

法的原理与 应用

FA DE YUANLI YU
YINGYONG

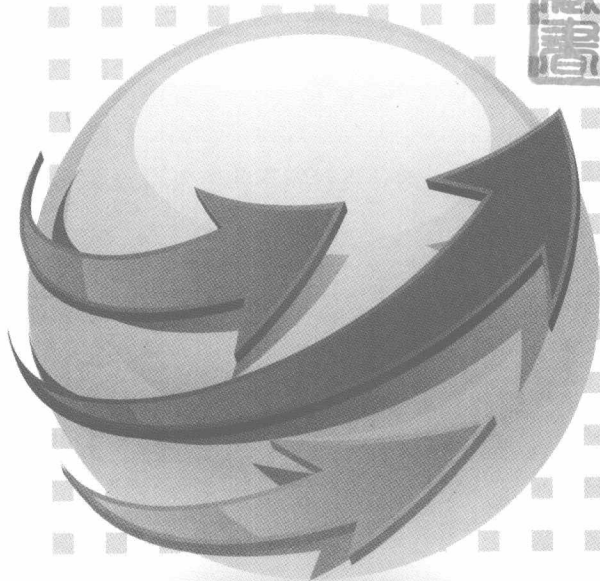
主 审◎ 盛永彬
主 编◎ 刘树桥 雷绍玲



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

法的原理与 应用

FA DE YUANLI YU 主 审◎ 盛永彬
YINGYONG 主 编◎ 刘树桥 雷绍玲



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

法的原理与应用/刘树桥, 雷绍玲主编. —广州: 暨南大学出版社, 2012. 8
(高等法律职业教育系列教材)

ISBN 978 - 7 - 5668 - 0329 - 0

I. ①法… II. ①刘…②雷… III. ①法学—高等教育—教材 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 200547 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市天河星辰文化发展部照排中心

印 刷: 湛江日报社印刷厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 22

字 数: 510 千

版 次: 2012 年 8 月第 1 版

印 次: 2012 年 8 月第 1 次

印 数: 1—3000 册

定 价: 46.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

“高等法律职业教育系列教材” 审定委员会

主 任：张文彪

副主任：万安中

委 员：（按姓氏笔画排序）

王 亮 刘晓辉 李 岚 李雪峰 陈晓明
周静茹 项 琼 曹秀谦 盛永彬 鲁新安



《法的原理与应用》编委会

主 审：盛永彬

主 编：刘树桥 雷绍玲

副 主 编：张雪琳

编写人员：（按姓氏笔画排序）

刘树桥 李 娜 张 蓉

张雪琳 龚国艳 盛舒弘

谢素琚 雷绍玲

总序

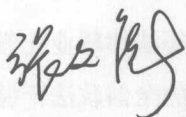
高等法律职业化教育已成为社会的广泛共识。2008年,由中央政法委等15部委联合启动的全国政法干警招录体制改革试点工作,更成为中国法律职业化教育发展的里程碑。这也必将带来高等法律职业教育人才培养机制的深层次变革。顺应时代法治发展需要,培养高素质、技能型的法律职业人才,是高等法律职业教育亟待破解的重大实践课题。

目前,受高等职业教育大趋势的牵引、拉动,我国高等法律职业教育开始了教育观念和人才培养模式的重塑。改革传统的理论灌输型学科教学模式,吸收、内化“校企合作、工学结合”的高等职业教育办学理念,从办学“基因”——专业建设、课程设置上“颠覆”教学模式:“校警合作”办专业,以“工作过程导向”为基点,设计开发课程,探索出了富有成效的法律职业化教学之路。为积累教学经验、深化教学改革、凝塑教育成果,我们着手推出“基于工作过程导向系统化”的法律职业系列教材。

