展之并与混合政体联系起来,初步形成了分权制衡的框架。从理论上明确提出将国家权力分立的是洛克,而把分权理论系统化的是法国的孟德斯鸠。孟德斯鸠主张三种权力要相互制约,用权力制约权力,并断言:“没有制约的国家权力必然导致腐败。”孟德斯鸠的理论在美国得到发展和运用。杰斐逊、汉密尔顿等把“三权分立”作为国家机构建立的基石与原则,即将国家权力分为立法权、行政权、司法权,且三种权力相互独立并基本平衡。目前世界各国宪法中,都有重要篇幅涉及国家权力的分配与制衡。

(四) 权利平等和政治自由原则

权利平等,即公民平等地享有宪法赋予的权利,任何人不享有超出宪法的特权。同时,宪法设置权利保障程序,使任何人的权利受到侵害时,都能够得到有效的、公平的司法救济。政治自由,在许多国家被视为最重要的公民权利,其中尤以言论自由、集会自由最为重要。对于政治自由,法律的内容可以限制其自由的程度不能超过保障全体公民权利的要求。政治自由虽受到限制,但仍是**有保障的**,表现在对政治自由的限制必须以法律的形式完成,而不得以行政命令做出。同时,任何公民都应该有权利通过司法的途径救济自己的政治权利。

第二节 公民基本权利和义务

一、公民的基本权利

“公民”一词,源于希腊文,原意泛指“市民”,当时有其特殊的含义。公元前6世纪,古罗马的公民仅限于罗马城的贵族;至公元前3世纪,罗马城的平民才取得公民资格。在欧洲中世纪,“公民”概念被“臣民”所取代。16世纪资产阶级夺取政权后,宪法确定了“公民在法律面前人人平等”的原则,赋予了公民平等、自由的含义,并把公民与人民统一起来,使其在形式上享有“主权在民”的权利。近代意义上,“公民”的含义极为丰富,成为体现权利义务的法律概念。“公民”的内容:(1)公民是个人的一种身份,表明一种资格。公民首先是自然人,同动物相分;其次公民是单个人,是一国享有权利承担义务的主体,与“法人”、“外国人”、“无国籍人”区分。(2)公民反映两种社会关系,即公民与国家的关系和公民与公民的关系。公民作为国家的一员,按照“主权在民”原则

享有管理国家事务的政治权利。根据在法律面前人人平等的原则,公民之间是平等关系,任何人不存在任何特权。(3)公民同国籍有直接联系。国籍是公民资格的前提和标志。

公民权利的多少,直接体现该国的民主与文明的程度。现代国家大多把公民权利规定在宪法法律中,所以公民权利也被称为公民的法律权利。法律权利有三大特征:(1)它是由法律规范规定,具有国家强制性;(2)权利具有可放弃性;(3)权利是一种权能,属于可能性范畴。总之,权利是法律规范所规定的,用以满足自我利益,并由义务人的法律义务所保证的能为一定行为或不为一一定行为的权能。公民基本权利可以分为四大类。第一,公民在政治生活方面的基本权利,包括参政权、平等权和自由权(政治自由)三大部分。第二,公民在社会生活方面的权利,包括财产权、劳动权、物质帮助权、受教育权。第三,公民在个人生活方面的权利,包括人身自由、物质生活方面的权利,精神生活方面的权利。第四,公民在国际生活方面的权利,包括难民的国际保护、儿童权利的国际保护、外国公民与无国籍人的权利、难民的国际权利等。

