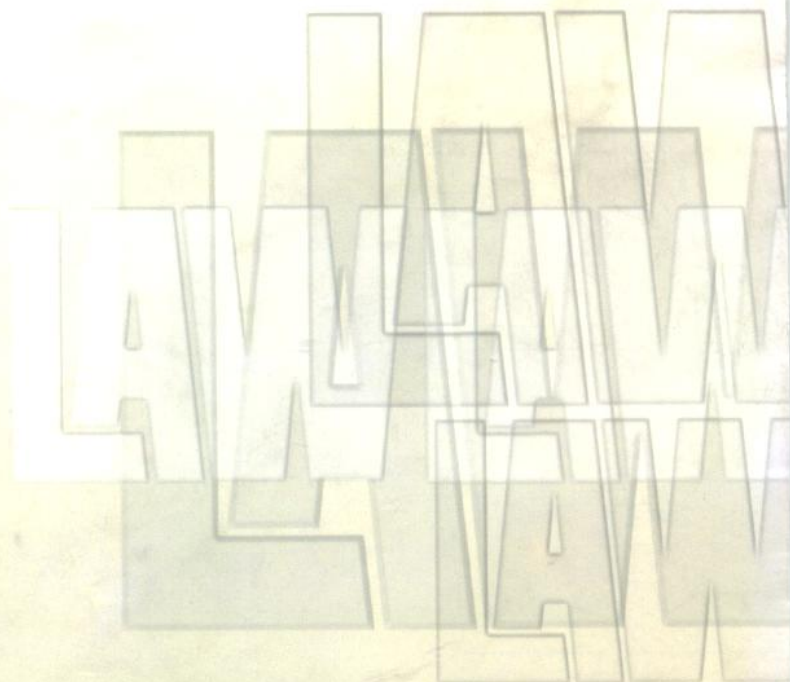




二十一世纪法学丛书

现代法理学

赵震江 付子堂 著



北京大学出版社

D90

Z36-2

453683

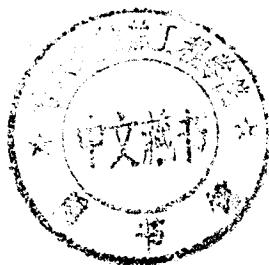
21 世纪法学丛书

现代法理学

赵震江 付子堂 著



00453683



2

北京大學出版社
北 京

图书在版编目 (CIP) 数据

现代法理学/赵震江, 付子堂著. - 北京: 北京大学出版社,
1999. 9

ISBN 7-301-04349-X

I. 现… II. ①赵… ②付… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 61541 号

书 名: 现代法理学

著作责任者: 赵震江 付子堂

责任编辑: 张晓秦 刘延寿

标准书号: ISBN 7-301-04349-X/D·444

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752027

电 子 信 箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京市艺海打字服务社

印 刷 者: 北京飞达印刷厂印刷

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850 毫米×1168 毫米 32 开本 16.875 印张 420 千字

1999 年 9 月第一版 1999 年 9 月第一次印刷

定 价: 27.00 元

21 世纪法学丛书编辑委员会

顾 问 (以姓氏笔划为序)

迟惠生 何芳川 胡鸿烈 钟期荣

主 任 赵震江

副主任 张守文 张晓秦

委 员 (以姓氏笔划为序)

马忆南 王 慧 王小能 王守瑜 甘培忠

李 鸣 刘守芬 朱启超 吴志攀 张潇剑

金瑞林 赵国玲 赵昆坡 饶戈平 徐 燕

贾俊玲 盛杰民 湛中乐 魏定仁

总 序

当今世界科技发展日新月异，知识经济已见端倪，人类社会将以崭新的面貌进入 21 世纪。与此同时，随着中国改革开放事业和世界经济全球化、区域化的迅猛发展，经济、社会、科技、教育、文化等各个领域出现了层出不穷的问题，需要法律规制。特别是在新世纪即将到来之际，中国不仅高度重视“科教兴国”的发展战略，而且还把“依法治国”的治国方略提升到了宪法的位阶，这无疑会有力地促进法制建设的进一步发展。