《国家(2010—2020年)中长期教育改革和发展规划纲要》明确指出,高等教育要注重知行统一,坚持教育教学与生产劳动、社会实践相结合。该系列教材的一个重要出发点就是尝试为高等法律职业教育在“知”与“行”之间搭建平台,努力对法律教育如何职业化这一教育课题进行研究、破解。在编排形式上,打破了传统篇、章节的体例,以司法行政工作的法律应用过程为学习单元设计体例,以职业岗位的真实任务为基础,突出职业核心技能的培养;在内容设计上,改变传统历史、原则、概念的理论型解读,采取“教、学、练、训”一体化的编写模式。以案例等导出问题,根据内容设计相应的情境训练,将相关原理与实操训练有机地结合,围绕关键知识点引入相关实例,归纳总结理论、分析判断解决问题的途径,充分展现法律职业活动的演进过程和应用法律的流程。

法律的生命不在于逻辑,而在于实践。法律职业化教育之舟只有驶入法律实践的海洋当中,才能激发出勃勃生机。在以高等职业教育实践性教学改革为平台进行法律职业化教育改革的探索过程中,有一个不容忽视的现实问题,高等职业教育人才培养模式主要适用于机械工程制造等以“物”作为工作对象的职业领域,而法律职业

教育主要针对的是司法机关、行政机关等以“人”作为工作对象的职业领域，这就要求在法律职业教育中对高等职业教育人才培养模式进行“辩证”地吸纳与深化，而不是简单、盲目地照搬照抄。我们所培养的人才不应是“无生命”的执法机器，而是有法律智慧、正义良知、训练有素的有生命的法律职业人员。但愿这套系列教材能为我国高等法律职业化教育改革作出有益的探索，为法律职业人才的培养提供宝贵的经验、借鉴。



2010年11月15日



前言

法学理论作为法学中的基础性学科，其重要性不言而喻。但传统法学理论教材的内容抽象性、哲理性强及语言深奥、枯燥、不易懂的特色使得法学学科的学生不知如何应对。从学生学习的情况来看，总体感觉学生学习的效果不佳：一是对法学理论知识一知半解；二是不能很好地将法学理论应用于社会实践，去解释社会法律现象。而在当下，高职法律教育的发展强调学生法律知识的应用性。于是，颠覆传统的学科体系的知识构造、建立行动导向的知识体系就成为高职法律教育对教材的基本要求。基于此，广东司法警官职业学院启动了教材建设工程，并取得了良好的效果——编写出了大批的适应高职教育要求的法学教材。法学理论的教材建设也紧随其后，在学院、系领导的支持下，在本院法律系基础法律教研室的全体成员及其他科室部分成员的积极参与下，进行了适应高职法学教育特点的法学理论教材改革，并将该教材命名为《法的原理与应用》。

《法的原理与应用》的编写力求体现如下特点：

(1) 行动导向性。行动导向是高职教育的内在要求。因此，《法的原理与应用》从体例结构上力求体现这一点。本教材的体例基本上是按照导入案例、基本原理认知、拓展阅读、思考与练习、学习情境这样的模式编排的，体现的是通过学生思考引起兴趣，再引导学生进行基本理论的探讨，最后由学生对法律现象予以分析并解决的基本思路。这样，保证了学生的学习主动性以及将学习融入行动中的基本要求，体现了“做、学结合”的高职教育特点。

(2) 知识够用性。考虑到法学理论知识体系的庞大繁杂以及高职教育学生的具体情况，总结长期以来的法学理论教学经验，《法的原理与应用》教材编写组成员确定了最基础的法学理论范畴，分为四个单元进行编写。这样，既可以保证学生对法学理论能够较容易地理解，克服学习上的困难，又能保证学生学到必须的法学理论知识。同时，基于法学理论知识的博大精深，本教材又把一些法学理论知识设置为拓展阅读部分，作为学生自觉学习的参考材料，为学生对法学理论进行更广泛及更深入的学习提

