

南京大学法学文库

法理学

——法的历史、理论与运行

范 健
张中秋 编著
杨春福



南京大学出版社

D90/62

36-37

南京大学法学文库

法理学

——法的历史、理论与运行

范 健

张中秋 编著

杨春福



南京大学出版社

(苏)新登字 011 号

ISBN7-305-02869-X/D·353

总定价 240 元(本册定价 20 元)

南京大学法学文库

法 理 学

——法的历史、理论与运行

范 健 张中秋 杨春福 编著

南京大学出版社出版发行

(南京大学校内 邮政编码:210093)

江苏溧水人民印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:12

1995 年 9 月第 1 版 1995 年 11 月第 2 次印刷

印数 2001—5000

ISBN7-305-02869-X/D·353

总定价:240 元(本册定价 20 元)



目 录

导论	(1)
----------	-------

第一编 法的历史与文化

第一章 法的起源	(13)
第一节 原始人的组织生活与行为习惯	(13)
第二节 原始社会组织的解体与法的产生	(16)
第三节 关于法的起源的其他学说	(24)
第二章 法的历史发展	(31)
第一节 法的历史发展理论	(31)
第二节 法的历史类型	(44)
第三节 法的现代化与未来	(49)
第三章 法律意识	(53)
第一节 法律意识的概念	(53)
第二节 法律意识的分类	(55)
第三节 法律意识的作用	(59)
第四章 法律文化	(61)
第一节 “法律文化”的含义	(61)

第二节 法律文化的基本理论——类型、结构、功能与特征	(63)
第三节 现代化进程中的法律文化变迁	(69)
第四节 中西法律文化差异之比较	(73)
第五章 当代世界主要法律体系	(76)
第一节 法系的含义与划分	(76)
第二节 当代世界主要法律体系概述	(79)
第三节 中国法律体系:过去与未来	(87)

第二编 法的本体与价值

第六章 法的概念	(93)
第一节 法的词源和词义	(93)
第二节 法的定义	(97)
第三节 法的渊源和分类	(106)
第七章 法的本质	(114)
第一节 概述	(114)
第二节 马克思主义关于法的本质的理论	(123)
第三节 当代中国社会主义法的本质	(131)
第八章 法的基本特征	(136)
第一节 一般法的基本特征	(136)
第二节 社会主义法的基本特征	(142)
第九章 法的作用	(149)
第一节 法的作用概述	(149)
第二节 法的规范作用	(153)
第三节 法的社会作用	(157)
第四节 当代中国社会主义法的社会作用	(161)
第十章 法的价值	(168)

第一节	概述	(168)
第二节	秩序	(170)
第三节	自由	(174)
第四节	正义	(177)
第五节	效率	(180)
第十一章	法与其它社会现象的关系	(185)
第一节	法与经济	(185)
第二节	法与政治	(196)
第三节	法与国家	(201)
第四节	法与政策	(206)
第五节	法与道德	(211)
第六节	法与宗教	(217)
第七节	法与科学技术	(226)

第三编 法的制定与实施

第十二章	法律调整机制	(233)
第一节	法律调整机制的概念	(233)
第二节	社会主义法律调整机制的一般特性	(237)
第三节	法律调整机制的诸环节	(242)
第四节	民主的法律保障与法律调整的外部机制	(246)
第十三章	法的创制	(259)
第一节	法的创制的概念	(259)
第二节	我国法的创制的程序	(265)
第三节	我国法的创制的基本原则	(269)
第四节	完善我国现阶段法的创制	(274)
第十四章	法律规范及其渊源	(290)
第一节	法律规范的概念和结构	(290)