为了反映中国法制建设的新发展，解析其中的新问题，以适应新的形势，我们深感有必要出版一套 21 世纪的法学丛书。

本套丛书的作者，有一批是在法学教育和法学研究领域耕耘多年的著名学者，也有一批是近些年来崭露头角，并在教学、科研一线工作的中青年专家，他们的著述在各自的领域里都有良好的影响。在内容方面，本套丛书力求反映法制建设和法学研究中的最新成果，并试图通过吐故纳新、推陈出新来推动我国法学理论事业的繁荣与发展。

本套丛书既可供法学研究参考之用，也可作为高等院校法学教材。由于本套丛书充分考虑了在实行“一国两制”情况下的相关法律问题，因而港、澳、台三地同样可将其选作教材。

特别需要指出的是，在本套丛书发起写作之初以及在编写过程中，得到了香港树仁学院校长钟期荣博士、校监胡鸿烈大律师的积极支持和热情资助，在此深表谢意。北京大学与树仁学院合办法律文凭教育已经多年，并已获巨大成功。在本套法学丛书出版之际，我们特别高兴将它们献给树仁学院的同学阅读。

此外，北京大学出版社的领导及各位责任编辑为本套丛书的出版付出了很多的辛劳，在此一并致谢。尽管我们为保证丛书的质量作出了很大的努力，但仍然会有一些错误和不足，诚望读者批评指正。

“21 世纪法学丛书”编委会

1999 年 8 月

目 录

第一章 法学与法理学.....	(1)
第一节 法学的概念.....	(1)
第二节 法学体系.....	(5)
第三节 法学的历史发展.....	(6)
第四节 法理学释义	(13)

上 编 法 论

第二章 法的概念	(19)
第一节 法的语源	(19)
第二节 法的本质	(22)
第三节 法的基本特征	(29)
第三章 法的现象(一)	(35)
第一节 法律规范	(35)
第二节 法律意识	(40)
第三节 法律行为	(47)
第四章 法的现象(二)	(55)
第一节 法律关系概述	(55)
第二节 法律关系的主体和客体	(61)
第三节 权利和义务	(65)
第五章 法的功能	(73)
第一节 法的功能的概念	(73)
第二节 法的整体功能和部分功能	(77)
第三节 法的显性功能和隐性功能	(79)

第四节 法的正功能、反功能和非功能	(81)
第六章 法与利益	(85)
第一节 利益与法概说	(85)
第二节 法的利益调控机制	(90)
第三节 法对利益关系的处理	(93)
第七章 法的价值	(99)
第一节 价值论与法的价值	(99)
第二节 法的价值体系和冲突	(104)
第八章 法与正义	(109)
第一节 正义的概念	(109)
第二节 正义与法的关系的学说	(114)
第三节 法的正义价值	(116)
第四节 通过法律伸张正义	(118)
第九章 法与自由	(122)
第一节 自由的哲学与法学含义	(122)
第二节 法的自由价值	(127)
第三节 法律对自由的限制	(132)
第十章 法的发展	(139)
第一节 法的起源	(139)
第二节 法的历史类型	(149)
第十一章 西方法系	(166)
第一节 法系理论	(166)
第二节 大陆法系	(168)
第三节 英美法系	(171)
第四节 西方两大法系比较	(174)