供条件。

(3) 通俗易懂性。鉴于绝大多数传统法学理论教材存在内容抽象性、哲理性强以及语言深奥、枯燥、不易懂的问题,《法的原理与应用》教材编写组成员对该教材的编写进行了大胆的尝试,力求用朴素、通俗、简明易懂的语言进行阐述,以求解决传统法学理论教材内容的抽象性、哲理性强等问题,同时对某些法学理论辅之以案例,帮助学生更好地理解法学理论知识。

本教材的编写分工如下:

刘树桥:导论、项目一、项目五、项目十八;张雪琳:项目二、项目六、项目七;张蓉:项目三、项目十四;谢素珺:项目四、项目十三;李娜:项目八、项目十五;雷绍玲:项目九、项目十七;龚国艳:项目十、项目十六;盛舒弘:项目十一、项目十二。本教材由刘树桥、雷绍玲担任主编,由张雪琳担任副主编,盛永彬教授担任主审。

本教材由主编刘树桥、雷绍玲统一校对,由盛永彬教授最后审定。在本教材编写过程中,参考和借鉴了相关教材的优秀成果,在此表示由衷的感谢。由于本教材是按照高职教育理念进行教材改革的初步尝试,不足之处在所难免,恳请同仁批评指正!

《法的原理与应用》教材编写组

2012年3月28日



目 录

CONTENTS

总 序	001
前 言	001
导 论	001

单元一 ◆ 法的基本理论认知

项目一 什么是法	007
任务一 正确理解法的内涵	007
任务二 正确适用法	024
项目二 法的产生与发展	031
任务一 法的产生与模式	031
任务二 法的发展	036
学习情境：两大法系在诉讼中的不同特点分析	048
项目三 法包含的内容	051
任务一 法律权利	052
任务二 法律义务	058
任务三 法律权力	063
学习情境：法律权利的冲突	070
项目四 法具备的要素	071
任务一 法具备的要素	071
任务二 法的要素的应用	082
学习情境：法的要素的应用	090
项目五 我国法的渊源的原理与应用	092
任务一 法的渊源的原理	092



任务二 我国法的渊源的应用	100
学习情境一：我国法的渊源的识别	109
学习情境二：我国法的渊源的应用	111

单元二 法作为社会存在的理解

项目六 法的价值目标及实现	113
任务一 法的价值目标	114
任务二 法的价值的实现	122
学习情境：法的自由价值与秩序价值何者为优	132
项目七 法具有的功能及实现	133
任务一 法的功能及其分类	133
任务二 法的功能的实现	139
学习情境：法的功能实现效果分析	147
项目八 法具有的效力	148
学习情境：如何运用法的效力理论	154
项目九 法与社会的相互关系	156
任务一 法与经济	156
任务二 法与政治	160
任务三 法与文化	164
学习情境：法与社会的相互关系的应用	170

单元三 法的创制与实现

项目十 法的创制	172
任务一 立法体制	173
任务二 立法原则	178
任务三 立法程序	182
学习情境：法的创制的识别	191
项目十一 法律实现的方式	194
任务一 遵守法律：履行法律义务	195
任务二 运用法律：实现法律权利	197
任务三 执行法律：执法	200
任务四 适用法律：司法	205
学习情境：执法与司法的应用	211
项目十二 法律实现的方法	214

任务一 法律事实与法律判断	214
任务二 法律解释	217
任务三 法律推理	222
学习情境：法律解释与法律推理的应用	226
 项目十三 法律监督的实现	229
任务一 法律监督概述	229
任务二 法律监督体系	235
学习情境：法律监督的应用	242
 项目十四 法律关系的认定	245
任务一 法律关系的概述	246
任务二 法律关系构成要素及运行	250
学习情境：法律关系的识别	265
 项目十五 法律行为的判断	266
任务一 法律行为及其构成	266
任务二 法律行为的分类	271
学习情境：法律行为的判断	277
 项目十六 法律责任的承担	278
任务一 法律责任的构成和分类	278
任务二 法律责任承担的具体形式	285
学习情境：法律责任的识别和应用	292

