

高等政法院校系列教材

法理学教程

葛洪义 主编

中国政法大学出版社

高等政法院校系列教材

法理学教程

主 编 葛洪义
副 主 编 李其瑞 张宏斌

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学教程/葛洪义主编. - 北京:中国政法大学出版社,2004.1

ISBN 7-5620-2544-4

I.法… II.葛… III.法理学-高等学校-教材 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 004797 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 27.25 印张 490 千字

2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2544-4/D·2504

定价:27.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮 码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

21 世纪,我国的高等教育迎来了前所未有的机遇和挑战。知识经济的到来,中国加入 WTO,科教兴国、依法治国的战略决策,以及西部大开发战略的实施,对高等教育的发展和人才培养的质量提出了新的更高的要求。2000 年以来,我院在全面推进素质教育,进一步深化教学改革,提高教育教学质量,加强教学基本建设等方面取得了较大成绩。教育思想与教育观念的进一步转变,全面推进素质教育实施意见的出台,专业结构的调整,教学计划的全面修订,以及新一轮课程建设工作的启动,都为进一步提高我院的教育教学质量乃至整体办学水平奠定了良好的基础。

教材作为反映教育思想、教育观念,以及教学改革成果的重要载体,是我院新一轮课程建设的重点。为了适应培养基础扎实、知识面宽、实践能力强,具有国际竞争意识和创新精神的人才目标的要求,学校决定由教材委员会编审和规划出版一套能够聚合时代特点,反映学校教学、科研最新成果的高质量系列教材。这套教材由长期从事教学工作、教学经验丰富,具有教授、副教授职称的教师承担编写任务。第一批审定出版的教材,均为各专业的核心课程和方向课程,共计 23 部。

在中国政法大学出版社的大力支持下,首批教材将在近期出版;其余课程的教材,也将由教材编审委员会审定之后,陆续出版发行。我们力求教材具有较强的科学性、系统性、新颖性和适应性,也希望这套教材能够为进一步提高学校的教育教学质量做出积极的贡献。

西北政法学院教材委员会

2002 年 8 月

西北政法学院教材委员会成员名单

主任委员：郭 捷

副主任委员：杨宗科

委 员 （按姓氏笔画）

王 瀚 王有信 王周户 闫亚林

汪世荣 张志诚 张周志 吴明童

赵馥洁 贾 宇 高在敏 高树枝

徐德敏 强 力 韩 松 惠生武

谢立新 董和平 路建潮 葛洪义

慕明春

主编、副主编简介

葛洪义 西北政法学院法学理论学科点负责人，法学研究所所长，教授，法学博士。

李其瑞 西北政法学院法学理论教研室主任，副教授。

张宏斌 西北政法学院法学理论教研室副主任，副教授，博士。

编写说明

本教科书是为完成西北政法学院教材建设任务而编写。因此，第一，是与我院的教学改革相适应的。1998年起，我院法理学课程进行改革，将原有的“法理学”课程一分为二，分为“法学引论”与“法理学”。“法学引论”为一年级法学专业学生开设，“法理学”为三年级法学专业学生开设。与这一改革相呼应，本教科书主要是针对已经经过一定的系统法学教育和训练、特别是学习过“法学引论”的学生进一步深入掌握有关法学理论而编写；第二，编写人员也全部是我院法学理论学科点的中青年教师，多数是近年来活跃在本科教学第一线的青年教师。一定意义上，可以反映我院青年一代法学理论教师队伍的水平和现状。

在编写体例上，本教科书全书由五编构成：第一编“法理学的范围与问题”，主要讨论作为一个学科的法理学的基本情况；第二编“法律的本质与作用”主要解决法理学的本体论问题；第三编“法律的内部结构与方法”，重点讨论文本中的法律与生活中的法律、文本中的法律的内部结构以及法律方法的若干问题；第四编“法律的外部关系与结构”主要说明法律与其他社会现象以及社会规范的关系；第五编“法律的历史发展与法治”则主要研究和介绍上述意义上的法律的产生与发展过程，探讨法治与法治国家的有关理论。

在编写过程中，我们要求编写人员既要反映教学用书的特点，注重条理化、规范化，又要吸收我国法学理论研究的新成果，重视引证工作和学术规范，加强注释部分。我们认为，这种做法可以为教师的教学和学生进一步的自学提供更多的线索和更多的信息。