第二节	社会主义法律规范的种类·····	(296)
第三节	社会主义法律规范的渊源·····	(301)
第十五章	法的体系·····	(306)
第一节	社会主义法的体系的概念·····	(306)
第二节	法的部门·····	(310)
第三节	我国主要法的部门概述·····	(315)
第十六章	法的适用·····	(321)
第一节	法的实施、实现和执行·····	(321)
第二节	法的适用的概念和特征·····	(325)
第三节	法的适用的要求·····	(326)
第四节	司法机关适用法律的原则·····	(327)
第五节	司法机关适用法律的程序·····	(330)
第十七章	法律规范的效力、解释和类推适用·····	(333)
第一节	法律规范的效力·····	(333)
第二节	法律规范的解释·····	(337)
第三节	法律规范的类推适用·····	(341)
第十八章	法律关系·····	(344)
第一节	法律关系的概念与特点·····	(344)
第二节	法律关系的种类·····	(346)
第三节	法律关系的主体·····	(348)
第四节	法律关系的内容·····	(352)
第五节	法律关系的客体·····	(353)
第六节	法律事实·····	(355)
第十九章	法的遵守·····	(357)
第一节	守法·····	(357)
第二节	违法·····	(361)
第三节	法律责任·····	(364)
第四节	法律制裁·····	(366)

第二十章	法律监督.....	(368)
第一节	法律监督的概念、构成和意义	(368)
第二节	国家机关的监督.....	(370)
第三节	社会监督.....	(373)

导 论

一、法理学的研究对象

“法理学”一词本是外来语。从语源上看，它来自拉丁语 *jurisprudentia*，原指“法律的知识”或者“法律的技术”。在古罗马法学家的著作和查士丁尼法典中，该词有时也被界定为“人或神的事务的概念”、“有关正义或非正义的概念”，相当于广义的法学或法律科学。英文中的法理学是指 *jurisprudence*。《不列颠百科全书》关于这一词的解释是：“此词在英语中较通常的意义以及本文所指的意义，大体上相当于法律哲学。法理学是关于法律的性质、目的、为实现那些目的所必要的（组织上的和概念上的）手段、法律实效的限度，法律对于正义和道德的关系，以及

法律在历史上改变和成长的方式。”^{〔1〕} 还需要指出的是,在英语国家里,法理学一词常被用作法律哲学或法哲学(legal philosophy 或 philosophy of law)的同义词,并且总是用以概括法学领域的分支学科。^{〔2〕}《牛津法律指南》(中文版为《牛津法律大辞典》)一书中关于“法理学”和“法律哲学”两个条目的解释也都指出,这两个词有时作为同义词使用。^{〔3〕}

在我国,“法理”和“法理学”的概念出现较晚,梁启超先生曾在本世纪初使用过“法理”的概念。旧中国的大学里开设过法理学的课程。日本法学家穗积陈重的《法理学大纲》曾于1928年由商务印书馆翻译出版。解放后,由于我们长期受“左”倾思潮的干扰,“法理学”(“法哲学”)曾被作为资产阶级的意识形态和专用名词而被禁止使用。这可以说在很大程度上是受到了前苏联法学界的影响。《苏联大百科全书》曾明确宣布法理学或法哲学是“资产阶级法学的一个分科”。我国的《法学词典》(1979年版)把“法理学”解释为“资产阶级法哲学的别称”,同时把法哲学定性为“剥削阶级法学家用唯心主义哲学的方法抽象地研究法的一般问题的思想学说”。因此,在这样的背景下,我们套用前苏联法学界的做法,用“国家和法的理论”取代了法理学。到80年代初,我国法学界把国家理论与法的理论作了适当分的离,使法学理论摆脱政治理论的限制而成为一门独立学科。但此时仍不敢名正言顺地使用“法理学”,而是采用了被某些学者称为“不伦不类”的“法学基础理论”作为“法理学”的别称。经过拨乱反正的思想论辩,到80年代中期,“法理学”才获得了“合法”的地位,出现在法学殿堂。其中一个标志是李达先生写于