单元四 ◆ 法治理念的树立

项目十七 法治的认知	295
任务一 法治的概念	296
任务二 西方法治形成的基础	300
任务三 法治的基本原则	306
学习情境：法治理念的应用	314
 项目十八 社会主义法治理念的树立	316
任务一 社会主义法治理念的基本理论	317
任务二 社会主义法治理念的基本内容	323
任务三 社会主义法治理念的基本要求	328
学习情境：社会主义法治理念的贯彻运用	336

参考文献	338
------------	-----

导论

【导入案例】

2001年12月23日,原告蒋韬看到《成都商报》上刊登《中国人民银行成都分行招录行员启事》,其中第一条“招录对象”规定:“2002年普通高等院校全日制应届毕业生具有大学本科及以上学历的经济、金融、计算机、法律、人力资源管理、外语等专业的学生。男性身高在168厘米、女性身高在155厘米以上,生源地不限。”原告是四川大学法学院1998级学生,认为成都分行的上述规定,是对包括自己在内的仅因身高不符合上述条件的报名者的身高歧视,侵犯了原告享有的宪法赋予的担任国家公职的平等权,诉请法院依法确认被告的具体行政行为违法、停止发布该内容的广告等。此案于2002年1月7日由成都市武侯区人民法院受理。同年4月25日,此案在武侯区人民法院开庭审理,控辩双方在庭上围绕“原告宪法所赋平等权”等焦点展开激烈辩论。5月5日,成都市武侯区人民法院作出判决:驳回蒋韬的起诉。理由有二:一是中国人民银行成都分行招录行员行为不是其作为金融行政管理机关行使金融管理职权、实施金融行政管理的行为,因此,不属于行政行为范畴,依法不属于人民法院行政诉讼的主管范围;二是被告的这一行为在作出时并未对外产生拘束力或公定力。该行为的效力只有在招录行员的报名期间即“2002年1月11日至17日”这期间才产生。而被告成都分行在该行为产生效力之前就已自行修改了《招录行员启事》内容,撤销了对招录对象的身高条件规定,消除了该行为对外部可能产生的法律后果和对相对人的权利义务产生的实际影响。因此,被告的行为实际上并未给原告及其他相对人报名应试的权利造成损害。原告蒋韬所称的侵权事实是尚未发生的事实,不具有可诉性。此案被蒋韬的代理人周伟教授称为“中国法院受理的宪法平等权利的第一案”。^①

问题:1. 我们应当怎样用法来解释这一现象?

2. 通过该案例思考一下,法是一个什么样的世界?

【基本原理认知】

在现实生活中,我们经常会遇到这样或那样的社会现象。近几年发生的比较典型的有“躲猫猫”事件,邓玉姣案,梁丽捡金案,“钓鱼执法”事件^②、赵作海、孙学双冤案,王鹏举报同学考试作弊案,官二代“我爸是李刚”事件^③等等。对于这些社会现

^① <http://home.xuefa.com/space-382923-do-blog-id-15868.html>。

^② http://forum.enorth.com.cn/thread_2755475_.html。

^③ <http://wenku.baidu.com/view/71a6a418ff00bed5b9f31d7a.html>。



象，在法治国家、法治社会里，一般需要从法的角度去评判。这些社会现象也就转化成了法律现象。

这里实际上涉及两个问题：一个是当我们用法去评判法律现象时，我们依据的是法的原理。所谓原理，也就是带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律；或者说是具有普遍意义的道理。^① 因此，法的原理也就是法中存在的带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律、道理。法的原理为我们评判法律现象提供了标准，从而让我们能够去评判社会法律现象。法治国家、法治社会离不开法的原理。另一个是当人们用法的原理去评判法律现象时，人们会得出各种各样的结论。究其原因，就会发现：人们对法的原理是有不同认识的，法律制度是有缺陷的等等。这就引起我们的思考：我们究竟需要什么样的法的原理？怎样推进法律制度的完善？