当然，作为一个集体的合作成果，由于各位编写者的经验和个人能力的差别，其中内容和观点的交叉、重复、甚至矛盾，可能无

法根除。希望读者能够批评指正，以便以后修订时予以改正。

本教材由葛洪义担任主编，李其瑞、张宏斌担任副主编，各撰稿人分工如下（以撰写章节为序）：

葛洪义 第 1、2、8、12 章

何柏生 第 3 章

宋海彬 第 4、10 章

李其瑞 第 5 章

朱继萍 第 6、7 章

刘治斌 第 9、11 章

湛洪果 第 13、20 章

王海山 第 14、15 章

陈洪涛 第 16、19 章

张宏斌 第 17、23 章

柯 岚 第 18、21 章

李建国 第 22 章

本教科书由主编、副主编修改定稿。

葛洪义

2003 年 11 月 30 日

目 录

第一编 法理学的范围与问题

第一章 法理学的范围.....	(3)
第一节 法理学的定义.....	(3)
第二节 法理学的意义	(10)
第三节 法理学的地位	(17)
第二章 法理学的问题	(21)
第一节 法理学问题及其演变	(21)
第二节 《法理学》的课程内容与研究方法	(46)

第二编 法律的本质与作用

第三章 法律的本质	(55)
第一节 本质主义法学与非本质主义法学	(55)
第二节 法律的词源与词义	(57)
第三节 法律的定义	(61)
第四节 法律本质与法律现象	(64)
第五节 法律本质	(66)
第四章 法律的特征	(75)
第一节 法律的特征与法律的本质的关系	(75)
第二节 法律的主要特征	(78)
第三节 法律与程序	(87)
第五章 法律的价值	(99)
第一节 法律价值的含义	(99)
第二节 法律价值与法律本质的关系	(102)
第三节 法律的主要价值	(104)

第四节 法律价值的冲突·····	(125)
第六章 法律的效力 ·····	(130)
第一节 法律效力的概念和来源·····	(130)
第二节 法律效力的位阶·····	(133)
第三节 法律效力的范围·····	(136)
第七章 法律的作用 ·····	(141)
第一节 法律作用的概念与分类·····	(141)
第二节 法律的规范作用·····	(144)
第三节 法律的社会作用·····	(147)
第四节 法律的局限性与法治的代价·····	(150)

第三编 法律的内部结构与方法

第八章 法律的生成 ·····	(155)
第一节 法律生成的含义·····	(155)
第二节 法律生成与法律本质的关系·····	(159)
第三节 法律生成的特征及法律“再制度化”的意义·····	(163)
第九章 法律的方法 ·····	(167)
第一节 法律方法的概述含义·····	(167)
第二节 法律方法与法律本质的关系·····	(174)
第十章 法律的要素 ·····	(180)
第一节 法律要素与法律本质的关系·····	(180)
第二节 法律规则·····	(184)
第三节 法律原则·····	(189)
第四节 法律概念·····	(195)
第十一章 法律推理与法律解释 ·····	(198)
第一节 法律推理·····	(198)
第二节 法律发现·····	(204)
第三节 法律解释·····	(209)
第十二章 法律论证 ·····	(221)
第一节 法律论证的含义·····	(221)
第二节 法律论证理论的发展·····	(225)
第三节 法律论证的目标与方法·····	(229)

第四编 法律的外部关系与结构

第十三章 法律与社会	(243)
第一节 社会的含义与特征	(243)
第二节 法律与社会的一般关系	(246)
第三节 法学研究与社会分析	(252)
第十四章 法律与政治	(256)
第一节 法律与政治的一般关系	(256)
第二节 法律与国家	(260)
第三节 法律与政党政治	(263)
第十五章 法律与经济	(267)
第一节 法律与经济的一般关系	(267)
第二节 法律与宏观经济活动	(271)
第三节 法律与微观经济活动	(272)
第十六章 法律与科学技术	(276)
第一节 法律与科学技术的一般关系	(276)
第二节 科学技术进步对法律的影响	(279)
第三节 法律与科学技术的进步	(285)
第十七章 法律与文化传统	(289)
第一节 法律与文化传统的一般关系	(289)
第二节 法律传统与法系	(294)
第三节 法律的文化解释及其影响	(302)
第四节 正确认识法律与文化传统的关系	(306)
第十八章 法律与道德	(310)
第一节 法律与道德的一般关系	(310)
第二节 关于法律与道德关系的主要法理学问题	(315)
第三节 法律与文明	(327)
第十九章 法律与宗教	(330)
第一节 法律与宗教的一般关系	(330)
第二节 宗教与法律的相互影响	(335)
第三节 中国社会主义法律与宗教	(338)