中 编 法律社会论

第十二章 法律与社会	(181)
------------------	-------

第一节	社会的概念	(181)
第二节	法律以社会为基础	(183)
第三节	通过法律控制社会	(186)
第十三章	法律与文明	(191)
第一节	文明的涵义	(191)
第二节	法律与精神文明	(195)
第三节	法律与制度文明	(200)
第十四章	法律与经济	(205)
✓ 第一节	经济释义	(205)
第二节	法律与经济的一般关系	(207)
第三节	中国法律与市场经济建设	(215)
第十五章	法律与科技	(222)
✓ 第一节	科学技术释义	(222)
第二节	科技对法律的影响	(226)
第三节	法律对科技进步的作用	(229)
第四节	依法治国与科教兴国	(234)
第五节	信息时代的法律新问题	(238)
第十六章	法律与文化	(247)
✓ 第一节	文化概述	(247)
第二节	法律文化原理	(248)
第三节	中国法律文化的现代化	(255)
第十七章	法律与政治	(262)
✓ 第一节	法律与政治的一般关系	(262)
第二节	执政党政策与国家法律	(271)
第三节	中国法律与政治体制改革	(282)
第十八章	法律与国家	(286)
第一节	国家的概念	(286)
第二节	法律与国家的关系	(292)

第三节	“一国两制”与当代中国法律	(296)
第十九章	法律与道德	(301)
第一节	法律与道德概论	(301)
第二节	法律与道德异同论	(306)
第三节	法律与道德的相互适应	(311)
第二十章	法律与宗教	(315)
第一节	宗教概述	(315)
第二节	法律与宗教的关系	(317)
第三节	宗教与法律的互相影响	(324)
第四节	当代中国法律关于宗教问题的规定	(328)
第二十一章	法律与人权	(332)
第一节	人权思想的历史演进	(332)
第二节	人权的内涵	(336)
第三节	人权与法律的关系	(341)
第四节	我国政府关于人权问题的基本观点	(349)
第五节	我国对人权的法律保护	(353)

下 编 法 治 论

第二十二章	法治基本理论	(359)
第一节	法治与法制	(359)
第二节	依法治国方略	(366)
第三节	法治与民主	(375)
第二十三章	法律制定	(381)
第一节	法律制定的概念和特点	(381)
第二节	立法体制	(383)
第三节	立法理念	(391)
第四节	立法程序	(400)
第二十四章	法律结构	(407)

第一节	法律渊源·····	(407)
第二节	法律体系·····	(416)
第二十五章	法律适用·····	(426)
第一节	法律的实施与适用·····	(426)
第二节	法律适用的基本要求·····	(429)
第三节	法律适用的基本原则·····	(433)
第二十六章	法律解释·····	(442)
第一节	法律解释概述·····	(442)
第二节	法律解释分类·····	(445)
第三节	中国现行法律解释体制·····	(449)
第二十七章	法律效力·····	(455)
第一节	法律效力概述·····	(455)
第二节	法律的时间效力·····	(459)
第三节	法律的空间效力·····	(461)
第四节	法律的对人效力·····	(462)
第五节	法律的对事效力·····	(464)
第二十八章	法律遵守·····	(466)
第一节	法律遵守概述·····	(466)
第二节	守法义务与抗法权利·····	(471)
第三节	社会综合治理·····	(476)
第二十九章	法律责任·····	(481)
第一节	法律责任概述·····	(481)
第二节	法律责任的分类·····	(483)
第三节	法律责任的根据和原则·····	(486)
第四节	法律责任的构成·····	(488)
第五节	法律责任的实现·····	(492)
第三十章	法律监督·····	(496)
第一节	监督和法律监督·····	(496)

第二节	法律监督的特征和依据·····	(499)
第三节	国家法律监督体系·····	(505)
第四节	社会法律监督体系·····	(512)
第三十一章	法治秩序·····	(515)
第一节	规则与秩序·····	(515)
第二节	法治秩序目标·····	(517)
第三节	我国法治秩序构建中的障碍·····	(520)
后 记	·····	(525)

第一章 法学与法理学

第一节 法学的概念

一、“法学”词源

“法学”这一词语的拉丁文 *Jurisprudentia*，早在公元前3世纪末罗马共和时代就已经出现，该词表示有系统、有组织的法律知识、法律学问。公元前198年，执政官阿埃利乌斯（*Aelius*）进一步以世俗官吏的身份著书立说，讲授法律，从而使法律知识成为一门世俗的学问。这门学问，就称为 *Jurisprudentia*（法学）；而讲授者就称为 *Jurisconsultus*（法学家）。至公元2世纪罗马帝国前期，这两个词已被广泛使用。当时罗马的五大法学家之一乌尔比安（*Ulpianus*，公元160~228年），曾给“法学”下过一个经典性的定义：“法学是神事和人事的知识，正与不正的学问。”后来，随着罗马法的复兴，拉丁文 *Jurisprudentia* 这一词语在欧洲各国广泛传播。德文、法文、英文以及西班牙文等语种，都是在 *Jurisprudentia* 的基础上，发展出各自指称“法学”的词汇，并且其含义日渐深刻，内容不断丰富。