上述问题实际上表明，我们的生活离不开法，我们的日常生活蕴涵着法的原理，法的原理就在我们生活当中。所以，我们要通过现实生活世界来认识法是什么，揭示法中的规律、道理。在认识、揭示的过程中，来进一步探索法理精义。

法的原理是重要的，首先我们要用法的原理来审视社会法律现象。很多社会法律现象都是需要审视的，如平等问题，单就业方面，除了导入案例涉及的招录不平等外，社会中还有诸如公务员招考中存在的长相歧视、学历歧视、性别歧视（只招男不招女）、年龄歧视（一般规定35岁以下）、毕业出身偏见（只招某些名牌大学毕业生）、户口限制（只招非农户口，或本地户籍）等，怎么看待这些问题？其次我们要从社会法律现象中去提炼法的原理，去探究社会法律现象背后所体现的法的根本性问题。

一、法的原理概述

法的原理，是指法中存在的带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律、道理，是最一般的规律、道理。比如，法是怎样产生、发展和变化的？法的本质是什么？法的价值是什么？法如何运行？等等。对具体社会法律现象的审视、对具体法律的评价、对具体法律适用的效果检验，都蕴涵着法最一般的规律、道理，都离不开法的原理的影子。因此，法的原理在法治国家、法治社会无处不在。

人们对法的原理的研究，历史悠久。可以说，自人类有法律之日起，就有关于法的原理的探讨。不管是西方的柏拉图、亚里士多德，还是我国的老子、孔子，都有着对法的思考。通过历史的沉淀，法的原理成果是丰硕的。人们把法的原理系统化，形成了独立的知识体系，称为法理学。法理学在法学中具有特殊的地位。法学，也就是研究整体法律现象或法律问题的学科，根据其研究法律现象的一般性和特殊性，人们基本上将其分为理论法学和部门法学。理论法学包括法理学和法制史学；部门法学包括诸如民法学、刑法学等。