第二十章 法律与秩序	(342)
第一节 对秩序的一般解释	(342)
第二节 法治秩序的产生及形态	(345)
第三节 法律的本质与社会秩序	(348)

第五编 法律的历史发展与法治

第二十一章 法律的产生	(353)
第一节 法律的产生与法律本质学说之间的关系	(353)
第二节 法律产生的社会背景	(356)
第三节 法律产生的标志与规律	(361)
第四节 法律与原始习惯的关系	(364)
第二十二章 法律的演进	(366)
第一节 法律的演进与类型理论	(366)
第二节 法律的历史类型	(371)
第三节 前资本主义社会的法律	(374)
第四节 资本主义社会的法律	(378)
第五节 社会主义社会的法律	(387)
第二十三章 法治与法治国家	(394)
第一节 法治与法治国家的含义	(394)
第二节 法治现代化	(399)
第三节 法治与民主	(405)
第四节 法治与人权	(410)
第五节 依法治国, 建设社会主义法治国家	(415)

第一编

法理学的范围与问题

第一章 法理学的范围

第一节 法理学的定义

一、法理学的词源与词义

汉语中“法理学”一词，英语为 Jurisprudence，德语为 Jurisprudenz，最初都源于拉丁文 Jurisprudentia。Juris 是“法理学”一词的词根，指法律或者权利，prudence 则指智慧、知识等，合起来可以理解为法律的智慧 and 知识以及法律的技术等。^{〔1〕}在 18 世纪以前，由于法学没有发展为独立的学科，相应地，法理学也没有作为独立学科而存在。18 世纪以后，随着哲学领域实证主义思潮的兴起，法律实证主义得以产生。英国的功利主义哲学家和法学家边沁在他 1782 年撰写的《法理学定义的界限》一书中提出必须把实际的法或实在法作为研究对象，建立一个与传统的法学理论不同的法理学。但是由于这个书稿 1945 年才被发现，因此，他的观点对当时的影响是有限的。在英美法理学界，奥斯丁 1832 年出版的《法理学范围之限定》具有更广泛的影响。奥斯丁认为，法理学应该研究“事实上是什么样的法律”，而不是“应当是什么样的法律”，法学研究应该严格区别“实有”与“应有”的东西，必须把道德的因素排除在法理学研究对象之外，创立一个真正独立的法律概念体系。基于此，后来奥斯丁被称为分析法学的创始人。法理学也因此往往被认为是以实在法为研究对象

〔1〕 英语 Jurisprudence 古义为法学，后因学科分化，今称法理学；德语 Jurisprudenz，有时指法理学，有时又专指法解释学，含义与英语 Jurisprudence 不完全相同。这个词在大部分法理学教科书中被简单称为法律的知识，这是不确切的。古人将智慧与知识联系起来，认为，有知识者方有智慧，但是他们所说的知识一词与现代人理解不同。现代人中，知识的含义已经被确定化，指已知的东西，而智慧则多指对未知的领域的探索能力。所以，以法律的智慧来理解古人对法理学含义的把握，可能更为准确。

的法学理论体系。汉语“法理学”一词也与英语中的 Legal philosophy 即法哲学相关。如果说法理学是英美国家经常使用的概念,那么,法哲学一词则主要流行在欧洲大陆国家。1796年,德国历史法学派的重要奠基人胡果(Gustav Hugo, 1764-1844)最早开设“实在法哲学”的大学课程,为法哲学确立了学科地位。与法理学相比,法哲学可以泛指一切以哲学方法研究法律的基本问题的法学学科,而狭义上的法理学则专指以哲学方法研究实在法的法学学科。

我国目前使用的“法理学”一词源于日语。据考,1881年日本法学家穗积陈重在东京帝国大学法学部讲授“法论”时,认为当时日本流行的“法哲学”一词形而上学色彩太重,故提出法理学这个译名。1949年以前,受日本影响,我国法学教育的课程设置中,一般都采用“法理学”。^[1]