关于法律问题的学问，在我国先秦时期被称为“刑名法术之学”或“刑名之学”，主要强调定分正名，着重对“刑”、“名”进行辨析。据学者考证，虽然“律学”一词的正式出现，是在魏明帝时国家设立“律博士”以后，但是，自汉代开始就有了“律学”这门学问，它主要是对现行的律例进行注释。我国古代“法

学”一词最早出现于南北朝时期。《南齐书·孔稚珪》曾引孔稚珪的一句话：“寻古之名流，多有法学。”^①唐代白居易也曾向皇帝建议“悬法学为上科”。^②然而，孔、白二人所用的“法学”一词，其含义仍接近于“律学”。自宋以后，人们就不再使用“法学”和“刑名之学”等术语，而只用“律学”一词。当然，中国古代的“法学”一词与来自近现代西方的“法学”概念有着很大区别。

现代汉语“法学”一词，最早是从日本输入的。日文汉字“法学”一词由日本法学家津田真道于1868年首次用来对应翻译英文 Jurisprudence, Science of Law 以及德文 Rechtswissenschaft 等词汇。该词于“戊戌变法”运动前后传入我国。梁启超于1898年所撰之《论中国宜讲求法律之学》一文，是我国近代最早使用“法学”一词的论著。到清末立法改革时，“法学”一词已广为流传。

二、法学的定义

法学，又称法律学或法律科学，是研究法律现象及其发展规律的一门社会科学。

（一）法学是一门社会科学

人类出现以后，就有了学问。人类的学问博大精深。虽然关于学问的分类问题存在多种异见，但一般认为不外乎两类：神学和科学。世界上一些国家早就设有神学学科。神学无疑是一门非常重要的学问，但我们在这里不著过多的笔墨。

关于科学，也有两种划分方法。一种是传统划分方法，把科

① 此一考证当归功于日本学者中田薰。本章史实主要参见何勤华著：《法律文化史论》，法律出版社1998年版。

② 《策林四·论刑法之弊》。

学分为自然科学和人文科学。自然科学 (Natural Science) 即研究自然现象的科学; 人文科学 (Humanities, Humane studies) 是研究社会现象和文化艺术的科学, 其中又包括哲学和社会科学。哲学既不属于自然科学, 也不属于社会科学, 而是对自然科学和社会科学的抽象概括。

对科学的另一种划分, 是近年由中国著名科学家钱学森先生提出来的。他认为, 由于研究的角度和方法不一样, 可以把现代科学分为九个部分: 自然科学、社会科学、数学科学、系统科学、思维科学、人体科学、文艺理论、军事科学和行为科学。这些科学门类都要以哲学为指导, 由哲学来统帅。

当然, 这些问题有待进一步讨论, 但无论是哪一种划分方法, 其中都少不了社会科学这一门类。

所谓社会科学, 就是研究社会现象、社会历史发展和社会关系及其发展规律的科学。简而言之, 社会科学的研究对象就是社会现象及其人与人之间的关系, 或者叫社会关系。法学也是研究人与人之间的社会关系的科学, 属于社会科学范畴。因此, 可以说, 法学是一种“人学”, 即“以人为本的学问”。作为一门社会科学, 法学有其特有的概念、判断、推理等工具系统, 在此基础上形成了较为严密的逻辑理论体系。当然, 社会科学除了法学之外, 还有其他学科, 如经济学、政治学、社会学、伦理学、历史学等等。法学同其他社会科学的区别, 就在于各自的研究对象有所不同。