法理学中所体现的法的原理既为部门法的学习打下了基础，也为立法、执法、司法提供了指导，更通过对社会法律现象的深思，推动了法的发展。可见，法的原理是非常重要的。

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典（第五版）》，商务印书馆2005年版，第1675页。

二、法的原理研究范畴

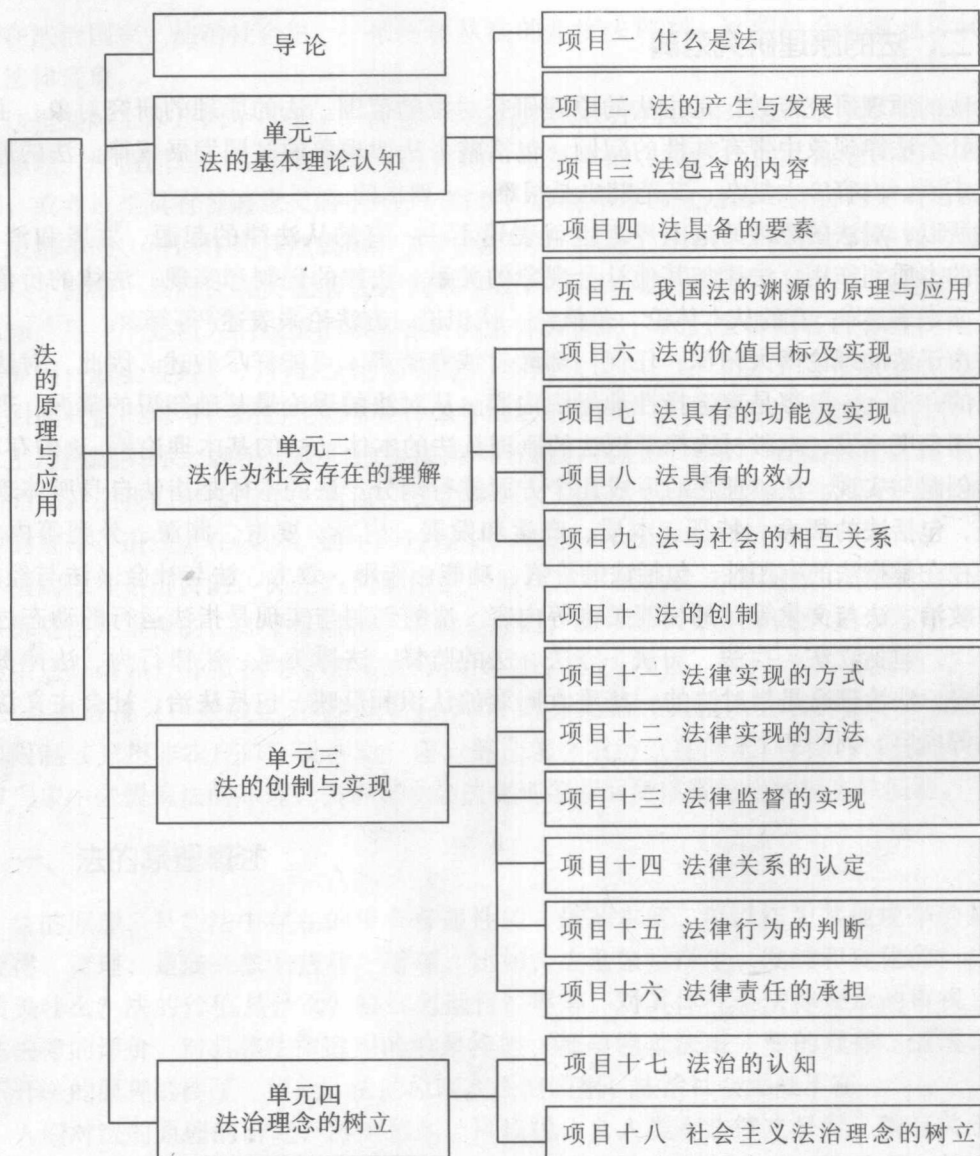
法的原理研究范畴,是指法的原理研究对象的范围。法的原理的研究对象,主要是指社会法律现象中带有共性的问题,包括整个法律现象的共同发展规律。法的原理成果丰硕,内容庞大复杂,其范畴也是很难一一列尽的。

所以,对法的原理的范围界定也就表述不一:有的从法律的起源、发展和消亡、法律的本质和作用、法律与其他社会现象的关系、法律的创制和实现、法律的价值几个方面来表述^①;有的从本体论、价值论、认识论、方法论来表述^②等等。

由于法的理论博大精深,任何一部教材或专著都不可能详尽叙述。因此,对法的理论的介绍,一般都是有选择性地组织内容。从对法的理论最基础知识的掌握、理解和运用角度出发,本教材选择了把法的原理从法的本体(法的基本理论)、法的存在、法的创制与实现、法治理念的形 成几个方面进行划分。法的本体是指法自身所体现的理论,包括法的概念、特征、本质、产生和发展、内容、要素、渊源、分类等内容。法的存在是指法的有用性,包括法的价值、功能、作用、效力、法与社会(法与经济、法与政治、法与文化等)的相互关系等内容。法的创制与实现是指法运行的动态过程和表现,包括立法、执法、司法、守法、法的监督、法律关系、法律行为、法律责任等内容。法治理念是指对法的一些重大问题的认识和反映,包括法治、社会主义法治理念等内容。列图如下:

① 黄建武:《新编法理学教程》,广东高等教育出版社2008年版,第11~12页。

② 公丕祥:《法理学》,复旦大学出版社2008年版,第5~7页。



三、法的原理研究方法

法的原理研究方法，也就是研究法的原理所应遵循的一套原则、手段、程序和技巧。掌握了正确的研究方法，才能对法的原理形成正确的研究，才能得出正确的结论。否则，法的原理的研究就会出现偏差。法的原理的研究方法应该是多种多样的。因此，我们应该掌握多样的、灵活的法的原理研究方法，从多角度、多方面研究法的原理。