1949年之后,受前苏联法学理论的影响,我国将研究法的基本理论的学科称为“马克思主义关于国家与法的理论”或简称“国家与法的理论”;1982年前后,由于政治学在我国重新成为一个独立学科,法学界也意识到“国家与法的理论”削弱了法学作为一个独立学科的地位,因此,将其改为“法学基础理论”(有的学校称其为法的一般理论或法的基础理论);1992年在武汉举行的中国法学基础理论研究会年会上,与会绝大多数代表赞同将“法学基础理论”改为“法理学”。之后,全国各个法学院校陆续将有关研究法的一般理论问题的学科由法学基础理论等统一改称为“法理学”。^[2]

二、法理学的定义与特征

法理学是一个运用哲学方法研究法律基本问题的学术门类,实质上就是法律哲学或法哲学。

广义地说,法理学就是法哲学,法哲学也就是法理学。尽管法理学原出于英美国家的经验主义哲学,法哲学则出于欧洲大陆国家的理性主义哲学,但是,它们都是运用哲学方法研究法律问题的学术门类,不同之处仅在于它们的哲学观念不同。狭义的法理学仅指英美国家的分析法学,而我国高等院校的法理学课程则是从“法学基础理论”发展而来的一个学科,其含义远不同于以实在法为研究对象的奥斯丁的法理学,属于广义的法理学,也即法哲学。

[1] 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社2002年版(修订版),第一章。

[2] 目前,在教育部以及有关国家机构的文件关于法学体系的分科中,法理学只是一个隶属于法学理论的法学三级学科;而在法学课程体系,法理学实际上与民法学、刑法学等并列,属于二级学科。

法理学具有下述三个特征：

首先，法学都是以法律问题为研究对象的，法理学也是一个以研究法律问题为宗旨的学术门类。习惯上，我们往往将法学分为理论法学与应用法学，这种划分固然标志着法学研究中的分工的发展，在一定意义上也代表着法学研究的进步；另一方面，有时则又不可避免地发生一种误导，使人误以为这种或者那种分工是绝对的，是不可避免的，是必然的。这样，学术分工又被人为地转化为学科的片面性和局限性，这种认识过于简单化了。我们可以说法律职业需要一种解决法律问题的技能和技术，而法学所承担的任务则是传授这种技能。但是技术本身并不构成学问，或者说，法律技术是由法律问题决定的。不将法律“问题”置于考察的重点，而以解决问题的“方法”和“规则”取而代之，可能有些本末倒置。法律技术都是用于解决法律问题的，法学只有在下述意义上才成立，即能够对于法律“问题”的解决提供帮助。法律作为一种实践理性决定了法学的实践性，也决定了法学研究的问题性。法学研究在任何意义上和任何学科范围内都是与解决相应的法律问题为宗旨的。而法律问题之所以为问题，则在于它的疑难性。哈特曾经提出，法律语词与一般词汇一样所揭示的仅仅是对应的典型情况。例如秃子，我们很容易地可以将头上没有一根毛的人归为秃子一类，而问题是在特殊情况、也是大多数情况下，许多人头顶上光彩照人，周边却稀稀拉拉布着头发，这种情况我们如何归类呢？能叫他们秃子吗？^{〔1〕}正是诸如此类的边际情况构成了我们所面对的问题的复杂性，而对法律领域这些复杂问题的研究则构成了法学。所以，法学都是需要解决问题的，理论法学与应用法学的区别仅仅在于它们思考的问题以及解决问题的方式不同，即“问题”是一般的还是特殊的，是抽象的还是具体的。任何法律领域的“真问题”都是从实践中产生的，都是“应用”的，但是，也都需要从理论角度予以回答，只是在回答的方式上，我们可能根据法律，也可能根据某个更具有一般性的原理，来加以讨论。

其次，法理学研究的是法律的基本问题或者说是更具有一般性的法律问题。法律问题有具体问题和抽象问题，个别的、特殊的问题与一般的问题之分，具体、个别的问题如某个案件、某类纠纷应该如何解决；抽象、一般的问题

〔1〕 哈特的这个观点深受维特根斯坦语言哲学影响，后者认为，不能将某个概念指为某个特定对象的反映。因为概念是借用语词来表达的，而语词所反映的仅仅是对应的典型情况或中心含义，语言的含义必须与语言的具体使用环境结合，这样，语言的固定含义就被肢解，成为语言游戏。哈特正是借用这种方法，对追求法律的固定含义的思维倾向提出批评。参见哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第4页以下。