(二) 法学的研究对象

法学是一门社会科学。社会科学有许多部门, 每一门社会科学都有其特定的研究对象。如经济学研究的对象, 传统上认为是社会物质资料的生产、交换、分配与消费的活动规律及其运行方面的经济现象, 也有人认为经济学就是研究选择 (choice) 和交易 (exchange) 的学问; 政治学的研究对象是社会的政治关系及

其历史发展规律等等。法学作为社会科学中的一门独立的科学，也有自己特定的研究对象，这就是法律现象及其发展规律。

法律现象是人类社会发展到一定阶段所产生的一种特殊的社会现象，包括法律规范、法律条文、法律意识、法律职业、法律行为、法律关系等等受法律调整的各种社会现象。

法律现象是社会现象的一种，它同其他社会现象既有联系又有区别。有些社会现象是人类出现以来就有的，同人类社会同生存、共命运。而法律现象则是一种特殊的社会现象。在学习和研究中不应该把法律现象和其他社会现象等同起来。比如男女青年恋爱，这是两性之间的爱情关系，是一种社会现象。在当今社会一般只要是两厢情愿，法律便不干涉。然而，爱情关系一旦发展为婚姻关系，要结成夫妻，就必须符合现行法律关于结婚条件的规定，并得依法律条文履行登记手续。这种受到法律调整的社会关系，才能叫法律现象；而爱情仅仅是伦理道德所调整的社会现象，不是法律现象。

法学不仅要研究法律现象本身，而且还要通过对法律现象进行综合分析，研究它们的发展规律。如对于婚姻这种法律现象，法学就要研究从古至今关于婚姻的建立条件、调整婚姻关系的法律的发展沿革过程等等。其中涉及到许多问题，如哪些人不能结婚，结婚后产生哪些权利义务，离婚的条件等等。又如对于犯罪这种特殊的法律现象亦是如此，法学要研究其规律，以便杜绝和防止犯罪。

总之，不能简单地，说，法学就是研究法的科学。法学研究的对象不仅有静态的法，而且还包括动态的法。其他社会科学虽然也会不同程度地涉及到法律现象，但它们对法律现象的研究只不过是辅助性和边缘性的，一般并不研究法律规律问题。同时，法学围绕法律现象这一中心问题，也要研究法律与经济、政治、道德、宗教等其他社会现象的关系。

第二节 法学体系

一般认为,法学体系就是指由法学的各个分支学科所构成的有机联系的整体。法学体系问题,即涉及到法学的分类问题。关于法学的分类,国内外有许多不同的看法。我们认为,从认识论出发,可以把法学分为两类:理论法学和应用法学。

所谓理论法学,是指通过对法律现象综合的、整体的观察和分析,从而建立起来的关于法律的一般原则和理论模式,具有较强的逻辑性和抽象性。理论法学包括法理学、法社会学、比较法学等学科。中外法律思想史也可归于理论法学之中,因为它们的研究对象是中外历史上有关对法理学问题的各种思想认识。

所谓应用法学,是以局部的、具体的法律现象作为研究对象,与法的实践有直接的关系,所处理的是直接的经验材料,具有自身特殊的基础理论、概念范畴和内在联系。应用法学可分为现实法学、历史法学和边缘法学三种。

现实法学主要研究有关各种现行法律的法律现象,又可以再分为国内部门法学和国际法学。国内部门法学包括宪法学、民法学、刑法学、诉讼法学等;国际法学包括国际公法、国际私法、国际经济法等。

历史法学又叫法律史学,研究对象是中外历史上曾经存在过的法律现象,主要包括中国法制史和外国法制史,中外法律思想史也可以归入于法律史学之中。边缘法学的研究对象是法学同其他学科的交叉部分的现象,如犯罪心理学、法医学、司法物理学、司法化学等等。

需要特别注意,法哲学、法社会学、法经济学等既是边缘法学,又是理论法学,由此可见法学分科具有一定的相对性。

法学研究的范围极其广泛,内容极为丰富。中国法学的研究