（一）阶级分析的方法

法的阶级分析的方法就是用阶级和阶级斗争的方法去观察和分析法律现象。阶级分析的方法，并不能狭隘地理解为用纯粹“阶级”的观点进行分析。它实质上强调的是不同力量的抗衡。它不但适用于阶级对立的社会现象，同样适用于阶层、利益集团抗争的社会现象。

阶级分析的方法是一种普遍适用的方法，可以在政治、经济、文化、社会等各个

领域使用。在法的领域同样也可以使用。只要社会上存在着阶级，存在着阶层，存在着利益集团，这种方法就是不可缺少的。

法作为国家的产物，总是带着阶级倾向。在有阶级对立的国家，法一般反映统治阶级的意志。在阶级斗争弱化的国家，仍有阶层、利益集团争夺利益作为阶级对立的表现形式。所以，总体上而言，法是不同利益集团在利益分配时的一种斗争、妥协，并且突出体现强势利益群体的利益。法的制定、实施的背后，离不开阶级、阶层、利益集团的操纵和影响。

只有用阶级分析的方法，才能揭示法的历史演变的发展规律。只有用阶级分析的方法，才能揭示法的性质。

（二）价值分析的方法

法的价值分析的方法，就是运用一定的价值标准去评判、衡量法律现象，也就是对法律现象进行一种价值判断。

法的价值分析的方法是分析法的重要方法。法是一种价值的追求，它的存在总是以体现人权、公平、正义、自由、秩序、效率等价值为目标。所以，对法律现象的分析、对法的评判，就要看它有没有体现人权、公平、正义、自由、秩序、效率等价值。没有一定的价值标准，就不能形成对法律现象、对法有效的评判。

因此，法的价值分析的方法是对法律现象、对法评价的一种指引。它使对法律现象的分析结果符合人类发展的要求，它促使立法、执法、司法按照法治的轨迹运行。它成为了道德和法律沟通的纽带，避免了道德和法的对立。

运用价值分析的方法，就要确定法的价值，要按照统一的价值评判体系作为分析标准。否则，这种价值分析仍然会形成多样化的结果。

（三）历史分析的方法

法的历史分析的方法，就是从一定的历史背景来分析法律现象。法的产生、发展、运行，都和一定的历史条件密切相关，是特定历史条件的产物。所以，对法律现象的分析，就要考察该种法律现象所处的社会历史条件，即当时的政治、经济、文化等对该种法律现象具有何种影响。

法的发展是一个历史的过程，每一个阶段的法都是历史发展到一定程度的结果。每一个阶段的法都和前一个阶段甚至更前的阶段有着密切的联系，是和以前分不开的。所以，我们不能割裂历史来分析法。

只有对法用历史分析的方法，才能形成对法的正确认识。我们就会明白，为什么某一种法律现象或者某一部法律是这样的或那样的，比如，我国封建社会判案注重情理、我国封建社会不同时期有五刑的变化等。所以，我们不能用当代社会的认识观来谴责封建社会的法是残暴的，也不应对某一阶段的法的规定感到不可思议。

（四）比较分析的方法

法的比较分析的方法，主要是指对不同国家、地区、民族、法系的法律制度或者不同时期的法律制度进行比较、对照考察的方法。有比较，才有鉴别，才知道优劣。所以，通过比较分析的方法可以知道不同国家、地区、民族、法系的法律制度或者不同时期的法律制度的优劣情况。

这种比较，可以是横向的比较，也可以是纵向的比较。比较的内容可以是多方面的：既可以是制度比较，也可以是原则、概念比较，还可以是法律文化传统的比较。