

Z O N G H E

F A L I

X U E

综合法理学

——法的理论形式价值与事实

刘小冰 主编

中国方正出版社

综合法理学

——法的理论、形式、价值与事实

主 编 刘小冰

副主编 吕建高 吕 波

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

综合法理学/刘小冰主编. —北京: 中国方正出版社, 2008. 6

(高校社科研究文丛)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 351 - 5

I. 综… II. 刘… III. 综合—法理—研究 IV. C54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 057126 号

综合法理学

刘小冰 主编

责任编辑: 康 弘 田 伟

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

编辑部: (010) 59596605

网址: www.FZpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京忠信印刷有限责任公司

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 14

字 数: 320 千字

版 次: 2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 351 - 5

定价: 28.00 元

综合法理学

——法的理论、形式、价值与事实

主 编：刘小冰

副主编：吕建高 吕 波

参 编：刘小冰 吕建高 吕 波

李凤鸣 竹文君 王 强

刘亚玲 刘宏宇 王 毅

刘 青 陈 盛 宋伶俐

莫丽燕 邱 萍 周 艳

施婕妤 李子云 孙舒妤

目 录

第一编 法的理论

——法、法学与法理学

第一章 法与法律	(3)
第一节 法的概念、特征和作用	(3)
一、法的概念与特征	(3)
二、法的作用	(14)
三、法的局限性	(16)
第二节 权利、权力与义务	(18)
一、权利、权力和义务的概念辨析	(18)
二、权利、权力与义务的相互关系	(21)
三、法与权利、义务以及权力的关系	(24)
第三节 法律行为与法律关系	(26)
一、法律行为	(26)
二、法律关系	(37)
第四节 法律效力及其适用规则	(51)
一、法律效力	(51)
二、法的适用规则	(58)
第二章 法律的历史与法律的发展	(61)
第一节 中国法律的历史发展与现代转型	(61)

一、中国法律的历史发展	(61)
二、中国法律的现代转型	(67)
第二节 西方法律发展及其基本特点	(75)
一、发达的法律思想	(75)
二、完整的法治内容	(94)
三、丰富的法律形式	(96)
第三章 法学与法理学	(106)
第一节 法学的基本理论	(106)
一、法学的研究对象与研究方法	(106)
二、法学与相邻学科	(111)
第二节 法理学的基本理论	(115)
一、法理学的概念和地位	(115)
二、法理学的体系	(118)

第二编 法的形式

——法的渊源与法的结构

第四章 法的渊源	(125)
第一节 法的正式渊源	(125)
一、立法的概念、特征与原则	(125)
二、立法权与立法体制	(132)
三、立法程序	(144)
四、法律部门与法律体系	(151)
第二节 法的非正式渊源	(164)
一、判例	(165)
二、政策	(177)
三、习惯	(184)

四、法理	(188)
第五章 法的结构	(193)
第一节 法的要素	(193)
一、法的要素概述	(193)
二、法律规则	(195)
三、法律原则	(206)
四、法律概念	(212)
第二节 实体法与程序法	(214)
一、实体法与程序法概述	(214)
二、实体法与程序法的关系	(216)
第三节 公法与私法	(219)
一、公私法划分的历史演变与标准	(219)
二、我国公法与私法的划分	(224)
第四节 中央法(联邦法)与地方法(州法)	(226)
一、中央法与地方法:以中国为例	(226)
二、联邦法与州法:以美国为例	(230)

第三编 法的价值

——法的核心价值与基本原则

第六章 法的价值理论	(235)
第一节 法的价值的含义与特性	(235)
一、法的价值的含义	(235)
二、法的价值的特性	(239)
第二节 法的价值的分类	(240)
一、法的价值分类的理论主张	(241)
二、法的价值的分类方法	(242)

三、法的手段价值和目的价值	(243)
第七章 法的核心价值	(246)
第一节 人权及其与法治的逻辑关联	(246)
一、人权的概念特征及其基本性质	(246)
二、人权与法治的逻辑关联	(259)
第二节 人权的基本渊源与基本分类	(262)
一、人权的基本渊源	(262)
二、人权的基本分类	(266)
第三节 人权的基本内容	(269)
一、人身人格权利	(270)
二、精神权利	(276)
三、基本经济、社会、文化权利	(282)
四、基本政治权利	(286)
第八章 法的基本原则	(292)
第一节 民主原则	(292)
一、民主的现实意义及其理论解读	(292)
二、民主的涵义	(297)
第二节 制衡原则	(305)
一、制衡原则的产生和发展	(305)
二、制衡原则的制度表现	(309)
三、制衡原则的争论	(319)
第三节 公平原则	(322)
一、公平的内涵	(322)
二、公平的外延	(325)
三、公平的分类	(331)
四、权利与公平	(333)
第四节 效率原则	(335)
一、法律的现实目标与效率原则	(335)