〔1〕《不列颠百科全书》(1973年第14版)第13卷,第150页。

〔2〕《不列颠百科全书》(1977年第15版)第13卷,第714页。

〔3〕[英]M. 沃克主编:《牛津法律指南》(中文版为《牛津法律大辞典》),1980年,第746、678页。

1947年的《法理学大纲》于1983年被法律出版社出版。此后,我国法学教育界陆续出版了一些《法理学》教材。现在,法理学的概念已为法学理论界所普遍接受。

那么,法理学应研究什么?包括哪些内容?由于法律这一特定社会现象的纷繁复杂性,使得法理学的内容变得极为庞杂。正如英国法理学家哈里斯(J. W. Harris)风趣地指出:“法理学是一袋杂七杂八的东西。关于法律的各种各样的一般思辨都可以投入这个袋中。法律是干什么的?法律要实现什么?我们应重视法律吗?对法律如何加以改进?可以不要法律吗?谁创制法律?我们从哪里去找法律?法律与道德、正义、政治、社会实践或赤裸裸的武力,有什么关系?我们应遵守法律吗?法律到底为谁服务?等等。这些就是一般法理学所包括的问题,人们可以不管这些问题,但这些问题却并不消失。”^{〔1〕}当代美国著名的法理学家波斯纳(Richard A. Posner)则认为法理学是关于法律这种社会现象的最基本的、最一般的和最理论化的分析。他认为法理学的问题通常包括法律是否以及在什么意义上是客观的(确定的、非个人的)和自主的,而不是政治性的和个人的(Personal),法律正义的含义是什么?法官的恰当的和实际的角色是什么,司法中裁量的作用;法律的来源是什么;法律中社会科学和道德哲学的作用,传统在法律中的作用;法律能否成为一种科学;法律是否会进步;以及法律文本解释上的麻烦。^{〔2〕}

从以上引文,我们可以看出,法学家关于法理学的研究对象实际上是两类关系,一类是法律和法律制度内部的关系,另一类是法

〔1〕 [英]哈里斯著:《法律哲学》,伦敦 Butterworth 公司 1980 年版,第 1 页。转引自沈宗灵著:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 2—3 页。

〔2〕 [美]波斯纳著,苏力译:《法理学问题》,中国政法大学出版社 1994 年版,序言第 1—2 页。

律和其他社会现象之间的关系。正如美国已故法学家帕特森(E. Patterson)所说:“法理学是由法律的(of law)一般理论和关于法律的(about law)的一般理论构成的。用这样的两个命题,人们可以表明有两类法律理论和分析。一类关于法律的内在方面(internal),另一类关于法律的外在方面(external)。”^{〔1〕}当然,这种概括是就整个西方法理学而言的,并不是指个别法理学家的法理学体系。可以这样说,在西方国家,有多少法理学家就有多少法理学体系。

本书作者赞同这样的观点,法理学应以“一般法”为研究对象。所谓“一般法”有两层含义:一是指古今中外的一切法,即法理学应是对古今中外一切类型的法及其各个发展阶段的情况的综合研究,它的结论应能解释法的一切现象;二是指法的整个领域或整个法律现实,即包括宪法、行政法、刑法、民法、经济法、诉讼法等在内的整个法律领域,以及从制定到实施的全过程。法理学应当以各个部门法和部门法学为基础,应是对各个部门法的总体研究,是对各个部门法学研究成果的高度概括。

基于以上的观点,我们认为法理学的研究范围或称法理学的体系应当包括三个方面,即法的必然性、法的应然性和法的实然性。法的必然性揭示的是法的产生和发展的历史规律,法的应然性则是从价值评价的角度说明法的本体和价值,而法的实然性描述的是法的制定和实施的运行过程。与这三个方面相适应,本书的体系安排是:

第一编,法的历史与文化。它包括法的起源、法的历史发展、法律意识、法律文化和当代世界主要法律体系。

第二编,法的本体与价值。它主要涉及法的概念、法的本质、法

〔1〕 [美]帕特森著:《法理学》,美国 Foundation Press 公司 1953 年版,第 2 页,转引自张文显著:《当代西方法哲学》,吉林大学出版社 1987 年版,第 2 页。

的基本特征、法的作用、法的价值、法与其它社会现象的关系等问题。

第三编,法的制定与实施。它包括法律调整机制、法的创制、法律规范及其渊源、法的体系、法的实施、法律关系、法的遵守和法律监督等问题。

还需要指出的是,本书还侧重论述了当代中国社会主义法的基本理论和实践问题。

二、法理学的价值

由于“法理学”所涉及的问题、所使用的视角大部分与法律实务者的日常关心相距甚远,^[1]自然,轻视法理学的学习和研究,怀疑法理学的价值就有了一定的普遍性。因此,我们很有必要探讨一下法理学的价值,以清除这些错误的观点和做法。我们认为法理学的价值有以下几个方面:

(1)法理学是部门法学的入门向导和总体概括。在由理论法学(包括法理学、法律社会学、比较法学等)和部门法学(包括宪法学、刑法学、民法学等)构成的法学体系中,法理学占居着特殊的地位,即处于法学知识体系的最高层次。法理学的研究对象是一般法,而一般法所要回答的是法律观问题,这是法学的根本问题。没有对法是什么的了解就不可能有对民法、刑法等各是什么的深刻理解。法理学的任务是探讨法的普遍原理或最高原理,为各部门法学提供理论根据和思想指导。可以说,法理学是部门法学的向导,掌握了法理学就等于掌握了开启各部门法学的钥匙。

同时,由于法理学的研究对象是一般法,而一般法的含义之一

[1] 参见[美]A.波斯纳著:《法理学问题》,中国政法大学出版社1994年版,序言第1页。

是各部门法。因此,法理学离不开部门法和部门法学。它要以部门法和部门法学作为素材和理论来源。所以,一方面,法理学指导着部门法学向深层次发展;另一方面,部门法学中一些带有法学普遍意义的结论,又推动着法理学的进一步提高。部门法学是否有深度最终还是要以它能抽象和概括出多少具有普遍意义的具有法理学属性的理论作为检验尺度,所以部门法学的理论化,最终仍要归到对法理学的贡献上来。

(2)法理学能培养和提高每个法科学生和法律工作者自身的法学素养。在社会中,每个社会角色都有一定的角色参照系,即:观察、思考、分析和处理问题的比较稳定的模式。法律角色也有自己的角色参照系,即从法律工作者所处的位置上看待和处理问题的观点、方法和特定的推理思维方式。如对一个精神病人而言,医生关注的是病人的病情和病理,而法律工作者关心的则是病人的合法权益、权利能力、行为能力等等。而法理学通过提供法律角色参照系所需的基本概念(如权利、义务、法律规范、法律行为、法律责任等)和基本推理方法(如无罪推定等)来培养和提高人们的法律素养,使之成为一个合格的受过专业训练的法科学生或法律工作者。其实,一个合格的、出色的法律实务工作者,他的法理功底应是深厚的,因为,具体案件的解决固然依据具体的法律、法规,需从具体的法律规定找答案,但是,要能够找到正确的答案则取决于他对法律原则、法律精神和法律价值的深刻理解。在西方,大多数知名的法理学家都是出色的法官、律师等法律实务工作者。

(3)法理学能够提高人们的公民意识和参与能力,增强人们的民主法制观念,从而有利于社会主义民主法制建设。作为一个合格的公民,就应当有公民意识(主体意识)、权利意识、参与意识、平等观念、责任观念和法治观念等。上述要素不仅在法理学中有所论述,而且是作为其重要内容加以论述的。因而学习法理学有助于塑造公民人格,提高公民的参与能力和参与质量。同时,还可以增强

人们的民主法制观念。因为,人们的民主法制观念的水平,同他对法律的理论 and 知识的了解程度相联系。衡量一个人是否有较强的民主法制观念,主要是看他是否能将法律的理论 and 知识变成他牢固的信念,能真正体现在为维护社会主义民主与法制的行动上。认真学习法理学将有助于我们培养这种信念。

三、法理学的研究方法

法理学的研究方法,可以分为两个层次,即总的方法和具体的方法。

(一)法理学研究的总方法

根据马克思主义的基本理论,我们的法理学研究所遵循的总的方法是辩证唯物主义和历史唯物主义,即唯物辩证法。

唯物辩证法是唯物的,又是辩证的,是唯物主义方法和辩证方法的有机结合。唯物主义方法主要包括实事求是原则和社会存在决定社会意识的原则;辩证方法主要包括社会现象普遍联系的原则和社会历史永恒发展的原则。