具体来讲,公民基本权利包括以下几项:(1)平等权。即公民平等地享有权利,不受任何差别对待,要求国家同等保护的权力与原则。从定义可以看出:①平等权的主体是公民,说明公民的地位平等。②从公民与国家的关系看,公民有权要求国家平等的保护,不论公民性别、年龄、职业、出身等原因给予差别对待,是国家机关活动的基本出发点。③平等权意味着公民平权、平义。④平等权是实现基本民主的方法和手段。(2)政治权利。又称参政权或政治参加的权利,是人们参与政治活动的一切权利和自由的总称。政治权利的性质受到民主制度的具体方式的制约。无论是在直接民主制还是间接民主制之下,政治权利都具有能动的性质,是属于一种“接近国家的自由”。政治权利的能动性,决定了享有该权利的主体自身为实现对该权利的行使,必须具有一定程度的独立的

主体意志或行为能力。(3)精神、文化活动的权利。该权利是对那些与人的精神作用或精神活动相关联的所有的自由权利的总称。(4)人身自由与人格尊严。人身自由是指人的身体不受不合理拘束的自由,故而通常又被称为“身体的自由”。人身自由是人们一切活动和生活的前提条件,也是基本权利中最基础性的权利之一。人身自由被视为是“最小限度的自由”。人格尊严是权利主体宪法地位的基础,集中反映该法所维护的人权价值,具体包括名誉权、姓名权、肖像权与人身权,是以人的价值为核心的权利体系。人格尊严与私生活权的保护有着密切的联系,私生活权的保护目的是为了尊重人格尊严,使公民享有私生活领域的权利与自由。(5)社会经济权利。即通过国家对个人社会的积极介入而保障的所有人的或经济生活的权利,包括劳动权、休息权、生存权等。社会经济权利是指宪法所保障的有关经济活动或经济利益的权利,是公民实现其他权利的物质上的保障,是个人权利和社会权利的统一。

二、公民基本义务

公民基本义务最早萌芽于英国的宪法性文件,在1215年《大宪章》、1628年《权利请愿书》和1789年《权利法案》^①中均有所涉及。所谓基本义务,是指由宪法规定的公民必须履行的义务,是公民对于国家的具有首要意义的义务,它构成普通法所规定的义务基础。公民的基本权利与基本义务一起共同反映并决定着公民在国家中的政治与法律地位。基本义务也表明公民的宪法地位,即一个国家公民的基本义务越是繁重,公民的宪法地位就越低,反之则越高。公民的基本权利与基本义务具有一体性,但公民基本权利与基本义务不是等量的,权利内容较多,而义务内容较少。同

^① 英国《权利法案》全称为《国民权利与自由和王位继承宣言》。

时,二者还存在相互依存、不可分离,相互渗透、相互结合的关系。

具体来讲,我国公民的基本义务包括:(1)维护国家的统一和全国各民族的团结;(2)遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德;(3)维护国家的安全、荣誉和利益;(4)保卫祖国,抵抗侵略,依照法律服兵役和参加民兵组织;(5)依照法律纳税;(6)计划生育等。

第三节 国家基本制度

一、国家性质

国家性质即通常所说的国体,是指社会各阶级在国家中的地位,具体包含三层理论内容:一是国家“属于谁”,即谁是统治阶级,谁是被统治阶级。二是国家“依靠谁”,即对谁实行民主,对谁实行专政。民主的对象即统治阶级及其同盟者,专政的对象则包括被统治阶级及其协作阶层。三是国家“为了谁”,即统治阶级通过这种民主所要完成的阶级任务,即所要达到的经济目的。前一方面是决定性的,后两个方面是前一个方面内在要求的具体体现。

国家性质在整个国家制度体系中处于核心地位,它是国家制度的内容和本质,它决定国家形式的性质及其作用方式,当然它也必然要通过国家形式表现其内在要求。对国家性质的理解应从两个方面进行:第一,社会各阶级在国家中的地位实际上取决于国家主权的归属。即国家主权掌握在哪个阶级手中决定一个国家的国体。第二,对国体内涵的分析应该从政治、经济、思想三方面进行。具体来说,社会各阶级在政治生活中的地位如何,是决定并反映国体的第一个重要因素。而社会各阶级在政治生活中的地位才是他们在社会经济结构中所处地位的反映。因此,经济制度的性质和