二、市场经济条件下法的效率原则定位	(340)
-------------------------	-------

第四编 法 的 事 实

——法的形式与法的价值的实现

第九章 法的运行	(347)
第一节 执法	(348)
一、执法概述	(348)
二、执法体系	(351)
三、执法的种类和内容	(353)
第二节 司法	(358)
一、司法的概念和特点	(358)
二、司法体系	(361)
三、司法的基本要求和原则	(364)
第三节 法律监督	(367)
一、法律监督概述	(367)
二、当代中国的法律监督体系	(370)
第四节 守法	(377)
一、守法的涵义及其一般要求	(377)
二、合法行为、违法行为与法律责任	(381)
第十章 法的外部实现条件	(391)
第一节 经济条件与法的实现	(391)
一、经济基础与法的实现	(391)
二、经济体制与法的实现	(396)
三、社会生产力水平与法的实现	(398)
第二节 政治条件与法的实现	(400)
一、国家政权与法的实现	(401)

二、民主政治与法的实现	(403)
三、政党政策与法的实现	(406)
第三节 社会条件与法的实现	(408)
一、道德与法的实现	(408)
二、宗教与法的实现	(410)
三、科学技术与法的实现	(413)
四、法律文化、法律意识与法的实现	(416)
第四节 域外因素与法的实现	(421)
一、政府间国际组织对法的实现的影响	(422)
二、其他国家对法的实现的影响	(426)
三、特别行政区对法的实现的影响	(429)
后记	(434)

第一编 法的理论

——法、法学与法理学

本编为“理论法学”，主要介绍法与法律、法律的历史与法律的发展、法学与法理学等法理学最基本的问题，其基本作用是为理解和掌握法理学提供一个大致理论框架和基本的分析工具。

第一章 法与法律

在抽象的理论层面上界定什么是法、什么是法律，这既是法理学的中心问题，又是一个无法予以一言蔽之的难题。法理学的基本任务，就是要在纷繁复杂的解释学大厦中明确法和法律的核心构造。出于这种思考，本章首先重点论述了法的概念、特征和作用。同时，法是一种带有国家强制力的行为规范，并在此基础上形成相应的权利义务关系。因此，本章进一步对权利、权力和义务、法律行为与法律关系、法律效力及其适用规则等法律的基本范畴进行了阐述，期以深化对法和法律现象的认识。

第一节 法的概念、特征和作用

一、法的概念与特征

（一）法概念的历史发展与理论解读

1. 法概念的历史发展

因为传统与旨向不同，法的概念不仅存在东西方的差异，也存有古今的区别。因为语言表达的天然困境，东方与西方在对法的概念进行转译的过程中，也没有一个对等的词汇来准确无误地相互替代；况且，即使同一文化传统的地区，对法的理解也各有不同的层次与视角。有形式上的定义，有价值上的界定，有功能上的表述，林林总总，不一而足。

在中国，今天的“法”字其古体为“灋”，汉代的《说文解字》把它定义为刑：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”在这里，法即与刑同义，其所反映

的价值观为“平之如水”，以神明裁判的方式来定是非曲直。虽然这一解释后人多有指摘，但至少在汉代人的观念中，这一说法大致不差。这一时期法的内涵既然类同于刑法或刑罚，与我们今天的理解则大有不同。从不同的视角来看，“法”字的含义各有不同。而且，古代的“法”相对于我们今天翻译过来的“法律”一词，又存在不同文化转述上的差异。故近人严复在其译著《法意》的按语中说：“盖在中文，物有是非谓之理，国有禁令谓之法，而西文则通谓之法。”“西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异译。”严氏的说法在学理上并非一定精确无误，但他所提出的思考，对于我们以今天的概念去认识古代的法律却有重要的启示意义。

如上所述，早先的“法”实际上与刑同义，即与刑罚同义，这源自我国法起于兵即源于战争的历史传统。随着历史的发展，“法”内涵逐渐变化，其后又改法为律，律遂具有了早先刑的意思，直到清代，法典多以律为名。《说文解字》称：“律，均布也。”清人段玉裁在其《说文解字注》中指出：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布也。”这就是说律是指一致遵循的格式、准则。这说明律有规范人们行为的作用，是普遍适用的规则。同时，律也有公布之义，这也许是对初萌状态秘密法的一种反动，其所包含的理念又与先前不同。当然，我们不能据此认为我国古代单靠一部刑法治天下，这不符合社会秩序调整的规律。诸如礼，诸如因时制宜的令，诸如清代各个部门的规则，凡此种种，构成了调控社会的一套完整的规范体系。因此，对于中国古代的“法”，必须予以字面以外的理解，不能囿于东西方各自标准的解释。

我国古代的“法”字，以先秦法家的探讨最为深刻系统，不过，法家论“法”是根据其意志的需要而进行各取所需的表达，并没有一个精确的概念抽象和归纳。总而言之，其“法”的内涵主要表现为如下几个方面：

第一，法与民心公意有关。

《慎子·逸文》说：“法，非从天下，非从地出，发于人间，合乎人心而已。”这种论述改变了法的神话色彩，强调其与人心相关的必然性；汉代张释之说得更明确：“法者，天子所与天下共者也。”^①法家的集大成者韩非也说：“法者，宪令著于官府，赏罚必于民心。”^②法家诸子都强调法不得而私，这与秘密法时代刑不可知则威不可测的传统显有不同。