坚持和贯彻以上原则,我们可以形成一个总的方法体系,这个方法体系就是:由于法理学与法制建设实践的关系要遵循实践——认识——再实践的规律螺旋式的向前发展,必须坚持理论联系实际,一切从实际出发,开展社会调查研究;由于法律上层建筑与上层建筑其他部分相互作用的关系及其决定于并反作用于社会经济基础,还要受到传统的、现实的种种因素的制约,要求法理学研究坚持普遍联系、全面分析的方法;由于法是一种社会历史现象,有其产生、发展和消亡的规律,要求法理学坚持历史考察的方法;由于法律是掌握政权阶级的意志和利益的体现,要求法理学坚持阶级分析的方法;由于法律具有相对的稳定性和随着客观情况发展变化而发展变化的恒动性,需要法理学坚持对法律现象进行

静态分析和动态分析相结合的方法等。

(二)法理学研究的具体方法

第一,社会调查的方法。从实际出发是唯物主义的一个根本原则。那么,法理学研究者如何了解实际情况呢?一个基本的方法是进行社会调查,这样可以使我们的研究摆脱注释法学的风气,法理学进行的社会调查其课题和范围是极其广泛的。宏观方面的调查主要有社会结构的调查、社会组织的调查、治安状况的调查和法律文化的调查等,微观方面的调查主要有法律行为的调查、法律实效的调查、法律角色的调查等等。社会调查的方式也是多种多样的,一般可分为普通调查、抽样调查、典型调查和个案调查四种。为了做好社会调查工作,就需要我们法学工作者通过各种渠道收集各种有关资料,包括各种统计资料和文件,还需要他们直接参加有关会议、参与立法、执法、司法工作,或同有关人员谈话等等。

第二,历史考察的方法。一切社会现象都有其产生、发展的历史。如果抛开历史的联系,那么,无论是政治现象、经济现象还是法律现象都不可能得到正确的理解和把握。正如列宁在讲到如何研究国家问题时所指出的那样:“为了解决社会科学问题,为了真正获得正确处理这个问题的本领而不被一大堆细节或各种争执意见所迷惑,为了用科学眼光观察这个问题,最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系,考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生的,在发展过程中经过了哪些主要阶段,并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^{〔1〕} 法理学所从事的历史研究主要是通过文献分析法来进行的。因此,就要求我们必须充分全面地占有资料并认真识别文献的真伪、来源、版本以及文献是属于原始文献还是第二手文献等等。

第三,分析和比较的方法。这里实际上包括两种方法,一种是

〔1〕《列宁选集》,第4卷,第43页。

对某一法律进行分析；另一种是对不同法律进行比较。分析法律也称注释法律、解释法律，它既是中外自古有之的一门专门的学问，也是一种专门的法学研究方法。它之所以能成为一种专门的法学研究方法是因为法律作为一种概括的普遍性规范要适用到千差万别的具体场合，就必须对法律的含义、内容以及更深层次的立法意图进行分析论证。在法理学中关于法、法律规范、法律部门、法律体系、立法、执法、司法、守法和法律监督等有关问题的一系列的概念、原理和原则的形成都是与分析法律的方法在法理学中的应用分不开的。

同样如此，对法律的比较研究既是法学的一个分科（比较法学），也是研究法学的一种方法。当然，作为法学的一个分科而论，比较法学主要是指对不同国家的法律的比较研究，但作为一种研究方法来说，这种比较研究不限于不同国家的法律，也可以扩大到对本国的法律之间（不同时期的或不同部门法之间）的比较研究。

此外，一些新的科学方法也在法理学研究中得到了应用，如以“老三论”（系统论、信息论、控制论）和“新三论”（耗散结构论、协同论、突变论）为代表的现代科学方法和其他一切适合法理学研究的人文科学方法被一些中青年学者引入了法理学研究领域。我们可以断言，这些方法的应用，必然会开拓新的视野和领域，推动法理学以至整个法学的发展。

本书是在讨论的基础上分工撰著而成的，第一编由张中秋撰写，第二编及导论由杨春福撰写，第三编由范健撰写，最后由作者统一定稿。本书的写作在很多方面得益于法理学的最新进展，在此深表谢意。错误和不当之处，敬请指教。