第二，法律必须公开。

韩非子说：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓也。”^③其中强调了秘密法的不可取，表明法律应让百姓知晓的要求，故他在《韩非子·难三》中说：“故法莫如显……是以明主言法，则境内卑贱莫不闻之也。”

第三，法律必须公平。

法的公平性从前文对“灋”的阐释已可表明，虽然于此尚有不同的翻案性说明，但作为我国古代法意蕴的一个部分，其含义大致不差。慎子言：“法者，所以齐天下之动，至公大定之制也。”^④法律作为衡量行为的一种尺度，它所具有的相对公平性是必须的，故慎子在该文中进一步论说：“有权衡者不可欺以轻重，有尺寸者不可差以长短，有法度者不可巧以诈伪。”《韩非子·外储说右下》亦言：“圣人之为法也，所以平不夷，矫不直也。”

第四，法律是一种尺度和工具。

管子说：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”^⑤把法律比作没有规矩不成方圆的规范和矫正工具，法律实际上也成一种标准。当然法的这种特性是有等级的，而且它毕竟是工具，而工具是需要人操纵的，这个操纵者就是君主。因此，《管子·明

① 《史记·张释之冯唐列传》。

② 《韩非子·定法》。

③ 《韩非子·难三》。

④ 《慎子·逸文》。

⑤ 《管子·七臣七主》。

法解》言：“法度者，主之所以制天下而禁奸邪也。”他在《管子·任法》篇中又说：“法者，上之所以一民使下也。”因此，法家虽然也强调依法而治，但这与我们今天法治所蕴涵的价值是不同的，法家的法治只是一种治民的工具。

法家通常也把法表述为刑，《管子·七臣七主》中言：“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。”因此，虽然法家论法较为系统，但也是因需而论，它并没有我们今天学理属性的概念抽象。

我国古代的法律体系通常由律、令、制、则例等构成，如果借鉴狄骥的准则法与技术法的概念而言，则我国古代的礼也应纳入法的内容。礼在初期是一种祭神仪式，它包含了规则和礼仪两个部分的内容。由于中国古代实际上是一个礼法社会，礼非但确定了社会阶层上下权利义务的基本规则，而且礼之本身即有定分止争的功能。故荀子说：“人生而有欲，欲而不得，则不能无求，求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲必不穷于物，物必不屈于欲。两者相持而长，是礼之所由起也。”^①礼的这种功能不可否认即是我们今天法的内容。随着儒家的法家化，礼的内涵逐渐融入法典之中，成为古代法的精神支柱而致法律道德化，礼法融为一体，形成“礼法互补，以礼为主导，以法为准绳；以礼为内涵，以法为外貌。”这一综合而治的局面。^②因此，对于中国古代“法”字，我们不能孤立地理解，更不可以今臆古。上述对法的认识，就本质而言，在西法东渐以前，其内涵并没有实质性的变化。

与中国类同，西方法的概念随着历史的发展，并基于不同的层面和视角也有多种界说：古希腊的狄莫西尼、罗马的奥古斯丁以及中世纪意大利的神学家托马斯·阿奎那等学者认为，

^① 《荀子·礼论》。

^② 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第34页。

法律为神所启示，是基于神的意思而定，可以名之为神意法说；亚里士多德、西塞罗及启蒙思想家孟德斯鸠等学者认为，法律是基于人类的理性，是人区别于动物的本质，它高于和指导人为法，是为自然法说；其后16世纪至18世纪间的英国哲学家霍布斯、英国分析法学的创始人奥斯丁、法国启蒙思想家卢梭等学者认为，法律是统治者或主权者的命令，名之为命令法说；18世纪末至19世纪中期德国的萨维尼等人认为，法律是民族历史的产物，是一个民族独有的民族精神，它随民族精神的消长而消长，故为历史法说；19世纪中期至20世纪初期的狄骥认为，因为人类生存而必须的分工使然，形成了求同的连带关系和分工的连带关系，这种连带关系本身就是法；20世纪享有盛誉的美国法学家庞德认为法律是社会控制的一种工具，其作用在于对社会利益的调整，是为社会法说。^①此外，还有二战后兴起的现实主义法学、批判法学和经济分析法学等派别的不同定义，丰富了不断发展的法律内涵。

与中国不同，西方法律思想的一个传统特点是对“法”与“法律”加以区分：一是西方的“法”除有“法”的含义外，还兼有“权利”、“公平”、“正义”或“规律”、“法则”之意，因此它们常被人们理解为“客观法”，或“理想法”、“应然法”。二是西方的“法律”主要被理解为人们依主观意志和认识而制定的法律，即“主观法”或“现实法”、“实然法”。三是在西方法文化传统中，人们凭借自然法概念将“法”与“法律”明确地区分开来。自然法理论认为，法律在本质上是规范性的，“恶法非法”，因为存在着一种规制政治权力和法律权力，并为人们的行为制定道德标准的自然法体系。

2. 法概念的理论解读

古今中外的历史上，法学家们从不同的角度解释法的概

^① 参见[美]E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第134页。